

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการรับรองสิทธิและเสรีภาพและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

2.1 แนวความคิดในการรับรองสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันนี้พัฒนามาจากสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคกลางของยุโรป ซึ่งได้บังคับให้ขุนนางและกษัตริย์มอบหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพบางประการแก่ประชาชน โดยที่ในสมัยนั้นการให้หลักประกันดังกล่าวจะกระทำในรูปของเอกสารต่าง ๆ เช่นในปี ค.ศ. 1188 ได้มีการประชุมกันของบรรดานักบวชและประชาชนชาวสเปน เพื่อให้รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น การรับรองสิทธิในการปรึกษาหารือ สิทธิในการร่วมแสดงความคิดเห็นในปัญหาสำคัญ ๆ นอกจากนี้ยังต้องห้ามมิให้มีการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตเกียรติยศ และสิทธิและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ และกรรมสิทธิ์¹ แต่ข้อเรียกร้องที่ได้รับการกล่าวถึงมากที่สุดในการต่อสู้ของชนชั้นกลาง คือ Magna Carta ในปี ค.ศ. 1215 อันเป็นข้อเรียกร้องที่เกิดจากพวกขุนนางที่ไม่พอใจกษัตริย์ที่ปกครองประเทศในสมัยนั้น คือ พระเจ้าจอห์น (King John of England) ซึ่งมักเก็บภาษีตามอำเภอใจ จึงทำให้เกิดการขัดแย้งกับประชาชน ในที่สุดพระเจ้าจอห์นแพ้จึงยอมให้สิทธิและเสรีภาพบางประการโดยสาระสำคัญประการหนึ่งคือ พระมหากษัตริย์เก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากพวกขุนนางไม่ได้ และนอกจากนี้เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ ดังที่ได้ระบุไว้ในมาตรา 39 ว่า "อิสรชนไม่อาจถูกจับกุม คุมขัง ประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกระงับโดยวิธีใดวิธีหนึ่งเว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย ต่อมาใน ค.ศ. 1628 สภาขุนนางและสภาสมาชิกของประเทศอังกฤษได้ยื่นเอกสารต่อพระเจ้าชาร์ล (Charles)² ซึ่งเอกสาร

¹ Albert Bleckmann, Staatsrecht II. Die Grundrecht, 4 Aufl, 1979. S.2. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 42.

² Samuel A. Pleasants, Merrill Studies of American Documents 2 The Bill of Rights (Charles E. Merrill Book, Inc., Columbus, Ohio, Printed in the United States of America), P. 5.

ฉบับนี้คือ Petition of Right ซึ่งมีสาระสำคัญคือ บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใด ๆ โดยปราศจากความยินยอมร่วมกันโดยพระราชบัญญัติของสภา บุคคลจะไม่ถูกจำคุกหรือคุมขัง เว้นแต่จะเห็นไปตามกฎหมาย นอกจากนี้การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูทารก ทหารเรือ ถูกยกเลิก การสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยกฤษฎีกาศึกษาต้องถูกเพิกถอน³

ในปี ค.ศ. 1689 รัฐสภาอังกฤษได้ร่างเอกสารฉบับหนึ่ง ชื่อ Bill of Right ซึ่งพระเจ้าวิลเลียมและพระนางแมรี ได้ทรงให้ความเห็นชอบ ซึ่งเอกสารฉบับดังกล่าวมีสาระสำคัญคือ พระมหากษัตริย์จะทรงระงับกฎหมายหรือใช้บังคับกฎหมาย จะเลิกกฎหมายหรือเลิกใช้บังคับกฎหมาย โดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภา ย่อมถือว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้พระมหากษัตริย์ไม่มีอำนาจที่จะเรียกเก็บเงินโดยรัฐสภาไม่อนุมัติในเวลาบ้านเมืองสงบเรียบร้อย เป็นต้น⁴ ต่อมาในศตวรรษที่ 16 และ 17 ทฤษฎีสัญญาประชาคมและแนวความคิดแบบมนุษยนิยม เริ่มมีบทบาทสำคัญในยุคนั้น และจากแนวความคิดดังกล่าวส่งผลให้ John Milton เรียกสิทธิต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับประชาชน ซึ่งได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย นอกจากนี้ยังรวมถึงเสรีภาพต่าง ๆ อีก เช่น เสรีภาพในทางศาสนาและในทางความเชื่อ เสรีภาพในการพูด และเสรีภาพของหนังสือพิมพ์ เป็นต้น

นอกจากนี้ ในช่วง ค.ศ. 1632 - 1704 บุคคลที่มีความสำคัญในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพ คือ John Lock ซึ่งได้เขียนหนังสือที่มีบทบาทสำคัญต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นคือ "Two Treaties on Civil Government" ซึ่ง Lock มองว่า ชีวิต เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์ เป็นสิทธิที่ติดตัวบุคคลแต่ละคนมาตั้งแต่เกิด และเพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล Lock ได้เรียกร้องให้มีการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร⁵ และจากแนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐได้มีการพัฒนาต่อมาโดย Montesquieu ซึ่งได้เขียนไว้ในหนังสือ "De l' esprit de lois"⁶ ต่อมา Edward Coke ผู้ซึ่งเห็นพ้องกับแนวความคิดของ Lock โดยที่ Coke เป็นผู้สนับสนุนเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิตและกรรมสิทธิ์ และได้ก่อให้เกิดการตื่นตัวในเรื่อง

³ Ibid., pp 6 - 7.

⁴ Ibid., pp. 7 - 8.

⁵ Ibid., pp. 4 - 5.

⁶ วภาวรรณ ตุลยานนท์ (แปล), เจตนารมณ์ของกฎหมาย. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 25.

ของเสรีภาพส่วนบุคคล โดย Coke เห็นว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดและได้รับควบคุมครองตามกฎหมาย Common Law

ต่อมาในศตวรรษที่ 18 แนวความคิดดังกล่าว ได้นำไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในประเทศสหรัฐอเมริกาและในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งได้มีการประกาศ "Bills of Rights" ของรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การประกาศ "The Virginia Bill of Rights" ในปี ค.ศ. 1776⁷ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้แสดงออกอย่างชัดเจนในการประกาศความเป็นอิสระของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 สำหรับประเทศฝรั่งเศสได้มีการประกาศสิทธิมนุษยและสิทธิพลเมืองในช่วงของการปฏิวัติฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ซึ่งได้ประกาศถึงเสรีภาพและหลักการที่สำคัญ ๆ เช่น เสรีภาพในการกระทำการทั่วไปอันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล เสรีภาพในทางศาสนา หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย สิทธิในกรรมสิทธิ์ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักอธิปไตยของปวงชน⁸

อนึ่ง จากประกาศสิทธิของมนุษย์ทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น มีอิทธิพลต่อหลักการสิทธิและเสรีภาพอย่างสำคัญยิ่ง และในศตวรรษที่ 19 และ 20 หลักการดังกล่าวมีอิทธิพลต่อประเทศในยุโรปเกือบทั้งหมดทุกประเทศ และมีอิทธิพลต่อประเทศต่าง ๆ เกือบทั่วโลกรวมถึงประเทศไทยด้วย ซึ่งแนวความคิดในการรับรองสิทธิและเสรีภาพในอดีตมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะหมวดหมู่อย่างในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน เพราะรูปแบบการปกครองในอดีตทำให้ประชาชนไม่กล้าอ้างสิทธิและเสรีภาพ เช่น ในสมัยสุโขทัยซึ่งมีประชากรไม่มาก รูปแบบการปกครองไม่ซับซ้อนคือการปกครองแบบพ่อปกครองลูก ซึ่งถือเป็นการปกครองที่สร้างความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครอง แต่การปกครองแบบนี้กษัตริย์จะมีอำนาจเด็ดขาด ดังนั้น หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงอยู่ที่ความเมตตาจากกษัตริย์เท่านั้น แต่ผู้ปกครองสมัยนั้นไม่ได้ใช้การปกครองแบบเผด็จการหรือใช้อำนาจเกินขอบเขต โดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติ ผู้ปกครองได้ปฏิบัติตัวเป็นผู้แทนของประชาชนโดยมีการออกกฎหมายมาดั่งเช่น หลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชที่ออกมากำหนดขอบเขตสิทธิและหน้าที่

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

⁸ John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whitaker, Principles of French Law. (Oxford University Press Published in The United States by Oxford University Press Inc., New York, 1998), pp. 14 - 18.

ประชาชน เช่น สิทธิของคนต่างด้าว ที่เปิดโอกาสให้มีการค้าขายระหว่างประเทศโดยไม่มี การตรวจตราคนที่ผ่านเข้าออกสุโขทัย จึงถือเป็นการให้เสรีภาพในการเดินทางเข้าและออกประเทศแก่ ประชาชนรวมถึงคนต่างชาติด้วย นอกจากนี้ ในสมัยสุโขทัยยังถือการปกครองบ้านเมืองเป็นหลัก กล่าวคือ เวลาเกิดสงครามประชาชนทุกคนคือทหาร เวลาสงบประชาชนก็แยกย้ายกันประกอบ อาชีพ สามารถเลือกถิ่นที่อยู่อาศัยได้อย่างอิสระ และสามารถเดินทางไปมาได้อย่างเสรี ส่วนใน สมัยอยุธยา⁹ นอกจากสภาพของสังคมเป็นตัวกำหนดสิทธิและเสรีภาพแล้วก็ยังมีกฎหมายเป็น สิ่งสำคัญในการกำหนดขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายที่สำคัญในสมัยนี้ คือ กฎหมายตราสามดวงและยังมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่ออกมาโดยมีทั้งที่บัญญัติให้สิทธิและ เสรีภาพและบางฉบับก็ออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น กฎหมายลักษณะทาส กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ กฎหมายลักษณะอาญาหลวง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเสมือนหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศใดก็ตาม และหลักประกันสิทธิและเสรีภาพก็เป็นสิ่งที่พูดมานาน แล้ว ตั้งแต่มนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นหมู่เป็นสังคม ผู้แข็งแรงกว่าโดยเฉพาะผู้ปกครอง มักจะใช้ อำนาจรัฐเบียดเบียนผู้อยู่ในปกครอง มนุษย์จึงเกิดมีความคิดว่าควรจะทำอย่างไรจึงจะไม่ให้มีการ เบียดเบียนข่มเหงกัน เมื่อมีความคิดเช่นนี้ รัฐธรรมนูญประชาธิปไตยฉบับแรกของโลกจึงเกิดขึ้น คือ รัฐธรรมนูญแมกนา คาร์ตา ของประเทศอังกฤษ และนี่คือจุดกำเนิดของหลักประกันสิทธิและ เสรีภาพในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งได้วิวัฒนาการออกไปเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส และอีกหลายประเทศ แต่ที่นับว่าเป็นจุดเชื่อมโยงต่อ จากแมกนา คาร์ตา ที่สำคัญที่สุดได้แก่ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยย์และพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งนับว่าเป็นแนวทางหนึ่งในด้านการเป็นผู้นำในเรื่องเกี่ยวกับการรับรองสิทธิและเสรีภาพ ดังที่ มีการกล่าวไว้ในปฏิญญาสากลว่า "สังคมใดก็ตามที่ไม่ยอมรับการแบ่งแยกอำนาจ และมีหลัก ประกันสิทธิและเสรีภาพ สังคมนั้นหาได้ชื่อว่ามีรัฐธรรมนูญไม่" แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่าใน ปฏิญญาสากลของประเทศฝรั่งเศสจะเป็นแม่แบบในเรื่องการรับรองสิทธิและเสรีภาพเสียทีเดียว ประเทศต่าง ๆ ที่มีแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวอาจรับมาบ้างเพื่อเป็นแนวทางที่ทำให้เกิดแนว ความคิดในเรื่องการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

⁹ เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดศิวิลพร, 2510), หน้า 24-25.

2.1.1 ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ

ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติเริ่มมีมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ แต่เริ่มเป็นที่รู้จักและยอมรับกันเมื่อต้นยุคกลาง ซึ่งเป็นช่วงที่ศาสนจักรโรมันคาทอลิกและศาสนคริสต์มีอิทธิพลแต่เดิมแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพมีแนวความคิดไปในทางจำกัดอำนาจของกษัตริย์หรือผู้ปกครองซึ่งมีอำนาจมาก และเพื่อชี้ให้เห็นพื้นฐานของสิทธิของบุคคล จึงทำให้นักกฎหมายสำนักกฎหมายธรรมชาติต่างอ้างว่าสิทธิต่าง ๆ ของบุคคลเป็น “สิทธิตามธรรมชาติ” ซึ่งแนวความคิดนี้ทำให้เกิดทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ

กฎหมายธรรมชาติมีความสำคัญต่อการเกิดแนวความคิดในการรับรองสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ โดยความเชื่อนี้ปรากฏอยู่ในสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเชื่อว่าสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ มนุษย์มิได้สร้างขึ้นและกฎหมายนั้นก็อยู่เหนือรัฐ กล่าวคือ รัฐจะออกกฎหมายใดมาขัดกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้และสามารถใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลาและสถานที่¹⁰

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่า มีสิ่งที่อยู่เหนืออำนาจการเมืองและกฎหมายธรรมดาส่งนั้นคือธรรมชาติและเหตุผลซึ่งจากแนวความคิดนี้เองที่เป็นเหตุให้มนุษย์สามารถออกกฎหมายมาแก้ไขสิ่งที่ไม่เป็นเหตุให้สอดคล้องกับธรรมชาติและไม่ควรออกกฎหมายมาขัดกับสภาวะของธรรมชาติ กล่าวคือ ต้องมีการปกครองที่มีศีลธรรม และเนื่องจากปรัชญาสำนักนี้ เปลี่ยนจากพระเจ้าในคริสต์ศาสนามาเป็นกรให้มีความสำคัญกับเหตุผลของมนุษย์ และให้ความสำคัญกับการออกกฎหมายมาขจัดความรู้เหตุผลของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดการจัดทำประมวลกฎหมาย และที่สำคัญที่สุดคือ สำนักกฎหมายธรรมชาติที่ก่อให้เกิดการใช้เหตุผล มีการสร้างกฎหมายมหาชนมาจำกัดอำนาจผู้ปกครองและมีการคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีอาจถูกล่วงละเมิดได้ จากจุดนี้เอง กฎหมายธรรมชาตินี้จึงกลายเป็นรากฐานสำคัญในการจำกัดอำนาจของรัฐและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ เพราะสาเหตุที่สำคัญที่สุดของกฎหมายธรรมชาติ คือ ความเชื่อที่ว่าเหนืออำนาจสูงสุดของมนุษย์ ยังมีสิ่งอื่นอยู่อีกนั่นก็คือ “ธรรมชาติ” และ “เหตุผล” เพราะเมื่อสิ่งใดเป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของ

¹⁰ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2512), หน้า 170 – 174. (อัดสำเนา)

มนุษย์อยู่แล้วบุคคลอื่นใดก็ไม่อาจมาล่วงละเมิดให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นได้ การใช้อำนาจก็ดี การเมืองการปกครองก็ดี รัฐต้องเคารพสิทธิตามธรรมชาติของพลเมือง จะตรากฎหมายออกมาให้กระทบต่อสิทธิดังกล่าวมิได้ถึงกับมีแนวความคิดว่าถ้ารัฐตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามธรรมชาติของพลเมืองแล้ว กฎหมายฉบับนั้น ๆ จะไม่มีผลใช้บังคับเลยทีเดียว¹¹

จอห์น ล็อก (John Locke)¹² เป็นนักปรัชญาชาวอังกฤษ เป็นผู้มีแนวความคิดไปในทางเสรีนิยมประชาธิปไตย ได้เขียนตำราเกี่ยวกับการเมืองการปกครองรัฐหลายฉบับ และยังเป็นผู้ให้กำเนิดสัญญาประชาคม โดย Locke มองว่า มนุษย์กับสังคมแยกออกจากกันมิได้ เพราะสังคมเกิดมาจากมนุษย์ สังคมนั้นจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อความสงบสุขของมนุษย์ผู้ซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมนั้น Locke มองสัญญาประชาคมคนละแง่กับโทมัส ฮอบบส์ (Thomas Hobbes) โดย Locke มองโลกในแง่ที่ที่ว่า ทุกคนมีสิทธิมีอำนาจ แต่ยอมสละอำนาจนั้นให้แก่ผู้แทน หรือผู้ปกครองของตน ก่อนที่มนุษย์จะมารวมกันเป็นสังคม มนุษย์มีจิตใจที่ดั่งงาม มีการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน มนุษย์เท่าเทียมกันและมีเสรีภาพเต็มที่ สังคมตามความคิดของ Locke มีสังคมเดียวคือ ครอบครัวกรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่มนุษย์มีก่อนที่จะเข้ามารวมกันเป็นสังคม¹³ และเมื่อมนุษย์เข้ามารวมกันเป็นสังคม และมีการละเมิดกฎธรรมชาติ ก็จะไม่สามารถแก้ไขได้ เพราะมนุษย์มีความเท่าเทียมกันและต่างก็มีเสรีภาพด้วยกันทั้งนั้น ดังนั้น สภาพบังคับจึงเกิดมีขึ้นไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ ก็ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยจากการเอาตัวเอาเปรียบเกิดความไม่มั่นคง คนในสังคมเริ่มรู้สึกไม่ปลอดภัย ทั้งแก่ชีวิต และทรัพย์สินของพวกเขา เพราะไม่มีใครคุ้มครองป้องกันทรัพย์สินและชีวิตของเขาได้ ดังนั้นมนุษย์จึงตกลงเข้ามารวมกันเป็นสังคม และเพื่อต้องการหลีกเลี่ยงความไม่มั่นคงปลอดภัยนี้ ก็ทำให้มนุษย์แต่ละคนยินดีสละสิทธิตามธรรมชาติที่จะบังคับกันเองเมื่อมีการละเมิดสิทธิ และโอนสิทธิในการบังคับนี้ให้สังคม ดังนั้นสัญญาสังคมนี้นี้ก็คือสัญญาประชาคมซึ่งเกิดมาจากการตกลงยินยอมของมนุษย์ผู้มีอิสระและมีจุดประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินและความผาสุกของมนุษย์ แต่

¹¹ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 170 – 174.

¹² John Locke, Two Treatises of Government. ed. Mark Goldie. (Gvernsey, C.I. : The Guernsey Press Co. Ltd., 1993), P. 163.

¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 54.

ทั้งนี้มนุษย์ก็มีได้มอบอิสระเสรีภาพทั้งหมดให้แก่สังคม คงละให้เฉพาะเสรีภาพเพียงบางส่วนเพื่อจุดประสงค์คือ ความผาสุกร่วมกัน แต่ก็ยังคงรักษาเสรีภาพตามธรรมชาติอย่างอื่นไว้

Locke เป็นผู้ก่อให้เกิดความคิดในเรื่องสิทธิโดยธรรมชาติ (Natural Right) และแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องประชาธิปไตย โดยได้ยืนยันว่ารัฐเกิดขึ้นเพราะสัญญาประชาคมที่มอบอำนาจหน้าที่ให้แก่รัฐในการปกครองบ้านเมือง เพื่อรักษาชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สิน ดังนั้น ชีวิตร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินจึงถือเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ (Natural Right) ที่รัฐจะละเมิดมิได้¹⁴ โดย Locke มองว่าแหล่งกำเนิดของรัฐและอำนาจรัฐเป็นผลมาจากความตกลงยินยอมของประชาชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐและอำนาจรัฐตั้งอยู่บนรากฐานของสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งความยินยอมของประชาชน หน้าที่ของรัฐและรัฐบาลมีอยู่เพียงเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอันมีมาแต่กำเนิด และไม่อาจถูกล่วงละเมิดหรือถูกเพิกถอนได้

เมื่อย้อนกลับไปดูสมัยเพลโต (Plato) และอริสโตเติล (Aristotle) แล้วจะเห็นหลักความเท่าเทียมกันปรากฏอยู่ในสมัยดังกล่าว เป็นแนวความคิดที่ส่งผลในเรื่องความเท่าเทียมกันของมนุษย์ในสมัยต่อ ๆ มา มนุษย์มีความเท่าเทียมกัน หรือมนุษย์ควรเท่าเทียมกัน แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นตามาคือ การกล่าวว่ามนุษย์เท่าเทียมกันหรือมนุษย์ควรจะได้รับ การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน มีความหมายโดยแท้จริงว่าอย่างไรและในความเท่าเทียมกันนี้จะส่งผลให้ได้รับความยุติธรรมที่แท้จริงหรือไม่

ความเท่าเทียมกันของมนุษย์ เริ่มต้นมาจากข้อถกเถียงที่มีเจตนาคัดค้านการปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างไม่เท่าเทียมกันโดยปราศจากเหตุผล เช่น ความไม่เท่าเทียมกันในเรื่องสีผิว ในเรื่องเพศ เป็นต้น โดยปกติความเท่าเทียมกันก็ไม่ได้หมายความว่าต้องเป็นการปฏิบัติต่อทุกคนเหมือนกัน เมื่อเราคิดว่ามนุษย์มีความเท่าเทียมกันมิได้หมายความว่ามนุษย์ทุกคนควรจะได้รับ การปฏิบัติที่เหมือนกันในทุกสถานการณ์ เพราะหากให้มนุษย์ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ในสภาวะแวดล้อมที่ต่างกันออกไปนั้น ย่อมหมายถึงความต่างที่ถือได้ว่าไม่เป็นการยุติธรรม เพราะในสภาวะแวดล้อมที่ต่างกันออกไป มนุษย์ก็ควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไป นั้นหมายความว่า มนุษย์ทุกคนควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไปตามสภาวะแวดล้อม ตามแต่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแก่เขานั่นเอง เช่น ความไม่เท่าเทียมกันในเรื่องของอำนาจในการปกครอง การอยู่ร่วมกันใน

¹⁴ Ibid., P. 178.

สังคมของบุคคลจำเป็นต้องมีกฎข้อบังคับเพราะถ้าเกิดมีการเบียดเบียนกัน สังคมก็จะต้องมีวิธีการในการควบคุมหรือยับยั้งบุคคลนั้นไว้ให้อยู่ภายใต้ระเบียบกฎเกณฑ์ที่สังคมกำหนดขึ้น ดังนั้นจึงจำเป็นจะต้องมีคนบางคนหรือบางกลุ่มที่มีอำนาจใช้วิธีการควบคุมและยับยั้งนี้ อำนาจจึงเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแบ่งให้กับคนทุกคนในสังคมอย่างเท่าเทียมกันได้ ดังนั้น อำนาจในการปกครองจึงอยู่กับคนบางกลุ่มเท่านั้น ความจริงนี้ก็ขึ้นอยู่กับแนวคิดของ Locke ที่ทุกคนในสังคมยอมสละอำนาจที่ตนมีอยู่โดยสมัครใจให้กับผู้ปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจแทนตนเพื่อผลประโยชน์ร่วมกัน คือความสงบเรียบร้อยภายในสังคมและการที่คนในสังคมยอมมอบอำนาจบางส่วนของตนโดยสมัครใจให้กับผู้ปกครองเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันแล้ว พวกเขาจะไม่คำนึงถึงการได้เปรียบเสียเปรียบเพราะทุกคนอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันที่จะทำการต่อรองหาข้อตกลงร่วมกันซึ่งถูกกำหนดไว้อย่างเหมาะสม ผลที่ได้จากข้อตกลงในสถานการณ์นี้ย่อมยุติธรรมเพราะพวกเขามีผลประโยชน์อย่างเดียวกัน แต่ในขณะเดียวกันพวกเขาก็มีผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกันเพราะคนแต่ละคนย่อมต่างมีความต้องการที่ไม่เหมือนกันในแง่ที่ว่าประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นจากการร่วมมือกันทางสังคมจะมีการแบ่งปันกันอย่างไร เพราะคนทุกคนย่อมต้องการส่วนแบ่งในส่วนที่มากกว่าเพื่อผลประโยชน์ของแต่ละคนที่จะทำให้สามารถถึงจุดมุ่งหมายในการดำรงชีวิตที่พึงปรารถนา ดังนั้น จากข้อเท็จจริงดังกล่าวความยุติธรรมจึงเกิดขึ้นเมื่อบุคคลที่มีผลประโยชน์ร่วมกันเกิดสิทธิเรียกร้องที่ขัดแย้งกันในการแบ่งปันผลประโยชน์ทางสังคม จึงจำเป็นต้องมีหลักการของความเท่าเทียมกันและความยุติธรรม

ความคิดในเรื่องสิทธิตามธรรมชาติ มีอิทธิพลต่อการก่อให้เกิดการปฏิวัติครั้งสำคัญ ๆ หลายครั้ง และยังเป็นบ่อเกิดของการริเริ่มจัดทำเอกสารสิทธิของประชาชนที่มีชื่อเสียงหลายฉบับ รวมทั้งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย อย่างเช่น เมื่อปี ค.ศ. 1215 ได้เกิดมีการปฏิวัติในประเทศอังกฤษโดยในการปฏิวัติครั้งนั้น เพื่อล้มล้างอำนาจของพระเจ้าจอห์น และได้มีการประกาศใช้มหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา (The Great Charter or Magna Carta) ซึ่งรับรองสิทธิมูลฐานที่สำคัญ ๆ ของประชาชนไว้ ต่อมาในปี ค.ศ. 1776 มลรัฐอาณานิคมของอังกฤษในทวีปอเมริกาจำนวน 13 มลรัฐได้มีการประกาศอิสรภาพไม่ยอมขึ้นกับประเทศอังกฤษ และได้มีการประกาศสงครามใหญ่กับประเทศอังกฤษ จนในที่สุดมลรัฐอาณานิคมก็ได้รับชัยชนะและได้ประกาศตนเป็นเอกราชสำเร็จ พร้อมกันนั้นก็จัดทำประกาศฉบับหนึ่งเรียกว่า "The Declaration of Independence" ขึ้น เมื่อเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1776 ประกาศดังกล่าวรับรองสิทธิตามธรรมชาติของชาวอเมริกาไว้หลายประการ ต่อจากนั้นได้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา เมื่อ ค.ศ. 1789 รัฐธรรมนูญดังกล่าวได้มีการรับรองสิทธิตามธรรมชาติของประชาชนไว้หลายประการ นอกจากนี้ ปี ค.ศ. 1789 ได้มีการปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส คณะปฏิวัติได้ประหารชีวิตพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 บรรดาขุนนางและเจ้าของที่ดิน ตลอดจนได้ยกเลิกระบบฟิวดัล ซึ่งเป็น

ระบบที่ทำให้เกิดความแตกแยกในสังคม และได้มีการประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง” (Declaration des droits de l' Homme et du Citoyen) ปฏิญญาฉบับนี้เองเป็นต้นแบบในการรับรองสิทธิของพลเมืองในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งยังเป็นต้นกำเนิดของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติอีกด้วย

ดังนั้น จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติมีพื้นฐานมาจาก หลักแห่งความยุติธรรมและเชื่อในความถูกต้อง ซึ่งมีอยู่ในจิตใจของมนุษย์และนำมาใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่าง ๆ รวมถึงการใช้สิทธิตามที่ตนมีโดยที่รัฐหรือผู้ปกครองต้องยอมรับและเคารพการรับรองและคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติเหล่านั้นว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนหรือผู้ที่อยู่ใต้การปกครองทุกคน การยอมรับของรัฐหรือผู้ปกครองในเรื่องดังกล่าวนั้นจึงปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเขียนไว้ในกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญ โดยอาจปรากฏเป็นหมวดหมู่ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศไทยหรือปรากฏอยู่ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญเช่นของประเทศฝรั่งเศสก็ได้

2.1.2 ทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์มายาวนาน นับแต่สมัยปรัชญากรีกโบราณ ที่มนุษย์เริ่มรู้จักกฎเกณฑ์ในการปกครอง และการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครอง ทั้งนี้ในการศึกษาแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม จึงต้องทราบแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งถือเป็นรากฐานสำคัญที่ก่อให้เกิดแนวคิดดังกล่าว ตามที่ได้กล่าวในหัวข้อที่แล้ว

ทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยม เกิดจากลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมซึ่งปรากฏในศตวรรษที่ 18 โดยเหตุที่ต้องการให้รัฐทั้งหลายมีรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้ในการจำกัดอำนาจของรัฐและองค์การของรัฐมิให้เป็นไปตามอำเภอใจ¹⁵ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นสัญญาประชาคม คือมาจากการยอมรับของสมาชิกในสังคมหลายประเทศ เมื่อเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงจากระบบการเมืองเก่าระบบการเมืองใหม่หรือเมื่อได้รับเอกราชเพื่อจะเริ่มดำเนินการบริหารปกครองประเทศซึ่งสิ่งแรกที่ต้องทำคือการบัญญัติรัฐธรรมนูญ

¹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. หน้า 85 – 86.

ลายลักษณ์อักษรขึ้นเพื่อรับรองความชอบธรรมของระบบการเมืองใหม่และกำหนดกติกาทางการเมืองไว้

แนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม ถือเป็นหลักการสำคัญของการจัดทำรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ ที่ต้องการให้มีการคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติที่ตนมีและกำหนดรูปแบบวิธีในการบริหารประเทศของผู้ปกครองให้เป็นไปอย่างชอบธรรม แต่อย่างไรก็ตามการที่รัฐธรรมนูญจะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามความต้องการของประชาชนได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับว่าปรากฏหลักในเรื่องรัฐธรรมนูญนิยมไว้หรือไม่ ถ้ารัฐธรรมนูญฉบับใดปรากฏหลักดังกล่าวเนื้อหาในรัฐธรรมนูญนั้นก็จะมีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้อำนาจของผู้ปกครอง ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนั้นก็จะได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่สามารถสนองตอบความต้องการของประชาชนได้ แนวความคิดนี้ปรากฏขึ้นในยุโรปประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ (ยุค cromwell) ซึ่งเป็นยุคที่ได้พยายามร่าง “Instrument of Government” ขึ้นในปี 1653 แต่ปรากฏว่าแนวความคิดนี้เกิดผลครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยเมื่อ 13 อาถอนานิคมได้กระทำการปฏิวัติและแยกตัวออกจากประเทศอังกฤษได้เป็นผลสำเร็จ และได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวก็ได้มีอิทธิพลต่อประเทศฝรั่งเศสซึ่งจะเห็นได้จาก การที่ประเทศฝรั่งเศสได้เกิดมีการปฏิวัติครั้งใหญ่ขึ้นและเป็นผลสำเร็จในปี 1789 และได้มีการประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี 1789” ขึ้นพร้อม ๆ กับการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือเป็นเอกสารชิ้นสำคัญ

ในช่วงแรกของการมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร จะมีลักษณะจำกัดและมีบทบัญญัติไม่มากอย่างเช่นในปัจจุบันและจะเน้นไปในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ แต่ต่อมา รัฐธรรมนูญสมัยใหม่เริ่มมีความสำคัญกับหลักรัฐธรรมนูญนิยมมากขึ้น โดยเฉพาะมีการวางกลไกตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐด้วยการจัดตั้งสถาบันที่มีความชำนาญเฉพาะด้านไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

โดยที่รัฐธรรมนูญตามแนวทางของลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ให้หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้นรัฐธรรมนูญจะมีความสำคัญมากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับหลักการและสาระสำคัญ ที่รัฐธรรมนูญ

บัญญัติไว้¹⁶ การที่รัฐหรือชาติเห็นความสำคัญของการมีรัฐธรรมนูญ เพราะต้องการใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการเมืองการปกครอง ทั้งยังกำหนดกลไกของโครงสร้างพื้นฐานในการจัดองค์กรบริหารของรัฐ ส่งผลให้รัฐธรรมนูญกลายเป็นกฎหมายสูงสุดซึ่ง หมายความว่า กฎหมายหนึ่งกฎหมายใดหรือการกระทำอันใด ไม่ว่าจะ เป็นของหน่วยงานใด ถ้าขัดกับรัฐธรรมนูญแล้ว มีผลให้กฎหมายนั้น ๆ และการกระทำต่าง ๆ ที่ได้กระทำไป ไม่มีผลบังคับ อย่างเช่น ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือเป็นประเทศแรกที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก แม้ต่อมาได้กลายมาเป็นแบบอย่างในการมีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้กับหลายประเทศก็ตาม แต่สาเหตุที่ทำให้แต่ละประเทศมีรัฐธรรมนูญนั้นไม่เหมือนกัน ซึ่งจะแตกต่างกันไปตามความผันแปรของเหตุการณ์ภายในประเทศ และเมื่อถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดกฎหมายอื่นใดจะออกมาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ และประชาชนต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงนำไปสู่แนวความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) ที่มีแนวความคิดว่า กฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐาธิปไตย และต้องบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ความพยายามต่าง ๆ ที่ผลักดันให้เกิดการจำกัดอำนาจของผู้มีอำนาจปกครองให้มีอยู่ภายในกรอบของรัฐธรรมนูญ จึงถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งอาจเรียกความพยายามในการผลักดันเหล่านี้ว่า ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม

ดังนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ จึงมีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งโดยหลักการแล้วเชื่อว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะดีหรือไม่ ขึ้นอยู่กับกรอบที่รัฐธรรมนูญวางไว้ ซึ่งกรอบดังกล่าวก็คือแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม กรอบรัฐธรรมนูญนิยมกำหนดไว้ 3 กรอบ ดังนี้คือการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐและการเสริมสร้างเสถียรภาพของรัฐบาล แต่ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะศึกษาเฉพาะกรอบของการรับรองสิทธิและเสรีภาพ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองจากการถูกผู้ปกครองใช้อำนาจในทางไม่ชอบ และการกำหนดกฎเกณฑ์ในการปกครองตาม รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้บัญญัติกฎระเบียบในการใช้อำนาจอธิปไตย โดยวางอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ มีการกระจายอำนาจโดยที่การใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดยองค์กรของรัฐแต่ละองค์กรให้ใช้อำนาจแยกต่างหากจากกัน กระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายอย่างเป็นทางการและเป็นอิสระต่อกัน และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า “สังคมใดไม่มีการประกันเสรีภาพ

¹⁶ ฉมร จันทรสมบุรณ์, การปฏิรูปการเมือง คอนสติติวชันแนลลิสม์

ของปัจเจกชนอีกทั้งไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ” อันจะส่งผลกระทบต่อกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นพอจะสรุปแนวความคิดของทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมได้ว่า รัฐธรรมนูญตามแนวความคิดของรัฐธรรมนูญนิยม เป็นแนวความคิดในการเทียบรัฐธรรมนูญเพื่อแสวงหาการจัดรูปแบบองค์กรการเมืองและกลไกการบริหาร มิใช่เขียนเพียงเพื่อให้มีองค์กรการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง และบทบัญญัติให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของเอกชนตามแบบเก่าที่เคยใช้กันมา แต่การเขียนรัฐธรรมนูญตามแนวทางของแนวความคิดของรัฐธรรมนูญนิยมนั้นเพื่อให้รัฐสภามีแนวนโยบายชัดเจนและมีการบริหารนโยบายดังกล่าวได้อย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังกำหนดกลไกและสถาบันที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานในการบริหารงานของรัฐ โดยกำหนดวิธีการและมาตรการที่มีความมุ่งหมายจะจำกัดหรือลดข้อเสียที่จะเกิดจากพฤติกรรมและการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบหรือไม่ชอบธรรมของนักการเมืองและของกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ให้มากที่สุด

แนวทางของรัฐธรรมนูญนิยมนี้นี้ มิได้จำกัดอยู่ที่การเขียนหรือการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่จะประกอบไปด้วยการเขียนหลักการและสาระสำคัญในตัวบทรัฐธรรมนูญ และจะต้องมีการออกกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เพื่อสร้างกลไกในรายละเอียดเพื่อให้เกิดผลตามหลักการและสาระที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นด้วย¹⁷ แต่อย่างไรก็ตามการมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับประเด็นที่ว่าระบอบการเมืองการปกครองของประเทศนั้นเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ แต่ขึ้นอยู่กับว่าการมีรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองประเทศได้มากน้อยเพียงใด และการมีรัฐธรรมนูญนั้นช่วยคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่

¹⁷ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง 1789 มาตรา 16

¹⁷ อมร จันทรมบูรณ, การปฏิรูปการเมือง คอนสติติวชันแนลลิสม์ ทางออกของประเทศไทย, หน้า 32.

2.2 การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

สิทธิและเสรีภาพของบุคคล เป็นสิ่งสำคัญต่อการกำหนดแนวทางในการดำเนินชีวิตของมนุษย์¹⁸ กล่าวคือ หากมนุษย์ไม่มีสิทธิและเสรีภาพ การกำหนดแนวทางในการดำเนินชีวิตของมนุษย์อาจจะถูกล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลได้ โดยเฉพาะการถูกล่วงละเมิดจากรัฐในฐานะผู้ปกครอง ดังนั้น เพื่อที่จะทำให้รูปแบบของการดำเนินชีวิตเป็นไปอย่างสงบสุข รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย จึงมักมีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ ซึ่งมาจากแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ที่ต้องการให้มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

แม้ว่ามนุษย์เกิดมามีความเท่าเทียมกันตามที่ได้เคยกล่าวมาแล้ว แต่ในความเท่าเทียมหรือเสมอภาคนั้นมิได้หมายความว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาจะมีทุกอย่างเหมือนกันเท่ากัน แม้แต่สติปัญญา ความสามารถ ฐานะ แต่ที่ว่าเท่าเทียมหรือเสมอภาคกันนี้ หมายถึง เท่าเทียมหรือเสมอภาคกันในเรื่องสิทธิของความเป็นมนุษย์ ซึ่งนั่นคือสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ยังได้รับรองในเรื่องของความเท่าเทียมกัน ของมนุษย์ โดยบัญญัติไว้เป็นหลักในข้อ 1 และข้อ 2 แม้แต่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองก็ยังบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในภาค 3 ข้อ 6 หรือแม้แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งนับว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ให้ความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยได้วางหลักประกันสิทธิและเสรีภาพไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย และหมวด 8 ว่าด้วยศาล ในส่วนที่ 1 บททั่วไป ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะพบว่าการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มีการพัฒนาไปจากรัฐธรรมนูญฉบับที่แล้วมาหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเพิ่มบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ครอบคลุมกิจกรรมของประชาชน และในขณะเดียวกันก็เปิดโอกาสให้มีสิทธิและเสรีภาพเพิ่มโดยไม่จำกัดอยู่เพียงบทบัญญัติที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ด้วย แต่ก็มีได้หมายความว่า เรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เพิ่งมีขึ้นในสมัยของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ หากแต่ว่าในเรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

¹⁸ ธีระ สุธีวรารังกูร, "การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง," วารสารนิติศาสตร์ 29 (ธันวาคม 2542): 585.

เป็นมนุษย์ได้มีมาตั้งแต่อดีตแล้ว เพียงแต่ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้มีการบัญญัติรับรองถึงสิ่งที่มีอยู่แล้วโดยธรรมชาติของมนุษย์เพื่อให้เห็นเป็นรูปธรรม เป็นหลักเป็นเกณฑ์ในการถือปฏิบัติ หรือแม้แต่เรื่องการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะมีบทบาทสำคัญปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน แต่ก็ได้หมายความว่าในอดีตจะไม่มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เลย เพราะจากการที่ได้ศึกษาถึงวิวัฒนาการในการมีสิทธิและเสรีภาพในอดีต จะเห็นได้ว่า ในสมัยสุโขทัย ได้มีการค้นพบหลักศิลาจารึกในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช¹⁹ ซึ่งหลักศิลาจารึกนี้เป็นเสมือนรัฐธรรมนูญ บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

อย่างไรก็ตาม สิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยในปัจจุบัน นอกจากจะได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีการรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในกฎหมายอื่น ๆ อีกด้วย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมทั้งพระราชบัญญัติต่าง ๆ เป็นต้น

โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้จะมีลักษณะสำคัญ 2 ลักษณะใหญ่ ๆ ซึ่งจะปรากฏเห็นได้อย่างชัดเจน คือ

ลักษณะที่ 1 มีได้มีบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ

หมายความว่า ในรัฐธรรมนูญนั้นมีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพไว้ แต่รัฐธรรมนูญจะกล่าวอ้างถึงคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ที่อ้างถึงคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฯ ค.ศ. 1789 เพิ่มเติมโดยคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946

¹⁹ โทศล โสภาคย์วิจิตร, “ความหมายของสิทธิมนุษยชนและความเหมาะสมในการบังคับใช้อนุสัญญาระหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย,” วารสารกฎหมาย 8 (ตุลาคม 2526) : 86 – 87.

ลักษณะที่ 2 ได้มีบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ

หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพบางประการไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยอาจมีหมวดที่เกี่ยวกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพไว้โดยเฉพาะ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน และโดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรวมกันทั้งสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง รวมกันไปภายในหมวดว่าด้วยเรื่องนั้น ๆ ไม่มีการแยกออกจากกัน ทั้งนี้ เพราะ สิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวบุคคล

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้แล้วได้รับรองไว้ในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งสามารถแบ่งประเภทออกได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้²⁰

1. รับรองสิทธิและเสรีภาพไว้เด็ดขาด คือไม่ยอมให้ออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเลยดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับได้รับรองเสรีภาพบริบูรณ์เกี่ยวกับศาสนาไว้ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 38) โดยกำหนดว่าจะใช้เสรีภาพนั้น ๆ ให้เป็นประโยชน์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมิได้

2. รับรองสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างกลาง คือสามารถตัดสิทธิและเสรีภาพโดยการออกกฎหมายเฉพาะบางประเภทหรือเฉพาะบางกรณี เช่น กฎหมายที่ออกใช้ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน การรับรองเสรีภาพอย่างกลางนี้ให้ประโยชน์แก่ประชาชน แต่เป็นการจำกัดอำนาจสภานิติบัญญัติ เพราะกำหนดเงื่อนไขให้ออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เฉพาะกฎหมายบางประเภทหรือในบางกรณีเท่านั้นจึงอาจไม่เหมาะสมกับประเทศที่อยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ฉะนั้นรัฐธรรมนูญของบางประเทศ จึงได้กำหนดว่าในเวลาฉุกเฉินให้ยกเลิกการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบางบทบางมาตราได้

3. รับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นระบบที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 นำมาใช้ ซึ่งการรับรองสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับแห่งกฎหมายนี้เป็นการให้อำนาจสภานิติบัญญัติที่จะออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เสมอ

²⁰ หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 154 – 155.

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ชัดเจนขึ้น ผู้เขียนจึงได้แสดงตารางระดับของการรับรองสิทธิและเสรีภาพโดยแยกเป็นรายประเด็นตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังต่อไปนี้

ระดับของการรับรองสิทธิและเสรีภาพแยกรายประเด็นตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ

ประเด็นของสิทธิเสรีภาพ	ระดับของการรับรองในรัฐธรรมนูญ			มาตราที่ระบุ
	เด็ดขาด	อย่างกลาง	ภายใต้กฎหมาย	
สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย		●		31
สิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา หรือจำเลย ในคดีอาญาก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุด			●	33
สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นอยู่ส่วนตัว		●		34
เสรีภาพในเคหสถาน			●	35
เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่		●		36
เสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย		●		37
เสรีภาพในการนับถือศาสนา	●			38
เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมาย		●		39
เสรีภาพในทางวิชาการ	●			42
สิทธิในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐาน			●	43
เสรีภาพในการชุมนุม โดยสงบปราศจากอาวุธ		●		44
เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น		●		45
เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบ			●	47

ประชาธิปไตย				
สิทธิในทรัพย์สิน			●	48
เสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม		●		50
การเกณฑ์แรงงาน		●		51
สิทธิในการรับบริการทางสาธารณสุข			●	52
สิทธิของเด็กเยาวชน และบุคคลในครอบครัวในการได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม			●	53
สิทธิของบุคคลซึ่งมีอายุเกิน 60 ปี บริบูรณ์และไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ ในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ			●	54
สิทธิของผู้พิการหรือทุพพลภาพ ในการได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลือจากรัฐ			●	55
สิทธิในการที่จะมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพและในการคุ้มครองส่งเสริมรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม			●	56
สิทธิของผู้บริโภค			●	57
สิทธิได้รับทราบข้อมูล ข่าวสารสาธารณะ ในครอบครัวของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น			●	58
สิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจงและเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น			●	59

อย่างไรก็ตาม การละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ของรัฐขัดแย้งกับประชาชน หรือระหว่างรัฐบาลที่ปกครองโดยอำนาจทางทหารกับประชาชนที่เรียกร้องการปกครองในระบบประชาธิปไตย ก่อให้เกิดการปะทะถึงขั้นนองเลือดหลายครั้ง ทั้งนี้เพราะคำสั่งของคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปโดยส่วนใหญ่มักจะให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารและเจ้าพนักงานของรัฐอย่างกว้างขวางโดยอ้างว่าเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ผลของคำสั่งเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นการลบหลู่หลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของคนไทยแทบหมดสิ้น ดังนั้นการวางกลไกตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งมีกลไกสนับสนุนอยู่หลายประการ เช่น การจัดตั้งสถาบันที่ความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องเฉพาะด้านใดด้านหนึ่ง ดังที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกิดผลที่น่าพึงพอใจ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าการวางกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐไว้อย่างครอบคลุมถึงทุกลักษณะของการใช้อำนาจและครบถ้วนสมบูรณ์ด้วยการจัดตั้งองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่าน ๆ มาในอดีต กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ถึงแม้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติแนวคิดในเรื่องการจัดตั้งองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐไว้ แต่กลไกดังกล่าวก็ยังมีเคຍเกิดขึ้นอย่างแท้จริงในประเทศไทยซึ่งจะเห็นการทุจริตและการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ระดับสูง ทำก่อให้เกิดปัญหาในสังคมอย่างมาก สำหรับเรื่องกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ และการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น จะขอล่าวในหัวข้อที่ 5.3

2.2.1 ทฤษฎีปัจเจกชนนิยม

ทฤษฎีปัจเจกชนนิยม (Individualism) เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ทั้งยังให้ความสำคัญกับมนุษย์แต่ละคน กล่าวคือ คุณค่าของความเป็นมนุษย์ทุกคน ซึ่งเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมชาติและเสรีนิยมทางการเมือง ซึ่งตามแนวความคิดของฝ่ายตะวันตก สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลมีความเกี่ยวพันโดยตรงกับอุดมการณ์ทางการเมือง โดยเฉพาะอุดมการณ์ประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงประชาธิปไตยในฐานะที่เป็นอุดมการณ์ทางการเมือง นั้นหมายถึง ประชาธิปไตยที่เป็นวิถีชีวิต²¹ ส่วนปรัชญาการเมืองที่เป็นบ่อ

²¹ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, อุดมการณ์ทางการเมือง. (กรุงเทพมหานคร : เกล็ดไทย, 2517), หน้า 57.

เกิดของทฤษฎีประชาธิปไตย คือ ปัจเจกชนนิยม นั่นเอง

ปัจเจกชนนิยม มีรากฐานมาจากแนวความคิดของพวกสโตอิก (stoic) ที่เชื่อว่ามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างเสมอภาคกันและการที่มนุษย์บรรลุสภาวะดังกล่าวได้ มนุษย์ต้องมีความเป็นตัวของตัวเอง และรู้จักการดำรงชีวิตอย่างมีเหตุผล ความมีเหตุผลนี้จะช่วยให้มนุษย์รู้จักแยกแยะว่าสิ่งใดเป็นความดีหรือความชั่วได้ แก่นแท้ของความเป็นมนุษย์จึงอยู่ที่ความสามารถใช้เหตุผล ซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้มนุษย์มีความแตกต่างจากสัตว์โลก²²

ปัจเจกชนนิยม เป็นสิ่งย้ำให้เห็นถึงความมีสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และมองความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐว่า รัฐเกิดขึ้นและมีอยู่เพื่อเป็นเครื่องมือช่วยให้บุคคลซึ่งอยู่ในสังคมนั้นมีชีวิตที่มั่นคงปลอดภัย และบรรลุถึงความสุขสมบูรณ์มากกว่าจะมองว่ารัฐเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเหนือบุคคล และคนในสังคมมีหน้าที่ต้องเคารพเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้มีอำนาจปกครองบ้านเมือง และความชอบธรรมของอำนาจรัฐ คือ การคุ้มครองชีวิต ทรัพย์สินและการแสวงหาความสุขของประชาชน ซึ่งรัฐจะต้องให้เอกชนดำเนินชีวิตในด้านต่าง ๆ เองก่อน โดยที่รัฐจะเข้าแทรกแซงในวิถีชีวิตและการจัดระเบียบสังคมของเอกชนก็ต่อเมื่อเอกชนไม่สามารถดำเนินกิจการนั้นด้วยตนเองได้แล้วความคิดในแนวปัจเจกชนนิยมก่อให้เกิดความคิดทางเสรีภาพ (Liberalism) ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญทางอุดมการประชาธิปไตยเสรีนิยมซึ่งอุดมการประชาธิปไตยถือว่าเสรีภาพเป็นเกียรติภูมิและศักดิ์ศรีของความเป็นคน สังคมภายหลังที่มีสัญญาประชาคมดังกล่าวแล้ว จะเป็นสังคมที่มีอิสระ เสรีภาพ เพราะแต่ละคนยอมสละเสรีภาพให้ทุกคน และมีผลเท่ากับตนเองเชื่อฟังตนเอง โดยยอมอยู่ใต้เจตนาธรรมร่วมกัน เสรีภาพที่เกิดขึ้นใหม่นี้ไม่ใช่เสรีภาพตามธรรมชาติ แต่เป็นเสรีภาพที่มีส่วนร่วมก่อให้เกิดเจตนาธรรมร่วมกันของปวงชนอย่างไม่ที่สิ้นสุด²³

สโตอิกส์ (Stoics) เป็นชื่อสำนักปรัชญาก่อตั้งขึ้นโดยเซโน (Zeno of Citium) เมื่อตอนปลายศตวรรษที่ 4 ก่อนคริสตศักราช

²² พันัส ทศนียานนท์, “สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของชนชาวไทย,” วารสารนิติศาสตร์ 11 (2523) : 433.

²³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. หน้า 56.

ดังนั้น สามารถสรุปทฤษฎีปัจเจกชนนิยมได้ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีของความ เป็นมนุษย์ มีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลย่อมเป็นสิ่งที่มีมนุษย์แต่ละ คนรักและหวงแหน การใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะถูกกระทบจากรัฐหรือบุคคลอื่นไม่ได้เมื่อ สังคมใดให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าวแล้ว สังคมนั้นก็ได้ชื่อว่าเป็นสังคมประชาธิปไตย แต่ใน ทางกลับกัน สิทธิและเสรีภาพของสังคมใดไม่ได้รับการเคารพ สังคมนั้นก็ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็น สังคมประชาธิปไตย ไม่ว่าจะรูปแบบการปกครองของสังคมนั้นจะมีรูปแบบการปกครองอย่างไรก็ตาม เพราะเมื่อสิทธิและเสรีภาพของคนในสังคมไม่ได้รับความคุ้มครองความเป็นอิสระของคนแต่ละคน ย่อมไม่อาจมีขึ้นได้ ทั้งนี้แม้สังคมใดจะให้ความสำคัญหรือให้ความเคารพในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ ส่วนบุคคล แต่การใช้สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลของแต่ละคนจะต้องไม่เป็นการก่อให้เกิด ภัยอันตรายหรือเป็นการทำลายหรือขัดขวางการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นในสังคมนั้นด้วย

2.2.2 หลักนิติรัฐและการจำกัดขอบเขตอำนาจรัฐ

“หลักนิติรัฐ” เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญว่ารัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจจนเป็นเหตุให้กระทบหรือละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนไม่ได้²⁴ ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย ของตนเองอย่างเคร่งครัด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน รัฐจะ ไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใด นอกจากข้อจำกัดตามกฎหมายเกณฑ์แห่งกฎหมาย และเมื่อใดที่รัฐใช้หรือ เพียงแต่สงสัยว่าอำนาจนั้นไปกระทบหรือล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็มีกระบวนการตรวจสอบวินิจฉัยชี้ขาดและเยียวยาความเสียหายนั้น ด้วยเหตุดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่า หลัก นิติรัฐหรือหลักนิติธรรมเป็นหลักที่ได้แย้งหลักอำนาจอธิปไตยดั้งเดิม ที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็น อำนาจสูงสุดในการบริหารปกครองประเทศ และเป็นอำนาจเด็ดขาด ไม่มีสิ่งใดอยู่สูงกว่าอำนาจ อธิปไตยได้

ความหมายคำว่า “นิติรัฐ”

ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” นั้นมีผู้ให้คำนิยามไว้ต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

²⁴วรวจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2538), หน้า 53.

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ไว้ดังนี้ คือ “รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ยอมเป็นนิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้น”²⁵

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้อธิบายเรื่องหลักนิติรัฐไว้ดังนี้ นิติรัฐ หมายถึง การกระทำทางปกครองที่ยอมอยู่ใต้บังคับของกฎหมายและการควบคุมของศาล ถ้าฝ่ายปกครองกระทำการใดนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดขอบเขต และการกระทำนั้นกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จนเป็นเหตุให้ประชาชนต้องเสียหาย²⁶ ประชาชนผู้นั้นย่อมฟ้องฝ่ายปกครองต่อศาลเพื่อให้เพิกถอนการกระทำอันไม่ชอบของฝ่ายปกครองนั้น หรืออาจเรียกให้ใช้ค่าเสียหายทดแทนได้ ระบบการปกครองเช่นนี้ เรียกว่า “ระบบนิติรัฐ” หรือ “legal state”

Carre de Malberg²⁷ นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสเป็นผู้ที่ชี้ให้เห็นแนวความคิดในการจำกัดตนเองโดยมองว่า ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมายอย่างจริงจัง จะกระทำการใดให้เป็นการขัดแย้งหรือละเว้นไม่กระทำการนั้นไม่ได้ และฝ่ายปกครองสามารถวางข้อกำหนดหรือมีคำสั่งใด ๆ กับผู้อยู่ภายใต้ปกครองได้ แต่ทั้งนี้ก็โดยอาศัยกฎหมายในรูปของพระราชบัญญัติเท่านั้น หากไปใช้วิธีการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้กระทำได้แล้ว การกระทำนั้นถือว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อนึ่งการควบคุมการกระทำของรัฐไม่ว่าจะจะเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไม่ให้ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักการพื้นฐานในการสนับสนุนแนวความคิดดังกล่าว มีชื่อแตกต่างกันไปคือในภาคพื้นยุโรปนั้นเรียกว่า หลักนิติรัฐ (l'etat de droit) ในประเทศอังกฤษนั้นมีหลักนิติธรรม (The Rule of law) ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกามีศุภนิติกระบวนการ (due process of law) ซึ่งทั้งสามหลักนี้แม้ชื่อเรียกจะแตกต่างกัน แต่โดยหลักการแล้ว มีลักษณะเป็นอย่างเดียวกัน

²⁵ หยุต แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, หน้า 123.

²⁶ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 44.

²⁷ Carre de Malberg, Contribution A La Theorie Generale de L' Etat, Tome I, Paris, Sirey, 1920.

กัน และถือเป็นหัวใจสำคัญของการปกครองในระบบประชาธิปไตย กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม หรือแม้แต่หลักศุนษนิตีกระบวนต่างก็ถือว่ารัฐจะต้องเคารพกฎหมาย ผู้ปกครองซึ่งใช้อำนาจในรัฐนั้นจะถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายและจะใช้อำนาจได้ก็แต่โดยที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

หลักดังกล่าวเรียกกันอีกอย่างหนึ่งว่า “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครอง ต้องชอบด้วยกฎหมาย” (Principle of the Legality of Administrative Action)²⁸ มีความหมายว่ารัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล จะกระทำการใด ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดได้เท่านั้น²⁹ แม้จะกล่าวว่า หลักการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่หลักดังกล่าวนี้มีได้ใช้บังคับแต่เฉพาะฝ่ายปกครองเท่านั้น เพราะหลักดังกล่าวนี้ ถือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักทั่วไปของระบบนิติรัฐ ซึ่งเป็นระบบที่ยอมรับกันในประเทศที่เป็นประชาธิปไตย ที่จะต้องถือว่ากิจกรรมทั้งปวงของรัฐต้องอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ดังนั้นองค์การของรัฐองค์การอื่น ๆ ไม่เฉพาะแต่ฝ่ายปกครองเท่านั้นก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักดังกล่าวเช่นเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ตาม การที่รัฐยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น มิได้หมายความว่ารัฐจะยอมให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพที่ตนมีกระทำการใด ๆ โดยองค์การของรัฐไม่อาจเข้าแทรกแซงได้เลย เพราะรัฐเองก็มีผลประโยชน์ของส่วนรวมที่ต้องสงวนรักษาไว้เช่นเดียวกันนั้นคือ บางกรณีหรือบางสถานการณ์รัฐมีอำนาจที่จะบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่างได้ องค์การหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้บ้างในบางโอกาส แต่ทั้งนี้ องค์การหรือ

²⁸ Michel Stassinopoulos, Traite des actes Administratifs. (Paris, L.G.D.J., 1973), pp. 18 – 19. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2538), หน้า 53 – 54.

²⁹ R. Carre de Malberg, Contribution a la Theorie Generale de L'Etat. (Paris : Sirey), pp. 222, 488 – 489. ; H.W.R. Wade, Administrative Law. Fourth Edition, (Oxford : Clarendon Press, 1980), pp. 23 – 24. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 54.

เจ้าหน้าที่ของรัฐจะรุกรานสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน และเป็นการทั่วไปว่า องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะสามารถรุกรานหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตใดบ้าง และการที่กฎหมายให้อำนาจดังกล่าวแก่รัฐก็ทำได้แต่เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของสาธารณะเท่านั้น รัฐจะใช้อำนาจเกินเลยกว่าความจำเป็นดังกล่าวไม่ได้ เพราะถือเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและด้วยเหตุนี้เอง ในสังคมนิติรัฐนอกจากความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนด้วยกันที่จะต้องเป็นความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนก็ต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายด้วย

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า “นิติรัฐ” หมายถึง รัฐที่ถือเอากฎหมายเป็นสิ่งสำคัญ รัฐบาลหรือแม้แต่ผู้ปกครองรัฐต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย มิใช่เป็นอำนาจของคนใดคนหนึ่ง การดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐหรือผู้ปกครองต่อประชาชนภายในรัฐ จะต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายจะผูกพันรัฐได้ด้วยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ และในกฎเกณฑ์เหล่านี้ส่วนหนึ่งจะเป็นตัวกำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ ส่วนอีกกฎเกณฑ์จะเป็นสิ่งที่กำหนดวิธีการดำเนินการไว้ล่วงหน้าเพื่อให้บรรลุถึงความต้องที่แท้จริงแต่ทั้งนี้ไม่ว่าเป็นกฎเกณฑ์ใดก็ตามก็จะต้องถูกกำหนดขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐโดยทำให้รัฐอยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งฝ่ายปกครองจะสามารถกระทำใด ๆ ก็แต่เฉพาะที่เป็นกฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายบังคับให้อยู่ในขณะนั้นเท่านั้น เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา เป็นต้น

2.3 แนวความคิดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

เป็นที่ทราบกันมาแล้วว่า กฎหมายธรรมชาติมีความสำคัญต่อการเกิดแนวความคิดในการรับรองสิทธิและเสรีภาพ โดยเชื่อว่า มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกันและมีสิทธิและเสรีภาพติดตัวมาตั้งแต่เกิด และสิทธิและเสรีภาพนั้นเกิดขึ้นเองโดยที่มนุษย์มิได้สร้างขึ้นมา และรัฐจะออกกฎหมายมากกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ไม่ได้ แต่ในทางกลับกัน เมื่อกฎหมายกำหนดให้สิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลหนึ่งแล้วย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น ในอันที่จะไม่ก้าวล่วงต่อสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลนั้น และหากมีการก้าวล่วง เจ้าของสิทธิโดยชอบก็จะได้รับการแก้ไขเยียวยาในความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้นแม้ว่าโดยหลักแล้วรัฐต้องให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนเพราะถือว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติ แต่รัฐเองก็มีหน้าที่กระทำเพื่อให้ทุกคนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นได้อย่างเท่าเทียมและเป็นระเบียบเรียบร้อย แต่การจะให้ทุกคนได้รับความเท่าเทียมกันในทางปฏิบัติย่อมเป็นการยาก รัฐจึงสามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ

ประชาชนได้ แต่ทั้งนี้ต้องแสดงเหตุผลในการออกกฎหมายดังกล่าวให้ชัดเจนและต้องเข้าเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุดังกล่าวจึงต้องมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หนึ่งในประเทศที่มีการปกครองตามระบอบประชาธิปไตย ผู้ใช้อำนาจปกครองประเทศต้องอยู่ใต้บังคับของกฎหมายที่ตนเป็นผู้ตราด้วย อำนาจของผู้ใช้อำนาจปกครองจะต้องมีกฎหมายกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจไว้ด้วยว่าสิ่งใดกระทำได้สิ่งใดต้องละเว้นกระทำ โดยเฉพาะเมื่อการกระทำนั้นไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง กฎหมายย่อมให้หลักประกันแก่การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน และในขณะเดียวกันก็ให้รักษาประโยชน์ส่วนรวมของประเทศ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำการใดได้ก็ต้องเมื่อมีบทกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่าผู้ใช้อำนาจปกครองไม่สามารถริเริ่มกระทำการใด ๆ ได้เลย ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิและอำนาจที่จะใช้มาตรการหรือวิธีต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญ

ตามที่กล่าวมา จึงเห็นได้ว่าการกระทำใด ๆ ของผู้ใช้อำนาจปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายและวิธีการควบคุมของศาล นั่นก็หมายความว่า ผู้ใช้อำนาจปกครองจะต้องกระทำการภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำการใดตามอำเภอใจไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะผู้ใช้อำนาจปกครองก็เหมือนกับเอกชนในอันที่จะต้องเคารพต่อกฎหมายและต้องปฏิบัติตามด้วย ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองฝ่าฝืนกฎหมาย ก็ให้อำนาจแก่เอกชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองมีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ได้รับการเยียวยาแก้ไขได้ แนวความคิดนี้เราเรียกกันว่า “ระบบนิติรัฐ” ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น

อย่างไรก็ตาม แม้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือที่สากลเรียกกันว่า สิทธิมนุษยชน จะระบุไว้ในปฏิญญาฯ มีความหมายเช่นเดียวกับสิทธิตามธรรมชาติ คือแม้ข้อความต่าง ๆ ของปฏิญญาจะระบุว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิ...” สิทธิเช่นว่านี้ยังไม่มีฐานะเป็นสิทธิและเสรีภาพ ตามกฎหมายอย่างแท้จริง กล่าวคือ เป็นแต่เพียงการยอมรับว่า ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์นั้นควรมีสิทธิและเสรีภาพอะไรบ้าง ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางสำหรับรัฐต่าง ๆ ในการนำไปบัญญัติเป็นสิทธิและเสรีภาพในต่อไป ทั้งสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ยังมีปัญหาขัดแย้งและมีฐานะไม่แน่นอนอีก

ด้วย³⁰ จึงเห็นข้อแตกต่างระหว่างสิทธิมนุษยชนหรือที่ถือกันว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติ กับสิทธิตามกฎหมาย ก็คือ สิทธิตามกฎหมายนั้นต้องมีผลบังคับซึ่งสามารถทราบได้โดยการจำแนกกฎหมายหรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่รัฐได้ตราออกมา ไม่ว่าจะโดยรัฐสภาหรือโดยศาล แต่สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิตามกฎหมายธรรมชาตินั้น ไม่อาจจะทราบด้วยวิธีการดังกล่าวได้ เพราะบุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจคิดว่าตนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งแต่คนอื่นอาจคิดว่าผู้นั้นไม่มีสิทธิและเสรีภาพเช่นนั้น เมื่อทั้งสองฝ่ายไม่สามารถหาข้ออ้างข้อคัดค้านมาพิสูจน์ถึงความมีสิทธิและเสรีภาพหรือไม่มีสิทธิและเสรีภาพนั้น จึงเป็นเรื่องของความคิดเห็นเพราะสิ่งที่ต้องทำ คือต้องหาเหตุผลมาสนับสนุนถึงข้ออ้างหรือข้อคัดค้านของตน ดังเช่น บทบัญญัติในบัญญัติสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 29 (2) คือ

ในการใช้สิทธิและเสรีภาพ บุคคลต้องอยู่ภายใต้เพียงเช่นที่จำกัดโดยกำหนดแห่งกฎหมายและเพื่อความมุ่งประสงค์ให้ได้มาซึ่งการยอมรับและเคารพโดยชอบในสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันยุติธรรมของศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชนและสวัสดิการโดยทั่ว ๆ ไปในสังคมประชาธิปไตย³¹

จากปฏิญญาสากลฯ ดังกล่าวหมายความว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถูกจำกัดได้แต่เพียงกฎหมาย และต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมาเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อความยุติธรรมและสวัสดิการของสังคมเท่านั้น ถ้าหากกฎหมายที่ตราหรือบัญญัติขึ้นมิได้มีจุดประสงค์ดังกล่าวก็ไม่สามารถจะใช้จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ ซึ่งแนวความคิดนี้สอดคล้องกับแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ

³⁰ Hans Kelsen, *Principle of International Law*. (Second editic revised and edited by Robert M. Tucker), pp. 226 – 242.

³¹ คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนและสันติภาพ, “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” *สิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ*. (กรุงเทพมหานคร : บริษัทอมรินทร์พริ้นติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2531), หน้า 27.

เมื่อมองดูผิวเผินแล้ว อาจมีผู้สรุปว่าสิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันมีมากกว่าสิทธิและเสรีภาพในสมัยอยุธยาหรือสมัยอื่น ๆ หรือตรงกันข้ามสิทธิและเสรีภาพในสมัยอยุธยามีมากกว่าสิทธิและเสรีภาพในปัจจุบัน แต่ถ้าพิจารณาให้ลึกแล้วจะเห็นได้ว่า สิทธิและเสรีภาพแต่ละสมัยจะมีมากน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับสังคมในช่วงเวลาที่แตกต่างกัน จะมาสรุปว่าสิทธิและเสรีภาพสมัยไหนมีมากมีน้อยกว่ากันย่อมไม่อาจทำได้ เพราะสิทธิและเสรีภาพในสังคมสมัยหนึ่งย่อมเพียงพอแล้วกับสังคมสมัยนั้น แต่อาจไม่พอเพียงในอีกสมัยหนึ่งก็ได้

เป็นที่ทราบกันแล้วว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยฉบับถาวรส่วนใหญ่ มักจะมีการบัญญัติรับรองเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยไว้ คำว่า “ชนชาวไทย” ในที่นี้หมายถึงผู้ที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น ไม่รวมถึงคนต่างด้าว ด้วยเหตุผลที่ว่าตามหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปต้องถือว่ารัฐธรรมนูญย่อมกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับสมาชิกของรัฐ หรือคนที่มีสัญชาติของรัฐนั้น ๆ เท่านั้น จะไม่กำหนดความสัมพันธ์กับคนต่างด้าว หรือคนที่มีสัญชาติของรัฐอื่น ดังนั้นถ้ารัฐธรรมนูญจะให้สิทธิและเสรีภาพกับคนต่างด้าวก็จะต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะเจาะจงลงไป ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพแก่คนต่างด้าว ๆ จะมีสิทธิและเสรีภาพเพียงใดก็ย่อมเป็นไปตามสนธิสัญญาและกฎหมายซึ่งไม่ใช่เรื่องของรัฐธรรมนูญ³²

สิทธิและเสรีภาพที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของแต่ละคนเป็นเรื่องส่วนบุคคลของเอกชน เป็นสิทธิที่มีติดตัวมนุษย์ซึ่งไม่มีใครแย่งชิงไปได้ รวมถึงรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจยกเลิกเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพนี้ได้ แต่แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ และถือว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่องของปัจเจกชน แต่สิทธิและเสรีภาพนั้นก็ไม่สามารถใช้กันอย่างกว้างขวางโดยไร้ขอบเขตจำกัด เพราะมิเช่นนั้นก็จะเกิดสภาวะอนาธิปไตย เหมือนเมื่อครั้งมนุษย์ยังอยู่ในสังคมเถื่อนเพราะทุกคนจะใช้สิทธิและเสรีภาพที่มีอยู่อย่างเต็มที่ จนกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ดังนั้นการมีสิทธิและเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจึงเป็นเหตุให้เกิดการไร้สิทธิและเสรีภาพ

³² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 50.

ดังนั้น เมื่อเกิดการใช้สิทธิและเสรีภาพเกินขอบเขตจนนำมาซึ่งการไร้สิทธิและเสรีภาพ รัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศจึงวางข้อจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้ โดยสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้ดังนี้คือ

1. มีการระบุขอบเขตแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้ในบทมาตราที่ให้สิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญนั้น เช่น มาตรา 36 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์”

2. วางขอบเขตแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้เป็นการทั่วไป เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ 2540 มาตรา 63 ซึ่งบัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้มิได้” ความจริงบทบัญญัติกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพนี้ไม่มีบัญญัติไว้เฉพาะรัฐธรรมนูญของเรา แต่มีบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ด้วย เช่น รัฐธรรมนูญเยอรมันตะวันตก (ฉบับ ค.ศ. 1949) ที่ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 18 ว่า “ถ้าเสรีภาพมาใช้ในทางที่ผิดให้เป็นปรปักษ์กับหลักประชาธิปไตยแล้ว เสรีภาพนั้นก็อันสิ้นสุดลง” นอกจากนี้ยังมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 30 ซึ่งกำหนดไว้ว่า “ไม่มีบทในปฏิญญานี้ที่จะอนุমানว่าให้สิทธิใดแก่รัฐ หมู่คน หรือบุคคลในอันที่จะดำเนินการใด ๆ อันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและอิสรภาพ” ซึ่งถือเป็นการวางขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพโดยทั่วไป

2.3.1 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้

จากที่ได้กล่าวมาแล้วถึงเรื่องหลักประกันหรือการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะสังเกตเห็นได้ว่า หลักประกันหรือการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสิ่งที่อยู่คู่กันและมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด ยิ่งในประเทศที่มีความเป็นเสรี สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะได้รับความคุ้มครองสูง ส่วนประเทศที่เสรีน้อยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพก็จะมีมาก แต่ทั้งนี้ถึงแม้

ประเทศที่เป็นเสรีจะให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนมากแล้วก็ไม่ใช่ว่าผู้ใช้อำนาจปกครองจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้เลยผู้ใช้อำนาจปกครองสามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ทั้งนี้ต้องเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวมและต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

การที่ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพก็มีได้หมายความว่าผู้ใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นอย่างไร้ขีดจำกัด ไร้ขอบเขต ดังนั้นอาจมีผู้ให้ความสนใจว่าขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพมีอยู่มากน้อยเพียงใดและจะขยายขอบเขตไปเพียงใด บุคคลผู้มีสิทธิและเสรีภาพสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด หรืออาจถูกล่วงล้ำแทรกแซงได้ การใช้สิทธิและเสรีภาพจนเกินขอบเขต จะนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมในรัฐนั้น เพราะฉะนั้นรัฐธรรมนูญของหลายประเทศจึงวางข้อจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้ ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 2.3

กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนี้ ถึงแม้จะมีรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้แล้วก็ตามก็ค่อนข้างกระจัดกระจาย ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากความล้มลุกคลุกคลานของระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา รัฐธรรมนูญที่กำหนดกลไกในระบอบดังกล่าว ตลอดจนการให้หลักประกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนก็ต้องมีอันสะดุดทุกครั้งที่มีการปฏิวัติรัฐประหาร ดังนั้นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนอกจากจะเป็นกฎหมายในรูปของพระราชบัญญัติที่ออกโดยสภาในระบอบรัฐสภาแล้วยังมีพระราชบัญญัติที่ออกโดยสภานิติบัญญัติที่ตั้งขึ้นโดยอำนาจปฏิวัติและประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ หรือหัวหน้าคณะปฏิวัติ ตลอดจนคำสั่งของนายกรัฐมนตรีที่อาศัยอำนาจจากธรรมนูญการปกครองที่คณะปฏิวัติจัดให้มีขึ้นภายหลังจากการมีการปฏิวัติและเมื่อการออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายผลที่ตามมาคือ เมื่อจะต้องกระทำการใดอันถือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน องค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจนั้นต้องถามตนเองก่อนว่ามีกฎหมายฉบับใดและมาตราใดให้อำนาจแก่ตนในการกระทำการเช่นนั้นหรือไม่ ถ้าหากไม่มี องค์กรเหล่านั้นก็ไม่อาจกระทำการดังกล่าวได้ ดังนั้น เมื่อต้องไปกระทำการอันเป็นการไปล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือเป็นการไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชนคนใด เพื่อแสดงให้เห็นว่าตนมีสิทธิมีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้นได้ คำสั่งทั้งหลายขององค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจจึงมักเริ่มต้นด้วยความที่ว่า “อาศัยอำนาจตามความในมาตรา.....แห่งกฎหมาย.....” เพื่อเป็นการยืนยันถึงอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งของตน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในหมวด 3 ว่าด้วยเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มีทั้งหมด 40 มาตรา แม้จะมีบทบัญญัติที่ให้สิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ มากมายแก่ประชาชน แต่ในบทบัญญัติให้มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เช่นเดียวกัน ในที่นี้จะขอแบ่งแนวความคิดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพซึ่งสามารถแบ่งได้ 3 ประเภท คือ

- ก. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยไม่มีเงื่อนไข
 - ข. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยมีเงื่อนไข
 - ค. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
- ก. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยไม่มีเงื่อนไข

หมายความว่า ไม่สามารถออกกฎหมายใดมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้เลย ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง การที่ไม่สามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เลยนี้ ถือเป็น การจำกัดอำนาจรัฐสภา และอาจทำให้มีการละเมิดรัฐธรรมนูญในภายหลังได้โดยการปฏิวัติหรือรัฐประหาร เพราะไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนนี้ได้ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้การรับรองถึงคือ เสรีภาพในการนับถือศาสนา³³

- ข. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยมีเงื่อนไข

หมายความว่า เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้รับรองไว้อย่างเป็นทางการ เป็นกลาง ๆ คือ ไม่ยอมให้รัฐสภาออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามอำเภอใจ โดยจะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นว่า จะสามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทได้เฉพาะกฎหมายเรื่องนั้นเรื่องนี้ หรือเฉพาะกฎหมายที่บัญญัติขึ้นในเวลานั้นเวลานี้ เช่น ในช่วงเวลาที่เกิดภาวะฉุกเฉิน หรือเฉพาะกฎหมายที่เพื่อประโยชน์แก่สาธารณะประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น หรือยอมให้มีการออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้บ้างโดยการออกกฎหมายเฉพาะบางประเภทหรือบางกรณี ซึ่งจะระบุไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน เช่น เพื่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ เช่น สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการ

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 38.

เลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายข้างมากในรัฐสภาออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามชอบใจ ถ้าจะมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ นอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ก็ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเสียก่อน สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้การรับรองถึง ได้แก่ ความคุ้มครองที่จะไม่ถูกเกณฑ์แรงงาน ดังเช่นที่บัญญัติว่า “การเกณฑ์แรงงานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน หรือโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งบัญญัติให้กระทำได้ในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการรบหรือการสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือให้ระหว่างที่มีประกาศใช้กฎอัยการศึก”³⁴

ค. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

หมายความว่าเปิดกว้างให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีบทบัญญัติวางไว้เป็นหลักว่าบุคคลมีสิทธิและเสรีภาพ แต่ทั้งนี้ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายรัฐสภาสามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควร เช่น ในเรื่องเสรีภาพในเคหสถาน ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในวรรคแรก บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน และวรรคสองที่ว่า บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครองหรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย³⁵ ซึ่งหมายความว่า ถ้ารัฐสภาประสงค์จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเคหสถานประการใด ก็สามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ตามแต่จะเห็นสมควร

สำหรับวิธีการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพสามารถทำได้ 3 วิธีคือ³⁶

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 51.

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 35.

³⁶ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530), หน้า 653.

1. ทำเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยตรง
2. บางกรณีอาจทำในรูปอื่น เช่น การกำหนดหน้าที่ ซึ่งขึ้นอยู่กับสิทธิและเสรีภาพว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องคำนึงถึงหน้าที่พลเมือง หรืออาจออกเป็นกฎหมายกำหนดหน้าที่ของอีกฝ่ายให้เคารพสิทธิของผู้อื่น
3. ใช้วิธี self – restraint คือ การรู้จักยับยั้งชั่งใจตนเป็นเรื่องที่จะต้องมีการให้ประชาชนรู้จักยับยั้ง มีจิตสำนึกต่อส่วนรวมหรือถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วยตนเอง

เป็นที่น่าสังเกตว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในหมวด 3 นี้ ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้เฉพาะชนชาวไทย ซึ่งได้แก่ ผู้มีสัญชาติไทยตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 และไม่ได้กำหนดรับรองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้ ซึ่งโดยเหตุนี้เอง ทำให้รัฐสภาสามารถถวายนำและยินยอมให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวได้ เมื่อไม่ขัดกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับนานาประเทศ ในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้ โดยอาศัยไม่ตรีย่อมถือว่าคนต่างด้าวมีสิทธิและเสรีภาพเช่นว่านี้ด้วย นอกจากนี้ยังถือว่าคนต่างด้าวย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายทั่วไป

2.3.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญไทยได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นแนวทางมาตรฐานสำหรับการกำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในหมวด 3 ดังนี้ คือ “ประชาชนมีสิทธิ (ระบุลักษณะหรือชื่อสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพ ในการเดินทาง และการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินการสืบมรดกและการได้รับค่าเวนคืน สิทธิคนชราอายุเกิน 60 ปี สิทธิรักษาพยาบาลฟรี สิทธิเด็กและเยาวชน สิทธิผู้พิการ หรือทุพพลภาพ เป็นต้น) ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเพียงพอเท่าที่จำเป็น โดยจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อที่จะให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นไปอย่างชอบธรรมนั้น มีหลายวัตถุประสงค์เพื่อการต่าง ๆ ซึ่งก็แล้วแต่ประเภทของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทไป ซึ่งสามารถจำแนกวัตถุประสงค์ที่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องคำนึงถึงได้ ดังต่อไปนี้

1) คัดค้านความเป็นมนุษย์ คือ คุณค่าของความเป็นมนุษย์ เมื่อมนุษย์เกิดมาทุกคนย่อมมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ติดตัวมาทุกคน คัดค้านความเป็นมนุษย์นี้อาจจับต้องสัมผัสไม่ได้เพราะเป็นเพียงนามธรรม ดังนั้น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึงได้ให้ความคุ้มครองในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”³⁷ ซึ่งนั้นก็หมายความว่า รัฐจะต้องปฏิบัติและให้ความเคารพต่อประชาชนโดยต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของประชาชนด้วย

2) ความเสมอภาค คือ การที่สมาชิกในสังคมจะได้รับสิทธิและเสรีภาพตลอดจนหน้าที่ผลประโยชน์เท่าเทียมกัน เกณฑ์หรือมาตรฐานที่จะแสดงถึงความเสมอภาคว่าเป็นธรรมหรือไม่ขึ้นอยู่กับปรัชญา สังคม และความคิดความเชื่อของบุคคล ซึ่งอาจจะแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมแต่ละยุคสมัยและจากความเชื่อในเรื่องสิทธิธรรมชาตินี้ มีแนวความคิดอยู่ว่า “มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกันและพระเจ้าซึ่งเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมาได้ให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ สิทธิเหล่านั้นไม่อาจโอนให้แก่กันได้ และไม่มีใครล่วงละเมิดได้ ซึ่งได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และสิทธิที่จะหาความสุข และรัฐทั้งหลายจะต้องกระทำทุกอย่างเพื่อให้มนุษย์มีสิทธิเหล่านั้นอย่างเต็มที่ และในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ได้บัญญัติรับรองความเสมอภาคไว้ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน”³⁸

3) ประโยชน์ต่อสาธารณชน ซึ่งก็คือประโยชน์สาธารณะถือเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่มากกว่าที่ไม่ใช่ผู้ดำเนินกิจการนั่นเอง³⁹ แต่

³⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 26.

³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 30 วรรคแรก.

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, พิมพ์ครั้งแรก,

ทั้งนี้การคำนึงถึงการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม⁴⁰ มีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา และโครงสร้างของสังคม อย่างไรก็ตาม การที่จะให้คำจำกัดความลงไปว่า มีความหมายว่าอย่างไรเป็นสิ่งที่ทำได้ยากเพราะแนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมักจะเปลี่ยนไปตามยุคสมัย และแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ ด้วยเหตุนี้ การที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวว่า สิ่งใดชัดหรือไม่ชัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ย่อมไม่อาจกระทำได้โดยถูกต้อง⁴¹ แต่อย่างไรก็ตาม ประโยชน์สาธารณะนี้ถือเป็นสิ่งที่ใช้เป็นขอบเขตของเสรีภาพ ความเสมอภาคและความมั่นคงส่วนบุคคล

4) ความมั่นคงของรัฐ หมายถึง การดำรงและรักษาประเทศชาติให้ดำรงอยู่อย่างปลอดภัย มีเอกราชและอธิปไตย มีความมั่นคงทั้งทางการเมืองภายในประเทศ การเมืองระหว่างประเทศ ทางเศรษฐกิจและสังคมจิตวิทยา⁴²

5) ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม หมายถึง ผลประโยชน์โดยทั่วไปของส่วนรวม (Public Interest) ซึ่งอยู่เหนือผลประโยชน์ของเอกชน ดังนั้น ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงหมายถึง ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม

6) สุขภาพของประชาชน, ของผู้เยาว์ ความปลอดภัยของประชาชน เนื่องจากปัจจุบัน ประชากรในประเทศขยายเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว เด็กและเยาวชนเหล่านี้หากได้รับการเลี้ยงดูและได้รับการศึกษาอบรมโดยเหมาะสมแล้ว ถือเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่ายิ่ง รัฐได้ตระหนักถึงปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจึงได้หาทางคุ้มครองป้องกันและส่งเสริมสุขภาพแก่ประชาชนและบรรดาผู้เยาว์ต่าง ๆ

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 333.

⁴¹ อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน,” บทบัญญัติ 32 (ตุลาคม 2518): 15.

⁴² กุลพล พลวัน, “เสรีภาพของสื่อมวลชนในประเทศไทยในการแสวงหาข่าวสาร,” วารสารชัยการ 9 (สิงหาคม 2529): 43.

7) การผังเมือง⁴³ หมายถึง การวาง จัดทำและดำเนินการให้เป็นไปตามผังเมืองรวม และผังเมืองเฉพาะ ในบริเวณเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องหรือชนบท เพื่อสร้างหรือพัฒนาเมือง หรือสวนของเมืองขึ้นใหม่ทั้งหมดหรือบางส่วนของเมืองที่ได้รับความเสียหาย เพื่อให้มีหรือทำให้อุดมยิ่งขึ้นซึ่งสัญลักษณ์ ความสะอาดสวยงาม ความเป็นระเบียบ ความสวยงาม การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน ความปลอดภัยของประชาชน เพื่อดำรงรักษาหรือบูรณะสถานที่และวัตถุที่มีประโยชน์ หรือคุณค่าในทางศิลปกรรม สถาปัตยกรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี หรือเพื่อบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิประเทศที่งดงามหรือมีคุณค่าในทางธรรมชาติ ซึ่งเป็นความหมายตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 4 และยังแบ่งผังเมืองออกเป็น 2 ประเภทคือ ผังเมืองรวมและผังเมืองเฉพาะ

8) ป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน เนื่องจากปัญหาของสังคมไทยกับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมานาน จากสภาพแวดล้อมที่ส่งผลกระทบต่อประชาชน และประชาชนมีความรู้สึกว่าจะควรมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อป้องกันหรือระงับการกระทำนั้น แม้ว่าปัญหาสังคมในประเทศไทยจะมีผลมาจากการเปลี่ยนแปลงทางสังคมอันเนื่องมาจากการรับวัฒนธรรมและวิถีการดำเนินชีวิตมาจากประเทศตะวันตกในขณะที่ความเจริญทางความคิดตามไม่ทันแล้ว ยังปรากฏด้วยว่า แผนพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติของประเทศไทยตั้งแต่อดีตมา เน้นการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจมากกว่าการพัฒนาสังคม จึงทำให้สังคมไทยมิได้รับการพัฒนาทางด้านจิตใจ ศีลธรรม และวัฒนธรรม ปัญหาสังคมจึงเกิดขึ้นได้ง่าย และถ้าไม่ได้รับการแก้ไขจะกลายเป็นอันตรายต่อความมั่นคงแห่งชาติ รัฐได้ตระหนักถึงปัญหาสังคมเหล่านั้น จึงได้พยายามหาทางป้องกันและระงับปัญหาดังกล่าว จนถึงขนาดต้องมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

9) จรรยาบรรณแห่งการประกอบอาชีพ การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ ในการประกอบอาชีพแต่ละอาชีพ ไม่ว่าจะเป็อาชีพใดก็ตาม ผู้ประกอบอาชีพเหล่านั้นต้องมีคุณธรรมยึดเหนี่ยวจิตใจ ดำเนินกิจการไปในทางที่ถูกต้องและเหมาะสม คำว่า “ถูกต้อง” ในที่นี้ หมายถึง ทั้งถูกต้องตามกฎหมายและถูกต้องตามหลักศีลธรรม หากผู้ประกอบอาชีพใดดำเนินกิจการงานโดยไรซึ่งจรรยาบรรณแล้ว จะทำให้เกิดความวุ่นวายในหน่วยงาน องค์กร หรือแม้แต่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ดังนั้น การสร้างคุณธรรมในการประกอบอาชีพนั้นจึงถือเป็น ภาระหน้าที่ของผู้ประกอบการ

⁴³ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518.

ทุกคน ส่วนการจัดระเบียบการประกอบอาชีพเป็นการจัดหรือให้อำนาจเอกชนในการเลือกประกอบอาชีพได้โดยชอบธรรมไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

10) หน้าทีของพลเมืองหรือหน้าที่ของชนชาวไทย มีบัญญัติไว้ในหมวด 4 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มีทั้งหมด 5 มาตรา ตั้งแต่มาตรา 66 ถึงมาตรา 70 ซึ่งในหมวดที่ว่าด้วยหน้าที่ของประชาชนชาวไทยก็ได้มีบัญญัติกันมาบ้างแล้วในบางรัฐธรรมนูญในอดีต ซึ่งนับว่าเป็นส่วนสำคัญยิ่งอีกส่วนหนึ่งในรัฐธรรมนูญ เพราะการที่เกิดมาเป็นชนชาวไทยก็ควรจะมีส่วนรวมในการทำนุบำรุงรักษาประเทศชาติบ้านเมือง ดังที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่า “บุคคลมีหน้าที่รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้”⁴⁴

11) คุ้มครองผู้บริโภค ป้องกันการผูกขาด ขจัดความไม่เป็นธรรม ในการแข่งขัน การผูกขาดทางการค้ามีหลายระดับทั้งระดับประเทศและระดับโลก ผลที่เกิดจากการผูกขาดทางการค้านี้จะกระทบกระเทือนต่อประชาชนในฐานะผู้บริโภคโดยตรงในเรื่องราคาสินค้าและปริมาณสินค้าในท้องตลาด เพราะการรวมกลุ่มกันเพื่อผูกขาดการผลิตปัจจัยการผลิตหรือการกำหนดราคาสินค้าเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ทำให้อำนาจในการต่อรองของฝ่ายผู้ผลิตซึ่งรวมกลุ่มกันมีเหนือกว่าผู้บริโภค จึงทำให้ผู้ผลิตกลายเป็นผู้กำหนดภาวะทางการตลาด ดังนั้นจึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ให้ความสำคัญ

12) เพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองและดำเนินการทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์

เจตนารมณ์ประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือ มุ่งแก้ปัญหาของระบบการเมืองไทย ซึ่งแบ่งออกได้ 3 ประการ ดังนี้คือ

ก. เปลี่ยนการเมืองของนักการเมือง ให้เป็นการเมืองของพลเมืองโดยเพิ่มสิทธิและเสรีภาพให้แก่พลเมืองและปรับประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนเป็นประชาธิปไตยโดยพลเมืองมีส่วนร่วม

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 66.

ข. ทำให้ระบบการเมืองและระบบราชการมีความสุจริตและมีความชอบธรรมในการใช้อำนาจ โดยการเพิ่มอำนาจพลเมืองในการควบคุมการใช้อำนาจทุกระดับ ครอบคลุมทุกด้านอย่างมีประสิทธิภาพ

ค. ทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพ นายกรัฐมนตรีมีภาวะความเป็นผู้นำเพื่อที่จะสามารถแก้ไขปัญหามันเมืองได้จริงและทำให้รัฐสภามีประสิทธิภาพ

13) คุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณูปโภค ซึ่งรัฐให้ความสำคัญในความเป็นอยู่ของประชาชน ให้ประชาชนมีสาธารณูปโภคที่ดีที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ จนถึงขั้นที่ต้องมีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

14) การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ในอดีตที่ผ่านมา ประเทศไทยถือเป็นประเทศหนึ่งที่มีทรัพยากรธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์ทั้งทรัพยากรดินและที่ดิน ป่าไม้ แร่ธาตุ น้ำ และอากาศ ต่อมาเมื่อประชากรในประเทศมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ประกอบการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม การใช้ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านั้นจึงมีการใช้กันอย่างฟุ่มเฟือย โดยปราศจากแผนการอนุรักษ์และพัฒนาทำให้ทรัพยากรธรรมชาติเสื่อมโทรมและหมดลงอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้สมดุลตามธรรมชาติของระบบนิเวศเปลี่ยนแปลงไป จนทำให้เกิดสาธารณภัยจากธรรมชาติ (natural disaster) ในรูปแบบต่าง ๆ รัฐธรรมนูญฉบับนี้เห็นความสำคัญของเรื่องดังกล่าวจึงได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยและการจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ก็ต้องเข้าวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

15) ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน ความเสียหายจากสาธารณภัยสามารถจำแนกความเสียหายออกได้ 4 ประเภท คือ ความเสียหายทางร่างกาย ความเสียหายทางใจ ความเสียหายในทรัพย์สินและความเสียหายเกี่ยวกับการใช้เวลา การที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันต้องเป็นการฉุกเฉินด้วย

16) ส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าต้องการมีเสรีภาพก็ต้องสละเสรีภาพบางอย่าง ทั้งนี้รัฐอาจเข้ามาจัดการให้บรรลุวัตถุประสงค์

ได้ เช่น ในเสรีภาพที่ขัดกัน รัฐอาจจำเป็นต้องออกกฎหมายมาให้ความสำคัญกับเสรีภาพหนึ่งมากกว่าเสรีภาพอีกอย่างหนึ่ง⁴⁵

จากที่กล่าวมาแล้ว 16 ประเภทข้างต้นถือเป็นวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดขึ้นเพื่อที่จะใช้อำนาจในการออกกฎหมายหรือกระทำการใด ๆ ที่อาจเป็นการกระทบหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้โดยไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

2.3.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องใช้อย่างเป็นธรรม

ข้อจำกัดอำนาจนิติบัญญัตินี้มีที่มาจากหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ที่ให้สิทธิและเสรีภาพบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรีศาลและองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีหลักที่ว่า “บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน และบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน ดังนั้นที่กล่าวว่าการกฎหมายต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงมิได้หมายความว่า กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน หากแต่หมายความว่ากฎหมายจะต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง⁴⁶ และมาตรา 29 วรรคสอง ได้บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน⁴⁷ แต่ก็มีได้หมายความว่า กฎหมายต้องใช้บังคับแก่ประชาชนทุกคนเหมือนกันหมด เพราะในหลักแห่งความเสมอภาคนั้นบังคับไว้ว่า บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่าง

⁴⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 350 - 351.

⁴⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 118.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

เดียวกัน ในขณะที่บุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน

2.3.4 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่าในบรรดามาตรการ หรือคำสั่งทั้งหลายซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ทว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกันอย่างไร ฝ่ายบริหารต้องตัดสินใจเลือกเอาแต่มาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด⁴⁸ และถ้าคำสั่ง หรือมาตรการนั้นเป็นประโยชน์แก่ประชาชน องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่ง หรือเลือกใช้มาตรการนั้น เช่น ในกฎหมายของฝรั่งเศส คดี C.E., 19 mai 1933⁴⁹ ที่ให้อำนาจนายกเทศมนตรีออกคำสั่งห้ามบุคคลใดบุคคลหนึ่งจัดงานชุมนุมสาธารณะ ถ้าปรากฏว่าในการชุมนุมนั้นอาจนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในเทศบาล กรณีนี้เกิดจากการที่นาย Benjamin จะจัดการประชุมแสดงความคิดเห็นบางอย่างในเขตเทศบาล ซึ่งเคยจัดมาแล้วในท้องที่อื่น แต่ปรากฏว่ามีการประท้วงการประชุมนั้น นายกเทศมนตรีจึงห้ามมิให้จัดโดยอ้างว่าการจัดประชุมดังกล่าวจะนำมาซึ่งความไม่สงบในเขตเทศบาล ต่อมาศาลปกครองฝรั่งเศสพิพากษาเพิกถอนคำสั่งห้ามดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า แม้การประชุมนั้นอาจนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยในเขตเทศบาล แต่นายกเทศมนตรีสามารถรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตเทศบาลนั้นได้โดยมาตรการอื่นที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่าการสั่งห้ามประชุม ดังนั้น การห้ามการประชุมดังกล่าวจึงมิใช่มาตรการที่จำเป็นอันจะต้องกระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตเทศบาล ซึ่งจากคดีนี้ถือเป็นบรรทัดฐานในเรื่องหลักความจำเป็น จะเห็นได้ว่าหลักแห่งความจำเป็นจะมีความสำคัญอยู่ในว่าในบรรดามาตรการทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้องค์กรของรัฐสามารถใช้อำนาจกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หากมาตรการเหล่านั้นล้วนแต่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้ทั้งสิ้น และในกรณีที่องค์กรของรัฐจะกำหนดมาตรการที่ไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล องค์กรของรัฐ ต้องเลือกออกมาตรการที่ยังผลให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกระทบกระเทือนน้อยที่สุด และดำเนินการ

⁴⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 76 – 77.

⁴⁹ M. Long, P. Weil, G. Braibant, *Les Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative* 7e edition, (Paris, Sirey, 1978,) pp. 217 - 222. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 90.

ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยก่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุดนั้นก็หมายความว่า หลักแห่งความจำเป็นนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีมาตรการที่อยู่ในวิสัยที่สามารถดำเนินให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ว่า "การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้" ⁵⁰

2.3.5 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีบทบัญญัติรับรองหลักการนี้ว่า "การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้" ⁵¹

จากบทบัญญัติดังกล่าวมีผลต่อการบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ ที่ต้องไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ กล่าวคือ หากมีบทกฎหมายออกมาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนก็ให้ทำได้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และจะต้องระบุข้อจำกัดพร้อมเหตุผลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ ด้วย และถึงแม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถออกกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่ก็ไม่มีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เลยทีเดียว เพราะการกระทำเช่นนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ ⁵² สำหรับหลักประกันที่เด็ดขาดและหลักประกันที่ไม่เด็ดขาดโดยมีข้อยกเว้นภายใต้เงื่อนไขนั้นย่อมเป็นของธรรมดาเพราะในบางกรณีสิทธิและเสรีภาพของประชาชนควรจะเป็นไปโดยเด็ดขาดไม่มีข้อแม้ แต่ในบางกรณีก็ควรถูกจำกัดให้อยู่ภายในขอบเขต ซึ่งหากการจำกัดนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วก็เป็น การชอบ

⁵⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง

⁵¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง

⁵² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 6

2.3.6 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับหลักแห่งความเหมาะสม

หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of suitability) คือบรรดาคำสั่งหรือมาตรการทางกฎหมายที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน ซึ่งฝ่ายบริหารจะต้องใช้พิจารณาณในการเลือกออกคำสั่ง หรือมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้ โดยให้มีความสัมพันธ์เชิงเหตุ (CAUSE) และผล (EFFECT) ระหว่างมาตรการที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้น⁵³

หลักแห่งความเหมาะสมนี้บังคับให้องค์กรของฝ่ายปกครองใช้พิจารณาเลือกออกคำสั่ง เท่าที่จะสามารถดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายของกำหนดที่ให้อำนาจไว้เท่านั้น คำสั่งทางปกครองที่ไม่อยู่ในวิสัยจะทำให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจปรากฏขึ้นมาเป็นจริงได้เลย คำสั่งหรือมาตรการนั้นถือเท่ากับว่าไม่เหมาะสม

ตัวอย่างที่พอจะเทียบเคียงได้กับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำไปบนหลักแห่งความเหมาะสม มีดังนี้คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 1110/2512 โจทก์ฟ้องว่าคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จังหวัดนราธิวาส ได้ออกประกาศกำหนดให้สุกรมี่ชีวิตเป็นสิ่งควบคุมและกำหนดให้เขตท้องที่อำเภอสุไหงโกลิก อำเภอแว้ง และอำเภอตากใบ เป็นเขตควบคุมโดยห้ามมิให้ผู้ใดเคลื่อนย้ายสุกรมี่ชีวิตเข้าไปในเขตท้องที่ดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อมิให้สุกรมี่ชีวิตในท้องที่ควบคุมมีราคาสูงขึ้นอันเป็นการป้องกันการค้ากำไรเกินควร จำเลยได้ทราบประกาศดังกล่าวแล้วยังบังอาจร่วมกันทำการเคลื่อนย้ายสุกรมี่ชีวิต จำนวนสิบห้าตัวบรรทุกรถยนต์เข้าไปในท้องที่ ตำบลเจ้าเห อำเภอตากใบ จังหวัดนราธิวาส โดยมีได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควรขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติป้องกันและการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 ฯลฯ คดีนี้ศาลมีคำพิพากษาว่า “.....ปัญหามีว่าประกาศฉบับนี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หลักสำคัญในเรื่องนี้มีอยู่ว่าประกาศของคณะกรรมการฯ จะต้องเป็นไปเพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร ตามประกาศฉบับนี้ไม่ได้แสดงแจ้งชัดว่าที่ห้ามนำสุกรมี่ชีวิตเข้าไปในเขตสามอำเภอนั้น มีวัตถุประสงค์อย่างไร คงปรากฏอยู่ในคำฟ้องของโจทก์ว่าที่ห้ามเช่นนั้นเพื่อป้องกันมิให้สุกรมี่ชีวิตในท้องที่ควบคุมมีราคาสูงขึ้น เป็นที่รู้กันทั่วไปว่าสินค้าใดก็ตามมีปริมาณเพิ่มมากขึ้นราคาย่อมจะถูกกลง ตรงกัน

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 74.

ข้ามสินค้าได้มีปริมาณลดน้อยลงราคาย่อมจะสูงขึ้น การที่ทางราชการประกาศห้ามมิให้นำสุกรมี่ชีวิตเข้าไปในเขตใด ย่อมจะทำให้ปริมาณของสุกรมี่ชีวิตในเขตนั้นลดน้อยลงอันจะทำให้ราคาสูงขึ้น กรณีเช่นนี้จะเรียกว่าเป็นการป้องกันการค้ากำไรเกินควรหาได้ไม่ ในทางกลับกันจะยังเป็นการส่งเสริมให้มีการค้ากำไรกันมากยิ่งขึ้น จึงเห็นว่าประกาศของคณะกรรมการส่วนจังหวัดฉบับนี้มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร จึงเป็นการไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการส่วนจังหวัดไว้ใช้บังคับไม่ได้ จึงพิพากษายืนให้ยกฟ้องโจทก์

2.4 หลักเกณฑ์ใช้บังคับในกรณีที่ต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

การที่รัฐหรือองค์กรของรัฐจะออกกฎเกณฑ์มาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือการที่อ้างว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐต้องใส่ใจหรือให้ความสำคัญต่อหลักเกณฑ์ที่เป็นตัวกำหนดการกระทำของรัฐในกิจการต่าง ๆ ที่อาจจะไปกระทบกระเทือนหรือไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.4.1 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและสังคม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ถือเป็นรัฐธรรมนูญไทยอีกหนึ่งในหลายฉบับที่ยังคงเห็นความสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติหลายมาตรา ในหมวด 3 ซึ่งจัดไว้เป็นหมวดหมู่เฉพาะ แต่อย่างไรก็ตาม การที่ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองนั้น มิได้หมายความว่าใครจะใช้สิทธิและเสรีภาพที่มีเหล่านั้นได้อย่างไร้ขีดจำกัด เพราะถ้าเป็นเช่นนั้นต่างคนต่างก็ใช้สิทธิและเสรีภาพที่ตนมีจนอาจไปล่วงละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นโดยไม่ถือว่าสิ่งนั้นผิดหรือไม่ควรกระทำเพราะถือว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้แล้ว

ดังนั้น ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่ต้องให้อำนาจรัฐในการเข้ามาจัดระเบียบ โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพด้วยวิธีต่าง ๆ ได้แต่ทั้งนี้ก็ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ด้วยเช่นกัน ซึ่งวิธีการดำเนินการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น รัฐอาจเลือกให้สิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งสำคัญกว่าสิทธิและเสรีภาพอีกอย่างหนึ่ง โดยสละสิทธิและเสรีภาพนั้นไปหรือใช้วิธีการจำกัดลำดับความสำคัญของสิทธิและเสรีภาพก็ได้ เช่น เสรีภาพในตัวบุคคลอยู่เหนือเสรีภาพในการแสดงออก

เสรีภาพในการติดต่อคมนาคมอยู่เหนือเสรีภาพในการชุมนุมประท้วง เป็นต้น แต่บางครั้งกฎหมายก็จำเป็นต้องยอมให้ความสำคัญกับทั้งสองเสรีภาพโดยจำกัดเสรีภาพทั้งสองเพื่อให้ใช้ได้โดยไม่ขัดกัน เช่น ยอมรับสิทธิในการนัดหยุดงานของคนงาน (บางส่วน) และก็ยอมรับเสรีภาพในการเข้าทำงาน (ของคนงานที่ไม่อยากหยุดด้วย)

เป็นที่ทราบกันแล้วว่าถ้าหากสังคมใดที่ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพที่มีอยู่ขัดกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นแล้ว สังคมนั้นก็จะวุ่นวาย ไม่สงบสุข ฉะนั้นในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจึงนับว่าเป็นสิ่งสำคัญ แต่ทั้งนี้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นการกระทำหรือละเว้นกระทำเพื่อคุ้มครองสังคมให้เป็นปกติสุข ในทางกลับกันถ้าการคุ้มครองสังคมโดยปราศจากเสรีภาพเลยก็ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางที่ควรแต่อย่างใด ดังนั้น จึงควรให้รัฐเข้ามาจัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อให้เกิดสมดุลกันในสังคม การจัดระเบียบสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้ ในบางครั้งอาจจำเป็นต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยเด็ดขาด (limitations absolues) โดยมีเหตุผล 3 ประการคือ⁵⁴

1. เพื่อคุ้มครองรัฐ องค์กรของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ให้กลายมาเป็นบุคคลที่ใช้สิทธิและเสรีภาพมาทำลายรัฐ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงกิติ ความผิดต่อเจ้าพนักงานกิติ จึงจำเป็นต้องมีขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพและคุ้มครองรัฐ

2. เพื่อคุ้มครองให้เกิดความสงบเรียบร้อยปราศจากความวุ่นวายในสังคม ดังนั้นความมั่นคง ความสงบเรียบร้อย และสาธารณสุข จึงถือเป็นข้อจำกัดเด็ดขาดของสิทธิและเสรีภาพ เช่น ในรัฐธรรมนูญไทยบัญญัติสิทธิและเสรีภาพในการประท้วงโดยชอบยอมได้รับความคุ้มครอง แต่ถ้าเมื่อใดที่การประท้วงโดยชอบนั้นเกิดความวุ่นวายก็ต้องถือว่าสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้หมดไป และเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเข้าจัดการได้ทันที⁵⁵

3. เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดี ซึ่งเหตุประการนี้ถือเป็นความรู้สึกร่วมกันของสมาชิกในสังคม ซึ่งอาจเป็นข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยเด็ดขาด แต่บางกรณีอาจกำหนดให้เป็นข้อจำกัดเสรีภาพตามสภาพความจำเป็นเพื่อคุ้มครองสังคม (limitation relatives) เช่น คนต่างด้าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง ทั้งนี้สถานการณ์ร้ายแรงหรือสถานการณ์ฉุกเฉินบางกรณี

⁵⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. หน้า 351.

⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 44

อาจถือเป็นข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ เช่น สถานการณ์สงคราม สถานการณ์ฉุกเฉินหรือแม้แต่การประกาศใช้กฎอัยการศึก เป็นต้น

2.4.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย ประชาชนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเพื่อเป็นตัวกำหนดวิถีการดำเนินชีวิตของตน ถ้าประชาชนไม่มีสิทธิและเสรีภาพก็อาจจะถูกแทรกแซงจากรัฐหรือผู้ปกครองรัฐ ดังนั้นเพื่อให้การดำเนินชีวิตของปัจเจกชนสามารถดำเนินไปได้ รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐต้องมีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้เพื่อให้ประชาชนแต่ละคนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพตามแต่ที่ตนมี เพื่อให้การดำเนินชีวิตไปเป็นไปอย่างสงบสุข⁵⁶

รัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการละเมิดของรัฐเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้⁵⁷ และสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง⁵⁸ อีกทั้ง ที่กล่าวไว้ว่าบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้⁵⁹ อย่างไรก็ตามเมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพว่าต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ⁶⁰ องค์กรผู้มีอำนาจตรากฎหมายอย่างเช่นรัฐสภาซึ่งถือเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ จึงย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ตนตราขึ้นมาเช่นเดียวกับประชาชนด้วย

⁵⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 13.

⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 26.

⁵⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 27.

⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 28 วรรคสอง.

⁶⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 31, 35, 48.

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ จากการละเมิดของรัฐ หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีอยู่ 3 ประการ คือ ⁶¹

1. การที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองโดยการที่ไม่ให้องค์กรใดของรัฐละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในบางเรื่องเลย แม้แต่องค์กรนิติบัญญัติและรัฐสภาก็ไม่อาจทำได้ เรียกการคุ้มครองนี้ว่า “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเด็ดขาดระดับรัฐธรรมนูญ” เป็นการห้ามตรากฎหมายได้ออกมาฝ่าฝืนเป็นอันขาด เพราะจะทำให้กฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญ และไม่มีผลใช้บังคับ เช่น ในเรื่องเสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้เด็ดขาดห้ามตรากฎหมายฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าว หรือเรื่องการห้ามตรากฎหมายอาญาย้อนหลัง ซึ่งถือเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองอย่างเด็ดขาด

2. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการกระทำละเมิดของฝ่ายบริหาร เป็นการที่กำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ต้องกระทำโดยกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น ⁶² เพราะถือว่ากฎหมายที่ผู้แทนของประชาชนออกเป็นการแสดงเจตนารมณ์ร่วมกันและเจตนารมณ์ร่วมกันเท่านั้นที่จะมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเหล่านั้นได้ เช่น การกำหนดความผิดทางอาญา และการกำหนดโทษถือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของประชาชนจึงต้องตราเป็นกฎหมายซึ่งออกโดยรัฐสภาเท่านั้น เป็นต้น

3. การตรวจสอบหรือการเยียวยาต่อผลเสียที่เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในกรณีที่มีการละเมิดโดยให้ประชาชนผู้ได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสามารถใช้สิทธิทางศาลซึ่งอาจเป็นศาลพิเศษในทางกฎหมายมหาชน เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง เป็นต้น เช่นถ้ารัฐสภาออกกฎหมายไปจำกัดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ทำเช่นนั้นได้แล้วย่อมถือเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ และต้องให้มีองค์กรชี้ขาดว่า กฎหมายดังกล่าวนั้นไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ ต้องระงับยับยั้งการละเมิดของฝ่ายบริหารนั้นรวมทั้งต้องมีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ประชาชนผู้ถูกละเมิดนั้นด้วย

⁶¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 352 – 353.

⁶² Burdeau, Libertes Publiques, pp. 33 – 37. ; อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 352.

2.4.3 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการละเมิดของปัจเจกชน

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันจะมีบทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งถือว่ารัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิและเสรีภาพนั้นว่าเป็นของประชาชนชาวไทยทุกคน แต่การที่ทุกคนต่างมีสิทธิและเสรีภาพกันทุกคนย่อมอาจกระทบกระทั่งกันระหว่างเจ้าของสิทธิและเสรีภาพได้ทุกขณะ สิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคลอาจขัดแย้งกันเองได้ทุกเมื่อ ดังนั้น รัฐและหน่วยงานของรัฐจึงมีหน้าที่ ในการสอดส่องดูแล การใช้สิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคล เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม และทำให้แต่ละบุคคลสามารถดำเนินชีวิตของตนไปได้โดยปกติสุข

อย่างไรก็ตาม การให้อำนาจรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐคอยกำกับดูแลการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสังคมนอกจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้แล้ว ก็ยังมีปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด กฎหมายที่กำหนดให้อำนาจรัฐและหน่วยงานของรัฐได้แก่ กฎหมายอาญา ซึ่งอาจกำหนดทั้งในส่วนของความผิดและในส่วนของโทษ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งส่วนสำคัญที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้คือ ในส่วนของ การชดเชยค่าเสียหาย

ในประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตย สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ แต่การใช้สิทธิและเสรีภาพของแต่ละคนอาจมีการขัดแย้งหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และถ้าไม่สามารถหากลไกหรือมาตรการที่จะมายับยั้งหรือแก้ไขเหตุการณ์ดังกล่าว สังคมย่อมตกอยู่ในภาวะไร้สิทธิหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพมากเกินไปจนกลายเป็นการไร้สิทธิและเสรีภาพ เมื่อสังคมนั้นเป็นสังคมที่ไร้ขอบเขตในเรื่องสิทธิและเสรีภาพแล้ว ก็จะกลายเป็นสังคมที่วุ่นวายไม่น่าอยู่ และการที่จะชี้ไปว่าใครมีสิทธิหรือใครไม่มีสิทธิก็ไร้กฎเกณฑ์ที่แน่นอน เนื่องจากคนที่ใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นก็จะมองว่าตนเองมีสิทธิและเสรีภาพ ในขณะที่เดียวกัน ผู้ที่ถูกกระทบกระเทือนอันเนื่องมาจากการใช้สิทธิและเสรีภาพนั้น ก็มองว่าผู้ใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไม่มีสิทธิและเสรีภาพ หรือมีแต่ใช้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นการยากที่จะชี้ลงไปว่า ใครมีสิทธิและเสรีภาพ ใครไม่มีสิทธิและเสรีภาพ หรือถ้ามีสิทธิและเสรีภาพแล้วมีมากน้อยประการใด

เมื่อเกิดเป็นปัญหาจึงต้องมีหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองการใช้สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนโดยบุคคลอื่น อาจรวมกลุ่มใหญ่ ๆ ในการทำงานที่ต้องให้ความคุ้มครองไว้ได้ 5 ประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้คือ

1. การคุ้มครองเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย ซึ่งจัดเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ทุกคนต้องการ และจัดเป็นสาเหตุสำคัญที่มนุษย์เข้ามารวมตัวกันเป็นสังคม
2. การคุ้มครองเสรีภาพในชีวิตส่วนตัว
3. การคุ้มครองเสรีภาพในตัวบุคคล
4. การคุ้มครองเสรีภาพทางปัญญาและศีลธรรม
5. การคุ้มครองเสรีภาพทางเศรษฐกิจและสังคม

มาตรการหรือหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองการใช้สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเกิดจากการทำละเมิดของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่รัฐ มีอยู่หลายหลักเกณฑ์ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายออกมาคุ้มครอง หรือการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐขึ้นมาเป็นผู้มีอำนาจยับยั้งการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนด้วยตนเอง รวมถึงอาจมีการให้ความรู้ต่าง ๆ อันถือเป็นการสร้างพื้นฐานทางสังคมอย่างหนึ่ง โดยที่ถ้าทุกคนมีความรู้ความเข้าใจถึงขอบเขตของการมีและใช้สิทธิและเสรีภาพแล้ว แต่ละคนก็จะใช้สิทธิและเสรีภาพในขอบเขตของตนไม่ส่งผลกระทบต่อหรือละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น แม้ในรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ แต่บุคคลจะใช้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพได้เท่าที่ไม่ไปละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น และไม่ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นโดยลำดับเห็นได้ว่า สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นปัจจัยสำคัญในการปกครองบ้านเมืองตามอุดมการณ์ประชาธิปไตย สังคมที่มีเจตนารมณ์ว่าจะปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย จึงต้องมีความตระหนักถึงเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนในสังคมนั้น

สำหรับประเทศไทย ระบบกฎหมายธรรมชาติตามธรรมเนียมของสังคมตะวันตกได้ถูกนำมาใช้ นับแต่รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิรูปการบริหารบ้านเมืองครั้งสำคัญซึ่งกฎหมายของสังคมไทยสมัยก่อนมีจุดกำเนิดขึ้นมาเพื่อสนับสนุนอำนาจรัฐโดยตรงเนื่องจากเดิมประเทศไทยมีการปกครองระบบสมบูรณาญาสิทธิราช

การนำเอาระบบกฎหมายของประเทศฝ่ายตะวันตกมาใช้จึงทำได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อเงื่อนไขและสถานะการณ์ทางสังคมและการเมือง แนวความคิดอันเกิดจากธรรมเนียมประเพณีของกฎหมายไทยที่สืบทอดกันมาคือ การถือว่ากฎหมายเป็นคำสั่งคำบัญชาของผู้มีอำนาจสูงสุด ซึ่งแนวความคิดนี้มาจากสำนัก Legal Positivism นั้นเอง ประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องมีการปฏิรูปกฎหมายและสถาบันกฎหมายเพื่อแลกกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ทำให้ประเทศไทยต้องรับเอาระบบกฎหมายของภาคพื้นยุโรปเกือบทั้งหมดมาใช้โดยมิได้ผ่านขั้นตอนทางประวัติศาสตร์ ผู้นำส่วนใหญ่ที่มีบทบาทในการปฏิรูปกฎหมายได้รับอิทธิพลแนวความคิดของสำนักปฏิฐานนิยมรุ่นแรก ๆ (Early Legal Positivism) จากประเทศอังกฤษ ที่ถือว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐอธิปัตย์

แม้ในรัฐธรรมนูญบางฉบับ และในกฎหมายสารบัญญัติอื่น ๆ ของประเทศต่างได้รับรอง แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนไม่โดยตรงก็โดยอ้อมก็ตาม การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยนิตินัยนี้มิได้หมายความว่า โดยพฤตินัยหรือในทางปฏิบัตินั้นจะไม่มีการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพราะเหตุว่าเจ้าหน้าที่บ้านเมืองบางคน และบางกลุ่มยังคงมีทัศนคติแบบระบบอุปถัมภ์ซึ่งเป็นโครงสร้างของสังคมไทยในสมัยก่อน ทำให้บ่อยครั้งปรากฏว่าบุคคลเหล่านี้ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักการที่ว่า ทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคกัน แม้ว่าการจัดทำรัฐธรรมนูญก็ดี การจัดทำประมวลกฎหมายก็ดี เป็นการเชื่อมประสานให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นส่วนหนึ่งของเนื้อหาทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ส่วนการควบคุมให้มีการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือการพิจารณาทบทวนนั้นเป็นวิธีการที่จะให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนสามารถนำไปปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ แนวความคิดดังกล่าวสามารถสังเกตได้จากการที่นานาประเทศได้สถาปนาองค์กร และขบวนการพิจารณาขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ควบคุม ให้มีการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ กล่าวคือ ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law หรือระบบประมวลกฎหมายได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ควบคุมมิให้สภานิติบัญญัติออกกฎหมายมาบังคับใช้ในลักษณะที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาทำหน้าที่ควบคุมเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารมิให้เจ้าหน้าที่เหล่านั้นละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน แม้แต่ในประเทศที่อยู่ภายใต้ระบบ Common Law ซึ่งในระบบกฎหมายดังกล่าวก็ยังได้มีการปรับปรุงศาลยุติธรรมขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน