

บทที่ 2

หลักการ ควบคุม ตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ก่อนที่จะทำการศึกษาในเรื่อง การควบคุม ตรวจสอบองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด มีความจำเป็นที่จะต้องทราบถึง หลักการ ควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ว่ามีลักษณะ เนื้อหา เป็นอย่างไร เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงเรื่องที่จะทำการศึกษาต่อไป

2.1 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ ถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในการจัดองค์การของรัฐเสรี ประชาธิปไตย ซึ่งเป็นรัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์ เป็นไปด้วยความสงบสุข โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป โดยรัฐและ องค์กรของรัฐทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐตราขึ้น

จากรากฐานทางปรัชญาของลัทธิความคิดปัจเจกชนเสรีนิยมที่เชื่อและเชื่อมั่นในความมี คุณค่าและความสามารถที่จะพัฒนาไปสู่คุณค่านั้นได้ด้วยตัวเองของมนุษย์แต่ละคน ถ้าได้รับ โอกาสที่จะเลือกวิถีทางในการดำเนินชีวิตของตนไปได้โดยเสรี¹ ทำให้อำนาจของรัฐและองค์กร ทั้งหลายถูกจำกัดและควบคุมโดยกลไกหลายประการ ในนิติรัฐซึ่งมีเป้าหมายสุดท้ายอยู่ที่การปกป้อง สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไว้จากการถูกคุกคามโดยรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือจากองค์กรเจ้าหน้าที่ ทั้งหลายซึ่งใช้อำนาจแทนรัฐนั้น จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

1. หลักแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน และ

2. หลักแบ่งแยกอำนาจ

2.1.1 หลักแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

ในความเป็นนิติรัฐของรัฐใดรัฐหนึ่งนั้น รัฐได้ถูกเรียกร้องให้ต้องยอมรับในความมี อยู่ของสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของปัจเจกชน (Individual fundamental rights) ซึ่งประกอบด้วย

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของ กฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 99.

สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ และสิทธิเสรีภาพในการที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐโดยเท่าเทียมกันของปัจเจกชนแต่ละคน² เป็นประการแรก ทั้งนี้ โดยการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญซึ่งได้ตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และรัฐจะต้องยอมรับว่าในความมืออยู่ของสิทธิเสรีภาพดังว่านั้น ปัจเจกชนย่อมมี “แดนแห่งสิทธิเสรีภาพ” ซึ่งภายในอาณาเขตแห่งนี้บุคคลสามารถเลือกที่จะใช้หรือไม่ใช้สิทธิเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ตามที่ตนเองเห็นสมควร โดยไม่ต้องขออนุญาตจากบุคคลหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ใดของรัฐ และโดยปราศจากการแทรกแซงจากภายนอก เป็นประการที่สอง และไม่เพียงแต่เท่านั้น รัฐยังถูกเรียกร้องให้มีหน้าที่ดูแลรักษาให้ความคุ้มครองและปกป้อง “แดนแห่งสิทธิเสรีภาพ” ของปัจเจกชนที่รัฐได้ให้การรับรองไว้ จากการถูกคุกคามหรือรุกรานโดยปัจเจกชนอื่นๆ หรือแม้กระทั่งโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ทั้งหลายซึ่งใช้อำนาจปกครองของรัฐ แทนรัฐอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐได้ให้การรับรองในความมืออยู่ของสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของปัจเจกชน และได้ให้ความคุ้มครองแก่แดนแห่งสิทธิเสรีภาพเช่นนั้น หาได้หมายความว่าสิทธิเสรีภาพเหล่านั้นจะมีอยู่อย่างสมบูรณ์โดยปราศจากข้อจำกัดโดยสิ้นเชิงแต่อย่างใดไม่ สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนย่อมอยู่ในสภาวะที่จะถูกจำกัดลงได้ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ

ประการแรก สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนย่อมถูกจำกัดโดยสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนอื่นๆ ที่อยู่ร่วมกันในรัฐนั้น

ประการที่สอง สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนย่อมถูกจำกัดโดยประโยชน์ของส่วนรวมที่เรียกว่า ประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์มหาชน (Public Interest) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อปัจเจกชนแต่ละคนมาอยู่ร่วมกันในสังคม ชุมชน หรือรัฐ

2.1.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจในฐานะที่เป็นกระบวนการที่จะทำให้สาระสำคัญในส่วนที่เป็นเนื้อหาของหลักนิติรัฐปรากฏเป็นรูปธรรมขึ้นมาได้นั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรกจะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ และประการที่สอง องค์กรผู้ใช้อำนาจจะต้องถูกแบ่งแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาดและชัดเจน

² สมยศ เชื้อไทย และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย”, วารสารนิติศาสตร์ (14 กันยายน 2527) : 56.

จากหลักประกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะล่วงละเมิดเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายระบุให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง และภายในกรอบที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจได้กำหนดไว้ นั้น ทำให้มองเห็นได้ว่าอย่างน้อยที่สุดแล้วอำนาจรัฐจะต้องถูกแบ่งแยกออกเป็น 3 ส่วน คือ

1. อำนาจในการตรากฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการต่างๆ เพื่อดำเนินภารกิจให้ลุล่วงไปตามความมุ่งหมายของรัฐ คือ การปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน หรืออำนาจอธิปไตย

นอกจากอำนาจในการจัดทำกฎหมายที่ถือเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีรัฐสภา เป็นองค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติยังมีบทบาทหน้าที่ในการติดตาม³ ตรวจสอบการบริหารงานของรัฐ เช่น การพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายในการดำเนินการบริหาร การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับสูง ตลอดจนการมีมติให้รัฐบาลพ้นจากตำแหน่ง ในกรณีไม่พอใจผลงานในการบริหารประเทศ เป็นต้น

2. อำนาจในการดำเนินการบังคับตามกฎหมายซึ่งบัญญัติให้อำนาจไว้ ได้แก่ อำนาจในทางบริหาร หรืออำนาจปกครอง ซึ่งอำนาจบริหารนั้น เป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นอำนาจของรัฐบาล เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองประเทศ ในการบริหารงานเป็นไปตามเป้าหมาย มีอำนาจในการเสนอกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติ

3. อำนาจควบคุมและตรวจสอบการกระทำต่างๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยอาจจะมีผลกระทบหรือล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ให้ดำเนินไปภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ

องค์กรตุลาการ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการอำนวยความยุติธรรมเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น รวมทั้งอำนาจในการตีความกฎหมาย โดยเป็นองค์กรกลางในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการล่วงละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมายใด ชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 180-181.

ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นได้ยึดถือหลักสำคัญประการหนึ่ง คือ การรับรองความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อรักษาและปกป้องความยุติธรรมให้ดำรงอยู่ ปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ โดยหลักความอิสระของผู้พิพากษา อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ

1) ความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ เป็นการคุ้มครองการทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา “ไม่ต้องตกอยู่ในอำนาจครอบงำของฝ่ายบริหารหรืออิทธิพลภายนอกทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่น และคุ้มครองผู้พิพากษาจากการแทรกแซงโดยทางอ้อม⁴

2) ความอิสระในทางองค์กร หรือ ความเป็นอิสระในการจัดองค์กรของศาล หมายความว่า อำนาจตุลาการ ศาล หรือ ผู้พิพากษา จะต้องไม่อยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ที่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่นไม่ว่าจะโดยในข้อเท็จจริงหรือในทางกฎหมาย

3) ความอิสระในทางส่วนบุคคล มีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการของผู้พิพากษา ซึ่งการถอดถอนและการโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทำได้หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา

นอกจากเนื้อหาของอำนาจรัฐจะต้องแบ่งแยกออกเป็น 3 ส่วนแล้ว ในแง่ของการบังคับใช้อำนาจในแต่ละส่วน ก็จะต้องมอบหมายให้องค์กรเจ้าหน้าที่ที่แตกต่างกันเป็นผู้ใช้ด้วย เพราะทั้งนี้ ย่อมเป็นที่เข้าใจได้โดยชัดแจ้งว่า การรวมศูนย์อำนาจทั้งสามไว้ที่องค์กรเจ้าหน้าที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐแต่เพียงองค์กรเดียว ซึ่งไม่ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่องค์กรนั้นจะมีที่มา ที่แตกต่างกันอย่างไร ประวัติศาสตร์อันยาวนานของการเมืองการปกครองของมนุษยชาติก็ได้พิสูจน์ให้เห็นด้วยตัวเองอยู่แล้วว่า บุคคลทุกคนที่มีอำนาจล้วนแล้วแต่มีแนวโน้มที่จะมัวเมาในอำนาจและใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ และการใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควร จะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยการจัดองค์กรของรัฐในลักษณะที่อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ มีองค์กรผู้ใช้ที่แยกต่างหากจากกันและเป็นอิสระจากกันเท่านั้น โดยการใช้อำนาจของทั้ง 3 องค์กร จะมีกลไกในการคานและดุล

⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 278.

⁵ บวรเจตน์ สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 19.

อำนาจเพื่อมิให้อำนาจหนึ่งเหนืออีกอำนาจหนึ่งจนเกินไป การที่จะทำให้อำนาจต่างๆสมดุลกันนั้น ต้องให้อำนาจหนึ่งมีอำนาจถ่วงหรือยับยั้งอำนาจหนึ่งได้

2.2 ข้อความคิดว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ตามแนวทางในการศึกษาของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญในยุโรปตะวันตกและในสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นต้นแบบของการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัตินั้น ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งอาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ลักษณะ

1. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากแบบพิธีในการบัญญัติกฎหมาย ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขและขั้นตอนต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ (extrinsic constitutionality)

2. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาสาระขัดแย้งสอดคล้องกับหลักการต่างๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญหรือไม่ (intrinsic constitutionality)

2.2.1 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายพิจารณาจากแบบพิธีในการตรากฎหมาย⁶

กฎหมายหรือการนิติบัญญัตินั้น ถ้าจะกล่าวไปแล้วก็คือการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐโดยผ่านทางองค์กรนิติบัญญัติซึ่งประกอบด้วยบุคคลธรรมดาที่ได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ และแบบพิธีในการตรากฎหมาย ก็คือขั้นตอนและวิธีการของการแสดงเจตนารมณ์แทนรัฐในรูปของกฎหมายซึ่งจะมีผลผูกพันเสมือนกับว่ารัฐนั้นได้แสดงเจตนารมณ์ด้วยตัวเอง ดังนี้ หากว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยไม่ครบถ้วนตามขั้นตอน หรือผิดไปจากแบบพิธีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ และแบบพิธีดังกล่าวเป็นแบบพิธีที่มีความสำคัญ ซึ่งมีอาจละเลยได้แล้ว ย่อมไม่อาจถือได้ว่าการบัญญัติกฎหมายฉบับนั้นขึ้นเป็นการแสดงเจตนารมณ์ที่ผูกพันรัฐ ในกรณีเช่นนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมจะเสียไป

⁶ กนิษฐา เชี่ยววิทย์, " การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 22-26.

ทั้งฉบับ และยอมไม่อาจจะทำให้กลับมาเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์มีผลบังคับใช้ได้อีกโดยวิธีการให้สัตยาบัน หรือโดยวิธีการอื่นใด เว้นแต่จะได้กลับมาเริ่มต้นใหม่ให้ถูกต้องตามขั้นตอนและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้โดยครบถ้วนเท่านั้น

2.2.1.1 องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ

องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือองค์กรนิติบัญญัติของแต่ละรัฐอาจแตกต่างกันได้ตามอุดมการณ์ทางการเมือง รูปแบบของรัฐ และประวัติศาสตร์ทางการเมือง การปกครองที่เป็นเงื่อนไขของแต่ละรัฐโดยเฉพาะ ความแตกต่างเหล่านี้จะปรากฏให้เห็นได้ในรูปของ รูปแบบ ที่มา และองค์ประกอบขององค์กรนิติบัญญัติของแต่ละรัฐนั่นเอง ไม่ว่าจะองค์กรนิติบัญญัติในแต่ละรัฐจะมีความแตกต่างกันอย่างไรก็ตาม การที่จะถือว่าองค์กรนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้นได้ใช้อำนาจของตนไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น มีข้อพิจารณาอยู่ 3 ประการ คือ

1. ในขณะที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรนั้นๆ จะต้องมียุติบัญญัติถูกต้องครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น จึงจะถือได้ว่าองค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะใช้อำนาจนิติบัญญัติได้โดยถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ และการมียุติบัญญัติที่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญนั้นนอกจากจะต้องมีอยู่ในขณะที่มีการแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรดังกล่าวแล้ว ยังจะต้องมีอยู่ตลอดเวลาที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับด้วย

2. องค์กรนิติบัญญัติที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว จะต้องมีการประชุมปรึกษาหารือ และแสดงเจตนาออกมาในรูปของมติที่ประชุมตามวิธีการและเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่ว่า การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่อยู่ในรูปของคณะกรรมการแทนที่จะอยู่ในรูปของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่เพียงลำพังก็เพื่อให้กฎหมายที่จะถูกตราขึ้นบังคับใช้กับพลเมืองของรัฐเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนอย่างแท้จริง การเปิดโอกาสให้มีการประชุมปรึกษาหารือกันโดยเปิดเผย ย่อมเป็นหนทางที่จะทำให้กฎหมายซึ่งจะถูกบัญญัติขึ้นได้มีโอกาสผ่านการกลั่นกรองในระดับหนึ่งว่าจะไม่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งจนเกินควร

3. องค์กรนิติบัญญัติที่ได้รับการมอบหมายอำนาจนิติบัญญัติจากรัฐธรรมนูญ จะต้องใช้อำนาจดังกล่าวด้วยตนเอง การมอบหมายอำนาจนิติบัญญัติต่อไปให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของ

รัฐองค์กรอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อให้ใช้อำนาจแทนตนนั้น โดยหลักการแล้วย่อมจะกระทำมิได้ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงปรัชญาความคิดว่าด้วยภาระหน้าที่และบทบาทของรัฐจากแนวความคิดเสรีนิยมดั้งเดิมที่ถือว่ารัฐมีบทบาทจำกัดอยู่แต่เพียงการรักษาความสงบเรียบร้อยและอำนวยความยุติธรรมเท่านั้น มาสู่แนวความคิดแบบรัฐสวัสดิการ ที่รัฐถูกเรียกร้องให้เข้ามามีบทบาทในการจัดสรร ความมั่งคั่งของสังคมไปสู่ผู้ที่อ่อนแอ และมีโอกาสน้อยกว่า⁷ ดังนั้น ในทางปฏิบัติโดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญก็มักจะบัญญัติให้องค์กรนิติบัญญัติมอบหมายอำนาจในการตรากฎหมายไปให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองใช้แทนตนได้ในรูปของการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อให้การปฏิบัติภาระหน้าที่ของรัฐในด้านต่างๆ ดำเนินไปได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากที่สุด

2.2.1.2 ขั้นตอนและกระบวนการในการตรากฎหมาย

รัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ โดยทั่วไปในปัจจุบันมักจะมีบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการในการตรากฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติต้องปฏิบัติไว้อย่างซับซ้อนหลายขั้นตอน เพื่อให้กฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับเป็นผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนผู้อยู่ใต้การปกครองของรัฐเป็นไปอย่างรอบคอบและมีโอกาสที่จะผิดพลาดน้อยที่สุด ในการผ่านร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมายนั้น จะต้องประกอบด้วยขั้นตอนที่แตกต่างกัน 4 ขั้นตอน คือ

1. การริเริ่มนำเสนอกฎหมาย

โดยทั่วไปแล้ว ในการเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมาย เพื่อใช้บังคับในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง อาจเริ่มต้นมาจากสมาชิกขององค์กรนิติบัญญัติ หรือจากองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือจากบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งในสังคมที่เห็นว่า ควรจะมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับกับเรื่องนั้นๆ ได้

ในการนำเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งอาจจะเป็นการเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร หรือสภาสูง หรือที่ประชุมร่วมของทั้งสองสภา แล้วแต่กรณี โดยที่จะมีผลผูกพันให้องค์กรนิติบัญญัติต้องพิจารณาถึงเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายดังกล่าว และจะต้องพิจารณาเนื้อความของร่างกฎหมายที่เสนอมานั้น จะกระทำได้อีกแต่

⁷ สมยศ เชื้อไทย, "นิติสังคมรัฐ: รัฐที่คำนึงถึงความเป็นธรรม," *รพี* (26 สิงหาคม 2526): 84.

โดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีสิทธิในการริเริ่มนำเสนอกฎหมาย ซึ่งอาจจะ เป็นคณะรัฐมนตรี คณะกรรมการ หรือผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น

2. การพิจารณาร่างกฎหมาย

เมื่อร่างกฎหมายได้ถูกนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาขององค์กฤษฎีกา โดยชอบแล้ว ในขั้นพิจารณาขององค์กฤษฎีกา จะแบ่งการพิจารณาเป็น 3 วาระ คือ วาระแรก เป็นการพิจารณาในหลักการของกฎหมายว่าในขณะนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายที่มีสาระสำคัญตามที่เสนอมาขึ้นใช้บังคับหรือไม่ วาระที่สอง จะเป็นการพิจารณารายละเอียดของ ร่างกฎหมายนั้นๆ ว่าควรจะมีการแก้ไข เพิ่มเติมในส่วนใดบ้างหรือไม่ และวาระที่สาม ซึ่งเป็น วาระที่องค์กฤษฎีกาจะต้องลงมติในครั้งสุดท้ายว่าจะให้ผ่านร่างกฎหมายฉบับนั้นมาเป็น กฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับต่อไปได้หรือไม่

3. การประกาศใช้บังคับกฎหมาย

ร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาขององค์กฤษฎีกาแล้ว จะมี สถานะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์มีผลใช้ได้ เมื่อผ่านกระบวนการ การประกาศใช้บังคับกฎหมาย หรือการตรากฎหมาย คือการนำเสนอร่างกฎหมายให้ประมุขแห่งรัฐลงนามเพื่อประกาศใช้ร่าง กฎหมายนั้นๆ ได้ ร่างกฎหมายที่ประมุขแห่งรัฐได้ลงนามแล้วเท่านั้น จึงจะมีสถานะเป็นกฎหมาย ที่สมบูรณ์อันจะนำไปบังคับใช้ได้

4. การประกาศโฆษณากฎหมาย

แม้ร่างกฎหมาย ได้เปลี่ยนสถานะเป็นกฎหมายภายหลังผ่านขั้นตอนการ ตราหรือประกาศใช้บังคับ ที่มีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์แล้วก็ตาม ย่อมไม่อาจจะนำมาบังคับใช้ให้ เป็นผลต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่ง ก่อนที่จะได้มีการประกาศโฆษณาบทบัญญัติ แห่งกฎหมายนั้นๆ อย่างเป็นทางการให้ประชาชนทั่วไปได้รับทราบแล้ว เพื่อที่ว่าปัจเจกชนพลเมือง ของรัฐเหล่านั้นจะได้มีโอกาสวางแผนในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลง ที่จะเกิดขึ้นต่อไป ภายหลังจากที่มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ หรือมีการแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายที่มีใช้อยู่แล้วให้เปลี่ยนแปลงไป

2.2.1.3 แบบของกฎหมาย

คำว่า “แบบ” หรือ “form” ของกฎหมายที่กล่าวถึงในที่นี้หมายถึง ลักษณะของการปรากฏตัวของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้นนั่นเอง ซึ่งแม้ว่าในทางวิชาการ รูปแบบของกฎหมายอาจจำแนกออกได้เป็นสองลักษณะ คือ กฎหมายที่พัฒนาจากศีลธรรมจารีต ประเพณีซึ่งมีลักษณะบังคับในตัวเอง โดยไม่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรหรืออาจจะได้รับการ บัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในภายหลัง ที่เรียกว่า กฎหมายประเพณีอย่างหนึ่งกับ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ถูกตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรและได้ถูกกำหนดให้มีลักษณะบังคับ เป็นกฎหมายที่เรียกว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรอีกอย่างหนึ่งก็ตาม แต่สำหรับบทบัญญัติแห่ง กฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น จะต้องปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ เพียงอย่างเดียว

2.2.2 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายพิจารณาจากสาระสำคัญของกฎหมาย⁸

โดยที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในแง่หนึ่งก็คือ สัญลักษณ์ของการจำกัด อำนาจของรัฐลงไว้ภายใต้กฎเกณฑ์แบบแผนที่มีความแน่นอนชัดเจนและในขณะเดียวกันก็ได้ บัญญัติรับรองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนและกำหนดวิธีการที่จะปกป้องสิทธิเสรีภาพเหล่านั้น ไว้จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองรัฐอีกประการหนึ่งด้วย ในการพิจารณาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหา สาระต้องตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ มาตรฐานที่นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบ นอกจากจะประกอบด้วยบทบัญญัติต่างๆที่ประกอบกันขึ้นเป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังจะต้อง หมายรวมไปถึงหลักการที่อยู่เบื้องหลังต่อบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านั้น หรืออีกนัยหนึ่ง ก็คือคุณค่าทางสังคมที่รัฐธรรมนูญได้มุ่งหมายที่จะปกป้องรักษาไว้อีกส่วนหนึ่งด้วย

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเนื้อหาสาระสำคัญของ กฎหมาย อาจจำแนกได้เป็น 3 ส่วน คือ

1. บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่จะทำให้องค์กรนิติ บัญญัติใช้อำนาจนิติบัญญัติได้

⁸ กนิษฐา เชี่ยววิทย์, การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ, หน้า 34-43.

2. บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมาย
3. บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

2.2.2.1 เงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่จะทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจนิติบัญญัติได้

ในกรณีปกติ โดยทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญมักจะปล่อยให้เป็นดุลยพินิจโดยอิสระขององค์กรนิติบัญญัติในการที่จะวินิจฉัยว่า ในสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นนั้นควรจะมีการตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขึ้นใช้บังคับหรือไม่ โดยพิจารณาจากความจำเป็นและความสมเหตุสมผลเป็นกรณีๆไป

แต่อย่างไรก็ดี ในบางกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กฎหมายซึ่งจะตราขึ้นใช้บังคับเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพหรือเพิ่มภาระหน้าที่ให้กับปัจเจกชนพลเมืองของรัฐมากเกินควรนั้น เพื่อเป็นหลักประกันว่าปัจเจกชนจะถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในลักษณะนี้ได้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง การตรากฎหมายที่มีลักษณะจำกัดสิทธิเสรีภาพ หรือเพิ่มภาระหน้าที่ให้กับปัจเจกชนพลเมืองของรัฐมากเกินกว่ากรณีปกติได้ ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงบางประการที่ถูกระบุให้เงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในลักษณะนี้ หากว่าองค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน โดยไม่มีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เกิดขึ้น หรือมีข้อเท็จจริงซึ่งไม่ใช่ข้อเท็จจริงชนิดเดียวกันกับที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจเกิดขึ้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขให้องค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจนิติบัญญัติได้นี้ หากรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่รัดกุม ตีความได้หลายนัยก็เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรนิติบัญญัติใช้ดุลยพินิจได้มาก ในทางตรงกันข้ามหากรัฐธรรมนูญใช้ถ้อยคำที่มีความหมายแน่นอนชัดเจน ย่อมเป็นการจำกัดดุลยพินิจขององค์กรนิติบัญญัติให้แคบลง และย่อมทำให้องค์กรผู้ใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหานั้น เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่เพียงใดไปในขณะเดียวกันด้วย

2.2.2.2 เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

เนื้อหาที่ประกอบกันขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนี้อาจแยกแยะออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐและการจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่มีอยู่ร่วมกันในรัฐธรรมนูญของทุกๆ รัฐ ไม่ว่าจะรัฐนั้นจะมีระบอบการปกครองแบบใด และในส่วนที่เกี่ยวกับอุดมการณ์ทางการเมืองและการจัดองค์การของรัฐ ที่สอดคล้องกับอุดมการณ์ทางการเมืองและระบอบการปกครองที่แต่ละรัฐได้เลือกใช้ ซึ่งในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย เนื้อหาของรัฐธรรมนูญในส่วนที่สองนี้ก็คือ การบัญญัติรับรองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนพลเมืองของรัฐ และหลักประกันต่างๆที่จะทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้นั้นเป็นจริงขึ้นมาได้ในทางปฏิบัติ

2.2.2.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กล่าวถึงนี้ คือ ความมุ่งหมายหรือผลสุดท้ายที่จะบรรลุได้ เมื่อมีการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ บรรดากฎหมายใดๆก็ตามที่องค์กรนิติบัญญัติของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้ตราขึ้นเพื่อให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ทั้งหลายของรัฐ ล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนพลเมืองของรัฐ ย่อมไม่อยู่ในวิสัยที่จะมีวัตถุประสงค์ในทางอื่นใดได้ นอกจากจะต้องเป็นไปเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์มหาชน ที่เป็นวัตถุประสงค์ของการดำรงอยู่ของรัฐแต่เพียงประการเดียวเท่านั้น ส่วนจะเป็นประโยชน์มหาชน แขนงใด ในกรณีปกติโดยทั่วไปรัฐธรรมนูญ มักจะกำหนดให้เป็นดุลยพินิจขององค์กรนิติบัญญัตินั้นเอง ที่จะวินิจฉัยว่า ในขณะใดขณะหนึ่งมีความจำเป็นจะต้องตรากฎหมายขึ้นจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนในแขนงใดแขนงหนึ่งหรือไม่ เพียงใด

2.3 หลักรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดและการควบคุมอำนาจการกระทำของฝ่ายปกครอง

รัฐธรรมนูญ ถือเป็นแม่บทกฎหมายสูงสุดของรัฐที่ใช้ในการปกครองประเทศ ซึ่งเป็นพื้นฐานของการปกครองแบบนิติรัฐที่ทุกคนในรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย รัฐธรรมนูญมีวัตถุประสงค์เพื่อวางกรอบแห่งการใช้อำนาจทางการเมือง โดยการจัดตั้งองค์กรทางการเมืองของฝ่ายปกครอง และกำหนดขอบเขตแห่งการใช้อำนาจ หรือเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจของผู้ปกครองตามหลักทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะมีหลักการที่สำคัญ เช่น

1) กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการรับรองสิทธิมนุษยชน หรือสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีผลผูกพันต่อเจ้าหน้าที่รัฐ ที่จะต้องเคารพ และไม่สามารถล่วงละเมิดได้

2) กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับองค์กรและกระบวนการดำเนินงานของสถาบัน เช่น กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งประมุขของรัฐ การเลือกตั้ง การแก้ไขรัฐธรรมนูญ ลักษณะสำคัญของกฎเกณฑ์เหล่านี้ คือ เป็นหลักเกณฑ์ที่ผูกมัดต่ออำนาจรัฐและองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ ที่ต้องเคารพและปฏิบัติตาม ถ้าไม่เคารพและไม่ปฏิบัติตาม ถือว่าเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ ได้แก่ บรรดาบทบัญญัติทั้งหลายแห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

หลักรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ที่สำคัญได้แก่⁹

2.3.1 หลักแห่งความเสมอภาค

เป็นหลักที่สิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกันนี้มีบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง องค์กรต่างๆของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองด้วย ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดีย่อมขัดต่อหลักแห่งความเสมอภาค

ซึ่งจะเห็นได้ว่า หลักแห่งความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่างๆของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงข้ามกลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกัน

2.3.2 หลักแห่งความได้สัดส่วน

เป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจนี้ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ (moderation) ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย ส่วนใหญ่

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,2538), หน้า 38-46.

ไม่ได้บัญญัติกำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป และมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ หลักกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อย ดังนี้

2.3.2.1 หลักแห่งความเหมาะสม

บังคับว่าในบรรดามาตรการที่กฎหมายเปิดช่องให้ตนออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น มาตรการใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว และ ดังนั้นจึงไม่มีผลใช้บังคับได้ จะเห็นได้ว่าหลักแห่งความเหมาะสมนี้ เรียกร่องความสัมพันธ์เชิงเหตุ (cause) และ ผล (effect) ระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้น ทั้งนี้โดยให้มาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับเป็นเหตุ (cause) และสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผล (effect) ดังนั้นหลักแห่งความเหมาะสมจึงเป็นสิ่งเดียวกันกับสามัญสำนึก (common sense) นั่นเอง

มาตรการที่ไม่อาจก่อให้เกิดผลตามที่ต้องการจะให้เกิดได้อย่างแน่แท้ หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงข้ามกับที่ต้องการจะให้เกิดแท้ที่จริงแล้วเป็นมาตรการที่ไร้ความหมายอย่างสิ้นเชิงในสายตาของคนที่มีสติสัมปชัญญะเต็มบริบูรณ์ และเนื่องจากบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ทางปกครองล้วนแล้วแต่เป็นคนที่จริตไม่วิกล ดังนั้นหากฝ่ายปกครองออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองประสงค์จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายประสงค์จะให้เกิดขึ้น เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power)

2.3.2.2 หลักแห่งความจำเป็น

หมายความว่าในบรรดามาตรการหลายๆมาตรการที่ล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ ซึ่งแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า

"ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า" ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม

2.4 เจตนารมณ์และลักษณะของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการ

2.4.1 เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการ

ในนิติรัฐ ให้หลักประกันแก่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ทำให้เกิดดุลยภาพของอำนาจเพื่อจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้มีมากเกินไป และเพื่อรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคให้กับบุคคล ซึ่งฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารนี้ จะกระทำการใดที่ไปมีความสัมพันธ์กับบุคคลก็ด้วยมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการได้ โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าว ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 29.2 "ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของแต่ละคน จะถูกจำกัดก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อประกันให้มีการยอมรับและเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อตอบสนองความเรียกร้องต้องการอันชอบธรรมของศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อย และความผาสุกของทุกคนในสังคมประชาธิปไตย" ซึ่งแสดงว่า กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น จะต้องมียุติธรรมหรือความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและ/หรือประโยชน์มหาชนเท่านั้น การตรากฎหมายออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรเพื่อประโยชน์อื่นนอกเหนือจากนี้ ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ (Abuse of Legislative Power) ซึ่งยังผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับมิได้

2.4.2 ลักษณะของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการ

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร ต้องมีลักษณะ 5 ประการประกอบกัน คือ

¹⁰ 1) กฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไป คือ ต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ต้องไม่มีวัตถุประสงค์ให้ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

2) กฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน โดยต้องบัญญัติกำหนดให้ชัดว่า บังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใด กระทำการใด ในกรณีใดหรือเพื่อประโยชน์อะไร

3) กฎหมายต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง คือ กฎหมายที่บัญญัติออกมาใช้บังคับจะต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังในลักษณะที่เป็นโทษสำหรับผู้ได้รับกระทบจากกฎหมายนั้น หรือห้ามบัญญัติกฎหมายเพื่อให้กฎหมายมีผลย้อนหลังในทางที่จะให้เกิดความผิดสำหรับการกระทำอันใดอันหนึ่ง หรือ กำหนดโทษที่มีอยู่ให้สูงขึ้น แต่จะใช้บังคับย้อนหลังได้ต้องเป็นบทบัญญัติที่เป็นคุณหรือเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ได้รับผลจากกฎหมายเท่านั้น

4) กฎหมายต้องไม่ขัดต่อหลักแห่งความได้สัดส่วน คือ กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ ซึ่งประกอบด้วยหลักย่อย 3 หลัก คือ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

5) กฎหมายต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระของสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมายนั้นจะต้องไม่กำหนดเงื่อนไขให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามใช้สิทธิเสรีภาพนั้นอย่างเคร่งครัดถึงขนาดว่าแทบไม่มีประชาชนคนใดปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นได้ เพราะมีเช่นนั้น จะถือว่าเป็นการล้ำเข้าไปกระทบถึงแก่นหรือสาระของสิทธิเสรีภาพ

2.5 การควบคุม ตรวจสอบ การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

2.5.1 ความจำเป็นที่ต้องมีระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ระบอบประชาธิปไตยนั้น นอกจากจะเป็นระบบการเมืองแล้วยังมีความหมายรวมไปถึงระบบการปกครองโดยกฎหมายที่เรียกว่า "นิติรัฐ" ด้วย ¹¹

¹⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 89-101.

¹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ระบบการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ" วารสารกฎหมายปกครอง (เล่ม 13 ตอน 2, 2538): 13-14.

ในระบบการปกครองแบบนี้ รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหลายที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ และกฎหมายมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายที่ตราขึ้นในรัฐนั้นด้วย ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะเป็น รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายในลำดับใดก็ตาม นอกจากนี้ ในกรณีที่รัฐ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของ ประชาชน ก็ต้องมีองค์กรและกระบวนการที่เป็นอิสระในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของ รัฐฝ่ายบริหาร และสามารถตัดสินปัญหาดังกล่าวและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนนั้นได้

¹²ในปัจจุบัน องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจตามกฎหมายทั้งหลายกว่า 600 ฉบับ ครอบคลุมกิจกรรมทุกประเภทของประชาชน ไม่ว่าจะจะเป็นทางเศรษฐกิจ สังคม หรือ การเมือง ตั้งแต่เกิดจนตายตั้งแต่ย่างเท้าออกจากบ้านจนกลับเข้าบ้าน ดังนั้น ระบบควบคุมการ ใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่จะเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงต้องมี ลักษณะที่ครอบคลุมกิจกรรมสำคัญของรัฐทุกประเภทให้เป็นที่ไปโดยชอบด้วยกฎหมายและเกิด ความเป็นธรรมรวมทั้งต้องมีหลักการที่ดี เพื่อมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจจนเกิน ขอบเขตเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เป็นธรรม

2.5.2 การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

2.5.2.1 การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารโดย กลไกภายในฝ่ายบริหาร

มาตรการสำคัญในการควบคุม ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของ รัฐฝ่ายบริหารโดยกลไกภายในฝ่ายบริหารนั้น ก็คือการมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ พิจารณาขององค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร เพื่อมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร กระทำการตามอำเภอใจที่มิชอบด้วยกฎหมาย โดยได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญฉบับหนึ่งในระบบกฎหมายของไทยใน ปัจจุบัน ให้เป็น “กฎหมายกลาง” ¹³ที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

¹²ชาญชัย แสวงศักดิ์, การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร(กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ วิญญูชน ,2540) ,หน้า16.

¹³วรเดชน์ ภาครัตน์,ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง:หลักการพื้นฐานของ กฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง(กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน,2546), หน้า 86.

ฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเตรียมการและการดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองต่างๆ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการของตน ในขณะเดียวกันก็วางหลักเกณฑ์ต่างๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย อันเป็นการยอมรับสถานะของประชาชนว่าเป็น "ผู้ทรงสิทธิ" ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนมิใช่เป็นผู้อยู่ภายใต้การปกครองที่ไร้สิทธิอีกต่อไป หลักเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ จึงเป็นมาตรการสำคัญในการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันจะส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองต่างๆ มีความเป็นธรรมมากที่สุด

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีหลักการที่สำคัญหลายประการ เช่น

¹⁴ - คำสั่งทางปกครองนั้น ต้องมุ่งประสงค์ให้กำหนดผลทางกฎหมาย อันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น

- ในกรณีที่คำสั่งทางปกครอง (เช่น คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต) อาจกระทบถึงสิทธิของบุคคลอื่นใด เจ้าหน้าที่จะต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน ซึ่งเป็นการโต้แย้งคัดค้านเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง

- คำสั่งทางปกครองต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย โดยระบุข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายที่อ้างอิง ตลอดจน ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

- คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ให้ระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้ง ดังกล่าวไว้ด้วย ซึ่งเป็นการอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง

2.5.2.2 การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารโดยกลไกภายนอกฝ่ายบริหาร

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดให้มีการเพิ่มระบบและองค์กรควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารโดยกลไกภายนอก

¹⁴ ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 50.

ฝ่ายบริหาร ดังนี้

¹⁵ (1) ให้มีการแยกการตรวจสอบการทุจริตทางการเมืองออกจากการตรวจสอบทางกฎหมาย

(2) ให้มีการเพิ่มหรือปรับปรุงอำนาจหน้าที่ขององค์กรควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารภายหลังการดำเนินการ โดยองค์กรที่เพิ่มขึ้นหรือได้รับการปรับปรุงอำนาจหน้าที่นั้น มีทั้งที่เป็นศาลและที่เป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ

เพื่อมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดำเนินงาน หรือกระทำการใดโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้องมีองค์กรและกระบวนการที่เป็นอิสระสามารถตัดสินปัญหาดังกล่าว และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนนั้นได้

การให้สิทธิแก่ประชาชนในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนี้ จะเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือจะต้องถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จากการใช้อำนาจรัฐนั้นๆ เท่านั้น จึงจะนำเรื่องมาให้องค์กรภายนอกตรวจสอบพิจารณาได้ ซึ่งระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐต้องมีหลากหลายให้ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน และต้องไม่ซ้ำซ้อน แต่เสริมซึ่งกันและกัน ทั้งยังต้องเหมาะสมกับกิจกรรมของรัฐแต่ละประเภท

ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ต้องพิจารณาลักษณะของการใช้อำนาจ คือ¹⁶

1) ถ้าเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองของรัฐบาล เช่นการดำเนินการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การดำเนินการทางสภา กระบวนการควบคุมก็ต้องทำโดยทางการเมืองโดยสภา (เช่นเสนอญัตติ, ขออภิปรายไม่ไว้วางใจ) โดยสื่อมวลชน หรือประชาชน (โดยอาศัยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น)

¹⁵ ชาญชัย แสวงศักดิ์, ศาลปกครองกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 6-7.

¹⁶ ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 272-273.

2) การใช้อำนาจทางกฎหมายขององค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ที่มีปัญหา ด้านความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะทำให้ศาลปกครองเป็นผู้ควบคุม ซึ่งจะต้องเน้นความชอบด้วย กฎหมายของการใช้อำนาจเท่านั้น ถ้าการใช้อำนาจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เพิกถอนได้

3) การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่มีปัญหา ความไม่เหมาะสมหรือความไม่ เป็นธรรม จะมีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คอยรับคำร้องเรียนของประชาชนที่ได้รับความไม่เป็น ธรรม หรือเดือดร้อนจากการใช้อำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่เหมาะสมได้ ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดิน ของรัฐสภาจะไม่ลงไปดูว่า เรื่องนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะเป็นหน้าที่ของศาลปกครองอยู่แล้ว เนื่องจากเป็นเรื่องทางปกครองกับเอกชน แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะดูความเหมาะสม หรือเป็นธรรม และเป็นผู้แนะนำ แล้วทำรายงานเสนอสภาและรัฐบาลต่อไป

4) ถ้าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่มีปัญหาด้านการทุจริต จะมีคณะกรรมการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เป็นผู้ควบคุมพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ไม่ให้ ทุจริตหรือประพฤติมิชอบ

2.6 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

2.6.1 การสร้างสถานะของสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร¹⁷

2.6.1.1 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหลักสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร

หลักประกันแก่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นหลักที่ ให้การยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองรัฐนั้น กฎหมายที่อยู่ในลำดับ ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งมิได้ การที่รัฐธรรมนูญมีความเป็นกฎหมายสูงสุดเพราะรัฐธรรมนูญจัดตั้ง องค์กรทางการเมืองขึ้น และจัดการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย ทำให้เกิดดุลยภาพของ อำนาจที่ไม่ให้รัฐมีอำนาจมากเกินไป และเพื่อรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของ บุคคล การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐทำให้เกิดหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมาย ในการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่องค์กรของรัฐทุกองค์กร โดยเฉพาะองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจที่จะออกกฎหมายมาตัดรอนสิทธิเสรีภาพโดยปราศจากอำนาจที่รัฐ ธรรมนูญให้ไว้ได้ ถ้าออกกฎหมายมาตัดหรือลดรอนสิทธิเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งของประชาชน

¹⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 69.

กฎหมายดังกล่าวถือว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในการบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีสองแบบ คือ 1. รับรองไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ 2. รับรองอย่างเป็นหมวดหมู่ในรัฐธรรมนูญ จึงทำให้กฎเกณฑ์ที่อยู่ต่ำกว่า เช่น กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่สามารถออกมากระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองโดยกฎเกณฑ์ที่สูงกว่าได้

2.6.1.2 ฝ่ายนิติบัญญัติกับบทบัญญัติสิทธิเสรีภาพ

หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ เป็นหลักพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย ถือว่าเป็นพื้นฐานสำคัญในการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ให้สามารถกำหนดวิถีชีวิตของตนเองได้อย่างเสรี หากบุคคลไม่มีสิทธิเสรีภาพแล้ว ก็อาจถูกแทรกแซงได้จากผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากผู้ปกครองรัฐ ดังนั้นเพื่อไม่ให้ผู้ปกครองรัฐมาล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐ จึงต้องมี บทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้เสมอ¹⁸

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายต่างยอมรับหลักความเป็นอิสระของบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น รัฐจึงต้องเคารพต่อขอบเขตของสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบนั้นแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง โดยองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ก็คือฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ จะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการจัดทำกฎหมาย ดังนั้น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น จึงต้องเป็นกฎหมายที่มาจาก การตราของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนเท่านั้น

¹⁸ ภัทรวรรณ อุซุงศ์อมร " การจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29: ศึกษาเฉพาะกรณีการระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 37.

2.6.1.3 การออกกฎหมายแห่งกฎหมายของฝ่ายบริหารกับบทบัญญัติสิทธิเสรีภาพ

โดยทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น และฝ่ายบริหารก็ไม่สามารถตรากฎหมายแห่งกฎหมายมาแย้งกับบทบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราแล้วได้ แต่ถ้าหากกฎหมายแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ยังไม่มีการตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ก็ไม่ใช่จะทำให้ไม่สามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้ ผลที่ตามมา คือให้เป็นอำนาจแก่ฝ่ายบริหารในฐานะเป็นผู้ดูแลความสงบสุขของสังคมในการตรากฎหมายแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับขอบเขตของการใช้สิทธิเสรีภาพ แม้ว่าจะไม่มีการมอบอำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม แต่เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยของสังคมในทางปกครอง

2.6.2 การปกป้องสิทธิเสรีภาพ

ความจำเป็นของการปกป้องเกิดจากการที่มีการคุกคาม ดังนั้นวิธีการปกป้องจึงต้องมีขึ้นเพื่อระงับการคุกคามไม่ให้เกิดมีขึ้น การปกป้องสิทธิเสรีภาพนั้นเพื่อต่อต้านอำนาจที่เปรียบเสมือนว่าเกิดขึ้นมาเพื่อเป็นศัตรูของสิทธิเสรีภาพ ซึ่งในกรณีการปกป้องกันดังกล่าวไม่ใช่กับกรณีของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคลที่บุคคลหนึ่งกระทำการกระทบสิทธิเสรีภาพของอีกคนหนึ่ง การปกป้องกันดังกล่าวเป็นกรณีที่รัฐจะเป็นผู้ปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน และ ในขณะเดียวกันรัฐนั่นเองที่ผู้ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.6.2.1 การปกป้องสิทธิเสรีภาพจากอำนาจ¹⁹

อำนาจโดยธรรมชาติถือว่าเป็นศัตรูของสิทธิเสรีภาพซึ่งตามแนวความคิดของเสรีนิยมเห็นว่าบุคคลที่มีอำนาจก็พร้อมที่จะละเมิดอำนาจได้อยู่เสมอ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการปกป้องสิทธิเสรีภาพจากการใช้อำนาจของหลายองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ มิให้มีการใช้อำนาจที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพราะทราบโดยทั่วไปแล้วว่า การกระทำของฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในการบริหารกิจการบ้านเมือง มีโอกาสที่จะกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด รวมถึงการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายมาจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยขัดกับบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้นไม่ได้ เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลได้รับการปกป้องจากการใช้อำนาจของ

¹⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, หน้า 188.

ทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยหากกฎหมายหรือการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ได้รับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ กฎเกณฑ์ดังกล่าว ใช้บังคับไม่ได้ เพราะถือว่ากฎหมายที่อยู่ต่ำกว่าไม่สามารถละเมิดสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายที่สูงกว่าเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของบุคคล

2.6.2.2 การปกป้องสิทธิเสรีภาพจากปัจเจกชน²⁰

สิทธิเสรีภาพเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองที่องค์ใดจะล่วงละเมิดมิได้ ทั้งองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายแห่งกฎหมายใดจะต้องอยู่ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะขัดหรือแย้งมิได้ เพราะโดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับรัฐ หรือรัฐในความสัมพันธ์กับบุคคลที่เป็นประชาชนในลักษณะที่ไม่เท่าเทียมกัน ไม่ใช่บังคับระหว่างบุคคลกับบุคคลด้วยกัน จึงทำให้สิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญผูกพันต่ออำนาจมหาชนเท่านั้น เพื่อเป็นการปกป้องสิทธิเสรีภาพจากอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร หากเป็นกรณีนี้ที่ปัจเจกชนแต่ละคนที่มีปฏิสัมพันธ์ต่อกันแล้ว มีการกระทำที่เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ปัจเจกชนผู้ที่ได้รับผลกระทบไม่สามารถอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองไว้ว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งปัจเจกชนอาจปกป้องสิทธิเสรีภาพจากการล่วงละเมิดของปัจเจกชนด้วยการอาจฟ้องร้องคดีต่อบุคคลนั้นโดยตรง แต่ถ้าหากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขัดต่อกฎหมายฉบับหนึ่งฉบับใด ปัจเจกชนก็สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างต่อสู้ได้

2.6.3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพ

ปัจจุบันในหลายประเทศได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเป็นทางการกระทำเพื่อแสดงถึงว่า แต่ละประเทศตระหนักถึงว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนมีความสำคัญ ใครจะมาล่วงละเมิดมิได้ แต่การที่รัฐได้ออกกฎหมายบางอย่างมาเพื่อมิให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพจนเกินขอบเขตไปกระทบบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหายต่อไปได้

2.6.3.1 แนวความคิดในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

สิทธิเสรีภาพเกิดขึ้นเอง และมีอยู่ตามธรรมชาติ จนกระทั่งได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 189-193.

ที่จะทำให้อำนาจรัฐหรือผู้ปกครองจะยกเลิกหรือเพิกถอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ แต่อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่ารัฐหรือฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้เลย เพราะการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดของปัจเจกชนแต่ละคนอาจก่อให้เกิดสภาวะอนาธิปไตยเกิดขึ้นมาในรัฐได้ และนำไปสู่การที่ไม่มีสิทธิเสรีภาพเหลืออยู่เลย ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายที่จำกัด หรือให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อมิให้การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งไปกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนอื่นๆ ในสังคม หรือต่อประโยชน์สาธารณะ

2.6.3.2 หลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการทำอะไรก็ได้ที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่บางครั้งการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่น รัฐจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น โดยหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นมีว่าสิ่งที่จะมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้น สิ่งนั้นต้องผ่านการยินยอมหรือการบัญญัติออกมาจากประชาชนอันเป็นไปตามหลักสัญญาประชาคมของรูสโซ การที่ตัวแทนของประชาชนในรัฐสภาออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ก็แสดงให้เห็นว่าเป็นการที่ประชาชนได้ยินยอมให้ตัวแทนของตนออกกฎหมายดังกล่าวมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ โดยลักษณะของกฎหมายที่จะออกมาจำกัดหรือให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้นจะมี ดังนี้

- 1) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ต้องไม่มีวัตถุประสงค์ให้ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง
- 2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องมีความชัดเจนแน่นอน โดยต้องบัญญัติกำหนดให้ชัดว่า บังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใด กระทำการใด ในกรณีใด หรือเพื่อประโยชน์อะไร
- 3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง โดยห้ามบัญญัติกฎหมายเพื่อให้กฎหมายมีผลย้อนหลังในทางที่จะให้เกิดความผิดสำหรับการกระทำอันใดอันหนึ่ง หรือกำหนดโทษที่มีอยู่ให้สูงขึ้น

4) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ ซึ่งประกอบด้วยหลักย่อย 3 หลัก คือ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

5) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ โดยกฎหมายนั้นจะต้องไม่กำหนดเงื่อนไขให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามก่อนใช้สิทธิเสรีภาพนั้นอย่างเคร่งครัดถึงขนาดว่าแทบไม่มีประชาชนคนใดปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นได้ เพราะมีเช่นนั้น จะถือว่าเป็นการล้ำเข้าไปกระทบถึงแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ

2.6.3.3 ผลของการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

การจำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนด ซึ่งจะส่งผลให้การใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมมีขอบเขตในการกระทำการใดๆ มิให้มีการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือสังคม และเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลให้ได้รับความชอบธรรม และเกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ถ้าหากไม่มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนขึ้นแล้ว จะทำให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างไร้ขอบเขต เพราะทุกคนต่างอ้างว่ามีสิทธิเสรีภาพจะทำอะไรก็ได้ตามใจตนเอง ก็จะไปกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น การจำกัดสิทธิเสรีภาพจึงทำให้เกิดผลดีต่อปัจเจกบุคคลและสังคมในการดำรงอยู่ด้วยกันอย่างสันติสุข

2.6.4 เทคนิคในการจัดการของสิทธิเสรีภาพ

เมื่อหลักการรับรองสิทธิเสรีภาพอันหนึ่งได้เป็นที่ยอมรับและได้รับการตระหนักถึงอำนาจตามกฎหมายที่จะรับประกันการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวมีอยู่ระหว่างสองรูปแบบของกระบวนการทางกฎหมาย โดยแบบที่หนึ่งคือระบบป้องกัน เป็นการใช้สิทธิเสรีภาพอยู่ภายใต้การควบคุมก่อนที่จะการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวอาจจะไปละเมิดผู้อื่น สำหรับ การใช้สิทธิเสรีภาพแบบที่สองคือ ระบบปราบปรามที่เป็นการดำเนินการลงโทษผู้ที่กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพ ซึ่งเป็นกระบวนการทางอาญา ซึ่งเทคนิคในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะทำการศึกษาใน ๒ ระบบ ดังกล่าวมีรายละเอียดดังนี้

2.6.4.1 ²¹ระบบป้องกัน

ในระบบป้องกันนี้ เราสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้ด้วยก็แต่ความยินยอมล่วงหน้าของฝ่ายปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อ ไม่ต้องการให้มีการลงโทษเมื่อมีการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพแต่ต้องการที่จะขัดขวางไม่ให้มีการละเมิดเกิดขึ้น

1) ลักษณะทั่วไปและรูปแบบ

โดยทั่วไปแล้ว ลักษณะของระบบป้องกันได้ให้ความสำคัญกับฝ่ายบริหารเป็นอย่างมากในฐานะที่เป็นผู้ป้องกัน ที่มีอำนาจในการตัดสินใจซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละกรณีๆไป โดยในบางครั้งฝ่ายปกครองจะเลือกตามความพึงพอใจที่ไปด้วยกันได้ระหว่างสิทธิเสรีภาพกับความจำเป็นของความสงบเรียบร้อยของสังคม แทนที่จะเลือกใช้กฎหมายทั่วไปในการกระทำบางอย่าง ดังนั้น จะเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารเลือกที่จะใช้เกณฑ์ตามความเหมาะสมของการตั้งสถานการณ์การรับรองสิทธิเสรีภาพกับความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งผลที่ตามมาก็คือบางครั้งเกิดการที่ไปด้วยกันไม่ได้ระหว่างระบบป้องกันกับการรับรองสิทธิเสรีภาพและก่อให้เกิดความไม่สม่ำเสมอในเรื่องดังกล่าว ดังนั้นลักษณะอำนาจของระบบป้องกันถูกทำให้เบาบางลงตามรูปแบบที่ระบบดังกล่าวนำมาใช้ในทางปฏิบัติ ซึ่งเป็นรูปแบบที่ระบบป้องกันนำมาใช้ใน 2 รูปแบบ

ก. การอนุญาตเบื้องต้น คือการใช้เสรีภาพของบุคคลจะกระทำมิได้ถ้าไม่ได้รับอนุญาตเบื้องต้นจากฝ่ายปกครอง การอนุญาตถือว่าเป็นเงื่อนไขการใช้สิทธิเสรีภาพและถือว่าเป็นอำนาจในการใช้ดุลยพินิจที่จะพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาต ดังนั้น หากไม่ได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครองแล้วถ้ามีการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นไปก็จะทำให้การใช้สิทธิเสรีภาพนั้นผิดกฎหมาย ซึ่งการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองนั้นอาจถูกจำกัดลงโดยกฎหมาย

ข. การห้าม ถือว่าเป็นทางเลือกของฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาว่าการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล แม้จะเป็นสิ่งที่รัฐได้ให้การรับรอง ฝ่ายปกครองไม่สามารถแทรกแซงการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ แต่ถ้าหากการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลแล้วฝ่ายปกครองคาดการณ์ว่าจะเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง เช่นนี้ ฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะห้ามหรือขัดขวางการแสดงออกซึ่งสิทธิเสรีภาพดังกล่าว

²¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, หน้า 196-209.

2) ระบบป้องกันในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร

การป้องกันในกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีอยู่สองระบบคือการอนุญาตเบื้องต้นและการห้ามดังที่กล่าวมาข้างต้น

ระบบอนุญาตเบื้องต้น ถือเป็นเงื่อนไขของการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล ในการดำเนินกิจกรรมบางอย่างที่แม้บุคคลนั้นจะมีสิทธิเสรีภาพในการกระทำก็ตาม แต่ก็ต้องผ่านการพิจารณาจากกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติไว้ว่าอนุญาต หรือไม่อนุญาต ให้ใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าว เช่น มีสิทธิเสรีภาพในการประกอบอุตสาหกรรม แต่ก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย โดยการขออนุญาต จัดตั้งโรงงานก่อน เพราะถ้าไม่ได้รับอนุญาตแล้วจะกระทำการได้ไม่ได้

การห้าม เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยกฎหมายที่จะห้ามในภาวะ พิเศษของการใช้สิทธิเสรีภาพ เช่น การห้ามทำการประท้วงบนทางสาธารณะ เป็นอำนาจของ ตำรวจ เช่น แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจไว้ด้วย แต่การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นสิ่งที่ คำนึงถึงความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นสำคัญ

2.6.4.2 ระบบปราบปราม

1) ลักษณะทั่วไปและรูปแบบ

ระบบปราบปรามเป็นระบบที่ปรับสภาพตนเองต่อการเรียกร้องของสิทธิ เสรีภาพอย่างเต็มรูปแบบ ที่ถือว่าการรับรองสิทธิเสรีภาพเป็นกฎเกณฑ์หรือเป็นหลัก ขณะที่การ จำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น ดังนั้น ทุกสิ่งทุกอย่างที่กฎหมายอาญาไม่ห้ามนั้นก็ถือว่าทำ ได้ตามกฎหมาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์การกระทำความผิดและ เกณฑ์การลงโทษ และมีฝ่ายตุลาการเป็นผู้ตัดสิน ซึ่งถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพที่ ประชาชนจะทราบได้ว่าการกระทำใดไม่ควรทำ หากกระทำไปแล้วจะถูกลงโทษ ทำให้ประชาชน ทราบถึงสิทธิที่ตนพึงมีและไม่ไปกระทำการที่ขัดกับกฎเกณฑ์ที่รัฐได้บัญญัติไว้

2) ระบบปราบปรามในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร

การจัดการของระบบปราบปรามในกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดย หลักการแล้ว การกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เมื่อมีการละเมิดต่อ สิทธิเสรีภาพที่กฎหมายรับรองไว้จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนอื่นนั้น ผลที่ตามมา ก็คือ กฎเกณฑ์

หรือกฎหมายนั้นเองจะกำหนดโทษแห่งการกระทำความผิดดังกล่าวโดยมีตุลาการเป็นผู้ตัดสินลงโทษแก่บุคคลที่กระทำการละเมิดนั้น

กฎเกณฑ์ทางอาญาที่นำมาปราบปรามการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพนั้นมีอยู่สองลักษณะ

๑. เป็นกฎเกณฑ์ทางอาญาทั่วไปที่ใช้กับทุกคนและในทุกกิจกรรมและ

๒. เป็นกฎเกณฑ์ทางอาญาของกฎหมายเฉพาะ หมายถึงเป็นกฎเกณฑ์ที่กฎหมายอาญาคำหนึ่งถึงว่าใช้เฉพาะกับการใช้สิทธิเสรีภาพบางอันที่กำหนดไว้เท่านั้น ในส่วนของตุลาการนั้นก็มีหน้าที่ตัดสินคดีไปตามบทบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ ความเสี่ยงจะเกิดขึ้นได้ถ้าปรากฏว่าบทบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิเสรีภาพนั้นมีความหมายไม่ชัดเจนแล้วกรณีดังกล่าวเท่ากับให้ตุลาการมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจในการตีความและกำหนดขอบเขตของบทบัญญัติดังกล่าว และถ้าปรากฏว่า คำวินิจฉัยของตุลาการนั้นกว้างอย่างที่ไม่สามารถคาดเดาได้จะทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวปราศจากความมั่นคงทางกฎหมาย การรับประกันทางกฎหมายก็หายไป

สำหรับในเรื่องการลงโทษนั้นโดยทั่วไปแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดโทษ โดยคำนึงถึงการสร้างสมดุลระหว่างชีวิต สังคม ที่เรียกร้องถึงการลงโทษสำหรับทุกๆความผิด และลงโทษหนักเบาตามความผิดที่ได้กระทำ

2.6.5 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ 2 ลักษณะด้วยกันคือ บางกรณีบัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์(Absolute) คือ ไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัด แต่บางกรณีก็บัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์(Relative) คือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในอันที่จะจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นๆในภายหลังได้ องค์การต่างๆของรัฐมีอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคน โดยการบังคับให้แต่ละคนกระทำการบางอย่าง หรือห้ามมิให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและ/หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน

2.6.5.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหาร

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า หลักนิติรัฐ หรือ หลักนิติธรรม(The Rule of Law) เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด

หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น มีอยู่ว่าการที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่ง ด้วยการบังคับให้เขากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือห้ามมิให้เขากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วแต่กรณี องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องพิจารณาว่า มีกฎหมายฉบับใด มาตราใดให้อำนาจตนที่กระทำการเช่นนั้นหรือไม่ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องละเว้นจากการกระทำเช่นนั้น

2.6.5.2 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติ

หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม ซึ่งห้ามมิให้ รัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล การกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แม้การกระทำนั้นๆจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่นหรือเพื่อปกป้องรักษาประโยชน์ของมหาชนโดยส่วนรวมก็ตาม โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจหรือขัดแย้งต่อกฎหมายจะไร้ความหมายอย่างสิ้นเชิง ถ้าหากรัฐสภามีอำนาจนิติบัญญัติอย่างไม่มีขอบจำกัด

ก) เจตนารมณ์ของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายในการให้อำนาจของฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิเสรีภาพ ได้มีคำกล่าวว่า “ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของแต่ละคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อประกันให้มีการยอมรับและเคารพสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อตอบสนองความเรียกร้องต้องการอันชอบธรรมของศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อยและความผาสุกของทุกคนในสังคมประชาธิปไตย” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า

กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น จะต้องมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือประโยชน์มหาชน เท่านั้น การตรากฎหมายออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรเพื่อประโยชน์อย่างอื่นนอกจากนี้ ย่อมเป็นการ จำกัดสิทธิเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ (Abuse of Legislative power) ซึ่งยังผลให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญและใช้ บังคับมิได้ รัฐธรรมนูญยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัด สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็เฉพาะแต่เพื่อการบางอย่างและ/หรือเฉพาะแต่ในบางสถานการณ์ เท่านั้น

ข) ลักษณะของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชน

กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนต้องมี ลักษณะ 5 ประการประกอบกัน ดังนี้ คือ

1. กฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไป
 2. กฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน
 3. กฎหมายต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง
 4. กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักแห่งความได้สัดส่วน
 5. กฎหมายต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ
- โดยลักษณะของกฎหมายดังกล่าว ได้กล่าวรายละเอียดไว้ในข้อ 2.4.2

2.6.6 การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

แม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐ ได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพด้านต่างๆ ให้แก่ประชาชน เพื่อให้ใช้สิทธิเสรีภาพเหล่านั้น ในการพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพ และในทางจิตใจ แต่ก็มี การตรากฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นและสังคม โดยจะเห็นได้จาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติหลักการใหม่ๆ หลายหลักการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักการเกี่ยวกับการ คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้ แต่โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และจะต้องมีผลเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่

กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง²² เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะพบว่ามิมีบทบัญญัติใน 2 มาตราที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ คือ มาตรา 28 “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ………” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นและในขณะเดียวกันเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมด้วย และมาตรา 29 “การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้……” ซึ่งในมาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับลักษณะของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิเสรีภาพ

2.6.6.1 การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น²³

เมื่อมีการกำหนดสถานะของสิทธิเสรีภาพอย่างแน่นอนและจำเป็นก็ต้องมีการกำหนดข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพเช่นกัน เพราะเหตุที่ว่าสังคมนั้นยังต้องการจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างไรขอบเขตอันจะนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองตามมาภายหลัง ซึ่งคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ได้ยืนยันถึงความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลอื่นและคุ้มครองสังคมซึ่งถือเป็นฐานของการจัดการสิทธิเสรีภาพ

การคุ้มครองบุคคลอื่นถือว่าเป็นเหตุผลประการสำคัญ ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ในมาตรา 28 วรรคแรก ได้บัญญัติไว้ นั่นคือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น การคุ้มครองรัฐธรรมนูญ และเพื่อรักษาศีลธรรมอันดีของประชาชน

สิทธิของบุคคลอื่น นั้นเป็นข้อจำกัดที่มีอยู่ในสิทธิเสรีภาพทั้งหลาย ทำให้เกิดความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยบุคคลทั้งหลายมีสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันนั้น ก่อให้เกิดผลว่า ไม่ว่าบุคคลใดก็ไม่สามารถก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินและเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ เพราะทุกคนต่างเป็นอิสระและเท่าเทียมกัน สิทธิเสรีภาพของบุคคลหนึ่งย่อมมีข้อจำกัดอยู่ที่สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ๆ ขอบเขตของการจำกัดอยู่ที่การใช้สิทธิเสรีภาพ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการรบกวนบุคคลอื่น ดังนั้น การละเมิดผลประโยชน์ของบุคคลอื่นก็ดี การทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็ดี หรือการทำให้เกิดความเสียหายเปรียบแก่บุคคลที่สามก็ดี กรณีดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น

²² คณิน บุญสุวรรณ, สิทธิเสรีภาพของคนไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 13.

²³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 222-223.

เมื่อมีรัฐเกิดขึ้น สิทธิของบุคคลอื่น จึงได้รับการรับรองโดยกฎเกณฑ์ของรัฐ มิได้อยู่ในสภาวะธรรมชาติอีกต่อไป เหมือนเช่นในอดีต หากแต่ได้ถูกกำหนดให้เป็นกฎหมายซึ่ง ออกโดยอำนาจของรัฐ ที่กำหนดให้สิทธิแก่บุคคลอื่นในขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ของอีกบุคคลหนึ่ง

การจำกัดสิทธิของบุคคลอาจเป็นความจำเป็นเพื่อความมุ่งหมายในการ ค้ำครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่เงื่อนไขดังกล่าวยังไม่ใช่เงื่อนไขที่เพียงพอในการทำหน้าที่ ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ บุคคลเป็นผู้ได้รับประโยชน์ ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้อำนาจในทางกฎหมายแก่บุคคล เพื่อบุคคลนั้นสามารถบรรลุเป้าหมายในผลประโยชน์ที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองได้ แต่เฉพาะ กรณีที่ผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นประโยชน์แก่บุคคลที่สาม ในกรณีนี้จึง กล่าวได้ว่าเป็นสิทธิของบุคคลอื่น ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความชอบธรรมในการจำกัดขอบเขต ของสิทธิเสรีภาพ ถ้าหากการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของ ปัจเจกบุคคลก็ดี หรือในกรณีที่ผลประโยชน์นั้นเป็นเพียงผลสะท้อนจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายก็ดี ในกรณีนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดความชอบธรรมต่อฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพ ตัวอย่างของการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยอาศัยเหตุผลเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เช่น มาตรา 39 และมาตรา 58

มาตรา 39 “บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ.....เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิใน ครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น.....”

มาตรา 58 “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะ ในครอบครองของหน่วยราชการ..... เว้นแต่ การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของ รัฐ.....ส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น.....”

2.6.6.2 การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสังคม²⁴

การที่ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพและถ้าทุกคนใช้สิทธิเสรีภาพอย่างเต็มที่โดยไม่มีขอบจำกัดแล้ว การดำรงอยู่ของสิทธิเสรีภาพก็จะไม่เหลืออยู่ เพราะในที่สุดการใช้สิทธิเสรีภาพในลักษณะดังกล่าวจะนำมาซึ่งความไม่สงบสุขของสังคม สิทธิเสรีภาพของแต่ละคนในสังคมนั้นก็จะได้รับการรุกรานโดยคนในประชาคมนั้นด้วยตนเอง ดังนั้นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในสังคมก็จำเป็นต้องเกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมให้ดำรงอยู่ด้วยความสงบสุข รัฐต้องตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสังคมให้มีความสงบสุข แต่ในขณะเดียวกันก็จะต้องมีสิทธิเสรีภาพอยู่ด้วยเป็นไปไม่ได้เลยที่รัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยไม่คงเหลือสิทธิเสรีภาพอะไรเลยให้แก่ประชาชน การจัดระเบียบการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น อาจมีการจำกัดโดยเด็ดขาด ด้วยเหตุผลของรัฐที่ว่าเพื่อคุ้มครององค์กรรัฐ เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่อย่างไรก็ตามไม่ใช่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยเด็ดขาดเสียทีเดียว บางครั้งรัฐต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพแบบสัมพัทธ์ ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพแบบเหมาะสมตามสภาวะของสังคมเพื่อคุ้มครองสังคม โดยจำกัดสิทธิเสรีภาพของคนบางกลุ่ม เช่น เมื่อเกิดภาวะวิกฤตในบ้านเมืองจึงจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเดินทางได้ ซึ่งสิทธิเสรีภาพเหล่านี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า สิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองอย่างสัมพัทธ์ แต่อย่างไรก็ตามมีสิทธิและเสรีภาพบางประเภทที่รัฐไม่สามารถตรากฎหมายมาจำกัดได้เลย สิทธิเสรีภาพเหล่านี้เป็นสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองอย่างสมบูรณ์เช่นเสรีภาพในการนับถือศาสนา

รากฐานของการทำหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบสุขและประโยชน์สาธารณะ ที่รัฐมีหน้าที่ในการป้องกันประเทศจากการรุกรานจากภายนอกประเทศ ซึ่งเป้าหมายของการป้องกันศัตรูจากภายนอกประเทศอันเป็นเหตุผลความชอบธรรมพิเศษสำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพ โดยรัฐอาจกำหนดให้พลเมืองของตนเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันประเทศจากการแทรกแซงจากรัฐต่างประเทศ ซึ่งการเข้าร่วมในการป้องกันดังกล่าวนอกจากการเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบสุขโดยก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่บุคคลแล้วการเข้าร่วมในการป้องกันประเทศดังกล่าวยังมีผลอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต และร่างกายของผู้เข้าร่วมในการป้องกันประเทศด้วย ก็ตาม

²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 224-226.

การจำกัดสิทธิเสรีภาพของรัฐเพื่อคุ้มครองสังคมนั้น อาจกำหนดเป็นรูปแบบของการจำกัดสิทธิเสรีภาพในลักษณะของการกำหนดหน้าที่ให้แก่พลเมืองของตนเช่นการกำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่ต้องเสียภาษี เป็นต้น

หากสังคมดำรงอยู่อย่างสงบเรียบร้อย บังคับบุคคลแต่ละคนก็สามารถใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้อย่างสมบูรณ์ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป แต่หากสังคมตกอยู่ในภาวะของความจลาจลวุ่นวายมากเพียงใด การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนก็อาจถูกจำกัดได้มากเพียงนั้น ซึ่งทำให้สังคมที่มีความสงบเรียบร้อยจึงเป็นสภาพการณ์ที่สิทธิเสรีภาพของบุคคลอาจดำรงอยู่อย่างสมบูรณ์ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป ดังนั้น เพื่อให้สภาพการณ์ดังกล่าวดำรงอยู่อย่างต่อเนื่อง รัฐจึงมีความชอบธรรมที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน การจำกัดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือประโยชน์สาธารณะ ได้มีปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เช่น มาตรา 36 มาตรา 45

มาตรา 36 วรรคสอง “ การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน”

มาตรา 45 (เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม ฯลฯ) วรรคสอง “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ....เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน.....”

2.7 การพิจารณาความสัมพันธ์ของมาตรการทางกฎหมายในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ในการดำเนินกระบวนการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ตามพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ. 2545 เมื่อพิจารณาจากหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะมีความสัมพันธ์กับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งแบ่งพิจารณาออกเป็นด้านต่างๆ ดังนี้

2.7.1 ด้านองค์กรผู้ใช้อำนาจ

ในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดตามกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับในปัจจุบันมีองค์กรที่ใช้อำนาจในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพ อยู่ด้วยกันหลายองค์กร ทั้งองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรฝ่ายตุลาการที่มีความสัมพันธ์ต่อการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด

1) องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด เป็นการดำเนินงานในขั้นตอนการจับกุมผู้กระทำความผิดของพนักงานตำรวจในฐานะความผิดตามที่กฎหมายกำหนด และส่งควบคุมตัวผู้เสพ หรือผู้ติดยาเสพติดเข้ารับการฟื้นฟูสมรรถภาพ ตามแผนการฟื้นฟูสมรรถภาพที่คณะกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดกำหนด รวมถึงการพิจารณาจัดทำแผนและพิจารณาลดหรือขยายระยะเวลาในการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ที่มีคณะกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ในแต่ละพื้นที่เป็นผู้ใช้อำนาจ

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดนั้น เพื่อให้ ผู้เสพหรือผู้ติดยาเสพติดจะได้รับการบำบัดรักษาและฟื้นฟูสมรรถภาพ ให้หายจนสามารถกลับไปใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข ผู้ติดยาเสพติดจะได้รับการบังคับฟื้นฟู ที่รวดเร็ว แต่เป็นการไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มุ่งหวังให้การรับรอง และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้ให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาที่เป็นผู้เสพ ผู้ติดยาเสพติดอย่างแท้จริง เนื่องจากกระบวนการบังคับฟื้นฟูฯ ไม่มีขั้นตอนแห่งการพิสูจน์ความผิดจนกว่าจะแน่ใจว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัยอย่างเช่น การกระทำความผิดในคดีอื่น ซึ่งตามกฎหมายนี้ได้ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารบังคับให้ผู้ต้องหาที่ได้รับการตรวจพิสูจน์แล้วว่าเป็นผู้เสพ หรือ ผู้ติดยาเสพติดต้องเข้ารับการฟื้นฟูสมรรถภาพ ณ ศูนย์ฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ตามที่กฎหมายกำหนด โดยมีได้กล่าวถึงความสมัครใจ เป็นการไม่ให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาในการเลือกนำข้อพิพาทของตนขึ้นสู่ศาลยุติธรรมอันเป็นองค์กรที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเป็นธรรม

สิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง หากมีกฎหมายกำหนดเอาไว้ว่าสิทธิเสรีภาพจะต้องถูกจำกัด โดยกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นจะต้องเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น รวมทั้งจะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธินั้นมิได้

กฎหมายที่จะบังคับให้บุคคลต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้แท้จริงแล้วอยู่บนพื้นฐานของการให้สิทธิเสรีภาพโดยทั่วไป แต่ต้องมีการจำกัดไว้เป็นเพียงเฉพาะกรณี เพื่อการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมที่จำเป็นต้องมีระเบียบวินัย ซึ่งแต่ละคนจะใช้สิทธิเสรีภาพกระทำการใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น หรือต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือมหาชนไม่ได้ ดังนั้น การบังคับให้บุคคลกระทำการใด หรืองดเว้นกระทำการใดย่อมเป็นเสมือนการบังคับให้บุคคลยินยอมสละซึ่งสิทธิเสรีภาพที่ตนมีอยู่ไปบางส่วน หรือทั้งหมด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ยินยอมสละซึ่งสิทธิเสรีภาพที่ตนมีอยู่บางส่วนหรือทั้งหมด เพื่อปฏิบัติตามระเบียบวินัยของสังคม

สำหรับกฎหมายที่เป็นระเบียบวินัยให้สังคมถือปฏิบัติในลักษณะบังคับนั้นจะต้องตราหรือบัญญัติไว้โดยอาศัยเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน และประโยชน์ของส่วนรวมเป็นหลัก หากเป็นไปเพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ย่อมไม่อาจให้บุคคลทั่วไปยินยอมจำกัดสิทธิเสรีภาพของตน เพื่อประโยชน์ของบุคคลนั้นได้ เว้นแต่ เพื่อมิให้กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น กฎหมายที่มีลักษณะบังคับให้บุคคลทั่วไปยินยอมจำกัดสิทธิเสรีภาพของตนเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญา เพื่อมิให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพของตนไปกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เช่นบุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในบ้านหรือที่ดินของตน หากบุคคลใดเข้าไปในบ้านหรือที่ดินของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมไม่ได้หรือการที่บุคคลใดควบคุมบุคคลหนึ่งมิให้มีสิทธิเสรีภาพย่อมกระทำมิได้หากปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น

เมื่อพิจารณาถึงความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น หากผู้ติดยาเสพติดยินยอมหรือ สมัครใจยอมเป็นการยกเว้นความผิดได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แม้ว่าจะเป็นการยินยอมให้การถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพด้วยการควบคุมตัวเพื่อบำบัดรักษาและฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ความยินยอมดังกล่าวกับการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ย่อมเห็นได้ว่าการที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้เพื่อทำการตรวจพิสูจน์การติดยาเสพติด หรือควบคุมตัวไว้เพื่อทำการบำบัดรักษาและฟื้นฟูสมรรถภาพโดยที่ไม่ได้รับความยินยอมของผู้ติดยาเสพติด อันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของเขา แม้การใช้อำนาจดังกล่าวจะเป็นไปตามกฎหมายก็ตาม แต่กฎหมายที่บังคับให้บุคคลต้องให้ความยินยอมนั้นต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ด้วยเกี่ยวกับการควบคุมตัวด้วย กล่าวคือการควบคุมตัวนั้นจะต้องเป็นการควบคุมโดยหมายศาล ดังนั้น อำนาจตามบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับบำบัดรักษาผู้ติดยาเสพติดนั้นมิได้เป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

นอกจากนี้ การให้อำนาจแก่คณะอนุกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ในการพิจารณาขยายระยะเวลาการควบคุมตัวเพื่อตรวจพิสูจน์ยาเสพติด การจัดทำแผนและขยายระยะเวลาในการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด อาจมีการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากองค์گردังกล่าวอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร ซึ่งใช้ดุลยพินิจในการพิจารณามีคำสั่ง ขาดความอิสระและเป็นกลาง โดยอาจถูกแทรกแซงจากองค์การทางการเมืองและองค์การอื่นได้ ซึ่งต่างจากการดำเนินงานขององค์กรตุลาการที่มีความอิสระ การใช้ดุลยพินิจปราศจากข้อบกพร่อง ใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายและพิจารณาโดยเปิดเผย

2) องค์กรฝ่ายตุลาการ มีส่วนสำคัญในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด โดยเมื่อพนักงานตำรวจจับกุมผู้ต้องหา และส่งให้ศาลมีคำสั่งให้ควบคุมตัวผู้ต้องหา เพื่อทำการตรวจพิสูจน์ว่าผู้ต้องหาเป็นผู้เสพยาเสพติดหรือไม่ การให้อำนาจศาล หรือให้อำนาจตุลาการในการควบคุมตัวบุคคล ถือว่าเป็นการใช้อำนาจอันชอบธรรมตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจศาลทำหน้าที่เป็นกระแควคุมครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ต้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่าอำนาจควบคุมตัวบุคคลจะต้องผ่านองค์กรตุลาการหรือศาล เนื่องจากการควบคุมตัวตามกฎหมายบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพ มีความหมายเดียวกันกับการคุมขังตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (12) คุมขัง หมายความว่า คุมตัว ควบคุม ขัง กักขัง หรือจำคุก ดังนั้นการให้อำนาจศาล ที่มีคำสั่งควบคุมตัวบุคคลเพื่อทำการตรวจพิสูจน์การเป็นผู้เสพ หรือผู้ติดยาเสพติด จึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกระบวนการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดที่มีขั้นตอนในการดำเนินการที่ให้อำนาจตุลาการในการพิจารณาสั่งควบคุมตัวเพื่อตรวจพิสูจน์ตามมาตรา 21วรรค2 ในครั้งแรกที่ไม่เกิน 15 วัน เท่านั้น แต่ถ้าหากมีการขยายเวลาการตรวจพิสูจน์ออกไปไม่เกิน 30 วัน การควบคุมตัวเพื่อการฟื้นฟูสมรรถภาพตามที่ได้มีการจัดทำแผน และ การขยายระยะเวลาควบคุมตัวในการฟื้นฟูตามมาตรา 25 เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งทำให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลถูกล่วงละเมิดไม่ได้รับความคุ้มครองจากการถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ จึงจำเป็นต้องให้องค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทในการดำเนินการในขั้นตอนดังกล่าว เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ ประกอบกับ หากผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ไม่เป็นธรรม มีสิทธิเสนอคำร้องให้องค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งก็คือ องค์กรตุลาการเข้ามาเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้น

นอกจากนี้ หากบทบัญญัติของกฎหมายฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งสามารถเสนอเรื่องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีการพิจารณาโดยองค์กรตุลาการ คือศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2.7.2 ด้านกระบวนการบำบัดรักษา

ในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ได้มีกระบวนการในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดที่มีความสัมพันธ์กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รวมทั้ง การจำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองสังคมและบุคคลอื่น ซึ่งเป็นสิ่งที่บทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มุ่งหวัง โดยพิจารณาประกอบกับการควบคุมตัว ผู้ต้องหาในขั้นตอนต่างๆของการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด

1) การดำเนินคดีของพนักงานสอบสวน ภายหลังจากที่มีการจับกุมผู้ต้องหา ในฐานความผิดตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ต้องมีการนำตัวผู้ต้องหามาตรวจพิสูจน์หาสารเสพติด ในร่างกายของผู้ต้องหาเอง โดยมีระยะเวลาในการควบคุมตัวที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นเวลา 48 ชั่วโมง โดยผู้ถูกจับกุมจะต้องถูกนำตัวไปศาลภายใน 48 ชั่วโมงนับแต่ผู้ถูกจับถูกนำตัวไปถึงที่ทำการสอบสวน และหากเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี จะควบคุมได้ไม่เกิน 24 ชั่วโมง ซึ่งการกระทำของพนักงานสอบสวน ดังกล่าวได้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 237วรรคแรก และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 วรรค 3 ไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้อำนาจและระยะเวลา ไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่ชอบธรรม ซึ่งผู้ต้องหาจะได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ตามหลักรัฐธรรมนูญ

2) การดำเนินการตรวจพิสูจน์และฟื้นฟูสมรรถภาพ ได้มีการควบคุมตัวผู้ต้องหา เข้ารับการตรวจพิสูจน์ว่าเป็นผู้เสพหรือผู้ติดยาเสพติดที่เป็นการใช้อำนาจศาล ในการสั่งควบคุมตัว ผู้ต้องหา โดยมีระยะเวลาในการควบคุมตัวเพื่อตรวจพิสูจน์ไว้ไม่เกิน 15 วัน โดยการใช้อำนาจของ ศาลดังกล่าวเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540²⁵ มาตรา 237 ที่ว่า " ในคดีอาญา การจับและคุมขังบุคคลใดจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของ

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 237.

ศาล.....ผู้ถูกจับซึ่งยังถูกควบคุมอยู่ ต้องถูกนำตัวไปศาลภายใน 48 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับถูกนำตัวไปถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวน “ ซึ่งถือว่าสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาจะต้องได้รับการคุ้มครองโดยชอบธรรมจากองค์กรตุลาการ

3) การขยายระยะเวลาการตรวจพิสูจน์ ในกรณีที่เกิดเหตุจำเป็นเนื่องจากการตรวจพิสูจน์การเสพหรือการติดยาเสพติดไม่สามารถแล้วเสร็จทันเวลาที่กำหนดไว้ กฎหมายได้ให้อำนาจแก่คณะอนุกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด มีอำนาจในการสั่งการขยายระยะเวลาการควบคุมตัวเพื่อการตรวจพิสูจน์ออกไปได้อีกเป็นเวลา 15 วัน ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 21 ซึ่งจะเห็นได้ว่า การควบคุมตัวเพื่อตรวจพิสูจน์ในครั้งแรกเป็นอำนาจศาล แต่พอมีการขยายระยะเวลาในการควบคุมตัวเพื่อตรวจพิสูจน์ กลับให้อำนาจแก่คณะอนุกรรมการฟื้นฟูฯ ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 237 และ²⁶มาตรา 240 “ ในกรณีที่มีการคุมขังตัวบุคคลในคดีอาญาหรือในกรณีอื่นใด ผู้ถูกคุมขัง พนักงานอัยการ หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกคุมขัง มีสิทธิร้องต่อศาล....ว่าเป็นการคุมขังเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย.....” จะเห็นได้ว่า การให้อำนาจควบคุมตัวของคณะอนุกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการควบคุมตัวบุคคลเป็นอำนาจขององค์กรตุลาการในการดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมาย โดยผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าว มีสิทธิร้องขอต่อศาลตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 240 บัญญัติไว้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลต่อไป

4) การควบคุมตัวผู้เข้ารับการรักษาและฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด รวมทั้งการขยายระยะเวลาควบคุมตัว กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร เมื่อคณะอนุกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด วินิจฉัยว่าผู้ต้องหาเป็นผู้เสพหรือผู้ติดยาเสพติด ก็จะจัดให้มีแผนการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด และอัยการจะมีคำสั่งชะลอการฟ้องโดยจะได้นำตัวผู้ที่จะเข้ารับการรักษาและฟื้นฟูสมรรถภาพไปควบคุมที่ศูนย์ฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ซึ่งเป็นการควบคุมตัวโดยฝ่ายบริหาร เพื่อทำการบำบัดรักษาและฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด จะขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลมิให้ถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำใดๆ

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 240.

การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพที่ได้รับรองไว้มิได้ จากวัตถุประสงค์ดังกล่าว ย่อมแสดงให้เห็นว่าองค์กรของรัฐหรือฝ่ายบริหารจะต้องปฏิบัติและเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลทุกคน โดยการตามกฎหมายเพื่อการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นต้องสอดคล้องหรือเป็นไปตามสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ที่ได้ให้อำนาจของคณะกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดซึ่งไม่ใช่ศาลมาบังคับผู้ต้องหาให้อยู่ในการควบคุม จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพนี้ย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในชีวิตและร่างกายที่ถูกควบคุมอันจำกัด ซึ่งตามปกติแล้วต้องอาศัยคำสั่งหรือหมายของศาลเท่านั้น เว้นแต่การอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่การที่กฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดซึ่งไม่ใช่ศาลควบคุมผู้ต้องหานี้เป็นเสมือนการให้อำนาจของศาลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดให้เกิดประสิทธิภาพ จะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้วย

2.8 การพิจารณาความสัมพันธ์ของมาตรการ ควบคุม ตรวจสอบ การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด

ในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดได้มีการกำหนดแนวทางและกระบวนการในการฟื้นฟูสมรรถภาพให้ผู้เสพหรือผู้ติดยาเสพติด ได้รับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแทนกระบวนการลงโทษ เพื่อกลับคืนสู่สังคม ในกรณีที่ผู้ต้องหาเป็นผู้เสพยาเสพติดหรือ ผู้จำหน่ายหรือ ครอบครองยาเสพติดเพียงเล็กน้อย ที่ให้โอกาสผู้กระทำผิดที่ถูกจับกุมแล้ว ไม่ส่งผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมปกติ ซึ่งการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ย่อมมีหน้าที่กระทำการตามที่กฎหมายกำหนด แต่หากการกระทำดังกล่าวได้สร้างความไม่เป็นธรรม หรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยปราศจากเหตุผลทางกฎหมาย ก็จะต้องมีการควบคุม ตรวจสอบ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดังกล่าว เพื่อจะได้รับคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา มิให้มีการล่วงละเมิดโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น

2.8.1 องค์การภายในฝ่ายปกครอง

เมื่อมีการจับกุมผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษใน ชนิด ประเภท และปริมาณที่กำหนดในกฎกระทรวง พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องนำตัวผู้ต้องหาไป ศาลตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ โดยนับแต่เวลาที่ผู้ต้องหามาถึงที่ทำการสอบสวน เพื่อศาล พิจารณามีคำสั่งให้ส่งตัวผู้ต้องหานั้นไปตรวจพิสูจน์การเสพ หรือการติดยาเสพติด ณ ศูนย์ฟื้นฟู สมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด และได้แจ้งให้คณะกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดแห่ง ที่ตั้งนั้นทราบ เมื่อคณะกรรมการฟื้นฟูรับตัวผู้ต้องหาไว้แล้ว จะต้องดำเนินการตรวจพิสูจน์ให้ แล้วเสร็จภายใน 15 วัน นับแต่วันรับตัวผู้ต้องหาไว้ หากคณะกรรมการฟื้นฟูวินิจฉัยว่าผู้เข้ารับการ ตรวจพิสูจน์เป็นผู้เสพหรือติดยาเสพติด คณะกรรมการฟื้นฟู ต้องจัดให้มีแผนฟื้นฟูสมรรถภาพ ผู้ติดยาเสพติด และผู้เข้ารับการตรวจพิสูจน์ต้องอยู่รับการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดตามแผน การฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดเป็นเวลาไม่เกิน 6 เดือน นับแต่วันที่ถูกส่งตัวเข้ารับการฟื้นฟู สมรรถภาพที่คณะกรรมการฟื้นฟูกำหนดไว้ และหากผลการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดยังไม่ เป็นที่น่าพอใจ คณะกรรมการฟื้นฟูสามารถขยายเวลาออกไปได้อีกก็ครั้งก็ได้ แต่ครั้งหนึ่งไม่เกิน 6 เดือน และรวมระยะเวลาทั้งหมดแล้วต้องไม่เกิน 3 ปี นับแต่วันที่ถูกส่งตัวเข้ารับการฟื้นฟูสมรรถภาพ ผู้ติดยาเสพติด

เมื่อผู้ต้องหาเข้ารับการตรวจพิสูจน์หรือฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด มีสิทธิ อุทธรณ์เพื่อทบทวนคำวินิจฉัย หรือคำสั่งของคณะกรรมการฟื้นฟู เกี่ยวกับผลการตรวจพิสูจน์ หรือการไม่ให้ปล่อยชั่วคราว ต่อคณะกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ซึ่งถือว่าการ ได้แย้งคัดค้านคำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ โดยการอุทธรณ์ต่อองค์กรทางปกครอง ที่มีฐานะเหนือกว่า หรือผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่ง โดยเป็นการควบคุมภายหลังการดำเนินการโดยองค์กรฝ่าย บริหาร ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งการดำเนินการดังกล่าว ถือว่าเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของผู้ต้องหาหรือผู้ติดยาเสพติดจากการกระทำของ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารด้วยองค์กรภายในฝ่ายบริหารด้วยกัน

2.8.2 องค์การภายนอกฝ่ายปกครอง

หลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายปกครอง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางข้อเท็จจริง หรือมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย เพราะ กฎหมายนั้นๆได้ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกระทำการ เพื่อให้วัตถุประสงค์ ในการปกครอง ที่มุ่งประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่าย

ปกครองจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าการกระทำการนั้นก้าวล่วงเข้าไป กระทบสิทธิของเอกชน องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องถูกตรวจสอบในการกระทำดังกล่าว

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง ที่ทำให้องค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยการที่ระบบ กฎหมายให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้

การกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ บัณฑิตเอกชน แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับบัณฑิตเอกชนเกินสมควร ซึ่งการกระทำของฝ่าย ปกครองอาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างเช่นการกระทำของฝ่ายปกครองหรือคณะอนุกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด หาก กระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาอันเกินขอบเขต หรือผู้ต้องหาถูก ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยไม่เป็นธรรม การกระทำของฝ่ายปกครองหรือคณะอนุกรรมการฟื้นฟู อาจถูกควบคุม ตรวจสอบ โดยองค์กรที่เหนือกว่าภายในฝ่ายปกครอง คือ คณะกรรมการฟื้นฟู สมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด

นอกจากการควบคุม ตรวจสอบ การกระทำของฝ่ายปกครอง โดยองค์กรภายใน ฝ่ายปกครองแล้ว หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลบังคับได้จริง ก็แต่โดยการที่มีองค์กรอื่นมาควบคุม ตรวจสอบ การใช้กฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครอง มิให้มีการ ใช้อำนาจนั้นสร้างความไม่เป็นธรรม หรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบัณฑิตเอกชน โดย ปราศจากเหตุผลทางกฎหมาย และหากมีการใช้อำนาจดังกล่าวไปแล้ว องค์กรนั้นก็จะต้องมีการ แก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ด้วย ซึ่งองค์กรที่ทำหน้าที่เช่นว่านี้ได้ต้องมีประสิทธิภาพ ย่อมจะต้องเป็นองค์กรอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาขององค์กรอื่นใด มีวิธีพิจารณาที่ สมเหตุสมผล คำสั่งขององค์กรนี้ต้องศักดิ์สิทธิ์เด็ดขาด และสามารถบังคับการให้เป็นไปตามคำ สั่งดังกล่าวได้ ซึ่งองค์กรที่มีลักษณะเช่นที่กล่าวมานี้ครบถ้วน ย่อมได้แก่องค์กรตุลาการ ซึ่งการ จัดให้มีองค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาท เพื่อธำรงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทาง ปกครองและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการล่วงละเมิดโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่าย

ปกครองนั้น อาจจะทำได้ในหลายรูปแบบ โดยมีศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่จะเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจนั้น ถ้าการใช้อำนาจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เพิกถอนได้

สำหรับการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด นอกจากจะมีการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองแล้ว ยังจะต้องมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง เนื่องจากการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด องค์กรเจ้าหน้าที่ได้มีการใช้อำนาจที่สร้างความไม่เป็นธรรมหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา แม้จะพิจารณาว่าเป็นการดำเนินการขั้นตอนของกฎหมายที่กำหนดไว้ แต่ก็จะต้องมีการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยองค์กรตุลาการ เพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการล่วงละเมิดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถเสนอเรื่องให้ศาลปกครองเป็นผู้เยียวยาความเดือดร้อนเสียหาย หรือหากการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหาร มีปัญหาเกี่ยวกับการทุจริต จะมีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เข้ามาควบคุมตรวจสอบ นอกจากนี้แล้ว หากบทบัญญัติของกฎหมายฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จะควบคุมตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้ที่รับผลกระทบสามารถเสนอเรื่องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา หรือขอให้ศาลที่มีการพิจารณาคดีนั้น ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่นำมาใช้กับคดีดังกล่าว ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2.9 การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการลงโทษกับการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด

มาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ. 2545 กำหนดให้มีกระบวนการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) โดยกฎหมายฉบับนี้มีการกำหนดวิธีการพิเศษแยกออกมาจากระบบปกติ คือการนำตัวผู้เสพยาเสพติดเข้าสู่กระบวนการบำบัดรักษาและฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด โดยใช้กระบวนการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแทนการลงโทษเพื่อกลับคืนสู่สังคม ซึ่งแต่เดิมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจะต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมตามปกติ โดยกฎหมายได้ให้โอกาสผู้กระทำความผิดที่ถูกจับกุมแล้วจะไม่ส่งผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมปกติ

2.9.1 ก่อนเข้าสู่กระบวนการ

มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด หรือการบำบัดรักษาผู้ติดยาเสพติดเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลดอุปสงค์ของยาเสพติดด้วยการลดจำนวนผู้เสพ ผู้ติดยาเสพติด โดยมีแนวความคิดที่ว่า ถ้าไม่มีผู้ใช้หรือผู้เสพยาเสพติดแล้ว ย่อมไม่มีการผลิตหรือการค้า อันเป็นการลดอุปทานหรือความต้องการยาเสพติด

เดิมมาตรการที่สำคัญที่นำมาใช้แก้ไขปัญหายาเสพติด ก็คือการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ซึ่งเป็นการใช้มาตรการในการดำเนินคดีอาญาตามปกติ แต่ก็ไม่ทำให้ผู้ติดยาเสพติดนั้นหายขาดจากการติดยาเสพติด และปรากฏว่ายังมีผู้ติดยาเสพติดอยู่เป็นจำนวนมากเพราะเป็นการแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ เนื่องจากได้มีการนำผู้ติดยาเสพติดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมตามปกติ แต่ก็มีจำนวนน้อยมากที่จะหายขาดจากอาการติดยาเสพติด เพราะแม้จะได้มีกฎหมายบัญญัติโทษทางอาญาที่กำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดฐานเสพยาเสพติดในอัตราโทษที่สูงมาก แต่ก็มิได้ทำให้จำนวนผู้ติดยาเสพติดลดลง

ในคดีทั่วไปพนักงานสอบสวนก็จะหมดหน้าที่เมื่อศาลรับตัวผู้ต้องหาแล้ว ศาลจะออกหมายซึ่งนำผู้ต้องหาเข้าสู่ห้องขังของศาล และราชทัณฑ์ก็จะมารับตัวไป นอกจากพนักงานสอบสวนจะขอตัวไปควบคุมเอง ถ้าพนักงานสอบสวนแจ้งว่าขอตัวไปควบคุมเองถ้าศาลอนุญาตแล้ว พนักงานสอบสวนจะนำตัวแยกไปต่างหาก ไม่ต้องนำเข้าเรือนจำ ซึ่งตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเมื่อศาลสั่งควบคุมตัวไปแล้ว ศาลรับตัวไว้ศาลออกหมาย ผู้ต้องหานั้นอยู่ในอำนาจของศาล และ ศาลจะเป็นผู้ให้ประกัน

แต่สำหรับในคดีตามพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด เมื่อพนักงานตำรวจพบผู้กระทำความผิดในความผิดฐานเสพยาเสพติด ก็จะมีการจับกุมผู้กระทำความผิดดังกล่าว และดำเนินคดีโดยพนักงานสอบสวนเมื่อทราบว่ามีอาการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นแล้ว จะดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานให้ทราบข้อเท็จจริงเพื่อพิสูจน์ความผิด และเอาบุคคลผู้กระทำความผิดมาลงโทษโดยนำผู้ต้องหาไปยังพนักงานอัยการ ซึ่งการทำการสอบสวนมีผลถึงการพิจารณาการฟ้องคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจ โดยถ้าเป็นคดีอาญาที่มีโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสามปี ปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลแขวง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความในศาลแขวง พ.ศ. 2499 ซึ่งการพิจารณาพิพากษาของศาลแขวงบางกรณีจะรวมถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดบางประเภท ซึ่งเป็นคดียาเสพติดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000 บาท นอกจากนี้ ในศาลแขวงได้กำหนดว่า ให้สามารถฟ้อง

ด้วยวาจาได้ ถ้าหากผู้ต้องหาให้การรับสารภาพตลอดข้อหาต่อพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวน นำผู้ต้องหามายังพนักงานอัยการเพื่อฟ้องศาล ซึ่งในคดี ยาเสพติดที่ผู้ต้องหากระทำความผิดฐาน ครอบครองยาเสพติด ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ก็อยู่ในอำนาจศาลแขวงที่จะ พิจารณาพิพากษา โดยสามารถฟ้องด้วยวาจาได้ ซึ่งความผิดฐานครอบครองนี้เป็นส่วนหนึ่งของฐาน ความผิดตามพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดกำหนดไว้

นอกจากนี้การพิจารณาคดียาเสพติดของศาลอาญา หากไม่ใช่คดีที่กฎหมาย กำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้ ให้จำคุกตั้งแต่ 5 ปี ขึ้นไป ในชั้นพิจารณาจำเลยให้การรับสารภาพ ศาลจะพิพากษาโดยไม่สืบพยานหลักฐานก็ได้ โดยการกระทำความผิดในคดียาเสพติดบางประเภท ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาที่จะพิจารณา พิจารณาพิพากษาโดยไม่ต้องทำการสืบพยานได้

สำหรับในคดีของศาลแขวง หากผู้ต้องหาให้การรับสารภาพแล้วสามารถที่จะนำ ตัวผู้ต้องหาไปฟ้องด้วยวาจาและมีคำพิพากษาในวันเดียวกัน และส่วนมากศาลจะพิพากษา รอการลงโทษ หรือในกรณีศาลอาญา เมื่อจำเลยรับสารภาพว่ามียาเสพติดในครอบครอง พนักงานสอบสวนจะทำสำนวนส่งให้พนักงานอัยการสั่งฟ้องคดี และศาลพิพากษาในวันเดียวกันนั้น ซึ่งส่วนใหญ่ คำพิพากษาของศาลจะรอการลงโทษหรือแม้จะสั่งจำคุกก็จะมีระยะที่สั้นกว่าการเข้ารับ การฟื้นฟูสมรรถภาพ ณ ศูนย์ฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด

2.9.2 ภายหลังการเข้าสู่กระบวนการ

แม้จะถือว่าผู้ติดยาเสพติดมิใช่อาชญากรแต่เป็นผู้ป่วย เมื่อมีการจับกุมผู้ต้องหา ว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ ชนิด ประเภท และปริมาณที่กำหนดตามกฎหมาย ในความผิดฐานเสพ เสพและมีไว้ในครอบครอง เสพและครอบครองเพื่อจำหน่าย เสพและจำหน่ายยา เสพติด โดยพนักงานสอบสวน มีหน้าที่ ต้องนำตัวผู้ต้องหาที่ได้มีการจับกุมในฐานความผิดข้างต้น ไปศาลภายใน 48 ชั่วโมง แต่ถ้าผู้ต้องหาอายุไม่ถึง 18 ปี ต้องส่งผู้ต้องหาภายใน 24 ชั่วโมง นับแต่ เวลาที่ผู้ต้องหามาที่ทำการของพนักงานสอบสวน โดยจะมีการตรวจสอบประวัติการกระทำความผิด ว่าผู้กระทำความผิดอยู่ระหว่างต้องหา หรือระหว่างดำเนินคดีในความผิดฐานอื่น ซึ่งเป็นความผิดที่มี โทษจำคุกหรืออยู่ระหว่างรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาหรือไม่

หลังจากนั้นจะนำข้อมูลเสนอต่อศาลในการพิจารณามีคำสั่งให้ส่งผู้ต้องหาไปตรวจพิสูจน์การเสพหรือติดยาเสพติด ซึ่งอาจมีการปล่อยตัวชั่วคราวระหว่างการตรวจสอบข้อมูลก่อนการส่งตัวผู้ต้องหาไปศาลเพื่อพิจารณามีคำสั่ง

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การดำเนินการในเบื้องต้นของพนักงานสอบสวนตามพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพฯ จะมีความยุ่งยากมากกว่าการดำเนินคดีอาญาทั่วไปหรือกรณีติดยาเสพติด เนื่องจากถ้าเป็นคดีอาญาในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลแขวงที่จะพิจารณาได้ ซึ่งอาจฟ้องคดีด้วยวาจา จึงเป็นการดำเนินคดีที่รวดเร็ว

ภายหลังจากที่ส่งตัวผู้ต้องหามาศาลแล้ว ผู้พิพากษาจะมีคำสั่งให้ส่งตัวผู้ต้องหาไปตรวจพิสูจน์ที่ศูนย์ฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ซึ่งเป็นสถานที่เพื่อการตรวจพิสูจน์การฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด หรือการควบคุมตัวแล้วแต่กรณี และได้แจ้งให้คณะกรรมการฟื้นฟูฯ แห่งท้องที่นั้นทราบแล้ว พนักงานสอบสวนจะต้องดำเนินกระบวนการสอบสวนและดำเนินคดีต่อไป

เมื่อสอบสวนเสร็จแล้วส่งสำนวนการสอบสวนไปยังพนักงานอัยการ โดยไม่ต้องส่งผู้ต้องหาไปด้วย แต่ต้องแจ้งให้พนักงานอัยการทราบว่าผู้ต้องหาถูกควบคุมตัว ณ ที่ใด ซึ่งเมื่อคณะกรรมการฟื้นฟูฯ รับตัวผู้ต้องหามาจากพนักงานสอบสวนและดำเนินการตรวจพิสูจน์ตามคำสั่งศาลให้เสร็จภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รับผู้ต้องหาไว้ หากคณะกรรมการฟื้นฟูฯ วินิจฉัยว่าผู้เข้ารับการตรวจพิสูจน์เป็นผู้เสพหรือผู้ติดยาเสพติด แล้วต้องจัดให้มีแผนการฟื้นฟูฯ และแจ้งผลให้พนักงานอัยการทราบถึงผลการตรวจพิสูจน์ โดยพนักงานอัยการจะมีคำสั่งชะลอการฟ้องไว้จนกว่าจะได้รับแจ้งผลการฟื้นฟูฯ จากคณะกรรมการฟื้นฟูฯ

แต่ถ้าหากการตรวจพิสูจน์ไม่ปรากฏว่าผู้ต้องเข้ารับการตรวจพิสูจน์เป็นผู้เสพหรือติดยาเสพติด คณะกรรมการฟื้นฟูฯ ต้องรายงานผลการตรวจพิสูจน์ให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมในคดียาเสพติดต่อไป โดยพนักงานอัยการจะต้องส่งตัวผู้ต้องหานั้นดำเนินคดี แต่ถ้าผู้ต้องหาเป็นผู้เสพหรือผู้ติดยาเสพติด แต่ไม่มีสิทธิได้รับการฟื้นฟูตามที่ถูกกฎหมายกำหนดอันเนื่องมาจากเป็นการเสพยาเสพติดที่ไม่ใช่ประเภทและปริมาณยาเสพติด ที่กฎหมายกำหนดไว้ พนักงานอัยการจะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาต่อไป โดยต้องแจ้งให้คณะกรรมการฟื้นฟูฯ ทราบ

สำหรับผู้ต้องหาที่ได้วินิจฉัยจากคณะกรรมการฟื้นฟูฯ เป็นผู้เสพหรือผู้ติดยาเสพติด ผู้ต้องหานั้นต้องรับการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดตามแผนการฟื้นฟูสมรรถภาพ

ตามที่คณะกรรมการฟื้นฟูฯ จัดให้มีการฟื้นฟูฯ ตามแผน เป็นเวลาไม่เกิน 6 เดือน นับแต่ถูกส่งตัวเข้ารับการรักษาฟื้นฟูสมรรถภาพ และต้องแจ้งผลการตรวจพิสูจน์ให้พนักงานอัยการทราบ เพื่อพนักงานอัยการจะได้ชะลอการฟ้องไว้

หากผลการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดยังไม่เป็นที่พอใจ คณะกรรมการฟื้นฟูฯ สามารถพิจารณา ขยายระยะเวลาการควบคุมตัวออกไปได้อีกก็ครั้งก็ได้ โดยครั้งหนึ่งไม่เกิน 6 เดือน และรวมกันทั้งหมดแล้วไม่เกิน 3 ปี นับแต่วันที่ถูกส่งตัวเข้ารับการรักษาฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด ถ้าผู้นั้นต้องอยู่ในสถานฟื้นฟูสมรรถภาพถึง 3 ปี และผู้ต้องหาบางรายอาจอยู่ฟื้นฟูสมรรถภาพที่มีระยะเวลานานกว่าการถูกพิจารณาพินัยคดีของศาลแขวงหรือคดียาเสพติดทั่วไปในศาลอาญาที่อาจถูกดำเนินคดีตามกฎหมายแค่รอการลงอาญา ถ้าผู้นั้น ไม่เคยกระทำผิดมาก่อน หรืออาจถูกลงโทษตามกฎหมายแค่ 1-2 ปี ซึ่งมีระยะเวลาการถูกควบคุมตัวน้อยกว่าการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูสมรรถภาพ

แต่ถ้าผลการฟื้นฟูสมรรถภาพได้ขยายระยะเวลามาจนถึง 3 ปี แล้ว ผลการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดของคณะกรรมการฟื้นฟูฯ ยังไม่เป็นที่พอใจ พนักงานอัยการจะพิจารณาดำเนินคดีกับผู้ต้องหา หลังจากที่ได้มีการชะลอการฟ้องไว้ โดยจะต้องส่งตัวผู้นั้นดำเนินคดีตามกฎหมายตามกระบวนการยุติธรรมต่อไป ซึ่งเท่ากับว่าผู้ต้องหานั้นถูกลงโทษนานกว่าที่ควรจะเป็น หรือถูกลงโทษ 2 ครั้ง ทำให้ผู้ต้องหานั้นไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างแท้จริง แม้จะพิจารณาว่าการฟื้นฟูสมรรถภาพตามกระบวนการของกฎหมายที่มีผลการฟื้นฟูสมรรถภาพเป็นที่พอใจของคณะกรรมการฟื้นฟูฯ แล้ว จะได้รับการปล่อยตัวและจะไม่มีประวัติว่าเคยถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย แต่จะมีระยะเวลาการถูกควบคุมตัวนานกว่าการถูกดำเนินคดีในเขตอำนาจของศาลแขวงที่อาจจะถูกควบคุมตัวไว้แค่ 7 วัน ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา ซึ่งผู้ต้องหาบางรายศาลจะพิพากษารอลงอาญา แต่จะมีประวัติว่าเคยถูกดำเนินคดี ทำให้ผู้ต้องหาพยายามที่จะหลีกเลี่ยงไม่เข้าสู่กระบวนการบังคับฟื้นฟูสมรรถภาพที่จะถูกควบคุมตัวระยะเวลานาน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย