



หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

โดย

นางสาวปติวีรดา บุญนำมา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

# หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

โดย

นางสาวปติวรีดา บุญนำมา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

DUTY OF STATE TO PROTECT FUNDAMENTAL RIGHTS

BY

MISS PADIWARADDA BOONNAMMA

A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2020

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวปติวิรดา บุญนำมา

เรื่อง

หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2564

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



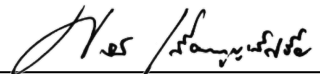
(ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย)

คณบดี



(รองศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน
ชื่อผู้เขียน	นางสาวปติวีรดา บุญนำมา
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์
ปีการศึกษา	2563

### บทคัดย่อ

ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดจากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีมุมมองในทางภาววิสัยที่เชื่อมโยงอยู่กับระบบคุณค่าที่ต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับให้ได้มากที่สุดทั้งในทางกฎหมายและความเป็นจริง การกำหนดให้รัฐทำหน้าที่คุ้มครองในกรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่เรื่องที่กำหนดเอาไว้เป็นรายมาตราในรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นหน้าที่ซึ่งมาจากบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นมุมมองในทางภาววิสัย โดยหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการเรียกร้องให้รัฐโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากภัยอันตรายต่าง ๆ ที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากรัฐ เช่น ภัยธรรมชาติ ภัยก่อการร้าย ภัยที่เกิดขึ้นจากเอกชนด้วยกัน เป็นต้น ทั้งนี้ ความยุ่งยากจะเกิดขึ้นเมื่อในความเป็นจริงนั้นมักจะมีกรณีที่เอกชนฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิของตนเองแต่ไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้อื่น โดยที่เอกชนแต่ละฝ่ายต่างได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วยกันทั้งหมด สถานการณ์ดังกล่าวนี้ในทางวิชาการเรียกว่า การปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน เมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชนทุกฝ่าย โดยใช้วิธีการซึ่งนำหลักสิทธิขั้นพื้นฐานมาพิจารณาว่า ในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรายนี้นั้นจะให้การคุ้มครองฝ่ายใดมากกว่ากัน และต้องไม่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่มีน้ำหนักน้อยกว่าสิ้นผลบังคับลง

สำหรับแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศไทยจะแตกต่างไปจากประเทศเยอรมนี กล่าวคือ แนวคิดตามรัฐธรรมนูญไทยเห็นว่าการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานคือการบัญญัติสิทธิเอาไว้เป็นจำนวนมาก หรือการมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้รัฐทำหน้าที่โดยตรงอย่างหมวดหน้าที่ของรัฐ โดยมีองค์กรตุลาการเป็นผู้ให้ความคุ้มครองสิทธิ ซึ่งข้อความคิดดังกล่าวนี้ยังจำกัดอยู่ในภารกิจดั้งเดิมของสิทธิขั้นพื้นฐาน และไม่ได้ขยายขอบเขตความคุ้มครอง

อย่างแท้จริง จึงเห็นว่า การนำทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมาปรับใช้ในรัฐธรรมนูญไทยจะทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้รับความคุ้มครองเพิ่มมากขึ้นโดยไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพียงแต่เปิดช่องให้ปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิสามารถร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ เพื่อที่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้เข้ามาตรวจสอบว่าองค์กรของรัฐได้ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่

**คำสำคัญ :** สิทธิขั้นพื้นฐาน, หน้าที่ของรัฐ, หน้าที่คุ้มครอง, การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

Thesis Title	DUTY OF STATE TO PROTECT FUNDAMENTAL RIGHTS
Author	Miss Padiwaradda Boonnamma
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Torpong Kittiyapunpong, Doctor Juris
Academic Year	2020

### ABSTRACT

The theory of state duty to protect fundamental rights derives from interpretations by the German Constitutional Court that fundamental rights possess an objective side connected to the order of values, requiring fundamental rights to be enforced as much as possible by law and in the everyday world. Assigning the state to act as protection for such cases is not a matter specified in each section of the constitution. Instead, it is a duty arising from objectively viewed fundamental rights provisions. The duty of the state to protect fundamental rights calls upon the state, especially the legislature, to enact laws protecting fundamental rights from dangers not caused by the state, including natural disasters, terrorism, and problems arising from the private sector. Difficulties often appear when de facto cases occur in which by exercising its own rights, one private sector fundamentally affects the rights of others. The issue is that all private sectors should be collectively protected under the constitution. Researchers have termed this situation a collision of fundamental rights. In such cases, the legislature is responsible for enacting laws to protect rights of all private parties. Seen in terms of a balancing rule of law, fundamental rights are weighed to ascertain which particular case provides increased protection, while not nullifying fundamental rights enforceability for less weighty cases. By comparison, the

Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017) stipulates specific categories of state duties, requiring the state to perform different tasks. Yet a section-by-section consideration of its provisions reveals an apparent lack of individual fundamental rights protection. In addition, functions set forth comprise fundamental state tasks and demands on state resources. Therefore, state duties under the Thai Constitution differ from the theory of state duties to protect fundamental rights.

**Keywords:** Fundamental rights, State duties, Duties of protection, Protection of fundamental rights.



## กิตติกรรมประกาศ

ในขณะที่ผู้เขียนกำลังทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนมีความไฝ่ฝันที่จะเขียนในส่วนนี้มากที่สุด เพราะผู้เขียนระลึกอยู่เสมอว่า การเขียนวิทยานิพนธ์ไม่อาจสำเร็จได้โดยปราศจากความเมตตาและการช่วยเหลือจากบุคคลอื่น ถึงแม้ว่าหน้าปกของวิทยานิพนธ์จะมีชื่อของผู้เขียนเพียงคนเดียว แต่ผู้เขียนขอใช้พื้นที่ตรงนี้เพื่อกล่าวถึงบุคคลซึ่งมีส่วนสำคัญที่ทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงได้

บุคคลแรกที่คุณเขียนอยากจะมีพิมพ์คำว่าขอบคุณด้วยขนาดอักษร 100 ตัวหนา และขีดเส้นใต้ คือ อาจารย์ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์ ผู้ซึ่งเป็นกรรมการและที่ปรึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่เนื่องจากข้อจำกัดทางรูปแบบการจัดพิมพ์วิทยานิพนธ์ จึงทำให้ผู้เขียนไม่สามารถทำตามใจปรารถนาได้ ผู้เขียนจึงขอขอบคุณอาจารย์ต่อพงศ์ด้วยขนาดอักษรเท่านี้ว่า เดิมทีผู้เขียนมีความตั้งใจที่จะวิเคราะห์หมวดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่การที่ได้พบและมีอาจารย์ต่อพงศ์เป็นที่ปรึกษา ทำให้ผู้เขียนรู้จักทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งทำให้โลกทางวิชาการของผู้เขียนกว้างขวางขึ้น และยังทำให้เห็นว่ามีคนที่สนุกสนานกับการอ่านงานทางวิชาการอย่างอาจารย์ที่ปรึกษาของผู้เขียนด้วย วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงไม่มีทางสำเร็จได้เลย หากไม่มีอาจารย์ต่อพงศ์ ผู้ที่เปรียบเสมือนจีพีเอสของงานนี้

ขอขอบคุณอาจารย์วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และอาจารย์พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำเพื่อให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นฉบับที่ดีที่สุดสำหรับผู้เขียน

ขอขอบคุณ ดร.อนันต์ คงเครือพันธ์ ที่แนะนำเอกสารในการค้นคว้า ตลอดจนได้ตั้งคำถามสำคัญสำหรับงานชิ้นนี้ซึ่งทำให้วิทยานิพนธ์มีความสมบูรณ์มากขึ้น

ขอขอบคุณแพร ผู้กรุยทางในการทำวิทยานิพนธ์ให้ผู้เขียน และเมื่อไหร่ก็ตามที่ผู้เขียนได้ตั้งคำถาม แพรก็พร้อมจะถกเถียงปัญหาอย่างออกรสเสมอ ผู้เขียนรู้ว่าแพรอินกับงานนี้ไม่ต่างอะไรจากผู้เขียนเลย ไม่ว่าแพรจะได้ไปอ่านอะไรมา แพรก็มักจะปรับใช้ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐเสมอ และมักจะถามว่าเรื่องที่แพรพบเจอมานั้นเกี่ยวข้องกับหน้าที่คุ้มครองหรือไม่ นั่นเป็นเหตุผลที่ทำให้ผู้เขียนมีแหล่งข้อมูลอ้างอิงมากมายในงานชิ้นนี้

ขอขอบคุณพี่โจ ที่คอยอ่านวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน ซึ่งทำให้ผู้เขียนได้เพิ่มเติมเนื้อหาบางส่วนที่จะทำให้ผู้อ่านได้เข้าใจในเนื้อหาของวิทยานิพนธ์นี้มากขึ้น

ขอขอบคุณพี่สุ ที่เปรียบเสมือนบัดดี้ในการทำวิทยานิพนธ์ และเป็นที่ปรึกษาในการดำเนินการต่าง ๆ กับบัณฑิตศึกษา พี่สุจะคอยถามทุกสัปดาห์ว่างานเขียนเป็นอย่างไรบ้าง ซึ่งเป็นการกระตุ้นให้ผู้เขียนได้เขียนออกมาได้ในแต่ละวัน

(6)

ขอขอบคุณเพื่อน ๆ ปริญาโทรหัส 59 ทีมงานคุณภาพ ไลน์ไดน์นิง และทุกคนที่คอย สอบถามถึงวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนตลอดมา การที่ทุกคนคอยถามไถ่ถึงความคืบหน้า ทำให้ผู้เขียนที่ เคยละทิ้งจากการเขียนงาน ได้มีสติและกลับมาทำหน้าที่ของตนเองอีกครั้ง

ขอขอบคุณภาชีของประชาชน และสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ที่ให้ทุนสนับสนุนการทำ วิทยานิพนธ์กับผู้เขียน

และขอขอบคุณพ่อ แม่ และโต๊ด ที่คอยสนับสนุน และเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนเสมอมา สุดท้ายผู้เขียนขออุทิศวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่นางมัณฑนา วงศาเพชร เพื่อแสดงถึงความรักที่มีต่อ อาม่าแม้ว่าจะไม่มีโอกาสได้แสดงความยินดีต่อความสำเร็จในครั้งนีของผู้เขียนก็ตาม

ปติวีรดา บุญนำมา

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญ	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	2
1.3 ขอบเขตการศึกษา	3
1.4 วิธีการศึกษา	3
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	3
บทที่ 2 สิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	4
2.1 สิทธิขั้นพื้นฐาน	5
2.1.1 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน	5
2.1.1.1 ความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน	5
2.1.1.2 สถานะของสิทธิขั้นพื้นฐานในระบบกฎหมาย	6
2.1.2 โครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน	8
2.1.2.1 บรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน	8
(1) ข้อความคิดเกี่ยวกับบรรทัดฐานทางกฎหมาย	8
(2) ลักษณะบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน	11
2.1.2.2 บรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะ	13
เป็นกฎเกณฑ์และหลักการในเวลาเดียวกัน	

(1) ความแตกต่างระหว่างบรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์ และบรรทัดฐานที่เป็นหลักการ	14
(2) ทฤษฎีที่ถือว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์และหลักการในเวลาเดียวกัน	17
2.1.2.3 สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ	20
(1) ข้อความคิดเกี่ยวกับคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ	20
(2) ความสัมพันธ์ระหว่างคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ กับสิทธิขั้นพื้นฐาน	21
2.1.3 ภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐาน	23
2.1.3.1 ภารกิจดั้งเดิมของสิทธิขั้นพื้นฐาน	23
(1) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในเชิงป้องกัน (Status negativus/Defensive right)	23
(2) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการ (Status positivus/Positive right)	24
(3) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง (Status activus)	24
(4) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นหลักประกันสถาบันทางกฎหมาย	25
2.1.3.2 ภารกิจในทางทฤษฎี	26
(1) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นเกณฑ์กำกับการใช้อำนาจอรัฐ	26
(2) หน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครอง	27
2.1.4 ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐาน	28
2.1.4.1 ความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อองค์กรของรัฐ (Vertikale Wirkung der Grundrechte/Vertical effect of fundamental rights)	28
(1) ความผูกพันต่อองค์กรนิติบัญญัติ	29
(2) ความผูกพันต่อองค์กรบริหาร	32
(3) ความผูกพันต่อองค์กรตุลาการ	34
2.1.4.2 ความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อเอกชน (Drittwirkung /The Third-party effect of fundamental rights, Horizontal effect of fundamental rights)	34

(1) ความผูกพันต่อเอกชนโดยตรง (Unmittelbare Drittwirkung)	35
(2) ความผูกพันต่อเอกชนโดยอ้อม (Mittelbare Drittwirkung)	35
(3) หน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครอง	37
2.1.5 ข้อพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในทางกฎหมาย และกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย	38
2.1.5.1 สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นสิทธิในทางกฎหมาย	39
(1) ความหมายและองค์ประกอบ	39
(2) ลักษณะเนื้อหาของสิทธิในทางกฎหมาย	40
2.1.5.2 สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย	41
(1) พัฒนาการข้อความคิด	41
(2) ความหมาย	41
2.1.6 ข้อสรุปเบื้องต้น	42
2.2 หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	44
2.2.1 วัตถุประสงค์และภารกิจของรัฐ	44
2.2.2 ข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่ทางกฎหมาย	46
2.2.2.1 ความหมายและประเภทของหน้าที่	46
2.2.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่าง “หน้าที่” และ “สิทธิ”	47
2.2.2.3 หน้าที่ของรัฐในทางกฎหมาย	49
2.2.3 หน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน	50
2.2.3.1 หน้าที่ของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ	50
2.2.3.2 หน้าที่ของรัฐที่ไม่ได้เกิดจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง	52
(1) ข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	52
(2) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรตุลาการ	52
(3) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรนิติบัญญัติ	53
2.2.4 ข้อสรุปเบื้องต้น	54
บทที่ 3 หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในต่างประเทศ	55
3.1 หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	55

3.1.1 พัฒนาการของข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	56
3.1.2 โครงสร้างของข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	66
3.1.2.1 ตำแหน่งของหน้าที่คุ้มครองในกฎหมายพื้นฐาน	66
(1) การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างกว้าง	67
(2) การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างแคบ	68
3.1.2.2 สถานะทางกฎหมายของหน้าที่คุ้มครอง	69
3.1.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองและการป้องกัน	71
3.1.2.4 องค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่คุ้มครอง	74
3.1.3 การตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรนิติบัญญัติ	74
3.1.3.1 วิธีการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	74
3.1.3.2 ตัวอย่างของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	77
3.1.4 ข้อวิพากษ์วิจารณ์	80
3.2 หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศสหรัฐอเมริกา	81
3.2.1 แนวความคิดพื้นฐานและหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญ	82
3.2.1.1 รากฐานทางประวัติศาสตร์	82
3.2.1.2 หลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ	84
3.2.2 ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ	86
3.2.2.1 ลักษณะและภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ	86
3.2.2.2 ความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ	89
3.2.2.3 การชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ	92
3.2.3 ความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ :	97
คดี DeShaney v. Winnebago County	
3.2.3.1 ข้อความเบื้องต้น	97
3.2.3.2 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	103
ของบุคคลจากรัฐ	
3.2.3.3 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ช่วยเหลือ	106
หรือสนับสนุนการใช้สิทธิของบุคคล	
3.2.4 ข้อวิพากษ์วิจารณ์	112
3.3 ข้อสรุป	113

บทที่ 4 หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไทย	117
4.1 การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทย	117
4.1.1 ลักษณะการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	117
4.1.2 ปัญหาที่มีผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน จากการใช้อำนาจรัฐ	126
4.1.2.1 รัฐธรรมนูญไทยกำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ อย่างกว้างขวาง	126
4.1.2.2 การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ	132
4.1.2.3 บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ไม่สอดคล้องกับ แนวคิดในระบอบประชาธิปไตย	136
4.1.3 ข้อพิจารณาการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในคดีทำแท้งของ ศาลรัฐธรรมนูญไทย	140
4.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หน้าที่ของรัฐ” ในรัฐธรรมนูญไทย และ “หน้าที่คุ้มครอง” ตามทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน	144
4.2.1 ข้อความเบื้องต้น	144
4.2.2 แนวคิดที่มาในการตราหมวดหน้าที่ของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	144
4.2.3 สถานะทางกฎหมายของหมวด “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	147
4.2.3.1 หน้าที่ของรัฐไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน	147
4.2.3.2 ปัญหาที่จะเกิดขึ้นหากกำหนดให้หมวดหน้าที่ของรัฐ มีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องทางกฎหมาย	152
(1) ปัญหาการมีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก	153
(2) ปัญหาการตัดสินคดีและกำหนดค่าบังคับของศาล	156
4.2.4 ความแตกต่างระหว่างข้อความคิดว่าด้วย “หน้าที่คุ้มครอง” กับ “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญ	158
4.2.4.1 ข้อความคิดพื้นฐาน	158
4.2.4.2 การบังคับให้รัฐกระทำการตามหน้าที่	159
4.3 การตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรนิติบัญญัติ ของประเทศไทย	162

4.3.1 ข้อความเบื้องต้น	162
4.3.2 ตัวอย่างการตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	163
4.3.2.1 ประมวลกฎหมายอาญา: ความผิดฐานทำให้แท้งลูก	163
4.3.2.2 กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ	169
4.3.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่	174
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	179
5.1 บทสรุป	179
5.2 ข้อเสนอแนะ	183
บรรณานุกรม	192
ประวัติผู้เขียน	206



## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ที่มาและความสำคัญ

ความเข้าใจโดยทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิทางรัฐธรรมนูญ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในลักษณะที่ปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องให้รัฐงดเว้นกระทำการหรือกระทำการในลักษณะที่เป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนโดยจะเรียกกันว่า “สิทธิในทางกฎหมาย” (Subjective right) หรือสิทธิเรียกร้องของบุคคล อย่างไรก็ตาม สิทธิขั้นพื้นฐานมีมุมมองอีกด้านหนึ่งที่ทางวิชาการเรียกว่า “กฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย” (Objective Norm) โดยมีมุมมองด้านนี้ไม่ได้พิจารณาถึงเนื้อหาของบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังเป็นการค้นหาเหตุผลที่แท้จริงของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว โดยเฉพาะเมื่อเกิดปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน มุมมองในทางทฤษฎี คือ ความพยายามในการหาคำตอบที่ควรต้องเป็นโดยมีหลักเหตุผลรองรับ จึงทำให้กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่จะเป็นผลผลิตจากการใช้การตีความของศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง

ในประเทศเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้สร้างหลักการใหม่ ๆ จากการใช้การตีความสิทธิขั้นพื้นฐานหลายหลักการด้วยกันซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือ “หลักหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน”<sup>1</sup> โดยหลักการดังกล่าวเป็นการขยายผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานไปยังความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนซึ่งนับว่าเป็นความก้าวหน้าอย่างมากในวงการกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยหน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้ปรากฏในกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐโดยตรง แต่เป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความสิทธิขั้นพื้นฐานว่ารัฐไม่ได้มีเพียงหน้าที่ต้องเคารพสิทธิเท่านั้น แต่ยังต้องมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองด้วย หลักการดังกล่าวนี้ได้เพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลจากภัยอันตรายต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นกับสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะการละเมิดที่มาจากเอกชนด้วยกัน ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องประสานประโยชน์ของเอกชนทุกฝ่ายเพื่อไม่ให้สิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายใดถูกทำลายหรือใช้บังคับไม่ได้โดย

---

<sup>1</sup> ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2562), น.198.

สิ้นเชิง จึงเห็นได้ว่า การเพิ่มผลบังคับให้แก่สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวนี้ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานได้รับความคุ้มครองมากขึ้นกว่าเดิม

อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเรื่องใหม่และมีตำราที่กล่าวถึงน้อยมากในวงวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย แต่กลับเป็นสิ่งที่น่าสนใจอย่างมาก เพราะเราปฏิเสธไม่ได้เลยว่าในสังคมไทยก็ต้องประสบกับความขัดแย้งทั้งในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนหรือในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ในการจัดการกับปัญหาดังกล่าวรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชนจึงต้องหาวิธีการแก้ปัญหาอันประกอบด้วยหลักการและเหตุผลรองรับ หากรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยมีองค์ประกอบของเรื่องเอาไว้อยู่แล้วหรือวิธีการแก้ไขปัญหาก็ได้แย้งในเชิงหลักการและเหตุผล สิ่งเหล่านี้จะค่อย ๆ สร้างความรู้สึกไม่ยุติธรรมขึ้นภายในใจของบุคคล ซึ่งหากปล่อยให้มีสภาพเช่นนี้ไปเรื่อย ๆ แล้ว ก็จะทำให้คุณค่าที่สังคมยึดถือร่วมกันถูกทำลายลง และนั่นก็จะนำพาความไม่สงบมาสู่รัฐได้ในที่สุด

หลักการเรื่องหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอาจจะเป็นเครื่องมือหนึ่งในการจัดการปัญหาความขัดแย้งดังกล่าวได้ โดยเฉพาะในความสัมพันธ์ที่เป็นความขัดแย้งระหว่างเอกชนด้วยกัน อย่างไรก็ตาม การนำหลักการดังกล่าวเข้ามาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยก็จำเป็นต้องพิจารณาเสียก่อนว่า ความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทยเป็นอย่างไร รัฐธรรมนูญมีโครงสร้างหรือกลไกที่สามารถนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ได้หรือไม่ และความจำเป็นในการรับหลักการดังกล่าวเข้ามามีมากน้อยเพียงใดมาประกอบการพิจารณาด้วย

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1.2.1 เพื่อศึกษาถึงหลักการเรื่องหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน
- 1.2.2 เพื่อศึกษาว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีหลักการเรื่องหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่
- 1.2.3 เพื่อศึกษาว่าระบบกฎหมายไทยจำเป็นต้องกำหนดเรื่องหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่
- 1.2.4 ศึกษาแนวทางการสร้างกลไกในทางกฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหรือการบังคับให้เป็นไปตามหลักการในรัฐธรรมนูญ

### 1.3 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาว่าหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญเยอรมันมีความเป็นมาอย่างไร รวมถึงการพิจารณาลักษณะการดำรงอยู่และเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์อ้างในเรื่องดังกล่าว ซึ่งจะนำมาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความแตกต่างทั้งแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน และการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยพิจารณาว่าหากไม่มีการคุ้มครองเหมือนกับรัฐธรรมนูญเยอรมันแล้ว ในทางรัฐธรรมนูญหรือศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอย่างไร โดยสุดท้ายก็จะกลับมาพิจารณาแนวคิดการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทยว่ามีลักษณะอย่างไร และควรมีแนวทางในการคุ้มครองสิทธิอย่างไร รวมทั้งความเป็นไปได้ในการนำหลักหน้าที่ของรัฐมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยด้วย

### 1.4 วิธีการศึกษา

เนื่องจากหลักการเรื่องหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นความคิดที่มีในระบบกฎหมายเยอรมัน ดังนั้น จึงต้องทำการศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐาน คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน และเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ตลอดจนศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา และเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้องเช่นกัน สำหรับการวิเคราะห์การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ จะทำการศึกษาจากเอกสารรายงานการประชุมร่างรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ คำพิพากษาของศาลยุติธรรม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และเอกสารทางวิชาการ

### 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้วางหลักเรื่องหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน อันเป็นการเพิ่มผลการบังคับ ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานเข้าไปมีบทบาทในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนมากขึ้น ดังนั้น หากหลักการดังกล่าวสามารถนำมาใช้ได้ในระบบกฎหมายไทยก็จะทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทยได้รับความคุ้มครองมากขึ้นเช่นกัน

## บทที่ 2

### สิทธิขั้นพื้นฐาน และหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

แนวคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ไม่ใช่แนวคิดที่มีความเข้าใจเหมือนสังคมในอดีต แม้ว่าในสมัยโรมันจะพบร่องรอยการปรากฏตัวของคำว่า “เสรีภาพ” “ความเสมอภาค” “ความเป็นมนุษย์” แต่เรื่องเหล่านี้เป็นเพียงแนวคิดทางจริยธรรมเท่านั้น ไม่ใช่การเรียกร้องสิทธิของปัจเจกบุคคลแต่ประการใด หรือหากจะกล่าวในพรมแดนของกฎหมายสมัยนั้น เรื่องสิทธิในข้อความคิดดั้งเดิมจำกัดอยู่แค่สิทธิและเสรีภาพเฉพาะเรื่องหรือเป็นของมนุษย์บางกลุ่มเท่านั้น และที่สำคัญคือคำว่าสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวไม่ปรากฏกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและมนุษย์เลย<sup>1</sup> อย่างไรก็ตามการของมันไม่ได้หยุดยั้งแค่นั้น หากแต่เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป สิทธิและเสรีภาพถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลในการต่อสู้และต่อรองต่อผู้ใช้อำนาจปกครองมาโดยตลอด จนกระทั่งก่อตัวเป็นข้อความคิดสิทธิและเสรีภาพที่เราเข้าใจกันในปัจจุบัน จึงอาจคาดการณ์อนาคตได้ว่า สิทธิเสรีภาพที่เราเข้าใจกันอยู่นั้นอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงไปอีกตามสภาพสังคม การเมือง โดยเฉพาะการพัฒนาข้อความคิดในทางวิชาการ

สำหรับมุมมองทางวิชาการ สิทธิและเสรีภาพสามารถทำการศึกษาได้หลายแง่มุม อย่างเช่น การศึกษาในแง่มุมประวัติศาสตร์ก็จะทำให้เห็นถึงพัฒนาการของสิทธิในแต่ละยุคสมัย เป็นต้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าวัตถุประสงค์ในการหาคำตอบของเรื่องคืออะไร โดยงานเขียนชิ้นนี้ต้องการศึกษาว่ารัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในระดับรัฐธรรมนูญอย่างไรบ้าง ซึ่งการหาคำตอบเรื่องดังกล่าวจะเป็นการศึกษาในเชิงทฤษฎี กล่าวคือ เป็นการพยายามใช้ระบบเหตุผลทางทฤษฎีกฎหมาย เพื่อหาคำตอบหรือแก้ไขปัญหาเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>2</sup>

<sup>1</sup> บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.530-531.

<sup>2</sup> ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.20.

## 2.1 สิทธิขั้นพื้นฐาน

### 2.1.1 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน

#### 2.1.1.1 ความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน

สิทธิ เป็นข้อความคิดพื้นฐานทางนิติศาสตร์ที่มีความสำคัญยิ่ง เพราะกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคล<sup>3</sup> เมื่อก้าวในความหมายทั่วไปแล้ว สิทธิ หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคล<sup>4</sup> โดยความเข้าใจดังกล่าวนี้เดิมทีแล้วมีอยู่แต่เฉพาะในระบบกฎหมายเอกชนเท่านั้น ภายหลังจากเมื่อมีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกมา และข้อความคิดเรื่องความเป็นปัจเจกเริ่มแพร่หลายมากขึ้น จึงเริ่มมีการยอมรับว่าเอกชนก็มีสิทธิเรียกร้องต่อรัฐได้ ซึ่งสิทธิดังกล่าวก็คือสิทธิในทางกฎหมายมหาชนนั่นเอง

สิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิทางรัฐธรรมนูญ (Fundamental right/ Constitutional right) หมายถึง สิทธิและเสรีภาพที่ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>5</sup> ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นอำนาจของปัจเจกบุคคลในการป้องกันตนจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ และปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้ทรงสิทธิจะได้รับการประกันว่าสิทธิดังกล่าวนี้มีความมั่นคงยืนยาวตลอดจนสามารถที่จะได้รับการบังคับได้<sup>6</sup>

ทั้งนี้ อาจเกิดคำถามว่าแล้วสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างไรเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ ในเรื่องนี้สามารถอธิบายได้ว่า สิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานมีพัฒนาการร่วมกันในทางประวัติศาสตร์ กล่าวคือ สิทธิมนุษยชน (Human right) เป็นสิทธิที่มีติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดและเป็นสากล เพราะสิทธิมนุษยชนมีที่มาจากข้อความคิดที่ว่ามนุษย์เกิดมาพร้อมกับคุณค่า

<sup>3</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553), น.129.

<sup>4</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เอกสารวิชาการส่วนบุคคล สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ), น.4.

<sup>5</sup> Robert Alexy, “The dual nature of law,” HeinOnline, Retrieved on 12 March, 2019, from [https://heinonline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/Page?public=true&handle=hein.Journals/lwukrn2011&div=10&start\\_page=39&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults](https://heinonline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/Page?public=true&handle=hein.Journals/lwukrn2011&div=10&start_page=39&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults).

<sup>6</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : อานกฎหมาย, 2564), น.384-385.

ซึ่งไม่มีใครจะพรากออกไปได้ โดยทั่วไปแล้วสิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิป้องกัน (Defensive right) ที่บุคคลใช้ป้องกันแดนแห่งเสรีภาพของตนจากอำนาจรัฐ<sup>7</sup> ซึ่งรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของตน แต่ในบางกรณีที่รัฐต้องการให้สิทธิบางอย่างแก่พลเมืองของตนเป็นการเฉพาะ เช่น สิทธิเลือกตั้ง รัฐมักจะบัญญัติให้สิทธิเหล่านั้นอยู่ในระดับรัฐธรรมนูญด้วย เพราะ สิทธิดังกล่าวมีความสำคัญต่อระบอบประชาธิปไตย ซึ่งทำให้บุคคลสามารถมีส่วนร่วมรวมทางการเมืองได้ จะเห็นได้ว่าสิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิพลเมืองที่มีแต่พลเมืองของรัฐเท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิได้ ในขณะที่สิทธิมนุษยชนอย่างเช่นสิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นพลเมืองของรัฐหรือไม่ก็ตามเป็นเจ้าของ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อสิทธิทั้งสองประเภทนี้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ทั้งสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองก็เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นเดียวกัน<sup>8</sup>

### 2.1.1.2 สถานะของสิทธิขั้นพื้นฐานในระบบกฎหมาย

เมื่อทราบถึงความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว จะเห็นได้ว่าสิทธิและเสรีภาพที่มีอยู่ในระบบกฎหมายทั้งหมดไม่อาจถูกเรียกว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ได้ เพราะการรับรองสิทธิในรัฐธรรมนูญทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะ และสถานะที่ต่างจากสิทธิในกฎหมายอื่น ซึ่งสามารถอธิบายถึงการมีสถานะพิเศษของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเหตุผลสองประการ ดังนี้

ประการแรก สิทธิขั้นพื้นฐานมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ เพราะเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในรัฐธรรมนูญ โดยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้มาจากหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือรัฐที่เป็นนิติรัฐจะรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ซึ่งมีคุณค่าสูงสุด โดยรัฐจะมีอำนาจที่จำกัดและอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเอง เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ<sup>9</sup> ผลของการมีสถานะดังกล่าวจึงทำให้กฎหมายลำดับต่ำกว่าที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลใช้บังคับ<sup>10</sup>

<sup>7</sup> เติ้งอ๋าง, น.383.

<sup>8</sup> เติ้งอ๋าง, น.383.

<sup>9</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.174.

<sup>10</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้

อีกทั้ง การแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานก็จะทำได้ยาก เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องอาศัยเสียงข้างมากในสภามากกว่าการแก้ไขกฎหมายปกติ

ประการที่สอง สิทธิขั้นพื้นฐานมีสถานะพิเศษเนื่องจากรัฐธรรมนูญได้รับรองเนื้อหาบางประการเอาไว้แตกต่างจากสิทธิทั่วไป เช่น การรับรองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีความผูกพันกับองค์กรของรัฐทุกองค์กรในการใช้และการตีความกฎหมาย<sup>11</sup> หรือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด<sup>12</sup> เป็นต้น

จึงสรุปได้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ เพราะเป็นบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ และเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในรัฐที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย ในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น บุคคลไม่จำเป็นต้องอ้างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตนได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ในทางกลับกัน หากรัฐใช้อำนาจประการใดจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจรัฐไว้เสมอ โดยเฉพาะการกระทำของรัฐที่เป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐจะทำได้แต่เฉพาะเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น<sup>13</sup> ซึ่งถ้าสิทธิของบุคคลถูกล่วงละเมิด ก็สามารถอ้างว่ารัฐได้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

<sup>13</sup> ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.38.

<sup>14</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

## 2.1.2 โครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน

ด้วยลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความแตกต่างจากบทบัญญัติกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดในระบบกฎหมาย บทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐาน มีการใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือ และเมื่อมีปัญหาเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวก็มักจะเป็นประเด็นทางการเมืองที่มีการถกเถียงอย่างมาก<sup>15</sup> ดังนั้น เมื่อมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน การวิเคราะห์เชิงโครงสร้างจึงเป็นวิธีการหนึ่งที่จะหาหนทางแก้ปัญหาอย่างเป็นระบบและมีเหตุผลรองรับ

ในการพิจารณาโครงสร้างของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ เป็นการเริ่มเข้าสู่การอภิปรายสิทธิขั้นพื้นฐานในเชิงทฤษฎีกฎหมาย ซึ่งเรามีความจำเป็นต้องทำความเข้าใจลักษณะบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานในเบื้องต้นเสียก่อน เพื่อนำมาเป็นฐานในการทำความเข้าใจถึงความเป็นกฎเกณฑ์และหลักการของสิทธิขั้นพื้นฐานในประเด็นต่อไป

### 2.1.2.1 บรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน

#### (1) ข้อความคิดเกี่ยวกับบรรทัดฐานทางกฎหมาย

##### (1.1) ความหมายของบรรทัดฐานทางกฎหมาย

“บรรทัดฐาน” หรือ “ปทัสฐาน” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Norm” มีรากมาจากภาษาละตินว่า “Norma” หมายถึง มาตรฐานหรือมาตรฐาน แนวทาง หรือกฎเกณฑ์ ทั้งนี้ คำว่า บรรทัดฐานอาจถูกนำไปใช้ในพรมแดนเฉพาะต่าง ๆ เช่น ในทางกฎหมาย ในทางสังคมวิทยา เป็นต้น ซึ่งจะทำให้บรรทัดฐานมีความหมายแตกต่างกันออกไป<sup>16</sup>

สำหรับ ฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen) เจ้าของทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (The pure theory of law) ได้ให้นิยาม “บรรทัดฐาน” ว่าหมายถึง สิ่งที่จะควรจะเป็น หรือควรจะเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หมายถึง สิ่งที่มีมนุษย์ควรประพฤติปฏิบัติโดยแน่นอน โดยเคลเซินได้อธิบายเสริมถึงลักษณะเฉพาะของบรรทัดฐานทางกฎหมายอันแตกต่างจากบรรทัดฐานอื่น ๆ ตรงที่มีองค์ประกอบเรื่องสภาพบังคับ การลงโทษ หรือการข่มขู่รวมอยู่ด้วย<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Mattias Kumm, “Constitutional rights as principle: On the structure and domain of constitutional justice.” ResearchGate, Retrieved on February 19, 2019, from <https://www.researchgate.net/publication/31415651>, p.574.

<sup>16</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.40.

<sup>17</sup> จรรย์ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 20, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561), น.62.



ในแง่ของบรรทัดฐานทางกฎหมาย นักคิดในสกุลค่านิยมใหม่ (Neo-Kantianism)<sup>18</sup> ได้แยกโลกของความเป็น (Sein/Is) กับโลกของความควรจะต้องเป็น (Sollen/Should) ออกจากกัน นักคิดสกุลนี้เห็นว่ากฎเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์ทั้งหลายอยู่ในโลกของความเป็น ขณะที่กฎเกณฑ์ทางจริยศาสตร์หรือสุนทรียศาสตร์อยู่ในโลกของความควรจะต้องเป็น ด้วยเหตุนี้ เราจึงไม่อาจสืบสาวหา “ความควรจะต้องเป็น” จาก “ความเป็น” ได้ สิ่งที่เป็นอุดมคติกับสิ่งที่ปรากฏ หรือความเชื่อกับความรู้อยู่ไม่ได้ดำรงอยู่ในลักษณะเดียวกัน แต่แยกออกจากกัน<sup>19</sup>

เคลเซนซึ่งเป็นหนึ่งในนักคิดสกุลนี้มองว่า บรรทัดฐานทางกฎหมายอยู่ในโลกของความควรจะต้องเป็น เนื่องจากกฎเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์เป็นเหตุผลที่จะ “ต้อง” เกิดขึ้นอย่างแน่นอน แต่กฎหมายเป็นเหตุผลของสิ่งที่ “ควร” จะเกิดขึ้น<sup>20</sup> ตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์ที่ว่า วัตถุใดโดนความร้อน วัตถุนั้นย่อมขยายตัว กฎเกณฑ์ดังกล่าวอธิบายถึงปรากฏการณ์ธรรมชาติที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน จึงเป็นกฎเกณฑ์ของสิ่งที่เป็นอย่าง แต่กฎเกณฑ์ที่ว่า ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องได้รับโทษประหารชีวิต คำว่า “ต้อง” ในรูปประโยคทางกฎหมายดังกล่าว แม้จะมีความหมายว่าต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน แต่เมื่อพิจารณาให้ดีแล้วกลับเป็นเรื่อง “ควร” ซึ่งเป็นสิ่งที่ควรต้องเป็นมากกว่า<sup>21</sup> เพราะเมื่อเกิดการฆาตกรรมขึ้น ฆาตกรควรได้รับโทษประหารชีวิตจากการกระทำดังกล่าว แต่ในความเป็นจริงแล้วเขาอาจจะไม่ได้รับโทษนั้น ด้วยเหตุผลเพราะตำรวจไม่สามารถจับตัวฆาตกรได้ หรือฆาตกรได้รับการลดโทษ เป็นต้น<sup>22</sup>

## (1.2) บรรทัดฐานทางกฎหมายในทางอรรถศาสตร์

อรรถศาสตร์ (Semantics) คือ การศึกษาถึง *ความหมาย* ของภาษา ซึ่งในการค้นหาความหมายที่แท้จริงนั้นมักจะเป็นเรื่องที่ยุ่งยากซับซ้อน เพราะนอกจากต้องพิจารณาส่วนประกอบของภาษาแล้ว ยังต้องศึกษาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นด้วย<sup>23</sup> ในแง่มุมดังกล่าว การศึกษาบรรทัดฐานทางกฎหมาย จึงต้องพิจารณาจากการปรากฏตัวของบรรทัดฐานทางกฎหมาย

<sup>18</sup> ตัวอย่างนักคิดสกุลค่านิยมใหม่ เช่น กุสตาฟ รัาดบรูก, ฮันส์ เคลเซน เป็นต้น

<sup>19</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : อานกฎหมาย, 2564), น.424-425.

<sup>20</sup> จริญญา โฆษณานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น.63.

<sup>21</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.460.

<sup>22</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.41-42.

<sup>23</sup> พัชรี พลาวงศ์, ความรู้เบื้องต้นทางอรรถศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), น.23.

กล่าวคือ จะต้องแยกบรรทัดฐานทางกฎหมาย (Norm) ที่มีสภาพบังคับกับรูปประโยคทางกฎหมายที่กำหนดบรรทัดฐาน (Normative statement<sup>24</sup>) โดยที่บรรทัดฐาน คือ ความหมายของรูปประโยคทางกฎหมายที่กำหนดบรรทัดฐาน<sup>25</sup>

ในการพิจารณาเบื้องต้นว่า รูปประโยคใดแสดงถึงบรรทัดฐานทางกฎหมายบ้างนั้น เราสามารถพิจารณาจากการใช้ถ้อยคำที่เป็นการบ่งบอกหน้าที่ การอนุญาต และการสั่งห้าม<sup>26</sup> ตัวอย่างคำ เช่น “ต้อง”, “อาจ”, “ห้าม”, “ควร”, “ยอม”, “สามารถ” เป็นต้น ซึ่งคำเหล่านี้มักจะใช้ร่วมกับคำว่า “ไม่”, “มิ” ซึ่งเป็นคำในทางปฏิเสธ<sup>27</sup>

ตัวอย่างเช่น รูปประโยคที่ว่า “ห้ามเนรเทศบุคคลที่มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร” คำว่า “ห้าม” ในรูปประโยคดังกล่าวแสดงถึงหน้าที่อันกำหนดให้บุคคลซึ่งผูกพันต่อเนื้อความดังกล่าว ต้องไม่เนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร (ความหมายของรูปประโยค) รูปประโยคที่กล่าวมานี้จึงเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย

มีข้อสังเกตว่า บรรทัดฐานทางกฎหมายอาจแสดงออกมาในรูปประโยคทางกฎหมายแบบอื่นก็ได้ เช่น รูปประโยคที่ว่า “การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักรจะกระทำมิได้” ซึ่งประโยคดังกล่าวให้ความหมายที่เหมือนกัน และเป็นบรรทัดฐานทาง

---

<sup>24</sup> Robert Alexy, *Theory of constitutional rights*, trans. Julian Rivers, (Oxford : Oxford university), p.21.

<sup>25</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.46.

<sup>26</sup> ในทางภาษาศาสตร์จะเรียกถ้อยคำเหล่านี้ว่า ทศนภาวะปริพัตถ์ ซึ่งเป็นเครื่องมือทางไวยากรณ์ที่บ่งบอกทัศนคติของผู้พูดที่แสดงในประโยค (Deontic Modality/Deontic Mode) เนื่องจากทศนภาวะเป็นเครื่องมือสำคัญในการแสดงถึงตรรกะ ทศนภาวะจึงมีสาขาในทางตรรกศาสตร์ที่เรียกว่า Modal Logic ซึ่งเกี่ยวข้องกับการแสดงถึงความจริงหรือเท็จในโลกที่เป็นไปได้ (Possible world) โดยประโยคที่มีการแสดงทศนภาวะจะมีหน่วยภาษาที่แสดงถึงทศนภาวะนั้น Modal Logic มีหลักการย่อยหลักหนึ่งเรียกว่า Deontic Logic ซึ่งเกี่ยวข้องกัมนโนทัศน์ด้านหน้าที่ (Obligation) และการอนุญาต (Permission) โดยหน่วยของภาษาที่แสดงทศนภาวะแบบ Deontic จะเป็นการตีความภาษาในโลกความเป็นไปได้ที่เป็นอุดมคติซึ่งสัมพันธ์อยู่กับระบบกฎหมายและศีลธรรม... โปรดดูเพิ่มเติมใน สุดา รังกุพันธุ์, “ทศนภาวะในไวยากรณ์และปริเฉทไทย,” (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2557).

<sup>27</sup> สุดา รังกุพันธุ์, “ระบบญาณลักษณะในภาษาไทย: การศึกษาตามแนวหน้าที่-ปริชาน,” (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2548), น.43.

กฎหมายอย่างแน่นอน แต่สิ่งที่ต้องสังเกต คือ รูปประโยคทางกฎหมายดังกล่าวไม่มีหน่วยภาษาที่แสดงการบ่งบอกหน้าที่ การอนุญาต หรือการอนุมัติเลย ดังนั้น จึงไม่ควรสรุปในทันทีว่าประโยคที่ไม่ปรากฏถ้อยคำดังกล่าวไม่ใช่บรรทัดฐาน หากต้องพิจารณาถึงความหมายของประโยคด้วย นอกจากนี้บรรทัดฐานทางกฎหมายอาจปรากฏตัวในรูปอื่นได้อีก เช่น สัญญาณไฟจราจร เป็นต้น

การให้ความหมายหรือลักษณะของบรรทัดฐานทางกฎหมายในข้างต้น เป็นเพียงการพิจารณาในแง่เนื้อหาซึ่งเป็นเพียงมุมมองหนึ่งเท่านั้น เพราะ บรรทัดฐานทางกฎหมายอาจจะปรากฏตัวในรูปแบบบทนิยามศัพท์ การวางกฎเกณฑ์ในการตีความ<sup>28</sup> ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับคำสั่ง การห้าม หรือการอนุญาตเลย ดังนั้น การศึกษารูปแบบของบรรทัดฐานทางกฎหมายจึงไม่ควรจำกัดอยู่ในแง่มุมใดแง่มุมหนึ่ง มิฉะนั้นแล้วจะทำให้เราขาดความเข้าใจธรรมชาติของเรื่องนั้นไป

## (2) ลักษณะบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน

หากตั้งคำถามเบื้องต้นว่าบทบัญญัติใดบ้างที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็จะสามารถให้คำตอบเราได้ทันทีว่า สิทธิขั้นพื้นฐานคือ บทบัญญัติที่ถูกตราไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย อย่างไรก็ตาม การให้คำตอบในลักษณะดังกล่าวเป็นการพิจารณาในทางรูปแบบเท่านั้น แต่หากได้พิจารณารัฐธรรมนูญทั้งฉบับแล้วก็จะปรากฏเนื้อหาที่เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่สามารถใช้ยื่นต่อรัฐ และสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิได้ ซึ่งสิทธิดังกล่าวก็เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นกัน<sup>29</sup>

สิ่งที่ต้องตั้งเป็นประเด็นต่อมาคือ บทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ว่าจะอยู่ที่ใดของรัฐธรรมนูญก็ตาม จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าข้อความที่ปรากฏเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ เพราะบางรูปประโยคทางกฎหมายอาจไม่ได้กำหนดบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานเสมอไป เช่น กฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนี มาตรา 7(1) *โรงเรียนทุกโรงเรียนย่อมอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ* บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย แต่ความผูกพันต่อหน้าที่ดังกล่าวเป็นเรื่องระหว่างรัฐและโรงเรียน จึงไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่ปัจเจกบุคคล ดังนั้น ประโยคดังกล่าวแม้จะอยู่ในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ก็ไม่ใช่บรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>30</sup> ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>28</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ระบบแห่งบรรทัดฐานทางกฎหมาย,” ใน *รพี ๔๒ ๗ สิงหาคม ๒๕๔๒*, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการจัดงานรพี 2542 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น.37-39.

<sup>29</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.385.

<sup>30</sup> ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.48.

มาตรา 95 บัญญัติว่า บุคคลผู้มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้เป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง (1) มีสัญชาติไทย แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติต้องได้สัญชาติไทยมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี (2) มีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีในวันเลือกตั้ง (3) มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านในเขตเลือกตั้งมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับถึงวันเลือกตั้ง รูปประโยคทางกฎหมายดังกล่าวหมายความว่า บุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง รัฐต้องเปิดโอกาสให้บุคคลสามารถแสดงเจตจำนงทางการเมืองของตนได้ แม้บทบัญญัตินี้จะปรากฏอยู่ในหมวด 7 รัฐสภา ส่วนที่ 2 สมาชิกผู้แทนราษฎร ซึ่งอยู่นอกหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย แต่เมื่อพิจารณารูปประโยคทางกฎหมายดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการก่อตั้งสิทธิให้แก่ปัจเจกบุคคลจึงทำให้เป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นกัน

บรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถปรากฏตัวได้สองลักษณะ คือ Directive Norm และ Derivative Norm<sup>31</sup>

Directive Norm คือ ความหมายของรูปประโยคทางกฎหมายที่กำหนดบรรทัดฐานในกรณีปกติ เช่น การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักรจะกระทำมิได้ มาตราดังกล่าวเป็นรูปประโยคทางกฎหมาย ซึ่งมีความหมายว่า ห้ามเนรเทศบุคคลที่มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร

Derivative Norm คือ บรรทัดฐานที่มาจาก Directive Norm โดยจะเกิดขึ้นเมื่อ Directive Norm นั้นไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเพียงพอ<sup>32</sup> เพื่อความชัดเจนจึงขออธิบายโดยใช้ตัวอย่างประกอบดังนี้

กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี มาตรา 5(3) บัญญัติว่า “ศิลปะ วิชาการ การวิจัยและการสอนย่อมเป็นอิสระ”

จากคำอธิบายในทางอรรถศาสตร์ เราเห็นว่าประโยคที่ปรากฏด้านบนนี้เป็นรูปประโยคทางกฎหมายที่กำหนดบรรทัดฐาน โดยบรรทัดฐานหรือความหมายของรูปประโยคนี้คือ ศิลปะ วิชาการ การวิจัยและการสอนต้องเป็นอิสระ ซึ่งความหมายเหล่านี้เป็นสิ่งที่แปลได้โดยตรงจากตัวอักษรที่ปรากฏ อย่างไรก็ตามในมาตรา 5 ไม่ได้มีเนื้อความใดที่เป็นการกำหนดว่า รัฐต้องกระทำการในเรื่องศิลปะ วิชาการ หรือการวิจัยอย่างไร หรือจะจำกัดสิทธิอย่างไรได้บ้าง แต่ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ตีความมาตรา 5(3) ว่า<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Robert Alexy, *supra note 24*, p.35.

<sup>32</sup> Robert Alexy, *supra note 24*, p.35.

<sup>33</sup> Robert Alexy, *supra note 24*, p.34.

(ก) “รัฐต้องงดเว้นในการกระทำที่จะไปละเมิดต่อความเป็นอิสระของเสรีภาพทางวิชาการ”

(ข) “รัฐต้องให้การสนับสนุนเสรีภาพทางวิชาการ และส่งเสริมให้มีการถ่ายทอดความรู้โดยใช้บุคลากร เงินทุน และองค์กรที่รัฐมีอยู่”

ทั้งสองประโยคข้างต้นได้แสดงถึงบรรทัดฐานทางกฎหมาย เพราะความหมายในรูปประโยค (ก) หมายถึง รัฐต้องไม่กระทำการที่ทำให้บุคคลไม่มีอิสระในงานวิชาการ และความหมายในรูปประโยค (ข) หมายถึง รัฐควรให้การสนับสนุนเสรีภาพทางวิชาการด้วย

สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปในประเด็นนี้คือ บรรทัดฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้วางไว้นั้นเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ ซึ่งก็ดูเหมือนว่าจะไม่เป็นไปตามหลักของการเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย เพราะ บรรทัดฐานทางกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางไว้นั้น ไม่ได้เป็นความหมายที่ได้มาโดยตรงจากบทบัญญัติ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีประเด็นที่ต้องนำมาตรา 5 มาใช้ในการวินิจฉัยปัญหา ซึ่งบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานตามปกติ (Directive Norm) ในมาตรา 5 ไม่มีความชัดเจนที่บ่งบอกว่าบรรทัดฐานดังกล่าวมีลักษณะเป็นการสั่งการ การห้าม หรือการอนุญาตประการใด การที่ศาลรัฐธรรมนูญวางบรรทัดฐานดังกล่าวจึงมีความจำเป็นเพราะทำให้บรรทัดฐานของสิทธิขั้นพื้นฐานตามปกติ (Directive Norm) มีความชัดเจนขึ้น

อย่างไรก็ดี การสร้างบรรทัดฐาน Derivative Norm ย่อมสร้างปัญหาความไม่แน่นอนให้กับบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน เพราะบทบัญญัติหนึ่งจะถูกสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่หลากหลายมาก<sup>34</sup>

### 2.1.2.2 บรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์และหลักการในเวลาเดียวกัน

ในการศึกษาทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐานจะพบว่ามีการให้ลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐานออกเป็นสองลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ บางกรณีสิทธิขั้นพื้นฐานถูกพิจารณาว่าเป็นกฎเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในลักษณะดังกล่าวเป็นสิ่งที่รัฐจะต้องให้ความเคารพและสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งและสามารถกำหนดผลทางกฎหมายออกมาได้ แต่ในบางกรณีสิทธิขั้นพื้นฐานถูกพิจารณาว่ามีลักษณะเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่า สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีฐานะเป็นคุณค่าที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง หรือมีลักษณะเป็นการกำหนดเป้าหมายในการมีรัฐธรรมนูญ จึงเป็นประเด็นปัญหาสำคัญว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน

<sup>34</sup> Robert Alexy, *supra* note 24, p.36.

ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์หรือหลักการมากกว่ากัน ซึ่งการตอบคำถามดังกล่าวจะเป็นประโยชน์อย่างมากในการแก้ปัญหากรณีที่เกิดขึ้นพื้นฐานเกิดการปะทะหรือขัดแย้งกัน<sup>35</sup>

### (1) ความแตกต่างระหว่างบรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์และบรรทัดฐานที่เป็นหลักการ

“กฎเกณฑ์” (Rule) และ “หลักการ” (Principle) มีลักษณะเหมือนกันตรงที่เป็นการกำหนดสิ่งที่ควรต้องเป็นอันเป็นลักษณะสำคัญของบรรทัดฐาน แต่กฎเกณฑ์จะเป็นสิ่งที่ควรต้องเป็นในทางความเป็นจริง (Factual) หรือในเชิงบังคับ<sup>36</sup> กล่าวคือ กฎเกณฑ์จะมีลักษณะเป็นการกำหนดคำสั่งหรือผลทางกฎหมายเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น<sup>37</sup> อันมีผลเป็นการกำหนดหน้าที่ใดหน้าที่หนึ่งเสมอ และผลบังคับผูกพันนั้นจะต้องเกิดขึ้นเป็นการแน่นอน ดังนั้น กฎเกณฑ์จะไม่มีผลบังคับเลยหากไม่มีข้อเท็จจริงในองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นอย่างครบถ้วน<sup>38</sup> ส่วนหลักการจะเป็นเรื่องในทางอุดมคติหรือเป็นข้อเรียกร้องในทางความคิด (Ideal) ซึ่งมีลักษณะเป็นการเรียกร้องให้มีการปรับใช้สิ่งใดสิ่งหนึ่งให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดทั้งในทางข้อเท็จจริงและในทางกฎหมาย กล่าวคือ บรรทัดฐานที่เป็นหลักการไม่ได้พิจารณาแค่ความครบถ้วนของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุแต่เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในทางกฎหมายด้วย หมายความว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นจะต้องพิจารณาหลักการและกฎเกณฑ์อื่น ๆ เสมอว่ามีการปะทะหรือขัดแย้งกันหรือไม่ หากปรากฏว่ามีการขัดแย้งเกิดขึ้น ก็อาจจะส่งผลให้หลักการนั้นไม่มีผลบังคับ เพราะต้องให้กฎเกณฑ์หรือหลักการอื่นที่ขัดแย้งหรือปะทะกันนั้นมีผลบังคับมากกว่า ดังนั้น บรรทัดฐานที่เป็นหลักการจึงอาจเกิดผลในทางกฎหมายได้ในหลายระดับด้วยกันและไม่มีความแน่นอนเหมือนบรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์ ขึ้นอยู่กับว่าสิ่งที่มาปะทะกับหลักการในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรานั้น สิ่งใดจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน<sup>39</sup> ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างของบรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์ และบรรทัดฐานที่เป็นหลักการมากขึ้น จึงได้แยกพิจารณาดังนี้

<sup>35</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.70.

<sup>36</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.76.

<sup>37</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.72.

<sup>38</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.74.

<sup>39</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.77-78.

### (1.1) ข้อเรียกร้องของบรรทัดฐาน

บรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์ จะประกอบด้วยองค์ประกอบส่วนเหตุ และผลทางกฎหมาย และเมื่อมีข้อเท็จจริงครบตามองค์ประกอบส่วนเหตุแล้ว ก็จะทำให้เกิดผลตามที่บรรทัดฐานนั้นได้กำหนดไว้ เช่น ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต องค์ประกอบส่วนเหตุ ก็คือ (1) มนุษย์ซึ่งไม่ว่าเป็นใครก็ตาม (2) มีการกระทำที่ตั้งใจทำให้ชีวิตสิ้นสุดลง (3) เป็นการกระทำต่อชีวิตของผู้อื่น เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นและครบองค์ประกอบในส่วนเหตุ(องค์ประกอบความผิด) ก็จะทำให้ผู้ที่กระทำความผิดต้องได้รับโทษประหารชีวิตอันเป็นผลทางกฎหมาย โดยวิธีการใช้กฎหมายแบบนี้เรียกว่า การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย (Subsumtion) จากตัวอย่างจึงเห็นได้ว่าบรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์จะมีลักษณะที่เด็ดขาด กล่าวคือ เป็นบรรทัดฐานที่มีข้อเรียกร้องอันแน่ชัดว่าบุคคลต้องกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด หรือเป็นคำสั่งหรือข้อห้ามที่เป็นการกำหนดพฤติกรรมของบุคคลที่เป็นการแน่นอน (definitive)<sup>40</sup>

ส่วนหลักการนั้นมีลักษณะเป็น ข้อเรียกร้องที่ให้มีการเพิ่มประสิทธิภาพของสิ่งใดสิ่งหนึ่ง หรือให้มีการปรับใช้สิ่งใดสิ่งหนึ่งอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด และตัวของหลักการเองยังเป็นการกำหนดเป้าหมายเพื่อให้มีการนำไปใช้อย่างเป็นรูปธรรมด้วย ดังนั้น บรรทัดฐานที่เป็นหลักการ จึงเป็นข้อเรียกร้องให้มีการทำบางสิ่งบางอย่างให้มีผลมากที่สุดทั้งทางข้อเท็จจริง และข้อกฎหมาย รวมถึงการทำให้คุณค่าที่ดำรงอยู่ในหลักการเป็นจริงมากที่สุดด้วย<sup>41</sup> เมื่อเราเห็นถึงความแตกต่างของข้อเรียกร้องระหว่างบรรทัดฐานทั้งสองประเภทแล้ว สิ่งที่เป็นผลตามมาจากกรณีข้อเรียกร้องที่แตกต่างกันก็คือ วิธีการใช้กฎหมาย เพราะบรรทัดฐานที่เป็นหลักการจะไม่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงดังเช่นบรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์ แต่จะใช้วิธีการ “ชั่งน้ำหนัก” (Weighing) หลักการ<sup>42</sup> เพื่อประกอบการพิจารณาหลักการและกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่มาขัดหรือแย้งกันนั้นว่าสิ่งใดควรที่จะมีผลใช้บังคับมากกว่า<sup>43</sup>

<sup>40</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.78.

<sup>41</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.77.

<sup>42</sup> การชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการ สามารถใช้กฎแห่งการชั่งน้ำหนัก (Rule of weighing) ซึ่งเป็นวิธีการที่มีความสอดคล้องกับหลักพอสมควรแก่เหตุ (Principle of proportionality) อันเป็นหลักการสำคัญทางกฎหมายมหาชนที่เป็นมาตรฐานในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย คือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

<sup>43</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.78.

## (1.2) เกณฑ์การพิจารณาเมื่อบรรทัดฐานเกิดการปะทะกัน

การปะทะกันหรือการขัดแย้งไม่ว่าจะเป็นบรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานที่เป็นหลักการ ย่อมอาจมีขึ้นได้เสมอในพรมแดนของกฎหมาย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมินิตีวิธีมาเพื่อจัดการกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งสิ่งนี้เองที่สามารถช่วยในการพิจารณาข้อแตกต่างของบรรทัดฐานทั้งสองประเภทได้

กรณีที่ถูกเกณฑ์เกิดการปะทะกัน โรเบิร์ต อเล็กซี ได้เสนอให้กำหนดข้อยกเว้นไว้ในกฎเกณฑ์นั้น เพราะ หากข้อเท็จจริงเข้าองค์ประกอบที่เป็นข้อยกเว้นก็จะมีปัญหาในการพิจารณา ดังนั้น วิธีนี้จึงต้องนำมาใช้เป็นวิธีแรกเสมอ เช่น มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้อาคารว่าห้ามไม่ให้ออกจากห้องก่อนได้ยินเสียงกระดิ่งสัญญาณให้ออกจากห้องได้ และมีอีกข้อหนึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่ได้ยินเสียงสัญญาณเตือนไฟไหม้ให้ทุกคนรีบออกจากห้องได้ จะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์ทั้งสองเป็นการกำหนดสิ่งที่ควรต้องเป็นทั้งคู่ แต่กรณีดังกล่าวเกิดการขัดแย้งกันและไม่สามารถกำหนดผลบังคับของกฎเกณฑ์ทั้งสองได้ในกรณีที่มีสัญญาณเตือนไฟไหม้แต่กระดิ่งเตือนไม่ดัง ซึ่งกรณีเช่นนี้สามารถแก้ปัญหาด้วยการกำหนดข้อยกเว้นไว้ในของกฎเกณฑ์นั้น เช่น ห้ามออกจากห้องก่อนได้ยินเสียงกระดิ่งสัญญาณเตือนให้ออกจากห้อง เว้นแต่ ในกรณีที่มีสัญญาณแจ้งเตือนเหตุไฟไหม้ ให้ทุกคนรีบออกจากห้องทันที อย่างไรก็ดี หากไม่มีข้อยกเว้นในกฎเกณฑ์เลย วิธีการที่จะนำมาใช้ก็คือ การทำให้กฎเกณฑ์นั้นสิ้นผลไปจากระบบกฎหมาย ซึ่งในทางนิติวิธีก็มีหลักในเรื่องนี้อยู่ เช่น กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า เป็นต้น<sup>44</sup>

กรณีที่หลักการเกิดการปะทะกัน จะต้องตั้งหลักในเรื่องนี้ไว้ก่อนว่า **หลักการต้องถูกบังคับเสมอและไม่อาจสิ้นผลจากระบบกฎหมายได้** ดังนั้นเมื่อเกิดการขัดแย้งกัน จึงต้องใช้การชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการที่ปะทะกัน โดยพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่าในเรื่องดังกล่าวนั้น หลักการใดควรมีผลบังคับมากกว่ากัน ซึ่งหมายความว่าหลักการที่มีน้ำหนักมากกว่าก็จะได้รับความคุ้มครอง ส่วนหลักการที่มีน้ำหนักน้อยกว่าไม่ได้ถูกทำให้สิ้นผลไปจากระบบกฎหมาย เพียงแต่ถูกลดผลบังคับลงเท่านั้น<sup>45</sup> ยกตัวอย่างเช่น สำนักงานข่าวรายงานข่าวเกี่ยวกับเอกชนรายหนึ่งที่เป็นผู้ต้องสงสัยว่ากระทำคามผิดทางอาญา ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าเอกชนคนดังกล่าวมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวซึ่งได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวหมายความว่า รัฐต้องไม่ดำเนินการล่วงล้ำหรือกระทบต่อความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล ในขณะที่การรายงานของสำนักงานข่าวก็เป็นการใช้เสรีภาพของสื่อสารมวลชนและเสรีภาพในการแสดงความ

<sup>44</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.79-80.

<sup>45</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.82.



คิดเห็นที่ได้รับการคุ้มครองเช่นกัน ซึ่งบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว คือ สื่อสารมวลชนควรมีอิสระในการนำเสนอข่าวและการแสดงความคิดเห็นต่าง ๆ ซึ่งจะเห็นได้ว่าบรรทัดฐานทั้งสองนี้กำหนดสิ่งที่ควรต้องเป็นไว้แตกต่างกัน และการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนทั้งสองฝ่ายเกิดขัดแย้งกัน แต่ในขณะที่ระบบกฎหมายมีความมุ่งหมายให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่ในรัฐธรรมนูญสามารถดำรงอยู่ต่อไปในทุกกรณี เราจึงอาจสรุปในเบื้องต้นได้ว่าบรรทัดฐานทั้งสองนี้มีลักษณะเป็น “หลักการ” นี้ หากเกิดการขัดแย้งกันจะต้องทำให้ทั้งสองหลักการมีผลบังคับได้มากที่สุดนั่นเอง<sup>46</sup>

### (1.3) ผลบังคับของบรรทัดฐาน (definitive/Prima facie)

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของบรรทัดฐานทั้งสองประเภทแล้ว ก็จะได้เห็นว่าผลบังคับของกฎหมายจะมีความแน่นอนเด็ดขาด ในขณะที่หลักการกลับขาดความชัดเจน ทั้งนี้เป็นเพราะวิธีการใช้กฎหมายของหลักการจะต้องพิจารณากฎเกณฑ์และหลักการอื่น ๆ ประกอบเสมอ ดังนั้น ในการหาคำตอบว่าหลักการใดจะต้องถูกนำมาใช้ในกรณีใดจึงเป็นเรื่องของการให้เหตุผลซึ่งอาจถูกหักล้างด้วยหลักการอื่นได้<sup>47</sup>

### (2) ทฤษฎีที่ถือว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์และหลักการในเวลาเดียวกัน

ในงานเขียนเรื่อง “A Theory of Constitutional Rights” ของ โรเบิร์ต อเล็กซี (Robert Alexy) ได้พยายามจัดวางโครงสร้างข้อความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นใหม่ (Reconstruction) ให้เชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบ เพื่อนำไปใช้แก้ปัญหาทางวิชาการได้<sup>48</sup> โดยสิ่งที่ถูกกล่าวถึงอย่างมากและเป็นแก่นของงานชิ้นนี้ คือ การเสนอว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นหลักการ (Principle) ที่เรียกร้องให้มีการบังคับมากที่สุด (Optimization Requirement)<sup>49</sup> อันเป็นประเด็นสำคัญที่กำลังจะอธิบายในหัวข้อนี้ด้วย

อเล็กซี เห็นว่า ทฤษฎีที่กำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎเกณฑ์หรือหลักการบริสุทธิ์แต่เพียงอย่างเดียวย่อมไม่เพียงพอและมีข้อโต้แย้ง เพราะการกำหนดว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเช่นว่านั้น ย่อมเป็นการปฏิเสธลักษณะของข้อเรียกร้องและวิธีการใช้กฎหมายของบรรทัดฐานอีกประเภทหนึ่งเสมอ กล่าวคือ หากมองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์บริสุทธิ์ การใช้กฎหมายจะเป็นการตีความตามตัวอักษรที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ

<sup>46</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.81.

<sup>47</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.87-88.

<sup>48</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.20.

<sup>49</sup> Mattias Kumm, *supra note 15*, p.576.

และมีผลทางกฎหมายที่แน่นอน แต่ในขณะเดียวกันก็จะปฏิเสธวิธีการชั่งน้ำหนักตามทฤษฎีของหลักการด้วย<sup>50</sup> ในทางกลับกันถ้ากำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นหลักการบริสุทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว ย่อมทำให้รัฐธรรมนูญเสียสถานะความแน่นอน ทั้งที่บางกรณีรัฐธรรมนูญได้บัญญัติชัดเจนในเรื่องนั้นไว้แล้ว<sup>51</sup>

ในประเด็นข้อโต้แย้งนี้สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน และเงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการนับถือศาสนา ... แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” กรณีของรัฐธรรมนูญมาตรานี้ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิของฝ่ายนิติบัญญัติเอาไว้ ด้วยเหตุผลที่ว่าเสรีภาพในการนับถือศาสนาเป็นเรื่องมโนธรรมสำนึกที่เกิดขึ้นภายในจิตใจของมนุษย์ รัฐจึงไม่ควรที่จะเข้าไปจำกัดความคิดดังกล่าว<sup>52</sup> โดยในทางวิชาการเรียกสิทธิที่รับรองโดยปราศจากเงื่อนไขว่า สิทธิสัมบูรณ์ (Absolute right) สิทธิประเภทนี้มักมีความเข้าใจผิดว่าเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกจำกัดได้เลย ทั้งที่ความจริงแล้วเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเป็นเรื่องอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น<sup>53</sup> และไม่ว่าจะเป็นสิทธิประเภทใด มีเงื่อนไขการจำกัดสิทธิอย่างไร ในการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิก็ยังคงอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการเพื่อรักษาความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญอยู่ หลักความเป็นเอกภาพนี้หมายความว่า เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นจะต้องตีความให้ทุกบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญสอดคล้องกัน หากบทบัญญัติใดขัดกันจะต้องตีความให้ใช้ได้ทั้งคู่<sup>54</sup> เมื่อพิจารณาเงื่อนไขการใช้สิทธิในมาตรา 31 แล้วก็จะเห็นว่าเงื่อนไขเหล่านี้เป็นกฎเกณฑ์ไม่ใช่หลักการ เพราะมีความชัดเจนจึงไม่ต้องใช้วิธีการชั่งน้ำหนัก ดังนั้น ทฤษฎีกฎเกณฑ์บริสุทธิ์จึงสามารถใช้กับกรณีนี้ได้<sup>55</sup> อย่างไรก็ตาม การจะพิจารณาว่า

<sup>50</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.94.

<sup>51</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.93.

<sup>52</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543), น.45-46.

<sup>53</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.95.

<sup>54</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ อ้างถึงใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ, *หลักการตีความกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพมหานคร : กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), น.171.

<sup>55</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.97.

การใช้เสรีภาพในการนับถือศาสนาขัดต่อข้อจำกัดการใช้สิทธิหรือไม่ เช่น ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีหรือไม่ ก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงการชั่งน้ำหนักไปได้ เพราะการที่รัฐธรรมนูญรับรอง สิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานย่อมมีเนื้อหาส่วนใดส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ดังนั้น การจะกำหนดผลทางกฎหมายให้สิทธิใด มีผลบังคับจึงต้องพิจารณาจากการชั่งน้ำหนักตามทฤษฎีของหลักการเสมอ<sup>56</sup> เสรีภาพในการนับถือศาสนาจึงมีลักษณะเป็นหลักการอยู่ด้วยในตัว และต้องนำมาชั่งน้ำหนักกับหลักการอื่น เช่น หลักความสงบเรียบร้อยเพื่อตอบคำถามว่าเสรีภาพในการนับถือศาสนามีผลบังคับในกรณีนั้น ๆ อย่างไร

จึงสามารถสรุปได้ตามทฤษฎีนี้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะสองด้าน<sup>57</sup> กล่าวคือ ด้านหนึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคล เงื่อนไขการจำกัดสิทธิ และข้อจำกัดการใช้สิทธิ ส่วนอีกด้านหนึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล ในลักษณะที่ควรต้องเป็นแบบไม่เด็ดขาด<sup>58</sup> ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า ศิลปะย่อมเป็นอิสระ รูปประโยคทางกฎหมายดังกล่าว หมายความว่า การกระทำใด ๆ ของรัฐที่กระทบต่อเสรีภาพในศิลปะเป็นสิ่งต้องห้าม ดังนั้น รูปประโยคข้างต้นจึงเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย และเป็นบรรทัดฐานประเภทกฎเกณฑ์ เพราะเมื่อพิจารณาในองค์ประกอบส่วนเหตุแล้ว บุคคลย่อมมีเสรีภาพในศิลปะโดยที่ไม่ต้องใช้วิธีการชั่งน้ำหนัก และผลทางกฎหมายในมาตรานี้ คือ รัฐต้องไม่กระทำการที่กระทบต่อเสรีภาพในศิลปะของบุคคลซึ่งมีสภาพบังคับที่เด็ดขาด อย่างไรก็ตาม หากถือว่าเสรีภาพในศิลปะเป็นกฎเกณฑ์โดยสมบูรณ์ ย่อมทำให้รัฐไม่สามารถจำกัดสิทธิดังกล่าวได้เลย ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่ว่า การใช้เสรีภาพทางศิลปะอาจกระทบต่อหลักการอื่นในรัฐธรรมนูญได้ โดยเฉพาะสิทธิของบุคคลอื่นและประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ในกรณีหนึ่ง ๆ บุคคลจะใช้เสรีภาพในศิลปะได้มากน้อยแค่ไหนก็ต้องดูว่ามีหลักการอะไรที่ได้รับการคุ้มครองมากกว่าหรือไม่นั่นเอง

<sup>56</sup> ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.97-99.

<sup>57</sup> Robert Alexy, "Constitutional right and Proportionality," *Revus*, Retrieved on March 30, 2019, from <http://journals.openedition.org/revus/2783>.

<sup>58</sup> ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.102.

### 2.1.2.3 สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ

#### (1) ข้อความคิดเกี่ยวกับคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ

“คุณค่า” คือ ทศนคติขั้นพื้นฐานที่เกิดขึ้นจากความเชื่อในความถูกต้องและอารมณ์ความรู้สึกร่วมกันของมนุษย์ในสังคม<sup>59</sup> คุณค่าและกฎหมายก็มีความสัมพันธ์กันในแง่ที่คุณค่าเป็นรากฐานของกฎหมาย และเป็นสิ่งที่กำกับการตีความกฎหมาย<sup>60</sup> อย่างในกรณีของรัฐธรรมนูญตัวคุณค่าจะเป็นข้อเรียกร้องให้มีการใช้การตีความรัฐธรรมนูญอย่างเหมาะสม หากว่าการใช้รัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามคุณค่าที่วางไว้ ก็อาจจะนำมาสู่การใช้การตีความที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้<sup>61</sup>

สำหรับคุณค่าทางรัฐธรรมนูญเราอาจจะพิจารณาได้จากการก่อตั้งรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ ผู้ร่างจะร่างรัฐธรรมนูญจากกรอบเนื้อหาที่ถูกกำหนดเอาไว้<sup>62</sup> โดยกรอบเนื้อหา มักจะเป็นเรื่องเป้าประสงค์ของรัฐธรรมนูญ หลักการที่รัฐต้องยึดถือ และผลจากประสบการณ์ทางการเมืองที่ผ่านมา ตัวอย่างเช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ผ่านประสบการณ์อันเลวร้ายจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในสมัยฮิตเลอร์ กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญก็จะให้ความสำคัญในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือกรณีของประเทศแอฟริกาใต้ที่ในอดีตมีกฎหมายแบ่งแยกสีผิว ซึ่งได้สร้างความไม่เป็นธรรมจนก่อให้เกิดความขัดแย้งที่รุนแรง ในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงได้กำหนดหลักการที่ต้องมีในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเอาไว้ 34 ข้อ เช่น การแบ่งแยกอำนาจ การรับรองสิทธิเสรีภาพ การเคารพความหลากหลายของภาษาและวัฒนธรรม เป็นต้น<sup>63</sup> ซึ่งหลักการเหล่านี้ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ<sup>64</sup>

<sup>59</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.111.

<sup>60</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.114.

<sup>61</sup> Francois Venter, “Utilizing constitutional values in constitutional comparison,” Retrieved on April 14, 2019, from <https://www.ajol.info/index.php/pelj/article/viewFile/43492/27027>, pp.6-7.

<sup>62</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, รัฐธรรมนูญ ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนา และการเปลี่ยนผ่าน, (นนทบุรี : ฟ้าเดียวกัน, 2559), น.62.

<sup>63</sup> *เพ็งอ้าง*, น.65.

<sup>64</sup> The constitution of the Republic of South Africa, 1996

1. The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:

## (2) ความสัมพันธ์ระหว่างคุณค่าทางรัฐธรรมนูญกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ประสบการณ์อันเลวร้ายของประเทศเยอรมนีได้ให้บทเรียนสำคัญประการหนึ่งว่า รัฐธรรมนูญที่ปราศจากการกำกับโดยคุณค่าย่อมนำมาสู่การใช้การตีความที่ผิด<sup>65</sup> โดยเหตุการณ์ดังกล่าวได้นำมาสู่การยกระดับความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้มีคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ<sup>66</sup> ทั้งนี้ คุณค่าดังกล่าวไม่ได้มีเฉพาะแต่ในรัฐธรรมนูญเยอรมันเท่านั้น แต่ยังเป็นคุณค่าพื้นฐานสากลที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญหลายประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา แอฟริกาใต้ อิสราเอล เป็นต้น ความสัมพันธ์ระหว่างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิขั้นพื้นฐานมีความเหมือนกันตรงที่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะเป็นเป้าประสงค์ หรือสิ่งที่กำกับการใช้การตีความสิทธิขั้นพื้นฐานเสมอ<sup>67</sup>

การที่กำหนดให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีคุณค่าสูงสุดทางรัฐธรรมนูญเป็นการวางรากฐานสำหรับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพราะว่าการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญนั้นมาจากการยอมรับและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ บุคคลมีอิสระในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเองโดยการกระทำของรัฐทั้งหลายจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับ

(a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.

(b) Non-racialism and non-sexism.

(c) Supremacy of the constitution and the rule of law.

(d) Universal adult suffrage, a national common voter roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness.

<sup>65</sup> Hiroshi Nishihara, “The significance of constitutional values,” Retrieved on April 14, 2019, from <http://www.puk.ac.za/opencms/export/PUK/html/fakulteite/regte/per/issues/01v1nisi.pdf>, p.2.

<sup>66</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น.93.

<sup>67</sup> Aharon Barak, “Human dignity: constitutional value and constitutional right,” Retrieved on April 15, 2019, from <http://weblaw.haifa.ac.il/en/JudgesAcademy/workshop1/Documents/Barak%20-%20Human%20Dignity.docx>, p.3.

คุณค่าสูงสุดดังกล่าว<sup>68</sup> ดังนั้น บทบัญญัติเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานจึงมีฐานะเป็นระบบแห่งคุณค่าของรัฐธรรมนูญ (Order of values) ซึ่งเป็นการเพิ่มมิติของสิทธิขั้นพื้นฐาน จากเดิมที่เป็นบทบัญญัติในการใช้อำนาจยับยั้งต่อรัฐเพื่อไม่ให้รัฐกระทำการแทรกแซง (Negative) แต่มีตีความเป็นคุณค่าของการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานได้เพิ่มผลบังคับโดยเป็นตัวกำกับกับการใช้การตีความในการทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานสามารถบรรลุเป้าหมายตามรัฐธรรมนูญและสามารถคุ้มครองปัจเจกบุคคลทั้งหลายอย่างเป็นรูปธรรมด้วย<sup>69</sup>

ระบบแห่งคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานมีความหมายอยู่ 2 รูปแบบ รูปแบบแรกคือ ระบบคุณค่าเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นคุณค่าที่ได้รับรองไว้ในบทบัญญัติต่าง ๆ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น นอกจากจะเป็นสิทธิป้องกันของปัจเจกบุคคลแล้ว ในด้านที่เป็นคุณค่ามันยังทำหน้าที่เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ในสังคมประชาธิปไตยด้วย หรือกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นสิทธิป้องกันที่มีผลผูกพันรัฐไม่ให้กระทำการกระทบสิทธิดังกล่าว แต่ในด้านที่เป็นคุณค่ารัฐยังมีหน้าที่ในการคุ้มครองหรือให้การสนับสนุนเพื่อให้สิทธิเช่นว่านั้นมีผลใช้ได้จริงอีกด้วย ส่วนรูปแบบที่สอง คือ ระบบคุณค่าพื้นฐานองค์รวมที่รัฐจะต้องรักษาซึ่งหมายถึงประโยชน์สาธารณะ โดยจะต่างจากรูปแบบแรกตรงที่ระบบคุณค่าพื้นฐานที่เป็นองค์รวมนั้นไม่ได้พิจารณาสิทธิของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งเป็นการเฉพาะ ยกตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชน ในมิติแรกย่อมเป็นสิทธิเรียกร้องส่วนบุคคล ส่วนมิติด้านที่เป็นคุณค่าพื้นฐานองค์รวมนั้น รัฐมีหน้าที่กระทำการทั้งหลายให้เสรีภาพสื่อมวลชนมีผลได้จริงเพื่อเป็นการส่งเสริมระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย<sup>70</sup> เนื่องจากการรับรองเสรีภาพดังกล่าวย่อมเป็นประโยชน์ต่อสังคมในแง่ที่ทำให้ประชาชนทราบข้อเท็จจริงต่าง ๆ โดยเฉพาะในช่วงเวลาที่ประชาชนจะต้องใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง

จึงสรุปได้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานมีการรับรองอยู่สองด้าน ในด้านแรกสิทธิขั้นพื้นฐานทำหน้าที่ในการใช้อำนาจยับยั้งต่อรัฐ ส่วนอีกด้านหนึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นคุณค่าทางรัฐธรรมนูญที่เป็นเช่นนี้เพราะสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้เป็นข้อความคิดที่เกิดขึ้นเองโดยปราศจากแหล่งที่มา การก่อร่างสร้างตัวของสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญต่างมาจากความคิดที่เคารพในคุณค่าความเป็นมนุษย์ และกำเนิดขึ้นได้ก็ด้วยการปกครองที่เอื้ออำนวยอย่างระบอบประชาธิปไตย คุณค่าเหล่านี้จึงเป็นรากฐานของสิทธิขั้นพื้นฐาน ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีหน้าที่ต้องคุ้มครองและสนับสนุนให้สิทธิขั้นพื้นฐานสามารถใช้อำนาจได้จริง และในการใช้การตีความรัฐธรรมนูญรัฐก็ต้องตีความเพื่อส่งเสริมคุณค่าเหล่านั้นด้วย

<sup>68</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 66*, น.93.

<sup>69</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.120.

<sup>70</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.121.

### 2.1.3 ภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐาน

ภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐานจะเป็นการกล่าวถึงลักษณะการทำงานของสิทธิขั้นพื้นฐาน เพราะการทำความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่จะทำให้เรารู้ว่ารัฐมีหน้าที่ประการใดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานบ้าง โดยในหัวข้อนี้จะแบ่งภารกิจออกเป็นสองประการ คือ ภารกิจดั้งเดิม และภารกิจในทางทฤษฎี

#### 2.1.3.1 ภารกิจดั้งเดิมของสิทธิขั้นพื้นฐาน

การจำแนกภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวทางนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันที่ชื่อว่า George Jellinek ที่ใช้ความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐในการแบ่งแยกลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐานออกเป็น 3 ลักษณะคือ สิทธิในเชิงป้องกัน (Status negativus) สิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการ (Status positivus) และ สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง (Status activus) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้<sup>71</sup>

##### (1) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในเชิงป้องกัน (Status negativus/ Defensive right)

ในสถานะที่ไม่ว่าจะมีรัฐหรือไม่ก็ตาม มนุษย์ย่อมมีเสรีภาพและมีอิสระในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเองได้ตามใจปรารถนา<sup>72</sup> การที่รัฐถือกำเนิดขึ้นภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีวัตถุประสงค์คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ส่งผลให้มีการบรรจุเรื่องดังกล่าวลงในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงแดนอิสระของปัจเจกบุคคล ดังนั้น ภารกิจดั้งเดิมของสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงเป็นการป้องกันและใช้ยื่นต่ออำนาจรัฐ

สิทธิขั้นพื้นฐานส่วนใหญ่ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญมักจะเป็นสิทธิป้องกัน โดยสังเกตได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เขียนถึงการรับรองสิทธิและเงื่อนไขการก้าวล่วงสิทธิเอาไว้ หมายความว่า โดยหลักแล้วรัฐจะต้องให้การเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน หากรัฐจะดำเนินการใดที่เป็นการกระทบต่อสิทธิก็จะต้องทำตามเงื่อนไขที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ<sup>73</sup>

<sup>71</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.50.

<sup>72</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.50.

<sup>73</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.391.

## (2) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการ (Status positivus/ Positive right)

ข้อความคิดที่ว่ารัฐเกิดขึ้นจากการรวมตัวของมนุษย์ เพื่อสนองความต้องการร่วมกัน<sup>74</sup> ได้แสดงให้เห็นว่ารัฐไม่ได้มีชีวิตเป็นของตนเอง แต่มีวัตถุประสงค์ในการดำรงอยู่เพื่อประชาชนภายในรัฐ การที่รัฐทำหน้าที่เคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานจึงยังไม่เพียงพอต่อการบรรลุเป้าหมายดังกล่าว รัฐจะต้องดำเนินการบางอย่างเพื่อคุ้มครองและสนับสนุนในการใช้สิทธิของปัจเจกบุคคลด้วย ยกตัวอย่างเช่น บุคคลจะไม่ได้รับการคุ้มครองในสิทธิขั้นพื้นฐานเลย หากรัฐไม่กำหนดให้มีสิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาล หรือการก่อตั้งสิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย แต่ถ้าวินิจฉัยว่ามีโรงพยาบาล บุคลากรทางการแพทย์ หรือยารักษาโรคที่เพียงพอ สิทธิดังกล่าวก็ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้จริง เป็นต้น

สิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการ เป็นสิทธิที่รัฐก่อตั้งให้แก่ประชาชน โดยปัจเจกบุคคลมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการในลักษณะที่เป็นประโยชน์แก่ตน ซึ่งประโยชน์ที่ว่านี้สามารถแบ่งออกเป็นสองประเภท คือ (1) ประโยชน์ที่เป็นเงินหรือสามารถคำนวณเป็นเงินได้ และ (2) การให้ประโยชน์อย่างอื่นที่มีใช้ตัวเงิน<sup>75</sup> แม้ว่าภารกิจสิทธิขั้นพื้นฐานในลักษณะนี้จะเป็นสิ่งที่จำเป็น แต่ก็ต้องยอมรับว่าเป็นภาระทางงบประมาณของรัฐเป็นอย่างมาก<sup>76</sup> ประกอบกับไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานใดที่ไม่มีขอบจำกัด ดังนั้น ในทางวิชาการจึงเห็นว่าปัจเจกบุคคลไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐดำเนินการได้อย่างไร้ขอบเขต แต่มีสิทธิเรียกร้องได้เฉพาะสิ่งที่รัฐจัดไว้อยู่แล้วเท่านั้น โดยรัฐมีหน้าที่เพียงดำเนินการอย่างเสมอภาค และสร้างกระบวนการที่เป็นธรรมในการจัดสรรประโยชน์ให้แก่เอกชน<sup>77</sup>

## (3) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง (Status activus)

ความมุ่งหมายของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็คือ ความต้องการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครอง รัฐจึงต้องรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนในฐานะ

<sup>74</sup> หยุต แสงอุทัย, วิชาการเมือง เล่ม 1, อ่างไว้โน, สมยศ เชื้อไทย, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*, น.136.

<sup>75</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น.391.

<sup>76</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 66*, น.59.

<sup>77</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.54.



พลเมืองของรัฐ เพื่อให้บุคคลมีสิทธิทางการเมืองด้วย ตัวอย่างของสิทธิในกลุ่มนี้ เช่น สิทธิเลือกตั้งและลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการเข้ารับราชการ สิทธิในการยื่นคำร้องทุกข์ เป็นต้น

ในการมีส่วนร่วมทางการเมืองนั้น อาจไม่ได้กล่าวถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในประเภทที่กล่าวไปข้างต้นเท่านั้น เพราะหากได้พิจารณาแล้วก็จะเห็นว่า สิทธิที่ทำหน้าที่เป็นสิทธิป้องกัน (Status negativus) อย่างเช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ก็เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการปกครองประชาธิปไตยเหมือนกัน ดังนั้น ในการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานนี้จึงไม่ควรจำกัดเฉพาะการห้ามรัฐล่วงละเมิดสิทธิเท่านั้น แต่ต้องกระทำการในลักษณะที่ส่งเสริมระบอบการปกครองด้วย<sup>78</sup>

#### (4) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นหลักประกันสถาบันทางกฎหมาย

จากภารกิจที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นนั้น จะเห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีความเกี่ยวข้องโดยตรงต่อบุคคลผู้ทรงสิทธิตามที่ Jellinek ได้มีการแบ่งแยกเอาไว้สามลักษณะ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานก็จะพบว่ารัฐธรรมนูญยังให้ความสำคัญคุ้มครองกับสิทธิโดยรวม (Collective rights) ที่ไม่ยึดโยงกับบุคคล หรือที่รู้จักกันในทางวิชาการว่า “สถาบันทางกฎหมาย” ด้วย<sup>79</sup>

สถาบันทางกฎหมาย คือ สิ่งที่ถูกกฎหมายก่อตั้งขึ้น<sup>80</sup> โดยสถาบันทางกฎหมายที่ปรากฏในบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญมีความประสงค์จะให้ความสำคัญคุ้มครองเป็นพิเศษ<sup>81</sup> ซึ่งคาร์ล ชมิทท์ (Carl Schmitt) มองว่า หลักประกันสถาบันทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญ (Constitutional safeguard) โดยได้แบ่งการประกันออกเป็น 2 ประเภท<sup>82</sup> ได้แก่ การประกันสถาบันทางกฎหมายเอกชน (Institutsgarantie/Guarantee of Institution) เช่น ทรัพย์สินของเอกชนและมรดก การสมรสและครอบครัว เป็นต้น และการประกันสถาบันทางกฎหมาย

<sup>78</sup> ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.55-56.

<sup>79</sup> Donald P. Kommer, “Germany: Balancing Rights and Duties,” in *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, edited by Jeffrey Goldsworthy, (Oxford: Oxford university, 2006), p.171.

<sup>80</sup> ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.56.

<sup>81</sup> Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, translated and edited by Jeffrey Seitzer, (Durham and London: Duke University, 2008), p.208.

<sup>82</sup> Mariano Croce and Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, (Oxon : Routledge, 2013), p.26.

มหาชน (Institutionelle Garantie/Institutional Guarantee) เช่น ระบบราชการ สื่อสารมวลชน เป็นต้น

ผลของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ให้การคุ้มครองสถาบันทางกฎหมายก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการงดเว้นการกระทำโดยเฉพาะการตรากฎหมายที่เป็นการทำลายหรือยกเลิกสถาบันดังกล่าว เช่น รัฐดำเนินงานโดยอาศัยบุคคลธรรมดาที่เรียกว่า “ข้าราชการ” หรือ “ข้าราชการ” ระบบราชการจึงมีความจำเป็นในการบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่อง การคุ้มครองระบบราชการ (สถาบันทางกฎหมาย) ตามรัฐธรรมนูญ จึงมุ่งคุ้มครองให้ระบบต้องดำรงอยู่ได้เพื่อเหตุผลดังกล่าว ไม่ใช่การคุ้มครองข้าราชการคนใดคนหนึ่ง ดังนั้น การตรากฎหมายที่เป็นการทำลายแก่นของระบบราชการ จึงเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>83</sup>

### 2.1.3.2 ภารกิจในทางภาววิสัย

ภารกิจหน้าที่ของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นภาววิสัยเกิดจากการสร้างขึ้นโดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน<sup>84</sup>ที่ยืนยันว่าสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้ทำหน้าที่เป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลที่มีต่อรัฐเท่านั้น แต่ยังมีภารกิจหน้าที่บางประการที่จะต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีผลใช้บังคับได้จริงด้วย

#### (1) สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นเกณฑ์กำกับการใช้อำนาจรัฐ

ในมุมมองที่เป็นภาววิสัย สิทธิขั้นพื้นฐานมีการทำงานอยู่เสมอไม่ว่าจะมีการเรียกร้องจากปัจเจกบุคคลหรือไม่ก็ตาม<sup>85</sup> ที่เป็นเช่นนี้เพราะว่ารัฐมีชีวิตเพื่อดำเนินการต่าง ๆ โดยมีประชาชนเป็นศูนย์กลาง ดังนั้น ในการใช้อำนาจจึงต้องอยู่ภายใต้กรอบของสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรก็จะมีลักษณะการถูกกำกับการใช้อำนาจที่ต่างออกไป ซึ่งหากพิจารณาหน้าที่องค์กรตามหลักการแบ่งแยกอำนาจก็สามารถอธิบายโดยยกตัวอย่างได้ดังนี้

องค์กรนิติบัญญัติจะถูกกำกับโดยสิทธิขั้นพื้นฐานในสองลักษณะคือ ประการแรก การตรากฎหมายจำกัดสิทธิจะกระทำได้เฉพาะเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น และต้องไม่กระทบต่อแก่นซึ่งเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน ประการที่สอง องค์กรนิติบัญญัติมีหน้าที่เชิงริเริ่มในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย เช่น กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน ที่รัฐจะต้องให้การคุ้มครองลูกจ้างผู้มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่า

<sup>83</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.57-58.

<sup>84</sup> คดี Lüth (BVerfGE 7, 198 ff.)

<sup>85</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.59.

อำนาจต่อมาคืออำนาจบริหารหรือฝ่ายปกครอง การใช้อำนาจขององค์กรนี้ จะมีความใกล้ชิดกับประชาชนมากที่สุด เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่โดยตรงต่อการจัดทำ บริการสาธารณะซึ่งเป็นการทำงานในเชิงรุก ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจกระทบ สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้โดยง่าย จึงมีหลักการที่ยึดถือทั่วไปว่าการกระทำทางปกครอง ต้องมีกฎหมายให้อำนาจนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ภาระงานของฝ่ายปกครองมีความเป็นพลวัตสูง กฎหมายที่ระบุอำนาจหน้าที่อย่างชัดเจนจึงไม่อาจเพียงพอต่อการตอบสนองความต้องการ ของสาธารณะได้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมอบอำนาจในการใช้ดุลพินิจลงไปในกฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง เพื่อสร้างความยืดหยุ่นในการทำงาน<sup>86</sup> เช่น การมีดุลพินิจเลือกผลทางกฎหมาย การมีดุลพินิจวินิจฉัย ตีความกฎหมายผ่านถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน การใช้ดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการประเมินคุณค่า เป็นต้น แม้ว่าจะเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้ดุลพินิจอย่างไรก็ได้ ตรงส่วนนี้เองที่สิทธิขั้นพื้นฐานจะเข้ามามีบทบาทกำกับกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง<sup>87</sup>

ส่วนองค์กรตุลาการนั้น ภารกิจในทางทฤษฎีได้เรียกร้องให้ศาล ต้องตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย<sup>88</sup> แม้ว่าจะเป็นการศึกษาตีความระหว่าง เอกชนก็ตาม เพราะว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นคุณค่าทางรัฐธรรมนูญที่เรียกร้องให้มีผลบังคับในทุก พรหมแดนของกฎหมาย อีกทั้งมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องมี เอกภาพเป็นไปในทางเดียวกันทั้งระบบ

## (2) หน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครอง

ในความคิดดั้งเดิมสิทธิขั้นพื้นฐานก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการงดเว้น การกระทำที่เป็นการกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชน แต่เนื่องจากสิทธิขั้นพื้นฐานมีฐานะเป็นระบบแห่ง คุณค่าที่รัฐจะต้องยึดถือเป็นเป้าหมายสำคัญ ดังนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานจึงเรียกร้องให้รัฐดำเนินการ บางประการในเชิงริเริ่มเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย เช่น รัฐจะต้องดำเนินการในการคุ้มครอง ประชาชนจากภัยพิบัติ หรือการก่อการร้าย เป็นต้น<sup>89</sup> นอกจากนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานยังก่อให้เกิดหน้าที่

<sup>86</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.120.

<sup>87</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554), น.89-91.

<sup>88</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.393.

<sup>89</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.65.

แก่รัฐในการคุ้มครองสิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนด้วย กล่าวคือ รัฐจะต้องส่งเสริม สนับสนุน หรือให้การช่วยเหลือ เพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้<sup>90</sup>

#### 2.1.4 ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐาน

การศึกษาเรื่องผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการมุ่งพิจารณาว่า ผู้ใดมีหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานบ้าง ซึ่งเราพอจะทราบจากการศึกษาในแง่มุมอื่นมาแล้วว่า สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นอำนาจที่ปัจเจกบุคคลใช้ยื่นต่อรัฐ จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่ารัฐมีความผูกพันหรือมีหน้าที่โดยตรงต่อการเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น อย่างไรก็ตาม หวัหวัชข้อนี้จะทำหน้าที่อธิบายเพิ่มเติมว่า องค์การของรัฐแต่ละองค์การมีลักษณะความผูกพันอย่างไรบ้าง และนอกจากความสัมพันธ์ดังกล่าวแล้ว ยังจะได้อภิปรายกันต่อในประเด็นที่น่าสนใจว่า สิทธิขั้นพื้นฐานสามารถเข้าไปมีบทบาทในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเองได้หรือไม่อีกด้วย

##### 2.1.4.1 ความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อองค์กรของรัฐ (Vertikale Wirkung der Grundrechte/Vertical effect of fundamental rights)

การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญเป็นการให้หลักประกันแก่เอกชนว่ารัฐจะไม่ใช้อำนาจไปในทางที่จะกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ในบางครั้งการรับรองเพียงอย่างเดียวโดยไม่ได้ระบุชัดเจนว่าองค์กรของรัฐมีความผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างไรบ้าง ก็อาจจะทำให้เกิดปัญหาการตีความซึ่งรัฐก็มีแนวโน้มตีความไปในทางที่ไม่เกิดผลผูกพันแก่ตนเองอย่างในกรณีของรัฐธรรมนูญไวมาร์<sup>91</sup> ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญบางประเทศจึงกำหนดอย่างชัดเจนว่า องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น กฎหมายพื้นฐาน<sup>92</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550<sup>93</sup> เป็นต้น

<sup>90</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.66-67.

<sup>91</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง รัฐธรรมนูญไวมาร์,” (คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.45.

<sup>92</sup> กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1(3) สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญนี้ ย่อมเป็นกฎหมายที่มีผลผูกพันโดยตรงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ

<sup>93</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550  
มาตรา 27 มีใจความเหมือนกันว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และ การตีความกฎหมายทั้งปวง

ความผูกพันระหว่างเอกชนและองค์กรของรัฐตามบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐาน มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ในแนวตั้ง กล่าวคือ รัฐและเอกชนมีอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น รัฐผู้อยู่ในฐานะที่มีอำนาจเหนือกว่าจึงต้องจำกัดอำนาจตนเองลงเพื่อผูกพันอยู่กับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากรัฐประกอบด้วยหลายองค์กรที่ทำหน้าที่ต่างกัน เราจึงมีความจำเป็นต้องรู้ว่าแต่ละองค์กรนั้นมีความผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างไรบ้าง เพราะหากเกิดการกระทำที่ไม่เคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว ก็จะทำให้รัฐต้องดำเนินการร้องทุกข์กับใครตามกลไกของรัฐธรรมนูญ

### (1) ความผูกพันต่อองค์กรนิติบัญญัติ

เนื่องจากการปกครองโดยนิติรัฐเป็นการปกครองโดยกฎหมาย รัฐที่ยึดถือในการปกครองดังกล่าวจึงถูกจำกัดอำนาจลงภายใต้กฎหมายของตนเอง ถึงแม้ว่ารัฐจะเป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายแต่รัฐก็ไม่สามารถกระทำได้อย่างอำเภอใจ เพราะกฎหมายที่รัฐตราขึ้นจะต้องตกอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดด้วย สำหรับองค์กรของรัฐผู้มีหน้าที่ในการตรากฎหมายก็คือองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาซึ่งมาจากการเลือกสรรของประชาชนนั่นเอง อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญอาจจะกำหนดให้องค์กรอื่นสามารถทำหน้าที่ในการตรากฎหมายได้ เช่น การออกพระราชกำหนดโดยองค์กรบริหาร เป็นต้น ดังนั้น จึงขออธิบายโดยแยกพิจารณาเป็นการตรากฎหมายในกรณีปกติและในกรณีพิเศษ ดังนี้

#### (1.1) การตรากฎหมายในกรณีปกติ

ในกรณีปกติ รัฐสภาจะเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ ซึ่งกฎหมายนั้นอาจจะมีทั้งที่จำกัดสิทธิโดยตรงและไม่ได้จำกัดสิทธิอย่างกฎหมายงบประมาณ เป็นต้น แต่ไม่ว่ากฎหมายที่ออกมานั้นจะมีลักษณะอย่างไร องค์กรนิติบัญญัติก็ยังมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานเสมอ<sup>94</sup> ส่วนการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องผูกพันกับสิทธิขั้นพื้นฐานดังนี้

(ก) การตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน จะทำได้เฉพาะในกรณีที่เขาเงื่อนไขตามบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ

(ข) นอกจากทำตามเงื่อนไขเฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในแต่ละมาตราแล้ว การตรากฎหมายจะต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขทั่วไปที่รัฐธรรมนูญกำหนดด้วย เช่น กฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องได้สัดส่วน กฎหมายต้องมีเนื้อหาเป็นการทั่วไปไม่มุ่งใช้กับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็น

<sup>94</sup> Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II, Grundrechte, S.98., อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 2, น.164.

การเฉพาะ<sup>95</sup> กฎหมายต้องระบุแหล่งที่มาของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เป็นต้น

(ค) สุดท้ายเป็นการตรวจสอบเนื้อหาของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานว่า กฎหมายนั้นกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิหรือไม่<sup>96</sup> โดยการตรวจสอบแก่นที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิ จำเป็นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปโดยอาศัยการชั่งน้ำหนัก ไม่สามารถกำหนดสาระสำคัญที่เป็น การทั่วไปได้<sup>97</sup> อย่างไรก็ตาม มีแนวคิดที่พยายามนำศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาเป็นสาระสำคัญของ สิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>98</sup> แต่สำหรับรัฐธรรมนูญไทยในอดีตที่มีการบัญญัติแยกมาตราระหว่างการใช้อำนาจรัฐ ที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>99</sup> และการจำกัดสิทธิต้องไม่กระทบต่อแก่นสาระสำคัญของสิทธิ ย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่ต่างกัน กล่าวคือ แก่นของสิทธิย่อมหมายถึงสาระสำคัญของ สิทธิเฉพาะเรื่อง ในขณะที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องทั่วไปที่ครอบคลุมทุกสิทธิ<sup>100</sup> ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงไม่ใช่สาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานตามความหมายของมาตรา 26 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

<sup>95</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรค 2

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

<sup>96</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดย อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่ กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

<sup>97</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 30, น.189, (มิถุนายน 2543).

<sup>98</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66, น.267.

<sup>99</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26

<sup>100</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 97, อ้างในเชิงอรรถที่ 8, น.190.

## (1.2) การตรากฎหมายในกรณีพิเศษ

### (ก) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้ว ความผูกพันขององค์กรของรัฐต่อสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมหมายถึง ความผูกพันในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมาย รัฐสภาในฐานะองค์กรนิติบัญญัติจึงมีความผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในการใช้อำนาจตรากฎหมายปกติ แต่เมื่อใดก็ตามที่รัฐสภาใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐสภาจะเป็นผู้ทรงอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวแตกต่างออกไปจากการตรากฎหมายธรรมดา โดยหลักแล้วรัฐสภาจึงสามารถแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานได้<sup>101</sup>

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญอาจจะมี “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Eternity clause) ขึ้นมาเพื่อเป็นกลไกป้องกันการล้มล้างรัฐธรรมนูญ โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะกำหนดเนื้อหาหรือหลักการบางส่วนในรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้<sup>102</sup> ซึ่งข้อจำกัดทางเนื้อหาทั่วไปสำหรับรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยนั้น ก็มักจะกำหนดหลักการที่ห้ามแก้ไขโดยสอดคล้องกับระบอบการปกครอง เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักสิทธิมนุษยชน เป็นต้น<sup>103</sup> ด้วยเหตุนี้ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐสภายังต้องผูกพันอยู่กับสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ด้วย

### (ข) การตรากฎหมายโดยองค์กรบริหาร

เนื่องจากการบริหารงานขององค์กรบริหารต้องการความต่อเนื่องและรวดเร็ว ซึ่งหากต้องรอการพิจารณากฎหมายจากรัฐสภาก็จะไม่ทันต่อสถานการณ์โดยเฉพาะเมื่อมีเหตุฉุกเฉิน ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้องค์กรบริหารสามารถตรากฎหมายที่เรียกกันว่า “พระราชกำหนด” ได้ตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ ในการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นการใช้

<sup>101</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลผูกพันสิทธิทางรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 42, น.980, (ธันวาคม 2556).

<sup>102</sup> ปูนเทพ ศิริบุษย์, “รายงานการวิจัยเรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial review of Constitutional Amendments),” สืบค้นเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2562, จาก [https://www.academia.edu/7306622/รายงานการวิจัย\\_การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ](https://www.academia.edu/7306622/รายงานการวิจัย_การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ), น.15-16.

<sup>103</sup> ณัฐปภัค ลาซโรจน์, “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.121.

อำนาจนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ ดังนั้น นอกจากจะต้องทำตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว องค์กรบริหารยังต้องตราพระราชกำหนดโดยเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาคือ หากองค์กรนิติบัญญัติไม่เคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว องค์กรดังกล่าวจะถูกตรวจสอบอย่างไร ซึ่งการตรวจสอบจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อองค์กรนิติบัญญัติไม่ได้ทำหน้าที่ของตนเอง โดยหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นสามารถสรุปได้สองลักษณะ คือ (1) หน้าที่ไม่ตรากฎหมายก้ำกึ่งหรือขัดแย้งต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน และ (2) หน้าที่ที่จะต้องตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>104</sup> หรือการทำให้สภาพการณ์ในทางกฎหมายสอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>105</sup> ดังนั้น หากองค์กรนิติบัญญัติฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวก็อาจจะถูกตรวจสอบทางรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ องค์กรที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบก็จะมี ความแตกต่างตามวัฒนธรรมการเมืองหรือประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศ เช่น รัฐสภาในประเทศอังกฤษจะทำหน้าที่ตรวจสอบว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับ Common Law หรือไม่ ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาก็จะให้ศาลเป็นองค์กรในการตรวจสอบกฎหมายของสภา ในขณะที่ประเทศเยอรมนีและประเทศไทยได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ<sup>106</sup>

## (2) ความผูกพันต่อองค์กรบริหาร

องค์กรบริหารหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้ทำหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายปกครองมีการทำงานในหลายรูปแบบด้วยกัน คือ

- 1) ฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจปกครอง
- 2) ฝ่ายปกครองที่ดำเนินการตามกฎหมายเอกชน<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Micheal Gerhardt, Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's Case-Law, Report by the Federal Constitutional Court for the XIVth Congress of European Constitutional Courts 2008, Retrived on 4 August 2020, from [https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Germany\\_en.pdf](https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Germany_en.pdf), pp.3,6.

<sup>105</sup> W. Höfling, Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, JA 1995, S.435, อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.980.

<sup>106</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, “ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 43, น.102-103, (มีนาคม 2557).

<sup>107</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.983.



2.1) กรณีที่ฝ่ายปกครองจัดซื้ออุปกรณ์ที่จำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ เช่น  
ซื้อเครื่องใช้สำนักงาน

2.2) กรณีที่ฝ่ายปกครองประกอบธุรกิจหรือถือหุ้นของนิติบุคคลเอกชน

2.3) กรณีที่ฝ่ายปกครองประกอบธุรกิจที่เป็นบริการสาธารณะ เช่น  
ดำเนินการผลิตน้ำประปา หรือไฟฟ้า เป็นต้น

3) เอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการ  
สาธารณะ เช่น มหาวิทยาลัยเอกชน

4) ฝ่ายปกครองในความสัมพันธ์พิเศษ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้คุม  
และนักโทษ ความสัมพันธ์ในโรงเรียนระหว่างครูและนักเรียน<sup>108</sup>

ความผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานขององค์กรฝ่ายปกครองจะเป็นความ  
ผูกพันในลักษณะการมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำนั้น ทั้งนี้ หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจปกครอง  
ที่มีลักษณะเหนือกว่าเอกชน อย่างกรณี 1) และ 4) ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่าฝ่ายปกครองต้องทำตาม  
กฎหมาย และต้องเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย<sup>109</sup>

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าหากฝ่ายปกครองลดสถานะของ  
ตนเองไปกระทำการในแดนกฎหมายเอกชนตาม 2) ฝ่ายปกครองยังต้องผูกพันอยู่กับสิทธิขั้นพื้นฐาน  
ด้วยหรือไม่ เพราะการเข้าไปมีนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน บุคคลย่อมมีอิสระในการแสดงเจตนาที่  
จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างไรก็ได้ภายใต้กฎหมายเอกชน ถึงแม้ว่าหลักในทางกฎหมายเอกชน  
จะเป็นเช่นนั้น แต่หากพิจารณาความสามารถของฝ่ายปกครองแล้วก็จะพบว่า กฎหมายเป็นแหล่งที่มา  
ของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ลักษณะของการเข้าไปมีนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนของ  
ฝ่ายปกครองจึงมาจากอำนาจที่กฎหมายมอบไว้ให้ ไม่ได้เกิดจากความมีอิสระในการแสดงเจตนาที่  
เหมือนกับเอกชนทั่วไป ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถลงไปในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวได้เลยหากไม่มีกฎหมาย  
ให้อำนาจไว้ กรณีนี้จึงเห็นว่าฝ่ายปกครองยังคงต้องผูกพันกับสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่เช่นเดิม<sup>110</sup>

สำหรับการมอบอำนาจปกครองให้แก่เอกชนในการดำเนินบริการ  
สาธารณะแทนตาม 3) นั้น ต้องถือว่าเอกชนผู้ดำเนินการเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา<sup>111</sup> เมื่อเป็น  
เช่นนั้น การดำเนินการของเอกชนก็ยังคงเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย<sup>112</sup>

<sup>108</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 101*, น.981.

<sup>109</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.164-165.

<sup>110</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 101*, น.983-984.

<sup>111</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 87*, น.10.

### (3) ความผูกพันต่อองค์กรตุลาการ

องค์กรตุลาการเป็นผู้มีหน้าที่ในการตีความกฎหมาย โดยความผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานขององค์กรตุลาการจะมี 2 กรณี ดังนี้

กรณีแรก คือ ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักวิธีพิจารณาความ เช่น หลักการฟังความสองฝ่าย หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย หลักการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม เป็นต้น ถึงแม้ว่าจะเป็นความผูกพันที่มาจากกฎหมายวิธีสบัญญัติ แต่เมื่อสืบสาวจนถึงที่สุดแล้วก็จะพบว่าหลักการเหล่านี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสิ้น ตัวอย่างเช่น หลักฟังความสองฝ่ายที่มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันว่าคุณความทุกฝ่ายจะได้นำเสนอหรือโต้แย้งพยานหลักฐานในคดี โดยหลักการดังกล่าวเป็นผลจากการที่รัฐให้ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มองว่าปัจเจกบุคคลไม่ใช่วัตถุของคำพิพากษาของรัฐอีกต่อไป หากแต่เป็นผู้ทรงสิทธิที่จะดำเนินการและมีส่วนร่วมต่าง ๆ ในการพิจารณาคดี<sup>113</sup>

กรณีที่สองเป็นหน้าที่ในทางเนื้อหา กล่าวคือ เมื่อผู้พิพากษาต้องปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในคดี ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องใช้และตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะเมื่อกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีมีบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไป<sup>114</sup> เช่น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นถ้อยคำที่เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาได้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดี ผู้พิพากษาก็ต้องนำสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาพิจารณาด้วยเสมอ

#### 2.1.4.2 ความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อเอกชน (Drittwirkung /The Third-party effect of fundamental rights, Horizontal effect of fundamental rights)

เนื่องจากความสัมพันธ์ของบุคคลตามกฎหมายเอกชนมีสถานะที่เท่าเทียมกัน ความสัมพันธ์ดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นแนวระนาบ โดยทั่วไปแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานจึงไม่ได้เข้าไปมีบทบาทโดยตรง เพราะกฎหมายเอกชนยึดถือหลักในเรื่องเดียวกันและสามารถจัดการหรือแก้ไขปัญหานั้นได้เองอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม สภาวะความเป็นจริงนั้น ในบางกรณีเอกชนไม่ได้มีความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกันอย่างแท้จริง และเอกชนก็เป็นผู้กระทำละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานได้

<sup>112</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.982.

<sup>113</sup> วรณชัย บุญบำรุง, “เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับหลักสิทธิมนุษยชน,” (กรุงเทพมหานคร : วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), น.3, สืบค้นเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 2562, จาก [http://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=8822](http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=8822)

<sup>114</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.165-166.

เช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ แนวความคิดที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีความผูกพันเฉพาะรัฐกับเอกชนอย่างเดียว จึงไม่ทันสมัยและไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงอีกต่อไป<sup>115</sup> ประกอบกับเป้าหมายของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญย่อมมีความมุ่งหมายที่จะทำให้สิทธินั้นมีผลใช้บังคับได้มากที่สุด ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจึงควรจะมีในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเองด้วย แต่จะเป็นลักษณะอย่างไรนั้น สามารถพิจารณาได้ดังนี้

### (1) ความผูกพันต่อเอกชนโดยตรง (Unmittelbare Drittwirkung)

แนวความคิดของสิทธิขั้นพื้นฐานมีผลผูกพันโดยตรงต่อเอกชนเป็นแนวคิดที่เอกชนสามารถอ้างยืนยันสิทธิขั้นพื้นฐานต่อเอกชนได้ โดยแนวคิดนี้ศาลแรงงานเยอรมันได้เคยนำมาใช้ในการพิจารณาคดี เช่น ในกรณีหนึ่งศาลต้องพิจารณาว่าการเลิกจ้างชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลได้อ้างกฎหมายพื้นฐานเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยความเห็นทางการเมืองที่ต่างกันมาเป็นข้อจำกัดสิทธิของนายจ้างในการเลิกจ้าง และตัดสินให้การเลิกจ้างนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>116</sup> เป็นต้น

นอกจากนี้แล้ว ในบางกรณีรัฐธรรมนูญได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนให้สิทธิขั้นพื้นฐานบางเรื่องมีความผูกพันโดยตรงต่อเอกชน เช่น กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 9(3) ที่กำหนดให้ข้อตกลงห้ามลูกจ้างรวมตัวกันเป็นสหภาพแรงงานย่อมไม่สามารถทำได้ กรณีเช่นนี้ จะเห็นได้ว่า หากในสัญญาจ้างแรงงานมีข้อสัญญาลักษณะดังกล่าว ลูกจ้างสามารถอ้างเสรีภาพในการรวมกลุ่มตามรัฐธรรมนูญต่อนายจ้างได้โดยตรง<sup>117</sup> และสัญญาย่อมตกเป็นโมฆะ

### (2) ความผูกพันต่อเอกชนโดยอ้อม (Mittelbare Drittwirkung)

การอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างเอกชนได้โดยตรงนั้นมีข้อโต้แย้งสำคัญอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ ประการแรก รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าสิทธิขั้นพื้นฐานทุกเรื่องมีความผูกพันระหว่างเอกชนด้วย ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นเรื่องระหว่างรัฐและเอกชนเท่านั้น<sup>118</sup> ประการที่สอง การกำหนดให้เอกชนสามารถอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานต่อเอกชนด้วย

<sup>115</sup> Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II, Grundrechte, S.43, อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.167.

<sup>116</sup> BAGE 1, 185. อ้างถึงใน สุรศักดิ์ บุญญานุกุลกิจ, “ความผูกพันขององค์กรของรัฐและเอกชนต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.47.

<sup>117</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.175.

<sup>118</sup> สุรศักดิ์ บุญญานุกุลกิจ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116*, น.47.

กันเองได้ยอมเป็นการทำลายหลักการสำคัญของกฎหมายเอกชนลง ซึ่งก็คือหลักแดนอิสระของเอกชน (Private autonomy)<sup>119</sup>

สำหรับแนวความคิดเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานมีความผูกพันต่อเอกชนโดยอ้อมนั้น เริ่มมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในคดี Lüth-Urteil<sup>120</sup> ที่มีประเด็นจะต้องวินิจฉัยว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับระหว่างเอกชนด้วยหรือไม่ ศาลได้ให้เหตุผลว่า สิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายดั้งเดิมเป็นสิทธิที่ปัจเจกบุคคลใช้อ้างยันต่อรัฐ แต่เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานเป็นบรรทัดฐานที่เชื่อมโยงอยู่กับคุณค่า

<sup>119</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.987.

<sup>120</sup> BVerfGE 7, 198 ff คดีมีข้อเท็จจริงว่า นาย Eric Lüth ซึ่งเป็นประธานชมรมสื่อสารมวลชนแห่งเมือง Hamburg ได้มีการเรียกร้องให้มีการบอยคอตภาพยนตร์ของนาย Veit Harlan เนื่องจากนาย Veit Harlan เคยกำกับภาพยนตร์ซึ่งมีเนื้อหาให้มีการต่อต้านชาวยิว บริษัทผู้สร้างภาพยนตร์จึงฟ้องร้องนาย Eric Lüth ต่อศาลยุติธรรมเพื่อให้นาย Eric Lüth ระงับการกระทำดังกล่าว ในเรื่องนี้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยว่าการกระทำของนาย Eric Lüth ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอันมีลักษณะเป็นวิธีการที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี อันเป็นความผิดละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ภายหลังจากคดีสิ้นสุดลง นาย Eric Lüth ได้ยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยอ้างว่าการกระทำดังกล่าวของตนเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมายพื้นฐาน คำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่วินิจฉัยให้ตนต้องรับผิดชอบนั้นจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้วินิจฉัยโดยสรุปว่า กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเป็นระบบที่เชื่อมโยงอยู่กับคุณค่า ซึ่งคุณค่าดังกล่าวนี้มีจุดมุ่งหมายให้บุคคลสามารถพัฒนาตนเองได้อย่างเต็มที่ในสังคม ด้วยเหตุนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานจึงผูกพันทุกองค์ของรัฐ และมีผลไปในทุกพรมแดนของกฎหมายซึ่งรวมถึงกฎหมายเอกชนด้วย ดังนั้น ในการตีความของศาลยุติธรรมผ่านบทกฎหมายทั่วไปอย่าง “ศีลธรรมอันดี” ศาลยุติธรรมจะต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเสมอ ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวต่อไปว่า การพิจารณาการกระทำของนาย Eric Lüth จะต้องพิจารณาจากความเคลื่อนไหวทางการเมืองและสังคมวัฒนธรรมของเยอรมันภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งหากไม่มีผู้ใดแสดงออกดังเช่นที่นาย Eric Lüth กระทำ ก็จะทำให้บุคคลโดยทั่วไปเข้าใจว่าชีวิตทางวัฒนธรรมของชาวเยอรมันไม่ได้มีความเปลี่ยนแปลงเลยนับตั้งแต่สมัยนาซี ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า การบอยคอตภาพยนตร์ของนาย Eric Lüth เป็นการแสดงออกซึ่งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การกระทำดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อ “ศีลธรรมอันดี” ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.985-986, 990-991.)

บางประการ (Wertgebundene Ordnung) หรืออาจจะเรียกได้ว่าเป็นบรรทัดฐานที่มีคุณค่าในทาง ภาววิสัย (Objektive Wertordnung) มีความมุ่งหมายให้มนุษย์สามารถพัฒนาศักยภาพของตนเองได้ อย่างเต็มที่ในการอยู่ร่วมกันในสังคม คุณค่าดังกล่าวจึงได้กลายมาเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้เพิ่มผลบังคับให้แก่สิทธิขั้นพื้นฐาน ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลไปในทุกพรมแดนกฎหมาย เมื่อเป็นเช่นนี้สิทธิขั้นพื้นฐานจึงมีผลในกฎหมายเอกชนด้วย โดยเป็นลักษณะที่กฎหมายเอกชนนั้น จะขัดหรือแย้งต่อสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้ และการใช้การตีความกฎหมายจะต้องมีความสอดคล้องกับ สิทธิขั้นพื้นฐานเสมอ<sup>121</sup> ในคดีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานจึงเข้าไปมีความผูกพันกับกฎหมายเอกชนผ่าน บทบัญญัติที่เป็นหลักการทั่วไป (Generalklauseln / General clause) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัย ว่า “ศีลธรรมอันดี” (Gute Sitten) ตามมาตรา 826 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นถ้อยคำที่ ศาลยุติธรรมจะต้องตีความโดยคำนึงถึงคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้นด้วย<sup>122</sup>

ในทางวิชาการเป็นที่ยอมรับกันโดยส่วนใหญ่ว่า ความผูกพันของ สิทธิขั้นพื้นฐานในพรมแดนเอกชนมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์โดยอ้อมเท่านั้น กล่าวคือ เอกชน ไม่สามารถเรียกร้องให้เอกชนด้วยกันกระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้ แต่ศาลซึ่งมีหน้าที่ในการใช้การตีความกฎหมายเอกชนจะต้องผูกพันกับสิทธิขั้นพื้นฐานผ่าน บทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไป (Generalklauseln/General clause) หรือบทบัญญัติในกฎหมายเอกชน ที่อาจตีความได้ (Auslegungsfähig) หรือบทบัญญัติที่ต้องการการตีความ (Auslegungsbedürftig) ดังนั้น ความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างเอกชนจึงมีลักษณะเหมือนกับการแผ่รัศมีของ สิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาในแดนกฎหมายเอกชนนั่นเอง<sup>123</sup>

### (3) หน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครอง

จากคำวินิจฉัยในคดี Lüth-Urteil ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันยังได้ขยาย ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานไปอีกว่า รัฐยังมีหน้าที่ในเชิงริเริ่มดำเนินการเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย (Staatliche Schutzpflicht) กล่าวคือ รัฐไม่ได้มีเพียงหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำเพื่อไม่ให้มี การกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่รัฐต้องดำเนินการเพื่อให้เอกชนสามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้จริง เพราะถ้ารัฐละเว้นไม่ทำหน้าที่ดังกล่าว เอกชนก็อาจจะถูกละเมิดสิทธิจากเอกชนด้วยกัน หรือถูก ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานใช้การไม่ได้จากปัจจัยแวดล้อมอื่นด้วย ความคิดดังกล่าวจึงก่อให้เกิดหน้าที่โดยตรงต่อ องค์กรนิติบัญญัติที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อมาคุ้มครองปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิโดยเฉพาะจากการ

<sup>121</sup> BVerfGE Nr. 6, S. 44, อ้างถึงใน ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.170.

<sup>122</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.990-991.

<sup>123</sup> ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.175-176.

ละเมิดของเอกชนด้วยกัน<sup>124</sup> เช่น รัฐต้องตรากฎหมายคุ้มครองเอกชนผู้ที่มีสถานะในความสัมพันธ์ที่ด้อยกว่า อย่างเช่น กรณีกฎหมายแรงงาน ถ้ารัฐปล่อยให้มีการดำเนินการตามนิติสัมพันธ์ในกฎหมายแพ่ง เอกชนที่เป็นลูกจ้างย่อมไม่สามารถต่อรองข้อสัญญาได้ และข้อสัญญานั้นก็มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่นายจ้างซึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจมากกว่าแต่ฝ่ายเดียว

### 2.1.5 ข้อพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในทางกฎหมาย และกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย

ในหัวข้อนี้จะทำการพิจารณามุมมองของสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการศึกษาว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีมิติของการรับรองในลักษณะใดบ้าง การทำความเข้าใจในเรื่องนี้ก็จะทำให้มีแนวทางในการใช้และตีความที่ถูกต้องด้วย

เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสมีการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายว่า “สิทธิ (Right)” และ “กฎหมาย (Law)” เป็นคำเดียวกันคือ Recht ในภาษาเยอรมัน และ Droit ในภาษาฝรั่งเศส ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้ภาษาจึงได้มีการกำหนดให้คำว่า Subjektive Rechte/Droit subjectif มีความหมายว่า สิทธิ และ Objektive Rechte/Droit objectif มีความหมายว่า กฎหมาย<sup>125</sup> อย่างไรก็ตามในทางตำราภาษาไทยก็มีการแปลถ้อยคำเหล่านี้แตกต่างกันออกไปด้วย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า Subjektive Rechte/Droit subjectif แปลว่า สิทธิในทางกฎหมาย และ Objektive Rechte/Droit objectif แปลว่า กฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย<sup>126</sup> ส่วนอีกฝ่ายเห็นว่า Subjektive Recht/Droit subjectif แปลว่า สิทธิในทางอรรถวิสัย และ Objektives Recht/Droit objectif แปลว่า สิทธิในทางภาววิสัย<sup>127</sup> ซึ่งการใช้ถ้อยคำทั้งสองความเห็นนี้ต่างมีคำอธิบายที่

<sup>124</sup> Jarass, Han D, Aör 110 (1985), 363, 378 อ้างถึงใน ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.168.

<sup>125</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป*, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.66.

<sup>126</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.66. ; วรเจตน์ ภาศิริตัน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.392.

<sup>127</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, “หลักการรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ตามมาตรา 19 วรคสอง ของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Garantie des Wesensgehalts),” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2563, จาก [http://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic\\_11121](http://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_11121)

เหมือนกันว่า Subjektives Recht คือ สิทธิหรือสิ่งที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลเป็นการเฉพาะ และ Objektives Recht คือ สิ่งที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อใช้เป็นการทั่วไปซึ่งไม่สามารถเรียกร้องได้ แต่เพื่อเน้นย้ำถึงความเป็น “สิทธิ” และ “กฎหมาย” ผู้เขียนจึงขอใช้คำแปลตามความเห็นฝ่ายแรก ดังนั้น เมื่อกลับมาพิจารณามุมมองหรือลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกอธิบายว่ามีลักษณะอยู่สองด้าน ด้านหนึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นสิทธิในทางกฎหมาย (Grundrechte als subjektive Rechte/Fundamental right as subjective right) ส่วนอีกด้านหนึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (Grundrechte als objective Rechte/Fundamental right as Objective law) นั่นเอง โดยการทำงานของสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสองด้านนี้มีความแตกต่างกัน ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

### 2.1.5.1 สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในทางกฎหมาย

#### (1) ความหมายและองค์ประกอบ

สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิในทางกฎหมายเป็นการพิจารณาสิทธิจากตัวผู้ทรงสิทธิเป็นหลัก ซึ่งในเรื่องนี้ รูตอล์ฟ วอน เยียร์ริง (Rudolf von Jhering) ได้ให้ความหมายเพิ่มเติมของสิทธิว่า เป็นการคุ้มครองบุคคลในเรื่องต่าง ๆ อันได้แก่ การมีเจตจำนงอิสระ ผลประโยชน์ และความสามารถในการบังคับสิทธิของตนได้<sup>128</sup>

นอกจากคำอธิบายของเยียร์ริงแล้ว อเล็กซียังได้อธิบายเพิ่มเติมถึงองค์ประกอบสำคัญของสิทธิว่ามี 3 ประการ ด้วยกันคือ<sup>129</sup>

ประการแรก สิทธิในทางกฎหมาย คือ การมีอำนาจเหนือบางสิ่งบางอย่างที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลเพื่อเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ สิทธิแต่ละประเภทจะประกอบไปด้วย (1) ผู้ทรงสิทธิ (Right holder) (2) ผู้ที่มีหน้าที่ผูกพันต่อสิทธินั้น (Addressee) และ (3) วัตถุแห่งสิทธิ (Object of right) ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ตามบทบัญญัตินี้ผู้ทรงสิทธิคือมนุษย์ทุกคน และเนื่องจากกฎหมายที่รับรองสิทธิคือรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน ผู้ที่มีหน้าที่ผูกพันต่อสิทธิก็คือรัฐ โดยวัตถุแห่งสิทธิที่มุ่งคุ้มครองคือชีวิตและร่างกายของบุคคลนั่นเอง

---

2\_116264.pdf, น.6.; บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.190.; ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.195.

<sup>128</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.190.

<sup>129</sup> Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, S. 171 ff. อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.191.

ประการที่สอง เสรีภาพ โดยทั่วไปแล้วเสรีภาพไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องแก่บุคคล เพราะในสภาวะธรรมชาติ หากไม่มีกฎหมายห้ามไว้บุคคลย่อมสามารถใช้เสรีภาพอย่างไรก็ได้ตามที่ใจปรารถนา แต่เนื่องจากเสรีภาพเป็นสิ่งที่จะนำพามนุษย์ไปในทางที่พัฒนาขึ้น ดังนั้น จึงต้องมีการรับรองเสรีภาพไว้ เราเรียกว่า “สิทธิในเสรีภาพ” (Right to liberty) เพื่อที่จะให้ เป็นสิทธิเรียกร้องและสามารถใช้สิทธิได้เหมือนประการแรก

ประการสุดท้าย ความสามารถ เรื่องนี้เป็นเรื่องที่สำคัญมาก เพราะสิทธิ ย่อมหมายถึงการที่บุคคลนั้นมีอำนาจกระทำการบางอย่าง อำนาจหรือความสามารถจึงเป็นสิ่งที่ทำให้ สิทธิมีความสมบูรณ์นั่นเอง

## (2) ลักษณะเนื้อหาของสิทธิในทางกฎหมาย

สิทธิเรียกร้องของบุคคลมีลักษณะ 2 รูปแบบ คือ การเรียกร้องให้งดเว้น กระทำการ และการเรียกร้องให้กระทำการ โดยเมื่อมาพิจารณาถึงสิทธิขั้นพื้นฐานแล้วสามารถแบ่ง ลักษณะเนื้อหาของสิทธิออกเป็นสองประเภท คือ สิทธิป้องกัน และสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการ แต่อย่างไรก็ดี ในการบังคับการให้เป็นไปตามสิทธินั้น รัฐซึ่งผูกพันโดยตรงต่อสิทธิขั้นพื้นฐานยังมี หน้าที่อีกประการหนึ่งที่สำคัญคือ การปฏิบัติอย่างเสมอภาค เพราะหากรัฐไม่ปฏิบัติอย่างเสมอภาค แล้วผู้ทรงสิทธิย่อมสามารถยกเหตุดังกล่าวขึ้นมาฟ้องร้องรัฐได้ ดังนั้น การพิจารณาลักษณะเนื้อหาของ สิทธิในทางกฎหมาย จึงแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้<sup>130</sup>

### (2.1) สิทธิป้องกัน

สิทธิป้องกันมีเนื้อหาที่มุ่งหมายให้รัฐต้องเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน และเมื่อเป็นสิทธิเรียกร้องส่วนบุคคล สิทธิป้องกันดังกล่าวจึงทำหน้าที่ในการเรียกร้องให้รัฐงดเว้น การกระทำที่จะกระทบต่อสิทธิ ซึ่งหมายความรวมถึง การเรียกร้องค่าเสียหายเมื่อมีความเสียหาย เกิดขึ้นด้วย และบุคคลยังสามารถโต้แย้งการใช้อำนาจที่จะกระทบสิทธิได้

### (2.2) สิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการ

สิทธิกลุ่มนี้มีเนื้อหาที่กำหนดให้รัฐต้องกระทำการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือให้บุคคลผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานได้จริงตามที่รับรองไว้ แต่สิทธิประเภทนี้ เป็นสิทธิที่สร้างภาระต่องบประมาณของรัฐ ด้วยเหตุนี้ บุคคลจึงสามารถเรียกร้องจากรัฐเฉพาะ การจัดสรรประโยชน์อย่างเสมอภาคเท่านั้น

<sup>130</sup> ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.193.



### (2.3) สิทธิเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติอย่างเสมอภาค

ในการดำเนินงานของรัฐซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประชาชนนั้น นอกจากรัฐจะต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานและทำตามกฎหมายของตนเองแล้ว รัฐยังมีหน้าที่ปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเสมอภาคด้วย กล่าวคือ ประชาชนภายในรัฐนั้นมีความหลากหลาย รัฐต้องไม่ทำให้อุปสรรคส่วนตัวของบุคคลสร้างความเหลื่อมล้ำในการได้รับประโยชน์จากรัฐ หรือรัฐจะงดเว้นและเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอย่างไม่เป็นธรรมไม่ได้

สิทธิเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติอย่างเสมอภาคนี้ไม่ได้เป็นสิทธิเรียกร้องโดยตัวของตัวเอง แต่มันจะเกิดขึ้นมาเมื่อมีการเลือกปฏิบัติจากรัฐ ซึ่งปัจเจกบุคคลสามารถยกเหตุดังกล่าวฟ้องร้องรัฐ เพื่อให้มีการปฏิบัติอย่างเสมอภาคได้<sup>131</sup>

#### 2.1.5.2 สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

##### (1) พัฒนาการข้อความคิด

สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะกฎเกณฑ์ทางกฎหมายไม่ใช่ความเข้าใจดั้งเดิมที่รับรู้กันโดยทั่วไป หากแต่มุมมองดังกล่าวถูกเพิ่มขึ้นมาจากการขยายผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นผลผลิตของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ได้มีคำวินิจฉัยในคดี Lüth ศาลได้กล่าวถึงความเป็นภาววิสัย และคุณค่า โดยมองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้เป็นสิทธิที่ปัจเจกบุคคลใช้ยื่นต่อรัฐเท่านั้น แต่สิทธิขั้นพื้นฐานยังมีการรับรองอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งศาลใช้หลายถ้อยคำด้วยกัน คือ ระบบแห่งคุณค่าในทางภาววิสัย ระบบแห่งคุณค่า หลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ และสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย

##### (2) ความหมาย

กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหรือความเป็นภาววิสัย หมายถึง สิ่งที่ไม่ได้ยึดอยู่กับตัวบุคคลหรือรับรองให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง แต่เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไป<sup>132</sup> สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจึงเป็นการมุ่งหาความหมายที่แท้จริงของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล<sup>133</sup>

<sup>131</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.195.

<sup>132</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 125*, น.66.

<sup>133</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.197.

กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ได้รับการอธิบายโดยโรเบิร์ต อเล็กซี ว่า บรรทัดฐานทางกฎหมายนั้นมีลักษณะสองด้าน คือ ด้านที่เป็นข้อเท็จจริง (Factual dimension) และด้านที่เป็นอุดมคติ (Ideal dimension)<sup>134</sup>

ในด้านที่เป็นข้อเท็จจริง คือ ถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายที่อธิบายถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคล มิติดังกล่าวจึงมุ่งหาความหมายหรือคำจำกัดความของถ้อยคำที่ปรากฏ และการใช้กฎหมายก็จะมีลักษณะปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย และกำหนดผลทางกฎหมายออกมา ส่วนในด้านที่เป็นอุดมคตินั้น หมายถึง สิ่งที่ต้องเป็น ซึ่งเหตุผลของการมีมิติที่สองนี้คือ ต้องการสร้างระบบเหตุผลเบื้องหลังของตัวบทกฎหมาย และเหตุผลเช่นว่านี้เองก็ได้ขยายเนื้อหาของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานออกไปด้วย<sup>135</sup>

จึงอาจจะกล่าวได้ว่า ความเป็นภาวีสัยของสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการมุ่งหาความหมายที่แท้จริงของการรับรองสิทธิ ซึ่งเป็นเรื่องความควรจะต้องเป็นของสิทธิขั้นพื้นฐานในระบบกฎหมาย โดยสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะกฎเกณฑ์ทางกฎหมายได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ แต่เป็นหน้าที่ในลักษณะที่ไม่มีคู่กรณีเหมือนกับสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นสิทธิทางกฎหมาย ดังนั้น การเพิ่มมุมมองของสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นมาจึงเป็นความต้องการทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลใช้บังคับได้มากที่สุด<sup>136</sup> อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่ามุมมองดังกล่าวจะเป็นการขยายเนื้อหาความคุ้มครองของสิทธิขั้นพื้นฐานออกไป แต่การตีความว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายย่อมเป็นการเพิ่มอำนาจของตุลาการและสร้างภาระให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นการทำลายหลักการจำกัดอำนาจของฝ่ายตุลาการ และหลักการแบ่งแยกอำนาจด้วย<sup>137</sup>

### 2.1.6 ข้อสรุปเบื้องต้น

ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้นำเสนอไปในส่วนต้นนี้ เป็นการมุ่งทำความเข้าใจสิทธิขั้นพื้นฐานในมุมมองที่เป็นทฤษฎีทางกฎหมายว่า สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นทั้งกฎเกณฑ์และหลักการในเวลาเดียวกัน กล่าวคือ บรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นกฎเกณฑ์ คือ บทบัญญัติที่รับรองสิทธิ ข้อจำกัดการใช้สิทธิ และเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ ซึ่งการใช้บรรทัดฐานประเภทนี้จะเป็นลักษณะการตีความตามตัวอักษร โดยการปรับข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วเข้ากับข้อกฎหมายและกำหนดผลทางกฎหมาย จึงทำให้บรรทัดฐานที่เป็น

<sup>134</sup> Robert Alexy, *supra note 5*, p.1.

<sup>135</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.197.

<sup>136</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.198.

<sup>137</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.208.

กฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับที่แน่นอนและเด็ดขาด ส่วนบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นหลักการนั้น คือ สิ่งที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองโดยมุ่งให้เกิดผลบังคับที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดทั้งทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย การใช้บรรทัดฐานประเภทนี้จะทำโดยวิธีการซึ่งน้ำหนักกฎเกณฑ์หรือหลักการอื่น ๆ มาประกอบกัน หากกฎเกณฑ์หรือหลักการใดมีน้ำหนักมากกว่าก็จะได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ ผลทางกฎหมายของหลักการจึงมีลักษณะไม่เด็ดขาด เพราะการซึ่งน้ำหนักจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงหลายอย่างประกอบกัน นั่นหมายความว่าผลทางกฎหมายย่อมแตกต่างออกไปตามแต่ละกรณีนั่นเอง นอกจากนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานยังเป็นระบบแห่งคุณค่าในทางทฤษฎี ซึ่งคุณค่านี้เองได้กลายมาเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้นแล้วคุณค่าจึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการบังคับให้ มีผลได้มากที่สุดด้วยเช่นกัน

เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วจึงนำมาสู่ความคิดที่ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะการรับรองอยู่สองด้านด้วยกัน คือ ในด้านแรก สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิในทางกฎหมายที่ปัจเจกบุคคลสามารถเรียกร้องต่อรัฐได้โดยตรง ส่วนในด้านที่สองนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่เรียกร้องให้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีผลใช้บังคับได้มากที่สุด โดยมุมมองด้านที่สองนี้เป็นการขยายเนื้อหาและเพิ่มหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่มีการพัฒนาข้อความคิดในเรื่องดังกล่าว ตั้งแต่การรับรองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งที่เชื่อมโยงกับคุณค่า โดยคุณค่านี้เองที่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลไปในทุกพรมแดนของกฎหมาย นั่นหมายความว่า แม้สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญจะเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชนที่มีผลผูกพันเฉพาะปัจเจกบุคคลกับรัฐ แต่การเชื่อมโยงกับคุณค่าดังกล่าวทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานได้แผ่รังสีมายังแดนกฎหมายเอกชน ดังนั้น ในการใช้การตีความของศาลยุติธรรมจึงต้องตีความกฎหมายเอกชนให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเสมอ

นอกจากนี้แล้วยังมีหลักการที่มาจาก การขยายเนื้อหาการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอีกประการหนึ่งที่น่าสนใจและเป็นประเด็นสำคัญของงานเขียนชิ้นนี้ ซึ่งในทางวิชาการเรียกว่า “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” โดยเรื่องดังกล่าวจะไม่ใช้หน้าที่ของรัฐอันเกิดจากภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐานตามความหมายดั้งเดิม หากแต่เป็นหน้าที่อันเกิดขึ้นจากความเป็นทฤษฎีของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทำให้รัฐต้องริเริ่มดำเนินการบางอย่างเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย โดยองค์กรของรัฐที่มีบทบาทสำคัญในเรื่องนี้ก็คือ องค์กรนิติบัญญัติ ส่วนรายละเอียดจะมีประการใดบ้างก็จะได้อธิบายกันในส่วนถัดไป

## 2.2 หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

รัฐมีความผูกพันต่อวัตถุประสงค์หรือภารกิจของรัฐในฐานะที่สิ่งเหล่านี้เป็นเป้าหมายและกรอบในการทำงาน โดยความผูกพันนั้นก็มิได้มีลักษณะทั้งความผูกพันทางการเมืองและความผูกพันทางกฎหมาย ขึ้นอยู่กับว่าความรับผิดชอบที่มีต่อวัตถุประสงค์หรือภารกิจของรัฐได้รับการรับรองเป็นกฎหมายหรือไม่ หากมีการรับรองเป็นกฎหมายแล้ว ย่อมเป็นการกำหนดให้รัฐต้องปฏิบัติ และในฐานะประชาชนที่อยู่ภายใต้อำนาจรัฐก็จะสามารถเรียกร้องให้รัฐทำหน้าที่ดังกล่าวได้โดยใช้กลไกสภาพบังคับทางกฎหมาย จึงมีประเด็นที่ต้องอภิปรายในหัวข้อนี้ว่า รัฐมีวัตถุประสงค์หรือภารกิจอะไรบ้างและวัตถุประสงค์หรือภารกิจนั้นส่งผลในทางกฎหมายอย่างไร เมื่อมีการรับรองเป็นกฎหมายแล้วรัฐมีหน้าที่ในทางกฎหมายอย่างไรบ้าง โดยเฉพาะที่กฎหมายนั้นคือสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกรับรองในรัฐธรรมนูญ

### 2.2.1 วัตถุประสงค์และภารกิจของรัฐ

การทำความเข้าใจเรื่อง “หน้าที่ของรัฐ” คงจะหนีไม่พ้นการพิจารณาทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐ เพราะการอภิปรายในเรื่องดังกล่าวย่อมต้องมีคำถามเกิดขึ้นว่า ทำไมรัฐถึงต้องมีหน้าที่ต่อประชาชน และด้วยคำถามนี้เองที่เมื่อสืบสาวไปถึงที่สุดแล้วเป็นการตั้งคำถามว่าทำไมมนุษย์ต้องการรัฐ รัฐมีขึ้นเพื่ออะไร และรัฐมีความชอบธรรมอย่างไรในการปกครอง ถึงแม้ว่าการทำความเข้าใจในเรื่องเหล่านี้จะเริ่มต้นจากการศึกษาในทางทฤษฎีซึ่งอาจจะไม่ส่งผลในทางปฏิบัติมากนัก แต่ไม่สามารถปฏิเสธได้เลยว่าทฤษฎีดังกล่าวได้ก่อให้เกิดการเรียกร้องและการปฏิบัติทางการเมืองเรื่อยมา โดยเฉพาะกับคำถามที่ว่ารัฐมีขึ้นเพื่ออะไรซึ่งเกี่ยวพันโดยตรงกับการเรียกร้องของพลเมืองให้รัฐทำหน้าที่ของตนเอง ที่เป็นเช่นนี้เพราะว่า “ผู้ที่รู้จักหน้าที่ของรัฐเท่านั้นที่สามารถให้การติชมการเมืองที่รัฐดำเนินการไปได้”<sup>138</sup>

ในเรื่องวัตถุประสงค์ของการมีรัฐนั้น มีคำอธิบายทางทฤษฎีที่หลากหลายซึ่งเห็นว่า มีความแตกต่างไปตามแนวคิดทางการเมืองของแต่ละยุคสมัย ยกตัวอย่างเช่น จอห์น ล็อก (John Locke) ที่เห็นว่า การมีรัฐทำให้มนุษย์มีความแน่นอนในเรื่องสิทธิและหน้าที่ และมีความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ในทัศนะของล็อกแล้ว รัฐจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั่นเอง ในขณะที่สำนักกฎหมายบ้านเมืองมองว่า รัฐเป็นสิ่งที่มีความคุ้มค่าในตัวเอง

<sup>138</sup> สายหยุด แสงอุทัย, วิชาการเมือง เล่ม 1, (พระนคร : โรงพิมพ์ท่าพระจันทร์, 2482), น.87.

ซึ่งทำให้รัฐไม่ต้องมีวัตถุประสงค์อะไรก็ได้<sup>139</sup> จึงเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของรัฐเป็นเครื่องสะท้อนถึงอุดมการณ์ทางการเมืองของรัฐและยังมีผลไปถึงหน้าที่ของรัฐที่มีต่อพลเมืองด้วย นอกจากนี้แล้ว วัตถุประสงค์ของรัฐยังมีผลสำคัญในทางกฎหมายเช่นกัน<sup>140</sup> กล่าวคือ เมื่อวัตถุประสงค์ของรัฐได้มีการรับรองโดยกฎหมาย โดยเฉพาะการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ วัตถุประสงค์ของรัฐจะกลายเป็นสิ่งที่กำกับการใช้การตีความกฎหมาย และการดำเนินงานของรัฐด้วย เช่น การกำหนดหลักสังคมนรัฐในกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน หรือในกรณีที่รัฐใดได้ให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์นั้นเป็นพิเศษ วัตถุประสงค์นั้นก็จะกลายมาเป็นข้อเรียกร้องทางกฎหมายที่บังคับให้รัฐดำเนินการได้โดยตรง เช่น การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว ในการพิจารณาภารกิจของรัฐจึงต้องพิจารณาเรื่องวัตถุประสงค์ของรัฐควบคู่กันไปด้วย<sup>141</sup> โดยในปัจจุบันเราอาจจะกล่าวได้ว่า รัฐสมัยใหม่จะมีภารกิจที่รัฐจะต้องทำการดำรงอยู่ของรัฐ ซึ่งในทางตำราจะแยกเป็นสองประเภท<sup>142</sup> คือ ภารกิจพื้นฐาน (Basic function/ Primary function) และ ภารกิจลำดับรอง (Secondary function)

ภารกิจพื้นฐาน เป็นภารกิจดั้งเดิมของรัฐที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ ซึ่งสามารถพิจารณาออกเป็นสองด้าน โดยในด้านแรกเป็นกิจการภายในรัฐที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและความสงบสุขของประชาชน รัฐจึงมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไม่ให้ถูกละเมิดโดยมีเครื่องมือของรัฐในการทำหน้าที่ดังกล่าว เช่น มีกฎหมายในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประชาชน มีตำรวจและศาลในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย เป็นต้น ส่วนอีกด้านที่เป็นกิจการภายนอกนั้น คือ การรักษาความมั่นคงของรัฐเพื่อป้องกันภัยที่มาจากภายนอก ในภารกิจด้านนี้รัฐจึงมีหน้าที่ทางด้านการทหาร และการดำเนินการความสัมพันธ์ทางการทูตกับรัฐอื่น

ภารกิจลำดับรอง เป็นภารกิจที่รัฐสร้างชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีให้แก่ประชาชนหน้าที่ของรัฐในกิจการดังกล่าวจึงเกี่ยวข้องกับเรื่องเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เช่น การจัดให้มีการศึกษา การบริการด้านสาธารณสุข การส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ภารกิจลำดับรองอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐโดยรายละเอียดจะขึ้นอยู่กับยุคสมัย อุดมการณ์ทางการเมือง

<sup>139</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.107.

<sup>140</sup> สายหยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 138*, น.88.

<sup>141</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.91.

<sup>142</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.138.

และสิ่งที่รัฐนั้นเห็นว่าเหมาะสม<sup>143</sup> ดังนั้น การที่กล่าวว่าภารกิจลำดับรองไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงต่อการดำรงอยู่ของรัฐเหมือนภารกิจพื้นฐานจึงเป็นภารกิจที่รัฐเลือกที่จะทำหรือไม่ก็ได้ คงจะเป็นคำอธิบายที่ไม่ถูกต้องเสียทีเดียว เพราะว่า รัฐสมัยใหม่ที่มีแนวคิดประชาธิปไตยและคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ย่อมไม่สามารถปฏิเสธหน้าที่ในการส่งเสริมคุณภาพชีวิตที่ดีของพลเมืองเพื่อให้พลเมืองสามารถดำรงชีวิตอยู่อย่างมีคุณค่าภายในรัฐได้<sup>144</sup>

หากกล่าวโดยเฉพาะเกี่ยวกับภารกิจของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว อาจจะสามารถกล่าวได้ว่า ในรัฐที่มีอุดมการณ์ประชาธิปไตยและคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง รัฐย่อมมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้น ซึ่งรัฐมักแสดงออกผ่านการรับรองในรัฐธรรมนูญว่า รัฐจะไม่ดำเนินการใด ๆ ที่ไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ การรับรองวัตถุประสงค์ของรัฐเช่นนี้ ไม่เพียงมีผลต่อการตีความกฎหมายเท่านั้น แต่ยังก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายแก่ปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิที่จะใช้ยื่นต่อรัฐได้โดยตรงด้วย ดังนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานจึงก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่รัฐในการ**เคารพโดยไม่กระทำการ**ที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ไม่เพียงเท่านั้นรัฐยังต้อง**กระทำการโดยอาศัยเครื่องมือต่าง ๆ ของรัฐเพื่อคุ้มครอง**สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนด้วย เช่น รัฐต้องออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการละเมิดของเอกชนด้วยกัน รัฐต้องจัดให้มีกระบวนการให้ประชาชนสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้<sup>145</sup>

## 2.2.2 ข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่ทางกฎหมาย

### 2.2.2.1 ความหมายและประเภทของหน้าที่

“หน้าที่” (Duty) หมายถึง การกระทำที่เป็นภาระผูกพันให้ต้องปฏิบัติ<sup>146</sup> โดยหน้าที่นั้นอาจจะเป็นหน้าที่กระทำการ (Positive duty) หรืองดเว้นกระทำการก็ได้ (Negative duty)<sup>147</sup>

<sup>143</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น.34.

<sup>144</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.177.

<sup>145</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.116.

<sup>146</sup> John W. Salmond, *Jurisprudence*, 4<sup>th</sup> Edition, (London: Stevens and Haynes, 1913), p.180.

<sup>147</sup> Frederick Pollock, *A first book of jurisprudence*, (London: Macmillan, 1896), pp.56-57.

หน้าที่จะถูกแบ่งออกเป็น 2 ประเภท<sup>148</sup> คือ (1) หน้าที่ทางกฎหมาย (Legal duty) และ (2) หน้าที่ทางจริยธรรม (Moral duty) โดยหน้าที่ทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกันตรงที่หน้าที่ประเภทแรกจะถูกรับรองโดยกฎหมาย และสามารถบังคับการให้เป็นไปตามหน้าที่ได้ โดยอาศัยอำนาจรัฐ<sup>149</sup> อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในทางกฎหมายอาจจะเป็นสิ่งเดียวกันกับหน้าที่ในทางจริยธรรมหรือเป็นคนละเรื่องกันเลยก็ได้<sup>150</sup>

### 2.2.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่าง “หน้าที่” และ “สิทธิ”

“หน้าที่” เป็นคำที่มักจะถูกอธิบายคู่กับคำว่า “สิทธิ” เสมอ เพราะเมื่อกฎหมายรับรองสิทธิซึ่งเป็นอำนาจหรือประโยชน์ให้แก่บุคคลใดแล้ว ย่อมหมายความว่าจะมีอีกบุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธิที่บุคคลนั้นมี เช่น ก. มีกรรมสิทธิ์ในหนังสือ ทุกคนในโลกนี้ ก็จะมีหน้าที่ในการเคารพและไม่ละเมิดต่อสิทธิของ ก.<sup>151</sup> ดังนั้น จึงเป็นความเข้าใจกันโดยทั่วไปว่า “สิทธิและหน้าที่เป็นของคู่กัน” และเป็นหลักการที่ไม่มีข้อยกเว้นอีกด้วย<sup>152</sup> อย่างไรก็ตาม คำกล่าวที่ว่า “สิทธิและหน้าที่เป็นของคู่กัน” สามารถเข้าใจได้ในสองความหมาย คือ (1) มีสิทธิก็จะมีหน้าที่ และ (2) มีหน้าที่ก็จะมีสิทธิ ซึ่งความหมายแรกเป็นสิ่งที่ทุกคนเห็นตรงกัน แต่ความหมายที่สองนี้เป็นประเด็นที่มีข้อโต้แย้งกันว่า หากกฎหมายกำหนดเฉพาะหน้าที่ แต่ไม่ได้กำหนดให้เป็นสิทธิโดยเจาะจงกรณีเช่นนี้หน้าที่นั้นจะก่อให้เกิดสิทธิด้วยหรือไม่ ซึ่งสามารถแบ่งความเห็นออกเป็นสองฝ่ายดังนี้

ความเห็นฝ่ายแรกเห็นว่า สิทธิและหน้าที่เป็นของคู่กันเสมอ กล่าวคือ ไม่สามารถมีสิทธิโดยปราศจากหน้าที่ หรือหน้าที่โดยปราศจากสิทธิได้ ทั้งนี้เป็นเพราะว่าหน้าที่ คือ การกระทำที่ต้องทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิที่สัมพันธ์กับหน้าที่นั้น<sup>153</sup> ดังนั้น ในความเห็นของฝ่ายแรกจึงมองว่า เมื่อมีหน้าที่ก็ต้องมีสิทธิเสมอ แม้ว่าหน้าที่นั้นจะเป็นเรื่อง

<sup>148</sup> John W. Salmond, *supra note 146*, p.180.

<sup>149</sup> Thomas Erskine Holland, *The elements of jurisprudence*, 12<sup>th</sup> edition, (Oxford: The Clarendon, 1916), p.87.

<sup>150</sup> John W. Salmond, *supra note 146*, p.180.

<sup>151</sup> หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.172.

<sup>152</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.170.

<sup>153</sup> John W. Salmond, *supra note 146*, p.184.

ทั่วไป แต่ก็ยังมีสิทธิที่สัมพันธ์กันอยู่ซึ่งก็คือสิทธิของสาธารณะ (Public right)<sup>154</sup> โดยมีรัฐเป็นเจ้าของ<sup>155</sup> เช่น หน้าที่ที่จะไม่กระทำความผิดตามกฎหมายอาญา เป็นต้น

ส่วนความเห็นฝ่ายที่สอง ได้แบ่งแยกหน้าที่ออกเป็นสองประเภท คือ Relative duty และ Absolute duty<sup>156</sup> โดย Relative duty เป็นความสัมพันธ์กับสิทธิของบุคคล โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งหมายความว่าต้องมีสิทธิแล้วจึงจะก่อให้เกิดหน้าที่ได้ แต่ Absolute duty เป็นหน้าที่ที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิเลย เพราะว่าหน้าที่นั้นเป็นเรื่องทั่วไป เช่น กฎหมายอาญาที่กำหนดว่าการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อสาธารณะ (Public nuisance) เป็นความผิด กฎหมายที่กำหนดให้ต้องฉีควัคซีน กฎหมายที่กำหนดให้ผู้ปกครองต้องพาเด็กไปโรงเรียน<sup>157</sup> การบัญญัติเช่นนี้ย่อมทำให้บุคคลมีหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าว แต่หน้าที่นั้นไม่ได้สัมพันธ์กับสิทธิแต่อย่างใดเลย นอกจากนี้ยังมีความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า สิทธิจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดเรื่องนั้นไว้โดยชัดเจน ซึ่งเมื่อมีสิทธิแล้ว ก็จะมีหน้าที่ตามมาเสมอ แต่หากกฎหมายกำหนดไว้เฉพาะแต่หน้าที่ย่อมไม่ใช่ความประสงค์ของกฎหมายที่จะให้มีสิทธิควบคู่ไปด้วยกัน<sup>158</sup>

ในประเด็นข้อโต้เถียงว่า Absolute duty มาจากสิทธิของสาธารณะ (Public right) จึงไม่ใช่หน้าที่ที่ปราศจากสิทธินั้น ผู้ให้ความเห็นในฝ่ายที่สองได้ยกตัวอย่างเรื่องความผิดฐานก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อสาธารณะ (Public nuisance) ขึ้นมาอธิบายว่า หากกำหนดให้ชุมชนมีสิทธิในเรื่องนี้ย่อมมีข้อโต้แย้งซึ่งสามารถสรุปได้ 3 ประการด้วยกัน คือ (1) เราจะแยกสิทธิของบุคคลในชุมชนกับสิทธิของชุมชนอย่างไร เพราะบุคคลในชุมชนมีนิสัยใจคอที่แตกต่างกัน (Humanitarian instincts) จึงไม่ใช่ทุกคนที่จะเป็นผู้สร้างความเสียหายได้ การกำหนดให้ชุมชนมีสิทธิ จึงเป็นเรื่องยากที่จะยืนยันว่าบุคคลในชุมชนมีสิทธิแยกต่างหากที่จะไม่กระทำการที่เป็นความผิด (2) การลงโทษในเรื่องดังกล่าวไม่ได้มีจุดประสงค์เพื่อแก้แค้นให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่เป็นการลงโทษในสิ่งที่สังคมกำหนดไว้ว่าเป็นความผิด และ (3) ปัญหาความไม่ชัดเจนเรื่องการเป็นผู้ทรงสิทธิของชุมชน ย่อมส่งผลต่อการฟ้องคดีด้วย เนื่องจากผู้ที่สามารถฟ้องคดีได้

<sup>154</sup> John W. Salmond, *supra note 146*, p.185.

<sup>155</sup> Frederick Pollock, *supra note 147*, p.63.

<sup>156</sup> John Austin, Lecture on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law, Student's Edition, (London: John Murray, 1880), pp.161-162.

<sup>157</sup> Carleton Kemp Allen, Legal duties and other essays in jurisprudence, (Oxford: The Clarendon, 1931), p.189.

<sup>158</sup> หยุด แสงอุทัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 151, น.173.



จะต้องได้รับความเสียหายอย่างชัดเจน และต้องบอกให้ได้ว่าตนเองได้รับการกระทบสิทธิอย่างไร<sup>159</sup> ดังนั้น การทำให้หน้าที่ลักษณะดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับสิทธิจึงไม่สอดคล้องด้วยระบบของเหตุผล<sup>160</sup> ด้วยเหตุนี้ หน้าที่จึงไม่ได้คู่กับสิทธิเสมอไปตามที่กล่าวอ้างกันมา

### 2.2.2.3 หน้าที่ของรัฐในทางกฎหมาย

ภารกิจของรัฐ คือ บทบาทหน้าที่ของรัฐที่มีต่อสังคมและประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครอง<sup>161</sup> ภารกิจของรัฐจะมีประการใดบ้างก็ขึ้นอยู่กับว่ารัฐนั้นมีวัตถุประสงค์อะไร หากเป็นรัฐที่นับถือคุณค่าความเป็นมนุษย์ ก็พอจะสันนิษฐานได้ว่ารัฐมีหน้าที่ตอบสนองความต้องการของคนในสังคม โดยหน้าที่นั้นจะผูกพันรัฐมากน้อยแค่ไหนก็ต้องพิจารณาว่าเรื่องนั้นได้มีการรับรองโดยกฎหมายหรือไม่ เพราะการรับรองโดยกฎหมายย่อมมีวัตถุประสงค์ให้มีการบังคับใช้กันในสังคม ซึ่งหมายความว่ารัฐอาจจะถูกบังคับให้ทำตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดนั้นด้วยก็ได้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่เห็นว่ามีอยู่ 2 ประเภท คือ กฎหมายที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่แต่ไม่ได้เป็นสิทธิของบุคคล และกฎหมายที่กำหนดให้เป็นสิทธิของบุคคล

กฎหมายที่กำหนดหน้าที่แก่รัฐ แต่ไม่ได้กำหนดให้เป็นสิทธิของบุคคล กรณีเช่นนี้หากรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ประชาชนก็ไม่สามารถฟ้องร้องให้รัฐกระทำการตามหน้าที่นั้นได้ เช่น บทบัญญัติว่าด้วยนโยบายแห่งรัฐในรัฐธรรมนูญ<sup>162</sup> ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ดำเนินการต่าง ๆ ตามแนวทางที่บทบัญญัติในหมวดนี้กำหนด ซึ่งมีข้อสังเกตว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, 2550 และ 2560 ตัดข้อความที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เคยระบุว่า “ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องรัฐ” ออกไป เหลือไว้เพียงข้อความที่มีใจความว่า บทบัญญัติในหมวดนโยบายแห่งรัฐเป็นแนวทางในการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งเห็นว่าการบัญญัติเช่นนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐดำเนินการตามหมวดนี้ได้ เพราะ บุคคลจะมีสิทธิได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองหรือก่อตั้งสิทธิให้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประชาชนจะไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐในส่วนนี้ได้ แต่การที่รัฐไม่ปฏิบัติตามแนวทางที่กำหนดไว้ในหมวดนี้ก็อาจจะเกิดสภาพบังคับในทางอื่น ซึ่งตาม

<sup>159</sup> Carleton Kemp Allen, *supra note 157*, pp.187-188.

<sup>160</sup> Carleton Kemp Allen, *supra note 157*, p.187.

<sup>161</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, “ภารกิจและการดำเนินการของรัฐของฝ่ายปกครอง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม 2562, จาก <http://law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-3.pdf>, น.3-8.

<sup>162</sup> หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 151*, น.180.

ตัวอย่างกรณีแนวนโยบายแห่งรัฐ หากรัฐไม่ปฏิบัติหน้าที่ก็อาจจะเกิดสภาพบังคับทางการเมือง โดยการอภิปรายไม่ไว้วางใจในสภาได้ เป็นต้น

ส่วนกฎหมายใดที่กำหนดให้เป็นสิทธิของบุคคลโดยชัดแจ้ง เนื้อหาของสิทธินั้นก็บอกโดยนัยว่ารัฐมีหน้าที่ในการเคารพต่อสิทธิ ตัวอย่างสำคัญของกฎหมายประเภทนี้คือ บทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ ที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิว่ารัฐจะให้ความเคารพและไม่ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน หากรัฐกระทำการที่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ บุคคลก็สามารถใช้สิทธิเรียกร้อง เช่น การฟ้องศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการบังคับการตามสิทธิได้

### 2.2.3 หน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน

การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการเคารพสิทธิของประชาชน โดยเนื้อหาของสิทธิจะบ่งบอกถึงภาระหน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในแต่ละเรื่องที่แตกต่างกัน แต่ปัจจุบันหน้าที่ของรัฐตามความเข้าใจข้างต้นอาจจะไม่เพียงพอต่อการทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในทางวิชาการจึงมีทฤษฎีที่เกิดจากการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอยู่เดิมว่า รัฐยังมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอีกประการหนึ่งด้วย ดังนั้นในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงขอแยกพิจารณาเป็นหน้าที่ของรัฐที่เกิดจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง และหน้าที่ของรัฐที่ไม่ได้เกิดจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญโดยตรงแต่เกิดจากการตีความของศาลซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

#### 2.2.3.1 หน้าที่ของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

เมื่อกล่าวถึงบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ อาจจะเข้าใจว่าเป็นบทบัญญัติเฉพาะที่อยู่ในหมวดที่รัฐธรรมนูญได้จัดแบ่งไว้เท่านั้น แต่หากพิจารณารัฐธรรมนูญทั้งฉบับแล้วจะพบว่ายังมีบทบัญญัติที่อยู่นอกหมวดแต่ก็เป็นสิทธิของบุคคลเช่นกัน ดังนั้น ในการพิจารณาหน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จึงต้องพิจารณาบทบัญญัติมาตราอื่นหรือหมวดอื่นประกอบด้วย

รัฐธรรมนูญในหลายประเทศได้มีการจัดหมวดหมู่สิทธิขั้นพื้นฐานไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ แต่มักพบว่ายังมีบทบัญญัติที่เป็นการรับรองสิทธิของปัจเจกบุคคลในมาตราอื่นที่อยู่นอกหมวดด้วย<sup>163</sup> ซึ่งในทางวิชาการแล้วต้องถือว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน

<sup>163</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 95 บุคคลผู้มีความสามารถดังต่อไปนี้ มีสิทธิเลือกตั้ง...

เหมือนกัน<sup>164</sup> สำหรับหน้าที่ของรัฐตามบทบัญญัติเหล่านี้ได้เคยกล่าวไว้แล้วในหัวข้อภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐานและลักษณะเนื้อหาของสิทธิในทางกฎหมาย ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) หน้าที่เคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยหลักรัฐมีหน้าที่งดเว้นการกระทำที่ไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นหน้าที่ในเชิงปฏิเสธ (Negative) กล่าวคือ รัฐต้องไม่ขัดขวางการใช้สิทธิของบุคคล และรัฐต้องไม่ทำลายสถานะทางกฎหมายของบุคคล<sup>165</sup> ในกรณีที่รัฐกระทำการที่เป็นการกระทบสิทธิซึ่งไม่ได้ทำตามหน้าที่ของตนเอง แล้วการนั้นก่อให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล รัฐต้องมีหน้าที่ชดเชยค่าเสียหายให้แก่บุคคลด้วย

(2) หน้าที่กระทำการ กรณีที่รัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นประโยชน์แก่บุคคล รัฐมีหน้าที่ให้การสนับสนุนและช่วยเหลือให้บุคคลสามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐได้รับรองเอาไว้ได้ เช่น สิทธิในการได้รับการบริการสาธารณสุขจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย รัฐมีหน้าที่ในการสร้างโรงพยาบาล และจัดให้มีบุคลากรที่เพียงพอต่อความต้องการของสังคม

นอกจากนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ รัฐจะต้องปฏิบัติอย่างเสมอภาคโดยไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมแก่บุคคล กล่าวคือ ในเรื่องทั่วไปรัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเดียวกันให้เหมือนกันและปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันให้ไม่เหมือนกันไปตามสภาพของสิ่ง ๆ นั้น สำหรับกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยเฉพาะ เช่น “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” รัฐจะต้องปฏิบัติอย่างเสมอภาคโดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศใด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว โดยหลักหน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานจะเป็นไปตามบทบัญญัติในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการจัดแบ่งไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในบางกรณีสิทธิขั้นพื้นฐานอาจจะอยู่นอกหมวดก็ได้ ซึ่งสังเกตได้จากการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการรับรองสิทธิของบุคคล ดังนั้น หน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงมีเพียงหน้าที่ที่เกิดจากบทบัญญัติที่เป็นสิทธิเท่านั้น ซึ่งได้แก่ หน้าที่งดเว้นการกระทำและหน้าที่กระทำการ โดยการทำหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงความเสมอภาคด้วย อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติหมวดหน้าที่ของรัฐเอาไว้ และมีข้อความที่ให้สิทธิเรียกร้องแก่ประชาชน แต่เนื่องจากการบัญญัติที่ขาดความชัดเจนและยังมีปัญหาทางหลักการอยู่หลายประการ จึงเห็นว่า หมวดหน้าที่ของรัฐไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่ปัจเจกบุคคลได้ ซึ่งจะได้อภิปรายถึงรายละเอียดในบทต่อไป

<sup>164</sup> ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเรียกสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทนี้ว่า “สิทธิเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐาน”

<sup>165</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.192.

### 2.2.3.2 หน้าที่ของรัฐที่ไม่ได้เกิดจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อกล่าวถึงหน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานจะเป็นหน้าที่ที่รัฐจะต้องเคารพ (Duty to respect) ต่อปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิโดยการงดเว้นกระทำการที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้น แต่ในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐไม่ได้มีความมุ่งหมายเพียงจำกัดอำนาจตนเองในการไม่ละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่รัฐต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับรองไว้นั้นมีผลบังคับใช้ได้จริงด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาหน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามแนวคิดดั้งเดิมก็จะเห็นได้ว่า หน้าที่ของรัฐในเชิงปฏิเสธเช่นว่านั้นอาจจะไม่เพียงพอต่อการบรรลุเป้าประสงค์ดังกล่าว รัฐจึงต้องมีหน้าที่ในเชิงริเริ่มดำเนินการเพื่อส่งเสริมให้สิทธิของปัจเจกบุคคลมีผลบังคับได้มากที่สุดหรือที่มีการเรียกหน้าที่ดังกล่าวในทางวิชาการว่าหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Duty to protect/Staatliche Schutzpflicht)

#### (1) ข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมีรากฐานมาจากทฤษฎีที่เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์และหลักการในเวลาเดียวกัน ในด้านที่เป็นกฎเกณฑ์สิทธิขั้นพื้นฐานได้กำหนดหน้าที่ให้แก่อำนาจรัฐในการเคารพโดยไม่กระทำการที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งหากรัฐฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว บุคคลผู้ทรงสิทธิก็สามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อรัฐได้ แต่ในอีกด้านหนึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นหลักการที่เป็นคุณค่าในทางทฤษฎีที่เรียกร้องสิ่งที่ควรจะต้องเป็นในทางอุดมคติซึ่งก็คือการทำให้บทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดประสิทธิภาพมากที่สุด วิธีคิดดังกล่าวจึงทำให้เกิดทฤษฎีผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เข้าไปมีความสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายเอกชนในทางอ้อมผ่านการใช้และตีความกฎหมายของศาลยุติธรรม ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาจากทฤษฎีดังกล่าวที่เห็นว่าบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานในด้านที่เป็นหลักการยังเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีหน้าที่ในเชิงริเริ่มโดยการตรากฎหมายเพื่อเป็นคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลด้วย

#### (2) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรตุลาการ

ในตำราส่วนใหญ่จะมีความเข้าใจไปในแนวทางเดียวกันว่า องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่ให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล เนื่องจากสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของบุคคลได้ อย่างไรก็ดี ลักษณะการคุ้มครองดังกล่าวเป็นความเข้าใจตามมุมมองของสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นความเข้าใจดั้งเดิมที่มีอยู่แล้ว แต่มิติของการคุ้มครองในลักษณะนี้เป็นมุมมองในทางทฤษฎีที่มองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเชื่อมโยงอยู่กับคุณค่าซึ่งโดยทั่วไปแล้วในประเทศที่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ การพิจารณาเรื่องราวเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานก็จะเป็นศาลรัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่โดยตรง แต่การที่เพิ่มมุมมองทางทฤษฎีทำให้ศาลยุติธรรมที่ใช้และตีความกฎหมายเอกชนจะต้องผูกพันอยู่กับสิทธิขั้นพื้นฐานโดยการพิจารณาคดีของศาล กล่าวคือ เมื่อต้องมีการตีความกฎหมายโดยเฉพาะบทกฎหมายที่เปิดโอกาส

ให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจ ศาลจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานเสมอ ดังนั้น องค์การตุลาการ จึงมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในอีกมิติหนึ่งด้วย

### (3) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรนิติบัญญัติ

ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นทฤษฎีที่ขยาย เนื้อหาการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานออกไป ซึ่งผลจากทฤษฎีดังกล่าวได้เพิ่มหน้าที่ให้แก่องค์กร นิติบัญญัติด้วยเหตุผลที่ว่า การบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลผูกพัน ไปยังองค์กรของรัฐในทุกองค์กร และภัยอันตรายที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานมีที่มาจากหลาย ทางไม่ใช่รัฐเป็นผู้ก่อได้เท่านั้น จึงทำให้ภาระหน้าที่ดั้งเดิมของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานก็อาจจะไม่ เพียงพออีกต่อไปในสังคมยุคปัจจุบัน รัฐจึงต้องตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล จากภัยอันตรายเหล่านั้นด้วย เช่น ผู้คนในสังคมปัจจุบันต่างใช้ช่องทางออนไลน์ในการติดต่อสื่อสารกัน ทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลต่าง ๆ ถูกบันทึกเอาไว้ในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์<sup>166</sup>หรือในที่จัดเก็บของผู้ให้บริการ ข้อมูลเหล่านี้ย่อมเป็นประโยชน์ในทางธุรกิจในการวิเคราะห์ความต้องการของผู้ซื้ออย่าง แม่นยำ แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล รัฐจึงต้องมีมาตรการกฎหมายขึ้นมาเพื่อ คุ้มครองความเป็นส่วนตัวส่วนบุคคลด้วย หรือในกรณีการประกอบธุรกิจให้เช่าที่พักอาศัย อย่างเช่น หอพักนักศึกษาผู้ให้เช่าส่วนใหญ่มักกำหนดข้อสัญญาที่เป็นภาระแก่ผู้เช่าจนเกินสมควร เช่น กำหนด เก็บค่าใช้ไฟฟ้ามากกว่าอัตราของผู้ให้บริการ กำหนดให้ผู้เช่าจะต้องจ่ายค่าเช่าล่วงหน้าก่อน 3 เดือน เป็นต้น แม้นิติสัมพันธ์ตามสัญญาเช่าดังกล่าวจะเป็นเรื่องระหว่างเอกชนที่มีอิสระในการแสดงเจตนา แต่ข้อสัญญาที่เกิดขึ้นมักเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้เช่าไม่มีโอกาสได้ต่อรองเลย ซึ่งทำให้ผู้เช่าเสียเปรียบ และไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างแท้จริง รัฐจึงต้องมีมาตรการเพื่อมาคุ้มครองในการทำสัญญา ของผู้เช่าและผู้ให้เช่าด้วย

---

<sup>166</sup>Tech talk Thai, “รู้หรือไม่ ? Facebook แอบฟังเสียงของคุณอยู่ตลอดเวลา,” (3 มิถุนายน 2559), สืบค้นเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2562, จาก <https://www.techtalkthai.com/facebook-secretly-listens-to-you-to-target-ads/> ; บีบีซี ไทย, “เฟซบุ๊กแอบฟังเราทางมือถือ เพื่อลงโฆษณาจริงหรือ ?,” (31 ตุลาคม 2560), สืบค้นเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2562, จาก <https://www.bbc.com/thai/international-41814731> ; Sarah Frier, “Facebook Paid Contractors to Transcribe Users’ Audio Chats,” Bloomberg (14 August 2019), Retrieved on August 19, 2019, from <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-08-13/facebook-paid-hundreds-of-contractors-to-transcribe-users-audio>

#### 2.2.4 ข้อสรุปเบื้องต้น

การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของรัฐที่มุ่งรักษาและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครอง สิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นภารกิจสำคัญที่รัฐจะต้องดำเนินการเพื่อไปให้ถึงเป้าหมายนั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อกล่าวถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทย ตำราส่วนใหญ่จะมีคำอธิบายในลักษณะที่สิทธิขั้นพื้นฐานได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐจะต้องดเว้นกระทำการ หรือกระทำการในกรณีที่สิทธิเป็นการให้ประโยชน์เท่านั้น นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังมีหมวดหน้าที่ของรัฐ โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญมองว่าเป็นสิทธิในทางกฎหมายของประชาชนในการฟ้องร้อง ซึ่งหน้าที่ตามหมวดนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่ใช่สิทธิและไม่อาจเกิดหน้าที่ที่สามารถบังคับการตามสิทธิได้ จึงทำให้หน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามความเข้าใจในวงการนิติศาสตร์ประเทศไทยมีเพียงสองประการตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นเท่านั้น แม้ความเข้าใจดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่แนวคิดดั้งเดิมเช่นนี้อาจจะไม่เพียงพออีกต่อไป จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันพัฒนาข้อความคิดว่ารัฐต้องมีหน้าที่ในเชิงริเริ่มดำเนินการเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวเป็นนวัตกรรมทางวิชาการของเยอรมันที่ได้รับเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการในทางที่ดี จึงเป็นที่น่าสนใจว่าทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น องค์กรณีบัญญัติจะต้องตรากฎหมายในเรื่องใด มีวิธีการตรากฎหมายอย่างไรเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ซึ่งจะได้อภิปรายโดยละเอียดในบทต่อไป

### บทที่ 3

#### หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในต่างประเทศ

แม้ว่าข้อความคิดเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการจะเป็นเรื่องสากลที่รัฐธรรมนูญทั่วโลกต่างยอมรับนับถือโดยเฉพาะการเป็นสิ่งป้องกันจากการใช้อำนาจรัฐ ถึงกระนั้นก็ไม่ใช่ว่าสิ่งที่ยืนยันเสมอไปว่ารัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศจะเป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพราะประสบการณ์และบริบททางการเมืองเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้แต่ละประเทศมีพัฒนาการทางความคิดที่ต่างออกไปจนกลายเป็นเอกลักษณ์เฉพาะของรัฐธรรมนูญประเทศนั้น ๆ ซึ่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตัวอย่างสำคัญที่แสดงถึงความแตกต่างทางความคิดดังจะเห็นได้จากทัศนะในการกำหนดหน้าที่ของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทั้งสองประเทศยึดถือทฤษฎีที่แตกต่างกัน อันส่งผลต่อระดับความผูกพันของรัฐต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้วย

#### 3.1 หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ชีวิต ทรัพย์สิน และเสรีภาพเป็นสิ่งที่มีมนุษย์มีได้โดยไม่ต้องมีรัฐ แต่ในทัศนะของทอมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) มนุษย์เป็นสัตว์ที่เห็นแก่ตัว และทำทุกวิถีทางเพื่อเอาตัวรอด ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีอะไรที่จะมาประกันความปลอดภัยในชีวิต ทรัพย์สิน และเสรีภาพได้ ดังนั้น หนทางที่จะทำให้เกิดสันติภาพร่วมกันก็คือ การที่มนุษย์สละเสรีภาพของตนเองบางส่วนให้แก่ผู้ปกครอง (Sovereign) ซึ่งมีอำนาจเด็ดขาดในการจัดการกับความขัดแย้งและสร้างสันติภาพ<sup>1</sup> เมื่ออำนาจของผู้ปกครองเกิดจากสัญญาประชาคม ตามทัศนะของเิร์นสท์ วูล์ฟกัง เบ็คเคินเฟอร์เดอ (Ernst-Wolfgang Böckenförde) นักกฎหมายชาวเยอรมันซึ่งได้รับอิทธิพลจากความคิดของฮอบส์เห็นว่า รัฐในฐานะผู้ปกครองจึงมีหน้าที่ในการรักษาและคุ้มครองสันติภาพให้แก่พลเมือง แม้ว่าหน้าที่ดังกล่าวจะเป็นเพียงหน้าที่ในเชิงศีลธรรม (Moral duty) แต่ถ้าวุฒิบัญชีเสียแล้ว รัฐก็จะไม่มีความชอบธรรม

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : อานกฤษหมาย, 2564), น.244.

ในการปกครองอีกต่อไป<sup>2</sup> ดังนั้น รัฐจึงไม่ใช่ผู้ผูกขาดอำนาจที่จะทำหรือไม่ทำอะไรก็ได้ แต่รัฐเกิดขึ้นมาพร้อมกับจุดมุ่งหมายในการให้ความปลอดภัย สันติภาพ และเสรีภาพแก่พลเมือง

ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญได้ถือกำเนิดขึ้น การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากจะเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐไม่ให้แทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองแล้ว ยังเป็นการนำภารกิจในการคุ้มครองความปลอดภัยและสร้างสันติภาพซึ่งเป็นหน้าที่ในทางศีลธรรมของรัฐมาทำให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยการทำให้หน้าที่นั้นให้กลายเป็นหน้าที่ในทางกฎหมายซึ่งรัฐมีภาระผูกพันที่จะต้องเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอาจจะมี การรับรู้และความเข้าใจในหลายรูปแบบ บางกรณีการคุ้มครองอาจหมายถึงการที่บุคคลซึ่งถูกกระทบสิทธิจากการปฏิบัติงานของรัฐ สามารถฟ้องคดีต่อรัฐเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้ แต่สำหรับประเทศเยอรมนีแล้ว การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นหน้าที่ของรัฐที่รัฐจะต้องดำเนินการให้แก่ประชาชนโดยรัฐต้องคุ้มครองบุคคลจากภัยอันตรายอื่น ๆ ที่ไม่ได้เกิดจากรัฐด้วย ข้อความคิดดังกล่าวทำให้เนื้อหาของ การคุ้มครองในประเทศเยอรมนีมีความแตกต่างจากความเข้าใจดั้งเดิมและข้อความคิดที่มีอยู่ในหลายประเทศด้วยเหตุนี้ จึงขอยกข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมาอภิปรายโดยมีรายละเอียดดังนี้

### 3.1.1 พัฒนาการของข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

เมื่อพิจารณาพัฒนาการของรัฐธรรมนูญเยอรมันจะพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ขยายข้อความคิดทางรัฐธรรมนูญไปมากกว่าสิ่งที่ปรากฏในกฎหมายพื้นฐานหลายประการ โดยตัวอย่างสำคัญจะเห็นได้จากข้อความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายผลผูกพันไปเกินกว่าความเข้าใจดั้งเดิม ซึ่งคดีสำคัญที่ถูกกล่าวถึงอยู่บ่อยครั้งก็คือคดี Luth ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความสิทธิขั้นพื้นฐานว่าเป็นระบบแห่งคุณค่าในทางภาววิสัย จึงทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้เป็นแค่สิทธิป้องกันจากรัฐเท่านั้น แต่ยังเข้าไปมีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนผ่านบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนด้วย คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นว่า กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ

---

<sup>2</sup> ชูติเดช เมธิชุติกุล, “สิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการว่าด้วยรัฐธรรมนูญ : ความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของ “เบิกเคนเฟอร์เดอ”, วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, ฉบับที่ 1, ปีที่ 15, น.67 (มกราคม-มิถุนายน, 2562) สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2562, จาก <http://www.jssnu.socsci.nu.ac.th/issue/57/article/308>.



ไม่ได้ทำหน้าที่เป็นเพียงกรอบในการดำเนินงานของรัฐตามกระบวนการประชาธิปไตยเพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นรากฐานทางความคิดของสังคมด้วย (Grundordnung)<sup>3</sup>

ผลจากการยืนยันเนื้อหาในทางภาววิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐานได้ทำให้เกิดข้อความคิดอื่น ๆ ตามมา เช่น ทฤษฎีผลผูกพันทางอ้อมของสิทธิขั้นพื้นฐาน การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานผ่านกระบวนการและการจัดรูปแบบองค์กร (Verfahren) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากภัยอื่นที่ไม่ใช่รัฐ (Staatliche Schutzpflicht) เป็นต้น โดยข้อความคิดที่เกิดจากเนื้อหาในทางภาววิสัยนี้ แม้จะไม่ได้มีความสัมพันธ์กัน แต่เมื่อมีกรณีปัญหาเกิดขึ้นก็มักจะมีเชื่อมโยงที่จะต้องพิจารณา ร่วมกันเสมอ เช่น การที่นายจ้างสั่งให้ลูกจ้างผลิตอาวุธ แต่ลูกจ้างเห็นว่าขัดต่อมโนธรรมสำนึกของตัวเอง ลูกจ้างเอง ลูกจ้างสามารถปฏิเสธไม่ทำตามคำสั่งดังกล่าวโดยอ้างเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้หรือไม่ คำถามดังกล่าวเป็นทั้งปัญหาผลผูกพันในทางอ้อมของสิทธิขั้นพื้นฐาน และหน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครอง กล่าวคือ การพิจารณาเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามกฎหมายแรงงานจะเป็น การพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นปัญหาทฤษฎีผลผูกพันในทางอ้อมของ สิทธิขั้นพื้นฐาน ส่วนกรณีที่รัฐจะต้องจัดการปัญหาสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้างกับนายจ้างที่ขัดแย้งกัน ว่ารัฐจะต้องให้ความคุ้มครองฝ่ายใดจะเป็นปัญหาของทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครอง<sup>4</sup>

หากกล่าวโดยเฉพาะเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว การให้ความคุ้มครอง ของรัฐจะมีลักษณะเป็นการริเริ่มดำเนินการช่วยเหลือหรือสนับสนุนการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยความเข้าใจดั้งเดิมเกี่ยวกับภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐานที่สามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการที่เป็น ประโยชน์แก่ตนได้นั้นจะจำกัดเฉพาะสิทธิในทางสังคมและเศรษฐกิจ (Social and Economic Rights) เช่น สิทธิในการมีงานทำ สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุข แต่เนื้อหาในทางภาววิสัยยังเรียกร้องให้ รัฐดำเนินการในด้านอื่น ๆ ที่มากกว่านั้นซึ่งก็คือ การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Protective rights)

<sup>3</sup> E-W Bockenforde, "Grundrechte als Grundsatznormen" [Constitutional Rights as Principles], in E-W Bockenforde, Staat, Verfassung, Demokratie (Frankfurt, Suhrkamp, 1991), 198. Quoted in Robert Alexy, "On Constitutional Rights to Protection," Hienonline, Retrieved on July 2, 2019, from <https://heionline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/PDFse archable?handle=hein.journals/legisp3&collection=journals&section=3&id=&print=sec tion&sectioncount=1&ext=.pdf&nocover=>, p.2.

<sup>4</sup> Bernhard Schlink, "German constitutional culture in transition," in Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives, ed. Michel Rosenfeld, (Durham and London: Duke university, 1994), p.207.

และการคุ้มครองผ่านทางกระบวนการและการจัดรูปแบบองค์กร (Rights to organization and procedure)<sup>5</sup>

อย่างไรก็ดี ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นสิทธิในทางสังคมและเศรษฐกิจนั้นมักจะเป็นการเรียกร้องเอากับทรัพยากรของรัฐ ซึ่งกฎหมายพื้นฐานไม่ได้รับรองถึงการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิประเภทดังกล่าวเอาไว้<sup>6</sup> เนื่องจากในสมัยรัฐธรรมนูญเวมาร์บทบัญญัติแห่งสิทธิบางมาตราจะกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นสิทธิในทางสังคม เช่น มาตรา 145 ในการศึกษาภาคบังคับ รัฐต้องจัดการเรียนการสอนและจัดให้มีอุปกรณ์การเรียนโดยไม่มีค่าใช้จ่าย หรือมาตรา 162 รัฐต้องพยายามดำเนินการเพื่อให้ผู้ใช้แรงงานมีมาตรฐานการครองชีพขั้นต่ำ แต่เนื่องจากในรัฐธรรมนูญเวมาร์มมีบทบัญญัติในลักษณะที่เรียกร้องให้รัฐดำเนินการเป็นจำนวนมาก ประกอบกับในรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้อย่างแน่ชัดว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีความผูกพันต่อองค์กรใดบ้าง จึงทำให้บทบัญญัติในลักษณะนี้ถูกตีความว่าเป็นเพียงนโยบายของรัฐและไม่ใช้กฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคล (Programsatz)<sup>7</sup> นอกจากนี้บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวยังประสบปัญหาไม่สามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิได้<sup>8</sup> เพราะมีความยุ่งยากและซับซ้อนไม่รู้ว่าจะต้องบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิได้อย่างไร และรัฐต้องดำเนินการเพียงใดถึงจะเพียงพอ<sup>9</sup> อีกทั้งยังเป็นภาระต่องบประมาณของรัฐอย่างมาก เมื่อต่อมามีการร่างกฎหมายพื้นฐาน ผู้ร่างจึงเลือกที่จะไม่บัญญัติหน้าที่กระทำการของรัฐเอาไว้ในกฎหมายพื้นฐานเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญเวมาร์ โดยเฉพาะ

<sup>5</sup> Robert Alexy, *supra* note 3, p.3.

<sup>6</sup> Jürgen Brohmer, Clauspeter Hill & Marc Spitzkatz, 60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court, 2<sup>nd</sup> edition, (Selangor Darul Ehsan: Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, 2012), Under “ Introduction to German Constitutional Law and the doctrine of basic rights,” p.88, Retrieved on October 14, 2019, from [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=cb2827ff-3310-89d2-b72c-f2e39b7022e8&groupId=268877](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=cb2827ff-3310-89d2-b72c-f2e39b7022e8&groupId=268877)

<sup>7</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง รัฐธรรมนูญเวมาร์,” (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.45.

<sup>8</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.63.

<sup>9</sup> Jürgen Brohmer, *supra* note 6, p.81.

การบัญญัติให้รัฐมีหน้าที่ในการจัดหาสวัสดิการต่าง ๆ ให้แก่ประชาชน(สิทธิในทางสังคมและเศรษฐกิจ) แต่ได้กำหนดหลักสังคมรัฐ (Sozialstaat) เอาไว้ในรัฐธรรมนูญแทนในฐานะที่เป็นเป้าหมายของรัฐ (Staatsziel) โดยเห็นว่าการรับรองหลักการอย่างกว้างนี้เป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้และตีความ กฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้มีผลได้อย่างแท้จริงเช่นกัน<sup>10</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าวมีผลผูกพัน ต่อรัฐที่จะต้องจัดหาสิ่งจำเป็นพื้นฐานในการดำรงชีวิตให้แก่ประชาชน<sup>11</sup> และรัฐจะต้องทำให้บุคคล สามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของตนได้โดยไม่มีอุปสรรคทางด้านสังคมและเศรษฐกิจเข้ามาขัดขวาง อีกทั้งการดำเนินการช่วยเหลือทางการเงินให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมไม่สอดคล้องกับหลัก สังคมรัฐที่ต้องการสร้างดุลยภาพให้แก่สังคม<sup>12</sup> ดังนั้น โดยหลักแล้วบุคคลจึงไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐ บังคับการให้เป็นไปตามสิทธิโดยการให้รัฐสนับสนุนทางการเงินได้ และในทางวิชาการก็เห็นว่ารัฐ มีหน้าที่เพียงประกันการจัดสรรประโยชน์อย่างเสมอภาคเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงมีผลให้การทำงานของ ข้อความคิดเรื่องหน้าที่คุ้มครอง (Schutzpflicht) และการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิทางสังคมเศรษฐกิจ มีความแตกต่างกัน และไม่สามารถถูกพิจารณาในฐานะที่หน้าที่คุ้มครองเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในทาง สังคมและเศรษฐกิจได้<sup>13</sup>

สำหรับต้นกำเนิดข้อความคิดเกี่ยวกับหน้าที่คุ้มครองเป็นผลมาจากคำตัดสินใน เรื่องหลักการหรือคุณค่าทางรัฐธรรมนูญในด้านที่เป็นภาววิสัยซึ่งเป็นการขยายผลผูกพันไปถึงองค์กร นิติบัญญัติให้มีหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>14</sup> โดยคดีแรกที่มีการกล่าวถึง หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองคือ คดีทำแท้ง ในปี 1975 (First Abortion case)<sup>15</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า

<sup>10</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น.63.

<sup>11</sup> Donald P Kommers and Russell A Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3<sup>rd</sup> edition, (Durham and London: Duke university, 2012), p.49.

<sup>12</sup> Thosten Kingreen, “Rule of Law versus Welfare State,” in *Debate in German public law*, ed. Hermann Pünder and Christian Waldhoff, (Oxford: Hart, 2014), p.111.

<sup>13</sup> Dieter Grimm, “The protective function of the state,” in *European and US Constitutionalism*, ed. George Nolte, (Cambridge: Cambridge university, 2005), p.145.

<sup>14</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น.177.

<sup>15</sup> BVerfGE 39, 1 Translation in English by John D. Gorby and Robert E. Jonas, “West German abortion decision: a contrast to Roe v Wade”, John Marshall, Retrieved on

ฝ่ายนิติบัญญัติได้ปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการทำแท้ง (the Fifth Statute to Reform the Penal Law) โดยเฉพาะมาตรา 218 a ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีการเพิ่มขึ้นใหม่ กำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์ในช่วง 12 สัปดาห์แรกที่กระทำโดยแพทย์ และหญิงนั้นยินยอมสามารถกระทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย<sup>16</sup> ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลัก “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” ในคดีนี้ว่า รัฐไม่ได้มีหน้าที่เพียงงดเว้นการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น แต่รัฐยังมีหน้าที่คุ้มครองและสนับสนุนการใช้สิทธิด้วย โดยศาลได้กำหนดให้หน้าที่คุ้มครองมาจากความเป็นกฎหมายในทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Objective Law) และมาจากการรับรองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในคดีนี้ศาลได้เริ่มต้นพิจารณาถึงสิทธิในชีวิตตามมาตรา 2(2) ของกฎหมายพื้นฐานประโยคแรกที่บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิในชีวิต...”<sup>17</sup> ศาลเห็นว่า “บุคคล” ตามบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้รวมไปถึงทารกในครรภ์มารดาด้วย เพราะ ชีวิตของมนุษย์ตามความหมายทางชีววิทยาจะเริ่มต้นขึ้นหลังจากปฏิสนธิ (Conception) 14 วัน เมื่อกระบวนการเจริญเติบโตเริ่มต้นขึ้นอย่างต่อเนื่อง การกำหนดช่วงเวลาของทารกในครรภ์จึงไม่มีความชัดเจนและเป็นสิ่งที่ไม่อาจแบ่งช่วงพัฒนาการสำหรับชีวิตมนุษย์ได้ และกระบวนการในการเจริญเติบโตดังกล่าวไม่ได้สิ้นสุดลงเมื่อทารกได้คลอดออกมา เพราะสติปัญญาซึ่งเป็นคุณลักษณะเฉพาะของมนุษย์จะปรากฏขึ้นหลังจากที่มนุษย์ได้เกิดมาแล้ว ดังนั้น การคุ้มครองตามมาตรา 2(2) ประโยคแรกจึงไม่อาจจำกัดเฉพาะมนุษย์ที่มีชีวิตภายหลังการคลอด หรือทารกในครรภ์ที่กำลังจะคลอดได้ เนื่องจากสิทธิในชีวิตถูกรับรองให้กับทุกคนที่มี “ชีวิต” และคำว่า “ทุกคน” ตามมาตรานี้ หมายถึง ทุกชีวิตที่มีความเป็นตัวตนของมนุษย์ซึ่งรวมไปถึงชีวิตที่อยู่ในครรภ์ด้วย โดยศาลเห็นว่าการตีความคำว่า “บุคคล” ตามความเข้าใจทั่วไปว่าหมายถึงบุคคลที่คลอดออกมาจากครรภ์มารดาแล้วเป็นการตีความที่เคร่งครัด เพราะหากการตีความไม่รวมถึงชีวิตของทารกในครรภ์ด้วย ความปลอดภัยในการดำรงอยู่ของมนุษย์จากการล่วงละเมิดโดยรัฐก็จะไม่มีความสมบูรณ์ นอกจากนี้ศาลยังอ้างเหตุผลสนับสนุนการตีความขยายสิทธิในชีวิตให้รวมไปถึงทารกในครรภ์ว่า การตีความในลักษณะดังกล่าวของศาลเป็นการตีความ

---

June 25, 2019, from <https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=lawreview>

<sup>16</sup> §218 a An interruption of pregnancy performed by a physician with the consent of the pregnant woman is not punishable under § 218 if no more than twelve weeks have elapsed since conception.

<sup>17</sup> Article 2(2) Every person shall have the right to life and physical integrity..

ที่สอดคล้องกับหลักที่ว่า หากมีกรณีเป็นที่สงสัยในการตีความ จะต้องตีความให้กฎหมายเกิดผลสูงสุด นอกจากนี้ การตีความที่ว่าสิทธิในชีวิตให้รวมไปถึงทารกในครรภ์มารดา ก็เป็นการตีความที่สอดคล้องกับประวัติศาสตร์การร่างกฎหมายพื้นฐานที่ชีวิตตามมาตรา 2(2) รวมไปถึงชีวิตที่กำลังเกิดขึ้นด้วย (Germinating life)

สำหรับหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองชีวิตของบุคคลนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 2(2) ประโยคแรกโดยตรง นอกจากนี้ หน้าที่คุ้มครองยังมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1(1)<sup>18</sup> ได้อีกด้วย เพราะ การที่มีชีวิตมนุษย์ดำรงอยู่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของชีวิตในครรภ์ก็ย่อมมีอยู่ด้วย ศาลเห็นว่า หน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครองมีอยู่อย่างกว้างขวาง รัฐไม่ได้มีหน้าที่แค่การกระทำที่จะกระทบต่อชีวิตของบุคคลเท่านั้น แต่หน้าที่คุ้มครองได้เรียกร้องให้รัฐต้องให้การคุ้มครองและช่วยเหลือด้วยแม้ว่าชีวิตนั้นจะถูกละเมิดโดยเอกชนก็ตาม โดยมาตรการที่รัฐใช้ในการคุ้มครองจะเข้มข้นมากแค่ไหนขึ้นอยู่กับคุณค่าทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับปัญหาว่าอยู่ในระดับใดและมีความสำคัญแค่ไหน ซึ่งในกฎหมายพื้นฐานนั้นชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุด อีกทั้งยังเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมนุษย์จะต้องมีชีวิตขึ้นก่อนถึงจะสามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ได้

เมื่อกฎหมายพื้นฐานกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดาแล้ว รัฐก็ต้องทำหน้าที่คุ้มครองทารกในครรภ์แม้ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากมารดาของทารกเองก็ตาม ทั้งนี้ หากพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานของหญิงที่ตั้งครรภ์แล้วจะพบว่า หญิงเป็นผู้ทรงสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 2(1)<sup>19</sup> แห่งกฎหมายพื้นฐานที่มีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้อย่างเสรี โดยที่มาตราดังกล่าวนี้ก็เชื่อมโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1(1) ด้วย กล่าวคือ หากมีการตีความให้ทารกเป็นส่วนหนึ่งของหญิงที่ตั้งครรภ์แล้ว การที่หญิงตัดสินใจทำแท้งก็จะเป็นเรื่องส่วนตัวของหญิงที่รัฐห้ามเข้าไปแทรกแซง อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุผลที่ทารกในครรภ์เป็นผู้ทรงสิทธิในชีวิตและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายพื้นฐาน ในขณะที่สิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ถูกรับรองอย่างจำกัด เพราะ หากการใช้สิทธิของหญิงกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น คุณค่าของ

<sup>18</sup> Article 1 (1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

<sup>19</sup> Article 2 (1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

รัฐธรรมนูญ และศีลธรรมอันดี สิทธิดังกล่าวก็อาจถูกจำกัดได้ ดังนั้น การอนุญาตให้หญิงตั้งครรภ์สามารถทำแท้งจึงไม่สามารถเป็นไปได้ เพราะ การทำแท้งหมายถึงการทำลายชีวิตในครรภ์นั่นเอง

เนื่องจากในกรณีนี้ทารกในครรภ์และหญิงตั้งครรภ์ต่างได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายพื้นฐานเหมือนกัน แต่สิทธิขั้นพื้นฐานของทั้งสองฝ่ายเกิดการปะทะหรือขัดแย้งกันเอง ศาลจึงต้องทำการชั่งน้ำหนักว่าจะให้ความคุ้มครองฝ่ายใดมากกว่า ซึ่งศาลเห็นว่า ถึงแม้ทารกในครรภ์และหญิงที่ตั้งครรภ์ต่างได้รับความคุ้มครองจากหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นแก่นของระบบคุณค่าทางรัฐธรรมนูญด้วยกันทั้งคู่ แต่มาตรา 2(1) ประโยคแรก ต้องลดผลบังคับลงมาเพื่อคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์มากกว่าหญิงที่ต้องการทำแท้ง เพราะ ผลกระทบในทางที่เป็นผลร้ายของหญิงที่ขาดโอกาสในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองเนื่องจากไม่สามารถทำแท้งได้มีน้อยกว่าชีวิตในครรภ์ที่ต้องถูกทำลายลงเพราะการทำแท้ง ประกอบกับการชั่งน้ำหนักจะต้องไม่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่เกิดการปะทะกันหรือขัดแย้งกันถูกจำกัดจนกระทบถึงแก่นสาระสำคัญของสิทธิไปตามมาตรา 19(2)<sup>20</sup> ดังนั้น สิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์จึงได้รับการคุ้มครองทุกช่วงเวลาที่อยู่ในครรภ์ และไม่ได้ถูกยกเว้นในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง การที่ฝ่ายนิติบัญญัติอ้างถึงวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายโดยอนุญาตให้ทำแท้งในบางช่วงระยะเวลาของการตั้งครรภ์เพื่อให้เป็นไปตามสิทธิของหญิงในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเองนั้น ถึงแม้สิทธิดังกล่าวจะมาจากหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่รับรองไว้ในมาตรา 1(1) แต่ก็ไม่สอดคล้องกับการจัดระบบคุณค่าของกฎหมายพื้นฐาน

สำหรับมาตรการในการคุ้มครองนั้น ศาลเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลพินิจในการเลือกใช้ เพียงแต่มาตรการที่นำมาใช้จะต้องสามารถให้ความคุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ และจะต้องใช้มาตรการที่เป็นการช่วยเหลือหรือนโยบายสวัสดิการทางสังคมก่อน เนื่องจากโดยธรรมชาติของหญิงที่ตั้งครรภ์ก็มีหน้าที่ต้องดูแลทารกในครรภ์ของตนเองอยู่แล้ว ดังนั้น รัฐจึงต้องมีมาตรการที่ส่งเสริมหรือช่วยเหลือเพื่อให้หญิงที่ตั้งครรภ์พร้อมที่จะดูแลลูกในครรภ์ต่อไปด้วยตัวเองจนถึงคลอด แต่เนื่องจากมาตรการเหล่านี้มักจะเกิดผลในทางอ้อมและใช้เวลานานกว่าจะเกิดผลสำเร็จ การเลือกใช้มาตรการที่มีโทษทางอาญาก็อาจจะนำมาใช้ได้ แต่จะต้องเป็นมาตรการสุดท้ายที่เลือกใช้

<sup>20</sup> Article 19

(1) Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case. In addition, the law must specify the basic right affected and the Article in which it appears.

(2) In no case may the essence of a basic right be affected.

เนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นวิธีการที่รุนแรงและไม่อาจพิจารณาเพียงแค่ว่าควรที่จะกำหนดให้ การกระทำใดเป็นความผิดหรือไม่ แต่ต้องพิจารณาไปถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และการกระทำที่จะ กำหนดให้เป็นความผิดนั้นเกิดความเสียหายแก่สังคมขนาดไหน จากนั้นต้องเทียบเคียงกับโทษ ทางอาญาในกรณีที่เกี่ยวข้องกัน (ความผิดเกี่ยวกับชีวิต) ตลอดจนพิจารณาการปรับใช้กฎหมายอาญา ในสังคมสมัยใหม่ และสุดท้ายจะต้องประเมินว่าการเลือกใช้โทษทางอาญาจะมีประสิทธิภาพ ในทางปฏิบัติหรือไม่ รวมถึงความเป็นไปได้ในการใช้มาตรการที่มีสภาพบังคับอื่น ๆ ประกอบกันด้วย ดังนั้น เมื่อต้องมาพิจารณาในกรณีของการทำแท้งก็จะเห็นได้ว่าสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองคือชีวิตของ ทารกในครรภ์ และการทำแท้งก็เป็นการกระทำที่ทำลายชีวิตซึ่งเป็นคุณค่าสูงสุดของระบบกฎหมาย ดังนั้น การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการทำแท้งจึงเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้ว ส่วนการที่ฝ่ายนิติบัญญัติ กำหนดให้หญิงสามารถทำแท้งได้ใน 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์โดยไม่มีโทษทางอาญาจึงไม่ชอบ ด้วยกฎหมายพื้นฐาน

แม้ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาคดีทำแท้ง ในปี 1993 (Abortion II case)<sup>21</sup> แต่ศาลยังคงยืนยันในหลักการเดิมที่ว่า รัฐมีหน้าที่คุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์มารดา ซึ่งศาล ในคดีนี้ได้กำหนดให้หน้าที่คุ้มครองมาจากการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1(1) ที่กำหนดให้รัฐเคารพและคุ้มครองชีวิตมนุษย์ไว้โดยตรง และมาตรานี้ยังทำให้หน่วยงานของรัฐ ทุกองค์กรโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติมีความผูกพันในการทำหน้าที่ดังกล่าวด้วย เมื่อกล่าวถึงการทำให้ หน้าที่คุ้มครองแล้ว ศาลเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องทำการชั่งน้ำหนักความสำคัญของสิทธิในชีวิต และคุณค่าอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญที่ขัดแย้งกัน โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องสร้างการคุ้มครองขั้นต่ำ ที่จำเป็นเพื่อปกป้องคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ (Untermassverbot) ซึ่งมาตรฐานการคุ้มครองขั้นต่ำ นี้เองได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายให้การทำแท้งเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย เพราะ หากปล่อยให้หญิงที่ทำแท้งหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมีอิสระในการตัดสินใจโดยที่รัฐไม่เข้าไปควบคุม สิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์จะไม่ได้รับการคุ้มครองได้เลย อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าผลของคำพิพากษา ในคดีทำแท้งจะทำให้สิทธิของทารกได้รับความคุ้มครองมากกว่าสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ แต่สิทธิของ ทารกก็ไม่อาจขยายจนเป็นการจำกัดและอยู่เหนือกว่าสิทธิของหญิงตลอดไปได้ เพราะ ด้วย สถานการณ์บางอย่างที่เกิดขึ้นกับตัวหญิงเองก็อาจเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้หญิงไม่ต้องมีหน้าที่อุ้มท้อง จนถึงกำหนดคลอดได้ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องมีหน้าที่กำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวด้วย

สำหรับข้อยกเว้นที่ทำให้หญิงไม่ต้องอุ้มท้องจนถึงกำหนดคลอดไม่ได้จำกัดเฉพาะ กรณีที่เป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของหญิงเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าข้อยกเว้นอื่น ๆ

<sup>21</sup> BVerfGE 88, 203

สามารถเป็นไปได้เหมือนกัน โดยศาลอ้างถึงหลักห้ามรับภาระจนเกินสมควรเข้ามาเป็นฐานในการพิจารณาเรื่องช้อยกเว้นด้วย เนื่องจากในความสัมพันธ์ระหว่างแม่และลูกเป็นความสัมพันธ์พิเศษ การที่รัฐกำหนดให้การทำแท้งเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายจึงยังไม่ได้ทำให้หน้าที่คุ้มครองของรัฐจบลง เพราะหญิงที่ตั้งครรภ์มีภาระดูแลเด็กตั้งแต่อยู่ในครรภ์และหลังคลอดออกมาอีกหลายปี ความรับผิดชอบที่เกิดจากการตั้งครรภ์ดังกล่าวอาจทำให้ผู้หญิงหลายคนต้องประสบกับภาวะเครียดในช่วงแรกของการตั้งครรภ์ หรืออาจรุนแรงถึงขั้นเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ ด้วยสถานการณ์เช่นนี้จึงทำให้สิทธิในชีวิตของทารกไม่ได้อยู่เหนือกว่าสิทธิของหญิงเหมือนในกรณีปกติ หากแต่ระบบกฎหมายจะคุ้มครองสิทธิของหญิงโดยไม่ต้องคำนึงถึงหน้าที่ในมุมมองทางศีลธรรมหรือศาสนาเลย โดยหลักเรื่องห้ามรับภาระจนเกินสมควรสามารถพบได้ในกรณีช้อยกเว้นที่ทำให้หญิงไม่ต้องอุ้มท้องอีกต่อไป เช่น เหตุผลทางการแพทย์ เหตุผลทางด้านอาชญากรรม เหตุผลอันเกิดจากเด็กที่อยู่ในครรภ์ ซึ่งศาลเห็นว่ายังมีเหตุอื่น ๆ ที่หญิงไม่ต้องรับภาระจนเกินสมควรได้ ซึ่งกรณีที่หญิงต้องประสบกับความยากลำบากในทางสังคมหรือมีปัญหาทางสุขภาพจิต ก็เป็นสิ่งที่เห็นได้ว่าหญิงต้องรับภาระดังกล่าวเกินสมควรหากจะต้องตั้งครรภ์ต่อไป

แม้ว่าหลักห้ามรับภาระจนเกินสมควรจะทำให้หญิงไม่ต้องมีหน้าที่ในการอุ้มท้องจนถึงกำหนดคลอด แต่รัฐยังต้องทำหน้าที่ในการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์อยู่ กล่าวคือรัฐจะต้องให้การสนับสนุนหญิงผ่านการให้คำปรึกษาและการช่วยเหลือ นอกจากนี้รัฐต้องพยายามโน้มน้าวให้หญิงที่ตั้งครรภ์อุ้มท้องต่อไปจนถึงกำหนดคลอดด้วย

สำหรับการเลือกมาตรการในการให้ความคุ้มครอง ศาลเห็นว่ามาตรการทางอาญาจะต้องเป็นมาตรการสุดท้ายที่ใช้เพื่อคุ้มครอง เนื่องจากเป็นมาตรการที่รุนแรงและต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบหลายด้าน อย่างไรก็ตาม เมื่อระบบกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์โดยทั่วไปว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายแล้ว แต่ถ้าวรรัฐมีมาตรการอย่างอื่นที่ให้ความคุ้มครองทารกอย่างเพียงพอ หญิงที่ตั้งครรภ์ก็สามารถทำแท้งได้โดยไม่ต้องถูกลงโทษ แม้หญิงนั้นจะไม่มีเหตุยกเว้นตามกฎหมายที่สามารถทำแท้งได้ก็ตาม

รัฐไม่ได้มีหน้าที่เพียงความคุ้มครองทารกจากการล่วงละเมิดที่มาจากบุคคลอื่นเท่านั้น แต่รัฐยังต้องใช้มาตรการที่พร้อมรับมือกับภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ของหญิงและครอบครัวของหญิงทั้งในปัจจุบันและในอนาคต เพราะความสัมพันธ์ดังกล่าวอาจจะมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในการตั้งครรภ์ต่อไปของหญิงด้วย นอกจากนี้ หน้าที่คุ้มครองดังกล่าวยังมาจากมาตรา 6(1) และ (4) ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>22</sup> ที่กำหนดให้รัฐจัดการปัญหาและความยากลำบากที่หญิง

<sup>22</sup> Article 6



อาจได้รับระหว่างการจัดตั้งครรภ์ และยังคงให้ความคุ้มครองไปในแดนกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนด้วย ภาระงานดังกล่าวนี้เกี่ยวข้องกับความเป็นแม่และการเลี้ยงดูเด็กซึ่งเป็นเรื่องของประโยชน์สาธารณะและเป็นสิ่งที่ควรค่าแก่การรับรองที่รัฐถูกเรียกร้องให้ทำตามมาตรานี้

เนื่องจากการที่แม่ดูแลลูกก็จะทำให้สังคมได้ประโยชน์ไปด้วย ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่อย่างหนึ่งของรัฐในการป้องกันการกระทำที่มีสาเหตุมาจากการขาดแคลนปัจจัยที่จำเป็นต่าง ๆ ทั้งในระหว่างการตั้งครรภ์และหลังคลอด หรือในกรณีที่เกิดอุปสรรคในการฝึกอาชีพหรือการทำงานเพราะเหตุที่ตนตั้งครรภ์ รัฐต้องทำให้อุปสรรคเหล่านี้หมดไป โดยรัฐต้องพยายามดำเนินการแก้ไขหรือบรรเทาปัญหาเท่าที่จะทำได้ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้ไม่จำกัดเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่ยังรวมถึงฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองด้วย

ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การทำแท้งในช่วง 12 สัปดาห์แรกที่ปราศจากเหตุอันจะอ้างตามกฎหมายไม่จำเป็นต้องถูกลงโทษ เพราะ การมีระบบให้คำปรึกษาที่ดีที่โน้มน้าว ให้หญิงตัดสินใจตั้งครรภ์ต่อไปสามารถเข้ามาทดแทนมาตรการที่มีสภาพบังคับทางอาญาได้ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากมาตรา 218a บัญญัติว่า การยุติการตั้งครรภ์ไม่ผิดกฎหมาย<sup>23</sup> ศาลเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะ การทำแท้งโดยปราศจากเหตุผลยังคงต้องเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายแม้ว่าจะไม่ถูกลงโทษก็ตาม นอกจากนี้ศาลยังชี้แนวทางแก่ฝ่ายนิติบัญญัติว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องปรับใช้มาตรการในทุกพรหมแดนกฎหมายเพื่อสนับสนุนให้หญิงตัดสินใจที่จะอุ้มท้องต่อไป ส่วนกฎหมายประกันสุขภาพที่ครอบคลุมไปถึงการทำแท้งโดยไม่ได้มาจากเหตุทางการแพทย์จะต้องทำให้สิ้นผลไป การบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐเก็บสถิติการทำแท้งจะต้องถูกนำมาใช้อีกครั้ง และสุดท้ายศาลได้กล่าวไว้ว่ารัฐไม่สามารถปฏิเสธความช่วยเหลือแก่ผู้หญิงที่ยากจนซึ่งต้องการทำแท้งได้ แต่รัฐก็ไม่สามารถจัดทำให้มีการทำแท้งได้เหมือนกัน

แม้ว่าคดีทำแท้ง ในปี 1975 ดังที่กล่าวมาข้างต้นจะเป็นคดีแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กล่าวถึง “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครอง” แต่ในคำวินิจฉัยของศาลก็ยังไม่ได้อธิบายอย่างชัดเจนว่า รัฐจะต้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างไรบ้าง<sup>24</sup> และคำถามที่จะเกิดขึ้นหลังจากนี้ก็คือ การคุ้มครองเช่นว่านั้นรัฐจะต้องคุ้มครองเรื่องอะไร ซึ่งคำวินิจฉัยในเวลาต่อมาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

(1) Marriage and the family shall enjoy the special protection of the state.

(4) Every mother shall be entitled to the protection and care of the community.

<sup>23</sup> § 218a (1) Pregnancy termination is not illegal if...

<sup>24</sup> John D. Gorby and Robert E. Jonas, *supra note 15*, p.663.

ได้ขยายความคุ้มครองไปยังภัยอันตรายต่าง ๆ ที่อาจกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น อันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ การก่อการร้าย นอกจากนี้ยังขยายไปถึงการคุ้มครองจากการละเมิดสิทธิของเอกชนด้วยกันเองซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในชีวิตประจำวัน เช่น กฎหมายแรงงาน กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น<sup>25</sup>

### 3.1.2 โครงสร้างของข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

สาระสำคัญของข้อความคิดเรื่องหน้าที่คุ้มครอง คือ การเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากภัยอันตรายหรือการละเมิดที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยรัฐหรือการแทรกแซงที่มาจากรัฐ<sup>26</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อความคิดนี้ไม่ได้เปลี่ยนแปลงผู้ที่มีหน้าที่ต่อสิทธิขั้นพื้นฐานเลย เพียงแต่ภัยอันตรายที่จะกระทบต่อสิทธิไม่ใช่รัฐเป็นผู้ก่อขึ้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การเข้าไปทำความเข้าใจเนื้อหาของหน้าที่คุ้มครอง และกลไกการทำงานของมันก็เป็นสิ่งที่สำคัญ เพราะจะทำให้เห็นถึงประเด็นปัญหาและข้อถกเถียงในทางวิชาการ ซึ่งประเด็นเหล่านี้เป็นคำถามในเชิงโครงสร้าง จึงได้มีการแยกพิจารณา ดังนี้

#### 3.1.2.1 ตำแหน่งของหน้าที่คุ้มครองในกฎหมายพื้นฐาน

คำว่า “คุ้มครอง” เป็นถ้อยคำที่ปรากฏตัวอยู่หลายที่ในกฎหมายพื้นฐาน และหากพิจารณาเฉพาะลงไปหมวดสิทธิขั้นพื้นฐานแล้วก็จะพบบางมาตราที่มีคำว่า “คุ้มครอง” ปรากฏอยู่ด้วย อย่างไรก็ตาม สิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านี้ไม่ได้แสดงถึงข้อความคิดเรื่องหน้าที่คุ้มครองทั้งหมดสักทีเดียว ประกอบกับข้อความคิดดังกล่าวถูกพัฒนาและปรุงแต่งขึ้นโดยนักนิติศาสตร์ การตีความตามตัวอักษรจึงไม่สามารถนำไปสู่การคุ้มครองตามข้อความคิดทั้งหมดได้ ดังนั้น การอภิปรายตำแหน่งของหน้าที่คุ้มครองจึงต้องพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักว่า ศาลให้เหตุผลในการกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างไร

การค้นหาแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครอง เราอาจจะเริ่มต้นจากการค้นหาเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในคดีทำแท้งซึ่งเป็นคดีแรกที่กล่าวถึงหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลอันเป็นที่มาของหน้าที่คุ้มครองอยู่สองประการด้วยกัน คือ (1) หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองชีวิตมาจากกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 2(2) ประโยคแรกโดยตรง เพราะ สิทธิในชีวิตตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ไม่ได้เป็นเพียงสิทธิป้องกันที่เป็น

<sup>25</sup> Peter M. Humber, “Risk decision in German Constitutional and Administrative law,” Retrieved on July 25, 2019, from <https://epub.ub.uni-muenchen.de/13872/1/risk-decisions.pdf>, p.12.

<sup>26</sup> Christian Bumke and Andreas Voßkuhle, German constitutional law: Introduction, Cases, and Principles, (Oxford: Oxford University, 2019), p.74.

การกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐหรือเรียกร้องให้รัฐต้องเคารพต่อชีวิตของมนุษย์เท่านั้น แต่ยังเป็นบทบัญญัติที่มอบหมายหน้าที่ให้แก่รัฐในการคุ้มครองชีวิตของมนุษย์จากการละเมิดของบุคคลอื่นด้วย และ (2) ชีวิตมีความเชื่อมโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เมื่อกฎหมายพื้นฐานมาตรา 1(1) ประโยคที่สอง บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐต้องเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่คุ้มครองชีวิตของมนุษย์ด้วย<sup>27</sup>

การให้เหตุผลในลักษณะข้างต้นส่งผลต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา ซึ่งในคดีหลังจากนั้นศาลอาจจะไม่ได้ใช้เหตุผลแบบเดียวกับคดีทำแท้งทั้งหมด และในบางคดีก็มีการขยายข้อความคิดออกไปจากเดิมที่อาจไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันบ้าง แต่ในส่วนของเรื่องแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองนั้น เราสามารถสรุปได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญใช้ 2 วิธี คือ (1) การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างกว้าง และ (2) การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างแคบ

### (1) การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างกว้าง

การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า หน้าที่คุ้มครองมาจากกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหรือมิติในทางภาววิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานมีเนื้อหาอีกด้านหนึ่งที่เป็นเรื่องของคุณค่าหรือหลักการ ซึ่งคุณค่าหรือหลักการนั้นก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐที่จะต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับใช้ได้มากที่สุด นั่นก็คือ การที่รัฐต้องกระทำการบางประการเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหรือมิติในทางภาววิสัย หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองจึงสามารถมาจากสิทธิขั้นพื้นฐานทุกสิทธิได้โดยตรง<sup>28</sup> ยกตัวอย่างเช่น คดีตัวแทนทางการค้า (Handelsvertreter) ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับข้อสัญญาห้ามค้าแข่งขั้ดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 12 (1) แห่งกฎหมายพื้นฐานหรือไม่<sup>29</sup> ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างถึงคำวินิจฉัยในคดี Lüth ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นระบบแห่งคุณค่าที่มีผลไปถึงกฎหมายเอกชน แม้ว่าข้อตกลงในสัญญาจะเป็นเรื่องของเอกชนตามหลักอิสระในการแสดงเจตนา แต่

<sup>27</sup> John D. Gorby and Robert E. Jonas, *supra note 15*, p.641.

<sup>28</sup> Christian Starck, “State duties of protection and fundamental rights,” Researchgate, Retrieved on August 10, 2019, from [https://www.researchgate.net/publication/318396349\\_State\\_duties\\_of\\_protection\\_and\\_fundamental\\_rights](https://www.researchgate.net/publication/318396349_State_duties_of_protection_and_fundamental_rights), p.20.

<sup>29</sup> สุรศักดิ์ บุญญานุกุลกิจ, “ความผูกพันขององค์กรของรัฐและเอกชนต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.51.

เมื่อสถานะของคู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ คู่สัญญาอีกฝ่ายอยู่ในสถานะที่เหนือกว่าที่จะกำหนดข้อสัญญาเองได้และทำให้ไม่มีความเสมอภาคในการต่อรองอย่างแท้จริง กฎหมายว่าด้วยสัญญาเพียงอย่างเดียวจึงไม่สามารถประสานประโยชน์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ ดังนั้น เพื่อทำให้เกิดความเท่าเทียมกันและเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>30</sup> เพราะ มาตรา 12(1) กฎหมายพื้นฐาน สามารถเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพจากการละเมิดตามสัญญาได้ หรือเมื่อเกิดกรณีที่ไม่มีอำนาจต่อรองอย่างเท่าเทียมกัน<sup>31</sup>

## (2) การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างแคบ

วิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยวิธีอย่างแคบ คือ การที่ศาลกำหนดให้หน้าที่คุ้มครองมาจากถ้อยคำของบทบัญญัติซึ่งมีอยู่ 2 มาตรา คือ (1) การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1(1) ประโยคที่สอง และ (2) การคุ้มครองสถาบันครอบครัวตามมาตรา 6<sup>32</sup> ถึงแม้การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองตามวิธีนี้จะ เป็นแบบเคร่งครัดเพราะเป็นการตีความที่มาจากตัวอักษรโดยตรง แต่อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ตีความขยายในวิธีนี้ไปอีก โดยเฉพาะการใช้เหตุผลเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะ นอกจากการคุ้มครองสถาบันครอบครัวตามมาตรา 6 แล้ว ในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐานแทบจะไม่ปรากฏคำว่า “คุ้มครอง” เลยนอกจากมาตรา 1(1) ประโยคที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญจึงใช้วิธีการให้เหตุผลโดยนำศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาเป็นตัวเชื่อมกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิในเรื่องนั้น เช่น ในคดีทำแท้งที่ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า สิทธิในชีวิตเป็นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ เมื่อรัฐต้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐจึงต้องคุ้มครองชีวิตของมนุษย์ด้วย

วิธีการให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองวิธีต่างได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก โดยวิธีการแรกที่ศาลอ้างว่าหน้าที่ของรัฐสามารถมาจากเนื้อหาในทางทฤษฎีของสิทธิขั้นพื้นฐานได้โดยตรง ก็ถูกวิจารณ์ในมุมมองปัญหาของการกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็น

<sup>30</sup> Olha Cherednychenko, “Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions,” Retrieved on August 10, 2019, from <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/20945/full.pdf>, pp.80-81.

<sup>31</sup> BVerfGE 81, 242, 254 f. in Christian Starck, *supra note 28*, p.20.

<sup>32</sup> Christian Starck, *supra note 28*, p.29.

กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหรือมีมิติในทางภาววิสัย<sup>33</sup> กล่าวคือ การวินิจฉัยว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีมิติในทางภาววิสัยหรือมิติในทางคุณค่าเป็นการขยายเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานให้ออกมาเป็นรูปธรรมซึ่งมีผลเป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ<sup>34</sup> ส่วนวิธีการที่สองที่ศาลอ้างจากถ้อยคำของบทบัญญัตินั้น มีข้อโต้แย้งในกรณีที่ศาลอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ขึ้นมาเพื่อเป็นตัวเชื่อมกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น เพราะ การอ้างเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดคำถามสำคัญว่า เหตุใดการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานถึงมาจากบทบัญญัติเพียงมาตราเดียว<sup>35</sup> ตัวอย่างของการให้เหตุผลสิทธิในชีวิตอาจจะพอรับฟังได้ เนื่องจากชีวิตมีความเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ในบางกรณีที่สิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับความเป็นมนุษย์เลย วิธีการให้เหตุผลดังกล่าวจะเป็นการทำลายหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลงที่สุดในที่สุด<sup>36</sup>

### 3.1.2.2 สถานะทางกฎหมายของหน้าที่คุ้มครอง

การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความแตกต่างกันได้ส่งผลต่อสถานะทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย อย่างไรก็ตาม แม้แนวทางทั้งสองวิธีจะมีความแตกต่างกัน แต่สิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันยืนยันแน่ชัดคือ รัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และหน้าที่ดังกล่าวก็มาจากสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย จึงอาจจะสรุปเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นได้ว่า รัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล แต่การคุ้มครองนั้นจะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรก็ต้องมาพิจารณาว่า การได้รับความคุ้มครองมีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องทางกฎหมาย (Subjective Right) หรือเป็นเพียงกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (Objective norm) เท่านั้น

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็ยังไม่มีความแน่ชัดถึงสถานะของการเป็นสิทธิเรียกร้องทางกฎหมายของหน้าที่คุ้มครอง แต่ศาลมีแนวโน้มที่จะให้เหตุผลว่า หน้าที่ในการคุ้มครองมาจากเนื้อหาในทางภาววิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐานหรือกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายเท่านั้น<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Christian Callies, “Dimensions of fundamental rights- Duty to respect versus Duty to protect,” in *Debate in German public law*, Hermann Pünder and Christian Waldhoff, (Oxford: Hart, 2014), p.34.

<sup>34</sup> ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.208.

<sup>35</sup> Christian Starck, *supra note 28*, p.30.

<sup>36</sup> Robert Alexy, *Theory of constitutional rights*, trans. Julian Rivers, (Oxford: Oxford university), pp.21,303.

<sup>37</sup> *ibid.*, p.301.

ซึ่งเราได้อภิปรายถึงผลของการเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (Objective Norm) กันแล้วว่า หน้าที่ที่สืบเนื่องจากกฎเกณฑ์ประเภทนี้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลใช้บังคับได้อย่างแท้จริง ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ไม่มีคู่กรณีหรือรัฐไม่ต้องกระทำตามข้อเรียกร้องของบุคคลผู้ทรงสิทธิ จึงทำให้บุคคลไม่สามารถฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องให้รัฐทำหน้าที่คุ้มครองได้<sup>38</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเคยมีคำวินิจฉัยที่รับรองสิทธิของบุคคลในการเรียกร้อง (Subjective Right) ให้รัฐทำหน้าที่คุ้มครองด้วย ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยคดีอาวุธทางเคมี<sup>39</sup> (Chemical weapons case) ที่ศาลได้ให้เหตุผลไว้ตอนหนึ่งว่า “มาตรา 2(2) ประโยคแรก ของกฎหมายพื้นฐานไม่ได้เพียงแค่รับรองสิทธิเรียกร้องของบุคคลในการป้องกันการละเมิดจากรัฐเท่านั้น แต่ขณะเดียวกันยังรับรองคุณค่าของกฎหมายในทางภาววิสัยซึ่งมีผลไปทั้งระบบกฎหมาย และได้ก่อให้เกิดหน้าที่คุ้มครองที่ฝังรากในรัฐธรรมนูญ ... หากมีการละเมิดหน้าที่คุ้มครองซึ่งได้มีการรับรองไว้ในมาตรา 2(2) ประโยคแรกแล้ว บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการละเมิดนั้นย่อมสามารถยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้”<sup>40</sup>

การรับรองให้หน้าที่คุ้มครองเป็นสิทธิเรียกร้องของบุคคล ถูกโต้เถียงในประเด็นที่มาทางหลักการว่า สิทธิเรียกร้องของบุคคลทำให้เกิดหน้าที่คุ้มครองได้อย่างไร

หากแยกการพิจารณาตามวิธีการกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองแล้วจะพบว่า การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองมาจากบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นวิธีการอย่างแคบ สามารถอธิบายได้ถึงความเป็นสิทธิเรียกร้องให้รัฐทำหน้าที่คุ้มครองมากกว่าการกำหนดแหล่งที่มาโดยวิธีอย่างกว้าง เพราะ เป็นสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น สิทธิเรียกร้องให้มีการคุ้มครองครอบครัว ตามมาตรา 6 เป็นต้น ในขณะที่วิธีการอย่างกว้างไม่สามารถอธิบายในทางหลักการได้ว่า หน้าที่คุ้มครองที่มาจากกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหรือเนื้อหาในทางภาววิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรงนั้นเป็นสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายได้อย่างไร ในประเด็นหลังนี้ ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลสนับสนุนการมีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องว่า สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งที่มีความสำคัญจึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้เป็นสิทธิเรียกร้องของบุคคลในการได้รับคุ้มครอง<sup>41</sup>

แม้ว่าแนวทางของศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้หน้าที่คุ้มครองเป็นสิทธิเรียกร้องของบุคคล แต่ก็เป็นที่ยอมรับว่า บุคคลไม่สามารถเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้น

<sup>38</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น.198.

<sup>39</sup> BVerfGE 77, 170, 214

<sup>40</sup> Christian Bumke and Andreas Voßkuhle, *supra note 15*, p.76.

<sup>41</sup> Christian Starck, *supra note 28*, p.20-21.

เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานได้<sup>42</sup> ประกอบกับในการใช้สิทธิฟ้องร้องนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายพื้นฐานและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีจะต้องอธิบายว่าตนมีความเดือดร้อนเสียหายอย่างไร โดยเฉพาะกรณีที่ฟ้องร้องว่ารัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐในการทำหน้าที่คุ้มครองผู้ฟ้องคดีจะต้องบอกรายละเอียดให้ได้ว่า หน่วยงานของรัฐไม่ได้ให้ความคุ้มครองต่อสาธารณะอย่างไร หรือกฎหมายหรือมาตรการที่รัฐออกมานั้นไม่เหมาะสมหรือไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้เพียงพออย่างไร<sup>43</sup>

การที่ศาลรัฐธรรมนูญรับรองให้หน้าที่คุ้มครองมีความสัมพันธ์กับสิทธิเรียกร้องของบุคคลเป็นความพยายามที่จะทำให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นจริง เพราะ การเป็นเพียงกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (Objective norm) โดยแท้ย่อมทำให้เกิดการคุ้มครองที่น้อยกว่าการเป็นสิทธิในทางกฎหมาย (Subjective right)<sup>44</sup> แต่การรับรองเช่นนั้นย่อมเป็นการกระทบต่ออำนาจนิติบัญญัติอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะ สิทธิเรียกร้องให้มีการคุ้มครองย่อมสร้างภาระให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติอย่างไม่มีที่สิ้นสุด<sup>45</sup>

### 3.1.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองและการป้องกัน

เนื่องจากการคุ้มครองเป็นการที่รัฐต้องกระทำการบางอย่างเพื่อสนับสนุนหรือช่วยเหลือให้บุคคลใช้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้ หรือทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับได้จริง หากพิจารณาการแบ่งลักษณะและภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐานตามแนวทางของเจลดิเนคแล้ว การคุ้มครองย่อมมีลักษณะเป็น status positivus หรือ positive action เพราะเป็นการที่รัฐจะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในความคิดดั้งเดิมนั้นภารกิจของสิทธิในกลุ่มนี้จะเป็นสิทธิในทางสังคมและเศรษฐกิจ (Social and Economic rights) เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุข แต่เมื่อมีการพัฒนาเรื่องแนวคิดสิทธิขั้นพื้นฐานมีภารกิจในทางกาววิสัย หน้าที่คุ้มครองจึง

---

<sup>42</sup> Dieter Grimm, “The protective function of the state,” in *European and US Constitutionalism*, ed. George Nolte, (Cambridge: Cambridge university, 2005), p.153.

<sup>43</sup> Christian Bumke and Andreas Voßkuhle, *supra note 15*, p.76-77.

<sup>44</sup> See M.D. Bayles, “Courts vs. Legislature as protector of Human Rights,” Lecture before the 11<sup>th</sup> World Congress of the International Association of Legal and Social Philosophy, (Helsinki, 1983 (appearing the proceedings of the Congress). Quoted in Robert Alexy, *Theory of Constitutional Rights*, p.303.

<sup>45</sup> Christian Bumke and Andreas Voßkuhle, *supra note 15*, p.76.

กลายมาเป็นภารกิจประการหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจะถูกมองว่าเป็นภารกิจเชิงริเริ่มดำเนินการในความหมายอย่างกว้าง และสิทธิในทางสังคมและเศรษฐกิจจะอยู่ในความหมายอย่างแคบแทน<sup>46</sup>

ส่วนการป้องกัน รัฐมีภารกิจที่จะต้องละเว้นไม่กระทำการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือตามที่เจสสิเนคได้แบ่งลักษณะภารกิจของสิทธิในกลุ่มนี้คือ status negativus เช่น รัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิในชีวิตและร่างกายให้แก่บุคคล รัฐในฐานะผู้มีหน้าที่เคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องละเว้นการกระทำของตนเองที่จะก้าวล่วงต่อชีวิตและร่างกายของบุคคล เป็นต้น

ดังนั้น โดยลักษณะของภารกิจการคุ้มครองและการป้องกันจึงมีความแตกต่างกันตรงที่ลักษณะการกระทำของรัฐ อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการบางท่านที่เห็นว่า หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองเป็นภารกิจดั้งเดิมของสิทธิขั้นพื้นฐานในกลุ่มแรก(สิทธิป้องกัน)<sup>47</sup> เพราะการพิจารณาเรื่องหน้าที่คุ้มครองจะต้องพิจารณาร่วมกันกับภารกิจในเชิงป้องกัน<sup>48</sup> จะแตกต่างกันตรงที่การคุ้มครองเป็นความผูกพันในทางอ้อมเท่านั้น (Horizontal dimension)

นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ของการคุ้มครองและการป้องกันยังมีการทับซ้อนกันของแหล่งที่มาอีกด้วย กล่าวคือ เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานถูกมองว่าเป็นกฎหมายในทางกฎหมายหรือบรรทัดฐานที่มีคุณค่าในทางภาววิสัย (Objective norm) ซึ่งเป็นมุมมองอีกด้านหนึ่งที่เพิ่มขึ้นมาของสิทธิขั้นพื้นฐานนอกจากการเป็นสิทธิในทางกฎหมาย (Subjective right) ดังนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานที่มีภารกิจป้องกันภัยจากรัฐตามความเข้าใจดั้งเดิมจึงมีมุมมองอีกด้านหนึ่งที่เป็นเนื้อหาในทางภาววิสัย เช่น รัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการละเมิดระหว่างเอกชนด้วยกันเองด้วย เป็นต้น การที่

<sup>46</sup> Robert Alexy, *supra note 36*, p.288,334.

<sup>47</sup> Dieter Grimm, *supra note 42*, pp.145-146.

<sup>48</sup> E.g. Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts* (Heidelberg: C. F. Müller, 1992), vol. V, pp. 143 et seq. The amount of literature on Schutzpflicht has become immense. A very detailed survey is given by Peter Szczekalla, *Die sogenanntengrundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischem Recht* (Berlin: Dunckerand Humblot, 2002) Quoted in Dieter Grimm, *supra note 42*, p.145.



หน้าที่คุ้มครองมีแหล่งที่มาจากสิทธิป้องกันจึงเป็นผลให้การพิจารณาเรื่องการคุ้มครองจะต้องพิจารณาถึงเรื่องการป้องกันด้วยตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น

ด้วยความเชื่อมโยงของหน้าที่คุ้มครองกับสิทธิป้องกันนี้เอง จึงมีแนวความคิดโต้แย้งความจำเป็นของการเพิ่มหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยนักวิชาการที่ไม่เห็นด้วยได้ยกประเด็นว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่มีภารกิจในเชิงป้องกันมีขอบเขตการทำงานที่ครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองแล้ว โดยเห็นว่าภารกิจของรัฐไม่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการละเมิดของเอกชนด้วยกัน เป็นกรณีที่รัฐละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล เพราะบุคคลได้รับผลกระทบจากการที่รัฐไม่ปฏิบัติหน้าที่(คุ้มครอง)ของตนในการห้ามบุคคลอื่น<sup>49</sup> หน้าที่คุ้มครองจึงเป็นสิ่งที่เสริมทำให้สิทธิป้องกันสมบูรณ์ขึ้น จึงไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องมียุทธศาสตร์เรื่องหน้าที่คุ้มครองอีก

อย่างไรก็ดี ทั้งความเห็นที่ไม่ควรมีหน้าที่คุ้มครอง หรือหน้าที่คุ้มครองเป็นส่วนหนึ่งของภารกิจป้องกันนั้น ต่างถูกโต้แย้งว่าการคุ้มครองเป็นสิ่งจำเป็น เพราะหากรัฐไม่ทำอะไรเลยสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนก็จะไม่สามารถบังคับการได้จริง ส่วนความเห็นที่บอกว่าหน้าที่คุ้มครองเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิป้องกันนั้นย่อมไม่สามารถเป็นไปได้ เพราะสิทธิป้องกันตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น รัฐมีหน้าที่**ดเว้นทุกการกระทำ**ที่จะกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น สิทธิในชีวิตซึ่งเป็นสิทธิป้องกัน รัฐต้องดเว้นทุกการกระทำที่กระทบต่อชีวิตของบุคคล เช่น รัฐต้องห้ามฆ่าคนในทุกรณี เป็นต้น ส่วนหน้าที่คุ้มครองคือการที่รัฐต้อง “ช่วยเหลือหรือสนับสนุน” การใช้สิทธิของบุคคล กล่าวคือ รัฐต้อง**กระทำ**การบางอย่างเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ความแตกต่างของหน้าที่ทั้งสองประเภทจึงอยู่ตรงที่การป้องกันคือ รัฐถูกห้ามในทุกการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่การคุ้มครองซึ่งเป็นการช่วยเหลือหรือสนับสนุนสามารถทำได้หลายอย่าง รัฐจะต้องเลือกวิธีการหรือมาตรการที่มีอยู่หลายอย่างนั้นมาใช้ที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพเพียงมาตรการเดียว<sup>50</sup> ดังนั้น หากมองว่าหน้าที่คุ้มครองเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิป้องกันแล้ว ก็จะกลายเป็นว่ารัฐจะถูกเรียกร้องให้ทำหน้าที่คุ้มครองในทุกวิธีการ เพราะการไม่ทำหน้าที่คุ้มครองของรัฐคือการละเมิดต่อสิทธิป้องกัน ทั้งที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการละเมิดของเอกชนด้วยกันนั้นยังไม่สามารถระบุได้ทันทีว่า จะต้องใช้วิธีการใด<sup>51</sup> ด้วยเหตุนี้จึงทำให้การคุ้มครองไม่สามารถเป็นส่วนหนึ่งของการป้องกันได้

<sup>49</sup> Murswiek Risiken der Technik 107 ff; short and clear also idem, Murswiek 1986 Wirtschaftsverwaltung 179 ff, 182 f; earlier Schwabe Probleme der Grundrechtsdogmatik 213 ff. Quoted in Christian Starck, *supra note 28*, p.31.

<sup>50</sup> Robert Alexy, *supra note 36*, pp.308-309.

<sup>51</sup> Christian Starck, *supra note 28*, pp.31-32.

### 3.1.2.4 องค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่คุ้มครอง

โดยหลักนิติรัฐ รัฐย่อมมีความผูกพันโดยตรงที่จะต้องเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน เพราะรัฐจำเป็นต้องจำกัดอำนาจของตนเองเพื่อประกันว่าจะไม่ละเมิดต่อสิทธิของบุคคล ด้วยเหตุนี้ กฎหมายพื้นฐานจึงได้บัญญัติให้องค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการต่างต้องผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะกฎหมายที่ต้องนำมาปรับใช้โดยตรงตามมาตรา 1(3) ดังนั้น ทุกองค์กรของรัฐจึงต้องให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลด้วย อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงการใช้อำนาจขององค์กรแล้ว จะเห็นได้ว่าองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรแรกที่ถูกเรียกร้องให้ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมากที่สุด เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเฉพาะจากการละเมิดของเอกชนด้วยกัน เป็นการเข้าไปจัดการกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน และด้วยเหตุที่เอกชนทุกคนต่างก็ได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเหมือนกัน การที่รัฐเข้าไปจัดการในความสัมพันธ์ดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งโดยหลักแล้วรัฐจะจำกัดสิทธิของบุคคลได้จะต้องกระทำโดยการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ<sup>52</sup> และเรื่องใดที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานก็จำเป็นต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ องค์กรนิติบัญญัติจึงมีความสามารถและมีความชอบธรรมที่จะทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานได้ดีที่สุด ส่วนองค์กรอื่นของรัฐจะช่วยเสริมให้การทำหน้าที่คุ้มครองสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

### 3.1.3 การตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรนิติบัญญัติ

#### 3.1.3.1 วิธีการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น แม้ว่าองค์กรนิติบัญญัติจะเป็นผู้แทนของประชาชน แต่เมื่อมีการเลือกตั้งและได้ผู้แทนเข้าไปในสภาแล้ว ก็อาจจะกล่าวได้เป็นการตัดความเชื่อมโยงระหว่างประชาชนกับผู้แทนลงไป ดังนั้น การประกันว่าผู้แทนของประชาชนจะต้องทำงานภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งสำคัญและทำให้ความเชื่อมโยงนั้นยังดำรงอยู่ได้ในความเป็นจริง ด้วยเหตุนี้ กฎหมายพื้นฐานจึงกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติมีความผูกพันต่อบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย

โดยทั่วไปแล้ว การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัตินั้นจะต้องผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยมีเงื่อนไขทั่วไป เช่น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายพื้นฐานกำหนด การตรากฎหมายจะต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไปไม่มีผลเป็นการบังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง กฎหมายที่ตราขึ้นนั้นจะต้องระบุ

<sup>52</sup> Dieter Grimm, *supra note 42*, pp.149-150.

บทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิด้วย นอกจากนี้ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิจะต้องไม่กระทบถึงสาระสำคัญของสิทธิ<sup>53</sup> และต้องกระทำเท่าที่จำเป็นตามหลักความได้สัดส่วนด้วย

ในส่วนของการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน องค์กฤษฎบัญญัติยังคงผูกพันตามเงื่อนไขที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น แต่การตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมีความยุ่งยากซับซ้อนมากกว่านั้น เพราะเมื่อพิจารณาถึงภัยที่อาจจะเกิดขึ้นกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่ได้มาจากการกระทำของรัฐนั้นมีอยู่หลากหลายไม่ว่าจะเป็นภัยจากธรรมชาติ ภัยจากเทคโนโลยีสมัยใหม่ ภัยจากเอกชนด้วยตนเอง รัฐจะต้องพิจารณาไปอีกขั้นว่าจะคุ้มครองบุคคลหรือป้องกันบุคคลล่วงหน้าจากภัยเหล่านั้นอย่างไร ยกตัวอย่างเช่น การติดตั้งเสาสัญญาณโทรศัพท์ ที่ยังไม่มี ความชัดเจนในทางวิทยาศาสตร์ว่าคลื่นสัญญาณวิทยุจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพของมนุษย์หรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องคาดการณ์ความเป็นไปได้ที่อาจเกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคล และมีมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจน เช่น การกำหนดค่าสำหรับการปล่อยคลื่นวิทยุ เป็นต้น เพราะหากฝ่ายนิติบัญญัติไม่กำหนดค่าที่ชัดเจน หรือไม่มีมาตรการป้องกันล่วงหน้า หรือมาตรการคุ้มครองอย่างเหมาะสมแล้ว จะเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอ และยิ่งก่อให้เกิดความยากลำบากแก่ศาลในการพิจารณาคดีอีกด้วย จึงเห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องประเมินและคาดการณ์โดยอาศัยความรู้ทางวิทยาศาสตร์อย่างรอบด้านเพื่อทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจากเทคโนโลยีสมัยใหม่ ซึ่งโดยหลักแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะไม่เข้าไปตรวจสอบเนื่องจากเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ในอนาคตมีความรู้ทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกำหนดค่าคลื่นความถี่ของฝ่ายนิติบัญญัติต่ำเกินไปและล้าสมัยแล้ว กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจึงไม่ใช่มาตรการที่ให้ความคุ้มครองสุขภาพของบุคคลอย่างเพียงพออีกต่อไป<sup>54</sup> หรือการตรากฎหมายในกรณีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างเอกชนด้วยกันซึ่งมีความยุ่งยากตรงที่

<sup>53</sup> Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 19

(1) Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case. In addition, the law must specify the basic right affected and the Article in which it appears.

(2) In no case may the essence of a basic right be affected.

<sup>54</sup> เบญจสุตา เฉลิมวิสุตม์กุล, “ประเด็นทางกฎหมายมหาชนว่าด้วยสถานีรับส่งสัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่ : กรณีศึกษาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ฉบับที่ 2, ปีที่ 10, น.2-6, (พฤษภาคม-สิงหาคม 2553).

เอกชนแต่ละฝ่ายมีสถานะเท่าเทียมกัน และต่างก็เป็นผู้ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายพื้นฐานทั้งหมด การที่รัฐตรากฎหมายโดยเลือกที่จะคุ้มครองเอกชนฝ่ายใดนั้นในอีกด้านหนึ่งก็คือการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเช่นกัน รัฐจึงต้องประสานประโยชน์ของเอกชนทุกฝ่าย โดยเฉพาะการตรากฎหมายที่เป็นการจัดการความสัมพันธ์เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนเกิดการปะทะหรือขัดแย้งกัน ในเรื่องนี้รัฐจะต้องคำนึงไว้เสมอว่ารัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองเอกชนทุกฝ่าย และจะไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนฝ่ายใดที่จะถูกจำกัดจนทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนฝ่ายนั้นถูกทำลายลง ดังนั้น องค์กฤษฎบัญญัติจะต้องใช้ดุลพินิจเพื่อประสานประโยชน์ของเอกชนโดยนำหลักความได้สัดส่วนเข้ามาในการตรากฎหมาย

การตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งมี 3 หลักการย่อยที่รัฐจะต้องพิจารณาดังนี้<sup>55</sup>

1) หลักความเหมาะสม รัฐจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน หากมาตรการใดไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐย่อมไม่สามารถนำมาใช้ได้

2) หลักความจำเป็น หากมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมีอยู่หลายมาตรการ รัฐจะต้องเลือกมาตรการที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้ายที่จะต้องนำมาตราการที่เลือกมาชั่งน้ำหนักกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นหรือคุณค่าอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในทางกฎหมายของผลบังคับในมาตรการที่เลือก<sup>56</sup> กล่าวคือ มาตรการที่ถูกเลือกเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหนึ่ง หากเป็นการลดผลบังคับหรือกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอีกอันหนึ่ง การเลือกมาตรการนั้นจะต้องมีผลโดยตรงต่อผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานอีกอันหนึ่งหรือบรรลุผลแห่งสิ่งที่ควรต้องเป็นมากที่สุด<sup>57</sup> และต้องไม่เป็นการทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนอื่นลงโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ เมื่อองค์กฤษฎบัญญัติได้ชั่งน้ำหนักแล้วว่าจะคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานใดมากกว่ากันนั้น มาตรการที่ถูกนำมาเลือกใช้ย่อมเป็นดุลพินิจขององค์กฤษฎบัญญัติซึ่งโดยหลักแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่เข้าไปตรวจสอบ<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Robert Alexy, *supra note 3*, p.6.

<sup>56</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8*, น.244.

<sup>57</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8*, น.245.

<sup>58</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8*, น.184.

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ยืนยันหลักความได้สัดส่วนที่เข้ามามีบทบาทในการทำหน้าที่คุ้มครอง โดยการวางหลักมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้ คือ หลักการต้องมีความคุ้มครองอย่างเพียงพอ (Untermaßverbot)<sup>59</sup> โดยศาลได้กล่าวถึงหลักการดังกล่าวในคดีทำแท้ง ปี 1993<sup>60</sup> ว่า แม้กฎหมายพื้นฐานจะมีเป้าหมายในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ก็ไม่ได้กล่าวถึงรายละเอียดว่ารัฐจะต้องทำหน้าที่คุ้มครองอย่างไรถึงกระนั้น องค์กรณีบัญญัติก็ต้องห้ามจากการใช้มาตรการที่ไม่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครอง หากแต่มาตรการที่องค์กรณีบัญญัติเลือกใช้นั้นจะต้องอยู่ในระดับที่สามารถให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการคุ้มครอง ทั้งนี้ การพิจารณาว่าจะใช้มาตรการใดนั้นต้องตั้งอยู่บนการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างระมัดระวังและการคาดการณ์อย่างมีเหตุผล<sup>61</sup> โดยหลักการนี้เป็นหลักการที่ต้องพิจารณาร่วมกันกับหลักการห้ามจำกัดสิทธิเกินสมควร (Übermaßverbot)<sup>62</sup> ซึ่งเป็นการพิจารณาในมุมของเอกชนที่ได้รับผลกระทบจากการคุ้มครองของรัฐนั่นเอง

### 3.1.3.2 ตัวอย่างของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

การดำเนินการของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐสามารถกระทำการได้หลายรูปแบบด้วยกัน ยกตัวอย่างเช่น การคุ้มครองจากภัยที่คุกคามชีวิตและสุขภาพของประชาชน เช่น การก่อการร้าย ภัยธรรมชาติ การคุ้มครองเอกชนในนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนจากความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันในทางความเป็นจริง การคุ้มครองจากอันตรายที่อาจเกิดจากการพัฒนาเทคโนโลยี เป็นต้น นอกจากนี้แล้ว ในทางพิจารณาคดีของศาลและทางวิชาการยังได้สร้างการคุ้มครองผ่านกระบวนการและขั้นตอน<sup>63</sup> กล่าวคือ รัฐจะต้องมีกระบวนการทางกฎหมายที่สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น รัฐต้องให้การคุ้มครองประชาชนโดยการให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองในการออกใบอนุญาตตั้งโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ เป็นต้น อีกทั้ง รัฐยังต้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานผ่านทาง การจัดองค์กรด้วย กล่าวคือ ในการจัดองค์กรที่มีการรวมตัวกันของบุคคลที่มีความหลากหลายโดยมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน<sup>64</sup> โดยเฉพาะองค์กรนั้นมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือมีความสำคัญต่อระบอบประชาธิปไตย ในการจัดองค์กรรัฐจึงต้องเคารพ

<sup>59</sup> Christian Callies, *supra note 33*, p.37.

<sup>60</sup> BverfGE 88, 203

<sup>61</sup> Christian Bumke and Andreas Voßkuhle, *supra note 15*, p.78.

<sup>62</sup> Dieter Grimm, *supra note 42*, p.151.

<sup>63</sup> Bernhard Schlink, *supra note 4*, p.214.

<sup>64</sup> Robert Alexy, *supra note 36*, p.328.

ต่อสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย<sup>65</sup> ยกตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัยซึ่งมีภารกิจหรือจุดมุ่งหมายในการให้บริการทางด้านวิชาการ โดยมีบุคลากรอันประกอบไปด้วยนักศึกษา อาจารย์ และบุคลากรอื่น ดังนั้นในการออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับกับมหาวิทยาลัย รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลดังกล่าวด้วย เช่น การที่รัฐออกกฎเกณฑ์ในการบริหารงานภายในของมหาวิทยาลัย กฎเกณฑ์ที่รัฐออกมานั้นจะต้องให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางวิชาการของอาจารย์ด้วย เป็นต้น จากความหลากหลายของรูปแบบในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ทำให้เห็นว่าองค์กรนิติบัญญัติมีขอบข่ายงานที่กว้างขวางมาก เพราะจะต้องคอยตรวจสอบปัญหาหรืออุปสรรคที่เกิดขึ้นกับการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล และค้นหามาตรการในการจัดการกับปัญหาหรืออุปสรรคเหล่านั้นเพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลได้มากที่สุดทั้งทางกฎหมายและทางความเป็นจริง

สำหรับตัวอย่างการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น ในการจ้างงาน นายจ้างมักกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครงานตามที่นายจ้างมีความประสงค์ หากลูกจ้างที่ต้องการทำงานกับนายจ้างคนดังกล่าวเห็นว่าลูกจ้างไม่สามารถสมัครงานนี้ได้เพราะเงื่อนไขที่นายจ้างกำหนดเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม เช่น นายจ้างประกาศว่าจะไม่รับบุคคลที่ไม่มีศาสนาเข้าทำงาน ในกรณีเช่นนี้ลูกจ้างย่อมไม่สามารถอ้างหลักความเสมอภาคตามกฎหมายพื้นฐานขึ้นมาใช้ยันกับนายจ้างได้โดยตรง เพราะโดยหลักแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชน หากยอมให้มีการกล่าวอ้างได้แล้ว ย่อมเป็นการทำลายเสรีภาพในการทำสัญญาของนายจ้างลง แต่ในเมื่อความเป็นจริงลูกจ้างได้รับผลกระทบจากประกาศดังกล่าวและทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้างไม่มีผลในทางความเป็นจริง ดังนั้น องค์กรนิติบัญญัติจึงต้องเข้ามาแก้ปัญหา การที่ออกรัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยมีสาระสำคัญเพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในการจ้างแรงงานจากเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ ชาติกำเนิด เพศ ศาสนา โลกทัศน์ อายุ หรือสภาพร่างกาย หากนายจ้างไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวมีผลให้นายจ้างต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่ไม่ได้มีผลทำให้สัญญาเป็นโมฆะหรือนายจ้างมีโทษทางอาญา จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของนายจ้างและเป็นการคุ้มครองลูกจ้างที่สามารถอ้างหลักความเสมอภาคตามกฎหมายดังกล่าวได้ อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ยังเห็นถึงการประสานประโยชน์สิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างนายจ้างและลูกจ้างอีกด้วย กล่าวคือ ในความสัมพันธ์การจ้างงาน องค์กรนิติบัญญัติเลือกที่จะคุ้มครองลูกจ้างมากกว่า โดยมาตรการที่เลือกใช้(การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา) เป็นการลดผลบังคับสิทธิขั้นพื้นฐานของนายจ้างลงแต่ไม่ได้ถึงขั้นทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานจนสิ้นเชิงดังจะเห็นได้จากการ

---

<sup>65</sup> Dieter Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, (Oxford: Oxford University, 2016), p.179.

กำหนดผลของการฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ แต่ในขณะเดียวกันลูกจ้างที่ได้รับ การคุ้มครองสามารถอ้างหลักความเสมอภาคจากรัฐบัญญัตินี้ได้โดยตรง และกรณีที่นายจ้างฝ่าฝืน ลูกจ้างก็สามารถเรียกให้นายจ้างชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ตนได้<sup>66</sup>

อีกตัวอย่างของการตรากฎหมายคุ้มครองผู้ที่ไม่สูบบุหรี่<sup>67</sup> ก็จะเห็นได้ว่า ถึงแม้การสูบบุหรี่ไม่ได้ถูกรับรองเป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากบุคคลย่อมได้รับการ คุ้มครองจากเสรีภาพทั่วไปในการกระทำการตามมาตรา 2(1) ของกฎหมายพื้นฐาน จึงทำให้การสูบ บุหรี่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วย<sup>68</sup> โดยหลักแล้วผู้ที่ไม่สูบบุหรี่ไม่มีสิทธิอ้างต่อรัฐเพื่อห้าม การสูบบุหรี่ของผู้อื่นได้ แต่จากข้อมูลทางการแพทย์พบว่า ควันบุหรี่ป็นอันตรายต่อผู้สูดดมเสมือน เป็นการสูบบุหรี่ด้วยตัวเอง การปล่อยให้มีการสูบบุหรี่อย่างเสรีในที่สาธารณะจึงเป็นการทำลาย สุขภาพของผู้อื่นซึ่งกระทบต่อสิทธิในชีวิตร่างกายของผู้ไม่สูบบุหรี่โดยปริยาย ด้วยเหตุนี้ การสูบบุหรี่ ในที่สาธารณะจึงมีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับสังคม เสรีภาพทั่วไปในเรื่องนี้จึงอยู่ในพรมแดนในทาง สังคมของปัจเจกบุคคลที่รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้<sup>69</sup> ในการชั่ง น้ำหนักกับเสรีภาพทั่วไปและประโยชน์สาธารณะ องค์กรณีบัญญัติจึงเข้ามาแก้ปัญหาด้วยการตรา กฎหมายห้ามสูบบุหรี่ในที่สาธารณะ เช่น สถานที่ทำการต่าง ๆ ของรัฐ ระบบขนส่งสาธารณะ<sup>70</sup> เป็นต้น ถ้าหากบุคคลฝ่าฝืนสูบบุหรี่ในพื้นที่ดังกล่าวก็จะถูกลงโทษด้วยการปรับ<sup>71</sup> อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิ ดังกล่าวไม่ได้ทำลายเสรีภาพของผู้สูบบุหรี่ลงจนสิ้นเชิง เพราะ ฝ่ายนิติบัญญัติเพียงจำกัดพื้นที่ในการ

<sup>66</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น.184-187.

<sup>67</sup> Gesetz zur Einführung eines Rauchverbotes in Einrichtungen des Bundes und öffentlichen Verkehrsmitteln (Bundesnichtraucherschutzgesetz - BNichtrSchG) - Law to Protect Against the Dangers of Passive Smoking [Federal Non-Smoker's Protection Act]

<sup>68</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น.286.

<sup>69</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น.316-317.

<sup>70</sup> §1 (1) In accordance with paragraphs 2 and 3, smoking is prohibited

1. In federal facilities and constitutional offices,
2. In public passenger transport,
3. In public train stations for passengers.

<sup>71</sup> §5 (1) An administrative offense shall be deemed to have been committed by anyone who smokes in violation/contravention of §1 para. 1.

(2) The administrative offense can be punished with a fine.

สูบซึ่งส่วนใหญ่เป็นพื้นที่สาธารณะที่ประชาชนใช้ร่วมกันเพื่อคุ้มครองสุขภาพของเอกชนคนอื่น ประกอบกับผู้ที่ต้องการสูบบุหรี่ยังสามารถสูบบุหรี่ในพื้นที่ที่ถูกจัดไว้ให้<sup>72</sup> หรือในสถานที่อันเป็นที่พักอาศัยโดยเฉพาะได้<sup>73</sup> ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการลดผลบังคับของเสรีภาพทั่วไปในการกระทำการลง เพื่อเป็นการคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ นอกจากนี้ การกำหนดให้ผู้สูบบุหรี่ที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวจะได้รับโทษปรับทางปกครองโดยไม่ใช้การกำหนดโทษทางอาญาก็เป็นมาตรการที่ไม่กระทบต่อเสรีภาพของผู้สูบบุหรี่จนเกินไปด้วย

### 3.1.4 ข้อวิพากษ์วิจารณ์

การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยต้องกระทำการบางอย่างเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนการใช้สิทธิของบุคคลโดยเฉพาะการคุ้มครองจากภัยอันตรายที่เกิดจากเอกชนด้วยกันทำให้รัฐมีภาระมากขึ้น อีกทั้งการขยายผลผูกพันดังกล่าวยังถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีจุดอ่อนในความคลุมเครือของเนื้อหาในทางทฤษฎีหรือการเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Objective norm) ยกตัวอย่างเช่น การที่องค์กรนิติบัญญัติทำหน้าที่คุ้มครองในกรณีการจัดการความสัมพันธ์ของเอกชนที่มีสถานะไม่เท่าเทียมกันในความเป็นจริง องค์กรนิติบัญญัติจะต้องใช้กฎการชั่งน้ำหนักเข้ามาพิจารณาว่าในกรณีที่มีความขัดแย้งกันระหว่างประโยชน์ของเอกชนทั้งสองฝ่าย โดยเอกชนแต่ละฝ่ายสามารถอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยกันทั้งคู่ นั้น องค์กรนิติบัญญัติจะให้ความคุ้มครองเอกชนฝ่ายใดมากกว่า แม้ว่าข้อความคิดเรื่องหน้าที่คุ้มครองจะเข้ามาช่วยจัดการปัญหาดังกล่าว แต่ก็ต้องยอมรับว่าปัญหาเช่นนั้นรัฐกำลังจัดการกับบรรทัดฐานที่เป็นหลักการซึ่งมีลักษณะนามธรรมและต้องทำให้มันเป็นรูปธรรมในทางความเป็นจริง<sup>74</sup> ความยุ่งยากจึง

<sup>72</sup> §1 (3) In deviation from paragraph 1 and 2 first clause, separate and accordingly marked rooms in which smoking is permitted, can be reserved, if there is a sufficient number of rooms available. Clause 1 does not apply for the means of transport mentioned in § 2 no. 2(b).

<sup>73</sup> §1 (2) The smoking ban pursuant to paragraph 1 applies in buildings and other completely enclosed rooms; it does not apply for rooms are used for housing or overnight accommodation purposes and are ceded for the exclusive use of the residents.

<sup>74</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Fundamental Rights as Constitutional Principle,” trans. Thomas Dunlap and Ruth Zimmerling, in *Constitutional and Political Theory*:



อยู่ที่การตรวจสอบการทำหน้าที่คุ้มครองซึ่งแม้กระทั่งศาลรัฐธรรมนูญเองก็ยังไม่มีความแน่นอน และชัดเจนในเรื่องนี้ ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีประเด็นเนื้อหาในทางทวิสัยของ สิทธิขั้นพื้นฐานรวมถึงข้อความคิดเรื่องหน้าที่คุ้มครองจึงถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการละเมิด ต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะกฎหมายพื้นฐานไม่ได้ระบุรายละเอียดของการคุ้มครอง สิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้ ฉะนั้น คำวินิจฉัยที่ระบุว่าองค์กรนิติบัญญัติไม่ได้ทำหน้าที่คุ้มครอง หรือ มาตราการที่เลือกใช้มีการคุ้มครองไม่เพียงพอเป็นการเพิ่มเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐาน และการวินิจฉัยว่ารัฐมีหน้าที่คุ้มครองในเรื่องใดจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งที่เป็นรูปธรรมต่อองค์กร นิติบัญญัติ ซึ่งโดยหลักแล้วเรื่องดังกล่าวควรเป็นการตัดสินใจในทางการเมืองขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งมีความชอบธรรมตามระบอบประชาธิปไตยมากที่สุด<sup>75</sup>

### 3.2 หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามีข้อความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่แตกต่าง จากรัฐธรรมนูญเยอรมัน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ในคดี *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* ที่ศาลตีความบทบัญญัติ แห่งสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างแคบโดยมองว่ารัฐมีหน้าที่เพียงไม่เข้าไปกระทำการ อันเป็นการเพิกถอนสิทธิของบุคคลเท่านั้น และรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดให้รัฐต้องมีหน้าที่คุ้มครอง บุคคลจากภัยอันตรายอย่างอื่นด้วย เมื่อเราได้คำตอบตั้งแต่ต้นแล้วว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่มี แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน แต่คงเป็นเรื่องน่าเสียดาย ที่จะไม่พิจารณาแนวคิดที่มีอิทธิพลต่อคำพิพากษาของศาลในคดีนี้รวมถึงความคิดเห็นของนักวิชาการ ที่มีต่อคำพิพากษาดังกล่าวเลย เพราะ รัฐธรรมนูญมักเกี่ยวข้องกับการเมืองเสมอซึ่งในแต่ละสังคม ย่อมมีแนวคิดหรือวัฒนธรรมทางการเมืองที่แตกต่างกันได้ ดังนั้น การอภิปรายในหัวข้อนี้จึงมุ่งหา เหตุผลเบื้องหลังของคำพิพากษาซึ่งบางประเด็นอาจจะไม่ปรากฏในคำพิพากษาอย่างชัดเจน แต่เป็นเพียงข้อสังเกตของนักวิชาการเท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงได้แบ่งการอธิบายออกเป็นสามส่วน

---

*Selected Writing*, ed. Mirjam Künkler and Tine Stein, (Oxford: Oxford university, 2017), p.247.

<sup>75</sup> Maarten Stremmer, “The Constitution as an objective order of value,” *Academia*, Retrieved on October 14, 2019, from [https://www.academia.edu/34289894/The\\_Constitution\\_as\\_an\\_Objective\\_Order\\_of\\_Values](https://www.academia.edu/34289894/The_Constitution_as_an_Objective_Order_of_Values), pp.519-520.

คือ การวิเคราะห์แนวคิดและหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่มีผลต่อแนวคิดเรื่อง การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน และความเข้าใจในเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ ถึงคำพิพากษาของศาลและข้อโต้แย้งของนักวิชาการด้วย

### 3.2.1 แนวความคิดพื้นฐานและหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญ

#### 3.2.1.1 รากฐานทางประวัติศาสตร์

เมื่อกล่าวถึงแนวคิดพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอเมริกันแล้วก็มีความจำเป็น อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องกล่าวถึงรากฐานทางประวัติศาสตร์ เพราะความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ย่อมบอกถึงลักษณะเฉพาะของความเป็นอเมริกันในทุกวันนี้เช่นกัน เราพอจะกล่าวได้ว่าประเทศ สหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลในหลาย ๆ อย่างจากประเทศอังกฤษอยู่บ้างด้วยเหตุผลสามประการ คือ ประการแรก ประเทศสหรัฐอเมริกาเคยตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของประเทศอังกฤษ ประการที่สอง ชาวอาณานิคมส่วนใหญ่ที่มาตั้งรกรากในแผ่นดินอเมริกันมาจากประเทศอังกฤษ<sup>76</sup> และ ประการสุดท้าย ชาวอาณานิคมมีความรู้สึกที่ตนเองเป็นราษฎรอังกฤษ<sup>77</sup> ทั้งนี้เพราะประเทศอังกฤษ ไม่ได้เข้ามายุ่งเกี่ยวการเมืองภายในอาณานิคมมากนักเนื่องจากอเมริกาเป็นดินแดนที่ห่างไกลจึงทำให้ ชาวอาณานิคมสามารถปกครองตนเองได้ค่อนข้างอิสระ<sup>78</sup> ด้วยเหตุผลทั้งสามประการนี้ทำให้ประเทศ อังกฤษยังคงมีบทบาทต่อแนวความคิดของชาวอเมริกันอยู่หลายประการด้วยกัน เช่น การเลือกตั้ง ผู้แทนราษฎร การใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ เป็นต้น<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Charles A. Beard, *A Basic History of the United States*, New Home, Philadelphia, 1944, p.45. อ้างถึงใน กมล สมวิเชียร, “หลักรัฐศาสตร์เบื้องต้นหลังรัฐธรรมนูญอเมริกา,” *ACADEMIA*, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2562, จาก [https://www.academia.edu/32285720/หลักรัฐศาสตร์\\_เบื้องต้นหลังรัฐธรรมนูญอเมริกา\\_-\\_กมล\\_สมวิเชียร.pdf](https://www.academia.edu/32285720/หลักรัฐศาสตร์_เบื้องต้นหลังรัฐธรรมนูญอเมริกา_-_กมล_สมวิเชียร.pdf), น.161.

<sup>77</sup> ช่วงก่อนปี ค.ศ. 1763 ซึ่งเป็นเวลาก่อนที่ประเทศอังกฤษจะทำสงครามกับฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษควบคุมการค้าขายภายนอกอาณานิคมเท่านั้น ไม่ได้เข้ามาแทรกแซงกิจการภายในของ ชาวอาณานิคม และเกือบจะไม่ได้เก็บภาษีจากชาวอาณานิคมโดยตรงเลย... โปรตดูเพิ่มเติมใน สมบัติ จันทรวงศ์, *มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776-1880*, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น.11-13.

<sup>78</sup> โกวิทย์ วงศ์สุรวัฒน์, *การเมืองการปกครองสหรัฐอเมริกา : แนวพินิจทางประวัติศาสตร์*, (กรุงเทพมหานคร : โอเดียนสโตร์, 2548), น.20-21.

<sup>79</sup> กมล สมวิเชียร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 76*, น.161.

ด้วยสภาพพื้นที่อันกว้างใหญ่และบรรยากาศทางการเมืองที่ปราศจากการปกครองแบบระบบชนชั้นอย่างกษัตริย์ได้ส่งผลให้วัฒนธรรมทางการเมืองมีความแตกต่างจากประเทศในยุโรป กล่าวคือ ชาวอเมริกันเห็นว่าการปกครองที่ดีจะต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและไม่มีการรวมศูนย์อำนาจ<sup>80</sup> สิ่งเหล่านี้เห็นได้จากคำประกาศอิสรภาพที่มีข้อกล่าวหาต่อกษัตริย์อังกฤษหลายประการแทนที่จะกล่าวหาต่อสภาที่ออกกฎหมายในเรื่องภาษี ในข้อนี้เองสามารถตีความจากคำประกาศได้ว่าชาวอเมริกันต้องการอิสรภาพเป็นสิ่งสำคัญ เพราะหากกล่าวโจมตีสภาแต่เพียงอย่างเดียว ทางแก้ของเรื่องดังกล่าวก็คือการมีผู้แทนจากอาณานิคมเข้าไปนั่งในสภาของอังกฤษเพื่อพิจารณาเรื่องภาษีเท่านั้น<sup>81</sup> การปฏิวัติอเมริกันจึงถูกมองว่าเป็นการปฏิวัติทางการเมืองเพื่อเปลี่ยนรูปแบบการปกครองใหม่มากกว่าเป็นการปฏิวัติเพื่อทำลายชนชั้นทางสังคมดังเช่นที่เกิดขึ้นในยุโรป<sup>82</sup> และโดยคำประกาศอิสรภาพก็ได้แสดงถึงการปกครองที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองหรือสาธารณรัฐซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญของการปฏิวัติและได้กลายเป็นรากฐานวัฒนธรรมการเมืองอเมริกันด้วย<sup>83</sup>

เมื่อสงครามประกาศอิสรภาพได้สิ้นสุดลงการรวมตัวกันของรัฐเพื่อป้องกันภัยก็ไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป<sup>84</sup> แต่การปฏิวัติย่อมไม่จบเพียงแค่การล้มล้างการปกครองเดิมเท่านั้น หากจะต้องสร้างการปกครองใหม่ที่มีความเข้มแข็ง จึงทำให้มีการผลักดันเรื่องการรวมตัวกันระหว่างรัฐขึ้น<sup>85</sup> ซึ่งดูเหมือนว่ารัฐทั้งหลายต่างกลัวการรวมอำนาจไว้ที่ศูนย์กลาง และหวงแหนอธิปไตยของตนเอง สาเหตุที่เป็นเช่นนี้อาจจะเกิดจากข้อเท็จจริงที่ว่าแต่ละรัฐมีผลประโยชน์ที่ต่างกัน และตามทฤษฎีของมองเตสกีเออที่มีอิทธิพลต่อชาวอเมริกันในขณะนั้นก็เห็นว่าการปกครองแบบสาธารณรัฐจะเกิดขึ้นได้ก็เฉพาะสังคมที่มีขนาดเล็กและมีประโยชน์ใกล้เคียงกัน<sup>86</sup> ดังนั้นในรัฐธรรมนูญสมาพันธรัฐ (The Articles of Confederation 1781) จึงยังคงอำนาจอธิปไตยของรัฐ

<sup>80</sup> สมบัติ จันทรวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77*, น.64.

<sup>81</sup> สมบัติ จันทรวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77*, น.52-54.

<sup>82</sup> Dieter Grimm, *supra note 42*, p.139.

<sup>83</sup> กอร์ดอน เอส.วูด, “ต้นกำเนิดด้านปัญญาของรัฐธรรมนูญอเมริกัน,” ใน สมบัติ จันทรวงศ์ (แปล), 200 ปี รัฐธรรมนูญอเมริกัน : อดีต ปัจจุบัน และอนาคตของมหาชนรัฐประชาธิปไตย, (กรุงเทพมหานคร : บรรณกิจเทรตติ้ง, 2531), น.2.

<sup>84</sup> โกวิทย์ วงศ์สุรวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น.29

<sup>85</sup> สมบัติ จันทรวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77*, น.69-70.

<sup>86</sup> สมบัติ จันทรวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77*, น.73-74,77-78.

เอาไว้ แต่ภายใต้ระบบสหพันธรัฐซึ่งเป็นการรวมตัวกันของรัฐที่ยังมีความเป็นอิสระอยู่มาก ถึงแม้จะมีการจัดตั้งสภาองเกรสโดยมีตัวแทนจากรัฐต่าง ๆ แต่ก็ต้องประสบปัญหาในเรื่องการออกกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย การเจรจากับต่างประเทศ เกิดภาวะตกร้างทางเศรษฐกิจ ตลอดจนไม่สามารถเก็บภาษีจึงทำให้เกิดปัญหาทางการเงินที่รัฐไม่สามารถหาเงินมาใช้หนี้เมื่อครั้งที่ทำสงครามประกาศอิสรภาพ<sup>87</sup> สภาวการณ์เช่นนี้จึงก่อให้เกิดความไม่มั่นคงทั้งภายในและภายนอกประเทศกับการเมืองอเมริกัน จนในที่สุดผู้แทนของรัฐต่าง ๆ จึงหาทางออกร่วมกันโดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้มีรัฐบาลกลางมีอำนาจสูงสุดซึ่งเท่ากับว่าเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ไปด้วยในตัว<sup>88</sup> อย่างไรก็ตาม ความหวั่นเกรงต่อการรวมอำนาจไว้ในที่แห่งเดียวไม่ได้ห่างหายไปจากชาวอเมริกันเลย เห็นได้จากความพยายามในการกระจายอำนาจไว้หลาย ๆ แห่ง ซึ่งได้สะท้อนออกมาในรูปของรัฐในการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federal government) ที่เป็นการผสมผสานระหว่างรัฐเดี่ยวและรัฐสหพันธ์ โดยกำหนดอำนาจของรัฐบาลกลางและรัฐบาลของรัฐ<sup>89</sup> และมีการแบ่งอำนาจของรัฐบาลออกเป็นสามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ<sup>90</sup> ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีการรวมอำนาจไว้ที่รัฐบาลกลางจึงเป็นไปเพื่อแก้ไขความอ่อนแอในการจัดการปัญหาต่าง ๆ ที่มีในอดีตและประนีประนอมจากความคิดเห็นทางการเมืองที่มีความแตกต่างกันนั่นเอง โดยสิ่งเหล่านี้ได้กลายเป็นอัตลักษณ์และหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาด้วย

### 3.2.1.2 หลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญอย่างน้อยสองประการ คือ เสรีภาพของประชาชน และการปกครองแบบสาธารณรัฐที่รัฐมีอำนาจจำกัด

ประการแรก เสรีภาพของประชาชน สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพและสิทธิของปัจเจกบุคคลในอเมริกาสามารถสืบสาวได้จากคำประกาศอิสรภาพที่มีเนื้อหาแสดงถึงความต้องการที่จะปกครองตนเองโดยไม่ต้องอาศัยอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอังกฤษอีกต่อไป

<sup>87</sup> Mark Tushnet, *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*, 2<sup>nd</sup> edition, (Oxford: Hart, 2015) p.10.

<sup>88</sup> สมบัติ จันทรวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77*, น.121-123.

<sup>89</sup> กมล สมวิเชียร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76*, น.165-166.

<sup>90</sup> ดี. สตีเวน เอ็นด์สเลย์, *ประวัติศาสตร์อเมริกันโดยสังเขป*, แปลโดย สุภัทรา วรรณพิน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักข่าวสารอเมริกัน, 2532), น.48,50.

ด้วยเหตุนี้ ในการกล่าวอ้างเพื่อประกาศอิสรภาพจึงมีการกำหนดภาพของมนุษย์เสียใหม่ว่า มนุษย์สามารถเข้าถึงกฎแห่งธรรมชาติได้ เพราะมนุษย์มีเหตุผล ในการปกครองมนุษย์จึงต้องตั้งอยู่บนรากฐานของเหตุผลไม่ใช่อ้างการปกครองตามประเพณีที่สืบทอดกันมา<sup>91</sup> โดยคำประกาศอิสรภาพได้มีข้อความตอนหนึ่งที่แสดงให้เห็นแนวคิดของสิทธิและเสรีภาพของชาวอาณานิคมว่า “มนุษย์ทุกคนถูกสร้างมาอย่างเท่าเทียมกัน และพระเจ้าได้มอบสิทธิบางประการที่ไม่อาจพรากออกไปได้ให้แก่มนุษย์ ได้แก่ ชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความสุข” ความคิดดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าได้รับอิทธิพลมาจากจอห์น ล็อก (John Locke) โดยสิทธิที่อ้างถึงในประกาศนี้เป็นการแสดงให้เห็นว่าพวกเขามีสิทธิโดยธรรมชาติอยู่แล้วในฐานะที่เขาเป็นมนุษย์แม้ยังไม่มีสังคมการเมืองก็ตาม เมื่อมนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่ไม่อาจพรากไปได้ ในการรวมตัวกันเป็นสังคมการเมือง ปังเจกบุคคลจึงได้สละเสรีภาพของตนเองบางส่วน เพื่อให้รัฐได้ปฏิบัติภายในขอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ โดยปังเจกบุคคลเหล่านั้นยังคงมีอำนาจส่วนใหญ่ที่สามารถถอดถอนรัฐบาลได้<sup>92</sup> ด้วยอิทธิพลทางความคิดเหล่านี้ จึงส่งผลให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญวางขอบเขตการปฏิบัติงานของรัฐเอาไว้โดยชัดเจนเพื่อเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐซึ่งมีเป้าหมายสูงสุดในการปกป้องคุ้มครองเสรีภาพและสิทธิของประชาชนนั่นเอง

ประการที่สอง การปกครองแบบสาธารณรัฐที่รัฐมีอำนาจจำกัดซึ่งสอดคล้องกับการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าระบอบการปกครองที่อำนาจมาจากประชาชน โดยมีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐไว้หลายแห่ง กล่าวคือ อำนาจรัฐบาลกลางจะถูกแบ่งออกเป็น 3 อำนาจ ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ นอกจากนี้ยังมีการแยกอำนาจระหว่างรัฐบาลกลางกับมลรัฐ (Federalism) เพื่อไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจมากเกินไป และอำนาจต่าง ๆ ที่ถูกแบ่งมานี้จะได้ตรวจสอบและถ่วงดุลกัน<sup>93</sup> ดังที่ อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน ได้กล่าวไว้ว่า “...การแย่งชิงอำนาจมีอุปสรรคมากขึ้นและการต่อต้านก็สะดวกขึ้นในรัฐที่มีดินแดนใหญ่ขึ้น ภายใต้เงื่อนไขว่าพลเมืองเข้าใจสิทธิของตนและสมัครใจปกป้องสิทธิของตนเอง... ในสภาพนั้นรัฐนั้นอาจกล่าวโดยที่มิได้เป็นการกล่าวเกินจริงแต่อย่างใดได้ว่า ประชาชนเป็นเจ้าของชะตากรรมของตนเองอย่างสิ้นเชิง อำนาจย่อมเป็นคู่แข่งแห่งอำนาจเกือบเสมอไป รัฐบาลกลางย่อมคอยยับยั้งการแย่งชิงอำนาจของรัฐบาลระดับรัฐอยู่ตลอดเวลา ในขณะที่รัฐบาลแต่ละรัฐย่อมจะกระทำการอย่างเดียวกับรัฐบาลกลาง ประชาชนให้การสนับสนุนฝ่ายใด ฝ่ายนั้นก็จะมีอำนาจต่อรอง

<sup>91</sup> สมบัติ จันทรวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77, น.40-42.

<sup>92</sup> กมล สมวิเชียร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76, น.164.

<sup>93</sup> มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา : คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาฎีกา, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น.31-32.

เหนือกว่าอย่างแน่นอน ถ้าสิทธิของปวงชนถูกละเมิดโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประชาชนจะสามารถใช้อำนาจของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเครื่องมือแก้ไขสถานการณ์ได้...”<sup>94</sup> ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงได้แบ่งแยกการใช้อำนาจระหว่างรัฐบาลกลางและมลรัฐเอาไว้ เพื่อไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจมากเกินไป ประกอบกับก่อนที่จะรวมเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ละมลรัฐเคยมีอำนาจในการปกครองตนเองได้อย่างเต็มที่ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐจึงได้กำหนดอำนาจของรัฐบาลกลางเอาไว้ หากเรื่องใดไม่ได้กำหนดไว้ก็จะเป็นอำนาจของมลรัฐ ซึ่งเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญยังคงสงวนอำนาจไว้ให้กับรัฐบาลมลรัฐ แต่จะจำกัดอำนาจของรัฐบาลกลางอย่างยิ่ง เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วจึงส่งผลต่อการตีความรัฐธรรมนูญอย่างจำกัดด้วย

โดยหลักพื้นฐานข้างต้นนี้ นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่ามิมีผลต่อศาลสูงสุดของสหรัฐในการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ หากเรื่องใดเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐบาลมลรัฐ อย่างเช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในของตำรวจ ซึ่งเป็นภารกิจหลักของรัฐบาลมลรัฐที่รัฐบาลกลางไม่มีอำนาจ ตรงส่วนนี้เองที่ทำให้ผู้พิพากษาของศาลสูงสุดหลีกเลี่ยงการตีความรัฐธรรมนูญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน เพราะการเข้าไปพิจารณารัฐธรรมนูญสหรัฐเพื่อกำหนดหน้าที่คุ้มครองย่อมเป็นการเข้าไปแทรกแซงอำนาจของมลรัฐ ซึ่งขัดต่อหลักสหพันธรัฐ (Federalism)<sup>95</sup> ที่มีการแบ่งสรรอำนาจของรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว

### 3.2.2 ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ

#### 3.2.2.1 ลักษณะและภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ

ในช่วงแรกรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเลย มีเพียงคำว่า “เสรีภาพ” ที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญเท่านั้น เหตุผลอันเป็นที่มาของเรื่องดังกล่าวสืบเนื่องมาจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่า รัฐต่าง ๆ มีกฎบัตรเรื่องสิทธิอยู่แล้ว และรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐก็มีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐบาลกลาง<sup>96</sup> การที่บัญญัติสิทธิเอาไว้ใน

<sup>94</sup> อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน, “บทความหมายเลข 28,” ใน เดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์: เอกสารความคิดทางการเมืองอเมริกัน, แปลโดย สมบัติ จันทรวงศ์ และคณะ, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น.232.

<sup>95</sup> Frank I. Michelman, “The protective function of the state in the United States and Europe: the constitutional question,” in European and US Constitutionalism, ed. George Nolte, (Cambridge: Cambridge university, 2005), pp.160-161.

<sup>96</sup> สมบัติ จันทรวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77, น.302-303.

รัฐธรรมนูญจะเป็นผลร้ายเสียมากกว่า เพราะบทบัญญัติย่อมมีข้อยกเว้นที่รัฐสามารถเข้าไปแทรกแซงสิทธิได้<sup>97</sup> จึงไม่มีเหตุจำเป็นใดที่จะต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิอีก แต่สุดท้ายแล้วในการรณรงค์ให้มีการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ผู้ร่างจึงต้องยอมต่อผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญโดยตกลงว่าจะมีการบัญญัติเรื่องสิทธิเพิ่มเติมในภายหลัง<sup>98</sup> ดังนั้น สิทธิในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจึงปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งมีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล 20 ฉบับ<sup>99</sup>

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของสิทธิในรัฐธรรมนูญและแนวทางการตีความของศาลสูงสุดแล้วสามารถแบ่งตามลักษณะหน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิออกเป็น 2 ประเภท คือ สิทธิป้องกัน (Negative Rights) และสิทธิกระทำการ (Positive Rights/ Affirmative Rights) ทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกันตรงที่สิทธิประเภทแรก คือ การเรียกร้องให้รัฐงดเว้นการกระทำที่เป็นการแทรกแซงสิทธิ ส่วนประเภทที่สอง คือ การเรียกร้องให้รัฐมีหน้าที่กระทำการ หรือจัดหาบางอย่างให้แก่บุคคล<sup>100</sup> โดยสิทธิส่วนใหญ่ในรัฐธรรมนูญจะมีเนื้อหาเป็นสิทธิป้องกันจากการใช้อำนาจรัฐมากกว่าเป็นสิทธิที่กำหนดให้รัฐกระทำการ จัดหา หรือคุ้มครองบุคคล<sup>101</sup> ซึ่งศาลสูงสุดได้ให้เหตุผลของการบ่งบอกลักษณะของสิทธิในรัฐธรรมนูญดังกล่าวว่า บทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นถ้อยคำในเชิงจำกัดอำนาจรัฐมากกว่าการกำหนดหน้าที่ให้รัฐกระทำการ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 ที่บัญญัติว่า

<sup>97</sup> อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน, “บทความหมายเลข 84,” *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 94*, น.608.

<sup>98</sup> สมบัติ จันทรวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77*, น.303-304.

<sup>99</sup> การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1-10 (ค.ศ. 1789) ถูกเรียกว่า “บทบัญญัติแห่งสิทธิ” (Bill of Rights), 11 (ค.ศ.1795), 13 (ค.ศ.1865), 14 (ค.ศ.1868), 15 (ค.ศ.1870), 16 (ค.ศ.1913), 18 (ค.ศ.1919), 19 (ค.ศ.1920), 21 (ค.ศ.1933), 24 (ค.ศ.1964), 26 (ค.ศ.1971) โปรดดูเพิ่มเติมใน ประเสริฐ สุขสบาย, “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 24, ตอน 1, น.85, (2549).

<sup>100</sup> Mark Tushnet, “An Essay on Rights,” Heinonline, Retrieved on October 28, 2019, from <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tlr62&collection=journals&id=1385&startid=&end=1426>, p.1392.

<sup>101</sup> Susan Bandes, “The Negative Constitution: A Critique,” JSTOR, Retrieved on October 29, 2019, from [https://www-jstor-org.ezproxy.tulibs.net/stable/pdf/1289540.Pdf?ab\\_segments=0%2Fbasic\\_expensive%2Fcontrol&refreqid=search%3A32b746d829d9e5769b4d71b7e04deb94](https://www-jstor-org.ezproxy.tulibs.net/stable/pdf/1289540.Pdf?ab_segments=0%2Fbasic_expensive%2Fcontrol&refreqid=search%3A32b746d829d9e5769b4d71b7e04deb94), p.2273.

“No state shall deprive” ไม่ใช่ “No one shall suffer deprivation”<sup>102</sup> และประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญยังบอกอีกว่าบทบัญญัติแห่งสิทธิมีขึ้นเพื่อคุ้มครองจากการใช้อำนาจของรัฐโดยเฉพาะสภาองเกรส<sup>103</sup> ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกายังคงมีติดเดิมของการเป็นสิ่งป้องกันจากการใช้อำนาจรัฐอยู่ และศาลสูงสุดเองก็จำกัดอำนาจของตนเองในการตีความรัฐธรรมนูญด้วย แม้ว่าในบางมาตราของบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิจะเปิดโอกาสให้มีการตีความที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการกระทำการบางอย่างได้ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 ที่กำหนดว่า มลรัฐจะพรากชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากหลักความชอบด้วยกฎหมายมิได้ (Due process) ซึ่งในตอนที่มีการอภิปรายเรื่องดังกล่าวในสภานั้น ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย คือ หลักประกันการคุ้มครองทางกฎหมายที่บุคคลทุกคนจะได้รับ ความคุ้มครองในชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินที่มีมิติในเชิงกำหนดหน้าที่ให้รัฐกระทำการบางอย่าง การที่รัฐปฏิเสธการคุ้มครองจึงควรที่จะเป็นการละเมิดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย (Due process)<sup>104</sup> แต่หลายคดีที่ขึ้นสู่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งผู้ร้องมีคำขอให้รัฐกระทำการช่วยเหลือ หรือสนับสนุนในการใช้สิทธิโดยอ้างอิงหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) ตามรัฐธรรมนูญ<sup>105</sup> ศาลกลับปฏิเสธโดยอ้างเหตุผลว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process)

---

<sup>102</sup> DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189 (1989) at 195 (“The [Fourteenth Amendment’s Due Process] Clause is phrased as a limitation on the State’s power to act, not as a guarantee of certain minimal levels of safety and security”). Quoted in Frank I. Michelman, *supra* note 95, p.163.

<sup>103</sup> David P. Currie, “Positive and Negative Constitutional Rights,” JSTOR, Retrieved on October 20, 2019, from [https://www-jstor-org.ezproxy.tulibs.net/stable/pdf/1599586.pdf?ab\\_segments=0%252Fbasic\\_expensive%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3A76128eaf3fd196265d6dac715f48a72e](https://www-jstor-org.ezproxy.tulibs.net/stable/pdf/1599586.pdf?ab_segments=0%252Fbasic_expensive%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3A76128eaf3fd196265d6dac715f48a72e), p.865.

<sup>104</sup> Steven J. Heyman, “The first duty of government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment,” JSTOR, Retrieved on October 18, 2019, from [https://www.jstor.org/stable/1372846?read-now=1&seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1372846?read-now=1&seq=1#metadata_info_tab_contents), pp.557-558.

<sup>105</sup> คดี Jackson v. City Of Joliet, 465 U.S. 1049 (1984), คดี Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980), คดี DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189 (1989)



ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ไม่ได้ระบุหน้าที่ให้รัฐกระทำการ<sup>106</sup> หากศาลตีความ โดยขยายถ้อยคำในบทบัญญัติเพื่อกำหนดให้รัฐมีหน้าที่กระทำการจะทำให้หลักการเดิมที่มี วัตถุประสงค์ในการจำกัดอำนาจรัฐเปลี่ยนแปลงไป เพราะ ศาลจะต้องเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการใช้ภาษี ของรัฐและศาลเองก็ไม่มีดุลพินิจที่จะไปกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการดำรงชีวิตที่รัฐจะต้องดูแลด้วย<sup>107</sup>

อย่างไรก็ดี แม้ว่าสิทธิส่วนใหญ่ในรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะเป็น สิทธิป้องกันจากการใช้อำนาจรัฐ แต่บางมาตราก็กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างชัดเจน เช่น สิทธิในการมีที่ปรึกษาทางกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6<sup>108</sup> ที่กำหนดให้รัฐต้อง จัดหาทนายความให้แก่จำเลยในการพิจารณาคดีของศาล หรือผู้ต้องหากรณีอยู่ในชั้นสอบสวน ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ<sup>109</sup> เป็นต้น แต่การอยู่ท่ามกลางบทบัญญัติส่วนใหญ่ที่มีถ้อยคำเชิงจำกัดการ กระทำของรัฐ สิทธิประเภทนี้จึงเสมือนเป็นข้อยกเว้นมากกว่าการสะท้อนลักษณะของรัฐธรรมนูญ ที่เป็นการคุ้มครองสิทธิหรือช่วยเหลือให้บุคคลใช้สิทธิได้มากขึ้นเหมือนรัฐธรรมนูญเยอรมัน

### 3.2.2.2 ความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ

โดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ บุคคลจากการกระทำของรัฐเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญมีผล ผูกพันเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนตามหลักการที่เรียกว่า หลักการกระทำของรัฐ (State Action Doctrine)<sup>110</sup> ยกเว้นกรณีเกี่ยวกับการกำหนดคนลงเป็นทาส ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 13 ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีผลต่อเอกชนด้วย<sup>111</sup> แม้ว่าสิทธิในรัฐธรรมนูญจะมีผลผูกพัน เฉพาะการกระทำของรัฐ แต่สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วเราไม่อาจกล่าวได้ทันทีว่าบทบัญญัติ

<sup>106</sup> Jenna MacNaughton, “Positive Rights in Constitutional Law: No Need to Graft, Best Not to Prune,” Retrieved on October 24, 2019, from <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/mcnaughton-2001-positive-rights-in-constitutional-law.pdf>, p.750.

<sup>107</sup> Mark Tushnet, *supra note 100*, p.1393.

<sup>108</sup> Susan Bandes, *supra note 101*, p.2276.

<sup>109</sup> มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 93*, น.175.

<sup>110</sup> มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 93*, น.33.

<sup>111</sup> Colm O’Cinneide and Manfred Stelzer, “Horizontal effect/state action,” in *Routledge Handbook of Constitutional Law*, ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders, (Oxon: Routledge, 2013), p.179.

แห่งสิทธิทั้งหมดจะผูกพันกับมลรัฐด้วย เพราะในอดีตศาลสูงสุดตีความให้สิทธิในรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันเฉพาะการกระทำของรัฐบาลกลางเท่านั้น แต่เนื่องจากผลของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 จึงทำให้สิทธิเกือบทั้งหมดในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐมีผลผูกพันต่อมลรัฐ (Incorporation)<sup>112</sup> ซึ่งก็จะมีสิทธิบางประเภทที่ไม่ผูกพันมลรัฐด้วย เช่น สิทธิในการมีอาวุธ เป็นต้น<sup>113</sup>

จากที่กล่าวไปในข้างต้นจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีลักษณะความผูกพันในแนวดิ่ง (Vertical Effect) ที่สิทธิในรัฐธรรมนูญแทบจะไม่ได้นำไปปรับใช้ในแดนกฎหมายเอกชนเลย<sup>114</sup> นอกจากนี้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐยังได้ตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอย่างจำกัดโดยวินิจฉัยในคดี Civil Rights ว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 มีผลใช้บังคับเฉพาะการกระทำของรัฐเท่านั้นไม่รวมถึงการกระทำของเอกชนด้วย<sup>115</sup> ด้วยผลผูกพันดังกล่าวนี้จึงทำให้เอกชนไม่สามารถอ้างสิทธิในรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อใช้ยื่นคู่กรณีที่เป็นเอกชนได้ อย่างไรก็ตามในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันนั้น ถ้าเอกชนฝ่ายหนึ่งมีความเชื่อมโยงหรือความสัมพันธ์บางประการกับรัฐ หรือรัฐได้มอบอำนาจให้เอกชนจัดทำภารกิจของรัฐ การกระทำของเอกชนดังกล่าวอาจจะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐที่ต้องผูกพันต่อสิทธิในรัฐธรรมนูญด้วยเช่นเดียวกัน<sup>116</sup> ทั้งนี้มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า การที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีลักษณะความผูกพันเฉพาะรัฐกับเอกชนมีสาเหตุมาจากรูปแบบของรัฐ(สหพันธรัฐ) ระบบศาล และแนวคิดทางการเมือง<sup>117</sup> ประกอบกับเนื้อหาของสิทธิและการตีความของศาลสูงสุดที่ไม่เอื้อต่อการทำให้สิทธิในรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันในความสัมพันธ์

<sup>112</sup> มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 93*, น.33,195.

<sup>113</sup> มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 93*, น.156.

<sup>114</sup> Colm O’Cinneide and Manfred Stelzer, *supra note 110*, p.179.

<sup>115</sup> คดี Civil Rights, 109 U.S. 3 (1883)

<sup>116</sup> Stephen Gardbaum, “The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights,” *Michigan Law Review*, Retrieved on December 4, 2019, from <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=mlr>, pp.412-414.

<sup>117</sup> Mark Tushnet, “The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law,” *Oxford Academic*, Retrieved on December 6, 2019, from <https://academic.oup.com/icon/article/1/1/79/671955>, pp.87-88,98.

ของเอกชน<sup>118</sup> ทั้งนี้มีนักวิชาการบางส่วนเห็นว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาสามารถก่อให้เกิดผลผูกพันทางอ้อมในความสัมพันธ์ของเอกชนได้โดยอาศัยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy Clause) ตามมาตรา 6 เพราะหลักการดังกล่าวส่งผลให้กฎหมายทุกประเภทถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ และศาลมลรัฐก็จะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้ก็จะมีความคล้ายกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่การตีความกฎหมายเอกชนจะต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>119</sup>

นอกจากนี้ มีผู้ให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าหน้าที่กระทำการของรัฐเป็นหนึ่งในแหล่งที่มาที่ทำให้เกิดผลผูกพันสิทธิในทางอ้อมได้ ยกตัวอย่างเช่น หากรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐมีหน้าที่กระทำการ การเลือกใช้มาตรการต่าง ๆ ที่รัฐต้องทำหน้าที่ในการควบคุมเอกชนเพื่อที่จะป้องกันสิทธิในชีวิตก็จะส่งผลต่อเอกชนด้วยตนเอง เช่น การกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา การกำหนดโทษทางอาญา<sup>120</sup> หรือในกฎหมายเอกชนอื่น ๆ ที่รัฐจะต้องให้ความเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างเพียงพอ ด้วยเหตุนี้ จึงมีผู้ให้ความเห็นต่อไปว่า การที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่มีการรับรองสิทธิกระทำการ หรือหน้าที่กระทำการของรัฐที่เกิดจากสิทธิป้องกันแล้ว ยังส่งผลต่อการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในศาลด้วย เพราะสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนคือการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน ในกรณีระหว่างรัฐกับเอกชนก็ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนผู้ทรงสิทธิ หรือกรณีระหว่างเอกชนด้วยตนเองที่สามารถอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งคู่ ก็จะต้องนำประโยชน์ของเอกชนทั้งสองฝ่ายมาพิจารณา ซึ่งการชั่งน้ำหนักทั้งสองกรณีข้างต้นนี้ก็คือการพิจารณาว่าจะคุ้มครองประโยชน์ใดมากกว่ากัน โดยผลลัพธ์ของการเลือกว่าจะคุ้มครองฝ่ายใดจึงเป็นเรื่องที่รัฐต้องกระทำการ(เพื่อคุ้มครอง) ไม่ใช่ละเว้นโดยการไม่แทรกแซง<sup>121</sup>

<sup>118</sup> Stephen Gardbaum, “Where the (state) action is,” Oxford Academic, Retrieved on December 6, 2019, from <https://academic.oup.com/icon/article/4/4/760/640293>, p.778.

<sup>119</sup> *Ibid.*, pp.774-775.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p.769.

<sup>121</sup> Kai Möller, “U.S. Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model,” Retrieved on December 6, 2019, from [http://eprints.lse.ac.uk/66571/1/\\_lse.ac.uk\\_storage\\_LIBRARY\\_Secondary\\_libfile\\_shared\\_repository\\_Content\\_LSE%20Working%20Paper\\_U.S.%20Constitutional%20Law,%20Proportionality\\_Moller\\_U.S.%20Constitutional%20Law,%20Proportionality\\_Author.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/66571/1/_lse.ac.uk_storage_LIBRARY_Secondary_libfile_shared_repository_Content_LSE%20Working%20Paper_U.S.%20Constitutional%20Law,%20Proportionality_Moller_U.S.%20Constitutional%20Law,%20Proportionality_Author.pdf), pp.13-15.

### 3.2.2.3 การชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้ว การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะถูกพิจารณาในสองขั้นตอน คือ (1) สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีความหมายหรือขอบเขตเพียงใด และ (2) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นธรรมหรือไม่<sup>122</sup> ซึ่งขั้นตอนที่สองนี้ประเทศส่วนใหญ่ในยุโรปโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิของรัฐพอสมควรแก่เหตุหรือไม่โดยใช้หลักการทางรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า หลักความได้สัดส่วน อันประกอบด้วยหลักการย่อยที่ปรับใช้ตามลำดับขั้นตอน คือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง แต่เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแล้วจะเห็นว่าบทบัญญัติแห่งสิทธิใช้ถ้อยคำที่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีขอบเขตที่แคบ เช่น รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 บัญญัติว่า “สภาองเกรส ต้องไม่บัญญัติกฎหมาย...ที่เป็นการตัดทอนเสรีภาพในการพูด...หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา” ซึ่งต่างจากรัฐธรรมนูญเยอรมันที่มักจะมีบทบัญญัติเนื้อหาของสิทธิและเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเอาไว้ เช่น กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 2<sup>123</sup>บัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้โดยเสรี トラบใดที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นหรือละเมิดระบอบรัฐธรรมนูญ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”<sup>124</sup> ด้วยลักษณะการบัญญัติเช่นนี้จึงดูเหมือนว่าการจำกัดสิทธิในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาแค่ขั้นตอนแรกว่าการกระทำของรัฐซึ่งทำให้บุคคลได้รับความเสียหายเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น<sup>125</sup>

<sup>122</sup> Stephen Gardbaum, “The structure and scope of constitutional rights” in Comparative Constitutional Law, ed. Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, (Edward Elgar: Cheltenham, 2011), p.388.

<sup>123</sup> คำแปลภาษาไทยจาก [https://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_cons57/con2557-basiclawofgermany.pdf](https://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons57/con2557-basiclawofgermany.pdf)

<sup>124</sup> Mattias Kumm, “What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement,” Retrieved on January 6, 2020, from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=952034](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952034), p.4.

<sup>125</sup> Stephen Gardbaum, *supra note 122*, p.389,391.

แม้ว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะมีบทบัญญัติแห่งสิทธิในลักษณะดังกล่าว แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าไม่มีการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในสหรัฐอเมริกาเลย<sup>126</sup> เพราะเมื่อไหร่ก็ตามที่ศาลสูงสุดจะต้องพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลจะใช้มาตรฐานการตรวจสอบที่เรียกว่า Tiers of Scrutiny<sup>127</sup> และหลักการตรวจสอบอื่น ๆ ซึ่งในมาตรฐานการตรวจสอบของศาลสูงสุดทั้งสามระดับต่างพิจารณาถึงความสอดคล้องของมาตรการและวัตถุประสงค์<sup>128</sup> จึงมีความคล้ายคลึงกับหลักความเหมาะสม<sup>129</sup> โดยเฉพาะในระดับการตรวจสอบแบบ

---

<sup>126</sup> Bernhard Schlink, “Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here?,” Retrieved on January 6, 2020, from <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=djcil>, p.297.

<sup>127</sup> มาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบ่งออกเป็น 3 ระดับตามความสำคัญของเรื่องซึ่งมีดังนี้

(1) การตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) ซึ่งมีสาระสำคัญว่ากฎหมายจะต้องมีความจำเป็นในการนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) มาตรการที่ใช้จึงต้องมีการจำกัดสิทธิของบุคคลให้น้อยที่สุดด้วย (least restrictive mean) โดยการตรวจสอบในระดับนี้มักจะถูกนำไปใช้กับกรณีที่มีความสำคัญอย่างเช่น เชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ ชนชาติกำเนิด เป็นต้น

(2) การตรวจสอบอย่างกลาง (Intermediate Scrutiny) มีสาระสำคัญว่ากฎหมายจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่สำคัญของรัฐอย่างมีนัยยะสำคัญ (Important governmental purpose) ซึ่งการตรวจสอบในระดับกลางนี้ยังมีการถกเถียงกันในทางวิชาการว่ามาตรการที่รัฐเลือกใช้จะต้องเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิที่น้อยที่สุดเช่นเดียวกับการตรวจสอบแบบเคร่งครัดด้วยหรือไม่ ส่วนประเด็นที่จะได้รับการตรวจสอบในระดับนี้ เช่น ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเพศ เป็นต้น

(3) การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational basis test) เป็นการตรวจสอบในระดับต่ำสุดซึ่งมีสาระสำคัญว่ากฎหมายจะต้องสอดคล้องอย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (legitimate purpose) โดยการตรวจสอบในระดับนี้ไม่ได้เรียกร้องว่าการเลือกมาตรการของรัฐจะต้องเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของบุคคลน้อยที่สุด (เกื้อ เจริญราษฎร์, “มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ : ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมาย และการปรับใช้ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.91-94.

<sup>128</sup> เพ็งอ้าง, น.95.

เคร่งครัด (Strict Scrutiny) ที่เรียกร้องให้มีการเลือกใช้มาตรการที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด (least restrictive mean) ก็เหมือนกับหลักความจำเป็น<sup>130</sup> ส่วนการชั่งน้ำหนัก (Balancing test) ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ศาลสูงสุดจะชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของบุคคลที่จะได้รับความเสียหาย และประโยชน์สาธารณะที่ได้รับ โดยการชั่งน้ำหนักจะปรากฏตัวในสองลักษณะ คือ (1) การตรวจสอบวัตถุประสงค์ เช่น ในกรณีที่รัฐออกมาตรการซึ่งกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญ มาตรการของรัฐจะต้องมีความจำเป็นและมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง ศาลจะพิจารณาถึงลักษณะของประโยชน์ที่จำเป็นอย่างยิ่งในเรื่องนั้น ประกอบกับมาตรการของรัฐว่าเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่สุดซึ่งต้องไม่เกินขอบเขตและสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ และ (2) การตรวจสอบผ่านหลักการต่าง ๆ เช่น หลักการห้ามบัญญัติกฎหมายที่กว้างเกินกว่าเหตุ (Overbreadth Doctrine) หลักการห้ามสร้างภาระเกินกว่าเหตุ (Undue Burden Test)<sup>131</sup>

แม้ว่าในสหรัฐอเมริกาจะปรากฏการชั่งน้ำหนักซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ แต่เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนในสหรัฐอเมริกาอยู่อย่างกระจัดกระจายและไม่ได้ใช้อย่างเป็นระบบ<sup>132</sup> จึงทำให้การชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ กฎหมายหรือมาตรการที่เลือกใช้ไม่ได้ผ่านการพิจารณาตามขั้นตอนความเหมาะสมและความจำเป็นในทุกกรณี โดยการชั่งน้ำหนักในสหรัฐอเมริกาจะเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของบุคคล (Individual right) กับประโยชน์สาธารณะ (Governmental interest) ซึ่งผ่านมาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดที่มีระดับการพิจารณาในแต่ละเรื่องแตกต่างกัน ต่างจากประเทศเยอรมนีที่สิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าในรัฐธรรมนูญจะต้องถูกทำให้มีผลบังคับใช้ให้ได้มากที่สุด (Optimization) ภายใต้อำนาจเดียวกัน<sup>133</sup> ทั้งนี้

<sup>129</sup> Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, “American balancing and German proportionality: The historical origin,” Retrieved on December 25, 2019, from <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/263/699991>, p.269.

<sup>130</sup> เกื้อ เจริญราษฎร์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127*, น.100-101.

<sup>131</sup> เกื้อ เจริญราษฎร์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127*, น.110-111,130. ; Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, “The hidden foreign law debate in Heller: The proportionality approach in American constitution law,” Retrieved on December 28, 2019, from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1317833](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317833), p.19.

<sup>132</sup> เกื้อ เจริญราษฎร์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127*, น.144.

<sup>133</sup> Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, *supra note 131*, p.27.

มีข้อสังเกตว่าการปรับใช้หลักการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นเพื่อการจำกัดสิทธิมากกว่าเป็นไปเพื่อการคุ้มครอง เนื่องจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแนวคิดที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเปรียบเสมือนไฟตาย (Trumps) ที่จำกัดการกระทำของรัฐ จึงทำให้ถ้อยคำในบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมีลักษณะเด็ดขาด (Absolute term)<sup>134</sup> การที่รัฐจะเข้าไปจำกัดสิทธิจึงเป็นเรื่องยาก ดังนั้น การชั่งน้ำหนักจึงเกิดขึ้นมาเพื่อรับรองว่าจะไม่มีสิทธิใดที่ถูกคุ้มครองอย่างเกินความจำเป็นแต่จะต้องนำมาชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะด้วย<sup>135</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่า ทั้งการใช้ถ้อยคำเชิงปฏิเสธในรัฐธรรมนูญและแนวความคิดว่าบทบัญญัติแห่งสิทธิเป็นสิ่งจำกัดอำนาจรัฐได้ส่งผลให้สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญเยอรมันมีขอบเขตที่กว้างกว่าและได้ส่งผลให้เกิดการปะทะกันของสิทธิที่มากขึ้นตามมาด้วย ในสภาวะการณ์เช่นนี้จึงทำให้ประเทศเยอรมนีต้องหาหนทางเพื่อมาแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยวิธีการนั้นก็คือ หลักความได้สัดส่วนอันมีสาระสำคัญในการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง ในขณะที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีแนวคิดที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีสถานะเป็นสิทธิป้องกันจากการใช้อำนาจของรัฐเท่านั้น จึงทำให้ศาลสูงสุดตีความรัฐธรรมนูญอย่างจำกัดโดยไม่ขยายความบทบัญญัติให้รัฐมีหน้าที่เพิ่มขึ้นในการคุ้มครองสิทธิ หรือทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานเข้าไปมีผลในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนได้ เมื่อเป็นเช่นนี้การที่ศาลสูงสุดจะชั่งน้ำหนักจึงเป็นเรื่องของการทำลายวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่าเป็นการส่งเสริมการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล<sup>136</sup>ซึ่งหมายความว่าหลักความได้สัดส่วนโดยเฉพาะการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานก็จะถูกนำไปใช้ในขอบเขตที่แคบกว่าการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน<sup>137</sup>

ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายแรงงานของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามสูบบุหรี่ภายในสถานที่ทำงาน<sup>138</sup> ซึ่งกฎหมายได้กำหนดโทษปรับสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนเอาไว้ โดยกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองพนักงานที่อาจได้รับอันตรายจากควันบุหรี่ ในขณะที่เดียวกันฝ่ายนิติบัญญัติก็ประสานประโยชน์ของคนสูบบุหรี่ด้วย<sup>139</sup> เช่น ห้ามมีการสูบ

<sup>134</sup> Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, *supra note 131*, pp.28-29.

<sup>135</sup> Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, *supra note 129*, p.284.

<sup>136</sup> Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, *supra note 131*, pp.38-40.

<sup>137</sup> เกื้อ เจริญราษฎร์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 127*, น.148.

<sup>138</sup> Labor Code Section 6404.5

<sup>139</sup> Labor Code Section 6404.5 (a) The Legislature finds and declares that regulation of smoking in the workplace is a matter of statewide interest and concern. It is the intent of the Legislature in enacting this section to prohibit the smoking of

บุหรี่ยุคใหม่ในรถบรรทุกเว้นเสียแต่ที่ไม่มีคนที่ไม่สูบบุหรี่โดยสารมาด้วย<sup>140</sup> เป็นต้น หากพิจารณาในเนื้อหาของกฎหมายแล้วก็จะเห็นถึงการประสานประโยชน์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่กำหนดว่าสถานที่ใดไม่ใช่สถานที่ทำงานที่อยู่ในการควบคุมบ้าง ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับประเทศเยอรมนีที่ผู้สูบบุหรี่ถูกจำกัดพื้นที่ในการสูบเพื่อคุ้มครองสุขภาพของผู้ที่ไม่สูบบุหรี่ โดยการฝ่าฝืนก็จะถูกปรับเป็นเงินเหมือนกัน แต่อย่างไรก็ดี หากผู้สูบบุหรี่อ้างว่าการจำกัดสิทธิดังกล่าวไม่เป็นธรรมและนำไปสู่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ความแตกต่างก็จะปรากฏตัวขึ้นกล่าวคือ สิทธิของบุคคลในการสูบบุหรี่ไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ<sup>141</sup> ซึ่งต่างจากรัฐธรรมนูญเยอรมันที่การกระทำของบุคคลในเรื่องต่าง ๆ ก็อยู่ในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐาน เมื่อสิทธิของผู้สูบบุหรี่เป็นเรื่องทั่วไป การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือการตรวจสอบว่าฝ่ายนิติบัญญัติจำกัดสิทธิของผู้สูบบุหรี่เกินไปหรือไม่ ศาลจะพิจารณาโดยใช้มาตรฐานการตรวจสอบในระดับต่ำที่สุด (Rational basis test)

---

tobacco products in all (100 percent of) enclosed places of employment in this state, as covered by this section, thereby eliminating the need of local governments to enact workplace smoking restrictions within their respective jurisdictions. It is further the intent of the Legislature to create a uniform statewide standard to restrict and prohibit the smoking of tobacco products in enclosed places of employment, as specified in this section, in order to reduce employee exposure to environmental tobacco smoke to a level that will prevent anything other than insignificantly harmful effects to exposed employees, and also to eliminate the confusion and hardship that can result from enactment or enforcement of disparate local workplace smoking restrictions. Notwithstanding any other provision of this section, it is the intent of the Legislature that an area not defined as a “place of employment” pursuant to subdivision (e) is subject to local regulation of smoking of tobacco products.

<sup>140</sup> Labor Code Section 6404.5 (e) (3) For purposes of this section, “place of employment” does not include any of the following: Cabs of motortrucks, as defined in Section 410 of the Vehicle Code, or truck tractors, as defined in Section 655 of the Vehicle Code, if nonsmoking employees are not present.

<sup>141</sup> Public health law center, “There is no constitutional right to smoke or toke,” Retrieved on January 13, 2020, from <https://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/No-Constitutional-Right-Smoke-Toke-2019.pdf>, p.5.



ว่าวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเรื่องนั้นเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมหรือไม่ (legitimate goal)<sup>142</sup> โดยมาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกใช้ศาลจะไม่เข้าไปพิจารณาว่าเป็นวิธีการที่จำกัดสิทธิขั้นสุดท้ายหรือไม่ด้วย การตรวจสอบดังกล่าวหากพิจารณาโดยเทียบเคียงจาก ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ใช้หลักความได้สัดส่วนเข้ามาพิจารณาแล้วก็จะพบว่า ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐ จะใช้เพียงหลักความเหมาะสมที่พิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายกับวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม เท่านั้น โดยวัตถุประสงค์ดังกล่าวอาจเป็นวัตถุประสงค์ที่คาดเห็นได้หรือเป็นไปได้ก็เพียงพอแล้ว ประกอบกับศาลมักยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ผ่านการตรวจสอบในระดับนี้<sup>143</sup> ในกรณีนี้จึงเห็นว่าศาลจะไม่ได้ชี้แจงน้ำหนักกระหว่างประโยชน์ของบุคคลและประโยชน์สาธารณะเลย ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นต่อไปว่าเมื่อวิธีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยวิธีการ ชี้แจงน้ำหนักของศาลสูงสุดทำได้อย่างจำกัด ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการตรา กฎหมายโดยอาจจะไม่ต้องคำนึงถึงการชี้แจงน้ำหนักเลยก็ได้ เพราะท้ายที่สุดแล้วฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่ได้ ถูกตรวจสอบในวิธีการดังกล่าวเช่นกัน

### 3.2.3 ความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ: คดี

#### DeShaney v. Winnebago County

##### 3.2.3.1 ข้อความเบื้องต้น

ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะได้วางหลักเรื่องหน้าที่ของรัฐในการ คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในคดีทำแท้ง ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐได้เคยวินิจฉัยในกรณีการทำแท้งไว้ใน คดี Roe v. wade<sup>144</sup> ซึ่งมีประเด็นเหมือนกับศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ต้องพิจารณาระหว่างสิทธิใน การเลือก (Pro-choice) และสิทธิในการมีชีวิต (Pro-life) โดยในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า นางเจน โร (Jane Roe) ได้ยื่นฟ้องต่อศาลว่า กฎหมายของมลรัฐเท็กซัสที่กำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิด อาญานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในคดีดังกล่าวศาลเริ่มต้นพิจารณาจากประวัติศาสตร์ของการตรากฎหมาย ทำแท้ง โดยศาลเห็นว่า ข้อห้ามที่ไม่ให้หญิงทำแท้งเป็นสิ่งที่เพิ่งเกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ และสาเหตุที่ บัญญัติกฎหมายดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อป้องกันการเบี่ยงเบนทางเพศ เพื่อลดอันตรายที่เกิดขึ้น จากกระบวนการทำแท้งซึ่งรัฐต้องเข้าไปดูแล และเพื่อคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์ เมื่อต้องมาพิจารณา สิทธิของหญิงที่ต้องการทำแท้งแล้ว ศาลสูงสุดเห็นว่า ผู้หญิงมีสิทธิส่วนบุคคล (Right to privacy)

<sup>142</sup> Public health law center, “There is no constitutional right to smoke or toke,” p.7.

<sup>143</sup> เกื้อ เจริญราษฎร์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 127*, น.91-92.

<sup>144</sup> Roe v. wade, 410 U.S. 113 (1973)

ถึงแม้รัฐธรรมนูญไม่ได้รับรองสิทธินี้ไว้โดยตรง แต่ศาลสูงสุดได้เคยรับรองเอาไว้แล้วว่าสิทธิดังกล่าวมีรากฐานทางความคิดมาจากเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิส่วนบุคคลจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และมีความหมายรวมไปถึงการตัดสินใจของผู้หญิงที่จะตั้งครรภ์ต่อไปหรือไม่ด้วย

ส่วนในมุมมองของทารกในครรภ์มารดานั้น ศาลได้พิจารณาโดยการตีความคำว่า “บุคคล” ที่ปรากฏอยู่ในที่ต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ ศาลเห็นว่าถ้อยคำดังกล่าวหมายถึง บุคคลซึ่งคลอดและมีชีวิตเท่านั้น ไม่ได้มีความหมายรวมไปถึงทารกในครรภ์มารดาด้วย ดังนั้น เมื่อทารกในครรภ์มารดายังไม่มีสภาพบุคคล ทารกจึงเป็นส่วนหนึ่งของหญิงที่ตั้งครรภ์ และไม่มีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ในคดีนี้มลรัฐเท็กซัสพยายามแสดงให้เห็นว่าชีวิตของมนุษย์เริ่มต้นขึ้นตั้งแต่ปฏิสนธิ ซึ่งรัฐมีหน้าที่คุ้มครองชีวิตที่เกิดขึ้นภายหลังจากนั้นด้วย(เหมือนกับแนวคิดของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน) ถึงแม้ศาลจะเห็นด้วยว่ามีการดำรงอยู่ของชีวิตมนุษย์แล้ว เมื่อเกิดการปฏิสนธิ แต่ศาลมองว่าจุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่ยุ่งยากและมีความเห็นที่แตกต่างออกไปตามศาสตร์สาขาต่าง ๆ ดังนั้น เมื่อเรื่องดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยุติและวิทยาการในเวลานั้นก็ยังไม่สามารถตอบไม่ได้ ศาลจึงไม่เห็นความจำเป็นที่จะต้องไปแก้ไขหรือให้ความเห็นในเรื่องจุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์

แม้ว่าผู้หญิงจะมีสิทธิส่วนบุคคลซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สามารถทำแท้งได้ และศาลก็เห็นว่ากฎหมายของมลรัฐเท็กซัสที่กำหนดห้ามผู้หญิงทำแท้ง เว้นแต่เพื่อรักษาชีวิตของหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นสิ่งที่จำกัดสิทธิของผู้หญิงมากเกินไป เพราะ การที่รัฐปฏิเสธสิทธิดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายหลายประการ เช่น อันตรายที่จะเกิดขึ้นกับร่างกายและสภาพจิตใจของผู้หญิง ความไม่พร้อมในการเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้ผู้หญิงจะมีสิทธิทำแท้ง แต่ศาลก็ไม่เห็นด้วยที่ผู้หญิงจะมีสิทธิดังกล่าวโดยสมบูรณ์ กล่าวคือ รัฐอาจจะจำกัดสิทธิดังกล่าวได้โดยกฎหมายจะต้องมีความจำเป็นในการนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) และมาตรการที่ใช้จะต้องเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลให้น้อยที่สุดด้วย สำหรับวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่งในกรณีนี้ก็คือสุขภาพของผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ที่อาจเกิดขึ้นจากกระบวนการทำแท้ง และการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ ซึ่งศาลเห็นว่าในช่วงสามเดือนแรกของการตั้งครรภ์ หากมีการทำแท้งในอายุครรภ์ดังกล่าวจะเกิดอันตรายต่อสุขภาพของหญิงน้อยกว่าช่วงเวลาหลังจากนั้น ประกอบกับเมื่ออายุครรภ์มากขึ้นทารกในครรภ์อาจเจริญเติบโตภายนอกมดลูกได้ ด้วยเหตุนี้ สุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์และชีวิตของทารกจึงยังไม่เป็นวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) ในช่วงระยะสามเดือนแรกของการตั้งครรภ์ และเมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของผู้หญิงและผลประโยชน์ของรัฐแล้ว จึงเห็นได้ว่าสิทธิของผู้หญิงมีน้ำหนักมากกว่า ดังนั้น ในช่วงสามเดือนแรกของการตั้งครรภ์ ผู้หญิงจึงมีสิทธิทำแท้งได้อย่าง

เสรี แต่หากอายุครรภ์มากขึ้นรัฐอาจเข้ามาจำกัดสิทธิในการทำแท้งของหญิงได้นั่นเอง ในคดีนี้ศาลจึงมีคำตัดสินว่า กฎหมายของมลรัฐเพนซิลเวเนียที่กำหนดห้ามหญิงทำแท้งขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ในเวลาต่อมาศาลสูงสุดก็ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้งอีกครั้ง ในคดี *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>145</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า กฎหมายของมลรัฐเพนซิลเวเนียกำหนดให้ (1) การทำแท้งต้องได้รับคำแนะนำจากหน่วยงานของรัฐ และต้องแสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากได้รับคำแนะนำ โดยระยะเวลาของการทำแท้ง และการได้รับคำแนะนำจะต้องห่างกันไม่เกิน 24 ชั่วโมง (2) กรณีที่เป็นผู้เยาว์ การทำแท้งจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของผู้เยาว์เป็นลายลักษณ์อักษร หากบิดามารดาไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ก็จะต้องร้องขอต่อผู้พิพากษาให้เป็นผู้ให้ความยินยอมแทน (3) กรณีหญิงที่ตั้งครรภ์ได้สมรสแล้ว หญิงจะต้องแจ้งแก่ชายที่เป็นสามีด้วย ในคดีนี้ศาลยังคงหลักการเดิมที่ได้เคยวางไว้ในคดี *Roe v. Wade* เพราะหลักการดังกล่าวยังคงใช้ได้ ในสมัยนั้นและข้อเท็จจริงซึ่งเป็นฐานของคำพิพากษาก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยสาระสำคัญที่ถูกยืนยันอีกครั้งในคดีนี้ก็คือ ผู้หญิงที่ตั้งครรภ์มีสิทธิที่จะทำแท้ง โดยรัฐมีอำนาจจำกัดสิทธิการทำแท้งของหญิงได้เช่นกันหากทารกในครรภ์เจริญเติบโตแล้ว อย่างไรก็ตาม ในคดีดังกล่าวศาลได้สร้างหลักการใหม่ที่เรียกว่า หลักการห้ามสร้างภาระเกินกว่าเหตุ (*Undue Burden Test*) ขึ้นมาพิจารณาแทนที่การแบ่งช่วงเวลาของการตั้งครรภ์ (*Trimester*) และการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (*Strict scrutiny*) ที่ถูกใช้ในคดี *Roe v. Wade* โดยหลักการดังกล่าวจะพิจารณาว่ากฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิในการทำแท้งได้สร้างอุปสรรคในการทำแท้งของผู้หญิงมากเกินไปหรือไม่ ซึ่งศาลมองว่าการที่กำหนดให้หญิงที่สมรสแล้วจะต้องแจ้งการทำแท้งต่อสามีก่อนเป็นสิ่งที่สร้างภาระให้แก่หญิงเกินสมควร ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้ว่าทั้งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะได้วินิจฉัยในประเด็นเดียวกัน และผลแห่งคดีก็ยืนยันว่าหญิงที่ตั้งครรภ์สามารถทำแท้งได้ แต่เมื่อพิจารณาการให้เหตุผลของศาลทั้งสองแล้วจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ (1) รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ตีความคำว่า “บุคคล” ในรัฐธรรมนูญให้มีความหมายรวมไปถึงทารกในครรภ์มารดา ดังนั้น ทารกในครรภ์มารดาจึงไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งแตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ตีความสิทธิในชีวิตครอบคลุมไปถึงทารกในครรภ์มารดาด้วย (2) การคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดา ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐจะคุ้มครองในฐานะที่เป็น

---

<sup>145</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)

ผลประโยชน์ของรัฐ แต่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันให้การคุ้มครองในฐานะที่ทารกเป็นผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ และชีวิตของทารกในครรภ์มารดา การชั่งน้ำหนักก็จะแตกต่างกันด้วย กล่าวคือ ศาลสูงสุดสหรัฐจะชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิส่วนตัวของหญิงกับผลประโยชน์ของรัฐซึ่งประกอบไปด้วยสุขภาพของหญิงจากการทำแท้ง ชีวิตของทารกในครรภ์ เป็นต้น ส่วนศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะชั่งน้ำหนักสิทธิในการกำหนดวิถีชีวิตตัวเองของหญิงที่ตั้งครรภ์กับสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์ (3) เมื่อสิ่งที่นำมาชั่งน้ำหนักมีสถานะที่แตกต่างกันจึงทำให้ผลของการชั่งน้ำหนักออกมาแตกต่างกันด้วย เพราะ ในมุมมองของศาลสูงสุดสหรัฐเห็นว่ารัฐธรรมนูญกำหนดห้ามรัฐเข้าไปแทรกแซงสิทธิของบุคคล และการที่ศาลเห็นว่าชีวิตของทารกในครรภ์เป็นเพียงผลประโยชน์ของรัฐ ศาลจึงให้น้ำหนักสิทธิความเป็นส่วนตัวของหญิงที่ตั้งครรภ์มากกว่า ส่วนศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนทั้งสองฝ่ายที่ต่างได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ศาลจึงต้องมีเหตุผลอย่างเพียงพอว่าจะคุ้มครองสิทธิของฝ่ายใดมากกว่ากันระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์กับทารก ซึ่งศาลเห็นว่าควรจะต้องคุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกมากกว่า เพราะ ชีวิตมีความเชื่อมโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หากไม่มีชีวิตแล้วบุคคลก็จะไม่สามารถใช้สิทธิอื่น ๆ ได้เลย นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันยังได้ตีความซึ่งก่อให้เกิดหลัก “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” ที่มีเนื้อหาสำคัญว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้รัฐดเว้นไม่ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น แต่ยังกำหนดให้รัฐต้องคุ้มครองซึ่งเป็นหน้าที่ในเชิงริเริ่มดำเนินการ ซึ่งการทำหน้าที่ดังกล่าวรัฐจะต้องคุ้มครองจากภัยของเอกชนด้วยตนเอง ในกรณีนี้รัฐจึงมีหน้าที่คุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์แม้จะเป็นการคุ้มครองจากมารดาของทารกเองก็ตาม (4) แม้ผลสุดท้ายหญิงที่ตั้งครรภ์สามารถทำแท้งได้ และมีข้อจำกัดบางประการ แต่ทั้งสองประเทศก็มีความแตกต่างกัน ในสหรัฐอเมริกาผู้หญิงที่ตั้งครรภ์มีสิทธิที่จะทำแท้งได้โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ แต่ในบางกรณีโดยเฉพาะกรณีที่ทารกในครรภ์สามารถมีชีวิตได้เองแล้ว (viability) รัฐก็มีอำนาจจำกัดสิทธิการทำแท้งได้ ส่วนในประเทศเยอรมนีที่เห็นว่าชีวิตเป็นคุณค่าสูงสุดตามรัฐธรรมนูญ โดยหลักแล้วการทำแท้งซึ่งเป็นการทำลายชีวิตจึงเป็นสิ่งที่ถูกห้ามอย่างใดก็ได้ อาจจะมีข้อยกเว้นบางประการที่หญิงสามารถทำแท้งได้ซึ่งจะต้องทำตามภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น หญิงที่ต้องการทำแท้งโดยปราศจากเหตุอื่นตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องทำแท้งภายในอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ ต้องได้รับคำปรึกษา และต้องมีเงื่อนไขเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดถึงจะสามารถทำแท้งได้<sup>146</sup> เป็นต้น

<sup>146</sup> German Criminal Code

Section 218a (Exemption from punishment for abortion)

แนวคิดการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีลักษณะในเชิงริเริ่มดำเนินการของประเทศสหรัฐอเมริกาจะยังไม่ชัดเจนมากนักในคดีทำแท้ง ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะการกำหนดสถานะทางกฎหมายของทารกในครรภ์มารดาที่เป็นเพียงผลประโยชน์ของรัฐเท่านั้น แต่หากจะสำรวจถึงแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครอง หรือสิทธิในการคุ้มครอง เราอาจจะพบแนวคิดดังกล่าวได้จากนักคิดที่มีอิทธิพลต่อชาวอเมริกัน เช่น เซอร์ เอ็ดเวิร์ด ค็อก (Sir Edward Coke) จอห์น ล็อก (John Locke)

(1) The elements of the offence under section 218 are not deemed fulfilled

1. the pregnant woman requests the termination of pregnancy and demonstrates to the physician by producing the certificate referred to in section 219 (2) sentence 2 that she obtained counselling at least three days prior to the procedure,

2. the termination is performed by a physician and

3. no more than 12 weeks have elapsed since conception.

(2) A termination which is performed by a physician with the consent of the pregnant woman is not unlawful if, considering the pregnant woman's present and future circumstances, the termination is medically necessary to avert a danger to the life of or the danger of grave impairment to the pregnant woman's physical or mental health and if the danger cannot be averted in another manner which is reasonable for her to accept.

(3) The conditions of subsection (2) are also deemed fulfilled with regard to a termination performed by a physician with the consent of the pregnant woman if, according to medical opinion, an unlawful act under sections 176 to 178 has been committed against the pregnant woman, there are cogent reasons to support the assumption that the pregnancy was caused by the act and no more than 12 weeks have elapsed since conception.

(4) The pregnant woman does not incur the penalty specified in section 218 if the termination was performed by a physician after counselling (section 219) and no more than 22 weeks have elapsed since conception. The court may dispense with imposing a penalty pursuant to section 218 if the pregnant woman was in exceptional distress at the time of the procedure.

เซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน (Sir William Blackstone) เป็นต้น ซึ่งเมื่อสืบสาวไปถึงผลงานของนักคิดเหล่านี้แล้วก็จะได้เห็นถึงแนวคิดที่รัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิของบุคคลด้วย อย่างเช่น ในความคิดของเซอร์ เอ็ดเวิร์ด คูก ที่ปรากฏใน Calvin's Case คูกมองความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์ (Sovereign) และราษฎร (Subject) ว่า ราษฎรมีหน้าที่ต้องจงรักภักดีและเชื่อฟังต่อกษัตริย์ และกษัตริย์ก็มีหน้าที่ต้องปกครองและคุ้มครองราษฎร ดังนั้น ตามความคิดของคูกแล้วกษัตริย์จึงมีหน้าที่คุ้มครองราษฎรจากภัยอันตรายต่าง ๆ ผ่านทางกฎหมาย เพื่อให้ประชาชนสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนเองได้ การคุ้มครองของกษัตริย์จึงเป็นการคุ้มครองภายใต้กฎหมายนั่นเอง<sup>147</sup> หรือในทฤษฎีสัญญาตามธรรมชาติและสัญญาประชาคมของจอห์น ล็อก (John Locke) ก็มองว่า ปัจเจกบุคคลรวมกันเป็นสังคมเพื่อปกป้องชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของตนเอง ซึ่งปัจเจกบุคคลได้มอบอำนาจบางส่วนของตนให้รัฐตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิ่งเหล่านี้ โดยความคิดของล็อกจะแตกต่างกับคูกตรงที่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชาชนคูกเห็นว่ามีเป็นเรื่องกฎแห่งธรรมชาติ ในขณะที่ล็อกมองความสัมพันธ์เกิดจากความยินยอม<sup>148</sup> ต่อมาช่วงกลางศตวรรษที่ 18 ทั้งหลักการต่างตอบแทนกันระหว่างกษัตริย์และราษฎร ทฤษฎีสัญญาตามธรรมชาติ และสัญญาประชาคมได้กลายเป็นหลักการสำคัญทางทฤษฎีรัฐธรรมนูญของอังกฤษดังจะเห็นได้จากงานเขียนของ เซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน “Commentaries on law of England” ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า ในสภาวะธรรมชาติ บุคคลมีเสรีภาพโดยปราศจากการแทรกแซงจากบุคคลอื่น (Negative) แต่ตามทฤษฎีสัญญาประชาคม สังคมถูกสร้างขึ้นมาเพื่อประโยชน์ที่จะได้รับการรวมตัวกัน (positive) ซึ่งการคุ้มครองก็เป็นส่วนหนึ่งของการได้รับประโยชน์จากสังคมนี้อย่างไรก็ดี แม้แนวคิดที่มีอิทธิพลต่อชาวอเมริกันจะมีร่องรอยความคิดของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในลักษณะที่เป็นการดำเนินการช่วยเหลือ โดยเฉพาะการคุ้มครองเอกชนจากเอกชนด้วยตนเอง ซึ่งศาลได้วางหลักไว้อย่างชัดเจนในคดี DeShaney v. Winnebago County ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า โจชัว ดีเชนี (Joshua DeShaney) ในวัยประมาณ 4 ขวบ ถูกนายแรนดี้ ดีเชนี (Randy DeShaney) บิดาของตนเองทำร้ายร่างกายแม่เลี้ยงของโจชัวจึงได้แจ้งต่อหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการดูแลเรื่องดังกล่าว (Winnebago County Department of Social Services) ว่ามีการทำร้ายร่างกายเด็กเกิดขึ้น แต่เนื่องจากนายแรนดี้ให้การ

<sup>147</sup> Steven J. Heyman, *supra note 104*, p.513.

<sup>148</sup> Steven J. Heyman, *supra note 104*, pp.514-515.

<sup>149</sup> Steven J. Heyman, *supra note 104*, pp.516-518.

ปฏิเสธ เจ้าหน้าที่จึงไม่ได้ดำเนินการใด ๆ ต่อ หลังจากนั้นโจชัวก็ถูกบิดาทำร้ายร่างกายอีกจนมีอาการ พกข้าตามร่างกายและมีอาการบาดเจ็บบริเวณศีรษะทำให้โจชัวต้องเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล และอยู่ภายใต้การดูแลของโรงพยาบาลหลายครั้ง ซึ่งโรงพยาบาลได้แจ้งเรื่องไปยัง Winnebago County Department of Social Services แต่หน่วยงานได้ตัดสินใจให้โจชัว กลับไปอยู่ในความดูแล ของนายแรนต์ ซึ่งไม่กี่เดือนต่อมาโจชัวโดนทำร้ายร่างกายอีกครั้ง แต่ในครั้งนี้โจชัวได้รับอันตรายสาหัส จนสมองถูกทำลายอย่างรุนแรง มารดาที่แท้จริงของโจชัวจึงยื่นฟ้องต่อศาลในนามของโจชัวว่า Winnebago County ละเมิดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) ตามรัฐธรรมนูญแก้ไข เพิ่มเติมฉบับที่ 14 เพราะหน่วยงานดังกล่าวบกพร่องในการคุ้มครองโจชัวจากการทำร้ายร่างกายของ นายแรนต์ซึ่งที่หน่วยงานรู้หรือควรรู้ถึงภัยที่จะเกิดขึ้น

ศาลสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) ถูกบัญญัติมาเพื่อคุ้มครองบุคคลจากรัฐมากกว่าคุ้มครองจากเอกชนด้วยตนเอง โดยหลักการดังกล่าวนี้ ไม่ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่กระทำการช่วยเหลือโดยการคุ้มครองชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคล ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจมีความรับผิดจากความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องด้วยเหตุที่รัฐไม่จัดหาความคุ้มครองได้ นอกจากนี้ การที่รัฐส่งตัวเด็กกลับไปสู่ความดูแลของพ่อแม่ก็ไม่ได้ทำให้เด็กอยู่ในสถานการณ์ที่แย่ไป กว่าการอยู่กับรัฐที่ไม่เคยรับดูแลเด็กคนนี้อีกเลย และรัฐก็ไม่ได้มีหน้าที่ให้ความคุ้มครองความปลอดภัยของบุคคลอย่างถาวรด้วย<sup>150</sup>

จากคำพิพากษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลให้เหตุผลสำคัญสองประการในการปฏิเสธการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลกล่าวคือ รัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของ บุคคลจากรัฐ และรัฐก็ไม่ได้มีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการช่วยเหลือหรือสนับสนุนการใช้สิทธิของ บุคคลด้วย ซึ่งเหตุผลทั้งสองประการนี้ นอกจากจะมีความสัมพันธ์กันทางแนวคิดของสิทธิขั้นพื้นฐาน ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาทั้งเรื่องหน้าที่กระทำการของรัฐ และผลผูกพันสิทธิในความสัมพันธ์ของ เอกชนตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว ยังมีการอธิบายเหตุผลในคำพิพากษาที่น่าสนใจเพิ่มเติมอีกด้วย ดังนั้น จึงได้แยกอภิปรายประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามคำพิพากษาดังนี้

### 3.2.3.2 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจากรัฐ

จากประเด็นที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดในคดี DeShaney v. Winnebago County ว่ารัฐกระทำผิดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) ตาม รัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลได้เริ่มวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวว่า ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้

<sup>150</sup> ข้อเท็จจริงและคำพิพากษาโดยย่อในคดี DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services จาก <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/189/>

รัฐต้องคุ้มครองบุคคลจากการละเมิดสิทธิของเอกชนด้วยกัน แต่ห้ามเฉพาะรัฐที่จะต้องไม่กระทำการละเมิดต่อชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคล<sup>151</sup> ซึ่งนอกจากประเด็นเรื่องถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลยังมุ่งพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญโดยกล่าวเสริมเหตุผลข้างต้นว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความตั้งใจที่จะให้การคุ้มครองสิทธิในรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องของกระบวนการทางการเมืองมากกว่า<sup>152</sup>

คำวินิจฉัยข้างต้นนี้เป็นสิ่งที่ศาลแห่งสหรัฐยืนยันมาตลอดว่า รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐธรรมนูญที่ป้องกันสิทธิจากการกระทำของรัฐ (Negative Constitution) ดังจะเห็นได้จากคดี Jackson v. City of Joliet<sup>153</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า รถยนต์คันหนึ่งประสบอุบัติเหตุและเกิดเพลิงไหม้ ตำรวจในพื้นที่ได้เรียกหน่วยดับเพลิงและเข้าไปจัดการจราจรบริเวณที่เกิดเหตุ แต่ไม่ได้เข้าไปดูผู้ที่บาดเจ็บภายในรถยนต์ ซึ่งปรากฏว่าผู้โดยสารที่อยู่ข้างในเสียชีวิต จึงเกิดประเด็นแห่งการฟ้องร้องในคดีนี้ว่า รัฐละเมิดสิทธิในชีวิตและเสรีภาพโดยฝ่าฝืนต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) หรือไม่ ศาลได้วินิจฉัยโดยการอ้างเหตุผลทำนองเดียวกันว่า รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญที่ป้องกันจากการใช้อำนาจรัฐมากกว่าที่จะให้รัฐกระทำการช่วยเหลือหรือสนับสนุนบุคคล และผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้กังวลว่ารัฐจะคุ้มครองประชาชนน้อยเกินไปหรือไม่ แต่เกรงว่ารัฐจะละเมิดสิทธิของประชาชนเกินไปหรือเปล่ามากกว่า ประกอบกับในการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 อยู่ในช่วงที่แนวความคิดเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Laissez-Faire) ถูกกล่าวถึงอย่างมากในเวลานั้น รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 จึงพยายามที่จะคุ้มครองเอกชนจากการแทรกแซงของรัฐไม่ใช่อำนาจกำหนดให้รัฐจัดหาบริการขั้นพื้นฐานแก่เอกชน

นอกจากเหตุผลทางถ้อยคำและประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญแล้วยังมีคำอธิบายด้านแนวคิดทางการเมืองและระบบกฎหมายที่เป็นข้อสนับสนุนเพิ่มเติมจากคำพิพากษาของศาล เพราะ เมื่อพิจารณาในด้านปรัชญาการเมืองจะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นสังคมที่ให้ความสำคัญต่อความเป็นปัจเจกค่อนข้างมาก โดยแนวคิดดังกล่าวเห็นว่าบุคคลดำรงอยู่อย่างอิสระแยกออกจากกัน และต่างดำเนินชีวิตโดยมีประโยชน์ส่วนตัวเป็นที่ตั้ง สังคมที่เหมาะสมจึงเป็นสังคมที่ปล่อยให้บุคคลอยู่ตามลำพังและสามารถทำในสิ่งที่ตนปรารถนาได้ตราบเท่าที่ไม่ก่ออันตรายแก่ผู้อื่น<sup>154</sup> ประกอบกับแนวคิดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเองก็เห็นว่าการปล่อยให้สังคมมีกลุ่มประโยชน์ที่แตกต่าง

<sup>151</sup> DeShaney v. Winnebago Cty. DSS, 489 U.S. 189, 195 (1989)

<sup>152</sup> DeShaney v. Winnebago Cty. DSS, 489 U.S. 189, 196 (1989)

<sup>153</sup> Jackson v. City of Joliet, 715 F.2d 1200 (7th Cir. 1983)

<sup>154</sup> Susan Bandes, *supra* note 101, p.2314.



หลากหลาย ก็จะเป็นส่วนช่วยให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของบุคคลด้วย เพราะเมื่อสังคมมีประโยชน์ที่หลากหลายแล้ว ประโยชน์เหล่านั้นก็จะขัดกันเองไม่มีกลุ่มใดที่มีอำนาจมากกว่าในสังคม<sup>155</sup> และด้วยเหตุที่รัฐทุกรัฐมีแนวโน้มจะใช้อำนาจกดขี่พลเมือง การจำกัดอำนาจของรัฐจึงเป็นเป้าประสงค์หลักในทางการเมืองเพื่อป้องกันเสรีภาพของพลเมืองเอาไว้<sup>156</sup> ทศนะเช่นนี้จึงมองว่าการแทรกแซงของรัฐเป็นสิ่งที่ชั่วร้าย แต่การไม่แทรกแซงบุคคลเลยเป็นสิ่งที่ดี<sup>157</sup> ดังนั้น การที่รัฐทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลจากภัยอื่นที่ไม่ใช่รัฐโดยเฉพะจากเอกชนด้วยกันเองจึงเป็นการแทรกแซงอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐไม่ควรทำนั่นเอง สำหรับความคิดของระบบคอมมอนลอว์ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษก็เป็นสิ่งสนับสนุนข้อสรุปในเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นกัน กล่าวคือ ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์จะถือหลักความเป็นเอกภาพของกฎหมายจึงทำให้ไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ดังนั้น ไม่ว่าจะป็นองค์กรรัฐหรือเอกชนก็จะตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอย่างเดียวกัน<sup>158</sup> เมื่อต้องพิจารณาว่ารัฐมีการกระทำผิดตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ที่ละเลยไม่ช่วยเหลือโจชัวทั้งที่รัฐสามารถช่วยเหลือได้ ประเด็นดังกล่าวได้มีการยกกฎหมายละเมิดขึ้นมาพิจารณาประกอบ ซึ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีหลักว่า หากมีคนกำลังได้รับอันตราย แต่เราซึ่งอยู่ในสถานะที่จะช่วยเหลือเขาได้กลับนิ่งเฉยไม่กระทำการอะไรเลยเพื่อช่วยชีวิตบุคคลดังกล่าว กฎหมายก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด<sup>159</sup> และด้วยลักษณะความเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมายที่รัฐก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเดียวกันกับเอกชนประกอบกับความกลัวที่ฝังรากลึกว่ารัฐมักจะละเมิดสิทธิเอกชน<sup>160</sup> จึงทำให้รัฐผูกพันเฉพะสิ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดนั่นก็คือการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจากการกระทำของรัฐเท่านั้น

<sup>155</sup> เจมส์ เมดิสัน, “บทความหมายเลข 51,” *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 94*, น.396-397.

<sup>156</sup> Dewey & Tufts, *supra* note 74, at 492-493, Quoted in Susan Bandes, *supra* note 101, p.2315.

<sup>157</sup> I. BERLIN, *supra* note 223, at 16-17 Quoted in Susan Bandes, *supra* note 101, p.2314.

<sup>158</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.32-33.

<sup>159</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF TORT, *supra* note 33, § 314 comment c. Quoted in Susan Bandes, *supra* note 101, p.2317.

<sup>160</sup> Susan Bandes, *supra* note 101, p.2317.

อย่างไรก็ดี เหตุผลที่ศาลสูงสุดอ้างขึ้นได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากและมีข้อโต้แย้งในประการสำคัญ คือ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ได้มีแต่ถ้อยคำในเชิงปฏิเสธที่ห้ามรัฐกระทำการเท่านั้น แต่ยังประกอบไปด้วยถ้อยคำที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่กระทำการด้วย หรือกระทั่งในบทบัญญัติที่ประกอบไปด้วยคำที่มีลักษณะเชิงปฏิเสธ การบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิก็ยังต้องให้รัฐกระทำการเช่นกัน โดยเฉพาะในหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 แม้ว่าจะบัญญัติห้ามรัฐกระทำการที่เป็นการเพิกถอนชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน ...โดยปราศจากการบวนการตามกฎหมาย แต่ก็สามารถตีความได้ว่าเมื่อรัฐจะดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการเพิกถอนสิทธิดังกล่าว รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐต้องกระทำการบางอย่างภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) การที่รัฐตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขนี้นั้นก็แสดงว่ารัฐก็ถูกเรียกร้องให้กระทำการ<sup>161</sup> ซึ่งยังหมายความรวมถึงการคุ้มครองเอกชนจากการละเมิดสิทธิโดยเอกชนด้วย<sup>162</sup> ประการที่สอง เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้มีความชัดเจนถึงขนาดที่จะปฏิเสธการคุ้มครองเอกชนจากภัยอื่นที่ไม่ใช่รัฐ จริงอยู่ที่ว่ารัฐธรรมนูญมีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองบุคคลจากรัฐ แต่การคุ้มครองเช่นนั้นรัฐก็ต้องมีหน้าที่จัดการป้องกันบางอย่างให้แก่เอกชนด้วย เพราะท้ายที่สุดแล้วเครื่องมือที่รัฐได้จัดทำก็จะกลายเป็นสิ่งป้องกันเอกชนจากการใช้อำนาจรัฐที่เหนือกว่า<sup>163</sup> นอกจากนี้ยังมีผู้ที่ให้ความเห็นจนถึงขนาดว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่กระทำการเพื่อให้เป็นไปตามสัญญาประชาคม และทำให้คำมั่นสัญญาเมื่อครั้งประกาศอิสรภาพเกิดผลเป็นจริงด้วย<sup>164</sup>

### 3.2.3.3 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ช่วยเหลือหรือสนับสนุนการใช้สิทธิของบุคคล

การที่ศาลสูงสุดในคดี *DeShaney v. Winnebago* ได้วินิจฉัยว่า ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 คือ ข้อจำกัดอำนาจของรัฐในการกระทำการเท่านั้น ทำให้รัฐไม่มีหน้าที่คุ้มครองบุคคลจากการกระทำของบุคคลอื่น เหตุผลอีกส่วนหนึ่งมาจากคำพิพากษาในอดีต

<sup>161</sup> Susan Bandes, *supra note 101*, p.2312.

<sup>162</sup> Jacobus Tenbroek, *Equal Under Law, Originally Published as the Antislavery Origins of the Fourteenth Amendment*, New Enlarged ed., (New York, Collier Books, 1965), pp.120-121.

<sup>163</sup> Susan Bandes, *supra note 101*, p.2310.

<sup>164</sup> Susan Bandes, *supra note 101*, pp.2310-2311.

ไม่เคยตีความขยายถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 เลย<sup>165</sup> ซึ่งตัวอย่างที่ศาลยกมาต่างวินิจฉัยว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) มีวัตถุประสงค์คุ้มครองบุคคลจากรัฐและไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐช่วยเหลือบุคคล<sup>166</sup> ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมุ่งพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐไปที่การกระทำ (Action) หรือไม่กระทำ (Inaction) ของรัฐเป็นสำคัญว่ารัฐละเมิดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะศาลกล่าวไว้อย่างแจ่มชัดว่า เมื่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) ไม่ได้เรียกร้องให้รัฐจัดหาความช่วยเหลือให้แก่เอกชน รัฐจึงไม่มีความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญจากการที่รัฐล้มเหลวในการคุ้มครองเอกชนจากภัยที่มาจากรัฐด้วยกัน<sup>167</sup>

แม้ในบางกรณีศาลสูงสุดจะเคยวินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐมีหน้าที่คุ้มครองบุคคลก็ตาม แต่ก็ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีด้วย<sup>168</sup> ยกตัวอย่างเช่นคดี *Estelle v. Gamble*<sup>169</sup> ที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่จัดหาบริการทางการแพทย์ให้แก่ผู้ป่วยในเรือนจำ

<sup>165</sup> *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, 195 (1989)

<sup>166</sup> *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, 196 (1989)

<sup>167</sup> *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, 196-197 (1989)

<sup>168</sup> *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, 198 (1989)

<sup>169</sup> *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97, 97 (1976) มีข้อเท็จจริงว่า J. W. Gamble เป็นนักโทษอยู่ในเรือนจำของมลรัฐเท็กซัส และระหว่างที่ได้รับโทษอยู่นั้นเขาได้ทำงานขนถ่ายฝ้ายจากรถบรรทุกให้แก่เรือนจำด้วย วันหนึ่ง Gamble ได้รับความเจ็บจากการทำงานเนื่องจากก้อนฝ้ายตกใส่ เขาจึงเข้าพบแพทย์ของเรือนจำโดยแพทย์จ่ายยาบรรเทาอาการปวดและยาคลายกล้ามเนื้อแก่ Gamble แต่ด้วยอาการบาดเจ็บของเขาไม่ได้ทุเลาลงและดูเหมือนจะมีอาการรุนแรงขึ้น เขาจึงต้องพบแพทย์อยู่หลายครั้งซึ่งไม่ได้รับการตรวจวินิจฉัยโดยละเอียดมากขึ้นกว่าเดิม ประกอบกับเจ้าหน้าที่เรือนจำยังคงดันให้เขาต้องกลับไปทำงาน และในบางครั้งยังปฏิเสธไม่ให้พบแพทย์ จนสุดท้ายเขาจึงยื่นฟ้องต่อศาล โดยศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่เจ้าหน้าที่เรือนจำเพิกเฉยต่อความเจ็บป่วยของนักโทษถือว่าเป็นการลงโทษที่โหดร้ายทารุณซึ่งเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 8 (429 U.S. 97, 97 (1976)) แม้ว่าบทบัญญัตินี้จะหมายถึงการลงโทษทางกายภาพ แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมาจากข้อความคิดเกี่ยวกับความเป็นมนุษย์ ประกอบกับความก้าวหน้าของสังคมจึงต้องมีวิธีการลงโทษที่เหมาะสมด้วย ฉะนั้นแล้วการลงโทษที่โหดร้ายทารุณจึงไม่ได้หมายความว่าเฉพาะการลงโทษทางกายภาพเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการที่นักโทษได้รับความเจ็บป่วยโดยไม่จำเป็นอีกด้วย (429 U.S. 97, 102-103 (1976)) ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีหน้าที่จัดหาการดูแลทางการแพทย์ให้แก่ผู้ถูกคุม

อย่างเหมาะสม และคดี *Youngberg v. Romeo*<sup>170</sup> ที่วินิจฉัยว่า รัฐมีหน้าที่ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) ที่จะต้องสร้างความปลอดภัยอย่างเหมาะสมให้แก่ผู้ป่วยในโรงพยาบาล ทั้งสองกรณีข้างต้นเป็นข้อยกเว้นที่รัฐมีความสัมพันธ์พิเศษกับบุคคล (Special relationship) ซึ่งโดยหลักความสัมพันธ์พิเศษนี้จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐที่จะต้องช่วยเหลือหรือคุ้มครองบุคคลก็ต่อเมื่อรัฐทำให้บุคคลอยู่ในอันตราย หรือมีการจำกัดเสรีภาพของบุคคลนั้น<sup>171</sup> และในบางกรณีรัฐอาจต้องรับผิดชอบหากรัฐไม่คุ้มครองบุคคลที่อยู่ในความดูแลของรัฐจากภัยที่มาจากบุคคลอื่นด้วย<sup>172</sup> จึงจะเห็นได้ว่า ทั้งคดี *Estelle v. Gamble* และ คดี *Youngberg v. Romeo* ต่างมีบุคคลที่อยู่ในความดูแลของรัฐ และบุคคลเหล่านั้นต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดสิทธิบางประการทำให้ไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ตามสมควร หลักความสัมพันธ์พิเศษนี้จึงทำให้รัฐมีหน้าที่จัดหาสิ่งจำเป็นพื้นฐานให้แก่บุคคลเหล่านั้น<sup>173</sup>

ในคดีนี้ทางฝ่ายโจษผู้ท่งก็ได้ยกข้อต่อสู้เรื่องหลักความสัมพันธ์พิเศษ (special relationship) เช่นกัน โดยอ้างว่า รัฐรู้ว่าโจษผู้ท่งอยู่ในอันตรายเพราะโดนพ่อทำร้าย

---

ซึ่งหรือถูกกักกันอย่างเหมาะสม เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่สามารถให้ความช่วยเหลือตัวเองได้เพราะถูก รัฐจำกัดเสรีภาพเอาไว้ (429 U.S. 97, 103-104 (1976))

<sup>170</sup> *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982) มีข้อเท็จจริงว่า นิโคลัส โรมิโอ (Nicholas Romeo) เป็นผู้พิการทางด้านสติปัญญาไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้และมีอารมณ์ก้าวร้าว มารดาของโรมิโอจึงส่งให้เขาอยู่ในความดูแลของรัฐ โดยสถาบันดังกล่าวเป็นองค์กรที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อรักษาและฝึกสอนผู้ป่วยในลักษณะนี้โดยเฉพาะ หลังจากโรมิโอเข้าไปอยู่ใน Penhurst ปรากฏว่า โรมิโอมีบาดแผลตามร่างกายซึ่งเกิดจากการทำร้ายตัวเองและมาจากการกระทำของผู้ป่วยรายอื่น มารดาของโรมิโอจึงยื่นฟ้องต่อศาลว่า Penhurst รู้หรือควรรู้ถึงเหตุการณ์ดังกล่าวแต่ไม่มีการจัดการป้องกันอย่างเหมาะสม จึงเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 8 และ 14 ศาลสูงสุด ในคดีนี้มีคำวินิจฉัยว่า ประเด็นดังกล่าวเป็นเรื่องหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (substantive due process clause) ที่เรียกร้องให้รัฐต้องจัดหามาตรการความปลอดภัยที่เหมาะสมแก่ผู้ป่วยที่อยู่ในสถานดังกล่าว

<sup>171</sup> Susan Bandes, *supra* note 101, p.2278.

<sup>172</sup> Stephen Faberman, “The Lessons of DeShaney: Special Relationships, Schools & the Fifth Circuit,” Retrieved on May 4, 2020, from <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1983&context=bclr>, pp.103-104.

<sup>173</sup> *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, 198 (1989); *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307,317 (1982)

ร่างกาย รัฐจึงมีหน้าที่คุ้มครองโจชัวจากอันตรายดังกล่าว ซึ่งเป็นหน้าที่ที่มาจากหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) ตามรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี ศาลเห็นว่า หน้าที่กระทำการที่เกิดจากความสัมพันธ์พิเศษจะต้องเป็นกรณีที่บุคคลอยู่ในความดูแลของรัฐ และบุคคลนั้นถูกรัฐจำกัดเสรีภาพหากเป็นกรณีเช่นนี้รัฐก็จะมีหน้าที่ดูแลความปลอดภัยและความเป็นอยู่ทั่วไปของบุคคลนั้นด้วย แต่จากข้อเท็จจริงในกรณีของโจชัวพบว่า โจชัวถูกทำร้ายร่างกายในขณะที่อยู่ในความดูแลของพ่อโจชัวเอง ซึ่งไม่มีรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องเลย ดังนั้น ศาลจึงปฏิเสธข้อต่อสู้เรื่องความสัมพันธ์พิเศษของโจชัวกับรัฐในคดีนี้<sup>174</sup>

การที่ศาลสูงสุดไม่รับรองหน้าที่คุ้มครองสิทธิในรัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากการยึดถือในข้อความคิดที่ว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่มีสิทธิกระทำการ (Positive right) ที่สามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการต่าง ๆ ได้<sup>175</sup> หน้าที่ของรัฐในคดีนี้จึงมีเฉพาะการงดเว้นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิเท่านั้น ซึ่งผู้พิพากษาได้ทำความเข้าใจไว้ว่า การแบ่งแยกลักษณะหน้าที่กระทำการและหน้าที่งดเว้นการกระทำตามรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องของการใช้ถ้อยคำ ถึงแม้ว่าข้อกล่าวหาของโจชัวจะระบุว่ารัฐเพิกเฉยต่อการทำหน้าที่คุ้มครอง แต่เมื่อมีเพียงการริเริ่มโครงการจากรัฐเท่านั้นที่จะช่วยเด็กซึ่งตกอยู่ในอันตรายอย่างเช่นโจชัวได้ ดังนั้น การที่รัฐล้มเหลวในการคุ้มครองโจชัวจึงเป็นการก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามในการกระทำความดังกล่าวเช่นกัน<sup>176</sup> ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่โจชัวด้วย<sup>177</sup>

คำพิพากษาในคดี *DeShaney v. Winnebago* ได้กลายเป็นหลักที่ศาลสูงสุดและศาลล่างของสหรัฐอเมริกายึดถือในเวลาต่อมา ยกตัวอย่างเช่น คดี *Pinder v. Johnson*<sup>178</sup> ที่มีข้อเท็จจริงว่า แครอล พินเดอร์ (Carol Pinder) ได้โทรศัพท์ไปขอความช่วยเหลือจากตำรวจให้ควบคุมตัวดอน พิตแมน (Don Pittman) ซึ่งเป็นแฟนเก่าของเธอ เนื่องจากพิตแมนตามก่อกวนเธอ พินเดอร์จึงรู้สึกกังวลต่อความปลอดภัยในชีวิตตัวเองและลูกอีกสามคนทำให้ไม่กล้าออกไปทำงาน ตำรวจจึงรับประกันว่าจะนำตัวพิตแมนมาที่สถานีตำรวจและควบคุมตัวเอาไว้ เมื่อพินเดอร์รู้สึกวางใจจึงกลับไปทำงานตามปกติ แต่ปรากฏว่าตำรวจปล่อยตัวพิตแมนออกมา ซึ่งหลังจากนั้นพิตแมนก็ไปเผาบ้านพินเดอร์ และฆ่าลูกของเธอทั้งสามคน พินเดอร์จึงฟ้องต่อศาลว่าตำรวจก่อให้เกิดหรือมีส่วน

<sup>174</sup> *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, 198-201 (1989)

<sup>175</sup> *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, 204-205,212 (1989)

<sup>176</sup> *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, 205 (1989)

<sup>177</sup> *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, 212 (1989)

<sup>178</sup> *Pinder v. Johnson*, 33 F.3d 368 (4th Cir. 1994)

ร่วมในการก่อให้เกิดภัย เพราะเธอเชื่อใจในสิ่งที่ตำรวจบอกกับเธอ แต่ศาลปฏิเสธโดยอ้างหลักที่ได้วางไว้ในคดี *DeShaney v. Winnebago* ว่า รัฐจะมีหน้าที่คุ้มครองเฉพาะกรณีที่บุคคลอยู่ในความดูแลของรัฐเท่านั้น เมื่อพินเดอร์และลูกไม่อยู่ในความดูแลของรัฐ ตำรวจจึงไม่มีหน้าที่คุ้มครองในกรณีนี้

ในบางกรณีศาลของสหรัฐได้ผ่อนคลายนหลักความสัมพันธ์พิเศษลง (special relationship) โดยรัฐต้องรับผิดชอบในกรณีที่รัฐให้เด็กไปอยู่ในความดูแลของผู้ปกครองที่ใช้ความรุนแรง (abusive parent) หรือในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างตำรวจกับสายข่าว รัฐจะต้องเก็บตัวตนของสายสืบไว้เป็นความลับ การที่รัฐเปิดเผยตัวตนจึงเป็นกรณีที่รัฐทำให้พวกเขาตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่ปลอดภัยซึ่งรัฐจะต้องรับผิดชอบ นอกจากนี้ ในบางสถานการณ์ที่ศาลถือว่ารัฐเป็นผู้ก่อภัยที่จะต้องรับผิดชอบ เช่น การละทิ้งให้บุคคลอยู่สถานการณ์ที่อันตราย การให้เหยื่อไปอยู่กับบุคคลที่รู้อยู่แล้วว่าเป็นบุคคลอันตราย การตัดแหล่งความช่วยเหลือส่วนตัวโดยที่รัฐไม่ได้จัดหาทางเลือกอื่นมาให้ รัฐมีส่วนร่วมให้เอกชนคนอื่นก่อให้เกิดภัย เป็นต้น<sup>179</sup>

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดในคดี *DeShaney v. Winnebago* และคำวินิจฉัยอื่น ๆ แล้วก็จะเห็นว่า ยังมีข้อยกเว้นบางประการที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการคุ้มครองบุคคลด้วย โดยสามารถสรุปได้ว่าการคุ้มครองจะเกิดขึ้นในสองกรณีคือ (1) รัฐเป็นผู้ก่อภัย และ (2) บุคคลอยู่ในความดูแลของรัฐโดยที่บุคคลนั้นไม่สามารถคุ้มครองตัวเองได้<sup>180</sup>

กรณีที่รัฐเป็นผู้ก่อภัยหรือมีส่วนร่วมในการก่อภัย จะต้องเป็นกรณีที่รัฐมีเจตนาเพิกเฉยด้วย (Deliberate indifference)<sup>181</sup> เช่น ตำรวจจับผู้ที่ขับซึ่รถขณะมีเมาและนำตัวไปสถานีตำรวจ แต่ปล่อยให้ผู้ที่โดยสารมาด้วยอยู่ข้างทางจนทำให้เขาถูกข่มขืน การที่ตำรวจปล่อยให้เขาอยู่ตามลำพังโดยไม่หารถให้จึงมีเจตนาเพิกเฉยต่อความปลอดภัยของบุคคลดังกล่าว<sup>182</sup> แต่ในเวลาต่อมาศาลก็เพิ่มเงื่อนไขในการพิสูจน์หน้าที่ของรัฐกล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีจะต้องระบุถึงความสัมพันธ์

<sup>179</sup> Jenna MacNaughton, *supra* note 106, pp.767-771.

<sup>180</sup> *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 192-202 (1989) Quoted in Erwin Chemerinsky, "Government Duty to Protect: Post-*DeShaney* Developments," Retrieved on December 25, 2019, from <http://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=lawreview>, p.679.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p.686.

<sup>182</sup> *Wood v. Ostrander* 879 F.2d 583 (9th Cir. 1989)

ระหว่างการกระทำและผล และผลที่เกิดขึ้นรัฐจะมีความรับผิดชอบที่เป็นผลที่คาดหมายได้<sup>183</sup> จึงสามารถสรุปได้ว่า การเรียกร้องให้รัฐทำหน้าที่คุ้มครอง(ที่ส่วนมากศาลจะรับรองให้) จะต้องมีการกระทำบางอย่างของรัฐซึ่งมักจะเป็นกรณีที่รัฐปล่อยให้บุคคลอยู่ข้างทางหรือการส่งเด็กไปอยู่ในความเลี้ยงดูของบุคคลหนึ่ง จากนั้นต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าภัยที่เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ และต้องเป็นกรณีที่เกิดจากการที่รัฐจงใจที่จะเพิกเฉยด้วย<sup>184</sup>

ส่วนกรณีที่สองเป็นการที่รัฐมีหน้าที่ดูแลบุคคลบางกลุ่มอยู่ก่อนแล้ว จึงทำให้รัฐต้องมีหน้าที่คุ้มครองบุคคลเหล่านั้นด้วยตามที่ปรากฏในคดี *DeShaney v. Winnebago* กรณีที่อยู่ในการควบคุมของรัฐที่รัฐมีหน้าที่จัดหาสิ่งจำเป็นพื้นฐาน เช่น นักโทษในเรือนจำ ผู้พิการทางสติปัญญาที่อยู่ในโรงพยาบาล นอกจากนี้แล้วยังมีองค์กรอื่นที่ถือว่าอยู่ในความดูแลของรัฐด้วย เช่น สถานรับเลี้ยงเด็ก โรงเรียน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การพิสูจน์ว่ารัฐมีหน้าที่คุ้มครองทำค่อนข้างยาก เพราะ ผู้ฟ้องคดียังต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ารัฐก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไร<sup>185</sup> ในบางกรณีอย่างเช่นที่เกิดขึ้นในโรงเรียนก็ต้องเป็นภัยที่รุนแรงและสะท้อนขวัญมาก รัฐจึงจะมีความรับผิดชอบได้ซึ่งไม่มีมาตรฐานที่แน่ชัดในการประเมินเรื่องดังกล่าวด้วย<sup>186</sup> หากเป็นภัยที่เกิดจากการละเมิดสิทธิระหว่างนักเรียนด้วยกันเอง กรณีนี้ศาลเคยวินิจฉัยว่ารัฐไม่มีหน้าที่คุ้มครองในเรื่องดังกล่าว<sup>187</sup>

เนื่องจากคดีส่วนใหญ่ศาลมักปฏิเสธการเรียกร้องให้รัฐทำหน้าที่คุ้มครอง โดยอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) จึงทำให้คดีที่เกิดขึ้นในทำนองเดียวกันผู้ฟ้องคดีจะอ้างหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (Equal protection) ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 แทน โดยศาลกลางเคยยืนยันว่าการคุ้มครองผ่านหลักความเสมอภาคสามารถทำได้<sup>188</sup>

---

<sup>183</sup> *Terry B. v. Gilkey* 229 F.3d 680 (8th Cir. 2000) มีข้อเท็จจริงว่า รัฐได้ส่งตัวเด็กไปอยู่ในความดูแลของลุงและป้าของเด็ก ซึ่งต่อมาเด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศ ประเด็นที่มีการยื่นฟ้องในคดีนี้ก็คือการเรียกร้องให้รัฐคุ้มครอง แต่ศาลปฏิเสธโดยอ้างว่าภัยที่เกิดขึ้นผู้ฟ้องคดีไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าเป็นภัยที่คาดหมายได้และเป็นการที่รัฐมีเจตนาเพิกเฉย

<sup>184</sup> Erwin Chemerinsky, *supra* note 180, p.690-691.

<sup>185</sup> Erwin Chemerinsky, *supra* note 180, p.694.

<sup>186</sup> Erwin Chemerinsky, *supra* note 180, p.698.

<sup>187</sup> *Dorothy J. v. Little Rock School Dist 7* F.3d 729 (8th Cir. 1993)

<sup>188</sup> *Shipp v. McMahon* 234 F.3d 907 (5th Cir. 2000) Quoted in Erwin Chemerinsky, "Government Duty to Protect: Post-DeShaney Developments," p.701.

แต่อย่างไรก็ดี การคุ้มครองสิทธิผ่านหลักความเสมอภาคตามที่ศาลกล่าวข้างต้นแทบจะหาไม่ได้เลย ในทางความเป็นจริง<sup>189</sup>

ถึงแม้ว่าสิทธิที่เรียกร้องให้รัฐกระทำการบางอย่างจะไม่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐ แต่สิทธิเหล่านี้กลับปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ยกตัวอย่างเช่น สิทธิในการได้รับการศึกษา เป็นต้น ซึ่งพบว่าศาลในบางมลรัฐได้บังคับการให้เป็นไปตามสิทธิดังกล่าวด้วย ในกรณีนี้มีข้อสังเกตว่าที่ศาลสามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิกระทำการได้นั้น สืบเนื่องมาจากในมลรัฐไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัดเหมือนรัฐบาลกลาง เมื่อรัฐธรรมนูญของมลรัฐได้รับรองสิทธิกระทำการแล้ว ศาลของมลรัฐจึงมีอำนาจตีความและสามารถตรวจสอบได้ว่ากฎหมายของมลรัฐชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำพิพากษาของศาลมลรัฐไม่เป็นที่สุดและอาจถูกตรวจสอบโดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐ<sup>190</sup> ฉะนั้น แนวทางการตีความที่มองว่าสิทธิในรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิในเชิงปฏิเสธก็ยังคงดำรงอยู่ต่อไป

### 3.2.4 ข้อวิพากษ์วิจารณ์

เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีแนวคิดที่สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิป้องกันจากอำนาจรัฐเท่านั้น ข้อความคิดดังกล่าวจึงทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญโดยการไม่ดำเนินการใด ๆ อย่างไรก็ตาม ผู้สนับสนุนแนวคิดนี้มีความเห็นว่า หากศาลสูงสุดรับรองว่ารัฐธรรมนูญมีสิทธิกระทำการหรือหน้าที่กระทำการ (Positive right) จะทำให้การพิจารณาคดีของศาลเกิดความวุ่นวาย เพราะ สิทธิกระทำการมีถ้อยคำไม่ชัดเจนซึ่งทำให้สิทธิมีขอบเขตที่กว้าง ความยุ่งยากจึงเกิดขึ้นเมื่อศาลต้องพิจารณาว่าองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐบกพร่องในหน้าที่อย่างไร แต่หากเป็นสิทธิป้องกันที่รัฐมีหน้าที่ชัดเจนจะมีความชัดเจนกว่า เพราะการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิก็จะมีถูกห้ามในทุกกรณี นอกจากนี้ ถ้อยคำที่คลุมเครือยังทำให้ศาลต้องเข้าไปให้ความหมายในถ้อยคำดังกล่าว ซึ่งผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการรับรองสิทธิกระทำการเห็นว่าการให้ความหมายข้างต้นควรต้องเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครอง เมื่อศาลให้การรับรองหน้าที่กระทำการในเรื่องใดแล้วก็จะส่งผลให้ศาลต้องรับรองหน้าที่กระทำการในเรื่องอื่นด้วย และคำวินิจฉัยของศาลย่อมเป็นการออกคำสั่งใหม่ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ซึ่งควรเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดว่าเรื่องใดเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องทำ

<sup>189</sup> Erwin Chemerinsky, *supra* note 180, p.702.

<sup>190</sup> Jenna MacNaughton, *supra* note 106, pp.774-775.



ก่อนมากกว่า จึงอาจกล่าวได้ว่า การสนับสนุนไม่ให้มีการรับรองสิทธิกระทำการเป็นเพราะความเกรงกลัวที่ศาลจะเข้าไปละเมิดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและจะทำให้การแบ่งแยกอำนาจขาดสมดุลไป<sup>191</sup>

สำหรับผู้สนับสนุนให้มีการรับรองหน้าที่กระทำการก็เห็นว่าสิ่งที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเพียงแค่ข้อสันนิษฐานและแนวคิดสิทธิป้องกันก็เป็นไปเพื่อความสะดวกในการพิจารณาเท่านั้น โดยความคิดเห็นนี้เห็นว่า การรับรองสิทธิกระทำการจะทำให้เกิดการพัฒนากฎหมาย และการที่ศาลต้องพิจารณาว่าองค์กรของรัฐได้ทำหน้าที่หรือไม่นั้นก็จะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานและสามารถแก้ไขเยียวยาการกระทำผิดของฝ่ายปกครองได้ด้วย นอกจากนี้ ยังมีการเสนอเพิ่มเติมว่า ศาลอาจเพียงรับรองว่ามีสิทธิกระทำการอยู่และให้ฝ่ายนิติบัญญัตินำไปพิจารณาในภายหลัง แต่ในกรณีที่ เป็นสิทธิสังคมและเศรษฐกิจศาลอาจไม่ต้องบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิอย่างเคร่งครัดก็ได้ โดยศาลจะต้องละทิ้งถ้อยคำในเชิงปฏิเสธที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างหน้าที่กระทำการให้แก่รัฐ ทั้งนี้ ศาลสูงสุดมีโอกาสนิฉัยในคดี *Deshaney* แล้ว แต่ศาลกลับเพิกเฉยกับปัญหาที่มันเกิดขึ้นจริง ๆ กับมนุษย์ สุดท้ายคำตัดสินที่ออกมาจึงขัดต่อสามัญสำนึกในความยุติธรรมของผู้คนในสังคม<sup>192</sup>

### 3.3 ข้อสรุป

การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกันในสาระสำคัญที่รัฐธรรมนูญเยอรมันให้ความสำคัญคุ้มครองไปถึงภยันตรายอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นกับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในเชิงริเริ่มดำเนินการเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนการใช้สิทธิของบุคคล ในขณะที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจำกัดเฉพาะการคุ้มครองสิทธิจากการละเมิดของรัฐ รัฐจึงมีหน้าที่เพียงงดเว้นกระทำการเท่านั้น ซึ่งแนวคิดที่ต่างกันนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามีปัจจัยสำคัญอย่างน้อยสองประการกล่าวคือ (1) รากฐานทางความคิด และ (2) ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ

ประการแรก รากฐานทางความคิด การก่อตัวของรากฐานความคิดมีองค์ประกอบหลายอย่างด้วยกันเช่น สภาพแวดล้อม ประสบการณ์ทางการเมือง แนวคิดทางปรัชญา หรือแม้กระทั่งลักษณะนิสัยของผู้คนในสังคม โดยรากฐานทางความคิดจะเป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่าในประเทศนั้น ๆ ยึดถือคุณค่าอะไร หรือสิ่งใดเป็นเป้าหมายของการอยู่ร่วมกันในสังคม เรื่องเหล่านี้ก็จะเห็นความแตกต่างได้ในประเทศเยอรมนีและประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีผลต่อแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

<sup>191</sup> Jenna MacNaughton, *supra note 106*, pp.776-778.

<sup>192</sup> Jenna MacNaughton, *supra note 106*, pp.779-782.

และการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย ยกตัวอย่างเช่น ประวัติศาสตร์ในช่วงสงครามโลกทำให้ประเทศเยอรมนีชูศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าสำคัญของรัฐธรรมนูญ และมีกลไกต่าง ๆ มารองรับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขปัญหาสภาพการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในสมัยรัฐธรรมนูญไวมาร์ เช่น ผลผูกพันสิทธิต่อองค์กรของรัฐ หลักสังคมนิยม เป็นต้น ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีดินแดนอันกว้างใหญ่ ผู้คนส่วนหนึ่งของประเทศอพยพจากยุโรปมาอยู่ในสังคมที่ปราศจากระบบชนชั้น(กษัตริย์) มีประสบการณ์ทางการเมืองที่สำคัญของประเทศ คือ การประกาศอิสรภาพจากการเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษที่นอกจากแสดงความต้องการปกครองตนเองและสร้างระบอบการปกครองขึ้นใหม่แล้ว ยังทำให้เห็นความเกรงกลัวต่อการใช้อำนาจรัฐที่มალะเมิดสิทธิของเอกชน ดังนั้น ในการจัดองค์กรทางการเมือง ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงกระจายและแบ่งอำนาจของรัฐไว้หลายแห่งเพื่อให้มีการคานอำนาจซึ่งกันและกันดังจะเห็นได้จากหลักสหพันธรัฐ และหลักการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง

ประการที่สอง ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ รากฐานทางความคิดและประสบการณ์ที่ผ่านมาได้ถูกถ่ายทอดมาเป็นรัฐธรรมนูญที่สะท้อนคุณค่าหรือวัฒนธรรมทางการเมืองของแต่ละประเทศยึดถือโดยบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานของทั้งสองประเทศก็มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันด้วย กล่าวคือเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคิดที่เกรงกลัวต่อการใช้อำนาจรัฐในทางที่ผิด ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงไม่ต้องการให้มีการบัญญัติสิทธิเอาไว้เพราะจะถูกจำกัดได้ง่าย ถึงแม้ว่าการประนีประนอมทางการเมืองจะบีบบังคับให้ต้องมีบทบัญญัติแห่งสิทธิก็ตาม แต่การใช้ถ้อยคำก็ยังมีลักษณะเป็นข้อห้ามแก่รัฐซึ่งแสดงถึงความหวั่นเกรงต่อการเข้าไปละเมิดสิทธิของบุคคล อีกทั้งบทบัญญัติแห่งสิทธิยังไม่ค่อยปรากฏเงื่อนไขการจำกัดสิทธิด้วย ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ที่บัญญัติว่า รัฐสภาจะตรากฎหมายที่...เป็นการตัดทอนเสรีภาพในการพูดไม่ได้ เป็นต้น ส่วนในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน การใช้ถ้อยคำส่วนใหญ่จะเป็นไปในลักษณะการรับรองหรือยืนยันสิทธิของบุคคล และมีเงื่อนไขการจำกัดสิทธิในเรื่องนั้นเอาไว้ เช่น มาตรา 5 (1) บุคคลมีสิทธิที่จะแสดงออกและโฆษณาโดยเสรี ซึ่งความเห็นของตนโดยการพูด การเขียน และรูปภาพ... (2) สิทธิดังกล่าวย่อมถูกจำกัดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไป... เป็นต้น นอกจากนี้ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเสรีภาพทั่วไปในการกระทำการเอาไว้ในมาตรา 2 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>193</sup> ยังทำให้

<sup>193</sup> กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 2 (1) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิพัฒนาบุคลิกลักษณะของตนเองได้ ตราบเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น หรือไม่ขัดต่อระเบียบในทางรัฐธรรมนูญ หรือกฎเกณฑ์ในทางศีลธรรม

การกระทำหรือไม่กระทำการในเรื่องต่าง ๆ ของบุคคลสามารถอ้างสิทธิและได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย

ความแตกต่างทั้งสองประการข้างต้นจึงมีผลต่อการตีความกฎหมายขององค์กรตุลาการซึ่งเห็นได้ชัดว่า สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะมีขอบเขตที่แคบกว่า ประกอบกับศาลสูงสุดจำกัดอำนาจของตนเองไม่ตีความขยายถ้อยคำในรัฐธรรมนูญเพื่อรักษาสมดุลของการใช้อำนาจรัฐเอาไว้ จึงทำให้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองบุคคลจากรัฐเท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งประกอบด้วยถ้อยคำที่เอื้อต่อการตีความได้ เช่น การปรากฏคำว่า “คุ้มครอง” ในมาตราแรกของเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นคุณค่าสูงสุดทางรัฐธรรมนูญ และการที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาพิจารณาคดีทางรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะก็อาจจะส่งผลให้มีการพัฒนาแนวความคิดของสิทธิขั้นพื้นฐานออกไปด้วย ดังจะเห็นได้จากการตีความว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นระบบแห่งคุณค่าในทางทฤษฎีที่มีผลไปในทั้งระบบกฎหมายทำให้เกิดผลผูกพันสิทธิขั้นพื้นฐานในทางอ้อมไปยังกฎหมายเอกชน ซึ่งต่อมาก็มีการพัฒนามาเป็นแนวคิดเรื่องหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง

อย่างไรก็ดี แนวคิดที่มีต่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของทั้งสองประเทศต่างถูกโต้แย้งจากนักวิชาการด้วยกันทั้งคู่ กล่าวคือ ในประเทศเยอรมนีจะมองว่าการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการตีความขยายถ้อยคำในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการล่วงละเมิดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ในขณะที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาปฏิเสธการตีความขยายถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ เพราะเกรงว่าจะเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ก็ได้รับคำวิจารณ์ว่าแนวคิดดังกล่าวทำให้ไม่มีการพัฒนาหลักกฎหมายและขัดต่อสามัญสำนึกในเรื่องความยุติธรรมของคนในสังคม จึงเห็นได้ว่า ข้อวิพากษ์วิจารณ์เหล่านี้นอกจากจะเห็นถึงจุดอ่อนของแนวความคิดแล้ว เรายังเห็นถึงการให้นำหนักของหลักการที่ทั้งสองประเทศยึดถือต่างกันด้วย เพราะทั้งประเทศเยอรมนีและประเทศสหรัฐอเมริกาต่างปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีหลักการสำคัญ คือ การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานและการแบ่งแยกอำนาจ แต่การให้นำหนักของเรื่องที่แตกต่างกันนี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมาจากประสบการณ์ที่พบเจอต่างกัันดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น

จึงอาจกล่าวได้ว่า การเปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นข้อบ่งชี้เสียทีเดียวว่ารัฐธรรมนูญของประเทศใดดีกว่ากัน เพราะ ประสบการณ์ที่พบเจอและสภาพแวดล้อมของสังคมที่ไม่เหมือนกันย่อมส่งผลต่อการตัดสินใจและแก้ปัญหาที่ต่างกันด้วย อีกทั้ง แนวคิดของแต่ละประเทศต่างก็มีข้อดีและข้อเสียด้วยกันทั้งคู่ ด้วยเหตุนี้ ในการศึกษาเปรียบเทียบเพื่อนำมาปรับใช้กับรัฐธรรมนูญไทยนั้น เราอาจจะต้องกลับไปเริ่มต้นที่ว่า ประเทศของเรานั้นมีรากฐานทางความคิดอย่างไร และมีสิ่งใดเป็นเป้าหมายหลักของการอยู่ร่วมกัน เพื่อที่จะได้หาคำตอบต่อไปว่ารัฐธรรมนูญ

ไทยได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่คุ้มครองหรือไม่เพียงใด ถ้าหากไม่มีเราควรที่จะนำรูปแบบของต่างประเทศมาใช้หรือไม่เพียงใด

## บทที่ 4

### หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไทย

#### 4.1 การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทย

##### 4.1.1 ลักษณะการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

การพิจารณาการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศไทยคงจะหลีกเลี่ยงไม่พ้นกับการต้องกล่าวถึงมโนทัศน์สิทธิเสรีภาพในสังคมไทยควบคู่กันไปด้วย เพราะ ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิอันหมายถึงประโยชน์ที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลนั้น เป็นผลผลิตจากแนวคิดของตะวันตกที่มีสภาพสังคมและวัฒนธรรมแตกต่างจากสังคมไทยดั้งเดิม ฉะนั้น จึงเป็นที่น่าสนใจว่า “สิทธิ” หรือ “เสรีภาพ” ในประวัติศาสตร์ไทยมีความเข้าใจอย่างไร เพื่อที่จะเข้าใจการให้ความหมายของถ้อยคำดังกล่าวในบริบทของสังคมไทยได้ด้วย

หากเราเริ่มต้นเรื่องราวดังกล่าวจากการศึกษาประวัติศาสตร์สมัยสุโขทัย เราจะพบกับข้อสันนิษฐานหนึ่งที่มาจากหลักศิลาจารึกว่า พ่อขุนรามคำแหงได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ต่าง ๆ ของราษฎร เช่น เสรีภาพในการซื้อขาย สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการร้องทุกข์ เป็นต้น<sup>1</sup> ตลอดจนมีการระบุว่าผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครองจะต้องทำหน้าที่อย่างไรบ้างอีกด้วย<sup>2</sup> ด้วยข้อสันนิษฐานดังกล่าวจึงดูเหมือนว่าผู้คนที่เคยอยู่ในดินแดนสุวรรณภูมิแห่งนี้รับรู้ถึงการมีสิทธิ ก่อนที่ประเทศไทยจะได้รับอิทธิพลจากตะวันตกเสียอีก แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากการปกครองและบริบทของสังคมสมัยสุโขทัยแล้ว “สิทธิและเสรีภาพ” ตามข้อสันนิษฐานข้างต้นนี้ก็ดูจะห่างไกลจากความหมายในแบบตะวันตกมาก เพราะ การที่ราษฎรมีสิทธิไม่ได้เกิดจากราษฎรเป็นเจ้าของสิทธินั้น แต่เป็นเรื่องความเมตตาที่กษัตริย์มอบให้แก่ราษฎรในฐานะพ่อที่มีความปรารถนาดีต่อลูก<sup>3</sup> และ

<sup>1</sup> นพนิตี สุริยะ, “สิทธิมนุษยชน : แนวคิดตะวันตกและสังคมไทย,” ใน อาจารย์นพ ๖๕, จัดพิมพ์โดยคณะศิษย์และสำนักพิมพ์วิญญูชน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), น.252-253.

<sup>2</sup> พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2497), น.17.

<sup>3</sup> นพนิตี สุริยะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.254.

ข้อความในศิลาจารึกเองก็ไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย แต่เป็นเพียงการบันทึกเรื่องราวสำคัญในสังคมสมัยนั้น โดยเฉพาะพระราชกรณียกิจและอำนาจบารมีของกษัตริย์<sup>4</sup>

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา ถึงแม้คำว่า “สิทธิ” จะเริ่มปรากฏมากขึ้นตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น กฎหมายลักษณะผัวเมีย ทาส มรดก<sup>5</sup> แต่กฎหมายในสมัยอยุธยาก็ไม่ได้บังคับกันอย่างเสมอภาคตามแนวคิดสมัยใหม่ ด้วยเหตุที่ อยุธยา มีการจัดโครงสร้างสังคมในรูปแบบศักดินา จึงทำให้ผู้คนในสังคมมีสิทธิและหน้าที่ไม่เท่ากัน และแตกต่างกันไปตามแต่ละชนชั้น<sup>6</sup> ยกตัวอย่างเช่น ผู้ที่มีศักดินา 400 ไร่ขึ้นไป(กลุ่มชนชั้นปกครอง เช่น พระบรมวงศานุวงศ์ ขุนนาง) จะมีอภิสิทธิ์ไม่ต้องถูกเกณฑ์ไปรับราชการ ไม่ต้องไปศาลด้วยตนเองแต่สามารถตั้งทนายความเพื่อไปแก้ต่างในคดี และมีสิทธิเข้าเฝ้ากษัตริย์ได้<sup>7</sup> ในขณะที่ราษฎรส่วนใหญ่ในสังคมอันได้แก่ ไพร่ ทาส จะมีสถานะเป็นเพียงสมบัติของมูลนาย การดูแลความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของคนเหล่านี้จะขึ้นอยู่กับมูลนายทั้งสิ้น<sup>8</sup> ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การคุ้มครองราษฎรในเบื้องต้นจะเป็นเรื่องของมูลนายที่ไพร่ทาสสังกัดอยู่

ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์และราษฎร กษัตริย์อยุธยาเป็นทั้งเจ้าชีวิตและเจ้าแผ่นดินของราษฎรทั้งหลาย<sup>9</sup> โดยหลักคิดทางศาสนาพุทธในเรื่องบุญกรรมได้เข้ามาสนับสนุนการมีอภิสิทธิ์ของกษัตริย์ทั้งในเชิงอำนาจและหน้าที่ กล่าวคือ กษัตริย์เป็นผู้มีบุญบารมีมากจึงอยู่ในสถานะที่มีอำนาจมากกว่าผู้อื่นในสังคม แต่อำนาจนั้นจะต้องถูกกำกับด้วยธรรมะซึ่งได้แก่ ธรรมราชา

<sup>4</sup> จรัญ โฆษณานันท์, ปรัชญากฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), น.130-131.

<sup>5</sup> ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, “สิทธิคนไทยในรัฐไทย,” ใน ชัยวัฒน์ สถาอานันท์ บก., จินตนาการสู่ปี 2000: นวัตกรรมเชิงกระบวนทัศน์ด้านไทยศึกษา?, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2539), น.193.

<sup>6</sup> กิตติศักดิ์ ปกรติ, การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556), น.139.

<sup>7</sup> คีฤทธิ ปราโมช, ม.ร.ว., สังคมสมัยอยุธยา, (พระนคร : คณะศิลปศาสตร์, 2510), น.13-14.

<sup>8</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.83.

<sup>9</sup> คีฤทธิ ปราโมช, ม.ร.ว., อ้างแล้ว เจริญรทที่ 7, น.2.

หากกษัตริย์ไม่ปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นธรรม ก็อาจนำมาสู่การสูญเสียบุญบารมีได้<sup>10</sup> อย่างไรก็ตามก็มาถึงแม้กษัตริย์จะปกครองอย่างไม่เป็นธรรม แต่ราษฎรส่วนใหญ่(ไพร่ ทาส) แทบจะไม่มีบทบาทในการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองเลย<sup>11</sup> เพราะ ภายใต้โครงสร้างระบบศักดินาและคติของพุทธศาสนา ทำให้เรื่องการเมืองเป็นเรื่องของชนชั้นนำ และทำให้ราษฎรอยู่ในสภาวะที่ยอมจำนนต่อการเปลี่ยนแปลงนั้น กล่าวคือ ไม่ว่าใครจะขึ้นมาเป็นผู้ปกครอง สถานะของราษฎรก็ยังมีอยู่เท่าเดิม

ลักษณะการปกครองและกฎหมายที่ใช้ในสมัยอยุธยา ยังคงมีอิทธิพลต่อมาในช่วงของสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น ซึ่งได้มีการชำระกฎหมายที่ใช้ในสมัยอยุธยาเสียใหม่ด้วยบางเรื่องถูกผ่อนปรนลงและอาจดูเหมือนว่าเป็นการเพิ่มสิทธิให้แก่ราษฎร เช่น ในสมัยอยุธยา การเข้ารับราชการจะต้องมีคุณสมบัติหลายประการซึ่งประกอบไปด้วย ชาตวิบุลย์ วิทยุฒิ ปัญญาวิบุลย์ และคุณวิบุลย์ โดยเฉพาะคุณสมบัติเรื่องชาตวิบุลย์ที่เป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ราษฎรส่วนใหญ่ไม่สามารถเลื่อนชนชั้นทางสังคมได้ แต่ในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกได้ทรงผ่อนคลายนโยบายชาตวิบุลย์ลง และให้สิทธิแก่ไพร่เข้ารับราชการเป็นมหาดเล็กได้ อย่างไรก็ตาม การผ่อนปรนเรื่องชาตวิบุลย์นี้อาจบอกได้ว่าเป็นความพยายามในการทำลายระบบชนชั้นของสังคมลงไป เพราะ ในเวลานั้นเป็นช่วงที่สยามทำสงครามกับพม่า ประกอบกับคนที่มีชาติตระกูลซึ่งเคยทำราชการก็มีอยู่น้อย<sup>12</sup> ข้อนี้เองที่อาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ไพร่สามารถเลื่อนชนชั้นขึ้นมาเป็นขุนนางได้

ต่อมาเมื่ออิทธิพลของตะวันตกเริ่มเข้ามาในสยาม แนวคิดต่าง ๆ ที่มีอยู่เดิมก็ปรับเปลี่ยนไปเพื่อให้เข้ากับตะวันตกและมีความสมัยใหม่มากขึ้น ซึ่งรวมไปถึงทัศนคติที่มีต่อ “บุคคล” ด้วย ดังจะเห็นได้จากทัศนคติของรัชกาลที่ 4 ที่มีต่อผู้หญิงในสังคมสมัยนั้น เช่น พระองค์ทรงไม่เห็นด้วยกับพ่อแม่ที่บังคับให้บุตรสาวของตนแต่งงานโดยไม่สมัครใจ<sup>13</sup> ซึ่งทัศนคติดังกล่าวค่อนข้างแตกต่างจากสังคมสมัยอยุธยา ที่กฎหมายรับรองสถานะของผู้หญิงว่าเป็นสมบัติของพ่อแม่หรือสามี (กรณีที่ตั้งงานแล้ว)

<sup>10</sup> ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ในประวัติศาสตร์การเมืองไทย, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.41-42,79.

<sup>11</sup> ศีกฤทธิ์ ปราโมช, ม.ร.ว., *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น.5.

<sup>12</sup> ขจร สุขพานิช, “ฐานันดรไพร่,” ใน *หนังสืออ่านประกอบคำบรรยาย วิชาพื้นฐานอารยธรรมไทย*, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), น.135-136.

<sup>13</sup> ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา, ใน *ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 พ.ศ. 2405-2411*, พลเอกประภาส จารุเสถียร พิมพ์ถวายในงานพระราชทานเพลิงศพ พระมหาโพธิวงศาจารย์ อินทโชตเถระ วัดเทพศิรินทราวาส วันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2511, (พระนคร : เจริญทองการพิมพ์, 2511), น.200.

การแต่งงานจึงเป็นเรื่องความเห็นของพ่อแม่มากกว่าความสมัครใจของผู้หญิงเอง<sup>14</sup> อย่างไรก็ตาม ชาติตระกูลก็ยังเป็นเงื่อนไขสำคัญในทัศนะของรัชกาลที่ 4 อยู่ ดังจะเห็นได้จาก พระบรมราชโองการให้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเดิมเรื่องการหย่าร้างที่กำหนดว่า เมื่อมีการหย่าร้างและแยกกันอยู่แล้ว ให้บุตรชายไปอยู่กับมารดา และให้บุตรหญิงไปอยู่กับบิดา ความตามกฎหมายนี้ให้ใช้เฉพาะผู้ที่มีศักดิ์ต่ำเท่านั้น ดังนั้น หากเป็นการแต่งงานระหว่างชายที่เป็นไพร่และหญิงมีศักดิ์สูง บุตรที่เกิดขึ้นมาก็จะต้องไปอยู่กับฝ่ายหญิงหรือญาติของฝ่ายหญิง แนวคิดของพระองค์ในเรื่องนี้ทำให้ประเด็นเรื่องความสมัครใจของผู้หญิงในการแต่งงานก็เป็นเรื่องของชนชั้นอีกเช่นกัน เพราะหากเป็นเรื่องระหว่างคนที่มีศักดิ์ต่ำด้วยกันเองแล้ว การแต่งงานย่อมเป็นไปตามใจสมัครของทั้งสองฝ่าย แต่ถ้ามีตระกูลหรือศักดิ์สูงก็ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ซึ่งแน่นอนว่าหากหญิงมีศักดิ์ที่สูงกว่าฝ่ายชาย การตัดสินใจก็จะเป็นเรื่องของบิดามารดาหรือญาติของฝ่ายหญิง<sup>15</sup>

เมื่อเข้าสู่รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว สยามได้ทำการปฏิรูปกฎหมายให้เป็นแบบอย่างตะวันตก ผลของการสร้างระบบกฎหมายใหม่เป็นการสร้าง “ปัจเจกบุคคล” ขึ้นในทางนิติบัญญัติ ทำให้ราษฎรกลายเป็นตัวการแห่งกฎหมาย ความเปลี่ยนแปลงนี้ทำให้ “สิทธิ” มีความใกล้เคียงกับแนวคิดของตะวันตกมากขึ้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเก่าที่ปฏิบัติต่อกันตามฐานะและตำแหน่งทางสังคม เช่น ในกฎหมายเก่า การทុบตีกันจะยังไม่เป็นความผิดในทันที เพราะ ถ้าเป็นการกระทำของมูลนายหรือผู้มีอำนาจซึ่งกระทำต่อทาสหรือลูกเมียแล้ว จะมีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองว่าผู้ที่ใหญ่สามารถควบคุมและลงโทษผู้น้อยได้ ในขณะที่กฎหมายสมัยใหม่การประทุษร้ายกันเป็นความผิดตามกฎหมายทั้งสิ้น<sup>16</sup> นอกจากนี้ในการปฏิรูปกฎหมายด้านอื่น ๆ ยังเป็นการส่งเสริมความเป็นรัฐสมัยใหม่อีกด้วย เช่น การรับรองกรรมสิทธิ์ในที่ดิน การเลิกทาส เป็นต้น<sup>17</sup> อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าสยามจะถูกทำให้มีตัวตนมากขึ้นกว่าแต่ก่อน และมีสิทธิบางประการตามกฎหมายแล้วก็ตาม แต่สิทธิที่ราษฎรมี เช่น สิทธิในที่ดินก็เป็นสิทธิระหว่างราษฎรด้วยกันเอง

<sup>14</sup> ปิยะนาถ อังควาณิชกุล, “ความคิดกับการกำหนดสถานภาพสตรี,” วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, ปีที่ 18, น.409, (มกราคม-ธันวาคม, 2558), สืบค้นเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2563, จาก <http://ejournals.swu.ac.th/index.php/JOS/article/download/7045/6559>

<sup>15</sup> ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.203-204.

<sup>16</sup> ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *กำเนิดและความเป็นมาของสิทธิมนุษยชน*, (กรุงเทพมหานคร : โครงการคปไฟ, 2549), น.79-80.

<sup>17</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.123.



ไม่สามารถใช้อ้างยันกับกษัตริย์ได้<sup>18</sup> หรือแม้กระทั่งการยกเลิกไพร่ทาสเองก็ถูกวิจารณ์ว่าไม่ได้มีความประสงค์ให้ราษฎรมีสติและเสรีภาพในตัวเอง หากแต่เป็นการเพิ่มพระราชอำนาจให้แก่กษัตริย์<sup>19</sup> และราษฎรไม่มีความเสมอภาคกันในทางกฎหมายอย่างแท้จริง เพราะยังมีกฎหมายที่รองรับว่าชนชั้นสูงไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกับราษฎรทั้งหลายอยู่<sup>20</sup>

จะเห็นได้ว่าในช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง “สิทธิ” ที่ราษฎรมีเป็นสิ่งที่มาจากความเมตตาของชนชั้นสูงที่มีให้กับชนชั้นที่ต่ำกว่า ไม่ได้เกิดจากการต่อสู้เรียกร้องเพื่อให้ได้มาโดยสิทธิที่ปรากฏในสังคมไทยดั้งเดิมซึ่งเชื่อมโยงกับระบบศักดินาจะเน้นไปที่ “หน้าที่” ของคนแต่ละชนชั้น รวมถึงกษัตริย์ที่มีอภิสิทธิ์มากกว่าใครในสังคม ก็ต้องถูกกำกับด้วยจริยธรรมซึ่งได้กลายมาเป็นหน้าที่ในการปกครอง สังคมไทยจึงคุ้นชินกับแนวคิดของสิทธิที่ถูกทำให้เป็น “หน้าที่” มากกว่าการที่บุคคลหนึ่งมีสิทธิและสามารถเรียกร้องเอากับบุคคลอื่นที่มีหน้าที่ต่อสิทธินั้น<sup>21</sup> ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้มีความคล้ายคลึงกับแนวคิดของจีนและอินเดียที่ให้ความสำคัญกับหน้าที่เป็นหลักด้วยเหมือนกัน<sup>22</sup> และเมื่อกล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในช่วงเวลาก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว จึงไม่สามารถบอกได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการคุ้มครองเนื่องจากบุคคลนั้นมีสิทธิตามความคิดตะวันตก เพราะ การคุ้มครองที่เกิดขึ้นในสังคมไทยสมัยก่อนเป็นเรื่องความเมตตาและเป็นสำนึกของการมีหน้าที่ของผู้ปกครองเสียมากกว่า ไม่ได้เกิดจากการที่บุคคลมีสิทธิ และบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธินั้น ถึงแม้ในระยะต่อมาราษฎรจะถูกทำให้กลายเป็นตัวการแห่งกฎหมาย แต่สิทธิของราษฎรไม่ได้กลายเป็นจุดมุ่งหมายในการปกครองที่ผู้ปกครองจะต้องเคารพดังเช่นตะวันตก จึงเห็นว่าสิทธิที่ราษฎร

<sup>18</sup> พระเจ้าฟิยาเธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เลิกเซอร์, (พระนคร : โสภณพิพรรฒธนากร, 2468), น.189-190.

<sup>19</sup> ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 16*, น.124.

<sup>20</sup> ธงชัย วินิจจะกุล, “นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2563, จาก [https://www.academia.edu/42188654/2020\\_2563\\_นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม\\_ประวัติศาสตร์\\_ภูมิปัญญาของ\\_Rule\\_by\\_Law\\_แบบไทย](https://www.academia.edu/42188654/2020_2563_นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม_ประวัติศาสตร์_ภูมิปัญญาของ_Rule_by_Law_แบบไทย), น.142-144.

<sup>21</sup> ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 16*, น.48.

<sup>22</sup> จรัญ โฆษณานันท์, “สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : บทวิจารณ์เชิงวิเคราะห์ แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในโลกที่มีใช้ตะวันตก,” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ฉบับที่ 2, ปีที่ 10, น.89-91, (ธันวาคม 2528).

มีเป็นเรื่องของการผ่อนปรนในการปกครองแบบเก่า และความจำเป็นที่จะต้องทำให้สยามเป็นสมัยใหม่มากกว่า

ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย คณะราษฎรได้ประกาศหลัก 6 ประการ อันได้แก่ เอกราช ความปลอดภัย เศรษฐกิจ ความเสมอภาค เสรีภาพ และการศึกษา ประกอบกับพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ได้บัญญัติไว้ในมาตราแรกว่า “อำนาจสูงสุดของประเทศเป็นของราษฎรทั้งหลาย” ซึ่งนอกจากจะเห็นถึงการเปลี่ยนแปลงอำนาจสูงสุดจากกษัตริย์มาสู่ราษฎรแล้วยังแสดงให้เห็นอีกว่า ราษฎรได้กลายมาเป็นจุดมุ่งหมายในการปกครองของรัฐเช่นกัน โดยเฉพาะการที่มีหลักประกันว่าราษฎรทุกคนจะได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย และมีเสรีภาพในตนเอง ซึ่งหลักประกันดังกล่าวเป็นการคุ้มครองราษฎรที่แตกต่างออกไปจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ชนชั้นเจ้านายมีอภิสิทธิ์เหนือกว่าราษฎรทั่วไป

ในช่วงแรกที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญจะมีไม่กี่มาตรา<sup>23</sup> แต่หากพิจารณาเนื้อหาของแต่ละมาตราแล้ว จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้อย่างครบถ้วน ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ที่ให้การรับรองทั้งเรื่องความเสมอภาค สิทธิส่วนบุคคล เสรีภาพในความคิดและการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการรวมกลุ่ม สิทธิทางการเมือง สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ และสิทธิในการร้องทุกข์

แต่หลังจากนั้นลักษณะการบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญก็เปลี่ยนแปลงไป เพราะ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมา สิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญไทยจะมีรายการสิทธิเป็นจำนวนมาก เนื่องจากในช่วงที่มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ประเทศไทยซึ่งเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้รับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงได้นำแนวคิดที่ปรากฏในปฏิญญาฯ เข้ามาใส่ไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย สภาร่างรัฐธรรมนูญยังเห็นอีกว่า รัฐธรรมนูญที่เคยใช้ในอดีตไม่ได้สร้างหลักประกันที่เพียงพอให้แก่ประชาชน<sup>24</sup> และเพื่อไม่ให้เกิดการออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพซึ่งเป็นการล่วงละเมิดรัฐธรรมนูญ<sup>25</sup>

<sup>23</sup> พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

<sup>24</sup> รายงานการประชุมรัฐสภา ครั้งที่ 16, วันที่ 18 มกราคม พ.ศ.2492, น.271-272.

จึงต้องบัญญัติโดยการจำแนกเป็นรายสิทธิไป โดยนัยนี้เอง สำหรับสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว หากมีการบัญญัติสิทธิไว้เป็นจำนวนมาก ก็จะทำให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองมากกว่า

ลักษณะของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ได้กลายเป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญหลายฉบับในเวลาต่อมา แต่พอมาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550 ได้ปรากฏหลักการใหม่เพิ่มขึ้นมาอย่างที่ไม่เคยพบมาก่อนในรัฐธรรมนูญในอดีต เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อองค์กรของรัฐ เงื่อนไขทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ และการรับรองสิทธิใหม่ ๆ อย่างเช่น สิทธิชุมชน เป็นต้น

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับกันในปัจจุบันก็ยังคงลักษณะการบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพเช่นเดิมเอาไว้ อีกทั้งยังปรากฏบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพเพิ่มเติมขึ้นอีกด้วย โดยในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังเพิ่มหมวดใหม่ขึ้นมาอีกหมวดหนึ่งชื่อว่า “หมวดหน้าที่ของรัฐ” ที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต่าง ๆ ซึ่งผู้ร่างประสงค์ให้มีการคุ้มครองสิทธิมากขึ้นกว่าเดิมโดยที่ประชาชนไม่ต้องเรียกร้องเลย

จากการพิจารณารัฐธรรมนูญไทยที่ผ่านมาทั้งหมดนั้น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถูกยกขึ้นมาเป็นเจตนารมณ์ในรัฐธรรมนูญหรือกรอบในการร่างรัฐธรรมนูญเกือบทุกครั้ง โดยการคุ้มครองสิทธิของรัฐธรรมนูญไทยจะสะท้อนออกมาในลักษณะที่บัญญัติสิทธิไว้เป็นจำนวนมาก หรือมีหมวดมาตราที่กำหนดให้รัฐทำหน้าที่ต่าง ๆ ในการช่วยเหลือ หรือสนับสนุนการใช้สิทธิของประชาชน อย่างเช่น หมวดหน้าที่ของรัฐ และหมวดนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ก็จะได้ยังได้รับความคุ้มครองมาก

อย่างไรก็ดี ถึงแม้การเมืองไทยจะเปลี่ยนแปลงการปกครองมาสู่ระบอบประชาธิปไตยแล้ว แต่ไม่อาจบ่งบอกได้ทันทีว่าประชาชนจะมีสิทธิหรือได้รับความคุ้มครองสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เพราะยังมีเหตุปัจจัยหลายอย่างที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เช่น การทำรัฐประหารและล้มล้างรัฐธรรมนูญอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งเป็นการทำลายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ส่งผลต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย การตรากฎหมายของรัฐเองก็มีกฎหมายจำนวนมากที่เป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น พระราชบัญญัติคอมมิวนิสต์ การให้จัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมาพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรือแม้กระทั่งการตีความของศาลในบางครั้งก็ไม่ได้ตีความเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเลย

---

<sup>25</sup> รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 7/2491, วันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ.2491, น.329.

ยกตัวอย่างเช่น คดีของนายหอม นิลรัตน์ ซึ่งถูกฟ้องว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัติสมุด เอกสาร และหนังสือพิมพ์ พุทธศักราช 2470 ในข้อหาเสียนนามแผ่นดิน<sup>26</sup> ในคดีดังกล่าวนี้จำเลยได้ยกรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ แต่ศาลกลับไม่นำสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองในรัฐธรรมนูญเข้ามาบังคับใช้โดยให้เหตุผลว่า “รัฐธรรมนูญ มาตรา 14 หาได้ลบล้างกฎหมายเหล่านี้ไม่ (พระราชบัญญัติสมุดเอกสารและหนังสือพิมพ์ พุทธศักราช 2470, กฎหมายลักษณะอาชญา) กลับกล่าวว่าเป็นเรื่องเตือนให้รู้เสียอีกด้วยว่ากฎหมายนั้น ๆ ยังคงใช้อยู่ เพราะพูดว่า ภายในบังคับแห่งกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ใน ฯลฯ การพูดการเขียน ฯลฯ หมายความว่า รัฐธรรมนูญยอมรับรองเฉพาะการพูดการเขียนภายในขอบเขตแห่งกฎหมายที่ใช้อยู่เท่านั้น ผู้ใดบังอาจพูดหรือเขียนเพื่อประสงค์ให้เกิดมีการดูถูกดูแคลนราชการแผ่นดินหรืออื่น ๆ ถ้าผิดกฎหมายที่กำลังใช้อยู่ ก็จะต้องมีผลไม่มีข้อสงสัย...”<sup>27</sup> การที่ศาลพระราชอาชญาให้เหตุผลว่าสิทธิและเสรีภาพจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดา นั้น จึงเป็นการตีความลดสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญลงไป

นอกจากที่ศาลจะตีความรัฐธรรมนูญในลักษณะไม่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว ศาลยังตีความกฎหมายในลักษณะซึ่งเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักนิติรัฐอีกด้วย ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลรับรองพระบรมราชโองการซึ่งเกิดขึ้นในสมัยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ว่าเป็นกฎหมายและยังคงใช้บังคับอยู่ โดยในคดีนี้จำเลยได้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่ดินของตระกูลพระยารัตนเศรษฐี (ตระกูล ณ ระนอง) ซึ่งรัชกาลที่ 5<sup>28</sup> และรัชกาลที่ 6 มีพระบรมราชโองการพระราชทานที่ดินพิพาทเป็นที่ฝังศพของตระกูลอย่างถาวร ถึงแม้ว่าในเวลาต่อมาจะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและ

<sup>26</sup> ข้อหาเสียนนามแผ่นดิน ปรากฏครั้งแรกในพระราชบัญญัติสมุด เอกสาร และหนังสือพิมพ์ พุทธศักราช 2465 ซึ่งถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน และมีความหมายกว้าง จึงทำให้การตีความขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ นอกจากนี้ ในพระราชบัญญัติสมุด เอกสาร และหนังสือพิมพ์ พุทธศักราช 2470 ยังเพิ่มลักษณะของข้อหาเสียนนามแผ่นดินให้ครอบคลุมไปถึงความมั่นคงของประเทศและความสงบราบคาบและเรียบร้อยของประชาชนอีกด้วย โปรดดูเพิ่มเติมในรัตน เมฆนันท์ไพศิฐ, “การเมืองกับกฎหมายการพิมพ์ (2459-2487),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.54-55,104.

<sup>27</sup> หจข. สธ.0201. 15/3 เรื่องรายงานคดีนายหอม นิลรัตน์ เจ้าของหนังสือพิมพ์สยามหนุ่มฯ ต้องหาพิมพ์บทประพันธ์เป็นเสียนนามแผ่นดิน (พ.ศ. 2476) อ้างถึงใน ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น.220.

<sup>28</sup> พระราชหัตถเลขาพระราชทานที่ฝังศพพระยาดำรงสุจริตมหิศรภักดี (คอซู้เจียง) ร. ที่ 115/109 ท.ร. 3

พาณิชย์แล้วก็ตาม แต่ศาลเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ระบุให้ยกเลิกพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ด้วย ดังนั้นพระบรมราชโองการจึงเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ จำเลยจึงไม่อาจยกระยะเวลาการครอบครองปรปักษ์ในที่ดินพระราชทานได้<sup>29</sup> ผู้เขียนไม่อาจเห็นพ้องต่อคำวินิจฉัยดังกล่าว ถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ระบุให้ยกเลิกพระบรมราชโองการก็ตาม แต่เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายใหม่แล้ว หากกฎหมายนั้นขัดกันก็มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายเก่าไปโดยปริยาย ซึ่งส่วนที่ขัดกันนั้นก็คือสถานะความเป็นเจ้าของในที่ดินแปลงพิพาทของตระกูล ณ ระนอง อย่างถาวรตามพระบรมราชโองการนั่นเอง กล่าวคือ เมื่อมีการใช้กฎหมายใหม่แล้ว สถานะทางกฎหมายของที่ดินแปลงดังกล่าวก็ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ประกอบกับการที่ศาลจะรับรองพระบรมราชโองการว่าเป็นกฎหมายที่สามารถดำรงอยู่ในระบอบประชาธิปไตยได้นั้น ศาลจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักการต่าง ๆ ที่มีในระบอบประชาธิปไตยด้วยหรือไม่ การที่กฎหมายนั้นสามารถบังคับใช้ได้กับที่ดินแปลงเดียวและเกิดประโยชน์กับบุคคลในตระกูลเดียว ในขณะที่บุคคลอื่นต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเห็นได้ชัดว่าพระบรมราชโองการเป็นกฎหมายที่ไม่ได้บังคับใช้เป็นการทั่วไป และบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่เสมอภาค ดังนั้น การที่ศาลรับรองพระบรมราชโองการว่าเป็นกฎหมายและตัดสิทธิจำเลยในการนำระยะเวลาการครอบครองปรปักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นต่อสู้โจทก์ จึงเป็นการวินิจฉัยที่ขัดต่อหลักกฎหมายและเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องทรัพย์สินของจำเลย

ตัวอย่างข้างต้นนี้เป็นการสะท้อนให้เห็นว่า นอกจากสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ จะไม่ได้รับการคุ้มครองจากรัฐแล้ว รัฐยังเป็นผู้กระทำละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทั้งโดยตรงและโดยอ้อมอีกด้วย ดังนั้น ในการพิจารณาเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงไม่อาจพิจารณาเพียงแค่หมวดสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียวได้

<sup>29</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1346/2535

ต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13105/2558 ที่ศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการบุกรุกที่ดินพระราชทานของตระกูล ณ ระนอง นอกจากนี้ที่ดินแปลงดังกล่าวยังมีปัญหาเรื่องการออกโฉนดที่ดินอีกด้วย จึงเป็นที่น่าสนใจว่าที่ดินพระราชทานเป็นทรัพย์สินของรัฐ หรือทรัพย์สินของเอกชน และสิทธิในที่ดินพระราชทานนี้เป็นสิทธิประเภทใดในระบอบกฎหมาย เพราะในปัจจุบันมีเพียงทรัพย์สินของแผ่นดิน สาธารณสมบัติของแผ่นดิน และที่ธรณีสงฆ์ที่ไม่สามารถครอบครองปรปักษ์ได้

#### 4.1.2 ปัญหาที่มีผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการใช้อำนาจรัฐ

การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทยจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาที่บทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการคุ้มครองบุคคลจากรัฐเท่านั้น ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติที่อาจส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และทำให้บุคคลไม่สามารถใช้สิทธิของตนตามรัฐธรรมนูญได้ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิอย่างกว้างขวาง การบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิ และการมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย ซึ่งจะอธิบายในรายละเอียดดังนี้

##### 4.1.2.1 รัฐธรรมนูญไทยกำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิอย่างกว้างขวาง

ในอดีตสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทยจะถูกกำกับด้วยข้อความว่า “ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย”<sup>30</sup> ทำให้มีการตีความว่ารัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิในรัฐธรรมนูญเพียงใดก็ได้จึงทำให้ขอบเขตของสิทธิแคบเกินไป<sup>31</sup> และไม่ได้ให้หลักประกันแก่บุคคลอย่างเพียงพอ<sup>32</sup> ซึ่งการตีความในลักษณะดังกล่าวเป็นการตีความรัฐธรรมนูญโดยไม่ได้วิพากษ์วิจารณ์ตัวกฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิของบุคคล แต่ไปยึดถือเอาว่าเมื่อเป็นกฎหมายแล้วก็ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ซึ่งดูเหมือนว่าแนวทางการตีความดังกล่าวจะเป็นความคิดกระแสหลักในสมัยนั้นด้วย<sup>33</sup> ดังจะเห็นได้จากการตีความรัฐธรรมนูญในคดีของนายหอม นิลรัตน์ ทั้งที่โดยหลักแล้วการบัญญัติสิทธิของบุคคลเอาไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึงการที่รัฐให้การรับรองและเป็น

<sup>30</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 มาตรา 14 ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 14 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การชุมนุมสาธารณะ การตั้งสมาคม การตั้งคณะพรรคการเมือง การอาชีพ ทั้งนี้ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย

<sup>31</sup> วิษณุ เครืองาม, “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” ใน วิมลศิริ ชำนาญเวช วิทิต มั่นตราภรณ์ บก., สู่สิทธิมนุษยชน! สิทธิหรือหน้าที่ประเทศไทยปัจจุบัน?, (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น.40.

<sup>32</sup> รายงานการประชุมรัฐสภา ครั้งที่ 16, วันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2492, น.271-272.

<sup>33</sup> ไพศาล กุมาลย์วิสัย, “วิจารณ์กฎหมาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย,” ตุลพาห, ฉบับที่ 4, ปีที่ 15, น.103-104, (กรกฎาคม-สิงหาคม 2511).

หลักประกันว่ารัฐจะไม่รุกรานสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามที่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ได้มีการรับรองสิทธิแตกต่างกันอยู่สองระดับ คือ (1) สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้อย่างเด็ดขาด ซึ่งมีอยู่บทบัญญัติเดียวนั้นก็คือเสรีภาพในการนับถือศาสนา การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติในลักษณะดังกล่าว หมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการนับถือศาสนาได้เลย และ (2) รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ “ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย” ซึ่งหมายถึงบุคคลมีสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่ถ้ารัฐจะจำกัดสิทธิประเภทดังกล่าวจะต้องตราเป็นกฎหมายเท่านั้น การที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจรัฐออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิของบุคคลได้ มีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้บุคคลใช้สิทธิเสรีภาพเกินขอบเขต กฎหมายที่ออกมานั้นจึงไม่อาจตรวนสิทธิของบุคคลจนหมดได้<sup>34</sup> ดังนั้น ข้อความว่า “ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย” จึงไม่ใช่กรณีที่รัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิของบุคคลอย่างใดก็ได้

ด้วยเหตุที่มีการตีความรัฐธรรมนูญในลักษณะที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 จึงได้มีการบัญญัติเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานแก่สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล<sup>35</sup> โดยมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพที่แตกต่างกันอยู่สามระดับ คือ

(1) สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เด็ดขาด โดยที่รัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้รัฐตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตนเมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมือง และไม่เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพดังกล่าวในวรรคก่อน บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือ แตกต่างจากบุคคลอื่น”

<sup>34</sup> หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายรัฐธรรมนูญ (ปีที่ 4), (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500), น.43.

<sup>35</sup> รายงานการประชุมรัฐสภา ครั้งที่ 13, วันที่ 14 มกราคม พ.ศ. 2492, น.57-58.

(2) สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขพิเศษเอาไว้ หากรัฐต้องการจำกัดเสรีภาพ รัฐสามารถกระทำได้เฉพาะกรณีที่มีรัฐธรรมนูญอนุญาตเท่านั้น เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 35 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการพูด การเขียน การพิมพ์ และการโฆษณา

การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือเพื่อหลีกเลี่ยงภาวะคับขัน หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความเสื่อมทรามทางจิตตใจของยุวชน” ในกรณีเช่นนี้หากรัฐจะตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการพิมพ์ รัฐสามารถตรากฎหมายได้เฉพาะกรณี เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือเพื่อหลีกเลี่ยงภาวะคับขัน หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความเสื่อมทรามทางจิตตใจของยุวชน เท่านั้น

(3) สิทธิและเสรีภาพที่ไม่มีเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 34 บัญญัติไว้ว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตต์และการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

การรับรองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าว ได้ตกทอดมายังรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาจนถึงปัจจุบัน แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้เพิ่มหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานมากขึ้น โดยได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเอาไว้ในมาตรา 29<sup>36</sup> กล่าวโดยสรุปคือในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ นอกจากจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทั่วไปที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว องค์กรนิติบัญญัติยังต้องตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ได้แก่ หลักพอสมควรแก่เหตุ หลักการคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพ

<sup>36</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม



หลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมายและการห้ามตรากฎหมายใช้เฉพาะกรณีและเฉพาะบุคคล และหลักการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย<sup>37</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้ถูกบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วยเช่นกัน

ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญปัจจุบันได้กำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน แต่การบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้เพิ่มเงื่อนไขการจำกัดสิทธิที่อาจเป็นปัญหาและส่งผลกระทบต่อเสรีภาพที่ไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานได้ โดยในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยนี้จะพบปัญหาดังกล่าวได้อย่างน้อยสาม ประการ คือ

ประการแรก ถ้อยคำที่ใช้เป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิมีความหมายกว้าง ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 การบัญญัติเงื่อนไขการใช้สิทธิหรือเงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ จะประกอบด้วยคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”, “เพื่อประโยชน์สาธารณะ” เป็นต้น ซึ่งถ้อยคำเหล่านี้เป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและเปิดโอกาสให้รัฐตีความจำกัดสิทธิบุคคลได้มาก และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังได้เพิ่มเติมถ้อยคำว่า “เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ”, “ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ” เข้าไปในเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิอีกด้วย

ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 31 ได้บัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติ หรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” จากที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นนั้น การรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนาดังกล่าวเป็นการรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ ซึ่งหมายความว่า รัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวได้เลย แต่ในทางวิชาการนั้น การรับรองเสรีภาพโดยปราศจากเงื่อนไขไม่ได้หมายความว่า บุคคลจะสามารถใช้เสรีภาพในการนับถือศาสนาของตนได้อย่างอิสระเสรี แต่บุคคลผู้ทรงสิทธิในเสรีภาพนั้นยังต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่น และการตีความในเสรีภาพดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งในกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนี

<sup>37</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ฉบับที่ 2, ปีที่ 30, น.187-194, (มิถุนายน 2543).

จะไม่กำหนดเงื่อนไขการใช้เสรีภาพในการนับถือศาสนาเอาไว้ เพราะ ข้อความที่กำหนดว่าการใช้เสรีภาพต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นถ้อยคำที่ไม่มีความชัดเจนเพียงพอในการนำมาเป็นมาตรฐานสำหรับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล<sup>38</sup>

ประการที่สอง การรับรองเสรีภาพทั่วไปในมาตรา 25 ซึ่งการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทยสามารถแยกออกเป็นสองประเภท คือ (1) การรับรองสิทธิและเสรีภาพเฉพาะเรื่อง เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น และ (2) เสรีภาพทั่วไปซึ่งเป็นการรับรองการกระทำทุกอย่างของปัจเจกบุคคลที่นอกเหนือจากสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับรองไว้เป็นการเฉพาะ เสรีภาพทั่วไปจึงมีลักษณะเป็นบทกวาดทอง โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 25 ว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่ไม่ได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำกรณัั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพ เช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” โดยหลักแล้วการจำกัดเสรีภาพทั่วไปจะทำได้มากกว่าสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองเป็นการเฉพาะ เนื่องจากเสรีภาพที่ได้รับรองเป็นการเฉพาะนั้นเกิดจากความพยายามที่จะคุ้มครองพรมแดนแห่งชีวิตที่สำคัญของบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากการกระทำของรัฐมากกว่าเสรีภาพทั่วไป เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพทางวิชาการ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจึงรับรองเนื้อหาสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวอย่างชัดเจน ซึ่งหมายความว่า การตรวจสอบอำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับรองเป็นการเฉพาะก็จะเกิดความชัดเจนตามไปด้วย ในกรณีเช่นนี้จะแตกต่างจากการรับรองเสรีภาพทั่วไปที่มีลักษณะเป็นการรับรองอย่างกว้างขวางปราศจากเนื้อหาสาระสำคัญ และไม่มืองค์ประกอบส่วนเหตุรวมถึงความไม่ชัดเจนในการจำกัดเสรีภาพประเภทดังกล่าว<sup>39</sup> แต่เมื่อเปรียบเทียบเงื่อนไขการจำกัดสิทธิระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองเป็นการเฉพาะและเสรีภาพทั่วไปจะพบว่า รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิโดยใช้ถ้อยคำไม่ชัดเจนเหมือนกัน ยกตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนดว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดง

<sup>38</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.217-218.

<sup>39</sup> เฟิงอ้วง, น.295-296.

ความคิดเห็น ... การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน” การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเฉพาะเรื่องและเสรีภาพทั่วไปในรัฐธรรมนูญไทยจึงไม่เห็นถึงความแตกต่างของการให้ความคุ้มครอง และไม่ได้ให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐานเฉพาะเรื่องที่มีประวัติศาสตร์จากการถูกรัฐละเมิดมากเป็นพิเศษด้วย

หากพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในมาตรา 25 แล้วจะพบว่า ปัจเจกบุคคลจะมีเสรีภาพทั่วไปกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ใจปรารถนาได้ จะต้องผ่านเงื่อนไขสองประการ คือ (1) รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามการกระทำนั้นของปัจเจกบุคคล และ (2) การกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น จึงอาจจะกล่าวได้ว่า ปัจเจกบุคคลไม่มีเสรีภาพทั่วไปที่จะกระทำการสิ่งใดตามที่ตนปรารถนาได้ หากแต่การใช้เสรีภาพทั่วไปของบุคคลนั้นจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งหลายได้กำหนดห้ามการกระทำของบุคคลหรือไม่ เสรีภาพทั่วไปตามมาตรา 25 จึงเป็นเพียงการเรียกร้องให้รัฐต้องใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่ต้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การรับรองเสรีภาพทั่วไปจึงอาจมีปัญหาการบังคับใช้ในทางปฏิบัติได้ เพราะกฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งทางเนื้อหาและรูปแบบย่อมสามารถจำกัดเสรีภาพทั่วไปได้ทั้งสิ้น ดังนั้น หากปัจเจกบุคคลต้องการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญว่ากฎหมายนั้นขัดต่อเสรีภาพทั่วไปตามมาตรา 25 บุคคลนั้นจึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองได้เลย เพราะ เมื่อกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว การใช้เสรีภาพทั่วไปจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายนั้น บุคคลจึงไม่อาจโต้แย้งกฎหมายที่ขัดต่อเสรีภาพทั่วไปได้ และแม้ว่าในกรณีที่ไม่มียกเว้นในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดห้ามการกระทำของบุคคลในการใช้เสรีภาพทั่วไปเอาไว้ แต่เมื่อพิจารณาเงื่อนไขการจำกัดสิทธิจะพบถ้อยคำที่ไม่มีความชัดเจนซึ่งสามารถตีความจำกัดสิทธิได้อย่างกว้างขวาง การใช้เสรีภาพของบุคคลในมาตรา 25 นี้จึงไม่ได้รับรองอย่างกว้างขวางอย่างที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเข้าใจ

ประการที่สาม บทบัญญัติเกี่ยวกับการตรากฎหมายจำกัดสิทธิซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพไว้ด้วย” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นถึงความไม่สอดคล้องทางความคิดในการร่างรัฐธรรมนูญ

เกี่ยวกับการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ กล่าวคือ ในทางวิชาการจะมีสิทธิบางประเภทที่เรียกว่า สิทธิสัมบูรณ์ สิทธิประเภทนี้รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเอาไว้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งหมายความว่า องค์กฤษฎีกาบัญญัติจะไม่สามารถตรากฎหมายเพื่อ จำกัดเสรีภาพในการนับถือศาสนาได้เลย แต่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติในมาตรา 26 ว่า “... ในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนไขเอาไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่ม ภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์มิได้ ...” ซึ่งหากตีความตามถ้อยคำดังกล่าวนี้ เสรีภาพในการนับถือศาสนาจะตกอยู่ภายใต้ ความหมายของสิทธิที่รัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุเงื่อนไขเอาไว้เหมือนกัน ซึ่งผลในทางกฎหมายทำให้ เสรีภาพในการนับถือศาสนาอาจถูกองค์กฤษฎีกาจำกัดได้ตามมาตรานี้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า กรณีนี้เป็นความบกพร่องในการร่างรัฐธรรมนูญมากกว่า แต่การมีบทบัญญัติในลักษณะนี้ก็นับว่า เป็นอันตรายต่อการตีความเป็นอย่างมาก เพราะท้ายที่สุดแล้วผู้ที่จะได้รับผลกระทบก็คือบุคคล ผู้ทรงสิทธินั่นเอง

#### 4.1.2.2 การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ

จากความเข้าใจที่ว่า การรับรองสิทธิในรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมากจะทำให้ ปังเจกบุคคลมีสิทธิและได้รับความคุ้มครอง ซึ่งเราได้อภิปรายกันไปแล้วข้างต้นว่า ปังเจก บุคคลผู้ทรงสิทธิอาจได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจรัฐผ่านการตีความเงื่อนไขการจำกัดสิทธิที่มี ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนและทำให้ขอบเขตของสิทธิแคบลง ซึ่งนอกจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิที่มีผลต่อการ ใช้สิทธิของบุคคลแล้ว ยังมีปัญหาอื่น ๆ ในเรื่องความสามารถของการบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิที่ ทำให้การรับรองสิทธิในรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้ได้จริง

การพิจารณาในเรื่องดังกล่าวนี้เราสามารถพิจารณาแยกเป็นสองกรณี คือ ทางเนื้อหา และทางกระบวนการ ในส่วนของทางเนื้อหาเราจะต้องพิจารณาเป็นรายมาตราไปว่า สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้นมีเนื้อหาอย่างไรบ้าง ซึ่งนอกจากปัญหาเรื่องเงื่อนไขการจำกัดสิทธิที่เป็น การเพิ่มอำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิแล้ว เราจะพบว่ารัฐธรรมนูญไทยรับรองสิทธิในสอง ลักษณะ คือ สิทธิป้องกันและสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการที่เป็นประโยชน์แก่ตน โดยทั่วไปแล้ว ปัญหา มักจะไม่เกิดขึ้นกับสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทแรก เพราะ การรับรองสิทธิป้องกันในรัฐธรรมนูญ เป็นการเรียกร้องให้รัฐต้องเคารพสิทธิโดยไม่ล่วงล้ำเข้ามาภายในแดนแห่งสิทธิของปัจเจกบุคคล เพราะหากรัฐละเมิดสิทธิของบุคคลแล้ว บุคคลสามารถอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญใช้ยื่นต่อรัฐได้ แต่ในกรณีสิทธิที่เรียกร้องให้รัฐกระทำการเพื่อประโยชน์ของบุคคลผู้ทรงสิทธิ ฝ่ายนิติบัญญัติ จำเป็นต้องตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดและเงื่อนไขในการใช้สิทธิ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 วรรคสอง ได้กำหนดว่า “สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ

บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ” จึงมีปัญหาคือหากพิจารณาว่า กรณีไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติกำหนดรายละเอียดของสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หากปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิต้องการเรียกร้องให้รัฐดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญกำหนด กรณีเช่นนี้จะเกิดปัญหาว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะนำเนื้อหาใดมาพิจารณาเพื่อบังคับให้รัฐกระทำทำให้เป็นไปตามสิทธินั้น ยกตัวอย่างเช่น ในสถานการณ์ปัจจุบัน ทั่วโลกต้องประสบกับการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา (COVID-19) ซึ่งเป็นโรคอุบัติใหม่ที่ยังไม่มีวัคซีนป้องกันโรคอย่างสมบูรณ์ และมีจำนวนผู้เสียชีวิตทั่วโลกหลายล้านคน หากบุคคลต้องการเรียกร้องให้รัฐป้องกันและขจัดโรคดังกล่าว โดยอาศัยมาตรา 47 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย” โดยการให้รัฐตรวจโรค คัดค้นวัคซีน และให้บุคคลได้รับวัคซีนโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ปัญหาเชิงเนื้อหาของสิทธิในเรื่องนี้จึงมีอย่างน้อยสองประการ คือ หนึ่ง หากไม่มีกฎหมายกำหนดกฎหมายรายละเอียดเกี่ยวกับการขจัดโรคติดต่อ ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้เกณฑ์ใดมาบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิ และสอง โดยเนื้อหาของสิทธิเป็นการเรียกร้องให้รัฐกระทำเพื่อให้มีการป้องกันและขจัดโรคติดต่อร้ายแรง ซึ่งรัฐจะต้องอาศัยศักยภาพทางการแพทย์และงบประมาณเป็นจำนวนมาก หากมีการเรียกร้องจากบุคคลผู้ทรงสิทธิแต่รัฐไม่มีศักยภาพดังกล่าว การบัญญัติสิทธินี้ในรัฐธรรมนูญก็จะไม่อาจเป็นจริงได้เลย

นอกจากในทางเนื้อหาแล้ว ในแง่กระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติกลไกเรียกร้องเพื่อให้มีการบังคับให้เป็นตามสิทธิก็มีปัญหาเช่นกัน ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่กำหนดว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดกลไกการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิโดยใช้ถ้อยคำกว้างขวางอย่างคำว่า “การกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ซึ่งดูเหมือนรัฐธรรมนูญจะขยายการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานออกไปถึงการกระทำทุกอย่างของรัฐที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน และคล้ายกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 จะเห็นได้ว่าขอบเขตในการยื่นฟ้องกลับทำได้อย่างจำกัด กล่าวคือ

(1) ขอบเขตของ “การกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ถูกจำกัดโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47

(1) (4) (5) และ (6)<sup>40</sup> กล่าวโดยสรุป คือ การกระทำทางรัฐบาล เรื่องที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลอื่นหรือที่ศาลอื่นมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว การกระทำของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามมาตรา 192 ของรัฐธรรมนูญ และการกระทำที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลขององค์กรตุลาการ จะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เรื่องที่สามารถเป็นวัตถุแห่งคดีได้จะเหลือ 3 กรณี คือ การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางปกครอง และการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ<sup>41</sup>

อีกทั้ง การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถตรวจสอบการกระทำทางตุลาการได้ และผู้ร้องจะต้องดำเนินการเยียวยาความเสียหายของตนเองจนถึงที่สุดก่อนตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 47(3)<sup>42</sup> นั้น ทำให้การกระทำทางปกครองบางประการที่จะต้องถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง และการกระทำอื่นที่ต้องได้รับการตรวจสอบโดยศาลยุติธรรมในฐานะที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญผ่านช่องทาง

---

<sup>40</sup> มาตรา 47 การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 46 ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐ และต้องมีใช่เป็นกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) การกระทำของรัฐบาล

(4) เรื่องที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอื่น หรือเรื่องที่ศาลอื่นมีคำพิพากษา หรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว

(5) การกระทำของคณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 192

(6) การกระทำที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง คณะกรรมการตุลาการทหาร รวมถึงการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

<sup>41</sup> สุรศักดิ์ บุญญานุกุลกิจ, “รายงานฉบับสมบูรณ์ : สิทธิของบุคคลในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” (คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.66.

<sup>42</sup> มาตรา 47 การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 46 ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐ และต้องมีใช่เป็นกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(3) กฎหมายบัญญัติขั้นตอนและวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ และยังมีได้ดำเนินการตามขั้นตอน หรือวิธีการนั้นครบถ้วน

การยื่นฟ้องของบุคคลได้เลย ทั้ง ๆ ที่การตัดสินคดีขององค์กรตุลาการก็สามารถละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลได้เช่นกัน ด้วยกฎหมายดังกล่าวจึงทำให้การฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นเพียงกลไกสำรองในการคุ้มครองสิทธิ และ ทำให้สิทธิที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญไม่มีผลผูกพันองค์กรของรัฐอย่างแท้จริง<sup>43</sup>

(2) เมื่อการกระทำของรัฐที่อาจตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตที่จำกัด ประกอบกับเงื่อนไขหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ ยังส่งผลให้การใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญทำได้ยากตามไปด้วย เนื่องจากในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากผู้ฟ้องคดีจะต้องเสียเวลาสิทธิตามที่กฎหมายเฉพาะได้กำหนดไว้ก่อนแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้ต้องยื่นคำร้องไปที่ผู้ตรวจการแผ่นดินก่อนตามมาตรา 48<sup>44</sup> ซึ่งเห็นว่าเป็นกระบวนการที่ซ้ำซ้อนกับกระบวนการเสียเวลาสิทธิตามที่กฎหมายเฉพาะบัญญัติ และเฉพาะกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ดำเนินการส่งฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ส่งฟ้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ที่ผู้ฟ้องคดีจะสามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ จึงเห็นว่า การยื่นฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามกฎหมายที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ จึงเกิดขึ้นได้น้อยมาก ประกอบกับการกระทำที่อาจเป็นวัตถุประสงค์ได้ก็มีอยู่อย่างจำกัด จึงเห็นว่าการยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่มีลักษณะเหมือนกับแนวคิดการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ที่เปิดโอกาสให้บุคคลสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบการกระทำของรัฐที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของตน

<sup>43</sup> สุรศักดิ์ บุญญานุกุลกิจ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41*, น.74, 84.

<sup>44</sup> มาตรา 48 ภายใต้อำนาจบังคับมาตรา 47 ผู้ใดถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ถ้าผู้นั้นเห็นว่าการละเมิดนั้นเป็นผลจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ยื่นคำร้อง ต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน และให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลพร้อมด้วยความเห็น ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับคำร้องจากผู้ร้อง โดยให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ร้อง ทราบภายในสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว

ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่ง หรือไม่ยื่นคำร้องภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ผู้ถูกละเมิดมีสิทธิยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลได้ให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับแก่กรณีผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพประสงค์ จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม

#### 4.1.2.3 บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ไม่สอดคล้องกับแนวคิดในระบอบประชาธิปไตย

แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หรือบัญญัติว่าประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตย และมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นจำนวนมาก แต่สิ่งเหล่านี้ไม่ได้เป็นหลักประกันว่ารัฐนั้นจะมีการเคารพและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน トラบใดที่ยังมีการดำรงอยู่ของบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตยในรัฐธรรมนูญ และเมื่อย้อนกลับไปในอดีตจะพบว่า รัฐธรรมนูญไทยมีบทบัญญัติในลักษณะนี้อยู่หลายฉบับ อาทิเช่น มาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ที่บัญญัติว่า “ในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร กวน หรือคุกคามความสงบที่เกิดขึ้นภายใน หรือมาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการ หรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย...” จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ให้อำนาจเด็ดขาดแก่นายกรัฐมนตรี ซึ่งในเวลานั้นจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ (นายกรัฐมนตรี) ได้ใช้อำนาจตามมาตรา 17 ในการสอบสวนและออกคำสั่งประหารชีวิตประชาชนถึง 76 คน และสั่งจำคุกอีก 113 คน ซึ่งมีทั้งคดีอาญาทั่วไปและคดีทางการเมือง<sup>45</sup> อันเป็นการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีและลงโทษ โดยที่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ไม่ได้มีโอกาสต่อสู้คดีตามกระบวนการยุติธรรมปกติ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลแต่อย่างใด นอกจากนี้ ยังมีมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515, มาตรา 21 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 และมาตรา 27 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ที่นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจตุลาการในลักษณะเดียวกันอีกด้วย

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับกันในปัจจุบันนี้ ก็มีลักษณะที่ไม่แตกต่างกับรัฐธรรมนูญในอดีตนัก โดยบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักการทางประชาธิปไตยและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพประชาชนโดยตรงเลยก็คือ มาตรา 279<sup>46</sup> ที่รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของประกาศ คำสั่ง

<sup>45</sup> iLaw, ““มาตรา 44” ไม่โดดเด่นเดี่ยว: เผด็จการในอดีตมีทั้งมาตรา 17, 21, 27 ส่วนใหญ่ใช้อำนาจแทนศาล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2562, จาก <https://ilaw.or.th/node/4670>

<sup>46</sup> มาตรา 279 บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา 265 วรรคสอง ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้



และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ทั้งนี้เป็นที่ทราบกันดีว่าในระหว่างที่คณะรัฐประหารปกครองประเทศมีการออกประกาศหรือคำสั่งต่าง ๆ ที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในหลายเรื่อง เช่น การควบคุมการแสดงออกทางการเมือง<sup>47</sup> การห้ามพรรคการเมืองประชุมหรือเคลื่อนไหวทางการเมือง<sup>48</sup> การจำกัดเสรีภาพสื่อในการนำเสนอข้อมูล<sup>49</sup> การนำพลเรือนขึ้นศาลทหาร<sup>50</sup> เป็นต้น แม้ว่าในปัจจุบันสถานะของคณะรักษาความสงบ

---

บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี

<sup>47</sup> ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 7/2557 เรื่อง ห้ามชุมนุมทางการเมือง, คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 3/2558 เรื่อง การรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ ข้อ 12 ผู้ใดมั่วสุม หรือชุมนุมทางการเมือง ณ ที่ใด ๆ ที่มีจำนวนตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการชุมนุม ที่ได้รับอนุญาตจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย

<sup>48</sup> ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 57/2557 เรื่อง ให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญบางฉบับมีผลบังคับใช้ต่อไป ข้อ 2 ให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มีผลบังคับใช้ต่อเนื่องต่อไปโดยมิได้สะดุดลงจนกว่าจะมีกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิก ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อย ห้ามมิให้พรรคการเมืองที่มีอยู่แล้วดำเนินการประชุม หรือดำเนินกิจการใด ๆ ในทางการเมือง และการดำเนินการเพื่อการจัดตั้งหรือจดทะเบียนพรรคการเมืองให้ระงับไว้เป็นการชั่วคราว รวมทั้งให้ระงับการจัดสรรเงินสนับสนุนแก่พรรคการเมืองของกองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมืองไว้เป็นการชั่วคราวด้วย ในกรณีมีข้อสงสัยให้หารือคณะกรรมการการเลือกตั้ง

<sup>49</sup> ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557

<sup>50</sup> ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 37/2557 เรื่อง ความผิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหาร

1. ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

แห่งชาติจะสิ้นสุดลงแล้ว แต่การที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของประกาศและคำสั่ง ทำให้การใช้อำนาจของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติไม่อาจถูกตรวจสอบได้เลย ทั้ง ๆ ที่ในระหว่างการใช้อำนาจนั้นมีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมากมาย นอกจากนี้การทำให้ประกาศหรือคำสั่งที่ยังไม่ถูกยกเลิกมีผลต่อไป ยังเป็นการทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอีกด้วย ดังจะเห็นได้จากกรณีเครือข่ายประชาชนที่จัดกิจกรรมเดินมิตรภาพ หรือ "We Walk" ได้ยื่นหนังสือร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน กรณีคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 3/2558 ข้อ 12 ที่บัญญัติว่า ผู้ใดมั่วสุม หรือชุมนุมทางการเมือง ณ ที่ใด ๆ ที่มีจำนวนตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 26 (การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล) และมาตรา 44 (เสรีภาพในการชุมนุม) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หรือไม่ ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่า มาตรา 279 ได้บัญญัติรับรองให้บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับตามมาตรา 265 วรรคสอง ไม่ว่าจะประกาศ คำสั่ง การกระทำตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำใด ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 เป็นการกำหนดมาตรการในการดำเนินการกับการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่ได้มีลักษณะห้ามการชุมนุมเป็นการเด็ดขาด เพียงแต่ผู้จัดการชุมนุมต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข คำสั่งดังกล่าว จึงไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ ส่วนการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความ

(1) ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทและผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ตั้งแต่มาตรา 107 ถึงมาตรา 112

(2) ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ตั้งแต่มาตรา 113 ถึงมาตรา 118 ยกเว้นความผิดซึ่งการกระทำผิดเกิดขึ้นในเขตพื้นที่ที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 หรือพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

## 2. ความผิดตามประกาศหรือคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ

ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 38/2557 เรื่อง คดีที่ประกอบด้วยการกระทำหลายอย่างเกี่ยวโยงกันให้อยู่ในอำนาจของศาลทหาร

สงบแห่งชาติ และคำสั่งดังกล่าวได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยกฎหมาย ผู้ร้องจึงไม่ใช่ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพจากการกระทำของหน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ หรือหน่วยงานที่ใช้อำนาจของรัฐ ทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่สามารถส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ตามอำนาจมาตรา 23 (1) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2560 ดังนั้น คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ จึงไม่ได้สร้างความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนโดยทั่วไป แต่เป็นการสร้างภาระเฉพาะกลุ่มที่ประสงค์จะทำการชุมนุมเท่านั้น จึงไม่มีเหตุที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอแนะเพื่อให้มีการปรับปรุงคำสั่งดังกล่าว ตามอำนาจมาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2560<sup>51</sup>

ด้วยเหตุนี้ การที่รับรองมาตรา 279 เอาไว้ในรัฐธรรมนูญจึงเป็นปฏิบัติต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างชัดเจน และทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญไม่อาจเป็นจริงได้เลย ซึ่งนอกจากบทบัญญัติของมาตรา 279 แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังรับรองสิ่งที่ไม่เป็นประชาธิปไตยอื่น ๆ อีก เช่น การกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาซึ่งมาจากการคัดเลือกของคณะรัฐประหารมีอำนาจร่วมกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเลือกนายกรัฐมนตรี<sup>52</sup> และเลือกองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ<sup>53</sup> เป็นต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ยอมรับให้องค์กรที่ไม่ได้มีที่มาจากประชาชนอย่างสมาชิกวุฒิสภาเป็นผู้มีสิทธิเลือกใช้อำนาจรัฐที่มีผลต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ และเมื่อองค์กรที่ถูกคัดเลือกมานี้ไม่มีความยึดโยงกับประชาชนเลย การใช้อำนาจจึงมักมีแนวโน้มในการจำกัดสิทธิมากกว่าการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

<sup>51</sup> iLaw, “ผู้ตรวจการแผ่นดินชี้รัฐธรรมนูญรับรองคำสั่งหัวหน้าคสช. เรื่อง ห้ามชุมนุมทางการเมืองฯ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2562, จาก <https://ilaw.or.th/node/5002>

<sup>52</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 272

<sup>53</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 204 (มีอำนาจให้ความเห็นชอบบุคคลผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ), มาตรา 222 (มีอำนาจให้คำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการเลือกคณะกรรมการการเลือกตั้ง), มาตรา 228 (มีอำนาจให้คำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการเลือกผู้ตรวจการแผ่นดิน), มาตรา 232 (มีอำนาจให้คำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการเลือกคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ), มาตรา 238 (มีอำนาจให้คำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการเลือกคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน), มาตรา 241 (มีอำนาจให้คำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการจัดให้มีผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน), มาตรา 246 (มีอำนาจให้คำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการเลือกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน)

#### 4.1.3 ข้อพิจารณาการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในคดีทำแท้งของศาลรัฐธรรมนูญไทย

จากการเปรียบเทียบแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในต่างประเทศทำให้เห็นว่า แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมักจะปรากฏตัวอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่ารัฐธรรมนูญในประเทศนั้นจะมีข้อความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในเชิงริเริ่มดำเนินการหรือไม่ก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลสูงสุดก็จะให้คำตอบของเราในคำพิพากษาในประเด็นที่มีการยื่นคำร้องด้วยกันทั้งสิ้น

สำหรับประเทศไทยเองก็มีคำวินิจฉัยที่น่าสนใจและเป็นประเด็นที่น่าหยิบยกขึ้นพิจารณาในชั้นนี้ว่า แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวมีอยู่ในรัฐธรรมนูญไทยหรือไม่ โดยคดีดังกล่าวเป็นเรื่องราวเกี่ยวกับการยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทำแท้งในประมวลกฎหมายอาญาว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากผู้ร้องเป็นแพทย์ซึ่งถูกตำรวจจับกุมและกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 แต่ผู้ร้องเห็นว่าตนสามารถทำได้ตามมาตรา 305 นอกจากผู้ร้องที่ถูกจับกุมแล้ว ผู้เข้ารับบริการเพื่อยุติการตั้งครรภ์ยังถูกจับกุมและแจ้งข้อกล่าวหาตามมาตรา 301 อีกด้วย ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาแล้วเห็นว่ายังไม่ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่จะต้องเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 213 โดยกล่าวอ้างต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และมาตรา 28 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า เฉพาะมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 โดยสามารถสรุปเป็น 3 ประเด็น ดังนี้

##### **ประเด็นแรก การเป็นผู้ทรงสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดา**

ศาลรัฐธรรมนูญได้เริ่มต้นวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดา จึงบัญญัติลงโทษหญิงที่ทำให้ตนแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ซึ่งเป็นการให้ความสำคัญและเห็นคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมา โดยศาลได้พิจารณาถึง “สิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดา” และ “สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง” จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญรับรองให้ทารกในครรภ์มารดาเป็นผู้ทรงสิทธิในชีวิต ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ดี ถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญจะกล่าวถึง “สิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดา” อยู่หลายครั้ง แต่ศาลก็ไม่ได้อธิบายเหตุผลของการกำหนดให้ทารกในครรภ์เป็นผู้ทรงสิทธิในชีวิตเลย

เมื่อเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 นั้น จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาของทั้งสองประเทศต่างให้เหตุผลที่ชัดเจนในสถานะทางกฎหมายของทารกในครรภ์มารดา โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเห็นว่าทารกเป็นผู้ทรงสิทธิในชีวิตได้ เนื่องจากเห็นว่า ชีวิตเป็นเรื่องที่สำคัญและมีความเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หากผู้ทรงสิทธิในชีวิตตามรัฐธรรมนูญจำกัดเฉพาะบุคคลธรรมดาตามความเข้าใจโดยทั่วไป จะทำให้สิทธิในชีวิตไม่สามารถป้องกันการล่วงละเมิดจากรัฐได้อย่างสมบูรณ์ ในขณะที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีความเห็นที่แตกต่างออกไปและระบุอย่างชัดเจนว่า “บุคคล” ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา หมายถึง บุคคลที่คลอดและอยู่รอดเป็นทารกแล้วเท่านั้น

ปัญหาของการขาดคำอธิบายในเรื่องนี้ได้ส่งผลต่อการให้เหตุผลในการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานของศาลซึ่งจะได้อธิบายในประเด็นถัดไป

### ประเด็นที่สอง การชั่งน้ำหนักในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 คือมาตรการที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดา ศาลได้วินิจฉัยต่อมาว่า “...หากมุ่งคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์เพียงอย่างเดียวโดยมิได้พิจารณาการคุ้มครองสิทธิของหญิงผู้ตั้งครรภ์อันมีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ ก็เป็นสิ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อหญิงไม่ได้รับความเป็นธรรมและถูกไล่ออนหรือจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง...นอกจากนี้การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ต้องให้เกิดความสมดุลกันโดยอาจจะต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา..”

หากอธิบายโดยใช้ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว ประเด็นการยุติการตั้งครรภ์เป็นเรื่องการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่เกิดการปะทะหรือขัดแย้งกันระหว่างสิทธิในชีวิตของทารกและสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง กล่าวคือ การที่รัฐออกมาตรการทางกฎหมายให้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ แม้จะเป็นการคุ้มครองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง แต่มาตรการดังกล่าวเป็นการทำลายชีวิตของทารกในครรภ์ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิในชีวิตหรือในกรณีที่รัฐกำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์มีความผิดในทุกกรณี แม้จะเป็นการคุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารก แต่มาตรการดังกล่าวได้ไปจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่อาจไม่มีความพร้อมในการตั้งครรภ์และเลี้ยงดูบุตรในอนาคตได้ ด้วยเหตุนี้ การกำหนดมาตรการของรัฐในประเด็นดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสองประการอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ประสานประโยชน์ให้ผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสองประการนี้ยังสามารถใช้สิทธิของตนได้อยู่ ซึ่งในทางทฤษฎีสามารถทำได้โดยการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง

การชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นวิธีการที่สอดคล้องหลักความได้สัดส่วนที่ประกอบไปด้วย หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

โดยการชั่งน้ำหนักจะอยู่ในขั้นตอนสุดท้าย ซึ่งรัฐจะต้องทำการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกิดการปะทะกันว่า รัฐจะให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานใดมากกว่ากันและด้วยเหตุผลใด อีกทั้ง ในการพิจารณาดังกล่าวรัฐต้องคำนึงว่า มาตรการที่รัฐเลือกใช้ในการคุ้มครองต้องไม่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่มีน้ำหนักน้อยกว่า หรือไม่ได้รับการคุ้มครองในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรานั้น ไม่มีผลบังคับโดยสิ้นเชิง หรืออาจจะกล่าวโดยง่ายว่า เมื่อรัฐได้เลือกมาตรการในการคุ้มครองแล้ว สิทธิขั้นพื้นฐานที่มีน้ำหนักน้อยกว่าก็ยังสามารถบังคับการได้ด้วย

เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้แล้ว อาจจะดูเหมือนว่า ศาลได้นำทฤษฎีเรื่องการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาปรับใช้ และได้ทำการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม การที่ศาลเลือกที่จะคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ โดยให้เหตุผลแต่เพียงว่าสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงมีมาก่อนสิทธิของทารก ซึ่งสิทธิของหญิงเป็นสิทธิ ตามธรรมชาติที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นข้อที่อาจโต้แย้งได้ว่า สิทธิในชีวิตเป็นสิทธิที่มีมาก่อนและมีความยึดโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้เช่นกัน เพราะ การมีชีวิตเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้บุคคลสามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ได้ ซึ่งรวมถึงสิทธิในเนื้อตัวร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตของตนเองด้วย และเมื่อมีการพิจารณาในตอนต้นแล้วว่าทารกในครรภ์และหญิงต่างเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยกันทั้งคู่แล้ว ย่อมเป็นการรับรองว่าผู้ทรงสิทธิทั้งสองจะต้องได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเหมือนกัน ซึ่งหมายความว่าไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานใดสำคัญที่สุดหรือมาก่อนสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น การให้เหตุผลว่าสิทธิของหญิงมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์จึงไม่ใช่เหตุผลที่ได้จากการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน

แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยต่อมาว่า การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ และสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ต้องเกิดความสมดุลกันโดยอาจจะต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นเกณฑ์การพิจารณาก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่าการพิจารณาของศาลจะพิจารณาจากสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นหลักเสียมากกว่า เพราะ การอ้างถึงช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์ ศาลไม่ได้แสดงเหตุผลของการนำระยะเวลามาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเลยว่า เหตุใดช่วงอายุครรภ์หนึ่งหญิงถึงมีสิทธิที่จะยุติการตั้งครรภ์หรือไม่สิทธิที่จะยุติการตั้งครรภ์ และช่วงระยะเวลาดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิในชีวิตของทารกอย่างไร ซึ่งประเด็นเหล่านี้เป็นปัญหาเรื่องการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสิ้น จึงเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ไม่ได้ทำการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกิดการปะทะกัน เพราะ การให้ท่าแห่งได้ภายในช่วงอายุครรภ์หนึ่ง โดยไม่มีเงื่อนไขอื่นเท่ากับเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงอย่างเดียวโดยไม่ได้นำสิทธิในชีวิตของทารกมาชั่งน้ำหนักเลย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าส่วนหนึ่งอาจจะเกิดจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีเหตุผลสนับสนุนที่มีน้ำหนักมากพอในการยืนยันว่าทารกในครรภ์เป็นผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญ จึงทำให้การหาเหตุผลมาสนับสนุนสิทธิของหญิงให้สามารถทำแท้งได้เป็นเหตุผลที่ไม่สมเหตุสมผล

### ประเด็นสุดท้าย หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีความตอนหนึ่งที่ใช้เป็นเหตุผลในการวินิจฉัยว่ามาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาจำกัดสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์เกินความจำเป็น ซึ่งมีข้อความว่า “...ประกอบกับรัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพโดยจัดให้มีมาตรการในการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิง และต้องเข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มิให้ถูกระทบสิทธิในการมีชีวิตเช่นเดียวกัน...”

จากการให้เหตุผลข้างต้นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นผลลัพธ์เดียวกันกับการซึ่งนำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่รัฐจะต้องคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์ นอกจากนี้ การที่ศาลให้เหตุผลว่ารัฐมีหน้าที่กำหนดมาตรการส่งเสริมการใช้สิทธิในเรื่องดังกล่าว ก็เป็นการให้เหตุผลที่คล้ายคลึงกับทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยทฤษฎีดังกล่าวนี้มาจากการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานให้รัฐมีหน้าที่ในเชิงริเริ่มดำเนินการ ส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของตนได้อย่างแท้จริง ซึ่งหากใช้ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐเข้ามาพิจารณาในคดีนี้ ผลของคำวินิจฉัยจะแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ เมื่อรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์และสิทธิในชีวิตของทารก บทบัญญัติแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิดังกล่าว ซึ่งหน้าที่ของรัฐนี้ไม่เพียงแต่ละเว้นไม่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น แต่ยังต้องให้ความคุ้มครองโดยการสนับสนุนให้ผู้ทรงสิทธิทั้งสองสามารถใช้สิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ และเมื่อพิจารณาจากประเด็นของคดีจะเห็นได้ว่าการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิทั้งสองเกิดการขัดแย้งกัน เพราะหญิงที่ตั้งครรภ์สามารถอ้างสิทธิในเนื้อตัวร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตของตนเองเพื่อยุติการตั้งครรภ์ได้ ในขณะที่ทารกในครรภ์ก็มีสิทธิในชีวิตที่จะอยู่รอดต่อไปภายนอกครรภ์มารดา ซึ่งปัญหาดังกล่าวจะต้องแก้ไขด้วยการซึ่งนำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานว่าจะคุ้มครองสิทธิใดมากกว่า อย่างไรก็ตาม ในเบื้องต้นเราได้วิเคราะห์กันมาแล้วว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ทำการซึ่งนำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานหรือหยิบยกสิทธิในชีวิตของทารกขึ้นมาพิจารณาเลย เพราะการให้เหตุผลโดยการกำหนดอายุครรภ์ที่สามารถทำแท้งได้เป็นการพิจารณาสิทธิของหญิงเป็นสำคัญที่ต้องการให้หญิงสามารถทำแท้งได้ภายในช่วงอายุครรภ์หนึ่งและไม่สามารถทำแท้งภายในช่วงเวลาหนึ่งเท่านั้น ซึ่งการกำหนดช่วงระยะเวลาเช่นนี้เท่ากับว่าทารกในครรภ์มารดาจะไม่มีสิทธิในชีวิตเลยในช่วงเวลาที่กฎหมายอนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้ ซึ่งเป็นการขัดแย้งกับการให้เหตุผลของศาลในตอนแรกว่าทารกในครรภ์มีสิทธิในชีวิต เพราะหากศาลตีความว่าทารกในครรภ์เป็นผู้ทรงสิทธิในชีวิตแล้ว ทารกย่อมมีสิทธิในชีวิตในทุกช่วงเวลาที่อยู่ในครรภ์ การที่ศาลรัฐธรรมนูญอนุญาตให้หญิงทำแท้งได้ในช่วงเวลาหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องหาเหตุผลให้ได้ว่าเหตุใดทารกถึงไม่มีสิทธิเลยในช่วงเวลาดังกล่าว และเหตุใดสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ถึงมีน้ำหนักมากกว่า ซึ่งจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ปรากฏ การให้เหตุผลดังกล่าวเลย จึงทำให้เห็นว่า

คำวินิจฉัยนี้ไม่ได้สร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของทารกและสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์อย่างแท้จริง อีกทั้ง การทำให้ทารกไม่สามารถใช้สิทธิในชีวิตในช่วงเวลาที่กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งนั้น เป็นการทำให้สิทธิของทารกสิ้นผลไปจากระบบกฎหมาย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้จึงไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกเลย ดังนั้น การที่ศาลอ้างว่ารัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพโดยจัดให้มีมาตรการในการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิง และต้องเข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มิให้ถูกกระทบสิทธิในการมีชีวิต จึงเป็นการกล่าวอ้างขึ้นโดยปราศจากหลักการและเหตุผล เพราะเมื่อพิจารณาการให้เหตุผลของศาลแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเองต่างหากที่ไม่เข้าไปดูแลและคุ้มครองสิทธิของทารก

#### 4.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หน้าที่ของรัฐ” ในรัฐธรรมนูญไทย และ “หน้าที่คุ้มครอง” ตามทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน

##### 4.2.1 ข้อความเบื้องต้น

หน้าที่ของรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นหน้าที่ในเชิงป้องกันจากรัฐ โดยการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจะปรากฏในฐานะสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการผ่านการฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น รัฐธรรมนูญไทยไม่ได้มีแนวคิดในการขยายขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานดังเช่นรัฐธรรมนูญเยอรมัน อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติหมวดหน้าที่ของรัฐไว้เป็นการเฉพาะ จึงเป็นที่น่าสนใจว่าหน้าที่ดังกล่าวมีมิติของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือเป็นการเพิ่มผลบังคับสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นเดียวกับข้อความคิดว่าด้วยหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่

##### 4.2.2 แนวคิดที่มาในการตรามหาบทหน้าที่ของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการบัญญัติหมวดหน้าที่ของรัฐไว้เป็นครั้งแรก โดยมีที่มาจากความคิดที่ว่ารัฐธรรมนูญของไทยในอดีตซึ่งมีการบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพและนโยบายแห่งรัฐนั้น เป็นสิ่งที่ไม่ได้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ จึงเห็นสมควรว่าต้องมีการกำหนดเรื่องหน้าที่ของรัฐเอาไว้ เพื่อรัฐจะต้องปฏิบัติตามหมวดนี้ให้เกิดผลเป็นรูปธรรมโดยที่ประชาชนไม่ต้องร้องขอ และหากรัฐไม่ปฏิบัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ประชาชนก็สามารถ



เรียกร้องให้รัฐดำเนินการได้<sup>54</sup> ดังจะเห็นได้จากแนวคิดของประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่ว่า “...เราพยายามจะแยกหน้าที่ของรัฐออกมาก็เพื่อว่าเรื่องบางเรื่องที่เขาเคยเขียนเอาไว้ว่าเป็นสิทธิของประชาชนมันกินไม่ได้ เพราะว่ามันก็ลอย ๆ เมื่อรัฐไม่ทำเสียอย่างคุณจะมีสิทธิก็มิไปก็ไม่เกิดประโยชน์ เพราะฉะนั้นเราจึงเริ่มแนวคิดใหม่ที่ว่าถ้าอย่างนั้นอะไรต้องทำ ทำไมเราไม่เขียนให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องทำ รัฐทำแล้วประชาชนก็ย่อมได้ประโยชน์จากตรงนั้นเองไปในตัว เพราะฉะนั้นมันจะได้ไม่กลายเป็นของกินไม่ได้ ดูสวยแต่กินไม่ได้ เราต้องการให้มันกินได้...”<sup>55</sup>

ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดหลักการทั่วไปในการเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติตามหมวดหน้าที่ของรัฐเอาไว้ในมาตรา 51 ซึ่งเป็นมาตราแรกของหมวดว่า “การใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐตามหมวดนี้ ถ้าการนั้นเป็นการทำให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ย่อมเป็นสิทธิประชาชนและชุมชนที่จะติดตามเร่งรัดให้รัฐดำเนินการ รวมตลอดทั้งฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เพื่อจัดให้ประชาชนหรือชุมชนได้รับประโยชน์นั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”

โดยรายละเอียดที่รัฐจะต้องปฏิบัติก็จะปรากฏในมาตราต่อ ๆ มาซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) หน้าที่พื้นฐานของรัฐ เช่น การธำรงไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ การรักษาอธิปไตย การรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาความสงบเรียบร้อย<sup>56</sup> การดูแลให้มีการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด<sup>57</sup> การรักษาวินัยทางการเงินการคลัง<sup>58</sup>

(2) หน้าที่ในการจัดการศึกษา<sup>59</sup> ที่รัฐต้องทำให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาภาคบังคับตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และไม่จำกัดเฉพาะเด็กที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น แต่ครอบคลุมไปถึงเด็กซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยด้วย นอกจากนี้ในการจัด

<sup>54</sup> คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (12 เมษายน 2559), “คำอธิบายสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญ เล่มที่ 1,” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน 2562, จาก [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/download/article/article\\_20160412180000.pdf](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/download/article/article_20160412180000.pdf), น.8.

<sup>55</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14, วันจันทร์ที่ 26 ตุลาคม 2558, น.เปมิศา 7/3.

<sup>56</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 52

<sup>57</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 53

<sup>58</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62

<sup>59</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 54

การศึกษาของรัฐจะต้องมุ่งพัฒนาคนให้เป็นคนดี มีวินัย เนื่องจากการสร้างคนดีมีวินัย นั้นเป็นพื้นฐานอันสำคัญในการพัฒนาประเทศให้เจริญก้าวหน้าต่อไป<sup>60</sup>

(3) หน้าที่ในการจัดให้มีบริการสาธารณสุขขั้นพื้นฐานและการรักษาพยาบาลที่มีคุณภาพ<sup>61</sup>

(4) หน้าที่ในการจัดให้มีหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตอย่างทั่วถึงตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน<sup>62</sup>

(5) หน้าที่ด้านสิ่งแวดล้อมและศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม<sup>63</sup>

(6) หน้าที่ด้านการพิจารณาอนุญาตต่อการดำเนินการที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ คุณภาพชีวิตของประชาชน<sup>64</sup>

(7) หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะ<sup>65</sup>

(8) หน้าที่รักษาไว้ซึ่งคลื่นความถี่และสิทธิในการเข้าใช้วงโคจรดาวเทียมอันเป็นสมบัติของชาติ<sup>66</sup>

(9) หน้าที่จัดให้มีมาตรการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิผู้บริโภค<sup>67</sup>

(10) หน้าที่ส่งเสริม สนับสนุน และให้ความรู้แก่ประชาชนถึงอันตรายที่เกิดจากการทุจริตและประพฤติมิชอบทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน<sup>68</sup>

มีข้อสังเกตว่าเนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเลย ดังนั้น หน้าที่ของรัฐในหมวดนี้จึงไม่ใช่หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ถึงแม้ว่าโดยทฤษฎีหน้าที่ของรัฐจะเป็นกรณีที่รัฐต้องทำหน้าที่ช่วยเหลือหรือส่งเสริมการใช้สิทธิของบุคคล และมีหน้าที่บางประการในหมวดหน้าที่ของรัฐที่เรียกร้องให้รัฐทำหน้าที่ในลักษณะดังกล่าวก็ตาม แต่เนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐนี้จะมีลักษณะคล้ายกับ

<sup>60</sup> สรุปผลการประชุม คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 15, 27 ตุลาคม 2558, น.2.

<sup>61</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 55

<sup>62</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 56

<sup>63</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 57

<sup>64</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 58

<sup>65</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 59

<sup>66</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 60

<sup>67</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 61

<sup>68</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 63

สิทธิในทางสังคมเศรษฐกิจซึ่งเรียกร้องให้รัฐกระทำการที่เป็นประโยชน์กับตนซึ่งมักจะเป็น การเรียกร้องเอาค่าทรัพย์สินจากรัฐ ไม่ได้เป็นการเรียกร้องให้รัฐทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยการให้สิทธิทุกประเภทไม่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจะเป็นสิทธิในทางสังคมเศรษฐกิจหรือไม่ก็ตาม มีผลบังคับใช้จริงมากที่สุด

นอกจากหมวดหน้าที่ของรัฐแล้ว รัฐธรรมนูญไทยยังได้กำหนดให้มีหมวด แผนนโยบายแห่งรัฐเพื่อให้รัฐปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ เช่น รัฐพึงจัดให้มีและส่งเสริมการวิจัยและพัฒนา วิทยาศาสตร์ รัฐพึงอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น เป็นต้น โดยที่รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกก็นำเรื่องแผนนโยบายแห่งรัฐมา บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติในหมวดนี้มีไว้เป็นแนวทาง สำหรับการตรากฎหมายและการบริหารราชการตามนโยบายดังกล่าวไว้ และไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการ ฟ้องร้องรัฐ บทบัญญัติดังกล่าวจึงทำให้บุคคลไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการตามหมวด แผนนโยบายแห่งรัฐได้ อย่างไรก็ดี ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ตัดข้อความที่ระบุว่า “ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องรัฐ” ออกไป จนทำให้เกิดข้อสงสัยว่า บุคคลสามารถฟ้องร้องให้รัฐปฏิบัติหน้าที่ตามหมวดแผนนโยบายแห่ง รัฐได้หรือไม่ ในประเด็นนี้เห็นว่า กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายใดที่กำหนดให้บุคคลสามารถเรียกร้องต่อ รัฐได้ กฎเกณฑ์นั้นจะต้องกำหนดให้เป็นสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมาย กล่าวคือ กฎเกณฑ์นั้นต้อง ประกอบไปด้วย ผู้ทรงสิทธิ วัตถุประสงค์ และผู้มีหน้าที่ต่อสิทธินั้น เมื่อบทบัญญัติแผนนโยบายแห่งรัฐ เป็นเพียงแนวทางในการตรากฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ได้ ก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคลที่จะสามารถฟ้องร้องต่อรัฐได้<sup>69</sup>

#### 4.2.3 สถานะทางกฎหมายของหมวด “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

##### 4.2.3.1 หน้าที่ของรัฐไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน

จากแนวคิดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นสิทธิเรียกร้องทางกฎหมายหรือไม่ เพราะหากเป็น สิทธิทางกฎหมาย บทบัญญัติในหมวดนี้จะมีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่องค์กร ของรัฐทุกองค์กรต้องให้ความเคารพด้วย ในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวจึงได้แยกเป็น 2 ประเด็นหลัก ดังนี้

<sup>69</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลผูกพันสิทธิทางรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 42, น.996-997, (ธันวาคม 2556).

### ประเด็นแรก เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ชัดเจนว่า คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีความตั้งใจรวบรวมบัญญัติหน้าที่ของรัฐขึ้นมา โดยคิดว่าบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งที่เป็น “นามธรรม” ซึ่งไม่อาจเกิดผลเป็นจริงได้ ในทางปฏิบัติ เพราะบุคคลใดที่ต้องการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนก็ต้องดำเนินการเรียกร้องเอากับรัฐเพื่อให้เกิดผลเป็นรูปธรรม<sup>70</sup> ประกอบกับหน้าที่ในหมวดนโยบายแห่งรัฐบางประการ ในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาบัญญัติเพียงให้รัฐ “ฟัง” กระทำตามหน้าที่นั้น ทั้ง ๆ ที่หน้าที่นั้นเป็นหน้าที่ที่สำคัญ จึงได้บัญญัติหมวดหน้าที่ของรัฐแยกไว้เป็นอีกหมวดหนึ่งต่างหากจากหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย และหมวดนโยบายแห่งรัฐ<sup>71</sup> ด้วยเหตุนี้ หมวดหน้าที่ของรัฐจึงมีเนื้อหาที่เป็น การผสมผสานระหว่างบทบัญญัติที่เคยเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานและบทบัญญัติที่เคยเป็นนโยบายแห่งรัฐ และมีวัตถุประสงค์สำคัญที่ต้องการให้หมวดหน้าที่ของรัฐเป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่ารัฐจะ ดำเนินการตามหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดตามกำลังความสามารถทางการคลังของรัฐโดยที่ประชาชน ไม่ต้องร้องขอ<sup>72</sup>

<sup>70</sup> คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มกราคม 2564, จาก [https://dl.parliament.go.th/bitstream/handle/lirt/554417/2562\\_ความมุ่งหมาย\\_คำอธิบาย\\_รธน\\_2560.pdf?sequence=1](https://dl.parliament.go.th/bitstream/handle/lirt/554417/2562_ความมุ่งหมาย_คำอธิบาย_รธน_2560.pdf?sequence=1), น.74.

<sup>71</sup> อุดม รัฐอมฤต, “หน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” ในหนังสือ รัฐธรรมนูญ 60 : 60 ปี สมคิด เลิศไพฑูรย์ รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), น.188-190.

<sup>72</sup> คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “สรุปรายงานผลการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 วันจันทร์ที่ 26 ตุลาคม 2558,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มกราคม 2564, จาก [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt\\_dl\\_link.php?nid=106&filename=index](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=106&filename=index), น.3.; คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “สรุปรายงานผลการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 15 วันจันทร์ที่ 27 ตุลาคม 2558,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มกราคม 2564, จาก [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt\\_dl\\_link.php?nid=107&filename=index](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=107&filename=index), น.1.

จากเจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ แสดงให้เห็นว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนาทำให้ “สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ” และ “หน้าที่ของรัฐ” มีความแตกต่างกัน โดยประเด็นของความแตกต่างตามความเข้าใจและตั้งใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ คือ สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งที่บุคคลผู้ทรงสิทธิจะต้องเรียกร้องเอากับรัฐเพื่อให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ในขณะที่หน้าที่ของรัฐ เป็นสิ่งที่รัฐต้องทำให้แก่ประชาชนโดยที่ประชาชนไม่ต้องร้องขอจากรัฐ แต่หากรัฐไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ประชาชนก็สามารถฟ้องร้องรัฐเพื่อติดตาม เร่งรัดให้รัฐดำเนินการ หรือฟ้องร้องรัฐเพื่อจัดให้ประชาชนหรือชุมชนได้รับประโยชน์ตามหมวดหน้าที่ของรัฐได้ จึงเป็นสิ่งที่น่าสงสัยว่า เหตุใดผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงต้องกำหนดให้ประชาชนสามารถฟ้องร้องต่อรัฐได้อีก ในเมื่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการให้รัฐทำหน้าที่โดยที่ประชาชนไม่ต้องร้องขอ เนื่องจากการฟ้องร้องต่อรัฐคือการที่บุคคลใช้สิทธิของตนเพื่อเรียกร้องให้รัฐงดเว้นหรือกระทำการบางอย่าง ซึ่งเป็นกลไกของสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมาย เมื่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่สามารถปฏิเสธการเรียกร้องเพื่อให้รัฐทำตามหน้าที่ได้ จึงไม่มีเหตุผลเลยที่จะกำหนดให้สิ่งที่เดิมเคยเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานมากำหนดใหม่ให้อยู่ในหมวดหน้าที่ของรัฐ เช่น สิทธิในการศึกษา เป็นต้น หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้ประชาชนสามารถติดตาม เร่งรัดให้รัฐดำเนินการ หรือฟ้องร้องต่อรัฐ ก็ควรบัญญัติให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เนื่องจากสิทธิเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล เพื่อที่จะทำให้บุคคลแต่ละคนสามารถดำเนินการฟ้องร้องตามสิทธิของตนได้ ดังนั้น การบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐโดยกำหนดให้ประชาชนฟ้องร้องต่อรัฐได้ แต่ตัวบทบัญญัติไม่ได้ก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคล หมวดหน้าที่ของรัฐก็จะเป็นสิ่งที่บัญญัติเอาไว้ลอย ๆ และไม่สามารถเรียกร้องอะไรจากรัฐได้เลย

### **ประเด็นที่สอง บทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐได้รับรองหรือก่อตั้งสิทธิให้แก่ปัจเจกบุคคลหรือไม่**

แม้ว่าเจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญจะปรากฏชัดว่า ต้องการสร้างหมวดหน้าที่ของรัฐให้มีความแตกต่างจากหมวดสิทธิขั้นพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญนั้นได้มีการตั้งข้อสังเกตที่น่าสนใจประการหนึ่งว่า การที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนำเรื่องบางเรื่อง อย่างเช่น การได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานซึ่งเดิมเคยเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแต่นำมาบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐจะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยลงหรือไม่ และจะสามารถบังคับรัฐให้ทำตามหน้าที่ที่ถูกกำหนดไว้ในหมวดนี้ได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นที่มาในการปรับปรุงมาตรา 51 ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นตามความที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ

ฉบับปัจจุบัน<sup>73</sup> คือ “การใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐตามหมวดนี้ ถ้าการนั้นเป็นการทำเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ย่อมเป็นสิทธิของประชาชนและชุมชนที่จะติดตามและเร่งรัดให้รัฐดำเนินการ รวมตลอดทั้งฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อจัดให้ประชาชน หรือชุมชนได้รับประโยชน์นั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ” จึงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติมาตรานี้ได้ก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคลหรือไม่

จากการพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 51 และมาตราอื่น ๆ ในหมวดหน้าที่ของรัฐจะเห็นได้ว่า หมวดนี้มีความมุ่งหมายผูกพันรัฐที่มีต่อประชาชนโดยรวมมากกว่าการมุ่งเน้นประโยชน์ของปัจเจกบุคคลแต่ละคน<sup>74</sup> ดังจะเห็นได้จากการใช้คำว่า “ประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง”<sup>75</sup> ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่า หน้าที่ของรัฐที่กำหนดในหมวดนี้เป็นหน้าที่ที่รัฐจะต้องกระทำต่อประชาชน “ทุกคน” หรือ “ทุกชุมชน” เป็นการทั่วไป<sup>76</sup>

อย่างไรก็ดี มีความเห็นในทางวิชาการว่าหมวดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล โดยให้เหตุผลว่าเมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐมีหน้าที่กระทำการเพื่อประโยชน์แก่ราษฎรแล้วก็เท่ากับว่ามีผลเป็นการรับรองสิทธิแก่ราษฎรที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการนั้น<sup>77</sup> นอกจากนี้ ยังมีความเห็นอีกทางหนึ่งที่มองว่าหน้าที่ของรัฐเป็นนวัตกรรมใหม่ของรัฐธรรมนูญไทย ที่ไม่ใช่ทั้งสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและนโยบายแห่งรัฐ แต่ในการอธิบายสถานะทางกฎหมายของหมวดหน้าที่ของรัฐ กลับอธิบายหลักเกณฑ์ตามมาตรา 51 โดยใช้องค์ประกอบของ

<sup>73</sup> ประพันธ์ นัยโกวิท, “บางเรื่องราวในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” ใน *ความในใจของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 2560*, โดย คณะอนุกรรมการประชาสัมพันธ์ และสำรวจความคิดเห็นของประชาชนในคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561), น.121.

<sup>74</sup> อุดม รัฐอมฤต, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 70*, น.190.

<sup>75</sup> สำนักงานศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *สิทธิของประชาชนและชุมชนในการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐให้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 51 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 45*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563), น.154.

<sup>76</sup> คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 69*, น.74.

<sup>77</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เอกสารวิชาการส่วนบุคคล สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” (กรุงเทพมหานคร : วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ), น.6-7.

สิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า ผู้ทรงสิทธิ คือ ประชาชนหรือชุมชนที่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการดำเนินการตามหมวดหน้าที่ของรัฐ วัตถุประสงค์ คือ สิทธิที่เกิดขึ้นจากเนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐ และผู้ผูกพันต่อสิทธิ คือ รัฐและหน่วยงานของรัฐผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของรัฐที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>78</sup> แม้ว่าทั้งสองความเห็นข้างต้นจะมีความแตกต่างกัน แต่สาระสำคัญของทั้งสองความเห็นมีความเหมือนกันตรงที่การอธิบายว่าหมวดหน้าที่ของรัฐนี้มีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายเหมือนกัน

ในการตอบคำถามว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายใดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องกลับไปหาคำความคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐานเสียก่อน กล่าวคือ บรรทัดฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นบรรทัดฐานหรือกฎเกณฑ์ที่ถูกรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญมาตราใดมาตราหนึ่งที่ได้กล่าวถึงหรือมีการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วรัฐธรรมนูญในหลายประเทศรวมถึงประเทศไทยจะมีการจัดหมวดหมู่สำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานไว้โดยเฉพาะ แต่การจัดหมวดหมู่ดังกล่าวนั้นก็อาจจะยังไม่เพียงพอที่จะบอกว่าบทบัญญัติทุกมาตราที่อยู่ในหมวดนั้นเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานได้ เพราะสิ่งสำคัญของการเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน คือ บทบัญญัตินั้นจะต้องก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อปกป้องสิทธิของตนจากการใช้อำนาจอรัฐ และอาจจะกล่าวได้ว่าแม้บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวจะอยู่นอกหมวดสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่หากเป็นการรับรองสิทธิของบุคคลแล้วบทบัญญัตินั้นก็จะมีลักษณะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 97 ที่กำหนดว่า บุคคลผู้มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้เป็นผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแม้จะอยู่นอกหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย แต่เมื่อได้มีการรับรองสิทธิให้แก่ปัจเจกบุคคลอย่างชัดเจน บทบัญญัตินี้จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเช่นกัน<sup>79</sup> หรืออาจจะกล่าวโดยสรุปได้ว่า หน้าที่ใดที่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต้องการให้รัฐเคารพในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคล ผู้มีอำนาจสถาปนาระบอบรัฐธรรมนูญนั้นเอาไว้ในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือระบุอย่างชัดเจนว่าปัจเจกบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิในตนเอง<sup>80</sup>

<sup>78</sup> สำนักงานศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 74*, น.46-47.

<sup>79</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 38*, น.47-49.

<sup>80</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 69*, น.997.

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะมาตรา 51 แล้ว จะเห็นว่า การกำหนดให้เป็นสิทธิของประชาชนหรือชุมชนในการฟ้องร้องรัฐให้ดำเนินการตามหมวดหน้าที่ของรัฐ ไม่ใช่การรับรองหรือก่อตั้งสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่บุคคล เนื่องจากสิทธิเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคลแต่ละคน และบทบัญญัติในหมวดนี้ไม่ได้ใช้ข้อความที่ระบุถึงการเป็นผู้ทรงสิทธิ และเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากข้อความในมาตรา 51 ที่ระบุว่า *การใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐตามหมวดนี้ ถ้าการนั้นเป็นการทำให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ย่อมเป็นสิทธิของประชาชนและชุมชน...* ตามข้อความข้างต้นนี้ ผู้ใช้และตีความรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่า อะไรคือหน้าที่ที่เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ซึ่งจะต้องพิจารณาร่วมกับเนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐที่ได้บัญญัติแยกเอาไว้ในแต่ละมาตราว่าหน้าที่ดังกล่าวเกิดประโยชน์กับประชาชนหรือชุมชนโดยตรงหรือไม่ เพื่อนำมาสู่การพิจารณาว่าใครเป็นผู้มีสิทธิฟ้องตามมาตรา 51 ซึ่งประเด็นนี้เองที่ผู้เขียนเห็นว่ามาตราดังกล่าวไม่ได้ระบุถึงการเป็นผู้ทรงสิทธิและเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างชัดเจน และเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์การร่างรัฐธรรมนูญประกอบกันแล้ว ก็จะได้เห็นว่าหมวดหน้าที่ของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่กำหนดให้รัฐทำให้แก่ประชาชนหรือชุมชนเป็นการ “ทั่วไป” ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดเป้าหมายที่รัฐควรต้องปฏิบัติในฐานะรัฐมากกว่า เนื้อหาในหมวดนี้จึงไม่ได้มีเจตนารมณ์ในการก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคลเลย นอกจากนี้ คุณลักษณะประการหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐาน คือ การเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ผูกพันทุกองค์กรของรัฐและนิติบุคคลมหาชนที่จะต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐาน การอธิบายว่าผู้ผูกพันต่อสิทธิตามมาตรา 51 ได้แก่ รัฐและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยที่เนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐส่วนใหญ่จะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่ใช่คุณลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้ หากพิจารณาในเนื้อหาของหมวดหน้าที่ของรัฐ เช่น รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด รัฐต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัด หน้าที่ดังกล่าวไม่สามารถกำหนดให้เป็นสิทธิของบุคคลในการฟ้องร้องต่อรัฐได้ เพราะเป็นหน้าที่โดยทั่วไปของรัฐ บุคคลไม่สามารถระบุนความเสียหายจากการที่รัฐไม่สามารถทำหน้าที่ดังกล่าวได้อย่างแน่แท้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐไม่ได้มีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือก่อตั้งสิทธิเรียกร้องให้แก่บุคคล และหากบทบัญญัติในหมวดนี้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่บุคคลก็อาจจะเกิดปัญหาในทางกฎหมายหลายประการซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

#### 4.2.3.2 ปัญหาที่จะเกิดขึ้นหากกำหนดให้หมวดหน้าที่ของรัฐมีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องทางกฎหมาย

นอกจากความไม่ชัดเจนในตัวผู้ทรงสิทธิที่ทำให้บทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐไม่มีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องทางกฎหมายแล้ว การกำหนดหน้าที่ในหมวดนี้ก็เป็นปัญหาเช่นกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาในรายละเอียดของเนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐตั้งแต่มาตรา 52 ถึง มาตรา 63 แล้ว เราสามารถแบ่งได้ 2 ประเภทด้วยกัน คือ



ประเภทที่ 1 หน้าที่ที่มีเนื้อหาเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐ<sup>81</sup> เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย การบังคับใช้กฎหมาย การรักษาสถานะทางการคลังของประเทศ เป็นต้น

เนื้อหาของหน้าที่รัฐประเภทนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงและการดำรงอยู่ของรัฐที่รัฐมีหน้าที่จะต้องทำอยู่แล้วแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เลยก็ตาม การทำหน้าที่ดังกล่าวนี้มีจุดประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมซึ่งเป็นความต้องการร่วมกันของประชาชน เรื่องเหล่านี้จึงไม่อาจเป็นประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงได้ ด้วยเหตุนี้ ตามธรรมชาติของเรื่องแล้วประชาชนหรือชุมชนจึงไม่สามารถมีประโยชน์โดยตรงและเป็นผู้ได้รับความเสียหายตามเนื้อหาหน้าที่ของรัฐประเภทนี้ได้

ประเภทที่ 2 หน้าที่ที่มีเนื้อหาเป็นภารกิจลำดับรองของรัฐ ซึ่งเป็นการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน เนื้อหาหน้าที่ของรัฐประเภทนี้ยังสามารถแยกออกเป็น 2 กลุ่มคือ กลุ่มที่ 1 หน้าที่ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับบทบัญญัติในหมวดสิทธิและเสรีภาพ<sup>82</sup> เช่น หน้าที่ในการบริการสาธารณสุข หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร เป็นต้น และกลุ่มที่ 2 หน้าที่ที่กำหนดไว้เฉพาะในหมวดหน้าที่ของรัฐเท่านั้น<sup>83</sup> ได้แก่ หน้าที่จัดการศึกษา หน้าที่จัดสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน จะเห็นได้ว่าหน้าที่ของรัฐในประเภทที่ 2 เป็นเรื่องการส่งเสริมคุณภาพชีวิตของประชาชนให้มีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นซึ่งจะมีความเกี่ยวพันกับงบประมาณของรัฐโดยตรง

ด้วยบทบัญญัติที่ไม่มีชัดเจนทั้งบุคคลที่จะมีสิทธิฟ้องคดีและเนื้อหาของหมวดหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหากกำหนดให้บทบัญญัติในหมวดนี้มีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องทางกฎหมายแล้วย่อมเกิดปัญหาดังนี้

### (1) ปัญหาการมีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก

ในทางวิชานิติศาสตร์สิทธิจะประกอบไปด้วย ผู้ทรงสิทธิ ผู้มีหน้าที่ผูกพันต่อสิทธิ และเนื้อหาแห่งสิทธิ ซึ่งจะเห็นได้ว่าสิทธิทางกฎหมายจะต้องเป็นสิ่งที่แน่นอนชัดเจน เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลผู้ทรงสิทธิ การที่มาตรา 51 ใช้คำว่า “ประชาชน” หรือ “ชุมชน” เป็นถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนว่าบุคคลที่เป็นผู้ทรงสิทธิตามหมวดนี้เป็นใคร เพราะผู้ทรงสิทธิในทางกฎหมายจะต้องเป็นบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล เพื่อที่บุคคลเหล่านี้จะได้บังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้

<sup>81</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 52,53,60,62 และมาตรา 63

<sup>82</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 55,57,58,59 และมาตรา 61

<sup>83</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 54 และมาตรา 56

และในกรณีเฉพาะของประชาชน ก็ไม่มีความชัดเจนว่าประชาชนในที่นี้หมายถึงรวมถึงคนต่างด้าว<sup>84</sup> และนิติบุคคลด้วยหรือไม่

มีข้อสังเกตว่า ในการใช้สิทธิฟ้องร้องตามหมวดหน้าที่ของรัฐต่อศาลรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>85</sup> ใช้คำว่า “บุคคล” ซึ่งเป็นการเพิ่มความไม่ชัดเจนไปกว่า “ประชาชน” และ “บุคคล” มีความหมายต่างกันอย่างไร ในประเด็นนี้เองมีผู้ให้ความเห็นว่า “ประชาชน” ตามมาตรา 51 ของรัฐธรรมนูญฯ เป็นการกำหนดตัวผู้ทรงสิทธิอย่างกว้างเพื่อให้ประชาชนทุกคนสามารถเข้ามาใช้สิทธิได้ ส่วน “บุคคล” ตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ เป็นการกำหนดให้เป็นไปตามหลักการวิธีพิจารณาของศาลที่ต้องมีความชัดเจนแน่นอน กล่าวคือ การกำหนดตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องมีความชัดเจนและการใช้สิทธิฟ้องคดีจะต้องใช้สิทธิเป็นรายบุคคลไป ด้วยเหตุนี้ จึงไม่สามารถให้สิทธิแก่ “ประชาชน” ซึ่งไม่มีความเฉพาะเจาะจงตัวเป็นผู้ใช้สิทธิฟ้องคดีได้ การที่รัฐธรรมนูญฯ ใช้ถ้อยคำว่า “ประชาชน” ในขณะที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ ใช้ถ้อยคำว่า “บุคคล” จึงเป็นการใช้ในบริบทและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันซึ่งไม่ได้ขัดแย้งกันแต่อย่างใด<sup>86</sup> อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิเรียกร้อง คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่ปัจเจกบุคคล ซึ่งการรับรองดังกล่าวเป็นการรับรอง “อำนาจ” หรือ “ความสามารถของบุคคล” ในการทำงานที่จะบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรับรองสิทธิในกระบวนการทางศาล<sup>87</sup> เมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 51 ไม่ได้รับรองสิทธิเรียกร้องให้แก่ “บุคคล” จึงทำให้เกิดปัญหาต่อมาว่า ในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดอย่างไร ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

<sup>84</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “เอกสารวิชาการส่วนบุคคล ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2562, จาก [http://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=8846](http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=8846), น.6.

<sup>85</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 45 บุคคลหรือชุมชนซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการทำหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญ หมวด 5 หน้าที่ของรัฐ และได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ หรือ การปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องครบถ้วนหรือล่าช้าเกินสมควร ย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยคดีตามมาตรา 7 (4) ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้ ...

<sup>86</sup> สำนักงานศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่* 74, น.169-170.

<sup>87</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่* 38, น.193.

ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 45 ใช้ถ้อยคำว่า “บุคคล...ซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการทำหน้าที่ของรัฐ...และได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ หรือ การปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องครบถ้วนหรือล่าช้าเกินสมควร ย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยคดี...” โดยในความเห็นข้างต้นได้อธิบายโดยใช้ “หลักวิธีพิจารณาของศาลต้องมีความแน่นอน” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักความแน่นอนดังกล่าวโดยเฉพาะบุคคลผู้มีสิทธิฟ้องคดีก็สืบสาวมาจากข้อความคิดพื้นฐานทางกฎหมายในเรื่องสิทธิ ที่รับรองให้ผู้ทรงสิทธิสามารถบังคับการให้เป็นไปตามประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและให้ความคุ้มครอง และระบบกฎหมายก็ไม่อาจยอมให้ประชาชนซึ่งไม่ทราบว่าเป็นใครมีจำนวนเท่าใด และไม่สามารถระบุความเสียหายของตนอย่างชัดเจนมาฟ้องคดีต่อศาลได้ เพราะหากปล่อยให้เกิดขึ้นแล้วย่อมสร้างความวุ่นวายให้แก่สังคมเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุนี้ สิทธิเรียกร้องทางกฎหมายที่รับรองให้แก่ประชาชนอย่างกว้างขวางจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย เมื่อหมวดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญไม่ได้ก่อตั้งสิทธิเรียกร้องแล้ว มาตรา 45 ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดรายละเอียดตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่ได้ก่อตั้งสิทธิให้บุคคลสามารถฟ้องคดีตามหมวดหน้าที่ของรัฐได้เช่นกัน

ส่วนต่อมาก็คือข้อความว่า “...เป็นการทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง...” ซึ่งเป็นข้อความที่มีความสัมพันธ์กับการเป็นผู้ทรงสิทธิและเนื้อหาแห่งสิทธิ กล่าวคือตามถ้อยคำข้างต้นทำให้เห็นว่า บุคคลทุกคนไม่ใช่ประชาชนที่ได้ประโยชน์โดยตรงในเรื่องต่าง ๆ ตามหมวดหน้าที่ของรัฐอย่างแน่นอน และในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราวย่อมมีประโยชน์โดยตรงที่ต่างกัน ซึ่งส่งผลต่อการเป็นประชาชนที่มีสิทธิต่างกันด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐประเภทแรกซึ่งมีลักษณะเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐจะทำให้เห็นถึงปัญหาการเป็น “ประชาชน” หรือ “ชุมชน” ซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ เพราะหน้าที่ในลักษณะนี้เป็นหน้าที่โดยทั่วไปที่รัฐจะต้องปฏิบัติ ปัญหาที่ย่อมเกิดขึ้นว่าจะใช้เกณฑ์ใดในการแบ่งแยกว่าอะไรคือประโยชน์โดยตรง เพราะทุกเรื่องในหน้าที่ลักษณะนี้ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนทั้งหมดอยู่แล้ว และหากปล่อยให้มีการฟ้องคดีตามหน้าที่นี้ได้ ย่อมมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 53 บัญญัติว่า รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด หากเกิดข้อเท็จจริงว่าตำรวจจราจรไม่จับผู้ขับขี่มอเตอร์ไซด์ที่ไม่สวมใส่หมวกนิรภัย ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนว่าตำรวจจราจรไม่ได้บังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด หากมีการรับรองให้เป็นสิทธิทางกฎหมายย่อมจะเกิดปัญหาว่า บุคคลใดบ้างจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรง และได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจจราจร เพื่อจะนำไปสู่การเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีตามข้อเท็จจริงดังกล่าวจะไม่สามารถบังคับการให้เป็นไปตามมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากติดเงื่อนไขการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 45 แห่ง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ ที่ต้องระบุตัวบุคคล ผู้ได้รับความเสียหายอย่างชัดเจน

## (2) ปัญหาการตัดสินใจและกำหนดคำบังคับของศาล

เมื่อพิจารณาเนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญ และมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ ประกอบกันแล้ว อาจพอสันนิษฐานได้ว่า หน้าที่ของรัฐในรัฐธรรมนูญมุ่งหมายให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารเป็นหลัก เพราะ เนื้อหาส่วนใหญ่ในหมวดหน้าที่ของรัฐเป็นหน้าที่ในการบริหารประเทศแทบทั้งสิ้นโดยเฉพาะ หน้าที่ประเภทให้รัฐดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ และในมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ เองได้กำหนดขั้นตอนก่อนการฟ้องคดี เอาไว้ว่า ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าหน่วยงานของรัฐยังไม่ได้ปฏิบัติตามหมวดหน้าที่ของรัฐ ผู้ตรวจการแผ่นดินจะส่งเรื่องไปหาคณะรัฐมนตรีเพื่อให้พิจารณาเรื่องต่อไป ซึ่งในเรื่องนี้เองจะมีข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการตัดสินใจของศาลด้วย

นอกจากเนื้อหาหน้าที่ของรัฐที่เป็นหน้าที่ในเรื่องทั่วไปแล้ว จะมีหน้าที่อีกประเภทหนึ่งซึ่งเป็นหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ เช่น หน้าที่ในการจัดให้มีการศึกษา หน้าที่ในการให้บริการสาธารณสุข หน้าที่ในการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน เป็นต้น ซึ่งการทำหน้าที่เหล่านี้ต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมากเพื่อให้หน้าที่ของรัฐซึ่งถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นไปได้จริง

ปัญหาจึงอาจเกิดขึ้นในการพิจารณาตัดสินใจและกำหนดคำบังคับของศาล เพราะ การพิจารณาคดีของศาลจะเป็นการเข้าไปชี้ว่าฝ่ายบริหารได้กระทำการตามหน้าที่ของรัฐที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งบางเรื่องเป็นนโยบายทางการเมืองที่เมื่อศาลได้เข้าไปวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว จะเป็นกรณีที่ศาลเข้าไปใช้อำนาจตัดสินใจทางการเมือง และในบางกรณีก็อาจจะต้องเข้าไปพิพากษาให้รัฐดำเนินการบางอย่างซึ่งมีความเกี่ยวพันกับงบประมาณของรัฐ ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 55 บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง เสริมสร้างให้ประชาชนมีความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการส่งเสริมสุขภาพและการป้องกันโรค และส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการพัฒนาภูมิปัญญาด้านแพทย์แผนไทยให้เกิดประโยชน์สูงสุด

บริการสาธารณสุขตามวรรคหนึ่ง ต้องครอบคลุมการส่งเสริมสุขภาพ การควบคุมและป้องกันโรค การรักษาพยาบาล และการฟื้นฟูสุขภาพด้วย

รัฐต้องพัฒนาการบริการสาธารณสุขให้มีคุณภาพและมีมาตรฐานสูงขึ้นไปอย่างต่อเนื่อง”

ในกรณีดังกล่าวมีปัญหาที่เกิดขึ้นจริง คือ เด็กชายคนหนึ่งมีอาการปวดท้องอย่างรุนแรงและได้เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลแห่งหนึ่งในต่างจังหวัด ซึ่งต่อมาพบว่าป่วยเป็นโรคเส้นเลือดใหญ่โป่งพองในทรวงอก แต่โรคดังกล่าวเกินความสามารถของโรงพยาบาลแห่งนี้จะรักษาได้ และในประเทศไทยมีเพียงโรงพยาบาลศิริราชแห่งเดียวเท่านั้นที่สามารถรักษาโรคนี้ได้ ซึ่งระหว่างการทำเรื่องส่งตัวเพื่อรักษาต่อ เด็กชายคนดังกล่าวเกิดอาการช็อคและเสียชีวิตในเวลาต่อมา เหตุการณ์นี้ทำให้เห็นว่า หากโรงพยาบาลในต่างจังหวัดมีประสิทธิภาพเทียบเท่ากับโรงพยาบาลศิริราชก็อาจจะช่วยชีวิตเด็กได้ เมื่อมองในมิติของรัฐธรรมนูญในหมวดหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องให้รัฐดำเนินการจัดให้มีบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพและทั่วถึงแล้ว ประกอบกับการเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิในการเรียกร้องให้รัฐกระทำการดังกล่าวได้อย่างกว้างขวาง ข้อเรียกร้องดังกล่าวย่อมสร้างภาระให้แก่งบประมาณของรัฐเป็นอย่างมาก ที่จะต้องจัดหาเครื่องมือ และบุคลากรทางการแพทย์<sup>88</sup>

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจึงอาจเกิดข้อเรียกร้องในลักษณะที่ศาลต้องกำหนดค่าบังคับให้รัฐกระทำการบางอย่างที่เกี่ยวข้องกับการใช้จ่ายเงินงบประมาณ ปัญหาจึงเกิดต่อมาว่า หากศาลตัดสินให้รัฐดำเนินการจัดหาเครื่องมือแพทย์ให้แก่โรงพยาบาลประจำจังหวัดใดจังหวัดหนึ่ง ประชาชนซึ่งอยู่อีกจังหวัดหนึ่งย่อมสามารถร้องขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาเช่นเดียวกับโรงพยาบาลแรก ซึ่งศาลจำต้องพิจารณาพิพากษาเช่นเดียวกันตามหลักความเท่าเทียมกันในผลแห่งคำวินิจฉัย<sup>89</sup> หากเกิดกรณีเช่นนี้ย่อมจะเกิดปัญหาในการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลต่อไปได้

จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลเป็นการเข้ามาใช้อำนาจในการบริหารของรัฐบาล เพราะ การวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการก้าวล่วงการบริหารเงินงบประมาณ ซึ่งแท้ที่จริงแล้วควรจะเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร เนื่องจากฝ่ายบริหารย่อมทราบดีว่าสถานะทางการเงินของประเทศเป็นอย่างไร ควรจะต้องบริหารเงินงบประมาณโดยนำไปใช้ในเรื่องใดก่อน และศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการก็ไม่ได้มีความเชี่ยวชาญในการบริหารเลย ดังนั้น การให้ศาลเข้ามาตรวจสอบเรื่องดังกล่าวจึงเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอีกด้วย

<sup>88</sup> อนันต์ คงเครือพันธ์, โครงการศึกษาวิจัยเปรียบเทียบเครื่องมือปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 51, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2562), น.109-111,151-152.

<sup>89</sup> เพ็งอ้าง, น.160.

มีข้อที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งว่า หากมีการเรียกร้องในลักษณะดังกล่าวต่อศาล และหน่วยงานของรัฐกล่าวอ้างว่า ไม่มีงบประมาณเพียงพอที่จะทำตามหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนด กรณีนี้ ถึงแม้ศาลจะกำหนดค่าบังคับออกไป แต่เมื่อสภาพความเป็นจริงรัฐไม่มีเงินพอที่จะทำตามข้อเรียกร้องได้ สุดท้ายแล้วสิ่งที่บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถบังคับการได้จริงอยู่ดี

#### 4.2.4 ความแตกต่างระหว่างข้อความคิดว่าด้วย “หน้าที่คุ้มครอง” กับ “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญ

##### 4.2.4.1 ข้อความคิดพื้นฐาน

“หน้าที่คุ้มครอง” เกิดจากการวางหลักของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยมีพื้นฐานมาจากการขยายผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ บทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานมีสถานะเป็นทั้งสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมาย (Subjective right) และเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (Objective norm) ด้วยสถานะดังกล่าวจึงทำให้รัฐมีหน้าที่ต้องกระทำการตามสิทธิเรียกร้องไม่ว่าจะเป็นการเรียกร้องให้กระทำการหรือการละเว้นกระทำการ และทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายเป็นจริงให้มากที่สุด หน้าที่คุ้มครองซึ่งเป็นหน้าที่อันเกิดจากความเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐกระทำการช่วยเหลือหรือสนับสนุนการใช้สิทธิของบุคคล ในขณะที่ “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญไทย เกิดจากแนวคิดที่ว่า บทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานไม่สามารถเกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติ จึงสร้างนวัตกรรมโดยการกำหนดบทบัญญัติขึ้นใหม่ให้รัฐทำหน้าที่ต่าง ๆ โดยที่ประชาชนไม่ต้องใช้สิทธิร้องขอ ความแตกต่างของหน้าที่ทั้งสองนี้จึงอยู่ที่ “หน้าที่คุ้มครอง” มาจากการตีความขยายผลบังคับของบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ “หน้าที่ของรัฐ” เกิดจากการบัญญัติขึ้นใหม่โดยเห็นว่าบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอยู่เดิมไม่สามารถเกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติ

เมื่อ “หน้าที่คุ้มครอง” และ “หน้าที่ของรัฐ” เกิดจากรากฐานทางความคิดที่แตกต่างกัน จึงทำให้ “หน้าที่คุ้มครอง” และ “หน้าที่ของรัฐ” มีสถานะทางกฎหมายที่ต่างกันด้วย กล่าวคือ “หน้าที่คุ้มครอง” เป็นหน้าที่อันเกิดจากสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงส่งผลให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรถูกเรียกร้องให้ทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งแตกต่างจาก “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญไทยที่ไม่ได้ก่อตั้งสิทธิเรียกร้องให้แก่บุคคล และเป็นหน้าที่ที่ไม่สามารถเรียกร้องได้จริง อีกทั้งหน้าที่ของรัฐดังกล่าว มุ่งหมายให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารเป็นหลัก ไม่ได้มุ่งหมายให้เป็นหน้าที่ที่ผูกพันทุกองค์กรของรัฐเช่นเดียวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

ถึงแม้โดยลักษณะของหน้าที่ทั้งสองมีความเหมือนกันตรงที่กำหนดให้รัฐกระทำการบางอย่าง แต่โดยเนื้อหาของการทำหน้าที่นั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ “หน้าที่คุ้มครอง” คือ หน้าที่ในเชิงริเริ่มดำเนินการช่วยเหลือและสนับสนุนการใช้สิทธิของบุคคล รัฐต้องเข้ามาส่งเสริมการ

ใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล และทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลบังคับใช้ได้จริง เช่น การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนจากการละเมิดของเอกชนด้วยกัน การคุ้มครองประชาชนจากภัยพิบัติทางธรรมชาติ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลจากเทคโนโลยีสมัยใหม่ เป็นต้น โดย “หน้าที่คุ้มครอง” เป็นทฤษฎีที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในเรื่องต่าง ๆ แต่โดยหลักแล้วเป็นที่ยอมรับกันว่า บุคคลไม่สามารถเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ทำได้เพียงการเรียกร้องว่ากฎหมายหรือมาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมาไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างเพียงพอเท่านั้น ส่วน “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญ เป็นหน้าที่ที่เรียกร้องให้รัฐทำหน้าที่ทั่วไป และหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ เนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นเรื่องหน้าที่ที่รัฐโดยทั่วไปจะต้องกระทำอยู่แล้ว และในหลายเรื่องมีเนื้อหาคล้ายกับสิทธิในทางสังคมและเศรษฐกิจที่เรียกร้องเอากับทรัพยากรหรืองบประมาณของรัฐ ประกอบกับเมื่อพิจารณาการดำเนินการเรียกร้องให้รัฐกระทำตามหน้าที่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ แล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารเป็นหลัก ดังนั้น ลักษณะเนื้อหาและการเรียกร้องให้รัฐทำการตามหน้าที่ของรัฐในทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และ หมวดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงมีความแตกต่างกันตรงที่ “หน้าที่คุ้มครอง” เป็นหน้าที่อันเกิดจากสิทธิขั้นพื้นฐาน หน้าที่ของรัฐจึงเป็นหน้าที่โดยเฉพะเจาะจงที่จะต้องกระทำให้แก่ปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิ และโดยหลักแล้วไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่บุคคลในการเรียกร้องให้รัฐทำ “หน้าที่คุ้มครอง” เว้นเสียแต่ว่า ปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิสามารถอธิบายได้ว่ามาตรการของรัฐหรือกฎหมายที่รัฐออกมานั้น ไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของตนเองได้เพียงพออย่างไรบ้าง ซึ่งการเรียกร้องนั้นไม่อาจขอไปถึงการให้รัฐจัดหาหรือจัดให้มีประโยชน์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกังบประมาณของรัฐได้ ซึ่งจะแตกต่างจาก “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญที่เปิดโอกาสให้ประชาชนเรียกร้องได้โดยทั่วไป และหน้าที่บางประการเป็นการเรียกร้องเอากับทรัพยากรของรัฐ

#### 4.2.4.2 การบังคับให้รัฐทำการตามหน้าที่

“หน้าที่คุ้มครอง” และ “หน้าที่ของรัฐ” มีเจตนารมณ์ที่เหมือนกัน คือ ความมุ่งหมายให้รัฐทำการบางประการเพื่อสนับสนุนการใช้สิทธิของบุคคล แต่ทั้งสองข้อความคิดต่างมีข้อโต้แย้งเรื่องความสามารถในการบังคับการให้เป็นไปตามหน้าที่ อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก “หน้าที่คุ้มครอง” มีรากฐานทางความคิดมาจากสิทธิขั้นพื้นฐาน ในขณะที่ “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่โดยไม่ต้องการให้มีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาในเชิงเปรียบเทียบก่อนว่า หากมีการเรียกร้องตามบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานกับบทบัญญัติหน้าที่ของรัฐ การเรียกร้องตามบทบัญญัติใดที่บุคคลจะได้รับ

การคุ้มครองมากกว่ากัน แล้วจึงพิจารณาว่า “หน้าที่คุ้มครอง” จะให้การคุ้มครองหรือมีผลบังคับอย่างไรเมื่อเปรียบเทียบกับ “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญ

การบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยและบทบัญญัติหน้าที่ของรัฐในรัฐธรรมนูญ ได้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 กำหนดรายละเอียดเอาไว้ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาโดยสรุปดังนี้

ในกรณีการบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิขั้นพื้นฐาน บุคคลผู้ทรงสิทธิสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้ตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งมี 3 วิธี คือ (1) การให้ศาลที่พิจารณาคดีส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 212 (2) การเสนอเรื่องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 231 และ (3) การฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ ที่กำหนดรายละเอียดการดำเนินการเรียกร้องสิทธิประกอบกันด้วย ส่วน “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดกลไกการบังคับการให้เป็นไปตามหมวดหน้าที่ของรัฐเอาไว้ในมาตรา 45 ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า ในการฟ้องร้องให้รัฐกระทำการตามหน้าที่ ผู้ที่จะฟ้องเป็นคดีได้จะต้องเป็น “บุคคลหรือชุมชนซึ่งได้รับประโยชน์โดยตรงจากเนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐและจะต้องเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว หรือปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร” โดยวิธีการเรียกร้องนั้นผู้ยื่นคำร้องจะต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ 3 ขั้นตอน ดังนี้ (1) จะต้องดำเนินการร้องขอไปที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อน หากหน่วยงานไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือปฏิเสธหรือไม่มีการตอบรับภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดผู้ร้องขอจะต้องทำหนังสือโต้แย้งการดำเนินการหรือไม่ดำเนินการนั้นของหน่วยงาน และ (2) ผู้ยื่นคำร้องจะต้องดำเนินการยื่นเรื่องไปที่ผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยในชั้นยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินนี้ เฉพาะกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าหน่วยงานของรัฐบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงจะส่งเรื่องไปยังคณะรัฐมนตรี (3) ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาและสั่งการตามที่เหมาะสม

จะเห็นได้ว่า การเรียกร้องเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญ มีวิธีการเรียกร้องหลายช่องทางมากกว่าการบังคับการให้เป็นไปตามหมวดหน้าที่ของรัฐ อีกทั้ง มีข้อที่น่าสังเกตว่า ในการดำเนินการก่อนฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อบังคับให้เป็นไปตามหมวดหน้าที่ของรัฐนั้น หากผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าหน่วยงานของรัฐไม่ได้บกพร่องต่อหน้าที่แล้ว ความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินจึงเป็นการตัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญไป เพราะจะมีเฉพาะกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าหน่วยงานของรัฐบกพร่องต่อหน้าที่และส่งเรื่องให้คณะรัฐมนตรี



พิจารณาเท่านั้นที่ผู้ร้องจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น วิธีการบังคับตามหมวดหน้าที่ของรัฐจึงเป็นวิธีการที่แคบกว่าการร้องขอเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิขั้นพื้นฐาน อีกทั้งบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นบทบัญญัติที่ผูกพันทุกองค์กรของรัฐ จึงไม่จำกัดเฉพาะหน่วยงานของรัฐ บางหน่วยงานตามบทบัญญัติหน้าที่ของรัฐเท่านั้น

เมื่อเราทราบแล้วว่า วิธีการเรียกร้องเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถเรียกร้องได้มากกว่าบทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐ จึงพิจารณาในประเด็นต่อมาว่า ระหว่าง “หน้าที่คุ้มครอง” และ “หน้าที่ของรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญ อะไรจะสามารถเรียกร้องให้มีการคุ้มครองได้มากกว่ากัน เราได้กล่าวกันในเบื้องต้นแล้วว่า หน้าที่คุ้มครองเป็นทฤษฎีที่เกิดจากการตีความสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้น วิธีการบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิขั้นพื้นฐานจึงสามารถเรียกร้องให้รัฐทำหน้าที่คุ้มครองได้เช่นเดียวกับสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง แต่โดยทฤษฎีแล้วปัจเจกบุคคลไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคล แต่ทำได้เพียงการพิจารณาว่ากฎหมายหรือมาตรการที่รัฐใช้นั้นไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้เพียงพออย่างไร จึงอาจจะกล่าวได้ว่า หน้าที่คุ้มครองเป็นทฤษฎีที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ไม่ได้เป็นสิ่งที่ปัจเจกบุคคลสามารถเรียกร้องได้โดยตรง

ส่วนบทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมาย การเรียกร้องให้เป็นไปตามหมวดหน้าที่ของรัฐจึงไม่สามารถทำได้ตามไปด้วย ดังนั้น ถึงแม้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ จะกำหนดวิธีการเรียกร้องในหมวดหน้าที่ของรัฐ แต่ในเมื่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ได้ก่อดังสิทธิให้แก่บุคคลแล้ว จึงทำให้ไม่มีสิ่งที่จะบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนเอง และโดยสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นแล้ว รัฐไม่ได้ตื่นตัวในการทำหน้าที่ตามที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเข้าใจเลย ตัวอย่างเห็นได้จากการบริหารสถานการณ์โรคระบาดโควิด 19 ที่เห็นได้ว่ารัฐไม่ได้ทำหน้าที่ในการควบคุมและป้องกันโรคอย่างมีประสิทธิภาพ ประชาชนในประเทศไม่สามารถเข้าถึงการตรวจโรคและได้รับวัคซีนอย่างทั่วถึงและทำให้เกิดความสูญเสียทั้งชีวิตและทางเศรษฐกิจเป็นจำนวนมาก การบัญญัติหน้าที่ของรัฐเอาไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นสิ่งที่ฝ่ายบริหารเกรงกลัวและเห็นว่าต้องทำโดยที่ประชาชนไม่ต้องร้องขอเลย ในทางกลับกันมีประชาชนจำนวนมากเรียกร้องให้มีการจัดหาและบริหารวัคซีนที่มีประสิทธิภาพ หรือหาเครื่องมือเพื่อให้ประชาชนสามารถตรวจโรคได้เอง การที่รัฐบาลดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวกลับเป็นสิ่งที่มาจากการเรียกร้องของประชาชนทั้งสิ้น ซึ่งเสี่ยงของการเรียกร้องคือความเดือดร้อนของผู้คนที่ต้องถูกห้ามเดินทางหรือออกจากที่พักอาศัย ต้องปิดกิจการและขาดรายได้ ต้องได้รับผลกระทบทางสุขภาพ จนไปถึงสูญเสียบุคคลในครอบครัว หากพิจารณาให้ดีแล้วการเรียกร้องที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในชีวิตร่างกาย เสรีภาพในการเดินทาง หรือ

เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น การเรียกร้องจึงเป็นเรื่องปกติที่เกิดขึ้นได้เสมอเมื่อรัฐทำงานล้มเหลว และจะมีเพียงการเรียกร้องและต่อสู้เท่านั้นที่จะบังคับให้รัฐทำหน้าที่ได้

จึงกล่าวได้ว่า ตัวบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานเองสามารถให้การคุ้มครองสิทธิของบุคคล หรือเพิ่มผลบังคับให้กับสิทธิขั้นพื้นฐานผ่านการตีความรัฐธรรมนูญจนก่อให้เกิดข้อความคิดเรื่องหน้าที่คุ้มครองได้ ซึ่งเมื่อเทียบกับการบัญญัติหน้าที่ของรัฐอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญที่ไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว ปัจจุบันบุคคลจึงไม่สามารถบังคับการให้เป็นไปตามหน้าที่ของรัฐได้ ดังนั้น บทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานจึงสามารถให้ความคุ้มครองปัจเจกบุคคลได้มากกว่า บทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการหักล้างความเห็นของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่เห็นว่าบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งที่กำหนดขึ้นลอย ๆ

### 4.3 การตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรนิติบัญญัติของประเทศไทย

#### 4.3.1 ข้อความเบื้องต้น

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐจะต้องผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานเหมือนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่การปราศจากบทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้ทำให้องค์กรของรัฐสามารถปฏิเสธความผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานได้ เพราะโดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐด้วยเหตุนี้ องค์กรของรัฐทุกองค์กรยังคงมีหน้าที่เคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่ โดยเฉพาะองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนและมีหน้าที่ในการตรากฎหมาย จึงไม่สามารถตรากฎหมายอย่างใดก็ได้ แต่จะต้องตรากฎหมายภายใต้เงื่อนไขการจำกัดสิทธิที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น

ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สามารถแบ่งการจำกัดสิทธิออกเป็นสองประเภท คือ (1) การจำกัดสิทธิเสรีภาพเฉพาะเรื่องที่มีเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ และ (2) การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่ได้ปรากฏเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ กรณีการจำกัดสิทธิเสรีภาพประเภทแรก รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นไปตามเงื่อนไขในการจำกัดสิทธินั้น ๆ ส่วนประเภทที่สองที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเอาไว้ รัฐธรรมนูญกำหนดว่า กฎหมายที่ตราขึ้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไม่ได้ รวมทั้งต้องระบุนเหตุผลความจำเป็นของการจำกัดเสรีภาพด้วย นอกจากนี้จะต้องตรากฎหมายตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว รัฐธรรมนูญยังกำหนดเงื่อนไขอันมีลักษณะทั่วไปในการตรากฎหมาย ที่จะต้องนำมาใช้กับสิทธิทั้งสองประเภทข้างต้น เช่น กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงอีกด้วย

เงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ นอกจากจะเป็นสิ่งที่จำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติแล้ว เงื่อนไขดังกล่าวยังเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ หากกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นโดยไม่เคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายดังกล่าวจะถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ และอาจเป็นกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

#### 4.3.2 ตัวอย่างการตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะไม่มีแนวคิดเรื่องหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเหมือนกับประเทศเยอรมนี แต่การคุ้มครองสิทธิของเอกชนจากภัยอันตรายอื่นที่ไม่ใช่รัฐก็ปรากฏให้เห็นจากกฎหมายต่าง ๆ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการอภิปรายเรื่องการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่น้อยมาก จึงทำให้กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมุ่งเน้นไปที่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่รัฐมุ่งคุ้มครองเป็นสำคัญ โดยละเลยการพิจารณาสิทธิของบุคคลที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการคุ้มครองของรัฐด้วย จึงทำให้กฎหมายหรือมาตรการที่รัฐมุ่งคุ้มครองไม่อาจสัมฤทธิ์ผลได้อย่างแท้จริง ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างที่ไดยกมาอธิบายดังนี้

##### 4.3.2.1 ประมวลกฎหมายอาญา : ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า มาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้แก้ไขกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยดังกล่าว ตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 ซึ่งได้แก้ไขมาตรา 301 ใหม่ว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กล่าวว่า “การคุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดา และสิทธิในชีวิตร่างกายของหญิงจะต้องมีความสมดุลกัน” แต่เนื่องจากในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเลือกที่จะให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของหญิงมากกว่าทารกในครรภ์มารดา และเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงเลือกที่จะให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของหญิง โดยการให้หญิงสามารถทำแท้งได้อย่างเสรีในช่วงอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ โดยไม่มีความผิดตามกฎหมาย

ปัญหาว่ารัฐจะอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรภ์ได้แค่ไหนเพียงใดนั้น เป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ หากรัฐตรากฎหมายห้ามหญิงทำแท้งในทุกกรณี สิทธิของหญิงในชีวิตร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตตนเองของหญิงก็จะได้รับความกระทบกระเทือน ในทางกลับกัน หากรัฐอนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้อย่างเสรี สิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์จะได้รับผลกระทบเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ การยุติการตั้งครรภ์จึงเป็นเรื่องที่ส่งผล

กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของหญิงที่ตั้งครรภ์ และสิทธิของทารกในครรภ์มารดา การใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิทั้งสองจึงขัดแย้งกัน ดังนั้น การที่รัฐออกมาตรการใดในเรื่องการยุติการตั้งครรภ์ รัฐจึงต้องประสานประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิที่มีการขัดแย้งกันให้มีผลใช้บังคับได้ทั้งคู่ โดยใช้วิธีการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในเรื่องการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการทำแท้ง มีข้อเสนอการแก้ไขปัญหาดังกล่าวออกเป็น 3 แนวทาง คือ<sup>90</sup>

รูปแบบแรก หญิงสามารถทำแท้งได้ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ต้องแสดงเหตุผลในการทำแท้ง และการทำแท้งของหญิงไม่เป็นความผิดทางอาญา เช่น การอนุญาตให้มีการทำแท้งในช่วง 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ โดยไม่มีความผิดตามกฎหมาย แต่เมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้วการทำแท้งไม่อาจเกิดขึ้นได้ เว้นแต่มีกรณีจำเป็นต้องทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายต่อร่างกายหรือชีวิตของมารดาและบุตร<sup>91</sup> รูปแบบดังกล่าวเป็นกรณีที่หญิงมีเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนเองว่าจะทำแท้งหรือไม่ ซึ่งข้อเสนอรูปแบบนี้มักพบในประเทศที่ไม่มีการรับรองว่าทารกเป็นผู้ทรงสิทธิในชีวิต เนื่องจากทารกในครรภ์เป็นเพียงส่วนหนึ่งในร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้น ทารกในครรภ์จึงไม่มีสภาพบุคคลที่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วในการอนุญาตให้หญิงตั้งครรภ์สามารถทำแท้งได้ในช่วงเวลาใดหรือไม่อนุญาตในช่วงเวลาใดจึงเป็นการพิจารณาจากสิทธิในเนื้อตัวร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตของตัวหญิงเป็นสำคัญ ยกตัวอย่างเช่น การจำกัดสิทธิหญิงไม่ให้ทำแท้งเมื่ออายุครรภ์มากขึ้นเพื่อคุ้มครองสุขภาพของหญิง เป็นต้น

รูปแบบที่สอง หญิงสามารถทำแท้งได้ในกรณีจำเป็นฉุกเฉิน และภายใต้สถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งศาลและแพทย์จะเป็นผู้มีบทบาทในการตัดสินใจว่าหญิงมีสิทธิที่จะทำแท้งได้หรือไม่ เช่น กฎหมายทำแท้งของประเทศสเปนที่ยกเว้นโทษให้แก่หญิงที่ทำแท้งในกรณีที่จำเป็นต้องทำแท้งเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายอย่างร้ายแรงต่อกายและจิตใจของมารดาหรือการตั้งครรภ์อันเนื่องมาจากการข่มขืน กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้ภายใน 12 สัปดาห์แรกของอายุครรภ์ และในกรณีที่ทารกในครรภ์มีโอกาสที่จะเกิดมาไม่สมประกอบซึ่งกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้ภายใน 22 สัปดาห์ของอายุครรภ์<sup>92</sup> ทั้งสองกรณีข้างต้นนี้มีบุคคลภายนอก

<sup>90</sup> ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น.136-137.

<sup>91</sup> ปิยะบุตร แสงกนกกุล, “30 ปีกฎหมายการทำแท้งเสรีในฝรั่งเศส,” Public Law Net, สืบค้นเมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2564, จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=674>

<sup>92</sup> *เพ็งอ้าว*

ที่ไม่ใช่ตัวหญิงเป็นผู้ตัดสินใจในการทำแท้งด้วย อย่างไรก็ตามกรณีการทำแท้งที่เป็นอันตรายต่อร่างกายและจิตใจของหญิง แพทย์จะต้องเป็นผู้วินิจฉัยว่าการตั้งครรภ์ต่อไปนั้นส่งผลกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจของหญิง หรือในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์อันเกิดจากการข่มขืน ศาลจะเข้ามามีบทบาทในการพิสูจน์ว่าหญิงถูกข่มขืนจริงหรือไม่ เพื่อให้หญิงสามารถทำแท้งได้ รูปแบบดังกล่าวจึงเป็นการให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจว่าหญิงจะทำแท้งได้หรือไม่ ซึ่งเท่ากับว่าหญิงไม่ได้มีอำนาจอิสระในการตัดสินใจเหมือนรูปแบบแรก นอกจากนี้ รูปแบบดังกล่าวยังเหมือนกับมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเดิม ที่กำหนดให้สิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดามีน้ำหนักมากกว่าสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์

รูปแบบที่สาม หญิงสามารถทำแท้งได้ในกรณีจำเป็นฉุกเฉินภายใต้สถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น และกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น โดยหญิงมีอำนาจตัดสินใจสุดท้ายว่าตนเองตกอยู่ในสถานการณ์จำเป็นฉุกเฉินนั้นหรือไม่ รูปแบบดังกล่าวเป็นความพยายามที่จะคุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตตัวเองของหญิง และสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์ไปพร้อม ๆ กัน ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดให้การทำแท้งภายใน 12 สัปดาห์แรกไม่มีความผิดอาญา หากการทำแท้งนั้นเกิดจากความสมัครใจของหญิงและได้รับความยินยอมทางการแพทย์หรือความเห็นของแพทย์ ซึ่งรูปแบบนี้เป็นการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดา เนื่องจากการทำแท้งจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวก็เป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการกำหนดวิถีชีวิตตนเองของหญิงไปพร้อมกันด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเห็นว่าชีวิตของทารกในครรภ์มารดาไม่ว่าจะมีอายุครรภ์เท่าใดก็ตามมีน้ำหนักมากกว่าเสรีภาพในการกำหนดวิถีชีวิตตนเองของหญิง การกำหนดระยะเวลาให้สามารถทำแท้งได้โดยไม่มี ความผิดอาญาจึงเป็นเรื่องที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้ได้รับคำวิจารณ์อย่างมาก เนื่องจากเห็นว่าเป็นการก้าวล่วงดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายซึ่งขัดต่อการแบ่งแยกอำนาจ

การที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้หญิงสามารถทำแท้งได้อย่างเสรีภายในอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ โดยที่ไม่มีความผิดตามกฎหมาย เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกที่จะคุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตของหญิงมากกว่าสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์ อย่างไรก็ตาม การที่บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวครอบคลุมไปถึงการอนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้ด้วยตนเองโดยไม่มี ความผิดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ได้เป็นการคุ้มครองหญิงที่ตั้งครรภ์จนถึงที่สุด

เพราะ การปล่อยให้หญิงทำแท้งด้วยตนเองโดยไม่ผ่านกระบวนการทางการแพทย์ที่เหมาะสม ย่อมมีผลอันตรายต่อสุขภาพของหญิงได้<sup>93</sup>

สำหรับสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดาที่ต้องทำการชั่งน้ำหนักกับสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการยุติการตั้งครรภ์ต้องกระทำภายใน 12 สัปดาห์ โดยมีเหตุผลมาจากการทำแท้งในอายุครรภ์ที่มากกว่านี้จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิง และตัวอ่อนในครรภ์เริ่มมีอวัยวะซึ่งมีความสามารถที่จะอยู่รอดเป็นทารกภายนอกครรภ์มารดาได้<sup>94</sup> ผู้เขียนเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้คุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์อย่างสมดุล กล่าวคือ ในการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน หากเลือกที่จะคุ้มครองสิทธิของหญิงแล้ว การคุ้มครองดังกล่าวย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของทารกในครรภ์โดยปริยาย เมื่อทารกในครรภ์ถูกจำกัดสิทธิแล้ว การจำกัดสิทธิก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนด้วย ดังนั้น แม้ว่าการอนุญาตให้หญิงทำแท้งโดยไม่ผิดกฎหมายจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตตนเองของหญิงได้ก็ตาม แต่การอนุญาตดังกล่าวเป็นการยินยอมให้หญิงทำลายชีวิตของทารกในครรภ์โดยที่ไม่มี ความผิดตามกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้สิทธิในชีวิตของทารกไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้ จึงเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์เพียงฝ่ายเดียว โดยที่ไม่ได้คุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดาเลย เพราะมาตรการทางกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกใช้ทำให้สิทธิในชีวิตของทารกซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงโดยสิ้นเชิง

การถกเถียงว่ากฎหมายจะอนุญาตให้หญิงทำแท้งได้หรือไม่นั้น เราจะต้องเริ่มต้นพิจารณาจากควมมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดาเสียก่อน ผู้เขียนเห็นว่าชีวิตของมนุษย์ทุกคนเริ่มต้นจากการปฏิสนธิและอาศัยมดลูกและร่างกายของผู้หญิงในการเจริญเติบโต แม้หลังจากการคลอดร่างกายของเด็กจะแยกออกมาจากตัวหญิงแล้วก็ตาม แต่เด็กแรกเกิดยังไม่

<sup>93</sup> ในประเด็นนี้ คณะกรรมการวิสามัญได้ให้ข้อสังเกตว่า ตามมาตรา 301 หญิงอาจทำให้ตนเองแท้งลูกด้วยวิธีการใด ๆ ซึ่งไม่ได้อยู่ภายใต้การดูแลรักษาสุขภาพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม อันอาจเป็นช่องทางให้มีการซื้อขายที่ผิดกฎหมายมาใช้เองหรือทำแท้งเถื่อน ... โปรดดูเพิ่มเติม กลุ่มงานคณะกรรมการกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการ กลุ่มชาติพันธุ์ และผู้มีความหลากหลายทางเพศ สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงาน ของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... สภาผู้แทนราษฎร, น.12.

<sup>94</sup> บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ ... พ.ศ. ... สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 2 วันที่ 25 ธันวาคม 2563, น.6-7.

ความสามารถในการดำรงชีพได้ด้วยตัวเอง หากแต่ต้องอาศัยผู้อื่นโดยเฉพาะแม่ในการเลี้ยงดูเพื่อให้มีชีวิตต่อไป ทารกในครรภ์กับเด็กที่คลอดออกมาแล้วจึงมีสภาพของการมีชีวิตที่เหมือนกัน เพียงแต่มีอวัยวะและร่างกายไม่เหมือนกันเท่านั้น ชีวิตของมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในครรภ์หรือนอกครรภ์มารดาก็ยังต้องพัฒนาต่อไปตามช่วงอายุของชีวิต จึงเห็นว่าสิทธิในชีวิตตามรัฐธรรมนูญต้องคุ้มครองไปถึงทารกในครรภ์มารดาด้วย อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้อาจมีข้อถกเถียงเกี่ยวกับสภาพบุคคลของทารกที่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากตามกฎหมายเอกชนกำหนดว่าสภาพบุคคลจะเริ่มต้นเมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก ประกอบกับรัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย... จึงมีการตีความว่า “บุคคล” ตามรัฐธรรมนูญหมายถึงทารกที่คลอดออกมาแล้วเท่านั้น ทารกที่อยู่ในครรภ์เป็นเพียงส่วนหนึ่งของร่างกายหญิงจึงยังไม่มีสภาพบุคคล และไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ ผู้เขียนเห็นว่าหากตีความให้เป็นเช่นนี้จะทำให้การคุ้มครองสิทธิในชีวิตไม่ครอบคลุมทุกช่วงเวลาของการมีชีวิต เพราะวัตถุประสงค์ของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานนอกจากจะป้องกันการล่วงละเมิดจากรัฐแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองให้ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิของตนเองได้ เมื่อทารกในครรภ์เป็นสิ่งมีชีวิตอย่างหนึ่งและอยู่ในช่วงต้นของชีวิตที่จะพัฒนาต่อไปภายนอกครรภ์มารดา ดังนั้น ทารกในครรภ์จึงเป็นผู้ทรงสิทธิในชีวิตและได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี ข้อเสนอสนับสนุนการทำแท้งเสรีโดยพิจารณาจากสิทธิของหญิงเป็นสิ่งสำคัญ อย่างเช่น การมองว่าทารกในครรภ์เป็นส่วนหนึ่งของร่างกายหญิงด้วยเหตุที่ทารกยังไม่มีสภาพบุคคล โดยหญิงจะทำอะไรกับร่างกายของตนเองก็ได้ กรณีดังกล่าวเห็นว่า ถึงแม้ทารกในครรภ์จะไม่มีสภาพบุคคลตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเอกชน แต่ทารกไม่ใช่อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของหญิง หากเป็นสิ่งมีชีวิตที่อาศัยร่างกายของหญิงเพื่อการเจริญเติบโตซึ่งเป็นกลไกปกติตามธรรมชาติ ฉะนั้น จึงไม่อาจทำแท้งโดยอาศัยเหตุดังกล่าวได้ ส่วนการแบ่งช่วงระยะเวลาในการทำแท้งโดยกำหนดให้ช่วงระยะเวลาหนึ่งสามารถทำแท้งได้โดยปราศจากเงื่อนไข ยังเป็นการทำให้สิทธิในชีวิตของทารกไม่มีที่บังคับใช้ได้เลย

ในประเด็นเรื่องการทำแท้งนี้เราจะเห็นได้ว่าสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงและเสรีภาพในการกำหนดชีวิตของตนเองจะถูกยกมาเป็นข้อถกเถียงให้มีการทำแท้งเสรีเสมอ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าประเด็นเรื่องทำแท้งมีผลต่อสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์มารดา จึงเป็นกรณีที่หญิงและทารกในครรภ์สามารถอ้างความคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐานได้ แต่การใช้สิทธิของบุคคลหนึ่งไปมีผลกระทบต่ออีกบุคคลหนึ่ง หรือที่เราเรียกว่าการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน ปัญหาเรื่องการทำแท้งจึงต้องมาพิจารณาว่าสิทธิขั้นพื้นฐานใดจะมีผลบังคับใช้หรือถูกคุ้มครองมากกว่ากัน ซึ่งในทางวิชาการสามารถแก้ไขปัญหาได้โดยวิธีการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน และเมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของหญิงและสิทธิของทารกในครรภ์มารดาแล้ว การใช้เสรีภาพในการกำหนดวิถี

ชีวิตของหญิงในการทำแท้งเป็นการทำลายชีวิตและทำให้ทารกไม่สามารถใช้สิทธิอื่น ๆ ได้เลยในอนาคต ในทางตรงข้ามหากห้ามหญิงทำแท้งเพื่อให้หญิงอุ้มท้องต่อไปจนกระทั่งคลอด หญิงอาจจะต้องรับภาระจากการมีลูก ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบผลของการใช้สิทธิอย่างเต็มที่ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้วจะเห็นได้ว่า การใช้สิทธิของหญิงจะทำให้สิทธิของทารกได้รับผลกระทบมากกว่า เพราะเป็นการทำให้สิทธิของทารกสิ้นผลไป ดังนั้น ในกรณีนี้ทารกในครรภ์มารดาจึงมีน้ำหนักและควรได้รับการคุ้มครองมากกว่า

อย่างไรก็ดี ถึงแม้สิทธิในการมีชีวิตของทารกจะมีน้ำหนักมากกว่า แต่การใช้สิทธิของทารกก็มีอยู่อย่างจำกัด เพราะในบางสถานการณ์การตั้งครรถ์ต่อไปอาจจะเป็นการจำกัดสิทธิของหญิงจนเกินสมควร เช่น การตั้งครรถ์ส่งผลต่อต่อสุขภาพของหญิง หรือทารกในครรภ์หากคลอดออกมาจะมีร่างกายไม่สมบูรณ์ หรือการตั้งครรถ์เกิดจากความผิดปกติเกี่ยวกับเพศในทางอาญา ดังนั้น หากหญิงตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว หญิงจึงควรได้รับการยกเว้นเพื่อให้สามารถทำแท้งได้ และเป็นการคุ้มครองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงด้วย

นอกจากสถานการณ์เหล่านี้แล้ว ในกรณีที่หญิงมีความประสงค์จะทำแท้งซึ่งอาจเกิดจากสาเหตุอื่น เช่น ความไม่พร้อมในการดูแลเนื่องจากปัญหาทางเศรษฐกิจ หากให้หญิงทำแท้งได้อย่างเสรีโดยไม่มีคามผิดตามกฎหมายเลย ก็จะเป็นการทำลายสิทธิในชีวิตของทารก ผู้เขียนจึงเห็นว่า หญิงที่ต้องการทำแท้งด้วยสาเหตุอื่นจะต้องผ่านกระบวนการให้คำปรึกษาของรัฐเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัว และได้รับคำปรึกษาจากแพทย์ก่อน โดยกระบวนการนี้ต้องเป็นการโน้มน้าวให้หญิงตั้งครรถ์ต่อไปจนกระทั่งคลอด รวมถึงการช่วยเหลือและจัดการอุปสรรคต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับหญิงภายหลังคลอดบุตรด้วย หากหญิงยืนยันที่จะทำแท้ง หญิงก็สามารถทำแท้งได้โดยไม่ถูกลงโทษตามกฎหมาย ซึ่งการที่หญิงต้องผ่านกระบวนการให้คำปรึกษาก็มีวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์ เพราะในขั้นตอนของการให้คำปรึกษาจะต้องเป็นการช่วยเหลือหรือสนับสนุนหญิงในการตั้งครรถ์และเลี้ยงดูบุตรของตนเองต่อไป แม้ภายหลังการให้คำปรึกษาหญิงยังตัดสินใจที่จะทำแท้งเหมือนเดิม การทำแท้งนั้นก็ยังคงมีความผิดตามกฎหมายอยู่เพียงแต่หญิงจะไม่ได้รับการลงโทษเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยืนยันว่าระบบกฎหมายไม่ยอมรับให้การทำแท้งเป็นสิ่งถูกต้อง เพราะหากกำหนดให้การทำแท้งสามารถทำได้โดยไม่เป็นความผิดตามกฎหมายแล้ว จะเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติทำลายสิทธิในชีวิตของทารกซึ่งเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ สำหรับการกำหนดระยะเวลาทำแท้งในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า การทำแท้งในอายุครรภ์ที่มากขึ้นจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงด้วย ประกอบกับมีหลายกรณีที่หญิงไม่รู้ตัวว่าตนเองตั้งครรถ์ แต่มักจะรู้ในช่วงอายุครรภ์ 20 สัปดาห์แล้ว โดยมีหลายสาเหตุ เช่น ประจำเดือนมาไม่สม่ำเสมอเป็นปกติ หน้าท้องไม่ขยายเหมือนคนตั้งครรถ์ ดังนั้น จึงไม่ควรอนุญาตให้ทำแท้งในอายุครรภ์เกิน 20 สัปดาห์ เว้นแต่ เกิดสถานการณ์พิเศษกับหญิงตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น



#### 4.3.2.2 กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เพศหญิง เพศชาย และเพศพิเศษหรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นเพศโดยกำเนิด หรือแม้ว่าภายหลังเกิดมาแล้วมีความประสงค์ที่จะดำรงเพศหรือดำรงสถานะที่แตกต่างไปอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลเหล่านี้มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในการที่จะดำรงสถานะอยู่ในสังคมไทยอย่างเท่าเทียมกันและมีโอกาสเหมือนกัน และเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติ ด้วยสาเหตุทางเพศสามารถเข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายนี้ได้ตลอดจนให้มีการให้ความช่วยเหลือ เยียวยา หรือบรรเทาทุกข์แก่บุคคลที่ตกเป็นผู้เสียหายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ชัดเจนเพื่อช่วยแก้ไขปัญห การเลือกปฏิบัติโดยสาเหตุเกี่ยวกับเพศ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหในเรื่องเกี่ยวกับความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมทางเพศ จึงต้องยกร่างกฎหมายพิเศษที่มีลักษณะในการให้ความคุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยสาเหตุทางเพศอย่างครอบคลุมในทุกพื้นที่ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ขึ้น<sup>95</sup>

สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดว่า หากเกิด “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”<sup>96</sup> ในหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติมีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (คณะกรรมการ วลพ.) ได้<sup>97</sup>

<sup>95</sup> รัฐสภา, “บันทึกท้ายพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2564, จาก [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1683&filename=government](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1683&filename=government), น.1.

<sup>96</sup> พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด

<sup>97</sup> พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 17 การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือ บุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิ และเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติ

ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัยและสั่งการให้หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนดำเนินการระงับการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้น หรือให้การชดเชยเยียวยาผู้เสียหายจากกองทุนที่กฎหมายนี้ได้จัดตั้งขึ้น<sup>98</sup> ทั้งนี้ หากฝ่าฝืนไม่ดำเนินการตามคำสั่งของคณะกรรมการ วลพ. หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนก็จะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งมีทั้งโทษปรับและจำคุก<sup>99</sup>

---

ตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

มาตรา 18 บุคคลใดเห็นว่าตนได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และมีใช่เป็นเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว ให้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. เพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศหรือไม่ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วลพ. ให้เป็นที่สุด ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และวิธีการในการยื่นคำร้อง การพิจารณา และการวินิจฉัยให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ สทพ.

การร้องขอตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ร้องในอันที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ โดยให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินให้แก่บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้ และหากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่เกินสี่เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงด้วยก็ได้

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศอาจขอให้องค์กรที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ยื่นคำร้องหรือฟ้องคดีแทนได้

การฟ้องคดีตามวรรคสอง ให้ฟ้องภายในระยะเวลาสองปีนับแต่วันที่คณะกรรมการ วลพ. มีคำวินิจฉัย หรือนับแต่วันที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุด แล้วแต่กรณี

<sup>98</sup> พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 20 ในกรณีที่คณะกรรมการ วลพ. วินิจฉัยว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ให้มีอำนาจออกคำสั่ง ดังต่อไปนี้

- (1) ให้หน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ด้วยวิธีใดที่เห็นเหมาะสม เพื่อระงับและป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ
- (2) ให้การชดเชยและเยียวยาผู้เสียหายตามความในหมวด 4

จากความเป็นมาและเหตุผลในการร่างกฎหมายข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยการนำมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาบัญญัติเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เพื่อกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสามารถถูกนำมาใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนได้ เนื่องจากตามสภาพความเป็นจริงนั้น บุคคลถูกเลือกปฏิบัติด้วยความแตกต่างทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศทั้งจากหน่วยงานของรัฐและเอกชนด้วยกัน ยกตัวอย่างเช่น การไม่รับสมัครเข้าทำงาน หรือให้บุคคลออกจากงานเนื่องจากบุคคลนั้นแสดงออกไม่ตรงกับเพศสภาพ การปฏิเสธการใช้บริการในร้านอาหารและโรงแรม การห้ามบุคคลแต่งกายตรงตามเพศวิถีของตนเองในสถาบันการศึกษา การห้ามภิกษุณีเข้าถวายความเคารพพระบรมศพ เป็นต้น<sup>100</sup> จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า การล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดขึ้นจากเอกชนด้วยกันเองได้เช่นเดียวกัน และผลกระทบที่เกิดขึ้นนี้ก็ส่งผลให้บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติไม่สามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของตนเองได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น รัฐจึงต้องจัดการความสัมพันธ์ดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้ก็คือการตรากฎหมายคุ้มครองความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศนั่นเอง โดยกฎหมายฉบับนี้ บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติสามารถอ้างความเสมอภาคทางเพศหรือการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญผ่านทางกฎหมายดังกล่าวขึ้นยื่นต่อเอกชนได้ โดยการร้องเรียนต่อคณะกรรมการ วลพ.

อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายฉบับนี้จะเป็นการคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะจากการละเมิดที่มาจากเอกชนด้วยกันเองก็ตาม แต่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้คำนึงถึงเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเลยว่าเอกชนคนดังกล่าวก็เป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเหมือนกัน กล่าวคือ ในกรณีที่คณะกรรมการ วลพ. เห็นว่า การกระทำของเอกชนรายใดเป็นการเลือกปฏิบัติแล้ว และมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งออกมา หากเอกชนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

---

คำสั่งของคณะกรรมการ วลพ. ตามวรรคหนึ่ง จะต้องแสดงเหตุผลอย่างชัดเจนและอาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็น รวมทั้งจะมีข้อสังเกตเสนอต่อคณะกรรมการ สทพ. เพื่อให้หน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องปฏิบัติเกี่ยวกับกรณีใดตามที่เห็นสมควรก็ได้

<sup>99</sup> พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 34 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการ วลพ. ตามมาตรา 20 (1) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>100</sup> กรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว: คณะผู้ศึกษา จิตรารักษ์ วันสพงศ์ และปิยะวรรณ แก้วศรี, “รายงานการศึกษา : การทบทวนความก้าวหน้าของการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558,”(กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2563) น.7.

การฝ่าฝืนคำสั่งจะต้องได้รับโทษทางอาญาตามมาตรา 34 ยกตัวอย่างเช่น ในประกาศการรับสมัครบุคคลเข้าทำงาน มีข้อกำหนดคุณสมบัติของบุคคลในการรับสมัครว่า ต้องเป็นบุคคลที่แสดงออกตรงตามเพศสภาพของตนเอง กรณีเช่นนี้เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลที่มีเพศวิถีต่างออกไป ซึ่งตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ให้สิทธิบุคคลที่จะร้องเรียนต่อคณะกรรมการ วลพ. เพื่อขอให้ระงับการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม รวมถึงการขอให้เยียวยาและชดเชยความเสียหายได้ด้วย ซึ่งหากคณะกรรมการ วลพ. พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจริง คณะกรรมการฯ มีอำนาจออกคำสั่งให้ระงับการกระทำนั้น ซึ่งอำนาจดังกล่าวย่อมหมายความรวมถึงการมีคำสั่งยกเลิกคุณสมบัติข้อที่มีการพิพาทตามประกาศการจ้างงานได้ แต่ถ้านายจ้างไม่ทำตามคำสั่งของคณะกรรมการฯ และยังคงใช้ประกาศเดิมต่อไป กรณีเช่นนี้นายจ้างจะมีความผิดต้องได้รับโทษตามกฎหมายซึ่งมีทั้งโทษปรับและโทษจำคุก

ตามตัวอย่างข้างต้น หากพิจารณาจากการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของนายจ้างแล้วจะพบว่า นายจ้างสามารถอ้างเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อกำหนดคุณสมบัติของพนักงานตามที่ตนเองต้องการได้ ซึ่งเสรีภาพดังกล่าวเป็นเสรีภาพทั่วไปตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในขณะที่ผู้สมัครเข้าทำงานก็สามารถอ้างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ได้โดยตรงว่า แม้นายจ้างจะเป็นเอกชน แต่นายจ้างก็ไม่สามารถเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเกี่ยวกับเพศได้ ซึ่งจากกฎหมายดังกล่าวเป็นการนำบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตราไว้ในพระราชบัญญัติ ในกรณีนี้ผู้สมัครเข้าทำงานจึงได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน เราจึงเห็นได้ว่าเอกชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถอ้างเพื่อได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในความสัมพันธ์ดังกล่าวได้ทั้งคู่ การใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนทั้งสองฝ่ายจึงเป็นการขัดแย้งกัน ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานว่าสิทธิขั้นพื้นฐานใดจะได้รับการคุ้มครองหรือมีน้ำหนักมากกว่ากัน ผู้เขียนเห็นว่า บุคคลทุกคนสามารถแสดงออกตามสิ่งที่ตนเองปรารถนาได้ เพราะ การเลือกเป็นในสิ่งที่ตนเองต้องการจะทำให้มนุษย์สามารถพัฒนาศักยภาพตนเองต่อไปได้ แต่หากเกิดการเลือกปฏิบัติซึ่งทำให้บุคคลเกิดอุปสรรคในการแสดงออกถึงตัวตน นอกจากจะเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว การที่รัฐธรรมนูญรับรองว่าบุคคลมีสิทธิในชีวิตร่างกายที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนเองก็จะเป็นจริงได้ ในขณะที่การถูกจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาบางประการอาจจะทำให้ผู้ว่าจ้างไม่ได้คนตามที่ตนเองต้องการ แต่ความต้องการดังกล่าวเป็นเพียงความถูกใจ ทั้งที่ปัจจัยเรื่องเพศไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องความสามารถของบุคคลเลย ดังนั้น ผู้ที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจึงควรได้รับความคุ้มครองมากกว่า ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อสร้างความเสมอภาคระหว่างเพศ

อย่างไรก็ดี ในการแก้ไขปัญหาการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน มีหลักการสำคัญประการหนึ่งว่า ผลจากการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักการที่เกิดการปะทะกันนั้นจะต้อง

ไม่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักการที่มีน้ำหนักน้อยกว่าสิ้นผลไปจากระบบกฎหมาย หมายความว่า เราจะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีน้ำหนักน้อยกว่า ซึ่งในกรณีนี้คือการคุ้มครองเสรีภาพในการทำสัญญาไปพร้อมกันด้วย อีกทั้ง การพิจารณาว่าความเสมอภาคระหว่างเพศมีน้ำหนักมากกว่านั้นก็เป็นการจำกัดสิทธิในการทำสัญญาโดยปริยาย ซึ่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานก็มีหลักสำคัญว่าจะกระทบถึงสาระสำคัญไม่ได้ ฉะนั้น เราจึงต้องหามาตรการให้บุคคลไม่ว่าจะมีเพศใดได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาค ในขณะที่เอกชนซึ่งเป็นฝ่ายที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ยังสามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของตนได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรกำหนดให้การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้ แต่การกำหนดสภาพบังคับของการกระทำดังกล่าว ไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดและมีโทษทางอาญา เนื่องจากมาตรการทางอาญาเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างร้ายแรง เพราะมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล แม้การกำหนดเป็นโทษปรับทางอาญาจะเป็นความเสียหายต่อตัวเงิน แต่การปรับมีความยืดหยุ่นกับการต้องถูกจำคุกหรือกักขัง และการลงโทษทางอาญายังส่งผลต่อชื่อเสียงและเกียรติยศของบุคคล การกำหนดให้เป็นความผิดและมีโทษทางอาญายังทำให้บุคคลได้รับผลกระทบเกินสมควรอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่การเลือกปฏิบัตินั้นบุคคลสามารถอ้างความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งกรณีที่ยกตัวอย่างคือการอ้างเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งเป็นเสรีภาพทั่วไป เพราะ ในการทำงาน นายจ้างย่อมต้องการลูกจ้างที่มีความสามารถในการทำงานและความสามารถในการปฏิบัติงานร่วมกัน ซึ่งประการหลังนี้เป็นความพึงพอใจส่วนตัวของนายจ้างโดยแท้ ดังนั้น ประเด็นเกี่ยวกับเพศจึงอาจจะเป็นทัศนคติส่วนตัวของนายจ้างที่มองว่าหากรับเข้ามาทำงานแล้วจะเกิดอุปสรรคและปัญหาในการทำงานได้ การที่นายจ้างปฏิเสธการจ้างงานด้วยเหตุเกี่ยวกับเพศ ผู้สมัครเข้าทำงานยังมีโอกาสที่จะไปสมัครงานที่อื่นได้ แต่หากการปฏิเสธดังกล่าวส่งผลให้นายจ้างต้องมีความผิดและถูกลงโทษทางอาญา จะมีผลต่อการจำกัดเสรีภาพของนายจ้างโดยตรง และเป็นการบีบบังคับให้นายจ้างต้องรับบุคคลนั้นเข้าทำงานท้ายที่สุดแล้วผลร้ายก็จะเกิดกับผู้สมัครงานที่อาจถูกกลั่นแกล้งในภายหลังได้ นอกจากนี้ การกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาเสมือนเป็นมาตรการตั้งรับกับปัญหาที่เกิดขึ้นมากกว่าการป้องกันปัญหาและยังสะท้อนถึงการใช้อำนาจที่เด็ดขาดของรัฐในการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่ควรเกิดขึ้นในสังคม ในกรณีนี้จึงควรกำหนดว่า ในการจ้างงานการเลือกปฏิบัติทางเพศไม่ว่าในกรณีใดก็ตามไม่อาจกระทำได้ หากมีการฝ่าฝืนควรกำหนดให้มีสภาพบังคับทางแพ่ง กล่าวคือ หากมีข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ให้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ และผู้ที่ได้รับการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ โดยการกำหนดค่าเสียหายนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับพระราชบัญญัติความเสมอภาคระหว่างเพศฯ ที่กำหนดเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เพราะค่าเสียหายดังกล่าวมุ่งลงโทษบุคคลที่กระทำการเลือกปฏิบัติมากกว่าค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงกับบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ แม้ไม่ปรากฏค่าเสียหายที่แท้จริงเลย ศาลก็สามารถกำหนดค่าเสียหายในเชิง

ลงโทษได้ เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่า การที่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทางเพศเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ และ เนื่องจากเป็นสภาพบังคับทางแพ่ง นายจ้างจะได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นมาตรการที่เหมาะสมกว่าการกำหนดโทษทางอาญา ทั้งนี้ การคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติทางเพศอาจจะไม่ได้มีน้ำหนักมากกว่าเสรีภาพในการทำสัญญาทุกกรณี เพราะบางลักษณะงานอาจจะเหมาะสมกับเพศใดเพศหนึ่งมากกว่า เช่น เหตุผลทางสรีระและความแข็งแรงของร่างกาย เป็นต้น กรณีนี้เอกชนสามารถเลือกที่จะปฏิบัติต่างกันในเรื่องเพศได้

#### 4.3.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่

พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 มีวัตถุประสงค์ประการหนึ่งในการคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ จึงได้กำหนดให้มีการจัดเขตสูบบุหรี่สำหรับผู้สูบบุหรี่ โดยมีแนวทางในการกำหนดพื้นที่ให้เป็นสัดส่วนเหมาะสมกับจำนวนผู้สูบบุหรี่ที่เข้ามาใช้บริการพื้นที่เขตสูบบุหรี่ รวมทั้งกำหนดสภาพหรือลักษณะเขตสูบบุหรี่ที่ถูกต้องลักษณะ แต่ในขณะเดียวกันการจัดเขตสูบบุหรี่จะต้องไม่เป็นการดำเนินการที่เป็นการรบกวนสุขภาพอนามัยของผู้ไม่สูบบุหรี่ที่อยู่บริเวณสถานที่ดังกล่าวเช่นเดียวกัน<sup>101</sup>

สาระสำคัญของกฎหมายคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ จึงเป็นการกำหนดประเภทหรือสถานที่ให้เป็นเขตปลอดบุหรี่ หรือเป็นเขตที่สามารถสูบบุหรี่ได้<sup>102</sup> ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 4 กลุ่ม ดังนี้<sup>103</sup>

<sup>101</sup> รัฐสภา, “บันทึกท้ายพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2564, จาก [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=2117&filename=government](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=2117&filename=government), น.1.

<sup>102</sup> พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 มาตรา 41 ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ มีอำนาจประกาศประเภท หรือชื่อของสถานที่สาธารณะ สถานที่ทำงาน และยานพาหนะ ให้ส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของสถานที่ และยานพาหนะดังกล่าว เป็นเขตปลอดบุหรี่

รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ อาจกำหนดให้มีเขตสูบบุหรี่ในเขตปลอดบุหรี่ตามวรรคหนึ่งก็ได้

ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง กำหนดประเภทหรือชื่อของสถานที่สาธารณะ สถานที่ทำงาน และยานพาหนะให้ส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของสถานที่ และยานพาหนะ เป็นเขตปลอดบุหรี่ หรือเขตสูบบุหรี่ในเขตปลอดบุหรี่ พ.ศ. 2561 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง และมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560

(1) เขตปลอดบุหรี่ทั้งหมด + ระยะทาง 5 เมตร จากทางเข้าออก เช่น โรงพยาบาล คลินิก สถานศึกษาที่ต่ำกว่าอุดมศึกษา สถาบันกวดวิชา สนามเด็กเล่น เป็นต้น

(2) เขตปลอดบุหรี่ทั้งหมดทั้งภายในและภายนอกอาคาร เช่น สถานที่จำหน่ายอาหารและ/หรือเครื่องดื่มที่มีระบบปรับอากาศ อาคารจอดรถ ร้านจำหน่ายสินค้า คาราโอเกะ สถานบันเทิง ตลาด ยานพาหนะสาธารณะในขณะที่ให้บริการไม่ว่าจะมีผู้โดยสารหรือไม่ก็ตาม เป็นต้น

(3) เขตปลอดบุหรี่ทั้งหมด แต่สามารถจัดให้มีเขตสูบบุหรี่ในพื้นที่นอกอาคารโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างได้ ได้แก่ สถานศึกษาระดับอุดมศึกษา สถานที่ราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ท่าอากาศยาน

(4) เขตปลอดบุหรี่ในพื้นที่เฉพาะส่วนที่ระบุ + 5 เมตรจากพื้นที่ที่ระบุ หรือจากประตู หน้าต่าง ทางเข้า ทางออก ท่อ หรือช่องระบายอากาศ เช่น พื้นที่ภายในและดาดฟ้าของอาคาร โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างของห้างสรรพสินค้า ศูนย์การค้า สถานที่ทำงานของเอกชน บริเวณที่จำหน่ายหรือให้บริการอาหารเครื่องดื่มของสถานที่จำหน่ายอาหารเครื่องดื่มที่ไม่มีระบบปรับอากาศ เป็นต้น

การคุ้มครองผู้ไม่สูบบุหรี่เกิดจากการยอมรับในทางการแพทย์ว่าควันบุหรี่มีผลต่อสุขภาพของผู้ที่อยู่ใกล้เคียงไม่แตกต่างจากผู้สูบบุหรี่เอง ซึ่งการสัมผัสกับควันบุหรี่ได้ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ทั้งในระยะสั้นและระยะยาว โดยในระยะสั้นอาจเกิดอาการเวียนศีรษะ ไอ เจ็บคอ และหากสัมผัสควันบุหรี่เป็นระยะเวลานานอาจส่งผลกระทบต่อโรคหัวใจ โรคหลอดเลือดในสมอง และ

---

นอกจากพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 แล้ว ยังมีมาตรการทางกฎหมายอื่นที่กำหนดเขตปลอดบุหรี่ด้วย เช่น คำสั่งที่ 1064/2560 เรื่อง มาตรการคุ้มครองทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งบริเวณชายหาด... ออกตามความในมาตรา 17 ประกอบมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. 2558 กำหนดโทษผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ออกตามมาตรา 17 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ข้อ 2 ห้ามมิให้บุคคลหรือนิติบุคคลใด กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในบริเวณชายหาด ดังต่อไปนี้ (1) สูบบุหรี่หรือทิงกันบุหรี่บริเวณชายหาด เว้นแต่เป็นการสูบบุหรี่หรือทิงกันบุหรี่ในบริเวณพื้นที่หรือในสถานที่ที่เจ้าหน้าที่ หรือหน่วยงานราชการได้จัดไว้

<sup>103</sup> อังคณา บริสุทธิ์, “Workshop เส้นทางสู่สถานพยาบาลปลอดบุหรี่ 100% รู้ยังทำได้จริง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2564, จาก <http://thailandsmokingcessation.com/admin/file/document/04032019143424.pdf>

โรคมะเร็งได้<sup>104</sup> แต่ในปัจจุบันการสูบบุหรี่เป็นเพียงพฤติกรรมที่รัฐพยายามรณรงค์ให้มีการเลิกเท่านั้น ยังไม่ได้เป็นการกระทำที่รัฐกำหนดให้เป็นความผิดแต่อย่างใด การตรากฎหมายคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ จึงเป็นกรณีที่รัฐเข้าไปคุ้มครองสิทธิในร่างกายของบุคคลจากการสูบบุหรี่ของบุคคลอื่น ในการพิจารณากฎหมายคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ นอกจากจะต้องพิจารณาสิทธิในร่างกายซึ่งมีความหมายครอบคลุมไปถึงสุขภาพอนามัยของผู้ไม่สูบบุหรี่แล้ว เราจะต้องพิจารณาสิทธิของผู้สูบบุหรี่ด้วย เพราะ เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดให้การสูบบุหรี่เป็นความผิด การสูบบุหรี่ย่อมได้รับความคุ้มครองในฐานะเสรีภาพทั่วไปตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน เราจึงพบว่าในความสัมพันธ์ดังกล่าว การใช้เสรีภาพทั่วไปของผู้ที่สูบบุหรี่และการอ้างสิทธิในร่างกายของผู้ที่ไม่สูบบุหรี่เกิดการขัดแย้งกัน เราจึงต้องทำการชั่งน้ำหนักกว่าควรที่จะคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานใดมากกว่า ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิในร่างกายของผู้ที่ไม่สูบบุหรี่มีน้ำหนักมากกว่า กล่าวคือ หากรัฐปล่อยให้มีการสูบบุหรี่อย่างเสรี ควันบุหรี่ย่อมทำลายสุขภาพเป็นบริเวณกว้าง อันตรายจากควันบุหรี่ยังไม่ได้มีผลกระทบแค่ผู้ที่อยู่ใกล้คนสูบบุหรี่เท่านั้น แต่ควันบุหรี่ยังลอยอยู่ในอากาศและตกค้างตามสิ่งของต่าง ๆ ในบริเวณที่มีการสูบบุหรี่อีกด้วย หมายความว่าแม้จะไม่มี การสูบบุหรี่ในบริเวณนั้น แต่ควันบุหรี่ยังตกค้างอยู่ก็ทำให้คนที่มาใช้สถานที่ในภายหลังต้องรับสารเคมีที่เป็นอันตรายต่อร่างกายไปด้วย จึงเห็นได้ว่าการสูบบุหรี่ครั้งหนึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของบุคคลหลายคน ดังนั้น จึงควรให้ความคุ้มครองสุขภาพของผู้ที่ไม่สูบบุหรี่มากกว่า ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายกำหนดพื้นที่สำหรับเขตปลอดบุหรี่ อย่างไรก็ตาม ในอีกด้านหนึ่งการตรากฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของผู้สูบบุหรี่ลง ทำให้บุคคลไม่สามารถสูบบุหรี่ในสถานที่ใดก็ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเราอาจต้องจัดแบ่งพื้นที่ให้ผู้สูบบุหรี่ยังสามารถสูบบุหรี่ต่อไปได้ โดยที่ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้สูบบุหรี่เกินสมควร

เมื่อการสูบบุหรี่เป็นเสรีภาพทั่วไป ตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บุคคลจะกระทำการหรือไม่กระทำการใดก็ได้ โดยทฤษฎีแล้ว การจำกัดเสรีภาพทั่วไปจะต้องพิจารณาพรมแดนชีวิตของบุคคล ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 พรมแดน คือ (1) พรมแดนแห่งชีวิตที่เป็นสาระสำคัญที่สุดในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ ซึ่งเป็นพรมแดนที่แตะต้องไม่ได้ เช่น ความรู้สึกนึกคิด อารมณ์ความรู้สึกที่แสดงผ่านออกมาทางจดหมาย สมุดบันทึกส่วนตัวที่เก็บไว้เป็นความลับ เป็นต้น พรมแดนชีวิตประเภทนี้จึงเป็นพรมแดนที่ได้รับการคุ้มครองโดยเด็ดขาด และไม่สามารถชั่งน้ำหนักกับประโยชน์อื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองได้เลย ทั้งนี้ การตอบคำถามว่าเมื่อใดที่การใช้

<sup>104</sup> จักรพันธ์ เพ็ชรภูมิ และคณะ, “สถานการณ์บ้านปลอดบุหรี่ของประเทศไทย,” ก้าวทันวิจัยกับ ศจย., ฉบับที่ 3, ปีที่ 9, น.4, (2560).



อำนาจรัฐถือว่ากระทบต่อพรมแดนแห่งชีวิตที่เป็นส่วนสำคัญที่สุดนั้น ไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ที่เป็นนามธรรมมาพิจารณาได้ หากแต่จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป (2) พรมแดนส่วนบุคคลคือ พรมแดนแห่งชีวิตส่วนตัวของมนุษย์ โดยรัฐอาจอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อมาจำกัดเสรีภาพในพรมแดนดังกล่าวได้ แต่จะต้องเป็นเรื่องที่ประโยชน์สาธารณะเรียกร้องอย่างยิ่ง ยกตัวอย่างเช่น คดีสมุดบันทึกส่วนตัว ที่มีประเด็นว่าจำเลยเขียนการกระทำความผิดอาญาในสมุดบันทึกของตนเอง ต่อมาตำรวจเข้าค้นห้องพักของจำเลยและพบข้อความในสมุดบันทึกดังกล่าว ตำรวจจึงใช้สมุดบันทึกส่วนตัวของจำเลยมาเป็นพยานหลักฐานในคดีอาญา แต่จำเลยเห็นว่าการใช้สมุดบันทึกเล่มนี้เป็น การขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า ถึงแม้พรมแดนแห่งชีวิตที่เป็นสาระสำคัญที่สุดในการดำเนินชีวิตของมนุษย์จะเป็นพรมแดนที่รัฐไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปได้เลย แต่การพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นพรมแดนแห่งชีวิตที่เป็นสาระสำคัญที่สุดหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับว่าโดยตัวของมันเองเป็นเรื่องส่วนตัวของปัจเจกบุคคลมากน้อยเพียงใด ซึ่งต้องพิจารณาว่าปัจเจกบุคคลมีเจตนาเก็บรักษาไว้เป็นความลับหรือไม่ หรือ โดยตัวข้อเท็จจริงนั้นมีลักษณะเป็นความลับหรือไม่ แต่การที่จำเลยเขียนลงสมุดบันทึกว่าตนเองกระทำความผิดเป็นการสละพรมแดนชีวิตส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่สุดไปแล้ว ซึ่งข้อความในสมุดบันทึกของจำเลยยังคงเป็นพรมแดนส่วนบุคคลที่รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพโดยอ้างประโยชน์สาธารณะได้ เมื่อข้อความในบันทึกของจำเลยที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาไม่อาจถูกตัดขาดจากการถูกตรวจสอบจากรัฐได้เลย ดังนั้น ในเรื่องนี้แม้จะเป็นสมุดบันทึกส่วนตัวที่เป็นความลับ แต่ก็ยังเป็นเพียงพรมแดนส่วนตัวที่รัฐเข้ามาจำกัดสิทธิได้ (3) พรมแดนในทางสังคม คือ พรมแดนในทางสังคมของปัจเจกบุคคล โดยการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคลจะมีความเกี่ยวข้องกับสังคมเป็นอย่างยิ่ง ในพรมแดนดังกล่าวนี้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพได้ เพียงอ้างว่าเป็นการจำกัดเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือพรมแดนในทางสังคมเป็นส่วนที่รัฐมีความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิมากที่สุด ยกตัวอย่างเช่น การที่บุคคลให้อาหารนกพิราบในที่สาธารณะ บุคคลดังกล่าวสามารถอ้างได้ว่าตนมีเสรีภาพกระทำการทั่วไป แต่การให้อาหารสัตว์ในที่สาธารณะเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับสังคมอย่างยิ่ง รัฐจึงมีอำนาจสั่งห้ามการให้อาหารนกพิราบในที่สาธารณะโดยอ้างประโยชน์สาธารณะได้<sup>105</sup>

เมื่อการสูบบุหรี่ก่อให้เกิดควันที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของผู้ที่สูดดมเข้าไป โดยเฉพาะการสูบในพื้นที่สาธารณะยิ่งส่งผลกระทบต่อจำนวนผู้ที่ได้รับผลกระทบ การสูบบุหรี่จึงเป็นเสรีภาพทั่วไปที่อยู่ในพรมแดนสังคม เพราะเป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องกับคนจำนวนมาก การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายกำหนดเขตปลอดบุหรี่จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพทั่วไป ทำให้บุคคล

<sup>105</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น.319-320.

ไม่สามารถสูบบุหรี่ในสถานที่ใดก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นการเข้าไปจำกัดใน  
พรมแดนสังคมของผู้สูบบุหรี่ เพื่อป้องกันผลกระทบต่อสุขภาพของบุคคลที่อาจเกิดอันตรายเป็นวง  
กว้างซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะ รัฐจึงสามารถอ้างสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่หรือประโยชน์สาธารณะมา  
จำกัดเสรีภาพในการสูบบุหรี่ได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าในบางสถานที่ฝ่ายนิติบัญญัติจำกัดสิทธิของ  
ผู้สูบบุหรี่จนเกินสมควร ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายกำหนดให้ร้านอาหารที่มีระบบปรับอากาศ หรือ  
สถานบันเทิงเป็นเขตปลอดบุหรี่ทั้งภายในและภายนอกอาคาร ในกรณีของการห้ามสูบบุหรี่ภายใน  
อาคารมีเหตุผลรับฟังได้ว่าสถานที่ดังกล่าวเป็นระบบปิดที่อากาศถ่ายเทไม่สะดวก แต่ภายนอกอาคาร  
ซึ่งมีอากาศถ่ายเทมากกว่า หากกฎหมายกำหนดให้มีการจัดพื้นที่ที่เหมาะสมสำหรับการสูบบุหรี่ เช่น  
ทำห้องสำหรับสูบบุหรี่ที่มีการระบายอากาศสู่ด้านบน หรือการจัดพื้นที่สูบบุหรี่ที่มีต้นไม้ล้อมรอบเพื่อ  
ช่วยลดซับควัน หรืออาจจะจัดพื้นที่สูบบุหรี่ในบริเวณที่ไม่มีผู้ใช้บริการส่วนใหญ่เดินผ่าน ควันบุหรี่ก็จะ  
รบกวนผู้ที่ไม่สูบบุหรี่น้อยลง โดยที่ผู้สูบบุหรี่ยังสามารถสูบบุหรี่ได้อยู่ เป็นต้น

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นทฤษฎีที่ขยายผลผูกพันสิทธิขั้นพื้นฐานออกไป โดยมีวัตถุประสงค์ให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับใช้ได้มากที่สุด รากฐานของทฤษฎีนี้เกิดจากแนวคิดการตีความบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่ได้เป็นเพียงสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายอีกด้วย การขยายผลผูกพันดังกล่าวนี้เป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานผ่านการตรากฎหมาย เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยที่สุด เพราะเป็นผู้ที่ประชาชนได้คัดเลือกเข้ามาทำหน้าที่ในการปกครองประเทศ และเมื่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะต้องปกครองโดยกฎหมายที่คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนแล้ว การตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกครองจึงเป็นสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีความชอบธรรมที่จะกระทำได้ ทั้งนี้ การใช้อำนาจตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องอยู่ภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดด้วย แต่อย่างไรก็ดี โดยทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้อธิบายการทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติว่า ในการตรากฎหมายเพื่อสนับสนุนหรือส่งเสริมการใช้สิทธิของบุคคล โดยเฉพาะการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่การใช้สิทธิของบุคคลเกิดความขัดแย้งกัน การเลือกจะทำให้ความคุ้มครองแก่บุคคลหนึ่งย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของอีกบุคคลหนึ่งเสมอ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างกฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องประสานประโยชน์สิทธิขั้นพื้นฐานที่เกิดการขัดแย้งกันให้สามารถใช้บังคับได้ทั้งคู่ กล่าวคือ จะไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลใดถูกคุ้มครองจนทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของอีกบุคคลหนึ่งสิ้นผลลง

ด้วยแนวคิดการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานถูกพัฒนาขึ้นโดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน จึงทำให้มีความแตกต่างจากแนวคิดสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศอื่น ดังจะเห็นได้จากการตีความเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่มองว่า สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไม่ได้ขยายไปถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการริเริ่มดำเนินการแต่ประการใด ฉะนั้น รัฐจึงมีเพียงหน้าที่ละเว้นการกระทำที่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น ความแตกต่างนี้เกิดจากประสบการณ์ทางการเมืองและแนวคิดทางรัฐธรรมนูญที่ศาลสูงสุดให้ความสำคัญกับ

หลักสหพันธรัฐ (Federalism) และหลักแบ่งแยกอำนาจซึ่งส่งผลถึงการตีความบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างจำกัด เพื่อไม่เป็นการล่วงละเมิดต่อหลักการดังกล่าวนั่นเอง

สำหรับประเทศไทยนั้น ในทางวิชาการมีการอธิบายถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้เช่นกัน แต่มติการคุ้มครองสิทธิตามคำอธิบายดังกล่าวยังเป็นส่วนหนึ่งของภารกิจสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทำหน้าที่ป้องกันภัยจากรัฐเท่านั้น และแม้จะมีกรณีที่มีการอธิบายว่ารัฐจะต้องดูแลเอกชนจากการละเมิดของเอกชนก็ตาม แต่การทำหน้าที่คุ้มครองกลับมุ่งเน้นไปที่องค์กรตุลาการในการเยียวยาความเสียหายและลงโทษผู้ที่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ<sup>1</sup> ซึ่งทำที่สุดแล้วแนวคิดการคุ้มครองนี้ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตภารกิจป้องกันอยู่นั่นเอง นอกจากนี้แล้ว ยังไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ตีความขยายผลผูกพันสิทธิขั้นพื้นฐานให้เข้าไปมีผลในพรมแดนกฎหมายเอกชน หรือก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเลย

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติหมวดหน้าที่ของรัฐขึ้นใหม่ที่ต่างออกไปจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมา แต่เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญ มีรากฐานความคิดมาจากการมองว่าบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริง และเนื้อหาโดยส่วนใหญ่ของหมวดหน้าที่ของรัฐประกอบไปด้วย หน้าที่ทั่วไปและหน้าที่ที่รัฐจะต้องใช้งบประมาณหรือทรัพยากรในการทำหน้านั้น แนวคิดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญจึงแตกต่างออกไปจากทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกิดจากการตีความบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานว่าบุคคลผู้ทรงสิทธิไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการได้ เว้นแต่ว่าบุคคลนั้นสามารถพิสูจน์ความบกพร่องของรัฐในการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงอาจกล่าวได้ว่า แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของไทยยังอยู่ในขอบเขตการป้องกันการล่วงละเมิดจากรัฐเท่านั้น

ภายใต้แนวคิดดั้งเดิมของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ การบัญญัติสิทธิและเสรีภาพเอาไว้ในรัฐธรรมนูญไทยกลับไม่ได้เป็นหลักประกันการป้องกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่บุคคลเลย เนื่องจากมีปัจจัยหลายประการที่เป็นอุปสรรคต่อการรับรองสิทธิ เริ่มตั้งแต่แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของไทยที่ให้ความสำคัญกับการบัญญัติสิทธิในรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมาก โดยเข้าใจว่าการบัญญัติดังกล่าวจะทำให้บุคคลมีสิทธิเพิ่มมากขึ้นไปด้วย ทั้งที่สิทธิขั้นพื้นฐานหลายประการเป็นสิทธิที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิด รัฐเพียงแค่รับรองถึงการมีอยู่ของสิทธิเท่านั้น ความคิดดังกล่าวนี้ยังได้ส่งผลกระทบต่อการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นการลดทอนความสำคัญของสิทธิลง ดังจะเห็นได้จากคดีนายหอม

<sup>1</sup> เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น.194-195.

นิรรัตน์ ที่จำเลยอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลกลับอ้างว่าสิทธิและเสรีภาพจะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ศาลจึงไม่ได้ตีความรัฐธรรมนูญโดยอาศัยข้อความคิดว่าบุคคลมีสิทธิติดตัวมาตั้งแต่เกิด และสิทธิที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่รัฐจะล่วงละเมิดไม่ได้ อีกทั้ง การปรากฏตัวของหมวดหน้าที่ของรัฐ ยิ่งเห็นได้ชัดถึงความคิดที่ลดความสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลลง แต่กลับมุ่งเน้นไปที่อำนาจรัฐที่จะดำเนินการให้แก่บุคคลแทน ทั้ง ๆ ที่การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญเป็นผลผลิตที่ได้จากแนวคิดทางการเมืองที่ว่ารัฐมีวัตถุประสงค์ในการเคารพและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนภายในรัฐ จึงส่งผลให้รัฐมีภารกิจหน้าที่ดำเนินการต่าง ๆ ให้สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนสามารถบังคับได้จริง ในกรณีดังกล่าวจึงเห็นว่าแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของไทยเป็นแนวคิดที่ขัดแย้งกับข้อความคิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นสากล ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นในเรื่องนี้เอาไว้ในทำนองเดียวกันว่าคนไทยมักจะคิดเรื่องหน้าที่มาก่อนสิทธิ กล่าวคือ จะกำหนดหน้าที่ของผู้ปกครองแต่จะไม่กำหนดว่าสิทธิของประชาชนมีอะไรบ้าง<sup>2</sup> การใช้ถ้อยคำอย่างกว้างมาเป็นเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิซึ่งเป็นการเพิ่มอำนาจให้รัฐจำกัดสิทธิได้อย่างกว้างขวาง การมีบทบัญญัติที่ไม่เป็นประชาธิปไตยอยู่ในรัฐธรรมนูญ การบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิสังคมเศรษฐกิจที่เรียกร้องเอากับทรัพยากรของรัฐ เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นนี้จะเห็นว่าเป็นภัยที่เกิดขึ้นกับสิทธิขั้นพื้นฐานอันมีที่มาจากรัฐซึ่งในสภาพความเป็นจริงแล้วเราจะพบว่า การล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานยังมีที่มาจากปัจจัยอื่นที่ไม่ใช่รัฐด้วย เช่น ภัยจากธรรมชาติ ภัยจากเทคโนโลยี ภัยจากโรคอุบัติใหม่ ภัยจากเอกชนด้วยตนเอง เป็นต้น แต่ไม่ว่าการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจะเกิดจากเหตุใดก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ารัฐยังคงมีหน้าที่ในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่เช่นเดิม หากรัฐเพิกเฉยในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวสังคมก็จะเกิดความวุ่นวายและไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการมีรัฐเลย

ในส่วนปัญหาการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มาจากรัฐ หรือการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้ทำหน้าที่เป็นสิทธิป้องกันจากการใช้อำนาจรัฐอย่างแท้จริงนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เกิดจากปัญหาเกี่ยวกับข้อความคิดเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของไทยเอง ที่มองว่าสิทธิทั้งหลายในทางกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่รัฐก่อตั้งให้ ดังจะเห็นได้จากการบัญญัติรายการสิทธิเป็นจำนวนมาก แต่การบัญญัติในลักษณะดังกล่าวก็พิสูจน์ให้เห็นแล้วว่าบุคคลไม่ได้มีสิทธิเพิ่มมากขึ้นตามความตั้งใจของผู้ร่างเลย และที่สำคัญรัฐไม่ได้มองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเป้าประสงค์ของรัฐหรือเป็นคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ เราจึงเห็นถึงความคิดแปลกประหลาดในทางกฎหมายอยู่หลายครั้ง เช่น การบัญญัติหมวดหน้าที่ของรัฐ การตีความให้สิทธิขั้น

<sup>2</sup> นิธิ เอียวศรีวงศ์, “สิทธิมนุษยชน,” ใน อ่านวัฒนธรรมการเมืองไทย, (กรุงเทพมหานคร : มติชน, 2547), น.134.

พื้นฐานตามรัฐธรรมนูญอยู่ต่ำกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ การตีความให้ที่ดินซึ่งพระราชทานให้แก่เอกชนไม่สามารถครอบครองปรั้งได้ เป็นต้น ปัญหาที่ทำให้แนวคิดสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้พัฒนานี้ ผู้เขียนเห็นว่าส่วนหนึ่งมาจากสถานการณ์ทางการเมืองที่ประเทศไทยเกิดการรัฐประหารอยู่บ่อยครั้ง และทุกครั้งก็ทำให้สถานการณ์สิทธิขั้นพื้นฐานตกอยู่ในสถานะย่ำแย่ลง การร่างรัฐธรรมนูญใหม่ภายหลังการรัฐประหารยังเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้เลยที่รัฐธรรมนูญเหล่านั้นจะเพิ่มการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากสถานการณ์ทางการเมืองอยู่ในสภาวะปกติมีการแก้ไขปัญหาทางการเมืองภายใต้ระบอบประชาธิปไตย จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติสิทธิเป็นจำนวนมาก การรับรองสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด สิทธิทางการเมือง สิทธิในกระบวนการยุติธรรมก็เพียงพอแล้ว

ในส่วนของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ผู้เขียนเห็นว่ารัฐธรรมนูญไม่ควรใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนอย่าง “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี” หรือ “ความมั่นคงของรัฐ” มาจำกัดสิทธิบุคคลอย่างที่เป็นอยู่ในรัฐธรรมนูญปัจจุบัน เพราะ การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล และคุ้มครองพรมแดนชีวิตของปัจเจกบุคคลที่แตกต่างกัน สิทธิบางประเภทอย่างเช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในทางวิชาการ เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองโดยปราศจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ เนื่องจากการใช้เสรีภาพดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับความคิดความเชื่อของบุคคล และเป็นพรมแดนสำคัญที่สุดซึ่งโดยหลักแล้วรัฐจะไปแตะต้องไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดี เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการใช้เสรีภาพดังกล่าวอาจไปกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นหรือประโยชน์สาธารณะ รัฐธรรมนูญปัจจุบันจึงได้แก้ปัญหาโดยการรับรองสิทธิและเสรีภาพพร้อมกันข้อจำกัดในการใช้สิทธิไปด้วยในบทบัญญัติ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การที่ระบุถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนเอาไว้ในรัฐธรรมนูญจะเป็นอันตรายต่อสิทธิขั้นพื้นฐานมากกว่าการไม่กำหนดการจำกัดสิทธิใด ๆ เพราะถ้อยคำดังกล่าวไม่สามารถใช้เป็นมาตรที่ชัดเจนเพียงพอในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่เราสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้โดยอาศัยการตีความตามหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการตีความให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ทุกมาตรา เช่น หากการใช้เสรีภาพกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นหรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เราสามารถอ้างสิทธิของบุคคลอื่นหรือคุณค่าตามรัฐธรรมนูญขึ้นมาจำกัดการใช้เสรีภาพนั้นได้ เป็นต้น นอกจากนี้เรื่องขอบเขตการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ตามมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่มีปัญหา เพราะเกิดความสับสนในการตีความว่าสิทธิหรือเสรีภาพที่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเอาไว้จะต้องถูกจำกัดสิทธิตามมาตราอื่นหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการตีความดังกล่าวสามารถนำมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาใช้ได้ คือ “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ

ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ "

นอกจากนี้ ในรัฐธรรมนูญจะต้องไม่มีบทบัญญัติที่ไม่เป็นประชาธิปไตย เพราะการดำรงอยู่ของบทบัญญัติเหล่านี้ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลไม่มีผลใช้บังคับ และบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจถูกมองว่ามีสถานะเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ เพราะการจำกัดสิทธินั้นจะกระทำได้ในกรณีที่การใช้สิทธิกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น คุณค่าของรัฐธรรมนูญ หรือประโยชน์สาธารณะ แต่บทบัญญัติที่ไม่เป็นประชาธิปไตยซึ่งผู้เขียนกล่าวถึงนี้ คือการดำรงไว้ซึ่งอำนาจตามอำเภอใจของผู้นำเผด็จการที่ใช้อำนาจทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ที่ไม่ควรจะต้องมีอยู่เลยในรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

สำหรับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า เราไม่จำเป็นต้องตราหมวดหน้าที่ของรัฐ หรือนโยบายพื้นฐานของรัฐ เพื่อกำหนดให้รัฐทำหน้าที่ต่าง ๆ เพราะ ตามมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครอง ซึ่งหมายความว่า รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล อีกทั้งบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานได้กำหนดหน้าที่ให้แก่อำนาจการเคารพสิทธินั้นอยู่แล้ว ประกอบกับหน้าที่หลายประการที่กำหนดไว้ในหมวดหน้าที่ของรัฐเป็นหน้าที่โดยทั่วไปซึ่งรัฐจะต้องดำเนินการเป็นปกติ ฉะนั้น บทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานจึงเพียงพอต่อการกำหนดหน้าที่ให้แก่อำนาจ

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าเราควรนำแนวคิดทฤษฎีหน้าที่ของรัฐมาใช้ด้วยหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า เราสามารถนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทยได้ ซึ่งผู้เขียนได้แยกพิจารณาตามคำถามสำคัญที่อาจเกิดขึ้นหากมีการนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้ดังนี้

(1) ประเทศไทยมีแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหรือไม่ (Objective norm)

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยไม่เคยปรากฏแนวคิดสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเลย ซึ่งการมีมุมมองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเพียงบทบัญญัติหนึ่งในรัฐธรรมนูญ โดยไม่ผูกโยงกับคุณค่าหรือหลักการอะไรเลยนั้น ทำให้เกิดการตีความที่คับแคบหรืออาจจะขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ดังจะเห็นได้จากคดีโปรยใบปลิวที่จำเลยถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116 ที่บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีอื่นใดอันมิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต (2) เพื่อให้เกิดความปั่นป่วนหรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะ

ก่อความไม่สงบขึ้นภายในราชอาณาจักร ... ต้องระวางโทษ โดยในใบปลิวดังกล่าวได้ระบุข้อความว่า “ตื่น!!! และลุกขึ้นสู้ได้แล้ว... ผู้รักประชาธิปไตยทุกคน...เผด็จการจงพินาศ ประชาธิปไตยจงเจริญ” และมีรูปสัญลักษณ์ชูสามนิ้วที่มีข้อความว่า “เสรีภาพ เสมอภาค ภราดรภาพต่อต้านรัฐประหาร” ในคดีนี้จำเลยได้อ้างสิทธิและเสรีภาพขั้นสูติ แต่ศาลชั้นต้นเห็นว่า “ การกระทำหรือการแสดงออกที่อยู่ภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ คือการแสดงออกภายใต้กรอบของกฎหมายหรือที่กฎหมายรับรองสิทธิที่จะทำได้ ไม่มุ่งร้ายหรือกล่าวเท็จบิดเบือนข้อเท็จจริงโดยเจตนาที่สามารถกระทำได้ แต่ข้อความในใบปลิวนั้นมีลักษณะยุยงปลุกปั่น อันมิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต”<sup>3</sup> และในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกับศาลชั้นต้นว่า “สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองนั้น จะต้องเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีการกระทำไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญา ทั้งจะต้องไม่ก่อให้เกิดความวุ่นวายหรือความไม่สงบขึ้นภายในประเทศ มิฉะนั้นแล้วหากทุกคนใช้สิทธิเสรีภาพโดยไม่คำนึงต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ก็อาจก่อให้เกิดความปั่นป่วนวุ่นวาย และสร้างความเดือดร้อนแก่ประชาชน ทั้งยังก่อให้เกิดความเสียหายทางด้านเศรษฐกิจและความสงบสุขโดยทั่วไปของประชาชน”<sup>4</sup>

แม้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจะถูกจำกัดได้โดยกฎหมายตามที่ศาลกล่าวอ้าง แต่การปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116 ตามถ้อยคำว่า “การกระทำภายในความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ” ได้เปิดช่องให้ศาลตีความโดยสามารถนำสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญมาพิจารณาได้โดยตรง ผู้เขียนเห็นว่าการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นการรับรองความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการแสดงออกตามที่ตนคิดหรือปรารถนาโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ ในอีกด้านหนึ่งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นยังเป็นคุณค่าสำคัญในระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือมนุษย์ต่างจากสัตว์อื่นตรงที่มนุษย์มีความคิด แต่ความพิเศษนี้จะหมดความสำคัญลงหากมนุษย์ไม่สามารถแสดงสิ่งที่คิดออกมาได้ เมื่อความคิดไม่ปรากฏออกมาแล้ว การเรียกร้อง การโต้แย้ง ถกเถียงซึ่งจะนำไปสู่การพัฒนาก็ไม่สามารถเกิดขึ้นตามไปด้วย การปิดกั้นเสรีภาพดังกล่าวจึงขัดต่อระบอบประชาธิปไตยที่ต้องการส่งเสริมให้บุคคลพัฒนาศักยภาพของตนเองได้อย่างเต็มที่ เมื่อการกระทำของจำเลยเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกทางการเมืองตามปกติวิสัยของพลเมืองในระบอบประชาธิปไตย และข้อความในใบปลิวไม่มีส่วนไหนเลยที่มีแนวคิดเป็นการล้มล้างระบอบการ

<sup>3</sup> คำพิพากษาศาลจังหวัดระยอง คดีหมายเลขแดงที่ อ.265/2563, น.16.

<sup>4</sup> ประชาไท, “ศาลอุทธรณ์พิพากษาจำคุก 'พลวัฒน์' 4 เดือน คดีใบปลิวด้านรัฐประหารปี 58 รอลงอาญา 2 ปี,” (26 มกราคม 2564), สืบค้นเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2564, จาก <https://prachatai.com/journal/2021/01/91366>



ปกครอง การแสดงออกของจำเลยจึงเป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่จำเลยไปรบกวนปลิวด้วยข้อความดังกล่าวจึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 116 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นตัวอย่างของการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปราศจากการกำกับโดยคุณค่าหรือหลักการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้ถูกรับรองให้มีความหมายเฉพาะขอบเขตของลายลักษณ์อักษรตามที่ปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่สิทธิขั้นพื้นฐานยังประกอบไปด้วยคุณค่าและหลักการที่อยู่เบื้องหลังนั้นด้วย เราได้เห็นกันมาแล้วว่าการตีความที่ปราศจากการกำกับโดยคุณค่าทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานถูกลดคุณค่าลงถึงขนาดที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย และการตีความในลักษณะที่พิจารณาแต่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ (ที่จำกัดสิทธิ) นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอเช่นนี้ ย่อมเกิดปัญหาในกรณีที่สิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนเกิดการปะทะกัน ซึ่งเราสามารถคาดการณ์ได้ว่า หากกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานมีวัตถุประสงค์คุ้มครองสิทธิเรื่องใดแล้ว สิทธิขั้นพื้นฐานที่มาปะทะอาจจะไม่ถูกนำมาพิจารณาเลย และทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวสิ้นผลไป เราอาจจะกล่าวได้ว่าการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานในปัจจุบันที่ปราศจากการกำกับโดยคุณค่าหรือหลักการซึ่งเป็นมิติในทางภาววิสัยนั้น เป็นการปฏิเสธการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานไปด้วย และการปฏิเสธวิธีการดังกล่าวย่อมไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ถึงแม้ประเทศไทยจะไม่มีแนวคิดสิทธิขั้นพื้นฐานในมุมมองที่เป็นคุณค่าหรือหลักการ แต่ในความเป็นจริงแล้วเราไม่สามารถปฏิเสธได้เลยว่าบทบัญญัติเหล่านี้มีคุณค่าหรือหลักการบางประการอยู่ ซึ่งการตีความโดยมีคุณค่าหรือหลักการกำกับอยู่นั้นจะเป็นผลดีกับสิทธิขั้นพื้นฐานมากกว่าการตีความให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นแต่เพียงสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายเท่านั้น

(2) “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” มาจากที่ใดในรัฐธรรมนูญไทย

เมื่อเรามองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีมิติในทางภาววิสัยซึ่งประกอบไปด้วยคุณค่าและหลักการแล้ว ด้วยคุณค่าและหลักการดังกล่าวได้เรียกร้องให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับได้จริงมากที่สุด ซึ่งหมายความว่า รัฐต้องทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากภัยอันตรายอื่น ๆ ด้วย โดยเฉพาะการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มาจากเอกชนด้วยกัน บทบัญญัติแห่งสิทธิทุกมาตราจึงมีมิติในทางภาววิสัยที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ อีกทั้ง มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้บัญญัติว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวสามารถสนับสนุนการตีความตามทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในคำวินิจฉัยคดีกฎหมายทำแห่งของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้กล่าวถึงหน้าที่ของรัฐในการส่งเสริม

การใช้สิทธิของบุคคล ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามิใช่ลักษณะคล้ายคลึงกับการทำหน้าที่ของรัฐตามทฤษฎีหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญยกขึ้นมากล่าวอ้างลอย ๆ โดยที่ไม่ได้อธิบายว่าหน้าที่ดังกล่าวมาจากที่ใด และรัฐไม่ทำหน้าที่นั้นอย่างไร คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงไม่ปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเลย

ผู้เขียนจึงขอเสนอว่า หากมีการนำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้แล้ว การอธิบายถึงหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการทำหน้าที่ส่งเสริมหรือสนับสนุนการใช้สิทธิของบุคคลสามารถตีความให้เกิดหน้าที่แก่รัฐจากบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานได้เลยโดยไม่ต้องบัญญัติเรื่องหน้าที่ของรัฐเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในการใช้ทฤษฎีนี้จะต้องคำนึงอยู่เสมอว่าบุคคลทุกคนต่างได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยกันทั้งหมด และในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรานั้น หากการใช้สิทธิของบุคคลเกิดปะทะกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นหรือคุณค่าอื่นในรัฐธรรมนูญ จะต้องทำการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าที่เกิดการปะทะกัน โดยไม่ทำให้สิ่งที่ถูกนำมาชั่งน้ำหนักสิ้นผลไปจากระบบกฎหมาย ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ก็จะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนและหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญด้วย

### (3) กลไกในการทำให้หน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นจริงได้

การใช้ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมีความท้าทายสำคัญอยู่สองประการ คือ ความสามารถในการบังคับการให้เป็นไปตามหน้าที่ และปัญหาการก้าวล่วงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แยกพิจารณาดังนี้

ในประเด็นปัญหาแรกเรื่องความสามารถในการบังคับการให้เป็นไปตามหน้าที่นั้น โดยหลักแล้วทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้ทำให้ปัจเจกบุคคลมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐทำหน้าที่คุ้มครอง กล่าวคือ บุคคลไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิตนเองได้ แต่อย่างไรก็ดีหากบุคคลนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่ากฎหมายหรือมาตรการที่รัฐออกมาใช้บังคับนั้นไม่ได้คุ้มครองสิทธิของบุคคลหรือไม่คุ้มครองอย่างเพียงพอ บุคคลสามารถฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ยกตัวอย่างเช่น คดีอุดมศึกษา (Hochschulurteil)<sup>5</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า รัฐสภาของมลรัฐนีเดอซาคเซินได้แก้ไขกฎหมายว่าด้วยการอุดมศึกษา แต่กลุ่มอาจารย์เห็นว่ากฎหมายที่ตราขึ้นใหม่นี้ได้กำหนดสัดส่วนอาจารย์กับบุคลากรประเภทอื่นที่ไม่ได้มีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับทางวิชาการให้มีสิทธิออกเสียงในสภามหาวิทยาลัยโดยไม่สอดคล้องกับสถานะพิเศษของอาจารย์ที่มีบทบาทสำคัญในทางวิชาการ กลุ่มอาจารย์จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอ้างว่ากฎหมายดังกล่าวกระทบต่อเสรีภาพทางวิชาการ ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยใช้ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐใน

<sup>5</sup> BVerfGE 35, 79 ff

การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยสรุปว่า การรับรองเสรีภาพทางวิชาการตามกฎหมายพื้นฐานนั้น นอกจากจะเป็นสิทธิป้องกันจากการใช้อำนาจรัฐแล้ว ยังได้รับรองเสรีภาพทางวิชาการในทางภาววิสัยอีกด้วย โดยเนื้อหาในทางภาววิสัยได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการดูแลทำนุบำรุงตลอดจนส่งเสริมวิชาการให้เป็นอิสระ และทำหน้าที่จัดเตรียมความพร้อมทางด้านบุคลากร งบประมาณ และมีการจัดโครงสร้างองค์กรทางวิชาการอย่างเหมาะสม ถึงแม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีดุลพินิจในการตรากฎหมายจัดโครงสร้างองค์กร แต่เมื่อเป็นเรื่องในทางวิชาการแล้ว ดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมถูกจำกัดลง กล่าวคือ การจัดโครงสร้างองค์กรจะต้องเหมาะสมกับการใช้เสรีภาพทางวิชาการที่เป็นอิสระของอาจารย์ด้วย อย่างไรก็ตาม เสรีภาพทางวิชาการของอาจารย์อาจขัดแย้งหรือปะทะกับการบริหารงานของมหาวิทยาลัยในการจัดโครงสร้างองค์กร รัฐจึงไม่ได้มีเพียงหน้าที่ในการทำให้เสรีภาพทางวิชาการของอาจารย์เป็นอิสระเท่านั้น แต่รัฐจะต้องคุ้มครองประโยชน์อื่น ๆ อย่างเช่น ความสามารถในการบริหาร ภารกิจในการผลิตบัณฑิต เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงต้องประสานประโยชน์อื่น ๆ ประกอบด้วยเสมอ และลดผลบังคับของเสรีภาพทางวิชาการลง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บุคลากรในมหาวิทยาลัยสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในเสรีภาพทางวิชาการได้ แต่อาจารย์มีสถานะพิเศษมากกว่าบุคลากรอื่นเนื่องจากอาจารย์มีภารกิจเกี่ยวกับการสอนและการวิจัยซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิชาการโดยตรง ดังนั้น การกำหนดจำนวนและสัดส่วนกรรมการในสภามหาวิทยาลัยจึงต้องกำหนดให้อาจารย์มีบทบาทและอิทธิพลสำคัญในการชี้้นำการดำเนินงานของสภามหาวิทยาลัยได้ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้กรรมการอื่นมีคะแนนเสียงรวมมากกว่าอาจารย์จึงขัดกับเสรีภาพทางวิชาการ และไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>6</sup>

จะเห็นได้ว่า การตรากฎหมายจัดโครงสร้างองค์กรในมหาวิทยาลัยอาจไม่ได้กระทบต่อเสรีภาพทางวิชาการโดยตรง แต่ผู้ฟ้องคดีสามารถอธิบายได้ว่าสัดส่วนของสภามหาวิทยาลัยมีความสำคัญอย่างไรต่อการกำหนดทิศทางในการทำงานวิชาการ ซึ่งเป็นการระบุว่าผู้ฟ้องคดีถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างไร ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถเข้ามาตรวจสอบได้ว่ารัฐได้ทำหน้าที่คุ้มครองเสรีภาพในทางวิชาการหรือไม่

ดังนั้น กลไกการบังคับให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลได้จริงในทางปฏิบัติจึงเป็นเรื่องที่สำคัญ แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 แล้ว วัตถุประสงค์และช่องทางที่บุคคลสามารถยื่นฟ้องคดีทำได้อย่างจำกัด กล่าวคือ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามกฎหมายดังกล่าวสามารถทำได้เพียงการตรวจสอบ

<sup>6</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.201-205.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น การกระทำอื่นโดยเฉพาะคำพิพากษาของศาลจะไม่สามารถมาเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ทั้ง ๆ ที่คำพิพากษาของศาลก็คือการกระทำของรัฐที่อาจละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานได้เช่นกัน และการที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีต้องแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลอื่น หรือยื่นเรื่องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินก่อน หากเรื่องนั้นศาลที่มีเขตอำนาจรับไว้พิจารณาและพิพากษาคดีก็จะเป็นการตัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ การฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน จึงไม่ได้คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและทำให้บุคคลสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้

ผู้เขียนจึงขอเสนอว่า ควรมีการแก้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการว่าการใช้อำนาจดังกล่าวกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะ โดยส่วนใหญ่แล้ว การแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายก่อนฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ คือ การนำคดีไปฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ดังนั้น จึงควรให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่นได้ด้วย โดยการตรวจสอบนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่ได้ตรวจสอบทั้งหมดในเนื้อหาของคดี แต่จะตรวจสอบเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น เมื่อมีการเปิดช่องให้บุคคลสามารถร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ การนำทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานก็จะมีผลในทางปฏิบัติมากขึ้นตามไปด้วย

ประเด็นต่อมา คือ การใช้ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานถูกวิจารณ์ว่า เมื่อมีการนำไปใช้แล้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปขยายเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายซึ่งเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลและศาลไม่สามารถปฏิเสธหน้าที่ดังกล่าวได้ การตีความเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นหน้าที่โดยตรงที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยสามารถนำทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมาใช้กับรัฐธรรมนูญได้ โดยไม่ต้องเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติจะต้องแก้ไขพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้บุคคลสามารถร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้

ถึงแม้ว่ายังไม่มี การแก้ไขกฎหมายเพื่อเปิดทางให้มีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ แต่ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานก็สามารถนำไปปรับใช้ในสถานการณ์ปัจจุบันได้ ยกตัวอย่างเช่น การบริหารจัดการสถานการณ์โรคโควิด 19 ที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับ สิทธิในชีวิต และร่างกาย (มาตรา 28) และสิทธิได้รับการสาธารณสุขของรัฐ (มาตรา 47) เราทราบกันดีว่าการบริหารจัดการกับโรคระบาดเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐในการป้องกัน ควบคุม และขจัดโรค ซึ่งปัจเจกบุคคลไม่มีความสามารถหรือมีอำนาจดำเนินการดังกล่าวได้เช่นเดียวกับรัฐ ดังจะเห็นได้จากการซื้อขายวัคซีนที่บริษัทผู้ผลิตจะทำสัญญากับรัฐโดยตรงเท่านั้น ในช่วงที่สถานการณ์ยังไม่รุนแรงมีอัตราคนติดเชื้อและเสียชีวิตจำนวนน้อย อาจจะทำให้เห็นว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องในทางสาธารณสุขซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในการได้รับการสาธารณสุข (มาตรา 47) โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพิจารณาในมุมมองภาวะวิสัย ที่ก่อให้เกิดหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว สิทธิดังกล่าวย่อมเรียกร้องให้รัฐต้องจัดหาสิ่งที่จำเป็นที่ทำให้บุคคลสามารถเข้าถึงบริการสาธารณสุขจากรัฐไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมสุขภาพ การควบคุม การป้องกันโรค การรักษาพยาบาล และการฟื้นฟูสุขภาพด้วย เช่น การมีโรงพยาบาล บุคลากรทางการแพทย์ และเครื่องมือแพทย์ที่เพียงพอสำหรับการรักษาและประชาชนสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย การมีวัคซีนที่มีประสิทธิภาพสูงสุดเพื่อป้องกันและขจัดโรคติดต่อ เป็นต้น มีข้อสังเกตประการสำคัญว่า สิทธิในการได้รับการสาธารณสุขเป็นการเรียกร้องให้รัฐต้องจัดหาสิ่งต่าง ๆ ซึ่งรัฐอาจจะอ้างได้ว่าไม่มีงบประมาณที่เพียงพอสำหรับการทำหน้าที่ดังกล่าวได้ และนับว่าเป็นปัญหาสำคัญสำหรับสิทธิประเภทนี้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ด้วยสถานการณ์โรคระบาดที่มีความรุนแรงมากขึ้น มีผู้ติดเชื้อที่ไม่สามารถเข้าถึงระบบสาธารณสุขและเสียชีวิตที่บ้านเป็นจำนวนมาก กรณีดังกล่าวนี้เราอาจจะกล่าวได้ว่ารัฐไม่ได้ทำหน้าที่ในการให้บริการสาธารณสุขอย่างทั่วถึง ซึ่งเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการบริการสาธารณสุข แต่การที่รัฐไม่สามารถควบคุมโรคจนทำให้ผู้ติดเชื้อจำนวนมากไม่ได้เข้าสู่ระบบรักษาที่มีประสิทธิภาพ รัฐไม่ได้บกร่องในการทำหน้าที่ให้บริการสาธารณสุขเท่านั้น แต่รัฐยังละเมิดต่อสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลด้วย กล่าวคือ หากพิจารณาในมุมทางภาวะวิสัยที่บทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานได้ก่อให้เกิดหน้าที่คุ้มครองแล้ว รัฐย่อมมีหน้าที่ดำเนินการต่าง ๆ เพื่อปกป้องคุ้มครองชีวิตของบุคคล ด้วยการควบคุมโรคอย่างมีประสิทธิภาพ ยกตัวอย่างเช่น การจัดหาวัคซีนที่มีประสิทธิภาพสูงและมีความสามารถในการสร้างภูมิคุ้มกันโรคโดยที่มีความเหมาะสมกับข้อจำกัดของร่างกายแต่ละบุคคล การจัดหาวัคซีนอย่างเพียงพอและดำเนินการให้ประชาชนได้รับวัคซีนอย่างรวดเร็ว เป็นต้น แต่จากสถานการณ์ปัจจุบันที่ประเทศไทยไม่มีวัคซีนอย่างเพียงพอกับจำนวนประชากรในประเทศ และวัคซีนที่ฉีดให้กับประชาชนก็ไม่มีประสิทธิภาพในการควบคุมโรคมีเพียงความสามารถที่ทำให้ผู้ติดเชื้อไม่มีอาการหนักเท่านั้น ซึ่งทำให้เห็นว่าการมีวัคซีนที่ไม่สามารถลดการแพร่เชื้อได้ รัฐไม่ได้ทำหน้าที่ในการควบคุมโรคอย่างมีประสิทธิภาพเลย หากมองว่าการที่รัฐดำเนินการฉีดวัคซีน(ที่ไม่มีประสิทธิภาพ) หรือออกมาตรการต่าง ๆ เช่น การจำกัดเวลาในการเดินทางออกจากเคหสถาน การห้ามรับประทานอาหาร

ในร้านอาหาร การปิดสถานบันเทิง เป็นการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองไม่ให้ประชาชนติดเชื่อเช่นกัน แต่จากการพิจารณาในทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว วิธีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถทำได้หลายวิธีด้วยกันก็จริง แต่ก็มีหลักประการสำคัญอย่างหนึ่งว่า มาตรการที่รัฐนำมาใช้นั้นต้องมีประสิทธิภาพและให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอ และหากมาตรการที่ออกมานั้นเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคล มาตรการนั้นก็ต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย เราจะเห็นได้ว่า มาตรการที่รัฐใช้ไม่สามารถควบคุมโรคได้เลย ในทางตรงข้ามรัฐกลับปล่อยให้ประชาชนติดเชื่อและสร้างภูมิคุ้มกันด้วยตัวเอง ซึ่งหากมีการติดเชื่อในกลุ่มผู้สูงอายุหรือผู้ที่มีโรคเรื้อรัง คนกลุ่มนี้ก็มีโอกาสที่จะเสียชีวิตสูงมาก ประกอบกับการมีวัคซีนที่ไม่สามารถลดการแพร่เชื้อย่อมไม่สามารถทำให้จำนวนผู้ติดเชื่อลดลงได้ ในขณะที่ทรัพยากรทางสาธารณสุขมีอยู่อย่างจำกัด เมื่อผู้ติดเชื่อมีจำนวนมากขึ้น ย่อมมีผลต่อการเข้าถึงบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพ สิ่งเหล่านี้จึงทำให้เห็นว่ากรณีดังกล่าวรัฐไม่เพียงละเลยต่อหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น แต่รัฐยังละเมิดต่อสิทธิในชีวิตของประชาชนอีกด้วย เมื่อการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายจากโรคระบาดจะสามารถทำได้โดยการมีวัคซีนที่มีประสิทธิภาพ การที่รัฐออกมาตรการเสริมขึ้นมาก็ควรเป็นไปเพื่อให้ประชาชนได้รับวัคซีนอย่างครบถ้วน ดังนั้น การออกมาตรการจำกัดการเดินทาง การห้ามรับประทานอาหารที่ร้าน การห้ามรวมกลุ่ม จึงเป็นมาตรการที่ไม่ได้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลและยังเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลเกินสมควรด้วย ยกตัวอย่างเช่น การประท้วงเรื่องการจัดการวัคซีนของรัฐบาลโดยใช้รถยนต์ (car mob) ที่ตำรวจแจ้งว่าการจัดกิจกรรมปีบแต่มีความผิดตามข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 (ฉบับที่ 25) เรื่องห้ามการจัดกิจกรรมที่มีการรวมกลุ่มของบุคคลรวมกันมากกว่า 20 คน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงเป็นตัวอย่างที่เห็นได้ชัดว่าการออกมาตรการห้ามรวมตัวกันเป็นการจำกัดสิทธิในการรวมกลุ่มซึ่งเป็นสิทธิที่มีความสำคัญต่อประชาธิปไตยเกินสมควร ในประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ เราจะเห็นได้ว่า หน้าที่คุ้มครองที่เกิดจากบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานมีขอบเขตของการคุ้มครองที่มากกว่าบทบัญญัติหน้าที่ของรัฐ แม้กระทั่งระหว่างบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยกันเองแล้ว ก็ให้ความคุ้มครองในระดับที่แตกต่างกันด้วย ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นซึ่งจะเห็นได้ว่าสิทธิในชีวิตและร่างกายได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการคุ้มครองสิทธิมากกว่าสิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุข เนื่องจากขอบเขตของสิทธิแต่ละประเภทมีความแตกต่างกัน ยิ่งสิทธิใดมีความใกล้ชิดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นแก่นของสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายแล้ว หน้าที่ของรัฐจะมีเพิ่มมากขึ้นโดยรัฐไม่สามารถอ้างเรื่องงบประมาณเพื่อปฏิเสธการทำหน้าที่คุ้มครองชีวิตของบุคคลได้ รัฐต้องทำทุกวิถีทางเพื่อให้ปัจเจกบุคคลมีความปลอดภัยในชีวิต เพราะหากบุคคลไม่สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้เพราะโรคระบาดหรือมีความกลัวว่าจะติดเชื่อ การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญก็ จะไม่สามารถบังคับได้ในทางความเป็นจริงเลย

นอกจากนี้ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐยังสามารถนำมาปรับใช้ในการตรากฎหมายได้เช่นกัน กล่าวคือ ในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเฉพาะการคุ้มครองจากการละเมิดของเอกชนด้วยกันนั้น เราไม่อาจพิจารณาจากเรื่องหรือสิทธิที่เรามุ่งคุ้มครองอย่างเดียวได้ แต่จะต้องพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะตราขึ้นมีสิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าใดในรัฐธรรมนูญเกี่ยวข้องบ้าง เพราะการคุ้มครองสิทธิของเอกชนฝ่ายหนึ่ง มักจะไปกระทบหรือจำกัดสิทธิของเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเสมอ หากพบว่าการตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นหรือคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญหรือที่เรียกว่าการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน จะต้องทำการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าที่เกิดการปะทะกันว่าในกรณีใดสมควรได้รับความคุ้มครองมากกว่ากัน ซึ่งผลจากการชั่งน้ำหนักนั้นจะต้องไม่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าใดสิ้นผลไปโดยสิ้นเชิง และต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าทั้งหลายมีผลบังใช้ได้มากที่สุด นอกจากผลของการชั่งน้ำหนักจะบอกว่าต้องคุ้มครองฝ่ายใดแล้ว ยังเป็นการบอกว่าอีกฝ่ายจะต้องถูกจำกัดสิทธิด้วย ดังนั้นในการจำกัดสิทธิของฝ่ายที่ได้รับความคุ้มครองน้อยกว่ายังต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนอีกด้วย

## บรรณานุกรม

### หนังสือและบทความในหนังสือ

- กอร์ดอน เอส.วูด. “ต้นกำเนิดด้านปัญญาของรัฐธรรมนูญอเมริกัน.” ใน สมบัติ จันทรวงศ์ (แปล). 200 ปี  
รัฐธรรมนูญอเมริกัน: อดีต ปัจจุบัน และอนาคตของมหาชนรัฐประชาธิปไตย. กรุงเทพมหานคร :  
บรรณกิจเทรดดิ้ง, 2531.
- กิตติศักดิ์ ปรกิติ. การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร :  
วิญญูชน, 2556.
- เกரியงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547.
- โกวิทย์ วงศ์สุรวัฒน์. การเมืองการปกครองสหรัฐอเมริกา : แนวพินิจทางประวัติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร :  
โอเดียนสโตร์, 2548.
- ขจร สุขพานิช. “ฐานันดรไพร่.” ใน หนังสืออ่านประกอบคำบรรยาย วิชาพื้นฐานอารยธรรมไทย. พระนคร :  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.
- จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561.  
\_\_\_\_\_. ปรัชญากฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543.
- เจมส์ เมดิสัน. “บทความหมายเลข 51.” ใน เดอะเฟดเดอรัลลิสต์เปเปอร์: เอกสารความคิดทางการเมือง  
อเมริกัน, แปลโดย สมบัติ จันทรวงศ์ และคณะ. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,  
2530.
- ดี. สตีเวน เอ็นด์สเลย์. ประวัติศาสตร์อเมริกันโดยสังเขป. แปลโดย สุภัทรา วรรณพิณ. กรุงเทพมหานคร :  
สำนักข่าวสารอเมริกัน, 2532.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.
- ธเนศ อารมณ์สุวรรณ. กำเนิดและความเป็นมาของสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : โครงการคปไฟ,  
2549.  
\_\_\_\_\_. “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ในประวัติศาสตร์การเมืองไทย. กรุงเทพมหานคร :  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.  
\_\_\_\_\_. “สิทธิคนไทยในรัฐไทย.” ใน ชัยวัฒน์ สถาอานันท์ บก., จินตนาการสู่ปี 2000: นวัตกรรม  
เชิงกระบวนทัศน์ด้านไทยศึกษา?. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย,  
2539.
- นพนิธิ สุริยะ. “สิทธิมนุษยชน : แนวคิดตะวันตกและสังคมไทย” ใน อาจารย์นพ ๖๕. จัดพิมพ์โดยคณะ  
ศิษย์และสำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 252-253, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553.



- นิธิ เอียวศรีวงศ์. “สิทธิมนุษยชน.” ใน อ่านวัฒนธรรมการเมืองไทย. กรุงเทพมหานคร : มติชน, 2547.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- \_\_\_\_\_. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- \_\_\_\_\_. รัฐธรรมนูญ ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนา และการเปลี่ยนผ่าน. นนทบุรี : ฟ้าเดียวกัน, 2559.
- กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าพี่ยาเธอ. เลิกเซอร์. พระนคร : ไสภณพิพรธมณากร, 2468.
- พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2497.
- พัชรี พลาวงศ์. ความรู้เบื้องต้นทางอรรถศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540.
- ศีกฤทธิ์ ปราโมช, ม.ร.ว.. สังคมสมัยอยุธยา. พระนคร : คณะศิลปศาสตร์, 2510.
- มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา : คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาฎีกา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554.
- \_\_\_\_\_. สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543.
- \_\_\_\_\_. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : อ่านกฎหมาย, 2564.
- \_\_\_\_\_. ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : อ่านกฎหมาย, 2564.
- \_\_\_\_\_. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- \_\_\_\_\_. “ระบบแห่งบรรทัดฐานทางกฎหมาย.” ใน รพี ๔๒ ๗ สิงหาคม ๒๕๔๒. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการจัดงานรพี 2542 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

- ..... อ่างถึงใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ. หลักการตีความกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- วิชญ์ เครื่องงาม. “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.” ใน วิมลศิริ ชำนาญเวช วิทิต มั่นตราภรณ์ บก., สู่สิทธิมนุษยชน! สิทธิหรือหน้าที่ประเทศไทยปัจจุบัน?. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.
- สมบัติ จันทรวงศ์. มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776-1880. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 24. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.
- สายหยุด แสงอุทัย. วิชาการเมือง เล่ม 1. พระนคร : โรงพิมพ์ท่าพระจันทร์, 2482.
- สุรศักดิ์ บุญญานุกุลกิจ. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.” ใน ที่ระลึก 60 ปี พิธีใหญ่ ใจหาญ. จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 139. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561.
- สำนักงานศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. สิทธิของประชาชนและชุมชนในการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐให้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 51 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 45. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- ..... คำบรรยายรัฐธรรมนูญ (ปีที่ 4). กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500.
- อนันต์ คงเครือพันธ์. โครงการศึกษาวิจัยเปรียบเทียบเครื่องมือปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 51. กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2562.

อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน. “บทความหมายเลข 28.” ใน เดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์: เอกสารความคิดทางการเมืองอเมริกัน. แปลโดย สมบัติ จันทรวงศ์ และคณะ. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.

\_\_\_\_\_. “บทความหมายเลข 84.” ใน เดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์: เอกสารความคิดทางการเมืองอเมริกัน. แปลโดย สมบัติ จันทรวงศ์ และคณะ. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.

อุดม รัฐอมฤต. “หน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.” ในหนังสือ รัฐธรรมนูญ 60 : 60 ปี สมคิด เลิศไพฑูรย์ รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์. โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ เต็มตุลา, 2562.

## บทความ

จรัญ โฆษณานันท์. “สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : บทวิจารณ์เชิงวิเคราะห์แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในโลกที่มีไซเบอร์วันตลก.” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ฉบับที่ 2. ปีที่ 10. (ธันวาคม 2528) : 89-91.

จักรพันธ์ เพ็ชรภูมิ และคณะ. “สถานการณ์บ้านปลอดบุหรืของประเทศไทย.” ก้าวทันวิจัยกับ ศจย. ฉบับที่ 3. ปีที่ 9. (2560) : 4.

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. “ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 100. ฉบับที่ 1. ปีที่ 43. (มีนาคม 2557) : 102-103.

เบญจสุตา เฉลิมวิสุตม์กุล. “ประเด็นทางกฎหมายมหาชนว่าด้วยสถานะรับส่งสัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่ : กรณีศึกษาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ฉบับที่ 2. ปีที่ 10. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2553) : น.2-6.

ประเสริฐ สุขสบาย. “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา.” วารสารกฎหมายปกครอง 77. เล่ม 24. ตอน 1. (2549) : 85.

ไพศาล กุมาลย์วิสัย. “วิจารณ์กฎหมาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย.” ตุลพาท. ฉบับที่ 4. ปีที่ 15. (กรกฎาคม-สิงหาคม 2511) : 103-104.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตรฐาน” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ฉบับที่ 2. ปีที่ 30. (มิถุนายน 2543) : 187-194.

\_\_\_\_\_ . “ผลผูกพันสิทธิทางรัฐธรรมนูญ.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 968. ฉบับที่ 4. ปีที่ 42. (ธันวาคม 2556) : 980.

## วิทยานิพนธ์

เกื้อ เจริญราษฎร์. “มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ: ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมาย และการปรับใช้ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. “วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด.”วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.

ณัฐปคัลภ์ ลาขโรจน์. “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

รัตนา ฆะนนท์ไพศิฐ. “การเมืองกับกฎหมายการพิมพ์ (2459-2487).” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

สุรศักดิ์ บุญญานุกุลกิจ. “ความผูกพันขององค์กรของรัฐและเอกชนต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

## สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กมล สมวิเชียร. “หลักรัฐศาสตร์เบื้องต้นหลังรัฐธรรมนูญอเมริกา.” ACADEMIA. [https://www.academia.edu/32285720/หลักรัฐศาสตร์\\_เบื้องต้นหลังรัฐธรรมนูญอเมริกา\\_-\\_กมล\\_สมวิเชียร.pdf](https://www.academia.edu/32285720/หลักรัฐศาสตร์_เบื้องต้นหลังรัฐธรรมนูญอเมริกา_-_กมล_สมวิเชียร.pdf), 30 ตุลาคม 2562.

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (12 เมษายน 2559). “คำอธิบายสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญ เล่มที่ 1. [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/download/article/article\\_20160412180000.pdf](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/download/article/article_20160412180000.pdf), 6 มิถุนายน 2562.

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. “ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบ รายนามตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.” [https://dl.parliament.go.th/bitstream/handle/lirt/554417/2562\\_ความมุ่งหมาย\\_คำอธิบาย\\_รธน\\_2560.pdf?sequence=1](https://dl.parliament.go.th/bitstream/handle/lirt/554417/2562_ความมุ่งหมาย_คำอธิบาย_รธน_2560.pdf?sequence=1), 16 มกราคม 2564.

- \_\_\_\_\_ . “สรุปรายงานผลการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 วันจันทร์ที่ 26 ตุลาคม 2558.” [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt\\_dl\\_link.php?nid=106 &file name=index](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=106&file name=index), 16 มกราคม 2564.
- \_\_\_\_\_ . “สรุปรายงานผลการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 15 วันจันทร์ที่ 27 ตุลาคม 2558.” [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt\\_dl\\_link.php?nid=107&file name=index](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=107&file name=index), 16 มกราคม 2564.
- โฆษกกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. “รายงานความคืบหน้าในการดำเนินงานของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14.” [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt\\_dl\\_link.php?nid=99&filename=index](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=99&filename=index), 7 มิถุนายน 2562.
- ชนกพร อังศุวิริยะ. “การใช้คำแสดงทัศนภาวะจากข่าวความรุนแรงจังหวัดในชายแดนภาคใต้ผ่านหน้าหนึ่งของหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นภาคใต้และหนังสือพิมพ์ระดับชาติ.” [http://www.human.nu.ac.th/jhnu/file/journal/2016\\_12\\_22\\_13\\_21\\_06-05.pdf](http://www.human.nu.ac.th/jhnu/file/journal/2016_12_22_13_21_06-05.pdf), 23 มีนาคม 2562.
- ชุตติเดช เมธิชุตติกุล. “สิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการว่าด้วยรัฐธรรมนูญ : ความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของ “เบิกเค่นเฟอร์เดอ”.” *วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*. ฉบับที่ 1. ปีที่ 15. (มกราคม-มิถุนายน, 2562) : 67. <http://www.jssnu.socsci.nu.ac.th/issue/57/article/308>, 20 มิถุนายน 2562.
- ธงชัย วินิจจะกุล. “นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย.” [https://www.academia.edu/42188654/2020\\_2563\\_นิติรัฐอภิสิทธิ์\\_และราชนิติธรรม\\_ประวัติศาสตร์\\_ภูมิปัญญาของ\\_Rule\\_by\\_Law\\_แบบไทย](https://www.academia.edu/42188654/2020_2563_นิติรัฐอภิสิทธิ์_และราชนิติธรรม_ประวัติศาสตร์_ภูมิปัญญาของ_Rule_by_Law_แบบไทย), 11 มิถุนายน 2563.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. “เอกสารวิชาการส่วนบุคคล ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญไทย.” [http://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=8846](http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=8846), 13 มิถุนายน 2562.
- บีบีซี ไทย. “เฟซบุ๊กแอบฟังเราทางมือถือเพื่อลงโฆษณาจริงหรือ ?.” (31 ตุลาคม 2560). <https://www.bbc.com/thai/international-41814731>, 19 สิงหาคม 2562.
- ประชาไท. “ศาลอุทธรณ์พิพากษาจำคุก 'พลวัฒน์' 4 เดือน คดีไปรษณีย์ปลิวด้านรัฐประหารปี 58 รอลงอาญา 2 ปี.” (26 มกราคม 2564). <https://prachatai.com/journal/2021/01/91366>, 11 เมษายน 2564.
- ปิยะนาถ อังควาณิชกุล. “ความคิดกับการกำหนดสถานภาพสตรี.” *วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ*. ปีที่ 18. (มกราคม-ธันวาคม, 2558) : น.409. <http://ejournals.swu.ac.th/index.php/JOS/article/download/7045/6559>, 17 มิถุนายน 2563.

- ปิยบุตร แสงกนกกุล. “30 ปีกฎหมายการทำแท้งเสรีในฝรั่งเศส.” Public Law Net. <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=674>, 29 พฤษภาคม 2564.
- ปุนเทพ ศิริบุษย์. “รายงานการวิจัยเรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial review of Constitutional Amendments).” [https://www.academia.edu/7306622/รายงานการวิจัย\\_การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ](https://www.academia.edu/7306622/รายงานการวิจัย_การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ), 7 พฤษภาคม 2562.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. “หลักการรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรคสอง ของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Garantie des Wesensgehalts).” [http://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic\\_11121\\_2\\_116264.pdf](http://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_11121_2_116264.pdf), 1 เมษายน 2563.
- รัฐสภา. “บันทึกท้ายพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560.” [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=2117&filename=government](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=2117&filename=government), 14 มีนาคม 2564.
- \_\_\_\_\_. “บันทึกท้ายพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.” [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1683&filename=government](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1683&filename=government), 13 มีนาคม 2564.
- วรรณชัย บุญบำรุง. “เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับหลักสิทธิมนุษยชน.” วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. [http://www.constitutional-court.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=8822](http://www.constitutional-court.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=8822), 8 พฤษภาคม 2562.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. “หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560.” [http://www.ubu.ac.th/web/files\\_up/32f20180917111093776.ppt](http://www.ubu.ac.th/web/files_up/32f20180917111093776.ppt), 6 มิถุนายน 2562.
- อังคณา บริสุทธี. “Workshop เส้นทางสู่สถานพยาบาลปลอดบุหรี่ 100% รู้ยัง ทำได้จริง.” <http://thailandsmokingcessation.com/admin/file/document/04032019143424.pdf>, 14 มีนาคม 2564.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. “ภารกิจและการดำเนินการของฝ่ายปกครอง.” <http://law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-3.pdf>, 24 พฤษภาคม 2562.
- Hfocus. “จนท.ตรวจพบฝิ่นบาร์ 7 แห่งไม่จัดพื้นที่สูบบุหรี่ตามกฎหมาย” 11 กรกฎาคม 2563. <https://www.hfocus.org/content/2020/07/19740>, 7 เมษายน 2564.
- iLaw. ““มาตรา 44” ไม่ได้เด็ดเดี่ยว: เฝ้าจัดการในอดีตมีทั้งมาตรา 17, 21, 27 ส่วนใหญ่ใช้อำนาจแทนศาล.” <https://ilaw.or.th/node/4670>, 15 พฤศจิกายน 2562.

\_\_\_\_\_ . “กฎหมายไซเบอร์ (1): พ.ร.บ.ข้อมูลส่วนบุคคลฯ ไทยก็มี แต่ข้อยกเว้นเพียบ!” <https://ilaw.or.th/node/5481>, 30 มกราคม 2563.

\_\_\_\_\_ . “ผู้ตรวจการแผ่นดินชี้รัฐธรรมนูญรับรองคำสั่งหัวหน้าคสช. เรื่อง ห้ามชุมนุมทางการเมืองฯ. <https://ilaw.or.th/node/5002>, 29 พฤศจิกายน 2562.

\_\_\_\_\_ . “สรุปร่างรัฐธรรมนูญ: เมื่อ “สิทธิเสรีภาพ” เขียนใหม่เป็น “หน้าที่ของรัฐ”.” <https://ilaw.or.th/node/42146>, 6 มิถุนายน 2562.

Tech talk Thai. “รู้หรือไม่ ? Facebook แอบฟังเสียงของคุณอยู่ตลอดเวลา.” (3 มิถุนายน 2559). <https://www.techtalkthai.com/facebook-secretly-listens-to-you-to-target-ads/>, 19 สิงหาคม 2562.

## เอกสารอื่น ๆ

กรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว: คณะผู้ศึกษา จิตราภรณ์ วนัสพงศ์ และปิยะวรรณ แก้วศรี.

“รายงานการศึกษา : การทบทวนความก้าวหน้าของการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.” กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2563.

ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา. ใน ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 พ.ศ. 2405-2411. พลเอก ประภาส จารุเสถียร พิมพ์ถวายในงานพระราชทานเพลิงศพ พระมหาโพธิวงศาจารย์ อินทโชตเถระ วัดเทพศิรินทราวาส วันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2511. พระนคร : เจริญทองการพิมพ์, 2511.

ประพันธ์ นัยโกวิท. “บางเรื่องราวในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.” ใน ความในใจของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 2560. โดย คณะอนุกรรมการประชาสัมพันธ์ และสำรวจความคิดเห็นของประชาชนในคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง รัฐธรรมนูญไวมาร์.” กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “เอกสารวิชาการส่วนบุคคล สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.” กรุงเทพมหานคร : วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ.

สุดา รั้งกฤษณ์. “ทัศนภาวะในไวยากรณ์และปริเฉทไทย.” กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2557.

\_\_\_\_\_ . “ระบบญาณลักษณะในภาษาไทย: การศึกษาตามแนวหน้าที่-ปริชาน.” กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2548.

สุรศักดิ์ บุญญานุกุลกิจ. “รายงานฉบับสมบูรณ์ : สิทธิของบุคคลในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตาม มาตรา 213 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.” กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

## BOOKS AND BOOKS ARTICLE

Bernhard Schlink. “German constitutional culture in transition.” in Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives. ed. Michel Rosenfeld. Durham and London: Duke university, 1994.

Carl Schmitt. Constitutional Theory. trans. and ed. by Jeffrey Seitzer. Durham and London: Duke University, 2008.

Carleton Kemp Allen. Legal duties and other essays in jurisprudence. Oxford: The Clarendon, 1931.

Christian Bumke and Andreas Voßkuhle. German constitutional law: Introduction, Cases, and Principles. Oxford: Oxford University, 2019.

Christian Calliess. “Dimensions of fundamental rights- Duty to respect versus Duty to protect.” in Debate in German public law. Hermann Pünder and Christian Waldhoff. Oxford: Hart, 2014.

Colm O’Cinneide and Manfred Stelzer. “Horizontal effect/state action.” in Routledge Handbook of Constitutional Law. ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders. Oxon: Routledge, 2013.

Dieter Grimm. “The protective function of the state.” in European and US Constitutionalism. ed. George Nolte. Cambridge: Cambridge university, 2005.

\_\_\_\_\_. Constitutionalism: Past, Present, and Future. Oxford: Oxford University, 2016.

Donald P Kommers and Russell A Miller. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3<sup>rd</sup> edition. Durham and London: Duke university, 2012.

\_\_\_\_\_. “ Germany: Balancing Rights and Duties.” in Interpreting Constitutions : A Comparative Study. ed. Jeffrey Goldsworthy. Oxford: Oxford university, 2006.



- Ernst- Wolfgang Böckenförde. "Fundamental Rights as Constitutional Principle." trans. Thomas Dunlap and Ruth Zimmerling. in Constitutional and Political Theory: Selected Writing. ed. Mirjam Künkler and Tine Stein. Oxford: Oxford university, 2017.
- Frank I. Michelman. "The protective function of the state in the United States and Europe: the constitutional question." in European and US Constitutionalism, ed. George Nolte. Cambridge: Cambridge university, 2005.
- Frederick Pollock. A first book of jurisprudence. London: Macmillan, 1896.
- Jacobus Tenbroek. Equal Under Law, Originally Published as the Antislavery Origins of the Fourteenth Amendment. New Enlarged ed. New York, Collier Books, 1965.
- John Austin. Lecture on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law. Student's Edition. London: John Murray, 1880.
- John W. Salmond. Jurisprudence. 4<sup>th</sup> Edition. London: Stevens and Haynes, 1913.
- Mariano Croce and Andrea Salvatore. The Legal Theory of Carl Schmitt. (Oxon: Routledge, 2013.
- Mark Tushnet. The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis. 2<sup>nd</sup> edition. Oxford: Hart, 2015.
- Robert Alexy. Theory of constitutional rights. trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford university.
- Stephen Gardbaum. "The structure and scope of constitutional rights." in Comparative Constitutional Law. ed. Tom Ginsburg and Rosalind Dixon. Edward Elgar: Cheltenham, 2011.
- Thomas Erskine Holland. The elements of jurisprudence. 12<sup>th</sup> edition. Oxford: The Clarendon, 1916.
- Thosten Kingreen. "Rule of Law versus Welfare State." in Debate in German public law, ed. Hermann Pünder and Christian Waldhoff. Oxford: Hart, 2014.

## ELECTRONIC MEDIA

- Aharon Barak. "Human dignity: constitutional value and constitutional right." <http://web.law.haifa.ac.il/en/JudgesAcademy/workshopDocuments/Barak%20-%20Human%20Dignity.docx>, April 15, 2019.

- Bernhard Schlink. "Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here?." <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=djcil>, January 6, 2020.
- Christian Starck. "State duties of protection and fundamental rights." Researchgate. [https://www.researchgate.net/publication/318396349\\_State\\_duties\\_of\\_protection\\_ana\\_fundamental\\_rights](https://www.researchgate.net/publication/318396349_State_duties_of_protection_ana_fundamental_rights), August 10, 2019.
- David P. Currie. "Positive and Negative Constitutional Rights." JSTOR. [https://www-jstor-org.ezproxy.tulibs.net/stable/pdf/1599586.pdf?ab\\_segments=0%252Fbasic\\_expensive%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3A76128eaf3fd196265d6dac715f48a72e](https://www-jstor-org.ezproxy.tulibs.net/stable/pdf/1599586.pdf?ab_segments=0%252Fbasic_expensive%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3A76128eaf3fd196265d6dac715f48a72e), October 20, 2019.
- Erwin Chemerinsky. "Government Duty to Protect: Post-DeShaney Developments." <http://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=lawreview>, December 25, 2019.
- Francois Venter. "Utilizing constitutional values in constitutional comparison." <https://www.ajol.info/index.php/pej/article/viewFile/43492/27027>, April 14, 2019.
- Hiroshi Nishihara. "The significance of constitutional values." <http://www.puk.ac.za/opencms/export/PUK/html/fakulteite/regte/per/issues/01v1nisi.pdf>, 14 April 2019.
- Jenna MacNaughton. "Positive Rights in Constitutional Law: No Need to Graft, Best Not to Prune." <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/mcnaughton-2001-positive-rights-in-constitutional-law.pdf>, October 24, 2019.
- John D. Gorby and Robert E. Jonas. "West German abortion decision: a contrast to Roe v Wade." John Marshall. <https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=lawreview>, June 25, 2019.
- Jürgen Brohmer, Clauspeter Hill & Marc Spitzkat. 60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court. 2<sup>nd</sup> edition. Selangor Darul Ehsan: Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, 2012. Under "Introduction to German Constitutional Law and the doctrine of basic rights." [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=cb2827ff-3310-89d2-b72c-f2e39b7022e8&groupId=268877](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=cb2827ff-3310-89d2-b72c-f2e39b7022e8&groupId=268877), October 14, 2019.
- Kai Möller. "U.S. Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model." [http://eprints.lse.ac.uk/66571/1/\\_lse.ac.uk\\_storage\\_LIBRARY\\_Secondary\\_libfile\\_shar](http://eprints.lse.ac.uk/66571/1/_lse.ac.uk_storage_LIBRARY_Secondary_libfile_shar)

ed\_repository\_Content\_LSE%20Working%20Paper\_U.S.%20Constitutional%20Law,%20Proportionality\_Moller\_U.S.%20Constitutional%20Law,%20Proportionality\_Author.pdf, December 6, 2019.

Maarten Stremmer. "The Constitution as an objective order of value." Academia. [https://www.academia.edu/34289894/The\\_Constitution\\_as\\_an\\_Objective\\_Order\\_of\\_Values](https://www.academia.edu/34289894/The_Constitution_as_an_Objective_Order_of_Values), October 14, 2019.

Mark Tushnet. "An Essay on Rights." Heinonline. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tlr62&collection=journals&id=1385&startid=&end=1426>, October 28, 2019.

\_\_\_\_\_. "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law." Oxford Academic. <https://academic.oup.com/icon/article/1/1/79/671955>, December 6, 2019.

Mattias Kumm. "Constitutional rights as principle: On the structure and domain of constitutional justice." ResearchGate. <https://www.researchgate.net/publication/31415651>, February 19, 2019.

\_\_\_\_\_. "What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement." [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=952034](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952034), January 6, 2020.

Micheal Gerhardt. "Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's Case-Law." Report by the Federal Constitutional Court for the XIVth Congress of European Constitutional Courts 2008, [https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Germany\\_en.pdf](https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Germany_en.pdf), August 4, 2020.

Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat. "American balancing and German proportionality: The historical origin." <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/263/699991>, December 25, 2019.

\_\_\_\_\_. "The hidden foreign law debate in Heller: The proportionality approach in American constitution law." [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1317833](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317833), December 28, 2019.

Olha Cherednychenko. "Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law

- with Emphasis on Risky Financial Transactions.” <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/20945/full.pdf>, August 10, 2019.
- Peter M. Humber. “Risk decision in German Constitutional and Administrative law.” <https://epub.ub.uni-muenchen.de/13872/1/riskdecisions.pdf>, July 25, 2019.
- Public health law center. “There is no constitutional right to smoke or toke.” <https://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/No-Constitutional-Right-Smoke-Toke-2019.pdf>, January 13, 2020.
- Robert Alexy. “Constitutional right and Proportionality.” *Revus*. <http://journals.openedition.org/revus/2783>, March 30, 2019.
- \_\_\_\_\_. “On Constitutional Rights to Protection.” *Heinonline*. <https://heinonline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/legisp3&collection=journals&section=3&id=&print=section&sectioncount=1&ext=.pdf&nocover=,> July 2, 2019.
- \_\_\_\_\_. “The dual nature of law.” *HeinOnline*. [https://heinonline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/lwukrn2011&div=10&start\\_page=39&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults.,](https://heinonline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/lwukrn2011&div=10&start_page=39&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults.) March 12, 2019.
- Sarah Frier. “Facebook Paid Contractors to Transcribe Users’ Audio Chats.” *Bloomberg* (14 August 2019). <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-08-13/facebook-paid-hundreds-of-contractors-to-transcribe-users-audio>, August 19, 2019.
- Stephen Faberman. “The Lessons of DeShaney: Special Relationships, Schools & the Fifth Circuit.” <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1983&context=bclr>, May 4, 2020.
- Stephen Gardbaum. “The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights.” *Michigan Law Review*. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=mlr>, December 4, 2019.
- \_\_\_\_\_. “Where the (state) action is.” *Oxford Academic*. <https://academic.oup.com/icon/article/4/4/760/640293>, December 6, 2019.
- Steven J. Heyman. “The first duty of government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment.” *JSTOR*. [https://www.jstor.org/stable/1372846?read-now=1&seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1372846?read-now=1&seq=1#metadata_info_tab_contents), October 18, 2019.

Susan Bandes. "The Negative Constitution: A Critique." JSTOR. [https://www-jstor-org.ezproxy.tulibs.net/stable/pdf/1289540.pdf?ab\\_segments=0%2Fbasic\\_expensive%2Fcontrol&refreqid=search%3A32b746d829d9e5769b4d71b7e04deb94](https://www-jstor-org.ezproxy.tulibs.net/stable/pdf/1289540.pdf?ab_segments=0%2Fbasic_expensive%2Fcontrol&refreqid=search%3A32b746d829d9e5769b4d71b7e04deb94), October 29, 2019.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวปติวรรดา บุญนำมา
วันเดือนปีเกิด	9 มีนาคม 2535
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2557: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2559: เนติบัณฑิตไทย สมัย 68 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
ตำแหน่ง	พนักงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครองระยอง
ผลงานทางวิชาการ	

ปติวรรดา บุญนำมา. “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564.