

รายงานศึกษาระดับสมบูรณ์
(Final Report)



การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
ที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน

เสนอ
สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา

โดย
รศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ
นายวรกร โอภาสพันธ์
นางสาวอารยา สุขสม
มิถุนายน 2553

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน

รศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ

พิมพ์ครั้งแรก : มีนาคม 2555

จำนวน : 1,000 เล่ม

ISBN : 978-974-7725-74-2

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

บรรเจิด สิงคะเนติ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
ที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน. --

กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2555.

318 หน้า.

1. รัฐธรรมนูญ -- ไทย

2. สิทธิมนุษยชน.

I. ชื่อเรื่อง.

342.593

ISBN 978-974-7725-74-2

พิมพ์ที่ : บริษัท มิสเตอร์ ก๊อบปี (ประเทศไทย) จำกัด

200/90 หมู่ 5 ถนนพุทธมณฑลสาย 4 ต.ศาลายา

อ.พุทธมณฑล จ.นครปฐม 73170

โทร. 02-800-2290 โทรสาร 02-800-3932

e-mail : support@misterkopy.com

www.misterkopy.com

คำนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 217 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2542 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีพันธกิจหลักในการสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในทุกด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาคดี การศึกษาวิเคราะห์ด้านคดีและกฎหมาย และการศึกษาวิจัยทางวิชาการ ในด้านการศึกษาค้นคว้าวิจัยนั้น กล่าวได้ว่า สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ร่วมมือกับนักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิจากสถาบันการศึกษา และข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในการผลิตผลงานการศึกษากันเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อเสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาใช้ประโยชน์ ซึ่งได้จัดพิมพ์เผยแพร่ไปแล้วเป็นจำนวนมาก

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 วรรคสอง ได้บัญญัติว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้ ... “(2) เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณี que เห็นชอบตามที่ มีผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ประกอบกับมาตรา 212 ซึ่งเป็นครั้งแรกที่รัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติให้ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น เพื่อประโยชน์ทางวิชาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ และรวมไปถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อ สิทธิมนุษยชน ตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ จึงได้จัดให้มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนขึ้นเพื่อประโยชน์ทางวิชาการ โดยไม่มี ผลผูกพันต่อการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

การส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชน รวมถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม ถือเป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ยึดถือปฏิบัติตลอดมา ประกอบกับ

รายงานการศึกษาวิจัยของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญยังเป็นที่เรียกร้องต้องการของ ชุมชนวิชาการมาโดยต่อเนื่อง จึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หนังสือรายงานผลการศึกษาวิจัยเรื่อง “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบ ต่อสิทธิมนุษยชน” โดยรองศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ จะเป็นประโยชน์ ต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อ การขยายเครือข่ายวิทยบริการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญให้กระจายฐานความรู้ สู่สาธารณชนออกไปได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ตามปณิธานและวัตถุประสงค์ ของศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มีความมุ่งมั่นในการปฏิบัติภารกิจ ตามรัฐธรรมนูญบนฐานของการ “ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใย สิทธิเสรีภาพของประชาชน” เพื่อธำรงไว้ซึ่งระบบนิติรัฐของประเทศ ภายใต้การปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสืบไป



(นายเชาวนะ ไตรมาศ)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

พฤษภาคม 2554

คำนำผู้วิจัย

งานวิจัยชิ้นนี้ได้รับการสนับสนุนจากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ อันสืบเนื่องมาจากความเปลี่ยนแปลงของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 257 ของรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การบัญญัติดังกล่าวเท่ากับเป็นการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ งานศึกษาชิ้นนี้จึงพยายามศึกษาว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นจะอาศัยเกณฑ์ใดมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา และกรณีที่มีปัญหาระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีแนวทางในการวินิจฉัยอย่างไร

คณะผู้วิจัยหวังว่า งานศึกษาฉบับนี้จะมีส่วนช่วยทำให้เกิดความชัดเจน จากกรณีตามมาตรา 257 (2) และตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ท้ายที่สุดนี้ ทางคณะผู้วิจัยขอขอบพระคุณสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่ได้ให้ความเอื้อเฟื้อและอำนวยความสะดวกในการดำเนินการต่างๆ ต่อคณะผู้วิจัยตลอดมา จนทำให้งานวิจัยฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

คณะผู้วิจัย

มิถุนายน 2553

บทคัดย่อ

มาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้... “(2) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ประกอบกับมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติให้บุคคล ซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ได้ หากไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว การบัญญัติดังกล่าวเท่ากับเป็นการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้เองการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงเป็นเรื่องที่ไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีนี้เองศาลรัฐธรรมนูญจะอาศัยสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาพิจารณาเกี่ยวกับการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนได้เพียงใด และประเด็นสำคัญจะอาศัยสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายภายในได้หรือไม่เพียงใด จากการศึกษาดังกล่าวสรุปสาระสำคัญ ได้ดังนี้

1. บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่

การจะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่อาศัยเกณฑ์ตามที่ได้ศึกษาไว้แล้วข้างต้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

1.1 คัดค้านความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย

1.2 คัดค้านความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม

1.3 จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of Law) หลักความเป็นธรรม (equity) และการกระทำทางกฎหมาย (juristic act)



2. บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะไม่มีผลใช้บังคับนั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาศัยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- 2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ
- 2.2 หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ
- 2.3 หลักเกณฑ์มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ
- 2.4 หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

3. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบกับสิทธิมนุษยชน ตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญปรากฏว่ากฎหมายฉบับนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนแต่มีปัญหาว่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจใช้บังคับได้ ศาลรัฐธรรมนูญมีแนวทางในการวินิจฉัย 3 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน แต่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป ซึ่งหากเป็นการขัดกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีเป็นกรณีในประเทศไทยควรจะต้องปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาดังกล่าวต่อไป

แนวทางที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกระทบต่อสิทธิมนุษยชน หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและขัดกับรัฐธรรมนูญ ไม่อาจใช้บังคับได้อีกต่อไป ทั้งนี้โดยอาศัยมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

แนวทางที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกระทบต่อสิทธิมนุษยชน หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าพันธกรณีในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งยังไม่มีการออกกฎหมายรองรับในกรณีนี้แม้ว่ารัฐธรรมนูญไทยจะมีได้มีบทบัญญัติเป็นการเปิดช่องทางให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในรัฐตามประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศดังเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็ตาม แต่ในกรณีนี้ศาลไทยอาจนำพันธกรณีในเรื่องดังกล่าวมาใช้บังคับได้โดยอาศัยมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หากหลักการดังกล่าวสามารถอาศัยมาตรา ๗ เป็นฐานในการตีความนำมาใช้ได้



Abstract

Article 257(2) of the Constitution prescribes that the power and duty of the National Human Rights Commission are as follows: “(2) to submit the case together with opinions to the Constitutional Court in the case where the commission agrees with the complainant that the provisions of any law are detrimental to human rights and beg the question of the constitutionality” coupled with Article 212 of the Constitution which prescribes for those whose warranted rights and liberty have been violated, to have the right to file the petition the Constitutional Court to state adjudgment that any legal provision can contradict or contend with the Constitution provided that any other ways to exercise one’s right cannot be exploited. Such provision is equal to giving authorization to the Constitutional Court to investigate and look for any legal provision which has an effect on human rights and has a problem with justification of the Constitution. This action is why it is a matter concerning treaties or international law. In this case concerning how far the Constitutional Court can be dependent on treaties or international law in determining the extent to which it is detrimental to human rights, the main issue is whether or not or how much the treaties or international law can be used to consider a matter of the justification with the domestic law. Through the studies conducted, the salient points can be summarized as follows:

1. Does that legal provisions are detrimental to human rights?

To consider whether any legal provision is detrimental to human rights depends on the above researched criteria as follows:

- Human dignity, rights, liberty and equality warranted or protected by the Constitution of the Kingdom of Thailand or by the Thai law;
- Human dignity, rights, liberty, and equality of an individual warranted or protected by the treaty that Thailand has to abide by;
- International Customs and traditions, General Principle of International Law, equity and juristic act.

2. That any legal provision cannot be in force must fall into the category of those having problems with the justification of the Constitution using the following criteria:

2.1 General criteria for the enactment of the restriction of rights;

2.2 The criteria in accordance with Article 29 of the Constitution;

2.3 The criteria of Article 30 of the Constitution; and

2.4 The general principle of law and basic principle of the Constitution.

3. The power and duty of the Constitutional Tribunal for their adjudgment in relation to a legal provision on the effect on human rights according to Article 257 (2) of the Constitution.

In cases where the Constitutional Court has adjudicated that any legal provisions are detrimental to on human rights and that legal provision has a problem with the justification of the Constitution, if in that consideration of the Constitutional Court, it shows that the law is detrimental to on human rights but has a problem whether it will contradict the Thai Constitution or not, and if the Constitutional Court decides that such provision cannot be in force, it has three guidelines in giving adjudication as follows:

The first guideline: the Constitutional Court may consider that such legal provision is detrimental to on human rights but it does not contradict the Thai Constitution, the said legal provision can still continue to be in force. However, if it is contradictory to the treaty of which Thailand is a party, Thailand should amend the law to correspond with the said treaty.

The second guideline: The Constitutional Court may consider that the said legal provision is detrimental to on human rights if it is not included in other Constitutional ways that can lead to the decision that law is in contradiction to the Constitution. The Constitutional Court should consider whether the criteria concerning human rights in that matter can be described as a general principle of law or a basic principle of the Constitution. The Constitutional Court may



consider that the legal provision can no longer be in force since it is a legal provision that is detrimental to on human rights and contradicts the Constitution.

The Third Guideline : the Constitutional Court may consider that the said provision is detrimental to human rights if it can not be qualified by other criteria of the constitution to determine that the said provision is not constitutionality . In case that the Constitutional Court considered that the obligations on human rights treaties are not applicable to domestic law, the Constitutional Court may apply Article 7 of the Constitution to bring the said obligations from treaties as the source of domestic law from international law (like a Germany practice). Article 7 are as follows : "Whenever no provision under this Constitution is applicable to any case, it shall be decided in accordance with the constitutional conventions of the democratic regime of government with the king as head of State" If it is possible to interpret the constitutional conventions of the democratic regime under the Article 7, the constitutional Court shall apply them to this case

บทสรุปผู้บริหาร

มาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้... “(2) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีให้เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ประกอบกับมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้”

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” การบัญญัติดังกล่าวเท่ากับเป็นการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้เองการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงเป็นเรื่องที่ไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีนี้เองศาลรัฐธรรมนูญจะอาศัยสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาพิจารณาเกี่ยวกับการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนได้เพียงใด และประเด็นสำคัญจะอาศัยสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายภายในได้หรือไม่เพียงใด จากการศึกษาอาจสรุปสาระสำคัญ ได้ดังนี้

1. หลักทั่วไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางทฤษฎีระหว่างสนธิสัญญาและกฎหมายภายใน

1.1 ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับระบบกฎหมายภายใน

ในทางตำรามีการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับระบบกฎหมายภายในโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีที่สำคัญอยู่สองทฤษฎีคือ ทฤษฎีเอกนิยม (monism) และทฤษฎีทวินิยม (dualism) ทฤษฎีเอกนิยม (monism) เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นกฎหมายระบบเดียวกันและมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันอย่างมีเอกภาพ ถ้ามีปัญหาขัดแย้งกันศาลจะต้องนำกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง



ขึ้นมาใช้ ปัญหาว่าศาลจะใช้กฎหมายใดนั้นนักกฎหมายตามแนวคิดแบบเอกนิยมยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่กล่าวคือ นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งนั้นเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีอำนาจบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในของรัฐ (classical monism) เพราะเหตุว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ก่อตั้งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำเนิดของรัฐและยอมรับรู้ความมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้นสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องอยู่เหนือรัฐซึ่งหมายความรวมถึงอยู่เหนือกฎหมายภายในด้วย แต่นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่า แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับกฎหมายภายใน แต่ในที่สุดแล้วกฎหมายภายในของรัฐย่อมมีฐานะที่เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ (inverted monism) เนื่องจากรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดที่จะยอมรับและปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ การที่กฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับกับรัฐนั้นๆ ได้ก็เพราะความยินยอมของรัฐนั่นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลบังคับของสนธิสัญญานั้นถือกำเนิดได้ก็เพราะอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มหลังนี้จึงเห็นว่ากฎหมายภายในอาจอยู่เหนือกว่าสนธิสัญญาซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน

ทฤษฎีทวินิยม (dualism) เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในมิได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดต่อกันหากแต่มีการแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด ซึ่งนักกฎหมายคนสำคัญ เช่น Anzilotti และ Cavaglieri ได้สนับสนุนแนวคิดนี้ว่า เหตุที่ระบบกฎหมายทั้งสองมิได้อยู่รวมเป็นระบบเดียวกันเนื่องมาจากกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนั้นต่างมีป้อเกิดและมีวัตถุประสงค์ของการใช้บังคับแตกต่างกัน กล่าวคือกฎหมายระหว่างประเทศเกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันระหว่างรัฐคู่สัญญาโดยมีวัตถุประสงค์มุ่งใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่านั้น แต่กฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงของรัฐหนึ่งๆ ซึ่งมุ่งหมายใช้บังคับกับพลเมืองภายในรัฐนั้นๆ เท่านั้น ดังนั้นหากจะให้สนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามา มีผลบังคับใช้เป็นการกฎหมายภายในรัฐได้ จะต้องมีการผ่านขั้นตอนบางประการซึ่งเป็นการแสดงเจตจำนงของรัฐว่าต้องการให้สนธิสัญญาเข้ามามีผลใช้บังคับ เช่น วิธีการผนวก (incorporation) วิธีการแปลงรูป (transformation)

1.2 การประสานให้สนธิสัญญากับกฎหมายภายในสอดคล้องกัน

วิธีการรับเอาสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ 1.2.1 การผนวกสนธิสัญญาให้เข้ามา

มีผลใช้บังคับโดยองค์กรตุลาการ 1.2.2 การรับสนธิสัญญาเข้ามาโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ 1.2.3 การออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญา

2. ระบบของกฎหมายของต่างประเทศที่วินิจฉัยเกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือกฎหมาย ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศส ถือแนวคิดแบบรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalisme) โดยแนวคิดนี้ยึดถืออำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นหลัก โดยถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ กฎหมายอื่นใดภายในรัฐจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ภายในดินแดนของรัฐหนึ่งย่อมเป็นอำนาจของรัฐนั้นๆ ที่จะต้องพิจารณาซึ่งท้ายที่สุดแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจะมีลำดับที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญไปไม่ได้ และเป็นแนวคิดที่รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสถือปฏิบัติอยู่ในปัจจุบัน

ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเข้าไปมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญร่วมกับรัฐสภา ในขั้นตอนการพิจารณาก่อนการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา (มาตรา 54) และในขั้นตอนก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติให้ความยินยอมแก่ฝ่ายบริหารแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา (มาตรา 61) ซึ่งกระบวนการทั้งสองขั้นตอนนี้ต้องกระทำก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของรัฐ ด้วยเหตุผลที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้ (contrôle a posteriori) จึงทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ยอมรับให้มีการเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยสนธิสัญญาภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งสภาแห่งรัฐก็ได้ถือตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน โดยสภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาไปแล้ว

2.2 ประเทศเยอรมนี

สำหรับประเทศที่ถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น แม้กฎหมายพื้นฐานจะมีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าสนธิสัญญาซึ่งได้รับการแปลงรูปแล้วจะมีสถานะสูงกว่าหรือต่ำกว่ากฎหมายพื้นฐานอย่างไรก็ดีหากพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานในมาตรา ๒๕ ที่บัญญัติว่า “.....หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นสาระสำคัญ



ส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์ มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตของสหพันธ์”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” มีลำดับชั้นสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความบทบัญญัติมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญนี้มีอยู่สองประเด็น กล่าวคือ ประเด็นแรก คำว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” มีความหมายว่าอย่างไรและหมายความรวมถึงสนธิสัญญาด้วยหรือไม่นั้น ในทางคำรากฎหมายมีความเห็นว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” ตามบทบัญญัติมาตรา 25 นี้หมายความว่ารวมถึงหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปเท่านั้นไม่ได้หมายความรวมถึงสนธิสัญญาด้วย ปัญหาต่อมาคือ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์ (Gesetze) นี้จะหมายความรวมถึงรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวางหลักในการวินิจฉัยไว้ว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” ไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้นหลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์แต่ต้องอยู่ภายในกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญด้วย

ส่วนกรณีของสนธิสัญญาตามมาตรา 59 ของกฎหมายพื้นฐานนั้น เนื่องจากสนธิสัญญาจะมีผลบังคับเป็นกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ก็ต่อเมื่อมีการตรากฎหมายสหพันธ์รองรับ ซึ่งกฎหมายในทีนี้หมายความว่ารวมถึงกฎหมายของมลรัฐด้วย กฎหมายสหพันธ์และกฎหมายมลรัฐเหล่านี้เป็นกฎหมายทั่วไปมิใช่กฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ค่าบังคับของสนธิสัญญาจึงเป็นไปตามสถานะของกฎหมายสหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐแต่จะมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์หรือรัฐธรรมนูญของมลรัฐไม่ได้

กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมัน ในระบบกฎหมายเยอรมัน การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgesetz, Federal Constitutional Court) โดยภายหลังจากที่รัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องอาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้ตรวจสอบ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญา ก่อนที่จะมีผลเป็นการให้ความยินยอมแก่ประธานาธิบดีเพื่อแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาได้ กระบวนการตรวจสอบเช่นนี้เป็นรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (Die abstrakte Normenkontrolle) คือเป็นกรณีที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาเป็นคดีอยู่ในชั้นศาล แต่เป็นการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาที่จะประกาศใช้ เป็นกฎหมายนี้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

2.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

บทบัญญัติในเรื่องหลักประกันสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญอเมริกัน ซึ่งเป็นต้นแบบให้กับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศและเป็นหลักสำคัญในหลายประการ ในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนฉบับต่างๆ จะมีบทบาทสำคัญในฐานะเป็นกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่เป็นแม่บทและเป็นแกนสำคัญในพันธกรณีเรื่องดังกล่าว ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศโดยทั่วไปจึงแทบไม่มีความจำเป็นในการปรับใช้ เป็นกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะในรัฐธรรมนูญอเมริกันล้วนมีบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญเหล่านี้ไว้เกือบครบหมดแล้ว หากจะเป็นการดำเนินการตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่สหรัฐอเมริกาต้องดำเนินการตามสนธิสัญญาเหล่านั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาก็จำเป็นต้องดำเนินการตามหลักทวินิยม (Dualism) ที่ต้องผ่านการพิจารณาของสภา Congress ในลักษณะเดียวกันกับแนวทางที่ประเทศไทยยึดถือ

2.4 ประเทศไทย

การบัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนของไทยมีมานานนับตั้งแต่ การมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้ในประเทศ และมีวิวัฒนาการเรื่อยมาทั้งด้านเนื้อหาสาระตามพันธกรณีระหว่างประเทศและบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติ วิธีสบัญญัติ แผนนโยบายแผนพื้นฐานแห่งรับด้านสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญ การกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และวิธีการบังคับใช้หลักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนในประเภทต่างๆ ตลอดจนการพัฒนาองค์กรผู้รับผิดชอบเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามพันธกรณีต่างๆ ด้วย



ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว...”

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นเพียงอำนาจในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งรวมทั้งสนธิสัญญา ข้อตกลงต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กล่าวโดยสรุปคือ สนธิสัญญาจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายไทย ก็ต่อเมื่อฝ่ายบริหารได้ดำเนินการตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. หนังสือสัญญาจะต้องทำขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ

ข. ในกรณีที่เป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องชี้แจงข้อมูลเกี่ยวกับร่างหนังสือสัญญา และต้องนำกรอบการเจรจาและร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้ง นอกจากนี้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามประชาชนตามมาตรา 190 วรรคสามถึงวรรคสี่เสมอ

ค. การมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของหนังสือสัญญาจะต้องมีการออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาทุกครั้งซึ่งอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ อนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้า ซึ่งในทางปฏิบัติของไทยปรากฏว่าบางกรณีฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อทำให้พันธกรณีในหนังสือสัญญาในเรื่องนั้นๆ มีผลใช้บังคับภายในประเทศด้วย

ง. กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาต้องได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนและองค์กรของรัฐซึ่งมี

หน้าที่ปฏิบัติกรให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา

แต่อย่างไรก็ตาม จากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครองตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ศาลไทยมีแนวโน้มที่จะยอมรับผลบังคับของสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (traité-loi, law-making treaty) มากขึ้น ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีในสนธิสัญญาเหล่านั้นหรือไม่

3. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน มีการเปิดช่องทางให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในรัฐตามประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศกล่าวคือ หากเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบ่อเกิดจากสนธิสัญญากรณีนี้ มาตรา ๕๙ ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกอรรถรัฐบัญญัติเพื่อแปลงสภาพให้สนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐเสมอ

อย่างไรก็ดี หากเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่เป็นการเฉพาะเรื่องซึ่งเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศโดยที่ไม่มีการคัดค้านจนก่อให้เกิดสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) หรือมีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogens) เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือกฎบัตรสหประชาชาติ ฯลฯ กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาประเภทกฎหมายเหล่านี้อาจมีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศที่ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์ตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานที่ศาลเยอรมันสามารถนำมาใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้โดยตรง ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวางหลักการนำมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานมาเป็นมาตรการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐไว้ใน ปี ค.ศ. 1987 ว่า บทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานอาจถูกนำมาใช้เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายตุลาการในการใช้และการตีความกฎหมายภายในที่เป็นการละเมิดต่อหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศได้



นอกจากนี้ศาลภายในของบางประเทศอาจนำพันธกรณีตามสนธิสัญญา ด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้บังคับกับคดีโดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่ได้ออกกฎหมายรองรับ สนธิสัญญาดังกล่าวได้ ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจขององค์กรตุลาการซึ่งเป็นวิธีการที่เกิดขึ้น ในประเทศออสเตรเลีย โดยศาลสูงในประเทศออสเตรเลีย มีวิธีการนำกฎเกณฑ์ทาง กฎหมายในสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศ เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนทั้งหลายที่ประเทศออสเตรเลียเป็นภาคีอยู่มาใช้บังคับในคดีทั้งที่ รัฐสภายังไม่มีการออกกฎหมายมารับ เช่น ศาลสูงออสเตรเลียยอมรับว่าคนต่างด้าว สามารถอ้าง“หลักการยึดถือประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1990 (Convention on the Rights of the Child : CRC) มาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้โดยที่รัฐสภายังไม่ออกกฎหมายภายในมาอนุวัติการตามอนุสัญญาฉบับนี้ก็ตามซึ่งเท่ากับเป็นการผนวกสนธิสัญญาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในซึ่งเป็นวิธีหนึ่งของการสร้าง หลักกฎหมายโดยผู้พิพากษาอันเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศที่ใช้ระบบ common law

4. หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน ตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน มีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

4.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่

การจะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่อาศัยเกณฑ์ตามที่ได้ศึกษาไว้แล้วข้างต้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

- คัดค้านหรือขัดแย้งกับความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย

- คัดค้านหรือขัดแย้งกับความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม

- จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of International Law) หลักความเป็นธรรม (equity) และการกระทำทางกฎหมาย (juristic act)

ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชนนั้น มีข้อพิจารณา ดังต่อไปนี้

ก. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนนั้นอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย กรณีนี้ย่อมถือว่ามีฐานในทางกฎหมายที่รองรับ หากเป็นไปตามกฎหมายที่กล่าวอ้าง ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไปพิจารณาเงื่อนไขประการที่สองคือบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยอาศัยพื้นฐานของสนธิสัญญาประเภทสัญญา (contractual treaty) กรณีนี้กรจะ ต้องพิจารณาว่า สนธิสัญญาดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการยอมรับสนธิสัญญาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้วหรือไม่ หากผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากระทบกับสิทธิมนุษยชนโดยถือว่าเป็นเกณฑ์ของกฎหมายภายใน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อถือว่าเป็นกฎหมายภายในจึงต้องพิจารณามิให้ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ

ค. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยอาศัยพื้นฐานของสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) กรณีนี้จะต้องพิจารณาว่า สนธิสัญญาดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแล้วหรือไม่ หากผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมอ้างในฐานะเป็นกฎหมายภายในได้ แต่หากยังไม่ผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญ จะต้องพิจารณาว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีฐานะเป็นจารีตประเพณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักความเป็นธรรมหรือไม่

ง. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยอาศัยจารีตประเพณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักความเป็นธรรม กรณีนี้ย่อมอาศัยหลักดังกล่าวในการอ้างว่ากระทบต่อสิทธิมนุษยชนได้

4.2 การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะไม่มีผลใช้บังคับนั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น อาศัยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้



4.2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ สำหรับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

(2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

(3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

ก. กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่เงื่อนไขกฎหมายเฉพาะกรณีของสิทธิและเสรีภาพที่มีเงื่อนไขเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นๆจะกระทำได้เฉพาะตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

ข. กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่นหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

(4) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกำหนดเองไว้เพียงพอหรือไม่ “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt)

4.2.2 หลักเกณฑ์ตามมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่อาศัยตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง)

(1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง (มาตรา 29 วรรคสอง)

(2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามหลักเท่าที่จำเป็นหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน(มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

(3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

(4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิด้วย (มาตรา 29 วรรคสอง)

4.2.3 หลักเกณฑ์มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ นั้นประกอบด้วยหลักต่างๆ ดังนี้

- (1) ความเสมอภาคกันในกฎหมาย ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง
- (2) หลักความมีสิทธิเท่าเทียมกันของชายและหญิง ตามมาตรา

30 วรรคสอง และ

- (3) หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 30 วรรคสาม

ในการตรวจสอบว่ากฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 หรือไม่มีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันสำหรับข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนหรือไม่

ข. กฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักเงื่อนไขการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt) หรือไม่ กล่าวคือ กฎหมายฉบับนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดสิ่งอันเป็นสาระสำคัญเอง โดยมิได้มอบให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง

ค. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

(ค.1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(ค.2) ในกรณีของเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาค เฉพาะเรื่องการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ หรือไม่ เช่น

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ (ตามมาตรา 30 วรรค 3) หรือมีเหตุผลข้อยกเว้นอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ (หลักความได้สัดส่วน)



ง. การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค มีการตรวจสอบ 4 ระดับ ดังนี้

(ง.1) ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีความชัดเจนต่อความแตกต่างที่ปรากฏในทางข้อเท็จจริงอย่างสมบูรณ์และปราศจากความผิดพลาด และจะต้องประเมินพื้นฐานที่ถูกต้องเป็นจริงนั้นโดยเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติเองในการที่กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันการกำหนดกลุ่มบุคคลที่จะใช้ในการเปรียบเทียบก็ดี หรือการกำหนดลักษณะขององค์ประกอบก็ดี ย่อมขึ้นกับความมุ่งหมายของกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ

(ง.2) ความเหมือนกันหรือความแตกต่างกันของเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่น่าไปสู่การบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องมีการประเมินภายในขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไป และหากมีการกำหนดให้แตกต่างความแตกต่างนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้แล้ว ในกรณีเป็นไปตาม “หลักความสอดคล้องกันของหลักกฎหมายทั่วไป” (Systemgerechtigkeit in der Gesamtrechtsordnung) หลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการประเมินตามความเสมอภาคคือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังรวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่ได้รับหลักการมาจากรัฐธรรมนูญ

(ง.3) นอกเหนือจาก “หลักความสอดคล้องกันกับหลักกฎหมายทั่วไป” แล้ว กฎเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เฉพาะของกฎหมายในขอบเขตของเรื่องนั้นๆ ด้วยหรือที่เรียกว่า “หลักความสอดคล้องกันกับหลักกฎหมายเฉพาะเรื่อง” (Systemgerechtigkeit innerhalb eines Teilsystems)

(ง.4) ในการบัญญัติกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง การตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติบนพื้นฐานของความสอดคล้องกันของระบบกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความคิดพื้นฐานและทำให้แต่ละองค์ประกอบของกฎหมายนั้นมีผลในทางปฏิบัติ

จ. องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือไม่

4.2.4 หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

(1) หลักกฎหมายทั่วไป ย่อมเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบ ดังเช่น ในระบบกฎหมายของตะวันตก กล่าวคือ หลักที่ว่า

ก. “นิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง”

ข. “นิติกรรมทางปกครองต้องมีความแน่นอนชัดเจน”

ค. “การบริการสาธารณะจะต้องต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก”

ง. “การรับฟังบุคคลซึ่งนิติฐานะของเขาอาจได้รับความกระทบกระเทือนจากมาตรการทางปกครอง ก่อนที่ออกมาตรการนั้น”

จ. “ความคาดหวังอันชอบธรรมของบุคคลจะต้องได้รับความคุ้มครอง”

ฉ. “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ถึงแม้ในปัจจุบันได้มีการบัญญัติรับรองไว้แล้วในมาตรา 29 วรรคแรก แม้ว่ามีได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคแรกก็สามารถนำหลักดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบได้ เพราะถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

ช. “หลักความแน่นอนชัดเจน” เป็นหลักที่เรียกร้องความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถดำเนินการให้เป็นตามข้อเรียกร้องของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา

ซ. “หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง” หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา แต่ในขอบเขตของกฎหมายอื่น อาจตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังได้แต่จะต้องพิจารณาหลักอื่นๆ ประกอบด้วย

(2) หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมนำมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ หลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักสำคัญพื้นฐานในการร่างรัฐธรรมนูญ สำหรับหลักนิติรัฐโดยภาพรวมกล่าวคือทั้งส่วนที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและส่วนที่เป็นผลมาจากการตีความหลักนิติรัฐทั่วไป นั้นมีรายละเอียดดังนี้

ก. การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชน

ข. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

ค. การที่กฎหมายตามรูปแบบทั้งหลาย ย่อมมีผลผูกพันองค์กรต่างๆ ของรัฐ

ง. หลักที่ว่ากฎหมายย่อมเป็นเงื่อนไขในการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครอง



จ. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสิทธิฟ้องร้อง
ให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบ

ฉ. หลักนิติรัฐทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งประกอบด้วยหลักย่อย ดังนี้

ฉ.1) หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (nullum crimen nulla poena sine lege)

ฉ.2) หลักการห้ามการลงโทษซ้ำ (ne bis in idem)

ฉ.3) หลักการรับผิดชอบการกระทำของตนที่ควรแก่การตำหนิ (Schuldprinzip)

ฉ.4) หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์

ฉ.5) หลักการห้ามการบังคับให้กล่าวร้ายตนเอง

ฉ.6) หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย (in dubio pro reo)

ฉ.7) หลักการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา

ฉ.8) หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ

ช. หลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาโดยทั่วไป

ช. หลักความมั่นคงของกฎหมาย

ช.1) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนและชัดเจน

ช.2) ความต่อเนื่องของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

ช.3) หลักเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง

ช.4) หลักเกี่ยวกับคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล

ช.5) กรณีความขัดแย้งระหว่างหลักความมั่นคงของกฎหมายกับหลักที่ว่า การปกครองต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย

ช.6) หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักห้ามกระทำการเกินกว่าเหตุ (principle of proportionality)

5. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบกับสิทธิมนุษยชน ตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญปรากฏว่ากฎหมายฉบับนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนแต่มีปัญหาว่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจใช้บังคับได้ ศาลรัฐธรรมนูญมีแนวทางในการวินิจฉัย 3 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน แต่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป ซึ่งหากเป็นการขัดกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีเป็นกรณีในประเทศไทยควรจะปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาดังกล่าวต่อไป

แนวทางที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกระทบต่อสิทธิมนุษยชน หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและขัดกับรัฐธรรมนูญ ไม่อาจใช้บังคับได้อีกต่อไป ทั้งนี้โดยอาศัยมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

แนวทางที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกระทบต่อสิทธิมนุษยชน หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าพันธกรณีในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งยังไม่มีกรออกกฎหมายรองรับ ในกรณีนี้แม้ว่ารัฐธรรมนูญไทยจะมีได้มีบทบัญญัติเป็นการเปิดช่องทาง



ให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในรัฐตามประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศดังเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็ตาม แต่ในกรณีนี้ศาลไทยอาจนำพันธกรณีในเรื่องดังกล่าวมาใช้บังคับได้โดยอาศัยมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หากหลักการดังกล่าวสามารถอาศัยมาตรา 7 เป็นฐานในการตีความนำมาใช้ได้

6. ตัวอย่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน

(1) กฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามอันเนื่องมาจากการเป็นบุคคลล้มละลาย เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดกับหลักความเสมอภาค เพราะเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกัน เนื่องจากความเป็นบุคคลล้มละลายไม่ควรถูกเลือกปฏิบัติในกรณีนั้น

(2) กฎหมายจำกัดสิทธิในการเข้าทำงานของบุคคลซึ่งเคยต้องโทษจำคุก กรณีนี้เป็นบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคลซึ่งเคยต้องโทษจำคุกมาแล้ว ซึ่งถือว่าเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคอย่างหนึ่ง

(3) กฎหมายที่วางบทสันนิษฐานของกฎหมายให้มีความผิด การกำหนดโทษและหลักความรับผิดในทางอาญาถือว่าเป็นหลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายวางบทสันนิษฐานของกฎหมายให้มีความผิดจึงขัดกับหลักดังกล่าว

(4) กฎหมายที่การละเมิดสิทธิของบุคคลโดยการเกณฑ์แรงงานและการละเมิดต่อกรรมสิทธิ์ เนื่องจากการเกณฑ์แรงงานสามารถทำได้เฉพาะเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้นในบางกรณีอาจไม่เข้าตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ นอกจากนี้ยังเป็นการขัดต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วย

(5) กฎหมายที่ขัดหลักความรับผิดของรัฐ หลักความรับผิดของรัฐถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของรัฐที่เป็นนิติรัฐ และเป็นหลักที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายใดที่บัญญัติให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ต้องรับผิดอันเนื่องมาจากความบกพร่องของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ถือว่าขัดต่อหลักดังกล่าว

สารบัญ

	หน้า
คำนำ	
คำนำผู้วิจัย	
บทคัดย่อ	iv
Abstract	vii
บทสรุปผู้บริหาร	x
บทหน้า	1
บทที่ 1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน	3
1.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน	4
1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน	11
1.2.1 การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายภายใน	11
1.2.2 การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ	20
บทที่ 2 องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของไทยและต่างประเทศ	47
2.1 องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประเทศไทย	47
2.2 องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของต่างประเทศ	66
บทที่ 3 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน	79
3.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางทฤษฎีระหว่างสนธิสัญญาและกฎหมายภายใน	79
3.1.1 สภาพปัญหาการขัดกันของสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน	79
3.1.2 หลักกฎหมายและทฤษฎีทางกฎหมายระหว่างประเทศ	86
3.1.3 การประสานให้สนธิสัญญากับกฎหมายภายในให้สอดคล้องกัน	95



บทที่ 4	อำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุดหรือศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ	
	ในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบ	
	ต่อสิทธิมนุษยชน	134
4.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา	134
4.2	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	155
4.3	ประเทศฝรั่งเศส	183
บทที่ 5	อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับ	
	บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน	196
5.1	กรณีตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ	196
5.1.1	ความเป็นมาของอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 257 (2)	
	ของรัฐธรรมนูญ	196
5.1.2	ความหมายขอบเขตของมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ	198
5.1.2.1	กระบวนการในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ	198
	(1) เป็นเรื่องที่มีการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน	198
	(2) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นชอบตามที่มี	
	การร้องเรียน	199
5.1.2.2	ขอบเขตในทางเนื้อหา	199
	(1) ความหมายของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”	199
	(2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชน	201
	(3) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบ	
	ด้วยรัฐธรรมนูญ	221
5.2	กรณีตามมาตรา 212 ประกอบมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ	232
5.2.1	ความเป็นมาของอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 212	
	ของรัฐธรรมนูญ	232
5.2.2	ความหมายขอบเขตของมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ	234
5.3	ผลการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ	241

บทที่ 6 บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	242
6.1 ลักษณะของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	242
6.2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน	245
6.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	254
บทที่ 7 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	268
7.1 ระบบของกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน	268
7.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน	272
7.3 หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบสิทธิมนุษยชนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๕๓ (๒) ของรัฐธรรมนูญ	273
7.4 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบกับสิทธิมนุษยชน	279
7.5 ตัวอย่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน	280

บทนำ

มาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้... “(2) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีให้เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ประกอบกับมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ หากไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว การบัญญัติดังกล่าวเท่ากับเป็นการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามตรวจสอบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้เองการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงเป็นเรื่องที่ไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีนี้เองศาลรัฐธรรมนูญจะอาศัยสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาพิจารณาเกี่ยวกับการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนได้เพียงใด และประเด็นสำคัญจะอาศัยสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายภายในได้หรือไม่เพียงใด

งานวิจัยฉบับนี้ เป็นการศึกษากรณีตามมาตรา 257 (2) และตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อหาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบกับสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะอาศัยหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าวอย่างไร โดยการศึกษาในเรื่องนี้ได้ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (บทที่ 3) ศึกษาอำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุดหรือศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น (1) ประเทศสหรัฐอเมริกา (2) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และ (3) ประเทศฝรั่งเศส (บทที่ 4) ศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาถึง (1) ลักษณะของบทบัญญัติแห่ง

กฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (2) หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และ (3) หลักเกณฑ์ในการพิจารณา ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหากับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (บทที่ 6) (4) ผลผูกพันของสนธิสัญญาในกรณีที่ฝ่ายบริหารได้ลงนามในสนธิสัญญาแล้ว ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 นั้น มีผลทำให้สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นกฎหมายภายในหรือไม่

บทที่ 1

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ภายหลังจากการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) ซึ่งเป็นผลของนำแนวความคิดในทางปรัชญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยย์มาบัญญัติในเอกสารเพื่อให้เป็นมาตรฐานสากลเดียวกัน นับแต่นั้นเป็นต้นมาสิทธิของมนุษย์ได้ทวีความสำคัญมากขึ้นตามลำดับ จนกล่าวได้ว่าเป็นหน้าที่ของประเทศต่างๆ ที่จะต้องร่วมมือกันหาทางคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ดีที่สุด พัฒนาการสูงสุดของความร่วมมือกันเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประเทศต่างๆ ที่เกิดขึ้นในเวทีระดับโลกคือ การยกระดับความสำคัญของสิทธิเอกชน (Individual Rights) ให้เป็นสิทธิระหว่างประเทศ (International Rights) ซึ่งหมายความว่า ในกรณีที่รัฐกระทำการใดอันเป็นการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลแล้ว บุคคลอาจเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายระหว่างประเทศและสามารถยื่นคำร้องเรียนต่อองค์กรซึ่งทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ จะเห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ปัจเจกชนในฐานะผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลได้นั้น ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดว่ารัฐและองค์การระหว่างประเทศเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดาในทางระหว่างประเทศนั้นจะแสดงออกโดยผ่านรัฐซึ่งเป็นเจ้าของสัญชาติของบุคคลดังกล่าว¹ นอกจากนี้การกระทำละเมิดของรัฐดังกล่าวอาจถือเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของรัฐอื่นๆ และทำให้รัฐเหล่านั้นมีสิทธิร่วมมือกันดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อยุติการกระทำนั้นๆ ได้อีกด้วย กล่าวได้ว่า ปัจจุบันกระแสเรื่องสิทธิมนุษยชนได้ทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้นจนนำมาสู่การก่อตั้งสถาบันและองค์กรต่างๆ ทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคขึ้นเพื่อเป็นกลไกสำคัญในการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยมุ่งหมายให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมีผลในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริงและมีประสิทธิภาพมากที่สุด

¹ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศเล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 227.

1.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

1.1.1 พัฒนาการและความหมายของสิทธิมนุษยชน

แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนถือว่าเป็นสิ่งที่มีมาช้านาน นับตั้งแต่สมัยกรีกหรือสมัยโรมัน เดิมทีความคิดเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลดังกล่าวมีลักษณะโน้มเอียงไปในทางจำกัดอำนาจของกษัตริย์หรือผู้ปกครองที่มีอยู่มากเกินไป ดังนั้นแนวคิดเกี่ยวกับ "สิทธิของบุคคล" จึงกลายเป็นคำขวัญที่บุคคลใช้อ้างเพื่อต่อสู้กับความอยุติธรรมจากผู้ปกครองของตน ส่วนคำว่า "สิทธิมนุษยชน" นั้นเป็นถ้อยคำที่เพิ่งใช้เรียกกันเมื่อศตวรรษที่ 20 นี้เอง และเพื่อเป็นการสร้างความชอบธรรมแก่แนวคิดดังกล่าวยิ่งขึ้น บรรดานักปราชญ์จึงอธิบายว่า "สิทธิของบุคคล" นั้นแท้จริงแล้วเป็นสิทธิธรรมชาติ (Natural rights) อันสืบเนื่องจากกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บุคคลอ้างว่ามีอยู่ตามธรรมชาติโดยมิได้เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์ โดยนักปราชญ์ชาวกรีก อาทิ เฮราลิตัส (Heraclitus) อธิบายว่า กฎหมายธรรมชาตินั้นเป็นกฎหมายซึ่งมิได้เขียนไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่เป็นกฎหมายที่ได้แพร่หลายและถูกควบคุมไว้โดยธรรมชาติ กฎหมายธรรมชาตินี้มีพื้นฐานมาจากหลักที่ว่า ทุกสิ่งเกิดขึ้นตามที่ควรเป็นเช่นนั้น ส่วนเพลโต (Plato) และอริสโตเติล (Aristotle) เห็นว่ากฎหมายธรรมชาติเปรียบเสมือนวินัยที่มนุษย์ทุกคนจะต้องปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับสิ่งนี้ เพื่อที่จะได้ตระหนักถึงคุณค่าความดีส่วนตัวและคุณค่าความดีทั่วไป ต่อมา นักปราชญ์ชาวโรมันได้นำแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติมาใช้ในการพัฒนากฎหมายที่เรียกว่า "Jus gentium" ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลต่างด้าวด้วย เพราะแต่เดิมนั้นกฎหมายของโรมันย่อมใช้บังคับกับคนสัญชาติโรมันเท่านั้น เมื่ออาณาจักรโรมันได้แพร่ขยายออกไปทำให้มีคนต่างด้าวมาอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีกฎหมายซึ่งใช้บังคับกับคนต่างด้าวด้วย กฎหมายธรรมชาตินี้จึงมีบทบาทสำคัญที่ทำให้เกิดความคิดว่าควรมีกฎหมายที่ใช้ได้กับระบบกฎหมายทุกระบบ ต่อจากนั้น โทมัส อควินัส (St. Thomas Aquinas) นักปราชญ์และนักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตีสมาัยยุคกลางได้อธิบายว่ากฎหมายธรรมชาตินั้นแท้จริงแล้วก็คือกฎหมายทางศีลธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นหลักดั้งเดิมของชีวิตมนุษย์ซึ่งจะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับศีลธรรม กฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นจึงไม่ควรขัดกับกฎหมายธรรมชาติ หากขัดก็ไม่อาจถือว่าเป็นกฎหมาย และไม่มีผลผูกพันความรู้สึกผิดชอบของผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ดังกล่าวด้วย จากพัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติตามที่ได้กล่าวมา สามารถสรุปลักษณะที่สำคัญของกฎหมายธรรมชาติออกได้



เป็นสามประการ คือ

ประการแรก กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่ใช้ได้ตลอดโดยไม่ถูกจำกัดเวลา

ประการที่สอง กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่ใช้ได้ทุกหนแห่ง ไม่ถูกจำกัดสถานที่ว่าจะต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่ง

ประการที่สาม กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่มีสถานะเหนือกว่ากฎหมายของรัฐทั้งปวง หมายความว่ารัฐจะออกกฎหมายให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้นั่นเอง มิฉะนั้นกฎหมายของรัฐก็จะใช้บังคับมิได้เช่นกัน

จากแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องกฎหมายธรรมชาติ ได้ก่อให้เกิดความคิดเกี่ยวกับสิทธิธรรมชาติเป็นผลสืบเนื่องตามมา โดยมีแนวคิดอยู่ว่า มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกันและพระเจ้าซึ่งเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมาได้ให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้มีอาจโอนให้แก่กันได้ และไม่มีใครจะลบล้างละเมิดได้ ซึ่งได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และสิทธิที่จะหาความสุขและรัฐทั้งหลายจะต้องกระทำทุกอย่างเพื่อให้มนุษย์มีสิทธิเหล่านี้อย่างเต็มที่ วิธีการเช่นนี้ทำให้มนุษย์ซึ่งเป็นสัตว์โลกที่มีเหตุผลยอมรับว่าเป็นหลักที่ดี และเชื่อว่า จะทำให้มนุษย์อยู่ในสังคมอย่างสันติและมีความสุข ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ เราจะค้นหาสิทธิตามธรรมชาติได้จากแหล่งใด ในเรื่องนี้นักปราชญ์ทั้งหลายได้อธิบายไว้โดยแยกออกเป็นสามทางคือ

ทางแรก สิทธิตามธรรมชาติเกิดจากหลักแห่งเหตุผล (Rationalism) ซึ่งถือว่า “สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์” ได้ถูกคิดขึ้นจากหลักการแท้ๆ และไม่อาจโต้แย้งได้ โดยหลักแห่งเหตุผลมีรากฐานมาจากความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติและเกี่ยวข้องกับเรื่อง “เหตุผลตามธรรมชาติ (Natural reason) ซึ่งเป็นความคิดจากเหตุผลทั่วๆ ไปว่า บุคคลควรมีสสิทธิตะไรบ้าง

ทางที่สอง สิทธิตามธรรมชาติเกิดจากลัทธิเฉพาะบุคคล (Individualism) ซึ่งมีแนวคิดว่าสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ สิทธิตามธรรมชาติเกิดขึ้นมาพร้อมกับบุคคล และเป็นสิทธิประจำตัวของบุคคลนั้นๆ ด้วย

ทางที่สาม สิทธิตามธรรมชาติเกิดจากลัทธินิยมความรุนแรง (Radicalism) โดยถือว่า การใช้กำลังจะถูกกล่าวว่าเป็นเวลาใดเวลาหนึ่งว่าเป็นจุดมุ่งหมายของสถาบันการเมืองทั้งหมด และจุดมุ่งหมายของสถาบันการเมืองดังกล่าวนั้นก็คือ การรักษาไว้ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์นั่นเอง

กล่าวโดยสรุป แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนมีรากฐานทางความคิดจากเรื่องทฤษฎีตามกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งมีหลักสำคัญว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์ทุกคนมีอยู่ตามธรรมชาติ (Natural rights) ในฐานะที่เขาเกิดมาเป็นมนุษย์ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลผู้นั้นจะมีถิ่นที่อยู่อาศัย ชนชั้นวรรณะ ชาติพันธุ์ เพศ อายุ สีผิว ภาษา มีความเชื่อทางศาสนาหรือทางการเมืองเป็นเช่นไร ซึ่งบุคคลทุกคนสามารถใช้สิทธิตามธรรมชาติเหล่านี้ได้อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันด้วยเหตุผลเพราะบุคคลนั้นเป็นมนุษย์ โดยหลักทั่วไปแล้วสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่มีมาก่อนการเกิดขึ้นของ “รัฐ” ดังนั้น การเป็นผู้ทรงสิทธิมนุษยชนจึงมิได้เป็นเรื่องที่รัฐบัญญัติกฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิแก่บุคคล หากแต่เป็นเรื่องที่กฎหมายของรัฐได้บัญญัติรับรองสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย ตัวอย่างเช่น เสรีภาพในชีวิตร่างกาย เสรีภาพในความเชื่อทางศาสนา เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนดั้งเดิมนั้นยังไม่มีฐานะเป็นสิทธิตามกฎหมายอย่างแท้จริงหากแต่มีความโน้มเอียงไปในทางปรัชญาอยู่มาก เพราะเป็นแต่เพียงการยอมรับว่าบุคคลควรมีสสิทธิต่างประการในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ ซึ่งมีปัญหาตามมาว่าสิทธิดังกล่าวมีขอบเขตแค่ไหนเพียงไรจึงเป็นเรื่องที่ขาดความชัดเจนและไม่แน่นอน ด้วยเหตุนี้ นานาประเทศจึงได้พยายามที่จะทำให้สิทธิตามกฎหมายธรรมชาติเหล่านี้มีสภาพบังคับเป็นสิทธิตามกฎหมายด้วยการนำแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องสิทธิมนุษยชนมาบัญญัติรวบรวมไว้เอกสารทางกฎหมายซึ่งมีสภาพบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ในรูปของสนธิสัญญา หรือให้มีสภาพบังคับตามกฎหมายภายใน เช่น บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

1.1.2 สิทธิมนุษยชนในฐานะเป็นสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

1.1.2.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

ความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “สิทธิ” นั้นหมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองและให้ความคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย² แต่ “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” นั้นถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน (das subjektive oeffentliche Recht) หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรอง

² วรพจน์วิศุทธิ์พิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 21.



แก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน นอกจากนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายความรวมถึง การให้หลักประกันในทางหลักการ (die institutionellen Garantien) คือการมุ่งคุ้มครองต่อสถาบันทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเช่น มุ่งคุ้มครองเรื่องกรรมสิทธิ์ หรือ เสรีภาพทางวิชาการ เป็นต้น ดังนั้นสิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้องและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ

ส่วน “เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” นั้นหมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน³ เสรีภาพจึงเป็นอำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง ความแตกต่างระหว่าง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” คือ สิทธินั้นเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในขณะที่เสรีภาพนั้นเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา นอกจากนี้ยังมีคำว่า “สิทธิในเสรีภาพ” ซึ่งมีความหมายว่า บุคคลนั้นยอมมีสิทธิที่ใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยการให้เสรีภาพของบุคคลดังกล่าวนั้นยอมยกอให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นที่จะไม่เข้ามารบกวนการใช้อำนาจในการกระทำการหรือไม่กระทำการของบุคคลนั้น

1.1.2.2 สิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง

โดยทั่วไปแล้ว หลักเกณฑ์ในการแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อพิจารณาอยู่หลายประการ แต่หากเป็นการแบ่งโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ ซึ่งเป็นการพิจารณาจากผู้ซึ่งได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง แล้ว อาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภทคือ

ประเภทแรก สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิของทุกๆ คน (Menschenrechte หรือ Jedermannrechte) สิทธิประเภทนี้คือสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทุกๆ คน โดยมิได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด

³ เพิ่งอ้าง, หน้า 22.

หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นแล้วบุคคลดังกล่าวย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นด้วย สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคนเพราะเป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันว่า เพราะเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ มนุษย์ทุกคนล้วนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมี “รัฐ” เกิดขึ้น สิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพทางศาสนา เป็นต้น

ประเภทที่สอง สิทธิพลเมือง (Buergerrechte) สิทธิประเภทนี้เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะแก่บุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น เช่น สิทธิในการการเมือง เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธินี้เป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธินั้นๆ ว่า สิทธิใดควรเป็นสิทธิของบุคคลทุกคน และสิทธิใดควรจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาติเท่านั้นซึ่งการแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จะนำไปสู่การกำหนดขอบเขตในการคุ้มครองสิทธิแต่ละประเภตินั่นเอง

1.1.2.3 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชน

ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นการเรียกร้องการสร้างตนเองอย่างอิสระของบุคคล เนื่องจากมนุษย์มีคุณลักษณะส่วนบุคคลที่มีความสามารถสร้างชีวิตบนความรับผิดชอบของตนเองได้ ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงต้องทำให้เกิดความมั่นคงแก่บุคคลในอันที่จะพัฒนาลักษณะส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ สำหรับในรัฐประชาธิปไตย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือเป็นสิ่งที่มีคุณค่าสูงสุดอันมีอาจล่วงละเมิดได้ จึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับความเคารพและได้รับความคุ้มครองจากรัฐ และต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไว้อีกเรื่องหนึ่งว่า การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการสร้างหลักประกันแก่บุคคลในฐานะที่บุคคลนั้นเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องสอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้เพราะมนุษย์ถือเป็นเป้าหมายในการดำเนินการของรัฐ มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐก็เป็นการดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพ



ของบุคคล และหลักความเสมอภาค⁴ ซึ่งก่อให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการคือ *ประการแรก* การตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายจะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิและเสรีภาพประเภทอื่นๆ ด้วย และ*ประการที่สอง* อาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาในทางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายรวมทั้งความหมายของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทนั้นได้รับการพัฒนาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

เหตุผลสำคัญที่ต้องนำเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาอธิบาย ในฐานะเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชนเพราะเหตุว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นแท้จริงแล้วมีฐานะเป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพทั้งปวง ซึ่งความสำคัญดังกล่าวจะมีผลต่อการกำหนดทิศทางของรัฐในฐานะเป็นตัวกำหนดและเป็นข้อจำกัดในการดำเนินภาระหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากรัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายวางหลักไว้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิมิได้ (Wesengehaltsgarantie) จากหลักประกันดังกล่าว ก่อให้เกิดคำถามว่า อะไรคือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท และมีขอบเขตแค่ไหนเพียงไร ประเด็นคำถามนี้เป็นปัญหาที่ยังขาดความชัดเจน ต่อมาจึงได้มีการเสนอให้นำหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาเป็นหัวใจหรือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ โดยให้ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสารัตถะอันเป็นแก่นของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท ซึ่งรัฐไม่อาจล่วงละเมิดได้ในขอบเขตดังกล่าว หากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพใดมีผลกระทบต่อบุคคลซึ่งมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ⁵

ปัญหาประการต่อมาคือ การกระทำอย่างไรจึงเป็นการละเมิดต่อบุคคลซึ่งมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งการอธิบายในเรื่องนี้วิธีที่ดีที่สุดคือการอธิบายเรื่องดังกล่าวในเชิงปฏิเสธ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยวินิจฉัยการกระทำ

⁴ แนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ประกอบด้วยรากฐานอันเป็นสาระสำคัญ 2 ประการที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ คือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาค

⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2552), หน้า 92-93.

ซึ่งเป็นภาระละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยวิธีการอธิบายด้วยคำต่างๆ เช่น การทำให้ได้รับความอับอาย การติดตามไล่ล่า การเนรเทศ และการลงโทษที่มีลักษณะโหดร้ายทารุณ หรือการกระทำที่เป็นการบังคับให้ทำงาน การใช้คนเป็นทาส การก่อการร้าย การทำลายล้างชาติพันธุ์ หรือการนำมนุษย์ไปใช้ในทางทดลอง การกระทำเหล่านี้ล้วนแต่เป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งสิ้น ยกตัวอย่างเช่น ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมัน ภายใต้การนำของอดอล์ฟ ไฮชมาน (Adolf Eichmann) มีการโกนหัวสตรี แล้วนำเอาผมไปทอเป็นเครื่องนุ่งห่มเพื่อความอบอุ่นแก่ร่างกาย โดยไม่คำนึงว่าเจ้าของผมเหล่านั้นจะหนาวเหน็บเพียงใดในฤดูหนาว หรือการใช้มนุษย์เป็นเครื่องทดลองยาโดยฉีดสารต่างๆ เข้าร่างกาย ซึ่งการทดลองที่นิยมกันมากคือการนำมนุษย์ฝาแฝดมาใช้ทดลอง โดยความเชื่อว่าจะมีคุณสมบัติเหมือนกันมากกว่ามนุษย์อื่นๆ และน่าจะให้ผลการทดลองที่ใกล้เคียงความจริงที่สุด โดยไม่คำนึงว่ามนุษย์เหล่านั้นจะได้รับผลร้ายเช่นไร เป็นต้น

อาจกล่าวโดยสรุปได้เป็นหลักกว้างๆ ได้ว่า การดำเนินการใดๆ ของรัฐ หากรัฐได้กระทำการใดๆ ที่มีลักษณะไม่ให้ความสำคัญแก่มนุษย์ ทำให้มนุษย์ถูกลดคุณค่าของตนเองลงมาเป็นเพียงวัตถุของการกระทำของรัฐ หรือกระทำการใดๆ ก็ตาม ที่ทำให้ความเป็นคนของมนุษย์ถูกลดคุณค่าลงต่ำกว่าจารีตในทางปฏิบัติที่บุคคลในฐานะนั้นๆ พึงจะปฏิบัติต่อกัน ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งสิ้น

กล่าวโดยสรุป สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญย่อมเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน เพราะสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์ทุกคนมีอยู่ตามธรรมชาติ (Natural rights) ในฐานะที่เขาเกิดมาเป็นมนุษย์ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลผู้นั้น

สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ในอันที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลซึ่งทำให้มนุษย์มีความแตกต่างจากสิ่งมีชีวิตอื่นๆ

สิทธิในความเสมอภาค เป็นการแสดงให้เห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกัน เพราะแม้ว่ามนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนแต่หากขาดหลักประกันในเรื่องความเสมอภาคแล้ว บุคคลนั้นอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคมหรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น นอกจากบุคคลจะต้องมีสิทธิในชีวิตและร่างกายแล้ว บุคคลยังจะต้องได้รับหลักประกันในเรื่องความเสมอภาคด้วย ซึ่งต้องเข้าใจต่อไปด้วยว่าเสรีภาพในการกำหนดตนเองจะมีความเท่าเทียมกันในสายตากฎหมายเท่านั้น เพราะในทางความเป็นจริงแล้ว บุคคลย่อมมีอาจเท่าเทียมกันได้ในทุกๆ ด้าน



จะมีถิ่นที่อยู่อาศัย ชนชั้นวรรณะชาติพันธุ์ เพศ อายุ สีผิว ภาษา มีความเชื่อทางศาสนา หรือทางการเมืองเป็นเช่นไร ซึ่งบุคคลทุกคนสามารถใช้สิทธิตามธรรมชาติเหล่านี้ได้อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันด้วยเหตุผลเพราะบุคคลนั้นเป็นมนุษย์ โดยหลักทั่วไปแล้ว สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่มีมาก่อนการเกิดขึ้นของ “รัฐ” ดังนั้น การเป็นผู้ทรงสิทธิมนุษยชน จึงมิได้เป็นเรื่องที่รัฐบัญญัติกฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิแก่บุคคล หากแต่เป็นเรื่องที่กฎหมายของรัฐได้บัญญัติรับรองสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งการบัญญัติรับรองโดยกฎหมายภายในอาจไม่ครอบคลุม “สิทธิมนุษยชน” ในที่นี้จึงอาจสรุปได้ว่า สิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติรับรองโดยกฎหมายภายในถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ “สิทธิมนุษยชน”

1.2 การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

1.2.1 การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายภายใน

สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล รัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่าถือเป็นหน้าที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐในอันที่จะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ประชาชนซึ่งอาศัยอยู่ภายในรัฐของตนเอง โดยการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยกฎหมายเช่นว่านี้ก็คือ รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดของรัฐ ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สิทธิและเสรีภาพจึงมีสถานะเป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพย่อมมีคุณค่าในฐานะของความเป็นกฎหมายสูงสุดไปด้วย ซึ่งเป็นไปตาม “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ ส่งผลให้การตรากฎหมายและการใช้อำนาจขององค์กรที่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมิได้ ในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อนและมีผลทำให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่อาจบังคับใช้ได้เช่นกัน นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังกำหนดหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิในทางศาลแก่บุคคลซึ่งถูกกระทำละเมิดจากรัฐไว้อีกด้วย ในที่นี้จะทำการศึกษาลักษณะในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁶

⁶ เพิ่งอ้าง, หน้า 74-82.

1.2.1.1 หลักความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรของรัฐ⁷

โดยหลักทั่วไปสิทธิและเสรีภาพย่อมผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลายโดยตรงอยู่แล้ว แต่การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ในมาตราดังกล่าวก็เพื่อเป็นการเน้นย้ำให้ เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนอีกครั้งหนึ่งซึ่งก่อให้เกิดผลในการพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพได้สามประการคือ

ประการแรก ผลจากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้อง ซึ่งทำให้ผู้ทรงสิทธิทั้งหลายสามารถเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการ หรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองหรือให้ความคุ้มครองได้ ดังนั้น ถึงแม้ว่าขณะนี้ยังไม่มีกรอกรกฏหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อรองรับการใช้สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ก็ไม่อาจตีความไปทิศทางที่ทำให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลลงได้ เช่น มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับหลักประกันความปลอดภัยและสวัสดิภาพในการทำงานรวมทั้งหลักประกันในการดำรงชีพทั้งในระหว่างการทำงานและเมื่อพ้นภาวะการทำงาน ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” หมายความว่าแม้ปัจจุบันจะยังไม่มีกรอกรกฏหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรง บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องที่ได้รับหลักประกันความปลอดภัยและสวัสดิภาพในการทำงาน รวมทั้งหลักประกันในการดำรงชีพได้ เพราะสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญจึงมีผลโดยตรงทันทีที่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ซึ่งทำให้องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทุกองค์กรต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญด้วย การตีความเช่นนี้ย่อมเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 28 ววรรคสามซึ่งบัญญัติรับรองว่า “...บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรงหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

⁷ ตัวอย่างเช่น มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”



ประการที่สอง บทบัญญัติดังกล่าวทำให้สิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรง ซึ่งในส่วนขององค์กรนิติบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญได้เรียกร้องว่าการใช้อำนาจตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาว่ามีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ ส่วนองค์กรฝ่ายบริหารซึ่งรวมถึงฝ่ายปกครอง ตลอดจนองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐย่อมผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพในการใช้และตีความกฎหมายเช่นกัน ส่วนองค์กรตุลาการย่อมผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพในการใช้และการตีความกฎหมายเช่นเดียวกับฝ่ายบริหาร ซึ่งการใช้และการตีความขององค์กรตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีต่างๆ นั้น ศาลมีหน้าที่ในการตรวจสอบอยู่ 2 ประการ คือ (1) ศาลจะต้องตรวจสอบว่ากรณีที่เป็นปัญหามาสู่การพิจารณาคดีของศาลนั้นมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ และ (2) ศาลเองก็จะต้องไม่ใช่หรือตีความกฎหมายให้เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ในการพิจารณาคดีของศาลนั้น ศาลจะต้องไม่ละเมิดสิทธิในทางวิธีพิจารณาของคู่ความในคดีด้วย

ประการที่สาม ความหมายของความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพจะมีความหมายในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อ ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อโต้แย้งการกระทำต่างๆ ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐได้ หรือเป็นไปตามหลักการควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ เช่น การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ย่อมถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนการใช้และการตีความกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองย่อมถูกตรวจสอบได้โดยศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้นๆ เช่น กรณีเป็นการออกคำสั่งทางปกครองย่อมถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง ส่วนกรณีขององค์กรตุลาการนั้น หากเป็นการใช้หรือการตีความกฎหมายโดยศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ ศาลที่อยู่ในระดับสูงขึ้นไปย่อมทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบได้

1.2.1.2 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ต้องกระทำโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย^๑ เป็นการนำหลักประชาธิปไตยมาสัมพันธ์กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทนของประชาชน

ตามหลักประชาธิปไตย กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจึงจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักการดังกล่าวประกอบด้วยหลักการย่อยซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) หลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมายและหลักการห้ามตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณีและเฉพาะบุคคล โดยหลักการดังกล่าวมีขึ้นด้วยเหตุผลอย่างน้อย 2 ประการคือ

ประการแรก เหตุผลในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดกฎหมายซึ่งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้นก็เนื่องจากไม่ต้องการให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมาย เพราะหากพิจารณาจากระบบการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนในรัฐ กฎหมายและคำสั่งทางปกครองล้วนแต่มุ่งใช้บังคับกับประชาชนทั้งสิ้น เพียงแต่การออกกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องที่ใช้บังคับทั่วไป มีลักษณะเป็นนามธรรมเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นเรื่องที่ใช้บังคับเฉพาะรายและมีลักษณะเป็นรูปธรรมเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ดังนั้น การห้ามมิให้มีการออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งจึงการป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติล่วงล้ำเข้ามาในเขตอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารนั่นเอง

ประการที่สอง เหตุผลในแง่การป้องกันมิให้เกิดเอกสิทธิ์และการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งหมายความว่า หลักการดังกล่าวมีขึ้นเพื่อช่วยคุ้มครองปัจเจกบุคคลมิให้รัฐเลือกปฏิบัติโดยการตรากฎหมายเฉพาะกรณีขึ้นใช้บังคับกฎหมายที่มีผลเป็นการทั่วไปจึงเป็นเครื่องประกันความสม่ำเสมอและความเท่าเทียมกันในผลทางกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เหมือนกัน ส่งผลทำให้การรับรองหลักความเสมอภาคตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมอีกทางหนึ่งด้วย

⁸ ตัวอย่างเช่น มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”



ดังนั้น การตรวจกฎหมายที่ขัดกับหลักการดังกล่าวจึงปรากฏได้ 2 กรณีคือ กรณีแรก เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรวจกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคลคนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลจำนวนแน่นอนอนจำนวนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลที่อาจคำนวณได้กลุ่มหนึ่ง และกรณีที่สอง เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรวจกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่แม้จะมีลักษณะเป็นนามธรรมใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้วมุ่งประสงค์ให้ใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะรายหรือเฉพาะบางกลุ่มเท่านั้น ซึ่งทั้งสองกรณีย่อมถือว่าเป็นการตรวจกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับมิได้

อย่างไรก็ดี หากปรากฏข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นและฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นต้องตรวจกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติอาจตรวจกฎหมายลักษณะเช่นนี้ใช้บังคับได้โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการห้ามมิให้ตรวจกฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณี หากกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นไม่ได้มีผลเฉพาะเหตุการณ์นั้น แต่ได้รับการบัญญัติให้ครอบคลุมเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและมีผลใช้บังคับกับบุคคลไม่จำกัดจำนวนด้วย

(2) หลักการคุ้มครองสภารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพ

หลักการคุ้มครองสภารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีข้อพิจารณาอยู่ 2 ประเด็นคือ การคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นการคุ้มครองโดยเด็ดขาดหรือไม่ และอะไรคือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

ประเด็นปัญหาว่าการคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นการคุ้มครองโดยเด็ดขาดหรือไม่ ในทางทฤษฎีมีการอธิบายแยกออกได้เป็น ๒ แนวคิดคือ แนวคิดแรก เห็นว่าไม่ว่าจะเป็นการโดยยอมไม่อาจทำการละเมิดสาระสำคัญของสิทธิได้ อันเป็นการคุ้มครองขั้นต่ำสุดต่อสาระสำคัญของสิทธิซึ่งถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของสิทธินั้นๆ ตามแนวคิดนี้จึงแยกขอบเขตของสิทธิออกเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนแรกเป็นส่วนที่รัฐอาจเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ แต่ส่วนที่สองถือว่าเป็นแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิที่เป็นหัวใจของสิทธินั้นๆ ซึ่งรัฐไม่อาจล่วงล้ำเข้าไปได้ การคุ้มครองเช่นนี้ถือว่าเป็นการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ แนวคิดที่สอง เห็นว่าไม่ควรมีสิ่งใดที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ ในกรณีที่มีเหตุผลเหนือกว่าหรือมีความจำเป็นเร่งด่วนย่อมสมควรที่จะอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพได้ เช่น บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสาร แต่รัฐอาจทำการแทรกแซงโดยการดักฟังโทรศัพท์เพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรข้ามชาติที่จะเข้ามาก่อการร้ายในประเทศได้

ส่วนปัญหาว่าอะไรคือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น ได้มีความพยายามนำหลักเกณฑ์เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐานมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา จึงกล่าวได้ว่า การแทรกแซงใดๆ ที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมถือเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพด้วย

ในปัจจุบัน มีการนำหลักความได้สัดส่วนมากำหนดขอบเขตของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย ซึ่งมีหลักเกณฑ์อยู่ว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อการจำกัดสิทธินั้นสอดคล้องกับหลักความสัดส่วน กล่าวคือ กฎหมายหรือมาตรการที่จะจำกัดสิทธินั้นต้องมีความเหมาะสม มีความจำเป็น และมีความสมเหตุสมผล โดยการจำกัดสิทธินั้นจะเป็นการเหมาะสมเมื่อการจำกัดสิทธิสามารถบรรลุเป้าหมายตามที่มุ่งหมายไว้อย่างแท้จริง และจะเป็นการจำกัดสิทธิที่มีความจำเป็นก็ต่อเมื่อการจำกัดสิทธินั้นเป็นวิธีการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนน้อยที่สุด ส่วนความสมเหตุสมผลนั้นเกิดเมื่อผลประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ที่จะได้รับจากการจำกัดสิทธิดังกล่าวกับผลกระทบที่เกิดจากการจำกัดสิทธินั้นอยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผล หลักแห่งความได้สัดส่วนนี้สามารถนำมาใช้ทั้งกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีที่ทำนั้นๆ มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน ในการใช้อำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายจึงต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวด้วยเสมอ

(3) หลักการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย

ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้ในกฎหมายฉบับนั้น หลักการดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อเตือนให้ฝ่ายนิติบัญญัติตระหนักว่าตนกำลังตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอยู่และเป็นไปเฉพาะที่ตนต้องการจริงๆ และเพื่อเป็นเครื่องช่วยในการใช้และการตีความกฎหมายด้วย มีข้อสังเกตว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องระบุเฉพาะบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องและที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายเท่านั้น แต่จะระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจทุกมาตราไว้ในกฎหมายโดยมีมูลเหตุจูงใจที่จะป้องกันมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญมิได้



1.2.1.3 หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ

หลักความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรของรัฐที่กล่าวมาในข้างต้นจะปราศจากความหมายหากการใช้อำนาจขององค์กรเหล่านั้นไม่สามารถควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ หรือเป็นไปตามหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิในทางศาล (Rechtsschutzgarantie)⁹ ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของทำให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าจะเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล เช่น การตรวจกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ย่อมถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบในรูปแบบใดก็ตาม ส่วนการใช้การตีความของกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะเป็นการใช้การตีความที่ขัดต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่นั้นย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรศาลที่มีอำนาจในเรื่องนั้นๆ เช่น หากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครอง โดยทั่วไปแล้วย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะควบคุมตรวจสอบ ส่วนกรณีขององค์กรตุลาการหากเป็นการใช้หรือตีความโดยศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ ศาลที่อยู่ในระดับสูงขึ้นไปก็จะทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบต่อไป

เหตุผลที่สนับสนุนว่าระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการหรือศาลเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนได้ดีกว่าระบบอื่น ๆ นั้น ได้แก่¹⁰

ก. ศาลหรือองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ และมีหลักประกันในความเป็นอิสระของศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยคดีโดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลใดๆ ทั้งสิ้น

ข. เมื่อราษฎรได้ยื่นคำฟ้องอย่างถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ ดังนั้น ราษฎร

⁹ ตัวอย่างเช่น มาตรา 28 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “...บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

¹⁰ วรพจน์วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2544), หน้า 56.

จึงได้รับหลักประกันว่า “ทุกซ์” หรือความเดือดร้อนของตน หากมีอยู่จริงจะได้รับการขจัด บัดเป่าภายในเวลาอันสมควร หลักประกันข้อนี้ไม่อาจพบได้ในการควบคุมระบบอื่นๆ

ค. วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้ สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ และเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยาน หลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเกี่ยวข้องของตนและหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของ ฝ่ายตรงกันข้ามได้อย่างเต็มที่

ง. ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การ บังคับให้ศาลต้องแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นเหตุผลในการวินิจฉัยข้อพิพาท ไปทางใดทางหนึ่งให้ปรากฏต่อคู่ความย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าศาลจะไม่ พิพากษาคดีตามอำเภอใจได้เป็นอย่างดีเช่นกัน

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลไทยเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชน อาทิเช่น

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญ ได้วางหลักไว้ว่า พระราชบัญญัติที่ชื่อนบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ซึ่งเป็นบทบัญญัติบังคับ ให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น ถือเป็นการลิดรอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุล ของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน เนื่องจากเป็นการบังคับให้ หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานะการสมรส ซึ่งมีได้เป็นเหตุผล ในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพ หรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิงที่มีผลมาจาก ความแตกต่างทางเพศจนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันอันจะถือว่าเป็น การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม กรณีจึงเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคเพราะเหตุ แห่งความแตกต่างกันในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล บทบัญญัติของกฎหมายฉบับ ดังกล่าวจึงมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/ 2549 คดีนี้เป็นการฟ้องโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการจัดเรียงคูหาเลือก ตั้งเพื่อลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ข้อเท็จจริงมีว่า ในการประชุมของ คณะกรรมการการเลือกตั้งครั้งที่ 28/2549 ได้มีมติให้ปรับปรุงคูหาลงคะแนน โดยจัด เรียงคูหาลงคะแนนให้ผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งหันหน้าไปทางผนังหรือฉากกั้นที่เลือกตั้ง



ซึ่งเดิมหันหลังให้ เพื่อให้ผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งเดินเข้าคูหาได้สะดวก และปิดประกาศรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งเพิ่มเติมไว้ที่ผนังหรือฉากกั้นที่เลือกตั้งจำนวน 1 ชุด เพื่อให้ผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งสามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเจ็ดที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง จึงเห็นว่าการดำเนินการจัดคูหาเลือกตั้งตามมติของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และเลขาธิการคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ทำให้การเลือกตั้งไม่เป็นไปโดยลับซึ่งขัดต่อมาตรา 104 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540¹¹ เนื่องจากการจัดคูหาเลือกตั้งให้หันหน้าไปทางผนังหรือฉากกั้นโดยไม่มีสิ่งใดปิดบังด้านหลังของคูหาขณะที่ใช้สิทธิเลือกตั้ง ทำให้บุคคลอื่นมองเห็นและสามารถรู้หรือคาดหมายได้ว่าผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งรายใดหรือใช้สิทธิไปทางใด จึงทำให้การเลือกตั้งของผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเจ็ดไม่เป็นการลับอีกต่อไป

เนื่องจากมติของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการจัดตั้งคูหาเลือกตั้ง เป็นการใช้อำนาจในการออกข้อกำหนดที่เป็นแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งตามมาตรา 10(4) ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 จึงเป็นเรื่องที่ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกกฎโดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เป็นผู้ดำเนินการให้เป็นไปกฎดังกล่าว กรณีจึงเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ปัญหาจึงมีว่าการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดเรียงคูหาเลือกตั้งแบบใหม่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลปกครองกลางเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติให้มีการจัดเรียงคูหาเลือกตั้งแบบใหม่โดยให้ผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งหันหน้าให้ผนังหรือฉากกั้นที่เลือกตั้ง และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้ดำเนินการตามมติดังกล่าวในทุกหน่วยเลือกตั้งนั้น เป็นการกระทำที่ทำให้การออกเสียงลงคะแนนไม่เป็นไปโดยลับทั้งในทางข้อเท็จจริงและในความรู้สึกของผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งเพราะเหตุว่า การกำหนดให้ผู้มาใช้สิทธิหันหน้าไปทางฉากหรือผนังกั้นที่เลือกตั้งจะทำให้ผู้มาใช้สิทธิต้องหันหลังให้เจ้าหน้าที่ประจำหน่วย

¹¹ มาตรา 104 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า “การเลือกตั้ง ให้ใช้วิธีการออกเสียงลงคะแนน โดยตรงและลับ”

เลือกตั้ง และหันหลังให้ประชาชนซึ่งมายื่นรอเข้าไปใช้สิทธิเลือกตั้งโดยไม่มีฉากบังสายตา บุคคลดังกล่าวอย่างเพียงพอ ประกอบกับบัตรเลือกตั้งที่ทำขึ้นเพื่อใช้เลือกตั้งในวันดังกล่าวมีช่องทำเครื่องหมายว่าไม่ประสงค์จะลงคะแนนอยู่ตรงมุมขวามือด้านล่างของบัตรเลือกตั้ง จึงทำให้เชื่อได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าเจ้าหน้าที่ประจำหน่วยเลือกตั้งตลอดจนประชาชนผู้มายื่นรอเพื่อเลือกตั้งสามารถสังเกตเห็นพฤติกรรมของผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งได้ ซึ่งทำให้การใช้สิทธิเลือกตั้งดังกล่าวไม่เป็นการลับอีกต่อไปจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 104 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้น

1.2.2 การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลในระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ถือว่ายังมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายภายใน เพราะแต่เดิมปัจเจกบุคคลไม่ถือเป็นผู้ทรงสิทธิ (subject) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ บังคับบุคคลจึงไม่อาจมีสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกับรัฐ ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ และแม้ว่ารัฐต่างๆ จะทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศต่อกันหลายฉบับเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลก็ตาม สนธิสัญญาเหล่านั้นก็มีผลเพียงเป็นการผูกพันการใช้อำนาจของรัฐภาคีในอันที่จะคำนึงถึงการปฏิบัติต่อประชาชนของตนเท่านั้น กล่าวคือ ข้อความในสนธิสัญญามีได้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายที่จะก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้รัฐต้องรับผิดชอบจากการละเมิดสนธิสัญญาเหล่านั้นแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้รัฐต่างๆ จึงคิดค้นหาวิธีการแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการร่วมมือกันจัดทำสนธิสัญญาเพื่อสร้างหลักประกันและให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลให้มีสภาพบังคับทางกฎหมายขึ้นเป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นวิธีการที่ได้รับการยอมรับในเวลาต่อมาและมีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ต่อไปในอนาคต ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงการสร้างหลักประกันทางกฎหมายให้แก่สิทธิของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 1.2.1.1 การทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในระดับสหประชาชาติ และ 1.2.1.2 การทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค โดยมีรายละเอียดดังนี้

1.2.1.1 การทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในระดับสหประชาชาติ



(1) แนวคิดเกี่ยวกับการรับรองสิทธิมนุษยชนในกฎบัตรสหประชาชาติ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

(1.1) กรณีกฎบัตรสหประชาชาติ

ความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อหาทางคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสหประชาชาติ ได้เกิดขึ้นภายหลังจากมีการประชุมใหญ่สหประชาชาติเมื่อวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1945 เพื่อลงมติรับรองกฎบัตรสหประชาชาติ โดยในกฎบัตรสหประชาชาติปรากฏถ้อยคำซึ่งแสดงให้เห็นถึงความพยายามของผู้ร่างที่จะให้มีการร่างเอกสารระหว่างประเทศเพื่อรับรองสิทธิของบุคคล (International Bill of Rights) อยู่หลายแห่งทั้งในคำปรารภและตัวบทมาตราต่างๆ เช่น

ในคำปรารภ ปรากฏถ้อยคำว่า “...จะยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชน อันเป็นหลักมูลในเกียรติศักดิ์และคุณค่าของมนุษย์บุคคล ในสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี และของประเทศชาติใหญ่น้อย...”

ในบทบัญญัติของมาตรา 1 นั้นมีข้อความแสดงซึ่งวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งสหประชาชาติที่สำคัญประการหนึ่งไว้ว่า เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพในสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นมูลฐานแก่บุคคลทั่วไป ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษาหรือศาสนาใด โดยกำหนดให้มีสมัชชาซึ่งจะทำหน้าที่ส่งเสริมวัตถุประสงค์ในเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะ (มาตรา 13) นอกจากนี้ยังกำหนดให้มีคณะมนตรีความมั่นคง (Security Council) (ม.55) เป็นกลไกสำคัญในการส่งเสริมและสนับสนุนวัตถุประสงค์ที่มุ่งส่งเสริมและรักษาไว้ซึ่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งองค์การทั้งสองมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนดังต่อไปนี้

ก) สมัชชาสหประชาชาติ เป็นองค์กรซึ่งทำหน้าที่ในการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ (Maintenance of international peace and security) ซึ่งหมายความว่า สมัชชาจะทำหน้าที่พิจารณาถึงหลักการทั่วไปแห่งความร่วมมือในการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ รวมทั้งหลักการในเรื่องการลดอาวุธและข้อบังคับว่าด้วยกำลังอาวุธ และอาจทำคำแนะนำเกี่ยวกับหลักการเช่นนั้นไปยังสมาชิกหรือคณะมนตรีความมั่นคง (ม.11(1)) นอกจากนี้อาจศึกษาพิจารณารายงานและทำคำแนะนำเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ เพื่อการพัฒนาก้าวหน้าและการจัดทำประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ ส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศ ส่งเสริม

ความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านเศรษฐกิจ การสังคม วัฒนธรรม การศึกษา และ อณามัย และช่วยเหลือให้ประจักษ์ผลในสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพขั้นมูลฐาน (มาตรา 13) เป็นต้น

ข) คณะมนตรีความมั่นคง จะประกอบด้วยสมาชิกแห่งสหประชาชาติ จำนวน 11 ประเทศ โดยมี 5 ประเทศเป็นสมาชิกประจำของคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งได้แก่ จีน ฝรั่งเศส สหภาพแห่งสาธารณรัฐโซเวียตโซเชี่ยลิสต์ อังกฤษและสหรัฐอเมริกา และมีประเทศอื่นๆ อีก 6 ประเทศเป็นสมาชิกไม่ประจำของคณะมนตรีความมั่นคง องค์การดังกล่าวมีบทบาทสำคัญในการทำหน้าที่รับผิดชอบปฐมภูมิสำหรับการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศโดยการระงับข้อพิพาท ซึ่งการปฏิบัติการใช้กำลังหน้าที่ระงับข้อพิพาทนี้จะอยู่ในหมวดที่ 4 ของกฎบัตร ส่วนหน้าที่ปฏิบัติการใช้กำลังนั้นกำหนดไว้ในหมวดที่ 1

จากบทบัญญัติซึ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ร่างที่จะให้มีการร่างเอกสารระหว่างประเทศเพื่อรับรองสิทธิของปัจเจกบุคคลตลอดจนการกำหนดองค์กรทั้งสองขึ้นเพื่อเป็นกลไกสำคัญในการทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติ ประเด็นที่ต้องพิจารณาประการต่อมาคือ กฎบัตรสหประชาชาติในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนทั้งหลายก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐภาคีหรือไม่ ซึ่งอาจแยกพิจารณาออกเป็นสองแนวทางคือ

แนวทางแรก เห็นว่าบทบัญญัติในกฎบัตรสหประชาชาติเป็นแต่เพียงบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงหน้าที่ของสหประชาชาติหรือเป็นแต่เพียงการประกาศถึงหลักการ (Declaration of principle) เท่านั้น อีกทั้งในกฎบัตรสหประชาชาติไม่ได้ให้คำจำกัดความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพไว้ และมีได้ระบุถึงเครื่องมือที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้โดยตรง แต่กลับใช้ถ้อยคำมุ่งไปในทางที่ส่งเสริมและเคารพต่อสิทธิมนุษยชนทั้งสิ้น ดังนั้น กฎบัตรสหประชาชาติในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจึงมีได้ก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐภาคีในอันที่จะต้องให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามที่ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติแต่อย่างใด

แนวทางที่สอง เห็นว่าการที่บรรดารัฐสมาชิกได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามกฎบัตรสหประชาชาติเพื่อจะร่วมมือกันส่งเสริมสิทธิมนุษยชน ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐสมาชิกทั้งหลายในอันที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีเหล่านั้น ดังความที่ปรากฏในมาตรา 55 ของกฎบัตรสหประชาชาติว่า ทุกรัฐจะส่งเสริมความเคารพและ



รักษาไว้ซึ่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน ซึ่งตามความเห็นของ Lauterpacht นักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงได้แสดงความเห็นว่า รัฐสมาชิกจำต้องปฏิบัติตามกฎบัตรสหประชาชาติในส่วนของที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน โดยการนำพันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติไปปฏิบัติให้เกิดผลภายในประเทศของตน เช่น การออกกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ และร่วมมือกับนานาชาติโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับองค์การสหประชาชาติในกิจการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวรวมทั้งดำเนินการกระทำใดๆ ที่เห็นว่าเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งความเห็นทั้งสองนี้ถือว่าเป็นความเห็นที่ได้รับการสนับสนุนมากกว่าความเห็นแรก และเป็นทางปฏิบัติของนานาประเทศซึ่งเป็นสมาชิกในองค์การสหประชาชาติอีกด้วย

(1.2) กรณีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

จากหลักการสำคัญที่ปรากฏในกฎบัตรฉบับดังกล่าวได้นำมาสู่การร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในเวลาต่อมา จนกระทั่งมีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948 : UDHR) ในวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) โดยให้ถือว่าวันดังกล่าวเป็นสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ถือเป็นเครื่องหมายสำคัญของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเพราะเกิดจากความร่วมมือกันของหลายประเทศ ซึ่งเป็นสมาชิกของสหประชาชาติในการกำหนดไว้เป็นหลักฐานว่า สิทธิมนุษยชนที่รัฐสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองนั้นมีอะไรบ้าง ซึ่งอาจแยกพิจารณารายละเอียดของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนออกได้เป็น 2 ประเด็นคือ

1) ประเภทสิทธิที่ได้รับการคุ้มครอง

เนื่องจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบด้วยข้อความซึ่งเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลรวมทั้งสิ้น 30 ข้อ โดยที่มิได้แยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจในทางวิชาการ ในที่นี้จะแยกพิจารณาโดยแบ่งประเภทตามที่ปรากฏในรายงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งแบ่งออกเป็น ก) สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) และ ข) สิทธิทางเศรษฐกิจและทางสังคม (Economic and Social Rights) ซึ่งมีรายละเอียดตามลำดับดังนี้

ก) สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights)

สิทธิประเภทนี้ปรากฏใน 21 ข้อแรกของปฏิญญา ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มีมาแต่ดั้งเดิม ได้แก่ สิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความเสมอภาค ความยุติธรรม และการแสวงหาความสุข (The rights to life, property, equality, justice and the pursuit of happiness) ซึ่งสิทธิดังกล่าวประกอบด้วย สิทธิย่อยๆ ดังต่อไปนี้

- สิทธิในทางอิสรภาพแห่งการเคลื่อนไหว (The rights to freedom of movement)
- สิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยลำพังตนเองเช่นเดียวกับ โดยร่วมกับผู้อื่น (The rights to own property alone as well as in association with others)

- สิทธิที่จะทำการสมรส (The rights to marry)
- สิทธิในความเสมอภาคตามกฎหมายและสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมหากถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาชญาใดๆ (The rights to equality before the law and to fair trial of accused of any crime)

- สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (The rights to privacy)
- สิทธิในเสรีภาพแห่งการนับถือศาสนา (The rights to religions freedom)

- สิทธิในการพูดโดยเสรีและการชุมนุมโดยสันติ (The rights to free speech and peaceful assembly)

- สิทธิที่จะลี้ภัย (The rights to asylum)
- การกระทำที่ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การเป็นทาส (slavery) การทรมาน (torture) และการกักขังตามอำเภอใจ (Arbitrary detention) เป็นต้น

ข) สิทธิทางเศรษฐกิจและทางสังคม (Economic and Social Rights) สิทธิประเภทนี้เริ่มตั้งแต่ข้อ 22 เป็นต้นไป ซึ่งการบัญญัติสิทธิเหล่านี้ไว้ในปฏิญญา ถือว่าเป็นชัยชนะของกลุ่มประเทศสังคมนิยมที่เน้นหนักให้ความสำคัญกับเรื่องความมั่นคงของสังคม (Social Security) เป็นอย่างมาก ซึ่งสิทธิเหล่านี้ได้แก่



- สิทธิในการศึกษา (The rights to education)
- สิทธิที่จะจัดตั้งสหพันธกรรมกร (The rights to form trade union)
- สิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของตนและครอบครัว (The rights to everyone to a standard of living adequate for the health and wellbeing of himself and his family)
- สิทธิในการพักผ่อน และเวลาว่างรวมทั้งการจำกัดเวลาทำงานตามสมควรและวันหยุดงานเป็นครั้งคราวโดยได้รับสินจ้าง (The rights to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay) เป็นต้น

2) ลักษณะทางกฎหมายของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

จากสาระสำคัญของปฏิญญา ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นว่าสิทธิซึ่งได้รับการรับรองโดยปฏิญญา มีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิตามธรรมชาติซึ่งมิได้มีสถานะเป็นสิทธิตามกฎหมายอย่างแท้จริง กล่าวคือ เป็นแต่เพียงการยอมรับว่าบุคคลในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ควรมีสิทธิอะไรบ้าง ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางสำหรับรัฐต่างๆ จะได้นำหลักการดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในกฎหมายของตนต่อไป อีกทั้งขอบเขตของสิทธิดังกล่าวยังขาดความชัดเจนแน่นอนว่ามีอยู่แค่นั้นเพียงไร จึงกล่าวได้ว่าสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญา เป็นเรื่องที่น่าหนักใจในทางปรัชญาอยู่มาก และถือว่ายังไม่มีสถานะเป็นสิทธิตามกฎหมายซึ่งจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อนำไปบัญญัติรับรองไว้ตามกฎหมายภายใน เช่น ในรัฐธรรมนูญ หรือบัญญัติรับรองไว้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของสนธิสัญญา

อย่างไรก็ดี หลักสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญา ฉบับนี้มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายภายในของหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเคยปรากฏว่าศาลอเมริกันได้นำหลักสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญา ไปใช้ในการตัดสินคดีตัวอย่างเช่น คดี Sei Fujii (ค.ศ. 1948) (พ.ศ. 2491) โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย Sei Fujii ซึ่งเป็นคนสัญชาติญี่ปุ่นได้ซื้อที่ดินในรัฐแคลิฟลอเนีย และขอให้ศาลสั่งว่าเขาเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวโดยไม่ขัดต่อกฎหมายอเมริกัน ศาลชั้นต้นในคดีนี้ตัดสินว่าที่ดินเป็นรัฐ ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่า กฎหมายที่ศาลชั้นต้นใช้ใน

การตัดสินคดีเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติ และขัดต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 17 ซึ่งบัญญัติว่าทุกคนมีสิทธิที่จะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จึงพิพากษากลับให้โจทก์มีสิทธิในที่ดินได้ตามคำขอ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลได้นำหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติมาใช้ในการตัดสินคดีเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิแก่บุคคล เป็นต้น

(2) การทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ
ในรูปของสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นผลมาจากการกำหนดหลักการและมาตรฐานความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สิทธิมนุษยชนที่ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติและในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิตามกฎหมายในรูปของสนธิสัญญาซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง ในปัจจุบันนี้อาจกล่าวได้ว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นมีอยู่มากมาย แต่ที่ถือเป็นหลักในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนมีอยู่ 4 ฉบับคือ¹²

ก) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant of Civil and Political Rights : ICCPR) มีผลใช้บังคับเมื่อปีค.ศ. 1976¹³ (พ.ศ. 2509)

¹² เนื่องจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบด้วยเนื้อหาสี่ส่วนด้วยกันคือ (1) คำปวารณาของปฏิญญาซึ่งวางหลักการสำคัญเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน (2) กล่าวถึงสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (civil and political rights) (3) กล่าวถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (economic social and cultural rights) และ (4) กล่าวถึงหน้าที่ของบุคคล สังคม และรัฐ โดยจะต้องดำเนินการสร้างหลักประกันให้มีการคุ้มครองสิทธิที่ปรากฏในปฏิญญาให้ได้รับการปฏิบัติอย่างจริงจัง อย่างไรก็ตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ถือว่าเป็นแต่เพียงคำประกาศที่ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงนำหลักการต่างๆ ที่รับรองไว้ในปฏิญญามากำหนดให้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายในรูปของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรืออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งประกอบด้วยอนุสัญญาสำคัญ 4 ฉบับที่ถือเป็นหลักในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน โดยการกำหนดพันธกรณีแก่รัฐภาคีเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามข้อบทต่างๆ ที่กำหนดไว้ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดูใน กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, **คู่มือรายงานประเทศตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี**, กระทรวงยุติธรรม, 2550, หน้า 11-15.

¹³ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2540



ข) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic , Social and Cultural Rights : ICESCR) มีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 1976¹⁴ (พ.ศ. 2519)

ค) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women : CEDAW) มีผลบังคับใช้เมื่อปี ค.ศ. 1981¹⁵ (พ.ศ. 2524)

ง) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child : CRC) มีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 1990¹⁶ (พ.ศ. 2533)

นอกจากนี้ยังมีอนุสัญญาอีกหลายฉบับอีกเช่น อนุสัญญาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 (พ.ศ. 2494) (Convention Relating to the Status of Refugees, 1951), อนุสัญญาว่าด้วยสถานะของบุคคลซึ่งเป็นผู้ไร้รัฐ ค.ศ. 1954 (พ.ศ. 2497) (Convention Relating to the Status of Stateless Persons, 1954) เป็นต้น

สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่มีความสำคัญและสมควรนำมาศึกษาในที่นี้มีอยู่ 2 ฉบับคือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) เนื่องจากผู้ร่างมีเจตนารมณ์ที่จะทำให้เกิดวัตถุประสงค์ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประสบผลสำเร็จมากที่สุด ด้วยการนำสิทธิในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมารวมไว้เกือบทั้งหมดโดยจำแนกสิทธิแต่ละประเภทอย่างละเอียด ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(ก) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) (International Covenant of Civil and Political Rights : ICCPR) ซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ส่วนได้แก่

ส่วนของสารบัญญัติ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล (ตั้งแต่มาตรา 1-27) เช่น บัญญัติรับรองสิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ

¹⁴ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ. 2542

¹⁵ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2528

¹⁶ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2535

การเคลื่อนไหว เสรีภาพในการเลือกถิ่นฐานที่อยู่ สิทธิที่จะได้รับความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม สิทธิในเสรีภาพแห่งความคิดเห็น การสมาคมรวมทั้งสิทธิในการก่อตั้งและร่วมกันในสหภาพการค้าเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของตนเอง เป็นต้น¹⁷

นอกจากนี้ กติกาฉบับดังกล่าวยังบัญญัติให้รัฐภาคีเคารพและสร้างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองตามกติกาฉบับนี้ให้แก่บุคคลที่อาศัยอยู่ในภายในดินแดนของตนโดยไม่มีความแตกต่างในเรื่องของเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ฯลฯ ในกรณีที่รัฐภาคียังไม่มีความหมายที่สอดคล้องกับบทบัญญัติในกติการัฐภาคีจะต้องออกกฎหมายหรือกำหนดมาตรการอื่นใดตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญของตนเพื่อทำให้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้มีผลใช้บังคับภายในประเทศ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามต่อความเป็นอยู่ของประเทศ รัฐภาคีอาจยกเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในกติกาฉบับนี้ได้ตามความจำเป็น แต่รัฐภาคีไม่อาจตีความไปในทางให้สิทธิแก่รัฐหรือแก่บุคคลกลุ่มใดในอันที่จะกระทำการใดๆ เพื่อลดทอนหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ที่ได้รับรองไว้ นอกเหนือไปกว่าที่บัญญัติไว้ในกติกาฉบับนี้ได้¹⁸

ส่วนวิธีสับัญญัติซึ่งเป็นบทบัญญัติที่วางหลักการดำเนินงานเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ (ตั้งแต่ข้อ 28-53) ได้แก่ การกำหนดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนซึ่งประกอบด้วยกลุ่มบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐภาคี โดยทำหน้าที่พิจารณาคำร้องเรียนเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในกติกาฉบับนี้ของรัฐภาคี ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะพิจารณาเรื่องเหล่านี้ได้ก็ต่อเมื่อเชื่อได้ว่ากระบวนการแก้ไขเยียวยาภายในประเทศได้ถูกนำมาใช้โดยถึงที่สุดแล้วและเป็นที่ยุติหรือยุติลงแล้วโดยมีเลขาธิการสหประชาชาติทำหน้าที่ประสานงานร่วมกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ในกรณีที่เรื่อง ซึ่งมีการร้องเรียนไปยัง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนไม่อาจยุติหรือตกลงกันได้โดยความพอใจของรัฐคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอาจตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการ

¹⁷ มาตรา 6-27 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509)

¹⁸ มาตรา 2-5 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509)



ประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation Commission)” โดยความยินยอมของรัฐคู่กรณี ทั้งสองฝ่ายเพื่อทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทและเสนอวิธีการเพื่อทำให้เกิดการตกลง โดยสันติวิธีต่อไป

(ข) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) ซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ส่วน เช่นเดียวกับ กติกาฉบับแรก กล่าวคือ

ในส่วนของสารบัญญัติ ซึ่งเป็นบทบัญญัติรับรองสิทธิและ เสรีภาพของบุคคลไว้ เช่น การรับรองว่าบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะตัดสินใจด้วยตนเองทั้งใน เรื่องสถานะทางการเมืองและการแสวงหาซึ่งการพัฒนาในทางเศรษฐกิจ สังคม และ วัฒนธรรมโดยเสรี เช่น การคุ้มครองสิทธิในการทำงาน สิทธิในการได้รับสภาพการทำงาน ที่ดี สิทธิในการหยุดงาน สิทธิในการก่อตั้งสหภาพการค้าและเข้าร่วมในสหภาพดังกล่าว¹⁹ ทั้งนี้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องให้ความเคารพและต้องดำเนินการแยกกันหรือร่วมกันในทาง เศรษฐกิจและทางเทคนิคตามความสามารถของตน เพื่อให้สิทธิต่างๆ ที่กติกากฉบับนี้ รับรองไว้บรรลุผลสำเร็จ ตลอดจนกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อสร้างหลักประกัน สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวให้แก่บุคคลซึ่งอาศัยอยู่ในเขตแดนของตน โดยไม่มีความแตกต่าง ในเรื่องของเชื้อชาติ ผิว เพศ ศาสนา ฯลฯ

ส่วนวิธีบัญญัติซึ่งเป็นบทบัญญัติที่วางหลักการดำเนินงาน เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ เช่น กำหนดให้มีคณะกรรมการ เศรษฐกิจและสังคมทำหน้าที่ร่วมกับเลขาธิการสหประชาชาติในการพิจารณารายงาน เกี่ยวกับการปฏิบัติตามกติกากฉบับนี้ของรัฐภาคี นอกจากนี้คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคม ยังทำหน้าที่เสนอรายงานเกี่ยวกับการดำเนินการในเรื่องสิทธิมนุษยชนต่อคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนและเสนอรายงานพร้อมข้อเสนอแนะไปยังสมัชชาสหประชาชาติเกี่ยวกับ ชาวสาวที่ได้รับจากรัฐภาคีและหน่วยงานพิเศษเกี่ยวกับมาตรการต่างๆ ที่ใช้เพื่อรักษา สิทธิมนุษยชนตามกติกากฉบับนี้ เป็นต้น²⁰

¹⁹ มาตรา 6-15 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509)

²⁰ มาตรา 16-25 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509)

1.2.1.2 การทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค

เนื่องจากการทำให้สิทธิมนุษยชนตามหลักการแห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิตามกฎหมายโดยใช้กลไกระดับนานาชาติแห่งสหประชาชาติให้มีผลครอบคลุมทั่วโลกจำเป็นต้องใช้เวลานานและพบว่ามีปัญหาอุปสรรคนานาประการ จึงทำให้เกิดการรวมกลุ่มของรัฐต่างๆ ในระดับภูมิภาคที่มีความคล้ายคลึงกันในด้านสภาพภูมิศาสตร์ ขนบธรรมเนียมประเพณี ตลอดจนผลประโยชน์ต่างๆ เพื่อร่วมมือกันให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งในแถบทวีปยุโรป ทวีปอเมริกา และทวีปแอฟริกา โดยรัฐเหล่านี้เห็นว่าการทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิตามกฎหมายด้วยการรวมกลุ่มในระดับภูมิภาคที่มีสภาพสังคม วัฒนธรรมคล้ายคลึงกันย่อมทำให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนประสบผลสำเร็จได้มากกว่า การศึกษาหัวข้อดังกล่าวจึงแยกพิจารณาตามระดับภูมิภาคดังต่อไปนี้

(1) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทวีปยุโรป

จุดเริ่มต้นของระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในแถบทวีปยุโรปสืบเนื่องจากรัฐต่างๆ ในภูมิภาคยุโรปเกิดความเกรงกลัวต่อลัทธิคอมมิวนิสต์ที่กำลังคุกคามต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพทางการเมืองของประชาชน จึงมีความพยายามร่วมมือกันในระดับภูมิภาค (regional) เพื่อก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศที่เรียกว่า “สภายุโรป (Council of Europe)” ซึ่งเป็นองค์การความร่วมมือระหว่างรัฐบาลที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและมีฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการยกวางอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 2953²¹ (พ.ศ. 2496) และกฎบัตรทางสังคมของยุโรป ค.ศ. 1961 (พ.ศ. 2504) ซึ่งมีรายละเอียดตามลำดับดังนี้

- อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493) (European Convention for the Protection

²¹ Nicola Rowe and Volker Schlette, “The Protection of Human Rights in European after the Eleventh Protocol to the ECHR” *European Law Review*. (London : Sweet & Maxwell, 1998), p. 2.



of Human Rights and Fundamental Freedom 1950) ได้กำหนดหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้แก่ บังเจกบุคคลในฐานะเป็นผู้เสียหายไว้ว่า ในกรณีที่รัฐภาคีถูกรัฐอื่นซึ่งเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาละเมิดหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในอนุสัญญา²² หรือเป็นกรณีที่บังเจกบุคคลภายในรัฐภาคีซึ่งเป็นผู้เสียหายกล่าวอ้างว่าตนตกเป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพซึ่งถูกรับรองไว้ในอนุสัญญา²³ รัฐภาคีผู้เสียหายหรือบังเจกบุคคลผู้เสียหายสามารถร้องทุกข์ไปยังศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights) ได้โดยตรงมีเงื่อนไขว่า บังเจกบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามอนุสัญญาสามารถนำคดีมาสู่ศาลได้ก็ต่อเมื่อบังเจกบุคคลนั้นได้ดำเนินการเยียวยาความเสียหายตามขั้นตอนของกฎหมายภายในของรัฐจนครบถ้วนเสียก่อน และความเสียหายนั้นไม่สามารถเยียวยาได้ตามระบบกฎหมายภายในอีกต่อไป ทั้งนี้จะต้องยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่คำตัดสินครั้งสุดท้ายของกระบวนการภายในสิ้นสุดลง²⁴

สำหรับการพิจารณาสาระสำคัญของอนุสัญญานับนี้อาจแยกพิจารณาออกได้เป็นสองส่วนเช่นกันคือ

ส่วนแรก เป็นบทบัญญัติรับรองถึงสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ของบุคคล ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกายของบุคคล สิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม

²² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom 1950

Article 33 – Inter-State cases

Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the protocols thereto by another High Contracting Party.

²³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom 1950

Article 34 – Individual applications

The Court may receive applications from any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.

²⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom 1950

Article 35 – Admissibility criteria

1. The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognized rule of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken.....

ในทางอาญา สิทธิในการได้รับการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายของบุคคลจากการกระทำละเมิดสิทธิจากผู้มีอำนาจใน ประเทศของตน เป็นต้น ซึ่งสาระสำคัญของอนุสัญญา เป็นการผสมผสานระหว่างหลักการแห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนกับหลักการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Fair Trial) ในกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับหลักการแห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้วจะพบว่ามีความคล้ายคลึงกันมากเพียงแต่สิทธิที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้มีรายละเอียดมากกว่าและมีความชัดเจนมากกว่าสิทธิที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติในอนุสัญญา มิได้กล่าวถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม หรือวัฒนธรรม แต่อย่างใด ซึ่งถือเป็นความแตกต่างที่สำคัญระหว่างอนุสัญญา กับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ส่วนที่สอง เป็นบทบัญญัติที่กำหนดกลไกสำคัญในการบังคับการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฉบับนี้ ได้แก่ การกำหนดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ศาลสิทธิมนุษยชน และคณะกรรมการรัฐมนตรีแห่งสภายุโรป เป็นองค์รสำคัญในการทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามที่ได้รับรองไว้ในอนุสัญญา

อาจกล่าวได้ว่า ผลของการจัดทำอนุสัญญาฉบับนี้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากการยอมรับสถานะใหม่ของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าอาจเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ซึ่งวิธีการเช่นนี้ทำให้ประชาชนชาวยุโรปอย่างน้อย 150 ล้านคนรวมทั้งผู้ที่มิใช่ชาวยุโรปแต่เป็นบุคคลที่อยู่ในความปกครองของรัฐภาคีเหล่านี้ได้รับความคุ้มครองสิทธิตามอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย

ผลสำคัญอีกประการหนึ่งคือ รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐของตนให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในอนุสัญญา ตัวอย่างเช่น รัฐบาลนอร์เวย์ซึ่งได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญา โดยมีเงื่อนไขทั้งนี้เพราะมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญนอร์เวย์ ค.ศ. 1814 (พ.ศ. 2347) มีข้อความประกาศห้ามนับถือศาสนานิกายเยซูอิต ซึ่งเป็นการขัดต่อมาตรา 9 แห่งอนุสัญญา ซึ่งรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนา แต่ภายหลังจากนั้นเป็นเวลา 4 ปี รัฐบาลนอร์เวย์ได้แสดงเจตนาถอนเงื่อนไขในการให้สัตยาบันพร้อมทั้งมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญนอร์เวย์ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในอนุสัญญาในเวลาต่อมาอีกด้วย



- *กฎบัตรทางสังคมของยุโรป ค.ศ. 1961* (พ.ศ. 2505) (*The European Social Charter*) ได้ถือกำเนิดขึ้นเนื่องจากอนุสัญญายุโรป⁴ มิได้มีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม กว่าทศวรรษต่อมาสมาชิกยุโรปจึงมีมติรับรองกฎบัตรทางสังคมของยุโรปในปี ค.ศ. 1961 (พ.ศ. 2504) ซึ่งมีสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1965 (พ.ศ. 2508) หลังจากนั้นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎบัตรนี้อีกหลายครั้ง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1996 (พ.ศ. 2539) จึงมีกฎบัตรทางสังคมของยุโรปฉบับใหม่เกิดขึ้นซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) ซึ่งสาระสำคัญของกฎบัตรทางสังคมของยุโรปฉบับใหม่นี้ อาจจำแนกสิทธิออกได้เป็น 3 กลุ่มคือ

กลุ่มแรก เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการทำงาน สิทธิในเงื่อนไขการทำงานที่เป็นธรรม สิทธิในเงื่อนไขการทำงานที่ปลอดภัย เสรีภาพในการสมาคม สิทธิในการต่อรองร่วมกัน สิทธิในด้านการประกันสังคม สิทธิในโอกาสอันเท่าเทียม สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและในการได้รับคำปรึกษา และสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษสำหรับคนงานเฉพาะกลุ่มเด็ก เยาวชน สตรี บุคคลพิการ และแรงงานอพยพ

กลุ่มที่สอง เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิแก่ประชาชนทั่วไปในการได้รับคำแนะนำฝึกหัดอาชีพ สิทธิในการมีมาตรฐานทางสุขภาพสูงสุดเท่าที่จะเป็นไปได้ สิทธิในการได้รับการสงเคราะห์ทางสังคมและการแพทย์ สิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากการให้บริการทางสวัสดิการสังคม สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองให้พ้นจากความยากจนและการกีดกันทางสังคม รวมทั้งสิทธิในการมีที่อยู่อาศัยอันเหมาะสม

กลุ่มที่สาม เป็นการรับรองและคุ้มครองเป็นการเฉพาะซึ่งอยู่นอกเรื่องสิ่งแวดล้อมในการทำงาน อันประกอบด้วย สิทธิของเด็กและเยาวชน มารดา ครอบครัวยุติธรรม คนพิการ คนชรา รวมทั้งคนงานอพยพและครอบครัวของพวกเขา

อย่างไรก็ดี ในส่วนของกลไกการให้ความคุ้มครองสิทธิตามกฎบัตรทางสังคมของยุโรปนั้นกลับมิได้มีขนาดเป็นศาลสิทธิมนุษยชนแบบอนุสัญญายุโรป⁴ แต่เป็นระบบการให้ทำรายงานเสนอต่อเลขาธิการของสภาแห่งยุโรปทำนองเดียวกับกลไกในระดับสหประชาชาติ หลังจากนั้นก็มี “คณะกรรมการอิสระผู้เชี่ยวชาญ (Committee of Independent Expert : CIE) ทำหน้าที่ตรวจสอบรายงานของแต่ละประเทศในแง่ของกฎหมายว่ามีการปฏิบัติตามพันธกรณีต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎบัตร

มากนักน้อยเพียงใด ทั้งนี้จะมีผู้สังเกตการณ์จากองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ซึ่งทำหน้าที่ช่วยเหลือให้คำปรึกษา โดยผลสรุปของคณะกรรมการนี้จะส่งต่อให้คณะกรรมการฝ่ายรัฐบาล (Governmental Committee) เพื่อสรุปพิจารณาเป็นรายงาน และเสนอความเห็นต่างๆ ต่อคณะกรรมการรัฐมนตรีซึ่งจะเป็นองค์กรสุดท้ายในการมีมติ กำหนดข้อแนะนำหรือเสนอแนวทางแก้ไขต่อรัฐที่มีข้อบกพร่องในการปฏิบัติตามกฎบัตรทางสังคมของยุโรปต่อไป

(2) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทวีปอเมริกา

การประกาศใช้อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493) ได้แผ่อิทธิพลทางความคิดไปยังทวีปอเมริกา จนนำมาสู่การร่วมมือกันเพื่อจัดทำสนธิสัญญาให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขึ้นฉบับหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการดำเนินงานตามแบบอย่างเช่นเดียวกับอนุสัญญายุโรปฯ โดยระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทวีปอเมริกาถือกำเนิดขึ้นในคราวที่มีการประชุมของกลุ่มประเทศระหว่างรัฐอเมริกันครั้งที่ 9 ประเทศโคลัมเบีย เพื่อลงมติให้ก่อตั้งองค์การแห่งรัฐอเมริกัน (Organization of American States : OAS) ควบคู่กับการประกาศกฎบัตรขององค์การแห่งรัฐอเมริกันซึ่งมีสถานะเป็นสนธิสัญญาแบบพหุภาคี และมีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 1951 (พ.ศ. 2494) ซึ่งวัตถุประสงค์และการจัดโครงสร้างขององค์การนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับองค์การสหประชาชาติ กล่าวคือ เป็นการสร้างระบบภูมิภาคเพื่อใช้เป็นสถานที่ยุติข้อพิพาทอย่างสันติ สร้างสันติภาพและความมั่นคงในภูมิภาคพร้อมๆ กับการส่งเสริมระบบประชาธิปไตยแบบมีตัวแทน การพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

นอกจากการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้ในกฎบัตรขององค์การแห่งรัฐอเมริกันแล้ว ยังมีการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้ในอนุสัญญาต่างๆ อีกมากมาย ซึ่งอนุสัญญาที่มีความสำคัญมีอยู่สามฉบับคือ

- อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) (American Convention on Human Rights) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 (พ.ศ. 2521) โดยสาระสำคัญของอนุสัญญานี้ประกอบด้วย 2 ส่วนคือ

ส่วนแรก เป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญ 26 ประการ ซึ่งมีความใกล้เคียงกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง หากต่างกันตรงที่อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม



และวัฒนธรรมอยู่ในตัวเอง อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการรับรองสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม นั้นมีกล่าวไว้เพียงมาตราเดียวคือ มาตรา ๒๖ ซึ่งวางหลักไว้อย่างกว้างๆ ว่า “รัฐภาคียินยอมรับรองมาตรการต่างๆ ทั้งระดับภายในประเทศและผ่านความร่วมมือกันในระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจและเทคนิค ด้วยความคิดที่มุ่งบรรลุผลสำเร็จอันก้าวหน้าโดยอาศัยการนิติบัญญัติหรือกลไกอื่นๆ ต่อการได้มาอย่างสมบูรณ์ของสิทธิต่างๆ ทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรม ดังมีกำหนดมาตรฐานไว้ในกฎบัตรขององค์การแห่งรัฐอเมริกัน ซึ่งมีการแก้ไขโดยพิธีสารบuenos Aires (Protocol of Buenos Aires)”²⁵

ส่วนที่สอง เป็นการกำหนดกลไกในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ได้แก่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกาและศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกา โดยมีศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเป็นต้นแบบสำคัญ

- อนุสัญญาระหว่างอเมริกานี้เพื่อการป้องกันและลงโทษการกระทำทารุณกรรม ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2528) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1987 (พ.ศ. 2530) โดยอนุสัญญาฉบับนี้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกระทำทารุณกรรมซึ่งถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรง ดังนั้น การกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อป้องกันและลงโทษการกระทำทารุณกรรมจึงเป็นสิ่งจำเป็นในแง่ของการเป็นมาตรการเชิงรุกด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

- อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกัน ลงโทษ และขจัดความรุนแรงต่อสตรี ค.ศ. 1995 (พ.ศ. 2538) โดยอนุสัญญาฉบับนี้กำหนดให้มีคณะกรรมการระหว่างอเมริกานี้ว่าด้วยเรื่องสตรี (Inter-American Commission on Women) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการรับเรื่องร้องเรียนและหาทางแก้ไขโดยประสานความร่วมมือกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน โดยบุคคลใด ๆ กลุ่มบุคคลหรือองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) ในรัฐภาคีของอนุสัญญาอาจร้องเรียนกรณีการใช้ความรุนแรงกับสตรีต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกา ในขณะที่บุคคลซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศที่มีได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาอาจติดต่อกับคณะกรรมการสตรีเพื่อให้อำนวยบรรเทาเยียวยาความเสียหายที่ได้รับก็ได้

²⁵ Ian Brownlie (Ed), Basic Documents on Human Rights, (Oxford : Clarendon Press), 1994, pp. 506)

(3) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทวีปแอฟริกัน

ระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทวีปแอฟริกันถือกำเนิดขึ้นโดยผลของการจัดตั้ง “องค์การแห่งเอกภาพของแอฟริกัน (Organization of African Unity : OAU)” ในปี ค.ศ. 1963 (พ.ศ. 2506) ซึ่งมีฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ โดยก่อตั้งขึ้นจากแรงบันดาลใจในการต่อสู้เพื่อต่อต้านระบบอาณานิคม (ตะวันตก) ที่ยึดครองแอฟริกาในช่วงปลายทศวรรษที่ 1950 (พ.ศ. 2493) พร้อมกันนั้นได้มีการลงมติรับรองกฎบัตรแห่งแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน ค.ศ. 1963 (พ.ศ. 2506) เพื่อเน้นความร่วมมือระหว่างรัฐ โดยเฉพาะการส่งเสริมเอกภาพและความสามัคคีของรัฐแอฟริกัน รวมทั้งการเคารพต่ออำนาจอธิปไตยและอิสรภาพของรัฐอันนำไปสู่การเน้นความสำคัญของหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกด้วยกัน และในขณะเดียวกันคำปวารณาของกฎบัตรดังกล่าวยังเน้นการเคารพยึดมั่นต่อกฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนพร้อมๆ กันด้วย

สาระสำคัญของกฎบัตรแห่งแอฟริกันฯ ประกอบด้วยเนื้อหา 3 ส่วนสำคัญคือ ส่วนที่ 1 ว่าด้วยเรื่องสิทธิและหน้าที่ ส่วนที่ 2 ว่าด้วยเรื่องมาตรการของการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งรวมถึงการก่อตั้งและการทำงานของคณะกรรมการแห่งแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน ส่วนที่ 3 เป็นบททั่วไปในเรื่องการให้สัตยาบัน พิธีสารพิเศษและการแก้ไขเพิ่มเติม

เมื่อพิจารณาจากกฎบัตรแห่งแอฟริกันฯ โดยเปรียบเทียบกับอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนในยุโรปและอเมริกา จะเห็นว่ากฎบัตรแห่งแอฟริกันฯ มีลักษณะเด่นเฉพาะตัวทั้งในเรื่องรายการแห่งสิทธิที่คุ้มครอง จุดเน้นหนักในเรื่อง “หน้าที่” และกลไกในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิต่างๆ โดยเฉพาะประเด็นในเรื่องสิทธินั้น ถือว่ากฎบัตรแห่งแอฟริกันฯ เป็นอนุสัญญาฉบับแรกที่ทำให้การคุ้มครองแกสิทธิมนุษยชนทั้ง 3 ยุคสมัย กล่าวคือ (1) คุ้มครองสิทธิพลเมืองและการเมืองของปัจเจกบุคคล (2) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม และ (3) สิทธิของประชาชนซึ่งจัดเป็นสิทธิมนุษยชนในสมัยที่ 3 ซึ่งหมายความรวมถึงสิทธิในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม สิทธิในมรดกร่วมของมนุษยชาติ สิทธิในสันติภาพและความมั่นคง รวมทั้งสิทธิในสิ่งแวดล้อมอันพึงปรารถนาที่เกื้อกูลต่อการพัฒนา (มาตรา 23-24) ซึ่งในจำนวนสิทธิของประชาชนเหล่านี้ “สิทธิในการพัฒนา” ถือเป็นสิทธิที่มีความโดดเด่นมากที่สุด เนื่องจากแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนทั้งหมดตั้งอยู่บนรากฐานทางความคิดจากสิทธิในการพัฒนา โดยถือว่า



เป็นการบูรณาการทั้งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม รวมทั้งสิทธิพลเมืองและการเมืองทั้งหมดด้วย

ส่วนกลไกซึ่งทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายบัตรแห่งแอฟริกันฯ มีอยู่ ๒ ลักษณะ ได้แก่ ระบบรายงานและระบบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งคล้ายคลึงกับกลไกในการให้ความคุ้มครองสิทธิในระดับสหประชาชาติ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากความล้มเหลวของการคุ้มครองในระบบดังกล่าว จึงนำมาสู่การลงมติในพิธีสารว่าด้วยก่อตั้งศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแห่งแอฟริกัน (African Court on Human and People' Rights) เมื่อปี ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2541) ซึ่งจะมีผลใช้บังคับจริงต่อเมื่อมีการให้สัตยาบันจากภาคีสมาชิกขององค์การแห่งเอกภาพของแอฟริกัน 15 ประเทศแล้วเท่านั้น

1.2.2 ผลผูกพันต่อสิทธิมนุษยชนของรัฐในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ

การพิจารณาผลผูกพันต่อสิทธิมนุษยชนของรัฐในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่ารัฐต่างๆ จะถูกผูกพันต่อสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ก็ต่อเมื่อ สิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติได้ถูกรับรองให้กลายเป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน ซึ่งในระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั้นได้อธิบายว่า กฎหมายระหว่างประเทศอาจมีบ่อเกิดโดยแบ่งออกได้เป็น ๒ ลักษณะคือ บ่อเกิดที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งบ่อเกิดที่สำคัญที่สุดคือ สนธิสัญญา และบ่อเกิดที่ไม่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งบ่อเกิดที่สำคัญได้แก่ จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ

จากพัฒนาการของการทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศทั้งในระดับสหประชาชาติและในระดับภูมิภาค ส่งผลให้สิทธิมนุษยชนมีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งผูกพันรัฐต่างๆ อย่างไรก็ตาม ความผูกพันต่อสิทธิมนุษยชนของรัฐในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศนี้อาจมิได้หลายลักษณะ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าสิทธิมนุษยชนนั้นมีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของบ่อเกิดประเภทใด จากการศึกษพบว่ารัฐอาจถูกผูกพันต่อสิทธิมนุษยชนได้โดยผลจากการเป็นภาคีของสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และในขณะเดียวกันสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอาจมีผลผูกพันต่อรัฐอื่นซึ่งมิใช่คู่สัญญาในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

ในกฎหมายระหว่างประเทศได้อีกด้วย ซึ่งจะได้แยกพิจารณาตามลำดับดังนี้

1.2.2.1 สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย

เนื่องจากสนธิสัญญาเป็นวิธีการสร้างพันธกรณีระหว่างประเทศบนพื้นฐานของความสมัครใจของฝ่ายต่างๆ ที่เข้าร่วมในสนธิสัญญา จึงทำให้สนธิสัญญามีเนื้อหาที่หลากหลายซึ่งอาจแบ่งออกได้หลายประเภท ในที่นี้จะได้ศึกษาถึงความหมายและประเภทของสนธิสัญญาซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) ความหมายของคำว่า “สนธิสัญญา”

(1.1) ความหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ตามบทบัญญัติในมาตรา 2 ข้อ 1(a) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ให้คำนิยามของคำว่า สนธิสัญญา (treaty) หมายความว่า ความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะรวมอยู่ในตราสารฉบับเดียวหรือตราสารที่เกี่ยวข้องสองฉบับหรือมากกว่านั้นและไม่ว่าจะเรียกชื่อเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม เช่น สนธิสัญญา (treaty) อนุสัญญา (convention) กติกา (pact) พิธีสาร (protocol) กฎบัตร (charter) ปฏิญญา (declaration) ธรรมนูญ (statute) กรรมาสาร (act) เป็นต้น²⁶

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่รัฐทำสนธิสัญญากับองค์การระหว่างประเทศหรือเป็นกรณีที่ต้องค์การระหว่างประเทศทำสนธิสัญญาระหว่างกันเอง ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของสนธิสัญญาฉบับนี้แต่จะอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาอีกฉบับหนึ่ง คือ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1986 (พ.ศ. 2529) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่กำหนดให้องค์การระหว่างประเทศเป็นผู้มีความสามารถในการเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาได้เช่นเดียวกับรัฐ โดยมีเนื้อหาสาระไม่แตกต่างไปจากเนื้อหาของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) ในสาระสำคัญมากนัก²⁷

²⁶ อรุณ ภาณุพงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชาสนธิสัญญา ชั้นปริญญาโททางการทูต, คณะรัฐศาสตร์, 2506, หน้า 8-11. (อัดสำเนา)

²⁷ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, หน้า 110.



(1.2) ความหมายตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาในทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ พบว่ารัฐส่วนใหญ่จะบัญญัติรับรองอำนาจในการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดค่านิยมของคำว่า “สนธิสัญญา” ให้มีความสอดคล้องกับค่านิยมของคำว่าสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาฉบับ ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) และฉบับ ค.ศ. 1986 (พ.ศ. 2529) ซึ่งอาจเป็นการยอมรับในฐานะที่ประเทศนั้นเป็นภาคีของอนุสัญญา เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศอังกฤษ เป็นต้น หรือบางประเทศมีการยอมรับค่านิยมตามอนุสัญญาในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในของตน เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น²⁸

สำหรับประเทศไทยนั้นแม้ว่าจะมิได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทั้งสองฉบับและมิได้มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญรับรองให้จารีตประเพณีระหว่างประเทศมีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน แต่ในทางวิชาการ²⁹ และทางปฏิบัติของศาลไทยยอมรับว่า “หนังสือสัญญา” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีความหมายสอดคล้องกับค่านิยมในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาทั้งสองฉบับเช่นเดียวกับทางปฏิบัติของนานาประเทศตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 และคำวินิจฉัยที่ 33/2543 ซึ่งคำวินิจฉัยทั้งสองฉบับนี้ได้วางหลักเกี่ยวกับความหมายของ “หนังสือสัญญา” และ “สัญญาอื่น” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

²⁸ Duncan B. Hollis, “A Comparative approach to treaty law and practice” in *National Treaty Law and Practice*, (Boston : Martinus Nijhoff, 2005), pp. 10-11.

²⁹ ในทางวิชาการ นักกฎหมายไทยบางท่านได้อธิบายว่า การที่รัฐธรรมนูญใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” แทนที่จะใช้คำว่าสนธิสัญญา (Traité , Treaty) นั้นเป็นการถูกต้องแล้ว โดยเห็นว่า หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญนั้นมิได้หมายถึงการทำหนังสือสัญญาที่เป็นเฉพาะสนธิสัญญา(Treaty) เท่านั้น แต่ยังมี ความหมายกว้างขวางออกไปอีก กล่าวคือ หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญไทยหมายถึงความตกลงทุกรูปแบบ ซึ่งทางวิชาการทูตเรียกว่า “Compact” หนังสือสัญญาก็คือ compact อันได้แก่ สนธิสัญญา (Traité หรือ Treaty) อนุสัญญา (Convention) ความตกลง (Accord หรือ Agreement) ข้อตกลง (Arrangement) ฯลฯ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ไพโรจน์ ชัยนาม, *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ เปรียบเทียบ เล่ม 2*, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), หน้า 254-255.

ไว้ว่า³⁰ “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 นั้นมีความหมายครอบคลุมไปถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเป็นหนังสือและเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่รัฐธรรมนูญมาตรา 224 กล่าวถึง “หนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น” ดังนั้น คำว่า “สัญญาอื่น” ย่อมหมายถึงสัญญาที่ทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับหนังสือสัญญาสันติภาพและหนังสือสัญญาสงบศึก จะเป็นหนังสือสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในประเทศประเทศหนึ่งมิได้ จึงกล่าวได้ว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญไทยมีความหมายเช่นเดียวกับความหมายของคำว่า “สนธิสัญญา” ตามกฎหมายระหว่างประเทศในความหมายอย่างกว้างแต่หมายถึงสนธิสัญญาที่ทำขึ้นเป็นหนังสือเท่านั้น (2) ประเภทของสนธิสัญญา หากพิจารณาจากเนื้อหาของสนธิสัญญาที่จะเข้ามามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐแล้วอาจแยกออกได้เป็นสองประเภทคือ³¹ (1) สนธิสัญญาประเภทสัญญา และ (2) สนธิสัญญาประเภทกฎหมาย

(2.1) สนธิสัญญาประเภทสัญญา

สนธิสัญญาประเภทสัญญา (traité-contrat, contractual treaty) เป็นสนธิสัญญาที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะระหว่างภาคี เช่น ในด้านผลประโยชน์ในการความร่วมมือ ในด้านระงับข้อขัดแย้ง เป็นต้น สนธิสัญญาประเภทนี้จะมีเนื้อหาเป็นการกำหนดให้รัฐภาคีคู่สัญญามีสิทธิหน้าที่ต่อกันโดยมุ่งหมายให้ความสำคัญแก่กิจการใดกิจการหนึ่งเฉพาะรัฐที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น เช่น กรณีที่รัฐสองรัฐทำสนธิสัญญาทางการค้าหรือแลกเปลี่ยนสินค้ากัน หรือทำสนธิสัญญาโอนดินแดน

³⁰ มาตรา 224 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

ต่อมาภายหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ความในมาตรา 224 ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคหนึ่งอีกครั้ง จึงเห็นว่าความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญฉบับ 2550 ยังคงมีความหมายเช่นเดียวกับ “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญฉบับ 2540

³¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 71.



ให้ต่อกัน หรืออาจเป็นการทำสนธิสัญญาด้วยความร่วมมือทางวัฒนธรรม ทางการศึกษา หรือการท่องเที่ยวระหว่างประเทศ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี สนธิสัญญาประเภทนี้อาจมีผลผูกพันถึงรัฐที่สามได้หากรัฐที่สามนั้นยินยอมทั้งนี้จะเป็นไปตามผลของมาตรา ๓๖ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาที่ให้ถือว่ารัฐที่สามให้ความยินยอมตราบิตที่รัฐที่สามนั้นไม่ได้แย้งหรือคัดค้าน การยอมรับรู้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของรัฐที่สามนี้อาจสร้างสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) ของสนธิสัญญาได้หรือแม้รัฐอื่นใดจะทำการคัดค้านถ้าสภาพบังคับเป็นการทั่วไปที่เกิดจากสนธิสัญญานั้นได้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วสภาพบังคับเป็นการทั่วไปก็จะมีสภาพบังคับเด็ดขาด (Jus cogens) ซึ่งสามารถใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป (obligation erga omnes) เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับการคมนาคม สนธิสัญญาเกี่ยวกับสถานการณ์การเมืองและระเบียบการดินแดน สนธิสัญญาประกันเอกราชของรัฐอื่น เป็นต้น³²

(2.2) สนธิสัญญาประเภทกฎหมาย

สนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (traité-loi, law-making treaty) ถือเป็นสนธิสัญญาที่เพิ่งเริ่มเกิดขึ้นในราวปลายศตวรรษที่ 19 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งมักจะทำขึ้นในรูปของสนธิสัญญาแบบพหุภาคี โดยในเนื้อหาของสนธิสัญญานั้นเองจะกำหนดว่าเมื่อเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งดังระบุไว้รัฐภาคีคู่สัญญานั้นจะต้องปฏิบัติอย่างเดียวกันอย่างไร³³ สนธิสัญญาประเภทกฎหมายนี้อาจมีผลผูกพันไปถึงรัฐอื่นๆ ที่มิได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาได้ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากลักษณะเฉพาะของกฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาสามารถแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่มคือ³⁴

กลุ่มแรก กรณีที่กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งสนธิสัญญาประเภทนี้มีฐานะเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในรูปของสนธิสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นการประกาศยืนยันถึงกฎหมายจารีตประเพณีที่มี

³² เพิ่งอ้าง, หน้า 207.

³³ จีดี เศรษฐบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 22.

³⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, หน้า 205-206.

มาก่อน เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง ค.ศ. 1986 (พ.ศ. 2529) หรืออนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) เป็นต้น

อย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจเป็นเรื่องไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีเช่นนั้นอยู่ก่อนแต่ข้อกำหนดในสนธิสัญญานั้นเองอาจกลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีภายหลังได้เพราะเหตุที่รัฐต่างๆ มีความเชื่อว่ากฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาเป็นข้อผูกพันที่รัฐทั้งหลายต้องปฏิบัติตาม สนธิสัญญาประเภทนี้ก็มีฐานะเป็นการสร้างกฎหมายจารีตประเพณีขึ้นมาและในขณะเดียวกัน สนธิสัญญา ก็มีฐานะเท่ากับเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของจารีตประเพณีระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่ด้วย เช่น อนุสัญญากรุงเฮก (Convention de la Haye) ค.ศ. 1899 (พ.ศ. 2442) และ ค.ศ. 1907 (พ.ศ. 2450) ซึ่งเป็นอนุสัญญาว่าด้วยการทำสงครามซึ่งประกอบด้วยกฎเกณฑ์ต่างๆ โดยได้รับการยอมรับนับถือจากนานาประเทศและได้พัฒนามาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเวลาต่อมา

การที่รัฐต่างๆ ทำสนธิสัญญาประเภทกฎหมายโดยมีลักษณะเป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญาที่ทำขึ้นจะมีความผูกพันรัฐสองฐานะด้วยกัน คือ ในฐานะของกฎหมายอนุสัญญา (droit conventionnel, conventional law) ซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะภาคีคู่สัญญาและในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (droit international coutumier, international customary law) ซึ่งมีผลผูกพันรัฐอื่นแม้มิได้เป็นภาคีด้วยแต่อย่างไรก็ตาม

กลุ่มที่สอง เป็นสนธิสัญญาที่อยู่นอกเหนือจากประเภทของสนธิสัญญาในกลุ่มแรกซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่สร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่เพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างรัฐภาคีหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ของสังคมโลกเป็นการเฉพาะเรื่อง สนธิสัญญาดังกล่าวมีผลผูกพันทุกประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคี อย่างไรก็ตามหากรัฐอื่นซึ่งมิได้เป็นภาคีในสนธิสัญญายอมรับรู้ผลบังคับของสนธิสัญญาโดยไม่มี การคิดค้าน การยอมรับรู้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของรัฐอื่นมีผลเป็นการสร้างสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) ของสนธิสัญญาได้ หรือแม้รัฐอื่นใด จะทำการคิดค้านถ้าสภาพบังคับเป็นการทั่วไปที่เกิดจากสนธิสัญญานั้นได้



เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วก็จะมีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogens) ซึ่งสามารถใช้นับบังคับได้เป็นการทั่วไป (obligation erga omnes)³⁵ ตัวอย่างของสนธิสัญญาประเภทกฎหมายที่สำคัญในกลุ่มนี้ เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ (Le Charte des Nations Unies - U.N. Charter) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่ก่อตั้งองค์การสหประชาชาติซึ่งมีสถานะภาพบุคคลระหว่างประเทศเป็นการทั่วไป หรืออนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1993 (พ.ศ. 2536) (Convention on Biological Diversity : CBD) หรืออนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งพืชและสัตว์ที่ใกล้จะสูญพันธุ์ ค.ศ. 1973 (พ.ศ. 2516) (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora : CITES) หรืออนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1976 (พ.ศ. 2519) (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) เป็นต้น

สำหรับสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันรัฐต่างๆ มีแนวโน้มที่จะทำสนธิสัญญาร่วมกันเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคลขึ้นใหม่เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ทั้งนี้เพื่อเป็นแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างรัฐภาคีหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ของสังคมโลกเป็นการเฉพาะเรื่อง ดังนั้น สนธิสัญญาทั้งที่มีเนื้อหาเป็นการรวบรวมจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และมีเนื้อหาซึ่งวางหลักทั่วไปเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเหล่านี้ จึงมีลักษณะเป็น “สนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (traité-loi, law-making treaty)” ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายโดยในเนื้อหาของสนธิสัญญานั้นเองจะกำหนดว่าเมื่อเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งดังระบุไว้รัฐภาคีคู่สัญญานั้นจะต้องปฏิบัติอย่างเดียวกันอย่างไร³⁶ ซึ่งสนธิสัญญาประเภทนี้อาจมีผลผูกพันไปถึงรัฐอื่นๆ ที่มีได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาได้ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากลักษณะเฉพาะของกฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาอีกด้วย

³⁵ เฝิงอ๋าง หน้า 208.

³⁶ จีดี เศรษฐบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 22.

1.2.2.2 ผลผูกพันทางกฎหมายของสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

เนื่องจากสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยความสมัครใจของรัฐภาคี ดังนั้นรัฐภาคีจึงต้องผูกพันตามพันธกรณีในสนธิสัญญาตามหลักทั่วไปที่ว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) หรือสัญญาต้องได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติ ซึ่งหลักดังกล่าวได้ถูกยืนยันไว้ในมาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา โดยบัญญัติว่าสนธิสัญญาย่อมผูกพันรัฐภาคีซึ่งรัฐภาคีต้องปฏิบัติตามโดยสุจริตใจ ดังนั้นไม่ว่าสาระและขอบเขตของพันธกรณีในสนธิสัญญาในแต่ละฉบับจะแตกต่างกันอย่างไรก็ตามสนธิสัญญาแต่ละฉบับต่างก็มีคำมั่นของรัฐภาคีที่ต้องเคารพตามข้อบ่งชี้ของสนธิสัญญาอยู่แล้ว รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาเหล่านั้น นอกจากนี้ในมาตรา 27 ของอนุสัญญาฉบับเดียวกันยังวางหลักไว้ว่ารัฐภาคีไม่อาจอ้างบทบัญญัติของกฎหมายในเพื่อเป็นเหตุในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาอีกด้วย³⁷

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย ซึ่งอาจมีเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและในขณะเดียวกันเนื้อหาของสนธิสัญญาอาจมีลักษณะเป็นการวางหลักทั่วไปเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลขึ้นใหม่ก็ได้ สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงมีลักษณะพิเศษที่อาจมีผลเป็นการผูกพันรัฐอื่นซึ่งมิใช่คู่สัญญาได้ ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

สำหรับรัฐภาคีคู่สัญญานั้นอาจผูกพันตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยแยกพิจารณาออกเป็นสองฐานะด้วยกัน โดยฐานะแรกคือ เป็นการผูกพันรัฐภาคีคู่สัญญาในฐานะของกฎหมายอนุสัญญา (droit conventionnel, conventional law) และในฐานะที่สองคือ ผูกพันรัฐภาคีคู่สัญญาในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (droit international coutumier, international customary law) หรือผูกพันรัฐภาคีคู่สัญญาในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) ในกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้

³⁷ จาตุรันต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 107.



สำหรับรัฐอื่นซึ่งมิใช่คู่สัญญา นั้นอาจถูกผูกพันตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในฐานะที่เป็นความผูกพันตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ หากรัฐอื่นซึ่งมิใช่รัฐคู่สัญญายอมรับนับถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีสภาพเป็นกฎหมาย และมีการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เหล่านั้น รัฐเหล่านั้นย่อมถูกผูกพันอยู่กับกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในฐานะที่กฎเกณฑ์นั้นมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้รัฐอื่นอาจมีความผูกพันต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในฐานะที่เป็นความผูกพันตามหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ หากรัฐนั้นยอมรับรู้ผลบังคับของสนธิสัญญาโดยไม่มีการคัดค้าน การยอมรับรู้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของรัฐอื่นมีผลเป็นการสร้างสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) ของสนธิสัญญาได้ หรือแม้รัฐอื่นใดจะทำการคัดค้านถ้าสภาพบังคับเป็นการทั่วไปที่เกิดจากสนธิสัญญานั้นได้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้ว ก็จะมีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogens) ซึ่งสามารถใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป (obligation erga omnes)³⁸

มีข้อน่าสังเกตเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอยู่ว่าปฏิญญาฉบับนี้จะมีผลผูกพันรัฐต่างๆ มากน้อยเพียงใด ซึ่งหากพิจารณาสถานะทางกฎหมายของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว จะพบว่ามิได้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด เพราะเหตุว่าปฏิญญาดังกล่าวจึงเป็นแต่เพียงคำประกาศที่ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าประเทศใดในโลกนี้อาจเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับคำประกาศทุกข้อในปฏิญญาสากลก็ได้ และหากมีการละเมิดหลักการตามที่ปรากฏในปฏิญญาก็ไม่มีผลลงโทษรัฐที่ทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายบางท่านแสดงความเห็นว่าหากพิจารณาในทางกฎหมายระหว่างประเทศ การที่รัฐต่างๆ นำหลักการของปฏิญญาไปปฏิบัติบ่อยครั้งเข้าเพราะเหตุว่ามีความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย อาจทำให้การยอมรับที่ได้มีการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมออย่างกว้างขวางนั้นกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขึ้นในที่สุด³⁹

³⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27*, หน้า 208.

³⁹ คำกล่าวของ Sir Humphrey Waldock ที่แสดงปาฐกถาที่ British Institute of International and Comparative Law, อ้างใน กุลพล พลวัน, *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก*, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 46.

อย่างไรก็ตาม ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายก็ได้สิ้นสุดลง ภายหลังจากที่องค์การสหประชาชาติได้นำหลักการต่างๆ ที่รับรองไว้ในปฏิญญามากำหนดให้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายในรูปของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรืออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมากมายหลายฉบับ โดยการกำหนดพันธกรณีแก่รัฐภาคีเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามข้อบทต่างๆ ที่กำหนดไว้ สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเหล่านี้จึงมีลักษณะเป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง



บทที่ 2

องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของไทยและต่างประเทศ

ในบทนี้แบ่งการศึกษาออกเป็น 2.1 องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประเทศไทย และ 2.2 องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของต่างประเทศโดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.1 องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประเทศไทย

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้มีองค์กรทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มคือ กลุ่มแรกคือ การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร และศาลรัฐธรรมนูญ และกลุ่มที่สองคือ การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานภายในองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นการเฉพาะอีกด้วย โดยการทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญขององค์กรเหล่านี้มีหลักเกณฑ์และวิธีการที่แตกต่างกันไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ในที่นี้จะได้ทำการศึกษาองค์กรที่ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิโดยแบ่งออกเป็น 2.1.1 องค์กรในฝ่ายนิติบัญญัติ 2.1.2 องค์กรในฝ่ายบริหาร 2.1.3 องค์กรในฝ่ายตุลาการ และ 2.1.4 องค์กรเฉพาะด้านคุ้มครองสิทธิ ซึ่งมีรายละเอียดตามลำดับดังนี้

2.1.1 องค์กรในฝ่ายนิติบัญญัติ

โดยทั่วไปแล้วองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีความผูกพันที่จะตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดต่างๆ ให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพนั้นได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมาย หรือออกกฎเกณฑ์รายละเอียดในเรื่องนั้นๆ เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพนั้นสามารถมีผลเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ กรณีเช่นนี้รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องนั้นๆ เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติ

นอกจากนี้แล้วรัฐธรรมนูญได้เรียกร้องการใช้การอำนาจตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่า หากกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงหลักการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย เช่น กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้ นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนั้นต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป หรือต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹ ซึ่งองค์การภายในฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่² ได้แก่ คณะกรรมาธิการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นหนึ่งในคณะกรรมาธิการสามัญ (Standing Committee) ของสภาผู้แทนราษฎรที่ก่อตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2533 ภายใต้รัฐบาลของพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ โดยคณะกรรมาธิการชุดนี้มีอำนาจหน้าที่กว้างขวางทั้งการพิจารณาร่างกฎหมาย หรือศึกษา

¹ มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม

² มีข้อสังเกตว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ละเมิดต่อหลักการตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นเงื่อนไขที่นำไปสู่การถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการตรวจสอบว่า กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นละเมิดข้อจำกัดในทางรูปแบบและข้อจำกัดในทางเนื้อหาหรือไม่ อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีขอบเขตเช่นกัน โดยทั่วไปแล้วศาลรัฐธรรมนูญมักจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปในแดนที่เป็นอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติเพราะฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอิสระในการบัญญัติกฎหมายเพื่อประโยชน์มหาชน และเพื่อให้บรรลุซึ่งผลประโยชน์มหาชน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีความชอบธรรมที่จะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเหล่านั้นในกรณีที่ขัดกับความสมเหตุสมผลอย่างชัดเจนเท่านั้น



กฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือมีข้อความขัดหรือแย้งกับสิทธิมนุษยชน ทำหน้าที่ศึกษาปัญหาสิทธิมนุษยชนทั้งภายในประเทศและนอกประเทศ ศึกษา รับฟังการร้องทุกข์ของบุคคลที่ได้รับการปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมายและสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้โดยมีอำนาจเรียกเอกสารจากบุคคลใดๆ หรือเรียกบุคคลใดมาแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นได้

อย่างไรก็ดี แม้ว่าคณะกรรมการการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนของสภาผู้แทนราษฎรจะมีบทบาทระดับหนึ่งในการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ตาม แต่คณะกรรมการชุดนี้ก็มีจุดอ่อนในการทำงานหลายประการ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาของการทำงานซึ่งไม่มีความต่อเนื่องโดยแปรผันไปตามอายุของสภาผู้แทนราษฎร ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการเรียกตัวบุคคลมาชี้แจงซึ่งมีอยู่อย่างจำกัด ปัญหาการขาดกลไกสภาพบังคับเพราะมีอำนาจเพียงทำรายงานต่อสภาเท่านั้น นอกจากนี้ยังมีประเด็นเกี่ยวกับการขาดความเป็นอิสระและขาดความเป็นกลางในการทำงานเนื่องจากองค์ประกอบของคณะกรรมการชุดนี้มีที่มาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งสังกัดพรรคการเมืองต่างๆ ทำให้มีผลประโยชน์ทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง จากข้อบกพร่องดังกล่าวทำให้เกิดการผลักดันแนวคิดในการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในเวลาต่อมา³ ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

2.1.2 องค์กรในฝ่ายบริหาร

สำหรับองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในฝ่ายบริหารที่มีบทบาทสำคัญ ได้แก่ สำนักงานคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายของประชาชน สำนักงานอัยการสูงสุด และกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม

2.1.2.1 สำนักงานคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายของประชาชน สำนักงานอัยการสูงสุด

สำนักงานคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายของประชาชน (สคช.) เป็นหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นในกรมอัยการ (ปัจจุบันคือสำนักงานอัยการสูงสุด) ในปี พ.ศ. 2525 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนผู้ยากไร้ทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาคทั่วประเทศ ซึ่งการช่วยเหลือ

³ จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงในสังคม*, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 520-521.

ทางกฎหมายแก่ประชาชน ประกอบด้วยพนักงานอัยการ นิติกร และทนายความอาสาที่มีความรู้ ความชำนาญในทางกฎหมายอย่างสูงที่สามารถให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชน ทั้งนี้ไม่คิดค่าบริการหรือค่าใช้จ่ายใดๆ ทั้งสิ้น โดยพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. 2540 กำหนดให้ สคช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) รับผิดชอบดำเนินการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและผลประโยชน์ของประชาชน การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน การเผยแพร่ความรู้ทางด้านสิทธิมนุษยชนและความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชน

(2) ศึกษาวิจัย และพัฒนาระบบ รูปแบบ วิธีการ และแนวทางปฏิบัติในการดำเนินการดังกล่าว

(3) ปฏิบัติงานร่วมกันหรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องหรือที่ได้รับมอบหมาย

การปฏิบัติหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ สคช. ที่สำคัญ เช่น กรณีการริเริ่มแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาญามาตรา 18 ห้ามใช้โทษประหารชีวิต และจำคุกตลอดชีวิตสำหรับบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือกรณีการยกฐานะระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประสานงานด้านการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยสิ่งแฉล้ม พ.ศ....ส่งไปยังกรมควบคุมมลพิษ กระทรวงวิทยาศาสตร์เพื่อนำเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี นอกจากนี้ สคช. ยังได้รับความไว้วางใจจากสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี โดยทำหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงและเสนอข้อมูลหรือข้อคิดเห็นในเรื่องต่างๆ จากสำนักราชเลขาธิการกรณีราษฎรทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาเพื่อขอพระมหากษัตริย์เป็นที่พึ่ง จากนั้นจะสรุปผลการตรวจสอบและเสนอความเห็นไปยังราชเลขาธิการ เพื่อจะได้นำความกราบบังคมทูลพระกรุณาฯ ต่อไป ฯลฯ จึงกล่าวได้ว่า สคช. เป็นหน่วยงานของรัฐที่มีบทบาทในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมากในปัจจุบัน

2.1.2.2 กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ได้จัดตั้งขึ้นเมื่อมีการแยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรม ซึ่งเป็นผลของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่กำหนดให้ศาลยุติธรรมแยกออกต่างหากจากกระทรวงยุติธรรม และกำหนดให้มีกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขึ้นในกระทรวงยุติธรรม โดยแนวคิดในการจัดตั้งกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนี้



ได้รับอิทธิพลมาจากการจัดตั้งสำนักงานสิทธิพลเมือง (Civil Rights Division) ของกระทรวงยุติธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีพลเมืองหลากหลายเชื้อชาติจนนำมาสู่ปัญหาการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและโดยประชาชนด้วยตัวเอง และนับว่าเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับนโยบายของสหประชาชาติที่เร่งรัดให้รัฐสมาชิกจัดตั้งกลไกระดับชาติเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยตรงอีกด้วย โดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพมีอำนาจหน้าที่และภารกิจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนพึงได้รับตามกฎหมาย ทำหน้าที่จัดระบบการบริหารจัดการส่งเสริมและพัฒนาด้านการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชนมีความรู้เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ นอกจากนี้ยังทำหน้าที่พัฒนาระบบและมาตรการการดำเนินการช่วยเหลือประชาชนที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม รวมทั้งดำเนินการช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญา ซึ่งมีได้เป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา ทำหน้าที่ส่งเสริมและพัฒนาการระงับข้อพิพาทในสังคม ดำเนินการคุ้มครองพยานตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา ประสานงานคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกับภาครัฐและภาคเอกชนทั้งในและต่างประเทศ รวมทั้งติดตามและประเมินการดำเนินการด้านคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ เป็นต้น⁴

2.1.3 องค์กรในฝ่ายตุลาการ

สำหรับการพิจารณาองค์กรในฝ่ายตุลาการที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนนั้นอาจแยกพิจารณาออกเป็น 2.1.3.1 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยศาลยุติธรรม 2.1.3.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยศาลปกครอง และ 2.1.3.3 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งรายละเอียดมีดังนี้

2.1.3.1 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยศาลยุติธรรม

ในมาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดเขตอำนาจของศาลยุติธรรมไว้โดยบัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจศาลอื่น” ประกอบกับมาตรา 28 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

⁴ กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 196-199.

พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” จากบทบัญญัติสองมาตรานี้แสดงถึงเขตอำนาจของศาลยุติธรรมในการทำหน้าที่ตัดสินคดี กรณีที่บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพยกขึ้นต่อสู้ในคดีทั่วไปที่มีได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นอันได้แก่ ศาลปกครอง ศาลทหาร และศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อเกิดกรณีข้อพิพาทจนมีการฟ้องร้องคดีมายังศาลยุติธรรมและคู่ความได้ยกบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ศาลยุติธรรมย่อมมีหน้าที่ในการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมาใช้ในการตัดสินข้อเท็จจริงว่ามีกรณีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของคู่ความเกิดขึ้นหรือไม่

นอกจากนี้แล้ว ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลใช้ในการตัดสินคดีมีลักษณะต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กรณีนี้หากศาลเห็นเองหรือคู่ความได้แย้งว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้นๆ มาก่อน ศาลที่กำลังพิจารณาคดีต้องรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวแล้วอาศัยอำนาจตามมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตัดสินว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีนี้จึงหมายความว่าความรวมถึงกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งกับสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ด้วยเช่นกัน

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3699-3739/2541 ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลฎีกาพิพากษายกบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ใช้ตัดสินในคดีโดยตรง ซึ่งมีประเด็นว่าการใช้สิทธิเสรีภาพในการนับถือศาสนาของสมณะพิสุทธโธเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ โดยศาลฎีกาตัดสินว่า “แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 38 จะบัญญัติให้ บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการนับถือศาสนา มีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนาบัญญัติ แต่ก็ได้บัญญัติแสดงความมุ่งหมายไว้ด้วยว่า การใช้เสรีภาพดังกล่าวจะต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่พลเมือง และไม่เป็น การขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ว่าจำเลยจะมีสิทธิเสรีภาพดังกล่าว แต่การที่จำเลยขอลาออกจากการปกครองของมหาเถรสมาคม และแยกตัวมาตั้งพุทธสถานสันติอโศก โดยวางกฎระเบียบต่างๆ และพยายามปฏิบัติตน



ตามพระธรรมวินัยก็ตาม แต่ก็เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ที่บัญญัติขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อให้การปกครองคณะสงฆ์เป็นไปด้วยความเรียบร้อย ป้องกันมิให้บุคคลผู้มีเจตนาไม่สุจริตอาศัยร่มเงาพระพุทธศาสนา มาหาประโยชน์ใส่ตน ดังนั้นจำเลยจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว” การกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ของจำเลยในกรณีนี้จึงมีลักษณะเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพเกินขอบเขตที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง

นอกจากนี้ยังมีกรณีศาลฎีกาหยิบยกบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมาใช้ตีความบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1493/2543 เรื่องนี้ศาลฎีกาตัดสินว่า “พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พ.ศ. 2482 มาตรา 21 (9) ที่บัญญัติถึงการเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งว่า “...ต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุก และถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาล หรือโดยคำสั่งนั้น” เป็นบทบัญญัติที่ตัดสิทธิของบุคคล จึงต้องตีความในทางรักษาสหสิทธิของผู้ต้องถูกตัดสิทธิ โดยคำนึงถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 33 วรรคสองที่บัญญัติว่า “ก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” การที่ผู้คัดค้านถูกพิพากษาให้จำคุกโดยศาลชั้นต้น ซึ่งคดียังไม่ถึงที่สุด ผู้คัดค้านจึงยังไม่พ้นจากตำแหน่งกรรมการสุขาภิบาลตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 มาตรา 10 (4)” คำพิพากษานี้จึงเป็นตัวอย่างของการใช้หลักการแห่งสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมาใช้ตีความพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พ.ศ. 2482 เป็นต้น

2.1.3.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยศาลปกครอง

การที่ประชาชนจะนำคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองได้นั้น นอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ คดีดังกล่าวจะต้องเป็นคดีปกครอง อันได้แก่ คดีที่อันเป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือเป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเองแล้ว ยังต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดประเภทของคดีปกครองที่สามารถนำเสนอต่อศาลปกครองอันนำไปสู่ช่องทางที่

จะสามารถเทียบยกบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีซึ่งมีด้วยกันทั้งหมด 6 ประเภทคือ

ก. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินควร

ค. คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ง. คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

จ. คดีที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

ฉ. คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

นอกเหนือจากการที่ประชาชนจะคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองได้โดยตรงแล้ว กฎหมายยังเปิดช่องให้ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่ากฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาสามารถเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้⁵

ตัวอย่างของคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่น่าสนใจ เช่น

⁵ โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 43



(1) คดีหมายเลขดำที่ ฟ.47/2549 (มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค กับพวก ผู้ฟ้องคดี)

คดีนี้มูลนิธิเพื่อผู้บริโภคกับพวกได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ใช้น้ำมันและก๊าซของ ปตท. ซึ่งเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามได้ดำเนินการยกเลิกและแปรสภาพกิจการ ปตท. ที่เคยเป็นรัฐวิสาหกิจภายใต้กำกับดูแลของกระทรวงพลังงานไปเป็น บมจ.ปตท. โดยกระบวนการแปรรูป ปตท.ขัดกับพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เนื่องจากการแต่งตั้งคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้ง บมจ.ปตท. ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะองค์ประกอบของคณะกรรมการดังกล่าวไม่ครบถ้วนตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ซึ่งกำหนดให้มีกรรมการฯ ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกิน 3 คน ซึ่งต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านการเงินและบัญชี และให้มีคนในกิจการของรัฐวิสาหกิจที่แปรรูปอย่างน้อยด้านละ 1 คน แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าคณะกรรมการฯ ดังกล่าว มีผู้ทรงคุณวุฒิเพียงคนเดียว นอกจากนี้ยังมีกรรมการเตรียมการจัดตั้งฯ เป็นผู้ถือหุ้นใน บมจ.ปตท. ทั้งที่กฎหมายห้ามคณะกรรมการฯ ถือหุ้นในรัฐวิสาหกิจที่ได้มีการแปรรูป ส่วนการตราพระราชกฤษฎีกาแปรรูป ปตท. นั้น คณะกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่แต่งตั้งโดยคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้ง บมจ.ปตท. ได้ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นประชาชนโดยไม่เปิดเผยและไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าร่วมแสดงความคิดเห็นอย่างกว้างขวางตามระเบียบคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2543 ซึ่งการกระทำดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 59 ที่ได้รับรองให้บุคคลมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจงเหตุผลของหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ ก่อนดำเนินโครงการที่อาจมีผลกระทบต่อตนเอง และยังปรากฏด้วยว่าในการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ฯ มีเจตนาไม่สุจริต ส่งผลให้ บมจ.ปตท. มีอำนาจมหาชนของรัฐในการเวนคืนที่ดิน การประกาศเขต และรอนสิทธิเหนือพื้นดินของเอกชน ที่มีผลทำให้มีการนำทรัพย์สินบางอย่างอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ไม่สามารถซื้อขายได้ให้ไปอยู่ในการถือครองของเอกชนที่แสวงหากำไร นอกจากนี้ การกำหนดสิทธิประโยชน์ฯยังส่งผลให้ บมจ.ปตท. มีอำนาจผูกขาดในการขายน้ำมันราชการ ผูกขาดการซื้อขายก๊าซธรรมชาติ สิทธิการยกเว้นการเสียภาษีป้าย รวมทั้งสิทธิการวางหนังสือค้ำประกันธนาคารต่อกรมศุลกากร และอื่นๆ รวมทั้งการจัดสรรและกระจายหุ้นก็ไม่ได้ดำเนินการอย่างเป็นทางการ คือ ไม่เปิดโอกาส

ให้ประชาชนคนไทยมีสิทธิเข้าถึงการเป็นเจ้าของ บมจ.ปตท. ซึ่งขัดกับการโฆษณา ประชาสัมพันธ์ของ ปตท.ก่อนการแปรรูปที่ว่า แปรรูปเพื่อให้คนไทยทุกคนมีโอกาสเป็นเจ้าของ บมจ.ปตท. จึงฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาแปรรูป ปตท. ดังกล่าว

โดยศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิใน คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้ง บมจ. ปตท. ซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 3 คน เป็นไปตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ แล้ว ส่วนข้ออ้างที่ว่ามีการเตรียมการจัดตั้งฯ เป็นผู้ถือหุ้นใน บมจ.ปตท. ทั้งที่กฎหมายห้ามคณะกรรมการฯ ถือหุ้นในรัฐวิสาหกิจที่ได้มีการแปรรูปนั้น พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเรื่องที่บุคคลดังกล่าวได้รับมอบหมายจากทางราชการให้ปฏิบัติหน้าที่เป็นกรรมการหรือเป็นประธานกรรมการใน นิติบุคคลที่เป็นผู้ร่วมทุนกับภาครัฐ และเป็นไปเพื่อประโยชน์ขององค์กรของรัฐเองมิใช่ เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว จึงไม่อาจถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ในนิติบุคคลซึ่งมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของ ปตท. ส่วนข้ออ้างที่ว่า คณะกรรมการจัดทำการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนดำเนินการไม่ถูกต้องตามกฎหมาย นั้น เมื่อพิจารณาจากจำนวนการตีพิมพ์เฉพาะหนังสือพิมพ์รายวันฉบับภาษาไทยที่มีการประชาสัมพันธ์และกลุ่มเป้าหมายของการประชาสัมพันธ์แล้ว เห็นว่าเป็นการประกาศทางหนังสือพิมพ์อย่างทั่วถึงและเป็นระยะเวลาเพียงพอ เพื่อเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ให้ ประชาชนรับทราบข้อมูลได้อย่างทั่วถึงแล้ว แม้ว่าจะมิได้ปฏิบัติตามวิธีการที่กำหนดไว้ใน ข้อ 9 (1) ของระเบียบคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2543 ก็ตาม ทั้งสถานที่ที่จัดไว้สำหรับวันรับฟังความคิดเห็นก็มีเพียงพอ สำหรับผู้ลงทะเบียนเข้าร่วมการรับฟังทั้งหมด จึงไม่อาจรับฟังได้ว่าเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นว่ากระบวนการและขั้นตอนที่ได้กระทำก่อนการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียม แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544 เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ส่วนข้ออ้างที่ว่า การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544 มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายนั้น เห็นว่าการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ



และต้องใช้เพื่อประโยชน์ในกิจการของรัฐเท่านั้น แม้มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติ
ทุนรัฐวิสาหกิจฯ บัญญัติให้อำนาจ สิทธิ หรือประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่จะเปลี่ยนทุน
เป็นหุ้นของบริษัทอาจจำกัดหรืองดได้ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา แต่การตรา
พระราชกฤษฎีกาต้องคำนึงถึงการควบคุมการใช้อำนาจทางกฎหมายให้เป็นไปโดย
ถูกต้องและรักษาผลประโยชน์ของรัฐด้วย เมื่อพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และ
ประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 มิได้มีบทบัญญัติจำกัดการใช้
อำนาจมหาชนดังกล่าวไว้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อต่อมาได้มีการ
ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)
(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 ซึ่งมาตรา 4 วรรคสองได้บัญญัติให้อำนาจของ ปตท. ตาม
พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 โอนไปเป็นอำนาจของ
คณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่
คณะบุคคลกระทำการอันเป็นการกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ซึ่งไม่อาจกระทำ
ได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคสอง
แห่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายสมควรเพิกถอน แต่เมื่อพิจารณา
ถึงเหตุแห่งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการเพิกถอน
พระราชกฤษฎีกา รวมถึงวิธีการแก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงเห็นว่าไม่จำเป็นต้อง
เพิกถอนบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคสองแห่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว อีกทั้งเหตุ
แห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นนี้ก็มิได้มีความร้ายแรงถึงขนาดที่จะเพิกถอน
พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย
พ.ศ. 2544 จึงให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันแบ่งแยกทรัพย์สินในส่วนที่เป็นสาธารณสมบัติ
ของแผ่นดินประเภททรัพย์สินในส่วนที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สิทธิการใช้ที่ดิน
เพื่อวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ รวมทั้งแยกอำนาจและสิทธิในส่วนที่เป็นอำนาจ
มหาชนของรัฐออกจากอำนาจและสิทธิของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ให้เสร็จสิ้นก่อนการแต่งตั้ง
คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน
พ.ศ. 2550 ส่วนคำขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับนั้น ให้ยก

(2) คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 543/2551 (นายสุวัตร
อภัยภักดิ์ กับพวก ผู้ฟ้องคดี)

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าฟ้องว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นำเสนอ
ร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชากรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร

เป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย เป็นการกระทำที่ไม่สุจริต กระทำนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ บิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่แสดงสถานะของแถลงการณ์ร่วมฯ ทั้งไม่แสดงผลความผูกพันที่อาจเกิดแก่ประเทศชาติ และกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ประชุมพิจารณาโดยไม่ตรวจสอบข้อมูลอย่างรอบคอบ เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่เหมาะสมและเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและปวงชนชาวไทย และกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 เห็นชอบแถลงการณ์ร่วมฯ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายเนตล บัทมะ) เป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งเป็นการให้ความเห็นชอบในการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย จึงขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เกี่ยวกับการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เพื่อพิจารณาและมีมติเห็นชอบ และเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 เห็นชอบแถลงการณ์ร่วมฯ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ รวมทั้งเพิกถอนการลงนามของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในแถลงการณ์ร่วมฯ เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ทั้งนี้ขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ก่อนการพิพากษา โดยให้ระงับการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทั้งการเสนอเรื่องต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และการลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ให้สิ้นผลเป็นการชั่วคราว และให้ระงับผลมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ไว้เป็นการชั่วคราว และขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการใดๆ อันเป็นการแจ้งการยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อประเทศกัมพูชา และองค์การยูเนสโกไว้เป็นการชั่วคราว

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐโดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรี) เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครอง



และรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ รวมตลอดทั้งสิทธิในการประกอบอาชีพในบริเวณดังกล่าวและสิทธิต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ด้วยการกระทำของรัฐบาลดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองรวมอยู่ด้วย กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และเมื่อพิจารณาจากข้อตกลงในแถลงการณ์ร่วมฯ แล้วอาจถือได้ว่าประเทศไทยได้ยอมรับเขตแดนรอบพื้นที่ของปราสาทพระวิหารตามที่ระบุไว้ในแผนที่โดยปริยาย และอาจทำลายน้ำหนักในการอ้างอิงเขตแดนที่ประเทศไทยยึดถือสันปันน้ำเป็นเส้นแบ่งเขตแดนมาโดยตลอด จึงถือว่าคดีมีมูลรับฟังได้ตามคำฟ้อง และการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ ประชาชนรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งเก้า ซึ่งเป็นความเสียหายที่ยากจะเยียวยาแก้ไขในภายหลัง อีกทั้งหากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาแล้วก็ไม่มีความกระทบต่อการบริหารของรัฐ จึงมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาได้ คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ชอบแล้ว จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

(3) คำสั่งของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1605/2551

(นายदनัย ดังคุณธรรม กับพวก ผู้ฟ้องคดี)

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งหกฟ้องว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามใช้อำนาจทางปกครองและกำลังทางกายภาพเข้าสลายการชุมนุมบริเวณรอบรัฐสภา ลานพระบรมรูปทรงม้าโดยมิได้มีการประกาศแจ้งเตือนก่อนการเข้าสลาย อีกทั้งใช้วัตถุระเบิดหรืออาวุธสิ่งอื่นนอกเหนือไปจากแก๊สน้ำตาเพื่อสลายการชุมนุมจนเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีทั้งหกและประชาชนที่เข้าร่วมการชุมนุมได้รับบาดเจ็บ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพและชีวิตร่างกายของผู้ฟ้องคดีทั้งหก นอกจากนี้ยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน มิได้เป็นการบริหารบ้านเมืองโดยหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามรวมถึงผู้ได้บังคับบัญชาของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสาม ยุติการกระทำที่ใช้วัตถุระเบิดหรืออาวุธอื่นใด และขอให้มีคำสั่งหรือ

กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองโดยห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามและเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชาและเจ้าหน้าที่อื่นใดใช้วัตถุระเบิดและอาวุธอื่นใดรวมตลอดถึงการใช้ความรุนแรงใดๆ ในการเข้าสลายการชุมนุมเป็นการชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาคดี

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ผู้เข้าร่วมชุมนุมและผู้ฟ้องคดีแต่ละคนมีวัตถุประสงค์ในการเข้าร่วมชุมนุมที่แตกต่างกัน จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้เข้าร่วมชุมนุมมีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเป็นความผิดต้องได้รับโทษทางอาญา ประกอบกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจในวันที่ 7 ตุลาคม 2551 มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งคุ้มครองให้สมาชิกรัฐสภาเข้าไปประชุมในรัฐสภา และคณะรัฐมนตรีสามารถเข้าไปแถลงนโยบายต่อรัฐสภาได้ จึงเห็นว่าไม่มีเจตนาที่จะใช้อำนาจของตนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่อย่างใด การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมิใช่เป็นการกระทำทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่เป็นการกระทำทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนการชุมนุมในกรณีนี้จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งหกและประชาชนผู้เข้าร่วมชุมนุมบริเวณหน้ารัฐสภาปิดล้อมประตูเพื่อมิให้สมาชิกรัฐสภาเข้าออกบริเวณรัฐสภา และใช้รั้วลวดหนาม ยางรถยนต์ราดน้ำมันขวางกั้นถนนไว้เป็นการกระทำที่มีลักษณะทำให้ผู้อื่นกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ จนไม่กล้าที่จะเข้าไปในรัฐสภา หรือออกจากรัฐสภาอันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ทั้งยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อภาระหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินและการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ การชุมนุมหน้ารัฐสภาในวันที่ 7 ตุลาคม 2551 จึงมิใช่การชุมนุมโดยสงบอันจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมีอำนาจหน้าที่ที่จะสลายการชุมนุมเพื่อแก้ปัญหาการกระทำของผู้เข้าร่วมชุมนุมได้ อย่างไรก็ดี การสลายการชุมนุมจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น โดยคำนึงถึงความเหมาะสม มีลำดับขั้นตอนตามหลักสากลที่ใช้ในการสลายการชุมนุมของประชาชน เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่อาจใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ เมื่อมีประชาชนคนหนึ่งเสียชีวิตและมีผู้ได้รับบาดเจ็บหลายราย ประกอบกับยังมีการชุมนุมของประชาชนกลุ่มต่างๆ อยู่ซึ่งมีแนวโน้มทำให้เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการสลายการชุมนุมอีก จึงมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวให้ผู้ฟ้องคดีทั้งหก โดยมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) หากจะกระทำการใดๆ



ต่อผู้เข้าร่วมชุมนุมต้องดำเนินการเท่าที่จำเป็น โดยคำนึงถึงความเหมาะสม มีลำดับขั้นตอนตามหลักสากลที่ใช้ในการสลายการชุมนุม ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ) ปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งศาล ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกรัฐมนตรี) ดำเนินการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ปฏิบัติตามคำสั่งศาลจนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

2.3.1.3 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองโดยองค์กรศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรหลักในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle)⁶ โดยบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนนี้ย่อมหมายความรวมถึงการควบคุมความชอบด้วยบทบัญญัติแห่งสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรสำคัญขององค์กรหนึ่งซึ่งมีอำนาจในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

สำหรับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งเป็นช่องทางให้เกิดการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญและนำไปสู่การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล อาจแยกพิจารณาออกเป็น 1) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนมีผลใช้บังคับ และ 2) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้ซึ่งจำแนกได้อีกสองกรณีคือ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมและแบบรูปธรรม ซึ่งมีรายละเอียดต่อไปนี้

1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนมีผลใช้บังคับ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 141 และมาตรา 254

1.1) กรณีตามมาตรา 141

มาตรา 141 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลง

⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2544), หน้า 28-32.

พระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ในกรณีที่วินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ร่างพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป

ในกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลทำให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไปตามวรรคสอง ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นกลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมีมติในการแก้ไขเพิ่มเติมให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา แล้วให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 90 และมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณี ต่อไป”

1.2) กรณีมาตรา 154

บทบัญญัติมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายไว้ดังนี้⁷

⁷ มาตรา 154 ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า



ก) ร่างกฎหมายที่อาจเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย
ร่างกฎหมายที่อาจจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้นั้น
ตามมาตรา 154 วรรคแรกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
กำหนดว่า ต้องเป็นร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น หากมิใช่
เป็นร่างกฎหมายดังที่กล่าวมาและรัฐสภายังมิได้ให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายดังกล่าว
ย่อมไม่อาจเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้

ข) บุคคลที่มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย
บุคคลผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบ
ด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติตามมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญอาจแยกได้
เป็นสองกรณีคือ

- กรณีของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือ
สมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมด
เท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้

- นายกรัฐมนตรีอาจเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ หาก
นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้ง หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้อง
ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ค) ขอบเขตในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ
ขอบเขตในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
กฎหมายก่อนมีผลใช้บังคับตามมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2550 ศาลรัฐธรรมนูญอาจแยกออกเป็นสองกรณีดังนี้คือ กรณีแรก
เป็นการตรวจสอบในทางรูปแบบ และกรณีที่สอง เป็นการตรวจสอบในทางเนื้อหา

ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้
ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้น
โดยไม่ถูกต้องตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญให้
ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่มิใช่กรณี
ตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา
150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณี ต่อไป

2) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้ยังจำแนกได้อีกสองกรณีคือ

2.1) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมตามมาตรา 254 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

โดยมาตรา 245 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีกรณี ดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็น ต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใด ตามมาตรา 244 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองและให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

2.2) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมตามมาตรา 211 และมาตรา 212

ก) กรณีมาตรา 211

โดยมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้ออกรายการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้



คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว”

ข) กรณีมาตรา 212

กรณีดังกล่าวเป็นการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้ได้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยมาตรา 212 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

ตามมาตรา 212 เป็นการนำระบบร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาในระบบกฎหมายไทย แต่เป็นการร้องทุกข์เพื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

2.1.4 องค์การเฉพาะด้านการคุ้มครองสิทธิ

2.1.4.1 ผู้ตรวจการแผ่นดิน

ผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 196 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พุทธศักราช 2542 มีหน้าที่หลักในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับความสะดวกอันเนื่องจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมิชอบ

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลประการสำคัญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 245 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีการนี้ ดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็น ต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 244 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองและให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

2.1.4.2 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอีกองค์กรหนึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามมาตรา 199 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยทำหน้าที่ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม หน้าที่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการได้ด้วยตนเอง เพียงแต่มีการดำเนินการส่งเรื่องเพื่อรายงานต่อรัฐสภาให้รับทราบเพื่อดำเนินการต่อไป จึงทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์กรดังกล่าวว่ามีอยู่น้อยเพียงใด ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่มาของแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยการกำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเชื่อมโยงกับอำนาจของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 257 (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ ให้มีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญตาม ในกรณีที่มีผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือตาม (3) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครอง ในกรณีที่มีผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยกลไกเหล่านี้จะส่งผลให้การดำเนินการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

2.2 องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของต่างประเทศ

2.2.1 ระดับสหประชาชาติ

ตามกฎบัตรสหประชาชาติที่ได้กล่าวถึงหลักการและเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้แล้ว ยังได้กำหนดให้หน่วยงานภายในของตนเอง ทำหน้าที่เป็นกลไกที่จะขับเคลื่อนหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน



นั้นให้เป็นจริง โดยให้หน่วยงานในลักษณะต่อไปนี้เป็นผู้ดำเนินการ ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึง (1) บทบาทของสหประชาชาติในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (2) การจัดองค์กรในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ และ (3) กระบวนการร้องทุกข์ต่อสหประชาชาติ กรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นรุนแรง

(1) บทบาทของสหประชาชาติในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

การทำหน้าที่ของสหประชาชาติอาจแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ก. ในฐานะที่ปรึกษา(Advisory Competence) และ ข. ในฐานะองค์กর্তัดสินคดีความ (Quasi jurisdictional Competence)

ก. ในฐานะที่ปรึกษา(Advisory Competence)

คณะมนตรีความมั่นคง⁸ มีภารกิจในการให้คำแนะนำแก่ประเทศสมาชิกเพื่อยุติข้อขัดแย้ง และมีอำนาจในการใช้กำลังทหารเพื่อรักษาและฟื้นฟูความมั่นคงและสันติภาพระหว่างประเทศ ซึ่งถือเป็นภารกิจในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยตรง

สมัชชาใหญ่ เป็นองค์กর্তหลักในกระบวนการตัดสินใจและมีหน้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวาง โดยมีอำนาจเสนอคำแนะนำด้านการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนแก่ประเทศสมาชิก ถือเป็นกรวางแนวทางปฏิบัติระหว่างประเทศที่สำคัญ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสมัชชาใหญ่เป็นองค์กর্তที่ประกอบด้วยสมาชิกจำนวนมาก จึงจัดให้มีหน่วยงานย่อยภายในโดยแบ่งเป็นคณะกรรมาธิการ เพื่อทำหน้าที่กลั่นกรองเรื่องเข้าสู่การประชุมของสมัชชาใหญ่ คณะกรรมาธิการที่มีภารกิจเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน คือ คณะกรรมาธิการคณะที่สาม หรือ คณะกรรมาธิการสังคม มนุษยธรรม และวัฒนธรรม

คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม มีหน้าที่ศึกษาและนำเสนอผลการศึกษาและรายงานผลในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับ เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม การศึกษา และการสาธารณสุขระหว่างประเทศ และจัดทำข้อเสนอแนะต่อสมัชชาใหญ่ และองค์กর্তชำนาญพิเศษของสหประชาชาติ ตลอดจนเป็นศูนย์กลางในการจัดการประชุมอภิปรายและวางนโยบายในเรื่องที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบ ตลอดจนหลักการด้านสิทธิมนุษยชนด้วย

⁸ ประกอบด้วยสมาชิกถาวร 5 ประเทศ ได้แก่ จีน ฝรั่งเศส รัสเซีย สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา และสมาชิกหมุนเวียนที่เลือกตั้งจากประเทศสมาชิกโดยสมัชชาใหญ่อีก 10 ประเทศ

นอกจากนั้น สหประชาชาติยังได้จัดตั้งองค์กรภายในที่มีภารกิจและความรับผิดชอบทางด้านนี้โดยตรง นั่นคือ **คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ** (Commission on Human Rights) ซึ่งเป็นหน่วยงานพิเศษเพื่อส่งเสริมด้านสิทธิมนุษยชนที่คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมเป็นผู้จัดตั้งขึ้นทำหน้าที่พิจารณามาตรฐานสากลด้านสิทธิมนุษยชนที่มีอยู่ในปัจจุบัน และจัดทำข้อเสนอเกี่ยวกับการปรับปรุงมาตรฐานดังกล่าว ตลอดจนตรวจสอบสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชน และให้ความช่วยเหลือประเทศที่ประสบเหตุเพื่อเยียวยาและฟื้นฟูสถานการณ์ให้ดีขึ้น นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยังได้วางกระบวนการร้องเรียนการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อคณะกรรมการหรือคณะทำงานในภูมิภาคต่างๆ ในโลกโดยตรงอีกด้วย (เสรี นนทสูติ, “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ”. *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดองค์กฤษฎีตามรัฐธรรมนูญ เรื่อง 3. องค์การค้ำของครุสภา, 2545*)

(2) ในฐานะองค์กรตัดสินคดีความ (Quasi jurisdictional Competence)

สมัชชาใหญ่ เป็นองค์กรหลักในกระบวนการตัดสินใจและมีหน้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวาง โดยมีอำนาจเสนอคำแนะนำด้านการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนแก่ประเทศสมาชิก แม้คำแนะนำดังกล่าวไม่มีค่าบังคับหรือมีผลเป็นกฎหมาย แต่ก็สามารถถือเป็นการวางแนวทางปฏิบัติระหว่างประเทศที่สำคัญ

ผลงานสำคัญของสมัชชาใหญ่คือการผ่านมติอนุมติตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน** The Universal Declaration of Human Rights และ**กติการะหว่างประเทศ (Covenants) 2 ฉบับรวมทั้งพิธีสารเพิ่มเติมที่เกี่ยวข้อง** นั่นคือ International Covenant on Civil and Political Rights กติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และ International Covenant on Economic Social and Cultural Rights กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมซึ่งเป็นหัวใจสำคัญที่สุดของหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยมีหน่วยงานสำคัญคือ

The Human Rights Committee เป็นหน่วยงานตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ที่มีอำนาจตรวจสอบและให้ความเห็นเกี่ยวกับการตรากฎหมายของรัฐภาคี การตัดสินชี้ขาดกรณีตีความต่างกันของรัฐภาคีในประเด็นตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน The Universal Declaration of Human



Rights และกติการะหว่างประเทศ (Covenants) 2 ฉบับรวมทั้งพิธีสารเพิ่มเติมที่เกี่ยวข้อง ส่วนในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม(International Covenant on Economic Social and Cultural Rights) มีกระบวนการตรวจสอบการจัดทำรายงานเกี่ยวกับการคุ้มครองและสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐภาคี โดยจัดตั้ง**คณะทำงานของผู้ชำนาญการระดับรัฐบาล** “Working Group of Governmental Experts” ขึ้น เพื่อเป็นองค์กรควบคุม ดูแลการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอีกองค์กรหนึ่ง

(2) การจัดองค์การในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

นอกจากองค์กรต่างๆ ขององค์การสหประชาชาติที่กล่าวแล้ว สหประชาชาติยังได้จัดตั้งให้มีแผนงานของตนเอง (UN Framework) ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขึ้นมาเฉพาะ ซึ่งประกอบด้วยสถาบันต่างๆ ภายใต้กฎบัตรหรือสนธิสัญญาก่อตั้ง (Constitutional basis) และมีกระบวนการพิจารณาตรวจสอบและทำงานที่เป็นพิเศษ หน่วยงานที่เป็นหลักในเรื่องนี้คือ **คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน** (Commission on Human Rights) นอกจากนั้น ยังมี **คณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อย** (The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities) และ**คณะกรรมการสถานภาพสตรี** (The Commission on Status of Women)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Commission on Human Rights) ตามมาตรา ๖๘ แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ได้กำหนดให้สมัชชาเศรษฐกิจและสังคม (ECOSOC; Economic and Social Council) ก่อตั้ง**คณะกรรมาการเศรษฐกิจและสังคม** ในด้านที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนส่งเสริมสิทธิมนุษยชนขึ้น ซึ่งในครั้งริเริ่ม ECOSOC ได้ริเริ่มให้มีสมาชิกใน**คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน**เพียง 18 ประเทศ และต่อมาได้เพิ่มจำนวนสมาชิกเรื่อยๆ มาในแต่ละปีจนปัจจุบันมีกว่า 43 ประเทศ โดยแต่ละประเทศจะเสนอตัวแทนของตนเข้ามาทำหน้าที่และดำรงตำแหน่งเป็นหนึ่งในกรรมการโดยกระทำกรในฐานะผู้แทนของประเทศสมาชิก ภารกิจหลักๆ ของ**คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน** คือ การทำรายงาน และดำเนินการตามคำแนะนำของ ECOSOC ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในแง่ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการป้องกันชนกลุ่มน้อยจากการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังต้องช่วยเหลือ ECOSOC เพื่อดำเนินงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศของสหประชาชาติทั้งหมดโดยเฉพาะการยกวางปฏิญญาสากลหรือ

ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศของสหประชาชาติ ซึ่งจะเห็นว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นกลไกสำคัญที่เป็นองค์กรที่ผลักดันแผนงานสำคัญด้านสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติให้มีการพัฒนาเกิดเป็นกลไกระหว่างประเทศเพื่อดำเนินการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชน

คณะกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อย

เป็นหน่วยงานย่อยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ที่มีที่มาจาก การแก้ไขปัญหาการทำงานของสมาชิกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่ต้องดำเนินการตามความประสงค์ของประเทศที่ตนส่งมาเป็นผู้แทน ทำให้ขาดความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ คณะกรรมการชุดนี้จะประกอบด้วยอนุกรรมการ 26 คน ที่คัดเลือกมาจากบัญชีรายชื่อที่ประเทศสมาชิกของสหประชาชาติเป็นผู้เสนอตัวแทนโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะเป็นผู้คัดเลือก โดยอนุกรรมการแต่ละคนจะมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 3 ปี และสามารถคัดเลือกได้อีกไม่เกิน 2 วาระ

ภารกิจของคณะกรรมการฯ คือ ทำการศึกษาและให้คำแนะนำแก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในการป้องกันการกระทำที่เป็นเลือกปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อปัญหาสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ตลอดจนการป้องกันชนกลุ่มน้อยที่มีความแตกต่างด้านสีผิว เชื้อชาติและศาสนา นอกจากนี้ ยังต้องดำเนินการตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายอื่นจากทั้งจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและสมัชชาเศรษฐกิจและสังคมสหประชาชาติในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

คณะกรรมการสถานภาพสตรี เป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นในปี 1947 ประกอบด้วยสมาชิก 32 คน คัดเลือกจากตัวแทนประเทศสมาชิกตามภูมิภาคต่างๆ เช่นเดียวกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน โดยจะมีการจัดประชุมสามัญทุกๆ 2 ปี ในขณะที่ห้องคอร์ดอื่นๆ จะจัดประชุมทุกปีเป็นประจำ

หน้าที่หลักของคณะกรรมการชุดนี้คือ การเตรียมจัดทำผลการศึกษาและคำแนะนำเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและประเด็นที่เกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสตรี คณะกรรมการสถานภาพสตรีถือเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในการริเริ่มแผนงานของสหประชาชาติในด้านการกำจัดการเลือกปฏิบัติทั้งในทางนิตินัย (*de jure*) และพฤตินัย (*de facto*) ต่อสตรีในทุกรูปแบบ รวมทั้งร่วมยกย่องกฎระเบียบต่างๆ ในเรื่องนี้



(3) กระบวนการร้องทุกข์ต่อสหประชาชาติ กรณีมีการละเมิดสิทธิมนุษยชน ขั้นรุนแรง⁹

การก่อตั้งองค์การสหประชาชาติได้ก่อให้เกิดความหวังกับประชากรโลกหลายล้านคนที่เชื่อมั่นว่าองค์การนี้จะสามารถนำมาซึ่งเสรีภาพและความยุติธรรมที่พวกเขารอคอยมาอย่างยาวนาน จึงไม่เป็นที่แปลกใจเลยว่า ทันททีที่ได้ก่อตั้งสหประชาชาติขึ้นแล้ว มีผู้ร้องเรียนเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างมากมาย ทั้งที่เป็นปัจเจกชนและกลุ่มองค์กรเอกชนอิสระต่างๆ เพื่อให้สหประชาชาติได้เข้าไปแทรกแซงเพื่อแก้ไขปัญหการละเมิดสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ในช่วง 10 ปี ของการก่อตั้งสหประชาชาติ มีข้อร้องเรียนเกี่ยวกับปัญหการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อสหประชาชาติ มากกว่า 65,000 เรื่อง และมีประมาณเรื่องร้องเรียนเพิ่มมากขึ้นเป็นลำดับ ในนับเป็นสถิติได้กว่า 20,000 เรื่องต่อปี แต่กระนั้นก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะได้ตัดสินใจในประเด็นการจัดการกับหน่วยงานที่เหมาะสมที่จะเข้ามารับเรื่องร้องเรียนว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปจัดการกับเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสิทธิมนุษยชนเลย และแม้ว่าในช่วงแรกเริ่ม สมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติจะได้ออกข้อมติที่ 75 (V) of August 5, 1947 เพื่อแนวทางในการรับเรื่องร้องเรียนโดยออกมาตรการในการคัดกรองเรื่องรับโดยกำหนดประเด็นที่สามารถรับไว้พิจารณาเป็นบัญชีแนบท้ายข้อมติ ซึ่งเป็นบัญชีที่มีชั้นความลับกำกับอยู่ด้วย ดังนั้น การที่จะเข้าถึงข้อมูลที่ได้กำหนดวางเป็นแนวทางการร้องเรียนจึงจำกัดวงแคบอย่างมากและมีกฎเกณฑ์ในการร้องเรียนที่เคร่งครัดซึ่งจะรับพิจารณาเพียงบางเรื่องที่มีความรุนแรงถึงเกณฑ์ที่กำหนดเท่านั้นหรือเรียกว่าแถบจะไม่รับเลย ดังเช่นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ได้ตัดสินใจไว้ข้างต้น

หลังจากปี 1959 ได้มีความพยายามที่จะแก้ไขข้อมติดังกล่าว แต่ก็ไม่เป็นผล สมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติได้วางข้อมติที่ 728F (XXVIII) of July 30, 1959 ซึ่งมีผลเป็นการตอกย้ำว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปจัดการกับเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสิทธิมนุษยชน ซึ่งข้อมติดังกล่าวยังคงมีผลบังคับมาจวบจนปัจจุบัน แต่ในหลักการทั่วไปนั้น ย่อมมีข้อยกเว้นตาม

⁹ Buergenthal Thomas, International Human Rights in a nut shell. 1st ed. West Publishing Co. St. Paul, 1990, pp. 67-80

ที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งเป็นที่มาของและเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจเข้าไปจัดการและรับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

การเปลี่ยนแปลงสำคัญครั้งนี้มีที่มาจาก ข้อมติ 2 ฉบับ ฉบับแรกคือ ข้อมติสมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติที่ 1235 (XLII) of June 6, 1967 และฉบับที่สองคือ ข้อมติสมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติที่ 1503 (XLVIII) of May 27, 1970 โดยเฉพาะ ในวรรคสองของข้อมติสมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติที่ 1235 ได้ให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและคณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติ และปกป้องชนกลุ่มน้อย ในการเข้าไปตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานขั้นรุนแรง (Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms) ซึ่งกรณีตัวอย่างที่อาศัยข้อบทนี้ได้แก่ นโยบายในเรื่องเหยียดสีผิวในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และในวรรคสามของข้อมติเดียวกัน ยังให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในการทำการศึกษาดังสถานการณ์อันจะนำไปสู่การกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชน ไม่ว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สีผิว หรือศาสนา โดยจัดทำเป็นรายงานและข้อเสนอแนะส่งไปยังสมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติด้วย

ส่วนข้อมติสมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติที่ 1503 ได้กำหนดให้คณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อยสามารถตั้งคณะทำงานย่อยในการตรวจสอบข้อร้องเรียนต่างๆที่มีมาถึงสหประชาชาติเพื่อพิจารณาเงื่อนไขว่ามีปรากฏอย่างเปิดเผยและเชื่อถือได้ถึงแนวทางการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานถึงขั้นรุนแรงตามขอบเขตภารกิจและหน้าที่ของคณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อย นอกจากนี้ข้อมติดังกล่าวยังกำหนดให้ข้อร้องเรียนดังกล่าวต้องประกอบด้วยข้อคิดเห็นของรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้เพื่อเป็นข้อมูลสำหรับคณะอนุกรรมการฯ ใช้ประกอบในการประชุมลับ (in private meeting) เพื่อพิจารณาว่าจะส่งเรื่องต่อไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนโดยจะต้องมีเงื่อนไขเช่นเดียวกันคือ มีปรากฏอย่างเปิดเผยและเชื่อถือได้ถึงแนวทางการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานถึงขั้นรุนแรง เป็นไปตามขอบเขตภารกิจและหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติด้วย

เงื่อนไขการรับเรื่องร้องทุกข์ไว้พิจารณาตามข้อมติที่ 1503 ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยผ่านคณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อยหรือ



จะดำเนินการโดยอาศัยความตามวรรคสามของข้อมติที่ 1235 ดังที่กล่าวแล้วข้างต้นนั้น ยังมีกรณีที่สามารถดำเนินการได้อีก ถ้าหากสามารถพิสูจน์ได้ว่า เป็นประเด็นการสอบสวนของคณะอนุกรรมการเฉพาะกิจเฉพาะเรื่อง (*ad hoc committee*) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติโดยการดำเนินการของคณะอนุกรรมการเฉพาะกิจดังกล่าวต้องเป็นไปตามความยินยอมของประเทศหรือรัฐที่เกี่ยวข้อง

ต่อมาคณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อยประจำสหประชาชาติได้ออกข้อมติที่ 1 (XXIV) on August 13, 1971 เพื่อกำหนดกระบวนการพิเศษเพื่อดำเนินการตามข้อมติสมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติที่ 1503 ในลักษณะเป็นการกำหนดมาตรฐานและเกณฑ์ในการรับเรื่องร้องทุกข์เกี่ยวกับปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนไว้ โดยกำหนดประเด็นสำคัญสำหรับการรับเรื่องไว้พิจารณาคือ “ข้อเรียกร้องดังกล่าว จะต้องมีเหตุผลที่เชื่อถือได้ว่าเป็นการแสดงให้เห็นถึงการปฏิบัติอย่างเปิดเผยและเชื่อถือว่ามีกรณีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานถึงขั้นรุนแรง โดยมีแนวนโยบายของรัฐอย่างชัดเจนในเรื่องการเลือกปฏิบัติและแบ่งแยกทางเชื้อชาติ (*racial discrimination and segregation*) หรือมีการเหยียดสีผิว (*apartheid*) ไม่จะเกิดในประเทศใดๆ รัฐอาณานิคมหรือรัฐอาณัติใดๆ รวมถึงประชาชนทั่วไปด้วย”

แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการเรียกร้องตามข้อมติที่ 1503 ซึ่งถูกปรับใช้โดยการออกข้อมติที่ 1 (XXIV) on August 13, 1971 ของคณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อยประจำสหประชาชาติ ไม่ได้รองรับระบบการร้องเรียนโดยปัจเจกชน แต่กลับวางแนวทางให้รับพิจารณาเป็นเรื่องที่ต้องส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนโดยรวมซึ่งแตกต่างจากสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิของบุคคลเพียงบางคน ซึ่งแม้ว่ากรณีเฉพาะของปัจเจกชนหลายๆ กรณีหรือคดีที่มีลักษณะเดียวกันหลายๆ กรณีจะสามารถก่อให้เกิดเป็นการละเมิดสิทธิในวงกว้างก็ตาม แต่ปัจเจกชนที่เป็นเหยื่อของการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นๆ จะพิสูจน์ให้ได้ว่าเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงและเป็นที่ยอมรับได้ว่าผลกระทบดังกล่าวเกิดจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนจริงตามที่ได้กำหนดไว้ใน ข้อมติที่ 1 (XXIV) para. 2 (a)

ส่วนองค์กรเอกชนต่างๆ สามารถส่งเรื่องร้องเรียนได้อยู่แล้วตามข้อมตินี้ เพียงแต่ไม่ว่าองค์กรกลุ่มหรือปัจเจกชนก็ตาม ต่างๆ จะต้องแสดงให้เห็นปรากฏอีกประการหนึ่งคือ ไม่สามารถเรียกร้องให้องค์กรหรือหน่วยงานภายในประเทศเยียวยาความเสียหายให้ได้

อีกต่อไป หรือกระบวนการดูแลเยียวยาภายในประเทศไม่มีประสิทธิภาพหรือถ่วงเวลาในการดำเนินการจนเกินความจำเป็นและไม่เหมาะสม ตามที่กำหนดใน ข้อมติที่ 1 (XXIV) para. 4 (b)

ปัญหาอีกประการหนึ่งที่มีมักจะเกิดความสับสนในหมู่นักวิชาการในประเด็นข้อเรียกร้องด้านสิทธิมนุษยชนคือ การไม่เปิดเผยกระบวนการพิจารณาได้สวนเรื่องร้องเรียนเนื่องจากในข้อมติที่ 1503 (8) ได้กำหนดแนวทางว่า หากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังไม่ได้ขอข้อแนะนำ (recommendation) ส่งไปยังสมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติแล้ว กระบวนการพิจารณาตามข้อมติที่ 1503 ทั้งในส่วนของคณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อยประจำสหประชาชาติและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติจะต้องปกปิดไว้ก่อน ทั้งนี้เพื่อป้องกันการผลกระทบบันอาจเกิดขึ้นจากคดีตามข้อร้องเรียนที่กำลังได้สวนกันอยู่ และยังป้องกันการเข้ามาก้าวร้าวในการสืบสวนสอบสวนของรัฐบาลที่ถูกร้องเรียนอีกด้วย

กระบวนการการรับเรื่องร้องเรียนตามข้อมติที่ 1503 จะเริ่มจากการยื่นข้อร้องเรียนต่อคณะทำงานของคณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อยประจำสหประชาชาติ เมื่อคณะทำงานฯพิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ ตามข้อเรียกร้องแล้ว ก็จะส่งต่อไปยังคณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อยประจำสหประชาชาติเพื่อพิจารณาต่อไป และส่งเรื่องต่อไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ซึ่งคณะกรรมการฯ ก็จะมีคณะทำงานเป็นของตนเองที่จะเข้ามาถ่วงถ่วงเรื่องร้องเรียนก่อนที่คณะกรรมการฯจะพิจารณาอีกครั้ง และเป็นที่ยอมรับกันว่ากระบวนการในการพิจารณาของคณะกรรมการฯจะเป็นแบบปิด แต่คณะกรรมการฯ จะเปิดเผยเพียงรายชื่อประเทศที่มีพฤติกรรมที่ถูกตรวจพบว่า ได้ดำเนินการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามข้อร้องเรียนดังกล่าวเท่านั้น

หลังจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้พิจารณาเรื่องร้องเรียนแล้ว อาจส่งเรื่องต่อไปให้กับสมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติอีกทอดหนึ่ง ดังตัวอย่างกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเฮติ (Commission report of the Fortieth Session 6 Feb.-16 March 1984) และคณะกรรมการฯอาจจะแต่งตั้ง ผู้รับผิดชอบคดีพิเศษเฉพาะกรณีเพื่อทำหน้าที่ศึกษาและรับผิดชอบประเด็นแห่งคดี ดังตัวอย่างในกรณี Equatorial Guinea (Commission report of the Fortieth Session 6 Feb.-16 March 1984 เช่นกัน) และเมื่อสมัชชาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ ตลอดจนที่ประชุม



สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้พิจารณาประเด็นปัญหาตามข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนแล้ว ทั้งสององค์กรอาจทำข้อมติเพื่อร้องขอให้รัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาได้ยุติการดำเนินการและหาหนทางเยียวยากรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามกฎบัตรสหประชาชาติที่บัญญัติห้ามกระทำการที่เป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างชัดแจ้ง และการพิจารณาเพื่อออกข้อมติของทั้งสมัชชาและ ที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติจะต้องกระทำอย่างเปิดเผย และเมื่อมีข้อมติออกมาแล้ว การดำเนินการของทั้งสมัชชาและที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติจะสามารถกระทำได้เพียง การประนามการกระทำของรัฐบาลที่กระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนและไม่ควรพดข้อข้อมติ ที่ได้วางไว้เท่านั้นไม่สามารถดำเนินการเป็นอื่นได้

อย่างไรก็ดี มีความพยายามของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ในการที่จะจัดการกับสถานการณ์ที่มีความร้ายแรงอย่างมหันต์ โดยเรียกร้องให้สมัชชา เศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติออกข้อมติที่ 2535 เพื่อปิดช่องโหว่ของข้อมติ ที่ 1503 ซึ่งไม่อนุญาตเปิดเผยการพิจารณาเพื่อกำหนดว่า อะไรคือการละเมิดสิทธิมนุษยชน จนถึงขั้นร้ายแรง แต่ข้อมติที่ 2535 ได้วางแนวทางใหม่เพื่อให้สมาชิกในคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนสามารถยกประเด็นดังกล่าวเป็นวาระการประชุมสามัญเพื่อพิจารณาถึง ประเด็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนจนถึงขั้นร้ายแรงได้ และที่เป็นจุดเด่นและจุดเปลี่ยนแปลง อย่างมากคือข้อมตินี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนไม่จำเป็นต้องรอการพิจารณาจาก คณะอนุกรรมการ เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อยประจำ สหประชาชาติในเรื่องที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจนและเป็นที่ตระหนักแล้ว ของผู้คนทั่วไป คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็สามารถยกเรื่องหรือประเด็นที่เป็นปัญหา ขึ้นพิจารณาได้เองโดยไม่ต้องรอกระบวนการตามข้อมติที่ 1503 อีกต่อไป

แต่อย่างไรก็ตามในกฎบัตรสหประชาชาติเองได้กำหนดประเด็นที่เกี่ยวกับการ ละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานไว้เช่นกัน ประเด็นนี้เป็นการตีความ บทบัญญัติในกฎบัตรฯ ตามหลักการตีความกฎหมายและการนำไปบังคับใช้ โดยเฉพาะ อย่างยิ่ง ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องซึ่งถือเป็น ภาคนวทหนึ่งของกฎบัตรสหประชาชาติ ประเด็นปัญหาที่จะพิจารณาว่า อะไรคือ การละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจนถึงขั้นร้ายแรงจนเข้าเงื่อนไขที่ สหประชาชาติและหน่วยงานภายในระบบสหประชาชาติจะต้องเข้าจัดการ

ตามกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อบทที่ 55 และ 56¹⁰ ได้กำหนดว่า สหประชาชาติ ต้องคงไว้ซึ่งความสงบและดำเนินความสัมพันธ์ฉันมิตรในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยเคารพไว้ซึ่งความเสมอภาคและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งรวมถึง สิทธิมนุษยชนอย่างแน่นอน นอกจากนี้ ข้อบทที่ 2 (7)¹¹ ของกฎบัตรฯ ยังกำหนดไว้ เพิ่มเติมว่ากรณีที่ไม่มิบทบัญญัติใดให้อำนาจสหประชาชาติตามกฎบัตรสหประชาชาติ และรัฐภาคีสมาชิกได้ร้องขอให้มีการเข้าแทรกแซง เพื่อป้องกันและเยียวยาผลกระทบจาก การละเมิดสิทธิมนุษยชนภายในประเทศของตนเอง

ปัญหาอีกประเด็นที่มีผู้ถกกันมากคือ ประเด็นที่ว่า กรณีใดรุนแรงถึงขั้นที่เข้า เงื่อนไขที่สหประชาชาติจะเข้าไปพิจารณาดำเนินการแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรม ซึ่งตาม การตีความกฎบัตรฯ ในข้อบทที่กล่าวมาข้างต้น ตลอดจนข้อมติที่ผ่านมาต่างเห็นพ้องว่า กรณีนี้จะขึ้นกับสถานการณ์และช่วงเวลาที่เหมาะสมระหว่างประเทศจะเป็นวงแนวทาง กล่าวได้โดยง่ายคือ ปลดปล่อยให้ทะเลาะและทะเลาะเป็นเงื่อนไข เนื่องจากลักษณะพิเศษประการ หนึ่งของหลักการด้านสิทธิมนุษยชนก็คือ กฎหมายลักษณะนี้ มีบทบัญญัติที่มีความ ยืดหยุ่นค่อนข้างสูง และสามารถพัฒนาไปตามมาตรฐานสากลและแนวทาง ของกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป

¹⁰ Article 55 With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote:

- a. higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development;
- b. solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation; and
- c. universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

Article 56 All Members pledge themselves to take joint and separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55.

¹¹ Article 2 The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles.

7. Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.



2.2.2 ระดับนานาชาติ

(1) กลุ่มประเทศที่มีกลไกในการคุ้มครองสิทธิโดยเฉพาะ

- คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การระหว่างรัฐอเมริกันและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การระหว่างรัฐอเมริกัน
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การระหว่างรัฐแอฟริกันและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การระหว่างรัฐแอฟริกัน

(2) กลุ่มประเทศที่มีกลไกในการคุ้มครองสิทธิที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น

- ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court)¹²
- สำนักเลขาธิการของกลุ่มประเทศในเครือจักรภพ (The Commonwealth Secretariat)
- สถาบันผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (International Ombudsman Institute)

2.2.3 องค์กรพัฒนาเอกชน (NGO; Non Governmental Organization)

แนวคิดในระดับนี้ได้มีวิวัฒนาการในโลกตะวันตกมานาน ซึ่งมีหลักการมาจากเสรีภาพในการรวมตัวหรือการเข้าร่วมสมาคมกัน ของปัจเจกชน เพื่อดำเนินกิจกรรมต่างๆ ที่เป็นจุดสนใจร่วมกันของสมาคมนั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นประเด็นที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ในวงกว้างอย่างปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนด้วยแล้วแน่นอนว่าตนย่อมเป็นที่พึ่งแห่งตน เป็นหนทางออกที่ดีที่สุด และยิ่งหากได้เสียงสนับสนุนจากผู้ที่ประสบปัญหาเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน รวมตัวเป็นเสียงที่ดังขึ้นและมีจำนวนมากขึ้น ย่อมสร้างพลังต่อรองที่เข้มแข็งมากขึ้น กลไกการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนทั้งระดับสหประชาชาติและระดับภูมิภาคต่างมีแนวทางปฏิบัติงานคล้ายคลึงระบบราชการและยังต้องขึ้นอยู่กับการต่อรองผลประโยชน์ที่มีนักการเมืองและนักการทูตแสดงบทบาทบนเวทีเหล่านั้นทำให้ประสิทธิภาพของกลไกทั้งระบบด้อยลงไปเรื่อยๆ การรวมตัว

¹² The International Criminal Court (ICC) is an independent, permanent court that tries persons accused of the most serious crimes of international concern, namely genocide, crimes against humanity and war crimes. The ICC is based on a treaty, joined by 108 countries. (<http://www.iccpi.int/menus/icc/about%20the%20court/icc%20at%20a%20glance/icc%20at%20a%20glance?lan=en-GB>)

เคลือบไหวเพื่อรักษาผลประโยชน์ของเอกชนจึงเกิดขึ้นด้วยเหตุที่กล่าวข้างต้น ตัวอย่างขององค์กรเอกชนด้านนี้ ได้แก่

- องค์กรเอกชนเฝ้าระวังด้านสิทธิมนุษยชน (HUMAN RIGHTS WATCH)
- คณะกรรมาธิการนิติศาสตร์สากล (I.C.J: International Commission of Jurists)
- องค์กรนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International)



บทที่ 3

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับ สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ในบทนี้จะได้ศึกษาถึง 3.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางทฤษฎีระหว่างสนธิสัญญาและกฎหมายภายใน 3.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับผู้ใช้และผู้ตีความกฎหมาย และ 3.3 การใช้และตีความสนธิสัญญาของศาลในระบบเอคนิยมและทวินิยมโดยมีรายละเอียด ดังนี้

3.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางทฤษฎีระหว่างสนธิสัญญาและกฎหมายภายใน

3.1.1 ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับระบบกฎหมายภายใน

ในทางตำรามีการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับระบบกฎหมายภายในโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีที่สำคัญอยู่สองทฤษฎีคือ ทฤษฎีเอกนิยม (monism) และทฤษฎีทวินิยม (dualism)

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับกฎหมายภายในรัฐตามทฤษฎีเอกนิยม และทฤษฎีทวินิยมนั้นมีที่มาจากข้อขัดแย้งทางนิติปรัชญาโดยตรง ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานทางทฤษฎีที่สำคัญอยู่สองทฤษฎีคือ ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (natural law theory) ที่เห็นว่ากฎหมายนั้นมีอยู่ตามธรรมชาติและเป็นหนึ่งเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศเพราะมีลักษณะอย่างเดียวกัน คือ ใช้ได้เป็นสากลโดยไม่ถูกจำกัดด้วยกาลเวลาและสถานที่ กฎหมายธรรมชาติเหล่านี้มีค่าบังคับอยู่เหนือกฎหมายบ้านเมืองที่รัฐตราขึ้น แนวคิดเหล่านี้เป็นรากฐานสำคัญของทฤษฎีเอกนิยม (monism theory)¹ และทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง (positive law theory) ที่เห็นว่ากฎหมายนั้นไม่ว่าจะเป็นบ่อเกิดโดยรูปแบบ (formal sources) หรือโดยเนื้อหา (material sources) ย่อมมาจากเจตจำนง (will) ของรัฐและระบบกฎหมายระหว่างประเทศย่อมไม่สามารถเข้ามาเกี่ยวข้องกับระบบ

¹ วิชาญ เครืองาม, รายงานวิจัยเรื่อง การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย, ทุนวิจัยรัชดาภิเษกสมโภช สาขาสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520, หน้า 27-28. (อัครสำเนา)

กฎหมายภายในของรัฐและผูกพันรัฐได้หากรัฐไม่แสดงเจตจำนงให้ความยินยอม (consent)² แนวคิดดังกล่าวได้กลายเป็นรากฐานสำคัญของทฤษฎีทวินิยม (dualism theory) ในเวลาต่อมา

3.1.1.1 ทฤษฎีเอกนิยม (Monism Theory)

ตามแนวคิดของนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีเอกนิยม เช่น Kelsen, Guggenheim, Lauterpacht, Verdross, Georges Scelle เป็นต้น³ ซึ่งเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นกฎหมายระบบเดียวกันและมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันอย่างมีเอกภาพ ถ้ามีปัญหาขัดแย้งกันศาลจะต้องนำกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งขึ้นมาใช้ ปัญหาว่าศาลจะใช้กฎหมายใดนั้นนักกฎหมายตามแนวคิดแบบเอกนิยมยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่⁴ กล่าวคือ นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งนั้นเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในของรัฐ (classical monism) เพราะเหตุว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ก่อตั้งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำเนิดของรัฐและยอมรับรู้ความมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้นสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องอยู่เหนือรัฐซึ่งหมายความว่าความรวมถึงอยู่เหนือกฎหมายภายในด้วย แต่นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่า แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับกฎหมายภายใน แต่ในที่สุดแล้วกฎหมายภายในของรัฐย่อมมีฐานะที่เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ (inverted monism) เนื่องจากรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดที่จะยอมรับและปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ การที่กฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับกับรัฐนั้นๆ ได้ก็เพราะความยินยอมของรัฐนั่นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลบังคับของสนธิสัญญานั้นถือกำเนิดได้ก็เพราะอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มหลังนี้จึงเห็นว่ากฎหมายภายในอาจอยู่เหนือกว่าสนธิสัญญาซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน

ส่วนผลบังคับและลำดับชั้นของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายในซึ่งถือตามแนวคิดแบบเอกนิยมนั้น เห็นว่าสนธิสัญญาที่ฝ่ายบริหารได้ให้สัตยาบันตามกฎหมายระหว่างประเทศและมีการพิมพ์ประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาแล้ว สนธิสัญญา

² J.G Starke, Introduction to International Law , 8th ed., (Butterworths, 1977), pp. 82.

³ วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, หน้า 31.

⁴ อุทฤษ มงคลนาวิน, “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 3, ตอน 3, หน้า 42-43, (ธันวาคม 2514)



ย่อมมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายของรัฐได้ทันที (automatic standing incorporation) ดังนั้น ศาลภายในจึงนำสนธิสัญญามาปรับใช้ในฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งของรัฐได้โดยไม่ต้องมีการตรวจกฎหมายภายในเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาอีก ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา⁶ รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส⁷ เป็นต้น และในทางปฏิบัติของนานาประเทศที่ใช้ระบบแบบเอกนิยมนี้มีแนวโน้มที่จะถือว่าสนธิสัญญามีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในมากยิ่งขึ้น ดังเช่น รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสซึ่งกำหนดให้สนธิสัญญาอาจมีค่าบังคับเหนือกว่ารัฐบัญญัติได้

⁶ มาตรา 6 วรรคสองของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 บัญญัติไว้ว่า “...ให้บรรดาสถิติสัญญาที่ปวงชนได้ทำหรือที่จะทำด้วยอำนาจของสหรัฐอเมริกา เป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดินและผู้พิพากษาแห่งมลรัฐทุกมลรัฐจะต้องผูกพันตามสนธิสัญญาเหล่านั้นแม้ว่าจะมีกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญของมลรัฐใดๆ บัญญัติเป็นประการอื่นก็ตาม”

⁷ มาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) บัญญัติว่า “สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้รับการทำให้สัตยาบันแล้วหรือได้รับความเห็นชอบโดยชอบแล้วให้มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ได้มีการประกาศใช้บังคับ ย่อมมีฐานะสูงกว่ารัฐบัญญัติ ทั้งนี้ภายใต้ข้อสงวนที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องบังคับใช้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงนั้นเช่นเดียวกัน

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1952 (พ.ศ. 2493) ในคดี Dame Kirkwood สรุปรายข้อเท็จจริงได้ว่านาง Kirkwood ซึ่งถูกกล่าวหาจากสามีคนแรกว่าลักพาตัวบุตรไป ซึ่งตามกระบวนการทางศาลของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ขอให้รัฐบาลฝรั่งเศสส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน รัฐบาลฝรั่งเศสจึงออกรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1951 เพื่อส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน นาง Kirkwood จึงขอให้สภาแห่งรัฐพิภกอนรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว โดยยกประเด็นขึ้นกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดอนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับประเทศอเมริกา ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1909 (พ.ศ. 2452) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่ได้รับความเห็นชอบโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1909 (พ.ศ. 2452) และประกาศใช้บังคับโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1911 (พ.ศ. 2454) คดีดังกล่าวจึงมีประเด็นปัญหาว่านาง Kirkwood จะสามารถฟ้องโต้แย้งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1951 (พ.ศ. 2494) เพื่อส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนโดยถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่เกินอำนาจเนื่องจากเป็นการขัดหรือแย้งกับอนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับประเทศอเมริกา ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1909 (พ.ศ. 2452) ได้หรือไม่ สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นฟ้องคดีขอให้มีการพิภกอนรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เนื่องจากการออกรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1951 (พ.ศ. 2494) เพื่อส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนเป็นการกระทำที่แยกออกจากปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของฝรั่งเศส จึงเป็นการฟ้องโต้แย้งการกระทำทางปกครอง อันเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่สภาแห่งรัฐรับไว้พิจารณาได้ อ้างถึงใน Jean-François Lachaume, *Les Grandes Décisions de la Jurisprudence : Droit Administratif*, 6 edition (Presses Universitaires De France, 1991), pp. 40-44.

กล่าวคือ บทบัญญัติในมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ผลสัมบูรณ์ของสนธิสัญญาขึ้นอยู่กับการประกาศใช้สนธิสัญญา และเมื่อมีการประกาศใช้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่มีปัญหาความขัดแย้งระหว่างสนธิสัญญากับรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาอาจจะมีลำดับชั้นสูงกว่ารัฐธรรมนูญได้ทั้งนี้ภายใต้ข้อสงวนที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องบังคับใช้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงนั้นเช่นเดียวกันที่เรียกว่าเป็นไปตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (reciprocity) ซึ่งหมายความว่า สนธิสัญญาจะมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสก็ต่อเมื่อรัฐคู่สัญญานั้นยอมใช้บังคับสนธิสัญญานั้นให้มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา ฝรั่งเศสจึงจะยอมใช้บังคับสนธิสัญญาให้มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายในของตนด้วย หากรัฐคู่สัญญาไม่ยอมใช้บังคับสนธิสัญญานั้นเหนือกฎหมายภายในของตน ฝรั่งเศสก็จะไม่ถือว่าสนธิสัญญานั้นอยู่เหนือกฎหมายภายในของตนเช่นกัน กรณีจึงเป็นไปได้ว่าสนธิสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอาจมีลำดับชั้นที่สูงกว่าหรือเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ได้ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น⁸ ตัวอย่างเช่น ในคดี Nicolo ลงวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) โดยสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกกฎโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หากกฎมีข้อความขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญา สภาแห่งรัฐก็จะตัดสินว่ากฎนั้นขัดหรือแย้งต่อสนธิสัญญาซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาต่อไป⁹

แต่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่าสนธิสัญญามีได้มีลำดับชั้นที่ดีกว่ารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ดังกรณีที่สภาแห่งรัฐปฏิเสธที่จะใช้บังคับสนธิสัญญาที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี Koné ลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 (พ.ศ. 2539) โดยสภาแห่งรัฐปฏิเสธที่จะใช้บังคับสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญที่กำหนดห้ามมิให้

⁸ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 131.

⁹ Bernard Stim, *Les sources constitutionnelles du droit administrative*, Introduction au droit public, 3 édition (Paris : L.G.D.J., 1999), pp. 21,32. และ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2547), หน้า 84-85.



มีการขอสงฆ์ผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมือง ต่อมาในปี ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2541) สภาแห่งรัฐได้ยืนยันถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีอยู่เหนือสนธิสัญญาไว้ในคดี Sarran et Levacher ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2541) โดยประกาศไว้ชัดว่าลำดับชั้นของสนธิสัญญาที่มีอยู่เหนือกฎหมายภายในตามบทบัญญัติในมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) นั้นมีอำนาจนำมาอ้างได้ว่าสนธิสัญญาจะมีลำดับชั้นที่อยู่สูงกว่ารัฐธรรมนูญด้วย เพราะมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญนี้บ่งชี้แต่เพียงว่าสนธิสัญญาที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายใน แต่หลักการนี้จะใช้บังคับมิได้หากกฎหมายภายในเป็นบทบัญญัติที่มีสภาพเป็นรัฐธรรมนูญ¹⁰

อย่างไรก็ดี ในบางประเทศเห็นว่าเมื่อสนธิสัญญาได้รับการนำมาเข้ามาอยู่ในระบบกฎหมายภายในของรัฐแล้วจะมีค่าบังคับเท่าเทียมกับกฎหมายภายในเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกานั้นประกอบด้วยมลรัฐเป็นจำนวนมาก จึงเป็นไปได้ว่าการทำสนธิสัญญาของรัฐบาลแห่งสหพันธ์อาจมีผลเป็นการขัดหรือแย้งกับกฎหมายของมลรัฐได้

ตามบทบัญญัติในมาตรา 6 วรรคสองของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา บัญญัติว่า “...ให้บรรดาสนธิสัญญาที่ปวงซึ่งได้ทำหรือที่จะทำด้วยอำนาจของสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดินและผู้พิพากษาแห่งมลรัฐทุกมลรัฐจะต้องผูกพันตามสนธิสัญญาเหล่านั้นแม้ว่าจะมีกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญของมลรัฐใดๆ บัญญัติเป็นประการอื่นก็ตาม”

ในทางปฏิบัตินั้น ศาลสูงเห็นว่าสนธิสัญญาที่กลายเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดินและอยู่เหนือกฎหมายภายในอื่นๆ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น หมายความว่าเฉพาะสนธิสัญญาที่มีผลบังคับในตัวเอง (self-executing treaty) เท่านั้น¹¹ โดยวางหลักไว้ว่าหากสนธิสัญญาที่รัฐบาลแห่งสหพันธ์ได้ทำขึ้นนั้นเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับในตัวเองแล้ว สนธิสัญญานั้นถือเป็นกฎหมายของรัฐที่อยู่ในลำดับสูงกว่า

¹⁰ René Chapus, *Droit administratif general Tome 1*, 14 édition (Montchrestien, 2000), pp. 137.

¹¹ Frederic L. Kirgis. “International Agreements and U.S.Law.”

<<http://www.asil.org/insights/insigh10.htm>>, May 2007.

กฎหมายทั้งหลายของมลรัฐและสูงกว่ารัฐธรรมนูญของมลรัฐ โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายเหล่านั้นจะตราขึ้นก่อนหรือหลังการทำสนธิสัญญา¹² อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาที่มีผลบังคับในตัวเองยังคงมีลำดับชั้นเดียวกับรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นโดยสภาองเกรสส์โดยศาลสูงยอมรับว่าสนธิสัญญาอาจอยู่เหนือกว่ารัฐบัญญัติของสภาได้ก็แต่เฉพาะรัฐบัญญัติซึ่งตราขึ้นใช้บังคับก่อนเท่านั้นซึ่งหมายความว่าสภาองเกรสส์อาจตรารัฐบัญญัติขึ้นในภายหลังเพื่อยกเลิกบทบัญญัติของสนธิสัญญาในเรื่องเดียวกันได้¹³ ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญาที่มีผลบังคับในตัวเองกับรัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นไปตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า ส่วนสนธิสัญญาที่ไม่มีผลบังคับในตัวเองนั้นจะยังไม่มีผลผูกพันศาลสูงจนกว่าสภาองเกรสส์จะตรากฎหมายรองรับ ในทางปฏิบัตินั้นศาลจึงพยายามตีความกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเพื่อให้สอดคล้องของสนธิสัญญามากที่สุด ในกรณีที่สนธิสัญญาขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในศาลสูงย่อมถือตามกฎหมายภายในเสมอ¹⁴

3.1.1.2 ทฤษฎีทวินิยม (Dualism Theory)

ตามแนวคิดของนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีทวินิยมนั้นเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในมิได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดต่อกันหากแต่มีการแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด ซึ่งนักกฎหมายคนสำคัญเช่น Anzilotti และ Cavaglieri ได้สนับสนุนแนวคิดนี้ว่า¹⁵ เหตุที่ระบบกฎหมายทั้งสองมิได้อยู่รวมเป็นระบบเดียวกันเนื่องมาจากกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนั้นต่างมีบ่อเกิดและมีวัตถุประสงค์ของการใช้บังคับแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศเกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันระหว่างรัฐคู่สัญญาโดยมีวัตถุประสงค์มุ่งใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่านั้น แต่กฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงของรัฐหนึ่งๆ ซึ่งมุ่งหมายใช้บังคับกับพลเมืองภายในรัฐนั้นๆ เท่านั้น ดังนั้นหากจะให้สนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐได้ จะต้องมีการ

¹² Meduxnekeag River Basin Case, 155 Me.141 (1959) อ้างถึงใน นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 120.

¹³ คดี Tag v. Rogers, 664 (1959), เพิ่งอ้าง, หน้า 120.

¹⁴ วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, หน้า 64.

¹⁵ อุทฤษ มงคลนาวิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, หน้า 41-42.



ผ่านขั้นตอนบางประการ ซึ่งเป็นการแสดงเจตจำนงของรัฐที่ต้องการให้สนธิสัญญาเข้ามา มีผลใช้บังคับ เช่น วิธีการผนวก (incorporation) วิธีการแปลงรูป (transformation) ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

สำหรับผลบังคับและลำดับชั้นของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายในซึ่งถือตามแนวคิดแบบทวีนิยมนั้น ต้องพิจารณาจากรูปแบบของกฎหมาย ซึ่งแปลงรูปของสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายของรัฐเป็นสำคัญ ด้วยเหตุที่สนธิสัญญามีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมายแปลงรูปจึงทำให้การใช้และการตีความตลอดจนการสิ้นสุดบังคับของหนังสือสัญญาเป็นไปตามกฎหมายภายในทุกประการ ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นสิ้นสุดลงหรือเป็นอันระงับตามกฎหมายระหว่างประเทศย่อมไม่มีผลต่อกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาแต่อย่างใด กฎหมายเหล่านั้นยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป จนกว่าจะมีการยกเลิกตามกระบวนการภายในรัฐนั่นเอง ซึ่งเป็นทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย เป็นต้น ตัวอย่างเช่น ในระบบกฎหมายเยอรมัน การนำบทบัญญัติแห่ง

สนธิสัญญาเข้ามาสู่ระบบกฎหมายภายในโดยผ่านกฎหมายรองรับสนธิสัญญานี้ทำให้ผลบังคับและลำดับชั้นของสนธิสัญญาเป็นไปตามสถานะของกฎหมายของสหพันธ์ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สนธิสัญญามีลำดับชั้นเทียบเท่ากับรัฐบัญญัติของสหพันธ์และอยู่ในลำดับชั้นดีกว่ากฎหมายของมลรัฐ อย่างไรก็ตามหากการตรากฎหมายรองรับสนธิสัญญานั้นอยู่ในรูปของกฎหมายของมลรัฐแล้ว กฎหมายรองรับสนธิสัญญาจะยังมีลำดับชั้นต่ำกว่ารัฐบัญญัติของสหพันธ์¹⁶ เมื่อสนธิสัญญา มีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมายของสหพันธ์ ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญากับกฎหมายในลำดับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญจึงเป็นไปตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า (lex posterior derogate legi priori)

อย่างไรก็ดี มีนักนิติศาสตร์บางท่าน¹⁷ เห็นว่าหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่านั้นจะใช้กับสนธิสัญญาประเภทที่เป็นสัญญา (Rechtsgeschäft)

¹⁶ Jochen ABR.Frowein and Michael J.Hahn, "The Participation of Parliament in the Treaty Process in the Federal Republic of Germany" in *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties : A Comparative Study*, (London : Martinus Nijhoff ,1994), pp. 67-68.

¹⁷ Kaufmann, *Traité international et loi interne*, Der Staat in der Rechtsgemeinschaft der Volher, vol III, 1960, นพนิธิ แสงสุริยะ, **อ้างแล้ว** **เชิงอรรถที่ 12**, หน้า 131.

ซึ่งเป็นการตั้งเงื่อนไขที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกันแล้วเท่านั้น เพราะเหตุว่าสนธิสัญญาประเภทนี้จะ เป็นกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อมีการรับเข้ามาด้วยการออกกฎหมายสหพันธรัฐรองรับ สนธิสัญญาตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 59(2) ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะส่งผลทำให้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายรองรับสนธิสัญญาหรือรัฐบัญญัติที่เกิดขึ้นภายหลังก่อมีค่าบังคับเหนือกว่าตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าโดยแนวคิดนี้ถือว่าเป็นที่ยอมรับของศาลและนักกฎหมายในเยอรมันด้วย

แต่ถ้าสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (Rechtsetzen) อันเป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศหรือเป็นการประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว เมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญแล้ว น่าจะต้องถือว่า มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายใน¹⁸

3.1.2 การประสานให้สนธิสัญญากับกฎหมายภายในสอดคล้องกัน

โดยหลักทั่วไปของการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ภายหลังจากรัฐได้แสดงเจตนาเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการทำสนธิสัญญาที่รัฐต้องกลับมาดำเนินการภายในรัฐคือ รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาด้วยการทำให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศ¹⁹ ส่วนกระบวนการทำให้สนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศจะเป็นเช่นไรย่อมเป็นเรื่องภายในของประเทศนั้นๆ ซึ่งวิธีการรับเอาสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้²⁰

¹⁸ เห่งอ้าง, หน้าเดียวกัน

¹⁹ กระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไปมีอยู่ 10 ขั้นตอนซึ่งอาจแยกพิจารณาออกเป็นสองระดับที่มีความสัมพันธ์กันคือ กระบวนการในระดับระหว่างประเทศและกระบวนการระดับภายในประเทศ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เศษฐสมัน, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาทำความตกลงการค้าเสรี, (กรุงเทพมหานคร : เสนอต่อ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2549), หน้า 14-24.

²⁰ อารยา สุขสม, “กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญากับปัญหาการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย,” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551. หน้า 73-81.



3.1.2.1 การผนวกสนธิสัญญาให้เข้ามามีผลใช้บังคับโดยองค์กรตุลาการ

การผนวก (incorporation) เป็นวิธีการที่มีความคล้ายคลึงกับการยอมรับสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน (adoption) ตามแนวคิดแบบเอกนิยม กล่าวคือ สนธิสัญญาที่เข้ามามีผลบังคับใช้ภายในประเทศจะไม่มี การเปลี่ยนแปลงลักษณะจากการเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายใน แต่สนธิสัญญาจะถูกผนวกให้เข้ามามีผลใช้บังคับเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นการมีผลใช้บังคับ การตีความ หรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญาจึงเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ วิธีการนี้เริ่มต้นครั้งแรกในประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ โดยยอมรับว่าผู้พิพากษาสามารถสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (judge made law) ขึ้นมาได้ ดังนั้น ผู้พิพากษาของประเทศอังกฤษจึงสามารถนำเอาสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาใช้ได้โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งว่าสนธิสัญญาจะถูกรับรู้โดยรัฐเสียก่อน แต่วิธีการรับเช่นนี้ก็มิใช่ข้อจำกัดอยู่ว่าสนธิสัญญานั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์ที่มีอยู่แล้ว ตามกฎหมายภายในด้วย นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่า การมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาโดยวิธีการผนวกนั้นมิได้เปลี่ยนลักษณะความเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในแต่อย่างใด ดังนั้นจึงไม่ทำให้เกิดปัญหาเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย²¹ แต่สนธิสัญญาจะถูกผนวกให้เข้ามามีผลใช้บังคับเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายในโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งว่าสนธิสัญญาจะถูกรับรู้โดยรัฐเสียก่อน กล่าวอีกหนึ่งคือ สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้โดยที่รัฐสภาไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อรองรับสนธิสัญญา ดังกล่าว เช่น ศาลสูงออสเตรเลียยอมรับว่าคนต่างด้าวสามารถอ้าง “หลักการยึดถือประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533) (Convention on the Rights of the Child : CRC)²² มาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ โดยที่รัฐสภายังไม่ออกกฎหมายภายในมาอนุวัติการตามอนุสัญญานี้ก็ทำตามเท่ากับเป็นการผนวก

²¹ นพนิติ สุริยะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, หน้า 103-105.

²² Joachim Wolf, The Concept of the “Best Interest” in Term of the UN Convention on the Rights of the Child, in The Ideologies of Children’s Rights ed. Michael Freeman and Phillip Veerman (Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1992), pp. 129, 132.

สนธิสัญญาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในซึ่งเป็นวิธีหนึ่งของการสร้างหลักกฎหมายโดยผู้พิพากษา(judge made law) อันเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

3.1.2.2 การรับสนธิสัญญาเข้ามาโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

การรับสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน (Adoption) โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เป็นวิธีการที่ยอมรับเอาสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้ามามีผลใช้บังคับในประเทศได้โดยตรงทั้งนี้กันไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น สนธิสัญญานั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยถูกต้อง หรือจะต้องมีการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาโดยถูกต้องเสียก่อน หากฝ่ายบริหารได้ทำสนธิสัญญาเป็นไปตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้วสนธิสัญญาเหล่านั้นจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้โดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายมารองรับอีกซึ่งวิธีการดังกล่าวมีผลเป็นการกำหนดระบบกฎหมายของประเทศในขณะเดียวกัน ตัวอย่างเช่น มาตรา 6 วรรคสองของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1987 (พ.ศ. 2530) และ มาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2501) ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้ว

3.1.2.3 การออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญา

การประสานให้สนธิสัญญามีความสอดคล้องกับกฎหมายภายในอีกวิธีหนึ่งคือ การแปลงรูปสนธิสัญญา (transformation) ซึ่งอาจทำได้โดยการประกาศใช้ (promulgation) อย่างเป็นทางการเช่นเดียวกับการประกาศใช้กฎหมาย เพื่อให้รับรู้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเรื่องใดเรื่องหนึ่งมีผลใช้บังคับภายในประเทศ ซึ่งส่วนมากจะเป็นการประกาศรับสนธิสัญญา (promulgation of treaty) นอกจากนี้วิธีการแปลงรูปยังสามารถกระทำได้โดยการออกกฎหมาย (legislative act) รองรับผลบังคับของสนธิสัญญา ซึ่งเป็นวิธีที่ประเทศในระบบทวินิยมส่วนใหญ่เลือกใช้ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย เป็นต้น

ตามกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน กำหนดให้การทำสนธิสัญญาของประธานาธิบดีต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาในรูปของการตรารัฐบัญญัติของสหพันธ์ ซึ่งกฎหมายรองรับสนธิสัญญานับนั้นนอกจากจะมีผลเป็นการมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ยังมีผลเป็นการแปลงรูปสนธิสัญญาเข้ามามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐในขณะเดียวกันด้วย ดังนั้น ในระบบ



กฎหมายเยอรมัน สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้โดยผ่านกฎหมายรองรับสนธิสัญญานั้น

เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยมิได้กำหนดกระบวนการทำสนธิสัญญาให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง แต่หากพิจารณาจากมาตรา 190²³ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กล่าวถึง “หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” แสดงว่าหนังสือสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีการออก

²³ บทบัญญัติมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า

“มาตรา 190 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอการขอการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสมและเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุน อย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มิมีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154(1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

พระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา ในเรื่องนี้นักกฎหมายไทยบางท่านได้อธิบายไว้ว่า “...ศาลยุติธรรมของเราไม่ได้ถือว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมาย ถ้าจะใช้บังคับเป็นอย่างกฎหมายได้ก็ต้องมีการออกกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามหนังสือสัญญานั้นเสียก่อน ฉะนั้นจึงอนุมานได้ว่าเราถือว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นเรื่องผูกพันระหว่างรัฐต่อรัฐเท่านั้น ถ้าจะใช้บังคับแก่พลเมือง ก็จะต้องออกกฎหมายภายในสนับสนุน”²⁴ จึงกล่าวได้ว่าประเทศไทยถือตามระบบทวินิยม (dualism) อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากมาตรา 190 วรรคหนึ่งประกอบวรรคสองแล้วจะเห็นว่าการทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ อาจแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่ม คือ

กลุ่มแรก สนธิสัญญาที่ไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งซึ่งเป็นหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจทำได้โดยอิสระ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นว่าฝ่ายบริหารสามารถทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศได้โดยอิสระและฝ่ายบริหารไม่ดำเนินการให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาอีกเนื่องจากเนื้อหาของหนังสือสัญญามุ่งหมายผูกพันเฉพาะฝ่ายบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติซึ่งฝ่ายบริหารมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ อยู่แล้ว เช่น อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา กฎระเบียบหรือข้อบังคับต่างๆ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา มีข้อสังเกตว่า คำว่า “สัญญาอื่น” นั้นหมายความถึงหนังสือสัญญาซึ่งมิใช่หนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และมีใช่หนังสือสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญด้วย²⁵ เช่น ต้องไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือสร้างภาระหน้าที่หรือลดรอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

²⁴ ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เล่ม 2, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), หน้า 257-258.

²⁵ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เศษสุสมณ, อ้างแล้ว เขิงวรรคที่ 19, หน้า 68.



หรือไม่มีเงื่อนไขเป็นการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น เป็นต้น

ในทางปฏิบัติ เมื่อคณะรัฐมนตรีแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญาแล้ว หน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องจะนำหนังสือสัญญาดังกล่าวประกาศในราชกิจจานุเบกษาซึ่งจะทำให้หนังสือสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับภายในประเทศอย่างไรก็ดี การประกาศหนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษาถือเป็นอำนาจดุลพินิจของหน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องที่จะไม่ให้นำหนังสือสัญญาดังกล่าวประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเพียงแต่เผยแพร่ให้รู้ในหมู่ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติก็ได้ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติของหน่วยงานนั้นๆ และหนังสือสัญญานั้นไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน²⁶

กลุ่มที่สอง สนธิสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา กรณีนี้มีแนวปฏิบัติของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2526²⁷ ได้กำหนดหลักการไว้ว่าในกรณีการทำหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญา ให้เสนอร่างหนังสือสัญญาดังกล่าวนั้นต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบก่อน เมื่อรัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาดังกล่าวนั้นแล้วจึงค่อยเสนอร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญานั้นต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามลำดับ

ทางปฏิบัติของการจัดเตรียมร่างพระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีต้องเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับนั้น อาจแบ่งออกได้เป็นสองรูปแบบคือ²⁸

รูปแบบแรก เป็นการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาดังกล่าวฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นการเฉพาะซึ่งอาจมีหนังสือสัญญาแนบท้ายพระราชบัญญัตินั้นไว้หรือไม่ก็ได้ตัวอย่างเช่น การตราพระราชบัญญัติคุ้มครอง

²⁶ มนตรี กิตติวิงษ์ชัย, “การจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไทย”, ใน www.mfa.go.th ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2546

²⁷ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นร.0203/18295 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2526.

²⁸ สมบูรณ์ เสี่ยงมนูตร, “ขั้นตอนการออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญา”, **สารานุกรม**, ฉบับที่ระลึก ปีที่ 34, หน้า 149-150, 10 (กุมภาพันธ์, 2527), นพนิติ แสงสุริยะ, **อ้างแล้ว** *เชิงอรรถ*ที่ 25, หน้า 169.

การดำเนินงานของสหประชาชาติ และทบวงการชำนัญพิเศษ พ.ศ. 2504 เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติซึ่งไทยได้ทำความตกลงกับสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2498 และอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของทบวงการชำนัญพิเศษ ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 เป็นต้นหรืออาจเป็นกรณีที่ไม่มีตัวหนังสือสัญญาแนบท้ายร่างพระราชบัญญัติก็ได้เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การโทรคมนาคมทางดาวเทียมระหว่างประเทศ พ.ศ. 2524 เป็นต้น หรืออาจเป็นการออกพระราชบัญญัติโดยแปลง (transformation) เนื้อหาของหนังสือสัญญาทั้งหมดมาเป็นถ้อยคำในภาษาไทย และนำมาเรียบเรียงโดยเขียนและจัดลำดับให้สอดคล้องกับรูปแบบการบัญญัติในพระราชบัญญัติไทย ซึ่งท้ายพระราชบัญญัตินั้นจะอธิบายว่าเหตุใดจึงต้องออกกฎหมายฉบับนี้ เช่น การตราพระราชบัญญัติอนุวัติการตามบันทึกความเข้าใจซึ่งมีผลเป็นการก่อตั้งองค์การร่วมไทย-มาเลเซีย เพื่อการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมร่วมกันในบริเวณพื้นที่ที่พัฒนาร่วม (Joint Development Area) เป็นต้น

รูปแบบที่สอง เป็นการออกพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าหลายฉบับซึ่งอาจเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต ซึ่งอาจเป็นกรณีการตราพระราชบัญญัติซึ่งรองรับหนังสือสัญญาให้เข้ามามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้โดยตรงทั้งฉบับ เช่น มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 บัญญัติไว้ว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่บรรดาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกรุงสยาม เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับข้อความในสัญญา อนุสัญญา ความตกลงกับรัฐบาลต่างประเทศ หรือในประกาศพระบรมราชโองการที่ได้ออกเกี่ยวกับสัญญา อนุสัญญาและความตกลงนั้นๆ”

นอกจากนี้อาจเป็นกรณีการตราพระราชบัญญัติซึ่งมีการแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับพันธกรณีในหนังสือสัญญาเพียงบางส่วนมิใช่รองรับหนังสือสัญญาทั้งฉบับ เช่น มาตรา 11 ววรรคสองของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าหากคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นไปตามที่กำหนดในอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ให้ถือว่าคำขอดังกล่าวเป็นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้”



มีข้อสังเกตว่า แม้รัฐธรรมนูญไทยจะมีได้มีบทบัญญัติกำหนดขั้นตอนการทำให้หนังสือสัญญา มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐไว้โดยชัดเจน แต่หากเป็นกรณีของการทำสนธิสัญญาที่มีความสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว²⁹ การที่รัฐสภาจะตราพระราชบัญญัติรองรับสนธิสัญญาได้ ฝ่ายบริหารจะต้องนำร่างสนธิสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยถูกต้องแล้วเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ฝ่ายบริหารจะต้องนำร่างสนธิสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้งก่อนที่จะเสนอร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณา แม้ว่าสนธิสัญญานั้นจะมีกฎหมายรองรับสนธิสัญญาอยู่แล้ว เนื่องจากขั้นตอนการขอความเห็นชอบและขั้นตอนการออกกฎหมายเพื่อรองรับสนธิสัญญาเป็นคนละขั้นตอนอย่างชัดเจน ด้วยเหตุผลที่ว่า

- ในแง่ของวัตถุประสงค์ในการพิจารณานั้น การพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาเป็นกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้าร่วมกับฝ่ายบริหารในการตัดสินใจว่าควรผูกพันตามร่างหนังสือสัญญาฉบับนั้นหรือไม่ ในขณะที่กระบวนการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญานั้น ถือเป็นขั้นตอนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการแปลงสภาพความเป็นกฎหมายระหว่างประเทศของหนังสือสัญญาเป็นกฎหมายภายในของรัฐตามแนวคิดแบบทวินิยมซึ่งเป็นเรื่องของการทำให้หนังสือสัญญา มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐ ภายหลังจากที่รัฐสภาเห็นชอบกับร่างหนังสือสัญญาฉบับนั้นไปแล้ว

- ในแง่ของวิธีการดำเนินการพิจารณานั้นก็มีความแตกต่างกัน โดยการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญานั้น ย่อมต้องกระทำโดยอาศัยที่ประชุมร่วมของรัฐสภา ส่วนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญาจะใช้กระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติทั่วไปซึ่งจะต้องแยกพิจารณาในแต่ละสภาไปโดยจะเริ่มต้นการพิจารณาที่สภาผู้แทนราษฎรก่อน

²⁹ บทบัญญัติมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “...หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว...”

- ในแง่ของวัตถุประสงค์ในการพิจารณานั้นก็มีความแตกต่างกัน โดยการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญานั้น วัตถุประสงค์ในการพิจารณาของรัฐสภา คือ ร่างหนังสือสัญญาฉบับนั้นๆ ส่วนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญา วัตถุประสงค์ในการพิจารณาคือร่างพระราชบัญญัติที่มีเนื้อความรองรับความมีผลบังคับของหนังสือสัญญา ส่วนร่างหนังสือสัญญาแม้จะมีการเสนอร่วมเข้าไปด้วย ก็เป็นเพียงเอกสารประกอบการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น

เมื่อฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ฝ่ายบริหารยังมีหน้าที่ต้องนำสนธิสัญญามาประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้เพื่อให้มีผลผูกพันประชาชนและองค์กรของรัฐต่างๆ ซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสนธิสัญญา เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยมิได้มีบทบัญญัติกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องนำหนังสือสัญญาไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาจึงมีปัญหาว่าฝ่ายบริหารต้องนำหนังสือสัญญามาประกาศในราชกิจจานุเบกษาอีกหรือไม่ ซึ่งมีความเห็นแบ่งออกเป็นออกสองแนวทางคือ

แนวทางแรก เห็นว่าเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารซึ่งหน่วยงานที่รับผิดชอบในการประกาศใช้หนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษาคือ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ในทางปฏิบัตินั้นหน่วยงานดังกล่าวจะคัดเลือกตีพิมพ์เฉพาะสนธิสัญญาที่สำคัญเท่านั้นมิใช่ทั้งหมด³⁰ หนังสือสัญญาที่มีความสำคัญ เช่น หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือหน้าที่ของประชาชน หรือหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา³¹

แนวทางที่สอง เห็นว่าหากเป็นหนังสือสัญญาซึ่งไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา แต่ฝ่ายบริหารเห็นว่าเป็นหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญหรือในกรณีที่เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ทั้งสองกรณีนี้ฝ่ายบริหารต้องนำหนังสือสัญญามาประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเสมอ³²

³⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 178.

³¹ มนตรี กิตติวัจชัย, *อ้างแล้ว เิงอรธที่ 26*.

³² จาตุรนต์ ธิระวัฒน์, “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย.” *วารสารนิติศาสตร์*. ฉบับที่ 3. ปีที่ 26 (กันยายน 2539) หน้า 625.



อย่างไรก็ดี หากหน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องเห็นว่าหนังสือสัญญานั้นมิได้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ หน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องอาจจะไม่นำหนังสือสัญญาดังกล่าวประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเพียงแต่เผยแพร่ให้รู้ในหมู่ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติของหน่วยงานนั้นๆ และหนังสือสัญญานั้นไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน³³

กล่าวโดยสรุปคือ สนธิสัญญาจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายไทย ก็ต่อเมื่อฝ่ายบริหารได้ดำเนินการตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. หนังสือสัญญาจะต้องทำขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ

ข. ในกรณีที่เป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องชี้แจงข้อมูลเกี่ยวกับร่างหนังสือสัญญาและต้องนำกรอบการเจรจาและร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้ง นอกจากนี้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามประชาชนตามมาตรา 190 วรรคสามถึงวรรคสี่เสมอ

ค. การมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของหนังสือสัญญาจะต้องมีการออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาทุกครั้งซึ่งอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าซึ่งในทางปฏิบัติของไทยปรากฏว่าบางกรณีฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อทำให้พันธกรณีในหนังสือสัญญาในเรื่องนั้นๆ มีผลใช้บังคับภายในประเทศด้วย

ง. กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาต้องได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนและองค์กรของรัฐซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติกรให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา

3.1.3 สภาพปัญหาการขัดกันของสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน

โดยทั่วไปแล้ว ในประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมซึ่งถือว่าสนธิสัญญาไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้จนกว่าจะมีการออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญา ดังนั้น การพิจารณาผลบังคับและลำดับชั้นของสนธิสัญญาจึงต้องพิจารณาจากรูปแบบของกฎหมาย

³³ มন্ত্রী กิตติวิงษ์ชัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26.

ซึ่งแปลงรูปของสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายของรัฐเป็นสำคัญ ด้วยเหตุที่สนธิสัญญามีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมายแปลงรูปจึงทำให้การใช้และการตีความตลอดจนการตีผลบังคับของหนังสือสัญญาเป็นไปตามกฎหมายภายในทุกประการ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศไทยแล้วจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดสถานะและลำดับชั้นของสนธิสัญญาไว้ในระบบกฎหมาย แต่หากพิจารณาจากทางปฏิบัติของศาลยุติธรรมไทยซึ่งถือปฏิบัติกันตลอดมาว่า ลำพังเพียงแต่การประกาศใช้สนธิสัญญาในราชกิจจานุเบกษานั้น ไม่มีผลทำให้สนธิสัญญามีฐานะเป็นกฎหมายผูกพันเอกชนและศาลในฐานะเป็นองค์กรผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแต่อย่างใด แต่สนธิสัญญานั้นจะมีผลผูกพันเฉพาะในระดับรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเท่านั้น หากจะให้สนธิสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับเป็นกฎหมายผูกพันเอกชน และจะยกขึ้นเป็นข้ออ้างต่อศาลในฐานะเป็นกฎหมายได้ต้องมีการออกเป็นพระราชบัญญัติหรือกฎหมายในรูปอื่นๆ เพื่อให้การเป็นไปตามสนธิสัญญาเสียก่อน³⁴ ดังนั้น ลำดับชั้นของสนธิสัญญาไทยจึงเป็นไปตามกฎหมายภายในซึ่งออกมารองรับความมีผลของสนธิสัญญานั้นๆ ซึ่งได้แก่ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองต่างๆ โดยกฎหมายเหล่านี้จะต้องมีความสอดคล้องกับกฎหมายภายในอื่นๆ ในปริมิตแห่งกฎหมายตามหลักว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมายแห่งรัฐด้วย ในกรณีที่กฎหมายรองรับความมีผลของสนธิสัญญามีลำดับชั้นเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ และรัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่ที่ออกมาภายหลังซึ่งมีเนื้อความในเรื่องเดียวกัน จึงเป็นปัญหาขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายที่ออกก่อนกับกฎหมายที่ออกทีหลัง ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายของศาลย่อมเป็นไปตามหลักที่ว่า³⁵

- กฎหมายในเรื่องเดียวกันที่ออกทีหลังจะใช้แทนกฎหมายที่ออกก่อน (L.Lex posteriori priori derogat)

- ระหว่างกฎหมายพิเศษกับกฎหมายทั่วไป กฎหมายพิเศษย่อมยกเว้นกฎหมายทั่วไป (L. Lex specialis generali daerogant)

³⁴ อรุณ ภาณุพงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชาสนธิสัญญา, ชั้นปริญญาโททางการทูต คณะรัฐศาสตร์ ประจำปีการศึกษา พ.ศ. 2506, หน้าพิเศษ 2

³⁵ อรุณ ภาณุพงศ์, "การตีความกฎหมาย", วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 26 ฉบับที่ 3 กันยายน 2539, หน้า 565.



- กฎหมายทั่วไปที่ออกภายหลังกฎหมายพิเศษ ไม่ทำให้กฎหมายพิเศษเสียไป (L.Generalia specialibus non derogant)

การที่รัฐสภาตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในภายหลังซึ่งมีข้อความที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาที่ตราขึ้นใช้บังคับก่อนนั้น ส่งผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาในเรื่องนั้นไม่มีผลใช้บังคับ แม้กรณีดังกล่าวจะเป็นเรื่องภายในของประเทศนั้นๆ แต่ประเทศเหล่านี้คงมีความผูกพันตามสนธิสัญญาที่ทำไว้กับประเทศอื่นๆ ในฐานะเป็นรัฐภาคีคู่สัญญา ด้วยเหตุนี้หากมีการออกกฎหมายภายในภายหลังแล้วมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญา ประเทศเหล่านี้จะอ้างกฎหมายภายในซึ่งออกใช้บังคับในภายหลังเพื่อยกเว้นหรือไม่ยอมปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนได้ทำไว้กับรัฐต่างประเทศไม่ได้ทั้งนี้เป็นไปตามหลักที่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt Servanda)³⁶ และรัฐจะอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของมาเป็นข้ออ้างในการปฏิบัติตามสนธิสัญญามิได้³⁷ เว้นแต่กฎหมายภายในที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นเป็นกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่งและทำให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาและความตกลงนั้นขัดกับกฎหมายภายในที่มีความสำคัญดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง³⁸ รัฐคู่สัญญาจึงต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อรัฐอื่นซึ่งเป็นคู่สัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาและตามหลักความรับผิดชอบของรัฐ³⁹ ได้แก่

ประการแรก บังคับบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิดังกล่าวอาจมีสิทธิเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของตนให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตน (Diplomatic Protection)⁴⁰ ซึ่งเป็นกลไกของรัฐในการเยียวยาความเสียหายขึ้นแก่คนชาติของรัฐในต่างแดนกรณีที่รัฐภาคีคู่สัญญากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของสนธิสัญญาได้

³⁶ มาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512)

³⁷ มาตรา 27 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512)

³⁸ มาตรา 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512)

³⁹ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2548), หน้า 275.

⁴⁰ ลักคณา พบร่วมเย็น, "สิทธิตามสนธิสัญญาของเอกชนในศาลไทย", วิทยานพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546, หน้า 172-173.

โดยกลไกดังกล่าวนี้ ได้กำหนดเงื่อนไขว่าต้องเป็นกรณีที่ปัจเจกบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิ ตามสนธิสัญญาได้ถูกปฏิเสธสิทธิจากกระบวนการยุติธรรมทางศาล และปัจเจกบุคคล ได้เสียหายความเสียหายจนเสร็จสิ้นกระบวนการภายในรัฐแล้ว ปัจเจกบุคคลจึงสามารถ ร้องขอให้รัฐเจ้าของสัญชาติซึ่งเป็นคู่สัญญาดำเนินการให้ความคุ้มครองทางการทูต แก่ตนได้ ซึ่งหากรัฐเจ้าของสัญชาติพิจารณาแล้วเห็นว่าปัจเจกบุคคลดังกล่าวมีความ สัมพันธ์อันเป็นจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐเจ้าของสัญชาติ เช่น มีสัญชาติของรัฐนั้น รัฐเจ้าของ สัญชาติย่อมมีอำนาจดำเนินการทุกรูปแบบเพื่อให้ความคุ้มครองรักษามผลประโยชน์ของ คนชาติของตน โดยการดำเนินการเรียกร้องค่าเสียหายแทนเอกชนจากรัฐภาคีคู่สัญญา ซึ่งทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของสนธิสัญญา ซึ่งนั่นก็หมายความว่าหากประเทศไทยเป็น รัฐที่กระทำผิดสนธิสัญญาย่อมต้องดำเนินการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ปัจเจกบุคคลผู้ได้รับ สิทธิตามสนธิสัญญานั้นโดยผ่านทางรัฐเจ้าของสัญชาติของปัจเจกบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิ นั้นเอง

ประการที่สอง การกระทำของรัฐที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของหนังสือ สัญญา ย่อมทำให้รัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (state responsibility) ตามหลัก ความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งโดยปกติแล้วเมื่อรัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ รัฐจะต้อง ชดใช้ต่อความเสียหายซึ่งรัฐนั้นได้ก่อขึ้น ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ⁴¹ กล่าวคือ

- (1) เป็นการทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution) โดยรัฐที่กระทำผิดสนธิสัญญาอาจ ดำเนินการใดๆ ซึ่งเป็นการยกเลิกการกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของสนธิสัญญาก็ได้
- (2) ในกรณีที่พฤติการณ์ไม่เปิดช่องของรัฐที่กระทำผิดสนธิสัญญาดำเนินการใดๆ ที่เพื่อทำให้ กลับคืนสู่สภาพเดิมได้ รัฐก็อาจเลือกวิธีการชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงิน (indemnity) ซึ่งถือเป็นวิธีที่นิยมกันโดยทั่วไป โดยค่าเสียหายเป็นตัวเงินนี้ครอบคลุมถึงความเสียหาย ทั้งปวงซึ่งรัฐที่ได้รับความเสียหายได้รับรวมตลอดถึงความเสียหายที่เป็นผลตามมาด้วย
- (3) ในกรณีที่ไมอาจใช้วิธีการที่กล่าวมาแล้วได้ รัฐซึ่งทำผิดสนธิสัญญาอาจทำให้รัฐ ผู้เสียหายได้รับการพอใจ (satisfaction) ด้วยการส่งสาส์นแสดงความเสียใจอย่างเป็นทางการ หรือการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำผิดก็ได้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะ เป็นกรณีที่กระทบต่อศักดิ์ศรีหรือชื่อเสียงของรัฐ เป็นต้น

⁴¹ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 39, หน้า 332-333.



3.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับผู้ใช้และผู้ตีความกฎหมาย

3.2.1 ระบบ Common Law

ในระบบนี้เป็นที่เข้าใจและยอมรับกันอีกหลายชื่อไม่ว่าจะเป็นระบบจารีตธรรมเนียม ระบบกฎหมายแองโกลแซกซอน หรือระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งมีประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย อินเดีย และประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากการปกครองของประเทศอังกฤษ รวมทั้งการใช้ภาษาอังกฤษเป็นหลักด้วยที่ยึดถือตามระบบนี้ หลักกฎหมายทั่วไปของประเทศในระบบกฎหมายนี้จะเกิดจากการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า Supreme Court การทำคำวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีหรือที่เรียกว่า Case Law นี้ ศาลสูงจะเป็นผู้วางบรรทัดฐานจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อน หรือ Precedent และนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงทางคดีอย่างเดียวกันที่เกิดขึ้นในภายหลัง แม้ในปัจจุบันรัฐสภาจะตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรออกใช้บังคับ ที่เรียกว่า Act of Parliament หรือ Statute แต่ก็ไม่ใช้การนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาบัญญัติ แต่เป็นการออกกฎหมายเฉพาะเรื่องหรือเป็นเรื่องในทางเทคนิคเท่านั้น

สิ่งบ่งบอกที่ชัดเจนถึงลักษณะเด่นของระบบกฎหมาย Common Law นี้คือ ฐานะหรือความสำคัญของคำพิพากษาของศาลสูง รวมไปถึงการปฏิบัติหน้าที่ของศาลสูงเองด้วย ซึ่งในระบบนี้ ศาลสูงจะเป็นผู้วางหลักกฎหมายลงในคำพิพากษาที่ไม่ใช่เพียงแค่อธิบายหรือแปลกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นคุณสมบัติและความรู้ความสามารถของผู้พิพากษาศาลสูงในระบบนี้จึงเป็นสิ่งสำคัญ และโดยทั่วไป ผู้พิพากษาศาลสูงก็จะเป็นผู้มีชื่อเสียง มีประสบการณ์ในการทำงาน ตลอดจนเป็นที่ยอมรับนับถือของผู้คนในวงการต่างๆ ไม่เพียงในด้านกฎหมายเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากผลงานทางวิชาการและความเห็นทางกฎหมายของผู้พิพากษาศาลสูงหลายท่านทั้งจากฝั่งอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

ที่มาของอำนาจการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คดี **Madison v. Marbury** มูลเหตุของการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลสูงสหรัฐนั้นมาจากคดีประวัติศาสตร์ที่สำคัญของสหรัฐอเมริกาคดีหนึ่งนั่นคือ คดี **Marbury V. Madison** ที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1803⁴² (พ.ศ. 2346) โดยศาลฎีกาได้วางหลักว่า

⁴² คดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงว่า ในช่วงสุดท้ายของปี ค.ศ. 1800 ประธานาธิบดีจอห์น อัดัมส์ พ่ายแพ้การเลือกตั้งครั้งถัดไปให้แก่พรรคฝ่ายของโทมัส เจฟเฟอร์สัน ในต้นปี ค.ศ. 1801 (พ.ศ. 2344)

ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่สภาองเกรส Congress ตราขึ้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับไม่ได้ และการปฏิเสธรออำนาจนั้นเท่ากับทำลายรากฐานของรัฐธรรมนูญเอง การตัดสินเช่นนี้ทั้งๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนโดยตรง เท่ากับศาลฎีกาได้ให้ความหมายบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญว่า ศาลพิจารณาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ และนับแต่นั้นมาศาลก็ตีความรัฐธรรมนูญเรื่อยมา

จากประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาของการทำหน้าที่ของศาลสูงสหรัฐในการตีความรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้เพียงสั้นๆ ถ้าหากไม่มีศาลสูงสหรัฐคอยทำหน้าที่ปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับบทบัญญัติและสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย ปัญหาการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็จะเกิดมากขึ้น ยิ่งถ้าพิจารณาจากระบบกฎหมายแองโกลแซกซอนแล้ว ก็เห็นความสอดคล้องของระบบกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นเอกภาพของศาลและหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลต่างๆ ที่จะเป็นผู้ทำหน้าที่วางหลักกฎหมายเอาไว้เพื่อตัดสินในคดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกันซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากตัดสินไปแล้ว ดังนั้นบทบาทของศาลสูงสหรัฐจึงเหมาะสมกับสภาพของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างละเอียด แต่สามารถปรับให้เข้ากับยุคสมัยได้ ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามาตั้งแต่ต้นที่ต้องการให้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาสสามารถปรับเปลี่ยนแปลงได้ อันจะทำให้มีความทันสมัยอยู่เสมอ

ประธานาธิบดีอดัมส์พยายามแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงและผู้พิพากษาศาลต่างๆ หลายคนเพื่อหาดุลอำนาจให้แก่ฝ่ายตน การแต่งตั้งผู้พิพากษากลุ่มหนึ่งได้รับความนิยมชอบจากวุฒิสภาในวันสุดท้ายในตำแหน่งของประธานาธิบดีอดัมส์ จนมีคำกล่าวมาจนบัดนี้ว่าผู้พิพากษากลุ่มนั้นเป็นผู้พิพากษาตอนเที่ยงคืน (midnight judges) จอห์น มาร์แชลเองในขณะนั้นก็ได้รับแต่งตั้งเป็นประธานศาลสูงสหรัฐ แต่ยังรักษาการตำแหน่งรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ และโดยตำแหน่งนี้มาร์แชลเป็นผู้ซึ่งจะได้นำคำสั่งแต่งตั้งผู้พิพากษาเหล่านั้นส่งออกไป แต่ปรากฏว่าไม่สามารถส่งออกไปได้ทั้งหมดในคืนสุดท้ายนั้นและต้องนำคำสั่งบางส่วนมาคืนให้กับมาร์แชล วันรุ่งขึ้นเมื่อประธานาธิบดีเจฟเฟอร์สันเข้ารับตำแหน่งก็แต่งตั้งให้ เจมส์ เมดิสัน เป็นรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ เมดิสันไม่เห็นชอบในการกระทำเช่นนั้นจึงไม่ยอมส่งคำสั่งแต่งตั้งออกไป วิลเลียม มาร์เบอร์ ผู้ซึ่งตามคำสั่งจะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาคณะหนึ่ง (Justice of the peace) จึงฟ้องต่อศาลสูงสหรัฐอเมริกาขอให้บังคับให้เมดิสันส่งคำสั่งแต่งตั้งไปให้โดยอำนาจการออกหมายบังคับ (mandamus)



อาจกล่าวได้ว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ได้รับอิทธิพลและผ่านการศึกษาและมีลักษณะเฉพาะหลายประการ นับตั้งแต่ความคิดในเรื่องสิทธิธรรมชาติของนักปรัชญาการเมืองต่างๆ มาบัญญัติไว้ในลักษณะกฎหมายลายลักษณ์อักษรคือรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกของโลก นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ยังมีความยืดหยุ่นสามารถปรับตัวให้ทันสมัยเข้ากับสภาพแห่งยุคสมัย โดยการทำหน้าที่ของศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ความสำเร็จของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้ มีสาเหตุมาจากการที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ออกแบบโครงสร้างให้สอดคล้องวัฒนธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีความรู้สึกหวงแหนในสิทธิเสรีภาพของตนเองในระดับที่สูงมากกว่าประเทศอื่น แต่สังคมอเมริกันก็ต้องผ่านการต่อสู้ทางความคิดในเรื่องสิทธิเสรีภาพมาอย่างโชกโชนเช่นกัน โดยเฉพาะปัญหาความเสมอภาคของคนที่มีสีผิวต่างกัน ผ่านสงครามกลางเมืองระหว่างเหนือและใต้ ซึ่งอาศัยเวลาเป็นร้อยปีและยังไม่สามารถพูดได้ว่าการต่อสู้เพื่อความเสมอภาคนั้นหมดสิ้นไป ในอนาคตอาจจะมีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นอีกหลังเหตุการณ์ 11 กันยายน หรือ 9/11 ที่มีประเด็นถกเถียงถึงสิทธิในการมีอาวุธในครอบครองของประชาชน ก็คงเป็นสิ่งที่ต้องเฝ้าติดตามกันต่อไปในอนาคต

ปัญหาในการทำหน้าที่ของศาลสูงที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีความรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้มีข้อถกเถียงกันอยู่มากในหมู่นักวิชาการของสหรัฐอเมริกา ถึงความเหมาะสมในการทำหน้าที่ดังกล่าวและในทางประวัติศาสตร์ก็เคยเกิดปัญหาสร้างคามไม่พอใจให้กับประธานาธิบดีหลายท่าน ในการทำหน้าที่ของศาลสูงจากฝ่ายบริหาร เช่น ในกรณีของโครงการนิวดีล (New Deal) ของประธานาธิบดีรูสเวลต์ ที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤตของอเมริกาซึ่งในช่วงแรกๆ ศาลสูงตัดสินว่า การกระทำหลายอย่างตามโครงการนี้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ต่อมาภายหลังกลับเปลี่ยนแนวคำพิพากษาว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญอันสืบเนื่องจากความสำเร็จของโครงการดังกล่าว ดังนั้นจะเห็นได้ว่าบทบาทของศาลสูงสหรัฐกับการเมืองจึงสัมพันธ์กันแยกไม่ออกเพราะหลายกรณีศาลสูงก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการตัดสินคดีที่จะไปกระทบกับการเมืองได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งจะมีฝ่ายต่างๆ ของพรรคการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องโดยตลอด

การพิจารณาว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลสูงสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักเกณฑ์การตรวจสอบดังนี้

(1) สำหรับกฎหมายโดยทั่วไป ศาลจะตรวจสอบหลักการและเหตุผลของกฎหมาย ถ้าพิจารณาแล้วว่ากฎหมายนั้นออกมาเพื่อวัตถุประสงค์อันสมเหตุสมผล ก็ไม่ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ หลักการตรวจสอบนี้เรียกว่า “Rational Relation Test” และเป็น การตรวจ สอบใน ระดับที่เคร่งครัดน้อยที่สุด Low Level Scrutiny

(2) กรณีที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับเชื้อชาติ (race) ศาลจะตั้งข้อสงสัยไว้ก่อนว่ากฎหมายดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ และจะตรวจสอบอย่างรอบคอบ โดยกฎหมายที่ไม่ขัดรัฐธรรมนูญนั้นต้องแสดงให้เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายเช่นนั้น และจะตรวจสอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่ามีเหตุผลหรือความเป็นไปได้หรือไม่ และตรวจสอบวิธีการที่นำไปสู่เป้าหมายนั้นได้มีกลไกการใช้บังคับกฎหมายอย่างรอบคอบ (narrowly tailored) หรือไม่ หลักการตรวจสอบนี้เรียกว่า “Strict Scrutiny” ภายหลังปรากฏว่าศาลได้ขยายออกไปตรวจสอบกฎหมายลักษณะอื่นๆ ด้วย ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับการไม่ให้สิทธิความเป็นพลเมือง (non citizens) บุตรของบิดามารดาที่ไม่ได้ทำการสมรส (non marital children) และกฎหมายเกี่ยวกับสตรี เป็นต้น

(3) กฎหมายที่กระทบสิทธิหน้าที่พลเมือง (civil and political rights) แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้รับรองสิทธิไว้ ศาลก็สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ หลักการตรวจสอบนี้เรียกว่า Heightened Scrutiny เช่น สิทธิในการออกเสียงลงคะแนน สิทธิในการเคลื่อนไหวดินทาง สิทธิเกี่ยวกับการรับเด็กหรือเลี้ยงดูเด็ก สิทธิในการดำเนินคดีในศาล ตัวอย่างเช่น มีการตรากฎหมายบังคับผู้กระทำผิดกฎหมายอาญาบางฐานต้องทำหมัน แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้ให้หลักประกันไว้ แต่ศาลเห็นว่าเป็นสิทธิพื้นฐาน (one of the basic civil rights of men) และเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับชาติพันธุ์มนุษย์ (fundamental to the very existence and survival of the race) หรือในคดีอื่นที่ศาลเข้าไปตรวจสอบ เช่น สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง (right to vote) หรือสิทธิในการเดินทางเคลื่อนไหว (right to travel) หรือสิทธิในการมาขอความยุติธรรมจากศาล (right to access to the judicial process)

สำหรับหลักการใช้การตีความกฎหมายสิทธิมนุษยชนในระบบ Common Law คงหนีไม่พ้นการศึกษาถึงกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีผลกระทบโดยตรงต่อประชาชนทั่วไป ซึ่งในระบบนี้ มีลักษณะเป็นระบบกล่าวหา (Adversary System หรือ Accusatorial System) มีสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังนี้



- วางหลักเกณฑ์ครัดว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าฝ่ายโจทก์จะได้ พิสูจน์ให้ปรากฏชัดว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำผิดจริง

- เน้นความสมดุลในบทบาทของบุคคลในแต่ละฝ่ายโดยเฉพาะตุลาการ ที่จะจำกัดตัวเองเพียงคนรักษาติกาหรือกรรมการตัดสินและกำหนดโทษ เช่นเดียวกับ คณะลูกคุณก็มีหน้าที่จำกัดเพียงฟังการสืบพยานและประชุมตัดสินปัญหาข้อเท็จจริงว่า จำเลยกระทำผิดจริงหรือไม่

- ให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมค่อนข้างมากโดยเชื่อว่า หากให้ประชาชน เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้วจะเป็นผลดีในการตรวจสอบ การใช้อำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเอง

- สิทธิของผู้ถูกกล่าวหามาก่อนโดยเฉพาะการมีทนายหรือที่ปรึกษาเพื่อ ช่วยเหลือในการต่อสู้คดี

3.2.2 ระบบกฎหมาย Civile Law หรือ ระบบกฎหมายในกลุ่มประเทศ สหภาพยุโรป

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสิทธิมนุษยชน แบบ ภาคพื้นยุโรป (Le modèle européen) นั้นพัฒนามาจากระบบการวางหลักประกันสิทธิ เสรีภาพขั้นพื้นฐานแบบดั้งเดิมและประสบผลสำเร็จอย่างดีในบรรดาเหล่าประเทศที่มีการ จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นระบบที่ได้รับความนิยมอย่างมากในปัจจุบัน แต่ไม่ใช่เฉพาะ ประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบนี้ มีประเทศในแถบทวีปแอฟริกาที่ใช้ภาษาฝรั่งเศส ประเทศในทวีปเอเชียบางประเทศ และบางประเทศในละตินอเมริกาที่เลือกระบบนี้ไปใช้

มีคำถามตามมาอีกมากมาย เมื่อมีการเปรียบเทียบระหว่างการควบคุม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ตามระบบ Common Law กับ Civil Law หรือแบบภาคพื้นยุโรป ไม่ว่า เพราะเหตุใด รัฐต่างๆ จึงหันมายอมรับเอา ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสิทธิมนุษยชนตามแบบภาค พื้นฐานยุโรปมากขึ้น หรือรูปแบบใดจึงจะเหมาะสมกับประเทศของตนมากกว่ากัน หรือ หากเป็นไปได้ จะสามารถบอกได้หรือไม่ว่า ระบบใดมีศักดิ์สูงกว่าหรือมีประสิทธิภาพใน การปกป้องหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานมากกว่าอีกระบบ หนึ่ง ปัญหาการเลือกใช้ระบบหรือรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเหล่านี้ ไม่สำคัญเท่ากับปัญหาการวางมาตรฐานในการปกป้องสิทธิมนุษยชนและเงื่อนไขใน การวางมาตรฐานการปกป้องของแต่ละระบบ

ในระบบการคุ้มครองกฎหมายสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญของประเทศภาคพื้นยุโรปนั้น สามารถดำเนินการได้โดยการตอบปัญหา 2 ประการคือ

1. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะสามารถสร้างหลักประกันแกสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้อย่างไรและมีมาตรการใด
2. เนื้อหาสาระของกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่ตกอยู่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้น ไม่ใช่หลักการที่มีอยู่ของการเกิดขึ้นเป็นรัฐ (L'existence d'Etat) ซึ่งหมายถึง รัฐตามแนวคิดดั้งเดิมสามารถดำเนินการกิจของรัฐด้านต่างๆ ไปได้โดยไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาเรื่องนี้ก็ได้ แต่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเกิดจากแนวคิดที่ถูกบรรจุในเอกสารสำคัญต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎบัตร ปฏิญญา หรือกฎหมายพื้นฐาน (Loi fondamentale) ที่ได้วางหลักประกันและการเคารพสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเอาไว้ เหตุผลที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญหรือการควบคุมการใช้สิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยกระบวนการยุติธรรม ก็เนื่องมาจากประเด็นเหล่านี้มีกฎหมายกำหนดบทลงโทษเอาไว้ หากมีการละเมิดสิทธิเหล่านี้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นหลักประกันของสิทธิต่างๆ ที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปให้มีประสิทธิภาพมากที่สุดและกำหนดการคุ้มครองรับรองสิทธิเหล่านี้เพื่อเป็นการเยียวยาแก้ไข หากมีการละเมิดสิทธิต่างๆ โดยเฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐานที่ยังไม่เป็นที่ยอมรับมากนัก แต่ก็เป็สิทธิเสรีภาพเสริมหรือสิทธิที่ประกอบกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อให้มีระบบที่สมบูรณ์ขึ้น

แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนี้ยังเป็นเรื่องใหม่ในหลายประเทศ โดยเฉพาะแนวคิดเรื่องความเป็นปัจเจกบุคคลที่เป็นสิ่งจำเป็นและเป็นหน้าที่ที่ต้องได้รับความใส่ใจอย่างมากเพื่อค้นหาหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเหล่านี้ หลักการที่เป็นทฤษฎีสำคัญที่จะอธิบายว่าเหตุใดเราจึงเลือกระบบการคุ้มครองกฎหมายสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญตามระบบใด มีสาระสำคัญที่ควรพิจารณา 3 ประการ อันได้แก่ การเกิดขึ้นของระบบ การจัดวางโครงสร้างและเทคนิคในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำเอาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานบูรณาการร่วมกันเข้าไว้ด้วยกันในรัฐธรรมนูญทั้งหมด ส่วนประเทศในยุโรปได้ใช้เวลาในการสร้างระบบควบคุมความชอบด้วย



รัฐธรรมนูญมาอย่างยาวนาน ภายใต้ความคิดที่แบ่งเป็นหลายฝ่ายและความไม่ไว้วางใจ (la méfiance) ในการทำงานขององค์กรของรัฐ ในช่วงแรกทฤษฎีนี้ถูกปฏิเสธอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากในหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Le principe de la séparation des pouvoirs) ได้กำหนดให้อำนาจตุลาการเข้าควบคุมการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติได้อยู่แล้ว แต่ในบางประเทศอาจทำให้เข้าใจคลาดเคลื่อนอย่างเช่นในฝรั่งเศส ซึ่งยินยอมให้ทั้งตุลาการและเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยแปลงอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญให้เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพไปพร้อมกับการที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ในการจัดการระบบการปกครองและการใช้อำนาจรัฐทั้งหมด อีกประการหนึ่ง ซึ่งเป็นผลตามมาอย่างเลี่ยงไม่ได้ก็คือ การตีความกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่ต้องเปลี่ยนแปลงใหม่รวมทั้งการสร้างกฎเกณฑ์ใหม่ๆ ทางรัฐธรรมนูญที่ยังไม่เคยมีมาก่อน ความกังวลเกี่ยวกับการลดอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายตุลาการลงเป็นประเด็นไม่อาจหาข้อสรุปได้ง่ายๆ และยังส่งผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เน้นการเคารพกฎหมายในอันที่จะคงไว้ซึ่งค่าที่ยึดถือกันมาโดยตลอดว่า กฎหมายคือการแสดงออกซึ่งจิตวิญญาณของสังคมโดยรวม อันเป็นที่มาให้อย่างคงต้องมีแนวคิดในการควบคุมการร่างกฎหมายของผู้ร่างกฎหมายด้วย ทฤษฎีดั้งเดิมนี่เป็นหลักที่นักคิดทั้งหลายซึ่งปฏิเสธแนวคิดในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่างยอมรับ และไม้อาจหาแนวคิดใดมาลบล้างหรือแม้แต่ควมรวมเข้ากับทฤษฎีอื่นๆ ได้ นักวิชาการบางท่านซึ่งได้แก่ Prof. Maurice Hauriou อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์และอาชญาวิทยาแห่งมหาวิทยาลัยแห่งกรุงบรัสเซลส์ ก็เช่นกันที่เป็นผู้หนึ่งซึ่งไม่เห็นด้วย หากไม่มีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ก็ปฏิเสธแนวคิดเชิงอเมริกัน ที่ให้ระบบควบคุมดังกล่าวเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ (les tribunaux ordinaires) ความสับสนที่เกิดขึ้นแสดงให้เห็นถึงความอ่อนด้อยทางวิชาการของนักกฎหมายทั่วไปที่ยังยึดติดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและทฤษฎีกฎหมายแบบเดิมๆ ซึ่งผลที่ตามมาก็คือความยากลำบากในการแยกแยะลำดับศักดิ์ของกฎหมายในกรณีที่จะปรับหรือบังคับใช้กฎหมายเรื่องนั้นๆ

การจะวิเคราะห์ลงไปถึงหลักเกณฑ์ในการรับเอาระบบกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ จะดำเนินการใน 2 ระดับ คือ ทั้งการค้นหาคำว่ามีอยู่ของกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ และการวิเคราะห์ลงไปเชิงลึกในตัวบทและหลักเกณฑ์ต่างๆ ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งปกติกฎเกณฑ์และบทบัญญัติต่างๆ ได้ถูก

รวบรวมไว้แล้วในตัวรัฐธรรมนูญเอง ไม่เพียงการกำหนดองค์กรพิเศษขึ้นมาองค์กรหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่ตามกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ หากยังปรากฏรวมไปถึงรูปแบบ และวิธีพิจารณาความอีกด้วย อย่างไรก็ตามการบังคับใช้กฎหมายจะต้องคำนึงด้วยว่า จะบังคับใช้กับผู้ใด ระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันหรือรัฐกับเอกชน ดังนั้นความจำเป็น ที่จะต้องมีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนนั้นไม่ได้ปรากฏชัดเจนให้เห็นในรูป กฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆ แต่เป็นการดำเนินการที่ยืนอยู่บนความเสี่ยงของการใช้อำนาจรัฐและการนำเอาหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานมาปรับใช้ให้ได้ อย่างจริงจัง ซึ่งหมายถึงการเลือกวิธีการในการวางหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างๆ ที่อาศัยอำนาจรัฐในการดำเนินการเพื่อก่อให้เกิดหลักประกัน ขึ้นอย่างแท้จริง

ในสหรัฐอเมริกาเองได้เลือกกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยตุลาการศาลสูง อันเป็นแนวทางพิเศษและถือเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป เพราะหากศาลตัดสินว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมาย ฉบับนั้นก็จะไม่ชอบไปทั้งฉบับ และเป็นระบบที่ไม่มีข้อยกเว้น และหากปรากฏข้อยกเว้น ในความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็จะเกิดความบกพร่องต่อความมั่นคงในกระบวนการ ยุติธรรม (La sécurité juridique) ซึ่งเป็นผลลบกับความพยายามในการวางหลักประกัน สิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ในประเทศภาคพื้นยุโรปบางประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ออสเตรเลีย ได้ เลือกกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในอีกระบบหนึ่งโดยยึดถือใน กระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อตรวจสอบการทำงานและเพื่อให้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์ที่ได้วางไว้ (Façon objective) ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎเกณฑ์และ กฎหมาย

เบื้องหลังของปรัชญาในระบบนี้จะแตกต่างจากระบบอเมริกันกล่าวคือ จะไม่มีการฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรมเพื่อขอให้แก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ จะเป็นการร้องขอให้พิจารณาสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือเพื่อให้เป็นไปตาม รัฐธรรมนูญ หรือเพื่อตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามหลักกฎหมายและ ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

ในส่วนปัญหาเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในระบบนี้ จะ กำหนดให้องค์กรต่างๆ ของรัฐจะต้องเคารพและต้องกำหนดให้มีการวางหลักประกันสิทธิ



เสรีภาพตามกฎหมายเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญ (Les normes constitutionnelles) ซึ่งหมายถึงต้องดำเนินการในสองระดับคือ เคารพหลักการประกันสิทธิเสรีภาพ (l'obligation de respecter) และยังคงต้องมีภาระที่ต้องดำเนินการ (l'obligation d'agir) นั่นคือจะต้องดำเนินการจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะที่มีอำนาจพิเศษในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นแนวคิดริเริ่มของรูปแบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งต่างจากประเทศอื่นๆ ในยุโรปที่มีระบบศาลของตนเอง และไม่ได้คิดว่า จะต้องจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะมีแต่เพียงแนวคิดที่เห็นว่าไม่จำเป็นที่จะต้องมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นการเฉพาะเพราะระบบกฎหมายในประเทศตนคืออยู่แล้ว ประโยชน์ของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นประเด็นรองลงไป แม้ในฝรั่งเศสเองก็เพิ่งรับแนวคิดการจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้นในช่วงสาธารณรัฐที่ 3 (1870-1940) ซึ่งเป็นระบบที่สืบเนื่องมาจากการก่อตั้งรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญในปี 1875 โดยรัฐสภาจะทำหน้าที่ตรวจสอบการทำงานของรัฐและเป็นเสมือนองค์กร ฝ่ายนิติบัญญัติที่ทำงานร่วมกันของทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้านเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายและงบประมาณต่างๆ จึงเลียงไม่ได้ที่การดำเนินการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายนั้นจำเป็นจะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่จะมีต่อสิทธิเสรีภาพทั้งในทางสาธารณะและปัจเจกชนทั่วไป แต่อย่างไรก็ดี หากได้พิจารณาในทางกลับกัน การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง (le pouvoir administratif) เอง ก็สามารถเรียกร้องให้มีการทบทวนตนเองในการใช้อำนาจใดๆ ได้ง่ายกว่า ดังนั้นจึงมีแนวความคิดที่จะเห็นพ้องกับการให้มีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจทางปกครองมากกว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย (le pouvoir législatif) สถานการณ์ดังกล่าวเปิดโอกาสให้มีการรวมอำนาจ ทั้ง 2 ฝ่ายเข้าไว้ด้วยกันและสร้างช่องทางให้ระบอบการเมือง (la régime politique) เข้าแทรกแซงและคงอยู่ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจทั้ง 2 กรณี การก่อตั้งระบบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ก่อให้เกิดรูปแบบที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Le modèle adopté) และเพื่อกำหนดผลสุดท้ายของกระบวนการทั้งหมดนั้นคือ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งระบบ การสร้างระบบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายในสหพันธรัฐเยอรมันหรือในประเทศอิตาลีในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เป็นผลจากการปกครอง

ในระบบบนาซีและฟาสซิสต์ กฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญจึงกลายมาเป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยมีตุลาการในศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วางหลักและเคารพกฎเกณฑ์ตามที่รัฐธรรมนูญวางไว้ และถือเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานตามกฎหมายสูงสุดซึ่งเป็นหลักเกณฑ์โดยรวมของการใช้อำนาจอริสฐานต่างๆ

อย่างไรก็ตาม การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญคงไม่ใช่ปัจจัยประการเดียวของการพัฒนาหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน การคานและดุลอำนาจของหน่วยงานของรัฐก็ถูกนำมาพิจารณาโดยอาศัยหน่วยงานหนึ่งกำกับดูแลอีกหน่วยงานหนึ่งเพื่อตรวจสอบการทำงานที่จะต้องคำนึงถึงหลักการของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน การดำเนินในลักษณะนี้ไม่ใช่เรื่องง่าย โดยเฉพาะเมื่อเริ่มก่อตั้งสถาบันที่จะเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ยิ่งในประเทศในระบบสหพันธรัฐ หน้าที่ภารกิจหลักอีกอันหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญก็หนีไม่พ้น การตรวจสอบโดยระบบการแบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐบาลกลาง (La federation) กับมลรัฐต่างๆ (les Etats fédérés) เช่นเดียวกันกับหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ที่มักจะได้รับมอบหมายให้ตรวจสอบและควบคุมการเลือกตั้งทั่วไปในประเทศด้วย ภารกิจเหล่านี้เป็นพื้นฐานอย่างดีในอันที่จะทำให้ตุลาการในศาลรัฐธรรมนูญสามารถทำหน้าที่เป็นผู้พัฒนาและยืนยันในการเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ซึ่งโดยทั่วไปจะยอมรับกันเฉพาะตัว ผู้ตัดสินคดีหรือตุลาการเท่านั้น แต่หน่วยงานที่ก่อตั้งขึ้นใหม่ยังไม่ได้รับการยอมรับมากนัก

เราจะสังเกตได้ว่าอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญมักจะมีการเรียกร้องให้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะไว้เสมอในกลุ่มประเทศหรือในดินแดนที่ประสงค์จะพัฒนาหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ตัวอย่างเช่น ในประเทศเบลเยียมซึ่งมีศาลรัฐธรรมนูญ (La Cour d'Arbitrage) ที่ศาลเองมีบทบาทเป็นผู้พิจารณาปัญหาการใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและการกระจายอำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐบาลกลาง ประชาคม (Communautés) หรือเขต (Régions) และเพิ่มภารกิจด้านการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปคือจะต้องหาหลักประกันตามกฎหมายนั้นคือ อย่างน้อยที่สุดศาลดังกล่าวควรได้รับการรับรองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยเพิ่มเติมเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และตุลาการในศาลรัฐธรรมนูญก็คือผู้พัฒนาหลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและควบคุมให้เกิดความเคารพสิทธิดังกล่าว



จุดมุ่งหมายของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อจะก่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ตัวรัฐธรรมนูญเองต้องเป็นกฎหมายที่จะนำมาอ้างอิงและยึดถือเป็นบทบัญญัติที่เป็นฐานทางกฎหมายคุณสมบัตินี้ก่อให้เกิดผลตามคือ รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่มีศักดิ์ในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญต่างๆ ต้องประกอบด้วยหลักประกันสิทธิเสรีภาพที่ได้แบ่งเป็นกลุ่มหรือประเภทอย่างชัดเจน และต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจนโดยเฉพาะการใช้อำนาจรัฐ แต่ในรัฐธรรมนูญทั่วไปมักไม่มีการนิยามศัพท์ “สิทธิขั้นพื้นฐานหรือ droits fondamentaux” แต่อย่างใด ซึ่งต่างจากกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญของประเทศในภาคพื้นยุโรป ที่พยายามนำเอาสิทธิประเภทนี้เป็นฐานในการวางหลักประกันสิทธิเสรีภาพ ไม่ว่าจะเป็นการรวบรวมเอาสิทธิขั้นพื้นฐานเข้าไว้เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายหรือเป็นหมวดหนึ่งในกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน loi fondamentale หรือรวบรวมไว้เป็นกฎหมายพิเศษที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ตราขึ้นเฉพาะลักษณะเด่นมากอีกประการหนึ่งของระบบนี้คือ ความพยายามรวบรวมการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้การควบคุมไม่ให้มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน และจะต้องการกำหนดให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่นอกเหนือขอบเขตของอำนาจหลัก 3 อำนาจรัฐ (นิติบัญญัติ บริหารและตุลาการตามปกติ) รวมไปถึงการจัดตั้งหน่วยงานตุลาการที่เป็นอิสระให้กับองค์กรที่จะจัดตั้งขึ้นเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แนวทางนี้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปของประเทศภาคพื้นยุโรป อีกประเด็นคือการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ (La Justice Constitutionnelle) จะยึดหลักกระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อตรวจสอบการทำงานและเพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้วางหลักไว้แล้ว (Façon objective) ซึ่งเป็นกระบวนการพิเศษ การวางแนวทางในลักษณะนี้ ไม่มีความจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนกฎหมายในการพิจารณา (l'acte normatif) ซึ่งจะแตกต่างจากแนวทางการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบ Common Law ที่จะอาศัยเงื่อนไขในการฟ้องคดีเพื่อขอให้ตรวจสอบความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎระเบียบต่างๆ ซึ่งการตรวจสอบดังกล่าวสามารถแยกแยะการปรับใช้ และเป็นหลักการของการป้องกันการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยอาศัยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

การนำเอาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาเป็นการยืนยันหลักประกัน สิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศที่แต่เดิม ผู้ร่างกฎหมายมีความสำคัญเป็นผู้ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติและ เป็นผู้อำนาจตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น นับเป็นการ

เปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญซึ่งมีผลถึงความเข้าใจและการเชื่อถือของสังคมด้วย มีปัจจัยต่างๆ ที่เป็นเหตุมาสนับสนุนการเปลี่ยนแปลง

ประเด็นแรก เป็นปัจจัยจากเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์หลายๆ ครั้ง โดยเฉพาะในช่วงสงครามโลก ทั้งสงครามโลกครั้งที่ 1 และ 2 ที่เป็นเหตุให้ลดทอนความน่าเชื่อถือของผู้ร่างกฎหมายลง เพราะเหตุที่ผู้ร่างกฎหมายเข้าใจผิดและหลงผิดไปกับการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเชื่อไปว่าตนมีอำนาจดำเนินการร่างกฎหมายเป็นอย่างไรก็ได้ โดยไม่คำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ประเด็นที่สอง ถ้าหากฝ่ายนิติบัญญัติเองประสงค์จะเป็นผู้ริเริ่มนำการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาใช้ก็จำเป็นต้องมีการปรับโครงสร้างของระบบเสียใหม่ ให้ปลอดจากอิทธิพลทางการเมืองและกระบวนการตัดสินใจที่ใช้ระบบฝ่ายเสียงข้างมาก (Un bloc majoritaire stable) ตลอดจนแนวทางโดยปกติสำหรับการพัฒนาระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เป็นงานในความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารในการที่จะยกร่างและนำเสนอร่างกฎหมายด้วย ในทางปฏิบัติฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทในการให้ความเห็นชอบในโครงการต่างๆ และร่างกฎหมายของรัฐบาล และการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงลึกสำหรับการตรวจสอบระเบียบกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่อาจจะทำให้เห็นถึงวิธีการที่จะนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ให้ได้ ซึ่งปกติตุลาการในศาลยุติธรรมตามปกติจะเป็นผู้รับผิดชอบคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ประเด็นที่สาม เป็นผลจากความพยายามในการสร้างระบบการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งใช้เวลามากกว่า 30 ปี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในระบบการดำเนินการหลังการก่อตั้งสหภาพยุโรปและการขยายตัวของสหภาพยุโรปซึ่งเน้นพัฒนาการด้านการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดให้เป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานไปด้วย

สำหรับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้ว ระบบนี้ใช้วิธีพิจารณาความทางอาญาแบบระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ในทางประวัติศาสตร์ระบบนี้จะเน้นบทบาทของผู้พิพากษาเป็นอย่างมากเพราะเป็น ผู้ที่จะต้องไต่สวนแสวงหาความจริงให้ปรากฏ แต่ปัจจุบันแนวทางดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปโดยจำกัดอำนาจผู้พิพากษาอยู่เพื่อการตัดสินและตีความเท่านั้น ส่วนการสอบสวนและค้นหาพยานหลักฐานจะยกให้ฝ่ายอัยการหรือตำรวจดำเนินการไป เพื่อเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจในกระบวนการพิจารณาดังกล่าว การถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจซึ่งกันและกันของเจ้าหน้าที่ผู้รักษากฎหมายนี้เป็นหลักประกันที่สำคัญที่สุดในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และมี



แนวโน้มที่จะปรับตัวเข้าหาระบบ Common Law มากขึ้นเรื่อยๆ

3.2.3 ระบบกฎหมายไทย

เป็นความพยายามเรื่อยมาในการจัดทำสิทธิขั้นพื้นฐานให้มาเป็นสิทธิ ตามกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายภายในให้ได้ เพื่อให้เป็นไปตามการปฏิบัติตามพันธกรณี ของประเทศไทยที่ได้ทำข้อตกลงระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนนี้ไว้ แต่การเข้าร่วมเป็นภาคี ในข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นจำเป็นต้องศึกษาถึงผลดีผลเสียที่จะได้รับให้ตีซึ่งในรัฐบาล ของนายอานันท์ ปันยารชุน ได้เคยมีการแต่งตั้งคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการจัดทำ นโยบายและแผนปฏิบัติการแม่บทด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อดำเนินการศึกษาวิเคราะห์แล้ว

การบัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนของไทยมีมานานนับตั้งแต่ การมี รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้ในประเทศ และมีวิวัฒนาการเรื่อยมาทั้งด้านเนื้อหา สาระตามพันธกรณีระหว่างประเทศและบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติ วิธีสบัญญัติ แนวนโยบายแผนพื้นฐานแห่งรับด้านสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญ การกำหนด ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของ เจ้าหน้าที่รัฐให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการของการ คุ่มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และวิธีการบังคับใช้หลักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนในประเภทต่างๆ ตลอดจนการพัฒนาองค์กรผู้รับผิดชอบเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามพันธกรณีต่างๆ ด้วย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอก อาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตาม กฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือ สัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างขวาง หรือมี ผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความ เห็นชอบจากรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว...”

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นเพียงอำนาจในการทำข้อตกลงระหว่าง ประเทศ ซึ่งรวมทั้งสนธิสัญญา ข้อตกลงต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 เป็นอำนาจ ของฝ่ายบริหารซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ศาลไทยจะนำพันธกรณีในสนธิสัญญามาใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อฝ่ายบริหารได้นำร่างสนธิสัญญาฉบับนั้นมาขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ และขั้นตอนต่อจากนั้นคือต้องเสนอร่างกฎหมายเพื่อรองรับสนธิสัญญาฉบับนั้น หากฝ่ายนิติบัญญัตียังมิได้ดำเนินการออกกฎหมายเพื่อรองรับสนธิสัญญา สนธิสัญญาฉบับนั้นย่อมไม่มีผลใช้บังคับภายในประเทศได้ อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าศาลไทยเคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับการยอมรับผลบังคับของสนธิสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งไว้หลายคดี บางคดีเป็นการยอมรับผลบังคับของสนธิสัญญาแม้ว่าประเทศไทยยังมิได้เป็นภาคีในสนธิสัญญานั้นเลยก็ตาม ซึ่งในเรื่องนี้แต่เดิมศาลไทยมีแนวคิดที่ว่าหากประเทศไทยยังมิได้เป็นเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาฉบับใดแล้ว ศาลไทยจะไม่นำสนธิสัญญาฉบับนั้นมาใช้บังคับกับคดีตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2523 คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า ผู้ร้องซึ่งเป็นสามีของคนญวนอพยพ ได้กล่าวอ้างอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 (พ.ศ. 2494) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดนเพื่อมิให้คนญวนอพยพซึ่งเป็นภรรยาตนต้องถูกส่งออกนอกประเทศ เนื่องจากเจ้าหน้าที่เห็นว่าคนญวนอพยพแม้จะเกิดในประเทศไทยแต่เมื่อไม่มีใบสำคัญคนต่างด้าวหรือใบสำคัญแสดงท้องถิ่นที่อยู่ อันเป็นหลักฐานสำคัญในการแสดงว่าอยู่ราชอาณาจักรโดยได้รับอนุญาต เจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจดำเนินการส่งตัวคนญวนอพยพที่เข้าเมืองผิดกฎหมายออกไปนอกราชอาณาจักรไทยได้ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 38 วรรคแรกของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493 ซึ่งบัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งกลับออกไปก็ได้”

ศาลฎีกาจึงวางหลักไว้ว่า “...ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดนที่ผู้ร้องอ้างหากมีจริงก็หาไม่มีผลยกเว้นกฎหมายของประเทศไทยไม่ ที่พลเรือเอก อนันต์ เนตรโรจน์ ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเบิกความเป็นพยานผู้คัดค้านว่า คนญวนอพยพเข้ามาในประเทศไทยตอนเกิดสงครามเวียดนามเบียนฟูตามกฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นพวกลี้ภัยสงครามจึงไม่มีการฟ้องศาลนั้น เป็นเรื่องทางปฏิบัติในกรณีที่ผู้อพยพมิได้กระทำความผิดอื่นขึ้นอีกชั้นหนึ่ง ไม่ใช้การเปลี่ยนแปลงอำนาจบังคับของกฎหมายไทย...”⁴³

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2523 ระหว่าง นายปรีชา ปานกล้า ผู้ร้อง และ พันตรีสุขุม เทียมกลิน ผู้คัดค้าน



ซึ่งหมายความว่า คู่ความไม่อาจอ้างสิทธิอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดนต่อฝ่ายปกครองเพื่อแสดงถึงการมีสิทธิอาศัยในประเทศไทยได้ เนื่องจากประเทศไทยมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งคดีนี้มีปัญหานั้นว่าหากผู้ร้องอ้างสิทธิในการให้คุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยผู้ร้องสามารถนำสืบได้ว่าทางปฏิบัติของประเทศไทยมิได้ปฏิเสธถึงความมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องนี้แต่อย่างใด ศาลฎีกาจะนำหลักการในอนุสัญญามาใช้บังคับในการวินิจฉัยคดีในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หรือไม่

อย่างไรก็ดี เคยมีคำพิพากษาของศาลไทยบางฉบับที่ยอมรับผลบังคับของสนธิสัญญาประเภทกฎหมายทั้งที่ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีเลยก็ตาม ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 เป็นกรณีที่ศาลอุทธรณ์นำบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) มาใช้ประกอบในการตีความบทบัญญัติในข้อ 8 (1) วรรคสามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 (พ.ศ. 2465) ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 โดยศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่า “...การทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐและความสุจริตของภาคีคู่สัญญาย่อมจะทวีความสำคัญดังปรากฏจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) ซึ่งแม้ประเทศไทยมิได้ร่วมเป็นภาคีด้วย แต่ก็เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาอันพึงนำมาใช้ประกอบการพิจารณาได้ในมาตรา 31 ได้กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความสนธิสัญญาไว้ว่า “...ข้อ 1 สนธิสัญญานั้นให้ตีความด้วยความสุจริตใจ (good faith) ตามความหมายสามัญของถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบท (context) และพิจารณาถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ (object and purpose) ของสนธิสัญญานั้น” ดังนี้ การแปลความหมายของข้อความดังกล่าวจึงต้องยึดหลักความสุจริตโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการทำสนธิสัญญาประกอบด้วย...”⁴⁴

⁴⁴ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 ระหว่าง พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด โจทก์ และ นายทนง ศิริปริชาพงษ์ จำเลย

จะเห็นว่าศาลอุทธรณ์กล่าวอ้างและใช้บังคับบทบัญญัติมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) เสมือนตั้งเป็นกฎหมายภายในทั้งที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวเลยก็ตาม⁴⁵

มีข้อสังเกตว่า อนุสัญญาฉบับนี้เป็นสนธิสัญญาที่ประมวลกฎหมายจารีตระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาและผลบังคับของสนธิสัญญาที่มีอยู่แล้ว มาจัดรวบรวมเอาไว้ให้อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร จากคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ฉบับนี้แสดงให้เห็นว่าสนธิสัญญาประเภทกฎหมายมีผลต่อการใช้และการตีความของศาลไทย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองในเวลาต่อมาด้วย

หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแล้ว สนธิสัญญาจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายไทย ก็ต่อเมื่อฝ่ายบริหารได้ดำเนินการตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. หนังสือสัญญาจะต้องทำขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ

ข. ในกรณีที่เป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องชี้แจงข้อมูลเกี่ยวกับร่างหนังสือสัญญาและต้องนำการรอบการเจรจาและร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้ง นอกจากนี้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อประชาชนตามมาตรา 190 วรรคสามถึงวรรคสี่เสมอ

ค. การมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของหนังสือสัญญาจะต้องมีการออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาทุกครั้งซึ่งอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้า ซึ่งในทางปฏิบัติของไทยปรากฏว่าบางกรณีฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อทำให้พันธกรณีในหนังสือสัญญาในเรื่องนั้นๆ มีผลใช้บังคับภายในประเทศด้วย

ง. กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาต้องได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนและองค์กรของรัฐซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา

⁴⁵ ธรรม์ ชาลีจันทร์, “ส่งคนไทยข้ามแดนไปอเมริกาได้,” วารสารอัยการ, ปีที่ 19, หน้า 28. (มีนาคม 2539).



3.3 การใช้และตีความสนธิสัญญาของศาลในระบบเอกนิยมและทวินิยม

3.3.1 การใช้และการตีความสนธิสัญญาของศาลในระบบเอกนิยม

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และได้กลายเป็นแหล่งที่มาอย่างหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งใช้บังคับกับฝ่ายปกครองภายหลังมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1964 (พ.ศ. 2507) โดยในมาตรา 26 กำหนดให้สนธิสัญญาทางการทูตต่างๆ ซึ่งได้รับการให้สัตยาบันอย่างถูกต้องและประกาศให้ทราบแล้วมีอำนาจบังคับได้ตามกฎหมาย ด้วยบทบัญญัติดังกล่าวนี้เองทำให้ประเทศฝรั่งเศสก้าวสู่ระบบกฎหมายแบบเอกนิยม (Monism) ทันทิ⁴⁶ ซึ่งหมายความว่า ระบบกฎหมายภายในฝรั่งเศสและระบบกฎหมายระหว่างประเทศจะถูกควรรวมกันให้เหลือเพียงขอบเขตเดียว นั่นคือขอบเขตของระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของปรัามาติแห่งกฎหมายของรัฐนั่นเอง

ต่อมาเมื่อประเทศฝรั่งเศสมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) หลักการเดิมซึ่งรับรองไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 (พ.ศ. 2489) ก็ได้รับการถ่ายทอดลงสู่บทบัญญัติในมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) ด้วยการบัญญัติรับรองให้ “สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้รับการให้สัตยาบันแล้ว หรือได้รับความเห็นชอบโดยชอบแล้ว ให้มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่ที่ได้มีการประกาศใช้บังคับ...” ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงมีหน้าที่ต้องนำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ได้มีการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบโดยถูกต้อง และมีการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาแล้วมาใช้บังคับเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งของศาล โดยถือเป็นป่อเกิดของกฎหมายปกครองประเภทหนึ่งซึ่งฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตาม หากฝ่ายปกครองกระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศแล้ว ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิจากการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครอง ย่อมมีสิทธิอ้างการละเมิดบทบัญญัติของสนธิสัญญาเป็นข้อสนับสนุนการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ แม้ว่า การกระทำดังกล่าวจะไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศส และการกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกยกเลิกเพิกถอนในภายหลังก็ตาม

หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการรับรองโดยคำพิพากษาของศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1952 (พ.ศ. 2495) ในคดี Dame Kirkwood ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยสรุปว่า⁴⁷ นาง Kirkwood ซึ่งถูกกล่าวหาจากสามีคนแรกว่าลักพาตัวบุตรไป ซึ่งตามกระบวนการทางศาลของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาจึงขอให้รัฐบาลฝรั่งเศสส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน รัฐบาลฝรั่งเศสจึงออกรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1951 (พ.ศ. 2494) เพื่อส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนาง Kirkwood จึงขอให้สภาแห่งรัฐเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว โดยยกประเด็นขึ้นกล่าวอ้างว่ามีกรณีละเมิดอนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศ ฝรั่งเศสกับประเทศอเมริกา ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1909 (พ.ศ. 2452) ซึ่งเป็นอนุสัญญา ที่ได้รับความเห็นชอบโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1909 (พ.ศ. 2452) และ ประกาศใช้บังคับโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1911 (พ.ศ. 2454) โดยคดีดังกล่าวมีประเด็นปัญหาว่านาง Kirkwood จะสามารถฟ้องโต้แย้งรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่เกินอำนาจได้หรือไม่ แต่เดิมนั้น ในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน สภาแห่งรัฐยอมรับที่จะพิจารณาคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกาที่ออกโดยเกินอำนาจได้⁴⁸ อย่างไรก็ดี ภายหลังจากการรับคดีเข้ามาพิจารณาแล้ว สภาแห่งรัฐได้ตั้งเนื้อหาออกมาส่วนหนึ่งแล้ววางหลักไว้ว่า ผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ หากเป็นผลมาจากการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายภายในฝรั่งเศสเอง แต่หากมีการฟ้องโต้แย้งรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อสภาแห่งรัฐว่าขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญาต่อสภาแห่งรัฐแล้ว สภาแห่งรัฐวางหลักไว้โดยอ้างแนวคำวินิจฉัยเดิมซึ่งเกี่ยวกับรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนว่า ผู้ฟ้องคดีไม่อาจอ้างเหตุแห่งการเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาอันเนื่องมาจากการละเมิดสนธิสัญญาได้โดยตรง โดยสภาแห่งรัฐได้ให้เหตุผลว่า สภาแห่งรัฐไม่ได้เป็นผู้บังคับใช้การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของ

⁴⁷ Jean-François Lachaume, *Les Grandes Décisions de la Jurisprudence : Droit Administratif*, (Presses Universitaires De France), 1991, p. 40-44.

⁴⁸ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 1937 คดี Decerf, R, 543; S, 1937, 3, 7, note Laroque.



ฝรั่งเศสกับรัฐต่างชาติ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สภาแห่งรัฐเห็นว่า รัฐธรรมนูญดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในลักษณะที่เป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งสภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายได้⁴⁹

จากการวางหลักการในการปฏิเสฐที่จะพิจารณาว่าสนธิสัญญาเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ต่อฝ่ายปกครองในยุคนั้นได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มาก เนื่องจากมีความเห็นกันว่า การออกนิติกรรมดังกล่าวมีองค์ประกอบของกฎหมายบ้านเมือง (droit positif) ของฝรั่งเศสอยู่เช่นกัน โดย Laroque ได้แสดงความเห็นในคำวินิจฉัย คดี Decerf ไว้โดยสรุปว่า ผลจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 (พ.ศ. 2489) มีการวางหลักในมาตรา 26 ไว้ว่าสนธิสัญญาทางการทูตต่างๆ ซึ่งได้รับการให้สัตยาบันอย่างถูกต้องและประกาศให้ทราบแล้วมีอำนาจบังคับได้ตามกฎหมาย ย่อมทำให้บทบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับให้สภาแห่งรัฐซึ่งเป็นผู้มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการเช่นเดียวกับศาลอื่นๆ มีหน้าที่บังคับใช้สนธิสัญญาโดยต้องนำสนธิสัญญามาพิจารณาเป็นส่วนหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายภายในด้วย

สำหรับการฟ้องโต้แย้งรัฐธรรมนูญว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีของนาง Kirkwood สภาแห่งรัฐได้ยอมรับให้นาง Kirkwood สามารถฟ้องโต้แย้งการออกรัฐธรรมนูญว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ละเมิดต่ออนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับประเทศอเมริกา ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1909 (พ.ศ. 2452) ได้โดยตรง ซึ่งสภาแห่งรัฐได้อธิบายถึงเหตุผลในการรับคดีนี้ไว้พิจารณาตามคำขอของตุลาการผู้แถลงคดี M. Letourneur ซึ่งสรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นฟ้องคดีที่ขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวต่อสภาแห่งรัฐได้ ด้วยเหตุที่ว่า ผู้กอนิติกรรมกระทำละเมิดต่อบทบัญญัติของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งปกติแล้วจะถูกควมรวมอยู่ในประเภทของกฎหมายภายในซึ่งนิติกรรมทางปกครองนี้เป็นเรื่องที่สามารถแยกออกได้จากปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของฝรั่งเศสด้วยเหตุนี้ การฟ้องโต้แย้งการกระทำทางปกครองอันเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของสนธิสัญญาโดยตรงจึงเป็นเรื่องที่สภาแห่งรัฐรับไว้พิจารณานับแต่นั้นเป็นต้นมา

นับตั้งแต่สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัยในคดี Dame Kirkwood สภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยอีกจำนวนมากยอมรับว่าการละเมิดสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่าง

⁴⁹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 2 กรกฎาคม 1836 คดี Boidron, R, 371; S, 1836, 2, 443.

ประเทศ อาจถูกนำมาเป็นเหตุในการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมกระทำที่เกินอำนาจ โดยฟ้องต่อการกระทำที่เป็นนิติกรรม⁵⁰ ทางปกครองที่ลักษณะเป็นกฎหรือไม่เป็นกฎก็ตาม และผู้ฟ้องคดีต้องระบุชี้ชัดถึงบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่ถูกละเมิดโดยนิติกรรมทางปกครองที่ถูกต้องได้⁵¹ และให้รายละเอียดแก่ผู้พิพากษาเพื่อให้สามารถพิจารณาเนื้อหาของ การให้เหตุผลได้⁵²

ในทางปฏิบัตินั้น สภาแห่งรัฐจะมีบทบาทในการใช้บังคับสนธิสัญญา เพื่อให้มีความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับใช้สนธิสัญญาทางด้านสิทธิมนุษยชนต่างๆ ที่ประเทศฝรั่งเศสได้เป็นภาคีในสนธิสัญญานั้นๆ ไม่ว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้กรอบของสหประชาชาติ ในรูปของกติการะหว่างประเทศ และอนุสัญญาระหว่างประเทศ นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศสยังให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้กรอบของสภายุโรปและองค์การเอกภาพแอฟริกา (OUA) ซึ่งวางหลักไว้ในมาตรา 3 ของกฎบัตรของสภายุโรปว่าทุกคนซึ่งอยู่ในบังคับของสภายุโรปจะได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และเพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว ประเทศต่างๆ ซึ่งเป็นสมาชิกของสภายุโรปอันหมายความรวมถึงประเทศฝรั่งเศสด้วย ต่างก็ได้ลงนามในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในปี ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493) และในกฎบัตรยุโรปว่าด้วยสังคม ปี ค.ศ. 1961⁵³

⁵⁰ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 1956 (พ.ศ. 2499) คดี Petalas, R, 44; คำวินิจฉัย ลงวันที่ 11 ธันวาคม 1970 (พ.ศ. 2513) คดี Dlle Benz, R, 763 เป็นการฟ้องโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเนรเทศที่ออกโดยละเมิดหลักเกณฑ์ตามกระบวนการที่กำหนดไว้โดยอนุสัญญา ระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1956 (พ.ศ. 2499) และ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 29 มิถุนายน 1990 (พ.ศ. 2533) คดี GISTI เป็นการฟ้องโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียนเกี่ยวกับนักเรียนอัลจีเรียโดยมีเนื้อหาเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของข้อตกลงระหว่างประเทศของฝรั่งเศสและอัลจีเรีย)

⁵¹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 11 เมษายน 1973 (พ.ศ. 2516) คดี Syndicat national des pilotes de lignes et Cels UTA et Air-Inter, RFD Aérien, 1974 (พ.ศ. 2517), 180.

⁵² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 1973 คดี Sieur Monus, R, 528.

⁵³ สุรีย เผ่าสุขถาวร, รายงานสรุปประกอบการประชุม ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ ณ กรุง Daker ประเทศซีเนเกล (Sénégal) วันที่ 23-26 เมษายน ค.ศ. 2001 (พ.ศ. 2544), **วารสารวิชาการกฎหมายปกครอง**, ปีที่ 1 ฉบับที่ 3 กันยายน-ธันวาคม 2544, หน้า 71-72.



(พ.ศ. 2504) ด้วย ในที่นี้มีตัวอย่างสองคดีซึ่งเป็นคดีที่เกิดขึ้นไม่นานโดยเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการที่สภาแห่งรัฐนำสนธิสัญญาามาปรับใช้กับคดีในฐานะเป็นกฎหมาย เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง⁵⁴

ตัวอย่างคดีแรก เป็นเรื่องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเนรเทศ (ขับไล่ออก) บิดาต่างชาติซึ่งบุตรของเขากำลังจะถือกำเนิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส⁵⁵ โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย Ben Zid เป็นชาวต่างชาติที่เข้ามาอาศัยในประเทศฝรั่งเศสโดยผิดกฎหมาย ต่อมามีความประสงค์จะสมรสกับนาง Chahed สัญชาติฝรั่งเศส ซึ่งตั้งครภกับนาย Ben Zid โดยให้การรับรองว่าบุตรที่อยู่ในครรภ์ของนาง Chahed นี้เป็นบุตรที่กำเนิดจากตน แต่เนื่องจากนาย Ben Zid เข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายและไม่มีเอกสารแสดงสิทธิอาศัยในฝรั่งเศส (titre de séjour) ผู้ว่าราชการแห่งเมือง Rhône จึงมีคำสั่งลงวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) ขับไล่นาย Ben Zid ออกจากประเทศฝรั่งเศส นาย Ben Zid จึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Lyon ว่า ขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งขับไล่ออกดังกล่าว โดยอ้างว่าคำสั่งขับไล่นั้นต่อหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในมาตรา 8 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน⁵⁶ เนื่องจากเป็นคำสั่งที่มีผลเป็นการทำลายสถาบันครอบครัว ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Lyon เห็นด้วยกับคำฟ้องของนาย Ben Zid จึงมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งเนรเทศของผู้ว่าราชการแห่งเมือง Rhône

⁵⁴ นพรัตน์ อุดมโชคมงคล, “คำพิพากษาศาลปกครองต่างประเทศ : บทบาทของศาลปกครองเกี่ยวกับหลักการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน”, *วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 พฤษภาคม – สิงหาคม 2545*, หน้า 193-196.

⁵⁵ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 2001 (พ.ศ. 2544) ในคดี Préfet du Rhône c / Ben Zid , A.J.D.A , 2002 (พ.ศ. 2545) .p. 50.

⁵⁶ มาตรา 8 บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนย่อมได้รับการเคารพต่อชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัว การอยู่อาศัย และการติดต่อสื่อสารกัน การเข้าแทรกแซงจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายและกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงปลอดภัยแห่งชาติ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ความสงบเรียบร้อยของสังคม เพื่อป้องกันการทำผิดทางอาญา เพื่อคุ้มครองสุขภาพทางกายและจิตใจของประชาชนหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น” (อนุสัญญายุโรป ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493) ประกาศโดยรัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 74-360 ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 1974 (พ.ศ. 2517) รัฐกิจจานุเบกษา ลงวันที่ 4 พฤษภาคม 1974 (พ.ศ. 2517) หน้า 4750)

ต่อมาผู้ว่าราชการการเมือง Rhône ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อสภาแห่งรัฐขอให้ศาลสั่งเพิกถอนคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Lyon ที่พิพากษาเพิกถอนคำสั่งขับไล่นาย Ben Zid ออกจากประเทศฝรั่งเศส

จากการพิจารณาของสภาแห่งรัฐในคดีนี้ มีความเห็นต่างไปจากคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Lyon โดยเห็นว่าตามข้อเท็จจริงแล้ว นาย Ben Zid มิได้อาศัยอยู่กับนาง Chahed แต่อย่างใด อีกทั้งนาย Ben Zid เองก็เพิ่งเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศฝรั่งเศส การออกคำสั่งของผู้ว่าราชการจึงไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนตามที่นาย Ben Zid กล่าวอ้างแต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 25 ของรัฐกำหนดลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1945 (พ.ศ. 2499) (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) ซึ่งบัญญัติว่า “ให้ยกเว้นการเข้ามาตรการขับไล่ชาวต่างชาติออกนอกประเทศในกรณีที่มี... (5) ชาวต่างชาตินั้นเป็นบิดาหรือมารดาของบุตรสัญชาติฝรั่งเศส ที่อาศัยอยู่ในประเทศฝรั่งเศส และต้องปรากฏว่าบิดาหรือมารดาผู้นั้นได้ใช้อำนาจปกครองบุตรแม้เพียงบางส่วน หรือได้ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรตามความจำเป็น”

กรณีของนาย Ben Zid นั้นแม้จะปรากฏว่าเขาจะให้การรับรองว่าบุตรที่กำลังจะเกิดขึ้นเป็นบุตรของเขาก็ตาม แต่ก็ไม่อาจถือได้ว่าเขาเป็นบิดาของบุตรสัญชาติฝรั่งเศสที่อาศัยอยู่ในประเทศฝรั่งเศสตามบทบัญญัติมาตรา 25 ของรัฐกำหนดฉบับนี้ ด้วยเหตุนี้ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งเพิกถอนคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Lyon ด้วยเหตุที่ว่าคำสั่งของผู้ว่าราชการเมือง ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งที่ขัดต่อหลักการเคารพต่อสถาบันครอบครัว จึงถือเป็นการออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งนาย Ben Zid ก็ไม่อาจอ้างสิทธิตามมาตรา 25 ของรัฐกำหนดดังกล่าวเพื่อให้ได้รับประโยชน์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ตนได้เช่นกัน

นอกจากสภาแห่งรัฐจะนำสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้เป็น “มาตร” ของการตรวจสอบความชอบด้วยสนธิสัญญาของนิติกรรมทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองแล้ว ในกรณีการออกกฎของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้กรอบแห่งความชอบด้วยสนธิสัญญาเช่นกัน

ตัวอย่างคดีที่สอง เป็นเรื่องที่สมาคมชาวมุสลิม ฟ้องต่อสภาแห่งรัฐให้เพิกถอนบทบัญญัติมาตรา 5 ของรัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 99-973 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) ที่กำหนดให้เพิ่มเติมวรรคสี่ในมาตรา 4 ของรัฐกฤษฎีกา



ฉบับที่ 55-1397 ลงวันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ. 1955 (พ.ศ. 2498) ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำบัตรประชาชน⁵⁷ โดยกำหนดให้ผู้นับคำขอทำบัตรประชาชนจะต้องยื่นคำร้องพร้อมกับรูปถ่ายหน้าตรง ไม่สวมหมวกหรือใช้ผ้าคลุมศีรษะ.... โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อหลักเสรีภาพในการนับถือศาสนาซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 10 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 (พ.ศ. 2332) ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในความคิดเห็นและความเชื่อทางศาสนาของตน ตราบเท่าที่การแสดงออกของบุคคลนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยตามที่กฎหมายกำหนดไว้”

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญกาดังกล่าวยังขัดต่อมาตรา ๙ แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493) ที่บัญญัติว่า “(1) บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในทางความคิด ความเชื่อ และในการนับถือศาสนา....และ (2) เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งการนับถือศาสนาหรือปฏิบัติตามความเชื่อของบุคคลไม่อาจถูกจำกัดด้วยประการใดๆ เว้นแต่จะมีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น”

ประการสุดท้ายคือ รัฐธรรมนูญกาดังกล่าวขัดต่อมาตรา 1 ของรัฐบัญญัติลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1905 (พ.ศ. 2448) ที่บัญญัติรับรองให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสต้องให้ความรับรองแก่เสรีภาพทางความคิด และให้หลักประกันในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือการประกอบพิธีกรรมตามความเชื่อของตนภายใต้ข้อจำกัดที่บัญญัติไว้เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

คดีนี้ สภาแห่งรัฐเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพตามมาตรา 4 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญฉบับที่ 55-1397 ลงวันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ. 1955 (พ.ศ. 2498) ที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญฉบับที่ 99-973 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) มีขึ้นเพื่อป้องกันการลอกเลียนแบบ หรือทำบัตรประชาชนปลอม หรือการนำบัตรประชาชนของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ การออกรัฐธรรมนูญกาดังกล่าวจึงมี

⁵⁷ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 (พ.ศ. 2544) ในคดี Fonds de defense des musulmans en justice, req. n°216903, RFD adm. sept-oct. 2001, p.1142.

สัดส่วนที่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้นจึงไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามคำฟ้อง จึงพิพากษายกฟ้องของผู้ฟ้องในคดีนี้

นอกจากสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนฉบับต่างๆ จะมีบทบาทสำคัญในฐานะเป็นกฎหมายที่สภาแห่งรัฐจะนำมาปรับใช้ในคดีแล้ว ยังมีกฎหมายสหภาพยุโรปซึ่งมีความสำคัญต่อพัฒนาการในการเป็นป่อเกิดของกฎหมายฝรั่งเศสเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ โดยภายหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสได้เข้าเป็นสมาชิกในสหภาพยุโรป (European Union) ซึ่งถูกก่อตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญากองโรม ผลจากการเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปทำให้ประเทศฝรั่งเศสต้องผูกพันตนอยู่กับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่สหภาพยุโรปได้สร้างขึ้น ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้แสดงให้เห็นถึงผลบังคับโดยตรงของกฎหมายสหภาพยุโรปและคำบังคับที่เหนือกว่ากฎหมายภายในของกฎหมายสหภาพยุโรปในรูปของการออกกฎ (réglement) เช่น สภาแห่งรัฐยอมรับว่า “กฎ (European regulations)” สามารถนำมาใช้บังคับกับฝ่ายปกครองและศาลของรัฐสมาชิกได้โดยตรง และถือว่าการดังกล่าวรวมอยู่ในหลักความชอบด้วยกฎหมายที่บังคับกับการกระทำของฝ่ายปกครองนับแต่เวลาที่ได้ประกาศใช้ในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งประชาคมยุโรปแล้ว โดยประชาชนฝรั่งเศสสามารถอ้างกฎดังกล่าวขึ้นเพื่อใช้ต่อฝ่ายปกครองฝรั่งเศสขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในสภาแห่งรัฐได้ และกฎหมายภายหลังจากไม่อาจลบล้างคำบังคับหรือเป็นอุปสรรคสำหรับการบังคับใช้กฎดังกล่าวได้ด้วย⁵⁸

นอกจากนี้ กฎหมายสหภาพยุโรปอาจอยู่ในรูปของการออกข้อกำหนด (directive) ซึ่งตามมาตรา 189 ของสนธิสัญญากองโรมได้กำหนดให้ข้อกำหนดมีผลผูกพันรัฐสมาชิกให้ต้องกำหนดมาตรการต่างๆ ภายในรัฐเท่าที่จำเป็นเพื่อให้เป้าหมายตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดบรรลุผล และจะต้องยกเลิกมาตรการของกฎหมายลำดับรองทั้งหลายที่ขัดกับข้อกำหนดดังกล่าวด้วย ตัวอย่างเช่น สภาแห่งรัฐสามารถเพิกถอนกฎหมายลำดับรองที่กำหนดขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติต่อเป้าหมายที่กำหนดไว้โดยข้อกำหนด⁵⁹

⁵⁸ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 1990 ในคดี Boisdet, R.F.D.A , 1991 (พ.ศ. 2534), p.172.

⁵⁹ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1984 (พ.ศ. 2527) ในคดี Féd des stés de protection de la nature, Rec. p. 410 และคำพิพากษาที่ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 1994 (พ.ศ. 2537) ในคดี U.T.C.V. , Rec .116.



แต่ผลบังคับของข้อกำหนดจะมีความแตกต่างไปจากผลบังคับของกฎที่ออกโดยสหภาพยุโรป ตรงที่ว่าข้อกำหนดนั้นไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้โดยตรงกับฝ่ายปกครองดังกล่าว ดังนั้นโดยปกติแล้วประชาชนจะไม่สามารถอ้างข้อกำหนดเพื่อโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองต่อสภาแห่งรัฐได้⁶⁰ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้ สภาแห่งรัฐก็พยายามทำทุกอย่างเพื่อประกันความมีผลใช้บังคับของกฎหมายสหภาพยุโรปให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด เมื่อไม่นานมานี้ สภาแห่งรัฐได้เพิกถอนมติของประชาคมเมืองแห่งเมืองลียง (Norde de Lyon) โดยวินิจฉัยว่า การออกมติดังกล่าวเป็นการขัดต่อข้อกำหนดของสภาที่ปรึกษาแห่งยุโรป (Conseil des Communauté) ลงวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) ที่กำหนดให้การทำสัญญาต้องมีการประกาศโฆษณาให้ทราบ แม้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวจะยังไม่มีกำหนดมาตรการใดๆ เพื่อให้ข้อกำหนดมีผลใช้บังคับได้ก็ตาม อีกทั้งยังไม่ผ่านระยะเวลาในการที่จะนำข้อกำหนดดังกล่าวมากำหนดเป็นกฎหมายภายในด้วย (หากพ้นจากวันที่กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องนำข้อกำหนดดังกล่าวมากำหนดเป็นกฎหมายภายในแล้ว และฝรั่งเศสยังไม่มีกรออกกฎหมายภายใน ในกรณีนี้ประชาชนทั่วไปสามารถยกบทบัญญัติของข้อกำหนดขึ้นใช้ยื่นต่อฝ่ายปกครองได้ หากเนื้อหาของข้อกำหนดนั้นไม่ปรากฏเงื่อนไขใดๆ และมีความชัดเจนเพียงพอ) ในคดีนี้ สภาแห่งรัฐเห็นว่าจะต้องถือว่าข้อกำหนดดังกล่าวสามารถนำมาใช้บังคับได้ และมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในของฝรั่งเศสด้วย⁶¹

3.3.2 การใช้และการตีความสนธิสัญญาของศาลในระบบทวินิยม

จากการศึกษาแนวทางปฏิบัติของศาลระบบทวินิยมดังเช่นประเทศออสเตรเลีย และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หากเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) ซึ่งรองรับหรือก่อให้เกิดเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลภายในอาจนำพันธกรณีในสนธิสัญญาเหล่านี้มาใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้โดยที่รัฐสภาไม่ต้องออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญาและไม่ต้องคำนึงว่ารัฐนั้นได้ให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาฉบับดังกล่าวหรือไม่

⁶⁰ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, ตุลาคม 2545, หน้า 73.

⁶¹ คำพิพากษาที่ประชุมใหญ่สภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2542) ในคดี M. Tête, A.J., 1998, p. 403m.

อย่างไรก็ดีการที่ศาลภายในนำพันธกรณีในสนธิสัญญาประเภทกฎหมายมาใช้บังคับกรณีดังกล่าวมิได้เป็นการใช้บังคับในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาแต่เป็นการใช้บังคับในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบอบกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในประเทศออสเตรเลียและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้กำหนดวิธีการใช้สนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบอบกฎหมายระหว่างประเทศ ไว้ดังนี้

(1) ประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลียนั้น ภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศแล้ว สนธิสัญญานั้นจะยังไม่ถือว่าเป็นกฎหมายของออสเตรเลียในทันที หากแต่จะต้องมีการแปลงสภาพความเป็นกฎหมายระหว่างประเทศของสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายภายในด้วยการที่รัฐสภาต้องออกกฎหมายเพื่อให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับภายในประเทศเสียก่อน⁶² ซึ่งในเรื่องนี้เคยมีคำพิพากษาของศาลสูงในคดี Dietrich ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลได้วางหลักการมีผลใช้บังคับของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิในทางการเมือง ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) (International Covenant on Civil and Political Rights 1966 : ICCPR) ในระบอบกฎหมายออสเตรเลียว่า “การให้สัตยาบันแก่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิในทางการเมือง ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) นั้นถือเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งมิได้ทำให้เกิดกติกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศแต่อย่างใด สิทธิและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกติกาดังกล่าวจะยังไม่ถูกผนวกเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายออสเตรเลียจนกว่าจะมีกฎหมายอนุวัติเพื่อให้บทบัญญัติต่างๆ ในกติกามีผลใช้บังคับ⁶³

การอธิบายในข้างต้นมีเหตุผลเบื้องหลังสืบสายมาจากหลักการแบ่งอำนาจ ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า สำหรับระบอบกฎหมายออสเตรเลียแล้ว หากปราศจากการออกกฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาแล้ว สนธิสัญญานั้นย่อมไม่ถือเป็นบ่อเกิดแห่งสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกบุคคลโดยตรงภายในรัฐแต่อย่างใด โดยทั่วไปแล้ว การทำ

⁶² Rosalie Balkin, “International Law and Domestic Law” in *Public international law : An Australian Perspective*, (Oxford University Press , 2005) : p.122

⁶³ Dietrich v The Queen (1992) 177 CLR 292.



สนธิสัญญาของฝ่ายบริหารย่อมมีผลเป็นการผูกพันรัฐในทางระหว่างประเทศ โดยจะต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศหากมีการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา แต่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในประเทศโดยอาศัยการทำสนธิสัญญาได้ ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นเหตุผลสนับสนุนว่าเหตุใดรัฐธรรมนูญจึงไม่กำหนดให้สนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในทันที เพราะนั่นหมายถึงการให้อำนาจแก่สมเด็จพระราชินีสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายภายในด้วยการบังคับใช้สนธิสัญญานั้นเอง ดังเช่นศาลสูงได้ยืนยันไว้ในคดี *Victoria v The Commonwealth* เกี่ยวกับการผลบังคับของอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO Convention) ว่า การสร้างความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารอาจมีผลเป็นการสร้างข้อตกลงให้ฝ่ายบริหารต้องมีหน้าที่มาดำเนินการต่างๆ ภายในประเทศ หากผลแห่งความตกลงนั้นมีผลเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกบุคคลหรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมายที่มีอยู่แล้ว กรณีนี้ฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการจัดให้มีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามความตกลงดังกล่าวด้วย⁶⁴ เมื่อมีการออกกฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาแล้ว ศาลออสเตรเลียย่อมต้องนำกฎหมายอนุวัติการฉบับนั้นมาปรับใช้บังคับคดีมิใช่ตัวสนธิสัญญาเนื่องจากสนธิสัญญาไม่มีสถานะเป็นกฎหมายของออสเตรเลียนั่นเอง

ปัญหาใหม่ที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายออสเตรเลียคือ ในบางคดีศาลสูงของออสเตรเลียกลับนำสนธิสัญญามาใช้บังคับกับคดีแม้ว่าสนธิสัญญาฉบับนั้นจะไม่มี การออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาเลยก็ตาม โดยมีเงื่อนไขว่าประเทศออสเตรเลียต้องให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาฉบับนั้นด้วย

ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาคดี *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Ah Hin Teoh* (1995) (พ.ศ. 2538) 183 CLR 273⁶⁵ ได้ปรากฏว่าศาลสูง (high court) ของออสเตรเลียได้ยอมรับผลบังคับของอนุสัญญาที่สร้างขึ้นโดยสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก (United Nations Convention on the Rights of the Child 1980) (พ.ศ. 2523) โดยที่รัฐสภายังไม่ได้ตรากฎหมายเพื่อทำให้อนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายออสเตรเลียแต่อย่างใด

⁶⁴ *Victoria v the Commonwealth* (1996) 183 CLR 416

⁶⁵ Ian Holloway, *Natural Justice and the High Court of Australia : A study in common law constitutionalism*, (England : Ashgate, 2002), pp. 183-188.

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย Teoh มีสัญชาติมาเลเซีย เข้ามาอยู่อาศัยในออสเตรเลียในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) โดยเขาเข้ามาอยู่เพื่อดูแลเด็กสามคนซึ่งเป็นลูกของพี่ชายผู้เสียชีวิตไปแล้ว เด็กเหล่านี้ล้วนมีสัญชาติออสเตรเลียยกเว้นทั้งสิ้น ต่อมา นาย Teoh ได้แต่งงานกับพี่สะใภ้ของตนซึ่งเป็นแม่ของเด็กทั้งสามคนเหล่านั้น ดังนั้น นาย Teoh และนาง Teoh จึงเป็นผู้มีอำนาจดูแลเด็กทั้งสามตามกฎหมายออสเตรเลีย

สำหรับนาง Teoh นั้นมีประวัติติดเฮโรอีน ต่อมา นาย Teoh จึงถูกจับในข้อหานำเฮโรอีนเข้ามาในออสเตรเลียเพื่อนำมาให้ นาง Teoh เสพ นาย Teoh จึงถูกตัดสินจำคุกเป็นเวลาถึง 6 ปี ด้วยเหตุนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการกลุ่มผู้อพยพและชนกลุ่มน้อย (Minister for Immigration and Ethnic Affairs) จึงออกคำสั่งปฏิเสธสิทธิของนาย Teoh ที่จะได้รับการอนุญาตให้อาศัยในออสเตรเลียเป็นการถาวรเนื่องจากเป็นผู้มีคุณลักษณะไม่เหมาะสม และออกคำสั่งเนรเทศนาย Teoh ออกนอกออสเตรเลีย แม้ว่าคำสั่งดังกล่าวจะเป็นผลร้ายแก่นาง Teoh และเด็กทั้งสามคนก็ตาม

เมื่อคดีได้ดำเนินไปสู่การพิจารณาในศาลสูงของออสเตรเลีย นาย Teoh ได้โต้แย้งว่า การใช้อำนาจของรัฐมนตรีเป็นการกระทำไม่สอดคล้องกับมาตรา 3 (1) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดว่า “ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐ หรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก”⁶⁶ เมื่อรัฐมนตรีมีคำสั่งเนรเทศโดยไม่นำบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งวางหลักประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ที่เด็กควรได้รับมาเป็นข้อพิจารณาประกอบการตัดสินใจ การออกคำสั่งเนรเทศของรัฐมนตรีจึงเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นจากกระบวนการที่ไม่เป็นธรรม (dined procedural fairness)

ในเรื่องนี้ศาลสูงยอมรับว่า แม้ว่ารัฐสภาจะไม่ได้ตรากฎหมายเพื่อทำให้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ แต่ผลของการให้สัตยาบันแก้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของฝ่ายบริหารย่อมก่อให้เกิดความคาดหวังโดยชอบธรรมว่าสิ่งนั้น

⁶⁶ คณะกรรมการประสานงานองค์กรสิทธิมนุษยชน (กปส.), **สิทธิมนุษยชน รวบรวมสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่สำคัญ**, (กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท (FES), 2544), หน้า 140.



มีสภาพเป็นกฎหมาย (legitimate expectation)⁶⁷ แก่ผู้ได้รับสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ว่า ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการใดๆ อันเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาแม้ว่าอนุสัญญานั้นจะยังไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายของรัฐก็ตาม โดยปัจเจกบุคคลผู้ซึ่งได้รับสิทธิดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่ได้รับการปรึกษาจากรัฐก่อนที่รัฐจะปฏิบัติต่อเขาในลักษณะที่ไม่ได้เป็นไปตามพันธกรณีในสนธิสัญญา กล่าวอีกนัยหนึ่งเมื่อบุคคลได้รับสิทธิหรือผลประโยชน์หรือมีความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลว่าจะได้รับสิทธิหรือผลประโยชน์ตามกฎหมาย เขาจะต้องได้รับรู้ (right to be heard) ถึงการโต้แย้งสิทธิของเขาและให้เขาได้มีโอกาสต่อสู้เพื่อรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ที่เขาควรจะได้รับต่อไปในอนาคตได้เช่นกัน⁶⁸

ในระบบกฎหมายปกครองออสเตรเลียยอมรับว่าหลักความคาดหวังโดยชอบธรรมว่าสิ่งนั้นมีสภาพเป็นกฎหมาย (legitimate expectation) ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับกระบวนการวิธีพิจารณาที่เป็นธรรม (procedural fairness) ซึ่งมีใจความสำคัญว่า ในกรณีที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้อำนาจโดยไม่คำนึงสิทธิหรือผลประโยชน์ของบุคคลที่ควรได้รับตามกฎหมายในอนาคต กระบวนการวิธีพิจารณาที่เป็นธรรมย่อมเรียกร้องให้บุคคลผู้ได้รับผลร้าย หรือได้รับผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและหน้าที่ของตนสามารถยื่นคำร้องและมีโอกาสที่เสนอความเห็นในประเด็นดังกล่าวต่อศาลได้ และหลักการเดียวกันนี้ย่อมขยายไปถึงผลบังคับของบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่แม้จะยังไม่มีกระบวนการให้เป็นกฎหมายของออสเตรเลียก็ตามอย่างไรก็ดี มีปัญหาว่าการยอมรับหลักหลักความคาดหวังโดยชอบธรรมว่าสิ่งนั้นมีสภาพเป็นกฎหมาย (legitimate expectation) ของศาลในคดีนี้เท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักที่ว่าสนธิสัญญาจะยังไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายของออสเตรเลียตราบเท่าที่รัฐสภายังไม่ออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาหรือไม่⁶⁹

⁶⁷ คำว่า “legitimate expectation” เป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่ Lord Denning ได้สร้างขึ้นเป็นครั้งแรกในคดี Schmidt v Secretary of State for Home Affairs (1969) 1 All ER 904 โดยกล่าวว่า “...ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าเขาได้รับสิทธิหรือผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือที่เรียกว่า legitimate expectation จึงการกระทำที่ไม่ยุติธรรมหากจะพรากสิทธิหรือผลประโยชน์ที่เขาคาดหวังว่าจะได้รับในอนาคตไปโดยที่ไม่มีการรับฟังว่าเขาจะพูดว่าอย่างไร” อ้างใน Peter Leyland, *Textbook on Administrative law*, fifth Edition (New York : Oxford University Press, 2005), p. 361.

⁶⁸ Ian Holloway, *supra note 20*, p. 165.

⁶⁹ Rosalie Balkin, “International Law and Domestic Law” in *Public international law : An Australian Perspective*, (Oxford University Press, 2005), p. 132.

จากคำพิพากษาในคดี Brind⁷⁰ ได้วางหลักไว้ว่า หลักการดังกล่าวมิได้มีผลเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่อย่างใด เพราะเหตุว่าหลักดังกล่าวเปรียบเสมือนเป็นสิทธิในกระบวนการวิธีพิจารณา (procedural right) เพื่อเสนอให้บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่ยังมิได้มีการออกกฎหมายอนุวัติการได้รับการพิจารณา (considered) แต่ไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะทำให้บทบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับ (enforced) ซึ่งหลักความคาดหวังโดยชอบธรรมว่าสิ่งนั้นมีสภาพเป็นกฎหมายนี้ (legitimate expectation) จะเกิดขึ้นจากการให้คำมั่นสัญญาจากผู้ใช้อำนาจมหาชนหรือเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองตามปกติซึ่งผู้กล่าวอ้างสิทธิสามารถคาดหวังได้โดยมีเหตุผลอันสมควรว่าสิ่งเหล่านั้นจะต้องมีการดำเนินต่อไป การให้สัตยาบันแก่นุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของฝ่ายบริหารจึงเป็นการให้คำมั่นว่าฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเช่นกัน⁷¹ อย่างไรก็ตามรัฐสภาอาจตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อเปลี่ยนแปลงหลักความคาดหวังดังกล่าวหรืออาจมีสิ่งบ่งชี้อื่นใดที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองกระทำการฝ่าฝืนหลักความคาดหวังได้

ดังนั้น ในการพิจารณาออกคำสั่งเนรเทศนาย Teoh รัฐมนตรีจะต้องนำ “หลักการยึดถือผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก” ในมาตรา 3 (1) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมาประกอบการพิจารณาก่อนออกคำสั่งเนรเทศนาย Teoh ด้วย ในกรณีที่รัฐมนตรีตัดสินใจที่ไม่ทำตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฉบับนี้ รัฐมนตรีมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งการกระทำดังกล่าวของตนแก่บุคคลผู้ถูกกระทบสิทธิเพื่อเปิดโอกาสให้เขาได้รับทราบข้อเท็จจริงและให้เขามีโอกาสแสดงความคิดเห็นโต้แย้งข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ประกอบการวินิจฉัยในภายหลังได้อย่างถูกต้องว่าเหตุใดรัฐมนตรีจึงต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในมาตรา 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก⁷²

⁷⁰ Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Brind and Others (1991) 1AC 696, *Ibid*, p. 133.

⁷¹ Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (1985) in Andrew Le Sueur, Javan Herberg and Rosalind English, *Principle of Public Law*, 2nd (London : Cavendish Publishing Limited, 1999), p. 288.

⁷² Donald K Anton, Penelope Mathew & Wayne Morgan, *International Law : Cases and Materials*, (New York : Oxford University Press, 2005), p. 444.



การยอมรับผลบังคับของสนธิสัญญาในคดี Teoh นี้ถือว่าเป็นเรื่องที่ได้คาดไว้ว่าหลักการยอมรับผลบังคับของสนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายในโดยที่ยังมิได้มีการออกกฎหมายภายในอนุวัติการหรือรองรับผลบังคับของสนธิสัญญา วิธีการผนวกสนธิสัญญาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในเช่นเราเรียกว่า การบัญญัติกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ (Judicial legislation) ซึ่งเป็นวิธีหนึ่งในประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมแบบอังกฤษหรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

อย่างไรก็ดี ยังมีปัญหาถกเถียงกันว่าวิธีการยอมรับผลบังคับโดยตรงของสนธิสัญญาเช่นนี้จะเกิดขึ้นกับสนธิสัญญาทุกประเภทหรือไม่ ในทางวิชาการนั้นเห็นว่าการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาของฝ่ายบริหารที่จะก่อให้เกิดหลัก (legitimate expectation) ได้นั้นอย่างน้อยที่สุดสนธิสัญญาเหล่านั้นต้องมีบทบัญญัติเป็นการก่อตั้งสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลภายในรัฐ (establish individual rights)⁷³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (International human rights law) ซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐเป็นสำคัญ⁷⁴

(2) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในระบบกฎหมายเยอรมัน เมื่อฝ่ายบริหารได้ให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาในรูปของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาและมีการประกาศกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐโดยถูกต้องแล้ว ศาลเยอรมันสามารถนำกฎหมายรองรับสนธิสัญญามาใช้บังคับกับคดีได้ การใช้บังคับสนธิสัญญาของศาลเยอรมันจึงต้องกระทำผ่านกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติของศาลเยอรมันหากเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งวางหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International human rights treaties) ศาลเยอรมันสามารถนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดีได้โดยตรง (self-executing treaty)⁷⁵ ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์ (as fully binding part of federal law)

⁷³ Penelope Mathew, "Human Rights" in *Public international law : An Australian Perspective*, (New York : Oxford University Press, 2005), p. 282.

⁷⁴ Andrew Le Sueur , Javan Herberg and Rosalind English, *supra* note 32, p. 290.

⁷⁵ Stefan Oeter, "International Human Rights and National Sovereignty in Federal System : The German Experience," *Wayne Law Review*, 2001, <<http://international.westlaw.com>>, December 2007.

ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นำบทบัญญัติในอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493) (European Convention on Human Rights : ECHR) มาปรับใช้กับคดีโดยที่รัฐสภายังมิได้ออกกฎหมายรองรับอนุสัญญาแห่งยุโรปฯ ฉบับนี้ โดยเห็นว่าอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ถือว่าเป็นอนุสัญญาที่มีบทบาทในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลในเยอรมันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่นักต่างด้าว เนื่องจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเยอรมันจำนวนมากมักให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่คนภายในรัฐ โดยหวังกันมิให้ความคุ้มครองแก่บุคคลซึ่งมิได้เป็นชนชาติของตนด้วย ในขณะที่อนุสัญญายุโรปว่าสิทธิมนุษยชนฉบับนี้กลับมุ่งหมายให้ความคุ้มครองแก่สิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิติดตัวบุคคลทุกคนไม่ว่าเป็นชนชาติใด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงยอมรับว่าคนต่างด้าวผู้ถูกระทบสิทธิจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐสามารถกล่าวอ้างสิทธิตามบทบัญญัติในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพื่อร้องทุกข์ไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Constitutional Complaint) ได้⁷⁶

จากการยอมรับผลบังคับของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) โดยตรงของศาลเยอรมันจึงเกิดปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของอนุสัญญาฉบับนี้ว่าจะมีความสัมพันธ์กับกฎหมายภายในเช่นไร ในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยืนยันว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะนำบทบัญญัติอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) มาใช้ในการตีความกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นเพียงคู่มือ (guides) เพื่อตีความเนื้อหาและขอบเขตของของสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดไว้แล้วเท่านั้น แต่การนำบทบัญญัติของอนุสัญญามาตีความเพื่อนำไปสู่การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายพื้นฐานให้ความคุ้มครองลดน้อยถอยลงนั้นจะกระทำมิได้ ดังนั้น อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมิได้มีฐานะเทียบเท่ากฎหมายพื้นฐานหรือสูงกว่ากฎหมายพื้นฐานแต่อย่างใด⁷⁷

⁷⁶ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGE) 179, 196, in Stefan Oeter, "International Human Rights and National Sovereignty in Federal System : The German Experience," *Wayne Law Review*, 2001, <<http://international.westlaw.com>>, December 2007.

⁷⁷ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfG), 2 BvR 1481/04, in Saša Beljin, "Bundesverfassungsgericht on the Status of the European Convention of Human Rights and ECHR Decisions in German Legal Order. Decision of 14 December 2004," 1, *European Constitutional Law Review*, 2005, p. 556.



เมื่อประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาฉบับนี้แล้ว อนุสัญญาย่อมมีสถานะเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญทั่วไป อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาอาจอยู่ในลำดับสูงกว่ารัฐธรรมนูญได้หากมีเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน เช่น ในหมวด 1 บทบัญญัติมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) ซึ่งวางหลักห้ามมิให้ผลิตคุณค่าบุคคลลงเป็นทาส (prohibition of slavery) ซึ่งถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศที่ศาลสามารถนำมาใช้บังคับได้โดยตรงและมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน⁷⁸

นอกจากสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแล้ว ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สามารถนำบทบัญญัติในกฎบัตรสหประชาชาติ (Le Charte des Nations Unies - U.N. Charter) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมายอีกชนิดหนึ่งมาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้โดยตรง⁷⁹

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า ผู้ร้องเป็นทหารยศพันตรีได้ถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับวินัยในศาลทหาร เพราะเหตุว่าผู้ร้องปฏิเสธที่จะดำเนินการตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ร้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการปรับปรุงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (software programme) เพื่อใช้เป็นอาวุธทางทหาร โดยโปรแกรมดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เป็นการเพิ่มศักยภาพทางด้านทหารในกองทัพเยอรมันเพื่อนำไปใช้ทำสงครามกับอิรัก ซึ่งเขาเห็นว่าเป็นการทำสงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคำสั่งดังกล่าวเป็นการขัดต่อเสรีภาพทางความเชื่อซึ่งเขาได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 4 (1) ของกฎหมายพื้นฐานแต่ศาลทหารได้ตัดสินว่าผู้ร้องมีความผิดฐานกระทำการทุจริตต่อหน้าที่จึงมีคำสั่งลงโทษจำคุกจากเดิมคือยศพันตรีให้มาเป็นร้อยเอกแทน ในเวลาต่อมาผู้ร้องจึงร้องทุกข์มายังศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht)

⁷⁸ *Ibid*, p. 557.

⁷⁹ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 21 มิถุนายน 2005 (พ.ศ. 2548), (BVerwG, 2 WS 12.04) อ้างใน Nikolaus Schultz, "Was the War on Iraq Illegal? – The German Federal Administrative Court's Judgement of 21st June 2005," *German Law Journal*, Vol.07 No.01, 2005 (พ.ศ. 2548), pp. 25-44.

ในเบื้องต้น ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่า ผู้ร้องย่อมมีเสรีภาพในทางความเชื่อตามมาตรา 4 (1) ของกฎหมายพื้นฐานตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าว เพราะกฎหมายพื้นฐานให้ความคุ้มครองเสรีภาพในทางความเชื่อของบุคคลไม่ว่าความเชื่อดังกล่าวจะเป็นเรื่องผิดหรือเป็นเรื่องที่ถูก รัฐก็ไม่มีอำนาจที่จะไปจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ ดังนั้น ความเชื่อในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการทำสงครามอิรักของผู้ร้องจึงได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 4 (1) ของกฎหมายพื้นฐานด้วย ส่วนปัญหาว่าผู้ร้องสามารถปฏิเสธคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมปรับปรุงโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นอาวุธเพื่อนำไปใช้ในการร่วมทำสงครามกับอิรักได้หรือไม่นั้น เมื่อไม่ปรากฏว่าการที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเข้าร่วมกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษเพื่อทำสงครามในอิรักเป็นการกระทำที่เข้าข่ายยกเว้นเรื่องการใช้อำนาจทหารที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศมาตรา ๕๑ ของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งวางหลักการป้องกันล่วงหน้าของรัฐ (self-defense) ไว้ คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ขัดหรือแย้งกับตามมาตรา 2 (4) ของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งวางหลักการห้ามมิให้รัฐสมาชิกทำการคุกคามหรือใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขตหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ถูกรับรองโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice : ICJ) ว่ามีสถานะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogen) ซึ่งมีผลผูกพันรัฐต่างๆ เป็นการทั่วไปแม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ได้เป็นภาคีในกฎบัตรสหประชาชาติก็ตาม ดังนั้น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในฐานะเป็นภาคีในสหประชาชาติจึงมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามกฎบัตรแห่งสหประชาชาติด้วย ศาลปกครองแห่งสหพันธ์จึงวางหลักไว้ว่าเมื่อมาตรา 2 (4) ของกฎบัตรสหประชาชาติมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogen) ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิแก่ประชาชนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน จึงเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้แก่องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องละเว้นจากการกระทำใดๆ อันเป็นการละเมิดต่อหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวในฐานะที่เป็น “หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ” ตามบทบัญญัติในมาตรา ๒๕ ของกฎหมายพื้นฐานด้วย

จึงสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายเยอรมัน หากเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือ



สร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่เป็นการเฉพาะเรื่องซึ่งเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศโดยที่ไม่มีการคัดค้านจนก่อให้เกิดสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) หรือมีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogens) เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือกฎบัตรสหประชาชาติ ฯลฯ กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาประเภทกฎหมายเหล่านี้ อาจมีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศที่ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์ตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานที่ศาลเยอรมันสามารถนำมาใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้โดยตรง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยวางหลักการนำมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานมาเป็นมาตรการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐไว้ในปี ค.ศ. 1987 (พ.ศ. 2530) ว่า บทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานอาจถูกนำมาใช้เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายตุลาการในการใช้และการตีความกฎหมายภายในที่เป็นการละเมิดต่อหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศได้

บทที่ 4

อำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุดหรือศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบ ต่อสิทธิมนุษยชน

ในบทนี้จะศึกษาอำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุดหรือศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา 4.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และ 4.3 ประเทศฝรั่งเศส โดยมีรายละเอียด ดังนี้

4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึง 4.1.1 ระบบการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา 4.1.2 ความเป็นศาลสูงสุดของกระบวนการยุติธรรมที่สามารถโต้แย้งได้ (Une suprématie judiciaire Contestée) 4.1.3 ศาลสูงสุดกับการตีความรัฐธรรมนูญ 4.1.4 ศาลสูงสุดกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

4.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา¹

สิทธิมนุษยชนในสหรัฐอเมริกาได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายและถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ตราขึ้นภายหลังอีกหลายฉบับ มีทั้งที่เป็นพันธกรณีที่กำหนดขึ้นโดยสนธิสัญญาต่างๆ จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป หลักการดังกล่าวได้รับการอนุวัติการให้เข้ามาใช้เป็นกฎหมายภายในโดยสภา Congress ผู้ร่างกฎหมายและต้องผ่านกระบวนการลงประชามติ (Plebiscites) ด้วย ที่สำคัญจะต้องมีการกำหนดหน่วยงานที่จะเข้ามาดูแลให้เป็นตามกฎหมาย โดยเฉพาะ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ นั่นคือ ศาลสหพันธรัฐ (Federal courts) ซึ่งจะพิจารณาประเด็นปัญหาข้อกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

¹ Dictionnaire de la Culture Juridique ; Edition PUF Lamy 2008 (พ.ศ. 2551)



การก่อตั้งของแนวคิดสิทธิมนุษยชนในสหรัฐอเมริกา เริ่มปรากฏชัดเมื่อครั้งประเทศยังตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของสหราชอาณาจักรโดยความคิดริเริ่มของ Anthony Benezet ในปี ค.ศ. 1775 ที่รวมเอา 13 เขตอาณานิคมของ British America โดยมุ่งในการเลิกทาส ต่อมาใน ค.ศ. 1776 คำประกาศอิสรภาพ (Declaration of Independence) ก็ได้ยกร่างและมีผลใช้บังคับเพื่อคุ้มครองอิสรภาพของพลเมือง civil liberties ซึ่งมีพื้นฐานมาจากความเป็นจริงในตัวมันเอง self-evident truth หรือสัจธรรมว่า “มนุษย์ทุกคนถูกกำหนดมาให้มีความเท่าเทียมกันและได้รับการประสาทสิทธิในตัวเองที่ไม่มีคนจะสามารถแยกออกไปจากตัวตนได้และบรรดาสิทธิเหล่านั้นก็คือการมีชีวิตอยู่รอด มีเสรีภาพ และการแสวงหาความสุขในชีวิต”² ความคิดในเรื่องเสรีภาพของมนุษย์ได้ต่อยอดถึงความจริงที่ว่า สิทธิพื้นฐานไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นโดยผู้ปกครองใดๆ แต่มีติดตัวมาและไม่อาจแยกออกจากปัจเจกบุคคลได้ และมีมาก่อนเกิดเป็นการปกครองด้วยซ้ำ

จากหลักการดังกล่าว ทำให้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่ตราขึ้นในปี ค.ศ. 1787 ซึ่งก่อกำเนิดหลักประชาธิปไตยที่มีการวางหลักประกันสิทธิด้านต่างๆ และเสรีภาพของพลเมืองจนต่อมาได้รวบรวมและประมวลขึ้นเป็น ประกาศแห่งสิทธิเสรีภาพพลเมือง (Bill of Rights)³ และได้ขยายผลให้มีการใช้บังคับไปถึงการวางระเบียบในกระบวนการยุติธรรม สอดแทรกลงในกฎหมายต่างๆ ตลอดจนพัฒนาการและสะท้อนออกมาเป็นบรรทัดฐานในสังคมในที่สุด โดยได้แสดงให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมในการตราลงไป ในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นการเลิกทาสทั้งหมดใน ค.ศ. 1865 และยินยอมให้สตรีมีสิทธิเลือกตั้งได้ในปี ค.ศ. 1920

เมื่อล่วงมาถึงต้นศตวรรษที่ 20 สหรัฐอเมริกามีบทบาทอย่างมากในการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยกย่องปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights ซึ่งบทบัญญัติส่วนใหญ่ล้วนได้รับอิทธิพลและรับเอาแบบอย่างมาจากส่วนหนึ่งของประกาศแห่งสิทธิเสรีภาพพลเมืองของสหรัฐอเมริกานั้นเอง จนก้าวเข้าสู่ช่วงหลังของศตวรรษที่ 20 สหรัฐอเมริกาได้เข้าไปมีส่วนในบรรดาสนธิสัญญา ปฏิญญา และกติกาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

² “that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.”

³ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 10 ครั้งแรก (the first ten amendments of the Constitution)

ซึ่งจะต้องลงนามรับรองโดยรัฐสมาชิกของสหประชาชาติ เพียงไม่กี่ฉบับเท่านั้น และในศตวรรษที่ 21 นี้ สหรัฐอเมริกามีแนวโน้มนโยบายที่เปลี่ยนไปมาจากเดิม ซึ่งไม่อาจทราบได้ว่าด้วยเหตุใด โดยเฉพาะในกระบวนการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศตามกฎหมายบัตรกรุงโรม the Rome Statute of the International Criminal Court ที่มีความเชื่อว่าสหรัฐอเมริกาพยายามขัดขวางตลอดมา นอกจากนั้นรัฐบาลอเมริกันได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าการมีละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศมากมาย โดยมุ่งเน้นไปที่ระบบกระบวนการยุติธรรมของประเทศและประเด็นในเรื่องการรักษาความมั่นคงของประเทศต่างๆ ตลอดจนประเด็นในเรื่องนโยบายด้านบริหารจัดการที่ดินทางเพศและการยินยอมให้มีการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกัน

นับแต่มนุษย์พยายามพัฒนาองค์กรตุลาการให้ซับซ้อนและเพิ่มช่องทาง การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมให้หลากหลายมากขึ้น ตั้งแต่ครั้งยุคกลาง คณะตุลาการชั้นสูงหรือศาลระดับสูง ซึ่งความเป็นมาตั้งแต่แรกเริ่มมีมาพร้อมกับการเกิดขึ้นของความขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐและการมีรัฐสมัยใหม่ขึ้น สถาบันนี้ได้เข้าไปเกี่ยวข้องของร่วมกับปัญหา เรื่องการแบ่งแยกอำนาจและแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่ (constitutionnalisme moderne) มาตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 อะไรเป็นสิ่งผลักดันให้เกิดแนวคิดที่จะให้มีศาลสูงที่สุด ซึ่งยังเป็นที่ยังสงสัยว่าศาลสูงที่สุดเข้ามาในระบบหรืออำนาจตุลาการได้อย่างไร อำนาจ และหน้าที่ของศาลสูงก็ยังคงเป็นที่ต้องพิสูจน์ในเรื่องลำดับของกฎเกณฑ์และศักดิ์ของ คำพิพากษาที่ปรากฏในระบบกฎหมายภายใน เช่นเดียวกับระบบกฎหมายระหว่างประเทศ

การเกิดขึ้นของอำนาจตุลาการและศาลสูงที่สุดของสหรัฐอเมริกา หนังสือ L' Esprit des lois ของมองเตสกีเออสามารถใช้เป็นคัมภีร์บอกเล่าประวัติศาสตร์การเกิดขึ้นของศาลสูงที่สุด มองเตสกีเออเป็นคนแรกที่กล่าวถึงอำนาจในการตัดสินและพิพากษาคดี โดยมีการระบุไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ เพราะอำนาจส่วนนี้จะไม่ถูกมอบให้วุฒิสมาชิกถาวรแต่ละยุคใช้โดยบุคคลธรรมดาที่ได้รับเลือกมาจากกลุ่มประชาชน โดยอำนาจนี้จะเป็นอำนาจที่ไม่อาจมองเห็นหรือจับต้องได้และว่างเปล่า แต่ถึงอย่างไรก็สามารถมีหลักประกันเสรีภาพอยู่บ้าง โดยการแบ่งแยกอำนาจระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร โดยปกติเรามักเรียกผู้พิพากษาตามอำนาจตุลาการนี้ว่าเป็นผู้พิพากษาของแผ่นดิน ซึ่งจะเป็นคนบอกเล่าหรือผู้ประกาศกฎหมายซึ่งมีฐานะเสมือนเป็นผู้ก่อตั้งสถาบันศาลสูงที่สุด แต่มองเตสกีเออมองว่าอำนาจก่อตั้งสถาบันศาลสูงที่สุดโดยแท้ น่าจะอยู่กับวุฒิสภาหรือเป็นบทบาทหน้าที่ของรัฐสภาในฐานะ "ที่รวบรวมกฎหมาย (dépôt des lois)"



ซึ่งสถาบันเหล่านี้ น่าจะเป็นที่ริเริ่มแนวคิดสถาบันในการก่อให้เกิดอำนาจตุลาการขึ้น มองเดสกีเออมีอิทธิพลอย่างมากกับผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะตรงข้ามกับแนวคิดระบบสหพันธ์ (fédéraliste) ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ ข้อถกเถียงที่เกิดขึ้น ในช่วงแรกของการก่อตั้งศาลสูงสุดในสหรัฐอเมริกาและหากเปรียบเทียบกับระบบผู้พิพากษาในราชวงศ์อังกฤษด้วยแล้ว ระบบอเมริกันที่เกิดขึ้นใหม่ จะค่อนข้างอ่อนไหวต่อแนวคิดในเรื่องการแบ่งแยกภารกิจที่จะผูกพันอยู่กับฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติค่อนข้างมาก ในขณะเดียวกันที่ผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญอเมริกันประสงค์ จะใส่แนวคิดความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเข้าไปในบทบัญญัติด้วยซึ่งเป็นเครื่องมือที่แท้จริงที่จะทำให้แนวคิดความเป็นอิสระเป็นจริง อีกประเด็นหนึ่งซึ่งเป็นเรื่องน่าวิตกของผู้ร่างรัฐธรรมนูญอย่างมากคือ การเกิดขึ้นของอนุญาโตตุลาการ (l'arbitraire judiciaire) ซึ่งเป็นเครื่องมืออันหนึ่งที่จะบิดเบือนการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยหลักießงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ค.ศ. 1780 (พ.ศ. 2323) เกิดอนุญาโตตุลาการแบบ Beccaria แต่รัฐธรรมนูญระดับสหพันธ์มีขึ้นในปี ค.ศ. 1787 (พ.ศ. 2330) โดยพยายามหาแนวทางใกล้เคียงความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายพื้นฐาน (la primauté de la loi fondamentale) กับประโยชน์ของรัฐ (l'intérêt des États)

มาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญอเมริกันได้สร้างความน่าเชื่อมั่นให้กับอำนาจตุลาการสำหรับศาลสูงสุด (โดยกำหนดจำนวนผู้พิพากษาและองค์คณะของศาลสูงสุด) ในขณะที่ศาลในระดับรองลงไปจะถูกก่อตั้งโดยเพียงการพิจารณาของ สภา Congress อำนาจหน้าที่ของศาลในระดับสหพันธ์อาจจะไปถึงคำถามที่ต้องพิจารณาเป็นปัญหาในกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายพื้นฐานหรือสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั่นเอง นอกจากนี้ยังมองไปถึงกฎหมายขัดกันระหว่างรัฐในสหพันธ์ด้วยกันหรือสิทธิพลเมืองในต่างรัฐกันของสหรัฐอเมริกา รวมไปถึงประเด็นปัญหากฎหมายข้ามแดนหรือในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายการทูตด้วย ศาลสูงสุดหรือศาลฎีกาอเมริกันจึงมีอำนาจพิจารณาตัดสินในบางประเด็นในลักษณะศาลชั้นต้นและบางประเด็นในลักษณะเป็นการรับอุทธรณ์ รวมทั้งทำคำตัดสินขั้นสูงสุดหรือวางหลักกฎหมาย Judiciary Act 1789 (พ.ศ. 2332) ได้กำหนดวิธีการโต้แย้งคำตัดสินของศาลในแต่ละรัฐต่อศาลสูงหรือศาลฎีกาอเมริกันไว้

กล่าวโดยสรุปถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ได้ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งในเรื่องอำนาจในการตีความของศาลในส่วนของกฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายมนุษยชน ซึ่งมีขึ้นตั้งแต่ปีแรกของการก่อตั้งศาลสูงสุดดังกล่าว ซึ่งการโต้แย้งดังกล่าวเกิดความสับสน

ระหว่างการใช้อำนาจตีความกฎหมายมนุษยชนดังกล่าวกับสภา Congress ระดับสหพันธ์และสภาประจำรัฐสมาชิกต่างๆ จนเมื่อช่วงปลายปี 1780 นักคิด fédéralistes อย่างนักคิดคนสำคัญ Hamilton ได้พยายามวางหลักถึงความเป็นไปได้ที่จะมีศาลสูงเพื่อปฏิเสธที่จะบังคับใช้กฎหมายซึ่งถูกมองว่าเป็นกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญจากทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดและมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาของรัฐธรรมนูญ (théorie de la limited Constitution) ทฤษฎีความจำเป็นที่จะต้องมีตรวจสอบและโต้แย้งกันของกฎหมายในระดับต่างๆ ตลอดจนทฤษฎีว่าด้วยความไม่แน่นอนของอำนาจตุลาการ ผู้เห็นพ้องกับแนวคิดเหล่านี้ได้เสนอวิธีการสรรหาตัวผู้พิพากษาที่ถูกเสนอชื่อโดยประธานาธิบดีสหรัฐให้มีฐานะเสมือน “ผู้แทนปวงชน” (Agents du peuple) กระบวนการที่กล่าวมาดูเหมือนจะไม่ใช่ไปตามกระบวนการทางประชาธิปไตยและไม่เป็นไปตามเสียงข้างมากที่กำหนดได้มาจากการเลือกตั้ง โดยเฉพาะกระบวนการที่ขอให้พิจารณาตัวผู้พิพากษาใหม่ที่เสนอให้วุฒิสภาพิจารณาอันเป็นประเด็นที่ถูกโต้แย้งตามหลักถ่วงดุลอำนาจ ในบรรยากาศของการต่อต้านลัทธิ fédéralistes ของประธานาธิบดี Adams ผู้ซึ่งเสนอชื่อ John Marshall ให้เป็นผู้พิพากษาหัวหน้ากับผู้ไม่ประสงค์ให้เกิดระบบสหพันธ์ที่กลายมาเป็นประธานาธิบดีในวาระต่อมานั้นคือ ประธานาธิบดี Jefferson ศาลสูงอเมริกันยังได้แสดงให้เห็นถึงอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระดับสหรัฐ (judicial review) ในคดี Marbury V Madison (1803) (พ.ศ. 2346) โดยที่การเสนอชื่อและแต่งตั้งผู้พิพากษา Marbury โดยฝ่ายบริหารของประธานาธิบดี Adams ศาลสูงสุดได้พิจารณาว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในส่วนของ Judiciary Act 1789 (พ.ศ. 2332) และติดตามมาด้วยศาลสูงอเมริกันได้ตัดสินคดีความเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสมาชิกของสหพันธ์ อันเป็นการวางแนวทางการใช้อำนาจของหน่วยงานของตนเองให้แตกต่างจากหน่วยงานด้านยุติธรรมอื่นและไม่รับหลักการพื้นฐานในการตีความอย่างกว้าง ซึ่งเป็นอำนาจของสภา Congress ต่อมาในสมัยประธานาธิบดี Taney (1735 - 1864) (พ.ศ. 2278 - 2407) ศาลสูงได้รับการยอมรับว่าเป็นสถาบันที่คงไว้ซึ่งแนวคิดอนุรักษนิยมอย่างมากจากคำตัดสินคดีต่อมาซึ่งเป็นคดีที่สองได้แสดงให้เห็นอำนาจตีความและพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระดับสหพันธ์ด้วย โดยเฉพาะในปี 1857 ศาลปฏิเสธที่จะรับอุทธรณ์ในประเด็นเกี่ยวกับการใช้แรงงานทาส แต่อย่างไรก็ตาม Tocqueville



นักคิดสำคัญที่มีอิทธิพลอย่างมากในรัฐธรรมนูญอเมริกัน ได้จัดศาลสูงอเมริกันไว้เป็นสถาบันระดับสูงของประเทศและได้เขียนบ่งชี้อำนาจหน้าที่ของศาลสูงไว้อย่างชัดเจนว่า “หากศาลสูงสุดไม่มีผู้พิพากษาในศาลอย่างเช่นที่มีมา (ไม่มีศาลสูงของตนเอง) รัฐธรรมนูญอเมริกันฉบับนี้คงไม่ต่างจากผลงานที่ไม่มีค่าไม่มีชีวิตชีวาแต่อย่างใด” (Sans ses juges, la constitution est une oeuvre morte)

4.1.2 ความเป็นศาลสูงสุดของกระบวนการยุติธรรมที่สามารถโต้แย้งได้ (Une suprématie judiciaire Contestée)

จากการที่หลักกฎหมายนิติปรัชญาได้รับการยอมรับและความจำเป็นที่ขาดไม่ได้ของการมีอำนาจตุลาการในช่วงศตวรรษที่ 20 ไม่ได้ทำลายการจำกัดของศาลสูงสุดเลย ในแง่ของการเป็นสถาบันทางการเมือง สถาบันนี้เป็นเสมือนหน่วยงานที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งรวมถึงภารกิจทางยุติธรรมและภารกิจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นเสมือนศาลพิเศษที่มองได้สองด้าน ด้านหนึ่งเป็นศาลที่สามารถพิจารณาคดีความในหลายประเด็น/หลายเรื่อง (Multiplicité d'ordres juridictionnels) ตัวอย่างเช่น ศาลฎีกาของฝรั่งเศสสามารถเข้าไปพิจารณากฎหมายเอกชนไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตุลาการทางการเมือง/ทางมหาชน แต่ต่อมาในตัวอย่างของออสเตรเลีย อิตาลี หรือแม้แต่เยอรมนีที่พยายามสร้างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Le tribunal constitutionnel) จนกลายมาเป็นแนวทางของประเทศต่างๆ ในศตวรรษที่ 21 ซึ่งแนวทางนี้ได้สร้างความเป็นสถาบันสูงสุดในสายยุติธรรมไปแบบกลายๆ แต่ปัญหากลับมาก่อเกิดในกลุ่มประเทศ Common Law ที่แยกไม่ได้ระหว่างประเด็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน (ปกครอง / รัฐธรรมนูญ) สำหรับศาลสูงในประเทศเหล่านั้น เช่นเดียวกับ ศาลสูงอเมริกันแต่ Édouard Lambert ได้วางแนวคิดใหม่ให้กับศาลสูงอเมริกันว่าเป็นรัฐบาลของผู้พิพากษาตุลาการ (Gouvernement des juges) ในปี 1921 (พ.ศ. 2464) โดยให้อำนาจที่จำกัดอยู่ในอำนาจที่ทำได้เพียงพิจารณาตัดสินคดีแต่ไม่สามารถบังคับคดี โดยให้อำนาจพิเศษกับสภา Congress เพื่อที่จะสามารถกำหนดจำนวนตุลาการ ผู้พิพากษาหรือกำหนดวิธีพิจารณาคดีที่เป็นวิธีการเฉพาะ

ในปี 1937 (พ.ศ. 2480) ศาลสูงได้ทำให้เห็นถึงอำนาจที่ชัดเจน โดยเฉพาะการต่อต้านโครงการ New Deal หลายๆ คดี นับจาก 1937 (พ.ศ. 2490) จนถึงยุคของประธานาธิบดี Reagan ได้แสดงให้เห็นการควบคุมการใช้อำนาจตุลาการที่เป็นรูปแบบอุดมคติซึ่งสามารถโต้แย้งอำนาจประธานาธิบดีการใช้อำนาจเลือกสรรตัวผู้มาเป็นตุลาการในศาลสูงของตนเอง

ศาลสูงอเมริกันจะประกอบด้วย ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสูงสุด (Chief Justice) และคณะตุลาการศาลสูงสุดร่วม (Associate Justices) ซึ่งจะกำหนดจำนวนคณะตุลาการโดยสภา Congress โดยปัจจุบันมีจำนวนตุลาการศาลสูงสุดร่วมจำนวน 8 ท่าน (28 U.S.C. § 1) ส่วนอำนาจแต่งตั้งตุลาการในศาลสูงสุดทั้งหมดเป็นของประธานาธิบดี และต้องผ่านความเห็นชอบและความยินยอมของวุฒิสภาด้วย

มาตรา 3 วรรคแรกแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ยังกำหนดต่อไปอีกว่า ตุลาการศาลสูงสุดและตุลาการในศาลยุติธรรมของประเทศจะต้องยึดมั่นและทำหน้าที่อย่างดีที่สุดตามพหุติการณที่ เหมาะสม และจะต้องปฏิบัติงานอย่างเต็มความสามารถในระหว่างอยู่ในวาระการดำรงตำแหน่ง และต้องได้รับค่าตอบแทนอย่างสม่ำเสมอ ต่อเนื่องและไม่มี การลดหย่อนค่าตอบแทนลงในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ประจำศาลสูงสุดจะประกอบด้วย

1. ที่ปรึกษาผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสูงสุด
2. เสมียนศาลหรือจำศาล
3. เจ้าหน้าที่ผู้ทำรายงานและคำพิพากษา
4. บรรณารักษ์ประจำศาล
5. เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย
6. ที่ปรึกษาประจำศาล
7. เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์
8. ผู้อำนวยการด้านระบบข้อมูลสารสนเทศ
9. เจ้าหน้าที่ประชาสัมพันธ์

ตำแหน่งที่ปรึกษาผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสูงสุดเป็นตำแหน่งเดียวที่ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสูงสุดเป็นผู้แต่งตั้งได้เอง ตำแหน่งอื่นๆ นอกจากนั้น การแต่งตั้งจะต้องผ่านความเห็นชอบและหารือของคณะตุลาการสูงสุดร่วม

มาตรา 3 วรรคแรกยังบัญญัติเพิ่มเติมอีกว่า “อำนาจตุลาการของสหรัฐอเมริกา จะกระทำโดยผ่านศาลสูงเพียงแห่งเดียว ส่วนศาลในระดับรองลงมานั้นจะใช้อำนาจตุลาการที่ได้รับมาจากสภา Congress ที่จะออกกฎหมายจัดตั้งและเปิดทำการในแต่ละช่วงเวลา” ส่วนศาลสูงสุดจะก่อตั้งโดยกฎหมายอีกฉบับคือ Judiciary Act ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 1789 (พ.ศ. 2332) และเปิดทำการครั้งแรกเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 1790 (พ.ศ. 2333)



ส่วนอำนาจหน้าที่เป็นไปตามมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีต่อไปนี้

1. คดีความต่างๆ ตามกฎหมายและความชอบธรรม (Equity) ที่มีป้อเกิดจากรัฐธรรมนูญ กฎหมายของสหรัฐอเมริกา และสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาได้ลงนามให้มีผลใช้บังคับกับรัฐบาล
2. คดีความเกี่ยวกับคณะทูตานุทูต พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ และบรรดาที่ปรึกษาของหน่วยงานรัฐ
3. คดีความที่เป็นประเด็นเรื่องเขตอำนาจทางทะเลของรัฐ
4. พิจารณาพิพากษาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับพันธกรณีระหว่างประเทศ
5. พิจารณาพิพากษาข้อโต้แย้งระหว่าง 2 มลรัฐหรือมากกว่า รวมไปถึงข้อโต้แย้งระหว่างพลเมืองกับมลรัฐ ทั้งพลเมืองของมลรัฐนั้นๆ หรือต่างมลรัฐ
6. กรณีที่พลเมืองของมลรัฐเดียวกันเรียกร้องเกี่ยวกับที่ดินภายใต้ดินแดนของมลรัฐอื่นหรือระหว่างมลรัฐ หรือกับรัฐต่างประเทศ รวมไปถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคนต่างชาติและทรัพย์สินของชาวต่างชาตินั้น

คดีความตาม ข้อ 2 และ 4 ข้างต้นเป็นอำนาจโดยแท้และดั้งเดิมของศาลสูงสุด ส่วนคดีในกรณีอื่นจะเป็นคดีที่มีลักษณะเป็นการรับพิจารณาอุทธรณ์หรือฎีกามาจากศาลอื่นซึ่งสามารถพิจารณาอุทธรณ์หรือฎีกา ทั้งในปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริง โดยจะมีหลักเกณฑ์และข้อยกเว้นที่มีสภา Congress เป็นผู้กำหนดขึ้น โดยกำหนดเป็นระเบียบข้อบังคับซึ่งกำหนดไว้ใน กฎหมายระดับสหพันธ์ 28 U.S.C. § 1251

4.1.3 ศาลสูงสุดกับการตีความรัฐธรรมนูญ

บริเวณเืองทางเข้าอาคารศาลสูงสุดจะมีข้อความสลักไว้ว่า “ความยุติธรรมที่เสมอภาคภายใต้กฎหมาย: Equal Justice under the Law” อันเป็นการแสดงออกถึงความรับผิดชอบสูงสุดของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุดคือคณะตุลาการสูงสุดในประเทศที่จะพิจารณารรคดีและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญและกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในฐานะองค์กรผู้ชี้ขาดขั้นสุดท้ายตามกฎหมาย ศาลแห่งนี้ได้ถูกกำหนดให้เป็นองค์กรที่กำกับความรับผิดชอบที่จะอำนวยความสะดวกยุติธรรมที่เสมอภาคภายใต้กฎหมายให้กับประชาชนชาวอเมริกัน และยังกำหนดให้ภารกิจหน้าที่ให้เป็นผู้รักษาและผู้ตีความรัฐธรรมนูญด้วย

ศาลสูงสุดเป็นเอกลักษณ์ทั้งในแง่แนวคิดและภาระหน้าที่ของชาวอเมริกัน โดยแท้ ข้อความนี้เป็นถ้อยแถลงของผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสูงสุด Charles Evans Hughes ที่ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ แม้ว่าจะมีศาลอื่นๆ ในโลกที่มีอำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีศาลใดใช้อำนาจนี้มายาวนานหรือมีอิทธิพลมากอย่างเช่นศาลสูงสุดอเมริกัน กว่า 150 ปี จากการทำหน้าที่และการสร้างประวัติศาสตร์ของประเทศ Alexis de Tocqueville นักวิชาการทางการเมืองชาวฝรั่งเศสให้ข้อสังเกตไว้ว่า องค์การนี้เป็นเสมือนสถาบันที่เป็นพื้นฐานและสร้างหลักกฎหมายของประเทศ Tocqueville ยังเสริมต่อว่า แม้ระบบตัวแทนทางการเมืองของการจัดตั้งรัฐบาลจะแพร่หลายออกไปในหลายประเทศของยุโรป แต่จะไม่มีประเทศใดสามารถจัดการวางรากฐานการใช้อำนาจตุลาการได้อย่างเช่นศาลสูงสุดอเมริกัน

ความเป็นเอกลักษณ์ของศาลสูงสุดอเมริกันได้ฝังรากลึกลงในจิตใจของชาวอเมริกันให้ยึดถือหลักนิติธรรมและการมีรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญ ประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ได้นำเสนอมาโดยตลอดถึงกระบวนการตัดสินใจที่จะคุ้มครองและป้องกันรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และถูกจัดให้เป็นเสมือน ห้องทดลองประชาธิปไตย (Experiment in democracy) ที่มาจากการปรับใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่เก่าแก่ที่สุดในโลก

รัฐธรรมนูญอเมริกันถือเป็นเอกสารที่สร้างความสมดุลให้กับการบริหารประเทศ เพราะถูกออกแบบให้วางแนวทางการจัดตั้งรัฐบาลที่มีความมั่นคงและยืดหยุ่นที่จะทำให้อำนาจไปถึงการเป็นสาธารณรัฐและยังจำกัดและป้องกันเพื่อวางหลักประกันสิทธิของพลเมือง และยังสร้างความสมดุลระหว่างความต้องการของสังคมในเรื่องความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองกับการใช้สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล และเพื่อที่จะทำให้ความคาดหวังในเรื่องนี้เป็นจริงขึ้นมา ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้สร้างองค์กระอิสระและเท่าเทียมกันภายในรัฐบาล ๓ หน่วยงาน การวางแนวทางการบริหารประเทศตามหลักรัฐธรรมนูญเช่นนี้ นำมาซึ่งรัฐบาลประชาธิปไตยที่มีความต่อเนื่องและยืนยาวมากกว่า สองร้อยปี อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงความเยี่ยมยอดของระบบรัฐบาลอเมริกันอย่างแท้จริง

จากบทบาทที่สลับซับซ้อนของศาลสูงสุดอเมริกันได้นำมาซึ่งอำนาจในการยับยั้งกระบวนการร่างกฎหมายหรือกระบวนการตัดสินใจของฝ่ายบริหารซึ่งศาลสามารถตัดสินใจชี้ขาด หากมีการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ อำนาจทบทวนการใช้อำนาจตุลาการ (Judicial Review) ทำให้ศาลสูงสุดมีความรับผิดชอบอย่างสูงในการวางหลักประกัน



สิทธิส่วนบุคคล เช่นเดียวกับการคงไว้ซึ่งความเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่มีวันตาย (Living Constitution) ซึ่งฉายาดังกล่าวมาจากการที่มีบทบัญญัติที่สามารถตีความได้อย่างกว้าง และสามารถปรับใช้กับสถานการณ์ใหม่ๆ ที่ซับซ้อนมากขึ้นได้เสมอ

หากอำนาจทบทวนการใช้อำนาจตุลาการ (Judicial Review) ไม่ได้บรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนี้คงถูกยับยั้งไม่ให้มีผลใช้บังคับ ก่อนปี 1789 (พ.ศ. 2332) ศาลประจำมลรัฐสามารถยับยั้งการประกาศใช้กฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญของมลรัฐได้ และในบรรดาผู้ริเริ่มร่างรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ได้คาดหมายว่าศาลสูงสุดย่อมมีอำนาจนี้ ตามรัฐธรรมนูญที่จะยกกว้างขึ้น Alexander Hamilton และ James Madison ที่ย้ายมาตลอดถึงความสำคัญในอำนาจทบทวนการใช้อำนาจตุลาการ (Judicial Review) ไว้ใน Federalist Papers เพื่อกระตุ้นให้มีการยอมรับรัฐธรรมนูญให้มีผลบังคับใช้

โดย Hamilton ได้กล่าวว่า ทางปฏิบัติในการใช้อำนาจทบทวนการใช้อำนาจตุลาการ (Judicial Review) ของศาลสูงจะเป็นการย้ำถึงเจตนาของประชาชนทั้งประเทศ โดยการแสดงออกผ่านการรับรัฐธรรมนูญของปวงชนทุกคน และเจตนาดังกล่าวมีคุณค่าสูงที่สุดมากกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายที่อาจจะแสดงออกเพียงบางช่วงบางตอนไม่ใช่เจตนารมณ์ที่คงทนถาวรและเป็นเพียงความมุ่งหมายของคนเพียงบางกลุ่ม

Madison เองก็ได้บรรยายถึงการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าควรปล่อยให้ เป็นหน้าที่ของตุลาการที่มีความเป็นอิสระในการทำคำตัดสินมากกว่าที่จะยกเรื่องดังกล่าวให้เป็นเรื่องของการโต้แย้ง ตกเถียงกันกลางถนนหรือแม้แต่จะใช้กระบวนการทางการเมือง และหากประเด็นทางกฎหมายรัฐธรรมนูญถูกกำหนดให้ผ่านการตัดสินชี้ขาด โดยการต่อรองทางการเมืองแล้ว Madison เห็นว่า การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดคงไม่ต่างจากสนามรบย่อยๆ ของผู้คนที่ต่างความคิด คนบ้การเมืองหรือแม้แต่สังคมนตรีฐาน (รากหญ้า) ที่ไม่มีหลักมีเกณฑ์อะไร

คดีที่เป็นประวัติศาสตร์และนำมาซึ่งพื้นฐานการใช้อำนาจทบทวนการใช้อำนาจตุลาการ (Judicial Review) เริ่มขึ้นในปี 1803 (พ.ศ. 2346) ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสูงสุด Chief Justice John Marshall ถูกปลดและโต้แย้ง จากคดี Marbury v. Madison ในคำตัดสินของคดี ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสูงสุดได้วางแนวทางไว้ว่า ศาลสูงมีความรับผิดชอบที่จะยับยั้งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นผลมาจากการสาบานตนเข้ารับ

ตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยคำสาบานดังกล่าวไม่สามารถทำให้สัมฤทธิ์ผลได้ หากฝ่ายตุลาการไม่เป็นคนประกาศว่ากฎหมายที่แท้จริงคืออะไร ซึ่งนับเป็นที่มาของหลักในการตีความกฎหมายและแนวคิดที่ทำให้ศาลสูงสุดเป็นองค์กรที่เป็นผู้ใช้และผู้ตีความรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

การพิจารณาว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์การตรวจสอบดังนี้

(1) Low Level Scrutiny กฎหมายโดยทั่วไป ศาลจะตรวจสอบความมีเหตุและผลของกฎหมาย ถ้าพิจารณาแล้วว่ากฎหมายนั้นออกมาเพื่อวัตถุประสงค์อันสมเหตุสมผล ก็ไม่ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ หลักการตรวจสอบนี้เรียกว่า “Rational Relation Test” และเป็นการตรวจสอบในระดับที่เคร่งครัดน้อยที่สุด

(2) Strict Scrutiny กรณีที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับเชื้อชาติ (race) ศาลถือว่าเป็นกรณีต้องสงสัย (suspect) ว่าเป็นการขัดรัฐธรรมนูญเสมอ กล่าวคือ ศาลจะตั้งข้อสงสัยไว้ก่อนว่ากฎหมายดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ และจะตรวจสอบอย่างรอบคอบ โดยกฎหมายที่ไม่ขัดรัฐธรรมนูญนั้นต้องแสดงให้เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายเช่นนั้น และจะตรวจสอบ เป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่ามีเหตุผลหรือความเป็นไปได้หรือไม่ และตรวจสอบวิธีการที่นำไปสู่เป้าหมายนั้นได้มีกลไกการใช้อย่างรัดกุมอย่างรอบคอบ (narrowly tailored) หรือไม่ หลักการตรวจสอบนี้เรียกว่า “Strict Scrutiny” และมีบรรทัดฐานมาจากคดี Slaughter-House ในภายหลัง ปรากฏว่าศาลได้ขยายออกไปตรวจสอบกฎหมายลักษณะอื่นๆ ด้วย ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับการไม่ให้สิทธิความเป็นพลเมือง (non citizens) (Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971) (พ.ศ. 2514) บุตรของบิดามารดาที่ไม่ได้ทำการสมรส (non marital children) (Levy Louisiana, 391 U.S. 68 (1968) (พ.ศ. 2511)) กฎหมายเกี่ยวกับสตรี (Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976) (พ.ศ. 2519))

(3) Heightened Scrutiny กฎหมายที่กระทบสิทธิหน้าที่พลเมือง (civil and political rights) แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้รับรองสิทธิไว้ ศาลก็เข้าไปตรวจสอบ เช่น สิทธิในการออกเสียงลงคะแนน สิทธิในการเคลื่อนไหวกินเดินทาง สิทธิเกี่ยวกับการรับเด็กหรือเลี้ยงดูเด็ก สิทธิในการดำเนินคดีในศาล ตัวอย่างเช่น คดี Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942) (พ.ศ. 2485) กฎหมายออกมาเพื่อให้มีการบังคับทำหมัน



ผู้กระทำผิดกฎหมายอาญาบางฐาน แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ได้ให้หลักประกันไว้ แต่ศาลเห็นว่าเป็นสิทธิพื้นฐาน (one of the basic civil rights of men) และเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับชาติพันธุ์มนุษย์ (fundamental to the very existence and survival of the race) หรือในคดีอื่นที่ศาลเข้าไปตรวจสอบ เช่น สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง (right to vote) เช่น คดี Harper v. Virginia State Board of Election, 383 U.S. 663 (1966) (พ.ศ. 2509) หรือสิทธิในการเดินทางเคลื่อนไหว (right to travel) เช่น คดี Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969) (พ.ศ. 2512) หรือสิทธิในการมาขอความยุติธรรมจากศาล (right to access to the judicial process) เช่น คดี Griffin v. Illinois, 351 U.S. (1956) (พ.ศ. 2499) เป็นต้น

ปัญหาในการทำหน้าที่ของศาลสูงที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเกี่ยวข้องกับการตีความรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้ มีข้อถกเถียงกันอยู่มากในหมู่นักวิชาการของสหรัฐอเมริกาถึงความเหมาะสมในการทำหน้าที่ดังกล่าว⁴ และในทางประวัติศาสตร์ก็เคยเกิดกรณีกระทบกระทั่งไม่พอใจในการทำหน้าที่ของศาลสูงจากฝ่ายบริหารคือประธานาธิบดีหลายท่าน เช่น ประธานาธิบดีรูสเวลต์ ในกรณีของโครงการนิวดีล (New Deal) เพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจที่ตกต่ำของอเมริกา ซึ่งในช่วงแรกๆ ศาลสูงตัดสินว่า การกระทำหลายอย่างตามโครงการนี้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในช่วงหลังก็มีการเปลี่ยนแนวทางคำพิพากษาว่าไม่ขัดสืบเนื่องจากความสำเร็จของโครงการในการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจ ดังนั้นแล้วบทบาทของศาลสูงสหรัฐกับการเมืองจึงมีส่วนสัมพันธ์กันเพราะหลายกรณีศาลสูงก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการตัดสินคดีที่จะไปกระทบกับการเมืองได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพราะมักจะมีฝ่ายของพรรคการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องโดยตลอด ซึ่งข้อดีและข้อเสียของการที่ให้ศาลสูงมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญนี้สามารถสรุปได้ดังนี้⁵

⁴ รายละเอียดเรื่องนี้สามารถดูเพิ่มเติมได้ใน บทบาทของศาลฎีกาในระบบการปกครองอเมริกัน โดย อาริซบิลด์ ค็อกซ์ แปลเป็นภาษาไทยโดย ดร.บรรพต วีรชัย, (กรุงเทพฯ:แพรวพิตยา, 2523)

⁵ พงษ์ศานต์ พันธุ์ลาภ, การเมืองสหรัฐอเมริกา, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), หน้า 202-203.

ตารางแสดงถึงข้อดีข้อเสียของการให้ศาลสูงมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ

ข้อดี	ข้อเสีย
<p>1. ผู้พิพากษาเป็นบุคคลที่เหมาะสมมีความรู้ความสามารถตลอดจนประสบการณ์ทางด้านกฎหมายในการที่จะพิจารณาตัดสินเรื่องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ</p> <p>2. ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ นั้น มีจุดประสงค์ที่จะคอยรั้งดวงการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร</p> <p>3. ศาลมีแนวโน้มที่จะพิจารณาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญด้วยความยุติธรรม</p> <p>4. สิทธิของประชาชนและชนกลุ่มน้อยซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้หลักประกันเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ของบุคคลจะได้รับความหมาย หากศาลไม่มีอำนาจในการตีความเกี่ยวกับเรื่องการละเมิดสิทธิของประชาชนโดยการกระทำของรัฐบาล</p> <p>5. อำนาจในการตีความนี้ช่วยเสริมสร้างและพัฒนาให้ประชาชนและข้าราชการทั้งหลายให้ความสนับสนุนต่อระบบการปกครองที่ใช้รัฐธรรมนูญในการปกครองประเทศ</p>	<p>1. การตัดสินปัญหาที่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้มีแต่เฉพาะปัญหาทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว เพราะปัญหาส่วนใหญ่ที่ตีความมักจะเป็นนโยบายทางการเมือง</p> <p>2. เสี่ยงข้างมากของผู้พิพากษาศาลสูงมีสิทธิเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ตามอำเภอใจ</p> <p>3. วาระในการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษามีตลอดชีวิตจึงทำให้ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมือง</p> <p>4. อำนาจในการตีความกฎหมายนี้ถือกว่าเป็นอุปสรรคในการบริหารงานของรัฐบาล เพราะการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลอาจถูกนำมาฟ้องร้องต่อศาลได้</p> <p>5. เสี่ยงประชามติและประชาชนผู้ออกเสียงเลือกตั้งมีส่วนระงับการกระทำของฝ่ายสภาองเกรส เพราะประชาชนอาจไม่เลือกสมาชิกสภาองเกรสที่มีความคิดเห็นขัดแย้งกับตนเข้ามาดำรงตำแหน่งอีก ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้ถือว่าเพียงพอที่จะป้องกันการณ์ผ่านร่างกฎหมายของสภาองเกรสที่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้นแล้วประธานาธิบดียังมีสิทธิในการยับยั้งร่างกฎหมายของสภาองเกรส ถ้าประธานาธิบดีเห็นว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ</p>



4.1.4 ศาลสูงที่สุดกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

เป็นที่ยอมรับกันมาโดยตลอดว่าผู้นำสูงสุดด้านสิทธิมนุษยชนของโลกคือประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งบางครั้งดูเหมือนทำตัวเป็นตำรวจโลก ไล่ตัดสินวิญจัญญ์ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนของประเทศต่างๆ ทั่วโลก บทบาทดังกล่าวมีทั้งผู้ชื่นชมและวิพากษ์วิจารณ์ สุดแต่แต่ผลที่ได้รับ แต่ต้องยอมรับการกระทำของสหรัฐอเมริกานั้นเป็นผลจากการพัฒนาทางประวัติศาสตร์ การต่อสู้ ก่อร่างสร้างชาติ จนมาเป็นประเทศผู้นำของโลกในขณะนี้

เอกสารทางการเมืองและกฎหมายสำคัญๆ ของโลก ล้วนมีที่มาจากขบวนการต่อสู้เพื่อประกาศอิสรภาพและการสร้างชาติของชาวอเมริกันทั้งสิ้น นับแต่

- คำประกาศว่าด้วยสิทธิของเวอร์จิเนีย (The Virginia Declaration of Right 1776) (พ.ศ. 2319) ที่มีสาระบ่งบอกให้ทราบถึงธรรมชาติของมนุษย์ที่ทุกคนมีความเท่าเทียมและอิสระ ซึ่งเป็นสิ่งที่เรียกว่าเป็นสิทธิที่ติดตัวมา ถึงแม้จะเข้ามารวมตัวกันอยู่เป็นสังคมแล้ว สิทธิเหล่านี้ก็จะไม่ถูกลิดรอนแต่อย่างใด

- การประกาศเอกราชไม่ขึ้นกับอังกฤษ โดย คำประกาศอิสรภาพของอเมริกา American Declaration of Independent เมื่อ วันที่ 4 กรกฎาคม 1776 (พ.ศ. 2319) หลังจาก 1 เดือนของคำประกาศว่าด้วยสิทธิของเวอร์จิเนีย เป็นการประกาศย้ำถึงสิทธิตามธรรมชาติที่ให้อิสระและความเท่าเทียมของมนุษย์ทุกคน อันจะนำมาซึ่งเสรีภาพที่จะเลือกการตัดสินใจและการปกครองตนเองเพื่อให้คนที่ตนเลือกสามารถมาปกป้องและรักษาผลประโยชน์และความปลอดภัยส่วนตนได้

- รัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมต่อมาภายหลัง อันรวมเรียกกันว่า บทบัญญัติแห่งสิทธิ Bill of Right ในการร่างรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างไม่ได้ระบุนการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญเลย โดยมองว่าได้บัญญัติวางกลไกในกระบวนการยุติธรรมไว้อย่างดีแล้ว คงจะสามารถส่งผลเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้มีระบบการออกหมายเรียก หมายจับ หรือหมายศาลเพื่อดำเนินกระบวนการยุติธรรมต่างๆ การพิจารณาคดีโดยอาศัยระบบลูกขุนในคดีอาญา เพื่อให้สามัญชนธรรมดาใช้สามัญสำนึกและจิตใจที่เป็นกลางเข้ามาช่วยศาลตัดสินคดีความ หรือแม้แต่การวางหลักไม่ให้โทษตามกฎหมายอาญาที่มีผลย้อนหลัง (Expost facto laws) หรือการห้ามฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายลงโทษหรือริบทรัพย์สินบุคคลโดยตรง (Bill of Attainder) ยิ่งไปกว่านั้น มีบางคนมองว่าการบัญญัติหลักประกันสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นเสมือนการยื่นดาบ

ให้กับรัฐบาลสหพันธ์ที่จะตั้งขึ้นใหม่ให้สามารถอาศัยข้ออ้างเรื่องนี้ในการออกกฎหมายกฎระเบียบมาบังคับประชาชนมากกว่า ซึ่ง Alexander Hamilton เองก็เป็นคนหนึ่งที่ขานรับแนวคิดนี้โดยให้เหตุผลว่า “การปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหาได้วางอยู่เป็นหลักประกันบนแผ่นกระดาษไม่ แต่อยู่ที่หัวใจและจิตใจของประชาชนต่างหาก”

แต่ในที่สุดหลักประกันบนแผ่นกระดาษก็มีอิทธิพลเหนือกว่าหลักประกันในจิตใจเนื่องจากข้อจำกัดของรัฐธรรมนูญเองที่ไม่อาจแก้ไขปัญหาการใช้อำนาจของรัฐบาลโดยมิชอบได้อย่างที่พูดได้และสร้างความไม่ไว้วางใจกับกลุ่มอุดมการณ์ด้านสิทธิมนุษยชน จึงมีการเรียกร้องให้บัญญัติเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานลงในรัฐธรรมนูญ จนเป็นที่มาของการเปิดประชุมสภาครั้งแรกครั้งแรกเพื่อให้มีการเพิ่มบัญญัติว่าด้วยสิทธิหรืออีกนัยหนึ่งคือการหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานลงบนแผ่นกระดาษ

ความสำเร็จของการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานกว่า 10 ข้อ⁶ ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนั้นได้กลายมาเป็นบรรทัดฐานในการใช้การตีความรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิให้กับคนอเมริกัน แต่ถึงอย่างไร แนวคิดดังกล่าวจะยังไม่กลายมาเป็นสภาพบังคับหรือกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมาย จนกระทั่งส่งคมอเมริกันต้องผ่านสงครามกลางเมืองเพื่อเลิกทาส (ค.ศ. 1861-1865) (พ.ศ. 2404 – 2408) และนำมาสู่การแก้ไขรัฐธรรมนูญในฉบับต่อๆ มา ในเรื่องการเลิกทาสและห้ามมีทาส การกำหนดเงื่อนไข เอกสิทธิและความคุ้มกันของพลเมือง การห้ามลงโทษประหารชีวิต หรือลดรอนอิสรภาพหรือทรัพย์สินโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ การได้รับการคุ้มครองและปกป้องสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน อันเป็นหลักการสำคัญในการป้องกันและจัดการเลือกปฏิบัติ

-
- ⁶
1. การปกป้องเสรีภาพในการนับถือศาสนา
 2. สิทธิการมีอาวุธและพกพาอาวุธของประชาชน
 3. สิทธิในเคหสถานที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดทั้งโดยประชาชนด้วยกันและฝ่ายทหาร บ้านเมือง
 4. สิทธิที่จะมีความปลอดภัยในร่างกาย ทรัพย์สิน และเคหสถานที่จะไม่ถูกตรวจค้นหรือยึดอายัด
 5. สิทธิที่จะถูกพิจารณาต่อหน้าคณะลูกขุนใหญ่ หากเป็นคดีที่มีโทษประหารชีวิตหรืออาชญากรรมรุนแรง และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาตามครรลองของกระบวนการที่เป็นธรรม
 6. สิทธิในการที่จะได้รับพิจารณาคดีอาญาอย่างรวดเร็วและเปิดเผย และสิทธิในการมีทนายแก้ต่าง
 7. สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยคณะลูกขุนในกฎหมายระบบคอมมอนลอว์
 8. ห้ามรัฐกำหนดค่าประกันและค่าปรับที่สูงเกินควร หรือกำหนดการลงโทษที่ทารุณโหดร้าย
 9. สิทธิที่จะได้รับการแจ้งสิทธิที่แน่นอนชัดเจนเพื่อสามารถนำมากำหนดประเด็นต่อสู้คดี
 10. การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการจำกัดสิทธิของสหรัฐ หรือสหพันธรัฐ อย่างชัดเจน



ในทุกรูปแบบ ทั้งโดยกฎหมาย การบริหารนโยบายหรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความแตกต่างในด้านเชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ เพศ กลุ่มชน รวมไปถึงสิทธิเลือกตั้งของสตรี จนถึงการวางหลักการในเรื่องสิทธิสตรีและสิทธิเด็กโดยรวม

จากการแปรอุดมการณ์และแนวคิดในเรื่องสิทธิตามธรรมชาติให้กลายเป็นหลักกฎหมายสูงสุดจนเป็นที่เข้าใจในเวลาต่อมาว่า เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นต้องผ่านประสบการณ์และระยะเวลาที่เป็นหน้าประวัติศาสตร์ของชาติ อันก่อให้เกิดเป็นจิตสำนึกของพลเมืองที่ร่วมกันต่อสู้ให้ได้มาถึงสิทธิและเสรีภาพพื้นฐาน และสร้างคำเรียกขานในหลายมิติ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิพื้นฐาน สิทธิมนุษยชน สิทธิตามธรรมชาติ สิทธิพลเมือง อิสรภาพของพลเมือง สิทธิเสรีภาพของปวงชน ทั้งหมดล้วนมีความหมายไปในแนวทางเดียวกัน เพียงแต่อาจจะใช้แตกต่างกันในบริบทและการปรับใช้กฎหมาย แต่การกำหนดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยกำหนดเป็นกรอบสำคัญไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไว้เท่านั้น คงไม่เพียงพอ การบัญญัติให้เป็นกฎหมายลูกบทเพื่อเสริมให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นและที่สำคัญที่สุดคือการใช้การตีความรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดอเมริกันอันเป็นกลไกที่จะส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของสหรัฐอเมริกา

ในประวัติศาสตร์การเคลื่อนไหวด้านสิทธิมนุษยชนของศาลสูงสุด คงหลีกเลี่ยงไม่ได้ว่าจุดผกผันของการเข้ามาเกี่ยวข้องในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของศาลสูงสุดคือ การใช้อำนาจในการตรวจสอบทบทวนกฎหมาย(Judicial Review) ซึ่งศาลสูงสุดได้วางรากฐานไว้ โดยเฉพาะในคดี Marbury v. Madison ด้วยการยืนยันถึงอำนาจศาลในการตีความและวินิจฉัยกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญโดยตัดสินว่ากฎหมายหรือรัฐบัญญัติเหล่านั้นเป็นโมฆะ จากคำพิพากษาสำคัญนี้สร้างความเชื่อถือและไว้วางใจให้กับสังคมในการปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะจากการคุกคามโดยอาศัยอำนาจฝ่ายบริหาร แต่ไม่ใช่จะมีคำพิพากษาที่เป็นด้านบวกกับสิทธิมนุษยชน ก่อนหน้าการเกิดสงครามกลางเมืองหลังจากการตัดสินคดี Marbury v. Madison แล้วกว่าครึ่งศตวรรษ ในคดี Dred Scott v. Sanford ศาลสูงสุดได้ปฏิเสธสถานะการเป็นพลเมืองของคนอเมริกันผิวดำและมีผลนำมาซึ่งสงครามกลางเมือง นอกจากนี้ยังมีการวินิจฉัยยินยอมโดยปริยายสนับสนุนระบบทาสโดยยินยอมให้มีการส่งทาสที่หลบหนีมายังรัฐที่ไม่อนุญาตให้มีทาสกลับไปยังรัฐที่ยอมรับระบบทาส⁷

⁷ การตีความ Fugitive Slave Act 1857

แต่ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามหากวิเคราะห์ถึงประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาของการทำหน้าที่ของศาลสูงสหรัฐในการตีความรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้เพียงสั้นๆ ท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ สังคม การเมืองของโลกและประเทศสหรัฐอเมริกาเอง หากไม่มีศาลสูงสหรัฐคอยทำหน้าที่ปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับบทบัญญัติและสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย ปัญหาการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็น่าจะมีแนวโน้มที่เกิดขึ้น จากความไม่สอดคล้องในการบังคับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญกับความเปลี่ยนแปลงของโลก ยิ่งถ้าพิจารณาจากระบบกฎหมายแองโกลแซกซอนที่สหรัฐอเมริกาใช้อยู่ ก็เป็นความสอดคล้องในระบบกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นเอกภาพของศาล และหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลต่างๆ ที่จะเป็นผู้ทำหน้าที่วางหลักกฎหมายเอาไว้ใช้สำหรับการตัดสินในคดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกันซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากตัดสินไปแล้ว

สิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจากการที่ได้ศึกษามาตั้งแต่ต้นนั้น คงจะเห็นแล้วว่ามึลักษณะเฉพาะที่โดดเด่นหลายประการ นับตั้งแต่ความก้าวหน้าในความสามารถที่จะตกผลึกความคิดในเรื่องสิทธิธรรมชาติจากผลงานของนักปรัชญาการเมืองต่างๆ มาบัญญัติไว้ในลักษณะกฎหมายลายลักษณ์อักษรคือรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกของโลก นอกจากนั้นรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกายังมีความยืดหยุ่นสามารถปรับตัวให้ทันสมัยเข้ากับสภาพแห่งยุคสมัยโดยการทำหน้าที่ของศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ความสำเร็จของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้ หากจะวิเคราะห์กันให้ถึงแก่นแท้แล้ว ก็น่าจะมีสาเหตุสำคัญที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้สามารถออกแบบโครงสร้างให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมของผู้คนที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีความรู้สึกหวงแหนในสิทธิเสรีภาพของตนเองในระดับที่สูงมากกว่าประเทศอื่น แต่กระนั้นสภาพสังคมอเมริกันก็ต้องผ่านการต่อสู้ทางความคิดในสิทธิเสรีภาพมาอย่างโชกโชนเช่นกัน โดยเฉพาะปัญหาความเสมอภาคของบุคคลที่มีสีผิวต่างกันระหว่างผิวดำและผิวขาว ผ่านสงครามกลางเมืองระหว่างเหนือและใต้กว่าจะมาถึงปัจจุบันก็กินเวลาเป็นร้อยปีซึ่งแม้แต่ในขณะนี้ก็มีอาจกล่าวได้ว่าภารกิจของการต่อสู้เพื่อความเสมอภาคนั้นได้หมดสิ้นไปจากสังคมอเมริกันแล้ว ในอนาคตรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาน่าจะมีความเปลี่ยนแปลงที่น่าจะเกิดขึ้นอีกนับตั้งแต่หลังเหตุการณ์ 911 เป็นต้นมาก็มีเสียงสะท้อนถึงสิทธิในการมีอาวุธในครอบครอง



ของประชาชนว่าน่าจะได้รับแก้ไข ซึ่งทั้งหมดนี้ก็คงเป็นสิ่งที่ต้องเฝ้าติดตามกันต่อไปในอนาคต

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น เนื่องจากเห็นว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก ซึ่งแม้มีบทบัญญัติอยู่เพียงไม่มาก मात्रา และแก้ไขเพิ่มเติมไม่มากนัก ยังคงสามารถใช้ได้ในสภาพสังคมปัจจุบัน ซึ่งพัฒนาการทางสังคมของสหรัฐอเมริกาได้แสดงให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ให้ความสนใจต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาก นอกจากนี้แล้วรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ยังเป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่อีกหลายประเทศในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

โครงสร้างการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายภายใน

เป็นที่ทราบกันดีว่า คำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาเป็นเอกสารสำคัญของพลเมืองฉบับแรกๆ ที่ได้กำหนดนิยามของสิทธิมนุษยชนสมัยใหม่เอาไว้ และรัฐธรรมนูญ เองก็ได้รับเอาสิทธิมนุษยชนที่ไม่อาจพรากไปจากตัวปัจเจกบุคคล ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในการมีไว้และพกพาอาวุธ เสรีภาพที่จะปลอดจากการลงโทษอย่างทารุณและผิดปกติ และสิทธิที่จะได้รับการอำนวยการความยุติธรรมจาก ผู้พิพากษาในกระบวนการที่เที่ยงธรรมและสุจริต และเมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปและพัฒนาสู่สถานการณ์ที่ซับซ้อนมากขึ้น กฎหมายต่างๆ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญก็มีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงให้ทันสมัย ซึ่งในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 9 และ 14 (The Ninth Amendment and Fourteenth Amendment) ต่างยืนยันว่าไม่สามารถละเมิดสิทธิมนุษยชนที่มีอยู่ทั้งหมดลงไปในรัฐธรรมนูญนี้ได้ ดังนั้น จึงได้มีการตรากฎหมายที่มีชื่อว่า The Civil Rights Act และ the Americans with Disabilities Act ซึ่งเป็นตัวอย่างอันหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าสภา Congress ก็เป็นผู้ร่างและนำเอาหลักการในเรื่องสิทธิมนุษยชนเข้ามาในระบบกฎหมายภายในเช่นเดียวกันกับผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายภายในของรัฐบาลอเมริกันจะวางแนวทางโดยการตัดสินใจเป็นรายคดี โดยเฉพาะการอาศัยการวางหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษาที่เคยมีมา (precedent) ในศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา

ภายในรัฐบาลสหพันธรัฐยังมีประเด็นเป็นที่ถกเถียงถึงการปรากฏขึ้นของสิทธิมนุษยชนว่าจะมีช่องทางใดบ้าง ซึ่งที่ผ่านมาหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะปรากฏ

ขึ้นภายในประเทศจากสองแหล่งคือ ในสภา Congress และในศาลฎีกา ซึ่งจะเผยแพร่ ออกมาโดยการตรากฎหมายหรือการทำคำพิพากษาอย่างแข็งขัน และนอกจากนี้ในมลรัฐ ต่างๆ ไม่ว่าจะ เป็นกระบวนการยุติธรรมหรือกระบวนการทางนิติบัญญัติก็จะมีคุ้มครองสิทธิ มนุษยชนที่อาจจะไม่ได้ให้หลักประกันไว้ในระดับสหพันธรัฐ เช่น ในมลรัฐ Massachusetts ที่ยอมรับให้มีการจดทะเบียนสมรสของคนรักร่วมเพศเดียวกัน ซึ่งเป็นมลรัฐแรกของ สหรัฐอเมริกา

ผลจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ในเนื้อหาของสิทธิมนุษยชนหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ยอมรับหรือ ก่อให้เกิดเป็นสิทธิส่วนบุคคลนั้น จะมีทั้งเนื้อหาในส่วนที่เป็นสนธิสัญญาที่มีผลโดยตัวเอง ในทันทีและสนธิสัญญาที่ไม่มีผลด้วยตัวเอง (Self-executing and Non-self-executing treaties) สนธิสัญญาที่ไม่มีผลด้วยตัวเองจะหมายถึงสนธิสัญญาที่รับรองสิทธิมนุษยชน ที่จะต้องอาศัยรัฐธรรมนูญประการหนึ่งมาเป็นฐานของการประกันสิทธิ ดังนั้น การที่จะ คุ้มครองสิทธิมนุษยชนประเภทนี้มีความจำเป็นที่จะต้องตราเป็นกฎหมายตามกระบวนการ นิติบัญญัติเพื่อดำเนินการให้เป็นที่ไปตามสนธิสัญญาเสียก่อน จึงจะมีผลใช้บังคับได้ ซึ่งมี กรณีสตัวอย่างในลักษณะนี้ที่ต้องดำเนินการโดยผ่านความเห็นชอบในทางนิติบัญญัติ ตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญเสียก่อน เช่น การประกาศสงครามหรือการขอความเห็นชอบ ต่อสภาในการกู้เงินหรือการใช้จ่ายประมาณ

สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่หรือ ความรับผิดชอบในสถานะพิเศษบางอย่างหรือที่จะต้องให้สิทธิร่วมกับสิทธิพิเศษอื่นหรือ ต้องมีสิทธิอื่นมาก่อน จะเป็นสิทธิมนุษยชนในลักษณะที่มาจากสนธิสัญญาที่มีผล โดยตัวเองในทันทีนั้น ประเด็นนี้นักวิชาการทางรัฐธรรมนูญจะถือว่ากรณีดังกล่าว องค์กร นิติบัญญัติได้เข้ามาก้าวล่วงอำนาจตุลาการซึ่งถือว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ อย่างชัดเจน เนื่องจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในมาตรา 3 ได้ให้อำนาจศาลยุติธรรม เป็นผู้ตัดสินในกรณีมีปัญหาลักษณะดังกล่าว บทบัญญัติที่เป็นประเด็นหลักเรื่องนี้ เกิดขึ้นเมื่อ สภา Congress ได้ประกาศให้สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนระหว่าง ประเทศทั้งหมดที่เป็นสนธิสัญญาที่มีผลโดยตัวเองในทันที โดยสภายืนยันว่า ไม่จำเป็นต้องเพิ่มหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆ ของกฎหมายภายในแต่อย่างใด



โดยเฉพาะ กติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง The International Covenant on Civil and Political Rights เป็นกรณีหนึ่งที่สหรัฐอเมริกาได้ลงนามให้สัตยาบันรับรองสนธิสัญญาดังกล่าว แต่ปล่อยระยะเวลาให้ผ่านไปกว่า 20 ปี โดยไม่ได้ดำเนินการใดๆ แม้แต่การตั้งข้อสงวน หรือการประกาศใช้เป็นกฎหมายหรือให้แนวทางในการดำเนินการแก่หน่วยงานภายในประเทศ

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ถือเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก ซึ่งแม้มีบทบัญญัติอยู่เพียงไม่กี่มาตรา และแก้ไขเพิ่มเติมไม่มากนัก แต่ยังคงสามารถใช้ได้ในสภาพสังคมปัจจุบัน ซึ่งพัฒนาการทางสังคมของสหรัฐอเมริกาได้แสดงให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศ ที่ให้ความสนใจต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาก นอกจากนี้แล้ว รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกายังเป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่อีกหลายประเทศในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย

พัฒนาการของระบอบประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วโลกนั้น ต่างได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่ได้นำแนวคิดทฤษฎีการเมืองต่างๆ ที่ครั้งหนึ่งเป็นเพียงงานทางวิชาการของนักคิดนักเขียนชื่อดังไม่ว่าจะเป็น อิวโก โกรติอุส, จอห์น มิลตัน, เจมส์ ฮาร์ริงตัน, จอห์น ลอค และมองเตสกีเยอ เป็นต้นโดยนำมาสังเคราะห์และวางระบอบการเมืองการปกครองใหม่ที่เหมาะสมกับประเทศที่เพิ่งเกิดใหม่อย่างสหรัฐอเมริกา จนสำเร็จเป็นรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีการจัดองค์กรโครงสร้างทางการเมืองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ มีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเรื่องต่างๆ ที่ยังคงทันสมัยและปรับเปลี่ยนได้ตามความเปลี่ยนแปลงของโลกมาจนถึงปัจจุบัน

ภูมิหลังทางสังคมวิทยาการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็เป็นองค์ประกอบสำคัญอีกประการหนึ่งที่ผลักดันให้มีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญ ซึ่งสิ่งนี้เองเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีที่สุดในการศึกษาทำความเข้าใจถึงแนวความคิดและทฤษฎีของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็น การที่ผู้อพยพรุ่นแรกที่ก่อตั้งอาณานิคมในสหรัฐอเมริกานั้น เป็นพวกที่อพยพหนีการกดขี่ข่มเหงในเรื่องสิทธิเสรีภาพจากจักรวรรดิอังกฤษ ทำให้มีพื้นฐานในการไม่สยบยอมต่อการใช้อำนาจที่ไม่ชอบธรรมของผู้ปกครองและห่วงหาพันต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่ตนมีอยู่ โดยเฉพาะเสรีภาพในการเลือกนับถือศาสนา (Freedom of Religion) ซึ่งพวกเขาถูกจักรวรรดิอังกฤษในสมัยนั้น บังคับให้นับถือศาสนาคริสต์นิกายเดียว

นอกจากเสรีภาพดังกล่าวก็ยังมีสิทธิเสรีภาพที่สำคัญๆ ได้แก่ เสรีภาพในการตัดสินใจด้วยตนเอง (Right to Self Determination) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) และเสรีภาพในการเลือกถิ่นฐานที่อยู่และเคลื่อนย้าย (Freedom of Movement) โดยชาวอาณานิคมเรียกเสรีภาพเหล่านี้ว่า “สิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติ” (Natural Rights) ซึ่งในเวลาต่อมาได้มีวิวัฒนาการกลายเป็นรากฐานของแนวความคิดเป็น “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) นั่นเอง

ลักษณะของโครงสร้างการปกครองที่เป็นรูปของสหพันธรัฐ ซึ่งเป็นการรวมตัวกันของหลายๆ รัฐมิใช่รัฐเดี่ยวที่มีเอกภาพโดยมีรัฐธรรมนูญปกครองประเทศเพียงฉบับเดียว โดยแต่ละรัฐยังมีความแตกต่างมีรัฐธรรมนูญเป็นของตนเอง มีความสามารถในการออกกฎหมายระเบียบปฏิบัติขึ้นใช้ภายในขอบเขตของรัฐและอำนาจที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้ให้ไว้ ดังนั้นแล้วสิทธิเสรีภาพของประชาชนนอกจากที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาบัญญัติไว้แล้วในแต่ละรัฐก็อาจมีรายละเอียดที่ต่างกันไปได้แต่โดยเนื้อหาจะต้องไม่ขัดต่อหลักการใหญ่ที่บรรจุอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะถูกต้องโดยศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา

การออกแบบระบบศาลและระบบกฎหมายที่ใช้ระบบกฎหมายเองไกล-แซกซอน หรือที่เรียกว่าระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีแบบอังกฤษ (Common Law) โดยยึดหลักเอกภาพของศาลมีเพียงศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีความทั้งคดีแพ่งคดีอาญาและคดีปกครอง ตลอดจนคดีในทางรัฐธรรมนูญที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเป็นผู้พิจารณาว่ามีบทกฎหมายหรือการกระทำใดที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยไม่ได้มีการจัดตั้งเป็นศาลรัฐธรรมนูญแยกต่างหากอย่างเช่นประเทศในระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) ก็นับว่ามีส่วนเปิดกว้างที่ทำให้มีการตีความถ้อยคำรัฐธรรมนูญซึ่งได้บัญญัติไว้เมื่อสองร้อยกว่าปีก่อน ตามความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม เศรษฐกิจและการเมืองของประเทศได้งาย กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา นั้นมีความยืดหยุ่นสูง โดยการจะทำความเข้าใจเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ความหมายของมาตราต่างๆ นั้นทางที่ดีที่สุดคือการศึกษาคำพิพากษาของ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา เป็นสำคัญ

จะเห็นได้ว่าจากบทบัญญัติในเรื่องหลักประกันสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญอเมริกันที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งเป็นต้นแบบให้กับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศและเป็นหลักสำคัญในหลายประการในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนฉบับต่างๆ จะมีบทบาท



สำคัญในฐานะเป็นกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่เป็นแม่บทและเป็นแกนสำคัญในพันธกรณีเรื่องดังกล่าว ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศโดยทั่วไปจึงแทบไม่มีความจำเป็นในการปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะในรัฐธรรมนูญอเมริกันล้วนมีบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญเหล่านี้ไว้เกือบครบหมดแล้ว หากจะเป็นการดำเนินการตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่สหรัฐอเมริกาต้องดำเนินการตามสนธิสัญญาเหล่านั้นประเทศสหรัฐอเมริกาก็ำต้องดำเนินการตามหลักทวินิยม (Dualism) ที่ต้องผ่านการพิจารณาของสภา Congress ในลักษณะเดียวกันกับแนวทางที่ประเทศไทยยึดถือ

4.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในส่วนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแบ่งหัวข้อการศึกษาออกเป็น 2 หัวข้อคือ 4.2.1 ความหมายและขอบเขตของมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญ และ 4.2.2 การตรวจสอบกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าเป็นกฎหมายภายในหรือไม่ (มาตรา 100 (2) GG และ มาตรา 13 ข้อ 12 BVerfGG) 4.2.3 กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

4.2.1 ความหมายและขอบเขตของมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญ

มาตรา 25 (กฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์)

“หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระดับสหพันธ์ หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวอยู่ในลำดับที่สูงกว่ากฎหมายภายใน และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในสหพันธ์รัฐ” จากบทบัญญัติของมาตรา 25 ดังกล่าวมีข้อพิจารณา ดังนี้

4.2.1.1 ความหมายโดยทั่วไป

กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ระหว่างรัฐ ดังนั้นตามหลักพื้นฐานแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจึงใช้ระหว่างรัฐต่อรัฐในฐานะที่เป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ มาตรา 25 ประโยคที่ 1 ได้บัญญัติถึงหลักการพื้นฐานว่า หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีผลใช้บังคับในขอบเขตของประเทศเยอรมันด้วยเช่นกัน หากปราศจากบทบัญญัติดังกล่าวหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่าง

ประเทศย่อมไม่อาจมีผลต่อกฎหมายภายในได้ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศเองมิใช่บทบัญญัติของกฎหมายที่องค์กรของรัฐ รวมทั้งบุคคลและนิติบุคคลจะต้องผูกพันต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นมาตรา 25 จึงแสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญโดยรวมนั้นมีความโน้มเอียงที่ยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศ⁸

ความสำคัญของกรายอมรับหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในนั้นอยู่ที่ องค์กรของรัฐทั้งหลายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความผูกพันที่จะต้องดำเนินให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการของมาตรา 25 ประโยคที่ 1 นั้นมีความมุ่งหมายต่อบรรดาองค์กรของสหพันธ์และของมลรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ รวมทั้งรัฐบาล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และศาล การบัญญัติให้หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในโดยมาตรา 25 และมีลำดับชั้นที่เหนือกว่ากฎหมายภายในนั้นเป็นการบังคับโดยรัฐธรรมนูญว่า กฎหมายของสหพันธ์จะต้องสอดคล้องกับหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ความหมายของการมีผลใช้บังคับโดยตรงของหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นอยู่ที่กฎหมายภายในที่ขัดแย้งกับหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมไม่มีผลใช้บังคับ หรือการให้มีผลใช้บังคับจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้เอง ศาลและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถกล่าวอ้างเพื่อโต้แย้งสิทธิของบุคคลซึ่งได้รับการยืนยันจากหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้

ตามมาตรา 25 เป็นการนำหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้ามาในกฎหมายสหพันธ์และมีได้หมายเฉพาะกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ในขณะที่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับเท่านั้น สำหรับเนื้อหาของกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นย่อมเป็นไปตามสภาพการณ์ของพัฒนาการของกฎหมายในขณะนั้นๆ จากบทบัญญัติของมาตรา 25 ซึ่งกล่าวถึงการมีผลบังคับของกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศในขอบเขตของประเทศเยอรมนี แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 25 ก็มีได้บัญญัติให้ชัดเจนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน หากเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย 2 กฎเกณฑ์ที่ต่างมีความอิสระต่อกัน⁹ ในกรณีนี้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย

⁸ Ondolf Rojahn, Grundgesetz-Kommentar, Hrsg. Von Ingo von Muench, Band 2, 2. Aufl., Muenchen 1983, s. 135

⁹ ถือว่าเป็นระบบ Dualismus



ระหว่างประเทศจะมีผลผูกพันเป็นกฎหมายภายในต่อเมื่อได้มีการเปลี่ยนผ่านจากกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในก่อน ดังนั้นตามคำสอนของระบบ Dualismus นั้น กรณีตามมาตรา 25 จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกระทำของรัฐที่เป็นยอมรับกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้ามาเป็นกฎหมายภายในก่อน ในทางตรงกันข้ามของระบบ Monismus ซึ่งเห็นว่า หลักเกณฑ์ของกฎหมายนั้นมีอยู่เพียงหนึ่งเดียวอย่างเป็นเอกภาพ ซึ่งกฎเกณฑ์ของกฎหมายนั้นประกอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ซึ่งการดำรงอยู่อย่างเป็นเอกภาพนั้นอาจถือหลักว่ากฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในลำดับขั้นที่สูงกว่ากฎหมายภายใน หรืออาจถือหลักว่ากฎหมายภายในอยู่ในลำดับที่เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งตามมาตรา ๒๕ ถือตามหลัก Monismus โดยกฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับโดยตรงเป็นกฎหมายภายในโดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำใดๆ ที่เป็นให้สัตยาบันก่อน

เพื่อให้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับเป็นกฎหมายภายในนั้น รัฐจะต้องเลือกวิธีการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีอยู่หลายวิธี วิธีการใดจะเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่จะให้เหตุผลถึงการรับกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้ามาเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งตามมาตรา 25 มิได้วินิจฉัยไว้ให้เป็นคุณแก่ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งสำหรับผู้สนับสนุนระบบ Dualismus เห็นว่าการจะรับกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในจะต้องมีการกระทำของรัฐอย่างใดอย่างหนึ่งก่อนตามคำสอนว่าการปฏิบัติการของรัฐซึ่งเห็นตรงกันข้ามกับคำสอนว่าด้วยการเปลี่ยนผ่าน เห็นว่าการรับเข้ามาเป็นกฎหมายภายในของกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจำเป็นจะต้องมีการกระทำของรัฐ ทั้งนี้ก็เพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีผลผูกพันต่อภายในประเทศ การกระทำของรัฐดังกล่าวมิได้เป็นการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศให้กลายเป็นบทบัญญัติของกฎหมายภายในแต่อย่างใด (ดังคำสอนว่าด้วยการเปลี่ยนผ่าน) หากแต่เป็นการกระทำ การให้บทบัญญัติของกฎหมายที่มีคุณลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีค่าบังคับภายในประเทศได้ กฎหมายระหว่างประเทศนั้นๆ มิได้สูญเสียการมีผลบังคับพื้นฐานที่มีอยู่แต่อย่างใด สำหรับผู้ที่สนับสนุนคำสอนว่าด้วยการปฏิบัติการของรัฐ เห็นว่ามาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐแล้ว¹⁰

¹⁰ Ondolf Rojahn, Grundgesetz-Kommentar, Hrsg. Von Ingo von Muench, Band 2, 2. Aufl., Muenchen 1983, s. 137

4.1.2.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับบทบัญญัติของมาตรา ๒๕

(1) หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (die allgemeinen

Regeln des Voelkerrechts)

ความหมายของหลักกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีความหมายที่ชัดเจนว่า หมายถึง กฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับเท่านั้น ย่อมไม่หมายความรวมถึง ปทัสถานทางศีลธรรมหรือจารีตใดๆ หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศในความหมายของมาตรา 25 ย่อมหมายถึง หลักทั่วไปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศสำหรับความหมายของคำว่า “ทั่วไป” (allgemeine) ในที่นี้มิได้มีความหมายถึงลักษณะทั่วไปของเนื้อหาของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับลักษณะพิเศษหรือลักษณะเฉพาะ โดยแท้จริงแล้ว คำว่า “ทั่วไป” นั้นหมายถึงการมีผลใช้อย่างกว้างขวางกับสมาชิกของประชาคมระหว่างประเทศ ดังนั้น หลักทั่วไปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงหมายถึง กฎเกณฑ์ที่รัฐส่วนใหญ่ของประชาคมระหว่างประเทศยอมรับให้มีผลผูกพัน เงื่อนไขของการมีลักษณะ “ทั่วไป” จึงมิได้วางอยู่บนพื้นฐานว่ารัฐทั้งหมดจะต้องยอมรับกฎเกณฑ์ดังกล่าว กรณีเป็นการเพียงพอฟว่า ในทางปฏิบัติของประชาคมระหว่างประเทศกฎเกณฑ์นั้นๆ ได้รับการยอมรับจากรัฐส่วนใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ดังกล่าว ความแตกต่างที่สำคัญของทัศนะในทางโลกและพัฒนาการของความสัมพันธ์ของเสียงข้างมากของรัฐต่างๆ ในโลกย่อมมีปัญหาอยู่ที่ว่า “กฎเกณฑ์” ในความหมายของมาตรา 25 มีลักษณะ “ทั่วไป” หรือไม่ หากรัฐส่วนใหญ่ให้การยอมรับกรณีย่อมถือว่ากฎเกณฑ์นั้นมีลักษณะ “ทั่วไป”

ดังนั้นจากความหมายของ “ทั่วไป” ตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญจึงไม่รวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้ในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง หรือใช้ในภูมิภาคใดภูมิภาคหนึ่ง หรือใช้เฉพาะกับกรณีใดกรณีหนึ่งเท่านั้น ซึ่งหมายความว่า หลักกฎหมายใดที่ใช้บังคับเฉพาะกลุ่มของรัฐกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งก็ดี ใช้บังคับกับพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งก็ดี ใช้กับกลุ่มของรัฐที่มีประวัติศาสตร์หรือกลุ่มอุดมการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี ในกรณีเหล่านี้ย่อมถือว่ามีใช้กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะ “ทั่วไป”

การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศของกฎหมายระหว่างประเทศมิได้วางอยู่บนเงื่อนไขว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะต้องให้การยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศนั้นอย่างชัดแจ้งก่อน หรือกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวเคยได้นำมาใช้แล้วโดยศาลหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บทบัญญัติของมาตรา 25 นั้น



มีความชัดเจนซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติของมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์ สำหรับ มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์นั้นต้องเป็นกรณีที่ได้รับความเห็นชอบเป็นการเฉพาะ แต่ตามความเห็นของเสียงข้างมากของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นมีความเห็นในทาง ตรงกันข้ามว่า หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีผลใช้บังคับเป็นการภายใน แม้จะไม่ได้ผ่านความเห็นชอบจากสหพันธ์เป็นการเฉพาะก็ตาม ความเห็นดังกล่าว สอดคล้องกับความเห็นของฝ่ายข้างมาก ในปัจจุบัน (BVerfGE 15, 34 ; 16, 33) การ มีผลบังคับใช้ของกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ถูกปฏิเสธหรือมิได้ถูกเปลี่ยนผ่านโดย มาตรา 25 แต่อย่างใด โดยแท้จริงแล้วมาตรา 25 แสดงในลักษณะที่ตรงกันข้ามกับ มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์ใน 2 ประการ กล่าวคือ หากการบัญญัติกฎหมายระหว่าง ประเทศนั้น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมิได้มีความเห็นที่คัดค้านกฎเกณฑ์ดังกล่าว อย่างชัดเจน ในกรณีนี้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะปฏิเสธกฎหมายระหว่างประเทศ ดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า กระบวนการของการบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้ให้ความเห็นชอบอย่างชัดเจนมิได้ หรือสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีจะให้กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย ภายในโดยการประกาศฝ่ายเดียวก็มีได้ เพราะได้ปฏิเสธการรับรองในอนาคต

กฎหมายที่เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐต่อรัฐไม่ว่าจะถือว่าเป็น “กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะ ทั่วไป” ในความหมายของมาตรา 25 ดังนั้นสัญญาระหว่างรัฐต่อรัฐจึงขาดลักษณะ “ทั่วไป” เพราะข้อตกลงดังกล่าวใช้บังคับกับรัฐคู่สัญญาเท่านั้น เช่นเดียวกันในกรณีของ สนธิสัญญาที่ได้ตกลงกันโดยประเทศส่วนใหญ่ของประชาคมระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ ของสัญญาดังกล่าวก็มิได้มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่จะใช้บังคับตามมาตรา 25 แต่อย่างใด กรณีนี้ย่อมเป็นตามมาตรา 59 (2)¹¹ ของรัฐธรรมนูญ การมีผลบังคับภายในของกฎเกณฑ์ ของสนธิสัญญาดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาและการให้สัตยาบัน โดยประธานาธิบดีของสหพันธ์ โดยบทบัญญัติของสนธิสัญญานั้นจะมีสถานะเป็นกฎหมาย ภายในในระดับบทบัญญัติกฎหมายทั่วไป การขยายขอบเขตของมาตรา 25 กับสนธิสัญญา มิได้ทำให้ขอบเขตการใช้บังคับของมาตรา 59 (2) แคบลงและมีได้ทำให้เกิดความสับสน

¹¹ มาตรา 59 (2) สนธิสัญญาซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ในทางการเมืองของสหพันธ์หรือเกี่ยวกับ เรื่องที่จะต้องออกเป็นกฎหมายของสหพันธ์ จำเป็นจะต้องได้รับความเห็นชอบหรือจำเป็นจะต้องให้ องค์กรที่มีอำนาจสำหรับการออกกฎหมายของสหพันธ์ในเรื่องนั้นเข้ามามีส่วนร่วม ข้อตกลง ในทางปกครองให้มีผลใช้บังคับกับข้อบัญญัติของฝ่ายปกครองของสหพันธ์โดยอนุโลม

ระหว่างสนธิสัญญากับกฎหมายจารีตประเพณี หากแต่ได้นำไปสู่ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายของกฎเกณฑ์ที่รับเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน

ในกรณีนี้เนื้อหาของสนธิสัญญาเป็นเพียงการประกาศของกฎหมายจารีตประเพณีที่ลักษณะทั่วไป กรณีนี้กฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมไม่ใช่สนธิสัญญาที่มีค่าบังคับภายในรัฐ แต่ถือว่าเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่อยู่ในความหมายของมาตรา 25 แล้ว ในกรณีเช่นเดียวกันกับสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจากพื้นฐานดังกล่าวก่อให้เกิดเป็นจารีตประเพณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ สัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่มีผลใช้บังคับภายในตัวอย่างเช่น สัญญามากกว่า 500 ฉบับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 ที่หลีกเลี่ยงการคิดภาษีนำเข้า ได้รับการพัฒนาไปสู่หลักที่บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องในการที่จะไม่ถูกคิดภาษีนำเข้าจากรัฐ¹²

นอกจากนี้ตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 ย่อมรวมถึง “หลักกฎหมายทั่วไป” (die sog. allgemeinen Rechtsgrundsätze) ตามมาตรา 38 (1) a, b ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างประเทศ ในกรณีที่ขาดกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัย ด้วยเหตุนี้จึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เพื่ออุดช่องว่างดังกล่าว การให้ความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมหมายถึง หลักกฎหมายที่ได้รับการเห็นพ้องกันในระบบกฎหมายของประชาคมระหว่างประเทศและสามารถนำมาใช้กับกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศได้

หลักกฎหมายทั่วไปของสหภาพยุโรปมิได้มีความหมายเช่นเดียวกับหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศในความหมายของมาตรา 25 แต่อย่างใด ซึ่งกรณีย่อมขึ้นอยู่กับกฎของสหภาพยุโรปจัดว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือจัดว่าเป็นลักษณะของกฎหมายที่จัดให้เป็นเอกภาพ ซึ่งโดยแท้จริงแล้วกำหนดหมายของสหภาพยุโรปขาดลักษณะทั่วไปในความหมายของมาตรา 25 ส่วนในกรณีอื่นๆ หลักกฎหมายของสหภาพยุโรปมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งในกรณีเช่นนี้ย่อมอยู่ในความหมายของมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญด้วย

¹² Ondolf Rojahn, Grundgesetz-Kommentar, Hrsg. Von Ingo von Muench, Band 2, 2. Aufl., Muenchen 1983, s. 139



(2) เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระดับสหพันธ์และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อบุคคลที่อยู่ในสหพันธ์รัฐ

บทบัญญัติของมาตรา 25 ดังกล่าวมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด แต่มิได้มีความหมายอย่างเดียวกัน ประโยคที่กล่าวว่า เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระดับสหพันธ์ ซึ่งในเรื่องนี้ย่อมเกี่ยวกับการวินิจฉัยพื้นฐานสำหรับกรายอมรับหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นการกำหนดให้มีค่าบังคับภายในประเทศ ส่วนอีกประโยคหนึ่งย่อมมีผลว่า กฎหมายระหว่างประเทศนั้นๆ ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ต่อบุคคล

ก) กฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับเฉพาะกับองค์กรของรัฐ ในเบื้องต้นกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ต่อบรรดารัฐทั้งหลาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมาตรา 25 นำเข้ามาให้มีผลบังคับภายในประเทศ ด้วยเหตุนี้ส่วนใหญ่จึงใช้กับองค์กรของรัฐ หลักกฎหมายส่วนใหญ่ในทางเนื้อหาแล้วจึงมิได้ใช้บังคับกับปัจเจกบุคคล กฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับเฉพาะกับองค์กรของรัฐจึงมีเนื้อหาที่เกี่ยวกับองค์กรของรัฐ (องค์กรนิติบัญญัติ, รัฐบาลสหพันธ์, ฝ่ายปกครอง, ศาล) และวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรเหล่านั้น กฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับเฉพาะกับองค์กรของรัฐ ตามเนื้อหาของกฎเกณฑ์เหล่านี้ ย่อมไม่ใช้บังคับกับปัจเจกบุคคล ดังกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ จึงมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ต่อบุคคลแต่อย่างใด แต่กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมอยู่ในความหมายของมาตรา 25 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในในระดับกฎหมายของสหพันธ์

ความผูกพันของศาลและฝ่ายปกครองต่อกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศมีความสำคัญใน 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกระบวนการขององค์กรของรัฐดังกล่าว ตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของรัฐต่างประเทศต่ออำนาจศาลภายในประเทศ ประการที่สอง มีผลมาจากมาตรา 25 เป็นหน้าที่ของศาลทั้งหลายและเจ้าหน้าที่ทั้งหลายที่จะต้องคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่รับเข้ามาในกฎหมายสหพันธ์โดยคำพิพากษาหรือโดยฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้มาตรา 25 ยังมีความสำคัญสำหรับองค์กรซึ่งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้วเป็นองค์กรที่จะต้องใช้อำนาจภายนอกประเทศ โดยเฉพาะประธานาธิบดีสหพันธ์ รัฐบาลสหพันธ์ และสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ แม้ว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม ซึ่งต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ การปฏิบัติต่อกันระหว่างรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม มาตรา 25 ก่อให้เกิด หน้าที่ต่อองค์กรที่ใช้อำนาจในการต่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันย่อมมีผลต่อขอบเขต ภายในประเทศสำหรับการใช้อำนาจในการต่างประเทศให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่าง ประเทศและสอดคล้องกับสันติภาพของการอยู่ร่วมกัน ความผูกพันในทางกฎหมาย ของการใช้อำนาจในการต่างประเทศตามมาตรา 25 ย่อมเกี่ยวพันกับปัญหาทั่วไป ของการทำให้เป็นไปตามกฎหมายของอำนาจในการต่างประเทศ เช่นเดียวกับกรณี ของฝ่ายปกครองที่ให้เหตุผลถึงการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นไปตาม หลักเงื่อนไขของกฎหมายและหลักความมาก่อนของกฎหมาย

ความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติต่อหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ มิได้มีผลผูกพันเนื่องจากการมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ นอกจากเหตุผลดังกล่าวยังมี ความจำเป็นที่จะต้องให้กฎเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นอยู่ในลำดับขั้นที่ สูงกว่ากฎเกณฑ์ที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ มาตรา 25 จึงได้บัญญัติให้กฎหมายระหว่าง ประเทศอยู่ในลำดับขั้นที่เหนือกว่ากฎหมายภายใน สำหรับบทบัญญัติของกฎหมาย ระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติย่อมเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดให้มีขอบเขต ของการบังคับ ในทางพื้นที่และในทางบุคคลของฝ่ายนิติบัญญัติและย่อมมีผลต่อ ขอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย ระหว่างประเทศที่มีความมุ่งหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัตินี้ย่อมมีบทบัญญัติของกฎหมาย ระหว่างประเทศซึ่งมีข้อจำกัดในทางกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรของรัฐอื่นๆ ตัวอย่างเช่น ตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐใดรัฐหนึ่งอาจกระทำการ ได้ตอบการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐต่างประเทศได้ มาตรการได้ตอบดังกล่าว อาจดำเนินการโดยอาศัยมาตรการภายในของฝ่ายนิติบัญญัติหรือโดยฝ่ายปกครองก็ได้ สิทธิในการตอบโต้ดังกล่าวตามมาตรา 25 ถือว่าเป็นอิสระที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะเลือกใช้ มาตรการที่เหมาะสม การมีผลบังคับภายในประเทศของหลักทั่วไปตามกฎหมายระหว่าง ประเทศของสิทธิในการตอบโต้ นั้นย่อมมีผลว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมมีข้อจำกัดสำหรับ การเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสมของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ มาตรการที่ใช้ใน การตอบโต้ นั้นต้องเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้อง ดำเนินการโดยไม่เกินเลยไปกว่าข้อจำกัดตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีต้องการตอบโต้การละเมิดเพียงเล็กน้อยโดยการออกกฎหมาย



เว้นแต่กรณีสิทธิของบุคคลของรัฐต่างประเทศที่อยู่ในเยอรมนี มาตราการดังกล่าว ย่อมเป็นการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วน ซึ่งมีได้เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายของ มาตราการในการตอบโต้ในระดับของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น หมายถึงในความสัมพันธ์ ระหว่างรัฐต่อรัฐ ในขณะที่เดียวกันบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิย่อมสามารถโต้แย้งการกระทำ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในขอบเขตภายในประเทศโดยอาศัยเหตุผลของมาตรา 25 เพื่อ ใช้สิทธิในทางศาลได้¹³

สำหรับปัญหาการมีผลบังคับภายในประเทศของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่าง ประเทศกับปัญหาการใช้บังคับของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นต้อง แยกจากกัน กล่าวคือ การมีผลบังคับภายในประเทศเกี่ยวกับการนำกฎเกณฑ์ของ กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในขอบเขตภายในประเทศโดยผ่านการกระทำของรัฐ อย่างใดอย่างหนึ่ง ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25 ในขณะที่ปัญหาเรื่องการใช้บังคับเป็น เรื่องเกี่ยวกับการใช้บังคับภายในประเทศโดยศาลหรือโดยฝ่ายบริหาร การกระทำที่เป็น การนำกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้ามามีผลใช้บังคับภายในประเทศ เป็นเพียงเงื่อนไขสำหรับการที่จะกฎเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับโดยตรงเท่านั้น ดังนั้น กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศจะสามารถใช้โดยองค์กรที่ใช้บังคับกฎหมาย ภายในประเทศได้หรือไม่ หรือกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวต้องได้รับความ เห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อนหรือไม่นั้น ประเด็นปัญหาดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับ เงื่อนไขอื่นๆ ด้วย เช่น หลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย ข้อเรียกร้องของหลัก ความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายเป็นหลักการที่ถูกกำหนดไว้โดยหลักของกฎหมาย ภายใน ตามรัฐธรรมนูญของเยอรมันหลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายถือว่าเป็น เงื่อนไขสำหรับการใช้บังคับกฎหมายตามหลักนิติรัฐ หลักความแน่นอนชัดเจนของ กฎหมายถูกเรียกร้องจากหลักความมั่นคงของกฎหมายและหลักการคุ้มครองความสุจริต รวมทั้งเป็นวิธีการของหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งถือว่าเป็นข้อจำกัดของการใช้บังคับ กฎหมายที่ถูกต้องตรวจสอบโดยผู้พิพากษาได้ ดังนั้นหลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย จึงเป็นหลักที่เรียกร้องกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

การใช้บังคับโดยตรงของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ต้องเป็นกรณีที่กฎหมาย ระหว่างประเทศนั้นเป็นหลักความยุติธรรมที่ผู้พิพากษาใช้เป็นพื้นฐานในการวินิจฉัยคดี

¹³ Ondolf Rohahn, Grundgesetz-Kommentar, Hrsg. Von Ingo von Muench, Band 2, 2. Aufl., Muenchen 1983, s. 144

ความแน่นอนชัดเจนในลักษณะของกฎหมาย กล่าวคือ การทำให้กฎหมายระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นรูปธรรมในทางกฎหมายเป็นกรณีที่มีความจำเป็น หากตามเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหารในการใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่ง ซึ่งตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่ายปกครองจำเป็นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หรือกล่าวว่าการรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในในกรณีนี้ยังต้องเป็นไปตามหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

ในทางตำรามีบ่อยครั้งที่มีการตีความมาตรา 25 ไปกันระหว่างปัญหาการมีผลบังคับใช้ภายในประเทศของกฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาเกี่ยวกับการมีผลใช้บังคับโดยตรง แท้จริงแล้วปัญหาทั้งสองมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด มาตรา 25 เป็นการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งนำไปสู่การใช้บังคับโดยภายในประเทศได้ ด้วยเหตุนี้ การใช้บังคับโดยตรงจึงวางอยู่บนเงื่อนไขของการมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้ามาเป็นกฎหมายภายในอาจกระทำได้ หากกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเมื่อได้พิจารณาตามเนื้อหาและวัตถุประสงค์แล้วเป็นการเหมาะสมที่จะให้มีผลในทางกฎหมายภายในประเทศ

กรณีศึกษา

(1) กรณีของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความมุ่งหมายที่จะใช้กับรัฐเท่านั้นมีกรณีตัวอย่าง ดังนี้¹⁴

ก. การทำสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Abschluss voelkerrecht-licher Vertraege) สัญญาประเภทนี้อาจจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอ้างกับอีกคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่า สัญญาดังกล่าวขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวจึงวางอยู่บนเงื่อนไขว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (ประเทศเยอรมนีตะวันตก) อ้างกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (ประเทศเยอรมนีตะวันออก) ก่อนการตกลงทำสัญญามีข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญได้ (BVerfGE 36, 1 (36) – Grundvertragsurteil) ตามกฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดรูปแบบสำหรับการทำสัญญาสองฝ่ายไว้แต่อย่างใด กรณีจึงเป็นไปตามความประสงค์ของคู่สัญญาว่า จะตกลงกันด้วยวาจาหรือทำเป็น

¹⁴ Ondolf Rojahn, Grundgesetz-Kommentar, Hrsg. Von Ingo von Muench, Band 2, 2. Aufl., Muenchen 1983, s. 147



ลายลักษณะอักษรหรือด้วยการกระทำใดๆ ทั้งนี้ย่อมเป็นไปตามหลักการที่ว่า การนิ่งเฉยไม่ปฏิเสธข้อเสนองานของอีกฝ่ายหนึ่งถือว่าเป็นการยอมรับ

ข. การกระทำของรัฐ (Act of State – Doctrine) หลักว่าด้วยการกระทำของรัฐเป็นหลักการในทางกฎหมายของฝ่ายแองโกล-อเมริกา ซึ่งตามหลักการดังกล่าวองค์การของรัฐภายในประเทศไม่อาจตรวจสอบอำนาจของรัฐต่างประเทศได้ โดยแท้จริงแล้วตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศศาลและฝ่ายปกครองย่อมมีสิทธิตรวจสอบการกระทำของรัฐต่างประเทศได้ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศและในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศย่อมไม่อาจกระทำการในเยอรมนีตะวันตกได้

ค. การตีความสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Auslegung voelkerrecht- licher Vertraege) ในการตีความสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องคำนึงถึงหลักการที่ได้รับการพัฒนาตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องค้นหาเจตจำนงของผู้สัญญาที่เห็นพ้องต้องกันโดยพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาทั้งหมด วัตถุประสงค์ของสัญญาและการเกิดขึ้นของสัญญา การตีความสัญญาจะต้องตีความและใช้ในขอบเขตของหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่เนื้อหาของสัญญานั้นไปเกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ (BVerfGE 46, 342)

ง. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Auslieferung) หลักการที่เป็นพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีหลักสำคัญว่า บุคคลซึ่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนจะถูกส่งตัวกลับได้ก็เฉพาะได้มีการกระทำผิดในทางอาญา เนื่องจากการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้รับการยอมรับเป็นหลักการพื้นฐาน ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์เห็นว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (BGHSt 15, 125; BVerfGE 9, 174) ตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เห็นว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ถูกพิพากษาให้ลงโทษประหารชีวิตมิได้เป็นการละเมิดหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (BVerfGE 18, 112)

จ. การคุ้มครองทางการทูต (diplomatischer Schutz) ตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครองทางการทูตและสามารถใช้สิทธิต่อรัฐได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างที่เกิดความเสียหายนั้นบุคคลนั้นยังมีสัญชาติของรัฐนั้นอยู่และในระหว่างที่ยกสิทธิขึ้นเรียกร้องนั้น บุคคลนั้นยังเป็นพลเมืองของรัฐนั้นอยู่เช่นกัน

จ. การเวนคืนทรัพย์สินของต่างประเทศ (Enteignung, auslaendische) การเวนคืนเป็นหลักการที่อยู่บนพื้นฐานของหลักดินแดน ตราบเท่าที่เป็นการเวนทรัพย์สินภายในประเทศ ไม่รวมถึงทรัพย์สินที่อยู่นอกเขตแดนของประเทศนั้น โดยหลักการแล้ว การเวนคืนที่จะต้องดำเนินการในรัฐที่ทำการเวนคืนจะต้องได้รับการยอมรับการมีผลของการเวนคืนจากศาลของเยอรมนีตะวันตก กรณีย่อมไม่มีหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศว่า ผู้พิพากษาของศาลภายในประเทศมีหน้าที่ผูกพันจากกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องวินิจฉัยว่า การกระทำของรัฐต่างประเทศที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มต้น

ข. อำนาจเหนือเขตแดน การกระทำของรัฐหนึ่งเหนือเขตแดนของอีกรัฐหนึ่ง ตามหลักดินแดนของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วไม่อาจกระทำได้ หากอีกรัฐหนึ่งไม่ยินยอมให้กระทำการหรือเป็นกรณีที่ไม่อาจอ้างเหตุผลจากหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้

ข. อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจเหนือพื้นที่อำนาจของรัฐในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้มีผลใช้บังคับเหนือพื้นที่ของรัฐนั้นๆ การมีผลดังกล่าวมิได้เกิดจากกฎหมายระหว่างประเทศ หากแต่เกิดจากอำนาจในการบังคับภายในประเทศเอง กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับการมีผลใช้บังคับของกฎหมายของรัฐนอกเหนือจากเขตแดนของรัฐนั้นแต่อย่างใด กฎหมายระหว่างประเทศสามารถจำกัดเฉพาะการมีผลบังคับของกฎหมายภายในเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักดินแดน ซึ่งตามหลักดังกล่าวกฎหมายอาจนำไปใช้บังคับนอกเหนือเขตแดนได้ หากมีประเด็นเชื่อมโยงกับเรื่องภายในประเทศ เช่น หน้าที่ตามกฎหมายประกันสังคมซึ่งมีประเด็นคำถามว่า มาตรา 25 ขัดกับการมีหน้าที่ตามกฎหมายประกันสังคมของลูกจ้างที่อยู่ในประเทศเยอรมนีและไปทำงานในต่างประเทศที่มีใช่เป็นการไปทำงานเพียงชั่วคราว ซึ่งเรื่องนี้เห็นว่าเป็นการขัดกับมาตรา 25 ดังกล่าว

ฅ. เอกสิทธิ์ของรัฐ ไม่มีกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่จำกัดไม่ให้เขตอำนาจศาลภายในประเทศสำหรับการฟ้องรัฐต่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวข้องที่ดินของสถานทูต สำหรับการฟ้องรัฐต่างประเทศเพื่อให้ความยินยอมในทางทะเบียนในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินของสถานทูตและการฟ้องเนื่องจากการเรียกร้องค่าซ่อมแซมอาคารของสถานทูตในกรณีนี้อำนาจศาลของเยอรมันมิได้ถูกจำกัดโดยหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด (BVerfGE 15, 25; 16, 27)



ญ. หลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (pacta sunt servanda) หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องได้รับการคำนึงถึงจากศาลของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หากข้อพิพาทนั้นมิประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นว่า สัญญานั้นจะต้องใช้กฎหมายระหว่างประเทศบังคับใช้หรือไม่ สัญญาที่ถูกบอกละเมิดโดยขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศไม่อาจอ้างหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาได้ กรณีนี้ต้องถือว่าสัญญายังคงมีผลต่อไป แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่า การบอกละเมิดที่เป็นการขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศจะยกเลิกรามีผลใช้บังคับภายในประเทศของสัญญาดังกล่าว ซึ่งโดยแท้จริงแล้วกฎหมายระหว่างประเทศมีกฎเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในทางรูปแบบและทางเนื้อหาของ การบอกละเมิดสัญญา ซึ่งกำหนดองค์การที่ใช้อำนาจในการต่างประเทศมีข้อจำกัดในการบอกละเมิดสัญญาฝ่ายเดียว การละเมิดข้อจำกัดดังกล่าวเช่นเดียวกับการละเมิดข้อสัญญาที่กำหนดไว้เกี่ยวกับการบอกละเมิดสัญญาและการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการบอกละเมิดสัญญา ซึ่งมีผลทำให้การยกเลิกละเมิดสัญญาดังกล่าวเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ญ. สัญชาติ รัฐใดรัฐหนึ่งย่อมมีสิทธิในการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดว่าบุคคลใดเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐนั้นๆ รัฐอื่นๆ จะต้องยอมรับกฎหมายของรัฐนั้น ตราบเท่าที่กฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ประเพณีปฏิบัติระหว่างประเทศและหลักพื้นฐานทางกฎหมายที่ได้รับการยอมรับทั่วไปในเรื่องหลักการว่าด้วยสัญชาติ ตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติของรัฐแต่ละรัฐจะต้องอยู่ในขอบเขตของข้อจำกัดของกฎหมายระหว่างประเทศ

(2) กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับภายในประเทศโดยมีความมุ่งหมายต่อปัจเจกบุคคล มีตัวอย่างดังนี้

กฎเกณฑ์ที่มีความมุ่งหมายใช้กับปัจเจกบุคคลประการหนึ่งคือ สิทธิของคนต่างด้าวตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นต่ำที่คนต่างด้าวควรจะได้รับตามกฎหมายระหว่างประเทศ มาตราฐานขั้นต่ำดังกล่าวครอบคลุมตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แต่เป็นเรื่องยากที่กำหนดถึงความแน่นอนชัดเจนของสิทธิดังกล่าวแต่อย่างไรก็ตามมาตรฐานขั้นต่ำควรประกอบด้วย สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพและกรรมสิทธิ์ ข้อห้ามในการทรมานและข้อห้ามในการเข้าถึงศาลภายใน ประเทศ แต่ทั้งนี้ ย่อมไม่หมายรวมถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิในทางการเมือง แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิของคนต่างด้าวตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีเพียงกฎเกณฑ์ที่มีความมุ่งหมายที่จะใช้กับรัฐเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศคนต่างด้าว

ย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องในการเดินทางเข้าไปในประเทศใดประเทศหนึ่ง ในการปฏิเสธการอนุญาตในการให้สิทธิในการพำนักนั้นตามกฎหมายระหว่างประเทศให้สิทธิรัฐที่ให้ที่พำนักอาศัยย่อมใช้สิทธิต่อรัฐที่คนต่างด้าวนั้นสังกัดได้ เช่นเดียวกับสิทธิในการเดินทางออกจากประเทศที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ถือว่าเป็นสิทธิของคนต่างด้าว หากแต่เป็นสิทธิของรัฐที่คนต่างด้าวนั้นสังกัดอยู่ ด้วยอำนาจเหนือบุคคลรัฐที่คนต่างด้าวนั้นสังกัดอยู่ย่อมมีสิทธิเรียกร้องต่อรัฐต่างประเทศเหนือพลเมืองของตนได้

ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างคนต่างด้าวกับคนเยอรมันนั้น หรือที่เรียกว่า การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายในประเทศนั้นกฎหมายระหว่างประเทศมิได้มีข้อเรียกร้องในประเด็นนี้แต่อย่างใด มาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญเยอรมันมิได้ให้สิทธิแก่คนต่างด้าวให้มีสิทธิเรียกร้องให้เท่าเทียมกันระหว่างคนต่างด้าวกับบุคคลผู้มีสัญชาติเยอรมันแต่อย่างใด สำหรับขอบเขตการใช้บังคับของมาตร 3 วรรค 1¹⁵ ของรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นหมายความว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้คุณสมบัติของการเป็นคนต่างด้าวเป็นเกณฑ์ที่นำไปสู่การปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันนั้น กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติตามอำเภอใจ เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันหรือที่เรียกว่าเป็นสิทธิของบุคคลทุกคนไม่ใช่เฉพาะคนเยอรมันเท่านั้น หรือเป็นสิทธิที่อยู่ในมาตรฐานขั้นต่ำที่ถูกบังคับโดยกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเป็นข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 (3)¹⁶ ซึ่งนอกเหนือไปจากความเป็นคนต่างด้าว

ประเด็นที่เป็นปัญหามายาวนานคือ มีกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการกำหนดไว้อย่างเป็นทางการในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิและเรื่องของความผิดมีหรือไม่ และการกำหนดให้เป็นสิทธิโดยตรงต่อปัจเจกบุคคลอันก่อให้เกิดหน้าที่ในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง กฎเกณฑ์เหล่านี้มีอยู่หรือไม่ ประเด็นดังกล่าวอาจจะรวมอยู่ในขอบเขตของมาตรา 25 นี้ได้ ตามกฎหมายระหว่างประเทศอาจกำหนดถึงองค์ประกอบความผิดซึ่งการกระทำให้ครบองค์ประกอบความผิดอาจกระทำโดยปัจเจกบุคคลได้ และการลงโทษเป็นเรื่องที่อาจมอบอำนาจให้รัฐกระทำการ ดังนั้น ตามมาตรา 25 บุคคลที่อาศัยอยู่ใน

¹⁵ มาตรา 3 (ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย)

(1) บุคคลมีความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย

¹⁶ (3) บุคคลไม่อาจจะได้สิทธิพิเศษ หรือไม่อาจจะถูกทำให้เสียเปรียบอันเนื่องมาจากเพศ เชื้อสาย เชื้อชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด และเผ่าพันธุ์ ความเชื่อ ความคิดในทางศาสนาหรือทางการเมือง บุคคลไม่อาจได้รับการปฏิบัติอย่างเสียเปรียบ เพราะเหตุแห่งความพิการของบุคคลนั้น



ประเทศเยอรมนีจึงต้องไม่กระทำการให้เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว การละเมิดการปฏิบัติดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการเข้าเงื่อนไขของการละเมิดกฎหมายอาญาภายในประเทศของบุคคล กฎหมายระหว่างประเทศ ปล่อยให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติว่ากรณีนั้นควรจะได้รับโทษอาญาหรือไม่

(2.3) กฎหมายระหว่างประเทศที่มุ่งหมายต่อรัฐให้มีผลบังคับภายในประเทศนั้นก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของบุคคล

นอกเหนือจากกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความมุ่งหมายที่จะใช้เฉพาะกับรัฐเท่านั้น กรณีนี้ย่อมไม่นำมาใช้กับปัจเจกบุคคล ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งในระดับของกฎหมายระหว่างประเทศมีความมุ่งหมายที่จะใช้กับรัฐ แต่ในระดับภายในประเทศแล้วก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องต่อปัจเจกบุคคล ซึ่งในกรณีนี้ขาดความชัดเจนถึงการมีผลของกฎหมาย ตามความเห็นของฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการรับกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวเข้ามาในระบบกฎหมายของเยอรมนีต้องกระทำใน 2 ระดับแรก ตามมาตรา 25 กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลซึ่งหมายความว่า เป็นการประกาศโดยให้มีผลตามรัฐธรรมนูญต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่อาศัยอยู่ในประเทศเยอรมนี ระดับที่สอง หลังจากนั้นปรับเปลี่ยนกฎเกณฑ์นั้นให้เป็นกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้ภายในประเทศ แต่ในทางตรงกันกับศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGE 15, 25) ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับว่าตามมาตรา 25 นั้นเป็นเพียงการประกาศให้ทราบเท่านั้น สิทธิและหน้าที่โดยตรงของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลจากการนำเข้าของกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้ามาในระบบกฎหมายของเยอรมันโดยมาตรา 25 ประโยคที่หนึ่ง มาตรา 25 ประโยคที่ 2 บอกแต่เพียงว่า กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวให้สิทธิและหน้าที่ต่อบุคคลเช่นเดียวกันกับกับกฎหมายภายในประเทศและก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อบุคคลได้ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGE 46, 342 (362)) วินิจฉัยว่า ความหมายของมาตรา 25 ประโยคที่ 2 กรณีของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีผลโดยตรงตามเนื้อหาและขอบเขตของผู้ได้รับสิทธิจากกฎหมายดังกล่าว ซึ่งหมายความว่า ไม่จำเป็นต้องมีการกระทำโดยกฎหมายภายในแต่อย่างใด ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลแล้ว แต่ทั้งนี้หมายถึงเฉพาะแต่กฎหมายระหว่างประเทศที่มีความมุ่งหมายต่อปัจเจกบุคคลเท่านั้น ในขณะที่เดียวกันศาลรัฐธรรมนูญจะเปิดช่องไว้ว่า กรณีใดเป็นกฎเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความมุ่งหมาย

ที่จะใช้กับรัฐเท่านั้น ซึ่งไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่โดยตรงต่อปัจเจกบุคคล เป็นประเด็นที่จะต้องผ่านการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวก่อน¹⁷

คำว่า “ผู้อาศัยอยู่ในประเทศเยอรมนี” ในความหมายของมาตรา 25 ประโยคที่ 2 นั้น มิได้หมายเฉพาะชาวเยอรมันหรือชาวต่างประเทศที่อาศัยอยู่ในเยอรมันเป็นการประจำเท่านั้น ยังหมายรวมถึงผู้ที่เดินทางผ่านประเทศเยอรมนีและนิติบุคคลที่มีที่ตั้งอยู่ในประเทศเยอรมนีด้วย

คำว่า “โดยตรง” ในความหมายของมาตรา 25 ประโยคที่ 2 ย่อมมีความชัดเจนว่าก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อปัจเจกบุคคลโดยมีผลบังคับภายในประเทศโดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด เช่นเดียวกันตามมาตรา 25 ประโยคที่ 1 สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความมุ่งหมายที่จะใช้กับรัฐนั้นตามมาตรา 25 ประโยคที่ 2 การก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่บุคคลนั้นถือว่าเป็นความมุ่งหมายของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ถ้าหากกฎหมายระหว่างประเทศใดที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคล สิทธิของบุคคลดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดการมีผลบังคับภายในโดยอัตโนมัติตามมาตรา 25 ประโยคที่ 2 แต่การมีผลบังคับภายในของกฎหมายระหว่างประเทศมิได้มีผลโดยอัตโนมัติต่อการใช้โดยไม่มีข้อจำกัด การมีผลต่อการก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ตามมาตรา 25 ประโยคที่ 2 มิได้ทำให้หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจสิ้นผลไปแต่อย่างใด นอกจากนี้มาตรา 25 ประโยคที่ 2 มิอาจทดแทนเรื่องของพื้นฐานของกฎหมายที่ให้อำนาจในการกระทำการได้ กรณีจึงย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายให้อำนาจ หากเป็นกรณีที่เป็นการแทรกแซงในสิทธิของบุคคลอื่น กรณีเช่นนี้จึงเป็นภารกิจของฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 25 ประโยคที่ 2 ที่จะต้องบัญญัติกฎหมายที่จำเป็นสำหรับการบังคับใช้ภายในประเทศโดยองค์กรตุลาการหรือองค์กรฝ่ายบริหาร ตราบเท่าที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ตรากฎหมายดังกล่าว โดยทั่วไปแล้วสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นโดยมาตรา 25 ประโยคที่ 2 ถือว่ายังไม่สมบูรณ์

กรณีตัวอย่างของสิทธิเรียกร้องที่มีผลภายในประเทศที่อาศัยการสนับสนุนจากกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการปฏิเสธ เช่น

ก. การเก็บภาษีกับชาวต่างประเทศ ไม่มีกฎหมายที่ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่ห้ามมิให้เก็บภาษีชาวต่างประเทศสำหรับทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในประเทศเยอรมนี

¹⁷ Ondolf Rojahn, Grundgesetz-Kommentar, Hrsg. Von Ingo von Muench, Band 2, 2. Aufl., Muenchen 1983, s. 157



ข. การคุ้มครองทางการทูต หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองพลเมืองของตนในต่างประเทศและสิทธิเรียกร้องในการคุ้มครองของบุคคลมิได้กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศจำกัดขอบเขตโดยการให้สิทธิกับรัฐที่บุคคลนั้นๆ สังกัดอยู่ให้มีสิทธิที่จะใช้มาตรการที่เหมาะสมโดยมิได้ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ กฎหมายของประเทศเยอรมนีจึงมิได้ให้สิทธิกับการคุ้มครองในทางการทูตแต่อย่างใด หากแต่เป็นสิทธิที่จะใช้ดุลพินิจตามภาระหน้าที่

ค. การชดใช้ค่าเสียหายต่อเชลยสงคราม รัฐที่เชลยสงครามสังกัดอยู่ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะเรียกชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการถูกคุมขังอยู่ในอำนาจของรัฐอื่นแต่อย่างใด (BVerfGE 23, 312)

ง. การคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย ไม่มีกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้ฝ่ายข้างน้อยมีสถานะพิเศษสำหรับตัวแทนฝ่ายข้างน้อยในรัฐสภาแต่อย่างใด

(3) กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวอยู่ในลำดับชั้นที่เหนือกว่ากฎหมายภายใน (มาตรา 25 ประโยคที่ 2)

มาตรา 25 ประโยคที่ 2 บัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในลำดับชั้นที่เหนือกว่ากฎหมายภายใน ดังนั้นจึงก่อให้เกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายระหว่างประเทศในการจัดลำดับชั้นของกฎหมายภายใน หากแต่มีความเห็นที่สอดคล้องกันว่า กฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในลำดับชั้นที่เหนือกว่ากฎหมายธรรมดา แต่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญโดยรวม ซึ่งหมายความว่ามิได้อยู่ในลำดับชั้นของรัฐธรรมนูญและมีได้อยู่ในลำดับชั้นที่เหนือรัฐธรรมนูญ แต่มีได้อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญของมลรัฐแต่อย่างใด¹⁸ ปัญหาเกี่ยวกับการจัดลำดับชั้นของกฎหมายมีความสำคัญน้อยในทางปฏิบัติ เพราะกรณีที่เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายระหว่างประเทศไม่เคยเกิดขึ้น นอกจากนี้ ความผูกพันขององค์กรของรัฐภายในรวมทั้งปัจเจกบุคคลมิได้ขึ้นอยู่กับการจัดอยู่ในลำดับชั้นของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

(4) กรณีตัวอย่างของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับและได้รับการปฏิเสธจากศาลของประเทศเยอรมัน¹⁹

¹⁸ Jarass/Pieroth, Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Muenchen 1995, s. 498

¹⁹ Jarass/Pieroth, aaO, s. 497

(4.1) กรณีตัวอย่างของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับจากศาลของประเทศเยอรมนี เช่น

- สิทธิที่เป็นสาระสำคัญของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล (BVerfGE 63, 332/338)

- ไม่มีการบังคับคดีต่อทรัพย์สินที่ใช้ประโยชน์ในทางมหาชนของรัฐต่างประเทศ (BVerfGE 46, 342/364)

- การให้ความคุ้มครองต่อรัฐต่างประเทศนั้นย่อมหมายถึงองค์กรที่กระทำในกิจการของรัฐที่กระทำเพื่อรัฐนั้นๆ ด้วย (BVerfGE, DVBl 89, 261)

- ไม่มีการกระทำของรัฐอื่นในเขตอำนาจของรัฐอื่นโดยปราศจากความยินยอมของรัฐนั้น (BSGE 22, 280/284)

- ชาวต่างประเทศจะต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิด้วยวิธีการที่เหมาะสม (BVerfGE 60, 253/303: 67, 43/63) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีล่ามในการพิจารณาคดีอาญา หากจำเลยไม่สามารถเข้าใจภาษาเยอรมันได้

(4.2) กรณีตัวอย่างของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการปฏิเสธจากศาลของประเทศเยอรมนี เช่น

- การจอดรถโดยเสรีของคณะชุด (BVerwGE 37, 116)

- การให้เอกสิทธิแก่รัฐต่างประเทศในกรณีของการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำของรัฐ (BVerfGE 16, 27/60; 46, 342/364; 64, 1/44)

- ค่าทดแทนความเสียหายจากการยึดครอง (BVerfGE 27, 253/273; 41, 126/160)

- ความเท่าเทียมกันอย่างสมบูรณ์ของชาวต่างประเทศในการได้รับการคุ้มครองสิทธิ (BVerfGE 67, 43/63)

- การประกอบกิจการของชาวต่างประเทศโดยเสรี (BVerwGE 56, 254/261)

- ข้อห้ามสำหรับการลงโทษอาญาซ้ำสำหรับการกระทำเดียวที่กระทำในสองมลรัฐ (BVerfGE 75, 1/23)

4.2.2 การตรวจสอบกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นกฎหมายภายในหรือไม่ (มาตรา 100 (2) ของรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz – GG) และ มาตรา 13 ข้อ 12 BVerfGG)



ตามมาตรา 100 (2) GG ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชั้นพื้นฐานของการที่ศาลอื่นๆ ส่งเรื่องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาว่า กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์ตามมาตรา 25²⁰ หรือไม่

4.2.2.1 ความมุ่งหมายและภารกิจของคดี

มาตรา 100 (2) GG เป็นมาตราที่แสดงถึงความเกี่ยวข้องกับเนื้อหาของมาตรา 25 บทบัญญัติมาตรา 100 (2) มุ่งหมายที่จะทำให้เกิดความมั่นคงโดยกฎหมายวิธีพิจารณาความต่อการใช้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศในการบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในของประเทศเยอรมนี นอกเหนือจากการทำให้เกิดประสิทธิภาพของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วยังมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดภาวะอันตรายที่อาจกระทบต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีผลมาจากการนำกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในด้วย ตลอดระยะเวลาของการใช้บทบัญญัติมาตรานี้ มีเพียงคำวินิจฉัยที่สำคัญเพียงเล็กน้อยเท่านั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องแรกที่เกี่ยวข้องกับมาตรานี้เป็นความสงสัยเกี่ยวกับการมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นความพยายามที่จะให้กฎหมายภายในเปิดกว้างต่อกฎหมายระหว่างประเทศมากขึ้น ตามมาตรา 25 ได้ให้เหตุผลว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนประกอบของกฎหมายภายใน ด้วยเหตุนี้กฎหมายระหว่างประเทศจึงก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ให้แก่บุคคลด้วย ดังนั้นเพื่อให้เกิดความมั่นใจจึงมีความพยายามที่จะทำให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับปัญหาของกฎหมายระหว่างประเทศในการพิจารณาคดีของศาล ดังนั้นกฎหมายที่จะยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตามมาตรา 100 (2) จึงมิใช่ให้อำนาจกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่เป็นยื่นในลักษณะเดียวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ซึ่งโดยแท้จริงแล้วประเด็นปัญหาว่า กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้หรือไม่นั้น ย่อมเกิดจากการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น ดังนั้น สภาผู้แทนราษฎรก็ดี รัฐบาลก็ดี จึงไม่สามารถยื่นเรื่องตามมาตรา 100 (2) โดยตรงไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ เฉพาะในขอบเขตของความขัดแย้งในเรื่องอำนาจ

²⁰ มาตรา 25 (กฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์)

หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระดับสหพันธ์ หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวอยู่ในลำดับที่สูงกว่ากฎหมายภายใน และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในสหพันธ์รัฐ

หน้าที่ที่เป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อองค์การเหล่านั้นเท่านั้นที่อาจมีความเป็นไปได้ในทางข้ออม

ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยอธิบายถึงความมุ่งหมายและภารกิจของมาตรา 100 (2) ไว้ว่า²¹ “เพราะการวินิจฉัยสามารถที่จะขยายขอบเขตของกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้ ดังนั้นในกรณีใดกรณีหนึ่งศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถตรวจสอบได้ว่า กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่ง มีความเหมาะสมที่จะมีผลบังคับกับกฎหมายภายในหรือไม่ กระบวนการให้สัตยาบัน (Verifikationsverfahren) ตามมาตรา 100 (2) มีผลเป็นการแทนกระบวนการนิติบัญญัติ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Gesetzeskraft) (มาตรา 94 วรรคสอง GG, มาตรา 13 ข้อ 12 และมาตรา 31 วรรคสอง BVerfGG)²²

4.2.2.2 การแบ่งขอบเขตของคดีตามมาตรา 100 (2) กับคดีตามมาตรา 100 (1)²³

ตามมาตรา 100 (2) ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้เพียงว่า กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งเป็นกฎหมายของสหพันธรัฐหรือไม่ และกฎเกณฑ์ดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่หรือไม่ ในกรณีนี้จะต้องไม่สับสนกับปัญหาว่า บทบัญญัติของกฎหมายภายในสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งซึ่งได้รับการยอมรับว่ามีผลใช้บังคับภายในตามมาตรา 25 ซึ่งในกรณีนี้เป็นกรณีของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรมตามมาตรา 100 (1) ตามมาตรา 100 (2) มีเป้าหมายกับการตรวจสอบว่า

²¹ BVerfGE ๒๓, ๒๔๘ (๓๑๘)

²² Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., Muenchen 1991, s. 103

²³ มาตรา 100 (ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย)

(1) ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล หากศาลเห็นว่า กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดี ดังกล่าว ขัดกับรัฐธรรมนูญ ให้ศาลนั้นหยุดการพิจารณาคดีไว้เป็นการชั่วคราว ในกรณีที่เกี่ยวข้องการละเมิดรัฐธรรมนูญของกฎหมายมลรัฐ ให้ยื่นเรื่องต่อศาลของมลรัฐที่มีเขตอำนาจสำหรับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญทำการพิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่เกี่ยวข้องการละเมิดรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐให้ยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ทำการพิจารณาวินิจฉัย ให้นำบทบัญญัตินี้มาใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องการละเมิดรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐโดยกฎหมายของมลรัฐ หรือเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องของกฎหมายของมลรัฐต่อกฎหมายของสหพันธรัฐด้วย



กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศสามารถใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้หรือไม่ ในขณะที่มาตรา 100 (1) เป็นเรื่องของการวินิจฉัยว่า กฎหมายของสหพันธ์ขัดแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับขั้นที่สูงกว่าหรือไม่ การใช้บังคับของมาตรา 100 (2) กลายเป็นภาระในการตรวจสอบของผู้พิพากษา ตามมาตรา 100 (1) ผู้พิพากษาจะต้องแน่ใจว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในคดีนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ หากแน่ใจว่าไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญก็สามารถที่จะใช้บทบัญญัติของกฎหมายนั้นในการตัดสินคดีนั้นๆ ได้ ในขอบเขตของมาตรา 100 (2) กรณีเป็นการเพียงพอหากมีข้อสงสัยเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศสามารถใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้หรือไม่ ซึ่งเป็นการบังคับให้ผู้พิพากษาต้องยื่นเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว²⁴

4.2.2.3 ความหมายของ “กฎเกณฑ์ทั่วไป” (der Begriff der allgemeinen Regel)

การพิจารณาถึงความหมายของ “กฎเกณฑ์ทั่วไป” ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีข้อพิจารณา ดังนี้²⁵

(1) กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ (Regeln des Voelkerrechts) หมายถึง กฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือที่เรียกว่า “หลักพื้นฐานทางกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ” (sog. Allgemeine Rechtsgrundsätze des Voelkerrechts) กฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจมีการกำหนดไว้ในสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยศาลยอมรับบ่งเกิดของกฎหมาย 3 บ่อเกิด ดังนี้

ก. การตกลงในทางระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นลักษณะทั่วไปหรือลักษณะเฉพาะเจาะจง

ข. กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติเป็นการทั่วไปและยอมรับเป็นกฎหมาย

ค. หลักพื้นฐานทางกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากธรรมเนียมในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ

²⁴ Klaus Schlaich, Ibid, s. 105

²⁵ Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Muenchen 1991, s.217

(2) ความหมายของ “ทั่วไป” (Allgemein) หมายถึง กฎเกณฑ์ใด กฎเกณฑ์หนึ่งซึ่งได้รับการยอมรับจากเสียงข้างมากของประเทศต่างๆ โดยไม่จำเป็นว่า จะต้องได้รับการยอมรับจากประเทศเยอรมนี การใช้บังคับเป็นการทั่วไปและใช้บังคับทั่วโลกซึ่งหมายความว่า เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้กับรัฐที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ กรณีจึงเป็นข้อเรียกร้องค่อนข้างสูง ในหลายกรณีที่มีการยื่นเรื่องไปตามมาตรา 100 (2) เป็นกรณีปัญหาเกี่ยวกับลักษณะ “ทั่วไป” ของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ

“หลักพื้นฐานทางกฎหมายทั่วไป” ย่อมอยู่ในความหมาย คำว่า “ทั่วไป” ในความหมายของมาตรา 25 ด้วยเสมอ หลักพื้นฐานทางกฎหมายทั่วไป จึงอยู่ในนิยามของ “ทั่วไป” ดังนั้น หลักพื้นฐานทางกฎหมายทั่วไปจึงทำให้เงื่อนไขของ มาตรา ๒๕ มีความสมบูรณ์ ลักษณะ “ทั่วไป” ย่อมหมายถึงการมีผลใช้บังคับ (Geltung) มิได้หมายถึงเนื้อหาของกฎเกณฑ์ ดังเช่น กฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาทางเทคนิค สามารถมีลักษณะเป็นการทั่วไปได้ถ้ากฎเกณฑ์นั้นได้ใช้บังคับเป็นการทั่วไป กรณีที่อาจเป็นข้อสงสัย คือ กฎเกณฑ์ดังกล่าวนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปหรือไม่ ซึ่งก็จะต้องยื่นเรื่อง ไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว

(3) สำหรับการพิจารณาไตร่ตรองของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญใช้วิธีการเดียวกับศาลระหว่างประเทศในการพิจารณาไตร่ตรองกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญและกฎหมายภายใน แนวทางปฏิบัติตามสัญญาระหว่างประเทศและธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างประเทศจะต้องถูกนำมาวิเคราะห์ ในขณะเดียวกัน คำวินิจฉัยของผู้พิพากษาและความเห็นในทางตำราของผู้เชี่ยวชาญในทางกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ จะต้องนำมาประกอบการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินคดีด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง

4.2.2.4 เงื่อนไขการยื่นเรื่องตามมาตรา 100 (2)

การยื่นเรื่องตามมาตรา 100 (2) ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นกรณีที่ประเด็นข้อพิพาทมีปัญหาเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถือว่าเป็นกฎหมายของสหพันธ์หรือไม่ หรือกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ต่อบุคคลหรือไม่ นอกจากนี้ ยังอาจมีปัญหาเกี่ยวกับลักษณะ “ทั่วไป” ของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ในความหมายของมาตรา ๒๕ ของรัฐธรรมนูญ กรณีจึงไม่ใช่การควบคุมความชอบด้วย



รัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพราะกรณีนี้ไม่ใช่เป็นการอาศัยกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อตรวจสอบกฎหมายภายในประเทศ ดังนั้น กรณีจะเข้าเงื่อนไขของการยื่นเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ หากประเด็นข้อพิพาทนั้นเป็นประเด็นข้อสงสัยเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศและตามความเห็นของศาลที่พิจารณาเรื่องนั้นเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องได้รับการวินิจฉัยจากศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) ข้อพิพาททางกฎหมาย

ข้อพิพาททางกฎหมายตามความหมายของมาตรา 100 (2) หมายถึงบรรดาข้อพิพาทในศาลทั้งหลาย

(2) ปัญหาในการวินิจฉัยเบื้องต้น

ศาลอาจยื่นเรื่องได้เฉพาะในกรณีที่ปัญหาดังกล่าวมีประเด็นว่า กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของสหพันธ์หรือไม่ และกฎเกณฑ์ดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อบุคคลหรือไม่ (มาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญ)

ก) ปัญหาว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศนั้นๆ ในกรณีที่ไม่มีข้อสงสัยว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายของสหพันธ์ ที่มีได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่บุคคล หากแต่ก่อให้เกิดอำนาจแก่ฝ่ายรัฐ ในกรณีเช่นนี้ย่อมอยู่ในขอบเขตของประเด็นที่ศาลจะยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเบื้องต้น เช่นเดียวกัน ดังนั้นกรณีจึงต้องยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นกันหากกฎเกณฑ์นั้นมิได้ก่อให้เกิดสิทธิต่อบุคคลหรือไม่

ข) กรณีขาดความชัดเจนว่า ตามมาตรา 100 (2) นั้น การยื่นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเบื้องต้นนั้นจำกัดเฉพาะกรณี ลักษณะทั่วไปของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น หรืออาจรวมถึงเนื้อหาของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย การขยายขอบเขตของการยื่นเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยจากประเด็นลักษณะทั่วไปของกฎเกณฑ์ไปสู่ประเด็นเนื้อหาของกฎเกณฑ์นั้น มีข้อพิจารณาจากรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfGG) ได้บัญญัติเรื่องการวินิจฉัยเกี่ยวกับ“กฎเกณฑ์” ทั้งในมาตรา 100 (2) ของรัฐธรรมนูญ และมาตรา 83 (1) BVerfGG ไว้ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Gesetzeskraft)

เฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์ ส่วนกรณีว่าบทบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่นั้นศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจวินิจฉัยได้²⁶

(3) ประเด็นข้อสงสัย

ประเด็นเกี่ยวกับข้อสงสัยมีคำถามว่า เมื่อใดจึงจะถือว่ามีข้อสงสัยที่มีลักษณะเป็นภววิสัย (objektiv) ข้อสงสัยดังกล่าวจะต้องเป็นข้อสงสัยอย่างแท้จริง ข้อสงสัยที่มีลักษณะภววิสัยเกิดขึ้นเมื่อ ศาลเองมีความเห็นแตกต่างจากความเห็นขององค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ดี แตกต่างจากคำพิพากษาของศาลสูงของเยอรมันก็ดี ศาลต่างประเทศก็ดี หรือศาลระหว่างประเทศก็ดี หรือแตกต่างคำสอนในทางตำราระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับก็ดี

(4) ความสำคัญที่จะต้องได้รับการวินิจฉัยในประเด็นข้อสงสัย

ประเด็นข้อสงสัยนั้นจะต้องเป็นข้อสงสัยที่ควรได้รับการวินิจฉัยจากศาลรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลสำคัญต่อการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีของศาลนั้นๆ ประเด็นในเรื่องนี้มีคล้ายกับกรณีตามมาตรา 100 (1) ของรัฐธรรมนูญ สำหรับกรณีที่ข้อสงสัยนั้นเป็นข้อสงสัยที่ไม่ควรได้รับการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญ คือกรณีที่การกระทำของรัฐนั้นๆ มิได้มีอยู่ต่อไปแล้ว เช่นเพราะเป็นกรณีที่ขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบกับเกณฑ์ของกฎหมายภายใน

4.2.2.5 การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์หรือไม่และบทบัญญัตินั้นก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อบุคคลหรือไม่ ถ้าบทบัญญัตินั้นก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ต่อบุคคล การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะจำกัดอยู่ที่ประเด็นว่า บทบัญญัตินั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของสหพันธ์หรือไม่

4.2.3 กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมัน

สำหรับกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

²⁶ Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Muenchen 1991, s.220



รองรับสนธิสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมัน ในระบบกฎหมายเยอรมัน การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht, Federal Constitutional Court) โดยภายหลังจากที่รัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องอาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาก่อนที่จะมีผลเป็นการให้ความยินยอมแก่ประธานาธิบดีเพื่อแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาได้ กระบวนการตรวจสอบเช่นนี้เป็นรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (die abstrakte Normenkontrolle) คือเป็นกรณีที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาที่เป็นคดีอยู่ในชั้นศาล แต่เป็นการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายนี้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

โดยหลักทั่วไป วัตถุประสงค์ในการพิจารณาของกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะที่เป็นนามธรรมในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ได้มีการประกาศใช้แล้วเท่านั้น เพราะร่างกฎหมายที่อยู่ในกระบวนการพิจารณาตามขั้นตอนต่างๆ ของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นโดยหลักแล้วยังไม่ถือเป็นกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงไม่ควรเข้าไปตรวจสอบร่างกฎหมายในขั้นตอนก่อนการประกาศใช้เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบยังไม่ถือว่าเป็นกฎหมายที่ศาลจะนำมาตรวจสอบได้

อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ยอมรับว่าในบางกรณีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจที่จะตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้ได้เช่นกัน กรณีเช่นนี้ได้แก่ การตรวจสอบร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาโดยถือเป็นข้อยกเว้นประการเดียวที่เกิดขึ้นจากการตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเพื่อตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้²⁷

²⁷ วรเจตน์ภาศิรินทร์, *วิधिพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย*, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 128.

โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นโดยเฉพาะอย่างยิ่ง สันนิษฐานแบบทวิภาคี²⁸ เนื่องจากการมีผลบังคับของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญา ภายในประเทศอาจทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างพันธกรณีตามสนธิสัญญากับ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงยอมให้มีการยื่นเรื่อง เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในลักษณะ เป็นการป้องกันมิให้เกิดการขัดหรือแย้งกันระหว่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญากับ รัฐธรรมนูญภายหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับภายในประเทศแล้ว²⁹

สำหรับเงื่อนไขในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบนั้นเป็นไปในทำนองเดียวกับประเภทคดีที่เป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ รัฐบัญญัติในเชิงนามธรรมซึ่งตามมาตรา ๙๓ วรรคหนึ่ง ข้อ ๒ ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน³⁰ และมาตรา 13 ข้อ 6 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2501) (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht) ได้กำหนดให้ตัว ผู้มีสิทธิเริ่มคดีหรือผู้ยื่นคำร้องไว้ได้แก่ คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ คณะรัฐมนตรีแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทั้งหมด³¹ ทั้งนี้การยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญานั้นจะต้องกระทำก่อนที่กฎหมายให้ ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับ ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

²⁸ Hubert Beemelmans and Hans D. Treviranus, "National Treaty law and Practice Federal Republic of German" in National Treaty Law and Practice, (Boston : Martinus Nijhoff, 2005), pp. 327.

²⁹ Christian Starck, Albrecht Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Nomes: Baden-Baden, 1986. p. 131.

³⁰ มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน บัญญัติว่า "(2) ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งหรือมี ข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกระบวนการตรา หรือในทางเนื้อหาของ กฎหมายของสหพันธ์ หรือกฎหมายของมลรัฐ หรือเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายของ มลรัฐกับกฎหมายของสหพันธ์โดยการยื่นคำร้องของรัฐบาลสหพันธ์ หรือของรัฐบาลมลรัฐ หรือสมาชิก สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์"

³¹ วรเจตน์ภาคีรัตน์, วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญ ต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 40.



วินิจฉัยว่า ร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กรณีย่อมทำให้ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาได้ทั้งนี้เพราะเท่ากับเป็นการมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีทำสนธิสัญญาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั่นเอง

การยอมรับอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญานี้ปรากฏครั้งแรกในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ลงวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 1952 (พ.ศ. 2495), (BVerfGE 1, 396) และปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อีกหลายคดีในเวลาต่อมา³²

ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1957 (พ.ศ. 2500) ได้วางหลักที่สำคัญไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจถูกร้องขอให้ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายให้ความยินยอมแก่ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการแสดงเจตนาเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศ หรือที่เรียกว่า “กฎหมายรองรับสนธิสัญญา (Treaty Act)” มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้เป็นการป้องกันปัญหาซึ่งเกิดจากการปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน อันจะส่งผลทำให้การปฏิบัติดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเยอรมันในภายหลังเสียเอง เนื่องจากลักษณะทางกฎหมายที่สำคัญของกฎหมายฉบับนั้นนอกจากจะเป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว กฎหมายดังกล่าวยังมีผลทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับในระบบกฎหมายภายในซึ่งจะส่งผลเป็นการผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐและมีผลเป็นการสร้างความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างประชาชนกับองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐด้วย ดังนั้นการให้ความยินยอมของรัฐสภาในรูปของกฎหมาย (รัฐบัญญัติ) ดังกล่าวย่อมมีผลเป็นการก่อตั้งสิทธิและหน้าที่โดยตรงแก่ประชาชนภายในรัฐซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวอาจกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญได้ เมื่อรัฐบาลแห่งสหพันธ์ให้ความยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้วย่อมมีหน้าที่จะต้องทำให้สนธิสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เนื่องจากสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนถูกผูกพันอยู่กับองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลาย สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจึงอาจถูก

³² BVerfGE 1, 396, BVerfGE 4, 157, BVerfGE 6, 290, BVerfGE 6, 309, BVerfGE 24, 33, BVerfGE 24, 203, BVerfGE 29, 348, BVerfGE 30, 272) อ้างถึงใน Hubert Beemelmans and Hans D. Treviranus, supra note 20, pp. 327.

กระทบอันเป็นผลมาจากการใช้อำนาจที่เพิ่มขึ้นจากการบังคับใช้สนธิสัญญาได้ ดังนั้นผู้ร้องจึงอาจยื่นร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ทำการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้องและรักษาไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญได้³³

อย่างไรก็ดี ตามความเห็นของนักกฎหมายของเยอรมันบางท่านเห็นว่าเมื่อรัฐธรรมนูญเยอรมันไม่ยอมรับว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้ได้ กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญย่อมต้องรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วย แม้การกระทำเช่นนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบในทางระหว่างประเทศก็ตาม นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่จำเป็นต้องเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติของรับสนธิสัญญาแต่อย่างใด เพราะหากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ตกลงทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศใดแล้วหากปรากฏว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเยอรมันก็อาจจะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาเสียก่อนเพื่อขจัดความขัดแย้งระหว่างสนธิสัญญากับรัฐธรรมนูญที่จะเกิดขึ้นในภายหลังก็ได้³⁴ ซึ่งในกรณีดังกล่าวก็จะเกิดผลดีตรงที่จะทำให้ผู้มีอำนาจทำสนธิสัญญาสามารถพิจารณาทบทวนถึงการตัดสินใจก่อนที่จะเข้าร่วมลงนามผูกพันตามสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศได้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญานั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติในมาตรา 31 (1) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์³⁵ กำหนดให้คำวินิจฉัยมีผลผูกพันต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร ดังนั้นองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องจึงต้องดำเนินการใดๆ เพื่อให้สนธิสัญญาดังกล่าวสอดคล้องกับกฎหมายภายในซึ่งหมายความรวมถึงรัฐธรรมนูญด้วย

³³ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1957 (BVerfGE 6, 290. 1 BvR 65/54 ใน "German Law Cases : Institute of Global Law," <http://www.ucl.ac.uk/law/global_law/>, สิงหาคม 2550.

³⁴ Klaus Stern, in Bonner Kommentar Zum Grundgesetz, Art. 93 Rdnr 261-262 B.

³⁵ มาตรา 31 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ บัญญัติว่า "(1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์และมลรัฐ ตลอดจนजनผูกพันศาลทุกศาลและหน่วยงานของรัฐ..."



4.3 ประเทศฝรั่งเศส

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึง 4.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส 4.3.2 กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญา โดยมีรายละเอียด ดังนี้

4.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่จัดความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับกฎหมายภายในเป็นไปตามทฤษฎีเอกนิยม ซึ่งตามทัศนคติของนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีเอกนิยมยังมีความเห็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับรัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ แบ่งออกได้เป็นสองฝ่ายคือ³⁶ ฝ่ายแรก เป็นแนวคิดแบบกฎหมายระหว่างประเทศนิยม (internationalisme) ซึ่งเป็นแนวคิดที่ให้นานักหรือความสำคัญแก่กฎหมายระหว่างประเทศมากกว่ากฎหมายภายในประเทศ โดยจะยึดหลักการที่ว่า การที่รัฐต่างๆ ให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาต่างๆ ย่อมเป็นเรื่องที่รัฐละอำนาจอธิปไตยบางส่วนไป ดังนั้นการที่รัฐไม่ยอมปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่างๆ โดยอ้างว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญของตนจึงเป็นสิ่งที่ไม่ได้เพราะถือเป็นเรื่องภายในของรัฐเท่านั้น และจะนำมาอ้างเพื่อให้รัฐของตนพ้นจากหน้าที่ตามสนธิสัญญาไม่ได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐที่ยึดถือตามแนวคิดเช่นนี้จึงมักจะกำหนดให้สนธิสัญญามีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในทั้งหลายภายในรัฐ ซึ่งหมายความว่าความรวมถึงกฎหมายสูงสุดอันได้แก่รัฐธรรมนูญด้วย ส่วนฝ่ายที่สองเป็นแนวคิดแบบรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalisme) โดยแนวคิดนี้ยึดถืออำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นหลัก โดยถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ กฎหมายอื่นใดภายในรัฐจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในดินแดนของรัฐหนึ่งย่อมเป็นอำนาจของรัฐนั้นๆ ที่จะต้องพิจารณาซึ่งท้ายที่สุดแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจะมีลำดับที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญไปไม่ได้ และเป็นแนวคิดที่รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสถือปฏิบัติอยู่ในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสแล้ว จะพบว่า ในข้อ 14 ของคำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 (พ.ศ. 2489) ซึ่งเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปอันถือส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501)

³⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย,** พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 162.

ด้วยนั้น บัญญัติไว้ว่า “สาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งยึดมั่นในประเพณีของตน จะเคารพปฏิบัติ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยจะไม่ทำสงครามเพื่อยึดครองดินแดน หรือใช้กำลัง ทางทหารเพื่อทำลายเสรีภาพของประชาชนชาติอื่นใด” และข้อ 15 ได้วางข้อยกเว้นไว้ว่า “สาธารณรัฐฝรั่งเศสยินยอมที่จะจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเพื่อการปฏิบัติงานทางด้าน สันติภาพขององค์การระหว่างประเทศ ตามที่องค์การสหประชาชาติได้กำหนดไว้” ก็ต่อเมื่อ ประเทศอื่นยินยอมที่จะปฏิบัติดังนี้เช่นกัน” จะเห็นว่า ข้อ 14 และข้อ 18 ของคำปรารภ นั้นเป็นแต่เพียงการแสดงออกถึงเจตนารมณ์ที่จะยอมรับความสูงศักดิ์ของกฎหมาย ระหว่างประเทศ แต่ก็มีข้อยกเว้นไว้ว่าประเทศฝรั่งเศสจะยอมรับความสูงศักดิ์ของ กฎหมายระหว่างประเทศก็ต่อเมื่อประเทศอื่นยินยอมเช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงมีอากกล่าวได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรวมถึงสนธิสัญญาจะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลำดับสูงสุดในระบบ กฎหมายฝรั่งเศสได้

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) รัฐธรรมนูญ ฉบับนี้ได้ยืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้และยืนยันความมีอำนาจเหนือ สนธิสัญญาของรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 54 ว่า³⁷ “ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้รับคำร้องขอของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาคนใด คนหนึ่ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน วินิจฉัยว่าข้อผูกพันระหว่างประเทศใดมีข้อกำหนดที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ การอนุญาตให้มีการให้สัตยาบัน หรือให้ความเห็นชอบต่อข้อผูกพันระหว่างประเทศดังกล่าวจะกระทำ ได้ก็ต่อเมื่อได้แก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว”³⁸

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักความเห็นถือว่าสนธิสัญญาของ รัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีอำนาจวินิจฉัยว่า สนธิสัญญาใดมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้การให้สัตยาบัน ตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในรูปของรัฐบัญญัติจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีการแก้ไขบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญที่ขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญาแล้วเท่านั้น ซึ่งเท่ากับว่า สนธิสัญญาที่มีข้อความ

³⁷ Bernard Stirn , Les sources constitutionnelles du droit administrative, Introduction au droit public , (Paris : L.G.D.J., 3 édition , 1999), p. 23.

³⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 49.



ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจมีการให้สัตยาบันและไม่อาจประกาศใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐได้นั่นเอง

อย่างไรก็ตามมีปัญหาที่น่าพิจารณาคือว่าการที่รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส กำหนดว่าหากฝ่ายบริหารจะทำสนธิสัญญาที่มีข้อความเป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ได้ก็ต่อเมื่อมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น จะทำให้สนธิสัญญามีค่าบังคับในลำดับชั้นสูงกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐหรือไม่ เนื่องจากรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าสนธิสัญญาจะมีลำดับชั้นสูงกว่าหรือต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ในประเด็นดังกล่าว อาจพิจารณาได้จากทางปฏิบัติในการใช้บังคับของสนธิสัญญาของศาลฝรั่งเศสเอง ซึ่งทางปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสปรากฏข้อเท็จจริงว่า ศาลฝรั่งเศสจะไม่ยอมรับหรือใช้บังคับสนธิสัญญา ที่ทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือมีเนื้อหาเป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญดังกรณีที่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะใช้บังคับสนธิสัญญาที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 (พ.ศ. 2539) ในคดี Koné โดยสภาแห่งรัฐปฏิเสธที่จะใช้บังคับสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดห้ามมิให้มีการขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมือง ต่อมาในปี ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2541) สภาแห่งรัฐได้ยืนยันถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีอยู่เหนือสนธิสัญญาไว้ในคดี Sarran et Levacher ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2541) โดยประกาศไว้ชัดว่าลำดับชั้นของสนธิสัญญาที่มีอยู่เหนือกฎหมายภายในตามบทบัญญัติในมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) นั้นมีอาจนำมาอ้างได้ว่าสนธิสัญญาจะมีลำดับชั้นที่อยู่สูงกว่ารัฐธรรมนูญด้วย เพราะมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญนี้บ่งชี้แต่เพียงว่าสนธิสัญญามีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายใน แต่หลักการนี้จะใช้บังคับมิได้หากกฎหมายภายในเป็นบทบัญญัติที่มีสภาพเป็นรัฐธรรมนูญ³⁹ จึงสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นสนธิสัญญาจะมีค่าบังคับในลำดับชั้นที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญฝรั่งเศส การทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร จึงขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมิได้

³⁹ René Chapus, *Droit administratif general Tome 1*, 14 édition (Montchrestien, 2000), pp. 137.

4.3.2 กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญา

ในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างสนธิสัญญาของรัฐสภา หากมีปัญหาได้แย้งว่าสนธิสัญญาดังนั้นเป็นสนธิสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ หรือสนธิสัญญาดังนั้นมิใช่ข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีนี้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้กำหนดกลไกการตรวจสอบให้เป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

4.3.2.1 กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาในเชิงเนื้อหาตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญ

ในมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เมื่อได้รับคำร้องขอของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาแห่งใดแห่งหนึ่ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน วินิจฉัยว่าข้อผูกพันระหว่างประเทศใดมีข้อกำหนดใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ การให้อนุญาตให้มีการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบต่อข้อผูกพันระหว่างประเทศดังกล่าวจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว”⁴⁰

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาในขั้นตอนนี้ เป็นกระบวนการตรวจสอบที่เกิดขึ้นในช่วงที่รัฐบาลได้เสนอร่างรัฐบัญญัติรองรับสนธิสัญญา และร่างสนธิสัญญาเสนอให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาด้วยเหตุนี้ องค์การที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาในเบื้องต้นคือ รัฐสภา โดยรัฐสภาจะทำการตรวจสอบสองเรื่องใหญ่ๆ คือ⁴¹ เรื่องแรก รัฐสภาจะตรวจสอบว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับอำนาจอธิปไตยของประเทศหรือไม่ อย่างไรก็ตามในกรณีดังกล่าว มีข้อยกเว้นอยู่ว่า สนธิสัญญาอาจขัดกับหลักอธิปไตยของชาติได้ก็ต่อเมื่อมีการถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจในการจัดการบางเรื่องไปให้องค์การระหว่างประเทศหรือเพื่อความความร่วมมือระหว่างประเทศในภูมิภาค เช่น การเข้าร่วมเป็นสมาชิกในสหภาพยุโรป ซึ่งส่งผลทำให้รัฐสมาชิกต้องยอมมอบอำนาจอธิปไตยบางส่วนไปให้แก่สหภาพยุโรป

⁴⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, หน้าเดียวกัน.

⁴¹ เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, หน้า 263-264.



เรื่องที่สองคือ รัฐสภาจะต้องคำนึงถึงข้อ 15 ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 (พ.ศ. 2489) ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ ประเทศฝรั่งเศสยอมรับข้อจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนที่จำเป็นต่อการจัดให้มีและการป้องกันรักษาสันติภาพ” ดังนั้น หากเป็นกรณีที่รัฐสภาต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาแล้ว รัฐสภาต้องคำนึงถึงการจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเพื่อให้องค์การระหว่างประเทศเข้ามาจัดการเกี่ยวกับการป้องกันรักษาสันติภาพด้วย นอกจากนี้ในระหว่างการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาบุคคลตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญอาจใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบว่าเนื้อหาของสนธิสัญญาชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้

โดยการเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก่อนให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญานั้น แต่เดิมได้สงวนไว้เป็นอำนาจของประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา ซึ่งเป็นองค์กรเดียวเกี่ยวกับองค์กรที่มีสิทธิยื่นคำร้องเพื่อให้คณะตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติก่อนประกาศใช้ตามมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญ แต่ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535) ได้มีการขยายอำนาจให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 60 คน และสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คน มีอำนาจนำเรื่องสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างสนธิสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบได้อีกด้วย นับแต่นั้นเป็นต้นมาสมาชิกแห่งรัฐสภาจึงเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างสนธิสัญญาได้โดยตรง โดยที่ไม่ต้องผ่านตัวกลางคือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภาอีกเลย⁴²

ในกรณีที่คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าสนธิสัญญามีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ การมอบอำนาจในการให้สัตยาบันหรือลงนามให้ความเห็นชอบของรัฐสภาจะทำได้ก็ต่อเมื่อหลังจากมีการทบทวนแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้วเท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากแนวคิดที่ว่าสนธิสัญญาเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐ

⁴² สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพฯ : สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 69.

หากปล่อยให้กฎหมายภายในประเทศกลายเป็นอุปสรรคที่จะทำให้เกิดความร่วมมือระหว่างรัฐแล้วก็ต้องแก้ไขกฎหมายภายในฉบับนั้นเสียก่อน⁴³

ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาผู้มีสิทธิตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญได้มีการยื่นคำร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาก่อนการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา ซึ่งส่งผลทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในเวลาต่อมาถึงสี่ครั้งนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535) ถึง ค.ศ. 1999⁴⁴ (พ.ศ. 2542) กล่าวคือ

ครั้งแรก มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535) ก่อนที่จะอนุญาตให้มีการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา Maastricht โดยมีการเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหมวด 15 ว่าด้วย “ประชาคมยุโรปและสหภาพยุโรป” มาตรา 88-1 ถึง มาตรา 88-4

นอกจากนี้แล้วยังมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมิใช่มีผลโดยตรงมาจากสนธิสัญญา Maastricht อีก 3 เรื่อง ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 54 โดยกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา 60 คน เป็นผู้ที่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้โดยตรงด้วย

ครั้งที่สอง เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1993 (พ.ศ. 2536) โดยเพิ่มเติมในหมวดที่ 6 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วย “สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ” ในมาตรา 53-1 ก่อนการให้ความเห็นชอบด้วยการลงนามเพื่อให้ข้อตกลงแห่ง Schengen มีผลบังคับใช้ โดยในวรรค 1 แห่งมาตรา 53-1 นี้ บัญญัติว่า “สาธารณรัฐอาจทำข้อตกลงกับรัฐอื่นในยุโรปที่มีข้อผูกพันในลักษณะเดียวกันกับสาธารณรัฐในเรื่องการลี้ภัยกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้ เพื่อกำหนดเขตอำนาจของแต่ละรัฐในการตรวจสอบคำขอลี้ภัยที่มีการเสนอต่อรัฐแต่ละรัฐ”

ในวรรค 2 แห่งมาตรา 53-1 นี้เอง ได้เพิ่มเติมไว้ว่าในทุกกรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีอำนาจให้ที่ลี้ภัยแก่คนต่างชาติได้ เพื่อปกป้อง

⁴³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 82.

⁴⁴ Bernard Stim, *supra* note 2, pp. 26-28.



สิทธิเสรีภาพหรืออนุญาตแก่บุคคลต่างชาตินักคนซึ่งขอรับการคุ้มครองจากประเทศฝรั่งเศส ด้วยเหตุผลอื่นใด

ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาองค์กรเจ้าหน้าที่ของฝรั่งเศสสามารถตรวจสอบคำขอ
ลี้ภัยที่ถูกปฏิเสธโดยรัฐใดรัฐหนึ่งที่ตั้งนามในข้อตกลงแห่ง Schengen ได้เสมอ

ครั้งที่สาม เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 88-2 วรรคหนึ่งและมาตรา 88-4 แห่งรัฐธรรมนูญ ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา Amsterdam

ครั้งที่สี่ เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) โดยแก้ไขเพิ่มบัญญัติไว้ในหมวด 6 ว่าด้วย “สนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศ” มาตรา 53-2 ที่บัญญัติว่า “สาธารณรัฐอาจยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาที่ลงนามไปแล้วเมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 1998” (พ.ศ. 2541) ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ต่อมาในวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 (พ.ศ. 2547) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยตามคำร้องขอของประธานาธิบดีที่ขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาก่อตั้งรัฐธรรมนูญยุโรป (Le traité établissant une Constitution pour l'Europe) (ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่ลงนามเห็นชอบโดยประชุมของรัฐสมาชิกเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 2004 (พ.ศ. 2547) โดยรัฐสมาชิกต้องนำสนธิสัญญาดังกล่าวไปให้สัตยาบันตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในของแต่ละรัฐสมาชิก) ว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีบทบัญญัติที่ขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส การให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาดังกล่าวจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเสียก่อน จึงส่งผลทำให้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีการทบทวนใหม่อีกครั้งหนึ่ง⁴⁵

ข้อพิจารณาประการต่อมาคือ อำนาจในการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญนี้มีเพียงอำนาจในการประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาดังกล่าวเท่านั้นมิได้หมายความว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด การประกาศถึงความไม่ชอบ

⁴⁵ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, “เหตุการณ์สำคัญในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสตลอดปี 2004”, ใน www.pub-law.net ระหว่างวันที่ 21 กุมภาพันธ์ – 6 มีนาคม พ.ศ. 2548.

ด้วยรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเป็นแต่เพียงจุดเริ่มต้นของการเรียกร้องให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งผลของการประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาย่อมทำให้การให้สัตยาบันหรือการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาไม่อาจกระทำได้อีกก่อนการแก้ไขสนธิสัญญา ในทางกลับกันเมื่อรัฐธรรมนูญยังไม่มี การแก้ไขสนธิสัญญาย่อมไม่อาจมีผลผูกพันในทางระหว่างประเทศเช่นกัน⁴⁶

4.3.2.2 กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการทำสนธิสัญญาโดยผ่านร่างรัฐบัญญัติให้ความเห็นชอบตามมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากสนธิสัญญาของฝรั่งเศสนั้นแบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศทั่วไปตามมาตรา 55 และสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญตามมาตรา 53 ซึ่งสนธิสัญญาในกลุ่มหลังนี้จะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐได้ต้องมีการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาในรูปของการตรารัฐบัญญัติ ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติที่อยู่ในความหมายตามมาตรา 61 วรรคสองของรัฐธรรมนูญด้วย

โดยก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติดังกล่าว บุคคลตามมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญอาจยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบว่าร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 61 วรรคสองของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่า “...ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน อาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้”

บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาก่อนที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมาย (contrôle a priori) ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะของฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามหากเป็นรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นโดยผ่านกระบวนการลง

⁴⁶ Pierre Michel Eisemann and Raphaële Rivier, “National Treaty Law and Practice : France” in *National Treaty Law and Practice*, (Boston : Martinus Nijhoff, 2005), pp. 263.



ประชามติ⁴⁷ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบได้⁴⁸

มีข้อสังเกตว่า อำนาจในการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญนี้มีเพียงอำนาจประกาศถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติเท่านั้นแต่ไม่อาจประกาศถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาได้ ซึ่งผลของการที่รัฐบัญญัติขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมทำให้ฝ่ายบริหารไม่อาจให้ความยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาเพื่อให้มีผลผูกพันรัฐฝรั่งเศสได้เพราะถือว่ารัฐบัญญัติที่ให้อำนาจในการให้สัตยาบันขัดต่อรัฐธรรมนูญนั่นเอง⁴⁹

กล่าวโดยสรุปแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเข้าไปมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญร่วมกับรัฐสภาในขั้นตอนการพิจารณาก่อนการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา (มาตรา 54) และในขั้นตอนก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติให้ความยินยอมแก่ฝ่ายบริหารแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา (มาตรา 61) ซึ่งกระบวนการทั้งสองขั้นตอนนี้ต้องกระทำก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของรัฐ ด้วยเหตุผลที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้ (contrôle a posteriori) จึงทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ยอมรับให้มีการเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยสนธิสัญญาภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งสภาแห่งรัฐก็ได้ถือตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน โดยสภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ

⁴⁷ ในมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจปรึกษากับประชาชนเกี่ยวกับการตัดสินใจที่จะลงนามในสนธิสัญญาเพื่อผูกพันรัฐตามสนธิสัญญา โดยวิธีการเปิดให้ลงประชามติซึ่งประธานาธิบดีอาจเสนอร่างกฎหมายที่มีจุดประสงค์เพื่ออนุญาตให้มีการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งที่แม้จะไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแต่ก็อาจจะมีผลกระทบต่อการทำงานของสถาบันต่างๆ ได้ ซึ่งการตัดสินใจให้มีการลงประชามติถือเป็นอำนาจดุลพินิจของประธานาธิบดีโดยแท้ วิธีการลงประชามตินี้เคยถูกนำมาใช้สองครั้งนับแต่ปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) โดยครั้งแรกคือ เป็นการลงประชามติสนธิสัญญาที่ยอมรับการเข้ามาเป็นสมาชิกของ EEC ของประเทศอังกฤษ ประเทศไอร์แลนด์และประเทศเดนมาร์กเมื่อวันที่ 23 เมษายน 1972 (พ.ศ. 2515) และครั้งที่สองเป็นการพิจารณาสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปเมื่อวันที่ 20 กันยายน 1992

⁴⁸ *Ibid*, pp. 263.

⁴⁹ René Chapus, *Droit administratif general Tome 1*, 14^e édition, (Montchrestien, 2000), p. 141.

สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาไปแล้ว⁵⁰

บทสรุป

จากการศึกษาแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส อาจสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งยอมรับหรือก่อให้เกิดเป็นสิทธิส่วนบุคคลนั้น จะมีทั้งเนื้อหาในหน้าที่เป็นสนธิสัญญาที่มีผลโดยตัวเอง ในทันทีและสนธิสัญญาที่ไม่มีผลด้วยตัวเอง (Self-executing and Non-self-executing treaties) สนธิสัญญาที่ไม่มีผลด้วยตัวเองจะหมายถึงสนธิสัญญาที่รับรองสิทธิมนุษยชนที่จะต้องอาศัยรัฐธรรมนูญประการหนึ่งมาเป็นฐานของการประกันสิทธิ ดังนั้น การที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนประเภทนี้มีความจำเป็นที่จะต้องตราเป็นกฎหมายตามกระบวนการนิติบัญญัติเพื่อดำเนินการให้เป็นที่ไปตามสนธิสัญญาเสียก่อน จึงจะมีผลใช้บังคับได้ ซึ่งมีกรณีตัวอย่างในลักษณะนี้ที่ต้องดำเนินการโดยผ่านความเห็นชอบในทางนิติบัญญัติตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญเสียก่อน

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในเรื่องหลักประกันสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญอเมริกันซึ่งเป็นต้นแบบให้กับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศและเป็นหลักสำคัญในหลายประการในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนฉบับต่างๆ จะมีบทบาทสำคัญในฐานะเป็นกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่เป็นแม่บทและเป็นแกนสำคัญในพันธกรณีเรื่องดังกล่าว ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศโดยทั่วไปจึงแทบไม่มีความจำเป็นในการปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะในรัฐธรรมนูญอเมริกันล้วนมีบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญเหล่านี้ไว้เกือบครบหมดแล้ว หากจะเป็นการดำเนินการตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่สหรัฐอเมริกาต้องดำเนินการตามสนธิสัญญาเหล่านั้นประเทศสหรัฐอเมริกาก็จำเป็นต้องดำเนินการตามหลักทวินิยม (Dualism) ที่ต้องผ่านการพิจารณาของสภา Congress นั้นเอง

⁵⁰ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี SARL du Prac d'activité de Blotzheim et SCI Haselaecker ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1998 ใน "French Law Cases of the Conseil Conseil d'Etat : Institute of Global law," <http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/>, สิงหาคม 2550.



ประเทศฝรั่งเศส ถือเป็นแนวคิดแบบรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalisme) โดยแนวคิดนี้ยึดถืออำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นหลัก โดยถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ กฎหมายอื่นใดภายในรัฐจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในดินแดนของรัฐหนึ่งย่อมเป็นอำนาจของรัฐนั้นๆ ที่จะต้องพิจารณาซึ่งทำที่สุดแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจะมีลำดับที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญไปไม่ได้ และเป็นแนวคิดที่รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสถือปฏิบัติอยู่ในปัจจุบัน

ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศสคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเข้าไปมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญร่วมกับรัฐสภาในขั้นตอนการพิจารณาก่อนการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา (มาตรา 54) และในขั้นตอนก่อนการประกาศใช้ รัฐบัญญัติให้ความยินยอมแก่ฝ่ายบริหารแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา (มาตรา 61) ซึ่งกระบวนการทั้งสองขั้นตอนนี้ต้องกระทำก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของรัฐ ด้วยเหตุผลที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้ (contrôle a posteriori) จึงทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ยอมรับให้มีการเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยสนธิสัญญาภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งสภาแห่งรัฐก็ได้ถือตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน โดยสภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาไปแล้ว

สำหรับประเทศที่ถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น แม้กฎหมายพื้นฐานจะมีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า สนธิสัญญาซึ่งได้รับการแปลงรูปแล้วจะมีสถานะสูงกว่าหรือต่ำกว่ากฎหมายพื้นฐานอย่างไรก็ตามหากพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานในมาตรา 25 ที่บัญญัติว่า “.....หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์ มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตของสหพันธ์”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า”หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” มีลำดับชั้นสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความบทบัญญัติมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญนี้มีอยู่สองประเด็น กล่าวคือ ประเด็นแรก คำว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” มีความหมาย

ว่าอย่างไรและหมายความรวมถึงสนธิสัญญาด้วยหรือไม่นั้น ในทางตำรากฎหมาย มีความเห็นว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” ตามบทบัญญัติ มาตรา 25 นี้หมายความว่ารวมถึงหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปเท่านั้นมิได้ หมายความว่ารวมถึงสนธิสัญญาด้วย⁵¹ ปัญหาต่อมาคือ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมาย ของสหพันธ์ (Gesetze) นี้จะหมายความรวมถึงรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวางหลักในการวินิจฉัยไว้ว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลาย ของกฎหมายระหว่างประเทศ” ไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายของ สหพันธ์แต่ต้องอยู่ภายในกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญด้วย⁵²

ส่วนกรณีของสนธิสัญญาตามมาตรา 59 ของกฎหมายพื้นฐานนั้น เนื่องจาก สนธิสัญญาจะมีผลบังคับเป็นกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ก็ต่อเมื่อมีการ ตรากฎหมายสหพันธ์รองรับ ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายความว่ารวมถึงกฎหมายของมลรัฐ ด้วย กฎหมายสหพันธ์และกฎหมายมลรัฐเหล่านี้เป็นกฎหมายทั่วไปไม่ใช่มิใช่กฎหมายในระดับ รัฐธรรมนูญ ดังนั้นค่าบังคับของสนธิสัญญาจึงเป็นไปตามสถานะของกฎหมายสหพันธ์ หรือกฎหมายของมลรัฐแต่จะมีค่าบังคับของสูงกว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์หรือ รัฐธรรมนูญของมลรัฐไม่ได้⁵³

กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญา ในระบบกฎหมายเยอรมัน ในระบบกฎหมายเยอรมัน การตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesver-fassungsgericht, Federal Constitutional Court) โดยภายหลังจากที่รัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว

⁵¹ D.Lasok, J.W.Bridge, Law & Institutions of European Communities, fifth edition (Butterworths, 1991), pp. 333.

⁵² คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 1957 (B.V.G; March 26, 1957, 6 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts S), อ้างในเชิงอรรถที่ 56 ใน นพนิธิ แสงสุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2549), หน้า 130.

⁵³ D.Lasok, J.W.Bridge, Law & Institutions of European Communities. fifth edition. (London : Butterworths, 1991), pp. 333.



ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องอาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญา ก่อนที่จะมีผลเป็นการให้ความยินยอมแก่ประธานาธิบดีเพื่อแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาได้ กระบวนการตรวจสอบเช่นนี้เป็นรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (Die abstrakte Normenkontrolle) คือเป็นกรณีที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาเป็นคดีอยู่ในชั้นศาล แต่เป็นการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายนี้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

บทที่ 5

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน

การศึกษาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนในบทที่ 5 นี้ แบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 4 หัวข้อ คือ 5.1 กรณีตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ 5.2 กรณีตามมาตรา 212 ประกอบกับมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ และ 5.3 ผลการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

5.1 กรณีตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ

ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึง 5.1.1 ความเป็นมาของอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ 5.1.2 ความหมายขอบเขตของมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

5.1.1 ความเป็นมาของอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจที่สำคัญๆ คือ ก. ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ข. เสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายต่อรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรี เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ค. ส่งเสริมการศึกษา การวิจัย และการเผยแพร่ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชน ง. ส่งเสริมความร่วมมือและการประสานงานระหว่างหน่วยราชการ องค์การเอกชน และองค์กรอื่นในด้านสิทธิมนุษยชน แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีความมุ่งหมายที่จะให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ เป็นองค์กรที่ดูแลในเรื่องของการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิภาพ กล่าวคือเป็นการกำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนทั้งในด้านการเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรี ด้านการตรวจสอบการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน ด้านการเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อตรวจสอบว่ากฎหมายหรือกฎนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชน



และมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รวมทั้งมีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาโดยการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายและเป็นกรณี que เห็นสมควรเพื่อแก้ไขปัญหาคารละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม ด้วยเหตุผลที่จะให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนครอบคลุมทุกกระบวนการนี้เอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงได้เพิ่มอำนาจหน้าที่ให้แก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ดังนี้

ก. เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 257 (2))

ข. เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง ในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (มาตรา 257 (3))

ค. ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายและเป็นกรณีที่เห็นสมควรเพื่อแก้ไขปัญหาคารละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 257 (4))

จากการเพิ่มอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเป็นการให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการนำข้อพิพาทไปสู่องค์กรศาลแทนบุคคลผู้ได้รับผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน จึงเท่ากับเป็นการกำหนดบทบาทให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการช่วยกรองเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทบสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการส่งเรื่องไปยังศาลที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการทำให้เหตุผลในการโต้แย้งว่ากฎหมายหรือการกระทำที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีความหนักแน่นขึ้น เพื่อที่ศาลจะได้พิจารณาในประเด็นที่เป็นสาระสำคัญ อันจะส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในลักษณะของการป้องกันก่อนที่จะมีการกระทำตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ซึ่งจะนำไปสู่การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน

5.1.2 ความหมายขอบเขตของมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ

การศึกษาความหมายและขอบเขตของมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ นั้น แยกออกเป็น 5.1.2.1 กระบวนการในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และ 5.1.2.2 ขอบเขตในทางเนื้อหา

5.1.2.1 กระบวนการในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 257 (2) บัญญัติว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้... (2) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” จากบทบัญญัติดังกล่าวนำไปสู่การพิจารณา ดังนี้

(1) เป็นเรื่องที่มีการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มาตรา 257 (2) กำหนดว่าเป็นกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียน จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่า การที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้จะต้องเป็นกรณีที่จะต้องมีผู้ร้องเรียนมายัง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ การเป็นผู้มีสิทธิร้องเรียนตามมาตรา 257 (2) จะถือตามระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2545 ซึ่งแยกการร้องเรียนออกเป็น ก. การร้องเรียนด้วยวาจา (ข้อ 5 ถึงข้อ 8 ของระเบียบกำหนดให้ผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือผู้ทำการแทนที่ไม่ประสงค์จะยื่นคำร้องเป็นหนังสือ ให้ผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือผู้ทำการแทนมีสิทธิร้องเรียนด้วยวาจาได้ ข. การร้องเรียนด้วยวิธีการอื่น (ข้อ 9 ถึงข้อ 10) ซึ่งกำหนดให้เป็นกรณีของผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิอาจร้องเรียนด้วยวิธีการยื่นคำร้องโดยส่งทางโทรสาร โดยส่งข้อความทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น และ ค. การร้องเรียนต่อองค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนและกรณีอื่นๆ กรณีนี้เป็นกรณีให้ร้องเรียนผ่านองค์การเอกชนตามที่กำหนดในระเบียบของคณะกรรมการสิทธิฯ เป็นผู้รับเรื่องร้องเรียนและเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ ซึ่งตามระเบียบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดังกล่าวได้กำหนดเรื่องการยื่นเรื่องโดยอาจกระทำการผ่านองค์การเอกชนก็ได้ ซึ่งในประเด็นนี้มีข้อพิจารณาว่า หากคณะกรรมการสิทธิปฏิบัติไม่เสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และบุคคลดังกล่าวจะใช้สิทธิตาม



มาตรา 212 ซึ่งบุคคลนั้นจะต้องแสดงให้เห็นว่าตนได้ใช้สิทธิตามมาตราต่างๆ มาแล้ว และยังไม่ประสบผล จึงมาใช้สิทธิตามมาตรา 212 ดังนั้น การจะยื่นโดยตรงหรือจะยื่น โดยผ่านองค์การเอกชนก็ตามจะต้องหลักฐานยืนยันว่าตนได้ยื่นเรื่องใดไปยังหน่วยงาน ใด ในประเด็นเรื่องใดและมีเหตุผลสนับสนุนอย่างไร ซึ่งรายละเอียดดังกล่าวจะสามารถ นำไปสู่การพิจารณาเงื่อนไขตามมาตรา 212 ต่อไปได้

(2) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นชอบตามที่มีการร้องเรียน การเสนอเรื่องตามมาตรา 257 (2) นี้ คณะกรรมการสิทธิฯ ทำหน้าที่เสมือน เป็นองค์กรในการกลั่นกรองที่จะเสนอไปยังศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะต้องมีความเห็นว่าตนเห็นด้วยหรือไม่เพราะเหตุใด เพราะการ เสนอเรื่องตามมาตรา 257 (2) ถือว่าเป็นการส่งไปในนามของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติ มิใช่ในฐานะกระทำการแทนผู้ร้องในเรื่องดังกล่าว ดังนั้นหากต้องการสอบถาม ความเห็นหรือข้อเท็จจริงต่างๆเพิ่มเติมจึงต้องสอบถามมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติซึ่งถือว่าเป็นผู้ยื่นคำร้อง

กล่าวโดยสรุปกระบวนการตามมาตรา 257 (2) เป็นกระบวนการ ที่ให้คณะกรรมการสิทธิฯ ทำหน้าที่ในการช่วยกรองเรื่องที่ถูกร้องโดยประชาชน เพื่อให้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติช่วยพิจารณาเรื่องที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีเหตุผลสนับสนุนในทางกฎหมายจึงค่อยดำเนินการส่งเรื่อง ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยต่อไป กระบวนการเช่นนี้ทำให้เรื่องที่มีเหตุผล สนับสนุนควรได้รับการวินิจฉัยจากศาลรัฐธรรมนูญ และเป็นการทำให้ศาลต้องเรียนรู้ ถึงผลกระทบในทางสิทธิมนุษยชนหรือหลักการสิทธิมนุษยชนที่มีผลต่อการตรวจกฎหมาย หรือการจำกัดสิทธิของบุคคลด้วย

5.1.2.2 ขอบเขตในทางเนื้อหา

การพิจารณาขอบเขตในทางเนื้อหา มีข้อพิจารณา 2 ประการ ดังนี้ (1) ความหมายของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และ (3) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1) ความหมายของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

การตีความคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ในที่นี้จะต้อง ตีความให้สอดคล้องกับมาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245 (1) ซึ่งการบัญญัติ

คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เป็นการบัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่ากฎหมายระดับใดที่จะอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 211 หรือวัตถุประสงค์ดีของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 211 มีความหมายแค่นั้น เพียงใด เพราะคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” นั้น อาจหมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎ ประกาศ หรือข้อบังคับ รวมทั้งประกาศคณะปฏิวัติ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” และเมื่อมาตรา 211 กำหนดว่า “...บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 ...” กรณีจึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าอะไรคือวัตถุประสงค์แห่งข้อพิพาทตามมาตรา 211

หากสรุปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญหมายถึง บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากพิจารณาตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว บทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมหมายถึง ก. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ข. พระราชบัญญัติ ค. พระราชกำหนด ง. พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงประกาศ คณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปที่มีสถานะเป็นพระราชบัญญัติด้วย

ในกรณีของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มีข้อพิจารณาว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะอยู่ในความหมายของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หรือไม่ เพราะตามมาตรา 141 ได้บัญญัติบังคับให้ต้องสง่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้อยู่แล้ว จึงมีปัญหาว่าจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหลังการประกาศใช้ได้หรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า ไม่มีข้อจำกัดประการใดที่จะตีความคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 (2) ว่าไม่หมายความรวมถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การตีความคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” จึงต้องตีความหมายรวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วย



(2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชน เงื่อนไขในทางเนื้อหาประการต่อมาตามมาตรา 257 (2) คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบสิทธิมนุษยชน ในที่นี้จึงต้องพิจารณาความหมายของ “กระทบต่อสิทธิมนุษยชน” หมายความว่าอย่างไรซึ่งอาจแยกข้อพิจารณา ดังนี้ ก. ความหมายของ “การกระทบสิทธิมนุษยชน” ข. มิติของการพิจารณาจากการกระทบต่อตัวผู้ร้อง ค. มิติของการกระทบสิทธิมนุษยชน และ ง. กรณีของกฎหมายที่อาจกระทบต่อสิทธิมนุษยชนโดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. ความหมายของ “การกระทบสิทธิมนุษยชน” โดยที่มาตรา 257 (2) ได้กำหนดเงื่อนไขในทางเนื้อหาไว้ ๒ ประการ คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบสิทธิมนุษยชนและบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเกณฑ์ในทางเนื้อหา ซึ่งในที่นี้จะได้พิจารณาคำว่า “กระทบสิทธิมนุษยชน” ว่ามีความหมายเพียงใด

“กระทบสิทธิมนุษยชน” หากเทียบเคียงกับการ “ละเมิดสิทธิมนุษยชน” การละเมิดสิทธิ หมายถึง การกระทำใดๆ ที่เป็นการแทรกแซงเข้าไปในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพหรือเป็นการจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพหรือทำให้ไม่อาจใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นได้โดยปราศจากอำนาจหรือโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หากสรุปสาระสำคัญของการ “ละเมิดสิทธิ” อาจสรุปได้ดังนี้

- การกระทำของรัฐอย่างใดอย่างหนึ่ง
- เป็นการแทรกแซงเข้าไปในขอบเขตของสิทธิหรือเสรีภาพ หรือเป็นการจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพหรือทำให้ไม่อาจใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นได้
- การแทรกแซงหรือการจำกัดดังกล่าวเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

หากพิจารณาเทียบเคียงความหมายของการละเมิดสิทธิดังกล่าว ในที่นี้อาจให้ความหมายของ “การกระทบสิทธิมนุษยชน” ว่าหมายถึง การกระทำใดๆ ที่เป็นการแทรกแซงเข้าไปในขอบเขตของสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการจำกัดการใช้สิทธิมนุษยชนหรือทำให้ไม่อาจใช้สิทธิมนุษยชนเช่นว่านั้นได้ โดยสรุปสาระสำคัญของการกระทบสิทธิมนุษยชนออกเป็น 2 ประการคือ

- การกระทำของรัฐอย่างใดอย่างหนึ่ง
- เป็นการแทรกแซงเข้าไปในขอบเขตของสิทธิมนุษยชน หรือเป็นการ

จำกัดการใช้สิทธิมนุษยชนหรือทำให้ไม่อาจใช้สิทธิมนุษยชนเช่นว่านั้นได้

เหตุผลที่ให้ความหมายของการกระทบสิทธิในความหมายดังกล่าวเพราะการกระทบสิทธิเป็นเพียงขั้นตอนเบื้องต้นของการละเมิดสิทธิ เช่น พระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งจำกัดการใช้สิทธิของกลุ่มบุคคลหรือตัดสิทธิกลุ่มบุคคลกลุ่มหนึ่ง กรณีเช่นนี้ย่อมถือว่าพระราชบัญญัติฉบับนั้นกระทบสิทธิกลุ่มบุคคลดังกล่าว แต่การกระทบสิทธินั้นจะถึงขั้นเป็นการละเมิดสิทธิหรือไม่จะต้องเป็นกรณีที่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเหตุที่พระราชบัญญัติทั้งหลายก็ดี หรือการกระทำทางปกครองก็ดี แม้ว่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ยังมีผลบังคับต่อไปจนกว่าจะมีองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ยกเลิกเพิกถอน เช่น กรณีของพระราชบัญญัติแม้ว่าจะเป็นการกระทบสิทธิของบุคคลก็มีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้วเห็นว่าเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ ก็จะมีมติว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญเป็นอันใช้บังคับมิได้ กรณีเช่นนี้ก็เท่ากับว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวเข้าองค์ประกอบของการละเมิดสิทธิซึ่งองค์กรที่ทำให้ครบองค์ประกอบของการละเมิดสิทธิในกรณีของบทบัญญัติแห่งกฎหมายคือศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง หรือกรณีของคำสั่งทางปกครองแม้ว่าจะเป็นการสั่งทางปกครองที่ไปกระทบสิทธิของบุคคล แต่ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่ได้รับการสันนิษฐานว่าชอบด้วยกฎหมายและชอบที่จะบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งถือว่าเป็นเอกลักษณ์ของการกระทำทางปกครอง ดังนั้นหากการกระทำดังกล่าวไม่ถูกยกเลิกเพิกถอนโดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ก็ไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำหรือคำสั่งที่ละเมิดบุคคลดังกล่าว จนกว่าศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคำสั่งที่ละเมิดบุคคลนั้นและบุคคลนั้นชอบที่จะฟ้องให้หน่วยงานทางปกครองรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดดังกล่าวตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ตัวอย่างเช่น

พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 กำหนดให้หญิงมีสามีให้ใช้ชื่อสกุลของสามี ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยมาตราดังกล่าวต้องถือว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นพระราชบัญญัติที่กระทบสิทธิของหญิงที่จดทะเบียนสมรส แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตามต้องถือว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวยังมีผลใช้บังคับได้ตามปกติ จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อต่อมาศาลรัฐธรรมนูญโดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546



วินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญ กรณีย่อมถือว่าเป็นบทบัญญัติมาตราดังกล่าวละเมิดสิทธิของหญิงที่จดทะเบียนสมรสที่ไม่ประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามี

กล่าวโดยสรุป ความหมายของ “การละเมิดสิทธิ” ย่อมรวมความหมายของ “การกระทบสิทธิ” อยู่ด้วย การกระทบสิทธิใดที่องค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัย ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมส่งผลให้การกระทบสิทธิดังกล่าวกลายเป็นการละเมิดสิทธิ ซึ่งในกรณีของการกระทำทางปกครองย่อมเป็นพื้นฐานในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานทางปกครองต่อไป แต่อย่างไรก็ตามข้อพิจารณาตามมาตรา 257 (2) นั้น “การกระทบ” ย่อมรวมอยู่ในความหมายของ “การละเมิด” แต่การกระทบสิทธิมนุษยชนกับการละเมิดสิทธิ คำว่า “สิทธิมนุษยชน” ย่อมมีความหมายกว้างกว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญไทยรับรองและคุ้มครอง” เพราะบางกรณีเป็นการกระทบสิทธิมนุษยชนแต่เป็นกรณีที่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เช่น การลงโทษประหารชีวิตเป็นการกระทบสิทธิมนุษยชน แต่การกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ข. มิติของการพิจารณาจากการกระทบต่อผู้ร้อง ในมิตินี้หากเปรียบเทียบในกรณีขององค์กรตุลาการคือ ประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องนั่นเอง ดังนั้นการพิจารณามิติในแง่ของตัวบุคคลที่จะมีอำนาจในการร้องตามมาตรา 257 (2) จึงมีข้อพิจารณา 3 ประการ ดังนี้

ข.1) ความหมายของ “บุคคล” ที่มีสิทธิในการยื่นคำร้อง บุคคลที่จะมีสิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 257 (2) ย่อมมีความหมายครอบคลุม ทั้งบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือคณะบุคคล ในกรณีของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลย่อมไม่มีปัญหาในการเป็นผู้ทรงสิทธิ เพราะถือว่าเป็นผู้ที่มีสิทธิในทางกฎหมายอยู่แล้ว กรณีคงมีข้อพิจารณาเฉพาะ “คณะบุคคล” จะเป็นผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องในนามคณะบุคคลได้หรือไม่ เช่น กรณีของชุมชนตามมาตรา 66 ของรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ใช่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล จะเป็นผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องในนามชุมชนตามมาตรา 257 (2) ได้หรือไม่ การพิจารณาในเรื่องของผู้มีอำนาจร้องในประเด็นความเป็น “บุคคล” นั้น มีหลักในการพิจารณาว่า บุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือคณะบุคคล หากสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในเรื่องใดได้ หากถูกกระทบสิทธิในเรื่องนั้นย่อมมีอำนาจร้องหรืออำนาจฟ้องไปยังองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ได้ ดังนั้นในกรณีที่จะเห็นได้ว่าชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 66 และมาตรา 67 บัญญัติไว้ โดยเฉพาะในมาตรา 67 พรรคท้ายบัญญัติว่า

“สิทธิของชุมชนที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล เพื่อให้ปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้ ย่อมได้รับความคุ้มครอง” ดังนี้จะเห็นได้ว่า “ชุมชน” ย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิแม้ชุมชนจะไม่ใช่นิติบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลแต่ชุมชนก็มีอำนาจร้องหรือมีอำนาจฟ้องคดีได้ แต่อย่างไรก็ตามการฟ้องในนามคณะบุคคลที่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้นั้น อย่างน้อย “คณะบุคคล” นั้นจะต้องมีสาระสำคัญ ดังนี้ คือ (1) องค์กรนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์ขององค์กร (2) องค์กรนั้นต้องมีตัวแทนขององค์กร (3) การดำรงอยู่ขององค์กรนั้นต้องดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องไม่เพียงมีภารกิจเฉพาะเรื่องแล้วเสร็จสิ้นไป (4) องค์กรนั้นต้องมีที่ทำการขององค์กร ลักษณะของ “คณะบุคคล” บุคคลดังกล่าวจึงมีความแตกต่างจาก “กลุ่มบุคคล” ซึ่งอาจจะไม่เข้าลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดของคณะบุคคล กล่าวโดยสรุป คณะบุคคลในกรณีนี้จึงมีความคล้ายกับ “นิติบุคคล” เพียงแต่ไม่มีการอนุญาตหรือจดทะเบียนจากทางการให้เป็นนิติบุคคล แต่ลักษณะทั่วไปมีลักษณะเดียวกับนิติบุคคล เพียงแต่ไม่มีกฎหมายบอกว่าเป็นนิติบุคคลเท่านั้น ดังนั้น คณะบุคคลใดหากเป็นผู้ทรงสิทธิในเรื่องใดได้ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระทบสิทธิย่อมเป็นผู้มีสิทธิร้องตามมาตรา 257 (2) ได้

สำหรับกรณีของนิติบุคคลซึ่งแยกออกเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน นั้นมีข้อพิจารณา ดังนี้

- กรณีของนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ซึ่งอาจกระทำการเพื่อคุ้มครองสิทธิได้ใน 3 ระดับ คือ คุ้มครองสิทธิของตนเอง คุ้มครองสิทธิของสมาชิก และคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยทั่วไปแล้วหากเป็นการคุ้มครองสิทธิของนิติบุคคลเองก็ดี หรือเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของสมาชิกแล้ว นิติบุคคลเอกชนย่อมมีอำนาจร้องหรืออำนาจฟ้องในนามของนิติบุคคลได้ แต่หากเป็นการกระทำเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะในกฎหมายไทยยังมีข้อจำกัดในการกระทำในนามของนิติบุคคลเอกชน

- กรณีของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน โดยหลักแล้วนิติบุคคลมหาชนไม่อาจใช้สิทธิในนามองค์กรในการฟ้องหรือร้องโต้แย้งการกระทำของรัฐได้ แต่มีข้อยกเว้นในกรณีของนิติบุคคลมหาชนที่อยู่ในกำกับดูแลของส่วนกลาง เช่น กรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมมีอำนาจฟ้องโต้แย้งการกระทำของส่วนกลางที่ไปกระทบสิทธิของการปกครองตนเองได้ ดังนั้นในกรณีที่ที่มีกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งไปกระทบต่อหลักการปกครองตนเองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 257 (2) ได้ในฐานะที่ถูกระทบสิทธิของการปกครอง



ตนเองของท้องถิ่นได้

ข.2) บุคคลต่างด้าวมีสิทธิยื่นคำร้องหรือไม่เพียงใด การที่ มาตรา 257 (2) ใช้คำว่ากระทบสิทธิมนุษยชน นั้น อาจพิจารณาจากการแยก สิทธิเสรีภาพ โดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิเสรีภาพซึ่งอาจแยกได้เป็นสิทธิมนุษยชนและ สิทธิพลเมือง

- สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิของทุกๆ คน (Menschenrechte หรือ Jedermannrechte) สิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ ทุกๆ คน โดยมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตพื้นที่ที่รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นๆ ด้วย สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของ มนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็น มนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวว่า เขาเกิดมาเป็นมนุษย์ทุกคนมีสิทธิ และ เสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น

- สิทธิพลเมือง (Buergerrechte) สิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญ มุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น เช่น ตามรัฐธรรมนูญ ของเยอรมันได้กำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่ในกลุ่มของ status activus เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่ชาวเยอรมันเท่านั้นมีสิทธิดังกล่าว นอกจากนี้ยังรวมไปถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Freiheit der Berufswahl) สิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่ (Freizuegigkeit) หรือเสรีภาพใน การชุมนุม (Versammlungsreiheti) เป็นต้น

ดังนั้น หากพิจารณาประเภทของสิทธิเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรง สิทธิแล้ว จะเห็นได้ว่าบุคคลต่างด้าวย่อมมีสิทธิในการยื่นคำร้องตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้โดยพิจารณาประกอบกับผู้มีสิทธิยื่นคำร้องตามระเบียบ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการตรวจสอบการ ละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2545

ข.3) การกระทบสิทธิมนุษยชนมีความหมายเพียงใด ใน ประเด็นนี้เป็นการพิจารณาในแง่ของกระทบสิทธิว่า การกระทบสิทธิแค่ไหนเพียงใดที่จะ ก่อให้เกิดอำนาจฟ้องหรืออำนาจร้อง ซึ่งหากเทียบเคียงกับกรณีของอำนาจฟ้องคดี ต่อศาลแล้ว อาจแบ่งอำนาจฟ้องได้ 3 ระดับ คือ

- อำนาจฟ้องคดีในความหมายอย่างแคบ เป็นกรณีที่บุคคลนั้นถูกระทบสิทธิ ซึ่งศาลจะตีความต้องเป็นการกระทบสิทธิของบุคคลนั้น และเป็นกรณีที่มิกฎหมายรับรองคุ้มครองสิทธิของบุคคลนั้น อำนาจฟ้องคดีอย่างแคบเป็นกรณีของการฟ้องคดีแพ่ง

- อำนาจฟ้องคดีในความหมายอย่างกลาง เป็นกรณีที่บุคคลนั้นมีประโยชน์ได้เสียหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องกับการที่จะนำคดีนั้นไปฟ้องต่อศาล อำนาจฟ้องคดีในความหมายอย่างกลางเป็นอำนาจฟ้องในคดีปกครอง เพราะกรณีนี้มีได้มีเพียงผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีเท่านั้น แต่มีประโยชน์สาธารณะเกี่ยวข้องอยู่ด้วย อย่างน้อยที่สุดคือหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะการที่ศาลจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจได้นั้น จะต้องเกิดจากการที่ผู้มีอำนาจฟ้องมีอำนาจนำคดีมาสู่ศาล ดังนั้นการที่ศาลเข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองจึงมีความเกี่ยวข้องกับการปกป้องประโยชน์สาธารณะด้วย ด้วยเหตุนี้ในคดีปกครองของไทยมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงใช้ถ้อยคำว่า “ผู้ใดเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้...” แทนคำว่าถูกระทบสิทธิ

- อำนาจฟ้องคดีในความหมายอย่างกว้าง เป็นกรณีที่บุคคลทุกคนมีอำนาจนำคดีไปฟ้องคดีต่อศาลได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นจะถูกกระทบสิทธิหรือได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรือไม่ การที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนำคดีไปฟ้องหรือไปร้องในกรณีเท่ากับทำหน้าที่ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ เช่น กรณีที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งพบเห็นการกระทำที่ไม่สุจริตหรือเที่ยงธรรมของการเลือกตั้งย่อมมีสิทธิที่จะร้องไปยังองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ได้ การที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลเช่นนี้ก็โดยความมุ่งหมายที่จะให้บุคคลทำหน้าที่ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะในกรณีนั้น ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่มีคุณค่าที่บุคคลทุกคนมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องช่วยกันปกป้องคุ้มครอง

ดังนั้นหากพิจารณาอำนาจร้องตามมาตรา 257 (2) เทียบเคียงกับอำนาจฟ้องคดีทั้งสามระดับดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า กรณีของการร้องตามมาตรา 257 (2) นั้นย่อมไม่ถือหลักอำนาจฟ้องคดีในความหมายอย่างแคบ แต่ก็ไม่ใช่หลักอำนาจฟ้องคดีในความหมายอย่างกว้างที่ทุกคนมีสิทธิฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่าถึงการกระทบต่อผู้ฟ้องหรือผู้ร้องหรือไม่ ดังนั้นหลักในการพิจารณาในกรณีของผู้มีอำนาจร้องตามมาตรา 257 (2) นั้น จึงเป็นกรณีที่ผู้ร้องจะต้องแสดงให้เห็นอย่างสมเหตุสมผลว่าการมีบทบัญญัติที่ตนประสงค์จะได้แย่งยังคงมีผลใช้บังคับหรือจะมีผลใช้บังคับกระทบกับสิทธิของตนหรือกระทบกับประโยชน์ได้เสียของตนอย่างไร ดังนั้นการที่บุคคลใด



บุคคลหนึ่งกล่าวอ้างแต่เพียงว่าตนเป็นผู้ประสงค์ได้พิจารณากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งแล้วเห็นว่าเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวน่าจะขัดกับรัฐธรรมนูญจึงได้ยื่นเรื่องตามมาตรา 257 (2) กรณีเช่นนี้ย่อมไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายดังกล่าวกระทบสิทธิของผู้ร้องดังกล่าว

ค. การกระทบต่อ “สิทธิมนุษยชน” การพิจารณาในแง่ของเกณฑ์ที่จะกล่าวอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระทบต่อ “สิทธิมนุษยชน” หากจะนำความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นหลัก และตามที่นักวิชาการหลายท่านมีความเห็นว่าเป็นปฏิญญา ดังกล่าวได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว ซึ่งหลักๆ ได้ให้นิยามไว้ว่าหมายถึง “สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งจำเป็นในการใช้ชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีร่วมกับความเป็นมนุษย์ โดยมีลักษณะติดตัวกับผู้ทรงสิทธิ และไม่อาจพรากจากผู้ทรงสิทธิได้”¹ ประกอบกับ ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้ความหมาย “สิทธิมนุษยชน” หมายความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม” ซึ่งอาจแยกความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ตามความหมายของพระราชบัญญัติดังกล่าวประกอบกับบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว อาจแยกออกเป็น 3 กลุ่ม คือ **กลุ่มแรก** ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย **กลุ่มที่สอง** ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ยังอาจหมายรวมถึง **กลุ่มที่สาม** จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of International Law) หลักความเป็นธรรม (equity) และการกระทำทางกฎหมาย (juristic act)² ในที่นี้จึงอาจสรุปหลักเกณฑ์ที่นำไปสู่การกระทบสิทธิมนุษยชนได้ ดังนี้

¹ เสรี นนทสูติ, *โครงการเฉลิมพระเกียรติ สหราชอาณาจักรรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2540) หมวดองค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ เรื่อง 3 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ* ; สถาบันพระปกเกล้า กทม. : องค์การคำครุสภา, 2545 หน้า 5.

² ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา เล่ม 1*, กทม. : วิทยุชน 2544, หน้า 63.

ก. คัดค้านหรือความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย

ข. คัดค้านหรือความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม ค. จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of Law) หลักความเป็นธรรม (equity) และการกระทำทางกฎหมาย (juristic act)

สำหรับคัดค้านหรือความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทยนั้น ไม่มีปัญหาในการพิจารณามากนัก เพราะถือว่ากฎหมายเหล่านั้นเป็นกฎหมายภายในซึ่งย่อมมีความผูกพันจ้ององค์กรของรัฐที่จะต้องนำมาใช้บังคับ กรณีที่อาจเป็นปัญหาในการพิจารณาคือคัดค้านหรือความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามมีความหมายเพียงใด ซึ่งในที่นี้อาจแยกออกเป็น

(1) **สนธิสัญญาภายใต้กรอบสหประชาชาติ** มีสนธิสัญญาหลัก 9 ฉบับ แต่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี 6 ฉบับ³ ได้แก่

- อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบและพิธีสารเลือกรับ ค.ศ. 1979 (พ.ศ. 2522) (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Woman 1979 (CEDAW), optional Protocol) อนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 3 กันยายน 2524 โดยไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 8 กันยายน 2528

- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) (Convention on the Rights of the Child (CRC)) อนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 2 กันยายน 2533 โดยไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2535

- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) (International Covenant on Civil and Political Rights 1966 (ICCPR)) กติกาฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 23 มีนาคม 2519 โดยไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 27 กันยายน 2539

³ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, **หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน**, กรุงเทพฯ, หน้า 18.



- ตติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) (International Covenant of Economic, Social and Culture Rights, 1966 (ICESCR) กติกาฯ นี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 3 มกราคม 2519 โดยไทย เข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 6 กันยายน 2542

- อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2533) (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination - CERD 1989) อนุสัญญาฯ ฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2546 ซึ่งรัฐบาลไทยได้ทำคำแถลงทั่วไปว่า รัฐบาลจะไม่ตีความหรือใช้ บทบัญญัติใดๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญาเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและ กฎหมายภายในบัญญัติไว้ และการตีความหรือใช้บทบัญญัติดังกล่าวจะเกิดหรือเป็นไป ตามตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี นอกจากนี้ ยังมี การตั้งข้อสงวนไว้อีก 2 ข้อ คือ ข้อ 4 และข้อ 22 ซึ่งข้อ 4 รัฐบาลจะดำเนินมาตรการ ในเชิงบวกในการจัดการเลือกปฏิบัติตามข้อ 4 นี้ ก็ต่อเมื่อพิจารณาเห็นความจำเป็น ที่จะต้องออกกฎหมายเท่านั้น ส่วนข้อ 22 รัฐบาลไทยจะไม่ผูกพัน หากต้องเสนอเรื่อง พิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีนั้นไม่สามารถ เสร็จหรือตกลงกันได้ด้วยวิธีอื่นใด

- อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประตบัติหรือการลงโทษอื่น ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (พ.ศ. 2527) (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 – CAT) อนุสัญญาฯ ฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2550 โดยไทย ได้ทำคำแถลงตีความในการเข้าเป็นภาคีในข้อบทที่ 1 ข้อบทที่ 4 และข้อบทที่ 5 และ จัดทำข้อสงวนในข้อบทที่ 30 ของอนุสัญญา

- อนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้าทาสผิวขาว ค.ศ. 1904 (พ.ศ. 2447) และ 1910 (พ.ศ. 2453) (International Convention for Suppression of the White Slave Traffic 1904 and 1910) ไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ นี้โดย การรศยานวิติและโดยที่ข้อ 8 ของอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดไว้ว่า การเข้าเป็นภาคี อนุสัญญาฉบับนี้จะถือว่าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1904 (พ.ศ. 2447) ด้วย หากไม่มี การแจ้งเป็นอย่างอื่น ดังนั้น โดยการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1910 (พ.ศ. 2453) ด้วย หนึ่ง บทบัญญัติส่วนใหญ่ของอนุสัญญา ค.ศ. 1904 (พ.ศ. 2447) และ ค.ศ. 1910

(พ.ศ. 2453) ถูกแทนที่โดยอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก ค.ศ. 1921 (พ.ศ. 2464) แล้ว

- อนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก ค.ศ. 1921 (พ.ศ. 2464) (International Convention for the Suppression of the Traffic in Woman and Children 1921) อนุสัญญานี้ไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม 2456 (1922)

- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางการเมืองของสตรี ค.ศ. 1952 (พ.ศ.2495) (Convention on the Political Rights of Woman 1952) อนุสัญญามีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 7 กรกฎาคม 2497 โดยไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2497

(2) สนธิสัญญาภายใต้กรอบขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

สนธิสัญญาภายใต้กรอบขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งไทยเป็นภาคีอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศทั้งหมด 12 ฉบับ⁴ คือ

- อนุสัญญา ฉบับที่ 14 ว่าด้วยการหยุดพักผ่อนประจำสัปดาห์ในงานอุตสาหกรรม พ.ศ. 2464 (Weekly Rest (Industry) Convention, 1921 (No. 14))

- อนุสัญญา ฉบับที่ 19 ว่าด้วยการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องค่าทดแทนสำหรับคนชาติในบังคับ และคนต่างชาติ พ.ศ. 2468 (ค.ศ. 1924)

- อนุสัญญา ฉบับที่ 29 ว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานบังคับ พ.ศ. 2473 (Forced or Compulsory Labor Convention 1930 (No. 29))

- อนุสัญญา ฉบับที่ 80 ว่าด้วยการแก้ไขบางส่วนของอนุสัญญา พ.ศ. 2489 (ค.ศ. 1946)

- อนุสัญญา ฉบับที่ 88 ว่าด้วยการจัดตั้งบริการจัดหางาน พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948)

- อนุสัญญา ฉบับที่ 100 ว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันของคนงานชายและหญิง พ.ศ. 2494 (Equal Remuneration Convention 1951 (No. 100))

- อนุสัญญา ฉบับที่ 104 ว่าด้วยการยกเลิกการบังคับทางอาญาแก่กรรมกรพื้นเมืองที่ละเมิดสัญญาจ้าง พ.ศ. 2489 (ค.ศ. 1955)

⁴ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, **หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน**, กรุงเทพฯ, หน้า 20.



- อนุสัญญา ฉบับที่ 100 ว่าด้วยการยกเลิกแรงงานบังคับ พ.ศ. 2500 (ค.ศ. 1967)
 - อนุสัญญา ฉบับที่ 116 ว่าด้วยการแก้ไขบางส่วนของอนุสัญญา พ.ศ. 2504 (ค.ศ. 1961)
 - อนุสัญญา ฉบับที่ 122 ว่าด้วยนโยบายการทำงาน พ.ศ. 2507 (Employment Policy Convention, 1964 (No. 122))
 - อนุสัญญา ฉบับที่ 123 ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้ทำงานในเมืองใต้ดิน พ.ศ. 2508 (ค.ศ. 1964)
 - อนุสัญญา ฉบับที่ 127 ว่าด้วยน้ำหนักรสูงสุดที่อนุญาตให้คนงานคนหนึ่งแบกหามได้ พ.ศ. 2510 (ค.ศ. 1978)
- (3) สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนอื่นๆ**
- อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันมิให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)
 - อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานอพยพและสมาชิกครอบครัว (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families: ICRMW)
 - Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948 (พ.ศ. 2527)
 - Slavery Convention 1926 (พ.ศ. 2469) as amended 1955 (พ.ศ. 2498)
 - Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others 1949 (พ.ศ. 2492)
 - Convention relating to the Status of Refugees 1951 (พ.ศ. 2494) and its 1967 (พ.ศ. 2510) Protocol
 - Convention relating to the Status of Stateless Persons 1954 (พ.ศ. 2497)
 - Convention on the Reduction of Statelessness 1961 (พ.ศ. 2504)
 - Rome Statute of the International Criminal Court 1998 (พ.ศ. 2541)

- United Nations Convention against Transnational Organized Crime 2000 and its Protocols against the smuggling of migrants by land, sea and air, and to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children

(4) อนุสัญญาขององค์การศึกษาวិทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ

- Convention against Discrimination in Education 1960 (พ.ศ. 2503)

(5) อนุสัญญาของการประชุมเสกกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยคดีบุคคล

- Convention relating to the settlement of the conflicts between the law of nationality and the law of domicile 1955 (พ.ศ. 2498)

- Convention on the law applicable to maintenance obligations towards children 1956 (พ.ศ. 2499)

- Convention concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations toward children 1958 (พ.ศ. 2501)

- Convention concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors 1961 (พ.ศ. 2504)

- Convention on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions 1965 (พ.ศ. 2508)

- Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations 1973 (พ.ศ. 2516)

- Convention on the Recognition of Divorcees and Legal Separations 1970 (พ.ศ. 2513)

- Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations 1973 (พ.ศ. 2516)

- Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction 1973 (พ.ศ. 2517)

- Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages 1978 (พ.ศ. 2521)



- Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property regimes 1978 (พ.ศ. 2521)
- Convention on International Access to Justice 1980 (พ.ศ. 2523)
- Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons 1989 (พ.ศ. 2533)
- Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption 1993 (พ.ศ. 2536)
- Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children 1996 (พ.ศ. 2539)
- Convention on the International Protection of Adults 2002 (พ.ศ. 2545)

(6) อนุสัญญาเจนีวาและสนธิสัญญาอื่นๆ ว่าด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

- Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field 1949 (พ.ศ. 2492)
- Geneva Convention (II) for The Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea 1949 (พ.ศ. 2492)
- Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War 1949 (พ.ศ. 2492)
- Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva 1949 (พ.ศ. 2492)
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (พ.ศ. ๒492), and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1997 (พ.ศ. 2540)
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (พ.ศ. 2492), and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) 1997 (พ.ศ. 2540)

- Ottawa Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and On Their Destruction 1989 (พ.ศ. 2532)

กล่าวโดยสรุปในนัยที่อ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนจึงเป็นการกล่าวอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในกระทบต่อหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศหรือกระทบต่อสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of International Law) หลักความเป็นธรรม (equity) และการกระทำทางกฎหมาย (juristic act) หรือไม่นั่นเอง

สำหรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศกับสิทธิมนุษยชนหรือแหล่งที่มาของสิทธิมนุษยชนในส่วนของจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เมื่อกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศคงต้องย้อนกลับไปพิจารณาถึงประวัติศาสตร์โดยเฉพาะในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 ได้เกิดระบอบการปกครองแบบรวมอำนาจเบ็ดเสร็จ (Totalitarian regimes) ซึ่งก่อตัวขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1920 (พ.ศ. 2463) และดำเนินต่อไปจนเริ่มสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชนภายในดินแดนของตนเองอย่างรุนแรง ในขณะที่สงครามโลกครั้งที่ 2 (ค.ศ. 1939-1945) (พ.ศ. 2482 – 2488) ได้นำมาซึ่งการทำลายล้างชีวิตและศักดิ์ศรีของมนุษย์อย่างกว้างขวาง รวมทั้งมีความพยายามที่จะทำลายชนกลุ่มต่างๆ โดยอ้างเหตุแห่งเชื้อชาติ และศาสนา ดังนั้นจึงเป็นที่ประจักษ์ชัดอย่างแน่นอนว่าจำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติระดับนานาชาติ เพื่อเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพราะการเคารพสิทธิมนุษยชนนับเป็นภาระที่สำคัญอันจะนำไปสู่สันติภาพและความก้าวหน้าของโลก

ในช่วงปลายสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อมีการดำเนินการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น บรรดาผู้นำของประเทศสมาชิกดั้งเดิม 50 ประเทศ ได้ร่วมลงนามในกฎบัตรสหประชาชาติ (The Charter of the United Nations) เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1945 (พ.ศ. 2488) ซึ่งประกาศเป้าหมายหลักขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้ถือกำเนิดขึ้นอย่างเป็นทางการในวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1945 (พ.ศ. 2488) ว่า : “เพื่อปกป้องคนรุ่นต่อไปจากภัยพิบัติของสงคราม และเพื่อยืนยันความศรัทธาในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในศักดิ์ศรี และคุณค่าของมนุษย์ และในสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี” มาตรา 1 ของกฎบัตรสหประชาชาติระบุว่า จุดมุ่งหมายประการหนึ่งของ



สหประชาชาติคือ “เพื่อบรรลุความร่วมมือระหว่างชาติในการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับมนุษย์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา”

ด้วยเหตุที่กฎบัตรสหประชาชาติ เป็นสนธิสัญญาที่บรรดาประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติร่วมลงนาม จึงถือว่ามีข้อผูกพันทางกฎหมายที่บรรดาสมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม รวมถึงการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน และการร่วมมือกับสหประชาชาติตลอดจนนานาประเทศ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่บัญญัติไว้ในกฎบัตร อย่างไรก็ตาม กฎบัตรสหประชาชาติมิได้มีรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนโดยตรง หรือกลไกที่จะช่วยให้ประเทศสมาชิกปกป้องสิทธิมนุษยชน ครั้นปี ค.ศ. 1945 (พ.ศ. 2488) องค์การสหประชาชาติได้จัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Committee on Human Rights) ขึ้น มีหน้าที่ร่างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องสิทธิมนุษยชน จึงเกิดปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งบรรดาประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้ร่วมรับรองเมื่อ ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) ถือเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติต่อกันของมวลมนุษยชนและของบรรดานานาชาติ ถึงแม้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะมีได้มีผลบังคับทางกฎหมายเช่นเดียวกับสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ แต่ปฏิญญาสากลฉบับนี้นับว่ามีพลังสำคัญทางศีลธรรม จริยธรรม และมีอิทธิพลทางการเมืองไปทั่วโลก และถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่บรรดาประเทศทั่วโลกยอมรับ ข้อความในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานในการดำเนินงานขององค์การสหประชาชาติ และมีอิทธิพลสำคัญต่อการร่างรัฐธรรมนูญของบรรดาประเทศที่มีการร่างรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรดาประเทศอาณานิคมได้อ้างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในการประกาศอิสรภาพช่วง ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493) ถึง 1960 (พ.ศ. 2503) และหลายประเทศนำข้อความในปฏิญญามาใช้ในการร่างรัฐธรรมนูญของตน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็มีข้อความที่สอดคล้องกับปฏิญญาสากลฯ เช่น ในมาตรา 4 ว่า : “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

เมื่อสหประชาชาติมีมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติประกอบด้วยประเทศสมาชิกเพียง 58 ประเทศ จากนั้นมาจำนวนประเทศสมาชิกเพิ่มขึ้น จนมีจำนวนเกินกว่าสามเท่าของสมาชิกเดิม อิทธิพลของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ขยายมากขึ้นจนเป็นที่ยอมรับในระดับสากล และเป็นที่อ้างอิงถึงเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศทั้งหลายทั่วโลก เมื่อพิจารณาความตราต่างๆ ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะเห็นว่า มาตรฐานแรกแสดงถึงความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน โดยกล่าวถึงความเท่าเทียมกันของศักดิ์ศรีและสิทธิของมนุษย์ทุกคน ส่วนมาตราที่สองกล่าวถึงความชอบที่จะมีสิทธิของบุคคลโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใดๆ ทั้งสิ้น ส่วนหลักการขั้นพื้นฐานของสิทธิที่ประกาศไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนปรากฏในคำปรารภซึ่งเริ่มด้วยข้อความที่เน้นการยอมรับ “ศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิซึ่งเท่าเทียมกัน และไม่อาจโอนให้แก่กันได้ของสมาชิกทั้งมวลของครอบครัวมนุษย์”

สิทธิที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจำแนกออกได้อย่างกว้างๆ 2 ประเภท คือ **ประเภทแรก**เกี่ยวกับสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงของบุคคล อิสรภาพจากความเป็นทาสและการถูกทรมาน ความเสมอภาคในทางกฎหมาย การคุ้มครองเมื่อถูกจับ กักขัง หรือเนรเทศ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม การมีส่วนร่วมทางการเมือง สิทธิในการสมรสและการตั้งครอบครัว เสรีภาพขั้นพื้นฐานในทางความคิด มโนธรรม และศาสนา การแสดงความคิดเห็น และการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม และเข้าร่วมสมาคมอย่างสันติ สิทธิในการมีส่วนร่วมในรัฐบาลของประเทศตนโดยทางตรงหรือโดยการส่งผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งอย่างเสรี ส่วน**สิทธิประเภทที่สอง** คือสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งครอบคลุมถึงสิทธิในการทำงาน การได้รับค่าตอบแทนเท่ากันสำหรับงานที่เท่ากัน สิทธิในการก่อตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน สิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เหมาะสม สิทธิในการศึกษา และสิทธิในการเข้าร่วมใช้ชีวิตทางวัฒนธรรมอย่างเสรี

ลักษณะเฉพาะของสิทธิมนุษยชนที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มีดังต่อไปนี้คือ

(1) เป็นสิทธิที่ติดตัวมากับมนุษย์ (Inherent) เมื่อคนเกิดมาก็มีสิทธิมนุษยชนติดตัวมาด้วย เพราะมีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นสิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิที่ติดตัวแต่ละคนมา ไม่มีการให้ หรือซื้อ หรือสืบทอดมา



(2) เป็นสิทธิที่เป็นสากล (Universal) คือเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคนเหมือนกันไม่ว่าจะมีเชื้อชาติ เพศ หรือนับถือศาสนาใดไม่ว่าจะเป็นผู้ที่มาจากพื้นฐานทางสังคมหรือการเมืองอย่างไร มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระเสรี มีความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ

(3) เป็นสิทธิที่ไม่อาจถ่ายโอนให้แก่กันได้ (Inalienable) คือ ไม่มีใครจะมาแย่งชิงเอาสิทธิมนุษยชนไปจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ ถึงแม้ว่ากฎหมายของประเทศจะไม่ยอมรับรองสิทธิมนุษยชน หรือแม้ว่าจะละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ตาม ประชาชนของประเทศนั้นก็ยังมีสิทธิมนุษยชนอยู่ ตัวอย่างเช่นในสมัยข้าทาส ทาสทุกคนมีสิทธิมนุษยชน ถึงแม้ว่าสิทธิเหล่านั้นจะถูกละเมิดก็ตาม

(4) เป็นสิทธิที่ไม่ถูกแยกออกจากกัน (Indivisible) กล่าวคือ เพื่อที่จะมีชีวิตอยู่อย่างสมศักดิ์ศรี มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพ มีความมั่นคงและมีมาตรฐานการดำรงชีวิตที่เหมาะสมกับความเป็นมนุษย์ ดังนั้นสิทธิต่างๆ ของมนุษยชนจะต้องไม่ถูกแยกออกจากกัน

ต่อมาหลักการของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้มีการแปลเจตนาและขยายข้อความให้ละเอียดยิ่งขึ้น ด้วยการร่างเป็นกติการะหว่างประเทศที่มีผลบังคับทางกฎหมาย และสหประชาชาติมีมติรับรอง เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights – ICESCR) การที่สหประชาชาติมีมติรับรองกติการะหว่างประเทศดังกล่าวนี้ ทำให้บรรดานานาประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ไม่เพียงแต่เห็นชอบด้วยกับสิทธิต่างๆ ที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แต่ยังถือเป็นการปฏิบัติตามด้วย หมายความว่า บรรดาประเทศที่ให้สัตยาบรรณ (Ratify) หรือรับรองกติการะหว่างประเทศดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามข้อความในกติการะหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้เพราะกติการะหว่างประเทศมีข้อผูกพันทางกฎหมาย ประเทศที่เป็นภาคีในกติการะหว่างประเทศมีข้อผูกพันที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขของกติการะหว่างประเทศ และรวมไปถึงต้องส่งรายงานการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศให้แก่สหประชาชาติเป็นประจำด้วย เมื่อกติการะหว่างประเทศทั้งสองฉบับมีผลในการบังคับใช้ใน ค.ศ. 1976 (พ.ศ. 2519) ประเทศต่างๆ ได้เข้าเป็นภาคี

นอกจากกติการะหว่างประเทศทั้งสองฉบับที่กล่าวมาแล้วนี้ ก็ยังมีอนุสัญญา (Conventions) คำประกาศ (Declarations) ข้อเสนอแนะ (Recommendations) ที่เกี่ยวกับรายละเอียดของสิทธิมนุษยชนตามเจตนารมณ์ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศทั้งสองฉบับ คำประกาศและข้อเสนอแนะถือเป็นมาตรฐานสากลสำหรับบรรดาประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ แต่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายเช่นเดียวกับอนุสัญญา ซึ่งมีผลบังคับให้ประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาต้องปฏิบัติตาม ตัวอย่างของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on The Rights of the Child) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดกาเลือกปฏิบัติ สตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women)

ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้เป็นความเป็นมาของสิทธิมนุษยชนสากล ความเป็น "สากล" เริ่มเห็นได้ชัดเจนจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นมาตรฐานระดับนานาชาติที่เกี่ยวกับการปกป้องศักดิ์ศรีและสิทธิมนุษยชน ต่อมาจึงเกิดกติกาสัญญา ระหว่างชาติ ตลอดจนอนุสัญญาฉบับต่าง ๆ ซึ่งมีข้อผูกพันในทางกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในกติการะหว่างประเทศ และอนุสัญญาที่แต่ละประเทศได้เข้าร่วมเป็นภาคี

ความเป็น "สากล" ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แสดงไว้อย่างชัดเจนในปฏิญญาข้อที่ 1 ซึ่งเน้นถึงความเท่าเทียมกันของศักดิ์ศรีและสิทธิของมนุษย์ทุกคน และในข้อที่ 2 ซึ่งกล่าวถึงความชอบธรรมของมนุษย์ทุกคนในสิทธิและเสรีภาพที่ระบุไว้ในปฏิญญาฯ โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใดทั้งสิ้น

สหประชาชาติและองค์กรต่างๆ ในระบบของสหประชาชาติ เช่น ยูเนสโก และ ยูนิเซฟ เป็นต้น ได้หาวิถีทางที่จะให้บรรดาประเทศสมาชิกปฏิบัติตามมาตรฐานสากลแห่งสิทธิมนุษยชน แต่ความพยายามต่างๆ ย่อมไร้ผล ถ้าปราศจากความร่วมมือของแต่ละประเทศ

สถานภาพทางกฎหมายของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ใช่สนธิสัญญา การที่กล่าวว่าเป็นปฏิญญาฯ ไม่ใช่สนธิสัญญาและไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแก่สมาชิกเพราะพิจารณาจากวิธีการจัดทำปฏิญญาฯ ไม่ได้ดำเนินการจัดทำตามแบบทั่วไปของสนธิสัญญา คือ ในการจัดทำนั้นสหประชาชาติได้มอบให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนไปดำเนินการจัดทำร่างปฏิญญาฯ แล้วนำมาเสนอแก่สมัชชาเพื่อพิจารณาลงมติรับรองโดยไม่ได้มีการเจรจา ลงนาม ให้สัตยาบัน และลงทะเบียนแต่อย่างใด



ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อกำหนดหลักการทั่วไปและมาตรฐานด้านสิทธิมนุษยชน แต่ไม่มีพันธผูกพันในแง่กฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่ประชุมสมัชชา สมัยที่ 3 (ค.ศ. 1948) (พ.ศ. 2491) ได้รับรองและประกาศปฏิญญาสากลฯ โดยการลงคะแนนเสียง (สนับสนุน 48 ประเทศ รวมทั้งไทย ไม่มีเสียงคัดค้าน และประเทศที่งดออกเสียง ได้แก่ ยูโกสลาเวีย โปแลนด์ ซาอุดีอาระเบีย เช็กโกสโลวาเกีย แอฟริกาใต้ สหภาพโซเวียต และยูเครน)

ข้อ 1-3 เป็นเกณฑ์กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ เบื้องต้นที่สำคัญ 3 ประการ คือ สิทธิในการดำรงชีวิต (right to life) สิทธิที่จะมีเสรีภาพ (right to liberty) และสิทธิที่จะมีความมั่นคงแห่งตัว (right to security of person) และเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มนุษย์เมื่อเกิดมาพึงได้รับโดยเท่าเทียมกัน และไม่มีการเลือกปฏิบัติทางเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา

ข้อ 4-21 ได้กล่าวถึงสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (civil and political rights)

ข้อ 22-27 ได้กล่าวถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (economic, social and cultural rights) ได้พึงได้รับการยอมรับ ซึ่งสิทธิทั้งสองด้านได้มีอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง กำหนดรายละเอียดและการคุ้มครองไว้

ข้อ 28-30 กล่าวถึงทุกคนมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อระเบียบสังคม และประชาชนระหว่างประเทศที่มีการรับรองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพพื้นฐาน กล่าวคือ อยู่ภายใต้กฎหมายที่รับรองสิทธิและเสรีภาพพื้นฐาน และไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น

ปัจจุบัน ประชาคมระหว่างประเทศถือว่าปฏิญญาสากลฯ เป็นเอกสารหลักเริ่มแรกที่สำคัญที่สุดฉบับหนึ่งในการกำหนดสิทธิมนุษยชนด้านต่างๆ ที่ควรได้รับการส่งเสริม และคุ้มครอง และเป็นจุดกำเนิดของตราสาร ปฏิญญาด้านสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ในเวลาต่อมา

การรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีขึ้นที่ Palais de Chaillot ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส กรมการสิทธิมนุษยชนที่ทำงานด้านสิทธิมนุษยชน ได้แก่

- (1) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน
- (2) คณะกรรมการเรื่องสถานะภาพแห่งสตรี และ
- (3) อนุกรรมการป้องกันการรังเกียจ (discrimination) และปกป้องชนกลุ่มน้อย โดยมีสำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนที่เจนีวา (ชื่อเดิมคือ Centre for

Human Rights) เป็นหน่วยงานในสหประชาชาติ รับผิดชอบปัญหาสิทธิมนุษยชน (HR)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชนนี้ เป็นมาตรฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จ สำหรับประชาชนทั้งหลายและประชาชาติทั้งปวง ด้วยจุดประสงค์ที่จะให้ปัจเจกบุคคลทุกผู้ทุกนาม และองค์กรของสังคมทุกหน่วย โดยการรำลึกเสมอถึงปฏิญญานี้ พยายามสั่งสอนและให้การศึกษาร่วมกันเพื่อส่งเสริมการเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ ด้วยมาตรการที่เจริญก้าวหน้าไปข้างหน้าทั้งในและระหว่างประเทศเพื่อให้ได้มาซึ่งการยอมรับและถือปฏิบัติต่อสิทธิเหล่านี้เป็นอย่างเป็นสากล และได้ผลทั้งในหมู่ประชาชนของรัฐสมาชิกเองและในหมู่ของประชาชนแห่งดินแดนที่อยู่ภายใต้ดูแลอาณานิคมของรัฐสมาชิกดังกล่าว

สรุปลักษณะทั่วไปของปฏิญญาฯ ปฏิญญาฯ นั้นเป็นเพียงผลของความพยายามขั้นแรกที่จะทำให้สิทธิมนุษยชนได้กลายเป็นสิทธิตามกฎหมายภายใน และกฎหมายระหว่างประเทศในอนาคต ดังนั้น จึงต้องเข้าใจว่าปฏิญญาฯ ไม่ใช่ประมวลกฎหมายสิทธิมนุษยชนเพราะไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมาย ทั้งถ้อยคำในปฏิญญาฯ ก็ไม่ใช่กฎหมาย เป็นเพียงข้อความแนะนำแนวทาง

วัตถุประสงค์ของการร่างปฏิญญาฯ อีกประการหนึ่งนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับข้อความในกฎบัตรสหประชาชาติ เพราะในกฎบัตรได้แนะนำให้ประเทศต่างๆ ส่งเสริมความเคารพในสิทธิมนุษยชน และถือว่าเป็นงานสำคัญอันดับแรกของสหประชาชาติ แต่ข้อความในกฎบัตรที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนไม่ได้กล่าวว่า สิทธิมนุษยชนนั้นมีรายละเอียดอย่างใดบ้าง ดังนั้น จึงเป็นการจำเป็นที่ต้องร่างปฏิญญาฯ ขึ้นเพื่อแสดงถึงสิทธิดังกล่าว และเพื่อเป็นแนวทางสำหรับการร่างกฎหมายภายใน และกฎหมายระหว่างประเทศที่จะจัดทำขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภายหลัง

นอกจากนี้ปฏิญญาฯ ยังมีลักษณะเป็นเครื่องกำหนดสิทธิมนุษยชนให้เป็นมาตรฐานเดียวกันกล่าว คือ บรรดาประเทศต่างๆ ที่เป็นสมาชิกสหประชาชาติต่างมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนร่วมกัน แต่ประเทศเหล่านี้มีความแตกต่างกันในเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา ภาษาชนบทธรรมเนียมประเพณี ระบบกฎหมาย เศรษฐกิจและสังคม ฯลฯ อันมีผลสำคัญที่ทำให้เกิดข้อขัดแย้งในการหาทางทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิตามกฎหมาย ดังนั้น จึงต้องหาทางประนีประนอมกันในขั้นต้นเสียก่อนว่า สิทธิมนุษยชนที่ควรคุ้มครองนั้นมีอะไรบ้าง โดยทำในรูปของปฏิญญาฯ เมื่อตกลงกันได้แล้วจึงค่อยทำกันในรูปของข้อตกลงตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศอันมีผลผูกพันกันต่อไป



อนึ่ง ถ้าเราพิจารณาข้อความทั้งหมดของปฏิญญาฯ แล้วก็จะพบว่าขาดหลักการสำคัญประการหนึ่ง นั่นคือปฏิญญาฯ ไม่ได้กล่าวถึงเครื่องมือ (Machinery) ที่จะใช้ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้เลย ถ้าหากประเทศต่างๆ ละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ระบุไว้ในปฏิญญาฯ แล้วจะมีวิธีแก้ไขกันอย่างไร

ส่วนที่ข้อ 8 ของปฏิญญาฯ กล่าวว่า “ทุกคน... มีสิทธิที่จะได้รับบำบัดอันเป็นผลจริงจังกจากศาลที่มีอำนาจแห่งชาติต่อการกระทำอันละเมิดสิทธิหลักมูลซึ่งตนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย” นั้น ก็ไม่อาจถือว่าเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการคุ้มครองอย่างแท้จริง เครื่องมือดังกล่าวนี้ควรเป็นเครื่องมือทางกฎหมาย เช่น ศาลระหว่างประเทศทำหน้าที่พิจารณากรณีที่มีการละเมิดสิทธิได้ตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ อย่างไรก็ตาม การขาดพันธะทางกฎหมาย และขาดเครื่องมือที่ใช้ในการคุ้มครองก็ไม่ได้หมายความว่าปฏิญญาฯ ไม่มีหลักการซึ่งรัฐทั้งหลายต้องเคารพ เพราะปฏิญญาฯ ได้รับการรับรองว่าเป็นแผนการทางการเมืองเพื่อหาทางให้ประเทศต่างๆ บัญญัติกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศให้สอดคล้องกับปฏิญญาฯ ดังนั้น สำหรับด้านกฎหมายภายใน ปฏิญญาฯ จะมีให้หนักกฎหมายไม่อาจคัดค้านกฎหมายในอนาคตซึ่งร่างขึ้นตามหลักการของปฏิญญาฯ เพราะหลักดังกล่าวเป็นหลักสากล และถือว่าเป็นจุดมุ่งหมายสุดท้ายที่จะต้องทำให้สำเร็จตามกระบวนการของกฎหมาย

ส่วนทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศ การทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ชัดเจนเท่ากฎหมายภายในและต้องการระยะเวลามากกว่า แต่การนำหลักของปฏิญญาฯ ไปปฏิบัติบ่อยครั้งเข้าอาจทำให้เกิดกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขึ้นได้ ดังเช่น Sir Humphrey Waldock ได้แสดงปาฐกถาที่ British Institute of International and Comparative Law ว่า “การยอมรับหลักการของปฏิญญาฯ สม่าเสมอและอย่างกว้างขวางจะทำให้เกิดลักษณะของ*กฎหมายจารีตประเพณีขึ้นในที่สุด*

(3) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หลังจากที่ได้พิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ร้องก็ดี การกระทบสิทธิมนุษยชนก็ดี นอกจากเงื่อนไขดังกล่าวแล้วยังจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขประการสุดท้ายคือ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” การเขียนมาตรา 257 (2) ก็ดี และมาตรา 245 (1) ต่างกับการเขียนมาตรา 212 ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” และกรณีตามมาตรา 211 บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6⁵...” ลักษณะการเขียนของมาตรา 211 และมาตรา 212 เขียนไปในลักษณะเดียวกัน คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในขณะที่มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 (2) เขียนในลักษณะว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คำว่า “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” จึงเสมือนเป็นเหตุที่จะทำให้กฎหมายนั้นๆ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเหตุที่จะทำให้กฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ย่อมมี 2 กรณี คือ ก. กรณีในเรื่องของกระบวนการตรา และ ข. กรณีในเรื่องของเนื้อหาของกฎหมาย ปัญหาที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นในกรณีของมาตรา 257 (2) นี้จะรวมขอบเขตทั้งสองประการหรือไม่ ในการตีความขอบเขตของปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 257 (2) นั้น ผู้วิจัยเห็นว่ามีความมุ่งหมายเฉพาะกรณีของเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่รวมถึงกระบวนการตราด้วย โดยมีเหตุผลว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ย่อมมีความหมายว่า มาตราใดมาตราหนึ่งหรือหลายมาตราของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความด้วยรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งมาตรา 257 (2) มีสาระสำคัญ 2 ส่วน คือ บทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถ้าบทบัญญัติหรือเนื้อหาของกฎหมายมิได้กระทบต่อสิทธิมนุษยชน เพียงแต่กระบวนการตราไม่ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ก็ย่อมไม่เข้าใจอันเข้าใจว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบสิทธิมนุษยชน กล่าวโดยสรุปคือ คำว่ากระทบสิทธิมนุษยชนนั้นมุ่งหมายไปที่เนื้อหาของกฎหมายว่าไปกระทบสิทธิมนุษยชน ดังนั้นการแปลคำว่า “มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ตามมาตรา 257 (2) จึงมุ่งหมายที่เนื้อหาของกฎหมายมากกว่ามุ่งหมายที่กระบวนการตรา

⁵ มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้



ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเกณฑ์ทางนี้เท่านั้น อาจแยกหลักเกณฑ์ในการพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังนี้ (3.1) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (3.2) หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ และ (3.3) หลักเกณฑ์มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ (3.4) หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

(3.1) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

สำหรับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ค. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

ค.1) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่เงื่อนไขกฎหมายเฉพาะกรณีของสิทธิและเสรีภาพที่มีเงื่อนไขเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นๆ จะกระทำได้เฉพาะตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

ค.2) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่นหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น ตามมาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” เสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลในกรณีนี้ถือว่าเป็นเสรีภาพทั่วไปของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายห้าม สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายมิได้บัญญัติเงื่อนไขการจำกัดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นหากจะมีการจำกัดเสรีภาพในการกระทำการใดของบุคคลจะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่นหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นตามรัฐธรรมนูญ

ง. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกำหนดเองไว้เพียงพอหรือไม่ “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt) หลักนี้เป็นข้อเรียกร้องว่าองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในกรณีนี้คือ รัฐสภาซึ่งมีความชอบธรรมในการตรากฎหมาย

จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการจะตรวจกฎหมายจำกัดสิทธิของประชาชนหรือไม่ หรือจะจำกัดเพียงใดถือว่าเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดไว้ในกฎหมายให้มีความชัดเจนอย่างเพียงพอ หากฝ่ายนิติบัญญัติมิได้กำหนดสาระสำคัญดังกล่าวเอง หากแต่มอบอำนาจดังกล่าวให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนด ในกรณีนี้กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมขาดความแน่นอนชัดเจนอันเป็นการขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจด้วย

(3.2) หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้⁶

ก. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้ แต่อาศัยตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

ข. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง (มาตรา 29 วรรคสอง)

ค. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามหลักเท่าที่จำเป็นหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

ง. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

จ. การจัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรวจกฎหมายจำกัดสิทธิด้วย (มาตรา 29 วรรคสอง)

(3.3) หลักเกณฑ์มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ นั้นประกอบด้วยหลักต่างๆ ดังนี้ (1) ความเสมอภาคกันในกฎหมาย ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง (2) หลักความมีสิทธิเท่าเทียมกันของชายและหญิง ตามมาตรา 30 วรรคสอง และ (3) หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 30 วรรคสาม ในการตรวจสอบว่ากฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 หรือไม่มีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

⁶ รายละเอียดโปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2552, หน้า 234.



ก. กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันสำหรับข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนหรือไม่

ข. กฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักเงื่อนไขการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt) หรือไม่ กล่าวคือ กฎหมายฉบับนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดสิ่งอันเป็นสาระสำคัญเองโดยมิได้มอบให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง

ค. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

(ค.1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(ค.2) ในกรณีของเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ หรือไม่ เช่น

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ (ตามมาตรา 30 วรรค 3) หรือมีเหตุผลช้อยกเว้นอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ (หลักความได้สัดส่วน)

ง. การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาคมีการตรวจสอบ 4 ระดับ⁷ ดังนี้

ง.1) ประการแรกฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีความชัดเจนต่อความแตกต่างที่ปรากฏในทางข้อเท็จจริงอย่างสมบูรณ์และปราศจากความผิดพลาดและจะต้องประเมินพื้นฐานที่ถูกต้องเป็นจริงนั้นโดยเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติเองในการที่กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันการกำหนดกลุ่มบุคคลที่จะใช้ในการเปรียบเทียบก็ดีหรือการกำหนดลักษณะขององค์ประกอบก็ดี ย่อมขึ้นกับความมุ่งหมายของกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ

ง.2) ความเหมือนกันหรือความแตกต่างกันของเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่น่าไปสู่การบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องมีการประเมินภายในขอบเขตของ

⁷ Paul Kirchhof, Gleichheit vor dem Grundgesetz, NJW 1987, S. 23563

หลักกฎหมายทั่วไป และหากมีการกำหนดให้แตกต่างความแตกต่างนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้แล้ว ในกรณีเป็นไปตาม “หลักความสอดคล้องหลักกฎหมายทั่วไป” (Systemgerechtigkeit in der Gesamtrechtsordnung) หลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการประเมินตามความเสมอภาคคือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังรวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่ได้รับหลักการมาจากรัฐธรรมนูญ

ง.3) นอกเหนือจาก “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป” แล้ว กฎเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เฉพาะของกฎหมายในขอบเขตของเรื่องนั้นๆ ด้วย หรือที่เรียกว่า “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายเฉพาะเรื่อง” (Systemgerechtigkeit innerhalb eines Teilsystems)

ง.4) ในการบัญญัติกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง การตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติบนพื้นฐานของความสอดคล้องกันของระบบกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความคิดพื้นฐานและทำให้แต่ละองค์ประกอบของกฎหมายนั้นมีผลในทางปฏิบัติ

จ. องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือไม่

(3.4) หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ

ก. หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยหรืออีกนัยหนึ่ง ระบอบรัฐธรรมนูญนิยม บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากหลักตรรกทางนิติศาสตร์ ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเกิดสภาวะไร้ข้อแม้ขึ้นในบ้านเมือง วงการนิติศาสตร์ไทยยังไม่ได้พัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาใช้เป็นเครื่องมือจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารเหมือนกับในประเทศตะวันตก ทั้งนี้ก็เพราะว่านักกฎหมายไทยส่วนใหญ่แล้วมีแนวโน้มที่จะยึดติดอยู่กับบทกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร โดยลืมไปว่าแท้ที่จริงแล้ว ตัวหนังสือต่างๆ นั้นไม่ใช่กฎหมายความคิดที่ตัวหนังสือนั้นแสดงออกมาต่างหากที่เป็นกฎหมาย สิ่งที่อยู่เหนือบรรดาถ้อยคำของ



กฎหมายที่บัญญัติขึ้นคือเจตนารมณ์ของกฎหมาย เจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งระบบ ซึ่งเป็น “บ่อเกิด” (Source) ที่สำคัญที่สุดของบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหลายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง ด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจยก “หลักกฎหมายทั่วไป” ในระบบกฎหมายไทยมาเป็นตัวอย่างได้ แต่ในระบบกฎหมายของตะวันตก หลักที่ว่า “นิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง” “นิติกรรมทางปกครองต้องมีความแน่นอนชัดเจน” “การบริการสาธารณะจะต้องต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก” “การรับฟังบุคคลซึ่งนิติฐานะของเขาอาจได้รับความกระทบกระเทือนจากมาตรการทางปกครอง ก่อนที่ออกมาตรการนั้น” “ความคาดหวังอันชอบธรรมของบุคคลจะต้องได้รับความคุ้มครอง” ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป⁸ นอกจากนี้ยังมีกฎเกณฑ์อื่นๆ ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบ เช่น “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ถึงแม้ในปัจจุบันได้มีการบัญญัติรับรองไว้แล้วในมาตรา 29 วรรคแรก แม้ว่ามีได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคแรกก็สามารถนำหลักดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบได้ เพราะถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือ “หลักความแน่นอนชัดเจน” เป็นหลักที่เรียกร้องความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถดำเนินการให้เป็นตามข้อเรียกร้องของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัด ในทางกฎหมายอาญา หรือ “หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง” หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา แต่ในขอบเขตของกฎหมายอื่นอาจตรวจกฎหมายให้มีผลย้อนหลังได้แต่จะต้องพิจารณาหลักอื่นๆ ประกอบด้วย⁹

ข. หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมนำมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ เช่น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิแล้ว แต่มอบให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียด นอกจากจะเป็นการขัดกับหลักเงื่อนไขของรัฐสภาดังที่ได้ กล่าวแล้วข้างต้น ยังถือว่าเป็นการขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หรือการตรากฎหมายโดยกำหนดให้การวินิจฉัยของคณะกรรมการไม่อาจถูกโต้แย้งไปศาลได้ ถือว่าเป็นการขัดกับหลักพื้นฐานของหลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักสำคัญพื้นฐานในการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 3 วรรค 2

⁸ วรพจน์วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2538, หน้า 84.

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, หน้า 27.

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” “หลักนิติธรรม” จึงถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ผูกพันการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ในที่นี้จะพิจารณาถึงความหมายและขอบเขตของหลักดังกล่าว

ศาสตราจารย์ ดร. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักนิติรัฐว่า รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มิได้บัญญัติที่ใช้คำว่า “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) หากแต่ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” โดยบัญญัติในมาตรา 3 นอกจากนี้ยังได้นำเอาเนื้อหาของความเป็นนิติรัฐมาบัญญัติไว้ในมาตราต่างๆ เป็นต้นว่า มาตรา 6 มาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญ 2550 จากการพิจารณาบทต่างๆ ของรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน สภาร่างรัฐธรรมนูญได้นำหลักการต่างๆ ของหลักนิติรัฐมาบัญญัติไว้ รวมทั้งการวางหลักประกันต่างๆ โดยเริ่มตั้งแต่มาตรา 4 หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย (มาตรา 6) หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ (มาตรา 28 วรรคสอง) รวมทั้งการเปิดช่องให้ประชาชนสามารถฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น เมื่อการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลนั้นๆ (มาตรา 60) โดยมีกรให้หลักประกันทางด้านกระบวนการพิจารณาของศาลไว้ด้วย (มาตรา 39 – มาตรา 40) หลักนิติรัฐ มิได้มีความหมายเฉพาะที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วเท่านั้น หากแต่เป็นหลักการที่มีความหมายในตัวเองที่เป็นแนวทางสำหรับการตีความรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ รวมทั้งกฎหมายทั้งระบบ ซึ่งในประเทศที่เป็นที่มาของศัพท์คำว่า “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) ได้พัฒนาไปถึงขั้นที่ว่า แม้จะมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นที่ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะสำหรับกรณีนั้นๆ ก็อาจนำเอาหลักนิติรัฐมาปรับใช้โดยตรงได้ สำหรับกรณีของประเทศไทย ซึ่งนักกฎหมายยังไม่ถนัดในการนำหลักกฎหมายมาเป็นฐานในการตีความ ทั้งๆ ที่บทบัญญัติตามมาตรา 7 จะเปิดช่องให้ทำได้ก็ตาม ในทางปฏิบัติจึงอาจต้องใช้วิธีการอ้างอิงจากมาตราต่างๆ ที่บัญญัติเนื้อหาที่เกี่ยวกับหลักนิติรัฐไว้โดยตรง กล่าวคือ มาตรา 6 มาตรา 15 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 212 เป็นต้น¹⁰

¹⁰ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ 2551, หน้า 409.



บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีหลายมาตราที่นำหลักนิติรัฐมาบัญญัติไว้อย่างเป็นรูปธรรม สำหรับหลักนิติรัฐโดยภาพรวมกล่าวคือทั้งส่วนที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและส่วนที่เป็นผลมาจากการตีความหลักนิติรัฐทั่วไป นั้นมีรายละเอียดดังนี้

- (1) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชน
- (2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)
- (3) การที่กฎหมายตามรูปแบบทั้งหลาย ย่อมมีผลผูกพันองค์กรต่างๆ

ของรัฐ

- (4) หลักที่ว่ากฎหมายย่อมเป็นเงื่อนไขในการดำเนินการทั้งหลายของ

ฝ่ายปกครอง

- (5) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสิทธิฟ้องร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบ

หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบ

- (6) หลักนิติรัฐทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งประกอบด้วย

หลักย่อย ดังนี้

ก. หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (nullum crimen nulla

poena sine lege)

ข. หลักการห้ามการลงโทษซ้ำ (ne bis in idem)

ค. หลักการรับผิดชอบการกระทำของตนที่ควรแก่การตำหนิ

(Schuldprinzip)

ง. หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์

จ. หลักการห้ามการบังคับให้กล่าวร้ายตนเอง

ฉ. หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย (in dubio

pro reo)

ช. หลักการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา

ซ. หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจาก

การกระทำอันมิชอบของรัฐ

- (7) หลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาโดยทั่วไป

¹¹ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, อ้างแล้ว, หน้า 411.

(8) หลักความมั่นคงของกฎหมาย

ก. กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนและชัดเจน

ข. ความต่อเนื่องของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

ค. หลักเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง

ง. หลักเกี่ยวกับคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล

จ. กรณีความขัดแย้งระหว่างหลักความมั่นคงของกฎหมายกับหลักที่ว่า การปกครองต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย

ฉ. หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักห้ามกระทำการเกินกว่าเหตุ (principle of proportionality)

ศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้กล่าวถึงหลักดังกล่าวว่า “หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaatsprinzip) หรือ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด การพิจารณาความหมายและสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวเป็นเครื่องยืนยันความชอบนี้ได้เป็นอย่างดี¹² “หลักนิติรัฐ” หรือ “หลักนิติธรรม” นี้มีความสัมพันธ์กับหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างใกล้ชิด กล่าวกันว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงจะมีขึ้นและดำรงอยู่ตลอดไปไม่ได้โดยปราศจากหลักนิติรัฐ และเฉพาะแต่รัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นจึงจะควรค่าแก่การเรียกว่านิติรัฐ¹³” สาระสำคัญของ “หลักนิติรัฐ” หรือ “หลักนิติธรรม” ในความหมายที่ว่า รัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร กฎหมายมีอยู่ด้วยกันหลายประเภท แต่ละประเภทก็ยังมีหลายรูปแบบ ปัญหาที่จะต้องพิจารณากันต่อไปจึงมีว่า กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารกระทำการหมายถึงกฎหมายรูปแบบใดบ้าง และกฎหมายที่จำกัด

¹² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2538, หน้า 53.

¹³ อ้างแล้ว, หน้า 53.



อำนาจกระทำการของฝ่ายบริหารได้แก่กฎหมายรูปแบบใดบ้าง¹⁴

กล่าวโดยสรุป กรณีที่มีการยื่นเรื่องจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมายังศาลรัฐธรรมนูญโดยได้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น มาตราการลงโทษที่เป็นการทารุณโหดร้ายเป็นการกระทำที่ขัดต่อกติระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รวมทั้งเป็นการขัดต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ตัวอย่างเช่น ตามพระราชบัญญัติเรือนจำทหาร พ.ศ. 2497 มาตรา 10 “ทัณฑ์ทางวินัยที่จะลงแก่ผู้ต้องขังนั้น มีดังนี้

(4) ชังห้องมืดไม่มีเครื่องหลับนอนไม่เกินสี่สิบแปดชั่วโมงในสัปดาห์ละหนึ่งโดยความเห็นของของแพทย์ฝ่ายทหาร

(5) เสียนครวหนึ่งไม่เกินยี่สิบทีในความควบคุมของแพทย์ฝ่ายทหาร แต่ห้ามเสียนครวต่อไปเว้นแต่จะล่วงพ้นเวลาสามสิบวันจากวันเสียนครวที่แล้ว ถ้าผู้ต้องขังเป็นหญิงห้ามเสียน” (มาตรา 10 ต่อมาได้ถูกแก้ไขแล้วเมื่อ พ.ศ. 2550)

หากศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบอาจอาศัยเกณฑ์ ดังนี้ โดยมีข้อพิจารณาในการตรวจสอบ ดังนี้

ก. บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายทหารดังกล่าวขัดกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หลังจากนั้นจะต้องพิจารณาในประเด็นต่อไป

ข. บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวจะขัดกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวขัดกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองฯ จึงไม่มีผลใช้บังคับ การที่พระราชบัญญัติดังกล่าวจะไม่ผลใช้บังคับ

¹⁴ อ้างแล้ว, หน้า 59.

จะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายภายในของไทยคือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือเกณฑ์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตั้งที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น หากพิจารณาเรื่องการลงโทษ โดยการเขียนติและการขังคุกมีตหากพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยมีข้อพิจารณาตามมาตรา 32 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “การทรมาน ทารุณกรรม หรือการรอกการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้” ดังนั้นการลงโทษตามกฎหมายทหารดังกล่าวจะต้องพิจารณาว่าเป็นการขัดกับมาตรา 32 วรรคสองของรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากพิจารณาแล้วว่าเป็นการขัดกับมาตรา 32 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก็ต้องด้วยมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ คือใช้บังคับไม่ได้ แต่หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดกับมาตรา 32 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ย่อมถือว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแม้ว่าพระราชบัญญัตินั้นจะกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือขัดกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองก็ไม่ส่งผลให้พระราชบัญญัติฉบับนั้นตกไปแต่อย่างใด เว้นแต่จะอาศัยจากเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัย ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

5.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการพิจารณากรณีตามมาตรา 212 ประกอบกับมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ

ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึง 5.2.1 ความเป็นมาของอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ 5.2.2 ความหมายขอบเขตของมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

5.2.1 ความเป็นมาของอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ

มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”



ซึ่งในเรื่องหลักการและเจตนารมณ์ของมาตรา 212 นั้น ในชั้นพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีการอธิบายในประเด็นนี้ ดังนี้

นายไพบูลย์ วัระหาพะไพบูลย์ “...ในหลักการของมาตรา 208 ที่คณะกรรมการธิการ ได้ยกร่างขึ้นนี้ ก็ด้วยเหตุผลที่ว่า หลักการในการใช้สิทธิของประชาชนที่จะฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงนั้น กรณีที่มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ในเมื่อ ดูจากบทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญนี้ ก็จะมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ในระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนด ซึ่งเป็นบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติก็หมายถึงรัฐสภา ซึ่งจะไม่รวมไปถึง พระราชกฤษฎีกา กฎ ข้อบังคับ ในลักษณะนั้น ถ้ากฎ ข้อบังคับ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เรื่องก็จะไปที่ศาลปกครอง ที่นี้ในเจตนารมณ์ในการเยียวยาแก้ไขให้ประชาชนสามารถ ที่จะใช้สิทธิเสรีภาพโดยเข้าไปใช้สิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง การที่จะเปิดกว้าง เช่นนั้น ก็อาจจะมีปัญหาเล็กน้อย จึงได้บัญญัติหลักการในวรรคหนึ่งว่า บุคคลซึ่ง ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ มีสิทธิที่จะยื่นคำร้องต่อศาล รัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ... สำหรับความในวรรคสอง การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นกรณีที่ไมอาจใช้สิทธิโดย วิธีกรอื่นได้ ทั้งนี้ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณา ของศาลรัฐธรรมนูญ ความหมายตรงจุดนี้ก็หมายความว่ากรณีที่เรื่องจะเข้าสู่ศาล รัฐธรรมนูญในเรื่องของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งขอเรียนว่ามีช่องทางอื่นๆ ก็คือถ้าท่าน ดูมาตรา 207 กรณีที่ศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นที่จะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือ แแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันนั้นศาลเห็นเอง หรือกรณีมาตรา 207 ถ้าเป็นคู่ความเห็นและได้แย้ง ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ ได้แย้งต่อศาลนั้น และศาลนั้นก็ส่งมาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ อันนั้นผ่านไปตาม มาตรา 207 กรณีที่ผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ก็อาจจะเห็นได้เอง หรือว่าประชาชนเข้าชื่อไปร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ตามมาตรา 238 ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ น่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ถ้าผู้ตรวจการแผ่นดินฯส่งมาศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยได้ หรือมาทางคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามมาตรา 248 ก็เหมือนกับผู้ตรวจการแผ่นดินฯ แต่กรณีของ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นเรื่องของบทบัญญัติที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน บทบัญญัติ

นั่นก็คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากผ่านสามช่องทางนี้ คือประชาชนต้องไปผ่านสามช่องทางนี้ก่อนในวรรคสอง ถ้าผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไม่ส่งเขาจึงจะมาใช้สิทธิตามวรรคสอง ถ้ากรรมการสิทธิมนุษยชนไม่ส่ง ก็จะมาใช้สิทธิตามวรรคสอง ซึ่งหลักเกณฑ์การใช้สิทธิดังกล่าวนี้ ในเรื่องนี้ถามว่าในระบบสากลมีที่ใดบ้าง เท่าที่ศึกษามากก็พบว่าในการเยียวยาแก้ไขของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศจะมีในเยอรมนี ใน เบลเยียม ใน โปรตุเกส สเปน ส่วนมากภาคพื้นยุโรปก็จะมีการใช้สิทธิของประชาชนโดยตรงในส่วนนี้...”¹⁵

ดังนั้นหากพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 212 (เดิม มาตรา 208) แล้ว จะเห็นได้ว่าความมุ่งหมายที่จะให้บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อให้ได้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น โดยความในวรรคสองได้กำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ซึ่งการใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แก่การโต้แย้งในกรณีที่มีการฟ้องร้องคดีอยู่ในศาลอยู่แล้วตามมาตรา 211 หรือการยื่นเรื่องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 245 หรือการยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ

5.2.2 ความหมายขอบเขตของมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ

ความหมายขอบเขตของมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองบุคคลจากการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ให้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีความวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ การให้สิทธิตามมาตรา 212 เป็นการให้สิทธิบุคคลที่จะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ การวางระบบให้บุคคลอาจยื่นเรื่องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายไทย เพราะระบบกฎหมายส่วนใหญ่กำหนดให้เป็นเรื่องของศาลที่จะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในคดีมีปัญหากับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ การกำหนดให้สิทธิแก่บุคคลเช่นนี้เป็นการวางระบบที่ให้ความสำคัญกับคุ้มครองสิทธิของบุคคล แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิไว้ว่าจะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีช่องทางในการใช้สิทธิโดยช่องทางอื่นได้อีกแล้ว ดังนั้นการจะได้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ว่าจะกรณี

¹⁵ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 33/2550 วันที่ 25 มิถุนายน 2550 หน้า 187.



จะเป็นประการโดยอ้อมมีช่องทางที่จะเสนอไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยอาจสรุปช่องทางที่จะใช้สิทธิในการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ดังนี้

ก. ในกรณีที่มีคดีข้อพิพาทในชั้นศาลบุคคลที่เป็นคู่ความในคดีอาจโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในคดีต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6¹⁶ (มาตรา 211)

ข. เสนอเรื่องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินในกรณีที่เห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 245 (2))

ค. เสนอเรื่องผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในกรณีที่เห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 257 (2))

ง. ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ในกรณีที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีอื่นได้แล้ว (มาตรา 212)

กล่าวโดยสรุปกระบวนการในการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมมีช่องทางในการเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้โดยช่องทางหนึ่งตามที่กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งหากช่องทางอื่นๆ ไม่สามารถใช้ได้ ท้ายที่สุดบุคคลย่อมมีช่องทางโดยอาศัยสิทธิของบุคคลนั้นเองในการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงทั้งนี้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด รัฐธรรมนูญของไทยจึงเป็นระบบที่ประกันสิทธิของบุคคลในการยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

5.2.2.1 กระบวนการในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับกระบวนการในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 มีข้อพิจารณา ดังนี้ (1) บุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง และ (2) เงื่อนไขในการยื่นคำร้อง โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1) บุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง ตามมาตรา 212 กำหนดให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

¹⁶ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

ซึ่งในที่นี่มีข้อพิจารณา 2 ประการ คือ ก. การละเมิดสิทธิ และ ข. สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้

ก. การละเมิดสิทธิ หมายถึง การกระทำใดๆ ที่เป็นการแทรกแซงเข้าไปในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพหรือเป็นการจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพหรือทำให้ไม่อาจใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นได้ โดยปราศจากอำนาจหรือโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ดังนั้นการกระทำของรัฐที่อาจเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพจึงอาจเป็นการกระทำของรัฐในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง เช่น การกระทำทางปกครอง การกระทำของรัฐบาล การกระทำในทางตุลาการหรือการกระทำในทางนิติบัญญัติหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั่นเอง โดยทั่วไปแล้วหากเป็นการกระทำทางปกครองก็ดีหรือการกระทำในทางตุลาการก็ดี การกระทำดังกล่าวล้วนเป็นการกระทำที่มีความมุ่งหมายต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะอยู่แล้ว ดังนั้นการพิจารณาในเรื่องการละเมิดสิทธิจึงเรื่องง่ายต่อการพิจารณา ซึ่งแตกต่างจากการกระทำในทางนิติบัญญัติที่มีความมุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นการทั่วไปจะใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือสำหรับกรณีใดกรณีหนึ่งไม่ได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญด้วยเหตุนี้เอง การพิจารณาเรื่องการละเมิดสิทธิตามมาตรา 212 ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมายจึงต้องพิจารณาให้แตกต่างจากการละเมิดสิทธิจากการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางตุลาการ ตัวอย่างเช่น

- พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนฯ บัญญัติลักษณะต้องห้ามมิให้บุคคลซึ่งเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นข้าราชการ ในกรณีย่อมเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนฯ เป็นบทบัญญัติที่ละเมิดสิทธิของบุคคลซึ่งเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก เพราะเป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้บุคคลในกลุ่มดังกล่าวเข้ามารับราชการ ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าการเขียนลักษณะต้องห้ามในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทบต่อบุคคลซึ่งเคยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกมาก่อน ซึ่งมีจำนวนมาก ดังนั้นบุคคลซึ่งเคยถูกจำคุกมาก่อนจึงถูกละเมิดจากพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนฯ และบุคคลในกลุ่มนี้จึงเป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิในความหมายของมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ หรือ

- มาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 บัญญัติว่า “พนักงานของรัฐวิสาหกิจ นอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดไว้สำหรับรัฐวิสาหกิจนั้นๆ แล้ว



ยังต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ด้วย... (4) ไม่เป็นหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลาย” กรณีนี้จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้บุคคลซึ่งเป็นหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลายไม่อาจเข้ามาเป็นกรรมการรัฐวิสาหกิจได้ กรณีย่อมเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวละเมิดสิทธิของบุคคลล้มละลายหรือเคยล้มละลายบุคคลในกลุ่มดังกล่าวจึงเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ

ข. สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สิทธิและเสรีภาพ

ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อาจพิจารณาได้ตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ คือ

- สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง
- สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปริยาย และ
- สิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

การที่มาตรา 212 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้...” นั้นมีนัยที่สำคัญ 2 ประการคือ **ประการที่หนึ่ง** เพื่อตรวจสอบว่าสิทธิหรือเสรีภาพที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดนั้นเป็นสิทธิหรือเสรีภาพที่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 212 หรือไม่ และ **ประการที่สอง** เพื่อนำไปสู่การตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ละเมิดสิทธิดังกล่าวของผู้ร้องนั้นเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น

- กรณีของพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนฯ ที่กำหนดลักษณะต้องห้ามโดยห้ามผู้ที่เคยถูกจำคุกไม่ได้รับราชการนั้น สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในกลุ่มนี้ที่ถูกละเมิดคือ สิทธิในความเสมอภาคตามมาตรา 30 หรือสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญ

- กรณีมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 บัญญัติว่า “พนักงานของรัฐวิสาหกิจนอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดไว้สำหรับรัฐวิสาหกิจนั้นๆ แล้วยังต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ด้วย... (4) ไม่เป็นหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลาย” สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในกลุ่มนี้ที่ถูกละเมิดคือ สิทธิในความเสมอภาคตามมาตรา 30 หรือสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญเช่นกัน

การอ้างสิทธิหรือเสรีภาพตามมาตราใดที่ถูกละเมิดย่อมมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการตรวจสอบของศาลเพราะการตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้ง

ต่อสิทธิหรือเสรีภาพในมาตราใดหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาจากเงื่อนไขหรือขอบเขตของสิทธิหรือเสรีภาพในเรื่องนั้น เช่น กรณีตามตัวอย่างข้างต้น หากว่าขัดกับมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวมิได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิไว้แต่อย่างใด ในขณะที่มาตรา 43 ได้กำหนดเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิไว้ในวรรคสองว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขโลก การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน” ดังนั้นการอ้างมาตราต่างกันย่อมนำไปสู่การตรวจสอบที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตาม กรณีที่ไม่มีสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ บุคคลย่อมอ้างสิทธิหรือเสรีภาพตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” ได้ เพราะถือว่าการบัญญัติรับรองคุ้มครองตามมาตรา 32 นั้นเป็นการรับรองคุ้มครองใน ๒ ลักษณะคือ สิทธิในชีวิตร่างกายและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งในกรณีหลังนี้ก็คือเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดตามที่ตนประสงค์นั่นเอง ถือได้ว่ามาตรา 32 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเป็นการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพทั่วไปของบุคคล ดังนั้นกรณีที่ไม่มีสิทธิและเสรีภาพเฉพาะเรื่องบุคคลย่อมอ้างว่าเป็นการขัดกับสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ได้เช่นเดียวกับกรณีของรัฐธรรมนูญเยอรมันที่บัญญัติรับรองเสรีภาพทั่วไปของบุคคลไว้ในมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ

(2) เงื่อนไขในการยื่นคำร้อง ตามมาตรา 212 วรรคสอง กำหนดว่า “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขสำคัญของการยื่นคำร้องตามมาตรา 212 คือ กรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้อีกต่อไป เช่น นาย ก. ซึ่งเป็นบุคคลเคยล้มละลายต้องการจะสมัครเป็นพนักงานของรัฐวิสาหกิจแต่โดยที่มาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 บัญญัติว่า “พนักงานของรัฐวิสาหกิจ นอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดไว้สำหรับรัฐวิสาหกิจนั้นๆ แล้วยังต้องมีคุณสมบัติและ



ไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ด้วย.. (4) “ไม่เป็นหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลาย” นาย ก. เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญช่องทางที่นาย ก. จะต้องพิจารณาก่อนการใช้สิทธิตามมาตรา 212 มีดังนี้

ก. ในกรณีที่มิดีข้อพิพาทในชั้นศาลบุคคลที่เป็นคู่ความในคดีอาจโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในคดีต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6¹⁷ (มาตรา 211) กรณีตามมาตรา 211 นี้ นาย ก. ไม่อาจใช้สิทธิได้หากนาย ก. มิได้ไปยื่นสมัครและได้รับการปฏิเสธจากรัฐวิสาหกิจแห่งใดแห่งหนึ่ง กรณีจึงปราศจากการกระทำที่จะนำไปสู่การโต้แย้งสิทธิได้ ดังนั้นกรณีนี้หากไม่มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง นาย ก. ก็ไม่อาจใช้สิทธิตามมาตรา 211 ได้

ข. เสนอเรื่องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินในกรณีที่เห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 245 (2)) กรณีนี้ นาย ก. อาจใช้สิทธิเสนอเรื่องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินได้ เพราะกรณีนี้เป็นกรณีที่บทบัญญัติดังกล่าวมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือ

ค. เสนอเรื่องผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในกรณีที่เห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 257 (2)) กรณีนี้ นาย ก. อาจเสนอเรื่องผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ เพราะกรณีนี้ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุปสำหรับกรณีนี้ หากนาย ก. ไม่เคยถูกปฏิเสธจากรัฐวิสาหกิจของรัฐแห่งใดแห่งหนึ่งหรือเคยถูกปฏิเสธแต่ไม่สามารถจะฟ้องร้องคดีได้อีกต่อไป นาย ก. ย่อมสามารถใช้สิทธิเสนอเรื่องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินหรือเสนอเรื่องผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติถ้าหน่วยงานทั้งสองปฏิเสธคำร้องของนาย ก. กรณีนี้ นาย ก. ขอบที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 212 ได้โดยยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

5.2.2.2 ขอบเขตในทางเนื้อหา

ขอบเขตในทางเนื้อหาของการยื่นเรื่องคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อพิจารณา ดังนี้ (1) ความหมายของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

¹⁷ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

(2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และ (3) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1) ความหมายของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” การตีความคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ในที่นี้จะต้องตีความให้สอดคล้องกับมาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245 (1) ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งการบัญญัติคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เป็นการบัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่ากฎหมายระดับใดที่จะอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ หากสรุปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ หมายถึง บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากพิจารณาตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวบทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมหมายถึง ก. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ข. พระราชบัญญัติ ค. พระราชกำหนด ง. พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงประกาศ คณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปที่มีสถานะเป็นพระราชบัญญัติด้วย

(2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชน เจื่อนไขเรื่องการกระทบสิทธิมนุษยชนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมิใช่เงื่อนไขในการตรวจสอบตามมาตรา 212 แต่อย่างใด แม้ว่าเรื่องที่ยื่นคำร้องตามมาตรา 212 จะได้เคยยื่นเรื่องตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญมาแล้วแต่ได้รับการปฏิเสธในการยื่นเรื่องจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็ตาม เพราะเรื่องของการกระทบสิทธิมนุษยชนเป็นกรณีที่ที่จะต้องตรวจสอบในทางเนื้อหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

(3) บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การตีความคำว่า “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ตามมาตรา 212 กับ “มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ตามมาตรา 245 (1) และมาตรา 257 (2) จะต้องตีความให้สอดคล้องกัน เพราะหากตีความต่างกันอาจเกิดปัญหาการใช้การตีความได้ เช่น หากนาย ก. เห็นว่าพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งมีกระบวนการตราไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญจึงใช้สิทธิในการเสนอเรื่องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 245 (1) หากผู้ตรวจการแผ่นดินปฏิเสธที่จะยื่นคำร้อง นาย ก. ย่อมสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 212 ได้ แต่หากตีความว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ตามมาตรา 212 หมายถึง



กรณีบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้นไม่รวมกระบวนการตราด้วย กรณีนี้ก็จะจะมีผลทำให้นาย ก. ไม่อาจยื่นคำร้องตามมาตรา 212 ได้ แม้จะเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 212 วรรคสองแล้วก็ตาม ด้วยเหตุนี้การตีความถ้อยคำดังกล่าวจะต้องตีความให้สอดคล้องกันโดยมุ่งหมายไปที่เนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่

5.3 ผลการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

การมีผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในมาตรา 257 (2) ก็ดี ตามมาตรา 212 ก็ดี มิได้บัญญัติเรื่องผลของการวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายไว้โดยตรง ดังนั้นจึงต้องอาศัยหลักการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 211 วรรคท้าย “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีที่ฟ้อง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว” หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้วทำให้มีข้อพิจารณาได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ให้มีผลมาตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัตินั้นใช้บังคับ แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 211 วรรคท้ายแล้วอาจตีความเช่นนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้ผลเช่นนั้น รัฐธรรมนูญควรจะต้องบัญญัติในลักษณะเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 185 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาแต่ต้น” เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งเช่นนั้น กรณีจึงถือตามหลักทั่วไป กล่าวคือ ให้มีผลนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย¹⁸ นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของไทยตั้งแต่มีตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 โดยให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลนับแต่มีการวินิจฉัย

¹⁸ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, ศาลรัฐธรรมนูญกับปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ : วิทยุชน 2546, หน้า 324.

บทที่ 6

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยแบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 6 หัวข้อ ดังนี้ 6.1 ลักษณะของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ 6.2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และ 6.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และ 6.4 ผลผูกพันของสนธิสัญญาในกรณีที่ว่าฝ่ายบริหารได้ลงนามในสนธิสัญญาแล้ว ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น มีผลทำให้สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นกฎหมายภายในหรือไม่ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

6.1 ลักษณะของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ลักษณะของกฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะในทางเนื้อหาไม่รวมถึงปัญหาในกระบวนการตราอาจแยกลักษณะของกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญได้ 4 กลุ่ม ดังนี้ 6.1.1 กฎหมายที่ตราขึ้นโดยขัดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ 6.1.2 กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ 6.1.3 กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักเกณฑ์มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ 6.1.4 กฎหมายที่ตราขึ้นโดยขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

6.1.1 กฎหมายที่ตราขึ้นโดยขัดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

สำหรับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่



ค. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

ค.1) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่เงื่อนไขกฎหมายเฉพาะ กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่มีเงื่อนไขเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นๆ จะกระทำได้เฉพาะตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

ค.2) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่น หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ง. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกำหนดเองไว้เพียงพอหรือไม่ “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt)

6.1.2 กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้

ก. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่อาศัยตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

ข. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องไม่เป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง (มาตรา 29 วรรคสอง)

ค. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามหลักเท่าที่จำเป็นหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

ง. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

จ. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิด้วย (มาตรา 29 วรรคสอง)

6.1.3 กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักเกณฑ์มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ นั้นประกอบด้วยหลักต่างๆ ดังนี้ (1) ความเสมอภาคกันในกฎหมาย ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง (2) หลักความมีสิทธิ

¹ รายละเอียดโปรดดูบรรทัด สังคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2552, หน้า 234.

เท่าเทียมกันของชายและหญิง ตามมาตรา 30 วรรคสอง และ (3) หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 30 วรรคสาม ในการตรวจสอบว่ากฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 หรือไม่มีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันสำหรับข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนหรือไม่

ข. กฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักเงื่อนไขการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt) หรือไม่ กล่าวคือกฎหมายฉบับนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดสิ่งอันเป็นสาระสำคัญเอง โดยมีได้มอบให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง

ค. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

(ค.1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(ค.2) ในกรณีของเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ เช่น

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ (ตามมาตรา 30 วรรค 3) หรือมีเหตุผลข้อยกเว้นอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ (หลักความได้สัดส่วน)

ง. การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค

จ. องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้ อย่างชัดเจนหรือไม่

6.1.4 กฎหมายที่ตราขึ้นโดยขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ

(1) หลักกฎหมายทั่วไป ย่อมเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบได้ เช่น “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ถึงแม้ในปัจจุบันได้มีการบัญญัติรับรองไว้แล้วใน



มาตรา 29 วรรคแรก แม้ว่ามิได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคแรกก็สามารถนำหลักดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบได้ เพราะถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือ “หลักความแน่นอนชัด” เป็นหลักที่เรียกร้องความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถดำเนินการให้เป็นตามข้อเรียกร้องของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา หรือ “หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง” หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา แต่ในขอบเขตของกฎหมายอื่น อาจตรวจกฎหมายให้มีผลย้อนหลังได้แต่จะต้องพิจารณาหลักอื่นๆ ประกอบด้วย²

(2) หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมนำมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ เช่น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิแล้วแต่มอบให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียด นอกจากจะเป็นการขัดกับหลักเงื่อนโซของรัฐธรรมนูญที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ยังถือว่าเป็นการขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หรือการตรวจกฎหมายโดยกำหนดให้การวินิจฉัยของคณะกรรมการไม่อาจถูกโต้แย้งไปศาลได้ ถือว่าเป็นการขัดกับหลักพื้นฐานของหลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักสำคัญพื้นฐานในการร่างรัฐธรรมนูญ

6.2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน

ความหมายของสิทธิมนุษยชนที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปนั้นจะยึดถือตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นหลัก และตามที่นักวิชาการหลายท่านมีความเห็นว่า ปฏิญญาดังกล่าวได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว ซึ่งหลักๆ ได้ให้นิยามไว้ว่าหมายถึง “สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งจำเป็นในการใช้ชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีสมกับความเป็นมนุษย์ โดยมีลักษณะติดตัวกับผู้ทรงสิทธิและไม่อาจพรากจากผู้ทรงสิทธิได้”³ ประกอบกับความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

² รายละเอียดโปรดดู บรรณเจต สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2552, หน้า 234.

³ เสรี นนทสูติ, โครงการเฉลิมพระเกียรติ สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2540) หมวดองค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ เรื่อง 3 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ; สถาบันพระปกเกล้า กรุงเทพฯ : องค์การคำครุสภา, 2545 หน้า 5.

พ.ศ. 2542 มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้ความหมาย “สิทธิมนุษยชน” หมายความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม” ซึ่งอาจแยกความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ตามความหมายของพระราชบัญญัติดังกล่าวประกอบกับบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว อาจสรุปหลักเกณฑ์ที่นำไปสู่การกระทบสิทธิมนุษยชนได้ ดังนี้

ก. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย

ข. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม

ค. จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of Law) หลักความเป็นธรรม (equity) และการกระทำทางกฎหมาย (juristic act) สำหรับกฎหมายที่อาจกระทบต่อสิทธิมนุษยชนนั้นอาจแยกพิจารณาได้หลายลักษณะ ในที่นี้แบ่งกฎหมายที่อาจกระทบต่อสิทธิมนุษยชนตามลักษณะของการกระทบสิทธิมนุษยชนของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ได้ดังนี้

(1) กฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามอันเนื่องมาจากการเป็นบุคคลล้มละลาย

การกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของบุคคลอันเนื่องมาจากการเป็นบุคคลล้มละลาย โดยนำไปเป็นเงื่อนไขของการเป็นพนักงานหรือข้าราชการ หรือเป็นเงื่อนไขของการประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการ การกำหนดคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้ามหรือเงื่อนไขอาจถือได้ว่าเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคหรือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะตามหลักความเสมอภาคนั้น พึงถือหลักว่าจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญที่เหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกัน ประเด็นข้อพิจารณาสำคัญสำหรับบุคคลที่ล้มละลายถือว่ามีสาระสำคัญต่างจากบุคคลที่ไม่ล้มละลายหรือไม่ ซึ่งจะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างจากบุคคลล้มละลาย ซึ่งเป็นกรณีที่น่าจะถือได้ว่าเป็นการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้ด้วยอย่างของกฎหมายดังกล่าว เช่น



(1.1) พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542

มาตรา 19 “เลขาธิการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้...

(6) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย”

(1.2) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 8 “ให้คณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตโดยเปิดเผยเป็นการทั่วไปเพื่อให้ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการได้ทราบล่วงหน้าเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาต วิธีการขอรับใบอนุญาต และหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตซึ่งจะต้องกำหนดให้แตกต่างกันตามประเภทของใบอนุญาตตามมาตรา 7 และสอดคล้องกับกิจการโทรคมนาคมแต่ละลักษณะและประเภท และต้องเป็นไปตามแนวทางการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ และการอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่กำหนดไว้ในแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคมและแผนความถี่วิทยุตามกฎหมายว่าด้วยองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

ประกาศตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาต วิธีการขอรับใบอนุญาต เอกสารหลักฐานหรือข้อมูลที่จำเป็นต้องใช้ในการอนุญาต วิธีการพิจารณาในการออกใบอนุญาต ระยะเวลาการพิจารณาอนุญาตของคณะกรรมการ ขอบเขตการอนุญาตให้ประกอบกิจการ กรอบระยะเวลาขั้นสูงและขั้นต่ำที่จะอนุญาตให้ประกอบกิจการ รวมทั้งเงื่อนไขอื่นที่จำเป็นสำหรับการประกอบกิจการ

ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้...

(2) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย...

(6) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด สำหรับการขอรับใบอนุญาตแต่ละประเภทตามมาตรา 7...”

(1.3) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

มาตรา 16 “คนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตได้ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้...

(4) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย”

(1.4) พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542

มาตรา 10 “กรรมการตามมาตรา 8 (1) ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(3) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย”

(1.5) พระราชบัญญัติการประกอบอาชีพงานก่อสร้าง พ.ศ. 2522

มาตรา 9 “สมาชิกสถาบันผู้รับงานก่อสร้างมีสองประเภท คือ

(1) สมาชิกสามัญ ได้แก่ผู้มีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้...

(ข) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย”

(1.6) พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540

มาตรา 7 “จุฬาราชมนตรีต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(7) ไม่เป็นหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลาย”

(2) กฎหมายจำกัดสิทธิในการเข้าทำงานของบุคคลซึ่งเคยต้องโทษจำคุก

กฎหมายที่จำกัดสิทธิในการเข้าทำงานอาจบัญญัติไว้หลายลักษณะ เช่น “ต้องไม่เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก” หรือ “ต้องไม่เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” หรือ “ต้องไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ” หรือ “ต้องไม่เป็นผู้ประพฤติดัวไม่เหมาะสม” หรือ “ต้องไม่เคยเป็นผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติแห่งวิชาชีพ” หรือ “ต้องไม่เป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดี” เช่น

(2.1) พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474

มาตรา 6 “ห้ามมิให้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ร้องขอตามความในมาตรา 5 เว้นแต่ผู้นั้นจะมีคุณสมบัติและพ้นความรู้ดังต่อไปนี้

(3) เป็นผู้ที่ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ส่วนที่ 5 หมวดที่ 5 หมวดที่ 6 หมวดที่ 7 หมวดที่ 8 และส่วนที่ 9 หมวดที่ 1 หมวดที่ 2 หมวดที่ 3 หมวดที่ 4 หมวดที่ 5 และหมวดที่ 6”



(2.2) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521

มาตรา 33 “ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(10) ไม่เป็นผู้เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

(2.3) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

พ.ศ. 2547

มาตรา 30 “ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยสภาครูและบุคลากรทางการศึกษาสำหรับการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพครูและบุคลากรทางการศึกษา ผู้ซึ่งจะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาได้ต้องมีคุณสมบัติทั่วไปดังต่อไปนี้

(10) ไม่เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

(2.4) พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547

มาตรา 13 “สมาชิกสภามัญต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(5) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่เป็นการประพฤติดังจริยบรรณอันจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพตามที่กำหนดในข้อบังคับสภาวิชาชีพบัญชี”

(2.5) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. 2518

มาตรา 24 “ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญ ต้องมีคุณสมบัติทั่วไปดังต่อไปนี้

(9) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

(2.6) พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457

มาตรา 12 “ผู้ที่จะได้รับเลือกเป็นผู้ใหญ่บ้านต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(10) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ และยังไม่พ้นกำหนดเวลาสิบปีนับแต่วันพ้นโทษ”

(2.7) พระราชบัญญัติหอพัก พ.ศ. 2507

มาตรา 8 “เจ้าของหอพักต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(4) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดที่เป็นลหุโทษหรือความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท”

(2.8) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม

พ.ศ. ๒๕๔๓

มาตรา 26 “ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือ ผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(9) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

(2.9) พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542

มาตรา 32 “ผู้ขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(4) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด ในคดีที่คณะกรรมการวิชาชีพเห็นว่าอาจจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ”

(2.10) พระราชบัญญัติการประกอบอาชีพงานก่อสร้าง พ.ศ. 2522

มาตรา 9 “สมาชิกสถาบันผู้รับงานก่อสร้างมีสองประเภท คือ

(1) สมาชิกสามัญ ได้แก่ผู้มีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

(ง) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุกในคดีซึ่งคณะกรรมการสถาบันผู้รับงานก่อสร้างเห็นว่าอาจนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งอาชีพ”

(2.11) พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535

มาตรา 19 “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นช่างรังวัดเอกชนต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(9) ไม่เคยต้องโทษจำคุกในคดีที่เกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริตแห่งวิชาชีพ”

(2.12) พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528



มาตรา 35 “ผู้ขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตต้องมีคุณสมบัติ
ดังต่อไปนี้

(6) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกใน
คดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ”

(2.13) พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535

มาตรา 69 “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันชีวิต ต้องมี
คุณสมบัติดังต่อไปนี้

(4) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกใน
ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่กระทำโดยทุจริต เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี
ก่อนวันขอรับใบอนุญาต”

(2.14) พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535

มาตรา 64 “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันวินาศภัย ต้อง
มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(4) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกใน
ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่กระทำโดยทุจริต เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี
ก่อนวันขอรับใบอนุญาต”

(2.15) พระราชบัญญัติพัฒนาระบบมาตรวิทยาแห่งชาติ พ.ศ. 2540

มาตรา 16 “ผู้อำนวยการต้อง

(6) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก
เว้นแต่ในความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

(2.16) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ. 2535

มาตรา 9 “ผู้ซึ่งจะได้รับแต่งตั้งเป็นข้าราชการการเมืองตำแหน่งอื่น
นอกจากตำแหน่งรัฐมนตรี ต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(7) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก
เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ”

(2.17) พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528

มาตรา 11 “สภาการพยาบาลประกอบด้วยสมาชิก 2 ประเภท คือ

(1) สมาชิกสามัญ ได้แก่ผู้มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(ง) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด หรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ”

(2.18) พระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545

มาตรา 13 “ผู้สมัครเป็นสมาชิกสัตวแพทย์สภาต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(4) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ”

(2.19) พระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2537

มาตรา 12 “ผู้สมัครเป็นสมาชิกทันตแพทย์สภาต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(4) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ”

(2.20) พระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537

มาตรา 12 “ผู้สมัครเป็นสมาชิกสภาเภสัชกรรมต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(4) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ”

(2.21) พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2524

มาตรา 11 “สมาชิกแพทยสภาได้แก่ผู้มีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

(4) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ”

(3) กฎหมายที่วางบทสันนิษฐานของกฎหมายให้มีความผิด

การกำหนดโทษและหลักความรับผิดในทางอาญาถือว่าเป็นหลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญและตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง



พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2531

มาตรา 50 “เครื่องมือแพทย์ที่ไม่ปลอดภัยในการใช้ หมายความว่า เครื่องมือแพทย์ที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เครื่องมือแพทย์ที่ใช้ได้ครั้งเดียว และผ่านการใช้ไปแล้ว
- (2) เครื่องมือแพทย์ที่ผลิตหรือเก็บรักษาโดยไม่ถูกสุขลักษณะ
- (3) เครื่องมือแพทย์ที่มีสิ่งอื่นแปลกปลอม หรือสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพปนอยู่ด้วย

(4) เครื่องมือแพทย์ที่มีสารอันสลายได้รวมอยู่ด้วย และอาจทำให้เกิดพิษอันเป็นอันตรายแก่ผู้ใช้

(5) เครื่องมือแพทย์ที่มีคุณสมบัติที่ไม่เป็นที่เชื่อถือ

(6) เครื่องมือแพทย์ที่ออกแบบหรือผลิตซึ่งหากนำไปใช้อาจเป็นผลให้เกิดอันตรายแก่ผู้ใช้

(7) เครื่องมือแพทย์ที่มีการแสดงฉลากหรือเอกสารกำกับไม่เป็นไปตามมาตรา 44 หรือมาตรา 45 ซึ่งอาจเป็นผลให้เกิดอันตรายแก่ผู้ใช้

กรณีที่มีการฟ้องผู้รับอนุญาตต่อศาล ผู้อนุญาตจะสั่งพักใช้ใบอนุญาตไว้รอคำพิพากษาถึงที่สุดก็ได้ บทบัญญัติดังกล่าว”

(4) กฎหมายที่การละเมิดสิทธิของบุคคลโดยการเกณฑ์แรงงานและการละเมิดต่อกรรมสิทธิ์

การเกณฑ์แรงงานอาจกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้นการเกณฑ์แรงงานในบางกรณีอาจไม่เข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังเป็นการขัดต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530

มาตรา 10 “การเกณฑ์ในเวลาปกติกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการเกณฑ์เพื่อการฝึกการทหารที่จำเป็นต้องมีพลเรือนเข้าร่วมในการฝึกนั้น”

มาตรา 11 “การเกณฑ์ตามมาตรา 10 อาจเกณฑ์ทัพย์สินได้ดังต่อไปนี้

(1) สถานที่สำหรับใช้พักแรมหรือสร้างที่พักแรม

(2) เชื้อเพลิง น้ำมันเชื้อเพลิง สิ่งหล่อลื่น และก๊าซ

(3) ยานพาหนะพร้อมด้วยอุปกรณ์และเครื่องมือเครื่องใช้
สำหรับการซ่อมบำรุงยานพาหนะนั้น

(4) สัตว์พาหนะพร้อมด้วยเครื่องผูกเทียมและเครื่องใช้สำหรับ
สัตว์พาหนะนั้น”

(5) กฎหมายที่ขัดหลักความรับผิดชอบของรัฐ

หลักความรับผิดชอบของรัฐเป็นหลักที่บัญญัติรับรองคุ้มครองโดยบทบัญญัติ
ของรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พุทธศักราช ๒๔๗๗

มาตรา 8 “กรมไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในการที่ไปรษณีย์ภัณฑ์ซึ่งอยู่ใน
ระหว่างส่งทางไปรษณีย์สูญหาย ส่งผิด เน้นซ้ำ แดกหัก หรือบุบสลาย เว้นไว้แต่ในกรณี
พิเศษที่มีกฎหมาย หรือกฎข้อบังคับระบุไว้แจ้งชัดว่าต้องเสียค่าทำขวัญ”

6.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายใน
เกณฑ์ทางเนื้อหานั้น อาจแยกหลักเกณฑ์ในการพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังนี้ 6.3.1
หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ 6.3.2 หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของ
รัฐธรรมนูญ และ 6.3.3 หลักเกณฑ์มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ 6.3.4 หลักกฎหมายทั่วไป
และหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

6.3.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

สำหรับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ โดยพิจารณา
จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดสิทธิ
และเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในการพิจารณาว่ากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น
ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาก่อนว่ากฎหมายนั้นไปจำกัดสิทธิ
และเสรีภาพในเรื่องใด เช่น มีประเด็นข้อพิจารณาว่าการที่คณะกรรมการการเลือกตั้ง
(ก.ก.ต.) ห้ามทำโพลและเผยแพร่โพลก่อนวันเลือกตั้ง การห้ามของ ก.ก.ต. ดังกล่าว
จะเป็นการห้ามที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณา ดังนี้



ประเด็นที่หนึ่ง การห้ามทำโพลเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใด หากกล่าวอ้างว่า การทำโพลเป็นเรื่องของเสรีภาพในทางวิชาการ ตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ”

ประเด็นที่สอง การทำโพลอยู่ในความหมายของ “เสรีภาพในทางวิชาการ” หรือไม่ หากพิจารณาแล้วว่าการทำโพลอยู่ในความหมายของ “เสรีภาพในทางวิชาการ” การทำโพลย่อมได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 50 ซึ่งวรรคสองบัญญัติว่า “การศึกษาบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” แต่หากพิจารณาแล้ว เห็นว่าการทำโพลไม่อยู่ในความหมายของ “เสรีภาพในทางวิชาการ” กรณีนี้การที่ ก.ก.ต. ห้ามการทำโพลย่อมไม่อยู่ในขอบเขตของ “เสรีภาพในทางวิชาการ” ตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไร การจำกัดสิทธิดังกล่าวจึงไม่เป็นการขัดต่อมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ

(2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

กรณีของการห้ามทำโพลของ ก.ก.ต. ดังกล่าวข้างต้นหากอ้างว่าเป็นเรื่องของเสรีภาพในทางวิชาการแล้ว ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การห้ามทำโพลและเผยแพร่โพลดังกล่าวอยู่ในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 50 หรือไม่ ซึ่งตามมาตรา 50 วรรคสองบัญญัติว่า “การศึกษาบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ขอบเขตของเสรีภาพในทางวิชาการที่ได้รับการคุ้มครองมี ดังนี้ (1) การศึกษาบรม (2) การเรียนการสอน (3) การวิจัย (4) การเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการ หากการห้ามของ ก.ก.ต. เป็นการห้ามในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองในกรณีใดกรณีหนึ่งย่อมถือได้ว่า การห้ามของ ก.ก.ต. นั้นเข้ามาจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ หากการห้ามของ ก.ก.ต. ไม่อยู่ในขอบเขตของ 4 กรณีดังกล่าว กรณีนี้ก็ไมถือว่าต้องห้ามตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแต่อย่างไร

(3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

ก) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่เงื่อนไขกฎหมายเฉพาะ กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่มีเงื่อนไขเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น การจำกัดสิทธิ

และเสรีภาพในเรื่องนั้นจะกระทำได้เฉพาะตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น เช่น เสรีภาพในการเดินทางตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 นั้น การจะจำกัดเสรีภาพในการเดินทางให้กระทำได้เฉพาะกรณีที่กำหนดไว้ในวรรคสองเท่านั้น กล่าวคือ เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ดังนั้นหากมีการออกกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เยาว์ออกนอกเคหสถานหลังเวลา 22.00 น. การห้ามดังกล่าวย่อมอยู่ในความมุ่งหมายของมาตรา 34 วรรคสองของรัฐธรรมนูญที่มีความมุ่งหมายเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ แต่อย่างไรก็ตาม ก็จะต้องพิจารณาว่าจะเป็นการขัดหลักอื่นอีกหรือไม่

ข) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่น หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น ตามมาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” เสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลในกรณีนี้ถือว่าเป็นเสรีภาพทั่วไปของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดที่หากไม่มีกฎหมายห้าม สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายมิได้บัญญัติเงื่อนไขการจำกัดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นหากจะมีการจำกัดเสรีภาพในการกระทำการใดของบุคคลจะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่นหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นตามรัฐธรรมนูญ เช่น หากจะมีการตรากฎหมายห้ามมิให้มีการรับจ้างในการตั้งครุฑแทนมารดา กฎหมายดังกล่าวเท่ากับเป็นการจำกัดเสรีภาพทั่วไปของบุคคลในการทำข้อตกลงใดๆ ระหว่างเอกชนกับเอกชน การตรากฎหมายห้ามดังกล่าวจะต้องมีความมุ่งหมายอื่นตามรัฐธรรมนูญ เช่น เพื่อเป็นการจำกัดการใช้สิทธิของบุคคลเพราะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น หากเป็นการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ไม่มีเงื่อนไขเฉพาะ และการตรากฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่นหรือมิได้มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองวัตถุประสงค์อื่นของรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวอาจจะขัดกับเงื่อนไขดังกล่าวได้

ค) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกำหนดเองไว้เพียงพอหรือไม่ “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt)

หลักนี้เป็นข้อเรียกร้องว่าองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในกรณีนี้คือ รัฐสภาซึ่งมีความชอบธรรมในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ



และเสรีภาพของประชาชนได้ตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิของประชาชนหรือไม่ หรือจะจำกัดเพียงใดถือว่าเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดไว้ในกฎหมายให้มีความชัดเจนอย่างเพียงพอ หากฝ่ายนิติบัญญัติมิได้กำหนดสาระสำคัญดังกล่าวเอง หากแต่มอบอำนาจดังกล่าวให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนด ในกรณีนี้กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมขาดความแน่นอนชัดเจนอันเป็นการขัดกับหลักดังกล่าว เช่น พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร บัญญัติว่า “หากผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งโดยปราศจากเหตุผล ให้นำบุคคลนั้นถูกตัดสิทธิ การตัดสิทธิในเรื่องใดให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนด” กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวขาดความแน่นอนชัดเจนในเรื่องของสิทธิที่อาจถูกตัดตามประกาศของ ก.ก.ต. ซึ่งการตัดสิทธิดังกล่าวถือว่าเป็นสาระสำคัญซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายไม่อาจมอบอำนาจให้ ก.ก.ต. ไปประกาศกำหนดในเรื่องดังกล่าวได้

6.3.2 หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้⁴

- (1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่อาศัยตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)
- (2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมิผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง (มาตรา 29 วรรคสอง)
- (3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามหลักเท่าที่จำเป็นหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)
- (4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)
- (5) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิด้วย (มาตรา 29 วรรคสอง)

⁴ รายละเอียดโปรดดูบรรเจิด สิงคนัดดี, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2552, หน้า 234.

6.3.3 หลักเกณฑ์มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ นั้นประกอบด้วยหลักต่างๆ ดังนี้ (1) ความเสมอภาคกันในกฎหมาย ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง (2) หลักความมีสิทธิเท่าเทียมกันของชายและหญิง ตามมาตรา 20 วรรคสอง และ (3) หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 30 วรรคสาม ในการตรวจสอบว่ากฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 หรือไม่มีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

(1) กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันสำหรับข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนหรือไม่

(2) กฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักเงื่อนไขการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt) หรือไม่ กล่าวคือ กฎหมายฉบับนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดสิ่งอันเป็นสาระสำคัญเอง โดยมีได้มอบให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง

(3) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค มีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ข) ในกรณีของเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ หรือไม่ เช่น

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ (ตามมาตรา 30 วรรค 3) หรือมีเหตุผลข้อยกเว้นอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ (หลักความได้สัดส่วน)

(4) การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาคมีการตรวจสอบ 4 ระดับ⁵ ดังนี้

ก) ประการแรกฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีความชัดเจนต่อความแตกต่างที่ปรากฏในทางข้อเท็จจริงอย่างสมบูรณ์และปราศจากความผิดพลาด และจะต้อง ประเมิน

⁵ Paul Kirchhof, Gleichheit vor dem Grundgesetz, NJW 1987, S. 23563



พื้นฐานที่ถูกต้องเป็นจริงนั้นโดยเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติเองในการที่กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันการกำหนดกลุ่มบุคคลที่จะใช้ในการเปรียบเทียบกับดีหรือการกำหนดลักษณะขององค์ประกอบที่ดี ย่อมขึ้นกับความมุ่งหมายของกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ

ข) ความเหมือนกันหรือความแตกต่างกันของเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่น่าไปสู่การบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องมีการประเมินภายในขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไป และหากมีการกำหนดให้แตกต่างกันความต่างนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้แล้ว ในกรณีเป็นไปตาม “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป” (Systemgerechtigkeit in der Gesamtrechtsordnung) หลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการประเมินตามความเสมอภาค คือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังรวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่ได้รับหลักการมาจากรัฐธรรมนูญ

ค) นอกเหนือจาก “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป” แล้วกฎเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เฉพาะของกฎหมายในขอบเขตของเรื่องนั้นๆ ด้วย หรือที่เรียกว่า “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายเฉพาะเรื่อง” (Systemgerechtigkeit innerhalb eines Teilsystems)

ง) ในการบัญญัติกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง การตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติบนพื้นฐานของความสอดคล้องกันของระบบกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความคิดพื้นฐานและทำให้แต่ละองค์ประกอบของกฎหมายนั้นมีผลในทางปฏิบัติ

(5) องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือไม่

6.3.4 กฎหมายที่ตราขึ้นโดยขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ

(1) หลักกฎหมายทั่วไป ย่อมเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบดังเช่น ในระบบกฎหมายของตะวันตก กล่าวคือ หลักที่ว่า

-“นิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง”

-“นิติกรรมทางปกครองต้องมีความแน่นอนชัดเจน”

-“การบริการสาธารณะจะต้องต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก”

-“การรับฟังบุคคลซึ่งนิติฐานะของเขาอาจได้รับความกระทบกระเทือนจากมาตรการทางปกครอง ก่อนที่ออกมาตรการนั้น”

-“ความคาดหวังอันชอบธรรมของบุคคลจะต้องได้รับความคุ้มครอง”

-“หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ถึงแม้ในปัจจุบันได้มีการบัญญัติรับรองไว้แล้วในมาตรา 29 วรรคแรก แม้ว่ามีได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคแรก ก็สามารถนำหลักดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบได้ เพราะถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

-“หลักความแน่นอนชนิด” เป็นหลักที่เรียกร้องความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถดำเนินการให้เป็นตามข้อเรียกร้องของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา

-“หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง” หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา แต่ในขอบเขตของกฎหมายอื่น อาจตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังได้แต่จะต้องพิจารณาหลักอื่นๆ ประกอบด้วย⁶

(2) หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมนำมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ เช่น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิแล้ว แต่มอบให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียด นอกจากนี้จะเป็นการขัดกับหลักเงื่อนไขของรัฐสภาดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ยังถือว่าเป็นการขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หรือการตรากฎหมายโดยกำหนดให้การวินิจฉัยของคณะกรรมการไม่อาจถูกโต้แย้งไปศาลได้ ถือว่าเป็นการขัดกับหลักพื้นฐานของหลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักสำคัญพื้นฐานในการร่างรัฐธรรมนูญสำหรับหลักนิติรัฐโดยภาพรวมกล่าวคือทั้งส่วนที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและส่วนที่เป็นผลมาจากการตีความหลักนิติรัฐทั่วไปนั้น มีรายละเอียดดังนี้⁷

1) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชน

⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, หน้า 27.

⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว, หน้า 411.



- 2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)
- 3) การที่กฎหมายตามรูปแบบทั้งหลาย ย่อมมีผลผูกพันองค์กรต่างๆ
ของรัฐ
- 4) หลักที่ว่ากฎหมายย่อมเป็นเงื่อนไขในการดำเนินการทั้งหลายของ
ฝ่ายปกครอง
- 5) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสิทธิฟ้องร้องให้หน่วยงาน
ของรัฐรับผิด
- 6) หลักนิติรัฐทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งประกอบด้วย
หลักย่อย ดังนี้
- ก. หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (nullum crimen nulla poena sine lege)
 - ข. หลักการห้ามการลงโทษซ้ำ (ne bis in idem)
 - ค. หลักการรับผิดชอบต่อการกระทำของตนที่ควรแก่การตำหนิ (Schuldprinzip)
 - ง. หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์
 - จ. หลักการห้ามการบังคับให้กล่าวร้ายตนเอง
 - ฉ. หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย (in dubio pro reo)
 - ช. หลักการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา
 - ซ. หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ
- 7) หลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาโดยทั่วไป
- 8) หลักความมั่นคงของกฎหมาย
- ก. กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนและชัดเจน
 - ข. ความต่อเนื่องของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย
 - ค. หลักเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง
 - ง. หลักเกี่ยวกับคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล
 - จ. กรณีความขัดแย้งระหว่างหลักความมั่นคงของกฎหมายกับหลักที่ว่ากรปกครองต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย

6.4 ผลผูกพันของสนธิสัญญาในกรณีที่ฝ่ายบริหารได้ลงนามในสนธิสัญญาแล้ว ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น มีผลทำให้สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นกฎหมายภายในหรือไม่

โดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาจะจัดทำขึ้นได้ก็โดยอาศัยการแสดงเจตนาขั้นสุดท้ายของรัฐบาลต่างๆ ในการเข้าร่วมผูกพันตามข้อกำหนดของสนธิสัญญา ซึ่งกระบวนการจัดทำสนธิสัญญานั้นประกอบด้วยขั้นตอนต่างๆ โดยอาจแบ่งออกได้เป็นสามขั้นตอนใหญ่ๆ คือ ขั้นตอนการเจรจา (Negotiation) ขั้นตอนการลงนาม (Signature) และการให้สัตยาบัน (Ratification) แก่สนธิสัญญา⁸ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญของประเทศโดยส่วนใหญ่แล้วมักจะมีกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเข้ามาเกี่ยวข้องในขั้นตอนก่อนการให้สัตยาบัน

⁸ กระบวนการทำสนธิสัญญาซึ่งแบ่งออกเป็นสามขั้นตอนดังกล่าว จะถูกนำมาใช้กับการทำสนธิสัญญาแบบเต็มรูปแบบที่จำเป็นต้องมีการให้สัตยาบัน ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นในนามของประมุขแห่งรัฐและทำขึ้นตามกระบวนการจัดทำสนธิสัญญาเต็มขั้นตอนคือ มีการเจรจา มีการลงนามและมีการให้สัตยาบัน ซึ่งการให้สัตยาบันเพื่อเป็นการแสดงเจตนายินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐนั้น อาจแยกพิจารณาออกเป็นสองความหมายคือ การให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ และการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาตามกฎหมายภายใน

การให้สัตยาบันตามกฎหมายระหว่างประเทศ (international ratification) หมายถึง การแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นกระบวนการภายนอกรัฐ อันถือเป็นอำนาจโดยแท้ของฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้อำนาจในการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอำนาจอิสระของฝ่ายบริหาร แต่ในบางกรณี รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ อาจกำหนดให้ การทำสนธิสัญญาบางประเภทของฝ่ายบริหารต้องมาขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเสียก่อนฝ่ายบริหารจึงจะมีอำนาจให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาดังกล่าว เราเรียกกระบวนการนี้ว่า “การให้สัตยาบันตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional ratification)”

อย่างไรก็ดี หากเป็นการทำสนธิสัญญาที่เรียกว่า “สนธิสัญญาแบบย่อ” แล้ว ตามบทบัญญัติในมาตรา 12 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) ยอมรับว่าการจัดทำสนธิสัญญาแบบย่อนี้สามารถทำได้เมื่อรัฐคู่สัญญาต่างตกลงให้เป็นเช่นนั้น ดังนั้น การจัดทำสนธิสัญญาแบบย่อจึงทำได้ง่ายกว่าการจัดทำสนธิสัญญาแบบเต็มพิธี กล่าวคือ สนธิสัญญาแบบย่อนี้ไม่จำเป็นต้องมีการตรวจสอบเรื่องอำนาจเต็ม ความยินยอมของรัฐในการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาประเภทนี้จึงกระทำได้โดยเพียงการลงนามโดยผู้แทนของรัฐเท่านั้น สนธิสัญญาแบบย่อจึงมีผลใช้บังคับโดยไม่ต้องมีการกระทำใดๆ ภายหลังจากการลงนามอีก การลงนามในสนธิสัญญาประเภทนี้ส่งผลในทางกฎหมายสองประการคือ ประการแรก เป็นการยืนยันความถูกต้องแท้จริงของสนธิสัญญา และเป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอมของรัฐ จากการทำสนธิสัญญาที่มีผลบังคับโดยอาศัยเพียงการลงนามเพียงขั้นตอนเดียวเช่นนี้ เราจึงเรียกสนธิสัญญาประเภทนี้ว่าสนธิสัญญาแบบย่อ ซึ่งสนธิสัญญาแบบย่อนี้ไม่มีความแตกต่างกับแต่บทสนธิสัญญาเต็มรูปแบบในสาระและผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด



แก่สนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร⁹ โดยการที่ฝ่ายบริหารต้องนำเสนอสนธิสัญญาที่มีความสำคัญมาขอความเห็นชอบต่อรัฐสภาเสียก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ภายหลังจากรัฐภาคีคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนามในสนธิสัญญาแล้ว สนธิสัญญานั้นย่อมมีผลสมบูรณ์ผูกพันรัฐคู่สัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อไปจึงเป็นขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการทำสนธิสัญญาที่รัฐต้องกลับมาดำเนินการภายในรัฐคือ รัฐภาคีคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาด้วยการทำให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศ¹⁰

แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเกี่ยวข้องกับกรทำหนังสือสัญญาในระบบกฎหมายไทยทุกฉบับจนถึงปัจจุบันจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญไทยมิได้กำหนดเกี่ยวกับวิธีการทำให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐไว้อย่างชัดเจน และในขณะเดียวกันก็ได้มีบทบัญญัติรับรองให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้โดยตรงดังเช่นประเทศฝรั่งเศส แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “หนังสือสัญญา... หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา... ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา...” แสดงให้เห็นว่า หนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศไทยจนกว่าฝ่ายบริหารจะได้ดำเนินการต่างๆ ให้เป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- ก. หนังสือสัญญาจะต้องทำขึ้นโดยคณะรัฐมนตรี
- ข. ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องชี้แจงข้อมูลเกี่ยวกับร่างหนังสือสัญญาและต้องนำ

⁹ หากเป็นสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องนำเสนอสนธิสัญญาเหล่านั้นมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน แต่หากเป็นสนธิสัญญาตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ถือเป็นอำนาจอิสระของฝ่ายบริหารที่จะดำเนินการลงนามในสนธิสัญญาเหล่านั้นได้โดยไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีก

¹⁰ กระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไปมีอยู่ 10 ขั้นตอนซึ่งอาจแยกพิจารณาออกเป็นสองระดับที่มีความสัมพันธ์กันคือ กระบวนการในระดับระหว่างประเทศและกระบวนการระดับภายในประเทศ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน จันทรจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เศษฐสมณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาทำความตกลงการค้าเสรี, (กรุงเทพมหานคร : เสนอต่อ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2549), หน้า 14-24.

กรอบการเจรจาและร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้ง นอกจากนี้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามประชาชนตามมาตรา 190 วรรคสามถึงวรรคสี่

ค. การมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญจะต้องมีกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาเสมอ ซึ่งอาจอยู่ในรูปของการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการฉบับใหม่หรือมีกฎหมายรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าอยู่แล้ว ซึ่งในทางปฏิบัติของไทยปรากฏว่าบางกรณีฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อให้พันธกรณีในหนังสือสัญญาในเรื่องนั้นๆ มีผลใช้บังคับภายในประเทศอีกด้วย

ง. กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาและหนังสือสัญญาต้องได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนและองค์กรของรัฐซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา

สำหรับสนธิสัญญาที่ไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับภายในรัฐไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาว่าสนธิสัญญากลุ่มนี้จะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้โดยวิธีใด¹¹ หากพิจารณาตามหลักการใช้กฎหมายในแง่ของเวลาแล้ว กฎหมายจะมีผลใช้บังคับกับประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาแล้วเท่านั้นซึ่งหากฝ่ายบริหารประสงค์จะให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับภายในรัฐ ฝ่ายบริหารย่อมมีหน้าที่ต้องนำสนธิสัญญามาประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาทั้งนี้เพื่อให้มีผลผูกพันประชาชนและองค์กรของรัฐต่างๆ ซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา อย่งไรก็ดี กฎหมายที่จะใช้บังคับกับประชาชนในที่นี้

¹¹ ในทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารถือหลักว่าเป็นอำนาจดุลพินิจโดยแท้ของกรมสนธิสัญญาและกฎหมายกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นหน่วยงานดังกล่าวจะคัดเลือกตีพิมพ์เฉพาะสนธิสัญญาที่สำคัญเท่านั้นมิใช่ทั้งหมดความสำคัญ เช่น หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือหน้าที่ของประชาชน หรือหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา หากเป็นหนังสือสัญญาซึ่งไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือเป็นสนธิสัญญาที่หน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องเห็นว่าหนังสือสัญญานั้นมิได้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ หน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องอาจจะไม่นำหนังสือสัญญาดังกล่าวประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเพียงแต่เผยแพร่ให้รู้ในหมู่ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติของหน่วยงานนั้นๆ และหนังสือสัญญานั้นไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน



มิใช่ตัวสนธิสัญญาโดยตรง หากแต่เป็นกฎหมายไทยที่มีเนื้อความสอดคล้องกับเนื้อหาของสนธิสัญญาเท่านั้นที่รัฐจะใช้อ้างเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการกระทำการต่างๆ ได้

ตัวอย่างคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นว่า การลงนามในสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาแต่เพียงอย่างเดียว ไม่มีผลทำให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐจนกว่ารัฐสภาจะมีการออกกฎหมายภายในรองรับอีกชั้นหนึ่ง

คำพิพากษาฎีกาที่ 2956/2525 คดีระหว่าง บริษัทโรตราโค ประเทศไทย จำกัด โจทก์ และกรมสรรพากร จำเลย

ในเรื่องนี้ โจทก์กล่าวอ้างว่าบริษัทหรือนิติบุคคลหลายรายที่โจทก์ติดต่อทำการค้าด้วยเป็นบุคคลที่อยู่ในบังคับของกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และอยู่ในบังคับของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งประเทศทั้งสองทำความตกลงกับประเทศไทยเพื่อเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเงินได้สำหรับบุคคลและนิติบุคคลซึ่งอยู่ในบังคับของประเทศที่ทำความตกลงในกรณีทำการค้าระหว่างกัน โดยความตกลงระหว่างประเทศไทยกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและความตกลงระหว่างประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่นได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาทั้งสองฉบับ¹² ผลของความตกลงดังกล่าวทำให้บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งก่อตั้งหรืออยู่ในบังคับของกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและอยู่ในบังคับของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีเงินได้ในประเทศไทย และได้ชำระภาษีเงินได้จากเงินดังกล่าวในประเทศของตนไปแล้วย่อมได้รับการยกเว้นไม่ต้องชำระภาษีเงินได้จากเงินดังกล่าวในประเทศไทยอีก เมื่อความตกลงดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการทำให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐแล้ว ข้อกล่าวอ้างของโจทก์ว่าได้รับประโยชน์จากความตกลงดังกล่าว จึงต้องเป็นเรื่องที่ศาลรู้เองได้โดยไม่ต้องให้โจทก์นำสืบอีกแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามศาลฎีกาเห็นว่า “...โจทก์มิได้นำสืบเลยว่าความตกลงเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศญี่ปุ่นมีอย่างไร อันจะทำให้บริษัท

¹² ประกาศใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่น เพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงการรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 80 ตอนที่ 97 ก ลงวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2506 หน้า 589. และประกาศใช้ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้และจากทุน ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 86 ตอนที่ 4 ก ลงวันที่ 14 มกราคม พ.ศ. 2512 หน้า 4.

ต่างประเทศได้รับยกเว้นภาษีเงินได้และโจทก์ได้รับประโยชน์จากความตกลงนั้น ทั้งปัญหาที่ว่าข้อตกลงมีอย่างไร เป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งโจทก์มีหน้าที่นำสืบ เมื่อโจทก์มิได้นำสืบ ข้ออ้างของโจทก์จึงรับฟังไม่ได้”

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาในข้างต้นไม่ได้ให้เหตุผลโดยชัดเจนว่าเหตุใดศาลจึงเห็นว่าอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนเป็นปัญหาข้อเท็จจริงทั้งที่อนุสัญญาดังกล่าวมีการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาโดยถูกต้อง ในทางตำรานั้นนักกฎหมายไทยบางท่านได้อธิบายเพิ่มเติมว่า เนื่องจากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนเป็นอนุสัญญาที่มีขอบเขตเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรซึ่งเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ¹³ ดังนั้นการที่จะให้อนุสัญญาดังกล่าวเป็นกฎหมายจึงต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญาตามมาตรา 162 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2521¹⁴ *ตราบใดที่ยังไม่มีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญา อนุสัญญาดังกล่าวก็ไม่ใช้กฎหมายจึงเป็นหน้าที่ของคุณความจะต้องนำสืบหรือพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าขอบทในอนุสัญญามีอยู่อย่างไร และกรณีของตนนั้นอยู่ในกรณีที่ได้รับการยกเว้นตามข้อบทนั้น ซึ่งหากนำสืบหรือพิสูจน์ได้ความฝ่ายนั้นย่อมได้รับการยกเว้นภาษีตามมาตรา 3 ของพระราชกฤษฎีกาฯ (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2508¹⁵ เมื่ออนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนไม่มีผลใช้บังคับภายในรัฐ ดังนั้น กรมสรรพากรจึงไม่อาจอ้างอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในการดำเนินการจัดเก็บภาษี*

¹³ มาตรา 3 แห่งประมวลรัษฎากร พุทธศักราช 2481 บัญญัติว่า “บรรดารัฐากรประเภทต่างๆ ซึ่งเรียกเก็บตามประมวลรัษฎากรนี้จะตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อการต่อไปนี้ก็ได้อคือ ... (2) ยกเว้นแก่บุคคลหรือองค์การระหว่างประเทศ ตามข้อผูกพันที่ประเทศไทยมีอยู่ต่อองค์การสหประชาชาติ หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือตามสัญญาหรือตามหลักกติกายที่ถือปฏิบัติต่อกับนานาประเทศ”

ต่อมาฝ่ายบริหารได้ดำเนินการออกพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2505 ที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 3 ว่า “ให้ยกเว้นภาษีอากรตามประมวลรัษฎากรแก่บุคคลตามสัญญาว่าด้วยการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่รัฐบาลไทยได้ทำไว้หรือจะจัดทำกับรัฐต่างประเทศ”

¹⁴ มาตรา 162 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอธิปไตยแห่งชาติ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา”

¹⁵ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, “การขจัดภาษีซ้อนระหว่างประเทศ,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 1 ปีที่ 17, หน้า 24-26, (มีนาคม 2530).



จากบุคคลซึ่งได้รับสิทธิตามอนุสัญญาในฐานะเป็นที่มาแห่งอำนาจได้จนกว่ารัฐสภาจะตรากฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาโดยถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ

จากประเด็นคำถามดังกล่าว อาจสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

ประเด็นแรก การลงนามในสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารภายหลังจากที่ได้ดำเนินการตามรัฐธรรมนูญโดยถูกต้อง ก่อให้เกิดผลผูกพันตามสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ส่งผลให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยต้องทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับภายในประเทศ ซึ่งจะมีวิธีการอย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับว่าสนธิสัญญาเหล่านั้นเป็นสนธิสัญญาประเภทใด

ประเด็นที่สอง การทำให้สนธิสัญญาที่มีความสำคัญตามวรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับภายในประเทศ ต้องมีกฎหมายภายในรองรับเสมอ ซึ่งหากยังไม่มีการออกกฎหมายภายในรองรับในเรื่องนั้น รัฐสภาย่อมมีหน้าที่ต้องตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้นเพื่อรองรับพันธกรณีดังกล่าว แต่หากพันธกรณีในเรื่องนั้นมีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้ว รัฐสภาไม่ต้องออกกฎหมายภายในรองรับอีก อย่างไรก็ดี ต้องพึงระวังว่า การลงนามซึ่งจะทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับโดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายภายในรองรับอีกนั้น ต้องผ่านกระบวนการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยถูกต้องเสียก่อนด้วย หากฝ่ายบริหารอ้างว่าพันธกรณีในสนธิสัญญาดังกล่าวมีกฎหมายรองรับอยู่แล้ว จึงไม่ต้องออกกฎหมายอีก แต่ปิดบังข้อเท็จจริงว่าสนธิสัญญาเหล่านั้นยังไม่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา กรณีย่อมไม่อาจถือได้ว่าสนธิสัญญาเหล่านั้นมีผลใช้บังคับภายในประเทศ เพราะปัญหาว่าสนธิสัญญาต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ กับปัญหาว่าสนธิสัญญานั้นต้องกฎหมายรองรับอีกหรือไม่ เป็นคนละประเด็นกันอย่างชัดเจน

บทที่ 7

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในส่วนของข้อสรุปและข้อเสนอแนะอาจแยกออกเป็น 3 ส่วน ดังนี้ 7.1 ระบบของกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน 7.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน 7.3 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบกับสิทธิมนุษยชน และ 7.4 ตัวอย่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน

7.1 ระบบของกฎหมายของต่างประเทศที่วินิจฉัยเกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือกฎหมาย ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

ประเทศฝรั่งเศส ถือแนวคิดแบบรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalisme) โดยแนวคิดนี้ยึดถืออำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นหลัก โดยถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ กฎหมายอื่นใดภายในรัฐจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในดินแดนของรัฐหนึ่งย่อมเป็นอำนาจของรัฐนั้นๆ ที่จะต้องพิจารณาซึ่งท้ายที่สุดแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจะมีลำดับที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญไปไม่ได้ และเป็นแนวคิดที่รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสถือปฏิบัติอยู่ในปัจจุบัน

ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเข้าไปมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญร่วมกับรัฐสภาในขั้นตอนการพิจารณาก่อนการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา (มาตรา 54) และในขั้นตอนก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติให้ความยินยอมแก่ฝ่ายบริหารแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา (มาตรา 61) ซึ่งกระบวนการทั้งสองขั้นตอนนี้ต้องกระทำก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของรัฐ ด้วยเหตุผลที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้ (contrôle a posteriori) จึงทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ยอมรับให้มีการเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยสนธิสัญญาภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งสภาแห่งรัฐก็ได้ถือตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน โดยสภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศภายหลังจาก



ที่ฝ่ายบริหารให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาไปแล้ว

สำหรับประเทศที่ถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น แม้กฎหมายพื้นฐานจะมีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า สนธิสัญญาซึ่งได้รับการแปลงรูปแล้วจะมีสถานะสูงกว่าหรือต่ำกว่ากฎหมายพื้นฐาน อย่างไรก็ตามหากพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานในมาตรา 25 ที่บัญญัติว่า “.....หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นสาระสำคัญ ส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์ มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และ ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตของสหพันธ์”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า“หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” มีลำดับชั้นสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความบทบัญญัติมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญนี้มีอยู่สองประเด็น กล่าวคือ ประเด็นแรก คำว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” มีความหมายว่าอย่างไรและหมายความรวมถึงสนธิสัญญาด้วยหรือไม่นั้น ในทางตำรากฎหมายมีความเห็นว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” ตามบทบัญญัติมาตรา 25 นี้หมายความรวมถึงหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปเท่านั้นไม่ได้หมายความรวมถึงสนธิสัญญาด้วย ปัญหาต่อมาคือ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์ (Gesetze) นี้จะหมายความรวมถึงรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวางหลักในการวินิจฉัยไว้ว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” ไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้นหลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์แต่ต้องอยู่ภายในกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญด้วย

ส่วนกรณีของสนธิสัญญาตามมาตรา 59 ของกฎหมายพื้นฐานนั้น เนื่องจากสนธิสัญญาจะมีผลบังคับเป็นกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ก็ต่อเมื่อมีการตรากฎหมายสหพันธ์รองรับ ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายความรวมถึงกฎหมายของมลรัฐด้วย กฎหมายสหพันธ์และกฎหมายมลรัฐเหล่านี้เป็นกฎหมายทั่วไปมิใช่กฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ดังนั้นค่าบังคับของสนธิสัญญาจึงเป็นไปตามสถานะของกฎหมายสหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐแต่จะมีค่าบังคับของสูงกว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์หรือรัฐธรรมนูญของมลรัฐไม่ได้

กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมัน ในระบบกฎหมายเยอรมัน การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht, Federal Constitutional Court) โดยภายหลังจากที่รัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องอาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาก่อนที่จะมีผลเป็นการให้ความยินยอมแก่ประธานาธิบดีเพื่อแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาได้ กระบวนการตรวจสอบเช่นว่านี้เป็นรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (die abstrakte Normenkontrolle) คือเป็นกรณีที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาเป็นคดีอยู่ในชั้นศาล แต่เป็นการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายนี้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาบทบัญญัติในเรื่องหลักประกันสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญอเมริกันซึ่งเป็นต้นแบบให้กับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศและเป็นหลักสำคัญในหลายประการในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนฉบับต่างๆ จะมีบทบาทสำคัญในฐานะเป็นกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่เป็นแม่บทและเป็นแกนสำคัญในพันธกรณีเรื่องดังกล่าว ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศโดยทั่วไปจึงแทบไม่มีความจำเป็นในการปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะในรัฐธรรมนูญอเมริกันล้วนมีบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญเหล่านี้ไว้เกือบครบหมดแล้ว หากจะเป็นการดำเนินการตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่สหรัฐอเมริกาต้องดำเนินการตามสนธิสัญญาเหล่านั้นประเทศสหรัฐอเมริกาก็จำเป็นต้องดำเนินการตามหลักทวินิยม (Dualism) ที่ต้องผ่านการพิจารณาของสภา Congress ในลักษณะเดียวกันกับแนวทางที่ประเทศไทยยึดถือ

การบัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนของไทยมีมานานนับตั้งแต่การมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้ในประเทศ และมีวิวัฒนาการเรื่อยมาทั้งด้านเนื้อหาสาระตามพันธกรณีระหว่างประเทศและบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติ วิสัสมบัญญัติ แนวนโยบายแผนพื้นฐานแห่งรับด้านสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญ การกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ



ให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และวิธีการบังคับใช้หลักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนในประเภทต่างๆ ตลอดจนการพัฒนาองค์กรผู้รับผิดชอบเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามพันธกรณีต่างๆ ด้วย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว...”

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นเพียงอำนาจในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งรวมทั้งสนธิสัญญา ข้อตกลงต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กล่าวโดยสรุปคือ สนธิสัญญาจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายไทย ก็ต่อเมื่อฝ่ายบริหารได้ดำเนินการตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. หนังสือสัญญาจะต้องทำขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ

ข. ในกรณีที่เป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องชี้แจงข้อมูลเกี่ยวกับร่างหนังสือสัญญา และต้องนำกรอบการเจรจาและร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้ง นอกจากนี้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามต่อประชาชนตามมาตรา 190 วรรคสามถึงวรรคสี่เสมอ

ค. การมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของหนังสือสัญญาจะต้องมีการออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาทุกครั้งซึ่งอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้า ซึ่งในทางปฏิบัติของไทยปรากฏว่าบางกรณีฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจในการออกกฎหมาย

ลำดับรองเพื่อให้พันธกรณีในหนังสือสัญญาในเรื่องนั้นๆ มีผลใช้บังคับภายในประเทศด้วย
 ง. กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาต้องได้รับการประกาศ
 ในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนและองค์กรของรัฐซึ่งมีหน้าที่
 ปฏิบัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา

แต่อย่างไรก็ตาม จากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครองตาม
 ที่ได้กล่าวมาแล้ว อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ศาลไทยมีแนวโน้มที่จะยอมรับผลบังคับของ
 สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (traité-loi,
 law-making treaty) มากขึ้น ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีในสนธิสัญญา
 เหล่านั้นหรือไม่

7.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้าน สิทธิมนุษยชน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน มีการเปิดช่องทางให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามา
 เป็นกฎหมายภายในรัฐตามประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ
 หากเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบ่อเกิดจากสนธิสัญญากรณีนี้มาตรา 59 ของ
 กฎหมายพื้นฐานกำหนดว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกรัฐบัญญัติเพื่อแปลงสภาพให้
 สนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐเสมอ

อย่างไรก็ดี หากเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย
 ในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่
 เป็นการเฉพาะเรื่องซึ่งเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศโดยที่ไม่มีการคัดค้านจนก่อให้เกิด
 สภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) หรือมีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogens)
 เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือกฎบัตรสหประชาชาติ ฯลฯ
 กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาประเภทกฎหมายเหล่านี้ อาจมีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปใน
 กฎหมายระหว่างประเทศที่ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธรัฐตามมาตรา 25
 ของกฎหมายพื้นฐานที่ศาลเยอรมันสามารถนำมาใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย
 ของการกระทำทางปกครองได้โดยตรง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเคยวาง
 หลักการนำมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานมาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบ
 ด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐไว้ในปี ค.ศ. 1987 (พ.ศ. 2530) ว่า
 บทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานอาจถูกนำมาใช้เพื่อตรวจสอบการใช้



อำนาจมหาชนขององค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายตุลาการในการใช้และการตีความกฎหมายภายในที่เป็นการละเมิดต่อหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศได้

นอกจากนี้ ศาลภายในของบางประเทศอาจนำพันธกรณีตามสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้บังคับกับคดีโดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่ได้ออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญาดังกล่าวได้ ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจขององค์กรตุลาการซึ่งเป็นวิธีการที่เกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลีย โดยศาลสูงในประเทศออสเตรเลีย มีวิธีการนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนทั้งหลายที่ประเทศออสเตรเลียเป็นภาคีอยู่มาใช้บังคับในคดีทั้งที่รัฐสภายังไม่มีการออกกฎหมายมารองรับ เช่น ศาลสูงออสเตรเลียยอมรับว่าคนต่างด้าวสามารถอ้าง“หลักการยึดถือประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533) (Convention on the Rights of the Child : CRC) มาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้โดยที่รัฐสภายังไม่ออกกฎหมายภายในมาอนุวัติการตามอนุสัญญาฉบับนี้ก็ตามซึ่งเท่ากับเป็นการผนวกสนธิสัญญาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในซึ่งเป็นวิธีหนึ่งของการสร้างหลักกฎหมายโดยผู้พิพากษาอันเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศที่ใช้ระบบ common law

7.3 หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน มีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

7.3.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่

การจะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่อาศัยเกณฑ์ตามที่ได้ศึกษาไว้แล้วข้างต้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

- คัดค้านี่คือความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย
- คัดค้านี่คือความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม

- จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of Law) หลักความเป็นธรรม (equity) และการกระทำทางกฎหมาย (juristic act)

ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชนนั้น มีข้อพิจารณา ดังต่อไปนี้

ก. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนนั้นอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย กรณีนี้ย่อมถือว่ามีฐานในทางกฎหมายที่รองรับ หากเป็นไปตามกฎหมายที่กล่าวอ้าง ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไปพิจารณาเงื่อนไขประการที่สองคือบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยอาศัยพื้นฐานของสนธิสัญญาประเภทสัญญา (contractual treaty) กรณีนี้การจะต้องพิจารณาว่า สนธิสัญญาดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการยอมรับสนธิสัญญาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้วหรือไม่ หากผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแล้วย่อมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากระทบกับสิทธิมนุษยชนโดยถือว่าเป็นเกณฑ์ของกฎหมายภายใน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อถือว่าเป็นกฎหมายภายในจึงต้องพิจารณามีให้ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ

ค. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยอาศัยพื้นฐานของสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) กรณีนี้จะต้องพิจารณาว่า สนธิสัญญาดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแล้วหรือไม่ หากผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมอ้างในฐานะเป็นกฎเกณฑ์ภายในได้ แต่หากยังไม่ผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญ จะต้องพิจารณาว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีฐานะเป็นจารีตประเพณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักความเป็นธรรมหรือไม่

ง. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยอาศัยจารีตประเพณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักความเป็นธรรม กรณีนี้ย่อมอาศัยหลักดังกล่าวในการอ้างว่ากระทบต่อสิทธิมนุษยชนได้

7.3.2 การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะไม่มีผลใช้บังคับนั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณา



ว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น อาศัยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ สำหรับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ค. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

ค.1) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่เงื่อนไขกฎหมายเฉพาะ กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่มีเงื่อนไขเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นๆ จะกระทำได้เฉพาะตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

ค.2) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่น หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ง. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกำหนดเองไว้เพียงพอหรือไม่ “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt)

(2) หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้

ก. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่อาศัยตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

ข. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหรือนุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง (มาตรา 29 วรรคสอง)

ค. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามหลักเท่าที่จำเป็นหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

ง. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ (มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง)

จ. การจัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิด้วย (มาตรา 29 วรรคสอง)

(3) หลักเกณฑ์มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ นั้นประกอบด้วยหลักต่างๆ ดังนี้

(1) ความเสมอภาคกันในกฎหมาย ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง (2) หลักความมีสิทธิเท่าเทียมกันของชายและหญิง ตามมาตรา 30 วรรคสอง และ (3) หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 30 วรรคสาม ในการตรวจสอบว่ากฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 หรือไม่มีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันสำหรับข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนหรือไม่

ข. กฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักเงื่อนไขการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt) หรือไม่ กล่าวคือกฎหมายฉบับนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดสิ่งอันเป็นสาระสำคัญเอง โดยมีได้มอบให้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ค. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

(ค.1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(ค.2) ในกรณีของเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ หรือไม่ เช่น

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ (ตามมาตรา 30 วรรค 3) หรือมีเหตุผลข้อยกเว้นอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ (หลักความได้สัดส่วน)

ง. การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค มีการตรวจสอบ 4 ระดับ ดังนี้



จ.1) ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีความชัดเจนต่อความแตกต่างที่ปรากฏในทางข้อเท็จจริงอย่างสมบูรณ์และปราศจากความผิดพลาด และจะต้องประเมินพื้นฐานที่ถูกต้องเป็นจริงนั้นโดยเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติเองในการที่กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันการกำหนดกลุ่มบุคคลที่จะใช้ในการเปรียบเทียบก็ดีหรือการกำหนดลักษณะขององค์ประกอบก็ดี ย่อมขึ้นกับความมุ่งหมายของกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ

จ.2) ความเหมือนกันหรือความแตกต่างกันของเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ที่นำไปสู่การบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องมีการประเมินภายในขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไป และหากมีการกำหนดให้แตกต่างความแตกต่างนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้แล้ว ในกรณีเป็นไปตาม “หลักความสอดคล้องหลักกฎหมายทั่วไป” (Systemgerechtigkeit in der Gesamtrechtsordnung) หลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการประเมินตามความเสมอภาค คือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังรวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่ได้รับหลักการมาจากรัฐธรรมนูญ

จ.3) นอกเหนือจาก “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป” แล้ว กฎเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เฉพาะของกฎหมายในขอบเขตของเรื่องนั้นๆ ด้วย หรือที่เรียกว่า “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายเฉพาะเรื่อง” (Systemgerechtigkeit innerhalb eines Teilsystems)

จ.4) ในการบัญญัติกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง การตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติบนพื้นฐานของความสอดคล้องกันของระบบกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความคิดพื้นฐานและทำให้แต่ละองค์ประกอบของกฎหมายนั้นมีผลในทางปฏิบัติ

จ. องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้ อย่างชัดเจนหรือไม่

(4) หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

(4.1) หลักกฎหมายทั่วไป ย่อมเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบดังเช่น ในระบบกฎหมายของตะวันตก กล่าวคือ หลักที่ว่า

ณ. “นิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง”

ณ. “นิติกรรมทางปกครองต้องมีความแน่นอนชัดเจน”

ณ. “การบริการสาธารณะจะต้องต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก”

ฎ. “การรับฟังบุคคลซึ่งนิติฐานะของเขาอาจได้รับความกระทบกระเทือนจากมาตรการทางปกครอง ก่อนที่ออกมาตรการนั้น”

ฐ. “ความคาดหวังอันชอบธรรมของบุคคลจะต้องได้รับความคุ้มครอง”

ท. “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ถึงแม้ในปัจจุบันได้มีการบัญญัติรับรองไว้แล้วในมาตรา 29 วรรคแรก แม้ว่ามีได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคแรกก็สามารถนำหลักดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบได้ เพราะถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

ฒ. “หลักความแน่นอนชัด” เป็นหลักที่เรียกร้องความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถดำเนินการให้เป็นตามข้อเรียกร้องของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา

ณ. “หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง” หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา แต่ในขอบเขตของกฎหมายอื่น อาจตรวจกฎหมายให้มีผลย้อนหลังได้ แต่จะต้องพิจารณาหลักอื่นๆ ประกอบด้วย

(4.2) หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมนำมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ หลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักสำคัญพื้นฐานในการร่างรัฐธรรมนูญ สำหรับหลักนิติรัฐโดยภาพรวมกล่าวคือ ทั้งส่วนที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและส่วนที่เป็นผลมาจากการตีความหลักนิติรัฐทั่วไป นั้นมีรายละเอียดดังนี้

ก. การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชน

ข. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

ค. การที่กฎหมายตามรูปแบบทั้งหลาย ย่อมมีผลผูกพันองค์กรต่างๆ ของรัฐ

ง. หลักที่ว่ากฎหมายย่อมเป็นเงื่อนไขในการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครอง

จ. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสิทธิฟ้องร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบ

ฉ. หลักนิติรัฐทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งประกอบด้วยหลักย่อย ดังนี้

ฉ.1) หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (nullum crimen nulla poena sine lege)



- จ.2) หลักการห้ามการลงโทษซ้ำ (ne bis in idem)
- จ.3) หลักการรับผิดชอบต่อการกระทำของตนที่ควรแก่การตำหนิ (Schuldprinzip)
- จ.4) หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์
- จ.5) หลักการห้ามการบังคับให้กล่าวร้ายตนเอง
- จ.6) หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย (in dubio pro reo)

- จ.7) หลักการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา
- จ.8) หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ

- ข. หลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาโดยทั่วไป
- ข. หลักความมั่นคงของกฎหมาย
 - ข.1) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนและชัดเจน
 - ข.2) ความต่อเนื่องของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย
 - ข.3) หลักเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง
 - ข.4) หลักเกี่ยวกับคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล
 - ข.5) กรณีความขัดแย้งระหว่างหลักความมั่นคงของกฎหมายกับหลักที่ว่า การปกครองต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย
 - ข.6) หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักห้ามการกระทำเกินกว่าเหตุ (principle of proportionality)

7.4 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบกับสิทธิมนุษยชน ตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญปรากฏว่ากฎหมายฉบับนั้น กระทบต่อสิทธิมนุษยชนแต่มีปัญหาว่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจใช้บังคับได้ ศาลรัฐธรรมนูญมีแนวทางในการวินิจฉัย 3 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน แต่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป ซึ่งหากเป็นการขัดกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีเป็นกรณีในประเทศไทยจะต้องปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาดังกล่าวต่อไป

แนวทางที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกระทบต่อสิทธิมนุษยชน หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและขัดกับรัฐธรรมนูญ ไม่อาจใช้บังคับได้อีกต่อไป ทั้งนี้โดยอาศัยมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

แนวทางที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกระทบต่อสิทธิมนุษยชน หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าพันธกรณีในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งยังไม่มีการออกกฎหมายรองรับในกรณีนี้แม้ว่ารัฐธรรมนูญไทยจะมีได้มีบทบัญญัติเป็นการเปิดช่องทางให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในรัฐตามประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศดังเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ตาม แต่ในกรณีนี้ศาลไทยอาจนำพันธกรณีในเรื่องดังกล่าวมาใช้บังคับได้โดยอาศัยมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หากหลักการดังกล่าวสามารถอาศัยมาตรา 7 เป็นฐานในการตีความนำมาใช้ได้

7.5 ตัวอย่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน

(1) กฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามอันเนื่องมาจากการเป็นบุคคลล้มละลาย เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดกับหลักความเสมอภาค



เพราะเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกัน เนื่องจากความเป็นบุคคลล้มละลายไม่ควรถูกเลือกปฏิบัติในกรณีนั้น

(2) กฎหมายจำกัดสิทธิในการเข้าทำงานของบุคคลซึ่งเคยต้องโทษจำคุก กรณีนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคลซึ่งเคยต้องโทษจำคุกมาแล้ว ซึ่งถือว่าเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคอย่างหนึ่ง

(3) กฎหมายที่วางบทสันนิษฐานของกฎหมายให้มีความผิด การกำหนดโทษและหลักความรับผิดในทางอาญาถือว่าเป็นหลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายวางบทสันนิษฐานของกฎหมายให้มีความผิดจึงขัดกับหลักดังกล่าว

(4) กฎหมายที่การละเมิดสิทธิของบุคคลโดยการเกณฑ์แรงงานและการละเมิดต่อกรรมสิทธิ์ เนื่องจากการเกณฑ์แรงงานสามารถทำได้เฉพาะเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้นในบางกรณีอาจไม่เข้าตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ นอกจากนี้ยังเป็นการขัดต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วย

(5) กฎหมายที่ขัดหลักความรับผิดของรัฐ หลักความรับผิดของรัฐถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของรัฐที่เป็นนิติรัฐ และเป็นหลักที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายใดที่บัญญัติให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ต้องรับผิดอันเนื่องมาจากความบกพร่องของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ จึงถือว่ายึดต่อหลักดังกล่าว

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

กุลพล พลวัน. **สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. **รัฐ รัฐธรรมนูญ กฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 3. โครงการตำราและ
สื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

_____. **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย**,
พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

คณะกรรมการประสานงานองค์กรสิทธิมนุษยชน (กปส.). **สิทธิมนุษยชน รวบรวม
สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่สำคัญ**. กรุงเทพมหานคร :
มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท (FES), 2544.

จันทจิรา เตี้ยมมยุรา และชาติชาย เศษฐสุมน. **รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กลไก
การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาทำความตกลงการค้าเสรี**.
กรุงเทพมหานคร : เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2549.

จุมพต สายสุนทร. **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

_____. **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

จรัญ โฆษณานันท์. **สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริง
ในสังคม**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.

จาตุรนต์ ธีระวัฒน์. **กฎหมายระหว่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2547.

จิต เศรษฐบุตตร. **กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.



นพนิธิ สุริยะ. Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 5.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

_____. Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

_____. **คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958**.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2544.

_____. **หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
ตามรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**.
สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2552

ประสิทธิ์ เอกบุตร. **กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา เล่ม 1**. พิมพ์ครั้งที่ 3.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. **กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา เล่ม 1**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน
2511 สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมาย
ระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน, กรุงเทพฯ

ไพโรจน์ ชัยนาม. **คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เล่ม 2**. พระนคร :
โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **วิधिพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของ
ศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย**. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

วรพจน์ วิศวตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2538.

_____ . **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2544.

สมยศ เชื้อไทย. **ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป**. พิมพ์
ครั้งที่ 12 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. **รายงานวิจัยเรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**.
กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
เสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

เสรี นนทสูติ. **โครงการเฉลิมพระเกียรติ สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร
ไทย (2540) หมวดองค์กระอิสระตามรัฐธรรมนูญ เรื่อง 3 คณะกรรมการ
สิทธิมนุษยชนแห่งชาติ** ; สถาบันพระปกเกล้า กรุงเทพฯ : องค์การคำคุณสภา, 2545

บทความ

จาตุรนต์ ฉิริวัฒน์. “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติ
ของประเทศไทย.” **วารสารนิติศาสตร์**. ฉบับที่ 3. ปีที่ 26 (กันยายน 2539) :
608-630.

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. “การขจัดภาษีซ้อนระหว่างประเทศ.” **วารสารนิติศาสตร์**. ปีที่ 17
ฉบับ 1 (มีนาคม 2530) : 18-40.

ธวัฒน์ ชาลีจันทร์. “ส่งคนไทยข้ามแดนไปอเมริกาได้.” **วารสารอัยการ**. ปีที่ 19 (มีนาคม,
2539) : 11-29.

นพรัตน์ อุดมโชคมงคล. “คำพิพากษาศาลปกครองต่างประเทศ : บทบาทของศาลปกครอง
เกี่ยวกับหลักการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน.” **วารสารวิชาการ
ศาลปกครอง**. ปีที่ 2 ฉบับ 2 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2545) : 192-196.

ไพจิตร ปุญญพันธ์. “หลักกฎหมายทั่วไป และหลักกฎหมายทั่วไป (ฉบับเพิ่มเติม).”
ดุลพินิจ. เล่ม 3. ปีที่ 44 (กรกฎาคม-กันยายน 2540) : 169-189.



สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร. “ขั้นตอนการออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญา.” **สารานุกรม**. ฉบับที่ 34 (10 กุมภาพันธ์ 2527) : 149-152.

สุรีย์ เผ่าสุขถาวร. “รายงานสรุปประกอบการประชุม ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ ณ กรุง Daker ประเทศซีเนเกล (Sénégal) วันที่ 23-26 เมษายน ค.ศ. 2001.” **วารสารวิชาการกฎหมายปกครอง**. ปีที่ 1 ฉบับ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2544) : 65-93.

อุกฤษ มงคลนาวิน. “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน.” **วารสารนิติศาสตร์**. เล่ม 3. ตอน 3 (ธันวาคม 2514) : 40-45.

อรุณ ภาณุพงศ์. “การตีความกฎหมาย.” **วารสารนิติศาสตร์**, ปีที่ 26 ฉบับที่ 3 กันยายน 2539 : 565-570.

เอกสารอื่นๆ

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. **คู่มือรายงานประเทศตามสนธิสัญญา ระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี**, 2550.

รายงานการประชุมสภาว่าารรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 33/2550 วันที่ 25 มิถุนายน 2550

ลักคณา พบรมเย็น. **สิทธิตามสนธิสัญญาของเอกชนในศาลไทย**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

วิษณุ เครืองาม. **รายงานวิจัยเรื่อง การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย**, ทุนวิจัยรัชดาภิเษกสมโภช สาขาสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520, (อัดสำเนา).

อรุณ ภาณุพงศ์. **คำบรรยายลักษณะวิชาสนธิสัญญา ชั้นปริญญาโททางการทูต**. คณະรัฐศาสตร์, 2506 (อัดสำเนา).

อารยา สุขสม. “กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญากับปัญหาการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย,” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

Books

Andrew Le Sueur, Javan Herberg and Rosalind English. **Principle of Public Law.**
2nd London : Cavendish Publishing Limited, 1999.

Antonio Cassese. **International law.** second edition. Oxford University Press, 2005.

Bernard STIRN. **Les source constitutionnelles du droit administratif.** 3 édition.
Paris : L.G.D.J., 1999.

Christian Pestalozza, **Verfassungsprozessrecht.** 3.Aufl., Muenchen 1991

Christian Starck, Albrecht Weber (Hrsg.), **Verfassungsgerichtsbarkeit in**
Westeuropa Nomes: Baden-Baden.

D.Lasok, J.W.Bridge. **Law & Institutions of European Communities.** fifth edition.
London : Butterworths, 1991.

Donald K Anton , Penelope Mathew & Wayne Morgan. **International Law : Cases**
and Materials. London : Oxford University Press, 2005.

Duncan B. Hollis , Merritt R. Blakeslee and L.Benjamin Ederington. **National**
Treaty Law and Practice. Boston : Martinus Nijhoff, 2005.

Ian Brownlie . **Principle of Public International Law.** Oxford : Clarendon Press,
1979.

Ian Holloway. **Natural Justice and the High Court of Australia : A study in common**
law constitutionalism. England : Ashgate, 2002.

Jarass/Pieroth, **Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland,** 3. Aufl.,
Muenchen 1995

Jean-François Lachaume. **Les Grandes Décisions de la Jurisprudence : Droit**
Administratif. 6 edition. Presses Universitaires De France, 1991.



J.G Starke. *Introduction to International Law*. 8th ed. Butterworths, 1977.

Joachim Wolf. *The Concept of the “Best Interest” in Term of the UN Convention on the Rights of the Child*. in *The Ideologies of Children’s Rights* ed. Michael Freeman and Phillip Veerman. Dordrecht : Martinus Nijhof Publishers, 1992.

Klaus Stern. *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*.

Klaus Schlaich. *Das Bundesverfassungsgericht*. 2. Aufl., Muenchen 1991

Ondolf Rojahn, *Grundgesetz-Kommentar*, Hrsg. Von Ingo von Muench, Band 2, 2. Aufl., Muenchen 1983

Peter Leyland. *Textbook on Administrative law*. fifth Edition. New York : Oxford University Press, 2005.

René Chapus. *Droit administratif general Tome 1*. 14 édition , Montchrestien, 2000.

Sam Blay , Ryszard Piotrowicz , and Martin Tsamenyi. *Public international law : An Australian Perspective*. London : Oxford University Press, 2005.

Xavier Philippe. *Le contrôle de constitutionnalité des dreieits fondamentaux dans les pays euroéens*; Montréal: Colloque international AUPELE – UREF, 1994 – PP 405 - 424

Article

Saša Beljin. “Bundesverfassungsgericht on the Status of the European Convention of Human Rights and ECHR Decisions in German Legal Order. Decision of 14 December 2004.” 1. *European Constitutional Law Review*. 553 (2005).

Nikolaus Schultz. "Was the War on Iraq Illegal? – The German Federal Administrative Court's Judgement of 21st June 2005." Vol.07 No.01. *German Law Journal*. 25 (2005).

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ปิยะบุตร แสงกนกกุล. "เหตุการณ์สำคัญในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสตลอดปี 2004." <<http://www.pub-law.net>>, ระหว่างวันที่ 21 กุมภาพันธ์ - 6 มีนาคม พ.ศ. 2548.

มนตรี กิตติวงษ์ชัย. "การจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไทย." <<http://www.mfa.go.th>>, ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2546.

Frederic L. Kirgis. "International Agreements and U.S.Law." <<http://www.asil.org/insights/insigh10.htm>>, May 2007.

"French Law Cases of the Conseil d'Etat : Institute of Global law" <http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/>, August 2007.

George Slyz. "International Law in National Court." *New York University Journal of International Law and Politics*, 1977 <<http://www.international.westlaw.com>>, August 2007.

"German Law Cases : Institute of Global Law" <http://www.ucl.ac.uk/law/global_law>, July 2007.

Stefan Oeter. "International Human Rights and National Sovereignty in Federal System : The German Experience." *Wayne Law Review*, 2001, <<http://international.westlaw.com>>, December 2007.
