

การใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พ.ศ.2550 ต่อศาลรัฐธรรมนูญ

นายสุรศักดิ์ ธรรมเป็นจิตต์

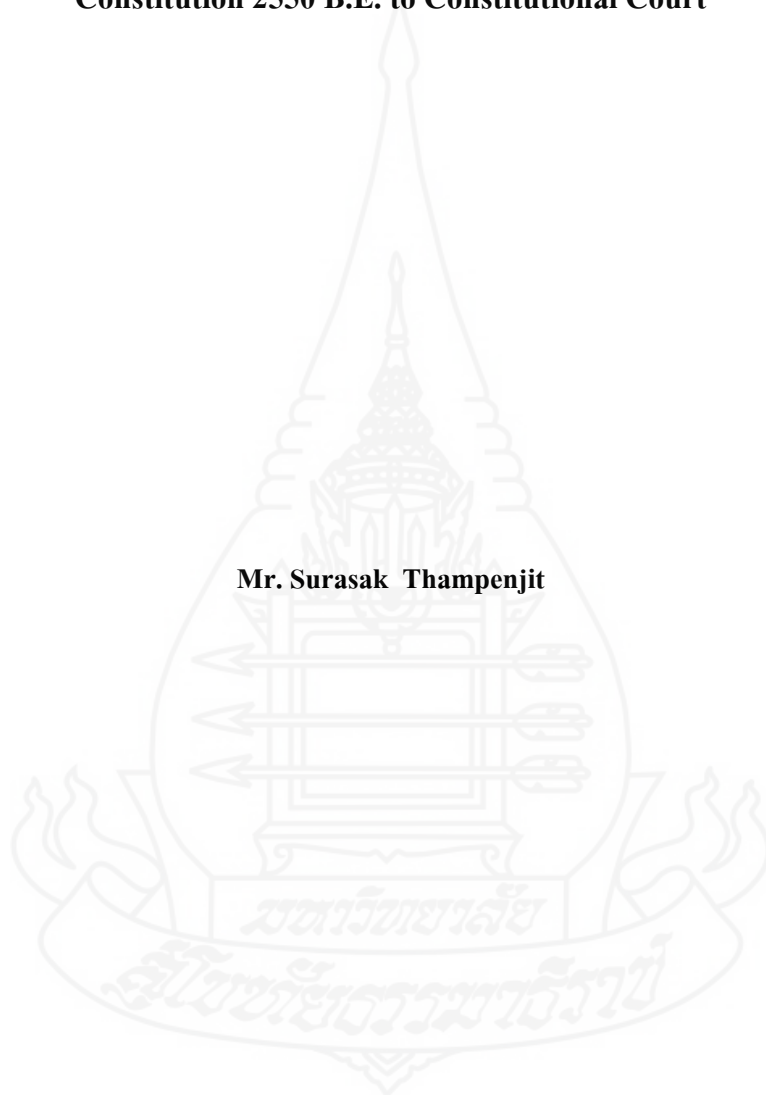


วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2557

**Making a legal claim by virtue of Section 28 of Thailand
Constitution 2550 B.E. to Constitutional Court**

Mr. Surasak Thampenjit



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Masters of Laws in Public Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2014

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ประสบความสำเร็จลุล่วงได้เป็นอย่างดีด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช และ อาจารย์ ดร.รังสิกร อุปพงษ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ ศาลปกครองอุบลราชธานี อาจารย์พิเศษ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย สุโขทัยธรรมาธิราช อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาให้ คำปรึกษาแนะนำ ติดตามและทบทวนการทำวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ด้วยความเอาใจใส่ เอื้อเฟื้อ กรุณา อย่างใกล้ชิด ตั้งแต่เริ่มต้นที่ผู้วิจัยได้เริ่มต้นจัดทำจนกระทั่งสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์สำเร็จสมบูรณ์ ด้วยความเรียบร้อย ผู้วิจัยรู้สึกซาบซึ้งในความกรุณาของคณะอาจารย์ที่ปรึกษาเป็นอย่างยิ่ง

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, อาจารย์ ดร.รังสิกร อุปพงษ์ ตุลาการศาลปกครอง ศาลปกครอง อุบลราชธานี ที่กรุณาเสียสละเวลารับเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และดำเนินการสอบ วิทยานิพนธ์ครั้งนี้

ขอขอบคุณคุณสุจิตรา พุ่มไสว เจ้าหน้าที่ของสาขาวิชานิติศาสตร์เป็นพิเศษ ในความ กรุณาอย่างยิ่งต่อความช่วยเหลือทุกประการ ทั้งในการติดต่อประสานงานกับอาจารย์ที่ปรึกษาและ นัดหมายการส่งงานทางด้านเอกสาร ตลอดจนให้ความช่วยเหลือแนะนำอื่นๆเป็นอย่างดี

สุดท้ายนี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณคณาจารย์สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราชทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทความรู้ให้แก่ผู้วิจัย รวมทั้ง เพื่อนๆ นักศึกษาสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช รุ่น ½ และผู้ที่มีส่วนทุกท่านในการจัดทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจน มารดา พี่ๆ น้องๆ และภริยาของผู้วิจัยที่ให้การสนับสนุน ช่วยเหลือ และให้กำลังใจผู้วิจัยทำให้ วิทยานิพนธ์ครั้งนี้ตลอดมา

สุรศักดิ์ ธรรมเป็นจิตต์

พฤษภาคม 2557

ชื่อวิทยานิพนธ์ การใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550

ต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้วิจัย นายสุรศักดิ์ ธรรมเป็นจิตต์ รหัสนักศึกษา 2524004443 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา (1) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ลาวันธ์ ถนัดศิลป์กุล (2) อาจารย์ ดร. รังสิกร อุปพงษ์

ปีการศึกษา 2557

บทคัดย่อ

การวิจัยเรื่อง การใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ต่อศาลรัฐธรรมนูญมีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษากรณีบุคคลถูกระทบสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ บุคคลนั้นจะสามารถยกบทบัญญัติเพื่อใช้สิทธิทางศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญ ได้หรือไม่ เพียงใด (2) ศึกษากรณีการเสนอคดีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อตรวจสอบทบทวนตามคำร้องของบุคคลที่กล่าวอ้างว่า คดีของบุคคลถูกระทบสิทธิและเสรีภาพจากคำพิพากษาอันถึงที่สุดนั้น จะทำได้หรือไม่ เพียงใด

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยทางกฎหมาย โดยการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร ทั้งที่เป็นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลต่างๆของไทย เปรียบเทียบกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฝรั่งเศส อังกฤษและสหรัฐอเมริกา

ผลการวิจัยพบว่าบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ไม่อาจยกบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากยังขาดบทบัญญัติของกฎหมายที่รองรับการใช้สิทธิของบุคคลในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ คือ ขาดกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลที่ถูกกระทบสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้โดยตรงและให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่รับพิจารณาเรื่องดังกล่าวได้และกฎหมายวิธีพิจารณาความกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญและการเสนอคดีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบทบทวนนั้น ยังไม่อาจทำได้ เนื่องจากขาดบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะตรวจสอบทบทวนคำพิพากษาของศาลอื่นได้ แม้มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะให้สิทธิแก่บุคคลผู้ถูกระทบสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง อาจยื่นคำร้องต่อศาลได้ แต่วัตถุประสงค์ตามมาตรา 212 นี้ หมายถึงแต่เฉพาะกรณีที่ได้แย้งว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น จึงมีข้อเสนอแนะเพื่อแก้ปัญหา ประกอบด้วย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้มีบทบัญญัติรองรับการใช้สิทธิของบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการรับคดีที่บุคคลถูกระทบสิทธิเสรีภาพได้ ตลอดจนการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีถูกระทบสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองทั้งในกรณีที่เป็นผลมาจากคำพิพากษาถึงที่สุดและกรณีอื่นๆไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

คำสำคัญ การกระทบสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ

Thesis title: Making a legal claim by virtue of Section 28 of Thailand Constitution 2550 B.E. to Constitutional Court

Researcher: Mr. Surasak Thampenjiti; **ID :** 2524004443; **Degree:** Master of Laws;

Thesis advisors: (1) Dr. Lawan Thanadsilpakul, Assistant Professor;
(2) Dr. Rangsikorn Upapong; **Academic year:** 2014

Abstract

The objectives of this research were to study that (1) in the case of violation of rights and liberties of people, the person aggrieved could raise virtue of section 28 to directly make a legal claim to Constitutional Court or not (2) in the case of the final judgment from others courts has been made, people whose rights and liberties has been violated, could make a legal claim to Constitutional Court or not.

This thesis was conducted through a documentary research by studying Constitution of Thailand 2550 B.E. Organic Act on Constitutional Court Procedure, other acts and Constitutional Decisions and judgment of other courts, compared with ? of the Federal Republic of Germany, France, England and the United States of America.

The findings were as follows : (1) people whose rights and liberties has been violated, could not raise virtue of section 28 to directly make a legal claim to Constitutional court because the lack of laws in providing the standing to sue for individual to file a case with Constitutional Court. Such as, lack of laws to identify person whose rights and liberties has been violated, could directly make a legal claim to Constitutional Court and the lack of laws empowering Constitutional Court to consider that case. And lack of Organic Act on Constitutional Court to identify details about making a legal claim and steps of procedural practice of Constitutional Court. Finally, people whose rights and liberties has been violated from the final judgment of other courts, could not make a legal claim to Constitutional Court to review other courts' decisions because lacking or (of the lack) of provisions of laws empowering the Constitutional Court to review other courts' decisions. Although the standing to sue is prescribed in Section 212 of the Constitution 2550 C.E. that a person whose rights being violated shall be entitled to file a petition to the Constitutional Court, the subject matter of the case according to Section 212 is meant for the objection raised only on the basis that the provisions of laws are contrary to or inconsistent with the Constitution only, not including other acts of the State. There are recommendations to solve these problem as follows : First, There should be an amendment of Constitution in order to provide the standing to sue with Constitutional Court for the people whose rights have been violated, to directly make a legal claim and to empower Constitutional Court to consider case of violated rights and liberties. Second, There should be an amendment of Organic Act ? on Constitutional Court Procedure about details for making a legal claim and steps of procedural practice of Constitutional Court in case of violated rights and liberties resulting from the final judgment of other courts and other causes.?

Keywords: Violation of Constitutional rights and liberties, Organic Act ? on Constitutional Court Procedure, Constitutional Court

สารบัญ

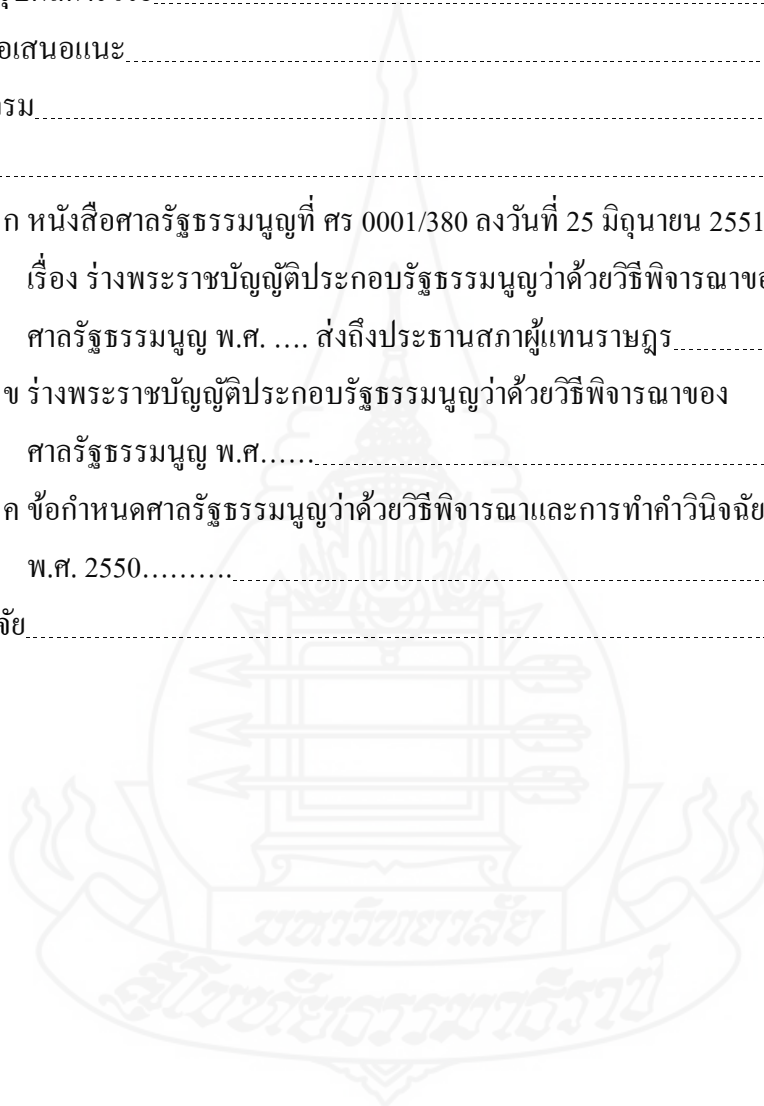
	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
วัตถุประสงค์ของการวิจัย	6
ขอบเขตการวิจัย	7
สมมติฐานการวิจัย	7
วิธีดำเนินการวิจัย	8
นิยามศัพท์	8
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	9
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ	11
หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ	11
ความหมายของสิทธิและเสรีภาพและการแบ่งประเภท	17
หลักประกันสิทธิและเสรีภาพและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยองค์กรตุลาการ	37
ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ	58
แนวคิดทฤษฎีในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ	68
การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ	78
บทที่ 3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในประเทศไทย	92
พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทย	92
สาระสำคัญเกี่ยวกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	102

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550: รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน.....	103
การใช้สิทธิทางศาลในฐานะที่เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของประชาชน.....	107
การใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ..	119
หลักทั่วไปในการประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.....	133
การแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.....	138
การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย.....	138
การใช้สิทธิทางศาลของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญไทย.....	156
บทที่ 4 การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ในต่างประเทศ.....	164
การใช้ทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนใน ประเทศฝรั่งเศส.....	164
การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	189
การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญในประเทศอังกฤษ.....	225
การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	289
บทที่ 5 บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28.....	349
ปัญหาเกี่ยวกับการขาดกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดในการใช้สิทธิทางศาล.....	350
ปัญหาการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงในการฟ้องคดีต่อศาล.....	354
ปัญหาการตรวจสอบการละเมิดหรือการกระทบสิทธิเสรีภาพจากคำพิพากษา คดีถึงที่สุดแล้ว.....	359

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 6 สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ.....	370
สรุปผลการวิจัย.....	370
ข้อเสนอแนะ.....	377
บรรณานุกรม.....	380
ภาคผนวก.....	388
ก หนังสือศาลรัฐธรรมนูญที่ ศร 0001/380 ลงวันที่ 25 มิถุนายน 2551 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ส่งถึงประธานสภาผู้แทนราษฎร.....	389
ข ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.....	391
ค ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550.....	404
ประวัติผู้วิจัย.....	420



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ ตั้งแต่ พ.ศ.2475 เป็นต้นมา จนถึงปัจจุบัน รวม 18 ฉบับ ล้วนแล้วแต่มีจุดมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่วน ลักษณะของการมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ นั้น ย่อมมากบ้างน้อยบ้างแตกต่างกันไป ตามแต่ละยุคสมัยของอำนาจทางการเมืองในการปกครอง ประเทศ ในยุคที่การปกครองระบอบประชาธิปไตยเบ่งบานมาก อย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจน ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 16 ของประเทศไทย โดยจะเห็นได้จากคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ที่มีข้อความว่า “...สภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำ ร่างรัฐธรรมนูญโดยมีสาระสำคัญเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน...” เนื้อหาสาระ และหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพใหม่ๆ หลายอย่าง ตลอดจนการรับรองหลักความเสมอภาคของประชาชน จนอาจกล่าวได้ว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” นอกจากนี้แล้วยังเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติหลักการรับรอง คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ด้วย แม้ว่าต่อมาจะมีการรัฐประหารในวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 จนเป็นเหตุให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นสุดลง แต่รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 ของประเทศไทย ก็ยังคงมุ่งหมาย หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่เช่นเดิม ดังปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฉบับนี้ว่า “ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่จัดทำขึ้นใหม่นี้มีหลักการสำคัญเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนให้เป็นที่ประจักษ์ชัดเจนยิ่งขึ้น.....” เมื่อพิจารณาเนื้อหาสาระและ หลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญฉบับนี้แล้ว พบว่า นอกจากจะมีได้สิทธิหรือทำให้สิทธิเสรีภาพ ของประชาชนลดลงเลย หากแต่ได้บัญญัติเพิ่มเติมหลักการใหม่และขยายความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพต่างๆ ให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น เช่น หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย (มาตรา 26-69) ส่วนที่ 12 สิทธิชุมชน (มาตรา 66-67) นอกจากนี้แล้วยังเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีจุดเด่นที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา คือ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับ แรกที่สภาร่างรัฐธรรมนูญได้เผยแพร่ให้ประชาชนทราบ และจัดให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อให้

ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ อันเป็นการออกเสียงประชามติทำนองนี้เป็นครั้งแรกของประเทศไทย

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อาจกล่าวได้ว่า มีบทบัญญัติที่วางหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ นั้นย่อมแสดงให้เห็นว่า หลักประกันดังกล่าวย่อมเป็นหลักสำคัญซึ่งรับรองว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชน ย่อมได้รับการคุ้มครอง หลักสำคัญดังกล่าวประกอบด้วย หลักที่ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป มิมุ่งหมายบังคับแก่บุคคลใดหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีความชัดเจนและแน่นอน การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็น การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องไม่มีผลย้อนหลังและการจำกัดสิทธิ จะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ ประเทศไทยเป็นประเทศหรือรัฐที่ยึดถือหลักนิติรัฐในการปกครองประเทศ ดังนั้น การจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นจะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ได้มาจากการตรากฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งโดยหลักการประชาธิปไตยแล้ว ย่อมถือว่าเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทยที่ได้รับการเลือกตั้งเข้าไปใช้อำนาจแทนประชาชนชาวไทยทั้งประเทศ หลักการสำคัญในการจำกัดสิทธิเสรีภาพเช่นนี้ ปรากฏตามมาตรา 29 ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550 ซึ่งเป็นมาตราสำคัญที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ว่า รัฐสามารถใช้อำนาจของรัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ย่อมส่งผลกระทบต่อหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพถูกรัฐใช้อำนาจลิดรอนโดยการตรากฎหมายหรือใช้บังคับกฎหมายในลักษณะที่เป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ โดยไม่มีขอบเขตหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เพื่อให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเป็นรูปธรรม จึงขึ้นอยู่กับ กระบวนการควบคุมร่างกฎหมายหรือกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตลอดจนควบคุมกระบวนการตรากฎหมายให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า มีความจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีองค์กรซึ่งทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบองค์กรต่างๆ ของรัฐซึ่งใช้อำนาจของรัฐและองค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาดังกล่าวต้องสามารถใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบได้อย่างเต็มที่ ในขณะที่เดียวกันองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบก็จะต้องมี วิธีการและหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบที่ชัดเจนจนสามารถอธิบายต่อสาธารณชนได้อย่างชัดเจนว่า การใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ ของรัฐละเมิดต่อหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้หรือไม่ องค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในแต่ละประเทศย่อมมีรูปแบบหรือการจัดองค์กรที่

แตกต่างกันออกไป เช่น ฝรั่งเศส จัดองค์กรในรูปแบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ, เยอรมันและไทยจัดองค์กรในรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญ, สหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นจัดองค์กรในรูปแบบของศาลสูงสุด เป็นต้น

ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งโดยหลักแล้วมีหน้าที่สำคัญ คือ การพิจารณาว่ามี ร่างกฎหมายหรือกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือร่างกฎหมายหรือกฎหมายใด มีกระบวนการตราที่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ จึงถือได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการองค์กรหนึ่งที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

คำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิของประชาชน

คำวินิจฉัยที่ 59/2545 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “ร่างพระราชบัญญัติแร่ (ฉบับที่....) พ.ศ..... มาตรา 88/3 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าความลึกจากผิวดินลงไปใต้ดินไม่เกินหนึ่งร้อยเมตร เจ้าของที่ดินยังคงมีแดนแห่งกรรมสิทธิ์และยังคงมีสิทธิในความเป็นเจ้าของที่ดินอยู่อย่างสมบูรณ์” เห็นว่า ในส่วนที่ลึกเกินกว่าร้อยเมตรลงไปนั้น เป็นข้อจำกัดสิทธิในการใช้สอยแดนแห่งกรรมสิทธิ์ที่สามารถกระทำได้ เพราะในความลึกดังกล่าวเกินขอบเขตที่ความสามารถของบุคคลทั่วไป ที่จะสามารถใช้สอยและ ถือเอาประโยชน์ส่วนนั้นได้ และเป็นเรื่องจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าไปดูแลทรัพยากรธรรมชาติในส่วนความลึกเกินกว่าร้อยเมตรเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ับบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนซึ่งสาระสำคัญของสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน

คำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญนำหลักความสามารถในการใช้สอยทรัพย์สินของบุคคล เทียบเคียงกับประโยชน์สาธารณะประการหนึ่ง และวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่ง (สิทธิในทรัพย์สินของประชาชน)

คำวินิจฉัยเกี่ยวกับเสรีภาพของประชาชน

คำวินิจฉัยที่ 25/2547 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “การที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2493 มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา ซึ่งมีความหมายตามมาตรา 4 ว่า หมายความว่ารวมถึง แป้งข้าวหมกด้วยนั้น ในส่วนที่ห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรานั้น เฉพาะในความหมายที่หมายถึงแป้งข้าวหมก เว้นแต่จะได้รับการใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานสรรพสามิต และมาตรา 26 ที่บัญญัติให้ใบอนุญาตซึ่งออกตามความในมาตรา 24 ให้ใช้ได้เฉพาะในสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตนั้น เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม และเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 ดังนั้น พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2493 มาตรา 24

และมาตรา 26 เฉพาะแต่ความหมายของ “เชื้อสุรา” ในส่วนที่หมายความถึง “แป้งข้าวหมัก” จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50”

ศาลรัฐธรรมนูญได้วิเคราะห์ว่า ข้าวแป้งหมักตามมาตรา 24 ของพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2493 ให้หมายความเฉพาะถึงแต่แป้งข้าวหมัก ที่ได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานสรรพสามิตเท่านั้น และการออกใบอนุญาตตามมาตรา 26 ก็ให้ใช้ได้เฉพาะสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตเท่านั้น ถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันทางการค้าโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และขัดกับหลักการจำกัดสิทธิ เสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 50 แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้เฉพาะในส่วนของบางข้อความเท่านั้น ไม่ได้เป็นอันเสียไปทั้งฉบับ (เสรีภาพในการประกอบอาชีพ)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นปัญหา

คำวินิจฉัยที่ 62/2545 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติมาตรา 46 เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม แต่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงถือได้ว่าการที่พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย มาตรา 30 ให้อำนาจการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย..... เข้าไปดำเนินการวางระบบขนส่งปิโตรเลียมจึงมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46”

คำวินิจฉัยที่ 35-36/2544 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “รัฐธรรมนูญมาตรา 262 (1) บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ที่เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติใด มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี เพื่อส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย จึงเห็นได้ว่า การที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) มิได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายล้มละลายดังกล่าว เป็นการโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 264 มิได้ให้สิทธิผู้ร้องที่จะโต้แย้งได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2541 ซึ่งเพิ่มความหมวด 3/1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรค 2 ประกอบมาตรา 335 (1) หรือไม่

การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ เป็นไปตามหลักการของหลักประกันสิทธิ เสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องของการไม่ระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยแท้แล้วกลับเป็นเรื่องของรูปแบบในการตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐธรรมนูญ

บัญญัติให้องค์กรนิติบัญญัติต้องระบุมাত্রาที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹

สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรอง และคุ้มครองให้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 27 ย่อมมีผลผูกพันต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรง จึงกล่าวได้ว่า มาตรานี้เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28 จะมีบทบัญญัติรับรองไว้ว่า บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ ซึ่งเป็นหลักการที่บัญญัติเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ซึ่งกล่าวได้ว่า เป็นหลักการใหม่ซึ่งบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมา เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น แต่ในทางปฏิบัติ ยังพบปัญหาที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545 ดังที่นำเสนอว่า แต่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ กรณีดังกล่าว กฎหมายนั้นจึงมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเห็นได้ว่า ศาลให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยว่า เมื่อยังไม่มีกฎหมายตราขึ้นเพื่ออธิบายหรือขยายความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า กฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นจึงยังมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยความเคารพศาล เหตุผลตามคำวินิจฉัยนี้ จะสามารถรับฟังได้เป็นบรรทัดฐานตามหลักตรรกวิทยาได้อย่างเหมาะสมหรือไม่

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ปรากฏขึ้นในลักษณะเช่นนี้ ย่อมทำให้เข้าใจได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ยังไม่อาจทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักองค์กรหนึ่ง ซึ่งมีพันธกิจที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่ง

ในระหว่างที่องค์กรนิติบัญญัติยังมิได้ตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองและรับรองไว้ หรือยังมิได้ตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หรือเหตุอื่นใดที่ทำให้ยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดในการใช้สิทธิ

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540” *วารสารนิติศาสตร์* 32, 3 (กันยายน 2545): 32 – 74 หน้า 72

บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความผูกพันที่ต้องวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ศาลยังมิได้พิจารณากฎหมายอื่นใดที่มีลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง รวมไปถึงหลักกฎหมายทั่วไป มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี

และเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งจะทำให้สาธารณชนรับฟังเหตุผลตามคำวินิจฉัยได้โดยปราศจากความเคลงใจ หรือเกิดความเชื่อมั่นต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้น

นอกจากนี้แล้ว ยังมีปัญหาอีกว่า การใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ ตามมาตรา 28 จะสามารถใช้สิทธิได้ในศาลใดบ้าง จะใช้สิทธิทางศาลเกี่ยวกับคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวกับด้วย การละเมิดหรือกระทบสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ เพียงใด รวมถึงปัญหาที่ว่า บุคคลกล่าวอ้างว่าสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ถูกละเมิดหรือกระทบโดยคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วของศาลต่าง ๆ นั้น จะเสนอเรื่องร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบทบทวนได้หรือไม่ เพียงใด

ดังนั้น ในการศึกษาเรื่องนี้ จึงมีปัญหาคำถามซึ่งมีประเด็นคำถามที่ต้องศึกษาและนำไปสู่ข้อสรุปเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของประชาชน ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรค 2 ให้การรับรองและคุ้มครองปัจเจกบุคคล ซึ่งบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะสามารถยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้หรือไม่ มากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อศาลรัฐธรรมนูญ ประการหนึ่ง และการเสนอคดีที่มีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว เข้าสู่การพิจารณาตรวจสอบทบทวนตามคำกล่าวอ้างของบุคคลที่กล่าวอ้างว่าสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้วของตนเองถูกกระทบโดยผลของคำพิพากษานั้น จะสามารถทำได้หรือไม่ เพียงใด

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 ศึกษาว่าบุคคลจะสามารถใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาล ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ เสนอคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ในกรณีที่เห็นว่าสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองของตนเองถูกกระทบสิทธิจากการใช้อำนาจของรัฐ ได้หรือไม่ เพียงใด

2.2 การเสนอคดีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อตรวจสอบตามคำร้องขอของบุคคลที่กล่าวอ้างว่า คดีของตนมีการกระทบสิทธิหรือเสรีภาพจากคำพิพากษาอันถึงที่สุดนั้น ว่าจะสามารถกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพียงใด

3. ขอบเขตของการวิจัย

3.1 ศึกษาการใช้สิทธิทางศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญของประชาชนเพื่อให้รัฐปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หมวด 3

3.2 ศึกษาขอบเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทย ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 โดยศึกษาจากรัฐธรรมนูญ, ด้วยบทกฎหมายอื่นๆ และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

3.3 ศึกษาการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส , ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี , ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา , ศาลสูงของอังกฤษ และศึกษาเปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศทั้ง 4 โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ , ศาลรัฐธรรมนูญและศาลสูงสุด กับ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

4. สมมติฐานการวิจัย

ปัจเจกบุคคล ยังไม่อาจใช้สิทธิทางศาลในการยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในการใช้สิทธิทางศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญได้อย่างสมบูรณ์ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ทั้งในการใช้สิทธิทางศาลในฐานะผู้ร้องและยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในฐานะผู้ถูกร้อง ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักองค์กรหนึ่ง ซึ่งทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมาย ตลอดจนการพิจารณาพิพากษาคดี โดยรัฐธรรมนูญรับรองว่า บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรค 2 ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องสามารถตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของรัฐได้อย่างเต็มที่ ตลอดจนสามารถอธิบายได้ว่าการใช้อำนาจรัฐนั้นๆ กระทบกระเทือนต่อหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้วหรือไม่ ในปัจจุบัน เห็นว่า การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมายดังกล่าวนั้น ค่อนข้างมีประสิทธิภาพ แต่ในการที่ประชาชนจะใช้สิทธิทางศาลในการเสนอคำร้องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น อาจยังไม่สามารถทำได้ จึงควรศึกษาวิจัยตามประเด็นดังกล่าว เพื่อให้ทราบว่า การที่ประชาชนจะใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 วรรค 2 ได้โดยตรงนั้น มีปัญหาอะไรบ้าง ซึ่งรวมไปถึงศาลรัฐธรรมนูญว่า มีปัญหาอุปสรรคในการทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างไร มากน้อยเพียงใด อันจะนำไปสู่การค้นหาวิธีการหรือแนวทางใน

การแก้ไขปัญหาอุปสรรคเช่นว่านั้น ตลอดจนมีข้อเสนอแนะที่จะเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

5. วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการศึกษาเอกสาร (Documentary research) ด้วยการศึกษาค้นคว้า รวบรวมข้อมูลจากแหล่งปฐมภูมิ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, บทกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และจากแหล่งทุติยภูมิ ได้แก่ เอกสารประเภทต่างๆ จากห้องสมุด หนังสือ บทความ วารสาร วิทยานิพนธ์ เอกสารประกอบการประชุมสัมมนา เอกสารอื่นๆ ในสาขานิติศาสตร์และสาขาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง สื่ออินเทอร์เน็ต เพื่อศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพหลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ ความหมายและการแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพและหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญทั้งในไทยและต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฝรั่งเศส อังกฤษและสหรัฐอเมริกา ปัญหาของการใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรค 2 เพื่อนำไปสู่การพิจารณาปัญหาการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 ตลอดจนปัญหาและข้อเสนอแนะ

6. นิยามศัพท์

6.1 ศาลรัฐธรรมนูญ หมายถึง ศาลที่มีอำนาจและหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างกฎหมาย

6.2 องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง ศาลรัฐธรรมนูญ, คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ, ศาลสูงสุดหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นใดที่มีอำนาจและหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างกฎหมาย

6.3 องค์การตามรัฐธรรมนูญอื่น หมายถึง สภารัฐธรรมนูญหรือคณะกรรมการรัฐธรรมนูญหรือองค์การรัฐธรรมนูญอื่นใดที่มีอำนาจและหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างกฎหมาย

6.4 สิทธิและเสรีภาพ หมายถึง อำนาจที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้บุคคลในอันที่จะกระทำได้ตามสิทธิที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ และไม่ตกอยู่ในสภาวะที่ถูกควบคุมหรือถูกรอบงำจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

6.5 สิทธิขั้นพื้นฐาน หมายถึง สิทธิต่างๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ประกอบด้วย สิทธิและเสรีภาพทุกประเภท สิทธิทางการเมือง สิทธิทางสังคม สิทธิทางเศรษฐกิจ ตลอดจนสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

6.6 สิทธิมนุษยชน หมายถึง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ประกอบด้วย สิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกประเภท สิทธิทางการเมือง สิทธิทางสังคม สิทธิทางเศรษฐกิจ ตลอดจนสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

6.7 การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม หมายถึง กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อควบคุมร่างกฎหมาย กฎหมาย กฎ ข้อบังคับ มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยที่ไม่มีกระบวนการพิจารณาคดีค้างอยู่ในศาลอื่นใด

6.8 การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม หมายถึง กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อยู่ในระหว่างการดำเนินคดีตามกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองหรือศาลอื่นใด ซึ่งศาลมีปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี และได้ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น

7. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

เมื่อศึกษาจนเสร็จสิ้นแล้ว จะทำให้ทราบว่า

7.1 ในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลในเรื่องสิทธิและเสรีภาพต่อศาลรัฐธรรมนูญ และการที่ไม่มีกฎหมายขยายรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองในหมวด 3 นั้น ผู้ทรงสิทธิจะสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองต่อศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ อย่างไร

7.2 บังคับบุคคลจะสามารถอ้างสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เสนอคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ได้หรือไม่ เพียงใด

7.3 ในกรณีที่ปัจเจกบุคคลเห็นว่าหรือกล่าวอ้างว่า คำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้น จะได้รับการตรวจสอบทบทวนจากองค์กรใดหรือไม่อย่างไร

7.4 มีข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของ ปัจเจกบุคคล รวมถึงการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเหมาะสม มีประสิทธิภาพและมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น



บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

แนวคิดทฤษฎีที่ใช้เป็นหลักในการศึกษาครั้งนี้ ยึดถือ แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ โดยผู้ศึกษาจะได้นำเสนอแยกเป็นหัวข้อดังนี้ 1. หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ 2. ความหมายของสิทธิและเสรีภาพและการแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพ 3. หลักประกันสิทธิและเสรีภาพและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ 4. ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญ 5. แนวคิดในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ 6. การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังจะได้นำเสนอตามลำดับ ดังต่อไปนี้

1. หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ในการศึกษาเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพนั้น ต้องศึกษาแนวความคิดต่างๆ ซึ่งเป็นที่มาพื้นฐานของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” อันจะนำไปสู่การค้นพบความหมายของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ซึ่งสามารถนำเสนอตามลำดับดังต่อไปนี้

1.1 พัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ในอดีตนั้นอาจกล่าวได้ว่าความรู้และศิลปะวิทยาการ และศาสตร์สาขาต่างๆ เริ่มต้นขึ้นมาตั้งแต่สมัยนครรัฐกรีก เนื่องจากในขณะนั้นกรีกเป็นเมืองเล็กๆ ซึ่งมีรูปแบบการปกครองแบบนครรัฐ (City state)² (ราว 600 ปี ก่อน ค.ศ.) โดยเป็นเมืองท่าติดชายทะเล จึงถือว่าเป็นศูนย์กลางสำหรับการพาณิชย์กรรมและการคมนาคมที่สะดวกสบายเป็นอย่างมากในยุคสมัยนั้น ถือได้ว่าเป็นชุมชนหรือเมืองซึ่งมีผู้คนจากแดนต่างๆ เข้ามาอาศัยอยู่ทั้งการศึกษาศิลปะวิทยาการและการค้าขาย ด้วยความเหมาะสมทั้งทางด้านภูมิประเทศ ภูมิอากาศ เศรษฐกิจ สังคมและการศึกษาในขณะนั้น ทำให้เกิดการแลกเปลี่ยนความรู้ ศาสตร์สาขาต่างๆ และประสบการณ์ต่างๆ จากประชากรที่มาจากต่างถิ่นมาอยู่อาศัยอันเป็นไปอย่างกว้างขวาง จึงพอสรุปได้ในเบื้องต้นว่า แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพเกิดขึ้นในยุคนี้เอง

นักปราชญ์คนสำคัญในสมัยนครรัฐกรีก โบราณที่มีชื่อเสียงอย่างมากในขณะนั้นคือ อริสโตเติล (384-322 ปีก่อน ค.ศ.) ได้กล่าวไว้ว่า “มนุษย์เป็นสัตว์ที่มีเหตุผล ย่อมมีสิทธิเสรีภาพ

² ปรีดี เกษมทรัพย์. (2553). *นิติปรัชญา* กรุงเทพฯ: คีออนตุลา หน้า 88.

ในการเลือก และด้วยเหตุผลที่ถูกต้องยอมช่วยให้เขาเข้าถึงกฎหมายได้ และ ณ.จุดนี้เองคือเสรีภาพที่ยิ่งใหญ่ของมนุษย์³

คำกล่าวของอริสโตเติลดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า สิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่และมีมาพร้อมกับมนุษย์อยู่แล้วตามกฎเกณฑ์ของธรรมชาติ ภายใต้แนวความคิดนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิและเสรีภาพเป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติหรือเป็นสิทธิตามธรรมชาตินั้นเอง⁴ แนวความคิดดังกล่าวนี้จึงถือเป็นต้นกำเนิดจุดหนึ่งของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งมีปรัชญาของสำนักว่า “สิทธิทั้งหลายเกิดขึ้นตามธรรมชาติพร้อมๆ กับมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ก็เป็นส่วนหนึ่งของจักรวาลและธรรมชาติ กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นนั้น ไม่มีผู้ใดบงการให้เกิด แต่เป็นเหตุผลของเรื่องหรือของตัวมันเอง ซึ่งก็มีอยู่ในตัวมนุษย์เช่นกัน ทำให้มนุษย์สามารถใช้เหตุผลนี้ เรียนรู้ศึกษาธรรมชาติและใช้กระบวนการเดียวกันในการศึกษาตัวเองและสังคมของมนุษย์⁵

ต่อมาในยุคกลาง (ช่วง ค.ศ.1000 – 1600) มีพัฒนาการเรื่องสิทธิและเสรีภาพอย่างต่อเนื่อง จุดกำเนิดของพัฒนาการเกิดขึ้นจาก การที่ฝ่ายพระมหากษัตริย์และบรรดาขุนนางชั้นสูงใช้อำนาจกดขี่ข่มเหงรังแกประชาชน โดยเฉพาะพวกพ่อค้า ชาวนา ชาวไร่ อย่างต่อเนื่องยาวนานนับหลายร้อยปี เป็นเหตุให้พวกพ่อค้าซึ่งเป็นชนชั้นกลางพากันปลุกเร้าชาวนา ชาวไร่ซึ่งเป็นชนชั้นล่างให้ลุกฮือขึ้นต่อสู้เรียกร้อง สิทธิและเสรีภาพบางประการที่พวกตนอยากจะได้อยากจะมีและคิดว่าพวกตนเองควรมี การเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ทำให้ฝ่ายปกครอง คือ พระมหากษัตริย์และขุนนางชั้นสูงจำเป็นต้องให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ซึ่งมักจะอยู่ในรูปของเอกสารข้อตกลงลายลักษณ์อักษรตามที่ฝ่ายชนชั้นกลางเรียกร้อง ซึ่งอาจสรุปเหตุการณ์ดังกล่าวได้ดังนี้

ค.ศ. 1188 Cortes von Leon เป็นผู้จัดให้มีการประชุมของบรรดาเหล่านักบวชและประชาชนชาวสเปน เพื่อให้การรับรองสิทธิของประชาชนด้านต่างๆ เช่น สิทธิในการฟ้องร้อง, สิทธิในการปรึกษาหารือ, สิทธิในการร่วมแสดงความคิดเห็นในปัญหาสำคัญๆ เช่น การทำสงคราม, การทำสัญญาสันติภาพ เป็นต้น นอกจากนี้ยังต้องยอมรับการล่วงละเมิดไม่ได้ในชีวิต เกียรติยศ ตลอดจนสิทธิในที่อยู่อาศัยและกรรมสิทธิ์⁶

³ อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (2544). รายงานการวิจัย เรื่อง การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิของบุคคลตามมาตรา 28 กรุงเทพฯ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ หน้า 34.

⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 34.

⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 35.

⁶ Albert Bleckmann *Staatsrecht II-Die Grundrecht* 4 Aufl 1997 S2 อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 34.

ค.ศ.1215 พระเจ้าจอห์น กษัตริย์ประเทศอังกฤษเป็นกษัตริย์ที่โหดร้าย ใช้อำนาจปกครองอย่างไม่มีขอบเขต จึงทำให้บรรดาเหล่าขุนนางและพระราชาคณะไม่พอใจ จึงได้ทำการต่อสู้กับฝ่ายพระเจ้าจอห์น ผลปรากฏว่าฝ่ายพระเจ้าจอห์นเป็นฝ่ายแพ้ จึงถูกบรรดาขุนนางและพระราชาคณะ จำนวน 25 คน บังคับให้พระเจ้าจอห์นลงนามในเอกสารสำคัญฉบับหนึ่ง ที่เรียกว่า **มหาบัตร** (The Great Charter , Magna Carta) ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างพระมหากษัตริย์กับขุนนางและพระราชาคณะ จำนวน 63 ข้อ โดยในมหาบัตรนั้น ได้กำหนดถึง องค์กรและอำนาจของสภาใหญ่ (Magnum Concillium) ซึ่งมีสาระสำคัญประการหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างตามที่กำหนดไว้ โดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาใหญ่ไม่ได้ นอกจากนี้แล้ว เพื่อป้องกันมิให้พระมหากษัตริย์ใช้ศาลเป็นเครื่องมือในการใช้อำนาจโดยมิชอบ จึงมีการระบุไว้ในมาตรา 39 แห่งมหาบัตรว่า “เสรีชน ไม่อาจจะถูกจับกุมคุมขัง ประหารชีวิต หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานจากคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย”⁷

ค.ศ.1356 Barbanter Joyeuse Entrée ได้เรียกร้องต่อผู้ปกครองแผ่นดิน เพื่อให้คำมั่นสัญญาว่าจะรับรองสิทธิต่างๆ โดยให้ความเป็นธรรมต่อชนชั้นกลางในการร่วมตัดสินใจในการทำสงครามและสัญญาสันติภาพ นอกจากนี้ยังปรากฏเอกสารที่คล้ายๆ กันในลักษณะดังกล่าวทั้งในประเทศอังกฤษ โปรตุเกส โปแลนด์ และสวีเดน รวมทั้งเขตการปกครองในดินแดนของเยอรมัน ที่ได้มีการบังคับเพื่อให้มีการให้คำมั่นสัญญาในเรื่องดังกล่าว โดยส่วนใหญ่เป็นการเรียกร้องเพื่อให้สิทธิแก่ชนชั้นกลางและโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อเมืองที่มีความเป็นอิสระค่อนข้างสูง⁸

แม้ว่าพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพตามที่มีการเรียกร้อง ที่นำเสนอตามลำดับนั้น ล้วนแล้วแต่เป็นสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งมีพื้นฐานที่เกิดจากข้อตกลงอันทำให้เกิดประโยชน์หรือสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคลเฉพาะกลุ่ม กล่าวคือ ใช้บังคับได้แต่เฉพาะชนชั้นกลางและในเรื่องซึ่งได้กำหนดไว้เท่านั้น ยังมีได้มีผลบังคับแก่ประชาชนโดยทั่วไป⁹ แต่พัฒนาการดังกล่าวนี้ก็เป็จุดกำเนิดของการเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยทั่วไปในยุคสมัยต่อมา เนื่องจากเนื้อหาข้อตกลงตามสัญญาที่พัฒนาการมาเหล่านี้ก็เป็นอุปสรรคที่ขัดขวางการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของเหล่าผู้ปกครองในยุคต่อมา มิให้สามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจได้อีกต่อไป

พัฒนาการในยุคต่อมา (ค.ศ.1600 – 1700)ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นช่วงของรัฐตามนิยามของรัฐสมัยใหม่ มีพัฒนาการที่โดดเด่น ดังนี้

⁷ วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์ หน้า 23 – 31.

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 6 หน้า 34.

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 6 หน้า 34.

ค.ศ. 1628 ในประเทศอังกฤษ สภานิติบัญญัติและสภาสามัญได้รวมตัวกันยื่นเอกสารฉบับหนึ่ง เรียกว่า “Petition of Right” ต่อพระเจ้าชาร์ลส์ ซึ่งเป็นพระมหากษัตริย์อังกฤษในขณะนั้น เพื่อให้พระองค์ยอมรับการกำหนดสถานะแห่งสิทธิตามกฎหมายระหว่างพระองค์กับรัฐสภา เอกสารฉบับนี้มีความสำคัญต่อความหมายของเสรีภาพที่มีมาตั้งแต่เดิมให้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก อันส่งผลให้ประชาชนของพระองค์สามารถอ้างสิทธิต่างๆ โดยชอบจากพระบรมราชโองการที่ยืนยันความคงอยู่แห่งสิทธินั้นเอง¹⁰

ค.ศ. 1689 รัฐสภาอังกฤษได้ร่างเอกสารฉบับหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “Bill of Right” เพื่อให้พระเจ้าวิลเลียม กษัตริย์อังกฤษในขณะนั้นให้ความเห็นชอบ โดยเอกสารฉบับนี้มีประเด็นสำคัญๆ เช่น การคานอำนาจของฝ่ายกษัตริย์โดยรัฐสภา ในเรื่องการมีผลหรือการสิ้นผลของกฎหมาย คือ การที่พระมหากษัตริย์จะทรงให้กฎหมายใดมีผลหรือสิ้นผลบังคับใช้หรือระงับไปนั้น จะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาด้วย นอกจากนี้แล้วในการเรียกเก็บภาษี กษัตริย์จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน รวมทั้งมีการให้เสรีภาพในการพูด การอภิปรายหรือการดำเนินการในรัฐสภา ซึ่งจะฟ้องร้องหรือสอบสวนการกระทำความผิดกล่าววนอกรัฐสภาไม่ได้ และการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาต้องเป็นไปโดยเสรี เป็นต้น¹¹

โทมัส ฮอปส์ (Thomas Hobbes , ค.ศ.1588 – 1679) เชื่อว่า โดยธรรมชาติแล้วมนุษย์นั้นเป็นคนที่เห็นแก่ตัวและโหดร้าย ดังนั้น ถ้ามนุษย์แต่ละคนใช้เสรีภาพกันอย่างเต็มที่แล้วย่อมทำให้สังคมเกิดความขัดแย้งวุ่นวาย ดังนั้น ตามแนวความคิดของเขา เขาเห็นว่า มนุษย์แต่ละคนควรเสียดุลเสรีภาพส่วนตนบางส่วน เพื่อให้สังคมมีความสงบสุขและทำสัญญา (ที่เรียกกันว่า Pactum Subjection S) เพื่อให้รัฐเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยรักษาความสงบของสังคม¹²

จอห์น ล็อก (John Lock ,ค.ศ.1632 - 1704) ผู้จุดประกายทฤษฎีสัญญาประชาคม เชื่อว่า มนุษย์มีธรรมชาติที่รักสงบ มีจิตใจอันดีงาม ชอบช่วยเหลือกัน แต่ความที่มนุษย์เราแต่ละคนมีเสรีภาพตามธรรมชาติอันเท่าเทียมกันนั่นเอง ทำให้ไม่มีสภาพบังคับระหว่างมนุษย์ต่อมนุษย์ด้วยกัน จึงเกิดความขัดแย้งและไม่มั่นคงปลอดภัย มนุษย์จึงควรสละสิทธิตามธรรมชาติที่จะบังคับซึ่งกันและกันให้แก่สังคม ดังนั้น เมื่อเกิดการละเมิดสิทธิ จึงควรมีการโอนสิทธิในการบังคับกันให้แก่สังคม เพื่อให้สังคมเป็นผู้ใช้อำนาจแต่เพียงผู้เดียว แต่อย่างไรก็ตาม การสละเสรีภาพดังกล่าวเป็น

¹⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 35.

¹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ. (2538). *กฎหมายมหาชน* เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 26.

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 11 หน้า 46 – 47.

การสละเสรีภาพบางส่วนเพื่อความสงบสุขร่วมกันของคนในสังคมเท่านั้น แต่มนุษย์ยังคงมีสิทธิเสรีภาพด้านอื่นๆ อยู่¹³

จะเห็นได้ว่า แนวความคิดของโทมัส ฮอปส์ แตกต่างจากแนวความคิดของจอห์น ล็อก ในการมองลักษณะตามธรรมชาติของมนุษย์แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง หากแต่แนวคิดในเรื่องการให้รัฐใช้สิทธิและเสรีภาพบางประการแทนประชาชนในสังคมจะคล้ายคลึงกัน

แนวความคิดที่ว่า มนุษย์ควรเสียสละเสรีภาพของตนเพื่อความมั่นคงและผาสุกของสังคม ได้รับการพัฒนาแนวคิดไปสู่การเกิดแนวความคิดเรื่องอำนาจรัฐ โดย จัง จ้าค รูสโซ (Jean Jacques Rousseau ค.ศ. 1712 – 1778) ผู้เป็นเจ้าของทฤษฎีสัญญาประชาคม (Theory of Social Contract) เขากล่าวว่า มนุษย์ทุกคนอยู่อย่างมีอิสระเสรี มีความเท่าเทียมกัน ต่อมามนุษย์แต่ละคนได้เข้ามารวมกันโดยสมัครใจเป็นสังคมนั้น และได้รวมตัวกันมอบอำนาจในส่วนของตนให้ไว้แก่สังคม หรือ “รัฐ” คือ อำนาจอธิปไตยมาจากประชาชนทุกคน โดยต่างยินยอมพร้อมใจมอบอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดอันเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม มิใช่ของคนใดคนหนึ่ง ดังนั้น “รัฐ” คือ อำนาจอธิปไตยอันมาจากประชาชนทุกคน โดยต่างยินยอมพร้อมใจมอบอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกัน ภายใต้อำนาจสูงสุดอันเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมมิใช่ของคนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะ และสมาชิกแต่ละคนซึ่งเท่ากับเชื่อฟังตนเอง ซึ่งใน “อำนาจ” อันเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมนี จึงเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันที่สูงที่สุด เหนือกว่าประชาชนทุกคนและทำหน้าที่เป็นผู้รักษากติกา ไม่ให้ผู้มีอำนาจแข็งแกร่งกว่าใช้เสรีภาพทำร้ายผู้ที่อ่อนแอกว่าในสังคมได้

จากทฤษฎีสัญญาประชาคม พอสรุปได้ว่า โดยธรรมชาติแล้ว มนุษย์ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพ และทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน จึงไม่มีใครมีอำนาจบังคับซึ่งกันและกันได้ ดังนั้น ถ้าไม่มีการลดหรือจำกัดเสรีภาพของแต่ละคนลงมาแล้ว ย่อมมีโอกาสเกิดการกระทบกระทั่งตลอดจนเกิดความขัดแย้งในสังคมได้มาก เสรีภาพนั้นถ้าไม่มีขอบเขตจำกัดเลยย่อมจะเกิดมีภาวะอนาธิปไตย (Anarchy) ดังเช่นที่มนุษย์เคยเผชิญมาแล้วในสมัยยุคป่าเถื่อน เพราะเหตุว่ามนุษย์ทุกคนย่อมใช้สิทธิและเสรีภาพของตนเองอย่างเต็มที่ ทำให้กระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของผู้อื่น จนในที่สุดจะทำให้สังคมเหลือแต่เฉพาะผู้ที่แข็งแรงเท่านั้น ผู้ที่อ่อนแอจะต้องตกเป็นทาสและถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพจนหมด ดังนั้น การมีเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจึงเป็นเหตุใหญ่ให้เกิดการไร้เสรีภาพ การเข้ามารวมกันเป็นสังคมยอมรับอำนาจการเมือง

¹³ เรื่องเดียวกัน หน้า 55 – 57.

เหนือตนเอง ถือเป็นรูปแบบการปกครองที่ทำให้อำนาจสูงสุดนั้นสูงเหนือทุกคน ทำหน้าที่เป็น
กรรมการคอยรักษากติกาไม่ให้ผู้เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้ที่อ่อนแอกว่า¹⁴

หลักการของสิทธิและเสรีภาพโดยเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนนั้น พัฒนามาสู่
ปัจจุบัน โดยการกำหนดวางหลักของสิทธิและเสรีภาพ เงื่อนไขและหลักการจำกัดสิทธิของประชาชน
นั้น อยู่ในรูปแบบของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดหรือเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน
ในรัฐ โดยถือว่าการที่ราษฎรต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยนั้นก็เพราะ
ประสงค์จะให้คนมีสิทธิและเสรีภาพนั่นเอง ซึ่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศต่างๆ
ในปัจจุบัน จะมีบทบัญญัติกำหนดเรื่องสิทธิและเสรีภาพไว้ทั้งสิ้น หรือกรณีของประเทศฝรั่งเศส
คือรับรองว่า ปณิญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศเมื่อ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 นั้นยังคง
ใช้ได้ โดยรับรองไว้ในคำปรารภและเพิ่มเติมสิทธิเสรีภาพบางอย่างลงไว้ในคำปรารภด้วย¹⁵

1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ด้วยเหตุว่าสิทธิและเสรีภาพมาจากประชาชนตามแนวความคิดเจตนารมณ์ร่วมกัน
ของปวงชน ถ้าจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ต้องได้รับความยินยอมจากประชาชนด้วย
เช่นกัน ซึ่งจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยการแสดงเจตนารมณ์ของประชาชนร่วมกันเท่านั้นแต่เมื่อพิจารณา
จากความเป็นจริงแล้ว การแสดงเจตนารมณ์ของประชาชนตามอุดมคตินั้น เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ยาก
และเป็นไปไม่ได้ เนื่องจากการใช้อำนาจประชาธิปไตยโดยตรงโดยประชาชน โดยไม่มีองค์กรใดมา
เชื่อมโยงเป็นเรื่องที่รัฐชาติในระบอบประชาธิปไตยใดๆ ก็ทำได้ยาก จึงมีความจำเป็นที่จะต้อง
มี “กรรมการ” หรือ “องค์กรหรือตัวแทนของผู้ใช้อำนาจ” เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชนซึ่ง
เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยนั้น

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบันนี้ เป็นแบบตัวแทนทั้งสิ้น
(ประชาธิปไตยแบบทางอ้อม) ซึ่งประชาชนได้เลือกเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนตนเองทั้งสิ้น
ซึ่งจะเป็นการเลือกได้เพียงใดหรือระดับใดก็แล้วแต่รูปแบบการปกครองของแต่ละรัฐ การใช้อำนาจ
รัฐของประชาชนผ่านระบบตัวแทนในรูปแบบขององค์กรผู้ใช้อำนาจ ประกอบด้วย องค์กร
นิติบัญญัติหรือรัฐสภา ใช้อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ตามที่มิบบทบัญญัติแห่ง
รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้ องค์กรบริหารหรือคณะรัฐมนตรี ใช้อำนาจบริหารและปกครองระบบ
ราชการตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ ให้อำนาจไว้ ในขณะที่องค์กรตุลาการหรือศาล

¹⁴ George Burdeau *Liberte* Paris LGDJ 1972 p.19-20 อ้างในเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2544).
“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ” *วารสารศาสตร์รัฐธรรมนูญ* 3 , 9 (กันยายน-ธันวาคม): 27 - 35 หน้า 29.

¹⁵ หยุด แสงอุทัย . (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 153.

ใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินข้อพิพาทเมื่อเกิดข้อพิพาท หรือปัญหาตามที่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ ให้อำนาจไว้

จึงสรุปได้ว่า การจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย จึงทำได้โดยการตรากฎหมายโดยองค์กรซึ่งถือว่าเป็น “ตัวแทน” ของประชาชน ได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเท่านั้น

2. ความหมายของสิทธิและเสรีภาพและการแบ่งประเภท

2.1 สิทธิ (Right)

ก่อนที่จะให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ในปัจจุบัน ควรศึกษาพัฒนาการของความหมายของ “สิทธิ” ตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบัน เพื่อตรวจสอบทบทวนว่าความหมายเป็นเช่นไร ในอดีตมีความพยายามของนักปรัชญาจาก 2 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายเสรีนิยมประชาธิปไตย และฝ่ายสังคมนิยม ที่พยายามให้ความหมาย ดังนี้

2.1.1 ความหมายของ “สิทธิ ตามแนวความคิดของฝ่ายเสรีนิยมประชาธิปไตย”¹⁶

ซึ่งมี 2 ทฤษฎี

1) ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ ตามแนวคิดของสำนักนี้ ยอมรับหลักการเรื่องความเป็นเหตุเป็นผล โดยธรรมชาติ นักปรัชญาสำนักนี้มีความเชื่อว่า สิทธิทั้งหลายติดตัวมาพร้อมมนุษย์ตั้งแต่เกิดโดยธรรมชาติ ซึ่งแม้จะมีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เชื่อว่าเป็นกฎหมายที่สูงส่งและมีคุณค่ายิ่งกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองประเทศ กฎหมายที่ตราขึ้นมานั้นเพียงแต่เป็นการรับรองสิทธิดังกล่าวว่ามีอยู่จริงและยอมรับคุ้มครองสิทธิดังกล่าวให้ มิได้เป็นการสร้างหรือก่อให้เกิดสิทธิต่างๆ แต่ประการใด นักปรัชญาสำนักนี้ที่มีชื่อเสียงเป็นอย่างมากในคริสต์ศตวรรษที่ 16 และ 17 คือ ฮูโก โกรติอุส (Hugo Grotius) ชาวฮอลันดา ซึ่งมีชีวิตอยู่ในช่วง ค.ศ.1583-1645 ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นบิดาของวิชากฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นผู้บุกเบิกทางให้นักปรัชญาสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติในแนวคิดกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ กล่าวว่า “กฎหมายธรรมชาติ คือ บัญชาของเหตุผลอันถูกต้องที่ชี้การกระทำหนึ่งการกระทำใดว่า มีความต่ำทรามในทางศีลธรรมหรือมีความจำเป็นในทางศีลธรรมหรือไม่ ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากคุณภาพของการกระทำนั้น ว่าเป็นไปตามธรรมชาติหรือขัดแย้งกับธรรมชาติที่มีเหตุผลของมนุษย์”¹⁷

¹⁶ วิษณุ เครืองาม เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 7 หน้า 643.

¹⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์ เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 2 หน้า 196.

สิ่งที่ทำให้ใคร่ดูสมองไกลกว่าทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติยุคเก่า ก็คือ “การมองว่า สิ่งที่เกิด-ชอบ-ชั่ว-ดี นั้น อยู่ที่คุณภาพของตัวมันเองไม่ขึ้นกับใคร” และ “Law of Nature” หรือความถูกต้องนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับพระเจ้าอีกต่อไป หากแต่เป็นสิ่งที่อยู่ในตัวของมันเอง แม้พระเป็นเจ้าเองก็ไม่อาจปรับแก้กฎหมาย ธรรมชาติให้เปลี่ยนไป ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้ต่อมาได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและพัฒนาเป็นสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ในเวลาต่อมา¹⁸

2) ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง นักปรัชญาในสำนักความคิดนี้มอง “สิทธิ” ในความหมายที่แตกต่างจากสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติโดยสิ้นเชิง โดยนักปรัชญาในสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเห็นว่า “สิทธิ” หมายความว่า ประโยชน์อันเกิดจากการคุ้มครองและรับรองโดยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ สิทธิจึงเกิดขึ้นโดยกฎหมาย สิทธิย่อมได้มาจากการให้อำนาจโดยกฎหมาย การที่ไม่มีกฎหมายรับรองหรือคุ้มครองให้ก็ไม่อาจเกิดสิทธินั้นๆ ขึ้นได้ เมื่อกฎหมายไม่ได้รับความคุ้มครองไว้ ปัจเจกชนก็ไม่อาจกล่าวถึงสิทธิดังกล่าวได้¹⁹

เหตุที่ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีทัศนคติที่แตกต่างไปจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ คือ ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเห็นว่า การที่กล่าวอ้างถึงสิทธิอันเกิดจากกฎหมายธรรมชาตินั้น แท้จริงแล้วกฎหมายธรรมชาติ ก็คือ ศีลธรรม มโนธรรมและความรู้สึกที่ควรจะเป็น นอกจากนี้แล้ว ยังเป็นสิ่งที่หาลักเกณฑ์ใดๆ มาวัดได้ยากว่า สิทธิตามธรรมชาตินั้นมีมากน้อยเพียงใด และภายในขอบเขต หรือหลักเกณฑ์อย่างไร ดังนั้น ถ้าไปกล่าวอ้างสิทธิโดยยึดถือธรรมชาติเป็นเกณฑ์ ย่อมเกิดปัญหาโต้แย้งติดตามมาอย่างไม่มีที่สิ้นสุด

ต่อมาในยุคคริสต์ศตวรรษที่ 19 นักกฎหมายฝ่ายเสรีนิยมประชาธิปไตยพยายามผสมผสานและประนีประนอมทฤษฎีกฎหมายทั้งสองเข้าด้วยกัน โดยได้วางหลักการสำคัญ คือ การให้สิทธิแก่ประชาชนในรัฐหนึ่งๆ ย่อมขึ้นอยู่กับบทบังคับของกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ (Domestic Law) (แนวความคิดของกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง) ซึ่งกฎหมายภายในดังกล่าวจะต้องอยู่ในบังคับของหลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights) อันเป็นหลักการสากลด้วย (แนวความคิดของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่) โดยหลักสิทธิมนุษยชนนั้น องค์การสหประชาชาติได้จัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 เพื่อกำหนดว่า สิทธิดังกล่าวมีอยู่ในปัจเจกชนทุกคน และรัฐใดที่ลงนามในอนุสัญญาดังกล่าวก็ย่อมต้องมีพันธกรณีในการตรากฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวด้วย²⁰

¹⁸ วิษณุ เครืองาม เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณคดีที่ 7 หน้า 643.

¹⁹ วิษณุ เครืองาม เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณคดีที่ 7 หน้า 644.

²⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 644.

2.1.2 ความหมายของ “สิทธิ” ตามแนวความคิดของฝ่ายสังคมนิยม

ฝ่ายสังคมนิยมให้ความหมายของ “สิทธิ” แตกต่างไปจากฝ่ายเสรีนิยมประชาธิปไตยเป็นอย่างมาก โดยนักปรัชญาฝ่ายสังคมนิยมที่มีชื่อเสียงมากที่สุดคนหนึ่ง คือ คาร์ล มาร์กซ์ (Karl Marx , ค.ศ.1818-1883) ให้ความหมาย “สิทธิ” ว่าหมายถึง การที่บุคคลสามารถเลือกกระทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้น เพื่อประโยชน์ของชนชั้นกรรมาชีพ นอกจากนี้ฝ่ายสังคมนิยมยังมีทัศนคติอีกว่า สิทธิอันเป็นพื้นฐานของมนุษย์ คือ สิทธิที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับปัญหาทุกอย่างของรัฐ เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของคนในรัฐ หาใช่ผลประโยชน์ของใครคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ²¹

มาร์กซ์ วิเคราะห์แนวคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติว่าเป็นความคิดนามธรรมที่ขาดความสัมพันธ์กับสภาพการดำรงอยู่ที่แท้จริงใน โครงสร้างทางสังคมที่มีชนชั้นระบบทุนนิยม เป็นปัจจัยที่เอื้อต่อการกดขี่ข่มเหงและการเอารัดเอาเปรียบ มาร์กซ์จึงเสนอทฤษฎีตามแนวทางลัทธิของตนเองในการรับรองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้²²

1) The Meaning of Freedom Theory มาร์กซ์เห็นว่าสิทธิ เสรีภาพไม่ได้หมายถึงความเป็นอิสระ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเป็นอิสระจากการแทรกแซงของรัฐ แต่สิทธิเสรีภาพคือความเป็นอิสระจากการแทรกแซงของนายทุนหรือการพ้นจากอำนาจเงินทุน ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจในการเข้าไปควบคุมการใช้สิทธิ เสรีภาพ ครอบคลุมที่รัฐมิใช่รัฐของนายทุน

2) Collective Freedom Theory ปัจเจกสิทธิหรือสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล (Individual rights) ย่อมไม่มีอยู่ในสังคม จำเป็นต้องให้บุคคลทุกคนในสังคมละสิทธิ เสรีภาพส่วนบุคคลและใช้สิทธิ เสรีภาพร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน บุคคลใดจะใช้สิทธิจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งส่วนรวมทั้งสิ้น และบุคคลใดใช้สิทธิเพื่อประโยชน์ของตน ให้รัฐมีอำนาจลงโทษได้

3) Granting Theory สิทธิ เสรีภาพ นี้มิได้มีอยู่ในมนุษย์ทุกรูปทุกนาม เหมือนอย่างที่เชื่อกันในทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ แต่เป็นสิ่งที่รัฐมอบให้ เมื่อรัฐมีอำนาจมอบให้แก่ผู้ใด รัฐก็อาจมีอำนาจเพิกถอนหรือเรียกคืนเมื่อใดก็ได้

4) Supremacy of The Party Theory มาร์กซ์เห็นว่า ควรมีหน่วยงานกลางเป็นผู้กำหนดว่า สิ่งใดเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ส่วนตน ซึ่งต่อมาเลนินได้ตีความหมายเพิ่มเติมเป็นอำนาจของพรรคที่ครองอำนาจที่จะกำหนดว่า สิทธิและเสรีภาพใด ฟังใช้ส่วนรวมหรือส่วนตน

²¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 644.

²² วิษณุ เครืองาม เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 7 หน้า 644.

5) Seizing of Freedom Theory ในระยะแห่งการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครอง ไปสู่ลัทธิสังคมนิยมแบบคอมมิวนิสต์นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ชนชั้นกรรมาชีพจะต้องใช้โอกาส หรือ สิทธิตามรัฐธรรมนูญทำลายสถาบันที่มีอยู่ เพื่อยึดเอาสิทธิ เสรีภาพ กลับคืนมาเป็นของตนให้ได้

นักกฎหมายไทยได้ให้ความหมายของ “สิทธิ” ไว้หลายท่าน ดังนี้

ศาสตราจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ ให้ความหมายของ “สิทธิ” ว่า เป็น อำนาจ อันชอบธรรมหรือความชอบธรรมที่บุคคลสามารถใช้ยื่นต่อผู้อื่น เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์ อันเป็นสิ่งที่พึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น²³

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ให้ความหมายของ “สิทธิ” ซึ่งเป็นความหมาย ของคำว่าสิทธิในหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งสามารถปรับใช้ได้ทั้งกับกฎหมายเอกชนและกฎหมาย มหาชนไว้ว่ามีสองความหมาย ได้แก่ การมองจากอำนาจของผู้ทรงสิทธิ คือ “อำนาจที่กฎหมายออก ให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง” และการมองจากวัตถุประสงค์ของสิทธิ คือ “ประโยชน์ที่ กฎหมายคุ้มครองให้” อันเป็นแนวความคิดของ Jhering²⁴

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายของ “สิทธิ” ว่าหมายถึง “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคล ในอันที่จะกระทำการ เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย”²⁵

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤตและคณะ มีความเห็นเกี่ยวกับ “สิทธิ ” ว่าหมายถึง “อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและ บุคคลอื่น.....หรือเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือหลายคนกระทำการหรืองดเว้นกระทำการบางอย่าง เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน”²⁶

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้แบ่งแยก “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” ออกจากความหมาย ของคำว่า “สิทธิตามความหมายทั่วไป” โดยสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึง “อำนาจตาม รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรอง คุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำ การใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกชนดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะ ไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของ รัฐมิให้แทรกแซงขอบเขตสิทธิของตน”²⁷

²³ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2531). *นิติปรัชญา* กรุงเทพฯ โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 81.

²⁴ หยุด แสงอุทัย. (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* กรุงเทพฯ ประกายพริก หน้า 225 – 226.

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพฯ วิญญูชน หน้า 22.

²⁶ อุดม รัฐอมฤต , นพนิติ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 3 หน้า 86.

²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 6 หน้า 49.

ดังนั้น ปัจเจกชนจึงมีสิทธิเรียกร้องเอาต่อรัฐ เพื่อให้รัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการรับรองและคุ้มครองให้ และเพื่อให้บุคคลในรัฐได้รับประโยชน์สมดังสิทธินั้นๆ นอกจากนี้แล้ว สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังมีความหมายรวมถึง การให้หลักประกันในเชิงสถาบัน จึงทำให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนต่อรัฐ หรือองค์กรต่างๆ ที่ใช้อำนาจรัฐ จึงต้องให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลได้ให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลได้อย่างสมบูรณ์ในทางปฏิบัติ²⁸

เมื่อพิจารณาจากทั้งหลักการและแนวความคิดในเรื่องสิทธิเข้าด้วยกัน อาจกล่าวได้ว่า สิทธิมีลักษณะสำคัญที่ตรงกันอยู่ 3 ประการ ดังนี้

1. สิทธินั้นย่อมมีประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิ กล่าวคือเป็นการรับรองว่า เจ้าของสิทธิย่อมมี “อำนาจ” ที่สามารถ “ใช้” สิทธินั้นได้ ทั้งนี้ เจ้าของสิทธิอาจเลือกที่จะใช้สิทธิหรือไม่ใช้สิทธิหรืออาจให้บุคคลอื่นใช้สิทธิแทนตนเองก็ได้

2. สิทธินั้นเรียกร้องให้บุคคลอื่นมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิของเจ้าของสิทธิ ในทางแพ่ง สามารถเรียกร้องให้บุคคลอื่นมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิ และไม่ละเมิดสิทธิในทรัพย์สินอันบุคคลอื่นมีสิทธิ (ทรัพย์สินสิทธิ) หรือเรียกร้องให้บุคคลอื่นๆ ต้องดำเนินการหรือไม่ดำเนินการใดๆ (บุคคลสิทธิ) ในทางมหาชน สิทธินั้นย่อมเรียกร้องเอาต่อรัฐ โดยให้รัฐ หน่วยงานของรัฐ กระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ เพื่อเจ้าของสิทธิได้ทุกเมื่อ เห็นได้ว่าในทุกกรณี แสดงถึงภาระของบุคคลอื่นที่มีต่อเจ้าของสิทธิเสมอ ซึ่งได้แก่ “หน้าที่” นั่นเอง

3. สิทธิจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุว่า สิทธิและหน้าที่เป็นเรื่องของอำนาจที่จะบังคับเอาแก่บุคคลอื่นหรือรัฐได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคล และกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่นเท่านั้น แม้ว่าบุคคลจะมีอิสระในการทำสัญญาแพ่งตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตามนิติกรรมนั้นก็จะต้องชอบด้วยเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด จึงเห็นได้ชัดว่า สิทธิจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้กฎหมายอาจจะกำหนดสิทธิไว้โดยชัดเจน หรือให้อำนาจแก่ปัจเจกชนไปกำหนดการก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ต่อกันได้โดยเสรี ตราบเท่าที่นิติกรรมหรือข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชนส่วน สิทธิที่บุคคลมีต่อรัฐก็เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติ

²⁸ บรรเจติ สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 6 หน้า 49.

2.2 เสรีภาพ (Liberty)

เสรีภาพมีนักกฎหมายไทยให้ความหมายไว้หลายท่าน ดังนี้

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ให้ความหมายของ “เสรีภาพ” ว่า หมายถึง สิ่งที่บุคคลอาจกระทำการ ได้โดยไม่ถูกบังคับ²⁹

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ให้ความหมายของ “เสรีภาพ”ว่า หมายถึง “ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นมีอิสระที่จะกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ”³⁰

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤตและคณะ ให้ความหมายของ “เสรีภาพ” ว่า หมายถึง “สภาวะการณ์ของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น หรือปราศจากการหน่วงเหนี่ยวขัดขวางบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่เท่าที่บุคคลนั้น ไม่ถูกบังคับให้ต้องกระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำหรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง ไม่ให้กระทำในสิ่งที่บุคคลนั้นประสงค์ที่จะกระทำ”³¹

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ให้ความหมายของ “เสรีภาพ” ว่าหมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล³²

จากความหมายโดยสรุปแล้ว เสรีภาพจึงหมายถึง การที่บุคคลจะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด โดยใจสมัครอันปราศจากการบังคับหรืออยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลอื่นหรือรัฐ

จึงเห็นได้ว่า สิทธิและเสรีภาพย่อมมีความหมายแตกต่างกันตรงที่ว่า สิทธิเป็นประโยชน์ในเรื่องที่บุคคลสามารถเรียกร้องเอาจากบุคคลอื่น โดยที่การเรียกร้องนั้นถ้าเรียกร้องเอาแก่บุคคลทั่วไป หรือปัจเจกชน ก็เป็นสิทธิในทางเอกชน เช่น สิทธิในทางแพ่ง แต่ถ้าเป็นการเรียกร้องเอาจากรัฐ สิทธินั้นก็จะเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าพิจารณาถึงวิธีการ สิทธินั้นเป็นสิ่งที่ต้องใช้ เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องให้คืนทรัพย์สินในทางแพ่ง หรือสิทธิในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เป็นต้น ย่อมเป็นเรื่องที่จะเห็นว่าผู้ทรงสิทธินั้นจะต้องดำเนินการบางประการเพื่อใช้สิทธินั้น

ในขณะที่ เสรีภาพนั้น คือ ประโยชน์ในลักษณะที่บุคคลจะกระทำการใดๆ โดยไม่ถูกบังคับหรืออยู่ภายใต้อำนาจ อันเป็นสิ่งที่ไม่ต้องเรียกร้องหรือดำเนินการเพื่อใช้ แต่เสรีภาพนั้นจะ

²⁹ หยุด แสงอุทัย เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 24 หน้า 154.

³⁰ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 25 หน้า 22.

³¹ อุดม รัฐอมฤต , นพนิติ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 3 หน้า 87.

³² บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 6 หน้า 51.

ส่งผลให้บุคคลผู้ทรงเสรีภาพนั้น ปลอดภัยจากการถูกบังคับให้กระทำ หรือไม่กระทำการอยู่แล้ว ตลอดเวลาที่ยังมีเสรีภาพนั้นคุ้มครองอยู่

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพนั้นก็ก่อให้เกิดสิทธิเช่นกัน ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น “สิทธิในเสรีภาพ” กล่าวคือ เสรีภาพนั้นทำให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องต่อ “บุคคลอื่น” มิให้บุคคลอื่นหรือรัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการลดทอนเสรีภาพ หากมีการลดทอนเสรีภาพ ผู้ทรงสิทธิในเสรีภาพย่อมมีสิทธิร้องขอหรือเยียวยาเพื่อให้ยุติการลดทอนเสรีภาพนั้น เช่น เสรีภาพในการประกอบอาชีพ บุคคลไม่จำเป็นต้องดำเนินการหรือเรียกร้องหรือกระทำการใดๆ ก็ชอบที่จะเลือกประกอบอาชีพได้ตามความถนัด ตามความสนใจและประสบการณ์ที่มีได้ เพียงเท่าที่การประกอบอาชีพนั้นไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อการทำหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้แล้วเสรีภาพยังก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นในอันที่จะต้องเคารพในเสรีภาพด้วย โดยบุคคลอื่นย่อมมีหน้าที่ในการที่จะต้องไม่กระทำการใดๆ ที่จะละเมิดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ นอกจากนี้ยังได้รับการเคารพและคุ้มครองจากรัฐมิให้รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการลดทอน ขัดขวาง หรือทำให้เสียประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของผู้ทรงเสรีภาพด้วยเหตุที่ประกอบอาชีพแตกต่างจากบุคคลอื่นๆ และถ้าหากเจ้าของสิทธิในเสรีภาพหรือผู้ทรงสิทธิในเสรีภาพถูกละเมิด ย่อมใช้สิทธิขอรับการเยียวยาได้

กล่าวโดยสรุปแล้ว เมื่อสิทธิและเสรีภาพมีความเกี่ยวพันและเชื่อมโยงกันอย่างใกล้ชิดเช่นนี้ เวลาพิจารณาหรือศึกษาสิทธิและเสรีภาพแล้ว มักจะเข้าไปพร้อมกันหรือเรียกรวมกันเป็นคำเดียวกันว่า “สิทธิและเสรีภาพ”

2.3 สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องใหม่ที่ประเทศไทยให้ความสำคัญไม่น้อยกว่านานอารยะประเทศในระดับที่เท่าเทียมกับสิทธิและเสรีภาพ ดังจะเห็นได้จากมีการรับรอง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทย ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง” มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” และมาตรา 28 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” แม้ต่อมาจะมีการใช้บังคับด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จนถึงปัจจุบัน ก็ยังคงหลักการเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยบัญญัติไว้เช่นเดียวกัน

2.3.1 ความเป็นมาของการบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญ ของต่างประเทศ

ประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการเมืองการปกครองของประเทศต่างๆ ทั่วโลก มีบทบาทต่อพัฒนาการเกี่ยวกับการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ที่อาจกล่าวอ้างอิงได้ว่า มีรัฐธรรมนูญในต่างประเทศอย่างน้อย 2 ประเทศ โดยไม่นับรวมประเทศไทยด้วย ได้บัญญัติรับรอง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ได้แก่ “ประเทศเยอรมัน และแอฟริกาใต้ โดยทั้ง 2 ประเทศ ต่างเคยประสบปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติของมนุษย์ต่อมนุษย์ด้วยกันในลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งล้วนแล้วแต่สร้างความปวดร้าวลึกอย่างน่าสลดใจ อันนำไปสู่ความจำเป็นที่ต้องบัญญัติหลักการ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ก. ประเทศเยอรมัน³³

ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ระหว่าง ค.ศ. 1944 – 1945 พรรคนาซี ซึ่งเป็นพรรคการเมืองสำคัญและมีอิทธิพลทางการเมืองของประเทศเยอรมันกำลังเรืองอำนาจ มีกองกำลังในสังกัด ประกอบด้วย กองกำลังรักษาความปลอดภัย หรือ S.S. (Schutzstaffel – s.s) และกองกำลังตำรวจลับ หรือ เกสตาโป (Geheimstaatspolizie – Gestapo) ภายใต้การบังคับบัญชาของ ออดอล์ฟ ไอชมาน (Adolf Eichmann) ได้ปฏิบัติการต่างๆ ซึ่งมนุษย์ไม่พึงปฏิบัติต่อกันแก่ชนชาติอื่น เช่น

- โคนหัวสตรี แล้วนำเอาผมไปทอเป็นเครื่องนุ่งห่มเพื่อความอบอุ่นแก่ร่างกายโดยไม่คำนึงว่า ผู้ที่เป็นเจ้าของผมเหล่านั้น จะหนาวเหน็บเพียงใดในฤดูหนาว

- การใช้มนุษย์เป็นเครื่องทดลองยาโดยฉีดสารต่างๆ เข้าร่างกาย การทดลองที่นิยมมาก คือ ฉีดเอามนุษย์ฝาแฝดมาใช้ทดลอง โดยความเชื่อว่าจะมีคุณสมบัติเหมือนกันมากกว่ามนุษย์อื่นๆ ปรากฏการณ์ที่ได้จากการทดลอง คงจะแสดงผลได้ใกล้ความจริงที่สุด ส่วนผลร้ายที่เกิดแก่มนุษย์เหล่านั้น ไม่ว่าจะความพิการหรือความตาย เหล่านาซีไม่เคยสนใจ

- เมื่อพวกยิวมาถึงค่ายกักกัน จะถูกสั่งให้เปลื้องผ้าและเข้าแถวเพื่อคัดเอาไว้เฉพาะพวกที่แข็งแรง ส่วนพวกที่อ่อนแอจะให้เดินไปเข้าห้องโถงใหญ่ โดยหลอกว่าจะมีน้ำฝักบัว (shower) ทำความสะอาดร่างกาย แต่ความจริงมีก๊าซพิษออกมาทำลายชีวิต ซึ่งคาดว่ามีประมาณวันละกว่าหนึ่งพันคนที่ถูกทำลายชีวิตด้วยวิธีนี้ ศพเปลือยเหล่านั้นยังถูกค้นหาทรัพย์สินซึ่งอาจเล็ดรอดจากการตรวจ เช่น แหวน และที่น่าสลดใจ คือ การเปิดปากศพ เพื่อเอาฟันปลอมซึ่งส่วนมากเป็นทองออกมา

คาดกันว่า มีชาวยิวตายในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ประมาณ 6 ล้านคน ด้วยความสำนึกต่อมนุษยชาติที่บรรดาเหล่านาซีได้กระทำต่อชาวยิว จึงมีการบัญญัติเกี่ยวกับหลัก

³³ อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เจียงอรธที่ 3 หน้า 64 – 65.

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 1949 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน
ไว้ในมาตรา 1 (1) ว่า

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ เป็นภาระหน้าที่
ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพ และให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

ซึ่งแสดงเจตนาในนามของรัฐเยอรมันว่า เยอรมันจักเคารพและคุ้มครอง
ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และจักไม่กระทำการดังที่บรรพชนของตนกระทำต่อชาวยิวอีกต่อไป

ข. ประเทศแอฟริกาใต้^{34,35}

เหตุการณ์เกิดขึ้นในราวๆ ช่วงศตวรรษที่ 20 ชาวมิซซาที่อาศัยอยู่ใน
แอฟริกาใต้ได้ปฏิบัติต่อชาวมิซซาซึ่งอยู่ในสังคมเดียวกัน เสมือนว่าชนมิด้านนั้นมิใช่คน ตัวอย่าง เช่น

- ที่อยู่อาศัยจะต้องแยกจากกันเด็ดขาด ปะปนกันไม่ได้
- การขึ้นรถประจำทางชาวมิซซาเท่านั้นที่ขึ้นประตูด้านหน้า ชาวมิซซา
จะต้องขึ้นประตูด้านหลัง และจะเดินมานั่งข้างหน้าไม่ได้

- ในภัตตาคารส่วนใหญ่ จัดไว้เฉพาะชาวมิซซา โดยมีชาวมิซซาเป็นผู้ให้บริการ

- ห้องน้ำสาธารณะ ก็ต้องแยกชาวมิซซากับชาวมิซซา

- การศึกษา ชาวมิซซาแทบไม่มีโอกาสเลย

ผู้ใดฝ่าฝืนกฎเหล็กดังกล่าวนี้ จะถูกลงโทษอย่างหนัก

เหตุการณ์ในแอฟริกาใต้ที่มีการแบ่งแยกผิวอย่างกว้างขวางโดยใช้ความ
รุนแรง ได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสังคม โดยมีการบันทึกยืนยันในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1993 ของ
สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ในหมวด 1 ข้อหนึ่งว่า

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่จะต้องยึดถือ”³⁵

กล่าวได้ว่า การที่ประเทศทั้ง 2 บัญญัติยืนยัน “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”
ล้วนแล้วแต่มีที่มาจากประสบการณ์อันขมขื่นที่มนุษย์กลุ่มหนึ่งกระทำต่อมนุษย์อีกกลุ่มหนึ่ง โดย
เห็นว่าคุณค่าของมนุษย์อีกกลุ่มหนึ่งมีคุณค่าด้อยกว่ากลุ่มของตน ดังนั้น จึงเห็นว่าที่มาของการ
บัญญัติยืนยันถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” อันมีที่มาจากการปฏิบัติที่มนุษย์กระทำต่อมนุษย์อย่าง

³⁴ อุดม รัฐอมฤต, นพนิติ สุริยะและบรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 3 หน้า 65 – 67.

³⁵ The Republic of South Africa is one , sovereign , democratic state founded on the following values : (a) human dignity ,อ้างใน อุดม รัฐอมฤต นพนิติ สุริยะและ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 3 หน้า 67.

โศคร้ายทารุณ หรือ การกระทำที่ไม่เหมาะสมไม่ควร ยืนยันถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงเป็นการยืนยันถึงความเท่าเทียมกันในฐานะของ “ความเป็นมนุษย์”³⁶

2.3.2 ความหมายและความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในมุมมองทางกฎหมาย มีนักกฎหมายให้ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้หลายท่าน ดังนี้

Guenter Duerig นักกฎหมายชาวเยอรมัน อธิบายว่า “ศักดิ์ศรี” ว่ามนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้มนุษย์แตกต่างจากความเป็นอยู่ในสถานะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง³⁷

Klaus Stern นักกฎหมายชาวเยอรมันที่มีชื่อเสียงมากคนหนึ่ง ให้ความหมายว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่ความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคน ได้รับมาโดยไม่ต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล ดังนั้น ในความหมายนี้ “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึง ลักษณะบางประการที่สร้างออกมาเป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ ซึ่งเป็นสาระสำคัญที่จะกำหนดความรับผิดชอบของตนเองและเป็นสาระสำคัญที่มนุษย์แต่ละคน ได้รับเพื่อความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั่นเอง³⁸

W. Maihofer และ R.F. Behrendt อธิบายว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง การแสดงออกถึงการสร้างปริมณฑลของความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้และใช้ประโยชน์จากปริมณฑลดังกล่าวเพื่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ และเพื่อปรับปรุงชีวิตของมนุษย์ให้ดีขึ้น โดยวิธีการพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้³⁹

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อธิบายในคำวินิจฉัยคดี KPD-Uteril ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง สิ่งที่มีคุณค่าสูงสุดที่มีอาจจะเมิดได้ เป็นสิ่งที่

³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 85.

³⁷ Duerig , Grundgesetz-Kommentar , Art. 1 , Abs. 1 , Rdnr. 17 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 87.

³⁸ Klaus Stern , Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland , Band II/2 , Allgemeine Lehrender Grundrechte , S.1113 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 87.

³⁹ Albert Bleckmann , Staatsrecht II-Die Grundrecht , 4 Aufl., 1997 , S.543 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 87.

ต้องให้ความเคารพและต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ดังนั้น เพื่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล จึงต้องทำให้เกิดความมั่นคงแก่ปัจเจกบุคคลในการพัฒนาลักษณะส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁴⁰

จึงอาจสรุปได้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะ และผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา คุณค่าของมนุษย์ดังกล่าวนี้ มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้นๆ ภายใต้ความรับผิดชอบของตนเอง และถือว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีอาจล่วงละเมิดได้⁴¹

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวได้ว่าเป็นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งที่น่ามา กำหนดเป็นหลักสิทธิมนุษยชน โดยมีองค์ประกอบสำคัญที่ต้องพิจารณา 2 ประการ ประการแรก ธรรมชาติของมนุษย์ นั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพจิตใจตลอดจนความต้องการที่จะจงใจให้มนุษย์กระทำการใดๆ ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากสังคมและวัฒนธรรม ประการที่สอง ศิลธรรม อันเป็นหลักที่กล่าวถึงความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่สังคมแต่ละสังคมกำหนดให้สมาชิกของสังคมนั้นยึดถือและปฏิบัติตาม ดังนั้น ในการพิจารณาว่า การกระทำหรือปฏิบัติใดๆ ที่จะถือว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบของการกระทำหรือการปฏิบัตินั้นๆ ประการแรก พิจารณาว่า สิ่งที่กระทำหรือปฏิบัติ นั้น เป็นสิ่งที่มนุษย์ควรกระทำหรือปฏิบัติต่อกันหรือไม่ ประการที่สอง พิจารณาว่า ความรู้สึกด้านจิตใจ และความเห็นของสมาชิกในสังคมนั้นๆ สังคมให้การยอมรับหรือคัดค้านหรือไม่ และประการสุดท้าย พิจารณาว่าแนวทาง

แนวทางดังกล่าวนี้ ในสังคมนั้นๆ ซึ่งเคยมีประสบการณ์มาก่อนยอมรับหรือไม่ ที่ยุ่งยากมากคือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้มีสภาพตายตัว หากแต่เคลื่อนไปตามยุคสมัยได้ การพิจารณาวินิจฉัยในแต่ละครั้งแต่ละกรณี จำเป็นต้องอธิบายให้สังคมได้เข้าใจอย่างแจ่มแจ้งด้วย⁴²

2.4 สิทธิมนุษยชน

นักกฎหมาย นักวิชาการและสถาบันต่างๆ พยายามให้ความหมายของคำว่า

“สิทธิมนุษยชน” ไว้หลายความหมาย ดังนี้

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งปกป้อง “ปัจเจกบุคคล” (Individual) หรือ “กลุ่มบุคคล” (Group) จากการกระทำที่ต้องห้ามของสมาชิกหรือรัฐอื่น โดยกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁴³

⁴⁰ BVerfGE 5 , 85 (206).

⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 6 หน้า 85.

⁴² อุคม รัฐอมฤต นพินิติ สุริยะ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 3 หน้า 7-8.

สิทธิมนุษยชน คือ สิทธิที่ครอบคลุมการดำรงอยู่ของมนุษย์ เพื่อชีวิตที่ดีในสังคมที่ดี โดยมีหลักการที่สำคัญ 3 เรื่อง คือ สิทธิในชีวิต สิทธิในการยอมรับนับถือและสิทธิในการดำเนินชีวิตและพัฒนาตนเองตามแนวทางที่ชอบธรรม⁴⁴

ส่วนคำว่า “มนุษยชน” (Humanity) หมายถึง มนุษย์สายพันธุ์โฮโมเซเปียนที่มีถิ่นกำเนิดอยู่บนโลกนี้ แต่เมื่อใช้ในมุมมองในทางกฎหมาย เมื่อกล่าวถึง มนุษยชน แล้วมักจะสื่อความหมายถึงสิ่งต่อไปนี้

1. วิธีการคิด หรือทัศนคติที่อยู่ภายในในความหมาย ที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นเช่นเดียวกับความมีมนุษยธรรม ซึ่งบ่งบอกถึงทัศนคติที่เห็นอกเห็นใจต่อสังคมส่วนใหญ่ ซึ่งมีองค์ประกอบสำคัญ คือ การไม่เห็นแก่ตัว และตระหนักถึงมนุษย์ผู้อื่น

2. กระบวนการพัฒนาทางด้านศีลธรรมและจิตใจในตัวคน ที่ก่อให้เกิดความเป็นเอกภาพเหนือเรื่องส่วนบุคคลใดๆ

3. มีความหมายสื่อไปถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁴⁵ ซึ่งเป็นส่วนประกอบพิเศษและสำคัญของตัวบุคคล ซึ่งเป็นส่วนที่มีความสำคัญมากที่สุด

แต่ในปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติก็ยังมีได้ให้ความหมายของสิทธิมนุษยชนไว้อย่างเฉพาะเจาะจง⁴⁶ คงกำหนดแต่เพียงองค์ประกอบของสิทธิดังกล่าวไว้เท่านั้น

ดังนั้น ความหมายจึงต้องขึ้นอยู่กับบริบท (Context) ในการใช้คำว่า “สิทธิมนุษยชน” แต่ก็ได้หมายความว่า สิทธิดังกล่าวจะมีเพียงเท่าที่กล่าวไว้ในปฎิญญาฯ ดังกล่าวเท่านั้น เนื่องจากแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมีความเป็นพลวัต (dynamic) ซึ่งขึ้นอยู่กับบริบทต่างๆ ของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลา นั่นคือ แกนกลางที่เป็น “แนวคิดที่ชัดเจน” ในเรื่องสิทธิมนุษยชนนั้น แท้ที่จริง ก็คือ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญซึ่งมีลักษณะเป็นสากล

⁴³ The west 's Encyclopaedia of American Law. Vol.6 (West Publishing Company , 1997) อ้างใน อุดม รัฐอมฤต นพนิติ สุริยะ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 3 หน้า 40.

⁴⁴ ทวีรัตน์ นาคเนียม “ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ” วารสารราชทัณฑ์ 47 (2542) หน้า 16-24 อ้างในอุดม รัฐอมฤต นพนิติ สุริยะ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 3 หน้า 40.

⁴⁵ Thomas Wurtenburger. “Humanity as an element in Penal Law ” 4 *Law and State* (1971), p.106-113 อ้างในอุดม รัฐอมฤต นพนิติ สุริยะ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน หน้า 41.

⁴⁶ สังคมระหว่างประเทศมีกรบัญญัติถึงสิทธิทางแพ่ง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งเป็นองค์ประกอบของสิทธิมนุษยชนและถือว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อมนุษย์ได้ เช่น International Covenant on Economics , Social and Cultural Rights (1966) เป็นต้น.

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า หลักการหรือแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน จึงเป็นเครื่องมือหรือวิธีการปฏิบัติที่เป็นทั้งมาตรฐานของการประกันและการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ⁴⁷

ตามแนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาตินั้น สำนักนี้มองว่า สิทธิและเสรีภาพหมายถึง สิทธิและเสรีภาพซึ่งมีอยู่เองตามธรรมชาติ ตามการเกิดขึ้นมาของมนุษย์ หลังจากนั้น สำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง จึงนำแนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติมาบัญญัติรับรองและคุ้มครองให้เป็นลายลักษณ์อักษร และในขณะเดียวกันที่ สิทธิเสรีภาพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ จึงถูกเรียกได้อีกนัยหนึ่งว่า สิทธิมนุษยชน (Human Rights) ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ (Fundamental rights and Liberties) และทั้งสิทธิเสรีภาพตามแนวคิดของฝ่ายธรรมชาติ สิทธิ และเสรีภาพตามแนวคิดของฝ่ายบ้านเมือง และสิทธิมนุษยชน ต่างก็มีแนวคิดของกฎหมายที่มีมาแล้วตามธรรมชาติทั้งสิ้น

จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีความใกล้เคียงกับสิทธิมนุษยชน⁴⁸ ในขณะที่สิทธิมนุษยชน คือ บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือว่ามิดิตัวมนุษย์มาแล้วตั้งแต่เกิดและไม่อาจถูกพรากไปจากรายกายได้ โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของรายกาย⁴⁹ ตัวอย่างของสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล คือ สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในทางความคิดและการแสดงความคิดเห็น คือ เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการนับถือศาสนา และเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจบางประการ คือ สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการก่อกองทัพร่วมกับผู้อื่น เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปแล้ว สิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงมีความหมายไม่แตกต่างจากสิทธิเสรีภาพเลย ในภาพรวมแล้ว ย่อมเป็นเรื่องเดียวกัน ตลอดจนมีพื้นฐานความคิดในแนวทางเดียวกัน สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคนเป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และด้วยเหตุผลที่ว่า เขาเกิดเป็นมนุษย์ทุกคนจึงมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้ว ก่อนที่จะมีสังคมการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” เกิดขึ้น ไม่มี “ผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน” (Sovereign) คนใด หรือคณะใดมีอำนาจทำลายสิทธิและหน้าที่เหล่านี้ได้ เช่นเดียวกัน รัฐมิได้มีคุณค่าในตัวเอง หากแต่จะมีคุณค่าก็ต่อเมื่อได้ปกป้องรักษาและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพเช่นว่านี้เท่านั้น⁵⁰

⁴⁷ อุดม รัฐอมฤต นพนิตี สุริยะ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 3 หน้า 40-43.

⁴⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ* กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 20.

⁴⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 25 หน้า 40.

⁵⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 25 หน้า 4.

2.5 การแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น สามารถแบ่งออกตามวิธีการแบ่งได้มากมายหลายวิธี สุดแต่จะใช้วิธีใดในการแบ่ง เช่น การแบ่งโดยอาศัยวิธีการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนกับหน้าที่ของรัฐ ตามข้อเสนอแนะของ Georg Jellinek (เรียกว่าการแบ่งตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน)⁵¹ ซึ่งสามารถแบ่งเป็น 3 ประเภท เป็นต้น

2.5.1 การแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน

1) สิทธิเสรีภาพที่ปลอดจากการแทรกแซงโดยรัฐ (status negativus)

หมายถึง สิทธิเสรีภาพซึ่งรัฐให้การรับรองว่ารัฐจะไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวหรือบังคับเอาแก่ประชาชน ดังนั้นประชาชนจึงสามารถใช้สิทธิเสรีภาพเหล่านี้ได้ตามความประสงค์ตามใจปรารถนา ยกเว้นแต่จะไปขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย สิทธิเสรีภาพในกลุ่มนี้จะปรากฏออกมาในรูปแบบของสิทธิในเชิงป้องกัน อันเป็นการคุ้มครองอย่างเด็ดขาด ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจใช้อำนาจใดๆ มาบังคับหรือมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกลุ่มนี้ได้เลย กรณีที่รัฐมีการใช้อำนาจก้าวล่วงมากระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพในกลุ่มนี้ ประชาชนย่อมสามารถฟ้องร้องเพื่อให้รัฐเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำต่อสิทธิเสรีภาพในกลุ่มนี้ได้ สิทธิเสรีภาพในกลุ่มนี้ เช่น สิทธิในการที่จะไม่ถูกรัฐเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ เป็นต้น (มาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550) เสรีภาพในเคหสถาน (มาตรา 34 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550)

2) สิทธิเสรีภาพที่ประชาชนสามารถเรียกร้องเอาจากรัฐ (status positivus)

หมายถึง สิทธิเสรีภาพที่ประชาชนมีสิทธิร้องเรียกเอาจากรัฐได้ หรือรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องเข้ามาดำเนินการอย่างใดๆ เพื่อให้ประชาชนสมสิทธิเสรีภาพนั้นๆ สิทธิเสรีภาพประเภทนี้มีได้เป็นเรื่องของการจำกัดอำนาจรัฐ หากแต่เป็นสิทธิเสรีภาพในเชิงเรียกร้องให้รัฐเข้ามาทำหน้าที่ด้วย ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนได้รับความสมแก่สิทธิหรือให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายด้วย สิทธิเสรีภาพในกลุ่มนี้ เช่น สิทธิในการที่จะใช้สิทธิทางศาล, สิทธิในคลื่นความถี่สำหรับใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และวิทยุโทรคมนาคม อันเป็นทรัพยากรการสื่อสารสาธารณะของประเทศที่ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหมายถึงสิทธิที่ประชาชนทุกคนสามารถได้รับประโยชน์จากคลื่นความถี่ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่เป็นองค์กรในการจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง

⁵¹ วิชาญ เครื่องงาม เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 7 หน้า 645.

วิญญูโทษทัณฑ์และกิจการโทรคมนาคม (มาตรา 40 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550) เป็นต้น

3) สิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตจำนงทางการเมือง (status activus)

หมายถึงสิทธิเสรีภาพประเภทที่ ประชาชนสามารถใช้สิทธิของตนเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองได้อย่างอิสระ โดยปราศจากการขู่เข็ญบังคับกดดันจากองค์กรใดหรือกลุ่มบุคคลใดหรือบุคคลใด สิทธิเสรีภาพในกลุ่มนี้จะปรากฏออกมาในรูปแบบของสิทธิพลเมือง เช่น สิทธิในการมีส่วนร่วมในทางการเมือง เช่น สิทธิในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 99), สมาชิกวุฒิสภา (มาตรา 121) หรือสิทธิในการเลือกตั้งในระดับท้องถิ่น (มาตรา 285) เป็นต้น แต่สิทธิเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิทธิเสรีภาพที่จำกัดให้มีได้แต่เฉพาะบุคคลภายในชาติของตนเท่านั้น

2.5.2 การแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพตามผู้ทรงสิทธิหรือแหล่งกำเนิดสิทธิ

การแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ พิจารณาจาก “สิทธิมนุษยชน” ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนต้องมี ในขณะที่ “สิทธิพลเมือง” ผู้ที่จะมีสิทธิได้รับก็มีเพียงแต่เฉพาะพลเมืองของประเทศหรือรัฐนั้นๆ เท่านั้น จึงแบ่งสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights) สิทธิประเภทนี้เป็นสิทธิที่รัฐของแต่ละรัฐ ต้องการคุ้มครองบุคคลทุกคน โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นๆ จะเป็นคนชาติใด ขอเพียงแต่บุคคลนั้นๆ เดินทางเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศนั้นๆ และอำนาจของรัฐเข้าไปถึงบุคคลนั้น บุคคลนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ ด้วย⁵² ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนตั้งแต่เกิดจนตายและเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยไม่อาจมีใครมาทำลายหรือลบล้างลงไปได้เลยและเป็นสิทธิที่มีมาตั้งแต่ก่อนมีรัฐด้วย

2) สิทธิพลเมือง (Citizen Rights) สิทธิประเภทนี้เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองแต่เฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิที่มีได้แต่เฉพาะของคนในชาตินั้นๆ เท่านั้น แต่จะได้รับประโยชน์มากน้อยเท่าใด ก็ขึ้นอยู่กับว่ารัฐแต่ละรัฐจะกำหนดกรอบในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมากน้อยเพียงใด เช่น สิทธิในทางการเมือง, เสรีภาพในการชุมนุม, เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น⁵³

⁵² บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 6 หน้า 53.

⁵³ เรื่องเดียวกัน หน้า 53.

2.5.3 การแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพโดยพิจารณาจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

การแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพโดยวิธีนี้ พิจารณาว่าสิทธิเสรีภาพนั้นๆ เป็นสิทธิเสรีภาพที่ถูกจำกัดได้โดยกฎหมายในระดับใดบ้าง ตั้งแต่สิทธิเสรีภาพที่กฎหมายไม่อาจจำกัดได้เลย, สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้โดยผลของเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ และสิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้โดยผลของเงื่อนไขกฎหมายทั่วไป รวม 3 ประเภท คือ

1) สิทธิเสรีภาพที่ไม่อาจจำกัดได้เลย (ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย) สิทธิเสรีภาพประเภทนี้ไม่มีกฎหมายใดๆ มาจำกัดได้เลย จึงเรียกว่า **สิทธิบริบูรณ์ (absolute rights)** เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น

2) สิทธิเสรีภาพที่จำกัดได้โดยผลของเงื่อนไขกฎหมายทั่วไป เป็นสิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย โดยไม่มีเงื่อนไขประการอื่นใดมากำหนดหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพอีก ดังนั้น สามารถตรากฎหมายใดๆ ขึ้นมาจำกัดสิทธิเสรีภาพในประเภทนี้ได้ทั้งสิ้น เราอาจเรียกสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ว่า **สิทธิที่จำกัด (restricted rights)** การจำกัดสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ รัฐธรรมนูญจำเป็นต้องระบุด้วยคำลงท้ายมาตราที่รับรองสิทธิเสรีภาพดังกล่าว เช่น ใช้ถ้อยคำว่า “..... ตามที่กฎหมายบัญญัติ ” หรือ “.....ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หรือ “..... ให้เป็นไปตามกฎหมาย” หรือ “การจำกัดสิทธิให้เป็นไปโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย” เป็นต้น เช่น สิทธิในทรัพย์สินและการตีบมรดกตามมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิเสรีภาพที่ถูกจำกัดได้โดยผลของกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้ถ้อยคำของมาตรา ดังกล่าวได้บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ..... การตีบมรดกย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการตีบมรดกย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” โดยที่รัฐธรรมนูญก็ได้ระบุว่า กฎหมายใดบ้างที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องนี้ได้ กฎหมายที่รับรองสิทธิและจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติถึงหลักทั่วไปและข้อจำกัดแห่งสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเอาไว้ และยังรวมถึงกฎหมายอื่นที่อาจจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลได้ด้วย⁵⁴

3) สิทธิเสรีภาพที่จำกัดได้โดยผลของเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ สิทธิเสรีภาพประเภทนี้ อาจเรียกว่า **สิทธิสัมพัทธ์ (relative rights)** เป็นสิทธิเสรีภาพที่ถูกจำกัดได้โดยผลของกฎหมาย แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขว่าสิทธิเสรีภาพประเภทนี้จะถูกจำกัดได้ในกรณีใดหรือด้วยกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ประการใดบ้าง จึงเป็นกรณีที่กฎหมายใดๆ ไม่อาจตราขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ได้เสมอไป ดังนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพในกลุ่มนี้ สังเกตพบว่า

⁵⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมทวนิช. (2546). รายงานการวิจัย เรื่อง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ กรุงเทพฯ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ หน้า 12.

รัฐธรรมนูญมักใช้ถ้อยคำว่า “..... โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อ.....” เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การพิมพ์ การเขียน การโฆษณาและการสื่อความหมาย โดยวิธีอื่น ตามมาตรา 39 รัฐธรรมนูญบัญญัติการจำกัดสิทธิเสรีภาพในกรณีนี้ไว้ว่า จะกระทำไม่ได้ก็ แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ.....หรือเพื่อ ป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน เท่านั้น⁵⁵

2.5.4 การแบ่งสิทธิเสรีภาพตามเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพ

การแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ พิจารณาแบ่งจากหลักเกณฑ์ เนื้อหาของสิทธิเสรีภาพ โดยจำแนกสิทธิเสรีภาพดังกล่าว ได้แก่

1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เป็นสิทธิที่ประชาชนแต่ละคนจะได้รับความคุ้มครองความปลอดภัยจากการใช้อำนาจของรัฐและบุคคลที่สาม เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย เช่น

- ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย ได้แก่ การที่รัฐจะใช้อำนาจ บังคับลงโทษบุคคลได้ ก็ต่อเมื่อกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะที่บุคคลกำลังกระทำความผิด และมีบท กำหนดโทษไว้ด้วย สำหรับการลงโทษนั้น รัฐจะลงโทษหนักกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้

- สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียงและความเป็นอยู่ส่วนตัว
- เสรีภาพในเคหสถาน
- เสรีภาพในการสื่อสารโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย
- เสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร

2) สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดและการแสดงความคิดเห็น

- เสรีภาพในการนับถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมทางศาสนา และเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนพิธีหรือพิธีกรรมตามความเชื่อของตน โดยที่การปฏิบัตินั้นไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่พลเมือง และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

- เสรีภาพทางวิชาการ เพียงเท่าที่ไม่ขัดกับหน้าที่พลเมืองหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชน

- เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

- เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ เสรีภาพการกระจายเสียงทางวิทยุกระจายเสียง และเสรีภาพการกระจายเสียงและภาพโดยทางวิทยุโทรทัศน์

3) สิทธิในทางสังคมและเศรษฐกิจ

- สิทธิในทรัพย์สินและสิทธิในการสืบมรดก

⁵⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ กล้า สมุทวนิช เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 54 หน้า 13.

- สิทธิในการได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรม กรณีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์
- สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทน กรณีกิจการของตนถูกโอนเป็นของชาติ
- เสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับบุคคลอื่น
- สิทธิในการประกอบกิจการ หรือการประกอบอาชีพและการแข่งขัน

โดยเสรีอย่างเป็นธรรม

4) สิทธิเสรีภาพในการรวมกลุ่ม ได้แก่ เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชนหรือหมู่คณะอื่น

5) สิทธิเสรีภาพในทางการเมือง

- เสรีภาพในรวมตัวกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองตามวิถีทางการปกครอง
- สิทธิเลือกตั้ง ทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา
- เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ
- สิทธิในการเข้าชื่ออันที่จะร้องขอให้รัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมาย
- สิทธิในการที่จะออกเสียงประชามติ ในกิจการเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่

อาจจะกระทบต่อผลประโยชน์ได้เสียของประเทศชาติ หรือประชาชน

6) สิทธิในการตรวจสอบการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้แก่

- สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการ
- สิทธิในการมีส่วนร่วม ในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการปฏิบัติราชการทางปกครองที่อาจมีผล หรือมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน
- สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ให้รับผิดชอบเนื่องจากกระทำการหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น

7) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน เช่น

- ความเท่าเทียมเสมอกันในทางกฎหมาย การได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน
- ความเท่าเทียมกันของชายและหญิง
- ความเท่าเทียมกันแม้มิได้นับถือศาสนา นิกายศาสนาหรือความเชื่อทางศาสนาเดียวกัน

2.6 การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

สิทธิเสรีภาพนั้นมิได้เป็นแต่เพียงประโยชน์หรือความมีอิสรภาพโดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่โดยความเป็นจริงแล้ว สิทธิเสรีภาพต้องมีข้อจำกัดเสมอ ซึ่งมีได้ทั้งข้อจำกัดโดยเงื่อนไขของสิทธิและเสรีภาพและข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยบทกฎหมาย

2.6.1 ข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเงื่อนไขของสิทธิเสรีภาพนั่นเอง

เป็นข้อจำกัดตามเงื่อนไขของการมีสิทธิเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ เช่น กรณีของเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 37 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการนับถือศาสนา นิิกายของศาสนาหรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติตามความเชื่อของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนาหรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อ แตกต่างจากคนอื่น”

บทบัญญัติดังกล่าวระบุอย่างชัดเจนว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการนับถือศาสนา ก็ต่อเมื่อการนับถือศาสนาเช่นนั้น..... **ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน** (การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยเงื่อนไขของสิทธิเสรีภาพ) จึงเห็นได้ว่า การนับถือศาสนาที่จะเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญจะให้การรับรองและคุ้มครองให้และจะถือว่าเป็น “เสรีภาพในการนับถือศาสนา” ก็ต่อเมื่อการนับถือศาสนานั้นเป็นไปตามเงื่อนไขดังที่ระบุในรัฐธรรมนูญด้วย กล่าวคือ การนับถือศาสนาดังกล่าวต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ส่วนการนับถือศาสนาที่ไม่ต้องด้วยเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ย่อมมิได้รับการคุ้มครองจากบทบัญญัติที่ว่าด้วยเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามรัฐธรรมนูญนี้ เช่น ในอดีตเคยมีลัทธินูนิซึม ซึ่งเคยมีการเผยแพร่หลักคำสอนมาในประเทศไทยในช่วง พ.ศ. 2533 - 2534 โดยมีความสำคัญมิให้เยาวชนผู้เป็นสาวกของลัทธินี้ไม่ให้ความสำคัญหรือปฏิบัติตามคำสั่งสอนของบิดามารดาหรือบุพการีทั้งหลาย เมื่อลัทธินี้มีคำสอนที่ผิดเพี้ยนและขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชน จึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขตามบทบัญญัติที่ว่าด้วยเสรีภาพ

ในการนับถือศาสนาตามที่รัฐธรรมนูญระบุไว้ กรณีจึงเป็นการที่รัฐสามารถใช้อำนาจเข้าไปแทรกแซง ขัดขวางมิให้ลัทธิเช่นนี้ดำเนินกิจกรรมดังกล่าวต่อไปได้

2.6.2 ข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมาย

กฎหมายเป็นข้อตกลงร่วมกันของประชาชนในแต่ละรัฐ ถือเป็นกติกา ร่วมกันที่จะทำให้สังคมแต่ละรัฐสงบสุข และยังเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดวิธีการใช้อำนาจรัฐแต่ละ รัฐโดยองค์กรใช้อำนาจรัฐของแต่ละรัฐด้วย โดยที่กฎหมายมหาชนเป็นข้อตกลงร่วมกันระหว่าง รัฐกับเอกชน โดยมีหลักการที่สำคัญว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐจะสามารถใช้อำนาจรัฐซึ่งเป็นอำนาจที่ ประชาชนทุกคนมอบให้แก่รัฐได้อย่างไร มีขอบอำนาจมากน้อยเพียงใด และประชาชนจะถูกจำกัด สิทธิเสรีภาพอะไรบ้าง อันเป็นผลจากการใช้อำนาจเช่นว่านั้น โดยรัฐมีหน้าที่ต้องเคารพหลักการ สำคัญที่ว่ารัฐต้องใช้อำนาจภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายและต้องเคารพสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ด้วย ที่เราเรียกว่า “หลักนิติรัฐ” นั่นเอง

การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้องกระทำโดยกฎหมายซึ่งเป็น บทบัญญัติที่ตราขึ้นมาจากตัวแทนของประชาชน หรือ กล่าวอีกอย่างว่า บุคคลอาจจะถูกจำกัดสิทธิ เสรีภาพได้ จึงต้องแปลความว่า กฎหมายจึงเป็นข้อตกลงร่วมกันของประชาชนแต่ละคนในรัฐนั้นๆ ที่จะยอมลดหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของตนโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั่นเอง อันเป็นไปอย่าง สอดคล้องกับหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามแนวความคิดของทฤษฎีสัญญาประชาคมนั่นเอง

สำหรับประเทศไทยแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 บัญญัติว่า

“มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะ กระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งนี้ต้องระบุบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดย อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม ”

จึงเห็นว่า รัฐธรรมนูญไทยยอมรับหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยกฎหมาย โดยยึดหลักการที่ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

และกฎหมายนั้นจะต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อันเป็นไปตามหลักกฎหมายที่นานาอารยประเทศยอมรับเช่นกัน

สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยมากมักจะกำหนดให้จำกัดได้โดยเงื่อนไขของกฎหมายเท่านั้น หรือในกรณีที่เป็นสิทธิเสรีภาพประเภทที่ประชาชนจะเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้ รัฐธรรมนูญก็มักจะวางหลักโดยกำหนดให้ต้องมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อกำหนดหลักการและวิธีการที่ประชาชนจะใช้สิทธิเรียกร้องเช่นนั้น โดยมักสังเกตพบถ้อยคำว่า “..... ตามที่กฎหมายบัญญัติ....” หรือ “..... ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ” เป็นการกำหนดเงื่อนไขไว้ในตัวบทว่า การใช้หรือการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นให้เป็นไปตามที่มีเงื่อนไขระบุไว้ในบทมาตรานั้นๆ

3. หลักประกันสิทธิและเสรีภาพและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ

3.1 หลักประกันสิทธิและเสรีภาพ

หลักประกันสิทธิและเสรีภาพนั้นย่อมปรากฏในประเทศที่ปกครองด้วยหลักนิติรัฐ (Legal state) เนื่องจากประเทศที่ปกครองด้วยหลักนิติรัฐเป็นรัฐที่ผู้มีอำนาจปกครองทั้งหลายให้ความเคารพ ยอมรับและ ให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชนสำหรับประชาชนผู้อยู่ในอำนาจปกครองและพลเมืองต่างรัฐ

นิติรัฐ หมายถึง รัฐที่นับถือกฎหมายหรือยกย่องกฎหมายเป็นใหญ่หรือประเทศที่มีการปกครองโดยยึดถือกฎหมายเป็นสำคัญ และรัฐยอมรับว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่จำเป็นในฐานะเครื่องมือสำคัญของสังคมที่จะทำให้แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายบังเกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐ จึงเป็นหลักการที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในแง่ของบทบาทหน้าที่หรือการปฏิบัติหรือการกระทำที่มีผลกระทบต่อประชาชนนั่นเอง

แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ กำเนิดมาตั้งแต่สมัยนครรัฐกรีก โดยปรัชญาเมธีคนสำคัญชาวกรีก อริสโตเติล ซึ่งเห็นว่า รัฐที่ดีต้องเกิดขึ้นจากการมีผู้นำที่ดี และผู้นำที่ดีจะต้องให้ความเคารพต่อกฎหมาย แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐเป็นแนวคิดของผู้ที่ยึดลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) เป็นสำคัญ จึงต้องให้ความสำคัญต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นอย่างมาก และเน้นให้รัฐต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยรัฐต้องยอมตนอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายอย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกับประชาชนด้วยเช่นกัน เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พ.ศ.2550 มาตรา 63⁵⁶ ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิอาจกระทำได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้

นอกจากนี้แล้ว หลักนิติรัฐยังเป็นหลักการที่ใช้เป็นแนวทางสำหรับการตีความรัฐธรรมนูญทั้งฉบับรวมทั้งกฎหมายทั้งระบบ ซึ่งประเทศที่ปกครองด้วยหลักนิติรัฐได้พัฒนาไปถึงขั้นที่ว่า แม้มีกรณีพิพาทเกิดขึ้น โดยที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ก็อาจนำหลักนิติรัฐมาปรับใช้ได้โดยตรง⁵⁷

หลักนิติรัฐ มีลักษณะสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

1. ในประเทศแต่ละประเทศนั้น กฎหมายมีความสำคัญเหนือสิ่งอื่นใดทั้งสิ้น การกระทำใดๆ ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย กล่าวคือต้องมีบทบัญญัติตามกฎหมายให้อำนาจไว้และการกระทำนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย มีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองและให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรรัฐต่างๆ ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ด้วย

2. การใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายต่างๆ ของรัฐ ต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย และองค์กรที่แบ่งแยกตามอำนาจอธิปไตย ต่างต้องมีการคานและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันและสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจซึ่งกันและกันได้

3. ต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา หรือการจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก ”

ตุลาการเพื่อยืนยันและเป็นหลักประกันว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับการคุ้มครอง⁵⁸

ดังนั้น กรณีที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจทางปกครอง ในการตรากฎหมายลำดับรองหรือมีการกระทำทางปกครองอันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 63 บัญญัติว่า “ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ.

⁵⁷ K. Stern *Staatsrecht* I Munchen 1984 S 778ff อ้างใน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2553). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 308.

⁵⁸ วิสาข์ อิมใจ *ปัญหาว่าด้วยโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2553). หน้า 14.

ประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง ย่อมมีสิทธิฟ้องร้องหรือคำเนิการทางศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่ง คำวินิจฉัย ยกเลิก แก้ไขหรือเพิกถอนการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ย่อมเป็นไปตามหลักนิติรัฐ อันเป็นการชี้ชัดว่า นิติรัฐเป็นรัฐที่ให้หลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง นอกจากนี้แล้ว หลักนิติรัฐมีลักษณะเฉพาะตัวที่สำคัญประการหนึ่ง คือ รัฐจะมีการใช้อำนาจรัฐโดยมีหน้าที่ต้องผูกพันกับกฎหมายเท่านั้น ซึ่งมีความแตกต่างอย่างชัดเจนกับการปกครองตามหลักอำนาจนิยม หรือที่เรียกกันว่า รัฐตำรวจ (Police state) ซึ่งเป็นรัฐที่มีการปกครองโดยไม่ยึดบทบัญญัติของกฎหมายหรืออาจมีกฎหมายอยู่บ้างแต่น้อย และกฎหมายดังกล่าวที่มีน้อยนั้นกลับมิได้รับการยอมรับ ให้ความเคารพและยึดถือปฏิบัติตามจากผู้ใช้อำนาจปกครองในรัฐนั้น

เมื่อก้าวโดยสรุป ระบอบนิติรัฐจึงเป็นแนวคิดที่คิดค้นขึ้นมาเพื่อประโยชน์ของประชาชน โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ การคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครองนั่นเอง

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 พบว่า มีการบัญญัติหลักการนิติรัฐหรือหลักการประกันสิทธิและเสรีภาพไว้ในมาตรา 29 ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นมาตราสำคัญที่ถือเป็นหัวใจของการให้หลักประกัน ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ นอกจากนี้แล้ว มาตรา 27 ยังบัญญัติถึง ความผูกพัน โดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ทั้งในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย ซึ่งหมายความว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐทั้งหลายที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง มีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยไม่ตรากฎหมาย บังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งหลายทั้งปวงในลักษณะละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้แล้ว มาตรา 28 วรรค 2 บัญญัติถึงกรณีที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ย่อมสามารถยกบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ อีกทั้งมาตรา 28 วรรค 3 ยังบัญญัติถึงกรณีที่ให้สิทธิแก่ประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตาม ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันแสดงถึงการที่รัฐธรรมนูญรับรองการใช้สิทธิทางศาล อันเป็นภาระหน้าที่ขององค์กรตุลาการที่จะทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั่นเอง

3.2 หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

เมื่อพิจารณาถึงหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีประเด็นการพิจารณาตามลำดับ ดังนี้

- 1) หลักความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรของรัฐ
- 2) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยอาศัยหลักความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ
- 3) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

3.2.1 หลักความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรของรัฐ⁵⁹

แยกพิจารณาได้ ดังนี้

- 1) ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรนิติบัญญัติ

องค์กรนิติบัญญัติ มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพ ในลักษณะของความผูกพันที่มีความจำเป็นต้องบัญญัติรายละเอียดให้สอดคล้องตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ที่สำคัญที่สุด คือ รายละเอียดดังกล่าวนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนหรือลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จำเป็นอยู่เองที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องตรวจสอบรายละเอียดของกฎหมายในเรื่องต่างๆ ที่จะทำให้การใช้สิทธิและเสรีภาพเกิดผลบังคับในทางปฏิบัติได้อย่างจริงจัง นอกจากนี้แล้ว องค์กรนิติบัญญัติยังต้องมีหน้าที่ระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย และการตรากฎหมายดังกล่าวจะต้องมีลักษณะให้เกิดผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยมิได้มุ่งใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดหรือกลุ่มใดอย่างเฉพาะเจาะจง นอกจากนี้แล้ว ที่มีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งของการตรวจสอบความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพ ต่อองค์กรนิติบัญญัติ นั่นคือ การทำให้เกิดอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญสำหรับการป้องกันมิให้ องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายที่ละเมิดหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบว่า บทบัญญัติที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าตรวจสอบแล้ว พบว่า บทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ ย่อมทำให้กฎหมายฉบับดังกล่าวมีอาจมีผลบังคับได้

- 2) ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรบริหาร

ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรบริหารมีได้หลายลักษณะ แต่ในที่นี้จะขอกกล่าวแต่เฉพาะความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรบริหาร (ฝ่ายปกครอง)

⁵⁹ บุญชัย วสุนทรธา การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรค 2 และ วรรค 3 วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2552). หน้า 28 – 30.

เท่านั้น โดยทั่วไปแล้ว หลักการพื้นฐานของความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายบริหาร มักได้แก่ การกระทำทางปกครอง ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน ซึ่งประกอบด้วย เจื้อนใจของกฎหมายและความมาก่อนของกฎหมาย โดยที่หลักความมาก่อนของกฎหมายมีหลัก สำคัญว่า มาตรการต่างๆ ทางปกครองจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายไม่ได้เลย ซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญ ด้วย ถ้ามาตรการทางปกครองใดขัดหรือแย้งต่อบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ย่อมหมายถึง การที่ มาตรการทางปกครองนั้นๆ ขัดต่อหลักสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ด้วย ดังนั้น มาตรการดังกล่าวซึ่งรวมถึงการตรากฎหมายลำดับรอง ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง ย่อมอาจมีผล บังคับได้ ส่วนองค์กรศาลที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความผูกพันขององค์กรบริหาร ได้แก่ ศาลปกครอง ซึ่งจะทำหน้าที่ตรวจสอบความผูกพันขององค์กรบริหารว่า มีการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ถ้าหากการใช้ดุลพินิจดังกล่าวขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแล้ว การกระทำทางปกครองดังกล่าวโดยการใช้ดุลพินิจย่อมละเมิดสิทธิ และเสรีภาพ ก็ย่อมอาจมีผลบังคับได้ต่อไป

3) ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรตุลาการ

องค์กรตุลาการมีความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพอยู่ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรก องค์กรตุลาการ ทำหน้าที่ตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรนิติ บัญญัติและองค์กรบริหาร ว่ามีการดำเนินการใดๆ ที่ขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หรือไม่ และลักษณะที่สอง องค์กรตุลาการเองจำต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกัน กล่าวคือ องค์กรตุลาการ ใช้อำนาจมหาชนเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทหรือการตรวจสอบเกี่ยวกับ สิทธิและเสรีภาพในการพิจารณาคดีของศาล ย่อมไม่อาจขัดหรือแย้งต่อหลักการคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพด้วยเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม ความผูกพันขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพ นั้น อาจไม่เกิดผลบังคับในทางปฏิบัติได้เลย ถ้าไม่มีองค์กรเฉพาะเข้ามาดูแลตรวจสอบในกรณีที่เกิดความสงสัยว่า การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐนั้นอาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากศาล สูงสุดไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองอาจใช้ และตีความกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและ เสรีภาพไปในทิศทางซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญ ย่อมอาจเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ องค์กรตุลาการใช้และตีความกฎหมายในลักษณะละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเสียเอง ดังนั้น องค์กรเฉพาะดังกล่าว ควรได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้องค์กรของรัฐที่ผูกพันต่อสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนถูกตรวจสอบได้ เนื่องจากโดยหลักการแล้ว เมื่อศาลสูงสุดในแต่ละระบบ ศาลพหุภาคีหรือวินัยยัคคีแล้ว คดีย่อมถึงที่สุด ไม่อาจทำการโต้แย้งได้อีกต่อไป

3.2.2 หลักการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

แม้ว่าบุคคลจะมีสิทธิและเสรีภาพกันทุกคน แต่ถ้าบุคคลทุกคนต่างใช้สิทธิกันอย่างไม่มีการจำกัด สักคมคงจะเกิดความวุ่นวายได้ เพราะการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลหนึ่งอาจไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอีกคนหนึ่งหรือหลายคนก็ได้ ถ้าสถานการณ์เป็นเช่นนี้ สักคมย่อมเกิดความเดือดร้อนวุ่นวายอย่างมีต้องสงสัย ดังนั้น สักคมหรือรัฐมีความจำเป็นอยู่เองที่จะต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลลงบางส่วน เพื่อก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม การที่รัฐจะจำกัดสิทธิของบุคคลจำเป็นยิ่ง ที่จะต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นตามหลักการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งหลักการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไปจนถึงขนาดที่เรียกว่าแทรกแซงหรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จนถึงขั้นที่บุคคลอาจสูญเสียหรือพร่องในสิทธิเสรีภาพที่ควรจะมีได้นั้น ประกอบด้วย

1) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนุญกำหนดไว้⁶⁰

หลักการนี้ อาจแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และประการที่สอง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้โดยเงื่อนไขและขอบเขตของเงื่อนไขเฉพาะเพื่อการนั้น ซึ่งกำหนดไว้โดยรัฐธรรมนุญ

1. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

หลักการย่อยนี้เป็นการสร้างสัมพันธภาพระหว่าง หลักประชาธิปไตย กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ กฎหมายอะไรก็แล้วแต่ที่จะบัญญัติขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการพิจารณา และให้ความเห็นชอบจากองค์กรที่ถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตยเท่านั้น องค์กรนั้น คือ องค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา จึงจะถือว่าเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนุญและมีผลใช้บังคับได้ ดังนั้น รัฐสภาจึงเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว จึงแสดงให้เห็นถึงลักษณะร่วมกันระหว่างหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย เนื่องจากอำนาจดังกล่าวนี้เป็นอำนาจขององค์กรเฉพาะของผู้ใช้อำนาจอธิปไตยที่จะกำหนดหลักเกณฑ์สำคัญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น รัฐสภาจึงไม่อาจมอบอำนาจดังกล่าวของตนเองให้

⁶⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 6 หน้า 234 – 235.

องค์กรอื่นใด มาทำหน้าที่ในการกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตนเองได้ ซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญยิ่งสำหรับประเทศที่มีการปกครองด้วยหลักนิติรัฐ

2. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้ โดยเงื่อนไขและขอบเขตของเงื่อนไขเฉพาะเพื่อการนั้น ซึ่งกำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญ⁶¹

หลักการย่อมนี้นี้ เมื่อพิจารณาแล้ว พบว่า เงื่อนไขสำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น มี 2 เงื่อนไข ดังนี้

1. เงื่อนไขทั่วไป หมายถึง กรณีของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอาจกระทำได้โดยอาศัยกฎหมายธรรมดา เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 41 ที่บัญญัติว่า “ สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ..... ”

2. เงื่อนไขเฉพาะ หมายถึง กรณีของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นถูกจำกัดได้แต่เฉพาะเมื่อตรงกับเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 36 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

การตรวจ การกักหรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ”

มาตรา 42 บัญญัติว่า “การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะกิจการของรัฐเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ..... ”

2) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ⁶²

หลักการนี้มีบ่อเกิดมาจากหลักกฎหมายของ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยถือเป็นมาตรการสำคัญที่ป้องกันมิให้องค์กรนิติบัญญัติก้าวล่วงเขตแดนอำนาจแทรกแซงการบริหารงานและการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรบริหาร (ฝ่ายปกครอง) ตลอดจนป้องกันมิให้องค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามอำเภอใจได้ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากเหตุผลที่ว่า การตรากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ กรณีใดกรณีหนึ่งอย่าง

⁶¹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 6 หน้า 235 – 236.

⁶² บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 6 หน้า 236 – 238.

เฉพาะเจาะจง ย่อมเป็นการกระทำขององค์กรบริหาร (ฝ่ายปกครอง) หรือการกระทำทางปกครอง หลักการนี้อาจแยกพิจารณาเป็น 2 ประการ ดังนี้

ก. ขอบเขตของการใช้กฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

หลักการในการห้ามมิให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพ อันเป็นการเฉพาะเจาะจง เพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดหรือกลุ่มคนใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะนั้น ในเชิงวิชาการ มีนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมนีส่วนใหญ่ เห็นว่า การใช้หลักดังกล่าวนี้จะมีขอบเขตการใช้ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เฉพาะ สิทธิประเภท “สิทธิในเสรีภาพ” เท่านั้น ซึ่งหมายความถึงการที่บุคคลมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และทำให้บุคคลอื่นมีความผูกพันที่จะเกิดภาระหน้าที่ที่จะต้องไม่ขัดขวาง หรือละเมิดการใช้เสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิประเภทนี้ นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมนีส่วนใหญ่จึงนำหลักการนี้มาใช้กับสิทธิในเสรีภาพเป็นการเฉพาะเนื่องจากสิทธิประเภทนี้ ได้มีการกำหนดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 34 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะ เพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของการจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะ เพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน.....”

ข. การห้ามบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง

หลักการนี้ มีจุดมุ่งหมายป้องกันมิให้องค์กรนิติบัญญัติแทรกแซงหรือก้าวล่วงเขตแดนอำนาจขององค์กรบริหาร (ฝ่ายปกครอง) ด้วยการออกคำสั่งทางปกครองในรูปของการตราหรือบัญญัติกฎหมาย ซึ่งย่อมเป็นปัญหาเกี่ยวเนื่องด้วยกับหลักความเสมอภาค และขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย โดยทั่วไปแล้ว ลักษณะโดยทั่วไปของกฎหมาย จะมีสาระสำคัญที่เกี่ยวกับบุคคล เวลาและเนื้อหา ในการบังคับใช้กฎหมายกับบุคคลและเนื้อหานั้น หมายถึง การมีลักษณะของความทั่วไปที่ใช้บังคับได้แก่บุคคลจำนวนมากซึ่งมีอาจคำนวณหรือกำหนดหรือระบุหรือบอกได้ว่ามีจำนวนเท่าใด ซึ่งจะมีความคล้ายคลึงกับเนื้อหาที่ไม่อาจกำหนดจำนวนข้อเท็จจริงได้เป็นจำนวนที่แน่นอน อันเรียกกันว่า มีลักษณะของความเป็นนามธรรมมาก กล่าวคือ ลักษณะทั่วไปเช่นนี้ ย่อมมีความหมายตรงข้ามกับ เฉพาะราย เฉพาะสิ่งและ ความเป็นรูปธรรม ส่วนการบังคับใช้กฎหมายกับช่วงเวลา ย่อมหมายถึง เวลาที่กฎหมายออกมามีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป และใช้บังคับได้ตลอดระยะเวลา จนกว่าจะมีการตราหรือบัญญัติกฎหมายใหม่ให้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายเก่าที่ใช้บังคับกันอยู่ในปัจจุบันนั้น

3) หลักการระบอบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ (Zitiergebot)⁶³

หลักการนี้เป็นหลักการที่ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือกฎหมายพื้นฐาน (GG) พัฒนาขึ้นมา โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อทำหน้าที่เตือนและให้เหตุผลองค์กรนิติบัญญัติ กล่าวคือ เป็นการเตือนองค์กรนิติบัญญัติให้รำลึกและจดจำ มิให้ใช้อำนาจตรากฎหมายแทรกแซงล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง โดยปราศจากการไตร่ตรองอย่างรอบคอบและโดยไม่เจตนา จึงเป็นหลักการที่ทำให้องค์กรนิติบัญญัติใช้สติไตร่ตรองอย่างรอบคอบ และตรวจสอบผลดีผลเสียอย่างละเอียดรอบด้าน ถึงการใช้อำนาจตรากฎหมายไปแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ดังนั้น หลักการนี้จึงเป็นเรื่องของรูปแบบในการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ (รัฐบัญญัติ) ซึ่งองค์กรนิติบัญญัติต้องแสดงให้เห็นปรากฏ เพื่อเป็นการยืนยันว่า องค์กรนิติบัญญัติทราบถึงผลของการตรากฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองแล้ว นอกจากนี้แล้ว หลักการนี้ยังยอมทำให้การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้น ทั้งยังเป็นกรณีที่ทำให้ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิและเสรีภาพและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง สามารถตรวจสอบได้ว่าการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น อาศัยอำนาจจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในมาตราใด ตลอดจนพิจารณาได้ว่า เหตุผลในการตรากฎหมายนั้นเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ เพียงใด

ข้อสังเกต

1. หลักการที่ต้องระบอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนี้ไม่นำมาใช้กับบรรดากฎหมายที่ได้ตราออกมาใช้บังคับก่อนหน้านี้แล้ว และไม่สามารถนำหลักการนี้มาใช้บังคับกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งรัฐธรรมนูญได้มอบหมายให้องค์กรนิติบัญญัติไปบัญญัติรายละเอียดในเรื่องนั้นๆ แล้ว

2. หลักการนี้มีรูปแบบในการอ้างบทมาตรารองรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้การรับรองนั้น มีความแตกต่างกัน กฎหมายฉบับ อ่างมาตราที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพในตอนท้ายของบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนั้น กฎหมายส่วนใหญ่พบการอ้างบทมาตรารองรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในคำปรารภการบัญญัติหลักการนี้ในมาตราที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น น่าจะสอดคล้องกับความมุ่งหมายของหลักการนี้มากกว่า

⁶³ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 6 หน้า 242 – 244.

3. ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น การไม่อ้างบทมาตราที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น มีผลทำให้กฎหมายฉบับนั้นตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ โดยถือว่าองค์กรณีบัญญัติฝ่าฝืนหรือละเมิดรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักทั่วไปนั้น กฎหมายที่เป็นโมฆะทั้งฉบับมีผลย้อนหลัง ไปถึงเวลาที่มีการใช้บังคับกฎหมายฉบับนั้น เท่ากับว่า กฎหมายฉบับนั้น ไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น ส่วนกฎหมายที่ไม่ระบุบทมาตราที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น มีผลเป็นโมฆะนับตั้งแต่วันที่ตรากฎหมายฉบับนั้น ให้มีผลใช้บังคับได้

4) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (Wesengehaltsgarantie)⁶⁴

แม้องค์กรณีบัญญัติจะทรงไว้ซึ่ง อำนาจในการตรากฎหมายในลักษณะที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่ก็จะต้องไม่ตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพ จนถึงขนาดที่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปในการจำกัดขอบเขตอำนาจขององค์กรณีบัญญัติ หลักการนี้มีความเกี่ยวข้องกับแนวคิดทฤษฎีพื้นฐาน 2 ทฤษฎี ดังนี้

ก. ทฤษฎีการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์

แนวคิดทฤษฎีนี้แยกเขตแดนแห่งสิทธิออกเป็น 2 แคน คือ แคนแรกนั้นยอมให้รัฐสามารถแทรกแซงต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ แต่จะไม่ยอมให้รัฐใช้อำนาจก้าวล่วงละเมิดในแดนที่สองอย่างเด็ดขาด จึงถือว่า แคนที่สองเป็นขอบเขตของการได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามทฤษฎีนี้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาการแทรกแซงและรับฟังเหตุผลของการแทรกแซงเป็นกรณีๆ ไป เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งรัฐมิอาจแทรกแซงได้เลย ดังนั้น ถ้ามีการแทรกแซงสิทธิในชีวิตและร่างกาย ไม่ว่าจะเป็นการใดก็ตาม ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดในสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน จึงถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิดังกล่าวแล้ว ดังนั้น กฎหมายใดก็ตามที่ก้าวล่วงละเมิดแทรกแซงต่อสิทธิในชีวิตและร่างกาย จึงไม่อาจมีผลใช้บังคับได้เลย

ข. ทฤษฎีการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์

ตามแนวคิดทฤษฎีนี้ เห็นว่า ไม่ควรมีสิทธิและเสรีภาพใดที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ โดยเฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นยิ่งกว่าหรือมีเหตุผลที่เหนือกว่าภายใต้สถานการณ์เช่นนี้จำเป็นที่ควรอนุญาต ให้มีการกระทบกระเทือนหรือแทรกแซงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพได้ จึงเห็นว่า ทฤษฎีนี้ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบว่าไม่ว่าในเวลาใดๆ ก็ตาม จะก่อให้เกิดการแทรกแซงหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

⁶⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 260 – 262.

โดยไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน หรือโดยปราศจากการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์
ได้เสียที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอื่นๆ มิได้เลย

5) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น⁶⁵

หลักการนี้อาจเรียกเป็นหลักพอสมควรแก่เหตุ (Ueberschussverbot) หรือ
หลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhältnismässigkeit) หรือหลักห้ามมิให้กระทำเกิน
เหตุ (Ueberschussverbot) เป็นหลักการสำคัญอย่างยิ่งที่ถูกนำมาใช้ควบคุม การใช้อำนาจรัฐที่ส่งผล
กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตามหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หลัก
ความได้สัดส่วนนี้ ถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร
แต่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งมีใช้เพียงแต่สหพันธ์สาธารณรัฐ
เยอรมนีเท่านั้นที่ยอมรับหลักการนี้ แต่ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์และประเทศอื่นๆ ต่างก็
ให้การยอมรับหลักการนี้ด้วย นอกจากนี้ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายในกฎหมาย
ระหว่างประเทศ ด้วย หลักการนี้มีสาระสำคัญตรงที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของของ
ปัจเจกบุคคลและในส่วนของสังคมโดยส่วนรวม ด้วยเหตุผลว่าการอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น
ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล, ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลต่างๆ ตลอดจนผลประโยชน์ของสังคม
ย่อมมีผลกระทบซึ่งกันและกันเสมอ ดังนั้น แนวคิดของประเทศตะวันตก จึงอาศัยหลักความได้
สัดส่วนในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งเชิงผลประโยชน์ ทำให้การแก้ปัญหาคความขัดแย้งในเชิง
ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปอย่างสันติ โดยอาศัยหลักการของกฎหมายที่
คำนึงถึงความยุติธรรมของทุกฝ่าย และหลักความได้สัดส่วนนี้เองที่เป็นหลักการที่สำคัญในการ
ตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และเป็นที่ยอมรับกัน
ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับของกฎหมายรัฐธรรมนูญ และศาล
รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการ
ตรวจสอบและควบคุมการกระทำของรัฐทุกประเภท และใน ค.ศ.1968 ศาลรัฐธรรมนูญแห่ง
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยวินิจฉัยว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ
จึงเป็นหลักที่เป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง และมีลำดับชั้นในระดับของรัฐธรรมนูญ จึงเป็น
หลักการที่มีจุดมุ่งหมายสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐ และเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อ
สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

นอกจากหน้าที่ที่สำคัญของหลักความได้สัดส่วน จะมุ่งหมายจำกัดการ
ใช้อำนาจของรัฐ โดยเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจแล้ว
หลักการนี้ยังถือว่าเป็นเกณฑ์มาตรฐานที่เป็นสาระสำคัญ ในการควบคุมตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญ

⁶⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 268 – 284.

ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้นำมาใช้ในการตรวจสอบกฎหมายต่างๆ นอกจากนี้แล้ว ศาลปกครองยังได้นำหลักความได้สัดส่วน มาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบของการกระทำในทางปกครองมาเป็นเวลาอันยาวนานแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำในทางปกครองที่มีลักษณะของการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ

อย่างไรก็ตาม มีการถกเถียงกันเป็นอย่างมากในเรื่องสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเองก็มีส่วนไม่น้อยที่ทำให้เกิดความสับสน เนื่องจากศาลได้ใช้ถ้อยคำต่างๆ อย่างหลากหลาย โดยมีได้ให้คำอธิบายถึงความแตกต่างระหว่างถ้อยคำเหล่านั้น เช่น “เกินกว่าส่วน”, “ไม่เหมาะสม”, “มีเหตุผล”, “ความจำเป็น”, “จะขาดเสียมิได้” เป็นต้น จนกระทั่งถึง ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา ถึงได้เห็นสอดคล้องกันว่า เนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนั้น มีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ

ก. หลักความเหมาะสม (Geeigneteit หรือ Tauglichkeit)

หลักการนี้ หมายถึงหลักการที่นำมาใช้กับมาตรการหรือวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่ว่ามาตรการที่เหมาะสม หมายถึง มาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ ในขณะที่มาตรการที่ไม่เหมาะสมนั้น หมายถึง มาตรการที่ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก ในขณะที่การอธิบายหลักการนี้ตามแนวใหม่ ซึ่งได้อธิบายถึงวัตถุประสงค์-วิธีการ-ความสัมพันธ์ (Zweck-Mittel-Relation) ซึ่ง Pieroth และ Schlink ได้อธิบายว่า ความเหมาะสม หมายถึง สภาพการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการแทรกแซงและภายในสภาพการณ์นั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ โดยมาตรการนั้นตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับ หรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้จึงถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยมีคำวินิจฉัยว่า ความเหมาะสมเพียงบางส่วนนั้นก็เป็นการเพียงพอ ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความเหมาะสมอย่างสมบูรณ์ เช่น ในกรณีของข้อห้ามในทางกฎหมายต่อหน่วยงานกลางที่จัดบริการให้มีการเดินทางร่วมไปกับรถยนต์ส่วนบุคคล เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของการจราจรและเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ร่วมเดินทางกับรถยนต์ส่วนบุคคล, กรณีของความจำเป็นในทางกฎหมายของการพิสูจน์ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญ เพื่อวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองผู้บริโภค, กรณีของความจำเป็นของการตรวจสอบความสามารถในการยิงปืน และการพิสูจน์ความรู้ในทางเทคนิคเกี่ยวกับการใช้อาวุธสำหรับการออกใบอนุญาตในการล่าสัตว์ด้วยเหยี่ยว เป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม จึงกล่าวได้ว่า การตรวจสอบตามหลักความเหมาะสมนั้น ถ้าพบว่ามาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้นมิอาจเป็นไปได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว หรือมาตรการที่คาดคะเนแล้วไม่อาจเป็นไปได้อย่างชัดเจน

แจ้งแล้ว มาตรการหรือวิธีการนั้นย่อมขัดรัฐธรรมนูญ และในทางปฏิบัติ นั้น มีแต่เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่มีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งเท่านั้นที่จะได้รับการปฏิเสธจากศาล

ข. หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit)

หลักการนี้ หมายถึง การที่จะพิจารณาว่ามาตรการใดเป็นมาตรการที่จำเป็นนั้น ถ้าอธิบายในเชิงบอกเล่า ย่อมเป็นมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ทำให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้น ที่จะถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น ส่วนการอธิบายในเชิงปฏิเสธ อาจอธิบายได้ว่า ความจำเป็นของมาตรการอันใดอันหนึ่งนั้น ไม่มีอยู่ ถ้าการบรรลุเป้าหมายเดียวกันนั้นหรือผลสำเร็จที่คิดว่าสามารถจะกระทำให้ได้โดยวิธีการหรือ มาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือทำให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอธิบายหลักความจำเป็น มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะมีความจำเป็นก็ต่อเมื่อ ไม่สามารถที่จะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผล เช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ อีกทั้งมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด

ดังนั้น กรณีการใช้หลักความจำเป็น จึงต้องมีมาตรการที่เหมาะสม หลายมาตรการที่สามารถบรรลุเป้าหมายได้ สำหรับกรณีที่มีมาตรการเพียงมาตรการเดียวที่บรรลุเป้าหมายได้ มาตรการดังกล่าวนั้น จะได้รับการเลือกเมื่อมาตรการดังกล่าวนั้น สอดคล้องกับ หลักเกณฑ์ของหลักความจำเป็น หลักความจำเป็นมีความสำคัญอย่างยิ่ง ในการควบคุมการใช้ อำนาจมหาชนที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เคยมีคำวินิจฉัยในคดีที่เกิดขึ้นใน ค.ศ.1968 ที่กรุงเบอร์ลิน ในระหว่างเวลานั้น มีการเดินขบวนของ ชาวเวียตนาม เจ้าหน้าที่ตำรวจได้สั่งห้ามมิให้เดินขบวน แต่กระนั้นก็ยังมิบุคคลกลุ่มหนึ่งนำ โปสเตอร์แผ่นเล็กๆ ไปติดที่โคมไฟตามถนนและสถานที่อื่นๆ เพื่อเชิญชวนให้ประชาชนมาร่วมเดินขบวน โดยมีการระบุด่านที่ชุมนุมในประกาศแผ่นเล็กๆ นั้นด้วย ตำรวจจึงจับกุมบุคคลหนึ่งซึ่ง กำลังติดประกาศแผ่นเล็กๆ นั้น และคุมขังไว้เป็นเวลา 1 คืน วันรุ่งขึ้นก็ยังคงมีการเดินขบวน และต่อมามีการฟ้องไปยังศาลปกครองชั้นสูงของเบอร์ลิน ศาลวินิจฉัยว่า การจับกุมบุคคลดังกล่าวไม่มีความจำเป็นสำหรับการรักษาความสงบของสังคม เพราะการริบแผ่นประกาศดังกล่าวถือเป็นการเพียงพอแล้ว

ค. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engrenSinne)

โดยทั่วไปแล้ว เป็นที่ยอมรับว่าหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้นเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ ซึ่งหมายความว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งต้องอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ที่เหมาะสม ระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้

โดยประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าว จะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นจากมาตรการดังกล่าว

หลักการนี้ ถือเป็นหลักกฎหมายสำคัญ ซึ่งมีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายเยอรมนี แต่มีความชัดเจนในสถานะทางกฎหมายว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งมีลำดับชั้นของกฎหมายในระดับของหลักตามรัฐธรรมนูญ โดยมีที่มาจากหลักนิติรัฐและระบบคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักความได้สัดส่วนนี้จึงมีผลบังคับในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ ทำให้มีผลบังคับต่อการกระทำทุกประเภทของรัฐ กล่าวคือ เป็นหลักรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป นอกจากนี้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ใช้หลักความได้สัดส่วนนี้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และศาลปกครองก็ได้ใช้หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย

3.2.3 หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ ปรากฏว่ามีบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 19 วรรคสี่ ซึ่งในภาษาเยอรมนี เรียกว่า หลัก Rechtswegsgarantie ถือว่าเป็นหลักการที่กล่าวได้ว่า เป็นหัวใจหรือเป็นมงกุฎของหลักนิติรัฐ เนื่องจากเป็นหลักการที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า รัฐยอมให้ศาลได้ใช้อำนาจอย่างอิสระในการเข้ามาตรวจสอบควบคุมการกระทำต่างๆ ของรัฐ ว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ดังนั้น ความเป็นนิติรัฐของรัฐใดรัฐหนึ่ง จะปรากฏก็ต่อเมื่อรัฐนั้นยอมอยู่ภายใต้กฎหมายและยอมรับการตรวจสอบควบคุมขององค์กรตุลาการ หลักดังกล่าวนี้ย่อมทำให้หลักการใช้สิทธิทางศาลของบุคคลเมื่อถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพมีผลเป็นรูปธรรมในทางปฏิบัติ เนื่องจากหลักการที่ให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีผลผูกพันต่อองค์กรของรัฐ โดยตรงนั้น จะไม่อาจเป็นจริงได้เลย ถ้ามียินยอมให้องค์กรศาลเข้ามาตรวจสอบควบคุมการกระทำขององค์กรรัฐที่ใช้อำนาจต่างๆ ว่า ได้กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้หรือไม่ ดังนั้น เมื่อมีกรณีที่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงต้องพิจารณาองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทซึ่งเป็นหมวดที่เกี่ยวกับศาลต่างๆ ซึ่งบัญญัติรายละเอียดว่าคดีประเภทใดจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาพินัย หรือวินิจฉัยของศาลใด ซึ่งรัฐธรรมนูญของไทยบัญญัติให้องค์กรศาลมี 4 ประเภท คือ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหารและศาลรัฐธรรมนูญ และกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ส่วนคดีใดจะเข้าข่ายเป็นคดีปกครองย่อมพิจารณาจากกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ส่วนคดีใดที่ไม่

อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองและศาลทหารแล้ว ย่อมต้องอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมทั้งสิ้น เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ ขอบเขตของอำนาจรัฐที่ไปละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นมีมากน้อยเพียงใด กล่าวคือ หมายความว่าถึงเฉพาะอำนาจบริหารเท่านั้น หรืออาจรวมถึงอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการด้วย ซึ่งกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 19 วรรคสี่ ใช้คำว่า “อำนาจมหาชน” ที่จะละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้น หมายถึงแต่เฉพาะอำนาจบริหารเท่านั้นและ ในกรณีที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการที่ไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้น ได้รับการคุ้มครองจากบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 (1) 4a ซึ่งมาตรานี้ กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีอำนาจหรือเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบอำนาจทั้ง 2 ได้ ด้วยการกำหนดกลไกการตรวจสอบควบคุมองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐเช่นนี้ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการว่า ได้มีการกระทำใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน อันจะทำให้มีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ มีผลในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง ในขณะที่ถ้าเป็นกรณีของการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเกิดจากอำนาจบริหาร ก็ย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเช่นกัน แต่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ต้องพิจารณาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำในลักษณะของคำสั่งทางปกครอง การตรากฎหมายลำดับรองหรือเป็นการปฏิบัติทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ถ้าไม่เป็น คดีย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม⁶⁶

1) ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรตุลาการ⁶⁷

องค์กรตุลาการมีความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรก องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่จะต้องตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารว่า องค์กรได้ดำเนินการอันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ ลักษณะที่สอง องค์กรตุลาการเองก็ต้องผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพด้วย กล่าวคือ องค์กรตุลาการเองมีอาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพได้ สำหรับกรณีที่ต้องใช้อำนาจมหาชนในการวินิจฉัยพิพากษาข้อพิพาทต่างๆ

สิทธิและเสรีภาพที่มีความสำคัญต่อองค์กรตุลาการเป็นพิเศษ คือ สิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม ได้แก่ การบัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญว่า บุคคล “ไม่ต้อง” รับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

⁶⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 6 หน้า 293 – 294.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 79 – 80.

หรือมีบทสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด รวมทั้งสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีเหล่านี้ศาลต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวอย่างเคร่งครัด ในขณะที่สิทธิและเสรีภาพอื่นๆ นั้น ศาลจะต้องวินิจฉัยให้สอดคล้องกับสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกัน ซึ่งมีได้หมายความว่าแต่การนำมาใช้เฉพาะกับกรณีที่ศาลตรวจสอบการกระทำของรัฐเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงกรณีต่างๆ ไปด้วย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 27 บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองย่อมได้รับความคุ้มครองผูกพันอำนาจรัฐในการใช้บังคับและการตีความกฎหมาย ในขณะที่มาตรา 6 บัญญัติให้บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวนั้นย่อมมีอาจใช้บังคับได้ และมาตรา 211 บัญญัติให้กรณีที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 6 ให้ศาลส่งความเห็นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา เช่นนี้ ศาลย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งนอกจากจะขัดกับรัฐธรรมนูญในประเด็นอื่นๆ หรือไม่แล้ว ศาลยังมีหน้าที่ต้องตรวจสอบบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนั้นๆ ด้วย ว่าขัดหรือแย้งต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ เพราะว่า บทบัญญัติใดขัดหรือแย้งกับสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองแล้ว ย่อมมีผลเท่ากับว่า ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันด้วย

นอกจากนี้การตรวจสอบเกี่ยวกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพในการพิจารณาคดีของศาลนั้น มิได้จำกัดแต่ทางมหาชนเท่านั้น ข้อพิพาททางแพ่งก็อาจมีปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพได้เช่นกัน เพราะถึงแม้ว่าสิทธิและเสรีภาพจะไม่มีผลผูกพันต่อปัจเจกบุคคลโดยตรงก็ตาม แต่การใช้และตีความกฎหมายของศาล จะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเช่นเดียวกัน

กรณีศาลเอง ก็อาจจะละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นกับกรณีที่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นๆ จากองค์กฤษฎีกาและองค์การบริหาร แต่ศาลพิพากษาหรือวินิจฉัยว่าไม่มีการละเมิด และกรณีที่ศาลเองใช้กฎหมายหรือตีความกฎหมายไปในทางขัดหรือแย้งต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ที่เป็นปัญหาอย่างมากได้แก่ กรณีที่คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลสูงสุด ในกรณีนี้ บุคคลที่ถูกละเมิดจะมีหนทางใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้านได้อย่างไร ถ้าบุคคลดังกล่าวจะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ตรวจสอบคำพิพากษาของศาลนั้นๆ ว่า ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของตนได้หรือไม่เพียงใด เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติชัดเจนในรัฐธรรมนูญของไทยว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ถ้าให้ศาลสูงสุดของแต่ละระบบศาล

เป็นผู้พิจารณา การกำหนดโครงสร้างในการควบคุมตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ลักษณะนี้ อาจทำให้เกิดปัญหา ดังนี้

1. อาจทำให้ความผูกพันของอำนาจรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพนั้น ไม่มีผลเป็นรูปธรรมในทางปฏิบัติ เนื่องจากเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงนั้น ต้องมีองค์กรเฉพาะที่เข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าวโดยเฉพาะในการตรวจสอบว่าการกระทำขององค์กรของรัฐ กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารหรืออำนาจตุลาการ ได้ใช้อำนาจในทางที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่เพราะว่า ถ้าไม่มีองค์กรใดที่สามารถเข้ามาตรวจสอบคำพิพากษาของศาลสูงสุดได้แล้ว และ ถ้าศาลสูงสุดใช้หรือตีความกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพไปในทางที่ไม่เป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักในรัฐธรรมนูญ ย่อมมีผลให้การกระทำซึ่งเป็นต้นเหตุของคดีที่ขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลนั้น ไม่ได้รับการตรวจสอบอย่างถูกต้อง ในกรณีเช่นนี้มีผลเท่ากับว่า การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรบริหาร ซึ่งเป็นเหตุของการฟ้องคดีไม่ได้รับการตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพอย่างถูกต้อง ดังนั้น จำเป็นต้องกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่มีชื่อเรียกอย่างอื่นที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการตรวจสอบดูแลเรื่องการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ เพื่อให้องค์กรของรัฐทั้งปวงที่ผูกพันถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่เรียกชื่ออย่างอื่น แต่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญได้ มิเช่นนั้นย่อมอาจทำให้สิทธิและเสรีภาพไม่อาจเกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติ ในเมื่อสิทธิและเสรีภาพเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงควรให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจสุดท้ายในการพิจารณาชี้ขาดเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

2. ปัญหาที่จะเกิดตามมาเนื่องจาก ไม่มีองค์กรใดที่มีอำนาจตรวจสอบการละเมิดสิทธิและเสรีภาพเป็นการเฉพาะ ศาลสูงสุดของแต่ละระบบศาลอาจใช้หรือตีความกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพแตกต่างกันหรือขัดแย้งกันได้ เพราะว่ เมื่อศาลสูงสุดในแต่ละระบบศาลพิพากษาหรือวินิจฉัยคดีแล้ว คดีย่อมถึงที่สุด ไม่อาจส่งคำโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ กรณีจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความเป็นเอกภาพในการตีความกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้

2) สิทธิเสรีภาพในฐานะที่เป็นหลักประกันในทางศาล⁶⁸

สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นหลักประกันในทางศาลนั้น เป็นสาระสำคัญสำหรับสิทธิและเสรีภาพ เพราะหากมิแต่การให้ความคุ้มครองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแล้ว แต่มิได้กำหนดให้มีหลักประกันในกระบวนการทางศาล ที่จะทำให้สิทธิดังกล่าวนี้เป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ ในกรณีเช่นนี้ สิทธิเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ก็จะไม่มีความหมายเลย George Jellinek

⁶⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 6 หน้า 60.

เห็นว่า หลักประกันในทางศาลนั้น ถือเป็นศูนย์กลางของสิทธิเสรีภาพ เพราะว่าสิทธิในทางศาลนี้เองจะเป็นสิ่งที่ทำให้สิทธิเสรีภาพที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญมีผลบังคับอย่างแท้จริง การบัญญัติรับรองให้สิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิที่ได้รับคุ้มครองในทางศาลนั้น เท่ากับยอมรับว่าสิทธิและเสรีภาพมีฐานะเป็นสิทธิเรียกร้องในทางมหาชนที่มีผลมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 28 วรรค 2 ที่บัญญัติให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

กล่าวโดยสรุป สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นการให้หลักประกันในทางศาล ถือว่าเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพให้มีฐานะเป็นสิทธิเรียกร้องในทางมหาชน อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญใดที่ให้ความรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยไม่รับรองสิทธิในทางศาลด้วยนั้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการให้ความรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างแท้จริง

ภารกิจสำคัญที่เป็นหน้าที่หลักของผู้พิพากษาหรือตุลาการ ได้แก่ การนำเอาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดีมาพิจารณาพิพากษา หรือวินิจฉัยคดีด้วยความสุจริตเที่ยงธรรม และมีความอิสระ เพื่อทำให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความหรือผู้ที่เกี่ยวข้องอย่างที่สุด จึงไม่น่าแปลกใจที่ประชาชนมีความคาดหวังเป็นอย่างสูงว่า ผู้พิพากษาหรือตุลาการจะพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม และตัดสินใจคดีด้วยความยุติธรรม แนวคิดทฤษฎีต่างๆ ที่พัฒนามาจนกระทั่งเรียกกันว่า อำนาจตุลาการ เป็นอำนาจที่มีรากฐานมาจากสมมติฐานแห่งความยุติธรรม โดยอยู่ภายใต้หลักแห่งความเป็นอิสระของตุลาการ จึงเป็นอำนาจที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการต้องนำมาใช้อย่างเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดีความ โดยนำหลักกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในคดี เพื่อให้เกิดความยุติธรรมให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้

อาจแบ่งองค์กรตุลาการเป็นระบบศาลหลักได้ 3 ระบบตามลักษณะของอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี⁶⁹ ดังนี้

1. ศาลยุติธรรม

แต่เดิมนั้น ในบางประเทศ ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจพิจารณาคดีแพ่งคดีอาญา แต่ไม่รวมถึงคดีปกครอง คดีรัฐธรรมนูญ ในห้วงเวลาที่ยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง คดีที่มีปัญหาเกี่ยวด้วยการกระทำทางปกครองขององค์กรบริหาร ที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ไม่ว่าจะป็นกฎ คำสั่งทางปกครอง การกระทำทางปกครอง บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครอง ย่อมไม่สามารถร้องขอให้ศาลยุติธรรมพิพากษาให้เพิกถอนกฎได้โดยตรง คงมีแต่เฉพาะสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลยุติธรรมซึ่งตนเป็นคู่ความในคดีว่า กฎซึ่งศาล

⁶⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 48 หน้า 162 – 168.

ยุติธรรมจะใช้บังคับแก่คดีนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ถ้าศาลยุติธรรมพิจารณาว่ากฎดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นในลักษณะที่เปรียบเสมือนว่าไม่มีการตรากฎดังกล่าวออกมาใช้บังคับเลย ไม่ว่าในเวลาใดๆ ก็ตามปัญหาในลักษณะเช่นนี้ ประชาชนคงต้องรอให้ถูกฟ้องเป็นจำเลยในฐานะความผิดว่าฝ่าฝืนกฎนั้น จึงสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีว่ากฎดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การที่ตนฝ่าฝืนกฎดังกล่าวจึงไม่มีความผิด ซึ่งชัดเจนแน่นอนว่า คงไม่มีใครยอมลงทุนทำให้ตนเองตกเป็นจำเลยเพียงเพื่อจะขอให้สิทธิยกเป็นข้อต่อสู้ เพื่อให้ศาลพิพากษาว่า กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่ศาลเองก็มีภาระเพียงการไม่นำกฎดังกล่าวมาปรับใช้แก่คดีเท่านั้น แต่กฎดังกล่าวยังคงมีผลบังคับอยู่ ซึ่งฝ่ายปกครองก็อาจนำกฎนั้นไปใช้กับประชาชนคนอื่นต่อไปได้อีก จะเป็นวัฏจักรเช่นนี้ไปเรื่อยๆ ที่เป็นปัญหามาก ถ้าศาลในคดีหลังๆ เกิดพิพากษาว่ากฎดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมทำให้ประชาชนที่ตกเป็นจำเลยในคดีหลังๆ ต้องมีความผิดและต้องรับโทษ เช่นนี้ ย่อมเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้อย่างชัดเจน

2. ศาลปกครอง

ในบางประเทศ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน ซึ่งเรียกว่า คดีปกครองนั้น ให้เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ในขณะที่บางประเทศไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง คดีปกครองนั้นจึงไปอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาคดีพิพาททั่วไปซึ่งมิใช่คดีปกครอง เช่น คดีแพ่ง คดีอาญา ในประเทศไทย ซึ่งมีการจัดตั้งศาลปกครอง และมีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ทำให้คดีปกครองต้องนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผู้มีสิทธิฟ้องคดีมีช่องทางที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ 2 ช่องทาง คือ

2.1 ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อน หรืออาจจะเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

2.2 กรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นเองว่า กฎหรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการใดที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้

ดังนั้นศาลปกครองจึงเป็นองค์กรหนึ่ง ที่มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน นอกจากผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองจะได้รับความเป็นธรรม และได้รับการเยียวยาและได้รับความยุติธรรมแล้ว

ศาลปกครองยังมีอำนาจหน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ คำสั่งหรือการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย

3. ศาลรัฐธรรมนูญ

องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยว่า กฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ย่อมมีหน้าที่พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการตรากฎหมายซึ่งขัดรัฐธรรมนูญ องค์กรดังกล่าวนี้ อาจจัดตั้งขึ้นในลักษณะที่แตกต่างกัน เช่น บางประเทศอยู่ในรูปแบบของคณะกรรมการ ได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส หรือในบางประเทศจัดอยู่ในรูปแบบศาล ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เป็นต้น

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาล หรือองค์กรตุลาการองค์กรหนึ่งที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นมา และได้กำหนดอำนาจหน้าที่หลายประการ แต่อำนาจหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การควบคุมรักษากฎหมายที่ใช้บังคับแล้วหรือร่างกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น ไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะการควบคุมกฎหมายต่างๆ ไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นมีอยู่ 2 นัย นัยแรก เพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกๆ คน เป็นการป้องกันประชาชนมิให้ผู้มีอำนาจตรากฎหมายใช้อำนาจเกินขอบเขต โดยเฉพาะมิให้บทกฎหมายเหล่านี้ทำความเสียหายแก่สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นัยที่สอง เพื่อประโยชน์แก่อำนาจสูงสุดในการปกครองให้มีการรักษาคุณภาพแห่งการปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้⁷⁰ การใช้กลไกทางศาลรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพราะการนำคดีไปยังศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องเป็นปัญหาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและในกฎหมายอื่นอย่างชัดเจนว่าให้นำคดีไปสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ นอกจากนี้จะต้องกำหนดไว้ด้วยว่าใครจะเป็นผู้นำคดีไปฟ้องหรือร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญ ใครจะเป็นผู้เข้าร่วมในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญได้บ้าง⁷¹

⁷⁰ ไพโรจน์ ชัยนาม. (2519). *รัฐธรรมนูญ บทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย* กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 54 – 55 อ้างใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 48 หน้า 166.

⁷¹ พิมล ธรรมพิทักษ์พงศ์. (2544). “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* 3, 7 (มกราคม-เมษายน): 67 – 84 หน้า 77 - 78 อ้างใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 48 หน้า 167.

ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

4 บทบาท ดังนี้

1. บทบาทในการป้องกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน บทบาทนี้เป็นการป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือปราศจากเหตุผลในการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน ซึ่งอาจจะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือถ้ารัฐมีความจำเป็นจะตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว จะต้องอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจนั้นไว้ด้วย

2. บทบาทในการรับรองและเคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชน บทบาทนี้เป็นการให้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรที่เป็นกลางตามรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยให้องค์กรของรัฐอื่นๆ ให้ความเคารพและการรับรองต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่ได้รับ การรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐ เพราะถือว่า การรับรองและการเคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นผูกพันทุกองค์กรของรัฐรวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญเองด้วย

3. บทบาทในการรักษาสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นบทบาทที่ช่วยแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของประชาชนที่เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐ หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้ล่วงละเมิดหรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณารักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เสียไปแล้ว กลับคืนมา มีสิทธิและเสรีภาพอีกครั้งหนึ่ง

4. บทบาทในการส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นบทบาทที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจและตระหนักถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเอง เพราะสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะไม่เป็นจริงเป็นจังขึ้นมาได้ ถ้าประชาชนขาดความเข้าใจ การเรียนรู้ การตระหนักถึงสิทธิเสรีภาพของตนเอง ดังนั้น บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ จึงต้องพยายามเผยแพร่ในรูปแบบต่างๆ เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ประชาชน ได้มีความรู้ความเข้าใจและตระหนักในสิทธิเสรีภาพของตนเองมากที่สุดเท่าที่จะทำได้

จึงเห็นว่า ศาลยุติธรรม ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญต่างก็เป็นองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน ที่ได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำของรัฐ องค์กรตุลาการเป็นเพียงองค์กรหนึ่งของรัฐเท่านั้น และมีได้เป็นเพียงองค์กรเดียวที่มีหน้าที่ดังกล่าว แต่ยังมีองค์กรอื่นๆ ของรัฐหลายองค์กร ที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยเช่นกัน

4. ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐที่ใช้ในการปกครองประเทศอันเป็นพื้นฐานสำคัญของการปกครองรัฐด้วยหลักนิติรัฐ ซึ่งประชาชนทุกคนในรัฐนั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้ใต้ปกครอง ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน รัฐธรรมนูญจึงมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายทุกชนิดทุกประเภทที่ไม่อาจขัดหรือแย้งได้เลย ดังนั้น รัฐแต่ละรัฐจึงมีความจำเป็นต้องจัดให้มีระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และการจัดให้มีศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นใดที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญให้มีความเสถียรสภาพ

4.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (der Vorrang der Verfassung)

ความเป็นกฎหมายสูงสุด (supremacy of law) หมายถึง ภาวะสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสถานะของกฎหมายนั้นๆ ว่า อยู่ในลำดับที่สูงเหนือกว่าสิ่งใดทั้งปวง ลำดับเช่นนี้มีผู้เรียกว่า สักดิ์ของกฎหมายหรือชั้นของกฎหมาย (hierarchy of law) เพราะว่าเป็นบรรดากฎหมายที่มีอยู่มากมายหลายรูปแบบนั้น ย่อมมีความแตกต่างลดหลั่นกันอยู่เป็นธรรมดาตามความประสงค์ของผู้มีอำนาจออกกฎหมาย ถ้าจะให้กฎหมายทั้งหลายมีฐานะเท่าเทียมกันทั้งหมดแล้ว ก็คงจะมีกฎหมายรูปแบบเดียวกันและต้องจัดให้อยู่ในลำดับเดียวกันทั้งหมด แต่ที่ต้องมีหลายรูปแบบ ก็เพราะผู้มีอำนาจออกกฎหมายทราบดีว่า เนื้อหาของกฎหมายแต่ละเรื่องมีน้ำหนักแตกต่างกัน บางเรื่องสำคัญมาก บางเรื่องสำคัญน้อยเรื่องที่สำคัญมากก็ควรกำหนดไว้ในกฎหมายรูปแบบหนึ่ง เปรียบเสมือนภาษนะชั้นดีที่ควรรักษาประเภทหนึ่ง เรื่องที่สำคัญน้อยก็ควรกำหนดไว้ในกฎหมายอีกรูปแบบหนึ่ง หรือประเภทหนึ่ง เปรียบเสมือนภาษนะชั้นรองลงมาและในบรรดากฎหมายทุกรูปแบบ ทุกประเภทหรือภาษนะทั้งปวงนั้น ต้องมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งที่ควรกำหนดว่าอยู่สูงกว่ากฎหมายรูปแบบอื่น เปรียบเสมือนภาษนะชั้นดีเลิศกว่าภาษนะทั้งปวง⁷²

ถ้ารัฐธรรมนูญจะดำรงอยู่ในรัฐที่ปกครองด้วยระบบประชาธิปไตยได้จำเป็นต้องมีวิธีการปกป้องรักษารัฐธรรมนูญให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยไม่คำนึงถึงกฎเกณฑ์ระเบียบแบบแผน ข้อกำหนดใดๆ ที่อยู่ในรัฐธรรมนูญแล้ว แม้จะมีรัฐธรรมนูญ ก็เท่ากับว่าได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญไปแล้ว เนื่องจากตามหลักนิติรัฐ รัฐธรรมนูญก็อาจจะถูกล่วงละเมิดโดยบทบัญญัติของกฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ และบทบัญญัติของกฎหมายธรรมดาที่ขัดแย้งหรือล่วงละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเหล่านั้น ซึ่งคงมีผลบังคับใช้ได้โดยไม่อาจถูกโต้แย้งหรือเพิกถอน เท่ากับว่า องค์กรนิติบัญญัติก็สามารถตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ตลอดเวลา

⁷² วิษณุ เครืองาม เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 7 หน้า 669.

จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญในฐานะที่มาก่อน มีผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจใช้บังคับได้⁷³ ผลในทางเนื้อหาของการละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจในทางกฎหมาย อันนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทางทฤษฎีนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นเพียงหลักการของความขัดแย้งกันในทางรูปแบบ (des formelle Kollisionsprinzip) (กล่าวคือ เป็นความขัดแย้งทางกฎหมายที่ต่างลำดับชั้นกันเท่านั้น) และทำให้กฎหมายที่ขัดแย้งดังกล่าวมีผลเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้น หรือการทำให้ไม่มีผลบังคับในเวลาต่อมา หากแต่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดยังได้เน้นย้ำไว้ในรัฐธรรมนูญถึงสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งเช่นกัน กล่าวคือ เรื่องของความผูกพัน (verbindlichkeit) และเรื่องของการทำให้สามารถบรรลุความมุ่งหมาย (Durchsetzbarkeit) ของรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ⁷⁴

จึงอาจสรุปได้ว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นหลักการที่ยอมรับความมีลำดับชั้นของกฎหมาย และในระบบกฎหมายก็ยอมรับกันว่ารัฐธรรมนูญจัดในลำดับชั้นสูงสุด ดังนั้นการตรากฎหมายต่างๆ จะขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญไม่ได้ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น จะต้องถูกนำมาใช้โดยองค์กรตุลาการหรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่อย่างเดียวกับตุลาการได้

4.1.1 วัตถุประสงค์ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน มิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐซึ่งเป็นผู้ปกครองกระทำการใดๆ ซึ่งเป็นการลิดรอนหรือล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ ที่ได้รับการกำหนดให้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จึงมีผลผูกพันกับองค์กรหรือสถาบันทางการเมืองให้ต้องปฏิบัติตาม แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติแล้ว การดำเนินการใดๆ ขององค์กรหรือสถาบันทางการเมืองอาจไปละเมิดต่อรัฐธรรมนูญได้ การที่จะดำรงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ได้ จึงต้องมีการควบคุมการกระทำของ

⁷³ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. (2546). *ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพฯ: วิทยุชน หน้า 33.

⁷⁴ สุรพล นิติไกรพจน์และคณะ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 73 หน้า 21 – 22.

องค์กรหรือสถาบันทางการเมืองให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และการที่ยืนยันได้ว่าศักดิ์แห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญจริงหรือไม่ ก็โดยการตรวจสอบค่า (values) แห่งกฎหมายทั้งหลาย

ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องสำคัญ ซึ่งมีการจัดรูปแบบไว้แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับแนวความคิดทฤษฎีทางกฎหมายและแนวความคิดในการจัดองค์กร การให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้วินิจฉัย เช่น ตุลาการรัฐธรรมนูญ (le Conseil Constitutionnel) การให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัย และการให้ศาลพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย⁷⁵

อาจกล่าวโดยสรุปว่า วัตถุประสงค์ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ ได้แก่

1. เพื่อยืนยันหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งไม่ได้ หากกฎหมายใดขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายนั้นย่อมเป็นโมฆะ มีอาจใช้บังคับได้

2. เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจปกครองกระทำกรใดๆ ซึ่งเป็นการละเมิดหรือลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากมีการละเมิด องค์กรตุลาการหรือองค์กรอื่นใดที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับตุลาการ ย่อมมีอำนาจวินิจฉัยให้บรรดาการละเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้น มีอาจมีผลบังคับได้ในทางปฏิบัติ

4.1.2 ผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ⁷⁶

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองในแต่ละรัฐ ย่อมทำให้เกิดผลดังต่อไปนี้

1) รัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกฎหมายภายใน (domestic law) ทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็กฎหมายซึ่งมีมาก่อนหรือหลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว ไม่อาจจะขัดหรือแย้งได้เลยนอกจากนี้แล้ว เพื่อยืนยันและประกันถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญว่าไม่อาจถูกละเมิดได้ จำต้องมีองค์กรหรือสถาบันซึ่งทำหน้าที่ดูแลรักษาคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ตลอดจนมีอำนาจในการตรวจสอบและวินิจฉัยว่ามีกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ กระบวนการนี้ต่างประเทศเรียกว่า Judicial review โดยมีหลักว่าด้วยการตรวจสอบและผลของคำวินิจฉัยอย่างเป็นทางการที่เรียกว่า “ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ” (Control of Constitutional validity of legislation)

⁷⁵ สุรพล นิติไกรพจน์และคณะ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 73 หน้า 21 – 22 .

⁷⁶ วิษณุ เครืองาม เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 7 หน้า 667 –679.

2) ผลประการแรกทำให้เกิดผลประการที่สองตามมาว่า นอกเหนือจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะละเมิดรัฐธรรมนูญ โดยการตรากฎหมายต่างๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ฝ่ายบริหารก็อาจกระทำการต่างๆ อันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน เช่น การมีมติหรือออกคำสั่งประการใดๆ ของเจ้าพนักงานของรัฐอาจฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ รัฐบาลอาจทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศในลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญก็ได้ เป็นต้น ดังนั้น ในบางประเทศ กระบวนการที่เรียกว่า Judicial Review จึงครอบคลุมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารดังกล่าวด้วย ซึ่งค่อนข้างจำเป็นสำหรับประเทศที่ใช้ระบบการปกครองซึ่งแบ่งแยกอำนาจค่อนข้างเด็ดขาด ทำให้สภาไม่อาจตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ ดังนั้น เมื่อไม่มีมาตรการตรวจสอบในทางการเมือง จึงจำเป็นต้องสร้างการตรวจสอบโดยใช้มาตรการทางกฎหมายขึ้นมา แล้วให้องค์กรที่มีความเป็นกลางมากที่สุดใช้อำนาจในการตรวจสอบได้ ทั้งการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารไปพร้อมกัน ในขณะที่การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายตุลาการนั้น เนื่องจากฝ่ายตุลาการเป็นเพียงผู้มีอำนาจหน้าที่ตีความกฎหมาย แต่มิได้เป็นองค์กรที่จะกระทำการใดไปกระทบกระเทือนต่อประชาชนโดยตรงเช่นเดียวกับฝ่ายสภาและฝ่ายบริหาร อีกทั้งคำวินิจฉัยของศาลเป็นเรื่องของการใช้ความเห็นและดุลพินิจอย่างอิสระจึงไม่มีการควบคุมหรือตรวจสอบเป็นพิเศษ เพราะสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจตามรายงานหรือลำดับชั้นของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีได้อยู่แล้ว ซึ่งสามารถเลี่ยงไปตัดสินคดีนั้นใหม่ โดยองค์กรที่มีอำนาจพิพากษาคดีใหม่และอาจมีความเห็นใหม่ได้ โดยไม่จำเป็นต้องระบุว่าคำพิพากษาของศาลล่างขัดรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีการตรวจสอบควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารนั้น การใช้อำนาจ Judicial Review จะไม่มีการออกกฎหมายใหม่มาแทนกฎหมายเก่าซึ่งมีคำวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญ (unconstitutional) และจะไม่มี การออกคำสั่งใหม่แทนคำสั่งเก่าหรือหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารได้ทำไว้กับต่างประเทศ ซึ่งถูกวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญในภายหลัง และใช้บังคับมิได้นั้น ทำให้คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยขององค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบหรือควบคุม ทำได้แต่เพียงการแสดงให้เห็นถึงการขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญซึ่งย่อมมีผลตามมาว่าใช้บังคับไม่ได้เท่านั้น ส่วนการวินิจฉัยว่าที่ถูกที่ควรจะเป็นอย่างไรนั้น องค์กรวินิจฉัยไม่อาจแสดงความเห็นไว้ได้ เนื่องจากเข้าข่ายการแทรกแซงอำนาจองค์กรอื่น ซึ่งเป็นการก้าวล่วงอำนาจหน้าที่ในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไปแล้ว ซึ่งประเด็นนี้ย่อมแตกต่างจากกรณีที่ศาลสูงมีอำนาจวินิจฉัยแก้ หรือกลับคำวินิจฉัยของศาลล่างที่ศาลสูงเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากศาลสูงย่อมมีอำนาจพิพากษาคดีใหม่ตั้งการใหม่ได้เลย เนื่องจากย่อมไม่มีปัญหาเรื่องการก้าวล่วงอำนาจกัน เพราะเป็นอำนาจตุลาการเหมือนกัน และยังเป็น การควบคุมกันตามปกติในการให้ความเห็นทางกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามระบบงานตุลาการโดยปกติอยู่แล้ว

ประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภานั้น มีวิธีการที่ใช้ในการควบคุมฝ่ายบริหารค่อนข้างหลากหลายกว่าวิธีการที่ใช้ในการควบคุมฝ่ายบริหารในประเทศที่ใช้ระบบประธานาธิบดี กล่าวคือ ในเบื้องต้น ถ้าเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจทางบริหาร (executive discretion) หรือ ปัญหาทางการเมือง (political problem) ในเรื่องความเหมาะสมนั้น ย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐสภาในการควบคุมตามหลักการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่เกี่ยวกับองค์กรอื่นแต่อย่างใด ส่วนกรณีกล่าวหาว่าฝ่ายบริหารทำผิดรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (เช่น กรณีของประเทศอังกฤษ) นั้น ศาลเองย่อมมีอำนาจวินิจฉัยได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติจำกัดอำนาจของศาลไว้ โดยให้เป็นอำนาจขององค์กรอื่นโดยเฉพาะ แม้ในประเทศอังกฤษจะถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา แต่ก็ถือว่าฝ่ายบริหารจำต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งย่อมรวมความถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย ด้วยเหตุนี้ ศาลทั่วไปจึงมีอำนาจวินิจฉัยได้ว่า การกระทำของฝ่ายบริหารนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องกล่าวคำว่า ขัดรัฐธรรมนูญ (unconstitutional) แต่อย่างใด สิ่งที่ศาลในอังกฤษจะต้องระวัง จำกัดอยู่ที่การวินิจฉัยในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิใช่เป็นเรื่องของดุลพินิจทางบริหารซึ่งเป็นการกระทำทางปกครอง ในประเทศที่มีศาลปกครองนั้น อำนาจในการวินิจฉัยการกระทำทางปกครองย่อมเป็นอำนาจของศาลปกครองโดยเฉพาะ ว่าการกระทำของฝ่ายบริหารนั้นขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ซึ่งรวมทั้งรัฐธรรมนูญด้วย ย่อมเป็นประเด็นในทางกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ และกฎหมายปกครองว่าด้วยการควบคุมอำนาจฝ่ายบริหาร (รวมทั้งฝ่ายปกครอง) แต่ที่น่าประหลาดใจ คือ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวินิจฉัยว่า การกระทำของฝ่ายตุลาการขัดต่อรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นเรื่องขององค์กรผู้พิพากษาและเรื่องอื่นๆ ซึ่งมีใช่ประเด็นของ “ความเห็นในทางคดีหรือการตัดสิน” (legal judgement)

3) เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด มีผลทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา

4.1.3 การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ⁷⁷

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ โดยกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต้องมีกรอบในการแก้ไขในการแก้ไข และการแก้ไขเพิ่มเติมก็ทำได้ยากมากกว่ากฎหมายธรรมดาด้วย

ดังนั้น เครื่องมือที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงประกอบด้วยเครื่องมือดังต่อไปนี้ (1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (2) การให้สิทธิในการต่อต้าน (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ และ (4) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

⁷⁷ สุรพล นิติไกรพจน์และคณะ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 73 หน้า 37 – 41.

1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขได้ยาก

การทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดนั้น เป็นการแสดงถึงความเป็นเหตุเป็นผล เพราะว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐและจำกัดขอบเขตอำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ดังนั้น ภารกิจและการกระทำขององค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย จึงมีพื้นฐาน และอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น เหตุผลเช่นนี้ ทำให้รัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความสำคัญยิ่งกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงควรต้องทำได้ยากกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ เช่นเดียวกัน ดังนั้น ถ้าองค์กรนิติบัญญัติสามารถขอแก้ไขรัฐธรรมนูญได้โดยใช้วิธีการเช่นเดียวกันกับวิธีการแก้ไขกฎหมายธรรมดา กรณีย่อมขัดต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้โดยวิธีการเช่นเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา แต่เนื่องจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้วิธีการเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ดังนั้นการแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้เป็นสิทธิขององค์กรผู้ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgebende) สำหรับปัญหาเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้ เอ็มมานูเอล ซีเอเย่ส์ มีความเห็นโดยพิจารณาจากสถานการณ์ของประเทศฝรั่งเศสในช่วง ค.ศ.1789 ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ และปัญหาการขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนทั่วไป ไม่สามารถจะวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้ เนื่องจากองค์กรตัวแทนเหล่านั้นเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งโดยอำนาจของรัฐธรรมนูญ ซีเอเย่ส์เห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำโดยองค์กรตัวแทนพิเศษ ซึ่งเป็นตัวแทนเสียงข้างมากของชาติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญในยุคต่อมา ยินยอมให้องค์กรนิติบัญญัติสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ โดยกำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องได้รับเสียงข้างมากตามที่กำหนด เช่น ได้รับเสียงข้างมาก 2 ใน 3 หรือ 3 ใน 4 ของสมาชิกรัฐสภา เป็นต้น ดังนั้นถ้ารัฐธรรมนูญฉบับใดไม่ได้บัญญัติกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้แตกต่างไปจากกระบวนการแก้ไขกฎหมายธรรมดา กรณีจึงถือได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับนั้น ไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงอาจกล่าว โดยสรุปได้ว่า การทำให้กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากสำหรับองค์กรนิติบัญญัตินั้น เป็นการกำหนดขอบเขตของความผูกพันขององค์กรของรัฐต่อรัฐธรรมนูญนั่นเอง

2) การให้สิทธิในการต่อต้าน

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดมีความสำคัญอย่างไร และหลักการดังกล่าวมีผลอย่างไรต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการตั้งคำถามถึงความมั่นคงของรัฐธรรมนูญ และความมั่นคงของรัฐธรรมนูญย่อมขึ้นอยู่กับความผูกพันขององค์กรของรัฐที่มีต่อรัฐธรรมนูญ ในที่นี้จึงเป็นการเชื่อมโยงความมั่นคงของรัฐธรรมนูญกับสิทธิการต่อต้าน ซึ่งอย่างน้อยที่สุดย่อมมี

ความสำคัญในทางทฤษฎี สิทธิในการต่อต้าน ได้รับการอธิบายในปรัชญาว่าด้วยรัฐของยุคกลาง (die scholastische staatsphilosophie) และได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครองซึ่งปกครองโดยไม่ชอบ แต่เห็นว่าการใช้สิทธิดังกล่าวไม่อาจกระทำได้ ถ้าเป็นการต่อต้านการปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการปกครองโดยพระราชย์ ในทางทฤษฎีเห็นว่า วัตถุประสงค์และความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของผู้ปกครองนั้น มีขอบเขตอยู่ที่ความเชื่อฟังของผู้อยู่ใต้ปกครอง แต่ในทางปฏิบัติมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า กรณีนั้นเกินขอบเขตที่กำหนดไว้หรือไม่ เฉพาะในกรณีที่รุนแรงจริงๆ เท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจแบบเผด็จการโดยผู้ปกครอง ซึ่งกรณีนี้ การใช้สิทธิในการต่อต้านย่อมสามารถกระทำได้ อย่างไรก็ตามยังคงมีปัญหาเรื่องการใช้สิทธิในการต่อต้านซึ่งในทางปฏิบัติย่อมขึ้นอยู่กับว่า การใช้อำนาจในทางที่ไม่ถูกต้องอย่างชัดเจนเท่านั้น จึงจะทำให้เกิดสิทธิในการต่อต้าน ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นจริงได้หรือไม่ก็ได้ ด้วยเหตุนี้สิทธิในการต่อต้านในรัฐธรรมนูญของประเทศในยุโรปตะวันตก จึงแยกออกจากการควบคุมอำนาจที่ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างของการบัญญัติสิทธิในการต่อต้านไว้ในรัฐธรรมนูญบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและไทย โดยรัฐธรรมนูญของเยอรมนีบัญญัติสิทธิในการต่อต้านในมาตรา 20(4)ว่า “ชาวเยอรมนีมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลซึ่งต้องการล้มล้างรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีการดำเนินการอื่นๆ ไม่อาจกระทำได้” ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติสิทธิในการต่อต้านในมาตรา 65 ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี ซึ่งการกระทำใดๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ”

3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ ย่อมเรียกร้องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งแบ่งเนื้อหาหรือแบ่งภารกิจของการใช้อำนาจรัฐ การแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวนี้ ย่อมทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การควบคุมอำนาจรัฐโดยอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือหลักตรวจสอบและถ่วงดุล ซึ่งเป็นหลักที่มีเป้าหมายอยู่ที่ การทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ปรากฏอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ดังนั้น ความเป็นไปได้ของหลักการแบ่งแยกอำนาจอาจนำไปใช้ได้อย่างหลากหลาย จึงเห็นว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบประธานาธิบดี ย่อมแตกต่างไปจากหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบรัฐบาลภายใต้

รัฐสภา สารสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจย่อมขึ้นอยู่กับว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบนั้นๆ มีประสิทธิผลต่อการควบคุมตรวจสอบอำนาจรัฐหรือไม่

4) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ

พัฒนาการของการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเป็นประเด็นที่มีความเห็นขัดแย้งกันอย่างยิ่ง โดยฝ่ายที่เห็นด้วยกับการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เห็นว่าศาลสามารถทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมาย ภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้เองที่ขยายขอบเขตเพื่อให้ความคุ้มครองต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย ตามความเห็นของซีเอเย่ส์ ได้เรียกร้องว่า การคุ้มครองรัฐธรรมนูญได้กระทำโดยศาลรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็อ้างหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกัน โดยเห็นว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจ ห้ามมิให้อำนาจรัฐอำนาจใดอำนาจหนึ่งใช้อำนาจเหนืออำนาจรัฐอีกอำนาจหนึ่ง หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องว่า องค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหลายย่อมอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในส่วนที่สัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ องค์กรใช้อำนาจรัฐนั้นๆ ย่อมมีความเป็นอิสระภายใต้ความเห็นของตนเองในการที่จะตีความรัฐธรรมนูญ อันตรายที่ให้ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย คือ การทำให้อำนาจของศาลกลายเป็นการใช้อำนาจทางการเมือง

การทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ที่เกิดขึ้นในอเมริกา โดยการให้ศาลควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในช่วงศตวรรษที่ 19 นั้น หลักการดังกล่าวนี้มีได้ทำให้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยที่อังกฤษยังคงยึดหลักอธิปไตยของรัฐสภา ในขณะที่ฝรั่งเศสนั้น ผลพวงจากเหตุการณ์ทางการเมือง จึงแยกรัฐธรรมนูญกับปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของพลเมือง (Charten) ออกจากกัน และในทางปฏิบัติ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของบทบัญญัติดังกล่าวก็มิได้เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจน และอำนาจตุลาการก็เป็นอำนาจที่ไม่เข้มแข็งนัก ในขณะที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น อำนาจในการปกครองของพระมหากษัตริย์มีข้อจำกัดโดยตัวแทนของประชาชน ระบบรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่สร้างให้อำนาจทั้งสองอยู่ในภาวะที่สมดุลกัน และเป็นโครงสร้างที่หลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงไม่มีความเป็นไปได้ในการพัฒนาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรศาล

4.2 หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat หรือ The Rule of Law)⁷⁸

หลักนิติรัฐ หมายถึง หลักที่รัฐถือกฎหมายเป็นใหญ่ หรือรัฐให้ความเคารพต่อกฎหมาย โดยรัฐที่มีลักษณะเป็นนิติรัฐ เป็นรัฐที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่หรือใช้กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองประเทศ โดยกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หรือองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจแทนรัฐกับพลเมืองของรัฐ ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองของรัฐซึ่งเป็นปัจเจกบุคคลด้วยกัน เป็นความสัมพันธ์ที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

หลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักย่อย 2 หลัก ประกอบด้วย

4.2.1 หลักแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

รัฐที่จะได้ชื่อว่าเป็นรัฐที่ปกครองด้วยหลักนิติรัฐนั้น เป็นรัฐที่มีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก รัฐนั้นจะต้องยอมรับถึงความมีอยู่ของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน (Individual fundamental rights) โดยปัจเจกชนทั้งหลายจะมีความเท่าเทียมกันในสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ เช่น สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจ สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง เป็นต้น ประการที่สองปัจเจกชนแต่ละคนสามารถเลือกที่จะใช้หรือไม่ใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวที่จะกระทำการ หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ตามใจสมัคร โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตจากใครหรือองค์กรใด และปราศจากการแทรกแซงโดยใครหรือองค์กรใด ซึ่งรัฐเองต้องมีหน้าที่ให้การดูแลปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่รัฐให้การรับรองไว้มิให้ถูกละเมิดจากใครหรือองค์กรใดด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่า สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจะมีอยู่อย่างสมบูรณ์ หากแต่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ย่อมถูกจำกัดได้ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนถูกจำกัดโดยสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนอื่นๆ ซึ่งอาศัยอยู่ในรัฐนั้น เนื่องจากถ้าปล่อยให้ปัจเจกชนแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพกันอย่างเต็มที่แล้ว ย่อมทำให้แต่ละบุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการที่ล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพซึ่งกันและกันได้ตลอดเวลา สุดท้ายแล้ว สังคมหรือรัฐนั้น ย่อมมีหลงเหลือความเป็นนิติรัฐ เพราะว่าแต่ละบุคคลต่างก็จะไม่มีใครยอมใคร จนถึงขั้นทำลายล้างซึ่งกันและกันในทุกรูปแบบ ดังนั้น จึงจำเป็นที่ปัจเจกบุคคลเหล่านั้นจำเป็นต้องยอมเสียดุลสิทธิเสรีภาพของตนเองบางส่วน เพื่อประโยชน์แก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นบ้าง ประการที่สอง สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ย่อมถูกจำกัดเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อปัจเจกบุคคลมาอาศัยอยู่ด้วยกันในแต่ละรัฐ โดยมีบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเข้ามาเป็นผู้ใช้อำนาจ

⁷⁸ กนิษฐา เชี่ยววิทย์. (2533). การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการ วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 76 – 86.

แทนรัฐหรือผู้ปกครองรัฐ ทำหน้าที่ดูแลรักษาคุ้มครองป้องกันความสงบสุขให้แก่สังคม ดังนั้นจึงสามารถใช้อำนาจรัฐแทรกแซงล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ เพื่อประโยชน์แก่ผลประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของบุคคลโดยรวม แต่การที่รัฐจะก้าวล่วงเข้ามาในจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้นั้น กล่าวได้ว่าเป็นข้อยกเว้น ด้วยเหตุผลสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก เพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนอื่นๆ และชำระรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน และประการที่สอง เป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งรัฐจะทำได้ก็แต่โดย มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า จะยอมให้องค์กรใดหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดที่จะกระทำได้ในกรณีใดบ้างและภายในขอบเขตเช่นใด

4.1.2 หลักแบ่งแยกอำนาจ

คำพิงเพียงแต่การที่รัฐยอมรับหลักการ ในหลักดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนนั้น ย่อมไม่เพียงพอต่อการที่จะทำให้สรุปได้ว่า รัฐนั้นเป็นนิติรัฐอย่างแท้จริง หากแต่การเป็นนิติรัฐที่แท้จริงนั้น จำเป็นต้องมีเงื่อนไข และวิธีการที่จะทำให้หลักการเกี่ยวกับดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นจริงในทางปฏิบัติได้ จำเป็นต้องอาศัย หลักแบ่งแยกอำนาจ

หลักแบ่งแยกอำนาจ เป็นกระบวนการที่จะทำให้สาระสำคัญในการทำให้ส่วนที่เป็นเนื้อหาของหลักนิติรัฐปรากฏเป็นรูปธรรมได้ หลักนี้ประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก ต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ และประการที่สอง องค์กรใช้อำนาจจะต้องถูกแบ่งแยกออกจากกัน โดยเด็ดขาดและชัดเจน กล่าวคือ อำนาจรัฐจะต้องถูกแบ่งแยกออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่

1. อำนาจในการตรากฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการต่างๆ เพื่อดำเนินภารกิจให้ลุล่วงไปตามความมุ่งหมายของรัฐ ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ
2. อำนาจในการดำเนินการบังคับตามที่กฎหมาย ซึ่งอำนาจนิติบัญญัติได้ตรามอบอำนาจไว้ให้ ได้แก่ อำนาจบริหารหรืออำนาจปกครอง
3. อำนาจในการควบคุมและตรวจสอบการกระทำต่างๆ ขององค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอาจมีผลกระทบหรือล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้ดำเนินการไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่ อำนาจตุลาการ

โดยองค์กรใช้อำนาจทั้ง 3 จะต้องเป็นแต่ละองค์กรแยกจากกันโดยชัดเจน เพราะหากให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจที่จะใช้อำนาจทั้ง 3 ย่อมมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ อันไม่เป็นผลดีต่อหลักแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน แต่องค์กรใช้อำนาจทั้ง 3 ย่อมมีจุดเชื่อมโยงระหว่างกันและกันในการใช้อำนาจ เพื่อเป้าหมายเดียวกัน คือ ความสงบสุขของ

สังคม ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะทำให้เกิดภาวะสมดุลย์แห่งอำนาจ อันเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้หลักแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ดำรงอยู่ได้อย่างมั่นคงสถาพร

5. แนวคิดทฤษฎีในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

แนวคิดทฤษฎีที่จะให้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐ เพื่อทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่อาจแยกออกจากแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย แนวคิดทั้งสอง กล่าวได้ว่ามีจุดกำเนิดและพัฒนาการเรื่อยมาภายใต้กรอบประวัติศาสตร์และเงื่อนไขทางการเมืองของแต่ละประเทศนับตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 17 – 18 ทั้งในทวีปยุโรปและสหรัฐอเมริกา พัฒนาการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อซึ่งกันและกันอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยง แนวคิดทฤษฎีที่เป็นพื้นฐานในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย

5.1 แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศภาคพื้นยุโรปและสหรัฐอเมริกา

5.1.1 แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศอังกฤษ

อาจกล่าวได้ว่า อังกฤษเป็นประเทศแรกที่สร้างแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศภาคพื้นยุโรปสมัยใหม่ โดยใน ค.ศ.1610 Sir Edward Coke ซึ่งเป็นผู้พิพากษาชาวอังกฤษ ได้มีคำวินิจฉัยไว้ในคดีสำคัญ โดยนายแพทย์โทมัส บอนแฮม แพทย์ชาวอังกฤษเป็นโจทก์ยื่นฟ้องแพทยสภาของอังกฤษเป็นจำเลย เนื่องจากแพทยสภาของอังกฤษพิพากษาลงโทษปรับเงินนายแพทย์บอนแฮม เพราะว่า นายแพทย์บอนแฮม เปิดสถานพยาบาลฝ่าฝืนข้อบังคับแพทยสภาของอังกฤษ ในขณะนั้น ประเด็นสำคัญในคดีนี้ คือ ค่าปรับที่ปรับแก่นายแพทย์บอนแฮมนั้น แพทยสภาของอังกฤษมีสิทธิได้รับตามกฎหมายของแพทยสภาของอังกฤษ โดย Sir Edward Coke เห็นว่า ข้อบังคับของแพทยสภาอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นพื้นฐานที่ใช้บังคับแก่คดีนั้น ไม่อาจใช้บังคับได้ เนื่องจากขัดต่อหลักกฎหมาย Common law ที่ว่า “ไม่มีบุคคลใดจะเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้ส่วนเสียเลย” ทั้งนี้ ตามข้อบังคับของแพทยสภาของอังกฤษนั้น ประธานแพทยสภาและผู้พิพากษาของแพทยสภามีสิทธิที่จะได้รับค่าปรับครั้งหนึ่งของค่าปรับที่กำหนดไว้ในแต่ละคดี ดังนั้น ทั้งประธานแพทยสภาและผู้พิพากษาของแพทยสภาจึงมีผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงในเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้เสีย ดังนั้น ในคดีนี้ บุคคลดังกล่าวจึงมิได้เป็นเพียงแต่ผู้พิพากษาเท่านั้น แต่ยังมีฐานะเป็น “คู่ความฝ่ายหนึ่งในคดี” ด้วย จึงเห็นได้ว่ากฎหมาย Common law มีลำดับชั้นของกฎหมายที่เหนือกว่า ซึ่งเป็นผลมาจากคำพิพากษาในคดีนี้ว่า Common law มีอิทธิพลต่อกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น และในบางกรณีก็สามารถทำให้กฎหมายของรัฐสภากลับนั้นทิ้งฉบับไม่อาจมีผลบังคับได้ เนื่องจากในกรณีที่กฎหมายของรัฐสภาขัดแย้งกับความมีเหตุมีผล (Common right and

reason) หรือไม่สามารถปฏิบัติตามได้ ดังนี้ Common law ย่อมมีอิทธิพลต่อกฎหมายของรัฐบาล และเกิดผลว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวย่อมไม่มีผลในการบังคับใช้ได้

หลักการที่ได้รับจากการตัดสินคดีโดย Sir Edward Coke นั้น วางอยู่บนหลักพื้นฐานที่ว่าในเบื้องต้นนั้น รัฐสภามีสิทธิในการบัญญัติกฎหมายและแก้ไขกฎหมาย แต่บนพื้นฐานดังกล่าว Coke เห็นว่ามีเงื่อนไขในเรื่องการควบคุมตรวจสอบความชอบของกฎหมายดังกล่าวโดยผู้พิพากษา และการไม่บังคับใช้กฎหมายในกรณีที่กฎหมายดังกล่าวของรัฐสภาดังกล่าว ขัดแย้งกับ Common law อย่างชัดเจน การที่ผู้พิพากษาสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้นั้น Coke ได้แสดงถึงพัฒนาการของกฎหมายพื้นฐาน (fundamental law) ซึ่งมีพัฒนาการตั้งแต่ยุคกลาง โดยนำแนวคิดดังกล่าวมาให้เกิดผลในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐบาล แต่อย่างไรก็ตาม พัฒนาการในทางกฎหมายของอังกฤษนับตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 17 ก็มีได้ยึดถือตามแนวความคิดของ Coke หากแต่ได้ยึดตามหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐบาล (Supremacy of Parliament) ตามหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภานั้น ไม่ยอมรับความมีลำดับชั้นที่แตกต่างกันระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาล การที่ประเทศอังกฤษถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐบาล อาจเป็นผลมาจากการต่อสู้กับระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ประสบผลสำเร็จในประเทศอังกฤษ ผลจากการต่อสู้ดังกล่าวทำให้รัฐสภาได้เรียกร้องให้พระมหากษัตริย์รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการออก Petition of Right ใน ค.ศ.1627 และต่อมาใน ค.ศ.1789 ได้มีการออก Bill of Right อันเป็นกฎหมายสำคัญที่จำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์⁷⁹

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าแนวคิดในเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในเบื้องต้นจะได้รับการพัฒนาจากประเทศอังกฤษ แต่จนถึงปัจจุบันนี้ แนวความคิดดังกล่าวมิได้มีผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด และในระบบกฎหมายอังกฤษในปัจจุบันนี้ ก็มีได้แยกลำดับชั้นของกฎหมายระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายแต่อย่างใด⁸⁰

5.1.2 แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา⁸¹

ชาวอาณานิคมของประเทศอังกฤษที่อยู่ในทวีปอเมริกา ได้นำอิทธิพลทางแนวความคิดของกฎหมายภาคพื้นยุโรป ไปใช้กำหนดคกฏเกณฑ์ในการอยู่ร่วมกันในดินแดนใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพลจากแนวความคิดของ Sir Edward Coke ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ในคตินายแพทย์โทมัส บอนแฮม ในค.ศ.1610 ซึ่งเป็นแนวคิดสำคัญที่นำไปสู่การประกาศอิสรภาพของอาณานิคม (ในนามของสหรัฐอเมริกา) โดยไม่ขึ้นอยู่กับประเทศอังกฤษอีกต่อไปในวันที่4

⁷⁹ สุรพล นิติไกรพจน์และคณะ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 73 หน้า 27 – 28.

⁸⁰ สุรพล นิติไกรพจน์และคณะ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 73 หน้า 28.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 31.

กรกฎาคม ค.ศ.1776 คำประกาศอิสรภาพดังกล่าวได้สร้างหลักพื้นฐานทางการเมืองที่สำคัญ คือ การกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครอง ซึ่งในคำปรารภของรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ (อเมริกา) ได้กล่าวว่า “We the people of the United States do ordain and establish this Constitution for the United States of America” จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่แนวความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (die Ider der Volkssouveraenitaet) ประสบความสำเร็จในทางปฏิบัติ อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญที่ตกเป็นของผู้มีอำนาจสูงสุด (ประชาชน) ได้รับการก่อตั้งขึ้น และได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรของรัฐและกระบวนการในการใช้อำนาจรัฐ อำนาจรัฐที่ได้รับการก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญ จะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ และจากหลักดังกล่าวนี้เอง อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจรัฐ จึงไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ที่จะไม่ผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นปรากฏชัดในเอกสารหมายเลข 78 อันมีชื่อเสียงของ Alexander Hamilton ใน ค.ศ. 1788 โดย Hamilton เป็นผู้ร่วมร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ด้วย เขาได้สรุปเหตุผลสำคัญว่าทำไมศาลจึงควรทำหน้าที่เป็นผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ เป็นโมฆะ โดยเขาเห็นว่า เป็น “nature and reason of the thing” การที่ให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจดังกล่าว เป็นการแสดงว่า อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่อ่อนแอที่สุด ด้วยเหตุนี้จึงเป็นอำนาจที่ได้รับความไว้วางใจในการให้ความคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชน เขายังมีความเห็นด้วยว่า ไม่มีหลักการใดที่ชัดเจนไปกว่าหลักการที่ว่า ถ้าการกระทำใดๆ ของเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบอำนาจขัดแย้งกับความมุ่งหมายของผู้มอบอำนาจ การกระทำใดๆ ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นย่อมไม่มีผลบังคับ ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายซึ่งขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญจึงไม่มีผลบังคับใช้ หลักการดังกล่าวจึงเท่ากับปฏิเสธว่า ผู้ได้รับมอบอำนาจอยู่ในฐานะที่สูงกว่าผู้มอบอำนาจ และเขายังได้กล่าวอีกว่า ภาระหน้าที่ที่แท้จริงของศาล ได้แก่ การตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายพื้นฐาน (fundamental law) ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงต้องได้รับการพิจารณาจากผู้พิพากษาเช่นเดียวกัน

หลักว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น แม้จะได้รับการบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787แต่การนำแนวคิดดังกล่าวมาให้เกิดผลในทางปฏิบัติเกิดขึ้นใน ค.ศ. 1803 ในคดีระหว่าง Marbury V Madison ซึ่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 มิได้บัญญัติโดยชัดแจ้งว่า ให้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น John Marshall ซึ่งเป็นประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น ยืนยันอำนาจของศาลว่า รัฐธรรมนูญย่อมมีผลต่อการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ หากการกระทำดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้น

สูงสุด จึงไม่สามารถแก้ไขได้โดยการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ดังนั้น กฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย นอกจากนี้ ยังให้เหตุผลอีกว่า เพราะว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุด อันเป็นกฎหมายที่เชื่อมโยงกับเจตจำนงของประชาชน รวมทั้งในรัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐทั้งหลายที่ก่อตั้งขึ้น โดยรัฐธรรมนูญไว้ ดังนั้น ในกรณีที่กฎหมายมีความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่อยู่ในฐานะที่ต่ำกว่า จึงต้องยอมหลีกทางให้รัฐธรรมนูญ

อาจกล่าวได้ว่า คดี Marbury V Madison เป็นการวางบรรทัดฐานสำหรับบทบาทของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรรัฐอื่นๆ โดยอาศัยรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นบรรทัดฐาน (Judicial Review) กล่าวคือ หลักการที่ว่า รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดย่อมมาก่อนกฎหมายอื่น ๆ และหลักการที่ว่า ศาล คือ องค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ⁸²

5.1.3 แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศเยอรมนี⁸³

ในเยอรมันนั้น แนวความคิดของกฎหมายฝ่ายธรรมชาติมีบทบาทต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี (Gewohnheitsrecht) ในช่วงเริ่มต้นของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมนั้น ได้มีการยอมรับแนวคิดของการมีกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) แม้ว่าในขณะนั้น จะยังไม่มีรัฐธรรมนูญตามความหมายของรัฐสมัยใหม่ก็ตาม แต่ก็ก็มีกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายทั่วไป เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการสืบราชสมบัติ (Die Thronfolgeregel) , ข้อตกลงระหว่างพระมหากษัตริย์กับเจ้าผู้ครองเมือง หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา (Religionsfreiheit) ในทางทฤษฎีนั้น กฎหมายของเยอรมันในช่วงศตวรรษที่ 17 – 18 นั้น มีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความมีผลผูกพันของกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) และเรื่องความมีอธิปไตยสูงสุดของพระมหากษัตริย์ สำหรับประเด็นปัญหาดังกล่าว กฎหมายพื้นฐานจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสำหรับปัญหาที่มาจากความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับอธิปไตยนั้น ได้รับการอธิบายถึงเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐานและขอบเขตของความผูกพันในทางกฎหมายของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าว ส่วนปัญหาที่เกี่ยวกับผลของการละเมิดรัฐธรรมนูญโดยผู้ปกครองเอง ได้นำไปสู่การถกเถียงกันในเรื่องสิทธิในการต่อต้าน (Widerstandsrecht)

ความหมายของอธิปไตยได้รับการยอมรับจากกฎหมายพื้นฐาน เพียงเท่าที่ได้มีการเน้นถึงอำนาจอธิปไตยของผู้ปกครองรัฐ กรณีจึงมีเหตุผลที่จะจำกัดอำนาจในการออกกฎหมายของมนุษย์ โดยกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า ซึ่งสามารถให้เหตุผลได้ว่า คือ กฎหมาย

⁸² บุญศรี มีวงศ์โหมษ เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 57 หน้า 81 – 82.

⁸³ สุรพล นิติไกรพจน์และคณะ เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 73 หน้า 28 – 30.

ธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตาม การให้เหตุผลในลักษณะดังกล่าว ยังขาดความหนักแน่นในการบังคับใช้ โดยเหตุนี้จึงมีการนำแนวคิดในเรื่องทางสัญญามาช่วยในการให้เหตุผล แนวคิดในเรื่องสัญญาเป็นจุดเชื่อมโยงในทางความคิดของสัญญาในการปกครอง (Herrschaftsvertrag) อันเป็นสัญญาระหว่างพระมหากษัตริย์กับเจ้าผู้ครองนคร ด้วยเหตุนี้ กฎหมายพื้นฐาน (die Fundamentalgesetze) จึงได้รับการพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางสังคม การจะรักษาสัญญาทางสังคมดังกล่าวได้ จะต้องมีอำนาจซึ่งอยู่เบื้องหลังสัญญาดังกล่าว หลักความสูงสุดของสัญญา (der Vorrang der Verträge) ตามกฎหมายธรรมชาติ จึงก่อตั้งขึ้นตามหลัก “pacta sunt servanda” ดังนั้น กฎหมายบัญญัติที่ ขัดแย้งกับกฎหมายพื้นฐาน จึงอาจไม่มีผลบังคับ

ในเรื่องที่เกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายนั้น Christian Wolff อธิบายไว้ในหนังสือ “Ius Nature Methodo Scientifica Pertractatum” ว่า อำนาจนิติบัญญัตินั้น ไม่มีอำนาจที่จะกำหนดกฎหมายพื้นฐานของรัฐได้ จึงไม่สามารถออกกฎหมายพื้นฐาน (Fundamentalgesetze) โดยอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายของผู้ปกครองนครรัฐได้ ซึ่งการให้เหตุผลที่ชัดเจนจากแนวคิดดังกล่าวนี้ได้รับการอธิบายจาก Grotius โดย Grotius ได้นำทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยมาใช้เป็นพื้นฐานในการอธิบาย ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนในการให้ความหมายเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย โดย Grotius เห็นว่า “อำนาจอธิปไตย” มิได้เป็นการขยายความเกี่ยวกับตัวผู้ปกครองในทางส่วนตัว หากแต่อำนาจอธิปไตยนั้นมีลักษณะเป็นอำนาจของรัฐ ซึ่งอาจแบ่งหรือถูกใช้โดยองค์กรต่างๆ ได้ ส่วนวิธีการแบ่งอำนาจอธิปไตยนั้นเป็นเรื่องของกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) ซึ่งจะต้องบัญญัติถึงการจัดองค์กรของรัฐ ดังนั้น สำนักกฎหมายธรรมชาติ จึงทำให้เกิดความชัดเจนระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgebende Gewalt) ซึ่งอยู่เหนือกว่าอำนาจที่ได้รับการก่อตั้งจากรัฐธรรมนูญ (die von der Verfassung Konstituierte Gewalt) และการอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าของผู้ปกครองรัฐภายใต้กฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) เป็นจุดเริ่มต้นที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นรัฐที่ปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญของเยอรมัน ในขณะที่ Pufendorf ได้อธิบายอย่างชัดเจนว่า การกระทำของผู้ปกครองซึ่งขัดแย้งกับหน้าที่ของผู้ปกครองตามกฎหมายพื้นฐาน ย่อมตกเป็นโมฆะ และไม่สามารถที่จะกล่าวถึงการอ้างสิทธิในการที่จะให้บุคคลอื่นต้องเชื่อฟังได้เลย

5.1.4 แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศออสเตรีย⁸⁴

สำนักทฤษฎีกฎหมายของออสเตรียถือว่า เป็นสำนักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญต่อพัฒนาการของแนวคิดที่ว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศออสเตรีย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นักนิติปรัชญาคนสำคัญ คือ Adolf Mehl และ Hans Kelsen โดยทั้ง 2 ท่านได้พยายามรวบรวมปัญหาที่เกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ทั้ง 2 ท่าน

⁸⁴ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 73 หน้า 30 – 31.

ได้ให้เหตุผลในทางทฤษฎีกฎหมาย อธิบายถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า โดย Adolf Merkel เห็นว่า กฎหมายนั้นเป็นระบบที่ว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมาย โดยกฎหมายที่ให้อำนาจได้ก่อให้เกิดกฎหมายที่เกิดจากการได้รับมอบอำนาจ ซึ่งเขาเรียกว่า “ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย” (Theorie des rechtlichen Stufenbaus) กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่แตกต่างกัน ย่อมมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในกระบวนการของการบัญญัติกฎหมาย เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับนิติกรรมทางปกครอง (Verwaltungsakt) หรือ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมาย

สำนักทฤษฎีกฎหมายของออสเตรีย เห็นว่า กระบวนการในการบัญญัติกฎหมายได้รับการกำหนดโดยกฎหมาย และกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจ ก็จะกำหนดกระบวนการในการออกกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าต่อไป กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมายจะต้องผูกพันองค์กรที่มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติสำหรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หากได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้เป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติว่า การทำหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ ให้ทำหน้าที่บนพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ย่อมแสดงว่า รัฐธรรมนูญอยู่ในฐานะที่สูงกว่ากฎหมาย

5.2 ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (pure theory of law)⁸⁵

ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ตามแนวคิดของ Hans Kelsen มีอิทธิพลต่อการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในระบบรวมศูนย์ (centralized system) หรือที่มีนักกฎหมายรัฐธรรมนูญบางคน นิยมใช้คำที่ เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญรูปแบบออสเตรีย” ซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของ Hans Kelsen เห็นว่า กฎหมายนั้นเป็นศาสตร์บริสุทธิ์ แก่นแท้ของกฎหมายเป็นวิทยาศาสตร์ ซึ่งปลอดจากการ ประเมินค่าทางคำตัดสิน (judgement) ทางการเมือง (political) ทางศาสนา (religious) และทางศีลธรรม (moral) ทั้งปวง ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ จึงเป็นการแสดงออกถึงความ เป็นกฎหมายทางสารบัญญัติ (positive law) ที่มีความเป็นอิสระจากทางความคิดอุดมคติ (ideal) หรือความยุติธรรม (right) ของกฎหมาย ดังนั้น ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์จึงเป็นเรื่องความบริสุทธิ์ของตัวบทกฎหมาย โดยแท้และมีความเป็นไปได้ในตัวของมันเอง มิใช่ว่ากฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่ควรจะเป็น (ought to be) ตามความคิดในทางอุดมคติหรือในทางนามธรรมของกฎหมายแต่อย่างใด

⁸⁵ วุฒิชัย จิตदानุ. (2550). *กระบวนการทางกฎหมายและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 23 – 26.

จากแนวคิดของ Hans Kelsen นั้น นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงเห็นว่า ทฤษฎีกฎหมาย บริสุทธิเป็นทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (theory of legal positivism) ซึ่ง Hans Kelsen มุ่งเน้นว่า มีแต่เฉพาะกฎหมายซึ่งมีความบริสุทธิ์ในตัวของมันเอง โดยแท้จริงเท่านั้นที่เป็นบรรทัดฐานสูงสุด

แนวคิดทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของ Hans Kelsen แตกต่างจากนักนิติปรัชญาคน อื่น เช่น เซน (sein) และ ซอลลอน (sollon) ซึ่งมีแนวคิดว่า กฎหมายคืออะไร (is) และกฎหมายควร จะเป็นอะไร (ought) แต่ Hans Kelsen พยายามจะชี้ให้เห็นว่า กฎหมายนั้นเป็นวิทยาศาสตร์ที่มีความ บริสุทธิในตัวกฎหมายที่มีความเป็นไปได้โดยแท้จริง มิใช่กฎหมายที่ควรจะเป็น (ought) ในทาง อุดมคติ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงเห็นว่า แนวความคิดของ Hans Kelsen ต้องการที่จะถ่วงถ่วง วิธีวิทยาการทางทฤษฎีกฎหมาย (methodology) แยกออกจากการครอบงำภายใต้อิทธิพลของศาสตร์ อื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางสังคมศาสตร์ เพื่อชี้ให้เห็นว่าความแตกต่างระหว่างทฤษฎีกฎหมายและ สังคมศาสตร์ว่า ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์จะมุ่งหมายแต่เฉพาะเนื้อหาของกฎหมายเป็นสำคัญ ในการ วิเคราะห์ทฤษฎีกฎหมายเท่านั้น

Hans Kelsen เรียกทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของเขาว่าบรรทัดฐานพื้นฐาน (basic norm) ในขณะที่ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญรู้จักกันในชื่อ “GRUNDNORM” ก่อให้เกิดลำดับชั้นแห่ง บรรทัดฐานกฎหมาย (hierarchy of legal norm) ซึ่งกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าจะก่อให้เกิดกฎหมายที่มี ศักดิ์ต่ำกว่าเป็นลำดับชั้นตกทอดกันไปอย่างเป็นระบบ ดังนั้น ลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมายที่มี ศักดิ์ต่ำกว่า จะสมบูรณ์ในตัวได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจไว้ และกฎหมายที่มีศักดิ์ สูงกว่าจะมีผลสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายสูงสุดที่เป็นบรรทัดฐานสูงสุด (supreme norm) ซึ่ง Hans Kelsen เรียกว่า “GRUNDNORM” ให้อำนาจรับรองไว้ ซึ่งลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมายที่เป็น บรรทัดฐานพื้นฐานกฎหมาย (basic norm) หรือ “GRUNDNORM” เป็นบรรทัดฐานสูงสุดดังกล่าว คือ “รัฐธรรมนูญ” นั่นเอง ดังนั้น กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารองลงมาจากรัฐธรรมนูญ จะขัดต่อ รัฐธรรมนูญไม่ได้ ตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

หลักบรรทัดฐานสูงสุด (supreme norm) ที่ Hans Kelsen นำมาปรับใช้ในการจัดตั้ง ศาลรัฐธรรมนูญ มีแนวคิดสำคัญว่า ในการจัดตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ต้องแยกออกจากศาล ธรรมดาทั่วไป ซึ่งศาลยุติธรรมเป็นศาลหนึ่งที่ใช้อำนาจตุลาการ การพิพากษาว่ากฎหมายใดขัด รัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร และเพื่อการคุ้มครอง รัฐธรรมนูญตามหลักบรรทัดฐานสูงสุด จึงต้องจัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์” (centralized constitutional court) ซึ่งประกอบด้วยตุลาการที่มาจากองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจสำคัญ โดยการเลือกตั้งหรือการแต่งตั้ง มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วย

รัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการด้วย

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า แนวคิดของ Hans Kelsen ที่ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลลบล้างกฎหมายนั้น มีผลเป็นทางลบ (negative sense of abolishing a law) ซึ่งเป็นไปตามลำดับชั้นแห่งกฎหมายที่กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ หากความคิดดังกล่าว เป็นการสร้างกระบวนการทางกฎหมายในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ เรียกว่า “หลักการตรวจสอบก่อน” (priori review) และ “หลักการตรวจสอบหลัง” (posteriori review) ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีเครื่องมือทางกฎหมายอย่างกว้างขวาง ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญ

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงมีความเห็นว่า แนวคิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์ของ Hans Kelsen เป็นแม่แบบของประเทศรัฐประชาธิปไตยทั้งหลายนำไปปรับใช้ โดยมีความมุ่งหมายเกี่ยวกับประเด็นสำคัญอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญ ที่ศาลยุติธรรมทั่วไปไม่อาจจะมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ได้ ตามหลักทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) ได้ ด้วยเหตุผล 5 ประเด็น ได้แก่

ประเด็นที่หนึ่ง ความขัดแย้งในประเด็นอำนาจสำคัญของรัฐต่างๆ แต่ละรัฐตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งจำเป็นต้องกำหนดเขตอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันให้ชัดเจนระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ดังนั้น การให้ศาลยุติธรรมทั่วไปซึ่งเป็นอำนาจหนึ่งที่ใช้อำนาจตุลาการ และเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน ย่อมเป็นการก้าวล่วงอำนาจองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นและไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่แท้จริง

ประเด็นที่สอง ความขัดแย้งในประเด็นเขตอำนาจเหนือดินแดนภายในรัฐต่างๆ ที่ได้รวมตัวกันเป็นประเทศ ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจบัญญัติรายละเอียดได้ครบถ้วนในการแบ่งเขตอำนาจเหนือดินแดนแต่ละมลรัฐ หรือการบัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจหน้าที่ของมลรัฐต่างๆ และรัฐบาลกลางโดยละเอียดได้ ดังนั้น การให้ศาลยุติธรรมทั่วไปในมลรัฐหนึ่งมีอำนาจวินิจฉัยเขตอำนาจเหนือดินแดนของมลรัฐอื่น ที่มีปัญหาเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างมลรัฐด้วยกัน จึงไม่เหมาะสม ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรเฉพาะที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่เพื่อการนี้โดยตรง

ประเด็นที่สาม ปัญหาในประเด็นที่ผู้ใช้อำนาจมหาชนของรัฐละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ย่อมทำให้การใช้สิทธิเรียกร้องจากการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลต่อศาลยุติธรรมทั่วไป มีผลให้คำพิพากษามีผลผูกพันแต่เฉพาะคู่ความในคดี

เท่านั้น แต่ไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอก รวมทั้งไม่มีผลผูกพันต่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐแต่ละมลรัฐ แต่ถ้าให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัย ย่อมทำให้คำวินิจฉัยนอกจากมีผลต่อประชาชนโดยทั่วไปทุกคนแล้ว ยังมีผลผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการทั้งปวงด้วย

ประเด็นที่สี่ ปัญหาในประเด็นการคุ้มครองพรรคการเมืองต่างการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองต่างๆ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ย่อมถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครององค์กรทางการเมืองตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ให้ออกพ้นจากการถูกแทรกแซงทางการเมืองโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นๆ อันเป็นการอันมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ประเด็นที่ห้า ปัญหาในประเด็นการคุ้มครองกระบวนการเลือกตั้งหรือสิทธิการเลือกตั้งหรือสิทธิการรับเลือกตั้งหรือสิทธิทางการเมืองต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ซึ่งเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิการเลือกและการรับเลือกตั้ง เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่รับรองไว้เพื่อรักษาความเป็นประชาธิปไตยตามสัญญาประชาคม ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่รัฐให้ไว้ต่อประชาชนภายใต้สังคมภายในรัฐ

ศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์ (centralized system) ตามแนวคิดของ Hans Kelsen ได้รับการยอมรับและถูกนำไปปรับใช้โดยการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในหลายประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของเชโกสโลวาเกีย รัฐธรรมนูญของสเปน ซึ่งหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงแล้ว ประเทศต่างๆ ได้นำแนวคิดของ Hans kelsen ไปจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้น ตามรัฐธรรมนูญของอิตาลี เยอรมนี ตุรกีและในอีกหลายๆ ประเทศ

5.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers)

แนวคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น มีพัฒนาการและความเป็นมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา โดย จอห์น ล็อก (John Locke) ปรัชญาเมธีชาวอังกฤษ ซึ่งเป็นนักปราชญ์ที่มีชื่อเสียงในช่วงศตวรรษที่ 16 เห็นว่า แม้อำนาจอธิปไตยจะถูกแบ่งแยกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจเกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสนธิสัญญาและการแลกเปลี่ยนทูต⁸⁶ เขาก็ยังไม่ไว้วางใจและต่อต้านแนวคิดระบบการผูกขาดอำนาจ โดยเห็นว่า ในความเป็นจริงแล้ว

⁸⁶ ออมร จันทรสมบุรณ์. (2525). กฎหมายปกครอง กรุงเทพฯ โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง หน้า 18 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์. (2553). *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎีและหลักการเบื้องต้น* กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 257.

อำนาจบริหารและอำนาจในการทำสงคราม การทำสนธิสัญญาและการแลกเปลี่ยนทูตนั้น มักจะไปตกอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว และยังเห็นอีกว่า อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจที่แยกออกมาและเป็นอำนาจที่อยู่สูงกว่าอำนาจอื่น โดยเขาได้กล่าวไว้ในหนังสือชื่อ “Second Treaties of Civil Government” ว่า “จากจุดอ่อนตามธรรมชาติของมนุษย์ที่พร้อมอยู่เสมอที่จะดึงอำนาจเข้าหาตัว ย่อมทำให้ใครก็ตามที่มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ย่อมมีความอยากเป็นอย่างยิ่งที่จะมีอำนาจในการใช้กฎหมาย และอำนาจในการใช้กฎหมายนั้นด้วย และหากเป็นเช่นนั้นจริง ผู้ที่นั้นย่อมหาวิธีการที่จะให้ตนเองไม่ต้องเคารพกฎหมายที่ตนกำหนดขึ้นมาเอง และยอมมุ่งไปในทางที่เอื้อประโยชน์อย่างอื่น ๆ ที่จะแตกต่างไปจากประชาคมส่วนที่เหลือ ซึ่งยอมไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์สังคมและของรัฐบาล”⁸⁷ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ในเบื้องต้นว่า จอห์น ล็อก เป็นผู้วางรากฐานการแบ่งแยกอำนาจ อันเป็นผลสืบเนื่องจากเหตุการณ์ในทางประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองอังกฤษ แต่ผู้ที่นำรากฐานแนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจมาเผยแพร่ได้ดีที่สุด คือ ชาร์ลส์ เดอ มงเตสกีเออ ปรัชญาเมธีชาวฝรั่งเศส ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ มาจากการศึกษาระบบการปกครองของอังกฤษ

จากการศึกษาระบบการปกครองของอังกฤษ เขาเข้าใจได้ว่า เสรีภาพจะมีได้ก็แต่ภายใต้การปกครองที่มีการจำกัดอำนาจ และเสรีภาพซึ่งจะมั่นคงอยู่ได้ ก็ต่อเมื่อไม่มีการใช้อำนาจในทางที่ผิดเท่านั้น เขาจึงมีแนวความคิดเช่นเดียวกับจอห์น ล็อก ในเรื่องของความไม่ไว้วางใจผู้มีอำนาจทางการเมืองการปกครอง

มงเตสกีเออได้เขียนหนังสือชื่อ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” เล่ม 11 บทที่ 6 ซึ่งมีเนื้อหาสำคัญว่า “ในทุกรัฐ จะมีอำนาจอยู่ 3 อย่าง อำนาจประการแรก คือ อำนาจในการตรากฎหมาย ขึ้นบังคับใช้ภายในระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดกาล และอำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายซึ่งมีอยู่แล้ว อำนาจประการที่สองคืออำนาจในการรักษาความสงบสุขหรือทำสงคราม ส่งเอกอัครราชทูตไปประจำอยู่ต่างประเทศหรือยอมรับเอกอัครราชทูตจากต่างประเทศ รักษาความมั่นคงภายในและป้องกันการรุกรานจากภายนอก อำนาจประการที่สาม คือ อำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาหรือพิพากษาข้อพิพาทระหว่างเอกชน” อำนาจประการแรกคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจที่สอง เรียกว่า อำนาจบริหารของรัฐ และอำนาจที่สาม เรียกว่า อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี⁸⁸

จึงอาจกล่าวได้ว่า มงเตสกีเออเป็นผู้สร้างหลักการแบ่งแยกอำนาจขึ้นมาในฝรั่งเศส โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการต่อต้านระบบผูกขาดอำนาจอยู่ที่กษัตริย์เพียงผู้เดียว นอกจากนี้แล้วเขายังวิพากษ์วิจารณ์สถาบันการปกครองฝรั่งเศสในสมัยนั้นอีกด้วย มงเตสกีเออเห็นว่า การปกครอง

⁸⁷ Two treaties of Government . อังโน บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 57 หน้า 438.

⁸⁸ ชาลูนัย แสงวงศ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 86 หน้า 257 – 258.

แบบกษัตริย์จะต้องมีการประนีประนอมกับแนวความคิดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งหมายความว่า ระบบการปกครองแบบกษัตริย์จะต้องเอื้ออำนวยต่อการรับรองสิทธิเสรีภาพ ดังที่เขาได้กล่าวไว้ว่า “เมื่ออำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารได้รวมกันอยู่ในบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกัน..... เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเราอาจเกรงว่ากษัตริย์หรือคณะบุคคลอันเดียวกันนั้น จะออกกฎหมายแบบทรราชย์และใช้บังคับกฎหมายโดยวิธีของทรราชย์.....อีกอย่างหนึ่ง กรณีจะไม่มีเสถียรภาพ ถ้าอำนาจในการตัดสินใจไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ถ้าอำนาจนี้รวมกันเข้ากับอำนาจนิติบัญญัติ ชีวิตและเสรีภาพของผู้อยู่ในปกครอง จะต้องเผชิญกับการควบคุมที่ล่าช้า เพราะผู้พิพากษาจะกลายเป็นผู้ออกกฎหมาย ถ้าอำนาจนี้รวมเข้ากับอำนาจบริหาร ผู้พิพากษาที่อาจประพฤติตัวแบบรุนแรงและกดขี่...กรณีจะเป็นการอวสาน ของทุกสิ่งทุกอย่าง ถ้าอำนาจทั้งสาม นั่น คือ การตรากฎหมาย การบังคับตามติมหาชนและการพิจารณาคดีของเอกชนได้ถูกใช้โดยบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็กรณีของบรรดาขุนนางหรือประชาชนก็ตาม”⁸⁹

ทำให้ในที่สุด กษัตริย์จำเป็นต้องประนีประนอมกับแนวความคิดสิทธิและเสรีภาพ คือ ต้องปล่อยให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพบ้าง จึงเป็นสิ่งที่ทำให้ทราบได้อย่างชัดเจนว่า แนวคิดของมองเตสกีเอต์ต้องการให้ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ควรเป็นอิสระแยกออกจากกัน โดยเน้นการกานและดุลระหว่างอำนาจทั้งสามด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว หลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจไปรวมที่ใครหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง ในลักษณะของการผูกขาดอำนาจ โดยไม่มีองค์กรใดสามารถตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจได้ ก็อาจทำให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งจะทำให้ผู้อยู่ในปกครองถูกกดขี่ข่มเหงได้

6. การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น แยกพิจารณาเป็นระบบ และวิธีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนี้

6.1 ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

เมื่อใดที่รัฐธรรมนูญรับรองว่าคนเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ หรือ บัญญัติให้เห็น โดยทางอ้อมว่าคนเป็นกฎหมายสูงสุด ด้วยการห้ามบทบัญญัติของกฎหมายอื่นขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญเมื่อนั้น ย่อมเกิดอำนาจในการพิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

⁸⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 86 หน้า 257 – 258.

และอำนาจในการควบคุมมิให้กฎหมายอื่นขัดรัฐธรรมนูญ อำนาจนี้อาจมีอยู่ชัดเจนด้วยการมอบให้องค์กรหรือสถาบันใดเป็นผู้ใช้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ (ออสเตรีย อิตาลี เยอรมันตะวันตก) ศาลป้องกันรัฐธรรมนูญ (สเปน) สภารัฐธรรมนูญ (ฝรั่งเศส) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ (ไทย)⁹⁰

ปัญหาที่ว่า ใครควรจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นปัญหาสำคัญ เพราะเท่ากับเป็นการให้อำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายซึ่งออกโดยรัฐสภาใช้บังคับไม่ได้ กฎหมายนั้นอาจกร่างโดยคณะผู้ชำนาญการทางนิติศาสตร์ผ่านคณะรัฐมนตรี จากนั้นจึงเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิ และในที่สุดก็ไปสู่ประมุขของประเทศเพื่อตราเป็นกฎหมาย กระบวนการนี้เกี่ยวข้องกับคนเป็นอันมาก ที่สำคัญคือ ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยสำคัญยิ่งในประเทศ การที่จะมีใครชี้ขาดได้ว่ากฎหมายที่ผ่านกระบวนการผู้คนและการใช้อำนาจดังกล่าวตกเป็นอันไร้ผล ย่อมเป็นปัญหาสำคัญ ในทางการเมืองไม่น้อยกว่าปัญหาทางกฎหมาย ในเรื่องนี้ปรากฏว่าในแต่ละประเทศ ได้คำนึงถึงอย่างรอบคอบ เพราะเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและมีผลกระทบทางการเมืองสูง ทั้งไม่ใช่สักเพียงแต่มอบให้องค์กรใดมีอำนาจเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณาเลยไปถึงคุณสมบัติ ความเหมาะสม ความพร้อมของผู้เป็นตุลาการในองค์กรนั้นอีกด้วยว่า สามารถทำหน้าที่วินิจฉัย เช่นนี้ได้ดีเพียงใด ศาสตราจารย์คาพเพลเลตตี (Mauro Cappelletti) ได้วิจัยโดยสำรวจวิธีปฏิบัติในนานาประเทศทั้งอดีตและปัจจุบัน แล้วสรุปได้ว่า ในเรื่องขององค์กรผู้มีอำนาจนี้แบ่งออกได้เป็นสองระบบ ดังนี้⁹¹

6.1.1 ระบบกระจายศูนย์อำนาจ (Decentralized System)

หลักการตามระบบนี้⁹² ศาลเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่มีอยู่แล้วและทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาในทางกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้น ศาลทั้งหลายจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่เป็นปัญหาในชั้นพิจารณาของศาลนั้นๆ ในขณะเวลานั้น ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ที่เรียกว่า “กระจายอำนาจ” นั้น เนื่องจากมีการกระจายอำนาจ Judicial Review ไปยังศาลทุกศาล แล้วแต่จะเกิดปัญหาที่ต้องพิจารณาขึ้นในศาลชั้นใด เช่น ศาลคดีเด็กฯ, ศาลแขวง, ศาลแพ่ง, ศาลอาญา, ศาลภาษีอากร, ศาลทหาร, ศาลอุทธรณ์, ศาลฎีกา ฯลฯ อาจเรียกชื่อระบบนี้ได้อีกหลายชื่อ เช่น ระบบอำนาจศาลทั่วไป หรือระบบอเมริกัน การที่เรียกว่าระบบอเมริกัน เนื่องจากระบบนี้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกใน พ.ศ. 2346 (ค.ศ. 1803) ในคดีระหว่าง Marbury V Madison ที่ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกายืนยันว่า ศาลมีอำนาจตรวจสอบคดีรัฐธรรมนูญ นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ศาลทุกศาลในสหรัฐอเมริกาก็สามารถใช้

⁹⁰ วิษณุ เครืองาม เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 7 หน้า 685.

⁹¹ วิษณุ เครืองาม เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 7 หน้า 686 – 687.

⁹² เรื่องเดียวกัน หน้า 687 – 692.

อำนาจวินิจฉัยได้ว่า กฎหมายของมลรัฐหรือกฎหมายของรัฐบาลสหรัฐขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่ อำนาจเช่นนี้กระจายไปยังศาลทั่วไป และเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการตามปกติ เช่นเดียวกับการชี้ขาดข้อกฎหมายในคดีแพ่งและคดีอาญาอื่นๆ ซึ่ง ถ้าคู่ความใดไม่พอใจคำชี้ขาดย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้จนถึงศาลฎีกา หรือศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือเป็นปรากฏการณ์สำคัญด้านสุดท้ายที่จะรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไว้ มิให้ละเมิดได้

ระบบนี้ให้เหตุผลว่า ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการหรืออำนาจอธิปไตยในการพิจารณาพิพากษาคดีอยู่แล้ว ในการนี้ศาลจำเป็นต้องนำ “กฎหมาย” มาปรับแก้ข้อเท็จจริงในคดี ศาลจึงต้องตรวจสอบว่าอะไรเป็นกฎหมาย อะไรไม่เป็นกฎหมาย ถ้าศาลเห็นว่าสิ่งที่จะนำมาปรับใช้แก้คดีซึ่งเป็นประเด็นอยู่ในขณะนั้น ไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย เนื่องจากขัดรัฐธรรมนูญ จะให้ศาลใช้สิ่งนั้นต่อไปได้อย่างไร แม้จะส่งต่อไปให้องค์กรอื่นๆ วินิจฉัย ก็ไม่สามารถหาได้ว่ามีองค์กรอื่นใดที่เหมาะสมอีกแล้ว จะให้ส่งไปยังคณะรัฐมนตรีหรือรัฐสภาอย่างนั้นหรือ ดังนั้น ระบบกระจายอำนาจนี้จึงเกิดขึ้นโดยอาศัยช่องว่างของรัฐธรรมนูญ (ไม่มีบทบัญญัติให้องค์กรอื่นมีอำนาจในการวินิจฉัย) โดยอาศัยเหตุผลทางตรรกวิทยา (รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีไม่สามารถทำหน้าที่นี้ได้ ก็ต้องให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจ) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (การชี้ขาดว่ากฎหมายกฎหมายหรือไม่เป็นอำนาจตุลาการ จึงต้องแยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร) โดยที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีได้กำหนดโดยชัดแจ้งว่า องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจที่จะตัดสินว่า การกระทำใดๆ ของฝ่ายบริหารก็ดี ของรัฐสภาทั้งของรัฐสภาของรัฐบาลกลางหรือของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง เป็นการกระทำซึ่ง “ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” หรือขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติบทใดบทหนึ่งของรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเขียนหรือคำแถลงของสมาชิกบางคนที่มาประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญสามารถอนุมานได้ว่า ที่ประชุมของผู้แทนแห่งรัฐรับกันโดยปริยายในเวลาร่างรัฐธรรมนูญว่า องค์กรผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจดังกล่าว คือ ศาล นั่นเอง โดยที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา หมวด 6 มาตรา 2 บัญญัติว่า “ให้รัฐธรรมนูญนี้ และบรรดากฎหมายสหรัฐที่จะบัญญัติขึ้นตามรัฐธรรมนูญนี้ และบรรดาสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้น หรือจะทำขึ้นตามอำนาจแห่งสหรัฐเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และผู้พิพากษาในทุกมลรัฐ จะถูกผูกพันดังว่านั้น ไม่ว่าจะมิบบทบัญญัติใดๆ ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งมลรัฐกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็ตาม ”

เมื่อพิจารณาด้วยบทแล้ว ย่อมเห็นว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่าใครหรือองค์กรใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งในเวลาต่อมา ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่า ศาลมีอำนาจวินิจฉัย และคนส่วนใหญ่ก็ยอมรับให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยมาโดยตลอดนับตั้งแต่ พ.ศ. 2346 (ค.ศ. 1803) จนถึงปัจจุบัน โดยใช้

อำนาจไว้ในคดีระหว่าง Marbury V Madison ซึ่งถือเป็นบรรทัดฐานของการมีอำนาจของศาลต่างๆ ในเวลาต่อมา โดยคดีดังกล่าวนี้มีข้อเท็จจริงว่า ใน พ.ศ.2344 (ค.ศ.1801) ในคืนสุดท้ายที่อยู่ในตำแหน่งประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา จอห์น อัดัมส์ ได้ลงนามแต่งตั้งสมาชิกจากพรรคเฟเดอรัลลิสต์ จำนวน 42 คน ซึ่งเป็นพรรคการเมืองที่พ่ายแพ้การเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ แต่หนังสือแต่งตั้งบางฉบับนั้นได้หายไป โดยไม่ปรากฏว่ามีการประทับตราเพื่อให้มีผลใช้บังคับได้ ในบรรดาหนังสือแต่งตั้งซึ่งไม่มีการประทับตราทั้งหมดนั้น มีหนังสือแต่งตั้งวิลเลียม มาร์บิวรี ให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลประจำกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. รวมอยู่ด้วย ในขณะที่นั้นพรรครีพับลิกันของ โทมัส เจฟเฟอร์สันซึ่งได้รับชัยชนะในการเลือกตั้ง และได้ดำรงตำแหน่งเป็นประธานาธิบดีคนต่อไป

จากอัดัมส์ มีความเห็นเกี่ยวกับการแต่งตั้งบรรดาเหล่าตุลาการเหล่านี้ของประธานาธิบดีอัดัมส์ เป็นอย่างยิ่ง เพราะเห็นว่า อัดัมส์ฉวยโอกาสแต่งตั้งในคืนสุดท้ายที่อัดัมส์อยู่ในตำแหน่ง ดังนั้น เมื่อเจฟเฟอร์สันเข้าดำรงตำแหน่ง จึงไม่ยอมประทับตราประธานาธิบดีเพื่อการแต่งตั้งที่อัดัมส์ทำค้างไว้ไม่สมบูรณ์ ต่อมา วิลเลียม มาร์บิวรี จึงยื่นฟ้องต่อศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเพื่อขอให้ศาลออกหมายสั่งให้เจมส์ เมดิสัน ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศคนใหม่ส่งมอบตำแหน่งตุลาการซึ่งอดีตประธานาธิบดีอัดัมส์ได้แต่งตั้งตนเองไว้ จอห์น มาร์แชลล์ ซึ่งเป็นประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น กำหนดประเด็นในคำพิพากษาใน พ.ศ. 2346 (ค.ศ. 1803) ว่า ประเด็นแรกมาร์บิวรีมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับตำแหน่งดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งได้วินิจฉัยว่ามีสิทธิ ประเด็นที่สอง คำสั่งศาลที่สั่งให้คืนตำแหน่งให้มาร์บิวรีมีผลบังคับได้ตามสิทธิของเขาหรือไม่ วินิจฉัยว่า มี และประเด็นสุดท้าย ศาลมีอำนาจออกหมายบังคับให้คืนตำแหน่งให้มาร์บิวรีหรือไม่ ศาลวินิจฉัยว่า ไม่มี เนื่องจากรัฐธรรมนูญตุลาการ ค.ศ.1789 ในส่วนที่บัญญัติให้อำนาจศาลในการออกหมายบังคับฝ่ายบริหารได้ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าในส่วนนี้ใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน และเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติว่าองค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัย ศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัย ด้วยเหตุผลว่าข้อแรก การวินิจฉัยเช่นนี้เป็นอำนาจตุลาการ ข้อที่สอง เมื่อการกระทำที่ศาลเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติหรือเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารแล้ว จะส่งเรื่องนี้กลับไปให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารได้อย่างไร จึงต้องให้ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นกลางเป็นผู้วินิจฉัย และข้อสุดท้าย ศาลมีหน้าที่ใช้กฎหมาย จึงอยู่ในฐานะที่จะรู้ว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายหรือไม่เป็นกฎหมาย เมื่อกฎหมายหรือการกระทำนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ สิ่งนั้นก็ไม่ใช่ชอบด้วยกฎหมาย

จึงอาจสรุปได้ว่า จอห์น มาร์แชลล์ ประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในสมัยนั้นได้ยืนยันอำนาจตุลาการของศาลสูงสุดไว้ในคำพิพากษาดังกล่าวไว้ว่า “ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งมีข้อความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐเป็นโมฆะ” คำพิพากษานี้ได้สร้าง

ลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรชั้น 2 ประการ คือ ประการแรก ยืนยันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งกฎหมายธรรมดาอาจมีข้อความที่ขัดหรือแย้งได้ ประการที่สอง ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ให้องค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัย ศาลย่อมอ้างอำนาจนั้นได้

ระบบกระจายอำนาจมีผลดี ดังต่อไปนี้

1. มีความสะดวก ประหยัดและง่าย เนื่องจากใช้องค์กรที่จัดตั้งอยู่แล้ว คือ ศาล ให้ทำหน้าที่นี้ โดยไม่ต้องจัดตั้งองค์กรขึ้นมาใหม่

2. ผู้พิพากษาเป็นผู้มีความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมาย มีประสบการณ์ด้านคดีมาก การให้เหตุผลมีหลักเกณฑ์ทางวิชาการเป็นที่น่าเชื่อถือกว่าองค์กรอื่น

3. ระบบตุลาการมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ มีหลักประกันการใช้ดุลพินิจอิสระในตัวเอง ปลอดภัยจากการถูกแทรกแซงโดยองค์กรอื่นๆ หรือนักการเมือง

4. การที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ มักเป็นประเด็นกล่าวอ้างหรือต่อสู้ในทางคดีเมื่อมีคดีไปสู่ศาล จึงควรให้วินิจฉัยไปพร้อมกันกับเนื้อหาของคดีเดิมในชั้นศาล โดยไม่ต้องหยุดการพิจารณา และส่งเฉพาะประเด็นรัฐธรรมนูญไปให้องค์กรอื่น

แต่อย่างไรก็ตาม ระบบกระจายอำนาจก็มีผลเสียหรือข้อคัดค้าน ดังนี้

1. การให้ศาลทั้งหลายเป็นผู้วินิจฉัย ย่อมเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติ นักกฎหมายชาวอเมริกันเคยวิพากษ์วิจารณ์ว่าระบบอเมริกันเกิดขึ้นจากการที่ผู้พิพากษาต้องการแย่งชิงอำนาจนิติบัญญัติ โดยปกติแล้ว ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติมีความผิดพลาด ประชาชนจะเป็นผู้ตัดสิน แต่ถ้าฝ่ายตุลาการมีความผิดพลาด ไม่มีทางใดที่ประชาชนจะสามารถควบคุมได้เลย

2. การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นปัญหาการเมืองไม่ใช่ปัญหากฎหมายธรรมดา ถ้ายอมให้ศาลทำหน้าที่นี้ ก็เท่ากับเปิดโอกาสให้ศาลเล่นการเมือง เพราะอาจมีเรื่องวิวาทกับรัฐสภาหรือพรรคการเมืองผู้เสนอร่างกฎหมายนั้น

3. ผู้พิพากษามีคุณสมบัติไม่เหมาะสมกับการทำงานเช่นนี้ เพราะมีความเป็น “นักกฎหมาย” เกินไป อาจเถรตรงถือตามถ้อยคำสำนวนในตัวบทกฎหมาย ในขณะที่การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องอาศัยความรู้ทางเศรษฐศาสตร์การเมือง สังคมวิทยา ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและอื่นๆ

4. การกระจายอำนาจแก่ศาลทั่วไป ทำให้ขาดความเป็นเอกภาพ เพราะว่าแต่ละศาลอาจตัดสินไม่เหมือนกันก็ได้ เช่น กฎหมายฉบับหนึ่งในศาลหนึ่ง อาจเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญ แต่กฎหมายฉบับเดียวกันในอีกศาลหนึ่ง ศาลนั้นอาจเห็นว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ในระบบกฎหมาย Common law อย่างสหรัฐอเมริกาอาจพอแก้ปัญหานี้ได้ เนื่องจากมีหลัก stare decisis ซึ่งหมายความว่า

ศาลล่างต้องถูกผูกมัดให้ตัดสินตามศาลสูง แต่ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย คำพิพากษาของศาลสูงไม่อาจผูกมัดศาลล่างได้เสมอไป การกระจายอำนาจจึงทำให้ถกเถียงกัน และหามาตรฐานได้ยาก

ระบบการกระจายอำนาจมีอิทธิพลในฐานะที่เป็นระบบ judicial review ที่เก่าแก่ที่สุดและเกิดขึ้นก่อนระบบอื่น ในปัจจุบันยังคงใช้กันอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา นอร์เวย์ สวีเดน ญี่ปุ่น แต่ในบางประเทศ เช่น เยอรมันตะวันตก อิตาลี และไทย เคยใช้ระบบนี้อยู่ชั่วระยะเวลาหนึ่งแล้วเปลี่ยนไปใช้ระบบอื่นแทน

6.1.2 ระบบรวมศูนย์อำนาจ (Centralized system)

ระบบรวมอำนาจในการควบคุมตรวจสอบให้อยู่ที่องค์กรเดียว⁹³ มีหลักการว่าอำนาจในการควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญจะไปรวมอยู่ที่องค์กรเดียว ซึ่งอาจเป็นองค์กรหรือสถาบันที่มีอยู่แล้วตามปกติ เช่น ศาลฎีกา (แทนที่จะเป็นศาลอื่นๆ ทุกศาล) หรืออาจจัดตั้งขึ้นมาใหม่โดยเฉพาะเพื่อการนี้ก็ได้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ สภารัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ระบบนี้ให้เหตุผลว่า การกระจายอำนาจนี้ไปยังศาลต่างๆ เป็นการเปิดทางให้ผู้พิพากษาอาชีพเล่นการเมืองได้ และอาจเป็นเป้าหมายการเมืองให้ถูกโจมตีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบาลหรือพรรคการเมืองผู้เสนอร่างกฎหมายนั้น (ในกรณีที่รัฐบาลเสนอได้) และรัฐสภาผู้พิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าว ฝ่ายที่สนับสนุนระบบรวมอำนาจยืนยันว่า การให้ศาลทำหน้าที่นี้ ย่อมเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและถือเป็นการทำกิจกรรมทางการเมือง (political act) ทั้งทำให้คำวินิจฉัยขาดระเบียบและเอกภาพ นอกจากนี้ การฝากปัญหาสำคัญของประเทศให้แก่ผู้พิพากษาอาชีพ ย่อมเป็นเรื่องอันตราย เนื่องจากความคิดความอ่านอาจถูกจำกัดในวงแคบๆ ไม่ทันต่อความต้องการของสังคม

ระบบรวมอำนาจนี้มักจะดำเนินถึงออสเตรเลีย เนื่องจากระบบรวมอำนาจที่ใช้อยู่ในเวลานี้ มีรูปแบบและการจัดองค์กรอย่างออสเตรเลียเป็นส่วนใหญ่ แต่โดยความเป็นจริงนั้น ฝรั่งเศสถือเป็นประเทศที่เป็นต้นตำรับหรือที่มาของระบบรวมอำนาจด้วยอีกทางหนึ่ง เพียงแต่มีวิธีการควบคุมที่แตกต่างออกไป ดังนี้

1. ระบบรวมอำนาจแบบฝรั่งเศส หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นที่รู้จักในประเทศฝรั่งเศสมาช้านานแล้ว และก่อนที่รัฐธรรมนูญสภารัฐจะยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเสียด้วยซ้ำไป นักกฎหมายฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติใหญ่อธิบายว่าคำสั่งของพระมหากษัตริย์เป็นกฎหมายสูงสุด แต่ในทางปฏิบัติ ผู้พิพากษามักเข้าไปก้าว

⁹³ วิชาญ เครื่องงาม เรื่องเดียวกัน เจียงอรธรที่ 7 หน้า 692 – 697.

ถ่ายแทรกแซงอำนาจของทั้งสภา รัฐบาลและพระมหากษัตริย์อยู่เสมอ หลังจากการปฏิวัติใหญ่แล้ว รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2334 (ค.ศ.1791) มาตรา 157 จึงบัญญัติห้ามตุลาการเข้าแทรกแซงฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหาร พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2333 (ค.ศ.1790) มาตรา ก็บัญญัติไว้ว่า “ศาลทั้งหลาย...ไม่อาจขัดขวางหรือทำให้การปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐสภาหยุดชะงักลง มิฉะนั้นจะเป็นความผิดฐาน ไม่ปฏิบัติหน้าที่” ความผิดฐานนี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 127 ให้เพิกถอนสิทธิในฐานะพลเมือง ที่เป็นเช่นนี้ เพราะว่ามีประสบการณ์อันขมขื่นในสมัยก่อนการปฏิวัติใหญ่ที่ศาลมีอำนาจมากเกินไปนั่นเอง นอกจากนี้แล้ว เมื่อฝรั่งเศสยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ศาลก็ควรต้องลดบทบาทตามไปด้วย ในยช่วงเวลานั้นเองจึงเกิดช่องว่างขึ้นมาว่า ควรจะให้ใครเข้ามาพิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และควบคุมมิให้รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในเวลาที่มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2338 (ค.ศ.1795) แอบเบ ซีเอเยต์ นักการเมืองคนสำคัญผู้หนึ่งจึงได้เสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นมาใหม่ โดยให้มีความเป็นอิสระจากรัฐสภา คณะรัฐบาลและศาล เพื่อทำหน้าที่นการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเรียกว่า “คณะลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” แนวคิดนี้ได้รับการยอมรับในสมัยพระเจ้า นโปเลียนที่ 1 ซึ่งเปลี่ยนชื่อเป็น สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Senat Conservateur de la Constitution) แม้ว่าสภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญจะมีอำนาจมาก แต่ในทางปฏิบัติ แล้ว สภาแห่งนี้แทบไม่มีโอกาสใช้อำนาจเลยเนื่องจากไม่เคยวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือการกระทำของรัฐบาลขัดรัฐธรรมนูญเลย ทั้งที่สาธารณชนเห็นว่าน่าจะขัด ในเวลาต่อมา ระบบสภาสูงแห่งนี้จึงล้มเลิกไป และฝรั่งเศสสว่างเว้นจากการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนานนับหลายปี จนกระทั่งในเวลาต่อมา มีการจัดตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (Comite constitutionnel) ขึ้นตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2489 (ค.ศ.1946) พื้นฐานความคิดของการตั้งคณะกรรมการนี้ คือ ต้องการประสานประโยชน์ของทุกฝ่าย และตั้งอยู่แนวความคิดว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้น การควบคุมจึงจำกัดอยู่เพียง “ร่างกฎหมาย” เท่านั้น มิใช่กฎหมายที่ได้ประกาศใช้บังคับได้ นอกจากนี้ยังเคารพเจตนารมณ์ของสภาในฐานะที่เป็นเจตจำนงทั่วไปของประชาชน กล่าวคือ ถ้าเห็นว่าร่างกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญ ก็จะส่งร่างกฎหมายนั้นกลับไปให้สภาพิจารณาทบทวน แต่ถ้าสภายืนยันก็แสดงว่าเจตจำนงของประชาชนเป็นเช่นนั้น ร่างกฎหมายนั้นจะใช้ไม่ได้ จนกว่าจะแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับร่างกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเป็นการแสดงเจตจำนงของคนรุ่นใหม่สำคัญกว่าของคนรุ่นเก่า แต่ก็ไม่ได้ถึงกับละลบละล้างก้าวข้ามความสำคัญของรัฐธรรมนูญไปโดยง่ายแบบอัตโนมัติ ดังเช่นกรณีที่เกิดขึ้นในบางประเทศ ในเวลาต่อมา สภาแห่งนี้ก็เปลี่ยนชื่อเป็น สภารัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ตามรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 พ.ศ.2501 (ค.ศ.1958)

สภารัฐธรรมนูญที่ตั้งขึ้นมาใหม่ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศส จึงมีวิวัฒนาการหรือความเป็นมาทางประวัติศาสตร์อันยาวนาน แต่เมื่อพัฒนามาจนเป็นสภา รัฐธรรมนูญในขณะนี้ ก็มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญเกิดขึ้นหลายประการ คือ เป็นองค์กรที่มุ่งกำกับ ควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา ดังจะเห็น ได้จากการมีเพียงอำนาจควบคุม “เฉพาะ” ร่างกฎหมาย มิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายเลือกตั้ง กฎหมายว่าด้วยการห้ามรัฐมนตรีเป็นสมาชิกรัฐสภา และข้อบังคับการประชุมสภาทั้งสองขั้วรัฐธรรมนูญ แต่มิได้มุ่งที่จะให้มีอำนาจควบคุมมิให้ กฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังที่พบเห็นได้ทั่วไปในประเทศอื่นๆ ทั้งอาจกล่าวได้ว่า ไม่ได้เป็นองค์กร ที่ตั้งขึ้นเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนเช่นเดียวกับอีกหลายประเทศ ดังนั้น สภารัฐธรรมนูญ ของฝรั่งเศส (ปัจจุบัน คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ) จึงไม่มีอำนาจตรวจสอบว่า กฎหมายที่ออกมา ใช้บังคับแล้ว ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ วิธีการเช่นนี้ เรียกว่า การควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมาย (pre-publication control of constitutionality of legislation) มิใช่การควบคุมหลังประกาศใช้ (post-publication control) สภารัฐธรรมนูญฝรั่งเศสและองค์กรอื่นทำนองนี้ที่เคยมีมาก่อน อาจเป็นที่มา หรือแบบอย่างของระบบรวมอำนาจอยู่ที่องค์กรเดียว แต่อำนาจหน้าที่และบทบาทขององค์กรนี้ ไม่ได้เป็นตัวอย่างแพร่หลายเท่าใดนัก โดยทั่วไป จึงยกให้ศาลรัฐธรรมนูญในออสเตรียเป็นต้นแบบ ของระบบองค์กรควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญแบบรวมอำนาจ ทั้งๆ ที่มีความเป็นมาสั้นกว่า

2. ระบบรวมอำนาจแบบออสเตรีย แม้ว่าฝรั่งเศสจะเป็นประเทศแรกๆ ที่เริ่มต้นจัดตั้งองค์กรพิเศษเพื่อควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญก่อนประเทศอื่นก็ตาม แต่แนวคิด ของฝรั่งเศสก็มิได้มีอิทธิพลโดยตรงต่อประเทศอื่นๆ มากนัก เนื่องจากสภารัฐธรรมนูญมีลักษณะ พิเศษที่พัฒนาองค์กรมาจากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญและคณะลูกขุน พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่อาจนำไปใช้เป็นแบบอย่างได้ และเป็นกรณีของการควบคุมร่างกฎหมาย ก่อนประกาศบังคับใช้มากกว่าการควบคุมกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว แต่เนื่องจากแนวคิดเรื่อง ประวัติความเป็นมาขององค์กรตลอดจนระเบียบการจัดองค์กรพิเศษดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นอย่าง ชัดเจนว่า ได้แยกตัวออกมาจากศาลยุติธรรม สอดคล้องกับแนวความคิดและเป็นที่พอใจของนัก กฎหมายคนสำคัญชาวออสเตรีย คือ Hans Kelsen เป็นอย่างมาก Kelsen ไม่นิยมชมชอบระบบ องค์กรทางการเมืองและการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาวินิจฉัยคดีของฝรั่งเศส เนื่องจากเห็นว่าเป็นการ ก่อตั้งองค์กรขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองมากเกินไป คือ ต้องการควบคุมอำนาจของรัฐสภา ในการตรากฎหมายเป็นสำคัญ แต่เขาต้องการให้เกิดมีขึ้นของระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือ แย้งกับรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองประชาชนให้พ้นจากการถูกบังคับใช้ กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ เขาจึงเสนอแนวคิดให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษเป็นแบบศาล แต่ให้มีการ รวมอำนาจไว้ที่ศาลเดียว โดยผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ มีหลักประกันการ

ทำงานว่าจะต้องไม่ถูกแทรกแซงทางการเมือง ซึ่งนับว่าเป็นการนำข้อดีของระบบอเมริกันมาใช้ แต่ป้องกันมิให้เกิดผลเสียดังเช่นที่พบในระบบอเมริกัน เช่น ผู้พิพากษาไม่ใช่ผู้พิพากษามืออาชีพ หากแต่เป็นผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมาย การเมือง การปกครองและเศรษฐศาสตร์ประกอบกัน และให้มีการรวมอำนาจไว้ที่องค์กรเดียวโดยไม่กระจายอำนาจไปให้หลายองค์กร ซึ่งรัฐธรรมนูญ ออสเตรีย พ.ศ.2463 (ค.ศ.1920) ให้การยอมรับข้อเสนอดังกล่าว และจัดให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นครั้งแรก เรียกว่า “Verfassungsgerichtshof” ซึ่งได้กลายเป็น แบบอย่างให้กับหลายๆ ประเทศในเวลาต่อมา ดังนั้น ระบบรวมอำนาจนี้บางครั้งจึงเรียกว่า ระบบ ออสเตรีย

ระบบรวมอำนาจมีผลดี คือ ทำให้สถาบันตุลาการมีบทบาทเด่นชัดขึ้น ไม่มัว หมองหรือถูกคำครหาหรือวิพากษ์วิจารณ์ดังที่ Kelsen เคยอธิบายและให้เหตุผลไว้ นอกจากนี้แล้ว การตั้งองค์กรพิเศษเป็นการประนีประนอมประสานประโยชน์ทุกฝ่ายได้ดี คำวินิจฉัยก็มีเอกภาพ ไม่ถกเถียง ขณะที่ยกข้อเสียของระบบรวมอำนาจคือทำให้กระบวนการวินิจฉัยปัญหารัฐธรรมนูญ สิ้นเปลืองทั้งเวลาและทรัพยากรอื่นๆ ผลของคำวินิจฉัยถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการประสาน ประโยชน์การเมืองมากเกินไป บางครั้งก็ถูกกล่าวหาว่าเป็นอำนาจอธิปไตยที่สี่ ที่แยกจากอำนาจนิติ บัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยที่ส่วนที่เป็นข้อเสียนั้น นักกฎหมายที่เสนอระบบนี้ ก็พยายามดัดแปลงแก้ไข เช่น กรณีเห็นว่าสิ้นเปลือง ก็แก้ไขโดยให้องค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาใหม่ปฏิบัติ หน้าที่อย่างอื่นด้วย เช่น การวินิจฉัยปัญหาการเลือกตั้ง รวมทั้งปัญหาการเมืองอื่นๆ เป็นต้น

ระบบรวมอำนาจนี้มีอิทธิพลเป็นอย่างมากในเวลาต่อมา ดังจะเห็นได้จากการที่หลายๆ ประเทศได้ยอมรับแนวคิดและนำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น อิตาลี เยอรมัน ตะวันตก ไชปรัส ตุรกี ยูโกสลาเวีย (ปัจจุบันแยกออกเป็นหลายประเทศแล้ว) เป็นต้น ในขณะที่ หลายๆ ประเทศได้นำแนวคิดไปดัดแปลงจนเกิดเป็นระบบย่อยขึ้น เช่น ประเทศมาเลเซีย (กำหนดให้ศาลสูงสุดมีอำนาจแต่ศาลเดียว) แคนาดา (ตอนแรกให้คณะกรรมการตุลาการของสภา องมนตรีเป็นผู้มีอำนาจ แต่ระยะต่อมาให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจ) เกาหลีใต้ (ให้คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญมีอำนาจ ซึ่งต่อมาได้พัฒนามาเป็นศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน) แต่ในบางประเทศก็ได้ นำระบบอเมริกันหรือระบบกระจายอำนาจไปผสมรวมกับระบบรวมอำนาจหรือระบบออสเตรีย เช่น รัฐธรรมนูญของสวิสเซอร์แลนด์ กำหนดให้การวินิจฉัยในระดับมลรัฐ (Canton) ว่ากฎหมายใด ขัดกับกฎหมายสูงสุดของมลรัฐหรือไม่ เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมตามระบบกระจายอำนาจ แต่การวินิจฉัยในระดับรัฐบาลกลางของสหพันธ์ ซึ่งจะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดของมลรัฐขัดกับ รัฐธรรมนูญของสหพันธ์หรือไม่ นั้น เป็นอำนาจของศาลพิเศษแห่งสหพันธ์แต่องค์กรเดียวตาม ระบบรวมอำนาจ แม้พิจารณาจากรัฐธรรมนูญไทยแล้ว ประเทศไทยก็ใช้ระบบผสม มิใช่ระบบ

ออสเตรียเสียทั้งหมด เนื่องจากในช่วงเริ่มต้นคตินั้น จะต้องมีการฟ้องร้องกันในศาลก่อน เมื่อคตินั้น อยู่ในอำนาจของศาลใด ศาลนั้นย่อมมีอำนาจวินิจฉัยเช่นนี้เป็นไปตามระบบกระจายอำนาจแบบ อเมริกัน แต่ถ้าศาลนั้นเห็นว่า กฎหมายนั้นไม่ขัดรัฐธรรมนูญ เรื่องก็จบอยู่ที่ศาลนั่นเอง ข้อนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลใช้อำนาจ judicial review เบื้องต้น ได้ก็ต่อเมื่อศาลเห็นว่ารัฐธรรมนูญจริง จึงทำ ความเห็นส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (ปัจจุบันพัฒนาเป็นศาลรัฐธรรมนูญแล้ว) วินิจฉัยอีก ครั้งหนึ่ง คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน) ถึงที่สุด ตรงนี้ จึงเห็นได้ว่า ประเทศไทยใช้ระบบรวมอำนาจออสเตรีย ดังนั้น เมื่อนำมาผสมรวมกัน ประเทศไทย จึงใช้ระบบผสม

กล่าวโดยสรุปแล้ว ระบบรวมอำนาจอาจใช้รูปแบบขององค์กรในหลายๆ รูปแบบเป็นผู้ทำหน้าที่ในกรณีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนี้

1. องค์กรทางการเมือง เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญของ เวียดนามได้ (ปัจจุบันรวมกับเวียดนามเหนือแล้ว) พ.ศ.2499 (ค.ศ.1956) รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ พ.ศ. 2515 (1972) (ปัจจุบันเป็นศาลรัฐธรรมนูญแล้ว)

2. ศาลสูงสุด เช่น ไนจีเรีย มาเลเซีย ใต้หวัน

3. ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะศาลพิเศษ เช่น ออสเตรีย ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2463 (ค.ศ.1920) เยอรมันตะวันตก (ปัจจุบัน เป็นเยอรมนีประเทศเดียวแล้ว) อิตาลี ตุรกี สเปน ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2474 (ค.ศ.1931) ศรีลังกา ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2515 (ค.ศ.1972) สวิตเซอร์แลนด์ โปแลนด์ ยูโกสลาเวีย (ปัจจุบัน แยกเป็นประเทศเอกราชหลายประเทศแล้ว)

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาประวัติความเป็นมาของประเทศต่างๆ ในเรื่องนี้ พบว่าหลายๆ ประเทศมีความพยายามที่จะเปลี่ยนแปลงระบบและองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัย ตามหลักการแสวงหาสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับตน เช่น แม้ว่า ออสเตรียจะเป็นเจ้าความคิดในเรื่องการแยก ศาลรัฐธรรมนูญออกมาต่างหากจากศาลยุติธรรม แต่โดยผลของการจัดระบบการศาลในเวลาต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญกลับกลายเป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรม แต่อยู่ในแผนกกฎหมายมหาชน และเป็น ศาลสูงสุดของฝ่ายกฎหมายมหาชน ในขณะที่ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดของศาลยุติธรรมในแผนก กฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นคนละแผนกกันกับศาลรัฐธรรมนูญ แต่การจัดระบบศาล ประเภทนี้ ก็มีได้ทำให้ระบบที่ Kelsen กำหนดไว้ได้รับผลกระทบมากนัก เนื่องจากผู้พิพากษาใน ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังคงจำกัดว่ามาจากสายกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะ มิใช่จะโยกย้ายผู้พิพากษาใน ศาลแพ่ง ศาลอาญาหรือศาลฎีกาในแผนกกฎหมายเอกชนมาปฏิบัติหน้าที่ได้ ในประเทศอิตาลีนั้น แต่เดิมรัฐธรรมนูญฉบับเดิม เคยให้ใช้ระบบอเมริกัน แต่ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2491 (ค.ศ.1948) มาตรา 134 กำหนดให้ใช้ระบบรวมอำนาจแบบออสเตรียและตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมา ในเยอรมัน

นั้น ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2414 (ค.ศ.1871) หรือที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ค (Bismarck) ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัย แต่ต่อมาตามรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2492 (ค.ศ.1949) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยในศรีลังกานั้น แต่เดิมเคยให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัย แต่ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2515 (ค.ศ.1972) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัย สำหรับประเทศไทยนั้น ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2475 ศาลยุติธรรมเคยอ้างว่าตนเองมีอำนาจในการวินิจฉัย แต่ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับหลังๆ เช่น รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2521 กำหนดให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัย แต่พอมาถึงรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัย เป็นต้น

6.2 วิธีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หมายถึง อำนาจหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบกฎหมายและร่างกฎหมาย เพื่อมิให้กฎหมายและร่างกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและมีสถานะทางกฎหมายสูงสุดกว่ากฎหมายอื่นใด

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น สามารถแยกการควบคุมโดยพิจารณาช่วงเวลาในการตราบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนี้

6.2.1 การควบคุมกฎหมายก่อนใช้บังคับ^{๙๔}

การควบคุมในลักษณะนี้ เป็นกรณีที่กฎหมายยังอยู่ในระหว่างกระบวนการตรากฎหมายและยังมิได้ประกาศใช้บังคับ สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้น มีหลักการสำคัญว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มาจากเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน ดังนั้น จึงไม่มีองค์กรใดที่จะมีอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้น โดยผู้แทนของปวงชนได้เลย ดังนั้น จึงไม่สามารถควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้แทนของปวงชนได้ แต่สำหรับร่างกฎหมายนั้น เมื่อยังไม่มีผลบังคับใช้ เพราะยังไม่มีกรลงนามโดยประมุขแห่งรัฐและยังมิได้ประกาศใช้ ย่อมสามารถกระทำได้ ดังนั้น จึงสามารถร้องขอให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายได้ รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ค.ศ. 1958 กำหนดให้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ กฎหมายธรรมดา พันธกรณีระหว่างประเทศและข้อบังคับการประชุมสภาสามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้ ก่อนประกาศใช้บังคับ โดยคำร้องขอของบุคคลหรือองค์กรตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด จึงเห็นได้ว่า กลไกทางกฎหมายในการตรวจสอบดังกล่าวนี้ได้รับการออกแบบมาเพื่อ “ป้องกัน” มิให้กฎหมายหรือข้อบังคับเหล่านั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

^{๙๔} สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 73 หน้า 102 – 104.

6.2.2 การควบคุมหลังกฎหมายใช้บังคับ

หลังจากที่กฎหมายได้ผ่านกระบวนการตรากฎหมาย และประกาศใช้บังคับแล้ว แต่ปรากฏในเวลาต่อมาว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือมีองค์ใดหรือบุคคลใดที่สงสัยหรือเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวนั้น ขัดหรือแย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว สามารถร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ ดังนี้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ ถือเป็นวิธีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายวิธีการหลักของศาลรัฐธรรมนูญเป็นส่วนใหญ่

นอกจากนี้แล้ว เมื่อพิจารณาลักษณะของการควบคุมกฎหมาย อาจแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้⁹⁵

1) การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม (abstract)

Laver and Mair⁹⁶ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอธิบายว่า การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม หมายถึง กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ โดยไม่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคืออยู่ในศาล

Malavet⁹⁷ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ อธิบายว่า การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม คือ กระบวนการควบคุมกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนใช้บังคับให้มีผลทางกฎหมาย หรือการควบคุมกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมิให้บังคับใช้ทางกฎหมาย

จึงอาจกล่าวได้ว่า การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรมเป็นกระบวนการควบคุมร่างกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมิให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายหรือบรรดากฎหมาย กฎข้อบังคับของรัฐสภาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมิให้มีผลใช้บังคับทางกฎหมาย อันเป็นกระบวนการควบคุมกฎหมายลำดับรองจากรัฐธรรมนูญที่อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การควบคุมบรรทัด

⁹⁵ วุฒิชัย จิตदानุ. (2552). *กระบวนการทางกฎหมายและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ* คุญฉินิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์คุญฉินิพนธ์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 39.

⁹⁶ Laver M and Mair P *Representative government in modern Europe* Dublin Mcgraw Hill 2001p. 83 อ้างใน วุฒิชัย จิตदानุ เชียงอรอดที่ 85 เรื่องเดียวกัน หน้า 39.

⁹⁷ Malavet P.A. Abstract vs. Concrete norm control *Judicial review* Retrieved March 6 , 2002 from <http://nersp.nerdc.ufl.edu/~malavet/comparat/slides%20text/14jrgerm.htm>.

อ้างใน วุฒิชัย จิตदानุ เรื่องเดียวกัน เชียงอรอดที่ 85 หน้า 39.

ฐานในเชิงนามธรรม จึงใช้ควบคุมกฎหมายได้ทั้งตามหลักการตรวจสอบก่อนและหลักการตรวจสอบหลังหรือเป็นการควบคุมทั้งร่างกฎหมายและกฎหมายได้⁹⁸

อย่างไรก็ตาม การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรมจะเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์ ส่วนระบบไม่รวมศูนย์หรือระบบอเมริกันไม่มีการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรมตามหลักการตรวจสอบแต่อย่างใด⁹⁹

2) การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (Concrete)

ศาสตราจารย์ ดร.คอลเดอร์ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อธิบายว่า การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม ได้แก่ กระบวนการควบคุมกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จากการร้องขอของศาลที่พิจารณาคดีมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญ¹⁰⁰

ที่ประชุมของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญของโลก อธิบายว่า การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม เป็นกระบวนการควบคุมกฎหมายที่มีข้อโต้แย้งว่า กฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลทั่วไปไม่มีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายนั้นว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต้องส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามหลักการตรวจสอบหลัง¹⁰¹

อย่างไรก็ตาม การเกิดบทบาทและอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม เพื่อการควบคุมกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วทั้งก่อนการประกาศใช้หรือหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ มีพัฒนาการมาจากสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มีประเทศเกิด

⁹⁸ The Judicialization. *Three reasons of judicialization*. Retrieved January 12, 2002 from <http://holgerschindler.de/judicialization.htm>. อ้างใน วุฒิชัย จิตตานู เจริญธรรมที่ 85 เรื่องเดียวกัน หน้า 39.

⁹⁹ Guastini R. *Implementing the rule of law* Retrived June 22, 2002 from <http://www.giuri.unige.it/intro/depist/digita/felo/test/anlis-000/5.guastini.rtf>. อ้างใน วุฒิชัย จิตตานู เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 85 หน้า 40.

¹⁰⁰ Doldur, C. *A few considerations on the constitutional court's role as a guarantor of human rights: The perspective of Romania's accession into the Euro-Atlantic structures*. Retrieved June 22 2002, from [http://ccr.ro/Publicatii/Buletin %](http://ccr.ro/Publicatii/Buletin%20de%20Informa%C7C7Ii). อ้างใน วุฒิชัย จิตตานู เจริญธรรมที่ 85 เรื่องเดียวกัน หน้า 43.

¹⁰¹ The Conference of European Constitution. *The relations between the Constitutional Courts and the other nations including the interference in the action of the European XIIIth Congress* Retrieved November 11, 2002 from <http://www.confcocon.steu.org/reports/Turkije/FN.pdf>. อ้างใน วุฒิชัย จิตตานู เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 85 หน้า 43.

ใหม่หลายประเทศ บางประเทศมีการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ แต่ยังมีกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้วก่อนการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ กฎหมายนั้นกลับไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ในการพิจารณาคดีของศาลมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลจึงต้องพักการพิจารณาก่อนแล้วเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ส่วนการควบคุมกฎหมายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว เกิดขึ้นได้จากกรณีของการตรากฎหมายของรัฐสภา ได้อาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภาตรากฎหมายโดยบิดเบือนอำนาจอันขัดต่อสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายในการพิจารณาคดีของศาล และศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ต้องพักการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราวและเสนอเรื่อง ต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁰² เป็นการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของบรรดากฎหมายที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁰³



¹⁰² Harutanyan , G. , & Mavcic , A. *Constitutional Review and its development in the model world* Yerevan Liubjana อ้างใน วุฒิชัย จิตตานุ เจริญธรรมที่ 85 เรื่องเดียวกัน หน้า 44.

¹⁰³ วุฒิชัย จิตตานุ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 85 หน้า 43 – 44.

บทที่ 3

การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนโดยการใช้สิทธิทางศาลตาม รัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

การศึกษาเรื่อง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการใช้สิทธิทางศาลตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทยนั้น แบ่งการพิจารณาเป็นพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในแต่ละยุคแต่ละสมัย สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร หลักการต่างๆ อันเป็นสาระสำคัญซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ได้แก่ หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังผู้เขียนจะนำเสนอตามลำดับดังนี้

1. พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทย

นับตั้งแต่ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครอง จากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตั้งแต่ พ.ศ.2475 โดยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯพระราชทานรัฐธรรมนูญฉบับแรกเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ.2475 ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ย่อมเป็นการยืนยันหลักการที่ว่า รัฐได้ยอมรับว่าประชาชนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำอะไรภายใต้กรอบของกฎหมายได้ในระดับหนึ่ง หลังจาก พ.ศ.2475 ประเทศไทยมีพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยอย่างต่อเนื่องยาวนานมาจนถึงปัจจุบัน อาจแบ่งกลุ่มของรัฐธรรมนูญตามลักษณะของการมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนี้

1.1 รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพน้อยหรือไม่มีการคุ้มครอง

รัฐธรรมนูญในกลุ่มนี้ มักจะเป็นรัฐธรรมนูญในยุคสมัยรัฐบาลชุดต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นภายหลังการปฏิวัติรัฐประหาร ได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ.2475 รัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย ซึ่งไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเลย คงมีเพียงการกล่าวว่ประชาชนมีสิทธิในการเลือกตั้งโดยตรง¹⁰⁴ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 7 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นหลังจากการรัฐประหาร โดยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์และคณะปฏิวัติ เป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่กำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเด็ดขาดเบ็ดเสร็จอย่างมากมาย ในลักษณะของ “รัฐบาลของฝ่ายบริหาร” ซึ่งนายกรัฐมนตรีสามารถใช้อำนาจทั้งทางนิติบัญญัติ ทางบริหารและตุลาการอย่างเบ็ดเสร็จ กล่าวได้ว่าในทางปฏิบัติ เป็นการปกครองในระบบเผด็จการอย่างสมบูรณ์แบบ แม้ในทางรูปแบบจะกล่าวอ้างว่า เป็นการปกครองในระบบประชาธิปไตย¹⁰⁵ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 9 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการรัฐประหารรัฐบาลตนเองของจอมพลถนอม กิตติขจร นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น เนื่องจากความขัดแย้งระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร เป็นรัฐธรรมนูญที่นอกจากจะไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่รองรับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ยังมีการเพิ่มความไม่ชอบด้วยหลักรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้มีผลบังคับย้อนหลังไปก่อนเวลาที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ด้วย เป็นสมัยที่มีการปกครองเผด็จการสมบูรณ์แบบอีกครั้งหนึ่ง และนำไปสู่เหตุการณ์ “วันมหาวิปโยค” 13-14 ตุลาคม 2516 เนื่องจากมีการใช้กำลังตรวจทหารเข้าปราบปรามประชาชนที่ร่วมกันชุมนุมเรียกร้องให้มีการใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยเร็วที่สุด ทำให้ประชาชนบาดเจ็บล้มตายเป็นจำนวนมาก¹⁰⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 11 เกิดขึ้นเนื่องจากพลเรือเอก สงัด ชลออยู่ หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินตัดสินใจนำกำลังทหารเข้ารัฐประหารยึดอำนาจจากรัฐบาลในขณะนั้น โดยมีสาเหตุจากการที่กลุ่มประชาชนและนิสิตนักศึกษาจำนวนมาก ชุมนุมคัดค้านความพยายามเดินทางกลับประเทศไทยในรูปของการบวชเป็น “สามเณร” ของจอมพลถนอม กิตติขจร อดีตนายกรัฐมนตรีสมัยเหตุการณ์วันมหาวิปโยค เกิดการปะทะกับประชาชนกลุ่มที่สนับสนุนจอมพลถนอม กิตติขจร จนเกิดเหตุการณ์นองเลือดที่บริเวณมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และสนามหลวงในวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 เป็นรัฐธรรมนูญที่ลดทอนสิทธิและเสรีภาพของ

¹⁰⁴ มานิตย์ จุมปา. (2551). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2550)* กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 6-7.

¹⁰⁵ มานิตย์ จุมปา เรื่องเดียวกัน เจริญรอดที่ 105 หน้า 24 – 26.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 31 – 32.

ประชาชนมากที่สุดฉบับหนึ่ง โดยการให้อำนาจพิเศษแก่นายกรัฐมนตรีที่จะใช้อำนาจถอดถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างง่ายดาย¹⁰⁷ รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 12 เกิดขึ้นหลังจากที่พลเรือเอกสงัด ชะลออยู่ หัวหน้าคณะปฏิวัติ นำคณะปฏิวัติเข้ายึดอำนาจการปกครองประเทศจากรัฐบาลของนายธานินทร์ กรัยวิเชียร ซึ่งปกครองประเทศในลักษณะของการเข้มงวดและจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวาง เป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเลย ทั้งยังมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจอย่างมากแก่นายกรัฐมนตรี ซึ่งสามารถถอดถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างง่ายดาย¹⁰⁸ และธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 14 เกิดขึ้นจากพลเอกสุนทร คงสมพงษ์ หัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ร.ส.ช) และคณะนำกำลังทหารเข้ายึดอำนาจการปกครองประเทศจากรัฐบาลของพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น โดยมีสาเหตุจากความขัดแย้งระหว่างผู้นำฝ่ายบริหารและบรรดาผู้นำทางทหาร เกี่ยวกับการโยกย้ายแต่งตั้งบุคคลที่ดำรงตำแหน่งสำคัญทางทหาร เป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเลยแม้แต่มาตราเดียว มีการปกครองระบอบเผด็จการทหาร¹⁰⁹ รวมทั้งสิ้น 6 ฉบับ

1.2 รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปานกลาง

รัฐธรรมนูญในกลุ่มนี้มักจะเป็นรัฐธรรมนูญในช่วงแรกๆ หลังจากมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองประเทศจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบอบประชาธิปไตย ใน พ.ศ.2475 ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 เป็นรัฐธรรมนูญที่มีการจัดหมวดหมู่เกี่ยวกับการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นครั้งแรก มีการกำหนดทั้งสิทธิและหน้าที่ของชนชาวสยามไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน เช่น รับรองความเสมอภาค เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในชีวิตและร่างกาย, สิทธิส่วนบุคคล, เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการสมาคม และหน้าที่ของชนชาวไทย¹¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2489 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 3 เป็นรัฐธรรมนูญที่ยังคงหลักการรับรองสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 แต่เพิ่มสิทธิในการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ต่อฝ่ายปกครองขึ้นมา และเป็นครั้งแรกที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากมากขึ้นให้สมแก่ลักษณะของรัฐธรรมนูญ และเป็นครั้งแรกที่มีการตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการพิจารณาเรื่องที่กฎหมาย

¹⁰⁷ มานิตย์ จุมปา เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 105 หน้า 40 – 42.

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 42 – 43.

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 46 – 47.

¹¹⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 7 – 10.

ขัดรัฐธรรมนูญ¹¹¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) (พ.ศ.2490) รัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับที่ 3 ทั้งๆ ที่เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังจากจอมพลผิน ชุณหะวัณ นำกำลังทหารเข้ายึดอำนาจการปกครองประเทศจากรัฐบาลของนายควง อภัยวงศ์ นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น¹¹²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 5 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยที่เกิดขึ้นจากการร่างของ “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” มีการแยกสิทธิและเสรีภาพ กับ หน้าที่ของชนชาวไทย ออกจากกันเป็นคนละหมวด และมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพในแต่ละประเภทอย่างชัดเจน ตลอดจนมีความละเอียดมากขึ้น นอกจากนี้ยังมีการเพิ่มสิทธิและเสรีภาพใหม่ๆ ขึ้นมาจำนวนมาก เช่น สิทธิทางศาลในคดีอาญา สิทธิในการไม่ถูกเกณฑ์แรงงาน เว้นแต่โดยเงื่อนไขของกฎหมายโดยเฉพาะ สิทธิในการได้รับค่าชดเชยจากการเวนคืนหรือจากการใช้สอยของเอกชน โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เสรีภาพทางวิชาการ เสรีภาพในการรวมตัวเป็นพรรคการเมือง เสรีภาพในการสื่อสาร เป็นต้น ถือว่า เป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นต้นแบบในเรื่องสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ใช้เป็นต้นแบบในการจัดทำรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2495 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 6 เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นเนื่องจากการรัฐประหารรัฐบาลตนเองของจอมพล ป. พิบูลสงคราม มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้มาก แต่กลับนำเรื่องสิทธิและเสรีภาพ กับ หน้าที่ของชนชาวไทยกลับมารวมกันอีก และเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติว่า บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้ให้เป็นปฏิปักษ์ต่อชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์และรัฐธรรมนูญมิได้¹¹³

1.3 รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพมาก

รัฐธรรมนูญในกลุ่มนี้ เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นหลังจาก พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่รัฐธรรมนูญที่ได้รับการยกย่องว่า เป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนหรือรัฐธรรมนูญฉบับที่ดีที่สุดเท่าที่เคยมีมา คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ดังนั้น รัฐธรรมนูญในกลุ่มนี้ประกอบด้วย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 16, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) รัฐธรรมนูญฉบับที่ 17 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับในปัจจุบัน (ในขณะที่ผู้เขียนกำลังเขียน รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สิ้นสุดลงแล้ว หลังจากมีการเข้าควบคุมอำนาจการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร โดยกลุ่มทหารที่เรียกตนเองว่า คณะรักษาความสงบ

¹¹¹ มานิตย์ จุมปา เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 105 หน้า 10 – 14.

¹¹² เรื่องเดียวกัน หน้า 14 – 16.

¹¹³ เรื่องเดียวกัน หน้า 22 – 24.

แห่งชาติ (คสช.) ภายใต้การนำของพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ผู้บัญชาการทหารบก ในฐานะหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ในวันที่ 22 พฤษภาคม 2557)

ในการศึกษานี้ ขอนำเสนอเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เพื่อแสดงถึงพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในสมัยใหม่ ดังนี้

1.3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 : รัฐธรรมนูญฉบับที่ 16

เมื่อรัฐบาลเผด็จการทหารที่มาจากคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ร.ส.ช.) หดอำนาจลง ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงครั้งที่ 6 (พ.ศ.2539) มาตรา 211 บัญญัติให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 99 คน ที่ได้รับเลือกตั้งจากรัฐสภาให้ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมา สภาร่างรัฐธรรมนูญใช้ระยะเวลาในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นานถึง 233 วัน โดยมีเจตนารมณ์ให้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นพื้นฐานสำคัญในการปฏิรูปการเมือง โดยการปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองขึ้นใหม่ให้มีความมั่นคงสถาพรสืบไป รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีเนื้อหาสาระสำคัญ ซึ่งถือว่าเป็นเจตนารมณ์อันสำคัญของรัฐธรรมนูญ 3 ประการ¹¹⁴ ดังนี้

1. ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน
2. ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

เพิ่มขึ้น

3. ปรับปรุงโครงสร้างทางการเมือง ให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพมากขึ้น

จะเห็นได้ว่า สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้รวบรวมและนำเอาบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งในส่วนที่เคยปรากฏมาแล้วในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า และที่ยังไม่เคยมีการบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับใดๆ มาก่อนมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ด้วยเจตนารมณ์มุ่งให้บทบัญญัติในส่วนสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ที่สำคัญประการหนึ่งขององค์กรที่ร่างสามารถใช้บังคับให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้จริง มิใช่เป็นเพียงบทบัญญัติที่ไม่อาจมีผลบังคับได้ดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ก่อนหน้านี้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ประกอบด้วยบทบัญญัติถึง 336 มาตรา นับได้ว่ามากที่สุดเท่าที่เคยมาในประวัติศาสตร์ของการจัดทำรัฐธรรมนูญ ในที่นี้ผู้เขียนขอนำเสนอบทบัญญัติบางมาตราที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งมีทั้งมาตราที่เป็นการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเดิม ให้ครอบคลุมสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นกว่ารัฐธรรมนูญฉบับเดิม และบางมาตราเป็นบทบัญญัติที่ยังไม่เคยมีการบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาก่อนเลย ดังนี้

¹¹⁴ มานิตย์ จุมปา เรื่องเดียวกัน เชิงอรรดที่ 105 หน้า 53.

1. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชน (มาตรา 4 และมาตรา 28) ซึ่งกล่าวโดยสรุป มนุษย์ทุกคนมีคุณค่า ดังนั้นรัฐจำเป็นต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนในฐานะที่เป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน จะเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเสมือนว่าเขาไม่เป็นมนุษย์ไม่ได้เลย และมนุษย์แต่ละคนก็ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตนเองให้มีคุณค่าความเป็นมนุษย์และจะต้องไม่ปฏิบัติให้ตนเองลดหรือสูญเสียคุณค่าความเป็นมนุษย์ไป

2. หลักการเกี่ยวกับความเสมอภาค (มาตรา 5 และ 30) ซึ่งกล่าวโดยสรุปแล้ว เป็นความเสมอภาคในกฎหมาย นั่นคือ บุคคลแต่ละคนมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน มีความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม, มีความเสมอภาคในการรับราชการ, มีความเสมอภาคในการเสียภาษี เป็นต้น

3. สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง (มาตรา 32) เป็นกรณีที่บุคคลจะได้รับโทษทางอาญา ก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันใดซึ่งกฎหมายในขณะนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจะสูงกว่า โทษซึ่งกฎหมายได้กำหนดไว้ในขณะที่เขากระทำความผิดไม่ได้เลย

4. สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานในคดีอาญาไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (มาตรา 33) เป็นกรณีที่ผู้ต้องหาในคดีอาญาจะต้องได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่ายังบริสุทธิ์อยู่ ไม่มีความผิด ดังนั้น ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดจริง จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นๆ เสมือนว่าเขาเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้

5. เสรีภาพในการนับถือศาสนา (มาตรา 38) กล่าวสรุปได้ว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ บุคคลย่อมมีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ที่จะเลือกนับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ลัทธิใดลัทธิหนึ่ง ตามความประสงค์ บุคคลอื่นหรือรัฐจะแทรกแซงหรือปิดกั้นไม่ได้เลย ไม่ว่าในส่วนของความเชื่อและการปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนาตามความเชื่อนั้น แต่ทั้งนี้การปฏิบัติดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

6. สิทธิในการได้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ (มาตรา 40) กรณีนี้อาจกล่าวได้ว่า เป็นบทบัญญัติเพิ่มเติมให้สิทธิใหม่ที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ โดยถือว่าคลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และวิทยุโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติ ดังนั้น จึงต้องจัดให้มีการควบคุมการใช้คลื่นความถี่อย่างเหมาะสม โดยอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการจัดสรรคลื่นความถี่วิทยุแห่งชาติ ในการจัดสรรคลื่นความถี่ให้มีความเป็นธรรมและเป็นไปอย่างเสรี

7. สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานจากรัฐ (มาตรา 43) กรณีนี้เป็นความชัดเจนของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ที่ประกันสิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน โดยรัฐมีหน้าที่

ต้องจัดการศึกษาให้แก่ประชาชนอย่างทั่วถึงและเป็นธรรม โดยให้มีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 12 ปี ซึ่งหมายความว่า ประชาชนทุกคนในประเทศ ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษาจนสำเร็จระดับมัธยมศึกษาตอนต้นหรือเทียบเท่า

8. เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ (มาตรา 44) ถ้าประชาชนจะชุมนุมกันโดยสงบและปราศจากอาวุธย่อมกระทำได้อย่างเต็มที่เพราะรัฐธรรมนูญรับรองว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้รัฐมีหน้าที่ต้องให้ความเคารพเสรีภาพส่วนนี้ของประชาชน และไม่อาจเข้ามาแทรกแซงหรือระงับหรือสั่งยกเลิกการชุมนุมดังกล่าวได้

9. สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง (มาตรา 47)

10. สิทธิของผู้สูงอายุ (มาตรา 54) เป็นกรณีที่บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไปซึ่งถือว่าเป็นผู้สูงอายุและไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ มีสิทธิในการได้รับการดูแลและช่วยเหลือจากรัฐ

11. สิทธิในการได้รับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารจากรัฐ (มาตรา 58) ถือว่าเป็นหลักการใหม่ของรัฐธรรมนูญฉบับที่ 16 นี้ โดยให้ถือเป็นหลักว่า หน่วยงานของรัฐต้องเปิดเผยข้อมูลที่ตนเองเป็นผู้ให้บริการแก่ประชาชนทราบ ยกเว้นแต่ข้อมูลบางประเภทที่จำเป็นต้องปกปิด เช่น ถ้าเปิดเผยข้อมูลจะกระทบต่อความปลอดภัยของประชาชน หรือกระทบต่อส่วนได้เสียที่บุคคลอื่นๆ ควรได้รับความคุ้มครอง เป็นต้น ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งได้กลับหลักการเดิมที่ยึดถือว่าหน่วยงานของรัฐจะเปิดเผยข้อมูลไม่ได้ เนื่องจากจะเกิดผลกระทบและผลเสียต่อหน่วยงานของรัฐดังกล่าวและ โดยส่วนรวมของราชการ ยกเว้นแต่ข้อมูลบางอย่างอาจเปิดเผยได้ และประชาชนเองไม่มีสิทธิร้องขอให้หน่วยงานของรัฐเปิดเผยข้อมูลให้แก่ตนเองได้เลย

12. สิทธิในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (มาตรา 104 และ มาตรา 123)

13. สิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (มาตรา 104 และมาตรา 125)

ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพตามข้อ 9, 12 และ 13 เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ.2541

14. สิทธิในการเข้าชื่อเสนอกฎหมายโดยประชาชน (มาตรา 170) กรณีเป็นสิทธิที่บัญญัติขึ้นมาใหม่ โดยที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติให้ผู้เสนอกฎหมาย จะต้องจัดทำร่างพระราชบัญญัติเสนอประกอบด้วย และพระราชบัญญัติที่เสนอนั้นต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้ใน

หมวด 3 และหมวด 5 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ทั้งนี้ เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย พ.ศ. 2542

15. สิทธิในการร่วมออกเสียงประชามติ (มาตรา 214) กรณีนี้เป็นสิทธิที่บัญญัติขึ้นมาใหม่ โดยเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2541 บัญญัติไว้แต่อย่างไรก็ตาม ผลของการลงประชามติดังกล่าวเป็นเพียงการให้คำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรีเท่านั้น คณะรัฐมนตรีจะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้

16. สิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (มาตรา 237-247) รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในหมวด 8 (มาตรา 237-247) เช่น สิทธิที่จะปฏิเสธการถูกจับกุมคุมขังหรือการค้นโดยไม่มีหมายที่ออกโดยศาล (มาตรา 237 และมาตรา 238)

17. สิทธิในการเสนอให้วุฒิสภาดูดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (มาตรา 304) กรณีนี้เป็นสิทธิที่บัญญัติขึ้นมาใหม่ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ประชาชนร่วมกันเข้าชื่อไม่น้อยกว่า 50,000 คนร้องขอต่อประธานวุฒิสภา เพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอนบุคคลตาม มาตรา 30 ออกจากตำแหน่งได้ ทั้งนี้จะต้องระบупุทธิการณ์แห่งการกระทำความผิดให้ชัดเจนเป็นข้อๆ ทั้งนี้เป็นไปตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพนั้น นอกจากจะมีการเพิ่มเติมในลักษณะของการขยายสิทธิและเสรีภาพเพิ่มขึ้นเป็น 53 มาตรา ซึ่งมีการบัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพใหม่เพิ่มเติมขึ้นมาแล้ว ยังมีการกำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิไว้หลายลักษณะ ทั้งที่ปรากฏตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องของผล, การใช้สิทธิในทางศาลของผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพ และองค์กรผู้ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้แก่

- สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง มีผลผูกพันองค์กรของรัฐทุก
องค์กร

- ผู้ถูกละเมิดสิทธิสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้สิทธิทาง
ศาลหรือเพื่อเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

- จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
กฎหมาย และจัดตั้งศาลปกครองตรวจสอบการใช้อำนาจให้ชอบด้วยกฎหมายแยกต่างหากจากศาล
ยุติธรรม

- จัดตั้งกลไกเพิ่มเติมตรวจสอบการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน
ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ¹¹⁵

1.3.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 : รัฐธรรมนูญฉบับที่ 18

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550 มีทั้งหมด 309 มาตรา แบ่งออกเป็น 15 หมวด โดยเป็นรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งที่ 4 ของประเทศไทย¹¹⁶ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น มีเจตนารมณ์และหลักการสำคัญที่มุ่งหมายคุ้มครอง ส่งเสริม และขยายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่ โดยกำหนดมาตรการต่างๆ¹¹⁷ ดังนี้

1) เพิ่มเติมสิทธิต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรม เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็วและทั่วถึง

2) ตัดถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ออกจากมาตราต่างๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในส่วนท้ายของบทบัญญัติ เพื่อยืนยันว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกิดขึ้นทันที มีผลสมบูรณ์ตามรัฐธรรมนูญ ไม่จำเป็นต้องตีความ

3) มีการกำหนดมาตรการที่ทำให้ประชาชนที่เห็นว่า ตนเองถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว มีสิทธิฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง

4) มีการกำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฟ้องศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองแทนประชาชนได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้ถูกจัดหมวดหมู่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพให้มีความชัดเจนและครอบคลุมสิทธิเสรีภาพมากขึ้น แม้ว่าส่วนใหญ่แล้ว จะคงสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ไว้ก็ตาม แต่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพิ่มเติมและ/หรือปรับปรุงให้เหมาะสมมากขึ้นกว่ารัฐธรรมนูญทุกๆ ฉบับที่ใช้บังคับมาในอดีต โดยมีความชัดเจนและยอมรับกันว่า บรรดาสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐต้องให้การรับรองและคุ้มครองให้มั่น บังเกิดผลได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีกฎหมายบัญญัติรายละเอียด ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หลายๆ มาตรา ดังนี้

¹¹⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 57 หน้า 255.

¹¹⁶ มานิตย์ จุมปา เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 105 หน้า 67.

¹¹⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2550). “ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550”วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 36,1 (มีนาคม) :1-27, หน้า 18-19.

1. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคในมาตรา 4, มาตรา 5, มาตรา 26 และมาตรา 28
2. สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว ในมาตรา 35
3. เสรีภาพในการนับถือศาสนา ในมาตรา 37
4. สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในมาตรา 39 ได้แก่ สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้กฎหมายอาญาย้อนหลัง และสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนในคดีอาญาว่าไม่มีความผิด
5. สิทธิในการได้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ ในมาตรา 47
6. สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานจากรัฐเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 12 ปี โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ในมาตรา 49
7. เสรีภาพในทางวิชาการ ในมาตรา 50
8. สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ในมาตรา 51
9. สิทธิของผู้สูงอายุ ผู้พิการ ผู้ไร้ที่อยู่อาศัย กล่าวคือ บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 60 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป และไม่มีรายได้เพียงพอต่อการยังชีพ มีสิทธิได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐ ผู้พิการมีสิทธิเข้าถึงและใช้สวัสดิการและสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐ ผู้ไร้ที่อยู่อาศัยและไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ มีสิทธิได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐ ในมาตรา 53, 54 และ 55 ตามลำดับ
10. สิทธิในการได้รับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารจากรัฐ โดยหลักต้องเปิดเผยข้อมูลให้ประชาชนทราบ แต่การปกปิดข้อมูลข่าวสารถือเป็นข้อยกเว้น หากการเปิดเผยนั้นจะกระทบความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือของประชาชน ในมาตรา 56
11. เสรีภาพในการชุมนุม โดยสงบและปราศจากอาวุธ เป็นสิทธิอันชอบธรรมของประชาชนที่สามารถทำได้ รัฐไม่อาจแทรกแซงได้ เว้นแต่การชุมนุมสาธารณะ, ในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือมีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึกตามที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ ที่รัฐอาจแทรกแซงได้ ในมาตรา 63
12. สิทธิการรวมตัวกันชุมชน ชุมชนท้องถิ่น ในการปกป้อง อนุรักษ์ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ในมาตรา 66 และ 67

2. สาระสำคัญเกี่ยวกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, ความเสมอภาค, หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ¹¹⁸ ที่ปรากฏในรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550

2.1 รัฐธรรมนุญมีบทบัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลในมาตรา 4 ซึ่งถือเป็นหลักการเดียวกันกับรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) หมายถึง คุณค่าของความเป็นมนุษย์ซึ่งบุคคลทุกคนมีอยู่ในตัวเอง เมื่อรัฐธรรมนุญให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นั่นคือ รัฐต้องปฏิบัติต่อประชาชน โดยถือว่าประชาชนเป็นมนุษย์คนหนึ่ง รัฐจะปฏิบัติต่อประชาชนเสมือนหนึ่งว่าประชาชนไม่ใช่มนุษย์ไม่ได้ จะปฏิบัติต่อคนเสมือนหนึ่งคนเป็นสัตว์หรือสิ่งของไม่ได้ เช่น เมื่อรัฐจะให้อาหารแก่ประชาชน จะโยนลงบนพื้นแล้วให้ประชาชนใช้กินเลียเอาจากพื้นมิได้ เพราะการปฏิบัติเช่นนี้เสมือนหนึ่งบุคคลเป็นสุนัข นอกจากนี้ รัฐจะตรากฎหมายเอาคนลงเป็นทาสก็ได้ เพราะการปฏิบัติเช่นนี้เสมือนหนึ่งบุคคลเป็นสิ่งที่ซื้อขายกันได้ เหล่านี้ต่างหาก ต่างเป็นการไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2.2 รัฐธรรมนุญมีบทบัญญัติคุ้มครองประชาชนชาวไทย ให้มีความเสมอภาคในการได้รับสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค ไม่ว่าจะมิใช่เหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใดก็ตาม บทบัญญัติคุ้มครองนี้ปรากฏในมาตรา 5

2.3 รัฐธรรมนุญบัญญัติคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ ทำให้บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับใดๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญนี้ บทบัญญัตินั้นใช้บังคับมิได้ ปรากฏในมาตรา 6 และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญทำได้ยาก เนื่องจากต้องทำโดยวิธีการพิเศษ นอกเหนือไปจากวิธีการแก้ไขกฎหมายธรรมดาทั่วไป ปรากฏในมาตรา 291

¹¹⁸ มานิตย์ จุมปา เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 105 หน้า 81 -82.

3. หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550: รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน¹¹⁹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยไว้อย่างกว้างขวางในหมวด 3 ซึ่งแบ่งออกเป็น 13 ส่วน ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะสาระสำคัญๆ เท่านั้น

3.1 ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญต่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรง ในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง”

หลักที่ปรากฏในมาตรา 27 หมายความว่า การที่องค์กรต่างๆ ที่บัญญัติในมาตรา 27 มีความผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ถ้อยคำว่า “โดยตรง” นั้น มีความหมายว่าองค์กรที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 ทุกองค์กร หากมีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย บังคับใช้กฎหมายหรือตีความกฎหมาย องค์กรเหล่านี้มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้รับรองไว้ จะอ้างไม่ได้เลยว่าจะต้องมีกฎหมายใดๆ ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้อีก หรือจะต้องมีกฎหมายอื่นมาบัญญัติให้ชัดเจนอีกว่า องค์กรต่างๆ ต้องปฏิบัติตามหลักผูกพันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้อีก

เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น จะขอกล่าวถึงประเภทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐที่ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้

3.1.1 องค์กรนิติบัญญัติ

หน้าที่สำคัญขององค์กรนิติบัญญัติ ได้แก่ การตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ เมื่อองค์กรนิติบัญญัติมีความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงต้องมีหน้าที่สำคัญในการให้ความเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญขององค์กรนิติบัญญัติ ที่มีต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ย่อมต้องตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้เป็นไปตามหลักประกันการ

¹¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 1 หน้า 32 – 74.

คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 เมื่อหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ คือ การตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ ในลักษณะที่เป็นไปตามเงื่อนไขการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นที่องค์กรนิติบัญญัติย่อมต้องได้รับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ จึงทำให้เข้าใจได้ว่า ความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติ จึงหมายถึงการที่มีองค์กรศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย ที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเพื่อใช้บังคับให้เป็นไปตามเงื่อนไขในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง

3.1.2 องค์กรบริหาร

หน้าที่สำคัญขององค์กรบริหาร ได้แก่ การบังคับใช้กฎหมาย, การปฏิบัติตามกฎหมาย , การออกกฎ รวมตลอดถึงการกระทำทางปกครองใดๆ ซึ่งย่อมผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 27 เช่นเดียวกัน ดังนั้นถ้าประชาชนเห็นว่าตนเองถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ ย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายหรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือการกระทำทางปกครองหรือกฎหมาย แล้วแต่กรณี ในที่นี้ องค์กรศาลที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือ ศาลปกครอง

3.1.3 องค์กรตุลาการ

หน้าที่สำคัญขององค์กรตุลาการ ได้แก่ การใช้กฎหมายและตีความกฎหมาย เพื่อตรวจสอบการกระทำของบุคคลต่างๆ ที่เป็นข้อพิพาทขึ้นมาสู่ศาล ในทำนองเดียวกับองค์กรอื่นๆ การใช้และการตีความของศาล จะมีลักษณะคล้ายคลึงกับการใช้และตีความกฎหมายของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ อาจมีการใช้และการตีความกฎหมายที่ไม่ถูกต้องก็ได้ ในส่วนของศาล ในกรณีที่มีการใช้หรือตีความกฎหมาย เรื่องดังกล่าวย่อมสิ้นสุดลงได้ที่ศาลสูงสุดของแต่ละประเภทศาลนั้นๆ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจโดยองค์กรตุลาการเอง อาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งย่อมเป็นปัญหาเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้นที่เป็นปัญหาในปัจจุบัน คือ ยังไม่มีองค์กรสูงสุดใดๆ ที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบความเป็นเอกภาพในการตีความเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในกรณีปัญหาการตีความเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้ขององค์กรตุลาการนั่นเอง ซึ่งจะได้อธิบายในบทต่อไป

3.1.4 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ

หมายถึง องค์กรอื่นๆ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มแรก ได้แก่ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ คือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง, ผู้ตรวจการแผ่นดิน, คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน กลุ่มที่สอง ได้แก่ องค์กร

ตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ องค์กรอัยการ, คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (จัดตั้งขึ้นมาใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550) ซึ่งในกรณีที่ต้องกรเหล่านี้ ในกรณีมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ยังเป็นปัญหาว่าผู้ถูกระทำละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว จะโต้แย้งคำวินิจฉัยขององค์กรเหล่านี้ต่อศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้นได้หรือไม่เพียงใด รวมถึงมีปัญหาคือต่อไปอีกว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะยื่นมือเข้ามาคลี่คลายปัญหาเหล่านี้ได้หรือไม่ เพียงใด

3.2 การยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล ในกรณีที่บุคคลถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ตามมาตรา 28 วรรคแรก¹²⁰

การตีความกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรที่อาจจะกระทำละเมิดสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนได้นั้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ต้องตีความให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 27 ซึ่งหมายความว่า องค์กรของรัฐประเภทต่างๆ มีหน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำการใดๆ อย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง อันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน แต่ถ้าองค์กรของรัฐเหล่านั้นไปกระทำการใดๆ ก็แล้วแต่ อันเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพหรือลดรอนสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพย่อมอาศัยบทบัญญัติมาตรา 28 วรรคแรกนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือ ใช้เป็นข้อต่อสู้คดีในศาล เพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของตนเองที่ถูกกระทบได้ แม้ว่าตามบทบัญญัติมาตรา 28 วรรคแรกนั้นจะไม่ได้ให้ความชัดเจนว่า ต้องใช้สิทธิต่อศาลใดในกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติตามหมวด 10 ว่าด้วยศาล ซึ่งแล้วแต่ลักษณะของสิทธิแต่ละประเภท

กรณีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 วรรคแรก จะต้อง พิจารณาควบคู่ไปกับบทบัญญัติตามมาตรา 27 กล่าวคือ กรณีที่บุคคลถูกละเมิดจากการใช้อำนาจรัฐ (ซึ่งหมายความถึงอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ) ซึ่งเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจอันมิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่ควรจะได้รับ ความคุ้มครอง โดยผู้ถูกละเมิดสามารถยกบทบัญญัติตามมาตรา 28 วรรคแรกขึ้นเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้ทางศาลได้ แต่กรณีที่รัฐใช้อำนาจนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามขอบเขตแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว บุคคลก็ไม่อาจอาศัยประโยชน์ตามมาตรา 28 ในการโต้แย้งการใช้อำนาจของรัฐ ในส่วนของการโต้แย้งจากกรณีที่บุคคล

¹²⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้.....”.

ถูกกระทบสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญรับรองไว้ จากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบด้วยกฎหมาย สามารถทำได้ตามบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนี้

1. ถ้าผู้กระทำละเมิดสิทธิและเสรีภาพเป็นองค์กรณีบัญญัติ องค์กรณี บัญญัติจะถูกควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมถึงบทบัญญัติ อันเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพด้วย ดังนั้นแม้ว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้แล้ว ไปกระทบต่อ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว ผู้ถูกระทบสิทธิและเสรีภาพ อาจใช้สิทธินี้ฟ้องร้องต่อศาลและ สามารถใช้สิทธิตามมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญ เพื่อโต้แย้งว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้นเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไป

2. กรณีผู้กระทำละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพเป็นองค์การบริหาร (ฝ่ายปกครอง) องค์กรณีเหล่านี้จะถูกควบคุมตรวจสอบจากองค์กรศาล ส่วนจะเป็นศาลใดก็แล้วแต่ลักษณะของการ กระทำ กรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครอง การออกกฎหมายลำดับรอง การกระทำซึ่งเป็นปฏิบัติการทาง ปกครองจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 254¹²¹ ดังนั้น ผู้ถูกระทบสิทธิก็ต้องเสนอคดีต่อศาลปกครอง แต่ใน กรณีข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจศาลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือกรณียื่นฟ้องต่อศาล ปกครองแล้ว แต่ศาลปกครองมีคำสั่งไม่รับฟ้องเนื่องจากเห็นว่าคดีไม่อยู่ในเขตอำนาจ ผู้ถูกระทบ สิทธิตามรัฐธรรมนูญก็สามารถยื่นเรื่องให้ศาลยุติธรรมได้

¹²¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือ นอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็น สาระสำคัญที่กำหนดสำหรับการกระทำนั้นหรือ โดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือมี ลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดย มิชอบ

.....

เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

- 1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร
- 2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ
- 3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลายหรือศาลชำนัญพิเศษอื่น”.

3. กรณีผู้กระทำละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพเป็นองค์กรตุลาการ องค์กรเหล่านี้ไม่แตกต่างจากองค์กรใช้อำนาจอรัฐ 2 กลุ่มแรก คือต้องผูกพันต่อบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน แต่กรณีเช่นนี้อาจมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และปัญหาสำคัญ คือ จะให้องค์กรใดที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำตัดสินหรือคำวินิจฉัยของศาลเหล่านั้น

4. การใช้สิทธิทางศาลในฐานะที่เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามหลักนิติรัฐนั้น จำเป็นต้องมีหลักประกันว่ารัฐจำต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การแทรกแซงในขอบเขตแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น รัฐจะทำได้ก็ต่อเมื่ออาศัยอำนาจจากกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรที่ถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชน คือ องค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งใช้บังคับโดยองค์กรบริหาร ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการตรวจสอบการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งทำหน้าที่ในการตีความกฎหมาย เพื่อทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันอาจกล่าวได้ว่า เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ นั่นเอง ดังนั้น สาระสำคัญของการใช้สิทธิทางศาล จึงต้องแยกพิจารณา ความหมายของการใช้สิทธิทางศาล และภารกิจหรือหน้าที่ของการใช้สิทธิทางศาล ดังต่อไปนี้

4.1 การใช้สิทธิทางศาลเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง

เมื่อมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติรับรองว่า สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการรับรองโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐภาคณรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐทั้งปวงโดยตรง ทั้งในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวงแล้ว องค์กรของรัฐทั้งหลายนอกจากมีหน้าที่ให้ความเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว ยังต้องระมัดระวังมิให้มีการกระทำใดๆ ที่ไปละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย เนื่องจากว่า หากการกระทำนั้นไปละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว ย่อมก่อให้เกิดสิทธิของบุคคลนั้นสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ นอกจากนี้แล้วบุคคลยังสามารถใช้สิทธิทางศาล เพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดสิทธิและเสรีภาพได้ตามมาตรา 28 วรรค 2 และวรรค 3 ดังนั้น ในการที่บุคคลจะใช้สิทธิทางศาลนั้น จะต้องแยกพิจารณาว่า ประการแรก ใครที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้บ้าง ประการที่สอง ผู้ทรง

สิทธิซึ่งได้รับความเสียหายจะขอรับการเยียวยาหรือแก้ไขความเสียหายจากองค์กรใดหรือจะสามารถใช้สิทธิทางศาลได้มากน้อยเพียงใด ดังนี้

4.1.1 ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

อาจแยกพิจารณาได้เป็น 1. บุคคลธรรมดา 2. คณะบุคคลและนิติบุคคล ดังนี้

1) บุคคลธรรมดา

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพที่เป็นบุคคลธรรมดา อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1.1) สิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชนนั้น เป็นสิทธิและเสรีภาพซึ่งกำหนดให้แก่บุคคลโดยไม่มีข้อจำกัดในทางลักษณะตัวบุคคล บุคคลหรือมนุษย์ทุกคนจึงเป็นผู้ทรงสิทธินี้ เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ เป็นสิทธิที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ เป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ ดังนั้น ตามหลักทั่วไปแล้ว ผู้ทรงสิทธิประเภทนี้มิได้เป็นการที่รัฐบัญญัติกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคล แต่เป็นกรณีที่กฎหมายของรัฐรับรองสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น เสรีภาพในชีวิตร่างกายของบุคคล เสรีภาพในทางความเชื่อของบุคคล เป็นต้น¹²²

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกๆ คน โดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นคนเชื้อชาติ ภาษา ศาสนาใด เมื่อเข้ามาอยู่ในเขตแดนอำนาจของรัฐที่มีการตรากฎหมายใช้บังคับ บุคคลนั้นๆ ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย

1.2) สิทธิพลเมือง

สิทธิพลเมืองนั้น เป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐนั้นๆ เท่านั้น จึงจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ กล่าวคือ เป็นสิทธิประเภทที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงคนต่างด้าว สิทธิประเภทนี้ เช่น สิทธิในการตั้งพรรคการเมือง สิทธิในการรับราชการ สิทธิในการเลือกตั้ง สิทธิเกี่ยวกับสถานะของความเป็นบุคคลของชาติ เช่น สัญชาติ เป็นต้น¹²³

2) คณะบุคคลและนิติบุคคล

โดยทั่วไปแล้ว บุคคลธรรมดาย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ ในกรณีของการรวมตัวกันเป็นกลุ่มบุคคลหรือเป็นองค์กร สิทธิดังกล่าวยังคงอยู่ที่บุคคลแต่ละคน ดังนั้น กรณีมีการแทรกแซงโดยอำนาจมหาชนต่อการกระทำของคณะบุคคล สมาชิกของคณะหรือสมาคมนั้นย่อมสามารถโต้แย้งการกระทำที่เป็นการแทรกแซงนั้นได้ แต่กรณีของคณะบุคคลนั้น

¹²² บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 6 หน้า 61-69.

¹²³ เรื่องเดียวกัน หน้า 61-69.

ในระบบกฎหมายไทย ยังไม่มีความชัดเจนว่า คณะบุคคลจะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้หรือไม่¹²⁴ ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายของเยอรมันซึ่งในประเทศเยอรมัน มีการบัญญัติเรื่องคณะบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 19 วรรคสาม โดยบัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพนั้นให้นำมาใช้กับนิติบุคคลภายในประเทศด้วย เท่าที่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นๆ สามารถนำมาใช้กับบุคคลได้ ในการตีความมาตรา 19 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญของเยอรมัน จึงตีความให้คณะบุคคลหรือองค์กรที่มีได้เป็นนิติบุคคล เป็นผู้ที่มีความสามารถในทางกฎหมายได้บางเรื่อง (Teilrechtsfaehigkeit) เพื่อให้กลุ่มหรือองค์กรดังกล่าวเป็นผู้ใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้¹²⁵

ส่วนนิติบุคคลนั้น อาจแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี ดังนี้

ก. นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน

ในระบบกฎหมายเยอรมันนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ เนื่องจากสิ่งที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน คือ บุคคลธรรมดา นั่นเอง เพียงแต่ว่าสิทธิเสรีภาพที่จะนำมาใช้กับนิติบุคคลนั้น จะต้องไม่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่เชื่อมโยงกับความเป็นมนุษย์หรือสิทธิและเสรีภาพในลักษณะที่เกี่ยวกับความเป็นบุคคล ซึ่งย่อมไม่มีอยู่ในความเป็นนิติบุคคล กล่าวคือ ขอบเขตการคุ้มครองในเรื่องนั้นๆ นิติบุคคลไม่อาจรวมอยู่ในขอบเขตการได้รับความคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ เช่น นิติบุคคลไม่อาจอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เสรีภาพในชีวิตและร่างกายได้ เป็นต้น แต่ในทางตรงกันข้าม นิติบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในเรื่องกรรมสิทธิ์ เป็นต้น¹²⁶

ส่วนในระบบกฎหมายไทยนั้น นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ป.พ.พ) มาตรา 66¹²⁷ และมาตรา 67¹²⁸ ดังนั้น เมื่อนำหลักตามตรา 67 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาถึงความเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพของนิติบุคคลแล้ว อาจสรุปได้ว่า นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้ได้

¹²⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 71.

¹²⁵ Pjeroth/Schlink Ibid p.43 : Duerig , M/D , Art.19 , Abs. III , Rdnr.29 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 6 หน้า 69 – 70.

¹²⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 6 หน้า 70.

¹²⁷ ป.พ.พ มาตรา 66 บัญญัติว่า “นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ที่ได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้ง” .

¹²⁸ ป.พ.พ มาตรา 67 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 66 นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีพึงเป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น” .

- สิทธิในการใช้สิทธิทางศาล (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 28
วรรคสอง)

- สิทธิในเคหสถาน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 33)

- สิทธิของบุคคลผู้บริโภค (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 61)

- เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร (รัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย มาตรา 34)

- เสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย (รัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย มาตรา 36)

- เสรีภาพในทางวิชาการ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 50)

ฯลฯ เป็นต้น

สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวข้างต้น เป็นสิทธิและเสรีภาพซึ่งโดยสภาพแล้ว
มิได้จำกัดเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพดังกล่าว นิติบุคคลจึงสามารถเป็นผู้
ทรงสิทธิหรือเป็นผู้ใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้¹²⁹

ข. นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ
เยอรมนี เคยวินิจฉัยว่า นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้¹³⁰
โดยให้เหตุผลว่า ผู้ที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้น มิใช่บุคคลธรรมดา หากแต่เป็น
“รัฐ” ที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ บุคคลเดียวกัน คือ รัฐ ไม่อาจเป็นได้ทั้งผู้
ทรงสิทธิและเสรีภาพและผู้ที่ต้องถูกผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพ ทั้งนี้มีหลักสำคัญว่า ถ้าองค์กรนั้น
เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนแล้ว ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าจะมีการกระทำในทางมหาชนหรือ
ในทางเอกชน องค์กรนั้นย่อมไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้¹³¹ มีเพียงข้อยกเว้นที่ศาล
รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยวินิจฉัยว่า นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนอาจเป็นผู้
ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ถ้านิติบุคคลมหาชนนั้นจำเป็นต้องทำการปกป้องตนเองในขอบเขตของนิติ
บุคคลซึ่งมีความเป็นอิสระจากรัฐ ซึ่งในกรณีนี้ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนย่อมได้รับความ
คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในขอบเขตของเรื่องดังกล่าว¹³² เช่น มหาวิทยาลัยและคณะต่างๆ ของ
มหาวิทยาลัย ซึ่งโดยปกติได้รับการสนับสนุนจากรัฐ แต่งานด้านวิชาการ การวิจัยและการสอนต่างๆ

¹²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เจียงจรดที่ 6 หน้า 73.

¹³⁰ BVerfGE 21 , 362 (369) ;68 , 193 (205).

¹³¹ BVerfGE 61 , 82 (103)।

¹³² BVerfGE 31 , 314 (322) ;39 , 302 (314).

ย่อมมีความเป็นอิสระจากรัฐ ดังนั้น ในกรณีนี้ จะต้องให้มหาวิทยาลัยหรือคณะต่างๆ มีโอกาสปกป้องความเป็นอิสระทางวิชาการได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสามารถในทาง กฎหมายขององค์กร โดยปกติได้รับการสนับสนุนจากรัฐ แต่งานด้านวิชาการ การวิจัยและการสอนต่างๆ ย่อมมีความเป็นอิสระจากรัฐ ดังนั้น ในกรณีนี้ จะต้องให้มหาวิทยาลัยหรือคณะต่างๆ มีโอกาสปกป้องความเป็นอิสระทางวิชาการได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสามารถในทางกฎหมายขององค์กรดังกล่าว¹³³ ดังนั้น คณะต่างๆ ในมหาวิทยาลัยหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ย่อมอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งการแทรกแซงจากรัฐได้¹³⁴

ส่วนในระบบกฎหมายไทยนั้น โดยหลักทั่วไป น่าจะยึดถือหลักเช่นเดียวกับที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้วินิจฉัยว่า นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้น ไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ แต่มีข้อยกเว้น เช่น กรณีเสรีภาพทางวิชาการของมหาวิทยาลัยที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี วินิจฉัยว่า อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ในประเทศไทยนั้น จะต้องแยกพิจารณาประเภทของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนบางประเภทที่มีอิสระจากรัฐ เช่น องค์กรวิชาชีพ หรือมหาวิทยาลัยในกรณีเสรีภาพทางวิชาการ เป็นต้น จะต้องแยกลักษณะของความสัมพันธ์ กล่าวคือ หากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับองค์กรวิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่ง กรณีนี้ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ทำให้องค์กรวิชาชีพดังกล่าวไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ เพราะมิเช่นนั้นแล้ว องค์กรวิชาชีพดังกล่าวจะกลายเป็นองค์กรที่เป็นทั้งผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพและเป็นองค์กรที่ต้องผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวด้วย แต่ถ้าพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรวิชาชีพดังกล่าว ซึ่งแม้ว่าจะจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน 2 นิติบุคคล แต่ก็มิได้เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะที่เท่าเทียมกัน แต่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่เป็นผู้ให้อำนาจ (รัฐ) กับองค์กรผู้ได้รับอำนาจ (องค์กรวิชาชีพ) ดังนั้น ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ องค์กรวิชาชีพนั้นย่อมอ้างสิทธิและเสรีภาพได้ เช่น ถ้ารัฐได้แทรกแซงองค์กรวิชาชีพในเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคม สหภาพ สหกรณ์ หรือหมู่คณะอื่น กรณีเช่นนี้ องค์กรวิชาชีพดังกล่าวย่อมสามารถกล่าวอ้างสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งมาตรการของรัฐดังกล่าวได้¹³⁵

¹³³ BVerfGE 15, 256 (262).

¹³⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 70 – 71.

¹³⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 73 – 74.

4.1.2 การอ้างสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญต่อองค์กรซึ่งทำหน้าที่ในการคุ้มครอง

สิทธิและเสรีภาพ

องค์กรที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีหลายองค์กร ทั้งองค์กรที่เป็นองค์กรตุลาการ และองค์กรที่เป็นอิสระของรัฐ ในส่วนขององค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลทหาร (ในที่นี้จะไม่กล่าวรายละเอียดของศาลทหาร เนื่องจากมีขอบอำนาจในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำกัดและมีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจง) และองค์กรอื่นๆ ที่มีความเป็นอิสระที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ประกอบด้วย ผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งแต่ละองค์กรย่อมมีหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่แตกต่างจากกัน ทั้งที่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติต่างๆ ดังนั้น จึงสามารถแบ่งแยกการรูปแบบในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ 2 รูปแบบตามลักษณะของการเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การเสนอเรื่องการกระทบสิทธิเสรีภาพต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง และการให้ศาลอื่นหรือองค์กรอื่นที่เป็นอิสระเสนอเรื่องหรือให้ความเห็นชอบเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการเสนอเรื่องการกระทบสิทธิเสรีภาพต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยทางอ้อม โดยผ่านทางศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ดังนั้น ในการศึกษาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ การนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และการขอให้ศาลอื่นหรือองค์กรอื่นที่เป็นอิสระของรัฐให้ความคุ้มครอง ดังนี้

1. การใช้สิทธิทางศาลนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่การใช้อำนาจรัฐนั้น ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร องค์กรตุลาการ ตลอดจนหน่วยงานต่างๆ ของรัฐทำให้เกิดการละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้” แต่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติหรือกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอน และวิธีการต่างๆ เกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาล เพื่อขอให้ศาลเยียวยาแต่ประการใด ทำให้เกิดปัญหาว่า บุคคลที่ถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนศาลอื่นได้เพียงใด ตลอดจนศาลรัฐธรรมนูญ และศาลอื่นจะมีอำนาจรับคดีที่บุคคลอ้างว่าตนเองถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพได้เพียงใด ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญนั้น หากบุคคลที่ถูกละเมิดหรือกระทบ

สิทธิเสรีภาพดังกล่าว ไม่อาจเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้แล้ว ย่อมทำให้เห็นได้ว่า การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญนั้น ไม่อาจเกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ ซึ่งมีผลว่า เมื่ออำนาจรัฐไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ก็ไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ และจะเกิดกรณีเช่นนี้ตลอดเวลา โดยที่ไม่มีองค์กรใดของรัฐเข้ามาแก้ไขเยียวยาได้เลย ทำให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไม่อาจมีผลบังคับได้จริง เกี่ยวกับเรื่องนี้ กฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน บัญญัติรับรองสิทธิของประชาชนที่จะสามารถเสนอเรื่องการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การแก้ไขเยียวยาได้ เรียกว่า “การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ”¹³⁶ สำหรับประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 พบว่า แม้ประชาชนอาจใช้สิทธิเสนอเรื่องการละเมิด หรือการถูกระทบสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงเพียงกรณีเดียวตามมาตรา 212 แต่รัฐธรรมนูญก็กำหนดเงื่อนไขที่อาจใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้ว่า ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิในคดีไปยังศาลรัฐธรรมนูญโดยช่องทางอื่น ได้อีกแล้ว อย่างไรก็ตาม ประชาชนยังมีช่องทางที่จะนำข้อโต้แย้งเรื่องกฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในลักษณะของการละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง ซึ่งมีได้ผ่านไปยังศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง หากแต่เป็นการเสนอเรื่องดังกล่าวนี้ผ่านองค์กรอื่นที่เป็นอิสระ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ดูแลปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เพื่อให้ความเห็นและส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต่อไปได้ ซึ่งเป็นการเสนอคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญโดยทางอ้อม

2. การขอให้ศาลอื่นและองค์กรที่เป็นอิสระของรัฐให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง

เมื่อมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ ดังที่บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรง ในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง” ทำให้ทราบว่า นอกเหนือจากศาลรัฐธรรมนูญที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองแล้ว ยังมีศาลอื่นและองค์กร

¹³⁶ บุญศรี มีวงศ์โฆษ. (2551). “ความคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1:1 (มกราคม – เมษายน 2542) หน้า 67 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ รายงานการวิจัย เรื่อง การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว กรุงเทพฯ: มิสเตอร์ก๊อปปี้ หน้า 85.

อื่นของรัฐที่ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองด้วย ดังนั้น ในกรณีที่มีการละเมิดหรือถูกระทบสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้น การที่บุคคลจะได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพได้ จะต้องใช้สิทธิโต้แย้งการกระทำขององค์กรใช้อำนาจรัฐ อันเป็นการละเมิดหรือถูกระทบสิทธิและเสรีภาพนั้น โดยต้องดำเนินการตามขั้นตอนและกระบวนการใช้สิทธิโต้แย้งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในกรณีนี้จำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลซึ่งต้องพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับเนื้อหาของเรื่อง และบุคคลที่จะมีสิทธิร้องขอให้มีการแก้ไขเยียวยา ตลอดจนแบบพิธีในทางวิธีพิจารณาที่บุคคลที่จะร้องขอต้องดำเนินการ เพื่อให้ครบถ้วนที่จะเสนอเรื่องให้มีการแก้ไขเยียวยาต่อไปได้ การใช้สิทธิทางศาลโดยขอให้ศาลอื่นและองค์กรที่เป็นอิสระของรัฐนั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญในหมวด 10 หมวดศาล ศาลอื่นๆ นอกจากศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร โดยศาลปกครองและศาลทหารมีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงในขณะที่ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ในขณะที่องค์กรที่เป็นอิสระจากรัฐ คือ ผู้ตรวจการแผ่นดิน สามารถใช้อำนาจพิจารณาและส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต่อไปได้ ตามมาตรา 245 (1) หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่สามารถใช้อำนาจพิจารณาในกรณีที่มีปัญหากระทบต่อสิทธิมนุษยชน ใช้อำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต่อไปได้ ตามมาตรา 257 (2)

4.2 ภารกิจหรือหน้าที่ของหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

หลักนิติรัฐนั้น มีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งสิทธิทั้งสองประการนี้เป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล ในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล ในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐ จะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ยังมีการบัญญัติหลักการต่างๆ อีกหลายประการ เพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการ

เฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ ในการจำกัดสิทธิและ เสรีภาพหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ และหลักประกันที่สำคัญ คือ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็น สาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือ หลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมาย หากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการ กระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการ กระทำของรัฐที่ถูกต้องได้แย้งว่า ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล¹³⁷

กล่าวโดยสรุปแล้ว หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพถือว่าเป็นหลักประกันที่ สำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคล ที่ได้แย้งการกระทำของรัฐที่ละเมิดหรือ กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง ซึ่งยึดถือว่า การให้ความคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพนั้นเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐและถือว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลัก สูงสุดของรัฐธรรมนูญ ได้แก่ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญ ที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ชนชาวไทยเป็นอย่างมากและมากกว่ารัฐธรรมนูญทุก ฉบับที่ผ่านมา โดยมีบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำนวนหนึ่ง ในทางปฏิบัตินั้นการดำเนินการของหน่วยงานรัฐบางหน่วยงาน ตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ ของฝ่ายปกครอง ก็อาจส่งผลเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ รัฐธรรมนูญรับรองไว้ก็ได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงถูกออกแบบและจัดสร้างกลไกต่างๆ เพื่อเป็น เครื่องมือคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ ได้แก่ การป้องกัน มิให้การดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐหรือของฝ่ายปกครองไปละเมิด หรือกระทบสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนซึ่งรัฐธรรมนูญรับรอง กลไกการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มีผล ใช้บังคับในปัจจุบัน ประกอบด้วย การคุ้มครองโดยศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครองและ ศาลรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองโดยองค์กรซึ่งมิใช่ศาล ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษ คือ ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในที่นี้จะกล่าวแต่เฉพาะการใช้สิทธิ ทางศาลของประชาชนต่อศาลต่างๆ ดังนี้

4.2.1 การใช้สิทธิทางศาลเสนอคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 218 ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง ยกเว้นคดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ใดกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น ประกอบมาตรา 28 วรรค 2 ที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ

¹³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณคดีที่ 137 หน้า 23.

หรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ ทำให้ประชาชนสามารถเสนอคดีให้ศาลแพ่งซึ่งเป็นศาล ยุติธรรมประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปพิจารณาได้ โดยถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติให้คดี ที่ประชาชนจะเสนอให้พิจารณานั้น อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาของศาลใด โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว ประชาชนย่อมสามารถเสนอคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแพ่งได้

ส่วนหลักเกณฑ์พื้นฐานในการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแพ่งได้นั้น จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 กำหนดไว้ ดังนี้

1. กรณีของการโต้แย้งสิทธิ ซึ่งคู่ความฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างว่าตนเองมีสิทธิเหนือกว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่ความฝ่ายหลังปฏิเสธหรือไม่ยอมรับข้ออ้างของคู่ความฝ่ายแรก นั้น หรืออาจกล่าวอ้างถึงสิทธิอีกอย่างหนึ่งซึ่งตนเองไม่ต้องรับผิดชอบ สิทธิที่กล่าวอ้างดังกล่าวจะต้อง เป็นสิทธิในทางแพ่ง คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้าง คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระในการพิสูจน์

2. กรณีบุคคลที่กล่าวอ้างนั้นมีสิทธิอยู่แล้ว แต่จำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้ศาลรับรองหรือบังคับให้ตามสิทธิของตนเอง แต่สิทธินั้นต้องเป็นสิทธิในทางแพ่ง

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 ซึ่งกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจอธิปไตยในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญ รับรองไว้แล้วนั้นย่อมไม่อาจทำได้ ยกเว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิไม่ได้ อีกทั้งกฎหมายที่จะตราออกมาจำกัดสิทธิจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายใช้ บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง รวมทั้งต้องระบอบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ประกอบมาตรา 39 และ 40 มีบทบัญญัติ คุ่มครองสิทธิของผู้เสียหาย ผู้ถูกกล่าวหา โจทก์ จำเลย พยาน คือ บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการซึ่งกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้น กำหนดให้เป็นความผิดและกำหนด โทษไว้ และจะลงโทษแก่บุคคลดังกล่าวหนักกว่าโทษที่กฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิด กำหนดไว้ไม่ได้ ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนมีคำ พิพากษาถึงที่สุดที่แสดงว่าได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด ไม่ได้และบุคคลต่างๆ ย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม คือ เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว ทัวถึง ตลอดจนได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย ถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม ตลอดจนการได้รับความช่วยเหลือและคุ้มครองตามที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ได้รับค่าตอบแทน ค่าทดแทน ค่าใช้จ่ายเท่าที่จำเป็น ซึ่งผู้เกี่ยวข้องหรือคู่ความอาจยกขึ้นว่ากล่าวหรือต่อสู้คดีตามสิทธิที่

รัฐธรรมนูญรับรองในศาลได้ ประกอบมาตรา 218 นั้น ประชาชนย่อมร้องทุกข์หรือกล่าวโทษบุคคล เพื่อตั้งเป็นประเด็นให้เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม เสนอเป็นคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมในส่วนของศาลอาญา โดยต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้

4.2.2 การใช้สิทธิทางศาลเสนอคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

ศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการประเภทหนึ่ง ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2548 และมาตรา 9 ของพระราชบัญญัตินี้ กำหนดให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงที่จะรับคดีขึ้นสู่การพิจารณาได้ เมื่อเกิดกรณีพิพาทระหว่างประชาชนเป็นคู่ความฝ่ายหนึ่งกับหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะกรณีพิพาทนั้นจะเกิดขึ้นจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือการกระทำที่นอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ หรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ถูกต้องตามรูปแบบและขั้นตอน หรือวิธีการซึ่งเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือกระทำการโดยไม่สุจริตหรือเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม สร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นแก่ประชาชน หรือการใช้ดุลยพินิจที่ไม่ชอบ หรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยหน้าที่ตามกฎหมายหรือล่าช้าเกินสมควร หรือเป็นคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดหรือความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง ประชาชนที่มีกรณีพิพาทกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ รัฐวิสาหกิจและราชการส่วนท้องถิ่น ย่อมมีสิทธินำกรณีพิพาทนั้นมาเสนอเป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองได้ เพื่อให้ศาลพิจารณาเพื่อเยียวยาความเสียหายหรือความเดือดร้อน ซึ่งถือว่าเป็นการใช้สิทธิทางศาลประการหนึ่ง แต่ทั้งนี้ก่อนที่จะสามารถเสนอเป็นคดีต่อศาลปกครองได้นั้น ผู้จะฟ้องคดีต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดขึ้นตอน วิธีการสำหรับการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนต่อฝ่ายปกครองดังกล่าวเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ ก่อน แต่กรณีที่กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ ไม่ระบุขั้นตอนของการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนต่อฝ่ายปกครองว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร ผู้จะฟ้องคดีต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 คือ ผู้จะฟ้องคดีปกครองต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ที่ทำคำสั่งนั้นภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง ต่อเมื่อไม่เป็นผลหรือไม่ได้รับการแก้ไขเยียวยาแล้ว จึงจะมีสิทธินำมาเสนอเป็นคดีต่อศาลปกครองได้

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองยังมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดี ซึ่งองค์กรของรัฐ ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน เสนอเรื่องให้พิจารณาตามมาตรา 244 วรรค 2 และมาตรา 245 (2)

ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่กำหนดว่า เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินได้รับการร้องเรียนหรือเห็นเองว่า การกระทำของหน่วยงานของรับหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น มีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนเป็นส่วนรวมหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และเมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำของบุคคลใดตามมาตรา 244 (1) (ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองและให้ศาลปกครองพิจารณาโดยไม่ชักช้า ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ต่อไป และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เสนอเรื่องให้ศาลปกครองพิจารณาตามมาตรา 257 (3) เมื่อเห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย โดยให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

4.2.3 การใช้สิทธิทางศาลเสนอคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 204 กำหนดให้มีคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน ประกอบมาตรา 211 กำหนดให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิทางอ้อมในฐานะคู่ความในคดีในศาลต่างๆ ได้แย้งว่าหรือศาลเห็นเองว่า บทบัญญัติของกฎหมายใดที่ใช้บังคับแก่คดีนั้น ขัดรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติของกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นของกลุ่มความหรือของศาลเองพร้อมด้วยเหตุผลไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีคำวินิจฉัย ให้ศาลที่กำลังพิจารณาคดีนั้นยังดำเนินการพิจารณาคดีต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีนั้นไว้ก่อน จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นั่นคือ ศาลที่พิจารณาคดีนั้น จะมีคำพิพากษาในคดีนั้นได้ก็ต่อเมื่อมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องที่ส่งไปนั้นออกมาแล้ว

ส่วนอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องใหม่ที่กำหนดขึ้นมาเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โดยให้สิทธิแก่ประชาชนในการใช้สิทธิทางศาลเสนอคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ในกรณีที่ประชาชนนั้นเห็นว่า ตนเองถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีของตนขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีเงื่อนไขว่า ต้องเป็นกรณีที่ประชาชนไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีอื่นได้แล้วเท่านั้น เช่น คำเนนคดีในศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง แล้วโต้แย้งแล้ววาทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีของตนนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงขอให้ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองส่งความเห็นของตนไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต่อไป แต่ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองไม่ดำเนินการส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 211 หรือได้ยื่นคำร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 244 วรรค 2 หรือยื่นคำร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

แห่งชาติ ตามมาตรา 257(2) แล้ว แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ไม่พิจารณาส่งความเห็นดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีอื่นได้แล้ว ประชาชนผู้นั้นจึงต้องไปยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยโดยตรงได้ตาม มาตรา 212 แต่อย่างไรก็ตาม วรรค 2 ของมาตรา 212 ได้กำหนดให้ขั้นตอน วิธีการ และรายละเอียด ในการใช้สิทธิหรือการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ในปัจจุบัน ยังไม่มีการตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่มีผลใช้บังคับ กรณีจึงเห็นได้ว่า ในทางปฏิบัติ นั้น ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ยังไม่อาจใช้สิทธิเสนอ คดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง

5. การใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550

อาจกล่าวได้ว่า รัฐใดที่เป็นนิติรัฐนั้น จะต้องปรากฏหลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กร ตุลาการเสมอ เนื่องจากถือว่าหลักการนี้เป็นหลักการที่เป็นหัวใจหรือมงกุฎของหลักนิติรัฐ เพราะ เป็นการที่รัฐแสดงตนว่า ยินยอมให้ความเป็นอิสระแก่อำนาจศาลหรือองค์กรตุลาการเข้ามาควบคุม ตรวจสอบการกระทำต่างๆ ของรัฐว่าเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหรือไม่¹³⁸

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้นำหลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กร ตุลาการมาบัญญัติไว้ในมาตรา 28วรรค 2 หลักดังกล่าวนี้เองจึงเป็นหลักการสำคัญที่ทำให้บทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 27 บังเกิดผลจริงในทางปฏิบัติ เนื่องจาก หลักการที่บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง ทำให้องค์กรตุลาการ หรือศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบการกระทำ ขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐว่า มีการกระทำใดๆ ที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่ รัฐธรรมนูญรับรองไว้หรือไม่

ด้วยเหตุนี้เอง ในกรณีที่บุคคลถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง การที่ บุคคลจะใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาลนั้น จำต้องพิจารณาประเด็นต่างๆ ดังนี้

5.1. ความหมายของ “การละเมิดสิทธิ” 5.2. ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้สิทธิตามมาตรา 28 วรรค 2

¹³⁸ บรรณเจติ สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 137 หน้า 228 – 230.

กับความผูกพันขององค์กรของรัฐตามมาตรา 27 และ 5.3.อำนาจตุลาการกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

5.1 ความหมายของ “การละเมิดสิทธิ”

ข้อพิจารณาสำหรับการกระทำขององค์กรรัฐผู้ใช้อำนาจมหาชน ที่มีลักษณะเป็น “การละเมิด” สิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น มีความหมายหรือขอบเขตเพียงใด เมื่อพิจารณาจากความหมายดั้งเดิมของทฤษฎีกฎหมายของเยอรมัน เกี่ยวกับ “การละเมิดสิทธิ” ซึ่งวางหลักเกณฑ์การละเมิด 4 หลักเกณฑ์¹³⁹ ดังนี้

1. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำในขั้นตอนสุดท้าย ตามหลักเกณฑ์นี้ จะถือว่ามีการละเมิดเกิดขึ้นต่อเมื่อองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐประสงค์หรือมีเจตนาอย่างชัดแจ้งที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพ เช่น ถ้าฝ่ายปกครองมีเจตนาอย่างชัดแจ้งในการสลายการชุมนุม เพื่อขัดขวางมิให้ผู้นำการชุมนุมแสดงความคิดเห็นทางการเมืองของตนเอง ณ บริเวณที่ชุมนุมนั้น ถือว่า เป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้นำการชุมนุมได้ แต่ในทางตรงข้าม ถ้าเจ้าหน้าที่ไปปิดกั้นถนนและปิดกั้นหน้าบ้าน จนทำให้ร้านค้าในละแวกนั้นไม่มีลูกค้า เช่นนี้ ไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของเจ้าของร้านค้า แม้จะก้างลวงล้ำแดนเสรีภาพของการค้าขาย แต่เพราะเจ้าหน้าที่มิได้ประสงค์จะขัดขวาง หากแต่ต้องการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมต่างหาก

2. การกระทำของรัฐนั้น ต้องก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรง เช่น ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เงินสนับสนุนกิจการของเอกชนรายหนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อคู่แข่งทางการค้า เพราะว่าเจ้าของกิจการรายหลังไม่ได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐ ดังนั้น เพื่อให้สามารถแข่งขันการค้ากับเจ้าของกิจการรายแรก ทำให้เจ้าของกิจการรายหลังต้องปรับราคาสินค้าขึ้น จึงทำให้เจ้าของกิจการรายหลังต้องปรับราคาสินค้าขึ้น จึงทำให้เจ้าของกิจการรายหลังเสียลูกค้าจำนวนมากไป กรณีนี้ถือว่า ผลที่เกิดขึ้น เป็นผลกระทบอันมีผลโดยทางอ้อมเท่านั้น ไม่เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

3. การกระทำของรัฐนั้น ต้องเป็นการกระทำในทางกฎหมาย ซึ่งกล่าวได้ว่า เป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการให้ความหมายของคำว่า “ละเมิด” เช่น กฎหมาย ระเบียบ คำวินิจฉัย คำสั่งทางปกครอง แต่ถ้าเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงหรือการกระทำในลักษณะของการปฏิบัติการย่อมไม่เป็นละเมิดในสิทธิและเสรีภาพ

¹³⁹ Pieroth/Schlink Grundrechte – staatsrecht II , 9.Aufl. , s.64 อ้างในบรรณเจดิม สึงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 137 หน้า 228.

4. การกระทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นการบังคับหรือคำสั่ง ซึ่งหมายถึงการใช้อำนาจมหาชนแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น การกระทำในลักษณะของสัญญา หรือผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ไม่ถือเป็นการละเมิดในสิทธิและเสรีภาพ

อย่างไรก็ตาม ในระยะหลังมีการขยายความหมายของ “การละเมิด” ให้กว้างขึ้น โดยนำเอาหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ประการของความหมายดั้งเดิมมารวมด้วย ดังนั้น ความหมายของ “การละเมิด” ใหม่ จึงมีความหมายว่า “การกระทำของรัฐทั้งหลาย ซึ่งทำให้การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลไม่อาจเป็นไปได้” จากความหมายใหม่ อาจสรุปได้ว่า การกระทำของรัฐไม่ว่าจะเป็น การกระทำในขั้นสุดท้ายหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยมุ่งประสงค์หรือไม่ หรือไม่ว่าจะเป็น การกระทำที่มีผลโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือไม่ว่าจะเป็น การกระทำในทางกฎหมายหรือในทาง ข้อเท็จจริงและไม่ว่าจะเป็น การกระทำในลักษณะของการบังคับหรือเป็นไปในลักษณะคำสั่งหรือไม่ ก็ตาม ถือว่าเป็นการละเมิดทั้งสิ้น ที่สำคัญที่สุดคือ การกระทำของรัฐนั้นต้องเป็นการกระทำในการ ใช้ “อำนาจมหาชน” ที่ก่อให้เกิดผลเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ แต่การกระทำของรัฐซึ่งมิได้ เป็นการกระทำในลักษณะของการบังคับหรือคำสั่ง เช่น การดักฟังโทรศัพท์ หรือละเมิดในข้อมูล ข่าวสารต่างๆ โดยเจ้าหน้าที่เช่นนี้ ไม่ใช่การละเมิดสิทธิและเสรีภาพแต่ประการใด

5.2 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 วรรค 2 กับความผูกพัน ขององค์กรของรัฐ ตามมาตรา 27

แม้ว่ามาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะ บัญญัติรับรองหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ แต่กลับมิได้บัญญัติว่า กรณีที่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้ถูกกระทบสิทธิและเสรีภาพจะสามารถใช้สิทธิ ทางศาลต่อศาลใด จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในหมวด 10 หมวดศาล โดยมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับคดีปกครอง ส่วนคดีใด จะเป็นคดีปกครองนั้น ย่อมพิจารณาได้จากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ส่วนคดีใดไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลทหาร ย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น ตามมาตรา 218 ส่วนอำนาจรัฐที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่ รัฐธรรมนูญรับรองมีขอบเขตเพียงใดนั้น หมายถึง อำนาจบริหารอย่างเดียว หรือรวมไปถึงอำนาจ นิติบัญญัติและอำนาจตุลาการด้วย เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 19 วรรค 4 ของรัฐธรรมนูญ เยอรมัน ซึ่งกำหนดว่า “อำนาจมหาชน” คือ หมายเฉพาะอำนาจฝ่ายบริหารเท่านั้น ที่จะละเมิด สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ส่วนการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลา การนั้น ได้รับความคุ้มครองจากศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่เข้ามาควบคุมตรวจสอบองค์กร นิติบัญญัติ องค์กรตุลาการ ตามมาตรา 93 (1) (4a) ว่า ได้มีการกระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิด

สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนหรือไม่ ซึ่งมีผลทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

สำหรับประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณามาตรา 28 วรรค 2 ประกอบกับมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติให้องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยตรง ในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า อำนาจอรรถทั้ง 3 แต่ละอำนาจนั้น อาจกระทำการใดๆ ที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองได้จากการใช้อำนาจรัฐ แต่ละอำนาจ จึงต้องพิจารณาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากการใช้อำนาจรัฐ¹⁴⁰ ดังนี้

1. การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรนิติบัญญัติ

องค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนในการตรากฎหมาย ดังนั้น ถ้าการตรากฎหมายดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ซึ่งการตรากฎหมายนั้น จำต้องคำนึงถึงหลักการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ คือ การละเมิดข้อจำกัดในทางรูปแบบ และการละเมิดข้อจำกัดในทางเนื้อหา ตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 29 ประกอบมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายดังกล่าวย่อมมีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลและใช้สิทธิทางศาล โดยโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และให้ศาลนั้นเสนอเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต่อไป ทั้งนี้ตามมาตรา 211 มาตรา 245 หรือมาตรา 212 แล้วแต่กรณี

2. การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรบริหาร

องค์กรบริหารเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนในการบริหารประเทศในฐานะรัฐบาลซึ่งรวมไปถึงการใช้อำนาจปกครองด้วย ในที่นี้จะเน้นเฉพาะแต่ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของฝ่ายปกครองเท่านั้น หลักการพื้นฐานของความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของฝ่ายปกครองนั้น ต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งมี 2 หลักย่อย คือ หลักเงื่อนไขของกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะกระทำการดังกล่าว ถ้าฝ่ายปกครองไปฝ่าฝืนกระทำ การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมาย และหลักความมาก่อนของกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักที่ทำให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ คือ การกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัด หรือแย้งต่อกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ซึ่งหมายความว่า มาตรการของฝ่ายปกครองจะขัดต่อสิทธิและ

¹⁴⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 137 หน้า 235 – 249.

เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไม่ได้เช่นเดียวกัน การกระทำของฝ่ายปกครองย่อมมีความหมายรวมไปถึง การออกกฎหมายลำดับรอง คำสั่งทางปกครอง ตลอดจนการกระทำของฝ่ายปกครองอื่นๆ ด้วย ดังนั้น การกระทำของฝ่ายบริหารก็อาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้น อาจเกิดขึ้นได้ทั้งจากการกระทำของรัฐบาลและเกิดจากการกระทำของทางปกครอง ถ้าเป็นการกระทำของรัฐ ย่อมไม่อยู่ใต้การตรวจสอบของศาล แต่จะถือว่าเป็นความรับผิดชอบทางการเมือง แต่หากมีผลเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ก็จะอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ แต่ถ้าเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง จะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบควบคุมโดยองค์กรศาล ซึ่งอาจเป็นศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมแล้วแต่กรณี

สำหรับกรณีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครอง มีกระบวนการแก้ไขเยียวยาได้ 3 วิธี คือ วิธีแรก เสนอเรื่องไปยังผู้ตรวจการแผ่นดิน วิธีที่สอง เสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ วิธีที่สาม คือ ฟ้องศาลปกครอง

3. การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนในการตีความกฎหมาย และการพิจารณาพิพากษาคดีต่างๆ จึงกล่าวได้ว่า ศาลมีหน้าที่อยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก ศาลต้องตรวจสอบว่ากรณีที่เป็นปัญหามาสู่การพิจารณาของศาลนั้น เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ และประการที่สอง ศาลเองต้องไม่ใช่หรือตีความกฎหมายให้เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพเสียเอง

กรณีอาจเป็นไปได้ว่า ศาลเห็นว่ากรณีที่เป็นปัญหามาสู่การพิจารณาของศาล ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ศาลเองกลับเห็นว่า ไม่เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ประการหนึ่ง หรือ กรณีที่ศาลใช้หรือตีความกฎหมายอันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานอีกประการหนึ่ง ดังนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีขององค์กรตุลาการ คือ ถ้ามีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยคำพิพากษาของศาล บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพจะใช้สิทธิโต้แย้งได้อย่างไร จะมีองค์กรใดหรือศาลใด โดยเฉพาะที่คอยดูแลการใช้และการตีความกฎหมายของศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ สำหรับกรณีของการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยคำพิพากษาในปัจจุบันมีเพียงแต่เฉพาะกระบวนการภายในองค์กรตุลาการเท่านั้น ที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยแยกเป็น 3 กรณี ดังนี้

ก. การอุทธรณ์คดีขึ้นสู่ศาลสูงขึ้นไป เพื่อให้ศาลสูงทบทวนคำพิพากษาของศาลในปัญหาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง

ข. ศาลกลับแนวคำพิพากษาของศาลเดิม เป็นการวางบรรทัดฐานใหม่เพื่อแก้ไขในสิ่งที่อาจไม่ถูกต้อง เพื่อให้ประชาชนได้รับความเป็นธรรม

ค. ในกรณีคดีอาญา จำเลยหรือพนักงานอัยการอาจร้องขอต่อศาลขอหรือฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ตามพระราชบัญญัติรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526

5.3 อำนาจตุลาการกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการ เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้ 1. ความหมายของการละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ 2. การละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ และ 3. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยคำพิพากษาของศาล

5.3.1 ความหมายของการละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

องค์กรศาลมีความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรก องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นองค์กรที่เข้ามาตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารว่า องค์กรทั้ง 2 ได้ดำเนินการใดๆ ที่ขัดต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองหรือไม่ ลักษณะที่สอง องค์กรตุลาการเองก็ต้องถูกผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพด้วย คือ ไม่อาจจะละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ในกรณีที่ศาลใช้อำนาจมหาชนในการพิจารณาและวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ แต่องค์กรตุลาการก็ยังสามารถใช้อำนาจมหาชนละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ใน 2 กรณีดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้

ดังนั้น การละเมิดสิทธิและเสรีภาพขององค์กรตุลาการ หมายถึง การละเลยหรือไม่คำนึงถึงหลักความผูกพันที่องค์กรตุลาการ มีต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ หรือการใช้อำนาจทางตุลาการของศาลกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ถึงกับต้องเป็นการกระทำที่องค์กรตุลาการกระทำการโดยผิดกฎหมายต่อผู้อื่น หรือไม่ต้องถึงกระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด หากแต่เพียงศาลละเลย ไม่คำนึงถึงหรือใช้อำนาจไปในทางที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ย่อมถือได้ว่า ศาลได้ใช้อำนาจละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว¹⁴¹

5.3.2 การละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

โดยทั่วไปนั้น องค์กรตุลาการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรก เป็นงานฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษา

¹⁴¹ วัลยา จิวานพันธ์. (2546). การใช้สิทธิของประชาชนในกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการ วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 41.

คดี ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการ จนกระทั่งมีการออกคำสั่งหรือการมีคำพิพากษาคดี ลักษณะที่สอง เป็นงานฝ่ายธุรการ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจภายในหน่วยงาน โดยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น การออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ เป็นต้น ซึ่งในการใช้อำนาจในทั้ง 2 ลักษณะเช่นนี้ อาจทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งจะปรากฏในรูปของคำสั่งในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลหรือคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล รวมตลอดจนถึงคำสั่งต่างๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี

ในที่นี้ จะกล่าวแต่เฉพาะการใช้อำนาจตุลาการขององค์กรศาลในลักษณะที่อาจส่งผลเป็นละเมิดหรือผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ทั้งจากการใช้และการตีความกฎหมายของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีต่างๆ ทั้ง ในส่วนที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ ดังนี้¹⁴²

1. การใช้อำนาจในการใช้และตีความกฎหมายสารบัญญัติขององค์กรตุลาการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อาจเกิดขึ้นจาก

- การใช้และตีความกฎหมายไม่ถูกต้อง หรือแตกต่างไปจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติกำหนดไว้

- การปรับใช้กฎหมายผิดพลาด เช่น พิจารณาปรับบทลงโทษจำเลย นอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือการนำกฎหมายที่ถูกยกเลิกไปแล้วมาใช้แก้คดี

- การใช้อำนาจตีความกฎหมายแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นๆ

2. การใช้อำนาจในการใช้และตีความกฎหมายวิธีสบัญญัติขององค์กรตุลาการ ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อาจเกิดขึ้นได้จากการละเลยหรือไม่คำนึงถึงหรือขาดตกบกพร่องในเรื่องหลักกฎหมายต่างๆ ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดี¹⁴³ ได้แก่

- หลักการฟังความทุกฝ่าย (The Principle of Party Presentation: Verhandlungsmaxime) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ในระหว่างเวลาพิจารณาคดีนั้น ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยจะต้องได้รับทราบว่าตนเองถูกกล่าวหาหรือฟ้องร้องในเรื่องใด อย่างไร และศาลต้องให้โอกาสแก่ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยได้มีโอกาสดำเนินข้อกล่าวหาต่างๆ เริ่มตั้งแต่การเริ่มพิจารณาคดี และระหว่างการพิจารณาคดี ศาลต้องเปิดโอกาสให้ผู้ความได้ต่อสู้กันอย่างเต็มที่ รวมไปถึงให้โอกาสแก่คู่ความที่จะ

¹⁴² เรื่องเดียวกัน หน้า 72 – 79.

¹⁴³ วัลยา จิวานพันธ์ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 142 หน้า 255 – 257.

แถลงในเรื่องต่างๆ ระหว่างการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย เพื่อป้องกันมิให้ศาลพิจารณาคดีตามอำเภอใจ ทั้งในปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งหากศาลฝ่าฝืนหลักการสำคัญอันนี้ย่อมมีผลทำให้การพิจารณาคดีนั้นเป็นการพิจารณาคดีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งหลักการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้ความสำคัญมาก เนื่องจากเห็นว่า หลักการนี้มีความมุ่งหมาย 2 ประการ คือ เพื่อคลี่คลายข้อเท็จจริงให้ปรากฏ และเป็นพื้นฐานของการวินิจฉัยสั่งการต่อไป และเพื่อความเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น จึงไม่อาจปฏิเสธการรับฟังคู่ความแล้วไปวินิจฉัยคดีอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเขา ดังนั้น หลักการรับฟังความทุกฝ่ายจึงเป็นหลักการสำคัญที่นำไปใช้กับการพิจารณาคดีทุกประเภท

- หลักการพิจารณาโดยเที่ยงธรรม (Right to Fair Trial) เป็นหลักการที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการให้ความเคารพต่อสิทธิของบุคคลในการที่จะได้รับการพิจารณาโดยเที่ยงธรรม ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของจำเลย ซึ่งจะทำให้เขาได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม แม้ว่าจะมีพยานหลักฐานที่น่าเชื่อว่า จำเลยอาจเป็นผู้กระทำผิดก็ตาม การพิจารณาโดยเที่ยงธรรมจึงหมายถึง การพิจารณาโดยผู้พิพากษาซึ่งปราศจากอคติและความลำเอียง มีความสุจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาญา ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและความจริงที่จะนำมาชี้ขาดได้นั้นต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มาโดยชอบภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย โดยปราศจากทัศนคติหรืออิทธิพลหรือปัจจัยประการอื่นใดที่อาจทำให้เกิดอคติต่อจำเลย

- หลักความไม่มีส่วนได้เสียในคดี เป็นหลักกฎหมายที่ใช้กับผู้พิพากษา ซึ่งจะเป็นหลักประกันว่า ผู้พิพากษาต้องรักษาไว้ซึ่งเกียรติภูมิ ความเป็นอิสระ ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย วางตัวเป็นกลาง ในการพิจารณาพิพากษาคดี รวมไปถึงการหลีกเลี่ยงจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เหมาะสมต่างๆ รวมไปถึงการไม่ยอมให้ครอบครัว สังคม หรือความสัมพันธ์อื่นใดกับบุคคลต่างๆ เข้ามามีอิทธิพลเหนือการพิจารณาพิพากษาคดีของตนเอง

- หลักการพิจารณาคดีต้องทำโดยรวดเร็ว เป็นหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญของหลายประเทศรับรองไว้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมแก่บุคคล เนื่องจากการพิจารณาคดีโดยชักช้า นั้น มีแต่จะทำให้สังคมเสียหายเสียประโยชน์หลายๆ ด้าน ที่สำคัญมากต่อจำเลย คือ ทำให้จำเลยตกอยู่ในสภาพการณ์ที่เลวร้ายตลอดเวลาในระหว่างการพิจารณาคดี เนื่องจากการพิจารณาคดีที่ใช้เวลานานออกไป ย่อมทำให้พยานหลักฐานบางอย่างสูญหายไป หรือทำให้ความทรงจำของจำเลยหรือของพยานค่อยๆ ลืมเลือนไป พยานบางคนก็อาจเสียชีวิตไปแล้วหรือมีการทำลายพยานหลักฐาน ดังนั้น การพิจารณาโดยรวดเร็ว จึงมีผลทำให้ข้อเท็จจริงในคดีมีความครบถ้วนขึ้นและมีความกระจ่างชัดมากขึ้น

- หลักการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษา เป็นหลักการสำคัญที่ทำให้คำพิพากษาต้องแสดงเหตุผลทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้พิพากษามีได้ละเอียดหรือหลงลืมปัญหาที่คู่ความแต่ละฝ่ายยกขึ้นมา และทำให้ประชาชนเห็นว่า ศาลพิจารณาคดีอย่างรอบคอบและเป็นธรรม นอกจากนี้ที่สำคัญ คือ การบังคับให้ศาลจำต้องแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายซึ่งเป็นมูลเหตุจูงใจให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีไปในทางใดทางหนึ่ง ให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชนโดยทั่วไป ซึ่งเป็นการแน่นอนว่า เป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่า ศาลไม่อาจพิจารณาพิพากษาคดีตามอำเภอใจ เนื่องจากผู้พิพากษาจำเป็นต้องคิดไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนทำคำชี้ขาดว่า คำพิพากษาของตนมีเหตุผลที่วิญญูชนสามารถรับฟังได้หรือไม่

5.3.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยคำพิพากษาของศาล

กรณีที่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ โดยคำพิพากษาของศาลสูงสุดของแต่ละระบบศาล บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิดังกล่าวจะใช้สิทธิโต้แย้งได้อย่างไร จัดเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นกับองค์กรตุลาการ ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองซึ่งเกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ไม่เป็นปัญหา เพราะผู้ถูกละเมิดนั้น สามารถร้องขอให้ทบทวนคำพิพากษาต่อศาลสูงสุดในระบบศาลนั้นๆ ได้ ดังนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ เมื่อศาลสูงสุดของระบบศาลนั้นๆ พิพากษาหรือวินิจฉัยแล้ว บุคคลนั้นยังเห็นว่า สิทธิและเสรีภาพของตนยังคงถูกละเมิดโดยคำพิพากษาของศาลสูงสุด ดังนี้ บุคคลนั้นจะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ตรวจสอบทบทวนคำพิพากษาของศาลต่างๆ ว่า ละเมิดสิทธิของตนได้หรือไม่ เพียงใด เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ก็มีได้บัญญัติให้ชัดเจนว่า ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบ ดังนั้น ถ้าให้ศาลสูงสุดของแต่ละระบบศาลเป็นผู้พิจารณาตรวจสอบทบทวน ย่อมทำให้เกิดปัญหาในการควบคุมตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพได้¹⁴⁴ ดังนี้

ก. อาจทำให้ความผูกพันของอำนาจรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพนั้น ไร้ผลในทางปฏิบัติเนื่องจาก หลักเกณฑ์ที่สำคัญที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพนั้นมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงได้ คือ การมีองค์กรเฉพาะที่เข้ามาดูแลเรื่องดังกล่าวนี้ โดยเฉพาะ เพื่อตรวจสอบว่า การกระทำขององค์กรรัฐ ได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ ได้ใช้อำนาจในทางละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือไม่ ทั้งนี้เพราะว่า ถ้าไม่มีองค์กรใดที่เข้ามาตรวจสอบความถูกต้องของคำพิพากษาของศาลสูงสุดในแต่ละระบบศาลแล้ว หากศาลสูงสุดในแต่ละระบบศาลใช้หรือตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพไปในทิศทางซึ่งไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ย่อมทำให้การกระทำซึ่งเป็นต้นเหตุแห่งคดีที่ถูกนำขึ้นมาสู่ศาล ได้รับการตรวจสอบโดยไม่ถูกต้อง จึงมีผลเท่ากับว่า

¹⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 137 หน้า 255 – 257.

การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติหรือของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการฟ้องคดีไม่ได้รับการตรวจสอบเกี่ยวกับกรณีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพอย่างถูกต้องตามไปด้วย ดังนั้น จึงจำเป็นต้องกำหนดให้มืองค์กรเฉพาะเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบดูแลการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายเยอรมัน พบว่า มีการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีอำนาจ เข้ามาตรวจสอบคำพิพากษาของศาลสหพันธ์สูงสุดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวได้สำหรับกรณีที่บุคคลนั้นเห็นว่า การตีความหรือการใช้กฎหมายของศาลนั้นขัดกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นองค์กรที่เข้ามาดูแลเรื่องนี้ โดยเฉพาะ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ประชาชนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมิได้เข้ามาตรวจสอบในลักษณะที่เป็นศาลที่มีอำนาจเหนือศาลอื่น ด้วยการกำหนดโครงสร้างของศาลเช่นนี้ ทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 วรรคสามที่ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง” มีผลอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ

ข. เมื่อไม่มีองค์กรใดเข้ามาตรวจสอบ เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ เป็นการเฉพาะ ย่อมทำให้ศาลสูงสุดในแต่ละระบบศาลอาจใช้หรือตีความสิทธิและเสรีภาพแตกต่างกัน อาจขัดแย้งกันได้ และอาจก่อปัญหาเรื่องความเป็นเอกภาพในการตีความสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ทั้งเมื่อศาลสูงสุดในแต่ละระบบศาลพิพากษาแล้ว คดีย่อมเป็นที่สุด ไม่อาจโต้แย้งคำพิพากษาไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้

ค. เนื่องจากมีการจัดตั้งองค์กรอิสระซึ่งเกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนว่าจะจัดให้เป็นองค์กรประเภทใด เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 13/2543 ว่า การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ในการสืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริง และวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ.2541 เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 145(3) และเป็นการใช้อำนาจดังตุลาการ ดังนั้น ศาลจึงเข้ามาตรวจสอบไม่ได้ ทั้งที่ ยังไม่ชัดเจนว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งจัดอยู่ในองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรฝ่ายบริหารหรือองค์กรฝ่ายตุลาการ และถ้าองค์กรในลักษณะเช่นนี้ ใช้อำนาจไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กรณีจึงยังไม่มีกลไกอันใดเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรเหล่านี้ได้เลย

ทางออกสำหรับปัญหาการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรศาล โดยเฉพาะศาลสูงสุดในแต่ละระบบศาลซึ่งเกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นปัญหาที่มีลักษณะเฉพาะตัว นอกเหนือจากการควบคุมเรื่องความประพฤติส่วนบุคคล อันเป็นมาตรฐานที่

สร้างขึ้นสำหรับการควบคุมตัวบุคคลที่มีตำแหน่งสูงทั้งทั้งในการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับสูงในฝ่ายประจำ ด้วยการใช้กระบวนการที่รัฐธรรมนูญไทยสร้างขึ้น เพื่อไม่มีการใช้อำนาจแสวงหาประโยชน์ไปในทางที่มีขอบไม่ว่าจะเป็นการถอดถอนออกจากตำแหน่งหรือการดำเนินการไต่สวน การใช้อำนาจโดยมิชอบภายใต้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 กลไกในกระบวนการทำงานของรับเหล่านี้ ย่อมทำหน้าที่ของผู้เฝ้าระวังการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการได้เป็นอย่างดี¹⁴⁵

เมื่อเป็นที่ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มิได้กำหนดโครงสร้างและกรอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ในการตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของศาลสูงสุดไว้เหมือนกับรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน และในอีก 3 ประเทศ ได้แก่ ประเทศโปรตุเกส และประเทศสเปน ซึ่งให้ประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ในกรณี que เห็นว่า มีการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้¹⁴⁶

ดังนั้น กรณีที่ยังไม่มีการตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของบุคคลที่ถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เพื่อขอรับความคุ้มครองจากศาล เมื่อพิจารณาความเกี่ยวพันกับบทบัญญัติมาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” จึงจำเป็นต้องพิจารณาสาระสำคัญของมาตรา 28 วรรค 2 ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ 3 ประการ¹⁴⁷ ดังนี้ (1) มาตรา 28 วรรค 2 มีความมุ่งหมายอย่างไร (2) ต้องเป็นกรณีที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ (3) การใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาล มีความหมายอย่างไร

1. มาตรา 28 วรรค 2 มีความมุ่งหมายอย่างไร

แนวคิดแบบเสรีประชาธิปไตยให้ความสำคัญต่อรัฐที่มีการให้หลักประกันสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองของประชาชน คือ องค์กรตุลาการ

¹⁴⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 137 หน้า 257.

¹⁴⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์ “การใช้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” ค้นคืนวันที่ 23 ตุลาคม 2555 จาก <http://www.pub-law.net>.

¹⁴⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 137 หน้า 277 – 281.

ตามมาตรา 28 วรรค 2 ซึ่งรับรองและคุ้มครองสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ของบุคคล ย่อมไม่อาจมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติ ถ้าไม่มีองค์กรใดที่จะเข้ามาตรวจสอบเพื่อถ่วงดุลการใช้อำนาจของรัฐที่ละเมิดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องบัญญัติให้การรับรองสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องเป็นคดีต่อศาลไว้ สำหรับกรณีที่บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะทำให้สามารถบังคับตามสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้จริงในทางปฏิบัติ จึงกล่าวได้ว่า สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลตามมาตรา 28 วรรค 2 เป็นมงกุฎของระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือ เป็นบทบัญญัติที่ทำให้องค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่เป็นองค์กรที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนบรรลุ ตามความมุ่งหมายในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง ซึ่งจะนำไปสู่การตีความเพื่ออุดช่องว่างสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ กล่าวคือ เมื่อเกิดปัญหาว่าไม่มีศาลใดที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐได้ ย่อมตกอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เนื่องจากศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ดังนั้น การตีความเช่นนี้ ย่อมทำให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ ไม่เกิดช่องว่างเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

2. ต้องเป็นกรณีที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

บุคคลที่จะมีสิทธิฟ้องคดีหรือใช้สิทธิทางศาลได้นั้น กรณีตามมาตรา 28 วรรค 2 จะต้องกล่าวอ้างว่า มีการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของตน บุคคลใดมิได้กล่าวอ้างหรือไม่อาจกล่าวอ้างสิทธินี้ในการฟ้องคดีได้ เนื่องจากตนเองมิได้ถูกระทบสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ย่อมไม่อาจใช้สิทธิฟ้องคดีได้ เนื่องจากจำเป็นต้องป้องกันมิให้บุคคลทุกคนมาอ้างสิทธิของบุคคลอื่นในการฟ้องคดีต่อศาลได้ ดังนั้น กล่าวได้ว่า ฐานอำนาจในการใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 วรรค 2 จึงต้องเป็นกรณีที่กระทบสิทธิของบุคคลนั้นๆ เท่านั้น ส่วนคำว่า “ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ” นั้น จะต้องพิจารณาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ เช่น ในคดีแพ่ง บุคคลที่จะมีอำนาจฟ้องคดีได้นั้น ต้องเป็นกรณีการกระทบสิทธิของบุคคลนั้น ตามหลักเกณฑ์หรือคุณสมบัติซึ่งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ซึ่งแตกต่างไปจากคดีปกครอง ที่บุคคลที่จะมีอำนาจฟ้องคดีได้นั้น ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือคุณสมบัติหรือเงื่อนไขที่กำหนดว่า ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจเดือดร้อนเสียหายโดยที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 จึงเห็นได้ว่า การแปลความเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพจะมีความเข้มข้นในระดับใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับประเภทของคดีนั้นๆ ส่วนสิทธิหรือเสรีภาพที่ถูกละเมิดนั้น ต้องเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เท่านั้น ซึ่งหมายความถึงสิทธิและเสรีภาพใน

รัฐธรรมนูญทั้งหมด ไม่ว่าจะบัญญัติรับรองไว้ในหมวดใด เช่น สิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในหมวดอื่นๆ เช่น หมวด 7 การมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงของประชาชน หมวด 1 การปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่า ฐานของสิทธิและเสรีภาพที่ใช้เป็นฐานในการอ้างสิทธิหรือเสรีภาพที่บุคคลถูกระทบนั้น ย่อมเป็นได้แต่เฉพาะสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เท่านั้น ส่วนปัญหาข้อเท็จจริงที่มีการละเมิดหรือการกระทบสิทธิหรือเสรีภาพนั้นๆ หรือไม่ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

เมื่อศึกษาเทียบเคียงกับกฎหมายของประเทศเยอรมัน พบว่า มีการกำหนดให้การใช้สิทธิของประชาชนในการยื่นเรื่องร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้มีได้อาศัยบทบัญญัติในมาตรา 19 (4) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งมีหลักการคล้ายกับมาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ประกอบรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Gesetz ueber Bundesverfassungsgerichts gesetz - BVerfGC) มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4a. ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่บุคคลกล่าวอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานของตนหรือสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 20 วรรค 3 มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 102 และมาตรา 104 ถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชน ประกอบมาตรา 90 ซึ่งบัญญัติเงื่อนไขเกี่ยวกับการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญไว้ว่า บุคคลสามารถใช้สิทธิร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เมื่อบุคคลนั้นมีการกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิที่เสมือนสิทธิขั้นพื้นฐานในมาตรา 20 วรรค 4 มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ถ้าการคัดค้านการละเมิดสิทธิดังกล่าวอาจเป็นเรื่องที่อาจใช้สิทธิทางศาลได้ เงื่อนไขสำคัญที่สุดของการที่บุคคลจะสามารถร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ก็ต่อเมื่อได้มีการใช้สิทธิทางศาลมาจนถึงที่สุดแล้วเท่านั้น ยกเว้นแต่กรณีที่เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความสำคัญโดยทั่วไป หรือถ้าต้องใช้สิทธิทางศาลจนถึงที่สุดแล้ว ผู้ร้องทุกข์จะได้รับความเสียหายจนไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาเรื่องนั้นได้โดยไม่ต้องดำเนินการในเรื่องนั้นให้ถึงที่สุดได้ จึงเห็นว่า รัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4a. เป็นบทบัญญัติที่ก่อตั้งสิทธิในการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญให้แก่บุคคล ซึ่งกล่าวอ้างว่าตนเองถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ รวมไปถึงการกำหนดเขตอำนาจศาลให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญด้วย ในขณะที่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเงื่อนไขในการใช้สิทธิของบุคคลที่จะยื่นเรื่องร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น การร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงมีฐานทางกฎหมายรองรับอย่างชัดเจนทั้งสิทธิของบุคคลในการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญและอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการรับคดีที่มีการกล่าวอ้างการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มาตรวจสอบได้ ซึ่ง รวมไปถึงการกำหนดเงื่อนไขและวิธีการดำเนินการสำหรับบุคคลที่จะใช้สิทธิร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ทำให้การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมันปรากฏผลเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน

3. การใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ มีความหมายอย่างไร

การพิจารณาความหมายของ “การใช้สิทธิทางศาล” หรือ “ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้” อาจแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

ก. การใช้สิทธิทางศาล หมายถึง การใช้สิทธิทางศาลในทุกกรณี ในที่นี้จะกล่าวแต่เฉพาะการใช้สิทธิทางศาลที่เป็นการยื่นฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งถือว่าเป็นการใช้สิทธิทางศาลที่มีความสำคัญมาก โดยจะหมายถึง “อำนาจฟ้อง” นั่นเอง ดังนั้น การที่บุคคลจะฟ้องคดีได้หรือไม่นั้น ต้องไปพิจารณาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความที่เกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ เช่น ถ้าเป็นศาลยุติธรรม ก็ต้องพิจารณาอำนาจฟ้องตามมาตรา 55 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ถ้าเป็นศาลปกครอง ก็ต้องพิจารณาอำนาจฟ้องตามมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีของศาลรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ จึงเห็นได้ว่า ผลของมาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ยังไม่สามารถทำให้บุคคลใช้สิทธิทางศาลได้โดยตรง ต้องอาศัยกฎหมายอื่นประกอบ เป็นเพียงแต่ผลที่เกิดขึ้นโดยตรงของมาตรา 28 วรรค 2 มีอยู่แต่ว่ากฎหมายใดก็แล้วแต่ที่ทำให้บุคคลไม่อาจใช้สิทธิทางศาลได้ ซึ่งหมายความว่าบุคคลไม่สามารถใช้อำนาจในการฟ้องหรือร้องเป็นคดีต่อศาลได้ กฎหมายฉบับนี้ย่อมขัดต่อมาตรา 28 วรรค 2 ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ข. ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ หมายความว่า ได้มีการนำคดีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเข้าสู่การพิจารณาคดีในศาลแล้ว การยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ จึงเป็นการอ้างเหตุผลสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนหรือเพื่อหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นการยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล จึงมีความแตกต่างจากการใช้สิทธิในทางศาล อาจกล่าวได้อย่างกว้างๆ ว่า การใช้สิทธิทางศาลนั้นเป็นเรื่องของสิทธิในทางวิธีสบัญญัติหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความ ส่วนการยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลนั้นเป็นเรื่องของสิทธิในทางสารบัญญัติ

6. หลักทั่วไปในการประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พ.ศ.2550

หลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งมีความสำคัญ ได้แก่ องค์กรต่างๆ ของรัฐผู้ใช้อำนาจจำเป็นต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องมีหน้าที่เคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังที่มีบทบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะกระทำได้ก็แต่โดยการตรากฎหมายมาจำกัด สิทธิและเสรีภาพเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายเป็นสัญญาประชาคมที่ประชาชนในแต่ละรัฐจะยอมให้รัฐใช้อำนาจจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของตนอย่างสมเหตุสมผล

จากประวัติศาสตร์พัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของรัฐธรรมนูญไทย ที่มีการผ่านการใช้และยกเลิกมารวมกันถึง 17 ฉบับ นับตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญหลายฉบับมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่รัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับไม่มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จนในปัจจุบัน เมื่อมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 ที่มีผลบังคับใช้กันจนถึงปัจจุบันนี้ มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก และเพิ่มเติมสิทธิและเสรีภาพใหม่ๆ มากขึ้น โดยปรากฏในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยซึ่งเจตนารมณ์ของผู้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความมุ่งหมาย ให้การมีบทบัญญัติที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทย บังเกิดผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจังและเป็นรูปธรรมมากที่สุด ในส่วนของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็มีบทบัญญัติในมาตรา 29¹⁴⁸ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนี้

¹⁴⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย.....”

6.1 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง

กฎหมาย

กรณีหลักเกณฑ์ตามข้อนี้เป็นเรื่องสำคัญที่อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 รับรองการใช้หลักนิติรัฐในการบริหารราชการแผ่นดินและการปกครองของไทย ซึ่งหมายความว่า องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องพิจารณาว่า มีบทบัญญัติใดในมาตราใดในกฎหมายฉบับใดที่จะให้อำนาจแก่ตนในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งตรวจพบได้โดยพิจารณาจากถ้อยคำที่ว่า “อาศัยอำนาจตามความในมาตรา..... แห่งกฎหมาย.....” เพื่อเป็นการแสดงถึงอำนาจที่กฎหมายมอบให้ไว้สำหรับการออกคำสั่ง หรือการกระทำใดๆ ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ

มีกรณีสำคัญที่จะต้องพิจารณาได้แก่ กฎหมาย กฎหมายในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 4/2542¹⁴⁹ ไว้เป็นบรรทัดฐานว่า กฎหมายต้องถูกตราจาก “องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ” ดังนั้น จึงตีความได้ว่า กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากองค์กรนิติบัญญัติโดยเฉพาะ ซึ่งได้แก่ รัฐสภา ดังนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2541¹⁵⁰ จึงได้วางบรรทัดฐานว่า การที่รัฐสภาจะมีบทบัญญัติโอนอำนาจการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไปเป็นอำนาจขององค์กรของรัฐองค์กรอื่นใดซึ่งมิได้เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาดำเนินมาในลักษณะเช่นนี้ จึงขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ และจะใช้บังคับมิได้

6.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกระทำเท่าที่จำเป็น หรือหลักพอสมควรแก่เหตุ (Uebermassverbot) หรือเรียกว่าหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhältnismässigkeit) ประการหนึ่ง เพื่อใช้ควบคุมการใช้อำนาจรัฐ ไม่ให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจตามใจชอบอันอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปกว่าที่ควรจะเป็น

ในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น หลักความได้สัดส่วนนั้นได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งเป็นหลักกฎหมายมหาชนและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากสหภาพยุโรป เช่น ตามสัญญา

¹⁴⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2542 เรื่อง ศาลจังหวัดสงขลาส่งข้อโต้แย้งของจำเลยให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264.

¹⁵⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2541 เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งขอคำวินิจฉัยในการเสียสิทธิของบุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้ง.

EWG-Vertrag ซึ่งได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยสนธิสัญญา Massstricht ซึ่งเป็นสัญญาที่ก่อตั้งสหภาพยุโรป กำหนดหลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 3 วรรค 3 และหลักความได้สัดส่วนนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมัน ได้วินิจฉัยวางบรรทัดฐานไว้ว่า จะประกอบด้วยหลักการสำคัญย่อย 3 หลัก คือ หลักความเหมาะสม (หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล), หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ¹⁵¹

กรณีที่น่าจะเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ ได้แก่ การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ โดยอาศัยหลักความได้สัดส่วนเช่นเดียวกันกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น มีข้อสังเกตว่า หลักนี้มีความคล้ายคลึงและใกล้เคียงกับ **“การควบคุมความเหมาะสม”** เป็นอย่างยิ่ง ซึ่งโดยปกติแล้ว เป็นอำนาจดุลยพินิจขององค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้นโดยปกติแล้วองค์กรศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องด้วย ไม่เช่นนั้นจะกลายเป็นว่า ศาลหรือผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครองหรือไปตรวจสอบฝ่ายปกครองเสียเอง ซึ่งจะมีผลเป็นว่าองค์กรตุลาการกลับมาเป็น **“ผู้บังคับบัญชา”** ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร (ฝ่ายปกครอง) เสียเอง ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ศาลที่จะต้องจำกัดอำนาจของตนไว้เฉพาะที่จะตรวจสอบ ใช้อำนาจที่ฝ่าฝืนหลักความได้สัดส่วนที่มีความผิดปกติอย่างแน่ชัด หรือกล่าวได้ว่า เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพถึงขนาดที่ใครก็ไม่สามารถใช้อำนาจออกมาเช่นนั้นได้ เพียงกรณีเดียวเท่านั้น

6.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น¹⁵²

หลักการการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้นั้น หลักนี้ในภาษาเยอรมัน เรียกว่า Wesengehaltsgarantie มีจุดมุ่งหมายที่สำคัญ คือ การเป็นหลักประกันที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพว่า รัฐ โดยองค์กรนิติบัญญัตินั้น แม้จะมีอำนาจตามกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ ก็ไม่สามารถตรากฎหมายถึงขนาดที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพล่วงล้ำเข้าไปกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เมื่อก้าวโดยสรุปแล้ว จึงถือได้ว่า หลักนี้เป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ อันเป็นการทั่วไปในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั่นเอง

ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ซึ่งใช้บังคับในปัจจุบัน มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้หลายมาตราและหลายกรณี เช่น สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชน จึงเป็นอันมีผลว่า แม้กฎหมายจะยินยอมให้องค์กรของรัฐต่างๆ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายออกมาจำกัด

¹⁵¹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 268 - 269.

¹⁵² บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 260 - 263.

สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่อำนาจตามกฎหมายที่มอบให้องค์กรของรัฐต่างๆ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่อำนาจตามกฎหมายที่มอบให้องค์กรนิติบัญญัติใช้ในการตรากฎหมาย มีกรอบการใช้อำนาจที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น จึงสรุปได้ว่า

1. การตรากฎหมายให้มีบทบัญญัติใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการ “ยกเลิกหรือเพิกถอน” ความมีอยู่ของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในทุกๆ กรณี จนเป็นเหตุให้ประชาชนไม่ได้รับสิทธิหรือไม่สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ได้เลยกรณี จึงอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติใดๆ ของกฎหมายเช่นว่านั้น ย่อมเป็นบทบัญญัติที่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ผลก็คือ บทบัญญัติดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับได้

2. สิทธิและเสรีภาพบางประเภท เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้น ไม่ว่าในกรณีใดๆ ก็ตาม องค์กรนิติบัญญัติของรัฐย่อมไม่มีอำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้เลย เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา, สิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่, เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น

3. แม้ว่าองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมาย ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถูกต้องในทางรูปแบบ แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาสาระแล้ว พบว่า การตรากฎหมายดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เป็นกรณีของการกำหนดขอบเขตหรือกำหนดเงื่อนไข

ในการปฏิบัติเพื่อการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไว้อย่างเคร่งครัด จนอาจกล่าวได้ว่า ไม่มีบุคคลใดที่จะสามารถใช้สิทธิหรือเป็นผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ได้เลย การตรากฎหมายในลักษณะเช่นนี้ ย่อมเป็นการตรากฎหมายที่ไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพซึ่งกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิ และเสรีภาพ เช่น มีบทบัญญัติที่ให้ลงโทษบุคคลโดยวิธีการอันทารุณโหดร้าย เช่น ตัดมือ ขังรวมกับสัตว์ เป็นต้น ผลที่ตามมาคือ กฎหมายนั้นไม่อาจใช้บังคับได้เนื่องจากต้องด้วยมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

6.4 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป

นอกจากหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ยังต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะด้วย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 วรรค 2 นี้มีหลักการที่มีเนื้อหาสาระสำคัญที่นำมาจากต้นแบบของรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 19 วรรคสอง¹⁵³ มาตรานี้มี

¹⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 วรรค 2 บัญญัติว่า “..... กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่

จุดมุ่งหมายสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ ป้องกันมิให้องค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจตามใจชอบ ที่จะตรา กฎหมายออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามา แทรกแซงอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองในรูปแบบของ “การออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบของ กฎหมาย” ในกรณีใดกรณีหนึ่งหรือกรณีที่เป็นกรณีเฉพาะเจาะจง อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังมีปัญหาความชอบด้วยหลักการ แบ่งแยกอำนาจด้วย¹⁵⁴

6.5 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องระบุมบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายด้วย

หลักการนี้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพ.ศ. 2550 มาตรา 29 วรรค 2 ซึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญไทยได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญของเยอรมัน มาตรา 19 วรรค 1 วัตถุประสงค์หลักหรือความมุ่งหมายของหลักการนี้ คือ การกระตุ้นเตือนฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ให้รุกล้ำเข้าไปในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ตามที่ได้รับการคุ้มครองไว้ใน บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยปราศจากการไตร่ตรองและไม่ตั้งใจ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องไตร่ตรองอย่างรอบคอบ และต้องตรวจสอบอย่างละเอียดถึง ผลดังกล่าว เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติไม่ล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่ได้รับการรับรอง โดยรัฐธรรมนูญในลักษณะของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

กล่าวโดยสรุปแล้ว การที่จะต้องระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการ ตรากฎหมายนั้น เป็นเพียงเงื่อนไขในทางรูปแบบที่สำคัญยิ่งในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและ เสรีภาพของบุคคล ซึ่งหมายความว่า ถ้าองค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการ จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่ไม่มีการระบุอ้างถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ ในการกระทำได้กล่าว ย่อมทำให้กฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงมีผลเป็นว่าใช้บังคับ มิได้ และถ้าปล่อยให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเช่นนี้โดยไม่คำนึงถึงเงื่อนไขในทางรูปแบบแล้ว ย่อมทำให้บทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เป็นอันใช้บังคับมิได้¹⁵⁵

บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย
..... ”

¹⁵⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณคดีที่ 6 หน้า 236.

¹⁵⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณคดีที่ 6 หน้า 242.

7. การแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550

ในบทที่ 1 ผู้เขียนเคยกล่าวแล้วว่า การแบ่งสิทธิและเสรีภาพ อาจแบ่งสิทธิและเสรีภาพ ได้หลายประเภทและหลายวิธี ในส่วนของการศึกษาเกี่ยวกับการแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับกันในปัจจุบันของประเทศไทยนั้น พบว่ามีการแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 จึงไม่ขอกกล่าวอีก แต่อาจสรุปได้ว่า ประเทศไทยได้นำแนวคิดทฤษฎีดังกล่าวมาใช้เป็นฐานในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ดังอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า

7.1 การแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดลัทธิของเยอรมันนั้น อาศัยลักษณะของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับหน้าที่ของรัฐที่มีต่อประชาชนเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่ง ซึ่งจะมีประโยชน์ในการทำความเข้าใจพื้นฐานว่าสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทมีจุดมุ่งหมายอย่างไรและการที่จะทำให้บรรลุความมุ่งหมายของสิทธิและเสรีภาพของแต่ละประเภท รัฐมีหน้าที่ที่จะทำอย่างไร

7.2 การแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ อาศัยลักษณะของบุคคลเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่ง จึงทำให้เข้าใจว่า สิทธิพลเมืองเป็นสิทธิของประชาชนทุกคนที่เป็นคนของชาติรัฐนั้นๆ ในขณะที่สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกๆ คน โดยไม่คำนึงว่าบุคคลคนนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใดหรือศาสนาใดก็ตาม ย่อมได้รับความคุ้มครองเมื่อเข้ามาอาศัยอยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นๆ

7.3 การแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพ โดยพิจารณาจากเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ จะเกิดประโยชน์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมาย เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ของประชาชนว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญวางไว้หรือไม่ อย่างไร

8. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

8.1 พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญไทย¹⁵⁶

ประเทศไทยนั้นเกิดการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากระบอบเดิม คือ สมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยใน พ.ศ. 2475 โดยการปฏิวัติ

¹⁵⁶ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 73 หน้า 57 – 68.

รัฐประหารจากคณะราษฎรตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2475 แล้วได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย และพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ได้พระราชทานรัฐธรรมนูญฉบับแรกเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 ให้มีผลใช้บังคับ หลังจากนั้น ก็ได้มีการตรารัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน (พ.ศ.2557) ซึ่งใช้บังคับด้วยรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว พบว่า ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบกฎหมายที่ยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยมีบทบัญญัติปรากฏตามรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้เลย สำหรับองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น ในระยะแรก รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจแก่รัฐสภา ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับองค์กรตุลาการ ดังนั้น รัฐธรรมนูญฉบับต่อมาจึงพยายามแก้ปัญหานี้ โดยการจัดตั้งองค์กรกลาง ได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้อำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรดังกล่าวนี้ ได้ทำหน้าที่ในการตีความมาอย่างยาวนาน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีลักษณะขององค์กรกึ่งตุลาการ จึงมีปัญหาในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระ สำหรับการวินิจฉัยปัญหาต่างๆ ซึ่งมีความสัมพันธ์กับประเด็นหรือเรื่องราวทางการเมือง ดังนั้น ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตยมากที่สุดที่มีที่มาจากประชาชนอย่างแท้จริง คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้มีองค์กรตุลาการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ให้มาทำหน้าที่แทนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้ง 18 ฉบับ และแนวคิดของระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญทั้ง 18 ฉบับแล้ว¹⁵⁷ อาจแบ่งพัฒนาการของแนวคิดระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญได้ 6 ระยะ ได้แก่

1. ระยะที่หนึ่ง: สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญองค์กรเดียว

การตีความรัฐธรรมนูญในช่วงนี้ นับตั้งแต่ช่วง พ.ศ. 2475 – 2489 โดยเป็นช่วงที่รัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับมี 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับนี้ ไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนว่าจะให้องค์กรใดเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตีความในกรณีที่ถูกกฎหมายอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่มีบทบัญญัติตามมาตรา 31 ววรรคสอง แห่ง พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งบัญญัติว่า “สิ่งใดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมการราษฎร (คณะรัฐมนตรี) หรือกระทำไปโดยรัฐธรรมนูญไม่อนุญาต

¹⁵⁷ สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 73 หน้า 57 – 58.

ให้ทำได้ ให้ถือว่าการนั้นเป็น โหมะ” ซึ่งแสดงถึงหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่เป็น รัฐธรรมนูญที่คณะผู้ร่างมีเจตนารมณ์ให้เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่ายเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดาทั่วไป ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 นั้น เป็นการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับแรก (พระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475) โดยยังคงยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 61 ซึ่งบัญญัติว่ากฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็น โหมะและมาตรา 63 บัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา โดยกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต้องได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด และเป็นรัฐธรรมนูญที่ยืนยันถึงหลักการมีอำนาจสูงสุดของสภาในการตีความรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 62 ซึ่งบัญญัติว่า “ท่านว่า สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ”

2. ระยะที่สอง: รัฐสภาและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญร่วมกัน

การตีความรัฐธรรมนูญในระยะนี้ มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงองค์กรที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญด้วยสภาพแวดล้อมทางการเมืองการปกครองในสมัยนั้น โดยกำหนดลักษณะขององค์กรที่จะทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ ให้มีลักษณะเป็นองค์กรกลาง ซึ่งทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ในระยะที่สองนี้ ยังคงยอมรับหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอยู่ โดยกำหนดให้รัฐสภามีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญควบคู่ไปกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงอาจแบ่งรัฐธรรมนูญในช่วงนี้ออกเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

2.1 รัฐธรรมนูญที่ยอมรับอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภาอย่างกว้างขวาง

รัฐธรรมนูญในกลุ่มนี้ มี 2 ฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490

2.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดขึ้นหลังจากที่ใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 มาราว 14 ปี ดังนั้น จากกรณีปัญหาอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญเป็นของใครระหว่างสภาผู้แทนราษฎรกับศาลยุติธรรม เนื่องจากศาลยุติธรรมได้ใช้อำนาจวินิจฉัยคดีไว้เป็นบรรทัดฐานในกรณีคดีการเมือง คดีอาชญากรรมสงคราม ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 ว่า กฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของศาล ซึ่งมีหน้าที่ใช้กฎหมาย เมื่อมีหน้าที่ใช้กฎหมาย ศาลก็

ต้องมีอำนาจพิจารณาว่า กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ และศาลพิพากษาว่า บทบัญญัติของ พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ.2488 เฉพาะแต่ส่วนที่กำหนดให้ลงโทษสำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ใช้กฎหมายบังคับนั้น เป็นการใช้กฎหมายย้อนหลัง จึงขัดรัฐธรรมนูญและตกเป็น โฆษะใช้บังคับไม่ได้ คำพิพากษาของศาลฎีกา (ศาลยุติธรรม) จึงก้าวล่วงเขตแดนอำนาจมายังอำนาจของสภา ทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้นไม่พอใจเป็นอย่างมาก จึงเป็นกรณีความขัดแย้งระหว่างศาลยุติธรรมกับรัฐสภา ในการใช้อำนาจตีความรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว รัฐธรรมนูญฉบับนี้ จึงบัญญัติให้มีการจัดตั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งสะท้อนถึงแนวคิดในการจัดตั้งองค์กรที่จะเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญว่า ควรจัดตั้งให้มีลักษณะเป็นองค์กรกลาง ซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังปรากฏในมาตรา 88 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่า บทกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 87 ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราว และให้รายงานความเห็นเช่นนั้นตามทางราชการไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ให้แจ้งให้ศาลทราบคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดและให้ศาลปฏิบัติตามนั้น” อย่างไรก็ตาม นอกจากการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาแล้ว มาตรา 89 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ กำหนดให้มีการแต่งตั้งคณะตุลาการทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เพราะเหตุที่สภาผู้แทนราษฎรหมดอายุหรือถูกยุบไป แสดงให้เห็นว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอายุการทำงานเท่ากับอายุการทำงานของสภาผู้แทนราษฎร จึงเห็นว่า การทำงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ก็ยังไม่อาจมีสถานะเป็นกลางได้อย่างแท้จริง เนื่องจากที่มาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังต้องขึ้นอยู่กับองค์การทางการเมืองอยู่ แต่หลักการยอมรับอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไว้อย่างกว้างขวาง ปรากฏตามมาตรา 86 วรรคหนึ่ง ที่ว่า ภายใต้มาตรา 88 รัฐสภาทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญ นั่นคือ รัฐสภามีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญได้ในทุกกรณี รวมไปถึงการตีความกฎหมายธรรมดาว่า มีความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เว้นแต่เฉพาะกรณีเดียว คือ กรณีที่ศาลส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตาม มาตรา 88 เท่านั้น ซึ่งรัฐสภาไม่มีอำนาจตีความ จึงเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญอย่างเด็ดขาดแต่เพียงองค์กรเดียว

2.1.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2490)

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยอมรับหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา ตามมาตรา 94วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐสภาทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้” และยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 95 ว่า “บทบัญญัติแห่ง

กฎหมายใดที่มีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นโมฆะ” แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้กลับไม่มีบทบัญญัติว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ยากไปกว่าการตรากฎหมายธรรมดาเลย ดังเห็นจากมาตรา 93 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญนี้แก้ไขเพิ่มเติมได้โดยความเห็นชอบของรัฐสภา” รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่ามิปรากฏการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นอย่างชัดเจนเลย เหตุที่เป็นเช่นนี้ย่อมเข้าใจได้ เนื่องจากเป็นรัฐธรรมนูญที่ยกร่างโดยคณะรัฐประหาร ใน พ.ศ. 2490 ซึ่งยังมีให้ความสนใจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมากพอ นั่นเอง

2.2 รัฐธรรมนูญที่ลดอำนาจการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภา

รัฐธรรมนูญในกลุ่มนี้มีทั้งหมด 5 ฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2492, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2495, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2511, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521

2.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ยังคงมีบทบัญญัติยอมรับอำนาจการตีความของรัฐสภา แต่ได้ลดอำนาจของรัฐสภาลง โดยจำกัดขอบเขตของอำนาจรัฐสภาให้อยู่เพียงแต่การตีความเกี่ยวกับปัญหาซึ่งอยู่ในวงงานของรัฐสภาและสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 177 นอกจากนี้แล้ว มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพิ่มขึ้นกว่าเดิม ซึ่งกำหนดให้มีเพียงเฉพาะอำนาจในการวินิจฉัยว่า กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น โดยอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพิ่มขึ้นจากรัฐธรรมนูญฉบับเดิม คือ อำนาจตามมาตรา 81 ซึ่งทำให้มีอำนาจในการวินิจฉัยว่า สมาชิกสภาของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงหรือไม่ กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นฉบับแรกที่บัญญัติให้อำนาจนี้ไว้ ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา ก็บัญญัติอำนาจนี้ไว้โดยตลอด และปรากฏตามข้อเท็จจริงว่า ในระหว่างที่ใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับนี้อยู่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร,สมาชิกวุฒิสภา สิ้นสุดลงหรือไม่ พร้อมๆ กับอำนาจในการวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย นอกจากนี้แล้ว รัฐธรรมนูญยังคงยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่เพิ่มขึ้นกว่ารัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ด้วย โดยกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากขึ้น

2.2.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2495

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่า กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามมาตรา 114 แต่อำนาจในการวินิจฉัยสมาชิก

ภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้น ให้เป็นอำนาจของศาลฎีกาแทน ตามมาตรา 112เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492

2.2.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 ที่ปรากฏบทบัญญัติให้อำนาจแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาสิ้นสุดลงหรือไม่ และมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามมาตรา 175 แต่ก็ยังคงจำกัดอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภาให้อยู่ในเฉพาะแต่ผลงานของสภาเท่านั้น ตามมาตรา 173

2.2.4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญที่ก่อเกิดขึ้นหลังจากเหตุการณ์วันมหาวิปโยค 14 ตุลาคม 2516 กล่าวได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ได้ชื่อว่า มีความเป็นประชาธิปไตยมากที่สุด (ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2550) โดยยังคงหลักการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 ในส่วนที่เกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น อำนาจหน้าที่เป็นเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511

2.2.5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521

รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติที่ยังคงหลักการ ขอมรับอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภา โดยมีบทบัญญัติว่า รัฐสภามีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญในปัญหาอันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาเท่านั้น แต่ในส่วนของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น กลับมีอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมจากเดิม กล่าวคือ

1. วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อสภานั้น มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่อยู่ในระหว่างการยับยั้งของวุฒิสภาหรือไม่

2. วินิจฉัยถึงการสิ้นสุดลงเฉพาะตัวของความเป็นรัฐมนตรี

3. วินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่นด้วยกัน

4. วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว แต่ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าฯถวาย เพื่อลงพระปรมาภิไธย มีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

2.3 ระยะที่สาม: คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ

ระยะเวลานี้ เป็นช่วงเวลาที่จะคณะกรรมการรัฐธรรมนูญเพียงองค์เดียวที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 15 ของไทย โดยตัดอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภาออกทั้งหมด ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ทั้งหมด 9 ประการ โดยเป็นอำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับเดิม 6 ประการ และเป็นอำนาจหน้าที่ที่กำหนดให้ใหม่ 3 ประการ ได้แก่

2.3.1 อำนาจหน้าที่ที่คล้ายกับที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับเดิม

อำนาจหน้าที่กลุ่มนี้ ประกอบด้วย

1. วินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงแล้วหรือไม่ ตามมาตรา 91

2. วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อสภานั้น มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่อยู่ในระหว่างการยับยั้งของวุฒิสภาหรือไม่ ตามมาตรา 143

3. วินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวหรือไม่ ตามมาตรา 169, มาตรา 91 และมาตรา 170

4. วินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่นหรือระหว่างศาลอื่นด้วยกัน ตามมาตรา 195

5. วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับการเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว แต่ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อลงพระปรมาภิไธย มีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ รวมตลอดถึงการตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามมาตรา 205

6. วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 206

2.3.2 อำนาจหน้าที่ที่บัญญัติขึ้นใหม่ให้มีอำนาจเพิ่มเติม

อำนาจหน้าที่กลุ่มนี้ ประกอบด้วย

1. วินิจฉัยว่าข้อบังคับวุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎร หรือรัฐสภา ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 155 หรือไม่ เหตุผลที่ให้อำนาจนี้แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เนื่องจากทั้งวุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎรและที่ประชุมร่วมกันของทั้งสองสภา มีอำนาจตราข้อบังคับการประชุมของตนเองได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมาย และบางครั้งก็มีผลเป็นการวาง

แบบของกฎหมาย ซึ่งอาจทำให้ข้อบังคับดังกล่าวอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ จึงควรให้อำนาจในการวินิจฉัยในเรื่องนี้แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย

2. พิจารณาว่าพระราชกำหนดเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศหรือความปลอดภัยสาธารณะหรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่ ตามมาตรา 172 และ มาตรา 173 เหตุผลที่ให้อำนาจนี้แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเนื่องจากต้องการให้ การตราพระราชกำหนดซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น ไม่ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ เมื่อประกาศใช้บังคับและยังต้องส่งให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติหรือเห็นชอบอีกชั้นหนึ่งด้วย

3. อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับองค์กรตุลาการ โดยให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจตีความเพียงองค์กรเดียวและขณะเดียวกันคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ยังคงมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามมาตรา 206 ด้วย

2.4 ระยะเวลาที่ตี: ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ

ระยะนี้เป็นช่วงเวลาที่มีการใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน และมีความเป็นประชาธิปไตยมากที่สุดเท่าที่ไทยเคยมีมา (ยังไม่นับรวมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550) เนื่องจากเป็นการยกร่างและจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ทั้งฉบับ โดยมีบทบัญญัติมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้เกิดผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง นอกจากนี้ยังมีการปฏิรูปโครงสร้างขององค์กรการเมืองขององค์กรรัฐใหม่ ได้แก่ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.), คณะกรรมการการเลือกตั้ง (ก.ก.ต), ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา, คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (ก.ส.ม), ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น นอกจากนี้แล้ว ยังมีการกำหนดหลักการใหม่ๆ ขึ้นมาหลายหลักการ เช่น หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, หลักการสำหรับการบริหารจัดการพรรคการเมือง เป็นต้น จากการก่อกำเนิดของหลักการใหม่ๆ ขึ้นมาจำนวนมาก จึงเกิดข้อเรียกร้องว่า รัฐธรรมนูญต้องจัดให้มีองค์กรถาวรที่ทำหน้าที่ตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การปฏิรูปการเมืองบรรลุเป้าหมายและเพื่อให้องค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาใหม่นี้ นักกฎหมายผู้มีความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายอย่างแท้จริงเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนี้ยังมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างความสะดวกและพัฒนาบุคลากรผู้ปฏิบัติหน้าที่ในองค์กร องค์กรจะต้องมีลักษณะของความเป็นกลางทางการเมือง และมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่จากองค์กรทางการเมืองด้วย แต่ที่สำคัญที่สุด จะต้องเป็น

องค์กรที่จัดตั้งให้มีลักษณะของการดำรงคงอยู่อย่างต่อเนื่อง โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับสภาผู้แทนราษฎร ดังเช่นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในอดีต จึงได้เสนอให้มีการจัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” ขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่เป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงถือกำเนิดมาตั้งแต่การบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา

2.5 ระยะเวลาที่ห้า: คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ

ช่วงเวลานี้ เป็นช่วงเวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองที่สำคัญยิ่งในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองไทย โดยเกิดการรัฐประหาร เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 โดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ภายใต้การนำของพลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน ผู้บัญชาการทหารบกในขณะนั้น ได้เข้ายึดอำนาจการปกครองจากรัฐบาล พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น โดยอาศัยเหตุวุ่นวายและไม่สงบเรียบร้อยทางการเมือง ประกอบกับประชาชนมีความแตกแยกทางความคิดทางการเมืองเป็นฝักฝ่ายอย่างชัดเจน รวมทั้งมีการกล่าวหาเรื่องการทุจริตประพฤติมิชอบของนักการเมืองในรัฐบาลขณะนั้น อย่างไรก็ตาม สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับนี้¹⁵⁸ ก็ยังคงคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2549 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับเดียวที่ไม่ได้กำหนดให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิ และองค์กรทางการเมืองอื่น ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา, วุฒิสภา, สภาผู้แทนราษฎร หรือคณะรัฐมนตรี ก็ไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะแต่งตั้งหรือเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิ แต่บัญญัติให้ตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามมาตรา 35, อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่โอนมาจากคดีซึ่งอยู่ในระหว่างการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญ (ซึ่งสิ้นสภาพไปแล้วตามคำสั่งของ คปค. หลังจากรัฐประหารสำเร็จแล้ว ได้มีการประกาศยกเลิกการใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 พร้อมทั้งมีคำสั่งให้ยกเลิกศาลรัฐธรรมนูญ) ตามมาตรา 35 วรรคสี่ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวนี้ มีอายุการใช้บังคับที่สั้นมาก เพียง 10 เดือน 24 วัน เท่านั้น เพื่อการดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรต่อไป ดังนั้น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะค่อนข้างสั้น

¹⁵⁸ บุญศรี มิวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 57 หน้า 258.

2.6 ระยะที่หก: ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ

เมื่อได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เสร็จแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดให้มีการออกเสียงประชามติโดยประชาชนชาวไทยทั่วประเทศ ซึ่งมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งว่าจะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในวันที่ 19 สิงหาคม 2550 โดยมีผู้มีสิทธิออกเสียงแสดงประชามติ จำนวน 45,761,955 คน แต่มีผู้ใช้สิทธิจำนวน 25,978,954 คน คิดเป็นร้อยละ 57.61 ของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ ในจำนวนนี้มีผู้ออกเสียงประชามติเห็นชอบ จำนวนทั้งสิ้น 14,727,306 คน คิดเป็นร้อยละ 56.69 ของผู้มาใช้สิทธิทั้งหมด และมีผู้ออกเสียงประชามติไม่เห็นชอบ จำนวน 10,747,441 คน คิดเป็นร้อยละ 41.37 ของผู้มาใช้สิทธิทั้งหมด มีบัตรเสียจำนวน 504,207 คิดเป็นร้อยละ 1.94 ของผู้ใช้สิทธิทั้งหมด¹⁵⁹ จึงสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญนี้ได้ผ่านความเห็นชอบของประชาชนชาวไทยแล้ว และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม 2550 เป็นต้นมา ดังนั้น เป็นอันว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการเปิดโอกาสให้ประชาชนออกเสียงประชามติ และมีผลบังคับใช้ ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 ของไทย และยังคงมีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบันนี้

รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังปรากฏตามมาตรา 6 ซึ่งบัญญัติว่า

“รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

นอกจากนี้แล้วศาลรัฐธรรมนูญยังเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนให้เป็นจริงในทางปฏิบัติ โดยผ่านทางคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 27ซึ่งบัญญัติว่า

“สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรง ในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

และ มาตรา 216 วรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่า

“คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของรัฐ”

¹⁵⁹ มานิตย์ จุมปา เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 105 หน้า 76 – 77.

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับนี้ต่อไป ยังปรากฏหลักการใหม่ๆ ซึ่งยังไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับใดๆ ของไทยมาก่อนเลย โดยเฉพาะในสิ่งที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ให้ศาลรัฐธรรมนูญ สามารถเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต่อสภาผู้แทนราษฎร ได้เอง โดยตรง ไม่จำเป็นต้องส่งผ่านคณะรัฐมนตรี และกำหนดให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วให้เสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทุกฉบับ โดยไม่จำเป็นต้องถามความเห็นจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร , สมาชิกวุฒิสภา หรือนายกรัฐมนตรี เป็นต้น

8.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทย

ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการพิทักษ์คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน ผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทุกระดับ ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เท่านั้น เนื่องจากเป็นรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีดังนี้¹⁶⁰

8.2.1 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะประกาศใช้บังคับมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (มาตรา 141) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มีลักษณะที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติทั่วไป คือ ก่อนจะนำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อม เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นบทบังคับว่าต้องส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีทั้งหมด 9 ฉบับ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นต้น

2) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ (มาตรา 152) โดยถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้น มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และข้อความดังกล่าวเป็น

¹⁶⁰ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2551). 10 ปี ศาลรัฐธรรมนูญ: สู่ทศวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย กรุงเทพฯ พี เพรสส์ หน้า 46 – 77.

สาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไปทั้งฉบับแต่ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เป็นสาระสำคัญ ให้เฉพาะข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป ร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้นยังสามารถประกาศใช้บังคับได้

3) การพิจารณาวินิจฉัยร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 155) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและร่างข้อบังคับการประชุมสภา ซึ่งได้ให้ความเห็นชอบแล้วแต่ยังมีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่า มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภากำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสภา ยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา

4) การพิจารณาวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติว่ามีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้หรือไม่ (มาตรา 149) เป็นกรณีที่มีการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติโดยวุฒิสภา หรือสภาผู้แทนราษฎร สำหรับกรณีที่ไม่เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบ หรือวุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติมแล้วมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกัน หรือคล้ายกันกับร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งไว้ในเวลา 180 วัน โดยคณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้วสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอหรือส่งให้พิจารณานั้น เป็นร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

8.2.2 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว

กรณีที่พระราชบัญญัติได้ประกาศใช้บังคับแล้ว หากต่อมาปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีการควบคุมกฎหมายที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้มีช่องทางการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ 4 กรณี คือ

1) การพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 211) เป็นกรณีที่มีคดีเกิดขึ้นในศาลก่อน ไม่ว่าศาลใดและชั้นศาลใด และไม่ว่าเป็นกรณีที่ศาลเห็นเองหรือคู่ความในคดีนั้นโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา

วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนี้ หมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้น โดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือรัฐสภา หรือกฎหมายที่ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนดที่ได้รับอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว เป็นต้น

2) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอ(มาตรา 245) เป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นเอง หรือมีผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนส่วนรวมหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและอาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ส่วนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้นเป็นไปตาม 2.1

3) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นผู้เสนอ (มาตรา 257) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ในการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ส่วนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น เป็นไปตาม 2.1

4) การพิจารณาวินิจฉัยคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพเพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 212) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

8.2.3 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขในการตราพระราช

กำหนด (มาตรา 184) การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไข ดังนี้

1) ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ

2) การตราพระราชกำหนดตาม 3.1 ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้

เมื่อพระราชกำหนดมีผลบังคับใช้แล้ว คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อสภา เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นต่อไป และในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภายังไม่ได้อนุมัติพระราชกำหนดนั้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไข 3.1 และ 3.2 และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

8.2.4 การวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการกระทำการใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ (มาตรา 168)

8.2.5 การวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 214)

8.2.6 การวินิจฉัยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพในทางการเมืองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 227)

1) การวินิจฉัยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองว่าขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญหรือขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ (มาตรา 65)

2) การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมือง (มาตรา 106)

3) การพิจารณาวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพโดยมิชอบด้วย รัฐธรรมนูญ (มาตรา 68 และมาตรา 237)

8.2.7 การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรี และกรรมการการเลือกตั้ง

1) การวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา (มาตรา 91)

2) การวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ (มาตรา 182)

3) การวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือไม่ (มาตรา 233)

8.2.8 การวินิจฉัยหนังสือสนธิสัญญาใด ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ (มาตรา 190 วรรคสอง)

8.2.9 อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2550 (มาตรา 13 หรือมาตรา 14, มาตรา 41, มาตรา 33, มาตรา 20 (4), มาตรา 31, มาตรา 91, มาตรา 93 หรือมาตรา 94 และมาตรา 98)

8.2.10 อำนาจหน้าที่ในการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา

วัตถุประสงค์สำคัญในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มี 3 ประการ ดังนี้

1. เพื่อป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายที่อาจไปละเมิด หรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ทั้งนี้เพื่อปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนโดยรวม
2. เพื่อรักษาคุณภาพ ในการปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มิให้ใช้อำนาจหน้าที่ไปเหลื่อมล้ำหรือขัดแย้งกัน
3. เพื่อพิทักษ์ปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศไว้ กล่าวคือหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือร่างกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องมีการควบคุมโดยวินิจฉัยให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่มีผลบังคับใช้

8.3 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า นับตั้งแต่การเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ แนวความคิดเกี่ยวกับภารกิจของรัฐซึ่งแต่เดิมที่มีเฉพาะภารกิจพื้นฐานในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงทั้งภายในและภายนอกรัฐ เพิ่มด้วยภารกิจลำดับรองได้แก่ การส่งเสริมสวัสดิการให้แก่ประชาชนและการจัดให้เกิดความยุติธรรมในทางสังคมดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ภายใต้กรอบแนวคิดของหลักนิติรัฐที่บังคับให้รัฐยอมตนอยู่ภายใต้หลักนี้ หากรัฐจะกระทำการใดๆ ให้มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็จำเป็นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ¹⁶¹ ดังนั้น ถ้ากฎหมายดังกล่าวจำกัดหรือให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนเกินบทบัญญัติหรือหลักทั่วไปของรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน

¹⁶¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 25 หน้า 13.

ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อให้
เกิดการจำกัดสิทธิ เสรีภาพ โดยกฎหมายที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั่นเอง

เกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่ละเมิดต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชน

รศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์เพื่อตรวจสอบความชอบด้วย
รัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชน ดังนี้¹⁶²

1. การกระทำอันใดอันหนึ่งที่กฎหมายมุ่งหมายจะจำกัดนั้น อยู่ในขอบเขตของ
สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่

2. กฎเกณฑ์ของกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น แทรกแซงในขอบเขตของ
สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่

3. การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ
หรือไม่ ทั้งนี้โดยพิจารณาจาก

3.1 กระบวนการร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้หรือไม่

3.2 การตรวจสอบสิทธิและเสรีภาพกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

3.3 กระบวนการร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้หรือไม่

3.4 การตรวจสอบสิทธิและเสรีภาพกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ก. กรณีที่เป็นสิทธิและเสรีภาพกับเจตนารมณ์กฎหมายพิเศษ การจำกัดสิทธิ
ของกฎหมายนั้นเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่กำหนดหรือไม่

ข. กรณีที่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย การแทรกแซง
ในสิทธิ และเสรีภาพนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่นหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ตาม
รัฐธรรมนูญหรือไม่

ค. กรณีที่มีการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ กฎหมายนั้นได้มีการกำหนด
รายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้กำหนดเองไว้เพียงพอหรือไม่

ง. กฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นไปตามหลักความได้
สัดส่วนหรือไม่

4. การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ
หรือไม่ ทั้งนี้โดยพิจารณาจาก

4.1 กระบวนการร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้หรือไม่

4.2 การตรวจสอบสิทธิและเสรีภาพกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

4.3 กระบวนการร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้หรือไม่

¹⁶² บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 6 หน้า 299-300.

4.4 การตรวจสอบสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมาย

ก. กรณีที่เป็นสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ การจำกัดสิทธิของกฎหมายนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดหรือไม่

ข. กรณีที่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายการแทรกแซง ในสิทธิ และเสรีภาพนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่นหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ค. กรณีที่มีการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ กฎหมายนั้นได้มีการกำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้กำหนดเองไว้อย่างเพียงพอหรือไม่

ง. กฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

จ. กฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพหรือไม่

ฉ. กฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นการบัญญัติเพื่อใช้เฉพาะแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือไม่

ช. เฉพาะกรณีของสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายที่แทรกแซงสิทธิและเสรีภาพนั้น ได้กล่าวอ้างมาตราของสิทธิและเสรีภาพที่มีการแทรกแซงหรือไม่

ซ. กฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้น ได้กำหนดองค์ประกอบและผลของกฎหมายแน่นอนชัดเจนเพียงพอหรือไม่

8.3.1 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญ

หมายถึง การนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือมาตราใดมาตราหนึ่งที่องค์การนิติบัญญัติตราขึ้น อันมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ¹⁶³ โดยสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายรูปแบบนี้ได้ 2 ช่วงเวลา คือ

1) การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แบบนามธรรม

(1) การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรม ก่อนการประกาศใช้เป็นวิธีการควบคุมตรวจสอบในเชิงป้องกัน มิให้กฎหมายที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีผลบังคับใช้ ถือเป็นกระบวนการถ่วงถ่วงก่อนการประกาศใช้ ซึ่งในประเทศเสรี

¹⁶³ สมภพ โหตระกิตย์. (2541). “ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ” วารสารกฎหมายปกครอง 17 , 1 (เมษายน): 42 - 54 หน้า 47

ประชาธิปไตยแต่ละประเทศอาจมีการกำหนดองค์กร ที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแตกต่างกัน เช่น ประเทศออสเตรเลียและไทย กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบ ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบ ส่วนสวิสเซอร์แลนด์จะให้องค์กรนิติบัญญัติทำหน้าที่นี้¹⁶⁴ เป็นต้น

สำหรับผู้มีสิทธิเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ขึ้นอยู่กับการกำหนดของแต่ละประเทศเช่นกัน เช่น กรณีของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส เป็นหน้าที่ของประธานาธิบดีที่จะต้องเป็นผู้ส่งเรื่องดังกล่าวสู่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ¹⁶⁵

(2) การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรมภายหลังประกาศใช้การควบคุมลักษณะนี้จะทำได้ก็ต่อเมื่อมีการประกาศโฆษณาใช้บังคับอย่างเป็นทางการ และกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้แล้ว ต่อมาเกิดปัญหาหรือข้อสงสัยเกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนในการออกกฎหมายว่า เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่หรือเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมายของสหพันธ์หรือมลรัฐว่า สอดคล้องกับกฎหมายสหพันธ์หรือไม่ถือเป็นวิธีการควบคุมตรวจสอบกฎหมายในเชิงแก้ไข เพื่อระงับยับยั้งความเสียหายจากความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมิให้ลุกลามส่งผลเสียแก่ประชาชนต่อไปส่วนผู้มีสิทธิยื่นคำร้องก็ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของแต่ละประเทศกำหนด เช่น ในประเทศเยอรมันกำหนดให้รัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 เป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องได้ ซึ่งกฎหมายที่อาจได้รับการควบคุมตรวจสอบนั้น หมายรวมถึง สัญญาระหว่างมลรัฐ กฎหมายงบประมาณรวมทั้งกฎหมายต่างๆ ของสหพันธ์ด้วย¹⁶⁶

2) การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แบบรูปธรรม

เป็นกรณีที่มีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง อันเนื่องมาจากกรณีที่มีการพิพาทกันและได้ดำเนินการในชั้นศาล โดยมีประเด็นสำคัญของการพิจารณาคดีดังกล่าวขึ้นอยู่กับ การวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีนั้น หากองค์กรผู้ทำหน้าที่ตัดสินความชอบด้วยกฎหมายวินิจฉัยว่ากฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมมีผลให้กฎหมายนั้นไม่อาจนำมาใช้วินิจฉัยคดีได้ และทำให้กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นโมฆะไป เพราะความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั่นเอง

¹⁶⁴ สมภพ โหตระกิตย์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 164 หน้า 48.

¹⁶⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 49.

¹⁶⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 49.

สำหรับระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแบบ
รูปธรรมนี้ สามารถแยกออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบการกระจายการควบคุมและระบบการควบคุม
แบบรวมศูนย์¹⁶⁷

1. ระบบกระจายการควบคุมตรวจสอบ หมายถึง กรณีที่มีปัญหาความชอบ
ด้วยกฎหมาย ให้ศาลทุกศาลมีอำนาจในการตรวจสอบ เช่น ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ กรีกร
สหรัฐอเมริกา

2. ระบบควบคุมตรวจสอบแบบรวมศูนย์ เป็นกรณีที่จำกัดให้ศาลหนึ่ง
ศาลมีอำนาจควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเพียงองค์กรเดียว ได้แก่ ประเทศ
ออสเตรเลียและประเทศส่วนใหญ่ในยุโรป

เนื่องจากการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย
นั้น มีการควบคุมตรวจสอบทั้ง 2 ระบบกล่าวคือมีการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายอันใช้เฉพาะ
แต่คดีให้ศาลทุกศาลมีอำนาจวินิจฉัยและมีผลเฉพาะคดี และใช้ชั้นเฉพาะคู่ความ ในคดี ยกเว้นคำ
วินิจฉัยของศาลปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป สามารถกล่าวอ้างและใช้ชั้นบุคคลภายนอกได้ ส่วน
การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ
เป็นผู้วินิจฉัย และวางบรรทัดฐานความชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อให้เกิด
ความเป็นเอกภาพและความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

9. การใช้สิทธิทางศาลของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญไทย

หน้าที่หลักสำคัญประการหนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญ คือ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
ของประชาชน ในส่วนนี้ประกอบด้วย การควบคุมกฎหมายและร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อ
รัฐธรรมนูญ อันจะเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และการกระทำต่างๆ ที่รัฐมาจำกัดสิทธิและ
เสรีภาพของประชาชน

¹⁶⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2536). “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ บทวิเคราะห์” ใน *รวมบทความทาง
วิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศ. ไพโรจน์ ชัยนาม* หน้า 22 – 35 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
หน้า 28.

9.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย

9.1.1 **แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ** ไม่ถือว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองให้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2542 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 86 บัญญัติว่า “รัฐต้องส่งเสริมให้ประชากรวัยทำงานมีงานทำ คุ้มครองแรงงาน โดยเฉพาะแรงงานเด็กและแรงงานหญิง จัดระบบแรงงานสัมพันธ์ การประกันสังคม รวมทั้งค่าตอบแทนแรงงานให้เป็นธรรม” บทบัญญัติดังกล่าวมิใช่เป็นเรื่องสิทธิและเสรีภาพ แต่อยู่ในหมวดที่ว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ซึ่งมีไว้เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการตรากฎหมาย และการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ดังนั้น ข้อความในมาตรา 39 วรรคสอง ของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ.....ที่ว่า “กิจการของสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม และกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน” มิได้เป็นบทจำกัดอำนาจรัฐในการที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐที่กล่าวอ้างแต่อย่างใด ดังนั้นร่างพระราชบัญญัตินี้จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 86

จากคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวางบรรทัดฐานว่าแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐไม่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครอง

9.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

9.2.1 สิทธิในการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2541 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การที่กฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลให้มีความสอดคล้องกับมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญว่า ให้บุคคลที่เป็นผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำให้ไปในการปฏิบัติหน้าที่ได้โดยตรง นอกจากนี้แล้ว ในส่วนที่บัญญัติว่าจะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ ก็ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่แม้มีอยู่ แต่ก็มีได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่า สิทธิของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 62 นั้น เป็นสิทธิที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคลเท่านั้น เพียงแต่ถ้าบุคคลจะฟ้องเจ้าหน้าที่ก็ยังคงมีอยู่ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ดังนั้น พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 จึงไม่ขัดรัฐธรรมนูญ

จากคำวินิจฉัยนี้ ศาลได้วางบรรทัดฐานว่า ประชาชนมีสิทธิฟ้องหน่วยงานของรัฐในทางละเมิดได้ แต่จะฟ้องให้เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ (เพราะถือว่ากระทำการในนามของรัฐ) แต่ถ้าการละเมิดนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ สามารถฟ้องให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้

9.1.2 สิทธิในการต่อสู้คดีในศาลถึงชั้นฎีกา

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2541 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 220 กำหนดเกี่ยวกับสิทธิการฎีกาคดีไว้ว่า ในคดีที่ศาลยกฟ้องมาแล้วในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์นั้น มิให้ฎีกา เว้นแต่ได้ดำเนินการตามเงื่อนไขในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 221 แล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 220 เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะไม่ให้คดีที่ศาลพิพากษายกฟ้องมาถึงสองศาลแล้ว ขึ้นมาพิจารณาในศาลฎีกาอีก และการจำกัดสิทธิฎีกาก็มิได้เป็นการจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาด แต่ถ้าคู่ความฝ่ายใดในคดีจะฎีกา ก็ต้องดำเนินการตามเงื่อนไขในมาตรา 221 เสียก่อน ศาลจึงจะรับฎีกาไว้พิจารณาต่อไปได้ ดังนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 220 จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

9.1.3 สิทธิในการนับถือศาสนาและการประกอบศาสนกิจ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2542 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ.2495 มาตรา 10 (4) บัญญัติให้บุคคลที่เป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช ต้องพ้นจากตำแหน่งกรรมการสุขาภิบาล ก็มีได้เป็นเหตุให้บุคคลนั้นขาดเสรีภาพในการนับถือศาสนาหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือนของตนไม่ได้แต่อย่างใด เพราะเสรีภาพดังกล่าวที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ บุคคลยังมีอยู่ แต่เมื่อบุคคลนั้นดำรงตำแหน่งกรรมการสุขาภิบาลก็ย่อมอยู่ในข้อจำกัดตามกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสมรรถภาพ เพราะผู้ที่เป็นภิกษุ สามเณร นักพรต นักบวช ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการสุขาภิบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่นเดียวกับข้อจำกัดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 118 (5) และมาตรา 133 (5) และข้อจำกัดของผู้ที่เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ของรัฐ พนักงานส่วนท้องถิ่น และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์การของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 64 ดังนั้น พระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ.2495 มาตรา 10 (4) จึงไม่ขัดรัฐธรรมนูญมาตรา 38

จากคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ ได้วางบรรทัดฐานว่า กฎหมายดังกล่าว มิได้จำกัดสิทธิในการนับถือศาสนาหรือประกอบศาสนกิจ แต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ที่อยู่ในสมณะเพศ ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่กรรมการสุขาภิบาลได้ เนื่องจากการเป็นพระภิกษุ สามเณร

นักพรตหรือนักบวชไม่เหมาะสมในการเป็นกรรมการสุขาภิบาล เพราะว่า อาจมีปัญหาเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ได้ และไม่เหมาะสมด้วย

9.1.4 หลักความเสมอภาคของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 34-53/2543 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 286 วรรคหนึ่ง (2) และ (3) บัญญัติให้เห็นความแตกต่างกันระหว่างข้าราชการและลูกจ้างของรัฐบาลฝ่ายหนึ่ง กับ พนักงานลูกจ้างและคนงานนอกจากข้าราชการและลูกจ้างของรัฐบาลอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่กำหนดให้เงินเดือน ค่าจ้าง บำนาญ ค่าชดเชย เงินสงเคราะห์ ฯลฯ ของข้าราชการและลูกจ้างฝ่ายรัฐบาลไม่ต้องอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี แต่ในกรณีของพนักงาน ลูกจ้างหรือคนงานอีกฝ่ายหนึ่งนั้นกลับให้อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีโดยตกอยู่ใต้การใช้ดุลพินิจของศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดี เนื่องจากข้าราชการและลูกจ้างของฝ่ายรัฐบาล ซึ่งต้องอยู่ในระเบียบวินัยตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ย่อมไม่มีเสรีภาพเช่นบุคคลทั่วไป ประกอบกับการประกอบอาชีพอื่นๆ ถูกจำกัดลงในบางประการ โดยเฉพาะข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบางตำแหน่งไม่อาจประกอบอาชีพอื่นได้ คงอาศัยเพียงรายได้จากเงินเดือนและเงินอื่นตามที่กฎหมายกำหนดเลี้ยงชีพ ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายให้แตกต่างกันออกไปจึงทำได้ดังนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 286 วรรคหนึ่ง (2) และ (3) จึงไม่ขัดรัฐธรรมนูญ

จากคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานว่า สิ่งที่แตกต่างกัน แต่ได้รับการปฏิบัติต่างกันไม่ถึงว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

9.1.5 สิทธิในการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย เรื่อง พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าแต่เดิมนั้น ในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ได้นำระบบการใช้ชื่อสกุลมาใช้เป็นครั้งแรกในประเทศไทย ดังปรากฏในพระราชบัญญัติขนานนามสกุล พระพุทธศักราช 2456 มาตรา 6 ซึ่งบัญญัติว่า “หญิงได้ทำงานสมรส มีสามีแล้ว ให้ใช้ชื่อนามสกุลของสามี และคงใช้ชื่อตัวและชื่อสกุลเดิมของตนได้” จึงเห็นได้ชัดว่า กฎหมายขณะนั้นให้สิทธิหญิงมีสามีที่จะใช้สกุลเดิมของตนได้ หรือ จะใช้นามสกุลของสามีก็ได้ แล้วแต่จะเลือก แต่ต่อมา พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พุทธศักราช 2484 บัญญัติไว้ในมาตรา 13 ว่า “หญิงมีสามี ให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” และ พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ.2505 ยังคงนำถ้อยคำเดียวกันในมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พุทธศักราช

พ.ศ.2505 มาใช้บัญญัติในมาตรา 12 จึงถือได้ว่า ยังคงยึดหลักการเรื่องการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี เช่นเดิม จึงถือเป็นการแก้ไขเรื่องการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ประเด็นที่จะพิจารณาจึงมีเพียงแต่ว่า ถ้อยคำตามมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ.2505 มีลักษณะของบทบังคับให้หญิงมีสามี ต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงอย่างเดียว หรือว่าเป็นการให้สิทธิแก่หญิงมีสามีสามารถเลือกที่จะใช้ชื่อสกุลของสามีได้ จึงเห็นว่า คำว่า “ให้ใช้” เป็นการให้ถ้อยคำในลักษณะที่เป็นบทบังคับโดยชัดแจ้ง โดยเปรียบเทียบกับถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติขนานนามสกุล พระพุทธศักราช 2456 ที่บัญญัติว่า แลคงใช้ชื่อตัวแลชื่อสกุลเดิมของตนได้” ซึ่งแสดงเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยแจ้งชัดว่า หญิงที่สมรสแล้วยังคงมีสิทธิที่จะใช้นามสกุลเดิมของตนได้ แต่ในเมื่อพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พุทธศักราช 2484 และพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ.2505 มีการแก้ไขหลักการดังกล่าว โดยใช้ถ้อยคำเดียวกันในลักษณะเป็นบทบังคับ ย่อมแสดงให้เห็นเจตนารมณ์อันแจ้งชัดไม่ประสงค์ให้หญิงมีสามีมีสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลเดิมของตนต่อไป โดยเปลี่ยนแปลงหลักการเดิม จากการที่ให้หญิงมีสามี มีสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลเดิมของตนได้ เปลี่ยนเป็นการบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงประการเดียวเท่านั้น ดังนั้น แสดงให้เห็นว่า มาตรา 12 ของพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มีลักษณะของบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีอย่างเดียวกันนั้น จึงเป็นการลิดรอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกันและเกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมาย ด้วยเหตุแห่งความแตกต่างกันในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล เนื่องจากสิทธิการใช้ชื่อสกุลของบุคคลนั้น ย่อมเป็นสิทธิของบุคคลที่จะแสดงเผ่าพันธุ์ที่ออกเถา เหล่ากของตน และเป็นสิทธิของบุคคลที่ทุกคนมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน โดยมีได้มีการแบ่งแยกกว่า เป็นสิทธิของชายหรือหญิง นอกจากนี้แล้ว ยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียว โดยอาศัยสถานะของการสมรสนั้น มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพหรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิง อันมีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ จึงไม่เป็นเหตุที่จะทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันในเรื่องเพศและสถานะของบุคคลได้ ส่วนข้ออ้างที่ว่า การเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีเหตุผลทางสังคมว่า เพื่อความเป็นเอกภาพและความสงบสุขของครอบครัว อีกทั้งสอดคล้องกับวัฒนธรรมและวิถีชีวิตของชาวไทยนั้น เห็นว่าไม่อาจรับฟังข้ออ้างดังกล่าวได้ เพราะว่า ความเป็นเอกภาพและความสงบสุขของครอบครัวนั้น เกิดขึ้นจากความเข้าใจ การยอมรับและการให้เกียรติซึ่งกันและกันระหว่างสามีและภรรยา ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการใช้ชื่อสกุลฉบับแรกของประเทศไทย ซึ่งตราออกมาใช้บังคับใน พ.ศ. 2456 ซึ่งก่อนหน้านั้นประเทศไทย ยังไม่มีระบบการให้ใช้ชื่อสกุล จึงไม่น่าจะเป็นเรื่องของวัฒนธรรม

และวิถีชีวิตที่มีมาช้านานดังที่กล่าวอ้าง นอกจากนี้แล้ว การให้หญิงมีสามีมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของตนได้นั้น เป็นเพียงการส่งเสริมให้ชายและหญิงมีสิทธิอย่างเสมอภาคกันทางกฎหมายเท่านั้น

ดังนั้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ.2505 มาตรา 12 นั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 จึงไม่อาจใช้บังคับได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

9.1.6 สิทธิชุมชน

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า บทบัญญัติมาตรา 24 และ 26 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 46 และ 50 นั้น เห็นว่า ในปัจจุบัน ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม เพื่อการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับแปงข้าวหมักไว้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ผู้ร้องจึงไม่อาจโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2493 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ได้

จากคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ได้ให้เหตุผลอย่างเพียงพอที่อาจรับฟังได้ ศาลเพียงแต่กล่าวอ้างว่า ในเมื่อยังไม่มียกกฎหมายตราออกมารับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ สิทธิของประชาชนจึงยังไม่อาจเกิดมิได้ แต่โดยข้อเท็จจริงแล้ว ในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายตราออกมารับรองถึงสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้วนั้น จะด้วยเหตุผลหรือข้อจำกัดอย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพต่อศาล ศาลควรต้องตีความรับรองสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้มีผลบังคับได้โดยตรง ดังนั้น คำวินิจฉัยนี้ จึงไม่อาจยึดถือเป็นบรรทัดฐานได้

9.1.7 เสรีภาพในการประกอบอาชีพ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 28/2547 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ตามที่ผู้ร้องทั้ง 3 โต้แย้งว่า พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 มาตรา 21 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ประกอบ มาตรา 50 นั้น เห็นว่า พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ฯ ฉบับนี้ มีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมมาตรฐานการประกอบอาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ฯ ให้เป็นไปอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ เพื่อให้ประชาชนผู้รับบริการให้ได้รับความปลอดภัยจากการให้บริการ มาตรา 21 ที่บัญญัติขึ้นใหม่นี้มีความสอดคล้องกับ มาตรา 16 ของพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ฯ ฉบับนี้ ซึ่งกำหนดให้ใบอนุญาตที่จะออกใหม่มีอายุ 5 ปีนับแต่วันที่ออกใบอนุญาต เพื่อมิให้เป็นทางเลือกปฏิบัติระหว่างใบอนุญาตเดิมกับใบอนุญาตใหม่ ซึ่งการกำหนดอายุและการต่ออายุใบอนุญาตจะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองผู้รับบริการให้ได้รับประโยชน์ และมีความปลอดภัยจากการให้บริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพและเป็นไปตามมาตรฐานจากผู้ให้บริการ แม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคหนึ่ง แต่รัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคสอง ก็ให้สามารถจำกัด

เสรีภาพได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชน แต่การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวนั้นต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็น และไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 การกำหนดอายุใบอนุญาตดังกล่าว ก็มีได้หมายความว่า เมื่อครบกำหนดอายุใบอนุญาตแล้ว ผู้ได้รับใบอนุญาตดังกล่าวไม่มีสิทธิประกอบวิชาชีพของตนได้อีกต่อไป แต่ยังคงมีสิทธิประกอบวิชาชีพดังกล่าวต่อไปได้ เมื่อได้ต่อใบอนุญาตตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด จึงไม่กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบวิชาชีพดังกล่าวแต่ประการใด แต่หากได้รับใบอนุญาตที่ไม่มีกำหนดอายุ ผู้ได้รับใบอนุญาตไม่พัฒนาความรู้ความสามารถ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน ย่อมจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนผู้รับบริการได้ ดังนั้น พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2540 มาตรา 21 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ประกอบมาตรา 50

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2549 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ตามที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2481 มาตรา 3 และมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2535 มาตรา 3 ขัด หรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 ประกอบ มาตรา 29 นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 50 วรรคหนึ่ง มีบทบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ในขณะที่มาตรา 50 วรรคสอง นั้น กลับเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนด้านสาธารณสุขไปทุกประการแต่การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวนี้ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้ นอกจากนี้แล้วกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ เมื่อได้พิจารณา พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อควบคุมกิจการขายทอดตลาดและค้าของเก่าให้ดียิ่งขึ้น โดยมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติให้บุคคลที่ประสงค์จะประกอบอาชีพค้าของเก่า ต้องได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต และมาตรา 12 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้บุคคลที่ประกอบอาชีพค้าของเก่า โดยไม่ได้รับใบอนุญาต ถือเป็นความผิดและต้องระวางโทษ นอกจากนี้เพื่อประโยชน์ในการควบคุมตามพระราชบัญญัตินี้ กำหนดลักษณะ

ต้องห้ามของบุคคลที่จะขอใบอนุญาตประกอบอาชีพค้าของเก่าไว้ในมาตรา 6 ซึ่งจะต้องเป็นผู้ที่ไม่เคยต้องโทษจำคุกในความผิดที่เกี่ยวกับการปลอมแปลงเงินตรา ปลอมดวงตรา ความผิดฐานลักทรัพย์ วิวรรายทรัพย์ ซิงทรัพย์ ฯลฯ นอกจากนี้ ยังมี มาตรา 8 กำหนดให้ผู้ค้าของเก่าต้องปฏิบัติในเรื่องที่เกี่ยวกับการแสดงใบอนุญาตทำการค้า การจัดทำเลขลำดับ เป็นเครื่องหมายปิดไว้ที่ของให้ตรงกับเลขลำดับในสมุดบัญชีและการกำหนดให้แจ้งแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือนายตรวจ ฯลฯ จึงเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบอาชีพค้าของเก่า มิให้เป็นกิจการที่สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพย์อันเป็นสมบัติที่สำคัญของชาติ คือ โบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุ ฯลฯ อีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่สนับสนุนการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์ของเจ้าหน้าที่ตำรวจจัดระเบียบการประกอบอาชีพค้าของเก่าให้ดีขึ้น และคุ้มครองผู้บริโภคที่อาจได้รับผลกระทบจากการซื้อทรัพย์ที่ได้มาจากการกระทำความผิด ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพและเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค แม้ว่า มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) จะห้ามมิให้บุคคลใดประกอบอาชีพค้าของเก่าโดยมิได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต และ มาตรา 12 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ผู้ใดประกอบอาชีพค้าของเก่าโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นความผิดและต้องระวางโทษก็ตาม เห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพค้าของเก่า แต่ก็ทำไปเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายคือ เพื่อควบคุมให้การประกอบอาชีพค้าของเก่ามิให้เป็นกิจการที่สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ จัดระเบียบการประกอบอาชีพค้าของเก่าให้ดีขึ้นและคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งสามารถทำได้โดยอาศัยมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ และการกระทำความผิดเหล่านั้น หาได้กระทบกระเทือนต่อเสรีภาพจนเกินกว่าความจำเป็นไม่ ทั้งไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปที่ไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และเป็นมาตรการที่ทำให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าการก่อความเสียหายแก่เอกชน ดังนั้นพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2481 และมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2535 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 ประกอบ มาตรา 29

จากคำวินิจฉัยทั้ง 2 ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐาน หลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะไม่เป็นการทำให้กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ

บทที่ 4

การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของ ประชาชนในต่างประเทศ

1. การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนใน ประเทศฝรั่งเศส

1.1 แนวความคิดทฤษฎีในการตรากฎหมายรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส¹⁶⁸

แนวความคิดและทฤษฎีในการจัดทำรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส เป็นผลมาจากการตั้ง
สมประกอบการณ์ทางการเมือง และแนวความคิดของนักปรัชญาทางการเมืองสมัยใหม่ในยุคแสง
สว่างแห่งปัญญา ผสมผสานกับแนวความคิดของนักปรัชญาชาวอังกฤษ ซึ่งเน้นความสำคัญให้แก่
ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Droit naturel) โดยมีหลักการที่สำคัญ ได้แก่

1. ความยุติธรรม (la justice) เป็นธรรมชาติประการหนึ่งของมนุษย์ มิใช่เป็นความ
ปรารถนาของมนุษย์
2. กฎหมายธรรมชาติ คือ “กฎของเหตุผล” สิ่งใดที่ไม่มีเหตุผล สิ่งนั้นย่อมไม่มี
ความยุติธรรม
3. กฎหมายธรรมชาติมีอยู่ทั่วไปและเป็นนิรันดร์ มิได้จำกัดเฉพาะในสถานที่ใดที่
หนึ่งหรือในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง
4. บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกัน โดยธรรมชาติ ความเป็นมนุษย์ชนจึงควร
ได้รับการยอมรับ
5. สิทธิใดมีรัฐธรรมนูญ (la constitution) หรือสัญญาประชาคม (le contrat social)
รับรอง สิทธิ สิทธินั้นเป็นของพลเมือง

หลังการปฏิวัติครั้งใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ.1789 มีการนำแนวคิดของนักปรัชญา
ดังกล่าวเป็นพื้นฐาน จึงทำให้เกิดพัฒนาการของแนวความคิด และทฤษฎีกฎหมายมหาชนแนวใหม่
ที่มีความสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าว ได้แก่

¹⁶⁸ นิติพร ดันวิไลย. (2554). “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง
24, 1 (มกราคม – เมษายน) 3–30 : 5 – 8.

ก. หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

ซีเอเยส์ นักปรัชญาการเมืองคนสำคัญชาวฝรั่งเศส เป็นผู้นำเสนอหลักการนี้ โดยเน้นความสำคัญแก่การมีส่วนร่วมของประชาชนในฐานะที่มาของอำนาจอธิปไตย โดยใช้อำนาจผ่านทางผู้แทนที่ตนเลือกมา เพื่อทำหน้าที่ในการตรากฎหมาย บริหารประเทศและปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เขาได้เสนอแนวคิดใหม่ในทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ คือ การแบ่งแยกกันระหว่าง อำนาจสูงสุดในการจัดตั้งรัฐและองค์กรทางการเมือง (le pouvoir constituant) และอำนาจของรัฐและองค์กรทางการเมืองที่ได้รับการก่อตั้ง (le pouvoir constitué) โดยเขาเห็นว่า อำนาจสูงสุดในการจัดตั้งรัฐและองค์กรของรัฐ ถือว่า ประชาชนเป็น “อธิปัตย์” หรือ อำนาจสูงสุดแห่งอำนาจอธิปไตย เพราะว่าประชาชนเป็นผู้เลือกผู้แทนไปร่างรัฐธรรมนูญหรือสัญญาประชาคมในสภาประชาชน (Convention) เพื่อกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจตามข้อบังคับแห่งรัฐธรรมนูญเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน ซึ่งถือเป็นสิ่งสูงสุดอันจะลบล้างมิได้ เมื่อใดมีปัจเจกชนประสงค์จะให้เจตนาของตนเป็นใหญ่ ข่มเท่ากับว่า ปัจเจกชนนั้นขัดแย้งกับเจตนารมณ์ร่วมกันและอาจถูกประชาชนส่วนใหญ่ต่อต้านโดยชอบได้ เพราะว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ผู้ปกครองจึงมีฐานะเป็นเพียงหัวหน้าที่ประชาชนเลือกมาเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ตามธรรมชาติ มิใช่เป็นนายของประชาชน ที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ ในขณะที่อำนาจที่ได้รับการก่อตั้ง เป็นอำนาจที่เกิดขึ้นโดยอำนาจสูงสุดในการจัดตั้งรัฐ ตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติขึ้น โดยสภาประชาชน ซึ่งต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามกฎข้อบังคับของรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด เพราะว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องมาจากอำนาจสูงสุดที่ก่อตั้งรัฐหรือสภาประชาชนเท่านั้น ตามเจตนารมณ์ร่วมกัน

ข. หลักรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเหนือกว่า

หลักรัฐธรรมนูญนิยมนี้ เป็นแนวความคิดที่เน้นความสำคัญต่อการเคารพและรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือความสำคัญของหลักปัจเจกบุคคลนิยม (Individualisme) ที่ปรากฏในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา และทฤษฎีการตรารัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษรที่เกิดขึ้นจากแนวความคิดของ เจฟเฟอร์สัน, แฟรงคลิน และจอห์น อัดัมส์ ที่ว่า “การมีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรและเพิ่มการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือกฎหมายแห่งสิทธินั้น เพื่อเป็นหลักอ้างอิงและเป็นการรับประกันว่า รัฐบาลหรือผู้ปกครองจะไม่ละเมิดหรือก้าวล่วงออกจากขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ โดยจุดมุ่งหมายของการมีรัฐบาล ก็คือการป้องกันและสงวนสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ในแต่ละปัจเจกชน อันได้แก่ ชีวิต เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ และการแสวงหาความสุขอย่างเสมอภาค” ดังนั้นการปฏิบัติตามหลักการประชาธิปไตย คือ การเคารพความเป็นมนุษย์และศักดิ์ศรีของแต่ละปัจเจกชน รวมถึงการรับรองและปฏิบัติตาม

รัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จะต้องมาก่อนความเหมาะสมทางการเมือง ถ้ามีการสืบทอดสิทธิในการปกครอง ย่อมทำให้พื้นฐานของประชาธิปไตยของมนุษยชาติลดลง ซึ่งมีใช้วิถีของอารยประเทศ และถือว่าเป็นสิทธิธรรมชาติของมนุษย์โดยชอบที่จะต่อต้านการใช้อำนาจกดขี่โดยมิชอบ

ค. หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยออกเป็นสามฝ่าย

ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยนี้ มองเตสกีเออ นักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศสเป็นบุคคลสำคัญที่ศึกษาและวิเคราะห์ว่า เป็นระบอบการปกครองที่มีความสมดุล เพราะเหตุผลผสานทุกฝ่ายร่วมกัน กล่าวคือ มีสภาผู้แทนราษฎร ทำหน้าที่ตรากฎหมาย อภิปรายปัญหาต่างๆ ตรวจสอบฝ่ายบริหารและให้ความเห็นชอบในกิจกรรมทางการเมือง ส่วนสภานางทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาสภาประชาชนและกลั่นกรองกฎหมาย ดำเนินกิจการต่างประเทศและพิทักษ์ผลประโยชน์กลุ่มคนชั้นสูงและกษัตริย์ ส่วนฝ่ายบริหาร ได้แก่ กษัตริย์และคณะรัฐมนตรี ทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินทั้งภายในและกิจการต่างประเทศ โดยรับรองและเคารพต่อความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการในการตรวจสอบและตีความกฎหมาย เพื่อถ่วงดุลแก่อำนาจอื่นๆ รวมถึงการปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เป็นการหลีกเลี่ยงการรวมอำนาจทั้งหมดอันจะทำให้เกิดระบอบเผด็จการเบ็ดเสร็จหรือทรราชย์ที่ใช้อำนาจอย่างไม่มีขีดจำกัด

ง. หลักปัจเจกชนนิยม

หลักนี้เป็นหลักที่มาจากทฤษฎีสัญญาประชาคมซึ่ง จัง จากส์ รุสโซ นักปรัชญาการเมืองคนสำคัญของฝรั่งเศสที่กล่าวไว้ว่า “มนุษย์ที่เกิดมาในโลกนี้เป็นอิสระและมีสิทธิเท่าเทียมกัน” เพราะในสมัยโบราณนั้น ไม่มีตำแหน่งกษัตริย์ เจ้าชาย ฯลฯ แต่เนื่องจากปัจเจกบุคคลจำเป็นต้องอยู่รวมกันเป็นสังคม ภายใต้ข้อจำกัดตามกฎธรรมชาติ จึงจำเป็นต้องจัดตั้งองค์กรและแต่งตั้งหัวหน้าในการปกครองจากบุคคลที่มีความฉลาดและมีคุณธรรม เพื่อปกป้องและรักษาทรัพย์สินของแต่ละคนในสังคมหรือรัฐให้มีความสุข โดยยอมรับและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน ซึ่งเป็นสิทธิที่สำคัญตามธรรมชาติที่รัฐสมัยใหม่สนับสนุนและเคารพต่อสิทธินี้มากที่สุด

จ. หลักเศรษฐกิจแบบเสรี

หลักการนี้ นักปรัชญาทางเศรษฐศาสตร์แบบเสรีนิยมสมัยใหม่ เช่น อดัมส്മิท มิล ทรูโก ริคาร์โด ฯลฯ ยึดถือหลักการ “Laissez-faire laissez-passer” ซึ่งเป็นหลักการที่ให้เสรีภาพแก่ประชาชนในการทำการค้า การประกอบอาชีพ และการเข้าทำงานได้อย่างอิสระ โดยบุคคลทุกคนมีส่วนร่วมในผลประโยชน์ของชาติร่วมกัน (le bien commun) มีความเสมอภาคในการเสียภาษีให้แก่รัฐ

1.2 ความหมายของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส¹⁶⁹

ในปัจจุบัน ฝรั่งเศสมีการแบ่ง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ออกจากกัน แต่ยังคงมีลักษณะที่แยกจากกันโดยไม่เด็ดขาด เพื่อให้ประชาชนเกิดความเข้าใจในความหมายได้โดยง่าย จึงนิยามคำว่า “เสรีภาพ” คือ ความสามารถที่จะทำการใดๆ ที่ไม่เป็นการรบกวนต่อสิทธิหรือละเมิดสิทธิของผู้อื่น อย่างไรก็ตาม การเพิ่มคำว่า “สิทธิ” เข้ามาอยู่รวมกันกับ “เสรีภาพ” เกิดจากแนวความคิดที่ต้องการให้มีการเคารพและรับรองในหลักความเสมอภาคของประชาชนให้สมบูรณ์ และป้องกันการปกครองที่ไม่ยุติธรรม ตลอดจนการให้ความเคารพรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่รัฐจะต้องเคารพและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เพื่อพิทักษ์รักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชนและผลประโยชน์ของชาติ

1.3 สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

สภาวะบ้านเมืองในฝรั่งเศสก่อนปี ค.ศ. 1789 นั้น ประชาชนถูกกดขี่ข่มเหงจากการปกครองในระบบเก่าเป็นอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่า ในช่วงเวลาก่อนหน้านั้น ไม่มีการรับรองสิทธิเสรีภาพใดๆ ให้แก่ประชาชนเลย จนกระทั่งมีการปฏิวัติการปกครองประเทศใน ค.ศ. 1789 ประเทศฝรั่งเศสได้มีการตรา “คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789” ออกมาเพื่อรับรองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน โดยคำประกาศดังกล่าวได้รับการบัญญัติลงในมาตราต่างๆ ของรัฐธรรมนูญฉบับแรกของฝรั่งเศสใน ปี ค.ศ. 1791 และ รัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มากี่ยืนยันความสำคัญของคำประกาศปี ค.ศ. 1789 ไม่มากนักน้อย ตามสถานการณ์บ้านเมืองและสังคมของฝรั่งเศสมาตลอดจนถึงปัจจุบัน

1.3.1 พัฒนาการสิทธิ เสรีภาพตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส¹⁷⁰

ฝรั่งเศสมีประวัติศาสตร์ในการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพมาอย่างยาวนาน อาจลำดับเหตุการณ์ที่สำคัญในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับได้ ดังนี้

1) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1791 รัฐธรรมนูญฉบับแรกของฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีการนำบทบัญญัติของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มาบัญญัติไว้ในคำปรารภ เพื่อแสดงให้เห็นว่าประเทศฝรั่งเศสมีการรับรองสิทธิมนุษยชน แต่ในความเป็นจริงแล้ว ก็มีได้เป็นอย่างที่คาดหวังไว้ ประชาชนในระดับล่างของสังคม

¹⁶⁹ นิตินทร ดันวิไลย เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 169 หน้า 9.

¹⁷⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2555). “พัฒนาการสิทธิ เสรีภาพตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของฝรั่งเศส ” ค้นคืน 22 พฤศจิกายน 2555 จาก [http:// www.pub-law.net/th/pdf](http://www.pub-law.net/th/pdf).

ไม่มีสิทธิจะเลือกผู้แทน ใดๆ ที่ได้มีการบัญญัติรับรองว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ แต่สิทธิในการเลือกตั้งกลับไปตกแก่ชนชั้นบัวร์ชัวร์

ต่อมากระบวนการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับแรกนี้ก็สิ้นสุดลง มีการก่อตั้งคอมมูนที่เป็นปฏิปักษ์และต้องหยุดใช้รัฐธรรมนูญ โดยมีการตั้งสภาคอนเวนชันขึ้นมาและสภาดังกล่าวมีมติล้มเลิกระบบกษัตริย์และเปลี่ยนแปลงการปกครองจากราชอาณาจักรมาเป็นสาธารณรัฐ และทำหน้าที่ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับต่อไป

2) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1793 รัฐธรรมนูญฉบับมองตาญยาร์ด

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เปลี่ยนอำนาจอธิปไตยของชาติ มาเป็นอำนาจของประชาชน โดยมีการคัดลอกคำประกาศปี ค.ศ. 1789 มาทั้งฉบับ มีการรับรองสิทธิ เสรีภาพในหลายรูปแบบ เช่น การเลือกตั้งเป็นสิทธิ ผู้แทนของประชาชนมาจากการเลือกตั้งทั่วไปทางตรง การรับรองในเรื่องความเสมอภาค เสรีภาพ ความมั่นคงของชีวิตและสิทธิในทรัพย์สิน

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เน้นไปในการปกครองแบบมาร์กซิสม์ และตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าประชาชนต้องมีความรู้ทางการเมือง ซึ่งในยุคดังกล่าวห่างไกลจากความเป็นจริงมากๆ เนื่องจากประชาชนกว่าครึ่งหนึ่งไม่สามารถอ่านและเขียนหนังสือได้ ผลที่ตามมาคือรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่เคยได้รับการประกาศใช้เลย อันเนื่องมาจากเหตุการณ์ทั้งในและนอกประเทศ ทำให้สภาคอนเวนชันต้องประกาศเลื่อนการใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวออกไป โดยมีการก่อตั้งรัฐบาลปฏิวัติขึ้นและมีการก่อตั้งคณะกรรมการความปลอดภัยมหาชน โดยมีการยกเลิกสิทธิ เสรีภาพต่างๆ และเริ่มต้นยุคแห่งความหวาดกลัวหรือยุคแห่งกิโยติน ยุคแห่งความหวาดกลัว มีผู้นำชื่อ โรเบส ปีแอร์ ที่ใช้อำนาจเผด็จการ รวมถึงการใช้อำนาจเถื่อนในรูปแบบต่างๆ เพื่อสังหารนักการเมืองที่มีความเห็นเป็นปฏิปักษ์กับฝ่ายปฏิวัติ ดังนั้นในยุคนี้จึงไม่มีการพูดถึงสิทธิ เสรีภาพ แต่ในที่สุดยุคดังกล่าวก็สิ้นสุดลงด้วยสภาคอนเวนชัน ได้ล้มอำนาจของโรเบส ปีแอร์ลง และได้จับโรเบส ปีแอร์ประหารด้วยเครื่องกิโยติน และ หลังจากนั้นสภาคอนเวนชันได้จัดตั้งคณะกรรมการชุดใหม่ เพื่อทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป

3) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ. 1795

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถูกสร้างขึ้นมาจากโดยมีวัตถุประสงค์ต้องการขัดขวางการกลับคืนไปสู่ยุคแห่งความหวาดกลัวอีก ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงปฏิเสธที่จะร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดของรูสโซ และพยายามร่างรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดของมองเตสกีเออ ที่ว่าด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ

รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ตรงที่มีการบัญญัติถึงหน้าที่ของประชาชนไว้ด้วย นอกเหนือไปจากสิทธิและเสรีภาพ ทั้งนี้มีการบัญญัติถึงหน้าที่ของพลเมืองไว้ถึง 9 มาตรา อย่างไรก็ตาม มีการขัดแย้งกันระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเองเป็นอย่างมาก มีรัฐประหารถึง 4 ครั้ง และครั้งสุดท้าย นโปเลียน โบนาปาร์ต ก็ยึดอำนาจได้สำเร็จ และใช้ระบบการปกครองชั่วคราวขึ้นมา และได้ทำการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กันต่อไป

4) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1799 รัฐธรรมนูญฉบับนโปเลียน รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีลักษณะที่สั้นและไม่ชัดเจนเท่าที่ควร ไม่มีคำประกาศรับรองสิทธิอะไรใดๆ ทั้งสิ้น มีแต่เพียงบางมาตราในหมวดที่ 7 ที่รับประกันถึงการละเมิดมิได้ในเลหสถาน สิทธิในการร้องทุกข์ และเสรีภาพของปัจเจกชน เป็นต้น แต่ไม่มีส่วนใดของรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึง เสรีภาพ ความเสมอภาคและภราดรภาพเลย

5) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1814 เป็นช่วงที่นโปเลียนหมดอำนาจ จึงมีการรื้อฟื้นการปกครองแบบมีกษัตริย์กลับมาอีกครั้ง โดยกำหนดให้มีการจำกัดอำนาจกษัตริย์ ที่เรียกว่า la monarchie limitee มีพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 ขึ้นครองราชย์ใน ค.ศ. 1815 ด้วยเหตุผลนี้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงไม่ใช่คำว่า Constitution แต่ใช้คำว่า Charte แทน โดยเห็นว่าการใช้คำว่า Constitution นั้น เป็นแนวคิดหรือรากเหง้าแห่งการปฏิบัติที่ยังมีร่องรอยเหลืออยู่มากเกินไป เพราะรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นการผสมผสานและรวมชอมกันระหว่างฝ่ายกษัตริย์และฝ่ายปฏิวัติ เช่น มีการรับประกันความเสมอภาคโดยกฎหมาย ความเสมอภาคในการเสียดาภิ ความเสมอภาคในการทำงาน เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ เป็นต้น

6) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ. 1830 หลังจากการสวรรคตของพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 แล้ว พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 ขึ้นครองราชย์ต่อมา หลังการเลือกตั้งใน ค.ศ. 1827 และ 1830 ฝ่ายเสรีนิยมเป็นฝ่ายที่ได้รับเสียงข้างมากในสภา พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 ทรงเห็นว่า กลุ่มดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์กับการดำเนินงานทางการเมืองของพระองค์ จึงตัดสินใจพระทัยยกเลิกการเลือกตั้งและยุบสภาผู้แทนราษฎร ทำให้ชาวปารีสไม่พอใจเป็นอย่างมาก ในที่สุดพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 ก็ต้องทรงสละราชบัลลังก์ในวันที่ 2 กรกฎาคม ในปีเดียวกัน เหตุการณ์ดังกล่าวต่อมาภายหลังรู้จักกันในนามของ “การปฏิวัติ ค.ศ. 1830” หลังเหตุการณ์นี้แล้ว ฝ่ายผู้แทนราษฎรเกรงว่าจะมีการนำระบบสาธารณรัฐประชาธิปไตยมาใช้ จึงมีการเชิญ Duke de lion มาเป็นกษัตริย์ ทรงพระนามว่า พระเจ้าหลุยส์ฟีลิปป์ อยู่ภายใต้การปกครองแบบปรมิตาธิปไตย ซึ่งชาวฝรั่งเศสเรียกยุคดังกล่าวว่า ยุค Monarchie de Juillet และมีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ใน ค.ศ. 1830 รัฐธรรมนูญฉบับนี้รับรองว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

และได้พยายามแก้ไขข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1814 โดยในมาตรา 7 ได้ให้หลักประกันเสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ว่า จะไม่มีมาตรการเซ็นเซอร์ มาตรา 54 ประณามการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมา โดยเฉพาะเพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามไม่มีการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมและการรวมตัวเป็นสมาคมดังเช่นรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1814 โดยมีการสร้างเงื่อนไขว่าจะต้องได้รับการอนุญาตตามกฎหมายอาญา ค.ศ. 1810 ก่อน และในวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1834 มีการตรารัฐธรรมนูญเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ที่ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดมาตรการเซ็นเซอร์ขึ้น และยังได้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเดินทางของกลุ่มชนชั้นกรรมาชีพอีกด้วย และในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1848 พวกปฏิวัติได้ก่อการปฏิวัติขึ้น อันเนื่องมาจากความต้องการให้มีการยอมรับกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้ง ให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น ซึ่งการปฏิบัติครั้งนี้เป็นการปิดฉากยุค Monarchie de Juillet

7) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1848

หลังจากมีการปฏิวัติใน ค.ศ. 1848 พวกปฏิวัติได้สถาปนา “รัฐบาลชั่วคราวแห่งสาธารณรัฐ” ขึ้น และได้้นำระบบการออกเสียงเลือกตั้งมาใช้ในการเลือกตั้งทางตรงมาใช้ในการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หลังจากนั้นได้มีการประกาศรับรองสิทธิในการทำงาน ยกเลิกการค้าทาส มีการรับรองเสรีภาพในการพิมพ์และการชุมนุม อย่างไรก็ตามวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจและทางสังคมกลับไม่ได้รับการแก้ไข ดังนั้นในเดือนมิถุนายน ปีเดียวกันก็เกิดเหตุการณ์ไม่สงบขึ้น หลังจากมีการปราบปรามพวกก่อการไม่สงบแล้ว จึงมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1848 อันเป็นการเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐที่ 2 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ฟื้นฟูหลักการที่ปรากฏในคำประกาศ ค.ศ. 1789 และรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1791 มีการให้ความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพของพลเมือง เช่น สิทธิในความมั่นคง สิทธิในการละเมิดมิได้ในที่อยู่อาศัย เสรีภาพในความเชื่อ เสรีภาพในการชุมนุม ความเสมอภาคในทางกฎหมาย เสรีภาพในการแสดงออก เป็นต้น โดยภาพรวมแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สนองเจตนารมณ์ของพลเมืองในการรับรองสิทธิเสรีภาพได้ดีฉบับหนึ่ง และในระยะเวลาช่วงหนึ่ง แต่ก็บังคับใช้ได้ไม่นาน เพราะหลังจากร่างประกาศใช้ได้เพียง 1 ปี ชนชั้นบัวร์ชัวร์ได้เข้ามามีอิทธิพลในสภานิติบัญญัติ ทำให้มีการยกเลิกเสรีภาพทางสมาคม โดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1849 และเสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ก็ได้รับผลกระทบ ทำให้ใช้เสรีภาพดังกล่าวไม่ได้อย่างเต็มที่ โดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1850 ต่อมา ค.ศ. 1851 หลุยส์ นโปเลียน โบนาปาร์ต ต้องการขยายเวลาการดำรงตำแหน่งซึ่งกำหนดไว้เพียง 4 ปีออกไปอีก จึงเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้รับการตอบสนองจากสภา จึงทำให้ นโปเลียนต้องรัฐประหารอีก โดยการอ้างเหตุผลว่า สภาผู้แทนราษฎรได้ปฏิเสธที่จะยกเลิก

กฎหมายเลือกตั้ง ค.ศ. 1850 และได้หารือกับประชาชนโดยการลงประชามติ อันเป็นการปิดฉากยุคสาธารณรัฐที่ 2 และได้เริ่มยุคอาณาจักรที่ 3 ในต้นปี ค.ศ.1852.

8) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 มกราคม ค.ศ. 1852

การก่อรัฐประหารใน ค.ศ. 1851 นอกจากจะเป็นการปิดฉากยุคสาธารณรัฐที่ 2 และเป็นการเริ่มต้นยุคอาณาจักรที่ 3 แล้ว ได้ก่อให้เกิดการปฏิรูประบบรัฐธรรมนูญขึ้น และได้มีการเสนอให้ประชาชนออกเสียงลงมติในวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1852 และมีการประกาศใช้ในวันที่ 14 มกราคม ค.ศ. 1852 ในมาตราแรกของรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติรับรองถึงหลักการใหญ่ๆ ที่ประกาศไว้ใน ค.ศ. 1789 และวุฒิสภามีหน้าที่ในการรักษาพันธะสัญญาและพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ นอกจากนี้ยังมีอำนาจที่จะคัดค้านการประกาศใช้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาสนา ศีลธรรม เสรีภาพในทางความเชื่อ เสรีภาพส่วนบุคคล ความเสมอภาคทางกฎหมายของพลเมือง เป็นต้น แม้จะเป็นบทบัญญัติที่ดี แต่ความเป็นจริงแล้ว อำนาจทุกอย่างอยู่ในมือของหลุยส์ นโปเลียน โบนาปาร์ตเพราะว่า วุฒิสภามาจากขุนนางที่ได้รับการแต่งตั้งโดยหลุยส์ นโปเลียน โบนาปาร์ต เสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ไม่ได้ได้รับการรับประกันอย่างแท้จริง โดย 10 เดือน หลังจากการได้รับตำแหน่งประธานาธิบดีของสาธารณรัฐ หลุยส์ นโปเลียน โบนาปาร์ต ก็ใช้คำว่า le republicain แทนสาธารณรัฐด้วยอาณาจักร (un empire) และได้สถาปนาตนเองขึ้นเป็นจักรพรรดิของฝรั่งเศส ในพระนามพระเจ้านโปเลียนที่ 3 ใน ค.ศ. 1852 อย่างไรก็ตาม การปกครองภายใต้ระบบจักรพรรดิดังกล่าวหาได้ราบรื่นไม่ จนกระทั่งพระเจ้านโปเลียนที่ 3 ต้องยอมจำนนพระองค์เองต่อประเทศรัสเซียที่เมืองซีดาน ในวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1870 ทำให้การปกครองแบบอาณาจักรสิ้นสุด และพระเจ้านโปเลียนที่ 3 ได้ลี้ภัยการเมืองไปอยู่ที่ประเทศอังกฤษและได้สิ้นพระชนม์ใน ค.ศ. 1873

9) รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1875

หลังจากการล่มสลายของอาณาจักร การปกครองในระบอบสาธารณรัฐได้กลับมาอีกครั้ง ในช่วง ค.ศ. 1871 - 1875 อำนาจทุกอย่างตกอยู่ในมือของรัฐสภาโดยในช่วง ค.ศ. 1871-1873 รัฐสภามอบหมายให้ Thiers เป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร มีการทำข้อตกลงระหว่าง Thiers กับ รัฐสภา ในการบริหารประเทศ เรียกข้อตกลงดังกล่าวว่า ข้อตกลงบอร์โดซ์ (Pacte de Bordeaux) ช่วงที่ Thiers บริหารประเทศนั้น มีความตึงเครียดอย่างมาก โดยเฉพาะระหว่างรัฐสภา กับ Thiers ซึ่งเขาเองปฏิเสธที่จะถอดถอนรัฐมนตรีและพยายามรวมศูนย์อำนาจมาไว้ที่ตนเอง ในที่สุด Thiers ก็ต้องปิดฉากชีวิตการเมืองลงจากการล้มล้างของ Broglie ตามวิถีทางรัฐสภา และได้เลือกนายพล Mac Mahon มาดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีเฉพาะกาลในช่วง ค.ศ. 1873-1875 ในช่วงดังกล่าว รัฐสภาไม่สามารถเลือกกรรมการเมืองแบบใดมาใช้ในการปกครองประเทศในขณะนั้นได้เลย

ในที่สุดศาสตราจารย์ Wallon แห่งมหาวิทยาลัยซอร์บอร์น และเป็นผู้แทนราษฎรด้วยได้เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยเสนอให้ใช้ระบบรัฐสภาแก่สาธารณรัฐ โดยเสนอว่า “ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้มาจากการเลือกตั้งเสียงข้างมากจากสภาสูงและสภาล่างร่วมกันในสภา” จากการเสนอของ Wallon นี้ จึงทำให้เขาได้รับการยกย่องให้เป็น “บิดาแห่งสาธารณรัฐ” ของฝรั่งเศส นับแต่การนำเสนอของ Wallon เป็นต้นมา มีการยอมรับรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อันประกอบด้วยกฎหมาย 3 ฉบับ ซึ่งมีเนื้อหาสั้นมาก รวมทั้งหมด 34 มาตรา ไม่มีคำประกาศรับรองสิทธิ เสรีภาพ ไม่มีการกล่าวถึงคำประกาศ ค.ศ. 1789 และจากการที่ไม่บัญญัติหลักการดังกล่าว ทำให้มีการแก้ไขกฎหมายได้ง่าย และที่แปลกก็คือ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถูกใช้มาถึง 55 ปี

ค.ศ. 1876 พวกริพับลิกันมีเสียงข้างมากในสภานิติบัญญัติ และต่อมา ค.ศ. 1879 ก็กุมเสียงข้างมากในวุฒิสภาได้ ประธานาธิบดี Mac Mahon พยายามประคับประคองตนเองท่ามกลางฝ่ายนิยมสาธารณรัฐในรัฐสภา สุดท้ายก็ต้องลาออกในวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1879 รัฐสภาจึงเลือกตั้ง Jules Grevy มาดำรงตำแหน่งแทน และเป็นการกลับมาสู่ยุคสาธารณรัฐอีกครั้งหนึ่ง มีผลทำให้การฟื้นฟูการรับรองสิทธิเสรีภาพ เช่น การรับรองเสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์โดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1881 การรับรองสิทธิ เสรีภาพของการชุมนุม โดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1881 เป็นต้น จึงกล่าวได้ว่าในช่วงปี ค.ศ. 1875-1914 เป็นช่วงที่สิทธิเสรีภาพมีความเจริญก้าวหน้าอย่างมาก ถือว่าเป็นความขัดแย้งที่มีผลสำเร็จเกินความคาดหมาย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1875 ไม่มีการกล่าวถึงการรับรองสิทธิ เสรีภาพไว้ แต่ปล่อยให้พัฒนาการของสังคมการเมืองสร้างและรับรองสิทธิ เสรีภาพเอง

ในช่วงตั้งแต่ ค.ศ. 1914 เป็นต้นมา จนถึงที่สุดสาธารณรัฐที่ 3 มีเหตุการณ์หลายเหตุการณ์ที่มีผลกระทบต่อการรับรองสิทธิ เสรีภาพ คือ สงครามโลกครั้งที่ 1 และ สงครามโลกครั้งที่ 2 โดยในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 แม้จะมีการรับรองสิทธิ เสรีภาพ แต่ในความเป็นจริงแทบไม่มีเสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์เลย เพราะต้องอยู่ภายใต้การควบคุม โดยการเซ็นเซอร์ และมีการขยายอำนาจดังกล่าวไปให้ตำรวจที่สามารถตรวจและจับได้ แต่หลังจากสงครามสงบลงแล้ว การรับรองสิทธิ เสรีภาพก็ได้รับการยอมรับอีกครั้งหนึ่ง แม้ว่าจะไม่เหมือนช่วงก่อนสงครามโลกก็ตาม นอกจากนี้แล้ว การเกิดระบบการแผ่ขยายของระบบการรวมอำนาจแบบเบ็ดเสร็จขึ้นมา เช่น กำเนิดลัทธิบอลเชวิคในรัสเซีย (ค.ศ. 1917) ลัทธิฟาสซิสต์ในอิตาลี (ค.ศ. 1922) ลัทธินาซีในเยอรมัน (ค.ศ. 1933) เป็นต้น บรรดาการดังกล่าวไม่เป็นผลดีต่อการรับรองสิทธิ เสรีภาพแก่ประชาชนเลย เช่น ค.ศ. 1933 และ 1935 ศาลปกครองฝรั่งเศสตัดสินให้อำนาจแก่ตำรวจในการสกัดกั้นต่อต้านเสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ หรือรัฐบัญญัติลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1936 ให้อำนาจ

แก่รัฐบาลในการยุบสมาคมที่ยั่วให้มีการต่อต้านกองทัพในถนนหรือใช้กำลังต่อต้านรูปแบบการปกครองสาธารณรัฐของรัฐบาล เป็นต้น

การเตรียมตัวเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 ของฝรั่งเศส ทำให้การรับรองสิทธิเสรีภาพตกต่ำลงไปอีก มีการตรารัฐธรรมนูญฉบับวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1938 เพิ่มอำนาจให้แก่รัฐบาล แต่อย่างไรก็ตามรัฐบาลไม่มีเสถียรภาพทางการเมือง ฝ่ายนิยมสาธารณรัฐเองยังมีหลายฝ่าย ดังนั้นการตั้งรัฐบาลจึงเป็นรัฐบาลผสม การเป็นรัฐบาลผสมทำให้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพและเกิดรัฐบาลถึง 104 ชุด ในระยะเวลา 70 ปี ทำให้ระบบการเมืองภายใต้สาธารณรัฐที่ 3 ล้มเหลวอย่างสิ้นเชิง ประกอบกับ ค.ศ. 1940 ฝรั่งเศสแพ้เยอรมันในการทำสงคราม จึงตกอยู่ภายใต้การควบคุมของเยอรมันในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2

10) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1940 รัฐธรรมนูญฉบับวิชี
การล่มสลายของสาธารณรัฐที่ 3 ในวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1940 สภาสูงและสภาผู้แทนราษฎร ได้ประชุมพร้อมกันที่แวร์ซายส์ และพร้อมใจกันมอบอำนาจให้แก่นายพล Petain และสร้างระบบใหม่ขึ้นมาภายใต้ชื่อว่า “รัฐฝรั่งเศส” แทนคำว่า “สาธารณรัฐ” และใช้คำว่า “การงาน ครอบครัว มาตุภูมิ” แทนคำว่า “เสรีภาพ เสมอภาค ภราดรภาพ” ระบบใหม่ที่นายพล Petain นำมาใช้เรียกว่าระบบวิชี โดยมีการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับวิชีขึ้น โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้พยายามมุ่งรวบอำนาจทางการเมืองทั้งหมดมาขังนายพล Petain แต่ผู้เดียว โดยเลียนแบบลัทธินาซี และ ลัทธิฟาสซิสต์เป็นหลักในการปกครอง ดังนั้นการปกครองช่วงนี้ได้ลดทอนสิทธิ เสรีภาพไปอย่างมาก เช่น เสรีภาพในสื่อสิ่งพิมพ์ เสรีภาพในการพาณิชย์และอุตสาหกรรม เสรีภาพในการชุมนุม เป็นต้น ภายใต้การยึดครองของเยอรมัน นายพล Petain ได้ให้ความร่วมมือกับเยอรมันในช่วงสงคราม การล่มสลายของเยอรมันจากการแพ้สงครามใน ค.ศ. 1944 มีผลทำให้ระบบวิชีของนายพล Petain พังพินาศไปด้วย หลังการล้มของระบบวิชีแล้ว ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1944 ถือว่าเป็นการปลดปล่อยฝรั่งเศสจากการยึดครองของเยอรมัน จึงมีการตั้งรัฐบาลชั่วคราวขึ้นในวันที่ 25 สิงหาคม ค.ศ. 1944 ภายใต้การควบคุมของนายพล Charles De Gaulle ซึ่งเร่งที่จะนำระบบสาธารณรัฐกลับมาใช้โดยมีการตรารัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 ฉบับ ซึ่งกำหนดการลงประชามติและกำหนดวิธีการเลือกตั้งและเป็นการเปิดศักราชใหม่ของสาธารณรัฐที่ 4 ใน ค.ศ. 1946

11) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1946

การเริ่มต้นของสาธารณรัฐที่ 4 เกิดจากการที่นายพลชาร์ลส์ เดอ โกลด์ ผู้นำฝรั่งเศสตั้งคำถาม 2 ข้อและให้ประชาชนฝรั่งเศสลงประชามติ ในวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ. 1945 ว่า เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ โดยคำถามแรกถามว่า ชาวฝรั่งเศสต้องการให้สภาที่เลือกตั้งในวันดังกล่าวเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ คำถามที่ 2 คือ ถ้าตอบว่าเห็นชอบจากคำถามแรก

ก็ถามต่อว่า ชาวฝรั่งเศสเห็นชอบให้มีการปกครองประเทศ โดยองค์กรทั้งหลายที่กำหนดไว้ใน บทบัญญัติแห่งร่างกฎหมาย ท้ายประจําชาติ จนกว่ารัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะมีผลใช้บังคับหรือไม่ ผลจากทั้ง 2 คำถาม ชาวฝรั่งเศสส่วนใหญ่เห็นชอบ สภาดังกล่าวจึงเริ่มต้นร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ขึ้นทันที โดยใช้เวลาดัง 7 เดือนในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และเมื่อเสร็จแล้วต้องนำร่าง ดังกล่าวให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติอีก แต่ปรากฏว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ประชาชนลง มติไม่เห็นชอบด้วยถึงร้อยละ 53 ทำให้สภารัฐธรรมนูญมีผลสิ้นสุดลง มีการเลือกตั้งสภาร่าง รัฐธรรมนูญชุดใหม่ขึ้นมา เพื่อทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกภายใน 7 เดือนนับแต่วันที่ ได้รับการเลือกตั้งเข้ามา หลังจากร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว ก็ได้มีการนำไปให้ประชาชนออกเสียง ลงประชามติอีก ปรากฏว่าครั้งนี้ ชาวฝรั่งเศสส่วนใหญ่ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงมี การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ในวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 และถือเป็นการเริ่มต้นของ สาธารณรัฐที่ 4

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เริ่มต้นด้วยการประกาศในคำปรารภว่า “ประชาชน ชาวฝรั่งเศสยังขอยืนยันอย่างเป็นทางการถึงความเคารพในสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ และ พลเมืองแต่ละคน ที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 และหลักการพื้นฐานที่กฎหมาย สาธารณรัฐยึดมั่น” ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าหลักการที่ประกาศใน ค.ศ. 1789 นั้น เป็นหลักการที่ รัฐบาลฝรั่งเศสยังคงให้ความเคารพทุกๆ สมัยเรื่อยมา นอกจากนี้แล้วในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ยังได้รับรองสิทธิใหม่ๆ ขึ้นมาอีก อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงหลักการทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม เช่น สิทธิในเรื่องสตรี เด็ก และคนชรา สิทธิของผู้ใช้แรงงาน เป็นต้น ซึ่งเป็นการแก้ไขจุดอ่อนของปัจเจกชนนิยมและเสรีนิยมดั้งเดิม และรัฐธรรมนูญยังไปไกลถึงขนาดบังคับ ให้รัฐต้องหาทางในการจัดการสิทธิเหล่านี้ให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม ทำให้การรับรองสิทธิ เสรีภาพในยุคดังกล่าวได้รับการบัญญัติอีกครั้ง เช่น เสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ เสรีภาพของสหภาพ เสรีภาพในการศึกษาอบรม เป็นต้น

จึงอาจพิจารณาได้ว่า ในภาพรวมของสาธารณรัฐที่ 4 แล้ว มีการรับรอง สิทธิ เสรีภาพอย่างดีมาก จนกระทั่ง ค.ศ. 1954 เกิดวิกฤตการณ์สงครามอัลจีเรียขึ้น จึงมีการนำ ข้อยกเว้นต่างๆ กลับมาใช้ และข้อยกเว้นเหล่านั้นเป็นการกระทบต่อการรับรองสิทธิ เสรีภาพอย่าง ชัดแจ้ง เช่น สิทธิในความมั่นคงแห่งชีวิต เป็นต้น และได้มีการประกาศสถานการณ์ของรัฐในภาวะ คับขัน โดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955 ได้ขยายอำนาจอย่างแทบจะไม่มีขีดจำกัดให้แก่ ตำรวจและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย นอกจากนี้รัฐบัญญัติลงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1956

ให้อำนาจแก่รัฐบาลในการสร้างระเบียบให้เกิดขึ้นในอัลจีเรีย และมีการตรารัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดระเบียบบริหารภายในค่ายกักกัน เป็นต้น¹⁷¹

1.3.2 สิทธิ เสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศส

จากวิกฤตการณ์ทางการเมืองภายในประเทศและปัญหาอัลจีเรีย ทำให้สาธารณรัฐที่ 4 สิ้นสุดลงและมีการตรากฎหมายรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ ลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน โดยในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบังคับให้ผู้ร่างจะต้องให้หลักประกันแก่สิทธิ เสรีภาพที่สำคัญๆ ที่ได้กำหนดไว้โดยคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 เพื่อให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นมีคำปรารภที่สั้น กระชับรัด คังนั้น คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 วรรคแรก จึงยืนยันถึงหลักการดังกล่าว โดยบัญญัติว่า “ประชาชนชาวฝรั่งเศสแสดงความเชื่อมั่นในหลักสิทธิมนุษยชน และหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติดังที่ได้นิยามไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ซึ่งได้รับการยืนยันและขยายความ โดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ฉบับ ค.ศ.1946” นอกจากนี้ในหมวด 7 มีการจัดตั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับรองคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพในหมวด 7 มีความไม่ชัดเจนพอสมควร เช่น มาตรา 62 ที่บัญญัติว่า “บทบัญญัติใดที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่อาจประกาศใช้เป็นกฎหมายและไม่อาจมีผลบังคับได้” บทบัญญัตินี้เพิ่มปัญหาที่ตามมาว่าการขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น รวมไปถึงอารัมภบทของรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ถ้ารวมไปถึงด้วย ย่อมหมายความว่า อารัมภบทนั้นมีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า มีบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักการที่ระบุในคำปรารภแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็สามารถยกเลิกบทบัญญัติเหล่านั้นได้ ซึ่งในปัจจุบันมีการยอมรับแล้วว่าอารัมภบทนั้นมีค่าเทียบเท่ากับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ถ้าพิจารณาจากบริบททางสังคมการเมืองในสาธารณรัฐที่ 5 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิ เสรีภาพ สามารถแบ่งเป็น 2 ช่วง คือ ช่วงแรกระหว่างปี ค.ศ. 1960 - 1969 เป็นช่วงที่มีการรับรองสิทธิเสรีภาพค่อนข้างน้อย และช่วงที่ 2 นับตั้งแต่ ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา ซึ่งเป็นช่วงที่มีการรับรองสิทธิ เสรีภาพได้รับการทำให้สมดุลและพัฒนาไปในทิศทางที่ดีขึ้น

ช่วง ค.ศ. 1960 เนื่องจากฝรั่งเศสยังคงมีปัญหาอัลจีเรียค้างค้ำอยู่ ทำให้การรับรองสิทธิเสรีภาพไม่อาจทำได้เต็มที่ใน ค.ศ.1961 มีการประกาศภาวะฉุกเฉินและประธานาธิบดีให้อำนาจตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญซึ่งให้อำนาจเด็ดขาดแก่ประธานาธิบดี แต่หลังจากสิ้นสุด

¹⁷¹ วิสาข์ อุ่มใจ เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 58 หน้า 47 – 49.

ปัญหาอัลจีเรียใน ค.ศ. 1962 แล้ว สภาวะบ้านเมืองก็กลับสู่ภาวะปกติมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ช่วง ค.ศ. 1960-1969 ฝรั่งเศสในขณะนั้นรับรองสิทธิ เสรีภาพประการเดียว คือ เสรีภาพในการศึกษา และเป็นเช่นนี้เรื่อยมา จนถึงช่วง ค.ศ.1970 จึงเริ่มมีการตื่นตัวเกี่ยวกับการรับรองสิทธิ เสรีภาพ เช่น ตรากฎหมายรับรองสิทธิส่วนบุคคล ในส่วนของศาลนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสได้ตัดสินไว้ในคดี Ville nouvelle Est de 1971 เกี่ยวกับการเวนคืนที่ดิน โดยเพิ่มการควบคุมในเรื่องเพื่อสาธารณะประโยชน์ที่เป็นเหตุผลของการอ้างการเวนคืนที่ดิน นอกจากนี้แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กล่าวในคำตัดสินลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971 โดยเพิ่มบทบาทตนเองเป็นผู้ปกครองสิทธิ เสรีภาพ

ค.ศ. 1972 มีการออกกฎหมายต่อต้านการแบ่งแยกเชื้อชาติและสีผิว เสรีภาพ ในร่างกาย ได้รับการพัฒนาขึ้น เช่น ค.ศ. 1975 มีการยอมรับสิทธิในการทำแท้ง และยังมีการยอมรับสิทธิในการหย่าด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย สำหรับในขอบข่ายงานของวิทย์และเทคโนโลยีนั้น หลังจากรัฐผูกขาดอำนาจนั้นมาแต่ฝ่ายเดียว ในที่สุดมีการประกาศยกเลิกการผูกขาดดังกล่าว และมีการยอมรับเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร โทรคมนาคมใน ค.ศ. 1982 นอกจากนี้ยังมีการยืนยันรับรองถึงสิทธิของสหภาพแรงงานในปีเดียวกันด้วย และใน ค.ศ. 1984 และ 1986 สิทธิ เสรีภาพในสื่อสิ่งพิมพ์ได้รับการประกัน เป็นต้น

รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับนี้ มีการบัญญัติรับรองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนไว้หลายประการ โดยได้รับอิทธิพลจากคำประกาศสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 และคำปรารภในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ซึ่งในที่นี้ อาจจำแนกสิทธิ เสรีภาพในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสออกเป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

1. สิทธิขั้นพื้นฐาน ได้แก่ สิ่งที่รัฐจะต้องให้การรับรองอย่างแท้จริงเกี่ยวกับการกระทำทางกายภาพของบุคคล โดยถือว่าการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการประกันสิทธิในขั้นต่ำที่สุดที่รัฐพึงต้องรับรองให้แก่ประชาชน และในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสได้รับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ 3 ประเภท คือ

1.1 เสรีภาพส่วนบุคคล เป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่ได้รับการรับรองภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1789 โดยได้รับการบัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 มาตรา 2 และมาตรา 7

1.2 เสรีภาพในเคหสถาน คำว่า “เคหสถาน” ในความหมายของกฎหมายฝรั่งเศส ถือว่าเป็นสถานที่ส่วนบุคคลอย่างแท้จริงและได้รับการรับรองโดยกฎหมายว่า “ผู้ใช้อำนาจรัฐสามารถที่จะเข้าตรวจค้นบ้านหรือเคหสถานได้ก็แต่เฉพาะช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น และการเข้าไปนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากศาล โดยจะต้องมีหมายค้นด้วย”

1.3 สิทธิในทรัพย์สินส่วนตัว สิทธินี้ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกใน คำประกาศ ค.ศ.1789 มาตรา 2 และมาตรา 17 โดยบุคคลสามารถมีสิทธิในทรัพย์สินของตนอย่าง เด็ดขาด สามารถที่จะทำการใดๆ กับทรัพย์สินนั้นเท่าที่ไม่กระทบกระเทือนกับผู้อื่น อย่างไรก็ตาม ความศักดิ์สิทธิ์ของหลักกฎหมายนี้ถูกสั่นคลอน โดยประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยเรื่องทรัพย์สินใน บทบัญญัติที่ว่าด้วยการเวนคืนและการเป็นสาธารณสมบัติของชาติ

2. เสรีภาพทางความคิด ฝรั่งเศสแบ่งเสรีภาพทางความคิดออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

2.1 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ให้การ รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นว่า บุคคลสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างเต็มที่ ตราบ เท่าที่การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวไม่ได้กระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรม ของประชาชน เสรีภาพนี้รวมความถึงเสรีภาพในการนับถือศาสนาด้วย เสรีภาพในการนับถือ ศาสนาเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่สำคัญที่สุด ซึ่งกฎหมาย ค.ศ. 1905 มาตรา 32 บัญญัติรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนาและระบุนโยบายของผู้ที่แทรกแซงการนับถือศาสนาของ ปัจเจกชนไว้ด้วย

2.2 เสรีภาพทางการศึกษา ฝรั่งเศสแบ่งเสรีภาพประเภทนี้ออกเป็น 2 สิทธิ คือ

(ก) สิทธิในการได้รับการศึกษา ฝรั่งเศสมองว่า คุณค่าของศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์มาจากการได้รับการศึกษา จึงกำหนดหลักการศึกษารัฐขั้นต่ำ โดยรัฐจะให้ประชาชน ทุกคนได้รับการศึกษาโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย รวมทั้งมีการแจกทุนการศึกษาด้วย

(ข) สิทธิในการเลือกสถานศึกษาเป็นเรื่องละเอียดอ่อนมากกว่าสิทธิ ในการได้รับการศึกษา เนื่องจากโดยพื้นฐาน นอกจากรัฐต้องจัดการศึกษาภาคบังคับแล้ว รัฐจะต้อง ขจัดการผูกขาดการให้บริการจากรัฐด้วย ดังนั้นรัฐต้องเปิดโอกาสให้เอกชนสามารถจัดตั้งสถานศึกษา ขึ้นมา โดยรัฐต้องออกกฎหมายเพื่อควบคุมมาตรฐานของสถานศึกษาเอกชนดังกล่าวด้วย

2.3 เสรีภาพในการแสดงออก เป็นเสรีภาพที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ ฝรั่งเศสให้การรับรอง เพราะนอกจากบุคคลสามารถมีความคิดเป็นของตนเองและคิดได้อย่าง อิสระเสรีแล้ว บุคคลย่อมมีสิทธิแสดงถึงแนวคิดนั้นๆ ออกมาด้วยเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งเสรีภาพประการนี้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

(ก) เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคม

(ข) เสรีภาพในการเสนอข่าว สื่อในการเสนอข่าวเพื่อเผยแพร่ไปยัง สาธารณะ ย่อมหมายถึงความรวมถึงสิ่งพิมพ์ วิทญูและโทรทัศน์ด้วย โดยเสรีภาพในการเสนอข่าวมี

ประเด็นที่ควรพิจารณาอยู่ 2 ประการ คือ ประเด็นเรื่องการควบคุมสื่อที่ส่งผลกระทบต่อในแง่ลบกับสังคมและประเด็นเรื่องการผูกขาดสื่อ

1. สื่อสิ่งพิมพ์ กฎหมายใน ค.ศ. 1881 กล่าวว่า สิ่งพิมพ์ทุกชนิดสามารถที่จะตีพิมพ์ได้ทันที โดยไม่ต้องรับการตรวจสอบใดๆ จากรัฐ เว้นแต่สิ่งพิมพ์ดังกล่าวจะเป็นสิ่งต้องห้าม เช่น สื่อลามกหรือรายงานกระบวนการพิจารณาของศาล เป็นต้น ทั้งนี้สำนักพิมพ์จะต้องส่งระเบียบข้อบังคับแก่เจ้าหน้าที่รัฐให้พิจารณาก่อนที่จะดำเนินกิจการ เพื่อป้องกันการกล่าวอ้างความรับผิดชอบทางอาญา

2. สื่อวิทยุ โทรทัศน์ ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมาย ค.ศ. 1986 และ 1989 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกการผูกขาดสื่อโดยรัฐ และนอกจากนี้ยังได้มีการจัดตั้ง Conseil superior de l'audiovisuel ในการควบคุมดูแลกิจการของสื่อประเภทนี้โดยเฉพาะด้วย

2.4 เสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญแก่การรับรองเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ โดยบัญญัติให้อยู่ในระดับเดียวกับการปกป้องสถานะของรัฐธรรมนูญ เสรีภาพประการนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 และฉบับปัจจุบัน

(ก) สถานะของชนชั้นแรงงาน ตามคำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 มีการรับรองเสรีภาพของชนชั้นแรงงานให้เท่าเทียมกับนายจ้าง โดยกล่าวว่า ชนชั้นกรรมาชีพสามารถที่จะเข้าร่วมกับสมาคมทางแรงงานใดๆ ก็ได้อย่างเสรี มีสิทธิที่จะนัดหยุดงาน เป็นต้น

(ข) สิทธิทางเศรษฐกิจ นอกจากสิทธิต่างๆ ข้างต้นแล้ว ชนชั้นแรงงานยังมีสิทธิในการได้รับสาธารณูปโภคอีกด้วย โดยสิทธิดังกล่าวบัญญัติไว้ในย่อหน้าที่ 9 ของคำปรารภปี ค.ศ. 1946 อันมีใจความว่า “ทรัพย์สินหรือองค์กรใดๆ ก็ตามที่ดำเนินงานหรือมีลักษณะเป็นองค์กรสาธารณูปโภคของชาติ ซึ่งผูกขาดโดยรัฐจะต้องแปรรูปเป็นองค์กรมหาชน ”

(ค) สิทธิทางสังคม คำประกาศ ค.ศ. 1789 กล่าวว่า รัฐไม่ควรเข้ามาแทรกแซงสิทธิทางสังคมของปัจเจกชนและความเป็นจริงแล้ว รัฐควรจะเป็นผู้อำนวยความสะดวกให้ประชาชนสามารถใช้ประโยชน์จากสิทธิดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ โดยจะต้องมีการสร้างหลักประกันสังคมขึ้นมา นอกจากนี้ในหลักประกันสังคมดังกล่าวนี้ ยังได้รับรองว่าประชาชนมีสิทธิได้รับการศึกษา สิทธิในการได้รับการฝึกฝนทักษะทางอาชีพและสิทธิทางวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

1.4 การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนในฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้อำนาจแก่องค์กร 2 องค์กรในการตรวจทบทวนคดีแห่งกฎหมายได้ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในการออกรัฐบัญญัติ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 34 และ 37 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส¹⁷²

มาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส บัญญัติว่า “รัฐสภาเป็นผู้ตราบัญญัติ”

รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพตลอดถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกณฑ์แรงงานและทรัพย์สินในการป้องกันประเทศ

- สัญชาติ สถานะและความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรส การสืบมรดกและการให้โดยเสน่หา

- การกำหนดความผิดอาญาชั้นอุกฤษ โทษและมัชฌิมโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษสำหรับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลชั้นใหม่และสถานภาพของผู้พิพากษา

- ฐานภาษี อัตราและวิธีการจัดเก็บภาษีทุกชนิด การออกใช้เงินตรา

นอกจากนี้ รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น

- การจัดตั้งองค์กรมหาชนประเภทต่างๆ ขึ้นมาใหม่

- หลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

- การโอนวิสาหกิจเอกชนมาเป็นของรัฐ และการโอนทรัพย์สินของภาครัฐไปเป็นของเอกชนรวมทั้งการที่มีรัฐบัญญัติกำหนดหลักการที่สำคัญ ในเรื่อง

- การจัดระเบียบทั่วไปในการป้องกันประเทศ

- การปกครองตนเอง อำนาจหน้าที่และรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

- การศึกษา

- ระบบกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินสิทธิและข้อผูกพันตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

- ระบบกฎหมายแรงงาน กฎหมายว่าด้วยสหภาพแรงงานและการประกันสังคม

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับงบประมาณรายได้ และค่าใช้จ่ายของรัฐตามเงื่อนไข และภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

¹⁷² แปลโดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ คำแปลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 18 – 21.

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนกิจการประกันสังคม กำหนดเงื่อนไขทั่วไปเกี่ยวกับความสมดุลทางการเงิน บัญชีงบประมาณการรายรับ กำหนดเป้าหมายและค่าใช้จ่าย ทั้งนี้เป็นไปตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการวางแผนกำหนดเป้าหมายของกิจกรรมทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ

บทบัญญัติมาตรานี้ อาจจะมีบัญญัติเพิ่มเติมและขยายความได้ โดยการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ” และ

มาตรา 37 บัญญัติว่า “เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตของการตราบัญญัติ ให้ถือว่าอยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร

บทบัญญัติซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร อาจจะมีแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายหลังจากที่ได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่ใช้บังคับภายหลังจากวันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ จะแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกาได้ก็ต่อเมื่อ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้ประกาศว่ารัฐบัญญัตินั้นกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารตามความในวรรคก่อน”

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว จะเห็นว่า รัฐบัญญัติที่เกี่ยวกับการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนยังคงอยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ที่อยู่ในอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่สามารถจะตรวจสอบร่างรัฐบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ นอกจากนี้มีอีกประเด็นที่น่าสนใจ คือการที่ฝรั่งเศสให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการตรารัฐบัญญัติอันมีลักษณะเป็นการทั่วไป และให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติตรารัฐบัญญัติในบางประเภทเท่านั้น

บทบัญญัติในมาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเดิม กำหนดให้ผู้มีสิทธิเริ่มคดีกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นั้นมีเพียงนายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และประธานาธิบดีเท่านั้น แต่ในปี ค.ศ. 1974¹⁷³ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 เพื่อขยายขอบเขตเพิ่มขึ้น โดยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 60 คนสามารถยื่นคำร้องขอเพื่อเริ่มคดีรัฐธรรมนูญต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งจุดประสงค์ของการ

¹⁷³ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1974 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2548). รายงานการวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส กรุงเทพฯ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หน้า 25.

แก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สมาชิกฝ่ายข้างน้อยสามารถมีสิทธิที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้อีกทางหนึ่งด้วย¹⁷⁴

จากบทบัญญัติมาตรา 61 นี้จะเห็นได้ว่า บุคคลที่สามารถเสนอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้น เป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการตรารัฐบัญญัติทั้งสิ้น โดยประเทศฝรั่งเศสไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีสิทธิทางรัฐธรรมนูญเองได้โดยตรง ทั้งนี้เนื่องจากหลักการตั้งแต่สมัยปฏิวัติที่ว่า กฎหมายเป็นเจตจำนงร่วมกันของประชาชน เมื่อองค์กรนิติบัญญัติในฐานะตัวแทนประชาชนได้ตรากฎหมายออกมาแล้ว ย่อมไม่มีผู้ใดสามารถลบล้างกฎหมายซึ่งเป็นเจตจำนงร่วมกันได้ เว้นแต่องค์กรนิติบัญญัติเองจะมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิก อีกทั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งและไม่ใช่วุฒิสภาของประชาชนที่จะมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายหรือรัฐบัญญัติที่ออกมาแล้ว โดยอ้างความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ จึงเป็นเหตุผลให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องทำหน้าที่ ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติตั้งแต่ตอนที่ยังเป็นร่างกฎหมาย ซึ่งยังไม่มีผลใช้บังคับ

1.5 การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

เมื่อชัดเจนว่า ชาวฝรั่งเศสไม่มีสิทธิทางรัฐธรรมนูญเพื่อให้คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของตนเองได้แล้ว จึงเป็นหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะทำการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย เพื่อระงับยับยั้งไม่ให้มีกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ออกมาใช้บังคับไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เสมือนทำหน้าที่ในฐานะผู้พิทักษ์สิทธิ เสรีภาพของประชาชนด้วย

1. ลักษณะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศส เริ่มมีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เมื่อปี ค.ศ.1958 ซึ่งเป็นปีที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสได้มีการประกาศใช้นั่นเอง โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสประกอบด้วย ตุลาการที่มาจากการแต่งตั้ง 9 คน โดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และให้เปลี่ยนตุลาการจำนวน 1 ใน 3 ทุกๆ 3 ปี โดยตุลาการทั้ง 9 คนนี้มาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎร ท่านละ 3 คน ซึ่งประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอีกด้วย

¹⁷⁴ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาตรา 61 วรรคสอง บัญญัติว่า “เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกัน ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือ นายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือ ประธานวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคนหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคนอาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้” แปลโดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 173 หน้า 36.

นอกจากตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากกาแต่งตั้งทั้ง 9 ท่านแล้ว อดีตประธานาธิบดีทุกคนยังเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง และมีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต

2. อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาต่างๆ หลายกรณี ซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้แก่

- (1) การตรวจสอบความชอบของการเลือกประธานาธิบดี
- (2) กรณีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา
- (3) การตรวจสอบกระบวนการและผลของการลงประชามติ
- (4) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและข้อบังคับสภา ก่อนการประกาศใช้

(5) การตรวจสอบรูปแบบของกฎหมายว่าเป็นกฎหมายบัญญัติหรือกฤษฎีกา

(6) การตรวจสอบขอบเขตของอำนาจในการออกกฎหมาย

ในที่นี้ จะขอเสนอแต่เฉพาะการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ในส่วนของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายเท่านั้น ดังนี้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส มีลักษณะที่โดดเด่นในการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งนี้ภายหลังจากการประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นได้ ทั้งนี้อาจแบ่งประเภทการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ มี 3 ประเภท คือ

2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา¹⁷⁵

การตรวจสอบดังกล่าวนี้เป็นการควบคุมตรวจสอบแบบบังคับ กล่าวคือ เมื่อมีการตรารัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือข้อบังคับการประชุมสภาเสร็จเรียบร้อยแล้ว ก่อนที่

¹⁷⁵ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาตรา 61 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและก่อนที่จะมีการบังคับใช้ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ให้ส่งร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวเสียก่อน” แปลโดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 173 หน้า 35.

จะมีการประกาศใช้ ให้นายกรัฐมนตรีหรือประธานแห่งสภาซึ่งได้ตราแล้วแต่กรณี นำร่างรัฐบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมสภาเสนอต่อ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีคำวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือข้อบังคับการประชุมสภาดังกล่าวขัด หรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องทำการวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 1 เดือน และในกรณีเร่งด่วน รัฐบาลอาจขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้เสร็จภายใน 8 วัน ทั้งนี้ ระหว่างรอคำวินิจฉัยจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ กฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อม ไม่มีผลบังคับใช้ใดๆ ทั้งสิ้น

2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติ

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ร่างรัฐบัญญัตินี้ แตกต่างจากการควบคุมตรวจสอบร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และข้อบังคับการประชุม สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยในส่วนการตรวจสอบร่างรัฐบัญญัติโดยคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนี้ จะสามารถกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอให้ตรวจสอบร่างรัฐบัญญัติจากผู้มี สิทธิเริ่มคดี 6 ประเภท ได้แก่ นายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 60 คน สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 60 คน ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือ ประธานาธิบดี ซึ่งเรียกรูปแบบการตรวจสอบร่างรัฐบัญญัตินี้ว่า เป็นการตรวจสอบแบบไม่บังคับ โดยพิจารณาจากการที่จะต้องมีการยื่นคำร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน เพื่อให้มีการ ตรวจสอบนั่นเอง

2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพันธกรณีระหว่างประเทศ

มาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้บัญญัติถึงการตรวจสอบพันธกรณี ระหว่างประเทศมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญโดยก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันหรือการทำข้อตกลง ใดๆ ระหว่างประเทศ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภาหรือประธานสภาผู้แทนราษฎร อาจยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อตกลง ที่จะไปทำร่วมกับต่างประเทศนอกจากนี้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 60 คน หรือ สมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่า 60 คน สามารถตรวจสอบในกรณีนี้ได้อีกด้วย โดยการยื่นคำร้องต่อคณะ ตุลาการรัฐธรรมนูญ ขอให้ตรวจสอบรัฐบัญญัติที่มอบอำนาจให้ประธานาธิบดีให้สัตยาบันใน สัญญาระหว่างประเทศ หรือมอบอำนาจให้รัฐบาลทำความตกลงระหว่างประเทศ

จะเห็นได้ว่า จากการยืนยันหลักการในอดีตที่ว่าด้วยเจตจำนงร่วมกันของ ประชาชน ทำให้ ประเทศฝรั่งเศสไม่อาจเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิทางรัฐธรรมนูญ เพื่อเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของตนตามรัฐธรรมนูญต่อองค์กรใดองค์กรหนึ่งได้ รวมทั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย ทำให้องค์กรคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิบัติหน้าที่

ด้วยความละเอียดรอบคอบอย่างยิ่ง เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนมิให้มีกฎหมายฉบับใด เล็ดลอดออกมาแล้วไปกระทบสิทธิ เสรีภาพของประชาชน เพราะหากกฎหมายในแบบดังกล่าวมีผลใช้บังคับ ก็ไม่อาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ ได้อีก

1.6 คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส

1.6.1 การคุ้มครองเสรีภาพในทางความคิด

1) การคุ้มครองเสรีภาพในทางมโนธรรม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และการแสดงออก

มาตรา 10 แห่งคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมไม่ต้องกังวลใจในการแสดงความคิดเห็นของตนไม่ว่าจะในทางศาสนา ภายใต้เงื่อนไขว่า การแสดงออกนั้นต้องไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่กฎหมายรับรองคุ้มครอง” และตามอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 “บุคคลย่อมไม่ได้รับผลกระทบในการทำงานหรือในการจ้าง เพราะเหตุผลของถิ่นกำเนิด ความคิดเห็นหรือการนับถือศาสนาใดๆ” และตามมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า “พลเมืองย่อมได้รับการคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายอย่างเสมอภาค โดยไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุของถิ่นกำเนิด สีผิวหรือศาสนา การนับถือศาสนาย่อมได้รับความคุ้มครอง”

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้ยอมรับบทบัญญัติทั้งสามดังกล่าวข้างต้นที่เกี่ยวกับเสรีภาพในทางมโนธรรม ย่อมถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งที่กฎหมายแห่งสาธารณรัฐรับรองคุ้มครอง (คำวินิจฉัยที่ 77 - 78 ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1977 และคำวินิจฉัยที่ 84 - 85 ลงวันที่ 18 มกราคม ค.ศ. 1985)¹⁷⁶

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตัดสินในคำวินิจฉัยที่ 94-345 ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1994, คำวินิจฉัยที่ 96-373 ลงวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1996 และคำวินิจฉัยที่ 99-412 ลงวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1999 ว่า “หลักเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นห้ามมิให้มีการบังคับว่าภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาเดียวที่ใช้ในการติดต่อสื่อสารระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน”¹⁷⁷

¹⁷⁶ Dominique Turpin *Le Conseil constitutionnel : son rôle sa jurisprudence* Paris Hachette 2002 pp. 126 – 127 อ้างใน เฉลิมพงษ์ เอกเผ่าพันธุ์. (22548). *การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน โดยศาลรัฐธรรมนูญ* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 64.

¹⁷⁷ เฉลิมพงษ์ เอกเผ่าพันธุ์ เรื่องเดียวกัน หน้า 64.

คำวินิจฉัยที่ 76-67 ลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1976 คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “หลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นหลักการที่ห้ามมิให้มีการบั่นทอนประวัติในเรื่องความคิดเห็นทางการเมือง ประชญาและศาสนาของข้าราชการ”

คำวินิจฉัยที่ 77-87 ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1977 คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า “เสรีภาพในทางมโนธรรมของครูโรงเรียนเอกชนย่อมได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน” คำวินิจฉัยนี้เกิดขึ้นจากการที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรชื่อ Guermeur เสนอกฎหมายโดยกำหนดให้ ครูในโรงเรียนเอกชนจะต้องวางตน โดยเคารพกับลักษณะพิเศษของโรงเรียนเอกชนนั้นด้วย ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเห็นว่า บทบัญญัติในร่างกฎหมายดังกล่าวขัดกับเสรีภาพทางมโนธรรม

2) การคุ้มครองเสรีภาพการติดต่อสื่อสารถึงกัน โดยอิสระ

มาตรา 11 แห่งคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 บัญญัติว่า “การติดต่อสื่อสารถึงกัน โดยอิสระหมายถึงการที่พลเมืองทุกคนสามารถพูด เขียน พิมพ์ ได้อย่างเสรี ยกเว้นกรณีที่มีการใช้เสรีภาพดังกล่าวอย่างไม่ถูกต้องภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด”

คำวินิจฉัยที่ 84-181 ลงวันที่ 10-11 ตุลาคม ค.ศ. 1984 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า “เสรีภาพในการสื่อสาร ความคิดและเหตุผลจะมี ก็ต่อเมื่อการที่หนังสือพิมพ์ส่งเอกสารไปถึงประชาชนในจำนวนที่เพียงพอและการกำหนดให้หนังสือพิมพ์ต้องมีความโปร่งใสในทางการเงิน มีวัตถุประสงค์สำคัญที่จะทำให้การใช้เสรีภาพในทางการสื่อสารมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นจึงไม่ถือว่าขัดแย้งกับเสรีภาพของหนังสือพิมพ์หรือจำกัดสิทธิ เสรีภาพนั้น”

3) การคุ้มครองเสรีภาพในการเรียน การสอนและการค้นคว้าวิจัย

คำวินิจฉัยที่ 77 - 87 ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1984 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า “เสรีภาพในการเรียนการสอน ถือเป็นหลักการพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายสาธารณรัฐ ”

ในประเทศฝรั่งเศสมีการยอมรับว่า การที่รัฐให้เงินอุดหนุนแก่โรงเรียนเอกชน ไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า การให้เงินอุดหนุนโรงเรียนเอกชนนั้น จะต้องให้อย่างเพียงพอด้วย มิฉะนั้นจะขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเรื่องนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 84-184 ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1984 ว่า “การที่รัฐให้เงินอุดหนุนเงินเดือนครูแก่โรงเรียนเอกชนในจำนวนที่จำกัด ไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับหลักเสรีภาพในการเรียนการสอน”

1.6.2. การคุ้มครองเสรีภาพในทางเศรษฐกิจและสังคม

1) การคุ้มครองสิทธิในทางทรัพย์สิน

คำวินิจฉัยที่ 81-132 ลงวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1982 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนทรัพย์สินเป็นของรัฐ โดยตัดสินว่า “ สิทธิในทรัพย์สินมีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ การเวนคืนทรัพย์สินเป็นของรัฐเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐจะต้องมีการชดเชยค่าเสียหายที่เป็นธรรมและชดเชยก่อนที่รัฐจะดำเนินการเวนคืนทรัพย์สินเหล่านั้น” ¹⁷⁸

2) การคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้แรงงาน

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า ตามอารัมภบทของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ผู้ใช้แรงงานสามารถมีส่วนร่วม โดยผ่านผู้แทนของตนในการตัดสินใจเกี่ยวกับเงื่อนไขในการทำงานและการบริหารจัดการบริษัทโดยตัดสินว่า “สิทธิในการมีส่วนร่วมในการกำหนดเงื่อนไขในการทำงานและการบริหารจัดการบริษัท มีสถานะเป็นหลักการในทางรัฐธรรมนูญ” (คำวินิจฉัยที่ 77-79 ลงวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ.1977 และคำวินิจฉัยที่ 80-128 ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ.1981) เช่นเดียวกับสิทธิในการเลือกตั้งสหภาพแรงงาน (คำวินิจฉัยที่ 83-162 ลงวันที่ 19-20 กรกฎาคม ค.ศ. 1983) และสิทธิในการหยุดงาน (คำวินิจฉัยที่ 80-117 ลงวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ.1980)

อย่างไรก็ตาม หลักสิทธิในการมีส่วนร่วม หลักสิทธิในการจัดตั้งสหภาพแรงงาน และหลักสิทธิในการหยุดงาน จะต้องสอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญอีกหลักหนึ่งก็คือ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และหลักการคุ้มครองสุขภาพและความปลอดภัยของบุคคลและทรัพย์สิน ภายใต้แนวความคิดที่เรียกว่า “บริการขั้นพื้นฐาน”

แต่ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่า “เสรีภาพในการมีส่วนร่วมในการตกลงเงื่อนไขในการทำงานและการบริหารจัดการบริษัท จะเกิดขึ้นได้ก็แต่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร” ¹⁷⁹

1.6.3 การคุ้มครองในเรื่องหลักความเสมอภาค

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 80-125 ลงวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ.1980 ว่า “ เพื่อปกป้องสิทธิของผู้เยาว์ในเรื่องของกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการข่มขืน

¹⁷⁸ อภิญา แก้วกำเนิด. (2544). การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ เปรียบเทียบกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศสและไทย วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 134.

¹⁷⁹ C.E.juliet 1986. *Syndicate des commissaries de police et des haults fonctionnariess de ta police* (R.D.P , 1987, p168) อ้างใน สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 73 หน้า 28.

กระทำชำเราและคดีอาญาที่กระทบต่อจารีตประเพณีและศีลธรรมอันดี การแยกการกระทำระหว่างบุคคลเพศเดียวกันกับบุคคลต่างเพศ ถือว่าไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ”

คำวินิจฉัยที่ 82-138 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1985 ตัดสินว่า “การที่กฎหมายจำแนกการกระทำ ความผิดทางอาญา โดยมีหลักการที่ชัดเจนเพื่อนำสู่การนิรโทษกรรม ไม่ถือว่าขัดกับหลักความเสมอภาค

คำวินิจฉัยที่ 85-196 ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1985 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตัดสินว่า “ ระบบการเลือกตั้งจะต้องเหมือนกันทั่วประเทศ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกกฎหมายพิเศษขึ้นสำหรับใช้ในกรณีสถานการณ์ไม่ปกติที่เกิดขึ้นในดินแดนโพ้นทะเลของประเทศฝรั่งเศส ไม่ถือว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค”

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีคำวินิจฉัยในเรื่องที่เกี่ยวกับภาษีและเงินอุดหนุนให้แก่ประชาชน ดังนี้¹⁸⁰

คำวินิจฉัยที่ 86-225 ลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1987 ตัดสินว่า “การกำหนดเงื่อนไขของที่พักอาศัยอย่างหนึ่งอย่างใดของที่พักอาศัย เพื่อที่รัฐจะให้เงินอุดหนุนเกี่ยวกับที่พักอาศัยแก่ประชาชน ไม่ถือว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค ”

คำวินิจฉัยที่ 84-184 ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1984 ตัดสินว่า “ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกหลักเกณฑ์ เพื่อให้ประโยชน์ทางภาษีกับกิจการหนึ่งกิจการใดที่มุ่งให้เกิดผลประโยชน์แก่ส่วนรวม โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลนิธิและสมาคมที่ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม”

1.7 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนโดยทางศาล

กล่าวได้ว่า ในประเทศฝรั่งเศสนั้น องค์กรศาลเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐจักต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ นอกจากนี้แล้ว ศาลยังต้องเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ลงโทษผู้ซึ่งละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ได้รับการละเมิด ส่วนองค์กรที่กระทำละเมิดซึ่งแบ่งได้ 2 องค์กร คือ ฝ่ายนิติบัญญัติกระทำละเมิดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพ กรอบของการควบคุมอยู่มีการควบคุมกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นมิให้ขัดรัฐธรรมนูญและองค์กรบริหาร ฝ่ายปกครอง และปัจเจกชนละเลยไม่สนใจกฎหมายใดๆ ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติหรือกฎหมายแห่งกฎหมาย และได้ทำการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองในเกณฑ์ข้างต้น ข้อมตกเป็นหน้าที่ของตุลาการที่จะทำการวินิจฉัยและแก้ไขปัญหาเหล่านี้ไป¹⁸¹

¹⁸⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 25 หน้า 231.

¹⁸¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 48 หน้า 211 – 212.

มรดกทางความคิดและอุดมการณ์จากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ความเป็นเอกอของฝ่ายรัฐสภานั้น สะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการทางการเมืองที่มี ระยะเวลาอันยาวนาน ได้คัดรูปแบบของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ออกไป ศาลยุติธรรม ศาลปกครองต่างก็ไม่วั้จ้กระบบการควบคุมดังกล่าว มาปรากฏระบบการ ควบคุมดังกล่าวในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ที่ได้สร้างรูปแบบเบื้องต้นของการควบคุมแบบป้องกัน การขาดการควบคุมโดยศาลทั่วไป ขณะที่คิดว่ากฎหมายฉบับหนึ่งน่าจะขัดรัฐธรรมนูญ องค์การศาล ทั่วๆ ไปย่อมต้องได้รับการร้องเรียนให้พิจารณาในกรณีดังกล่าวเสมอๆ ศาลยืนยันว่า ศาลไม่มี อำนาจตรวจสอบ ศาลปกครองก็ปฏิเสธที่จะตรวจสอบในกรณีดังกล่าว และยอมรับแต่เพียงว่า มี อำนาจตรวจสอบแต่เฉพาะ นิติกรรมของฝ่ายปกครองและของฝ่ายบริหารที่ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญเท่านั้น เมื่อกรณีดังกล่าวเป็นนิติกรรมของฝ่ายนิติบัญญัติ เมื่อถือตามหลักการแบ่งแยก หน้าที่เป็นนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการแล้ว กรณีดังกล่าว ศาลปกครองจะไม่เข้าไปแทรกแซงนิติ กรรมของฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้แล้ว ศาลปกครองยังยืนยันถึงการไม่มีอำนาจในการตรวจสอบ นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มาจากกฎหมายที่เป็นฐานในการออกนิติกรรม ทางปกครองนั้น ผลก็คือกฎหมายเป็นฉากกั้นระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ¹⁸²

การขาดการควบคุมโดยศาลทั่วๆ ไป ขณะที่คิดว่ากฎหมายฉบับหนึ่งน่าจะขัด รัฐธรรมนูญ องค์การศาลทั่วๆ ไปย่อมต้องได้รับการร้องเรียนให้พิจารณาในกรณีดังกล่าวเสมอๆ ศาลยืนยันว่า ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบ ศาลปกครองก็ปฏิเสธที่จะตรวจสอบในกรณีดังกล่าว และ ยอมรับแต่เพียงว่า มีอำนาจตรวจสอบแต่เฉพาะนิติกรรมของฝ่ายปกครองและของฝ่ายบริหารที่ขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น เมื่อกรณีดังกล่าวเป็นนิติกรรมของฝ่ายนิติบัญญัติ เมื่อถือตาม หลักการแบ่งแยกหน้าที่เป็นนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการแล้ว กรณีดังกล่าว ศาลปกครองจะไม่ เข้าไปแทรกแซงนิติกรรมของฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้แล้ว ศาลปกครองยังยืนยันถึงการไม่มี อำนาจในการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มาจากกฎหมายที่เป็นฐาน ในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น ผลก็คือกฎหมายเป็นฉากกั้นระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับ รัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญ

องค์การศาลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพเป็นบทบาทในฐานะผู้ป้องกันระเบียน สังคม จึงมีหน้าที่ในการปราบปรามผู้ละเมิดในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ทำให้เห็นว่า ระบบการปราบปรามจึงเหมาะสมในการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะเดียวกัน

¹⁸² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 48 หน้า 217 – 218.

ศาลยังมีบทบาทในการป้องกันสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของฝ่ายปกครองหรือบุคคลอื่นด้วย ซึ่งจะส่งมอบเรื่องดังกล่าวนี้ให้แก่ศาลที่เกี่ยวข้องที่มีอำนาจ ซึ่งถ้าเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนด้วยกัน ส่วนอีกศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจใช้ระบบศาลเดี่ยวแบบแองโกลแซกซอนหรือระบบศาลคู่แบบฝรั่งเศส ซึ่งในระบบอังกฤษนั้น โดยจารีตประเพณีปฏิเสธที่จะให้ใช้กฎหมายที่แตกต่างกันในกรณีพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนหรือระหว่างประชาชนกับประชาชนด้วยกันเอง และเห็นว่าไม่ว่าการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพนั้น ไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือเอกชน ก็ต้องขึ้นศาลเดียวกันและใช้วิธีพิจารณากระบวนการเดียวกันทั้งสิ้น ซึ่งแตกต่างไปจากฝรั่งเศส ซึ่งเคยชินกับการแยกศาล ไม่ว่าศาลยุติธรรม ซึ่งมีกระจายอยู่ทั่วไปในฝรั่งเศสหรือศาลพิเศษ เช่น ศาลบัญชี ศาลป่าไม้และศาลชลประทาน หลักการของระบบศาลคู่ได้นำไปสู่การแบ่งแยกเขตอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม โดยเป็นการปกป้องสิทธิระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเป็นเขตอำนาจศาลยุติธรรม ในขณะที่การปกป้องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนต่อการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นเป็นเขตอำนาจศาลปกครอง¹⁸³

2. การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.1 พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

แม้ว่าในปัจจุบันจะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า สาธารณรัฐเยอรมันเป็นหนึ่งในประเทศชั้นนำของโลก ที่เป็นประเทศตัวอย่างของการจัดระบบการเมืองการปกครองที่มีความมั่นคง มีประสิทธิภาพและมีความเป็นประชาธิปไตยและมีเสถียรภาพดีมากที่สุดตาม แต่อย่างไรก็ตามกว่าที่เยอรมันจะพัฒนาได้ไกลถึงขนาดนี้ ย่อมผ่านประสบการณ์อันยุ่งยากมาไม่ใช่น้อย การพยายามออกแบบและสร้างรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับเยอรมันนั้นต้องผ่านอุปสรรคมากมาย กว่าที่จะเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตย และสามารถสร้างความเป็นธรรมและมีความเสมอภาคได้ การพัฒนาด้านสิทธิและเสรีภาพของรัฐธรรมนูญเยอรมัน อาจลำดับความได้ดังนี้¹⁸⁴

¹⁸³ เกரியงไกร เจริญชนาวัดน์ เรื่องเดียวกัน เจริญบรรณที่ 48 หน้า 230 – 233.

¹⁸⁴ อภิญาญา แก้วกำหนด เรื่องเดียวกัน เจริญบรรณที่ 179 หน้า 75 – 90.

1. รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 1871 (ฉบับบิสมาร์ค)

หลังจากมีความพยายามสร้างชาติให้เป็นปึกแผ่น โดยการรวมชนชาติเผ่าต่างๆ เป็นเวลานาน ค.ศ. 1871 พระเจ้าวิลเฮล์มที่ 1 ประมุขของประเทศปรัสเซียและมีบิสมาร์ค เป็นนายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ได้สถาปนาพระองค์ขึ้นดำรงตำแหน่งประมุขของประเทศสหพันธรัฐเยอรมันเหนือ ตลอดจนสถาปนาประเทศให้เป็นอาณาจักร ที่เรียกกันว่า อาณาจักรเยอรมัน (Das Deutsches Reich) และสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักสำคัญในการปกครองประเทศ และให้เรียกประมุขที่มีตำแหน่งสูงสุดในประเทศว่า “ไกเซอร์” (Kaiser) เนื่องจากบุคคลสำคัญที่ทำหน้าที่ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้แก่ บิสมาร์ค จึงเรียกรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ค

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ กำหนดโครงสร้างทางด้านการเมืองและการปกครองในลักษณะที่คล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า ซึ่งอยู่ในขณะที่เยอรมันยังคงสถานภาพของสหพันธรัฐเยอรมันเหนือ แต่ที่เป็นพัฒนาการอยู่ตรงที่มีการปรับปรุงเนื้อหาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศปรัสเซียกับประเทศอื่นๆ ให้มีความแน่นแฟ้นกว่าเดิม และมีการผนวกหลักการสำคัญต่างๆ ตามระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยเข้าด้วยกัน เช่น หลักการรวมอำนาจ, หลักการกระจายอำนาจ เป็นต้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้ม็องส์กรของรัฐที่สำคัญ ได้แก่

1.1 สภามุนเดสราท (Bundesrat) เป็นสภาผู้แทนของรัฐต่างๆ ทำหน้าที่เป็นสภานิติบัญญัติร่วมกันร่วมกับสภาไรชส์ทาก (Reichtag) มีอำนาจชี้ขาดปัญหาข้อขัดแย้งระหว่างรัฐต่างๆ และเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของแต่ละรัฐ

1.2 สภาไรชส์ทาก (Reichstag) เป็นสภาผู้แทนราษฎรที่ประชาชนเลือกตั้งโดยตรง สภานี้ทำหน้าที่เฉพาะในทางนิติบัญญัติเท่านั้น แต่ไม่มีหน้าที่หรือเข้าไปเกี่ยวข้องกับ การตั้งรัฐบาลแต่ประการใด

1.3 ไกเซอร์ (Kaiser) ได้แก่ ประมุขของจักรวรรดิ โดยกษัตริย์ของประเทศปรัสเซีย จะดำรงตำแหน่งนี้ ไกเซอร์มีสถานภาพเป็นหัวหน้าของประมุขของรัฐต่างๆ แต่ในทางปฏิบัตินี้ ตำแหน่งนี้มีอิทธิพลมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งสามารถเผด็จการได้โดยแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นตำแหน่งที่สภาผู้แทนราษฎรไม่จำเป็นต้องให้ความเห็นชอบ ไกเซอร์ใช้อำนาจของตนเองผ่านทางสภามุนเดสราท ซึ่งผู้แทนของประเทศปรัสเซียกุมเสียงข้างมากในสภาอยู่ตลอดมาและต่อเนื่อง นอกจากนี้แล้ว ไกเซอร์ยังมิฐานะเป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุด และ ยังอาจใช้อำนาจของตนเองผ่านทางรัฐมนตรีจากประเทศปรัสเซียจะทำหน้าที่เป็นปลัดกระทรวงของกระทรวงต่างๆ ของจักรวรรดิได้ด้วย

จะเห็นได้ว่า แม้ประเทศปรัสเซียจะมีขนาดใหญ่มากที่สุด ในจักรวรรดิเยอรมัน แต่มิได้หมายความว่า การปกครองในรูปสหพันธรัฐเช่นนี้ จะสามารถก่อกองสิทธิ์หรืออำนาจใดๆ

ให้แก่ชาวปรัสเซียมากกว่าประชาชนจากรัฐอื่นๆ ในจักรวรรดิ นั่นคือ ประชาชนไม่ว่าจะเป็นชาวรัฐใดๆ ย่อมมีสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันและมีความเสมอภาคทั่วหน้ากัน

2. รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 1919 (รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์)

จากนโยบายของการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ตำแหน่งไกเซอร์ ตามที่รัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์คได้ออกแบบไว้ ทำให้กษัตริย์ของปรัสเซียซึ่งดำรงตำแหน่งนี้ โดยเฉพาะในสมัยของพระเจ้าวิลเฮล์มที่ 2 (Wilhelm II) ซึ่งเป็นองค์รัชทายาทของพระเจ้าวิลเฮล์มที่ 1 พระองค์ดำเนินนโยบายทางการเมืองการปกครองและการต่างประเทศ ในลักษณะของการโดดเดี่ยวตัวเองออกจากชาติอื่นๆ ในยุโรป เพื่อมุ่งเน้นการแข่งขันด้านกองกำลังทหารและอาวุธยุทโธปกรณ์ในยุค การล่าอาณานิคมแข่งขันกับจักรวรรดิอังกฤษ รัสเซียและฝรั่งเศส และในที่สุดได้ประกาศสงครามกับฝ่ายพันธมิตร จนนำไปสู่การเกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 (ค.ศ.1914 – 1918) เมื่อสิ้นสุดสงคราม ปรากฏว่าเยอรมันเป็นฝ่ายแพ้สงคราม จึงถูกบังคับให้จำต้องยอมรับข้อตกลงต่างๆ ตามสนธิสัญญาสันติภาพที่ฝ่ายพันธมิตรที่ชนะสงครามบีบบังคับให้ต้องทำในค.ศ.1919 ณ พระราชวังแวร์ซายส์ ของฝรั่งเศส สนธิสัญญาฉบับนี้จึงมีชื่อว่า สนธิสัญญาแวร์ซายส์ อันเป็นผลให้ประเทศเยอรมันต้องเสียอาณานิคมสำคัญๆ ไปจำนวนมากและฐานะของประเทศกลับยากจนลงอย่างมาก ที่สำคัญประเทศเยอรมันมีภาระต้องชดใช้หนี้สินจากค่าประติมากรรมสงครามให้แก่ประเทศต่างๆ ที่เป็นฝ่ายพันธมิตร เหตุการณ์นี้ทำให้ไกเซอร์วิลเฮล์มที่ 2 สูญเสียคะแนนนิยมจากประชาชนอย่างฮวบฮาบทำให้ประเทศเยอรมันในยุคนั้นตกอยู่ท่ามกลางความวุ่นวาย แนวคิดทางการเมืองการปกครองในสมัยนั้นมีความเห็นไม่ลงรอยกันเป็นอย่างมาก บางฝ่ายเห็นว่ารูปแบบการเมืองการปกครองแบบเดิมนั้นเหมาะสมแล้ว ในขณะที่หลายฝ่ายกลับมองว่าควรทำให้มีรูปแบบการเมืองการปกครองแบบใหม่ จึงจะเหมาะสม จนในที่สุด พระเจ้าวิลเฮล์มที่ 2 จำต้องตัดสินพระทัยสละราชสมบัติ

จากสถานการณ์ที่เป็นอยู่ จึงทำให้สังคมเยอรมันในขณะนั้นส่วนใหญ่มีแนวความคิดว่าน่าจะมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการเมืองการปกครองจากเดิมรูปแบบประเทศจักรวรรดิ มาเป็นการเมืองการปกครองรูปแบบใหม่เป็นสาธารณรัฐ ทั้งที่ในตอนแรกนั้นกลุ่มการเมืองต่างๆ ก็มีได้ประสงค์จะให้ในรูปแบบการปกครองสาธารณรัฐ แต่เห็นว่าเป็นลักษณะรูปแบบการเมืองการปกครองที่น่าจะดีกว่ารูปแบบไกเซอร์ ที่เหมาะสมในขณะนั้นและใช้เพียงชั่วคราว และต่อมามีสถานการณ์ความตึงเครียดทางการเมืองการปกครอง เมื่อกลุ่มทหารเรือได้ก่อการกบฏ เมื่อปราบเหตุการณ์ดังกล่าวได้แล้ว กลุ่มผู้มีอำนาจทางการเมืองการปกครองในขณะนั้นเห็นพ้องต้องกันว่า ต้องมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาแห่งชาติ (Nationalversammlung) เพื่อทำหน้าที่เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ จึงทำให้มีการพิจารณาให้รูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐเป็นหลักการสำคัญอันชัดเจนในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ค.ศ. 1919 สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ประชุมกันที่

เมืองไวมาร์ เพื่อพิจารณาเรื่องสำคัญต่างๆ ของความผูกพันในผลทางกฎหมายของเยอรมันจากข้อตกลงต่างๆ ในสนธิสัญญาแวร์ซายส์ นอกจากนี้ยังเสนอให้มีการพิจารณาหารือกันถึงกรณีที่จะจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมา จึงนิยมเรียกรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ร่างขึ้นนี้ตามชื่อเมืองที่จัดให้มีการประชุม ว่า รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ขณะเดียวกันสภาร่างรัฐธรรมนูญเสนอให้มีการจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราวแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน จนกว่าจะได้มีการประกาศใช้บังคับด้วยรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ในคราวนั้นได้มีการคัดเลือกบุคคลที่สมควรแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีเป็นการชั่วคราวจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยได้ฟรีดริช เอเบิร์ต (Friedrich Ebert) อดีตสมาชิกสภาไรชท์ทากเดิมเป็นประธานาธิบดีชั่วคราว ซึ่งเขาได้รับมอบหมายงานจากสภาร่างรัฐธรรมนูญให้จัดตั้งรัฐบาลชั่วคราวจนกว่าจะมีการประกาศใช้บังคับด้วยรัฐธรรมนูญฉบับถาวร โดยการดำเนินงานของสภาร่างรัฐธรรมนูญมี 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรกได้ยกร่างรัฐธรรมนูญชั่วคราวให้ใช้บังคับเป็นการชั่วคราวก่อน เพื่อกำจัดสภาพความวุ่นวายในประเทศภายหลังสงครามโลก ขั้นตอนที่ 2 พิจารณาจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวร โดยมีการยกร่างและพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับถาวร โดยใช้เวลานานถึง 8 เดือน และในที่สุดก็สามารถประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรได้เมื่อวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 1919 อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับถาวรนี้มีได้ผ่านการลงประชามติจากประชาชนชาวเยอรมัน เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ได้วางข้อกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจอนุมัติให้รัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นมีผลบังคับใช้เป็นการถาวรได้เลย จึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์เกิดขึ้นได้เนื่องจากปัญหาความล้มเหลวและผิดพลาดของรัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์คนั่นเอง

รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ เป็นรัฐธรรมนูญที่มีจุดเด่นอยู่ 2 ประการหลักๆ ได้แก่ ประการแรก ได้นำเอาหลักการรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชาวเยอรมัน มาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ประการที่สอง ได้แก่ การประยุกต์ใช้รูปแบบการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตยระบบรัฐสภาของอังกฤษ โดยพยายามปรับปรุงให้เหมาะสมและสอดคล้องกับวิถีชีวิตของชาวเยอรมันที่สำคัญ คือ การกำหนดโครงสร้างและระบบความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์นี้ประกอบด้วยหลักการสำคัญต่างๆ ดังนี้

2.1 กำหนดให้ประเทศเยอรมันจัดรูปแบบรัฐเป็นแบบสาธารณรัฐ โดยมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐ และได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน โดยถือว่ารัฐต่างๆ ที่มาประกอบกันเป็นสหพันธรัฐมีฐานะเป็นเพียงมลรัฐ โดยมีทั้งหมด 17 มลรัฐ แต่ละมลรัฐก็มีรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐ กำหนดหลักเกณฑ์ในการปกครองในมลรัฐของตนเองโดยเฉพาะ จะเห็นว่า มลรัฐทุกมลรัฐมีอำนาจลดลง โดยเมื่อเทียบ

ระหว่างรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์กับรัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ค โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการลดอำนาจด้านนิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐลงมา

2.2 กำหนดรูปแบบการปกครองประเทศในระบบสหพันธรัฐ โดยมีการจัดแบ่งอำนาจระหว่างอำนาจของมลรัฐและอำนาจของสหพันธรัฐไว้อย่างชัดเจน แต่มลรัฐทุกแห่งยังคงมีอำนาจทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ แต่มีการรวมศูนย์อำนาจให้แก่สหพันธรัฐมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากคำปรารภของรัฐธรรมนูญ มีข้อความว่า “ชนชาวเยอรมันผู้มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในเผ่าพันธุ์” และมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ บัญญัติว่า “ดินแดนแห่งอาณาจักรเยอรมันประกอบด้วยดินแดนแห่งมลรัฐต่างๆ” ซึ่งจะเห็นว่าแม้มีรูปแบบการปกครองในรูปของสหพันธรัฐก็ตาม แต่ยังคงอ้างหลักการของความเป็นรัฐเดี่ยวไว้มาก นอกจากนี้ เนื่องจากในคราวสงครามโลก ประเทศเยอรมันเป็นผู้แพ้สงคราม จึงต้องจัดการหาเงินเพื่อใช้หนี้ค่าปฏิกรรมสงคราม จึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์ด้านความมั่นคงเพิ่มเติม เช่น ให้สหพันธรัฐมีอำนาจในการจัดเก็บภาษีอากรเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก ในกรณีของการทหารและป้องกันประเทศ ทหารของแต่ละมลรัฐอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาและสั่งการของสหพันธรัฐอย่างเด็ดขาด เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ลดอำนาจนิติบัญญัติของมลรัฐลง แต่แต่ละมลรัฐยังมีอำนาจในการบริหารงานและกำกับดูแลบังคับบัญชาตำรวจเช่นเดิม

2.3 กำหนดหลักการที่ว่า อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชน ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

2.4 กำหนดโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติตามระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยระบบรัฐสภาของอังกฤษ

2.5 การเลือกตั้งผู้แทนปวงชนทุกประเภท ให้ใช้ระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วน

2.6 มีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชาวเยอรมันไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้

สำหรับการจัดองค์กรของรัฐนั้น รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์กำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐต่างๆ แต่องค์กรของรัฐที่สำคัญ ประกอบด้วย

1. สภาผู้แทนราษฎรของสหพันธรัฐหรือสภาไรชท์ทาก (Reichstag) มีอำนาจหน้าที่ในกิจการด้านนิติบัญญัติและทำหน้าที่ควบคุมดูแลการบริหารงานของรัฐบาล โดยนายกรัฐมนตรีต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎรนี้ ซึ่งสภานี้ประกอบด้วยพรรคการเมืองต่างๆ ที่สำคัญในขณะนั้น ได้แก่ พรรคนาซีคอมมิวนิสต์ และพรรคการเมืองอื่นๆ โดยพรรคการเมืองสำคัญ คือ พรรคนาซีและพรรคคอมมิวนิสต์ ส่วนพรรคอื่นๆ มีสมาชิกสภาน้อยมาก เพียง 2 - 3 คน สำหรับผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งได้แก่ ประชาชนผู้มีอายุ 20 ปีขึ้นไป

2. สภาผู้แทนของมลรัฐหรือสภาไรช์ทาก (Reichstag) ได้แก่ สภานุคนเดสราท ตามรัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ค ทำหน้าที่ด้านนิติบัญญัติ แต่อำนาจที่แท้จริงกลับถูกลดลงเป็นอย่างมาก คงเหลือเพียงอำนาจในการยับยั้งกฎหมายเท่านั้น และการใช้อำนาจที่เหลือเพียงเล็กน้อยนี้ก็มีใช้อำนาจเด็ดขาด เช่น จะต้องมียกเว้นเสียงของสมาชิกสภาไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 จึงจะมีอำนาจยับยั้งกฎหมายได้ หรือกรณีที่มีการออกเสียงประชามติ ถ้าคะแนนเสียงส่วนใหญ่สนับสนุนเรื่องที่ให้ลงประชามตินั้น สภาไรช์ทากก็ไม่อาจใช้อำนาจยับยั้งคะแนนเสียงจากการลงประชามติได้เลย ทำให้เห็นว่าในสมัยที่รัฐปรัสเซียเรื่องอำนาจก็กุมเสียงข้างมากของสภาไรช์ทากได้ จึงทำให้สถาบันนี้เป็นสถาบันทางการเมืองที่ทรงอิทธิพลยิ่ง ต่อมาเมื่อมีการใช้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์แล้ว อำนาจของสภาไรช์ทากได้ลดลงอย่างมาก ทำให้อำนาจของรัฐปรัสเซียแทบไม่หลงเหลืออีกต่อไป

3. ประธานาธิบดีของสหพันธรัฐ (Reichspräsident) เมื่อประเทศเยอรมันเปลี่ยนแปลงการปกครองมาสู่รูปแบบสาธารณรัฐสหพันธรัฐ ทำให้ตำแหน่งไกเซอร์ซึ่งเดิมเป็นตำแหน่งประมุขของรัฐซึ่งแต่เดิมเคยเป็นได้แต่เฉพาะพระมหากษัตริย์ เปลี่ยนรูปมาเป็นการใช้การเลือกตั้งเป็นเกณฑ์ในการคัดเลือกบุคคลเข้าสู่ตำแหน่ง ซึ่งเรียกชื่อใหม่ว่า ประธานาธิบดี ทำให้สามัญชนก็อาจเป็นประมุขของรัฐได้เช่นกัน ประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์นี้เป็นตำแหน่งที่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 7 ปี นอกจากนี้แล้ว รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ให้ประธานาธิบดีดำรงสถานภาพเป็นประมุขของประเทศ, ตัวแทนของประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุดของเยอรมัน นอกจากนี้แล้วประธานาธิบดียังมีอำนาจอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ได้แก่ อำนาจแต่งตั้งข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ของสหพันธรัฐ เช่น นายกรัฐมนตรี มีอำนาจในการประกาศยุบสภาไรช์ทาก, มีอำนาจประกาศให้มีการออกเสียงเพื่อลงประชามติสำหรับยกเลิกกฎหมายในกรณีที่กฎหมายนั้นๆ ผ่านสภามาแล้ว และมีอำนาจในการตราลัญจกการในภาวะฉุกเฉินด้วย

พัฒนาการที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ทำให้พิจารณาได้อย่างชัดเจนว่า เจตนารมณ์อันแท้จริงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ต้องการลดอำนาจของรัฐปรัสเซีย (รัฐที่ใหญ่ที่สุด) เพื่อทำให้เกิดดุลยภาพที่สมบูรณ์ในการปกครองรัฐในรูปแบบสาธารณรัฐสหพันธรัฐ โดยมีการเพิ่มอำนาจแก่สภาไรช์ทากและสร้างตำแหน่งประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐ เพื่อให้การปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น (สถาบันทางการเมืองของทั้ง 2 สถาบัน ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน) เพื่อทำหน้าที่คอยถ่วงดุลและควบคุมการบริหารของฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) โดยบังคับให้นายกรัฐมนตรีต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาไรช์ทาก โดยต้องบริหารประเทศตามความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ นอกจากนี้แล้ว ยังออกแบบการปกครองให้มีการรวมศูนย์อำนาจการปกครองในบางเรื่องที่สำคัญเพื่อความมั่นคงของประเทศ เช่น

การรวมกำลังทหารทั้ง 3 เหล่าทัพ, การรวมศูนย์อำนาจในการควบคุมการคมนาคมที่สำคัญไว้ที่ส่วนกลาง (สหพันธรัฐ) เช่น การรถไฟ เป็นต้น ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับไวมาะนั้นมุ่งแก้ปัญหาฝ่ายบริหารมีอำนาจมากเกินไป โดยทำให้รัฐสภา ฝ่ายนิติบัญญัติ มีอำนาจที่จะควบคุมฝ่ายบริหาร (นายกรัฐมนตรี) มากขึ้น ซึ่งถือเป็นกลไกมาตรฐานทางการปกครองบนพื้นฐานการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร จึงทำให้มีศูนย์อำนาจทางการเมือง 2 ศูนย์ ได้แก่ รัฐสภาซึ่งมีที่มาจากประชาชน และคณะรัฐมนตรีซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ในสมัยที่ฟรีดริช เอแบร์ต ยังดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี กลไกทางการปกครองดังกล่าว ยังมีผลบังคับตลอดจนมีการปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอยู่อย่างเคร่งครัดตลอดมา

ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ หลังจากที่ประธานาธิบดีฟรีดริช เอแบร์ตพ้นจากอำนาจไป เกิดเหตุการณ์ความวุ่นวายขึ้นในเยอรมันเป็นระยะอยู่ตลอดเวลา ต่อมา พรรคนาซี ซึ่งเป็นพรรคการเมืองภายใต้การนำของฮิตเลอร์เริ่มเรืองอำนาจ มีที่งุมก้างทางทหารที่แข็งแกร่ง และได้รับความนิยมจากชาวเยอรมันในสมัยนั้นเป็นจำนวนมาก สามารถควบคุมเสียงข้างมากในสภาได้โดยเด็ดขาด และยังมีอำนาจควบคุมกองทัพบกได้เด็ดขาด พอถึงคราวเลือกตั้งทั่วไปใน ค.ศ. 1933 สมาชิกพรรคนาซี ได้รับเลือกตั้งเข้ามาในสภาผู้แทนของสหพันธรัฐเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกของสภานี้ ทำให้ฮิตเลอร์ได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี ฮิตเลอร์จึงอาศัยฐานอำนาจในสภาผู้แทนของสหพันธรัฐ ตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจพิเศษแก่ตนเอง เรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า **กฎหมายมอบอำนาจ (Act of Authority Ermächtigungsgesetz)** กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจแก่ฮิตเลอร์แบบเบ็ดเสร็จ กล่าวคือ ฮิตเลอร์เป็นศูนย์กลางแห่งอำนาจของรัฐทั้งอำนาจนิติบัญญัติ, อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งให้อำนาจแก่ฮิตเลอร์ สามารถออกกฎหมายใดๆ ทำให้ตนเองมีอำนาจเพิ่มมากขึ้นในการบริหารจัดการปกครองประเทศอย่างเด็ดขาด โดยไม่จำเป็นต้องขอความเห็นชอบหรือรับฟังความคิดเห็นจากสภาผู้แทนของสหพันธรัฐ ดังนั้น จึงเท่ากับว่า การใช้อำนาจของฮิตเลอร์ทำให้บทบัญญัติใดๆ ที่อยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้เลย จนทำให้มีผู้กล่าวว่า ฮิตเลอร์เป็นจอมเผด็จการแห่งยุคนั้นโดยแท้

นอกจากนี้แล้ว ฮิตเลอร์ยังใช้อำนาจที่ตนเองมีอยู่ไปแก้ไขหลักการต่างๆ ในรัฐธรรมนูญไวมาร์ เช่น เปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองของประเทศจากรูปแบบสาธารณรัฐสหพันธรัฐไปเป็นการรวบอำนาจไว้ที่ตนเองแต่เพียงผู้เดียว โดยที่ฮิตเลอร์จะแต่งตั้งบุคคลที่ตนเองไว้วางใจไปปกครองรัฐต่างๆ ในลักษณะของการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่เรียกว่า ผู้ตรวจการ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นบุคคลที่อยู่ในพรรคนาซีเกือบทั้งหมด จึงอาจถือได้ว่า ฮิตเลอร์ใช้อำนาจเปลี่ยนแปลง

หลักการในการปกครองประเทศเยอรมันเป็นระบบเผด็จการ ซึ่งโดยหลักแล้วอาจจะทำได้เนื่องจากเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารผู้ใช้อำนาจ แต่กลับเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญไว้มาร์เคอบัญญัติรับรองไว้ ไม่อาจมีผลดังเจตนารมณ์ของการจัดทำรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ สิทธิเสรีภาพของประชาชนถูกจำกัดลงโดยสิ้นเชิง และที่สำคัญมากที่สุด ฮิตเลอร์ใช้อำนาจและดำเนินนโยบาย ที่ทำลายหลักกฎหมายที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเด็ดขาดรุนแรง โดยการดำเนินนโยบายดังกล่าว คือ การดำเนินการทุกรูปแบบทุกวิธีการในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชนชาติยิวด้วยความทารุณโหดร้าย จึงอาจกล่าวได้ว่า ประเทศเยอรมันภายใต้การนำของฮิตเลอร์และพรรคนาซี เป็นช่วงที่ประเทศเยอรมันเสื่อมเสียชื่อเสียงมากที่สุดในเรื่องการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ตลอดจนการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทั้งชาวเยอรมันและชนชาติต่างๆ ทั่วโลก

ดังนั้น เมื่อฮิตเลอร์ได้ประกาศสงครามโลกครั้งที่ 2 ต่อฝ่ายสัมพันธมิตรจนกระทั่ง ค.ศ.1945ประเทศเยอรมันประกาศยอมรับความพ่ายแพ้สงครามโดยไร้เงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น ภายหลังจากการพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้อาณาจักรไรน์ที่ 3 ของเยอรมันซึ่งอยู่ภายใต้การนำของฮิตเลอร์สิ้นสุดลง ฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งเป็นฝ่ายชนะสงครามจึงได้เข้ามาปกครองประเทศเยอรมัน โดยแบ่งการปกครองออกเป็น 4 เขต นอกจากนี้แล้วยังร่วมกันกำหนดนโยบายเกี่ยวกับอนาคตของประเทศเยอรมันเพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์การมีผู้นำแบบฮิตเลอร์ ในที่สุดจึงมีการออกแบบที่นำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นในค.ศ. 1949 โดยในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1948 นายกรัฐมนตรีของแต่ละมลรัฐของสหพันธรัฐจำนวน 11 รัฐ ในเขตเยอรมันตะวันตกได้รับเอกสารจากผู้ปกครองเยอรมัน เพื่อดำเนินการให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ และมีการจัดตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ.1949 และคณะกรรมการดังกล่าวได้ยกร่างรัฐธรรมนูญจนแล้วเสร็จเมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1949 จนในที่สุดในวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ให้ความเห็นชอบต่อร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ด้วยคะแนนเสียง 53 ต่อ 12 โดยกำหนดให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 เป็นต้นไป ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ยังมีผลบังคับใช้มาอยู่จนถึงปัจจุบัน ซึ่งเรียกกันว่า **กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – Basic Law)**

สำหรับแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 เป็นการร่างรัฐธรรมนูญโดยใช้หลักการแก้ปัญหาจากการพิจารณาจุดอ่อนของรัฐธรรมนูญฉบับไว้มาร์ ค.ศ. 1919 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ฮิตเลอร์ใช้เสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายมอบอำนาจให้แก่ตนเอง ทำให้การร่างรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานนี้ ต้องมีการออกแบบกลไกสำหรับถ่วงดุลย์และคานอำนาจ ในกรณีที่พรรคการเมืองใดได้เสียงข้างมากในสภา

ผู้แทนราษฎร โดยกลไกดังกล่าว คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่แสดงบทบาทหน้าที่ที่สำคัญในการเป็นผู้รักษากติกาของรัฐธรรมนูญ ให้แก่องค์กรต่างๆ ของรัฐต้องปฏิบัติและดำเนินการกิจหน้าที่ของตนตามกติกาของรัฐธรรมนูญ กล่าวโดยสรุปแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 มีสาระสำคัญต่างๆ อันสะท้อนแนวคิดและหลักทฤษฎีพื้นฐาน ดังนี้

1. มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างชัดเจน ได้แก่ การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และให้องค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งหลายต้องผูกพันโดยตรงต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน มีหลักประกันในการในการตรากฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน และมีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้แก่ การจัดตั้งองค์กรตุลาการ

2. มีการบัญญัติหลักการพื้นฐานของรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้มีการจัดองค์กรและสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้รัฐเยอรมันใช้หลักสาธารณรัฐ (Republik), หลักสหพันธรัฐ (Bunderstaat), หลักประชาธิปไตย (Demokratie) และหลักสังคมนิยม (Sozialstaat) ซึ่งหลักพื้นฐานดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นหลักการสำคัญที่กำหนดลักษณะของรัฐ, อุดมการณ์หรือแนวคิดพื้นฐานที่ใช้เป็นกรอบในการดำเนินงานของรัฐ

3. การจัดโครงสร้างและสถาบันทางการเมือง มีการสร้างสถาบันทางการเมืองที่มีลักษณะพิเศษ โดยการกำหนดให้มี ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุม เพื่อให้องค์กรทั้งหลายดำเนินการกิจของตนภายในกรอบของรัฐธรรมนูญ และเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

กำหนดให้สภามี 2 สภา ประกอบด้วย สภาสูง (Bundesrat) ซึ่งมีสมาชิกมาจากตัวแทนของรัฐต่างๆ และ สภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) และกำหนดให้สภาทั้ง 2 มีสถานะเท่าเทียมกัน

กำหนดให้มีตำแหน่งประธานาธิบดี ที่ได้มาจากการเลือกตั้งจากที่ประชุมสภาสหพันธรัฐ (Bundesversammlung) ซึ่งมีสมาชิกประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และผู้ที่สภามลรัฐเลือกเข้ามาในจำนวนเท่าๆ กัน นอกจากนี้ยังกำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจมากขึ้นและมีความเข้มแข็งมากขึ้น กำหนดให้การลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีจะกระทำได้ ก็ต่อเมื่อมีการเลือกผู้ที่จะเป็นนายกรัฐมนตรีคนใหม่ไว้ด้วย

ปรับระบบการเลือกตั้งและพรรคการเมือง โดยใช้ระบบการเลือกตั้งแบบผสม คือ ระบบเสียงข้างมากและระบบสัดส่วน กำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงมีคะแนนเสียง 2 เสียงในการเลือกตั้ง และปรับระบบพรรคการเมืองให้มีความเข้มแข็งและมีความโปร่งใสมากขึ้น โดยถือหลักว่า พรรคการเมืองเป็นองค์กรทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากแนวคิดและ

ทฤษฎีในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 ซึ่งร่างขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาจากจุดอ่อนของรัฐธรรมนูญฉบับไวมา ค.ศ. 1919 ดังนั้น ตามรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับกันอยู่ในปัจจุบัน จึงส่งผลให้ประเทศเยอรมันมีฝ่ายบริหารที่เข้มแข็งและมีเสถียรภาพมาก ในขณะเดียวกันนั้น องค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบควบคุมองค์กรทางการเมือง ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ ที่ยังสามารถดำรงความเป็นอิสระและเป็นกลางได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้แล้ว ยังมีองค์กรอื่นๆ ของรัฐที่ช่วยทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันก่อให้เกิดผลดีต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีประสิทธิภาพตามไปด้วย

2.2 ที่มาและแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ที่มาของแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญ มีแหล่งกำเนิดมาจากกฎหมายธรรมชาติ แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ มีบทบาทต่อแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายในยุคโรมอย่างมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวความคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย โดยนักปรัชญาทางศาสนาในสมัยตอนปลายของยุคกลางจำแนกกฎหมายออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ กฎธรรมชาติ, กฎสวรรค์และกฎที่มนุษย์สร้างขึ้นโดยโทมัส อควีนาส เรียกกฎที่มนุษย์สร้างขึ้นว่า “mensura unensurata” โดยมีหลักว่าถ้ากฎที่มนุษย์สร้างขึ้นมานั้น หากไปขัดแย้งกับกฎธรรมชาติ กฎที่มนุษย์สร้างขึ้นมาย่อมไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายได้ จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายธรรมชาติมีสถานะเหนือกว่า และผูกพันกับกฎหมายที่ผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายออกกฎหมายมาบังคับใช้ จึงเห็นว่า การจัดลำดับชั้นของกฎหมายเช่นนี้ ทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายและความหมายของลำดับชั้นของกฎหมาย แนวคิดนี้ยังคงมีอิทธิพลต่อนักคิดและนักปรัชญาทางกฎหมายในยุคสมัยต่อมาอยู่ไม่น้อย แม้ว่าแนวความคิดของนักกฎหมายรุ่นใหม่จะอ้างอิงเหตุผลทางด้านตรรกวิทยามากกว่าการอ้างอิงเหตุผลทางเทววิทยา ดังเช่นในยุคกลางที่ผ่านมา

อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติมีบทบาทสำคัญยิ่งในการพัฒนาแนวความคิดทางกฎหมายในสมัยต่อมา โดยแนวคิดกฎหมายธรรมชาตินั้นมีอิทธิพลทั้งในทางรูปแบบ (Formal) โดยถือว่า แนวคิดกฎหมายธรรมชาติได้วางรากฐานเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย และทางเนื้อหา (Inhaltlich) นั้น กฎหมายธรรมชาตินี้มีกฎเกณฑ์ที่สำคัญยอมรับสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มา สิทธิดังกล่าวกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคลด้วยกัน และบุคคลกับรัฐ ซึ่งต่อมาแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มานี้ ได้รับการยอมรับและบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) จึงเป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายสูงสุด จึงเห็นได้ว่า มีแนวคิดการนำเอากฎหมายธรรมชาตินี้มาบัญญัติเป็นลายลักษณ์

อักษรให้เป็นกฎหมายบ้านเมือง เมื่อศึกษาวิวัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในประวัติศาสตร์ยุโรป สามารถแบ่งช่วงของการพัฒนาออกเป็น 4 ช่วง ดังนี้

1. ช่วงที่ 1 เน้นหนักไปในทางการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในทางศาสนา

กล่าวคือ มีแนวคิดที่รัฐต้องมีความเป็นกลางในทางศาสนา และให้ยอมรับว่าเรื่องศาสนานั้นเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล โดยแท้ ดังนั้นบุคคลแต่ละคนย่อมมีเสรีภาพในการนับถือหรือเชื่อในศาสนาที่แตกต่างกันไป

2. ช่วงที่ 2 เน้นหนักไปในทางการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในทาง

เศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิในทรัพย์สิน, เสรีภาพในการทำสัญญา, เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งมีที่มาจากากล่อมสลายนลงของระบอบศักดินา จึงทำให้ชนชั้นกลางซึ่งเป็นชนชั้นที่เกิดขึ้นใหม่ได้เรียกร้องขอมิตรกรรมสิทธิในที่ดิน และเรียกร้องขอเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งมีใ้ได้อยู่ในภาคเกษตรกรรม ทำการผลิตและการค้าใดๆ เช่น ช่างฝีมือ, พ่อค้า เนื่องจากมีกฎหมายห้ามการประกอบอาชีพ โดยเฉพาะพวกขุนนาง

3. ช่วงที่ 3 เน้นหนักไปในทางการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ในทางประชาธิปไตย ได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, เสรีภาพในการชุมนุม, เสรีภาพของหนังสือพิมพ์, เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม ช่วงนี้เป็นการพัฒนาทางสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในการร้องขอเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมือง โดยอาศัยเครื่องมือหรือปัจจัยขั้นพื้นฐานที่เอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมือง ซึ่งได้แก่ เสรีภาพในทางประชาธิปไตย ซึ่งทำให้มีการพัฒนาระบบการปกครองไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยในยุคสมัยต่อมา

4. ช่วงที่ 4 เน้นหนักไปในทางการพัฒนาสิทธิขั้นพื้นฐานทางสังคม ซึ่งได้แก่

สิทธิในการมีงานทำ, การให้หลักประกันในอนาคต, การให้การดูแลด้านสุขภาพอาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การศึกษา เป็นต้น ซึ่งแนวคิดของฝ่ายสังคมนิยม มีแนวคิดที่สิทธิเสรีภาพของฝ่ายเสรีนิยมนั้นเป็นเพียงความเท่าเทียมกันในทางกฎหมายเท่านั้น แต่โดยความจริงแล้ว มนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งจะไม่มีความหมายเลย หากบุคคลกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดในสังคมขาดโอกาส ดังนั้น จึงต้องให้บุคคลเหล่านั้นสามารถเข้าถึงสิทธิและเสรีภาพตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างแท้จริง

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบจุดอ่อนและจุดแข็งของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ค.ศ. 1919 และรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 ซึ่งใช้บังคับกันในปัจจุบัน พบว่าแม้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ จะมีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นลายลักษณ์อักษร เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน แต่รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์มีจุดอ่อนมากที่สุด

ตรงที่มีได้มีบทบัญญัติว่าด้วยหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้แต่ประการใด ต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานที่มีบทบัญญัติอย่างชัดเจนว่า องค์การตุลาการเป็นผู้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยรัฐธรรมนูญฉบับไวมาะนั้น เมื่อจำต้องดูว่ากฎหมายให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้มากน้อยเพียงใด จะต้องพิจารณาจากกฎหมายระดับมลรัฐแต่ละรัฐว่ามีบทบัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้มากน้อยเพียงใดเป็นสำคัญ ดังนั้น ในสมัยที่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับไวมา่ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นไปตามกฎหมายที่แต่ละรัฐบัญญัติไว้ ซึ่งทำให้เห็นปัญหาสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ความไม่เสมอภาคเท่าเทียมกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวเยอรมันในแต่ละรัฐ ประการที่สอง สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแทบจะไม่มี ความหมายเลย เมื่อประชาชนถูกระทบสิทธิ ก็ไม่มีกฎหมายใดรับรองและคุ้มครองให้บุคคลที่ได้รับผลกระทบหรือเสียหายจากการกระทำนั้น ร้องต่อองค์การตุลาการได้ ทำให้บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญฉบับไวมา่ ค.ศ. 1919 ไร้ประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จึงมีความพยายามแก้ไขปัญหาสำคัญทั้ง 2 ประการนี้ โดยคณะกรรมการยกร่าง

เมื่อเยอรมันประสบความพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่ 2 ใน ค.ศ. 1945 จึงมีการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวนี้ได้พิจารณาข้อบกพร่องและจุดอ่อนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับไวมา่ กล่าวแต่เฉพาะในหมวดสิทธิและเสรีภาพ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้ยกร่างโดยยึดหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนี้

1. ต้องมีบทบัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Mensdenwrire, Human Dignity) โดยกำหนดให้ อำนาจอรัฐมีหน้าที่ต้องเคารพและทำหน้าที่คุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่า ในสมัยฮิตเลอร์เรืองอำนาจ มีการสั่งฆ่าทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวเป็นจำนวนมากในยุคพรรคนาซีปกครองประเทศ ดังนั้น เพื่อเป็นการแสดงเจตจำนงของรัฐเยอรมันในอนาคต จึงบัญญัติให้ความเคารพและรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นลายลักษณ์อักษรไว้

2. สิทธิและเสรีภาพของประชาชนย่อมผูกพันโดยตรงต่ออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ด้วยเหตุผลที่ต้องการแก้ปัญหาของรัฐธรรมนูญฉบับไวมา่ที่มีได้มีบทบัญญัติให้อำนาจรัฐต้องผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่กลับให้พิจารณาจากสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการผูกพันของอำนาจรัฐ

3. ต้องมีบทบัญญัติที่แสดงถึงหลักประกันในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยมีการวางหลักประกันในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ดังนี้

ก. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะกระทำได้ที่แต่โดยกฎหมาย และกฎหมายนั้นต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง นอกจากนี้แล้วกฎหมายนั้นต้องระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจดังกล่าวไว้ด้วย

ข. ไม่ว่าในกรณีใดๆ ก็ตาม การกระทำใดๆ ที่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพย่อมกระทำมิได้

4. กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Bundesverfassungsgericht) เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยบทบัญญัติให้บุคคลอาจร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐได้ ในกรณีที่ถูกกระทบสิทธิและเสรีภาพโดยอำนาจมหาชน

ดังนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมัน (กฎหมายพื้นฐานค.ศ. 1949) ได้แก้ไขข้อบกพร่องและจุดอ่อนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นแบบอย่างและนานาชาติประเทศทั่วโลก ให้การยอมรับในหลายๆ ประเทศ เช่นเดียวกับประเทศไทย ซึ่งมีการนำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับกฎหมายพื้นฐานนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้ง ฉบับพุทธศักราช 2540 และฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2550) ในหลายมาตรา ทั้งในลักษณะของรูปแบบและเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพต่างๆ

2.3 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามแนวเยอรมัน

Pierothen และ Schlink แสดงความคิดเห็นว่า สิทธิและเสรีภาพหรือเรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) นั้น อาจมีความหมายได้ 2 นัย ดังนี้

ก. สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่แล้วก่อนที่จะมีรัฐ เสรีภาพและความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลดังกล่าวเป็นเงื่อนไขอันชอบธรรมที่ทำให้เกิดรัฐ ดังนั้น สิทธิในเสรีภาพและสิทธิในความเสมอภาคจึงผูกพันและเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจรัฐ

ข. สิทธิขั้นพื้นฐานรวมทั้งสิทธิทั้งหลาย เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีได้รับมาในฐานะที่เป็นมนุษย์ หากแต่ได้รับมาเพราะว่าปัจเจกบุคคลนั้นเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ สิทธิทั้งหลายนั้นบุคคลล้วนได้รับไปจากรัฐทั้งสิ้น (จากแนวคิดกฎหมายธรรมชาติที่เห็นว่าเสรีภาพและความเสมอภาคนั้นมีอยู่ก่อนแล้วก่อนที่จะมีรัฐ ซึ่งมีความหมายเพียงว่า มนุษย์สามารถใช้สิทธิดังกล่าวนี้โดยไม่จำเป็นต้องอธิบายหรือบอกกล่าวเหตุผลต่อรัฐแต่ประการใด หากแต่ในทางตรงกันข้าม ถ้ารัฐจะจำกัด

สิทธิขั้นพื้นฐานนี้ รัฐต้องอธิบายถึงเหตุผลในการจำกัดสิทธิพื้นฐานเช่นว่านั้น แม้ว่าเยอรมันจะมีการพัฒนาการในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานตลอดมา แต่เยอรมันก็ยอมรับหลักการดังกล่าวนี้)

Pieroth และSchlink ได้ให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายทั่วไปว่า หมายถึง สิทธิของปัจเจกบุคคลอันเป็นสิทธิที่ผูกพันต่อรัฐ ย่อมถือว่า สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีอยู่ในรัฐ¹⁸⁵

Albert Bleckmann แสดงความเห็นว่าการให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐาน อาจให้ความหมายได้ใน 2 ลักษณะ ดังนี้

ก. สิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายในทางเทคนิคกฎหมาย เป็นการนิยามศัพท์ ซึ่งจะเชื่อมโยงไปสู่ผลของกฎหมายในกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐาน หมายความว่า ผลของกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง จะนำมาใช้ในเมื่อเป็นกรณีที่เป็นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานตามความหมายที่กำหนดไว้ ดังนั้น โดยความหมายนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานจึงหมายถึง “เงื่อนไขในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย” นั่นเอง เช่น ผลของกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 GG ย่อมผูกพันต่อความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กำหนดไว้ ซึ่งหากนอกเหนือจากมาตรา 19 แล้ว การให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐาน อาจให้ความหมายในลักษณะอื่นได้ เช่น สิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายของมาตรา 19 วรรค 1 และวรรค 3 ความหมายเฉพาะ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 18 เท่านั้น ในขณะที่ความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายของมาตรา 19 วรรค 2 และการทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักนิติรัฐ ความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมหมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ถึง มาตรา 18 และย่อมหมายความรวมถึง สิทธิขั้นพื้นฐานที่กระจัดกระจายอยู่ในมาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญด้วย

ข. สิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายโดยแท้ เป็นการให้ความหมายโดยไม่คำนึงถึงผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด การให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐานตามความหมายนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานจึงมิได้มีความหมายเฉพาะว่าเป็นสิทธิเรียกร้องให้กระทำการ เป็นการให้หลักประกันในเชิงสถาบัน นอกจากนี้แล้ว สิทธิขั้นพื้นฐานยังเป็นปทัสถาน จากลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่ได้กล่าวถึง จึงอาจนำมาสู่การให้ความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายโดยแท้ว่า หมายถึง ปทัสถานของรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ

¹⁸⁵ Pieroth and Schlink *Grundrechte Staatsrecht* 9 Aufl Heidelberg 1993 p.14 อ้างใน โชคชัย เชื้อชาตย สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน วารสารกฎหมายปกครอง 24,1 (2542): 31-55 หน้า 36.

2.4 หลักประกันการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญ ที่ใช้บังคับกัน ในปัจจุบันในประเทศเยอรมัน ได้วางหลักประกันการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในมาตรา 1 (3) และ มาตรา 19 ดังนั้น การตรากฎหมายอื่นใดที่มีบทบัญญัติในลักษณะ ที่เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติตามมาตราดังกล่าวของรัฐธรรมนูญเยอรมันแล้ว ย่อมทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ใช้บังคับมิได้

มาตรา 1 (3) บัญญัติว่า¹⁸⁶ “สิทธิพื้นฐานที่จะกล่าวดังต่อไปนี้ ย่อมผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง”

มาตรา 19 บัญญัติว่า¹⁸⁷ “

(1) ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย กฎหมายในกรณีนี้จะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป และจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งมิได้ นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวจะต้องกล่าวอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย

(2) ไม่ว่ากรณีใดๆ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นนั้นมิได้

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ให้นำมาใช้กับนิติบุคคลภายในประเทศด้วย เท่าที่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นสามารถนำมาใช้กับนิติบุคคลได้

(4) หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิทางศาลได้ ในกรณีที่ไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม”

จากบทบัญญัติทั้ง 2 มาตรานี้ จึงอาจพิจารณาหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน ได้ดังนี้

2.4.1 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย

หมายความว่า ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง อันมีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีหลักว่า จะต้องพิจารณาในประการแรกว่า มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายในลักษณะนั้นหรือไม่ เนื่องจากถ้าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ให้อำนาจแล้ว การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ย่อมไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับ นอกจากนี้แล้ว การตรากฎหมายนั้นจะกลายเป็นว่า

¹⁸⁶ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล ผู้แปล อังโน เกลิมพล เอกเผ่าพันธุ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 177 หน้า 77.

¹⁸⁷ โชคชัย เชื้อชาชาญ นักกฎหมายกฤษฎีกา 7ว. ผู้แปล เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 186 หน้า 37.

เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างไร้ขอบเขต หรืออาจถึงขั้นที่ประชาชนไม่ได้รับความคุ้มครองการใช้สิทธิและเสรีภาพใดๆ ได้เลย

2.4.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นการทั่วไป ไม่ใช้กับกรณีหนึ่งกรณีใด

เป็นการเฉพาะ

หมายความว่า การจำกัดอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยห้ามมิให้มีการตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาในลักษณะที่เป็นการเฉพาะเจาะจง ทั้งในส่วนของเนื้อหาของกฎหมายและระยะเวลาในการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายที่ตราออกมานั้นต้องไม่ใช้กับบุคคลเฉพาะกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ต้องสามารถบังคับใช้ได้กับทุกๆ คนและทุกๆ กรณีและจะต้องเกิดผลบังคับใช้เป็นการตลอดไป ยกเว้นแต่จะมีกฎหมายฉบับอื่นมายกเลิกการใช้กฎหมายดังกล่าวในภายหลัง

2.4.3 การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ จะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเช่นนั้น (Zitiergebot)

หมายความว่า ในกรณีที่ต้องมีการตรากฎหมายในลักษณะของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ต้องมีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ซึ่งหลักการข้อนี้เป็นไปด้วยความสอดคล้องกับข้อความในมาตรา 19 (1) ซึ่งระบุว่า การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำโดยกฎหมาย สำหรับหลัก Zitiergebot นี้ ประเทศไทยได้นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในมาตรา 29 วรรคสอง หลักนี้มีสาระสำคัญที่ต้องพิจารณาอยู่ 2 เรื่อง คือ

1. ขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ภายใต้หลัก Ziteirgebot จะนำมาใช้กับแต่เฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายอย่างแท้จริงเท่านั้นนอกจากนี้แล้วศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้ยอมรับมาตั้งแต่แรกแล้วว่า หลักนี้มีข้อจำกัดในการใช้บังคับไม่อาจใช้ได้ในทุกๆ กรณี นั่นคือ หลักนี้จะนำมาใช้แต่เฉพาะในกรณีกฎหมายนั้นได้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่แล้ว แต่ต่อมาได้มีการบัญญัติซ้ำในกรณีเช่นเดิมนั้นอีก หรือการบัญญัติขึ้นมาใหม่นั้นมีข้อแตกต่างจากการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเดิมเพียงเล็กน้อยเท่านั้นเนื่องจากหลักนี้ควรใช้แต่เฉพาะกับการแทรกแซงในสิทธิขั้นพื้นฐานที่เพิ่มขึ้นใหม่เท่านั้น

2. ผลของการละเมิดหลัก Ziteirgebot ในกรณีที่มีการละเมิดหลักนี้ จะเกิดผลเช่นใด โดยที่ความคิดเห็นส่วนใหญ่ของตำราเยอรมันยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การอ้างบทมาตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ทำให้กฎหมายนั้นเป็นโมฆะมีเพียงความคิดเห็นของตำราส่วนน้อยเห็นว่า หลักนี้เป็นบทบัญญัติบังคับแต่ในเชิงรูปแบบเท่านั้นหาได้มีผลบังคับในทางปฏิบัติไม่ แต่เป็นเรื่องที่ควรจะทำ แต่ในทรรศนะของผู้เขียน เห็นว่าการที่

กำหนดผลของการไม่อ้างบทบัญญัติมาตราที่ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะมีผลชัดเจนได้แน่นอน ก็ต่อเมื่อต้องกำหนดผลในทางกฎหมายให้ชัดเจนก่อน

แต่ในทางปฏิบัติ ประเทศเยอรมันยังไม่เคยมีเหตุการณ์ที่ละเมิดหลักการนี้ จึงไม่มีตัวอย่างแนวคำพิพากษาหรือวินิจฉัยของศาลในเรื่องดังกล่าวนี้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม การไม่อ้างบทมาตราที่ถูกจำกัดสิทธิ ในทางวิชาการของเยอรมันแล้ว ต้องถือว่ามีผลทำให้เกิดความเป็นโมฆะของกฎหมายฉบับนั้น ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากเหตุผลลำดับชั้นของกฎหมาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ถือว่าการทำเช่นนี้เป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 19 วรรค 1 ประโยคที่ 2 ย่อมถือว่าจะละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่ง R.Herzog เห็นว่า โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายที่เป็นโมฆะนั้น จะมีผลเป็นการย้อนหลัง (ex tunc) แต่ในกรณีของกฎหมายที่เป็นโมฆะในกรณีนี้ควรจะมีผลนับจากปัจจุบัน (ex nunc)¹⁸⁸

2.4.4 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้

หมายความว่า แม้จะมีการตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ก็ไม่ถึงกับมีอำนาจมากพอที่จะทำให้สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นเสียไปตามหลักการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน สำหรับประเทศเยอรมันมีหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้ 2 ทฤษฎี¹⁸⁹ ได้แก่

1. ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์

ตามความเห็นของทฤษฎีนี้ ถือว่า ไม่มีกรณีที่จะอาจกระทำการล่วงละเมิดสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้เลย เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นการคุ้มครองขั้นต่ำที่สุดต่อแก่นของสิทธิและเสรีภาพซึ่งถือเป็นหัวใจของสิทธินั้นๆ โดยทฤษฎีนี้อาจแบ่งสิทธิและเสรีภาพได้ 2 ส่วน คือ ส่วนที่รัฐอาจแทรกแซงต่อสิทธิและเสรีภาพได้ และส่วนที่รัฐไม่อาจล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพได้เลย ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงถือว่า การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไม่จำเป็นต้องพิจารณาการแทรกแซงเป็นกรณีๆ ไป เนื่องจากถ้ามีกฎหมายออกมาแทรกแซง ไปจนถึงขั้นที่กระทบสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวแล้วนั้น ย่อมถือว่าเป็นกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจใช้บังคับได้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน เคยมีคำวินิจฉัยว่า “การแทรกแซงในชีวิตและร่างกายอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ไม่อาจกระทำได้ สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว ถือว่าอยู่ในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ การกระทบกระเทือน

¹⁸⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 6 หน้า 246.

¹⁸⁹ Klaus Stern *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* Band III/2 Allgemeine Lehren der Grundrecht Muenchen 1994 s 865 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 6 หน้า 261.

สาระสำคัญแห่งสิทธิดังกล่าว จึงไม่อาจกระทำได้”¹⁹⁰ ดังนั้น การคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพตามทฤษฎีนี้ จึงเป็นการคุ้มครองในระดับที่ไม่อาจกล่าวล่วงได้ หรือเรียกว่า เป็นการคุ้มครองอย่างสัมบูรณ์ นั่นเอง

2. ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์

ความเห็นทฤษฎีนี้ถือว่า ไม่ควรมีสิ่งใดที่ควรได้รับการคุ้มครองอย่างสัมบูรณ์ เนื่องจากในกรณีที่มีเหตุผลที่หนักกว่าและมีความจำเป็นอย่างยิ่ง การแทรกแซงดังกล่าวจึงมีเหตุผลและความจำเป็นที่จะกระทำได้ แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า จะสามารถทำให้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพได้เสมอไป ดังนั้น การทำให้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาด้วย

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ประเทศเยอรมันเองยังประสบปัญหาสำคัญคือ ไม่อาจกำหนดสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพออกมาเป็นการทั่วไปได้ แต่ก็ยังพยายามใช้ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ดังนั้น ในปัจจุบัน ขอมริบกันว่า การแทรกแซงใดก็ตามที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมถือเป็นการกระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้วย

2.4.5 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

หมายความว่า ในการใช้อำนาจรัฐเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐต้องดำเนินการอย่างพอเหมาะและสมควรที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพเช่นนั้นได้ ซึ่งในที่นี้หมายถึง **หลักความได้สัดส่วน** ซึ่งหลักนี้ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

1. หลักความสัมฤทธิ์ผล หมายความว่า ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจบังคับได้ โดยสามารถเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการ เพื่อให้เจตนารมณ์ของกฎหมายสำเร็จ ล่วงไปได้เท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือการหาความเป็นเหตุเป็นผลของมาตรการที่ออกมาใช้ บังคับกับความความประสงค์ของกฎหมายที่จะให้เกิดขึ้นนั่นเอง

2. หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ฝ่ายปกครองสามารถเลือกมาตรการต่างๆ ที่สามารถดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายบรรลุผลได้ซึ่งมีอยู่หลายมาตรการ แต่ที่เลือกนั้น ฝ่ายปกครองจะเลือกแต่เฉพาะมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หมายความว่า เป็นการสร้างความสมดุลระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชน หรือสังคมโดยรวมกับประโยชน์อันมหาชนจะได้รับจากมาตรการที่ฝ่ายปกครองนำออกมาใช้บังคับ ในที่นี้แม้ว่ามาตรการอันใดอันหนึ่ง

¹⁹⁰ BverfGE 16, 194.

ที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น แม้จะเป็นการกระทบกระเทือนที่น้อยที่สุดแล้ว ยังต้องพิจารณาอีกว่า ผลที่เกิดจากการใช้บังคับกฎหมายฉบับนั้นมีประโยชน์แก่มหาชนมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดกับเอกชนและ/หรือสังคมหรือไม่ ถ้าคำตอบ คือ ไม่ แม้ว่ามาตรการอันนั้นจะกระทบกระเทือนต่อประชาชนน้อยที่สุด ก็ไม่อาจนำมาใช้บังคับได้ แต่ถ้าคำตอบ คือ ใช่ แสดงว่ามาตรการอันนั้นย่อมสามารถนำมาใช้บังคับได้

2.4.6 หลักการคุ้มครองสิทธิโดยทางศาล

หลักดังกล่าวนี้เป็นหัวใจของหลักนิติรัฐ โดยมีการบัญญัติในมาตรา 19 (4) ของกฎหมายพื้นฐาน เนื่องจากหลักนี้เป็นการแสดงออกว่า รัฐยินยอมที่จะให้มืองค์กรที่เป็นอิสระจากอำนาจรัฐ สามารถยื่นมือเข้ามาตรวจสอบการกระทำต่างๆ ของรัฐว่า เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ บทบัญญัติมาตรา 19 (4) จึงเป็นบทที่ทำให้มาตรา 1 (3) มีผลในทางปฏิบัติ เพราะว่า หลักการที่บัญญัติถึงความผูกพันโดยตรงต่อองค์กรของรัฐจะไม่มี ความหมาย ถ้าไม่มืองค์กรศาลเข้ามาเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐว่าการกระทำใดๆ เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างไร มีข้อสงสัยกันว่า อำนาจที่จะละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 (4) นี้ใช้คำว่า “อำนาจมหาชน” ซึ่งหมายความเฉพาะแต่ อำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น ซึ่งแตกต่างไปจากมาตรา 28 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กล่าวว่า อำนาจรัฐนั้น หมายความถึงอำนาจนิติบัญญัติ, อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ เหตุที่เป็นเช่นนี้ เนื่อง จากการตรวจสอบการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเยอรมันนั้น มาตรา 93 (1) 4a มีบทบัญญัติรับรองการตรวจสอบการใช้ใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการอยู่แล้ว โดยองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ นั่นเอง

2.5 การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน

2.5.1 ลักษณะของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน¹⁹¹

รัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในปัจจุบันของเยอรมันหรือกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 บัญญัติให้มืองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ มีรายละเอียดแตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญไทยมาก กล่าวคือ องค์กรณะของศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันแบ่งออกเป็น 2 องค์กรณะ โดยที่จำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันมีจำนวน 16 คน จึงแบ่งออกเป็นองค์กรณะละ 8 คนลักษณะที่สำคัญ คือ

¹⁹¹ เกลิมพงส์ เอกเผ่าพันธุ์ เรื่องเดียวกัน เชียงอรธที่ 177 หน้า 107.

เป็นการแบ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกจากกันโดยเด็ดขาด ตลอดจน กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ อย่างชัดเจนว่าองค์คณะใด จะรับผิดชอบในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ อย่างไรบ้าง ดังนั้น จึงเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันมีลักษณะ “ศาลคู่แฝด” กล่าวคือ มีลักษณะเป็นศาล 2 ศาลซ้อนกันอยู่ในศาลเดียว ซึ่งสามารถสังเกตลักษณะเช่นนี้ได้ อย่างชัดเจนในการระบุดตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้อยู่ในองค์คณะใด

เช่นเดียวกับศาลทั่วโลก แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐจะยึดหลัก ความเป็นอิสระของตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นสำคัญก็ตาม ดังนั้น การพิจารณา วินิจฉัยชี้ขาดคดีขององค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะหนึ่ง จะไม่ถูกตรวจสอบจากองค์คณะ ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีกองค์คณะ แต่ในกรณีที่ที่องค์คณะหนึ่งมีความเห็นทางกฎหมายใน คดีเดียวกันแตกต่างจากอีกองค์คณะที่ได้วินิจฉัยคดีนั้นไปแล้ว และต้องการให้ความเห็นทาง กฎหมายที่แตกต่างกันออกไปนั้นยังมีผลใช้บังคับได้ ก็ให้องค์คณะที่มีความเห็นแตกต่างเช่นนั้น เสนอเรื่องไปยังที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด แต่กรณีเช่นนี้พบได้น้อยครั้ง มาก โดยในที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคน เหตุที่ต้องกำหนดให้มีการเสนอความเห็นที่แตกต่างกัน เข้าสู่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ นั้น ก็ด้วยความต้องการความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง

นับตั้งแต่ ค.ศ. 1986 เป็นต้นมา จำนวนคดีที่มีการฟ้องร้องมายังศาล รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า เพื่อแบ่งเบา ภาระขององค์คณะและเร่งการพิจารณาคดี ให้รวดเร็วขึ้น จึงได้จัดตั้งองค์คณะตุลาการศาล รัฐธรรมนูญ องค์คณะย่อย องค์คณะละ 3 ท่าน ทำหน้าที่หลักในการพิจารณาตรวจคำร้องคดี รัฐธรรมนูญว่า เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่จะมีคำสั่งรับฟ้องไว้หรือไม่

สิ่งที่แตกต่างกันจากประเทศไทย ได้แก่ นอกจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธรัฐจะรับฟ้องคดีรัฐธรรมนูญจากองค์กรสูงสุดตามรัฐธรรมนูญแล้ว ประชาชนบุคคล ธรรมดายังมีสิทธิร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้ด้วย นับได้ว่าเป็นการทำให้รัฐธรรมนูญ เยอรมันมีคุณค่าและสมประโยชน์ในการจัดตั้ง และเป็นกฎหมายที่ยึดหลักการคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง

2.5.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน เฉพาะแต่ส่วนที่ เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้จะมีบทบัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธรัฐเยอรมัน ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ (Grundgesetz)

แล้วก็ตาม แต่ในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ (BVerfGG) มาตรา 13 ยังได้กล่าวถึงเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้ 16 อนุมาตรา ดังนี้

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมันมีอำนาจวินิจฉัยเกี่ยวกับ

1. การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล
2. คดีเกี่ยวกับพรรคการเมือง
3. การตรวจสอบการเลือกตั้ง
4. คดีฟ้องประธานาธิบดีสหพันธ์
5. คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ
6. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรม
7. คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างมลรัฐกับสหพันธรัฐ

โดยเฉพาะเกี่ยวกับการปฏิบัติการตามกฎหมาย

8. คดีข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนอื่นๆ ระหว่าง สหพันธรัฐ กับมลรัฐ หรือระหว่างมลรัฐด้วยกัน เท่าที่ศาลอื่นๆ ไม่ได้กำหนดเขตอำนาจศาลในเรื่องนั้น

9. การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน
10. คดีฟ้องผู้พิพากษาของสหพันธ์หรือของมลรัฐ
11. คดีข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ในกรณีที่กฎหมายของมลรัฐ

ได้กำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

12. การควบคุมมิให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรม
13. การตรวจสอบกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าเป็น

กฎหมายภายในหรือไม่

14. การควบคุมเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการตีความรัฐธรรมนูญ
15. วินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกใช้บังคับก่อนรัฐธรรมนูญปัจจุบันยังมีผลบังคับ

ต่อไปหรือไม่

16. ในกรณีอื่นๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสหพันธ์

เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะว่าเพื่อให้เป็นการบัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐที่กระจัดกระจายอยู่ตามตราต่างๆ ให้นำมาบัญญัติรวมกันไว้ในมาตราเดียวกัน เพื่อให้การนำไปใช้ประโยชน์ง่ายขึ้น สะดวกต่อการนำมาใช้ (กฎหมายพื้นฐานและกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์)

สำหรับเยอรมัน การควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ (การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย) จะดำเนินการกันใน 2 ลักษณะ ได้แก่ การควบคุม

มิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบนามธรรมและ การควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรมซึ่งทั้ง 2 ลักษณะนี้ใช้สำหรับกฎหมายซึ่งได้ผ่านพ้นขั้นตอนทางนิติบัญญัติและได้ประกาศใช้บังคับไปแล้ว ยกเว้นกรณีเดียว ได้แก่ กรณีของกฎหมายที่ออกมาเพื่อเป็นการอนุวัติตามสัญญาระหว่างประเทศที่ได้ทำการตกลงกันเรียบร้อยแล้ว ก่อนที่ประธานาธิบดีจะลงนามและประกาศใช้เป็นกฎหมาย เพื่อก่อให้เกิดความผูกพัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างกฎหมายดังกล่าวได้ และร่างกฎหมายนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วเท่านั้น ที่เป็นเช่นนี้ เนื่องจากป้องกันและหลีกเลี่ยงมิให้ประเทศเยอรมันจะต้องถูกผูกมัดกับกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญของเยอรมันนั่นเอง

1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม

การตรวจสอบกรณีนี้ใช้เมื่อในกรณีที่เป็นที่สงสัย หรือมีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับ กระบวนการหรือขั้นตอนในการตรากฎหมายว่า เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ หรือเป็นกรณีที่เกี่ยวกับปัญหาความชอบหรือความสอดคล้องด้านเนื้อหาของกฎหมาย ของกฎหมายสหพันธ์ หรือกฎหมายมลรัฐสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือระหว่างกฎหมายมลรัฐกับกฎหมายสหพันธ์ โดยที่รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ, รัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐจำนวน ไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของสมาชิกสภาทั้งหมด สามารถยื่นคำร้องหรือเข้าชื่อร่วมกันเพื่อยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐวินิจฉัยกรณีปัญหาดังกล่าวนี้ได้

เป็นที่น่าสังเกตว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมนี้ นอกจากจะใช้บังคับกับกฎหมายทุกประเภททุกฉบับซึ่งได้ตราออกมาตามหลังรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมันฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ.1949 แล้ว ยังสามารถใช้บังคับกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ ที่ประกาศบังคับใช้ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมันฉบับกฎหมายพื้นฐานมีผลบังคับใช้

2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

การตรวจสอบกรณีนี้ ใช้เมื่อเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาล (กำลังมีคดีความอยู่ในศาล) ตามปกติแล้ว ศาลทุกศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่อำนาจที่จะวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายฉบับใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะ เมื่อมีกรณีเช่นนี้ ศาลที่กำลังพิจารณาคดีเห็นว่ากฎหมายฉบับใดที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายของมลรัฐฉบับใดขัดต่อกฎหมายสหพันธ์ และกฎหมายฉบับนั้นเป็นกฎหมายที่ต้องใช้บังคับในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ให้ศาลระงับการพิจารณาคดีนั้นเป็นการชั่วคราวและให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐพิจารณาว่า กฎหมายนั้นๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาล

ต้องทำคำชี้แจงแนบไปด้วยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าอย่างไร และข้อความนั้นอยู่ในกฎหมายฉบับใด และคำพิพากษาของศาลในคดีนั้นขึ้นอยู่กับความมีผลในการบังคับใช้ของกฎหมายฉบับนั้นอย่างไร

เป็นที่น่าสังเกตว่า การส่งกฎหมายเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จำกัดใช้เฉพาะแต่กรณีของกฎหมายที่ได้ผ่านการตราโดยรัฐสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเยอรมันแล้วเท่านั้น ส่วนกฎหมายที่ได้ตราไว้หรือมีผลบังคับใช้ก่อนหน้าที่จะมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐแล้ว ศาลแต่ละศาลย่อมมีหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับนั้นได้เอง โดยที่ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีและได้ตราก่อนรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1949 มีผลบังคับใช้ นั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลย่อมไม่ใช้กฎหมายฉบับนั้นบังคับแก่คดี

กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มีมติว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ และไม่อาจใช้บังคับแก่คดีได้โดยมาตั้งแต่ต้น (ex tunc) แต่ทั้งนี้ย่อมไม่มีผลกระทบต่อคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยที่ได้ตัดสินไปก่อนหน้านี้ แต่สำหรับคดีอาญาที่มีผลถึงที่สุดแล้วนั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยในภายหลังว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิที่จะร้องขอให้มีการรื้อฟื้นคดีดังกล่าวเพื่อนำมาพิจารณาใหม่ได้

2.6 หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดต่อสิทธิและเสรีภาพ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมัน ได้วางหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับหนึ่งฉบับใดละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ดังนี้¹⁹²

ก. การกระทำอันใดอันหนึ่งที่กฎหมายมุ่งหมายจะจำกัดนั้น อยู่ในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่

ข. กฎเกณฑ์ของกฎหมายนั้น เป็นการแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่

ค. การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพเป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น กระบวนการร่างกฎหมายเป็นไปตามขั้นตอนหรือไม่

¹⁹² โชคชัย เชื้อชาชาญ เรื่องเดียวกัน เจงอรรถที่ 186 หน้า 38.

ง. ในกรณีที่เป็นกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ กฎหมายนั้นได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเป็นผู้กำหนดเองนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดสาระสำคัญดังกล่าวได้อย่างพอเพียงหรือไม่ หรือเป็นไปตามหลัก *Parlamentsvorbehalt* หรือไม่

จ. กฎหมายที่จำกัดสิทธินั้นเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

ฉ. กฎหมายที่จำกัดสิทธินั้น เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิจนกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพหรือไม่

ช. กฎหมายที่จำกัดสิทธินั้นเป็นกฎหมายที่บัญญัติเพื่อใช้เฉพาะ แก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือไม่

ซ. กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายที่จำกัดสิทธินั้นได้กล่าวอ้างมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิหรือไม่ (*Zitiergebot*)

ฅ. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ได้กำหนดองค์ประกอบและผลของกฎหมายไว้แน่นอนชัดเจนเพียงพอหรือไม่

ญ. กฎหมายนั้นละเมิดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ (*Gleidietsaty*)

2.7 การใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ (*Verfassungsbeschwerden*)¹⁹³

การใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ หมายถึง กระบวนการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนในสหพันธ์รัฐเยอรมัน อันได้แก่ การนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยบุคคลธรรมดาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อฟ้องร้องคดีซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐกำหนดไว้ ให้หมายถึงการกระทำทุกอย่างทุกประการของฝ่ายที่ใช้อำนาจรัฐ อันได้แก่ การกระทำทางปกครอง, คำพิพากษาของศาล, กฎหมาย และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นๆ ซึ่งเป็นการกำหนดแนวทางให้ประชาชนผู้ถูกหรือเห็นว่าตนเองถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ สามารถใช้สิทธิได้ด้วยตนเองโดยตรง (ซึ่งแตกต่างจากกรณีของประเทศไทยอย่างมาก)

โดยที่สิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1949) ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 1-19 นั้น ได้รับการคุ้มครองจากการถูกระทบสิทธิจากการใช้อำนาจรัฐ โดยประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ตาม มาตรา 93 (1) (4a) (b) เช่น การเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพตามหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ตาม มาตรา 33, สิทธิในการเลือกตั้งตามมาตรา 38 เป็นต้น

¹⁹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). *กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264* กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ หน้า 226 – 229.

จึงเห็นว่าเยอรมันสามารถกำจัดปัญหาและจุดอ่อนจาก รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์¹⁹⁴ ได้เป็นอย่างดี โดยกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ทั้งมีบทบัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน, การให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการสร้างศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งพิทักษ์รักษาและปกป้องรัฐธรรมนูญด้วย, การบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ตลอดจนทำให้ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันโดยตรงต่อองค์กรของรัฐและองค์กรตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กร

2.7.1 หลักการใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ

หลักการใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ ถือเป็นหลักการเยียวยาความเสียหายทางกฎหมายแบบพิเศษ ที่คุ้มครองปกป้องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชาวเยอรมันจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ โดยผู้เสียหายต้องยื่นคำร้องตามมาตรา 93 (1) (4a)¹⁹⁴

2.7.2 ประเภทของสิทธิขั้นพื้นฐานที่สามารถใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญได้

ตามมาตรา 93 (1) (4a) จะเห็นว่าสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 1 นี้ ถ้าถูกละเมิดย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่นอกจากสิทธิเสรีภาพดังกล่าวตามมาตรา 1 แล้ว ยังมีสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 1 – 19 แห่งกฎหมายพื้นฐาน และบทบัญญัติอื่นๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่บัญญัติในกฎหมายพื้นฐานด้วย ได้แก่

1. การละเมิดสิทธิตามกฎหมายพื้นฐานตามมาตรา 20 (4) , มาตรา 33, มาตรา 38, มาตรา 101, มาตรา 103 และ มาตรา 104
2. การละเมิดสิทธิตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 1 - 19
3. การละเมิดสิทธิตามกฎหมายพื้นฐาน หรือสิทธิที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐาน

ดังนั้น หากประชาชนชาวเยอรมันคนใดเห็นว่า ตนเองถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังที่กล่าวมานี้จากการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ ย่อมมีสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่สิทธิในส่วนของคดีแพ่งและคดีอาญา ไม่อาจยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยให้ได้

¹⁹⁴ มาตรา 93 (1) (4a) แห่งกฎหมายพื้นฐาน บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนที่อ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐาน ตามมาตรา 20 (4), มาตรา 33, มาตรา 38, มาตรา 101, มาตรา 103, มาตรา 104 ถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชน อาจใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มาตรา 90 (1) ได้” แปลโดย ปริญญา เทวานฤมิตรกุล อ้างใน เฉลิมพล เอกเผ่าพันธุ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 177 หน้า 86.

2.7.3 ผู้มีสิทธิที่สามารถจะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ

กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มาตรา 90 (1) บัญญัติด้วยคำว่า “บุคคล” ดังนั้น จึงตีความว่าหมายถึงบุคคลธรรมดาทุกคน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นชาวเยอรมันหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ยังรวมความถึงนิติบุคคลด้วย แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาว่าสภาพแห่งสิทธินั้นเปิดช่องให้บุคคลสามารถใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ มากน้อยเพียงใดด้วย ดังนั้น สรุปได้ว่า เมื่อบุคคลใดก็ตามที่เห็นว่า/เชื่อว่าตนเองถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแล้ว ก็สามารถจะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเรื่องของตนเองได้

2.7.4 หลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ

ในการใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญนั้น เรื่องที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้น จะต้องเข้าหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1. เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย, การกระทำทางกฎหมาย หรือคำพิพากษาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มาตรา 90 หมายความว่า การใช้อำนาจรัฐใดๆ ซึ่งเป็นอำนาจมหาชนโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในระดับมลรัฐหรือสหพันธ์รัฐก็ตาม ในการตรากฎหมาย การกระทำหรือการปฏิบัติต่อประชาชนให้แตกต่างไปจากสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือเป็นกรณีที่คำพิพากษาของศาลไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนย่อมเป็นกรณีที่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ข้อนี้

2. เป็นกรณีที่ผู้ใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องถูกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรง และเกิดขึ้นในปัจจุบัน

หมายความว่า เป็นกรณีที่ผู้ที่จะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยตรง และเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเท่านั้น จึงจะเข้าหลักเกณฑ์ตามข้อนี้ ดังนั้น กรณีจึงไม่อาจใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญให้แก่ บุคคลอื่นที่ถูกกระทำละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญได้เลยและ จะเป็นกรณีที่ผู้ใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเหตุที่อาจอ้างว่าจะเกิดการกระทบสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญในอนาคตไม่ได้เลย

3. เป็นกรณีที่ผู้ใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ ที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ไม่อาจได้รับการเยียวยาทางกฎหมายด้วยวิธีการอื่นใดได้อีกแล้ว

หลักเกณฑ์ในข้อนี้ มีสาระสำคัญตรงที่ ผู้จะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ ที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญโดยอำนาจรัฐนั้น ไม่มีวิธีการหรือหนทาง

ใดๆ ที่จะเรียกร้องขอความเป็นธรรมได้อีกแล้ว จึงจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญเพื่อบรรเทาความเดือดร้อนเสียหาย

2.7.5 อายุความสำหรับการใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ

โดยหลักแล้ว กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้จะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ผู้ที่จะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญอาจใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ภายในเวลา 1 ปี นับแต่วันที่กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ หรือมีการประกาศใช้ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ แต่ในกรณีที่เป็นเรื่องการกระทำทางปกครองหรือคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว ผู้ที่จะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญจะต้องยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญภายในเวลา 1 เดือน นับแต่วันที่มีการกระทำที่เป็นการกระทบสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือคำพิพากษาดังกล่าว

แต่ต่อมา หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการผ่อนคลายลงมาก เพื่อให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเพิ่มขึ้น จึงมีกรณีเหตุพิเศษที่อาจใช้สิทธิทางรัฐธรรมนูญเพิ่มขึ้นได้อีก ในกรณีที่

1. ในกรณีที่ผู้ใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญมีอคติความในศาลอื่นๆ และก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยใด ถ้าผู้ใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการจะดำเนินการตามคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยนั้นจะก่อผลอย่างร้ายแรงแก่ตนแล้ว ย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้

2. ในกรณีที่กฎหมายไม่เปิดช่องให้ใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่ถ้าประชาชนเชื่อว่าตนเองถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชน และหากเนิ่นนานเกินไปจะส่งผลเสียหายต่อผู้ที่จะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ ผู้จะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญอาจใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ โดยยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยให้ได้

2.7.6 ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้รับเรื่อง ที่ผู้ใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำทางกฎหมายที่ผู้ใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวอ้างว่าละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้น ละเมิดต่อรัฐธรรมนูญจริงหรือไม่ ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำทางกฎหมายนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มาตรา 65 (3) จะมีผลทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือ

การกระทำทางกฎหมายตามคำฟ้องนั้น มีผลเป็นโมฆะ กล่าวคือ เสียเปล่าไม่มีผลมาตั้งแต่แรก ตามมาตรา 78 , มาตรา 79 และ มาตรา 95

จึงอาจสรุปได้ว่า การใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายที่มีความสำคัญมาก ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ โดยการให้สิทธิแก่ประชาชนที่จะเรียกร้องให้อำนาจตุลาการ เข้ามาปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของตนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่เพียงตรวจสอบว่า ศาลต่างๆ ที่ตัดสินคดีดังกล่าวนั้น ได้กระทำละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น โดยพิจารณาว่าศาลนั้นๆ ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยชัดหรือไม่คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ นอกจากนี้ยังมีหน้าที่พิจารณาว่าคำพิพากษา หรือคำวินิจฉัยของศาลนั้นๆ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของบทกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญมิได้ปฏิบัติในลักษณะซึ่งแสดงว่าตนเป็นศาลที่มีอำนาจเหนือกว่าศาลอื่นๆ ทุกศาล ที่จะสามารถกลับหรือแก้คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีอันถึงที่สุดแล้วในทุกๆ เรื่องหรือทุกๆ กรณีแต่ประการใด ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ สามารถทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันและแก้ไขมิให้อำนาจนิติบัญญัติ, อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการกระทำการอันใดที่เป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นไปตามหลักการประกันสิทธิและเสรีภาพนั่นเอง

2.8 ตัวอย่างการใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1.8.1 กรณีเกี่ยวกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 39, 1¹⁹⁵ วินิจฉัยว่า เด็กในครรภ์มารดา มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แม้ว่าชีวิตของมนุษย์จะเริ่มต้นเมื่อเกิด เนื่องจากการเกิดทำให้มีชีวิตใหม่และบุคลิกภาพของบุคคลใหม่ขึ้นมา ดังนั้น กรณีของการทำแท้งที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หรือการที่รัฐไม่เข้าไปปกป้องชีวิตของเด็กในครรภ์มารดา จึงเป็นการขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ ทำให้กฎหมายอาญาที่ยินยอมให้ทำแท้งได้นั้นขัดรัฐธรรมนูญ จึงมีผลเป็นโมฆะ ไม่อาจใช้บังคับได้

¹⁹⁵ BVerfGE 39, 1.

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 30 , 173 (193)¹⁹⁶ วินิจฉัยว่า แม้นักเขียนนวนิยายจะมีเสรีภาพในงานศิลป์ และได้รับความคุ้มครองเสรีภาพในทางศิลปะจากรัฐธรรมนูญ แต่ผู้ตายก็มีสิทธิส่วนบุคคล ดังนั้น กรณีนักเขียนนวนิยายแต่งนวนิยายพาดพิงเรื่องส่วนตัวของผู้ตายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากบุตรของผู้ตาย จึงเป็นกรณีความขัดแย้งระหว่างเสรีภาพในทางศิลปะของผู้เขียนนวนิยายกับสิทธิส่วนบุคคลของผู้ตาย วินิจฉัยว่า ผู้เขียนนวนิยายจะเขียนเรื่องพาดพิงผู้ตายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากบุตรของผู้ตายไม่ได้

1.8.2 กรณีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 7, 198¹⁹⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีว่า Erich Lueth ซึ่งเป็นประธานสมาคมนักหนังสือพิมพ์ของเมืองฮัมบวร์ก ได้เรียกร้องให้มีการคว่ำบาตร (boycott) ภาพยนตร์ เรื่อง “Unsterbliche Geliebte” ของ Viet Harlan ซึ่งในช่วงอาณาจักรไรซ์ที่ 3 เขาเป็นผู้สร้างภาพยนตร์ต่อต้านยิวและอาหรับ บริษัทผู้สร้างภาพยนตร์จึงฟ้อง Lueth เพื่อให้ละเว้นการคว่ำบาตร โดยอาศัยมาตรา 826¹⁹⁸ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมโดยอาศัยพื้นฐานจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญ จึงวินิจฉัยว่า การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวไม่ขัดต่อมาตรา 826 ของ BGB แต่อย่างใด

คดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิเชิงป้องกันของปัจเจกบุคคลที่มีต่อการกระทำของรัฐ แต่ตามรัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่า สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหลักการขั้นพื้นฐานที่มีผลต่อระบบกฎหมายทุกระบบ ในทางกฎหมายแพ่งเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพจึงมีผลโดยทางอ้อมต่อบทบัญญัติของกฎหมายแพ่ง บทบัญญัติของสิทธิและเสรีภาพมีผลบังคับโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่เป็นการบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัตินั้นๆ ดังนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลตามมาตรา 5¹⁹⁹ ของรัฐธรรมนูญ โดยการเรียกร้องให้มีการคว่ำบาตรนั้น จึงไม่จำเป็นเสมอไปว่า จะเป็น

¹⁹⁶ BVerfGE 30 , 173.

¹⁹⁷ BVerfGE 7 , 198.

¹⁹⁸ มาตรา 826 บัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำการอันเป็นการจัดต่อศีลธรรมอันดี โดยก่อให้เกิดความเสียหายของบุคคลอื่น บุคคลนั้นต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น” อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 82.

¹⁹⁹ มาตรา 5 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็น และการเผยแพร่ได้อย่างเสรี โดยการพูด การเขียน หรือโดยการใช้อุปกรณ์ภาพ และมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลข่าวสารจากแหล่งข้อมูลที่บุคคลอาจเข้าถึงได้เป็นการทั่วไปโดยปราศจากการขัดขวางใดๆ เสรีภาพของหนังสือพิมพ์และเสรีภาพของการ

การละเมิดต่อศีลธรรมอันดีตามมาตรา 826 BGB ดังนั้น การแสดงความคิดเห็นตามกรณีนี้จึงเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 5

1.8.3 กรณีเสรีภาพในการชุมนุม

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 69, 315²⁰⁰ ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า ทางราชการมีมติไม่อนุญาตให้มีการชุมนุมประท้วงเพื่อต่อต้านการใช้พลังงานนิวเคลียร์ที่เมือง Borkdorf ที่อยู่ทางภาคเหนือของประเทศเยอรมัน ซึ่งมีการชุมนุมของประชาชนเพื่อประท้วงต่อต้าน การใช้พลังงานนิวเคลียร์จากการก่อสร้างเครื่องปฏิกรณ์ปรมาณูอยู่เป็นระยะๆ จนกระทั่งได้มีการชุมนุมใหญ่เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1981 ซึ่งมีผู้ชุมนุมเกือบหนึ่งแสนคน และมีเจ้าหน้าที่ตำรวจประมาณหนึ่งหมื่นคนพยายามห้ามไม่ให้ชุมนุม เนื่องจากทางกรมมติไม่อนุญาต ผลจากการประท้วงมีตำรวจได้รับบาดเจ็บ 128 คน และผู้ชุมนุมประท้วงได้รับบาดเจ็บในจำนวนใกล้เคียงกัน จึงมีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า การไม่อนุญาตให้ประชาชนชุมนุมเป็นเรื่องที่ขัดรัฐธรรมนูญ มิอาจจะกระทำได้ ดังนั้น ประชาชนจึงสามารถชุมนุมประท้วงต่อไปได้ (อย่างไรก็ตาม แม้ทางศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะมีคำวินิจฉัยแล้วการก่อสร้างเครื่องปฏิกรณ์ปรมาณูที่เมือง Borkdorf ยังคงดำเนินต่อไป จนกระทั่งสำเร็จ และกลายเป็นเครื่องปฏิกรณ์ปรมาณูแห่งแรกของโลก ภายหลังเกิดอุบัติเหตุนิวเคลียร์รั่วไหลที่เมือง Chernobyl ประเทศรัสเซีย และการชุมนุมประท้วงการใช้พลังงานนิวเคลียร์ที่เมือง Borkdorf ยังคงเกิดขึ้นต่อไป)

คดีนี้ต่อมา ค.ศ. 1985 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางหลักพื้นฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมว่า การใช้เสรีภาพในการชุมนุมเป็นสิทธิของราษฎรในการมีส่วนร่วมในกระบวนการแสดงความคิดเห็นและเจตจำนงทางการเมือง ดังนั้น การจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ตลอดจนการตีความและการใช้กฎหมายดังกล่าว ต้องให้ความสำคัญต่อเสรีภาพขั้นพื้นฐานนี้ เนื่องจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จัดอยู่ในสิทธิที่สำคัญๆ ลำดับแรกๆ ของบรรดาสิทธิทั้งหลาย

รายงานข่าวโดยทางวิทยุและโทรทัศน์ ย่อมได้รับความคุ้มครอง การตรวจสอบข่าวไม่อาจจะกระทำได้” อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 82.

²⁰⁰ วรวิทย์ กนิษฐเสน. (2554). การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมตามกฎหมายเยอรมันและการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมในภาวะปกติตามกฎหมายไทย *วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์* 40 , 1 (มีนาคม) 128 – 147 หน้า 134.

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE ที่ 20, 150²⁰¹ กฎหมายว่าด้วยการชุมนุม ค.ศ.1934 มาตรา 1 ถึง มาตรา 6 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการชุมนุมและการจัดกิจกรรมที่มีลักษณะคล้ายกับการชุมนุมว่า เป็นการกระทำที่จะต้องขออนุญาตในการดำเนินกิจกรรมดังกล่าว และกฎหมายยังกำหนดว่า การชุมนุมและกิจกรรมที่คล้ายการชุมนุมในลักษณะใดบ้างที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ โดยมาตรา 7 ของกฎหมายนี้กำหนดว่าการอนุญาตให้ชุมนุมนั้นเป็นการอนุญาตให้ชุมนุมตามระยะเวลาที่กำหนดให้ และการอนุญาตนั้นอาจถูกยกเลิกเมื่อใดก็ได้ หรืออาจกำหนดภายใต้เงื่อนไขใดๆ ก็ได้ และมาตรา 8 บัญญัติ ห้ามมิให้มีการประกาศแจ้งต่อสาธารณะ ถึงการชุมนุมหรือกิจกรรมที่มีลักษณะคล้ายกับการชุมนุมก่อนที่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ บทบัญญัติดังกล่าวได้รับการกำหนดรายละเอียดในข้อ 4 ถึงข้อ 6 ของกฤษฎีกาว่าด้วยการชุมนุม โดยกฤษฎีกาดังกล่าวได้กำหนดรายละเอียดว่า ภายใต้เงื่อนไขเช่นใดที่จะอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมในความหมายของกฎหมายว่าด้วยการชุมนุม

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยว่า กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ ทำให้สิทธิของบุคคลตามมาตรา 1 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญ สูญเสียไปโดยกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีได้คำนึงว่าจะจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมดังกล่าวมีการบัญญัติข้อห้ามเป็นการทั่วไปในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้แล้ว การกำหนดเงื่อนไขของการอนุญาตให้ชุมนุมดังกล่าวเป็นการขัดต่อสิทธิพื้นฐาน เนื่องจากผู้ขออนุญาตให้มีการชุมนุมไม่มีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่อนุญาตให้มีการชุมนุม กฎหมายก็ได้กำหนดเหตุผลในการให้เหตุผลสำหรับการปฏิเสธ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ

1.8.4 กรณีเสรีภาพในการได้รับข้อมูลข่าวสาร

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE ที่ 27, 71²⁰² วินิจฉัยว่า ในคดี Leipzig – Volksziger นั้น ประชาธิปไตยไม่อาจดำรงอยู่ได้ ถ้าไม่มีการแสดงความคิดเห็นสู่สาธารณะ โดยอิสระ รัฐธรรมนูญมาตรา 1 และมาตรา 2 (1) บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไว้ เสรีภาพในการแสดงออกเป็นสิทธิและเสรีภาพที่จำเป็นสิทธิหนึ่ง ที่จะทำให้บุคคลจะสามารถได้รับข้อมูลข่าวสารจากแหล่งต่างๆ มากเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อเพิ่มพูนความรู้และพัฒนาบุคลิกภาพของบุคคล กระบวนการรับรู้ข้อมูลข่าวสารเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและมีความสำคัญยิ่งของปัจเจกบุคคล ดังนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานว่าด้วยการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร เป็นหลักการที่สำคัญในลำดับต้นๆ ของระบอบเสรีประชาธิปไตย ที่ทำให้ปัจเจกบุคคลมีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสาร

²⁰¹ โชคชัย เชื้อวชาญ เรื่องเดียวกัน เซิงอรรถที่ 186 หน้า 131.

²⁰² BVerfGE 27, 71.

จากหน่วยงานของรัฐต่างๆ ได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานว่าด้วยการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร

1.8.5 กรณีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 8, 274²⁰³ วินิจฉัยว่า หลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ (Die Grundsatz des Rechtsstaates) มีแนวทางว่า การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสำหรับการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งทำให้เกิดภาระแก่ประชาชนนั้นทำได้ แต่กฎหมายที่มอบอำนาจเช่นนั้น ต้องกำหนดเนื้อหาวัตถุประสงค์และขอบเขตอย่างชัดเจนและมีข้อจำกัดว่า การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องอยู่ภายในขอบเขตที่ชัดเจนซึ่งประชาชนอาจคาดหมายได้ ทั้งนี้เป็นผลมาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง (der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung), หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gesetzmässigkeit) และหลักนิติรัฐ ซึ่งเรียกร้องให้องค์กรศาลคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยปราศจากข้อยกเว้นใดๆ สำหรับการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองไปละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคล

จากหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง การมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งทำให้เกิดภาระแก่ประชาชนต้องมีขอบเขตและต้องกำหนดรายละเอียดในการมอบอำนาจนั้นไว้ด้วย โดยที่หลักนี้มีจุดมุ่งหมายว่า การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนเพื่อแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ต้องสามารถคาดหมายได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยกฎหมายจะต้องบัญญัติถึงเนื้อหาของภารกิจของฝ่ายปกครอง และไม่จำกัดอยู่กับหลักการพื้นฐานที่ยึดถือกันโดยทั่วไป รวมทั้งการให้มีผลผูกพันต่อกฎหมายแต่เพียงในทางรูปแบบนั้น ยังไม่เพียงพอ อีกทั้งกฎหมายยังกำหนดเงื่อนไขที่ครอบคลุมในการใช้อำนาจดุลยพินิจของฝ่ายบริหารที่จะกำหนดขอบเขตเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ดังนั้น ประเด็นนี้ กฎหมายดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

จากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ถ้าเป็นกรณีที่ไม่มีกรณีสั่งให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารไว้อย่างสมบูรณ์ ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ดำเนินการตามกฎหมายเพียงเท่าที่มีการมอบอำนาจไว้ ดังนี้ ถ้าฝ่ายบริหารไม่ดำเนินการดำเนินการตามกรอบกฎหมาย และไม่ปฏิบัติตามแนวทางที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ กรณีนี้ ย่อมถือว่าฝ่ายบริหารไปทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติเสียเอง อันเป็นการละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ (der Gewaltenteilungs Grundsatz)

จากหลักนิติรัฐ ซึ่งทำให้องค์กรศาลคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยปราศจากข้อยกเว้นใดๆ สำหรับการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายบริหารไปละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคล

²⁰³ BVerfGE 8, 274.

นั้น เป็นหลักการซึ่งบัญญัติไว้เป็นหลักประกันสิทธิในมาตรา 19 วรรค 4 ของรัฐธรรมนูญ (GG) ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของศาลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีผลอย่างแท้จริง ก็ต่อเมื่อศาลสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจมหาชนไปแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จึงวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ให้เสรีภาพแก่ฝ่ายบริหารเองไปกำหนดขอบเขตสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการข้างต้นทั้ง 3 ประการ ดังนั้น กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้จึงไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เป็นอันใช้บังคับมิได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 38 , 281²⁰⁴ วินิจฉัยว่ามาตรา 9 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ รับรองสิทธิของบุคคลในการรวมตัวกันเป็นสมาคม ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งหรือการก่อตั้งสมาคม ซึ่งรวมถึง การมีสิทธิที่จะไม่เข้าไปรวมกลุ่มหรือมีสิทธิที่จะออกจากกลุ่มได้ แต่ในกรณีที่รัฐตัดสินใจออกกฎหมายจัดตั้งนิติบุคคลมหาชนอันเป็นองค์กรของกลุ่มบุคคล ซึ่งอยู่ในภาครัฐ โดยอาศัยเหตุผลว่าเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งการจะบรรลุภารกิจขององค์กรได้ จะต้องกำหนดให้บุคคลซึ่งอยู่ในภาครัฐต่างๆ ต้องเป็นสมาชิกขององค์กร แต่การทำเช่นนี้มีได้หมายความว่า รัฐจะสามารถกระทำการดังกล่าวได้โดยไม่มีขอบเขต กล่าวคือกฎหมายเช่นนั้นต้องเป็นไปตามหลักการของรัฐธรรมนูญด้วย คือ ต้องมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา อีกทั้งยังต้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) ดังนั้น ในกรณีเช่นว่านี้ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาจากมาตรา 2 วรรคหนึ่ง GG เกี่ยวกับเสรีภาพทั่วไป เปรียบเทียบกับความสำคัญในการจัดตั้งองค์กรดังกล่าว โดยใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาความจำเป็นอย่างรอบคอบ ในขณะที่การก่อตั้งองค์กรในรูปของนิติบุคคลมหาชน ปัจเจกบุคคลย่อมอาศัยสิทธิตาม มาตรา 2 วรรคหนึ่ง GG เพื่อใช้สิทธิโต้แย้งต่อการบังคับให้เป็นสมาชิกขององค์กรใดองค์กรหนึ่งที่ไม่จำเป็นได้

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จึงวินิจฉัยว่ากฎหมายของมลรัฐ Bremen และ Saarland เกี่ยวกับการจัดตั้งสภาองค์กรลูกจ้าง (Arbeitnehmerkammern) ให้เป็นนิติบุคคลมหาชน และบังคับให้ลูกจ้างทั้งหมดเป็นสมาชิกขององค์กรดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่ขัดรัฐธรรมนูญ จึงมีผลใช้บังคับได้

²⁰⁴ BVerfGE 38 , 281.

1.8.6 กรณีสิทธิในการสมรสของชาย-หญิง

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 53 , 224²⁰⁵ คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า กลุ่มรักร่วมเพศ 2 คน ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิในการสมรสของกลุ่มรักร่วมเพศที่ถูกปฏิเสธการจดทะเบียนจากนายทะเบียนท้องถิ่น โดยในคำร้อง กลุ่มผู้ร้องโต้แย้งว่า ในปัจจุบันสังคมมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว มีกลุ่มรักร่วมเพศอยู่เป็นจำนวนมากและกลุ่มรักร่วมเพศ ก็มีความต้องการที่จะอยู่กินร่วมกันฉันท์สามี-ภรรยา เช่นเดียวกับคู่สามี-ภรรยาที่เป็นเพศหญิงและชาย แม้ว่าคู่รักร่วมเพศจะไม่สามารถมีบุตร แม้ว่าจะผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศแล้วก็ตามได้เช่นเดียวกับคู่สมรสชาย-หญิง แต่มีคู่สมรสชาย-หญิงจำนวนมากที่สมรสกันโดยไม่ตั้งใจที่จะมีบุตร อีกทั้งเด็กกำพร้าในสังคมก็มีจำนวนมากเพียงพอที่คู่รักร่วมเพศจะนำมาอุปการะเลี้ยงดูเสมือนหนึ่งว่าเป็นบุตรของตนเอง ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว คู่รักร่วมเพศก็ควรไม่มีความแตกต่างจากเพศชายหรือหญิง แม้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะวินิจฉัยว่า การสมรสเป็นการตัดสินใจที่จะสร้างครอบครัวกัน โดยชาย-หญิงที่ประสงค์จะใช้ชีวิตร่วมกันตลอดไปก็ตาม

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยว่า แม้ว่าจะเกิดปัญหาเรื่องสถิติการหย่าร้างสูงขึ้นหรือมีเด็กกำพร้าอยู่จำนวนมากมาหรือการตัดสินใจด้วยตนเองของกลุ่มรักร่วมเพศแต่มาตรา 6 (1) รัฐธรรมนูญ ก็วางหลักไว้สำหรับการยอมรับการสมรสแต่เฉพาะชาย-หญิง เท่านั้น จึงวินิจฉัยว่า กลุ่มรักร่วมเพศย่อมไม่มีสิทธิในการสมรสตามรัฐธรรมนูญแต่ประการใด

1.8.7 กรณีสิทธิในการอยู่อาศัยในประเทศเยอรมันของกลุ่มสมรสหรือครอบครัว

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 76, 1²⁰⁶ วินิจฉัยว่า กรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นชาวเยอรมัน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาติ หรือกรณีที่คู่สมรสทั้ง 2 ฝ่ายเป็นชาวต่างชาติด้วยกัน แต่มีฝ่ายหนึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่และทำงานในเยอรมัน หากมีความประสงค์ให้คู่สมรสของตนเองได้รับสิทธิในการอยู่อาศัยในเยอรมันได้นั้น จำต้องมีภาระในการพิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ว่าผู้ยื่นคำร้องขอต่อศาลได้อาศัยในประเทศเยอรมันมาไม่ต่ำกว่า 8 ปี และได้ทำการสมรสกับคู่สมรสของตนเองโดยชอบด้วยกฎหมายมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี

1.8.8 กรณีเสรีภาพในการประกอบอาชีพหนังสือพิมพ์

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 10, 118²⁰⁷ วินิจฉัยกรณีเรื่อง Exclusion from the Civil Service Decision ว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการ

²⁰⁵ BVerfGE 53 , 224.

²⁰⁶ BVerfGE 76 , 1.

²⁰⁷ BVerfGE 10 , 118.

หนังสือพิมพ์นี้ ไม่ทำให้การรับรองความสามารถในการแสดงออก และการเผยแพร่ความคิดเห็นของบุคคลผ่านหนังสือพิมพ์โดยเสรีลดลงแต่อย่างใด แต่กลับทำให้มีการคุ้มครองไปยังเสรีภาพในการแสดงออกบางส่วนด้วย นอกเหนือจากหลักความเป็นอิสระในการประกอบกิจการหนังสือพิมพ์ หลักการได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารที่เผยแพร่ในข่าวและการแสดงความคิดเห็นอีกด้วย ซึ่งหมายความว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการหนังสือพิมพ์นั้น ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ประกอบอาชีพที่ต้องทำงานเกี่ยวข้องกับหนังสือพิมพ์ทั้งหมด รวมถึงการคุ้มครองเสรีภาพแก่นักหนังสือพิมพ์และผู้จัดทำนำด้วย นอกจากนี้แล้ว ยังมีการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพของผู้อ่านในการที่จะเลือกอ่านข่าวหรือบทความใดๆ ก็ได้ตามที่ตนเองปรารถนา โดยไม่ถูกอำนาจรัฐเข้ามาตีตรวนหรือแทรกแซง นอกจากนี้แล้ว เสรีภาพในการประกอบกิจการหนังสือพิมพ์ ยังครอบคลุมบางส่วนของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลที่เป็นผู้เขียนหรือเผยแพร่ข่าวใดๆ ด้วย

1.8.9 กรณีเสรีภาพในการกระจายเสียง

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 77, 65²⁰⁸ วินิจฉัยว่า สิทธิและเสรีภาพในการกระจายเสียง ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหนังสือพิมพ์ที่มีขอบเขตว่า เสรีภาพในการกระจายเสียงย่อมได้รับการคุ้มครองยังบุคคลหรือบริษัท ซึ่งทำงานในส่วนของกิจการกระจายเสียงที่ไม่อาจถูกล่วงละเมิดจากรัฐ การกระจายเสียงนอกจากมีขอบเขตคุ้มครองการแสดงออกโดยอิสระ และการเผยแพร่ความคิดเห็นโดยเสรีซึ่งได้รับการรับรองตามมาตรา 5 (1) รัฐธรรมนูญแล้ว ยังคงไว้ซึ่งหลักการที่จะได้รับความเป็นอิสระในการได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารที่เผยแพร่จากข่าวหรือจากการแสดงความคิดเห็นด้วย

1.8.10 กรณีเสรีภาพในการศึกษา

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 35, 79²⁰⁹ วินิจฉัยเรื่อง University Decision ว่าสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติใน มาตรา 5 (3) รัฐธรรมนูญ ให้การคุ้มครองเสรีภาพในการศึกษามีให้ถูกละเมิดจากอำนาจรัฐ และการที่บุคคลทุกคนสามารถเข้าถึงแดนแห่งการเรียนรู้ได้โดยไม่ถูกปิดกั้นนั้น เนื่องจากแดนแห่งเสรีภาพครอบคลุมถึงแดนดังกล่าวด้วย หลักการคุ้มครองเสรีภาพในการศึกษา เป็นเช่นเดียวกับการคุ้มครองเสรีภาพทางศิลปะมิให้ถูกละเมิดจากการกระทำใดๆ ของรัฐ บุคคลทุกคนสามารถเรียนรู้หลักวิทยาศาสตร์ การวิจัยและมีสิทธิในการสอนโดยไม่ถูกรัฐล่วงละเมิด หลักการนี้ไม่ได้มุ่งจะคุ้มครองศาสตร์ความรู้แขนงใดแขนงหนึ่งหรือทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยเฉพาะ ในขณะที่เสรีภาพในการวิจัยนั้น รัฐธรรมนูญได้รับรองเป็นพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการสมมติฐาน กระบวนการวิจัย การประมวลผล บทสรุป

²⁰⁸ BVerfGE 77, 65.

²⁰⁹ BVerfGE 35, 79.

ของการวิจัย รวมทั้งการรับรองการเผยแพร่ผลงานวิจัยนั้นๆ ด้วย ส่วน เสรีภาพในการสอน หมายถึง การให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษในเนื้อหาที่จะสอน, วิธีการสอน รวมทั้งสิทธิในการแสดงความคิดเห็นในวิทยาการนั้นๆ ด้วย

1.8.11 กรณีความเสมอภาคในการทำงาน

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 15, 337; 52, 369 และ 58, 335²¹⁰ วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า ข้อห้ามในการทำงานกลางคืนสำหรับคนงานหญิงนั้น (มาตรา 19 วรรค 1 ของกฎหมาย Arbeitszeitsverord – nung – AZO นั้น ขัดต่อมาตรา 3 วรรคสาม GG ที่บัญญัติว่า บุคคลไม่อาจจะถูกเลือกปฏิบัติ เนื่องจากสาเหตุทางเพศที่แตกต่างกันได้

คดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ว่า หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันต้องทำให้เกิดผลอย่างแท้จริงในสังคม ดังนั้น ผู้หญิงจึงต้องได้รับ โอกาสที่เท่าเทียมกับผู้ชาย การแบ่งบทบาทของหญิงและชายตามประเพณีต่างๆ ที่ผ่านมา ก่อให้เกิดภาระหรือผลเสียแก่ผู้หญิงมากขึ้น ดังนั้น รัฐจึงไม่ควรตอกย้ำความเสียเปรียบเช่นว่านี้จากมาตรการต่างๆ ของรัฐให้มากขึ้น เนื่องจากหญิงจะมีข้อเสียเปรียบทางข้อเท็จจริง

1.8.12 กรณีความเสมอภาคในสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุล

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ BVerfGE 48 , 327²¹¹ วินิจฉัยว่า กฎหมายที่จำกัดสิทธิไม่ให้ใช้ชื่อสกุลของหญิง (Geburtsname) เป็นชื่อสกุลของคู่สมรสตามประโยคแรกของมาตรา 1335 (เดิม) ของประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) บทบัญญัติเดิม (ก่อนแก้ไข) ซึ่งใช้บังคับแก่การสมรสในระหว่างวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.1953 – 30 มิถุนายน ค.ศ.1976 ไม่สอดคล้องกับมาตรา 3 วรรค 2 เนื่องจากกำหนดว่าให้ใช้ชื่อสกุลของฝ่ายชายเป็นชื่อสกุลของคู่สมรส ดังนั้น เฉพาะแต่ฝ่ายชายจึงสามารถใช้ชื่อสกุลของตนเองเป็นชื่อสกุลต่อไปได้ ดังนั้น กฎเกณฑ์ตามมาตราดังกล่าวจึงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานอันมีผลมาจากมาตรา 3 วรรคสอง GG

คดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วางหลักไว้ว่าความแตกต่างในทางกายภาพไม่ใช่เหตุผลที่เป็นสาระสำคัญที่จะสามารถปฏิบัติให้แตกต่างกันไปได้ ดังนั้น ในคดีนี้ การที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ชื่อสกุลของฝ่ายชายเป็นชื่อสกุลหลังจากสมรสกันแล้ว ย่อมมีผลกระทบต่อความเท่าเทียมกันของสามีภรรยาในขอบเขตของความเป็นเอกภาพของครอบครัว คดีนี้ โดยแท้จริงแล้วไม่มีความแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญระหว่างชายและหญิงที่จะปฏิบัติให้แตกต่างกันไปได้

²¹⁰ BVerfGE 15, 337 ; 52, 369 และ 58, 335.

²¹¹ BVerfGE 48, 327.

3. การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนในอังกฤษ

ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยศาลสูงสุดแห่งอังกฤษ เพื่อให้เข้าใจถึงพัฒนาการเกี่ยวกับการก่อกำเนิดของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศอังกฤษ, ระบบและกระบวนการยุติธรรมของอังกฤษ ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้อย่างชัดเจน ผู้เขียนจะขอแบ่งการนำเสนอออกเป็นหัวข้อย่อยๆ ดังนี้ 3.1 รัฐธรรมนูญของอังกฤษ 3.2 พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของอังกฤษ 3.3 สิทธิและเสรีภาพของชาวอังกฤษในปัจจุบัน 3.4 การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน 3.5 คำพิพากษาของศาลสูงของอังกฤษในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

3.1 รัฐธรรมนูญของอังกฤษ

อังกฤษได้รับการยกย่องและกล่าวถึงในฐานะที่เป็นประเทศต้นกำเนิดแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา และในฐานะประเทศเดียวในโลกที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร อันเป็นเอกลักษณ์ของอังกฤษ (Unwritten Constitutional)²¹² ซึ่งหมายความว่าหลักการปกครองประเทศต่างๆ นั้นมิได้รวบรวมกันไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ แต่กระจัดกระจายแยกกันอยู่ตามกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติที่ถือปฏิบัติสืบทอดกันมาจนกลายเป็นหลักจารีตประเพณี ตลอดจนหลักจากคำพิพากษาต่างๆ ของศาล เหตุที่เป็นเช่นนี้เป็นผลมาจาก พัฒนาการทางการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในประเทศอังกฤษมานานนับพันๆ ปี ในส่วนของรัฐธรรมนูญอังกฤษ มีสาระสำคัญที่ควรกล่าวถึง ดังนี้

3.1.1 บ่อเกิดของรัฐธรรมนูญ

รากฐานสำคัญที่อาจกล่าวได้ว่า เป็นต้นกำเนิดของรัฐธรรมนูญของอังกฤษ คือ บทบัญญัติแมกนา คาร์ทา ซึ่งเกิดขึ้นในสมัยพระเจ้าจอห์นซึ่งปกครองกษัตริย์แห่งประชาชนเป็นอย่งยิ่งในค.ศ.1209 ประกอบกับมีกรณีพิพาทกับกษัตริย์แห่งฝรั่งเศสจนก่อให้เกิดสงครามระหว่างอังกฤษและฝรั่งเศสที่เมืองบูร์ไวน์ ซึ่งอังกฤษเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ต้องทำสัญญาสันติภาพโดยอังกฤษยอมเสียดินแดนทั้งหมดที่เคยครอบครองทางตอนเหนือของแม่น้ำลัวร์ คืนให้แก่ฝรั่งเศสไป พระเจ้าจอห์นต้องการเงินไปทำสงครามต่อ จึงบังคับเก็บภาษีจากประชาชนเพิ่มขึ้น ทำให้ประชาชนเดือดร้อน ฝ่ายประชาชนจึงผนึกกำลังกับบรรดาขุนนาง รวมกำลังต่อต้านพระเจ้าจอห์น จนที่สุดพระเจ้าจอห์นพระเจ้าจอห์นจำต้องลงพระปรมาภิไธยในเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์

²¹² สมบัติ ชำรงฉันทวงศ์. (2553). *การเมืองอังกฤษ* กรุงเทพฯ: เสมาธรรม หน้า 85.

แมกนา คาร์ทา เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของขุนนางและประชาชน ในวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ.1215 โดยเอกสารนี้มีหลักการสำคัญ คือ หลักการจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ กล่าวคือ ทรงต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และกรณีที่พระมหากษัตริย์ละเมิดกฎหมาย หรือ ปกครองประชาชน โดยไม่เป็นธรรม ประชาชนหรือขุนนาง ย่อมมีสิทธิต่อต้านพระมหากษัตริย์ได้ นอกจากนี้แล้ว ยังมี หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย กล่าวคือ ประชาชนย่อมได้รับความคุ้มครอง จากการถูกจับกุมหรือเนรเทศตลอดจนการถูกละเมิดเสรีภาพ²¹³

จากจุดเริ่มต้นของแมกนาร์ คาร์ทา มีพัฒนาการที่นำไปสู่การกำเนิดของ รัฐธรรมนูญอังกฤษ ซึ่งปรากฏว่า แนวความคิดและสาระสำคัญที่อยู่ในรัฐธรรมนูญ มีที่มาจากแหล่ง สำคัญต่างๆ ประกอบด้วย

1. กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา (Statue Law)

เป็นบ่อเกิดสำคัญที่อยู่ในรัฐธรรมนูญของอังกฤษ ได้แก่ บรรดากฎหมาย ในระดับพระราชบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติรัฐสภา, กฎหมายประกอบเรื่องต่างๆ ที่จัดทำขึ้น โดย อาศัยอำนาจของกฎหมายหลัก โดยที่พระราชบัญญัติรัฐสภาส่วนใหญ่มักปรากฏในรัฐธรรมนูญ เช่น

- พระราชบัญญัติกำหนดขอบเขตความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์ กับรัฐสภา ซึ่งกำหนดชัดเจนใน Bills of Right 1689 (พระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้มีข้อกำหนด เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหมือน Bill of Right ตามที่กำหนดไว้ในสหรัฐอเมริกา)

- พระราชบัญญัติกำหนดขอบเขตอำนาจรัฐ เช่น พระราชบัญญัติรัฐสภา ค.ศ.1911 และ ค.ศ.1949

- พระราชบัญญัติกำหนดขอบเขตความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจก บุคคล เช่น พระราชบัญญัติฮาบีส คอร์ปัส ค.ศ. 1679 (Habeas Corpus Act, 1679), พระราชบัญญัติ ตำรวจและพยานหลักฐานในคดีอาญา (Police and Criminal Evidence Act of 1984) เป็นต้น

กฎหมายในรูปพระราชบัญญัติเหล่านี้ มีความสำคัญอย่างยิ่งในการ ประกอบกันขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีการตีพิมพ์เป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายรูปพระราชบัญญัติ เหล่านี้มีความสำคัญมากทั้งในเชิงคุณภาพและปริมาณ อีกทั้ง ยังมีความสำคัญในลักษณะที่เข้ามา แทนที่กฎหมายสามัญ

²¹³ Carter , Gwendolen (1967) *The Government of United Kingdom* London : Brace & Wored Inc. p. 20-21 อ้างใน สมบัติ ชำรงธัญวงศ์ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 213 หน้า 87.

2. กฎหมายสามัญ (Common Law)

เป็นบ่อเกิดที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย กฎ ระเบียบ จารีตประเพณีที่มาตั้งแต่โบราณ และได้รับการสนับสนุนให้เป็นกฎหมาย โดยศาลที่พิพากษาคดีในแต่ละกรณีๆ ไป ศาลสนับสนุนให้มีกฎหมายที่ได้จากคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาล โดยใช้บทบัญญัติต่างๆ ที่ได้มาจากการพิพากษาคดีของศาล ในหลายศตวรรษที่ผ่านมา มีการประกาศใช้กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติน้อย แต่กฎหมายที่ได้จากคำวินิจฉัยของศาล ถือว่าเป็นส่วนสำคัญของกฎหมายอังกฤษมาก แม้ว่าในปัจจุบันจะมีการประกาศใช้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติน้อย แต่ก็ยังไม่อาจทดแทนกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษาของศาลได้ทั้งหมด จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายที่ได้มาจากการพิพากษาของศาล ยังคงเป็นพื้นฐานสำคัญในรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

นอกจากหลักกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษาของศาลแล้ว ยังมีอำนาจพิเศษและอภิสิทธิ์ต่างๆ ของราชวงศ์ในคำพิพากษาของศาลด้วย และแม้ว่าอำนาจพิเศษเหล่านี้จะถูกเข้ามาแทนที่ด้วยพระราชบัญญัติต่างๆ ก็ตาม แต่มีบางประเด็นที่เป็นเรื่องสำคัญมากของรัฐบาลที่ต้องตัดสินใจภายใต้อำนาจหน้าที่พิเศษ เช่น การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ, การประกาศสงคราม, การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี เป็นต้น ซึ่งตามปกติโดยธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติอำนาจเหล่านี้ถือเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ปฏิบัติโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี (ในทางปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ตัดสินใจร่วมกัน)

ในปัจจุบัน กฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลลดความสำคัญลงมา แต่อำนาจพิเศษยังคงมีความสำคัญอยู่ กล่าวโดยทั่วไป สรุปได้ว่า กฎหมายสามัญ คือ กฎหมายซึ่งเกิดขึ้นจากคำพิพากษาอันเกิดจากการตีความของผู้พิพากษา

3. ธรรมเนียมปฏิบัติ (Convention)

เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย ในลักษณะของการปฏิบัติสืบเนื่องต่อกันมา ยาวนานอย่างเคร่งครัด โดยมีมีการโต้แย้งคัดค้าน จึงมีลักษณะเหมือนกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย แต่กฎเกณฑ์เหล่านี้เกิดขึ้นจากมีการประพฤติปฏิบัติจนประชาชนยอมรับกันอยู่โดยปริยาย ศาลไม่มีอำนาจบังคับและไม่มีผลประการใดๆ ในทางกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัตินั้น ไม่มีผู้ใดฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตาม เช่น พระมหากษัตริย์มีธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจของพระองค์ในการให้ความเห็นชอบใน กฎหมายที่สภาพิจารณาจนเสร็จสมบูรณ์แล้ว นายกรัฐมนตรีและรัฐบาลลาออกหรือยุบสภาเป็นธรรมเนียมปฏิบัติเมื่อได้รับคะแนนเสียงไม่ไว้วางใจจากสภาสามัญ, มีธรรมเนียมปฏิบัติในทางการเมืองว่า มีแต่เฉพาะสมาชิกสภาสามัญเท่านั้นที่สามารถดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีได้ เป็นต้น

4. ผลงานของการตีความกฎหมาย

เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย ในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตามกฎหมายทั้งสิ้น ในอดีตนั้น ผลงานของการตีความกฎหมายส่วนมากจะพิจารณาจากเจตจำนงแห่งคุณธรรม หรือผลงานวรรณกรรมที่กล่าวถึงและครอบคลุมเรื่องใดหรือประเด็นใดเฉพาะเรื่องหนึ่งๆ เป็นสำคัญ เช่น ถ้อยแถลงของผู้นิพนธ์วรรณกรรมทางกฎหมายถือเป็นหลักฐานของการตัดสินใจทางด้านตุลาการในส่วนที่ขาดหายไป และเป็นที่ยอมรับ ถ้าข้อความเหล่านั้นมีขัดต่อหลักเหตุผล²¹⁴ และในปัจจุบัน ผลงานของการตีความกฎหมาย เมื่อเร็วๆ นี้ ถูกนำมากล่าวอ้าง เมื่อผู้พิพากษาและผู้ใช้กฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องพยายามค้นหาสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญร่วมสมัย ซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวอย่างของการถือปฏิบัติเป็นประเพณีปฏิบัติสืบต่อกันมา โดยเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ประเพณีปฏิบัติที่กระทำกันมานั้น มิได้มีการบัญญัติไว้ในรูปของกฎหมายหรือการตีความของตุลาการ ซึ่งผู้ใช้กฎหมายทุกคนจะต้องศึกษาวิเคราะห์แทนการตีความในเชิงวิชาการจากพฤติกรรมทางการเมือง นักปราชญ์คนสำคัญที่มีผลงานของการตีความกฎหมาย ในศตวรรษที่ 19 ได้แก่ จอห์น ออสตินและ เอ. วี. ไคซีย์ เช่น เอ.วี. ไคซีย์ มีผลงานสำคัญ เรื่อง “แนวทางการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ” (An Introduction to the Study of the Law of the Constitution , 1885) ส่วน ในศตวรรษที่ 20 มีนักปราชญ์คนสำคัญที่มีผลงานของการตีความกฎหมาย เช่น ไอเวอร์ เจนนิง, เซอร์ เคนเน็ต แวร์อาร์ , โอ สูด ฟิลลิปส์, อี ซี เอส เวค เป็นต้น

เป็นที่ยอมรับเข้าใจกันเป็นอย่างดีแล้วว่ารัฐธรรมนูญของอังกฤษนั้นมีความแตกต่างกันในบ่อเกิดของรัฐธรรมนูญและความสำคัญอันเป็นข้อเท็จจริงในด้านความสัมพันธ์ภายในองค์กรต่างๆ ของรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ของรัฐ ซึ่งไม่มีการกำหนดให้ชัดเจนว่าจะอยู่ในเอกสารแหล่งใด ดังนั้น โดยทั่วไปบุคคลต่างๆ ที่ต้องการศึกษาค้นคว้ารัฐธรรมนูญอังกฤษจำเป็นต้องสืบค้นหลักฐานจากกลุ่มนักวิชาการด้านรัฐธรรมนูญดังนั้นผลงานของการตีความกฎหมายจึงมักถูกนำมาอ้างอิงในการศึกษาวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ มากกว่าการศึกษากฎหมายสาขาอื่นๆ ในอังกฤษ

5. กฎหมายประชาคมยุโรป (Epean Community Law)

บ่อเกิดแห่งกฎหมายแหล่งนี้ มีที่มาจากพระราชบัญญัติประชาคมยุโรป (European Communities Act , 1972) ค.ศ.1972 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติม 2 ครั้ง ได้แก่ การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเป็น พระราชบัญญัติการรวมยุโรป ค.ศ. 1987 (Single European Act , 1987) และแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ.1993 (European Communities Act , 1993)

²¹⁴ Norton , Phillip (1978) *The British Policy* London Longman Publishing Group p. 25 อ้างใน สมบัติ ชำรงธัญวงศ์ เรื่องเดียวกัน เจริญบรรณที่ 213 หน้า 88.

และยังส่งผลต่อไปในสนธิสัญญามาสทริชท์ของประชาคมยุโรป (Maastricht Treaty) ซึ่งปัจจุบัน กลายมาเป็นกฎหมายรวมยุโรปในที่สุด โดยประเทศอังกฤษยอมรับสถานะทางกฎหมายที่เหนือกว่า ของกฎหมายยุโรป โดยยอมรับ กฎเกณฑ์ ตลอดจนระเบียบของสนธิสัญญา ข้อผูกพัน พันธะสัญญา ตลอดจนการตัดสินใจในอนาคตของประชาคมยุโรป โดยที่กฎเกณฑ์และระเบียบต่างๆ ของ ประชาคมยุโรปถูกกำหนดขึ้น โดยคณะกรรมการยุโรป (European Commission) และสภา รัฐมนตรียุโรป (Councils of Minister) โดยให้ศาลยุติธรรมของยุโรป (European Court of Justice) เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ประกาศกฎหมาย ศาลอังกฤษสามารถพิจารณากฎหมายภายในของอังกฤษ โดยใช้พระราชบัญญัติยุโรปเป็นกฎหมายอ้างอิง เพื่อมิให้กฎหมายภายในของอังกฤษขัดหรือแย้งกับ กฎหมายประชาคมยุโรป เช่น สภานิติบัญญัติ (House of Lords) ลงมติว่า พระราชบัญญัติทางการค้าทาง เรือ ค.ศ. 1988 ของอังกฤษนั้นขัดหรือแย้งกฎหมายประชาคมยุโรป จึงไม่อาจใช้บังคับได้ เป็นต้น²¹⁵

3.1.2 หลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญ

แม้ว่ารัฐธรรมนูญอังกฤษ จะมีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งหมดก็ตาม เฉพาะส่วนที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ได้แสดงให้เห็นหลักการสำคัญต่างๆ ซึ่งมีผลต่อการปกครองของอังกฤษ บทบัญญัติสำคัญดังกล่าวนี้ ประกอบด้วย

1. อำนาจการปกครองของรัฐสภา (Parliamentary Sovereignty)

อำนาจนี้ ได้แก่ อำนาจในการบัญญัติกฎหมาย มีองค์กรที่ใช้อำนาจ ร่วมกันนี้อยู่ 3 องค์กร ได้แก่ พระมหากษัตริย์, สภานิติบัญญัติ และสภาสามัญ โดยมี พระราชบัญญัติ รัฐสภาเป็นกฎหมายที่มีสถานะสูงสุดเหนือกว่ากฎหมายอื่นใด นั่นคือ เป็นกฎหมายที่มีอำนาจสูงสุด กล่าวคือ ศาลมีอำนาจเพียงตีความกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจที่จะ พิพากษาว่าพระราชบัญญัติรัฐสภาเป็นโมฆะ ส่วนการยับยั้งกฎหมายนั้น ทำโดยตรากฎหมายใหม่ ในภายหลังลบล้างกฎหมายเดิมเป็นส่วนใหญ่ แต่มิได้เป็นเช่นนี้ในทุกๆ กรณีไป เช่น ในระยะก่อน กลางศตวรรษที่ 18 ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภานั้น เกิดขัดแย้ง กับกฎหมายสามัญ ศาลมีอำนาจพิพากษาว่า พระราชบัญญัตินั้นเป็นโมฆะ แต่ภายหลังในศตวรรษที่ 19 เอ. วี. ไคซีย์ กล่าวว่า “หลักการสำคัญของอำนาจปกครองรัฐสภา หมายถึง อำนาจซึ่งไม่มากหรือน้อยไปกว่านี้ กล่าวคือ รัฐสภาภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งอังกฤษย่อมมีสิทธิโดยสมบูรณ์ที่จะบัญญัติ หรือ ไม่บัญญัติกฎหมายใด และไม่มีบุคคลหรือองค์กรใดที่จะมีสิทธิล้มล้างกฎหมายที่บัญญัติโดย รัฐสภาโดยได้รับการยอมรับโดยกฎหมายอังกฤษ”²¹⁶

²¹⁵ Kavanagh , Denis (1996) *British Politics : Continuities and change* New York Oxford University Press Inc. p. 48-49 อ้างใน สมบัติ ช่างชัยวงศ์ เรื่องเดียวกัน เชิงอรธที่ 213 หน้า 8

²¹⁶ Kavanagh , Denis Ibid. p. 57 อ้างใน สมบัติ ช่างชัยวงศ์ เรื่องเดียวกัน เชิงอรธที่ 213 หน้า 8

แม้จะเป็นที่ยอมรับกันว่า อำนาจการปกครองของรัฐสภาเป็นอำนาจสูงสุด แต่โดยข้อเท็จจริงแล้ว แม้ในทางปฏิบัติจะไม่มี การตรวจสอบอำนาจของรัฐสภาอย่างเป็นทางการ แต่ก็ได้หมายความว่า การใช้อำนาจของรัฐสภาจะไม่มีขอบเขตจำกัดเลย การตรวจสอบการใช้ อำนาจของรัฐสภามักอยู่ในรูปแบบของการตรวจสอบ ในลักษณะของการยับยั้งและความต้องการที่ จะต่อรองของกลุ่มอิทธิพลที่มีอำนาจและสมาชิกรัฐสภา กล่าวโดยสรุปแล้ว อำนาจการปกครองของ รัฐสภาถือว่าเป็นลักษณะอันเป็นหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง

2. หลักนิติธรรม (Rule of Law)

เอ.วี. ไคซีย์²¹⁷ ได้อธิบายว่า เป็นความลำบากยากเย็นยิ่งที่จะให้ความหมาย หรือคำจำกัดความว่าหลักนิติธรรมหมายความว่าอย่างไร โดยเขาเห็นว่า หลักการสำคัญนี้ ประกอบด้วย แนวความคิดที่มีความแตกต่างกันอยู่ 3 ประการ ได้แก่²¹⁷ ประการแรก แนวความคิด ว่า ไม่มีใครที่จะถูกลงโทษหรือถูกกระทำให้ได้รับความเดือดร้อนต่อทางร่างกายและทรัพย์สินได้ โดยชอบด้วยกฎหมาย หากปราศจากการที่บุคคลนั้นกระทำการอันละเมิดต่อกฎหมายที่ตราขึ้น โดย ชอบด้วยกฎหมาย ประการที่สอง แนวความคิดว่า ไม่มีใครสามารถอยู่เหนือกฎหมายและบุคคลอื่น ได้เลย ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีศหรือตำแหน่งอะไร ทุกคนต่างต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอันเดียวกันและ ย่อมได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกันอย่างทัดเทียมกัน และประการที่สาม แนวความคิดว่า หลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญได้แก่ ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการตัดสินใจทางด้านอำนาจตุลาการที่มี จุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยการนำข้อพิพาทมาพิจารณาต่อหน้าศาล

จากคำอธิบายของไคซีย์ กล่าวได้ว่า หลักนิติธรรม ประกอบด้วย 3 หลัก ดังนี้

1. หลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักนิติธรรมหลักนี้ รับรองความสูงสุดของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่ง ศาลกำหนดในคำพิพากษาหรือที่รัฐสภากำหนดในพระราชบัญญัติ โดยไม่ยอมรับอำนาจดุลพินิจ หรือเอกสิทธิ์ (Prerogative) ของรัฐบาล ซึ่งหมายความว่า บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะถูกลงโทษ ถูกประหารชีวิตหรือถูกกระทบสิทธิในทรัพย์สินของตนได้ เมื่อเป็นผลของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ ศาลหรือรัฐสภากำหนดไว้เท่านั้น

2. หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย

หลักนิติธรรมหลักนี้ รับรองว่า ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายและ บุคคลทุกคน ไม่ว่าจะมิฐานะหรือตำแหน่ง ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดาของอังกฤษและอยู่ ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลธรรมดาของอังกฤษเท่านั้น

²¹⁷ Norton , Phillip Ibid. p. 64-65 อ้างใน สมบัติ ชำรงธัญวงศ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 213 หน้า 90.

3. หลักการคุ้มครองสิทธิโดยศาล

หลักนิติธรรมหลักนี้ของอังกฤษแตกต่างจากหลักกฎหมายในประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้น แต่ในอังกฤษนั้น สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองโดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งเกิดจากการพิจารณาพิพากษาของคดี วางหลักทั่วไปในรัฐธรรมนูญอังกฤษ นั่นคือ ประชาชนจะมีสิทธิเสรีภาพได้จริง ก็ต่อเมื่อประชาชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ตามสภาวะที่กฎหมายของอังกฤษที่ว่า “Remedies precede rights” (การเยียวยาโดยการฟ้องคดีต่อศาล มาก่อนการได้รับการรับรองสิทธิ) ซึ่งกล่าวได้ว่า จากแนวคิดนี้ อังกฤษยอมรับกฎหมายมหาชนเข้าสู่ระบบกฎหมายอังกฤษ โดยผ่านทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งแตกต่างไปจากพัฒนาการของสหรัฐอเมริกาที่แก้ไขปัญหากรณีฝ่ายปกครองใช้อำนาจละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ด้วยการตรากฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งให้สิทธิในการมีส่วนร่วมในกระบวนการร่างกฎหมายของฝ่ายปกครอง แต่อังกฤษกลับแก้ปัญหาโดยปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับการฟ้องคดีฝ่ายปกครอง โดยกำหนดให้มีการฟ้องคดีฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ²¹⁸

แม้ใครจะเห็นว่า หลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ ซึ่งเกิดจากคำพิพากษาของศาลสูงของอังกฤษ ที่ให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดีกว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับกันว่า รัฐสภาอาจตราพระราชบัญญัติออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เคยได้รับการคุ้มครองโดยหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนเมื่อครั้งเกิดเหตุความไม่สงบเรียบร้อยในไอร์แลนด์เหนือ จนเป็นเหตุให้รัฐสภาต้องตราพระราชบัญญัติออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจหรือทางสังคมของประชาชนในไอร์แลนด์เหนือ ซึ่งกล่าวได้ว่า เป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์

ในช่วงต้นปีของ ค.ศ. 1970 เกิดกระแสเรียกร้องให้มีการออกปฏิญญาสิทธิมนุษยชน (Bill of Human Rights) ที่มีศักดิ์กฎหมายเป็นรัฐธรรมนูญ เพื่อห้ามมิให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติที่จะไปล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ที่ได้รับการรับรองโดยปฏิญญาสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ซึ่งมีผลเท่ากับเป็นการปฏิวัติหลักการว่าด้วยอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา แต่รัฐบาลอังกฤษสมัยที่โทนี แบลร์ (Tony Blair) เป็นนายกรัฐมนตรีเลือกการเสนอให้ตราพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Human Right Act) ค.ศ. 1998 ซึ่งกำหนดให้ศาลต้องตีความและบังคับใช้พระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นให้สอดคล้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่ได้รับรองโดยปฏิญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ถ้าหากศาลอังกฤษไม่อาจทำได้ ศาลต้องทำคำแถลงการณ์ว่า พระราชบัญญัตินั้นไม่สอดคล้องกับปฏิญญาดังกล่าว แล้วส่งคำแถลงการณ์นั้นไป

²¹⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 86 หน้า 103 – 104.

ยังรัฐบาลเพื่อแจ้งให้รัฐสภาพิจารณาต่อไป แต่ศาลไม่มีอำนาจเพิกถอนพระราชบัญญัตินั้นได้ เนื่องจากรัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุด พระราชบัญญัตินี้จึงทำให้หลักนิติธรรมได้รับการฟื้นฟูขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง แต่ปัจจุบัน มีคำวิพากษ์อย่างมากมายว่ารัฐธรรมนูญที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น อธิปไตยของรัฐสภา เป็นอุปสรรคสำคัญที่แทนที่จะส่งเสริมหลักนิติธรรม แต่กลับทำให้การเกิดหลักนิติธรรมเป็นไปได้ยากขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่าในเมื่ออธิปไตยของรัฐสภามีสถานะเป็นกฎหมายพื้นฐานประเภทหนึ่งของรัฐธรรมนูญแล้ว การปกป้องคุ้มครองสิทธิของประชาชนย่อมไม่คั่น

3. ความเป็นเอกภาพ (Unitary System)

หมายถึง การรวมตัวกันเป็นชาติเดียวกัน อันประกอบด้วย การรวมอังกฤษ (Great Britain) เข้ากับ ไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland) ซึ่งในอดีต พระราชบัญญัติรัฐสภา (The law in Wales Act) กำหนดให้มีการรวมอังกฤษกับเวลส์เข้าด้วยกันใน ค.ศ.1536 และสนธิสัญญาสันติภาพ (Treaty of Union) กำหนดให้มีการรวมอังกฤษกับสกอตแลนด์ ใน ค.ศ.1707 ส่วนพระราชบัญญัติสหภาพกับสกอตแลนด์ (Act of Union with Scotland) กำหนดให้อังกฤษรวมกับสกอตแลนด์เป็นชาติเดียวกันใน ค.ศ.1801 แต่ต่อมา ค.ศ.1922 เกิดเหตุการณ์ความวุ่นวายและจลาจลในรัฐไอร์แลนด์ ทำให้ต้องยอมให้ไอร์แลนด์สามารถตั้งรัฐบาลปกครองตนเองได้ (หมายเหตุ ค.ศ.1937 รัฐธรรมนูญไอริช กำหนดให้ไอร์แลนด์เป็นรัฐอิสระ แต่รัฐบาลอังกฤษไม่ยอมรับ จวบจน ค.ศ. 1949 รัฐสภาเวสมินสเตอร์ของอังกฤษจึงประกาศยอมรับความเป็นรัฐอิสระของไอร์แลนด์) โดยไม่รวมถึงแคว้นทางภาคเหนือ 6 รัฐ ซึ่งส่วนมากนับถือศาสนาคริสต์ นิกายโปรเตสแตนต์ และยอมเป็นส่วนหนึ่งของสหราชอาณาจักรมากกว่าที่จะไปรวมกับไอร์แลนด์²¹⁹

ในปัจจุบัน จึงกล่าวได้ว่าสหราชอาณาจักรหรืออังกฤษ ประกอบด้วย อังกฤษ, สกอตแลนด์, เวลส์และไอร์แลนด์เหนือ

4. หลักว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐบาล (Government Responsibility)

ในทางปฏิบัติ มีธรรมเนียมประเพณีในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่ต้องรับผิดชอบร่วมกันอยู่ 2 ลักษณะ²²⁰ซึ่งประกอบด้วย

4.1 ถ้ารัฐบาลได้คะแนนเสียงไม่ไว้วางใจจากสภาสามัญ คณะรัฐมนตรีต้องลาออก ลักษณะเฉพาะตัวนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นอย่างชัดเจนตั้งแต่ ค.ศ. 1803 ที่รัฐบาลต้องลาออกภายหลังจากประสบความพ่ายแพ้ในมติของสภาสามัญ เรื่อง การปฏิรูปรัฐสภา ซึ่งต่อมามีการตรากฎหมายกำหนดหลักการสำคัญเช่นนี้เป็นกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติการปฏิรูป

²¹⁹ Norton , Phillip Ibid. p. 65- 66 อ้างใน สมบัติ ชำรงธัญวงศ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 213 หน้า 92.

²²⁰ Kavanagh , Denis Ibid. p. 52- 54อ้างใน สมบัติ ชำรงธัญวงศ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 213 หน้า 92.

การเมือง ค.ศ.1832 (Reform Act of 1832) ที่มีหลักการชัดเจนว่า รัฐบาลดำรงคงอยู่ได้ด้วยการสนับสนุนของสภาสามัญ

4.2 หลักการที่รัฐมนตรีทุกคน ต้องให้การยอมรับและสนับสนุนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี แม้ว่าโดยส่วนตัว รัฐมนตรีผู้นั้นไม่เห็นด้วย ก็ต้องรักษาและเก็บความคิดเห็นนั้นเป็นการส่วนตัว แต่ถ้ารัฐมนตรีผู้นั้น ได้แสดงความคิดเห็นต่อที่สาธารณะ ประเพณีธรรมเนียมปฏิบัติ รัฐมนตรีผู้นั้นต้องลาออก

ในทางปฏิบัติ สภาสามัญมีบทบาทและอิทธิพลต่อการตัดสินใจของรัฐบาลเป็นอย่างยิ่ง เช่น สภาสามัญมีมติตำหนิรัฐบาลในเรื่องการบริหารราชการแผ่นดินในประเด็นใดที่มีความสำคัญหรือลงคะแนนเสียงไม่ไว้วางใจในการให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายที่มีความสำคัญ เช่น ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณประจำปี เป็นต้น ซึ่งมักมีผลต่อเนื่องมาว่า รัฐบาลมักตัดสินใจลาออก

5. หลักความเป็นสถาบันของสถาบันพระมหากษัตริย์ (The Monarchy)

ประเทศต่างๆ ทั่วโลก มีไม่มากประเทศนักที่ยังคงปรากฏสถาบันพระมหากษัตริย์ดำรงคงอยู่พระมหากษัตริย์ในประเทศอังกฤษ นับว่า เป็นราชวงศ์อังกฤษที่มีความเก่าแก่ ต่อเนื่อง ยั่งยืนและได้รับการยอมรับในความเป็นสถาบันอย่างกว้างขวาง เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแล้ว พบว่า ในปัจจุบันพระมหากษัตริย์มีบทบาทเพียงแต่ในรูปแบบพิธีการต่างๆ เท่านั้น มิได้มีอำนาจในการปกครองประเทศดังเช่นในอดีตกาลแต่อย่างใด บทบาทที่แสดงออกนั้นกระทำในฐานะประธานในพิธีการต่างๆ ที่เป็นทางการเท่านั้น ในปัจจุบัน มักพบว่า พระมหากษัตริย์จะเสด็จเป็นองค์ประธานเมื่อรัฐสภาเปิดการประชุม ได้รับการกล่าวถวายรายงานในเรื่องต่างๆ ที่รัฐบาลได้ดำเนินการไปแล้ว ผลการประชุมของคณะรัฐมนตรี การแก้ไขปัญหาต่างๆ ให้แก่ประชาชน เป็นต้น รวมถึงการเชิญนายกรัฐมนตรีไปพูดคุยในวันหยุด

ไคซีย์ กล่าวว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีสิทธิพิเศษบางประการ โดยเป็นการใช้อำนาจโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี เช่น การเรียกประชุมสภา การเปิดการประชุมสภา การปิดประชุมสภา การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การประกาศภาวะสงคราม การแต่งตั้งผู้พิพากษา การแต่งตั้งขุนนาง การแต่งตั้งผู้บัญชาการทหาร การแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี การประกาศพระราชทานอภัยโทษ เป็นต้น โดยส่วนใหญ่เป็นการปฏิบัติในนามของพระมหากษัตริย์

กล่าวโดยสรุป พระมหากษัตริย์ทรงมีหน้าที่และบทบาทสำคัญ ดังนี้

1. เป็นสถาบันที่แสดงสัญลักษณ์ของประเทศ และปรากฏความเป็นสถาบันตามรัฐธรรมนูญ
2. เป็นสัญลักษณ์แสดงความเป็นเอกภาพหนึ่งเดียวของประเทศ

3. เป็นประมุขแห่งรัฐอย่างเป็นทางการ

4. พระมหากษัตริย์ทรงความเป็นกลางทางการเมือง ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด นั่นคือ พระองค์ต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ลำเอียงหรือมีอคติต่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด และทรงแสดงบทบาทตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ทรงรักษาไว้ซึ่งความเสมอภาคระหว่างพรรคการเมือง โดยการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางการเมือง

5. พระมหากษัตริย์สามารถทำอะไรก็ได้ที่ไม่ผิดและไม่ขัดกฎหมายตามคำแนะนำของรัฐบาลซึ่งเป็นเสียงส่วนใหญ่ในสภาสามัญ โดยรัฐบาลต้องมีความรับผิดชอบทางการเมือง ส่วนพระมหากษัตริย์มีฐานะเหนือพรรคการเมือง จึงได้รับการปกป้องจากคำวิพากษ์วิจารณ์ต่างๆ โดยใช้มาตรการต่างๆ

6. พระมหากษัตริย์เป็นประมุขของประเทศ ทรงมีบทบาทแต่เฉพาะทางพิธีการ

7. พระมหากษัตริย์เป็นสถาบันภายใต้รัฐธรรมนูญ และมีการสืบทอดตำแหน่ง โดยเป็นไปตามกฎเกณฑ์แห่งราชสันตติวงศ์

แม้พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงมีอำนาจมากมายเหมือนในอดีตก็ตาม แต่ด้วยธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติ พระองค์ยังได้รับความเคารพอย่างยิ่งด้วยการมีอำนาจบางประการตามสิทธิพิเศษของราชวงศ์ (Royal Prerogative) ซึ่งถือเป็นอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ ซึ่งในปัจจุบันพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจผ่านทางผู้นำของฝ่ายบริหาร อันได้แก่ นายกรัฐมนตรี โดยทรงมีอำนาจตามสิทธิพิเศษของราชวงศ์ ได้แก่ อำนาจในการเรียกประชุมและยุบสภา, อำนาจในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศและอำนาจในการประกาศภาวะสงคราม

3.2 พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

เป็นที่ทราบกันมาช้านานแล้วว่า อังกฤษเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางด้านระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งกล่าวได้ว่า เป็นต้นแบบของระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งแม้ว่าจะมีข้อจำกัดด้านการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่พัฒนาการด้านรัฐธรรมนูญ, สิทธิเสรีภาพ, ระบบกฎหมายและการศาล ยังคงมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ผ่านวิวัฒนาการปรับเปลี่ยนมาในแต่ละยุคสมัย แต่ในท้ายที่สุดแล้ว ยังสามารถรักษาระบบกฎหมาย ที่มีความยั่งยืนและเข้มแข็งมากที่สุดระบบหนึ่งของระบบกฎหมายสำคัญของโลก ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนและกระชับ จึงขอเสนอพัฒนาการต่างๆ ของระบบกฎหมายอังกฤษ ตามลำดับ ดังต่อไปนี้

3.2.1 สมัยกฎหมายแองโกล-แซกซอน (ระยะก่อน ค.ศ.1066)

พัฒนาการของระบบกฎหมายที่มีความสำคัญในสมัยนี้ ได้แก่ การจัดตั้งศาลควบคู่ไปกับการแบ่งพื้นที่ทางการปกครอง โดยมีการจัดตั้งศาลชาयर (Shrie) ขึ้นทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีในเขตการปกครองชาयर ซึ่งถือเป็นพื้นที่ทางการปกครองที่มีขนาดใหญ่ที่สุด, จัดตั้งศาลฮันเดรด (Hundred) ขึ้นทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีในเขตการปกครองฮันเดรด ซึ่งเป็นพื้นที่ทางการปกครองที่มีขนาดรองลงมาจากเขตการปกครองชาयर แต่ในส่วนพื้นที่การปกครองขนาดเล็กและเล็กที่สุด ได้แก่ ทาวน์ชิพ (Township) และ วิล (Will) ไม่มีการจัดตั้งศาลขึ้นพิจารณาคดี โดยกำหนดให้ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นหัวหน้าศาล ได้แก่ เอิร์ล (Earl), บิชอป (Bishop) และเชอริฟ (Sheriff)

สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับกันในสมัยนี้เป็นอย่างไรนั้น นักประวัติศาสตร์กฎหมายของอังกฤษเอง ก็ไม่ทราบรายละเอียดมากนัก เนื่องจากเพิ่งมีการบัญญัติกฎหมายภายหลังจากที่อังกฤษได้หันมานับถือศาสนาคริสต์แล้ว โดยบัญญัติกฎหมายเป็นภาษาแองโกล-แซกซอนแทนที่จะเป็นภาษาลาตินเหมือนกับประเทศอื่นๆ ในยุโรปในยุคสมัยนั้นก็ตาม กฎหมายที่ใช้บังคับกันในอังกฤษในขณะนั้น ยังมีลักษณะเป็นกฎหมายประจำเผ่าแต่ละเผ่า ซึ่งใช้บังคับกันแต่เฉพาะในดินแดนที่เผ่านั้นๆ ปกครองอยู่เท่านั้น ยังไม่มีลักษณะของการเป็นกฎหมายประจำชาติ นอกจากนี้แล้ว กฎหมายมีเพียงการควบคุมความสัมพันธ์ทางสังคมบางเรื่องเท่านั้น²²¹

กฎหมายที่ใช้บังคับกันในสมัยนี้ แม้จะมีรายละเอียดไม่มากนัก แต่กล่าวได้ว่าเป็นพื้นฐานของพัฒนาการของกฎหมายจารีตประเพณี (ซึ่งพัฒนามาจากประเพณีโบราณของชาวเยอรมันดั้งเดิม) หรือกฎหมาย Common Law ซึ่งทั้งพระมหากษัตริย์และประชาชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และศาลในสมัยนั้นจะพิจารณาพิพากษาคดีได้แต่เฉพาะ คดีที่คู่ความทั้ง 2 ฝ่ายนั้นยินยอมเท่านั้น

จึงกล่าวได้ว่า ในสมัยแองโกล-แซกซอน นี้ ยังไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยและพัฒนาการทางด้านสิทธิและเสรีภาพของประชาชนยังมีน้อยมาก เช่น มีความพยายามวางหลักเกณฑ์การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นลายลักษณ์อักษรและมีการโอนทรัพย์มรดกโดยใช้พินัยกรรม²²²

²²¹ สุนัย มโนมัยอุดม ระบบกฎหมายอังกฤษ กรุงเทพฯ เดือนตุลา 2552 หน้า 17.

²²² Rene David *Les Grands systemes de droit contemporains* Pelvis Dalloz 1982 pp.38-39 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 86 หน้า 73.

3.2.2 สมัยของพัฒนาการก่อตั้งระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (ค.ศ.1066 – 1485)

พระเจ้าเอ็ดเวิร์ด (ค.ศ.1042 – 1066) ซึ่งเป็นกษัตริย์องค์สุดท้ายของอังกฤษในสมัยแองโกล – แซกซอน มีพระมารดาเป็นชาวนอร์แมน และพระองค์เองก็ได้รับการเลี้ยงดูมาจากชาวนอร์แมน จึงทรงโปรดปรานชาวฝรั่งเศสเป็นอย่างยิ่ง และทรงให้ความสนิทสนมมากเป็นพิเศษกับ วิลเลียม ดยุกแห่งนอร์ม็องดี ถึงขนาดมีคำรำลือว่า ทรงตั้งให้เป็นรัชทายาท ประกอบกับยังทรงเชื่อเชิญให้พระชาวนอร์แมนมาดำรงตำแหน่งบิชอป รวมทั้งยินยอมให้ชาวนอร์แมนเข้ามาตั้งถิ่นฐานในอังกฤษเป็นจำนวนมาก ทำให้ขุนนางชาวอังกฤษไม่พอใจเป็นอย่างยิ่ง จึงหาทางต่อสู้โดยเปลี่ยนเอาพระชาวอังกฤษมาเป็นบิชอปแทน จน ค.ศ. 1066 พระเจ้าเอ็ดเวิร์ดสิ้นพระชนม์ ขุนนางอังกฤษคนหนึ่งฉวยโอกาสตั้งตนเองเป็นกษัตริย์แทน ทำให้ดยุกแห่งนอร์ม็องดีซึ่งกล่าวอ้างสิทธิความเกี่ยวพันในฐานะรัชทายาทของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ด ยกกองทัพชาวนอร์ม็องดีเข้ามาต่อสู้และทำสงคราม จนกระทั่งชนะ จึงเข้ายึดครองอังกฤษและปราบดาภิเษกขึ้นเป็นกษัตริย์แห่งอังกฤษในปีเดียวกัน ทรงพระนามว่า พระเจ้าวิลเลียมที่ 1 (William the conqueror) แม้หลังจากนั้นจะมีความพยายามลุกฮือขึ้นต่อต้านพระองค์โดยขุนนางอังกฤษอีกหลายครั้งหลายครา แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ

เมื่อพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 สามารถยึดครองอังกฤษได้อย่างเต็มที่แล้ว ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในประเทศอังกฤษหลายๆ ด้าน ดังนี้

1. การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองและสิทธิเสรีภาพของประชาชน

เนื่องจากปัญหาพื้นฐานของพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 คือ ทรงเล็งเห็นว่า ในอังกฤษขณะนั้น กษัตริย์มีพระราชอำนาจน้อย แต่บรรดาขุนนางในระบบฟิวดัลกลับมีอิทธิพลและอำนาจสูงยิ่ง เพื่อทรงรักษาพระราชอำนาจในการปกครองและบริหารประเทศให้มีประสิทธิภาพ จึงทรงพยายามเพิ่มพระราชอำนาจให้พระองค์เอง โดยการนำขุนนางชั้นผู้ใหญ่ชาวนอร์แมนที่ตามเสด็จมายึดครองอังกฤษเข้าดำรงตำแหน่งแทนขุนนางชาวอังกฤษ และใช้ระบบการปกครองระบอบศักดินาสวามิภักดิ์ (Feudalism) โดยทรงยึดถือว่ากษัตริย์ย่อมเป็นเจ้าของราชอาณาจักร ซึ่งได้รับพระราชทานมาจากพระผู้เป็นเจ้า ดังนั้น พระองค์จึงทรงสงวนดินแดนในราชอาณาจักรส่วนหนึ่งไว้ใช้ส่วนพระองค์ ส่วนดินแดนที่เหลือนั้น ทรงพระราชทานแก่บรรดาขุนนางชั้นสูงชาวนอร์แมน²²³ ส่วนในการปกครองและบริหารราชการนั้น พระเจ้าวิลเลียมที่ 1 ทรงสถาปนาสภาคิวเรีย รีจิส (The Curia Regis) หรือคณะที่ปรึกษาสภาคิวเรีย รีจิสของพระมหากษัตริย์ ทำให้พระองค์สามารถใช้

²²³ Robert Kirkpatrick *Initiation au Droit Analysis* Maison Ferd Lercier Bruxelles 1964 p.44
อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 86 หน้า 74.

พระราชอำนาจของพระองค์ผ่านทางสภาแห่งนี้ และ ถือเป็นกรวางรูปแบบการปกครองที่มีประสิทธิภาพในการบริหารและปกครองประเทศมากกว่ากษัตริย์พระองค์ใดๆ ในยุโรปสมัยนั้น²²⁴ และที่สำคัญ การสถาปนาคิวเรีย ริจิสนี่ ถือเป็นรากฐานสำคัญในการพัฒนาระบบกฎหมาย ระบบตุลาการและการศาล สถาบันการเมืองและพัฒนาการสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในเวลาต่อมา โดยที่สมาชิกสภาแห่งนี้จะทรงแต่งตั้งจากบรรดาขุนนางและพระชั้นผู้ใหญ่ที่เป็น “ผู้สวามิภักดิ์” ของพระองค์ โดยมีหน้าที่ถวายคำแนะนำหรือความเห็นต่อพระองค์ในเรื่องราวต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านการปกครอง การตรากฎหมายและการพิจารณาคดี ในระยะแรกนั้น สภาดังกล่าวไม่ค่อยมีบทบาทมากเท่าใดนัก แม้ว่าหน้าที่หลักของสภาคิวเรีย ริจิส ได้แก่ การเป็นที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์และการดูแลรักษาผลประโยชน์ของกษัตริย์ ซึ่งที่เห็นอย่างชัดเจน คือ การจัดเก็บภาษี นอกจากนี้ยังมีอำนาจหน้าที่ในทางบริหาร นิติบัญญัติและตุลาการด้วย (เรียกว่าศาลคิวเรีย ริจิส ถือเป็นศาลสูงสุดในระบบฟิวคัลลิสซิม) เมื่อสภาคิวเรีย ริจิสต้องรับผิดชอบงานในฐานะที่เป็นศาลเพิ่มขึ้น จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงโครงสร้างการบริหารงานในสภาคิวเรีย ริจิส โดยแบ่งออกเป็นฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ และยังมีกรแต่งตั้งหัวหน้าศาลเพื่อดูแลงานศาลแทนพระมหากษัตริย์ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่อยู่หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้

ต่อมา ค.ศ. 1999 พระเจ้าจอห์นที่ 1 ขึ้นครองราชย์ต่อมา ได้รับสมญานามว่า จอห์น ผู้ไร้บัลลังก์ เนื่องจากทรงเป็นกษัตริย์ที่อ่อนแอ ดังนั้น เมื่อขึ้นครองราชย์แล้ว ทรงมีปัญหาละเมิดหมายกับกับสมเด็จพระสันตะปาปาที่กรุงโรม และยังขัดแย้งกับกษัตริย์แห่งฝรั่งเศส จนกระทั่งเกิดสงครามกับฝรั่งเศส นอกจากนี้แล้ว เนื่องจากพระเจ้าจอห์นต้องการเงินเป็นค่าใช้จ่ายในการทำสงคราม จึงบังคับให้ประชาชนต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้น รวมทั้งยังปกครองประเทศอย่างกดขี่ ทำให้ประชาชนเดือดร้อน จึงไปรวมกำลังกับกลุ่มขุนนางต่อต้านพระมหากษัตริย์ ในที่สุดสามารถบีบบังคับให้พระเจ้าจอห์นจำต้องยอมตรากฎหมายซึ่งลิดรอนอำนาจของพระองค์เอง นั่นคือ เป็นกฎหมายที่จำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ให้ทรงอยู่ในกรอบภายใต้กฎหมาย ที่รู้จักกันเป็นอย่างดีในนามของ บทบัญญัติแม็กนาร์ การ์ตา หรือมหากฎบัตรหรือกฎบัตรใหญ่ (Magna Carta หรือ The Great Charter)²²⁵ ซึ่งตราขึ้นใน ค.ศ.1215 ซึ่งนับเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษ รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติ 63 มาตรา ซึ่งมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมีหลักฐานสำคัญที่จะจำกัดอำนาจรัฐบาลไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรกของโลก

²²⁴ สุนัย มโนมัยอุดม เรื่องเดียวกัน เชิงอรรดที่ 222 หน้า 26.

²²⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรดที่ 57 หน้า 38.

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า พัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีความเป็นรูปร่างชัดเจนมากขึ้น มีความเป็นระบบมากขึ้นและมีบทบัญญัติอันรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในหลายมาตรา เช่น มาตรา 16, 23 เป็นต้น มีทั้งสิทธิในทางแพ่ง เช่น มาตรา 2-11, สิทธิในทางอาญา เช่น มาตรา 34, 36 และ 39, สิทธิในทางมหาชน เช่น มาตรา 40, การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในทางแพ่ง เช่น มาตรา 12 และ 14, การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในทางอาญา เช่น มาตรา 17, 19-21, 24 และ 39 และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในทางมหาชน เช่น มาตรา 61 แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเหล่านี้ยังคงมีข้อจำกัด คือ มีเพียงการสร้างหรือการตรากฎหมายที่พิจารณาจากความจำเป็น และปัญหาของประชาชนที่มีและดำรงอยู่ในสมัยนั้นเป็นพื้นฐานในการจัดทำ ยังมีได้มีการจัดเรียงลำดับหมวดหมู่ให้เป็นระบบมากนัก อีกทั้งสิทธิเสรีภาพบางกลุ่มยังมิได้ถูกนำมากล่าวไว้ เช่น กลุ่มสิทธิมนุษยชน แต่ถือได้ว่า เป็นวิวัฒนาการขึ้นสำคัญเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่สมควรจะได้รับการพัฒนาปรับปรุงให้เหมาะสมกับกาลสมัยต่อไปในอนาคต

ต่อมาในสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 3 ขึ้นครองราชย์ (ค.ศ.1216-1272) โดยเหตุที่ว่ากษัตริย์ถูกลดทอนอำนาจลงเป็นอย่างมาก จึงทรงพยายามแย่งอำนาจกลับคืนมา โดยมีพระบรมราชโองการประกาศยกเลิก Magna Carta ทำให้บรรดาเหล่าขุนนางอังกฤษซึ่งมีแนวคิดจำกัดอำนาจของกษัตริย์ซึ่งยังดำรงคงอยู่และสั่งสมอยู่ตลอดเวลา เกิดความไม่พอใจ จนถึง ค.ศ. 1258 เหล่าขุนนางกลุ่มดังกล่าว จึงรวมตัวกันกดดันบีบบังคับให้พระเจ้าเฮนรีที่ 3 จำใจต้องตรา บทบัญญัติออกฟอร์ด (Provision Of Oxford) เพื่อแก้ไขเพิ่มเติม Magna Carta ให้จำกัดอำนาจของกษัตริย์เพิ่มขึ้นอีก สาระสำคัญ ได้แก่ การกำหนดให้มีสภา ซึ่งจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารราชการแผ่นดินร่วมกับกษัตริย์ สภานี้มีสมาชิกจำนวน 15 คน ทำให้พระเจ้าเฮนรีที่ 3 ทรงไม่พอพระทัยและยังทำให้เกิดความขัดแย้งกับเหล่าขุนนางเพิ่มมากขึ้น ในขณะนั้น เหล่าขุนนางมี Simon de Monfort ซึ่งเป็นชาวฝรั่งเศสทำหน้าที่เป็นหัวหน้าสภา จึงเกิดการต่อสู้กันระหว่างฝ่ายกษัตริย์กับฝ่ายขุนนางในระหว่าง ค.ศ.1258-1265 เป็นเวลานานถึง 8 ปี จนในที่สุด ฝ่ายขุนนางได้รับชัยชนะ จึงยึดอำนาจไว้ได้สำเร็จและจับพระเจ้าเฮนรีที่ 3 ไปขังไว้ หลังจากนั้น Simon de Monfort คิดเพิ่มอำนาจให้แก่ตนเอง จึงเชิญอัศวินจากชายรัทุกแห่งๆ ละ 2 คน รวมทั้งเชิญผู้แทน ซึ่งเป็นสามัญชนจากเมืองต่างๆ เมืองละ 2 คน ให้เข้าร่วมประชุมด้วย อันเป็นกุศโลบายเพื่อให้บุคคลเหล่านี้สนับสนุนตนเองในการปกครองและบริหารประเทศ การประชุมครั้งนี้เรียกว่า **Parliament** (ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการประชุมรัฐสภาครั้งแรกของโลกก็ได้)²²⁶ ต่อมา มีการพัฒนาการประชุมสภาต้นแบบให้เป็นสภาต้นแบบ (Model Parliament) ซึ่งมีทั้งพวกอัศวินและสามัญชนมาประชุมร่วมกันใน

²²⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เชิงอรุณีที่ 57 หน้า 39.

ค.ศ. 1295 ซึ่งได้กลายเป็นประเพณีปฏิบัติต่อมา และพอถึงสมัยพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 ขึ้นครองราชย์ (ค.ศ.1327-1379) ทรงเรียกประชุมรัฐสภา (Curia Regis หรือ Parliament) สำหรับการปกครองและบริหารราชการแผ่นดินอย่างสม่ำเสมอ แต่เนื่องจากสมาชิกสภาแห่งนี้ที่เป็นพวกขุนนางรู้สึกอึดอัดและไม่พอใจที่พวกตนซึ่งถือตนว่ามีฐานะสูงกว่า เนื่องจากมีฐานันดรศักดิ์ต้องมานั่งร่วมประชุมและตอบโต้สมาชิกสภาซึ่งเป็นผู้แทนของท้องที่และเมืองในฐานะสามัญชนที่ต่ำกว่า และมีระดับการศึกษาน้อยกว่า จึงเรียกร้องต่อกษัตริย์ให้แยกประชุมสมาชิกทั้ง 2 ฝ่ายออกจากกัน จึงมีวิวัฒนาการต่อมา โดยมีการแยกองค์รัฐสภาออกเป็น สภาขุนนาง (House of Lords) และสภาสามัญ (House of Commons) โดยมีการแยกองค์รัฐสภาออกเป็น สภาขุนนาง (House of Lords) และสภาสามัญ (House of Commons) ส่วน Curia Regis ซึ่งแต่เดิมเป็นสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์และเป็นแกนกลางของรัฐสภา จึงได้แยกตัวออกจากสภาแห่งนี้ไป

รัฐสภาอังกฤษได้ใช้สิทธิที่ได้รับมาจาก Magna Carta ในการต่อรองกับกษัตริย์ เพื่อให้ตนได้มาซึ่งอำนาจในการตรากฎหมายได้เป็นอย่างดี โดยใช้สิทธิถวายคำร้องทุกข์ เรียกร้องให้กษัตริย์ทรงตรากฎหมายในเรื่องหนึ่งเรื่องใด และจะให้ความยินยอมในการเก็บภาษี ก็ต่อเมื่อกษัตริย์ทรงตรากฎหมายตามที่รัฐสภาต้องการ นับตั้งแต่ ค.ศ.1462 เป็นต้นมา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ใช้วิธีการยกร่างพระราชบัญญัติกันเอง และเมื่อใดที่สภาทั้งสองตกลงกันได้แล้ว กษัตริย์ก็ทรงประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นกฎหมาย²²⁷

2. การเปลี่ยนแปลงทางการศาลและระบบกฎหมาย

เมื่อพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 ได้เข้ายึดครองอังกฤษนั้น ได้นำวัฒนธรรมทางภาษาของฝรั่งเศส (ของชาวนอร์ม็องดี) มาใช้ในราชสำนักของอังกฤษด้วย ทำให้ศาลหลวงในขณะนั้น จำต้องใช้ภาษาฝรั่งเศสตามไปด้วย ทำให้ภาษาพูดของนักกฎหมายอังกฤษที่ใช้กันตั้งแต่นั้นจนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 17 จึงเป็นภาษาพื้นเมืองของชาวนอร์ม็องดีที่มักเรียกกันว่า “Law French” แต่ภาษาเขียนนั้นได้เปลี่ยนไปใช้เป็นภาษาลาตินเช่นเดียวกับที่ใช้กันอยู่ในยุโรป ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศาลและระบบกฎหมายนั้น หลังจากที่พระเจ้าวิลเลียมที่ 1 เข้ายึดครองอังกฤษนั้น ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการศาลและระบบกฎหมาย โดยนำวิธีพิจารณาคดีของชาวนอร์แมน (นอร์ม็องดี) เข้ามาผสมผสานกับวิธีพิจารณาคดีเดิมของอังกฤษ เช่น นำวิธีพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยการต่อสู้ (Trial by battle) ของชาวนอร์แมนมาใช้เพิ่มเติม นอกเหนือไปจากการพิสูจน์ด้วยไฟหรือน้ำ (Ordeal by fire or water) ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา โดยในคดีแพ่งนั้น โจทก์และจำเลยจะต้องต่อสู้กันด้วยตนเอง หรือจ้างผู้อื่นให้ต่อสู้แทนกันก็ได้ แต่ในคดีอาญา ทั้งโจทก์และจำเลยจะต้องต่อสู้กันด้วยตนเอง

²²⁷ Hauriou Gicquel et Gelard *Droit Constitutionnel et Institutions* pp.229 – 230 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 86 หน้า 75.

เท่านั้น ในขณะที่แต่เดิมนั้น ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีได้แก่ ศาล County หรือศาล Hundred ซึ่งเป็นศาลประจำท้องถิ่นของแต่ละท้องถิ่น ซึ่งใช้กฎหมายจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายของพวกเขา “อนารยชน” ในภาคพื้นทวีปยุโรป ก็ถูกเปลี่ยนแปลงแทนที่ด้วยศาลของ “เจ้าศักดินา” (ศาล Feudal) ทั้งนี้ เนื่องจากในสมัยนั้น ทฤษฎีสันที่ถือว่ามีค่ามากที่สุดได้แก่ ที่ดิน ในขณะที่ศาลกิวเรีย ริจิสซึ่งพัฒนามาจากสภากิวเรีย ริจิสในสมัยพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 ยังคงมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องและเริ่มมีบทบาทมากขึ้น

กฎหมายที่ใช้ในศาลกิวเรีย ริจิส ถือว่าเป็นรากฐานต่อมาของกฎหมายคอมมอน ลอว์ มีรูปแบบตามกฎหมายฝรั่งเศส²²⁸ เนื่องจากได้รับอิทธิพลทางภาษาและวัฒนธรรมทางกฎหมายจากชาวออร์แมนและแองเจวินซึ่งมาจากฝรั่งเศสนั่นเอง

จึงอาจกล่าวได้ว่า ในสมัยออร์แมนมีพัฒนาการของระบบกฎหมาย, การตุลาการ, บุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมในลักษณะของความเป็นรูปธรรมมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่มักเป็นการพัฒนาทางด้านกฎหมายเอกชน เน้นหนักไปในทางกฎหมายแพ่งมากกว่า มีการพัฒนากฎหมายอาญาบ้าง แต่ไม่มากนัก ทั้งยังขาดความเป็นระบบอยู่มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบการศาล และในส่วนของกฎหมายมหาชนนั้น ยังมีพัฒนาการค่อนข้างน้อยมาก ส่วนใหญ่สิทธิเสรีภาพของประชาชนยังคงผูกติดอยู่กับกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ยังไม่มีการแยกหลักกฎหมายออกมาเป็นเอกเทศ ซึ่งเป็นไปตามยุคสมัยการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชนั่นเอง

สำหรับการปฏิรูปกฎหมายอาญานั้น เดิมมีการแบ่งคดีอาญาออกเป็นหลายประเภท มีทั้งความผิดต่อพระมหากษัตริย์ และคดีที่ไม่ถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นผู้เสียหาย คดีอาญานั้น ศาลท้องถิ่นยังคงมีอำนาจในการพิจารณา โดยผู้เสียหายหรือญาติของผู้เสียหายมีหน้าที่นำตัวผู้กระทำความผิดหรือถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดมาขึ้นศาล อัตราโทษก็แตกต่างกันไปซึ่งนับว่าลึกลับมาก จนถึงตอนปลายศตวรรษที่ 12 มีการจัดให้คดีอาญาอุกฉกรรจ์ที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดิน (Pleas of the Crown) และคดีประเภทนี้ เกือบทั้งหมดต้องได้รับการพิจารณาในศาลกษัตริย์ การฟ้องร้องดำเนินคดีถือว่ากระทำในนามของพระมหากษัตริย์ มีโทษสถานเดียว คือ ประหารชีวิต ส่วนศาลท้องถิ่นหรือศาลเอกชนมีอำนาจเพียงพิจารณาตัดสินคดีอาญาที่มีอัตราโทษน้อยกว่า พระเจ้าเฮนรีที่ 2 ทรงทำให้ระบบการดำเนินคดีโดยถือว่าสังคมเป็นผู้เสียหายและสังคมเป็นผู้กล่าวหาผู้กระทำความผิด มีความเข้มแข็งและเป็นระบบมากขึ้น โดยยกเลิกวิธีการเดิมไป และให้มีตัวแทนของประชาชนเป็นผู้ทำหน้าที่นี้ โดยทรงตรากฎหมาย

²²⁸ สุนัย มโนมัยอุคม เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 222 หน้า 34 – 36.

2 ฉบับ คือ Assize of Clarendon ค.ศ.1166 และ Assize of Northampton ค.ศ.1176 มีสาระสำคัญว่า ให้แต่ละอันเดร์ดในทุกๆ เคาน์ตี มีผู้แทนจำนวน 12 คนและในแต่ละทาว์นชิพ มีผู้แทน 4 คน มีหน้าที่ในการรายงาน หรือ นำตัวผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดในเขตอำนาจของตนเสนอต่อผู้มีอำนาจดำเนินการต่อไป

ศาลคอมมอน พลีส (Common Pleas)²²⁹

ศาลนี้เป็นศาลที่มีคดีมากที่สุด มีอำนาจพิจารณาเหนือคดีต่างๆ ดังนี้

1. มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งที่มีข้อพิพาทระหว่างประชาชนด้วยตนเอง (Common Pleas) ในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดิน (real action) และคดีแพ่งอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับที่ดิน (personal action) ที่ประกอบด้วย Debt, Detinue, Covenant และ Account ตลอดจนมีอำนาจพิจารณาคดีละเมิด (Trespass) ร่วมกับศาลคิงส์ เบนซ์

2. มีอำนาจตรวจตราเหนือศาลท้องถิ่น ศาลพิวคัล โดยการออกแบบ tolt และ pone สั่งให้โอนคดีจากศาลท้องถิ่นหรือศาลพิวคัลมาพิจารณาในศาลคอมมอน พลีส และยังมีอำนาจออกหมายอื่นๆ เพื่อแก้ไขข้อผิดพลาดของศาลที่อยู่ในระดับต่ำกว่า

ศาลคิงส์เบนซ์ (King's Bench)²³⁰

ศาลนี้มีอำนาจพิจารณาคดีต่างๆ ดังนี้

1. คดีอาญาแผ่นดินที่ราษฎรฟ้องร้องตนเอง (Appeal of felony) ซึ่งเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลคอมมอน พลีส ส่วนคดีอาญาที่เป็นความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของกษัตริย์ส่วนใหญ่ จะพิจารณาในศาลเคลื่อนที่ (trial on circuit)

2. คดีแพ่งทั่วไปซึ่งกษัตริย์มีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือมีพระราชประสงค์ให้พิจารณาคดีในศาลคิงส์เบนซ์ ตลอดจนมีอำนาจในการพิจารณาคดีละเมิด (trespass) ร่วมกันกับศาลคอมมอน พลีส

3. มีอำนาจแก้ไขและตรวจตราการพิจารณาของศาลอื่นๆ ทั้งศาลท้องถิ่นและศาลหลวง รวมทั้งศาลคอมมอน พลีสด้วย อำนาจดังกล่าวมี 2 ลักษณะ คือ อำนาจในฐานะที่ทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์ของศาลต่างๆ และ อำนาจในการควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของศาลและหน่วยงานบริหาร โดยพระราชอำนาจพิเศษ (Perogation Power) โดยการออกหมาย ได้แก่

- หมาย Habeas Corpus เพื่อตรวจสอบความถูกต้องในการควบคุมตัวบุคคล

- หมาย Certiorari เพื่อขอตรวจตราคำวินิจฉัยของศาลล่าง หรือฝ่ายบริหาร

ให้ปฏิบัติหน้าที่โดยความชอบธรรม อยู่ในเขตอำนาจ ไม่เกินอำนาจที่ได้รับมอบหมาย (ultra vires)

²²⁹ สุนัย มโนมัยอุดม เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 222 หน้า 50-51.

²³⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 51.

และปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (role of natural justice) โดยมีคำสั่งให้ยกคำวินิจฉัย ที่มีชอบ แก้อภัยหรือให้ดำเนินการใหม่

- หมาย Prohibition สั่งให้ศาลล่าง หรือ ฝ่ายบริหารหยุดกระทำการใดๆ ที่มีชอบ ด้วยกฎหมายหรือเกินกว่าอำนาจของตนเอง

- หมาย Mandamus สั่งให้ศาลล่าง หรือ ฝ่ายบริหารปฏิบัติตามอำนาจและ หน้าที่ตามกฎหมาย

- หมาย Qua Warrento ตรวจสอบความถูกต้องในเรื่องอำนาจศาล

เมื่อถึงสมัยที่พระเจ้าริชาร์ดที่ 2 ขึ้นครองราชย์ (ค.ศ.1377-1399) ในขณะ ที่ทรงพระเยาว์ เมื่อเข้ามาปกครองและบริหารราชการแผ่นดิน ทรงใช้อำนาจปกครองแบบเผด็จการ และใช้วิธีการกำจัดขุนนางที่เป็นปฏิปักษ์ ทำให้เหล่าขุนนางเสื่อมอำนาจลงไปในระยะแรกๆ ที่ทรง ครองราชย์ จนกระทั่งเหล่าขุนนางที่ถูกปราบปรามสามารถรวมตัวกันต่อต้านพระองค์ได้อีกครั้ง หนึ่ง จนในที่สุด ค.ศ.1399 พระเจ้าริชาร์ดที่ 2 ก็ถูกเหล่าขุนนางจับกุมจากนั้นจึงพากันสนับสนุนให้ พระเจ้าเฮนรีที่ 4 (ค.ศ.1399-1413) ขึ้นครองราชย์แทน พร้อมทั้งเปลี่ยนแปลงราชวงศ์เป็นราชวงศ์ แลงแคสเตอร์ (House of Lancaster) ในช่วงนี้ สภา Curia Regis มีสถานะตกต่ำลงเป็นอย่างมาก และ กลับต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมของสภาขุนนาง เดิมศาลเคยพิจารณาคดีต่อหน้ากษัตริย์ เมื่อได้ แยกตัวออกจากสภา Curia Regis แล้ว ในยุคนี้ (ศตวรรษที่ 14) จึงมีสถานะเป็นศาลยุติธรรมอย่าง แท้จริง กล่าวคือ กษัตริย์มิได้นั่งเป็นประธานในศาลและสมาชิกสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ ซึ่งเป็น บุคคลธรรมดา มิได้เข้าร่วมพิจารณาคดีด้วย ทำให้ศาลคิงส์เบนซ์แปรสภาพเป็นศาลคอมมอนลอว์ เช่นเดียวกับศาลอื่นๆ แม้ว่าจะมีศักดิ์ศรีเหนือกว่าศาลคอมมอน พลิส์ และเอ็ลค์เช็คเกอร์

วิวัฒนาการของศาลเช่นนี้ทำให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก ทรราชใดที่ศาลคิงส์เบนซ์ยังมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์และรัฐสภา ศาลยังมี สถานะเป็นศาลสูงสุดของประเทศ แต่เมื่อแยกตัวเป็นศาลอิสระ ย่อมหมดฐานะเช่นเดิมไป ทำให้ เกิดปัญหาว่า หน่วยงานใดจะเป็นผู้พิจารณาคดีที่อุทธรณ์จากศาลคิงส์เบนซ์ ซึ่งรัฐสภาประสพชัย ชนะในการอ้างสิทธิ์นี้ ประการที่สอง เมื่อศาลคอมมอน ลอว์แยกตัวออกจากรัฐบาลกลางแล้ว และ ศาลคิงส์เบนซ์ได้แยกตัวออกจากสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์แล้ว ทำให้นับตั้งแต่นั้นไป การบริหารงาน ทางด้านกฎหมายคอมมอน ลอว์ ได้ตกอยู่ในอำนาจของพวกที่มีวิชาชีพกฎหมายที่แท้จริง ไม่มีความ โอนเอียงและอาจไม่มีอำนาจมากพอที่จะรักษากฎหมายให้ทันสมัยในช่วงเวลาแห่งการเปลี่ยนแปลง ดังนั้น ต่อมา จึงเป็นเหตุให้กฎหมายคอมมอน ลอว์เริ่มมีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว

จึงกล่าวได้ว่า ในศตวรรษที่ 14 รัฐสภา (Parliament), สภาที่ปรึกษา พระมหากษัตริย์ (Curia Regis) และศาลคอมมอน ลอว์ ทั้ง 3 ศาล (ศาลคอมมอน พลิส์, ศาลเอ็ลค์

เช็คเกอร์ และศาลคิงส์ เบนซ์) แยกตัวเป็นองค์อิสระจากกันอย่างสมบูรณ์ แต่ละหน่วยงานมีรายงานคดีและรูปแบบวิธีพิจารณาคดีเป็นของตนเอง²³¹

ช่วงเวลาระหว่างศตวรรษที่ 13 ถึงศตวรรษที่ 14 เป็นช่วงรอยต่อสำคัญของประวัติศาสตร์ของประเทศอังกฤษเป็นอย่างยิ่ง โดยอังกฤษกำลังก้าวเข้าสู่การทำสงครามกับฝรั่งเศส เป็นระยะเวลายาวนานมากโดยต่อสู้รบกันบนดินแดนของประเทศฝรั่งเศสในระหว่างค.ศ. 1337 - 1453 โดยสาเหตุสำคัญมาจากเหตุ 2 ประการ คือ ประการแรก พระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 (ค.ศ. 1327-1377) ซึ่งครองราชย์ในอังกฤษขณะนั้น อ้างว่าพระองค์มีสิทธิในราชบัลลังก์ฝรั่งเศส จึงเกิดความขัดแย้งกับพระราชวงศ์และขุนนางของฝรั่งเศส ประการที่สอง อังกฤษมีข้อพิพาทกับฝรั่งเศสในการอ้างสิทธิเหนือดินแดนของฝรั่งเศส เรียกสงครามนี้ว่า “สงครามร้อยปี” จึงอาจกล่าวได้ว่า ระหว่าง ค.ศ. 1399 – 1485 (หรือระหว่างศตวรรษที่ 13 – 15) มีพัฒนาการของระบบกฎหมาย, ระบบการศาล และสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนดีขึ้นตามลำดับ ดังนี้

กฎหมายอาญา , ศาล และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 12 คดีอาญาอุกฉกรรจ์ทุกประเภทต้องได้รับการพิจารณาในศาลหลวงเท่านั้น ประกอบกับมาตรา 24 Magna Carta มีบทบัญญัติห้ามเซอร์ฟีพิจารณา คดีอาญาที่ถือว่าเป็นความผิดต่อกษัตริย์ (Pleas of the Crown) สำหรับคดีอาญาอุกฉกรรจ์ที่จะฟ้องร้องกันในศาลหลวงนั้น ทำได้ 2 วิธี ได้แก่ วิธีแรก ให้คณะลูกขุนในท้องถิ่นเป็นผู้กล่าวหา โดยใช้วิธีพิจารณาคดีตามกฎหมาย Assize of Clarendon หรือ วิธีที่สอง ผู้เสียหายฟ้องคดีเอง โดยใช้วิธี Appeal of Felony ซึ่งมีวิธีพิจารณาคดีที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ถ้าผู้เสียหายฟ้องคดีเอง ในกรณีที่มีพยานหลักฐานชัดเจนแน่นอนว่ากระทำความผิด จำเลยจะขอพิสูจน์โดยการพิสูจน์ความผิดโดยการต่อสู้ไม่ได้เลย ต้องถูกตัดสินลงโทษประหารชีวิตทันที แต่ถ้าคณะลูกขุนเป็นผู้ฟ้องคดีนั้น ยังคงใช้วิธีการพิจารณาโดยวิธีต่อสู้ (Trial by Battle) ซึ่งศาลหลวงเห็นข้อบกพร่อง จึงแก้ไขโดยการเปิดโอกาสให้แก่จำเลยในคดีที่มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า ไม่ได้กระทำความผิดตามฟ้อง มีสิทธิร้องขอต่อศาลโดยกล่าวโต้แย้งคัดค้านว่า คำฟ้องของโจทก์ทำขึ้นโดยมีเจตนาร้าย และไม่มีมูลความจริงแต่อย่างใด และขอให้คดีของตนได้รับการพิจารณาวินิจฉัยโดยคณะลูกขุน ทั้งนี้ศาลหลวงพยายามเพิ่มกฎเกณฑ์และเงื่อนไขในการฟ้องคดีเองให้ยุ่งยากมากขึ้น แต่กรณีของจำเลยขอให้ใช้คณะลูกขุนพิจารณา ศาลหลวงยอมผ่อนหลักเกณฑ์ให้ เมื่อถึงศตวรรษที่ 13 จึงเริ่มมีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนว่า คดีซึ่งจำเลยถูกคณะลูกขุนท้องถิ่นกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้น ควรต้องจัดให้มีคณะลูกขุนอีกคณะหนึ่งเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ซึ่งลูกขุนท้องถิ่นต่อมาได้พัฒนาเป็น Grand Jury ส่วนลูกขุนคณะหลังนั้นพัฒนาเป็น Petty Jury ซึ่งลูกขุน Grand

²³¹ สุนัย มโนมัยอุดม เรื่องเดียวกัน เริงอรธที่ 222 หน้า 53 – 55.

Jury นั้นได้เคยใช้มาในระยะเวลาหนึ่ง ในขณะที่ลูกขุน Petty Jury ยังคงใช้กันมาจนถึงปัจจุบันนี้ มีข้อสังเกตว่า การที่ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งเป็น Grand Jury แล้ว ยังมีสิทธิได้รับการแต่งตั้งให้เป็น Petty Jury เพื่อพิจารณาคดีเดียวกันได้อีก ทำให้จำเลยมักไม่ได้รับความเป็นธรรม จึงมีการแก้ไข โดย ค.ศ.1352 มีกฎหมายให้สิทธิแก่จำเลยที่จะคัดค้านโต้แย้งกรณีดังกล่าวนี้ได้ นับตั้งแต่นั้นมา ผู้ที่จะเป็นลูกขุนในคณะลูกขุนทั้ง 2 คณะ ต้องแยกจากกันโดยเด็ดขาด จะเห็นได้ว่า กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของอังกฤษได้พัฒนาไปใช้ระบบไต่สวน (inquisitorial) นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา อย่างไรก็ตาม มีปัญหาที่จะต้องพิจารณา กล่าวคือ ข้อจำกัดของวิธีพิจารณาของ Jury คือ ใช้วิธีการบังคับให้จำเลยในคดีอาญาอุกฉกรรจ์ยินยอมให้ใช้วิธีพิสูจน์ความจริงโดยใช้ลูกขุน แทนที่วิธี trial by ordeal ซึ่งถือว่าพระเจ้าเป็นผู้ตัดสิน มีปัญหาเสมอๆ ว่า ประการแรก กรณีที่จำเลยไม่ยินยอมจะใช้วิธีพิจารณาโดยลูกขุนไม่ได้ ทำให้ต้องจับจำเลยขังไว้จนกว่าจำเลยจะให้ความยินยอม ซึ่งต่อมา นอกจากการขังแล้ว ยังใช้วิธีการทรมานร่างกายด้วย (วิธีนี้มีปัญหามาก จนถึง ค.ศ.1772 ถือว่า การไม่ให้ความยินยอมถือว่าเป็นคำให้การรับสารภาพ)²³² เพื่อบังคับให้จำเลยให้ความยินยอม ดังนั้น คดีอาญาพวกนี้ มีจำเลยบางคนยอมถูกทรมานจนตายในคดี felony เพราะว่าถ้าถูกตัดสินว่ากระทำความผิด ต้องถูกลงโทษประหารชีวิตอยู่ดี พร้อมกับถูกริบทรัพย์สินด้วย ประการที่สอง เป็นกรณีที่ชนชั้นอัศวิน (Knight) เป็นจำเลย จะต้องใช้คณะลูกขุนซึ่งเป็นชนชั้นอัศวินซึ่งเป็นชนชั้นเดียวกันเท่านั้น ใช้เวลานานไม่น้อยจนกว่าจะรู้สึกเล็ดลอดเรื่องชนชั้นไปได้ แต่ชนชั้นขุนนาง (Peers) ยังยืนยันที่จะต้องได้รับการพิจารณาคดีโดยพวกขุนนางด้วยกัน และไม่ยอมรับการพิจารณาจากลูกขุนซึ่งมีบุคคลจากชนชั้นต่ำกว่า (ซึ่งต่อมามี พรบ. Criminal Justice Act ค.ศ.1948 มายกเลิกวิธีการเหล่านี้ไป) นอกจากนี้แล้ว ค.ศ.1486 มีพระราชบัญญัติกำหนดให้ผู้เสียหายในคดีที่ลูกขุนเป็นผู้ฟ้องคดีและศาลพิพากษายกฟ้อง มีสิทธิที่จะฟ้องคดีด้วยตนเองได้อีก

กฎหมายแพ่ง, ศาลและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในสมัยศตวรรษที่ 12 ทรัพย์สินที่ถือว่ามีค่าและมีความสำคัญมากที่สุด คือ ที่ดิน ดังนั้น จึงมีข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินซึ่งเป็นคดีแพ่งขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอยู่บ่อยๆ อำนาจพิจารณาคดีที่ดินแต่เดิมนั้นเป็นอำนาจของศาลพิวตัล (ศาลขุนนาง) แต่ต่อมา ศตวรรษที่ 13 ศาลหลวงได้ขยายอำนาจ และยึดเอาอำนาจการพิจารณาคดีเกี่ยวกับที่ดินมาเป็นของตนเอง ในเวลาเดียวกัน ศาลคอมมอนพลีส ก็ขยายอำนาจควบคู่ไปกับศาลหลวง นอกจากนี้แล้ว ศาลหลวงยังขยายอำนาจของตนเองให้ครอบคลุมคดีแพ่งซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินด้วย เช่น การฟ้องบังคับชำระหนี้, การฟ้องเรียกค่าเสียหายต่างๆ เป็นต้น พอถึงศตวรรษที่ 14 ศาลหลวงได้ยึดอำนาจการพิจารณา

²³² สุนัย มโนมัยขุคม เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 222 หน้า 57 – 58.

คดีมาจากศาลท้องถิ่นจนเกือบหมด คงเหลือแต่คดีแพ่งเล็กๆ น้อยๆ ที่ยังปล่อยให้ศาลท้องถิ่นมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งที่ฟ้องกันในสมัยนั้น ได้แก่ Debt, Detinue, Covenant, Account และ Trespass (คดีฟ้องแพ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินต่างๆ, สัญญา, ฟ้องเรียกเงินหรือทรัพย์สินคืน อันมิใช่ที่ดิน) ด้วยเหตุนี้ ศาลหลวงจึงมีอำนาจในการพิจารณาคดีแพ่งเป็นอย่างมาก กลวิธีสำคัญวิธีหนึ่งของศาลหลวงในการขยายอำนาจของตนเอง คือ การออกหมายที่เรียกว่า Original writ โดย Lord Chancellor ที่เป็นที่ปรึกษาของกษัตริย์ หมายนี้มีหลายประเภทและจะออกให้ตามลักษณะของแต่ละคดี รวมถึงบางกรณีที่ไม่เคยมีการออกหมายมาก่อนด้วย แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ออกหมายเห็นว่า โจทก์สมควรได้รับการเยียวยา ก็มักจะออกหมายใหม่ให้ ด้วยวิธีการเช่นนี้ทำให้ศาลหลวงมีอำนาจในการพิจารณาคดีเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะในสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 มีการออกหมายถึง 500 ประเภท ทำให้รัฐสภาไม่พอใจ เนื่องจากถือว่า ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงพยายามตรากฎหมายใหม่ออกมาเพื่อแก้ไข แต่กฎหมายนั้นมีชื่อ Provision of Oxford ค.ศ.1258 มีบทบัญญัติห้าม Lord Chancellor ออกหมายอื่นใดนอกจากหมายที่เคยมี ยกเว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากกษัตริย์และสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ อย่างไรก็ตาม คดีแพ่งที่มีการฟ้องร้องด้วยหมายในสมัยนั้น แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ Real action ได้แก่ คดีที่ฟ้องร้องเรียกกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ถือครองโดยอิสระ (free hold) ซึ่งโจทก์สามารถฟ้องเรียกคืนได้เสมอ และ Personal action ได้แก่ คดีที่ฟ้องร้องเกี่ยวกับทรัพย์สินอื่นๆ นอกจากที่ดิน, คดีฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญา, คดีฟ้องเรียกเงินคืนจากผู้ไม่มีสิทธิที่จะรับไว้²³³

เหตุที่เป็นเช่นนี้ เกิดขึ้นเนื่องจากการที่พระมหากษัตริย์พยายามขยายอำนาจในการตัดสินคดีความให้กว้างขวางไปทั่วประเทศ เนื่องจากการพิจารณาคดียังมากเท่าไร ย่อมทำให้ได้รับค่าธรรมเนียมศาลเพิ่มขึ้นตามไปด้วยเท่านั้น นอกจากนี้มีเหตุผลอื่นๆ ประกอบ ได้แก่ การที่ประชาชนเห็นว่าศาลหลวงเป็นศาลที่มีอำนาจอันแท้จริง ที่สามารถเรียกให้พยานมาให้การต่อศาลสามารถบังคับคดีได้เด็ดขาดและยังมีสถานะที่เหนือกว่าศาลท้องถิ่นและศาลอื่นๆ ด้วย นอกจากนี้แล้ว พระมหากษัตริย์สามารถบังคับราษฎรให้สาบานตนได้ ทั้งศาลหลวงเองได้ปรับปรุงวิธีพิจารณาคดีให้ทันสมัยมากขึ้น และยังจัดให้มีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยคณะลูกขุน (Jury) ในขณะที่ศาลอื่นๆ ยังคงใช้ระบบการพิจารณาคดีที่ล้าหลัง ทำให้ศาลหลวงสามารถขยายอำนาจของตนเองออกไปโดยไม่จำกัด จนกระทั่งตอนปลายของยุคกลาง ในทางปฏิบัติแล้ว คงมีเพียงเฉพาะแต่ศาลหลวงเป็นองค์กรที่พิจารณาคดีตัดสินคดีอย่างแท้จริง แม้ว่าในทางทฤษฎี ศาลหลวงจะมีฐานะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจจำกัดอยู่เฉพาะแต่ในคดีบางประเภทเท่านั้น ดังนั้น การนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลหลวงจึงมิใช่สิทธิของราษฎร หากแต่เป็นการร้องขอรับพระราชทานพระบรมราชานุญาตโดยโจทก์ต้อง

²³³ สุนัย มโนมัยอุดม เรื่องเดียวกัน เริงอรธที่ 222 หน้า 64 – 65.

ยื่นคำร้องผ่าน “Chancellor” ซึ่งเป็นข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ของพระมหากษัตริย์เสียก่อน เพื่อขอ “หมาย” (Writ) เมื่อได้รับหมายแล้ว ราษฎรผู้เป็นโจทก์ต้องเสียค่าธรรมเนียมให้แก่ “Chancellor” ศาลหลวงจึงจะรับคดีนั้นไว้พิจารณา แต่อย่างไรก็ตาม การที่พระมหากษัตริย์จะพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ศาลหลวงพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งในแต่ละครั้ง ไม่ใช่เรื่องที่ทำได้โดยง่าย หากแต่ต้องพิจารณาความเหมาะสมของสถานการณ์ด้วย เนื่องจากในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 13 พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เหนือขุนนางผู้ปกครองท้องถิ่นต่างๆ ยังไม่เข้มแข็งนัก ดังนั้น คดีที่ “Chancellor” จะยอมออกหมายให้โดยอัตโนมัตินั้น คงมีจำนวนไม่มากนัก เช่น มี 56 ประเภทใน ค.ศ.1227 และเพิ่มเป็น 76 ประเภทใน ค.ศ.1832 เท่านั้น

เมื่อศาลหลวงได้ขยายอำนาจของตนเองออกไปอย่างกว้างขวางเช่นนี้ ทำให้ศาลหลวงซึ่งโดยปกติจะมีผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีประจำที่กรุงลอนดอน (ศาลหลวงในระยะแรกๆ นั้น มีอำนาจพิจารณาคดีได้เฉพาะ 3 ประเภท โดยศาลหลวงขณะนั้นแบ่งออกเป็น 3 ศาล ได้แก่ ศาลคอมมอน พลีส ศาลคิงส์เบนช์ และศาลเอ็กเช็เคอร์ โดยศาลทั้งสามจะนั่งพิจารณาคดีประจำอยู่ที่ Wesminster ในกรุงลอนดอน จึงนิยมเรียกศาลหลวงดังกล่าวว่า “Court of Wesminster”) มีความจำเป็นต้องเดินทางออกไปนั่งพิจารณาคดีบางคดีในท้องถิ่นต่างๆ ทำให้มีการแบ่งเขตราชอาณาจักรในการพิจารณาคดีออกเป็น 4 เขต (circuits) โดยเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในนามของพระมหากษัตริย์ จึงทำให้เกิดระบบ “ผู้พิพากษาสัญจร” ขึ้นมา การเกิดระบบเช่นนี้ ถือว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญมากประการหนึ่งในการก่อตั้งและพัฒนาระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ขึ้นในอังกฤษ เนื่องจากผู้พิพากษาที่เดินทางไปพิจารณาคดีในระบบผู้พิพากษาสัญจร มีโอกาสได้ศึกษากฎหมายจารีตประเพณีของชนเผ่าและท้องถิ่นที่แตกต่างกัน ซึ่งมีจำนวนมากมายนั้น จึงมีโอกาที่จะคัดเลือกกฎหมายจารีตประเพณีของท้องถิ่นซึ่งแต่ละท่าน มีความเห็นว่าดีที่สุดในแต่ละเรื่อง นำมาใช้ตีความหรือปรับปรุงหรือแก้ไขหรือเพิ่มเติมให้กฎหมายมีความสมบูรณ์และเกิดความยุติธรรมมากที่สุดตามสามัญสำนึกและเหตุผลของผู้พิพากษา ซึ่งในเวลาต่อมา เมื่อมีการประชุมปรึกษากันหรือกันในระหว่างบรรดาผู้พิพากษาศาลหลวงทั้งปวงแล้ว จะนำหลักกฎหมายที่เห็นและยอมรับร่วมกันว่าเหมาะสมแล้วในแต่ละเรื่อง ไปใช้เป็นหลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีทั่วทั้งราชอาณาจักรอังกฤษ เรียกกฎหมายที่ศาลหลวงนำมาใช้ในการพิจารณาคดีนี้ว่า “Common Law” เพื่อเป็นการเปรียบเทียบกับกฎหมายของแต่ละท้องถิ่นที่เคยใช้บังคับกันในเวลาก่อนหน้านั้น²³⁴

²³⁴ Robert Kirkpatrick Ibid p.48 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 86 หน้า 76-78.

2.1 ลักษณะพิเศษของวิธีพิจารณาความของศาลหลวง²³⁵

ในสมัยนั้น วิธีพิจารณาความของศาลหลวงของอังกฤษมีลักษณะอันโดดเด่น แตกต่างจากวิธีพิจารณาความของชาติอื่นๆ มาก ลักษณะดังกล่าว ได้แก่ ในแต่ละคดีที่มีมูลคดีแตกต่างกัน มีวิธีพิจารณาความสำหรับคดีนั้นๆ โดยเฉพาะ ซึ่งขึ้นอยู่กับว่า ฝ่ายโจทก์จะร้องขอหมายชนิดใด (Writ) เนื่องจากหมายแต่ละชนิดมีวิธีพิจารณาความเป็นของตนเอง โดยเฉพาะโดยหมายนั้นกำหนดว่าจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างไร จะต้องยื่นเอกสารอะไรบ้าง คู่ความจะแต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้แทนในการดำเนินคดีได้หรือไม่ เพียงใด หลักเกณฑ์ในการอ้างพยานหลักฐาน วิธีการสืบพยาน เป็นต้น นอกจากนี้แล้ว หลักเกณฑ์ในการบังคับคดีของแต่ละหมายก็มีความแตกต่างกัน ดังนั้น ถ้าโจทก์ร้องขอหมายชนิดหนึ่งและได้รับอนุญาตแล้ว ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาตามวิธีพิจารณาความของหมายชนิดนั้นเท่านั้น ดังนั้น กรณีมีการใช้คำเรียกโจทก์หรือจำเลย ผิดแผกแตกต่างไปจากที่ระบุไว้สำหรับหมายชนิดนั้น อาจมีผลถึงกับทำให้แพ้คดีได้

จึงเห็นได้ว่า ในประเทศอังกฤษนั้น การพิจารณาคดีจะแพ้ชนะขึ้นอยู่กับ การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นสำคัญ แม้ว่าฝ่ายใดจะมีสิทธิหรือพยานหลักฐานดีกว่า แต่ถ้าดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ถูกต้องหรือแม้แต่ผิดพลาดเพียงเล็กน้อย ก็อาจถึงกับแพ้คดีได้ จึงมีคำกล่าวในประเทศอังกฤษเสมอว่า “Remedies precede rights” ซึ่งหมายความว่า ต้องได้มาซึ่งวิธีการเยียวยา (Writ) เสียก่อนจึงจะได้รับการคุ้มครองและบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนเองได้ ที่กล่าวเช่นนั้น เพราะว่า ปัญหาพื้นฐานของฝ่ายโจทก์ ได้แก่ จะดำเนินการอย่างไรจึงจะทำให้ศาลหลวงยอมรับคดีของตนเองไว้พิจารณา และเมื่อศาลหลวงยอมรับคดีของตนเองไว้พิจารณาแล้ว ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาตามขั้นตอน แบบพิธีต่างๆ ต่อไปให้ถูกต้อง หลังจากนั้น ศาลจึงจะเข้าไปพิจารณาเนื้อหาของคดีนั้นๆ ว่าคู่ความมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไร จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า วิธีพิจารณาความมีความสำคัญยิ่งในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของคู่ความ

พัฒนาการของระบบกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนี้ จึงมีอิทธิพลอย่างถาวรต่อระบบกฎหมายอังกฤษใน 4 ด้าน ได้แก่

- ก. ทำให้นักกฎหมายอังกฤษให้ความสำคัญกับวิธีพิจารณาความ (กฎหมายวิธีสบัญญัติ) เป็นอย่างยิ่ง
- ข. การกำหนดประเภทและแนวความคิดของกฎหมายอังกฤษ
- ค. ทำให้ระบบกฎหมายอังกฤษ ปฏิเสธการแบ่งแยกสาขาของกฎหมาย ออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน

²³⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 86 หน้า 78 – 85.

ง. ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการยอมรับประเภทและแนวความคิดของกฎหมายโรมัน

ก. การที่นักกฎหมายอังกฤษให้ความสำคัญต่อวิธีพิจารณาความ

ก่อน ค.ศ.1856 นั้น คดีทุกชนิดที่เสนอขึ้นสู่การพิจารณาของศาลหลวงจะต้องให้คณะลูกขุนเป็นผู้พิจารณาพิพากษาในปัญหาข้อเท็จจริง ดังนั้น วิธีพิจารณาความจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจาก เป็นการตั้งปัญหาข้อเท็จจริงที่จะเสนอแก่คณะลูกขุนพิจารณาทำให้นักกฎหมายอังกฤษพุ่งความสนใจทั้งหมดของตนเองให้แก่วิธีพิจารณาความ ซึ่งยึดมั่นและเคร่งครัดในขั้นตอนและแบบพิธีและแตกต่างกันไปตามลักษณะของหมาย (Writ) แต่ละชนิด จึงกล่าวได้ว่า ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 นั้น นักกฎหมายอังกฤษมิได้ให้ความสนใจหรือความสำคัญต่อ ลักษณะและผลของการตัดสินในแต่ละคดีว่าควรเป็นอย่างไรจึงจะถือว่ายุติธรรมมากที่สุด แต่จะให้น้ำหนักความสนใจและความสำคัญต่อวิธีพิจารณาความเป็นหลัก

ดังนั้น การจัดระบบและการพัฒนาของระบบกฎหมายอังกฤษ จึงต้องกระทำภายในกรอบของวิธีพิจารณาความที่เคร่งครัดต่างๆ เหล่านี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายคอมมอน ลอว์มิใช่ระบบกฎหมายที่มุ่งจะให้ความยุติธรรม แต่เป็นระบบกฎหมายที่เป็นการรวบรวมวิธีพิจารณาความต่างๆ ที่สามารถวินิจฉัยชี้ขาดในคดีประเภทต่างๆ ที่เพิ่มมากขึ้นทุกๆ ที่

ศาสตราจารย์เรอเน ดาวิด ได้อธิบายโดยยกตัวอย่างเกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมายลักษณะสัญญาของอังกฤษว่า ในศตวรรษที่ 13 คดีเกี่ยวกับสัญญานั้น อยู่ในเขตอำนาจของศาลศาสนา ศาลเทศบาล และศาลพาณิชย์ แต่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลหลวงที่จะรับคดีไว้พิจารณาได้ ด้วยเหตุว่า ในขณะนั้น ยังไม่มีหมาย (Writ) และไม่มีวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับสัญญา ดังนั้น ในบางกรณี โจทก์จะต้องอ้างเรื่องกรรมสิทธิ์เป็นฐานในการเริ่มคดี โดยอ้างว่าจำเลยซึ่งอาจจะเป็นผู้เช่า ผู้ยืม ผู้ฝากทรัพย์ หรือผู้รับขนจะต้องเป็นผู้รับผิด มิใช่เป็นเพราะว่าจากข้อตกลงที่ตนได้ทำไว้ หากแต่เป็นเพราะว่า จำเลยได้ครอบครองทรัพย์สินของบุคคลอื่นไว้โดยไม่มีสิทธิที่จะกล่าวอ้างเช่นนั้นได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ อาจใช้ writ of detinue ยื้อยยาได้ หรือในบางกรณี หนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นขึ้นอยู่กับรูปแบบของการก่อหนี้ว่า การก่อหนี้นั้นเกิดขึ้นในรูปใด กล่าวคือ จำเลยจะต้องรับผิดในคดีที่โจทก์ร้องขอ "writ of debt" ถ้าจำเลยได้ยอมรับในเอกสารที่ทำขึ้นอย่างเป็นทางการว่า ตนเป็นลูกหนี้ โดยไม่ต้องสนใจว่าจำเลยได้ให้ความยินยอมอย่างแท้จริงหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ทั้ง writ of detinue และ writ of debt ต่างก็สามารถใช้ได้เฉพาะกรณีพิเศษบางกรณีเท่านั้น นักกฎหมายอังกฤษจึงต้องพัฒนากฎหมายลักษณะสัญญาให้สมบูรณ์ขึ้น โดยการคิดค้นวิธีอื่นๆ มาอุดช่องว่างนี้ ในที่สุด นักกฎหมายอังกฤษก็สามารถพัฒนา writ of trespass ซึ่งเป็นหมายที่มีวัตถุประสงค์จะเยียวยาการกระทำละเมิด ไม่ว่าจะเป็นการกระทำละเมิดต่อตัวบุคคล ที่ดิน

หรือทรัพย์สินของโจทก์ก็ตาม ทั้งๆ ที่โดยความเป็นจริงนั้น “writ of trespass” ไม่เกี่ยวข้องกับสัญญาเลย แต่โจทก์ก็จะพยายามหว่านล้อมศาลว่า ในบางกรณีที่มีการผิดสัญญานั้น ข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวสมควรจะได้รับการพิจารณาจากศาลเหมือนกับข้อเท็จจริง ในคดีอื่นที่ศาลได้เคยออก “writ of trespass” ไปให้แล้ว ซึ่งศาลหลวงก็ค่อยๆ ยอมรับข้ออ้างดังกล่าวทีละเล็กทีละน้อย โดยในตอนแรกศาลหลวงยอมรับพิจารณาคดีที่โจทก์ร้องขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาในกรณีที่เป็น misfeasance กล่าวคือ คู่สัญญาปฏิบัติไม่ถูกต้องตามสัญญา ทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ต้องใช้เวลาพัฒนากฎหมายลักษณะสัญญาอีกถึง 1 ศตวรรษ ก่อนที่ศาลจะยอมรับพิจารณาคดีที่คู่สัญญามิได้ปฏิบัติตามสัญญาเลยแม้แต่น้อย (non-feasance)

ข. ประเภทและแนวความคิดของระบบกฎหมายอังกฤษ

ในสมัยปัจจุบัน แม้ว่าอังกฤษจะได้ทยอยยกเลิกกฎหมาย (writ) ชนิดต่างๆ ไปจนเกือบหมดแล้วก็ตาม แต่ระบบกฎหมายอังกฤษยังคงได้รับอิทธิพลจากวิธีพิจารณาความดั้งเดิมเป็นอย่างมากทั้งในลักษณะของหลักกฎหมาย, หลักเกณฑ์และประเภทของกฎหมาย ตลอดจนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในลักษณะหยั่งรากฝังลึกมานานนับหลายศตวรรษ จึงเป็นเหตุผลหรือสาเหตุสำคัญที่ทำให้พัฒนามูลบทแห่งนิติศาสตร์ (Institution) ของกฎหมายลักษณะต่างๆ ได้ยาก เช่น กฎหมายลักษณะสัญญานั้น ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา กฎหมายคอมมอนลอว์ มีข้อจำกัดเพียงแต่ให้ศาลพิพากษาให้จำเลยชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์เพียงประการเดียวเท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะในคดีที่มีการร้องขอ writ of trespass ศาลหลวงพิพากษาเยียวยาได้เพียงให้จำเลยชำระค่าเสียหายเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายลักษณะสัญญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งศาลสามารถพิพากษาให้จำเลยปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่าง รวมทั้งให้จำเลยชำระค่าเสียหายให้โจทก์ เช่น ฟ้องให้จำเลยส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมไปคืนแก่โจทก์ เช่น พระพุทธรูป เว้นแต่เป็นการพันวิสัยที่จะคืนได้ เช่น พระพุทธรูปที่ยืมไปนั้นมีลักษณะพิเศษที่ท้องตลาดไม่อาจจัดหาจำหน่ายบูชาได้ จึงจะให้จำเลยชำระค่าเสียหายให้โจทก์ เป็นต้น หรือในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กฎหมายลักษณะละเมิด (law of torts) นั้น คงมีแต่เพียงความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำละเมิดในกรณีพิเศษบางกรณีเท่านั้น เช่น deceit nuisance และ libel and slander เป็นต้น แต่กลับขาดหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำละเมิดนั้น เป็นผลมาจากการกระทำผิดของผู้กระทำละเมิดหรือเป็นผลมาจากการครอบครองทรัพย์สินบางประเภท ดังที่ปรากฏเป็นหลักทั่วไปในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ค. การปฏิเสธการแบ่งแยกสาขาของกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและ
กฎหมายเอกชน

การที่ศาลหลวงสามารถขยายอำนาจของตนเองออกมาได้ ในลักษณะกว้างขวางนั้น ศาลหลวงให้เหตุผลว่า การที่ศาลหลวงจำเป็นต้องเข้ามาสอดแทรกการพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งนั้น เนื่องจากคดีนั้นเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของพระมหากษัตริย์ ส่วนคดีใดเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องเฉพาะแต่ผลประโยชน์ของเอกชนแต่เพียงอย่างเดียว ย่อมต้องให้ศาลอื่นๆ เป็นผู้พิจารณาคดี แต่ในภายหลัง ศาลอื่นๆ (ศาลศาสนา, ศาลท้องถิ่น, ศาลเจ้าศักดินา) เริ่มค่อยๆ เสื่อมสลายไปในประเทศอังกฤษพร้อมๆ กับแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องกฎหมายเอกชนที่เจือจางไป ทำให้คดีทุกคดีซึ่งขึ้นสู่การพิจารณาของศาลหลวงมีลักษณะเป็นข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน

ลักษณะของความเป็น “กฎหมายมหาชน” ของกฎหมายอังกฤษนั้น จะปรากฏอยู่ในวิธีการอันมีลักษณะเฉพาะตัวของ writ ซึ่งถ้าพิจารณาอย่างผิวเผินเป็นเพียงเฉพาะคำสั่งที่ศาลหลวงอนุญาตให้โจทก์ฟ้องคดีต่อศาลหลวงได้เท่านั้น แต่ถ้าพิจารณาให้ถ่องแท้แล้ว writ ดังกล่าว ยังมีลักษณะเป็นพระบรมราชโองการที่กษัตริย์ทรงมีต่อข้าราชการของพระองค์ ให้ออกคำสั่งให้จำเลยปฏิบัติตามกฎหมาย โดยต้องยอมปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของโจทก์ แต่ถ้าจำเลยไม่ยอมปฏิบัติตาม จำเลยจะถูกโจทก์ฟ้องคดีต่อศาลหลวง ดังนั้น การที่โจทก์ฟ้องคดีต่อศาลหลวงได้นั้น มิใช่เหตุผลที่ว่าจำเลยมีข้อโต้แย้งหรือข้อต่อสู้คดีของโจทก์อย่างมากมาย หากแต่เป็นเหตุผลที่ว่าจำเลยไม่ยอมปฏิบัติตามที่โจทก์เรียกร้องมากกว่า ซึ่งเป็นเรื่องที่ทางราชการสั่งให้จำเลยปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของโจทก์

ศาสตราจารย์เรอเน่ ดาวิด เห็นว่า การดำเนินคดีในศาลอังกฤษนั้น มีลักษณะเป็นการดำเนินคดีตามกฎหมายมหาชน ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าเป็นการดำเนินคดีต่อนิติกรรมทางปกครอง ไม่ใช่เป็นการดำเนินคดีต่อฝ่ายปกครอง สำหรับในประเทศอังกฤษแล้ว กรณีนี้คู่ความจะสู้คดีกันในประเด็นที่ว่า writ ซึ่งถือเป็นนิติกรรมทางปกครองซึ่ง Chancellor ออกให้แก่โจทก์นั้นมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ และควรที่จะต้องมี writ ที่สั่งให้จำเลยต้องปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของโจทก์ไว้ต่อไปหรือไม่ แต่แทนที่การดำเนินคดีจะเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับ การยื่นคำร้อง ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนจากนิติกรรมทางปกครองจะเป็นผู้ร้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น แต่ในกรณีของ writ นี้ โจทก์ซึ่งศาลยอมออก writ ให้ตามคำร้องของของโจทก์ กลับเป็นฝ่ายที่จะต้องขอดำเนินคดีเพื่อให้ writ นั้นยังคงมีสภาพบังคับอยู่ต่อไป

ง. การที่กฎหมายอังกฤษไม่สามารถรับกฎหมายโรมันมาใช้เป็นแบบอย่างได้

แม้ว่าในบรรดาประเทศภาคพื้นยุโรปนั้น ศาลซึ่งมีอยู่มาแต่เดิมจะตกอยู่ภายใต้พระราชอำนาจของกษัตริย์ แต่ศาลเหล่านั้นยังคงสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เป็นอย่างดี เหตุผลสำคัญเกิดขึ้นจากวิธีพิจารณาความของศาลในประเทศภาคพื้นยุโรป กล่าวคือ ศาลที่มีอยู่เดิมในประเทศเหล่านั้นสามารถพิจารณาคดีเกี่ยวกับคดีประเภทต่างๆ ได้ทุกประเภท และเมื่อกาลสมัยได้เปลี่ยนไป ศาลในประเทศภาคพื้นยุโรปสามารถพัฒนากฎหมายด้วยวิธีพิจารณาความของตนเองให้ทันสมัยขึ้นได้ ซึ่งทำโดยกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแบบใหม่ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรของกฎหมายศาสนา เมื่อบรรดาศาลในประเทศภาคพื้นยุโรปมีเขตอำนาจที่สามารถพิจารณาคดีได้เป็นการทั่วไปแล้ว ยังสามารถพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความยุติธรรมได้อย่างเป็นระบบ โดยอาศัยกฎหมายโรมันเป็นแบบอย่างได้ ซึ่งแตกต่างโดยสิ้นเชิงกับลักษณะของการพิจารณาคดีของศาลหลวงในประเทศอังกฤษ ที่มีข้อจำกัดเป็นอย่างมากในเรื่องของวิธีพิจารณาความ ซึ่งถูกจำกัดเขตอำนาจให้พิจารณาคดีได้เฉพาะคดีบางประเภทในกรณีพิเศษเท่านั้น อีกทั้ง การพิจารณาคดีแต่ละประเภทมีวิธีพิจารณาความเป็นของตนเองโดยเฉพาะ ทำให้ศาลหลวงจำเป็นต้องจำกัดอำนาจของตนเองให้อยู่ภายใต้วิธีพิจารณาความที่มีความแข็งแกร่งดั่งไม้ขีดหุ่นดั่งเช่นในภาคพื้นยุโรป ทำให้ศาลหลวงของอังกฤษไม่สามารถรับแนวคิดของกฎหมายโรมันมาใช้ได้ แม้ศาลหลวงเองก็ต้องการขยายอำนาจของตนเองให้กว้างขวางมากขึ้น จนในทางพฤตินัยแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ศาลหลวงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้เป็นการทั่วไป และบ่อยครั้งที่ศาลหลวงต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโดยแท้

ผลลัพธ์จากความยุ่งยากและสลับซับซ้อนของวิธีพิจารณาความของ writ ชนิดต่างๆ ซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก ทำให้การเรียนและศึกษากฎหมายในอังกฤษแตกต่างจากประเทศภาคพื้นยุโรป กล่าวคือ ต้องเรียนรู้โดยการปฏิบัติงานจริงๆ เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แม้ว่าการเรียนและศึกษาสาขาวิชานิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัย ซึ่งเน้นการศึกษาจากกฎหมายโรมัน อาจช่วยให้ผู้เรียนสามารถคิดค้นหาหนทางที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ ได้เป็นธรรมเนียมและยุติธรรมมากที่สุดก็ตาม แต่องค์ความรู้ที่ได้รับมานั้น ก็ไม่อาจช่วยให้คู่ความของคนได้รับชัยชนะในคดีความได้เลย ถ้านักกฎหมายนั้นไม่รู้และไม่เข้าใจวิธีพิจารณาความที่ถูกต้อง ดังนั้น นักกฎหมายและผู้พิพากษาในอังกฤษจึงได้รับความรู้การศึกษาและฝึกอบรมมาจากการปฏิบัติงานเป็นหลัก ทำให้การศึกษาสาขาวิชานิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยในอังกฤษจึงไม่มีความจำเป็นมากนักสำหรับนักกฎหมายและผู้พิพากษาในอังกฤษ และช่วงเวลา ก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 20 มีนักกฎหมายหรือทนายความอังกฤษเพียงบางคนเท่านั้นที่ได้รับการศึกษาในมหาวิทยาลัย

2.2 รัฐและกฎหมายมหาชนในความหมายพิเศษของอังกฤษ²³⁶

เมื่อพิจารณาและวิเคราะห์ระบอบการปกครอง รัฐ และกฎหมายมหาชนตามความหมายและแนวคิดของชาวอังกฤษ มีนักวิชาการหลายท่านพยายามอธิบายและค้นหาเหตุผลที่เป็นพื้นฐานของแนวคิดดังกล่าว ดังจะนำเสนอตามลำดับ ดังนี้

ศาสตราจารย์เอลิซาเบธ ซอลแลร์ อธิบายว่า วิวัฒนาการของระบอบการปกครองในลักษณะราชาณาจักรของอังกฤษ แตกต่างไปจากวิวัฒนาการในลักษณะราชาณาจักรในประเทศภาคพื้นยุโรป อันมี ผลทำให้รัฐกลายเป็นสถาบัน ระบอบการปกครองของอังกฤษนั้นมิได้พัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐดังเช่นที่ปรากฏในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ดังนั้น ระบบกฎหมายของอังกฤษจึงไม่รู้จักกฎหมายมหาชน ไม่ว่าจะในฐานะที่เป็นกฎหมายของ “สิ่งสาธารณะ” หรือในฐานะที่เป็นกฎหมายของรัฐ ระบบกฎหมายของอังกฤษมีเพียงระบบกฎหมายเดียวเท่านั้น โดยเห็นว่า ประโยชน์สาธารณะนั้น ไม่จำเป็นต้องใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับเอกชนแต่อย่างใด กฎเกณฑ์ที่แตกต่างออกไปหรือแม้แต่สถาบันพิเศษที่จะต้องจัดให้มีเพื่อตอบสนองความจำเป็นพิเศษนั้น มีอยู่แล้วในกฎหมายสามัญ และได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษาธรรมดา หากจะมีกฎหมายมหาชน ย่อมปรากฏในกฎหมายสามัญ ด้วยบริบทเช่นนี้ ทำให้ “รัฐ” และ “กฎหมายมหาชน” ที่มีอยู่ในภาษาอังกฤษ จึงมิได้มีความหมายเช่นเดียวกันกับที่ปรากฏในภาคพื้นทวีปยุโรป

ในอังกฤษนั้น หากจะทำให้ “รัฐ” มีความหมายทางกฎหมายได้ จำเป็นต้องถูกนำไปใช้กับชื่อเรียกอย่างเป็นทางการของประเทศ ที่เรียกว่า “สหราชอาณาจักรแห่งเกรต บริเตนและไอร์แลนด์เหนือ” (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) ซึ่งหมายถึง ผู้ทรงสิทธิทางกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่รัฐที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งประกอบด้วย อังกฤษ สกอตแลนด์ เวลส์และไอร์แลนด์เหนือ ดังนั้น จึงกล่าวได้โดยแท้ว่า อังกฤษนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสหราชอาณาจักรเท่านั้น หากได้เป็นรัฐตามความหมายของภาคพื้นยุโรปแต่ประการใดไม่ แต่อย่างไรก็ตาม “รัฐ” จะมีความหมายทางกฎหมายก็แต่เฉพาะในเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ด้วยเหตุนี้เอง นักกฎหมายอังกฤษและนักกฎหมายคอมมอน ลอว์ของประเทศอื่น จึงให้ความสำคัญต่อการแยกระหว่าง “อำนาจอธิปไตยภายใน” และ “อำนาจอธิปไตยภายนอก” ออกจากกัน เพื่อแสดงให้เห็นว่า อำนาจอธิปไตยนั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันแล้วแต่ว่าจะเป็นเรื่องภายในประเทศหรือเป็นเรื่องภายนอกประเทศ ทำให้ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยหรือ “ผู้ปกครอง” นั้น มิได้มีอำนาจและเสรีภาพเป็นอย่างเดียวกันในกรณีจำเป็นต้องดำเนิน

²³⁶ Elizabeth Zoller *Introduction au Droit Public* Paris : Dalloz 2006 pp. 79-82 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 86 หน้า 86.

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐ กับ กรณีที่เป็นการปกครองภายในประเทศ สำหรับภายในประเทศนั้น รัฐบาลต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายสามัญและอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล แต่ภายนอกประเทศหรือในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแล้ว รัฐบาลย่อมมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง และสามารถในการตัดสินใจแก้ปัญหาได้ด้วยตนเอง

คำว่า “กฎหมายมหาชน” ในอังกฤษนั้น มิได้มีเนื้อหาสาระที่เป็นพิเศษไปจาก “กฎหมายคอมมอน ลอว์” อีกทั้ง มิได้หมายถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่แตกต่างไปจาก “กฎหมายคอมมอน ลอว์” ดังคำนิยามที่ ลอร์ดเดนนิ่ง (Lord Denning) ผู้พิพากษาศาลสูงของอังกฤษ ได้ให้ความหมายไว้ในคำพิพากษาในคดี O’Reilly V. Mackman ค.ศ. 1982 ว่า กฎหมายมหาชนคือ “กฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีพิพาทที่พลเมืองอาจมีกับองค์กรเจ้าหน้าที่มหาชน” (public law regulates the affairs of subjects vis- a-vis public authorities) ซึ่งเป็นคำนิยามที่ใช้ในเชิงวิธีพิจารณาคดีเพื่อแยกแยะระหว่างวิธีพิจารณาคดีที่จำเลยเป็นบุคคลเอกชน (private law remedies) กับวิธีพิจารณาคดีที่จำเลยเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่มหาชน (public law remedies)

ในประเทศภาคพื้นยุโรปนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่มหาชนนั้นต้องอยู่ภายใต้รูปแบบการฟ้องคดีที่แตกต่างไปจากการฟ้องคดีเอกชนเช่นเดียวกัน ศาลมีอำนาจที่จะควบคุมและกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่มหาชนผู้ถูกฟ้องคดี ต้องปฏิบัติตามที่แตกต่างไปจากนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่มหาชนจะต้องเคารพสิทธิของพลเมืองตามอนุสัญญาของยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและ เอกชนมีสิทธิที่จะใช้วิธีพิจารณาคดีสำหรับคุ้มครองสิทธิของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบว่าองค์กรเจ้าหน้าที่มหาชนได้กระทำการไปเกินอำนาจหรือไม่ (judicial review) แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เสียหายยังสามารถใช้วิธีการฟ้องคดีสำหรับกรณีที่จำเลยเป็นเอกชนยื่นฟ้ององค์กรเจ้าหน้าที่มหาชน ให้รับพิชชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้อีกด้วย แต่สภาพขุนนาง (ในฐานะศาลสูง) ได้วินิจฉัยว่า การยอมให้โจทก์สามารถใช้วิธีการฟ้องคดีสำหรับกรณีที่จำเลยเป็นเอกชน (private law remedies) ควบคู่ไปกับการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบว่าองค์กรเจ้าหน้าที่มหาชนได้กระทำการไปเกินอำนาจหรือไม่ เท่ากับว่าเป็นการบิดเบือนสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาล และยังวินิจฉัยด้วยว่า หากจะฟ้องคดีองค์กรเจ้าหน้าที่มหาชน แต่มิได้ใช้วิธีการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบว่า องค์กรเจ้าหน้าที่มหาชนได้กระทำการไปเกินขอบอำนาจหรือไม่ ทั้งๆ ที่สามารถกระทำได้ เท่ากับเป็นการบิดเบือนวิธีการฟ้องคดี²³⁷

²³⁷ Case O’Reilly V. Mackman (1983) 2 AC 237, 258.

เจ ดับลิว เอฟ แอลลิซันวิเคราะห์²³⁸ว่าการที่สหราชอาณาจักร (ในฐานะศาลสูง) ได้แยกแยะกระบวนการฟ้องคดีที่จำเลยเป็นเอกชน ออกจากกระบวนการฟ้องคดีที่องค์กรเจ้าหน้าที่มหาชนตกเป็นจำเลยนั้น มีผลเท่ากับว่า สหราชอาณาจักรได้นำกฎหมายมหาชนเข้าสู่ระบบกฎหมายของอังกฤษแล้ว โดยถือเป็นการยอมรับว่า คดีปกครองจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์พิเศษ ในปัจจุบันนี้ คำว่า “กฎหมายมหาชน” (public law) ในอังกฤษนั้น มิใช่เป็นเรื่องของกฎหมายปกครอง หากแต่กลับเป็นเรื่องของคดีปกครองแทน ดังนั้น จึงมีความน่าสนใจที่จะต้องติดตามต่อไปว่า การที่อังกฤษมีกระบวนการฟ้องคดีปกครอง โดยเฉพาะเช่นนี้จะนำไปสู่การมีกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นกฎหมายของสังคมนานาชาติ ประโยชน์ตามความหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปหรือไม่

อังกฤษไม่ยอมรับฐำนแนวคิดเรื่องกฎหมายมหาชนมาเป็นเวลานานแล้ว แม้กระทั่งในปัจจุบันนี้ นักกฎหมายอังกฤษยังมีความเห็นไม่ลงรอยกันด้วยว่า ประเทศอังกฤษอยากจะยอมรับกฎหมายมหาชนจริงๆ หรือไม่ แม้ว่าในศตวรรษที่ 18 กษัตริย์และเจ้าชายของประเทศต่างๆ ในประเทศภาคพื้นยุโรปต่างพากันกล่าวว่า จะทำทุกสิ่งทุกอย่างเพื่อประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของมหาชนในประเทศของตน ซึ่งนักกฎหมายอังกฤษเปรียบเทียบในเชิงถกเถียงว่า กฎหมายมหาชนในแนวคิดประเทศภาคพื้นยุโรปนั้น กล่าวว่าเป็นกฎหมายของจักรพรรดิ ทำให้ชาวอังกฤษกลับแสดงความยินดีที่ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้แอกของกฎหมายมหาชนตามทัศนะของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งนั่นแนวคิดที่ว่า รัฐต้องมีการจัดระเบียบสังคมอย่างเป็นระบบ ซึ่งชาวอังกฤษเอง เห็นว่าเป็นสิ่งที่ประหลาดและไม่อาจยอมรับแนวคิดเช่นนี้ได้ ถึงแม้ว่าอังกฤษจะยอมรับว่า ประเทศจำเป็นต้องมีการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน โดยตำรวจก็ตาม แต่อังกฤษกลับไม่ยอมรับแนวคิดที่ว่า รัฐต้องมีการจัดระเบียบสังคมอย่างเป็นระบบ ซึ่งจำต้องมีการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับอันเป็นการเข้าไปควบคุมวิถีชีวิตของชาวอังกฤษในรายละเอียด

จากจุดยืนของอังกฤษเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนดังกล่าวนี้เอง ทำให้ประเทศอังกฤษเป็นข้อยกเว้นของประเทศต่างๆ ในภาคพื้นทวีปยุโรป อังกฤษไม่เคยมีการพัฒนากฎหมายมหาชนให้เป็นกฎหมายของรัฐ ที่มีกฎเกณฑ์พิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายเอกชน และไม่อาจนำคดีปกครองไปฟ้องยังศาลยุติธรรม ดังเช่นที่เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป กษัตริย์ของอังกฤษเองยังไม่อาจมีความเข้มแข็งทางการเมืองมากพอ ที่จะกำหนดแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนตามนัยของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปได้ และการที่ระบอบการปกครอง

²³⁸ J. W. F. Allison *A Continental Distinction in the Common Law* A Historical and Comparative Perspective on English Public Law Clarendon Press Oxford 1996 p.725 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 86 หน้า 87.

แบบราชาณาจักรอังกฤษยังคงอยู่ได้ เนื่องจากกษัตริย์ยอมเสียดุลระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช และยอมรับหลักนิติธรรม (Rule of Law) ที่ให้กฎหมายเป็นใหญ่²³⁹

2.3 การแข่งขันกันระหว่างกฎหมายคอมมอน ลอว์และกฎหมายอิคิวีตี (ค.ศ.1485-1832)²⁴⁰

นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 14 เป็นต้นมา ข้อพิพาทระหว่างประชาชนจะถูกนำขึ้นพิจารณาในศาลต่างๆ โดยใช้กฎหมายคอมมอน ลอว์ เป็นหลัก แต่เนื่องจากการที่ศาลหลวงได้ขยายเขตอำนาจในการพิจารณาคดี และต้องติดอยู่ในหล่มของวิธีพิจารณาความที่เคร่งครัดมากตามแบบพิธีหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ที่เกิดขึ้นจึงมีลักษณะแข็งกระด้าง ขาดความยืดหยุ่น อีกทั้งต้องใช้เวลานานมากกว่าที่ศาลจะยอมขยายหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ ให้ครอบคลุมกับสภาพปัญหาที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคมในแต่ละสมัย จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายคอมมอน ลอว์ ไม่อาจสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมอย่างแท้จริงดังที่ประชาชนคาดหวัง การที่ศาลหลวงมีเขตอำนาจจำกัดในการพิจารณาคดีได้เฉพาะบางประเภทเป็นกรณีพิเศษนั้น เป็นสิ่งที่พอเข้าใจได้ เพราะยังคงมีศาลอื่นๆ ให้อำนาจความยุติธรรมได้ตามสมควร แต่การที่ศาลหลวงขยายเขตอำนาจไปจนกระทั่งศาลอื่นต้องเสื่อมสลายไปเนื่องจากประชาชนนิยมใช้ศาลหลวงในการขอความยุติธรรมมากกว่า จึงมีความจำเป็นอันหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องหาวิธีการมาเยียวยาอย่างอื่นให้แก่ประชาชนสำหรับคดีประเภทที่ศาลหลวงไม่มีอำนาจพิจารณาและกฎหมายคอมมอน ลอว์ ไม่มีหลักกฎหมายดีพอที่จะใช้ปรับแก้คดีได้ ทำให้ประชาชนที่ไม่อาจร้องขอความเป็นธรรมจากศาลหลวงได้ จึงต้องหันไปพึ่งพิงที่พึ่งสุดท้าย ได้แก่ การถวายฎีกาต่อกษัตริย์ในฐานะที่พระองค์ทรงเป็นบ่อเกิดแห่งความยุติธรรม ด้วยเหตุผลที่ว่า เมื่อศาลหลวงให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนไม่ได้ กษัตริย์จำต้องทรงเยียวยาปฏิบัติงานที่ขาดประสิทธิภาพของศาลหลวงด้วยพระองค์เองโดยอาศัยพระราชอำนาจ (Royal Prerogative) วินิจฉัยชี้ขาดคดีเสียเอง ซึ่งใน “สมัยกลาง” นั้น ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการถวายฎีกาเป็นเรื่องปกติที่ประชาชนทุกคนสามารถทำได้ เพื่อขอพระราชทานความยุติธรรม และศาลหลวงเองก็ไม่เกิดความรู้สึกเสียหายแต่อย่างใด เนื่องจาก ศาลหลวงเองก็อาศัยวิธีการขยายเขตอำนาจของตนเอง โดยได้รับการร้องขอจากคู่ความให้พิจารณาคดี ซึ่งแต่เดิมมิได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลหลวงเช่นเดียวกัน ดังนั้น นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 14 เป็นต้นมา ทำให้ประชาชนที่ไม่อาจได้รับความยุติธรรมจากศาลหลวง หรือไม่พอใจในคำพิพากษาของศาลหลวง จึงหันมาถวายฎีกาโดยตรงต่อกษัตริย์ ซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องยื่นฎีกาผ่าน “Chancellor” ซึ่งถ้า “Chancellor” เห็น สมควรแล้ว จะนำฎีกาดังกล่าวขึ้นสู่การวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์ ซึ่งทรงกระทำร่วมกับคณะที่ปรึกษาของ

²³⁹ ชาญชัย แสวงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 86 หน้า 88-89.

²⁴⁰ Rene David Ibid pp. 330-331 อ้างใน ชาญชัย แสวงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 86 หน้า 81 – 82.

กษัตริย์ วิธีการถวายฎีกาเป็นที่ยอมรับโดยไม่มีใครโต้แย้ง เนื่องจากถือเป็นลักษณะของข้อยกเว้นเพื่อความยุติธรรม แต่ในสมัยช่วงเกิดสงครามดอกกุหลาบระหว่างราชวงศ์แลงคาสเตอร์กับราชวงศ์ยอร์ก ในอังกฤษ ทำให้กษัตริย์ไม่อาจพิจารณาฎีกาในขณะที่ปรึกษาของพระองค์ได้อีก กษัตริย์จึงทรงมอบอำนาจให้ Chancellor เป็นผู้พิพากษาอิสระ มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดฎีกาต่างๆ ได้ด้วยตนเองในนามของพระมหากษัตริย์ และขณะที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ นอกจากนี้แล้ว คู่ความเองก็หันมาร้องขอให้ “Chancellor” พิจารณาคดีของตนเองมากขึ้นทุกที เนื่องจากกฎหมายคอมมอนลอว์ มีวิธีพิจารณาที่เคร่งครัดและไม่อาจพัฒนาต่อไปได้อีกแล้ว

ในระยะแรกนั้น Chancellor วินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมของแต่ละคดี (equity of the cas) โดยอาศัยความรู้สึกนึกคิดและมโนธรรมของตนเอง ดังนั้นจึงเรียกหลักกฎหมายอันเกิดจากคำวินิจฉัยของ “Chancellor” ว่า “Equity” หลังจากนั้นแนวคำวินิจฉัยของ “Chancellor” ก็ค่อยๆ เป็นระบบมากยิ่งขึ้น โดยอาศัยทฤษฎีทางกฎหมายต่างๆ ที่ตนเองเห็นว่า เป็นธรรมมาช่วยเสริม และแก้ไขข้อบกพร่องหรือช่องโหว่ของหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ ที่ใช้กันอยู่ในศาลหลวง²⁴¹

2.4 การพัฒนาหลักกฎหมายอิกิวตี้ในราชวงศ์ทิวดอร์

พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจพื้นฐานที่ได้รับสืบทอดมา เพื่อการปกครองราชบัลลังก์โดยธรรมทั้งอำนาจนิติบัญญัติ , อำนาจตุลาการ พระเจ้าเฮนรีที่ 7 ประสงค์จะเพิ่มอำนาจให้พระองค์เอง จึงทรงแต่งตั้งสภาของพระองค์เอง เรียกว่า สภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ ซึ่งเป็นองค์การที่ใกล้ชิดพระมหากษัตริย์มากที่สุดในสมัยตอนปลายของสมัยกลาง สภาที่ตั้งขึ้นมีอำนาจทั้งทางบริหารและตุลาการ สำหรับงานทางด้านตุลาการ มี ศาลสตาร์แชมเบอร์ (สภาที่สตาร์แชมเบอร์) ทำหน้าที่พิจารณาคดีอาญาได้ ซึ่งเป็นการลดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในด้านคดีอาญา ในขณะที่ศาลของ Chancellor ที่เรียกกันว่า Chancery court ซึ่งอาศัยฐานอำนาจมาจาก “พระราชอำนาจ” ของพระมหากษัตริย์ ก็ได้รับการขยายอำนาจเป็นอย่างมากเช่นเดียวกัน ส่วน คอร์ท ออฟ รีควีสท์ (Court of Request) มีหน้าที่ พิจารณาพิพาทคดีแพ่งเล็กๆ น้อยๆ ในการพิจารณาคดี สภาจะออกนั่งพิจารณาที่สตาร์แชมเบอร์ที่ตั้งอยู่ในพระราชวังเวสต์มินสเตอร์ (เราจึงเรียกว่า ศาลสตาร์แชมเบอร์)²⁴² แม้ว่า รัฐสภา และศาลคอมมอน ลอว์ จะออกมาโต้แย้งการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ผ่านสภาที่ปรึกษากษัตริย์ แต่ในสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 8 ทรงสามารถทำให้รัฐสภายินยอมให้กษัตริย์ทรงมีอำนาจตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ แสดงให้เห็น

²⁴¹ Rene David Ibid pp. 331-332 อ้างใน ชาญชัย แสงวงศ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 86 หน้า 83.

²⁴² สุนัย มโนมัยอุคม เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 222 หน้า 75.

ว่า อำนาจนิตินบัญญัติได้เปลี่ยนมือจากรัฐสภามาเป็นของกษัตริย์ในสมัยนี้²⁴³ และสภานี้ยังคงรักษาอำนาจของตนเองได้พอสมควร จนถึงศตวรรษที่ 17 สภาที่ปรึกษาทูลเกล้าฯจึงถูกลิดรอนอำนาจจนหมดสิ้นไป

กล่าวโดยสรุป ศาลสตาร์แชมเบอร์มีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

1. พิจารณาคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลคอมมอน ลอว์ ได้แก่ คดีเกี่ยวกับกฎหมายพาณิชย์หรือคดีที่เกี่ยวกับพระ

2. พิจารณาคดีอาญาและคดีกึ่งอาญา ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานของประเทศและการยุติธรรมของรัฐ ได้แก่ คดีประเภทมีสติมีนเนอร์ ซึ่งตามกฎหมายคอมมอน ลอว์ไม่ถือว่าเป็นความผิด เช่น การก่อการจลาจล (riots), การสมคบกันที่จะกระทำความผิด (conspiracy), การพยายามกระทำความผิด (attempt to commit crime), ความผิดฐานหมิ่นประมาท (Libels), ความผิดฐานเบิกความเท็จ (perjury) และความผิดฐานปลอมแปลง (forgery)

3. คดีอาญาที่เป็นความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งโจทก์มีความประสงค์จะฟ้องร้องในศาลสตาร์แชมเบอร์ เพื่อประหยัดค่าใช้จ่ายและเวลา โจทก์อาจทำได้โดยการฟ้องร้องโดยกล่าวอ้างในคำฟ้องว่า การกระทำของจำเลยถึงขนาดเป็นการก่อการจลาจลหรือเป็นความผิดฐานวางแผนร่วมกันกระทำความผิด²⁴⁴

การพิจารณาคดีในศาลสตาร์แชมเบอร์นั้น ในคดีแพ่ง ศาลจะออกหมาย “subprena” ถึงจำเลย โดยเป็นคำสั่งให้จำเลยมาที่ศาลเพื่อทำการไต่สวน และใช้วิธีบังคับให้จำเลยต้องเปิดเผยความลับในคดีของตนภายใต้การสาบาน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยคดี ในคดีอาญา ใช้ระบบไต่สวน แทนการกล่าวหาโดยลูกขุนในท้องถิ่น เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องจัดให้มีศาลสตาร์แชมเบอร์ เนื่องจากเหตุผล 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยและมีความมั่นคงทางการเมือง ย่อมมีเหตุผลพอสมควรที่จะคาดหวังได้ว่ารัฐบาลจะคำนึงถึงสาธารณชนเป็นส่วนใหญ่ และยึดหลักการที่ว่า **ปล่อยคนผิดสิบคน ดีกว่าลงโทษคนบริสุทธิ์เพียงคนเดียว** ประการที่สอง การพิจารณาคดีโดยลูกขุนในศตวรรษที่ 16 ในคดีที่จำเลยเป็นผู้มีอำนาจและโจทก์อยู่ในฐานะที่อ่อนแอกว่า ศาลมักตัดสินไปในทางยกฟ้อง และประการสุดท้าย ในคดีที่กษัตริย์มีส่วนได้เสีย กษัตริย์ยังคงมีอิทธิพลเหนือลูกขุนอยู่ในการพิจารณาคดีกบฏนั้น แม้จะใช้ลูกขุน แต่ก่อนพิจารณาคดี ส่วนใหญ่จำเลยและ พยานจะถูกข่มขู่ให้รับสารภาพ และนำคำสารภาพนั้นแจ้งให้ลูกขุนทราบก่อนการพิจารณา ทำให้แน่นอนว่า ลูกขุนตัดสินว่าจำเลย

²⁴³ Hariou Gicquel et Gelard Ibid pp 231-232 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 86 หน้า 84.

²⁴⁴ สุนัย มโนมัยอุคม เรื่องเดียวกัน เจียงอรรถที่ 222 หน้า 75.

ทำความเข้าใจจริง จึงกล่าวได้ว่า เหตุผลในเชิงกุกุโลบาย คือ การเสริมสร้างความเป็นธรรมให้มากขึ้น โดยพยายามปิดจุดอ่อนของการพิจารณาคดีของศาลคอมมอน ลอว์ และใช้กฎหมายคอมมอน ลอว์ นั้นเอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการจัดตั้งศาลสตาร์แชมเบอร์จากกษัตริย์ในสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 7 ฝ่ายพวกขุนนางก็คอยจับตาดูการขยายอำนาจของกษัตริย์ โดยจากการที่กษัตริย์ทรงแต่งตั้งตำแหน่ง Justice of the Peace มาตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 14 นั้น โดยให้มีอำนาจทางตุลาการและบริหารงานด้วย ทำให้กษัตริย์สามารถแผ่ขยายอำนาจของตนเองอย่างกว้างขวาง จึงมีแนวคิดที่ว่า งานด้านบริหารนั้นถือเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์โดยเฉพาะ กษัตริย์และเจ้าหน้าที่ของกษัตริย์จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายคอมมอน ลอว์ แต่ศาลคอมมอน ลอว์นั้น ควรเป็นศาลที่มีหน้าที่ในการสร้างกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินและสัญญา แนวคิดนี้จึงให้ความสำคัญต่อศาลสตาร์แชมเบอร์ โดยถือว่าเป็นศาลของรัฐ ทำให้ฝ่ายขุนนางไม่เห็นด้วย โดยมีเหตุผลว่า กษัตริย์หรือเจ้าหน้าที่ของกษัตริย์ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายคอมมอน ลอว์เช่นเดียวกับประชาชนทั่วไปในประเทศ และการที่ศาลนี้จะใช้วิธีพิจารณาความพิเศษและบังคับใช้กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร โดยรัฐสภาไม่ยินยอม นั้น เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁴⁵

กล่าวโดยสรุปแล้ว Chancellor (ซึ่งในยุคต่อมาเป็นนักกฎหมาย) ได้ใช้วิธีพิจารณาความที่เลียนแบบมาจากวิธีพิจารณาความของกฎหมายศาสนา ซึ่งมีความแตกต่างจากวิธีพิจารณาความของศาลหลวงโดยสิ้นเชิง และหลักกฎหมายสารบัญญัติที่ Chancellor วางไว้ในการตัดสินคดี ส่วนใหญ่นั้นเป็นหลักกฎหมายโรมันและหลักกฎหมายศาสนาและด้วยเหตุว่า หลักกฎหมายอิกิวิตี้สามารถสร้างความเป็นธรรมได้ดีกว่าหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ที่ล้าสมัย ดังนั้น กษัตริย์อังกฤษในราชวงศ์นี้จึงทรงนิยมใช้ศาลของ Chancellor มากกว่าศาลหลวง (ศาลคอมมอน ลอว์) การที่กษัตริย์ทรงนิยมศาลอิกิวิตี้มากกว่าศาลหลวงนั้น มีการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เนื่องจากศาลอิกิวิตี้ใช้วิธีพิจารณาความที่เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่เปิดเผยและไม่มีระบบลูกขุนและใช้หลักกฎหมายโรมันในการพิจารณาคดี ทำให้พวกขุนนางและประชาชนหัวนเกรงกันว่าถ้านำหลักกฎหมายโรมันมาใช้มากขึ้นเรื่อยๆ แล้ว จะต้องนำเอาระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาใช้ควบคู่กันไปด้วย ศาลหลวงซึ่งได้รับการสนับสนุนจากรัฐสภาจึงคัดค้านการขยายอำนาจของศาลอิกิวิตี้ โดยโจมตีว่า ศาลอิกิวิตี้นั้นมีการจัดระบบที่ไม่ดี มีจำนวนคดีคั่งค้างมาก และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมศาลสูงเกินไป²⁴⁶

²⁴⁵ สุนัย มโนมัยอุดม เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 222 หน้า 78-79.

²⁴⁶ ชาญชัย แสงวงศ์ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 86 หน้า 84.

2.5 การประนีประนอมกันระหว่างศาลหลวง (ศาลคอมมอน ลอว์) กับศาลอีควิตี้

ผลจากการที่พระมหากษัตริย์ได้ใช้ “พระราชอำนาจ” ในการพิจารณาคดีเองมากขึ้นเรื่อยๆ โดยผ่านการจัดตั้งศาลแชมเบอร์ สตาร์ ซึ่งเป็นกลไกสำคัญในการทำให้เกิดความมั่นคงแข็งแรงขึ้นสำหรับระบอบการปกครองสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จึงเกิดความขัดแย้งระหว่างพระองค์กับฝ่ายรัฐสภาโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ความขัดแย้งนี้เริ่มค่อยๆ สะสมทีละเล็กละน้อย จนกระทั่งมีความรุนแรงมากขึ้น ดังมีพัฒนาการของความขัดแย้งตามลำดับ ดังนี้

ค.ศ. 1607 มีคดีหนึ่งซึ่งพระเจ้าเจมส์ที่ 1 แห่งราชวงศ์สจวร์ต (ค.ศ.1603 – 1625) ทรงอ้างว่า ทรงมีสิทธิที่จะเป็นผู้ประสาทความยุติธรรมให้แก่ประชาชน โดยไม่ต้องอาศัยผู้พิพากษาเลย แต่พระราชดำรินี้ได้รับการปฏิเสธในคดี Prohibitions Del Roy (Case of Prohibitions) ซึ่งกษัตริย์ทรงมีพระราชวินิจฉัยคดีพิพาทกันด้วยที่ดินด้วยพระองค์เอง แต่บรรดาผู้พิพากษาทั้งหลายได้ประชุมวินิจฉัยคดีนี้ โดยมี Sir Edward Coke (ค.ศ.1552-1634) เป็นผู้เขียนมติของเหล่าผู้พิพากษาว่า

“ข้าพเจ้าขอตอบต่อหน้าและโดยความเห็นพ้องต้องกันอย่างชัดเจนของผู้พิพากษาทุกคนของประเทศอังกฤษ และ Baron of the Exchequer ว่า กษัตริย์ไม่อาจตัดสินคดีใดๆ ได้ด้วยพระองค์เอง ไม่ว่าจะเป็คดีอาญา เช่น คดีกบฏ, คดีอุกฉกรรจ์ หรือใกล้เคียงข้อพิพาทระหว่างโจทก์และจำเลยเกี่ยวกับมรดก ทรัพย์สินหรือสมบัติ ฯลฯ หากแต่จะต้องมีการตัดสินในศาลยุติธรรมศาลใดศาลหนึ่งตามตัวบทกฎหมายและจารีตประเพณีของอังกฤษ ตามที่เคยมีการตัดสินกันมา และโดยที่ศาลเท่านั้นเป็นผู้ทำหน้าที่ตัดสิน...”

พระองค์มิได้ทรงรอบรู้ในกฎหมายต่างๆ ของราชอาณาจักรอังกฤษของพระองค์ และเหตุที่เกี่ยวข้องกับชีวิตหรือมรดกหรือสมบัติหรือชะตากรรมของข้าแผ่นดินของพระองค์นั้น มิใช่เรื่องที่จะตัดสินตามเหตุผลที่มีการประดิษฐ์คิดค้นขึ้น และเป็นการตัดสินตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายนั้นเป็นศิลปะอย่างหนึ่งที่ต้องอาศัยเวลานานในการศึกษาและหาประสบการณ์ก่อนที่จะมาใช้วิจารณ์ญาณในการตัดสินคดีได้...”²⁴⁷

หลังจากนั้นเป็นต้นมา ความขัดแย้งระหว่างพระมหากษัตริย์ที่ทรงใช้พระราชอำนาจผ่านทางศาลอีควิตี้ (ศาลแชมเบอร์ สตาร์) กับรัฐสภาซึ่งให้การสนับสนุนศาลคอมมอน ลอว์ (ศาลหลวง) ยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้น ถึงขนาดที่ว่านักกฎหมายคอมมอน ลอว์ ประกาศว่า นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป ศาลคอมมอน ลอว์ จะถือว่า บุคคลใดก็ตามที่ขัดขวางการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลอีควิตี้ จนถึงกับต้องฆ่าเจ้าพนักงานบังคับคดีตาย บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบ

²⁴⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 57 หน้า 40.

เพราะถือว่าเป็นการป้องกันตนเอง²⁴⁸ จนศาลทั้งสองต้องร้องขอให้กษัตริย์วินิจัยชี้ขาดใน ค.ศ.1616 ว่าในกรณีนี้ใช้หลักกฎหมายอะไร ซึ่งกษัตริย์ทรงวินิจัยว่าให้ใช้หลักกฎหมายอิคิวตี²⁴⁹ แต่ศาลอิคิวตีก็ได้ชี้ก่ในชัยชนะที่ได้รับ เพราะเห็นว่าหากขัดแย้งกันต่อไปเรื่อยๆ จะเกิดการแตกหักกันได้ จึงได้พยายามประนีประนอมกับศาลหลวง โดย Chancellor ขอมระงับการขยายอำนาจของศาลอิคิวตีไว้เท่าที่มีอยู่ในขณะนั้น โดยศาลอิคิวตีจะตัดสินคดีตามแนวคำพิพากษาของตนในคดีก่อนๆ ซึ่งเป็นการแก้ข้อตำหนิที่ว่าศาลอิคิวตีตัดสินคดีตามอำเภอใจ โดยไม่มีอะไรเป็นหลักที่แน่นอนได้ด้วยไปในตัว นอกจากนี้ก็เป็นที่ตกลงกันว่านับตั้งแต่นี้ไป กษัตริย์จะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจจัดตั้งศาลใหม่ซึ่งเป็นอิสระจากศาลหลวงขึ้นมาอีก

ในที่สุด เมื่อเกิดกรณีความขัดแย้งครั้งใหญ่ระหว่างศาลคิงส์เบนส์และศาลชานเซอร์ ด้วยเหตุที่ Sir Edward Coke พยายามรักษาอำนาจและความเป็นอิสระของศาลคิงส์เบนส์ไว้ จึงถูกฝ่ายพระมหากษัตริย์กลั่นแกล้งและคอยจับผิด ในที่สุด พระเจ้าเจมส์ที่ 1 ทรงปลด Sir Edward Coke ออกจากตำแหน่ง ต่อมา Sir Edward Coke จึงหันมาใช้วิธีการต่อสู้ในทางการเมืองและได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาสามัญ และได้รับคะแนนเสียงสนับสนุนอย่างท่วมท้นในรัฐสภา ท่านจึงเป็นผู้ริเริ่มเสนอให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติ Petition of right ในที่สุดก็ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาใน ค.ศ.1628²⁵⁰ ซึ่งถือเป็นกฎหมายสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในร่างกายและชีวิตของประชาชน กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่วางพื้นฐานที่ทำให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้านการกำหนดอัตราภาษีของพระมหากษัตริย์ตามอำเภอใจ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐสภา ตลอดจนการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการออกคำสั่งให้จับกุมคุมขังประชาชน รวมถึงการกระทำอื่นใดที่มีผลเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเกิดขึ้นโดยพระราชกระแสรับสั่งของกษัตริย์ ในที่สุดแล้ว พระมหากษัตริย์จำยอมต่อคำโต้แย้งคัดค้านตามพระราชบัญญัตินี้ทุกข้อ

นอกจากการต่อสู้เพื่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนของ Sir Edward Coke ทั้งในฐานะนักกฎหมายและสมาชิกรัฐสภาแล้ว Sir Edward Coke ยังมีบทบาทสำคัญในเรื่องการใช้ Writ of Habeas Corpus ซึ่งสภาเคยอภิปรายได้ข้อสรุปว่ามีที่มาจากมาตรา 29 ของ Magna Carta ที่ว่า “ไม่ว่าบุคคลใด... ก็ไม่อาจถูกขับออกจากที่ดินของตนหรือที่เช่า” ซึ่งแต่เดิมพระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้ในนามอำนาจของพระองค์ (High prerogative writ) มาเป็น ศาลเป็นผู้ออก

²⁴⁸ Rene David Ibid pp. 332-334 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 86 หน้า 84.

²⁴⁹ Robert Kirkpatrick Ibid p.68 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 86 หน้า 85.

²⁵⁰ W. Blackstone *Commentaries on The Laws of England* London Oxford 1770 p.141 อ้างใน บุญศรี มีวงศ์โหมะ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 57 หน้า 41.

เพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะของความยิ่งใหญ่และทรงประสิทธิภาพ (Writ of Great, efficacious and Liberty) ซึ่งในเวลาต่อมา เป็นเครื่องมือสำคัญที่ประชาชนใช้ต่อต้านอำนาจพระมหากษัตริย์ที่เข้ามาตีครอนก้าว ก้าวสิทธิเสรีภาพของประชาชน²⁵¹ นอกจากนี้แล้ว ผลงานทางวิชาการที่ Sir Edward Coke ได้จัดทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาของศาล (The Law Reports) และ ธิ อินสทิทิวทส์ (The Institutes of The Laws of England) ได้ถูกยกย่องให้เป็นตำรามาตรฐานสำหรับกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษในเวลาต่อมา

จึงกล่าวได้ว่า Sir Edward Coke เป็นผู้นำของนักกฎหมายอังกฤษซึ่งต่อสู้เพื่อหลักนิติธรรมที่แสดงให้เห็นถึง บทบาทในการนำบรรดาเหล่าขุนนางต่อสู้กับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เพื่อพัฒนาหลักกฎหมายอันสะท้อนถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกลไกการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน มิให้กษัตริย์ใช้อำนาจก้าวล่วงตีครอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ตามอำเภอใจ

ในด้านการต่อสู้เรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องเสรีภาพในร่างกายและชีวิตนั้น มีหลักฐานว่า writ of habeas corpus นิยมใช้กันอย่างแพร่หลายมาตั้งแต่ ค.ศ.1230 จากนั้นเกิดวิวัฒนาการจนกลายเป็น writ of habeas corpus cumcausa โดยเป็นการออกหมายศาล เพื่อให้ผู้รับหมายตอบคำถามว่า มีร่างกายของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลของผู้รับหมายหรือไม่ และให้ผู้รับหมายชี้แจงถึงสาเหตุของการควบคุมตัวบุคคลนั้นด้วย

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายอังกฤษมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ โดยโครงสร้างของระบบกฎหมายอังกฤษมีลักษณะเป็นทวิภาคี กล่าวคือ ศาลหลวงหรือศาลคอมมอน ลอว์ เป็นผู้สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ แต่ด้วยความที่หลักกฎหมายคอมมอน ลอว์เองยังคงมีจุดอ่อนหรือข้อบกพร่อง จึงมีการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายอีควิตี้ เพื่อช่วยเสริมหรือแก้ไขข้อบกพร่องของหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ด้วย²⁵²

3. การแบ่งแยกสาขาของระบบกฎหมายอังกฤษ²⁵³

ระบบกฎหมายอังกฤษนั้นมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายซีวิล ลอว์อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การไม่มีการแบ่งแยกสาขาของกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ดังที่พบในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ โดยนักกฎหมายอังกฤษไม่ยอมรับแนวคิดการแบ่งแยกสาขาของกฎหมาย เนื่องจากนักกฎหมายอังกฤษเห็นว่า การแบ่งแยก

²⁵¹ ชานินทร์ กรัยวิเชียร *นักกฎหมายสำคัญของอังกฤษบางคนในประวัติศาสตร์ : Sir Edward Coke* ค้นคืนวันที่ 24 เมษายน 2556 จาก <http://www.elib.coj.th/article/20%oF%admin46>.

²⁵² Rene david Ibid pp. 334-335 อ้างในชาญชัย แสวงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 86 หน้า 85.

²⁵³ ชาญชัย แสวงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 86 หน้า 85-86.

สาขาของกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนนั้น ย่อมเท่ากับว่า ยอมรับแนวคิดที่ว่ารัฐและฝ่ายปกครองไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย หากแต่อังกฤษกลับแบ่งแยกสาขาของกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ กฎหมายคอมมอน ลอว์ และกฎหมายอีควิตี แต่การแบ่งแยกสาขาของกฎหมายออกเป็นเช่นนี้ ไม่ได้หมายความว่า กฎหมายอีควิตีจะเป็นระบบกฎหมายที่มีความเป็นเอกเทศต่างหากจากกฎหมายคอมมอน ลอว์ หากแต่โดยความเป็นจริงนั้น กฎหมายอีควิตีเป็นระบบกฎหมายที่สร้างและพัฒนาขึ้นมา เพื่ออุดช่องว่างหรือแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายคอมมอน ลอว์ และจะอยู่ตามลำพังไม่ได้เลย เช่น กฎหมายลักษณะสัญญา นั้น หลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ จะให้การเยียวยาแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เพียงแค่สั่งให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญานั้น จ่ายค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น แต่ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น ไม่ยอมรับค่าเสียหาย แต่ยังคงต้องการให้ฝ่ายนั้น ปฏิบัติตามสัญญา จะต้องร้องขอให้ศาลอีควิตีออกหมาย “decree of specific performance” ให้

4. การเปลี่ยนแปลงทางด้านการเมืองและการพัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในสมัยนั้น นอกจากเกิดการเปลี่ยนแปลงทางด้านการศาลและระบบกฎหมายแล้ว ยังมีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองและการพัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่สำคัญ ดังนี้

ค.ศ.1620 Lord Chief Justice Montague แสดงให้เห็นว่า writ of Habeas Corpus มีสถานะเป็นคำสั่งศาลในพระปรมาภิไธย กล่าวคือ ออกโดยอาศัยพระราชอำนาจของกษัตริย์ในคดี Richard Bourne 's Case โดยมีคำตัดสินสำคัญว่า

“อภิสิทธิ์ทั้งหลายไม่อาจนำมาใช้ขังกษัตริย์ได้ และคำสั่งนี้เป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นดังพระบรมราชโองการในฐานะที่จะอำนาจความยุติธรรมให้บังเกิดขึ้นแก่พสกนิกรของพระองค์ เนื่องจากเป็นการสมควรที่พระมหากษัตริย์จะทรงทราบว่าพสกนิกรคนใดคนหนึ่งของพระองค์ถูกจำขังด้วยสาเหตุใด และเป็นเรื่องที่ใช้ได้กับทุกผู้ทุกนามและทุกสถานที่”²⁵⁴

กล่าวโดยสรุป คือ ศาลยอมรับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการออกหมายดังกล่าว ทำให้ประชาชนพยายามหาทางโต้แย้งคัดค้านการใช้อำนาจของกษัตริย์ในลักษณะเช่นนี้อยู่เนืองๆ ดังอาจนำเสนอตามลำดับ ดังนี้

ค.ศ. 1627 มีคดีสำคัญ คือ Darnel ' Case ซึ่งเป็นคดีที่อัศวิน 5 คน (Five Knights) ไม่ยอมจ่ายเงินตามที่พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ทรงเรียกร้อยจากประชาชน จึงถูกคำสั่งให้จับกุมขังโดยอาศัยพระบรมราชโองการพิเศษ (The special command of his Majesty) ฝ่ายอัศวินทั้ง 5

²⁵⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 57 หน้า 42.

จึงยื่นคำร้องขอต่อศาลคิงส์เบนซ์ให้ออกหมายศาล writ of habeas corpus cumcausa เมื่อศาลออกหมายดังกล่าวให้ ทำให้ผู้คุมขังจำต้องตอบหมายดังกล่าวว่า การคุมขังอัศวินทั้ง 5 เป็นไปตามพระบรมราชโองการพิเศษ ทางทนายความของอัศวินทั้ง 5 จึงโต้แย้งคัดค้าน โดยอ้างเหตุผลว่าประชาชนทั่วไปมีแต่เฉพาะ writ of Habeas Corpus เท่านั้นที่จะรักษาเสรีภาพของตนไว้ได้ แต่คำตอบที่ผู้คุมขังตอบมิได้อธิบายสาเหตุของการคุมขังอัศวินทั้ง 5 เลย ทำให้ศาลไม่อาจพิจารณาคดีต่อไปได้ว่า อัศวินทั้ง 5 สมควรจะถูกปล่อยตัวหรือไม่ อย่างไรก็ดี ฝ่ายอัยการสูงสุด แม้จะยอมรับว่าประชาชนมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะโต้แย้งตามหลักการพื้นฐานของอำนาจอธิปไตยได้ ซึ่งหมายถึงเป็น กรณีที่บุคคลจำนวนมากต้องได้รับความทุกข์ทรมานจากการถูกคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แต่นั่น มิใช่เป็นเหตุผลที่มีน้ำหนักมากพอที่จะต้องส่งตัวผู้ต้องขังทุกคนที่ถูกคำสั่งตามพระบรมราชโองการพิเศษ โดยไม่มีข้อกล่าวหาที่เฉพาะเจาะจง ให้พ้นจากการถูกคุมขังแต่อย่างใด เนื่องจากกษัตริย์มีความจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของสังคม และประโยชน์ของปัจเจกบุคคล อันเป็นการคำนึงถึงหลักการในการปกครองซึ่งมีความสำคัญมากยิ่งขึ้น คดีนี้ สร้างความลำบากใจแก่ Lord Chief Justice เป็นอันมาก จนในที่สุด มีการเปลี่ยนตัว Lord Chief Justice ศาลจึงตัดสินให้ควบคุมตัวอัศวินทั้ง 5 ต่อไป โดยอาศัยเหตุผลตามแนวทางที่อัยการสูงสุดได้กล่าวไว้ว่า การที่กษัตริย์ดำเนินการเช่นนี้ เนื่องจากพระองค์ทรงถูกผูกพันโดยกฎหมาย และทรงเรียกร้องให้เราปฏิบัติภารกิจให้เป็นไปตามกฎหมาย ตามที่พวกเราได้สาบานตนว่าจะกระทำเช่นนั้นและพระมหากษัตริย์ก็เช่นเดียวกัน²⁵⁵

ค.ศ.1628 พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ต้องการเงินไปทำสงครามกับฝรั่งเศส แต่ขาดงบประมาณจำนวนมาก จึงจำเป็นต้องขูดรีดภาษีเอากับประชาชนชาวอังกฤษด้วยการขึ้นภาษีเอาตามอำเภอใจ สร้างความไม่พอใจแก่ชาวอังกฤษจำนวนมาก งบประมาณของรัฐนั้นจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เมื่อทรงเสนอเรื่องงบประมาณให้รัฐสภาพิจารณา แต่รัฐสภาไม่เห็นชอบด้วย จึงไม่เรียกประชุมสภาอีกเลย เรียกการ ปกครองสมัยนี้ว่า สมัยการปกครองส่วนพระองค์ ต่อมา พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 จึงทรงตั้งคำขอเรียกร้องสิทธิ (Petition of Right) เพื่อริดเอาภาษีจากประชาชนมาใช้ จึงจำเป็นต้องทรงเรียกประชุมสภา รัฐสภาจึงถือโอกาสพิจารณา คำร้องเรียนจากราชกรที่ได้รับความเดือดร้อนจากการขูดรีดภาษีตามอำเภอใจจากฝ่ายกษัตริย์ ทำให้มีการอภิปรายอย่างคุะเดี๋ยวร้อนในรัฐสภา จนสุดท้ายรัฐสภามีมติ 3 มติ เพื่อการสนับสนุนเสรีภาพของประชาชนโดยสาระสำคัญของมติทั้ง 3 อยู่ตรงที่ ประการแรก ประชาชนผู้ใดต้องไม่ควรถูกคุมขังถ้ามิได้มีการ

²⁵⁵ Sarah Williams “The Five Knight ’ s Case and Debates in the Parliament of 1628 : Division and Suspicious Under King Charles I ” *Constructing the past* Volume 7 Article 11 p1-10 อ้างในบุญศรี มิวังศ์ อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เชิงอรธที่ 57 หน้า 42-43.

แสดงเหตุแห่งการคุมขัง ประการที่สอง Writ of Habeas Corpus หรือหมายศาลที่ให้ผู้รับหมายอธิบายสาเหตุของการควบคุมตัวบุคคล และประการสุดท้าย ถ้าคำตอบที่ได้รับนั้นมิได้แสดงสาเหตุของการคุมขัง ผู้ที่ถูกคำสั่งให้คุมขังโดยพระมหากษัตริย์หรือสภาที่ปรึกษาพระมหากษัตริย์ (privy council) สมควรต้องได้รับการปล่อยตัวให้เป็นอิสระ ในที่สุด พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 จำยอมต้องทรงลงนามในเอกสารนี้ และในที่สุดรัฐสภาก็ผ่านการพิจารณาออกมาเป็น **คำขอเรียกร้องสิทธิ (Petition of Right ค.ศ.1628)** ซึ่งเอกสารสำคัญฉบับนี้มีความสำคัญอย่างยิ่ง ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้านต่างๆ ของประชาชน โดยเอกสารฉบับนี้ กำหนดหลักการพื้นฐานให้สิทธิประชาชนสามารถโต้แย้งคัดค้านการเก็บภาษี โดยมีได้รับความยินยอมจากรัฐสภา, การจับกุมคุมขังตามอำเภอใจ ตลอดจนการกระทำอื่นใดที่เป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเกิดจากการกระทำของพระมหากษัตริย์หรือสภาที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ได้

อย่างไรก็ตาม ด้วยความจำเป็นต้องได้เงินมาใช้เพื่อจะทำสงคราม ทำให้พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ทรงหลีกเลี่ยงจากกฎเกณฑ์คำขอเรียกร้องสิทธิ โดยประกาศบังคับให้ทุกท้องที่ต้องเสียภาษีเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับการพัฒนากองทัพเรือ และเริ่มบังคับเก็บภาษีเป็นรายปีตั้งแต่ ค.ศ.1634 โดยทั่วไปนั้นยอมรับว่าพระมหากษัตริย์ย่อมมีพระราชอำนาจในการประกาศโองการ แต่การทรงทำเช่นนี้ย่อมเป็นการหลีกเลี่ยงจากจารีตประเพณีตามรัฐธรรมนูญที่ว่าไม่อาจเก็บภาษีได้ ถ้าการนั้นมีได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา

ค.ศ.1629 หลังจากมีเอกสาร The Petition of Right ค.ศ.1628 มา 1 ปี มีคดี R V William Stroud หรือที่รู้จักกันในนามคดี Six Member ' Case ที่ฝ่ายจำเลยสามารถใช้สิทธิตามเอกสารดังกล่าวในการออกหมาย Habeas Corpus จากศาลคิงส์เบ็นซ์ เพื่อให้ผู้คุมขังตอบหมายดังกล่าว ซึ่งฝ่ายกษัตริย์ได้ตอบว่า เหตุของการจับกุมคุมขัง เกิดจากการที่จำเลยได้กระทำการหมิ่นพระมหากษัตริย์และรัฐบาลของพระมหากษัตริย์อย่างร้ายแรงประการหนึ่ง และได้ก่อการชักชวนให้เกิดความวุ่นวายในราชอาณาจักร ด้วยการเชิญชวนให้พสกนิกรเกิดการแข็งข้อกระด้างกระเดื่องต่อกษัตริย์อีกประการหนึ่ง แต่ในการดำเนินคดี ฝ่ายทนายความของจำเลยโต้แย้งคัดค้านในศาลว่า ผู้ตอบหมายไม่ตอบหมายให้เป็นไปตามข้อกำหนดตามเอกสาร The Petition of Right แต่อัยการสูงสุดในฐานะโจทก์กล่าวโต้แย้งว่า “ฎีกาขอพระราชทานสิทธิของสภา มิใช่กฎหมาย แต่ด้วยพระเกียรติและพระอิสริยยศ ก็ทรงปฏิบัติตามและรักษาให้เป็นไปตามฎีกานั้น โดยไม่มีการบิดพลิ้ว แต่ในขณะที่เดียวกันก็เป็นหน้าที่ของประชาชน ที่จะต้องไม่ขยายความออกไปจนเกินถ้อยคำและพระราชประสงค์ของกษัตริย์ และไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นไร ก็ควรถือว่า ฎีกานั้นเป็นการยืนยันสิทธิและเสรีภาพที่มีมาแต่โบราณของข้าแผ่นดิน ฉะนั้น คดีในปัจจุบันก็จะคงคุณภาพและระดับที่ไม่

แตกต่างไปจากช่วงก่อนที่จะมีฎีกาฉบับนั้น”²⁵⁶ ในที่สุดศาลได้ตัดสินให้จำขังจำเลย เท่ากับว่าศาลยอมรับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

ต่อมา ปีเดียวกันนั้น ศาลคิงส์เบนซ์ได้รับคดีสำคัญอีกคดีไว้พิจารณา คือคดี Chamber 's case คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า Chamber ซึ่งเป็นพ่อค้ากรุงลอนดอนคนหนึ่งไม่ยอมชำระภาษีค่าผ่านด่าน จึงถูกจับกุมมาดำเนินคดี และเมื่อถูกพิจารณาและให้จำเลยให้การต่อสภาที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ จำเลยกล่าวว่า

“ภาษีผ่านด่านอันยิ่งใหญ่ที่เรียกเก็บจากพ่อค้าในอังกฤษนั้น ไม่เหมือนที่ใดในโลก และเหล่าพ่อค้าที่นี้ถูกรีดนาทาเร้นเสียยิ่งกว่าภายใต้การปกครองของพวกเติร์ก ด้วยซ้ำ”²⁵⁷

สภาที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ จึงสั่งให้จำคุก Chamber นายความของ Chamber จึงมายื่นคำร้องขอต่อศาลคิงส์เบนซ์ เพื่อให้ออกหมาย Habeas Corpus เพื่อให้ผู้รับหมายชี้แจงเหตุผลที่ต้องควบคุมตัว Chamber เมื่อศาลออกหมายดังกล่าวแล้ว สภาที่ปรึกษาพระมหากษัตริย์ตอบหมายโดยอ้างเหตุผลว่า ที่ต้องสั่งลงโทษจำคุกจำเลยนั้น เพราะสาเหตุที่จำเลยแสดงกิริยาและวาจาไม่เหมาะสมต่อหน้าบัลลังก์ของสภาที่ปรึกษาพระมหากษัตริย์ และเมื่อศาลคิงส์เบนซ์ได้รับคำตอบหมายดังกล่าว ศาลเห็นว่า เหตุผลดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะจำขัง Chamber ได้ จึงส่งเรื่องให้สภาที่ปรึกษาพระมหากษัตริย์ส่งคำตอบมาใหม่ เมื่อได้รับคำตอบหมายกลับคืนมาในครั้งที่สอง ศาลคิงส์เบนซ์ได้พิจารณาและมีคำสั่งให้ Chamber ประกันตัวออกไปสู่คดีได้²⁵⁸ จากคดีนี้ ยืนยันถึงความสำคัญยิ่งของ Writ of Habeas Corpus ซึ่งมีได้ใช้ประโยชน์แต่เพียงการที่ศาลในระบกกฎหมายคอมมอน ลอว์ ใช้ เพื่อป้องกันเขตอำนาจศาลของตนเองเท่านั้น ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น หมายนี้มีคุณค่าอันเนื่องมาจากในกาลต่อมามีวิวัฒนาการมาเป็นวิธีการพิจารณาคำวินิจฉัยในปัจจุบัน อันจะช่วยให้จำเลยได้รับโอกาสในการออกมาต่อสู่คดีได้โดยสะดวก

ค.ศ.1637 เมื่อพระเจ้าชาร์ลส์ประกาศภาวะฉุกเฉิน Sir Edmund Hempden ปฏิเสธที่จะเสียภาษี จึงถูกดำเนินคดีในศาลเอ็คซ์เช็คเกอร์ ที่เรียกว่า Case of Ship Money (R V Hempden) Sir Hempden ได้แย้งว่า การประกาศภาวะฉุกเฉินนั้นต้องผ่านสภา แต่ฝ่ายกษัตริย์ให้เหตุผลว่า

ภาวะฉุกเฉินย่อมเป็นพระราชวินิจฉัยของกษัตริย์ว่ามีอยู่หรือไม่ เมื่อทรงวินิจฉัยว่ามีอยู่ ย่อมถือได้ว่าเป็นพระราชประสงค์ที่จะใช้พระราชอำนาจในการเรียกเก็บภาษีเพื่อนำมาใช้จ่ายในการนั้น

²⁵⁶ (K.B. 1629) 3 State Trials 235. อ้างใน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 57 หน้า 44.

²⁵⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 57 หน้า 44.

²⁵⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 44.

ทนายความของ Sir Hempden ได้แย้งว่า องค์กรที่จะวินิจฉัยเรื่องภายในนั้น ต้องเป็นรัฐสภาเท่านั้น แต่ผู้พิพากษาเสียงข้างมากในคดีนี้ ยอมรับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์²⁵⁹ ดังปรากฏเหตุผลในคำพิพากษาว่า

“เพื่อความผาสุกของส่วนรวม กษัตริย์ย่อมมีพระราชอำนาจที่จะเก็บเงินจากข้าแผ่นดินของพระองค์เพื่อความมั่นคงและการปกป้องราชอาณาจักร ไม่ว่าจะมีความหมายของสภาพเป็นประการใดและพระราชบัญญัติต่างๆ ก็มีฐานที่มาจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ย่อมไม่ผูกพันพระองค์ และกษัตริย์ย่อมงดเว้นการใช้กฎหมายใดๆ ก็ได้ในยามฉุกเฉิน

พระราชบัญญัติใดๆ ของสภาที่เถิดถอนพระราชอำนาจในการปกป้องราชอาณาจักรย่อมเป็น โหมะซึ่งรวมไปถึงพระราชบัญญัติของสภาที่จะผูกมัดกษัตริย์มิให้ทรงสั่งการต่อข้าแผ่นดินของพระองค์ รวมไปถึงบุคลากรและทรัพย์สินตลอดจนเงินของผู้นั้นด้วย ก็ย่อมเป็น โหมะด้วยเช่นกัน เนื่องจากไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติฉบับใด ก็หาได้มีความแตกต่างแต่ประการใดไม่”²⁶⁰

การออกหมายศาล Writ of Habeas Corpus ที่ออกมาใช้เพื่อตรวจสอบอำนาจของสภาที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารยังคงถูกนำมาใช้อยู่เรื่อยมา แต่ในคดี Chamber ซึ่งเป็นคดีสำคัญนั้น ศาลยังยอมรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่อยู่ภายใต้อำนาจของกษัตริย์โดยตรง ตลอดจนสถานะของ Court of The Star Chamber โดยถือเป็น ศาลยุติธรรมระดับสูงที่ทรงเกียรติ ซึ่งนักวิชาการต่างๆ มองว่า สถาบันนี้กลับเป็นอุปสรรคของการแสดงถึงสิทธิเสรีภาพของชาวอังกฤษ

อาจกล่าวได้ว่า ในช่วง ค.ศ.1629 – 1640 เป็นช่วงที่พระเจ้าชาร์ลส์ไม่ทรงเรียกประชุมรัฐสภาเลย แต่ใช้วิธีปกครองประเทศโดยใช้พระราชอำนาจพิเศษ ถึงขนาดที่ Edward Jenks ได้เรียกยุคนั้นว่า 11 ปี แห่งความมืดมนที่สุดในประวัติศาสตร์กฎหมายในอังกฤษ ดังนั้น ความมีอยู่ของศาลสตาร์แชมเบอร์จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อการปกครองและบริหารของรัฐบาลภายใต้อำนาจพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ด้วยเหตุผลและความขัดแย้งกับรัฐสภา ฝ่ายรัฐสภาจึงเตรียมการหาทางเถิดถอนการใช้อำนาจตามอำเภอใจของพระมหากษัตริย์ โดยจำเป็นต้องใช้กลยุทธ์ในสภาเป็นเครื่องมือสำคัญ ภารกิจแรกๆ ของรัฐสภา คือ การตราพระราชบัญญัติ The Habeas Corpus Act ค.ศ. 1641 อันมีสาระสำคัญ คือ ประการแรก ให้ยุบศาลสตาร์แชมเบอร์, ศาลไฮคอมมิสชัน, เดอะคราวน์ออฟเวลส์ และ เดอะเคาน์ซิลออฟเดอะนอร์ท และยังประกาศให้สภาที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ไม่มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินใดๆ ของประชาชนชาวอังกฤษ

²⁵⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 57 หน้า 43.

²⁶⁰ Case of Ship Money (R v Hempden), 3 States Trials 285 (1637).

ประการที่สอง กำหนดสิทธิแก่บุคคลใดๆ ที่ถูกคุมขังไม่ว่าจะในศาลใดๆ หรือการถูกคุมขังตามพระราชประสงค์ของกษัตริย์หรือคำสั่งของสภาที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์หรือคำสั่งของสมาชิกของสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ผู้ใดผู้หนึ่งก็ตาม เมื่อผู้นั้นยื่นคำร้องขอต่อศาลคิงส์เบนซ์หรือศาลคอมมอน พลีส ให้ศาลนั้นๆ ออก Writ of Habeas Corpus โดยไม่ชักช้า และประการสุดท้าย มีบทบัญญัติความรับผิดชอบของผู้พิพากษาว่า ผู้พิพากษาผู้ใดกระทำการใดอันเป็นการฝ่าฝืนสาระสำคัญของที่แท้จริงของกฎหมายฉบับนี้ ย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างใดๆ ที่เกิดขึ้นต่อบุคคลผู้ถูกก้าวล่วงในสิทธินั้นๆ²⁶¹ ผลของกฎหมายฉบับนี้ ทำให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ควรจะเป็น และทำให้พระราชอำนาจของกษัตริย์ถูกจำกัดลง เนื่องจากรัฐสภาในครั้งนี้มีได้ถูกยุบโดยพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 เนื่องจากพระราชอำนาจของพระองค์เสื่อมถอย ทำให้มีการประชุมเป็นเวลาอันยาวนาน จึงนิยมเรียกว่า สภายาว (Long Parliament)

ค.ศ.1641 เกิดการจลาจลของชาวไอริชที่เมืองอุลสเตอร์ (Ulster) ในประเทศไอร์แลนด์ ประกอบกับจอห์น พิม ผู้นำพวกเพียวริตันถูกจับกุม ทำให้โอลิเวอร์ ครอมเวลล์ ผู้นำเพียวริตันลำดับรองลงมา ต้องรับหน้าที่จัดตั้งเป็นกองกำลังที่มีความเข้มแข็งมาก เรียกว่า Ironsides ซึ่งทั้งสองเหตุการณ์เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดสงครามกลางเมืองในประเทศอังกฤษระหว่างฝ่ายพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 กับ ฝ่ายรัฐสภาที่นำโดยโอลิเวอร์ ครอมเวลล์ เป็นเวลานาน 4 ปี จนในที่สุด ฝ่ายรัฐสภาได้รับชัยชนะ และสามารถควบคุมพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ไว้ได้

ค.ศ.1647 แม้ว่าจะอยู่ในภาวะสงครามกลางเมือง มีกลุ่มประชาชนที่เรียกตนเองว่า Leveller มีแนวคิดนิยมความเสมอภาค ได้จัดทำเอกสารฉบับหนึ่ง เรียกว่า **The Agreements of the People** เนื้อหาสำคัญในเอกสารฉบับนี้ คือ การนำเอาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ซึ่งยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมากำหนดเป็นหลักการสำคัญในการปกครอง โดยนำมาเรียบเรียงเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก หลักการสำคัญที่ปรากฏในเอกสารฉบับนี้ ได้แก่ แนวคิดว่า พลเมืองเป็นผู้ถืออำนาจสูงสุด และสามารถมอบอำนาจอันสูงสุดของตนนี้ให้แก่องค์กรของพลเมือง เพื่อดำเนินการแทนได้ โดยทั้งนี้มิข้อยกเว้นในบางเรื่องที่พลเมืองไม่อาจมอบอำนาจให้ได้อำนาจเช่นนั้นยังต้องอยู่กับพลเมือง และพลเมืองเป็นบุคคลที่ต้องดำเนินการในเรื่องนั้นๆ ด้วยตนเอง และยังมีการจัดทำบัญชีรายการสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลซึ่งทั้งกษัตริย์และรัฐสภาต่างต้องให้ความเคารพสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพในการนับถือศาสนาและในจิตสำนึก เสรีภาพจากการถูกเกณฑ์ไปเป็นทหาร ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ความคุ้มครองต่อการจับกุมคุมขังและคำ

²⁶¹ The Habeas Corpus Act Of 1641 , 6 Car.1 , 0.10 sect.3 (640 , sect. 2 (3), sect. 8 (3), sect. 7.

พิพากษาที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายและหลักประกันในกรรมสิทธิ์²⁶² นับเป็นเรื่องวิวัฒนาการทางแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน ท่ามกลางภาวะสงครามกลางเมืองโดยแท้

ค.ศ. 1648 ฝ่ายรัฐสภา มีแนวคิดแตกต่างกันเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่ยังคงต้องการให้พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ครองราชย์ต่อ กับฝ่ายที่ต้องการล้มล้างพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 สุดท้ายปลายปีนั้นเอง นายพลไพรด์ (Colonel Pride) จึงนำกองทัพเข้ายึดอำนาจสมาชิกรัฐสภาฝ่ายที่ยังผ่อนปรนแก่พระเจ้าชาร์ลส์ และประกาศสถาปนารัฐสภาใหม่ พร้อมทั้งประกาศยกเลิกการปกครองโดยระบบกษัตริย์ และตั้งเครือจักรภพแห่งอังกฤษ อันเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองสู่ระบอบสาธารณรัฐเป็นครั้งแรก นอกจากนี้แล้ว ยังมีการดำเนินคดีต่อพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ในความผิดฐานเป็นผู้ทรยศชาติ ด้วยการสมคบคิดกับสกอตแลนด์นำทัพบุกอังกฤษ และต่อมาศาลตัดสินว่า พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ทรงกระทำความผิดจริงและมีความผิด จึงถูกทรงให้สำเร็จโทษด้วยการบั่นพระคอหน้าพระราชวังไวท์ฮอลล์ใน ค.ศ. 1649

ค.ศ. 1660 นายพลจอร์จ มงค์ นำกองทัพจากสกอตแลนด์บุกเข้ายึดรัฐสภาอังกฤษ และยุบรัฐสภานั้นไปพร้อมจัดตั้งรัฐสภาคอนเวนชัน (Convention Parliament) จากนั้นประกาศสถาปนาระบอบการปกครองโดยกษัตริย์ขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระเจ้าชาร์ลส์แห่งสกอตแลนด์ซึ่งเป็นพระราชโอรสของพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ตกลงประกาศว่าจะยอมอยู่ในอำนาจของกองทัพแต่ขอให้แต่งตั้งพระองค์ขึ้นเป็นกษัตริย์ จึงได้รับการสถาปนาให้ขึ้นครองราชย์เป็นพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 นับเป็นการสิ้นสุดยุคอังกฤษปกครองโดยระบบสาธารณรัฐ

ค.ศ. 1679 รัฐสภาซึ่งมีความขัดแย้งกับฝ่ายกษัตริย์ ได้ทดลองบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตนเอง โดยการผลักดันให้มีการตราพระราชบัญญัติ Habeas Corpus Act ค.ศ. 1679 ได้สำเร็จ กฎหมายฉบับนี้มีส่วนสำคัญยิ่งในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทางด้านร่างกายและชีวิต โดยป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจในการจับกุมคุมขังประชาชน และต่อมาพยายามจะพิจารณากรณีเจ้าชายเจมส์ซึ่งเป็นพระอนุชาของพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 ซึ่งนับถือคาทอลิกโดยเตรียมตัดสิทธิในการสืบราชสันตติวงศ์ แต่พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 ซึ่งยุบรัฐสภา ก่อน ในช่วงนี้เองที่สมาชิกรัฐสภาแบ่งกลุ่มทางการเมืองเป็น 2 พวกชัดเจน กล่าวคือ กลุ่ม Tories ส่วนใหญ่จะเป็นพวกขุนนางเจ้าของที่ดิน มีความคิดทางการเมืองเป็นพวกอนุรักษนิยม จงรักภักดี และนิยมกษัตริย์ และกลุ่ม Whigs ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นพวกพ่อค้าวานิชย์และคนในเมืองซึ่งเป็นปฏิปักษ์ต่อฝ่ายกษัตริย์ เจ้าชายเจมส์ได้ขึ้นครองราชย์ต่อ เป็นพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ใน ค.ศ. 1685 ด้วยเหตุที่นับถือนิกายโรมันคาทอลิก จึงตรากฎหมายโดยใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์ขัดขวางการก่อกบฏผู้สนับสนุนนิกายโรมันคาทอลิก ใน ค.ศ. 1687

²⁶² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 57 หน้า 47.

ค.ศ.1688พระเจ้าเจมส์ที่ 2 ได้พระราชบุตรซึ่งเป็นองค์รัชทายาทอย่างไม่
มีใครคาดคิดมาก่อน ทำให้บรรดาขุนนางและชาวอังกฤษเกิดความวิตกกังวลเป็นอย่างมากเกรงว่า
ราชวงศ์สจวร์ตซึ่งนับถือนิกายโรมันคาทอลิกจะครองและสืบทอดอำนาจกันไปอีกนาน ฝ่ายขุนนาง
จึงรวมตัวกันไปอัญเชิญเจ้าชายวิลเลียมแห่งออเรนจ์ จากฮอลแลนด์ ผู้เป็นพระสวามีของเจ้าหญิงแมรี
พระราชธิดาของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 เพื่อให้เป็นผู้นำฝ่ายนิกายโปรเตสแตนต์ ทำการต่อสู้กับพระเจ้า
เจมส์ที่ 2 มิให้รัฐสภาไม่ถูกครอบงำโดยพระเจ้าเจมส์ที่ 2 เจ้าชายวิลเลียมจึงจะยกกำลังมาบุกอังกฤษ
แต่พระเจ้าเจมส์ที่ 2 ทรงลี้ภัยไปอยู่ฝรั่งเศส ทำให้เจ้าชายวิลเลียมและพระนางแมรี ขึ้นครองราชย์
เป็นพระราชินีนาถแมรีที่ 2 และพระเจ้าวิลเลียมที่ 3 โดยเป็นการผลัดแผ่นดินที่ไม่มีการเสียเลือดเนื้อ
และชีวิตใดๆ ทั้งสิ้น เรียกว่า การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (The Glorious Revolution)

ค.ศ.1689 ก่อนเวลาที่พระเจ้าวิลเลียมที่ 3 และพระนางแมรีที่ 2 จะขึ้นมา
ครองราชย์อังกฤษเคียงคู่กันนั้น รัฐสภาตราพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (The Bill of Rights)
ค.ศ.1689 หรือชื่อเต็มว่าพระราชบัญญัติประกาศกำหนดสิทธิและเสรีภาพของคนในบังคับ และการ
กำหนดการสืบราชสมบัติของพระมหากษัตริย์ (An Act Declaring the rights and Liberties of
Subject and Setting the Succession of the Crown) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ให้พระมหากษัตริย์ทรงอยู่
ภายใต้รัฐสภา ห้ามการเก็บภาษีและการดำรงกองทัพโดยมิได้รับอนุญาตจากสภา บทบัญญัติใน
ส่วนที่เกี่ยวข้องกับประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และเกินขอบเขต
ของระบอบราชาธิปไตย เช่น ห้ามเรียกประกันและค่าปรับที่มากเกินไปจนความจำเป็น ตลอดจนการ
ลงโทษที่ทารุณพิศุขธรรมดา ทั้งนี้การใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นโทษแก่ประชาชน จะต้องได้รับความ
เห็นชอบจากรัฐสภา และผู้ปกครองที่ไม่ยึดถือความชอบธรรมที่สังคมกำหนดขึ้น อาจถูกถอด
ถอนได้โดยเจตจำนงของประชาชน²⁶³ อันเป็นการยุติพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ ละเว้น
เพิกเฉยต่อการออกกฎหมายที่ไม่ได้รับความยินยอมของรัฐสภา ถือเป็นชัยชนะครั้งสำคัญของสภา
สามัญในการต่อสู้กับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ดำรงคงอยู่กันมาเป็นเวลานาน และ
ลดทอนพระราชอำนาจของกษัตริย์ โดยทั้ง 2 พระองค์ต้องทรงลงพระนามในกฎหมายฉบับนี้ และ
ในหนังสือสัญญาที่ให้ไว้ต่อรัฐสภาว่า จะไม่ทรงประพฤติปฏิบัติตัวใช้พระราชอำนาจตามพระราช
หฤทัยเช่นเดียวกับพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ผลจากเหตุการณ์นี้ ทำให้กษัตริย์อังกฤษไม่อาจออกกฎหมาย
หรือใช้พระราชทรัพย์และกำลังพลตามพระราชหฤทัยได้อีกต่อไป กษัตริย์แห่งอังกฤษจึงตกอยู่ใต้อำนาจ
ของรัฐสภานับตั้งแต่นั้นมาจนถึงปัจจุบันนี้ ดังนั้น นับตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา รัฐสภาจึง
ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยการตรากฎหมายและควบคุมการปฏิบัติงาน

²⁶³ นพนิธิ สุริยะ วัฒนากิจการแนวความคิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ค้นคืนวันที่ 29 ตุลาคม 2555 จาก WWW.GotoKnow.org.

ของรัฐมนตรีน²⁶⁴ โดยมีการพัฒนามาเรื่อยๆ จนกลายเป็นระบบรัฐสภาอังกฤษที่เป็นต้นแบบของระบบรัฐสภาในประเทศต่างๆ ทั่วโลกในปัจจุบันนี้

ค.ศ.1701 พระเจ้าวิลเลียมที่ 3 และพระนางแมรีที่ 2 ทรงมอบราชบัลลังก์ให้แก่เจ้าหญิงแอนน์ พระกนิษฐาของพระนางแมรีที่ 2 และมีการตรากฎหมายสำคัญอีกฉบับหนึ่ง ได้แก่ พระราชบัญญัติการสืบราชสันตติวงศ์ (Act of Settlement) ค.ศ.1701 ในปีเดียวกันนั้น ซึ่งวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการสืบราชสันตติวงศ์ รวมทั้งวางหลักความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและกำหนดเงื่อนไขหลักการปกครองแบบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญด้วย

จากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของอังกฤษที่น่าเสนอมานี้ พบว่ามีกฎหมายสำคัญๆ หลายฉบับ ที่แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการด้านสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวอังกฤษ ได้แก่ The Bill of Rights ค.ศ.1689 (พระราชบัญญัติสิทธิ ค.ศ.1689) ซึ่งต่อมามีการขยายความหมายเพิ่มเติมโดย Triennial Act ค.ศ. 1694 และ Act of Settlement ค.ศ.1701 (พระราชบัญญัติการสืบราชสันตติวงศ์ ค.ศ.1701) นอกจากนี้ กฎหมายสำคัญเหล่านี้จัดเป็นกฎหมายที่วางรากฐานของความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์และรัฐสภา ซึ่งแต่เดิมหลายศตวรรษถือว่าเป็นคู่แข่งที่แย่งชิงอำนาจทางการเมืองมาโดยตลอด ทำให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในทางปฏิบัติมากขึ้น ผลจากการวางรากฐานในกฎหมายดังกล่าวนี้ ทำให้หลังจากเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ ค.ศ.1688 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน หลักการอันเป็นรากฐานของความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์และรัฐสภา ตลอดจนการเคารพในสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดและจริงจัง อันเป็นการก้าวเข้าสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย แบบรัฐสภา ที่เป็นปฐมบทแบบอย่างที่น่าานอารยประเทศทั่วโลกยึดเป็นแม่แบบในการนำไปร่างรัฐธรรมนูญของชาติตนเอง ส่วนสาระสำคัญในกฎหมายสำคัญๆ ดังกล่าว ได้แก่

- การใช้อำนาจของฝ่ายกษัตริย์ในการยกเลิกกฎหมายหรือการใช้บังคับกฎหมาย โดยปราศจากความเห็นชอบของรัฐสภา ย่อมเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย
- การใช้อำนาจของฝ่ายกษัตริย์ในการไม่ใช้บังคับกฎหมาย หรืองดเว้นการบังคับใช้กฎหมายเป็นการชั่วคราว ดังที่มีการปฏิบัติในช่วงเวลาที่ผ่านมามี ย่อมเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย
- การมอบอำนาจให้มีการจัดตั้งศาลสำหรับกิจการทางศาสนา (Court of Commissioners for Ecclesiastical Causes) ดังที่เคยทำมาในอดีต หรือการมอบอำนาจทำนองเดียวกันนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมายและเป็นหนทางแห่งความเสื่อม

²⁶⁴ Hariou Gicquel Ibid pp.233-234 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เศรษฐกิจที่ 86 หน้า 86.

- การเรียกเก็บเงินเพื่อ /หรือสำหรับการใช้จ่ายของฝ่ายกษัตริย์ โดยการอ้างอำนาจของกษัตริย์ (Prerogative) เป็นช่วงระยะเวลายาวนาน โดยมีได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือการเรียกเก็บเงินโดยวิธีการอื่น ที่นอกเหนือไปจากที่สภาได้ให้ความเห็นชอบ หรือควรจะได้ให้ความเห็นชอบไปแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย

- การถวายฎีกาต่อพระมหากษัตริย์ย่อมเป็นสิทธิของข้าแผ่นดิน และการจับกุมคุมขังรวมทั้งการฟ้องร้องต่อศาลด้วยเหตุที่ได้ถวายฎีกานั้น ย่อมเป็นการที่มิชอบด้วยกฎหมาย

- การจัดตั้งและการบำรุงกองทัพประจำการในราชอาณาจักรในยามสงบ ย่อมเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย ตราบที่มีได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

- ข้าแผ่นดินที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ ย่อมถืออาวุธเพื่อการป้องกันตัวได้ตามฐานานุรูปและตามกฎหมาย

- การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาจะต้องเป็นไปโดยเสรี

- เสรีภาพในการพูดและการอภิปราย หรือการต่อรองในรัฐสภาย่อมมีอาจละเมิดได้ หรือมีอาจฟ้องเป็นคดีต่อศาลหรือที่อื่นนอกจกรัฐสภาได้

- การกำหนดค่าประกันตัวในอัตราที่สูงเกินสมควร การลงโทษปรับในอัตราที่สูงจนเกินเหตุ ตลอดจนการลงโทษอาญาอย่างโหดร้ายทารุณหรือผิดธรรมดา ย่อมมีอาจกระทำได้

- บัญชีรายชื่อของคณะลูกขุน จะต้องมีการจัดทำในรูปแบบของกฎหมาย และประกาศให้ทราบโดยทั่วกัน และคณะลูกขุนที่จะพิจารณาตัดสินคดีกบฏนั้น จะต้องเป็นผู้ถือครองที่ดินที่เป็นอิสระเท่านั้น

- การส่งมอบหรือสัญญาว่า จะส่งมอบทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับเงินค่าปรับ หรือทรัพย์สินที่ยึดมาได้จากบุคคล ก่อนที่ผู้นั้นจะถูกพิพากษาคดีในศาล ย่อมมิชอบด้วยกฎหมายและเป็นโมฆะ และเพื่อเป็นการแก้ปัญหาคความเดือดร้อน และเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข เสริม และรักษาไว้ซึ่งกฎหมายต่างๆ ย่อมเป็นการสมควรที่รัฐสภาจะมีการประชุมกันเป็นระยะๆ

- รัฐสภา ถือเป็นภารกิจของคนที่ จะเรียกร้อง และยืนยันข้อกำหนดต่างๆ ทั้งหลายที่ได้ระบุไว้แล้วข้างต้น ในฐานะที่เป็นสิทธิและเสรีภาพอันปราศจากข้อสงสัยใดๆ นอกจากนั้นแล้ว ถือเป็นภาระไม่สมควร หากในอนาคตจะมีการหยิบยกประกาศ คำพิพากษาของศาล ตลอดจนการกระทำ หรือข้อตกลงใดๆ มาใช้เป็นบรรทัดฐานในทางที่ขัดต่อข้อกำหนดที่ได้ระบุไว้แล้วดังกล่าว และเป็นผลร้ายต่อประชาชน

3.3 สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอังกฤษในปัจจุบัน²⁶⁵

กระบวนการพัฒนารัฐธรรมนูญนั้น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม ที่มีวิวัฒนาการมาอย่างช้าๆ นานหลายร้อยปี ทำให้เกิดพัฒนาการทางสิทธิเสรีภาพและอิสรภาพอย่างต่อเนื่อง และแม้แต่ในปัจจุบันยังคงต้องพัฒนาต่อไปอีก ดังนั้นเป็นธรรมดาที่มีความจำเป็นต้องปกป้องพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญอย่างสม่ำเสมอ เพื่อป้องกันมิให้นักการเมืองหรือทหารบางกลุ่มพยายามล้มล้างรัฐธรรมนูญ ดังที่พบเห็นตัวอย่างในหลายๆ ประเทศ ดังนั้น หน้าที่ในการปกป้องพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ จึงเป็นหน้าที่ของพลเมืองอังกฤษทุกคนที่จะตัดสินใจดำเนินการตามวิถีภาวะที่มีอยู่

อย่างไรก็ตาม อังกฤษมีข้อจำกัดมากตรงที่ไม่อาจรับรองถึงข้อจำกัดของสิทธิเสรีภาพว่ามีมากน้อยเพียงใด ที่สำคัญที่สุด รัฐธรรมนูญ (ซึ่งมีที่มาปรากฏอยู่ในหลายๆ แห่ง) รับรองไว้ว่า บุคคลย่อมสามารถทำอะไรก็ได้เท่าที่เขาปรารถนา ตราบเท่าที่เขาไม่ละเมิดกฎหมายปกติของอังกฤษ ดังที่ปรากฏในกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งว่าด้วยสัญญาและละเมิด

สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองชาวอังกฤษบางประการที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ (ตามที่ปรากฏในที่มาของรัฐธรรมนูญประเภทต่างๆ) มีดังนี้

3.3.1 เสรีภาพของบุคคล

หลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ (จารีตประเพณี) ของอังกฤษจะคุ้มครองเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลว่า บุคคลไม่อาจถูกจำกัดขัดขวางการใช้เสรีภาพในการเคลื่อนไหวโดย ปราศจากกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาล โดยมีกลไกสำคัญที่ทำหน้าที่คุ้มครองเสรีภาพของบุคคล คือ หมาย Habeas Corpus ซึ่งศาลคิงส์ เบนซ์ ในศาลสูงจะออกให้แก่บุคคลซึ่งยื่นคำร้องขอและศาลได้พิจารณาแล้วมีเหตุที่สมควรออกให้ เพื่อให้ผู้คุมขังบุคคลที่ร้องขอหมายอธิบายถึงสาเหตุแห่งการคุมขัง เช่น ผู้บัญชาการเรือนจำหรือผู้อำนวยการโรงพยาบาลจิตประสาท เป็นต้น และถ้าศาลพิจารณาแล้ว พบว่า การจับกุมคุมขังนั้นมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะออกหมายสั่งให้ปล่อยตัว ส่วนบุคคลผู้ถูกละเมิดเสรีภาพย่อมมีสิทธิที่จะดำเนินการทางคดีต่อผู้จับกุมคุมขังที่ไม่ชอบนั้น พร้อมทั้งมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายในรูปของการชำระเงินให้จำนวนหนึ่ง

อย่างไรก็ดีหลักกฎหมายนี้มีข้อยกเว้นว่า ช่วงเวลาสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งในเวลานั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมมีอำนาจตามมาตรา 18b ของพระราชบัญญัติป้องกันประเทศ ที่จะออกคำสั่งให้จับกุมคุมขังบุคคลโดยไม่จำเป็นต้องมีหมายจับหรือหมายขัง หรือพิจารณาคดีที่รัฐมนตรีเชื่อว่า มันอาจจะเป็นประโยชน์แก่ชาติ แต่ไม่อาจกล่าวได้ว่า มาตรา 18b ของพระราชบัญญัติป้องกันประเทศ เป็นข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติ Habeas Corpus

²⁶⁵ O. Hood Phillips *Leading cases in Constitution and Administration Law* London Sweet and Maxwell 1979 pp.191-196.

แม้ว่าบทบัญญัติใน Magna Carta ค.ศ. 1215 และพระราชบัญญัติกำหนดสิทธิ (Bill of Rights) ค.ศ. 1689 จะวางหลักเกณฑ์ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในร่างกายและชีวิตเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่ก็วางข้อยกเว้นไว้เช่นกัน ดังนั้น ตำรวจหรือบุคคลอื่นจึงมีอำนาจในการจับกุมบุคคลได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หากบุคคลทำความผิดกฎหมาย การจับกุมโดยชอบด้วยกฎหมายมี 2 กรณี คือ กรณีที่ไม่ต้องขออนุญาตและกรณีที่ต้องขออนุญาตหมายจับ และกรณีที่บุคคลอื่นซึ่งมิใช่ตำรวจเป็นผู้จับกุม จะต้องรับนำตัวผู้ถูกจับกุมมาส่งมอบให้แก่ตำรวจโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งเป็นอำนาจทั้งจากกฎหมายของคอมมอน ลอว์ (จารีตประเพณี) และพระราชบัญญัติ กฎหมายอาญา ค.ศ. 1967 ซึ่งเรียกว่า อำนาจจับกุมผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย

3.3.2 สิทธิในเคหสถานและที่ดินของบุคคล

บทบัญญัติใน Magna Carta ค.ศ.1215 และพระราชบัญญัติกำหนดสิทธิ ค.ศ.1689 รับรองสิทธิในที่ดินและเคหสถานของบุคคล แต่มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่เหตุผลและความจำเป็น ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่สืบสวนหรือฝ่ายรักษาความสงบเรียบร้อย และเจ้าหน้าที่อื่นๆ ของรัฐย่อมมีอำนาจตามกฎหมายฉบับต่างๆ ที่จะเข้าไปในเคหสถานและที่ดินของบุคคลได้โดยไม่เป็นการละเมิด โดยการขออนุญาตหรือหมายจับ จากผู้พิพากษาศาลMagistrate ยกเว้นแต่กรณีที่เป็นการผิดซึ่งหน้า ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่อื่นๆ ของรัฐ อาจเข้าไปในเคหสถานและที่ดินของบุคคลได้โดยไม่ต้องมีหมาย

กรณีที่เจ้าของที่ดินหรือบ้านผู้ให้เช่า พยายามขับไล่ผู้เช่าที่ดินหรือบ้านให้ออกจากที่ดินหรือบ้านก่อนสัญญาเช่าหมดอายุ โดยกระทำการใดๆ อันเป็นการก่อกวน หรือ สร้างความรำคาญ หรือ ก่อความเดือดร้อนให้แก่ผู้เช่าบ้านหรือที่ดิน ย่อมเป็นความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติการเช่า ค.ศ. 1965 และถึงแม้ผู้เช่าจะยังคงอาศัยอยู่ในบ้านหรือที่ดินหลังหมดสัญญาเช่าแล้ว เจ้าของบ้านหรือที่ดินยังคงต้องขออำนาจศาลก่อนที่จะเข้าไปในบ้านหรือที่ดินหรือกระทำการใดๆ ในบ้านหรือที่ดินนั้น

3.3.3 เสรีภาพในการพูด

แม้ว่า พระราชบัญญัติกำหนดสิทธิ ค.ศ.1689 จะรับรองเสรีภาพในการพูดของบุคคล แต่บุคคลอาจถูกจำกัดเสรีภาพในการพูดได้ โดยกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการพิมพ์ที่ป้องกันการกระทำลามกหยาบโลน ค.ศ.1956, พระราชบัญญัติการพิมพ์ที่เป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชน ค.ศ.1955, พระราชบัญญัติความสัมพันธ์ทางเชื้อชาติ ค.ศ.1965 เป็นต้น สำหรับการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาฐานหมิ่นประมาท เช่น

- การใส่ความหรือตีพิมพ์กล่าวร้ายแก่บุคคลทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษร, ภาพ หรือสื่อลักษณะอื่นใดตามกฎหมาย เช่น การเขียนและตีพิมพ์วารสารหรือเอกสารในลักษณะที่ลด

สถานะของบุคคลตามความคิดเห็นของประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ, การกล่าวข้อความเท็จ หรือการตีพิมพ์ด้วยข้อความอันเป็นเท็จทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย

- การยุยงส่งเสริมให้ประชาชนเกิดความเกลียดชังรัฐบาลหรือประมุขของรัฐ โดยใช้ถ้อยคำที่ยุยงส่งเสริมใดๆ ให้บุคคลทำการหรือใช้วิธีการใดๆ อันเป็นการผิดกฎหมาย ซึ่งนำไปสู่การทำลายล้างรัฐธรรมนูญ ราชวงศ์หรือรัฐบาล

- การตีพิมพ์วารสารหรืองานพิมพ์ที่ส่งไปในทางลามกหยาบโลน โดยมีลักษณะที่โน้มน้าวทำให้ผู้อ่านกลายเป็นบุคคลที่มีสถานะต่ำลง หรือเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายทางชื่อเสียง

ที่พิเศษ คือ ความผิดฐานหมิ่นประมาท นอกจากจะเป็นความผิดทางอาญา ยังเป็นการกระทำละเมิดประเภทหนึ่ง

3.3.4 เสรีภาพในการสมาคม

พระราชบัญญัติกำหนดสิทธิ ค.ศ.1689 ให้การรับรองเสรีภาพในการสมาคม แต่ก็มีข้อจำกัดเสรีภาพตามกฎหมายหลายฉบับ เช่น การก่อตั้งสมาคมของผู้ใช้แรงงานที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงสภาพการทำงานในอดีตจนถึงต้นศตวรรษที่ 19 ถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมาย แต่ปัจจุบัน สหพันธ์แรงงานในทางการค้าต่างๆ มักจะได้รับการอนุญาตและให้ความคุ้มครองการกระทำตามกฎหมายที่กำหนดไว้ ดังนั้นการนัดหยุดงานประท้วงที่เกิดขึ้นเป็นครั้งคราวเมื่อคนงานรวมตัวกันหยุดงานพร้อมกัน โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อกดดันนายจ้างให้ยอมเพิ่มสิทธิประโยชน์ให้ จัดว่าเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย (แม้ว่าการกระทำเช่นนี้อาจเป็นการผิดสัญญา)

ปัจจุบัน กฎหมายส่วนใหญ่ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับสหพันธ์การค้า จะถูกรวบรวมในพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์อุตสาหกรรม ค.ศ. 1971 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหลายๆ ประการในกฎหมาย และทำให้เกิดการจัดตั้งศาลแรงงานสหพันธ์อุตสาหกรรมแห่งชาติ เพื่อระงับข้อพิพาทโต้แย้งทางการค้า

3.3.5 สิทธิในการชุมนุมในที่สาธารณะและการเดินขบวน

กฎหมายไม่ให้สิทธิใดเป็นพิเศษสำหรับการชุมนุมสาธารณะ แต่ในทางตรงกันข้าม ก็ไม่มีการวางกฎเกณฑ์ทั่วไปใดๆ ที่จะห้ามการชุมนุมต่างๆ กฎหมายจะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องต่อเมื่อการชุมนุมนั้นไม่อาจควบคุมสถานการณ์ได้แล้วเท่านั้น โดยพระราชบัญญัติคำสั่งรัฐ ค.ศ.1936 และค.ศ.1963 จะมีผลต่อการชุมนุมในสถานการณ์ต่างๆ ภายใต้กฎหมายดังกล่าว จะถือว่าการชุมนุมเป็นความผิดสำหรับบุคคล ก็ต่อเมื่อมีการใช้คำพูดที่เป็นภาวะคุกคาม, กล่าวร้ายหรือดูถูกหมิ่นประมาทหรือแสดงพฤติกรรมที่มีแนวโน้มยั่วยู่หรือ กระตุ้นให้เกิดการกระทำผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่วนการเดินขบวนนั้น โดยทั่วไปจะได้รับการพิจารณาว่า ถูกต้องตาม

กฎหมาย แต่อาจจะกลายเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายได้ ตามพระราชบัญญัติ คำสั่งรัฐ ค.ศ.1936 ในกรณีที่หัวหน้าตำรวจผู้มีอำนาจสั่งให้หยุดยั้งหรือเปลี่ยนเส้นทางเดินขบวน แล้วกลุ่มผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตาม โดยมีขั้นตอนตามลำดับ คือ

1. มีบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปร่วมเดินขบวน
 2. ชุมนุมในลักษณะที่ทำให้บุคคลที่เป็นวิญญูชน เกิดความรู้สึกหวาดกลัว
- การกระทำที่รบกวนความสงบสุขของประชาชนนั้น
3. เดินขบวนไปตามขั้นตอนต่างๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกลุ่มผู้เดินขบวน
 4. เริ่มต้นที่จะกระทำตามแผนการที่วางไว้เพื่อให้บังเกิดผล
 5. มีความตั้งใจร่วมกันที่จะช่วยเหลือซึ่งกันและกัน โดยการใช้กำลัง ถ้ามีความจำเป็นและถูกต้องด้าน
 6. ก่อให้เกิดการกระตุ้นเตือนในสำนึกของบุคคล อย่างน้อยที่สุดบุคคลที่มีสำนึกของความกล้าหาญเพียง 1 คน

โดยถือว่า การกระทำที่ครบตามองค์ประกอบข้อ 1 และ 2 เป็นการชุมนุม โดยเป็นการชุมนุมโดยผิดกฎหมาย ส่วนการกระทำที่ครบตามองค์ประกอบข้อ 1, 2 และ 3 เป็นการชุมนุมของกลุ่มผู้ก่อความวุ่นวาย (ผิดกฎหมาย) ส่วนการกระทำที่ครบตามองค์ประกอบข้อ 1 – 6 จัดเป็นการมั่วสุมก่อความวุ่นวายหรือก่อการจลาจล

ตามกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ถือว่าการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่ 3 ลักษณะ ในความสัมพันธ์ของการชุมนุมที่ต่อเนื่องในที่สาธารณะและการเดินขบวนที่ควรต้องรู้ ประการแรก ได้แก่ การที่มีบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปมาด้วยกัน เพื่อกระทำการบางอย่างซึ่งคล้ายๆ จะเป็นการนำไปสู่การกระทำความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของประชาชน ซึ่งจัดว่าเป็นการชุมนุมที่ผิดกฎหมาย ถ้าประชาชนเหล่านี้ดำเนินการกระทำต่อไปด้วยกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ถูกกฎหมายของพวกเขา ก็จะเรียกว่า เป็นการชุมนุมโดยผิดกฎหมาย ซึ่งมีความหมายว่า เมื่อใดก็ตามที่การชุมนุมเป็นไปโดยผิดกฎหมายเริ่มต้นที่จะกระทำให้เกิดผลที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยใช้กำลังหรือตั้งใจที่จะกระทำด้วยและกระตุ้นเตือนต่อบุคคลผู้มีความกล้าหาญที่มีเหตุผลอย่างน้อยที่สุดหนึ่งคน ให้ตระหนักว่ามีภัย จะถูกจัดให้เป็นการกระทำความผิดฐานก่อการจลาจล เช่น คดีระหว่าง Ford และ ตำรวจนครบาล (ค.ศ.1921) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า มีการชุมนุมของฝูงชนและปรารภณาที่จะจุดพลุไฟ พวกที่ชุมนุมมีชะแรงอยู่ในมือและมีการกระทำต่างๆ แต่ยังคงควบคุมสติได้ ต่อมาพวกเขาเริ่มรื้อบ้านที่ไม่มีผู้อาศัยหนึ่งหลังมาใช้ทำเป็นเชื้อเพลิง แต่เพื่อนบ้านที่อยู่ใกล้เคียงกันกับบ้าน

หลังนั้น ให้หลักฐานที่ชี้ให้เห็นว่า เขาไม่กล้าเข้าไปยุ่งเกี่ยวห้ามปราม เพราะเขาหวาดกลัวอันตรายที่ผู้ชุมนุมเหล่านั้นทำให้เกิดขึ้น ศาลพิจารณาว่า การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานก่อการจลาจล

3.3.6 สิทธิในการเลือกตั้ง

บุคคลผู้มีสิทธิลงทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา อาจออกเสียงเลือกสมาชิกรัฐสภา เพื่อที่จะได้สิทธินี้จะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติ ดังนี้ ประการแรก เป็นชาวอังกฤษหรือชาวไอริช ประการที่สอง มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป ประการที่สาม มีถิ่นพำนักในสำเนาทะเบียนบ้านนับจนถึงวันที่มีคุณสมบัติ และประการสุดท้าย ไม่เป็นบุคคลไร้ความสามารถ เช่น เป็นนักบวชหรือกำลังต้องโทษอยู่

3.4 การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน

เมื่ออังกฤษเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา ย่อมถือได้ว่าเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยรัฐหนึ่ง จึงไม่อาจหลีกเลี่ยงจากการยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยทั่วไปแล้ว เกือบจะทุกประเทศทั่วโลกจะนำหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับและให้การรับรองว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีคุณค่าสูงสุดต่อประชาชนและมวลมนุษยชาติ แม้ว่าอังกฤษจะมีรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะตัวอันเป็นเอกลักษณ์ของอังกฤษก็ตาม ก็ต้องถือว่า อังกฤษมีรัฐธรรมนูญเช่นกัน ทำให้การใช้อำนาจรัฐขององค์กรต่างๆ จำต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หลักความผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรใช้อำนาจรัฐย่อมต้องดำเนินควบคู่ไปกับหลักการควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการปกครองระบอบประชาธิปไตยได้

ระบบศาลอังกฤษที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สำหรับบุคคลในการใช้สิทธิทางศาล มีลักษณะเป็นศาลเดี่ยว ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. ลักษณะทั่วไปและอำนาจหน้าที่ของระบบศาลเดี่ยว

ระบบศาลเดี่ยว คือ ระบบศาลที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีทุกประเภท โดยผู้พิพากษาซึ่งมีคุณสมบัติและความรู้ทางกฎหมายทั่วไปเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท ทั้งนี้ไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชน อันได้แก่ คดีแพ่งและคดีอาญาหรือข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันได้แก่ คดีปกครอง ตลอดจนข้อพิพาทที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ส่วนกฎหมายที่ใช้กันในศาลในระบบนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายแต่อย่างใด คงใช้แต่เพียงกฎหมายอันหนึ่งอันเดียวกันกับข้อพิพาททั้งปวง ซึ่งในทางทฤษฎี เรียกว่า กฎหมายธรรมดา (Ordinary Law) ส่วนการตัดสินหรือคำพิพากษา

อยู่ภายใต้ศาลสูงสุดเดียวกัน และมีศาลเพียงแห่งเดียวเท่านั้น คือ ศาลยุติธรรม ซึ่งในทางทฤษฎีเรียกว่า ศาลธรรมดา (Ordinary Court) ²⁶⁶ ส่วนคำพิพากษานั้นของศาลทั้งปวงนั้น ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้นศาลชั้นอุทธรณ์ ย่อมตกอยู่ในการควบคุมของศาลยุติธรรมสูงสุดทั้งสิ้น

2. การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากศาลในระบบศาลเดี่ยว

ในระบบศาลเดี่ยวนั้น ศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไปสามารถแยกเป็น 2 ประเภท ²⁶⁷ คือ ประเภทแรก คือ ศาลยุติธรรมธรรมดา ซึ่งมีการแยกเจ้าหน้าที่ไว้เป็นการเฉพาะเพื่อพิจารณาคดีข้อพิพาทหรือคดีทางรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะ แยกออกจากการพิจารณาคดีประเภทอื่น แต่ก็เป็นเพียงการจัดตั้งแผนกที่มีอยู่แต่เฉพาะในศาลชั้นต้นเท่านั้น ส่วนศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลฎีกา ไม่ได้แยกเป็นแผนกเฉพาะ เป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามปกติ เช่นเดิม จึงมีอาจถือได้ว่าเป็นศาลพิเศษเฉพาะซึ่งแยกออกมาต่างหากจากศาลยุติธรรมตามปกติ ส่วนประเภทที่สอง คือ ศาลยุติธรรมซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญร่วมกับคดีอื่นๆ โดยไม่มีการแบ่งแยกผู้พิพากษาไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นระบบศาลเดี่ยวที่ใช้กันอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ตาม ระบบศาลเดี่ยวในประเทศอังกฤษมีความแตกต่างจากระบบศาลเดี่ยวในสหรัฐอเมริกาในประการสำคัญ คือ ระบบศาลยุติธรรมในอังกฤษไม่มีอำนาจพิจารณาคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ คงมีแต่เพียงอำนาจทั่วไปที่จะพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งได้แก่ คดีแพ่งและคดีอาญา ตลอดจนคดีระหว่างเอกชนกับองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นคดีปกครอง โดยใช้กฎหมายของศาลที่เป็นหนึ่งเดียวกัน คือ กฎหมายธรรมดา (Ordinary Law) ทั้งนี้เป็นเหตุผลที่กล่าวได้ว่ามีความเป็นมาในเชิงประวัติศาสตร์ คือ อังกฤษไม่เคยยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งไม่มีการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายเป็น กฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน และแม้ว่าจะมีการจัดการเรียนการสอนวิชา Administrative Law อย่างกว้างขวางและแพร่หลายในประเทศอังกฤษแล้วก็ตาม แต่ก็จำกัดเพียงการเรียนรู้ที่มุ่งเน้นยังเนื้อหาและขอบเขตของกฎหมายว่า มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องใดบ้าง แต่มิได้แสดงให้เห็นเป็นพิเศษว่ากฎหมายปกครองมีความแตกต่างเป็นพิเศษอย่างไรกับกฎหมายอื่น นอกจากนี้แล้ว สาเหตุสำคัญทางวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ตลอดจนความพึงใจในเหตุการณ์บางประการซึ่งอุบัติขึ้นในอังกฤษ ทำให้อังกฤษตัดสินใจใช้รูปแบบระบบศาลเดี่ยว ซึ่งให้อำนาจศาลยุติธรรมพิจารณาคดีได้ทุกประเภท แม้ว่าในประเทศอังกฤษจะมีการจัดตั้งคณะกรรมการที่มีอำนาจ

²⁶⁶ นางเยาว์ ปัญญา เขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547 หน้า 32.

²⁶⁷ สมยศ เชื้อไทย คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547 หน้า 51.

วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองชั้นต้นที่เรียกว่า Administrative Tribunals แต่เมื่อพิจารณาให้ดีแล้ว จะเห็นว่า คำวินิจฉัยของ Administrative Tribunals จะมีความคล้ายคลึงกับคำวินิจฉัยหรือคำตัดสินของศาลมากกว่าคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง เนื่องจากคณะกรรมการนี้ สามารถนำข้อเท็จจริงมาปรับเข้ากับหลักกฎหมายได้ โดยปลอดจากการถูกแทรกแซงจากฝ่ายบริหาร จึงทำหน้าที่คล้ายกับศาล

อย่างไรก็ตาม องค์กร Administrative Tribunals ในประเทศอังกฤษนั้น สามารถจัดตั้งขึ้นได้อย่างมากมายโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายพิเศษฉบับต่างๆ แต่ทั้งนี้แล้ว วินิจฉัยขององค์กรเหล่านี้ก็ต้องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมเช่นเดียวกัน จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ข้อพิพาททางปกครองในประเทศอังกฤษจะไม่ถูกนำเข้าสู่การพิจารณาในศาลปกครองโดยตรงเช่นเดียวกับประเทศในระบบศาลคู่ก็ตาม แต่ก็มีกระบวนการเยียวยาและคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดย Administrative Tribunals ในเบื้องต้นก่อนที่จะนำคำวินิจฉัยของ Tribunals เหล่านี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นกระบวนการขั้นตอนสุดท้ายของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการกระทำละเมิดของรัฐ

ด้วยเหตุที่อังกฤษยึดถือหลัก “ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” (The Supremacy of the Parliament) โดยใช้ควบคู่ไปกับหลักนิติธรรม ซึ่งหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภานั้น ยึดถือว่า อำนาจออกกฎหมายเป็นอำนาจของรัฐสภาแต่เพียงผู้เดียวและกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภานั้น ย่อมมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด ด้วยเหตุผลสำคัญว่า อังกฤษนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งจะบัญญัติเรื่องราวเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมือง ให้มีผลผูกพันการตรากฎหมายของรัฐสภาในทำนองเดียวกันกับหลายๆ ประเทศในภาคพื้นยุโรป ดังนั้น ในกรณีนี้อาจเป็นไปได้ว่า รัฐสภาอาจตรากฎหมายมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งกระทำแล้ววิ่งเข้าไปในขอบเขตแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของบุคคล เช่น สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง จำต้องยอมรับผลซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาศัยอำนาจจากกฎหมายอันเกิดจากเจตจำนงทางการเมืองของรัฐสภา จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้ศาลยุติธรรมของอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นได้ว่ามีเนื้อหาถูกต้องหรือไม่ ซึ่งอาจละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ทำให้ศาลอังกฤษไม่มีอำนาจประกาศความเสียหายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้นได้²⁶⁸

จึงอาจกล่าวได้ว่าในประเทศอังกฤษนั้น ศาลอังกฤษมีข้อจำกัดด้านขอบเขตอำนาจที่ไม่อาจพิจารณา และประกาศความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเป็นสำคัญ ทำให้ประชาชนอาจถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

²⁶⁸ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. (2547). รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ปัญหาขอบเขตของการควบคุมคำสั่งทางปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลอาญา เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หน้า 13-17.

ของอังกฤษรับรองไว้โดยกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น ทั้งลักษณะของเนื้อหาของกฎหมายที่อาจละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและลักษณะของการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองกระทำการก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ทำให้ไม่อาจกล่าวได้ว่า ศาลของอังกฤษให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งยังคงเป็นปัญหาสำคัญที่ยังคงดำรงคงอยู่มาจนถึงปัจจุบันนี้ โดยยังไม่อาจแก้ไขได้ ผลที่ตามมาคือ อาจมีกฎหมายที่ขัดหรือแย้งหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญยังคงมีผลบังคับอยู่ และอาจจะมีเพิ่มขึ้นในอนาคตได้ ถ้ารัฐสภาของอังกฤษอาจตรากฎหมายที่มีลักษณะละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนออกมาอีก

ดังนั้น ประชาชนชาวอังกฤษคงทำได้แต่เพียงการใช้สิทธิทางศาลในลักษณะที่ต้องมีคดีความในศาลไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ที่มีการใช้กฎหมายบังคับแก่คดี คู่ความที่เห็นว่า กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีของตนนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพของตน ต้องใช้สิทธิโต้แย้งในระหว่างที่ศาลกำลังพิจารณาตามลำดับชั้นศาล ส่วนในคดีปกครองนั้น ประชาชนชาวอังกฤษอาจใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้านคำสั่ง หรือการกระทำทางปกครองที่ตนเองเห็นว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อ Administrative Tribunals เป็นเบื้องต้นก่อน หากยังไม่เป็นที่พอใจหรือเป็นที่ยุติก็ต้องเสนอเรื่องต่อศาล ซึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้ายในกระบวนการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดขององค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรรัฐทั้งในคดีปกครอง และคดีแพ่งและอาญา ส่วนข้อพิพาทหรือคดีเกี่ยวกับปัญหาทางรัฐธรรมนูญนั้น ชาวอังกฤษย่อมไม่มีอำนาจเสนอเรื่อง ในขณะศาลอังกฤษไม่มีอำนาจประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น ได้ดังที่กล่าวมาแล้ว คงเป็นเรื่องที่รัฐสภาต้องไปว่ากล่าวกันเองในวงงานรัฐสภา ดังนั้น กล่าวได้ว่าคดีหรือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมาย ประชาชนชาวอังกฤษย่อมไม่มีช่องทางดำเนินการอย่างไรได้อีก

3.5 การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต่อศาลสูงของอังกฤษ

คดีที่ 1 คดีของแชนควินส์ เบนซ์ ในศาลสูงที่ 14 St.Tr.695 (1703-1704) ระหว่าง Ashby และคณะ (โจทก์) Vs นายกเทศมนตรีเมืองไอเลสบอร์ (จำเลย)²⁶⁹

ข้อเท็จจริงโดยสรุป Ashby เป็นชายชาวพิวดาที่มีฐานะยากจน อาชีพทำงานเป็นคนงานในเหมืองถ่านหินและเป็นสมาชิกพรรควิก ได้อพยพมาอยู่ที่เมืองไอเลสบอร์ในเวลาไม่นานนัก ได้รับหนังสือเตือนจากสภาเทศมนตรีเมือง โดยเจ้าหน้าที่ตรวจสอบคนที่มีฐานะยากจน และได้ถูกยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ Ashby ย้ายออกไปจากเมืองไอเลสบอร์ ในขณะที่ยังมีข้อพิพาทกันนั้น Ashby ต้องการไปออกเสียงลงคะแนนเลือกสมาชิกสภา แต่เขาได้รับการปฏิเสธมิให้ใช้สิทธิ

²⁶⁹ O Hood Philips Ibid pp.203-208.

จากนายกเทศมนตรีเมืองไอเลสเบอรี ที่เป็นชาวผิวขาว สังกัดพรรคทอริ และเจ้าหน้าที่ตำรวจเทศบาล (เจ้าหน้าที่ศูนย์ส่งกลับ) เนื่องจากเห็นว่า Ashby มีใช้ผู้อพยพที่มาตั้งถิ่นฐานเป็นเวลานานแล้วหรือเป็นผู้สนับสนุนกิจการของโบสถ์คริสต์หรือผู้ยากไร้ ผู้สมัครซึ่ง Ashby ตั้งใจจะลงคะแนนให้ตามสิทธิที่เขามีตามกฎหมายได้รับการเลือกตั้ง ทั้งนี้โจทก์กล่าวหาว่า จำเลยควรจะรู้อยู่แล้วว่า โจทก์มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้ง แต่จำเลยกลับมีเจตนาลิดรอนสิทธิและก่อกวนแก้งโจทก์อย่างฉ้อฉลและโดยเจตนาร้าย โดยปฏิเสธที่จะยินยอมให้โจทก์ใช้สิทธิลงคะแนนเสียง

คำพิพากษา คดีนี้ ผู้พิพากษาในศาลควีนส์ เบนซ์ใช้ดุลยพินิจให้ชะลอการอ่านคำพิพากษาไว้ก่อนในตอนแรก เนื่องจากมีข้อผิดพลาดในการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายจารีตประเพณี โดยอาศัยมูลเหตุว่า คดีไม่อาจรับฟังได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี ว่าศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษา โดยเฉพาะที่จะพิจารณาคำร้องขอใช้สิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ศาลควีนเบนซ์ได้พิพากษาโดยอาศัยมูลเหตุแห่งความผิดพลาดในการออกหมายโดยสภาพขนาน คำฟ้องถูกส่งกลับมาโดยระบุให้เขียนคำฟ้องใหม่ให้ชัดเจน โดยผู้พิพากษาโฮลท์ ซี เจ ในศาลล่างว่าโจทก์จะมีสิทธิในสถานที่แห่งใด และจะมีวิธีการเยียวยาได้อย่างไร ศาลได้พิพากษาให้โจทก์ชนะคดี โดยให้เหตุผลสำคัญว่า โจทก์มีสิทธิอันชอบธรรมที่จะออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งตามสิทธิที่มี จำเลยกลับกีดกันและลิดรอนสิทธิของจำเลย โดยเจตนาก่อกวน ทำให้โจทก์ไม่อาจใช้สิทธิได้ และให้จำเลยชำระเงินจำนวน 5 ปอนด์ เป็นค่าเสียหายความเสียหายและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

คดีที่ 2 คดีของศาลสภาขุนนาง (House of Lords) ที่ W.L.R. 683 ; 692 (1974) ระหว่าง R. (โจทก์) Vs MIAH (จำเลย)²⁷⁰

ข้อเท็จจริงโดยสรุป เมียร์เป็นชาวพื้นเมือง เชื้อชาติบังกลาเทศ เดินทางมาถึงท่าอากาศยานฮีทโรว์ ประเทศอังกฤษ ได้ถูกจับกุมในความผิดฐานลักลอบเข้าเมืองเป็นผู้อพยพโดยผิดกฎหมายและความผิดฐานถือหนังสือเดินทางปลอม ตามมาตรา 24 และ มาตรา 26 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ค.ศ.1971 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแล้วตั้งแต่วันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ.1971 ซึ่งเป็นวันเดียวกันกับวันที่เมียร์เดินทางมาถึงอังกฤษและถูกจับกุมพอดิบแต่บทบัญญัติในมาตราอื่นที่เกี่ยวข้องในกฎหมายฉบับนี้ยังไม่มีผลบังคับ จนกว่าจะถึงวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1973 การดำเนินคดีในฐานความผิดอาญาร้ายแรง โดยอ้างถึงวันที่กระทำความผิดก่อนวันที่บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องอื่นๆ จะมีผลใช้บังคับ ผู้พิพากษาคอตตอน แห่งศาล Crown Court เมืองกริมสบีץ ปฏิเสธไม่รับคำร้องของเมียร์ที่ยื่นต่อศาล เพื่อขอให้ยกเลิกการดำเนินคดีอาญา โดยให้เหตุผลว่า จำเลยไม่ทราบว่าผิดกฎหมายในเวลาที่ถูกยื่นฟ้องดำเนินคดีและ ได้มีการรับคำฟ้องไว้แล้ว และคณะลูกขุนได้ตัดสินลงโทษว่า จำเลยทำความผิดทั้ง 2 ข้อหาโดยจำเลยโต้แย้งคัดค้านว่า

²⁷⁰ O Hood Phillips Ibid pp. 212 – 217.

โดยอาศัยผลของมาตรา 34 (1) ของกฎหมายฉบับนี้ว่า บทบัญญัติที่เป็นบทกำหนดโทษนั้นยังมีผลบังคับใช้ เนื่องจากเป็นการใช้บังคับกฎหมายย้อนหลัง จึงใช้บังคับมิได้ แต่ศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญา ปฏิเสธคำโต้แย้งคัดค้านและพิพากษายืน จำเลยจึงมายื่นฎีกาต่อศาลฎีกาชั้นต้น (House of Lords)

คำพิพากษา เมื่อศาลฎีกาชั้นต้นได้พิจารณาข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่า มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาว่าการจับกุมจำเลยนั้นเป็นการละเมิดสิทธิของจำเลยหรือไม่เนื่องจากจำเลยต่อสู้โดยอ้างว่า กฎหมายอาญาใช้บังคับย้อนหลังมิได้สำหรับความผิดที่ได้กระทำลงก่อนนั้น เมื่อพิจารณาจากปฎิญาสาฎกเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานที่ประกาศรับรองโดยองค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ในมาตรา 11 (2) ซึ่งได้ให้สัตยาบันแล้วโดยรัฐสภาอังกฤษ ใน ค.ศ.1951 และมาตรา 7 (1) และ (2) เห็นว่า การจับกุมจำเลยนั้นไม่ขัดต่อปฎิญาสาฎกและอนุสัญญาดังกล่าวแต่ประการใดเมื่อพิจารณามาตรา 34 (1) แห่ง พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง ค.ศ.1971 ซึ่งออกมายกเลิก พระราชบัญญัติผู้อพยพคอมมอนเวลท์ ค.ศ.1962 และ 1968 นั้นมิใช่เป็นการตรากฎหมายให้มีผลบังคับย้อนหลังแต่อย่างใด เป็นเพียงการตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้นมาทดแทนพระราชบัญญัติผู้อพยพคอมมอนเวลท์ ค.ศ.1962 และ 1968 เพื่อให้ทันต่อยุคสมัยและเหตุการณ์ในปัจจุบันเท่านั้น ความผิดที่ได้กระทำลงตามกฎหมายเดิมยังคงเป็นความผิด หากแต่มีระยะเวลาที่พระราชบัญญัติ ค.ศ.1961 กำหนดให้ฟ้องร้องดำเนินคดีได้ตามมาตรา 35 (3) เท่านั้น และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 34 (1) ไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติให้ยกเว้นความผิดและยกเว้นโทษสำหรับความผิดนั้นเป็นการเฉพาะ ย่อมต้องถือได้ว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่มีเจตนารมณ์ ที่จะยกเว้นความผิดและโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำลงก่อนที่กฎหมายจะมีผลบังคับแต่ประการใด คำโต้แย้งคัดค้านของจำเลยไม่อาจรับฟังได้ พิพากษายืน

คดีที่ 3 คดีของศาลกิงส์ เบนซ์ที่ 3 Burr. 1742 ; 19 St.Tr.1001 (1765) ระหว่างลิซ (โจทก์) Vs มัทธิและพวก (จำเลย)²⁷¹

ข้อเท็จจริงโดยสรุป ผู้พิมพ์หนังสือของจอห์น วิลเลตได้ยื่นคำร้องต่อศาลคอมมอนพลีส์ ว่า หมายของพระมหากษัตริย์ในความผิดฐานบุกรุกจำนวน 3 หมายและมีการสั่งจำคุกโดยผิดพลาด เนื่องจากในหมายมิได้ระบุถึงตัวผู้ถูกจับ โดยจำเลยในคดีอ้างเหตุผลในการโต้แย้งว่าหมายของลอร์ด ฮาลีแฟกซ์ ซึ่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมซึ่งออก เพื่อให้จับตัวจำเลยเพื่อสืบสวนต่อว่าใครเป็นผู้แต่ง, ผู้พิมพ์และโฆษณา ซึ่งบุคคลเหล่านี้ถูกฟ้องในข้อหาหมิ่นประมาทขุยงส่งเสริมโดยให้หัวข้อในหนังสือว่า The North Brighton และเพื่อจับกุมพวกจำเลยทั้งหมดพร้อมด้วยหนังสือของพวกเขา โจทก์ก็ถูกจับกุมและถูกปล่อยตัวออกมาหลังจากถูกจับกุมแล้วเป็นเวลา 4 วัน

²⁷¹ O Hood Phillips Ibid pp. 231-232.

และได้เปลี่ยนสถานะไม่เป็นผู้พิมพ์อีก ในการรับฟังคำฟ้องในศาลคิงส์ เบนซ์ เพื่อนั่งฟังการพิจารณาความผิดพลาดโดยศาล มีการโต้แย้งคัดค้านว่า หมายซึ่งลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายจารีตประเพณีที่มีมานานแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมต้องเป็นผู้มีอำนาจในการออกหมายได้ในฐานะผู้รักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ และตำแหน่งนี้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่รัฐสภาตราออกใช้บังคับใน ค.ศ.1609 และพระราชบัญญัติการป้องกันภัยสาธารณะโดยกองตำรวจ ค.ศ.1750

คำพิพากษา ศาลพิพากษาว่า หมายจับทั่วไปที่จะให้จับกุมบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายๆ บุคคล โดยไม่ระบุชื่อในหมายจับนั้นเป็นหมายจับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและใช้บังคับไม่ได้ และพิพากษาให้โจทก์ได้รับชำระค่าเสียหายเป็นจำนวน 400 ปอนด์เป็นการเยียวยาความเสียหาย

คดีที่ 4 คดีของศาลคิงส์ เบนซ์ที่ 4B.& Ald.95(1820)ระหว่าง R. (โจทก์) Vs เบอร์เค็ดด์ (จำเลย)²⁷²

ข้อเท็จจริงโดยสรุป เซอร์ ฟรานซิส เบอร์เค็ดด์ (จำเลย) ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมในความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการขู่ เขาเขียนจดหมายในเมืองเลสเตอร์เชียร์ (ที่อยู่สำหรับการเลือกตั้งของเขาที่มีสิทธิเลือกตั้งตัวแทนของเมืองเวสต์มินสเตอร์) ในจดหมายนั้น มีข้อความที่กล่าวโจมตีการปฏิบัติงานของรัฐบาลอย่างรุนแรงหลายๆ ข้อความ ในลักษณะของการเผยแพร่ข้อความไปในชุมชนในตำบลเซนต์ ปีเตอร์ เมืองแมนเชสเตอร์ ในวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 1819 ข้อความในจดหมายฉบับนี้ได้ถูกตีพิมพ์ในเมืองมิดเดิลเซกซ์ เขากล่าวถึงชายและหญิงซึ่งไม่มีอาวุธว่า “ถูกปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม ทำให้เกิดความพิการและถูกฆ่าโดยกองทหารของพระมหากษัตริย์” พนักงานอัยการจึงฟ้องเซอร์เบอร์เค็ดด์เป็นจำเลยต่อศาล ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยมีความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการขู่ จึงสั่งปรับจำเลยเป็นเงินจำนวน 2,000 ปอนด์และจำคุกนาน 3 เดือน จำเลยจึงอุทธรณ์คดีต่อศาลคิงส์ เบนซ์

คำพิพากษา พระราชบัญญัติหมิ่นประมาท ค.ศ. 1972 มีองค์ประกอบความผิดเนื่องจากเป็นกฎหมายอาญา ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ประการแรก มีหลักฐานซึ่งคณะลูกขุนอาจมีเหตุผลสมควรที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่า มีการหมิ่นประมาท โดยข้อความในจดหมายที่เขียนขึ้นในเมืองเลสเตอร์เชียร์และนำไปตีพิมพ์ ประการที่สอง สถานที่ซึ่งจำเลยเขียนข้อความหมิ่นประมาทในเมืองเลสเตอร์เชียร์ โดยมีเจตนาจะตีพิมพ์และภายหลังได้ตีพิมพ์ในเมืองมิดเดิลเซกซ์ จำเลยอาจถูกฟ้องร้องสำหรับความผิดอาญาหลายโทษในประเทศต่างๆ ได้ และประการที่สาม สถานที่ซึ่งข้อความที่หมิ่นประมาทใส่ความบุคคลอื่นที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นอาชญากรรมที่ต้องพิสูจน์ความจริง หลักฐานของความจริงในคดีนี้ไม่อาจรับฟังได้ว่าจำเลยกระทำความผิด พิพากษากลับ ยกฟ้องจำเลย

²⁷² O Hood Phillips Ibid pp. 252-255.

คดีที่ 5 คดีของศาลควีนส์ เบนซ์ ที่ L.R. 4 Q.B.73 (1868) ระหว่าง วอลเตอร์ (โจทก์) Vs เวสัน (จำเลย)²⁷³

ข้อเท็จจริงโดยสรุป วอลเตอร์ (โจทก์) ซึ่งเป็นสมาชิกของสภาขุนนางของรัฐสภา ได้ยื่นฟ้องเวสัน (จำเลย) ซึ่งเป็นบรรณาธิการและหนึ่งในเจ้าของนิตยสารไทม์ ฐานความผิดหมิ่นประมาทโจทก์ โดยการนำคำอภิปรายโต้แย้งในสภาของโจทก์มาตีพิมพ์โฆษณา และทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย นอกจากนี้ยังมีการฟ้องในฐานความผิดอื่นๆ สำหรับการเผยแพร่คำอภิปรายนั้น ในลักษณะของบทความในนิตยสาร คดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลคอมมอน พลีส ศาลชั้นต้นตัดสินว่าจำเลยมีความผิด จำเลยจึงยื่นอุทธรณ์ต่อศาลควีนส์ เบนซ์ ผู้พิพากษา Cockburn C.J. ได้สั่งให้คณะลูกขุนได้พิจารณาคำฟ้องในความผิดแรกว่า บทความที่ตีพิมพ์นั้นมีความสุจริตและเป็นรายงานการโต้แย้งอภิปรายที่ถูกต้องหรือไม่ ซึ่งอาจจะมีคุณค่าอย่างยิ่งต่อการพิจารณาคดี และในความผิดที่สองผู้รายงานข่าวผู้สื่อข่าวตั้งชื่อหัวข่าวและวิพากษ์วิจารณ์ที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ที่ก่อให้เกิดความยุติธรรมและมีเหตุผลหรือไม่ คณะลูกขุนตัดสินว่า รายงานนั้นมีความสุจริตและถูกต้องตามที่อภิปรายกันในสภาขุนนาง และการตั้งชื่อตีพิมพ์หัวข่าวนั้นเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะและมีความเป็นธรรมต่อผู้อยู่ในข่าวและมีเหตุผล

คำพิพากษา ศาลควีนส์ เบนซ์ พิพากษายกฟ้อง โดยให้เหตุผลว่า ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะรู้วาระรัฐสภา ซึ่งเป็นสถาบันสำคัญของประเทศกำลังดำเนินการเรื่องใดอยู่ การเสนอข่าวถึงการอภิปรายโต้แย้งในสภาขุนนางย่อมเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน ถ้าไม่มีการรายงานต่อสาธารณชนนั้นเสีย ก็จะเป็นเรื่องแปลกในระบบประชาธิปไตย นอกจากนี้แล้วการดำเนินคดีในศาลย่อมทำให้สาธารณชนได้รู้และเข้าใจกฎหมายมากขึ้น แม้การเสนอข่าวอาจจะก่อให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อผู้เป็นข่าวมากกว่าปกติไปบ้าง แต่ก็ยังนับว่ามีความคุ้มค่าที่เปรียบเทียบกับประโยชน์ที่สาธารณชนจะได้รับ

คดีที่ 6 คดีของศาลอาญากลางที่ 16 Cox C.C.420 (1888) ระหว่าง R (โจทก์) Vs คันนิงแฮม เกรแฮมและพวก (จำเลย)²⁷⁴

ข้อเท็จจริงโดยสรุป พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคันนิงแฮม เกรแฮมและพวกเป็นจำเลยต่อศาลอาญากลางในความผิดฐานก่อการจลาจลและชุมนุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุแห่งคดีเกิดขึ้นจากความไม่สงบในจัตุรัสทราฟัลการ์ ในวันอาทิตย์ที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ.1887 โดยในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.1887 มีการจลาจลเกิดขึ้นที่จัตุรัสทราฟัลการ์ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินในย่านเวสต์เอนด์ของมหานครลอนดอน และนำไปสู่การฟ้องร้องคดีอาญาต่อ John

²⁷³ O Hood Phillips Ibid pp. 255-259.

Burns การชุมนุมได้เริ่มต้นขึ้นอีกครั้งหนึ่งในเดือนตุลาคม ค.ศ.1887 และมีการชุมนุมอีกครั้งในวันที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ.1887 ซึ่งทางสมาพันธ์เชื้อชาติในนครหลวงเพื่อเรียกร้องให้มีการปล่อยตัว William O'Brien สारวศทรทารชาวไอริชและผู้รักชาติชาวไอริชคนอื่นๆ ในวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ.1887 ผู้บัญชาการตำรวจแห่งนครลอนดอน เช่นคำสั่งห้ามการชุมนุมที่จัตุรัสทราฟัลการ์ ในเวลาต่อมาที่ใกล้เคียงกันนั้น คือ วันที่ 12 พฤศจิกายน ค.ศ.1888 มีคำสั่งห้ามจัดการเดินขบวนในบริเวณจัตุรัสทราฟัลการ์ ด้วยความไม่พอใจในคำสั่งดังกล่าว สมาพันธ์เชื้อชาติในนครหลวงตัดสินใจจัดให้มีการชุมนุม และมีการเตรียมการที่จะเดินขบวนในถนนต่างๆ เพื่อบรรจบกันที่จัตุรัสทราฟัลการ์ในเวลาเดียวกัน เพื่อป้องกันมิให้ผู้ชุมนุมมาชุมนุมกันอย่างเนื่องแน่น จึงมีคำสั่งให้ตั้งกองตำรวจเข้าประจำจุดต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ เช่น สะพานวอเตอร์ลู, สะพานเวสมินสเตอร์, ถนนเซนต์ มาร์ติน และพระราชวังวอเตอร์ ลู ในแต่ละจุดดังกล่าวนี้มีความขัดแย้งที่รุนแรงระหว่างผู้ชุมนุมกับตำรวจ ทำให้ตำรวจได้รับบาดเจ็บจากกลุ่มผู้ชุมนุมประมาณ 70 นาย โดยกลุ่มผู้ชุมนุมมีท่อนเหล็กและวัตถุปลายแหลมมีคมเป็นอาวุธ กลุ่มผู้เดินขบวนเหล่านี้ถูกขัดขวางมิให้เดินขบวนไปยังจัตุรัสทราฟัลการ์ เกรแฮมและเบิร์นส์ ในฐานะผู้นำกลุ่มผู้ชุมนุมซึ่งมีประมาณ 150 คน พยายามนำกลุ่มผู้ชุมนุมฝ่าวงล้อมของตำรวจในจัตุรัสทราฟัลการ์ และในที่สุดก็ถูกจับกุม จึงถูกดำเนินคดีฟ้องเอาผิดฐานก่อการจลาจล , ทำร้ายร่างกายตำรวจและเจ้าพนักงาน และชุมนุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการทำร้ายตำรวจกองเมืองได้รับบาดเจ็บ 2 นาย อันเกิดจากการปฏิบัติการตามหน้าที่ และต่อมายังทำร้ายร่างกายของตำรวจกองเมืองได้รับบาดเจ็บอีก 2 คน ศาลอาญาชั้นต้นพิพากษายกฟ้องทั้ง 2 ความผิดพนักงานอัยการ โจทก์จึงยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอาญากลาง

คำพิพากษา คดีนี้ผู้พิพากษาชาร์ลส์ เจ เป็นเจ้าของสำนวน และคณะลูกขุนตัดสินว่า จำเลยไม่มีความผิดฐานก่อการจลาจลและทำร้ายร่างกายตำรวจ แต่มีความผิดฐานจัดการชุมนุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้พิพากษาพิจารณาแล้ว เห็นว่า ความผิดฐานก่อการจลาจลนั้นมีองค์ประกอบความผิดคือ มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่สงบ โดยบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป โดยเจตนาให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันต่อบุคคลใดๆ ที่ได้ตอบขัดขวางพวกเขาในลักษณะการกระทำที่รุนแรง และสร้างความอลหม่านให้เกิดขึ้นกับประชาชน และได้กระทำการจนบรรลุวัตถุประสงค์แล้ว ส่วนความผิดฐานจัดการชุมนุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีองค์ประกอบความผิดที่ต่างออกไปจากความผิดฐานก่อการจลาจลตรงที่ การกระทำนั้นมีลักษณะที่เป็นมิตรมากกว่าและไม่รุนแรง แม้จะมีคำสั่งห้ามจากเจ้าพนักงาน แต่ได้ฝ่าฝืนเสีย เมื่อพิจารณาแล้ว เห็นว่าประชาชนมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะชุมนุมโดยสงบได้ และบริเวณจัตุรัสทราฟัลการ์ก็เป็นสถานที่ที่ถูกใช้ชุมนุมเพื่อเรียกร้องในทางการเมืองอยู่เป็นประจำ ดังนั้น การที่กลุ่มผู้ชุมนุมพยายามเดินขบวนไปยังจัตุรัสทราฟัลการ์ แต่ ถูกขัดขวางจนทำให้ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ จึงไม่ผิดฐานก่อการจลาจล แต่คงมี

ความผิดฐานจัดการชุมนุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของเจ้าพนักงาน ส่วนการทำให้ตำรวจบาดเจ็บนั้น กลุ่มผู้ชุมนุมขาดเจตนาในการกระทำ แต่ที่ตำรวจบาดเจ็บนั้นเกิดจากการขัดขวางกลุ่มผู้ชุมนุม ซึ่งเป็นเรื่องธรรมดาที่จะต้องเกิดอยู่แล้ว จึงไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย พิพากษาตามความเห็นของคณะลูกขุน

คดีที่ 7 คดีของศาลฎีกาชั้นอุทธรณ์ที่ UKHL 22 / 2004 (ศาลสูงสุด) ระหว่าง นาโอมิ แคมป์เบลล์ (โจทก์) และบริษัท MGN จำกัด (HL)²⁷⁴

ข้อเท็จจริงโดยสรุป นาโอมิ แคมป์เบลล์ เป็นนางแบบเดินโฆษณาชุดแต่งกายที่มีชื่อเสียงโด่งดังมากทั้งในระดับท้องถิ่น, ระดับประเทศและระดับนานาชาติ ซึ่งใบหน้าของเธอจะมีผู้คนจำนวนมากจดจำได้ทันที รวมถึงทุกสิ่งทุกอย่างที่เธอทำและทุกสถานที่ที่เธอไป ก็จะตกเป็นข่าว ในวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001 หนังสือพิมพ์มิลเลอร์ ได้ตีพิมพ์เรื่องราวในหน้าแรกซึ่งมีความโดดเด่นมากโดยพาดหัวข่าวว่า “นาโอมิ: ฉันเป็นผู้ติดยา” ข้อความนี้ได้รับการยืนยันและสนับสนุนด้วยการตีพิมพ์รูปถ่ายของแคมป์เบลล์ในฐานะนางแบบเดินโฆษณาชุดแต่งกายที่น่าชวนมองเป็นอย่างยิ่งในข่าวหน้าแรกของหนังสือพิมพ์ และอีกด้านหนึ่งก็เป็นภาพที่แคมป์เบลล์กำลังหัวเราะในลักษณะที่ผ่อนคลายอย่างชัดเจน ซึ่งเธอแต่งกายด้วยชุดยีนส์ สวมหมวกเบสบอลล์ที่มีข้อความว่า “การบำบัด” นาโอมิเพิ่งออกมาจากการพบปะกับเพื่อนๆ โดยข้อความอ่านได้ว่า : นางแบบผู้โด่งดังทะเล่ฟ้า นาโอมิ แคมป์เบลล์ คอดเข้าไปบำบัดอาการติดยาเสพติดกับเพื่อนๆ ในกลุ่มผู้ติดยาเสพติดที่กำลังพบปะกันอย่างลับๆ ด้วยความกล้าหาญ เพื่อที่จะบำบัดอาการติดยาและติดยา; นางแบบวัย 30 ปี ได้เข้ารับการให้คำปรึกษาเป็นช่วงเวลาปกติ 3 เดือน ซึ่งจะต้องเข้ารับการบำบัดวันละ 2 ครั้งเธอแต่งกายในชุดยีนส์และสวมหมวกเบสบอลล์ เธอเดินทางมาถึงเวลารับประทานอาหารกลางวันของกลุ่มผู้เข้ารับการบำบัดอาการติดยาเสพติดในอาทิตย์นี้ หลายชั่วโมงต่อมาที่เธอได้อยู่ในสถานที่ ซึ่งมีทางเข้าประตูด้วยกุญแจ ไปยังกลุ่มผู้หญิงที่รวมตัวกันเข้ารับการบำบัดอาการติดยาเสพติด แม้ว่าเธอจะมีรายได้ 14 ล้านปอนด์ต่อปี, นาโอมิก็ถูกปฏิบัติเช่นเดียวกับผู้ติดยาเสพติดคนอื่นๆ ที่จะทำให้ชีวิตของเธอกลับมาดังเดิม แหล่งข่าวที่ใกล้ชิดเธอกล่าวเมื่อคืนนี้ว่า “เธอต้องการล้างภาพชีวิตของเธอให้ใสสะอาดเพื่อชีวิตที่ดี เธอก้าวเข้าสู่การเป็นนางแบบเมื่อเธออายุยังน้อยมากและจึงเป็นการง่ายที่จะชักนำเธอไปในทางที่ผิด ทั้งการติดยา และเสพยาเสพติดซึ่งหากันได้อย่างง่ายดายในโลก การเดินแบบชุดแต่งกาย แต่นาโอมิตระหนักดีว่า เธอมีปัญหาและ มีการตั้งปณิธานอย่างกล้าหาญที่จะทำทุกอย่างเพื่อแก้ปัญหา: ทุกคนก็หวังแต่ให้เธอประสบความสำเร็จมีโชคดี” และโฆษกของบริษัท Elite Model ปฏิเสธที่จะแสดงความคิดเห็นต่อการตีพิมพ์ข่าวนี้ นอกจากนี้แล้ว ยังมีการ ตีพิมพ์

²⁷⁴ 5RB Full case report , Campbell V MGN Ltd (HL) retrieved April 12 , 2012 from

เรื่องราว ของเธอในหนังสือพิมพ์อีก 2 หน้ากระดาษซึ่งองค์คณะผู้พิพากษารับฟังเป็นที่ยุติว่า นาโอมิ แคมป์เบลล์ (โจทก์) เป็นนางแบบโฆษณาชุดแต่งกายผู้มีชื่อเสียง โด่งดังมากถูกถ่ายรูปในระหว่างเดินออกจากสถานบำบัดรักษาผู้ติดยาเสพติดบนถนนคิงส์ หนังสือพิมพ์มิลเลอร์ (จำเลย) ได้ตีพิมพ์ภาพเหล่านี้ของเธอพร้อมด้วยใบหน้าของผู้ที่เข้ารับการรักษาการติดยาเสพติดคนอื่นๆ โดยมีข้อความข้างๆ ภาพถ่ายที่อ่านได้ว่า “นาโอมิ: ฉันเป็นผู้ติดยา” และบทความก็มีเนื้อหาที่ประกอบด้วยข้อมูลต่างๆ ทว่าไปที่เกี่ยวข้องกับการรักษาการติดยาเสพติดของแคมป์จำนวนครั้งของการเข้ารับการบำบัดการติดยาเสพติดของแคมป์เบลล์ ผู้อ้างสิทธิยอมรับว่ามีความสนใจของสาธารณชนที่เป็นเหตุผลของการตีพิมพ์ข้อเท็จจริงที่นาโอมิ แคมป์เบลล์เป็นผู้ติดยาเสพติดและต้องได้รับการบำบัดรักษา แต่การอ้างสิทธิดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ ในความผิดฐานกระทำความผิดต่อความลับของบุคคล (เสรีภาพในความเป็นส่วนตัว) และต้องได้รับการเยียวยา โจทก์จึงยื่นฟ้องคดีเพื่อให้จำเลยชำระค่าเสียหายฐานละเมิดสิทธิของโจทก์ โดยเรียกร้องค่าเสียหาย 2 ประการคือทั้งในกรณีของการรบกวนความเป็นส่วนตัว และกรณีที่โจทก์ได้รับความเสียหายเพิ่มเติม ศาลควีนส์เบ้นส์พิพากษาให้โจทก์ชนะคดีและได้รับค่าเสียหายกรณีแรก 2,000 ปอนด์ และกรณีหลังอีก 1,000 ปอนด์ จำเลยจึงยื่นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ตรวจสำนวนแล้วพิพากษากลับ ยกฟ้องโจทก์ โจทก์จึงยื่นฎีกาต่อศาลฎีกาชั้นต้น (ศาลสูงสุด)

คำพิพากษา เมื่อศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงจากการตรวจสำนวนแล้ว มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การตีพิมพ์ข้อมูลข่าวสารเพิ่มเติม ประกอบการนำเสนอภาพถ่ายซึ่งกระทำโดยบุคคลที่อ้างว่าตนเองมีสิทธิทำได้นั้น เป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันข้อมูลส่วนบุคคล ค.ศ. 1998 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า บุคคลย่อมมีสิทธิรักษาข้อมูลข่าวสารอันเป็นความลับและความเป็นส่วนตัวของตนเอง และละเมิดพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 หรือไม่ ศาลเห็นว่า ข้อมูลข่าวสารเพิ่มเติมซึ่งเป็นความลับส่วนตัวที่สำนักพิมพ์ได้กระทำไปนั้น เป็นสาระสำคัญของการกระทำความผิดกฎหมายที่มีต่อบุคคลอื่น สำหรับสามัญสำนึกของสำนักพิมพ์ซึ่งอยู่ในฐานะที่กล่าวอ้างว่าตนเองมีสิทธิกระทำการดังกล่าวได้นั้น หมวด 8 ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงออกของผู้กล่าวอ้างสิทธิย่อมมีน้ำหนักน้อยกว่า หมวด 8 สิทธิของจำเลย ดังนั้นการนำเสนอข้อมูลข่าวสารเพิ่มเติมจึงเป็นการละเมิดหรือไม่ชอบด้วยหมวด 8 ผู้กล่าวอ้างสิทธิทำให้โจทก์ซึ่งถูกพาดหัวเป็นข่าวย่อมได้รับความเสียหาย มีผู้พิพากษา 3 ท่านในองค์คณะเสียงข้างมาก เห็นว่าฎีกาของโจทก์ฟังขึ้น ในขณะที่มีผู้พิพากษา 2 ท่านไม่เห็นพ้องด้วย ข้อมูลข่าวสารเพิ่มเติมที่จะนำเสนอได้โดยไม่ผิดกฎหมายนั้น ต้องอยู่ในระดับที่มีความเป็นอิสระซึ่งจัดเสนอต่อผู้อ่านได้อย่างสมเหตุสมผล จึงจะทำให้สิทธิตามหมวด 10 คือ เสรีภาพในการแสดงออกของจำเลยมีเหตุผลที่จะรับฟังได้สำหรับการตีพิมพ์ข้อมูลข่าวสารเพิ่มเติม (นั่นคือ เสรีภาพในการ

แสดงออกของสื่อมวลชนจะต้องไม่สูงกว่าหรือไม่เคารพต่อสิทธิที่จะรักษาความลับ หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล) จึงพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ด้วยมติ 3 ต่อ 2 ให้โจทก์ชนะคดี

คดีที่ 8 คดีของศาลฎีกานางที่ UKHI 41 4 All ER 268 (2000) ระหว่าง Schalk William Burger Lubbe et al. (โจทก์) Vs Cape Plc. (จำเลย)²⁷⁵

ข้อเท็จจริงโดยสรุป Schalk William, Burger Lubbe และคณะ นำคดีสำคัญซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานกว่า 3 ปีมาขออนุญาต และได้รับอนุญาตให้ดำเนินการในกระบวนการยุติธรรม โดยเป็นโจทก์ยื่นฟ้องบริษัท เคป จำกัด (มหาชน) เป็นจำเลย โดยพวกของโจทก์ที่ได้รับบาดเจ็บจากการปฏิบัติงานในต่างประเทศของบริษัทดังกล่าวนี้จำนวน 3,000 คน โดยบริษัทนี้เป็นบริษัทใหญ่สัญชาติอังกฤษและมีสาขาอยู่ในต่างประเทศหลายแห่ง ซึ่งศาลของประเทศแอฟริกาใต้ได้พิพากษาให้จำเลยแพ้คดี และศูนย์เพื่อการศึกษาทางกฎหมายประยุกต์ในกรุงโยฮันเนสเบิร์ก เสนอให้จ่ายค่าเสียหายเป็นการเยียวยาแก่โจทก์จำนวน 2.5 ล้านแรนด์ (หน่วยเงินในประเทศแอฟริกาใต้) คำพิพากษาในคดีนี้ก่อให้เกิดผลในทางเสียหายต่อบริษัท เคป อย่างน่าประหลาดใจ โดยผู้ปฏิบัติงานหลากหลายเชื้อชาติที่มาร่วมตัวกันปฏิบัติงานที่ภูมิลำเนาของและรวมตัวเป็นบริษัทแม่ในประเทศอังกฤษ โดยบริษัทนี้มีเงินหมุนเวียนปีละประมาณ 240 ล้านปอนด์ และมีทรัพย์สินสุทธิ 54 ล้านปอนด์ ซึ่งในอดีตนั้น บริษัท เคปเคยประสบความสำเร็จในศาลที่มีอำนาจในการพิพากษาคดีซึ่งใช้ความกล้าหาญมากที่พิพากษาให้บริษัท เคป ชนะคดี โดยการฟ้องร้องคดีเพื่อให้บริษัทรับผิดชอบในความบกพร่องของสินค้าของแรงงานชาวอเมริกาต่อ NAAC และสาขาการตลาดของบริษัทในทวีปอเมริกาเหนือใน ค.ศ.1988 ไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากศาลอุทธรณ์อังกฤษปฏิเสธที่จะออกคำสั่งบังคับให้บริษัท เคป ชำระเงินฐานผิดสัญญาจำนวน 15.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐตามคำพิพากษาของศาล District เมือง Tyler มลรัฐเท็กซัส ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีความแตกต่างที่สำคัญระหว่างคดีที่เกิดในสหรัฐอเมริกาและแอฟริกาใต้ ในคดีก่อนหน้านั้น บริษัท เคป ไม่ยอมรับอำนาจการพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ แต่ในเวลาต่อมา ได้เปลี่ยนเป็นยอมรับเขตอำนาจการพิพากษาคดีของศาลแอฟริกาใต้ เบื้องหลังการเปลี่ยนแปลงกลยุทธ์ของบริษัทมีความชัดเจน โดยเป็นเพียงความสูญเสียเพียงเล็กน้อยในแอฟริกาใต้ ซึ่งเป็นสถานที่ ซึ่งมีการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายสำหรับคดีเกี่ยวกับการบาดเจ็บล้มป่วยของบุคคลที่ไม่ได้ผล และนักกฎหมายได้เสนอว่าควรให้การสนับสนุนการจัดตั้งกองทุนช่วยเหลือทางกฎหมายบนพื้นฐานของความไม่แน่นอนสำหรับคดีที่มีความสลับซับซ้อน และใช้เวลาดำเนิน

²⁷⁵ House of Lords 'Case UKHL 41 4 All ER 268 (2000) retrieved 12 April 2012 from

กระบวนการพิจารณานาน การพิจารณาคดีในศาลอังกฤษมีโอกาที่ทุกสิ่งทุกอย่างจะสูญเสียไป การช่วยเหลือทางกฎหมายตามคำพิพากษาของศาล และ บริษัท Leigh, Day&Co. และ John Pickering & Associate เคยมีประสบการณ์มาแล้วสำหรับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม และการดำเนินคดีแร่ใยหิน (Asbestos) ซึ่งได้ดำเนินการมาแล้วโดยผู้อ้างสิทธิเรียกร้อง ขณะที่คดีของ Lubbe และคณะ ถูกควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิดโดยนักกฎหมายจากบริษัท Turner & Newell จำกัด ซึ่งมีความโดดเด่นมากสำหรับคดีใน โรงงานอุตสาหกรรมแร่ใยหินในสหราชอาณาจักร เมื่อเปรียบเทียบกับบริษัทคู่แข่งของประเทศอเมริกาในขณะนั้น คือ Giant Johns - Marvelle ทำให้จำนวนคดีเกี่ยวกับเหมืองแร่ใยหินหลายร้อยคดีจากประเทศสวีเดน ไซมับเวและอินเดียซึ่งไม่เคยมีความคืบหน้ามานาน ในระหว่างที่ บมจ.เคป ยื่นอุทธรณ์ ในปัจจุบันอยู่ในลักษณะมีความคืบหน้าด้วยความเร็วที่ขึ้นอยู่กับ การดำเนินคดีในศาล ในประเทศสหราชอาณาจักร แต่ในขั้นตอนการดำเนินคดีนั้น ปรากฏการณ์แรกของการดำเนินคดี ได้แก่ ปัญหาเรื่องอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลและความยากลำบากในการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยในชั้นแรก ศาลตัดสินยกฟ้อง โจทก์ โจทก์จึงยื่นอุทธรณ์ และ โจทก์ 5 คนชนะอุทธรณ์ในศาลชั้นต้น และได้รับสิทธิที่จะยื่นฟ้องคดีในประเทศอังกฤษได้ การดำเนินคดีจึงไปยังศาลฎีกาในสหราชอาณาจักร

คำพิพากษา เมื่อพิจารณาจากพยานหลักฐานที่น่าสืบ เช่น คำเบิกความของ Cupido Adams (ชาวแอฟริกาใต้) ซึ่งเป็นพยาน 1 ใน 7 คนที่อาศัยอยู่ในเมือง Prieska ซึ่งเป็นบ้านเกิดของ พวกเขาที่เคยทำงานในบริษัท เคป ซึ่งต่อมาได้ป่วยเป็น โรค Asbestosis ว่า ตอนที่เขามีอายุ 72 ปี เขาสังเกตพบว่า ภรรยาของเขา, บิดา-มารดาของเขา ตลอดจนพี่ชาย-น้องชายต่างก็เสียชีวิตด้วยโรคเดียวกันทั้งหมด ข้อเท็จจริงคือ เขาก็ได้รับความเจ็บป่วยซึ่งเขามีได้ประหลาดใจ เนื่องจากเขาจำได้เป็นอย่างดีว่าในแต่ละวันเขาต้องสัมผัสกับฝุ่นละอองทั้งวันและทุกๆ วัน โดยปราศจากการสวมถุงมือป้องกันอันตราย เขาได้สัมผัสจับต้องและคัดแยกแร่ใยหินด้วยมือเปล่า ขณะที่เด็กๆ ยังคงเล่นกันในบริเวณที่ทำงานนั้น ศาลเห็นว่าจำเลยละเลยที่จะต้องจัดสภาพแวดล้อมในการทำงานให้เหมาะสม โดยให้ได้ดูแล ระหว่างประโยชน์สาธารณะและการคุ้มครองความปลอดภัยให้แก่คนงานของบริษัท กับผลประโยชน์ของทางบริษัท โดยจำเลยมีภาระหน้าที่ที่ต้องจัดเตรียมอุปกรณ์ป้องกันอันตรายและความเสี่ยงอย่างดีที่สุดเท่าที่ทำได้ให้แก่โจทก์, กำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติงาน, จัดสภาพแวดล้อมให้มีความปลอดภัยมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่จำเลยหาได้ทำตามภาระหน้าที่อย่างเพียงพอไม่ ดังนั้น จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อโจทก์ตามหลักสิทธิมนุษยชน เนื่องจากมีผู้ได้รับผลเสียหายจำนวนมากจากการเพิกเฉยละเลยในหน้าที่ของจำเลย นอกจากนี้แล้ว ศาลยังเห็นว่า การประเมินความเสียหายเพื่อหาทางเยียวยาผู้เสียหายในแอฟริกาใต้นั้น ย่อมเป็นสาระสำคัญที่จะทำให้โจทก์ได้รับชัยชนะ เนื่องจากศาลเห็นว่า อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในแอฟริกาใต้นั้น

ยังห่างไกลจากผลประโยชน์อันยิ่งใหญ่ของมหาชนนัก จึงเป็นเหตุสำคัญที่ทำให้โจทก์ต้องขอ อนุญาตนำคดีมาดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศสหราชอาณาจักร

หมายเหตุ คดีนี้ถือเป็นคดีสิทธิมนุษยชนที่มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ที่ศาลสูงสุด สหราชอาณาจักร (ศาลฎีกา) ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

4. การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนใน สหรัฐอเมริกา

ในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาสาระของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกานั้น เพื่อให้เข้าใจถึงพัฒนาการเกี่ยวกับการก่อกำเนิดของ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ระบบและกระบวนการยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาในส่วนการ คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้อย่างต่อเนื่อง อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้ 4.1 แนวความคิด เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในสหรัฐอเมริกา 4.2 รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา 4.3 พัฒนาการสิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา 4.4 กฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชน 4.5 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยองค์กรตุลาการของสหรัฐอเมริกา 4.6 กฎหมายและ ระบบการศาลของสหรัฐอเมริกา 4.7 การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตาม รัฐธรรมนูญของประชาชนของสหรัฐอเมริกา 4.8 ตัวอย่างการใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพของประชาชน

4.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในสหรัฐอเมริกา

แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ตลอดจนการกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิและ เสรีภาพในสหรัฐอเมริกานั้น กล่าวได้ว่าเริ่มมีมาตั้งแต่ในยุคแรกๆ ของการอพยพชาวยุโรปไปอาศัย อยู่ในดินแดนที่ค้นพบใหม่ ซึ่งได้แก่ทวีปอเมริกาในปัจจุบัน จึงทำให้ชาวยุโรปหลายชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งชาวอังกฤษ ฝรั่งเศส, สเปนและ โปรตุเกส ซึ่งเป็นบรรดาคู่แข่งขันล่าอาณานิคมที่สำคัญใน ทวีปยุโรป พวกกันหลังไหลเข้าไปอาศัยอยู่ในดินแดนใหม่ ซึ่งอยู่ในช่วงราวๆ ศตวรรษที่ 16 - 17 ในช่วงเวลาดังกล่าวนั้น ชาวอาณานิคมโดยเฉพาะอย่างยิ่งชาวอาณานิคมแห่งประเทศอังกฤษ ซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันเริ่มสะสมความไม่พอใจจากการที่ต้องถูกปกครอง อย่างกดขี่เข้มงวดจากประเทศอังกฤษมานานหลายสิบปีและในช่วงเวลาดังกล่าว ชาวอาณานิคม ได้รับการเผยแพร่แนวความคิดเกี่ยวกับการเมืองการปกครองตลอดจนแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพจากนักปรัชญาการเมืองการปกครองคนสำคัญๆ ชาวยุโรป เช่น ฮิวโก โกรติอุส, จอห์น ล็อก, จัง จ้าก รูสโซ, มงเตสกีเออ เป็นต้น ทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล

ค่อยๆ มีอิทธิพลต่อความคิดเห็นทางการเมืองการปกครองของชาวอาณานิคมของอังกฤษที่ละเล็กทีละน้อย จนกระทั่งช่วง ค.ศ. 1760 – 1775 ชาวอาณานิคมของอังกฤษในอเมริกา เกิดความไม่พอใจอย่างยิ่งต่ออังกฤษในเรื่องที่ชาวอาณานิคมทั้งหลายได้รับการปฏิบัติจากอังกฤษโดยไม่เป็นธรรม โดยประเด็นปัญหาที่เป็นชนวนต้นเหตุ คือ การที่ชาวอาณานิคมของอังกฤษถูกเรียกเก็บภาษีต่างๆ ที่ชาวอาณานิคมของอังกฤษไม่มีผู้แทนของตนเองอยู่ในรัฐสภาของอังกฤษเลย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับ Magna Carta ซึ่งได้รับการยกย่องว่าเป็นต้นกำเนิดสำคัญของการจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งได้รับการพัฒนาต่อมาจนกระทั่ง เกิดแนวความคิดในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้กำหนดหลักการสำคัญที่ว่า “ไม่มีภาษี โดยไม่มีผู้แทน” ทำให้ชาวอาณานิคมทั้ง 13 อาณานิคมของอังกฤษที่อยู่ในสหรัฐอเมริกา ไม่ยอมจ่ายภาษีให้แก่อังกฤษ จึงทำให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างอังกฤษกับชาวอาณานิคมทั้ง 13 แห่ง ถึงขั้นที่อังกฤษต้องส่งกองทัพเข้ามาปราบปราม ในขณะที่ชาวอาณานิคมของอังกฤษที่อยู่ในอเมริกาก็ถือโอกาสประกาศเอกราชไม่ขึ้นต่อประเทศอังกฤษ จนกระทั่งเกิดสงครามที่เรียกว่า การปฏิวัติอเมริกา (American Revolution) โดยชาวอาณานิคมในสหรัฐอเมริกามีการประกาศคำประกาศเอกราช (The Declaration of Independence) ซึ่งโทมัส เจฟเฟอร์สัน เป็นผู้ร่างและเขียนขึ้น โดยในเนื้อหาของคำประกาศดังกล่าวมีการอ้างถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ซึ่งเป็นสิ่งที่ซื้อไม่ได้ขายไม่ขาด อันได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพและสิทธิที่จะไขว่คว้าหาความสุข²⁷⁶ โดยได้รับการยอมรับจากชาวอาณานิคมทั้ง 13 แห่ง และได้มีการลงนามในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776

จึงอาจกล่าวได้ว่า แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตลอดจนขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพที่นำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญนั้น เป็นแนวความคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศภาคพื้นยุโรป โดยสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกในโลกที่บัญญัติรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งแม้จะมีบทบัญญัติเพียงไม่กี่มาตราและมีการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นระยะๆ แต่ก็แสดงให้เห็นว่า สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มุ่งให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่า เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลก ที่ได้นำแนวคิดทฤษฎีการเมืองการปกครองของปรัชญาเมธีการเมืองการปกครองต่างๆ มาทำให้แนวคิดทั้งหลายกลายเป็นผลงานที่เป็นรูปธรรม จนเป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้แก่นานาชาติทั่วโลก

4.2 รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาประวัติศาสตร์การก่อกำเนิดประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะเป็นรัฐชาติที่ก่อกำเนิดเป็นปีกแผ่น และมีเสถียรภาพขึ้นมาได้หลังจากการกำเนิดของประเทศไทย แต่หากเปรียบเทียบวิวัฒนาการเกี่ยวกับการสถาปนาประเทศ และการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาใช้

²⁷⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 57 หน้า 65.

บังคับจนถึงปัจจุบันนี้ นับเป็นเวลานานกว่า 200 ปีแล้ว ปรากฏข้อเท็จจริงว่า รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไม่เคยถูกยกเลิกหรือล้มล้างหรือทำให้สิ้นผลลงไปได้เลยแม้แต่เพียงครั้งเดียว คงมีแต่เพียงการแก้ไขปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมเป็นระยะๆ เพื่อให้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญสามารถใช้เป็นเครื่องมือที่สามารถใช้ในการบริหาร และปกครองประเทศให้มีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมในแต่ละยุคสมัย และเพื่อให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีความสมบูรณ์มากขึ้น

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่ยังคงมีผลบังคับใช้กันอยู่ในปัจจุบันมีเพียง 7 มาตราใหญ่ และที่เป็นบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมอีก 27 บท เมื่อเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะพบว่า รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาสั้นมาก เมื่อพิจารณาในด้านโครงสร้างการปกครองประเทศในระดับสหรัฐ (สหพันธรัฐ) พบว่า รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแบ่งแยกอำนาจการปกครองออกเป็น 3 ฝ่ายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ, ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ซึ่งแต่ละฝ่ายย่อมมีความเป็นอิสระตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนเอง ในขณะที่ฝ่ายอื่นๆ จะทำหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) หลักประการต่อมาได้แก่ การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐ และประการสุดท้ายการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในภายหลัง มีการเพิ่มบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในภาพรวม รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาอาจแบ่งเนื้อหาสาระออกเป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ คือ ส่วนแรกเป็นการกำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของสถาบันการเมืองในระดับสหรัฐ รวมถึงการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลมลรัฐ ในขณะที่ส่วนที่สองจะเป็นเรื่องการจำกัดอำนาจรัฐ เพราะรัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การจัดโครงสร้างของสถาบันทางการเมืองในรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการจำกัดอำนาจขององค์กรเหล่านั้น ไปด้วย นอกเหนือไปจากจุดมุ่งหมายสำคัญ คือ การทำให้องค์กรเหล่านี้ไปปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นหลักสำคัญที่สุดประการหนึ่งที่แสดงถึงความเป็นประชาธิปไตยในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ถ้าไม่มีบทบัญญัติกำหนดในรัฐธรรมนูญที่จะให้อำนาจไว้ สถาบันการเมืองนั้นๆ ย่อมไม่อาจใช้อำนาจนั้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการใช้อำนาจนั้นไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เมื่อจะศึกษารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา สมควรที่จะต้องศึกษาหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเสียก่อน เพื่อให้สามารถเข้าใจเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้ดีมากขึ้น

4.2.1. ประวัติความเป็นมาของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

1) การประกาศอิสรภาพแยกตัวออกจากการเป็นอาณานิคมของอังกฤษ
 อาจกล่าวได้ว่า การถือกำเนิดก่อตั้งรัฐชาติสหรัฐอเมริกาขึ้น เริ่มขึ้นราวๆ ศตวรรษที่ 15 โดยที่ประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรป โดยเฉพาะชาติมหาอำนาจ ได้แก่ ฝรั่งเศส, อังกฤษ, โปรตุเกส, สเปนและเนเธอร์แลนด์ (ฮอลันดา) ได้สำรวจทางทะเลและแสวงหาอาณานิคม อังกฤษได้สำรวจและค้นพบดินแดนใหม่ที่เป็นทวีปอเมริกาในปัจจุบัน จึงทำให้ชาวยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งชาวอังกฤษได้เริ่มเดินทางอพยพเข้าไปตั้งถิ่นฐานในดินแดนทวีปอเมริกาที่ค้นพบใหม่โดยในระยะเริ่มแรกนั้นจะก่อตั้งในลักษณะอาณานิคมซึ่งมีจำนวนหลายๆ แห่ง ตามแต่ช่วงเวลาต่างๆ ส่วนสาเหตุสำคัญที่ทำให้ชาวอังกฤษเดินทางอพยพไปอยู่อเมริกามี 3 ประการที่สำคัญๆ ได้แก่²⁷⁷

1. สาเหตุทางด้านการเมือง

ในขณะนั้น ประเทศอังกฤษเกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองครั้งสำคัญ โดยเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากระบอบกษัตริย์มาเป็นระบอบสาธารณรัฐในสมัยโอลิเวอร์ ครอมเวลล์ (Oliver Cromwell) ผลจากการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองครั้งใหญ่นี้ ทำให้ชาวอังกฤษจำนวนมากเกิดความไม่มั่นใจในสถานการณ์ทางการเมืองของอังกฤษ จึงรวมกลุ่มกันอพยพไปตั้งถิ่นที่อยู่ใหม่ในทวีปอเมริกา

2. สาเหตุทางด้านเศรษฐกิจ

ในระหว่างศตวรรษที่ 16- 17 อังกฤษกำลังประสบปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำทั่วประเทศ โดยมีสาเหตุจากปัญหาการว่างงาน สินค้ามีราคาแพงและไม่เพียงพอกับความ ต้องการของประชาชน ดังนั้นเมื่อชาวอังกฤษเห็นชาวสเปนขนทองคำกลับมาจากการสำรวจอเมริกา ทำให้ชาวสเปนมีฐานะร่ำรวย ชาวอังกฤษจึงประสงค์ไปแสวงหาความร่ำรวยในทวีปอเมริกาบ้าง

3. สาเหตุทางศาสนา

ด้วยอิทธิพลอันเกิดจากการปฏิรูปศาสนาคริสต์ ซึ่งเกิดขึ้นในทวีปยุโรป ได้แพร่หลายเข้าไปยังประเทศอังกฤษ ทำให้มีชาวอังกฤษส่วนหนึ่งเปลี่ยนมานับถือศาสนาคริสต์ นิกายโปรเตสแตนต์ สาขาต่างๆ ในขณะที่ชาวอังกฤษอีกส่วนหนึ่งยังคงนับถือศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิกเช่นเดิม ทำให้เกิดความขัดแย้งในหมู่ชาวอังกฤษ เนื่องจากแต่ละกลุ่มต้องการให้กษัตริย์ให้การสนับสนุนกลุ่มของตนเอง ทำให้กลุ่มที่ไม่ได้รับการสนับสนุนจากกษัตริย์ มักจะถูกกดดันแก่งตอลอดมา จนไม่มีเสรีภาพในการนับถือศาสนา จึงเกิดแรงกดดันให้กลุ่มหลังนี้มีความ

²⁷⁷ สุริย์ พงษ์จันทร์ ประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา กรุงเทพฯ พินนศ 2526 หน้า 10 - 12.

ต้องการอพยพไปอยู่ในถิ่นที่อยู่ใหม่ในทวีปอเมริกา เพื่อแสวงหาเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามที่ตนเองปรารถนา

ส่วนการสถาปนาประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มต้นอย่างจริงจังและถือเป็นจุดกำเนิดขึ้นจากการที่ 13 อาณานิคมของชาวอังกฤษที่ไปอพยพตั้งรกรากในอเมริกา ซึ่งประกอบด้วยถิ่นที่อยู่เป็น 3 ภาคใหญ่ๆ คือ²⁷⁸

1. อาณานิคมภาคเหนือหรืออาณานิคมนิวอิงแลนด์ (The Northern Colonies หรือ New England Colonies) ประกอบด้วยอาณานิคม 4 แห่ง คือ แมสซาชูเซตส์, นิวแฮมเชียร์, โรด ไอแลนด์ และคอนเน็คติคัต

2. อาณานิคมภาคกลาง (The Middle Colonies) ประกอบด้วยอาณานิคม 4 แห่ง คือ นิวยอร์ค นิวเจอร์ซีย์, เพนซิลเวเนียและเดลาแวร์

3. อาณานิคมภาคใต้ (The Southern Colonies) ประกอบด้วยอาณานิคม 5 แห่ง คือ เวอร์จิเนีย แมริแลนด์, นอร์ทแคโรไลนา, เซาท์แคโรไลนาและจอร์เจีย

ในระหว่างช่วงเวลา ค.ศ.1760 – 1775 ชาวอาณานิคมของประเทศอังกฤษที่อยู่ในทวีปอเมริกาเกิดความรู้สึกไม่พอใจแผ่นดินแม่ คือ ประเทศอังกฤษ ว่าตนเองถูกเลือกปฏิบัติจากประเทศอังกฤษในประเด็นที่ว่า ถูกเรียกเก็บภาษีโดยไม่มีผู้แทนของพวกเขาอาณานิคมอยู่ในประเทศอังกฤษเลย ทั้งๆ ที่ในประเทศอังกฤษนั้น ยังมีการจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ด้วยมหาบัตร (Magna Carta , ค.ศ.1215) ซึ่งกำหนดหลักการสำคัญว่า “ไม่มีภาษี โดยไม่มีผู้แทน”²⁷⁹ (no taxation without representative) จึงทำให้ชาวอาณานิคมทั้ง 13 อาณานิคมปฏิเสธการจ่ายภาษีให้แก่ประเทศอังกฤษ โดยให้เหตุผลว่า ในเมื่อพวกเขาเองไม่มีผู้แทนอยู่ในสภาของประเทศอังกฤษ จึงต้องยึดเอาตามหลักการในมหาบัตร ดังนั้นจึงไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่เรียกเก็บภาษีจากอาณานิคมทั้ง 13 แห่ง จึงทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศอังกฤษและพวกเขาอาณานิคมทั้ง 13 แห่ง ความขัดแย้งนี้ทำให้พวกเขาอาณานิคมทั้ง 13 แห่ง ประกาศรวมตัวกัน เพื่อแยกการปกครองตนเองโดยไม่ขึ้นต่อประเทศอังกฤษ โดยมีการรวมตัวกันที่เมืองฟิลาเดลเฟีย ประกาศเอกราชไม่ขึ้นต่อประเทศอังกฤษ รวมทั้งมีการจัดตั้งสภาอาณานิคม 13 รัฐขึ้นเป็นครั้งแรก (First Continental Congress) ประเทศอังกฤษจึงส่งกองทัพเข้ามาปราบปราม เกิดการต่อสู้อย่างดุเดือดรุนแรง จนเป็นสงครามที่เรียกว่า สงครามเพื่อการประกาศเอกราช (America War of Independence) หรือเรียกว่า

²⁷⁸ ปาน พึ่งสุจริต *ประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา* กรุงเทพฯ โรงพิมพ์คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ 2523 หน้า 18-19 อ้างใน อภิญา แก้วกำเนิด เรื่องเดียวกัน *เชิงอรรถ* ที่ 179 หน้า 57.

²⁷⁹ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย *รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2552 หน้า 22.

การปฏิวัติอเมริกา (American Revolution) โดยคำประกาศเอกราช (The Declaration of Independence) ซึ่งร่างและเขียนขึ้นโดย โทมัส เจฟเฟอร์สัน ได้รับการยอมรับจากอาณานิคมทั้ง 13 แห่งและมีการลงนาม เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.1776 ซึ่งได้วางรากฐานความคิดซึ่งจะสะท้อนออกมาในกฎหมาย

2) รัฐธรรมนูญของสหพันธ์อาณานิคม (13 อาณานิคม)

เมื่อ โทมัส เจฟเฟอร์สัน ซึ่งเป็นผู้ร่างคำประกาศอิสรภาพ และได้รับการยอมรับให้ประกาศเป็นคำประกาศอิสรภาพจากอาณานิคมทั้ง 13 แห่งในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.1776 อันได้รับการยอมรับว่า เป็นจุดเริ่มต้นของการสถาปนารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา และเป็นบิดาผู้ก่อตั้งประเทศสหรัฐอเมริกา การปกครองอาณานิคมทั้ง 13 แห่ง มีลักษณะของการรวมตัวของรัฐอิสระอย่างหลวมๆ ขาดหน่วยงานหรือรัฐบาลกลางที่จะทำหน้าที่รับผิดชอบการบริหารงานส่วนกลาง ทำให้สภาองเกรสแห่งอาณานิคม (The Continental Congress) ต้องทำหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารงานสหพันธ์รัฐอาณานิคม ซึ่งพบปัญหาและความยากลำบากหลายประการ ด้วยเหตุผล ดังนี้²⁸⁰

1. สภาองเกรสแห่งอาณานิคม เป็นหน่วยงานในระหว่างสงคราม จึงได้รับการรับรองจากบรรดาอาณานิคมโดยพฤตินัย แต่ไม่มีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน ทำให้สภาองเกรสเข้าใจเองว่าตนเองมีอำนาจตามที่อาณานิคมทั้ง 13 แห่งจะมอบหมายให้พิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์ที่เกิดขึ้น

2. อาณานิคมทั้ง 13 แห่งถือว่ารัฐของตนเองมีความเป็นอิสระ ที่เข้ามารวมกันก็เกิดขึ้น โดยเจตนาเพื่อประท้วงอังกฤษเท่านั้น แต่ละแห่งก็ยังคงถือว่าตนเองมีอำนาจอธิปไตยและใช้อำนาจอธิปไตยอย่างกว้างขวางในทุกกรณี รวมถึงมีอำนาจเข้าแทรกแซงการบริหารงานตลอดจนภารกิจด้านการต่างประเทศของสภาองเกรสด้วย

3. คณะผู้แทนจากอาณานิคมแต่ละแห่ง มีการเปลี่ยนตัวบุคคลในคณะผู้แทนอยู่บ่อยครั้ง และการมาประชุมในสภาองเกรส ก็อยู่ในฐานะผู้แทนทางการทูตของแต่ละแห่งนั่นเอง ทำให้การออกเสียงต้องออกเสียงเป็นหมู่คณะ มิใช่การออกเสียงแต่ละบุคคล

ดังนั้น ภายหลังจากการประกาศอิสรภาพ เพื่อแก้ไขปัญหาข้างต้น ชาวอเมริกาต้องการวางรูปแบบการปกครองของรัฐบาลใหม่ เน้นให้เกิดอำนาจในการบริหารอย่างแท้จริง และสามารถทำได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย สภาองเกรสจึงแต่งตั้งคณะกรรมการ 1 ชุด โดยมีจอห์น ดิกกินสัน เป็นประธานกรรมการ จัดทำรัฐธรรมนูญของสหพันธ์อาณานิคม (United Colonies) เสนอให้สภาองเกรสพิจารณา และต่อมาสภาองเกรส ก็อนุมัติให้ประกาศใช้บทบัญญัติ

²⁸⁰ ปาน พิงสุจริต เรื่องเดียวกัน หน้า 22 อ้างใน อภิญา แก้วกำเนิด เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 179 หน้า 62.

แห่งสมาพันธรัฐและสหภาพสถาพร (Articles of The Confederation and Perpetual Union) ในวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ.1776²⁸¹ แต่อย่างไรก็ตาม กว่าที่รัฐอาณานิคมทั้ง 13 รัฐ จะยอมให้การรับรองบทบัญญัตินี้ ต้องใช้เวลาานเกือบ 4 ปี ทำให้บทบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้ได้ราวๆ ต้นปี ค.ศ. 1781

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัตินี้ในเนื้อหาสาระแล้ว พบว่ามีลักษณะเป็นเพียงรัฐธรรมนูญแบบสมาพันธรัฐ ซึ่งเป็นการรวมตัวของชุมชนหรือสมาคมของรัฐเอกราชเท่านั้น โดยที่ยังคงไม่มีองค์กรบริหารหรือรัฐบาลกลางที่แท้จริง มีแต่สภาผู้แทนของมลรัฐต่างๆ เท่านั้น²⁸²

บทบัญญัติแห่งสหพันธรัฐฉบับนี้ ประกอบด้วยหลักการต่างๆ ซึ่งเป็นสาระสำคัญของบทบัญญัติ ดังนี้²⁸³

1. กำหนดให้รัฐสภาเป็นเพียงสภาเดียว โดยรัฐสภาทำหน้าที่เป็นทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร มีอำนาจประกาศสงคราม ทำสนธิสัญญาสันติภาพ การทำสนธิสัญญาพันธมิตรกับต่างประเทศ มีอำนาจกำหนดจำนวนเงินงบประมาณประจำปี จัดสร้างและทำนุบำรุงกองทัพบกและกองทัพเรือแต่ไม่มีอำนาจจัดตั้งกองทหารแห่งชาติ ในยามปกติมีอำนาจตัดสินข้อพิพาทระหว่างรัฐตามวิธีการที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐและการจัดการปกครองอินเดียชนแดง

2. แต่ละมลรัฐมีผู้แทนของมลรัฐในรัฐสภาจากสมาพันธรัฐอย่างน้อยรัฐละ 2 คน แต่ไม่เกิน 7 คน แต่การออกเสียงในรัฐสภานั้น ทุกมลรัฐมีคะแนนเสียงรัฐละ 1 เสียงเท่ากัน

3. การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐจะทำได้ ก็ต่อเมื่อทุกรัฐเห็นชอบด้วยเท่านั้น และข้อแก้ไขหรือเพิ่มเติมจะนำออกมาใช้ได้ ก็ต่อเมื่อมลรัฐอย่างน้อย 9 มลรัฐให้ความเห็นชอบรับรองข้อแก้ไขหรือบทเพิ่มเติมนั้นๆ

4. บทบัญญัติของสมาพันธรัฐระบุไว้ในตอนต้นว่าการรวมเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการรวมกันแบบสันนิบาตของมลรัฐต่างๆ (League of States) ทำให้แต่ละมลรัฐยังคงมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์ ในขณะที่รัฐสภาของสมาพันธรัฐทำหน้าที่เป็นรัฐบาลกลางมี

²⁸¹ ปาน พึงสุจริต เรื่องเดียวกัน หน้า 22 อ้างใน อภิญา แก้วกำเนิด เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 179 หน้า 62.

²⁸² อมร รักษาศักดิ์. (2539). *ประชาธิปไตย: อุดมการณ์ หลักการ และแบบอย่างการปกครองหลายประเทศ* กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 104.

²⁸³ ปาน พึงสุจริต เรื่องเดียวกัน หน้า 23 อ้างใน อภิญา แก้วกำเนิด เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 179 หน้า 63.

อำนาจจำกัดมากและไม่มีอำนาจควบคุมเอกชน ไม่มีอำนาจแต่งตั้งทหาร และไม่มีอำนาจที่จะออกกฎหมายเก็บภาษีจากประชาชนโดยตรง

จากหลักการอันเป็นสาระสำคัญในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า เป็นรูปแบบรัฐธรรมนูญที่รัฐบาลกลางมีความอ่อนแอ แต่แต่ละมลรัฐมีอำนาจมาก รวมทั้งข้อจำกัดที่สำคัญมากของรัฐสภาสมาพันธ์ ได้แก่ การที่สหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามคำตัดสินของรัฐสภา แม้ว่าแต่ละมลรัฐจะยอมตนผูกพันตามคำตัดสินของรัฐสภา และในการใช้อำนาจที่สำคัญๆ นั้น ยังต้องอาศัยเสียงเห็นชอบในการตัดสินจากรัฐต่างๆ อย่างน้อย 9 มลรัฐจากทั้งหมด 13 มลรัฐ การแก้ไขรัฐธรรมนูญมีความยุ่งยากมากที่สุด เนื่องจากต้องได้รับเสียงเห็นชอบอย่างเป็นเอกฉันท์จากทั้ง 13 มลรัฐ นอกจากนี้แล้ว รัฐธรรมนูญยังไม่ได้ให้อำนาจแก่รัฐสภาในการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเก็บภาษีอากรและการค้าขายระหว่างมลรัฐ เนื่องจากเกรงกันว่า ถ้ารัฐสภามีอำนาจมากเกินไป อาจทำให้รัฐสภาใช้อำนาจนั้นไปในทางมิชอบได้ เหมือนที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วในระบบรัฐสภาของอังกฤษ ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงเวลาเดียวกัน

จากสภาพปัญหาดังกล่าวมาแล้วข้างต้น รัฐสภาของสมาพันธ์จึงขาดแคลนเงินตราในการบริหารประเทศ เพราะไม่มีอำนาจในการจัดเก็บภาษี จึงแก้ไขปัญหาโดยการพิมพ์ธนบัตรขึ้นมาใหม่และร้องขอความช่วยเหลือทางการเงินจากต่างประเทศ ซึ่งเป็นการแก้ปัญหาที่ไม่ถูกต้อง รัฐสภายังประสบปัญหาที่สำคัญคือ ไม่อาจควบคุมการค้าและพาณิชย์ระหว่างรัฐต่างๆ เพราะอำนาจในการควบคุมการค้าขึ้นอยู่กับรัฐบาลของแต่ละรัฐ ทำให้แต่ละรัฐออกกฎหมายเพื่อแข่งขันกันเอง ในการกำหนดอัตราภาษีและวิธีการทางการค้าแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ระบบเงินตราที่หมุนเวียนใช้กันอยู่ในตลาดไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทำให้เกิดความลำบากแก่ต่างประเทศที่จะมาทำการค้าด้วย ในส่วนการต่างประเทศนั้นรัฐสภาประสบความยากลำบากในการจัดการเป็นอย่างยิ่ง ทุดของสมาพันธ์รัฐถูกปฏิบัติอย่างไม่สมเกียรติและฐานะ ในที่สุดปัญหาเหล่านี้จึงเป็นอุปสรรคในการบริหารและการปกครองประเทศโดยใช้รัฐธรรมนูญที่เรียกว่า บทบัญญัติแห่งสมาพันธ์รัฐและสหภาพสถาพร และเป็นเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้นำของมลรัฐต่างๆ ทั้ง 13 มลรัฐต้องจัดให้มีการประชุมเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

3) การสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

จากสภาพปัญหาที่ได้ปกครองอาณานิคมต่างๆ ในรูปแบบสมาพันธ์รัฐ ซึ่งเป็นรูปแบบการปกครองที่เกิดจากการรวมตัวกันอย่างหลวมๆ ของรัฐต่างๆ มีผลลัพธ์ทำให้รัฐบาลกลาง (รัฐบาลสมาพันธ์) มีความอ่อนแอ โดยที่ผู้นำแต่ละอาณานิคมต่างเห็นว่า สภาพการณ์ดังกล่าวย่อมไม่อาจทำให้เกิดการได้ประเทศที่มีความมั่นคงเป็นปึกแผ่นและมีเสถียรภาพ และการพัฒนาประเทศให้มีความเจริญก้าวหน้า ย่อมทำได้ยาก ดังนั้น จึงมีความพยายามที่จะเผยแพร่

แนวความคิดในการจัดโครงสร้างการปกครองประเทศในรูปแบบใหม่ เรียกว่า รูปแบบสหพันธรัฐ (Federal) ซึ่งเกิดขึ้นจากการที่แต่ละมลรัฐมารวมกันจัดตั้งเป็นรัฐบาลกลาง จน ค.ศ. 1786 รัฐเวอร์จิเนียซึ่งเป็นรัฐหนึ่งในสมาพันธรัฐแห่งอเมริกา ได้เชิญชนรัฐต่างๆ ให้มาร่วมประชุมกันที่เมืองแอนนาโพลิส โดยวัตถุประสงค์สำคัญ คือ การพิจารณาเพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้งจากข้อบังคับระหว่างรัฐต่างๆ เกี่ยวกับการค้าขายและการพาณิชย์ แต่อย่างไรก็ตาม การประชุมไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากมีผู้แทนมาประชุมเพียง 5 มลรัฐ รวม 12 คน คือ นิวเจอร์ซีย์, เพนซิลเวเนีย, เดลาแวร์และเวอร์จิเนียเท่านั้นที่เข้าร่วมประชุม โดยมีเพียง 3 รัฐที่เข้าร่วมประชุมในฐานะผู้แทนของรัฐที่มีอำนาจทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์²⁸⁴ แม้ว่าการประชุม ครั้งนี้จะยังไม่ประสบความสำเร็จ แต่ผู้แทนที่ร่วมประชุมก็มองเห็นปัญหาร่วมกันว่า ถ้าไม่มีการแก้ไขโครงสร้างทางการเมืองตามบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐใหม่ ย่อมจะแก้ไขปัญหากับการค้าขายและการพาณิชย์ระหว่างรัฐต่างๆ ไม่ได้ เนื่องจากอำนาจในการควบคุมการค้าขายและพาณิชย์เป็นเรื่องราวที่สำคัญมาก ที่ประชุมจึงมีมติให้รัฐทุกรัฐแต่งตั้งผู้แทนไปร่วมประชุมที่เมืองฟิลาเดลเฟีย ในเดือนพฤษภาคม ของปีถัดไป เพื่อพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐใหม่ เพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นของสมาพันธรัฐ

หลังจากนั้น ที่ประชุมแห่งเมืองแอนนาโพลิส ได้จัดส่งรายงานข้อเสนอแนะจากการประชุมดังกล่าว ไปยังสภานิติบัญญัติของแต่ละรัฐที่ส่งผู้แทนมาร่วมประชุม และเสนอต่อไปยังสภาองเกรสแห่งอาณานิคม ซึ่งก็มีมติในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1787 ให้จัดการประชุมพิเศษตามข้อเสนอของที่ประชุมเมืองแอนนาโพลิส ซึ่งมีผู้แทนจากรัฐทั้งหมดทุกรัฐ ยกเว้น มลรัฐโรดไอแลนด์ ที่ไม่ส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุม จำนวน 55 คน จาก 12 รัฐ ในจำนวนนี้มีตัวแทน 8 คน ซึ่งเป็นผู้แทนที่เคยไปร่วมประชุมที่เมืองแอนนาโพลิสมาก่อนแล้ว

ในการประชุมครั้งนี้ แตกต่างจากการประชุมทุกครั้ง คือ แทนที่จะเป็นเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังเช่นที่ผู้แทนแต่ละมลรัฐได้รับมอบหมายมา แต่กลับเป็นการประชุมเพื่อจัดทำ รัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ทั้งฉบับ จึงมีการตั้งประเด็นว่า การกระทำเช่นนี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่²⁸⁵ ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญฉบับแรก กำหนดว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากทั้ง 13 มลรัฐ (ได้รับมติเป็นเอกฉันท์) แต่ในรัฐธรรมนูญใหม่ กำหนดแต่เพียงว่า เมื่อรัฐธรรมนูญได้รับความเห็นชอบจาก 9 ใน 13 มลรัฐแล้ว ถือว่าผูกพันทุกมลรัฐ

²⁸⁴ สมบัติ จันทรวงศ์. (2529). *มหาชน รัฐ และประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกา ค.ศ. 1776-1800* กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 110 – 111.

²⁸⁵ Bruce Ackermann & Neal Katyal *Our Unconvention and Founding* 62 U.Chi.L.Rev. 475 1995 pp.481-482 อ้างใน มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เชิงอรุณที่ 280 หน้า 28.

สิ่งที่น่าสนใจในการประชุมร่างรัฐธรรมนูญ คือ การกำหนดประเด็นในการลงมติ โดยการกำหนดรูปแบบของการบริหารประเทศ (Form of Government) โดยมี การให้ความเห็นชอบต่อการกำหนดโครงสร้างของรัฐบาลกลาง ซึ่งประกอบด้วย อำนาจอิสระทางรัฐสภา, อำนาจอิสระทางตุลาการ และอำนาจอิสระทางบริหารให้มีอยู่ในรัฐบาลกลาง นอกจากนี้ที่ประชุมกลับให้ความเห็นชอบในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แทนที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเดิม

ในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญนั้น มีการเลือกประธานและเลขานุการที่ประชุม ซึ่งที่ประชุมได้เลือก จอร์จ วอชิงตัน และวิลเลียม แจ็กสัน เป็นประธานและเลขานุการ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (ซึ่งเรียกกันว่า คณะผู้ก่อตั้ง และ เรียกการประชุมครั้งนี้ว่า การประชุมแห่งฟิลาเดลเฟีย (The Philadelphia Convention) ส่วนมากเป็นผู้ที่ต้องการให้รัฐบาลกลางมีความเข้มแข็ง และสมาชิกส่วนใหญ่ได้เคยประชุมกันนอกรอบมาก่อนแล้ว ก่อนที่จะเปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญมาแล้วหลายวัน เพื่อจัดทำข้อเสนอโครงการที่ต้องการให้มีการจัดตั้งรัฐบาลกลางที่เข้มแข็ง และภายหลังเปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ 4 วัน คณะผู้แทนเวอร์จิเนีย ซึ่งมี เจมส์ แมดิสัน เป็นหัวหน้า ได้ให้โทษของคณะผู้แทนนี้ คือ เอ็ดมันด์ แรนดอล์ฟ เสนอโครงการที่เรียกว่า โครงการเวอร์จิเนีย (แผนเวอร์จิเนีย – The Virginia plan) ซึ่งข้อเสนอนี้เป็นรากฐานสำคัญที่ได้นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหลายส่วน²⁸⁶ ข้อเสนอโครงการเวอร์จิเนียนั้น ให้ความสำคัญต่อการสร้างรัฐบาลกลางที่มีความเข้มแข็ง, รัฐบาลกลางมีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่บุคคล โครงสร้างของรัฐสภาเป็นระบบสอง สภา (Bicameral Legislature) คือ มีทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยแต่ละมลรัฐมีผู้แทนในแต่ละสภาตามสัดส่วนของประชากรในแต่ละมลรัฐ ฝ่ายบริหารแยกออกจากฝ่ายนิติบัญญัติ มีประธานาธิบดี เป็นหัวหน้า ซึ่งประธานาธิบดีมีอำนาจสูงสุดทั้งในทางบริหารและเป็นผู้นำสูงสุดของกองทัพ และให้มีการจัดตั้งศาลที่มีความเป็นอิสระ²⁸⁷ ที่ประชุมได้อภิปรายถกเถียงข้อเสนอโครงการเวอร์จิเนียนานถึง 2 - 3 สัปดาห์แรกของการประชุมปรากฏว่า สมาชิกส่วนใหญ่เห็นชอบต่อลักษณะสำคัญของข้อเสนอ คือ การให้รัฐบาลกลางที่มีความเข้มแข็ง แต่ไม่เห็นด้วยต่อการที่จะให้รัฐบาลกลางใช้กองทัพเข้าบังคับรัฐซึ่งไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี ในขณะที่สมาชิกเสียงข้างน้อย ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจาก 4 รัฐ ได้แก่ นิวเจอร์ซีย์, นิวเจอร์ซีย์, เดลาแวร์และแมริแลนด์ ไม่เห็นด้วยกับการรวมรัฐอย่างแน่นหนาและมั่นคง และไม่เห็นด้วยกับการที่จะให้สภาประกอบด้วยสมาชิกจากรัฐต่างๆ ตามจำนวนเงินที่อุดหนุนรัฐบาลกลางหรือตามจำนวนประชากร โดยไม่รวมทหาร ดังนั้น คณะผู้แทนจากรัฐทั้ง 4 ซึ่งนำโดยแพ็ตเตอร์สัน

²⁸⁶ เฉชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์. (2512). *การปกครองสหรัฐอเมริกา* กรุงเทพฯ โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมนศาสตร์แห่งประเทศไทย หน้า 56 – 60.

²⁸⁷ มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 280 หน้า 28.

จากรัฐนิวเจอร์ซีย์ จึงเสนอโครงการชื่อ โครงการนิวเจอร์ซีย์ (แผนนิวเจอร์ซีย์ – The New Jersey plan) โดยเสนอให้มีการปรับปรุงรูปแบบของรัฐบาลแบบเดิมให้เหมาะสมยิ่งขึ้น แต่ไม่ต้องการให้มีรัฐบาลกลางในรูปแบบใหม่ และเสนอให้แต่ละรัฐมีผู้แทนในสภาองเกรสได้จำนวนเท่าๆ กัน และที่สำคัญ คือ กำหนดให้บรรดากฎหมายที่ออกโดยสภาองเกรสและบรรดาสันธิสัญญาที่สภาองเกรสได้ให้สัตยาบันไปแล้ว มีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของแต่ละรัฐด้วย ซึ่งเป็นวิธีที่รัฐบาลกลางจะดำเนินการให้เป็นไปตามพันธกรณีได้ โดยไม่ต้องใช้กำลังบังคับรัฐต่างๆ²⁸⁸ โครงสร้างของรัฐเป็นระบบสภาเดียว (Unicameral Legislature) โดยให้มลรัฐแต่ละมลรัฐมีจำนวนผู้แทนในสภาเท่าเทียมกัน และให้มีการจัดตั้งศาลฎีกาเป็นศาลในระดับสหพันธรัฐ

จากข้อเสนอที่มีความเห็นแตกต่างกันดังที่กล่าวมานี้ นำไปสู่การหาข้อประนีประนอมเพื่อทำให้การร่างรัฐธรรมนูญประสบผลสำเร็จ โดยมีประเด็นหรือเรื่องที่สำคัญ ซึ่งเป็นปัญหาในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่ทั้งสองฝ่ายสามารถประนีประนอมกันได้ คือ²⁸⁹

1. ข้อเสนอประนีประนอมของรัฐคอนเนคติกัต (The Connecticut Compromise) เกี่ยวกับปัญหาการมีผู้แทนในสภาองเกรส โดยสรุปได้ว่า ให้มีผู้แทนของมลรัฐในจำนวนเท่ากันทั้งหมด ไม่ว่าจะรัฐนั้นจะเป็นรัฐเล็กหรือรัฐใหญ่ก็ตาม
2. ข้อเสนอประนีประนอมเกี่ยวกับปัญหาการนับจำนวนทาส สรุปได้ว่า ให้นับจำนวนทาส 1 คน มีค่าเท่ากับจำนวน 3 ใน 4 ของจำนวนพลเมืองที่มีใช้ทาส
3. ข้อเสนอประนีประนอมเกี่ยวกับปัญหาการควบคุมการค้าขาย และการพาณิชย์ สรุปได้ว่า ให้สภาองเกรสมีอำนาจเข้ามาควบคุมการค้าขายและการพาณิชย์ ตลอดจนมีอำนาจจัดเก็บภาษีขาเข้า แต่ไม่มีอำนาจจัดเก็บภาษีขาออก
4. ข้อเสนอประนีประนอมเกี่ยวกับปัญหาของการค้าทาส สรุปได้ว่า ยังคงให้มีการค้าทาสต่อไปได้ (กระทั่ง ค.ศ.1802 จึงได้ยกเลิกการอนุญาตให้ค้าทาส)
5. ข้อเสนอประนีประนอมเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย สรุปได้ว่า กำหนดให้กฎหมายของรัฐบาลกลางมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายมลรัฐตามข้อเสนอของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ และทำให้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ต้องนำหลักการนี้ไปบัญญัติไว้ในมาตรา 6 อนุมาตรา 2 ว่า

²⁸⁸ Goldwin Robert A. and Kaufman Arts *Constitution Makers on Constitution Making : The Experience of Eight Nation* Washington D.C. 1998 p.137 อ้างในอภิญา แก้วกำหนด เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 179 หน้า 70.

²⁸⁹ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 287 หน้า 65 – 75.

“รัฐธรรมนูญฉบับนี้และบรรดากฎหมายอื่นๆ ของสหรัฐที่จะออกมาใช้บังคับตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและบรรดาสถิติบัญญัติที่ทำไว้กับต่างประเทศ หรือที่จะทำขึ้นในอนาคตตามอำนาจที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ให้เป็นของรัฐบาลสหรัฐ ต้องมีสภาพเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และบรรดาผู้พิพากษาในรัฐต่างๆ จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และกฎหมายของรัฐที่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นจะใช้บังคับไม่ได้”

6. ข้อเสนอประนีประนอมเกี่ยวกับอำนาจของรัฐบาลกลางในการควบคุมเอกชน โดยไม่ต้องร้องขอให้สหรัฐช่วยควบคุม สรุปได้ว่า อำนาจของรัฐบาลกลางนั้นเป็นอำนาจที่บรรดารัฐต่างๆ มอบให้โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ส่วนอำนาจของบรรดารัฐต่างๆ นั้น ได้แก่ อำนาจอื่นใดที่ไม่ได้มอบหมายให้เป็นอำนาจของรัฐบาลกลาง ดังนั้น สถานะของรัฐบาลกลางจึงมีอำนาจออกกฎหมายซึ่งอยู่ในขอบเขตอำนาจของรัฐบาลกลางใช้บังคับโดยตรงต่อเอกชนได้ และศาลยุติธรรมของรัฐบาลกลาง ก็มีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีที่เอกชนละเมิดกฎหมายของรัฐบาลกลางได้ ให้ฝ่ายบริหารของรัฐบาลกลางมีอำนาจดูแลให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายด้วย

นอกจากนี้แล้ว ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญยังพิจารณาปัญหาสำคัญๆ อีกหลายเรื่อง เช่น โครงสร้างและกลไกการปกครองของสหรัฐอเมริกา, การเลือกตั้งประธานาธิบดี, ความสัมพันธ์ ระหว่างอำนาจรัฐในด้านต่างๆ และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆ กับสหรัฐและระหว่างรัฐต่างๆ ด้วยกันเอง เป็นต้น

หลังจากมีการลงมติในประเด็นต่างๆ ที่มีความสำคัญแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงตั้งคณะกรรมการขึ้นพิจารณารายละเอียดของร่างรัฐธรรมนูญเรื่องลำดับรายการมาตรา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องกำหนดรายละเอียดต่างๆ (Committee of Detailed) และถ้อยคำภาษาที่ใช้ในรัฐธรรมนูญ (Committee of State) หลังจากคณะกรรมการชุดนี้พิจารณาแล้วเสร็จและส่งต่อให้สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณา ก็ใช้เวลาพิจารณาเพียง 1 สัปดาห์ ก็สามารถลงมติให้ความเห็นชอบได้ในวันที่ 17 กันยายน ค.ศ. 1787 หลังจากนั้น บรรดาผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็แยกย้ายกลับไปยังมลรัฐของตนเองเพื่อเตรียมการให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญ²⁹⁰

4) การให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ

ภายหลังจากที่ที่ประชุมร่างรัฐธรรมนูญแห่งเมืองฟิลาเดลเฟีย มีมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญที่ยกร่างขึ้นแล้ว ก็จัดทำสำเนาและส่งร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้แก่แต่ละรัฐพิจารณาให้ความเห็นชอบ ซึ่งในช่วงแรก ปรากฏว่าแต่ละรัฐมีความคิดเห็นขัดแย้งกัน โดยเฉพาะประเด็นสำคัญที่ว่า รัฐบาลกลาง (Federal Government) มีอำนาจมากกว่ารัฐบาลมลรัฐ

²⁹⁰ Erwin Chemerinsky *Constitutional Law Principles and Policies* New York Aspen Publishers 2006 p.11. อ้างใน มานิตย์ จุมปาและพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 280 หน้า 29.

(State Government) ทำให้ชาวอเมริกันแบ่งออกเป็น 2 พวก คือ²⁹¹ ฝ่ายที่ต้องการให้รัฐบาลกลางมีอำนาจมาก เพื่อความก้าวหน้าในการ บริหารประเทศ เรียกกลุ่มนี้ว่า Federalists หรือบางตำราเรียกว่า Nationalists และฝ่ายที่ต้องการให้รัฐบาลของแต่ละมลรัฐมีอำนาจมากกว่ารัฐบาลกลาง เนื่องจากเกรงว่าถ้าให้อำนาจแก่รัฐบาลกลางมากไป จะทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสิทธิเสรีภาพ และอำนาจต่างๆ ของรัฐบาลประชาชนในแต่ละมลรัฐจะไม่เสมอภาคทัดเทียมกัน และอำนาจอาจถูกโอนไปยังรัฐบาลกลางทั้งสิ้น กลุ่มนี้เรียกว่า Anti-Federalists และมีอีกเหตุผลหนึ่งที่สำคัญที่ ยกขึ้นคัดค้านคือรัฐธรรมนูญยังไม่มีบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน²⁹²

การโต้แย้งโดยใช้เหตุผลแม้จะมีแนวคิดที่แตกต่างกันเช่นนี้ มีผลให้กระบวนการการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญในแต่ละมลรัฐ มีความยากง่ายแตกต่างกันออกไป ตามมติมหาชนที่เกิดขึ้นในแต่ละมลรัฐ แม้ว่าในช่วงที่กำลังรอการให้สัตยาบันจากมลรัฐต่างๆ ซึ่งเริ่มขึ้นตั้งแต่ ค.ศ.1787 จะถูกต่อต้านจากพวก Anti-Federalists การดำเนินการให้สัตยาบันยังคงดำเนินการต่อไปเรื่อยๆ บางมลรัฐมีลักษณะสร้างความสนใจก็ักมากเป็นพิเศษ เช่น บรรดาภคชนรงค์จูงใจให้สภามลรัฐนิวยอร์กให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ ที่ดำเนินการโดย Alexander Hamilton , James Madison และ John Jay ได้เขียนและนำเสนอบทความมากถึง 54 บทความบทความเหล่านี้เป็นที่รู้จักกันเป็นอย่างดีในนามของ “The Federalist Papers” โดยถือกันว่าเป็นเอกสารสำคัญที่สะท้อนให้เห็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ (The Framers Intent) ซึ่งศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาใช้อ้างอิงเมื่อมีการพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ²⁹³

ในกระบวนการให้สัตยาบันนั้น มลรัฐเดลาแวร์เป็นมลรัฐแรกที่ทำให้สัตยาบัน ตามมาด้วยมลรัฐนิวเจอร์ซีย์, เพนซิลเวเนีย, จอร์เจีย, คอนเน็คติคัต, แมสซาชูเซตส์, แมริแลนด์, เซาท์แคโรไลนา ตามลำดับและมลรัฐนิวแฮมป์เชียร์เป็นรัฐที่ 9 ที่ให้สัตยาบันในปลายปี ค.ศ. 1788 อันมีผลให้รัฐธรรมนูญใช้บังคับได้ทันที ต่อมาจึงมีรัฐบาลชุดใหม่ที่น่าโดยนายพลวอชิงตัน

²⁹¹ สมบัติ จันทรวงศ์ และคณะ. (2530). ผู้แปล *เดอะ เฟดอรัลลิสต์เปเปอร์ เอกสารความคิดทางการเมืองอเมริกัน* กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 6.

²⁹² มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 280 หน้า 29.

²⁹³ Erwin Chemerinsky Ibid p12.อ้างใน มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 280 หน้า 29.

เข้ามาบริหารประเทศ ใน ค.ศ. 1789 หลังจากนั้น ต่อมาอีก 3 มลรัฐที่เหลือต่างให้สัตยาบัน มลรัฐโรดไอแลนด์ เป็นรัฐสุดท้ายที่ให้สัตยาบันใน ค.ศ. 1790²⁹⁴

แม้ว่าจะมีการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ จนรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้อย่างเป็นทางการใน ค.ศ. 1788 แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังคงเปิดช่องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 5 ซึ่งมีสาระสำคัญ ได้แก่

1. ผู้มีสิทธิเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่

ก. สมาชิกวุฒิสภาจำนวน 2 ใน 3 ของทั้งหมด (67 เสียงจาก 100 เสียง) และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 2 ใน 3 ของทั้งหมด (290 เสียงจาก 435 เสียง) หรือ

ข. มลรัฐจำนวน 2 ใน 3 ของทั้งหมด (34 มลรัฐจาก 50 มลรัฐ) เป็นผู้เรียกร้องให้จัดให้มีการประชุมเพื่อเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของแต่ละมลรัฐ เพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ซึ่งที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจำนวนทั้งหมด 27 ครั้ง ล้วนแล้วแต่มาจากการดำเนินการตามข้อ ก. ยังไม่ปรากฏว่าได้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในข้อ ข. แต่ประการใด

2. เมื่อรัฐธรรมนูญได้มีการยกร่างแล้วเสร็จ และมีการนำเสนอเพื่อให้สัตยาบันนั้นจะต้องมีจำนวนมลรัฐให้สัตยาบันจำนวน 3 ใน 4 ของมลรัฐทั้งหมด หรือมีเสียงที่เป็นผู้แทนมลรัฐในที่ประชุมของมลรัฐ (States Conventions) ให้สัตยาบันจำนวน 3 ใน 4 ของมลรัฐทั้งหมด (38 มลรัฐจาก 50 มลรัฐ) จึงจะทำให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนั้นมีผลใช้บังคับได้ ซึ่งโดยหลักแล้ว รัฐสภาจะเป็นองค์กรที่กำหนดวิธีการให้สัตยาบันว่าจะใช้วิธีการใด ซึ่งโดยปกติจะใช้วิธีการทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐเป็นผู้ให้สัตยาบัน คงมีเพียงครั้งเดียวที่รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 21 ที่มีการกำหนดให้มีการให้สัตยาบันโดยที่ประชุมของมลรัฐ (States Conventions)

4.2.2 หลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแสดงถึงอุดมการณ์ประชาธิปไตยอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม อุดมการณ์ประชาธิปไตยมีบทบัญญัติหลักการไว้ในเอกสารสำคัญ 2 ฉบับ ได้แก่ คำประกาศ

²⁹⁴ Goldwin Robert A. and Kaufman Arts Ibid p153. อ้างใน อภิญา แก้วกำเนิด เรื่องเดียวกัน เชียงอรตที่ 179 หน้า 73.

อิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (The Declaration of Independence) วันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 และในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ดังมีหลักการสำคัญพอสรุปได้ ดังนี้²⁹⁵

1. หลักสหพันธรัฐ (Federation)

เป็นหลักการที่ว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด ระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลของมลรัฐ เพื่อให้การบริหารประเทศเป็นไปด้วยดี สามารถแก้ไขปัญหาต่างๆ ของประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องให้อำนาจแก่รัฐบาลกลางมีอำนาจเหนืออำนาจของรัฐบาลมลรัฐทั้ง 13 แห่ง และยังมีอำนาจที่จะลงโทษผู้ที่ต่อต้านขัดขืนต่อกฎหมายที่รัฐบาลกลางกำหนดไว้ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรม จึงจำเป็นต้องแบ่งอำนาจของรัฐบาลกลางกับอำนาจของรัฐบาลมลรัฐเป็น 3 ประเภท คือ

ก. Delegated Power เป็นอำนาจของรัฐบาลกลางโดยตรง ซึ่งรัฐบาลแห่งมลรัฐมอบให้รัฐบาลกลางมีอำนาจเด็ดขาดในการดำเนินกิจการทางด้านเศรษฐกิจและการเงิน, การจัดระเบียบการค้าและพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ และการจัดระเบียบการค้าและพาณิชย์ระหว่างสหรัฐอเมริกาและต่างประเทศ การกำหนดระบบเงินตรา, การดำเนินการกู้ยืมเงินทั้งในและนอกประเทศ, การเรียกเก็บภาษี รวมทั้งเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ, การจัดการกองทัพ, การประกาศสงครามและการทำสนธิสัญญาสันติภาพ

ข. Reserved Power เป็นอำนาจที่รัฐบาลมลรัฐยังคงมีอย่างเต็มที่ สำหรับการดำเนินกิจการภายในของมลรัฐ โดยรัฐบาลกลางไม่สามารถเข้ามาก้าวล่วงได้เลย ได้แก่ อำนาจในการจัดการศึกษา, การจัดการจราจร, การกำหนดพิภคอัตราภาษีภายในมลรัฐ, การตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสและการหย่าร้าง เป็นต้น

ค. Concurrent Power เป็นอำนาจที่รัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐใช้ร่วมกัน เช่น การเก็บภาษี ซึ่งกลับทำให้ชาวอเมริกาต้องเสียภาษีซ้ำซ้อน

หลักการนี้มีบัญญัติในรัฐธรรมนูญก่อนข้างน้อย และน้อยกว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างสถาบันทางการเมืองในรัฐบาลกลาง เช่น รัฐธรรมนูญมาตรา 1 กำหนดให้รัฐสภามีอำนาจในการตรากฎหมายเฉพาะแต่กรณีต่างๆ ตามที่ได้บัญญัติไว้เท่านั้น จึงแปลความได้ว่า อำนาจอื่นใดที่มีได้กำหนดว่าเป็นอำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมาย ย่อมเป็นอำนาจของมลรัฐของมลรัฐไปโดยปริยาย และหลักการเช่นนี้ มีความชัดเจนมาก เมื่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 10 มีการกำหนดว่า อำนาจใดซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้เป็นอำนาจของ

²⁹⁵ ปาน พึ่งสุจริต เรื่องเดียวกัน หน้า 27 อ้างใน อภิญา แก้วกำหนด เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 179 หน้า 73.

รัฐบาลกลาง ย่อมถือว่าอำนาจดังกล่าวเป็นของมลรัฐ และอำนาจใดที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของมลรัฐ อำนาจเช่นนั้นย่อมเป็นอำนาจของประชาชนนั่นเอง²⁹⁶

2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power)

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกายึดหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ค่อนข้างเด็ดขาด เป็นหลักการที่แบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยในลักษณะที่ทำให้มีการถ่วงดุลและถ่วงอำนาจซึ่งกันและกัน ป้องกันมิให้เกิดระบอบเผด็จการ ซึ่ง Montesquieu นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ได้เสนอแนวคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ในหนังสือ “The Spirit of Law” ว่า รูปแบบของการใช้อำนาจรัฐที่ดีที่สุด ควรจะเป็นรูปแบบที่มีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ และต้องแยกองค์กรใช้อำนาจเหล่านั้นออกจากกัน โดยเด็ดขาด กล่าวคือ แบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจรัฐเป็น 3 ฝ่าย คือ องค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติ, บริหาร และตุลาการตามลำดับ

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา องค์กรใช้อำนาจรัฐ ประกอบด้วย

ก. องค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative) ได้แก่ รัฐสภา (Congress) ประกอบด้วย 2 สภา คือ²⁹⁷

1. สภาผู้แทนราษฎร (House of Representative) ประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (Representative) จำนวน 435 คน โดยคำนวณจำนวน ส.ส.ตามสัดส่วนของจำนวนประชากร (ส.ส.1 คนต่อประชากร 480,000 คน) ซึ่งได้รับเลือกตั้งมาจากประชาชนของแต่ละมลรัฐโดยตรง มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี คุณสมบัติจะต้องเป็นประชาชนชาวอเมริกามาแล้วไม่น้อยกว่า 7 ปี และมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี และต้องอาศัยอยู่ในมลรัฐที่รับสมัครเลือกตั้ง

2. วุฒิสภา (Senate) ประกอบด้วยสมาชิก 100 คน โดยแต่ละมลรัฐมี ส.ว. 2 คน ได้รับการเลือกตั้งตามระบบการเลือกตั้งของแต่ละมลรัฐ (โดยไม่พิจารณาว่าเป็นรัฐใหญ่หรือเล็ก) มีวาระคราวละ 6 ปี และในทุกๆ 2 ปีจะต้องมีการสับเปลี่ยนจำนวน 1 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมด คุณสมบัติจะต้องเป็นผู้ที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปี เป็นพลเมืองอเมริกามาแล้วไม่ต่ำกว่า 9 ปี และต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในมลรัฐที่ตนเองลงสมัครรับเลือกตั้ง ในที่นี้รัฐธรรมนูญกำหนดให้รองประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาเป็นประธานวุฒิสภาโดยตำแหน่ง แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนน แต่ในกรณีที่คะแนนเสียงของสมาชิกวุฒิสภาเท่ากัน รองประธานาธิบดีจะเป็นผู้ออกเสียงลงคะแนนตัดสินชี้ขาด

²⁹⁶ มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เจงอรรถที่ 280 หน้า 32.

²⁹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์ กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 158 – 161.

รัฐสภาจะมีการประชุม 1 สมัยประชุมต่อปี มีคณะกรรมการ (Committee) ประจำรัฐสภา ซึ่งมีอำนาจสอบสวนและเรียกบุคคลมาให้ถ้อยคำในเรื่องต่างๆ ได้ โดยเปิดให้ประชาชนเข้ารับฟัง ซึ่งรัฐสภาใช้อำนาจดังกล่าวนี้เป็นเครื่องมือในการควบคุมฝ่ายบริหาร รัฐสภามีอำนาจที่สำคัญ คือ การตรากฎหมายและการอนุมัติร่างกฎหมายงบประมาณ ซึ่งกรณีนี้ทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจเท่ากัน แต่สภาผู้แทนราษฎรเท่านั้นที่มีสิทธิเสนอร่างกฎหมายภาษีอากรและอาจกล่าวโดยทั่วไปว่า ร่างกฎหมายส่วนใหญ่มาจากสภาผู้แทนราษฎร ในกรณีที่สภาทั้งสองมีความเห็นขัดแย้งกันเกี่ยวกับร่างกฎหมายใด รัฐสภาจะใช้ระบบการตั้งคณะกรรมการร่วม ซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนจากทั้งสองสภา เพื่อพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวร่วมกัน จากนั้นจึงเสนอให้สภาทั้งสองรับรอง แต่ในกรณีที่คณะกรรมการร่วมทั้ง 2 สภาไม่สามารถตกลงกันได้ จะทำให้ร่างกฎหมายนั้นตกไป รัฐสภาแห่งสหรัฐจะมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารไม่ได้ เนื่องจากมีคำพิพากษาของศาลสูงห้ามไว้ตั้งแต่ ค.ศ. 1937 ซึ่งแตกต่างจากรัฐสภาของอังกฤษและฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดียังมีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทได้

นอกจากที่กล่าวมาแล้ว รัฐสภายังมีอำนาจอื่น ได้แก่

1. อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
2. อำนาจในการเลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี สำหรับกรณีที่ผู้สมัครมีคะแนนเสียงใกล้เคียงกัน โดยสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเลือกประธานาธิบดี และวุฒิสภามีอำนาจเลือกรองประธานาธิบดี แต่ในกรณีที่ตำแหน่งรองประธานาธิบดีว่างลง ให้ประธานาธิบดีเสนอสภาทั้งสอง เพื่อให้เลือกรองประธานาธิบดีคนใหม่ได้ตามข้อเสนอของประธานาธิบดี
3. อำนาจในการควบคุมการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง (ฝ่ายบริหาร)
4. อำนาจในการประกาศสงครามและวุฒิสภามีอำนาจในการรับรองการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของสหพันธ์ตามที่ประธานาธิบดีเสนอ รวมทั้งอำนาจในการให้สัตยาบันสนธิสัญญาซึ่งประธานาธิบดีเป็นผู้เจรจา โดยการลงนามในสนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ได้ ก็ต่อเมื่อได้รับคะแนนเสียงรับรองจากวุฒิสมาชิกจำนวน 2 ใน 3 ของทั้งหมด

ข. องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร (Executive)²⁹⁸ ได้แก่ ประธานาธิบดี (President) ซึ่งได้รับการเลือกตั้งโดยผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทุกคน โดยเป็นการเลือกตั้งโดยอ้อมในทางทฤษฎี แต่เป็นการเลือกตั้งโดยตรงในทางปฏิบัติ ผู้สมัครเป็นประธานาธิบดีโดยต้องมีคุณสมบัติเป็นชาวอเมริกันโดยกำเนิด อายุไม่ต่ำกว่า 35 ปีมีภูมิลำเนาในอเมริกาไม่ต่ำกว่า 14 ปี ประธานาธิบดี

²⁹⁸ ชาลส์ ฮิวส์ แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 298 หน้า 156 – 158.

สถานะเป็นประมุขของรัฐ มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี และอาจได้รับเลือกตั้งใหม่ได้อีกเพียงครั้งเดียว

สหรัฐอเมริกาจะแตกต่างจากประเทศประชาธิปไตยอื่นๆ ประธานาธิบดีได้มาจากการเลือกตั้งจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง (Electoral College) ซึ่งมีจำนวนเท่ากับจำนวนของสมาชิกผู้แทนราษฎรของแต่ละมลรัฐ รวมกับจำนวนวุฒิสมาชิกของแต่ละมลรัฐ (เท่ากับจำนวนสมาชิกของทั้ง 2 สภารวมกัน) ทั่วๆ ที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเหล่านี้เป็นบุคคลที่เป็นคนกลุ่มน้อยในประเทศ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่า คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไม่ไว้วางใจประชาชนซึ่งเป็นคนกลุ่มใหญ่ของประเทศ ด้วยเหตุผลว่า คนเหล่านั้นอาจไม่มีความรู้ความสามารถอย่างเพียงพอที่จะเลือกบุคคลที่ดีและเหมาะสมให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี ด้วยเหตุนี้ คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญ จึงยกหน้าที่การเลือกตั้งประธานาธิบดี ให้แก่คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ทำหน้าที่แทน โดยกำหนดเป็นบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะมั่นใจว่ากลุ่มบุคคลดังกล่าวนี้เป็นบุคคลที่มีความรู้ มีความรับผิดชอบ และสามารถคัดเลือกบุคคลที่เหมาะสมให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีได้ดีที่สุด

ค. องค์การใช้อำนาจอตุลาการ (Judicial)²⁹⁹ ได้แก่ ศาลยุติธรรม (Court) ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี ระบบศาลของสหรัฐอเมริกามี 2 ระบบ คือ

1. ศาลของมลรัฐ (State Court) ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี และลงโทษผู้กระทำความผิดภายในมลรัฐตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายของรัฐบัญญัติไว้
2. ศาลของสหรัฐ (Federal Court) ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาลงโทษผู้ละเมิดรัฐธรรมนูญและกฎหมายของสหรัฐ และมีอำนาจในการพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่รัฐสภาตราออกมานั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตลอดจนมีอำนาจกำหนดข้อความในสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย

ลำดับชั้นมี 3 ระดับ คือ ศาลชั้นต้น, ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา ส่วนของศาลฎีกา (Supreme Court) มีประธานศาลฎีกา 1 คน กับผู้พิพากษาอีก 8 คน เป็นศาลสูงสุด ประธานศาลฎีกาจะได้รับแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยวุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ผู้พิพากษามีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต

จากที่กล่าวมาจะพบว่า ระบบการถ่วงดุลและคานอำนาจ (The Checks and Balance System) ของสหรัฐอเมริกาก็จะปรากฏออกมา ในหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างสถาบันทางการเมืองในรัฐบาลกลาง (operation of Powers) และหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่าง

²⁹⁹ ชาลส์ ฮิวสัน แสงศักดิ์ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 298 หน้า 155 – 156.

รัฐบาลกลางและมลรัฐหรือสหพันธรัฐ (Federation) กล่าวคือ อำนาจถูกแบ่งแยกระหว่างสถาบันทางการเมือง แต่การใช้อำนาจเพื่อทำหน้าที่สถาบันทางการเมืองในระดับรัฐบาลกลาง (สหรัฐ) จะมีการซ้อนทับกันอยู่บ้าง จึงมิใช่เป็นการแบ่งแยกอำนาจออกจากกันอย่างเด็ดขาด ไม่เกี่ยวข้องกัน เพื่อให้เป็นไปตามหลักการถ่วงดุลอำนาจและตรวจสอบซึ่งกันและกัน

ก. การถ่วงดุลระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร เช่น รัฐสภา (นิติบัญญัติ) มีอำนาจให้ความเห็นชอบในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ แต่ประธานาธิบดี (บริหาร) มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติได้ เนื่องจาก แม้ว่ารัฐสภาจะให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายแล้ว แต่จะยังไม่ใช้บังคับเป็นกฎหมาย เนื่องจากต้องได้รับการลงนามจากประธานาธิบดี ดังนั้น ถ้าเป็นกรณีที่ประธานาธิบดีไม่ลงนาม ถือว่า ได้ใช้อำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย (Veto) นั้นแล้ว

ข. การถ่วงดุลอำนาจระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจตุลาการ เช่น ศาลฎีกาในระดับสหรัฐมีอำนาจพิพากษาว่า การใช้อำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายนั้น ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่รัฐสภาจะเป็นผู้ที่มีอำนาจกำหนดว่า เขตอำนาจศาลที่นอกเหนือไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เป็นเขตใดบ้าง

ค. การถ่วงดุลอำนาจระหว่างอำนาจบริหารกับอำนาจตุลาการ เช่น ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งประธานศาลฎีกา แต่ศาลก็มีอำนาจพิพากษาว่า การใช้อำนาจของประธานาธิบดีขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่

นอกจากการถ่วงดุลและการตรวจสอบการใช้อำนาจนั้นมิได้มีแต่เฉพาะแต่การแบ่งแยกอำนาจระหว่างสถาบันทางการเมืองในระดับรัฐบาลกลาง (สหรัฐ) เท่านั้น แต่ในการแบ่งแยกอำนาจระหว่างส่วนกลาง (สหรัฐ) กับรัฐบาลมลรัฐ ก็มีการถ่วงดุลและการตรวจสอบการใช้อำนาจเช่นกันโดยมีการให้อำนาจแก่รัฐบาลกลางเพื่อให้มีความเป็นเอกภาพทั้งประเทศ แต่ในขณะเดียวกันก็ให้อิสระแก่การปกครองในระดับมลรัฐในการปกครองตนเองด้วย³⁰⁰

3. หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (The Protection of The Liberties of Individuals)

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิ (The Bills of Rights) กำหนดรับรองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ที่ประชาชนพึงได้รับการคุ้มครองให้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา, การพิมพ์, การพูด, การเขียน, การสนทนา, สิทธิที่บุคคลทุกคนจะ

³⁰⁰ Jerome A. Barron and C. Thomas Dienes *Constitutional Law in a Nutshell* U.S. : Thompson West 2005 , p2. อังใน มานิตซ์ จุมปาและพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 280 หน้า 32.

ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการ เป็นต้น เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจเข้ามาละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งก็คือ หลักการจำกัดอำนาจรัฐ (Limited Government) นั่นเอง

เกี่ยวกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพนั้น บางประเภทก็ได้บัญญัติไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่แรกเริ่มแล้ว เช่น สิทธิที่จะไม่ถูกใช้บังคับด้วยกฎหมายอาญาย้อนหลัง (ex post facto Laws) ตามมาตรา 1 ข้อ 9 แต่สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองเป็นครั้งที่ยิ่งใหญ่ที่สุดถูกบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตั้งแต่ฉบับที่ 1 ถึง 10 ที่เรียกกันว่า Bills of Rights และโดยสภาพบังคับของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ทำให้สิทธิและเสรีภาพเกือบทั้งหมดที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มีผลผูกพันมตรัฐด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว รัฐธรรมนูญที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ ที่ควรสังเกต ได้แก่

1. รัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยคุ้มครองจากการกระทำของรัฐเท่านั้น แต่ไม่คุ้มครองไปถึงการกระทำของเอกชนด้วยตนเอง ยกเว้นกรณีเดียวคือ กรณีตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 13 ซึ่งเป็นการห้ามเอาคนลงเป็นทาส บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมนี้ใช้บังคับถึงการกระทำของเอกชนด้วย หลักการที่ว่า รัฐธรรมนูญมีผลผูกพันเฉพาะการกระทำของรัฐเท่านั้น เรียกกันว่า “State Action Doctrine”³⁰¹

2. ในระยะเริ่มแรก ภายหลังจากมีการใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ถึง 10 บทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมีผลใช้บังคับแต่เฉพาะการกระทำของรัฐบาลกลางเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันไปถึงระดับมลรัฐหรือระดับท้องถิ่น จนกระทั่งศาลฎีกาได้ตัดสินวางหลักเป็นบรรทัดฐานว่าสิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเกือบทั้งหมด (แต่ไม่ใช่สิทธิและเสรีภาพทุกสิทธิ) มีผลผูกพันในระดับมลรัฐและท้องถิ่น โดยผลของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14³⁰²

4. หลัก Adaptability

เป็นหลักการเกี่ยวกับสิทธิของประชาชนที่แสดงออกมา ในลักษณะของมติมหาชน ซึ่งจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาให้เหมาะสมแก่สภาพความจำเป็น ซึ่งถือได้ว่า คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีความชาญฉลาดคาดการณ์ในอนาคตไว้ล่วงหน้า เนื่องจากเขียนแต่เฉพาะหลักการพื้นฐานซึ่งจำเป็นสำหรับ

³⁰¹ Erwin Chemerinsky Ibid p.7 อ้างใน มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 280 หน้า 33.

³⁰² Ibid p.8 อ้างใน มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 280 หน้า 33।

การปกครองไว้ทำนองนั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญอาจล้าสมัยไม่สอดคล้องกับเหตุการณ์บ้านเมืองที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วตามกาลเวลา ทำให้รัฐสภาสามารถตราหรือแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมได้ในภายหลังตามความจำเป็น

5. หลักสาธารณรัฐ

สหรัฐอเมริกาปกครองตามแบบสาธารณรัฐประชาธิปไตย โดยประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และตั้งคณะรัฐบาลในระดับมลรัฐและท้องถิ่น โดยผลของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14

6. หลักการแบ่งแยกรัฐกับศาสนาออกจากกันอย่างเด็ดขาด

รัฐบาลไม่สามารถตั้งศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นศาสนาประจำชาติได้ และต้องให้เงินอุดหนุนการศาสนาด้วย เนื่องจากต้องการให้ประชาชนมีเสรีภาพในการนับถือศาสนาอย่างเต็มที่

7. หลักความเสมอภาค

ประชาชนทุกคนย่อมมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ไม่มีบุคคลใดเป็นผู้มีอภิสิทธิ์และถือว่าประชาชนทุกคนที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมาย สามารถลงสมัครเข้ารับ การเลือกตั้งเพื่อดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ และสามารถใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนได้

8. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ไม่ว่ากฎหมายใดๆ แม้แต่สนธิสัญญาระหว่างประเทศจะขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญมิได้ ถ้ากฎหมายใดขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมเป็นโมฆะทั้งสิ้น มีอานุภาพบังคับได้เลย

4.3 พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

จากกรณีการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้วมีการลงมติเห็นชอบ ในวันที่ 17 กันยายน ค.ศ. 1789 แล้ว ขั้นตอนต่อไป คือ การส่งร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้แก่มลรัฐต่างๆ เพื่อพิจารณาให้สัตยาบัน ปรากฏว่าในขั้นตอนนี้ ได้ทำให้บรรดามลรัฐต่างๆ มีความเห็นแตกต่างกันแยกออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่

1. กลุ่ม Federalists (Nationalists) กลุ่มนี้มีความเห็นว่า ควรให้การสนับสนุนให้รัฐบาลกลาง (Federal Government) มีอำนาจเข้มแข็ง เพื่อให้สามารถบริหารจัดการปกครองประเทศได้โดยสะดวกและมีประสิทธิภาพ

2. กลุ่ม Anti-Federalists กลุ่มนี้มีความเห็นคัดค้านการให้รัฐบาลกลางมีอำนาจเข้มแข็ง โดยเห็นว่า อำนาจเหล่านั้นควรเป็นของมลรัฐ นอกจากนี้แล้ว การให้อำนาจแก่รัฐบาลกลางเป็นจำนวนมากยังขัดต่อเจตจำนงของการปฏิวัติอเมริกา และได้ยกเหตุผลสำคัญที่คัดค้านอีก

ประการหนึ่งว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ไม่มีบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเลย ซึ่งไม่เป็นไปตามคำประกาศอิสรภาพ (Declaration of Dependence) ของสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 แต่อย่างไร

ด้วยเหตุผลเช่นนี้ ทำให้กระบวนการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมในแต่ละมลรัฐมีความยากง่ายแตกต่างกันไปตามความคิดเห็นที่เกิดขึ้นในแต่ละมลรัฐ จึงทำให้การให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญในแต่ละมลรัฐเร็วบ้าง ช้าบ้าง แต่ในที่สุดแล้ว แต่ละมลรัฐก็ต่างทยอยให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญนี้ ยกเว้นแต่มลรัฐ Rhode Island³⁰³

จากข้อโต้แย้งประการสำคัญของกลุ่ม Anti-Federalists ที่คัดค้านร่างรัฐธรรมนูญว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมนี้ ไม่มีบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงทำให้ขั้นตอนในระหว่างการดำเนินการให้แต่ละมลรัฐให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญนี้หลายๆ มลรัฐได้เรียกร้องให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทำให้ในที่สุดแล้วภายหลังจากที่มีการจัดตั้งรัฐสภาที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐสภาจึงได้มีการพิจารณาร่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดย เจมส์ เมดิสัน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้นเป็นผู้เสนอร่าง โดยมีการเสนอร่างแยกเป็น 17 ฉบับเพื่อทำให้เกิดความสะดวกและง่ายต่อการพิจารณา เนื่องจากถ้าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับใดไม่ได้รับความเห็นชอบในขั้นตอนใดๆ ก็ตาม ก็มีผลให้ตกไปแต่เฉพาะร่างฉบับนั้น ซึ่งทางสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบครบทั้ง 17 ฉบับ และเมื่อถึงขั้นการพิจารณาโดยวุฒิสภา วุฒิสภาให้ความเห็นชอบเพียง 12 ฉบับ และเมื่อนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 12 ฉบับไปขอความเห็นชอบจากมลรัฐทั้งหลาย ปรากฏว่า มลรัฐทั้งหลายให้ความเห็นชอบทั้งสิ้น 10 ฉบับ จึงกลายเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ถึง 10 ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนามของ “Bills of Rights” ซึ่งหมายถึงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั่นเอง ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมใช้เวลาดำเนินการจนแล้วเสร็จใน ค.ศ. 1991

หลังจากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพจนแล้วเสร็จใน ค.ศ. 1991 แล้ว ต่อมาจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีก 17 ครั้ง โดยสรุปเหตุผลในการขอแก้ไขเพิ่มเติมแยกเป็น 4 กรณี คือ

1. การแก้ไขเพิ่มเติมในสิ่งที่เห็นว่าเป็นข้อบกพร่องในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ
2. การแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อแก้ไขแนวคำตัดสินคดีของศาลฎีกา
3. การแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับทัศนคติของบุคคลในสังคมที่เปลี่ยนไป
4. การแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

³⁰³ มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 280 หน้า 29.

ซึ่งในที่นี้ ผู้เขียนจะขอก้าวถึงแต่เฉพาะส่วนที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น

1. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขแนวคำตัดสินของศาลฎีกา

แม้ว่า โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจออกไปโดยจะแบ่งแยกอำนาจรัฐให้แก่องค์กร ทั้ง 3 องค์กรหลักเป็นผู้ใช้อำนาจออกไปโดยในลักษณะของการคานและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีรัฐสภา ประธานาธิบดีและศาล เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ในลักษณะการคานและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันอยู่ตลอดเวลา ดังนั้น ในกรณีที่ศาลฎีกาได้ใช้อำนาจตุลาการไปตัดสินพิพากษาคดีความ โดยอาศัยการตีความรัฐธรรมนูญจนกลายเป็น การวางบรรทัดฐานในคดีในลักษณะนั้นๆ ไปแล้ว เป็นผลให้คดีที่มีลักษณะประเภทที่มีข้อเท็จจริง ในคดีเป็นอย่างเดียวกัน ศาลในคดีหลังๆ ก็มักต้องตัดสินคดีโดยเดินตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้วางบรรทัดฐานไว้ก่อนหน้านั้นแล้ว ย่อมไม่อาจโต้แย้งคัดค้านคดีที่ได้ตัดสินพิพากษาไปแล้ว ได้อีก แต่ในกรณีที่ฝ่ายอื่นๆ หรืออำนาจอื่นๆ มีความเห็นแย้งหรือไม่เห็นด้วยกับการตีความเช่นนั้น ซึ่งสำหรับคดีที่ตัดสินไปแล้ว ไม่อาจทำอะไรได้หรือเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษาได้เลย แต่ฝ่าย ที่ไม่เห็นด้วย ก็ยังสามารถดำเนินการต่างๆ เพื่อขอให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญ ที่เป็นปัญหาเช่นนั้น เพื่อให้มีโอกาสที่จะกลับแนวการตีความของศาลฎีกาในเรื่องหรือประเด็นที่มี ปัญหานั้นๆ โดยเมื่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีผลบังคับใช้เมื่อใด ย่อมทำให้เกิดผลต่อการตีความ ในอนาคตนับตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นไป

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหมด 4 ครั้ง ได้ ดำเนินการเพื่อแก้ไขแนวคำตัดสินคดีของศาลฎีกา ได้แก่³⁰⁴

1. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 11 แก้ไขแนวคำตัดสินคดี Chisholm V. Georgia 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793) โดยมีบทบัญญัติที่ห้ามพลเมืองของมลรัฐอื่นๆ หรือชาวต่างชาติยื่นฟ้อง มลรัฐเป็นจำเลยต่อศาลระดับสหรัฐ

2. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ข้อ 1 แก้ไขแนวคำตัดสินคดี Dred Scott V. Sandford , 60 U.S. (19 Haw.) 393 (1856) โดยมีบทบัญญัติที่ชัดเจนว่าทาสเป็นบุคคลและคนที่ เกิดโดยสายโลหิตหรือคนที่เกิดในสหรัฐอเมริกา ถือว่าเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา

3. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 16 แก้ไขแนวคำตัดสินในคดี Pollock V. Farmers Loan & Trust Co., 157 .S. 429 (1895) โดยมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่รัฐสภาในการออก กฎหมายเก็บภาษีเงินได้สำหรับบุคคลธรรมดาได้

³⁰⁴ มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 280 หน้า 120.

4. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 26 แก้ไขแนวคำตัดสินในคดี Oregon V. Mitchell , 400 U.S. 112 (1970) โดยมีบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง³⁰⁵

2. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สอดคล้องกับทัศนคติของบุคคลในสังคมที่เปลี่ยนไป

กฎหมายเกิดขึ้นจากมติมหาชนในแต่ละสังคม ถือเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้อยู่กับบุคคลในแต่ละสังคม ดังนั้นในกรณีที่ทัศนคติของบุคคลในสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป ย่อมมีหนทางหรือวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญเองก็ไม่มี ความแตกต่างจากกฎหมายอื่นใด เมื่อบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเรื่องใดๆ ในสังคมที่มติมหาชนหรือทัศนคติของคนในสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป อาจมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นๆ ให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมได้ กรณีเช่นนี้ยังผลให้รัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่กับอยู่ทันสมัยอยู่ตลอดเวลา เช่น

1. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 13 ซึ่งได้รับสัตยาบันใน ค.ศ. 1865 หลังจากที่เกิดสงครามกลางเมือง (Civil War ใน ค.ศ. 1861 – 1865 ระหว่างฝ่ายเหนือกับฝ่ายใต้) ในประเด็นเกี่ยวกับการเลิกทาส โดยฝ่ายเหนือเห็นควรให้เลิกทาส ในขณะที่ฝ่ายใต้เห็นควรให้มีทาส เมื่อฝ่ายเหนือชนะสงคราม ส่งผลให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญห้ามการมีทาส เพราะผลจากสงครามที่ฝ่ายเหนือชนะ แสดงให้เห็นถึงทัศนคติของคนในสังคมที่ต่อต้านระบบทาส

2. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ซึ่งได้รับสัตยาบันใน ค.ศ. 1868 แก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้มีการปกป้องสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะทาสที่ได้รับอิสระ รัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมกำหนดให้มลรัฐต้องเคารพหลักความเสมอภาคของบุคคล มลรัฐไม่อาจปฏิเสธความเสมอภาคของบุคคลในทางกฎหมาย สิทธิ เสรีภาพ ทรัพย์สิน โดยปราศจากวิถีทางที่ถูกต้องของกฎหมาย อีกทั้งกำหนดว่า สิทธิในการเลือกตั้ง จะไม่ถูกปฏิเสธเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติหรือเงื่อนไขอื่นใดที่เคยกำหนดไว้ก่อนหน้านี้

3. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

³⁰⁵ มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เห็นว่า ในประเทศไทยนั้น ยังไม่เคยปรากฏว่ามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงแนวคำตัดสินของศาลเลย อาจเป็นเพราะรัฐธรรมนูญของไทยมีอายุการใช้อยู่กับมานานัก แทนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนแปลงแนวคำตัดสินของศาล ประเทศไทยใช้วิธีการการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ แก้ไขในประเด็นในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของศาล อ้างใน มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 280 หน้า 120.

แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดหลักการเกี่ยวกับการเลือกตั้งในระดับสหรัฐ ไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่หลังจากที่มีการใช้รัฐธรรมนูญไปช่วงเวลาหนึ่ง พบว่าบางหลักเกณฑ์ก็ไม่เหมาะสม จึงมีการแก้ไข ตลอดจนได้มีการแก้ไขเพื่อให้ความเสมอภาคแก่นักคิดในการเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง โดยมีการแก้ไขดังนี้

1. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 17 ซึ่งได้รับสัตยาบันใน ค.ศ. 1913 แก้ไขให้วุฒิสมาชิกมาจากการเลือกตั้งของประชาชน (Popular Election of Senators)

2. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 19 ซึ่งได้รับสัตยาบันใน ค.ศ. 1920 กำหนดสิทธิของพลเมืองในการเลือกตั้ง โดยห้ามไม่ให้มีการปฏิเสธสิทธินี้ด้วยเหตุแห่งเพศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ให้สิทธิผู้หญิงในการลงคะแนนเลือกตั้งทั้งในการเลือกตั้งระดับมลรัฐและสหรัฐ

3. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 22 ซึ่งได้รับสัตยาบันใน ค.ศ. 1951 กำหนดให้ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งได้ไม่เกินสองวาระ ซึ่งเป็นการแก้ไขอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่ประธานาธิบดี Franklin Roosevelt เป็นประธานาธิบดีถึง 4 วาระ ซึ่งถือว่าเป็นเพียงประธานาธิบดีเพียงคนเดียวในประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกาที่ดำรงตำแหน่งเกิน 2 วาระ

4. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 23 ซึ่งได้รับสัตยาบันใน ค.ศ. 1961 ให้สิทธิแก่ District of Columbia เมืองหลวงของประเทศสหรัฐอเมริกาเสมือนเป็นอีกมลรัฐหนึ่ง (ทั้งที่ไม่ได้เป็นมลรัฐ) เพื่อวัตถุประสงค์ในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้แทนรัฐให้ไปเลือกประธานาธิบดี (Electoral College)

5. รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 24 ซึ่งได้รับสัตยาบันใน ค.ศ. 1964 แก้ไขโดยการกำหนดคุ้มครองสิทธิในการเลือกตั้งทั้งในระดับมลรัฐและสหรัฐอเมริกาว่า จะไม่ถูกปฏิเสธเพราะเหตุแห่งการไม่จ่ายภาษีให้แก่รัฐ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 27 ครั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมที่ถือว่ามีผลสำคัญที่สุด ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ถึง 10 ที่เรียกกันว่า “Bills of Rights” เนื่องจาก เป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ที่ กำหนดให้สิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญต้องได้รับการเคารพแม้ในระดับมลรัฐ

4.4 กฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Bills of Rights)

กฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Bills of Rights) ได้แก่ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ถึง 10 เป็นกฎหมายที่ได้รับการเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมทันทีหลังจากมลรัฐต่างๆ ได้ให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา เพื่อให้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นมีผลใช้บังคับได้

ในส่วนนี้จะพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในการแก้ไขเพิ่มเติม ดังต่อไปนี้

4.4.1 ความหมายของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ตามทัศนะของสหรัฐอเมริกา

เป็นการยากลำบากในความพยายามที่จะให้ความหมายของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากลักษณะของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกานั้น มีลักษณะเฉพาะตัวอันเป็นเอกลักษณ์ที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอื่นๆ ที่เกิดขึ้นในภายหลัง เพราะว่า สิทธิและเสรีภาพมิได้ถูกตราขึ้นมาตั้งแต่ต้นพร้อมๆ กับบทบัญญัติในส่วนที่เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีเพียง 7 มาตรา แต่สิทธิและเสรีภาพที่สำคัญตามรัฐธรรมนูญของประชาชนซึ่งปรากฏในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ที่เกิดขึ้นหลังจากที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแรกประกาศใช้ได้ไม่นาน นับตั้งแต่ฉบับที่ 1 – 10 (Bill of Rights) ต่อมาหลังจากนั้นก็มีการบัญญัติเพิ่มเติมสิทธิเสรีภาพอื่นๆ ต่อมาหลังจากเวลานั้น

สาเหตุสำคัญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เกิดขึ้นจากการคัดค้านรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกิดขึ้นในระยะแรกส่วนใหญ่ผู้แทนของมลรัฐที่คัดค้านว่า ควรต้องมีการระบุสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนไว้ให้ชัดเจน มากกว่าที่จะคัดค้านว่าไม่เห็นด้วยที่จะเสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่รัฐบาลกลาง เช่น จอร์จ เมสัน เมื่อครั้งที่เป็นผู้แทนมลรัฐเวอร์จิเนียในการประชุมร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นผู้ร่างคำประกาศสิทธิแห่งเวอร์จิเนีย ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกเริ่มของกฎหมายสิทธิของพลเมือง ปฏิเสธที่จะลงนามในรัฐธรรมนูญ เพราะเห็นว่า สิทธิส่วนบุคคลไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร ซึ่งเกือบจะทำให้มลรัฐเวอร์จิเนียไม่ยอมให้สัตยาบัน ในขณะที่มลรัฐแมสซาชูเซตส์ กำหนดเงื่อนไขในการให้สัตยาบันของมลรัฐว่า ต้องเพิ่มเติมการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งเมื่อเปิดประชุมสมัยแรก สภาองเกรสมีความเห็นเกือบเอกฉันท์ว่า สมควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ³⁰⁶

อย่างไรก็ตาม การเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพนี้มีข้อสังเกตในทางประวัติศาสตร์ว่า เป็นผลจากการโต้เถียงกัน ตั้งแต่สมัยที่มีการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งฝ่าย Anti – Federalist เห็นว่า ควรบรรจุบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ฝ่าย Federalist เห็นว่า ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติเรื่องสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่า นอกจากความพยายามที่จะไปลดทอนอำนาจของรัฐบาลกลาง แต่ไปเพิ่มอำนาจให้แก่มลรัฐต่างๆ นอกจากนี้ยังให้เหตุผลอีกประการหนึ่งว่า การบัญญัติเรื่องสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น โดยอ้างเหตุผลว่า ประการแรก การบัญญัติเรื่องสิทธิเสรีภาพเป็นไปได้

³⁰⁶ ประเสริฐ สุขสบาย. (2554). รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา วารสารกฎหมายปกครอง 24 , 1 (มกราคม – เมษายน) : 77 – 99 หน้า 83.

อย่างมาก คือ การห้ามหรือการตรวจสอบอำนาจของรัฐบาลที่ปรากฏออกมาในกระดาษเท่านั้น ซึ่งไม่เคยประสบความสำเร็จได้จริง ทั้งๆ ที่มลรัฐต่างๆ ก็เคยละเมิดสิทธิเสรีภาพเช่นนี้มาแล้วในอดีต ประการที่สอง กรณีที่มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพ ศาลที่มีอยู่สามารถทำหน้าที่คุ้มครองรักษาสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายที่มีมาตามขนบธรรมเนียมประเพณีดั้งเดิม รวมถึงการพิจารณาจำกัดเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้อยู่แล้ว ไม่ว่าจะมิบบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ก็ตาม ประการที่สาม กรณีการอ้างกฎบัตรว่าด้วยสิทธิของอังกฤษนั้น ไม่อาจนำกรณีของอังกฤษมาเปรียบเทียบกับกรณีของสหรัฐอเมริกาได้ เนื่องจากอังกฤษมีสถาบันกษัตริย์และสภาขุนนางซึ่งย่อมมีอำนาจและผลประโยชน์แตกต่างจากประชาชนเป็นอย่างมาก และในกรณีเช่นนั้น กฎบัตรว่าด้วยสิทธิของชาวอังกฤษมีขึ้นก็เพื่อจำกัดพระราชอำนาจพิเศษของพระมหากษัตริย์ (หมายความว่า นอกเหนือจากข้อห้ามที่ปรากฏในกฎบัตรนั้นพระมหากษัตริย์ของอังกฤษย่อมมีพระราชอำนาจสมบูรณ์ที่จะทำทุกอย่างตามที่ทรงต้องการได้) ในขณะที่กรณีของสหรัฐอเมริกานั้น แท้ที่จริงแล้วตัวรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ี่เองที่เป็นตัวประกันสิทธิและเสรีภาพ และประการสุดท้าย ซึ่งเป็นเหตุผลที่มีความสำคัญมากที่สุด กล่าวคือ ในที่ประชุมของรัฐเพนซิลเวเนีย วิลสัน ได้อธิบายถึงเหตุผลที่มิได้มีการบัญญัติคำประกาศว่าด้วยสิทธิของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ หากแต่กลับนำคำประกาศดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่างๆ ว่า รัฐธรรมนูญของมลรัฐต่างๆ และรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งกำลังพิจารณากันนั้น มีข้อแตกต่างประการสำคัญอยู่ที่ เมื่อประชาชนจัดตั้งรัฐบาลแห่งรัฐขึ้นใน ค.ศ.1776 นั้น พวกเขาได้มอบอำนาจทั้งปวงโดยมิได้มีการสงวนไว้อย่างชัดเจนให้แก่ผู้แทนของพวกเขาจนหมดแล้ว และคำสงวนต่างๆ ปรากฏออกมาในรูปของคำแถลงหรือกฎบัตรว่าด้วยสิทธิของประชาชน แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้ การมอบอำนาจให้แก่รัฐบาลมีลักษณะจำกัดอย่างเห็นได้ชัด ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมิบบทบัญญัติดังกล่าวอีกในท้ายที่สุดแล้ว แม้พวกFederalist จะไม่เห็นด้วยในการเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ แต่เนื่องจากกระบวนการในการให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญจากมลรัฐต่างๆ มีความสำคัญมาก จึงเกิดการประนีประนอมยอมกัน โดยขอให้มีการให้สัตยาบันก่อน แล้วจึงไปพิจารณาเพิ่มเติมเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญในภายหลัง³⁰⁷

จึงอาจกล่าวได้ว่า เป็นความยากลำบากในการกล่าวหรืออธิบายความหมายของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ในที่ศนะของสหรัฐอเมริกา โดยจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของมลรัฐและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ต่างก็มีการบัญญัติสิทธิและเสรีภาพที่แตกต่างกันออกไปตามบริบทของรัฐและของประเทศ ดังนั้น ความหมายของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” คงจะถือได้เพียงตาม

³⁰⁷ ประเสริฐ สุขสบาย เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 307 หน้า 83 – 85.

ความหมายโดยทั่วไปของนักวิชาการทางด้านกฎหมาย ซึ่งยึดถือตามความหมายของค้ายเสรีประชาธิปไตย

4.4.2 ขอบเขตของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา พบว่า มีการกำหนดสิทธิและเสรีภาพไว้เกือบครอบคลุมทุกด้าน ทั้งนี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ หลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกใน ค.ศ. 1787 ตามการเปลี่ยนแปลงของสังคมรัฐ ตลอดจนเงื่อนไขในการรวมตัวกันเป็นรัฐตามช่วงระยะเวลาในแต่ละช่วง เพื่อให้เห็นพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้ชัดเจน อาจแบ่งโครงสร้างของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

1) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ปรากฏตั้งแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาตั้งเดิม (ครั้งแรก) ใน ค.ศ. 1787

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาทั้งเดิม มี 7 มาตรา จะกล่าวถึงพอเป็นสังเขป ได้แก่

- มาตรา 1 ข้อ 1 บัญญัติกำหนดโครงสร้างและหน้าที่ของสภาองเกรส โดยให้ทำหน้าที่ทางนิติบัญญัติ ประกอบด้วยสภาสูง (Senate) และสภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives)

ข้อ 2 – 7 บัญญัติกำหนดจำนวนผู้แทนในแต่ละสภา คุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นผู้แทนได้ การเลือกสมาชิกสภาองเกรส กระบวนการในการตรารัฐธรรมนูญ วิธีพิจารณาถอดถอนเจ้าหน้าที่ของรัฐให้พ้นจากตำแหน่ง (Impeachment)

ข้อ 8 บัญญัติกำหนดอำนาจหน้าที่ของสภาองเกรสในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจการภายในและภายนอกประเทศ

ข้อ 9-10 บัญญัติกำหนดบทจำกัดอำนาจบางประการของสภาองเกรสและมลรัฐต่างๆ

- มาตรา 2 ข้อ 1-4 บัญญัติการจัดตั้งองค์กรฝ่ายบริหาร กำหนดอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยให้เป็นอำนาจของประธานาธิบดี การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี วิธีการเลือกตั้ง การสาบานตนเข้ารับตำแหน่ง วิธีการและข้อกำหนดเป็นมูลฐานที่จะทำให้ประธานาธิบดีพ้นจากตำแหน่ง

- มาตรา 3 ข้อ 1 บัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจตุลาการให้แก่ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาและศาลชั้นรองอื่นๆ ตามที่สภาองเกรสเห็นควรให้จัดตั้งขึ้น

ข้อ 2 บัญญัติถึงอำนาจของฝ่ายตุลาการ ขอบเขตอำนาจของศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และการฎีกาของศาลสูง

- มาตรา 5 บัญญัติหลักเกณฑ์ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญและวิธีการดำเนินการเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2) บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (Amendment)

นับแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา เป็นครั้งแรกใน ค.ศ.1787 จนถึงปัจจุบัน มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้มีการให้สัตยาบันไปทั้งหมด 27 ครั้ง (ข้อเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตลอดเวลากว่า 200 ปีที่ผ่านมา มีทั้งหมดมากกว่า 100 ครั้ง แต่ประสบความสำเร็จและได้รับการรับรองมีเพียง 27 ครั้ง)³⁰⁸ การแก้ไขครั้งสำคัญที่สุดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 – 10 ซึ่งเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ที่เรียกว่า Bill of Rights ซึ่งได้รับสัตยาบันวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1791 ในที่นี้จะกล่าวถึงแต่เฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพเท่านั้น ซึ่งมีสาระสำคัญ สรุปได้ดังนี้

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการรับรองสิทธิในการนับถือศาสนา การพูด การพิมพ์ การโฆษณา การชุมนุมร่วมกัน โดยสงบและการยื่นเรื่องราวร้องทุกข์ต่อรัฐบาล

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของประชาชนในการมีและถือศาสตราวุธ ซึ่งจะถูกขัดขวางมิได้

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 3 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในเคหสถาน ซึ่งทหารจะเข้าไปพักอาศัยในบ้านใด เพื่อใช้เป็นที่พักของทหาร โดยที่เจ้าของบ้านไม่ยินยอม ไม่ได้

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่จะได้รับความปลอดภัยทางร่างกาย สิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สิน เคหสถาน ซึ่งไม่อาจถูกค้นหรือยึดโดยมิมีเหตุอันสมควรมิได้

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีด้วยคณะลูกขุน สิทธิและเสรีภาพที่จะได้รับการคุ้มครองจากการลงโทษซ้ำในความผิดเดียวกันจากรัฐมิได้ และสิทธิในการไม่ถูกบังคับให้กลับคำให้การของตนเองในคดีอาญา

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็วและเปิดเผย

³⁰⁸ ประเสริฐ สุขสบาย เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 307 หน้า 79.

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 7 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีจากลูกขุนในคดีแพ่ง คือ คดีที่ฟ้องร้องตามกฎหมาย Common Law ซึ่งมีมูลค่าเกินกว่า 20 ดอลลาร์ ซึ่งข้อเท็จจริงคดีที่ได้รับการพิจารณาแล้ว ศาลแพ่งของสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาเป็นอย่างอื่นมิได้

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 8 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการประกันตัว การปรับและการลงโทษ ซึ่งได้แก่ การกำหนดจำนวนเงินหรือหลักทรัพย์ในการประกันตัวไม่เกินความจำเป็น การไม่ถูกบังคับให้ต้องจ่ายค่าปรับเกินสมควรให้แก่รัฐในคดีอาญา และห้ามการลงโทษที่โหดร้าย ทารุณหรือผิดปกติวิสัย

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 9 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิซึ่งสงวนไว้โดยประชาชน ซึ่งจะตีความรัฐธรรมนูญไปในทางปฏิเสธหรือจำกัดหรือลดรอนสิทธิของประชาชนไม่ได้ ตลอดจนการละเมิดมิได้ในสิทธิความเป็นส่วนตัว

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 10 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจซึ่งสงวนไว้โดยมลรัฐและประชาชน ซึ่งเป็นอำนาจซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้เป็นอำนาจของสหรัฐ หากแต่กำหนดให้เป็นอำนาจของมลรัฐและของประชาชน

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 13 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ตลอดจนหลักประกันการไม่เป็นทาสโดยไม่สมัครใจ (แก้ไขเพิ่มเติมสำเร็จใน ค.ศ. 1865)

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการปกป้องสิทธิของพลเมือง โดยเป็นสิทธิในการคุ้มครองประชาชนชาวสหรัฐอเมริกาว่า มลรัฐไม่อาจตรากฎใดๆ ที่เป็นการตัดทอนเอกสิทธิหรือความคุ้มกันของประชาชนที่กำหนดไว้โดยสหรัฐมิได้ (แก้ไขเพิ่มเติมสำเร็จใน ค.ศ. 1868)

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 15 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งของพลเมืองสหรัฐอเมริกาอันเกี่ยวกับเชื้อชาติ สีผิวหรือความเคยเป็นทาสมาก่อน ย่อมไม่อาจถูกกละเมิดโดยมลรัฐ (แก้ไขเพิ่มเติมสำเร็จ ใน ค.ศ. 1870)

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 19 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการเลือกตั้งของสตรีชาวสหรัฐอเมริกาโดยเสมอภาค ซึ่งห้ามมิให้มลรัฐกีดกันทางเพศ (แก้ไขเพิ่มเติมสำเร็จใน ค.ศ. 1920)

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 20 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนชาวสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีได้ชำระภาษี ซึ่งไม่อาจถูกกีดกันหรือขัดขวางโดยมลรัฐมิได้ (แก้ไขเพิ่มเติมสำเร็จใน ค.ศ. 1933)

- การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 21 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งแก่ประชาชนชาวสหรัฐอเมริกาที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป (แก้ไขเพิ่มเติมสำเร็จใน ค.ศ. 1971)

จากสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อาจแยกออกเป็น 4 หมวด ดังนี้

1. หมวดว่าด้วยหลักสิทธิมนุษยชน (สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงมี)

บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีการกำหนดไว้ในหลายมาตราและมีการบัญญัติไว้หลายเรื่อง ดังนี้

ก. การห้ามมีทาสโดยไม่สมัครใจ

การมีทาสหรือไม่นั้น เป็นประเด็นทางการเมืองที่ได้รับการโต้เถียงกันอย่างรุนแรงที่สุดเรื่องหนึ่งในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ระหว่างฝ่ายเหนือซึ่งต้องการให้เลิกทาส กับฝ่ายใต้ซึ่งยอมให้มีทาสได้ จนนำไปสู่การเกิดสงครามกลางเมืองในสหรัฐอเมริกาและสิ้นสุดลงด้วยการพ่ายแพ้สงครามของฝ่ายใต้ ซึ่งเป็นเหตุที่นำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 13 ซึ่งกำหนดว่า

“ข้อ 1 การมีทาสหรือข้าช่งใช้ โดยไม่สมัครใจ จะเกิดขึ้นในสหรัฐหรือดินแดนส่วนใดที่อยู่ในเขตอำนาจของสหรัฐไม่ได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นการลงโทษตามกระบิลเมืองแก่ผู้กระทำผิดทางอาญา

ข้อ 2 ให้รัฐสภามีอำนาจที่จะบังคับใช้มาตรานี้ โดยการออกกฎหมายที่เหมาะสม”³⁰⁹

ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญห้ามมีทาสโดยไม่สมัครใจ และประกันการไม่มีทาสไว้ในประเทศและดินแดนที่สหรัฐมีอำนาจเหนือดินแดนนั้นด้วย

ข. การแสดงออกซึ่งความคิดเห็น ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดๆ

สิทธิและเสรีภาพในเรื่องการแสดงความคิดเห็นได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 หมวดแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีใจความสำคัญว่า รัฐสภาจะตรากฎหมายที่จำกัดหรือตัดทอนสิทธิในการพูดหรือการพิมพ์ การโฆษณา หรือสิทธิของประชาชนที่จะร่วมกันชุมนุมโดยสงบและสิทธิที่จะยื่นเรื่องราวร้องทุกข์ต่อรัฐบาลมิได้

³⁰⁹ ประเสริฐ สุขสบาย เรื่องเดียวกัน เชิงบรรณที่ 307 หน้า 88 – 89.

ค. สิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สิน

รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรับรองและประกันสิทธิในทรัพย์สิน ของประชาชนชาวสหรัฐอเมริกาไว้หลายมาตรา ดังนี้

(ก) มาตรา 3 กำหนดว่าในยามสงบ ทหารจะเข้าไปอาศัยอยู่ในเคหสถานหรือบ้านเรือนของประชาชนไม่ได้ ในทุกกรณี เว้นแต่เจ้าของบ้านหรือเคหสถานยินยอม และในยามสงคราม ทหารก็ไม่สามารถเข้าไปอยู่ในเคหสถานหรือบ้านของประชาชนเช่นเดียวกัน ยกเว้นแต่จะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะต้องการให้ประชาชนได้รับความปลอดภัยจากการถูกคุกคามของทหาร ตลอดจนได้รับความปลอดภัยในทรัพย์สินต่างๆ ของตน เช่น ทรัพย์สินในเคหสถานหรือเคหสถานนั่นเอง ซึ่งเป็นสมบัติส่วนตัวของประชาชน ซึ่งรัฐมิอาจละเมิดได้

(ข) มาตรา 4 กำหนดให้ประชาชนมีสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยในทางร่างกาย เคหสถาน เอกสารและทรัพย์สินอื่นใดของตน โดยได้รับการคุ้มครองจากรัฐ รวมไปถึงการไม่ถูกละเมิดโดยการถูกตรวจค้นหรือยึด โดยไม่มีเหตุอันควร การออกหมายเพื่อการค้นหรือยึด ไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่จะมีเหตุอันควร ซึ่งต้องระบุชื่อบุคคลหรือสถานที่ที่จะต้องค้นหรือจับกุมหรือสิ่งที่จะต้องยึดไว้ในหมายด้วย

(ค) มาตรา 5 กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน ดังนั้น รัฐจะนำทรัพย์สินของเอกชนไปใช้ประโยชน์โดยไม่ให้ผลประโยชน์ตอบแทนหรือให้ผลประโยชน์ตอบแทนอย่างไม่ยุติธรรม หรือเอาเปรียบเจ้าของทรัพย์สินไม่ได้

ง. การไม่กีดกันเชื้อชาติและสีผิว

มาตรา 15 ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 15 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าชาวอเมริกาทุกคนมีสิทธิทางการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น สิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งย่อมไม่ถูกกีดกันด้วยเหตุความแตกต่างของเชื้อชาติและสีผิว

จ. เสรีภาพในการนับถือศาสนา

ชาวอเมริกาทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนาอย่างเสรี ใน 2 ประการ คือ ประการแรก ประชาชนนั้นมีเสรีภาพในการนับถือศาสนาต่างๆ ประการที่สอง รัฐจะใช้ข้ออ้างเรื่องศาสนา จำกัดหรือตัดทอนหรือกีดกันสิทธิต่างๆ ซึ่งประชาชนชาวอเมริกาจะได้รับมิได้เลย เสรีภาพในการนับถือศาสนาอันได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 1 หมวดแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทำให้รัฐบาลทั้งในระดับสหรัฐหรือมลรัฐ ไม่อาจบังคับ ตัดทอน จำกัดหรือกีดกันสิทธิใดๆ อันเกิดแต่เหตุการณ์นับถือศาสนาที่แตกต่างกันมิได้

ฉ. หลักประกันสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมลรัฐ ไม่อาจละเมิดได้

หลักประกันสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริการับรองให้แก่ประชาชนชาวอเมริกันนั้น ปรากฏในมาตรา 14 ข้อ 1 ของรัฐธรรมนูญ จึงมีผลให้ มลรัฐใดๆ มีอาชติรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สินของบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกระบวนการแห่งความเป็นธรรมตามที่กฎหมายกำหนด หรือจะปฏิเสธมิให้บุคคลใด ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจ ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยไม่เท่าเทียมกันไม่ได้ ซึ่งหมายความรวมถึงบุคคลทุกคนที่เป็นชาวสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะได้รับสัญชาติโดยการเกิดหรือได้รับมาจากการแปลงสัญชาติก็ตาม

2. หมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในทางการเมือง

เสรีภาพในทางการเมืองของชาวอเมริกาซึ่งกำหนดในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้น มีพัฒนาการโดยมีการขยายสิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง รวม 4 ครั้ง ดังนี้

ก. การขยายสิทธิเลือกตั้งครั้งที่ 1 ค.ศ. 1870

เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 15 โดยกำหนดเป็นบทบังคับมิให้รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาและรัฐบาลของมลรัฐแต่ละมลรัฐ ห้ามปฏิเสธ จำกัดหรือตัดทอนสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งของชาวสหรัฐอเมริกา โดยอาศัยเหตุผลทางเชื้อชาติ สีผิวหรือความที่เคยเป็นทาสมาก่อน

ข. การขยายสิทธิเลือกตั้งครั้งที่ 2 ค.ศ. 1920

เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 19 โดยกำหนดเป็นบทบังคับมิให้รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาและรัฐบาลของมลรัฐแต่ละมลรัฐ ห้ามปฏิเสธ จำกัดหรือตัดทอนสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งของชาวสหรัฐอเมริกา โดยอาศัยเหตุผลความแตกต่างเรื่องเพศ

ค. การขยายสิทธิเลือกตั้งครั้งที่ 3 ค.ศ. 1964

เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 24 โดยกำหนดเป็นบทบังคับมิให้รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาและรัฐบาลของมลรัฐแต่ละมลรัฐ ห้ามปฏิเสธ จำกัดหรือตัดทอนสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งขั้นต้นสำหรับการเลือกตั้งระดับชาติ (ประธานาธิบดี, รองประธานาธิบดี, สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร) ของชาวสหรัฐอเมริกา โดยอาศัยเหตุที่ประชาชนขาดการชำระภาษีเลือกตั้งหรือภาษีอื่นๆ

ง. การขยายสิทธิเลือกตั้งครั้งที่ 4 ค.ศ. 1971

เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 26 โดยกำหนดเป็นบทบังคับมิให้รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาและรัฐบาลของมลรัฐแต่ละมลรัฐ ห้ามปฏิเสธ จำกัดหรือตัดทอนสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนชาวสหรัฐอเมริกามีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป

นอกจากนี้แล้ว ยังมีการรับรองสิทธิทางการเมืองอื่นๆ ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาด้วย เช่น สิทธิในการชุมนุมเรียกร้องอย่างสงบ เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

3. หมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพทางกระบวนการยุติธรรมและการศาล
สิทธิในหมวดนี้ มีหลายบท หลายมาตรา โดยมีบทบัญญัติที่กำหนดไว้ ดังนี้

ก. การพิจารณาคดีอาญาที่มีโทษประหารชีวิตหรือคดีอาญาอื่นใด ต้องได้รับการพิจารณาโดยคณะลูกขุน

มีบทบัญญัติกำหนดในมาตรา 5 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า การพิจารณาคดีอาญาอื่นใดหรือคดีอาญาที่มีโทษประหารชีวิต จะต้องได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนใหญ่ เว้นแต่คณะลูกขุนใหญ่ได้แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรหรือชี้ขาดเป็นลายลักษณ์อักษรให้พิจารณาคดีนั้นแล้ว และคดีที่เกิดขึ้นในกองทัพหรือกองกำลังพลเรือนอาสาสมัครเข้าประจำการในยามที่มีสงครามหรือมีความไม่สงบเกิดขึ้น

ข. บุคคลจะถูกพิพากษาหรือลงโทษในความผิดเดียวกันซ้ำอีกไม่ได้ เป็นการให้หลักประกันและสร้างความมั่นใจให้ชาวอเมริกาว่า เมื่อได้กระทำผิดเพียงครั้งเดียว ก็จะได้รับโทษตามกฎหมายเพียงครั้งเดียวเท่านั้น

ค. จำเลยมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอาญาอย่างรวดเร็วและเปิดเผย มีบัญญัติไว้ในหมวด 6 หมวดแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมและเป็นธรรมแก่จำเลยในคดีอาญา โดย ผู้พิจารณาคดีต้องไม่มีอคติต่อความผิดที่เกิดขึ้น ต้องมีการแจ้งข้อกล่าวหาอย่างชัดเจน มีวิธีการสืบพยานโจทก์ต่อหน้าจำเลย มีอำนาจในการบังคับให้พยานฝ่ายจำเลยต้องมาเบิกความและมีทนายความแก้ต่างคดีให้

ง. ข้อเท็จจริงที่คณะลูกขุนพิจารณาเสร็จแล้ว ห้ามศาลพิจารณาใหม่ซึ่งผิดไปจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจารีตประเพณี

เพื่อเป็นหลักประกันมิให้มีการพิจารณาคดีใหม่ที่เป็นการกลับแก้จำเลยหรือลิดรอนสิทธิจำเลย เว้นแต่การพิจารณาคดีใหม่นั้นเป็นไปตามกฎเกณฑ์หรือจารีตประเพณีที่มีอยู่เดิมอยู่แล้ว ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ หมวดแก้ไขเพิ่มเติม

จ. ห้ามกำหนดค่าประกันตัวหรือค่าปรับของจำเลยเกินสมควรแก่เหตุ
หลักการนี้มีปรากฏในรัฐธรรมนูญมาตรา 8 หมวดแก้ไขเพิ่มเติม

ฉ. ห้ามการลงโทษที่โหดร้ายทารุณหรือผิดปกติวิสัย

หลักการนี้มีปรากฏในรัฐธรรมนูญมาตรา 8 หมวดแก้ไขเพิ่มเติม

4. หมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพที่นอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

สิทธิและเสรีภาพบางเรื่องอาจยังมีได้กำหนดรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเป็นเพราะว่า ยังไม่เคยมีเหตุจำเป็นที่จะต้องบัญญัติไว้หรืออาจเป็นเพราะไม่สามารถระบุถึงสิทธิและเสรีภาพที่ควรรับรองได้ทั้งหมด ดังนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ จึงเปิดช่องว่างเป็นกลไกเพื่อประกันและรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในมาตรา 10 ว่า “บรรดาอำนาจที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติมอบหมายให้เป็นของสหพันธรัฐ หรือที่มิได้ห้ามมลรัฐไม่ให้อำนาจนั้น ให้สงวนไว้แก่มลรัฐต่างๆ หรือแก่ประชาชน” ซึ่งหมายความว่า ในอนาคต ถ้าสิทธิเสรีภาพหรืออำนาจใดซึ่งไม่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ให้สิทธิ เสรีภาพหรืออำนาจดังกล่าวตกเป็นของมลรัฐหรือของประชาชน จึงแปลความได้ว่า อำนาจหน้าที่ สิทธิ เสรีภาพที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต มีแนวโน้มว่าจะให้เป็นของประชาชนและมลรัฐต่างๆ มากกว่าที่จะให้เป็นของสหพันธรัฐหรือสหรัฐ แต่อย่างไรก็ดี สหพันธรัฐอาจกำหนดให้สิทธิ เสรีภาพหรืออำนาจที่เกิดขึ้นใหม่เหล่านั้นตกเป็นของสหพันธรัฐได้ โดยกำหนดบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขโดยการเปิดช่องว่างเช่นนี้ ถือเป็นการสร้างหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่มีความยืดหยุ่น ในการป้องกันการใช้อำนาจเกินขอบเขตของรัฐบาลสหพันธรัฐ การรักษาสิทธิและเสรีภาพของรัฐต่างๆ ตลอดจนการสร้างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชน

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า มีสิทธิเสรีภาพประการหนึ่งซึ่งประชาชนชาวอเมริกามี โดยรัฐธรรมนูญรับรองให้ ในขณะที่ประชาชนของประเทศอื่นๆ ไม่มี คือ สิทธิในการมีอาวุธ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 2 หมวดแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า “โดยที่กองกำลังอาสาสมัครได้จัดระเบียบเรียบร้อยเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อความมั่นคงของรัฐเสรี ดังนั้น สิทธิของประชาชนที่จะมีและถือศาสตราวุธ จะถูกขัดขวางไม่ได้” เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะ เป็นผลพวงทางประวัติศาสตร์ในช่วงการทำสงครามเพื่อประกาศอิสรภาพจากอังกฤษ และต้องการให้ประชาชนสามารถป้องกันตนเองจากกองกำลังต่างชาติได้ จึงกลายเป็นเหตุผลที่ทำให้การถืออาวุธของชาวอเมริกาไม่ผิดกฎหมายนั่นเอง ซึ่งประเด็นนี้ก็ยังคงทำให้มีเรื่องถกเถียงโต้แย้งกันอย่างมากมาย ว่าสมควรได้รับการแก้ไขหรือไม่

ลักษณะของการจัดสิทธิและเสรีภาพของสหรัฐอเมริกาเช่นนี้ ทำให้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้ชื่อว่า เป็นรัฐธรรมนูญที่มีความยืดหยุ่นมากที่สุด ให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน มีคุณค่าและยาวนานมากที่สุดที่ถือเป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญของโลกฉบับหนึ่งก็ได้

4.5 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ (ศาล) ของสหรัฐอเมริกา

เมื่อบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกบัญญัติไว้ในลักษณะสั้นๆ ในส่วนของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ดังนั้น กรณีที่เกิดปัญหาว่า กฎหมายหรือการกระทำใดละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น เป็นหน้าที่ของศาลสูงสุดของสหรัฐ (Supreme Court) ในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น การพิจารณาถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา รวมถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้น โดยองค์กรตุลาการ จึงต้องพิจารณาจาก คำพิพากษาของศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ไปพร้อมๆ กันกับบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา จะทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยทำหน้าที่หลักคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่สภากองเกรสตราขึ้นนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และไม่อาจใช้บังคับได้ โดยการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะปรากฏผลในคำพิพากษา จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ได้เป็นองค์กรที่ให้ความหมายของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจากคำพิพากษานั้นเอง ดังที่มีผู้กล่าวว่า “รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นเอกสารสั้นๆ เพียงเจ็ดหมวด แต่มีปัจจัยหลายอย่างที่ทำให้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเปลี่ยนแปลงจากการศึกษาด้วยบทบัญญัติเป็นการศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลที่ตีความรัฐธรรมนูญอย่างละเอียด”³¹⁰

ปัญหาการทำหน้าที่ของศาลสูงของสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการตีความรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน มีข้อถกเถียงกันมากในหมู่นักวิชาการของสหรัฐอเมริกาถึงความเหมาะสมในการทำหน้าที่ดังกล่าว³¹¹ อย่างไรก็ตาม ในสภาวะที่เกิดการเปลี่ยนแปลงทางด้านสังคม เศรษฐกิจและการเมืองของโลก ถ้าไม่มีศาลสูงของสหรัฐอเมริกานำหน้าที่ปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับ บทบัญญัติและสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน่าจะเกิดปัญหามากขึ้นจากความไม่สอดคล้องในการบังคับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญกับการเปลี่ยนแปลงของโลก ยิ่งเมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายเอง โกลแซกซอนที่สหรัฐอเมริกาใช้กันอยู่ ก็เป็นความสอดคล้องในระบบกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นเอกภาพของศาล และหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลต่างๆ ที่จะเป็นผู้ทำหน้าที่วางหลักกฎหมายไว้ใช้สำหรับการตัดสินในคดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกันซึ่ง

³¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี* กรุงเทพฯ นิติธรรม 2538 หน้า 148.

³¹¹ ประเสริฐ สุขสบาย เรื่องเดียวกัน *เชิงอรรถที่ 307* หน้า 96.

เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ตัดสินใจไปแล้ว³¹² ผู้เขียนเห็นว่า การทำหน้าที่ของศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ดังกล่าวนี้นี้ มีความเหมาะสมดีแล้วกับข้อจำกัดของสภาพรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติไว้ในลักษณะสั้นๆ แต่กลับปล่อยให้ทำหน้าที่ของศาลสูงในการตีความ และปรับตัวให้เข้ากับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ให้มีความสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา ซึ่งย่อมจะทำให้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความทันสมัยทันสมยอยู่ตลอดเวลา ในลักษณะของรัฐธรรมนูญที่ “มีชีวิต”

อย่างไรก็ตาม การที่ให้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ซึ่งสามารถสรุปได้ ดังนี้

ข้อดีของการให้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประการแรก ผู้พิพากษาเป็นบุคคลที่มีความรู้เหมาะสม มีความรู้ความสามารถ ตลอดจนประสบการณ์ทางด้านกฎหมายที่จะพิจารณาตัดสินเรื่องที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ มีจุดประสงค์เป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ประการที่สาม ศาลมีแนวโน้มที่จะพิจารณาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญด้วยความยุติธรรม ประการที่สี่ สิทธิของประชาชนและชนกลุ่มน้อยต่างๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้หลักประกันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของบุคคลจะไร้ความหมาย หากศาลไม่มีอำนาจในการตีความเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของประชาชนโดยการกระทำของรัฐบาล และประการที่ห้า อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญย่อมช่วยเสริมสร้าง และพัฒนาให้ประชาชนและข้าราชการทั้งหลาย ให้การสนับสนุนระบบการปกครองที่ใช้รัฐธรรมนูญในการปกครองประเทศ ส่วนข้อเสียของการให้ศาลสูงสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประการแรก การตัดสินปัญหาที่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้มีแต่เฉพาะปัญหาทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว เพราะปัญหาส่วนใหญ่ที่ตีความเป็นเรื่องนโยบายทางการเมือง ซึ่งอาจเกี่ยวพันกับเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ประการที่สอง เสียงข้างมากของศาลสูงมีสิทธิเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ตามอำเภอใจ ประการที่สาม ผู้พิพากษาศาลสูงมีวาระในการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต จึงทำให้ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมือง ประการที่สี่ อำนาจในการตีความกฎหมายของศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเป็นอุปสรรคในการบริหารงานของรัฐบาล เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลอาจถูกนำมาฟ้องร้องต่อศาลได้ และประการที่ห้า เสียงของประชาชนในการออกเสียงเลือกตั้งและการทำประชามติ มีส่วนในการระงับการกระทำของฝ่ายสภาองเกรสได้ เนื่องจากประชาชนอาจไม่เลือกสมาชิกสภาองเกรสที่มีความคิดเห็นไม่ตรงกับความคิดเห็นของตนเอง เข้ามาดำรงตำแหน่ง

³¹² พงษ์สานต์ พันธุลาก การเมืองสหรัฐอเมริกา กรุงเทพฯ โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2521

อีก ซึ่งมาตรการที่ว่ามานี้เพียงพอที่จะป้องกันการผ่านร่างกฎหมายของสภาองเกรสที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้แล้ว ประธานาธิบดีซึ่งได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนยังมีอำนาจที่ยังร่างกฎหมายของสภาองเกรสได้ ถ้าประธานาธิบดีเห็นว่าร่างกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

4.6 กฎหมายและระบบการศาลของสหรัฐอเมริกา³¹³

กฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้น มีแหล่งที่มาซึ่งสามารถแยกประเภทของกฎหมายได้ 4 ประเภท ประกอบด้วย

1. กฎหมายรัฐธรรมนูญ
2. กฎหมายที่สภานิติบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับ
3. กฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับ
4. กฎหมายสามัญหรือกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลอย่างต่อเนื่องยาวนานจากประเทศอังกฤษ ตั้งแต่สมัยที่สหรัฐอเมริกายังคงเป็นดินแดนอาณานิคมของอังกฤษ

1. กฎหมายรัฐธรรมนูญ

กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎเกณฑ์หรือกติกาสำหรับความประพฤติของบุคคลที่อาศัยอยู่ในรัฐเดียวกัน เป็นกฎหมายพื้นฐานที่วางหลักเกณฑ์ในการควบคุมความประพฤติของพลเมืองในรัฐแต่ละรัฐ นอกจากจะกำหนดกฎเกณฑ์ควบคุมความประพฤติของพลเมืองในรัฐแล้ว ยังกำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจอริปไตยทั้ง 3 ในกรณีที่เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ได้แก่ อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ จึงถือได้ว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากจะจัดวางความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจในแต่ละองค์กรแล้ว ยังกล่าวถึงกฎเกณฑ์ในการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการในประเด็นและเรื่องที่มีความสำคัญอย่างกว้างๆ ด้วย และถือเป็นผลผลิตจากองค์กรนิติบัญญัติ (รัฐสภา)

2. กฎหมายที่สภานิติบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับ

กฎหมายประเภทนี้เป็นกฎหมายที่สภานิติบัญญัติ ทั้งในระดับรัฐบาลสหรัฐอเมริกา, รัฐบาลมลรัฐหรือท้องถิ่น ตราออกมาใช้บังคับ บางครั้งเรียกว่า Positive Law อันเป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมากจากกฎหมายโรมัน (Neo – Roman Laws) ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นกฎหมายประเภทย่อยๆ หลายประเภท กฎหมายที่สภานิติบัญญัติตราขึ้นส่วนใหญ่

³¹³ จูซาร์ตัน บายยีชัน. (2543). *การเมืองสหรัฐอเมริกา อังกฤษและฝรั่งเศส* ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง หน้า 100-107.

มักจะกล่าวถึงนโยบายสาธารณะในทุกๆ ด้านอย่างกว้างๆ ซึ่งสถานิติบัญญัติในระดับสหรัฐหรือระดับมลรัฐ ตราขึ้นใช้บังคับกันเองในเขตอำนาจของตน โดยอิสระต่อกัน อัน เป็นลักษณะพิเศษเฉพาะแต่การเมืองการปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

3. กฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับ

กฎหมายประเภทนี้ เป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) ทั้งในระดับรัฐบาลกลางแห่งสหรัฐอเมริกาหรือรัฐบาลของมลรัฐตราออกมาใช้บังคับ ประกอบด้วย กฎและระเบียบต่างๆ สำหรับการเมืองการปกครองในสหรัฐอเมริกา ฝ่ายบริหารจะตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับได้นั้น ต้องได้รับมอบอำนาจจากสถานิติบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ จึงสรุปได้ว่า กฎหมายที่รัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) ตราขึ้นมาใช้บังคับนั้นจะเป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายที่สถานิติบัญญัติเป็นผู้ตราซึ่งกำหนดไว้ว่า ฝ่ายบริหารจะตรากฎหมายในลักษณะอย่างไร จึงจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายด้วย ในสหรัฐอเมริกา กฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราใช้บังคับนั้น มีทั้งกฎหมายที่ฝ่ายบริหารของรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาและฝ่ายบริหารของรัฐบาลมลรัฐตราขึ้นมาใช้บังคับภายในเขตอำนาจโดยอิสระต่อกัน ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะแต่การเมืองการปกครองของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น

4. กฎหมายสามัญ (Common Law)

กฎหมายสามัญของสหรัฐอเมริกาคือเป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลอย่างต่อเนื่องยาวนานจากประเทศอังกฤษ โดยมีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ว่า เป็นกฎหมายประเพณีที่รับสืบทอดมาจากประเทศอังกฤษ กฎหมายนี้อาจเรียกว่า กฎหมายอังกฤษและแองโกลแซกซอน (Anglo – Saxon) หรือ แองโกล – อเมริกา (Anglo – American) กฎหมายสามัญมีหลักกฎหมายที่ใช้เป็นรากฐานของระบบการศาลในสหรัฐอเมริกาและทุกมลรัฐ ยกเว้นมลรัฐหลุยส์เซียนา และมีความสำคัญต่อการพัฒนาระบบอำนาจของรัฐบาลสหรัฐ แต่ในทางปฏิบัติ กลับพบว่า มีการนำหลักกฎหมายสามัญมาใช้ในระดับมลรัฐต่างๆ มากกว่าในระดับสหรัฐ

ด้วยข้อเท็จจริงว่า พลเมืองอเมริกันนอกจากจะมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาและยังมีสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาคตามประเพณีด้วย ซึ่งกลไกสำคัญที่ป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจอันมิชอบ ปฏิบัติหรือกระทำการหรือละเว้นการปฏิบัติที่มีผลเป็นการละเมิดสิทธิของพลเมือง เพราะว่าสิทธิตามประเพณีเหล่านี้ได้ถูกรับรองไว้ใน การแก้ไขรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในบทที่ว่าด้วยสิทธิของพลเมือง (Citizen Rights) อาจกล่าวได้ว่า สิทธิของบุคคลซึ่งได้รับการรับรองไว้ซึ่งเป็นสิทธิที่สำคัญมีอยู่ 4 ประการ ได้แก่

4.1 Mandamus เป็นกลไกหรือช่องทางที่เปิดโอกาสให้ประชาชนซึ่งเห็นว่า รัฐ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐละเว้นหรือปฏิบัติการตามอำนาจอันมิชอบด้วยกฎหมาย มีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อ

ศาล เพื่อให้ศาลออกหมายสั่งให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกิจการนั้นๆ ต้องปฏิบัติตามหมายศาลในเรื่องนั้นๆ ซึ่งถ้าศาลพิจารณาเห็นชอบ ก็จะออกหมายสั่งดังกล่าวให้

4.2 Habeas Corpus เป็นกลไกหรือช่องทางที่สำคัญมากที่สุดประการหนึ่งเกี่ยวกับสิทธิของพลเมืองในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ยับยั้งและป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลใช้อำนาจจับกุมคุมขังบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นถ้าบุคคลใดถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐจับกุมคุมขังโดยมิชอบ มีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาล เพื่อให้มีการสืบสวนข้อเท็จจริงในกรณีของตนเองได้ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องเสนอเรื่องต่อศาลโดยเร็ว เพื่อให้ศาลได้พิจารณาอีกครั้งหนึ่งว่า การจับกุมคุมขังผู้ยื่นคำร้องขอนั้นเป็นไปด้วยเหตุผลอันสมควรหรือไม่ รวมทั้งผู้ที่ถูกจับกุมคุมขังจะได้รับประโยชน์ด้วย กล่าวคือ รู้ว่าตนเองถูกจับกุมคุมขัง เพราะกระทำผิดในข้อหาอะไร ตลอดจนมีโอกาสได้ปรึกษาหารือและเตรียมตัวต่อสู้คดีต่อไปได้

4.3 Quo Warranto เป็นกลไกหรือช่องทางที่สำคัญมากอีกประการหนึ่งในทางการเมืองการปกครอง เนื่องจาก เป็นวิธีการที่ให้สิทธิแก่พลเมืองได้มีโอกาสป้องกันมิให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมาะสมกับตำแหน่งต่อไป เพราะอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติโดยส่วนรวมได้ โดยพลเมืองที่เห็นว่า ผู้ปฏิบัติงานบุคคลใดปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมาะสมกับตำแหน่ง มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้อัยการรับรอง และพิจารณาดำเนินการต่อไป และ/หรืออาจต้องการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการพิสูจน์ว่า บุคคลที่ถูกร้องนั้นๆ ยังคงเหมาะสมกับหน้าที่นั้นๆ หรือไม่

ข้อสังเกต ในประเทศไทยยังไม่พบว่ามี การกำหนดให้สิทธิเช่นว่านี้แก่ชาวไทย ซึ่งกล่าวได้ว่า เป็นทั้งข้อดีและจุดเด่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ให้สิทธิแก่พลเมืองและกลไกพลังทางสังคมของประชาชน ที่จะบีบบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ประพฤติตนไม่สมควรและเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ ต้องหยุดกระทำการดังกล่าว มิเช่นนั้นอาจถูกยื่นคำร้องขอให้ถูกถอดถอนหรือปลดออกจากตำแหน่งได้ ในประเทศไทยนั้น กรณีที่ประชาชนไม่พอใจการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มักจะดำเนินการใน 2 ทาง คือ ช่องทางแรก ร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาในระดับที่สูงกว่า และช่องทางที่สอง ใช้มวลชนกดดัน โดยการประท้วงด้วยวิธีการต่างๆ มากกว่าที่จะดำเนินการในทางกฎหมาย

4.4 Prohibit เป็นกลไกพิเศษที่มีความสำคัญมากประการหนึ่ง แต่เป็นการใช้สิทธิที่ยุ่ยากมากสำหรับพลเมืองอเมริกัน เกิดขึ้นในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลชั้นต้นแต่ผู้ยื่นฟ้องหรือคู่ความมีการยื่นคำร้องขอของผู้ฟ้องหรือการยื่นอุทธรณ์ของคู่ความ โดยมีวัตถุประสงค์ให้มีการคัดลिनคดีนั้นในศาลชั้นต้น เนื่องจากต้องการป้องกันมิให้ศาลชั้นต้นพิพากษาคดีไปในทิศทางที่ไม่

เหมาะสม โดยผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายมีสิทธิยื่นคำร้องเช่นนั้นได้ แต่เป็นการใช้สิทธิที่ยุ่งยากสำหรับบุคคล เพราะว่า ผู้ที่จะออกคำสั่งได้นั้น ต้องเป็นศาลในระดับที่สูงกว่าศาลชั้นต้นที่ได้ยื่นฟ้องไป

หลักการทั่วไปสำหรับการใช้บังคับกฎหมาย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น มีลักษณะเด่นเฉพาะตัวหลายประการดังที่กล่าวมาแล้ว ดังนั้น ในการใช้บังคับกฎหมายจึงมีความแตกต่างจากประเทศอื่นๆ มาก เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาและรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 – 27 อาจสรุปเป็นหลักการใช้กฎหมายโดยทั่วไป ทั้งในระดับรัฐบาลกลาง , รัฐบาลมลรัฐต่างๆ และท้องถิ่น ได้ดังนี้

1. รัฐบาลกลางหรือรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา มีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1-27 บัญญัติไว้ โดยมีอำนาจใช้บังคับกฎหมายตามเขตพื้นที่การปกครองของสหรัฐอเมริกาทั้งประเทศ (ซึ่งครอบคลุมเขตอำนาจของพื้นที่การปกครองของมลรัฐแต่ละมลรัฐรวมทุกมลรัฐ) แต่อำนาจของรัฐบาลกลางนั้นมีจำกัดแต่เฉพาะการใช้บังคับกฎหมาย ที่รัฐสภาแห่งสหรัฐอเมริกาดำเนินใช้บังคับในเขตพื้นที่การปกครองของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ซึ่งเป็นไปในการทำนองเดียวกันกับอำนาจนิติบัญญัติที่รัฐสภาแห่งสหรัฐอเมริกาก็มีอำนาจจำกัดเช่นเดียวกัน เช่น

- มีอำนาจในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการกู้ยืมเงินในนามของประเทศสหรัฐอเมริกา
- การตรากฎหมายเพื่อควบคุมกิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจระหว่างมลรัฐ (เช่น กฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค)
- การตรากฎหมายจัดเก็บภาษีอากรประเภทต่างๆ เช่น ภาษีศุลกากร, ภาษีสรรพสามิต
- การตรากฎหมายล้มละลาย
- การตรากฎหมายกำหนดเงินตราขึ้นมาใช้ เป็นต้น

2. รัฐบาลของแต่ละมลรัฐ มีอำนาจใช้บังคับกฎหมายใน 2 ระดับ ได้แก่ กฎหมายของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของมลรัฐ ภายในเฉพาะแต่เขตการปกครองของมลรัฐของตนเองเท่านั้น โดยพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 10 กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า อำนาจใดๆ ที่มีได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะเจาะจงให้ถือว่าเป็นอำนาจของมลรัฐหรือของประชาชน ดังนั้น ในแต่ละมลรัฐจึงมีอำนาจใช้บังคับกฎหมายที่ตราขึ้น โดยรัฐสภาของสหรัฐอเมริกา ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาคำหนดไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญฉบับดั้งเดิม และที่แก้ไขเพิ่มเติมในเขตปกครองของมลรัฐของตนเอง และมีอำนาจใช้บังคับกฎหมายที่รัฐสภาของมลรัฐของตนเองตราขึ้น ตลอดจนกฎหมายในระดับรองที่รัฐบาลมลรัฐตราออกมาใช้บังคับ

3. รัฐบาลของแต่ละมลรัฐไม่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาของมลรัฐอื่นๆ ตลอดจนกฎหมายระดับรองที่รัฐบาลของมลรัฐอื่นตราออกมาใช้บังคับในเขตพื้นที่การปกครอง ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของมลรัฐอื่น ดังนั้น แต่ละมลรัฐจึงมีอำนาจที่จำกัดด้วยเขตพื้นที่การปกครอง

ระบบการศาลของสหรัฐอเมริกา

โดยทั่วไปแล้ว ส่วนมากของประเทศที่พัฒนาแล้ว ไม่ว่าจะเป็นประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปหรือสหรัฐอเมริกา นิยมแบ่งระบบการศาลออกเป็น 2 ประเภท ประกอบด้วย

1. ศาลที่จัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) หมายถึง ศาลซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่จัดตั้งศาล ได้แก่ ศาลชั้นต้น, ศาลอุทธรณ์, ศาลสูงสุด (ในประเทศไทยเทียบเคียงได้กับศาลฎีกา)

2. ศาลที่รัฐสภาเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาเองหรือศาลปกครอง (Administrative or Legislative Court) ได้แก่ ศาลปกครอง, ศาลทหาร ศาลประเภทนี้เกิดขึ้นจากการที่รัฐสภามอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) สามารถจัดตั้งขึ้นได้เอง

สำหรับระบบศาลสหพันธ์ของสหรัฐอเมริกานั้น แบ่งออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ ศาลระดับล่างสุด ประกอบด้วย ศาลชั้นต้นแห่งสหพันธ์ทั้งหมด 92 แห่ง มีผู้พิพากษาโดยประมาณ 310 คน, ศาลชั้นต้นเกี่ยวกับการเรียกร้องทางแพ่ง 1 แห่ง (Court of Claim) มีคณะผู้พิพากษา 5 คน, ศาลเกี่ยวกับภาษีอื่นๆ 1 แห่ง (Court of Custom) มีคณะผู้พิพากษา 9 คน และศาลทหาร (Court Martial) ซึ่งจัดตั้งขึ้น โดยกองทัพแห่งสหรัฐอเมริกา 1 แห่ง, ศาลระดับกลาง มีทั้งหมด 13 แห่ง ประกอบด้วยศาลอุทธรณ์จำนวน 11 แห่ง ซึ่งมีผู้พิพากษาทั้งหมด 78 คน, ศาลอุทธรณ์คดีภาษีและ Patent 1 แห่ง และศาลอุทธรณ์เกี่ยวกับทหารอีก 1 แห่ง และศาลระดับสูง มีเพียงแห่งเดียว ได้แก่ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court)

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา มีฐานะเป็นศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ของสหรัฐอเมริกา จัดตั้งขึ้น โดยรัฐสภา ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกบัญญัติไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ.1875 ในส่วนของจำนวนของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดนี้ มิได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น รัฐสภาจึงเคยกำหนดให้มีจำนวน 5 – 10 คน ดังนั้น สภาคองเกรส จึงตรากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนผู้พิพากษาในศาลสูงสุดและมีการแก้ไขปรับปรุงจำนวนหลายครั้งจนถึง ค.ศ.1869 กำหนดให้มีผู้พิพากษาในศาลสูงสุด 9 คน ประกอบด้วย ประธานศาล (Chief Justice) 1 คน และผู้พิพากษา 8 คน และมีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน ผู้พิพากษาศาลสูงสุดมีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต (ยกเว้นแต่ตาย , ลาออก, ถูกไล่ออกและเกษียณอายุราชการ) และได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในศาลสูงสุดจากประธานาธิบดี โดยความเห็นชอบจากของสภาสูง (Senate)

แต่สามารถลาออกหรือเกษียณอายุราชการก็ได้ ศาลสูงสุดจะมีการพิจารณาคดีเป็นครั้งแรกของปีในวันจันทร์แรกของเดือนพฤษภาคมของทุกปี

ศาลสูงสุดมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีการอุทธรณ์ขึ้นมาจากมลรัฐต่าง หรือที่ผ่านมาจากศาลในระบบศาลสหพันธ์ ซึ่ง ได้แก่ คดีที่อุทธรณ์ขึ้นมาจากศาลอุทธรณ์สหรัฐ (U.S.Court of Appeals) คดีที่มาจากศาลชั้นต้นของสหพันธ์ (Federal District Courts) และคดีที่มาจากศาลสูงสุดแต่ละรัฐ (State Supreme Courts)

ลักษณะของคดีที่จะขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลสูงสุดได้ ประกอบด้วย

1. คดีเป็นกรณีที่สามารถอุทธรณ์ได้เลย (Simple Appeal) หมายถึง คดีที่มีข้อขัดแย้งทุกชนิดตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น คดีเกี่ยวกับศาสนา, โบสถ์, สิทธิพลเมือง เป็นต้น

2. คดีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาต้องการพิจารณาพิพากษาเอง (Case on Certiorari) หมายถึง คดีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีความประสงค์จะพิจารณาพิพากษาเอง โดยที่ศาลสูงสุดสามารถขอให้ศาลในระดับต่ำกว่าส่งคดีขึ้นมาให้พิจารณา เช่น ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาขอให้ศาลสูงสุดในระดับมลรัฐ ส่งบันทึกหลักฐานเกี่ยวกับคดีไปให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิจารณา เป็นต้น ในคดีที่มีความสำคัญๆ ลักษณะนี้ การพิจารณาที่จะพิพากษาได้ต้องใช้เสียง 3 ใน 4 ของจำนวนผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนั้น

3. คดีที่ศาลในระดับต่ำกว่าศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ไม่มั่นใจว่าจะพิจารณาพิพากษาคดีพิเศษนั้นได้ (Certification) จึงยื่นคำร้องขอให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิจารณาพิพากษาให้ กรณีนี้ ศาลที่จะขอได้ ได้แก่ ศาลอุทธรณ์และศาลพิเศษ เท่านั้น

สำหรับศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกานั้น ศาลชั้นต้นมีมากถึง 92 แห่ง และแต่ละมลรัฐ ต้องมีศาลชั้นต้นอย่างน้อยรัฐละ 1 แห่ง โดยผู้พิพากษาคนเดียวมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ผู้พิพากษาเหล่านี้ได้รับแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ในแต่ละเขต (district) จะมีพนักงานอัยการ, นายอำเภอและคณะกรรมการเกี่ยวกับศาล, คณะกรรมการคดีล้มละลาย และเจ้าหน้าที่ประชาสัมพันธ์ของศาลสหรัฐอเมริกาประจำอยู่ด้วย ศาลอุทธรณ์นั้นมีทั้งหมด 11 แห่ง ใช้ผู้พิพากษาเป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีจำนวนคณะละ 3-9 คนต่อศาล 1 แห่ง มีอำนาจหน้าที่รับพิจารณาคดีที่มีการอุทธรณ์ขึ้นไปจากศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ได้รับแต่งตั้งจากประธานาธิบดีเช่นเดียวกับศาลชั้นต้น โดยความเห็นชอบของสภาสูงของสหรัฐอเมริกา

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา มีวิธีพิจารณาคดีซึ่งสามารถสรุปได้ ดังนี้

1. ฝ่ายโจทก์และจำเลยหรือทนายของแต่ละฝ่ายเขียนคำโต้แย้งอย่างย่อๆ (Brief) มาอธิบายต่อหน้าผู้พิพากษาในศาล

2. มีการสืบพยาน (Oral Argument) โดยมีการสืบประเด็นและข้อโต้แย้งของทั้ง 2 ฝ่าย โดยการซักโจทก์, จำเลยและพยาน

3. ศาลจะออกพิจารณาคดี 2 สัปดาห์ จากนั้นหยุดพัก 2 สัปดาห์ เพื่อปฏิบัติงานต่างๆ เกี่ยวกับการประมวลข้อเท็จจริงและเขียนคำพิพากษา และเวลาพิจารณาคดีของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในแต่ละวันทำการ คือ เวลา 10.00-12.00 น. และ 12.30-19.30 น.

4. โดยปกติแล้ว ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีการประชุมทุกวันศุกร์ เพื่ออภิปรายถึงคดีสำคัญต่างๆ (Friday Conference) โดยมีระเบียบให้ผู้พิพากษาได้มีการอภิปรายโต้แย้งคดีก่อนหลังตามลำดับอาวุโสจนครบทุกคน จากนั้นจึงมีการออกเสียงลงมติพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษาที่มีอาวุโสต่ำที่สุดก่อน ไปจนถึงผู้มีอาวุโสสูงสุด ส่วนหัวหน้าผู้พิพากษาอาจจะมอบหมายให้ผู้พิพากษาแต่ละคนไปทำคำอธิบายโต้แย้งเกี่ยวกับกฎหมายในคดีนั้นๆ ในส่วนของตนเองมาด้วย

ในระบบการศาลของสหรัฐอเมริกานั้น ศาลสหรัฐอเมริกามีอำนาจหน้าที่สำคัญได้แก่

1. ศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการใช้และตีความกฎหมาย (การตีความกฎหมายในกรณีนี้หมายถึง การตรากฎหมาย เนื่องจากคำพิพากษาของศาลในคดีแรกย่อมเป็นบรรทัดฐานของคดีที่มีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันในคดีหลังๆ) บังคับแก้คดีที่ขึ้นมาสู่การพิจารณานั้นคือ ศาลย่อมมีอำนาจหน้าที่ตีความกฎหมายที่ออกมาโดยรัฐสภา แต่แม้ว่า ศาลจะตรากฎหมายในลักษณะของคำพิพากษาเช่นนี้ การพิจารณาคดีพิพากษาคดียังคงต้องยึดหลักเหตุผลเป็นสำคัญ อันเป็นหัวใจของประเทศในระบบนิติรัฐสำหรับประเทศที่พัฒนาแล้ว

2. ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตัดสินยุติข้อโต้แย้งระหว่างมลรัฐ เพราะว่าการปกครองในระบบสหพันธรัฐ เป็นระบบการปกครองที่มีปัญหาอุปสรรคเป็นอย่างไรในการบริหารประเทศ ด้วยเหตุว่าแต่ละมลรัฐ ต่างก็มีอำนาจบริหารเป็นของตนเองอย่างอิสระในระดับหนึ่ง คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา เล็งเห็นปัญหาอุปสรรคอันอาจเกิดจากความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลของมลรัฐต่างๆ จึงมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรว่า กรณีมีข้อโต้แย้งระหว่างมลรัฐ ให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีพิพากษาชี้ขาดได้

3. ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตีความกฎหมายที่รัฐสภาแห่งสหรัฐ มลรัฐและเทศบาลตราออกมาใช้บังคับ หรือกฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับว่า เป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งถือว่าเป็นการใช้อำนาจของผู้พิพากษาที่มีความสำคัญ

เป็นอย่างยิ่ง ตั้งแต่สมัยที่จอห์น มาร์แชล ยังเป็นหัวหน้าผู้พิพากษาศาลสูงสุด ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา มีอำนาจหน้าที่ตีความกฎหมาย ดังนี้

3.1 การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐต่างๆ โดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเป็นบรรทัดฐาน (Judicial Review) ด้วยเหตุว่า พัฒนาการแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกานั้น มีลักษณะเฉพาะอันเป็นเอกลักษณ์ของตนเอง ซึ่งมีแนวความคิดว่า ภายใต้การปกครองด้วยระบบนิติรัฐ อันมีศาลเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่เนื่องจากกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่จะใช้บังคับแก่คดีทางรัฐธรรมนูญแต่ละคดีนั้น ส่วนใหญ่มีความเป็นนามธรรมสูง ศาลจึงมีหน้าที่สำคัญ ที่จะทำให้ความเป็นนามธรรมนั้นสามารถอธิบายให้เกิดความเข้าใจได้อย่างชัดเจนในลักษณะของรูปธรรม³¹⁴

คติประวัติศาสตร์ที่ทำให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา อธิบายความเป็นรูปธรรมจากกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญได้ ได้แก่ คดีระหว่าง Marbury V. Madison จนกล่าวได้ว่าเป็นคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐต่างๆ โดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นบรรทัดฐาน (Judicial Review)³¹⁵

คำวินิจฉัยตัดสินชี้ขาดของ John Marshall ซึ่งเป็นหัวหน้าผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น มีการพิจารณาประเด็นต่างๆ ที่สามารถสรุปเป็นประเด็นต่างๆ ตามลำดับ ประกอบด้วย

1. ในการบัญญัติรัฐธรรมนูญ มีการวางหลักการพื้นฐานต่างๆ เป็นการถาวร
2. หลักการต่างๆ ตามข้อ 1 บัญญัติกำหนดในลักษณะว่า องค์กรที่ถืออำนาจรัฐแต่ละฝ่ายมีอำนาจหน้าที่เป็นของตนเองที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง ซึ่งฝ่ายใดก็ไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปยังเขตแดนอำนาจของฝ่ายอื่นๆ ได้
3. เป็นภารกิจของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ที่ต้องกำหนดกรอบอำนาจหน้าที่ดังกล่าวไว้
4. ศาลมีอำนาจหน้าที่ในการตีความกฎหมาย
5. ความผูกพันที่ศาลมีต่อรัฐธรรมนูญนั้น พิจารณาได้จากรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา Article III Section 2 ซึ่งบัญญัติให้คดีและข้อพิพาทที่กำหนด อยู่ในอำนาจของศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ

³¹⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 57 หน้า 81 – 82.

³¹⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 82.

6. ความผูกพันที่ตุลาการมีต่อรัฐธรรมนูญได้รับการยืนยันอย่างหนักแน่นด้วยการสาบานตนของตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา Article VI Cl. 2, 3.

7. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา Article VI Cl.2 กำหนดสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้กฎหมายแห่งสหพันธ์ต้องมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ พิจารณาได้จากประเด็นในข้อ 1, 2 และ 7 อำนาจหน้าที่ของศาลในการตีความกฎหมายพิจารณาจากประเด็นในข้อ 4 เขตอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีและข้อพิพาทตาม Article III Section 2 พิจารณาจากประเด็นในข้อ 5 ฐานในการรองรับอำนาจของศาลพิจารณาจากการตีความ Article VI ในลักษณะขยายความตามประเด็นในข้อ 7 ดังนั้น กรณีที่เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดา ถือได้ว่ากฎหมายดังกล่าวนั้นไม่อาจใช้บังคับได้

3.2 หลักเกณฑ์ในการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญและหลักการตีความ

จากการพิจารณาคดีระหว่าง Marbury V Madison ซึ่งอาศัยรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นบรรทัดฐาน โดยมีการพิจารณาเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วย สามารถวิเคราะห์ได้ว่า ในการวินิจฉัยคดีนี้ นำวิธีการตีความกฎหมาย 2 วิธีมาใช้ ได้แก่ การตีความเชิงโครงสร้างขององค์กร และการตีความตามเจตนารมณ์ โดยพิจารณาว่า รัฐธรรมนูญโดยรวมนั้นมีเป้าหมายในการสร้างความเข้มแข็งให้แก่รัฐธรรมนูญแห่งชาติ และศาลสูงสุดในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ

เมื่อเปรียบเทียบวิธีการตีความกฎหมายแบบดั้งเดิม 4 วิธี ซึ่งระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปที่พัฒนาจากระบบกฎหมายโรมัน โดยนักกฎหมายในประเทศภาคพื้นยุโรปมีความคุ้นเคยกันเป็นอย่างดี ประกอบด้วย การตีความตามตัวอักษร, การตีความตามระบบ, การตีความตามประวัติความเป็นมา และการตีความตามเจตนารมณ์ กับวิธีการตีความระบบกฎหมายอเมริกา ซึ่งแม้จะไม่ยอมรับวิธีการตีความแบบดั้งเดิมที่กล่าวมานี้อย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติ ศาลต่างๆ รวมถึงศาลสูงสุดด้วยนั้น ยังมีการใช้วิธีตีความแบบดั้งเดิมนี้อย่างอ้อม กล่าวคือ โดยใช้วิธีอ้างอิงคำศัพท์ อันอาจแยกประเด็นต่างๆ ตามลำดับ โดยเทียบเคียงกับวิธีการตีความแบบดั้งเดิมได้ ดังนี้³¹⁶

1. “Legal process” and “extratextual norm”
2. “Constitutional theory, Judicial precedent, Moral, political or social values”
3. “doctrinal and prudential analyses”

³¹⁶ บุญศรี มีวงศ์โหมะ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 57 หน้า 83.

4. “doctrinal , ethical and prudential arguments”

ซึ่งมีความคล้ายคลึงกันไม่น้อย ดังนั้น ถ้านำวิธีการตีความตามเจตนารมณ์ มาขยายความให้กว้างขึ้น โดยให้มีความหมายครอบคลุมไปถึงคุณค่าทั้งหลาย (values) ซึ่งตัวอักษร มีความหมายไปไม่ถึง แต่ทั้งนี้ย่อมไม่รวมถึง หลักการต่างๆ ของศาล เช่น หลักการที่ต้องยึดบรรทัดฐานจากคำพิพากษาในคดีก่อนในคดีหลังๆ ในคดีที่มีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกัน เป็นต้น

นอกจากนี้แล้ว ศาลของสหรัฐอเมริกาทุกระดับศาลมีความแตกต่างจากประเทศต่างๆ ในส่วนของอำนาจศาล กล่าวคือ การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการปกครองประเทศ แม้ฝ่ายบริหารจะมีคณะกรรมการพิเศษ (Regulatory Commission) ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องราวต่างๆ ที่ประชาชนร้องหรือส่งเรื่องให้พิจารณา ซึ่งเมื่อคณะกรรมการพิเศษชุดนี้ได้พิจารณาแล้ว ยังไม่อาจถือได้ว่าคำวินิจฉัยหรือตัดสินในเรื่องนั้นหรือคดีนั้นเป็นที่ยุติหรือสิ้นสุด เนื่องจาก ศาลสหรัฐอเมริกา มีอำนาจโดยไม่จำกัด ที่จะตรวจสอบพิจารณาคำวินิจฉัยหรือตัดสินของคณะกรรมการพิเศษของฝ่ายบริหาร ดังนั้นสิทธิ ในการจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นเรื่องการอนุญาตให้ ศาลมีอำนาจพิเศษที่สามารถสอบถามหรือตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารได้ทุกประการ ถึงแม้ว่าในบางมลรัฐ ศาลระดับมลรัฐอาจไม่สามารถพิจารณาคำวินิจฉัยหรือคำตัดสินของฝ่ายบริหารได้ แต่อาศัยหลักการและบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 หน้าที่ดังกล่าวนี้ย่อมตกเป็นของศาลสหพันธ์แห่งอเมริกา

ในปัจจุบันนี้ เมื่อฝ่ายบริหารมีคำวินิจฉัยหรือตัดสินในคดีต่างๆ แล้ว ศาลอเมริกามีอำนาจที่จะ

1. พิจารณาคำวินิจฉัยหรือตัดสินของฝ่ายบริหารใหม่ แล้วแต่ศาลจะต้องการ
2. ไม่มีวิธีการใดที่จะกำหนดได้ชัดเจนว่า ศาลจะพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งใหม่หรือไม่
3. อำนาจที่ศาลมี ทำให้เข้าใจโดยปริยายว่า คำวินิจฉัยหรือตัดสินของฝ่ายบริหารในคดีนั้น ไม่เป็นที่สิ้นสุดหรือยุติ

แต่โดยปกติทั่วไปแล้ว ศาลสหรัฐอเมริกา มักให้เกียรติและเชื่อถือต่อเทคนิคต่างๆ ของฝ่ายบริหาร ซึ่งนำมาใช้อ้างประกอบสำนวนคดีเสมอ และเชื่อว่าคำวินิจฉัยและหลักฐานของฝ่ายบริหารนั้นมีน้ำหนักมาก และช่วยให้ศาลพิจารณาคดีได้ดี แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็ยังไม่เต็มใจที่จะสละสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ที่อาจใช้อำนาจพิจารณาคำวินิจฉัยหรือคำตัดสินของฝ่ายบริหารใหม่สำหรับกรณีต่างๆ ที่ฝ่ายบริหารได้กระทำไป

ดังนั้น ปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาถกเถียงในการพิจารณาคดีนั้น ได้แก่ ประเด็นว่าควรเชื่อผู้เชี่ยวชาญฝ่ายเทคนิคของฝ่ายบริหาร หรือเชื่อศาลในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งบางกรณี ผู้กระทำความผิดอาจหลบเลี่ยงกฎหมาย แต่ฝ่ายบริหารหรือคณะกรรมการพิเศษของฝ่ายบริหารตรวจพบว่า กระทำความผิด ตามหลักทั่วไปนั้น ศาลมีหน้าที่พิจารณาคดีในแง่ของกฎหมายว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ ส่วนฝ่ายบริหารนั้นจะทำหน้าที่พิจารณาและนำเสนอหลักฐานความจริง

4.6 การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่ยึดหลักปัจเจกชนนิยมและเสรีนิยมมากที่สุดประเทศหนึ่งในโลก ดังนั้น จึงให้ความสนใจต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวอเมริกาเป็นอย่างมาก และเมื่อสหรัฐอเมริกาเป็นผู้นำของประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบประธานาธิบดี ซึ่งถือเป็นรัฐประชาธิปไตยรัฐหนึ่ง ย่อมไม่อาจละเลยหรือหลีกเลี่ยงจากการนำหลักการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ตลอดจนหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปบัญญัติ และถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญด้วยดังที่กล่าวมาแล้วในการนำเสนอของประเทศอังกฤษ ทำให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาต้องมีความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง ซึ่งเป็นการแน่นอนว่า ย่อมต้องดำเนินการควบคู่ไปกับหลักการตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในรูปแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ระบบศาลของสหรัฐอเมริกาซึ่งทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น เป็นระบบศาลเดี่ยว ซึ่งกล่าวได้ว่า มีลักษณะทั่วไปไม่ค่อยแตกต่างจากระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษมากนัก ลักษณะส่วนใหญ่เกือบทั้งหมดได้กล่าวไว้แล้วในกรณีระบบศาลอังกฤษ คงมีลักษณะสำคัญประการหนึ่งที่ระบบศาลเดี่ยวในสหรัฐอเมริกานั้น มีข้อแตกต่างจากระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษอย่างชัดเจน กล่าวคือ ระบบศาลเดี่ยวในสหรัฐอเมริกานั้น ได้แก่ ศาลยุติธรรมสหรัฐอเมริกาสามารถควบคุมการกระทำต่างๆ และสามารถพิพากษาคดีได้ทุกประเภท รวมทั้งคดีที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วย ซึ่งแตกต่างจากศาลยุติธรรมอังกฤษที่ไม่มีอำนาจพิจารณาคดีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยคดีที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นปฐมบทที่เป็นต้นแบบของการยื่นมือเข้ามาคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม คือ คดีของ มาร์ชบิวรีและเมดิสัน ซึ่งผู้พิพากษาเจ้าของคดี คือ จอห์น มาร์แชล ได้อ้างตรรกวิทยาอย่างง่าย ๆ ในการตีความกฎหมายว่า

“.....องค์กรตุลาการย่อมเป็นองค์กรที่ต้องวินิจฉัยข้อพิพาทไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงจำเป็นต้องมีอำนาจและเป็นหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาว่า อะไรบ้างที่มีฐานะเป็นกฎหมายอันจะนำมาใช้เป็นหลักในการทำคำวินิจฉัย และถ้ามีความขัดแย้งกันในระหว่างบทบัญญัติทั้งหลายที่ใช้ในเรื่องเดียวกันแล้ว ตุลาการก็ต้องเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะใช้บทกฎหมายใดบังคับและในกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้นในระหว่างรัฐบัญญัติและรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะใช้บังคับในกรณีเดียวกันแล้ว ศาลก็ต้องเป็นผู้ตัดสินใจเลือกเอาทางใดทางหนึ่งระหว่างการที่จะต้องตัดสินใจไปตามรัฐบัญญัติโดยไม่คำนึงถึงรัฐธรรมนูญหรือจะยึดถือไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญโดยละเอียดต่อรัฐบัญญัติ”³¹⁷

เหตุผลของผู้พิพากษาจอห์น มาร์แชล ในคดีนี้ย่อมแสดงให้เห็นและยืนยันว่า ศาลยุติธรรมเท่านั้นที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และผลของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำอื่นใดขององค์กรของรัฐจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ทั้งนี้ เพื่อดำรงรักษาไว้ซึ่งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศ ทำให้ศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาได้รับความน่าเชื่อถือและมั่นใจจากประชาชนว่า เป็นองค์กรที่สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ดีที่สุด โดยศาลยุติธรรมสหรัฐอเมริกา ยึดถือหลักการที่ว่า การตรวจสอบการกระทำทางปกครองของฝ่ายบริหารนั้น ศาลยุติธรรมต้องใช้ดุลพินิจ โดยคำนึงความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและประโยชน์ของการบริหารราชการแผ่นดิน นั่นคือ ต้องไม่บริหารราชการแผ่นดิน โดยคำนึงแต่ประโยชน์ของทางราชการ โดยไม่คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในขณะเดียวกัน³¹⁸

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษกล่าวคือ มีการจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองที่เรียกว่า “Administrative agency”³¹⁹ โดยมีบุคคลธรรมดาซึ่งมิได้เป็นผู้พิพากษากฎหมายปกครองตามความหมายของชื่อ ที่เรียกตำแหน่งว่า “Administrative law judge”³²⁰ เป็นผู้ใช้อำนาจ ซึ่งเป็นข้าราชการประจำที่ปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรฝ่ายปกครองต่างๆ โดยมีอำนาจหน้าที่พิจารณาไต่สวนพยานหลักฐานซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองดำเนินการจัดให้มีขึ้น เพื่อให้ทำความเข้าใจเห็นเสนอต่อองค์กรฝ่าย

³¹⁷ สมยศ เชื้อไทย. (2547). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ คณะนิติศาสตร์* มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 52.

³¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 137 หน้า 49-50.

³¹⁹ ต่อพงษ์ กิตติยานุพงษ์ เรื่องเดียวกัน เชียงธรรมที่ 269 หน้า 13 – 17.

³²⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 13 – 17.

ปกครองนั้นๆ เพื่อทำคำวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งหลังจากที่องค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจชี้ขาดไปแล้ว ถ้าเอกชนโต้แย้งคัดค้านแล้วเกิดเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง ข้อพิพาทนั้นย่อมถูกนำขึ้นไปสู่การพิจารณาขององค์กรสุดท้ายที่จะเข้ามาตรวจสอบได้ คือ ศาลยุติธรรม เหตุผลสำคัญที่ทำให้ไม่อาจจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในสหรัฐอเมริกาได้ เนื่องจาก การจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาย่อมขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองย่อมต้องมีขอบเขตแห่งอำนาจตามกฎหมาย คือ ต้องเป็นไปตามหลัก “Ultra vires” คือ การกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายต้องกระทำ โดยมีอำนาจและไม่ออกนอกเขตอำนาจ ดังนั้น ถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการทางปกครอง ซึ่งได้กระทำไปโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนือจากขอบอำนาจของฝ่ายปกครอง ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจเพิกถอนได้ ซึ่งเป็นหลักการที่ศาลยุติธรรมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา Section 2 Article 3 บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการในการวินิจฉัย Case and Controversies ในการตรวจสอบปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ดังนั้น เมื่อจะพิจารณาว่า ศาลมีขอบเขตแห่งอำนาจเพียงใดนั้น จำต้องพิจารณาว่า Case and Controversies มีขอบเขตเพียงใด หากเป็นปัญหาทางการเมือง (Political – Question doctrine) แล้ว ย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลที่จะพิจารณาได้ เกี่ยวกับประเด็นนี้ ผู้พิพากษาในคดี Baker V. Carr ได้พยายามให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า เรื่องใดเป็นเรื่องทางการเมืองหรือไม่ โดยพิจารณาว่า³²¹

- รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เรื่องใดเรื่องหนึ่งได้รับการวินิจฉัยโดยองค์กรทางการเมืององค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือไม่
- เรื่องที่จะวินิจฉัยนั้น ขาดกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จะวินิจฉัยหรือไม่
- ปัญหาดังกล่าวนั้น ไม่อาจหาทางออกได้ โดยปราศจากการวินิจฉัยของฝ่ายการเมืองก่อนหรือไม่

หากเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ย่อมถือได้ว่า เรื่องดังกล่าว นั้นเป็นปัญหาทางการเมืองซึ่งไม่อยู่ในเขตอำนาจศาล

กล่าวโดยสรุปแล้ว ศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีต่อไปนี้

1. คดีซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐ ซึ่งอาจเป็นข้อพิพาทระหว่างมลรัฐกับสหพันธรัฐหรือข้อพิพาทระหว่างมลรัฐกับมลรัฐด้วยกัน ซึ่งรวมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทูตและกงสุลด้วย
2. คดีที่ได้มีการโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ของสหพันธรัฐ กล่าวคือในคดีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เอกชนอาจเสนอปัญหารัฐธรรมนูญนั้นๆ

³²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 137 หน้า 51.

ต่อศาลชั้นต้น ซึ่งได้แก่ ศาลแพ่งหรือศาลอาญา เพื่อพิจารณาวินิจฉัย และศาลนั้นๆ จะวินิจฉัยปัญหา รัฐธรรมนูญไปพร้อมๆ กันกับปัญหาอื่นๆ ในคดีธรรมดา ซึ่งถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่พอใจ คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นดังกล่าว อาจอุทธรณ์คัดค้านคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นนั้นต่อศาลอุทธรณ์ และสำนวนความในคดีนั้นก็เข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ต่อไป ดังนั้น ปัญหาที่สำคัญในคดีนั้นรวมทั้งปัญหาทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจหมายความรวมถึงเรื่องการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ก็จะได้รับพิจารณาในชั้นที่สุด โดยศาลสูง ซึ่งได้แก่ ศาลฎีกานั้นเอง³²²

อาจสรุปได้ว่า การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ของประชาชนของสหรัฐอเมริกา นั้น สามารถดำเนินการได้ทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญาและคดีปกครอง ซึ่งกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับปัญหาทางรัฐธรรมนูญ คู่ความสามารถเสนอข้อพิพาทต่อศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงทั้งในระดับมลรัฐ และระดับสหรัฐอเมริกา ในส่วนของศาลสูงของ สหรัฐอเมริกานั้น กล่าวได้ว่า คดีที่จะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงของสหรัฐอเมริกา นั้น นอกจาก คดีที่สามารถอุทธรณ์ได้ อันได้แก่ คดีที่มีข้อขัดแย้งทุกชนิดตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น คดีเกี่ยวกับสิทธิพลเมือง ศาสนา โบสถ์ เป็นต้น แล้ว มีคดีอีกประเภทหนึ่งที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา อาจขอให้ศาลล่าง ทั้งในระดับสหรัฐอเมริกาและระดับมลรัฐส่งขึ้นมาให้พิจารณาได้ ซึ่งเป็น ลักษณะโดดเด่นที่แตกต่างไปจากหลายๆ ประเทศ แต่มีรายละเอียดแตกต่างกัน เนื่องจากแต่ละมลรัฐมีศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และศาลสูงในระดับมลรัฐ ซึ่งแตกต่างไปจากประเทศต่างๆ ทั้งนี้ เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีการปกครองในรูปแบบสหรัฐ (Federalism) ภายใต้รูปแบบนี้ รัฐบาลกลาง (National government) มีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้ในเมืองหลวง คือ Washington D.C. และ มลรัฐทั้ง 50 มลรัฐ ภายใต้เงื่อนไขอำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และในขณะเดียวกัน มลรัฐต่างๆ ทั้ง 50 มลรัฐต่างก็มีระบบกฎหมายของตนเอง มีศาลของตนเอง มีระบบการบังคับใช้กฎหมายของตนเอง แม้ว่ากฎหมายในแต่ละมลรัฐอาจมีความคล้ายคลึงกัน แต่แต่ละมลรัฐมีอำนาจในการ ตัดสินคดีเป็นของตนเอง ดังนั้น บ่อยครั้งที่กฎหมายในเรื่องเดียวกัน เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นในต่างมลรัฐกัน คำตัดสินของศาลอาจออกมาแตกต่างกันได้³²³

เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากขึ้น ขอนำเสนอเกี่ยวกับคำบังคับให้ต้องผูกพัน (Mandatory or binding) ของ กฎหมาย ตามประเภทของกฎหมาย³²⁴ ดังนี้

1. รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มีคำบังคับให้ทุกมลรัฐต้องผูกพันเสมอ

³²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2521). การตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติโดย องค์การตุลาการ *วารสารนิติศาสตร์* 10, 4 (ธันวาคม): 560 – 578 หน้า 565 – 566.

³²³ มานิตย์ จุมปา *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา* กรุงเทพฯ วิญญูชน 2553 หน้า 62.

³²⁴ มานิตย์ จุมปา *เรื่องเดียวกัน* เชียงธรรมที่ 324 หน้า 59 – 60.

2. รัฐบาลบัญญัติในระดับสหรัฐอเมริกา มีค่าบังคับให้ต้องผูกพันเสมอ เว้นแต่จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ
3. กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้น โดยหน่วยงานในระดับสหรัฐอเมริกา มีค่าบังคับให้ต้องผูกพันเสมอ เว้นแต่กฎเกณฑ์นั้นเกินขอบเขตที่กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ
4. คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา มีค่าบังคับให้ต้องผูกพันเสมอ ในประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายในระดับสหรัฐอเมริกา
5. คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐอเมริกา มีค่าบังคับในประเด็นที่ตัดสินเกี่ยวกับกฎหมายในระดับสหรัฐ โดยมีผลบังคับต่อศาลชั้นต้นที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอุทธรณ์ที่มีคำพิพากษานั้นๆ อย่างไรก็ตาม ยังมีผลจูงใจ (Persuasive) ให้ศาลอุทธรณ์อื่นยึดถือเป็นแนวบรรทัดฐานด้วย
6. คำพิพากษาศาลชั้นต้นแห่งสหรัฐอเมริกา ไม่มีค่าบังคับให้ต้องผูกพัน แต่ในบางครั้งมีผลว่า อาจจูงใจให้ศาลชั้นต้นอื่นยึดถือเป็นแนวบรรทัดฐาน
7. รัฐธรรมนูญของมลรัฐ มีค่าบังคับให้ต้องผูกพันแต่เฉพาะในมลรัฐนั้นๆ เท่านั้น
8. รัฐบาลบัญญัติในระดับมลรัฐ มีค่าบังคับให้ต้องผูกพันแต่เฉพาะในมลรัฐนั้นๆ เท่านั้น
9. กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้น โดยหน่วยงานในระดับมลรัฐ มีค่าบังคับให้ต้องผูกพันเสมอ เฉพาะเพียงในมลรัฐนั้นๆ เว้นแต่กฎเกณฑ์นั้นเกินขอบเขตที่รัฐบาลบัญญัติของมลรัฐกำหนดไว้
10. คำพิพากษาของศาลฎีกาแห่งมลรัฐ ในประเด็นที่เกี่ยวกับกฎหมายของมลรัฐ ย่อมมีค่าบังคับให้ต้องผูกพันต่อศาลล่างในมลรัฐนั้นๆ และมีค่าบังคับให้ต้องผูกพันต่อศาลชั้นต้นแห่งสหรัฐอเมริกาที่ตั้งอยู่ในเขตอำนาจของมลรัฐนั้น ซึ่งพิจารณาคดีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งเป็นพลเมืองของมลรัฐนั้น และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นพลเมืองของอีกมลรัฐหนึ่งหรือเป็นชาวต่างชาติ
11. คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐ ในประเด็นที่เกี่ยวกับกฎหมายของมลรัฐ ย่อมมีค่าบังคับให้ต้องผูกพันต่อศาลล่างที่คดีต้องอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ที่ตัดสินคดีนั้น
12. คำพิพากษาของศาลชั้นต้นแห่งมลรัฐ ไม่มีค่าบังคับให้ต้องผูกพัน เว้นแต่คู่ความในคดีเท่านั้นที่ต้องผูกพันตามคำตัดสินของศาล แต่ไม่จูงใจให้ยึดถือ เพราะโดยสภาพแล้วไม่มีการเขียนคำพิพากษา

4.8 ตัวอย่างการใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต่อศาล สูงสหรัฐอเมริกา

4.8.1 เสรีภาพในการนับถือศาสนา

คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ 310 U.S. 296 (1940) ระหว่าง Cantwell V. Connecticut³²⁵ ข้อเท็จจริงโดยสรุปในคดีนี้ ได้แก่ Cantwell เป็น โจทก์ยื่นฟ้องมลรัฐ Connecticut เป็นจำเลย โดยฟ้องว่า กฎหมายของมลรัฐ Connecticut ที่กำหนดให้บุคคลที่จะชักชวนหรือเชื้อเชิญบุคคลอื่นใด เพื่อให้เข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนาในที่สาธารณะใดๆ ต้องยื่นขออนุญาต และต้องได้รับอนุญาตจากมลรัฐก่อน จึงจะสามารถดำเนินการได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิจารณาแล้ว เห็นว่า เสรีภาพในการนับถือศาสนานั้น ประกอบด้วยเสรีภาพย่อย 2 ชนิด ได้แก่ เสรีภาพในความเชื่อและเสรีภาพในการกระทำ เสรีภาพในความเชื่อเป็นเสรีภาพเด็ดขาด ไม่อาจจำกัดได้เลย แต่เสรีภาพในการกระทำนั้นเป็นเสรีภาพสัมพัทธ์ ดังนั้น มลรัฐจึงอาจตรากฎหมายมาจำกัดได้ เนื่องจากกรณีการชักชวนให้บุคคลอื่นมาร่วมกิจกรรมทางศาสนาในสถานที่สาธารณะนั้น ต้องได้รับอนุญาตจากมลรัฐก่อนนั้น เป็นการตรากฎหมายที่ไม่อาจมีผลบังคับได้ เนื่องจากเป็นการละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อ วินิจฉัยว่า กฎหมายของมลรัฐ Connecticut ที่มีข้อกำหนดดังกล่าว ขัดรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับไม่ได้ โจทก์จึงสามารถใช้เสรีภาพในการเชิญชวนบุคคลมาร่วมกิจกรรมทางศาสนาได้ โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตจากมลรัฐ

4.8.2 การปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา

คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ 494 U.S.872 (1990) ระหว่าง Smith V. Employment Division , Department of Human Resources³²⁶ ข้อเท็จจริงโดยสรุปในคดีนี้ ได้แก่ Smith ซึ่งเป็นผู้ถูกไล่ออกจากงาน เนื่องจากใช้สารเสพติดที่ทำมาจากต้นกระบองเพชรในพิธีกรรมทางศาสนา และถูกปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือจากมลรัฐด้วยเหตุจากการว่างงานนั้น เป็นโจทก์ยื่นฟ้องมลรัฐ Oregon เป็นจำเลย โดยฟ้องว่า จำเลยตรากฎหมายห้ามบุคคลใช้สารเสพติดที่ทำมาจากต้นกระบองเพชร ซึ่งมีฤทธิ์ทำให้ผู้เสพประสาทหลอนในพิธีกรรมทางศาสนา อีกทั้งยังตรากฎหมายไม่ให้ผู้ที่ว่างงานเพราะฝ่าฝืนกฎหมายของมลรัฐได้รับความช่วยเหลือจากมลรัฐ ซึ่งกฎหมายที่มีข้อกำหนดดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ เนื่องจากละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา ศาลสูงสุดพิจารณาแล้ว เห็นว่า ศาลมีประเด็นสำคัญที่จะต้องวินิจฉัย ได้แก่ ข้อกำหนดห้ามมิให้ใช้สารเสพติดที่ทำจากต้นกระบองเพชรของมลรัฐ Oregon จะยังคงอยู่ภายในกรอบของรัฐธรรมนูญ ในเรื่องเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความเชื่อทางศาสนาหรือไม่ และกรณีที่

³²⁵ Case Cantwell V. Connecticut , 310 U.S.296 (1940).

³²⁶ Case Smith V. Employment Division , Department of Human Resources , 494 U.S.872 (1990).

มลรัฐปฏิเสธที่จะจ่ายเงินช่วยเหลือให้แก่ผู้ฟ้องคดีด้วยเหตุที่เขาดังกล่าว เนื่องจากมีการใช้ยาเสพติดชนิดดังกล่าว เป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลเห็นว่า กฎหมายอาญาดังกล่าวตราขึ้นโดยมลรัฐมีอำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีบทบัญญัติใดๆ อันบ่งชี้ถึงการมุ่งใช้บังคับข้อกำหนดนี้แก่บุคคลใดหรือกลุ่มใดโดยเฉพาะ ดังนั้นการปฏิบัติตามความเชื่อของบุคคล จึงไม่อาจอ้างเพื่อที่จะให้ตนเองหลุดพ้นจากการกระทำผิดกฎหมายซึ่งได้ตราขึ้นอย่างเป็นทางการที่มุ่งใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไป ศาลจึงวินิจฉัยว่าจำเลยมีอำนาจกำหนดเช่นนั้น ในกฎหมาย กฎหมายของมลรัฐไม่ขัดรัฐธรรมนูญ จึงใช้บังคับได้

4.8.3 เสรีภาพในการพูด

1) คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ 391 U.S.367 (1968) ระหว่าง United States V O'Brien³²⁷ ข้อเท็จจริงในคดีนี้สรุปได้ว่า ในระหว่างการชุมนุมของประชาชนประท้วงต่อมาตรการบังคับการเกณฑ์บุคคลไปเป็นทหาร เพื่อไปทำสงครามในประเทศเวียดนาม O'Brien ซึ่งเป็นบุคคลหนึ่งในผู้ประท้วง และผู้ประท้วงอีกหลายคนเข้าร่วมประท้วงในขณะนั้นได้เผาเอกสารชื่อ Selective Service Registration Certificates ในขณะนั้นมีเจ้าหน้าที่หน่วยสืบราชการลับของสหรัฐอเมริกาจำนวนมากพบเห็นเหตุการณ์นั้น จึงเข้าไปจับกุม O'Brien ในข้อหา การฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งห้ามทำลายเอกสารดังกล่าว คดีขึ้นสู่ศาล ศาลตัดสินว่า O'Brien มีความผิด O'Brien จึงอุทธรณ์คดีต่อศาลฎีกา โดยต่อสู้ว่า คำพิพากษานั้นละเมิดเสรีภาพในการพูดของตนเองตามที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 รับรองไว้ ศาลฎีกาพิจารณาแล้ว เห็นว่า มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณา ได้แก่ พฤติกรรมของบุคคลนั้นมีทั้งการพูดและการแสดงออกอย่างอื่นซึ่งไม่ใช่การพูด ดังนั้น การที่รัฐตรากฎหมายควบคุมพฤติกรรมการแสดงออกซึ่งไม่ใช่การพูดในเรื่องสำคัญอันมีประโยชน์ต่อรัฐ เป็นการละเมิดเสรีภาพในการพูดตามที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 รับรองไว้หรือไม่ ศาลฎีกาพิจารณาแล้ว เห็นว่าไม่ละเมิด เนื่องจากรัฐมิได้ตัดสิทธิในการพูดโดยตรง แต่เป็นเรื่องเข้าไปควบคุมพฤติกรรมซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการพูด คือ การทำลายเอกสาร และถึงแม้ว่าเสรีภาพในการแสดงออกจะกินความถึงการแสดงออกผ่านสัญลักษณ์ต่างๆ แต่ก็มีได้หมายความว่า จะรวมถึงพฤติกรรมการแสดงออกของความคิดทุกประการ เสรีภาพในการแสดงออกมิใช่เสรีภาพเด็ดขาดที่รัฐจะตรากฎหมายมาจำกัดไม่ได้ หากแต่ถ้าถ้าเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญของรัฐแล้ว รัฐสามารถตรากฎหมายออกมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกผ่านสัญลักษณ์ หรือการกระทำต่างๆ ได้ โดยมีเงื่อนไขสำคัญว่า กฎหมายที่จะตราออกมานั้น ประการแรก กฎหมายนั้นอยู่ภายใต้อำนาจที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ตราได้ ประการที่สอง กฎหมายนั้นเป็นการสนับสนุนส่วนได้เสียที่สำคัญของรัฐ ประการที่สาม ส่วนได้เสียนั้น ไม่เกี่ยวข้องกับการยับยั้งหรือหยุดยั้งเสรีภาพใน

³²⁷ Case United States V. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

การแสดงออก ประการที่สี่ การจำกัดเสรีภาพที่รับรองในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 เพียงเล็กน้อยนั้น ไม่มีความสำคัญยิ่งไปกว่าการส่งเสริมส่วนได้เสียที่สำคัญของรัฐ ศาลสูงสุด จึงพิพากษายืน

2) คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ 491 U.S. 397 (1989) ระหว่าง Texas V. Johnson³²⁸ ข้อเท็จจริงในคดีนี้สรุปได้ว่า ในระหว่างการประชุมระดับชาติของพรรคิรีพับลิกัน Johnson ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้เข้าประชุม ได้นำธงชาติอเมริการ่มลงไปในน้ำมันก๊าด แล้วจุดไฟเผาธงชาตินั้น พร้อมตะโกนว่า “อเมริกา สีแดง สีขาว และสีฟ้า” ผู้ประสบเหตุการณ์จำนวนมากมีความโกรธแค้นต่อการกระทำดังกล่าว แต่ไม่มีใครก่อเหตุที่ทำให้เกิดการบาดเจ็บทางกาย Johnson ถูกจับกุมและดำเนินคดี ศาลตัดสินลงโทษข้อหาคุกหมิ่นธงชาติ โดยจำคุก 1 ปี ปรับ 2,000 เหรียญดอลลาร์สหรัฐอเมริกา Johnson อุทธรณ์ต่อศาลสูงสุด ศาลสูงสุด พิจารณาแล้ว เห็นว่า มีประเด็นสำคัญจำต้องพิจารณา ได้แก่ มลรัฐมีอำนาจกำหนดความผิดฐานเผาธงชาติหรือไม่ ศาลเห็นว่า มลรัฐไม่มีอำนาจดังกล่าวเลย การเผาธงชาติสหรัฐอเมริกาที่แสดงความหมายต่อต้านทางการเมือง ไม่ถือว่ามี ความผิดทางอาญา ซึ่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 รับรองเสรีภาพในการพูด ซึ่งรวมความถึงการแสดงออกเกี่ยวกับความเห็นในทางกายภาพด้วย บรรทัดฐานจากคดี O’Brien จะนำมาปรับใช้ในคดีนี้ได้ ต่อเมื่อมลรัฐที่กษัตกำหนดความผิดเผาธงไว้ในลักษณะที่แสดงให้เห็นว่า ส่วนได้เสียของมลรัฐที่จะควบคุมความประพฤตินั้น ไม่เกี่ยวกับการหยุดยั้งเสรีภาพในการแสดงออกเลย แต่เมื่อมลรัฐที่กษัตกล่าวในคดีนี้ว่า การตรากฎหมายเกี่ยวกับการเผาธงนั้นเป็นความผิด เนื่องจากเป็นการตราเพื่อป้องกันการทำลายความสงบและเพื่อรักษาธงในฐานะเป็นสัญลักษณ์ของความเป็นชาติ และความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติ ดังนั้น จึงนำบรรทัดฐานจากคดี O’Brien มาปรับใช้ไม่ได้ ศาลสูงสุดจึงพิพากษากลับว่า การกระทำเช่นนั้นไม่ผิดกฎหมายของมลรัฐที่กษัต

3) คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ 413 U.S. 15 (1973) ระหว่าง Miller V. California³²⁹ ข้อเท็จจริงในคดีนี้สรุปได้ว่า Miller ผลิตและส่งออกสารโฆษณาเพื่อขายหนังสือสำหรับผู้ใหญ่ซึ่งเป็นหนังสือลามกหายากขายไปให้บุคคลต่างๆ ทั้งที่แสดงและไม่แสดงความต้องการที่จะรับเอกสารดังกล่าว ดำรวจจึงจับกุมมาดำเนินคดี อัยการสั่งฟ้องในความผิดตามกฎหมายห้ามเผยแพร่สิ่งลามกหายาก ศาลมลรัฐ California พิพากษาว่า Miller มีความผิดฐานกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่ห้ามเผยแพร่สิ่งลามกหายาก คดีนี้ Miller อุทธรณ์ คดีจึงขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด ศาลสูงสุดเห็นว่า คดีนี้มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาว่า

³²⁸ Case Texas V. Johnson , 491 U.S.397 (1989).

³²⁹ Case Miller V. California , 413 U.S.15 (1973).

การกระทำของ Miller ยังเหมาะสมที่จะได้รับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกหรือไม่ เมื่อพิจารณาแล้ว ในกรณีที่เอกสารใดๆ ที่มีความลามกหยาบคาย ย่อมไม่อาจได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ถ้ามีองค์ประกอบ ได้แก่ ประการแรก ในสายตาของวิญญูชนซึ่งพิจารณาตามมาตรฐานของประชาชนที่อยู่ในชุมชนนั้นๆ เห็นว่า เอกสารนั้นในภาพรวมเป็นไปในทางลามกอนาจารเป็นอย่างมาก ประการที่สอง เอกสารนั้นๆ กล่าวถึงเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศ อันเฉพาะเจาะจงซึ่งเป็นที่น่ารังเกียจอย่างชัดเจน และประการที่สาม ในภาพรวมนั้น เอกสารดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับคุณค่าของการประพันธ์ ศิลปะ การเมืองหรือวิทยาศาสตร์ ดังนั้น เมื่อมลรัฐพิจารณาว่า เอกสารใดหรือวัตถุใดเข้าข่ายเป็นถึงลามกหยาบคาย มลรัฐย่อมมีอำนาจห้ามเผยแพร่สิ่งดังกล่าวได้ ในเมื่อมีแนวโน้มว่าผู้รับไม่ยินดีที่จะรับเอกสารนั้นหรือสิ่งนั้นอาจเผยแพร่ไปยังเยาวชนได้ ศาลสูงสุดเห็นว่า การกระทำของ Miller ไม่เหมาะสมที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 พิพากษา ยืนตามศาลมลรัฐ California

4) คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ 521 U.S. 844 (1997) ระหว่าง Reno V. American Civil Liberties Union³³⁰ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ สรุปได้ว่า รัฐสภาตรากฎหมายฉบับที่ชื่อว่า The Communications Decency Act of 1996 (CDA) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ห้ามส่งข้อความที่ลามกหยาบคายหรือไม่เหมาะสมหยาบ โปนไปยังผู้รับข้อมูลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และให้มีการกำหนดมาตรการป้องกันการส่งข้อมูลผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยการจำกัดความสามารถในการเข้าถึงข้อมูลของผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี สำหรับข้อมูลที่ต้องห้ามนั้น ซึ่งสามารถทำได้ถ้าได้กระทำไปโดยเจตนาที่ดี มีความเหมาะสม สมเหตุสมผล แต่สหภาพเสรีภาพพลเรือนอเมริกันสงสัยว่ากฎหมายนี้อาจขัดรัฐธรรมนูญ จึงยื่นฟ้องต่อศาลสูงสุดให้พิจารณาว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลสูงสุดมีประเด็นต้องพิจารณาว่า รัฐสภาจะมีอำนาจในการยับยั้งการเข้าถึงเว็บเพจโดยปฏิเสธการเข้าถึงข้อมูลของผู้เยาว์สำหรับข้อมูลที่เป็นอันตรายได้หรือไม่ พิจารณาจากเนื้อหาสาระของกฎหมาย CDA เห็นว่า กฎหมายนี้เป็นกฎหมายอาญาที่มีเนื้อหาเคลือบคลุมและกว้างขวางเกินไปที่จะควบคุมพฤติกรรมบุคคล โดยปกติแล้ว กฎหมายใดๆ ที่จำกัดเสรีภาพในการพูดมักขัดรัฐธรรมนูญ ยกเว้นรัฐสามารถแสดงให้เห็นว่า กฎหมายนั้นๆ เกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนได้เสียของรัฐที่สำคัญ ทั้งการจำกัดเสรีภาพเช่นนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นที่จกต้องกระทำเพื่อให้บรรลุตามผลประโยชน์แห่งรัฐ แต่กฎหมาย CDA เป็นกฎหมายที่มีขอบเขตกว้างขวางมากจนไม่อาจรับได้เนื่องจากการห้ามเข้าถึงข้อมูลนั้นมิได้ห้ามแต่เฉพาะผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่ยังห้ามถึงผู้ใหญ่ด้วยกฎหมาย CDA จึงเข้ามาแทรกแซงความเป็นอิสระในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็น มากกว่าที่จะเข้ามาสนับสนุนความเป็นอิสระดังกล่าว ดังนั้น ศาลจึงพิพากษาว่า รัฐสภาย่อมไม่มีอำนาจในการ

³³⁰ Case Reno V. American Civil Liberties Unions , 521 U.S. 844 (1997).

ตรากฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ (การจำกัดเสรีภาพในการพูด ซึ่งต้องมีเหตุมีผล ถ้าไม่สมเหตุสมผล ย่อมถือว่ากฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญ ไม่อาจใช้บังคับได้)

5. คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ 395 U.S. 444 (1969) ระหว่าง Brandenburg V Ohio³³¹ ข้อเท็จจริงในคดีนี้สรุปได้ว่า Brandenburg โจทก์ในคดีนี้ฟ้องมลรัฐ Ohio ว่ากฎหมายของมลรัฐที่ห้ามการกระทำที่เป็นการสนับสนุนการขัดขวางพลเมือง โดยไม่มีการแยก ระหว่างการสนับสนุนที่เป็นการผิดกฎหมาย และการสนับสนุนที่ไม่ผิดกฎหมาย เป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากโจทก์ในคดีนี้เป็นผู้นำของกลุ่มที่เรียกตนเองว่า Ku Klux Klan ได้เชิญชวนกลุ่มบุคคลที่ทำงานเกี่ยวกับโทรทัศน์เข้าร่วมกับกลุ่มซึ่งมีเจตนาต่อต้านและเหยียดผิวชนชาติที่ไม่ใช่คนผิวขาว ให้ออกอากาศโจมตีกลุ่มดังกล่าวจึงถูกตำรวจจับ และพนักงานอัยการส่งฟ้องศาลมลรัฐ Ohio ซึ่งได้ตัดสินว่า โจทก์ในคดีนี้มีความผิดตามกฎหมายของมลรัฐในเรื่องการสนับสนุนความผิดในการใช้กำลังอย่างรุนแรงเพื่อบรรลุข้อเรียกร้องทางการเมือง หรือการรวมกันเป็นสมาคมอันมีวัตถุประสงค์เป็นการอันผิดกฎหมายหรือการกระทำผิดกฎหมาย คดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด ศาลสูงสุดพิจารณาแล้ว เห็นว่า มีประเด็นสำคัญที่ศาลต้องพิจารณา ได้แก่ กฎหมายของมลรัฐ Ohio จะสามารถห้ามการกระทำอันเป็นการสนับสนุน และการกระดุนที่ใกล้จะเป็นการสนับสนุนถือเป็นการทำความผิดกฎหมายหรือไม่ ศาลพิจารณาแล้ว เห็นว่า รัฐธรรมนูญได้รับรองอิสระในการพูดและการตีพิมพ์ จึงไม่อนุญาตให้มลรัฐห้ามการสนับสนุน โดยการใช้กำลังหรือละเมิดกฎหมาย ยกเว้นแต่ว่าการสนับสนุนเช่นนั้น จะเป็นผลโดยตรงที่กระดุนหรือเป็นสิ่งที่ใกล้กับการกระทำความผิดที่ได้มีการสนับสนุนนั้น เมื่อกฎหมายของมลรัฐ Ohio ไม่ได้แบ่งแยกให้เกิดความชัดเจน จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่อาจใช้บังคับได้ พิพากษาว่า กฎหมายมลรัฐ Ohio มาตราดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับไม่ได้

6) คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่ 538 U.S. 343 (2003) ระหว่าง Virginia V. Black³³² ข้อเท็จจริงในคดีนี้ สรุปได้ว่า Black ซึ่งเป็น โจทก์ในคดีนี้ฟ้องมลรัฐ Virginia เป็นจำเลย เนื่องจากมลรัฐ Virginia ดำเนินคดีกับ Black เนื่องจาก Black ชักชวนกลุ่มเพื่อนๆ ของเขาหลายคนนำไม้กางเขนไปปักที่สนามหญ้าห่างจากบ้านของ Jubilee ซึ่งเป็นชาวผิวดำประมาณ 20 ฟุต จากนั้นจึงจุดไฟเผาไม้กางเขนในขณะที่ Jubilee ยังไม่กลับมาถึงบ้าน เมื่อ Jubilee กลับมาถึงบ้าน และเห็นซากไม้กางเขนที่ถูกเผาเหลืออยู่บนสนามหญ้า จึงเกิดความหวาดกลัวมาก จึงแจ้งตำรวจให้มาตรวจสอบ จนกระทั่งตำรวจจับกุม Black ในข้อหาแสดงออกด้วยการข่มขู่ผู้อื่น โดยการเผาไหม้

³³¹ Case Brandenburg V. Ohio , 395 U.S.444 (1969).

³³² มาซาโตะ. (2555). “เสรีภาพในการแสดงออก” สยามรัฐ สัปดาห์วิจารณ์ 59 ,15 (8-15 กรกฎาคม): 26 หน้า 26.

กางเขน พนักงานอัยการฟ้องศาล ศาลมลรัฐ Virginia พิพากษาจำคุก Black 45 วันและปรับเงินจำนวน 2,500 ดอลลาร์สหรัฐ โทษจำคุกให้รอการลงอาญาไว้ก่อน Black จึงมาฟ้องศาลสูงสุดว่าการที่ศาลมลรัฐ Virginia พิพากษาโดยอ้างรัฐธรรมนูญนั้นไม่ถูกต้อง โดยอ้างว่าเป็นเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ศาลสูงสุดพิจารณาแล้ว เห็นว่า การเผาไม้กางเขน โดยกลุ่มคลั่งลัทธิ Ku Klux Klan ใช้เป็นสัญลักษณ์ในการแสดงออกถึงการข่มขู่และแสดงออกถึงการจะลงมือใช้ความรุนแรงมาตั้งแต่ช่วงต้นศตวรรษที่ 20 แล้ว นอกจากนี้แล้วยังใช้เป็นส่วนหนึ่งของพิธีกรรมในการสาบานตัวของกลุ่มสมาชิกในลัทธิด้วย ดังนั้น การเผาไม้กางเขนในเขตบ้านของผู้คนที่มิหือไม่พอใจกันเช่นนี้ โดยทั่วไปน่าจะพอเข้าใจได้ว่าเป็นการข่มขู่ว่าจะมีการใช้ความรุนแรงซึ่งอาจหมายถึงชีวิตได้ ดังนั้น การเผาไม้กางเขนเช่นนั้นเป็นการแสดงออกถึงการข่มขู่หรือลักษณะที่จะก่อความรุนแรง เป็นความผิดตามกฎหมาย จึงพิพากษาว่า การที่ศาลมลรัฐ Virginia พิพากษามา นั้นชอบแล้ว ยกฟ้อง โจทก์ (Black)

7) คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ 393 U.S. 503 (1969) ระหว่าง Tinker V Des Moines School District³³³ ข้อเท็จจริงในคดีนี้สรุปได้ว่า Tinker โจทก์ในคดีนี้พร้อมเพื่อนนักเรียนอีก 1 คน ถูกจำเลยในคดีนี้คือ Des Moines District สังกัดการศึกษา เนื่องจากทั้งสองคนสวมปลอกแขนสีดำเพื่อแสดงการคัดค้านสงครามเวียดนามโดยกล่าวอ้างว่าเป็นการทำผิดระเบียบของโรงเรียนอย่างมาก โจทก์ในคดีนี้จึง มาฟ้องต่อศาลสูงสุดว่า จำเลยไม่อาจทำเช่นนั้นได้ เนื่องจากโจทก์ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ศาลสูงสุด เห็นว่า ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาในคดีนี้ ได้แก่ การแสดงออกของ Tinker และเพื่อนที่สวมปลอกแขนเพื่อแสดงการต่อต้านสงครามเวียดนามนั้น เป็นการแสดงออกในเชิงสัญลักษณ์อันอยู่ในความหมายของเสรีภาพในการพูดด้วยตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 หรือไม่ แต่เสรีภาพในโรงเรียนนั้นย่อมถูกจำกัดได้ ในเมื่อการพูดของนักเรียนเป็นการขัดขวางการเรียนการสอนในโรงเรียน ดังนั้นศาลจึงพิพากษาว่า เสรีภาพในการพูดของนักเรียนถ้าไปรบกวนหรือขัดขวางการเรียนการสอนในโรงเรียน ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ดังนั้น โรงเรียนมีอำนาจสั่งพักการเรียนการสอน Tinker และเพื่อนได้

4.8.4 เสรีภาพในการตีพิมพ์

คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ 437 U.S.539 (1976) ระหว่าง Nebraska Press Association V. Stuart³³⁴ ข้อเท็จจริงในคดีนี้สรุปได้ว่า Nebraska Press Association โจทก์ฟ้องร้อง Stuart จำเลย ซึ่งเป็นผู้พิพากษาประจำศาลชั้นต้นที่เป็นประธานในการพิจารณา

³³³ Case Tinker V. Des Moines School District , 393 U.S.503 (1969).

³³⁴ Case Nebraska Press V. Stuart , 437 U.S.539 (1976).

คดีอาญาที่มีความเกี่ยวข้องกับฆาตกรรมต่อเนื่องอันน่าสะพรึงกลัว ที่เกิดขึ้นในเมือง Nebraska ซึ่งเป็นเมืองเล็ก ๆ โดยการหลีกเลี่ยงจากความเสียหายหรืออันตรายอันอาจเกิดขึ้นจากการเผยแพร่ข่าวสารก่อนการพิจารณาคดี Stuart จึงออกคำสั่งห้ามรายงานข่าวต่างๆ เกี่ยวกับคดีนี้ไปยัง Nebraska Press Association ตลอดจนสื่ออื่นๆ คำสั่งนี้มีผลไปตลอดรวมถึงขั้นตอนการเลือกลูกขุนในคดีนี้ แต่ศาลสูงสุดของมลรัฐ Nebraska แก้อคำสั่งดังกล่าว โดยกำหนดห้ามแต่เฉพาะการรายงานข่าวใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับสารภาพของผู้ต้องหา ตลอดจนข้อเท็จจริงใดๆ ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับผู้ถูกกล่าวหาเท่านั้น โดยโจทก์ฟ้องว่า คำสั่งจำเลยขัดรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ที่รับรองเสรีภาพในการเสนอข่าวสารใดๆ ของโจทก์ คดีนี้ ศาลสูงสุดพิจารณาแล้ว เห็นว่า มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณา ได้แก่ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มีบทบัญญัติให้ควบคุมข่าวสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีหรือไม่ ศาลเห็นว่า กรณีที่จะมีการออกคำสั่งควบคุมการตีพิมพ์เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีได้จะเกิดขึ้น โดยเงื่อนไขที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งควบคุมแสดงให้เห็นได้ว่าการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารนั้นเป็นอันตรายอย่างยิ่ง และการควบคุมการเผยแพร่ข่าวสารนั้นสามารถป้องกันอันตรายเช่นนั้นได้และเห็นว่า ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนี้ยังมีวิธีการหรือทางเลือกอื่นๆ ที่จะปฏิบัติเพื่อคุ้มครองป้องกันการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความยุติธรรมได้ เช่น การเก็บตัวลูกขุนไว้ในระหว่างการพิจารณาคดีหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ในการพิจารณาคดี เป็นต้น จึงมีความเห็นว่า รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ไม่มีบทบัญญัติให้ควบคุมข่าวสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีเลย พิพากษาว่า จำเลยในคดีนี้ไม่มีอำนาจออกคำสั่งควบคุมดังกล่าวเลย โจทก์มีเสรีภาพในการเสนอข่าวดังกล่าวได้

4.8.5 การได้รับความคุ้มครองจากหลักสิทธิกระบวนในเชิงเนื้อหา

คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ 505 U.S. 833 (1992) ระหว่าง Cruzan V. Director , Missouri Department of Health³³⁵ ข้อเท็จจริงในคดีนี้สรุปได้ว่า บิดามารดาของ Nancy Cruzan เป็น โจทก์ฟ้อง Director, Missouri of Health เป็นจำเลย โดย Nancy Cruzan ประสบอุบัติเหตุทางรถยนต์และได้รับบาดเจ็บอย่างรุนแรงที่ศีรษะและกระทบทางสมอง ทำให้เข้าสู่ภาวะเจ้าหญิงนิทรา ร่างกายยังมีชีวิตอยู่แต่โดยใช้เครื่องมือทางการแพทย์ช่วย บิดามารดาของ Nancy ประสงค์ให้ถอดเครื่องมือช่วยชีวิตเสีย อันจะทำให้ Nancy เสียชีวิตทันที แต่เจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลปฏิเสธที่จะทำเช่นนั้น จนกว่าจะมีคำสั่งศาล โจทก์จึงฟ้องจำเลยต่อศาลชั้นต้นในระหว่างการสืบพยานโจทก์ เพื่อนของ Nancy รายหนึ่งเบิกความต่อศาลว่า ก่อนที่ Nancy จะได้รับอุบัติเหตุ เธอบอกว่าไม่ต้องการมีชีวิตอยู่ในลักษณะของเจ้าหญิงนิทรา จากพยานปากนี้ ศาลชั้นต้นจึงพิพากษาให้ตามที่โจทก์ขอ แต่จำเลยอุทธรณ์ ศาลมลรัฐ Missouri พิพากษากลับคำพิพากษาศาล

³³⁵ Case Cruzan V. Director , Missouri Department of Health , 505 U.S.833 (1992).

ขั้นต้น โดยเห็นว่า พยานเพียงเท่านั้นยังไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ให้เห็นว่า Nancy ปราศจากที่จะให้หยุดใช้เครื่องช่วยชีวิตดังกล่าว โจทก์จึงมาฟ้องต่อศาลสูงสุดว่า โจทก์มีสิทธิอันชอบธรรมในชีวิต ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 คดีจึงขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด คดีนี้ ศาลสูงสุดพิจารณาแล้ว เห็นว่า มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาว่า มลรัฐยังมีอำนาจกำหนดให้มีการพิสูจน์หลักฐานให้ชัดเจนและปราศจากข้อสงสัยว่า ผู้ป่วยที่ไม่มีความสามารถที่จะแสดงเจตนาว่าประสงค์จะให้ยุติการใช้เครื่องช่วยชีวิตหรือไม่ ศาลเห็นว่า ตามหลักคอมมอนลอว์แล้ว มีหลักการว่า ต้องมีการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลก่อน จึงจะนำไปสู่หลักการที่จะปฏิเสธการให้การรักษาพยาบาลได้ ซึ่งสิทธิเช่นนี้ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ แต่สิทธิเช่นนี้ต้องได้สัดส่วนหรือได้คู่กับผลประโยชน์ของรัฐ บิดามารดาของ Nancy มีสิทธิปฏิเสธการรักษาบุตรของตน แต่ในเมื่อผู้ทรงสิทธินั้นไม่อาจแสดงเจตนาเช่นนั้นได้ จึงต้องให้บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องใช้สิทธิแทนตนเอง ในส่วนของมลรัฐ Missouri นั้น ย่อมมีอำนาจในฐานะฝ่ายบริหารที่จะตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อให้เกิดการพิสูจน์ให้ชัดเจนและปราศจากข้อสงสัยว่าเป็น ความต้องการอันแท้จริงของผู้ที่ไม่อาจแสดงเจตนาอันแท้จริงของตนเองได้ ที่ต้องการให้ยุติการช่วยเหลือทางการแพทย์ จึงถือได้ว่า มลรัฐเป็นผู้มีส่วนได้เสียสำคัญในการปกป้องไว้ซึ่งชีวิตของมนุษย์ ในคดีนี้ การตัดสินใจเลือกระหว่างการตายหรือดำรงชีพต่อไปเป็นการตัดสินใจอย่างลึกซึ้ง มลรัฐจึงอาจกำหนดมาตรการป้องกัน โดยให้มีการใช้มาตรฐานในการพิสูจน์ชั้นสูงสำหรับเรื่องนี้ และเพื่อป้องกันการตัดสินใจที่ผิดพลาดในการยุติชีวิตของผู้ป่วย การกำหนดเช่นนี้จึงไม่ขัดรัฐธรรมนูญ จึงพิพากษาว่า การที่จำเลยไม่สามารถปฏิบัติตามความต้องการของโจทก์ได้ ถ้าไม่มีคำสั่งศาล เป็นสิ่งที่ทำได้ โดยไม่ขัดรัฐธรรมนูญ

บทที่ 5

บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พ.ศ.2550 มาตรา 28

องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่วินิจฉัยพิพาทภาคีที่พิพาทกันไม่ว่าจะเป็นคดีในทางแพ่งทางอาญา คดีปกครอง และคดีเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ โดยศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่พิจารณาข้อพิพาททางปกครองต่างๆ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจ ตามมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ส่วนศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่สำคัญในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมความถึงประเด็นสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งอาจถูกละเมิดหรือกระทบกระเทือนได้จากตัวบทกฎหมาย การกระทำของบุคคลหรือองค์กรของรัฐ ในขณะที่ศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพาทภาคีทั้งปวง เมื่อคดีนั้นๆ ไม่อาจนำไปดำเนินการพิจารณาได้ในศาลใด ซึ่งต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติกำหนดเขตอำนาจศาลไว้

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ย่อมทำให้เห็นถึงอำนาจหน้าที่ที่เป็นพิเศษขององค์กรตุลาการ เนื่องจากสามารถบังคับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ต้องให้ความเคารพนับถือบรรดากฎเกณฑ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ กล่าวว่าการอ้างสิทธิขั้นพื้นฐาน อาจดำเนินการในรูปของการฟ้องคดีตามกระบวนการยุติธรรมต่อศาลใดศาลหนึ่ง และศาลก็ต้องทำหน้าที่ค้นหากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับคดี จะต้องตีความกฎเกณฑ์ดังกล่าวและนำมาใช้กับคดี จากการชี้ขาดตัดสินคดีของศาลย่อมเป็นการนำมาซึ่งสันติภาพตามกฎหมาย ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานกลายเป็นความจริงในทางปฏิบัติ และอาจกล่าวได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ของกระบวนการยุติธรรมกลายเป็นอำนาจพิเสาะในการพิทักษ์ปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐาน ศาลทุกศาลของกระบวนการยุติธรรมทุกประเภท จะต้องวินิจฉัยการกระทำที่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการกิจสำคัญนี้³³⁶

³³⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2549). *การยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล* กรุงเทพฯ: มิสเตอร์ก๊อบบี้ หน้า 147.

นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และ 2550 ได้พัฒนาหลักในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่จะกล่าวอ้างได้ว่าเป็นหลักนิติรัฐ ดังปรากฏในมาตรา 28 และกล่าวได้ว่า มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคของบุคคล ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ซึ่งรับรองว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทกฎหมายหรือข้อบังคับใดขัดหรือแย้ง ย่อมใช้บังคับไม่ได้ อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีประเด็นปัญหาสำคัญที่สามารถกล่าวถึง ได้แก่

5.1 ปัญหาเกี่ยวกับการขาดกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดในการใช้สิทธิทางศาล

เป็นกรณีปัญหาซึ่งเกิดขึ้นจากการที่องค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดต่างๆ ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพใดๆ หรือให้สิทธิและเสรีภาพใดๆ ตามรัฐธรรมนูญแก่ประชาชน ยังไม่ได้ตรากฎหมายดังกล่าวออกมา จึงเกิดประเด็นปัญหาว่า กรณีที่ประชาชนถูกละเมิดหรือได้รับการกระทบกระเทือนในสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะขอใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของตนเองซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้น จะทำได้หรือไม่ อย่างไร

กรณีตามปัญหานี้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาที่วิธีพิจารณาความ ซึ่งต้องพิจารณาจากรัฐธรรมนูญตามมาตราที่เกี่ยวข้องที่บัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้ถูกละเมิดหรือได้รับการกระทบสิทธิเสรีภาพ และการที่จะใช้สิทธิทางศาล โดยอาศัยความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเกิดขึ้นได้ทันทีตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ไม่จำเป็นต้องรอให้มีการตรากฎหมายระดับรองออกมากำหนดสิทธิเสรีภาพอีกครั้งหนึ่ง³³⁷ กรณีตัวอย่างที่น่าเสนอ ดังนี้

1. คำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่ 816/2546³³⁸ เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

การที่ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการ ตามรายงานผลการตรวจร่างกายของคณะอนุกรรมการแพทย์ดังกล่าว เป็นความแตกต่างที่ถึงขั้นเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการที่จะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของพนักงานอัยการได้เมื่อเทียบกับบุคคลปกติทั่วไป การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (ก.อ.) เห็นชอบตามความเห็นของคณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกกว่า ผู้ฟ้อง

³³⁷ แก้วสรร อดิโพธิ์. (2540). ในรายงานการประชุมสภาว่ารัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 (วันอังคารที่ 8 กรกฎาคม) หน้า 175 – 177.

³³⁸ บรรณเจด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 137 หน้า 260 – 261.

คดีเป็นผู้ที่มีสภาพร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการฝ่ายอัยการตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นการพิจารณาตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด และเป็นการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นธรรมและชอบด้วยเหตุผล ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีคัดสิทธิผู้ฟ้องคดีในการสอบอัยการผู้ช่วย ประจำปี พ.ศ. 2544 จึงชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่มีเหตุที่ศาลจะมีคำพิพากษา ให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเปิดให้ผู้ฟ้องคดีสอบทดแทนการถูกคัดสิทธิในครั้งที่ผ่านมาเป็นกรณีพิเศษ พิพากษายกฟ้อง

เหตุผลตามคำพิพากษาของศาลปกครองซึ่งวินิจฉัยว่า “การที่ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการ..... ได้เมื่อเทียบกับบุคคลปกติทั่วไป” เป็นการให้เหตุผลที่ศาลฯ มิได้พิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้ฟ้องคดีเคยมีอาชีพเป็นทนายความ ซึ่งโดยสภาพนั้น ลักษณะงานย่อมมีความใกล้เคียงกับงานของพนักงานอัยการ ทั้งการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะทนายความของผู้ฟ้องคดีซึ่งยังปฏิบัติหน้าที่ได้ตามปกติทั่วไปตลอดจนข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่เกี่ยวกับความสามารถทางกายภาพ ดังนั้น การให้เหตุผลของศาลปกครองในคดีนี้ จึงไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดี และเป็นการนำเอาความแตกต่างของลักษณะทางกายภาพระหว่างบุคคลทั่วไปกับบุคคลที่พิการ มาเป็นเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งเห็นได้ว่า ความแตกต่างดังกล่าวมิใช่หลักเกณฑ์ที่จะนำมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ เพราะวาลักษณะทางกายภาพของบุคคลปกติทั่วไป กับบุคคลที่พิการย่อมต้องแตกต่างกันในสาระสำคัญอยู่แล้ว ดังนั้น การให้เหตุผลที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงของศาลปกครอง และพิพากษาว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ เพราะมีสภาพร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2521 และตัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีในการสอบอัยการผู้ช่วย จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว จึงถือว่าเป็นการใช้อำนาจที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยองค์กรตุลาการ

หมายเหตุ

1. คดีนี้ผู้ฟ้องคดียื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า มติของ ก.อ.ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาให้เพิกถอนมติ ก.อ. ลักษณะคำพิพากษาของศาลปกครองกลางในลักษณะนี้ย่อมสอดคล้องกับลักษณะในทางเนื้อหาที่จะร้องทุกข์ไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ (ถ้ารัฐธรรมนูญและ/กฎหมายอื่นเปิดช่องให้ทำได้)

2. ประเด็นที่ก่อให้เกิดการกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี คือ เงื่อนไขของการฟ้องคดี ซึ่งได้แก่ มติของคณะกรรมการ ก.อ. ที่เห็นชอบตามความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสภาพร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็น

ข้าราชการอัยการตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี ย่อมถือได้ว่า สิทธิของผู้ฟ้องคดีได้ถูกระทบกระเทือนแล้ว

2. คำพิพากษาฎีกาที่ 8022/2543³³⁹

ศาลฎีกาพิพากษาว่า การขอให้จ่ายค่าทดแทนการถูกคุมขังตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 264 บัญญัติให้สิทธิของบุคคลที่จะได้รับค่าทดแทนนั้น ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่เมื่อยังไม่มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ใช้บังคับ สิทธิดังกล่าวของจำเลยจะต้องด้วยเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ และจะมีวิธีดำเนินการอย่างไร ย่อมไม่อาจมีผู้ใดกำหนดขึ้นได้ จนกว่าจะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับ ทั้งกรณีนี้ไม่ใช่คดีแพ่ง จะนำกฎหมายอื่นมาใช้ในลักษณะของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ก็กระทำมิได้

กรณีนี้เป็นกรณีของคำพิพากษาของศาล ที่อาจไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้ว่าเป็นกรณีที่ยังมีได้มีการตราพระราชบัญญัติ เพื่อให้การเป็นไปตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ แต่เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว ย่อมต้องถือได้ว่า สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแล้ว ดังนั้น ศาลจะอ้างความบกพร่องของรัฐซึ่งเกิดขึ้นจากการที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวมาเป็นเหตุเพื่อปฏิเสธสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลมิได้ คดีนี้ย่อมเป็นการกระทบสิทธิในการได้รับค่าทดแทนจากการถูกคุมขัง ซึ่งรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ จึงเป็นเหตุที่อาจร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกัน (ถ้ารัฐธรรมนูญและ/กฎหมายอื่นเปิดช่องให้ทำได้)

ปัญหาของการขาดกฎหมายที่กำหนดรายละเอียด ในการใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพ ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้น ต้องพิจารณาว่า ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการว่าเกี่ยวข้องกับการพิจารณาในประเด็นที่ว่า การใช้สิทธิทางศาลของประชาชนสามารถใช้เป็นฐานในการเสนอเรื่องไปยังศาลได้บ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 28 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” นั้น พิจารณาได้ว่า³⁴⁰

1. หากการใช้อำนาจรัฐกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว ย่อมได้รับการตรวจสอบคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากองค์กรตุลาการ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลในคดีที่ถูกละเมิด ซึ่งนำไปสู่การตีความที่ปิดช่องว่างในการคุ้มครองสิทธิและ

³³⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เิงอรรดที่ 137 หน้า 265.

³⁴⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 276 – 282.

เสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการและหากไม่มีเขตอำนาจศาลในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบ
ย่อมอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

2. ข้ออ้างในการฟ้องคดีของบุคคล ต้องเป็นกรณีที่ถูกกระทบสิทธิและเสรีภาพ
ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อันเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ ดังนั้น ฐานสำหรับการใช้สิทธิตาม
มาตรา 28 วรรค 2 จึงเป็นการกระทบสิทธิของบุคคลนั้น ส่วนวิธีพิจารณาตามกฎหมายนี้ๆ ถือเป็น
คุณสมบัติของบุคคลที่มีอำนาจฟ้องคดี ซึ่งโดยทั่วไปแล้วต้องถูกกระทบสิทธิ ตามประมวลกฎหมาย
วิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง
พ.ศ. 2542 มาตรา 42 (อำนาจฟ้องของผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรืออาจได้รับความเดือดร้อน
เสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ที่จะฟ้องศาลปกครอง) ส่วนสิทธิและเสรีภาพที่ถูกละเมิดนั้น
เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ทั้งหมด ไม่ว่าจะอยู่ในหมวดใดก็ตาม

3. การใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาล แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี
คือ

ก. การใช้สิทธิทางศาล เป็นการใช้อำนาจยื่นฟ้องต่อศาล คือ อำนาจฟ้อง
ซึ่งต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 และจากเขตอำนาจของศาล
ปกครอง ส่วนศาลรัฐธรรมนูญนั้น ต้องพิจารณาตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย
ศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การอ้างมาตรา 28 วรรค 2 เป็นฐานในการฟ้องคดีโดยตรง จึงยังไม่อาจทำได้
เพียงแต่มาตรา 28 วรรค 2 มีผลว่า กฎหมายใดทำให้อำนาจในการฟ้อง ร้องหรือใช้สิทธิทางศาลเสีย
ไปหรือไม่อาจกระทำได้ กำหนดนั้นย่อมขัดรัฐธรรมนูญ มีผลเป็นโมฆะทั้งฉบับ

ข. การยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาล ซึ่งเป็นการให้เหตุผลสนับสนุนข้ออ้างของ
ตนหรือหักล้างข้ออ้างของอีกฝ่าย เมื่อมีคดีเข้าสู่ศาล

เมื่อพิจารณาโดยสรุปแล้ว ปัญหาการขาดกฎหมายกำหนดรายละเอียดใน
การใช้สิทธิทางศาล ซึ่งเป็นฐานของการใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลตาม
มาตรา 28 วรรค 2 จึงแยกเป็น 2 กรณี คือ การใช้สิทธิทางศาล ซึ่งหมายถึง การใช้สิทธิทางศาลทุก
กรณี ซึ่งในที่นี้หมายถึง “อำนาจฟ้อง” ประกอบกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและ
เสรีภาพที่ถูกกระทบ เป็นฐานแห่งการฟ้องคดี เช่น มาตรา 63 เสรีภาพในการชุมนุมและสมาคม
มาตรา 67 สิทธิชุมชน เป็นต้น ในการพิจารณาคดีว่ามีอำนาจฟ้องหรือไม่ ปกติแล้ว ต้องพิจารณา
ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลที่เกี่ยวข้อง เช่น

- ศาลยุติธรรมอำนาจฟ้องต่อศาลยุติธรรม พิจารณาจากประมวลกฎหมาย
วิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55

- ศาลปกครอง อำนาจฟ้องต่อศาลปกครองพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2521 มาตรา 42

- ศาลรัฐธรรมนูญ อำนาจฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ จะอาศัยแต่เพียงการอ้างสิทธิจากผลของมาตรา 28 วรรค 2 เป็นฐานในการฟ้องคดีโดยตรง ยังไม่สามารถทำได้ เป็นเพียงแต่ว่า ผลของมาตรา 28 วรรค 2 ทำให้อำนาจฟ้องหรือร้องคดีใด ไม่อาจทำได้ หรือไม่อาจใช้สิทธิได้ กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อมาตรา 28 วรรค 2 ทำให้กฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ ส่วนกรณีของการยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาล ซึ่งเป็นการอ้างเหตุผลเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตนหรือหักล้างข้ออ้างของฝ่ายอื่น ย่อมมีลักษณะที่แตกต่างจากการใช้สิทธิทางศาล จึงมีลักษณะเป็นสิทธิในทางสารบัญญัติ ซึ่งการจะฟ้องคดีโดยอาศัยฐานอำนาจฟ้อง ซึ่งแม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดการใช้สิทธิทางศาล แต่หากถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแล้ว การอ้างมาตรา 28 ประกอบกับบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองไว้ นั้น ย่อมเป็นการเพียงพอและย่อมผูกพันศาลในการรับคดีไว้พิจารณาแล้ว

5.2 ปัญหาการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงในการฟ้องคดีต่อศาล

เป็นกรณีปัญหาซึ่งเกิดขึ้นจาก การขาดกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ยังไม่มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลทำให้ไม่อาจกำหนดเขตอำนาจศาลให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญได้

กรณีนี้ จึงมีความจำเป็นต้องผลักดันให้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญออกมาใช้บังคับให้ได้ เพื่อกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการรับฟ้องคดี กรณีมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ดังกรณีตัวอย่างคดีที่ปรากฏว่า การนำคดีมาฟ้องยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อบังคับให้รัฐต้องเคารพและปฏิบัติให้เป็นไปตามสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในหมวด 3 ซึ่งยังคงประสบปัญหาเป็นอย่างมากในทางปฏิบัติ

1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545 มีประเด็นสำคัญสรุปได้ว่า ศาลอาญาส่งคำร้องของจำเลย (นายสุวลักษณ์ ศิวรักษ์ หรือ ส. ศิวรักษ์) ในคดีอาญาหมายเลขคำที่ 4533/2541 (หมายเลขแดงที่ 7318/2543) เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 30 และมาตรา 43 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 35 มาตรา 44 และมาตรา 46 โดยผู้ร้องในฐานะจำเลย เห็นว่า มาตรา 30 พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ที่กำหนดให้ ปตท.มีอำนาจกำหนดเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อไปได้ เหนือ ตามหรือข้ามที่ดินของบุคคลใดและสามารถรื้อถอนอาคาร โรงเรือน

หรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างและทำขึ้นหรือทำลายหรือตัดฟันกิ่งหรือรากของต้นไม้หรือพืชผลในเขตระบบการขนส่งปีโตรเลียมทางท่อได้เลย หากเมื่อทำแล้วก่อให้เกิดความเสียหาย จึงให้นำกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับในภายหลัง และมาตรา 53 ที่กำหนดว่า ผู้ใดขัดขวางการกระทำของปตท.หรือพนักงานหรือผู้ซึ่งปฏิบัติงานร่วมกับพนักงาน ซึ่งกระทำการตามมาตรา 30 ต้องระวางโทษ ๓๑๓ นั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 35 และมาตรา 49 ซึ่งบัญญัติให้ความคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในเคหสถาน การจะเข้าไปดำเนินการใดๆ ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นจะต้องมีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เสียก่อน มาตรา 44 ซึ่งบัญญัติให้บุคคลมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ และมาตรา 46 ซึ่งบัญญัติให้บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม มีสิทธิในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมดังกล่าวหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 46 เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมดังกล่าวย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ มีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงถือได้ว่าการที่พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา 30 ให้อำนาจการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย เข้าไปดำเนินการวางระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ..... จึงมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ศาลรัฐธรรมนูญ จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551 มาตรา 30 และมาตรา 53 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 มาตรา 44 และมาตรา 46

2. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2546 มีประเด็นสำคัญ สรุปได้ว่า ศาลจังหวัดลำพูนส่งคำโต้แย้งของจำเลย (นายสังจา สุริยกุล ณ อยุธา) ในคดีอาญาหมายเลขคำที่ 1345/2545 ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 มาตรา 32 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 32 มาตรา 42 มาตรา 46 มาตรา 50 มาตรา 78 มาตรา 84 และมาตรา 87 หรือไม่ โดยผู้ร้องในฐานะจำเลยกล่าวอ้างว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2493 มาตรา 5 และ มาตรา 32 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีได้กล่าวอ้างว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างไร ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า ในเมื่อคำร้องนี้มีได้เป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 5 (3) และ (4) จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในส่วนที่ผู้ร้องโต้แย้งนี้ คงมีเพียงประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยตามคำร้องว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา

5 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 มาตรา 50 มาตรา 76 มาตรา 78 และมาตรา 8 หรือ ไม่ กล่าวแต่เฉพาะ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 46 มีเจตนารมณ์ให้บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม มีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น มีส่วนร่วมในการจัดการเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่นของตนเอง เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ชุมชนเอง การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่ในชุมชนให้ได้ประโยชน์ร่วมกันสำหรับจารีตประเพณี ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของชุมชนก็ให้อนุรักษ์ไว้ แต่สิทธิตามที่กล่าวจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย ซึ่งขณะนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมบัญญัติไว้ การที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 บัญญัติให้ การทำสุราหรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสำหรับทำสุราไว้ในครอบครองจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิตนั้น เป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องปฏิบัติตามกฎหมายให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนั้น พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46.....”

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 2 คำวินิจฉัยนี้ พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญเพียงพิเคราะห์ว่า การที่กฎหมายทั้ง 2 ฉบับไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากยังไม่มีมาตรากฎหมายเพื่อขยายความ และรายละเอียดในบทบัญญัติใน มาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ที่บัญญัติว่า ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่กลับมิได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับแต่ประการใด ว่า มีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 46 หรือไม่ อย่างไร ในเมื่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้เป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรงต่อผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทุกองค์กร ดังนั้น แม้ว่าจะในปัจจุบันจะยังไม่มีมาตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติมารองรับการใช้สิทธิดังกล่าว ก็ไม่อาจจะตีความไปในทิศทางที่ทำให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลได้ เพราะสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ ย่อมมีผลโดยตรงทันทีที่รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะเขียนข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจนว่า มิให้มีผลบังคับเมื่อรัฐธรรมนูญประกาศใช้ เมื่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มิได้มีบทบัญญัติมาตราใดของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีผลบังคับใช้เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ ย่อมต้องถือว่าสิทธินั้นมีผลก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแล้ว ผลจากการที่สิทธิดังกล่าวมีผลบังคับใช้แล้ว ย่อมมีผลตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ คือ องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องถูกผูกพันโดยตรงต่อสิทธิดังกล่าวในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมาย รัฐไม่อาจจะอ้างว่า เมื่อยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดในเรื่องนั้น จึงไม่ยอมรับสิทธิของประชาชนในเรื่องนั้น เพราะการมีกฎหมายนั้นมาใช้บังคับหรือไม่ มิได้อยู่ในอำนาจกระทำของประชาชนแต่อย่างใด หากแต่เป็นเรื่องขององค์กรของรัฐทั้งสิ้น ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจกล่าวอ้างความ

บกพร่อง หรือความล่าช้าในการทำหน้าที่ของรัฐมาทำลายสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชนได้ และหากมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติฉบับใดขัดขวางต่อการใช้สิทธิของประชาชน ต้องตีความให้สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะที่เหนือกว่า³⁴¹

3. คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547 วินิจฉัยว่า การที่กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 ซึ่งเป็นประกาศที่พิพาทกันในคดีนี้ กำหนดขนาดของเครื่องมือทำประมงในฤดูกาลที่ปลาไม่วางไข่และวางไข่เลี้ยงลูก กำหนดมาตรการอนุรักษ์ทรัพยากรสัตว์น้ำ และกำหนดห้ามการใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในพื้นที่ดังกล่าว ซึ่งแตกต่างไปจากประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับก่อนหน้านี้ ที่ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2527 กำหนดแต่เฉพาะการห้ามใช้เครื่องมือบางชนิดทำการประมงในฤดูกาลที่ปลาวางไข่ ในระหว่างวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ถึงวันที่ 31 มีนาคม ของทุกปีนั้น ซึ่งต่อมามีผลการสำรวจทางวิชาการ พบว่า ช่วงการห้ามดังกล่าวมีผลกระทบต่ออนุรักษ์สัตว์น้ำ ซึ่งเป็นอำนาจโดยชอบตามมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 นั้น เป็นประกาศที่เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้มากกว่า แม้จะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมง แต่ก็ถือว่าไม่มีมาตรการใดๆ ที่จะดำเนินการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้มากกว่านี้ จึงเห็นว่าประกาศดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ อีกทั้งประกาศดังกล่าว ห้ามมิให้บุคคลทั่วไปใช้เครื่องมือบางชนิดทำการประมงในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร สุราษฎร์ธานี ในระหว่างวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ถึงวันที่ 15 พฤษภาคม ของทุกปีเท่านั้น มิได้ห้ามผู้ฟ้องคดีทำการประมงโดยสิ้นเชิงตลอดไป ย่อมมิได้กระทบต่อสาระสำคัญตามมาตรา 50 เรื่อง เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาทรัพยากรธรรมชาติ ประกาศดังกล่าวจึงมีเจตนารมณ์เพื่อสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติประเภทสัตว์น้ำให้ยั่งยืน ไม่มีผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และอาชีพ แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 46 มาตรา 56 และมาตรา 59 จะกำหนดให้บุคคลมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นในโครงการของรัฐที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม วัฒนธรรม อาชีพ ทรัพยากรธรรมชาติ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น เนื่องจากการออกประกาศฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 นั้น เป็นช่วงเวลาที่ยังไม่มีมาตรการกฎหมายซึ่งออกตามความในมาตราดังกล่าวมาใช้บังคับ ดังนั้น ประกาศฉบับดังกล่าวจึงเป็นประกาศที่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 6 หน้า 233.

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 28 วรรค 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักการใหม่ที่เกี่ยวกับเรื่องการใช้สิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งบุคคลสามารถใช้สิทธิได้โดยตรง เพื่อฟ้องหรือร้องต่อศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้อง ปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวด 3 ได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีกฎหมายตราขึ้นเพื่อรองรับการใช้สิทธิหรือไม่ก็ตาม หลักการดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อให้รัฐ บุคคล นิติบุคคล คณะบุคคลหรือชุมชนซึ่ง รัฐธรรมนูญรับรอง ต้องหลีกเลี่ยงหรืองดเว้นกระทำการใดๆ ไปล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล อื่นๆ ดังนั้น กรณีที่ชนชาวไทยถูกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ บุคคล นิติบุคคล คณะบุคคลหรือชุมชนซึ่ง รัฐธรรมนูญรับรอง กระทำการใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดหรือทำให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับการคุ้มครองปกป้องตลอดจนการแก้ไขเยียวยาด้วยกระบวนการทางศาลและ ศาลนั่นเองโดยตรง ยกเว้นแต่การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการ เฉพาะ ก็ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมายนั้นๆ และเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับการใช้สิทธิทาง ศาล สำหรับกรณีซึ่งบุคคลซึ่งเป็นชนชาวไทยถูกล่วงละเมิดหรือทำให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง มีความประสงค์ที่จะใช้สิทธิทางศาล ย่อมต้องได้รับความสะดวกและ ความช่วยเหลือทางกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นด้วย ทำให้ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ สามารถใช้สิทธิทางศาล เพื่อเรียกร้องหรือบังคับให้ศาลต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีการตรากฎหมายออกมารองรับการใช้สิทธิเช่นนั้น หรือไม่ กรณีที่เป็นปัญหา คือ การฟ้องหรือร้องต่อศาลในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียด เกี่ยวกับสิทธิในเรื่องนั้นๆ จำเป็นต้องแยกการพิจารณาเป็น 2 ประเด็น ประเด็นแรก คือ ข้ออ้าง ประกอบคำฟ้องจะต้องเป็นอย่างไร ประเด็นที่สอง จะฟ้องศาลใด ซึ่งต้องพิจารณาจากอาการของ การใช้สิทธิหรือวัตถุแห่งสิทธิซึ่งมีความสัมพันธ์กับเขตอำนาจศาล ในการใช้สิทธิทางศาล คือ การฟ้องศาลย่อมต้องอาศัยฐานของอำนาจฟ้องตามมาตรา 28 วรรค 2 หรือวรรค 3 แล้วแต่กรณี ประกอบกับบทบัญญัติในมาตราที่ให้สิทธิหรือเกี่ยวข้องกับสิทธิในเรื่องนั้นๆซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ที่ถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิที่จะให้ศาลรับฟ้องได้ ศาลจึงจะมีอำนาจรับฟ้องและพิจารณาคดีไปตาม กระบวนการต่อไป ดังนั้น ในคำฟ้องคดีต่อศาล จึงต้องอ้างมาตรา 28 เป็นฐานแห่งสิทธิหรืออำนาจ ฟ้อง และบทบัญญัติแห่งสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

กล่าวโดยสรุปแล้ว ปัญหาเกี่ยวกับการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงฟ้อง ศาล มีปัญหาในประการที่ว่า ยังไม่มี (ขาด) กฎหมายที่กำหนดรายละเอียดในการฟ้องคดี ตลอดจน ขั้นตอนวิธีการพิจารณา แม้จะสามารถอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการฟ้องได้ทุกกระบวนศาลก็ตาม เมื่อมีประเด็นพิพาทว่า มีการละเมิดหรือทำให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญ

รับรองไว้ก็ดี หรือ การใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อาจแยกพิจารณาเป็น การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม สามารถฟ้องคดีได้โดยตรงทั้งในคดีทางแพ่งหรือคดีทางอาญา แต่กรณีของคดีทางมหาชนอันเกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิเสรีภาพ โดยการฟ้องบังคับรัฐ จะฟ้องต่อศาลยุติธรรมนั้น ไม่อาจทำได้ เนื่องจาก มาตรา 28 นั้น เป็นเรื่องของการรับรองสิทธิให้แก่ประชาชน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องเคารพและปฏิบัติให้เป็นไปตามสิทธิ นั้นๆ ทำให้ผลของคำตัดสินของศาลต้องมีผลผูกพันต่อองค์กรของรัฐในทางมหาชน ดังนั้น จึงมีแต่เพียงองค์กรใช้อำนาจรัฐเท่านั้นที่ต้องผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง นอกจากนี้แล้ว พบว่ามีเพียงบางสิทธิและเสรีภาพเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญรับรองให้มีผลผูกพันเอกชนด้วย ดังนั้น ในกรณีเอกชนเป็นผู้กระทำละเมิดหรือทำให้กระทบสิทธิกับเอกชนด้วยกัน สามารถใช้มาตรา 28 วรรค 1 เป็นฐานอำนาจในการใช้สิทธิทางศาลได้เสมอ ส่วนการฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยตรง มีข้อจำกัดในเรื่องอำนาจฟ้อง ลำพังการอ้างแต่เพียงสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองเป็นฐานในการฟ้องศาลปกครองโดยตรง ย่อมไม่อาจทำได้ เนื่องจากการขาดความเชื่อมโยงกับความผูกพันอำนาจของตุลาการที่จะบังคับรัฐได้ ส่วนการนำคดีไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ก็ยังมีปัญหาไม่สามารถทำได้ เนื่องจากการขาดกฎหมายที่ตราออกมารองรับอำนาจฟ้อง หรืออำนาจในการใช้สิทธิของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญ ประชาชนคงมีเพียงต่อการใช้สิทธิทางศาลโดยทางอ้อมต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ใน 2 มาตรา คือ มาตรา 212 ประกอบมาตรา 28 ซึ่งมาตรา 212 นั้นจำกัดเฉพาะแต่เป็นคดีละเมิดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งเกี่ยวข้องเฉพาะแต่กรณีของบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น และเป็นบทบังคับว่าต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้สิทธิทางอื่นได้แล้ว จึงจะนำมาฟ้องยังศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การใช้สิทธิทางศาลเพื่อฟ้องศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงในกรณีของการละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้วนั้น ยังไม่อาจทำได้

5.3 ปัญหาการตรวจสอบการละเมิดหรือการกระทบสิทธิเสรีภาพจากคำพิพากษาคดีที่ถึงที่สุดแล้ว

คดีที่ฟ้องมายังศาลทุกประเภทและทุกระบบศาล เมื่อศาลได้รับคำฟ้องไว้แล้ว ย่อมได้รับการพิจารณาพิพากษาจนถึงที่สุดได้ในทุกระบบศาล กรณีของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปนั้น เมื่อคดีสิ้นสุดลงแล้ว ไม่ว่าจะสิ้นสุดลงในชั้นศาลใดก็ตาม ท้ายที่สุดถ้ามีการต่อสู้ไปเรื่อยๆ ก็ต้องไปสิ้นสุดลงในชั้นศาลฎีกา ซึ่งย่อมมีผลผูกพันแต่เฉพาะกับคู่ความ แต่ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกคดี นับตั้งแต่เวลาที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง หรือจนกว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นจะเปลี่ยนแปลงไป ยกเว้นบางกรณีที่เป็นการฟ้องเรียกทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ อันมีลักษณะที่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นคดีประเภทเดียวกับคดีที่ฟ้องขับไล่ คำสั่งขับไล่บุคคลรวมทั้งบริวารที่อาศัยอยู่บนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งไม่อาจแสดงอำนาจพิเศษได้ หรือคำพิพากษาเกี่ยวกับหนี้อัน

แบ่งแยกมิได้ คู่ความบางส่วนอุทธรณ์หรือบังคับเอาแก่ผู้ค้ำประกันในศาลซึ่งทำสัญญาค้ำประกันต่อศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 กรณีของศาลปกครองนั้นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 70 บัญญัติกำหนดให้คำพิพากษาของศาลปกครองมีผลผูกพันคู่ความ ส่วนมาตรา 71 ของกฎหมายเดียวกันนี้กำหนดให้บุคคลภายนอกสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างหรือใช้ยันกับบุคคลภายนอกได้ สำหรับกรณีการขอบังคับให้คำพิพากษาหรือคำสั่งมีผลผูกพันบุคคลที่ถูกให้ออกไปจากสถานที่รวมทั้งบริวารของผู้นั้นด้วย ผู้ค้ำประกันในศาล และคำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับสถานะของบุคคล และในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญนั้น คำวินิจฉัยย่อมมีผลเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของรัฐตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 216 วรรค 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมายการใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ซึ่งในที่สุดแล้วย่อมเป็นที่ที่สุด คู่ความมิอาจโต้แย้งได้อีก ซึ่งมีได้มีผลผูกพันเพียงการกระทำเท่านั้น แต่รวมไปถึงผลของการกระทำนั้นด้วย กรณีจึงมีแนวคล้ายๆ กับที่กฎหมายกำหนดให้คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีเป็นที่ที่สุด แต่ศาลฎีกาตีความโดยอ้างอิงหลักแบ่งแยกอำนาจว่า เป็นที่สุดในฝ่ายบริหาร ซึ่งไม่ตัดสิทธิของผู้เสียหายที่จะนำเรื่องมาฟ้องยังศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการ ดังนั้น ในคดีที่คำพิพากษาอันถึงที่สุดที่มีประเด็นที่ยังโต้แย้งว่ามีการละเมิดสิทธิเสรีภาพอยู่หรือไม่ ก็ไม่ตัดสิทธิที่จะนำเรื่องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ³⁴²

เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ ในการตรวจสอบคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลอื่นได้นั้น กล่าวได้ว่า มีหลายประการดังนี้ ประการแรก เหตุผลจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเรียกร้องให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ถ้าองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐใดกระทำการที่ถูกกล่าวอ้างว่าขัดรัฐธรรมนูญ การกระทำขององค์กรนั้นย่อมต้องถูกตรวจสอบจากองค์กรที่มีอำนาจได้ ดังนั้น การตรวจสอบได้นี้เองจึงจะทำให้หลักความผูกพันมีผลโดยสมบูรณ์ ถ้าองค์กรของรัฐมีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีองค์กรใดมีอำนาจตรวจสอบควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐนั้น ย่อมทำให้การกระทำขององค์กรรัฐที่ถูกกล่าวอ้างนั้นดำรงคงอยู่ เช่นนี้ ย่อมทำให้รัฐธรรมนูญสูญเสียความสูงสุดไปโดยปริยาย ส่วนการใช้อำนาจของศาลต่างๆ เป็นการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการที่ไม่แตกต่างไปจากการใช้อำนาจ

³⁴² บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 337 หน้า 215.

รัฐในฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ดังนั้น การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการนั้นย่อมถือว่าเป็นการใช้อำนาจรัฐที่ต้องมีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 197 วรรค 1 ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ และมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่เป็นหลักความผูกพันโดยตรงขององค์กรตุลาการ ดังนั้น จึงอาจเป็นไปได้ที่การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการเองอาจขัดรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น หลักความตรวจสอบได้จึงต้องเกิดขึ้น เพื่อให้หลักความผูกพันมีผลสมบูรณ์ การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองนั้น กรณีที่ศาลตัดสินคดีไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือตีความกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งไม่ถูกต้อง ขอบเขตอำนาจในส่วนนี้ ย่อมเป็นอำนาจของระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองที่จะตรวจสอบกันเอง และไปยุติที่ศาลสูงสุดในระบบศาลนั้น ซึ่งอาจเป็นศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี แต่กรณีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญหรือสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แม้ศาลในระบบศาลยุติธรรมและศาลปกครองจะมีอำนาจตรวจสอบได้ก็ตาม แต่ศาลสุดท้ายที่มีอำนาจตรวจสอบให้ประเด็นเหล่านั้นมีข้อยุติ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ ย่อมเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่ศาลเหนือศาล หากแต่เป็นการเข้าไปตรวจสอบเฉพาะแต่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบในเรื่องอื่นๆ เสมือนศาลปกครองที่ควบคุมตรวจสอบเรื่องการกระทำทางปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ มีความเชี่ยวชาญในเรื่องทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงมีอำนาจหน้าที่สำคัญ คือ พิจารณาให้เป็นที่ยุติว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำที่ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ และจากการที่การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วของศาล จึงอยู่ภายใต้เงื่อนงำที่อาจถูกตรวจสอบในประเด็นว่าเป็นการขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่³⁴³ ประการที่สอง เหตุผลมาจากหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น ต้องอาศัยอำนาจศาล กล่าวคือ เมื่อบุคคลไม่อาจใช้สิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จากการถูกระงับละเมิดหรือการทำให้กระทบสิทธิเสรีภาพ บุคคลนั้นไม่อาจบังคับตามสิทธิของตนเองได้ด้วยตนเอง หากแต่ต้องอาศัยอำนาจศาลเพื่อบังคับให้สมสิทธิของตนเอง ดังนั้น การนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลจึงเป็นหัวใจของหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 การมีอำนาจคดีไปสู่การพิจารณาของศาลได้ ย่อมทำให้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไม่มีความหมายแต่ประการใด ดังนั้นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจึงต้องได้รับการตรวจสอบในเบื้องต้นจากศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้นๆ ก่อน เช่น การสลายการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ย่อมเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตของการกระทำทาง

³⁴³ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เจริญธรรมที่ 137 หน้า 104 – 107.

ปกครอง ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ในขณะที่เดียวกันก็มีความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการพิจารณาถึงเสรีภาพในการชุมนุมของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ดังนั้น กรณีคดีไปถึงศาลปกครองสูงสุดซึ่งเป็นองค์กรสุดท้ายที่พิจารณาพิพากษาคดี โดยต้องวินิจฉัยเข้าไปในขอบเขตแห่งเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญว่า กรณีดังกล่าวไม่เป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการชุมนุมของบุคคล หากบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิเห็นว่าการพิพากษาคดีของศาลปกครองสูงสุดไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ แต่บุคคลนั้น ไม่มีช่องทางที่จะโต้แย้งคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้อีกต่อไป กรณีย่อมก่อให้เกิดคำถามตามมาในประเด็นแรกว่า หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของศาลปกครองสูงสุดมีอยู่หรือไม่ หากหลักความผูกพันในที่นี้หมายถึง การที่สามารถถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรที่มีอำนาจในเรื่องนั้นๆ ในกรณีนี้ย่อมตอบได้ว่าหลักความผูกพันที่หมายถึงการถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรที่มีอำนาจ สำหรับกรณีของศาลปกครองสูงสุดไม่มีอยู่จริง เหตุผลการที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่นที่ถึงที่สุดแล้วโดยศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่า ศาลที่มีอำนาจหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น นอกจากศาลต่างๆจะมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ศาลสุดท้ายที่เข้ามาทำให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบรรลุความมุ่งหมายคือ ศาลรัฐธรรมนูญ โดยการเข้ามาตรวจสอบคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลต่างๆ ว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ การวางระบบไว้เช่นนี้ ทำให้ระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยองค์กรตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะศาลที่พิจารณาคดีต่างๆก็จะต้องพิจารณาคดีด้วยความระมัดระวัง และจะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ หากตัดสินคดีโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ท้ายที่สุดอาจถูกตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญอีกชั้นหนึ่ง³⁴⁴ และประการที่สาม เหตุผลจากความเป็นเอกภาพในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ การที่ให้อำนาจแต่ละศาลมีอำนาจในการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และการตีความนั้นเป็นที่ยุติ อาจทำให้เกิดความขัดแย้งในการใช้และการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จนทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญขาดความเป็นเอกภาพในการใช้และการตีความได้ มีกรณีเคยเกิดปัญหาในการตีความเรื่องความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ผูกพันองค์กรใดบ้าง กล่าวคือ ผูกพันเฉพาะองค์กรของรัฐเท่านั้นหรือมีผลผูกพันบุคคลที่สามด้วย ศาลแรงงานแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเคยพิพากษาคดี โดยการขยายขอบเขตความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยวินิจฉัยว่า สิทธิและเสรีภาพที่สำคัญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่เพียงแต่เป็นการให้หลักประกันจากอำนาจรัฐเท่านั้น แต่โดยแท้จริงแล้ว

³⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 137 หน้า 107 – 108.

เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการดำรงคงอยู่ในสังคม ซึ่งสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ย่อมมีความสำคัญโดยตรงในการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคลต่อบุคคล โดยศาลแรงงานแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น มีผลผูกพันระหว่างบุคคลต่อบุคคลด้วย (BAGE 1, 185 (193) แต่ขณะที่แนวคำพิพากษาส่วนใหญ่ของศาลต่าง ๆ นั้น เห็นว่าผู้ที่ถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึงเฉพาะองค์กรของรัฐเท่านั้น³⁴⁵ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ได้วินิจฉัยโดยมีหลักในประเด็นดังกล่าวว่า องค์กรของรัฐทั้งหลายย่อมผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ส่วนบุคคลอื่นย่อมถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพในทางอ้อมเท่านั้น (BVerfGE 7, 198 (205)³⁴⁶

กรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ อาจเป็นกรณีที่สามารถเกิดปัญหาได้ หากให้ศาลแต่ละศาลสามารถตีความรัฐธรรมนูญได้และเป็นที่สุด โดยไม่อาจได้รับการตรวจสอบจากศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งปัญหาที่สำคัญในกรณีนี้คือ ความเป็นเอกภาพในการใช้และตีความรัฐธรรมนูญนั่นเอง ดังนั้น การที่ให้ ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งนอกจากจะเป็นระบบการคุ้มครองสิทธิของประชาชนแล้ว ยังเป็นการแก้ปัญหของการใช้และการตีความที่ไม่เป็นเอกภาพของศาลต่างๆ ด้วย

ดังนั้นในกรณีของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในส่วนของคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว จะต้องพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยจะมีเขตอำนาจเพียงใด กล่าวโดยหลักทั่วไปแล้ว จะแบ่งเขตอำนาจศาลออกเป็น ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไป ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปอย่างแท้จริง และศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปเฉพาะคดีประเภทใดประเภทหนึ่งและศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ ในระบบศาลของไทยนั้น ศาลยุติธรรม เป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 218 ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกำหนดบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น” ในขณะที่ศาลปกครองนั้น กล่าวได้ว่าเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปเฉพาะคดี ซึ่งได้แก่ คดีปกครอง ทั้งนี้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 223 ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจกรรมทางปกครองของหน่วยงานราชการ.....”³⁴⁷

³⁴⁵ Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 9. Aufl., Heidelberg 1993, S. 49 อ้างในบรรเจ็ดสิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 137 หน้า 109.

³⁴⁶ บรรเจ็ด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 137 หน้า 109.

³⁴⁷ บรรเจ็ด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 137 หน้า 268.

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ และกฎหมายมุ่งประสงค์ให้มีอำนาจจำกัดเฉพาะแต่เพียงเท่าที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ทำให้ปัญหาต่างๆ ทางรัฐธรรมนูญย่อมต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยในท้ายสุด แต่ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่ใช่ศาลที่จะมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปได้ เพราะจะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเหนือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร ทำให้การปกครองบริหารประเทศของรัฐนั้นๆ กลายเป็นการปกครองบริหารประเทศโดยศาลรัฐธรรมนูญแทน ซึ่งย่อมมิใช่เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และยังเป็นการทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยสิ้นเชิงด้วย ด้วยลักษณะเช่นนี้ การพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีเขตอำนาจหรือไม่เพียงใดนั้น สำหรับการตรวจสอบการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วของศาลว่ามีการละเมิด ซึ่งเป็นกรณีกระทบสิทธิของบุคคลหรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่ามีบทบัญญัติมาตราใดบ้างที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจตามมาตรานั้นๆ อย่างไรบ้าง จากการพิจารณาตรวจสอบ พบว่าคงมีเพียงแต่เฉพาะมาตรา 212 เพียงมาตราเดียวเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้บุคคลสามารถใช้สิทธิทางศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ สำหรับกรณีที่ได้รับการกระทบต่อสิทธิหรือถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง เช่นนี้ บุคคลที่เห็นว่าตนเองได้รับการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากคำพิพากษาของศาล จะสามารถนำเรื่องไปยื่นขอต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาตรวจสอบทบทวนคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วของศาลได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาเจตนารมณ์ตามมาตรา 212 เป็นสำคัญ ซึ่งจากการพิจารณา พบว่า มาตรา 212 นี้ มีเจตนารมณ์ให้บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้รับรองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง เฉพาะแต่ในกรณีที่ต้องการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีของตนนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น หลังจากที่ไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลโดยวิธีการอื่นใดได้ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 212 วรรค 2 ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวประกอบด้วยมาตรา 211 เป็นการโต้แย้งในกรณีที่มีคดีพิพาทกันในศาลอยู่แล้ว และศาลจะใช้กฎหมายที่เป็นปัญหาบางบังคับแก่คดี ก่อนที่จะวินิจฉัยตัดสินและพิพากษาคดี คู่ความฝ่ายใดที่เห็นว่าบทกฎหมายดังกล่าวอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ใช้สิทธิโต้แย้งต่อศาลที่กำลังพิจารณาคดีนั้น ให้ส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต่อไป ก่อนที่จะพิพากษาคดีนั้นได้ และมาตรา 245 หรือมาตรา 257 (2) ซึ่งเป็นกรณี การไปยื่นเรื่องขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณา แล้วมีความเห็นว่า ควรส่งเรื่องที่ร้องว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แล้วผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีความเห็นว่า ไม่ควรส่งเรื่องดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ดังนี้ บุคคลย่อมมีอาจใช้สิทธิทาง

ศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น ประเด็นปัญหาของการใช้สิทธิทางศาลของบุคคลตามมาตรา 212 จึงมีอยู่ 2 ประเด็น กล่าวคือ ประเด็นที่หนึ่ง จะอาศัยเพียงมาตรา 212 เพื่อโต้แย้งคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วของศาลต่างๆ ว่าละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองของผู้ร้องได้หรือไม่ ประเด็นที่สอง จะโต้แย้งคำพิพากษาของศาล โดยอ้างว่า ศาลได้อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐานในการตัดสินคดี ได้หรือไม่³⁴⁸

ประเด็นที่หนึ่ง การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอ้างสิทธิตามมาตรา 212 โดยกล่าวอ้างว่า คำพิพากษาถึงที่สุดของศาลนั้น ละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ของผู้อื่นได้หรือไม่ ประเด็นนี้ วัตถุประสงค์ของวัตถุประสงค์ที่จะใช้เป็นฐานของการโต้แย้งโดยการยื่นคำร้อง ขอสืบต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น คงมีเพียงแต่เฉพาะ บทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ซึ่งในที่นี้ ย่อมหมายถึงบทกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยฐานอำนาจจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น เหตุที่บุคคลอ้างว่า ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยคำพิพากษาของศาลย่อมมิใช่เหตุผลตามเงื่อนไขในการใช้สิทธิตามมาตรา 212 ได้ ดังนั้น บุคคลจึงไม่อาจโต้แย้งโดยการยื่นคำร้องขอสืบต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ได้

ประเด็นที่สอง การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอ้างว่า คำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์เป็นคำพิพากษาที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นพื้นฐานในการตัดสินคดีนั้น ได้หรือไม่ นั้น ประเด็นนี้ การละเมิดสิทธิเกิดขึ้นโดยกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ พิจารณาแยกเป็น 2 ลักษณะ ลักษณะแรก คำพิพากษานั้นทำให้เกิดสิทธิแก่ผู้กล่าวอ้างว่าสิทธิเสรีภาพของตนเองถูกละเมิด หรือกระทบในการใช้สิทธิโต้แย้งทางศาลโดยอาศัยมาตรา 212 ได้หรือไม่ คำตอบคือ การอ้างเช่นนี้มีได้ทำให้เกิดสิทธิของผู้กล่าวอ้างว่าสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ของตนเองถูกละเมิดหรือกระทบในการยื่นคำร้องขอสืบต่อศาลตามมาตรา 212 ได้โดยตรง ลักษณะที่สอง การโต้แย้งว่า กฎหมายที่ใช้เป็นพื้นฐานในการตัดสินคดีนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อขอใช้สิทธิทางศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น สามารถทำได้ และบุคคลจะใช้สิทธิทางศาลได้ แต่จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 212 วรรค 2 ด้วย คือกรณีต้องไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยทางอื่นได้อีกแล้ว จึงจะเกิดสิทธิในการยื่นคำร้องขอสืบต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ดังนั้น คำตอบในกรณีเช่นนี้จึงมีว่า ไม่สามารถยื่นคำร้องขอสืบต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักการเขตอำนาจศาลเฉพาะเจาะจงของศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 สำหรับการละเมิดสิทธิ

³⁴⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครอง* กรุงเทพฯ: วิญญูชน หน้า 195 - 200.

หรือทำให้กระทบสิทธิ เพื่อตรวจสอบคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วของศาลอื่น โดยศาลรัฐธรรมนูญ นั้น พบว่า มาตรา 212 กำหนดให้สิทธิแก่บุคคลผู้ถูกละเมิดหรือทำให้กระทบสิทธิเสรีภาพที่ รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในการยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่วัตถุประสงค์ตามมาตรา 212 นี้ ได้แก่การโต้แย้งคัดค้านว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น มิได้ หมายรวมถึงการกระทำอื่นใดของรัฐเลย ดังนั้น จึงไม่สามารถขยายเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ให้สามารถรับพิจารณาข้อโต้แย้งคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วของศาลได้ เมื่อพิจารณาโดยหลักการ เขตอำนาจศาลเฉพาะเจาะจงของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงขาดบทบัญญัติแห่ง กฎหมายที่จะรองรับให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญ ในการที่จะเข้าไปตรวจสอบการละเมิดสิทธิ เสรีภาพจากคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วของศาลอื่น

เมื่อเทียบเคียงกับระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว พบว่า รัฐธรรมนูญของเยอรมันกำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ เฉพาะในส่วนที่มีอำนาจรับ การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 93 ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่อง ร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญได้เมื่อบุคคลกล่าวอ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของตนหรือสิทธิที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 20 วรรค 4 มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104 ถูกละเมิดโดยอำนาจ มหาชน ซึ่งความหมายของอำนาจมหาชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4a หมายถึง “อำนาจรัฐทั้งหมด” ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ในเมื่อการพิพากษา คดีของศาลเป็นการใช้อำนาจมหาชนประการหนึ่ง จึงอาจก่อให้เกิดการกระทบสิทธิของประชาชน ได้ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน จึงมีอำนาจเข้ามตรวจสอบคำพิพากษาของศาลว่าเป็นการ กระทบสิทธิของบุคคลหรือไม่ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เข้ามา ตรวจสอบคำพิพากษาของศาลจึงเป็นไปตามหลักการกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจง³⁴⁹

ในระบบกฎหมายไทยนั้น มีประเด็นต้องพิจารณาว่า การพิจารณาพิพากษาคดีของ ศาลจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจมหาชนซึ่งอาจก่อให้เกิดการกระทบสิทธิของบุคคลตามความหมาย ในมาตรา 28 วรรค 2 หรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาโดยเทียบเคียงกับกฎหมายเยอรมัน เมื่อพิจารณา จากรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 19 (4) ซึ่งคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ใช้เป็นต้นแบบ ในการร่างบทบัญญัติมาตรา 28 จะเห็นว่า มาตรา 19 (4) ของรัฐธรรมนูญ เยอรมันบัญญัติว่า “(4) หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิ ในทางศาลได้ ในกรณีที่ไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม” มีความแตกต่าง จากมาตรา 28 วรรค 2 ในสาระสำคัญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเยอรมันบัญญัติรับรองสิทธิในทางศาล ในกรณีที่บุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน และต่อมามีการตีความโดยคำวินิจฉัยของศาล

³⁴⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 137 หน้า 274 – 275.

รัฐธรรมนูญและความเห็นในทางวิชาการว่า ความหมายของ “อำนาจมหาชน” ตามมาตรา 19 (4) นั้น หมายถึง อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารเท่านั้น ไม่รวมถึงอำนาจตุลาการ เพราะหากแปลความอำนาจมหาชนในมาตรานี้ให้หมายความถึงอำนาจตุลาการด้วยแล้ว จะทำให้เกิดการโต้แย้งคำพิพากษาของศาลโดยหาจุดสิ้นสุดไม่ได้ ดังนั้น การตีความคำว่า “อำนาจมหาชน” ตามมาตรานี้จึงต้องพิจารณาจากระบบกฎหมายทั้งระบบ ซึ่งแตกต่างไปจากการตีความ คำว่า “อำนาจมหาชน” ตามมาตรา 94 ซึ่งตีความว่า หมายความรวมถึงอำนาจตุลาการด้วย ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากร่องรอยทุกซ์ตามรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการใช้อำนาจมหาชน กรณีนี้ย่อมถือเป็นการใช้อำนาจมหาชนอย่างหนึ่ง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจของศาลต่างๆ ได้ว่า ได้ใช้อำนาจดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในขณะที่มาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งได้บัญญัติตามแนวทางมาตรา 19 (4) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน กรณีจึงอาจตีความการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 กลุ่ม คือ

1. การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพจากบุคคลอื่น โดยที่มาตรา 28 วรรค 2 บัญญัติไว้เป็นการทั่วไปเช่นนี้ กรณีจึงตีความได้ว่า การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่จะใช้เป็นฐานในการใช้สิทธิทางศาลได้นั้น อาจเกิดจากบุคคลอื่นก็ได้ ดังที่มาตรา 28 วรรค 1 วางข้อจำกัดของการใช้สิทธิและเสรีภาพว่า มิให้ใช้สิทธิและเสรีภาพไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพที่ถูกละเมิดโดยบุคคลอื่นย่อมเป็นฐานของการใช้สิทธิทางศาลได้เสมอ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคลนั้นย่อมเป็นปัญหาในทางกฎหมายเอกชน การจะใช้สิทธิและเสรีภาพได้เพียงใดจึงขึ้นอยู่กับกฎหมายที่เกี่ยวข้องในส่วนนั้นๆ ซึ่งกฎหมายนั้นๆ จะต้องสอดคล้องกับหลักของมาตรา 28 วรรค 2 ดังนั้น กฎหมายใดก็ตามที่จำกัดสิทธิของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ และทำให้บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิทางศาลได้ กฎหมายนั้นย่อมขัดกับมาตรา 28 วรรค 2

2. การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพจากอำนาจรัฐ เมื่อมาตรา 28 วรรค 2 มิได้บัญญัติว่าการกระทำใดที่ละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแล้ว จะก่อให้เกิดอำนาจในการฟ้องคดีของบุคคลได้ จึงต้องตีความการกระทำที่เป็นการละเมิดจากอำนาจรัฐว่าย่อมหมายความรวมถึงอำนาจรัฐทั้งหมด ซึ่งหมายถึง อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ดังนี้

2.1 การกระทำของอำนาจนิติบัญญัติ หมายถึง การละเมิดสิทธิจากบทบัญญัติต่างๆ ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติกระบวนการโต้แย้งไว้เป็นการเฉพาะอยู่แล้วในมาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245 และ มาตรา 257

2.2 การกระทำของอำนาจบริหาร หมายถึง การกระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง การกระทำทางปกครองทั้งหลายย่อมอยู่ในอำนาจศาลที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้ ดังนั้น การกระทำทางปกครองใดที่ก่อให้เกิดการกระทบสิทธิ ย่อมดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อศาล

ปกครองได้ ส่วนการกระทำของฝ่ายบริหารที่ก่อให้เกิดการกระทบสิทธินั้น โดยทั่วไป ย่อมอยู่ในอำนาจศาลที่จะตรวจสอบได้ เว้นแต่เป็นการกระทำของรัฐบาล ที่เป็นข้อจำกัดของศาลที่จะเข้ามาตรวจสอบ

2.3 การกระทำของอำนาจตุลาการ หมายถึง คำพิพากษาของศาล จะอยู่ในความหมายของการกระทำที่อาจถูกโต้แย้งไปยังองค์กรตุลาการได้หรือไม่ มีข้อพิจารณา 2 ประการคือ อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่ก่อให้เกิดการกระทบสิทธิได้หรือไม่ และหากให้การกระทำขององค์กรตุลาการรวมอยู่ในความหมายของการกระทำตามมาตรา 28 วรรค 2 แล้ว จะก่อให้เกิดผลอย่างไร ในประการแรกนั้น เมื่อศึกษาเทียบเคียงจากระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งตีความว่า อำนาจตุลาการเป็นอำนาจมหาชนอย่างหนึ่ง ดังนั้น การใช้อำนาจมหาชนขององค์กรตุลาการย่อมก่อให้เกิดการกระทบสิทธิได้เช่นกัน ลักษณะของการกระทบสิทธิของการพิจารณาคดีนั้น อาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะ เช่น ศาลตีความสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญผิดพลาดคลาดเคลื่อน หรือในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลไปกระทบต่อสิทธิในทางศาลของกลุ่มคน เป็นต้น ดังนั้น ในประเทศเยอรมนีจึงยอมรับกันว่า อำนาจตุลาการย่อมก่อให้เกิดการกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ประการที่สอง หากให้การกระทำขององค์กรตุลาการรวมอยู่ในความหมายของการกระทำตามมาตรา 28 วรรค 2 ด้วยแล้ว ผลที่ตามมาคือ คำพิพากษาของศาลจะถูกโต้แย้งได้จนไม่มีที่สิ้นสุด การตีความให้มีผลเช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบศาลในการที่จะอำนวยความยุติธรรมให้กับสังคมโดยรวม แต่อย่างไรการตีความดังกล่าวอาจยอมรับได้ หากอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ ประการแรกจะต้องมีการกำหนดเขตอำนาจศาลให้ชัดเจนว่า ศาลใดจะเข้ามามีอำนาจในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่น ซึ่งโดยทั่วไปย่อมหมายถึงศาลรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง จะต้องกำหนดเงื่อนไขของการใช้สิทธิของประชาชนว่าจะใช้สิทธิในการยื่นเรื่องต่อศาลนั้นอย่างไร ซึ่งเมื่อตีความว่า อำนาจตุลาการก่อให้เกิดการกระทบสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้ แต่การตีความดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะตอบคำถามที่ว่า ประชาชนจะใช้สิทธิโต้แย้งคำพิพากษาของศาลได้หรือไม่ จำเป็นต้องมีความชัดเจนอีก 2 ประการ คือ จะให้ศาลใดเป็นศาลที่มีอำนาจในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่น และประชาชนจะใช้สิทธิในการเสนอเรื่องดังกล่าวไปยังศาลดังกล่าวนี้ได้ โดยมีเงื่อนไขอย่างไรบ้าง³⁵⁰

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 90 กำหนดไว้ว่า ผู้มีสิทธิร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญจะสามารถใช้สิทธิร้องทุกข์ได้ ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ต้องมีการกล่าวอ้างว่า มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิที่เสมือนสิทธิขั้นพื้นฐานในมาตรา 20 วรรค 4 มาตรา 33

³⁵⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 137 หน้า 282 – 286.

มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และ มาตรา 104 ของรัฐธรรมนูญและประการที่สอง การคัดค้านการละเมิดสิทธินั้นเป็นเรื่องที่อาจใช้สิทธิทางศาลได้ ซึ่งจะทำให้การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้ใช้สิทธิทางศาลจนถึงที่สุดแล้ว ซึ่งมีข้อยกเว้นว่า หากกรณีเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นการทั่วไปหรือถ้าต้องใช้สิทธิทางศาลจนถึงที่สุดแล้ว ผู้ร้องทุกข์จะได้รับความเสียหายจนถึงขนาดที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาเรื่องนั้นได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้ดำเนินการในเรื่องนั้นจนถึงที่สุด เมื่อเทียบเคียงกับกรณีของประเทศไทยแล้วเงื่อนไขสำคัญของการร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่คำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล คือ ประการแรก แม้การพิจารณาคดีโดยศาลอื่น ๆ มาจนถึงที่สุดแล้ว ยังต้องมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเยียวยาการกระทำอันละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งหากไม่ให้ใช้สิทธิทางศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่อาจบรรลุความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ประการที่สอง ต้องดำเนินคดีในศาลอื่นจนถึงที่สุด ซึ่งการดำเนินคดีในศาลอื่นจนถึงที่สุดแล้ว มิใช่เป็นเงื่อนไขในทางวิธีบัญญัติ แต่ยังคงถึงความสัมพันธ์ระหว่างศาลอื่น ๆ กับศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลอื่น ๆ มีหน้าที่เบื้องต้นในการปกป้องสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยผ่านทางกระบวนการวินิจฉัยพิจารณาคดี ย่อมอธิบายได้ว่า รัฐธรรมนูญได้มอบหมายให้อำนาจตุลาการต่างๆ ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น หลักการดำเนินการให้เสร็จสิ้นในศาลอื่นมาแล้ว จึงสอดคล้องกับการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการเยียวยาการละเมิดสิทธิเสรีภาพที่เกิดขึ้นเป็นองค์กรสุดท้าย

ดังนั้น ในกรณีของการละเมิดสิทธิเสรีภาพเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2557 พบว่า คงมีเพียงแต่มาตรา 212 เท่านั้น ที่กำหนดให้บุคคลมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง แต่วัตถุประสงค์เป็นเรื่องของการโต้แย้งคัดค้านว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น มิได้หมายความรวมถึงการกระทำอื่นๆ ของรัฐด้วย ดังนั้น หากพิจารณาจากหลักการกำหนดเขตอำนาจศาลแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่น เนื่องจากขาดบทบัญญัติของกฎหมายที่จะรองรับให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่น อีกทั้ง การที่ประชาชนจะใช้สิทธิทางศาล ก็พบว่ายังขาดกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขสำหรับการใช้สิทธิทางศาลของบุคคล ซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญว่าจะใช้สิทธิได้อย่างไร

บทที่ 6

สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ

1. สรุปผลการวิจัย

จากการศึกษา พบว่า รัฐซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนทั้งหมดในสังคม มีองค์กรต่างๆเป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐ ดังนั้น ในการใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ พึงต้องใช้อำนาจรัฐด้วยความระมัดระวัง ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยโดยรัฐหนึ่ง ดังนั้น มีภารกิจหน้าที่สำคัญประการหนึ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ กล่าวคือ การให้การรับรองและให้ความเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนของรัฐ ซึ่งเป็นภารกิจสำคัญในลำดับต้นๆ ไม่ว่าสิทธิเสรีภาพนั้นจะเป็นสิทธิตามธรรมชาติ สิทธิที่สังคมประมวลขึ้นและนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ ในส่วนสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ สิทธิเสรีภาพตามกฎหมายธรรมชาติบางส่วนก็ยังมีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งเหตุผลจากความคาดหวังจากประชาชน เหตุจากการเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลาของสังคมและสังคมโลก เหตุนอกเหนือความคาดหมายของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงการที่รัฐยอมเพิ่มสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนในฐานะที่เป็นรัฐชั้นนำในค่ายเสรีประชาธิปไตย อันแสดงถึงพัฒนาการความก้าวหน้าทางประชาธิปไตยประการหนึ่ง ทำให้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้ว่าจะตรวจสอบทบทวนโดยผู้ที่มีความรู้ทางการเมืองการปกครองและกฎหมายจำนวนมากเพียงใดก็ตาม ย่อมต้องมีข้อบกพร่องได้ ซึ่งเหตุที่ปรากฏตามข้อเท็จจริงจำนวนมากที่แสดงให้เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ถูกละเมิดหรือทำให้กระทบสิทธิเสรีภาพโดยองค์กรใช้อำนาจรัฐ รวมไปถึงการกระทำละเมิดจากบุคคลด้วย ทำให้จำเป็นต้องค้นหาและตรวจสอบปัญหาในทางปฏิบัติว่ามีประเด็นใดบ้าง และจะแก้ไขได้อย่างไร ในการศึกษาครั้งนี้ อาจสรุปปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 28 ดังนี้

1.1 ปัญหาการขาด (ไม่มี) กฎหมายที่กำหนดรายละเอียดในการใช้สิทธิทางศาล

การใช้สิทธิทางศาลเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความ ในเมื่อไม่มีกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดว่าจะให้ใช้สิทธิอย่างไร จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากรัฐธรรมนูญมาตรา ต่างๆที่เกี่ยวข้อง เช่น การรับรองสิทธิเสรีภาพ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง ของบุคคลผู้ถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิเสรีภาพ รวมถึงการกำหนดให้ใช้สิทธิทางศาล เป็นต้น เมื่อมาตรา 27 กำหนดว่า องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐทั้งหลายที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทุกองค์กรต้องผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพที่ รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ใช้สิทธิทาง ศาลย่อมยกขึ้นอ้างได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องให้มีการตรากฎหมายลูกออกมารองรับ และพิจารณา จากมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญนี้เป็นบทบัญญัติที่ให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดย องค์กรตุลาการเพื่อพิจารณาว่า การใช้สิทธิทางศาลนั้น ประชาชนสามารถอ้างเป็นฐานที่จะใช้สิทธิ ต่อศาลใดได้ หากพิจารณาในวรรค 2 มาตรา 28 ย่อมตีความได้ว่า ถ้าองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐใดๆ ทำให้เกิดการละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองโดยให้ อำนาจองค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบควบคุมได้ ซึ่งจะเห็นว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติปิดช่องว่าง เพื่อให้เกิดการตีความที่ทำให้องค์กรตุลาการเข้ามาคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่น่าคดี มาฟ้องต่อศาล ในกรณีที่ดีก็ไม่อาจนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลใดได้ ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจใน การตรวจสอบควบคุมได้ ส่วนมูลเหตุหรือข้ออ้างในการฟ้องคดีของบุคคล ได้แก่ การกล่าวอ้างว่า ตนเองถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง ดังนั้น มาตรา 28 วรรค 2 จึงเป็น ฐานในการใช้สิทธิทางศาลของประชาชน โดยมีข้ออ้างว่า มีการละเมิดหรือกระทบสิทธิเสรีภาพ เมื่อ การใช้สิทธิทางศาลเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญยื่นฟ้องคดีต่อศาล จึงมีความหมายที่ หมายถึง “อำนาจฟ้อง” การที่จะพิจารณาว่าจะมีอำนาจฟ้องหรือไม่ ในกรณีของคดีแพ่ง คดีอาญา ต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ในขณะที่คดีปกครอง ต้อง พิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 ส่วนการฟ้องศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งปรากฏว่ายังไม่มีกำหนดเขตอำนาจให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ถ้าฟังการ อ้างมาตรา 28 วรรค 2 เพื่อฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงจึงยังไม่อาจทำได้ เป็นเพียงแต่ว่า ผล ของมาตรา 28 วรรค 2 ทำให้กฎหมายใดที่ทำให้อำนาจฟ้องหรือร้องคดีหรือการใช้สิทธิไม่อาจทำ ได้แล้ว กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อมาตรา 28 วรรค 2 ซึ่งมีผลต่อมาว่า กฎหมายนั้นย่อมขัดรัฐธรรมนูญ

ทำให้บังคับใช้ไม่ได้ ในขณะที่การยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาล ซึ่งเป็นเรื่องทางวิธีสารบัญญัติ เมื่อมีคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลใด การยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เป็นการให้เหตุผลสนับสนุนข้ออ้างของตนหรือหักล้างข้ออ้างอีกฝ่ายหนึ่งยอมทำได้เสมอ

1.2 ปัญหาการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงในการฟ้องคดีต่อศาล

แม้ว่าการใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาล ตามที่ปรากฏในมาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน โดยองค์กรตุลาการ จะบัญญัติไว้สอดคล้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่ว่าจะโดยรัฐธรรมนูญ โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญจะผูกพันโดยตรงต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตรงทั้งในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมาย ก็ตาม แต่การนำคดีมาฟ้องยังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งสิทธิและเสรีภาพตามหมวด 3 นั้น กล่าวได้ว่า ยังไม่อาจทำได้ ทั้งนี้เนื่องจากยังขาดความกระจ่างชัด เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความ ซึ่งในที่นี้ย่อมหมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งปรากฏว่า ยังไม่อาจผ่านการพิจารณาของรัฐสภา ออกมาเป็นกฎหมายใช้บังคับได้เลย ซึ่งในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญ ยังคงใช้ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ในการพิจารณาคดี ทั้งนี้เป็นไปตามรัฐมนตรีแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 300 วรรค 5 ได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดฉบับนี้แล้ว พบว่า มิได้กำหนดประเภทคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการพิจารณาแต่ประการใด

ดังนั้น แม้ว่าการอ้างสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง จะสามารถกล่าวอ้างได้เสมอและในทุกศาลก็ตาม แต่การนำคดีเกี่ยวกับการละเมิดหรือกระทบสิทธิหรือเสรีภาพ ไปฟ้องยังศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงเพื่อใช้สิทธิทางศาล ในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดในการใช้สิทธิทางศาลตลอดจนขั้นตอนในการพิจารณาพิพากษาคดีดังที่กล่าวมาแล้วว่า ยังไม่อาจทำได้ในขณะนี้ เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแล้ว การจะนำคดีไปฟ้องยังศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ตามมาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ก็ยังไม่มี ความชัดเจนว่าจะทำได้ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ศาลแพ่งซึ่งเป็นศาลประเภทหนึ่งในระบบศาลยุติธรรม แม้มีเขตอำนาจทั่วไป แต่ก็รับฟ้องแต่เฉพาะคดีแพ่ง ซึ่งเป็นคดีที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ดังนั้น การนำคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชนไปฟ้องร้องต่อศาลแพ่ง ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจในการ

พิจารณาเฉพาะคดีระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันนั้น ถึงแม้ทางหนึ่งรัฐธรรมนูญจะให้อำนาจไว้ในฐานะที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปที่พิจารณาคดีทั้งปวง แต่กรณีย่อมถือได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่ง มาตรา 55 เฉพาะในส่วนที่รับคดีแพ่ง เป็นอันขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากแม้ว่า มาตรา 218 ตีความในทางคุ้มครองประชาชน โดยองค์กรตุลาการ คือ ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจในการรับคดีทุกประเภท ไม่แต่เฉพาะคดีในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเท่านั้น แต่การใช้สิทธิทางศาลจะทำได้เพียงใดนั้น ย่อมต้องพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องเช่นนี้ ต้องสอดคล้องกับหลักตามมาตรา 28 วรรค 2 ด้วย กล่าวคือ กฎหมายใดก็ตามที่จำกัดสิทธิของบุคคลซึ่งถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง และทำให้บุคคลนั้น ไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ กฎหมายนั้นย่อมขัดหลักตามมาตรา 28 วรรค 2 มีผลทำให้กฎหมายนั้นเป็นโมฆะ

แม้ว่ามาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะให้สิทธิแก่บุคคลเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า บุคคลนั้น ไม่อาจใช้สิทธิทางศาลในทางอื่นได้แล้ว จึงจะนำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่ต้องเป็นกรณีที่ต้องโต้แย้งคัดค้านว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีของตนขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดี ดังนั้น กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดเขตอำนาจศาลให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญอย่างเฉพาะเจาะจงว่า จะรับฟ้องคดีโดยตรงได้ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว มิมีบทบัญญัติใดที่จะให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญ สามารถเข้าไปตรวจสอบการละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพโดยการกระทำอย่างอื่นหรือโดยคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลอื่นแต่อย่างใด ดังนั้น จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ในระบบกฎหมายของไทย ยังขาดฐานทางกฎหมายที่จะทำให้ศาลมีอำนาจในการรับคดีมาพิจารณาได้ เนื่องจากขาดกฎหมายวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ นั้นเอง โดยให้กำหนดเขตอำนาจให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญที่จะมีอำนาจรับคดีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาพิพากษาได้และขาดกฎหมายที่กำหนดให้สิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในกรณีอื่นๆ (อันมิใช่กรณีของเงื่อนไขมาตรา 212) กล่าวคือ ต้องมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจฟ้องหรือให้สิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย

1.3 ปัญหาการตรวจสอบการละเมิดหรือการกระทบสิทธิจากคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว

แม้ว่าคดีที่นำฟ้องยังศาลต่างๆ การพิจารณาพิพากษาคดีทั้งหลายนั้น ย่อมเป็นการแน่นอนว่าย่อมถึงที่สุดทั้งในศาลยุติธรรม โดยคำพิพากษาของศาลฎีกา และศาลปกครอง

โดยคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งมีผลตามที่เข้าใจกัน โดยทั่วไปว่า คู่ความไม่อาจโต้แย้งได้นั้น แต่โดยหลักแล้ว คดีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองนั้น ถ้ามีการโต้แย้งว่า มีการละเมิดหรือกระทบสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองแล้ว ย่อมไม่ตัดสิทธิของผู้กล่าวอ้างที่จะนำคตินั้นๆ มาให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบทบทวนอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้เนื่องมาจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการตรวจสอบได้นั้น กล่าวได้ว่า มีเหตุผลสนับสนุนหลายประการ กล่าวคือ ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ โดยยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อกำหนดให้มีการรับรองคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญมาตรา 27 จากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐทั้งปวง ซึ่งต้องผูกพันโดยตรงต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง และหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการตามมาตรา 28 แล้ว ย่อมต้องให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลได้และให้ศาลที่เกี่ยวข้องมีอำนาจในการรับฟ้องคดีได้เพื่อตรวจสอบ ทั้งนี้ก็เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีคุณค่าสูงสุดในการบังคับ ถ้าปล่อยให้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยไม่มีองค์กรใดตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรรัฐต่างๆแล้ว ย่อมทำให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่อาจมีคุณค่าได้ เนื่องจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีคุณค่าเพียงคำกล่าวที่สวยหรูบนเอกสารเท่านั้น ประการที่สอง ย่อมเป็นไปได้ตามหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ตามที่กล่าวมาก่อนหน้านี้และประการที่สาม เพื่อก่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการใช้หลักการตีความรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลทุกศาลในแต่ละระบบ คือ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร ต่างก็มีหลายชั้นศาล ศาลแต่ละศาลต่างก็มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญในอำนาจหน้าที่เมื่อพิจารณาคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนเอง กรณีจึงเป็นไปได้ว่า คดีมีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกัน ศาลต่างศาลอาจตีความแตกต่างกันไปหรืออาจตีความขัดแย้งกันหรือคลาดเคลื่อนจากที่ควรเป็นของรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ ย่อมทำให้ไม่มีความเป็นเอกภาพในการตีความรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยปัญหาในทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นผู้แสดงบทบาทหน้าที่ขององค์กรที่สร้างความเป็นเอกภาพในการวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อมีการกล่าวอ้างว่า มีการละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองจาก คำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วของศาล กรณีจึงอยู่ภายใต้เงื่อนงำที่ศาลรัฐธรรมนูญอาจเข้าไปตรวจสอบในประเด็นที่ว่ามีการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบผลกระทบจากการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองแล้ว จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครองหรือไม่ กล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบได้แต่เพียงเฉพาะประเด็น

ที่ว่ามีการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น ส่วนประเด็นอื่นๆ ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่เข้าไปตรวจสอบ เมื่อตรวจสอบอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 พบว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับฟ้องคดีจากประชาชนที่ใช้สิทธิทางศาลโดยตรงได้ แต่ต้องเป็นกรณีบังคับภายใต้เงื่อนไขที่ว่าประชาชนนั้นๆ ไม่สามารถใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นใดได้อีกแล้ว ทั้งนี้ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบในการใช้สิทธิยื่นคำร้องโดยตรง ต่อศาลรัฐธรรมนูญของประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองตามมาตรา 212 จะต้องประกอบด้วย

1. บุคคลถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้
2. ยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ
3. การใช้สิทธิตามองค์ประกอบข้อ 1 และ ข้อ 2 นั้น ต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้สิทธิทางอื่นได้แล้ว
4. ต้องดำเนินการใช้สิทธิให้เป็นไปตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญกำหนดไว้

กรณีการกล่าวอ้างว่า มีการละเมิดหรือกระทบสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองจากคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว มิใช่เงื่อนไขดังที่กำหนดในมาตรา 212 แต่ประการใด (พิจารณาจากองค์ประกอบทั้ง 4 ข้อ) จึงมิใช่การละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยการกระทำที่ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ วัตถุประสงค์แห่งการกระทำอันเป็นพื้นฐานของการโต้แย้งที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ต้องเป็นไปตามองค์ประกอบข้อ 2 คือ ต้องกล่าวอ้างว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ดังนั้น กรณีของการละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว จึงมิใช่วัตถุประสงค์ที่จะนำมายื่นร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ หากจะอ้างว่าศาลได้อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับแก่คดีของผู้กล่าวอ้าง จะทำได้หรือไม่ นั้น สามารถพิจารณาได้ว่า บทกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบได้ แต่ทั้งนี้ต้องผ่านเงื่อนไขที่ว่า เป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโต้แย้งในทางอื่นได้แล้ว ซึ่งต้องพิจารณาอีกว่า เงื่อนไขที่ไม้อาจใช้สิทธิทางอื่นได้แล้วนั้น หมายความว่า เป็นกรณีของการใช้สิทธิทางใดทางหนึ่ง หรือว่าต้องผ่านการใช้สิทธิทุกทางแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิในกรณีที่กำลังมีคดีอยู่ในศาล ผู้นั้นโต้แย้งว่า บทกฎหมายที่ใช้พิจารณาคดีของตนขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงขอให้ศาลยุติธรรมหรือ

ศาลปกครองแล้วแต่กรณี ส่งความเห็นของตนไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองที่กำลังพิจารณาคดี เห็นว่า ไม่ใช่กรณีที่ต้องส่ง จึงไม่ส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญ กรณีไปร้องขอต่อผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแล้วเพื่อขอให้ส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่า ไม่ใช่กรณีที่ส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ จึงไม่ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ ผู้นั้นจึงหมดช่องทางที่จะใช้สิทธิได้แล้ว ผู้กล่าวอ้างว่าถูกละเมิดจึงจะเกิดสิทธิในการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ได้ จากการพิจารณา คำว่า “ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีอื่นได้แล้ว” กรณีย่อมหมายถึง ผู้กล่าวอ้างว่าถูกละเมิดต้องใช้สิทธิทุกช่องทางที่มีแล้วปรากฏว่า ไม่สามารถใช้สิทธิได้แล้ว จึงเกิดสิทธิในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นการขัดขวางหรือกีดกันหรือสร้างปราชัยการขวางบุคคลมิให้เข้าถึงกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เสมือนมีต้องการให้บุคคลใช้สิทธิได้ ดังนั้น มาตรา 212 วรรค 2 อาจเป็นบทบัญญัติที่อาจไปละเมิดสิทธิของบุคคลในการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเสียเอง ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้คำอธิบายในบทวิเคราะห์ปัญหาการใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว³⁵¹ว่า “..... การจะใช้สิทธิและเสรีภาพได้เพียงใดจึงขึ้นอยู่กับกฎหมายที่เกี่ยวข้องในส่วนนั้นๆ ซึ่งกฎหมายนั้นๆ จะต้องสอดคล้องกับหลักมาตรา 28 วรรค 2 กฎหมายใดก็ตามที่จำกัดสิทธิของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและบุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิในทางศาลได้ กฎหมายฉบับนั้นย่อมขัดมาตรา 28 วรรค 2”

ดังนั้น กรณีของบุคคลกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองจากคำพิพากษาของศาลนั้น เห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาตามหลักการที่จะให้บุคคลที่ถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิเสรีภาพจากการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรตุลาการ โดยคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วของศาล สามารถใช้สิทธิโต้แย้งโดยการเสนอเรื่องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบทบทวนนั้น เป็นกรณีที่ ขังขาดกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนของการใช้สิทธิโต้แย้งคำพิพากษาของศาลอื่น ได้เป็นการเฉพาะกรณีไปให้ชัดเจนเพื่อแก้ไขปัญหานั้นในระยะแรกเริ่ม เช่น โต้แย้งคำพิพากษาของศาลที่เป็นการละเมิดสิทธิในทางวิธีพิจารณาอย่างชัดเจน หรือกรณีศาลอ้างว่า ไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงวินิจฉัยคดีไม่ได้หรือไม่วินิจฉัยคดีให้หรือวินิจฉัยว่า เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนด เท่ากับว่าสิทธิเสรีภาพดังกล่าวไม่อาจเกิดขึ้นได้ เป็นต้น กฎหมายที่ขาดไปในกรณีเช่นนี้ ย่อมหมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

³⁵¹ บรรเจิด สิงคะเนติ เรื่องเดียวกัน เชิงอรรถที่ 137 หน้า 284.

2. ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิทางศาลของบุคคล ซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 28 นั้น ปรากฏออกมาทั้งในเรื่องการขาดบทบัญญัติที่จะทำให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้วของประชาชน บังเกิดผลอย่างสมบูรณ์ขึ้นในทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติที่รองรับหรือกำหนดให้สิทธิในการเสนอเรื่องหรือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองแล้ว ถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิ บทบัญญัติในการกำหนดเขตอำนาจศาลให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนเพียงพอที่จะทำหน้าที่ในการรับเรื่องที่ประชาชนร้องว่าถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้พิจารณาได้ เพื่อทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เต็มที่ตามศักยภาพ ซึ่งรวมไปถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความที่จำเป็นในการวินิจฉัยเรื่องหรือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องและจำเป็นต่อการใช้สิทธิทางศาลของประชาชนที่จะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้แก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนที่ถูกละเมิดหรือถูกกระทบ ดังนั้น เพื่อปรับปรุงแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. กรณีการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงของบุคคลในการฟ้องคดีหรือเสนอคำร้องที่กล่าวอ้างว่าสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งยังไม่มีกำหนดหรือบัญญัติไว้โดยชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ทำให้ไม่อาจกำหนดเขตอำนาจให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญที่จะมีอำนาจในการรับคดีหรือคำร้องไว้พิจารณาได้ เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญมาตรา 212 วรรคแรกและวรรคสอง ดังนี้

“บุคคลซึ่งถูกละเมิดหรือกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยอำนาจมหาชน ย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

นอกจากนี้แล้วในกรณีการตรวจสอบการละเมิดหรือกระทบสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองจากผลของคดีอันมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วของศาลต่างๆ โดยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ให้มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการละเมิดหรือกระทบสิทธิหรือเสรีภาพที่กล่าวอ้างว่ามีถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลโดยผลของคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้วของศาลต่างๆ และบัญญัติกำหนดให้สิทธิแก่ประชาชนที่จะเสนอ

คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบคดีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว โดยกล่าวอ้างว่าสิทธิหรือเสรีภาพของตนถูกละเมิดหรือกระทบโดยผลของคำพิพากษานั้น ในรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีการกำหนดรายละเอียดในการใช้สิทธิทางศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญ ไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ซึ่งขอกล่าวารวมกันในข้อเสนอนี้ข้อ 2 แต่ในกรณีผลของคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว มีการบังคับโทษทางอาญา ซึ่งเกิดขึ้นจากการใช้และตีความกฎหมาย แต่ภายหลังจากมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว หากในเวลาต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในภายหลังว่า กฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อการแก้ไขเยียวยาและป้องกันมิให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญาที่เกิดขึ้น รวมทั้งการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งหรือคดีปกครอง จากการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในการพิจารณาพิพากษา ซึ่งสมควรบัญญัติเป็นทางแก้ไขไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงขอเสนอเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 211 วรรคสี่ , ห้าและหก ดังนี้

มาตรา 211 วรรคสี่

บุคคลใดถูกจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด ถ้าคำพิพากษานั้นเกิดจากการใช้หรือตีความบทกฎหมายใด ซึ่งในภายหลังศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญ บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้หรือฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ได้

มาตรา 211 วรรคห้า

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งอาศัยฐานอำนาจจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ เว้นแต่กรณีที่บัญญัติไว้ในวรรคสี่

มาตรา 211 วรรคหก

ความในวรรคห้า ไม่กระทบกระเทือนกับการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ได้กระทำไปแล้ว ก่อนศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

2. กรณีการขาดกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดในการใช้สิทธิทางศาล ต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งยังไม่มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ออกมาใช้บังคับ โดยในส่วนที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้ถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง โดยการกำหนดให้ใช้สิทธิทางศาลได้ จึงทำให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดหรือกระทบสิทธิดังกล่าวไม่อาจใช้ฐานแห่งสิทธิตามมาตรา 28 วรรค 2 ในการใช้สิทธิทางศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ผู้เขียนเห็นควรเพิ่มเติมข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 17 (21) ในหมวด 2 อำนาจศาล ดังนี้

ข้อ 17

ศาลมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีดังต่อไปนี้

(1) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า มติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้น

(2)

(21) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า คำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

เหตุที่กำหนดเช่นนี้ เนื่องจาก ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ข้อ 4 ให้อำนาจแก่ประธานศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญได้เอง แม้ว่าจะยังไม่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญออกมาใช้บังคับ (ซึ่งถ้าในอนาคต หากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญผ่านออกมาใช้บังคับได้แล้ว สมควรนำไปกำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้แทน เพื่อให้เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจในการปกครองระบอบประชาธิปไตย)

3. ในห้วงเวลาที่เกิดการเปลี่ยนแปลงอำนาจการปกครองในปัจจุบัน ซึ่ง พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา ผู้บัญชาการทหารบก ในฐานะหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (ค.ส.ช.) นำกองทัพเข้ายึดอำนาจการปกครองแผ่นดินจากรัฐบาลของ น.ส.ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี ในขณะที่รักษาการ ตั้งแต่วันที่ 22 พฤษภาคม 2557 แล้วต่อมามีการประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เป็นอันสิ้นสุดลง ในปัจจุบันนี้ กำลังอยู่ในระหว่างการเสนอร่างรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินชั่วคราว พ.ศ. 2550 (ซึ่งขณะที่เขียนวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนไม่แน่ใจว่าจะมีผลบังคับใช้เมื่อไร) เพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และมีกำหนดการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในเร็วๆ นี้ ศาลรัฐธรรมนูญหรือผู้มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญควรรใช้โอกาสอันดีนี้ เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญในส่วนที่ได้นำเสนอไว้ พร้อมทั้งปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ที่ค้างการพิจารณาในรัฐสภาก่อนถูกประกาศให้สิ้นสุดลงพร้อมกับเข้ายึดอำนาจการปกครองในครั้งนี้ นานถึงเวลาประมาณ 7 ปี ในส่วนที่ได้นำเสนอในข้อ 1 และ 2 เพื่อให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อให้มีความสมบูรณ์มากขึ้น และมีผลทำให้การใช้สิทธิทางศาลของประชาชนในกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง ตลอดจนศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องกรณีที่ถูกกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและสามารถพิจารณาวินิจฉัยได้ เพื่อแก้ไขเยียวยาความเสียหายให้สมกับประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างี่ควรเป็นต่อไป



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2550). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2544). (2555 , 22 พฤศจิกายน). *พัฒนาการสิทธิ เสรีภาพ ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆของฝรั่งเศส*. สืบค้นจาก <http://www.Publaw.net/Publaw/view.aspx?id=1124>.
- _____. (2544). *การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* , 3(9) , 27 – 35.
- แก้วสรร อติโพธิ. (2540). *รายงานการประชุมสภาว่ารัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14*. (8 กรกฎาคม 2540) 175 - 177.
- กนิษฐา เชื้อวิทชัย. (2533). *การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- จุฑารัตน์ บางยี่ขัน. (2543). *การเมืองสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และ ฝรั่งเศส*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- เฉลิมพงศ์ เอกเผ่าพันธ์. (2548). *การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2536). *บทวิเคราะห์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ. ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศ.ไพโรจน์ ชัยนาม* (น. 22 – 35) กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2552). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2553). *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- โชคชัย เชื้อวชาญ. (2554). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน. วารสารกฎหมายปกครอง* , 24 (1), 31 – 55.
- ทวีรัตน์ นาคเนียม. (2542). *ปฎิญาสาทกลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. วารสารราชทัณฑ์* 47 (1) , 16 -24.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2528). *นักกฎหมายสำคัญของอังกฤษบางคนในประวัติศาสตร์ : Sir Edward*

Coke ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ สำนักงานศาลยุติธรรม กรุงเทพฯ: สำนักงานศาล
ยุติธรรม.

- นันทวัฒน์ บรรณานันท์.(2555).(2555 , 23 ตุลาคม) การให้สิทธิของประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ
กรณีการละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สืบค้นจาก <http://www.pub-law.net>.
_____. (2552). *กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาล
รัฐธรรมนูญตามมาตรา 264*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
_____. (2548). *คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส* กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
นิติพร ตันวิไลย. (2554). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส. *วารสารกฎหมายปกครอง*
24 (1) , 3 – 30.
- นงเยาว์ ปัญญา. (2547). *เขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์)*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
กรุงเทพฯ.
- นพนิธิ สุริยะ. (2555). *วิวัฒนาการแนวคิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย*. สืบค้นวันที่ 29
ตุลาคม 2555 จาก [http://www Go to know . org](http://www.Go to know . org).
- เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์. (2512). *การปกครองสหรัฐอเมริกา* กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ของสมาคม
สังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย.
- ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์. (2547). *รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง ปัญหาขอบเขตการควบคุมคำสั่งทาง
ปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลอาญา เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการ
กฤษฎีกา* กรุงเทพฯ.
- บุญชัย วสุนธรา. (2552). *การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรค 2 และวรรค 3
(วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน ไม่ได้ตีพิมพ์).*
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2553). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 4) กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
_____. (2549). *การยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล* สำนักงาน
ศาลรัฐธรรมนูญ กรุงเทพฯ: มิสเตอร์ก๊อบบี้.
_____. (2542). *ความคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ* *วารสาร
ศาลรัฐธรรมนูญ* , 1 (1) , 22-45.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์

- ครั้งที่ 3) กรุงเทพฯ : วิทยุชน.
- _____. (2551). รายงานการวิจัย เรื่อง การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว กรุงเทพฯ: มิสเตอร์ก๊อบปี้.
- _____. (2547). รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครอง กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- _____. (2545). ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,32 (3) , 520-545.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 1. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- _____. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ปาน พิงสุจิริต. (2523). ประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ.
- ประเสริฐ สุขสบาย. (2544). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา วารสารกฎหมายปกครอง 24 (1) , 77 – 99.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2531). นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2553). นิติปรัชญา. (พิมพ์ครั้งที่ 11) กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์. (2544). ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. 3(7) , 72 – 85.
- พงษ์ศานต์ พันธูลาก. (2521). การเมืองสหรัฐอเมริกา. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. (2519). รัฐธรรมนูญ บทกฎหมาย และ เอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- มานิตย์ จุมปา. (2553). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- _____. (2551). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2550). กรุงเทพฯ: วี พรินติ้งส์ (1991).
- มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. (2552). รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตรา พร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- มาชาโตะ. (2555, 8-15 กรกฎาคม). เสรีภาพในการแสดงออก. สยามรัฐสัปดาห์วิจารณ์ 59,15น.26
- วิสาข์ อิ่มใจ. (2553). ปัญหาว่าด้วยโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

- พ.ศ.2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550. (วิทยานิพนธ์ปริญญา
นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , กรุงเทพฯ.
- วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ : แสงสุทธิการพิมพ์.
- วุฒิชัย จิตตานุ. (2550). *กระบวนการทางกฎหมายและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครอง
สิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ*. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , กรุงเทพฯ.
- _____. (2552). *กระบวนการทางกฎหมายและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครอง
สิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ* คุชฎีนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรคุชฎีบัณฑิต
บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , กรุงเทพฯ.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช
2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- วรวิทย์ กนิษฐเสน. (2554). การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมตามกฎหมายเยอรมันและการจำกัด
เสรีภาพในการชุมนุมในภาวะปกติตามกฎหมายไทย. *วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. 40 (1) , 128 – 147.
- วัลยา จิวานูพันธ์. (2546). *การใช้สิทธิของประชาชนในกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตาม
รัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพฯ.
- สุนัย มโนมัยอุดม. (2552). *ระบบกฎหมายอังกฤษ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3) กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- สุรพล นิตไกรพจน์และคณะ. (2546). *ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ*.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุริย์ พงษ์จันทร์. (2526). *ประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา*. กรุงเทพฯ: พิงเนต.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ กล้า สมุทวนิช. (2546). *รายงานงานวิจัย เรื่อง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ
ของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2550). *ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2550*. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 36 (1) , 1 – 27.
- _____. (2548). *รายงานการวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส
เสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา* กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- สมบัติ จันทรวงศ์. (2529). *มหาชน รัฐ และ ประชาธิปไตย: ความคิดทางการเมืองอเมริกา
ค.ศ. 1776 – 1800*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมบัติ จันทรวงศ์ และคณะ. (2530). *เดอะ เฟเดอรัลลิสต์ เปเปอร์ เอกสารความคิดทางการเมือง*

- อเมริกัน. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมบัติ ชำรงชัยวุฒย์. (2553). *การเมืองอังกฤษ*. กรุงเทพฯ: เสมาธรรม.
- สมภพ โทระกิตย์. (2541). ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ *วารสารกฎหมายปกครอง* 17(1) , 42-54.
- สมยศ เชื้อไทย. (2547). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์ ม.ป.ท.
- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2551). *10 ปี ศาลรัฐธรรมนูญ สู่ทศวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย*
กรุงเทพฯ: พี เพรสส์.
- หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- อมร จันทรสมนบูรณ์. (2525). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- อมร รักษาศักดิ์. (2539). *ประชาธิปไตย: อุดมการณ์ หลักการและแบบอย่างการปกครองหลาย
ประเทศ* กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- อภิญา แก้วกำเหนิด. (2544). *การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิง
ประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา
ฝรั่งเศส และไทย*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์).
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- อุดม รัฐอมฤตและคณะ. (2544). *รายงานการวิจัย เรื่อง การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิ
ของบุคคลตามมาตรา 28*. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- Albert Bleckmann. (197). *stastsrecht Aufl .s2* Muenchen.
- Bruce Ackermann & Neal Katyal. (1995). *Our Constitution and Founding*. U.Chi.L.Rew.
62 (475) , 475 – 493.
- Carter Gwendolen. (1967). *The Government of United Kingdom*. London : Brace & wored Inc.
- Claudia Klein. (1969). *Theoric et pratique du pouvoir constitutional*. Paris : PUF.
- C.E. Juliet. (1987). *Syndicate des commissaries de police. Et des haults fonctionriess de ta
Police*. Paris : R.D.P.
- Doldur C. (2000). *A few consideration on the constitutional Court's role as a guarantor
of human rights : The perspective of Romania's accession into the Euro-Atlantic
structures* Retrieved from [http :// ecr.ro/Publicatii/Bulletin%](http://ecr.ro/Publicatii/Bulletin%).
- Dominique Turpin. (2002). *Le Conseil constitutional : son role sa jurisprudence*. Paris : Hachette.
- Donald A. Ritchie. (2006). *Justice Learning and Our Constitution*. New York : Oxford
University.

- Elizabeth Zoller. (2006). *Introduction au Droit Public*. Paris : Dalloz.
- Erwin Chemerinsky. (2006). *Constitution Law Principle and Policies*. New York : Aspen Publishers.
- Full case report : Campbell V MGN Ltd. (HL) retrived 12 April 2012 from [http :// www.5RB.com/case/Campbell V MGN Ltd. \(HL \)](http://www.5RB.com/case/Campbell V MGN Ltd. (HL)).
- George Burdeau. (1972). *Liberte*. Paris : LGDJ.
- Goldwin Robert A. and Kaufman Arts. (1998). *Constitution Makers on Constitution Making : The Experience of Eight Nation*. Washington D.C. : Macmillian.
- Guastini R. (2002). *Implementing the rule of Law* . Retrieved June 22 , 2002 from [http :// www.giuri.unige.it/Intro/depist/digita/felo/Test/Anlis-000/5.guastini.rtf](http://www.giuri.unige.it/Intro/depist/digita/felo/Test/Anlis-000/5.guastini.rtf).
- Hariou Gicquel. (1995). *et Gelard Droit Constitutionnel et Institution*. Paris : LGDJ.
- Harutanyan G. & Mavcic A. (1999). *Constitutional Review and its development in the model world*. Liubjana : Yerevan.
- House of Lords ` Case. UKHL 41 4 All ER 268 (2000). retrived 12 April 2012 from [http ://www.parliament UK/lords/Index.cfm](http://www.parliament UK/lords/Index.cfm).
- Jerome A Barron and C. Thomas Dienes. (2005). *Constitutional Law in a Nutshell*. U.S. : Thompson West.
- J.W.F Allison. (1996). *A Continental Distinction in the Common Law : A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*. Oxford : Clarendon Press.
- Kavanagh Denis. (1996). *British Politics : Continuities and change*. New York : Oxford University Press Inc.
- Klauss Stern. (1994). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/2 Allgemeine Lehren der Grundrecht*. Muenchen.
- Laver M. and Mair P. (2001). *Representative government in Modern Europe*. Dublin : Mcgraw Hill.
- Malavet P.A. (2002). *Abstract vs Concrete Norm Control : Judicial review*. Retrieved March 6 , 2002 from [http :// nersp.nerdc.ufl.edu/-malavet/comparot/slide%20 text/14 jrgerm.htm](http://nersp.nerdc.ufl.edu/-malavet/comparot/slide%20text/14jrgerm.htm).
- Norton Phillip. (1978). *The British Policy*. London : Longman Publishing Group.
- O. Hood . Philips. (1979). *Leading Cases in Constitutional and Administrative Law* ., 5th

edition London : Sweet & Maxell.

Pieroth and Schlink. (1993). *Grundrechte – Staatsrecht II* 9. Aufl. Heidelberg.

Rene David. (1982). *Les Grands systems de Droit contemporaries*. Paris : Dalloz.

Robert Kirkpatrick. (1964). *Initiation au Droit Analysis*. Bruxelles : Maison Ferd Lercier.

Sarah William .(1985) the Five Knight 's Case and Debates in the Parliament of 1628

: Division and Suspicious Under King Charles I *Constructing the past*. 7, 11.

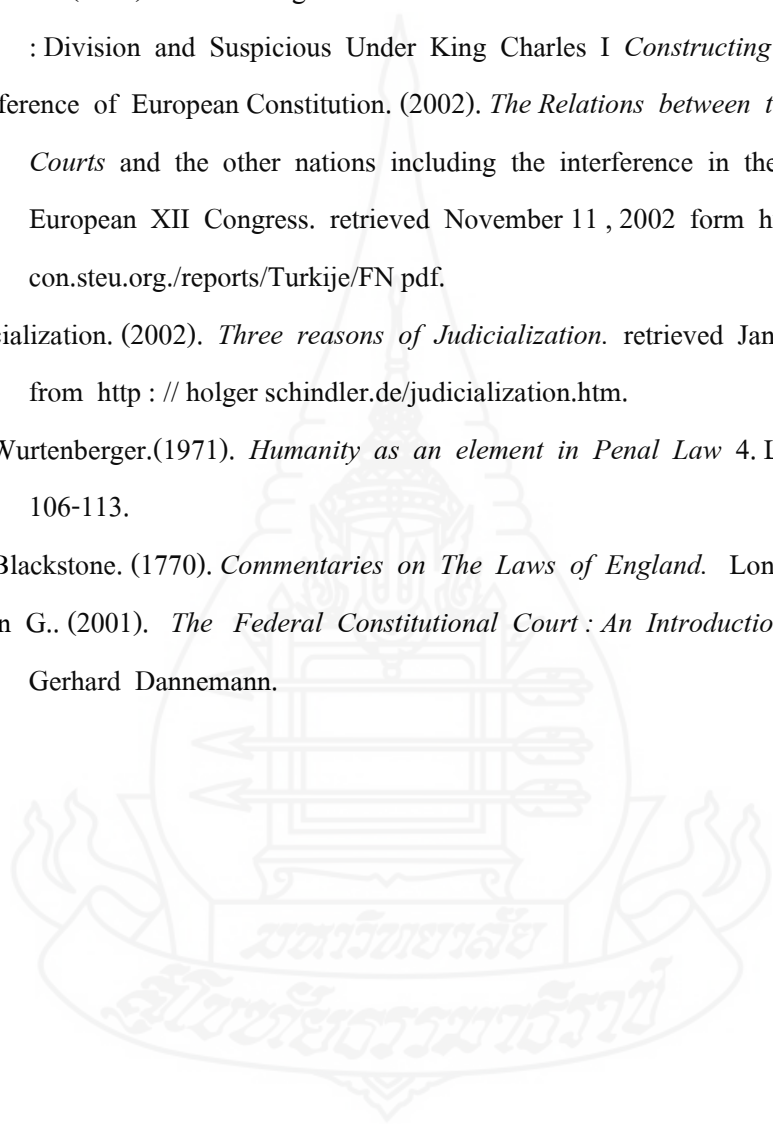
The Conference of European Constitution. (2002). *The Relations between the Constitutional Courts and the other nations including the interference in the action of The European XII Congress*. retrieved November 11 , 2002 form [http : // www.confiocon.steu.org./reports/Turkije/FN pdf](http://www.confiocon.steu.org./reports/Turkije/FN.pdf).

The Judicialization. (2002). *Three reasons of Judicialization*. retrieved January 12 , 2002 from [http : // holger.schindler.de/judicialization.htm](http://holger.schindler.de/judicialization.htm).

Thomas Wurtenberger.(1971). *Humanity as an element in Penal Law* 4. Law and State 106-113.

William Blackstone. (1770). *Commentaries on The Laws of England*. London : Oxford.

Wohrmann G.. (2001). *The Federal Constitutional Court : An Introduction*. Honthen Gerhard Dannemann.





ภาคผนวก

มหาวิทยาลัยราชภัฏสกลนคร

สืบทอดวัฒนธรรมมาตุลีราช

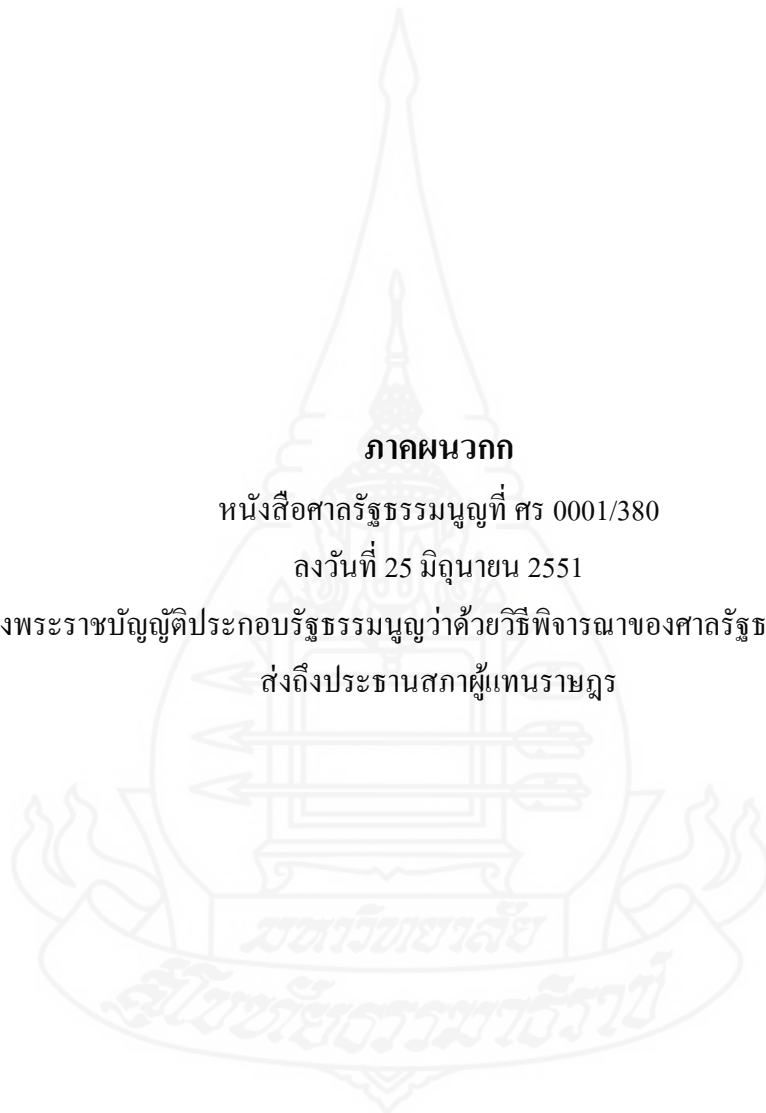
ภาคผนวก

หนังสือศาลรัฐธรรมนูญที่ ศร 0001/380

ลงวันที่ 25 มิถุนายน 2551

เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.

ส่งถึงประธานสภาผู้แทนราษฎร





สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
 ๗/๒๕๕
 วันที่ ๒๕ มิ.ย. ๕๖
 กษ. ๑๐.๕๖๔

ที่ ศร ๐๐๐๑/ 330

ศาลรัฐธรรมนูญ
ถนนจักรเพชร กทม. ๑๐๒๑๐

๒๕ มิถุนายน ๒๕๕๑

เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.

กราบเรียน ประธานสภาผู้แทนราษฎร

- สิ่งที่ส่งมาด้วย ๑. ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.
 พร้อมด้วยบันทึกหลักการและเหตุผล และบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญ จำนวน ๒๐ ชุด
 ๒. แผ่นดิสก์ดีเบตบันทึกข้อมูลร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว จำนวน ๑ แผ่น

ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๑๖ วรรคหก ได้บัญญัติให้วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และมาตรา ๓๐๐ วรรคห้า ได้บัญญัติให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปี นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. พร้อมด้วยบันทึกหลักการและเหตุผล และบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวต่อสภาผู้แทนราษฎร โดยมีรายละเอียดปรากฏตามสิ่งที่ส่งมาด้วย

จึงกราบเรียนมาเพื่อโปรดพิจารณาดำเนินการต่อไป

ขอแสดงความนับถืออย่างยิ่ง

กลุ่มงานบริหารทั่วไป สำนักงานการประมุข
 วันที่ ๒๕ มิ.ย. ๕๕
 วันที่ ๒๕ มิ.ย. ๕๕ เวลา ๑๑.๓๐
 ส่งกลุ่มงาน

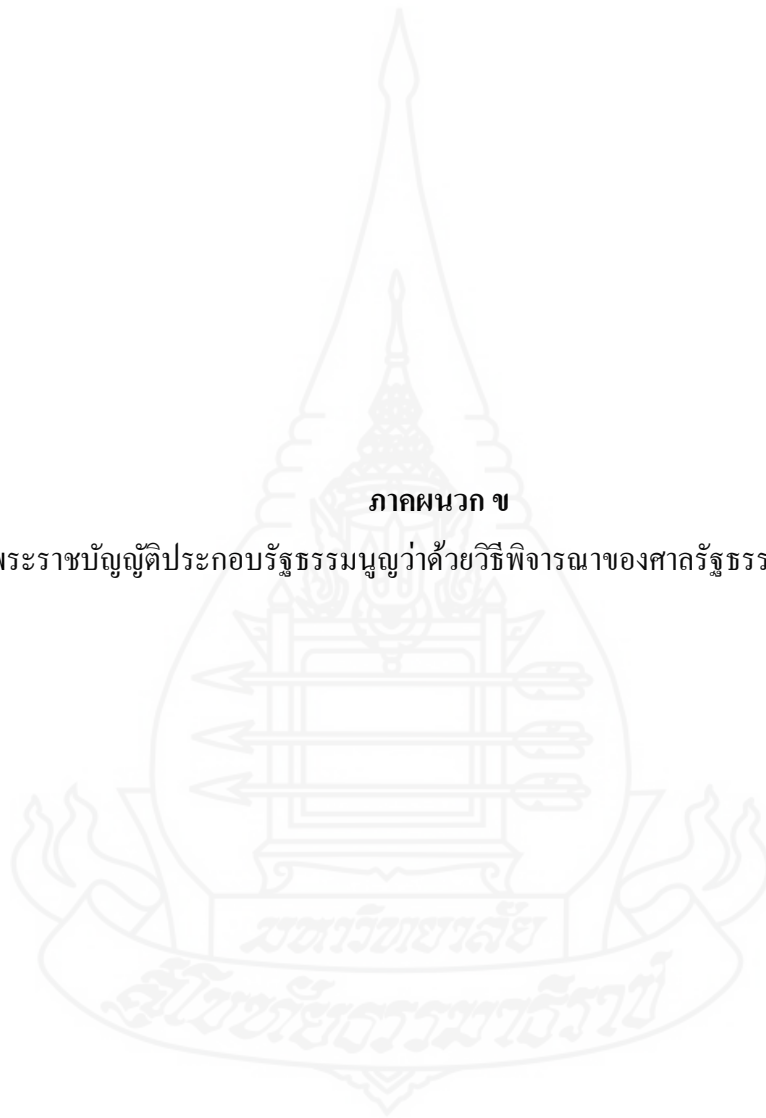
กลุ่มงานระเบียบวาระ
 วันที่ ๕๐ มิ.ย. ๕๕
 (นายชัช ชลวร) วันที่ ๕ มิ.ย. ๕๕ เวลา ๑๕.๐๐
 ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
 โทร. ๐ ๒๖๒๓ ๕๖๐๐ ต่อ ๓๑๖๒
 โทรสาร ๐ ๒๖๒๓ ๕๖๐๐ ต่อ ๕๒๒๗

กลุ่มงานพระราชบัญญัติและฎีกา ๑
 วันที่ ๕๕ มิ.ย. ๕๕
 วันที่ ๒๕ มิ.ย. ๕๕ เวลา ๑๑.๓๐ น.

ภาคผนวก ข

ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.....



บันทึกหลักการและเหตุผล
ประกอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ
พ.ศ.....

หลักการ

ให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

เหตุผล

โดยที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยคดีตามที่บัญญัติให้อำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้



ร่าง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ
ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

พ.ศ.

.....

.....

.....

.....

.....

โดยที่เป็นการสมควรให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งตามมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 32 มาตรา 40 มาตรา 41 และมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

.....

.....

มาตรา 1 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ เรียกว่า “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญพ.ศ.”

มาตรา 2 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

“ศาล” หมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี

“ตุลาการ” หมายความว่า ประธานศาลรัฐธรรมนูญ หรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี

“คดี” หมายความว่า เรื่องที่เสนอเป็นคำร้องต่อศาลเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

“คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ร้องและผู้ถูกร้อง

“ร้อง” หมายความว่า ผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

“ถูกร้อง” หมายความว่า ผู้ถูกกล่าวหาในคดี

“เกี่ยวข้อง” หมายความว่า หน่วยงานคณะบุคคลหรือบุคคลที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี

“กระบวนการพิจารณา” หมายความว่า การพิจารณาคดีหรือการกระทำใดๆ เกี่ยวกับคดีซึ่งกระทำโดยคู่กรณี หรือโดยศาล หรือตามคำสั่งศาล ไม่ว่าการนั้นจะเป็น โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกระทำต่อศาล หรือต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือศาลกระทำต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่ายรวมถึงการส่งคำร้องและการลงมติตลอดจนการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

“การพิจารณาคดี” หมายความว่า การไต่สวน หรือการประชุมปรึกษาเพื่อพิจารณาและวินิจฉัย

มาตรา 4 ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญรักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ และให้มีอำนาจออกข้อกำหนดของศาลเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็วและเที่ยงธรรม

มาตรา 5 ให้มีพนักงานคดีรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ช่วยเหลือในกระบวนการพิจารณาของศาลตามที่ศาลมอบหมาย

วิธีการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาล

หมวด 1

บททั่วไป

มาตรา 6 ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติ

มาตรา 7 ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายอื่นที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ให้นำมาใช้บังคับหรือระยะเวลาตามที่ศาลกำหนดไว้ เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่กรณีร้องขอ ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายได้ตามความจำเป็น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะกำหนดระยะเวลาไว้เป็นการเฉพาะ

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดระยะเวลาพิจารณาวินิจฉัยของศาลไว้เป็นการเฉพาะให้เริ่มนับระยะเวลาตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

มาตรา 8 การส่งสำเนาคำร้องสำเนาคำชี้แจงแก่ข้อกล่าวหาหรือเอกสารอื่นใดหรือการแจ้งวันนัดคำสั่งของศาลหรือข้อความอย่างอื่นไปยังคู่กรณีหรือบุคคลอื่นใดในคดีศาลอาจสั่งให้ดำเนินการโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับโทรศัพท์โทรสารไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อ

เทคโนโลยีสารสนเทศอื่นใดก็ได้โดยคำนึงถึงความจำเป็นเร่งด่วนความสะดวกรวดเร็วหรือความเหมาะสมตามสภาพแห่งเนื้อหาของเรื่องที่ทำกรติดต่อ

หลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาล
มาตรา 9 ศาลมีอำนาจออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการจ่าย

(1) ค่าป่วยการค่าพาหนะเดินทางค่าที่พักและค่าใช้จ่ายอื่นๆ แก่บุคคลใดที่ศาลเรียกมา
ให้ถ้อยคำให้ความเห็นหรือเบิกความตามมาตรา 44 หรือตามที่ศาลเห็นสมควร

(2) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการส่งเอกสารหรือการ
ดำเนินการใดเพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาของศาล

มาตรา 10 ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในคดีที่ขอให้วินิจฉัยหรือเคยพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นที่
เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน

(2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็น
บุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็น
ญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น

(3) เคยถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ได้อ้างเห็นเหตุการณ์ เว้นแต่เคยมีส่วนร่วมในกระบวนการ
ทางนิติบัญญัติ หรือเคยแสดงความเห็นในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษในปัญหาข้อ
กฎหมายเกี่ยวข้องกับคดีนั้น

(4) เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

(5) มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาที่ตุลาการนั้นเอง สามี ภริยา หรือญาติ สืบสายโลหิต
ตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่กรณี สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิต
ตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา 11 เมื่อมีเหตุที่จะคัดค้านอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 10 เกิดขึ้นแก่ตุลาการคนใด
ตุลาการนั้นเองจะแถลงต่อศาลแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้าน แล้วขอถอนตัวออกจากกรพิจารณา
คดีนั้นก็ได้

มาตรา 12 เมื่อมีเหตุที่ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ตามมาตรา 10 คู่กรณีหรือผู้เกี่ยวข้องอาจ
ยกข้อคัดค้านขึ้นอ้าง โดยทำเป็นคำร้องคัดค้านยื่นต่อศาลได้ ไม่ว่าในเวลาใดๆ ก่อนมีคำวินิจฉัยหรือ
คำสั่งชี้ขาด

เมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านตามวรรคหนึ่ง ให้ตุลาการซึ่งถูกคัดค้านงดการปฏิบัติหน้าที่ไว้
จนกว่าศาลจะได้มีการชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้น

การกระทำใดๆ ของตุลาการซึ่งถูกคัดค้านที่ได้ดำเนิน ไปก่อนมีเหตุที่อาจถูกคัดค้านนั้น ย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไป เพราะเหตุที่ศาลมีคำสั่งยอมรับคำร้องคัดค้าน เว้นแต่ศาลจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

มาตรา 13 เมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการคนใด และตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่ขอ ถอนตัวออกจากพิจารณาคดีนั้น ให้ศาลพิจารณาคำร้องคัดค้านและบันทึกคำชี้แจงของตุลาการ ซึ่งถูกคัดค้าน โดยอาจฟังคำแถลงของคู่กรณีและตุลาการซึ่งถูกคัดค้าน รวมทั้งพยานหลักฐานอื่น ตามที่เห็นสมควร แล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำร้องคัดค้านนั้น คำสั่งดังกล่าวให้เป็นที่สุด

เมื่อศาลต้องพิจารณาตามวรรคหนึ่ง ตุลาการซึ่งถูกคัดค้านจะร่วมพิจารณาหรือออก เสี่ยงลงคะแนนชี้ขาดคำร้องคัดค้านมิได้

การชี้ขาดคำร้องคัดค้านตามวรรคหนึ่ง ให้ถือตามคะแนนเสียงข้างมาก ถ้าคะแนนเสียง เท่ากันให้ถือตามคำร้องคัดค้าน

มาตรา 14 ตุลาการจะขอถอนตัวจากการพิจารณาคดีหรือการทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งคดี ใดมิได้ เว้นแต่มีเหตุที่อาจถูกคัดค้านตามมาตรา 10 เหตุสุดวิสัยเหตุจำเป็นอันมิอาจกล่าวอ้างได้ หรือเหตุอื่นตามที่ศาลเห็นสมควร

มาตรา 15 ในการพิจารณาคดี ให้ศาลมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของการ พิจารณาคดีในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลที่เข้ามาหรือจะเข้ามาในที่ทำการศาล หรือบริเวณที่ทำการศาล หรือเข้าฟังการไต่สวนของศาลทำให้บุคคลใดซึ่งฝ่าฝืนออกไปนอกสถานที่พิจารณาและให้กระทำ การใดๆ เพื่อให้การพิจารณาคดีดำเนินไปโดยสงบเรียบร้อยและรวดเร็ว รวมทั้งวางระเบียบเพิ่มเติม เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลเป็นไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพ

มาตรา 16 นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ให้นำ บทบัญญัติที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมา ใช้บังคับโดยอนุโลม และเมื่อมีการละเมิดอำนาจศาลให้ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษได้ดังนี้

- (1) ตักเตือนโดยจะมีคำดำเนินเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหรือไม่ก็ได้
- (2) ไล่ออกจากบริเวณศาล
- (3) ลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

การสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลพึงใช้อย่างระมัดระวังและเท่าที่จำเป็นตาม พหุติการณ์แห่งกรณีและศาลอาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดลงประกาศตาม (1) ทางหนังสือพิมพ์ฉบับใด ฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับเป็นระยะเวลาตามที่ศาลเห็นสมควร โดยให้ผู้กระทำละเมิดเป็นผู้เสีย ค่าใช้จ่าย

มาตรา 17 ผู้ใดวิจารณ์การพิจารณาหรือการวินิจฉัยคดีของศาล โดยสุจริตด้วยวิธีการ ทางวิชาการผู้นั้นไม่มีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลหรือดูหมิ่นศาลหรือตุลาการ

มาตรา 18 กระบวนพิจารณาคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้และข้อกำหนดของศาลตามมาตรา 4 ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าว บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

หมวด 2

วิธีพิจารณาคดี

ส่วนที่ 1

การยื่นคำร้องและการจำหน่ายคดี

มาตรา 19 คำร้องต้องทำเป็นหนังสือใช้ถ้อยคำสุภาพและอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ร้อง
- (2) ระบุมาตราของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเหตุในคำร้อง
- (3) ระบุเรื่องอันเป็นเหตุให้ต้องใช้สิทธิ พร้อมทั้งข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง
- (4) คำขอที่ระบุความประสงค์จะให้ศาลดำเนินการอย่างไร พร้อมทั้งเหตุผลสนับสนุน

โดยชัดแจ้ง

(5) ลงลายมือชื่อผู้ร้องแต่ในกรณีที่เป็นการทำและยื่นหรือส่งคำร้องแทนผู้อื่น ต้องแนบใบมอบฉันทะให้ทำการดังกล่าวมาด้วย

หลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดทำ การยื่นและรายละเอียดของคำร้องให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาล

มาตรา 20 ให้นำความในมาตรา 19 มาใช้บังคับแก่คำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา โดยอนุโลม

มาตรา 21 การยื่นคำร้องต่อศาลให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ และกฎหมายอื่นที่บัญญัติให้เป็นอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาล

การยื่นคำร้องตามมาตรา 141 ให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ยื่นคำร้องพร้อมเอกสารประกอบตามที่ศาลกำหนด

การยื่นคำร้องตามมาตรา 211 ให้ศาลยุติธรรมศาลปกครองหรือศาลทหาร ที่จะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดี ส่งความเห็นหรือคำโต้แย้งของกลุ่มความพร้อมด้วยเหตุผลไปยังหัวหน้าหน่วยงานผู้รับผิดชอบธุรการของศาลเพื่อส่งให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย

มาตรา 22 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

การใช้สิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่งต้องดำเนินการใช้สิทธิตามมาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญจนถึงที่สุดแล้วเว้นแต่กรณีที่มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลยุติธรรมศาลปกครองหรือศาลทหารแล้วแต่กรณีให้ดำเนินการใช้สิทธิตามมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญก่อน

ในการดำเนินการของบุคคลตามมาตรา นี้ให้มีสิทธิขอรับความช่วยเหลือและคำแนะนำจากพนักงานคดีรัฐธรรมนูญตามข้อกำหนดของศาล

มาตรา 23 การยื่นคำร้องของบุคคลตามมาตรา 22 นอกจากต้องดำเนินการตามมาตรา 19 แล้วให้ระบุนเหตุที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้วด้วย

มาตรา 24 คำร้องที่ได้ยื่นต่อศาลก่อนที่ศาลมีคำวินิจฉัยหรือมีคำสั่งถ้าผู้ร้องตาย หรือมีการขอถอนคำร้องหรือศาลเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์แก่คดีศาลอาจพิจารณาสั่งจำหน่ายคดีนั้นก็ได้

มาตรา 25 เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลอาจมีคำสั่งให้คู่กรณีดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ถูกต้องนั้นทำการแก้ไขให้ถูกต้องภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่เห็นสมควรเว้นแต่ข้อที่ไม่ถูกต้องดังกล่าวเกิดจากความไม่สุจริตของคู่กรณีฝ่ายนั้น

กรณีที่ผู้ร้องไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามคำสั่งศาลตามวรรคหนึ่ง โดยไม่มีเหตุอันสมควรศาลอาจพิจารณาสั่งจำหน่ายคดีนั้นก็ได้

ส่วนที่ 2

การพิจารณาคดี

มาตรา 26 องค์คณะของศาลในการพิจารณาคดีและการทำคำวินิจฉัยต้องประกอบด้วยตุลาการไม่น้อยกว่าห้าคน

ตุลาการซึ่งไม่ได้ร่วมในการพิจารณาคดีโดยอ้อมไม่มีอำนาจในการทำคำวินิจฉัยในคดีนั้นคำวินิจฉัยของศาลให้ถือเสียงข้างมากเว้นแต่มีบัญญัติเป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญ

มาตรา 27 ศาลอาจแต่งตั้งตุลาการประจำคดีเพื่อพิจารณารับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยและออกคำสั่งใดๆ ซึ่งมีใช่เป็นไปในทางวินิจฉัยชี้ขาดคดีก็ได้

หลักเกณฑ์และการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการประจำคดีให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาล

มาตรา 28 กรณีมีคำร้องที่ขอให้ศาลวินิจฉัยเรื่องใดให้ศาลตรวจและมีคำสั่งรับหรือไม่รับไว้พิจารณาวินิจฉัยภายในระยะเวลาตามข้อกำหนดของศาล

ในกรณีที่ศาลมีความเห็นว่าคำร้องไม่สมบูรณ์ครบถ้วนซึ่งผู้ร้องอาจแก้ไขได้ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องแก้ไขคำร้องให้สมบูรณ์ครบถ้วนภายในระยะเวลาที่กำหนดหากไม่มีการแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือข้อที่ไม่สมบูรณ์ครบถ้วนนั้นเป็นกรณีที่ไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้หรือเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลให้สั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

มาตรา 29 เมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องที่มีผู้กรณีไว้พิจารณาวินิจฉัยให้ส่งสำเนาคำร้องแก่ผู้ถูกร้องหรือมีคำสั่งแจ้งผู้ถูกร้องมารับสำเนาคำร้องภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

เมื่อผู้ถูกร้องได้รับสำเนาคำร้องให้ยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

กรณีผู้ถูกร้องไม่ยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดหรือไม่มารับสำเนาคำร้องภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่งให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

มาตรา 30 ผู้ร้องจะแก้ไขเพิ่มเติมคำร้อง หรือผู้ถูกร้องจะแก้ไขเพิ่มเติมคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลและต้องเป็นสาระสำคัญอันควรแก่การแก้ไขเพิ่มเติมและเกี่ยวข้องกับเรื่องเดิม

มาตรา 31 ในการพิจารณาคดีศาลมีอำนาจเรียกเอกสารหรือพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องจากบุคคลใดหรือเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำตลอดจนขอให้พนักงานสอบสวนหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐรัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่นดำเนินการใดเพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาได้

ศาลมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่มอบหมาย

ในการปฏิบัติหน้าที่ ให้ตุลาการเป็นเจ้าพนักงานในการยุติธรรมตามกฎหมาย

มาตรา 32 พยานหลักฐานหรือข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ผู้กรณินำเสนอหรือศาลเรียกมาเองหากเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก และศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมให้ศาลมีอำนาจส่งสำเนาหรือแจ้งให้บุคคลภายนอกดังกล่าวทราบและได้มีโอกาสโต้แย้งคัดค้านเพื่อประกอบการพิจารณาวินิจฉัยก็ได้

มาตรา 33 การพิจารณาคดีของศาลให้กระทำด้วยความรวดเร็วเว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้หรือเหตุอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลจะสั่งเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปก็ได้

มาตรา 34 ศาลมีอำนาจในอันที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานใดๆ ที่ได้มาหรือมีอยู่หรือที่ผู้กรณินำมาสืบนั้นจะเกี่ยวกับประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้ฟังเป็นยุติได้หรือไม่

มาตรา 35 หากศาลเห็นว่าคดีใดเป็นปัญหาข้อกฎหมายหรือมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ศาลอาจประชุมปรึกษาเพื่อพิจารณาและวินิจฉัยโดยไม่ทำการไต่สวนก็ได้

มาตรา 36 การไต่สวนของศาลให้กระทำโดยเปิดเผยเว้นแต่เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อรักษาความเรียบร้อยในบริเวณที่ทำการศาลหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะศาลมีอำนาจกำหนดให้เฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้องมีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณาได้

มาตรา 37 คู่กรณีจะอ้างตนเองบุคคลและหลักฐานอื่นเป็นพยานได้ตามที่ศาลเห็นสมควรและมีสิทธิขอตรวจพยานหลักฐานและคัดสำเนาพยานหลักฐานของตนเองหรือของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ณ ที่ทำการศาลในเวลาทำการได้ตามที่ศาลกำหนด

การอ้างพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่งให้คู่กรณีจัดทำบัญชีระบุพยานยื่นต่อศาลพร้อมแสดงเหตุผลความจำเป็นในการอ้างพยานหลักฐานและวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าว

คู่กรณีอาจยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติม พร้อมแสดงเหตุผลความจำเป็นได้ตามที่ศาลเห็นสมควร

หลักเกณฑ์วิธีการและระยะเวลาในการยื่นบัญชีระบุพยานให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาล

มาตรา 38 เพื่อให้การพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรมศาลอาจกำหนดให้มีการตรวจพยานหลักฐานก่อนก็ได้และให้แจ้งคู่กรณีทราบล่วงหน้าก่อนวันนัดตรวจพยานหลักฐาน หลักเกณฑ์วิธีการและระยะเวลาในการตรวจพยานหลักฐานให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาล

มาตรา 39 การไต่สวนของศาล ให้คู่กรณีซักถามเฉพาะประเด็นที่ศาลกำหนดและให้มีการสืบพยานหลักฐานที่คู่กรณีไม่รับกัน

ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มาศาลในวันไต่สวนให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

มาตรา 40 การไต่สวนพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญให้ศาลสอบถามพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญเองก่อนทำการไต่สวน ให้ศาลแจ้งให้พยานทราบถึงประเด็นและข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวน แล้วให้พยานเบิกความในข้อนั้น โดยวิธีแถลงด้วยตนเองหรือตอบคำถามของศาล

เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลอาจอนุญาตให้คู่กรณีซักถามพยานเพิ่มเติมตามประเด็นและข้อเท็จจริงที่ศาลกำหนดไว้ก็ได้โดยให้ฝ่ายที่อ้างพยานเป็นผู้ซักถามก่อน

มาตรา 41 ศาลอาจอนุญาตให้สืบพยานที่อยู่นอกที่ทำการศาลด้วยวิธีการตามที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายร้องขอ โดยให้ฝ่ายที่ร้องขอเป็นผู้ดำเนินการเพื่อจัดให้มีวิธีการดังกล่าวและเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายในการนี้เว้นแต่ศาลจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

การสืบพยานตามวรรคหนึ่งให้ถือว่ากระทำในห้องพิจารณาของศาล

มาตรา 42 ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรหรือในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายร้องขอและศาลอนุญาตศาลอาจกำหนดให้พยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญคนใดเสนอบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นต่อศาลแทนการมาเบิกความได้

ให้ศาลส่งสำเนาบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นตามวรรคหนึ่งให้คู่กรณีทราบและหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตั้งใจคัดค้านก็ให้ทำคำคัดค้านเป็นหนังสือหรือร้องขอนำพยานผู้ให้ถ้อยคำมาเบิกความก็ได้

ศาลอาจนัดให้พยานมาศาลเพื่อตอบข้อซักถามเพิ่มเติมของศาลหรือของคู่กรณีตามประเด็นที่เสนอต่อศาลตามความในวรรคสองและศาลอนุญาตในกรณีเช่นนี้ถ้าพยานบุคคลนั้นไม่มาศาลหรือมาศาลแต่ไม่ยอมตอบข้อซักถามให้ศาลปฏิเสธที่จะรับฟังบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นของพยานบุคคลนั้นเป็นพยานหลักฐานในคดีเว้นแต่มีพยานหลักฐานอื่นประกอบและศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลจะรับฟังบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นของพยานบุคคลนั้นประกอบพยานหลักฐานอื่นนั้นก็ได้

หลักเกณฑ์วิธีการและระยะเวลาในการจัดทำการยื่นการส่งและการคัดค้านบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาล

มาตรา 43 การไต่สวนของศาลให้ศาลบันทึกรายงานการพิจารณาคดีรวมไว้ในสำนวนและจัดให้คู่กรณีลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน

การบันทึกคำเบิกความของพยานในการไต่สวนให้บันทึกการพิจารณาโดยใช้เครื่องมือบันทึกเสียงและเครื่องบันทึกภาพและเสียงหรือวิธีการอื่นตามข้อกำหนดของศาล

มาตรา 44 ในการพิจารณาคดีศาลอาจขอให้พยานผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นหรือจัดทำความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาวินิจฉัยได้แต่ต้องให้ผู้ร้องหรือคู่กรณีแล้วแต่กรณีทราบความเห็นและให้โอกาสโต้แย้งความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวเป็นหนังสือภายในเวลาที่ศาลกำหนด

มาตรา 45 ในการพิจารณาคดีกรณีที่ศาลเห็นสมควร หรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายร้องขอและศาลอนุญาตศาลอาจสั่งให้มีการสืบพยานหลักฐานตรวจสอบบันทึกเอกสารวัตถุหรือสถานที่ไม่ว่ากระทำในเวลาใดภายในหรือภายนอกที่ทำการศาลก็ได้

มาตรา 46 ในการพิจารณาคดีศาลอาจสั่งงดการสืบพยานหลักฐานใดๆที่เห็นว่าไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่มีความจำเป็นแก่การพิจารณาวินิจฉัยหรือมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้หรือจะทำให้คดีล่าช้าโดยไม่สมควร

มาตรา 47 ในการพิจารณาคดีศาลอาจอนุญาตให้คู่กรณีพยานหรือผู้เกี่ยวข้องให้ข้อเท็จจริงหรือความเห็นแล้วแต่กรณี เป็นหนังสือได้

มาตรา 48 เมื่อศาลมีคำสั่งให้รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยแล้วการวินิจฉัยคดีของศาลตุลาการที่เป็นองค์คณะทุกคนจะงดออกเสียงในประเด็นแห่งคดีมิได้

มาตรา 49 ให้ศาลเป็นผู้บันทึกรายงานการพิจารณาคดี

มาตรา 50 ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ลงลายมือชื่อในคำสั่งหรือประกาศแล้วแต่กรณีส่วนหนังสืออื่นใดของศาลให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายเป็นผู้ลงลายมือชื่อ

หมวด 5

การทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง

มาตรา 51 คำวินิจฉัยของศาลอย่างน้อยต้องประกอบด้วยความเป็นมาหรือคำกล่าวหาสรุปข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการพิจารณาเหตุผลในการวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ยกขึ้นอ้างอิง

ตุลาการซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนจะต้องทำความเข้าใจในส่วนของตนเป็นหนังสือพร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติเมื่อการลงมติเสร็จสิ้นให้ตุลาการซึ่งเป็นองค์คณะจัดทำคำวินิจฉัยของศาล

คำวินิจฉัยของศาลต้องลงลายมือชื่อของตุลาการซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนที่วินิจฉัยถ้าตุลาการคนใดมีเหตุจำเป็นไม่สามารถลงลายมือชื่อได้ให้องค์คณะนั้นพิจารณาหากเห็นว่าเป็นกรณีมีเหตุจำเป็นไม่สามารถลงลายมือชื่อได้ให้มอบหมายตุลาการคนใดคนหนึ่งที่เป็นองค์คณะจัดแจ้งเหตุดังกล่าวแล้วกลักรวมไว้กับคำวินิจฉัย

คำวินิจฉัยของศาลและความเห็นในการวินิจฉัยของตุลาการที่เป็นองค์คณะทุกคนให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา 52 คำวินิจฉัยของศาลให้มีผลในวันอ่าน

ในกรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยคดีที่มีคู่กรณีถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแล้วแต่กรณีทราบนัดโดยชอบแล้วไม่มาให้ศาลบันทึกไว้และให้ถือว่าคำวินิจฉัยนั้นได้อ่านโดยชอบแล้ว

ในกรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยคดีที่ไม่มีผู้ร้องขอให้ศาลแจ้งคำวินิจฉัยของศาลแก่ผู้ร้องและให้ถือว่าวันที่ศาลลงมติ ซึ่งเป็นวันที่ปรากฏในคำวินิจฉัยเป็นวันอ่าน

การแจ้งให้มาฟังและการอ่านคำวินิจฉัยของศาลตามวรรคสอง และการแจ้งตามวรรคสามให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ศาลกำหนด

มาตรา 53 คำสั่งจำหน่ายคำร้องตามมาตรา 24 และมาตรา 25 และคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 28 ต้องประกอบด้วยความเป็นมาโดยย่อของคำร้องความเห็นประกอบและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกำหนดโทษที่ยกขึ้นอ้างอิง

เมื่อจัดทำคำสั่งเสร็จแล้วให้แจ้งคู่กรณีทราบพร้อมปิดประกาศไว้ ณ ที่ทำการศาลไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน

มาตรา 54 ในกรณีที่คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลมีข้อผิดพลาดหรือผิดหลงเล็กน้อยเมื่อศาลเห็นเองหรือเมื่อคู่กรณีร้องขอและศาลเห็นสมควรศาลจะมีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมข้อผิดพลาดหรือผิดหลงเล็กน้อยเช่นว่านั้นให้ถูกต้องก็ได้

การทำคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมตามวรรคหนึ่งจะต้องไม่เป็นการกลับหรือแก้ผลในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเดิมเมื่อได้ทำคำสั่งเช่นว่านั้นแล้วให้แจ้งผู้ร้องหรือคู่กรณี แล้วแต่กรณี ได้รับทราบและให้นำความข้อ 51 วรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

หลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการจัดทำคำสั่งตามวรรคหนึ่งและวรรคสองให้เป็นไปตามข้อกำหนดศาล

บทเฉพาะกาล

มาตรา 55 บรรดาคดีซึ่งค้างพิจารณาอยู่ในศาล ก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับให้ใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้บังคับเว้นแต่ศาลจะเห็นสมควรกำหนดเป็นอย่างอื่น

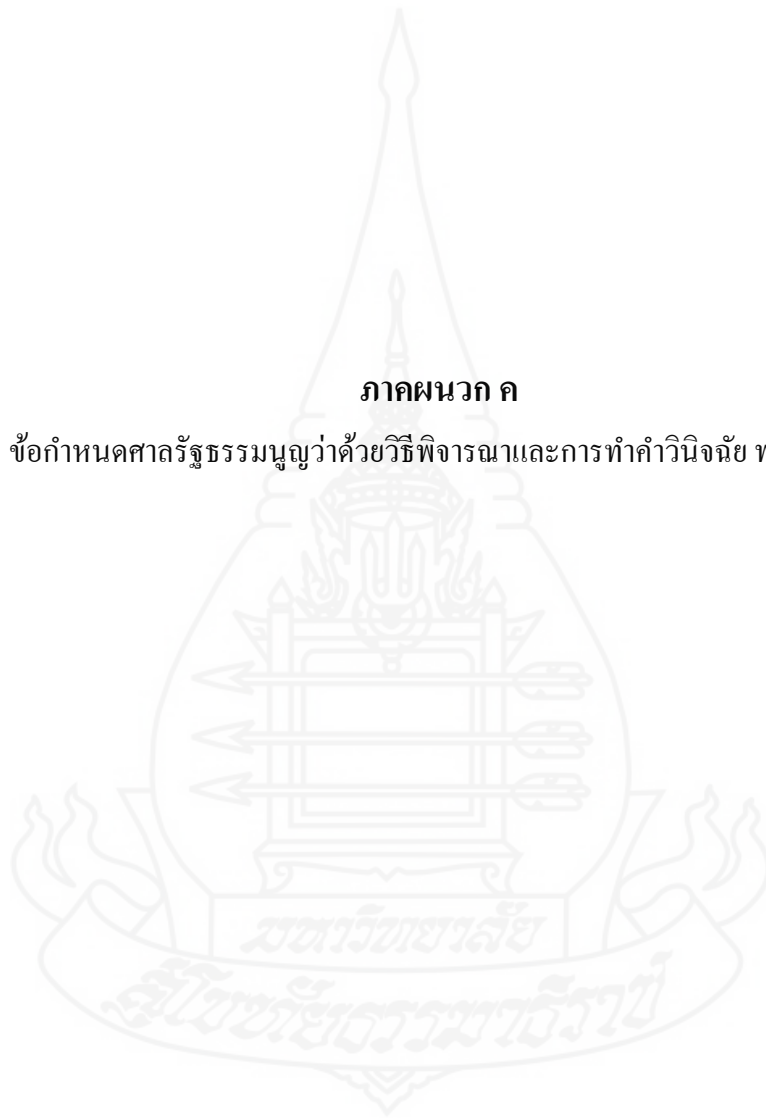
ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....

นายกรัฐมนตรี

ภาคผนวก ก

ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550



ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ
ว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำงานวินิจฉัย
พ.ศ. 2550

โดยที่มาตรา 300 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เป็นศาลรัฐธรรมนูญจึงอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 300 วรรคห้ากำหนดวิธีพิจารณาและการทำงานวินิจฉัยดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ข้อกำหนดนี้ เรียกว่า “ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำงานวินิจฉัยพ.ศ. 2550”

ข้อ 2 ข้อกำหนดนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

ข้อ 3 ให้ยกเลิกข้อกำหนดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าด้วยองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาวิธีพิจารณา และการทำงานวินิจฉัยพ.ศ. 2549

ข้อ 4 ในข้อกำหนดนี้

“ศาล” หมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี

“ตุลาการ” หมายความว่า ประธานศาลรัฐธรรมนูญ หรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี

“ตุลาการประจำคดี” หมายความว่า ตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าของสำนวนเป็นรายคดี

“คดี” หมายความว่า เรื่องที่เสนอต่อศาลเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

“คำร้อง” หมายความว่า คำร้องที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัย

“คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ร้องและผู้ถูกร้อง

“ผู้ร้อง” หมายความว่า ผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

“ผู้ถูกร้อง” หมายความว่า ผู้ถูกกล่าวหาตามคำร้องของผู้ร้อง

“ผู้เกี่ยวข้อง” หมายความว่า หน่วยงานคณะบุคคลหรือบุคคลที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี

“กระบวนการพิจารณา” หมายความว่า การพิจารณาคดีหรือการกระทำใดๆตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับคดีซึ่งกระทำโดยคู่กรณี หรือโดยศาล หรือตามคำสั่งศาล ไม่ว่าการนั้นจะเป็นโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกระทำต่อศาล หรือต่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หรือศาลกระทำต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่าย

หนึ่งหรือทุกฝ่าย รวมถึงการส่งคำร้องการไต่สวนการพิจารณาคดีและการลงมติตลอดจนการปฏิบัติ ตามอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

“การพิจารณาคดี” หมายความว่า การไต่สวน หรือการประชุมปรึกษาเพื่อพิจารณาและ วินิจฉัย

“การไต่สวน” หมายความว่า การตรวจพยานหลักฐานการนั่งพิจารณา หรือการสืบพยาน ข้อ 5 ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญรักษาการตามข้อกำหนดนี้ และให้มีอำนาจออก ระเบียบหรือประกาศโดยความเห็นชอบของศาล เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามข้อกำหนดนี้

หมวด 1

บททั่วไป

ข้อ 6 วิธีพิจารณาตามที่กำหนดในข้อกำหนดนี้ให้ใช้ระบบไต่สวน

วิธีพิจารณาใดซึ่งข้อกำหนดนี้มีได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้ และไม่ขัดต่อข้อกำหนดนี้

ข้อ 7 ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดนี้หรือตามที่ศาลกำหนด เมื่อศาลเห็นสมควร หรือเมื่อคู่กรณีร้องขอ ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายได้ตามความจำเป็น เพื่อประโยชน์แห่งความ ยุติธรรม เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะกำหนดระยะเวลาไว้เป็นการเฉพาะ

ข้อ 8 ศาลมีอำนาจออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการจ่าย

(1) ค่าป่วยการค่าพาหนะเดินทางค่าที่พักและค่าใช้จ่ายอื่นๆแก่บุคคลใดที่ศาลเรียกมา ให้ถ้อยคำให้ความเห็นหรือเบิกความ

(2) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการส่งเอกสารหรือการ ดำเนินการใดเพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาของศาล

ข้อ 9 แบบพิมพ์ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลกำหนดให้ใช้เพื่อการใดมี รูปแบบขนาดและข้อความอย่างไร ให้เป็นไปตามท้ายข้อกำหนดนี้

ข้อ 10 ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคำร้องที่ขอให้วินิจฉัย

(2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติ ทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น

(3) เคยถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ได้อ่านเห็นเหตุการณ์ เว้นแต่เคยมีส่วนร่วมในวิธีพิจารณาตามกระบวนการทางนิติบัญญัติ หรือเคยแสดงความเห็นในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษ ในปัญหาข้อคำถามที่เกี่ยวข้องกับคำร้องนั้น

(4) เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของกลุ่มฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

(5) เป็นกรรมการกฤษฎีกาหรืออนุญาโตตุลาการ ซึ่งพิจารณาคำร้องในเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน

(6) มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาที่ตุลาการนั้นเอง สามी ภริยา หรือญาติ สืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่ง พิพาทกับคู่กรณี สามी ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

ข้อ 11 เมื่อมีเหตุที่จะคัดค้านอย่างใดอย่างหนึ่งตามข้อ 10 เกิดขึ้นแก่ตุลาการคนใด ตุลาการนั้นเองจะแถลงต่อศาลแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้าน แล้วขอลอนตัวออกจากการพิจารณาคดีนั้นก็ไ้

ข้อ 12 เมื่อมีเหตุที่ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ตามข้อ 10 คู่กรณีหรือผู้เกี่ยวข้องอาจยกข้อคัดค้านขึ้นอ้าง โดยทำเป็นคำร้องคัดค้านยื่นต่อศาลได้ ไม่ว่าในเวลาใดๆ ก่อนมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด

เมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านตามวรรคหนึ่ง ให้ตุลาการซึ่งถูกคัดค้านงดการปฏิบัติหน้าที่ไว้จนกว่าศาลจะได้มีการชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้น

การกระทำใดๆ ของตุลาการซึ่งถูกคัดค้านที่ได้ดำเนินไปก่อนมีเหตุที่อาจถูกคัดค้านนั้นย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไป เพราะเหตุที่ศาลมีคำสั่งยอมรับคำร้องคัดค้าน เว้นแต่ศาลจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

ข้อ 13 เมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการคนใด และตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่ขอลอนตัวออกจากการพิจารณาคดีนั้น ให้ศาลพิจารณาคำร้องคัดค้านและบันทึกคำชี้แจงของตุลาการซึ่งถูกคัดค้าน โดยอาจฟังคำแถลงของคู่กรณีและตุลาการซึ่งถูกคัดค้าน รวมทั้งพยานหลักฐานอื่นตามที่เห็นสมควร แล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำร้องคัดค้านนั้น คำสั่งดังกล่าวให้เป็นที่สุด

เมื่อศาลต้องพิจารณาตามวรรคหนึ่ง ตุลาการซึ่งถูกคัดค้านจะร่วมพิจารณาหรือออกเสียงลงคะแนนชี้ขาดคำร้องคัดค้านมิได้

การชี้ขาดคำร้องคัดค้านตามวรรคหนึ่ง ให้ถือตามคะแนนเสียงข้างมาก ถ้าคะแนนเสียงเท่ากันให้ถือตามคำร้องคัดค้าน

ข้อ 14 ศาลาการจะขอถอนตัวจากการพิจารณาคดีหรือการทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งคดีใดมิได้ เว้นแต่มีเหตุที่อาจถูกคัดค้านตามข้อ 10 เหตุสุดวิสัยเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจกล่าวล่วงได้ หรือเหตุอื่นตามที่ศาลเห็นสมควร

ข้อ 15 ในการพิจารณาคดี ให้ศาลมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของการพิจารณาคดี การให้บุคคลใดซึ่งฝ่าฝืนออกไปนอกสถานที่พิจารณาและให้กระทำการใดๆ เพื่อให้การพิจารณาคดีดำเนินไปโดยสงบเรียบร้อยและรวดเร็ว รวมทั้งออกระเบียบเพิ่มเติม เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลเป็นไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพ

ข้อ 16 การรักษาระเบียบและความเรียบร้อยในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาในที่ทำการศาล หรือบริเวณที่ทำการศาล หรือเข้าฟังการไต่สวนของศาล ตลอดจนมารยาทของบุคคลเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามระเบียบของศาล

หมวด 2

อำนาจศาล

ข้อ 17 ศาลมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดี ดังต่อไปนี้

(1) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า มติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้น จะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญหรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามมาตรา 65 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ

(2) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการโดยใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ

(3) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ตามมาตรา 91 ของรัฐธรรมนูญ

(4) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยคำร้องอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่คัดค้านว่า มติของพรรคการเมืองที่ให้ตนพ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองนั้น มีลักษณะเป็นการขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามมาตรา 106 (7) ของรัฐธรรมนูญ

(5) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ตามมาตรา 141 ของรัฐธรรมนูญ

(6) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติใดที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา เห็นว่า คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้เสนอร่างพระราชบัญญัติ

(7) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 ของรัฐธรรมนูญ หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ของรัฐธรรมนูญ ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้น ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญ

(8) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภาที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาหรือรัฐสภาแล้วแต่กรณี ให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังมีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา 155 ของรัฐธรรมนูญ

(9) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมและร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาหรือคณะกรรมการมีการเสนอการแปรญัตติหรือการกระทำด้วยประการใดๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมการมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายตามมาตรา 168 วรรคเจ็ด ของรัฐธรรมนูญ

(10) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว ตามมาตรา 182 ของรัฐธรรมนูญ

(11) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนด ไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 185 ของรัฐธรรมนูญ

(12) คดีที่ขอให้วินิจฉัยชี้ขาดว่าหนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผล

ผูกพันทางการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ

(13) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลยุติธรรมศาลปกครองหรือศาลทหาร จะใช้บังคับแก่คดีใด ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญ

(14) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ

(15) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่ากรณีมีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลยุติธรรมศาลปกครองหรือศาลทหาร ตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปตามมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญ

(16) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 233 ของรัฐธรรมนูญ

(17) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยสั่งยุบพรรคการเมืองที่ถือว่ากระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมือง ตามมาตรา 237 ของรัฐธรรมนูญ

(18) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 245 (1) ของรัฐธรรมนูญ

(19) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำร้องของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญ

(20) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่บัญญัติให้เป็นอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาล

หมวด 3

การยื่นการถอนและการจำหน่ายคำร้อง

ข้อ 18 คำร้องตามข้อ 17 ต้องทำเป็นหนังสือ ใช้ถ้อยคำสุภาพ และอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้

(1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ร้อง

(2) ระบุมาตราของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเหตุในคำร้อง

(3) ระบุเรื่องอันเป็นเหตุให้ต้องใช้สิทธิ พร้อมทั้งข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง

(4) คำขอที่ระบุความประสงค์จะให้ศาลดำเนินการอย่างไร พร้อมทั้งเหตุผลสนับสนุน

โดยชัดแจ้ง

(5) ลงลายมือชื่อผู้ร้องแต่ในกรณีที่เป็นการทำและยื่นหรือส่งคำร้องแทนผู้อื่น ต้องแนบใบมอบฉันทะให้ทำการดังกล่าวมาด้วย

คำร้องที่มีได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามความในวรรคหนึ่งศาลหรือตุลาการประจำคดีอาจมีคำสั่งให้ปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนดถ้ามิได้ปฏิบัติตาม ก็ให้ศาลมีคำสั่งไม่รับคำร้องนั้น

การจัดทำการยื่นและรายละเอียดของคำร้องให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ศาลกำหนด

ข้อ 19 ให้นำความในข้อ 18 มาใช้บังคับแก่คำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาด้วยโดยอนุโลม

ข้อ 20 การยื่นคำร้องต่อศาลตามข้อ 17 ให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ข้อกำหนดนี้ และกฎหมายอื่นที่บัญญัติให้เป็นอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาล

การยื่นคำร้องตามข้อ 17 (5) ให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ยื่นคำร้องพร้อมเอกสารประกอบตามที่ศาลกำหนด

การยื่นคำร้องตามข้อ 17 (13) ให้ศาลยุติธรรมศาลปกครองหรือศาลทหาร ที่จะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดี ส่งความเห็นหรือคำโต้แย้งของกลุ่มความพร้อมด้วยเหตุผลไปยังสำนักงานศาลยุติธรรมสำนักงานศาลปกครอง หรือกรมพระธรรมนูญแล้วแต่กรณี เพื่อส่งให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย

ข้อ 21 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้วทั้งนี้ตามมาตรา 211 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญ

ข้อ 22 การยื่นคำร้องของบุคคลตามข้อ 21 นอกจากต้องดำเนินการตามข้อ 18 แล้วให้ระบุเหตุที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้วด้วย

ข้อ 23 คำร้องที่ได้ยื่นต่อศาลก่อนที่ศาลมีคำวินิจฉัยหรือมีคำสั่งถ้าผู้ร้องตาย หรือมีการถอนคำร้องหรือศาลเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์แห่งคดีศาลอาจพิจารณาสั่งจำหน่ายคำร้องนั้นก็ได้

กรณีที่ผู้ร้องไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามคำสั่งศาลหรือตุลาการประจำคดี ภายในเวลาที่กำหนดโดยไม่มีเหตุอันสมควรให้ถือว่าเป็นการทิ้งคำร้อง และศาลอาจพิจารณาสั่งจำหน่ายคำร้องนั้นก็ได้

หมวด 4
องค์คณะและวิธีพิจารณา

ข้อ 24 องค์คณะของศาลในการพิจารณาคดีและการทำคำวินิจฉัยต้องประกอบด้วยตุลาการไม่น้อยกว่าห้าคนตุลาการซึ่งไม่ได้ร่วมในการพิจารณาคดีโดยอ้อมไม่มีอำนาจในการทำคำวินิจฉัยในคดีนั้นคำวินิจฉัยของศาลให้ถือเสียงข้างมากเว้นแต่มีบัญญัติเป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญ

ข้อ 25 กรณีมีคำร้องขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยเรื่องใดให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญแต่งตั้งตุลาการไม่น้อยกว่าสามคนเป็นตุลาการประจำคดีเว้นแต่กรณีตามข้อ 17 (5) และ (9) หรือกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนประธานศาลรัฐธรรมนูญอาจไม่แต่งตั้งตุลาการประจำคดีก็ได้

ในกรณีที่ไม่มีประธานศาลรัฐธรรมนูญ หรือประธานศาลรัฐธรรมนูญไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ให้ศาลมอบหมายตุลาการคนใดคนหนึ่งทำหน้าที่แต่งตั้งตุลาการประจำคดีแทนให้ตุลาการประจำคดีตามวรรคหนึ่งเป็นเจ้าของสำนวนมีอำนาจพิจารณารับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามข้อ 27 และออกคำสั่งใดๆ ซึ่งมีใช่เป็นไปในทางวินิจฉัยชี้ขาดคดีคำสั่งของตุลาการประจำคดีให้ถือเสียงข้างมาก

ข้อ 26 กรณีมีคำร้องขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยตามข้อ 17 (5) หรือ (9) หรือกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนตามที่ศาลเห็นสมควร และศาลมิได้แต่งตั้งตุลาการประจำคดีไว้ให้ศาลตรวจและมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยภายในสามวันนับแต่วันที่รับคำร้อง

ข้อ 27 ให้ตุลาการประจำคดีตามข้อ 25 มีอำนาจตรวจและมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับแต่งตั้ง

กรณีตุลาการประจำคดีมีความเห็นควรไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยให้เสนอศาลพิจารณภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่มีความเห็นหากศาลเห็นพ้องด้วย ให้จัดทำเป็นคำสั่งของศาล

หากศาลไม่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นของตุลาการประจำคดีตามวรรคสองให้ดำเนินการตามความเห็นของศาล

ข้อ 28 เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลหรือตุลาการประจำคดีแล้วแต่กรณีอาจมีคำสั่งให้คู่กรณีที่ดีำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ถูกต้องดำเนินกระบวนการให้ถูกต้องได้ ภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่เห็นสมควร

ข้อ 29 เมื่อศาลหรือตุลาการประจำคดีแล้วแต่กรณีมีคำสั่งรับคำร้องที่มีคู่กรณีไว้พิจารณาวินิจฉัยให้ส่งสำเนาคำร้องแก่ผู้ถูกร้องหรือมีคำสั่งแจ้งผู้ถูกร้องมารับสำเนาคำร้องภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

เมื่อผู้ถูกร้องได้รับสำเนาคำร้องให้ยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาภายในสิบห้าวันนับแต่วันรับสำเนาคำร้องหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

กรณีผู้ถูกร้องไม่ยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาภายในสิบห้าวันนับแต่วันรับสำเนาคำร้องหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดหรือไม่มารับสำเนาคำร้องภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่งให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

ข้อ 30 ผู้ร้องจะแก้ไขเพิ่มเติมคำร้อง หรือผู้ถูกร้องจะแก้ไขเพิ่มเติมคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาจะกระทำได้อีกเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลและต้องเป็นสาระสำคัญอันควรแก่การแก้ไขเพิ่มเติมและเกี่ยวข้องกับเรื่องเดิมโดยให้ทำเป็นคำร้องขอยื่นต่อศาล

ข้อ 31 การส่งคำร้องประกาศหรือเอกสารอื่นใดให้ส่งแก่คู่กรณีหรือผู้เกี่ยวข้อง ฅ ภูมิสำเนา หรือถิ่นที่อยู่ปกติหรือสถานที่ติดต่อแห่งใดแห่งหนึ่งตามที่คู่กรณีหรือผู้เกี่ยวข้องได้แจ้งไว้

ในกรณีไม่อาจดำเนินการตามวรรคหนึ่งศาลหรือตุลาการประจำคดีแล้วแต่กรณี มีอำนาจสั่งให้นำเอกสารดังกล่าวปิดไว้ ฅ ที่ทำการศาลหรือสถานที่ตามวรรคหนึ่งหรือให้ประกาศโดยวิธีอื่นใดตามที่ศาลหรือตุลาการประจำคดีเห็นสมควรและการปิดหรือการประกาศดังกล่าวให้ถือว่าได้มีการส่งเอกสาร โดยชอบแล้ว นับแต่วันปิดหรือประกาศ

ข้อ 32 ในการพิจารณาคดีของศาลหากศาลเห็นว่าคดีใดมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ศาลอาจประชุมปรึกษาเพื่อพิจารณาและวินิจฉัยโดยไม่ทำการไต่สวนก็ได้

การไต่สวนของศาลให้กระทำโดยเปิดเผยเว้นแต่เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควร เพื่อรักษาความเรียบร้อยในบริเวณที่ทำการศาลหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะศาลมีอำนาจกำหนดบุคคลที่มีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณาได้

เมื่อศาลประกาศกำหนดวันนัดไต่สวนครั้งแรกให้ส่งสำเนาประกาศแก่คู่กรณี ไม่น้อยกว่าสิบห้าวันก่อนวันนัดส่วนกำหนดวันนัดไต่สวนครั้งต่อไปให้เป็นไปตามที่ศาลกำหนด

ประกาศตามวรรคสามให้ปิดประกาศไว้ ฅ ที่ทำการศาล

ข้อ 33 คู่กรณีจะอ้างตนเองบุคคลและหลักฐานอื่นเป็นพยานได้ตามที่ศาลเห็นสมควร และมีสิทธิขอตรวจพยานหลักฐานและคัดสำเนาพยานหลักฐานของตนเองหรือของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ฅ ที่ทำการศาลในเวลาทำการได้ตามที่ศาลกำหนด

การอ้างพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่งให้คู่กรณียื่นบัญชีระบุพยาน พร้อมแสดงเหตุผลความจำเป็นในการอ้างพยานหลักฐานและวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าว

คู่กรณีอาจยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติม พร้อมแสดงเหตุผลความจำเป็นได้ตามที่ศาลเห็นสมควรพยานหลักฐานใดที่คู่กรณีไม่ได้ยื่นบัญชีระบุพยานไว้คู่กรณีไม่อาจนำเข้าสู่การพิจารณาคดีได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาตเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ข้อ 34 เพื่อให้การพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรมศาลอาจกำหนดให้มีการตรวจพยานหลักฐานก่อนก็ได้และให้แจ้งคู่กรณีทราบล่วงหน้า ไม่น้อยกว่าสิบห้าวันก่อนวันนัดตรวจพยานหลักฐานก่อนวันนัดตรวจพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่งไม่น้อยกว่าเจ็ดวันให้คู่กรณียื่นบัญชีระบุพยานตามข้อ 33 วรรคสอง ต่อศาลพร้อมสำเนาจำนวนเพียงพอตามที่ศาลกำหนดและหากคู่กรณียื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติม ต้องกระทำก่อนการตรวจพยานหลักฐานเสร็จสิ้นการยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาตามวรรคสอง จะกระทำได้อีกเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล โดยผู้ขอต้องแสดงเหตุผลอันสมควรว่าไม่สามารถทราบถึงพยานหลักฐานนั้นหรือเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ข้อ 35 ในวันนัดตรวจพยานหลักฐานให้คู่กรณีนำพยานหลักฐานทั้งหมดยื่นต่อศาลเพื่อให้ทั้งสองฝ่ายมีโอกาสตรวจสอบพยานหลักฐานดังกล่าวหากฝ่ายใดไม่อาจยื่นพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของตนต่อศาลในวันนัดตรวจพยานหลักฐานได้อันเนื่องจากสภาพและความจำเป็นแห่งพยานหลักฐานนั้นศาลอาจมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ในวันนัดตรวจพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่งให้ศาลหรือตุลาการประจำคดีหรือตุลาการคนใดคนหนึ่งที่ได้รับมอบหมาย สอบถามคู่กรณีถึงความเกี่ยวข้องกับประเด็นและความจำเป็นที่ต้องสืบพยานหลักฐานที่อ้างถึง ตลอดจนการยอมรับพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง แล้วจัดบันทึกรายงานการพิจารณาคดีไว้เมื่อเสร็จแล้ว ให้ศาลกำหนดวันนัดสืบพยาน และแจ้งให้คู่กรณีทราบล่วงหน้า ไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน

ข้อ 36 การไต่สวนของศาล ให้คู่กรณีซักถามเฉพาะประเด็นที่ศาลกำหนดและให้มีการสืบพยานหลักฐานที่คู่กรณีไม่รับกัน

ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มาศาลในวันไต่สวนให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

ข้อ 37 ในการไต่สวนของศาลหากศาลเห็นว่าคดีมีข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ศาลจะงดการไต่สวนก็ได้

ข้อ 38 การไต่สวนพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญให้ศาลกำหนดและกระทำเท่าที่จำเป็นการไต่สวนพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญให้ศาลสอบถามพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญเองก่อนทำการไต่สวน ให้ศาลแจ้งให้พยานทราบถึงประเด็นและข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวน แล้วให้พยานเบิกความในข้อนั้น โดยวิธีแถลงด้วยตนเองหรือตอบคำถามของศาล

เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลอาจอนุญาตให้คู่กรณีซักถามพยานเพิ่มเติมตามประเด็นและข้อเท็จจริงที่ศาลกำหนดไว้ก็ได้โดยให้ฝ่ายที่อ้างพยานเป็นผู้ซักถามก่อน

ข้อ 39 ศาลอาจอนุญาตให้สืบพยานที่อยู่นอกที่ทำการศาลตามที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายร้องขอ โดยระบบการประชุมทางวิดีโอได้โดยฝ่ายที่ร้องขอเป็นผู้ดำเนินการเพื่อจัดให้มีระบบดังกล่าวและเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายในการนี้ทั้งหมด

การสืบพยานตามวรรคหนึ่งให้ถือว่ากระทำในห้องพิจารณาของศาล

ข้อ 40 ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรหรือในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่อ้างพยานนั้นร้องขอและศาลอนุญาตศาลอาจกำหนดให้พยานบุคคลที่ต้องมาเบิกความเสนอบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริง หรือความเห็นล่วงหน้าต่อศาลตามประเด็นที่ศาลกำหนดหรือที่คู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอกำหนดและศาลอนุญาตโดยให้ส่งต้นฉบับบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นล่วงหน้าต่อศาลและสำเนาแก่คู่กรณีฝ่ายอื่นทราบก่อนวันนัดสืบพยานบุคคลนั้นไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน

คู่กรณีที่ติดใจคัดค้านข้อเท็จจริงในบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นล่วงหน้าดังกล่าวในประเด็นใดให้ทำคำคัดค้านเป็นหนังสือยื่นต่อศาลก่อนวันนัดสืบพยานบุคคลนั้น ไม่น้อยกว่าสามวันมิฉะนั้นให้ถือว่าไม่ติดใจคัดค้าน

ในวันนัดสืบพยานให้พยานรับรองบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นล่วงหน้า แล้วตอบข้อซักถามเพิ่มเติมของศาลและคู่กรณีฝ่ายอื่นตามประเด็นที่เสนอต่อศาลตาม ความในวรรคสองและศาลอนุญาตหากพยานไม่มาศาลหรือมาศาล แต่ไม่ยอมตอบข้อซักถามให้ ศาลปฏิเสธที่จะรับฟังบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นล่วงหน้าของพยานบุคคลนั้น เป็นพยานหลักฐานในคดี เว้นแต่มีพยานหลักฐานอื่นประกอบและศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ แห่งความยุติธรรมศาลจะรับฟังบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นล่วงหน้าของพยาน บุคคลนั้น ประกอบพยานหลักฐานอื่นนั้นก็ได้

พยานบุคคลใดยื่นบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นล่วงหน้าตามวรรคหนึ่ง ต่อศาลแล้ว จะขอถอนบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นล่วงหน้านั้นมิได้และเมื่อพยาน รับรองบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นล่วงหน้าแล้วให้ถือว่าบันทึกถ้อยคำยืนยัน ข้อเท็จจริงหรือความเห็นล่วงหน้านั้น เป็นส่วนหนึ่งของคำเบิกความของพยาน

ข้อ 41 ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรหรือในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่อ้างพยานนั้นร้องขอและศาลอนุญาตศาลอาจกำหนดให้พยานบุคคลใดเสนอบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นต่อ ศาลตามประเด็นที่ศาลกำหนดแทนการมาเบิกความ โดยพยานไม่ต้องมาศาลภายในเจ็ดวันนับแต่วัน ทราบคำสั่งศาลก็ได้

ให้ศาลส่งสำเนาทันทีคำพยานตามวรรคหนึ่งให้คู่กรณีทราบหรือมีคำสั่งแจ้งให้คู่กรณี มารับสำเนาทันทีคำพยานภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดและหากคู่กรณีติดใจคัดค้านข้อเท็จจริง ในบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นดังกล่าวในประเด็นใดให้ทำคำคัดค้านเป็นหนังสือ

ยื่นต่อศาลภายในสามวันนับแต่วัน ได้รับสำเนารับที่ถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นนั้นให้ถือว่าไม่ติดใจคัดค้าน

ศาลอาจนัดให้พยานมาศาลเพื่อตอบข้อซักถามเพิ่มเติมของศาลหรือของคู่กรณีตาม ประเด็นที่เสนอต่อศาลตามความในวรรคสองและศาลอนุญาตในกรณีเช่นนี้ถ้าพยานบุคคลนั้นไม่มา ศาลหรือมาศาลแต่ไม่ยอมตอบข้อซักถามให้ศาลปฏิเสธที่จะรับฟังบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริง หรือความเห็นของพยานบุคคลนั้นเป็นพยานหลักฐานในคดีเว้นแต่มีพยานหลักฐานอื่นประกอบ และศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลจะรับฟังบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริง หรือความเห็นของพยานบุคคลนั้นประกอบพยานหลักฐานอื่นนั้นก็ได้

ข้อ 42 ระหว่างการไต่สวนของศาลให้ศาลบันทึกรายงานการพิจารณาคดีรวมไว้ใน สำนวนและจัดให้คู่กรณีลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน

การบันทึกคำเบิกความของพยานในการไต่สวนให้บันทึกการพิจารณาโดยใช้เครื่อง บันทึกเสียงและเครื่องบันทึกภาพและเสียงหรือวิธีการอื่นตามที่ศาลกำหนด

ข้อ 43 กรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายร้องขอให้มีการแถลงการณ์เปิดคดี หรือปิดคดีก็ให้กระทำได้ตามที่ศาลเห็นสมควร

การแถลงการณ์เปิดคดีหรือปิดคดีของคู่กรณีต้องทำเป็นหนังสือเว้นแต่ศาลเห็นสมควร ให้กระทำด้วยวาจาจากการแถลงการณ์เปิดคดีหรือปิดคดีด้วยวาจาให้ผู้ร้องเป็นผู้แถลงก่อนและให้ผู้ถูก ร้องแถลงในลำดับถัดไป

การแถลงการณ์เปิดคดีหรือปิดคดีด้วยวาจาของแต่ละฝ่ายศาลจะซักถามข้อเท็จจริง เพิ่มเติมจากผู้แถลงในระหว่างการแถลงหรือภายหลังการแถลงก็ได้

การแถลงการณ์เปิดคดีหรือปิดคดีด้วยวาจาตามวรรคสามและสี่ให้นำความในข้อ 42 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ข้อ 44 ในการประชุมปรึกษาเพื่อพิจารณาและวินิจฉัยคู่กรณีพยานหรือผู้เกี่ยวข้องจะให้ ข้อเท็จจริงหรือความเห็นแล้วแต่กรณีเป็นหนังสือก็ได้โดยต้องได้รับอนุญาตศาล

ข้อ 45 ศาลมีอำนาจเรียกเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องจากบุคคลใดหรือเรียกบุคคล ใดมาให้ถ้อยคำตลอดจนขอให้พนักงานสอบสวนหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐรัฐวิสาหกิจหรือ ราชการส่วนท้องถิ่นดำเนินการใดเพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาได้

ศาลมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่มอบหมาย

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามข้อกำหนดนี้ให้ตุลาการเป็นเจ้าพนักงานในการยุติธรรมตาม ประมวลกฎหมายอาญา

ข้อ 46 ศาลอาจสั่งงดการสืบพยานหลักฐานใดๆ ที่เห็นว่าไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่มีความจำเป็นแก่การพิจารณาวินิจฉัยหรือจะทำให้คดีล่าช้าโดยไม่สมควร

ข้อ 47 ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรหรือโดยคู่กรณีร้องขอศาลอาจสั่งให้มีการนำสืบพยานหลักฐานตรวจสอบบันทึกเอกสารวัตถุหรือสถานที่ไม่ว่าจะกระทำในเวลาใดภายในหรือภายนอกที่ทำการศาลก็ได้

ข้อ 48 ศาลมีอำนาจในอันที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานใดๆ ที่ได้มาหรือมีอยู่หรือที่คู่กรณีนำมาสืบนั้นเกี่ยวกับประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้ฟังเป็นที่ยุติได้หรือไม่

ข้อ 49 การพิจารณาคดีของศาลให้กระทำด้วยความรวดเร็วเว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยจำเป็นอันอันมิอาจก้าวล่วงได้หรือเหตุอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลจะสั่งเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปก็ได้

ข้อ 50 การพิจารณาวินิจฉัยของศาลให้วินิจฉัยทุกประเด็นที่ศาลกำหนดโดยตุลาการที่เป็นองค์คณะทุกคนจะออกเสียงในประเด็นใดประเด็นหนึ่งตามที่ศาลกำหนดมิได้

ข้อ 51 ให้ศาลเป็นผู้บันทึกรายงานการพิจารณาคดี

ข้อ 52 ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการผู้ที่ได้รับมอบหมายเป็นผู้ลงลายมือชื่อในคำสั่งประกาศหรือหนังสืออื่นใดของศาล

หมวด 5

การทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง

ข้อ 53 คำวินิจฉัยของศาลอย่างน้อยต้องประกอบด้วยความเป็นมาหรือคำกล่าวหาสรุปข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการพิจารณาเหตุผลในการวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ยกขึ้นอ้างอิง

คำวินิจฉัยของศาลต้องลงลายมือชื่อของตุลาการที่วินิจฉัยถ้าตุลาการคนใดมีเหตุจำเป็นไม่สามารถลงลายมือชื่อได้ให้องค์คณะนั้นมอบหมายให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งที่เป็นองค์คณะจัดแจ้งเหตุดังกล่าวแล้วกลักรวมไว้กับคำวินิจฉัย

ข้อ 54 ตุลาการซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนจะต้องทำความเข้าใจในการวินิจฉัยในส่วนของตนเป็นหนังสือพร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติเมื่อการลงมติเสร็จสิ้นให้ตุลาการซึ่งเป็นองค์คณะจัดทำคำวินิจฉัยของศาล

การทำคำวินิจฉัยของศาลตามวรรคหนึ่งองค์คณะอาจมอบหมายให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งเป็นผู้จัดทำคำวินิจฉัยตามมติของศาลก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลและความเห็นในการวินิจฉัยของตุลาการที่เป็นองค์คณะทุกคนให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ข้อ 55 คำวินิจฉัยของศาลให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภาคณะรัฐมนตรีศาลอื่นและองค์กรอื่นของรัฐ

คำวินิจฉัยของศาลให้มีผลในวันอ่าน

ในกรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยคำร้องที่มีคู่กรณีถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแล้วแต่กรณีทราบนัดโดยชอบแล้วไม่มาให้ศาลบันทึกไว้และให้ถือว่าคำวินิจฉัยนั้นได้อ่านโดยชอบแล้ว

ในกรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยคำร้องที่ไม่มีผู้ถูกร้องให้ศาลแจ้งคำวินิจฉัยของศาลแก่ผู้ร้องและให้ถือว่าวันที่ศาลลงมติ ซึ่งเป็นวันที่ปรากฏในคำวินิจฉัยเป็นวันอ่าน

ในกรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยคำร้องตามข้อ 17 (11) ว่าไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญหรือข้อ 17 (13) (14) (18) หรือ (19) ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจัดทำประกาศผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลส่งไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยเร็ว

การแจ้งให้มาฟังและการอ่านคำวินิจฉัยของศาลตามวรรคสาม และการแจ้งตามวรรคสี่ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ศาลกำหนด

ข้อ 56 คำสั่งจำหน่ายคำร้องตามข้อ 23 และคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามข้อ 27 วรรคสองต้องประกอบด้วยความเป็นมาโดยย่อของคำร้องความเห็นประกอบและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ยกขึ้นอ้างอิง

ให้นำความในข้อ 54 วรรคสองมาใช้บังคับในการทำคำสั่งโดยอนุ โลมเมื่อจัดทำคำสั่งเสร็จแล้วให้แจ้งคู่กรณีทราบพร้อมปิดประกาศไว้ ณ ที่ทำการศาลไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน

ข้อ 57 ในกรณีที่คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลมีข้อผิดพลาดหรือผิดหลงเมื่อศาลเห็นเองหรือเมื่อคู่กรณีร้องขอและศาลเห็นสมควรศาลจะมีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมข้อผิดพลาดหรือผิดหลงเช่นว่านั้นให้ถูกต้องก็ได้

การทำคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมตามวรรคหนึ่งจะต้องไม่เป็นการกลับหรือแก้ผลในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเดิมเมื่อได้ทำคำสั่งเช่นว่านั้นแล้วให้แจ้งผู้ร้องหรือคู่กรณี แล้วแต่กรณี ได้รับทราบและให้นำความข้อ 54 วรรคสองและวรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุ โลม

หลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการทำคำสั่งตามข้อนี้ให้เป็นไปตามที่ศาลกำหนด

บทเฉพาะกาล

ข้อ 58 บรรดาคดีหรือการใดที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามมาตรา 35 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ศาลดำเนินการต่อไป

ข้อกำหนดนี้ไม่ใช่บังคับแก่คดีที่ได้ยื่นคำร้องไว้ก่อนวันที่ข้อกำหนดนี้ใช้บังคับ และให้ใช้ข้อกำหนดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าด้วยองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยพ.ศ. 2549 ที่ใช้บังคับอยู่ในวันที่ยื่นคำร้องนั้นบังคับต่อไปเว้นแต่ศาลจะเห็นสมควรกำหนดเป็นอย่างอื่น

ประกาศ ณ วันที่ 4 ธันวาคมพ.ศ.2550

วิรัชถัมวิชัย

ประธานศาลรัฐธรรมนูญ



ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	นายสุรศักดิ์ ธรรมเป็นจิตต์
วัน เดือน ปีเกิด	30 กันยายน 2503
สถานที่เกิด	อำเภอเมือง จังหวัดนครราชสีมา
ประวัติการศึกษา	วท.บ. (เทคนิคการแพทย์) มหาวิทยาลัยขอนแก่น พ.ศ. 2526 วท.ม. (สาธารณสุขศาสตร์) มหาวิทยาลัยมหิดล พ.ศ. 2541 น.บ. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2549
สถานที่ทำงาน	ฟาร์มบัวคำ อำเภอเมือง จังหวัดสกลนคร
ตำแหน่ง	ผู้จัดการ

