



รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง  
การยกเลิกสิทธิเสรีภาพ  
ตามรัฐธรรมนูญ  
เพื่อใช้สิทธิทางศาล

โดย รองศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ

เสนอต่อ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

กันยายน 2547

เรื่อง การยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล

รองศาสตราจารย์ ดร. บุญศรี มีวงศ์โฆษ

พิมพ์ครั้งที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2548

พิมพ์ครั้งที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2549

สงวนลิขสิทธิ์ (พ.ศ. 2548)

ห้ามการลอกเลียนไม่ว่าส่วนหนึ่งส่วนใดของหนังสือเล่มนี้

นอกจากจะได้รับอนุญาต

จัดพิมพ์โดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 326 ถนนจักรเพชร เขตพระนคร

กรุงเทพมหานคร 10200

โทร. 0-2623-9600

[www.concourt.or.th](http://www.concourt.or.th)

พิมพ์ที่

บริษัท มิสเตอร์ก๊อบบี้ (ประเทศไทย) จำกัด

261/375 ถนนเจริญสนิทวงศ์ แขวงบางขุนศรี เขตบางกอกน้อย กรุงเทพฯ 10700

โทรศัพท์ 0-2800-2290, โทรสาร 0-2800-2291

## คำนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 270 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีพันธกิจหลักในการสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญในทุกด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสนับสนุนกระบวนการพิจารณาคดีการศึกษาวิเคราะห์ด้านคดีและกฎหมาย และการศึกษาวิจัยทางวิชาการ ในด้านการศึกษาวิจัยนั้น กล่าวได้ว่า นับแต่ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในปี 2541 ถึงปัจจุบัน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ร่วมมือกับนักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิจากสถาบันการศึกษา และข้าราชการภายในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ผลิตผลงานการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมาก

รัฐธรรมนูญมาตรา 28 วรรคสอง บัญญัติให้ประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ แต่โดยที่ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งที่ให้ประชาชนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ดังนั้น การศึกษาวิจัยเรื่องนี้จึงได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับการให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง

ซึ่งจะทำให้บทบาทนิติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสอง  
ที่รองรับการใช้สิทธิทางศาลของประชาชนมีความชัดเจนยิ่งขึ้น

การส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ  
ตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทและ  
อำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญถือเป็นภารกิจสำคัญที่  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญยึดถือปฏิบัติโดยตลอดมา และหวังเป็น  
อย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “การยกสิทธิเสรีภาพตาม  
รัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล” เล่มนี้ ซึ่งมี รองศาสตราจารย์  
ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เป็นผู้วิจัย จะเป็นประโยชน์ต่อการ  
เพิ่มพูนองค์ความรู้และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมทั้ง  
ประโยชน์ต่อการกระจายฐานความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับ  
รัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพ และองค์กรตามรัฐธรรมนูญสู่  
สาธารณชนมากขึ้น ตามปณิธานและวัตถุประสงค์ของ  
ศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสืบต่อไป

(นายไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ



ประเด็นเกี่ยวกับการยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 28 วรรคสอง นับได้ว่าเป็นมิติใหม่ในระบบรัฐธรรมนูญของไทย ซึ่งนอกจากจะก่อให้เกิดสิทธิตามทวิสัย กล่าวคือก่อให้เกิดหน้าที่สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ ที่จะต้องดำเนินการสร้างสรรค์ในด้านต่างๆ ตามที่สิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธิเรียกร้อง รวมทั้งผูกมัดฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการให้ต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ยังมีประเด็นเกี่ยวกับสิทธิตามอัตวิสัย กล่าวคือ จะต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเรียกร้องบางสิ่งบางอย่างจากรัฐ หรือเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์ของตนได้ บนพื้นฐานของกฎหมายซึ่งมีลักษณะบังคับ และเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน

ในระบบของเยอรมันและอีกหลายประเทศที่ใช้ระบบของเยอรมันเป็นต้นแบบ ยังเปิดโอกาสให้ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิของตน สามารถร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ เมื่อได้ดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมจนสิ้นสุดกระบวนการแล้ว ซึ่งรวมถึงกรณีการร้องทุกข์ต่อคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแขนงต่างๆ ด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาเฉพาะในประเด็นที่ว่าสิทธิของ

ผู้ร้องทุกข์ดังกล่าวถูกละเมิดหรือไม่เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีสถานะของความ เป็นกฎหมายสูงสุดอย่างแท้จริง

สำหรับกรณีของไทยนั้น การร้องทุกข์ของประชาชนโดยตรง ต่อศาลรัฐธรรมนูญยังคงเป็นสิ่งที่กระทำมิได้ ซึ่งผลก็คือ ศาลสูงสุด แขนงต่างๆ อาจตัดสินหรือวินิจฉัยคดีโดยไม่สอดคล้องกับหลักการ คุ่มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญของไทย กลับไม่อาจดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ เพื่อเป็นการแก้ปัญหา ดังกล่าวผู้ทำวิจัยจึงเสนอทางออก ที่ไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ โดยการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 269 วรรคแรก ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดวิธี พิจารณาของศาลได้เอง อันจะเป็นหนทางที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถ ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญได้อย่างแท้จริง



The issue of invocation of the constitutional rights or liberties before the courts according to the Section 28 para 2 of the Thai Constitution of 2540 B.E. is a new dimension of current constitutional life in Thailand, which embodies two important aspects. First, it construes the objective rights of the people, i.e., the legislative body is bound to create laws conforming to the constitutional rights and liberties, by which the Executive, the Judiciary as well as all State organs are bound. The second aspect is the subjective rights of the people, i.e. the possibility to invoke their rights and liberties enshrined in the Constitution as well as all coersive laws aiming to protect individuals.

In Germany and those countries which follow the German model, the people, whose constitutional right is violated by public authorities, are entitled to invoke their rights by submitting their constitutional complaints before the Constitutional Court, after they have already exhausted remedies through the judicial processes. The Constitutional Court restricts itself nevertheless to deciding only on constitutional issues.

In Thailand, however, such constitutional complaints are still unavailable. Under this circumstance, it is possible that the decisions of the normal courts do not conform to the Constitution and the Constitutional Court can do nothing against such decisions.

In order to avoid the said situation, the researcher suggests a solution that requires no amendment of the Constitution. The Constitutional Court may according to the provision of Section 269 para 1 of the Thai Constitution of 2540 B.E. rule out its own procedures for such cases in order that it can, in reality, perform its role as the protector of the Constitution.





ประเด็นเกี่ยวกับการยกเลิกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล นับได้ว่าเป็นมิติใหม่ในระบบรัฐธรรมนูญของไทยที่ได้รับการนำเข้ามาโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 28 วรรคสอง แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดได้แต่หลักการสำคัญๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวยังมีประเด็นปลีกย่อยที่เป็นรายละเอียดอีกมาก ซึ่งในส่วนของรายละเอียดเหล่านี้ ยังอาจกล่าวได้ว่า เกี่ยวกับเรื่องนี้สังคมไทยยังไม่มีประสบการณ์มากนัก จึงจำเป็นต้องอาศัยประสบการณ์ของต่างประเทศมาเป็นแนวทาง สำหรับการพัฒนาเพื่อค้นหาสิ่งที่เหมาะสมสำหรับสังคมไทยต่อไป

หลักฐานทางประวัติศาสตร์ชิ้นแรกเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ แต่ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ปรากฏว่าประเทศเยอรมันได้มีพัฒนาการที่รวดเร็วในด้านการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ในขณะที่ในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสเพียงจะมีการปรับปรุงกันอย่างชานานใหญ่ หลังจากการรวมเป็นสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นประเด็นที่จะต้องมีการพิจารณาในรายละเอียดต่อไป

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกระบวนการยุติธรรมนั้น มีวิวัฒนาการในลักษณะค่อยเป็นค่อยไปมีหลักฐานชี้ว่ามีการใช้ในรูปของการออกหมายศาลให้มีการตอบ

คำถามว่า มีร่างกายของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลของผู้รับหมายหรือไม่ (Writ of habeas corpus ad respondendum) ซึ่งมีการใช้กันอย่างแพร่หลายในวงการศาลตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1230 และมีการพัฒนามาเป็น Writ of habeas corpus cum causa ซึ่งเป็นหมายศาลเพื่อให้ผู้รับหมายอธิบายสาเหตุที่มีการควบคุมตัวบุคคล Writ of Habeas Corpus มีสถานะความเป็นคำสั่งศาลในพระปรมาภิไธย กล่าวคือ เป็นหมายศาลที่ออกโดยอาศัยพระราชอำนาจของกษัตริย์ (high prerogative writ) Sir Edward Coke นับได้ว่าเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการเปลี่ยนสถานะของหมายดังกล่าวมาเป็นหมายศาลที่มีความยิ่งใหญ่และทรงประสิทธิภาพ (great and efficacious writ) ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ (writ of liberty) ซึ่งกลายมาเป็นเครื่องมืออันทรงประสิทธิภาพในการต่อต้านการใช้อำนาจของฝ่ายกษัตริย์ที่เข้ามาก้าวท้าวสิทธิเสรีภาพของบุคคล

หลังจากที่ได้มีการขัดขวางมาหลายต่อหลายครั้ง ในที่สุด ในปี ค.ศ. 1679 สภานิติบัญญัติยอมให้ผ่านร่างพระราชบัญญัติ Habeas Corpus นับได้ว่าเป็นการปูทางครั้งสำคัญของอังกฤษ อันจะนำไปสู่ การเรียกร้อง และการได้มาซึ่งเสรีภาพทางการเมืองและเสรีภาพทางด้านอื่นๆ ของพลเมืองต่อไป เพราะโดยพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้บทบัญญัติใน บทที่ 40 แห่งมหาบัตร (Magna Carta) ปี ค.ศ. 1215 ซึ่งกษัตริย์อังกฤษทรงให้หลักประกัน โดยกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรว่า “เราจะไม่ขาย ปฏิเสธ หรือถ่วงเวลาซึ่งสิทธิหรือความยุติธรรมต่อผู้ใด” ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมนั้น กลายมาเป็นแนวทางที่เป็นรูปธรรม สามารถนำมาปฏิบัติได้อย่างแท้จริง

ปี ค.ศ. 1688 เกิดเหตุการณ์ที่เรียกว่า “การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์” (The Glorious Revolution) ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองครั้งสำคัญ เหล่าขุนนางจึงได้อัญเชิญเจ้าชาย William of Orange ขึ้นครองราชย์ เป็นพระเจ้า William III โดยทรงครองราชย์ร่วมกับพระนาง Mary ภายใต้เงื่อนไขว่า ทั้งสองพระองค์จะต้องทรงลงพระปรมาภิไธยใน the Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689 ซึ่งแม้จะมีรูปแบบที่ไม่แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติทั่วไป แต่บรรจุกฎด้วยเนื้อหาที่เป็นการกำหนดสถานะภาพของสถาบันทางการเมือง และให้หลักประกันทางด้านสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน

ในส่วนของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น the Bill of Rights ให้หลักประกันความเสมอภาค ในรูปแบบของการห้ามมีการยกเว้นกฎหมายได้ตามอำเภอใจของฝ่ายกษัตริย์ ให้สิทธิในการร้องทุกข์โดยไม่มีข้อจำกัด สิทธิในการถือครองอาวุธเพื่อการป้องกันตนของพลเมืองที่นับถือศาสนาคริสต์ นิกายโปรเตสแตนต์ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สำหรับการอภิปรายในสภา ซึ่งต่อมาขยายออกไปสู่ประชาชนทั่วไป ในรูปของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยทั่วไป นอกจากนี้แล้วยังได้มีการอุดช่องว่างของพระราชบัญญัติ Habeas Corpus โดยกำหนดสิทธิในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของศาล คຸ້ມครองประชาชนจากอำเภอใจของผู้พิพากษามิให้ผู้พิพากษากำหนดหลักประกันสูงจนเกินสมควร หรือกำหนดค่าปรับสูงจนเกินเหตุ รวมทั้งกำหนดเป็นข้อห้าม มิให้มีการลงโทษที่มีลักษณะทารุณโหดร้ายและผิดธรรมดา และให้สิทธิแก่จำเลย ที่จะได้รับการพิจารณาคดีจากคณะลูกขุน ทั้งยังห้ามมิให้มีการปรับหรือริบทรัพย์บุคคลก่อนมีคำพิพากษา ตลอดจนรับรองสิทธิทั้งหลายทุก

รูปแบบที่พลเมืองได้มาตาม common law (“the ancient, true and indubitable rights of the people of the realm”) แม้ว่าสิทธิดังกล่าวเหล่านั้นจะไม่มีพระราชบัญญัติใด ๆ รับรองก็ตาม

การมี the Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689 นี้ เป็นการเพียงพอสำหรับศาลทั้งหลายในระบบ common law ที่จะใช้ในการคุ้มครองและขยายผลสำหรับเสรีภาพของคนอังกฤษต่อไป แต่อย่างไรก็ตามแม้อังกฤษจะใช้หลักนิติธรรม หรือการปกครองโดยกฎหมาย (the rule of law) ในการปกครอง แต่ก็มี ความหมายตรงตัวตามถ้อยคำกล่าวคือ เมื่อปกครองโดยกฎหมาย ผู้ออกกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายใด ๆ มีอำนาจอันไม่จำกัดที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้รัฐบาลนำไปเป็นพื้นฐานในการปกครอง ในระบบนี้กฎหมายจึงอยู่ภายใต้อำนาจทางการเมืองนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ การอ้างความชอบธรรมตามแนวความคิดเดิมที่ว่า รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อสภา จึงลดความน่าเชื่อถือลงไปและเมื่อบทบาทของสภาในการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนถูกละเลยไปภายใต้สถานการณ์เช่นนี้ เสี่ยงวิพากษ์วิจารณ์ว่า อังกฤษกำลังพัฒนาตนเองไปสู่ความเป็นรัฐที่ผูกขาดอำนาจ (authoritarianism)

สำหรับประเทศฝรั่งเศสอาจจะมีความแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษหรือประเทศเยอรมัน เนื่องจากประชาชนมีความทรงจำที่กลายเป็นความฝังใจมาตั้งแต่สมัยที่อยู่ภายใต้การปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งเป็นช่วงที่ประชาชนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกระบวนการยุติธรรม ความฝังใจดังกล่าวแยกพิจารณาได้เป็นสองประการ คือ ความไม่ไว้วางใจในระบบศาล และความเชื่อมั่นในหลักความเป็นสถาบันสูงสุดของ

รัฐสภา ซึ่งได้กลายมาเป็นเครื่องกีดขวางการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จนกระทั่งถึงช่วงแรกของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หลังจากที่ได้มีการต่อสู้กับความฝืดแข็งดังกล่าวจนประสบความสำเร็จในระดับหนึ่ง กล่าวคือมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาได้ ก็ยังปรากฏว่าอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสก็ยังมีข้อจำกัดที่ไม่อาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วได้ ความคล้ายคลึงกันประการหนึ่งระหว่างศาลรัฐธรรมนูญของไทยกับศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสก็คือการให้ศาลรัฐธรรมนูญตราข้อกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลเอง แต่ก็ยังมีความแตกต่างกันในส่วนที่ของฝรั่งเศสเป็นการกำหนดโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ในขณะที่ของไทยกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ จึงมีความแตกต่างในแง่ของสถานะของข้อกำหนด

สำหรับสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันนั้น ได้รับการบัญญัติไว้รวมกับเนื้อหาอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญชนิดที่แยกออกจากกันมิได้ ในเมื่อรัฐธรรมนูญมีความเป็นกฎหมายสูงสุด สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมมีความเป็นกฎหมายสูงสุดไปด้วยภาพลักษณ์ของสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ ที่มีผลผูกพันอย่างเคร่งครัดนั้น เมื่อพิจารณาตามมาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่าการเน้นประเด็นการให้มีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นกรณีพิเศษโดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้ สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ เช่นเดียวกับที่ผูกพันฝ่ายอื่นๆ ที่ถืออำนาจรัฐ “ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้...” ซึ่งเป็นข้อผูกมัดเชิงปฏิเสธ

(negative binding) ในความหมายที่เท่ากับเป็นการห้ามการกระทำใด ๆ ทางนิติบัญญัติ ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งในความหมายนี้ได้มีการปูพื้นฐานทางความคิดมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับก่อน คือรัฐธรรมนูญฉบับไว้มาร์แล้ว แต่นอกเหนือไปจากความหมายเชิงปฏิเสธนี้แล้ว บทบัญญัติดังกล่าว ยังมีความหมายเชิงปฏิฐาน (positive meaning) อีกด้วย กล่าวคือ เป็นการก่อให้เกิดเป็นหน้าที่ในเชิงปฏิฐาน (ซึ่งในภาษาเยอรมันเรียกว่า positive Verpflichtung) แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ให้ต้องดำเนินการสร้างสรรค์ในด้านต่าง ๆ ตามที่สิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธิเรียกร้องอีกด้วยซึ่งทั้งหมดนี้ เท่ากับเป็นการปิดฉากสำหรับการที่เคยมีการพิจารณาว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นแต่เพียงแนวนโยบายแห่งรัฐ ที่อยู่ภายใต้ดุลพินิจอันเสรีของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทำให้เป็นจริงขึ้นมาหรือไม่ทำให้เป็นจริงขึ้นมาก็ได้ทั้งสิ้น

ภารกิจเชิงปฏิฐานของฝ่ายนิติบัญญัติ ในการดำเนินการสร้างสรรค์ในส่วนของการละเอียดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือที่เรียกกันว่า เป็นสิทธิเชิงภววิสัยนั้น โดยผลของมาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันดังกล่าวแล้ว เป็นการผูกมัดสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันก็ได้พิสูจน์ให้เห็นแล้วว่า ปัญหาสำคัญที่เกี่ยวกับการใช้บังคับสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกิดจากการไม่ดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ หาใช่เป็นสิ่งที่แก้ไขไม่ได้แต่อย่างใดไม่ โดยมีคำวินิจฉัยว่า หากพ้นระยะเวลาพอสมควรที่ฝ่ายนิติบัญญัติควรจะทำดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไปแล้ว แต่ฝ่าย

นิติบัญญัติกลับมามีได้มีการดำเนินการใดๆ ย่อมมีผลเป็นการยกเลิก บทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเหล่านั้น โดยการยกเลิกดังกล่าวย่อมมี ผลผูกพันไปถึงฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการอีกด้วย

ในส่วนของสิทธิตามอรรถวิสัยทางกฎหมายมหาชนนั้น เป็น สถานะตามกฎหมายของประชาชน ในความสัมพันธ์ที่มีต่อรัฐ โดย จากสถานะดังกล่าว เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเรียกร้องบางสิ่ง บางอย่างจากรัฐ หรือเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อ ประโยชน์ของตนได้ บนพื้นฐานของกฎหมายซึ่งมีลักษณะบังคับ และเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของ ปัจเจกชน

นอกจากนี้แล้ว ในระบบของเยอรมันและอีกหลายประเทศที่ ใช้ระบบของเยอรมันเป็นต้นแบบยังเปิดโอกาสให้ประชาชนที่ถูก ละเมิดสิทธิของตน สามารถร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้ เมื่อได้ดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมจนสิ้นสุดกระบวนการ แล้ว ซึ่งรวมถึงกรณีการร้องทุกข์ต่อคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแขนง ต่างๆ ด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาเฉพาะในประเด็นที่ว่า สิทธิของผู้ร้องทุกข์ดังกล่าวถูกละเมิดหรือไม่เท่านั้น

สำหรับกรณีของไทยนั้น การร้องทุกข์ของประชาชนโดยตรง ต่อศาลรัฐธรรมนูญยังคงเป็นสิ่งที่กระทำมิได้ ซึ่งผลก็คือ ศาลสูงสุด แขนงต่างๆ อาจตัดสินหรือวินิจฉัยคดีโดยไม่สอดคล้องกับหลักการ คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญของไทย กลับไม่อาจดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ เพื่อเป็นการแก้ปัญหา ดังกล่าวผู้ทาวินิจฉัยจึงเสนอทางออก ที่ไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ โดยการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตาม

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 269 วรรคแรก ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดวิธีพิจารณาของศาลได้เอง อันจะเป็นหนทางที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญได้อย่างแท้จริง





	หน้า
บทคัดย่อ.....	(1)
Abstract.....	(3)
บทสรุปสำหรับผู้บริหาร.....	(5)
ส่วนที่หนึ่ง แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ.....	1
บทนำ.....	1
บทที่หนึ่ง มิติใหม่ทางทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน.....	3
1.1 วิวัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ.....	3
1.2 หลักประกันเกี่ยวกับการละเมิดมิได้ของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.....	5
1.3 กลไกโดยทั่วไปในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.....	5
1.4 บทบาทพิเศษของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.....	6



	หน้า
1.5 การวิเคราะห์สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญโดยการแยกพิจารณาเป็นสิทธิตามภาววิสัยและสิทธิตามอัตตวิสัย.....	7
1.5.1 แนวความคิดของกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน.....	7
1.5.2 แนวความคิดของฝรั่งเศส.....	39
1.5.3 แนวความคิดของเยอรมัน.....	68
<b>บทที่สอง สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิตามภาววิสัยและอัตตวิสัย.....</b>	<b>73</b>
2.1 สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิตามภาววิสัย.....	73
2.1.1 คุณสมบัติของสิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิตามภาววิสัย.....	74
2.1.2 สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์.....	75
2.1.3 ผลผูกพันของสิทธิและเสรีภาพ.....	80
2.2 สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิตามอัตตวิสัย.....	117



	หน้า
2.2.1 ลักษณะโดยทั่วไปของสิทธิตาม อรรถวิสัย.....	118
2.2.2 ความหมายของสิทธิตามอรรถวิสัย...	129
<b>บทที่สาม ผลผูกพันของสิทธิตามอรรถวิสัยต่อ</b>	
<b>กระบวนการยุติธรรมเยอรมัน.....</b>	<b>145</b>
3.1 วิวัฒนาการของผลผูกพันของสิทธิตาม อรรถวิสัยต่อกระบวนการยุติธรรม.....	145
3.2 ความหมายของผลผูกพันของสิทธิตาม อรรถวิสัยต่อกระบวนการยุติธรรม.....	146
3.3 ผลผูกพันของสิทธิตามอรรถวิสัยต่อ กระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง.....	152
3.4 ผลผูกพันของสิทธิตามอรรถวิสัยต่อ กระบวนการยุติธรรมทางอาญา.....	158
3.5 ผลผูกพันของสิทธิตามอรรถวิสัยต่อ กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง.....	159
3.6 กลไกสุดท้ายในการสร้างผลผูกพันของ สิทธิตามอรรถวิสัยต่อกระบวนการ ยุติธรรม : การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ....	161
3.7 สรุป.....	174



	หน้า
ส่วนที่สอง	
การยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้ สิทธิทางศาลของไทย.....	177
บทที่สี่	
บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา 28 วรรคสองกับกระบวนการยุติธรรมไทย.....	177
4.1 เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ.....	177
4.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำคดีขึ้นสู่ศาล ต่าง ๆ.....	181
4.2.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำคดีขึ้นสู่ ศาลแพ่ง.....	181
4.2.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำคดีขึ้นสู่ ศาลอาญา.....	187
4.2.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำคดีขึ้นสู่ ศาลปกครอง.....	198
4.2.4 การทำคำร้องเรียนไปยังองค์กร อิสระตามรัฐธรรมนูญ.....	205
4.3 ปัญหาที่เกิดจากแนวทางปฏิบัติของศาล ต่าง ๆ.....	207
บทที่ห้า	
แนวทางการแก้ไขปัญหาของไทย.....	209
5.1 ศาลรัฐธรรมนูญไทยกับคำพิพากษา อันถึงที่สุดแล้ว.....	210



	หน้า
5.1.1 ความหมายของบทบัญญัติตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 264 วรรคสาม.....	210
5.1.2 ความสัมพันธ์ที่ควรจะเป็นระหว่าง ศาลรัฐธรรมนูญกับคำพิพากษา อันถึงที่สุดแล้ว.....	213
5.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทย กับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย มาตรา 28 วรรคสอง....	216
5.2.1 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมีเท่าที่ บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรใน รัฐธรรมนูญจริงหรือ.....	216
5.2.2 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับ คำพิพากษาของศาลอันเป็นที่สุด....	220
5.2.3 วิธีการแก้ปัญหาโดยไม่ต้องแก้ไข เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ.....	221
สรุปและข้อเสนอแนะ.....	224
บรรณานุกรม.....	226



**“การยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ  
เพื่อใช้สิทธิทางศาล”  
(The Invocation of Constitutional Rights  
or Liberties to the Courts)**



**ส่วนที่หนึ่ง**

**แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน  
ตามรัฐธรรมนูญ**

**บทนำ**

ประเด็นเกี่ยวกับการยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล นับได้ว่าเป็นมิติใหม่ในระบบรัฐธรรมนูญของไทยที่ได้รับความนิยมเข้ามาโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 28 วรรคสอง อาจเรียกได้ว่าใหม่จนหลายคนไม่เข้าใจว่าหมายความว่าอะไร แม้กระทั่งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญบางท่านก็ยังเสนอเป็นญัตติให้ตัดมาตราดังกล่าวออกเสีย

จากความไม่เข้าใจดังกล่าว จึงทำให้การบัญญัติมาตรานี้ไว้ในรัฐธรรมนูญอาจไม่บรรลุผลตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญได้ตั้งไว้ นอกจากนี้แล้ว ยังมีประเด็นเกี่ยวกับกลไกในการบังคับให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้แต่ผู้เชี่ยวชาญทางด้านรัฐธรรมนูญบางท่านก็ยังมีความเห็นในแง่ของหลักการบางประการ ที่เป็นอุปสรรคต่อการที่

นำบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรานี้มาบังคับใช้ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ

ด้วยสาเหตุต่างๆ เหล่านี้ จึงเป็นภารกิจของงานวิจัยชิ้นนี้ ที่จะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายในทางวิชาการของประเด็นการยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล ซึ่งได้มีการพัฒนาจนแยกประเด็นพิจารณาออกเป็นในแง่ภววิสัย (objective aspect) ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับสถานการณ์ของสิทธิและเสรีภาพที่พัฒนาจากการเป็นเพียงแนวนโยบายแห่งรัฐมาเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้ และในแง่อัตวิสัย (subjective aspect) ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับสถานะตามกฎหมายของประชาชนที่สามารถเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์ของตนได้ ตลอดจนผลการพัฒนาจนเป็นสิทธิในแง่อัตวิสัยดังกล่าวโดยมีการศึกษาจากพัฒนาการของต่างประเทศ แล้วจึงหันกลับมาพิจารณาสภาพความเป็นไปในบริบทของประเทศไทย

การศึกษาเชิงเปรียบเทียบดังกล่าวจะช่วยให้เห็นพัฒนาการของเรื่องที่จะควรจะเป็น ซึ่งเมื่อนำมาเทียบกับสภาพความเป็นจริงในประเทศไทยก็จะทราบได้ว่า จุดใดที่ควรได้รับการปรับปรุง ซึ่งแน่นอนว่า หลักการบางประการของต่างประเทศอาจจะไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ เนื่องจากเงื่อนไขในประเทศไทยนั้นแตกต่างออกไปประเด็นเหล่านี้ก็就会有การนำเสนอเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ปวงชนชาวไทยภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน



## บทที่หนึ่ง

# มติใหม่ทางทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

### 1.1 วิวัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญหลักประกันเกี่ยวกับการละเมิดมิได้ของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น เป็นส่วนประกอบที่สำคัญส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยหลักนิติรัฐย่อมมีภารกิจหลักในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ และส่งเสริมให้มีการปฏิบัติต่อมนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน

ความสำคัญของภารกิจดังกล่าว ย่อมเห็นได้จากประวัติความเป็นมาของการปกครองของสังคมมนุษย์ ที่ผู้ปกครองเป็นผู้มีอำนาจเบ็ดเสร็จ ในขณะที่ประชาชนพลเมืองไม่มีสิทธิเสรีภาพใดๆ มนุษย์ส่วนหนึ่งต้องยอมตนลงเป็นทาสซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐและสังคมยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย เกิดสภาพที่มนุษย์กลุ่มหนึ่งกลายสภาพไปเป็นเพียงทรัพย์สินของมนุษย์คนอื่นจนถึงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19

แม้ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 20 ที่ผ่านมา ในประเทศที่ได้ชื่อว่ามีอารยธรรมสูง ก็มีช่วงของการปกครองแบบเผด็จการ ที่ผู้ปกครองไม่เคารพในสิทธิของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นฟาสซิสต์ในประเทศอิตาลี นาซีในเยอรมัน และภายใต้การปกครองของสตาลินในรัสเซีย หรือกระทั่งภายใต้การปกครองของรัฐบาลทหารในประเทศไทย จึงเห็นได้ว่า เรื่องของการได้มาซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความยอมรับ และความเคารพจากฝ่ายอำนาจรัฐนั้น มิใช่สิ่งที่เกิดขึ้นเอง หากแต่ได้มาจากการต่อสู้เป็นระยะเวลาอันยาวนานและด้วยความยากลำบาก สำหรับกรณีของประเทศไทยก็จะเห็นได้ว่า มีเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 และเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ พ.ศ. 2535 ซึ่งทั้งสองเหตุการณ์เป็นกรณีที่ประชาชนเข้ามาเรียกร้องการมีส่วนร่วมทางการเมืองจากผู้นำที่มีได้มีที่มาจากประชาชน นับเป็นมิติใหม่ทางการเมืองที่เป็นการพัฒนาทางการเมืองจนนำมาสู่การปฏิรูปการเมืองและรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งได้ชื่อว่ารัฐธรรมนูญฉบับประชาชนในที่สุด

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดได้แต่หลักการสำคัญๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวยังมีประเด็นปลีกย่อยที่เป็นรายละเอียดอีกมาก ซึ่งในส่วนของรายละเอียดเหล่านี้ยังอาจกล่าวได้ว่า เกี่ยวกับเรื่องนี้สังคมไทยยังไม่มีประสบการณ์มากนัก จึงจำเป็นต้องอาศัยประสบการณ์ของต่างประเทศมาเป็นแนวทาง สำหรับการพัฒนาเพื่อค้นหาสิ่งที่เหมาะสมสำหรับสังคมไทยต่อไป

หลักฐานทางประวัติศาสตร์ชิ้นแรกเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ จึงเป็นการสมควรที่จะศึกษาประสบการณ์จากประเทศดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ปรากฏว่าประเทศเยอรมันได้มีพัฒนาการที่รุดหน้าในด้านการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ในขณะที่ในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสเพิ่งจะมีการปรับปรุงกันอย่างขนานใหญ่ หลังจากรวมเป็นสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นประเด็นที่จะต้องมีการพิจารณาในรายละเอียดเมื่อก้าวถึงแต่ละประเทศ ต่อไป

## 1.2 หลักประกันเกี่ยวกับการละเมิดมิได้ของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ วิชาการของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจึงเป็นไปในทิศทางที่ผลักดันให้บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพเข้าไปอยู่ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด แต่ในประเทศที่มีได้มีการแยกรัฐธรรมนูญออกจากกฎหมายทั่วไป ดังกรณีของประเทศอังกฤษอาจประสบปัญหาบ้าง ซึ่งจะขอพิจารณาในรายละเอียดต่อไป

## 1.3 กลไกโดยทั่วไปในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมีวิวัฒนาการจากระบบศาล โดยเริ่มจากประเทศอังกฤษ เนื่องจากมีฐานันดรของนักกฎหมายที่เข้มแข็งและกล้าหาญที่จะต่อสู้กับอำนาจแบบ

สมบูรณาญาสิทธิราชย์ของฝ่ายกษัตริย์ จนเป็นแบบอย่างสำหรับประเทศต่างๆ ทั่วโลก โดยเฉพาะสิทธิในชีวิตร่างกายในส่วนของกระบวนการพิจารณาคดีทางอาญา แล้วขยายผลไปยังสิทธิเสรีภาพทางด้านอื่นๆ อย่างกว้างขวาง ในขณะที่ในแถบภาคพื้นยุโรปมีการต่อสู้กันโดยมีสาเหตุมาจากความแตกต่างเกี่ยวกับความเชื่อทางศาสนา จนต้องหาข้อยุติในเรื่องดังกล่าว โดยการหันมายอมรับซึ่งกันและกัน และเป็นจุดเริ่มต้นของพัฒนาการด้านสิทธิขั้นพื้นฐานมาจนถึงปัจจุบัน แต่ทั้งสองกรณีล้วนต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติที่เป็นภาวีสัยทั้งสิ้น

#### 1.4 บทบาทพิเศษของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

จากพื้นฐานของบทบัญญัติที่เป็นภาวีสัย ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้มีการพัฒนาระบบศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เข้ามาทำหน้าที่เป็นหลักประกันสำหรับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และมีการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิตามอดีตวิสัย โดยให้บทบาทแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปตรวจสอบทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเกี่ยวกับบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันในการตรวจสอบฝ่ายตุลาการ ซึ่งรวมไปถึงคำพิพากษาของศาลอันเป็นที่สุดท้ายด้วยนั้น เป็นประเด็นที่น่าสนใจ และอาจกล่าวได้ว่าเป็นตัวกำหนดที่แท้จริงว่า ในท้ายที่สุด บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพทั้งหลายที่ได้

รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น จะมีผลเป็นรูปธรรมที่เป็นจริงหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นที่งานวิจัยชิ้นนี้จะขอนำเสนอต่อไป

### 1.5 การวิเคราะห์สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญโดยการแยกพิจารณาเป็นสิทธิตามภววิสัยและสิทธิตามอัตวิสัย

สิทธิขั้นพื้นฐานของประเทศที่มีวิวัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาเป็นลำดับตามพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ดังเช่นกลุ่มประเทศในระบบกฎหมายแบบแองโกลแซกซอนนั้น ย่อมมีความเคยชินกับแนวทางปฏิบัติของตน อีกทั้งการคุ้มครองตามที่ปฏิบัติกันมาก็สมประโยชน์แก่ทุกฝ่าย จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องคิดค้นในเชิงทฤษฎีเพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่แนวทางปฏิบัติของตน ซึ่งจะต่างจากประเทศที่มีการพัฒนาระบบรัฐธรรมนูญของตนขึ้นมาในภายหลัง ซึ่งจะได้พิจารณาถึงประเด็นความแตกต่างนี้เป็นลำดับต่อไป

#### 1.5.1 แนวความคิดของกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกระบวนการยุติธรรมนั้น มีวิวัฒนาการในลักษณะค่อยเป็นค่อยไป โดยเริ่มต้นจาก การต่อสู้ที่มีลักษณะยึดเยื้อ ของเหล่าผู้พิพากษา

อังกฤษภายใต้การนำของ Sir Edward Coke<sup>1</sup> (1552-1634) ในฐานะที่เป็น Chief Justice โดยรวมพลังกันคานอำนาจของกษัตริย์จนมีการปลดผู้พิพากษาครั้งใหญ่ และในภายหลัง Sir Edward Coke ได้หันมาใช้วิธีการต่อสู้ทางการเมือง ด้วยการเข้าเป็นสมาชิกรัฐสภาและมีส่วนอย่างสำคัญในการผลักดัน The Petition of Rights หรือฎีกาขอพระราชทานการยืนยันสิทธิต่างๆ จากพระเจ้า Charles ที่ 1 ในปี ค.ศ. 1628

ในปี ค.ศ. 1607 กษัตริย์อ้างว่าทรงมีสิทธิที่จะเป็นผู้ประสาทความยุติธรรม โดยไม่ต้องอาศัยเหล่าผู้พิพากษา แต่ได้รับการปฏิเสธ ในคดี Prohibitions Del Roy (Case of Prohibitions)<sup>2</sup> กษัตริย์ทรงหาทางที่จะตัดสินคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินด้วยพระองค์เอง แต่มติของเหล่าผู้พิพากษาซึ่งเขียน โดย Sir Edward Coke ยืนยันว่า

“ข้าพเจ้าขอตอบต่อหน้าและโดยความเห็นพ้องต้องกันอย่างชัดเจนของผู้พิพากษาทุกคนของประเทศอังกฤษ และ Barons of the Exchequer ว่า กษัตริย์ไม่อาจที่จะตัดสินคดีใดๆ ได้ด้วยพระองค์เอง ไม่ว่าจะเป็นคดีอาญา เช่น คดีกบฏ, คดีอุกฉกรรจ์ หรือใกล้เคียง ข้อพิพาทระหว่างโจทก์และจำเลยเกี่ยวกับมรดก, ทรัพย์สินหรือสมบัติ ฯลฯ หากแต่จะต้องมีการตัดสินในศาลยุติธรรมศาลใด

---

<sup>1</sup> โปรดดู Pound, R., The Development of Constitutional Guarantees of Liberty, 1957, pp. 42, 55.; โปรดดู สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545, หน้า 85

<sup>2</sup> 12 Co Rep 63.

ศาลหนึ่ง ตามตัวบทกฎหมายและจารีตประเพณีของอังกฤษ ตามที่เคยมีการตัดสินกันมา และโดยที่ศาลเท่านั้นที่ เป็นผู้ทำหน้าที่ตัดสิน...

พระองค์มิได้ทรงรอบรู้ในกฎหมายต่างๆ ของราชอาณาจักรอังกฤษของพระองค์ และเหตุที่เกี่ยวข้องกับ ชีวิต หรือมรดก หรือสมบัติหรือชะตากรรมของข้าแผ่นดินของพระองค์นั้นมีใช้เรื่องที่จะตัดสินกันได้โดยอาศัยเหตุผลตามธรรมชาติ (ดังเช่นที่พระองค์ทรงกล่าวอ้าง) หากแต่ต้องตัดสินตามเหตุผลที่มีการประดิษฐ์คิดค้นขึ้น และเป็นการตัดสินตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายนั้นเป็นศิลปะอย่างหนึ่งที่ต้องอาศัยเวลานานในการศึกษาและหาประสบการณ์ ก่อนที่จะมาใช้พิจารณาในการตัดสินคดีได้...”<sup>3</sup>

ในปี ค.ศ. 1617 กษัตริย์ทรงมีพระกระแสรับสั่งให้ศาล Court of King’s Bench เลื่อนการพิจารณาคดีไปจนกว่าจะได้มีการขอพระราชทานคำปรึกษาจากพระองค์แล้ว Chief Justice Coke ปฏิเสธพระกระแสดังกล่าว โดยประกาศว่า

“การยอมตามพระราชกระแสรับสั่ง โดยหยุดกระบวนการวิธีพิจารณาคดี จะเป็นการทำให้ความยุติธรรมล่าช้า ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายและขัดต่อคำสาบานตนของเหล่าผู้พิพากษาอีกด้วย”

ผลปรากฏว่า Sir Edward Coke ถูกปลดจากตำแหน่ง<sup>4</sup>

ในทางด้านวิชาการอาจกล่าวได้ว่า Sir Edward Coke มีบทบาทสำคัญทั้งในขณะที่ยังอยู่ที่ศาลและขณะที่อยู่ที่สภา เกี่ยวกับ

---

<sup>3</sup> อ้างจาก Barnett, H., Constitutional and Administrative Law, London, 1995, p. 154.

<sup>4</sup> โปรดดู John Colt and Glover v Bishop of Coventry and Lichfield (the Commendam case) (1617) Hob 140

การใช้ Writ of Habeas Corpus<sup>5</sup> ซึ่งเดิม มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจของกษัตริย์ (high prerogative writ) มาเป็นหมายศาลที่มีความยิ่งใหญ่และทรงประสิทธิภาพ (great and efficacious writ)<sup>6</sup> ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ (writ of liberty) ซึ่งกลายมาเป็นเครื่องมืออันทรงประสิทธิภาพในการต่อต้านการใช้อำนาจของฝ่ายกษัตริย์ที่เข้ามาก้าวก่ายสิทธิเสรีภาพของบุคคล<sup>7</sup>

Writ of habeas corpus นั้นมีหลักฐานชี้ว่ามีการใช้ในรูปของการออกหมายศาลให้มีการตอบคำถามว่า มีร่างกายของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลของผู้รับหมายหรือไม่ (Writ of habeas corpus ad respondendum) ซึ่งมีการใช้กันอย่างแพร่หลายในวงการศาลตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1230<sup>8</sup> และมีการพัฒนามาเป็น Writ of habeas corpus cum causa<sup>9</sup> ซึ่งเป็นหมายศาลเพื่อให้ผู้รับหมายอธิบายสาเหตุที่มีการควบคุมตัวบุคคล Writ of Habeas Corpus มีสถานะความเป็นคำสั่งศาลในพระปรมาภิไธย กล่าวคือ เป็นหมายศาลที่ออกโดยอาศัยพระราชอำนาจของกษัตริย์ ซึ่งมีการยืนยัน

---

<sup>5</sup> ซึ่งเคยมีการอภิปรายในสภาว่าหมายศาลประเภทนี้มีที่มาจาก Magna Carta โดยมีปรากฏในบทที่ 29 ของเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์ดังกล่าวว่า “ไม่ว่าบุคคลใด ...ก็ไม่อาจถูกขับออกจากที่ดินของตนหรือที่เช่า”

<sup>6</sup> โปรดดู Blackstone, W., Commentaries on the Laws of England, Oxford 1770, vol.3, p. 141.

<sup>7</sup> โปรดดู Duker, William F., A Constitutional History of Habeas Corpus, Westport (Connecticut)- London 1980, p. 13.

<sup>8</sup> Ibid., p. 17 (footnote 56).

<sup>9</sup> Ibid., p. 25.



ในปี ค.ศ. 1620 โดย Chief Justice Montague ในคดี Richard Bourne's Case<sup>10</sup>

แต่พอมาถึงปี ค.ศ. 1627 ก็เกิดคดี Case of the Five Knights<sup>11</sup> (Darnel's Case) ซึ่งเป็นกรณีที่อัศวิน 5 คน ปฏิเสธที่จะจ่ายเงินตามที่พระเจ้าชาร์ลส์ ที่ 1 ทรงเรียกร้อง จึงถูกคุมขัง<sup>12</sup> โดยพระบรมราชโองการพิเศษ (the special command of his majesty) ปรากฏว่าอัศวินทั้งห้าได้ยื่นคำร้องต่อศาล King's Bench ขอหมายศาล Writ of habeas corpus cum causa และศาลก็ออกหมายดังกล่าวให้ ผู้คุมขังได้ตอบตามหมายว่า เป็นการคุมขังตามพระบรมราชโองการพิเศษ (the special command of his majesty) ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งทนายความของผู้ถูกคุมขังก็ได้โต้แย้งว่า การตอบดังกล่าวไม่มีน้ำหนักเพียงพอ โดยให้เหตุผลด้วยว่า

“หมายศาลเพื่อให้ผู้รับหมายอธิบายสาเหตุที่มีการควบคุมตัวบุคคล หรือ Writ of Habeas Corpus นี้ เป็นหนทางเดียว ที่ข้าแผ่นดินมี ในการรักษาไว้ซึ่งเสรีภาพของตน และวัตถุประสงค์ของ

---

<sup>10</sup> 79Eng. Rep.465, 466 ซึ่งตัดสินว่า อภิสิทธิ์ทั้งหลายไม่อาจนำมาใช้กันษัตริย์ได้ และคำสั่งนี้เป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นดังพระบรมราชโองการในฐานที่จะอำนวยความยุติธรรมให้บังเกิดขึ้นแก่พสกนิกรของพระองค์ เนื่องจากเป็นการสมควรที่พระมหากษัตริย์จะทรงทราบว่าพสกนิกรคนใดคนหนึ่งของพระองค์ถูกจำขังด้วยสาเหตุใด และเป็นเรื่องที่ใช้ได้กับทุกผู้ทุกนามและทุกสถานที่

<sup>11</sup> Darnel's Case, 3 State Trials 1(1627).

<sup>12</sup> ไปรอดู Hill, Christopher, The Century of Revolution 1603-1714, London 1969, pp. 11, 53.

หมายนี้ก็คือ ให้มีการตอบถึงสาเหตุของการคุมขัง เพื่อที่ศาลนี้จะได้พิจารณาต่อไปได้ว่า คู่กรณีสมควรได้รับการปล่อยตัวหรือไม่ แต่การพิจารณาดังกล่าวไม่อาจดำเนินการไปได้จากคำตอบนี้ เพราะในคำตอบดังกล่าวไม่ปรากฏถึงสาเหตุแห่งการคุมขังสุภาพบุรุษท่านนี้ กล่าวคือในคำตอบดังกล่าว มิได้มีการแสดงถึงสาเหตุแต่อย่างใด

นอกจากนี้แล้ว ทนายความของอัศวินทั้งห้ายังยกข้อโต้แย้งในประเด็นต่อไปได้ด้วยว่า การคุมขังดังกล่าวขัดต่อกฎหมาย อย่างน้อยสองฉบับ<sup>13</sup> แต่หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนก็จะพบว่ากฎหมายที่มีการยกขึ้นกล่าวอ้างนั้น มิได้ครอบคลุมถึงกรณีที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด ส่วนทางฝ่ายอัยการสูงสุดก็ยอมรับว่า การถือตามข้อโต้แย้งที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของอำนาจอธิปไตย อาจจะหมายถึงการที่คนจำนวนมากต้องทนทุกข์ทรมานจากการถูกคุมขังโดยมิชอบ แต่ก็ยืนยันต่อไปว่า นั้นมิใช่เหตุผลที่เพียงพอที่จะต้องส่งตัวผู้ต้องขังทุกคนที่ถูกคุมขังตามพระบรมราชโองการพิเศษ (the special command of his majesty) โดยไม่มีข้อกล่าวหาที่เจาะจง นอกจากนี้แล้ว อัยการสูงสุดยังชี้ให้เห็นถึงผลประโยชน์ทางการปกครองซึ่งมีความสำคัญยิ่งกว่า และชี้ไปยังสถานะของกษัตริย์ที่ต้องทำหน้าที่ถ่วงดุลผลประโยชน์ของสังคมและของปัจเจกบุคคล

ในที่สุด หลังจากที่มีการเปลี่ยนตัว Chief Justice ศาลก็ตัดสินให้ควบคุมตัวผู้ต้องขังต่อไปได้ โดยให้เหตุผลตามแนวทางที่อัยการสูงสุดได้แถลงไว้ ว่ากษัตริย์ทรงดำเนินการเช่นนั้น และพวกเรามีความเชื่อถือในพระองค์เป็นล้นพ้นและพระองค์เองก็ทรงถูกผูกมัด

---

<sup>13</sup> Darnel's Case, 3 State Trials 7.

โดยกฎหมาย และทรงเรียกร้องให้เราปฏิบัติตามให้เป็นไปตามกฎหมาย ตามที่พวกเราได้สาบานตนว่าจะกระทำเช่นนั้น และพระมหากษัตริย์ก็เช่นเดียวกัน<sup>14</sup>

ในปี ค.ศ. 1628 หรือ หนึ่งปีหลังจากคดี *Darnel's Case* สถานการณ์ทางการเงินบังคับให้พระเจ้าชาร์ลส์ ที่ 1 ต้องทรงเรียกประชุมสภา สภาจึงฉวยโอกาสพิจารณาคำร้องทุกข์ที่เกิดจากการเรียกเก็บภาษีโดยไม่ถูกต้อง ของฝ่ายกษัตริย์ และหลังจากที่มีการอภิปรายกันอย่างเผ็ดร้อนสภาก็ได้ผ่านมติ 3 มติ เพื่อสนับสนุนเสรีภาพของข้าแผ่นดิน โดยมีเนื้อหาว่า บุคคลไม่ควรต้องถูกคุมขังโดยมิได้มีการแสดงสาเหตุของการคุมขังนั้น และหมายศาลเพื่อให้ผู้รับหมายอธิบายสาเหตุที่มีการควบคุมตัวบุคคล หรือ *Writ of Habeas Corpus* ควรใช้ได้กับทุกคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบสาเหตุของการคุมขังนั้น และถ้าคำตอบที่ได้รับมิได้แสดงสาเหตุแห่งการคุมขัง ผู้ถูกคุมขังโดยกษัตริย์หรือ อภิรัฐมนตรีสภา (*privy council*) ก็ควรได้รับการปล่อยตัว หลังจากที่มีการต่อรองกันแล้ว สภาก็สามารถผลักดันจนออกมาเป็น *the Petition of Right* ปี ค.ศ. 1628<sup>15</sup>

ในปี ค.ศ. 1628 ประกาศโครงการให้ท้องถิ่น (*counties*) ทุกท้องถิ่นเข้ามามีส่วนในการแบกรับค่าใช้จ่ายในการพัฒนากองทัพ

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>15</sup> ซึ่งนับได้ว่า เป็นการสรุปบทเรียนจากอดีต ที่เคยมีความพยายามในการที่จะปฏิรูป *Writ of Habeas Corpus* โดยกระบวนการทางนิติบัญญัติอย่างน้อยสองครั้ง กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1593 และปี ค.ศ. 1621 โปรดดู Duker, William F., *A Constitutional History of Habeas Corpus*, Westport (Connecticut)– London 1980, p. 45(note363.).

เรือ และเริ่มมีการปฏิบัติตามโครงการดังกล่าวในปี ค.ศ. 1634 โดยมีการเก็บภาษีเป็นรายปี แม้ว่าจะเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ แต่การปฏิบัติดังกล่าวก็เท่ากับเป็นการหลีกเลี่ยงจารีตประเพณีตามรัฐธรรมนูญที่ว่า ไม่ควรมีการเก็บภาษีหากการนั้นมีได้ผ่านการยอมรับของรับสภาแล้ว

ในปี ค.ศ. 1637 Sir Edmund Hempden ไม่ยอมเสียภาษีดังกล่าวในช่วงที่มีการประกาศภาวะฉุกเฉิน<sup>16</sup> ฝ่ายกษัตริย์อ้างว่า ย่อมเป็นพระราชวินิจฉัยว่าภาวะฉุกเฉินมีอยู่หรือไม่และพระราชวินิจฉัยดังกล่าวย่อมอนุমানได้ว่าเป็นพระราชสิทธิที่จะใช้พระราชอำนาจในการเก็บภาษีเพื่อมาเป็นค่าใช้จ่าย และในที่สุด ศาลก็ยอมรับพระราชอำนาจในเรื่องนี้

“เพื่อความผาสุกของส่วนรวม กษัตริย์ย่อมมีพระราชอำนาจที่จะเก็บเงินจากข้าแผ่นดินของพระองค์เพื่อความมั่นคงและการปกป้องราชอาณาจักร ไม่ว่าจะมิตัวบทกฎหมายของสภาเป็นประการใดและพระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งก็มีฐานที่มาจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ย่อมไม่ผูกพันพระองค์ และกษัตริย์ย่อมงดเว้นการใช้กฎหมายใด ๆ ก็ได้ในยามฉุกเฉิน

พระราชบัญญัติใด ๆ ของสภา ที่ลิดรอนพระราชอำนาจในการปกป้องราชอาณาจักร ย่อมเป็นโมฆะ ซึ่งรวมไปถึงพระราชบัญญัติของสภาที่ผูกมัดกษัตริย์มิให้ทรงสั่งการต่อข้าแผ่นดินของพระองค์ รวมถึงบุคคลากรและทรัพย์สินตลอดจนเงินของผู้ันด้วย ก็ย่อม

---

<sup>16</sup> Case of Ship Money(R v Hempden), 3 State Trials 825 (1637).

เป็นโมฆะด้วยเช่นกัน เนื่องจากไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติฉบับใดก็ตามหาได้มีความแตกต่างแต่ประการใดไม่”<sup>17</sup>

ก่อนหน้านั้น ในปี ค.ศ. 1629 หลังจากที่มี the Petition of Right ปี ค.ศ. 1628 แล้ว ฝ่ายกษัตริย์ก็ได้แสดงให้เห็นว่า ฝ่ายนั้นสามารถที่จะปฏิบัติตามถ้อยคำใน the Petition of Right ปี ค.ศ. 1628 แต่มีผลเป็นการทำให้คุณค่าของมันเสียไปได้ด้วย เมื่อฝ่ายกษัตริย์ตอบหมายศาลในคดี Six Member’s Case<sup>18</sup> ว่า “เพราะได้กระทำการหมิ่น...ตัวเราเองและและรัฐบาลของเราอย่างร้ายแรง และเพราะได้ทำการชักชวนให้เกิดความกระด้างกระเดื่องต่อเรา”<sup>19</sup> ซึ่งแม้ว่า ทนายของผู้ต้องขังจะโต้แย้งว่าการตอบหมายไม่เป็นไปตามข้อกำหนดตาม the Petition of Right ปี ค.ศ. 1628 แต่อัยการสูงสุดก็ยังยืนยันความเห็นของตนว่า

“ฎีกาขอพระราชทานสิทธิ (Petition) ของสภา มิใช่กฎหมาย แต่ด้วยพระเกียรติและพระอิสริยยศก็ทรงปฏิบัติตามและรักษาให้เป็นไปตามฎีกานั้น โดยไม่มีการบิดพลิ้ว แต่ในขณะที่เดียวกันก็เป็นหน้าที่ของประชาชน ที่ไม่ขยายความออกไปจนเกินถ้อยคำและพระราชประสงค์ของกษัตริย์ และไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นไรก็ควรถือว่าฎีกานั้นเป็นการยืนยันสิทธิและเสรีภาพที่มีมาแต่โบราณของ

---

<sup>17</sup> Ibid., pp. 826–1315.

<sup>18</sup> Proceedings against William Stroud, (K.B. 1629) 3 State Trials 235.

<sup>19</sup> Ibid., p. 240.

ข้าแผ่นดิน ฉะนั้น คดีในปัจจุบันก็จะคงคุณภาพและระดับ ที่ไม่แตกต่างไปจากช่วงก่อนที่จะมีฎีกาฉบับนั้น”<sup>20</sup>

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ความเห็นดังกล่าวทำให้ความพยายามของรัฐสภาที่ได้ออกมติต่าง ๆ มานั้น กลายเป็นเรื่องที่สูญเปล่าโดยสิ้นเชิง แต่อย่างไรก็ตาม ในปีเดียวกันนั้นเองก็มีคดี Chamber’s Case<sup>21</sup> ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล King’s Bench ซึ่งเป็นกรณีที่พ่อค้าชาวกรุงลอนดอนนายหนึ่ง นามว่า Chambers ปฏิเสธที่จะจ่ายภาษีผ่านด่าน และเมื่อขึ้นให้การต่อ Privy Council ก็ได้กล่าววาทะต่อหน้าบรรดา Lords ทั้งหลายว่า “ภาษีผ่านด่านอันยิ่งใหญ่ที่เรียกเก็บจากพ่อค้าในอังกฤษนั้น ไม่เหมือนที่ใดในโลก และเหล่าพ่อค้าที่นี้ถูกรีดนาทาเร้นเสียยิ่งกว่าภายใต้การปกครองของพวกเตอร์ก ด้วยซ้ำ”<sup>22</sup>

จากถ้อยคำดังกล่าว Privy Council ก็ได้สั่งจำคุกนาย Chambers ฝ่ายของ นาย Chambers จึงนำเรื่องมาร้องต่อศาล King’s Bench ให้ศาลออกหมายศาลเพื่อให้ผู้รับหมายอธิบายสาเหตุที่มีการควบคุมตัวบุคคล หรือ Writ of Habeas Corpus และศาลก็ออกให้ตามคำร้อง ซึ่งทาง Privy Council ก็ได้ตอบหมายแต่เพียงว่า “ถูกสั่งจำคุก ด้วยสาเหตุที่แสดงกิริยาและกล่าวถ้อยคำไม่เหมาะสมต่อหน้าบัลลังก์ของ Privy Council” ปรากฏว่าศาล King’s Bench พิจารณาว่า คำตอบดังกล่าวไม่เพียงพอ และแนะนำให้กลับไปทำคำตอบมา

<sup>20</sup> Ibid., pp. 281-282.

<sup>21</sup> 79Eng.Rep.717( K.B. 1629).

<sup>22</sup> โปรตดู Duker, William F., note 7 supra, p. 46.

ใหม่ และหลังจากที่ได้พิจารณาคำตอบที่ส่งมาใหม่แล้ว ศาล King's Bench ก็ได้อนุญาตให้นาย Chambers ประกันตัวไปได้<sup>23</sup>

กรณีตามคดี Chamber's Case นี้เป็นเครื่องยืนยันได้ว่า หมายศาลเพื่อให้ผู้รับหมายอธิบายถึง สาเหตุที่มีการควบคุมตัว บุคคล หรือ Writ of Habeas Corpus มิได้มีบทบาทจำกัด แต่เพียง สำหรับศาล common law เพื่อใช้ในการปกป้องเขตอำนาจของตน เท่านั้น การให้ตอบคำถามเกี่ยวกับการคุมขัง ซึ่งแต่ก่อนเป็นเพียง ผลพลอยได้ของหมายศาลนี้ ได้กลายมาเป็นวัตถุประสงค์หลักของ หมายศาลประเภทนี้ไปแล้ว และหมายศาลนี้ ได้กลายมาเป็นวิธีการ ทางกฎหมายอันสูงสุดในการที่จะเยียวยา สำหรับบุคคลใดๆ ที่ถูก คุมขัง แม้สำหรับในช่วงระหว่าง ปี ค.ศ. 1629-1640 ซึ่งไม่มีการ เรียกประชุมสภาเลย ที่มีผู้เรียกว่า “ช่วง 11 ปี อันมืดมนที่สุดใน ประวัติศาสตร์กฎหมายของอังกฤษ”<sup>24</sup> ก็ยังมีการออกหมายศาล ดังกล่าว เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของ Privy Council แต่ในคดี Chamber's Case นี้ ศาลก็ยังยอมรับสถานะของ Court of the Star Chamber ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่อยู่ภายใต้กษัตริย์ โดยตรงว่า เป็น “ศาลยุติธรรมระดับสูงและทรงเกียรติ” ซึ่ง สถานภาพดังกล่าวนี้ นักวิชาการมองว่าเป็นเครื่องกีดขวางสิทธิเสรีภาพ ของข้าแผ่นดินชั้นสุดท้าย และในที่สุด ในปี ค.ศ. 1641 รัฐสภาก็ได้ ตรา “พระราชบัญญัติเพื่อการวางกฎเกณฑ์สำหรับอภิรัฐมนตรีสภา

---

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> กล่าวโดย Edward Jenks, อ้างใน Duker, William F., note 7 supra, p. 47.

(privy council) และการยุบศาลที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า Court of the Star Chamber”<sup>25</sup> หรือเป็นที่รู้จักในนามของ the Habeas Corpus Act of 1641 พระราชบัญญัติดังกล่าวนอกจากจะให้ยุบ Court of the Star Chamber ซึ่งพบว่าเป็นภาระอันไม่อาจยอมรับได้สำหรับ ข้าราชการและเป็นเครื่องมือสำหรับการใช้อำนาจและการปกครอง แบบเผด็จการ<sup>26</sup> พระราชบัญญัตินี้ยังให้สิทธิแก่บุคคลใดๆ ที่ถูกคุม ขังโดยศาลใดๆ หรือเป็นการคุมขังตามพระราชประสงค์ของกษัตริย์ หรืออธิบดีรัฐมนตรีสภาของพระองค์หรือเป็นการสั่งการโดยสมาชิก คนใดคนหนึ่งของสภาดังกล่าว เมื่อบุคคลผู้ถูกคุมขังนั้นๆ ร้องขอต่อ ผู้พิพากษาแห่งศาล King’s Bench หรือ Common Pleas ก็จะต้องได้ หมายศาล Writ of Habeas Corpus โดยมิชักช้า (without delay)<sup>27</sup> และยิ่งไปกว่านั้น พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังมีบทบัญญัติกำหนด ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาได้ด้วย ว่า ผู้พิพากษาท่านใดที่กระทำการ ฝ่าฝืนต่อความหมายอันแท้จริงของพระราชบัญญัตินี้ ย่อมมีความ รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลผู้ถูกกักขังในสิทธิ นั้นๆ<sup>28</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ในปีเดียวกันนั้นเองหลังจากที่เกิด เหตุการณ์การลุกฮือขึ้นใน Ireland ซึ่งปรากฏว่าผู้ตั้งรกราก ชาวอังกฤษประมาณ 2,000 คน ถูกสังหาร สภาสามัญก็ได้รวบรวม

<sup>25</sup> 16Car. 1, c.10 sect.3(1640).

<sup>26</sup> Ibid. sect. 2(3).

<sup>27</sup> Ibid. sect. 8(3).

<sup>28</sup> Ibid. sect. 7.



คำร้องทุกข์มาประมวลเป็น the Grand Remonstrance of 1641<sup>29</sup> โดยผ่านสภาด้วยมติ 159 ต่อ 148 เสียง ในบรรดาคำร้องทุกข์เหล่านี้ก็จะมีประเด็นเกี่ยวกับการที่ฝ่ายกษัตริย์ ไม่ให้ความสำคัญกับ the Petition of Right ปี ค.ศ. 1628 และยังคงมีการจับกุมคุมขังสมาชิกรัฐสภาตามอำเภอใจ<sup>30</sup>

แม้จะมีการตรากฎหมายต่างๆ ออกมา แต่ความขัดแย้งระหว่างฝ่ายกษัตริย์กับสภายังคงดำเนินต่อไปเนื่องจากเป็นความขัดแย้งที่มีพื้นฐานมาจากความเชื่อทางศาสนา โดยฝ่ายกษัตริย์นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ในขณะที่ฝ่ายสภาส่วนใหญ่เป็นพวกโปรเตสแตนต์ และในที่สุดความขัดแย้งดังกล่าวก็ได้ลุกลามจนกลายเป็นสงครามกลางเมืองในปี ค.ศ. 1642 โดยที่ฝ่ายพระเจ้าชาร์ลส์ ที่ 1 ทรงเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ และหลังจากที่ได้มีการพิจารณาคดีโดยศาล Court of the Commissioners ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นโดยฝ่ายชนะ จะเห็นได้ว่าศาลดังกล่าวมีพื้นฐานที่ไม่แตกต่างไปจาก Court of the Star Chamber ซึ่งฝ่ายตนช่วยกันยกเลิกไป และในที่สุด พระเจ้าชาร์ลส์ ที่ 1 ก็ทรงถูกตัดสินประหารชีวิต

ภายใต้การปกครองของฝ่ายสภาโดยการนำของ Oliver Cromwell ในฐานะที่เป็น เจ้าคุณผู้พิทักษ์ (Lord Protector) ซึ่งมีการขนานนามกันว่าเป็นช่วงที่มีการปกครองแบบสาธารณรัฐเพียงช่วงเดียวของอังกฤษ มีความพยายามในการพัฒนา Writ of Habeas

---

<sup>29</sup> ตราเป็นเอกสารประกอบด้วยข้อร้องเรียน 204 ประการ โปรดดู Gardiner, Samuel R.(ed.), The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, Oxford 1906, pp. 202, 208-32.

<sup>30</sup> Ibid., p. 209.

Corpus ในส่วนที่เกี่ยวกับคดีแพ่ง โดยมีการตรากฎหมาย “ปลดปล่อยผู้ต้องขังที่ยากจนที่ไม่สามารถใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้” ในปี ค.ศ. 1649 แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่อยู่ภายใต้การควบคุมอย่างเข้มงวด แต่ในส่วน ของคดีที่เกี่ยวกับการเมืองพฤติกรรมของผู้ปกครองใหม่ก็มีได้ แตกต่างไปจากในสมัยของพระเจ้าชาร์ลส์ ที่หนึ่ง แต่อย่างใดจนถูกมองว่าเป็นพวกมือถือสาปปากถือศีล<sup>31</sup> ตัวอย่างเช่น คดี Case of Captain John Streater<sup>32</sup>

ที่เล่าร้ายไปกว่านั้นก็คือคดี Cony's Case<sup>33</sup> ซึ่งเป็นกรณีเกี่ยวกับพ่อค้ารายหนึ่งนามว่า Cony ไม่ยอมจ่ายภาษีผ่านด่าน ซึ่งตน เห็นว่าเป็นภาษีที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และเมื่อมีการบังคับคดีภาษี ด้วยกำลัง นาย Cony ก็ฟ้องเจ้าหน้าที่เก็บภาษีโดยอ้างกฎหมาย common law เป็นเหตุให้ Oliver Cromwell เรียกตัวนาย Cony ให้เข้ามาพบเพื่อให้ยุติการกระทำดังกล่าว แต่แทนที่นาย Cony จะยอม ตาม กลับอ้างถ้อยคำของ Oliver Cromwell เอง ซึ่งเคยกล่าวไว้ว่า “ทุกผู้ทุกนามที่ยอมตาม และจ่ายภาษีที่ผิดกฎหมาย สมควรได้รับการตำหนิ และเป็นศัตรูตัวร้ายของประเทศ ร้ายกว่า ผู้ที่บังคับใช้เสีย อีก และเผด็จการของพวกเจ้าทั้งหลายไม่มีทางที่จะหลั่งน้ำตา กับประชาชนที่แสนเชื่องและโง่เขลาเหล่านี้”<sup>34</sup> ทำให้ Oliver Cromwell

<sup>31</sup> ไปรอดดู Duker, William F., note 7 supra, p. 48.

<sup>32</sup> Case of Captain John Streater, [U.B. 1653] 5 State Trials 366, 371.

<sup>33</sup> Cony's Case, 5 State Trials 935-938.

<sup>34</sup> Ibid., p. 938.

โกรธ จนพาลมาตำหนิผู้พิพากษาที่ยอมให้หนายของนาย Cony ตั้งประเด็นเกี่ยวกับความชอบธรรมของเจ้าคุณผู้พิทักษ์ (Lord Protector)

เมื่อปรากฏว่าเหล่าทนายความของนาย Cony พยายามจะยื่นฟ้องต่อศาล อย่างไม่ลดละ Oliver Cromwell ซึ่งไม่ต้องการให้กลายเป็นคดีตัวอย่างต่อไป อันจะเป็นอันตรายต่อการปกครองของตน จึงสั่งขังทนายเหล่านั้นใน Tower of London ซึ่งใช้เป็นที่คุมขังนักโทษการเมือง ต่อเมื่อเหล่าทนายสัญญาว่าจะไม่ทำคดีทำนองนี้อีก จึงได้รับการปล่อยตัว<sup>35</sup>

หลังจากที่ เจ้าคุณผู้พิทักษ์ Oliver Cromwell ถึงแก่อสัญกรรม บุตรชายคือ Richard Cromwell เป็นผู้สืบทอดอำนาจ ปรากฏว่าในช่วงดังกล่าวนักโทษบางคนที่เคยถูกขังใน Tower of London ตามคำสั่งเดิมของ Oliver Cromwell ถูกส่งตัวไปยัง Jersey หรือสถานที่อื่นในดินแดนโพ้นทะเล<sup>36</sup> เพื่อมิให้ Writ of Habeas Corpus ไปถึงได้

เนื่องจาก Richard Cromwell มิได้มีความเข้มแข็งดังบิดา นายพล George Monk จึงอำนาจการให้ราชวงศ์ Stuarts กลับมาครองอำนาจอีกครั้งหนึ่ง พระราชโอรสของพระเจ้าชาร์ลส์ ที่หนึ่ง ซึ่งไปอาศัยพระบรมโพธิสมภารของพระเจ้าหลุยส์ ที่ 14 แห่งฝรั่งเศส ได้กลับมาครองราชย์เป็น พระเจ้าชาร์ลส์ ที่สอง ในปี ค.ศ. 1660 แต่จากการที่ทรงดำเนินนโยบายแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ดังเช่นที่ทรง

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 936.

<sup>36</sup> Ibid., p. 941.

ประสบมาในฝรั่งเศส พร้อมทั้งดำเนินการฟื้นฟูศาสนาคริสต์นิกาย Anglican ทำให้เกิดความตึงเครียดระหว่างกษัตริย์กับสภารอบใหม่ ขึ้นมาอีก

ในสภาสามัญได้มีความพยายามหลายครั้งที่จะออกกฎหมาย ห้ามการส่งตัวบุคคลในบังคับของอังกฤษไปในดินแดนโพ้นทะเล ซึ่งเป็นที่ทราบกันแล้วว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความพยายามที่จะ หลีกเลี่ยงผลบังคับของให้ Writ of Habeas Corpus แต่ร่างกฎหมาย ดังกล่าวก็ไม่สามารถผ่านการพิจารณาของสภานางไปได้

ในปี ค.ศ. 1670 เกิดคดี William Penn and William Mead<sup>37</sup> จากการที่ทั้งสองนายก่อการชุมนุมที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายและ เป็นการก่อความวุ่นวาย ขณะที่เริ่มพิจารณาคดี Penn แกลงขอ หลีกประกันจากผู้พิพากษาว่า ตนจะได้รับคามยุติธรรมในการ พิจารณาคดี และมีเสรีภาพในการต่อสู้คดี และผู้พิพากษาก็รับคำตาม นั้น และเมื่อหัวหน้าคณะลูกขุนแกลงคำตัดสินว่าคณะลูกขุนเห็นว่า จำเลยกระทำความผิดจริง แต่ศาลไม่รับคำตัดสินดังกล่าว และให้ กลับไปตัดสินใหม่ แต่คณะลูกขุนยังคงยืนยันคำตัดสินเดิม ศาลก็ให้ กลับไปทำใหม่อีกสามครั้ง ในที่สุดศาลจึงสั่งปรับลูกขุนคนละ 40 มาร์คส์ และให้จำขังไว้จนกว่าจะจ่ายค่าปรับ ลูกขุนนายหนึ่งนามว่า Bushell ร้องขอ Writ of Habeas Corpus และได้รับอนุมัติ โดย Chief Justice Vaughan ให้เหตุผลว่า “Writ of Habeas Corpus ใน ปัจจุบันนี้เป็นวิธีการเยียวยาความยุติธรรมที่ใช้กันเป็นปกติ เพื่อให้

---

<sup>37</sup> The Trial of William Penn and William Mead, [1670] 6 State Trials 951.

บุคคลได้รับเสรีภาพของตนคืน หากการลิดรอนเสรีภาพนั้นเป็นไปโดยขัดต่อกฎหมาย”<sup>38</sup> ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าในทางปฏิบัติของศาล Writ of Habeas Corpus ได้เข้ามามีบทบาทในชีวิตประจำวันแล้ว

ในขณะเดียวกัน สภาสამัญก็ยังไม่ละความพยายามที่จะเสนอร่างเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับกระบวนการตามหมายศาลดังกล่าวนี้ โดยในปี ค.ศ. 1673 มีรายงานการพิจารณาร่างกฎหมายป้องกันมิให้มีการคุมขังโดยส่งไปยังดินแดนโพ้นทะเล และเมื่อผ่านการพิจารณาของสภาสามัญแล้ว ก็ได้ส่งร่างดังกล่าวไปยังสภาขุนนางภายใต้ชื่อว่า “พระราชบัญญัติเพื่อป้องกันการคุมขังบุคคลในบังคับโดยขัดต่อกฎหมาย ปี ค.ศ...” แต่ก่อนที่จะมีการลงมติในสภาขุนนางเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการปิดสมัยประชุมเสียก่อน

ในปี ค.ศ. 1675 สภาสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอีกฉบับหนึ่งที่ใช้ชื่อว่า “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในบังคับภายใต้พระบรมโพธิสมภารแห่งกษัตริย์อังกฤษ ปี ค.ศ...” ปรากฏว่าในระหว่างการพิจารณาของสภาสามัญนั่นเอง ได้เกิดกรณีที่มีความเชื่อมโยงกับหมาย Writ of Habeas Corpus ขึ้น เนื่องจากสภาสามัญสั่งให้คุมขังสมาชิกสภาขุนนางในฐานะที่ละเมิดเอกสิทธิ์ของสภานั้น สภาสามัญไม่ยอมให้มีการปล่อยตัว แม้ว่าสภาสูงจะออก Writ of Habeas Corpus กษัตริย์อังกฤษทรงหาทางออกสำหรับกรณีความขัดแย้งระหว่างสององค์กรดังกล่าวไม่ได้ จึงทรงให้ปิดสมัยประชุม

---

<sup>38</sup> 124 Eng. Rep. 1007.

เมื่อมีการเปิดสมัยประชุมอีกครั้งหนึ่งก็เกิดคดีของ Francis Jenkes<sup>39</sup> ขึ้น โดยเข้าสู่การพิจารณาของศาล King's Bench เนื่องจาก Francis Jenkes ก่อการชุมนุมเรียกร้องให้มีการเปิดสภา โดยใช้กิริยา วาจาอันไม่บังควร เป็นเหตุให้ Privy Council สั่งให้มีการจับกุมและคุมขังไว้ และเมื่อเพื่อนของนาย Francis Jenkes มายื่นขอต่อประธานศาลสูง นามว่า Rainsford ปฏิเสธที่จะออกหมายโดยอ้างว่า เพราะอยู่ในช่วงปิดสมัยประชุม วันถัดมาเพื่อนผู้นั้นจึงไปขอหมายจาก Lord Chancellor โดยมีการอ้างอิงข้อเขียนของ Sir Edward Coke ที่ว่า “หมายเช่นนั้นออกโดย Chancery ไม่ว่าจะอยู่ในช่วงของสมัยประชุม หรือช่วงพักร้อน ทั้งนี้เพราะ Court of Chancery เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ผดุงความยุติธรรม โดยตรง และต้องเปิดตลอดเวลา และไม่เคยมีการผิดผ่อน เพื่อที่บุคคลในบังคับที่ถูกคุมขังโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมาย จะได้รับความยุติธรรมสำหรับเสรีภาพของตน ไม่ว่าจะเป็กรณีที่อยู่ในช่วงเปิดทำการตามปกติหรือกรณีที่อยู่ในช่วงพักร้อน”<sup>40</sup>

แต่ Lord Chancellor กลับตอบว่า “ท่าน Lord Coke ก็ใช้ว่าจะไม่มีโอกาสผิดพลาด”<sup>41</sup> ทั้งยังให้เหตุผลต่อไปอีกว่า ถึงแม้จะมีการออกหมายให้ไป มีการยึดถือปฏิบัติตามและตอบกลับมา แต่ผู้ถูกคุมขังก็ยังไม่อาจได้รับการประกันตัวหรือปล่อยตัวได้ จนกว่าจะได้มี

<sup>39</sup> Proceedings against Mr. Francis Jenkes, [1676] 6 State Trials 1190.

<sup>40</sup> Coke, Edward, The Second Part of the Institutes of the Laws of England, 5<sup>th</sup> ed., London 1671, p. 53.

<sup>41</sup> Jenkes Proceedings, 6 State Trials 1196.

การจะได้มีการเก็บการตอบดังกล่าวเข้าสู่สารบบงานสารบรรณแล้ว ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่าขั้นตอนดังกล่าว ไม่อาจทำได้ในช่วงพักร้อน แม้ว่าในท้ายที่สุด Francis Jenkes จะได้รับการประกันตัว แต่ก็เกินไปโดยวิธีการแบบไม่เป็นทางการ ที่มีใช้โดยผลของกฎหมาย<sup>42</sup> คดีนี้จึงเป็นเครื่องแสดงให้เห็นถึงข้อบกพร่องประการหนึ่งของกระบวนการตามหมาย และเป็นการกระตุ้นให้สภาสามัญผลักดันการยกร่างกฎหมาย Habeas Corpus ต่อไป

ในปี ค.ศ. 1677 สภาสามัญได้ส่งร่างกฎหมายปรับปรุงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ Writ of Habeas Corpus เข้าสู่การพิจารณาของสภาขุนนางอีกครั้งหนึ่ง แต่ในระหว่างการพิจารณาของสภาขุนนางนั้นเอง ได้เกิดคดีการจับกุมและควบคุมตัว Earl of Shaftesbury<sup>43</sup> ใน Tower of London ตามคำสั่งของสภาขุนนาง คดีถูกนำเข้าสู่การพิจารณาของศาล King's Bench โดยมีประเด็นเกี่ยวกับ Writ of Habeas Corpus โดยสภาขุนนางตอบมาว่า เป็นไปตามข้อหาหมิ่นศาลสูง ซึ่งฝ่ายผู้ต้องขังก็ได้โต้แย้งว่า คำตอบดังกล่าวไม่เพียงพอ เพราะไม่มีการระบุการกระทำและสถานที่พอที่ศาลจะวินิจฉัยได้ว่า มีมูลหรือไม่ แต่แม้ว่าศาลจะเห็นว่าคำตอบดังกล่าวไม่ถูกต้อง แต่ศาลก็ปล่อยให้มีการคุมตัวต่อไป โดยให้เหตุผลว่า “ศาลนี้ไม่สามารถเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการดำเนินการของศาลสูงสุดแห่งสภาขุนนางได้”<sup>44</sup> นอกจากนี้แล้ว ในเดือนกุมภาพันธ์ ปีถัดมาสภาได้มีมติต่อกรณีนี้

---

<sup>42</sup> โปรตดู Duker, William F., note 7 supra, p. 57.

<sup>43</sup> Proceedings in the Case of Anthony Earl of Shaftesbury,

[1677] 6 State Trials 1269.

<sup>44</sup> Ibid., p. 1296.

Earl of Shaftesbury ร้องต่อศาล King's Bench เพื่อขอหมาย Writ of Habeas Corpus ว่า “เป็นการละเมิดต่อเอกสิทธิ์ของสภานี้ สำหรับขุนนางที่ต้องคำสั่งของสภาที่จะร้องต่อศาลที่ต่ำกว่า เพื่อขอหมาย Writ of Habeas Corpus ให้มีการปล่อยตนเองจากการคุมขังในสมัยประชุม”<sup>45</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าว Writ of Habeas Corpus จึงไม่อาจเอาชนะการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของแนวความคิดเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ดังกล่าว แต่ในขณะเดียวกัน เหตุการณ์ดังกล่าวกลับกลายเป็นตัวเร่งให้มีการเปลี่ยนแปลง ดังเช่นที่ได้เคยเปลี่ยนแนวความคิดเกี่ยวกับหมายนี้จากหมายที่เป็นการใช้อำนาจกษัตริย์ (prerogative writ) มาสู่หมายแห่งเสรีภาพ (writ of liberty) มาแล้ว

จนในที่สุด ในปี ค.ศ. 1679 สภขุนนางก็ยอมให้ผ่านร่างพระราชบัญญัติ Habeas Corpus แม้ว่าจะเกิดจากความผิดพลาดในการนับคะแนน<sup>46</sup> และพระเจ้าชาร์ลส์ ที่สอง ก็ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้<sup>47</sup>

พระราชบัญญัติ Habeas Corpus นี้ นับได้ว่าเป็นการปูทางครั้งสำคัญของอังกฤษ อันจะนำไปสู่การเรียกร้อง และการได้มาซึ่งเสรีภาพทางการเมืองและเสรีภาพทางด้านอื่นๆ ของพลเมืองต่อไป เพราะโดยพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้บทบัญญัติใน บทที่ 40 แห่งมหาบัตร (Magna Carta) ปี ค.ศ. 1215 ซึ่งกษัตริย์อังกฤษทรงให้

<sup>45</sup> Ibid., p. 1306.

<sup>46</sup> โปรดดู Duker, William F., note 7 supra, p. 58.

<sup>47</sup> 31 Car. 2, c. 2 (1679).



หลักประกัน โดยกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรว่า “เราจะไม่ขาย ปฏิเสธ หรือถ่วงเวลาซึ่งสิทธิหรือความยุติธรรมต่อผู้ใด” ซึ่งมีลักษณะ เป็นนามธรรมนั้น กลายมาเป็นแนวทางที่เป็นรูปธรรม สามารถนำมา ปฏิบัติได้อย่างแท้จริง

ในระหว่างนี้ ได้เกิดมีการแบ่งกลุ่มทางการเมืองขึ้นในสภา โดยแบ่งกันออกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ พวก Tories ซึ่งตามรากศัพท์ เดิมหมายถึงพวกโจรไอริชซึ่งนับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก และพวก Whigs ซึ่งตามรากศัพท์เดิมหมายถึงพวกหัวขโมย ที่ชอบ ขโมยปศุสัตว์ สำหรับ พวก Tories นั้น ส่วนใหญ่จะมาจากเหล่า ขุนนางที่ถือครองที่ดิน และกลุ่มนี้จะมีความคิดเห็นในทางการเมือง เป็นแบบอนุรักษนิยม ทั้งยังมีความจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ แต่ พวก Whigs ส่วนใหญ่จะมาจากเหล่าพ่อค้าและพลเมืองซึ่งเป็น ปฏิปักษ์กับราชวงศ์ Stuarts

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมาถึงรัชสมัยของพระเจ้า James ที่ ๒ ซึ่ง เสด็จขึ้นครองราชย์ในปี ค.ศ. 1685 สืบต่อจากพระเจ้าเชษฐา คือ พระเจ้าชาร์ลส์ ที่ 2 ปรากฏว่าพระเจ้า James ที่ ๒ ทรงนับถือศาสนา คริสต์ นิกายโรมันคาทอลิก เช่นเดียวกับพระเจ้าเชษฐาของพระองค์ และมีพระราชประสงค์ที่จะเผยแพร่คำสอนของศาสนาคริสต์นิกายโรมัน คาทอลิก ใ้กว้างขวางและได้รับความนิยมนมากขึ้นในหมู่ประชาชน แต่ก็ได้รับการต่อต้านอย่างแข็งขัน จากนิกายแองกลิกันและบรรดา ขุนนางฝ่ายWhigs ภายใต้การนำของ W.Russel และ Lord Shaftesbury

เมื่อพระเจ้า James ที่ ๒ ได้องค์รัชทายาท ซึ่งประสูติในปี ค.ศ. 1688 โดยที่ไม่มีใครคาดถึงมาก่อน ทำให้ฝ่ายขุนนางและ

ประชาชนวิตกกังวลว่า ราชวงศ์ Stuarts ซึ่งเป็นพวกโรมันคาทอลิก จะสืบทอดอำนาจกันไปอีกนาน ฝ่ายขุนนางจึงรวมตัวกันทูลเชิญ เจ้าชาย William of Orange พระสวามีของเจ้าหญิง Mary ซึ่งเป็นพระธิดาของพระเจ้า James ที่ ๒ ให้เป็นผู้นำฝ่าย โปรเตสแตนต์ ต่อสู้เพื่อรักษาและเพื่อให้ได้มาซึ่งรัฐสภาที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง จนพระเจ้า James ที่ ๒ ทรงหวาดกลัวจึงเสด็จหนีไปเสีย ก่อนที่จะเกิดการสู้รบจนนองเลือด ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นที่มาของคำว่า “การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์” (The Glorious Revolution) ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองครั้งสำคัญ แต่เป็นเสมือนดังปาฏิหาริย์ ที่ไม่ต้องมีการสูญเสียเลือดเนื้อใดๆ

จากนั้นเหล่าขุนนางจึงได้อัญเชิญเจ้าชาย William of Orange ขึ้นครองราชย์ เป็นพระเจ้า William III โดยทรงครองราชย์ร่วมกับพระนาง Mary ภายใต้เงื่อนไขว่า ทั้งสองพระองค์จะต้องทรงลงพระปรมาภิไธยใน the Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689<sup>48</sup>

The Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689 นี้แม้จะมีรูปแบบที่ไม่แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติทั่วไป แต่บรรจุด้วยเนื้อหาที่เป็นการกำหนดสถานะภาพของสถาบันทางการเมือง และให้หลักประกันทางด้านสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่า เอกสารดังกล่าวก็คือ รัฐธรรมนูญตามความหมายอย่างกว้างนั่นเอง

ในส่วนของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น the Bill of Rights ให้หลักประกันความเสมอภาค ในรูปแบบของการห้ามมีการยกเว้นกฎหมายได้ตามอำเภอใจของฝ่ายกษัตริย์ ให้สิทธิในการ

<sup>48</sup> 1 Will. 3 & Mary, sess. 2, c. 2.

ร้องทุกข์โดยไม่มีข้อจำกัด สิทธิในการถือครองอาวุธเพื่อการป้องกันตนเองพลเมืองที่นับถือศาสนาคริสต์ นิกายโปรเตสแตนต์ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สำหรับการอภิปรายในสภา ซึ่งต่อมาขยายออกไปสู่ประชาชนทั่วไป ในรูปของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยทั่วไป

นอกจากนี้แล้วยังได้มีการอุดช่องว่างของพระราชบัญญัติ Habeas Corpus โดยกำหนดสิทธิในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของศาล คຸ້ມครองประชาชนจากอำเภอใจของผู้พิพากษา มิให้ผู้พิพากษากำหนดหลักประกันสูงจนเกินสมควร หรือกำหนดค่าปรับสูงจนเกินเหตุ รวมทั้งกำหนดเป็นข้อห้าม มิให้มีการลงโทษที่มีลักษณะทารุณโหดร้ายและผิดธรรมดา และให้สิทธิแก่จำเลย ที่จะได้รับการพิจารณาคดีจากคณะลูกขุน ทั้งยังห้าม มิให้มีการปรับหรือริบทรัพย์บุคคลก่อนมีคำพิพากษา นอกจากนี้แล้ว the Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689 ยังรับรองสิทธิทั้งหลายทุกรูปแบบ ที่พลเมืองได้มาตาม common law (“the ancient, true and indubitable rights of the people of the realm”) แม้ว่าสิทธิดังกล่าวเหล่านั้นจะไม่มีพระราชบัญญัติใดๆ รับรองก็ตาม

หากนำ the Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689 ไปเปรียบเทียบกับ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ของฝรั่งเศส หรือคำประกาศอื่นๆ หลังจากนั้น อาจรู้สึกว่าการ Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689 ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายนี้ ดูจะมีเนื้อหา น้อยกว่า อีกทั้งตลอดช่วงเวลาที่ผ่านมาก็ได้มีการปรับปรุงแก้ไข the Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689 นี้แต่ประการใด แต่อย่างไรก็ตาม การมี the Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689 นี้ ก็เป็นการเพียงพอ สำหรับ

ศาลทั้งหลายในระบบ common law ที่จะใช้ในการคุ้มครองและขยายผลสำหรับเสรีภาพของคนอังกฤษต่อไป คำปฏิญาณว่าด้วยสิทธิต่างๆ ที่ประกาศใช้ในภายหลัง ล้วนแต่ได้รับอิทธิพลไปจาก the Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689 นี้ทั้งสิ้น และ the Bill of Rights ปี ค.ศ. 1689 นี้ ก็ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป อย่างไม่เปลี่ยนแปลง แม้เวลาจะผ่านไปกว่า สามศตวรรษแล้วก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า แม้อังกฤษจะใช้หลักนิติธรรม หรือการปกครองโดยกฎหมาย (the rule of law) ในการปกครอง แต่ก็มีความหมายตรงตัวตามถ้อยคำ กล่าวคือเมื่อปกครองโดยกฎหมาย ผู้ออกกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายใดๆ และในทางปฏิบัติก็ปรากฏว่า ฝ่ายนี้ไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ใดๆ จึงมีอำนาจอันไม่จำกัดที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้รัฐบาลนำไปเป็นพื้นฐานในการปกครอง ซึ่งหากจะกล่าวตรงๆ ก็คือในระบบนี้กฎหมายอยู่ภายใต้อำนาจทางการเมือง อาจกล่าวได้ว่า โครงสร้างการปกครองของอังกฤษเป็นลักษณะเฉพาะของอังกฤษ ที่เป็นการผสมผสานระหว่างระบบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมากธรรมดา (simple majority) และหลักความเป็นสถาบันสูงสุดของรัฐสภา ซึ่งนำไปสู่ระบบเสียงข้างมากที่ไม่ยอมรับการประนีประนอมใดๆ และไม่เปิดช่องให้มีการโต้แย้งได้

ในส่วนของสภาจะเป็นความสัมพันธ์กันระหว่างฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้าน ที่มีลักษณะเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลย์ (checks and balances) กันไปในตัว และกลไกดังกล่าวเป็นหลักประกันสำหรับการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล มิให้ถูกก้าวล่วงโดยฝ่ายอำนาจรัฐซึ่งมีศักยภาพแห่งอำนาจอันล้นเหลือ และเนื่องจากอังกฤษ

ไม่มีกลไกศาลรัฐธรรมนูญซึ่งคอยช่วยปรับกฎเกณฑ์ให้สอดคล้องกับสภาพความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา จึงเป็นภารกิจของรัฐสภาที่จะต้องทำหน้าที่ในส่วนนี้ แต่เท่าที่ผ่านมาก็เป็นที่ประจักษ์กันแล้วว่า รัฐสภาเองก็ไม่อาจทำหน้าที่ทั้งสองด้านได้ กล่าวคือ เป็นฝ่ายนิติบัญญัติที่มีลักษณะบูรณาการ และในขณะเดียวกันก็ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์หลักการพื้นฐานของการปกครอง ซึ่งหมายความรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานพร้อมกันไปด้วย<sup>49</sup> เนื่องจากดุลย์แห่งอำนาจในสภาของอังกฤษมีแนวโน้มที่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของฝ่ายรัฐบาล<sup>50</sup> ฉะนั้นการอ้างความชอบธรรมตามแนวความคิดเดิมที่ว่า รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อสภา จึงลดความน่าเชื่อถือลงไปและเมื่อบทบาทของสภาในการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนถูกละเลยไปภายใต้สถานการณ์เช่นนี้ เสี่ยงวิพากษ์วิจารณ์ว่า อังกฤษกำลังพัฒนาตนเอง

---

<sup>49</sup> โปรดดู Barnett, A., This Time. Our Constitutional Revolution, 1997, p. 155.

<sup>50</sup> โปรดดู Abromeit, H., Staatsentwicklung in der Thatcher Ära. Weniger Staat- mehr Staat?, in: Sturm, R., Thatcherismus. Eine Bilanz nach zehn Jahren, 1990, S. 296.; Hennessy, P., The Blair Style of Government. A Historical Perspective and an Interim Audit, in: Government and Opposition 33(1998), p. 19.

ไปสู่ความเป็นรัฐที่ผูกขาดอำนาจ (authoritarianism)<sup>51</sup> หรือเป็นรัฐที่ใช้กำลังบังคับ (coersive state)<sup>52</sup> จึงหาเหตุขึ้นเรื่อย ๆ

ภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว จึงเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมของอังกฤษอีกเช่นเคย ที่เป็นผู้เข้ามาทำหน้าที่ ดังที่นักหนังสือพิมพ์ของอังกฤษเองขนานนามว่าเป็นการ “ปฏิวัติเงียบ”<sup>53</sup> ทั้งนี้เพื่อให้อังกฤษยังคงไว้ซึ่งสถานภาพของความเป็นสมาชิกในประชาคมยุโรปต่อไปได้ ซึ่งเป็นการสืบสานต่อในสิ่งที่ Lord Denning (1899-1999)<sup>54</sup> ได้เริ่มต้นไว้ว่า ศาลอังกฤษจะใช้กฎหมายที่รัฐสภาอังกฤษตราไว้โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายของประชาคมยุโรป ก็ต่อเมื่อกฎหมายนั้น ๆ แสดงเจตนารมณ์ไว้อย่างชัดเจนที่จะปฏิเสธเนื้อหาของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปหรือที่เรียกสั้น ๆ ว่า สนธิสัญญาแห่งโรม<sup>55</sup> หากปราศจากการแสดงเจตนารมณ์อย่างชัดเจนดังกล่าว สนธิสัญญาย่อมมีผลใช้บังคับ และผลใช้บังคับดังกล่าวมิใช่ในฐานะที่

<sup>51</sup> Williams, S., The New Authoritarianism, in: The Political Quarterly, 60 (1989), pp. 4-9.

<sup>52</sup> Hillyard, P./ Percy- Smith, J., The Coersive State. The Decline of Democracy in Britain, 1988.

<sup>53</sup> โปรดดู Rose, D., UK: Silent Revolution- Judges with Radical Views, in: The Observer, 9.May 1993.

<sup>54</sup> Allan, T.R.S., Parliamentary Sovereignty. Lord Denning’s Dexterous Revolution, in: Oxford Journal of Legal Studies 3 (1983), pp. 22-33.

<sup>55</sup> โปรดดู บุญศรี มีวงศ์โฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, นิติธรรม, 2538, หน้า 99-102

เป็นเครื่องมือสำหรับช่วยในการตีความเท่านั้น หากแต่ในฐานะที่มีอำนาจบังคับเหนือกว่า (overriding force)<sup>56</sup>

ในปี ค.ศ. 1989 เกิดคดี Factortame ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า เดิมอังกฤษมีกฎหมาย Merchant Shipping Act 1894 ซึ่งมีได้กำหนดเงื่อนไขว่าเรือที่จะจดทะเบียนจะต้องมีสัญชาติใด หลังจากที่ประชาคมยุโรปมีนโยบายกำหนดโควตาการจับปลา ทำให้มีเรือจับปลาของสเปนมาขึ้นทะเบียนเป็นเรืออังกฤษหลังจากที่สเปนเข้ามาเป็นสมาชิกของประชาคมยุโรป และเรือสเปนภายใต้ธงอังกฤษเหล่านี้สามารถจับปลาในน่านน้ำของอังกฤษได้ อังกฤษจึงตรากฎหมาย Merchant Shipping Act 1988 กำหนดให้เรือที่จะจดทะเบียนภายใต้ธงอังกฤษต้องมีสัญชาติอังกฤษเท่านั้น ทำให้เรือที่เรือขอจดทะเบียนอยู่ 95 ลำไม่สามารถขึ้นทะเบียนได้ เจ้าของเรือเหล่านั้นจึงฟ้องว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักการเคลื่อนย้ายถิ่นฐานอย่างเสรีของประชาคมยุโรป

ศาล Divisional Court แห่ง Queen's Bench จึงตัดสินเมื่อวันที่ 10 มีนาคม ปี ค.ศ. 1989 ให้ส่งประเด็นไปให้ศาลยุโรปวินิจฉัย และระหว่างนั้นก็มีการสั่งชั่วคราว (interim relief) มิให้ใช้บังคับกฎหมายใหม่ดังกล่าวกับโจทก์ กระทรวงคมนาคมของอังกฤษอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าว ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดยืนตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ เมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม ปี ค.ศ. 1989

---

<sup>56</sup> Lord Denning in *Macarthy's Ltd. v. Smith*(1979) 3 All ER 325 (329) Ch.

ในระหว่างนั้นปรากฏว่า ศาลยุโรปออกคำสั่งชั่วคราว มิให้ใช้บังคับกฎหมายใหม่ดังกล่าวกับโจทก์ และส่งเรื่องให้ศาลสูงสุดพิจารณาใหม่ ในที่สุดศาลสูงสุดก็ต้องวินิจฉัยตามแนวที่ศาลยุโรปกำหนดไว้<sup>57</sup> ทำให้ศาลภายในของอังกฤษต้องใช้มาตรการทางกฎหมายที่นักกฎหมายอังกฤษไม่เคยรู้จักกันมาก่อน นั่นคือ คำสั่งชั่วคราวของศาลที่มีต่อฝ่ายบริหารมิให้ใช้บังคับกฎหมายของรัฐสภา เนื่องจากไม่มีหนทางอื่นที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายของประชาคมยุโรปได้ การที่ศาลกำหนดมิให้ใช้บังคับกฎหมายของรัฐสภา (disapplied) จึงกลายเป็นศัพท์ใหม่ของวงการกฎหมายอังกฤษไปโดยปริยาย<sup>58</sup>

นอกจากนี้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าระบบเสียงข้างมากของอังกฤษทำให้รัฐบาลสามารถผลักดันกฎหมายออกมาได้ แม้ว่ากฎหมายนั้นๆ อาจก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิของบุคคล เป็นต้นว่า Police Act 1997 ให้อำนาจแก่ตำรวจในกรณีเป็นที่สงสัย สามารถดักฟังการติดต่อทางโทรศัพท์ได้ โดยไม่ต้องขออนุญาตศาล<sup>59</sup> แม้แต่ในคดีที่มีหลักฐานชัดเจน ว่าเจ้าพนักงานสอบสวนสรุปผลในสำนวนตามอำเภอใจ ศาลก็ไม่อาจเอาผิดกับหน่วยงานสอบสวนได้<sup>60</sup> ในกรณี

<sup>57</sup> R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.(No.2)[1991] 1 AC 603(661) HL.

<sup>58</sup> โปรตดู Barnard, C./ Greaves, R., The Application of Community Law in the United Kingdom 1986-1993, in: Common Market Law Review 31 (1994), p.1065.

<sup>59</sup> โปรตดู The Economist, 24.April 1997, p. 34.

<sup>60</sup> R. v. Mason(1987) 3 All ER 481 CA.,



สงครามอ่าวฯ ที่มีการจับกุมคนอิรักจำนวน 160 คน ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ แม้ไม่ปรากฏเหตุอันควรสงสัย แต่เพียงเพราะเหตุที่มีสัญชาติอิรักเท่านั้นก็เพียงพอสำหรับการคุมขังแล้ว แต่ศาลก็ไม่อาจดำเนินการคุ้มครองใดๆ ได้<sup>61</sup>

ด้วยเหตุนี้ จึงมีใช้เรื่องแปลก ที่มีคดีฟ้องร้องไปที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ว่าอังกฤษกระทำการอันเป็นการละเมิดอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป โดยมีการประเมินกันว่า จากจำนวน 41 คดีที่ทางการอังกฤษเป็นฝ่ายแพ้ ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1975-1989 เป็นกรณีที่ต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับอนุสัญญาถึง 23 กรณี<sup>62</sup> โดยที่การปรับปรุงแก้ไขดังกล่าว ส่วนใหญ่เป็นการปรับปรุงในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ มิใช่ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ แต่อย่างใด

จากการที่อังกฤษถูกฟ้องร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป บ่อยครั้ง ทำให้สถานภาพในทางระหว่างประเทศของอังกฤษอยู่ใน

---

<sup>61</sup> R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak (1991) 2 All ER 319 CA.

<sup>62</sup> ไปรอตดู Churchill, R.R./ Young, J., Compliance with Judgments of the European Court of Human Rights and Decisions of the Committee of Ministers. The Experience of the United Kingdom 1975-1989, in: British Yearbook of International Law 62 (1991), pp. 283-346.

สภาวะที่ไม่สู้ดีนัก<sup>63</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเมื่อทางฝ่ายสหภาพยุโรปให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก ดังนั้นเพื่อมิให้อังกฤษต้องขึ้นศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปบ่อยครั้งอีกต่อไป จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นแรงจากทางสหภาพยุโรป ทำให้รัฐบาลของพรรคกรรมกรภายใต้การนำของ Tony Blair<sup>64</sup> ผลักดันให้มีการตราพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Human Rights Act 1998) ซึ่งเป็นการแปลงเนื้อหาของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป มาเป็นกฎหมายภายในของอังกฤษ และแม้ว่าร่างกฎหมายดังกล่าวจะได้รับการต่อต้านจากฝ่ายค้าน คือ พรรคอนุรักษนิยมแต่ก็ผ่านเป็นกฎหมายได้ภายใน 1 ปี โดยให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 2 ตุลาคม ปี ค.ศ. 2000 เป็นต้นไป<sup>65</sup>

พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนของอังกฤษนี้ (Human Rights Act 1998) มีการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายรัดกุมและมีความหมายเจาะจงตามแนวทางการร่างกฎหมายซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของอังกฤษ กฎหมายนี้มีการใช้อำนาจศาลสูงในการตีความกฎหมายของ

---

<sup>63</sup> แม้ว่าในศาลสูงจะเริ่มมีการแสดงออกซึ่งแนวความคิดในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังเช่นกรณีของ Lord Bridge in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* (1991) 1 All ER 720 (733) HL. โดยชี้ให้เห็นว่า เป็นหน้าที่ของศาล ที่จะต้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิโดยฝ่ายอำนาจรัฐ ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องมีพื้นฐานทางกฎหมายอย่างเป็นทางการเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด

<sup>64</sup> Hennessy, P., note 50 supra, pp. 8-9.

<sup>65</sup> HC Deb. 6<sup>th</sup> ser., Vol. 327, Col. 292 (18 May 1999).

รัฐสภา ว่ากฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรปหรือไม่ (Sec.3(1)) และหากศาลเห็นว่ากฎหมายลำดับรองฉบับใด มีความขัดหรือแย้งดังกล่าว ศาลก็สามารถประกาศความไม่สอดคล้องดังกล่าว และทำให้กฎหมายลำดับรองดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ (Sec.4(2)) หากเป็นกรณีของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ศาลก็สามารถประกาศความไม่สอดคล้องดังกล่าว เพียงแต่ไม่มีผลผูกพัน และการประกาศดังกล่าวไม่กระทบถึงผลบังคับของกฎหมายนั้นๆ (Sec.4(6) and Sec.3(2)) เท่ากับว่าพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนของอังกฤษนี้ประสงค์จะให้คงเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการในการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้เกิดความสอดคล้องระหว่างกฎหมายของรัฐสภากับการคุ้มครองสิทธิตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรป

แต่อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่น่าสนใจก็คือ พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนของอังกฤษกำหนดไว้ว่าศาลอังกฤษต้องเคารพในคำวินิจฉัย คำอธิบายและคำแนะนำของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป และคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งคณะมนตรียุโรป (Sec.2(1)) แต่กฎหมายก็ยังกำหนดต่อไปว่า คำวินิจฉัย คำอธิบายและคำแนะนำดังกล่าว มีฐานะเป็นเพียงการให้คำปรึกษา ที่ไม่มีผลผูกพันเท่านั้น นอกจากนี้แล้ว Sec.8 ตามพระราชบัญญัตินี้ยังเปิดโอกาสให้ศาลคุ้มครองสิทธิในการพิจารณาคดีได้อย่างค่อนข้างจำกัด ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับมาตรา 5 อนุมาตรา 5 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ

มนุษยชนของยุโรป<sup>66</sup> อีกทั้งยังไม่มี การเปิดช่องทางใด ๆ สำหรับการตรวจสอบกฎหมายแบบนามธรรม<sup>67</sup> เพราะ Sec.7(3) กำหนดว่า ต้องแสดงให้เห็นว่ามีผลประโยชน์ที่ได้รับการกระทบกระเทือนอย่างถึงขนาด จากการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงสามารถจะนำคดีมาฟ้องศาลได้

นอกจากนี้แล้ว ยังมีประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับสิทธิตามอัตวิสัยของประชาชน ก็คือการร้องทุกข์ ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 13 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรป<sup>68</sup> แต่พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนของอังกฤษ Sec.1(1)(a) กลับไม่เปิดช่องให้นำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ ด้วยเหตุนี้ จึงมีเสียงวิพากษ์วิจารณ์ว่าพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนของอังกฤษ คงจะยังไม่มีส่วนช่วยในการปรับปรุงสถานการณ์ทางด้านสิทธิมนุษยชนในอังกฤษให้ดีขึ้นได้ ตราบที่ยังมีการจำกัดเขตอำนาจของศาลและอำนาจฟ้องของ

<sup>66</sup> โปรตุ ดู Frowein, J. Abr./Peukert, W., EMRK-Kommentar, 2. Aufl., 1996, S. 45ff.

<sup>67</sup> ประเด็นเกี่ยวกับการตรวจสอบกฎหมายแบบนามธรรม โปรตุ ดู บุญศรี มิ่งศรีอุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า 66

<sup>68</sup> ซึ่งบัญญัติว่า “Everyone whose rights and freedom as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.” รายละเอียด โปรตุ ดู Frowein, J. Abr./ Peukert, W., EMRK-Kommentar, S. 426ff.

ประชาชนดังที่เป็นอยู่ จึงเป็นเรื่องที่ยังคงฝากไว้กับความหวังอยู่ต่อไป ว่ารัฐสภาของอังกฤษจะค่อยๆ ให้ความสนใจในประเด็นเหล่านี้ เพราะในที่สุดคงจะเป็นดังที่ Lord Kentridge กล่าวไว้ว่า “หากผู้พิพากษาอังกฤษสามารถใช้บังคับบัญชาได้แล้ว ไซร์ย่อมจะเป็นการเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มิใช่เป็นการทำให้อ่อนแอลงแต่อย่างใด”<sup>69</sup>

### 1.5.2 แนวความคิดของฝรั่งเศส

ในการศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิดของฝรั่งเศสในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น จำเป็นจะต้องทราบถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์บางประการ ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศฝรั่งเศส ที่อาจจะแตกต่างจากประเทศอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษหรือประเทศเยอรมัน เนื่องจากเป็นความทรงจำที่มีมาตั้งแต่สมัยที่อยู่ภายใต้การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งเป็นช่วงที่ประชาชนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกระบวนการยุติธรรมที่มีพื้นฐานมาจากโครงสร้างทางสังคมและการปกครองแบบศักดินา จนกลายเป็นความฝังใจที่หลังจากเหตุการณ์การปฏิวัติใหญ่ ในปี ค.ศ. 1789 แล้ว ก็ได้ลบเลือนไปแต่อย่างใด และความฝังใจดังกล่าวประกออบกับความเชื่อมั่นในสถาบันรัฐสภา ได้กลายเป็นเครื่องกีดขวางการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาพิจารณาความชอบ

---

<sup>69</sup> โปรตดู Kentridge, S., Parliamentary Supremacy and the Judiciary under a Bill of Rights. Some Lessons from the Commonwealth, in: Public Law (1997), p. 112.

ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จนกระทั่งถึงช่วงแรกของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ความตั้งใจดังกล่าวแยกพิจารณาได้เป็นสองประการ คือ ความไม่ไว้วางใจในระบบศาล และความเชื่อมั่นในหลักความเป็นสถาบันสูงสุดของรัฐสภาซึ่งเป็นความเชื่อที่มีพื้นฐานมาจากคำสอนของนักปราชญ์สองท่าน กล่าวคือ Rousseau และ Montesquieu จึงขอพิจารณาประเด็นทั้งสองประการ ดังต่อไปนี้

### *ประการแรก ความไม่ไว้วางใจในระบบศาล*

ในช่วงของการปกครองบนพื้นฐานของโครงสร้างทางสังคม และการปกครองแบบศักดินา ได้มีการพัฒนาหลักลำดับชั้นของกฎหมาย แม้ว่ากษัตริย์จะมีอำนาจในการตรากฎหมาย แต่ก็ถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ เงื่อนไขแรกก็คือ ระบบกฎหมายที่มีอยู่แล้ว รวมทั้งเอกลักษณ์ต่างๆ ของฝ่ายศาสนจักร ฝ่ายเมือง และกลุ่มอาชีพต่างๆ เงื่อนไขประการที่สอง คือ กฎหมายพื้นฐานแห่งราชอาณาจักร (les lois fondamentales du Royaume) ซึ่งเป็นสิ่งที่กษัตริย์เองก็ต้องเคารพ กฎหมายพื้นฐานนี้ส่วนใหญ่ได้มีการตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีฐานะเหนือกฎหมายต่างๆ ทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญ โดยมีการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสืบราชสันตติวงศ์ และกำหนดให้ผู้ปกครองต้องนับถือศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิก นอกจากนี้แล้ว ยังมีระบบศาลแบบศักดินาในเมืองต่างๆ ของฝรั่งเศส ที่เรียกกันว่าศาล Parlements ศาลนี้ ถือว่าตนมีอำนาจในการตรวจสอบว่า การกระทำทางกฎหมายต่างๆ ของฝ่ายผู้ปกครองสอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวหรือไม่ โดยศาลจะไม่ยอม

บังคับใช้ในสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐานนี้<sup>70</sup> จนถึงขนาดเคยตัดสินให้พระราชกฤษฎีกาของพระเจ้าหลุยส์ ที่ 14 ไม่มีผลในทางกฎหมาย เนื่องจากขัดต่อกฎหมายพื้นฐานนี้

แต่ต่อมา ศาล Parlements นี้ ค่อยๆ พัฒนาดนเองไปสู่เส้นทางของการรับสินบน และต่อต้านการเปลี่ยนแปลงทั้งหลายที่จะเกิดขึ้น การตีความกฎหมายพื้นฐานแห่งราชอาณาจักรจึงมักจะเป็นการมองเพียงด้านเดียว และไม่เป็นกลาง จึงเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่ขุนนางจะได้รับการปกป้อง และศาลก็มักจะขัดขวางแนวทางการปฏิรูปของกษัตริย์<sup>71</sup> นอกจากนี้แล้ว ตำแหน่งตุลาการในศาล Parlements นี้ ยังเป็นตำแหน่งที่มีลักษณะดังสมบัติส่วนบุคคล กล่าวคือ มีการสืบทอดทางมรดก และสามารถซื้อขายหรือให้เช่าตำแหน่งเหล่านี้ได้ และเนื่องจากมีการลงทุนในตำแหน่งนี้ได้ ผู้ที่มาขอพึ่งพาความยุติธรรมจากศาลนี้จึงต้องมีค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างแพง

จากการที่ศาล Parlements นี้มีการรับสินบนและใช้อำนาจในทางที่ผิดจนกลายเป็นสิ่งปกติธรรมดา เมื่อเกิดการปฏิวัติใหญ่ขึ้น ศาล Parlements จึงถูกยุบเลิกไป เหล่าตุลาการทั้งหลายของศาลนี้กลายเป็นบุคคลที่ประชาชนเกลียดชังเป็นอย่างมาก มีน้อยรายที่สามารถลี้ภัยไปอยู่ต่างประเทศได้ บรรดาตุลาการที่ถูกจับได้ต่างเป็นเหยื่อของเครื่องกิโยติน อย่างที่ไม่มีใครช่วยได้<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> โปรตดู Dawson, J.P., *The Oracles of the Law*, Ann Arbor 1968, p. 367.

<sup>71</sup> Ibid, p. 369.

<sup>72</sup> Ibid, p. 370.

หลังการปฏิวัติใหญ่ คนส่วนใหญ่จึงนำเอาข้อเขียนของ Montesquieu ซึ่งเขียนไว้ในหนังสือ ว่าด้วยเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (De l'esprit des lois) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1748 ว่า “ตุลาการของชาติ เป็นเพียงปาก ซึ่งพูดถ้อยคำของกฎหมาย เป็นสิ่งที่ปราศจากวิญญานที่ไม่สามารถเข้าไปมีอิทธิพลต่อสภาพบังคับและความเคร่งครัดของกฎหมายได้”<sup>73</sup> มาเป็นบรรทัดฐาน ซึ่งแม้ว่าตามแนวความคิดของ Montesquieu นี้ ฝ่ายตุลาการจะแยกออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร แต่ Montesquieu เองซึ่งก็มีความไม่พอใจกับความเป็นไปของฝ่ายตุลาการในสมัยนั้น จึงมีความเห็นว่า ฝ่ายตุลาการมิได้มีสถานะเป็นอำนาจ ๆ หนึ่งที่มีความเป็นเอกเทศแต่อย่างใด

ในราวกลางเดือนสิงหาคม ปี ค.ศ. 1790 ได้มีการตรากฎหมายเพื่อให้มีการจัดองค์กรตุลาการเสียใหม่ และหลักการตามกฎหมายดังกล่าว ได้มีการยืนยันอีกครั้งหนึ่งในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1791 ตามหลักการดังกล่าวนี้ ห้ามมิให้ศาลต่าง ๆ ตีความกฎหมาย โดยกำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการตีความกฎหมายเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ เมื่อมีกรณีอันควรสงสัยว่า กฎหมายมีความหมายประการใด ศาลก็จะต้องยุติการดำเนินกระบวนการวินิจฉัยไว้ก่อนแล้วส่งประเด็นที่เป็นปัญหาไปให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าว ศาลสูงสุดของกระบวนการยุติธรรม (Tribunal de cassation) ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1791 ก็ต้องตกไปอยู่ในสังกัดของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลสูงสุดนี้สามารถกลับคำพิพากษาของศาลล่างได้ หากเป็นคำพิพากษาที่ขัดหรือแย้งต่อ

---

<sup>73</sup> Montesquieu, De l'esprit des lois, L. XI, ch.VI.



กฎหมายอย่างชัดเจน และหากศาลสูงสุดนั่นเองมีประเด็นสงสัยในความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ก็ต้องถือว่าเป็นหน้าที่ที่จะต้องส่งประเด็นที่เป็นปัญหาไปให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งฝ่ายนี้จะทำหน้าที่เป็นผู้ตีความกฎหมายในประเด็นที่เป็นปัญหาดังกล่าวอย่างเป็นทางการและก่อให้เกิดผลผูกพันต่อทุกฝ่าย<sup>74</sup>

### *ประการที่สอง ความเชื่อมั่นในหลักความเป็นสถาบันสูงสุดของรัฐสภา*

เป็นที่น่าสังเกตว่าตามประวัติการปกครองตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้น มีจุดเริ่มต้นจากพื้นฐานทางความคิดที่ขัดแย้งกันในตัวเอง กล่าวคือ ผลจากการปฏิวัติใหญ่มีการสร้างระบบกฎหมายตามลำดับชั้น โดยมีพื้นฐานมาจากหลักการที่ว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่ตามความเป็นจริงกลับกลายเป็นว่ากฎหมายที่ตราขึ้นมาโดยรัฐสภาเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุด ทั้งนี้ เป็นผลมาจากสถานะของความเป็นสถาบันสูงสุดของฝ่ายนิติบัญญัตินั่นเอง และจากสถานะดังกล่าว ทำให้สถาบันนี้ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของฝ่ายใด อีกทั้งยังไม่มีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญตามความเป็นจริงอีกด้วย

การที่มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนระหว่าง แนวทางตามทฤษฎีกับแนวทางในทางปฏิบัติ เป็นเพราะความเชื่อในสมัยปฏิวัติใหญ่ ที่เหมารวมความเชื่อสองประการเข้าด้วยกัน กล่าวคือ ความเชื่อ

---

<sup>74</sup> ไพรอดู Bauer, S., *Verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich*, 1998, S.30f.

ตามคำสอน ของ Rousseau<sup>75</sup> ที่ว่าด้วยเจตจำนงทั่วไป (volonté générale) ว่าเป็นบรรทัดฐานที่แท้จริงสำหรับชี้นำความเป็นไปในสังคม ประกอบกับความเชื่อที่ว่ากฎหมายที่มาจากตัวแทนของประชาชนคือการบรรลุถึงสิ่งที่ Rousseau ได้สอนไว้ จึงสรุปกันเอาเองว่า กฎหมายที่มาจากตัวแทนของประชาชนคือการแสดงออกอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมของเจตจำนงทั่วไป (volonté générale) นั้นเอง ซึ่งกฎหมายในฐานะเช่นนี้ ย่อมไม่อาจจะผิดพลาดได้ เนื่องจากเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวม มิใช่ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล<sup>76</sup>

บนพื้นฐานของความเชื่อทั้งสองประการดังกล่าว ทำให้เป็นการขัดขวางแนวความคิดที่จะให้มีการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญเป็นระยะเวลาราว 170 ปี จนมาถึงช่วงปลายของสาธารณรัฐที่สี่ ซึ่งเหล่าอาณานิคมของฝรั่งเศสเริ่มต่อสู้เพื่อความเป็นอิสระ สร้างปัญหาสำหรับรัฐบาลฝรั่งเศสในขณะนั้นซึ่งอยู่ในสภาพล้มลุกคลุกคลานเป็นอย่างมาก ในที่สุด ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐในขณะนั้นจึงขอร้องให้นายพลเดอโกลล์ ซึ่งเป็นวีรบุรุษในสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง เข้ามาช่วยกอบกู้สถานการณ์ นายพลเดอโกลล์จึงได้อำศัยจังหวะดังกล่าว

---

<sup>75</sup> ตามคำสอนของ Rousseau มีการแยกแยะเจตจำนงของประชาชนออกเป็นเจตจำนงของทุกคน (volonté de tous) ซึ่งอาจผิดพลาดได้ กับเจตจำนงทั่วไป (volonté générale) ซึ่งจะมีลักษณะเป็นนามธรรม และเป็นสิ่งที่ถูกต้องเสมอ โปรเตดดู บัญศรี มิวังศ์อุโฆษ, เอกสารประกอบคำบรรยาย วิชากฎหมายมหาชนเบื้องต้น, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 61

<sup>76</sup> Bauer, aaO., S.31f.

ดำเนินการปฏิรูประบบการเมืองของฝรั่งเศส โดยตั้งเป็นเงื่อนไขว่าจะ  
รับข้อเสนออีกต่อเมื่อตนได้รับอำนาจเต็มในการยกร่างรัฐธรรมนูญ  
ฉบับใหม่

ในเมื่อสถานการณ์บังคับทุกฝ่ายจึงต้องยอมรับเงื่อนไข  
ดังกล่าว โดยเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1958 นายพลเดอโกลล์  
ได้รับเลือกจากสภาแห่งชาติให้เป็นนายกรัฐมนตรี และวันที่ 3  
มิถุนายน รัฐสภาได้ผ่านร่างแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ มอบ  
อำนาจเต็มให้แก่รัฐบาลในการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กลุ่ม  
พรรคการเมืองฝ่ายซ้ายร่วมกันประท้วงการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าว  
ทั้งนี้เพราะตามจารีตประเพณีการปกครองของสาธารณรัฐนั้น  
รัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการยกร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อ  
นายพลเดอโกลล์ขู่จะลาออก กลุ่มดังกล่าวก็ต้องยุติการประท้วงไป  
โดยปริยาย ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐสภาได้กำหนดเป็น  
หลักการไว้ 5 ประการ คือ

ประการแรก อำนาจอธิปไตยทั้งหลายจะต้องได้รับความชอบธรรม  
มาจากประชาชนโดยการเลือกตั้งทั่วไป ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม

ประการที่สอง ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติควรแยกออก  
จากกันในขณะที่ให้แต่ละฝ่ายสามารถดำเนินการกิจของตนได้  
ภายใต้ความรับผิดชอบของตนเองได้อย่างเต็มที่

ประการที่สาม รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา

ประการที่สี่ หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในฐานะที่  
เป็นผู้พิทักษ์เสรีภาพของปัจเจกบุคคล

ประการที่ห้า รัฐธรรมนูญต้องเปิดช่องให้มีการกำหนดความ  
สัมพันธ์ระหว่างฝรั่งเศสกับชนชาติที่ใกล้ชิดกับฝรั่งเศสได้

โดยต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของคณะกรรมการที่ปรึกษาการยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งส่วนใหญ่ประกอบด้วยสมาชิกจากรัฐสภา โดยที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ลงมติรับหรือไม่รับร่างฯ ที่เสนอเข้ามาหลังจากที่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้ทำความเห็นเกี่ยวกับร่างฯ แล้ว จากนั้นจึงส่งไปให้ประชาชนลงประชามติว่าจะรับหรือไม่รับรัฐธรรมนูญดังกล่าว

วันที่ 29 กรกฎาคม ปี ค.ศ. 1958 ได้มีการตีพิมพ์เผยแพร่ต้นร่างของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ หลังจากนั้นก็ได้มีการปรึกษากับคณะกรรมการที่ปรึกษาการยกร่างรัฐธรรมนูญ จนถึงวันที่ 14 สิงหาคม ปี ค.ศ. 1958 และมีการปรับปรุงแก้ไขเพียงเล็กน้อย ร่างที่ได้รับการแก้ไขแล้วนี้ผ่านความเห็นชอบของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ลงมติรับร่างฯ เมื่อวันที่ 4 กันยายน ปี ค.ศ. 1958 ในการลงประชามติเมื่อวันที่ 28 กันยายน ปีเดียวกัน ปรากฏว่าประชาชนร้อยละ 80 ยอมรับร่างฯ ดังกล่าว รัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 4 ตุลาคม ปี ค.ศ. 1958

รัฐสภาของฝรั่งเศสจึงถูกลดบทบาทลงตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา กล่าวคือ รัฐสภาจะมีอำนาจในการตรากฎหมายเฉพาะในเรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 เท่านั้น เรื่องที่นอกเหนือไปจากนั้นเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะตราฤษฎีกาได้เอง และรัฐธรรมนูญมาตรา 37 และมาตรา 41 ยังกำหนดมาตรการสำหรับฝ่ายบริหารที่จะดำเนินการหากปรากฏว่าฝ่ายรัฐสภาใช้อำนาจเกินขอบเขตตามมาตรา 34 ดังกล่าว นอกจากนี้แล้ว ที่เคยเป็นปัญหาสำหรับรัฐบาลในการเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่สภาก็ถูกแก้ไข โดยการให้รัฐบาลเป็น

ผู้กำหนดวาระการประชุมของสภา (มาตรา 48 อนุมาตรา 1) อำนาจของสภาในการควบคุมฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญใหม่ลดลงจากเดิมเหลือเพียงการลงมติไม่ไว้วางใจ ซึ่งมีการกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างเคร่งครัด (มาตรา 49 อนุมาตรา 2) และจากที่เดิมเคยเปิดโอกาสให้สมาชิกสภาออกเสียงแทนกันได้ ก็จะต้องมีการออกเสียงด้วยตนเองเท่านั้น (มาตรา 27 อนุมาตรา 2)

กลไกตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อดูแลมิให้ฝ่ายรัฐสภาใช้อำนาจเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ก็คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) ซึ่งประกอบด้วยตุลาการที่มาจากการแต่งตั้ง 9 คน และตุลาการโดยตำแหน่ง

ตามมาตรา 56 อนุมาตรา 1 ประโยคที่สาม ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานสภาสูงและประธานสภาแห่งชาติ จะแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญฝ่ายละ 3 คน โดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี โดยแต่ละคนจะดำรงตำแหน่งได้คราวเดียว และทุกสามปี แต่ละฝ่ายข้างต้นจะแต่งตั้งตุลาการคนใหม่ฝ่ายละ 1 คน เข้ามาแทนตุลาการที่หมุนเวียนกันครบวาระ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า มิได้มีการกำหนดเกณฑ์ในแง่คุณสมบัติของผู้ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวไว้เลย แต่ละฝ่ายจึงสามารถแต่งตั้งกันได้อย่างเสรี

สำหรับตุลาการโดยตำแหน่งนั้น มาตรา 56 อนุมาตรา 2 กำหนดให้อดีตประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งตลอดชีพ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า ไม่มีอดีตประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ท่านใดเข้าทำหน้าที่นี้ แม้แต่ท่านเดียว

ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสในช่วงแรกๆ ปรากฏว่ามีการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติอย่าง

เคร่งครัด โดยคณะตุลาการได้วินิจฉัยในกระบวนการวิธีพิจารณาตาม มาตรา 61 อนุมาตรา 1 ให้บทบัญญัติในข้อบังคับการประชุมของ สภาแห่งชาติหลายบทบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นที่น่าสังเกต ว่า คำร้องของฝ่ายบริหารตามกระบวนการวิธีพิจารณาในการควบคุม กฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 อนุมาตรา 2 ในช่วง ระหว่างปี ค.ศ. 1959–1970 ทุกคำร้องได้รับการวินิจฉัยให้เป็นไป ตามคำร้อง<sup>77</sup> จนมีการกล่าวขานกันว่า เป็นทาสรับใช้ผู้ซื่อสัตย์ของ เดอโกลล์<sup>78</sup>

### บทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในการคุ้มครองสิทธิ ขั้นพื้นฐาน

ในช่วงปลายของทศวรรษที่หกสิบ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ของฝรั่งเศสเริ่มปรับบทบาทของตนเองให้มีลักษณะเปิดกว้างมากขึ้น จนในปี ค.ศ. 1971 จึงได้มีคำวินิจฉัยที่เป็นการเริ่มต้นบทบาทของ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ในคดี 71-44 DC

### ข้อเท็จจริงในคดี

หลังจากเหตุการณ์ประท้วงใหญ่ของนักศึกษาเมื่อเดือน พฤษภาคม ปี ค.ศ. 1968 ได้มีการก่อการอีกหลายครั้งโดยกลุ่มของ ฝ่ายซ้าย และเพื่อเป็นการปราบปรามการก่อการดังกล่าว รัฐบาลของจอร์จ

<sup>77</sup> โปรดดู Stone, A., *The Birth of Judicial Politics in France*, Oxford University Press 1992, S. 61.

<sup>78</sup> โปรดดู Bauer, S., aaO., S. 55.

ปอมปิดู จึงมีคำสั่งให้ยุบสมาคมทางการเมืองที่มีชื่อว่า “La gauche prolétarienne” ซึ่งเป็นกลุ่มทางการเมืองที่มีบทบาทเป็นอย่างมาก กลุ่มที่มีความใกล้ชิดกับ Jean-Paul Sartre และ Simone de Beauvoir ซึ่งเป็นผู้นำทางความคิดที่มีชื่อเสียงโด่งดังในยุคนั้น จึงได้ก่อตั้งสมาคมขึ้นมาสมาคมหนึ่งโดยใช้ชื่อว่า “Association des amis de la cause du peuple” ซึ่งปรากฏว่า การตั้งชื่อดังกล่าวเป็นการนำเอาชื่อวารสารของสมาคม “La gauche prolétarienne” มาใช้ในการยื่นขอจดทะเบียนเป็นสมาคม ทางมหานครปารีสซึ่งเป็นองค์กรท้องถิ่นที่รับผิดชอบการจดทะเบียนดังกล่าวจึงไม่รับจดทะเบียน โดยให้เหตุผลว่า ตามความเป็นจริงแล้ว สมาคมนี้ก็คือสมาคมเดียวกันกับสมาคมที่ถูกยุบไปแล้วนั่นเอง ขอก่อตั้งจึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครองแห่งนครปารีส ซึ่งศาลฯ ได้มีคำวินิจฉัยโดยยึดถือแนวคำวินิจฉัยของ Conseil d’Etat ว่า กฎหมายว่าด้วยสมาคม ฉบับลงวันที่ 1 กรกฎาคม ปี ค.ศ. 1901 มิได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสมาคมก่อนที่จะมีการก่อตั้งตามกฎหมาย กล่าวคือก่อนการจดทะเบียน กระทรวงมหาดไทยของฝรั่งเศส มิได้ให้อุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากเห็นแล้วว่าไม่น่าจะเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยได้ จึงใช้วิธีการแก้กฎหมายแทน เพื่อเป็นการขัดขวางมิให้มีการก่อตั้งสมาคมนี้ ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นการให้อำนาจเจ้าพนักงานส่งเรื่องให้อัยการนำเรื่องขึ้นฟ้องต่อศาลกรณีสงสัยว่าสมาคมที่จะขอตั้ง ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ผ่านสภาสูง เนื่องจากสภาสูงเห็นว่าขัดต่อสิทธิเสรีภาพในการก่อตั้งสมาคม ตามมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญ แต่สภาแห่งชาติก็ผลักดันจนผ่านการพิจารณา เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1971 ประธานสภา

สูงจึงยื่นเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายดังกล่าว

### เนื้อหาของคำวินิจฉัย

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ปี ค.ศ. 1971 ว่าร่างกฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักเสรีภาพในการสมาคม โดยโยงเข้ากับคำปรารภ (preamble) ของรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่า คำปรารภของรัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเช่นเดียวกับบทบัญญัติในมาตราต่างๆ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่า การที่คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสโยงไปถึงคำปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 และคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ทำให้เอกสารทั้งสองชิ้นมีฐานะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ และจากการที่มาตรา 1 ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ระบุว่า ชาวฝรั่งเศสยอมรับใน “หลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายของสาธารณรัฐ” และในบรรดาหลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมาย ที่มีฐานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญเหล่านี้ ย่อมมีเสรีภาพในการสมาคมรวมอยู่ด้วย เสรีภาพดังกล่าวนี้เป็นพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสมาคม ฉบับปี ค.ศ. 1901 สิ่งที่เป็นสาระสำคัญของเสรีภาพในการสมาคมก็คือ ต้องสามารถก่อตั้งสมาคมได้อย่างเสรี และการขอจดทะเบียนสมาคมย่อมมีเงื่อนไขแต่เพียงการการประกาศล่วงหน้าเท่านั้น การก่อตั้งสมาคมจึงไม่อาจอยู่ภายใต้การควบคุมไม่ว่าจะโดยหน่วยงานของรัฐ หรือศาลได้ แม้ว่าการรวมกลุ่มกันเป็นสมาคม



ดังกล่าวจะเป็นโมฆะ หรือมีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมายก็ตาม กฎหมายตามคำร้องนี้จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสสามารถดึงเอา คำปรารภเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับของ รัฐธรรมนูญ ทำให้เป็นการยกฐานะการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งมี การอ้างอิงอยู่ในคำปรารภนั้น ขึ้นมามีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดใน ระบบโครงสร้างของกฎหมายนี้ ได้รับการขนานนามจากนักนิติศาสตร์ ว่าเป็นการปฏิวัติทางนิติศาสตร์<sup>79</sup> เพราะเป็นการขัดแย้งกับ เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญโดยสิ้นเชิง

### การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1974

เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม ปี ค.ศ. 1974 รัฐสภาแห่งฝรั่งเศสได้ มีมติให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 อนุมาตรา 2 ขยายวง ของผู้มีสิทธิยื่นเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาตาม กระบวนการของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดย มาตรา 61 อนุมาตรา 2 ที่ได้รับการแก้ไขใหม่นี้ กำหนดให้นอกเหนือ จากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาแห่ง ชาติ และประธานสภาสูงแล้ว ยังเปิดโอกาสให้สมาชิก สภาแห่งชาติ 60 คน หรือสมาชิกสภาสูง 60 คน สามารถยื่นคำร้องต่อคณะ ตุลาการรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งเท่ากับว่า เป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายค้าน สามารถใช้สิทธิในส่วนนี้ได้ด้วย

<sup>79</sup> โปรตดู Bauer, S., aaO., S. 58.

หลังจากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนนี้ ปรากฏว่ามีคดีเข้ามาให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาในแต่ละปี มากกว่าคดีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณามาตลอด 15 ปีรวมกันเสียอีก แต่อย่างไรก็ตาม นับได้ว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในครั้งนี้นำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากยิ่งขึ้น

### ข้อวิพากษ์วิจารณ์ที่มีต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส

ข้อวิพากษ์วิจารณ์ที่มีต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นมีหลายแง่มุมให้พิจารณา จึงขอแยกพิจารณาเป็นเรื่องๆ ตามลำดับ ดังต่อไปนี้

#### ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับองค์ประกอบและการแต่งตั้ง

ดังที่ได้ทราบแล้วว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสประกอบด้วยสมาชิกสองประเภท กล่าวคือ สมาชิกที่มาจากการแต่งตั้ง และสมาชิกโดยตำแหน่งซึ่งมาจากอดีตประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ดังที่ได้กล่าวถึงไปแล้วว่า ยังไม่มีอดีตประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐที่ทำหน้าใดเข้าทำหน้าที่นี้แม้แต่ท่านเดียว จึงทำให้สมาชิกประเภทนี้ไม่มีผลในทางปฏิบัติไปโดยปริยาย แต่ในอนาคต หากจะมีท่านใดเข้าทำหน้าที่ โดยที่ยังมิได้วางมือทางการเมืองก็อาจจะเป็นปัญหาสำหรับความน่าเชื่อถือทางด้านความเป็นกลางของสถาบันนี้ต่อไปได้

สำหรับสมาชิกประเภทที่ได้รับการแต่งตั้ง ซึ่งได้พิจารณาไปแล้วว่าแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานสภาแห่ง

ชาติ และประธานสภาสูง และรัฐธรรมนูญมอบหมายให้ท่านเหล่านี้ใช้  
วิจรรณญาณในการแต่งตั้งบุคคลได้อย่างเสรี ปัญหาจึงอาจเกิดขึ้นได้  
เนื่องจากผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งแต่ละท่านเหล่านี้ย่อมเป็นตัวแทน  
ของการเมืองฝ่ายเสียงข้างมาก ทำให้ไม่มีตัวแทนจากฝ่ายเสียงข้าง  
น้อยในองค์กรนี้ ด้วยเหตุนี้จึงมีความพยายามที่จะปรับปรุงกลไกใน  
การคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรนี้ แต่ก็มีประเด็นที่  
ถกเถียงกันจนหาข้อยุติไม่ได้ก็คือ องค์กรประกอบของคณะกรรมการ  
สรรหาว่าจะใช้รูปแบบของเยอรมัน หรือโดยรัฐสภา หรือกระทั่งจะ  
ให้มีการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรง บางท่านเสนอให้ใช้วิธีการ  
แบบเดิมแต่เปลี่ยนตัวผู้ทำหน้าที่แต่งตั้งเสียใหม่ เป็นศาลฎีกา ศาล  
ปกครองสูงสุดและศาลภาษีแทน ทั้งนี้เพื่อให้ปลอดจากการเมือง<sup>80</sup>

นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้  
แต่งตั้งประธานคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้รับการวิพากษ์  
วิจารณ์ว่าควรให้คณะตุลาการทำหน้าที่ในการเลือกผู้ดำรงตำแหน่ง  
ประธานในระหว่างกันเองน่าจะเหมาะสมกว่า<sup>81</sup>

### ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณา

เป็นที่น่าสังเกตว่า สำหรับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของ  
ฝรั่งเศสนั้น จะไม่มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับ  
กระบวนการวิธีพิจารณา แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ  
มาตรา 56 จะมอบให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั่นเอง

<sup>80</sup> โปรตดู Bauer, S., aaO., S. 235.

<sup>81</sup> AaO.

ที่จะออกข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของตนเอง แต่เท่าที่ผ่านมา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้ออกข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีที่มีคำร้องเกี่ยวกับการเลือกตั้งเท่านั้น

สำหรับกรณีที่มีคำร้องว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ก็จะดำเนินการตามแนวทางปฏิบัติที่คณะตุลาการฯ ยึดถือเป็นแนวทางมาตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1986 กล่าวคือ ศาลจะส่งคำร้องไปยังรัฐบาลเมื่อรัฐบาลชี้แจงเป็นลายลักษณ์อักษรมาแล้ว ก็จะส่งคำชี้แจงดังกล่าวให้ผู้ร้อง เพื่อให้โต้แย้งคำชี้แจงดังกล่าว และฝ่ายรัฐบาลก็มีสิทธิที่จะขอสำเนาคำโต้แย้งดังกล่าวได้ ปรากฏว่าแนวทางปฏิบัติดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าคุ้มครองที่แท้จริงนั้นหาใช่รัฐบาลไม่ หากแต่เป็นฝ่ายเสียงข้างมากในสภา แต่ด้วยเหตุผลทางการเมือง ทำให้ไม่อาจเปลี่ยนแนวทางปฏิบัติดังกล่าวได้ นับแต่นั้นมาก็มีเสียงเรียกร้องจากฝ่ายวิชาการให้มีการจัดทำกระบวนการวิธีพิจารณาสำหรับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ข้อเรียกร้องดังกล่าวก็ยังไม่เป็นผลแต่อย่างใด<sup>82</sup>

### ความโปร่งใสของคำวินิจฉัย

สำหรับกระบวนการวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นมีแต่คำร้องและคำโต้แย้งของรัฐบาลเท่านั้นที่ได้รับการเปิดเผยต่อสาธารณชน นอกเหนือไปจากนั้นถือเป็นความลับ จึงมีข้อวิจารณ์ว่า หากจะมีวิธีพิจารณาดังเช่นศาลก็ควรจะเป็นกระบวนการวิธีพิจารณาที่เปิดเผยต่อสาธารณชน กล่าวคือเปิดโอกาสให้สาธารณชน

<sup>82</sup> โปรตตุ Bauer, S., aaO., S. 235.

เข้าร่วมรับฟังการพิจารณา อีกทั้งควรเปิดเผยชื่อของตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวน รวมทั้งข้อเสนอของท่านผู้นั้นสำหรับแนวคำวินิจฉัยในคดีนั้นอีกด้วย<sup>83</sup>

นอกจากนี้ยังมีการเรียกร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสยินยอมให้มีความเห็นฝ่ายเสียงข้างน้อยได้และให้เผยแพร่ความเห็นฝ่ายเสียงข้างน้อยดังกล่าวด้วย แต่ข้อเรียกร้องดังกล่าวนี้คงเป็นจริงได้ยาก เนื่องจากเป็นการสวนทางกับแนวทางปฏิบัติของศาลต่างๆ ของฝรั่งเศส ที่ไม่มีศาลใดเปิดเผยความเห็นของฝ่ายเสียงข้างน้อย ทั้งยังเกรงกันว่าการเปิดเผยดังกล่าวอาจทำให้ความน่าเชื่อถือของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสลดน้อยลง หากคนส่วนใหญ่เห็นตามความเห็นฝ่ายเสียงข้างน้อย และการเปิดเผยจะทำให้ความเป็นอิสระของคณะตุลาการฯ เสี่ยงไป เนื่องจากตุลาการแต่ละท่านอาจรู้สึกว่ามีหน้าที่จะต้องสะท้อนแนวความคิดของผู้ที่แต่งตั้งตนเข้ามา อีกทั้งการเปิดเผยยังอาจเป็นการเปิดช่อง ให้มีการเล่นการเมืองในคณะตุลาการได้<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> AaO., S. 237.

<sup>84</sup> AaO., S. 238.

## ข้อวิพากษ์วิจารณ์ในส่วนที่เป็นจุดอ่อนของระบบคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสปัจจุบัน

### ข้อจำกัดที่ไม่สามารถตรวจสอบกฎหมายที่ประกาศใช้ แล้วได้

การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสไม่สามารถตรวจสอบกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วได้ ทำให้กฎหมายทั้งหมดที่ประกาศใช้ก่อนรัฐธรรมนูญปัจจุบัน และแม้กระทั่งกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องไม่ใช้สิทธิดังกล่าวกลายเป็นกฎหมายที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเหล่านั้นได้อีกต่อไป กฎหมายที่มีปัญหาเช่น กฎหมายว่าด้วยการสนับสนุนทางการเงินแก่พรรคการเมืองฉบับ ลงวันที่ 10 มีนาคม ปี ค.ศ. 1988 ซึ่งผ่านสภาด้วยมติเอกฉันท์ แต่มีหลายประเด็นที่เป็นที่น่าสงสัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจตรวจสอบได้ เนื่องจากผู้มีสิทธิยื่นให้ตรวจสอบไม่ใช้สิทธิดังกล่าว นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายที่ได้รับการขนานนามว่า กฎหมายต่อต้าน Le Pen ฉบับลงวันที่ 13 กรกฎาคม ปี ค.ศ. 1990 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านกระแสชนชาตินิยม (racism) แต่ก็มีบทบัญญัติบางประการที่นักการเมืองฝ่ายค้านมองว่าเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น แต่ด้วยเหตุผลทางการเมืองจึงไม่มีผู้ใดยื่นให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบ<sup>85</sup>

<sup>85</sup> AaO., S. 239.

ในปี ค.ศ. 1989 ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้มีดำริที่จะเปิดโอกาสให้ปัจเจกบุคคลสามารถนำประเด็นความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว ยื่นเข้าสู่การพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ จนมีการเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของสภาแห่งชาติในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 1990 แต่ในที่สุดร่างฯ ดังกล่าว ก็ไม่สามารถฝ่าด่านของสภาสูงที่ทำการต่อต้านอย่างแข็งขันได้<sup>66</sup>

แม้จะมีผู้เสนอให้นำเอารูปแบบการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญมาใช้ในฝรั่งเศส ก็ปรากฏว่าได้รับการต่อต้านอย่างแข็งขัน โดยอ้างว่าจะทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีงานล้นมือจนทำไม่ไหว และการพิจารณาจะกินเวลานานจนกำหนดเวลาแน่นอนไม่ได้ ทำให้การคุ้มครองสิทธิขาดประสิทธิภาพ นอกจากนี้แล้วยังมีนักกฎหมายบางท่านมองว่ากฎหมายมักจะมี ความซับซ้อน จนพลเมืองไม่อาจทำความเข้าใจได้ แม้จะเปิดช่องให้พลเมืองโต้แย้ง ก็เท่ากับเป็นการยื่นเครื่องมือที่พลเมืองเองก็ใช้ไม่เป็น ไปให้พวกเขา  
นั่นเอง<sup>67</sup>

### การกำหนดขอบเขตสำหรับผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้แคบเกินไป

นักกฎหมายฝรั่งเศสจำนวนมากที่ไม่เห็นด้วยกับการให้สิทธิพลเมืองโต้แย้งว่ากฎหมายที่ประกาศใช้แล้วขัดต่อรัฐธรรมนูญ

---

<sup>66</sup> โปรตดู Hübner, U.- Constantinesco, V., Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., 2001, S. 69.

<sup>67</sup> โปรตดู Bauer, S., aaO., S. 241.

เนื่องจากเห็นว่า การให้สิทธิดังกล่าวเป็นการขัดต่อหลักความแน่นอนของกฎหมาย นักกฎหมายบางท่านจึงเสนอให้เพิ่มความเข้มข้นในการตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้ โดยให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบด้วยตนเอง โดยไม่ต้องมีผู้ยื่นคำร้อง แต่ข้อเสนอนี้ก็ไปติดที่ปัญหาที่ว่าทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีงานล้นมืออีกเช่นเดียวกัน ท้ายที่สุดจึงมีผู้เสนอให้แก้ปัญหาคำร้องที่ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่สิทธิดังกล่าวด้วยเหตุผลทางการเมือง ด้วยการเปิดโอกาสให้องค์กรที่มีการก่อตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเข้ามามีบทบาทเป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็ยังไม่เป็นผล<sup>88</sup>

### กรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหาร

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในขณะที่มีการเรียกร้องให้เพิ่มบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ประเด็นที่ถูกมองข้ามไปคือ การกระทำของฝ่ายบริหาร ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจใดๆ ที่จะเข้าไปตรวจสอบได้ จึงมีเสียงเรียกร้องกันพอสมควรว่า ควรมีการเพิ่มอำนาจให้แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนนี้ด้วย<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> AaO., S. 242.

<sup>89</sup> AaO.



## คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสกับกฎหมายของ ประชาคมยุโรป

จากข้อจำกัดต่าง ๆ ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ตามที่ได้พิจารณาไปแล้ว ย่อมเป็นการยาก ที่คณะตุลาการดังกล่าวจะนำกฎหมายของประชาคมมาปรับใช้<sup>90</sup> แม้ว่ารัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 55 จะกำหนดให้กฎหมายระหว่างประเทศมีศักดิ์เหนือกฎหมายภายใน แต่ก็จำกัดเฉพาะกฎหมายภายในที่ตราขึ้นก่อนที่รัฐสภาจะให้ความเห็นชอบกับสนธิสัญญานั้น ๆ แต่สำหรับกฎหมายที่ตราขึ้นในภายหลัง ก็จะต้องเป็นไปตามหลัก *lex posterior derogat legi priori* กล่าวคือ กฎหมายที่ตราขึ้นมาในภายหลัง ย่อมมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายที่ได้ตราขึ้นมาก่อนหน้านั้น และเนื่องจากรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมิได้วางหลักเกณฑ์เชิงบูรณาการระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน ดังเช่นที่ปรากฏในกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน มาตรา 23 และ มาตรา 24 คณะตุลาการ

---

<sup>90</sup> ไพรอตดู Mattli, W./ Slaughter, A.-M., The Role of National Courts in the Process of European Integretion. Accounting for Judicial Preferences and Constraints, in: Slaughter, A.-M./ Stone-Sweet, A. / Weiler, J.H.H. (ed.), The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context. 1998, p. 273.

รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส จึงต้องพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ขึ้นมาเอง<sup>91</sup>

นอกจากนี้แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสยังแสดงออกอย่างชัดเจนว่า กฎหมายของประชาคมยุโรปมีสภาพบังคับในฝรั่งเศสได้โดยผลของการมอบอำนาจตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจึงอาจจำกัดขอบเขตของสนธิสัญญาได้ หากกฎหมายภายในที่ตราขึ้นเพื่อให้การเป็นไปตามสนธิสัญญาเปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้<sup>92</sup>

### การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยศาลอื่น ๆ ในฝรั่งเศส

ก่อนที่จะลงไปบรรยายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในประเทศฝรั่งเศสนั้นมีประเด็นที่จะต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ศัพท์ในภาษาฝรั่งเศส ซึ่งมีนักวิชาการชาวเยอรมันชื่อว่า คำว่า “libertés publiques” อาจจะไม่ตรงกับคำว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ตามแนวความคิดของเยอรมันเสียทีเดียว ซึ่งในส่วนของแนวความคิดของเยอรมันจะมีการพิจารณาในหัวข้อต่อไป

---

<sup>91</sup> โปรตดู Weber, A., Zur Kontrolle grundrechts- bzw. kompetenzwidriger Rechtsakte der EG durch nationale Verfassungsgerichte, in: Due, O./ Lutter, M./ Schwarze, J.(Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. 2, 1995, S.1626.

<sup>92</sup> โปรตดู Schieren, S., Die Stille Revolution, 2001, S. 139f.

## แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของฝรั่งเศส

เมื่อกล่าวถึง “libertès publiques” มักจะต้องนึกย้อนไปถึง สมัยปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส และคำๆ นี้มิได้มีการให้คำจำกัดความที่มีลักษณะเป็นเอกภาพ แต่จะต้องแยกพิจารณาไปตามกฎหมายแต่ละประเภท

ศัพท์คำนี้ปรากฏเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นปฏิฐานเป็นครั้งแรกใน คำปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ซึ่งมีความหมายครอบคลุมสิทธิของปัจเจกบุคคลทุกอย่าง และเป็นการ คัดค้านจากการก้าวล่วงของฝ่ายอำนาจรัฐ ความหมายนี้ได้รับการ สืบทอดมาจนถึงรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน ซึ่งยอมรับว่า คำปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 มีผลใช้ บังคับ เป็นการสะท้อนแนวความคิดในแง่ของความเป็นสากลและ ความเป็นปัจเจกบุคคล

ความเป็นสากลในแง่ที่เป็นสิทธิที่ใช้กับทุกคนโดยไม่คำนึงถึง ความแตกต่างของแต่ละบุคคล ในส่วนของความเป็นปัจเจกบุคคล เนื่องจากเป็นเรื่องของสิทธิของมนุษย์เป็นรายบุคคลมิใช่ในฐานะที่ เป็นกลุ่มคน นอกจากนี้แล้วยังมีลักษณะเป็นนามธรรม มิได้มุ่งหมาย ที่โยงไปถึงความขัดแย้งที่เป็นรูปธรรมแต่อย่างใด ซึ่งเป็นลักษณะของ ปรัชญาในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ซึ่งพอใจกับการประกาศคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพ โดยมีได้สนใจที่จะสร้างหลักประกันที่เป็นรูปธรรมโดย การสร้างกลไกในการควบคุมในทางปฏิบัติขึ้นมา หากจะเปรียบเทียบกับกรณีของอังกฤษ จะเห็นได้จากข้อมูลที่ได้พิจารณาเกี่ยวกับความ เป็นมาของ Writ of Habeas Corpus ไปแล้ว ว่าในอังกฤษมีความ มุ่งหมายตั้งแต่ต้น ที่จะพัฒนาหลักประกันในแง่ของกระบวนการวิธี

พิจารณาขึ้นมา ในขณะที่ในฝรั่งเศสเน้นไปที่ความสละสลวยของถ้อยคำ แต่เป็นเพียงถ้อยคำที่ปราศจากหลักประกันในแง่ของกระบวนการวิธีพิจารณาที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิต่างๆ ได้อย่างแท้จริงซึ่งสะท้อนให้เห็นได้จากบทบาทที่ค่อนข้างจำกัดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังที่ได้พิจารณาไปแล้วข้างต้น

### บทบาทของศาลปกครองของฝรั่งเศส (Conseil d'Etat)

ดังที่ได้พิจารณาไปแล้วว่า ในฝรั่งเศสนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วได้ ทำให้บทบาทของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการทางปกครองโดยศาลปกครองของฝรั่งเศสมีความสำคัญมากขึ้น ทั้งนี้เพราะในฝรั่งเศสนั้น จะมีการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (libertés publiques) แต่ละสิทธิไว้ในกฎหมาย ศาลปกครองของฝรั่งเศสจึงสามารถใช้กระบวนการวิธีพิจารณาที่เรียกว่า Recours pour excès de pouvoir ในการยกเลิกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง ที่ขัดต่อกฎหมายที่วางเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้แล้ว ศาลปกครองของฝรั่งเศสยังสามารถกำหนดให้ฝ่ายปกครองชะลอการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนได้ หากเห็นว่า การขัดต่อกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องสำคัญ หรือการบังคับดังกล่าว จะส่งผลทำให้เป็นการยากที่จะเยียวยาในภายหลังได้

นอกจากนี้แล้ว ศาลปกครองของฝรั่งเศสยังได้พัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับ “หลักการทั่วไปของกฎหมาย” (principes généraux du droit) ขึ้นมา ซึ่งได้ผลเท่ากับเป็นการทดแทนการ

ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญได้ในระดับหนึ่ง หลักการที่ศาลฯ ถือว่าเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมาย ได้แก่ หลักความเสมอภาค สิทธิในการปกป้องสิทธิของตนเอง หลักความเป็นกลางของตุลาการ นอกจากนี้แล้ว ศาลปกครองยังดำเนินตามแนวทางที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางไว้ ตามแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ปี ค.ศ. 1971 รับรองสภาพของหลักเกณฑ์พื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแห่งสาธารณรัฐที่ตราขึ้นมาก่อนที่รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1958 จะมีผลใช้บังคับ (*principes fondamentaux reconnus par les loi de la Ré publique*) โดยศาลปกครองดำเนินตามแนวทางดังกล่าวเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ 3 กรกฎาคม ปี ค.ศ. 1996<sup>93</sup>

### บทบาทของศาลยุติธรรม

สำหรับบทบาทของศาลยุติธรรมของฝรั่งเศสในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถแยกพิจารณาตามประเภทของศาลคือ ศาลอาญาและศาลแพ่งได้ดังต่อไปนี้

### ศาลอาญา

อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นประเภทของกฎหมาย ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิเสรีภาพของประชาชนใน

---

<sup>93</sup> โปรตดู Hübner, U.- Constantinesco, V., aaO., S. 70.

ส่วนนี้ จะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อสิทธิเหล่านั้นได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายแล้ว และเมื่อนั้นก็จะได้รับการเคารพจากเจ้าหน้าที่ทุกฝ่ายในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง<sup>94</sup>

ในปี ค.ศ. 1998 ได้มีการริเริ่มกระบวนการการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา “réforme de la justice pénale” โดยมีการเสนอร่างกฎหมายสามฉบับเข้าสู่การพิจารณาของสภาแห่งชาติจากร่างทั้งสาม ปรากฏว่า สองฉบับผ่านเป็นกฎหมายแล้ว กล่าวคือ

ฉบับแรกประกาศใช้เป็นกฎหมาย เลขที่ 99-515 ลงวันที่ 23 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1999 เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยการเปิดช่องให้มีการประนีประนอมกันทางกฎหมายอาญาสำหรับกรณีการทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ กล่าวคือ อัยการไม่ต้องนำคดีขึ้นฟ้องศาล หากผู้กระทำความผิดนั้นยอมรับผิดและยอมรับมาตรการการลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ จ่ายค่าปรับให้แก่รัฐ ยอมส่งมอบใบอนุญาตล่าสัตว์หรือใบขับขี่ ส่งมอบสัตว์ที่ล่าได้และ/หรืออาวุธที่ใช้ในการกระทำความผิด หรือยอมทำงานเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมโดยไม่คิดค่าตอบแทน<sup>95</sup>

ฉบับที่สองประกาศใช้เป็นกฎหมาย เลขที่ 00-516 ลงวันที่ 15 มิถุนายน ปี ค.ศ. 2000 มีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มน้ำหนักให้แก่ข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ และให้สิทธิแก่ผู้เสียหาย โดยบทบัญญัติส่วนใหญ่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ปี ค.ศ. 2001

<sup>94</sup> AaO.

<sup>95</sup> AaO., S. 145.

เป็นต้นไป และเนื้อหาของกฎหมายเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเกี่ยวกับการจับกุมและการควบคุมตัวผู้ต้องหา รวมทั้งกำหนดระยะเวลาในการสอบสวน การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้ต้องหาและผู้เสียหาย รวมทั้งการให้ข้อมูลและการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในกระบวนการวิธีพิจารณา มีการเพิ่มคำปรารภเข้ามาในกฎหมาย ซึ่งเป็นการบรรยายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพต่างๆ ที่ได้รับการคุ้มครองและหลักเกณฑ์พื้นฐานสำหรับกระบวนการวิธีพิจารณาไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ข้อเสนอพื้นฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิด หลักความพอสมควรแก่เหตุในการใช้มาตรการบังคับ หลักการให้อาวุธที่เท่าเทียมกันแก่คู่คดี การให้ความสำคัญแก่ระยะเวลาของการพิจารณาคดีที่สมเหตุสมผล หลักการเปิดโอกาสให้ได้แย้งได้ หลักการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย ฯลฯ เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่และในขณะเดียวกันก็เป็นการประกาศในลักษณะของการให้ข้อมูลแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง ว่าตนมีสิทธิประการใดบ้าง

### ศาลแพ่ง

เป็นที่น่าสังเกตว่าการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่มีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับหรือเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งเป็นกรณีที่เรียกว่า “voie de fait” นั้น หากเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว ในทางปฏิบัติของฝรั่งเศสไม่นับว่าเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด หากแต่เป็นกรณีที่อยู่เขตอำนาจของ

ศาลแพ่ง นอกจากนี้แล้ว ศาลแพ่งของฝรั่งเศส<sup>96</sup> ยังมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการยึดที่ดินของเอกชนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งเป็นผู้กำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันมิชอบนั้นทั้งหมด แต่ก็จะมีปัญหาอยู่ที่ประเด็นที่ว่าการกระทำนั้นขัดต่อกฎหมายหรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่ศาลปกครองเป็นผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัย<sup>97</sup>

การที่อำนาจในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในเรื่องเดียวกันกระจายอยู่ตามศาลต่าง ๆ เป็นประเด็นปัญหาที่ทำให้การคุ้มครองสิทธิกลายเป็นเรื่องที่ไม่อาจดำเนินการให้ลุล่วงได้ง่าย และผลที่ได้รับก็อาจไม่เป็นที่น่าพอใจนัก และมีบ่อยครั้งที่แม้ว่าศาลจะตัดสินไปในทิศทางคุ้มครองสิทธิ แต่ฝ่ายปกครองก็ได้บังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งไปเรียบร้อยแล้ว เนื่องจากการฟ้องศาลปกครองไม่มีผลเป็นการชะลอการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เพื่อเป็นการแก้ปัญหานี้ จึงได้มีการตรากฎหมาย เลขที่ 2000-597 หรือที่เรียกกันว่า “*refère administratif*” โดยกฎหมายกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองบางท่าน สามารถใช้กระบวนการวิธีพิจารณาแบบเร่งด่วน เพื่อออกคำสั่งชั่วคราว ให้มีผลเป็นการยับยั้งการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนได้<sup>98</sup>

<sup>96</sup> รายละเอียดเกี่ยวกับการฟ้องในคดีแพ่ง โปรดดู วรรณชัย บุญบำรุง, แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลหรือการฟ้องในคดีแพ่ง, ใน : วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 33 เล่มที่ 2 มิถุนายน 2546, หน้า 220-269

<sup>97</sup> AaO., S. 71.

<sup>98</sup> AaO.



นอกจากนี้ เพื่อเป็นการแก้ปัญหาเกี่ยวกับช่องว่างในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน จึงได้มีการตรากฎหมายเมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 1973<sup>99</sup> ให้มีตำแหน่ง “คนกลางแห่งสาธารณรัฐ” (*médiateur de la république*) โดยมีคณะกรรมการที่ประกอบด้วยประธานสภาทั้งสองและเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ร่วมกันเสนอรายชื่อบุคคลผู้มีความเหมาะสม 3 คน จาก 3 คนนี้ คณะรัฐมนตรีจะเลือก 1 คน ให้ดำรงตำแหน่งเป็น “คนกลางแห่งสาธารณรัฐ” เป็นระยะเวลา 6 ปี และเมื่อมีการฟ้องร้องฝ่ายปกครอง กิจการทางเศรษฐกิจ หรือกระบวนการยุติธรรม คณะกรรมาธิการชุดใดชุดหนึ่งของสภาจะยื่นคำร้องต่อสภาแห่งชาติ หรือสภาสูงให้มีมติให้คนกลางแห่งสาธารณรัฐ เข้าดำเนินการได้ คนกลางซึ่งมีอิสระอย่างเต็มที่นี้สามารถขอให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการใดๆ เพื่อเป็นการแก้ปัญหาได้ จากนั้นคนกลางนี้ก็จะทำข้อเสนอเพื่อการแก้ปัญหา โดยข้อเสนอนี้ไม่มีผลถึงขนาดที่จะเป็นการบังคับให้ศาลปกครองต้องดำเนินการตาม<sup>100</sup> และเมื่อได้ผลเป็นประการใด หน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็มีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้คนกลางทราบ “คนกลางแห่งสาธารณรัฐ” มีหน้าที่ต้องทำรายงานการปฏิบัติงานต่อรัฐสภาปีละหนึ่งครั้ง

---

<sup>99</sup> ซึ่งมีการปรับปรุงแก้ไขเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่และเงื่อนไขในการยื่นคำร้องมาแล้วหลายครั้ง โดยมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 12 เมษายน ปี ค.ศ. 2000 โปรดดู <http://www.mediateur-de-la-republique.fr>.

<sup>100</sup> โปรดดู Hübner, U.- Constantinesco, V., aaO., S. 72.

## สรุป

จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของฝรั่งเศสนั้น จะมีลักษณะที่เป็นลักษณะเฉพาะของฝรั่งเศสเอง ในบางเรื่องเป็นผลสืบเนื่องมาจากประวัติการปกครองอันยาวนาน ด้วยเหตุนี้ จึงจะเห็นได้ว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญของไทยมีเหตุผลที่ดี ที่มีได้นำเอาระบบของฝรั่งเศสในกรอบใหญ่มาเป็นต้นแบบ และจะเห็นได้ว่ารายละเอียดปลีกย่อยบางประการที่นำมาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนของการให้ศาลรัฐธรรมนูญตราข้อกำหนดเอง ซึ่งมีความแตกต่างกันในส่วนที่ของฝรั่งเศสเป็นการกำหนดโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ของไทยกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ จึงอาจมีความแตกต่างในแง่ของสถานะของข้อกำหนดซึ่งเป็นประเด็นที่จะต้องมีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณากันไป แต่ความเหมือนกันก็ได้เป็นที่ประจักษ์ เนื่องจากจะเห็นได้ว่าการตราข้อกำหนดกลายเป็นปัญหาสำหรับศาลรัฐธรรมนูญไทยในปัจจุบันไปด้วย

### 1.5.3 แนวความคิดของเยอรมัน

สำหรับกรณีของเยอรมัน มีความแตกต่างจากกรณีของฝรั่งเศสที่ได้พิจารณามาแล้ว เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันตามคำปรารภ และมาตรา 23-24 ให้อำนาจรัฐเยอรมันที่จะฟ้องถ่ายอำนาจอธิปไตยไปยังองค์กรเหนือรัฐ (Supranational Organization) ได้ อีกทั้งยังเปิดช่องให้มีการนำกฎเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ภายในประเทศได้ การบูรณาการระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน จึงเป็นหน้าที่

ตามรัฐธรรมนูญและมีความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญที่จะดำเนินการได้<sup>101</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีความแตกต่างทางความคิดเกี่ยวกับขอบเขตของการมอบอำนาจ และปัญหาที่ว่าใครจะเป็นผู้กำหนดขอบเขตนั้น ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันย่อมต้องเห็นว่าเป็นอำนาจของตนในการพิจารณากำหนดขอบเขตดังกล่าว และก็เป็นที่แน่ชัดว่า กรอบแห่งการพิจารณาก็คือกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อให้การเป็นไปตามข้อตกลงแห่งสนธิสัญญาและหลักการตามรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ สิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย นั่นเอง

ในช่วงแรก ๆ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ยึดถือแนวทางตามทฤษฎีว่าด้วยการกระทำโดยรวม (Gesamtaktstheorie) โดยทฤษฎีนี้อธิบายว่า สนธิสัญญาแห่งกรุงโรม ก็คือการกระทำโดยรวมของอำนาจเชิงบูรณาการ ของเหล่าสมาชิกของประชาคมยุโรป จากการกระทำโดยรวมดังกล่าวรัฐที่ร่วมลงนามมิได้เพียงแต่ถ่ายทอดอำนาจอธิปไตยของตนไปยังองค์กรที่อยู่เหนือรัฐเท่านั้น หากแต่ได้สร้างสิ่งใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อน ซึ่งมีใช่เป็นเพียงที่รวมของอำนาจอธิปไตยที่ได้รับถ่ายทอดมาเท่านั้น จนอาจกล่าวได้ว่า สนธิสัญญาแห่งกรุงโรมได้สร้างอำนาจสาธารณะขึ้นมาใหม่อีกอำนาจหนึ่งที่มีระบบกฎหมายเป็นของตนเอง อีกทั้งเป็นระบบกฎหมายที่ไม่ขึ้นกับประเทศสมาชิก กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นโดยอำนาจนี้ไม่

---

<sup>101</sup> โปรดดู Badura, P., Supranationalität und Bundesstaatlichkeit, 1998, S. 66ff.

ต้องได้รับการรับรองจากประเทศสมาชิก อีกทั้งประเทศสมาชิกก็ไม่สามารถยกเลิกกฎเกณฑ์เหล่านี้ได้ สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป หรือสนธิสัญญาแห่งกรุงโรม จึงมีสถานะเป็นเสมือนดังรัฐธรรมนูญของประชาคม<sup>102</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันก็ยังคงแสดงออกถึงความเชื่อมั่นในระบบการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน โดยชี้ว่า ในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎเกณฑ์ภายในกับกฎเกณฑ์ของประชาคม ก็ให้ใช้กฎเกณฑ์ตามกฎหมายพื้นฐานตราบเท่าที่การคุ้มครองของประชาคมยังมีลักษณะเป็นช่องว่างอยู่<sup>103</sup> นอกจากนี้แล้วในคำวินิจฉัย ที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาแห่ง Maastricht ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ได้ตั้งตนเป็นคู่แข่งกับศาลแห่งยุโรป กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันถือว่าตนเองมีอำนาจในการที่จะพิจารณาวินิจฉัย หากเป็นกรณีที่มีการตีความที่เป็นการขยายความสนธิสัญญาโดยประชาคมอย่างไม่ถูกต้อง<sup>104</sup>

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน จึงพอจะสรุปได้ว่า หากเป็นการกระทำที่อยู่ภายในกรอบแห่งสนธิสัญญา การกระทำของประชาคมยุโรปย่อมมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายเยอรมัน<sup>105</sup> แต่หากเป็นกรณีของการกระทำ ที่นอกเหนือไปจากอำนาจที่ได้รับมอบหมายและกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อ

<sup>102</sup> BVerfGE 22, 293 (296).

<sup>103</sup> BVerfGE 37, 271 (281).

<sup>104</sup> BVerfGE 89, 155 (209).

<sup>105</sup> BVerfGE 37, 272 (281f.).

ให้การเป็นไปตามสนธิสัญญา (ultra vires) การกระทำนั้นๆ ย่อมไม่ผูกพันหน่วยงานรัฐและศาลใดๆ ของเยอรมัน<sup>106</sup>

ในส่วนของกฎหมายภายในของเยอรมัน แม้ว่าในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะมีการต่อสู้จนได้มาซึ่งการประกันสิทธิเสรีภาพโดยรัฐ ค่อนข้างจะช้ากว่าประเทศอื่นๆ ที่กล่าวมาแล้ว แต่นักวิชาการกฎหมายของเยอรมันก็ได้พัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจนกลายมาเป็นมาตรฐานสำหรับปัจจุบัน ซึ่งจะขอนำเสนอรายละเอียดในบทที่สองและบทที่สามต่อไป

---

<sup>106</sup> BVerfGE 89, 155 (188).



## บทที่สอง

### สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิ ตามภววิสัยและอัตตวิสัย

#### 2.1 สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิตามภววิสัย

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า สิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันนั้น มิได้มีการบัญญัติแยกไว้เป็นคำประกาศพิเศษ ที่แตกต่างหากจากตัวบทรัฐธรรมนูญ ดังเช่นกรณีของฝรั่งเศส ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1958 หากแต่มีการบัญญัติไว้รวมกับเนื้อหาอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญชนิดที่แยกออกจากกันมิได้ ซึ่งทำให้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญไปด้วย เท่ากับว่าสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นในฐานะที่เป็นรัฐธรรมนูญ จึงย่อมมีความเป็นกฎหมายสูงสุดในระบบกฎหมายของประชาคมนั้น กล่าวคือ เป็นสุดยอดของประโยชน์ที่เป็นกฎหมายทั้งหลาย และจากการที่เรียกได้ว่า เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ จึงทำให้มีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นปฏิฐาน (positive) เช่นเดียวกับบทบัญญัติอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีสถานะของความเป็นกฎหมายสูงสุด จึงย่อมมีความเป็นกฎหมายสูงสุดไปด้วย และเมื่อสิทธิเหล่านั้นมีเพื่อคุ้มครองปัจเจกบุคคลจึงอาจ

กล่าวได้ว่าสิทธิเสรีภาพเหล่านี้มีความเป็นสิทธิที่เป็นภาวีสัย ที่ย่อมผูกมัดฝ่ายอำนาจรัฐอย่างชัดเจน

### 2.1.1 คุณสมบัติของสิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิตามภาวีสัย

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า สิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันนั้น มิได้มีการบัญญัติแยกไว้เป็นคำประกาศพิเศษ ที่แยกต่างหากจากตัวบทรัฐธรรมนูญ ดังเช่นกรณีของฝรั่งเศส ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1958 หากแต่มีการบัญญัติไว้รวมกับเนื้อหาอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญชนิดที่แยกออกจากกันไม่ได้ ซึ่งทำให้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญไปด้วย เท่ากับว่าสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นในฐานะที่เป็นรัฐธรรมนูญ จึงย่อมมีความเป็นกฎหมายสูงสุดสำหรับระบบกฎหมายของประชาคม เป็นสุดยอดของประโยคที่เป็นกฎหมายทั้งหลาย และจากการที่เรียกได้ว่า เป็นรัฐธรรมนูญ จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นปฏิฐาน (positive) เช่นเดียวกับบทบัญญัติอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญ ดังที่ Prof. Ernst Friesenhahn นักกฎหมายมหาชนคนสำคัญสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ได้กล่าวไว้ว่า “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในชั้นแรกก็คือประโยคกฎหมายที่เป็นภาวีสัย (objective)”<sup>1</sup>

สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีความเป็นกฎหมายสูงสุด ย่อมมีความเป็นกฎหมายสูงสุดไปด้วย และเมื่อสิทธิเหล่านี้มีเพื่อคุ้มครองปัจเจกบุคคลจึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิ

<sup>1</sup> โปรดดู Friesenhahn, E., in: Verh. des 50. DJT, 1974, S. G4.



เสรีภาพเหล่านี้มีความเป็นสิทธิที่เป็นภววิสัย ที่ย่อมผูกมัดฝ่ายอำนาจรัฐอย่างชัดเจน สถานะความเป็นกฎหมายสำหรับฝ่ายที่ถืออำนาจรัฐของสิทธิเสรีภาพ จึงเป็นประเด็นที่น่าสนใจที่จะต้องนำมาพิจารณาโดยละเอียดต่อไป

### 2.1.2 สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นกฎหมาย

กฎหมายทางกฎหมายเท่าที่ยอมรับกันเป็นเสียงเดียวในทางนิติศาสตร์นั้น ก็คือ *ประโยคทั้งหลายแห่งความควรจะเป็น* (Sollensätze)<sup>2</sup> นั่นคือประโยคที่บอกว่าเมื่อเกิดสิ่งหนึ่งสิ่งใดขึ้นแล้วควรจะเป็นอย่างไรต่อไป ทั้งนี้เพราะการจะเป็นอย่างนั้นได้ยังต้องขึ้นอยู่กับปัจจัยอีกหลายประการ จึงมีความแตกต่างจากหลักการทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งเป็น *ประโยคทั้งหลายแห่งความต้องเป็น* (Seinssätze) กล่าวคือประโยคที่บอกว่าเมื่อเกิดสิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้นแล้วจะต้องเป็นอย่างไรต่อไป ดังตัวอย่างเช่น เมื่อก๊าซออกซิเจนผสมกับก๊าซไฮโดรเจนและมีความร้อนเป็นตัวเร่งปฏิกิริยาก็จะต้องเกิดเป็นน้ำขึ้นมาอย่างแน่นอน

ในสมัยของการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญระดับสหพันธ์ของเยอรมันฉบับแรกที่มีการนำสิทธิขั้นพื้นฐานมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากผู้ร่างเองก็มีเจตนาเพียงแต่ต้องการบรรยายสถานะทางกฎหมายและการดำเนินชีวิตตามกฎหมายของ

<sup>2</sup> โปรดดู Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 41ff.;

Koch- Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 19.

ปัจเจกบุคคลไว้เท่านั้น เป็นเหตุให้บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ไม่มีผลผูกพันฝ่ายอำนาจรัฐเท่าที่ควร ความควรจะเป็นของประโยคเหล่านี้จึงพลอยอ่อนด้อยไปด้วย

อาจกล่าวได้ว่า Richard Thoma เป็นนักกฎหมายท่านแรกในสมัยนั้นที่วิเคราะห์ปัญหานี้อย่างละเอียดและตั้งประเด็นโต้แย้งกระแสดความคิดของนักกฎหมายในสมัยนั้นขึ้นมาว่า “หากแม้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาจะกล่าวถึงสิ่งใดในลักษณะที่ดูเหมือนเป็นการสาธยายความ ผู้ใช้กฎหมายก็ต้องเข้าใจว่า ด้วยการสาธยายดังกล่าวเท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักการหรือความพยายามที่จะมุ่งไปในทิศทางตรงกันข้าม หรือยอมเป็นความประสงค์ที่จะผลักดันให้เกิดการปฏิรูปไปในทิศทางใดทิศทางหนึ่ง และไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตาม สิ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญย่อมต้องถือว่าเป็นการตรากฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่สามารถให้คำจำกัดความได้”<sup>3</sup>

ข้อโต้แย้งดังกล่าวมาเป็นผลในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมัน เมื่อมีการบัญญัติมาตรา 1 อนุมาตรา 3 กำหนดความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อฝ่ายอำนาจรัฐไว้อย่างรอบด้านและอย่างชัดเจน นอกจากนี้แล้วในการบัญญัติรายละเอียดของแต่ละสิทธิก็จะคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นเป็นพื้นฐาน เพื่อมิให้มีการตีความไปทางอื่นได้ เช่น สิทธิความเสมอภาคตามมาตรา 3 อนุมาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า “ชายและหญิงย่อมได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน รัฐย่อมส่งเสริมให้มีการ

<sup>3</sup> โปรดดูใน: Nipperdey, H.C. (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, 1929, S. 1(14).

ปฏิบัติต่อหญิงและชายอย่างเท่าเทียมกันอย่างจริงจังและดำเนินการเพื่อกำจัดความเสียเปรียบต่างๆ ที่มีอยู่ให้หมดสิ้นไป” หรือบทบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพทางศิลปะและวิชาการซึ่งบัญญัติว่า “ศิลปะและวิชาการ ตลอดจนการวิจัยและการเรียนการสอนย่อมเป็นไปโดยเสรี...” ประโยคเหล่านี้ แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นการบรรยายหรือสาธยายความ แต่ย่อมมีสถานะเป็นประโยคแห่งความควรจะเป็น และมีผลผูกพันฝ่ายอำนาจรัฐตามมาตรา 1 อนุมาตรา 3 ในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเช่นกัน

ในทางทฤษฎีนั้นอาจมีประเด็นจากทฤษฎีทางกฎหมายที่เก่าแก่และเป็นที่แพร่หลายทฤษฎีหนึ่ง ที่ว่า กฎหมายคือคำสั่งขององค์รัฐาธิปัตย์ (imperative theory) ซึ่งถือว่าคำว่ากฎเกณฑ์ในฐานะที่เป็นประโยคที่กำหนดความควรจะเป็น จำกัดเฉพาะสำหรับประโยคที่มีลักษณะเป็นคำสั่งเท่านั้น กล่าวคือต้องมีลักษณะเป็นข้อห้ามมิให้ปฏิบัติหรือ เป็นข้อบังคับให้ต้องปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น<sup>4</sup> ซึ่งปรากฏว่ามีนักกฎหมายหลายท่านนำเอาแนวความคิดตามทฤษฎีนี้มาใช้กับสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ด้วย แต่เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้น มีการบัญญัติในรูปแบบอื่น กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิหรือเสรีภาพแก่บุคคลที่จะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ซึ่งหากพิจารณาตามลักษณะของการใช้ถ้อยคำ ก็สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นการอนุญาตให้

---

<sup>4</sup> โปรดดู Austin, J., Lectures on Jurisprudence, Bd. I, 3<sup>rd</sup> ed., 1869, p. 90.; Jhering, R. v., Der Zweck im Recht, Bd. I, 1887, S. 318ff.

ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง (Erlaubnisnorm) นั่นเอง<sup>5</sup> นอกจากนี้แล้วยังมีสิทธิบางประเภทที่เป็นการคุ้มครองนิติสมบัติหรือคุณธรรมทางกฎหมายบางประการเช่นชีวิตร่างกาย (มาตรา 2 อนุมาตรา 2 ประโยคแรกแห่งกฎหมายพื้นฐาน) หรือ อาจเป็นการให้อำนาจแก่บุคคลหนึ่ง ให้เข้าไปก้าวก่ายในชีวิตของบุคคลอื่นได้ เช่นอำนาจปกครองของผู้ปกครองต่อผู้เยาว์ในปกครองของตน (มาตรา อนุมาตรา 2 ประโยคแรกแห่งกฎหมายพื้นฐาน) หรือวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการได้มาซึ่งสถานะทางกฎหมายบางประการ เช่น คุณสมบัติของความเป็นคนเยอรมัน (มาตรา 116 อนุมาตรา 1 ความเป็นไปได้ที่สองแห่งกฎหมายพื้นฐาน) รวมทั้งการให้โอกาสในการดำเนินการที่มีผลตามกฎหมาย เช่น สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง (มาตรา 38 อนุมาตรา 1 ประโยคแรก และอนุมาตรา 2 แห่งกฎหมายพื้นฐาน) สิ่งทั้งหลายที่ดังกล่าวมานี้สะท้อนให้เห็นถึงเนื้อหาความเป็นไปได้ที่มีอยู่อย่างหลากหลายของการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับ และมีใช้จะมีเฉพาะในส่วนของสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น หากแต่ลักษณะดังกล่าวนี้สามารถมีได้ในระบบกฎหมายทั้งระบบเลยทีเดียว<sup>6</sup>

ความหลากหลายดังกล่าวข้างต้นนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่แม้แต่ทฤษฎีคำสั่งเอง ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ แนวทางของทฤษฎีดังกล่าวในปัจจุบันจึงเน้นไปที่เนื้อหาของกฎเกณฑ์ว่าจะต้องสามารถสวกลับไป

<sup>5</sup> โปรดดู Alexy, R., aaO., S. 206f.

<sup>6</sup> โปรดดู Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5.

สู่ขั้นตอนที่มีรูปแบบของคำสั่งได้<sup>7</sup> แต่อย่างไรก็ตามคงเป็นความยุ่งยากอย่างมาก หากจะวิเคราะห์ว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ทั้งหมดในปัจจุบัน ซึ่งรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ด้วยนั้นจะเป็นไปตามแนวทางของทฤษฎีดังกล่าวหรือไม่ กล่าวคือเป็นข้อห้ามหรือข้อบังคับให้ยึดถือปฏิบัติตนเอง เพราะต้องนำเอากฎเกณฑ์ดังกล่าวทั้งหมดมาวิเคราะห์และสังเคราะห์ว่าสอดคล้องกับทฤษฎีดังกล่าวหรือไม่ นอกจากนี้แล้วก็คงไม่สู้จะมีความจำเป็นนัก สำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะต้องดำเนินการดังกล่าวเนื่องจากได้มีผลสรุปจากการศึกษามาแล้วว่า สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นคือกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการให้คำอนุญาต<sup>8</sup> และเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นปฏิฐาน (positive) ที่มีสภาพบังคับ จึงไม่มีความจำเป็นแต่ประการใด ที่จะต้องจำกัดความเป็นกฎเกณฑ์ให้มีเนื้อหาเหลือเพียงคำสั่งเท่านั้น

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับความเป็นนามธรรมและมีผลทั่วไปของกฎเกณฑ์นั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นประเด็นสำคัญสำหรับกฎหมายมหาชน แต่ก็อาจมีข้อยกเว้นเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรองที่มีลักษณะเป็นการกำหนดมาตรการแต่ก็ยังคงมีความเป็นกฎเกณฑ์ได้เช่นเดียวกัน<sup>9</sup> แต่สำหรับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานโดยทั่วไปที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายพื้นฐาน ย่อมไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนี้ เนื่องจากเป็นที่ชัดเจนว่า กฎเกณฑ์เหล่านี้มิใช่มาตรการที่มีลักษณะ

---

<sup>7</sup> AaO., S.244f.; Fikentscher, W., Methoden des Rechts in Vergleichender Darstellung, Bd.IV, 1977, S. 159f.

<sup>8</sup> โปรดดู Alexy, R., aaO., S. 208.

<sup>9</sup> โปรดดู Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.II, § 38 I 4a.

เฉพาะเจาะจงหรือ ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น แต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตาม มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ บางมาตราที่มีผลเป็นการเฉพาะเจาะจงสำหรับกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ซึ่งอาจจัดเป็นข้อยกเว้นได้คือกรณีตามมาตรา 116 อนุมาตราสอง ประโยคแรก ทางเลือกที่หนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการให้สัญชาติเยอรมันแก่คนบางกลุ่มและมาตรา 140 แห่งกฎหมายพื้นฐาน ประกอบกับมาตรา 137 อนุมาตราห้า ประโยคแรกแห่งรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสถานภาพทางกฎหมายขององค์กรทางศาสนา บทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะเหล่านี้เข้าข่ายของการเป็นการเสียยาปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นมาเป็นรายกรณีนั่นเอง

### 2.1.3 ผลผูกพันของสิทธิและเสรีภาพ

ประเด็นเกี่ยวกับผลผูกพันของสิทธิและเสรีภาพอาจกล่าวได้ว่าเป็นจุดอ่อนของแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 และจากธรรมเนียมปฏิบัติของช่วงดังกล่าวส่งผลมาถึงแนวทางปฏิบัติในสมัยรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ซึ่งต่อมาได้รับการแก้ไขในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับสิทธิเสรีภาพบางเรื่องก็ยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับผลผูกพันอยู่นั่นเอง ซึ่งจะขอลำดับถึงในหัวข้อต่อไป นี้ เป็นลำดับไป

### 2.1.3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในช่วง คริสต์ศตวรรษที่ 19

แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 นั้น อาจกล่าวได้ว่าค่านึงถึงผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานค่อนข้างน้อย ดังที่ H.A. Zachariä (1806-1875)<sup>10</sup> นักวิชาการกฎหมายคนสำคัญในสมัยนั้นได้บรรยายสภาพการณ์ในช่วงนั้นไว้ว่า “แม้แต่การคุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินรวมทั้งเสรีภาพในการมีจิตสำนึก ฯลฯ ซึ่งดูเหมือนจะมีการให้ความสำคัญมาก แต่กลับแทบจะไม่มี ความหมายตามความเป็นจริง เนื่องจากมีการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน ในเมื่อขาดหลักประกันสำคัญในสภาพของกฎหมายที่เป็นพระราชบัญญัติ ทำให้ไม่อาจต่อกรกับพลังกดดันของฝ่ายอำนาจรัฐไม่ว่าจะเป็นตำรวจหรือเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองได้ สิทธิเหล่านี้จึงแทบจะไม่มี ความหมายในทางปฏิบัติโดยสิ้นเชิง”

ข้อเขียนดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่า จากการที่มีการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานไม่สามารถพัฒนาให้เกิดเป็นความผูกพันต่อฝ่ายอำนาจรัฐขึ้นมาได้ และสภาพการณ์ดังกล่าวที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในลักษณะที่ใช้ถ้อยคำสั้น ๆ และมีความเป็นนามธรรมมากนี้ได้รับการสืบทอดมาถึงสมัยอาณาจักรเยอรมันภายใต้องค์จักรพรรดิด้วย สภาพดังกล่าว ได้มีการตั้งเป็นข้อสังเกตไว้ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญว่า “เป็นสภาพความเลวร้าย

---

<sup>10</sup> โปรตดู H.A. Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 1.Theil, 3.Aufl. 1865, S. 441, อ้างใน: Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1, München 1988, S.482.

ที่สิทธิเสรีภาพเหล่านี้ไม่เหมาะที่จะนำไปใช้บังคับในทางปฏิบัติได้โดยตรง หากแต่จำเป็นต้องมีการตราพระราชบัญญัติเพื่ออนุวรรตการให้เป็นไปตามนั้นได้จริงเสียก่อน และตราใบที่ยังมีได้มีการตรากฎหมายดังกล่าว บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ย่อมไร้ค่าโดยสิ้นเชิง”<sup>11</sup>

จากประเด็นที่ว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในลักษณะที่ใช้อยู่คำสั้น ๆ และมีความเป็นนามธรรมมาก ทำให้มีความหมายไม่ชัดเจน จึงเป็นการจำเป็นที่จะต้องมีการตราพระราชบัญญัติเพื่ออนุวรรตการให้เป็นไปตามนั้นได้จริงเสียก่อน ประกอบกับแนวความคิดที่ว่า รัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจมีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติได้ ซึ่งเป็นประเด็นที่ต้องมีการต่อสู้กันทางความคิดอีกนาน แต่แนวความคิดดังกล่าวนี้ก็ส่งผลให้กฎหมายทั้งหลายที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปได้ เนื่องจากไม่มีศาลใดที่จะมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเหล่านั้น<sup>12</sup>

สำหรับแนวความคิดที่ก่อให้เกิดการต่อสู้ทางความคิดกันเป็นเวลานาน ที่ว่า รัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติได้นั้น เมื่อพิจารณาแบบวิเคราะห์แล้ว จะเห็นได้ว่า มีความหมายสองนัยด้วยกัน กล่าวคือนัยแรก หมายความว่า แม้จะมีการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานใดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังคงบัญญัติกฎหมายที่มีเนื้อหาขัดต่อถ้อยคำของบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐาน

<sup>11</sup> โปรตดู Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl.1919, S. 955f.

<sup>12</sup> AaO., S.737, 739ff.



นั้นได้ และความหมายนัยที่สองนั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ต้องมีหน้าที่ในการตราพระราชบัญญัติ เพื่อนุวรรตการให้เป็นไปตามสิทธิขั้นพื้นฐาน ให้ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานทางกฎหมายสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของตน ความหมายตามนัยทั้งสองที่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานกลายเป็นสิ่งที่ไม่อาจใช้การใดๆ ได้ หรือกระทั่งถูกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติลบล้างไป เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงสถานภาพของรัฐธรรมนูญ ที่มีได้มีความหมายเพียงแต่ว่า รัฐธรรมนูญมิได้มีสถานะอยู่เหนือฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น หากแต่ยังมีความหมายต่อไปอีกว่า แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดบทบัญญัติประการหนึ่งไว้แล้ว แต่บทบัญญัตินั้นกลับตกมาอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ กลายเป็นสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะดำเนินการเช่นใดก็ได้<sup>13</sup> นักนิติศาสตร์บางท่านแม้จะมีความเห็นว่า บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญย่อมมีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในทางปฏิบัติกลับปฏิเสธที่จะให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวได้<sup>14</sup> ซึ่งย่อมนำไปสู่ผลสุดท้ายที่ไม่แตกต่างไปจากแนวความคิดที่ยึดถือกันโดยทั่วไปในขณะนั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

เป็นที่น่าสังเกตว่า แนวความคิดที่ว่า รัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจมีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติได้ เพราะบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานมีความหมายไม่ชัดเจนนั้น อย่างน้อยก็ไม่อาจต้านทานหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า กฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นมาใน

<sup>13</sup> AaO., S. 743.

<sup>14</sup> ไพรอดู G. Anschütz, Die Verfassungs- Urkunde für den Preußischen Staat, Bd. I, 1912, Art. 4 Anm.5 u. Art. 12 Anm. 4.

ภายหลังยอมลบล้างกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นมาก่อน (lex posterior derogat legi priori) ในทางปฏิบัติจึงดูเหมือนว่า นักกฎหมายก็ยังสามารถใช้หลักกฎหมายทั่วไปนี้มาจัดการกับกฎหมายที่ออกมาก่อน อีกทั้งยังอยู่ในอำนาจของศาลทุกศาลที่จะตรวจสอบสภาพบังคับของกฎหมายต่างๆ ตามหลักกฎหมายทั่วไปนี้ได้อีกด้วย โดยไม่ต้องอาศัยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่ตามความเป็นจริงแล้ว ในท้ายที่สุด บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญก็จะประสบกับปัญหาเต็มๆ กล่าวคือ บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานมักจะเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไป (lex generalis) และมีความหมายไม่ชัดเจนเพียงพอ จึงไม่อาจลบล้างกฎหมายธรรมดาที่มีความชัดเจนและแน่นอนกว่า (lex specialis) ได้<sup>15</sup>

### 2.1.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์

หลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่งเยอรมันประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 1919 แนวความคิดที่ดูเหมือนจะกลายเป็นกฎเหล็กไปแล้ว ที่ว่า รัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจมีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติได้นั้น เริ่มสั่นคลอน ทั้งนี้ โดยเป็นผลมาจากการโต้แย้งกันเกี่ยวกับอำนาจในการตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ

---

<sup>15</sup> โปรตูดู G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 97.

จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ กรณีที่ฝ่ายที่มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายปกครองหรือฝ่ายตุลาการ จะต้องใช้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ แต่บทบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อหาขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติทำให้เกิดปัญหาว่าจะใช้บังคับบทบัญญัติใด

ในการแก้ปัญหาดังกล่าวตามวิธีการทางกฎหมายแบบธรรมดาๆ กล่าวคือ มีการนำเอาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญมาวิเคราะห์โดยพิจารณาตามระดับความแน่นอนชัดเจนของบทบัญญัตินั้นๆ เป็นเกณฑ์ หากบทบัญญัติดังกล่าวมีความแน่นอนชัดเจนก็จะมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องใช้บังคับ แต่หากยังไม่มีมีความแน่นอนชัดเจนเพียงพอก็ถือว่าเป็นแนวนโยบายแห่งรัฐ ซึ่งอาจจะยังไม่มีผลโดยตรงแก่กรณีที่กำลังพิจารณา สำหรับความแน่นอนชัดเจนดังกล่าว นั้น จะต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีรายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบของกฎหมาย และกำหนดผลของกฎหมาย<sup>16</sup> ที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเป็นแนวทางในการพิจารณาสำหรับกรณีที่เกิดขึ้นทำนองเดียวกันทุกๆ กรณี ให้ได้ผลไปในแนวทางที่เป็นมาตรฐานเดียวกันได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานส่วนใหญ่ก็จะไม่มีเนื้อหาที่ชัดเจนเพียงพอ ที่จะกล่าวได้ว่ามีองค์ประกอบที่ชัดเจนถึงขนาดที่จะนำไปใช้บังคับได้ Prof. Carl Schmitt (1888-1985) นักนิติศาสตร์ผู้มีชื่อเสียงในสมัยนั้น จึงออกมายอมรับว่า สิทธิ

---

<sup>16</sup> โปรดดูลักษณะของประโยคกฎหมายจาก บุญศรี มิ่งศรีอุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538, หน้า 6

ชั้นพื้นฐานที่มืองค์ประกอบชัดเจนถึงขนาดที่จะนำเอาไปใช้บังคับได้นี้ คงจะมีจำนวนไม่มากนัก<sup>17</sup>

สำหรับกรณีอันเป็นที่สงสัย ว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิ ชั้นพื้นฐานหนึ่งๆ จะมีผลใช้บังคับหรือไม่นั้น Georg Anschütz (1867-1948) เสนอว่า “เมื่อมีกรณีอันเป็นที่สงสัย ว่าบทบัญญัติ เกี่ยวกับสิทธิชั้นพื้นฐานหนึ่งๆ จะมีผลใช้บังคับหรือไม่ จะต้อง ยอมรับกันในเบื้องต้นก่อนว่า *ข้อสันนิษฐาน*จะต้องไม่เป็นไปในทางที่ เป็นปฏิปักษ์ต่อการมีผลใช้บังคับของกฎเกณฑ์แห่งสิทธิชั้นพื้นฐาน หากแต่จะต้องเป็นไปในทางส่งเสริมการใช้บังคับของสิทธิดังกล่าว”<sup>18</sup> ข้อสันนิษฐานดังกล่าวนี้ แม้จะไม่ถึงขนาดเป็นการยกเลิกหลักการที่ ผูกสภาพบังคับของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิชั้นพื้นฐานไว้กับระดับ ของความชัดเจนของบทบัญญัตินั้นๆ แต่ก็เป็น การเสนอแนะมุมมอง ที่เป็นการส่งเสริมให้มีการใช้บังคับสิทธิชั้นพื้นฐานขึ้นมาได้บ้าง

ในประเด็นนี้ Carl Schmitt ได้เสนอแนะทางออกสำหรับ กรณีดังกล่าว “โดยการนำหลักการตามรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหากว้างๆ ไม่ชัดเจนนั้น มาทำให้มีผลบังคับ ตามวิธีการของระบบ คอมมอนลอว์”<sup>19</sup> แนวความคิดดังกล่าวเป็นการกระตุ้นให้มีการนำ เอานิติวิธี (juristic methods) มาช่วย มิให้ความไม่ชัดเจนของบท บัญญัติกลายเป็นอุปสรรคขัดขวางความมีสภาพบังคับของบทบัญญัติ นั้นๆ อีกต่อไป

<sup>17</sup> โปรตดู Schmitt, C., HdbDStR II, S. 598f.

<sup>18</sup> โปรตดู Anschütz, G., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Auf. 1933, Vorbem. Art. 109 Anm.6.

<sup>19</sup> โปรตดู HdbDStR II, S. 599.

นอกจากนี้แล้วยังมีความคิดคำนึงเกี่ยวกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ ควรที่จะมีผลทั้งในเชิงปฏิเสธ (negative) กล่าวคือ ทำให้การบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหมดสิ้นไป และมีผลเชิงปฏิฐาน (positive) ที่ทำให้กลายเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัตินั้น ๆ อีกด้วยและเมื่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับมากขึ้น ทำให้มีการตั้งคำถามเกี่ยวกับความถูกต้องของการที่จะแยกแยะบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ออกเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ผูกมัดให้ต้องมีการยึดถือและปฏิบัติตามกับบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นเพียงแนวนโยบายแห่งรัฐเท่านั้น

บนพื้นฐานของแนวความคิดดังกล่าว Richard Thoma จึงเสนอแนวความคิดแนวใหม่ ให้ข้อกำหนดที่รัฐธรรมนูญวางไว้สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีผลเป็นการผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้นว่าบทบัญญัติในมาตรา 119 อนุมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์นั้น ต้องถือว่าเป็นคำสั่งสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องดำเนินการไปตามนั้น<sup>20</sup> แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความคิดเห็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่ Carl Schmitt ก็ยอมรับว่าในขณะนั้น เป็นเพียงจุดเริ่มต้นการ “นำเอาแนวความคิดเกี่ยวกับการมีผลผูกพันฝ่าย

---

<sup>20</sup> โปรดตุ Thoma, R., in: Nipperdey, H.C.(Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichte der Reichsverfassung, Bd. I, 1929, S.1(9, 12ff.).

นิติบัญญัติมาใช้ แม้ว่าการผูกพันดังกล่าวจะยังคงปล่อยให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีขอบเขตที่จะเคลื่อนไหวได้อย่างกว้างขวางมากที่สุดตาม<sup>21</sup> แต่สำหรับนักกฎหมายส่วนใหญ่แล้ว ก็ยังคงมีความเห็นดังที่ Georg Anschütz ได้สะท้อนแนวความคิดดังกล่าวออกมาอย่างเป็นทางการว่าเป็นรูปธรรมว่า “ในเมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายตามรัฐธรรมนูญที่ต้องการจะผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติเหล่านั้น ยังมีได้เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้แล้ว ย่อมเป็นไปได้แต่เพียงแนวทางสำหรับการบัญญัติกฎหมายในอนาคต จึงไม่ต้องพูดถึงสภาพบังคับและการนำเอามาใช้บังคับสำหรับเหตุการณ์ในปัจจุบัน”<sup>22</sup> และในท้ายที่สุด Richard Thoma เอง ก็ต้องยอมรับสภาพในส่วนที่เกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ (lex imperfecta) ของฝ่ายนิติบัญญัติในขณะนั้น ซึ่งมีผลทำให้ระบบการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นประเด็นสำหรับการถกเถียงกันทางการเมือง มากกว่าที่จะเป็นประเด็นในทางกฎหมาย<sup>23</sup>

### 2.1.3.3 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

เนื่องจากแนวความคิดที่ว่า รัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติได้ก่อให้เกิดผลที่กลายเป็นจุดอ่อนของรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ทำให้สถานะของรัฐธรรมนูญตกต่ำ และประชาชนรู้สึกว่าคุณรัฐธรรมนูญมิได้ให้อะไรแก่ประชาชน จึงมิได้มีความผูกพันกับรัฐธรรมนูญ จนอาจกล่าวได้ว่า มิใช่เรื่องแปลก ที่เมื่อมีการกระทำที่

<sup>21</sup> โปรตดู HdbDSr II, S. 599.

<sup>22</sup> โปรตดู Anschütz, G., aaO.

<sup>23</sup> โปรตดู Thoma, R., aaO., S.30.

เป็นการเหยียบย่ำรัฐธรรมนูญ ในสมัยฮิตเลอร์ ประชาชนเยอรมัน มิได้ดำเนินการต่อต้านแต่อย่างใด

ในการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันภายหลังสงครามโลก ครั้งที่สอง จึงได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 อนุมาตรา 3 กำหนดให้สิทธิ ชั้นพื้นฐานต่างๆ ที่มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลผูกพัน ต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ดังเช่นกฎหมายที่มี ผลใช้บังคับได้โดยตรง เท่ากับบัญญัติความเป็นกฎหมายตามภววิสัย (objektive Rechtsnorm) ของสิทธิชั้นพื้นฐานต่างๆ ที่มีการบัญญัติ รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นการ ตัดปัญหา กล่าวคือ ไม่ต้องมีการถกเถียงกันในประเด็นนี้อีกต่อไป

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ สิทธิชั้นพื้นฐานต่างๆ ที่มีการ บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง นั้น มีวัตถุประสงค์ ที่จะให้องค์กรรัฐต่างๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการ บังคับใช้กฎหมายต้องปฏิบัติตาม โดยไม่ต้องรอให้มีการไปบัญญัติใน รายละเอียดของสิทธิต่างๆ ในรูปของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เสียก่อน มิฉะนั้นแล้ว องค์กรรัฐเหล่านี้ก็จะใช้ข้ออ้างเดิมที่ว่า สิทธิ ชั้นพื้นฐานมีเนื้อหาไม่ชัดเจนจึงยังไม่อาจบังคับใช้ได้ แต่อย่างไร ก็ตาม การที่สิทธิชั้นพื้นฐานมีเนื้อหาไม่ชัดเจน แต่ฝ่ายองค์กรรัฐ ต่างๆ ก็ยังต้องบังคับใช้ ให้เป็นไปตามนั้น เท่ากับเป็นการบังคับให้มีการนำวิธีการตีความต่างๆ มาใช้นั่นเอง<sup>24</sup> บทบัญญัติดังกล่าว จึงเป็น การจำเป็น เพื่อให้ปัญหาที่ว่าสิทธิชั้นพื้นฐานไม่มีผลใช้บังคับ อันมี สาเหตุมาจากยังขาดกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมากำหนด

<sup>24</sup> โปรตตุ Stern, K., aaO., S.486.

รายละเอียดให้สามารถนำไปปฏิบัติได้ตามที่เป็นมาโดยตลอดนั้น จะ  
ได้หมดสิ้นไป<sup>25</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานมีผลใช้บังคับ  
ได้โดยตรงอย่างเป็นทางการทั่วไป คือให้ใช้ได้กับสิทธิขั้นพื้นฐานทุกสิทธิ  
นั้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า เป็นการพัฒนาการที่ไปไกลกว่าที่นักคิดในสมัย  
ไวมาร์เคยหวังกันไว้ เพราะในสมัยนั้นพอใจกับ “ข้อสันนิษฐาน”  
ดังที่ได้อ้างมาแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานมี  
ผลใช้บังคับได้โดยตรงอย่างเป็นทางการทั่วไปดังกล่าว อาจไม่เป็นผล  
สำหรับทุกกรณี และผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานก็เห็นเองถึงปัญหานี้ จึงได้  
มีบทบัญญัติพิเศษสำหรับมาตรา 6 अनुมาตรา 5 กำหนดให้เป็น  
ภารกิจสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการเฉพาะเจาะจง ให้ฝ่าย  
นิติบัญญัติไปดำเนินการสร้างความเป็นธรรมที่เหมาะสมให้กับเด็กที่  
เกิดนอกสมรส ซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมมาโดยตลอด จน  
กลายมาเป็นปัญหาสังคมที่สั่งสมกันมาเป็นเวลานาน แต่กระนั้นก็ตาม  
แม้จะมีข้อจำกัดดังกล่าว ก็ยังอาจกล่าวได้ว่า กรณีเป็นที่สงสัยว่าจะ  
สามารถบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิใดสิทธิหนึ่งได้หรือไม่นั้น  
ข้อสันนิษฐานจะต้องเป็นไปในทางส่งเสริมการใช้บังคับของสิทธิ  
ขั้นพื้นฐานนั้น ทั้งนี้ โดยผลของรัฐธรรมนูญ และหากจะหักล้าง  
ข้อสันนิษฐานดังกล่าวนั้น จะต้องมีเหตุผลทางรัฐธรรมนูญที่มีน้ำหนัก  
มากกว่าและเป็นเหตุผลที่มีลักษณะบังคับเท่านั้น

<sup>25</sup> โปรตดู Dürrig, G., in: Maunz- Dürrig- Herzog, Art. 1 Abs. III  
Rdnr.95.



ภาพลักษณ์ของสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ ที่มีผลผูกพันอย่างเคร่งครัดนั้น เมื่อพิจารณาตามมาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่าการเน้นประเด็นการให้มีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นกรณีที่เป็นปัญหาโดยตลอดนั้น เป็นกรณีพิเศษ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้ สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ เช่นเดียวกับที่ผูกพันฝ่ายอื่นๆ ที่ถืออำนาจรัฐ “ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้...” ซึ่งเป็นข้อผูกมัดเชิงปฏิเสธ (negative binding) ในความหมายที่เท่ากับ เป็นการห้ามการกระทำใดๆ ทางนิติบัญญัติ ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งในความหมายนี้ได้มีการปูพื้นฐานทางความคิดมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับก่อน คือรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์แล้ว แต่นอกเหนือไปจากความหมายเชิงปฏิเสธนี้แล้ว บทบัญญัติดังกล่าว ยังมีความหมายเชิงปฏิฐาน (positive meaning) อีกด้วย กล่าวคือ เป็นการก่อให้เกิดเป็นหน้าที่ในเชิงปฏิฐาน (ซึ่งในภาษาเยอรมันเรียกว่า positive Verpflichtung) แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ให้ต้องดำเนินการสร้างสรรค์ในด้านต่างๆ ตามที่สิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธิ เรียกร้องอีกด้วย ซึ่งทั้งหมดนี้ เท่ากับเป็นการปิดฉากสำหรับการที่เคยมีการพิจารณาว่า สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นแต่เพียงแนวนโยบายของรัฐ ที่อยู่ภายใต้ดุลพินิจอันเสรีของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทำให้เป็นจริงขึ้นมาหรือไม่ทำให้เป็นจริงขึ้นมาก็ได้ทั้งสิ้น<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> โปรตดู v.Mangoldt- Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1 , 3.Aufl. 1985, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 169.

ภารกิจเชิงปฏิฐานของฝ่ายนิติบัญญัติ ในการดำเนินการสร้างสรรค์ในส่วนของการละเอียดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยผลของมาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันดังกล่าวนั้น เป็นการผูกมัดสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ ที่จะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันก็ได้พิสูจน์ให้เห็นแล้วว่า ปัญหาสำคัญที่เกี่ยวกับการใช้บังคับสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่เกิดจากการไม่ดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติทำให้เป็นสิ่งที่แก้ไขไม่ได้แต่อย่างใด

แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ที่เป็นการวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องนี้ มีตัวอย่างเช่น ประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 6 อนุมาตรา 5 แห่งกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งได้กล่าวไปแล้วว่า กฎหมายกำหนดไว้อย่างเป็นการเฉพาะเจาะจง ให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องไปดำเนินการสร้างความเป็นธรรมที่เหมาะสมให้กับเด็กที่เกิดนอกสมรสนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นปัญหานี้<sup>27</sup> โดยมีคำวินิจฉัยว่า หากพ้นระยะเวลาพอสมควรที่ฝ่ายนิติบัญญัติควรจะดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไปแล้ว แต่ฝ่ายนิติบัญญัติกลับมิได้มีการดำเนินการใดๆ ย่อมมีผลเป็นการยกเลิกบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเหล่านั้น โดยการยกเลิกดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันไปถึงฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการอีกด้วย<sup>28</sup>

<sup>27</sup> BVerfGE 25, 167(178ff.).

<sup>28</sup> โปรตดู Jarass/ Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., München 1995, Art. 6 Abs. 5 Rdnr. 39.

ผลผูกพันอย่างเคร่งครัดตามมาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันนี้ จะมีผลได้เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับเนื้อหาที่มีอยู่ของแต่ละสิทธิ และเนื้อหาที่มีอยู่ของแต่ละสิทธินี้เองที่จะเป็นเครื่องชี้ว่าเป็นรูปธรรมว่า ข้อผูกมัดของสิทธินั้นๆ ต่อฝ่ายอำนาจรัฐ เป็นเช่นไร

ด้วยเหตุนี้เอง ที่ทำให้การใช้บังคับสิทธิขั้นพื้นฐานในช่วงแรกๆ หลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันค่อนข้างจะมีลักษณะยืดหยุ่นหรือสัมพัทธ์ ไปตามเนื้อหาของแต่ละสิทธิ ดังที่ Prof. H.P. Ipsen ได้ประเมินไว้ว่า “หากพิจารณาอย่างถ่องแท้ตามธรรมชาติโดยทั่วไปของบทบัญญัติแล้ว ปัญหาที่ว่ามาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานย่อมก่อให้เกิดพลังแห่งความผูกพัน (Bindungskraft) และความสามารถในการผูกพัน (Bindungsfähigkeit) ของสิทธิขั้นพื้นฐานได้มากน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับขนาดและขอบเขตแห่งเนื้อหาของแต่ละสิทธิ รวมทั้งผลของการชั่งน้ำหนักตามกระบวนการยุติธรรมเป็นรายกรณีอีกด้วย”<sup>29</sup> และจากพื้นฐานดังกล่าว Prof. Klein จึงได้สานต่อแนวความคิดดังกล่าวว่า “การประกาศให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลผูกพันนั้น ไม่เป็นการเพียงพอที่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่พ่วงท้ายตามมา มีคุณสมบัติของความเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงได้ เพราะการจะมีคุณสมบัติดังกล่าวได้นั้น จำเป็นจะต้องมีเงื่อนไขอื่น ๆ อย่างพร้อมพร้อมอีกด้วย กล่าวคือ ถ้อยคำของบทบัญญัติที่ให้ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละบทบัญญัติ จะต้องมีการ

<sup>29</sup> โปรตตุ Ipsen, H.P., HGfR II, S. 111(157).

บัญญัติให้สอดคล้องกับคุณสมบัติดังกล่าวด้วยแต่ถ้าเจตจำนงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ปรากฏออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติที่เป็นเนื้อหาของแต่ละสิทธิสวนทางกับเงื่อนไขดังกล่าวนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานก็คงไม่อาจช่วยอะไรให้ดีขึ้นได้<sup>30</sup> ซึ่งจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า จากแนวความคิด ความคิดเห็นของนักวิชาการทั้งสองท่าน มีแนวโน้มที่จะผลักดันให้สถานการณ์ย้อนกลับคืนไปสู่ยุคแห่งรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์อีกครั้งหนึ่ง เพราะเป็นที่ทราบกันอยู่แล้วว่า เนื้อหาของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานส่วนใหญ่ แม้ในกฎหมายพื้นฐานนี้เอง ก็ยังคงมีลักษณะเป็นบทบัญญัติกว้างๆ มิได้มีรายละเอียดเพิ่มมากไปกว่า เนื้อหาที่เคยมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์แต่อย่างใด

นอกจากนี้แล้ว เนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานโดยทั่วไปยังมิได้แสดงให้เห็นถึงความเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเคร่งครัด ที่ต้องยึดถือปฏิบัติตามอย่างไม่มีเงื่อนไขแต่อย่างใด ก็อาจส่งผลให้เข้าใจได้ว่าพลังแห่งการกำหนดให้เป็นหน้าที่ ที่ต้องมีการยึดถือและปฏิบัติตามนั้น (Verpflichtungskraft) ก็จะพลอยอ่อนด้อยตามไปด้วย ทั้งๆ ที่โดยสาระของความเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว ย่อมต้องมีการยึดถือเป็นหน้าที่ ที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของแต่ละสิทธิอย่างเคร่งครัดเสมอ

ตัวอย่างของบทบัญญัติทำนองนี้จะเห็นได้จากสิทธิในการร้องทุกข์ ตามมาตรา 17 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน ซึ่ง

<sup>30</sup> โปรตุ ดู v.Mangoldt- Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 1957, Art.1 Anm. IV 3a.

บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องหรือคำร้องทุกข์ เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะยื่นเป็นรายบุคคลหรือเป็นกลุ่ม ต่อหน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องที่ร้องหรือต่อองค์กรตัวแทนของประชาชนได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจทำให้ผู้อ่านสงสัยไปในทางที่ว่า บทบัญญัตินี้ต้องการให้ดำเนินการในแต่ละกรณีที่มีการยื่นเข้ามานั้น อย่างไร ในกรณีที่ว่ามานี้ย่อมถือได้ว่า เป็นบทบัญญัติที่มีความเคร่งครัดอยู่ในตัว เพราะหากเมื่อมีการยื่นคำร้องหรือคำร้องทุกข์เข้ามาแล้ว หน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องที่ร้องหรือองค์กรตัวแทนของประชาชนไม่ยอมรับเรื่องไว้ หรือ ไม่มีการดำเนินการตรวจสอบตามเนื้อหาของเรื่องที่ร้อง หรือ ไม่ทำการวินิจฉัย หรือการอื่นที่มีบทบัญญัติกำหนดให้ต้องดำเนินการ ย่อมถือได้ว่า ผู้มีหน้าที่รับคำร้องทุกข์ ได้กระทำผิดต่อหน้าที่ของตนแล้ว<sup>31</sup>

ใน ส่วน ของ เนื้อหา ของ การ กำหนด ให้ เป็น หน้าที่ (Verpflichtungsinhalt) ในแง่ของเงื่อนไขเวลานั้น อาจกล่าวได้ว่า แม้จะมีการกำหนดให้เป็นที่ตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsauftrag) ให้ต้องปฏิบัติ แต่ก็มิได้หมายความว่า จะต้องดำเนินการในทันทีทันใด เพียงแต่หากพ้นระยะเวลาที่มีการกำหนดโดยชัดแจ้ง หรือโดยผลของการตีความไปแล้ว ย่อมต้องถือว่ามีผลเช่นเดียวกับบทบัญญัติที่มีลักษณะเคร่งครัดอื่น ๆ เช่นกัน

<sup>31</sup> BVerfGE 2, 225(230); 13, 54(90).

### 1) พื้นฐานทางความคิดเดิม

ประเด็นเกี่ยวกับเนื้อหาของข้อกำหนดให้เป็นหน้าที่ (Verpflichtungsinhalt) นี้ เคยเป็นประเด็นที่นักกฎหมายเยอรมันในสมัยที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาคากรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดภารกิจต่างๆ ที่เป็นการกิจที่ไม่อาจปฏิบัติได้ เช่น ภารกิจในการให้ความคุ้มครองคนเยอรมันในต่างประเทศ และภารกิจในการที่รัฐจะต้องหางานให้คนเยอรมันทุกคน เพื่อให้ทุกคนมีงานทำ เป็นต้น โดย Prof. E.R. Huber ให้ความเห็นว่า ทั้งสิทธิในการร้องทุกข์และสิทธิที่คนเยอรมันจะได้รับความคุ้มครองในต่างประเทศ ล้วนแต่ “ถูกจำกัด จากการที่สิทธิเหล่านี้เรียกร้องให้มีการตรวจสอบในเนื้อหา แต่มิได้ระบุมাত্রการของรัฐที่จะต้องดำเนินการอย่างเป็นทางการเฉพาะเจาะจง”<sup>32</sup> ซึ่งเป็นการเสนอแนวความคิด ว่าด้วยการจำกัดในส่วนของเนื้อหาของข้อกำหนดให้เป็นหน้าที่ (Verpflichtungsinhalt) และแนวความคิดดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่า เป็นดาบสองคม ที่ก็สามารถจะเข้าไปจำกัดเนื้อหาของข้อกำหนดให้เป็นหน้าที่ (Verpflichtungsinhalt) สำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ได้ด้วยเช่นกัน<sup>33</sup>

สำหรับแนวความคิดที่ให้มีการจำกัดในส่วนของเนื้อหาของข้อกำหนดให้เป็นหน้าที่ (Verpflichtungsinhalt) ในการคุ้มครองคนเยอรมันในต่างประเทศดังกล่าวนี้ ยังมีนักกฎหมายอีกท่านหนึ่ง คือ

<sup>32</sup> โปรตดู Huber, E.R., in: AöR n.F.Bd. 23 (1933), S. 1 (18f.).

<sup>33</sup> โปรตดู Stern, K., aaO., S.490.

Prof. H. Pohl ซึ่งเสนอว่า “ตามปกตินั้น จะต้องยึดหลักทั่วไปที่ว่า ผลประโยชน์ของรัฐโดยรวม ย่อมมาก่อนผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แม้ว่าผลประโยชน์นั้นจะเป็นสิทธิอันชอบธรรมก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้น สำหรับกรณี que การเข้าไปปกป้องสิทธิของปัจเจกบุคคล จะเป็นการกระทบกระเทือนต่อนโยบายต่างประเทศโดยรวม สำหรับการวินิจฉัยกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจะให้ หรือไม่ให้ความคุ้มครองคนเยอรมันในต่างประเทศนั้น ต้องถือเป็นหลักทั่วไปว่า เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเข้าไปคุ้มครอง ส่วนจะเลือกใช้มาตรการใดนั้น เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่า จะต้องคำนึงถึงแนวนโยบายของรัฐเป็นสำคัญอีกด้วย”<sup>34</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่า แม้ความคิดของ Prof. H. Pohl นี้ จะมีความใกล้เคียงกับแนวความคิดของ Prof. E.R.Huber (1903–1990) ดังกล่าวข้างต้น แต่ก็เป็นแนวความคิดที่มีการสะท้อนให้เห็นถึงสาระสำคัญของเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ที่ต้องการให้เกิดผลเป็นการผูกมัดฝ่ายอำนาจรัฐ ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่า ย่อมเป็นการไม่บังควร ที่จะปล่อยให้เจตนารมณ์ดังกล่าวของรัฐธรรมนูญ ถูกบดบังเสียได้ จากข้อจำกัดในส่วนของเนื้อหาของการกำหนดภารกิจตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ในเมื่อพิจารณาในแง่ของกฎหมายแล้ว กรณีดังกล่าวอยู่ในระดับที่ต้องถือว่า เป็นเรื่องที่ผูกมัดฝ่ายอำนาจรัฐอย่างเคร่งครัดอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

---

<sup>34</sup> โปรดดู Pohl, H., in: Nipperdey, H.C.(Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichs- verfassung, Bd. I, 1929, S.250(260f.).

ทางออกประการหนึ่งที่สามารถนำไปสู่การที่จะถือว่า เรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเรื่องที่ผูกมัดฝ่ายอำนาจรัฐอย่างเคร่งครัดอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ก็คือ การถือว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นหลักการพื้นฐานที่มีผลผูกพันเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งเป็นแนวความคิดที่มีการถกเถียงกันมาตั้งแต่สมัยก่อนที่จะมีรัฐธรรมนูญฉบับไว้มาร์แล้ว<sup>35</sup> โดยในการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิตามอัตตวิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น คำว่า “หลักการพื้นฐาน” (Grundsätze) จะถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นศัพท์ที่มีความหมายตรงกันข้ามกับ คำว่า “สิทธิตามอัตตวิสัย” (subjektives Recht) กล่าวคือ “หลักการพื้นฐาน” ก็คือ สิทธิที่เป็น “เพียง” สิทธิตามภาววิสัย (objektives Recht) ซึ่งก็มีผลผูกพันอย่างเคร่งครัด เพียงแต่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องสำหรับปัจเจกบุคคล และในการถกเถียงกันเกี่ยวกับปัญหาผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น คำว่า “หลักการพื้นฐาน” (Grundsätze) จะถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นศัพท์ที่มีความหมายตรงกันข้ามกับ คำว่า “ประโยคกฎหมาย” (Rechtsätze) ซึ่งมีผลใช้บังคับได้โดยตรง

ในความหมายนี้เองที่ G. Anschütz กล่าวถึงรัฐธรรมนูญฉบับไว้มาร์ว่า “เป็นรัฐธรรมนูญที่ก่อปรด้วยหลักการพื้นฐานต่างๆ ทางกฎหมาย ซึ่งไม่อาจใช้บังคับได้โดยตรง หากแต่จำเป็นต้องมีการบังคับใช้โดยอาศัยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เพื่อบรรเทาการให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานนั้นๆ” และจากความหมายในลักษณะที่เป็นแนวนโยบายหรือแนวทางสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>36</sup> คำว่า

<sup>35</sup> โปรดดู Stern, K., aaO., S.491 m.w.N.

<sup>36</sup> โปรดดู เชิงอรธที่ 18



“หลักการพื้นฐานต่างๆ ทางกฎหมาย” กับคำว่า “ภารกิจสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ” รวมทั้งคำว่า “แนวนโยบายแห่งรัฐ” จึงมีความหมายที่ไม่แตกต่างกัน และจากการที่มีการใช้คำศัพท์ต่างๆ เหล่านี้ปนเปกัน เช่นนี้ ทำให้ในที่สุดก็ไม่อาจทราบได้ว่า คำว่า “หลักการพื้นฐาน” (Grundsätze) นั้น มีความหมายที่แท้จริงเป็นประการใด สาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาเช่นนี้ก็คือ ประเด็นเหล่านี้เป็นเรื่องใหม่ที่ไม่เคยมีตัวอย่างในประวัติรัฐธรรมนูญของเยอรมันมาก่อน แม้ว่าในช่วงต้นของระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) ของเยอรมันจะมีการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็น “หลักการพื้นฐานสำหรับการสร้างสรรค์ระบบกฎหมายและระบบสังคม” หรือ “เป็นแนวนโยบายสำหรับการกระทำทางนิติบัญญัติในอนาคต” ที่พอจะนำมาเป็นแนวทางได้บ้าง แต่ก็เห็นได้ว่าหลักการพื้นฐานดังกล่าวนั้น ยังมีได้ครอบคลุมไปถึงการที่จะมี “ผลผูกพันทางกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติ” ได้อย่างใด

เป็นที่น่าสนใจว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาาก็ได้ประสบผลสำเร็จในระดับหนึ่ง สำหรับความพยายามในการเพาะเชื้อทางความคิดของเหล่านักวิชาการทางกฎหมาย เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ให้หลุดพ้นจากแนวความคิดเดิมๆ ที่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานไม่อาจเกิดผลในทางปฏิบัติได้ ซึ่งแม้ว่าการเพาะเชื้อทางความคิดดังกล่าว จะไม่สามารถพัฒนาจนกลายมาเป็นแนวความคิดนำในยุคนี้ได้ แต่ก็ยังเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับพัฒนาการทางวิชาการในยุคต่อมา ในที่นี้จึงขอศึกษาลงไปในรายละเอียดของความพยายามดังกล่าว ทั้งนี้ก็เพื่อให้สามารถทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ได้

ดียิ่งขึ้น เนื่องจากแนวความคิดปัจจุบันก็ได้อาศัยแนวความคิดต่างๆ เหล่านี้เองมาเป็นพื้นฐานในการพัฒนาดังกล่าว

ความพยายามดังกล่าวสามารถแยกออกได้เป็นสองแนวทางด้วยกัน

แนวทางแรก พิจารณาจากมุมมองที่เปลี่ยนไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญ กับกฎหมาย โดยพิจารณาว่าเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ย่อมพุ่งเป้าไปที่ฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง จึงต้องถือได้ว่ามีผลผูกพันอย่างเคร่งครัด โดยในชั้นแรก บทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดอำนาจรัฐ ย่อมต้องมีผลทำให้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ขัดต่อบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับมิได้ ทั้งนี้โดยผลของกฎหมาย (ipso iure) สำหรับในส่วนของหลักการพื้นฐานต่างๆ ทางกฎหมาย และภารกิจสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ ก็ต้องพิจารณาไปในทำนองเดียวกันว่า ทั้งสองประการนี้ก็คือ ประโยคกฎหมายที่เป็นปฏิฐาน (positive Rechtsätze) ซึ่งมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นเดียวกัน<sup>37</sup>

แนวทางที่สอง เป็นแนวทางที่ผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับไว้มาร์เสนอเป็นแนวทางไว้ โดยได้ยกร่างขึ้นเป็นมาตรา 107 แต่เป็นที่น่าเสียดายว่า ในท้ายที่สุดมาตราดังกล่าวนี้ได้ถูกตัดออกไป โดยมาตราดังกล่าวกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหมดมีฐานะเป็น “แนวทางและกรอบสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่าย

<sup>37</sup> โปรตตุ Heller, H., VVDStRL Heft 4 (1927), S. 98 (120).

ตุลาการ”<sup>38</sup> และจากพื้นฐานดังกล่าวนี้เองที่ นักวิชาการบางท่าน พิจารณาว่า สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย แม้จะมีฐานะเป็นเพียงการ “ให้ไว้เป็นหลักการพื้นฐาน” (Grundsatzgebung) โดยรัฐธรรมนูญ แต่ก็ มีผลผูกพันทุกฝ่ายที่ใช้อำนาจรัฐ อีกทั้งยังได้มีการจำแนกผลความผูก พันที่มีต่อฝ่ายต่างๆ ทั้งสามฝ่ายออกเป็น สามกรณีด้วยกัน กล่าวคือ “อำนาจความผูกพันของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีต่อการตีความ” สำหรับฝ่ายตุลาการ “ลักษณะของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทางการ บริหาร” สำหรับฝ่ายปกครอง และ “ลักษณะความเป็นนิตินโยบาย” สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ”<sup>39</sup>

ผลประการสุดท้ายที่กล่าวมา คือ ลักษณะความเป็นนิติ นโยบายสำหรับฝ่ายนิติบัญญัตินั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นความเห็น เดียวกันกับแนวความคิดเห็นกระแสนักกฎหมายในสมัยนั้น สำหรับผลประการที่สอง คือลักษณะของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทาง การบริหาร สำหรับฝ่ายปกครองนั้น ก็ได้ให้ความหมายว่าเป็นผล ผูกพันอย่างเคร่งครัดสำหรับฝ่ายปกครอง หากแต่มีความหมายเพียง ว่า ในกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้ ซึ่งในทางปฏิบัติก็มีกฎหมายจำนวนไม่น้อยที่เปิดช่องเช่นนั้น ก็ให้ ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แต่ก้ มิได้ก้าวไปไกลถึงขั้นที่จะให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจไปในทาง ที่ขัดต่อบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรของกฎหมายระดับ

---

<sup>38</sup> โปรตดู Triepel, H., Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht, 4. Aufl. 1926, S. 38 (42).

<sup>39</sup> โปรตดู Holstein, G., A, in: AöR n.F.Bd. 12 (1927), S. 187 (238).

พระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ (lex specialis) สำหรับกรณีนั้น ๆ ได้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้แนวความเห็นนี้จะมีได้มีผลทำให้ฝ่ายปกครองต้องยึดถือและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด แต่ก็มิได้มีผลทำให้ฝ่ายปกครองต้องนำสิทธิขั้นพื้นฐานมาเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของตน โดยในบางกรณีสิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ อาจเป็นกรอบสำหรับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้

ส่วนที่เป็นเรื่องใหม่และเป็นพัฒนาการที่สำคัญ ก็คือการยอมรับและนำไปปฏิบัติในเรื่องของ “อำนาจความผูกพันของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีต่อการตีความ” โดยพิจารณาว่า การที่สิทธิขั้นพื้นฐานก็คือหลักการพื้นฐาน จึงย่อมเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นเกณฑ์มาตรฐาน และมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อทุกฝ่ายในการตีความกฎหมายทุกครั้ง และมีผลไม่ต่างไปจากกรณีของคำนิยามทางกฎหมาย (legal definition) โดยทั่วไป เพียงแต่หลักการพื้นฐานย่อมจะมีสถานะสูงกว่าคำนิยามของกฎหมายเสียอีก และมีผลต่อทุกระดับ กล่าวคือ ทั้งระดับอาณาจักรและระดับมลรัฐ จากการค้นคว้าของ Prof. Stern<sup>40</sup> พบว่าแนวความคิดเกี่ยวกับ “อำนาจความผูกพันของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีต่อการตีความ” ดังกล่าว เป็นผลที่สืบเนื่องมาจากแนวความคิดสองแนวทางด้วยกัน

แนวทางแรกเป็นแนวความคิดบนพื้นฐานของวิธีการทางนิติศาสตร์ในการตรวจสอบผลประโยชน์ของฝ่ายต่าง ๆ ซึ่งพัฒนา

<sup>40</sup> โปรดดู Stern, K., aaO., S.494 m.w.N.

ขึ้นมาโดย Prof. H. Triepel<sup>41</sup> ซึ่งเป็นนักกฎหมายมหาชนที่มีบทบาททางความคิดที่สำคัญในยุคนั้น

แนวทางที่สองเป็นผลมาจากการศึกษาประวัติความเป็นมาของการยกร่างและการพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับไวมารี จนสามารถหาข้อมูลที่เป็นหลักฐานแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ประสงค์จะให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นแนวทางและกรอบสำหรับฝ่ายอำนาจรัฐ<sup>42</sup>

ไม่ว่าจะเป็นผลมาจากแนวทางใด ความมีผลผูกพันดังกล่าวก็ต้องนับได้ว่า เป็นความสำเร็จอย่างใหญ่หลวงสำหรับวงการนิติศาสตร์ดังที่ Prof. E. Kaufmann ได้สรุปไว้ว่า “ข้อเท็จจริงที่ว่า วิสัยทัศน์ที่เกี่ยวกับความชอบธรรมแห่งยุคสมัยและแห่งประชาคมชาวเยอรมันได้ถือกำเนิดขึ้นในหมวดนี้แห่งรัฐธรรมนูญ ทำให้ประโยชน์ต่างๆ ที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งสำคัญสำหรับนักกฎหมาย ผู้มีหน้าที่ต้องตีความกฎหมายในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความหมายคลุมเคลือ ให้นักกฎหมายเหล่านี้ต้องดำเนินการ เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ดังกล่าว และในกรณีที่ต้องใช้หลักความยุติธรรม ก็ต้องถือเอาดังกล่าวเป็นเกณฑ์และเป็นแนวทาง แม้ว่า ประโยชน์ที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ จะยังไม่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงก็ตาม ประโยชน์ต่างๆ ที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญ ที่มีผลผูกพันบรรดาผู้พิพากษาทั้งหลายด้วยเหล่านี้ ในฐานะที่เป็นหลักฐานที่แสดงถึงความมีตัวตนของแนวความคิด

<sup>41</sup> โปรตดู Triepel, H., in: AöR Bd. 39 (1920), S. 456 (534).

<sup>42</sup> โปรตดู เชียงอรรถที่ 38

เกี่ยวกับความชอบธรรมและคุณค่าทางสังคมต่าง ๆ จึงยอมถือได้ว่ามีความหมายทางนิติศาสตร์สำหรับทางปฏิบัติด้วย”<sup>43</sup>

2) ผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 อนุมาตรา 3

ประเด็นของการต่อสู้ทางความคิดเกี่ยวกับค่าบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการประกันไว้ในรัฐธรรมนูญ ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายตามทฤษฎีที่มีลักษณะเป็นแต่เพียงหลักเกณฑ์พื้นฐาน สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้เมื่อเทียบกับประโยคกฎหมายที่มีลักษณะบังคับของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแล้ว กลับมีผลผูกพันที่อ่อนกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่เมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 อนุมาตรา 3 แล้ว แนวความคิดที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเพียงหลักเกณฑ์พื้นฐานจึงไม่อาจที่จะนำมาปรับใช้ได้อีกทั้งยังมีประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์พื้นฐานของเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งจะขอพิจารณาเป็นลำดับต่อไป

2ก) ประเด็นการถกเถียงทางวิชาการ

หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันแล้ว ในช่วงแรกก็คงเป็นเรื่องธรรมดา ที่ยังคงมีการดำเนินตามแนวความคิดดั้งเดิม ที่เคยใช้กันมาในสมัยที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ แต่นับจากการมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่ง

---

<sup>43</sup> โปรตดู Kaufmann, E., in: VVdStRL Heft 3(1927), S. 2 (18).

สหพันธ์ของเยอรมันในคดี Lüth จึงพอจะกล่าวได้ว่าเริ่มมีความเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญเกิดขึ้น โดยศาลฯ เริ่มตระหนักถึงความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน กับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนว่า ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น “อำนาจแห่งการมีผลใช้บังคับ (Geltungskraft) ของสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย มีกำลังแรงกว่าในสภาพตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อนอย่างเด่นชัด และผลแห่งบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ควรจะแสดงออกในทุกประเภทของกฎหมาย กล่าวคือ ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการจะต้องน้อมรับมาเป็นแนวทางและแรงผลักดันสำหรับภารกิจภายในขอบเขตแห่งความรับผิดชอบของตน”<sup>44</sup> ซึ่งในคำวินิจฉัยฉบับต่อๆ มา ขนานนามให้ว่าเป็นผลของการที่ศาลฯ พิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎหมายตามทวิสัยนั่นเอง

ในขณะเดียวกัน ในส่วนของนักวิชาการกฎหมายก็ได้มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานกันมากขึ้น นักวิชาการที่มีผลงานนับได้ว่าเด่นที่สุดในช่วงนั้น คือ Prof. Josef Esser<sup>45</sup> ซึ่งอาศัยแนวทางคำสอนทั่วไปเกี่ยวกับที่มาและการตีความกฎหมาย มาเป็นพื้นฐานในการสร้างแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของเหล่าตุลาการ ในการพัฒนากฎเกณฑ์ทางกฎหมายใหม่ๆ จากหลักการพื้นฐานทางกฎหมายต่างๆ ดังที่ Prof. Carl Schmitt ได้เคย

---

<sup>44</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>45</sup> Esser, J., Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956.

เสนอแนะทางออกสำหรับกรณีดังกล่าว “โดยการนำหลักการตามรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหากว้างๆ ไม่ชัดเจนนั้น มาทำให้มีผลบังคับ ตามวิธีการของระบบคอมมอนลอว์”<sup>46</sup> นั่นเอง ซึ่งแน่นอนว่าวิธีการดังกล่าวนำมาซึ่งเสียงวิพากษ์วิจารณ์ที่ว่า อาจนำมาซึ่งอันตรายจากการที่แนวความคิดดังกล่าวอาจเป็นหนทางที่นำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจของตุลาการก็ได้<sup>47</sup>

การที่เกรงว่าแนวความคิดดังกล่าวอาจเป็นหนทางที่นำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจของตุลาการ ทำให้ Prof. Esser แยกหลักการพื้นฐานออกเป็นสองระดับ กล่าวคือ ระดับแรก เป็นระดับของหลักการพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นการให้ข้อมูล ในฐานะที่เป็นเพียงข้อเรียกร้องทางจริยธรรมหรือข้อเรียกร้องทางการเมือง หลักการพื้นฐานระดับแรกนี้จำเป็นจะต้องได้รับการพัฒนาต่อไป เพื่อให้เข้าไปสู่ระบบกฎหมายที่เป็นปฏิฐานเสียก่อน (das positive juristische System) กล่าวคือ เป็นการยกระดับสู่ความมีผลบังคับอย่างแท้จริง ซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็นระดับที่สอง และเพื่อมิให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ระบุไว้อย่างชัดเจนให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลใช้บังคับได้โดยตรงนั้น กลายเป็นเพียงเรื่องของรูปแบบ จึงเป็นความจำเป็นที่ตุลาการจะต้องทำหน้าที่ยกระดับสิทธิที่ยังไม่มีสภาพเป็นกฎหมายหรือยังอยู่ในระดับแรก ให้ขึ้นมาเป็นระดับที่สอง วิธีการนี้ Prof. Esser เชื่อว่าจะสามารถแก้ปัญหาที่นับว่ายากที่สุดได้

<sup>46</sup> โปรดดูเชิงอรรถที่ 19

<sup>47</sup> โปรดดู Stern, K., aaO., S.498.



ปัญหาอยู่ที่ Prof. Esser หมายถึงนั้น ก็คือ กรณีที่เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 117 อนุมาตรา 1 สิ้นสุดลง โดยรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวกำหนดให้กฎหมายต่างๆ ที่ขัดต่อมาตรา 3 อนุมาตรา 2 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป จนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะได้แก้ไขปรับปรุงให้กฎหมายนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ระยะเวลาที่เรียกได้ว่าเป็นช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อดังกล่าว จะต้องไม่เกินวันที่ 31 มีนาคม ปี ค.ศ. 1953 จึงมีปัญหาว่าเมื่อพ้นกำหนดดังกล่าวแล้ว ผลจะเป็นอย่างไร

Prof. Esser เสนอวิธีการที่อาจจะเรียกได้ว่า “การสร้างกฎเกณฑ์ (Normbildung) ขึ้นมาจากหลักการพื้นฐานต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsprinzipien) โดยตุลาการ” ในกรณีนี้ จะต้องมีการย้อนกลับไปใช้ประโยชน์จากรูปแบบทางกฎหมายในสมัยโบราณ กล่าวคือ ในสมัยก่อนที่จะมีกฎหมายของนักกฎหมาย<sup>48</sup> ซึ่งเป็นที่ทราบกันอยู่แล้วว่า เมื่อมีการพัฒนาจนมาถึงยุคกฎหมายของนักกฎหมายแล้ว กฎหมายจะมีลักษณะของความเป็นประโยชน์กฎหมายที่ชัดเจน กล่าวคือ มีทั้งส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายและส่วนที่เป็นผลในทางกฎหมาย<sup>49</sup> วิธีการนี้จึงมีความหมายในเบื้องต้น เท่ากับเป็นการมอบอำนาจและกำหนดให้เป็นหน้าที่ของตุลาการในขณะเดียวกัน ให้เข้ามาดำเนินการ พัฒนากฎเกณฑ์ทาง

<sup>48</sup> โปรตดู ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 6, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546, หน้า 298

<sup>49</sup> โปรตดู เชียงอรธที่ 16

กฎหมาย โดยในการทำหน้าที่นี้ เหล่าตุลาการจะต้องพยายามดึงเอาพลังแห่งการสร้างสรรค์ของสังคม และนิติประเพณีของเหล่าตุลาการนั้นเอง มาใช้ประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของหลักการตีความกฎหมายหรือ การยึดถือแนวคำวินิจฉัยฉบับก่อนๆ เป็นแนวทาง<sup>50</sup> วิธีการเหล่านี้จะทำให้คำครหาที่ว่า เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจของตุลาการนั้น หมดสิ้นไป

สำหรับหลักการพื้นฐานระดับที่สอง ซึ่งผ่านกระบวนการของการสร้างขึ้นเป็นประโยคกฎหมายมาแล้ว ไม่ว่าจะโดยกระบวนการของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือโดยกระบวนการของทางฝ่ายตุลาการเอง จึงเป็นหลักการที่สามารถใช้เป็นพื้นฐานในการฟ้องร้องตามกระบวนการยุติธรรมได้ แต่กระนั้นก็ตาม ความเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยตรงของหลักการเหล่านี้ก็ยังขึ้นอยู่กับกรอบแห่งการยอมรับของสถาบันต่างๆ เหล่านี้ ซึ่งหากพ้นกรอบนั้นออกมา ก็จะมีสภาพไม่แตกต่างไปจากหลักการพื้นฐานระดับแรก ซึ่งจะต้องผ่านกระบวนการพัฒนาเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเช่นเดียวกับหลักการระดับแรก<sup>51</sup>

ตามแนวความคิดของ Prof. Esser นั้น หลักการพื้นฐานที่กล่าวมาแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นหลักการพื้นฐานในระดับใด ล้วนแล้วแต่มีสิ่งๆ ที่เรียกว่า เป็นคุณสมบัติร่วมกันอยู่ทั้งสิ้น และคุณสมบัติร่วมกันดังกล่าวนี้ก็คือ “ลักษณะของความเป็นกรอบและแนวทางการแก้ไขสิ่งบกพร่อง” และหลักการพื้นฐานแต่ละหลักการก็จะมีผลซึ่งกันและกัน โดยบางกรณีอาจมีเป้าหมายที่ดูเหมือนจะตรงข้ามกัน ดังเช่นกรณี

<sup>50</sup> โปรดดู Esser, J., aaO., S. 74ff., 85.

<sup>51</sup> AaO., S. 73-75.

ของหลักการเกี่ยวกับความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจะต้องพิจารณาว่า เป็นดั่งขั้วแม่เหล็กทั้งสองขั้วที่ส่งอิทธิพลแก่กัน และขาดซึ่งกันและกันมิได้ หลักการพื้นฐานที่ดูเหมือนจะขัดแย้งกันนั้นก็เช่นเดียวกัน หากพิจารณาตามกระบวนการที่เหมาะสม รวมทั้งมีการกระจายความเสี่ยงอย่างเป็นธรรม ก็จะไม่คู่ขัดแย้งที่สมเหตุสมผลที่ขาดซึ่งกันและกันมิได้เช่นกัน<sup>52</sup>

แนวความคิดของ Prof. Esser ที่นำเสนอมานี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการปูพื้นฐานครั้งสำคัญ ในส่วนของวิธีการที่จะใช้สำหรับการพัฒนาหลักการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานและวิธีการแก้ปัญหาการณีสที่สิทธิขั้นพื้นฐานตั้งแต่สองสิทธิขึ้นไปมีความขัดแย้งระหว่างกันเกิดขึ้น

ราวสามทศวรรษต่อมา ได้มีนักทฤษฎีกฎหมายผู้มีชื่อเสียงท่านหนึ่ง นามว่า Prof. Robert Alexy เสนอแนวคำสอนใหม่เกี่ยวกับหลักการพื้นฐาน โดยคำสอนนี้ มีแนวความคิดว่า หลักการพื้นฐาน (Grundsatz หรือ Prinzip ซึ่งมีความหมายเดียวกัน) ย่อมมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ (norm) ที่มีลักษณะเฉพาะของตนเอง กล่าวคือ เป็นประเภทของกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะพิเศษ ทั้งนี้เพราะ หลักการพื้นฐานก็คือ กฎเกณฑ์ ที่กำหนดให้ดำเนินการให้บรรลุผลซึ่งบางสิ่งบางอย่างโดยอาศัยความเป็นไปได้ทั้งทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริงให้เกิดประโยชน์สูงสุด หลักการพื้นฐานที่กล่าวถึงนี้ จึงเป็นข้อกำหนดให้ดำเนินการให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยที่ขอบเขตแห่งการดำเนินการให้บรรลุผล จะประสบผลสำเร็จเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความเป็นไปได้ทางกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เป็นเกณฑ์

---

<sup>52</sup> AaO., S. 80f.

แต่อย่างไรก็ตามคำว่ากฎเกณฑ์ตามความหมายของ Prof. Alexy มีความแตกต่างจากคำว่ากฎเกณฑ์ตามความหมายทั่วไป กล่าวคือ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามความหมายของ Prof. Alexy นอกจากจะประกอบด้วย “กฎเกณฑ์ที่แสดงออกมาจากบทบัญญัตินั้น ๆ โดยตรงแล้ว” ยังประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่เรียกได้ว่า “กฎเกณฑ์ร่วม” (zugeordnete Normen) กล่าวคือ ยังมีกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่พ่วงเข้ามา และกฎเกณฑ์เหล่านี้มิได้มีลักษณะเป็นสายลักษณะอักษร หากแต่จำเป็นต้องมีค่าบังคับเช่นเดียวกัน “เพื่อให้การให้เหตุผลอย่างถูกต้องตามสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งที่เป็นไปได้” กฎเกณฑ์ร่วมดังกล่าวนี้ มีพื้นฐานร่วมกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญและมีหน้าที่ทำให้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเกิดความชัดเจนขึ้น จึงถูกมองว่า มีสภาพไม่แตกต่างไปจากการเป็นผลลัพธ์ย่อย ๆ ที่เกิดจากความพยายามตามนิติวิธีก่อนที่จะกลายมาเป็นคำพิพากษาของคดี แต่ละคดีนั่นเอง การจัดกลุ่มให้หลักการพื้นฐานเป็นประเภทของกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะพิเศษ จึงเป็นไปได้เพื่อให้การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานและการขัดกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับกรณีศาลรัฐธรรมนูญใช้วิธีการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิต่าง ๆ ให้สามารถดำเนินไปได้อย่างราบลื่นนั่นเอง<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> ไพรอดู Alexy, R., Theorie der Grundrechte, 1985, S.53ff., 71ff.

2ข) แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน

จากการที่ผู้ร่างกฎหมายพื้นฐาน หรือรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับปัจจุบัน ได้มีมติเห็นชอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 อนุมาตรา 3 เท่ากับว่าผู้ร่างฯ ต้องการให้สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายมีผลผูกพันอย่างเคร่งครัด และมีความหมายเท่ากับว่าผู้ร่างฯ ได้ตั้งใจปฏิเสธอย่างชัดเจนต่อแนวความคิดที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเพียงหลักเกณฑ์พื้นฐาน ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ยึดถือกันมาแต่เดิม และเป็นเจตนารมณ์ที่นักกฎหมายไม่อาจจะมองข้ามไปได้ และเมื่อต้องพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานเมื่อใด สิ่งแรกที่ต้องดำเนินการก็คือ จะต้องพิจารณาหาส่วนที่เป็นเนื้อหาแห่งสิทธิของสิทธิอื่น ๆ ซึ่งมีความแน่นอนชัดเจนและมีผลผูกพันอย่างเคร่งครัดเสียก่อน แม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 อนุมาตรา 3 ไม่อาจที่จะกำหนดเนื้อหา สำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธิได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวนี้เอง ที่เป็นตัวบังคับให้ต้องมีการตีความแต่ละสิทธิ เพื่อดึงเอาศักยภาพแห่งความผูกพันอย่างเคร่งครัดของแต่ละสิทธิออกมาให้หมด การมีบทบัญญัตินี้จึงเป็นไปเพื่อให้มีพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญสำหรับสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่จะสามารถผูกพันฝ่ายที่ถืออำนาจรัฐทุกฝ่ายได้ ฉะนั้น การพิจารณาว่าการที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานใด ๆ ย่อมเท่ากับเป็นการกำหนดให้บทบัญญัตินั้นมีสภาพบังคับที่ผูกพันอำนาจรัฐทุกฝ่ายอย่างเคร่งครัด ย่อมต้องมาก่อนการพิจารณาใด ๆ ที่มีผลทำให้สภาพบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานต้องอ่อนค่าลงไป กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันจึงเน้นย้ำสภาพบังคับอันเคร่งครัดดังกล่าว โดยการบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 ซึ่งเปิด

ทางให้เรื่องทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน สามารถมาสู่ศาลได้ และ มาตรา 93 อนุมาตรา 1 ข้อ 4a ซึ่งเปิดช่องให้ประชาชนสามารถร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญได้<sup>54</sup> เพื่อเป็นการเสริมให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีสภาพบังคับได้อย่างแท้จริง โดยการเปิดช่องให้ใช้กระบวนการยุติธรรมทางศาลเป็นหลักประกันอีกชั้นหนึ่ง และหลักประกันดังกล่าวนี้เองที่ Prof. Chr. Starck ถึงกับกล่าวว่า “เป็นเงื่อนไขที่แท้จริง ที่ทำให้บทบัญญัติที่กำหนดให้มีผลผูกพันนั้น เป็นจริงขึ้นมาได้ในทางปฏิบัติของกฎหมาย”<sup>55</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ความมีประสิทธิภาพของการตรวจสอบโดยกระบวนการยุติธรรมนั่นเอง ก็ยังมีเงื่อนไขอยู่ที่ความชัดเจนของการกำหนดให้เป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตาม สำหรับฝ่ายอำนาจรัฐที่ถูกควบคุมโดยกระบวนการยุติธรรมอีกด้วย

เมื่อพิจารณาจากพื้นฐานทางความคิดนี้แล้ว คงจะเป็นการยากที่จะลดฐานะของบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานลงเป็นเพียงหลักการพื้นฐานดังที่เคยเป็นมาในยุคก่อน และหากมีกรณีที่เนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธิอาจจะไม่มีความชัดเจน ก็ต้องถือเป็นหน้าที่ประการแรกสำหรับผู้พิจารณาที่จะต้องใช้ความพยายามในการหาความชัดเจนในจุดนั้นก่อนสิ่งอื่นใด ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว สิ่งที่เหลืออยู่ภายในขอบเขตแห่งเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานที่พิจารณาได้แล้วนั้น อาจจะมีได้รวมเอาเป้าหมายและสิ่งพึงปรารถนาสำหรับสิทธิ

<sup>54</sup> ไพรตดู บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า 67-69

<sup>55</sup> ไพรตดู Starck, Chr., in: Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 1985, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 169.

ดังกล่าวไว้ได้ทั้งหมด โดยบางครั้งอาจจะเหลือแต่เพียงส่วนที่เป็นเม็ด  
ในที่แข็งจริงๆ เท่านั้น ที่ถือได้ว่าเป็นเนื้อหาที่เป็นไปได้ของกฎเกณฑ์  
แห่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีผลผูกพันอย่างเคร่งครัดได้ ซึ่งเนื้อหาที่เหลือ  
นี้ไม่เป็นการเพียงพอ ที่จะส่งผลให้สามารถกำหนดพฤติกรรมสำหรับ  
ผู้มีหน้าที่ได้อย่างเต็มที่

ประเด็นตัวอย่างที่เป็นปัญหาก็คือ หลักความเสมอภาค ซึ่ง  
เปิดกว้างสำหรับการกำหนดมาตรการของรัฐต่อปัจเจกบุคคลหรือ  
กลุ่มบุคคล ให้สามารถดำเนินการใดๆ ก็ได้ ตราบที่การดำเนินการ  
นั้นๆ ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคหากมีการเปรียบเทียบเกิดขึ้น แต่  
ในส่วนของหลักความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงกับชาย กลับ  
เป็นประเด็นที่เป็นปัญหา ถึงขนาดที่ Prof. J. Esser กล่าวว่า  
“ดูเหมือนว่าเป็นกรณีที่หาทางออกไม่ได้” เนื่องจากไม่มีพื้นฐาน  
เพียงพอสำหรับการที่ศาลจะพัฒนากฎหมายต่อไปได้<sup>56</sup> นั้น แม้จะมี  
นักวิชาการหลายท่านมีความเห็นไปในทำนองเดียวกัน ว่าประเด็น  
ปัญหาดังกล่าวเป็นทางตันสำหรับนักกฎหมาย แต่ศาลรัฐธรรมนูญ  
แห่งสหพันธ์ของเยอรมันกลับพิจารณาว่า หลักความมีสิทธิเท่าเทียม  
กันระหว่างหญิงกับชาย “เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่แท้จริง” โดย  
ศาลฯ ได้ขยายความต่อไปว่า “เพื่อให้สามารถรับรองมาตรา 3  
อนุมาตรา 2 ว่าเป็นประโยชน์กฎหมายและสามารถใช้มาตราดังกล่าว  
ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายพื้นฐานได้ ย่อมนับได้ว่า  
เป็นความจำเป็น ที่จะต้องสกัดความหมายที่ชัดเจนทางนิติศาสตร์ที่

---

<sup>56</sup> โปรตดู Esser, J., Grundsatz und Norm in der richterlichen  
Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 80f.

ติดมากับคำว่า “ความมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ออกมาจากคำดังกล่าวให้ได้ และต้องไม่นำไปปนกับคำอื่น เช่นคำว่า “ค่าเท่ากัน” ซึ่งมีความหมายกว้างจนยากที่จะหาความหมายทางนิติศาสตร์ออกมาได้ และศาลฯ ยังชี้ว่า “การห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นเนื้อหาของมาตรา 3 อนุมาตรา 2 นี้ ย่อมมีความหมายแต่เพียงว่า ความแตกต่างใดๆ ที่มีอยู่ตามข้อเท็จจริง ย่อมไม่อาจมีผลในทางกฎหมายได้” และศาลฯ ยังสรุปต่อไปว่า มาตรา 3 อนุมาตรา 2 นี้ ย่อมมีคุณสมบัติเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่เป็นตัวกำหนดเงื่อนไขสำหรับการตีความของตุลาการและการเพิ่มเติมกฎหมาย ในกรณีที่ศาลฯ มีความจำเป็นต้องดำเนินการอุดช่องว่างของกฎหมาย<sup>57</sup> นอกจากนี้แล้ว ในการอุดช่องว่างของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ก็ต้องคำนึงถึงมาตราดังกล่าวด้วย กล่าวคือ จะดำเนินการอุดช่องว่างของกฎหมายในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศก็ได้เช่นกัน

โดยสรุปแล้ว แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น มีการแยกรูปแบบของความมีผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานเชิงภววิสัยออกเป็นสองรูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ ต้องแยกพิจารณาว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นเป็นกรณีของหลักประกันสำหรับสถาบันทางกฎหมาย (Einrichtungsgarantie) หรือเป็นกรณีของเนื้อหาแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามภววิสัย ซึ่งการแยกแยะดังกล่าวจะมีผลต่อรูปแบบของความผูกพันว่าจะเป็นการผูกพันแบบเคร่งครัดหรือเป็นการผูกพันในฐานะที่เป็นหลักการพื้นฐาน ดังจะได้พิจารณาต่อไป

<sup>57</sup> BVerfGE 3, 225 (239ff., 242).



(1) หลักประกันเชิงสถาบันทางกฎหมาย  
(Einrichtungsgarantie)

คำว่า สถาบันทางกฎหมาย<sup>58</sup> มีใช้กันมาตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งใช้คำว่า Institution โดยมีความหมายแยกออกได้เป็นสองนัย กล่าวคือ อาจหมายถึงคำสอน หรือข้อชี้แนะ และอาจหมายถึง รูปลักษณะพื้นฐานของกฎเกณฑ์ ก็ได้

ในส่วนของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีสถานะเป็นหลักประกันสำหรับสถาบันทางกฎหมาย ย่อมมีสถานะสองสถานะอยู่ในตัว กล่าวคือ สถานะแรกเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในตัวของมันเอง และสถานะที่สองเป็นหลักประกันสำหรับสถาบันทางกฎหมายที่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นๆ ก่อตั้งขึ้นมา บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีสถานะเป็นหลักประกันสำหรับสถาบันทางกฎหมายย่อมมีผลผูกพันอย่างเคร่งครัด และมีเนื้อหาหลักก็คือ เป็นการห้ามมิให้มีการยกเลิกสถาบันทางกฎหมายที่รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้นมาแล้วนั้น หรือทำให้สถาบันดังกล่าวหมดความหมายไปด้วยวิธีการใดๆ ก็ตาม

นอกจากนี้แล้ว หลักประกันสำหรับสถาบันทางกฎหมายยังได้รับการเชื่อมโยงกับแนวความคิดเกี่ยวกับบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานด้วย กล่าวคือ มีการพิจารณาว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานและหลักประกันสำหรับสถาบันทางกฎหมายนั้น ต้องพิจารณาว่าเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐาน ซึ่งเป็นตัวกำหนดความเป็นไปของระบบของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ โดยมี

---

<sup>58</sup> โปรตุเกส, เยอรมนี, ฝรั่งเศส, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14, 2542, หน้า 231

เป้าหมาย เพื่อให้แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ในเรื่องนั้นๆ เป็นจริงขึ้นมาในทางปฏิบัติของกฎหมายในชีวิตประจำวันนั่นเอง”<sup>59</sup> ซึ่งหากพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันแล้ว จะพบว่า คำวินิจฉัยทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานตาม มาตรา 5 และมาตรา 9 แห่งกฎหมายพื้นฐาน เป็นไปตามแนวความคิดดังกล่าว<sup>60</sup>

## (2) ประเด็นเกี่ยวกับเนื้อหาแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามภววิสัย

ในประเด็นที่เกี่ยวกับเนื้อหาแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามภววิสัย นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันอาศัยผลการถกเถียงกันทางวิชาการ ในสมัยที่อยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ มาเป็นแนวทาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวความคิดของ Prof. Rudolf Smend เกี่ยวกับ “ระบบแห่งคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐาน” ที่ว่า “เบื้องหลังของประเด็นที่เป็นที่ถกเถียงกันเกี่ยวกับการมีผลทางตรงหรือทางอ้อมของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีต่อกฎหมายทางเทคนิคที่มีลักษณะเฉพาะนั้น ยังมีสิ่งอื่นที่มีความสำคัญยิ่งกว่า นั่นคือ เป็นที่มาของสิทธิเหล่านั้น จึงควรเก็บประเด็นเกี่ยวกับผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ก่อน แล้วหันมาพิจารณาในจุดนี้ ที่ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นคือการประกาศต่อโลก เกี่ยวกับระบบทางวัฒนธรรมและระบบแห่งคุณค่า ที่เป็นการแสดงออก ซึ่งความหมายของรัฐธรรมนูญ ใน

<sup>59</sup> โปรตดู P.Saladin, Grundrechte im Wandel, 1970, S. 295f.

<sup>60</sup> โปรตดู Stern, K., aaO., S. 773 FN 115 mwN.

การกำหนดสภาพความเป็นอยู่ภายใต้รัฐนั่นเอง”<sup>61</sup> ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในสมัยนั้นแล้ว ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมมีผลแผ่ไปถึงฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ

จากภารกิจที่หลากหลายของสิทธิขั้นพื้นฐาน ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของการขยายขอบเขตเข้าไปยังเรื่องใหม่ๆ ที่ไม่เคยมีการพูดถึงกันมาก่อน หรือกรณีที่มีการกระทบกระทั่งกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยกัน รวมทั้งกรณีที่มีการมอบภารกิจให้องค์กรรัฐทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่ได้รับมอบหมาย โดยมีดุลพินิจในการตัดสินใจดำเนินการได้อย่างค่อนข้างจะกว้างขวาง การส่งผลในฐานะที่เป็นหลักการพื้นฐานของบทบัญญัติทั้งหลายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงเป็นตั้งเครื่องมือที่ถูกนำมาใช้ในการพัฒนาสิทธิขั้นพื้นฐานในระยะหลังนี้ เนื่องจากกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้มักจะมีได้ระบุผลในทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน แนวความคิดทางวิชาการที่พัฒนาวิธีการต่างๆ ขึ้นมาสำหรับกรณีดังกล่าวตั้งที่ได้นำเสนอมมาแล้ว จึงมีส่วนอย่างสำคัญในการพัฒนาในส่วนนี้

## 2.2 สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิตามอัตวิสัย

เมื่อได้พิจารณาสิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิตามกาววิสัยไปแล้ว จึงขอนำเสนอแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิตามอัตวิสัย ซึ่งเป็นวิวัฒนาการทางความคิดที่น่าสนใจในระบบกฎหมายของเยอรมัน ซึ่งอาจจะนำมาใช้ประโยชน์ในระบบกฎหมายของไทยได้เช่นเดียวกัน

<sup>61</sup> โปรตดู Smend, R., Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 161ff.

## 2.2.1 ลักษณะโดยทั่วไปของสิทธิตามอรรถวิสัย

### 2.2.1.1 วิวัฒนาการของความเป็นสิทธิตามอรรถวิสัย

เป็นที่น่าสังเกตว่า หากพิจารณาวิวัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิตามอรรถวิสัยเป็นลำดับแล้วจะเห็นถึงความเปลี่ยนแปลงในลักษณะที่กลับไปกลับมา แม้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับความสำคัญของปัจเจกบุคคลจะควบคู่กันมากับพัฒนาการของสิทธิขั้นพื้นฐานก็ตาม แต่ก็มีประเด็นที่ถกเถียงกันเป็นระยะเวลานานว่า สำหรับกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น จะโยงไปถึงสิทธิสิทธิตามอรรถวิสัยด้วยหรือไม่ การต่อสู้กันทางความคิดในประเด็นนี้มีส่วนกำหนดอย่างสำคัญสำหรับความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นสิทธิตามอรรถวิสัยในระบบกฎหมายของเยอรมันในยุคปัจจุบัน

แม้ว่าจะมีนักประวัติศาสตร์กฎหมายบางท่านเชื่อว่า ในสมัยกลางนั้น เนื้อหาทั้งหมดของกฎหมายตามทฤษฎีในสมัยนั้น เป็นผลพวงมาจากสิทธิทั้งหลายตามอรรถวิสัยที่ได้มาโดยชอบ<sup>62</sup> นั่นเอง ซึ่งฟังดูอาจจะแย้งกับแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของผู้ปกครอง เนื่องจากสมัยนั้นผู้ปกครองย่อมมีอำนาจในการวางกฎเกณฑ์ได้โดยไม่ต้องถามผู้ใด และไม่ถูกผูกมัดโดยกฎหมาย (*princeps legibus solutus*) และภายใต้การปกครองดังกล่าวมีหลักฐานยืนยันเป็นที่แน่ชัดว่า การจำกัดอำนาจของผู้ปกครองในเบื้องต้นนั้น เริ่มมาจากประโยคกฎหมายตาม

<sup>62</sup> โปรตดู Kern, F., *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter*, 2. Aufl. 1954, S. 129, 143.

ภาวีสัยที่มีพื้นฐานมาจากกฎหมายธรรมชาติ<sup>63</sup> สำหรับสิทธิทั้งหลายตามอรรถวิสัยที่ได้มาโดยชอบ (*iura quaesita*) แม้จะมีผลผูกพันผู้ปกครองบ้าง แต่ก็ต้องใช้ควบคู่ไปกับเสรีภาพตามธรรมชาติ<sup>64</sup>

### 2.2.1.2 สถานการณ์ในช่วงเริ่มต้นของระบบรัฐธรรมนูญนิยม

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในขณะที่มีการนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานมาบัญญัติไว้เป็นรายมาตรา ในรัฐธรรมนูญของเยอรมัน ราวกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงเริ่มต้นของระบบรัฐธรรมนูญนิยมนั้น ในทางวิชาการที่ศึกษาเกี่ยวกับระบบกฎหมายโดยทั่วไป ซึ่งก็คือกฎหมายแพ่งในสมัยนั้น ยังหาได้รู้จักประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิตามอรรถวิสัยแต่อย่างใดไม่<sup>65</sup> กล่าวคือ แม้แต่คำว่า “สิทธิตามอรรถวิสัย” ก็ยังไม่ได้รับการศึกษาวิจัย ฉะนั้น ถึงแม้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญในสมัยนั้น จะนำเอาคำดังกล่าวมาบัญญัติไว้ใน

---

<sup>63</sup> โปรตดู บุญศรี มิ่งศรีอุโฆษ, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายมหาชนเบื้องต้น ปีการศึกษา 2545, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 11

<sup>64</sup> โปรตดู Bauer, H., *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986, S.38ff. mwN. แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า มีนักนิติศาสตร์บางท่านตั้งคำถามกับแนวความคิดที่ว่า สิทธิตามภาวีสัยมีผลผูกพันฝ่ายปกครองในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 19 โปรตดู Giese, F., *Die Grundrechte*, 1905, S. 62, 74.

<sup>65</sup> โปรตดู Stern, K., aaO., S. 510 FN 119 mwN.

รัฐธรรมนูญ ก็มีอาจก่อให้เกิดผลเป็นความเปลี่ยนแปลงไปในทางใด ๆ ได้

### 2.2.1.3 แนวความคิดของนักคิดทางนิติศาสตร์ เกี่ยวกับสิทธิตามอัตตวิสัย

Prof. Georg Jellinek (1851–1911) เป็นนักนิติศาสตร์ที่มีบทบาทสำคัญในการจัดระบบของสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยแยกพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานออกเป็นสถานภาพต่าง กล่าวคือ

Status negativus เป็นสิทธิป้องกันการก้าวล้ำของอำนาจรัฐที่ก้าวล่วงเข้ามาในขอบเขตที่เป็นสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

Status positivus เป็นสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายมหาชนของปัจเจกบุคคล เพื่อให้รัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลนั่นเอง เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล เป็นต้น

Status activus เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการปกครองหรือในการสร้างเจตจำนงแห่งรัฐ<sup>66</sup>

โดยเห็นว่า สิทธิขั้นพื้นฐานย่อมก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่ปัจเจกบุคคล ในอันที่จะได้รับการรับรอง และละเว้นหรือทำการจำกัดการรบกวนสถานภาพเชิงปฏิเสธของตนได้ ทำนองเดียวกันกับเจ้าของสิทธิเด็ดขาด เป็นต้นว่า เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ที่สามารถเรียกร้องให้กำจัดการรบกวนการถือครองที่ดินของตนได้เช่นกัน<sup>67</sup>

<sup>66</sup> โปรตดู บุญศรี มีวงศ์โฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ เปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, อ่างแล้ว, หน้า 54

<sup>67</sup> โปรตดู Jellinek, G., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 105.

นอกจากนี้แล้ว Prof. Jellinek ยังอาศัยแนวทางตามกฎหมายแพ่งมาอธิบายคำว่า “สิทธิตามอัตตวิสัย” ว่า สิทธิตามอัตตวิสัยก็คือ อำนาจแห่งเจตจำนงของมนุษย์ ที่ได้รับการรับรองและสนับสนุนจากระบบกฎหมาย<sup>68</sup> แต่อย่างไรก็ตาม คำอธิบายดังกล่าวก็ไม่อาจสร้างความกระจ่างเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิตามอัตตวิสัยนี้กับกฎเกณฑ์ของกฎหมายตามภววิสัย ให้เกิดขึ้นได้แต่อย่างใด

ประเด็นปัญหานี้ได้มีนักนิติศาสตร์ในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 พยายามที่จะแก้ไขโดยการกำหนดลักษณะสำหรับสิทธิตามอัตตวิสัยเสียใหม่ว่า “เป็นอำนาจที่สามารถยังผลเป็นการคุ้มครองสิทธิของตนเองได้ และเป็นกฎเกณฑ์ที่ไต่กันกับผู้มีหน้าที่ได้อย่างได้ผล”<sup>69</sup> แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดดังกล่าวนี้ก็มิอาจโน้มน้าวนักกฎหมายส่วนใหญ่ให้มีความเห็นคล้อยตามได้ เพราะส่วนใหญ่ก็ยังคงยึดติดกับแนวคำสอนของปรมาจารย์ทางกฎหมายมหาชนอีกท่านหนึ่ง ซึ่งได้วางบรรทัดฐานมาตั้งแต่ช่วงปลายของคริสต์ศตวรรษที่ 19 แล้วว่า “มิใช่ว่าสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายทุกสิทธิจะสามารถนำไปฟ้องร้องต่อศาลได้” อีกทั้งยังเน้นด้วยว่า “คำว่ากฎหมายนั้นมิได้มีเงื่อนไขอยู่ที่ว่า จะต้องสามารถบังคับการให้เป็นไปตามนั้นได้เสมอไป”<sup>70</sup> แนวความคิดของนักกฎหมายส่วนใหญ่ รวมทั้ง Prof.

---

<sup>68</sup> AaO., S. 44.

<sup>69</sup> ไพรตดู Giese, F., Die Grundrechte, 1905, S. 73. แต่อย่างไรก็ตาม การวางเกณฑ์ดังกล่าว เพื่อนำไปสู่ผลสรุปที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมิใช่สิทธิตามอัตตวิสัย

<sup>70</sup> ไพรตดู v. Gerber, C.F., Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. 1880, S.40f.

Jellinek ด้วย จึงล้อยไปในทางที่ว่า “อำนาจแห่งเจตจำนงนั้น มิได้ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการฟ้องร้องด้วย”<sup>71</sup>

ในทางด้านกฎหมายแพ่ง Prof. Rudolf von Jhering (1818-1892) ได้ปูพื้นฐานสำหรับการทำความเข้าใจสิทธิตามอัตตวิสัยว่า เป็นผลประโยชน์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และแนวความคิดของท่านก็นับได้ว่ามีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อวิวัฒนาการของคำว่าสิทธิตามอัตตวิสัย ในเวลาต่อมา

แต่อย่างไรก็ตาม ปรมาจารย์ทางกฎหมายปกครองท่านหนึ่งคือ Prof. Heinrich Rudolf Hermann Friedrich von Gneist (1816-1895) กลับพิจารณาว่า ผลประโยชน์ของผู้มีส่วนร่วมเป็นสิ่งที่มีความหมายรองเพราะในระบบกฎหมายตามภววิสัยของกฎหมายปกครองนั้น วัตถุประสงค์หลักอยู่ที่ประโยชน์ของส่วนรวม และแม้ว่าในกระบวนการวิधिพิจารณาทางปกครองจะ “รับรองผลประโยชน์ของผู้มีส่วนร่วม ในฐานะที่เป็นสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย แต่การรับรองดังกล่าวนั้น เป็นไปเฉพาะในกรณีที่มีการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลเป็นวัตถุประสงค์ในลำดับต้นๆ และเป็นเนื้อหาโดยตรงของการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง อาจกล่าวได้ว่า Prof. von Gneist ไม่เห็นด้วยกับการที่จะนำวิธีการของกฎหมายแพ่ง ซึ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลมาใช้โดยตรง แต่ถ้าพิจารณาที่ผลแล้ว อาจนำไปสู่ผลที่ไม่แตกต่างกันก็ได้ เพราะ Prof. von Gneist ได้เปิดทางไว้แล้วว่า การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลก็มีความเป็นไปได้ “ถ้าการใช้อำนาจในทางที่ผิดของฝ่ายถืออำนาจ

<sup>71</sup> โปรตตุ Jellinek, G., aaO., S.45.



ปกครองเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ของบุคคลและทรัพย์สินของผู้นั้น อย่างถึงขนาดเพียงพอ ที่ผลประโยชน์นั้นๆ จะกลับตัว จนกลายเป็นสิทธิฟ้องร้อง”<sup>72</sup> และในประเด็นนี้ Prof. O. Bühler ได้ชี้ให้เห็นถึงแนวทางการพัฒนาแนวความคิดนี้ในช่วงต่อมาว่า การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจของฝ่ายอำนาจรัฐเป็นผลยิ่งขึ้น เมื่อได้รับการเสริมกำลังจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง<sup>73</sup> แต่ในประเด็นนี้ Prof. Stern ตั้งเป็นข้อสังเกตว่า ความเข้าใจดังกล่าวมิได้ถูกนำไปใช้ประโยชน์กับสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย ในส่วนของสิทธิขั้นพื้นฐานกลับได้ผลไปในทางกลับกัน กล่าวคือ กลับเป็นที่เข้าใจกันไปในทางที่ว่า “เสรีภาพทุกอย่าง ก็คือเสรีภาพจากการใช้กำลังบังคับที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย” และจากพื้นฐานความคิดดังกล่าวได้มีการนำมาใช้ต่อต้านแนวความคิดเกี่ยวกับความเป็นอัตตวิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>74</sup> แม้ว่านักกฎหมายบางท่านจะใช้ถ้อยคำที่ฟังดูไม่มีพิษมีภัยแต่ก็สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดในทำนองเดียวกันดังกล่าว เมื่อกล่าวว่า สิทธิที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมายปกครองนั้น “มิได้มีไว้คุ้มครองเฉพาะในส่วนของสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่รวมไปถึงการดำเนินการทุกอย่างทุกประการที่เป็นไปได้ ในส่วนของเสรีภาพ

<sup>72</sup> โปรตตุ v. Gneist, R., Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2.Aufl. 1879(unveränderter Nachdruck 1958), S. 273.

<sup>73</sup> โปรตตุ Bühler. O., Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S.87.

<sup>74</sup> โปรตตุ Stern, K., aaO., S. 526 mwN.

ส่วนบุคคล”<sup>75</sup> และจากพื้นฐานทางความคิดดังกล่าวทำให้การคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ของประชาชนเป็นไปได้ เท่าที่หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองจะแผ่ไปถึง โดยที่มีได้นำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ มิได้เข้ามารวมพิจารณาด้วยแต่อย่างใด

หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ในปี ค.ศ. 1919 แล้ว ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นสิทธิตามอัตตวิสัยนั้น เป็นประเด็นที่ไม่ต้องมีการถกเถียงกันอีกต่อไป<sup>76</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานก่อให้เกิดสิทธิตามอัตตวิสัยหรือไม่ ประเด็นปัญหาในขณะนั้นจึงมุ่งไปที่การเจาะจงตัวสิทธิต่าง ๆ ว่าบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญ มีฐานะเป็นแต่เพียงแนวนโยบายแห่งรัฐ ซึ่งยังไม่ก่อให้เกิดผลเป็นการผูกพัน บทบัญญัติใดมีฐานะเป็นกฎหมายตามภววิสัย ซึ่งมีผลผูกพัน และหากเป็นกรณีประการหลัง หากเนื้อหาแห่งกฎหมายที่เปิดช่องก็จะมีฐานะเป็นสิทธิตามอัตตวิสัยสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องและมีผลเป็นการผูกพันฝ่ายปกครองโดยปราศจากการโต้แย้ง<sup>77</sup>

<sup>75</sup> โปรดดู G. Anschütz เชิงอรรถที่ 14 vor Tit. II, Anm. 3 III mwN.

<sup>76</sup> โปรดดู Bühler. O., Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, 3. Aufl. 1929, S. 122.

<sup>77</sup> โปรดดู Thoma, R., Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, 1925, S. 183.

ในขณะที่วิวัฒนาการของสิทธิขั้นพื้นฐานเริ่มมีผลบังคับตามกฎหมายถึงขนาดที่มีการตรวจสอบโดยศาลได้<sup>78</sup> แต่สำหรับฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความมีผลผูกพันของสิทธิตามอัตวิสัยที่มีต่อฝ่ายนี้จะแตกต่างออกไป ทั้งนี้เนื่องจากมีหลักที่ยึดถือกันสำหรับฝ่ายนี้คือหลักการสำคัญที่ว่า *สำหรับการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ต้องตัดประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิตามอัตวิสัยออกไป* ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่ตราออกไปจะต้องมีลักษณะเป็นนามธรรม และมีผลใช้บังคับกับทุกคนโดยเสมอหน้ากัน โดย Prof. Anschütz ได้อธิบายอย่างเป็นรูปธรรมว่า “การที่ปัจเจกบุคคลจะเรียกร้องจากรัฐ ในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ให้ดำเนินการ งดเว้นการดำเนินการหรือเพิกถอนการกระทำทางนิติบัญญัตินั้น ตามทัศนคติของเราแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่เป็นไปได้”<sup>79</sup>

สำหรับกระบวนการยุติธรรมนั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ มิได้กำหนดให้มีกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการเฉพาะเจาะจง ทำให้สิทธิตามอัตวิสัยไม่อาจมีผลใดๆ ต่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ ส่วนในระดับมลรัฐ แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐบาวาเรีย ปี ค.ศ. 1919 จะเปิดช่องให้ประชาชนสามารถร้องทุกข์ได้ หากมีการกระทำใดๆ ของหน่วยราชการ ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้สิทธิของตนเสียหาย แต่เมื่อมีการร้องทุกข์เกี่ยวกับกฎหมายที่ตราโดยสภาแห่งรัฐต่อศาลแห่งรัฐ ของมลรัฐบาวาเรีย ศาลก็ได้มีคำวินิจฉัยว่าสภาแห่งรัฐ มิใช่หน่วยราชการตามความหมายแห่ง

<sup>78</sup> โปรตดู 2.1.3.3 ข้อ 1) ข้างต้น

<sup>79</sup> โปรตดู G. Anschütz เชิงอรรถที่ 18, Art. 70 Anm.3-5.

บทบัญญัติดังกล่าว<sup>80</sup> จึงจะเห็นได้ว่า แม้จะมีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ผลที่ได้รับก็เป็นเช่นเดียวกัน

ภายใต้การปกครองของพรรคนาซีภายใต้การนำของฮิตเลอร์ ซึ่งมีการรวมศูนย์อำนาจที่ปัจเจกบุคคลต้องอยู่ภายใต้การจัดระเบียบอย่างเคร่งครัด ทั้งในด้านการดำรงชีวิต หน้าที่การงานและต่อเมื่อได้เข้ามาอยู่ภายใต้การจัดระเบียบดังกล่าวแล้ว เท่านั้น แต่ละคนจึงจะมีคุณค่า ภายใต้การปกครองดังกล่าว การผดุงไว้และการพัฒนาความเป็นอยู่ของประชาชนโดยรวมต้องมาก่อนการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล ด้วยเหตุนี้ ในระบบดังกล่าวจึงไม่มีที่ว่างสำหรับสิทธิตามอัตตวิสัย และหากสิทธิดังกล่าวจะพอมีหลงเหลืออยู่บ้างก็เป็นประเด็นที่ไม่สู้จะมีความหมายเท่าใดนัก<sup>81</sup>

#### 2.2.1.4 เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน

หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับปัจจุบัน หรือที่ได้รับการขนานนามว่าเป็นกฎหมายพื้นฐาน ในปี ค.ศ. 1949 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของเยอรมัน ที่มีการนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานมาบัญญัติเป็นส่วนแรกของรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นการตอกย้ำให้เห็นถึงความสำคัญของส่วนนี้ และประสงค์จะให้สิทธิ

<sup>80</sup> โปรดดู Stern, K., aaO., S. 529 FN 220 mwN.

<sup>81</sup> ดังที่ Prof. E. Forsthoff ถึงขนาดกล่าวว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานได้กลายเป็นเรื่องของอดีตอย่างสิ้นเชิงโดยไม่มีข้อสงสัยใดๆ” โปรดดู Forsthoff, E., Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 82ff.

ชั้นพื้นฐานเป็นตัวกำหนดความเป็นไปภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่<sup>82</sup> ประเด็นเกี่ยวกับความเป็นสิทธิตามภววิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงมิได้เป็นปัญหาที่จะต้องมีการถกเถียงกันอีกต่อไป<sup>83</sup> เนื่องจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเองได้แสดงออกอย่างชัดเจน<sup>84</sup> ถึงเจตนารมณ์ที่ต้องการจะให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีความหมายอย่างเต็มที่สมบูรณ์แบบโดยการรังสรรค์ให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีฐานะเป็นสิทธิตามอัตวิสัยที่สามารถฟ้องร้องบังคับกันในศาลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 ซึ่งมีเนื้อความว่า “กรณีที่คุณคนได้รับความเสียหายในสิทธิของตนจากการกระทำของฝ่ายอำนาจสาธารณะ บุคคลนั้นย่อมสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนโดยอาศัยกระบวนการยุติธรรมได้ ครอบคลุมเท่าที่มีได้มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ให้การพิจารณากรณีดังกล่าวเป็นเขตอำนาจของศาลยุติธรรม...” เพื่อเป็นหลักประกันอีกชั้นหนึ่งว่า สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายที่กฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติไว้แล้ว จะมีหลักประกันได้ว่า จะได้รับการคุ้มครองสิทธิทางศาลด้วยนอกจากนี้แล้ว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญยังได้มีการอภิปรายกันถึงประเด็นที่

---

<sup>82</sup> โปรดดูคำอภิปรายของ C. Schmid in: Parl.Rat- Plenum, Sten.Ber., S.171.

<sup>83</sup> โปรดดู Dürig, G., in: Maunz- Dürig, Art. 1 Abs. III Rdnr. 96.

<sup>84</sup> โปรดดูคำอภิปรายของ C. Schmid in: Parl.Rat, Sten.Ber., S. 14.

จะให้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ<sup>85</sup> ไว้ในกฎหมายพื้นฐานด้วย แต่ในท้ายที่สุด ก็ได้บัญญัติไว้ การที่ยังมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญไว้ในกฎหมายพื้นฐานตั้งแต่ต้นนั้น มิได้มีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นภววิสัยของสิทธิต่างๆ หากแต่ในขณะนั้นยังไม่เป็นที่กระจ่างในประเด็นเกี่ยวกับการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิตามกระบวนการยุติธรรมทางด้านอื่นๆ<sup>86</sup> และเมื่อในท้ายที่สุดได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเข้ามาในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 อนุมาตรา 1 ข้อ 4a ในภายหลัง ก็จึงเท่ากับเป็นการต่อยอดลักษณะความเป็นสิทธิตามภววิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการระบุไว้ในมาตราดังกล่าว ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

ในส่วนนี้ บทบัญญัติตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 อนุมาตรา 3 ซึ่งกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง ก็นับได้ว่ามีความสำคัญสำหรับความเป็นอัตวิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย เพราะแม้ความมีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงจะพุ่งประเด็นหลักไปที่ความเป็นภววิสัย เพราะจากวิวัฒนาการทางความคิดภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับก่อน คือ รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ได้ปูพื้นฐานไว้แล้วว่า กฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความเป็นกฎหมายตามภววิสัย ย่อมเป็นกฎหมายที่สามารถใช้บังคับได้ นั่นก็คือ มีความเป็น

<sup>85</sup> โปรตดู บุญศรี มีวงศ์โฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ เปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, อ้างแล้ว, หน้า 67-70

<sup>86</sup> โปรตดู Schlaich, K., Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 5. Aufl., 2001, S.131.

สิทธิตามอัตตวิสัยอยู่ในตัวนั่นเอง ทั้งนี้เพราะ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้นกับสิทธิขั้นพื้นฐานในสมัยรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ จึงต้องการที่จะสร้างความชัดเจนให้เกิดขึ้นในส่วนนี้<sup>87</sup> ด้วยการทำให้สิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิเสรีภาพและหลักความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการเรียกร้องกันมาแต่ดั้งเดิม รวมทั้งสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง มีความเป็นสิทธิตามอัตตวิสัย ที่สามารถใช้เป็นฐานในการฟ้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลได้ และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันก็ย้ำประเด็นที่ว่า ความหมายประการต้น ๆ ของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ก็คือ เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล ไว้ในแนวคำวินิจฉัยของศาลมาโดยตลอด<sup>88</sup>

## 2.2.2 ความหมายของสิทธิตามอัตตวิสัย

### 2.2.2.1 คำจำกัดความของสิทธิตามอัตตวิสัย

ในวงการวิชาการของเยอรมันมีการถกเถียงกันมาเป็นเวลานาน เกี่ยวกับประเด็นปัญหาในทางวิชาการที่ว่า เมื่อมีการตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายมหาชนขึ้นมาแล้ว เมื่อใดจึงจะก่อให้เกิดสิทธิตามอัตตวิสัยแก่ปัจเจกบุคคล ในประเด็นปัญหานี้ Prof. Georg Jellinek นับได้ว่าเป็นนักนิติศาสตร์ท่านแรก ๆ ที่ชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องกำหนดความหมายของสิทธิตามอัตตวิสัยให้ชัดเจน

---

<sup>87</sup> โปรตดู v. Mangoldt, in: Parl. Rat., Bonn 1948/ 49, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Drucksachen Nr. 850, 854), S. 5.

<sup>88</sup> โปรตดู BVerfGE 50, 290 (337); 68, 193 (205)

โดยชี้ให้เห็นว่า เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้ศาลปกครองของเยอรมัน มีในการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครอง อาจก่อให้เกิดภาพลวงตาว่า เขตอำนาจของศาล ซึ่งก็คือการแยกอำนาจในการพิจารณาคดีทางปกครองออกมาจากศาลอื่น ในแง่ของรูปแบบนั้น จะเป็นการเพียงพอที่จะเป็นเกณฑ์ในการดำเนินงานเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลได้ ท่านจึงแนะเป็นแนวทางว่าจะต้องมีการแยกแยะในแง่ของเนื้อหาด้วย โดยให้พิจารณาว่าการที่ศาลจะให้การคุ้มครองสิทธิแก่ปัจเจกชนได้นั้น กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ จะต้องให้การรับรองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลอย่างชัดเจนหรือโดยปริยายอีกด้วย<sup>89</sup>

จากแนวทางที่ Prof. Jellinek ได้ให้ไว้ข้างต้น Prof. O. Bühler ได้นำมาพัฒนาต่อมาจนกลายเป็นคำสอนที่ได้รับการขนานนามว่า เป็นคำสอนว่าด้วยกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะคุ้มครองสิทธิ (Schutznormlehre) โดยในคำสอนดังกล่าว ท่านได้กำหนดคำจำกัดความของคำว่าสิทธิตามอัตตวิสัยทางกฎหมายมหาชน (subjektives öffentliches Recht) ไว้ว่า “เป็นสถานะตามกฎหมายของข้าแผ่นดินในความสัมพันธ์ที่มีต่อรัฐ จากสถานะดังกล่าว ข้าแผ่นดินผู้นั้นสามารถเรียกร้องบางสิ่งบางอย่างจากรัฐ หรือเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์ของตนได้ บนพื้นฐานของประโยชน์กฎหมายซึ่งมีลักษณะบังคับและตราขึ้นเพื่อคุ้มครอง

---

<sup>89</sup> โปรดดู Jellinek, G., aaO., S. 67- 70. นับได้ว่า เป็นการนำเอาแนวความคิดของ Prof. von Jhering ซึ่งเป็นการพัฒนาหลักกฎหมายเอกชน มาสานต่อและพัฒนาสำหรับกฎหมายมหาชน โปรดดู von Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 5. Aufl. 1906, S. 327f.



ประโยชน์ของปัจเจกชน”<sup>90</sup> และปรากฏว่าคำนิยามดังกล่าว ได้กลายเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศาลปกครองของเยอรมันจนถึงปัจจุบัน<sup>91</sup> และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ก็ยอมรับแนวความคิดดังกล่าว โดยถือว่าเป็นแนวความคิดที่เป็นกระแสหลักสำหรับปัจจุบัน<sup>92</sup>

### 2.2.2.2 ประเภทของสิทธิตามอัตตวิสัย

เป็นที่น่าสังเกตว่า การแยกประเภทของสิทธิขั้นพื้นฐานตามอัตตวิสัยต่างๆ นั้น โดยหลักแล้ว มิได้มีการแยกตามเนื้อหาของสิทธิต่างๆ เหล่านั้น หากแต่แยกตามสถานภาพที่เกิดขึ้นกับบุคคลจากสิทธิแต่ละสิทธิ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการจัดระบบทางนิติศาสตร์สำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ นั้นเอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นตัวช่วยให้จัดกลุ่มบรรดาผลพวงที่ได้มาจากการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ รวมทั้งผลพวงที่ได้จากทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากสิทธิทั้งหมดแล้วสามารถแยกประเภทของสิทธิขั้นพื้นฐานตามอัตตวิสัยต่างๆ ออกเป็นกลุ่มต่างๆ ได้ สองกลุ่มใหญ่ๆ ที่สำคัญ คือ สิทธิปิดป้อง (Abwehrrecht) และสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง (Leistungsrecht) ในขณะที่สิทธิประเภทอื่นๆ ไม่สู้จะมีบทบาทมากนัก

<sup>90</sup> โปรตดู เชิงอรรถที่ 73 Bühler. O., aaO., S. 22.

<sup>91</sup> โปรตดู บุญศรี มีวงศ์โฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, เชิงอรรถที่ 16 ; vgl. auch Stern, K., aaO., S. 534 FN 247 mwN.

<sup>92</sup> BVerfGE 27, 297(307); 57, 9(26).

### 1) สิทธิปิดป้อง (Abwehrrecht)

ในบรรดาสหพันธรัฐชั้นพื้นฐานทั้งหลายนั้น อาจกล่าวได้ว่ากลุ่มของสิทธิที่ได้ชื่อว่าเป็นสิทธิปิดป้องนี้ จะมีจำนวนมากที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันก็ได้วางหลักไว้ในเรื่องนี้ว่า “สิทธิชั้นพื้นฐานทั้งหลายนั้น ในเบื้องต้นถูกกำหนดมา เพื่อให้คุ้มครองส่วนที่เป็นปริมณฑลแห่งเสรีภาพ (Freiheitssphäre)<sup>93</sup> ของปัจเจกบุคคล จึงเป็นสิทธิปิดป้องของพลเมือง ไว้นับกับรัฐ”<sup>94</sup> คำกล่าวนี้ ศาลฯ มิได้ประสงค์จะยกให้ประเภทของสิทธิปิดป้องมีสถานะพิเศษกว่าประเภทอื่นๆ หากแต่ต้องการจะเน้นว่าโดยหลักแล้วสิทธิชั้นพื้นฐานย่อมมีไว้นับกับรัฐ อีกทั้งการที่ศาลฯ เน้นลักษณะของความเป็นสิทธิปิดป้อง ยังเป็นการชี้ให้เห็นว่า ต้องให้ความสำคัญกับความเป็นสิทธิตามอัตตวิสัย ยิ่งกว่าความเป็นภววิสัย ซึ่งเป็นประเด็นที่มีใช้จะใช้เฉพาะกับสิทธิปิดป้องเท่านั้น การกล่าวถึงสิทธิปิดป้องในคำวินิจฉัยดังกล่าวจึงเป็นการจับคู่เปรียบเทียบกับส่วนที่เป็นภววิสัยเท่านั้น

การที่มีการกล่าวถึงสิทธิปิดป้องในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันบ่อยครั้งในฐานะที่เป็นตัวแทนของสิทธิชั้นพื้นฐานทั้งหมด แม้ว่าจะมีผลเป็นการเน้นความสำคัญของ

<sup>93</sup> สำหรับศัพท์คำนี้ ท่านอาจารย์สมยศ เชื้อไทย ใช้คำว่า “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพ โปรดดู สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า127 ซึ่งก็สามารถสื่อความหมายได้ดี แต่สำหรับผู้เขียน ขอเสนอคำว่า “ปริมณฑลแห่งเสรีภาพ” เพื่อช่วยในการทำความเข้าใจอีกคำหนึ่ง

<sup>94</sup> BVerfGE 7, 198(204f.)

สิทธิปิดป้องก็ตาม แต่ในขณะเดียวกัน ก็สะท้อนให้เห็นว่าการที่ศาลฯ เน้นดังกล่าวเป็นเพราะศาลฯ มิได้พิจารณาว่า สิทธิปิดป้องมีฐานะ เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง และการที่มิได้พิจารณาว่าสิทธิปิดป้องเป็นสิทธิ ประเภทหนึ่งนี้เอง ที่ทำให้ไม่มีการพัฒนาในประเด็นที่เกี่ยวกับ โครงสร้างของสิทธิปิดป้อง เกิดขึ้นในแนวคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นหน้าที่ของ วงการวิชาการที่จะต้องสร้างความชัดเจนขึ้นในส่วนนี้

ตามคำสอนกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมาย แพ่ง จะมีการกล่าวถึงสิทธิตามอัตตวิสัยประเภทหนึ่ง ที่เรียกว่า สิทธิ สัมบูรณ์ (absolute Rechte) หรือสิทธิการมีอำนาจเหนือ<sup>95</sup> (Beherrschungsrechte) ซึ่ง Prof. Wolff และ Prof. Bachof เห็นว่า ควรนำมาปรับใช้ในกฎหมายมหาชนด้วยโดยกล่าวว่า “เป็นสิทธิที่ให้ ความมีอำนาจเหนือแก่ผู้ที่เป็นเจ้าของสิ่งใดสิ่งหนึ่ง ซึ่งอาจได้แก่ ทรัพย์ บุคคล ทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิต่างๆ โดยรับรองว่า ผู้นั้นมีอำนาจ ที่จะดำเนินการใดๆ ต่อสิ่งที่ตนเป็นเจ้าของนั้น และมี

---

<sup>95</sup> เป็นที่น่าสังเกตว่า คำว่าสิทธิการมีอำนาจเหนือนี้ ในกฎหมายแพ่ง เองก็มีประเด็นถกเถียงกัน เพราะนักกฎหมายแพ่งที่มีชื่อเสียงบางท่านมีความ เห็นว่า มิได้จำกัดเฉพาะสำหรับสิทธิสัมบูรณ์ เท่านั้นที่จะก่อให้เกิดสิทธิการมี อำนาจเหนือได้ หากแต่สิทธิสัมพัทธ์ (relative Rechte) ก็สามารถก่อให้เกิดสิทธิ ดังกล่าวได้ด้วย เช่นกัน โปรดดู von Tuhr, A., Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 1910, S. 133, 140ff.

อำนาจที่จะหวงกัน มิให้มีการแทรกแซงใดๆ ที่เป็นการรบกวนสิทธิของตน”<sup>96</sup>

สำหรับในทางวิชาการนั้น มีความเห็นว่า การจะพิจารณา กำหนดเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีลักษณะของความเป็นสิทธิ ปิดป้อง สามารถนำเอาแนวความคิดทำนองเดียวกันกับสิทธิการมีอำนาจเหนือ มาใช้กับสิทธิตามอัตตวิสัยได้อย่างเหมาะสม<sup>97</sup> เพื่อเป็น เกณฑ์ในการกำหนดเนื้อหาของสิทธิ และประเภทของการคุ้มครองที่ เหมาะสมสำหรับสิทธินั้นๆ

จากการที่กฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน มาตรา 1 อนุมาตรา 3 กำหนดให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายอำนาจรัฐทั้งหมด กล่าวคือ ไม่จำกัดว่า จะเป็นฝ่ายอำนาจรัฐฝ่ายใด เท่ากับว่า เป็นการเหมารวมฝ่ายอำนาจ รัฐทั้งหมดให้มีหน้าที่ ที่จะต้องผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าโครงสร้างของแต่ละสิทธิจะเป็นเช่นใด การนำเอา แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิการมีอำนาจเหนือ มาใช้กับสิทธิตาม อัตตวิสัย จึงย่อมจะมีส่วนช่วยในการป้องกัน มิให้มีการตีความใน ส่วนของเนื้อหาของสิทธิตามอัตตวิสัยเช่นว่านี้ ในลักษณะที่แคบ จนเกินไป แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นหนึ่งที่มองข้ามไปไม่ได้ก็คือ สิทธิแต่ละสิทธิย่อมมีรูปแบบการส่งผลที่แตกต่างกัน ดังที่ศาล รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเคยวินิจฉัยเป็นแนวทางไว้ว่า “นิติสมบัติ หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครอง

<sup>96</sup> โปรตดู Wolff/ Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, S. 320.

<sup>97</sup> โปรตดู Stern, K., aaO., S. 565.

(Schutzgut) ย่อมเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐาน”<sup>98</sup> และการกำหนดเนื้อหาดังกล่าว จะมีความเป็นไปได้ ก็ต่อเมื่อได้ใช้แนวความคิดว่าด้วยสิทธิความมีอำนาจเหนือในฐานะที่เป็นสิทธิตามอัตวิสัยเข้ามาจับ ซึ่งพอจะสรุปเป็นโครงสร้างของคำว่าสิทธิปิดป้องได้ว่า สิทธิปิดป้องทั้งหลายก็คือ สถานภาพทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นอัตวิสัยที่ได้รับการประกันจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน การรบกวนสิทธิดังกล่าวโดยฝ่ายอำนาจรัฐย่อมเป็นสิ่งต้องห้ามแต่ถ้ายังเกิดการรบกวนก็มีหลักประกันสำหรับผู้ทรงสิทธิ ที่จะใช้สิทธิเรียกร้องเชิงปฏิเสธต่อการกระทำดังกล่าวเสียได้

## 2) สิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการ (Leistungsrechte)

เมื่อกล่าวถึงสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง (Leistungsrechte) จะเห็นได้ว่าเป็นประเภทของสิทธิ ที่ฟังดูแล้วเป็นที่เข้าใจได้ง่าย เพราะมีความหมายตรงตามตัวอักษรนั่นเอง เพียงแต่การเรียกร้องให้รัฐดำเนินการนั้น รวมถึงการเรียกร้องให้รัฐงดเว้นการดำเนินการด้วย ซึ่งไม่สู้จะเป็นปัญหามาก เพราะโดยหลักกฎหมายทั่วไปนั้น การกระทำมักจะรวมการงดเว้นการกระทำเข้าไว้ในตัวอยู่แล้ว

ประเด็นที่เป็นปัญหาสำหรับนักนิติศาสตร์เยอรมันก็คือ ปัญหาพื้นฐานที่ว่า กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันกำหนดให้มีสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการด้วยหรือไม่ เพียงใด ทั้งนี้เนื่องจากเป็นที่คุ้นเคยกันในหมู่นักกฎหมายแล้วว่า ในทางกฎหมายแพ่งซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันนั้น การที่จะเกิดสิทธิเรียกร้องแก่

<sup>98</sup> BVerfGE 50, 290(354).

ฝ่ายหนึ่งได้นั้น จะต้องมีกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของอีกฝ่ายหนึ่งเสียก่อน ซึ่งหากนำหลักการดังกล่าวมาเทียบเคียงในกรณีนี้ ก็จะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐานในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานกำหนดไว้อย่างชัดเจน ให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายอำนาจรัฐใดบ้าง ซึ่งปรากฏว่ากฎหมายพื้นฐานมีการบัญญัติในส่วนนี้ไว้น้อยมาก จึงเป็นความจำเป็นที่จะต้องอาศัยวิธีการตีความเพื่อขยายความในประเด็นนี้ การขยายความดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นปัญหาต่างๆ ตามมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเกี่ยวกับงบประมาณแผ่นดินว่าจะมีเพียงพอที่จะรับภาระดังกล่าวทั้งหมดได้หรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหาที่ว่าหน่วยงานใด มีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการได้นั้น คงเป็นการยากที่จะใช้วิธีเดียวกันกับกรณีของสิทธิปกป้องที่ได้พิจารณามาแล้ว โดยการอาศัยการตีความมาตรา 3 อนุมาตรา 1 ในลักษณะที่เป็นการเหวี่ยงแหครอบคลุมทุกหน่วยงานให้ทุกหน่วยงานมีหน้าที่ต้องละเว้นการเข้าไปแทรกแซงสิทธิของปัจเจกชน ทั้งนี้เพราะลักษณะของการกระทำการในกรณีดังกล่าวเทียบเคียงได้กับการชำระหนี้ และเนื่องจากหน้าที่ในการกระทำการเพื่อเป็นการชำระหนี้นั้นมีได้เพียงครั้งเดียว เมื่อชำระแล้วก็ป็นอันเสร็จสิ้นกันไป เว้นแต่เป็นกรณีที่หน่วยงานเดียวไม่อาจทำได้เนื่องจากเขตอำนาจไม่ครอบคลุม จึงอาจต้องให้หน่วยงานหลายๆ หน่วยงานเข้ามาร่วมกันกระทำการนั้นๆ

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีปัญหาดังที่ได้กล่าวแล้ว ในการพิจารณาสำหรับกรณีของสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการนี้ ก็คงเสียไม่ได้ ที่จะต้องอาศัยแนวทางของสิทธิปกป้องมาเป็นแนวทางในการพิจารณาเช่นกัน กล่าวคือ จะต้องพิจารณาจากนิติสมมติ หรือ

คุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครอง (Schutzgut) ทั้งนี้เพื่อให้การพิจารณามีพื้นฐานมาจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย และมีเนื้อหาที่ชัดเจนเพียงพอที่จะสามารถพิจารณาได้ กล่าวโดยสรุปก็คือ ต้องเริ่มต้นจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามภววิสัยนั่นเอง ตัวอย่างที่จะช่วยทำให้สามารถเข้าใจประเด็นปัญหานี้อย่างเป็นรูปธรรม ได้แก่ บทบัญญัติตามมาตรา 6 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน ซึ่งกำหนดให้ “ผู้เป็นมารดาทุกคน มีสิทธิเรียกร้องความคุ้มครองและความเอื้ออาทรจากประชาคม” บทบัญญัตินี้ หากจะแปลงให้เป็นหน้าที่ เพื่อจะได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง ก็จะต้องพิจารณาประเด็นต่อไปนี้ สองประเด็นด้วยกันคือ ประเด็นที่ว่า การคุ้มครองและความเอื้ออาทรจะพึงมีได้มากน้อยเพียงใด และประเด็นที่ว่า มีทางเลือกอื่นใดอีกหรือไม่ ที่สามารถจะถือได้ว่า เป็นการดำเนินการตามหน้าที่ที่กำหนดไว้อย่างไม่ขาดตกบกพร่อง

ประเด็นทั้งสองนี้จะช่วยเป็นแนวทางในการพิจารณาว่า ได้มีการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญหรือมีการดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

### 3) สิทธิในการกำหนดสถานภาพทางกฎหมายของตนเอง (Bewirkungsrecht)

เป็นที่น่าสังเกตว่าสิทธิที่กล่าวมาแล้วทั้งสองประการ คือ สิทธิปกป้องและสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง มีเนื้อหาครอบคลุมสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีแทบทั้งหมดแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม หากจะพิจารณาในแง่ของระบบทางกฎหมายของการทรงไว้ซึ่ง

สิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว จะเห็นได้ว่ายังมีสิทธิขั้นพื้นฐานอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นประเภทที่เพิ่งจะมีการค้นพบกันในช่วงทศวรรษแรกหลังสงครามโลกครั้งที่สอง สิทธิประเภทนี้ เป็นสถานภาพทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะของตนเอง กล่าวคือ เป็นสถานภาพที่เปิดโอกาสให้ผู้ทรงสิทธิ สามารถเปลี่ยนสถานภาพทางกฎหมายของตนได้ โดยอาศัยพฤติกรรมการตนเอง<sup>99</sup>

สิทธิประเภทนี้อาจจะมีไม่มากนัก เป็นต้นว่า สิทธิการขอกลับมาถือสัญชาติเยอรมันตามมาตรา 116 อนุมาตรา 2 ประโยคที่สอง แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน สำหรับบุคคลที่ถูกรัฐบาลนาซีภายใต้การนำของฮิตเลอร์ ถอนสัญชาติไป ซึ่งอาจจะเป็นลักษณะเฉพาะสำหรับเยอรมันเอง นอกจากนั้น ยังรวมถึงสิทธิของบุคคลผู้ถูกจับกุมคุมขังในการกำหนดตัวบุคคลที่ตนไว้วางใจ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่จะต้องแจ้งข่าวการจับกุมให้ทราบตามมาตรา 104 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน และสิทธิของผู้ปกครองในการที่กำหนดว่าจะให้เด็กในปกครองของตนจะเข้าเรียนวิชาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนาหรือไม่ ตามมาตรา 7 อนุมาตรา 2 แห่งกฎหมายพื้นฐาน รวมทั้งสิทธิขององค์กรทางศาสนาในการกำหนดหลักการต่างๆ ที่จะบรรจุเข้าเป็นเนื้อหาของวิชาที่เกี่ยวกับศาสนา ตามมาตรา 7 อนุมาตรา 3 อีกด้วย

นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ในทางวิชาการยังจัดสิทธิในการเลือกตั้งและการลงมติ เข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิประเภทนี้ หรืออาจจะเรียกได้ว่าเป็นสิทธิในการเข้ามีส่วนร่วม ทั้งนี้เพราะในการ

<sup>99</sup> โปรตตุ Stern, K., aaO., S. 570ff.



ลงมตินั้น ย่อมถือได้ว่า เป็นการใช้สิทธิในการเปลี่ยนแปลงเจตจำนงที่เป็นบรรทัดฐานสำหรับองค์กรที่จัดให้มีการลงมตินั้น

4) สถานะตามกฎหมายที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน  
(grundrechtliche Rechtsstellungen)

นอกจากสิทธิตามอรรถวิสัยทั้งสามประเภทที่ได้กล่าวมาแล้ว ในทางวิชาการยังมีการพิจารณาถึงสถานะตามกฎหมายที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยแยกออกมาในฐานะที่เป็นสิทธิตามอรรถวิสัยอีกประเภทหนึ่ง ทั้งนี้เพราะสิทธิตามอรรถวิสัยทั้งสามประเภทรัน ยังมีได้ครอบคลุมถึงส่วนที่เป็นคุณสมบัติของบุคคลตามที่กฎหมายกำหนด หรือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่นำไปสู่ผลตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งนักกฎหมายบางท่านอาจจะมองว่า ประเด็นนี้ก็เพียงส่วนที่เรียกได้ว่าเป็นองค์ประกอบของกฎหมายเท่านั้น แต่หากจะพิจารณาว่า ในเมื่อสถานะตามกฎหมายเหล่านี้ถูกกำหนดโดยบทบัญญัติที่วางด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน ในฐานะที่เป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของปริณทลแห่งสิทธิของปัจเจกบุคคล และเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีเหตุผลที่จะไม่รับรองสถานะดังกล่าวในฐานะที่เป็นสิทธิตามอรรถวิสัยสำหรับปัจเจกบุคคลนั้น ๆ

สิทธิตามอรรถวิสัยประเภทนี้อาจแยกออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ

ก) สมาชิกภาพ

สมาชิกภาพในที่นี้หมายถึงสมาชิกภาพในองค์กรที่เกิดขึ้นจากการรวมตัวกันของเหล่าสมาชิก ในประเด็นนี้ แม้แต่ในกฎหมายแพ่งของเยอรมันก็ยอมรับว่า สมาชิกภาพในองค์กรย่อมเป็นสิทธิตาม

อัตรวิสัยได้เช่นกัน ซึ่งหากจะพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน จะมีประเด็นของการถือสัญชาติเป็นประเด็นสำคัญ นอกจากนี้แล้วยังมีบทบัญญัติตามมาตรา 9 อนุมาตรา 1 ให้สิทธิการเข้าเป็นสมาชิกของสหภาพหรือสหพันธ์ อีกด้วย

#### ข) คุณสมบัติของบุคคล

แม้ว่าตามกฎหมายแพ่งของเยอรมันจะยังไม่ยอมรับว่าความสามารถตามกฎหมายจะเป็นสิทธิตามอัตรวิสัยได้ แต่ในแง่ของกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ไม่มีเหตุผลที่จะปฏิเสธเช่นนั้น หรือจะกล่าวให้ชัดเจนก็คือ ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น คุณสมบัติของบุคคลก็เป็นสิทธิตามอัตรวิสัยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคุณสมบัติของบุคคลที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ย่อมเป็นสถานะตามกฎหมายที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น คุณสมบัติในการสมัครรับเลือกตั้ง หรือคุณสมบัติในการเข้าดำรงตำแหน่งทางราชการต่างๆ ย่อมเป็นสิทธิตามอัตรวิสัย หากมีการละเมิดเกิดขึ้น ผู้ถูกละเมิดย่อมมีสิทธิเรียกร้องตามกระบวนการยุติธรรมได้

### 2.2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิประเภทต่าง ๆ

ดังที่ได้พิจารณามาแล้วว่า สิทธิตามอัตรวิสัยทั้งหลายนั้น มีพื้นฐานมาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่อย่างไรก็ตาม ต้องเป็นที่เข้าใจร่วมกันด้วยว่า บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพียงบทบัญญัติเดียวอาจเป็นที่มาของสิทธิต่างๆ หลายประการได้ ในส่วนนี้ จึงเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ที่จะต้องจัดระบบความสัมพันธ์ของสิทธิต่างๆ เหล่านั้นให้เข้าด้วยกัน ซึ่งในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่าง

สิทธิต่าง ๆ นั้น มีการจัดโครงสร้างความสัมพันธ์ออกเป็น 2 แบบด้วยกัน กล่าวคือ

ก) ความสัมพันธ์เชิงภารกิจ ระหว่างสิทธิหลักกับสิทธิเสริม  
ความสัมพันธ์เชิงภารกิจ ระหว่างสิทธิหลักกับสิทธิเสริม เป็นความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิที่มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง กับสิทธิที่มีได้มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรง หากแต่เกิดจากการตีความตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมา เพื่อช่วยคุ้มครอง หรือช่วยผลักดันให้สิทธิหลักสามารถเป็นจริงทางปฏิบัติขึ้นมาได้ ตัวอย่างเช่น กรณีของสิทธิปิดป้อง หากเกิดการละเมิดสิทธิขึ้น ย่อมก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องเชิงปฏิเสธให้ยุติการดำเนินการหรือขจัดสาเหตุแห่งการละเมิดดังกล่าว ซึ่งเป็นสิทธิหลัก ส่วนสิทธิเสริมได้แก่สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าทดแทน เป็นต้น

ส่วนกรณีของการช่วยผลักดันให้สิทธิหลักสามารถเป็นจริงทางปฏิบัติขึ้นมาได้ มีตัวอย่างเช่น สิทธิในการมีส่วนร่วมของพลเมือง เป็นสิทธิหลัก ที่ย่อมก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐจัดให้มีการลงคะแนนเสียงหรือลงประชามติ รวมทั้งดำเนินการนับคะแนนเสียงที่ประชาชนลงไปให้ถูกต้องตามกฎหมาย

ข) ความสัมพันธ์แบบเฉพาะทาง ระหว่างสิทธิหลักกับสิทธิรอง

ในส่วนของความสัมพันธ์แบบเฉพาะทาง ระหว่างสิทธิหลักกับสิทธิรอง เป็นเรื่องของการจัดระบบความสัมพันธ์ในระหว่างสิทธิตามอัตรวิสัยต่าง ๆ ด้วยกัน เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจและ

ในการใช้งาน ตัวอย่างเช่น สิทธิในทรัพย์สินย่อมถือได้ว่า เป็นสิทธิป้องกันการรบกวนสิทธิจากรัฐ แต่ในส่วนของสิทธิในทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิหลักนี้ ย่อมรวมเสรีภาพของผู้ถือครองทรัพย์สินที่จะจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินของตนได้ด้วย จึงเห็นได้ว่า ความสามารถในการจำหน่าย จ่าย โอน ดังกล่าวย่อมจัดอยู่ในประเภทของสิทธิในการกำหนดสถานภาพทางกฎหมายของตนเอง สิทธิดังกล่าวจึงจัดเป็นสิทธิรอง เมื่อนำมาเทียบกับสิทธิในทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิหลักดังกล่าว

#### 2.2.2.4 ผู้ทรงสิทธิตามอัตตวิสัย

สำหรับกรณีของผู้ทรงสิทธิตามอัตตวิสัยนั้น ย่อมเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล โดยกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันบัญญัติไว้ในมาตรา 19 อนุมาตรา 3 ให้นิติบุคคลในประเทศมีสิทธิต่างๆ ได้ เท่าที่สิทธินั้นๆ จะสามารถนำมาปรับใช้กับความเป็นนิติบุคคลได้

ในกรณีของบุคคลธรรมดา แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1 จะกำหนดไว้คล้ายคลึงกับของไทย ที่กำหนดให้สภาพบุคคลเริ่มเมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก แต่นักกฎหมายเยอรมันมิได้นำเอาบทบัญญัติดังกล่าวมาเป็นบรรทัดฐานสำหรับกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐาน ทั้งนี้เพราะนักกฎหมายเยอรมันมีความเห็นว่าคุณัยกลางของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันนั้น ย่อมอยู่ที่ความเป็นมนุษย์ ในลักษณะของความเป็นปัจเจกบุคคล การพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ จึงต้องนำเอาความรู้ทางการแพทย์มาประกอบการพิจารณาด้วย มิฉะนั้นแล้ว ข้อสรุปทางกฎหมายอาจสวนทางกับความมีความเป็นของมนุษย์ตามความเป็นจริงได้ และ

ในที่สุดก็ได้ข้อสรุปที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันก็ยอมรับแล้วว่า “ชีวิตตามความหมายแห่งความมีชีวิตความเป็นเชิงประวัติความเป็นมาของมนุษย์ในฐานะปัจเจกบุคคลบนพื้นฐานของวิชาการแพทยนั้น เริ่มตั้งแต่วันที่ 14 หลังจากที่มีการผสมเป็นตัวอ่อนแล้ว”<sup>100</sup>

ส่วนการสิ้นสุดของชีวิตความเป็นบุคคล ก็คือการตาย ซึ่งตามวิทยาการในทางการแพทย์ปัจจุบันให้พิจารณาจากการทำงานของสมอง การตายของบุคคลจึงพิจารณาจากการหยุดทำงานของสมอง หรือที่เรียกกันว่าสมองตายนั่นเอง

ในช่วงของความเป็นบุคคลดังกล่าว สามารถโยงกับปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นได้ เป็นต้นว่า

- ปัญหาเกี่ยวกับพันธรัฐวิศวกรรมที่เกี่ยวกับมนุษย์
- ปัญหาเกี่ยวกับการปลูกถ่ายอวัยวะ
- ปัญหาเกี่ยวกับการผสมเทียมในมนุษย์
- ปัญหาเกี่ยวกับการให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

ปัญหาเหล่านี้ นับวันจะใกล้ตัวเรามากยิ่งขึ้นและเป็นประเด็นที่จะต้องนำเอาหลักการตามรัฐธรรมนูญมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์และวินิจฉัยต่อไป

---

<sup>100</sup> BVerfGE 39, 1 (37).



## บทที่สาม

### ผลผูกพันของสิทธิตามอัตวิสัย

### ต่อกระบวนการยุติธรรมเยอรมัน

#### 3.1 วิวัฒนาการของผลผูกพันของสิทธิตามอัตวิสัยต่อ กระบวนการยุติธรรม

ภายใต้การปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะจำกัด กล่าวคือศาลจะดูแลในส่วนของสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิของข้าราชการเป็นหลัก สำหรับกรณีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากเข้าข่ายความรับผิดชอบเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลก็จะอาศัยช่องทางของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐมาช่วยคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนได้

สำหรับในหมวดของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น หากเป็นกรณีที่มีกฎหมายแห่งมลรัฐ หรือกฎหมายลำดับรอง ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติในส่วนนี้ ศาลก็จะช่วยให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลใช้บังคับได้ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลฎีกาแห่งอาณาจักรเยอรมันยังไม่ยอมรับว่าสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติแห่งสหพันธ์<sup>1</sup> โดยมีข้อยกเว้นแต่เพียงหลักความ

<sup>1</sup> RGZ 111, 320 (328ff.); 113, 6 (13).

เสมอภาคตามมาตรา 109 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับไว้มาร์เท่านั้น สำหรับศาลฎีกาในทางคดีอาญา น้าหนักของสิทธิขั้นพื้นฐานอาจจะมากขึ้นบ้าง<sup>2</sup> แต่ก็คงไม่อาจกล่าวได้ว่า “เป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์สำหรับประชาชนเยอรมัน” ดังที่เคยปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาทางแพ่งแห่งอาณัติเยอรมันฉบับหนึ่ง<sup>3</sup> การใช้ถ้อยคำดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าเป็นแต่เพียงการเล่นสำนวนของท่านผู้พิพากษาเท่านั้น เพราะโดยภาพรวมนั้นสิทธิขั้นพื้นฐานยังมีได้มีผลสำหรับกระบวนการยุติธรรมเท่าใดนัก

มาถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมัน หรือที่ได้รับการขนานนามว่า กฎหมายพื้นฐาน จึงมีบทบัญญัติมาตรา 1 อนุมาตรา 3 ที่ทำให้สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป

### 3.2 ความหมายของผลผูกพันของสิทธิตามอัตวิสัยต่อกระบวนการยุติธรรม

หากพิจารณาตามเจตจำนงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแล้ว สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายย่อมผูกพันฝ่ายอำนาจรัฐทั้งปวง และการที่มาตรา 1 อนุมาตรา 3 กำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายมีฐานะเป็นกฎหมายที่สามารถใช้บังคับได้โดยตรง ย่อมเท่ากับว่าเป็นการกำหนดภารกิจพิเศษสำหรับฝ่ายตุลาการ เพราะมีแต่ฝ่ายนี้เท่านั้น ที่อยู่ในฐานะที่จะบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเคารพกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานได้

<sup>2</sup> RGSt 56, 318.

<sup>3</sup> RGZ 102, 161 (165).



ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งได้ให้คำอธิบายในส่วนนี้ไว้ว่า “มาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานมิได้มีความหมายเพียงแต่เป็นการกำหนดให้บทบัญญัติในส่วนของสิทธิขั้นพื้นฐานมีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงเท่านั้น หากแต่เป็นการประกาศเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญด้วยว่า หากกรณีเป็นที่สงสัย ปัจเจกบุคคลย่อมสามารถใช้บทบัญญัตินี้และสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นมาอ้างอิงกับฝ่ายอำนาจสาธารณะได้”<sup>4</sup>

การอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว อาจดำเนินการในรูปของการฟ้องคดี ตามกระบวนการยุติธรรมต่อศาลใดศาลหนึ่ง และศาลก็จะต้องทำหน้าที่ค้นหากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับคดี จะต้องตีความกฎเกณฑ์ดังกล่าว และนำมาใช้กับคดี จากการตัดสินชี้ขาดของศาลย่อมเป็นการนำมาซึ่งสันติภาพตามกฎหมาย และการตัดสินชี้ขาดดังกล่าวย่อมเป็นการทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานกลายเป็นความเป็นจริงในทางปฏิบัติ นับแต่มีการนำมาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานมาใช้ จึงอาจกล่าวได้ว่า เป็นการเปลี่ยนอำนาจหน้าที่ของกระบวนการยุติธรรมให้กลายเป็น อำนาจพิเศษในการพิทักษ์ปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยศาลทุกศาลของกระบวนการยุติธรรมทุกประเภทที่ต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำที่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานหรือการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการกิจสำคัญนี้

นอกจากนี้แล้ว กฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน ยังบัญญัติไว้ในมาตรา 19 อนุมาตรา 4 ซึ่งให้หลักประกันแก่พลเมืองในการใช้

<sup>4</sup> BVerfGE 6, 386 (387).

สิทธิทางศาล โดยบัญญัติว่า “หากผู้ใดได้รับความเสียหายในสิทธิของตนจากการกระทำของอำนาจสาธารณะ ย่อมเป็นสิทธิของผู้นั้นที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล...” การเปิดช่องให้พลเมืองใช้สิทธิทางศาลนี้ นอกจากจะเป็นหลักการตามรูปแบบของหลักนิติรัฐแล้ว<sup>5</sup> ยังเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามอัตตวิสัยที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย สำหรับหลักการคุ้มครองสิทธิของพลเมืองทางศาลนี้ยังได้รับการจารึกไว้ในข้อ 8 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ปี ค.ศ. 1948 และได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 6 อนุมาตรา 1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป รวมทั้ง มาตรา 14 อนุมาตรา 1 ประโยคแรก แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ปี ค.ศ. 1966 อีกด้วย

การให้หลักประกันเกี่ยวกับความยุติธรรมนี้ ซึ่งเปรียบเสมือนเหรียญที่มีสองด้าน ในด้านหนึ่งย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐ ในขณะที่อีกด้านหนึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคล และอาจกล่าวได้ว่าการให้หลักประกันเกี่ยวกับความยุติธรรมนี้ เป็นผลพวงของการที่รัฐเป็นผู้ผูกขาดการใช้กำลังในสังคมแต่เพียงฝ่ายเดียว ในขณะที่พลเมืองมีหน้าที่ต้องรักษาความสงบ ห้ามล้างแค้นกันเอง

บนพื้นฐานของมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐานนี้ ช่วยทำให้การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในระบบกฎหมายมหาชนกล่าวคือ ในระบบกฎหมายปกครองโดยทั่วไปคือกระบวนการ

---

<sup>5</sup> โปรดตุ บุนตุรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ  
เปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า 158

ยุติธรรมทางปกครอง และในระบบกฎหมายปกครองเฉพาะทางสำหรับด้านต่างๆ เช่นกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวกับภาษี และกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวกับกฎหมายสังคมมีความเป็นรูปธรรมมากขึ้น การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเป็นการช่วยกำจัดความหลงตัวเองของฝ่ายปกครอง และในขณะเดียวกันก็เป็นการทอดสะพานเชื่อมระหว่างปริมณฑลของทั้งสองฝ่ายที่เป็นหลักในสังคม<sup>6</sup> กล่าวคือ ปริมณฑลของปัจเจกบุคคล และปริมณฑลของฝ่ายองค์กรต่างๆ ที่ใช้อำนาจรัฐ และฝ่ายองค์กรต่างๆ ที่ใช้อำนาจรัฐนี้ หากพิจารณาตามแนวความเห็นส่วนใหญ่ในทางวิชาการแล้วย่อมรวมถึงฝ่ายนิติบัญญัติด้วย<sup>7</sup> แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันกลับมีความเห็นว่า การกระทำทางนิติบัญญัติไม่อยู่ในข่ายที่มาตรา 19 อนุมาตรา 4 จะครอบคลุมไปถึง หากแต่เป็นกรณีที่จะต้องใช้การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 93 อนุมาตรา 1 ข้อ 4a หรือมาตรา 100 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน

บทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน นี้ นอกจากจะมีเนื้อหาของความเป็นสิทธิตามอัตตวิสัย สำหรับประชาชนที่จะนำคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลได้แล้ว ยังมีความเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามภววิสัยอีกด้วย นับได้ว่าเป็นการยกระดับกฎหมายพระธรรมนูญศาลและกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความขึ้นมาอยู่ในระดับของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากบทบัญญัติตามมาตรา 19

<sup>6</sup> โปรดดู Schmidt-Aßmann, E., in: Maunz- Dürig, Art. 19 Abs. IV(Zweitbearb.), Rdnr. 1.

<sup>7</sup> โปรดดู Stern, K., Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I § 20 IV 5f.

อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันนี้ หากจะพิจารณาในอีกแง่หนึ่ง ก็ย่อมมีฐานะเป็นหลักประกันตามรัฐธรรมนูญในเชิงสถาบันทางตุลาการ เพื่อให้มีกระบวนการยุติธรรมที่สามารถดำเนินการกิจตามรัฐธรรมนูญ ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้อย่างแท้จริง

หลักประกันตามรัฐธรรมนูญในเชิงสถาบันดังกล่าว นอกจากจะเป็นการประกันมิให้มีการยุบเลิกสถาบันแล้ว หลักประกันดังกล่าวยังรวมไปถึงเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญบางประการ นั่นคือ เป็นการประกันมาตรฐานขั้นต่ำ ที่ทำให้กระบวนการยุติธรรมสามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย โดยเป็นภารกิจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องสร้างสรรค์ในรายละเอียดของกระบวนการยุติธรรมในรูปของกฎหมาย และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันก็ได้เคยตั้งข้อเรียกร้องสำหรับส่วนที่ถือได้ว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งใช้ได้กับศาลทุกศาล ไว้ 9 ประเด็น<sup>8</sup> ซึ่งได้แก่

ก) การแบ่งลำดับชั้นของศาล ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วางเกณฑ์ไว้ว่ากระบวนการยุติธรรมแต่ละเรื่องไม่จำเป็นที่จะต้องมีความซับซ้อนเสมอไป<sup>9</sup>

ข) การจำกัดการอุทธรณ์ หรือฎีกา<sup>10</sup>

<sup>8</sup> โปรตดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, รายงานผลการวิจัย เรื่อง “หลักการใช้อำนาจขององค์กร ที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2546, หน้า 97-98

<sup>9</sup> โปรตดู BVerfGE, 28, 21 (36); 65, 76 (90).

<sup>10</sup> โปรตดู BVerfGE, 54, 277 (299).

ค) ผลของคำพิพากษา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์  
วางเกณฑ์ไว้ว่า เพื่อความมั่นคงของกฎหมาย กฎเกณฑ์ของกฎหมาย  
อาจกำหนดให้คำพิพากษามีผลเป็นที่สุดได้ แม้ว่าคำพิพากษานั้น ๆ  
จะไม่ถูกต้องก็ตาม<sup>11</sup>

ง) ประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิในทันที<sup>12</sup>

จ) การคุ้มครองชั่วคราว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้  
วางเกณฑ์ไว้ว่า หากเป็นกรณีที่ไม่ดำเนินการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว  
จะส่งผลเสียหายจนไม่อาจเยียวยาได้ ศาลจะต้องให้ความคุ้มครอง  
ชั่วคราวแก่ผู้ร้อง<sup>13</sup>

ฉ) การกำหนดอายุความเงื่อนไข และการจำกัดสิทธิใน  
การโต้แย้ง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางเกณฑ์ไว้ว่า การ  
กำหนดอายุความฟ้องร้องย่อมไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หากว่า  
อายุความดังกล่าวไม่สั้นจนเกินไป<sup>14</sup>

ช) การกำหนดค่าธรรมเนียมต่างๆ ศาลรัฐธรรมนูญ  
แห่งสหพันธ์ได้วางเกณฑ์ไว้ว่า การกำหนดค่าธรรมเนียมต่างๆ ของ  
ศาลย่อมทำได้ แม้แต่การกำหนดให้วางเงินค่าธรรมเนียมล่วงหน้าก็  
ย่อมทำได้เช่นเดียวกัน หากได้คำนึงถึงเรื่องการให้ความช่วยเหลือใน  
ส่วนของค่าธรรมเนียมศาลแล้ว<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> โปรตดู BVerfGE, 47, 146 (165).

<sup>12</sup> โปรตดู BVerfGE, 46, 166 (178).

<sup>13</sup> Ebda.

<sup>14</sup> โปรตดู BVerfGE, 60, 253 (267f.).

<sup>15</sup> โปรตดู BVerfGE, 10, 264 (268).

ช) เงื่อนไขการดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>16</sup>

ฅ) หน้าที่ในการให้เหตุผลประกอบคำตัดสิน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางเกณฑ์ไว้ว่า การดำเนินการใดๆ ก็ตามของฝ่ายอำนาจรัฐ ที่มีผลร้ายต่อประชาชน จำเป็นจะต้องมีการให้เหตุผลทั้งในส่วนของคุณเท็จจริงและข้อกฎหมาย<sup>17</sup>

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ในฐานะที่เป็นสถาบันสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และมีเครื่องมือในการคุ้มครองที่ทรงประสิทธิภาพ กล่าวคือ การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 93 อนุมาตรา 1 ข้อ 4a แห่งกฎหมายพื้นฐานซึ่งสามารถใช้นัยกับอำนาจรัฐทุกฝ่ายได้ ศาลนี้จึงต้องทำหน้าที่เป็นแกนนำในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งในทางปฏิบัติเท่าที่ผ่านมา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันก็ทำหน้าที่นี้อย่างแข็งขันมาโดยตลอด

### 3.3 ผลผูกพันของสิทธิตามอรรถวิสัยต่อกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง

ประเด็นปัญหาที่ว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายจะมีผลต่อกฎหมายแพ่งหรือไม่ และหากมีผลดังกล่าว จะบังคับการให้เป็นไปตามสิทธินั้นๆ ทางศาลได้อย่างไรนั้น มิใช่เป็นประเด็นใหม่ หากแต่ปรากฏชัดมาตั้งแต่สมัยปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศส

<sup>16</sup> โปรดดู BVerfGE, 9, 194 (199f.); 35, 65 (73).

<sup>17</sup> โปรดดู BVerfGE, 40, 276 (286).

แล้ว กล่าวคือ คำปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง แห่งปี ค.ศ. 1789 ซึ่งรับรองสิทธิต่างๆ นั้น มิใช่เป็นการบัญญัติสิทธิต่างๆ ไว้ เพื่อใช้อำนาจยับยั้งฝ่ายอำนาจรัฐเท่านั้น หากแต่ใช้ยันกับฐานันดรต่างๆ และเอกสิทธิของฝ่ายพระ รวมทั้งอภิสิทธิ์ต่างๆ ในทางสังคม ซึ่งเป็นกรณีที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายแพ่งอีกด้วย อาจกล่าวได้ว่า เป็นเจตนารมณ์ของคำปฏิญญา ที่ต้องการผลักดันให้เกิดสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคในความสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของไพร่ตืดที่ดินและการเกณฑ์แรงงาน แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมันนั้น มีการแบ่งแยกกันอย่างชัดเจนระหว่างระบบกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมือง กับกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองด้วยกัน โดยถือว่ากฎหมายเอกชนก็เป็นอาณาจักรของตนเอง และพิจารณาว่า สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมือง

ในสมัยรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์แนวความคิดที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานใช้สำหรับป้องกันการก้าวล่วงของฝ่ายอำนาจรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม ในสมัยนั้นปรากฏว่ามีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งนามว่า Prof. H. Lehmann ที่เป็นผู้วางพื้นฐานทางความคิดที่น่าสนใจไว้ สำหรับเป็นแนวทางในการนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานมาใช้กับกฎหมายเอกชน โดยพิจารณาว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานมิได้เป็นเพียงการวางแนวทางสำหรับการบัญญัติกฎหมายในอนาคตของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น หากแต่เป็นการกำหนดแนวทางสำหรับผู้พิพากษาในการตีความกฎหมาย โดยพิจารณาว่าสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมเป็นสิ่งที่จะใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย หรือเติมความหมายสำหรับกฎหมายที่ใช้ศัพท์ที่มี

ความหมายไม่เจาะจง กล่าวคือ เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายใช้คำว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือหลักความสุจริตซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อถือและไว้วางใจซึ่งบุคคลจะพึงมีต่อกัน หรือเมื่อกฎหมายมีช่องว่าง ย่อมเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษา ที่จะต้องตัดสินใจตัดสินคดีให้สอดคล้องกับหลักความยุติธรรม”<sup>18</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเขียนดังกล่าวมิได้รับการยึดถือปฏิบัติตามแต่อย่างใด จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อเขียนที่มีความล้ายุคจนนักกฎหมายร่วมสมัยตามไม่ทัน

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเด็นปัญหาที่ว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายจะมีผลต่อกฎหมายแพ่งหรือไม่ เพิ่งจะถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นถกเถียงกันราวช่วงกลางของทศวรรษที่ห้าสิบ โดยสามารถแยกความคิดเห็นที่แตกต่างกันนั้น ออกเป็นแนวทางใหญ่ๆ ได้เป็นสองแนวทาง คือ

1) แนวทางที่เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถนำมาใช้กับกฎหมายเอกชนได้โดยตรง

แนวความคิดนี้ เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมผูกพันต่อความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยไม่ต้องรอให้มีการตรากฎหมายใดๆ ออกมาเสียก่อน ดังที่ Prof. H.C. Nipperdey เรียกว่า เป็นผลสัมบูรณ์<sup>19</sup> ซึ่งหมายความว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่

<sup>18</sup> โปรตดู Lehmann, H., in: Nipperdey, H.C. (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. III, 1930, S. 125 (127).

<sup>19</sup> โปรตดู Nipperdey, H.C., Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, Rechtsgutachten, 1951, S. 18.; ders., Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15.



รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ดังเช่น บทบัญญัติตามมาตรา 9 อนุมาตรา 3 ประโยคที่สอง ซึ่งกำหนดว่าบุคคลย่อมมีสิทธิรวมกลุ่มกันเป็นสหภาพหรือสหพันธ์ ข้อตกลงใดๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิเช่นนั้นย่อมเป็นโมฆะ และมาตรการใดๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิดังกล่าว ย่อมขัดต่อกฎหมาย บทบัญญัตินี้ย่อมมีผลเป็นกฎเกณฑ์ที่ผูกพันสำหรับกฎหมายเอกชน กล่าวโดยทั่วไปก็คือ สิทธิขั้นพื้นฐานไม่ควรจะมีผลสำหรับกฎหมายเอกชนแค่เพียงเป็นแนวทางที่ควรปฏิบัติ หรือเป็นวิธีการตีความเท่านั้น

แนวความคิดที่เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถนำมาใช้กับกฎหมายเอกชนได้โดยตรงนี้ ปรากฏว่าได้รับการคัดค้านมาแต่ต้น โดยแนวความคิดอีกแนวหนึ่ง ซึ่งจะขอพิจารณาเป็นลำดับต่อไป

2) แนวทางที่เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถนำมาใช้กับกฎหมายเอกชนได้โดยทางอ้อม

แนวความคิดที่เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถนำมาใช้กับกฎหมายเอกชนได้โดยทางอ้อม มีเหตุผลง่าย ๆ ก็คือ ต้องการรักษาความเป็นเอกเทศของระบบกฎหมายเอกชน โดยการปกป้องกฎหมายเอกชนมิให้ถูกยึดครองโดยกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลเป็นการบังคับกันโดยตรง เนื่องจากกฎหมายเอกชนนั้นโดยประวัติความเป็นมา พัฒนาขึ้นมาบนพื้นฐานของความสัมพันธ์แบบเท่าเทียมกันของพลเมือง หลักอิสระแห่งสัญญาและความเป็นตัวของตัวเองของปัจเจกบุคคล แนวความคิดนี้จึงเห็นว่าควรปล่อยให้เป็นเรื่องของกฎหมายเอกชนที่จะพัฒนากฎหมายในระบบของตนเองขึ้นมารองรับ เพื่อให้เกิดผลตามแนวทางของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

แนวความคิดนี้ จึงมีความเห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานควรมีผลต่อกฎหมายเอกชนได้โดยทางอ้อม กล่าวคือ โดยผ่านทางบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนเองที่เป็นหลักทั่วไป หรือเป็นบทบัญญัติที่มีความหมายไม่เจาะจง<sup>20</sup> ที่เปิดช่องให้นำเอาคุณค่าทางสังคมเข้ามาเติมหรือเสริมได้ สิทธิขั้นพื้นฐานจึงมิได้เข้ามาทำหน้าที่เป็นตัวตัดสินข้อพิพาทในทางกฎหมายเอกชนเสียเอง หากแต่จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการเกณฑ์ทางกฎหมายเอกชนมาทำหน้าที่เป็นกุญแจเปิดทางให้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ สามารถเข้ามาส่งผลในระบบความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนได้<sup>21</sup> ตัวอย่างเช่น กรณีค่าจ้างแรงงาน ย่อมถือได้ว่าเป็นเจตนารมณ์อันชัดแจ้งของกฎหมายพื้นฐานที่จะให้หญิงและชายมีสิทธิเท่าเทียมกัน หลักการดังกล่าวย่อมส่งอิทธิพลต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ในลักษณะที่ว่า การกีดค่าแรงของแรงงานเพศหญิงในความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนย่อมถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อจารีตประเพณีอันดี ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่อาจทำได้

จึงจะเห็นได้ว่า แนวความคิดของ Prof. H. Lehmann ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เริ่มส่งผล กล่าวคือ กลายมาเป็นแนวทางสำหรับแนวความคิดนี้

นอกจากนี้แล้ว แนวความคิดที่เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถนำมาใช้กับกฎหมายเอกชนได้โดยทางอ้อมนี้ ยังได้รับ

<sup>20</sup> โปรตดู บุญศรี มิ่งศรีโอโฆ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538, หน้า 9-10

<sup>21</sup> โปรตดู Dürig, G., Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 157 (183); vgl. auch v. Münch, Grundbegriffe des Staatsrechts, Bd.I, 4. Aufl., 1986, Rdnr. 187.

แรงหนุนจาก Prof. K. Hesse ซึ่งเป็นนักกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียง โดยท่านได้นำเอาหลักความมั่นคงของกฎหมายและหลักการแยกอำนาจมาเป็นเหตุผลสนับสนุนแนวความคิดนี้ เพราะหากถือตามแนวความคิดแรกทำให้เกิดผลโดยตรงต่อบุคคลที่สาม Prof. K. Hesse เห็นว่า จะทำให้ผู้พิพากษาต้องเผชิญกับภารกิจอันหนักหน่วงในการที่จะต้องแยกปริมณฑลแห่งสิทธิของคู่กรณีสองฝ่ายซึ่งเป็นเอกชนด้วยกันนั้นออกจากกัน เนื่องจากทั้งคู่ต่างก็มีฐานะเป็นผู้ถือสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยกัน นอกจากนี้แล้ว การแยกดังกล่าวยังอาจมีผลกระทบต่อระบบกฎหมายเอกชนในโครงสร้างของหลักนิติรัฐ ที่ต้องวางกฎเกณฑ์ของความสัมพันธ์ทางกฎหมายและกฎเกณฑ์ในการตัดสินข้อพิพาทของตุลาการไว้อย่างชัดเจนเพียงพอ มีรายละเอียด และมีความแน่นอน ซึ่งภารกิจดังกล่าวควรจะเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นลำดับแรก ในส่วนของผู้พิพากษานั้นควรเป็นผู้ลงมือเองก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นรูปธรรมสำหรับกรณีดังกล่าว กล่าวคือ มีแต่บทบัญญัติที่มีความหมายไม่เจาะจง หรือมีแต่หลักทั่วไปให้ใช้ได้เท่านั้น<sup>22</sup>

ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันมีความเห็นคล้ายตามแนวความคิดที่สองนี้ และพัฒนาการใช้ศัพท์จนกลายเป็น “ผลจากการแผ่รังสีของสิทธิขั้นพื้นฐาน” ต่อความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน (Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf Privatrechts-verhältnisse) หรือ “ผลต่อบุคคลที่สามของสิทธิ

---

<sup>22</sup> โปรดดู Hesse, K., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. 1988, Rdnr. 354f.

ชั้นพื้นฐาน” (Drittwirkung der Grundrechte) เนื่องจากกรณี  
 ทั่วๆ ไปนั้น สิทธิชั้นพื้นฐานเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับ  
 เอกชนตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่เมื่อจะโยงเอกชนคนอื่นให้ต้องมาอยู่  
 ภายใต้บังคับของสิทธิชั้นพื้นฐานด้วยเอกชนผู้นั้นย่อมเรียกได้ว่าเป็น  
 บุคคลที่สามในแง่นี้ และด้วยวิธีการนี้ ทำให้สิทธิตามอรรถวิสัยของ  
 สิทธิชั้นพื้นฐานสามารถยันกับกฎเกณฑ์ตามกฎหมายเอกชนได้

### 3.4 ผลผูกพันของสิทธิตามอรรถวิสัยต่อกระบวนการยุติธรรม ทางอาญา

อาจกล่าวได้ว่าในบรรดากระบวนการยุติธรรมทั้งหลายนั้น  
 กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นกระบวนการยุติธรรมที่เก่าแก่  
 ที่สุด แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่านอกเหนือไปจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิ  
 ชั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับคดีอาญาโดยตรง ตามมาตรา 103 อนุมาตรา 2  
 แห่งกฎหมายพื้นฐานแล้ว ศาลอาญาของเยอรมันแทบจะไม่มีกร  
 หนียกประเด็นเกี่ยวกับสิทธิชั้นพื้นฐานขึ้นมาวินิจฉัยเลย จนกระทั่งมี  
 คดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางอาญาว่าด้วยรักร่วมเพศ จึง  
 ได้มีการหยิบยกประเด็นขึ้นมาว่า ฐานความผิดดังกล่าวขัดต่อหลัก  
 ความเสมอภาคหรือไม่<sup>23</sup> ประเด็นเกี่ยวกับสิทธิชั้นพื้นฐานใน  
 กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงมีบทบาทมากขึ้น หลังจากนั้นก็ยังม  
 ีคดีที่มีฐานความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งค์ และคดีที่มีผู้หยิบยก  
 ประเด็นขึ้นมาว่า โทษจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นโทษสูงสุดที่ใช้อยู่ใน

<sup>23</sup> BVerfGE 6, 389 (420ff.).

ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันนั้น ชัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>24</sup>

### 3.5 ผลผูกพันของสิทธิตามอัตตวิสัยต่อกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

เนื่องจากกฎหมายมหาชนยอมใช้บังคับกับองค์กรใช้อำนาจรัฐโดยตรง จึงจำเป็นที่ศาลต่างๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินคดีตามกฎหมายมหาชน อันได้แก่ ศาลปกครอง ศาลภาษี และศาลสังคมของเยอรมัน จะต้องสนใจประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานยิ่งกว่าศาลอื่นๆ เพราะสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายย่อมเปรียบได้กับเป็นสมบัติประจำบ้านสำหรับศาลเหล่านี้ สมดังที่ท่านอดีตประธานศาลปกครองแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน Fritz Werner เคยให้ความหมายสำหรับกฎหมายปกครองไว้ว่า “กฎหมายปกครองก็คือกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ถูกทำให้เป็นรูปธรรม” นั่นเอง<sup>25</sup> ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญที่ถูกทำให้เป็นรูปธรรมดังกล่าว ย่อมรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ด้วยอย่างแน่นอน และสำหรับศาลทางกฎหมายมหาชนเหล่านี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

อาจกล่าวได้ว่า ศาลปกครอง ศาลภาษี และศาลสังคมของเยอรมันมีหน้าที่จะต้องดูแลคดีส่วนใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งย่อมผูกพันโดยสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 อนุมาตรา 3 ในฐานะที่เป็น

<sup>24</sup> BVerfGE 39, 1; 45, 187.

<sup>25</sup> Werner, F., DVBl. 1959, 527.

กรอบทางกฎหมายสำหรับการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และกรอบแห่งกฎหมายเหล่านี้ ย่อมกลายมาเป็นกฎหมายสำหรับการควบคุมและการวินิจฉัยสำหรับศาลเหล่านี้ด้วย

ประเด็นต่อมาก็คือ การดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ ส่วนใหญ่จะเป็นไปตามกฎหมายมหาชน แต่หน่วยงานของรัฐก็อาจใช้รูปแบบการดำเนินการหรือรูปแบบขององค์กรตามกฎหมายเอกชนก็ได้ ซึ่งหากเป็นกรณีหลังนี้อาจต้องพิจารณาว่า ความผูกพันที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอาจจะแตกต่างออกไป กล่าวคือ ต้องพิจารณาประกอบด้วยว่า การดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐนั้น หากพิจารณาในแง่ของการปฏิบัติภารกิจสาธารณะแล้ว มีความผูกพันต่อกฎเกณฑ์ตามสิทธิขั้นพื้นฐานเพียงใด ความผูกพันดังกล่าวนี้ อาจมีลักษณะของความผูกพันโดยตรง หรือ ความผูกพันโดยอ้อมก็ได้ ซึ่งหัวข้อความผูกพันโดยอ้อมได้พิจารณามาแล้วในหัวข้อ 3.3

สำหรับกรณีที่ศาลมีความผูกพันโดยตรงต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐาน นั้น เป็นกรณีศาลเป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับกรณีตามกฎหมายอาญา เช่น การจับกุมบุคคลตามหมายจับ การค้นที่อยู่อาศัยตามหมายค้นที่ศาลเป็นผู้ออก จะเห็นได้ว่า ในกรณีเหล่านี้ศาลทำหน้าที่ใช้ดุลพินิจและเป็นผู้ตัดสินใจว่าการกระทำดังกล่าวควรเกิดขึ้นหรือไม่ จึงย่อมผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องนั้น ๆ โดยตรง

### 3.6 กลไกสุดท้ายในการสร้างผลผูกพันของสิทธิตามอัตวิสัย ต่อกระบวนการยุติธรรม: การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

เดิมทีเดียวกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันมิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ แต่ก็ได้มีการเปิดช่องไว้ในมาตรา 93 อนุมาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังอาจมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีนอกเหนือไปจากที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้ได้ ตามที่กฎหมายระดับสหพันธ์กำหนด” บนพื้นฐานของการมอบอำนาจดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ตรากฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 12 มีนาคม ปี ค.ศ. 1951 กำหนดไว้ในมาตรา 90 อนุมาตรา 1 ให้มีกระบวนการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถร้องทุกข์ต่อการกระทำทุกอย่างของฝ่ายอำนาจสาธารณะ ซึ่งรวมถึงการกระทำทางตุลาการด้วย แต่ทั้งนี้ ผู้ร้องจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมที่เปิดช่องไว้ จนจบสิ้นกระบวนการเสียก่อน จึงจะมาร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ หากว่ายังติดใจว่าการถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตน ยังมิได้รับการเยียวยา

แต่ในขณะเดียวกัน ก็ได้มีการย้ำไว้ตั้งแต่ต้นว่า กระบวนการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นการทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นศาลชั้นที่สี่ ต่อจากชั้นฎีกา เพราะศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่มีอำนาจเป็นการทั่วไป ที่จะตรวจสอบคำพิพากษาอันเป็นที่สุดของศาลอื่นๆ ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากแต่ทำหน้าที่ช่วยเสริมในการแสวงหาความยุติธรรม เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

เท่านั้น<sup>26</sup> นอกจากนี้แล้ว กระบวนการในการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ ยังมีความแตกต่างจากกระบวนการของการอุทธรณ์ หรือการฎีกา อย่างชัดเจน

นอกจากนี้แล้ว เงื่อนไขที่กำหนดว่า ผู้ร้องจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมที่เปิดช่องไว้ จนจบสิ้นกระบวนการเสียก่อน จึงจะมาร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้พัฒนาหลักขึ้นมารองรับว่า การดำเนินการจนจบสิ้นขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักที่ว่าหน้าที่หลักในการพิจารณายังคงเป็นของศาลเจ้าของเขตอำนาจ กล่าวคือจะต้องมีการหยิบยกประเด็นเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานมาในศาลที่พิจารณามาแต่แรกด้วย หากมิได้มีการโต้แย้งในประเด็นขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานเลย หรือมิได้ดำเนินการโต้แย้งคัดค้านให้ถูกต้องตามรูปแบบ มาแต่ต้น ก็ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันจะถือว่า ในเรื่องดังกล่าวยังมิได้มีการดำเนินการจนจบสิ้นขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นเงื่อนไขของการที่จะนำเรื่องมาร้องทุกข์ได้<sup>27</sup>

แม้ว่าในช่วงแรกนักกฎหมายเองจะไม่ให้ความสำคัญของกระบวนการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญมากนัก นักนิติศาสตร์ผู้มีชื่อเสียงบางท่านมองว่าน่าจะมีผลเป็นการให้การศึกษามากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินงานภายใน

---

<sup>26</sup> BVerfGE 1, 4ff.

<sup>27</sup> BVerfGE 74, 102(114).



ขอบเขตความรับผิดชอบของตนให้ทันต่อการตรวจสอบในแง่ของสิทธิขั้นพื้นฐานได้<sup>28</sup> แต่นักกฎหมายบางท่านก็เรียกร้องให้ใช้สถาบันทางกฎหมายว่าด้วยการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญนี้ ในการสร้างความกระจ่าง ในการพัฒนา และการปกป้องรักษาสิทธิตามภววิสัยเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาต่าง ๆ ด้วย<sup>29</sup> และเป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเพิ่งจะเริ่มเห็นความสำคัญของบทบาทดังกล่าวนับแต่ปี ค.ศ. 1972 เป็นต้นมา กล่าวคือหลังจากที่ได้มีการนำเอากระบวนการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน ในปี ค.ศ. 1969 โดยศาลได้แสดงจุดยืนในคำวินิจฉัยว่า กระบวนการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญยังมีการถือปฏิบัติในการ “พิทักษ์สิทธิตามภววิสัยแห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการตีความและการพัฒนาสิทธิเหล่านั้นต่อไป ภารกิจดังกล่าวมีที่มาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในส่วนของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้ กระบวนการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญจึงมีฐานะเป็นกระบวนการที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อการคุ้มครองสิทธิตามภววิสัยแห่งรัฐธรรมนูญด้วยในขณะเดียวกัน”<sup>30</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็ยังเน้นย้ำในคำวินิจฉัยฉบับต่อ ๆ มาว่า การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญนี้ “จะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสิทธิตามภววิสัยที่มีการอ้างว่าถูกฝ่าฝืนนั้น ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็น

---

<sup>28</sup> โปรตดู Zweigert, K., JZ 1952, 321.

<sup>29</sup> โปรตดู Schumann, E., Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 113.

<sup>30</sup> BVerfGE 33, 247 (259).

สิทธิตามอัตตวิสัย ที่ได้รับการระบุไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 93  
อนุมาตรา 1 ข้อ 4a การโต้แย้งว่า สิทธิตามอัตตวิสัยของตน ที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ถูกละเมิดดังกล่าวนี้ ถือได้ว่าเป็น  
เงื่อนไขสำหรับการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญในทุกกรณี”<sup>31</sup>

การที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันก้าวเข้าไป  
วินิจฉัยว่า คำพิพากษาของศาลเฉพาะทางต่าง ๆ ขัดต่อสิทธิ  
ขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่นี้ ได้สร้าง  
ความตึงเครียดขึ้นระหว่างศาลเฉพาะทางต่าง ๆ กับศาลรัฐธรรมนูญ  
แห่งสหพันธ์ แต่เนื่องจากเป็นความจำเป็น ที่ต้องมีการดำเนินการ  
ดังกล่าวเพื่อให้กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความใน  
กระบวนการยุติธรรมทุกระบวนการไม่ว่าจะเป็นทางแพ่ง ทางอาญา  
ทางปกครอง เข้ามามีความสอดคล้องเป็นเนื้อเดียวกับรัฐธรรมนูญ  
และสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายมีสภาพบังคับในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง  
แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเรียกร้องกันมากจน  
เกินไป จึงเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่จะต้อง  
กำหนดมาตรฐานที่เหมาะสม ที่ทำให้สามารถแยกแยะได้ว่า เพียงใด  
คือการค้นหาข้อเท็จจริง จุดใดเป็นการปรับบทกฎหมาย รวมทั้ง  
มาตรการพิเศษในการควบคุมมิให้มีการดำเนินการขัดต่อ  
รัฐธรรมนูญ<sup>32</sup> ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นภารกิจที่สำคัญ แต่ก็ยากยิ่ง  
สำหรับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

<sup>31</sup> BVerfGE 45, 63 (70f.).

<sup>32</sup> โปรดดู Zacher, H.F., Festgabe BVerfG I, 1976, S. 399.

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเองก็ตระหนักถึงประเด็นปัญหาในข้อนี้เป็นอย่างดี แม้ว่าจะถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักในช่วงแรกๆ แต่หลังจากที่ศาลใช้แนวทางที่มีลักษณะประนีประนอมค่อนข้างสูง ก็ปรากฏว่า ได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายเป็นอย่างดี ในที่นี้จึงจะขอเสนอแนะทางดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ดังต่อไปนี้

ประการแรก การกำหนดกรอบในการใช้อำนาจของตนเอง

เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันจะระมัดระวังมิให้เกิดความขัดแย้งกับศาลอื่นๆ โดยไม่จำเป็น ศาลฯ จึงยืนยันไว้ตั้งแต่ต้นเลยว่า การตรวจสอบคำพิพากษาของศาลต่างๆ จะต้องเป็นไปอย่างมีขอบเขต โดยศาลรัฐธรรมนูญฯ จะตรวจสอบเฉพาะกรณีที่มีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะจำเพาะ (Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht) เท่านั้น โดยในคำวินิจฉัยแรกๆ ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ จะปรากฏข้อความว่า “การดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณา การสรุปข้อเท็จจริงและการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับองค์ประกอบของกฎหมาย การตีความกฎหมายรวมทั้งการปรับใช้กฎหมายกับคดีโดยหลักแล้วย่อมเป็นเรื่องของศาลอาญาแต่ผู้เดียว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปก้าวก่าย เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะจำเพาะเท่านั้น”<sup>33</sup> โดยมีการขยายความในคำวินิจฉัยฉบับต่อๆ มาว่า “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะสามารถเข้าไปดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการแก้ไขเยียวยาได้ ก็ต่อเมื่อผลการ

<sup>33</sup> BVerfGE 1, 418 (420).

ตีความของศาลเฉพาะทางนั้น ล้าออกมานอกขอบเขตที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดเป็นกรอบไว้แล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อการล้าออกมาออกกรอบดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความหมายและขอบเขตแห่งถ้อยคำของสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือโดยเนื้อหาแล้วเป็นสิ่งที่ไม่อาจรับได้ และเป็นการแสดงให้เห็นว่ามีการใช้อำนาจตามอำเภอใจเกิดขึ้น ซึ่งย่อมเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค ตามมาตรา 3 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐาน”<sup>34</sup>

จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันยอมรับในเบื้องต้นว่า การใช้และการตีความกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น โดยหลักแล้วเป็นอำนาจของศาลเฉพาะทางแต่ละศาล ความถูกต้องของการตีความกฎหมายเหล่านี้ รวมทั้งการรับฟังและการชี้แจงน้ำหนักพยาน ตลอดจนการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายนั้น โดยหลักแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญฯ จะไม่เข้าไปตรวจสอบ ศาลฯ จะเข้าไปตรวจสอบเฉพาะในกรณีที่เข้าข่ายเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น กล่าวคือ เฉพาะกรณีที่ศาลเฉพาะทางไม่คำนึงถึงอำนาจบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ และผลของคำพิพากษานั้นๆ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไม่ใส่ใจดังกล่าว<sup>35</sup>

ประการที่สอง พิจารณาจากความเข้มข้นของการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน

<sup>34</sup> BVerfGE 65, 317 (322); 74, 102 (127).

<sup>35</sup> BVerfGE 11, 343 (349); 74, 102 (127).

ในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลเฉพาะทาง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังได้กำหนดเกณฑ์ในการตรวจสอบ กล่าวคือ มีการพิจารณาในแง่ของความเข้มข้นของการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน และความหนักเบาของผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้เพราะศาลรัฐธรรมนูญประจักษ์ด้วยตนเองว่า การเข้าไปตรวจสอบคำพิพากษาของศาลเฉพาะทางอื่นๆ นั้น ไม่ควรตีกรอบในลักษณะที่ตายตัวจนขาดความยืดหยุ่น หากแต่จะต้องเปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญฯ นั้นเอง มีพิจารณาตามความเหมาะสมของแต่ละคดีได้ด้วย

สำหรับการพิจารณาเกี่ยวกับความหมายของความเข้มข้นของการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยอธิบายไว้ในคำวินิจฉัยของตนว่า “มิใช่เป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญให้นำหนักความสำคัญ ที่ต่างไปจากศาลเฉพาะทาง จนนำไปสู่การตัดสินไปในแนวทางที่ต่างออกไปก็เป็นการเพียงพอ แต่ศาลรัฐธรรมนูญฯ ย้ำว่า ศาลรัฐธรรมนูญฯ จะเข้าไปแก้คำพิพากษาของศาลอื่น เป็นต้นว่า ศาลแพ่ง ก็ต่อเมื่อคำพิพากษาของศาลแพ่งถือว่า มีความผิดพลาดในการตีความเกิดขึ้น ซึ่งความผิดพลาดดังกล่าวเป็นผลมาจากความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องเกี่ยวกับความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องของขอบเขตแห่งความคุ้มครองของสิทธิขั้นพื้นฐาน อีกทั้งขอบเขตแห่งเนื้อหาของสิทธิดังกล่าวจะต้องมีผลต่อข้อกำหนดที่ใช้บังคับกับคดีนั้นๆ อีกด้วย และยิ่งผลของคำพิพากษามีผลกระทบต่อปริมาณแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายที่แพ้คดี มากขึ้นเพียงใด ความเข้มงวดของข้อเรียกร้องที่ต้องตั้งขึ้นสำหรับวัดความชอบธรรมของการละเมิด

สิทธิดังกล่าวก็จะต้องมีความเข้มงวดมากขึ้นเพียงนั้น และในขณะเดียวกัน ก็ยังต้องเปิดโอกาสให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เข้ามาตรวจสอบได้มากขึ้นเป็นเงาตามตัวด้วยเช่นกัน และสำหรับคดีที่มีความเข้มข้นของการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานสูง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ย่อมต้องมีอำนาจที่จะเอาการประเมินคุณค่าต่าง ๆ ของตน เข้าไปใช้แทนการประเมินคุณค่าของศาลแพ่งได้ด้วย”<sup>36</sup>

สำหรับกรณีเช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องหยาบยกเอาการตีความที่ผิดพลาดในแต่ละเรื่องขึ้นมาพิจารณาโดยละเอียด รวมทั้งนิติวิธีที่ส่งผลทำให้คุณค่าตามกฎหมายพื้นฐานกลายเป็นเรื่องที่จะจับให้หันไปทางใดก็ได้เช่นนั้น<sup>37</sup> ตามที่ได้พิจารณามานี้ จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเข้มข้นของการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ สามารถนำมาใช้เสริมกับหลักเกณฑ์แรกที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะจำเพาะ ได้เป็นอย่างดี และทำให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นอีกด้วย

ประการที่สาม กรณีที่ไม่ให้ความสำคัญกับความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างเพียงพอ

สำหรับกระบวนการยุติธรรมที่ใช้กฎหมายมหาชนเป็นหลักในการพิจารณา ไม่ว่าจะเป็นศาลปกครอง ศาลภาษี หรือศาลสังคม นั้น จะมีประเด็นปัญหาค่อนข้างน้อย เพราะศาลเหล่านี้ต้องใช้กฎหมายพื้นฐานเป็นหลักอยู่แล้ว ดังที่อดีตประธานศาลปกครอง เคย

<sup>36</sup> BVerfGE 61, 1 (6).

<sup>37</sup> BVerfGE 34, 269 (280); 59, 330 (334).

กล่าวไว้ว่า “กฎหมายปกครอง ก็คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นรูปธรรมนั่นเอง”<sup>38</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังคงมีประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานทางกระบวนการพิจารณา ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะเข้าไปตรวจสอบอย่างสม่ำเสมอ<sup>39</sup> ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ ก็มักจะเป็นประเด็นเกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตีความศัพท์กฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง และ กรณีเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง<sup>40</sup> ที่ได้ให้ความสำคัญกับความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีต่อประเด็นเหล่านี้อย่างยิ่งพอ<sup>41</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่มีความอ่อนไหวในแง่ของความรู้สึกของประชาชน เป็นต้นว่า การใช้พลังงานปรมาณูในทางสันติ<sup>42</sup> การให้สิทธิแก่ชาวต่างชาติในการลี้ภัยทางการเมือง<sup>43</sup> สิทธิในการชุมนุม<sup>44</sup> และกรณีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์<sup>45</sup> ในกรณีเหล่านี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันจะเข้ามาตรวจสอบคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์ และแก้ไขให้

---

<sup>38</sup> โปรตดู เชียงอรรถที่ 16

<sup>39</sup> BVerfGE 13, 174 (176); 73, 339 (366ff.).

<sup>40</sup> โปรตดู บุญศรี มิ่งศรี โฆษ, เชียงอรรถที่ 11, หน้า 8-11

<sup>41</sup> BVerfGE 9, 338(354); 69, 161(169ff.)

<sup>42</sup> BVerfGE 49, 89; 61, 82.

<sup>43</sup> BVerfGE 9, 174; 74, 51ff.

<sup>44</sup> BVerfGE 69, 315.

<sup>45</sup> BVerfGE 74, 264 (284ff.).

สอดคล้องกับแนวทางการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้

ในส่วนของศาลอาญา มีกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เข้าไปตรวจสอบอย่างละเอียด คือ ประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบธรรมของโทษจำคุกตลอดชีวิต<sup>46</sup> หลังจากที่ได้มีการยกเลิกโทษประหารชีวิตไปแล้ว ซึ่งแม้ผลของการตรวจสอบจะให้คงโทษจำคุกตลอดชีวิตไว้ได้ แต่ก็ได้กำหนดให้มีการปรับปรุงในส่วนของกรลดหย่อนโทษ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังทำการตรวจสอบในส่วนของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอาญาอย่างกว้างขวาง

ในส่วนของคดีแพ่ง ได้มีการกล่าวถึงไว้แล้วในหัวข้อ 3.3 จึงไม่ขอกล่าวซ้ำในที่นี้

แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเข้าไปทำหน้าที่ตรวจสอบคำพิพากษาของศาลเฉพาะทางอื่นๆ โดยที่ในการวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าว ได้มีการยกประเด็นดังต่อไปนี้

ประเด็นแรก คือความไม่ชัดเจนของคำว่า “สิทธิตามรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะจำเพาะ” โดยนักกฎหมายบางท่านถึงขนาดกล่าวว่า เป็นความล้มเหลวในการใช้ภาษา<sup>47</sup> เพราะสิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ หมายถึง น่าจะเป็น “เหตุผลจำเพาะแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ในแง่ของเนื้อหา” มากกว่า อีกทั้งยังเป็นคำที่

<sup>46</sup> BVerfGE 45, 187 (270f.).

<sup>47</sup> โปรตดู Schlaich, K., Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl., 2001, S. 188.



องค์คณะที่หนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญเลิกใช้ไปแล้ว จะมีก็แต่เพียงองค์คณะที่สองเท่านั้น ที่ยังใช้คำดังกล่าวอยู่

แต่อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายส่วนใหญ่พิจารณาว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตรวจสอบเฉพาะ “สิทธิตามรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะจำเพาะ” ย่อมหมายความว่า เป็นกรณีที่มีการโต้แย้งกันตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นหลัก มิใช่เป็นการโต้แย้งกันตามกฎหมายธรรมดา คำดังกล่าวจึงใช้ว่าจะใช้ไม่ได้ และก็ยังไม่เห็นว่าจะมีคำอื่นคำใดที่เหมาะสมกว่า ที่จะมาทดแทนคำนี้ได้<sup>48</sup> นอกจากนี้แล้ว การที่จะกำหนดกรอบที่ชัดเจนสำหรับการเข้าไปตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ น่าจะอยู่ที่การจัดระบบและการรวบรวมเป็นกลุ่มคดีที่เข้าข่ายจะต้องได้รับการตรวจสอบ ซึ่งคงต้องใช้ความอุตสาหะเป็นอย่างมาก เพราะมีคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยไปแล้วเป็นจำนวนมาก

ประเด็นที่สอง เป็นการวิพากษ์วิจารณ์ว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าคำพิพากษาของศาลเฉพาะทางสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 2 อนุมาตรา 1 หลักความเสมอภาค ตามมาตรา 3 อนุมาตรา 1 รวมทั้ง สอดคล้องกับหลักนิติรัฐหรือไม่นั้น เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบได้แทบจะทุกคดี จนคำว่า “สิทธิตามรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะจำเพาะ” ที่กล่าวถึงข้างต้นก็กันไว้ไม่อยู่ จนกลายเป็นว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์ของเยอรมัน มีแนวโน้มที่จะพัฒนาเป็น

---

<sup>48</sup> โปรตดู Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/ 1, 1988, S. 1504.

ศาลชั้นที่สี่ หรือ “ศาลเหนือฎีกา” อยู่แล้ว เนื่องจากในบางคดีศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบคำพิพากษาอันเป็นที่สุดท้ายโดยที่มิได้มีการอ้างถึงสิทธิขั้นพื้นฐานแต่อย่างใด<sup>49</sup>

การที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เข้ามาตรวจสอบการตีความกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของศาลเฉพาะทางย่อมมีผลกระทบต่อพัฒนาการของกฎหมายระดับดังกล่าวนี้ เนื่องจากถ้อยคำในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นพื้นฐานของผลแห่งคำวินิจฉัยนั้น เมื่อโยงกับระบบความสัมพันธ์ตามรัฐธรรมนูญย่อมมีฐานะเท่ากับเป็นการตีความกฎหมายพื้นฐาน จึงมีผลผูกพันตามกฎหมายศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มาตรา 31 และผลดังกล่าวย่อมเกิดกับการกำหนดมาตรฐานในการตรวจสอบความสอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของคำพิพากษาต่างๆ ในกรณีที่มีการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุนี้ ในทางวิชาการจึงพิจารณาประเด็นนี้ด้วยความวิตกว่า หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ กำหนดให้ใช้วิธีการตีความกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ย่อมมีผลเท่ากับว่า วิธีการตีความแบบอื่นๆ กลายเป็นวิธีการที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ในที่สุด ศาลเฉพาะทางต่างๆ ก็จะได้แต่รอฟังว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะมีคำวินิจฉัยไปในทางใด ผลก็จะเป็นเหมือนดังว่า ระบบกฎหมายถูกสาปให้มีสภาพตายซาก ไม่มีจิตวิญญาณและพัฒนาการของตนเอง ซึ่งในทางปฏิบัติก็ได้ปรากฏผลออกมาแล้วว่า แม้ว่าจะมีการกำหนดเงื่อนไขที่เข้มงวดขึ้น สำหรับ

<sup>49</sup> BVerfGE 41, 325; 63, 266.

การส่งประเด็นในคดีที่ว่า กฎหมายที่ใช้กับคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่ก็ปรากฏว่า จำนวนคดีที่มีการรอการพิจารณาไว้ จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย กลับมีแนวโน้มที่จะมีจำนวนมากขึ้น<sup>50</sup> ทั้งๆ ที่ตามความเป็นจริงนั้นมิใช่ว่า ปัญหากฎหมายทุกปัญหาจะต้องโยงไปที่รัฐธรรมนูญเสียทั้งหมด

แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันจะได้รับความไว้วางใจจากกฎหมายพื้นฐาน โดยได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์สิทธิขั้นพื้นฐาน ดูแลให้บทบัญญัติตามมาตรา 1 อนุมาตรา 3 กล่าวคือ ให้สิทธิขั้นพื้นฐานผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง ถึงขนาดมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดขอบเขตในการใช้อำนาจของตนเอง (Kompetenz- Kompetenz)<sup>51</sup> แต่ในขณะเดียวกัน ก็ควรเปิดช่องหายใจสำหรับศาลเฉพาะทางอื่นๆ ด้วย ในทางวิชาการ จึงค่อนข้างจะเห็นไปในทางเดียวกันว่า การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ที่ดำเนินการกับคำพิพากษาของศาลเฉพาะทางอื่นๆ ควรต้องมีขอบเขต<sup>52</sup> เพื่อความชัดเจนในการปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละฝ่าย นั่นคือ ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลเฉพาะทางอื่นๆ เพราะย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง หากศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามาทำหน้าที่เป็นศาลเฉพาะทางเสียเอง แต่อย่างไรก็ตามในเมื่อศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>50</sup> โปรตดู Stern, K., aaO., S.1506.

<sup>51</sup> AaO.

<sup>52</sup> โปรตดู Bryde, B.-O., Verfassungsentwicklung, 1982, S.

เป็นผู้กำหนดขอบเขตในการใช้อำนาจของตนเอง หากยังไม่มีระบบที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ ทุกอย่างก็ย่อมขึ้นอยู่กับความรู้จักจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง (judicial self-restraint) เป็นสำคัญ

ประโยชน์ประการหนึ่งของการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เข้าไปตรวจสอบคำพิพากษาของศาลเฉพาะทางอื่น ๆ ที่เห็นได้ชัด ก็คือศาลเฉพาะทางเริ่มต้นตัวเกี่ยวกับบทบาทและสถานะของสิทธิขั้นพื้นฐาน ในแง่ที่ว่าศาลเหล่านั้นเองก็มีภารกิจที่จะต้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นจริงในทางปฏิบัติ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 อนุมาตรา 3 นั่นเอง จากความตื่นตัวดังกล่าว ทำให้พอจะคาดหวังได้ว่า ในที่สุดแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์คงไม่ต้องเข้าไปเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาของศาลเฉพาะทางบ่อยครั้งดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

### 3.7 สรุป

อาจกล่าวได้ว่า พัฒนาการของระบบศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้ก้าวมาถึงจุดที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีสถานภาพของความเป็นผู้คุมกฎในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงสามารถก้าวเข้าไปตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอันเป็นที่สุด และทำให้ระบบกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญของเยอรมันมีความเป็นเอกภาพอย่างแท้จริง แต่ทั้งนี้ ศาลเองก็ต้องสำนึกเสมอว่าจุดแห่งความพอสมควรนั้นอยู่ที่ใด จึงจะสามารถสร้างความเชื่อถือให้เกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ต่อศาลที่ถูกตรวจสอบ ซึ่งเป็นประเด็นที่ศาล

---

รัฐธรรมนูญของไทยจำเป็นจะต้องศึกษารวมทั้งสร้างความพร้อมของ  
ตนเอง หากต่อไปจะต้องมีบทบาทในทำนองเดียวกัน



## ส่วนที่สอง

### การยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้สิทธิทางศาลของไทย



#### บทที่สี่

### บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา 28 วรรคสอง กับกระบวนการยุติธรรมไทย

#### 4.1 เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ในการประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญ มีคำอภิปรายของท่านอาจารย์พนัส ทัศนียานนท์ และท่านอาจารย์แก้วสรร อติโพธิ ที่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา 28 วรรคสอง โดยท่านอาจารย์พนัส ทัศนียานนท์ ได้อภิปรายว่า

“มาตรานี้ เป็นมาตราที่สำคัญ เพราะมาตรานี้เป็นกลไกที่ทำให้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของเราสามารถบังคับให้มีผลปฏิบัติที่เป็นจริง เป็นรูปธรรม เกิดขึ้นในชีวิตจริง ในวิถีชีวิตของคนไทยเรา เพราะฉะนั้น ความสำคัญของมาตรานี้จึงมีอยู่ค่อนข้างมาก กระผมคิดว่า น่าจะมากเป็นอย่างยิ่งอีกด้วยนะครับ สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับนี้ และกระผมคิดว่า มาตรานี้ นับว่าเป็นสิ่งที่ สสร. เราน่าจะภาคภูมิใจในการที่เรามอบสิ่งนี้ให้กับประชาชนคนไทย ตามที่กระผมได้กราบเรียนไว้แล้ว ก็คือว่า ในความรู้สึกของกระผมมัน โดยประสบการณ์ใน

การทำงานเอง กระผมคิดว่า สิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญของเรา เท่าที่มีมาแล้วในอดีตจนถึงปัจจุบัน ส่วนใหญ่แล้วไม่สามารถที่จะบังคับให้เกิดผลในทางปฏิบัติเป็นรูปธรรมได้ เพราะฉะนั้น สิ่งนี้จึงเป็นหลักการอันหนึ่งซึ่ง สสร. เราได้ชูมาตั้งแต่ต้น เพื่อจะสื่อออกไปยังประชาชนว่า เราจะทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญนั้น เกิดผลบังคับอย่างจริงจัง อย่างเป็นทางการ ในวิถีชีวิตของคนไทยเราจริงๆ เสียที ด้วยเหตุนี้ กระผมจึงเห็นว่า มาตรานี้ เป็นบทบัญญัติที่สำคัญที่สุด อย่างน้อยที่สุด ก็ในหมวดที่ 3 นี้ ถ้าหากไม่มีบทบัญญัติมาตรานี้แล้ว ความคาดหวังของเราชาวไทยที่อยากจะให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเรา ได้รับการยืนยัน โดยการบังคับตามสิทธิเสรีภาพของเรา ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือเป็นสิทธิมนุษยชนของเรา ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ก็คงจะไม่มีทางที่จะเกิดขึ้นได้ หากไม่มีมาตรานี้ เพียงแต่ว่า กระผมยังมีข้อสงสัยอยู่เท่านั้นเองว่า การที่จะให้มีการหยิบยกกันขึ้น เป็นการใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ ถ้าหากว่ารัฐธรรมนูญนี้ จะสามารถทำให้มันชัดเจนไปเสียเลยว่า ไปยกกันได้ที่ไหน จะใช้สิทธิทางศาลกันได้ที่ศาลไหน ในศาลต่างๆ ที่เรากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ก็จะเป็นการดี เป็นคุณประโยชน์แก่ประชาชนชาวไทยเราเป็นอย่างยิ่ง เพราะมิฉะนั้นก็จะเกิดความคลุมเครือ สับสนกันอยู่มีใช้น้อยนะครับ...”<sup>1</sup>

<sup>1</sup> โปรดดู คำอภิปรายของท่านอาจารย์พนัส ทัศนียานนท์ ในรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 วันอังคารที่ 8 กรกฎาคม 2540, หน้า 162-163



จากนั้น ท่านอาจารย์ แก้วสรร อดิโพธิ ได้อภิปรายเสริมดังนี้ “มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น ประเด็นที่เพื่อน สสร. ท่านที่แล้วได้ระบุว่า สิทธิไม่ได้มีแค่อยู่ในรัฐธรรมนูญเท่าที่เขียน คำตอบก็คือ มาตรา 27 ได้อธิบายไว้แล้ว ว่าเราไม่ได้เห็นว่า สิทธิจะมีเท่าที่ปัญหาเราคิดออก มันมีอยู่ก่อน แต่เราอาจจะรับรองมันได้ไม่หมด มาตรา 27 ก็ทำหน้าที่นี้ไว้แล้ว แต่สิ่งที่จะให้ประชาชน ความผูกพัน ผูกพันทั้งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ก็กระทำผิดรัฐธรรมนูญได้ และองค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กรโดยตรง หมายความว่า สามารถหยิบมาตรานี้ขึ้นมาอ้างได้เลย โดยไม่ต้องรอกฎหมายลูก เว้นแต่กรณีที่ต้องรอให้กฎหมายบัญญัติมาวางรายละเอียด เพราะ ฉะนั้น ประเด็นที่ท่าน สสร. ท่านศาสตราจารย์เรียนถาม บอกว่าต้องมีกฎหมายลูกใหม่ คำตอบก็คือ ไม่มี มันหยิบกันได้โดยตรง ถ้าเรายอมให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิ ก็หยิบเข้ามาได้เลย

พอมาดูมาตรา 28 วรรคแรก ของใหม่ผมยังไม่พูด ผมพูด เฉพาะวรรคสอง วรรคสองสามารถใช้สิทธิทางศาล และตามช่องทางว่าเป็นศาลในคดีอะไร ถ้าเรารับว่าเป็นสิทธิ ไปละเมิดได้ไหม ถ้าเป็น ศาลปกครองก็ยกขึ้นได้ ถ้าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นขัดรัฐธรรมนูญ หรือยกข้อต่อสู้ในศาล ในคดีมรดก เราอาจจะยกได้เลย ว่า การเป็นบุตรนอกสมรสแล้วมีสิทธิรับมรดกหรือไม่ ถ้าระเบียบของ กรมที่ดินมันไม่ถูกต้อง ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เราก็บอกระเบียบนี้ไม่ถูกต้อง จะถูกในสมรส หรือนอกสมรส ก็มีสิทธิรับมรดกเท่ากัน เลือด เดียวกัน แต่ระเบียบของกรมที่ดินไม่ถูก ก็กล่าวอ้างในคดีแพ่งได้ เพราะฉะนั้น จะเห็นว่า มันผูกพันโดยตรง ยกขึ้นอ้างได้ แล้วเข้าไปใน

ศาลได้ เป็นฐานก็ได้ หรือยกข้อต่อสู้ก็ได้ เพราะฉะนั้น การที่จะให้อะไรเป็นสิทธิ จึงสำคัญอย่างยิ่ง แล้วต้องระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง คำว่า ระมัดระวังอย่างยิ่ง ผมคิดว่า มันไม่ได้หมายความว่า รัฐธรรมนูญเราต้องเขียนให้ชัดไปเสียหมด โทษประหารชีวิต ถามว่า ชัดรัฐธรรมนูญใหม่ หลายบ้านหลายเมือง เขาก็ให้ศาลตัดสิน ให้ศาลรัฐธรรมนูญตัดสิน 10 ปีที่แล้ว เขาบอกว่าไม่ชัด แต่เมื่อบ้านเมืองทัศนคติ พัฒนาขึ้น เขาก็บอกว่ามันชัด เพราะฉะนั้น โปรดอย่านึกว่า รัฐธรรมนูญจะต้องจงจำ และชื่ออะไรไว้ว่า มันจะต้องเป็นอย่างนั้น ชั่วฉับจันทรันตร์ หรือมันต้องชัดต้องแจ่ม เพราะฉะนั้น ความเป็นศาลรัฐธรรมนูญ จึงสำคัญอย่างยิ่ง เป็นพัฒนาการของมันนี่ครับ ในบรรดาสิ่งที่ผมอภิปราย ตัวรัฐธรรมนูญ ถ้าจะรับรองอะไรเป็นสิทธิ มันต้องมีธรรมชาติของเรื่อง ซึ่งมันไปได้ พุดจริง ๆ เพื่อน สสร. ท่านอาจารย์ พันส์ ทศนิยานนท์ พุดไว้ชัดว่า สิทธิบรรดาที่เราเขียนไว้ ก็สะท้อนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่แล้ว การลงโทษโดยทารุณทำไม่ได้ โบายแบบลิงคโปรก็คงจะชัดรัฐธรรมนูญละครับ... เพราะฉะนั้น ถ้าจะเอาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เข้ามาเป็นสิทธิทั้งที่ ผมอภิปรายยืนยันว่า มันควรจะมีตำแหน่งอยู่ในมาตรา 4 ในฐานะคำประกาศเป้าหมาย แล้วมันจะใช้ไปได้ทุกหมวด ทั้งนโยบายของรัฐ ทั้งในส่วนที่มันจะเป็นสิทธิ ...ผมคิดว่าผมรับได้ พุดถึงในใจ ในความคิดของการใช้อำนาจรัฐทุกอย่าง จะต้องมองข้ามสิ่งเหล่านี้ไม่ได้ แต่พอให้เป็นสิทธิที่จะมาฟ้องโต้ทันทีเลย เข้าศาลได้เลย ผมคิดว่า ประเด็นที่เพื่อน สสร. ได้

เสนอคำอภิปรายว่า มาตรา 28 ซึ่งเป็นเรื่องการรับรองสิทธิ ไม่น่าจะ  
ให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีฐานะเป็นสิทธิอยู่ในมาตรานี้”<sup>2</sup>

จากคำอภิปรายที่หยิบยกมานี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่  
ผู้เขียนขีดเส้นใต้ไว้ ย่อมชี้ให้เห็นว่า วัตถุประสงค์ของการบัญญัติ  
มาตรา 27 ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช  
2540 ก็เพื่อชี้ให้เห็นว่าสิทธิต่างๆ ของประชาชนมิได้มีเพียงเท่าที่  
รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น หากแต่ยังสิทธิที่  
รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยปริยาย ซึ่งหากเป็นกรณีที่เป็นปัญหาย่อม  
เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะกำหนดให้เป็นรูปธรรมว่ามีสิทธิ  
ใดบ้าง ส่วนวัตถุประสงค์ของการบัญญัติมาตรา 28 วรรคสอง ก็คือ  
เพื่อให้การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ เกิดผลใน  
ทางปฏิบัติอย่างจริงจัง อย่างเป็นรูปธรรม โดยผู้ถูกละเมิดนั่นเอง  
สามารถฟ้องศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้นั่นเอง

#### 4.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำคดีขึ้นสู่ศาลต่างๆ

##### 4.2.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำคดีขึ้นสู่ศาลแพ่ง

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 271 กำหนด  
ให้ “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่  
รัฐธรรมนูญนี้ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น”  
แสดงว่ารัฐธรรมนูญต้องการให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองในแง่

---

<sup>2</sup> โปรดดู คำอภิปรายของท่านอาจารย์แก้วสรร อดิโพธิ ใน : รายงาน  
การประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 วันอังคารที่ 8 กรกฎาคม 2540,  
หน้า 175-177

ของการพิจารณาคดี หากไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจในการพิจารณาของศาลใดศาลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ย่อมสามารถนำมาฟ้องยังศาลแพ่งได้

แต่อย่างไรก็ตาม การนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแพ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ซึ่งเป็นเรื่องที่ว่าด้วยการนำคดีขึ้นสู่ศาล กล่าวคือ กฎหมายกำหนดกรณีที่บุคคลจะสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ ไว้เป็นสองกรณีดังนี้

กรณีแรก เป็นกรณีที่มีการโต้แย้งสิทธิ

กรณีที่สอง เป็นกรณีที่บุคคลต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้ศาลรับรองหรือบังคับตามสิทธิของตน

#### 4.2.1.1 กรณีที่มีการโต้แย้งสิทธิ

กรณีที่มีการโต้แย้งสิทธิจึงต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลนั้น เป็นคดีมีข้อพิพาท กล่าวคือ เป็นคดีที่บุคคลฝ่ายหนึ่ง อ้างว่าตนมีสิทธิเหนือบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่บุคคลฝ่ายหลังนี้ ก็ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของบุคคลฝ่ายแรก หรือกล่าวอ้างสิทธิอื่นของตน<sup>3</sup> และสิทธิที่มีการอ้างถึงดังกล่าว ต้องเป็นสิทธิตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งอาจเป็นสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือสิทธิตามกฎหมายอื่นก็ได้<sup>4</sup> ซึ่งหากพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติตาม

<sup>3</sup> โปรดดู จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ภาค 1 ถึง ภาค 3), พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์นิติธรรม, หน้า 3

<sup>4</sup> เพิ่งอ้าง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 28 วรรคสอง และ มาตรา 271 ที่ได้กล่าวถึงมาแล้วข้างต้น ย่อมหมายความว่า สิทธิตามกฎหมายอื่นดังกล่าวนี้ มีความหมายรวมถึงสิทธิตามรัฐธรรมนูญด้วย

นอกจากนี้แล้ว การโต้แย้งสิทธิดังกล่าว ยังมีความหมายครอบคลุมถึงความขัดแย้งในประโยชน์ตามกฎหมายใดๆ อีกด้วย และบุคคลที่เป็นคู่กรณี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 62 ก็ได้เปิดช่องไว้ว่า อาจเป็นหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐ ที่เป็นนิติบุคคล ก็ได้

โดยที่พื้นฐานของคดีแพ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการโต้แย้งสิทธิดังกล่าว วิธีพิจารณาจึงเป็นไปตามหลักที่ว่าผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ ศาลก็จะพิจารณาไปตามที่มีการสืบพยานกันนั้น การฟ้องร้องคดีแพ่ง จึงเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนเกินกว่าที่บุคคลทั่วไปจะดำเนินการเองได้จำเป็นต้องมีทนายเข้ามาทำหน้าที่ว่าต่างแทน ซึ่งหมายถึงค่าใช้จ่ายที่ตามมา อีกทั้งในการฟ้องคดีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 149 กำหนดให้คู่ความต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล ให้โจทก์ต้องมีเงินมาวางที่ศาลเป็นค่าขึ้นศาลตามอัตราที่กำหนดในตาราง ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยคำนวณจากทุนทรัพย์ในคดี ซึ่งตามตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดเป็นอัตรา ร้อยละ 2.5 ของทุนทรัพย์ เพียงแต่มีการกำหนดกรอบไว้ว่า เงินค่าธรรมเนียม

ดังกล่าวจะต้องไม่เกิน 200,000 บาท ซึ่งนับได้ว่าเป็นอุปสรรคอีกประการหนึ่งในการนำคดีขึ้นสู่ศาล<sup>5</sup>

ด้วยเหตุนี้ สำหรับกรณีที่เป็นคดีเล็กๆ น้อยๆ เช่น การซื้อขายสิ่งของมูลค่าไม่มากนัก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 189 จึงเปิดช่องให้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ง่ายขึ้น โดยกำหนดให้มีประเภทคดีโมโนซาเร่ ขึ้นมาเพื่อให้การพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็ว การฟ้องคดีดังกล่าว โจทก์สามารถทำได้เองโดยวาทา

---

<sup>5</sup> เว้นแต่จะเข้าข่ายได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างคนอนาถา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 157 แต่ก็เป็นกรณียกเว้นให้เพียงบางรายการเท่านั้น โปรดดู จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, อ้างแล้ว, หน้า 88 ซึ่งยกประเด็นจากกฎหมายอังกฤษ (The Legal Aid Act 1974, and 1978) ที่มีการกำหนดอัตรารายได้ประจำปี ผู้ที่มีรายได้ต่ำกว่าอัตราดังกล่าว จะได้รับการช่วยเหลือค่าใช้จ่ายในศาล รวมถึงการให้คำปรึกษาจากทนายความด้วย

สำหรับกรณีของเยอรมันนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน บัญญัติไว้ในมาตรา 114 เป็นต้นไป เปิดช่องให้ผู้ที่ไม่สามารถจ่ายค่าธรรมเนียมศาลได้ สามารถยื่นคำร้องพร้อมกับหลักฐานตามที่กำหนด เพื่อขอรับความช่วยเหลือเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่มีแนวโน้มที่น่าเชื่อได้ว่าจะชนะคดีได้ มิใช่กรณีที่ต้องการฟ้องเพียงเพื่อเป็นการทำทนายหรือลองดีเท่านั้น ศาลสามารถพิจารณาตัดสินให้บุคคลผู้ยื่นคำร้องนั้นได้รับการยกเว้นค่าใช้จ่ายทั้งหมด หรือเพียงบางส่วนหรือให้จ่ายเป็นงวดๆ ก็ได้ โดยพิจารณาจากรายรับและรายจ่ายของผู้ยื่นเทียบกับตารางที่กำหนด และกรณีที่ยังคงต้องมีความทนาย หรือกรณีที่ไม่บังคับว่าต้องมีทนาย แต่คู่กรณีมีทนายมาว่าต่างแทน ผู้ที่ได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมก็มีสิทธิเลือกทนายของตนเองได้

โดยไม่ต้องมีทนาย และไม่ต้องมีการนำเงินมาวางที่ศาลเป็นค่าธรรมนิยม และในการพิจารณาคดี ผู้พิพากษานายเดียวยังก็สามารถพิจารณาได้ เมื่อสืบพยานโจทก์และจำเลยแล้ว ก็สามารถตัดสินคดีไปได้เลยโดยที่ไม่ต้องแสดงเหตุผลของคำพิพากษาให้มากความ

เป็นที่น่าสังเกตว่า เดิมมีการกำหนดทุนทรัพย์สำหรับคดีมโนสาเร่ไว้ไม่เกิน 40,000 บาท หรือไม่เกินจำนวนที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งก็นับว่ามีความเหมาะสมดีอยู่แล้ว แต่เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2546 ได้มีการลงประกาศพระราชกฤษฎีกากำหนดจำนวนเงินในคดีมโนสาเร่ พ.ศ. 2546<sup>6</sup> กำหนดจำนวนเงินในคดีมโนสาเร่ โดยคดีที่มีค่าขอปลดปล่อยทุกข้ออันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ไม่เกิน 300,000 บาท ซึ่งเป็นการขยายอัตรา ให้เท่ากับอำนาจพิจารณาของผู้พิพากษาคนเดียวตามบทบัญญัติมาตรา 25 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม แต่การขยายอัตราดังกล่าว กระทบถึงประเด็นการอุทธรณ์ฎีกาด้วย กล่าวคือทุนทรัพย์ที่ขยายใหม่นี้ ทำให้สามารถอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้ เนื่องจากคดีที่มีทุนทรัพย์เกิน 50,000 บาท สามารถอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริง (ฎีกา 200,000 บาท) ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การขยายอัตราดังกล่าวทำให้ประเภทคดีมโนสาเร่ สูญเสียข้อดีในด้านความรวดเร็วไป ซึ่งเป็นการสวนทางกับวัตถุประสงค์ในการขยายอัตราทุนทรัพย์ดังกล่าว และต่อไปหากจะขยายทุนทรัพย์สำหรับการอุทธรณ์ฎีกา ก็จะทำให้สูญเสียในแง่ของความยุติธรรมไปในระดับหนึ่ง เนื่องจากจำนวนเงินที่กำหนดเป็น

---

<sup>6</sup> ประกาศในราชกิจจานุเบกษา พ.ศ. 2546 เล่ม 120 ตอนที่ 107 ก หน้า 36 วันที่ 30 ตุลาคม 2546

ทุนทรัพย์ในการอุทธรณ์ฎีกาปัญหาข้อเท็จจริงที่เป็นอยู่ก็นับว่าเป็นจำนวนมากอยู่แล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าเสียดายว่า ในปัจจุบันประชาชนยังไม่สามารถฟ้องคดี เป็นคดีมโนสาเร่ได้ เนื่องจากศาลอ้างว่ายังไม่พร้อม ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิของผู้บริโภค ซึ่งได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 57 เพราะกรณีเหล่านี้มักเป็นคดีที่มีทุนทรัพย์น้อย ย่อมไม่คุ้มที่จะฟ้องเป็นคดีสามัญ เนื่องจากมีค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

จึงเห็นได้ว่า จากสภาพที่เป็นอยู่ ผู้มีรายได้น้อยได้รับความคุ้มครองสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่ศาลน้อยกว่าผู้มีฐานะทางการเงินดี<sup>7</sup> ซึ่งย่อมไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30 ที่ย่อมใช้บังคับกับกระบวนการวิธีพิจารณาทางแพ่งด้วย จึงเป็นปัญหาที่จะต้องได้รับการแก้ไขโดยเร่งด่วน สำหรับแนวทางในการแก้ปัญหาดังกล่าว จำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับการช่วยเหลือค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสำหรับผู้มีรายได้น้อย ดังที่ได้พิจารณามาแล้วในกรณีของอังกฤษและเยอรมัน<sup>8</sup> ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับทบทวนญัตติแห่งรัฐธรรมนูญ

<sup>7</sup> แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 157 จะเปิดช่องให้มีการขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถาได้ แต่ก็ได้รับยกเว้นเฉพาะค่าธรรมเนียมศาล ไม่ครอบคลุมไปถึงค่าทนายและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ด้วย โปรดดูจักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, อ้างแล้ว, หน้า 86-88

<sup>8</sup> โปรดดูเชิงอรรถที่ 3



มาตรา 242 วรรคสอง ซึ่งกำหนดไว้ว่า “ในคดีแพ่งบุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งแม้ว่าจะต้องมีกฎหมายออกมาก่อน แต่กฎหมายดังกล่าวก็จะต้องมีกลไกที่สามารถให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง เพื่อมิให้ความยุติธรรมเป็นเรื่องของผู้มีฐานะทางการเงินเท่านั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

#### 4.2.1.2 กรณีที่บุคคลต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้ศาล รับรอง คู่ครองหรือบังคับตามสิทธิของตน

สำหรับกรณีที่บุคคลต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้ศาลรับรอง คู่ครองหรือบังคับตามสิทธิของตน เป็นกรณีที่บุคคลผู้ใช้สิทธินั้น มีสิทธิอยู่แล้วตามกฎหมาย แต่ความมีอยู่ดังกล่าว ต้องได้รับการรับรองจากศาลเสียก่อน จึงจะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปได้ โดยผู้ใช้สิทธิต้องร้องต่อศาลเป็นคดีไม่มีข้อพิพาท<sup>9</sup> นับได้ว่าเป็นตัวอย่างของสิทธิตามอัตตวิสัยที่เป็นรูปธรรมที่มีการรับรองไว้แล้วในกระบวนการยุติธรรมของไทย

#### 4.2.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำคดีขึ้นสู่ศาลอาญา

ดังที่ได้พิจารณามาเป็นลำดับแล้วว่า การคุ้มครองสิทธิของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งของอังกฤษ มีจุดเริ่มต้นมาจากการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับคดีอาญา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 กำหนดเป็น

<sup>9</sup> โปรดดู จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, อ้างแล้ว, หน้า 8

กรอบสำหรับอำนาจรัฐไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

สำหรับบทบัญญัติแห่งกฎหมายของไทยในลักษณะที่เป็นกฎหมายสารบัญญัตินั้น ไม่สู้จะมีความแตกต่างจากบทบัญญัติที่ใช้กันในระดับสากล แต่องค์กรที่บังคับใช้กฎหมายของไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนที่มีได้มีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ยังคงมีประเด็นปัญหา ในด้านความโปร่งใส ดังที่ปรากฏเป็นข่าวอยู่เนืองๆ ซึ่งเป็นปัญหาที่สืบเนื่องมาจากโครงสร้างขององค์กรที่มีลักษณะของการรวมศูนย์แห่งอำนาจ อีกทั้งมิได้มีการถ่วงดุลย์อย่างเหมาะสมระหว่างอำนาจจับกุมกับอำนาจในการสอบสวน จึงยังไม่อาจเป็นหลักประกันที่ดีในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ทั้งๆ ที่ในองค์กรของรัฐเหล่านี้มีบุคลากรที่มีคุณภาพอยู่เป็นจำนวนมาก

โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 78 กำหนดเป็นแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ให้รัฐต้องกระจายอำนาจให้ท้องถิ่นพึ่งตนเองและตัดสินใจในกิจการท้องถิ่นได้เอง และเพื่อให้การกระจายอำนาจเพิ่มขึ้นให้แก่ท้องถิ่นเป็นไปอย่างต่อเนื่อง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงกำหนดไว้ในมาตรา 284 วรรค 3 ให้มีกฎหมายกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจขึ้นมา จึงได้มีการตรากฎหมายดังกล่าว ซึ่งมีชื่อว่า พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครอง

ส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542<sup>10</sup> เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2542 โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา 16(30) ให้เทศบาลเมืองพัทยา และองค์การบริหารส่วนตำบล มีอำนาจและหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อย การส่งเสริมและสนับสนุนการป้องกันและรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ซึ่งหากมีการดำเนินการในส่วนนี้ได้อย่างเหมาะสม ก็จะช่วยให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองมากขึ้น

ในส่วนของรายละเอียดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา มีประเด็นที่สมควรนำเสนอต่อต่อไปนี้ คือ สิทธิของผู้เสียหาย สิทธิของผู้ถูกกล่าวหา และสิทธิของจำเลย

#### 4.2.2.1 สิทธิของผู้เสียหาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 245 กำหนดให้ “บุคคลซึ่งเป็นผู้เสียหายในคดีอาญามีสิทธิได้รับความคุ้มครอง การปฏิบัติที่เหมาะสม และค่าตอบแทนที่จำเป็นและสมควรจากรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลใดได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือแก่ร่างกายหรือจิตใจ เนื่องจากการทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำความผิดนั้น และไม่มีโอกาสได้รับการบรรเทาความเสียหายโดยทางอื่น บุคคลนั้นหรือทายาทย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”

---

<sup>10</sup> ประกาศในราชกิจจานุเบกษา พ.ศ. 2542 เล่ม 116 ตอนที่ 114 ก วันที่ 17 พฤศจิกายน 2542

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักการใหม่ ที่เพิ่งจะมีการบัญญัติรับรองเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้<sup>11</sup> และในปี พ.ศ. 2544 ได้มีการตราพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา<sup>12</sup> เพื่อคุ้มครองผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่นและเยียวยาผู้ได้รับความเดือดร้อนจากกระบวนการยุติธรรม ซึ่งก็จะมีลักษณะเพียงเป็นการบรรเทาความเดือดร้อนลงไปเท่านั้น

#### 4.2.2.2 สิทธิของผู้ต้องหาและจำเลย

คำว่า “ผู้ต้องหา” นี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 2(2) กำหนดความหมายว่า เป็นผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิด แต่ยังมีได้ถูกฟ้องต่อศาล

การกล่าวหาว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดทางอาญาดังกล่าวต้องเป็นการกล่าวหาต่อเจ้าพนักงาน โดยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายเอง หรือเป็นการกล่าวโทษของบุคคลอื่นก็ได้ นอกจากนี้แล้ว ยังมีกรณีที่เจ้าพนักงานเป็นฝ่ายกล่าวหาเสียเองอีกด้วย หากเป็นกรณีที่มิได้มีการร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงาน แต่ผู้เสียหายยื่นฟ้องบุคคลเป็นคดีอาญาต่อศาลเอง บุคคลผู้เป็นจำเลยนั้นจะไม่ตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหาแต่อย่างใด

<sup>11</sup> โปรตดู คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541, หน้า 46

<sup>12</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 118 ตอนที่ 104 ก วันที่ 12 พฤศจิกายน 2544 หน้า 23

คำว่า “จำเลย” นี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติไว้ในมาตรา 2(3) กำหนดความหมายว่า เป็นผู้ถูกฟ้องยังศาลแล้ว โดยข้อหาว่าได้กระทำความผิด แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า คำว่า จำเลยตามความหมายดังกล่าว ใช้ได้กับกรณีที่ย้ายการเป็นโจทก์ฟ้องเท่านั้น เพราะหากเป็นกรณีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องเองย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 165 วรรคสาม ซึ่งกำหนดว่า ผู้ถูกฟ้องในกรณีดังกล่าว ยังไม่ตกอยู่ในฐานะจำเลยจนกว่าศาลจะประทับรับฟ้องแล้วเท่านั้น

เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 33 ได้บัญญัติไว้ว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” ด้วยเหตุนี้ การควบคุมหรือขังจำเลยในระหว่างการสอบสวนหรือการพิจารณาของศาลจึงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้อย่างเคร่งครัด ดังเช่นที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 237 บัญญัติว่า “ในคดีอาญา การจับและคุมขังบุคคลใดจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือผู้นั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้า หรือมีเหตุจำเป็นอื่นให้จับได้โดยไม่มีหมายตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยผู้ถูกจับจะต้องได้รับการแจ้งข้อกล่าวหาและรายละเอียดแห่งการจับโดยไม่มีชักช้า กับจะต้องได้รับโอกาสให้แจ้งให้ญาติหรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับไว้วางใจทราบในโอกาสแรก และผู้ถูกจับซึ่งยังถูกควบคุมอยู่ ต้องถูกนำตัวไปศาลภายในสี่สิบแปดชั่วโมง นับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับถูกนำตัวไปถึง

ที่ทำการของพนักงานสอบสวน เพื่อศาลพิจารณาว่า มีเหตุที่จะขังผู้ถูกจับไว้ตามกฎหมายหรือไม่ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัย หรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ...” และมาตรา 240 ยังบัญญัติต่อไปอีกว่า “ในกรณีที่มีการคุมขังตัวบุคคลในคดีอาญาหรือในกรณีอื่น ผู้ถูกคุมขังเอง พนักงานอัยการ หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกคุมขัง มีสิทธิร้องต่อศาลท้องที่ที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญา ว่า การคุมขังเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีคำร้องเช่นว่านี้ ให้ศาลดำเนินการไต่สวนฝ่ายเดียวโดยด่วน ถ้าเห็นว่าคำร้องนั้นมีมูล ศาลมีอำนาจสั่งผู้คุมขังให้นำตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลโดยพลัน และถ้าผู้คุมขังแสดงให้เห็นที่เป็นที่พอใจของศาลไม่ได้ว่า การคุมขังเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลสั่งปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังไปทันที”

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตามมาตราข้างต้น ได้นำหลักการของ Writ of Habeas Corpus มาบัญญัติไว้ เพื่อให้ศาลทำหน้าที่ในการตรวจสอบว่าได้มีการปฏิบัติอย่างถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ นับได้ว่าเป็นภารกิจอันยิ่งใหญ่ที่มีประวัติศาสตร์ของการต่อสู้อันยาวนานกว่าจะได้สิทธิเหล่านี้มาดังที่ได้พิจารณาในบทก่อนๆ แล้ว ซึ่งหมายความว่าผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาในส่วนนี้ จะต้องมิจิตสำนึกในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย โดยเรียกหลักฐานจากเจ้าพนักงานและพิจารณาหลักฐานดังกล่าวอย่างถี่ถ้วนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 237 วรรคสอง มิใช่ลดค่าของตนเองลงทำหน้าที่เป็นเพียงตรายางสำหรับเจ้าพนักงานเท่านั้น ซึ่งย่อมจะทำให้เจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติดังกล่าวเสียไป

นอกจากนี้แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 239 ยังรับรองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ให้มีสิทธิขอประกันตัว การไม่ให้ประกันต้องอาศัยเหตุตามกฎหมายที่กฎหมายบัญญัติและต้องแจ้งเหตุผลให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยทราบโดยเร็ว และ มาตรา 242 รับรองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในการที่จะได้รับ “การสอบสวนหรือการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม

ในชั้นสอบสวน ผู้ต้องหาสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำของตนได้

ผู้เสียหายหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิตรวจหรือคัดสำเนาคำให้การของตนในชั้นสอบสวนหรือเอกสารประกอบคำให้การของตน เมื่อพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในคดีอาญาที่พนักงานอัยการมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องแล้ว ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา หรือผู้มีส่วนได้เสีย ย่อมมีสิทธิขอทราบสรุปพยานหลักฐานพร้อมความเห็นของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการในการสั่งคดี ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

สิทธิเหล่านี้ย่อมเป็นสิทธิที่ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา หรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถใช้ได้โดยไม่ต้องรอให้มีการตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับการใช้สิทธิเสียก่อน และหากมีการใช้สิทธิดังกล่าวแล้ว เจ้าพนักงานไม่ดำเนินการให้ ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา หรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถยกบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวขึ้นอ้างยันได้ ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้

รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

สำหรับในคดีอาญาผู้ต้องหาหรือจำเลยย่อมมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 242 ที่จะ “ได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว” ซึ่งจะเห็นได้ว่าในคดีอาญามีความแตกต่างจากในคดีแพ่งที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องหาทนาย ในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่อาจหาทนายความได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม

ในส่วนของการดำเนินการตามกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอาญานั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 243 ยังคุ้มครองสิทธิของบุคคลต่อไปอีก โดยบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องคดีอาญา

ถ้อยคำของบุคคลซึ่งเกิดจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญหลอกลวง ถูกทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใด ๆ ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้” บทบัญญัติดังกล่าวนี้ ย่อมเป็นหลักประกันสำหรับผู้ต้องหาที่จะได้รับการสอบสวนอย่างเป็นธรรม เพราะพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบทั้งหลาย ศาลย่อมไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดี

นอกจากนี้แล้ว ผู้ที่ตกเป็นจำเลยในคดีอาญาและถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาคดี หากปรากฏตามคำพิพากษาอันถึงที่สุดในคดีนั้นว่า จำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิดหรือการกระทำของจำเลยไม่มีความผิด บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตาม



สมควร ตลอดจนบรรดาสีทธิที่เสียไปเพราะการนั้นคืน ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 246 หรือแม้จะถูกพิพากษาอันเป็นที่สุดให้ต้องได้รับโทษอาญาแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 247 ก็ยังเปิดโอกาสให้ผู้ต้องโทษมีสิทธิ “ร้องขอให้มีการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ได้” และหากปรากฏตามคำพิพากษาของศาลที่รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ว่า บุคคลนั้นมีได้เป็นผู้กระทำความผิด บุคคลนั้นหรือทายาทย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามสมควร ตลอดจนบรรดาสีทธิที่เสียไปเพราะผลแห่งคำพิพากษานั้นคืน ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”

จะเห็นได้ว่าในกรณีที่ศาลรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ เพราะเหตุมีหลักฐานใหม่ทำให้ได้ผลตามคำพิพากษาใหม่ว่า บุคคลนั้นมีได้เป็นผู้กระทำความผิด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังให้สิทธิแก่บุคคลนั้นในการได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามสมควร ตลอดจนบรรดาสีทธิที่เสียไปเพราะผลแห่งคำพิพากษานั้นคืน แต่สำหรับกรณีที่บุคคลถูกตัดสินว่ากระทำความผิดเพราะศาลเองดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือใช้ดุลพินิจผิดพลาด กลับไม่อาจขอรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ได้ และไม่มียศศักดิ์ที่จะเข้ามาดูแลในส่วนนี้

ตัวอย่างของคำพิพากษาฎีกาที่มีการตีความในลักษณะที่ไม่คุ้มครองสิทธิของประชาชนในอดีตนั้น มีกรณีที่ถูกกฎหมายใหม่ยกเลิกความผิดตามกฎหมายเก่า ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลังการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้

ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง” และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (5) ก็บัญญัติรับกัน โดยกำหนดให้กรณีดังกล่าวเป็นเงื่อนไขหนึ่ง ที่ทำให้สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องต้องระงับไป

แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลฎีกากลับตีความวางแนวว่า กรณีที่จะเข้าข่าย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 35 (5) นั้น จะต้องเป็นเรื่องที่กฎหมายใหม่ยกเลิกความผิดตามกฎหมายเก่า ฉะนั้น หากการกระทำมิใช่เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรง หากแต่เป็นการฝ่าฝืนประกาศหรือคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งอาศัยอำนาจตามกฎหมาย แม้จะมีประกาศหรือคำสั่งฉบับใหม่ยกเลิกประกาศหรือคำสั่งเดิม ก็ไม่ทำให้ความผิดฐานฝ่าฝืนประกาศหรือคำสั่งฉบับเดิมของเจ้าพนักงานนั้นระงับสิ้นไป เพราะคำสั่งหรือประกาศมิใช่กฎหมาย โดยมีกรณีตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภค พ.ศ. 2488 และพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 ซึ่งให้คณะกรรมการตามกฎหมายดังกล่าวมีอำนาจออกประกาศกำหนดให้บุคคลผู้มีสิ่งของที่ระบุไว้ในครอบครองมาแจ้งปริมาณและสถานที่เก็บต่อเจ้าพนักงานหรือประกาศกำหนดห้ามมิให้พ่อค้าขายสินค้าตามที่ระบุเกินราคา ศาลฎีกาเห็นว่า ประกาศของคณะกรรมการดังกล่าวข้างต้น มีลักษณะเป็นเพียงคำสั่งของเจ้าพนักงาน มิใช่กฎหมาย หากคณะกรรมการออกประกาศฉบับใหม่ยกเลิกประกาศฉบับเดิม ย่อมมิใช่กรณีที่

กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า ผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งตามประกาศก่อนถูกยกเลิก จึงยังคงมีความผิดอยู่แม้ว่า ประกาศนั้นจะถูกยกเลิกไปแล้ว<sup>13</sup>

นอกจากนี้แล้ว ยังมีกรณีที่น่าใจหายอีกเรื่องว่า ขนย้ายข้าวสาร ออกนอกบริเวณเขตห้ามขนย้ายข้าว เขตหนึ่งและนำไปเข้าเขตห้ามขนย้ายข้าวอีกเขตหนึ่ง โดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นการฝ่าฝืนประกาศเรื่องการควบคุมและกำหนดเขตห้ามขนย้ายข้าวของคณะกรรมการสำรวจและห้ามกักกันข้าว ซึ่งเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว ฯลฯ ปรากฏว่าในระหว่างที่คดีอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาของศาลชั้นต้น ได้มีประกาศฉบับใหม่ของคณะกรรมการสำรวจและห้ามกักกันข้าว ให้ขนย้ายข้าวได้โดยไม่ต้องขออนุญาต แต่เนื่องจากประกาศดังกล่าวมิใช่กฎหมาย ศาลฎีกาจึงเห็นว่าไม่มีผลลบล้างการกระทำของจำเลย ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในขณะนั้น จำเลยจึงไม่พ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด<sup>14</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาข้างต้นส่งผลให้คำสั่งและประกาศมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายเสียอีก เพราะหากเลิกกฎหมายความผิดก็เลิกไป แต่เลิกคำสั่งหรือประกาศความผิดกลับไม่เลิกตามยังคงเป็นความผิดอยู่ ซึ่งเป็นแนวคำพิพากษาที่สวนทางกับแนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย และที่สำคัญคือทำให้ประชาชนเสียสิทธิอันพึงมีพึงได้ โดยปราศจากเหตุผลที่จะให้ความชอบธรรมแก่แนวคำพิพากษาดังกล่าว

<sup>13</sup> ฎีกาที่ 61 / 2490 2490 ฎ. 57; ที่ 65 / 2490 2490 ฎ. 61

<sup>14</sup> ฎีกาที่ 320 / 2515 2515 ฎ. 287

#### 4.2.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง

หลังจากที่ได้มีความพยายามของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2517 ที่จะให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมา โดยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีการจัดตั้งศาลปกครองภายในสองปีนับแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว มิได้มีอายุยืนยาวพอที่จะให้บทบัญญัติดังกล่าวปรากฏเป็นจริงได้ การจัดตั้งศาลปกครองจึงมาประสบผลสำเร็จภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยมาตรา 276 เปิดช่องให้เอกชนสามารถฟ้องร้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลได้ ในกรณีที่มีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการฟ้องคดีปกครอง ไว้ในมาตรา 42 ให้ “ผู้ใด(ที่) ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือ

กรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง...” แต่อย่างไรก็ตาม ในวรรคสองของมาตราเดียวกันก็ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขไว้ด้วยว่า ก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง “ในกรณีที่มิใช่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะการฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวและได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

ในส่วนของขั้นตอนและวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายนั้น มีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 กำหนดหลักการทั่วไปไว้ว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว...” ซึ่งก็ประเด็นปัญหาสำหรับขั้นตอนการอุทธรณ์ตามกฎหมายดังกล่าวที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มาตั้งแต่นั้นว่า ระยะเวลาที่กำหนดให้อุทธรณ์นั้นค่อนข้างสั้นจนเกินไป กล่าวคือ ให้ความในการดำเนินการเพื่อยื่นอุทธรณ์เพียง 15 วันเท่านั้น ในขณะที่ประเทศที่ได้ชื่อว่าพัฒนาแล้วอย่างประเทศสหพันธ์

สาธารณรัฐเยอรมัน กำหนดระยะเวลาสำหรับการดำเนินในการยื่นอุทธรณ์ให้ถึง หนึ่งเดือน<sup>15</sup>

และหากพิจารณาถึงความสำคัญของการอุทธรณ์ดังกล่าวในแง่ของผล ที่ว่า หากยื่นอุทธรณ์ไม่ทันภายในกำหนดระยะเวลา 15 วันดังกล่าว ย่อมส่งผลให้ไม่สามารถนำเรื่องดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลปกครองได้ ระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 จึงเป็นประเด็นที่สมควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขโดยการยืดเวลาออกไป เพื่อให้ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองมีเวลาพอสมควรในการปกป้องสิทธิของตนเอง

ในส่วนของโครงสร้างและวิธีพิจารณาของศาลปกครองของไทยนั้น ก็ยังมีปัญหาอีกพอสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรับบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งตุลาการทั้งในศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 277 วรรคแรก กำหนดว่า “การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่ง ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล

ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดินอาจได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ การแต่งตั้งให้บุคคลดังกล่าวเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

---

<sup>15</sup> ไพรดู่ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538, หน้า 30

ให้แต่งตั้งไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งหมด และต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล...” บทบัญญัติตามมาตราดังกล่าว เป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้ต้องมีการแยกศาลปกครองออกมาจากศาลยุติธรรมอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้ตุลาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชนเข้ามาทำหน้าที่อันสำคัญนี้ จึงต้องมีการตรวจสอบอยู่เสมอว่า องค์ประกอบของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดยังสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญอยู่หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับบุคลากร เพราะรัฐธรรมนูญใช้คำว่า “ให้แต่งตั้ง” บุคคลดังกล่าว “ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งหมด” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะบังคับ ที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ นอกจากนี้แล้ว ความเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชนนั้นคงมิใช่เรื่องของการอุปโลกน์กันขึ้นมาเองหากแต่จะต้องได้รับการยอมรับกันในวงการของผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชนอีกด้วย

ในทางปฏิบัติเท่าที่ศาลปกครองของไทยดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน ในการรับตุลาการโดยวิธีการสอบนั้น อาจเกิดปัญหาในแง่ของความโปร่งใส ทั้งยังมีลักษณะของการคัดเลือกคนใหม่เข้ามาเสริมกลุ่มคนเดิม (Co-optation) โดยคนกลุ่มเดิมนั้นเอง ซึ่งย่อมมีปัญหาในแง่ของความชอบธรรมตามมาได้อีก ซึ่งยังไม่นับปัญหาข้อกฎหมายที่จะมีต่อไปอีกว่า ผู้ที่ไม่พอใจในผลการสอบจะสามารถโต้แย้งการตัดสินดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใด และจะโต้แย้งต่อใคร ประเด็น

ต่าง ๆ เหล่านี้<sup>16</sup> อาจกล่าวได้ว่าเป็นประเด็นสำคัญ เพราะหากดำเนินการไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว ย่อมส่งผลต่อความน่าเชื่อถือขององค์กร ดังที่ได้เคยมีตัวอย่างในประเทศฝรั่งเศสดังที่ได้พิจารณาไปในบทแรกแล้ว

ในส่วนของผลการพิจารณาคดีของศาลปกครอง เนื่องจากศาลปกครองยังเพิ่งจะมีการจัดตั้งขึ้นมาไม่นาน จึงอาจจะยังไม่สามารถวิพากษ์วิจารณ์แนวคำวินิจฉัยของศาลได้มากนัก นอกจากนี้จะมีการตั้งข้อสังเกตจากจำนวนคดีที่มีการฟ้องร้องแล้ว ศาลสั่งไม่รับฟ้องมีอัตราที่ค่อนข้างสูง ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากเงื่อนไขในการที่จะนำคดีมาสู่ศาลอาจมีความเข้มงวดมากจนเกินไป ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

---

<sup>16</sup> ในเยอรมันเนื่องจากมีประสบการณ์จากช่วงของการปกครองแบบเผด็จการภายใต้การนำของฮิตเลอร์ ซึ่งผู้พิพากษายอมเป็นตราขายสำหรับการใช้อำนาจแบบเผด็จการ เมื่อกลับมาสู่การปกครองแบบประชาธิปไตย สมัยหลังสงครามโลกครั้งที่สอง จึงใช้วิธีให้มีคณะกรรมการเลือกสรรผู้พิพากษาและตุลาการขึ้นมาในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ ซึ่งประกอบด้วยรัฐมนตรียุติธรรมระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นจำนวนเท่ากันทำหน้าที่ในการสรรหาบุคคลเข้าเป็นผู้พิพากษาและตุลาการของศาลสูงสุดทุกศาล โดยที่ฝ่ายรัฐมนตรีไม่มีสิทธิออกเสียงแต่มีสิทธิไว้ได้และเมื่อได้ตัวบุคคลแล้วก็ต้องให้สภาอำนวยการ (ซึ่งเทียบได้กับคณะกรรมการตุลาการของไทย) ของแต่ละศาลมีหน้าที่ทำเพียงความเห็นที่ไม่ผูกพัน โปรตุเกตุ บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ, หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในเยอรมัน, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 22 ฉบับที่ 3 กันยายน 2535, หน้า 368-370



สำหรับผลการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดปรากฏว่ามีทั้งเสียงดี และเสียงชม

เสียงดี เท่าที่ปรากฏเป็นสิ่งตีพิมพ์ ได้แก่ คดีที่ศาลปกครองสูงสุดปฏิเสธการคุ้มครองสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดี กรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ผู้ฟ้องคดีถูกสำนักงานอัยการสูงสุด ฟ้องเป็นคดีแพ่ง โดยศาลปกครองกลางอ้างถึงสิทธิในการฟ้องร้องของบุคคลธรรมดาตามรัฐธรรมนูญ มาอนุโลมใช้กับนิติบุคคลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ โดยมีได้พิจารณาลงไปในรายละเอียดอย่างถี่ถ้วนว่าสามารถอนุโลมใช้ได้จริงหรือไม่ ทำให้ได้ข้อสรุปว่า ศาลปกครองไม่อาจตัดสินตามคำขอได้ อันเป็นเหตุให้ไม่รับเรื่องไว้พิจารณา ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดอ้างว่าตนเองไม่มีอำนาจในการพิจารณาตามคำขอ<sup>17</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่า แม้จะมีความเข้าใจผิดเกี่ยวกับความเป็นคำสั่งทางปกครองของคำสั่งต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง แต่ความเข้าใจผิดดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องมาจากคำนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ซึ่งไม่มีความชัดเจนเพียงพอ แต่วัตถุประสงค์หลักของการจัดตั้งศาลปกครองก็คือ การเยียวยาปัญหาความเดือดร้อนของประชาชน ศาลปกครองจึงใช้หลักการที่ให้ตุลาการเป็นผู้แสวงหาความเป็นจริง มิใช่หลักการกล่าวหาดังเช่นในกรณีของคดีแพ่ง ซึ่งจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดไม่สามารถอธิบายให้ผู้ฟ้องคดีเข้าใจได้ว่า เหตุใดผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้ได้รับความ

---

<sup>17</sup> โปรตุกู คณิต ณ นคร, เมื่ออดีตอัยการสูงสุดแพคดี, โรงพิมพ์เดือนตุลา 2545, หน้า123-126

เดือดร้อนหรือเสียหาย<sup>18</sup> นอกจากนี้แล้ว ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร หากศาลปกครองปฏิเสธการพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของประชาชนบ่อยครั้ง<sup>19</sup> ย่อมเป็นอันตรายต่อการดำรงอยู่ของศาลฯ นั้นเอง

สำหรับเสียงชม เพื่อความเป็นธรรมสำหรับศาลปกครอง เมื่อมีการวิพากษ์วิจารณ์ในเชิงบวกต่อคำวินิจฉัยของศาลปกครองก็เป็นการสมควรที่จะต้องแสดงให้เห็นปรากฏด้วยเช่นกัน เนื่องจากยังมีปรากฏไม่มากนัก กล่าวคือ กรณีการฟ้องขอให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนมติของคณะกรรมการสรรหา กสช.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 126

<sup>19</sup> โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, วิเคราะห์คำสั่งของศาลปกครอง เรื่อง ขอให้แก้ไข ขกเล็ก และทำสัญญาใหม่ ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ( 646/ 2545), ใน: วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 32 เล่มที่ 1 มีนาคม 2545, หน้า 196-200 ; บรรเจิด สิงคะเนติ, บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลปกครอง เรื่องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (กรณีของนายสุทธิชัย หยุ่น กับพวก เป็นผู้ฟ้องคดี, สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ผู้ถูกฟ้องคดี) (คำวินิจฉัยศาลปกครองกลาง ที่ 1251, 1252/ 2545) ใน: วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 32 เล่มที่ 3 กันยายน 2545, หน้า 710-720

<sup>20</sup> โปรดดู อมร จันทรสุมบุรณ์, ปัญหาเรื่องการเลือก “กรรมการสรรหา กสช.” ภายหลังที่มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนมติของคณะกรรมการสรรหา, ใน วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 33 เล่มที่ 2 มิถุนายน 2546, หน้า 431

#### 4.2.4 การทำคำร้องเรียนไปยังองค์กรอิสระตาม รัฐธรรมนูญ

นอกจากระบบศาลแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังเปิดช่องให้ประชาชนสามารถร้องเรียนไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ตามมาตรา 197 และให้อำนาจผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เสนอเรื่องต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้ ตามมาตรา 198 วรรคแรก<sup>21</sup> ในส่วนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยตรงเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้น พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 23 เปิดช่องให้ “บุคคลใดที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน มีสิทธิยื่นคำร้องโดยทำเป็นหนังสือ...” และเพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 200 วรรคสาม พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 25 จึงได้บัญญัติให้อำนาจแก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการ “แจ้งไปยังบุคคลหรือหน่วยงานที่ถูกอ้างว่าเป็นผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือบุคคลหรือหน่วยงานที่คณะกรรมการเห็นว่าเกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน เพื่อให้บุคคลหรือ

---

<sup>21</sup> โปรดดู คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 24/ 2543 ; นันทวัฒน์ บรมานนท์, ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคล ตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ. 2540), ใน : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 2 : ศาลรัฐธรรมนูญไทยในสถานการณ์การปฏิรูปการเมือง, 2546, หน้า 417-437

หน่วยงานนั้นชี้แจงข้อเท็จจริงภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการกำหนด” โดยมีการกำหนดโทษอาญาสำหรับการไม่มาให้ถ้อยคำหรือไม่ส่งวัตถุ เอกสารหรือพยานหลักฐานที่ถูกเรียกตามมาตรา 34 นอกจากนี้แล้ว มาตรา 26 ยังให้อำนาจในการพิจารณาตรวจสอบแก่คณะกรรมการฯ และในกรณีที่คณะกรรมการฯ เห็นว่ามีการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน มาตรา 28 ก็ให้อำนาจแก่คณะกรรมการฯ ในการกำหนดมาตรการการแก้ไข ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน และหากยังไม่มีการดำเนินการแก้ไข ปัญหาตามที่คณะกรรมการกำหนด คณะกรรมการฯ ก็มีอำนาจตามมาตรา 30 ในการรายงานต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อให้นายกรัฐมนตรี สั่งการภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับรายงาน ให้มีการดำเนินการ

นอกจากองค์กฤษฎีตามรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่ในการ คัดกรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีองค์กฤษฎีตามรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มีลักษณะเฉพาะด้าน ในส่วนของการใช้สิทธิ ออกเสียงเลือกตั้งและการใช้สิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้มี คณะกรรมการการเลือกตั้งเข้ามาดำเนินการจัดการเกี่ยวกับการ เลือกตั้งและการออกเสียงประชามติ โดยมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 145 (4) ที่จะ “สั่งให้มีการเลือกตั้งหรือออกเสียงประชามติใหม่ใน หน่วยเลือกตั้งใดหน่วยเลือกตั้งหนึ่งหรือทุกหน่วยเลือกตั้ง เมื่อมี หลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งหรือการออกเสียงประชามติใน หน่วยเลือกตั้งนั้นๆ มิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม” ซึ่งทำให้ เป็นปัญหาในทางทฤษฎีขึ้นมาว่า การให้คณะกรรมการการเลือกตั้ง

ทำหน้าที่ทั้งจัดการเกี่ยวกับการเลือกตั้ง และสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ ตลอดจนการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พุทธศักราช 2541 มาตรา 85/1 วรรคแรก นั้น สอดคล้องกับหลักการแยกอำนาจ (separation of powers) หรือไม่<sup>22</sup> ซึ่งเป็นปัญหาเฉพาะด้านที่มีความซับซ้อนในตัวเอง ผู้วิจัยจึงขอไม่ลงไปศึกษาในรายละเอียดเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวในที่นี้

จะเห็นได้ว่า กลไกเหล่านี้เป็นกลไกที่มีลักษณะเป็นการเสริมแนวทางปฏิบัติในปัจจุบัน ที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยยังไม่ยอมรับพิจารณาคำร้องที่ประชาชนยื่นเข้ามาโดยตรง<sup>23</sup> ซึ่งเป็นประเด็นที่จะขอกล่าวถึงในบทต่อไป

#### 4.3 ปัญหาที่เกิดจากแนวทางปฏิบัติของศาลต่าง ๆ

ดังที่เป็นที่ทราบแล้วว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ได้เปลี่ยนแปลงหลักการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างสิ้นเชิง จนมีปัญหาว่าบุคลากรที่ต้องเข้ามาทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิของประชาชน แม้ในศาลต่างๆ ก็ยังคงขาดแคลน ผู้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับความสำคัญของสิทธิเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งผู้ที่มีจิตสำนึกในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่มาก จึงไม่อาจคาดหมายได้ว่า คำพิพากษาที่เป็นที่ยุติทุก

---

<sup>22</sup> โปรตดู บุญศรี มิ่งศรี โฆษ, การเลือกตั้งและพรรคการเมือง: บทเรียนจากเยอรมัน, สถาบันนโยบายศึกษา, 2542, หน้า 115

<sup>23</sup> คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 5/ 2541

คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยที่เป็นที่สุดทุกคำวินิจฉัย ซึ่งเริ่มตั้งแต่คำสั่งไม่รับฟ้องในคดีต่างๆ อันเป็นการยากสำหรับสาธารณชนที่จะตรวจสอบได้นั้น จะได้มีการพิจารณาประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกัสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอย่างถี่ถ้วนแล้ว<sup>24</sup> ซึ่งในประเด็นนี้จะขอพิจารณาในรายละเอียดในบทต่อไป

---

<sup>24</sup> โปรดดู คำอภิปรายของท่านอาจารย์แก้วสรร อดิโพธิ, ใน : รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 วันอังคาร ที่ 8 กรกฎาคม 2540, หน้า 175 ; บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544, หน้า 174-175

## บทที่ห้า

### แนวทางการแก้ไขปัญหาของไทย

ปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมของไทยกำลังอยู่ในช่วงของการปรับปรุงเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทั้งในแง่ขององค์คณะของผู้พิพากษาและการดำเนินกระบวนการยุติธรรมในส่วนของการพิจารณาคดีให้มีความต่อเนื่อง เพื่อให้เกิดความรวดเร็วและเป็นธรรม ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งทางความคิด จนทางสภานายความได้โต้แย้งขึ้นว่า แม้จะต้องการความรวดเร็ว แต่สิ่งที่สำคัญก็คือ ต้องผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรมด้วย ด้วยเหตุนี้มาตรการที่มีความเคร่งครัดจนเกินไป ไม่เปิดช่องให้เกิดความยืดหยุ่นสำหรับแต่ละคดี ซึ่งแตกต่างกันก็อาจทำให้ไม่อาจผดุงความยุติธรรมไว้ได้ นอกจากนี้แล้วทางสภานายความยังชี้ให้เห็นว่า มีปัญหาในทางปฏิบัติที่ทางศาลต้องการความรวดเร็วในการพิจารณาคดี ถึงขนาดให้ทนายลงนามผูกมัดตนเองไว้ตั้งแต่ต้นว่าจะไม่ขอสืบพยานที่ศาลอื่น และจะไม่ขอยื่นบัญชีพยานเพิ่มเติม

ดังที่เป็นที่ทราบอยู่แล้วว่า ความยุติธรรมที่ล่าช้าก็คือความอยุติธรรม แต่ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมก็ยังมีหลักการอื่นๆ ประกอบอีก เป็นต้นว่า หลักการรับฟังคู่ความ (audi alteram partem หรือ audiatur et altera pars) และสิทธิทางกฎหมายของจำเลยในการต่อสู้คดี ซึ่งการปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวเหล่านี้ อาจต้องใช้เวลา

บ้าง ความรวดเร็วของกระบวนการยุติธรรมจึงต้องเป็นไปตามหลักการที่เป็นเงื่อนไขเหล่านี้ด้วย ความขัดแย้งในประเด็นดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ต้องติดตามความคืบหน้ากันต่อไป

นอกจากนี้แล้ว เมื่อกล่าวถึงกระบวนการยุติธรรมของไทย ก็ยังไม่สามารถกล่าวได้ว่าคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลต่างๆ ที่เป็นที่สุดแล้วทั้งหมด สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง ด้วยกลไกของกระบวนการยุติธรรมในปัจจุบัน สิทธิที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายตามภววิสัยยังไม่สามารถพัฒนาเป็นสิทธิตามอัตวิสัยได้ ผู้ท้าวัจัยชั้นนี้ จึงขอตั้งประเด็นว่า กรณีจะเป็นประการใด หากมีปัญหาว่าคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลอันเป็นที่สุด ขัดต่อสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

## 5.1 ศาลรัฐธรรมนูญไทยกับคำพิพากษานั้นถึงที่สุดแล้ว

### 5.1.1 ความหมายของบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 264 วรรคสาม

#### 5.1.1.1 ความเข้าใจในปัจจุบันกับปัญหาที่เกิดขึ้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 264 วรรคสาม บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว” บทบัญญัติดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหาว่า คำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว มีสถานะเท่ากับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหรืออย่างไร ในเมื่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจกระทบกระเทือนถึง



คำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว คำตอบต่อปัญหาดังกล่าวนี้เห็นได้ชัดว่าไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น เพราะมิฉะนั้น ศาลต่างๆ ก็คงจะเดินหน้าดำเนินการพิจารณาคดีของตนต่อไปจนถึงที่สุด เพราะเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็จะไม่สามารถดำเนินการใดๆ ได้ ต้องปล่อยให้คำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้วนั้น ดำรงอยู่ในฐานะเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ตลอดไป แม้จะขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม และหากเป็นเช่นนั้นจริง บทบัญญัติที่ว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ ในคดีทั้งปวง” ก็จะเป็นหมันไปทันที

#### 5.1.1.2 แนวทางการตีความเพื่อแก้ไขปัญหา

เมื่อเกิดผลตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ปัญหาจึงมีต่อไปว่า จะพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 264 วรรคสาม ซึ่งมีเนื้อหาที่ดูเหมือนจะขัดแย้งกันเองนี้อย่างไร เพื่อให้การใช้และการตีความมาตราดังกล่าวเป็นไปโดยราบรื่น และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอย่างแท้จริง

สำหรับกรณีนี้จำเป็นต้องอาศัยการตีความจากบริบทของมาตรา 264 นั้นเอง ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการรอกการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ ในคดีทั้งปวงแต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด” จึงต้องเข้าใจว่า อยู่ภายในบริบทของมาตรา 264 นี้เท่านั้น เพราะรัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้คำวินิจฉัย

ของศาลรัฐธรรมนูญไปกระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาอื่น ๆ ที่ใช้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นฐานในการตัดสินคดี อันเป็นเหตุให้ต้องมีการรื้อฟื้นคดีขึ้นใหม่

แต่หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วก็จะเห็นได้ว่า ข้อยกเว้นดังกล่าวก็มีข้อจำกัด เพราะข้อยกเว้นดังกล่าวไม่อาจครอบคลุมถึงกรณีที่กฎหมายที่เป็นฐานในการพิพากษาคดีนั้นเป็นกฎหมายที่กำหนดฐานความผิด ซึ่งเมื่อเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้การกระทำดังกล่าวไม่มีความผิดอีกต่อไปย่อมเข้าช่วยตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง ซึ่งกำหนดว่า “ถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้วก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น” ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 32

เพื่อมิให้ข้อยกเว้นขัดต่อหลัก กล่าวคือ เพื่อมิให้การ “ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด” มาขัดต่อหลักที่ว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง” โดยต้องตีความข้อยกเว้นให้มีลักษณะเคร่งครัด กล่าวคือจำกัดให้การไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด หมายถึง คำพิพากษาอันถึงที่สุดที่ได้ตัดสินไปก่อนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับ

ปัญหาจึงมีต่อไปว่า เหตุใดจึงนำเอากำหนดเวลาที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันผลใช้บังคับมาเป็นกรอบสำหรับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 264 วรรคสาม

คำตอบสำหรับปัญหานี้มาจากตรรกง่ายๆ ว่า หากไม่มีกรอบดังกล่าวจะเกิดผลอันไม่พึงประสงค์ กล่าวคือ คำพิพากษาอันเป็นที่สุดของศาลแม้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็ยังคงอยู่กับรัฐธรรมนูญต่อไป เกิดเป็นสิทธิสภาพนอกอาณาเขตของคำพิพากษาอันเป็นที่สุดในระบบรัฐธรรมนูญปัจจุบัน จนอาจเกิดหลักใหม่ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดตราบเท่าที่ไม่กระทบกระเทือนคำพิพากษาอันเป็นที่สุดของศาล

### 5.1.2 ความสัมพันธ์ที่ควรจะเป็น ระหว่าง

#### ศาลรัฐธรรมนูญกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว

##### 5.1.2.1 หลักการที่ต้องยึดถือ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 268

ดังที่ได้พิจารณาไปแล้วว่า ช้อยกเว้นตามมาตรา 264 วรรคสามที่ว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว” นั้น จำเป็นต้องจำกัดขอบเขตการใช้อย่างเคร่งครัด เพื่อมิให้เกิดปัญหาความลึกลับในระบบรัฐธรรมนูญขึ้นมาได้ และเมื่อไม่สามารถนำทบัญญัติดังกล่าวมาใช้อย่างเป็นทางการทั่วไป ย่อมก่อให้เกิดปัญหาต่อมาว่า อะไรคือหลักทั่วไปสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด

ต่อคำถามนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีคำตอบไว้พร้อมแล้ว ในมาตรา 268 ซึ่งบัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ” การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ

ไว้เช่นนี้ เพื่อให้เกิดผลใน 3 ลักษณะ กล่าวคือ ผลต่อการแก้ไขปัญหา การปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญรวมทั้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำต่าง ๆ ของรัฐ ผลต่อการบำรุงรักษาเสถียรภาพของระบอบรัฐธรรมนูญตลอดจนพัฒนาการของรัฐธรรมนูญ และผลในแง่ของความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดรวมถึง การบรรลุเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ<sup>1</sup>

สำหรับบรรดาองค์กรที่ถูกละเมิดโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 268 ระบุไว้ นั้น องค์กรที่จะสามารถมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็คือศาล เพราะหากเป็นองค์กรอื่น ประชาชนก็ยังสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ แต่หากประชาชนมาขอพึ่งบารมีศาลแล้ว ยังไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของตนได้ คงจะไม่สามารถปล่อยให้เป็นเรื่องของบุญกรรม โดยที่ไม่สามารถเยียวยาได้ เพราะหากเป็นเช่นนั้น บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธินั้น ๆ ย่อมเป็นหมันไปด้วย ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่น่าจะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

---

<sup>1</sup> โปรตดู เขาวนะ ไตรมาส, คุณค่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กับ นัยของการปฏิรูปตามรัฐธรรมนูญ, ใน : รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544, หน้า 295

### 5.1.2.2 ผลของบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย มาตรา 268

เพื่อมิให้เกิดผลดังที่กล่าวมาข้างต้น ความหวังที่จะมีที่พึ่งสุดท้ายสำหรับประชาชนจึงฝากไว้กับศาลรัฐธรรมนูญ และการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 268 บัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันศาล จึงมิได้มีความหมายเพียงแต่ผูกพันการกระทำทั้งหลายของศาลเท่านั้น หากแต่รวมถึงผลของการกระทำเหล่านั้น กล่าวคือคำพิพากษาของศาลที่ถึงแม้จะเป็นที่สุดในศาลนั้นๆ แล้วด้วย กรณีจึงคล้ายคลึงกับแนวคำพิพากษาฎีกาในอดีต ในสมัยเมื่อยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง แม้จะมีกฎหมายระบุอย่างชัดเจนว่า คำวินิจฉัยของรัฐมนตรี ให้เป็นที่สุด แต่ศาลฎีกาก็ตีความโดยอิงหลักการแยกอำนาจ (separation of powers) ว่า คำว่าเป็นที่สุดดังกล่าวหมายความว่า เป็นที่สุดในฝ่ายบริหาร แต่ไม่ตัดสิทธิของผู้เสียหายที่จะนำเรื่องมาฟ้องศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการ<sup>2</sup>

ในทำนองเดียวกัน สำหรับคดีที่มีคำพิพากษาของศาลอันเป็นที่สุด แต่หากมีประเด็นที่ยังโต้แย้งกันอยู่ว่ามีการละเมิดสิทธิเสรีภาพหรือไม่ ก็ไม่ตัดสิทธิที่จะนำเรื่องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ ส่วนประเด็นในรายละเอียดว่าจะดำเนินการดังกล่าวได้อย่างไร จะขอเสนอในหัวข้อต่อไป

---

<sup>2</sup> โปรดดู กมลชัย รัตนสกาววงศ์, อำนาจฟ้องคดีปกครอง, ใน : วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 3 กันยายน 2530, หน้า 79

## 5.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 28 วรรคสอง

### 5.2.1 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมีเท่าที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญจริงหรือ

แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ให้เข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าว แต่เหตุผลย่อมเป็นดังที่ท่านอาจารย์ แก้วสรร อติโพธิ ได้อธิบายไว้ในสภาร่างรัฐธรรมนูญ ดังที่ได้อ้างไว้แล้วในบทก่อนสามารถสะท้อนสภาพปัญหาได้เป็นอย่างดี จึงขอหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง โดยท่านอาจารย์แก้วสรร กล่าวว่า “...ผมคิดว่า มันไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญเราต้องเขียนให้ชัดไปเสียหมด โทษประหารชีวิต ถามว่าชัดรัฐธรรมนูญใหม่ หลายบ้านหลายเมืองเขาก็ให้ศาลตัดสิน ให้ศาลรัฐธรรมนูญตัดสิน 10 ปีที่แล้ว เขาบอกว่าไม่ชัด แต่เมื่อบ้านเมืองทัศนคติพัฒนาขึ้น เขาก็บอกว่ามันชัด เพราะฉะนั้น โปรดอย่านี้กว่ารัฐธรรมนูญต้องจงจำ และชื้ออะไรไว้ว่า มันต้องเป็นอย่างนั้น ชั่วฉินันตร์ หรือมันต้องชัดต้องแจ่ม เพราะฉะนั้น ความเป็นศาลรัฐธรรมนูญจึงสำคัญอย่างยิ่ง ...”

ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ หากเราต้องการจะให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน มีผลในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง จำเป็นจะต้องพิจารณาประเด็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญอย่างถี่ถ้วนดังที่จะได้พิจารณาต่อไป

ประเด็นแรก เป็นความเห็นของ ท่านอาจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ ซึ่งได้เสนอแนวความคิดว่า อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้น

เป็นอำนาจที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ ซึ่งเป็นการถ่ายทอดแนวความคิดตามระบบรัฐธรรมนูญของเยอรมันที่เรียกว่า Enumerationsprinzip มาปรับใช้กับระบบรัฐธรรมนูญของไทย ด้วยเหตุนี้ ท่านอาจารย์ ดร. บรรเจิด จึงมีความคิดเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยนอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นต้นว่า ในการสั่งยุบพรรคการเมือง ตามมาตรา 65 เป็นการไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลสามประการ กล่าวคือ

ประการแรก ต้องตีความหลักการที่ว่า อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ นั้นเป็นอำนาจที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อย่างเคร่งครัดว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น

ประการที่สอง จากการตีความตามระบบเทียบเคียงกับองค์กรอื่น เพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญ จะบัญญัติให้องค์กรอื่นๆ มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญจะไม่มีข้อความดังกล่าว

ประการที่สาม อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมสูง ที่เรียกว่าอำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ จะต้องตีความขอบเขตอำนาจขององค์กรอย่างจำกัด ไม่ควรจะตีความ

ขยายขอบเขตอำนาจขององค์กรให้กว้างขึ้นเกินกว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ<sup>3</sup>

ด้วยความเคารพต่อความเห็นดังกล่าว และเนื่องจากท่านอาจารย์ ดร.บรรเจิด เองก็ได้รับไว้แล้วว่า “ประเด็นในเรื่องดังกล่าว ยังคงเป็นประเด็นที่ยังไม่มีข้อยุติในทางวิชาการ”<sup>4</sup> ผู้ทำวิจัยจึงใคร่ขอใช้โอกาสดังกล่าวแสดงความคิดเห็นที่อาจจะแตกต่างออกไปดังนี้

เหตุผลประการแรก ที่อ้างหลักการที่ว่า อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ หรือที่เรียกว่า Enumerationsprinzip นั้นเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ซึ่งใช้รูปแบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ ซึ่งมีหลักการว่าอำนาจโดยทั่วไปเป็นของมลรัฐ ซึ่งก็มีศาลรัฐธรรมนูญของตนเองเช่นกัน ในขณะที่อำนาจของฝ่ายสหพันธ์มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น ด้วยเหตุนี้ การกำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงเข้าข่ายของข้อยกเว้นดังกล่าวด้วย และเป็นที่มาของหลัก Enumerationsprinzip ที่กล่าวถึงนั้น และเพื่อเป็นการผ่อนความเคร่งครัดของหลักดังกล่าวลง กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายระดับสหพันธ์บัญญัติไว้ เพื่อมิให้ต้องแก้รัฐธรรมนูญทุกครั้งที่มีความจำเป็นต้องเพิ่มอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ แต่ราชอาณาจักรไทยเป็นรัฐเดี่ยว จึงไม่มี

<sup>3</sup> โปรตดู บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544, หน้า 175-177

<sup>4</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 176



ความจำเป็นที่จะต้องใช้หลัก Enumerationsprinzip ดังกล่าว และความแตกต่างจะเห็นได้ชัดว่า ในขณะที่กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันบัญญัติกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ รวมไว้ในมาตรา 93 เพียงมาตราเดียว แต่รัฐธรรมนูญไทยกลับบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยกระจัดกระจายอยู่ในมาตราต่างๆ มากมาย และหากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีอำนาจทั่วไปในการตรากฎหมาย เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ก็น่าที่จะกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจในการตรวจสอบว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็น่าจะอยู่ในวิสัยที่จะพิจารณาเองได้ว่ากฎหมายที่ให้อำนาจตนนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

เหตุผลประการที่สอง ที่อ้างวิธีการตีความตามระบบเพื่อหาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เป็นวิธีการที่ค่อนข้างจะสับสน เพราะทั้งการตีความตามระบบและการตีความตามเจตนารมณ์ต่างก็เป็นวิธีการตีความที่มีลักษณะเป็นเอกเทศในตัวเอง<sup>5</sup> แต่จะอย่างไรก็ตาม องค์กรต่างๆ ที่ยกขึ้นมาเปรียบเทียบนั้น มีความแตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญ ในแง่ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่อยู่แล้ว ในขณะที่องค์กรอื่นๆ เหล่านั้นไม่มีอำนาจนี้ องค์กรต่างๆ เหล่านั้นจึงมิใช่สิ่งที่จะนำมาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญได้

<sup>5</sup> โปรตดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า 33-34

เหตุผลประการสุดท้าย ที่อ้างถึงผลกระทบของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่มีต่อสังคม ในส่วนนี้ผู้ทำวิจัยเห็นด้วยกับท่านอาจารย์ ดร. บรรเจิด เพียงแต่อยากจะขอขยายความต่อไปอีกว่า เว้นแต่เป็นเรื่องที่ขยายอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในทางที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ฉะนั้น หากจะพิจารณาว่าการที่ตราพระราชบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการสั่งยุบพรรคการเมือง เพื่อเป็นการคุ้มครองพรรคการเมือง มิให้ถูกยุบโดยไม่เป็นธรรม ก็น่าจะเข้าข่ายที่ควรจะทำได้

### 5.2.2 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับคำพิพากษาของศาลอันเป็นที่สุด

ประเด็นปัญหาที่ว่า หากศาลสูงสุดวินิจฉัยแล้ว บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญ ยังเห็นว่าตนไม่ได้รับความคุ้มครอง บุคคลนั้น จะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ตรวจสอบคำพิพากษาของศาลสูงสุดนั้น ๆ ว่าละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตนได้หรือไม่เพียงใด เป็นประเด็นที่ ท่านอาจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้หยิบยกขึ้นมาพิจารณาเช่นกัน และได้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่จะเกิดขึ้นสองประการหากศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบคำพิพากษานันเป็นที่สุดของศาลต่าง ๆ ได้ กล่าวคือ

ประการแรก อาจทำให้ความผูกพันของอำนาจรัฐต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามมาตรา 27 ไร้ผลในทางปฏิบัติ

ประการที่สอง ศาลสูงสุดแต่ละศาลอาจใช้หรือตีความสิทธิขั้นพื้นฐานแตกต่างกันได้<sup>6</sup>

ซึ่งหากพิจารณาผลทั้งสองประการแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่ร้ายแรง ที่ทำให้ไม่อาจบรรลุตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ที่ได้พิจารณาในหัวข้อ 4.1 ข้างต้นได้ ความต้องการที่จะให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอย่างแท้จริงได้ ก็จะไม่เสียหาย ด้วยเหตุนี้ ท่านอาจารย์ ดร.บรรเจิด จึงเรียกร้องให้มีการกำหนดให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีหน้าที่ในการตรวจสอบดูแลเรื่องการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน เพื่อให้องค์กรของรัฐที่ผูกพันตามมาตรา 28 วรรคสอง ถูกตรวจสอบได้<sup>7</sup> การเรียกร้องดังกล่าว หากพิจารณาตามเหตุผลในหัวข้อ 5.2.1 ก็คงเลียงไม่พ้นที่จะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ใช่เรื่องง่าย และอาจถูกคัดค้านจากศาลต่างๆ จนไม่อาจดำเนินการได้

### 5.2.3 วิธีการแก้ปัญหาโดยไม่ต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

ในเมื่อเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า การปล่อยให้คำพิพากษาของศาลอันเป็นที่สุดปลอดจากการตรวจสอบ จะส่งผลทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามความเป็นจริง ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ทางแก้โดยไม่ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญก็คงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า มีหนทางเดียว

<sup>6</sup> โปรดตุ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, หน้า 174-175

<sup>7</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 174

กล่าวคือ ให้ศาลรัฐธรรมนูญ เข้ามาทำหน้าที่นี้ เนื่องจากเป็นองค์กรเดียวที่ก่อปรดด้วยศักยภาพดังกล่าว ปัญหาจึงมีแต่เพียงว่า จะทำได้ อย่างไร

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 269 ได้ให้อำนาจหนึ่งแก่ศาลรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันไม่มีก็คือ อำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเอง แทนที่จะกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติตราเป็นพระราชบัญญัติ ฉะนั้น เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติดังกล่าว ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2546 จึงมีฐานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ แต่เป็นที่น่าเสียดายว่า ศาลรัฐธรรมนูญเองกลับมิได้ใช้อำนาจของตนในส่วนนี้ให้เต็มศักยภาพ เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลทั้งหลาย ล้วนมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจฟ้อง แต่ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2546 กลับไม่ปรากฏข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าว เพียงแต่กำหนดในข้อ 10 ว่า “เมื่อศาลได้รับคำร้องให้วินิจฉัย เรื่องใดตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ศาลอาจมีคำสั่งรับหรือไม่รับ ให้ศาลตรวจและมีคำสั่งว่า สมควรจะรับไว้ดำเนินการต่อไปหรือไม่ ภายในเจ็ดวัน นับแต่วันได้รับคำร้อง”

เพื่อให้บทบัญญัติตามมาตรา 27 และมาตรา 75 วรรคแรก มีผลบังคับในทางปฏิบัติ ผู้ทำวิจัยจึงใคร่ขอเสนอให้ใช้วิธีการตีความ

รัฐธรรมนูญตามหลักอำนาจบังคับของรัฐธรรมนูญ<sup>8</sup> ซึ่งหมายความว่า การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีอำนาจบังคับและบังเกิดผลในทางปฏิบัติอย่างเต็มที่เสมอ เพื่อใช้ มาตราดังกล่าวเป็นฐานรองรับ ให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถอาศัย อำนาจตามมาตรา 269 แก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 เพื่อเปิดช่องให้ ประชาชนที่แม้จะใช้สิทธิทางศาลจนมีคำพิพากษาของศาลอันเป็นที่ สิ้นสุดแล้ว สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอาจกำหนด เงื่อนไขดังเช่นกรณีการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ซึ่งจากประสบการณ์ของเยอรมัน ก็ปรากฏ ว่า มีการบัญญัติสิทธิดังกล่าวไว้ในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์ก่อน แล้วจึงมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญใน ภายหลัง

ในส่วนของประเด็นที่เกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญว่า จะมีผลย้อนหลังหรือไม่ และจะกระทบถึงคำพิพากษา อันถึงที่สุดแล้ว ได้มากน้อยเพียงใดนั้น หากคำนึงถึงสถานะของศาล รัฐธรรมนูญ ซึ่งทำหน้าที่ทั้งควบคุมดูแลให้กฎหมายที่เกี่ยวกับการ บริหารงานของรัฐมีลักษณะของการประสานงานกัน และในขณะ เดียวกันก็ต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย ในการ กำหนดผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมิใช่สิ่งตายตัวว่าจะ

---

<sup>8</sup> โปรตดู บุญศรี มีวงศ์โฆษ, อ้างแล้ว เชิงอรุทธที่ 5, หน้า 39 และ เอกสารประกอบการสอนวิชา น. 251 กฎหมายรัฐธรรมนูญ, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มปป., หน้า 54

ต้องมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังเพียงประการเดียว หากแต่เป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงประเด็นปัญหาของทั้งสองด้านดังกล่าว โดยจะต้องนำเอาผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้น มาประกอบการพิจารณาด้วย ก่อนที่จะวินิจฉัยกำหนดความเป็นไปเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยให้เหมาะสมแก่กรณีต่อไป<sup>9</sup>

### สรุปและข้อเสนอแนะ

บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 28 วรรคสอง กำหนดให้ “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” นับได้ว่าเป็นผลพวงของวิวัฒนาการทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งของเยอรมัน ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันนำมาบัญญัติไว้ แต่หากการละเมิดสิทธิเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาลอันเป็นที่สุด ในปัจจุบันยังเชื่อกันว่า เป็นเรื่องที่ไม่มีความหวัง แต่การปล่อยให้สถานการณ์เป็นไปเช่นนั้น ย่อมส่งผลร้ายต่อระบบรัฐธรรมนูญในที่สุด

หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนจะเห็นได้ว่า แม้ว่าการละเมิดสิทธิจะเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาลอันเป็นที่สุด ก็ควรที่ประชาชนจะสามารถใช้สิทธิทางศาลได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองย่อมผูกพันศาลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 27 เพียงแต่ศาลที่ประชาชนจะมาใช้สิทธิในกรณีที่มีการ

<sup>9</sup> โปรดดูตัวอย่างแนวทางปฏิบัติของเยอรมันในบทที่สาม

ละเมิดสิทธิเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาลอันเป็นที่สุด ก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญ

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงในการรับคำร้องจากประชาชนในกรณีดังกล่าว แต่รัฐธรรมนูญก็ได้ให้เครื่องมือแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการแก้ปัญหาดังกล่าวได้ นั่นคือ การตราข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้ทำวิจัยจึงขอเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้เครื่องมือดังกล่าว ประกอบกับมาตรา 27 ในการกำหนดให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ ดังที่มีตัวอย่างเป็นแนวทางปฏิบัติในต่างประเทศอยู่แล้ว อันจะทำให้เป็นการบรรลุถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้มีบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเป็นภารกิจโดยตรงของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงควรร่วมแรงร่วมใจกันผลักดันในเรื่องนี้ เพราะนอกจากวิธีนี้แล้ว ก็เหลือแต่เพียงวิธีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งมีความยุ่งยากกว่าวิธีนี้มากมายนัก





## บรรณานุกรม

### หนังสือและบทความภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกววงศ์, อำนาจฟ้องคดีปกครอง, ใน : วารสาร  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 3  
กันยายน 2530

คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5,  
โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,  
2541

คณิต ณ นคร, เมื่ออดีตอัยการสูงสุดแพ้คดี, โรงพิมพ์เดือนตุลา,  
2545

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา  
ความแพ่ง (ภาค 1 ถึง ภาค 3), พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์  
นิติธรรม

เชาวนะ ไตรมาศ, คุณค่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กับนัยของ  
การปฏิรูปตามรัฐธรรมนูญ, ใน : รวมบทความทางวิชาการ  
ของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย,  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2544

นันทวัฒน์ บรมานนท์, ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบท  
บัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของ  
บุคคล ตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร  
ไทย (พ.ศ. 2540), ใน : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ,  
รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 2 :

ศาลรัฐธรรมนูญไทยในสถานการณ์การปฏิรูปการเมือง,  
2546, หน้า 417-437

บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ,  
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544

วิเคราะห์คำสั่งของศาลปกครอง เรื่อง ขอให้แก้ไข ยกเลิก และทำ  
สัญญาใหม่ ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติประกอบกิจการ  
โทรคมนาคม พ.ศ. 2544 (646/ 2545), ใน: วารสาร  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 32 เล่มที่ 1  
มีนาคม 2545, หน้า 196-200

บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลปกครอง เรื่อง ขอให้เพิกถอนคำสั่งทาง  
ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (กรณีของนายสุทธิชัย หยุ่น  
กับพวกเป็นผู้ฟ้องคดี, สำนักงานป้องกันและปราบปรามการ  
ฟอกเงิน ผู้ถูกฟ้องคดี) (คำวินิจฉัยศาลปกครองกลาง ที่  
1251, 1252/ 2545) ใน: วารสารนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 32 เล่มที่ 3 กันยายน 2545,  
หน้า 710-720

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, การเลือกตั้งและพรรคการเมือง: บทเรียนจาก  
เยอรมัน, สถาบันนโยบายศึกษา, 2542

-กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ เยอรมัน, สำนักพิมพ์นิติธรรม,  
2538

-คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญ  
เยอรมัน, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535

- รายงานผลการวิจัย เรื่อง “หลักการใช้อำนาจขององค์กร ที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”  
เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546
- หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในเยอรมัน, วารสาร  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 22 ฉบับที่ 3  
กันยายน 2535, หน้า 368-370
- เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายมหาชนเบื้องต้น ปีการศึกษา  
2545, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 6, โครงการตำราฯ  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546
- วรรณชัย บุญบำรุง, แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลหรือ  
การฟ้องในคดีแพ่ง, ใน : วารสารนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 33 เล่มที่ 2 มิถุนายน 2546,  
หน้า 220-269
- สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, โครงการตำราฯ  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535
- สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการ  
ตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545
- หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่  
14, 2542
- อมร จันทรสุมบุรณ์, ปัญหาเรื่องการเลือก “กรรมการสรรหา กสช.”  
ภายหลังที่มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนมติ

ของคณะกรรมการสรรหา, ใน วารสารนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 33 เล่มที่ 2 มิถุนายน 2546

### หนังสือภาษาต่างประเทศ

*Abromeit, H.*, Staatsentwicklung in der Thatcher Ära. Weniger Staat-mehr Staat?, in: *Sturm, R.*, Thatcherismus. Eine Bilanz nach zehn Jahren, 1990, S. 296ff.

*Alexy, R.*, Theorie der Grundrechte, 1985

*Allan, T.R.S.*, Parliamentary Sovereignty.Lord Denning's Dexterous Revolution, in: Oxford Journal of Legal Studies 3 (1983), pp. 22-33.

*Badura, P.*, Supranationalität und Bundesstaatlichkeit, 1998

*Barnard, C./ Greaves, R.*, The Application of Community Law in the United Kingdom 1986-1993, in: Common Market Law Review 31 (1994), pp. 1055-1092.

*Anschütz, G.*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.August 1919

Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, Bd. I, 1912

*Austin, J.*, Lectures on Jurisprudence, Bd. I, 3<sup>rd</sup> ed., 1869

*Barnett, A.*, This Time. Our Constitutional Revolution, 1997

- Barnett, H.*, Constitutional and Administrative Law, London, 1995
- Bauer, H.*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986
- Bauer, S.*, Verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich, 1998
- Blackstone, W.*, Commentaries on the Laws of England, Oxford 1770, vol.3
- Bryde, B.-O.*, Verfassungsentwicklung, 1982
- Bühler, O.*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, 3. Aufl. 1929
- Churchill, R.R./ Young, J.*, Compliance with Judgments of the European Court of Human Rights and Decisions of the Committee of Ministers. The Experience of the United Kingdom 1975- 1989, in: British Yearbook of International Law 62 (1991), pp. 283-346.
- Coke, Edward*, The Second Part of the Institutes of the Laws of England, 5<sup>th</sup> ed., London, 1671
- Dawson, J.P.*, The Oracles of the Law, Ann Arbor, 1968
- Dürig, G.*, Festschrift für Nawiasky, 1956
- Duker, William F.*, A Constitutional History of Habeas Corpus, Westport (Connecticut)- London, 1980
- Esser, J.*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956

- Fikentscher, W.*, Methoden des Rechts in Vergleichender Darstellung, Bd.IV, 1977
- Forsthoff, E.*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938
- Friesenhahn, E.*, in: Verh. des 50. DJT, 1974, S. G4.
- Frowein, J. Abr./ Peukert, W.*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., 1996
- Gardiner, Samuel R.*(ed.), The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, Oxford, 1906
- v. *Gerber, C.F.*, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. 1880
- Giese, F.*, Die Grundrechte, 1905
- v. *Gneist, R.*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2.Aufl. 1879 (unveränderter Nachdruck 1958)
- Heller, H.*, VVDStRL Heft 4 (1927), S. 98 (120).
- Hennessy, P.*, The Blair Style of Government. A Historical Perspective and an Interim Audit, in: Government and Opposition 33(1998), pp. 3-20.
- Hesse, K.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. 1988
- Hill, Chr.*, The Century of Revolution 1603-1714, London, 1969
- Hillyard, P./ Percy- Smith, J.*, The Coersive State. The Decline of Democracy in Britain, 1988.

- Huber, E.R.*, in: AöR n.F.Bd. 23 (1933), S. 1 (18f.).
- Hübner, U.-Constantinesco, V., Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., 2001
- Jarass/ Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., München, 1995.
- Jellinek, G.*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905
- Jhering, R. v.*, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 5. Aufl. 1906.
- Der Zweck im Recht, Bd. I, 1887
- Kentridge, S.*, Parliamentary Supremacy and the Judiciary under a Bill of Rights. Some Lessons from the Commonwealth, in: Public Law (1997), pp. 96-111.
- Kern, F.*, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter, 2. Aufl. 1954
- Koch-Rübmann, Juristische Begründungslehre, 1982
- Larenz, K.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983
- Lehmann, H.*, in: Nipperdey, H.C. (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. III, 1930
- Mattli, W./ Slaughter, A.-M.*, The Role of National Courts in the Process of European Integration. Accounting for Judicial Preferences and Constraints, in: *Slaughter, A.-*

- M./ Stone-Sweet, A. / Weiler, J.H.H.* (ed.), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context.*, 1998
- Meyer-Anschütz, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 7. Aufl. 1919
- v. Münch, *Grundbegriffe des Staatsrechts*, Bd.I, 4. Aufl., 1986
- Nipperdey, H.C.*, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, Rechtsgutachten, 1951
- Grundrechte und Privatrecht*, 1961
- Pound, R.*, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, 1957
- Rose, D.*, UK: Silent Revolution- Judges with Radical Views, in: *The Observer*, 9 May 1993.
- Saladin, P.*, *Grundrechte im Wandel*, 1970
- Schieren, S.*, *Die Stille Revolution*, 2001
- Schlaich, K.*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 5. Aufl., 2001
- Schmitt, C.*, *HdbDStR II*, S. 598f.
- Schumann, E.*, *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, 1963
- Sمند, R.*, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928
- Stern, K.*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.II, Bd.III/ 1, 1988



- Stone, A.*, The Birth of Judicial Politics in France, Oxford University Press, 1992
- Thoma, R.*, in: Nipperdey, H.C.(Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichte der Reichsverfassung, Bd. I, 1929, S.1 (9, 12ff.).
- Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, 1925
- Triepel, H.*, Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht, 4. Aufl. 1926
- von Tuhr, A.*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 1910
- Weber, A.*, Zur Kontrolle grundrechts- bzw. kompetenzwidriger Rechtsakte der EG durch nationale Verfassungsgerichte, in: Due, O./ Lutter, M./ Schwarze, J.(Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. 2, 1995, S.1626.
- Williams, S.*, The New Authoritarianism, in: The Political Quarterly, 60 (1989), pp. 4-9.
- Wolff/ Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974