

รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง



หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ
ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)



โดย

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ หัวหน้าคณะผู้วิจัย
ศูนย์บริการวิชาการ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

เสนอ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

รายงานการศึกษาวิจัย

เรื่อง

“หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality)
ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29
ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)”

โดย

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ หัวหน้าคณะผู้วิจัย
ศูนย์บริการวิชาการ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

เสนอ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หอสมุดกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ หัวหน้าคณะผู้วิจัย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality)

ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550).-- กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558.

272 หน้า.

1. รัฐธรรมนูญ -- ไทย. I. ชื่อเรื่อง.

342.593

ISBN 978-974-7725-96-4

- ชื่อหนังสือ รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง หลักความได้สัดส่วน
(principle of proportionality)
ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29
ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)
- ปีที่พิมพ์ กันยายน 2558
- จำนวนพิมพ์ 500 เล่ม
- เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
(อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500
www.constitutionalcourt.or.th
- ดำเนินการจัดทำโดย กลุ่มงานวิจัยและพัฒนารัฐธรรมนูญ
สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
- พิมพ์ที่ บริษัท ธนาเพรส จำกัด
9 ซ.ลาดพร้าว 64 แยก 14 ถ.ลาดพร้าว แขวงวังทองหลาง
เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310
โทร. 0-2530-4114 โทรสาร 0-2108-8951
E-mail: tanapress@gmail.com

รายนามคณะผู้ศึกษาวิจัย

ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ	หัวหน้าโครงการ
คณบดีคณะนิติศาสตร์	
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์	
อาจารย์ ดร. พิชรพรรณ นุชประยูร	นักวิจัย
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์	
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์	
อาจารย์ ธนัทเทพ เขียรประสิทธิ์	นักวิจัย
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์	
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์	
นางสาววรรณมน สุกใส	นักวิจัย
สำนักกฎหมายต่างประเทศ	
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา	

คำนำ

รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)” โดย ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ เป็นหัวหน้าคณะผู้วิจัย ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับกรอบแนวคิด วิวัฒนาการและองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับหลักความได้สัดส่วน และทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนของประเทศไทย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐเกาหลี รวมถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการหรือองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยโดยนำหลักเรื่องหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา และการศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายไทยที่มีปัญหาความไม่ชอบด้วยหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งข้อเสนอแนะในการนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทย

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญใคร่ขอขอบคุณ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ หัวหน้าคณะผู้วิจัย และศูนย์บริการวิชาการ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ได้ดำเนินการศึกษาวิจัยเรื่องนี้ และสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจะได้ขับเคลื่อนภารกิจในการสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในด้านการพิจารณาคดี การศึกษาวิเคราะห์ด้านคดีและกฎหมายรวมทั้งการศึกษาวิจัยทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างต่อเนื่องต่อไป

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาวิจัยเล่มนี้ จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อการขยายเครือข่ายวิทยบริการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ในการกระจายฐานความรู้สู่สาธารณะออกไปได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ดังเจตนารมณ์ของศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มุ่งมั่นในการปฏิบัติภารกิจตามรัฐธรรมนูญบนพื้นฐานของการ “ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิเสรีภาพของประชาชน” เพื่อธำรงไว้ซึ่งระบบนิติรัฐของประเทศ ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสืบไป

4. 8'

(นายปัญญา อุดชาชน)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สารบัญ

คำนำ.....	(2)
สารบัญ.....	(3)
บทนำ	1
1. ความเป็นมาของโครงการ	1
2. วัตถุประสงค์ของโครงการ	3
3. ขอบเขตการศึกษา	4
3.1 ขอบเขตการดำเนินการ	4
3.2 วิธีการดำเนินงาน	5
3.2.1 รูปแบบการวิจัย	5
3.2.2 ขั้นตอนการดำเนินงาน	5
3.3 ระยะเวลาดำเนินงาน.....	6
4. ผลสัมฤทธิ์ของงานที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 1 หลักความได้สัดส่วนของประเทศไทย	7
1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.....	8
1.1.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	8
1.1.2 องค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	9
1.1.2.1 องค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	9
1.1.2.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ	10
1.2 หลักความได้สัดส่วนในบริบทของไทย	12
1.2.1 ความเป็นมาของมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ	
แห่งราชอาณาจักรไทย	12
1.2.2 การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29	
ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	17
1.2.2.1 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น	17
1.2.2.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพการกระทำใดแต่โดยอาศัย	
อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ	
เพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้	20

1.2.2.3	การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมิผลเป็นการทั่วไป.....	21
1.2.2.4	การระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายจำกัดสิทธิ	23
1.2.2.5	การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบ กระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้....	24
1.3	แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้นำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	27
1.3.1	กรณีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่มีผลใช้บังคับ.....	28
1.3.1.1	พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539	28
1.3.1.2	ระเบียบคณะกรรมการเลือกตั้ง ว่าด้วยการสั่งให้มีการ เลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543	30
1.3.1.3	พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2540	31
1.3.1.4	พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493.....	32
1.3.1.5	พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาล และการผดุงครรภ์ (ฉบับที่2) พ.ศ. 2540.....	33
1.3.1.6	พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541....	34
1.3.1.7	พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511	35
1.3.1.8	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	35
1.3.1.9	พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542	36
1.3.1.10	พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541	37
1.3.1.11	พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่4) พ.ศ. 2541	38
1.3.1.12	พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544	39

1.3.1.13 พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521	40
1.3.1.14 พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและ ค้าของเก่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2481	41
1.3.1.15 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542	42
1.3.1.16 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546	43
1.3.1.17 พระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. 2543	44
1.3.1.18 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551	45
1.3.1.19 พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543	46
1.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย	47
1.3.2.1 ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ.	47
1.3.2.2 ร่างพระราชบัญญัติให้กระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่ง ของประเทศ พ.ศ.	48
1.4 พระราชบัญญัติที่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ“หลักความได้สัดส่วน”	58
1.4.1 พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. 2477	58
1.4.2 พระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499	59
1.4.3 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484	60
1.4.4 พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490	62
1.4.5 พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499	62
1.4.6 พระราชบัญญัติองค์การร่วมไทย-มาเลเซีย พ.ศ. 2533	63
1.4.7 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525	65
1.4.8 พระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485	66
1.4.9 ประมวลกฎหมายอาญาทหาร	67
1.4.10 พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530	67
1.4.11 พระราชบัญญัติการเดินทางอากาศ พ.ศ. 2497	68
1.4.12 พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542	69
1.4.13 กฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญา	69

1.4.13.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113	70
1.4.13.2 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 201 และมาตรา 202	70
บทที่ 2 หลักความได้สัดส่วนของ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	72
2.1 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์	72
2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ	73
2.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	73
2.2.1.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ	74
2.2.1.2 กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญ	74
2.2.1.3 กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักความเสมอภาคและ ข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ มิได้	75
2.2.1.4 กฎหมายที่ตราขึ้นโดยขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป และหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ	76
2.2.2 การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerden)	77
2.3 หลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaetlnismaessigkeit)	78
2.3.1 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักความได้สัดส่วน	80
2.3.2 สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน	84
2.3.2.1 หลักความเหมาะสม (Geeignetheit หรือ Tauglichkeit)	85
2.3.2.2 หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit)	88
2.3.2.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaetlnismaes-sigkeit im engeren Sinne)	90
2.3.3 หลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบ	91
2.3.3.1 หลักความได้สัดส่วนกับการตรวจสอบการจำกัดสิทธิ ขั้นพื้นฐาน	91
2.3.3.2 หลักความได้สัดส่วนในขอบเขตกฎหมายปกครอง	94

2.4	แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์	96
2.4.1	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 69, 315 (BVerfGE 69, 315) รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุม (Versammlungsgesetz – VersG)	96
2.4.2	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24, 367 (BVerfGE 24, 367) รัฐบัญญัติว่าด้วยเขื่อนป้องกันน้ำของเมืองฮัมบวร์ก (Hamburgisches Deichordnungsgesetz – DOG)	99
2.4.3	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30, 173 (BVerfGE 30, 173) คดีเมฟิสโต (Mephisto)	102
2.4.4	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45, 187 (BVerfGE 45, 187) การลงโทษจำคุกตลอดชีวิต (Lebenslange Freiheitsstrafe)	104
2.4.5	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 38, 281 (BVerfGE 38, 281) การจัดตั้งสภาองค์การลูกจ้าง (Arbeitnehmerkammer)	107
2.4.6	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16, 194 (BVerfGE 16, 194) คำสั่งในการตรวจจับแอลกอฮอล์ตามมาตรา 81 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO)	108
2.4.7	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25, 112 (BVerfGE 25, 112) กฎหมายว่าด้วยเขื่อนกันน้ำของมลรัฐ Niedersachsen 1963 (Niedersaechsches Deichgesetz – NDG)	109
2.4.8	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35, 382 (BVerfGE 35, 382) รัฐบัญญัติว่าด้วยคนต่างด้าว	112
2.4.9	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 39, 1 (BVerfGE 39, 1) การทำแท้งโดยเสรี	115
2.4.10	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 41, 378 (BVerfGE 41, 378) กฎหมายให้ใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้คำปรึกษา ทางกฎหมาย	118
2.4.11	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52, 214 (BVerfGE 52, 214) การบังคับคดีตามมาตรา 765a ของประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง	119

บทที่ 3 หลักความได้สัดส่วนของ สาธารณรัฐฝรั่งเศส	127
3.1 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Le Conseil Constitutionnel)	127
3.1.1 โครงสร้างและการจัดองค์กร	127
3.1.2 อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	132
3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.....	134
3.2.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการ ประกาศใช้บังคับ	134
3.2.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ ภายหลังที่รัฐบัญญัติมีผลใช้บังคับ.....	135
3.3 หลักความได้สัดส่วน (le principe de proportionnalité)	136
3.3.1 พัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	136
3.3.1.1 หลักความได้สัดส่วนในปฏินญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และสิทธิของพลเมือง.....	136
3.3.1.2 กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004.....	139
3.3.1.3 หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (la norme constitutionnelle).....	141
3.3.2 การรับรองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ	141
3.3.2.1 หลักการพื้นฐานการรับรองสิทธิและเสรีภาพ	141
3.3.2.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ	146
3.3.3 สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน	146
3.3.3.1 หลักความเหมาะสม หรือหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (le principe de l'adéquation).....	146
3.3.3.2 หลักความจำเป็น (le principe de nécessité).....	147
3.3.3.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (le principe de proportionnalité au sens strict)	147
3.4 หลักการสำคัญในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	148
3.4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเสรีภาพกับวัตถุประสงค์ ที่หลักรัฐธรรมนูญรับรอง (l'objectif de valeur constitutionnelle)	149
3.4.1.1 สิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครอง	149

3.4.1.2	เสรีภาพในการดำเนินการทางเศรษฐกิจ	151
3.4.1.3	การรักษาความสงบเรียบร้อย	152
3.4.1.4	เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น.....	154
3.4.1.5	ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการใช้เงินของรัฐ	155
3.4.3	ข้อพิจารณาเรื่องการชั่งน้ำหนักประโยชน์.....	157
3.4.3.1	การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนร่วม (la sauvegarde de l'intérêt général).....	157
3.4.3.2	ความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะ (la continuité du service public)	158
3.4.3.3	การรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย (l'ordre public)	160

บทที่ 4 หลักความได้สัดส่วนของ ประเทศญี่ปุ่น 164

4.1	องค์กรผู้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย	165
4.1.1	แนวคิดของระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย	165
4.1.1.1	ระบบกระจายอำนาจหรือรูปแบบอเมริกา.....	165
4.1.1.2	ระบบรวมศูนย์หรือรูปแบบยุโรป	166
4.1.2	ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น	166
4.1.3	องค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ประเทศญี่ปุ่น	169
4.1.4	ลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ประเทศญี่ปุ่น	172
4.1.4.1	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย	172
4.1.4.2	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ การปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย	174

4.1.5	ผลจากคำวินิจฉัยของศาลสูงสุด.....	175
4.1.6	องค์กรอื่น ๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	176
4.2	หลักการที่ใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....	179
4.2.1	ประเภทของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครอง ตามรัฐธรรมนูญ	179
4.2.2	หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....	180
4.2.3	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีที่กฎหมายมีลักษณะ เป็นการจำกัดสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจ	181
4.2.3.1	เสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ	181
4.2.3.2	สิทธิในทรัพย์สิน.....	185
4.2.4	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีที่กฎหมายมีลักษณะ เป็นการจำกัดสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านจิตใจ	186
4.2.5	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีที่กฎหมายมีลักษณะ เป็นการทำลายความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย	188
4.3	ความเป็นมาและพัฒนาการของแนวคิดหลักความได้สัดส่วน ในการตรากฎหมาย	191
4.3.1	หลักการทั่วไปของหลักความได้สัดส่วนตามตำรากฎหมาย รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น.....	191
4.3.2	สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน	192
4.3.2.1	หลักความเหมาะสม	192
4.3.2.2	หลักความจำเป็น	193
4.3.2.3	หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ.....	193
4.3.3	ที่มาของหลักความได้สัดส่วนของประเทศญี่ปุ่น	194
4.3.4	การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรากฎหมาย.....	195
4.3.4.1	หลักความได้สัดส่วนกับการเป็นมาตรฐานการตรวจสอบ การขัดต่อรัฐธรรมนูญ.....	195
4.3.4.2	หลักความได้สัดส่วนกับการปรับใช้กับ กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น	196
4.3.4.3	การตรวจสอบการขัดต่อรัฐธรรมนูญ	197

4.3.4.4 ระบบการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางนิติบัญญัติและ ระบบการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางบริหาร	200
4.3.4.5 หลักความได้สัดส่วนกับคำพิพากษาศาลสูงสุด	201
บทที่ 5 หลักความได้สัดส่วนของ สาธารณรัฐเกาหลี	205
5.1 แนวคิดพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลี	207
5.1.1 สารสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี	209
5.1.2 หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แห่งเกาหลี	213
5.2 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี.....	214
5.2.1 ความเป็นมา.....	214
5.2.2 โครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญและ องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	216
5.2.3 กฎหมายและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ.....	216
5.2.4 อำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	218
5.2.4.1 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมาย.....	219
5.2.4.2 วินิจฉัยคดีเพื่อการถอดถอนออกจากตำแหน่ง ของผู้ดำรงตำแหน่งบริหารระดับสูง	220
5.2.4.3 วินิจฉัยยุบพรรคการเมือง	221
5.2.4.4 วินิจฉัยความขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐ	221
5.2.4.5 วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ การใช้อำนาจรัฐ	221
5.3 หลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ	223
5.3.1 ความเป็นมา พัฒนาการ แนวคิดหลักความได้สัดส่วน.....	223
5.3.2 สารสำคัญของหลักความได้สัดส่วน	224
5.3.2.1 หลักความสัมฤทธิ์ผล	224
5.3.2.2 หลักความจำเป็น	224
5.3.2.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ.....	225
5.3.3 มาตรฐานในการวินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วน (The Standards of Review).....	226
5.4 แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี	228

5.4.1	คดีการห้ามมิให้พลเมืองชุมนุมกันในเวลากลางคืน	228
5.4.2	คดีโทษประหาร	229
5.4.3	คดีการกำหนดผู้เป็นเจ้าของบ้าน	230
5.4.4	คดีการเสียภาษีโรงเรือน	231
5.4.5	คดีขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเรื่องที่ดินป่าไม้	232
5.4.6	คดีดเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารงานของรัฐเกาหลี	233
5.4.7	คดีการห้ามมิให้มีการสื่อสารความเท็จต่อสาธารณชน	234
5.4.8	คดีการจัดประเภทของภาพยนตร์	235
5.4.9	คดีการห้ามมิให้ผู้ถูกกักขังออกกำลังกาย	236
บทที่ 6 บทวิเคราะห์ การนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการ		
	ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	239
6.1	บทสรุปวิเคราะห์	239
6.2	ข้อเสนอแนะ	243
บรรณานุกรม		250

บทนำ

1. ความเป็นมาของโครงการ

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) นับเป็นหลักการขั้นพื้นฐานสำคัญของกฎหมายมหาชนที่กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐโดยมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ แก่ประชาชน โดยมีหลักการพื้นฐานที่ว่า การจำกัดสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลที่รัฐธรรมนุญรับรองไว้จะกระทำมิได้ หากฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ที่จะตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคล จะต้องพิจารณาถึงหลักการย่อยสำคัญสามประการของหลักความได้สัดส่วนคือ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบก่อนจึงจะตรากฎหมายดังกล่าวได้ กล่าวคือต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่า การที่จะใช้มาตรการเช่นนั้นจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคล มาตรการดังกล่าวต้องเป็นที่แน่นอนหรือคาดเห็นได้ว่าการตรากฎหมายเช่นนั้นสามารถที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ได้จริง โดยมาตรการนั้นต้องวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ความเป็นไปได้อันนี้จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงจะถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาในส่วนของหลักความจำเป็นประกอบด้วยซึ่งหลักการนี้ได้วางหลักให้ผู้ตรากฎหมาย พิจารณาใช้เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้นจึงจะนับเป็นมาตรการที่จำเป็นตามหลักนี้ โดยทั้งในทางคำราและคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศได้ถือกันว่า หัวใจของการวินิจฉัยหลักความจำเป็นที่ขอบด้วยกฎหมายนั้นต้องเป็นการแทรกแซงที่ให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลให้น้อยที่สุด และไม่มีมาตรการอื่นที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่า สุดท้ายในปัจจุบันนอกจากจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งสองแล้วที่กล่าวมาแล้ว ยังต้องมีการพิจารณาในส่วนของหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบอีกด้วย โดยหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบได้วางหลักไว้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่สาธารณะจากการใช้มาตรการนั้น มีความคุ้มค่ามากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นกับการถูกลิดรอนสิทธิของบุคคล ถึงขนาดที่จำเป็นต้องใช้มาตรการดังกล่าวหรือไม่ จากหลักการดังกล่าวข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าหลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนและสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐและสิทธิเสรีภาพของบุคคล

หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักสำคัญของรัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตย โดยมีศักดิ์เสมอกับบทบัญญัติอื่นแห่งรัฐธรรมนูญ แม้ว่าอาจจะไม่ได้มีบัญญัติหลักนี้ไว้โดยเฉพาะเจาะจงก็ตาม ในส่วนของประเทศไทย หลักความได้สัดส่วนได้มีการกล่าวถึงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) หมวด 3 ส่วนที่ 1 มาตรา 29 วรรคแรก โดยบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้” จากหลักการในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น เป็นผลให้การตรากฎหมายอันมีลักษณะบังคับให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ จะกระทำได้เมื่อมีการพิจารณาโดยถี่ถ้วนแล้วว่าเป็นการตรากฎหมายที่จะทำให้เกิดประโยชน์ทั้งต่อเอกชนหรือสาธารณะ มากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้น อีกทั้งกฎหมายนั้นจะต้องสามารถดำเนินการจนเกิดผลในทางปฏิบัติได้จริงตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยจะต้องพิจารณาให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนผู้ได้รับผลกระทบให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นนั้น นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 29 ยังได้วางหลักที่จะเป็นข้อยกเว้นในการตรากฎหมายที่มีลักษณะจำกัดสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลไว้โดยมีเงื่อนไขคือ (1) มีกฎหมายให้อำนาจไว้ (2) การนั้นเฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนด (3) ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิ เสรีภาพนั้นมิได้ นอกจากนี้แม้ฝ่ายว่ำนิตบัญญัติจะสามารถใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในการที่จะตรากฎหมายเพื่อจำกัดหรือให้อำนาจใด ๆ แก่ฝ่ายบริหารก็ตาม แต่ก็ต้องเป็นไปตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดที่ถูกบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 6 โดยการตรากฎหมายใด ๆ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้

การใช้หลักความได้สัดส่วนซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อความยุติธรรมนั้นได้มีการค้นพบว่ามีบทบัญญัติไว้เป็นกฎหมายบัญญัติตั้งแต่ในสมัยของกฎหมายโรมันแล้ว ต่อมาในนานาอารยประเทศโดยเฉพาะสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำหลักความได้สัดส่วนดังกล่าวมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนมาโดยมีการพัฒนาเป็นระยะเวลายาวนาน จากนักนิติศาสตร์และผ่านคำพิพากษาของศาลหลักความได้สัดส่วนนั้น เป็นหลักที่นำมาใช้เป็นการทั่วไป โดยถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่นำมาใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทุกประเภท นอกจากนี้หลักการนี้

ยังได้มีปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยในเอเชียเช่นประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี รวมถึงประเทศไทยโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งรวมถึงการตรากฎหมายที่จะกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน

ดังนั้นจึงเป็นความจำเป็นยิ่งที่ประเทศไทยจะต้องดำเนินการศึกษาค้นคว้า วิจัยในการพิจารณาตรวจสอบขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติและหลักการต่างๆ ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักความได้สัดส่วน โดยศึกษาเปรียบเทียบการพิจารณาวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งนับเป็นประเทศที่เป็นต้นแบบของแนวคิดหลักความได้สัดส่วนที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันว่ามีหลักการ แนวคิด และการตีความ อย่างไร นอกจากนี้ยังมีความจำเป็นที่ต้องศึกษาเปรียบเทียบการพิจารณาวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี และศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นด้วยว่าประเทศเสรีประชาธิปไตยในเอเชียทั้งสองประเทศนั้นได้รับแนวคิด หลักการของหลักความได้สัดส่วนจากประเทศตะวันตกเช่นเดียวกับประเทศไทย ว่ามีการปรับปรุงหลักการดังกล่าวเพื่อให้เข้ากับสภาพสังคมของประเทศตนหรือไม่ มีดุลพินิจที่เหมือนหรือแตกต่างกับประเทศต้นแบบหรือไม่ อย่างไร ในประเด็นปัญหาของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักความได้สัดส่วน เพื่อให้ได้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์แก่ศาลรัฐธรรมนูญที่จะใช้เป็นข้อมูลประกอบการวินิจฉัย เพื่อที่จะดำเนินการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ สมดังเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญสืบไป

2. วัตถุประสงค์ของโครงการ

1. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบความเป็นมาและพัฒนาการของแนวคิดหลักความได้สัดส่วนในการตรากฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐเกาหลี ประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย

2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักความได้สัดส่วนในส่วนที่มีการนำมาใช้ประกอบการพิจารณาวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ศาลยุติธรรมประเทศญี่ปุ่น และศาลรัฐธรรมนูญไทยเพื่อวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล

3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์การตรากฎหมายของประเทศไทยในส่วน ๆ ของบทบัญญัติต่าง ๆ ที่มีปัญหาในการตีความว่าได้กระทำการที่ขัดด้วยหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) หรือไม่ อย่างไร

4. เพื่อศึกษากรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญของไทยได้มีคำวินิจฉัยที่สำคัญ กรณีที่มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

3. ขอบเขตการศึกษา

3.1 ขอบเขตการดำเนินการ

1. ศึกษารากฐานความเป็นมาและพัฒนาการของแนวคิดหลักความได้สัดส่วนในการตรากฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐเกาหลี ประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทยโดยรวบรวมประมวลและวิเคราะห์แนวความคิดและหลักการของกฎหมาย

2. รวบรวมแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยและต่างประเทศ โดยศึกษาเปรียบเทียบหลักความได้สัดส่วนในส่วนที่มีการนำมาใช้ประกอบการพิจารณาวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ศาลยุติธรรมประเทศญี่ปุ่น และศาลรัฐธรรมนูญไทยเพื่อวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคล

3. ศึกษาวิเคราะห์การตรากฎหมายของประเทศไทยในส่วน ๆ ของบทบัญญัติต่าง ๆ ที่มีปัญหาในการตีความว่าได้กระทำการที่ขัดด้วยหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) หรือไม่ อย่างไร

4. ศึกษากรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญของไทยได้มีคำวินิจฉัยที่สำคัญ กรณีที่มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

5. จัดให้มีการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษา เพื่อนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุม หรือสัมมนามาปรับปรุงผลการศึกษาให้ถูกต้องสมบูรณ์ โดยการเชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ หรือรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์หรือผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้อง รวมถึงส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง อาทิ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เป็นต้น เข้าร่วมการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการศึกษาวิจัย โดยมีผู้เข้าร่วมสัมมนารวมทั้งสิ้น 61 คน¹

¹ การจัดสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็น จัดขึ้นเมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2557 ณ ห้องประชุมชั้น 5 คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

6. ศึกษาจากเอกสาร ตำราและงานวิจัย ดังนี้

(1) ศึกษาจากงานวิจัยเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในประเทศไทยและประเทศต่าง ๆ อาทิ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐเกาหลี ประเทศญี่ปุ่น ที่ได้ศึกษาไว้แล้วในประเด็นต่าง ๆ

(2) ศึกษาหลักพื้นฐานในทางทฤษฎีและหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐ

(3) ศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยและต่างประเทศ

3.2 วิธีการดำเนินงาน

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย คณะผู้วิจัยกำหนดวิธีการดำเนินงาน ดังต่อไปนี้

3.2.1 รูปแบบการวิจัย

การวิจัยฉบับนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ ตำรา บทความ ข่าวสาร คำบรรยายกฎหมาย ตัวบทกฎหมาย งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างคดี ทั้งของไทยและต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลจากเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เพื่อนำมาวิเคราะห์ เพื่อประมวลเป็นข้อเสนอแนะ

3.2.2 ขั้นตอนการดำเนินงาน

(ก) ขั้นตอนที่ 1

ศึกษารอบแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องและวางแผนการดำเนินงานโครงการ รวมทั้งกระบวนการและขั้นตอนการดำเนินการเก็บรวบรวมและศึกษาข้อมูลตามที่กำหนดไว้ในขอบเขตที่ศึกษาพร้อมรายละเอียดเบื้องต้น และผู้รับผิดชอบโดยดำเนินการจัดทำรายงานเบื้องต้น (Inception Report) เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

(ข) ขั้นตอนที่ 2

ศึกษาและรวบรวมกรอบแนวคิด วิวัฒนาการและองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับหลักความได้สัดส่วนและศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับหลักความได้สัดส่วนของประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐเกาหลี ประเทศญี่ปุ่น รวมถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการหรือองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยโดยนำหลักเรื่องหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาในประเทศข้างต้น และศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายไทยที่มีปัญหาความไม่ชอบด้วยหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งจัดทำ

รายงานความคืบหน้า (Interim Report) เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

(ค) ขั้นตอนที่ 3

วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักความได้สัดส่วน บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการหรือองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยในเรื่องหลักความได้สัดส่วนในต่างประเทศ พร้อมทั้งข้อเสนอแนะเพื่อเป็นประโยชน์สำหรับคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หน่วยงานของรัฐและเอกชนและสถาบันการศึกษา พร้อมจัดทำร่างรายงานผลการศึกษานำเสนอ (Draft Final Report) เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

(ง) ขั้นตอนที่ 4

ประชุมสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิทางรัฐศาสตร์จากสถาบันการศึกษาองค์กรภาคประชาชนและส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง โดยจัดการสัมมนารับฟังความคิดเห็นในวันที่ 25 มิถุนายน พ.ศ. 2557 ณ ห้องประชุมชั้น 5 อาคารบุญชนะอรรถการ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และภายหลังจากการสัมมนาดังกล่าว ได้นำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุมสัมมนาไปปรับปรุงในบทวิเคราะห์เพื่อจัดทำรายงานฉบับสมบูรณ์ต่อไป

(จ) ขั้นตอนที่ 5

เสนอรายงานการศึกษานำเสนอ (Final Report) ต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

3.3 ระยะเวลาดำเนินงาน

12 เดือน

4. ผลสัมฤทธิ์ของงานที่คาดว่าจะได้รับ

1. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำผลการศึกษาวินิจฉัยเสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ และประกอบดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีต่อไป

2. หน่วยงานของรัฐและเอกชน และสถาบันการศึกษาสามารถนำผลการศึกษาวินิจฉัยไปใช้เป็นประโยชน์หรือใช้เป็นฐานข้อมูลในการศึกษาวินิจฉัยขั้นตอนต่อไป

3. เป็นการพัฒนาให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มีความชัดเจนและได้มาตรฐานทัดเทียมนานาอารยประเทศสืบไป

บทที่ 1

หลักความได้สัดส่วนของประเทศไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ซึ่งเป็นการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐซึ่งมีแนวความคิดพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามธรรมชาติ ของมนุษย์ รัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองไม่อาจล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ ดังนั้นในการใช้อำนาจก็ดี การเมืองการปกครองก็ดี รัฐต้องเคารพสิทธิตามธรรมชาติ ของประชาชน การจะตรากฎหมายในมีผลกระทบต่อสิทธิดังกล่าวย่อมมิอาจทำได้ แนวความคิดนี้เชื่อว่าถ้าหากรัฐตรากฎหมายจำกัด “สิทธิตามธรรมชาติของประชาชน แล้วกฎหมายฉบับนั้น ๆ จะไม่มีผลบังคับ”² แต่หากเกิดกรณีจำเป็นที่รัฐจะต้องใช้อำนาจบางอย่างที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รัฐไม่สามารถก้าวล่วง สิทธิของบุคคลได้เว้นแต่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม³

หลักการสำคัญที่นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายหรือไม่ คือ “หลักความได้สัดส่วน” ในระบบกฎหมายต่างประเทศได้รับการยอมรับว่า “หลักความได้สัดส่วน” เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย ดังนั้นในบทนี้จะกล่าวถึง ความมีอยู่ของ “หลักความได้สัดส่วน” ในระบบกฎหมายไทย อาจเริ่มพิจารณาได้ นับแต่เมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อปีพุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นระบอบการปกครอง ที่รัฐจำเป็นต้องปฏิบัติให้สอดคล้องภายใต้ หลักนิติรัฐ โดยอาจพิจารณาและค้นหา ความมีอยู่และวิวัฒนาการของ “หลักความได้สัดส่วน” ในระบบกฎหมายไทย จาก บทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ ประกอบกับการศึกษาจากคำพิพากษาของศาลว่าได้ มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้แก่คดีหรือไม่ เพียงใด

อย่างไรก็ดี แมื่วก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) จะไม่มีบทบัญญัติใดหรือมาตราใดของรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติ ในลักษณะเป็นการทั่วไปถึงขอบเขตมีข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐในลักษณะทั่วไปว่าจะ ต้องเป็นการใช้อำนาจอย่างเท่าที่จำเป็นหรือพอสมควรแก่เหตุก็ตามก็มิได้หมายความว่า

² หยุด แสงอุทัย “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับทั่วไป” (ประกายพริก พ.ศ. 2545) หน้า 170-174

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ “คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1” (วิญญูชน พ.ศ. 2538) หน้า 70

“หลักความได้สัดส่วน” จะเป็นหลักกฎหมายที่เพิ่งปรากฏตัวขึ้นภายหลังหรือพร้อมกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) แต่ในความเป็นจริงแล้ว “หลักความได้สัดส่วน” เป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่และควบคู่มากระบบกฎหมายไทยมาเป็นระยะเวลานานเพียงแต่การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) เพิ่งได้นำ “หลักความได้สัดส่วน” มาบัญญัติทำให้เป็นลายลักษณ์อักษร จึงมีผลทำให้สถานะความมีอยู่และความแน่นอนชัดเจนของ “หลักความได้สัดส่วน” ที่จากเดิมอาจมีสถานะเป็นเพียงหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญที่มีภาระหน้าที่เป็นหลักประการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยการนำมาใช้ในฐานะที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้มีความพอเหมาะพอประมาณ

ในบทที่ 1 จะกล่าวถึง 1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย 1.2 หลักความได้สัดส่วนในบริบทของไทย 1.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้นำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และ 1.4 พระราชบัญญัติที่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

1.1.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เนื่องจากเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายทั้งปวง เป็นกฎหมายที่ก่อตั้งระบอบการเมืองและองค์กรทางการเมือง กำหนดโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ ตลอดจนกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองทั้งหลายเหล่านั้น ซึ่งจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of constitution) ดังกล่าว จึงได้นำมาสู่แนวความคิดในการสร้างระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดและให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีสถานะเหนือกฎหมายใด ๆ นั้น ได้เกิดผลเป็นรูปธรรมอย่างแท้จริง⁴ แนวคิดอีกประการหนึ่งที่ปรากฏรากฐานของแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม เป็นผลของรัฐธรรมนูญในระบบประชาธิปไตยอันเป็นเกณฑ์สูงสุดในการปกครองประเทศ เป็นกฎหมายที่

⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ นันทชัย เพียรทอง “คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ” (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา) หน้า 124

อยู่ในลำดับศักดิ์ชั้นสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ ซึ่งกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ และรัฐธรรมนูญอยู่ในฐานะที่มาก่อนมีผลทำให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ ทั้งนี้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีเฉพาะในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ทำให้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเท่านั้น ฉะนั้นประเทศที่มีรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณีหรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร⁵ หรือมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแต่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมใช้วิธีการเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา จึงไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยง่ายเสมอ ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 6 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้” ทั้งนี้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะเกิดความมั่นคงได้จำเป็นต้องมีมาตรการในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง

1.1.2 องค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในรัฐเดียวกัน ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรดังกล่าวกับประชาชน รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรงกับรัฐและหน่วยงานของรัฐทุกประเภทประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครอง และมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง⁶ จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีหน่วยงานหรือองค์กรเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งมี “ศาลรัฐธรรมนูญ” มีหน้าที่ตรวจสอบดังกล่าว โดยมีคณะบุคคลซึ่งทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1.1.2.1 องค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

⁵ สมศักดิ์ เกียวกิ่งแก้ว “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐศาสตร์” (ปตรนการพิมพ์ พ.ศ. 2525) หน้า 185

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 27

ประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 8 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา และได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 3 คน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 2 คน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวน 2 คน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวน 2 คน⁷

ส่วนที่ผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญบัญญัติให้บุคคลที่ได้รับเลือกมาตามมาตรา 204 วรรคหนึ่ง ประชุมและเลือกกันเองให้ได้หนึ่งคนเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญแล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ เพื่อให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญมีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระ มีเลขาธิการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชา และขึ้นตรงต่อประธานศาลรัฐธรรมนูญ ในการแต่งตั้งเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญนี้มีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณและดำเนินงานอื่นตามพระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2542

1.1.2.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้หลายประการดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาวินิจฉัยว่า มติ หรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้นจะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือขัดหรือแย้งกับหลักพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือไม่⁸

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 204

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 65

(2) พิจารณาวินิจฉัยว่าบุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการโดยใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในทางปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่⁹

(3) พิจารณาว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลง¹⁰

(4) พิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกพรรคการเมืองที่ร้องขอให้วินิจฉัยว่าพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกนั้นมีมติให้ตนพ้นจากการเป็นสมาชิกภาพ¹¹

(5) พิจารณาวินิจฉัยว่ากรรมการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 230 หรือกระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 207 หรือไม่

(6) พิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบด้วยหรือไม่¹²

(7) พิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติใดที่สภาให้ความเห็นชอบแล้วว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือได้ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่¹³

(8) พิจารณาวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงตามมาตรา 182 (2) (3) (5) หรือ (7) มาตรา 91 และมาตรา 92 ประกอบ 182

(9) พิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดที่คณะรัฐมนตรีเสนอไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่ง หรือไม่

(10) พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งจะใช้บังคับแก่คดีใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 211)

(11) พิจารณาแล้วเห็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 214)

(12) พิจารณาวินิจฉัยคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ¹⁴

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 68

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา มาตรา 106 (4) (5) (6) (7) (8) (9) หรือมาตรา 119 (4) (5) (6) หรือ (8)

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 106

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 141

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 154

¹⁴ กรณีเป็นการรับรองสิทธิของปัจเจกชนเป็นครั้งแรกของไทย ในการที่ให้สิทธิแก่ประชาชนที่เสนอคำร้องหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง

1.2 หลักความได้สัดส่วนในบริบทของไทย

ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึง 1.2.1 ความเป็นมาของมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และ 1.2.2 การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.2.1 ความเป็นมาของมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ตั้งแต่อดีตที่ผ่านมานับได้ว่าการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการปกครองและมักถูกกดขี่จากผู้ปกครองจนขาดสิทธิเสรีภาพ กษัตริย์เพียงผู้เดียวที่ใช้อำนาจการปกครองและการใช้อำนาจนั้นไม่สามารถควบคุมตรวจสอบได้ จึงเกิดแนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจในทางปกครอง โดยแบ่งออกเป็นสามอำนาจเพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน โดยแยกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการจากแนวความคิดของ Montesquieu เพื่อแก้ไขปัญหาทางปกครองที่ประชาชนถูกกดขี่และขาดสิทธิเสรีภาพดังนั้น วัตถุประสงค์ของการแบ่งแยกอำนาจทางปกครอง จึงเป็นไปเพื่อให้เกิดการถ่วงดุลตรวจสอบระหว่างอำนาจทางปกครองทั้งสามไม่ให้อำนาจหนึ่งอำนาจใดใช้อำนาจมากจนเกินควร เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของประชาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวถูกนำไปเป็นแนวทางในการเขียนรัฐธรรมนูญของอเมริกา และประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1787 และเป็นผลทำให้เกิดระบอบประชาธิปไตยขึ้นมาในโลก¹⁵ และมีพัฒนาการขึ้นเป็นลำดับจนเกิด “หลักนิติรัฐ” ซึ่งเป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายที่อำนาจในทางปกครองทุกระดับ นอกจากจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ไว้แล้ว ยังต้องสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองนั้นให้อยู่ในความเหมาะสมพอดีได้ด้วย เพื่อแก้ปัญหาผู้ปกครองใช้อำนาจเกินขอบเขต และเพื่อเป็นหลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและผลประโยชน์ของประชาชน หลักนิติรัฐหรือหลักการปกครองโดยกฎหมายจึงเป็นกระบวนการที่รักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนทำให้เกิดหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบอบประชาธิปไตย รวมทั้งกระบวนการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจอื่น ๆ ด้วย ซึ่งหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐเป็นการปกป้องคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพและผลประโยชน์ของประชาชนโดยสาระสำคัญของหลักนิติรัฐได้แก่ การจำกัดอำนาจรัฐและหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้¹⁶ เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจอันจะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรได้

¹⁵ วิชัย สังข์ประไพ, กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง), 2543, หน้า 222-223.

¹⁶ ชาลุชัย แสงวงศ์ดี, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2553, หน้า 64

นับแต่เมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปีพุทธศักราช 2475 อันเป็นการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐหรือรัฐภายใต้กฎหมาย โดยมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural law)¹⁷ ซึ่งรัฐจะเข้ามารบกวในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้แต่ต้องเป็นไปอย่างจำกัดตามเงื่อนไขของกฎหมาย จึงได้มีการวางหลักประกันการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญประเทศไทยเรื่อยมา

จนกระทั่งเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 16 และเป็นผลพวงของการปฏิรูปการเมืองโดยรัฐธรรมนูญ ซึ่งในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้บัญญัติหลักการใหม่ ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและได้รับขนานนามว่าเป็นรัฐธรรมนูญ “ฉบับประชาชน” ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในหมวด 3 ภายใต้ชื่อหมวดว่า “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ซึ่งในหมวดนี้รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยในแต่ละคน¹⁸ อย่างเป็นรูปธรรมและชัดเจน แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ก็มีหลักการเบื้องต้นเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ ที่ผ่านมา 15 ฉบับ¹⁹ ในอดีต กล่าวคือได้มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้และห้ามจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองไว้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่สิ่งที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ได้ให้ความสำคัญเป็นพิเศษคือการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ฉะนั้นบทบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงบัญญัติให้ใช้อำนาจนี้ได้ “เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” บทบัญญัติในมาตรานี้ยังกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติ “ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการ

¹⁷ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพฯ : ประกายพริ้ง), 2545, หน้า 170-174

¹⁸ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 14/2540 วันอังคารที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ. 2540 หน้า 193

¹⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 7, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 250-259

ตรากฎหมายนั้นด้วย”²⁰ ซึ่งหลักประกันการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 29²¹ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) เป็นการสะท้อนเบื้องหลังของแนวความคิดตามลัทธิปัจเจกชนนิยมที่ยอมรับกันว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี และการนำเอาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมมาทำให้เกิดเป็นรูปธรรมขึ้น โดยให้มนุษย์นำสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมาเป็นเครื่องมือในการกำหนดวิถีชีวิตตนเอง²² โดยได้วางหลักการสำคัญเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยและป้องกันมิให้รัฐดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควรและกระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งในมาตราดังกล่าวมีข้อพิจารณาในหลักทฤษฎีเปรียบเทียบได้อย่างใกล้เคียงกับกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมันที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นหลักการสำคัญ²³ ซึ่งขอหยิบยกคำปราศรัยของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญบางส่วนไว้เป็นตัวอย่างพิจารณา ดังนี้

“มาตรา 28²⁴ นั้นเปลี่ยนหลักการไปจากมาตรา 24 วรค 2 ที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญปัจจุบันโดยสิ้นเชิง มาตรา 28 นั้น วางหลักว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้นจะจำกัดไม่ได้ นั่นคือหลักความว่ารัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดก็ไม่ได้ รัฐจะเข้าไปกระทำการให้กระทบก็ไม่ได้แต่หลักนั้นก็มีข้อยกเว้นว่า ทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ถ้ามว่าบทกฎหมายนี้

²⁰ พันธ์ ญ นคร, “ประวัติและวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญในประเทศไทย จากสมัยการเปลี่ยนแปลงการระบอบปกครองมาสู่สมัยปฏิรูปการเมือง”, วารสารกฎหมายปกครอง, หน้า 243

²¹ มาตรา 29 บัญญัติว่า

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่ง และวรรคสอง ให้นำมาใช้บังคับกับกฎ หรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม”

²² อีระ สุธีรวงศ์, “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง”, วารสารนิติศาสตร์ 29 ธันวาคม 2542 : 578.

²³ กฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz) หรือที่เรียกว่ากฎหมายพื้นฐาน (Basic law)

²⁴ ซึ่งคือมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

ตามรัฐธรรมนูญมาได้อย่างไร ก็ถือปวงชนเป็นคนออกให้ความยินยอมโดยผ่านผู้แทนของเขา และวางข้อยกเว้นไปอีกว่า ถึงแม้จะเป็นกฎหมายก็ตามจะต้องเป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดให้ออกเฉพาะการที่กำหนดเอาไว้เท่านั้น ไม่ใช่ออกกฎหมายจำกัดให้เปลือง เฉพาะที่จำกัดที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้จำกัดได้ ประการที่ ๒ เฉพาะเท่าที่จำเป็น และประการที่ ๓ จะไปกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิหรือเสรีภาพนั้นไม่ได้เพราะฉะนั้น ผมคิดว่า มาตรา ๒๘ วรรคแรก ท่านกรรมาธิการรับถ้าจะกรุณาคงไว้ทั้งวรรค มันก็จะ เป็นหลักการที่ดี รัฐธรรมนูญต่างประเทศที่บัญญัติทำนองนี้ก็มีรัฐธรรมนูญเยอรมันเขียนเอาไว้คล้ายกัน”^{๒๕}

ต่อมาเมื่อวันที่ ๑๙ กันยายน พุทธศักราช ๒๕๔๙ คณะปฏิรูปการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้เข้ายึดอำนาจและ ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช ๒๕๔๐) และประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช ๒๕๔๙) โดยมีสาระ สำคัญคล้ายกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช ๒๕๓๔)^{๒๖} ซึ่งต่อมาได้มีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช ๒๕๕๐) โดยได้ ประกาศใช้เมื่อวันที่ ๒๔ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งหลักการในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ ของชนชาวไทย ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนจากเดิมที่ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช ๒๕๔๐) ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช ๒๕๕๐) ซึ่งเป็นการนำเอาหลักการที่มีสาระสำคัญในทาง กฎหมายเช่นเดียวกับบทบัญญัติในมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช ๒๕๔๐)^{๒๗} แต่มีการแก้ไขถ้อยคำเพียงเล็กน้อยในวรรคท้าย ซึ่งจากเดิม มาตรา ๒๙ วรรคท้าย ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช ๒๕๔๐) บัญญัติว่า “บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมาย หรือข้อบังคับ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม” แต่มาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช ๒๕๕๐) วรรคท้าย บัญญัติว่า “บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจ

^{๒๕} ถ้อยคำอภิปรายของนายบรรศักดิ์ อูวรรณโณ ในรายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณา ร่าง รัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑๒ วันอังคารที่ ๑๐ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๔๐

^{๒๖} บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า ๒๖๓-๒๖๔

^{๒๗} รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๒/๒๕๕๐ วันจันทร์ที่ ๑๑ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๕๐

ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม” ซึ่งเป็นการตัดคำว่า “หรือข้อบังคับ” ออก แต่หลักการอย่างอื่นยังคงเดิม

ความเป็นมาดังกล่าวข้างต้นเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่มีได้หมายความว่าก่อนที่จะมีการบัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญประเทศไทยมิได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ ศาลยุติธรรมได้เคยนำหลักแห่งความได้สัดส่วนโดยเฉพาะหลักความเหมาะสมมาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรของรัฐ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1110/2512 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ได้ฟ้องว่าคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จังหวัดนราธิวาสได้ออกประกาศกำหนดให้สุกรมีชีวิตเป็นสิ่งควบคุมและกำหนดให้เขตท้องที่อำเภอสุไหงโกลก อำเภอแว้ง อำเภอตากใบ เป็นเขตควบคุมโดยห้ามมิให้ผู้ใดเคลื่อนย้ายสุกรมีชีวิตเข้าไปในเขตท้องที่ดังกล่าว ทั้งเพื่อมิให้สุกรมีชีวิตในท้องที่ควบคุมมีราคาสูงขึ้นอันเป็นการป้องกันการค้ากำไรเกินควร จำเลยได้ทราบประกาศดังกล่าวแล้วยังบังอาจร่วมกันทำการเคลื่อนย้ายสุกรมีชีวิตจำนวนสิบห้าตัวบรรทุกรถยนต์เข้าไปในเขตท้องที่ตำบลละเห อำเภอตากใบ จังหวัดนราธิวาส โดยมีได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จึงขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 คดีนี้ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาว่า “...ปัญหามีว่าประกาศฉบับนี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หลักสำคัญในเรื่องนี้มีอยู่ว่าประกาศของคณะกรรมการจะต้องเป็นไปเพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร ตามประกาศฉบับนี้ไม่ได้แสดงแจ้งชัดว่าที่ห้ามนำสุกรมีชีวิตเข้าไปในเขตสามอำเภอนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างไร คงปรากฏอยู่ในคำฟ้องของโจทก์กว่าที่ห้ามเช่นนั้นเพื่อป้องกันมิให้สุกรมีชีวิตในท้องที่ควบคุมมีราคาสูงขึ้น ซึ่งเป็นที่รู้กันทั่วไปว่าสินค้าใดก็ตามมีปริมาณเพิ่มมากขึ้นราคาย่อมจะถูกลง ตรงกันข้ามสินค้าใดมีปริมาณลดน้อยลงราคาย่อมจะสูงขึ้น การที่ทางราชการประกาศห้ามมิให้นำสุกรมีชีวิตเข้าไปในเขตใด ย่อมจะทำให้ปริมาณของสุกรมีชีวิตในเขตนั้นลดน้อยลงอันจะทำให้ราคาสูงขึ้น กรณีเช่นนี้จะเรียกว่าเป็นการป้องกันการค้ากำไรเกินควรหาได้ไม่ กลับเป็นการส่งเสริมให้มีการค้ากำไรกันมากยิ่งขึ้น จึงเห็นว่าประกาศของคณะกรรมการส่วนจังหวัดฉบับนี้มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการส่วนจังหวัดไว้ใช้บังคับไม่ได้...พิพากษายืน (ให้ยกฟ้องโจทก์)” จากคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวหากนำมาศึกษาเทียบเคียงกับหลักความได้สัดส่วนต้องถือว่าประกาศดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนตามหลักความเหมาะสมหรือหลักสัมฤทธิ์ผล เพราะเมื่อมีการประกาศห้ามดังกล่าว

ย่อมไม่อาจทำให้มาตรการดังกล่าวบรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้

1.2.2 การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎร ป้องกันมิให้การใช้สิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรคนหนึ่งกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรคนอื่น ๆ หรือประโยชน์สาธารณะเนื่องจากบุคคลต้องได้รับความคุ้มครองและอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันด้วยความยุติธรรมและเสมอภาคที่เรียกว่า “Equal Before the Law”²⁸ การตรากฎหมายเมื่อจะต้องมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนองค์กรทั้งหลายของรัฐจำต้องพิจารณาก่อนว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดและมาตราใดให้อำนาจในการกระทำเช่นนั้นหรือไม่เพื่อยืนยันการใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเพื่อประโยชน์อย่างอื่นนอกเหนือจากเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ (Abuse of Legislative Power) ซึ่งยังผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและใช้บังคับมิได้

อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) เป็นต้นมา ได้มีการบัญญัติหลักการใหม่ ๆ หลายหลักการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้รับหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในมาตรา 29 และเป็นหัวใจสำคัญของการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งมีหลักการและเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1.2.2.1 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น

ตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง

²⁸ ปรีดิศรัย ไขว้โลกุล และประพฤทธิ์ ศุภรัตน์เมธี, กฎหมายศีลธรรมและความรับผิดชอบของนักกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 14-15.

กฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น...” หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรืออาจเรียกว่า “หลักพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” หรือเรียกว่า “หลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ” ซึ่งเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน²⁹ ดังนั้นการกระทำที่จะเรียกได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นจึงถือเป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งในการควบคุมการใช้อำนาจไม่ให้เกินไปโดยอำเภอใจหรือมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างไร้ขอบเขตซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงร่องรอยของหลักนิติรัฐ³⁰ โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนนั้นถือว่าเป็นหลักทั่วไปในทางกฎหมายมหาชนที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง นอกจากนี้ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ³¹ จะเห็นได้ว่าหลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักในทางกฎหมายที่สำคัญซึ่งเป็นเครื่องมือที่สำคัญอย่างหนึ่งของศาลในการปรับบังคับใช้ทางกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้อำนาจรัฐ³² ทั้งนี้เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรมอันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย ทั้งนี้เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันก็ดี รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชนก็ดี ย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ³³ ทั้งนี้ด้วยเหตุที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย

²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 194

³⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : มาตราการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 2, หน้า 187-189

³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2555), พิมพ์ครั้งที่ 5, หน้า 268

³² วุฒิชัย จิตตานัน, “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหลักสัดส่วนในบทบัญญัติแห่งกฎหมายของโลก(ตอนหนึ่ง)”, วารสารยุติธรรมปริทัศน์, หน้า 117

³³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, หน้า 195

อันมีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้น ๆ และโดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะได้ทำความเข้าใจหลักความได้สัดส่วนเพื่อนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายซึ่งสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนมีอยู่ 3 ประการคือ

(1) หลักความเหมาะสม³⁴ (Principle of Suitability)

เป็นหลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการอันใดอันหนึ่งกล่าวคือ มาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้เป็นไปด้วยความยากลำบาก³⁵ หรือสถานการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการแทรกแซงและภายในสถานการณ์นั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่เหมาะสม ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจอรัฐในการออกกฎหมายต้องมีความเหมาะสมกับการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น กฎ คำสั่ง และข้อบังคับใดที่ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมในการดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม ซึ่งศาลอาจก้าวล่วงใช้อำนาจเพิกถอนได้³⁶

(2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity)

เป็นหลักที่พิจารณามาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้นหรือความจำเป็นของมาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้นไม่มีอยู่หากการบรรลุเป้าหมายเดียวกันนั้นหรือผลสำเร็จที่ดีกว่าจะสามารถจะกระทำได้โดยวิธีการหรือมาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่าโดยในหลักความจำเป็นจะต้องคำนึงว่ามาตรการใดมาตรการหนึ่งจะมีความจำเป็นเมื่อไม่สามารถที่จะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้อีกทั้งมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด และอาจสรุปได้ว่าจะมีมาตรการเดียวเท่านั้นที่จะเป็นมาตรการที่จำเป็น³⁷

³⁴ ในการวิชาการของไทย อาจรู้จักและเรียกหลักดังกล่าวนี้ว่า “หลักความสัมฤทธิ์ผล”

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ความเป็นมนุษย์, หน้า 274

³⁶ วุฒิชัย จิตตานุ, “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหลักสัดส่วนในบทบัญญัติแห่งกฎหมายของโลก (ตอนหนึ่ง)”, หน้า 123-124

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ความเป็นมนุษย์, หน้า 278

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu)

เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีหลักการว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้หรือหากจะกล่าวในเชิงบอกเล่าอาจกล่าวได้ว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้³⁸ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการในการชั่งน้ำหนักหาความได้สัดส่วนสมดุล³⁹ ว่าการได้รับผลกระทบอันเกิดจากการแทรกแซงในเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรานั้นจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการ

1.2.2.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพการกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพการกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้นั้น มีข้อพิจารณาซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการ คือ (1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพการกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และ (2) กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกรณีนี้ต้องอยู่ในขอบเขตของเงื่อนไขเฉพาะนั้น ๆ

(1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพการกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพการกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ เป็นหลักการนำประชาธิปไตยมาสัมพันธ์กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁴⁰ กล่าวคือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้และต้องเป็นบทบัญญัติที่ได้รับความเห็น

³⁸ เฟ็งอ้าง

³⁹ ขุนชัย จิตตานุ, “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหลักสัดส่วนในบทบัญญัติแห่งกฎหมายของโลก (ตอนหนึ่ง)”, หน้า 124

⁴⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 234

ชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจึงจะเป็นกฎหมายที่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นการแสดงถึงลักษณะร่วมกันของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ หรือหากพิจารณาจากหลักเงื่อนไขของรัฐสภา ซึ่งหมายความว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องที่มีความสำคัญนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติเอง องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจในการกำหนดเรื่องดังกล่าวให้องค์กรอื่นเป็นผู้กำหนดได้ และกรณีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดเอง จะมอบอำนาจให้องค์กรออกกฎหมายลำดับรองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้

(๒) เงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

หลักในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งจะต้องมีเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวมีอยู่ ๒ เงื่อนไข คือ (๑) เงื่อนไขทั่วไป ซึ่งเป็นเงื่อนไขในกรณีที่สิทธิและเสรีภาพอาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายธรรมดา และ (๒) เงื่อนไขเฉพาะ ซึ่งเป็นเงื่อนไขในกรณีที่สิทธิและเสรีภาพอาจจำกัดได้เมื่อเป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น กล่าวคือ การจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ จะกระทำได้เฉพาะตามขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น

ตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการเดินทางตามมาตรา ๓๖ วรคแรกของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร” และวรรคสองบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมืองหรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์” เสรีภาพในกรณีนี้เป็นตัวอย่างของเสรีภาพที่จะจำกัดได้เฉพาะตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ๔ กรณีเท่านั้น คือ ๑. เพื่อความมั่นคงของรัฐ ๒. เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ๓. เพื่อการผังเมือง และ ๔. เพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ดังนั้นหากมีการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการเดินทางโดยอาศัยวัตถุประสงค์เพื่อการอื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ ๔ ประการดังกล่าว กฎหมายที่ตราขึ้นย่อมขัดกับรัฐธรรมนูญเพราะมิได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญเป็นต้น

1.2.2.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ตามมาตรา ๒๙

หอสมุดกฎหมายรัฐธรรมนูญ

วรรคสองนี้⁴¹ มีสาระสำคัญที่มีให้บัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงเป็นการคุ้มครองปัจเจกชนมิให้รัฐเลือกปฏิบัติโดยการตรากฎหมายเฉพาะกรณีขึ้น เป็นเครื่องประกันความสม่ำเสมอและความเท่าเทียมกันในผลทางกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงและสถานการณ์เหมือนกัน⁴² และมีขอบเขตจำกัดเฉพาะกรณีของสิทธิประเภท “สิทธิในเสรีภาพ” เพราะสิทธิประเภทนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายโดยใช้บังคับกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ความเห็นอีกด้านหนึ่งก็เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมล้วนแต่เป็นสิทธิที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายหากแต่ให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติที่จะไปกำหนดขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวทั้งยังมีความเห็นว่า “สิทธิในความเสมอภาค” ไม่นำมาใช้กับกรณีดังกล่าวข้างต้นเพราะสิทธิในความเสมอภาคนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายจึงนำมาใช้เฉพาะกับ “สิทธิในเสรีภาพ” เท่านั้นเพราะสิทธิประเภทนี้ได้มีการกำหนดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย

เนื่องด้วยการบัญญัติกฎหมายมีความประสงค์ในการห้ามมิให้ออกกฎหมายเพื่อใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นเพื่อต้องการหลีกเลี่ยงการออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมายการออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมายนอกจากมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความเสมอภาคยังเป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่มีผลเป็นการทั่วไปนั้นการพิจารณา “ลักษณะทั่วไป” จะพิจารณาในแง่ของเวลาในแง่ของบุคคลและในแง่ของเนื้อหาดังนี้

(1) ลักษณะทั่วไปในแง่ของเวลา ลักษณะของการมีผลใช้บังคับของกฎหมายในแง่ของเวลานั้นเนื่องจากกฎหมายนั้นจะมีผลบังคับใช้ตลอดไปด้วยกฎหมายย่อมมีผลบังคับใช้ตราบเท่าที่กฎหมายที่ออกมาภายหลังมิได้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายดังกล่าว

(2) ลักษณะทั่วไปในแง่ของบุคคลและเนื้อหาของกฎหมายกล่าวคือความทั่วไปในความหมายของจำนวนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวนั้นไม่อาจจะกำหนดได้เช่นเดียวกับความเป็นธรรมในความหมายของจำนวนข้อเท็จจริงก็ไม่อาจ

⁴¹ มาตรา 29 วรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ”

⁴² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : มาตรการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”, หน้า 6

จะกำหนดได้⁴³

กล่าวโดยสรุปการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวข้างต้นจึงต้องมีการป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายออกมาในลักษณะของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอย่างไรชอบเขตกล่าวคือจะต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไปนั่นเอง

1.2.2.4 การระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายด้วยตามมาตรา 29 วรรคสอง⁴⁴ เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 19 วรรคหนึ่ง⁴⁵ ของรัฐธรรมนูญเยอรมันกล่าวได้ว่าหลักดังกล่าวเป็นการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเป็นเงื่อนไขในทางรูปแบบของการตรากฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล⁴⁶ หากมิได้กล่าวอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการกระทำการนั้นย่อมมีค่าเท่ากับความเสียเปล่าแห่งกฎหมายนั้น และหากปล่อยให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยไม่คำนึงถึงเงื่อนไขในทางรูปแบบจะทำให้เกิดปัญหาความชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลให้กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 29 วรรคสอง ประกอบมาตรา 6 ทั้งนี้ในการพิจารณาว่าต้องระบอบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายพิจารณาได้ว่าหากเป็นกรณีกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนั้นส่วนใหญ่หรือทั้งฉบับมีเนื้อหาความเกี่ยวข้องกัน สำหรับเรื่องการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ การบัญญัติมาตราที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธินั้น ควรบัญญัติไว้ในมาตราใดมาตราหนึ่งในส่วนต้นของกฎหมายถัดจากมาตราที่กำหนดเรื่องวันใช้บังคับ ทั้งนี้เพื่อที่จะได้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายฉบับนี้โดยสาระ

⁴³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, หน้า 173-176

⁴⁴ มาตรา 29 วรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ”

⁴⁵ มาตรา 19 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย กฎหมายในกรณีนี้จะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้ นอกจากนั้นกฎหมายดังกล่าวจะต้องกล่าวอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย”

⁴⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 173-176

ของกฎหมายแล้วเกี่ยวข้องกับเรื่องการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น หรือหากเป็นกรณีที่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งมีเพียงมาตราใดมาตราหนึ่งเท่านั้นที่กระทบกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ใช่กรณีของกฎหมายทั้งฉบับที่กระทบกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ควรบัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความเข้าใจผิดว่ากฎหมายนั้นทั้งฉบับไปกระทบหรือจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

1.2.2.5 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

ตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติเป็นหลักว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศเยอรมัน โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น จะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ ซึ่งทฤษฎีหรือหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้นั้นมี 2 หลักการ กล่าวคือ

1) การคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์โดยหลักการเห็นว่าไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดไม่ว่าจะทำการละเมิดสาระสำคัญของสิทธิได้ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการคุ้มครองขั้นต่ำสุดต่อแก่นของสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหัวใจของสิทธินั้น ๆ ซึ่งแยกเขตแดนของสิทธิออกเป็น 2 ส่วน

(1) ส่วนแรก เป็นส่วนที่รัฐอาจเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นได้

(2) ส่วนที่สองเป็นขอบเขตที่รัฐไม่อาจจะก้าวล่วงเขาไปได้ อันถือว่าเป็นขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ โดยการคุ้มครองนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากการแทรกแซงเป็นกรณีไปหรือมิได้ขึ้นอยู่กับการใช้เหตุผลของการแทรกแซงเป็นกรณี ๆ ไป

2) การคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์เห็นว่าไม่ควรจะมีสิ่งใดที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ ในกรณีที่มีเหตุผลที่เหนือกว่าที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งภายใต้พฤติกรรมดังกล่าวนี้จึงควรที่จะอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้

อย่างไรก็ตามได้มีความพยายามในการใช้เกณฑ์ในการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานโดยใช้เกณฑ์ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นของสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานการแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นการ

กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย⁴⁷ ซึ่งเป็นหลักประกันว่าถึงอย่างไรก็ตามฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพก็ไม่อาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ อันเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการทั่วไปในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

แม้รัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่ง จะเปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจจะตรากฎหมายให้มีผลเป็นการกระทบกระเทือนถึงแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ หากมีการตรากฎหมายที่มีลักษณะดังกล่าว ย่อมเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลใช้บังคับไม่ได้ จากบทบัญญัติดังกล่าวหากพิจารณาถึงสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีทั้งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ กล่าวคือ อาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น เสรีภาพในการเดินทางตามมาตรา 34 และสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ ไม่อาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาตามมาตรา 37

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือ การคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง เป็นการคุ้มครองโดยเด็ดขาดหรือไม่ กรณีมีข้อสงสัยหรือไม่ ในกรณีนี้เห็นว่าจะต้องแยกเขตแดนของสิทธิและเสรีภาพออกเป็นสองส่วน คือขอบเขตส่วนแรกเป็นส่วนของฝ่ายนิติบัญญัติสามารถจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ในระดับหนึ่ง โดยนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว สำหรับขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพในส่วนที่สองนั้นเป็นเขตแดนของสิทธิและเสรีภาพที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายเพื่อไปจำกัดได้ เนื่องจากเขตแดนดังกล่าวเป็นแก่นหรือหัวใจของสิทธิและเสรีภาพอันถือว่าเป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ หากยอมให้มีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเขตแดนดังกล่าว กรณีไม่ใช่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง หากแต่เป็นการตัด หรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้ให้อำนาจกระทำได้ ตัวอย่างเช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายตามมาตรา 32 ซึ่งเป็นเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยสัมพัทธ์ คือสามารถที่จะถูกจำกัดได้ในระดับหนึ่งเท่าที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น โดยพิจารณาประกอบกับหลักความได้สัดส่วน เพราะฉะนั้นหากมีการตรากฎหมายให้มีการลงโทษบุคคลโดยการทรมาน

⁴⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ความเป็นมนุษย์, หน้า 264

ด้วยวิธีการอันทารุณโหดร้าย เช่น การตัดลิ้น ตัดมือ และการขังรวมกับสัตว์ กรณีนี้ย่อมถือว่าตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพดังกล่าวกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในร่างกายในส่วนที่เป็นแก่นหรือหัวใจของเสรีภาพในร่างกายอันเป็นการขัดรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ และเมื่อพิจารณาถ้อยคำตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแก่นหรือหัวใจของสิทธิและเสรีภาพทุกชนิดและเป็นการคุ้มครองที่สมบูรณ์โดยไม่มีข้อยกเว้น แม้จะอ้างประโยชน์สาธารณะก็ไม่สามารถจะลบล้างแก่น หรือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้

หลังจากที่ประเทศไทยได้บัญญัติหลักการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวแล้วข้างต้น ต่อมาได้มีการฟ้องคดีต่อศาลโดยอ้างอิงว่าการกระทำของรัฐเป็นการขัดกับหลักตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ กล่าวเฉพาะ “หลักความได้สัดส่วน” คำพิพากษาของศาลฉบับแรกที่พิพากษาคดีตาม “หลักความได้สัดส่วน” โดยได้พิพากษาคดีโดยพิจารณาตามหลักย่อยของหลักความได้สัดส่วนคือ คำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่ 2253/2546 ซึ่งเป็นการพิพากษาคดีเกี่ยวกับประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่องกำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไขวางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนดเป็นกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองกลางได้พิพากษาประเด็นนี้พอสรุปได้ว่า กฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. กฎดังกล่าวต้องออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่มาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ศาลพิพากษาประเด็นนี้ว่ากฎดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 32 (1) (2) (4) และ (5) แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์ในการรักษาสัตว์น้ำอันเป็นทรัพยากรธรรมชาติอย่างหนึ่งให้อุดมสมบูรณ์ สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืนถาวรตลอดไปตามมาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

ข. กฎดังกล่าวจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีของบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพนี้ในท้องที่อันเป็นท้องที่ที่กฎหมายดังกล่าวใช้

บังคับเพียงเท่าที่จำเป็นหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า มาตรการที่กฎดังกล่าวกำหนดไว้สามารถดำเนินให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎดังกล่าวหรือไม่ มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีผลกระทบน้อยที่สุดหรือไม่ และมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพในท้องที่ที่กฎดังกล่าวใช้บังคับมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ ศาลได้สรุปในประเด็นนี้ว่า ประกาศกระทรวงเกษตรฯ ดังกล่าวได้กำหนดมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกประกาศ ซึ่งได้แก่การอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพ แม้มาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี และผู้ประกอบการอาชีพนี้ในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ปรากฏว่ามีมาตรการอื่นใดที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกประกาศ ซึ่งได้แก่การอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพได้เท่ากับมาตรการที่ประกาศกระทรวงฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ แต่มีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี และผู้ประกอบการอาชีพนี้ในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับน้อยกว่ามาตรการที่มีประกาศดังกล่าวกำหนดไว้ และมาตรการที่ประกาศดังกล่าวกำหนดไว้ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและผู้ประกอบอาชีพในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับมากกว่าที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม

อาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาของศาลปกครองกลางดังกล่าวเป็นคำพิพากษาฉบับแรกที่ได้พิพากษาตามหลักการย่อยของ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งถือได้ว่าศาลไทยได้ยอมรับและนำ “หลักความได้สัดส่วน” เข้ามาใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจมหาชนว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากการยอมรับและการใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการตรวจสอบจะทำให้ “หลักความได้สัดส่วน” จะมีบทบาทต่อการกระทำในทางมหาชนทั้งหลาย ซึ่งผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายจะต้องตระหนักถึงหลักดังกล่าวเพื่อมิให้การกระทำในทางมหาชนมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

1.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้นำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาดจะได้แย้งอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ได้ทั้งให้มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐตามบทบัญญัติมาตรา 216 วรรคห้า⁴⁸ โดยบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ

⁴⁸ มาตรา 216 วรรคห้า บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ”

ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างกรณีเมื่อมีการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้หากกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภามีได้เป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือออกกฎหมายไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจนเกินความจำเป็น หรือไปกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยวินิจฉัยให้กฎหมายนั้น ๆ เป็นอันใช้บังคับมิได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 6⁴⁹ และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ทั้งนี้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเป็นการสร้างสิทธิและเสรีภาพให้กับประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญและเมื่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีขึ้นอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็จะได้รับการคุ้มครองและมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงทั้งในการตรากฎหมายการใช้บังคับและการตีความกฎหมายตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 27⁵⁰ ซึ่งจากปัญหาและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่อง “หลักความได้สัดส่วน” มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้นำมาตรา 29 มาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งสรุปภาพรวมของปัญหาและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ 2 กรณีกล่าวคือ กรณีแรก คำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ และกรณีที่สอง คำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย

1.3.1 กรณีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ

1.3.1.1 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ศาลแพ่งสงเคราะห์ความเห็นของคู่ความซึ่งโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2541 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยไว้ในหมวด 3 ตั้งแต่

⁴⁹ มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

⁵⁰ มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

มาตรา 26 ถึงมาตรา 65 โดยมาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึง...สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครอง...” และมาตรา 29 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

สำหรับมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พหุศาสตร์ 2550) บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐรัฐวิสาหกิจราชการส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งจะเห็นได้ว่าสิทธิของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ตามมาตรา 62 เป็นบทบัญญัติในหมวด 3 ที่ว่าด้วย “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” คือสิทธิที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐเฉพาะที่เป็นนิติบุคคลเท่านั้น โดยที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรับรองไปถึงสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าวซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาด้วย

ดังนั้นการที่พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ในกรณีผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรงแต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้” นั้นเป็นการที่กฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาตรา 62 โดยให้บุคคลที่เป็นผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ได้โดยตรง และในส่วนของบัญญัติว่าจะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ก็ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่แม้จะมีอยู่แต่ก็มิได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นสิทธิในการฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่โจทก์โต้แย้งนั้นจึงมิใช่สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่งแต่สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ก็ยังคงมีอยู่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 6 ที่บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัวในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง....” นอกจากนี้มาตรา 7 วรรคสองบัญญัติว่า “ถ้าศาลพิพากษายกฟ้องเพราะเหตุที่หน่วยงานของรัฐ มิใช่ผู้ต้องรับผิดชอบให้ขยายอายุความฟ้องร้องผู้ที่ต้องรับผิดชอบซึ่งมิได้ถูกเรียกเข้ามาในคดีออกไปถึงหกเดือนนับแต่วันที่ศาลพิพากษานั้นถึงที่สุด” ในการนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่ง

เมื่อพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่งไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่งแล้วนั้น ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณามาตรา 29 วรรคสองว่าจะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปหรือไม่ และจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นหรือไม่ เพราะมาตรา 29 วรรคสองใช้เฉพาะกับกฎหมายตามมาตรา 29 วรรคหนึ่งเท่านั้น นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญมาตรา 335 ดังนั้นพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญจึงไม่อยู่ในบังคับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสอง สำหรับกรณีที่มีข้อโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 26 และมาตรา 27 นั้น รัฐธรรมนูญมาตรา 26 ได้บัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และมาตรา 27 ได้บัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ แต่สิทธิที่บุคคลจะฟ้องเจ้าหน้าที่มิได้บัญญัติหรือรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญดังได้วินิจฉัยแล้วฉะนั้นพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่งจึงไม่อยู่ในบังคับของรัฐธรรมนูญมาตรา 26 และมาตรา 27 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 29 และไม่ต้องด้วยมาตรา 6

1.3.1.2 ระเบียบคณะกรรมการเลือกตั้ง ว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้เสนอเรื่องและความเห็นในศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยกรณีระเบียบคณะกรรมการเลือกตั้ง ว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งฯ ข้อ 6 ทวิ ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตาม

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 มาตรา 10 นั้นเป็นการออกหลักเกณฑ์ที่มีสาระเกินมาตราดังกล่าวที่ได้ให้อำนาจไว้ นอกจากนี้ระเบียบดังกล่าวมีสาระสำคัญเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ไม่ให้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ตามมาตรา 125 และมาตรา 126 กรณีจึงเป็นการจำกัดสิทธิที่ไม่สามารถกระทำได้ตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” แม้จะเป็นการวินิจฉัยว่าระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 126 และต้องด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 6 อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ

1.3.1.3 พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2540

ศาลจังหวัดปทุมธานี ศาลแขวงดุสิตและศาลแพ่งกรุงเทพใต้ได้ส่งคำร้องของจำเลยซึ่งเป็นผู้ร้องรวมสี่คำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2540 มาตรา 27 มาตรา 30 ทวิ และมาตรา 30 تري ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาตรา 4 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่ง

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19-22/2545 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ ในมาตรา 27 มาตรา 30 ทวิและมาตรา 30 تري เป็นการตรารุ้ขึ้นโดยจำเป็นเนื่องจากต้องมีการกำหนดมาตรการในลักษณะของการแก้ไขปัญหาสถาบันการเงินอย่างเป็นระบบตามแนวทางสากลและจัดตั้งองค์การของรัฐขึ้นเพื่อทำหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินมาตรการดังกล่าวเพื่อแก้ไขฟื้นฟูฐานะของสถาบันการเงินตลอดจนช่วยเหลือผู้ฝากเงินและเจ้าหน้าที่สุจริตของสถาบันการเงิน อีกทั้งจำเป็นต้องมีมาตรการเป็นพิเศษผ่อนคลายจากกรณีปกติทั่วไปเพื่อให้องค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ปรส.) สามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้แล้วเสร็จได้โดยเร็ว ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่ผู้ซื้อทรัพย์สินอันเป็นส่วนหนึ่งของการแก้ไขปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจ

นอกจากนี้มาตรา 27 มาตรา 30 ทวิ และมาตรา 30 تري นั้นไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพในเคสสถานทรัพย์สิน

การประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของบุคคลซึ่งรวมถึงผู้ร้องแต่อย่างใด เนื่องจากตามมาตรา 27 นั้นความเป็นหนี้ของลูกหนี้ยังคงมีอยู่เท่าเดิมมิได้เพิ่มภาระหรือหน้าที่ใด ๆ แก่ลูกหนี้ ลูกหนี้มีข้อต่อสู้อยู่อย่างใดต่อเจ้าหนี้เดิมก็ยังคงเป็นข้อต่อสู้กับเจ้าหนี้ใหม่ที่รับโอนสิทธิเรียกร้องได้ และตามมาตรา 30 ทวิ และมาตรา 30 ตรี ที่เกี่ยวกับวิธีการในการขายทรัพย์สินเพื่อการชำระบัญชีและผลของการโอนทรัพย์สินที่ขายได้ก็ไม่ได้ทำให้สิทธิหรือเสรีภาพใด ๆ ของลูกหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียต้องถูกลิดรอนแต่อย่างใด เพียงแต่พระราชกำหนดดังกล่าวได้บัญญัติวิธีการในการโอนสิทธิเรียกร้องการขายทรัพย์สินและผลของการโอนทรัพย์สินให้แตกต่างไปจากกฎหมายเดิมที่มีอยู่ ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วทันต่อการแก้ไขปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นเท่านั้น ดังนั้นพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ ในมาตรา 27 มาตรา 30 ทวิ และมาตรา 30 ตรี จึงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นการตราขึ้นเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพในเคสสถาน ทรัพย์สินการประกอบกิจการ หรือการประกอบอาชีพของบุคคลซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น บทบัญญัติของพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ ทั้งสามมาตรา จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่ง

1.3.1.4 พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547 ศาลปกครองสูงสุดได้ส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 46 และมาตรา 50

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุราซึ่งมีความหมายรวมถึงแป้งข้าวหมักด้วยนั้นในส่วนที่ห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุราเฉพาะในความหมายที่หมายถึงแป้งข้าวหมักเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เพราะเมื่อพิจารณาถึงแป้งข้าวหมักแล้วมีลักษณะไม่ใช่เชื้อสุราในตัวเองแต่เป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลในชุมชนท้องถิ่นต่าง ๆ นำไปใช้ประโยชน์ได้หลายอย่าง ดังนั้นพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 เฉพาะความในส่วนที่หมายถึงแป้งข้าวหมักจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 50

นอกจากนี้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2548 กรณีศาลจังหวัดลำพูน ส่งคำร้องของจำเลย (นายสัจจา สุริยกุล ณ อยุธยา) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 กรณีมาตรา 5 และมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในกรณีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 เป็นบทบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดทำสุราหรือมีภาชนะหรือเครื่อง กลั่นสำหรับทำสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดี ซึ่งการที่ กฎหมายกำหนดให้การทำสุราหรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสุราไว้ในครอบครอง โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิตนั้น เป็นเรื่องการควบคุมการผลิต สุราเพื่อประโยชน์ในทางภาษีและสุขภาพอนามัยของประชาชน ถึงแม้จะเป็นการ จำกัดสิทธิและเสรีภาพในการผลิตสุราบ้าง แต่เป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นและไม่ กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพในการผลิตสุรา เนื่องจากการผลิต สุราสามารถกระทำได้ภายใต้การควบคุมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประกอบกับ พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 ไม่ได้ทำให้เสียศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่อย่างใด ดังนั้นพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 จึงไม่มีข้อความใดขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญมาตรา 28 และมาตรา 29

1.3.1.5 พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่2) พ.ศ. 2540

ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติวิชาชีพการ พยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่2) พ.ศ. 2540 มาตรา 21 ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญมาตรา 29 ประกอบมาตรา 50

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 28/2547 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่ามาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ฯ มีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมมาตรฐานการประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ ให้เป็นไปอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของประชาชนผู้ใช้ บริการให้ได้รับความปลอดภัยจากการใช้บริการ ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ ออกและต่ออายุใบอนุญาตยังเป็นประโยชน์และเป็นคุณแก่ประชาชนผู้ใช้บริการ ที่จะได้รับบริการจากผู้ประกอบวิชาชีพที่ได้มาตรฐานและมีประสิทธิภาพ และแม้ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามรัฐธรรมนูญ แต่ก็ให้จำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ

แห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชน โดยที่การจำกัดเสรีภาพนั้นได้กระทำเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพ อันเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ทั้งการกำหนดอายุใบอนุญาตนั้นก็ได้หมายความว่าเมื่อครบกำหนดอายุใบอนุญาตแล้วผู้ได้รับใบอนุญาตจะไม่มีสิทธิประกอบวิชาชีพของตนได้อีกต่อไป หากแต่ยังมีสิทธิประกอบวิชาชีพดังกล่าวต่อไปได้เมื่อได้ต่อใบอนุญาตตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด กรณีนี้จึงไม่ได้เป็นการกระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบวิชาชีพแต่ประการใด ดังนั้นพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 มาตรา 21 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ประกอบมาตรา 50

1.3.1.6 พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541

ศาลจังหวัดนครปฐมส่งคำโต้แย้งของจำเลย (นายวีระชัย เอื้อวิไลจิต) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 ว่า พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541 มาตรา 3 มาตรา 4 และมาตรา 5 วรรคสอง ว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสอง

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 40/2547 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ มาตรา 41 แห่งพระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541 บัญญัติให้มีการจำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์ด้วยคุณภาพของสถาบันการเงินไปให้บริษัทบริหารสินทรัพย์นั้น แม้ว่าจะมีผลกระทบต่อลูกหนี้ของสถาบันการเงินที่สิทธิเรียกร้องหรือหนี้สินเป็นสินทรัพย์ด้วยคุณภาพก็ตามแต่บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายและเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

สำหรับกรณีโต้แย้งว่าพระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541 มาตรา 5 วรรคสองขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสองหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 37/2547 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2547 โดยได้วินิจฉัยไว้แล้วว่าพระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541 มาตรา 5 วรรคสอง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นนี้ซ้ำอีก

1.3.1.7 พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑

ศาลปกครองส่งคำโต้แย้งของคู่ความมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาว่า พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ มาตรา ๒๘ มาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45-46/2547 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา ๒๘ มาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจัดตั้งรัฐวิสาหกิจให้สามารถใช้อำนาจรัฐบางประการเพื่อจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชน การเข้าไปดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้าโดยพนักงานหรือลูกจ้างของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ จึงมีความจำเป็นต้องเข้าไปใช้สอยหรือเข้าไปครอบครองอสังหาริมทรัพย์ในความครอบครองของบุคคลอื่นเป็นการชั่วคราว หากมีความจำเป็นต้องรื้อถอนโรงเรือนหรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างขึ้นเพื่อการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าก็ให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ จ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมแก่ผู้ที่ถูกกระทบสิทธิ ซึ่งการดำเนินการได้กำหนดเป็นขั้นตอนหากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ มีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อได้มาซึ่งแหล่งพลังงานตามก๊อจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ สำหรับการคำนวณค่าทดแทนที่ดินนั้น แม้มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินภายใต้เงื่อนไขที่กำกับอยู่บ้าง แต่ก็ล้วนเป็นไปเพื่อประโยชน์โดยรวมของประเทศชาติและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งมีช่องทางบรรเทาความเสียหายแก่ผู้ถูกระทบสิทธิตามควรแก่กรณีจึงเป็นกรณีที่สามารถตราเป็นกฎหมายขึ้นใช้บังคับได้ตามรัฐธรรมนูญและถือได้ว่าอยู่ในกรอบที่ขอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๔๘ อันเป็นบทเฉพาะแล้ว กรณีดังกล่าวจึงไม่มีกรณีที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๙ ซึ่งเป็นบททั่วไปในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพของบุคคล

1.3.1.8 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของจำเลย (นายประเสริฐ จองวิริยวงศ์) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๖๔ กรณีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ มาตรา ๒๙ มาตรา ๓๐ และมาตรา ๒๓๓

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕๘/๒๕๔๗ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๒๑ เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับคู่ความในคดีอาญาที่ต้องห้ามฎีกาสามารถยื่นฎีกาได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในการพิจารณาคดี ไม่ใช่เป็นเรื่องการใช้อำนาจขององค์กรโดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพไม่ทำให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ไม่ได้รับความคุ้มครอง ไม่เกี่ยวกับบุคคลอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตน ไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้และเป็นการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันดังนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 221 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 และมาตรา 30

1.3.1.9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 65-82/2547 ศาลปกครองสูงสุดส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีรวมสิบแปดคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 51 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 4 มาตรา 6 มาตรา 27 มาตรา 29 และมาตรา 62

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้มุ่งหมายจะใช้บังคับกับกรณีหนึ่งกรณีใดหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง แต่เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ดังนั้นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 51 จึงไม่ได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 27 มาตรา 29 และมาตรา 62 แต่อย่างใด

นอกจากนี้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5-26/2548 กรณีศาลปกครองสูงสุดส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีรวมยี่สิบสองคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 51 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 6 มาตรา 29 และมาตรา 48

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 6 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งได้มีคำวินิจฉัยไว้แล้วตามคำวินิจฉัยที่ 65-82/2547 ว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 6 และมาตรา 29 ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาวินิจฉัยจึงมีเพียงประเด็นเดียวว่า

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๘ หรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑ เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีในการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา ๙ (๓) และคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ (๔) ไม่ใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับ สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินหรือการจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินกรณีเป็นเรื่องที่ กฎหมายได้กำหนดสิทธิในการฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ตาม ประเภทและลักษณะของคดีตามคำร้องดังนั้นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ ๖๕-๘๒/๒๕๔๗ ลงวันที่ ๙ พฤศจิกายน ๒๕๔๗ ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๖ และมาตรา ๒๙ และคำวินิจฉัย ที่ ๕-๒๖/๒๕๔๘ วินิจฉัยไว้แล้วว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง

ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาเพียงประเด็นเดียวว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๗๕ หรือไม่ ในกรณีข้างต้นศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ว่าโดยที่มาตรา ๕๑ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ฟ้องคดีปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดคือให้ยื่นฟ้องคดีภายใน หนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุ แห่งการฟ้องคดีนั้น เป็นกำหนดเวลาให้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งหากไม่ดำเนินคดี ภายในกำหนดเวลาดังกล่าวก็ไม่อาจยื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ ซึ่งไม่เกี่ยวกับเรื่อง แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา ๗๕ ดังนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๗๕

1.3.1.10 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑

ศาลแรงงานกลางส่งคำโต้แย้งของจำเลย (บริษัทอมบัสอินดัสทรีส์ (ประเทศไทย) จำกัด) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๔ กรณีมีข้อพิจารณาว่ามาตรา ๑๒๐ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน

พ.ศ. 2541 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และมาตรา 30 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2548 พิจารณากรณี ที่ศาลแรงงานกลางส่งคำโต้แย้งของจำเลย (ตามคดีของศาลแรงงานกลาง) ในคดี หมายเลขคำที่ 1944-1955/2546 ระหว่างนางสาวปัญญาวีร์ นพคุณ กับพวกรวม 12 คน (โจทก์) กับบริษัทโรมบัสอินดัสทรีส์ (ประเทศไทย) จำกัด (จำเลย) กรณีโจทก์ได้ยื่น คำร้องต่อคณะกรรมการสวัสดิการแรงงานเพื่อขอให้วินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่ลูกจ้างมีสิทธิ บอกลีกสัญญาโดยมีสิทธิได้รับค่าชดเชยพิเศษหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการสวัสดิการ แรงงานได้วินิจฉัยตามคำวินิจฉัยที่ 1/2546 ว่าจำเลยได้ย้ายโรงงานและสำนักงาน จากกรุงเทพมหานครไปยังจังหวัดนครพนมจึงเป็นการย้ายสถานประกอบกิจการไป ตั้ง ณ สถานที่อื่น และลูกจ้างได้รับผลกระทบสำคัญต่อการดำรงชีวิตตามปกติของตน หรือครอบครัวลูกจ้างจึงมีสิทธิบอกลีกสัญญาจ้างโดยมีสิทธิได้รับค่าชดเชยพิเศษ แต่ จำเลยไม่จ่ายค่าชดเชยพิเศษ โจทก์จึงยื่นฟ้องต่อศาลแรงงานกลางเพื่อบังคับให้จำเลย จ่ายค่าชดเชยพิเศษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 120 ซึ่ง ในชั้นพิจารณาของศาลแรงงานกลาง บริษัทโรมบัสอินดัสทรีส์ (ประเทศไทย) จำกัด (จำเลย) ได้โต้แย้งว่ามาตรา 120 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลซึ่งเป็นนายจ้างโดยให้สิทธิเฉพาะลูกจ้างฝ่าย เดียวที่มีสิทธิยื่นคำขอให้คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานพิจารณาวินิจฉัยและให้สิทธิ แก่คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่าง ในสถานะของนายจ้างและลูกจ้างโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมให้ฝ่ายนายจ้างนั้น

ในกรณีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่ามาตรา 120 นั้นมี วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างที่ไม่สามารถย้ายไปทำงาน ณ สถานที่อื่นเนื่องจาก ได้รับผลกระทบต่อการดำรงชีวิตตามปกติของลูกจ้างและครอบครัว จึงมีสิทธิได้รับค่า ชดเชยพิเศษจากนายจ้างเป็นการแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างนายจ้างลูกจ้าง กรณี ดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิของนายจ้างเท่าที่จำเป็นโดยไม่กระทบต่อสาระ สำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของนายจ้างแต่ประการใด กรณีจึงไม่ขัดต่อบทบัญญัติ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.3.1.11 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางส่งคำโต้แย้งของ จำเลย (นายประชัย เลี่ยวไพรัตน์กับพวก) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 ว่ามาตรา 90/27 วรรคสองและมาตรา 90/60

วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 4 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 30 วรรคหนึ่ง และมาตรา 48 วรรคหนึ่ง หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 40/2548 พิจารณาแล้ว เห็นว่า มาตรา 90/27 วรรคสอง และมาตรา 90/60 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม และเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าหนี้และผู้ค้าประกัน โดยเสมอกัน ซึ่งไม่เป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลและมิได้ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลลดน้อยลงแต่อย่างใด แต่เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลโดยเสมอกัน ดังนั้น มาตรา 90/60 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายฯ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 4 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 30 วรรคหนึ่ง และ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง

1.3.1.12 พระราชกำหนดการบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544

ศาลจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ส่งคำร้องของจำเลย (นางทัศนีย์ ศิริชัย และ นายดลธนะ ศิริชัย) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 ว่า พระราชกำหนดการบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 30 และมาตรา 31 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (2) (3) (7) มาตรา 55 และ มาตรา 271 ถึงมาตรา 290 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 4 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 48 หรือไม่

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 49-50/2548 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว เห็นว่า พระราชกำหนดการบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 30 เป็นเรื่องการโอนสินทรัพย์ด้วยคุณภาพของสถาบันการเงินหรือบริษัทบริหารสินทรัพย์ของรัฐให้แก่บริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย (บสท.) เพื่อให้ บสท. ดำเนินการแก้ไขปัญหาสินทรัพย์ด้วยคุณภาพ โดยการปรับโครงสร้างหนี้และปรับโครงสร้างกิจการเพื่อให้ลูกหนี้ที่รับโอนมาอยู่ในฐานะที่สามารถชำระหนี้ที่ค้างชำระได้ และเพื่อให้ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการของตนต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นการฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมจึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับสถาบันการเงินและบริษัทบริหารสินทรัพย์ของรัฐรวมทั้งลูกหนี้ฯ มิได้เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่าที่จำเป็นภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 29 ให้กระทำได้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

1.3.1.13 พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521

ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดี (ทางหุ้นส่วนจำกัดสุวาสวัสดิ์สรที่ดิน กับพวก) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 กรณีมีข้อพิจารณาว่า มาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 48 และมาตรา 49 หรือไม่

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 51/2548 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 48 และมาตรา 49 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิบุคคลในทรัพย์สิน โดยสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกัน แต่ไม่ได้หมายความว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะถูกจำกัดได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้เท่าที่จำเป็นและจะต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ในกรณีดังกล่าวเมื่อพิจารณามาตรา 78 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแล้วเห็นว่า มาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียมได้บัญญัติขึ้นเพื่อจำกัดการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินไปบางส่วน โดยไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิของบุคคลในการสืบมรดก ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 48 วรรคสองแต่อย่างใด มาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียมนี้จึงเป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะจึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 48

สำหรับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า ควรใช้กฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้ร้องนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นการโต้แย้งการใช้ดุลพินิจของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย ไม่ได้เกี่ยวกับการพิจารณาว่า บทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญประกอบกับมาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ไม่เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ จึงไม่มีกรณีที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 49 แต่ประการใด

1.3.1.14 พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2481

ศาลแขวงดุสิตส่งคำร้องและความเห็นของศาลให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัย กรณีบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พ.ศ. 2474 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2481 มาตรา 3 และมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2535 มาตรา 3 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 50 ประกอบ มาตรา 29

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2549 ลงวันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2549 แล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พ.ศ. 2474 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อควบคุมกิจการการขายทอดตลาดและค้าของเก่าให้ดีขึ้นและเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพและเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่าฯ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) และมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพค้าของเก่า เพราะกำหนดให้ผู้ที่จะประกอบอาชีพค้าของเก่าต้องขอใบอนุญาตและได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานหากผู้ใดประกอบอาชีพค้าของเก่าโดยไม่มีใบอนุญาตย่อมเป็นความผิดและระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดนั้น กรณีดังกล่าวเป็นเพียงมาตรการในการควบคุมตรวจสอบตามที่กฎหมายกำหนดโดยเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพื่อการควบคุมการประกอบอาชีพค้าของเก่ามิให้เป็นกิจการที่สนับสนุนการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินและเพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพค้าของเก่าให้ดีขึ้น รวมทั้งเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคจึงเป็นบทบัญญัติจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพการค้าของเก่าที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคสอง บัญญัติไว้แล้ว แม้ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพของบุคคลที่ประสงค์จะประกอบอาชีพค้าของเก่าแต่ก็เป็นการกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพเท่าที่จำเป็นไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง นอกจากนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวยังเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่

เอกชน ในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพและเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค และยังเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพ ดังนั้นพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่าพุทธศักราช 2474 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่า (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2481 และมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่า (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2535 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 50 ประกอบมาตรา 29

1.3.1.15 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองส่งคำโต้แย้งของจำเลย (พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ที่ 1 และคุณหญิงพจมาน ชินวัตร ที่ 2) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่ามาตรา 4 มาตรา 100 และมาตรา 122 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 29 และมาตรา 50 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 3 และมาตรา 38 วรรคหนึ่งและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 39 และมาตรา 43

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2551 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 มาตรา 100 และมาตรา 122 มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 เพราะมิได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควรและมิได้กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 39 เพราะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่ยังไม่มีการดั่งที่กล่าวหาว่าใช้บทบัญญัติที่มีผลย้อนหลังไปลงโทษทางอาญาแก่บุคคล กับทั้งไม่ได้เป็นบท

สันนิษฐานความผิดอันจะเป็นการให้จำเลยพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง แต่โจทก์ยังต้องมีภาระพิสูจน์การกระทำและเจตนาของจำเลยให้ครบองค์ประกอบความผิด เช่นเดียวกับความผิดอาญาทั่ว ๆ ไปนั่นเอง และมีได้ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อประกันเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลเพราะมิได้ล่วงละเมิดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจนเกินความเหมาะสมพอควรแก่กรณี แต่อย่างไรก็ดี อีกทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามมาตราดังกล่าว ก็สอดคล้องกับหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ และหลักธรรมาภิบาลอันเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ดังนั้นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 มาตรา 100 และมาตรา 122 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 39 และมาตรา 43

1.3.1.16 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 4 (โรงเรียนนานาชาติใหม่แห่งประเทศไทยกับพวก) เพื่อขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยกรณีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 65 วรรคสามขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 3 ประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 29 และ มาตรา 42 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 29 มาตรา 49 วรรคสามและ มาตรา 50

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2552 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่าบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมให้นักเรียนและนักศึกษาประพฤติตนอยู่ในระเบียบวินัยของโรงเรียนหรือสถานศึกษาจึงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการโดยการอบรมสั่งสอนหรือลงโทษ เพื่อควบคุมไม่ให้มีการฝ่าฝืนระเบียบโดยออกกระเบียบการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษาที่ประพฤติตนไม่เหมาะสมหรือประพฤติตนฝ่าฝืนระเบียบของโรงเรียนหรือสถานศึกษา และการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษาจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อการอบรมสั่งสอนและเพื่อให้นักเรียนหรือนักศึกษาปรับปรุงแก้ไขหรือปรับเปลี่ยนพฤติกรรม ความประพฤติให้มีความเหมาะสมและมีความรับผิดชอบต่อสังคมมากขึ้น อันจะส่งผลให้นักเรียนหรือนักศึกษาเป็นบุคลากรที่มีคุณภาพของประเทศชาติในอนาคต สำหรับการกำหนดโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนระเบียบของโรงเรียนหรือสถานศึกษานั้นจึงเป็น

เพียงมาตรการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวตั้งนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 65 วรรคสาม จึงเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงและเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในขอบเขต “ที่เหมาะสม” มิได้เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการจัดการศึกษาอบรมขององค์กรวิชาชีพหรือเอกชนการศึกษาทางเลือกของประชาชนการเรียนรู้ด้วยตนเองและการเรียนรู้ตลอดชีวิตตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 49 วรรคสาม และเป็นบทบัญญัติที่ “ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” มิได้เป็นการจำกัดเสรีภาพในทางวิชาการและการศึกษาอบรมการเรียนการสอน การวิจัยและการเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 50 และไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 29

1.3.1.17 พระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. 2543

ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของสมาคมสำนักงานบัญชีและกฎหมายกับพวก ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. 2543 มาตรา 42 วรรคสอง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 29 และมาตรา 43

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2554 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่าการที่พระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. 2543 กำหนดให้ผู้ทำบัญชีต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดก็โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การทำบัญชีเป็นไปตามมาตรฐานการบัญชี การกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำบัญชีจะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งที่ทำให้การทำบัญชีมีคุณภาพเป็นไปตามมาตรฐานการบัญชี แม้ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ทำบัญชีต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดจะมีผลกระทบต่อผู้ทำบัญชีเพราะหากผู้ใดประกอบอาชีพการทำบัญชีโดยไม่มีคุณสมบัติดังกล่าวย่อมเป็นความผิดและมีโทษตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพแต่การกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำบัญชีก็เพื่อให้ผู้ทำบัญชีมีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับหลักการบัญชีและวิธีปฏิบัติทางการบัญชีที่รับรองทั่วไป และเป็นผลให้บุคคลทั่วไปได้รับทราบข้อมูลทางการเงินของกิจการนั้นอย่างถูกต้องตามมาตรฐานการบัญชีอันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายจึงเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพและการคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวได้คำนึงถึงการใช้บังคับกฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และการคุ้มครองสิทธิและ

เสรีภาพของบุคคลที่ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้วโดยซึ่ง
น้ำหนักระหว่างเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้กับประโยชน์
ของรัฐตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายจึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพียงเท่าที่
จำเป็น มิได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพและมีผลใช้บังคับ
เป็นการทั่วไป

สำหรับพระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. 2543 มาตรา 42 วรรคสองเป็น
บทบัญญัติให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ทำบัญชีอยู่ก่อนวัน
ที่กฎหมายใช้บังคับให้สามารถทำบัญชีได้ต่อไปภายในระยะเวลาแปดปีเพื่อมิให้มี
ความผิดและมีโทษตามกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์ให้บุคคลนั้นศึกษาต่อเพื่อให้มี
คุณสมบัติตามที่กำหนดจึงเป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิผู้ไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมาย
กำหนดสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 7 (6) แห่งพระราชบัญญัติการบัญชี
พ.ศ. 2543 นั้นบทบัญญัติมาตรา 42 วรรคสอง จึงมิใช่บทบัญญัติจำกัดสิทธิของบุคคล
แต่เป็นบทเฉพาะกาลเพื่อให้สิทธิแก่ผู้ไม่มีคุณสมบัติตามมาตรา 7 (6) ให้มีโอกาสที่
จะประกอบวิชาชีพต่อไปได้อีกแปดปีซึ่งเป็นการผ่อนคลายเป็นผลจากการบังคับ
ใช้ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ทำบัญชีไว้อย่าง
เพียงพอแล้ว และมีใช่เป็นการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐที่ล่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรี
ความเป็นมนุษย์และสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แต่อย่างใด

1.3.1.18 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของนายธัญญ์วาริน สุขะพิสิษฐ์ (ผู้ฟ้องคดีที่ 1)
และนายธัชชัย วงศ์กิจรุ่งเรือง (ผู้ฟ้องคดีที่ 2) ที่ร้องว่ามาตรา 26 (7) และมาตรา 29
แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
มาตรา 3 มาตรา 29 และมาตรา 45

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเห็น
ว่ามาตรา 26 (7) และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551
เป็นมาตรการทางกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐพิจารณาความเหมาะสม
ของเนื้อหาภาพยนตร์ก่อนที่จะนำออกสู่สาธารณะ ทั้งนี้เพื่อมิให้ผู้สร้างภาพยนตร์ใช้
เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตในการแสดงความเห็นตามอำเภอใจ โดยมีเนื้อหาที่เป็นการ
บ่อนทำลายขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและอาจทำให้
ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความ
มั่นคงของรัฐซึ่งเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศได้ ประกอบกับพระราชบัญญัติ
ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มิได้ห้ามการสร้างภาพยนตร์หากแต่ผู้สร้าง

ภาพยนตร์ที่ประสงค์จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร จะต้องผ่านการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ตามกฎหมายก่อน กรณีจึงมิได้เป็นการจำกัดเสรีภาพเกินกว่าความจำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แต่อย่างใด อีกทั้งพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ซึ่งมีผลให้คณะกรรมการดังกล่าวต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 29

1.3.1.19 พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

ศาลจังหวัดพิจิตรส่งคำร้องของจำเลย (นาวาเอกวิทยา ลอจันท์) ขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า มาตรา 47 วรรคหนึ่ง และมาตรา 50 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 มาตรา 41 และมาตรา 64 หรือไม่

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 32/2555 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่าแม้มาตรา 47 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคมสหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน องค์การพัฒนาเอกชน หรือหมู่คณะอื่นแต่เป็นการ จำกัดเสรีภาพเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของสมาชิกนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร และมีใช้บทบัญญัติที่จำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญมาตรา 41 วรรคหนึ่ง ดังนั้นพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 47 วรรคหนึ่ง จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 มาตรา 41และมาตรา 64

ส่วนพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 50 วรรคสองนั้น เป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินเป็นการชั่วคราวเพื่อให้ผู้ที่ค้างชำระเงินค่าบำรุงรักษา และการจัดการสาธารณูปโภคดำเนินการให้ถูกต้องและไม่เป็นการเอาเปรียบสมาชิก คนอื่น ๆ จึงเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินตามที่รัฐธรรมนูญ และมีใช้ บทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์กลุ่ม เกษตรกร องค์การเอกชน องค์การพัฒนาเอกชน หรือหมู่คณะอื่นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 64 ดังนั้นพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 50 วรรคสอง จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 มาตรา 41 และมาตรา 64

1.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย

1.3.2.1 ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ.

ในเรื่องนี้ประธานวุฒิสภาได้ส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1) กรณีมาตรา 38 วรรคหนึ่งของร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. ว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 มาตรา 32 และมาตรา 48 หรือไม่

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2548 ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยแล้วเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. มาตรา 38 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติกรณีเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีที่ไม่แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อจะเริ่มทำการผลิตตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง หรือไม่แจ้งสถานที่ผลิตและการย้ายสถานที่ผลิตตามมาตรา 7 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง หรือไม่ทำและแสดงเครื่องหมายรับรองการผลิตและแสดงเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบตามมาตรา 11 หรือการใช้เครื่องหมายรับรองการผลิตและเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบตามมาตรา 13 หรือการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายรับรองการผลิตหรือเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบตามมาตรา 15 หรือการไม่แจ้งการได้มาหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งเครื่องจักรตามมาตรา 16 หรือกรณีการไม่แจ้งการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องจักรหรือเครื่องจักรที่พ้นการครอบครองตามมาตรา 17 ให้ศาลมีคำสั่งรับเครื่องจักรได้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมาตรการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ การบริบทลิขสิทธิ์เป็นโทษอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 โดยการบริบทลิขสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายอาญามีความมุ่งหมายลงโทษผู้กระทำความผิดหรือมีทรัพย์สินนั้นไว้เป็นความผิด

แต่กรณีตามร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. โดยในมาตรา 38 วรรคหนึ่งได้บัญญัติให้เครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีไม่ได้เป็นทรัพย์สินที่ผู้ใดทำหรือมีไว้เป็นความผิดหรือเป็นทรัพย์สินซึ่งได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มาโดยได้กระทำความผิดโดยการรับเครื่องจักรที่ใช้ผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีหากไม่แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อจะเริ่มทำการผลิต ไม่แจ้งสถานที่ผลิต หรือย้ายสถานที่ผลิต หรือไม่ทำและแสดงเครื่องหมายรับรองการผลิตหรือเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ หรือกรณีไม่ใช่เครื่องหมายรับรองการผลิตไม่แจ้งการได้มาหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งเครื่องจักร ไม่แจ้งการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องจักร ให้ศาลสั่งรับเครื่องจักรนั้นซึ่งหากปรากฏกรณีดังกล่าว ศาลไม่มีดุลพินิจว่าจะรับเครื่องจักรหรือไม่ และโดยไม่ต้องคำนึงว่าเจ้าของเครื่องจักรจะรู้เห็นเป็นใจ

ด้วยในการกระทำความผิดหรือไม่ และไม่ให้ออกาสเจ้าของเครื่องจักรได้พิสูจน์ว่า
รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดด้วยหรือไม่ เป็นการรับโดยเด็ดขาด กรณีจึงเป็นการ
ที่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้พิจารณาถึงความผิดและความเหมาะสมในการลงโทษ
เป็น และการใช้มาตรการลงโทษที่รุนแรงแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ถือว่าเป็นการจำกัด
สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินเกินกว่าความจำเป็นและกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญ
แห่งสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ.
.... มาตรา 38 วรรคหนึ่ง จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 มาตรา 32 และ
มาตรา 48 และเป็นอันตกไป

1.3.2.2 ร่างพระราชบัญญัติให้กระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนา โครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ...

สำหรับร่างพระราชบัญญัติให้กระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้าง
พื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... มีข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับ “หลักความ
ได้สัดส่วน” ดังนี้⁵¹

1. หลักการและเหตุผล

โดยที่ร่างพระราชบัญญัติให้กระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้าง
พื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... มีหลักการสำคัญคือ เพื่อให้มี
กฎหมายว่าด้วยการให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้าง
พื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ มีมูลค่าร่วมกันไม่เกินสองล้านล้านบาท โดยมีเหตุผล
ในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานคมนาคมขนส่งของประเทศเพื่อรองรับการขยายตัว
ของเมืองและการเพิ่มขึ้นของประชากรที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว และรองรับการขยายตัว
ด้านเศรษฐกิจการค้าและการลงทุนทั้งในและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน อันเป็นการเชื่อมโยง
ฐานการผลิตและฐานการส่งออกระหว่างภูมิภาคต่าง ๆ ของประเทศกับเพื่อนบ้าน
ของไทย เพื่อให้ไทยเป็นศูนย์กลางด้านคมนาคมขนส่ง และเป็นจุดเชื่อมโยงการ
ขนส่งในระดับภูมิภาค นอกจากนี้ยังเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ
และเป็นการลดต้นทุนค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการระบบขนส่ง ตลอดจนอำนวยความสะดวก
ในการเดินทางของประชาชนในทุกภูมิภาค โดยรัฐบาลกำหนดยุทธศาสตร์
การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าว เพื่อตอบสนองเป้าหมายการพัฒนาประเทศ

⁵¹ ความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนา
โครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายลงวันที่
2 กรกฎาคม พ.ศ. 2556

ทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม และสอดคล้องกับนโยบายที่รัฐบาลแถลงต่อรัฐสภา และยุทธศาสตร์ของประเทศ

การจัดให้มีโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศดังกล่าว รัฐบาลจึงจัดให้มีแหล่งเงินทุนสำหรับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่ง โดยต้องการแหล่งเงินทุนที่แน่นอนในการนำมาใช้จ่ายในโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่ง โดยต้องการแหล่งเงินทุนที่แน่นอนในการนำมาใช้จ่ายในโครงการอย่างต่อเนื่อง รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องให้มีการกู้เงินเพิ่มเติมขึ้นเป็นการเฉพาะ นอกเหนือจากการกู้เงินที่กำหนดไว้ในการบริหารหนี้สาธารณะ จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ต่อสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาตราเป็นกฎหมายต่อไป

2. สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ

ร่างพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ได้วงกรอบวงเงินและมูลค่าของโครงการรวมแล้วไม่เกิน 2,000,000,000,000 บาท (สองล้านล้านบาท) เพื่อนำไปใช้จ่ายเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศตามยุทธศาสตร์และแผนงาน และภายในวงเงินที่กำหนดไว้ท้ายพระราชบัญญัติ

3. การกู้เงินและการบริหารจัดการเงินกู้

กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจกู้เงินบาทหรือเงินตราต่างประเทศในนามรัฐบาล เพื่อนำไปใช้จ่ายตามยุทธศาสตร์ แผนงาน และวงเงินที่กำหนดในท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว สำหรับวงเงินกู้การจัดการและวิธีการเกี่ยวกับการกู้เงินให้เป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ โดยสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ (สบน.) กระทรวงการคลังมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารและการจัดการการกู้เงิน การเบิกจ่ายเงินกู้ และการชำระหนี้ โดยการเบิกจ่ายเงินกู้ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด

4. การเสนอและการบริหารจัดการโครงการ

ในการบริหารจัดการโครงการนั้นจะเป็นไปตามยุทธศาสตร์และแผนงานที่กำหนดไว้ท้ายพระราชบัญญัติ โดยให้หน่วยงานที่เป็นเจ้าของโครงการไปดำเนินการจัดทำรายละเอียดการดำเนินงานในแต่ละโครงการเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติการดำเนินงานและการจัดสรรเงินกู้ ทั้งนี้ การเสนอโครงการนั้น จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายที่จำเป็นต้องดำเนินการก่อนเริ่มโครงการและต้องให้สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงาน

งบประมาณ และกระทรวงการคลัง พิจารณากลับกรองและเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่ออนุมัติการดำเนินโครงการและจัดสรรเงินกู้ และเมื่อได้มีการดำเนินการตามแผนงานเสร็จสิ้นแล้วและมีเงินกู้ในโครงการเหลือจ่ายให้นำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดินอันเป็นหลักการทำนองเดียวกับกรณีงบประมาณเหลือจ่าย

ในระหว่างการทำเนิโครงการนั้น หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องรายงานการเบิกจ่ายเงินกู้และผลการดำเนินงานต่อกระทรวงเจ้าสังกัดอย่างต่อเนื่องจนสิ้นสุดโครงการ โดยให้กระทรวงเจ้าสังกัดของหน่วยงานนั้น ๆ จัดให้มีระบบการติดตามและประเมินผลโครงการและแผนงาน และรายงานต่อกระทรวงการคลังตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด และในแต่ละสิ้นปีงบประมาณ คณะรัฐมนตรีจะต้องรายงานการกู้เงิน ผลการดำเนินงาน และการประเมินผลการดำเนินงานในแต่ละแผนงานโครงการตามยุทธศาสตร์ต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อทราบ

5. ยุทธศาสตร์และแผนงานในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ

ในการกู้เงินเพื่อนำมาใช้จ่ายในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศนั้น ร่างพระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดยุทธศาสตร์และแผนงานโครงการ รวมทั้งกรอบวงเงินงบประมาณแต่ละยุทธศาสตร์และแผนงานไว้ โดยยุทธศาสตร์และแผนงาน ดังนี้

5.1 ยุทธศาสตร์การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ

5.1.1 ยุทธศาสตร์ปรับเปลี่ยนรูปแบบการขนส่งสินค้าทางถนนสู่การขนส่งที่มีต้นทุนต่ำกว่าวงเงิน 354,560.73 ล้านบาท ประกอบด้วย 3 แผนงาน คือ

(1) การพัฒนาและปรับปรุงโครงข่ายทางรถไฟที่มีอยู่ให้เป็นโครงข่ายการขนส่งหลักของประเทศ

(2) การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพื่อสนับสนุนการขนส่งสินค้าทางลำน้ำและชายฝั่ง

(3) การพัฒนาสิ่งอำนวยความสะดวกด้านการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบเพื่อเชื่อมโยงฐานการผลิตและฐานการส่งออกที่สำคัญของประเทศ

5.1.2 ยุทธศาสตร์พัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและสิ่งอำนวยความสะดวกในการเดินทางและขนส่งไปสู่ศูนย์กลางของภูมิภาคทั่วประเทศและเชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้าน วงเงิน 1,042,376.74 ล้านบาท ประกอบไปด้วย 2 แผนงาน คือ

(1) การพัฒนาประตูการค้าหลักและประตูการค้าชายแดน

(2) การพัฒนาโครงข่ายเชื่อมต่อภูมิภาค

5.2 แผนงานการส่งเสริมหรือสนับสนุนการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานตามยุทธศาสตร์ 3 ด้าน วงเงิน 9,261.01 ล้านบาท เพื่อเตรียมความพร้อมในการดำเนินโครงการ การบริหารโครงการ การติดตามประเมินผล การรายงานโครงการ การบริหารความเสี่ยง และการรองรับการดำเนินการอื่นกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วน

6. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติให้กระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ....

จากการพิจารณาหลักการที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นเกี่ยวกับข้อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในร่างพระราชบัญญัติให้กระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... พบว่า ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นการให้อำนาจกระทรวงการคลังสามารถกู้เงินบาทหรือเงินตราต่างประเทศ เพื่อนำมาลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ อันจะมีผลกระทบต่อสมดุลทางการเงินและการคลังของประเทศในอนาคต ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่าประชาชนชาวไทยทุกคนย่อมได้รับผลกระทบจากการดำเนินการดังกล่าวนี้ อย่างไรก็ตาม ในการลงทุนเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านสังคม ซึ่งโดยสาระสำคัญแล้วถือเป็นโครงการที่มีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประชาชนโดยรวม กล่าวคือ เป็นการพัฒนาระบบคมนาคมใหม่ ๆ ทั้งระบบให้เกิดขึ้น มียุทธศาสตร์ในการพัฒนาที่เป็นรูปธรรมชัดเจนต่อเนื่อง แต่เนื่องจากเป็นโครงการขนาดใหญ่มีระยะเวลาการดำเนินการยาวนานกว่าทุกโครงการที่เคยเป็นมาและเป็นการลงทุนที่ต้องใช้งบประมาณจำนวนมาก จึงต้องแยกพิจารณาถึงความชอบด้วยหลักการเพื่อให้ทราบถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้

(1) หลักนิติธรรม (The Rule of law)

หลักนิติธรรม เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด⁵² และหลักนิติธรรมนี้จะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ

⁵² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543) หน้า 65

หน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ฉะนั้นการดำเนินการในโครงการใดๆ ของรัฐต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ การใช้อำนาจย่อมต้องมีลักษณะที่เป็นไปโดยหลักนิติธรรม ไม่ขัดหรือแย้งกับสิ่งที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ดังนั้น การออกกฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย การตีความกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม ต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรม เพื่อมุ่งไปสู่ความยุติธรรม และจะช่วยป้องกันมิให้กฎหมายกลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจ

(2) หลักดุลยภาพแห่งอำนาจ

ประเทศไทยปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภา ซึ่งแบ่งอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ ซึ่งมีหลักการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน เพื่อมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดเกินไป ทั้งนี้ ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่สำคัญในการบริหารประเทศ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภามีหน้าที่สำคัญในการตรากฎหมาย และฝ่ายตุลาการมีหน้าที่สำคัญในการตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยที่แต่ละฝ่ายสามารถตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน

ร่างพระราชบัญญัติให้กระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมของสงขลาของประเทศไทย พ.ศ. ... ซึ่งมีหลักการให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมของสงขลาเป็นจำนวนไม่เกินสองล้านล้านบาท โดยมีกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ในปีที่ 11 นับแต่กฎหมายมีผลใช้บังคับ และให้จัดสรรงบประมาณรายจ่ายประจำปีเพื่อการชำระหนี้ให้เสร็จภายใน 50 ปี นั้น เป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารนอกจากจะใช้อำนาจในการเสนอกฎหมายเพื่อกู้เงินแผ่นดินจำนวนมากในคราวเดียว และสามารถกำหนดรายละเอียดในการดำเนินการเป็นเวลาถึง 7 ปีแล้ว ยังส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจพิจารณาตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารได้ในคราวเดียว ซึ่งในการดำเนินการของฝ่ายบริหารตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีระยะเวลานาน แต่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรวจสอบการดำเนินการตามแผนยุทธศาสตร์ของฝ่ายบริหารได้ จึงอาจขัดต่อหลักการถ่วงดุลอำนาจการดำเนินการเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศไทยนั้น ควรจะจัดทำเป็นร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีในแต่ละปี ทั้งนี้เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถพิจารณาตรวจสอบเพื่อเป็นการถ่วงดุลภาพแห่งอำนาจตามหลักอธิปไตย

(3) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย

สูงสุดของประเทศกฎหมายอื่นใดจะขัดกับรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)⁵³ ในการตรา กฎหมายซึ่งมีลำดับศักดิ์รองจากรัฐธรรมนูญจึงต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติใดของ กฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ ทั้งนี้เพื่อบังคับไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมาย สูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) หมวด 8 ว่าด้วย การเงิน การคลัง และงบประมาณ ในมาตรา 169 บัญญัติว่า “การจ่ายเงินแผ่นดิน จะกระทำได้นเฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง...” ดังนั้นเมื่อการ กู้เงินตามพระราชบัญญัติฯ เป็นการกู้เงินเพื่อนำมาลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานด้าน คมนาคม ซึ่งอยู่ในความดูแลของกระทรวงการคลังอันเป็นหน่วยงานของรัฐ เงินกู้จึง เป็นเงินแผ่นดิน ซึ่งในการจ่ายเงินแผ่นดินนั้นจะต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ไว้ การตราพระราชบัญญัติการตราพระราชบัญญัตินอกเหนือจากการที่มีการกำหนด ไว้ จึงอาจเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(4) หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality)

หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือ หลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ในการ ดำเนินกิจการใด ๆ ของรัฐภายใต้หลักนิติรัฐซึ่งการดำเนินการอาจกระทบต่อสิทธิและ เสรีภาพภายในของประชาชนภายในรัฐ จำเป็นที่จะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความ ได้สัดส่วน เพื่อเป็นการควบคุมคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจทางปกครอง กล่าวคือ ผู้ปกครองจะดำเนินการใด ๆ ต้องเป็นไปอย่างพอสมควรแก่เหตุ การที่รัฐ จะตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง นั้น กรณีจึงจำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ร่างกฎหมายประกอบการใช้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินกว่า ความจำเป็นหรือไม่ เพื่อควบคุมองค์กรณีบัญญัติมิให้ตรากฎหมายจำกัดสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควร โดยกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นต้องสอดคล้องกับ หลักพอสมควรแก่เหตุซึ่งประกอบด้วย 3 หลักการ กล่าวคือ

1) หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) กล่าวคือ มาตรการที่ เหมาะสมนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ ดังนั้น มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรา การที่ไม่เหมาะสมหากมาตรา นั้นไม่อาจบรรลุ

⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย สูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้บทบัญญัติ นั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก

2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายถึง มาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้ และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด

3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu) หมายความว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่เหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากการกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ⁵⁴

สำหรับการปรับปรุงโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศตามยุทธศาสตร์และแผนงานตามที่กำหนดไว้ท้ายร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งประกอบไปด้วยยุทธศาสตร์ 4 ยุทธศาสตร์ กล่าวคือ

(1) ยุทธศาสตร์ปรับเปลี่ยนรูปแบบการขนส่งสินค้าทางถนนสู่การขนส่งที่มีต้นทุนต่ำกว่า

(2) ยุทธศาสตร์พัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและสิ่งอำนวยความสะดวกในการเดินทาง และขนส่งไปสู่ศูนย์กลางของภูมิภาคทั่วประเทศและเชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้าน

(3) ยุทธศาสตร์พัฒนาปรับปรุงระบบขนส่งไปสู่ศูนย์กลางของภูมิภาคทั่วประเทศ และเชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้าน และ

(4) ยุทธศาสตร์พัฒนาปรับปรุงระบบขนส่งเพื่อยกระดับความคล่องตัว

โดยเมื่อพิจารณาตามหลักความเหมาะสมแล้ว มาตรการต่าง ๆ ดังที่กำหนดไว้นั้น ย่อมอาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ ซึ่งถือว่าเป็นไปตามหลักความเหมาะสม แต่หากพิจารณาตามหลักความจำเป็นและหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบแล้ว จะเห็นได้ว่าในการบรรลุวัตถุประสงค์ของการปรับปรุงโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศนั้น รัฐสามารถดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวโดยวิธีการอื่นได้ โดยไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการร่างกฎหมายเพื่อให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินฯ กล่าวคือ รัฐอาจใช้วิธีการให้เอกชนร่วมลงทุน การใช้เงินกู้ตามระบบงบประมาณปกติ เป็นต้น ซึ่งเป็นวิธีการที่สามารถกระทำได้ ดังนั้น ในการ

⁵⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ความเป็นมนุษย์, หน้า 28

ดำเนินการของรัฐจะต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย

(5) หลักสิทธิชุมชนและสิทธิการมีส่วนร่วมของประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 66 และมาตรา 67 บัญญัติถึงสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อมและความหลากหลายทางชีวภาพ ทั้งนี้ในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตนย่อมได้รับความคุ้มครอง และการดำเนินโครงการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงจะกระทำมิได้ ยกเว้นจะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบ และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อนและยังได้บัญญัติให้ชุมชนมีสิทธิฟ้องรัฐได้ หากสิทธิของชุมชนที่ปรากฏตามรัฐธรรมนูญไม่ได้รับความคุ้มครอง ดังนั้นในการดำเนินการของรัฐอันจะมีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน ควรต้องพิจารณาในประเด็นดังต่อไปนี้ด้วย

1) สิทธิการได้รับรู้ข้อมูลข่าวสาร

การดำเนินโครงการหรือกิจการของรัฐที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพชีวิต สุขภาพอนามัยหรือคุณภาพสิ่งแวดล้อม บุคคลหรือชุมชนที่มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิได้รับคำชี้แจงและร่วมแสดงความคิดเห็น ก่อนที่รัฐจะอนุญาตให้ดำเนินโครงการ เช่น การให้สัมปทานระเบิดหิน การสร้างสาธารณูปโภค การตั้งโรงงานอุตสาหกรรม การกำจัดขยะมูลฝอย การสร้างอาคารขนาดใหญ่ นอกจากนี้การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การวางผังเมือง การกำหนดเขตการใช้ประโยชน์ในที่ดิน ตลอดจนการวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจสังคมและการเมือง จะต้องจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ซึ่งประชาชนมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการดำเนินโครงการต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งการออกกฎที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่โดยปกติของประชาชน ซึ่งรัฐจะต้องมีหน้าที่ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นก่อนดำเนินการ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิการมีส่วนร่วมในการรับรู้และรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ในการวางแผนและการดำเนินกิจการที่อาจมีผลกระทบต่อบุคคลและส่วนรวมตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ประกอบกับความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งได้บัญญัติว่า

“เพื่อประโยชน์ในการร่วมกันส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมของชาติ บุคคลอาจมีสิทธิและหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) การได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่นและข่าวสารจากทางราชการเกี่ยวกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เว้นแต่ข้อมูลหรือข่าวสารที่ทางราชการถือว่าเป็นความลับเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงแห่งชาติ หรือเป็นความลับเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิในทางการค้า หรือกิจการของบุคคลใดที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย...”

ดังนั้น ในการดำเนินการตามโครงการภายใต้ยุทธศาสตร์และแผนงานซึ่งกำหนดไว้ท้ายพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่ง พ.ศ. ... ซึ่งเป็นการกำหนดโครงการไว้อย่างกว้าง โดยยังไม่มี การระบุรายละเอียดในการดำเนินการอย่างชัดเจนและการดำเนินการบางโครงการ อาจส่งผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย หรือคุณภาพชีวิต จึงควรมีการดำเนินการเพื่อให้ประชาชนได้รับสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล คำชี้แจงและเหตุผล จากรัฐเกี่ยวกับการดำเนินการตามโครงการอย่างครบถ้วนก่อนที่จะมีการดำเนินการ

2) สิทธิการเสนอความคิดเห็นของประชาชน

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 57 วรรคสอง บัญญัติว่า “การวางแผนพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การวางผังเมือง การกำหนดเขตทหารใช้ประโยชน์ในที่ดิน และการออกกฎที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน ให้รัฐจัดให้มี กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างทั่วถึง” และในมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) บัญญัติว่า “การ ดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้ง ทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ จะกระทำมิได้ เว้นแต่ จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม และสุขภาพของประชาชน ในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วน ได้เสียก่อน...”

ซึ่งในรายละเอียดแต่ละโครงการตามแผนยุทธศาสตร์เป็นส่วนหนึ่งของการ วางแผนเพื่อพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์และรวมไปถึงอาจ มีการดำเนินการออกกฎที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน จึง จำเป็นที่รัฐจะต้องจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างทั่วถึง และนอกจากนั้นโครงการส่วนใหญ่จะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพโดยตรงแก่

ประชาชน ที่สำคัญโครงการจำนวนมากยังไม่ผ่านการศึกษาลงทุนผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ซึ่งเป็นการประเมินผลกระทบจากโครงการพัฒนาที่จะมีต่อสุขภาพหรือความสมบูรณ์ของสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความเสี่ยงที่จะมีผลต่อความสมบูรณ์ของระบบนิเวศและการเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้นต่อธรรมชาติ อันอาจจะเกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อาศัยอยู่บริเวณดังกล่าวได้⁵⁵

(6) หลักความคุ้มค่า (Cost – effectiveness or Economy)

หลักความคุ้มค่าเป็นหลักหนึ่งของแนวทางในการจัดระเบียบเพื่อให้สังคมของประเทศทั้งภาครัฐ ภาคธุรกิจ เอกชน และภาคประชาชน สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข และตั้งอยู่ในความถูกต้องเป็นธรรมตามหลักพื้นฐานการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีซึ่งเป็นการบริหารจัดการและใช้ทรัพยากรที่มีจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ส่วนรวม โดยใช้วัสดุอุปกรณ์อย่างคุ้มค่า ซึ่งเทียบเคียงได้กับความประหยัดไม่ฟุ่มเฟือย การใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ให้เกิดประโยชน์อย่างคุ้มค่า และรักษาทรัพยากรธรรมชาติให้สมบูรณ์ยั่งยืน⁵⁶

กล่าวโดยสรุป ร่างพระราชบัญญัติให้กระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมของสงขลาของประเทศไทย พ.ศ. ... เป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารเสนอเพื่อกู้เงินแผ่นดินจำนวนสองล้านล้านบาท ซึ่งเป็นเงินจำนวนมากและกู้ในนามประเทศอันจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม และดุลยภาพการเงินและการคลังของประเทศ ซึ่งรัฐสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติรองรับไว้ ซึ่งมีมาตรการการกำกับกำกับการดำเนินงานที่มีความรัดกุมและลดความเสี่ยงทางการเงินการคลังของประเทศ รัฐบาลสามารถดำเนินการในรูปแบบงบประมาณประจำปี และสามารถแสวงหาเงินทุนในรูปแบบอื่นที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นทางเลือกได้โดยสามารถให้เอกชนร่วมลงทุนและไม่จำเป็นต้องตราเป็นพระราชบัญญัติที่นอกเหนือจากวิธีการทางงบประมาณ ซึ่งเป็นวิธีการที่เป็นไปตามวินัยการเงินและการคลังของประเทศ ทั้งนี้ การลงทุนในโครงการบางโครงการอาจทำให้ไม่คุ้มค่ากับการลงทุน หรือจัดประเภทการลงทุนที่ไม่เหมาะสม เช่น กรณีรถไฟความเร็วสูง ซึ่งกลุ่มเป้าหมายมีฐานะปานกลางถึงสูง เป็นการบริการสังคม (Social service) ที่เป็นการวางแผนการลงทุนที่ไม่คุ้มค่าและเสี่ยงต่อปัญหาทางการเงินของประเทศในอนาคต รวมทั้งเป็น

⁵⁵ คณิต ฒ นร. บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่องพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศไทย. ลงวันที่วันที่ 3 กรกฎาคม 2556

⁵⁶ ศิลปพร ศรีจันทเพร. หลักการพื้นฐานของธรรมภิบาล. วารสารบริหารธุรกิจ ปีที่ 33 ฉบับที่ 125 มกราคม-มีนาคม 2553

ภาระหนี้สินสะสมของภาครัฐโดยต่อเนื่อง และส่งผลกระทบต่อประชาชนภายในประเทศ ซึ่งเป็นการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างไม่คุ้มค่า อันเป็นการไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีอีกด้วย

1.4 พระราชบัญญัติที่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ“หลักความได้สัดส่วน”

ในบทบัญญัติของกฎหมายสาขาต่าง ๆ ในประเทศไทย แม้ว่าจะสามารถพบแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วนปรากฏอยู่เป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตามก็มีข้อสงสัยเกิดว่า คงมีเพียงในระบบกฎหมายมหาชน เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายปกครอง ที่กล่าวถึง “หลักความได้สัดส่วน” แต่อย่างไรก็ดี แม้บทบัญญัติของกฎหมายสาขาต่าง ๆ ในระบบกฎหมายไทย เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะมีได้มีการบัญญัติหรือใช้อย่างน้อยและเรียกหลักกฎหมายดังกล่าวว่า “หลักความได้สัดส่วน” ดังเช่นในระบบกฎหมายมหาชน แต่แนวคิดพื้นฐานในบทบัญญัติของกฎหมายก็ปรากฏแนวความคิดเรื่อง “หลักความได้สัดส่วน” โดยการบัญญัติให้การกระทำใด ๆ ที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพจะต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นหรือพอสมควรแก่เหตุ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายสาขาต่าง ๆ ในระบบกฎหมายไทยแล้ว สามารถพบบทบัญญัติที่ใช้บังคับในปัจจุบันซึ่งมีสาระสำคัญไม่เป็นไปตาม “หลักความได้สัดส่วน” ปรากฏอยู่เป็นจำนวนมาก โดยคณะผู้วิจัยได้จำแนกและนำเสนอเป็นข้อพิจารณาดังนี้

1.4.1 พระราชบัญญัติไพรศณีย พ.ศ. 2477

มาตรา 8 “กรมไม่จำต้องรับผิดชอบในการที่ไพรศณียภัณฑ์ซึ่งอยู่ในระหว่างส่งทางไพรศณียสุญหาย ส่งผิด เน้นซ้ำ แดกหัก หรือบุบสลาย เว้นไว้แต่ในกรณีพิเศษที่มีกฎหมาย หรือกฎข้อบังคับระบุไว้แจ้งชัดว่าต้องเสียค่าทำขวัญ”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า มาตรา 8 ได้กำหนดให้กรมไพรศณียไม่จำต้องรับผิดชอบในการที่ไพรศณียภัณฑ์ซึ่งอยู่ในระหว่างส่งทางไพรศณียสุญหาย ส่งผิด เน้นซ้ำ แดกหัก หรือบุบสลาย เว้นแต่กรณีพิเศษที่กฎหมายหรือกฎข้อบังคับระบุไว้แจ้งชัดว่าต้องเสียค่าทำขวัญ เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องรัฐวิสาหกิจให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของพนักงาน ซึ่งนอกจากจะเป็นการขัดกับหลักความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐแล้ว การบัญญัติให้กรมไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการบัญญัติที่ขัดกับ “หลักความได้สัดส่วน”

1.4.2 พระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499

มาตรา 6 “ให้ถือกิจการดังต่อไปนี้เป็นพาณิชย์กิจ ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัตินี้

- (1) การซื้อ การขาย การขายทอดตลาด การแลกเปลี่ยน
- (2) การให้เช่า การให้เช่าซื้อ
- (3) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนค้าต่าง
- (4) การขนส่ง
- (5) การหัตถกรรม การอุตสาหกรรม
- (6) การรับจ้างทำของ
- (7) การให้กู้ยืมเงิน การรับจำนำ การรับจำนอง
- (8) การคลังสินค้า
- (9) การรับแลกเปลี่ยน หรือซื้อขายเงินตราต่างประเทศ การซื้อ หรือขายตัวเงิน การ ธนาคาร การเครดิตฟองซิเอร์ การโพงยเกี่ยว
- (10) การรับประกันภัย
- (11) กิจการอื่นซึ่งกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา”

มาตรา 7 “พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่

- (1) การค้าแร่ การค้าแฝงลอย
- (2) พาณิชยกิจเพื่อการบำรุงศาสนาหรือเพื่อการกุศล
- (3) พาณิชยกิจของนิติบุคคลซึ่งได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น
- (4) พาณิชยกิจของกระทรวง ทบวง กรม
- (5) พาณิชยกิจของมูลนิธิ สมาคม สหกรณ์
- (6) พาณิชยกิจซึ่งรัฐมนตรีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

มาตรา 8 “ให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดเป็นครั้งคราวโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่า พาณิชยกิจใดตามที่จะระบุไว้ในมาตรา 6 ในท้องที่ที่ผู้ประกอบพาณิชยกิจจะต้องจดทะเบียนพาณิชย์”

มาตรา 9 “ให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ เป็นสำนักงานกลางทะเบียนพาณิชย์มีหน้าที่กำกับดูแลการรับจดทะเบียนพาณิชย์ตามพระราชบัญญัตินี้

ให้กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา และองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นสำนักงานทะเบียนพาณิชย์ เพื่อรับจดทะเบียนพาณิชย์ในท้องที่ของตน

ให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่มีความพร้อม

เป็นสำนักงานทะเบียนพาณิชย์เพื่อรับจดทะเบียนพาณิชย์ในท้องที่ของตนได้ โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาในการนี้ให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดยังคงมีอำนาจรับจดทะเบียนพาณิชย์เฉพาะในท้องที่นอกเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมสถิติและทราบหลักฐานของผู้ประกอบพาณิชย์กิจบางประเภทให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นสำนักงานทะเบียนพาณิชย์ เพื่อรับจดทะเบียนพาณิชย์กิจตามประเภทที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดได้ โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า จากสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ที่ระบุไว้ในมาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 เป็นการให้อำนาจรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่า พาณิชยกิจใดตามที่ระบุ เช่น การซื้อ การขาย การขายทอดตลาด และการแลกเปลี่ยน การให้เช่า การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนค้าต่าง การขนส่ง การหัตถกรรม การอุตสาหกรรม การรับจ้างทำของ การให้กู้ยืมเงิน การรับจำนำ และการรับจำนอง ฯลฯ ในท้องที่ใด ผู้ประกอบพาณิชย์กิจจะต้องจดทะเบียนเพื่อประโยชน์ทางสถิติและทราบหลักฐานของผู้ประกอบพาณิชย์กิจ จึงเป็นกฎหมายที่กระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพเกินความจำเป็นตามมาตรา 50 วรรคหนึ่ง และการประกอบอาชีพเกินความจำเป็นตามมาตรา 50 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งในการจดทะเบียนนั้นกฎหมายนี้ก็มิได้ให้แจ้งสิ่งใดมากไปกว่าชื่อ อายุ เชื้อชาติ สัญชาติ และตำบลที่อยู่ของผู้ประกอบพาณิชย์กิจ ชื่อที่ใช้ในการประกอบพาณิชย์กิจ ชนิดแห่งพาณิชย์กิจ จำนวนเงินที่นำมาใช้ในการประกอบพาณิชย์กิจเป็นประจำ ที่ตั้ง สาขา จำนวนหุ้น ที่ลงทุน มูลค่าหุ้นของบริษัท วันเริ่มต้นประกอบกิจการ จะเห็นได้ว่าข้อมูลดังกล่าวทางราชการมีอยู่แล้วตามกฎหมายอื่น จึงเป็นการซ้ำซ้อนของกฎหมายด้วย มาตรการของกฎหมายดังกล่าวเป็นมาตรการที่ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหน่วยงานของรัฐสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้โดยไม่ก่อให้เกิดผลกระทบกับประชาชนผู้ประกอบการและการประกอบอาชีพ

1.4.3 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484

มาตรา 6 “ไม้หวงห้ามมีสองประเภท คือ ประเภท ก. ไม้หวงห้ามธรรมดา ได้แก่ ไม้ซึ่งการทำไม้จะต้องได้รับ อนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือได้รับสัมปทานตามความในพระราชบัญญัตินี้ ประเภท ข. ไม้หวงห้ามพิเศษ ได้แก่ ไม้หายากหรือ

ไม้ที่ควรสงวนซึ่งไม่อนุญาตให้ทำไม้ เว้นแต่รัฐมนตรีจะได้อนุญาตในกรณีพิเศษ”

มาตรา 7 “ไม้สักและไม้อย่างทั่วไปในราชอาณาจักรไม่ว่าจะขึ้นอยู่ที่ใดเป็นไม้หวงห้ามประเภท ก. ไม้ชนิดอื่นในป่าจะให้เป็นไม้หวงห้ามประเภทใดให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา การเพิ่มเติมหรือเพิกถอนชนิดไม้ หรือเปลี่ยนแปลงประเภทไม้หวงห้ามที่ได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดไว้แล้วก็ดี หรือจะกำหนดไม้ชนิดใดเป็นไม้หวงห้ามประเภทใดขึ้นในท้องที่ใด นอกจากท้องที่ที่ได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดตามความในมาตราก่อนแล้วนั้นก็ดี ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา พระราชกฤษฎีกาซึ่งตราขึ้นตามความในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้ใช้บังคับได้เมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

มาตรา 25 “ผู้ใดนำไม้ที่มีไซ้ไม้หวงห้ามเข้าเขตด่านป่าไม้ต้องเสียค่าธรรมเนียมตามอัตราที่รัฐมนตรีกำหนด เว้นแต่เข้าไปเพื่อใช้สอยส่วนตัว ภายในเขตท้องที่จังหวัดที่ทำไม้นั้น การนำไม้เข้าเขตด่านป่าไม้หลายด่าน ให้เสียค่าธรรมเนียมเพียง ด่านแรกด่านเดียว”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในช่วงต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่ามาตรา 6 และมาตรา 7 กำหนดให้การทำไม้หวงห้ามประเภท ก เช่น ไม้สักและไม้อย่างทั่วไปไม่ว่าจะขึ้นในที่ใด และการทำไม้หวงห้ามธรรมดาจะต้องมาขออนุญาตหรือสัมปทาน แต่ปัจจุบันนี้ปรากฏว่าการปลูกไม้สักอยู่ทั่วไป ไม้สักจึงไม่ใช่เป็นไม้ที่หายากอีกต่อไป บทบัญญัติทั้งสองนี้จึงล้าสมัยและไม่สอดคล้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการตามที่ได้บัญญัติรับรองไว้มาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางการแข่งขัน

สำหรับบทบัญญัติมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 เนื่องจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ของประชาชนเกินความจำเป็นในการเก็บค่าธรรมเนียมจากไม้ที่มีไม้หวงห้ามมิใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศหรือเพื่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

1.4.4 พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490

มาตรา 25 “ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกประกาศกำหนดให้ผู้มีอาชีพในการประมง การค้าสินค้าสัตว์น้ำผลิตภัณฑ์สัตว์น้ำ และอุตสาหกรรมสัตว์น้ำตามที่จะได้มีพระราชกฤษฎีการะบุไว้ในท้องที่ใด ๆ มาจดทะเบียนได้ และจะกำหนดให้ผู้มีอาชีพเช่นว่านี้มาขออนุญาตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เสียก่อนดำเนินการอาชีพเช่นว่านั้น โดยให้เสียค่าธรรมเนียมหรือยกเว้นค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัตินี้ก็ได้”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในช่วงต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า การกำหนดให้ผู้มีอาชีพในการประมง การค้าสินค้าสัตว์น้ำ ผลิตภัณฑ์น้ำและอุตสาหกรรมสัตว์น้ำ มาขออนุญาตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เสียก่อนดำเนินการอาชีพนั้น เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยไม่เข้าช้อยกเว้นให้จำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ อย่างไรก็ดี หากพิจารณาในทางที่เข้าช้อยกเว้นตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ก็อาจเกินความจำเป็นที่จะบังคับผู้ประกอบการอาชีพทุกรายมาจดทะเบียนตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.4.5 พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499

มาตรา 21 “ห้ามมิให้บุคคลใดทำการค้า ช้าง ม้า โค กระบือ แพะ แกะ สุกร หรือสัตว์ชนิดอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือทำการค้าซากสัตว์ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน”

มาตรา 31 “ห้ามมิให้บุคคลใดนำเข้า นำออก หรือนำผ่านราชอาณาจักรซึ่งสัตว์หรือซากสัตว์ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดี หรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย

อธิบดี หรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายจะกำหนดเงื่อนไขตามที่เห็นสมควรไว้ในใบอนุญาตก็ได้

การนำเข้า นำออก หรือนำผ่านราชอาณาจักร ซึ่งสัตว์หรือซากสัตว์ตามมาตรา 31 นี้ให้นำเข้า นำออก หรือนำผ่านท่าเข้าหรือท่าออกแล้วแต่กรณี เว้นแต่อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย จะสั่งเป็นอย่างอื่น”

มาตรา 34 “ผู้ใดนำ ช้าง ม้า โค กระบือ แพะ แกะ สุกร หรือน้ำเชื้อสำหรับ

ผสมพันธุ์หรือเอ็มบริโอของสัตว์เหล่านี้ หรือสัตว์ชนิดอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือซากสัตว์ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ไปยังท้องที่ต่างจังหวัด ต้องได้รับใบอนุญาตจากสัตวแพทย์ประจำท้องที่

ในการออกใบอนุญาตตามวรรคหนึ่ง สัตวแพทย์จะกำหนดเงื่อนไขตามที่จำเป็นไว้ในใบอนุญาตเกี่ยวกับการใช้เส้นทางและยานพาหนะในการนำสัตว์ไปและสถานีส่งสัตว์และการผ่านด่านกักสัตว์ตามระเบียบที่อธิบดีกำหนดก็ได้ เว้นแต่เป็นการนำสัตว์ไปเลี้ยงหรือใช้งานชั่วคราว”

จากบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า บทบัญญัติทั้งสามเป็นการห้ามมิให้ทำการค้าซากสัตว์ที่กฎหมายกำหนด และการห้ามนำเข้า นำออก นำผ่าน ราชอาณาจักรหรือซากสัตว์ และการกำหนดให้ผู้ที่จะนำสัตว์ที่กฎหมายกำหนดหรือนำเข้าเพื่อสำหรับผสมพันธุ์หรือเอ็มบริโอของสัตว์ที่กฎหมายกำหนดไปต่างจังหวัด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย โดยเฉพาะการห้ามตามมาตรา 34 ซึ่งเป็นเรื่องนำหรือเคลื่อนย้ายระหว่างท้องที่ในต่างจังหวัด โดยปราศจากเหตุของการควบคุมการเคลื่อนย้ายกรณีนี้ย่อมเป็นการขัดกับหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อ การประกอบอาชีพและเป็นมาตรการที่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไข มาตรการดังกล่าวจึงเป็น มาตรการที่ไม่เป็นไปตาม “หลักความได้สัดส่วน” จึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดกับสิทธิใน ทรัพย์สินตามมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 41 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อม ได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่ กฎหมายบัญญัติ” และเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการ แข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 29 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 43 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) เพราะเป็นการกระทบต่อ การประกอบกิจการของประชาชนโดยไม่มีการแสดงเหตุผลความจำเป็นในกฎหมาย

1.4.6 พระราชบัญญัติองค์กรร่วมไทย-มาเลเซีย พ.ศ. 2533

มาตรา 8 “โดยผลแห่งพระราชบัญญัตินี้ องค์กรร่วมได้รับมอบอำนาจและ เข้าถือเอาซึ่งสิทธิแต่ผู้เดียว อำนาจ ความเป็นอิสระ และเอกสิทธิ์ในการสำรวจและ แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปิโตรเลียม ในพื้นที่ พัฒนาร่วม”

มาตรา 17 “ไม่ว่าจะมีกฎหมายอื่นใดบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างไร ก็ตาม ห้ามมิให้ผู้ใดนอกจากองค์กรร่วมประกอบธุรกิจการสำรวจและแสวงประโยชน์

จากทรัพยากรธรรมชาติใด ๆ รวมทั้งปิโตรเลียมในพื้นที่พัฒนาร่วม เว้นแต่จะได้มีการทำสัญญาระหว่างองค์กรร่วมกับผู้นั้นเพื่อสำรวจและแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าว สัญญาตามวรรคหนึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลทั้งสองก่อน

ภายใต้บังคับของวรรคสี่ ในกรณีที่สัญญาตามวรรคหนึ่งเป็นสัญญาเพื่อสำรวจและแสวงหาประโยชน์จากปิโตรเลียม สัญญานั้นจะต้องเป็นสัญญาแบ่งปันผลผลิตและนอกจากเรื่องอื่น ๆ ต้องมีข้อกำหนดและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) เพื่อวัตถุประสงค์ตามมาตรา 10 ผู้ได้รับสัญญาต้องชำระค่าภาคหลวงเป็นจำนวนร้อยละสิบของผลผลิตรวมของปิโตรเลียมให้แก่องค์กรร่วมตามวิธีการและเวลาที่จะกำหนดในสัญญา

(2) ให้ผู้ได้รับสัญญาใช้อัตราร้อยละห้าสิบของผลผลิตรวมของปิโตรเลียมเพื่อวัตถุประสงค์ในการหักค่าใช้จ่ายสำหรับการประกอบกิจการปิโตรเลียม

(3) ให้ถือว่าส่วนที่เหลือของผลผลิตรวมของปิโตรเลียมหลังจากการหักเพื่อวัตถุประสงค์ตาม (1) และ (2) แล้วเป็นปิโตรเลียมส่วนที่เป็นกำไรและให้แบ่งให้แก่องค์กรร่วมและผู้ได้รับสัญญาเท่า ๆ กัน

(4) สัญญาจะมีอายุไม่เกินสามสิบห้าปี แต่ต้องไม่เกินอายุของการใช้บังคับของความตกลง

(5) ให้บรรดาค่าใช้จ่ายทั้งปวงในการประกอบกิจการปิโตรเลียมตกเป็นภาระของผู้ได้รับสัญญาและภายใต้บังคับของ (2) ให้หักจากผลผลิตได้

(6) จำนวนเงินขั้นต่ำที่ผู้ได้รับสัญญาต้องใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการประกอบกิจการปิโตรเลียมตามสัญญาในฐานะข้อผูกพันขั้นต่ำ ตามที่ตกลงกันระหว่างองค์กรร่วมและผู้ได้รับสัญญา

(7) ผู้ได้รับสัญญาต้องชำระเงินบำรุงการวิจัยให้แก่องค์กรร่วมในอัตราร้อยละศูนย์จุดห้าของจำนวนรวมแห่งส่วนของผลผลิตรวมที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการหักค่าใช้จ่ายตาม (2) และส่วนแบ่งของปิโตรเลียมส่วนที่เป็นกำไรของผู้ได้รับสัญญาตาม (3) ตามวิธีการและเวลาที่จะได้กำหนดโดยองค์กรร่วม แต่ทั้งนี้การชำระเงินดังกล่าวจะหักจากผลผลิตมิได้

(8) ข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งใด ๆ ซึ่งเกิดจากหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาซึ่งไม่สามารถตกลงกันได้โดยฉันทามติ ให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีองค์คณะที่ประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการ 3 คน เพื่อชี้ขาด โดยคู่กรณีเป็นผู้ตั้งฝ่ายละหนึ่งคน และให้คู่กรณีร่วมกันตั้งคนที่สาม หากคู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้ในการ

เลือกอนุญาโตตุลาการคนที่สามภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ให้เสนอเรื่องไปยัง คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (UNCITRAL) เพื่อตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตาม กฎของคณะกรรมการดังกล่าว สถานที่พิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้อยู่ที่ กรุงเทพมหานครหรือกรุงกัวลาลัมเปอร์ หรือสถานที่อื่นใดตามแต่คู่กรณีจะตกลงกัน ให้องค์กรร่วมเปลี่ยนแปลงอัตราตาม (2) (3) และ (7) ของวรรคสามสำหรับสัญญาใด ๆ ได้โดยความเห็นชอบของรัฐบาลทั้งสอง ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงใด ๆ ดังกล่าวใน สัญญาที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่จะกระทำมิได้ เว้นแต่ผู้ได้รับสัญญาจะตกลงยินยอมด้วย เพื่อวัตถุประสงค์แห่งมาตรา นี้ “ผลพลิตรวม” เมื่อเกี่ยวกับก๊าซให้หมายถึง รายได้ทั้งหมดจากการขายก๊าซ”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า การกำหนดให้องค์กรร่วมได้รับมอบอำนาจและ เข้าถือซึ่งสิทธิแต่ผู้เดียว และเข้าถือเอาซึ่งสิทธิแต่ผู้เดียว และมีเอกสิทธิ์ในการสำรวจ และแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปิโตรเลียมในพื้นที่ พัฒนาร่วม เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีในการประกอบอาชีพของผู้อื่นในการสำรวจ และแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและการกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดนอกจาก องค์กรร่วมประกอบธุรกิจการสำรวจและแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ใด ๆ รวมทั้งปิโตรเลียมในพื้นที่พัฒนาร่วม เว้นแต่จะได้มีการทำสัญญาระหว่าง องค์กรร่วมกับผู้นั้นเพื่อสำรวจและแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าว เป็นการจำกัดสิทธิชุมชนท้องถิ่นที่อาจอาศัยบริเวณพื้นที่ขององค์กรร่วมไทย-มาเลเซีย ที่ประสงค์จะมีส่วนร่วมจัดการ บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ในบริเวณดังกล่าว บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นการบัญญัติไม่ สอดคล้องกับ “หลักความได้สัดส่วน” อันเป็นการไม่สอดคล้องกับการบัญญัติรับรอง เรื่องสิทธิชุมชนดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 66 และมาตรา 67 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)

1.4.7 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

มาตรา 42 “ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาตอาจ ขอรับใบอนุญาตอีกได้เมื่อพ้นสองปีนับแต่วันถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาต แต่เมื่อ คณะกรรมการได้พิจารณาคำขอรับใบอนุญาตและปฏิเสธการออกใบอนุญาต ผู้นั้นจะยื่น คำขอรับใบอนุญาตได้อีกต่อเมื่อสิ้นระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะกรรมการปฏิเสธ การออกใบอนุญาต ถ้าคณะกรรมการปฏิเสธการออกใบอนุญาตเป็นครั้งที่สองแล้ว

ผู้นั้นเป็นอันหมดสิทธิขอรับใบอนุญาตอีกต่อไป”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า การเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ และถูกปฏิเสธการให้ใบอนุญาตอีกสองครั้ง ผู้นั้นหมดสิทธิที่จะขอรับใบอนุญาตอีกต่อไป เป็นมาตรการที่ลงโทษหนักเกินกว่าเหตุโดยมิได้จำแนกแยกแยะว่าการถูกสั่งเพิกถอนจากเหตุประเภทใดเป็นเหตุที่ไม่ควรได้รับใบอนุญาตอีก แต่กรณีเป็นการกำหนดเป็นการทั่วไปว่าเมื่อถูกเพิกถอนใบอนุญาตแล้วต่อยื่นคำขอและถูกปฏิเสธสองครั้งถือว่าหมดสิทธิขอรับใบอนุญาต จึงเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ขัดกับหลักความได้สัดส่วน

1.4.8 พระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๔๘๕

มาตรา ๖ “วัฒนธรรมซึ่งบุคคลจักต้องปฏิบัติตาม นอกจากจะได้กำหนดไว้โดยพระราชบัญญัติแล้ว ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกาได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการแต่งกาย จรรยาและมารยาทในที่สาธารณะสถานที่หรือที่ปรากฏแก่สาธารณชน

(๒) ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการปฏิบัติตนและการปฏิบัติต่อบ้านเรือน

(๓) ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการประพฤติตนอันเป็นทางนำมาซึ่งเกียรติของชาติไทย และพระพุทธศาสนา

(๔) ความมีสมรรถภาพและมารยาทเกี่ยวกับวิธีดำเนินงานอาชีพ

(๕) ความเจริญงอกงามแห่งจิตใจและศีลธรรมของประชาชน

(๖) ความเจริญก้าวหน้าในทางวรรณกรรมและศิลปกรรม

(๗) ความนิยมไทย”

มาตรา ๑๔ “สมาคมหรือองค์การใด ซึ่งมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับงานของสภาวัฒนธรรมแห่งชาติ ไม่ว่าจะได้ตั้งอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ก็ตาม ต้องได้รับอนุญาตจากสภาวัฒนธรรมแห่งชาติก่อนจึงจะดำเนินการจัดตั้งตามกฎหมายหรือดำรงอยู่ต่อไปได้ และเมื่อได้ตั้งขึ้นหรือดำรงอยู่แล้วให้อยู่ในความควบคุมของสภานี้ สมาคมหรือองค์การที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ดำรงอยู่ต่อไป ให้เลิกและหยุดดำเนินการทันที อนึ่ง ถ้าสภาวัฒนธรรมแห่งชาติพิจารณาเห็นสมควรจะสั่งเพิกถอนการอนุญาตที่ให้ไว้แก่สมาคมหรือองค์การใดก็ได้ สมาคมหรือองค์การเช่นนั้นจักต้องเลิกและหยุดดำเนินการทันทีดุจกัน”

มาตรา ๑๕ “ผู้ใดฝ่าฝืนพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในมาตรา ๖ มีความผิด ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งร้อยบาท หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือทั้งปรับทั้งจำ”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า บทบัญญัติดังกล่าวทั้งสามไม่สอดคล้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยใช้วิธีการอื่นตามมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ฉะนั้นจึงสมควรดำเนินการแก้ไขและปรับปรุงบทบัญญัตินั้นเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็นไปตามหลักในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ต้องเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายนั้นด้วย มาตรการในการควบคุมตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ถือว่าเป็นมาตรการที่ขัดกับ “หลักความได้สัดส่วน” เพราะเป็นมาตรการที่เกินแก่ความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าไปควบคุมถึงขนาดนั้น

1.4.9 ประมวลกฎหมายอาญาทหาร

มาตรา 6 “ผู้ใดต้องคำพิพากษาศาลทหารให้ลงอาชญาประหารชีวิต ท่านให้เอาไปยิงเสียให้ตาย”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า การกำหนดโทษประหารชีวิตโดยเอาไปยิงเสียให้ตายตามประมวลกฎหมายอาญาทหารนั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 32 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้” ดังนั้นการลงโทษประหารชีวิตไม่ถือว่าการลงโทษด้วยวิธีการที่โหดร้ายและไร้มนุษยธรรม แต่มีข้อควรพิจารณาว่า บทบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่เกินความจำเป็นหรือไม่ เนื่องจากเป็นการลงโทษประหารชีวิตที่ลักษณะทารุณและโหดร้าย ประกอบกับปัจจุบันนี้ประมวลกฎหมายอาญาก็ได้มีการแก้ไขวิธีการลงโทษประหารชีวิตจากการเอาไปยิงเสียให้ตาย เป็นการฉีดสารพิษให้ตายเพื่อมิให้ผู้ต้องโทษประหารชีวิตต้องได้รับความทรมานเกินสมควร

1.4.10 พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530

มาตรา 10 “การเกณฑ์เวลาปกติกระทำได้ เว้นแต่เป็นการเกณฑ์เพื่อการ

พิจารณาการสนามที่จำต้องมีพลเรือนเข้าร่วมในการฝึกนั้น”

มาตรา ๑๑ “การเกณฑ์ตามมาตรา ๑๐ อาจเกณฑ์ทรัพย์สินได้ ดังต่อไปนี้

- (๑) สถานที่สำหรับใช้พักแรมหรือสร้างที่พักแรม
- (๒) เชื้อเพลิง น้ำมันเชื้อเพลิง สิ่งห่อหุ้ม และก๊าซ
- (๓) ยานพาหนะพร้อมด้วยอุปกรณ์และเครื่องมือใช้สำหรับการซ่อมบำรุง

ยานพาหนะนั้น

- (๔) สัตว์พาหนะพร้อมด้วยเครื่องผูกเทียมและเครื่องใช้สำหรับสัตว์พาหนะนั้น”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า บทบัญญัติดังกล่าวทั้งสองมาตรา ข้อยกเว้นของการเกณฑ์ช่วยราชการทหารในเวลาปกติ บัญญัติไว้แต่เพียงว่าเป็นการเกณฑ์เพื่อการฝึกการสนามที่จำต้องมีพลเรือนเข้าร่วมในการฝึกนั้น ไม่ใช้การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันเป็นการฉุกเฉิน ไม่เข้าเหตุเพื่อการออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพตามมาตรา ๓๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช ๒๕๕๐) ซึ่งบัญญัติว่า

“การเกณฑ์แรงงานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน หรือโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งให้กระทำได้ในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

ดังนั้นการที่พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. ๒๕๓๐ บัญญัติให้อำนาจดังกล่าวจึงเป็นการไม่สอดคล้องกับ “หลักความได้สัดส่วน”

1.4.11 พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. ๒๔๙๗

มาตรา ๕๓ ทวิ “เมื่อปรากฏว่าที่ดินแปลงหนึ่งหรือหลายแปลงรวมกันมีพื้นที่กว้างตั้งแต่สามสิบเมตรขึ้นไป และยาวตั้งแต่สามร้อยเมตรขึ้นไปซึ่งอากาศยานอาจขึ้นลงได้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลซึ่งมีสิทธิในที่ดินนั้นจัดทำสิ่งกีดขวางตามที่กำหนดให้เพื่อมิให้ใช้ที่ดินนั้นเป็นที่ขึ้นลงของอากาศยานในกรณีเช่นว่านี้ให้บุคคลดังกล่าวจัดทำให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนด ในกรณีที่ผู้ที่มีสิทธิในที่ดินไม่สามารถจัดทำหรือไม่ยอมจัดทำสิ่งกีดขวางดังกล่าว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจัดทำสิ่งกีดขวางนั้นได้

ห้ามมิให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดทำลาย ถอน หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งสิ่งกีดขวางดังกล่าวในวรรคแรก เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ

“หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อเสรีภาพในทรัพย์สินของบุคคล ซึ่งแม้จะเป็นการจำกัดสิทธิโดยอำนาจของบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ตาม แต่ก็ไม่ได้อธิบายหรือกำหนดเหตุอันใดเป็นกรณีที่จะจำกัดสิทธิไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างไรบ้าง มาตรานี้กำหนดบังคับเลยว่าให้พนักงานเจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้มีสิทธิในที่ดินจัดทำสิ่งกีดขวาง โดยที่พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ดำเนินการเองด้วย ในกรณีที่ถ้าเห็นว่าการขึ้นลงของอากาศยานในที่ใดไม่เหมาะสมหรือไม่ปลอดภัย กฎหมายควรมีมาตรการอื่นควรบังคับการได้ ไม่ใช่สั่งผู้มีสิทธิในที่ดินผู้ใดก็ได้ที่มีที่ดินกว้างยาวขนาดนั้น ทำสิ่งกีดขวางในที่ดินของตนเองเพื่อประโยชน์ของทางราชการ เพราะเขาอาจใช้ประโยชน์อย่างอื่นในที่ดินของเขาอยู่ก็ได้ และก็ได้กล่าวถึงการชดเชยความเสียหายใด ๆ ทั้งสิ้น จึงย่อมเป็นการจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่เกินความจำเป็นและกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.4.12 พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

มาตรา 54 “เมื่อปรากฏว่าผู้รับใบอนุญาตที่ออกตามมาตรา 46 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎกระทรวง ระเบียบหรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้และเป็นการกระทำผิดที่ร้ายแรง ผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ ผู้รับใบอนุญาตซึ่งถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ต้องหยุดประกอบกิจการตามใบอนุญาตนั้น และจะขอรับใบอนุญาตใด ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้อีกไม่ได้จนกว่าจะพ้นกำหนดสองปีนับแต่วันที่ถูกลงโทษเพิกถอนใบอนุญาต และผู้อนุญาตจะออกใบอนุญาตให้หรือไม่ก็ได้สุดแต่จะพิจารณาเห็นสมควร”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า มาตรา 54 วรรคสอง ที่บัญญัติว่าผู้อนุญาตจะออกใบอนุญาตให้หรือไม่ก็ได้สุดแต่จะพิจารณาเห็นสมควร เป็นถ้อยคำที่ไม่ได้กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจ ซึ่งอาจกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการได้ และแม้ว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมถูกต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ แต่การบัญญัติกฎหมายที่เป็นแนวทางการใช้ดุลพินิจให้ผู้อนุญาตทราบล่วงหน้าก็จะเป็นการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพไปในตัวด้วย

1.4.13 กฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญา

การกำหนดโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่กระทบต่อเสรีภาพหรือสิทธิในชีวิต

และร่างกายของบุคคล ดังนั้น การกำหนดโทษทางอาญาโดยหลักแล้วต้องเป็นไปตาม “หลักความได้สัดส่วน” หากการกำหนดโทษทางอาญาในเรื่องใดไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนการกำหนดโทษทางอาญาในเรื่องนั้นย่อมขัดกับรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ ในที่นี้จะดำเนินการกำหนดโทษทางอาญาที่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” มาพิจารณาเป็นตัวอย่าง ดังนี้

1.4.13.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 “ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อ

- (1) ล้มล้างหรือเปลี่ยนรัฐธรรมนูญ
- (2) ล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจอธิปไตย หรืออำนาจตุลาการแห่งรัฐธรรมนูญ หรือให้ใช้อำนาจดังกล่าวแล้วไม่ได้ หรือ
- (3) แบ่งแยกราชอาณาจักรหรือยึดอำนาจปกครองในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักร

ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นกบฏ ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

จากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นกฎหมายอาญาที่มีโทษสูงสุด ซึ่งประเด็นที่อาจมีปัญหากับ “หลักความได้สัดส่วน” คือ แม้เพียงขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อการตามที่กำหนดไว้ใน (1) – (2) ก็ย่อมต้องโทษประหารชีวิตเช่นเดียวกัน ในประเด็นนี้เห็นว่าความได้สัดส่วนระหว่างการกระทำและผลคือโทษในกรณีนี้ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

1.4.13.2 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 201 และมาตรา 202

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 201 และมาตรา 202 ในส่วนที่กำหนดโทษให้ประหารชีวิต

มาตรา 201 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต”

มาตรา 202 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่ง

โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต”

การกำหนดโทษทั้ง 2 มาตราดังกล่าวโดยเฉพาะการกำหนดให้มีโทษประหารชีวิตในกรณีนี้ หากพิจารณาจากการกระทำความผิดแล้ว จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานเรียกรับสินบนและกำหนดให้มีโทษถึงประหารชีวิตย่อมเป็นการกำหนดโทษที่ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

ตัวอย่างทั้งสองกรณีดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างของการกำหนดโทษทางอาญาโดยเฉพาะที่กำหนดโทษถึงประหารชีวิตนั้น อย่างน้อยที่สุดการกระทำความผิดที่จะต้องรับโทษประหารชีวิตจะต้องเป็นความผิดร้ายแรงที่บุคคลนั้นไม่สมควรจะอยู่ในสังคมร่วมกับบุคคลอื่นอีกต่อไป แต่หากการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้นไม่สมควรต้องได้รับโทษถึงประหารชีวิตแต่กลับกำหนดโทษถึงขั้นประหารชีวิต การกำหนดโทษเช่นนั้นย่อมเป็นการขัดกับหลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้โดยยังไม่ต้องคำนึงถึงสภาพการกระทำ พฤติกรรม หรือสภาพแวดล้อมที่ผู้พิพากษาเห็นควรให้ลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในเรื่องนั้นเป็นพฤติกรรมแห่งการกระทำ

จากภาพรวมของบทที่ 1 ซึ่งได้ทำการศึกษาถึงหลักความได้สัดส่วนของประเทศไทย รวมทั้งปัญหาและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในแต่ละคดีเกี่ยวกับการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ตาม แต่ในสาระสำคัญของคำวินิจฉัยดังกล่าวก็ไม่ปรากฏหลักการในการวิเคราะห์ปัญหาในทางข้อเท็จจริงเกี่ยวกับหลักการทางกฎหมายในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ “เท่าที่จำเป็น” หรือตาม “หลักความได้สัดส่วน” ว่ามีขอบเขตได้แค่ไหนอย่างไรเพียงแต่ให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่ามีลักษณะของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและการไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งไม่เป็นการชี้ให้เห็นถึงแก่นลึกของแนวความคิดด้านสิทธิและเสรีภาพ เพียงแต่มีคำวินิจฉัยโดยกล่าวรวม ๆ ว่าไม่เกินกว่ากรณีเท่าที่จำเป็นและไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพโดยไม่ปรากฏเนื้อหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับหลักการการจำกัดสิทธิและเสรีภาพซึ่งไม่พบข้อพิจารณาเกี่ยวกับทฤษฎีโดยตรงใน “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคำวินิจฉัยแต่อย่างใด

บทที่ 2

หลักความได้สัดส่วนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในส่วนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะได้กล่าวถึง 2.1 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ 2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย 2.3 หลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) และ 2.4 แนวคำวินิจฉัยในเรื่องหลักความได้สัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

2.1 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) และยังได้นำมาบัญญัติซ้ำไว้อีกในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Gesetz über Bundesverfassungsgericht- BVerfGG) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการบัญญัติรวมอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่กระจัดกระจายตามมาตราต่าง ๆ นำมาบัญญัติรวมไว้ในมาตราเดียว เพื่อความสะดวกในการใช้โดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมันมีอำนาจวินิจฉัยเกี่ยวกับ

- (1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล (มาตรา 13 ข้อ 1 BVerfGG)
- (2) คดีที่เกี่ยวกับพรรคการเมือง (มาตรา 8 GG และ มาตรา 13 ข้อ 1 BVerfGG)
- (3) การตรวจสอบการเลือกตั้ง (มาตรา 41 วรรคสอง GG และ มาตรา 13 ข้อ 3 BVerfGG)
- (4) คดีฟ้องประธานาธิบดีสหพันธ์ (มาตรา 61 วรรคสอง GG และ มาตรา 13 ข้อ 4 BVerfGG)
- (5) คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 93 ข้อ 1 GG และ มาตรา 13 ข้อ 5 BVerfGG)
- (6) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรม (มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4 GG และ มาตรา 13 ข้อ 6 BVerfGG)
- (7) คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์รัฐ โดยเฉพาะเกี่ยวกับการปฏิบัติการตามกฎหมาย (มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4 GG และ มาตรา 13 ข้อ 7 BVerfGG)
- (8) คดีข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนอื่น ๆ ระหว่างสหพันธ์รัฐกับมลรัฐ หรือระหว่างมลรัฐด้วยกันเท่าที่ศาลอื่น ๆ ไม่ได้กำหนดเขตอำนาจศาลในเรื่องนั้น (มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4 GG และ มาตรา 13 ข้อ 8 BVerfGG)

- (9) การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4 a และ 4b และ มาตรา 13 ข้อ 8a BVerfGG)
- (10) คดีฟ้องผู้พิพากษาของสหพันธ์หรือของมลรัฐ (มาตรา 98 วรรคสอง และ วรรคห้า GG และ มาตรา 13 ข้อ 9 BVerfGG)
- (11) คดีข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐในกรณีที่กฎหมายของมลรัฐได้กำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (มาตรา 99 GG และมาตรา 13 ข้อ 10 BVerfGG)
- (12) การควบคุมมิให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรม (มาตรา 100 วรรคหนึ่ง GG และ มาตรา 13 ข้อ 11 BVerfGG)
- (13) การตรวจสอบบทกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าเป็นกฎหมายภายในหรือไม่ (มาตรา 100 วรรคสอง GG และ มาตรา 13 ข้อ 12 BVerfGG)
- (14) การควบคุมเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการตีความคดีรัฐธรรมนูญ (มาตรา 100 วรรคสาม GG และ มาตรา 13 ข้อ 13 BVerfGG)
- (15) วินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกใช้บังคับก่อนรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ยังมีผลบังคับต่อไปหรือไม่ (มาตรา 136 GG และ มาตรา 13 ข้อ 15 BVerfGG)
- (16) ในกรณีอื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสหพันธ์ (มาตรา 100 วรรคสาม GG และ มาตรา 13 ข้อ 13 BVerfGG)

2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

เรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการพิจารณา วินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมนำมาใช้ได้ในทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจ มหาชนของรัฐ แต่เรื่องที่มีความสำคัญที่จะต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ที่สำคัญ คือ 2.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และ 2.2.2 การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

2.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ลักษณะของกฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะในทางเนื้อหาไม่รวมถึงปัญหาในกระบวนการตราอาจแยกลักษณะของกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญได้ ดังนี้ 2.2.1.1 กฎหมายที่ตราขึ้นโดยขัดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรา

กฎหมายจำกัดสิทธิ 2.2.1.2 กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญ 2.2.1.3 กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักเกณฑ์ในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ และ 2.2.1.4 กฎหมายที่ตราขึ้นโดยขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

2.2.1.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

กฎหมายที่ตราขึ้นโดยขัดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิสำหรับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

(2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

(3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

ก) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่เงื่อนไขกฎหมายเฉพาะ กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่มีเงื่อนไขเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้น ๆ จะกระทำได้เฉพาะตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

ข) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่น หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

(4) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกำหนดเองไว้เพียงพอหรือไม่ “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt)

2.2.1.2 กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 19 (การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน) ได้บัญญัติไว้ดังนี้

(1) ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย กฎหมายในกรณีนี้จะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้ นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวจะต้องกล่าวอ้างถึงมาตรา ของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย

(2) ไม่ว่ากรณีใด การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานมิได้

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นให้นำมาใช้กับนิติบุคคลภายในประเทศด้วย เท่าที่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นสามารถนำมาใช้ได้กับนิติบุคคล

(4) หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิในทางศาลได้ ในกรณีที่ไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม"

ประเด็นที่เกี่ยวกับการตรากฎหมายจำกัดสิทธิย่อมเป็นไปตามที่บัญญัติใน (1) และ (2) ซึ่งมีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

ก. สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย

ข. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป และจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้

ค. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกล่าวอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย และ

ง. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพการจะกระหอบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานมิได้

2.2.1.3 กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักความเสมอภาคและข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ มิได้

มาตรา 3 (ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย)

(1) บุคคลมีความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย

(2) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันให้รัฐดำเนินการสนับสนุนเพื่อให้บรรลุสำเร็จผลแห่งความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย และก่อให้เกิดผลในการจัดความไม่เท่าเทียมกันที่มีอยู่ให้หมดสิ้นไป

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

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ นั้นประกอบด้วยหลักต่าง ๆ ดังนี้

ก. ความเสมอภาคกันในกฎหมาย ตามมาตรา 3 (1) ข. หลักความมีสิทธิเท่าเทียมกันของชายและหญิง ตามมาตรา 3 (2) และ ค. หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 3 (3) ในการตรวจสอบว่ากฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 หรือไม่มีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันสำหรับข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนหรือไม่

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

ค. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

(ค.1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(ค.2) ในกรณีของเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ เช่น

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ (ตามมาตรา 3 (3)) หรือมีเหตุผลข้อยกเว้นอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ (หลักความได้สัดส่วน)

ง. การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค

จ. องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือไม่

2.2.1.4 กฎหมายที่ตราขึ้นโดยขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ

(1) หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปย่อมเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบได้ เช่น

“หลักความได้สัดส่วน” หรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” เพราะถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือ “หลักความแน่นอนชัด” เป็นหลักที่เรียกร้องความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถดำเนินการให้เป็นตามข้อเรียกร้องของกฎหมายได้ ซึ่งหลักนี้เป็นหลักการที่เรียกร้องอย่างเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา

“หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง” ซึ่งเป็นหลักการที่เรียกร้องอย่างเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญาเช่นเดียวกัน และสำหรับในขอบเขตของกฎหมายอื่น อาจตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังได้แต่จะต้องพิจารณาหลักอื่น ๆ ประกอบด้วย

(2) หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมนำมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ เช่น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิแล้ว แต่มอบให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียด นอกจากจะเป็นการขัดกับหลักเงื่อนไขของรัฐสภาดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ยังถือว่าเป็นการขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หรือการตรากฎหมายโดยกำหนดให้การวินิจฉัยของคณะกรรมการไม่อาจอุทกโต้แย้งไปศาลได้ ถือว่าเป็นการขัดกับหลักพื้นฐานของหลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักสำคัญพื้นฐานในการร่างรัฐธรรมนูญด้วย

2.2.2 การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerden)

เรื่องร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerden) เป็นกรณีที่บุคคลอาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตรวจสอบว่าการใช้อำนาจมหาชนที่เป็นเหตุของการฟ้องร้องคดีในเรื่องนั้น ๆ เป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ การที่บุคคลจะใช้สิทธิเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น บุคคลนั้นจะต้องใช้สิทธิในทางศาลที่มีเขตอำนาจจนถึงที่สุดก่อน เมื่อศาลที่มีเขตอำนาจพิพากษาแล้ว บุคคลนั้นเห็นว่ายังมีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญก็อาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงความเป็นมาของเรื่องการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ และสาระสำคัญของการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

สาระสำคัญของการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญและตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน มีดังนี้

(1) ผู้มีสิทธิร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 90 BVerfGG)

ก. บุคคลสามารถใช้สิทธิร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เมื่อบุคคลนั้นกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิที่คล้ายสิทธิขั้นพื้นฐานในมาตรา 20 บรรทัดที่ 1 มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104 ของรัฐธรรมนูญ

ข. ถ้าการคัดค้านการละเมิดสิทธิดังกล่าวเป็นเรื่องที่อาจใช้สิทธิทางศาลได้ การจะร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อได้มีการใช้สิทธิทางศาลมาแล้วจนถึงที่สุด แต่ในกรณีที่เรื่องนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญโดยทั่วไปหรือหากต้องใช้สิทธิ

ทางศาลจนถึงที่สุดแล้ว ผู้ร้องทุกข์จะได้รับความเสียหายจนไม่อาจจะแก้ไขเยียวยาได้ ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะพิจารณาเรื่องนั้นได้โดยไม่ต้องดำเนินการในทางศาลจนถึงที่สุด

(2) การให้เหตุผลในการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 92 BVerfGG)

ในการให้เหตุผลในการร้องทุกข์นั้นจะต้องกล่าวอ้างถึงสิทธิที่ถูกละเมิด การกระทำหรือการละเว้นการกระทำหรือเจ้าหน้าที่ที่ทำการละเมิดสิทธิของผู้ร้องทุกข์

(3) ระยะเวลาในการยื่น (มาตรา 93 BVerfGG)

ก. การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญจะต้องร้องทุกข์ภายใน 1 เดือน และจะต้องให้เหตุผลในคำร้องทุกข์ด้วย ระยะเวลาดังกล่าวให้นับตั้งแต่วันที่ได้มีการส่งคำวินิจฉัยหรือนับแต่มีการแจ้งให้ทราบ

ข. ถ้าการไม่ยื่นคำร้องภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวเกิดเพราะเหตุใดเหตุหนึ่งอันมิใช่ความผิดของผู้ร้องทุกข์ ให้ผู้ร้องทุกข์ยื่นคำร้องเพื่อขอยื่นคำร้องทุกข์ คำร้องดังกล่าวให้ยื่นภายใน 2 สัปดาห์หลังจากที่เหตุดังกล่าวได้ผ่านพ้นไปแล้ว

ค. ถ้าการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งกฎหมายหรือโต้แย้งการกระทำอื่น ๆ ของรัฐ หากการโต้แย้งดังกล่าวไม่อาจใช้สิทธิในทางศาลได้ ในกรณีนี้ บุคคลนั้นอาจร้องทุกข์ได้ภายใน 1 ปี นับแต่วันที่กฎหมายฉบับนั้นมีผลบังคับใช้ หรือหลังจากที่ได้มีการกระทำของรัฐนั้น ๆ

2.3 หลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit)

หลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit)²⁷ ตามหลักกฎหมายของเยอรมันนั้น ถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง มิใช่เฉพาะแต่ในเยอรมันเท่านั้น ยังรวมถึงออสเตรเลีย สวิสเซอร์แลนด์และประเทศอื่น ๆ นอกจากนี้ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากสหภาพยุโรป เช่น ตามสัญญา EWG-Vertrag ซึ่งได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยสนธิสัญญา Maastricht อันเป็นสนธิสัญญาที่ก่อตั้งสหภาพยุโรป ได้กำหนดหลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจน ในมาตรา 3 วรรค 3 เป็นต้น จะเห็นได้ว่า หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักในทางกฎหมายที่สำคัญ ทั้งนี้เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรม (Gerechtigkeit) อันเป็นพื้นฐาน

²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 268

ของหลักกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของผู้ปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย ทั้งนี้เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ผลประโยชน์ของผู้ปัจเจกบุคคลก็ตีผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันก็ตี รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชนก็ตี ย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ การคลี่คลายความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ดังกล่าวของประเทศในทางตะวันตกได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนนี้เองเป็นหลักในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งดังกล่าว ส่งผลให้การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันเป็นไปอย่างสันติบนหลักการของกฎหมายที่คำนึงถึงความยุติธรรมของทุกฝ่าย

โดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย อันมีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ และโดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะได้ทำความเข้าใจต่อสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน เพื่อนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย ซึ่งในบทความนี้จะได้ศึกษาถึงหลักความได้สัดส่วน

“หลักความได้สัดส่วน” (Verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz) หรือ เรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “หลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ” (Uebersmassverbot) นั้น เป็นหลักที่ถือว่ามีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน (Bundesverfassungsgericht) โดยนับตั้งแต่ทศวรรษที่ 1950 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้นำหลักดังกล่าวมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยได้นำหลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่นำมาใช้เป็นการทั่วไป และถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่นำมาใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทุกประเภท ในปัจจุบันที่นักนิติศาสตร์ของเยอรมันต่างมีความเห็นสอดคล้องกันว่า หลักความได้สัดส่วนหรือหลักห้ามกระทำเกินกว่าเหตุเป็นหลักที่มีผลมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง ในปี 1968 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยวินิจฉัยว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงมีลำดับชั้นในระดับของรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายประการสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ และเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

ภาระหน้าที่หลักของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีได้มีความมุ่งหมายเฉพาะการจำกัดการแทรกแซงของอำนาจรัฐเท่านั้น แต่หากตีความหลักความได้สัดส่วนอย่าง

ถูกต้องแล้ว หลักความได้สัดส่วนนั้นนอกเหนือจากจะเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) แล้ว หลักความได้สัดส่วนถือว่าเป็นเกณฑ์มาตรฐานที่เป็นสาระสำคัญในการควบคุมตรวจสอบของรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า เกือบไม่มีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ครั้งใดที่มีได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา นอกเหนือจากการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว หลักความได้สัดส่วนยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำในการปกครองทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำในทางปกครองที่เป็นการแทรกแซงในสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบของการกระทำในทางปกครองมาเป็นเวลายาวนานแล้ว⁵⁸ ในปัจจุบันนี้หลักความได้สัดส่วนยังได้นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนด้วย⁵⁹ และขอบเขตที่สำคัญที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้คือ ในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งในปัจจุบันนี้ถือว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีภาระหน้าที่สำคัญสำหรับขอบเขตของเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในส่วนของหลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันนั้นจะได้พิจารณาถึง 2.3.1 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักความได้สัดส่วน 2.3.2 สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน และ 2.3.3 หลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน⁶⁰

2.3.1 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักความได้สัดส่วน

นับตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญ นั้นเป็นการยอมรับหลักความได้สัดส่วนเข้าสู่ระบบกฎหมาย หากแต่พัฒนาการและความเป็นมาของหลักความได้สัดส่วนนั้น ตามความเห็นของ Wieacker เห็นว่า การศึกษาความเป็นมาของหลักความได้สัดส่วนนั้นอาจย้อนกลับไปสู่ยุคประวัติศาสตร์ได้ โดย Wieacker ได้แยกพิจารณารากฐานอันเป็นที่มาของหลักความได้สัดส่วนโดยมีที่มาจาก 3 หลัก ดังนี้ ประการแรกมาจากความยุติธรรมในลักษณะของการ

⁵⁸ Klaus Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, S. 764

⁵⁹ E. Dahlinger, DöV 1966, S. 818 ff.

⁶⁰ E. Grabling, AöR, Bd 98 (1973), S. 570; Jarass – Pieroth, Grundgesetz – Kommentar, 3. Aufl. 1995, Art.20 Rdnr. 57 a.

ตอบแทน (die vergeltende Gerechtigkeit) ประการที่สอง มาจากความยุติธรรมในลักษณะของการแบ่งส่วน (die zuteilende Gerechtigkeit) และประการที่สาม มีที่มาจากความคิดที่ว่ากฎหมายย่อมมีความมุ่งหมายเพื่อรับใช้ประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ของส่วนรวม ดังนั้น การจำกัดขอบเขตของการดำเนินการตามกฎหมาย ย่อมขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว วัตถุประสงค์ของกฎหมายจึงเป็นตัวกำหนดการดำเนินการของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบของการดำเนินการดังกล่าวโดยพิจารณาจากวิธีการ-วัตถุประสงค์-ความสัมพันธ์⁶¹ หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นการแสดงถึงความสอดคล้องเหมาะสมระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์นั้น ถือว่าเป็นหลักการที่มีลักษณะทั่วไปและมีมาตั้งแต่ดั้งเดิมแล้ว อันเป็นหลักที่ใช้สำหรับควบคุมในทางกฎหมายที่มีต่อการกระทำของรัฐทั้งหลาย ความพยายามในเบื้องต้นในการกำหนดขอบเขตในทางกฎหมาย และการควบคุมการกระทำของรัฐได้แสดงออกโดยทฤษฎีวัตถุประสงค์ของรัฐตามหลักเหตุผล⁶² ซึ่งในขั้นแรกนั้นมีเป้าหมายเพียงเป็นการให้เหตุผลในการดำเนินการของรัฐ พัฒนาการต่อมาได้พัฒนาการไปสู่การให้เหตุผลในการกระทำของรัฐอันใดอันหนึ่ง ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่จะใช้มาตรการอื่น ๆ ได้ หากแต่ไม่เลือกมาตรการอื่น ๆ พัฒนาการในเบื้องต้นเป็นการพัฒนาการจากหลักความชอบของรัฐในทางนามธรรม แล้วค่อย ๆ พัฒนาไปสู่การเป็นเกณฑ์มาตรฐานในการควบคุมการกระทำของรัฐ กล่าวคือเป็นการควบคุมการกระทำของรัฐจะต้องมีความเหมาะสมกับเป้าหมายของการกระทำนั้น⁶³

หลักความได้สัดส่วนซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อความยุติธรรมนั้นได้มีการค้นพบว่ามีกรณีบัญญัติไว้เป็นกฎหมายบัญญัติตั้งแต่ในสมัยของกฎหมายโรมันแล้ว และต่อมาได้ค้นพบหลักดังกล่าวในกฎหมายอาญา แต่การยอมรับหลักความได้สัดส่วนที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเกิดขึ้นนับตั้งแต่ได้มีการนำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายทั่วไปของแผ่นดินสำหรับรัฐปรัสเซีย (Allgemeines Landrecht fuer die preussischen Staaten) ตาม Paragraph 10 II 7 ของกฎหมายตำรวจ (Polizeirecht) โดย C. G. Svarez เห็นว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นรากฐานของกฎหมายมหาชน โดยมีสาระสำคัญว่า รัฐนั้นมีสิทธิที่จะจำกัดเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้เท่าที่เป็นความจำเป็นเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้เสรีภาพและความมั่นคงของทุกคนสามารถที่จะดำรงอยู่ได้

⁶¹ Wieacker, Festschrift R. Fischer, 1979, S. 874.

⁶² Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1959, S. 232

⁶³ G. Haverkate, Rechtsfrage der Leistungsstaates, 1983, S. 13

Svarez เห็นว่า หลักการดังกล่าวเป็นการแสดงออกถึงความมีเหตุผลและเป็นส่วนหนึ่งของปรัชญาในยุคพุทธิปัญญา (Philosophie der Aufklaerung) การที่หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายตำรวจของปรัสเซียนั้น ซึ่งถือว่าเป็นเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดอำนาจในการแทรกแซงของตำรวจ ตามความเข้าใจในทางตำราและในคำพิพากษาของศาลต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งของศาลปกครอง ปรัสเซียและของซัคเซิน ถือกันว่าเป็นหลักของความจำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วน หรือหลักห้ามกระทำเกินกว่าเหตุ⁶⁴

G. H. von Berg เป็นบุคคลแรกที่ได้กล่าวอย่างชัดเจนถึงหลักความได้สัดส่วนสำหรับการกระทำของตำรวจ⁶⁵ O. Mayer ซึ่งถือว่าเป็นบิดากฎหมายปกครองของเยอรมัน ได้เขียนถึงหลักความได้สัดส่วนหลังจากที่ G. H. von Berg ได้กล่าวไว้เกือบ 100 ปีต่อมา โดยได้กล่าวไว้ว่า การกระทำของตำรวจนั้นจะต้องมีพื้นฐานมาจากกฎหมายและจะต้องกระทำตามความจำเป็นและจะต้องได้สัดส่วน⁶⁶ แต่หากไม่คำนึงถึงการกำหนดไว้ในลักษณะของกฎหมายบัญญัติของกฎหมายปกครองแล้ว ถือได้ว่าความคิดในเรื่องหลักความได้สัดส่วนหรือหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลายาวนานแล้ว

หลังจากที่กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมันมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1949 ได้ก่อให้เกิดคำถามขึ้นว่า ได้มีการกำหนดหลักความได้สัดส่วนไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดย Guenter Duerig ได้กล่าวไว้ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นเสมือนจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญ แต่ก้าวสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนั้นเกิดมาจากวิทยานิพนธ์ปริญญาเอกของ R. von Krauss ซึ่ง Krauss ได้เขียนเรื่องหลักความได้สัดส่วนโดยเขียนเสร็จในปี 1953 และได้รับการเผยแพร่ในปี 1955 Krauss ได้ตั้งหลักความได้สัดส่วนออกมาจากกฎหมายตำรวจและจากกฎหมายปกครอง และได้ยกระดับหลักดังกล่าวให้เป็นหลักในระดับของรัฐธรรมนูญ⁶⁷ P. Lerche ได้กล่าวไว้ในปี 1961 ว่า แทบจะไม่ต้องสงสัยเลยว่า หลักความได้สัดส่วนได้รับความชอบธรรมโดยอาศัยการกำกับจากรัฐธรรมนูญ และโดยความเข้าใจหลักนิติรัฐที่แตกต่างไปจากเดิม จากพื้นฐานดังกล่าวนี้เองทำให้หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับให้กลายเป็นหลักการพื้นฐานในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐาน⁶⁸

⁶⁴ Klaus Stern, DAs Staatsrecht, Band III/2, S. 766.

⁶⁵ G.H. von Berg, Handbuech des Teutschen Polizeirceht, 2 Aufl. 1802, S. 89

⁶⁶ O. Mayer, Deutscher Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1985, S.267.

⁶⁷ R. von Krauss, Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit, 1955 S. 19.

⁶⁸ P. Lerche, Uebermass und Verfassungsrecht, 1961, S.61.

ในทางดำรานั้นต่างยอมรับคุณค่าของหลักความได้สัดส่วนว่าอยู่ในระดับรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีความเห็นที่ปฏิเสธการยอมรับดังกล่าว การผลักดันที่สำคัญสำหรับการวางหลักดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเกิดจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ ครั้งแรกนั้นเป็นความพยายามของศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรีย ซึ่งได้วินิจฉัยมาตรา ๘๙ ของรัฐธรรมนูญของบาวาเรียที่ได้บัญญัติให้มีการจัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรียได้เคยวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องตรวจสอบกับหลักความได้สัดส่วน^{๖๙} ในปี ๑๙๕๕ เป็นครั้งแรกที่มีความชัดเจนต่อหลักความได้สัดส่วน โดยมีหลักว่ากฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่ละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนเท่ากับเป็นการละเมิดต่อหลักนิติรัฐ ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรียได้นำหลักนิติรัฐ (มาตรา ๓ ของรัฐธรรมนูญของบาวาเรีย) มาประกอบการพิจารณาเกี่ยวกับหลักประกันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแล้ว ได้สรุปว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจละเมิดหลักความได้สัดส่วนได้ และตั้งแต่นั้นมาการอ้างถึงหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐก็ได้รับการยืนยันมาโดยตลอด

การยกระดับของหลักความได้สัดส่วนให้เป็นหลักของรัฐธรรมนูญได้รับการวินิจฉัยในคำวินิจฉัยแรกของศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์โดยได้มีการกล่าวอ้างถึงหลักดังกล่าวไว้^{๗๐} และในปี ๑๙๕๔ ได้มีการกล่าวอ้างถึงหลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ในคำวินิจฉัย เรื่อง Apotheken Urteil^{๗๑} หลังจากศาลได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในคดีดังกล่าวแล้ว คำวินิจฉัยดังกล่าวได้กลายมาเป็นคำวินิจฉัยหลักที่ศาลใช้เป็นมาตรฐานในการวินิจฉัยคดีต่อมา และต่อมาในปี ๑๙๖๕ และในปี ๑๙๖๘ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่าในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีสถานะในระดับของรัฐธรรมนูญโดยหลักความได้สัดส่วนนั้นมีผลมาจากหลักนิติรัฐและมีพื้นฐานมาจากระบบของสิทธิขั้นพื้นฐาน^{๗๒} และคำวินิจฉัยต่อ ๆ มาได้วินิจฉัยว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่สำคัญที่นำไปใช้เกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทุกประเภท อันเป็นเงื่อนไขบังคับของหลักนิติรัฐ ด้วยเหตุเช่นนี้หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักของรัฐธรรมนูญ^{๗๓} และคำวินิจฉัยต่อ ๆ มาก็ได้เน้นย้ำถึงแนวคิดดังกล่าวมาโดยตลอด

^{๖๙} BVerfGE ๖๔ (๗๖); ๘๑ (๘๘,๙๑)

^{๗๐} BVerfGE ๑, ๑๖๗ (๑๗๘); ๒, ๑ (๗๙)

^{๗๑} BVerfGE ๗, ๓๗๗ (๔๐๙, ๔๐๗)

^{๗๒} BVerfGE ๑๙, ๓๔๒ (๓๔๘)

^{๗๓} BVerfGE ๒๓, ๑๒๗ (๑๓๓)

2.3.2 สารสำคัญของหลักความได้สัดส่วน

เป็นระยะเวลายาวนานที่มีปัญหาถกเถียงกันถึงเรื่องสารสำคัญของหลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากงานศึกษาของ R.v. Krauss และ P. Lerche ได้ทุ่มเทให้กับการศึกษาถึงเนื้อหาอันเป็นสารสำคัญของหลักความได้สัดส่วน คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เองก็มีส่วนไม่น้อยที่ก่อให้เกิดความสับสน ทั้งนี้เพราะศาลได้ใช้ถ้อยคำต่าง ๆ อย่างหลากหลายโดยมิได้อธิบายถึงความแตกต่างของคำเหล่านั้น โดยถ้อยคำที่ศาลใช้เช่น “เกินกว่าส่วน” “ไม่เหมาะสม” “มีเหตุผล” “ความจำเป็น” “จะขาดเสียมิได้” เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามนับตั้งแต่ปี 1970 เป็นต้นมา ถึงได้มีความเห็นสอดคล้องกันว่าเนื้อหาอันเป็นสารสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ

- ความเหมาะสม (Geeignetheit) ของมาตรการหรือวิธีการสำหรับวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่ง
- ความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit) ของมาตรการหรือวิธีการ และ
- ความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit imengeren Sinne) หรือความสมเหตุผล (Zumutbarkeit) ระหว่างผลกระทบกับประโยชน์ที่เกิดจากการดำเนินการตาม มาตรการดังกล่าว

สารสำคัญทั้ง 3 ประการ ของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีผลมาจากคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญของสหพันธ์ ในกรณีที่มีการโต้แย้งมาตรการในการตรวจสอบจดหมาย การติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ และการติดต่อสื่อสารโดยวิธีการอื่น ๆ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม โดยเป็นการโต้แย้งมาตรา 1 วรรค 3 ของกฎหมายว่าด้วยการจำกัดการติดต่อสื่อสารทางจดหมายทางไปรษณีย์ และการสื่อสารทางไกล (Gesetz zur Beschränkung der Brief-, Post- und Fernmeldewesens) ฉบับลงวันที่ 13.8.1968 ศาลได้วินิจฉัยว่าตามหลักความได้สัดส่วนนั้น มาตรการตรวจสอบดังกล่าวนั้นจะต้องมีความเหมาะสม (geeignet) เพื่อให้มาตรการดังกล่าวมีผลต่อการคุ้มครองต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง กล่าวคือ เพื่อให้สามารถรับรู้ได้ทันเวลาและสามารถที่จะค้นพบอันตรายอันเกิดจากการโจมตี โดยทางอาวุธที่กระทำต่อเยอรมันได้ นอกจากนี้มาตรการตรวจสอบดังกล่าวจะต้องมีความจำเป็น (erforderlich) ด้วยหากมีมาตรการอื่นที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่าและสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ มาตรการตรวจสอบดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น และท้ายที่สุดมาตรการตรวจสอบดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

(Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) ซึ่งหมายความว่า มาตรการตรวจสอบนั้นจะต้องวางอยู่ในความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างผลที่ได้จากมาตรการตรวจสอบดังกล่าวกับผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้หลักความได้สัดส่วนจะมีสาระสำคัญ 3 ประการ ดังกล่าวที่แน่นอนชัดแล้วก็ตาม แต่ความชัดเจนในแง่ของถ้อยคำแต่ละถ้อยคำแล้วยังคงมีปัญหาอยู่ ซึ่ง L. Hirschberg และ M. Ch. Jakobs ได้ทำการศึกษาเนื้อหาของถ้อยคำดังกล่าวเพื่อความชัดเจนในการใช้หลักดังกล่าว โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.3.2.1 หลักความเหมาะสม (Geeignetheit หรือ Tauglichkeit)

หลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการอันใดอันหนึ่งนั้นตามความหมายแต่เดิมที่ปรากฏในทางตำราและคำพิพากษานั้น ได้อธิบายไว้ว่า มาตรการที่เหมาะสมคือ มาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก ส่วนการอธิบายตามแนวใหม่ซึ่งได้อธิบายถึง วัตถุประสงค์-วิธีการ-ความสัมพันธ์ (Zweck-Mittel-Relation) ซึ่ง Pieroth และ Schlink ได้อธิบายว่า⁷⁴ ความเหมาะสมหมายความว่า สภาพการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการแทรกแซงและภายในสภาพการณ์นั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยว่า ความเหมาะสมเพียงบางส่วนนั้นก็เป็นการเพียงพอ ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความเหมาะสมอย่างสมบูรณ์⁷⁵ ในความหมายนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ตั้งคำถามในการตรวจสอบว่า การดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวนั้นสามารถที่จะนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้หรือไม่ซึ่งจากการวินิจฉัยของศาลนั้นได้เคยวินิจฉัยว่ามาตรการนั้นมีความไม่เหมาะสมเพียงไม่กี่กรณีเท่านั้น เช่น

- ในกรณีของข้อห้ามในทางกฎหมายต่อหน่วยงานกลางที่จัดบริการให้มีการดำเนินทางกับรถยนต์ส่วนบุคคล (Mitfahrzentrale) เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของการจราจร และเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ร่วมเดินทางกับรถยนต์ส่วนบุคคล⁷⁶

⁷⁴ Pieroth / Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 9. Aufl., S.72.

⁷⁵ BVerfGE 16, 147 (183); 30, 250 (263); 39, 201 (230); 47, 109 (117) และ M. Gents, NJW 1968, S.1600

⁷⁶ BVerfGE 17, 306 (315)

- ในกรณีของความจำเป็นในทางกฎหมายของการพิสูจน์ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญ (Sachkundennachweis) เพื่อวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองของผู้บริโภค⁷⁷

- ในกรณีของความจำเป็นของการตรวจสอบความสามารถในการยิงปืนและการพิสูจน์ความรู้ในทางเทคนิคเกี่ยวกับการใช้อาวุธ สำหรับการออกใบอนุญาตในการล่าสัตว์ด้วยเหยี่ยว⁷⁸

สำหรับข้อพิจารณาในเรื่องอื่น ๆ ตามหลักความเหมาะสมนั้นมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

ก. ปัญหาเรื่องหลักความเหมาะสมนั้นจะต้องไม่สับสนกับปัญหาเรื่องความชอบด้วยวัตถุประสงค์ (Zweckmaessigkeit) เพราะปัญหาเรื่องความเหมาะสมนั้นเป็นปัญหาที่ศาลอาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ ส่วนเรื่องความชอบด้วยวัตถุประสงค์นั้นเป็นปัญหาเรื่องการประเมินค่า สำหรับการตรวจสอบขอบเขตของความเหมาะสมนั้นศาลจะตรวจสอบว่า มาตรการและเป้าหมายนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากมาตรการหรือเป้าหมายอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องตรวจสอบความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าวมาตรการหรือเป้าหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญย่อมเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม⁷⁹ การตรวจสอบดังกล่าวจึงเป็นการทำหน้าที่ในการกลั่นกรองสำหรับการควบคุมความเหมาะสม⁸⁰

ข. การตรวจสอบความเหมาะสมของมาตรการอันใดอันหนึ่ง ซึ่งยังไม่เสร็จสิ้นการดำเนินการ หากแต่เป็นมาตรการที่ขึ้นอยู่กับ การคาดคะเน (Prognose) ปัญหาในเรื่องดังกล่าวนี้ยังมีความยุ่งยากมากขึ้น หากเป็นการประเมินมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเข้าไปเกี่ยวข้องกับขอบเขตของการประเมินค่าในทางการเมือง ในเรื่องดังกล่าวมีปัญหาที่เกี่ยวข้องกัน 2 ประการ ประการแรก คือ ขอบเขตแค่นี้เพียงใดที่มอบหมายอำนาจในการคาดคะเนให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติสำหรับการเลือกมาตรการอันใดอันหนึ่ง และประการที่สอง การคาดคะเนของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลแค่นี้เพียงใด ขอบเขตของคำถามทั้งสองนี้เป็นการลงลึกเข้าไปในปัญหาเรื่องขอบเขตของดุลพินิจอิสระในทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติและปัญหาเรื่องอำนาจในการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับปัญหาเรื่องขอบเขตในกรณีของการกระทำที่เป็นไปใน

⁷⁷ BVerfGE 19, 330 (338)

⁷⁸ BVerfGE 55, 159 (165)

⁷⁹ Pieroth / Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 9. Aufl. 1993, Rdnr. 318 f.

⁸⁰ R. Dechsling, Das Verhaeltnismaessigkeitsgebot, 1989, S. 79.

ลักษณะของการคาดคะเนนั้นในเรื่องนี้ยังคงเป็นปัญหาอยู่ ในเรื่องดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับว่าการควบคุมการคาดคะเนนั้นจะต้องมีความแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับขอบเขตของแต่ละเรื่อง โดยจะต้องให้ออกาสแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการทำการคาดคะเนดังกล่าวได้ รวมทั้งจะต้องให้ความสำคัญกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (Rechtsgüter) ในเรื่องนั้น ๆ ด้วย การให้ออกาสแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการคาดคะเนดังกล่าวนี้จะต้องยอมรับถึงการคาดคะเนของฝ่ายนิติบัญญัติอาจเป็นไปอย่างผิดพลาดได้ แต่อย่างไรก็ตามได้มีการเรียกร้องให้สามารถตรวจสอบเรื่อง ดังกล่าวในภายหลังได้⁸¹

การตรวจสอบความเหมาะสมของกฎหมาย ซึ่งเป็นมาตรการของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการคาดคะเน (Prognose) นั้น โดยหลักทั่วไปแล้วเป็นที่ยอมรับกันว่า ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอำนาจที่จะทำการคาดคะเนได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกฎหมายที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ กฎหมายที่มีการคาดคะเนเหล่านี้จะไม่สอดคล้องกับหลักความเหมาะสมและจะเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ เมื่อการเลือกมาตรการอันมีลักษณะเป็นการคาดคะเนโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ปรากฏอย่างชัดเจนว่า การคาดคะเนนั้นเป็นการคาดคะเนที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อนกับพัฒนาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และความผิดพลาดของการคาดคะเนนั้นมีผลต่อมาตรการในทางกฎหมายนั้น ลำพังเพียงแต่ข้อเท็จจริงว่า ความไม่เหมาะสมของมาตรการตามกฎหมายนั้นได้ปรากฏ ชัดเจนในภายหลัง กรณีเช่นนี้ยังถือว่าเป็นการเพียงพอที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่สอดคล้องกับหลักความเหมาะสม⁸² ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าศาลจะถือว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมเฉพาะกรณีที่ศาลสามารถวินิจฉัยโดยอาศัยพื้นฐานของข้อเท็จจริงทั้งหมดที่มีอยู่ในขณะนั้นแสดงให้เห็นได้ว่า มาตรการที่มีลักษณะเป็นการคาดคะเนนั้นมีความไม่เหมาะสม⁸³

ค. การตรวจสอบความเหมาะสมนั้น หากพบว่ามาตรการโดยมาตรการหนึ่งนั้น ไม่อาจเป็นไปได้อย่างชัดเจน หรือมาตรการที่เป็นการคาดคะเนนั้นไม่อาจเป็นไปได้ อย่างชัดเจน ซึ่งกรณีเช่นนี้ นาน ๆ ถึงจะเกิดขึ้นสักครั้ง หากเกิดกรณีเช่นนี้ มาตรการ หรือวิธีการดังกล่าวก็จะเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ ในทางปฏิบัติมาตรการหรือวิธีการที่มีความผิดพลาดอย่างชัดเจนเท่านั้นที่จะได้รับการปฏิเสธจากศาล ตัวอย่าง ที่ได้รับการกล่าวถึงกันอยู่เสมอ คือ กรณีที่มีการจำกัดความเร็วของรถเพื่อบรรเทา ความเสียหายของป่า ซึ่ง Pieroth และ Schlink เห็นว่า การจำกัดความเร็วของรถ

⁸¹ BVerfGE 7., 40 (125)

⁸² Christoph Degenhart, Staatsrecht I, Aufl., S.125.

⁸³ BVerfGE 39, 210 (230); 47, 89 (131)

เพื่อวัตถุประสงค์ในการบรรเทาความสูญเสียของป่าไม้ ในแง่ของความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าวนั้น มาตรการดังกล่าวจะมีความเหมาะสมก็ต่อเมื่อสมมติฐานหรือวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้สามารถแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการลดลงของก๊าซโอเสียจากรยนต์กับการฟื้นสภาพที่ดีขึ้นของป่า⁸⁴ สำหรับปัญหาใหม่อีกปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นที่มลรัฐ Hessen กล่าวคือ มลรัฐ Hessen ได้ออกระเบียบเพื่อลดการทำลาย Ozone ซึ่งระเบียบดังกล่าวมีผลใช้บังคับทั่วทั้งมลรัฐ โดยได้กำหนดให้จำกัดความเร็วบนทางหลวง และบนถนนสายอื่น ๆ ในกรณีนี้มีปัญหาว่ามาตรการนี้จะเป็นการเหมาะสมหรือไม่สำหรับการลดภาวะต่อ Ozone⁸⁵ จากสภาพของปัญหาดังกล่าวนี้นี้การตรวจสอบตามหลักความได้สัดส่วนนั้น เป็นปัญหาที่จะต้องตรวจสอบตามหลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

2.3.2.2 หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit)

ความเข้าใจต่อหลักความจำเป็นในปัจจุบันนี้ได้รับการอธิบายในเชิงบอกเล่าว่า เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้นที่เป็นมาตรการที่จำเป็น ส่วนการอธิบายในเชิงปฏิเสธนั้นอาจอธิบายว่า ความจำเป็นของมาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้นไม่มีอยู่ หากการบรรลุเป้าหมายเดียวกันนั้น หรือ ผลสำเร็จที่ดีกว่าสามารถจะกระทำได้โดยวิธีการหรือมาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า ทั้งในทางตำรา และคำพิพากษาของศาลถือกันว่า หลักความจำเป็นเป็นหนึ่งในของการแทรกแซงที่น้อยที่สุด⁸⁶

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้อธิบายหลักความจำเป็นว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะมีความจำเป็นเมื่อไม่สามารถที่จะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ อีกทั้งมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด⁸⁷

การตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการอันใดอันหนึ่งนั้นมีเงื่อนไขพื้นฐานอยู่ที่การพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการนั้น เฉพาะมาตรการที่มีความเหมาะสมเท่านั้นถึงจะนำไปสู่การตรวจสอบหลักความจำเป็น ถ้าหากมีมาตรการที่เหมาะสมเพียงมาตรการเดียว มาตรการดังกล่าวนี้จะได้รับการเลือกเมื่อมาตรการดังกล่าวนี้

⁸⁴ Pieroth / Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 9 Aufl., 1993, Rdnr. 323

⁸⁵ H. Janker, NJW 1993, S. 2711 (2713).

⁸⁶ BVerfGE 7, 377 (405); 14, 288 (303); 16, 147, (172); L. Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, 1981, S.56 F.; R. Dechsling, DAs Verhältnismässigkeitsgcbot, 1989, k S.51 ff.

⁸⁷ BVerfGE 30, 292 (316); 63, 88, (115); 70, 278, (286)

สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของหลักความจำเป็น แต่ M. Ch. Jakobs กลับเห็นว่าหลักความจำเป็นจะนำมาใช้เมื่อมีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการเท่านั้น ถึงจะมาพิจารณาหลักความจำเป็น โดยทั่วไปแล้วจะมีมาตรการที่มีความเหมาะสมหลายมาตรการ ซึ่งมีระดับของความรุนแรงในการแทรกแซงที่แตกต่างกัน ในกรณีนี้ตามหลักเกณฑ์ของหลักความจำเป็นจะต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า จะมีมาตรการเพียงมาตรการเดียวเท่านั้นที่จะเป็นมาตรการที่จำเป็น⁸⁸

ในกรณีของการใช้หลักความจำเป็นนั้นควรจะต้องเก็บกรณีที่มีมาตรการที่มีความเหมาะสมหลายมาตรการที่จะบรรลุเป้าหมายดังกล่าวได้ การที่มีมาตรการที่เหมาะสมเพียงมาตรการเดียว กรณีนี้จึงไม่มีมาตรการที่จะกระทบกระเทือนที่น้อยที่สุดให้เลือก การตีความมาตรา 4 (1) ของกฎหมายการจราจร 1952 ซึ่งให้อำนาจหน้าที่ตำรวจในการถอนใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) เห็นว่าการถอนใบอนุญาตเพียงบางส่วนนั้นมิได้สนับสนุนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันสาธารณะต่ออันตรายอันเกิดจากขับรถ การบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวก็ต่อเมื่อมีการเพิกถอนใบอนุญาตทั้งฉบับ

หลักความจำเป็นมีความสำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมการใช้อำนาจมหาชนที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเคยมีกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นในปี 1968 ที่เบอร์ลิน ในระหว่างนั้นได้มีการเดินขบวนของชาวเวียดนาม เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทำการห้ามมิให้มีการเดินขบวน แต่กระนั้นก็ตามได้มีบุคคลกลุ่มหนึ่งได้นำโปสเตอร์แผ่นเล็กติดที่โคนไฟตามถนน และสถานที่อื่น ๆ เพื่อเชิญชวนให้ประชาชนมาร่วมเดินขบวน โดยสถานที่ชุมนุมนั้น ได้มีการระบุไว้ในแผ่นประกาศแผ่นเล็ก ๆ นั้น ตำรวจได้ทำการจับกุมบุคคลหนึ่งซึ่งทำการติดแผ่นประกาศเล็ก ๆ นั้น ตามกำแพงบ้านในเขตพื้นที่อันเป็นที่อยู่อาศัยของเมือง บุคคลนั้นได้ถูกควบคุมตัวในคืนนั้น และในวันต่อมาจนกระทั่งการเดินขบวนได้ร้องไปยังศาลปกครองชั้นสูงของเบอร์ลิน และศาลได้วินิจฉัยว่าการจับกุมบุคคลดังกล่าวนั้นไม่มีความจำเป็นสำหรับการรักษาความสงบของสังคม เพราะการรับแผ่นประกาศดังกล่าวนั้นถือว่าเป็นการเพียงพอแล้ว

สำหรับมาตรการที่เป็นการแทรกแซงนั้นต่างเห็นพ้องกันว่า ผลของการแทรกแซงที่มีต่อผู้ได้รับผลกระทบนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญสำหรับการตรวจสอบ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อสาธารณะว่าอย่างน้อยเพียงใดด้วย ในกรณีนี้หลักความได้สัดส่วนจึงนำมาใช้อย่างเคร่งครัดสำหรับการตรวจสอบ

⁸⁸ M. Ch. Jakobs, Der Grundsatz der Verhaelthismaessigkeit, 1985, S. 66.

ดังกล่าว ในทางตรงกันข้ามสำหรับมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ในด้านหนึ่งนั้นมาตรการนั้นย่อมก่อให้เกิดภาระแก่สาธารณะ ซึ่งจำต้องตรวจสอบมาตรการนั้นจะต้องก่อให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณะให้น้อยที่สุด แต่อย่างไรก็ตามปัญหาที่ก่อให้เกิดความยุ่งยากในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว เมื่อมีบุคคล หรือกลุ่มบุคคลได้รับผลประโยชน์ที่แตกต่างกันกล่าวคือ มาตรการอันใดอันหนึ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งแต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผลประโยชน์ของคนอีกกลุ่มหนึ่ง การพิจารณาที่ถูกต้องสำหรับกรณีนี้ จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบหรือผลเสียที่เกิดขึ้นต่อกลุ่มบุคคลหนึ่งอยู่ในระดับที่มีความสำคัญกว่า⁸⁹

2.3.2.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (*Verhaeltnismaes- sigkeit im engeren Sinne*)

นับตั้งแต่ได้มีการวางหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบไว้ในกฎหมายตำรวจแล้ว ได้มีความพยายามในการศึกษาในทางวิชาการรวมทั้งจากคำพิพากษาในทางกฎหมายปกครอง และเมื่อหลักความได้สัดส่วนถูกยกระดับไปสู่การเป็นหลักการระดับรัฐธรรมนูญ อันถือว่าเป็นเกณฑ์ในการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ด้วยเหตุนี้เองทำให้เป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนและเป็นการทำให้เกิดความยุ่งยากในการนิยามหลักดังกล่าว แต่โดยทั่วไปแล้วต่างยอมรับกันว่าหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้นเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ (Zweek) และวิธีการ (Mittel) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีหลักการว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ หรือหากจะกล่าวในเชิงบอกเล่าอาจกล่าวได้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้

ในขอบเขตที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้นอาจกล่าวได้ว่า อยู่ที่ได้รับผลกระทบอันเกิดจากการแทรกแซงในเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ ประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิด

⁸⁹ M. Ch. Jakobs, Der Grundsatz der Verhaelthismaessigkeit, 1981 S.65.

ภาระแก่ผู้ได้รับผลกระทบเกินกว่าชอบเขต และผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล⁹⁰ ดังนั้นหลักความได้สัดส่วนจึงเป็นการยืนยันถึงความสมควร (Angemessenheit) หรือความสมเหตุผล (Zumutbarkeit) อันมีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับความหมายของหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ⁹¹ ในการพิจารณาภาพโดยรวมระหว่างผลกระทบของการแทรกแซงกับความสำคัญหรือเหตุผลของความเร่งด่วนในการแทรกแซงดังกล่าวมาแล้ว ยังต้องคำนึงถึงขอบเขตของความสมเหตุผลของการแทรกแซงดังกล่าวด้วย⁹²

M. Ch. Jakobs ได้เสนอข้อพิจารณาในการตรวจสอบหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบโดยมีขั้นตอนการตรวจสอบ ดังนี้

- พิจารณาการกระทำของรัฐอันใดอันหนึ่ง
- พิจารณาถึงความรุนแรงของผลกระทบดังกล่าว
- พิจารณาสິงที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (Rechtsgüter) ซึ่งได้รับประโยชน์จากการกระทำของรัฐ ทั้งในลักษณะที่เป็นประโยชน์ของปัจเจกบุคคล และประโยชน์ของมหาชน

- เปรียบเทียบสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองทั้งสองฝ่าย

ตัวอย่างข้างต้นนั้นเป็นเพียงคู่ค่าเปรียบเทียบ อันอาจเกิดขึ้นจากการดำเนินการตามมาตราการอันใดอันหนึ่ง ในการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้นโดยต้องพิจารณาว่าค่าคู่เหล่านั้นวางอยู่ในความสัมพันธ์ที่ได้สัดส่วนหรือไม่

2.3.3 หลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบ

ในการพิจารณาหลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบแบ่งออกเป็น หลักความได้สัดส่วนกับการตรวจสอบการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (2.3.3.1) และหลักความได้สัดส่วนในขอบเขตกฎหมายปกครอง (2.3.3.2)

2.3.3.1 หลักความได้สัดส่วนกับการตรวจสอบการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

การที่หลักความได้สัดส่วนได้ยกระดับเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญและได้เป็นเกณฑ์อันสำคัญในการตรวจสอบการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญได้ถือว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นเกณฑ์ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติโดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

⁹⁰ BVerfGE 9, 338(349); 13, 97, (113); 13,230] (275); 15, 226, (234); 16, 286, (297)

⁹¹ M. Gentz, NUW 1968, S. 1600 (1604); P. Badura, 1986, C.26.

⁹² BVerfGE 30, 292 (316); 33, 171 (187)

ก. หลักความได้สัดส่วนได้รับความสำคัญอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน C. Starck เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติที่ผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอาศัยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักสำคัญ โดยเงื่อนไขในทางกฎหมายที่กำหนดไว้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ ได้พัฒนากลายมาเป็นเงื่อนไขของกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

ข. ในขอบเขตของการบัญญัติกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน การใช้หลักความได้สัดส่วนในขั้นแรกนั้นเป็นเรื่องที่เป็นความจำเป็นเพื่อการเปรียบเทียบ โดยในขั้นต้นจะต้องประเมินค่าความสัมพันธ์ระหว่างผลประโยชน์มหาชนประการหนึ่งกับการสูญเสียเสรีภาพอีกประการหนึ่ง ดังนั้นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจำเป็นที่จะต้องให้เหตุผลที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับพิจารณาว่าผลประโยชน์มหาชนหรือผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลมีความสำคัญมากกว่าในกรณีนั้น ๆ โดยมี ขั้นตอนการตรวจสอบ ดังนี้

ขั้นที่หนึ่ง การตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานว่าสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ โดยจะต้องตรวจสอบขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธินั้นจะกำหนดขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ อันถือว่าเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (Rechtsgut) แต่มีสิทธิขั้นพื้นฐานจำนวนไม่น้อยที่มีปัญหาในการกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ เช่น เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz - GG) เสรีภาพในทางวิชาการและเสรีภาพในทางศิลปะ ตามมาตรา 5 วรรคสาม GG หรือสิทธิในความเสมอภาคตามมาตรา 3 วรรคสี่ GG นั้น มีความหมายว่าอย่างไร ที่บัญญัติว่า บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย การกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนให้แก่สิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้จึงเป็นเรื่องค่อนข้างยาก

ขั้นที่สอง หลังจากที่สามารถทราบขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครองแล้ว ในขั้นต่อไปจะต้องตีความขอบเขตหรือความเป็นไปได้ของการแทรกแซงในสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือขอบเขตของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามหลักทั่วไปแล้วขอบเขตของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชน และประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่จะทำให้ประโยชน์มหาชนบรรลุความมุ่งหมายได้นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล

รูปแบบของบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติอนุญาตให้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้นมีการบัญญัติในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้⁹³

(1) รูปแบบของบทบัญญัติที่อนุญาตให้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการกำหนดไว้โดยตรงจากรัฐธรรมนูญเอง โดยกำหนดไว้ในสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ

(2) รูปแบบของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการกำหนดที่มีการกำหนดไว้โดยทางอ้อมจากรัฐธรรมนูญ กรณีนี้เป็นกรณีที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติอาจจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้ หรือที่เรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขของกฎหมาย (Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt) ซึ่งอาจจำแนกออกได้ดังนี้ ได้แก่ สิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป (Grundrechte mit einfachem Gesetzesvorbehalt) และสิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ (Grundrechte mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt)⁹⁴

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานบางประเภทได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าคุ้มครองโดยปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติข้อจำกัดของการใช้สิทธิไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามจากเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ อาจจะเป็นการเป็นเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้

ขั้นที่สาม เมื่อทราบขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว จึงสามารถที่จะดำเนินการตรวจสอบในขั้นที่สามได้ว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายเมื่อการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นเป็นไปอย่างได้สัดส่วน

เช่น ในกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป (Grundrechte mit einfachem Gesetzesvorbehalt) ในการพิจารณากฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสิ่งอื่น ๆ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มักเน้นย้ำไว้ในคำพิพากษาเสมอว่าการมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในกรณีของเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปนั้นไม่อาจพิจารณาแยกออกจากการให้หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานได้ หากแต่จะต้องพิจารณาภายในขอบเขตระดับความสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ หลักสำคัญที่จะต้องคำนึงถึงคือฝ่ายนิติบัญญัติอันถือว่าเป็นตัวแทน

⁹³ Klaus Stern, อ้างแล้ว, น. 792

⁹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, "หลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่", วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 17 ตอน 2

ของประโยชน์มหาชนมักจะบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจนถึงริมสุดของขอบเขตที่อนุญาตให้จำกัดได้ หรือจนถึงขอบเขตอันเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ ซึ่งโดยแท้จริงแล้วการจะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานแค่ไหนเพียงใด ย่อมต้องขึ้นอยู่กับความสำคัญของประโยชน์มหาชนและสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลในเรื่องนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณาเพื่อให้เกิดความสมดุลในเรื่องดังกล่าว

2.3.3.2 หลักความได้สัดส่วนในขอบเขตกฎหมายปกครอง

หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายปกครอง⁹⁵ มาเป็นเวลายาวนาน หลักทั่วไปของกฎหมายปกครองที่สำคัญคือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Der Grundsatz der Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) โดยหลักคำกล่าวยังแยกออกเป็น 2 หลัก⁹⁶ คือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย (Der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) อันเป็นการผูกพันฝ่ายปกครองกับกฎหมายที่มีอยู่ทั้งหมด ซึ่งหมายความว่าฝ่ายปกครองมีอาจใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งได้ หากมาตรการนั้นขัดกับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง และหลักประการที่สอง คือ หลักเงื่อนไขของกฎหมาย (Der Grundsatz der Vorbehalts des Gesetzes) ซึ่งตามหลักนี้ฝ่ายปกครองจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งได้เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ⁹⁷ การจะตรวจสอบว่าการกระทำของฝ่ายปกครองอันใดอันหนึ่งชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้นมีเกณฑ์ในการพิจารณา 2 ประการ⁹⁸ คือ ข้อพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ (die formelle Rechtsmaessigkeit) และข้อพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (die materielle Rechtsmaessigkeit) โดยการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหานี้ จะมีการตรวจสอบ ดังนี้

ก. การกระทำทางปกครองนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายที่มีอยู่และหลักกฎหมายทั่วไป

ข. การกระทำทางปกครองนั้นจะต้องมีพื้นฐานจากการมอบอำนาจโดยกฎหมาย กล่าวคือจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำการดังกล่าว

⁹⁵ H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, /8. Aufl.1992., S.62

⁹⁶ H. Maurer, เรื่องเดียวกัน, หน้า 92

⁹⁷ แต่เรื่องนี้มีบางฝ่ายเห็นว่าการกระทำบางอย่างไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจ เช่น การที่ฝ่ายปกครองดำเนินการในลักษณะที่เป็นการช่วยเหลือประชาชน

⁹⁸ H. Maurer, เรื่องเดียวกัน, หน้า 215

ค. หากการกระทำทางปกครองนั้นมีการใช้ดุลพินิจ (Ermessen) การใช้ดุลพินิจนั้นจะต้องไม่มีข้อบกพร่อง

ง. หลักความได้สัดส่วน (Der Grundsatz der Verhaeltnismaes- sigkeit) เป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำทางปกครองเป็นการทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้น มาตรการของฝ่ายปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่งจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อมาตรการของฝ่ายปกครองนั้น มีความเหมาะสม มีความจำเป็น และได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หากมาตรการของฝ่ายปกครองไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน มาตรการทางปกครองนั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองสาระสำคัญประการหนึ่งของการตรวจสอบความชอบของการใช้ดุลพินิจคือ ตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจนั้นขัดแย้งกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายปกครองหรือไม่ ซึ่งหมายรวมถึงหลักความได้สัดส่วนด้วย นอกเหนือจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังนำมาใช้ในการพิจารณาในกรณีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วย ในกรณีนี้จะต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนเป็นพิเศษ เช่น ในกรณีที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองใดโดยมีเงื่อนไขในการเพิกถอนนิติกรรมนั้นว่า หากผู้รับนิติกรรมไม่ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แล้วเสร็จในระยะเวลาที่กำหนด เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ หากผู้รับนิติกรรมไม่ดำเนินการตามที่กำหนดไว้ให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนดไว้ ในกรณีนี้การจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นเจ้าหน้าที่ยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ ด้วย เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตในการสร้างโรงงานซึ่งมีการสร้างเสร็จแล้ว แต่เงื่อนไขบางประการยังมิได้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีนี้การจะเพิกถอนใบอนุญาตหรือไม่นั้นจะต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาในการเพิกถอนว่า การเพิกถอนนั้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

ตัวอย่างของการใช้หลักความได้สัดส่วนในทางกฎหมายปกครอง เช่น เจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้มีคำสั่งให้เจ้าของโรงงานอุตสาหกรรมทำปล่องควันให้สูงขึ้นอีก 30 เมตร เพื่อเป็นการป้องกันควันพิษที่จะเกิดขึ้นต่อชุมชนในบริเวณดังกล่าว คำสั่งดังกล่าวของเจ้าหน้าที่จะเป็นคำสั่งที่เหมาะสมเมื่อการสั่งให้สร้างปล่องควันขึ้นไปอีก 30 เมตรนั้นสามารถที่จะป้องกันควันพิษที่เกิดขึ้นต่อชุมชนรอบข้างได้ คำสั่งดังกล่าวจะเป็นคำสั่งที่มีความจำเป็น เมื่อไม่มีมาตรการอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระน้อยกว่ามาตรการดังกล่าว เช่น การต่อปล่องควันเพียง 15 เมตร ก็เป็นการเพียงพอเป็นต้น และคำสั่งดังกล่าว

จะสมเหตุสมผลเมื่อคำสั่งดังกล่าวนั้น เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์อันเป็นการป้องกันความพินาศที่จะเกิดขึ้นต่อชุมชนกับค่าใช้จ่ายในการต่อปล้องดังกล่าวอยู่น้อยในสัดส่วนที่สมเหตุสมผล หากคำสั่งของเจ้าที่ของรัฐสอดคล้องกับหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความสมเหตุสมผล คำสั่งดังกล่าวย่อมสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

2.4 แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

หลักความได้สัดส่วนถือว่าเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักความได้สัดส่วนตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นหลักที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐ (BVerfGE 61, 126/134; 69, 1/35; 76, 259/359; 80, 109/120) นอกจากนี้ยังมีผลมาจากระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งปรากฏอย่างชัดเจนในเรื่องเสรีภาพทั่วไปของบุคคลที่อาจถูกจำกัดจากอำนาจมหาชนได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุนี้เองหลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักสำคัญที่มีบทบาทในการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการกระทำของรัฐทั้งหลาย โดยหลักพื้นฐานแล้วหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่ผูกพันอำนาจรัฐในกรณีที่การใช้อำนาจรัฐนั้นไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.4.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 69, 315 (BVerfGE 69, 315) รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุม (Versammlungsgesetz – VersG)

ในคดีนี้ผู้ร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญได้ร้องเกี่ยวกับการห้ามการชุมนุมซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อคัดค้านแผนการก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ที่ Brokdorf สำคัญของการร้องทุกข์คือ การบังคับโดยการห้ามมิให้มีการจัดการชุมนุมขึ้นเป็นการทั่วไป ซึ่งคำสั่งห้ามดังกล่าวได้รับการยืนยันจากศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Oberverwaltungsgericht) สภาของมลรัฐได้ออกคำสั่งในรูป “คำสั่งทั่วไปปกครอง” (Allgemeinverfuegung) เพื่อเป็นการป้องกันไว้ล่วงหน้า

สำหรับประเด็นที่เป็นข้อพิจารณาในทางรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ มีประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพในการเดินขบวน นอกเหนือจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุม

มาตรา 8 (เสรีภาพในการชุมนุม)

“(1) ชาวเยอรมันมีสิทธิในการชุมนุมกันโดยสงบ และปราศจากอาวุธโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งล่วงหน้า หรือได้รับอนุญาต

(2) การจำกัดสิทธิดังกล่าวอาจจะทำได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายในกรณีของการชุมนุมภายใต้ท้องฟ้า”

กฎเกณฑ์ของกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเป็นไปตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน (Gesetz ueber Versammlungen und Auefzuege) ฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน 1953 และมีการแก้ไขโดยฉบับลงวันที่ 15 พฤศจิกายน 1978 โดยมาตรา 1 ยืนยันว่าเป็นสิทธิของบุคคลในอันที่จะให้มีการเดินขบวนหรือการชุมนุมหรือเป็นสิทธิของบุคคลที่จะเข้าร่วมในการเดินขบวนหรือการชุมนุม และในหมวด 3 ได้บัญญัติเกี่ยวกับ”การชุมนุมในที่สาธารณะ” กำหนดไว้ในมาตรา 14 และมาตรา 15 ดังนี้

มาตรา 14 “(1) บุคคลใดตั้งใจที่จะให้มีการชุมนุมในที่สาธารณะมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบอย่างน้อย 48 ชั่วโมงก่อนที่จะมีการชุมนุม โดยต้องแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับสถานที่ของการชุมนุมด้วย

(2) ในการแจ้งดังกล่าวจะต้องแจ้งด้วยว่า ใครเป็นผู้จัดการในการชุมนุมหรือเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดชุมนุม”

มาตรา 15 “(1) เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจอาจห้ามการชุมนุมหรืออาจกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมได้ หากในขณะที่มีการออกคำสั่งมีพฤติการณ์ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงปลอดภัยหรือความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะ

(2) เจ้าหน้าที่อาจมีคำสั่งให้ยกเลิกการชุมนุมได้ หากการจัดการชุมนุมนั้นมิได้มีการแจ้งล่วงหน้า หรือมีการกระทำที่แตกต่างไปจากที่ได้แจ้งไว้ หรือได้มีการกระทำที่ขัดกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ หรือกรณีที่เข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ใน (1)

(3) การจัดการชุมนุมที่เข้าเงื่อนไขข้อห้ามจะต้องสั่งให้มีการยกเลิก”

โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในคดีนี้ว่า เป็นเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8⁹⁹ ของรัฐธรรมนูญ โดยสรุปสาระสำคัญของคำวินิจฉัยได้ ดังนี้

(1) สิทธิของบุคคลในอันที่จะใช้เสรีภาพในการชุมนุมเข้าร่วมในกระบวนการสร้างเจตจำนงทางการเมืองถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ความสำคัญพื้นฐานของสิทธิในเสรีภาพ

⁹⁹ มาตรา 8 (เสรีภาพในการชุมนุม)

(1) ชาวเยอรมันมีสิทธิในการชุมนุมกันโดยสงบ และปราศจากอาวุธโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งล่วงหน้า หรือได้รับอนุญาต

(2) การจำกัดสิทธิดังกล่าวอาจจะทำได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย ในกรณีของการชุมนุมภายใต้ท้องฟ้า

ดังกล่าวนี้จะต้องได้รับการเคารพในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือกรณีการออกบทบัญญัติใด ๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมทั้งการใช้และการตีความบทบัญญัติดังกล่าวโดยเจ้าหน้าที่หรือโดยศาล

(2) หลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการชุมนุม (Versammlungsgesetz – VersG) เกี่ยวกับหน้าที่ในการแจ้งเรื่องการจัดการชุมนุมในที่สาธารณะและเกี่ยวกับเงื่อนไขในการยกเลิกหรือการห้ามการชุมนุม (มาตรา 14 และมาตรา 15) ย่อมเป็นไปตามข้อเรียกร้องของรัฐธรรมนูญ หากการใช้และการตีความบทบัญญัติดังกล่าวได้พิจารณาตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. หน้าที่ในการแจ้งล่วงหน้าเกี่ยวกับการชุมนุมไม่ให้นำมาใช้ในกรณีของการชุมนุมที่เกิดขึ้นเองและการละเมิดในเรื่องดังกล่าวจึงไม่อาจนำไปสู่การยกเลิกการชุมนุมหรือการห้ามการชุมนุมได้

ข. การยกเลิกและการห้ามการชุมนุมสามารถกระทำได้เพื่อคุ้มครองคุณธรรมในทางกฎหมายที่มีคุณค่าในระดับเดียวกันภายใต้การพิจารณาอย่างเคร่งครัดภายใต้หลักความได้สัดส่วน และการยกเลิกหรือการห้ามจะกระทำได้เฉพาะกรณีที่การชุมนุมนั้นจะก่อให้เกิดอันตรายขึ้นโดยตรง ซึ่งเป็นอันตรายที่สามารถคาดหมายได้

(3) ศาลปกครองได้พิพากษาไว้แล้วในการขอคุ้มครองสิทธิชั่วคราวโดยการตรวจสอบอย่างเข้มงวดว่า โดยทั่วไปแล้วการบังคับโดยการห้ามชุมนุมโดยทันทีจะนำไปสู่การขัดขวางการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน ดังนี้

การห้ามหรือการออกคำสั่งยกเลิกการชุมนุมจะต้องวางอยู่บนเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นมาตรการสุดท้าย กล่าวคือจะต้องกำหนดเงื่อนไขที่เป็นใช้มาตรการขั้นต่ำก่อน ในประเด็นนี้ย่อมเกี่ยวพันกับหลักความได้สัดส่วน หลักความได้สัดส่วนมิได้จำกัดอยู่เฉพาะการใช้ดุลพินิจในการเลือกมาตรการของเจ้าหน้าที่เท่านั้น หากแต่นำมาใช้กับดุลพินิจในการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ด้วย เสรีภาพในการชุมนุมที่ได้รับการคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญจะอยู่ในลำดับที่มาก่อนเสมอ เว้นแต่เป็นกรณีเว้นแต่เป็นกรณีเพื่อคุ้มครอง “คุณธรรมในทางกฎหมาย” ของบุคคลอื่นที่มีคุณค่าในระดับเดียวกัน ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วการจัดการชุมนุมในที่สาธารณะย่อมก่อให้เกิดผลกระทบโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ในกรณีเช่นนี้บุคคลทั้งหลายจะต้องยอมรับการใช้สิทธิที่ได้รับการรับรองคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ รวมทั้งจากปัญหาการจรรยาบรรณที่ขัดแย้งมิใช่ประเด็นที่จะนำมาสู่การห้ามการชุมนุมแต่อย่างใด

อำนาจในการแทรกแซงของเจ้าหน้าที่ย่อมอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า การห้ามการชุมนุมก่อกวน การยกเลิกการชุมนุมก่อกวน จะต้องเป็นกรณีที่การชุมนุมดังกล่าวจะก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยตรงต่อความมั่นคงหรือความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะ ภัยอันตรายที่จะก่อให้เกิดผลโดยตรงนั้นเป็นเงื่อนไขของการแทรกแซงของเจ้าหน้าที่ที่มีขอบเขตแคบกว่าเงื่อนไขตามกฎหมายว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของตำรวจ (das allgemeine Polizeirecht) ภัยอันตรายในความหมายของกฎหมายตำรวจอาจเป็นการคาดการณ์ถึงภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้น ดังนั้นการประเมินดังกล่าวจึงเป็นเรื่องของความ เป็นไปได้ที่จะเกิดภัยอันตรายดังกล่าว ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมนั้นกำหนด ว่า จะต้องเป็นกรณีของพฤติกรรมที่ปรากฏขึ้นจริง กล่าวคือจะต้องเป็นข้อเท็จจริง พฤติการณ์และรายละเอียดต่าง ๆ ลำพังเพียงการสงสัยหรือการคาดหมายหา เพียงพอสำหรับการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ภายใต้การพิจารณาถึงความสำคัญพื้นฐานของ เสรีภาพในการชุมนุมการพิจารณาของเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกคำสั่ง ห้ามการชุมนุมเป็นการล่วงหน้าไม่สามารถกล่าวอ้างเพียงการคาดการณ์ถึงภัยอันตราย ที่จะเกิดขึ้น เพราะอย่างไรเสียเจ้าหน้าที่ยังคงมีอำนาจในการให้ยกเลิกการชุมนุมใน เวลาต่อมาได้ ข้อเรียกร้องเช่นไรที่จำเป็นในการออกคำสั่งห้ามหรือยกเลิกการชุมนุม เป็นเรื่องของศาลที่พิจารณาคดีจะต้องวินิจฉัยในเบื้องต้น เนื่องจากหลักการตาม รัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นการพิจารณาของศาลไม่อาจจะแยกออกจากข้อเท็จจริง ที่เป็นรูปธรรมได้ แท้จริงแล้วย่อมขึ้นอยู่กับการชุมนุมที่มีขนาดใหญ่ได้มีการร่วมมือ เพื่อการเตรียมความพร้อมของผู้จัดการชุมนุมเพียงใดหรือ ความกังวลของการก่อกวน ของฝ่ายที่สามหรือฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยหรือไม่เพียงใด

โดยภาพรวมแล้ว มาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการชุมนุม (VersG) ย่อม สอดคล้องกับมาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญ หากการใช้และการตีความมาตรา ดังกล่าว มีผลว่า การห้ามและการยกเลิกการชุมนุมจะสามารถทำได้เพียงเพื่อการคุ้มครอง ประโยชน์ของสังคมโดยรวมที่มีความสำคัญยิ่งกว่าภายใต้หลักความได้สัดส่วนและ เฉพาะกรณีที่เป็นภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นนั้นมีผลโดยตรงต่อการคุ้มครองประโยชน์ ของสังคมโดยรวมดังกล่าว

2.4.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24, 367 (BVerfGE 24, 367) รัฐบัญญัติว่าด้วย เชื้อนป้องกันน้ำของเมืองฮัมบวร์ก (Hamburgisches Deichordnungsgesetz – DOG)

ในคดีนี้ฟ้องว่าพื้นที่ดินของผู้ร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญหลายพื้นที่ถูกกำหนด ให้อยู่ภายใต้รัฐบัญญัติว่าด้วยเชื้อนป้องกันน้ำของเมืองฮัมบวร์ก (Hamburgisches Deichordnungsgesetz – DOG) ฉบับลงวันที่ 29 เมษายน 1964 กฎหมายดังกล่าว

ได้กำหนดให้มีการสร้างเขื่อนป้องกันน้ำท่วม ซึ่งเขื่อนดังกล่าวย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ในทางมหาชนของเมืองฮัมบวร์ก ทั้งนี้ ตามมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยน้ำของเมืองฮัมบวร์ก (Hamburgisches Wassergesetz – HwaG) กรรมสิทธิ์ในทางมหาชนตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้ก่อให้เกิดอำนาจในการครอบครองของรัฐ อันเป็นการเพิกถอนนิติสัมพันธ์เหนือกรรมสิทธิ์ดังกล่าว และเป็นการจำกัดสิทธิในทางกฎหมายแพ่งที่มีเหนือการครอบครองและกรรมสิทธิ์ดังกล่าว พื้นที่ที่ใช้ในการสร้างเขื่อนนั้นย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ในทางมหาชนโดยผลของกฎหมาย (มาตรา 2 วรรคหนึ่ง DOG) เท่าที่กฎหมายดังกล่าวทำให้เจ้าของที่ดินต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เจ้าของที่ดินย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนตามที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดต่อไป

ผู้ร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับผลกระทบจากรัฐบัญญัติว่าด้วยเขื่อนป้องกันน้ำของเมืองฮัมบวร์กได้ร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในคดี ดังมีประเด็นต่อไปนี้

(1) ในขอบเขตของการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หากฝ่ายนิติบัญญัติปราศจากอำนาจในการออกกฎหมายเวนคืน

(2) การมีกรรมสิทธิ์เหนือเขื่อนที่มีเพื่อป้องกันน้ำท่วมตามมาตรา 2 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยเขื่อนป้องกันน้ำของเมืองฮัมบวร์ก เป็นการชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

(3) การให้หลักประกันต่อ “หลักกรรมสิทธิ์” เป็นสถาบันในทางกฎหมายที่มีความมุ่งหมายเพื่อความมั่นคงของหลักกรรมสิทธิ์ หลักการคุ้มครองสิทธิในเชิงสถาบันมีข้อห้ามในการเพิกถอนทรัพย์สินในทางกฎหมายเอกชน ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการมีอยู่ของการรับรองคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในขอบเขตของสิทธิในทรัพย์สิน

(4) กฎหมายเวนคืน (มาตรา 14¹⁰⁰ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ) เป็นการจำกัด

¹⁰⁰ มาตรา 14 (กรรมสิทธิ์, สิทธิในการรับมรดกและการเวนคืน)

- (1) กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและสิทธิในการรับมรดก ย่อมได้รับความคุ้มครอง เนื้อหาและข้อจำกัดของสิทธิให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย
- (2) กรรมสิทธิ์ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ด้วย การใช้กรรมสิทธิ์ควรจะมีส่วนช่วยต่อส่วนรวมด้วย
- (3) การเวนคืนอาจกระทำเฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น การเวนคืนให้กระทำได้โดยกฎหมาย หรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้น ซึ่งกฎหมายนั้นต้องกำหนดเรื่องค่าทดแทน การกำหนดค่าทดแทนต้องกำหนดอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของผู้ถูกเวนคืน ในกรณีที่เกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับค่าทดแทนให้ฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรม

สิทธิในทรัพย์สิน มิใช่ในความหมายของมาตรา 19¹⁰¹ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ

(5) ตามกฎหมายเวนคืน ในการเวนคืนทรัพย์สินในกรณีใดกรณีหนึ่งย่อมเป็นไปตามความหมายของคำว่า “เพื่อประโยชน์สาธารณะทั่วไป” (Wohl der Allgemeinheit) ในความหมายของมาตรา 14 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น กรณีย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว

(6) การเวนคืนโดยการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมต้องเป็นไปตาม “หลักความได้สัดส่วน” ในการตรวจสอบกฎหมายดังกล่าวว่า การดำเนินการของโครงการโดยการเวนคืนเป็นความจำเป็นหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญมิได้ถูกผูกพันต่อความเห็นของรัฐสภาแต่อย่างใด

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน ดังนี้
ตามมาตรา 14 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ การเวนคืนอาจกระทำได้เพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) ความหมายของนิยามในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมย่อมครอบคลุมความหลากหลายของข้อเท็จจริงและวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้จะต้องทำลักษณะที่เป็นนามธรรมให้เป็นรูปธรรมโดยข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง กรณีย่อมเป็นการสอดคล้องกับความหมายดังกล่าว หากในกฎหมายได้กำหนดว่า การเวนคืนนั้นกระทำด้วยความมุ่งหมายใดและภายใต้เงื่อนไขใด กฎหมายฉบับที่เป็นเหตุของการร้องทุกข์ในเรื่องนี้ได้กำหนดถึงความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ในขอบเขตที่เป็นรูปธรรมที่ชัดเจน การตีความและการใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีไม่อาจถือตามความเห็นของเมืองฮัมบวร์กโดยลำพังได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างใด การเวนคืนโดยการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องนำมาพิจารณาเทียบเคียงกับเกณฑ์อื่น ๆ เช่น การเวนคืนโดยฝ่ายปกครองและฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีดุลพินิจในการพิจารณาวินิจฉัยอย่างกว้างขวาง ตามรัฐธรรมนูญนั้นการเวนคืนอาจดำเนินการได้ 2 รูปแบบ แต่ความหมายของการเวนคืนมีเพียงประการเดียว ดังนั้นจึงไม่มีความแตกต่างในทางคุณภาพระหว่างการเวนคืนโดยฝ่ายปกครองกับการเวนคืนโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งสอง

¹⁰¹ มาตรา 19 (การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน)

(1) ภายใต้อำนาจรัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย กฎหมายในกรณีนี้จะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้ นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวจะต้องกล่าวอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย

กรณีนี้ตามมาตรา 14 วรรคสาม ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลผูกพันสำหรับการเวนคืน นอกเหนือจากนั้นย่อมอยู่ภายใต้ดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในการเลือกขอบเขตของ “ผลประโยชน์สาธารณะ” และเพื่อผลประโยชน์ดังกล่าวอำนาจรัฐจึงจะสามารถเวนคืนได้

(2) ทุกกรณีของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมอยู่ภายใต้ “หลักความได้สัดส่วน” ของหลักนิติรัฐซึ่งย่อมต้องนำหลักดังกล่าวมาใช้เช่นกัน ในกรณีของการเวนคืนและการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ซึ่งได้รับการคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น การเวนคืนจึงสามารถกระทำได้เฉพาะเมื่อการดำเนินโครงการดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนมีหลักการสำคัญว่า วิธีการเวนคืนจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อสามารถทำให้โครงการที่มุ่งรับใช้ประโยชน์สาธารณะดังกล่าวบรรลุวัตถุประสงค์ได้ ซึ่งหลักดังกล่าวสอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครองสหพันธ์ในกรณีของการเวนคืนโดยฝ่ายปกครอง (BVerWGE 2, 36 (38); 13, 75 (77); 19, 171 (177); 21, 191 (193)) คำพิพากษาของศาลปกครองสหพันธ์ดังกล่าววางอยู่บนพื้นฐานว่า ความจำเป็นของการเวนคืนนั้นเป็นเรื่องของการตีความ “นิยามศัพท์ในทางกฎหมาย” ซึ่งย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลได้จากคำพิพากษาเหล่านี้ได้เกิดพัฒนาการหลักดังกล่าวกล่าวคือ การเวนคืนจะต้องเป็นทางเลือกสุดท้าย ด้วยเหตุนี้การเวนคืนจะสามารถทำได้เมื่อไม่มีทางออกที่สมเหตุสมผลในทางกฎหมายและทางเศรษฐศาสตร์ ยกเว้นหนทางเดียวคือ การเวนคืนหากยังมีทางเลือกอื่นที่เป็นไปได้ กรณีเช่นนี้ การเวนคืนย่อมไม่ใช่ทางเลือกสุดท้าย เพราะการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวสามารถดำเนินการได้โดยวิธีอื่นที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลน้อยกว่า เช่นเดียวกันในการเลือกวิธีการซึ่งเป็นความจำเป็นสำหรับการบรรลุวัตถุประสงค์ของการเวนคืนนั้น จะต้องเลือกมาตรการซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อปัจเจกบุคคลที่น้อยที่สุด ประการสุดท้าย การเวนคืนจะกระทำได้เฉพาะที่ดินที่มีความจำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางมหาชนเท่านั้น

2.4.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30, 173 (BVerfGE 30, 173) คดีเมฟิสโต (Mephisto)

ในคดีนี้ผู้ร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายที่จะได้แก่การห้ามที่มีผลมาจากการที่บุตรบุญธรรมของ Gustav Gruendgen ซึ่งเป็นนักแสดงที่เสียชีวิตไปแล้ว โดยบุตรบุญธรรมของ Gustav Gruendgen ได้โต้แย้งการพิมพ์หนังสือ Mephisto ซึ่งเป็นหนังสือนวนิยายของ Klaus Mann โดยห้ามพิมพ์ ห้ามเผยแพร่ต่อสาธารณะ

Klaus Mann ได้เขียนนวนิยายเรื่องดังกล่าวหลังจากที่อพยพออกจากเยอรมนีในปี ค.ศ. 1933 เขาได้พรรณนาถึงชื่อเสียงความโด่งดังของนักแสดงชื่อ Hendrick Hoegen ซึ่งเป็นบุคคลที่ปฏิเสธเรื่องความเชื่อทางการเมือง และปฏิเสธการทำข้อตกลงกับผู้มีอำนาจของฝ่ายนาซีที่จะทำให้เขามีความก้าวหน้าในอาชีพนักแสดง นวนิยายของ Hendrick Hoegen ได้ใช้ชีวิตของ Gustav Gruendgen เป็นต้นแบบในการเขียน นวนิยาย สำหรับผู้อ่านที่เคยอ่านนวนิยายดังกล่าวจะทราบได้ว่านวนิยายเรื่องนี้เป็นชีวิตของ Gustav Gruendgen ในปี ค.ศ. 1963 ผู้ร้องได้เผยแพร่งานนวนิยายเรื่อง Mephisto-Roman บุตรบุญธรรมของ Gustav Gruendgen ได้ร้องต่อศาลของมลรัฐ ให้ห้ามการเผยแพร่หนังสือนวนิยายดังกล่าว ศาลของมลรัฐได้ให้เหตุผลว่า เป็นการละเมิดต่อศิลปินในทางเกียรติยศชื่อเสียงและภาพพจน์ในทางสังคม และเป็นการให้ร้ายต่อความทรงจำที่นำเสนอผ่านนวนิยายดังกล่าว ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์เยอรมนีตามศาลอุทธรณ์ (BGHZ 50. 133) โดยยืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ของมลรัฐ

โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในประเด็นสำคัญต่อไปนี้

(1) มาตรา 5¹⁰² วรรคสามของรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่วางหลักการพื้นฐานในการประเมินคุณค่าในส่วนที่กำหนดความสัมพันธ์ในขอบเขตของ “งานศิลปะ” กับ “รัฐ” ในขณะเดียวกันบทบัญญัตินี้ดังกล่าวย่อมคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพของปัจเจกบุคคลด้วย

(2) การให้หลักประกันใน “เสรีภาพในงานศิลปะ” มิใช่เพียงการคุ้มครองการทำงานศิลปะเท่านั้น หากแต่รวมถึงการแสดง การเผยแพร่งานศิลปะด้วย

(3) ผู้จัดพิมพ์หนังสือย่อมกล่าวอ้างเสรีภาพในงานศิลปะได้

(4) เสรีภาพในงานศิลปะมิได้นำข้อจำกัดของมาตรา 5 วรรคสองมาใช้ นอกจากนี้มิให้นำข้อจำกัดตามมาตรา 2 วรรคหนึ่ง¹⁰³ มาใช้เช่นกัน

¹⁰² มาตรา 5 (สิทธิในการแสดงความคิดเห็นโดยเสรี)

- (1) บุคคลมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการเผยแพร่ได้อย่างเสรีโดยการพูด การเขียน หรือโดยการใช้อุปกรณ์ และสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลข่าวสารจากแหล่งข้อมูลที่บุคคลอาจเข้าถึงได้เป็นการทั่วไป โดยปราศจากการขัดขวางใด ๆ เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ และเสรีภาพของการรายงานข่าวโดยทางวิทยุและโทรทัศน์ ย่อมได้รับความคุ้มครอง การตรวจสอบข่าวไม่อาจจะกระทำโดยพลการ และมีข้อจำกัดในเรื่องสิทธิส่วนบุคคล
- (2) สิทธิดังกล่าวมีข้อจำกัดตามกฎหมายทั่วไป บทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการคุ้มครองเยาวชน และมีข้อจำกัดในเรื่องสิทธิส่วนบุคคล
- (3) งานศิลปะ และงานในทางวิชาการ การค้นคว้าวิจัยและการสอนย่อมเป็นไปอย่างอิสระ เสรีภาพในการสอนไม่ทำให้พ้นจากความผูกพันที่จะต้องให้ความเคารพต่อรัฐธรรมนูญ

¹⁰³ มาตรา 2 (การพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลอย่างเสรีภาพ, สิทธิในชีวิต, การไม่อาจล่วงละเมิดต่อร่างกาย, เสรีภาพของบุคคล)

(5) ความขัดแย้งระหว่าง “หลักประกันในเสรีภาพในงานศิลปะ” กับ “สิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ” นั้น จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในการประเมินคุณค่าตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีนี้ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 1 วรรคหนึ่ง¹⁰⁴ ของรัฐธรรมนูญ ย่อมต้องได้รับการเคารพ

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน ดังนี้

ผลของคำพิพากษาของศาลที่วินิจฉัยว่า ในกรณีของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของการคุ้มครองจากมาตรา 5 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ ที่ได้ปฏิเสธจากการใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อให้ละเว้นการกระทำนั้น ท้ายที่สุดแล้วไม่สามารถคาดหวังกับการตั้งคำถามว่า การออกคำสั่งห้ามเผยแพร่ต่อสาธารณะนั้นอยู่นอกเหนือความสัมพันธ์กับความเสียหายต่อสิทธิที่จะได้รับความเคารพในตัวของ Gustav Gruendgen หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้เน้นย้ำเสมอว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักในระดับรัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุนี้การแทรกแซงโดยอำนาจมหาชนในทุกกรณีจะต้องเคารพในขอบเขตสิทธิส่วนบุคคลเสมอ แต่การแทรกแซงในกรณีนี้มีใช่เป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจมหาชน ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีนี้เป็นเพียงการใช้สิทธิของบุคคลในทางแพ่งเพื่อให้ได้แย้งบุคคลหนึ่ง ซึ่งหมายความว่า นิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายแพ่งในกรณีใดกรณีหนึ่งเท่านั้น การกิจของสิทธิในทางแพ่งนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้แก้ไขความขัดแย้งในทางผลประโยชน์ระหว่างบุคคลกับบุคคลที่มีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถที่จะตรวจสอบการห้ามเผยแพร่ต่อสาธารณะที่ถูกพิพากษาโดยคำพิพากษาของศาลได้ เฉพาะกรณีว่า กรณีเป็นไปตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง¹⁰⁵ หรือไม่เท่านั้น ซึ่งในกรณีเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็น ว่าเป็นไปตามหลักความเสมอภาคแล้ว

2.4.4 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45, 187 (BVerfGE 45, 187) การลงโทษจำคุกตลอดชีวิต (Lebenslange Freiheitsstrafe)

วัตถุประสงค์ของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องนี้มีประเด็นว่า องค์กรประกอบความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนาตามมาตรา 211 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) ศาลของมลรัฐที่ยื่นเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา

¹⁰⁴ มาตรา 1 (การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์)

(1) ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไม่อาจจะถูกล่วงละเมิดได้ อำนาจอรัฐทั้งหลายผูกพันที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

¹⁰⁵ มาตรา 3 (ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย)

“(1) บุคคลมีความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย (...)”

211 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) เป็นบทบัญญัติที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะจำเลยในคดีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาถูกกฎหมายกำหนดให้ลงโทษจำคุกตลอดชีวิต โดยกฎหมายมิได้เปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการลงโทษได้ การลงโทษจำคุกตลอดชีวิตย่อมเป็นการละเมิดต่อหลักประกันในเสรีภาพของบุคคลและละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของจำเลย ดังนั้น การลงโทษจำคุกตลอดชีวิตจึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา

โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีสาระสำคัญ กล่าวคือ

การลงโทษจำคุกตลอดชีวิตสำหรับความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา มาตรา 211 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา (StGB) ตามขอบเขตและสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้ย่อมเป็นการขัดด้วยรัฐธรรมนูญ

(1) ตามคำพิพากษาที่ตัดสินคดีลงโทษจำคุกตลอดชีวิตนั้น ยังไม่อาจสรุปได้ว่าการบังคับโทษให้ลงโทษจำคุกตลอดชีวิตตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและภายใต้ข้อพิจารณาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการอภัยโทษเป็นกรณีที่จะนำไปสู่การทำให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายหรือจิตใจ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (มาตรา 1 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ)

(2) เงื่อนไขการลงโทษทางอาญาที่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ย่อมมีเงื่อนไขว่า การที่จำเลยถูกพิพากษาลงโทษจำคุกตลอดชีวิตนั้น ยังคงมีความเป็นไปได้ว่า จำเลยจะมีโอกาสกลับมามีเสรีภาพดังเดิมต่อไปได้ ลำพังการมีโอกาสดำรงอภัยโทษเพียงอย่างเดียวหาเพียงพอไม่ แท้จริงแล้วเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐซึ่งภายใต้เงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ อาจมีการยกเว้นโทษจำคุกตลอดชีวิตได้และในขณะเดียวกันกระบวนการยกเว้นที่จะนำมาใช้บังคับดังกล่าวจะต้องกำหนดไว้ในกฎหมาย

(3) คุณลักษณะของการฆ่าโดยเจตนาและการฆ่าโดยมีความมุ่งหมายเพื่อปิดบังการกระทำความผิดอื่น ๆ ย่อมเป็นการฆ่าคนตายซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 211 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) ในการตีความโดยเคร่งครัดตามหลักความได้สัดส่วน ในกรณีดังกล่าวข้างต้นย่อมไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน ดังนี้

(1) หลักการกระทำความผิด (Schuldgrundsatz) ซึ่งเป็นผลมาจากมาตรา 1 วรรคหนึ่ง (หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) และมาตรา 2 วรรคหนึ่ง (หลักความรับผิดชอบต่อตนเองของบุคคล) ของรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) รวมทั้งมีฐานมาจากหลัก

นิติรัฐนั้น องค์ประกอบในการกระทำความผิดและผลในทางกฎหมาย (หลักเกณฑ์ตามแนวคิดของหลักความยุติธรรม) จะต้องกำหนดอย่างสมเหตุสมผล ด้วยเหตุนี้ การลงโทษที่ถูกพิพากษาจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ที่มีความยุติธรรมระหว่างความหนักเบาของการกระทำและขอบเขตของความผิดของผู้ถูกระทำโทษ ที่ลงต่อผู้กระทำความผิดจะต้องไม่เกินไปกว่าความผิดที่จะพึงได้รับ กรณีใดที่การกระทำสามารถแสดงให้เห็นถึงระดับความผิดและระดับความเสียหายที่เกิดขึ้น กรณีเช่นนี้โดยหลักพื้นฐานแล้วผู้พิพากษาจะต้องปรับโทษให้สอดคล้องระหว่างการกระทำกับผลของการกระทำนั้น กฎหมายอาญาที่ละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนอันเป็นหลักสำคัญของรัฐธรรมนูญย่อมมีอาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ

(2) ในประเด็นดังกล่าวมีเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นคำถามว่า การลงโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นการสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ไม่ว่ากรณีใด ๆ การฆ่าคนโดยเจตนาและการฆ่าคนโดยมีความมุ่งหมายเพื่อปิดบังอำพรางการกระทำความผิดอาญาอย่างอื่น ย่อมต้องถูกลงโทษจำคุกตลอดชีวิต คำถามดังกล่าวถูกตั้งคำถามเพราะฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้ดุลพินิจในการลงโทษแก่ผู้พิพากษาในการลงโทษในกรณีของข้อหาฆ่าคน ยกเว้นกรณีการฆ่าตามมาตรา 211 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 220 a ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) โดยศาลอาญาอาศัยเหตุผลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) พิจารณาลงโทษอาญาที่เหมาะสมสำหรับกรณีนั้น ๆ ได้ ศาลที่ยื่นเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญเรียกร้องให้ศาลมีดุลพินิจในการลงโทษ กรณีที่เป็นการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นสามารถที่จะปรับอัตราโทษของการกระทำความผิดได้โดยไม่ถูกบังคับให้ลงโทษทางอาญาขั้นสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้

ในกรณีดังกล่าวจะต้องพิจารณาว่า การกำหนดอัตราโทษไว้อย่างเด็ดขาดย่อมเป็นการแสดงถึงหลักความแน่นอนชัดเจนและการกำหนดอัตราโทษที่มีความเท่าเทียมกัน ตามประสบการณ์แล้วการกำหนดโทษให้แตกต่างกันของศาลต่าง ๆ แม้มีเงื่อนไขที่แตกต่างกันเล็กน้อยย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยทั่วไปแล้วผู้พิพากษาย่อมมีความเมตตามากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ และในบางครั้งบางคราวมีความโน้มเอียงที่จะหลีกเลี่ยงการลงโทษบทหนักที่สุดเท่าที่จะหลีกเลี่ยงได้ ระดับของความร้ายแรงของการกระทำความผิดดังเช่นกรณีฆ่าผู้อื่นนั้นย่อมเป็นความมุ่งหมายที่สมเหตุสมผลตามหลักของความยุติธรรมกับการให้มีผลในการลงโทษอาญาให้มีความเท่าเทียมกันมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ แต่แน่นอนจะต้องยอมรับว่า การกำหนดโทษ

ทางอาญาไว้เป็นการตายตัวนั้นเนื่องจากการทำตามแบบในกรณีใดกรณีหนึ่งอาจจะนำไปสู่ผลที่ไม่พึงประสงค์ได้ ดังนั้นการกำหนดโทษเด็ดขาดตายตัวของกฎหมายสำหรับโทษคดีอาญาที่ร้ายแรงจะเป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อเมื่อผู้พิพากษายังคงมีดุลพินิจเหลืออยู่ในการปรับข้อเท็จจริงในกรณีใดกรณีหนึ่งภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายในการที่จะกำหนดโทษทางอาญา ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นการสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ภายใต้การพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายภาคทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญาและแนวทางในการตีความอย่างเคร่งครัดให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของมาตรา 211 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) โดยเฉพาะอย่างยิ่งสาระสำคัญของการฆ่าโดยเจตนาและการฆ่าเพื่อปิดบังอาชญากรรมกระทำความผิดอย่างอื่น กรณีดังกล่าวย่อมเป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 211 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) รวมทั้งการบังคับคดีให้ลงโทษจำคุกตลอดชีวิต โดยหลักพื้นฐานแล้วถือว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญ トラบเท่าที่จำเลยยังคงมีโอกาสที่จะได้รับการยุติการลงโทษและกลับมามีเสรีภาพดังเดิม

2.4.5 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 38, 281 (BVerfGE 38, 281) การจัดตั้งสภาองค์กรลูกจ้าง (Arbeitnehmerkammer)

กฎหมายของมลรัฐ Bremen และ Saarland เกี่ยวกับการจัดตั้งสภาองค์กรลูกจ้าง (Arbeitnehmerkammer) โดยกำหนดให้เป็นนิติบุคคลมหาชน และบังคับให้ลูกจ้างทั้งหมดเป็นสมาชิกขององค์กรดังกล่าว กฎหมายดังกล่าวไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

บุคคลย่อมได้รับการรับรองสิทธิตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง¹⁰⁷ ของรัฐธรรมนูญในการริเริ่มให้มีการรวมกันเป็นสมาคมในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง หรือในการก่อตั้งสมาคม แต่ทั้งนี้ย่อมรวมถึงมีสิทธิที่จะไม่เข้าไปรวมกลุ่มหรือมีสิทธิที่จะออกจากกรรวมกลุ่มได้ แต่กรณีย่อมมีความหมายเป็นประการอื่นหากรัฐตัดสินใจโดยอาศัยเหตุผลเพื่อประโยชน์ส่วนรวมโดยการกำหนดเป็นกฎหมายให้จัดตั้งนิติบุคคลมหาชนขึ้นเป็นองค์กรกลุ่มในภาครัฐ ซึ่งการจะบรรลุนิติบุคคลดังกล่าวได้จะต้องกำหนดให้บุคคลที่อยู่ในขอบเขตของเรื่องนั้นเป็นสมาชิกขององค์กรดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม กรณีมิได้หมายความว่ารัฐสามารถกระทำการดังกล่าวได้โดยปราศจากขอบเขต กฎหมายดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามหลักการของรัฐธรรมนูญทั้งในทาง

¹⁰⁷ มาตรา 9 (เสรีภาพในการรวมกันของสมาคม)

(1) ชาวเยอรมันมีสิทธิในการก่อตั้งสมาคม และรวมตัวกันเป็นสังคม

รูปแบบและในทางเนื้อหา รวมทั้งจะต้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “หลักความได้สัดส่วน” (Grundsatz der Verhaeltnismassigkeit) สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นว่า องค์การนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาเสรีภาพทั่วไปตามมาตรา 2 วรรคหนึ่ง¹⁰⁸ ของรัฐธรรมนูญ กับความสำคัญของการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวโดยจะต้องตรวจสอบอย่างระมัดระวังถึงความจำเป็นในรื่องนั้น

ในการก่อตั้งองค์กรในรูปของนิติบุคคลมหาชน ปึงเจกบุคคลย่อมอาศัยสิทธิตามมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ในการที่จะใช้สิทธิเพื่อโต้แย้งกับการบังคับให้เป็นสมาชิกขององค์กรใดองค์กรหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องเข้าไปเป็นสมาชิกได้

2.4.6 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16, 194 (BVerfGE 16, 194) คำสั่งในการตรวจจับแอลกอฮอล์ตามมาตรา 81 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO)

คำสั่งในการตรวจจับแอลกอฮอล์ตามมาตรา 81 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) เรียกร้องให้คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับร่างกายว่า การแทรกแซงในเรื่องดังกล่าวจะต้องอยู่ใน “ความพอสมควรแก่เหตุ” (Ueberrmassverbot) ที่เหมาะสมกับลักษณะของความร้ายแรงของความผิด

ในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการตรวจจับแอลกอฮอล์นั้น ผู้พิพากษาใช้หลักการพิจารณาเหมือนกรณีอื่น ๆ ที่รัฐเข้าไปแทรกแซงในขอบเขตเสรีภาพของบุคคล ซึ่งจะต้องคำนึงถึง “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” (Ueberrmassverbot) โดยเฉพาะประเด็นเรื่องวิธีการและวัตถุประสงค์ในกรณีที่ผลประโยชน์นั้นมีความชัดเจนจากการกระทำผิดดังกล่าว ซึ่งมีรากฐานจากหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะ “หลักนิติรัฐ” โดยทั่วไปแล้วการแทรกแซงในเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาดังกล่าวย่อมเป็นกรณีที่อาจให้เหตุผลได้ ดังนั้น ในการพิจารณาถึงความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhaeltnismassigkeit) ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการนั้น จะต้องพิจารณาถึงระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดด้วย หลักการดังกล่าวยังนำมาใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับมาตรการตามมาตรา 81 และมาตรา 81 a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) ซึ่งการใช้มาตรการดังกล่าวนี้เรียกว่าการใช้กฎหมายที่คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานโดยมีข้อพิจารณาว่า การแทรกแซงของรัฐนั้นจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด ดังนั้น ผลที่ผูกพันต่อ

¹⁰⁸ มาตรา 2 (การพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลอย่างเสรีภาพ, สิทธิในชีวิต, การไม่อาจล่วงละเมิดต่อร่างกาย, เสรีภาพของบุคคล)

(1) บุคคลมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนอย่างเสรี ตราบเท่าที่ไม่เป็นการไม่ละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น และไม่เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

การทำให้เกิดความชัดเจนจะต้องไม่ตกเป็นภาระต่อผู้กระทำมากเกินไปว่าโทษที่เขาจะได้รับ โดยเหตุนี้ผู้พิพากษามีความเห็นตามรัฐธรรมนูญว่า ในกรณีของข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งการใช้จะต้องเทียบเคียงมาตรการในทางกฎหมายกับมาตรการที่ใช้ในเรื่องนั้น ๆ จะต้องอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ

สำหรับกรณีปัญหาในเรื่องนี้เป็นกรณีความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในกรณีนี้ว่า ศาลมิได้พิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับสิทธิในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 2 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญกับหลักความได้สัดส่วน จึงเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและให้ศาลพิจารณาคดีดังกล่าวใหม่

2.4.7 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25, 112 (BVerfGE 25, 112) กฎหมายว่าด้วยเขื่อนกั้นน้ำของมลรัฐ Niedersachsen 1963 (Niedersaechsesches Deichgesetz - NDG)

มาตรา 14 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ของ กฎหมายว่าด้วยเขื่อนกั้นน้ำของมลรัฐ Niedersachsen 1963 (Niedersaechsesches Deichgesetz - NDG) บัญญัติว่า

“(1) การใช้ประโยชน์จากเขื่อนกั้นน้ำในทุกกรณีไม่อาจกระทำได้ ยกเว้นกรณีเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำรุงรักษาเขื่อนกั้นน้ำโดยหน่วยงานผู้เป็นเจ้าของเท่านั้น

(2) เจ้าหน้าที่ระดับล่างของหน่วยงานเจ้าของเขื่อนกั้นน้ำดังกล่าวอาจได้รับอนุญาตจากข้อยกเว้นตาม (1) ได้ การก่อสร้างอาคารหรือการขยายอาคารอาจกระทำได้โดยการได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ระดับสูงของหน่วยงานเจ้าของเขื่อนกั้นน้ำดังกล่าว เฉพาะกรณีเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของสังคม ในกรณีที่การอนุญาตดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแข็งแรงของเขื่อนกั้นน้ำ”

การห้ามก่อสร้างตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยเขื่อนกั้นน้ำของมลรัฐ Niedersachsen 1963 (Niedersaechsesches Deichgesetz - NDG) เท่ากับเป็นการกำหนดเนื้อหาของกรรมสิทธิ์ในความหมายของมาตรา 14 วรรคหนึ่ง¹⁰⁹ ของรัฐธรรมนูญที่สามารถกระทำได้

(1) ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอำนาจในการกำหนดสาระสำคัญตามที่ได้ให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติไว้ในมาตรา 14 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ โดยการกำหนดเนื้อหา

¹⁰⁹ มาตรา 14 (กรรมสิทธิ์, สิทธิในการรับมรดกและการเวนคืน)

(1) กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและสิทธิในการรับมรดก ย่อมได้รับความคุ้มครอง เนื้อหาและข้อจำกัดของสิทธิให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย

ขอบเขตและข้อจำกัดของกรรมสิทธิ์ได้ ซึ่งเป็นการกิจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องพิจารณาเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในขอบเขตที่เกี่ยวกับหลักกรรมสิทธิ์กับประโยชน์โดยรวมของสังคม สำหรับประเด็นในเรื่องนี้รัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) เอง ในมาตรา 14 วรรคสอง¹¹⁰ ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติที่มีผลผูกพันต่อปัจเจกบุคคล โดยทั่วไปแล้วในการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดเนื้อหาที่เกี่ยวกับหลักกรรมสิทธิ์นั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมเป็นที่ตั้ง ซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ของเจ้าของกรรมสิทธิ์จะต้องยอมรับ “หลักสังคมนิยม” (Sozialstaatsprinzip) หลักดังกล่าวย่อมนำมาใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับที่ดิน แต่ในอีกด้านหนึ่งจะต้องคำนึงด้วยว่า อำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ของฝ่ายนิติบัญญัติมิได้หมายความว่า เป็นการกำหนดโดยปราศจากข้อจำกัดใด ๆ แท้จริงแล้วฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคุ้มครองรักษาหลักประกันพื้นฐานของการคุ้มครอง “หลักกรรมสิทธิ์” ด้วย และจะต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ด้วยเสมอ การจำกัดสิทธิของผู้ถือกรรมสิทธิ์ไม่ว่าจะกระทำให้เกินไปกว่าการคุ้มครองวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ ได้

การกำหนดคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญในความหมายของ “หลักกรรมสิทธิ์ของเอกชนย่อมผูกพันต่อสังคม” นั้น ในการกำหนดขอบเขตของกรรมสิทธิ์ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาความสมดุลระหว่างประโยชน์ของสังคมโดยรวมกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วย ผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมย่อมเป็นพื้นฐานของการกำหนด แต่ก็จะต้องมีขอบเขตของการจำกัดสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ด้วย จากหลักพื้นฐานดังกล่าวย่อมถือได้ว่ามาตรา 14 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ กับวรรคสอง กฎหมายว่าด้วยเขื่อนกันน้ำของมลรัฐ Niedersachsen 1963 (Niedersaechsches Deichgesetz - NDG) มีความสอดคล้องกัน

ศาลที่ยื่นเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในเรื่องนี้เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติที่ออกกฎหมายว่าด้วยเขื่อนกันน้ำของมลรัฐ Niedersachsen 1963 (Niedersaechsches Deichgesetz - NDG) การก่อสร้างเขื่อนกันน้ำนั้นมิใช่กฎหมายที่ห้ามเพื่อผลประโยชน์ของเอกชนเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นข้อห้ามที่เกินขอบเขตของเจ้าของกรรมสิทธิ์ หากพิจารณาความเชื่อมโยงกับการดำเนินการดังกล่าวกรณีมีความเห็นเป็นที่ประจักษ์ว่า โดยหลักพื้นฐานแล้วการก่อสร้างดังกล่าวย่อมสามารถกระทำได้ และข้อห้ามนั้นจะสามารถห้ามได้เฉพาะ กรณีที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความ

¹¹⁰ มาตรา 14 (กรรมสิทธิ์, สิทธิในการรับมรดกและการเวนคืน)

(2) กรรมสิทธิ์ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ด้วย การใช้กรรมสิทธิ์ควรจะมีส่วนช่วยต่อส่วนรวมด้วย

มั่นคงแข็งแรงของเชือกกันน้ำเท่านั้น ข้อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญจึงมีประเด็นคำถามว่า การห้ามดังกล่าวเป็นการสอดคล้องกับมาตรา 14 บรรทัดหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีข้อห้ามในการก่อสร้างเป็นการทั่วไปและมีได้กำหนดเงื่อนไขการห้ามสำหรับกรณีใดกรณีหนึ่งที่อาจจะเป็นอันตรายต่อความมั่นคงแข็งแรงของเชือกกันน้ำ ความเห็นของศาลที่ยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่อาจยอมรับได้

ความมุ่งหมายของเชือกกันน้ำนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันปัญหาน้ำท่วมที่จะกระทบต่อประโยชน์ของสังคมโดยรวม ด้วยเหตุนี้ประโยชน์ของสังคมโดยรวมย่อมมาก่อนประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ด้วยเหตุนี้เอง ข้อจำกัดสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์จะต้องอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ การรักษาความมั่นคงแข็งแรงของเชือกกันน้ำและด้วยเหตุนี้จึงเป็นความจำเป็นในการป้องกันอันตรายต่อมนุษย์ที่อาจเกิดจากปัญหาน้ำท่วม ภายใต้ข้อพิจารณาดังกล่าวการห้ามการสร้างเชือกเพื่อผลประโยชน์ของเอกชนจึงไม่ถือว่าเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด หากแต่อาจมีคำถามว่าการห้ามสร้างเชือกเป็นการทั่วไปเป็นการสมเหตุผลหรือไม่ ตามความเห็นของศาลที่ยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า การห้ามก่อสร้างเป็นการทั่วไปเป็นการห้ามที่กว้างเกินไป และไม่สามารถยอมรับได้ กรณีนี้ถือว่าไม่เป็นการละเมิด “หลักความได้สัดส่วน” (der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) แม้ภายใต้สภาพการณ์ที่จะเป็นก่อให้เกิดอันตรายต่อเชือกกันน้ำ ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่สามารถจำกัดสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้โดยสิ้นเชิง วิธีการที่จะใช้ในการป้องกันภัยอันตรายจะต้องสอดคล้องกับภัยอันตรายดังกล่าว ภายใต้การพิจารณาไตร่ตรองของศาลรัฐธรรมนูญแล้วเห็นว่า ข้อห้ามในการก่อสร้างเป็นการทั่วไปย่อมเป็นการสมเหตุผลเพราะว่า การใช้ประโยชน์จากเชือกกันน้ำในทุกกรณีที่มีใช้เพื่อการดูแลรักษาเชือกกันน้ำย่อมเป็นมาตรการที่เหมาะสม (geeignet) เพราะเป็นการป้องกันอันตรายที่อาจกระทบต่อความมั่นคงแข็งแรงของเชือกกันน้ำและเป็นการคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในเขตพื้นที่ที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ กรณีจึงไม่เป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ

การก่อสร้างในทุกกรณีไม่ว่าจะก่อสร้างในหรือบนเชือกกันน้ำที่มีใช้เพื่อการดูแลรักษาเชือกกันน้ำการก่อสร้างดังกล่าวมิใช่เป็นเพียงสิ่งแปลกปลอมจากตัวเชือกกันน้ำเท่านั้น หากแต่ยังก่อให้เกิดความเสียหายต่อการภารกิจของเชือกกันน้ำด้วยและจะนำไปสู่การก่อให้เกิดอันตรายต่อมั่นคงของตัวเชือกกันน้ำและทำให้ไม่สามารถป้องกันน้ำในกรณีฉุกเฉินได้ กรณีดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดจากประสบการณ์

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติที่กฎหมายว่าด้วยเขื่อนกั้นน้ำของมลรัฐ Niedersachsen ซึ่งได้เคยประจักษ์ต่อสายตาในครั้งสาธารณภัยในปี ค.ศ. 1962 มีความเห็นว่าเป็นความจำเป็นในการห้ามก่อสร้างไว้เป็นการทั่วไป ข้อห้ามดังกล่าวไม่อาจถือว่าเป็นการขัดกับข้อเท็จจริงหรือเป็นการประเมินอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นอย่างคลาดเคลื่อน ในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ตรากฎหมายห้ามโดยสิ้นเชิง ดังนั้นตามมาตรา 14 วรรคสอง กฎหมายว่าด้วยเขื่อนกั้นน้ำของมลรัฐ Niedersachsen 1963 (Niedersaechsisches Deichgesetz - NDG) จึงมีความเป็นไปได้ที่จะได้รับอนุญาตโดยข้อยกเว้นในการก่อสร้าง

2.4.8 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35, 382 (BVerfGE 35, 382) รัฐบัญญัติว่าด้วยคนต่างด้าว

คำวินิจฉัยมีสาระสำคัญดังนี้

(1) มาตรา 10 วรรคหนึ่ง ข้อ 11 รัฐบัญญัติว่าด้วยคนต่างด้าว (Ausländergesetz AuslG) มิได้ละเมิดต่อหลักนิติรัฐ

(2) การคุ้มครองสิทธิของบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสี่¹¹¹ ของรัฐธรรมนูญ ย่อมนำมาใช้บังคับกับคนต่างด้าวด้วย

(3) ข้อเรียกร้องของผลประโยชน์มหาชนที่จำเป็นต่อการดำเนินการบังคับโดยการออกคำสั่งเนรเทศอาจกระทำได้โดยการพิจารณากับหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะต้องเข้มงวดไม่น้อยไปกว่าข้อเรียกร้องต่อเหตุผลสำหรับการออกคำสั่งเนรเทศ โดยแท้จริงแล้วผลประโยชน์ในทางมหาชนนั้นจะต้องมีอยู่ในขณะที่ดำเนินการบังคับ

(4) ในการพิจารณาไตร่ตรองระหว่างผลประโยชน์มหาชนต่อการบังคับโดยทันทีกับผลประโยชน์ของเอกชนของคนต่างด้าวนั้นต่อการได้พำนักอาศัยต่อไปในประเทศเยอรมนีจะต้องพิจารณาว่า การดำเนินการให้ออกคำสั่งเนรเทศทันทีนั้นเป็นการขัดขวางต่อการดำเนินในกระบวนการใช้สิทธิของคนต่างด้าวหรือไม่

(5) หากการดำเนินการให้ออกคำสั่งเนรเทศจะทำให้ข้อเท็จจริงเสร็จสิ้นโดยสมบูรณ์ก่อนการตรวจสอบของศาล ในกรณีนี้ให้เจ้าหน้าที่ที่พิจารณาอุทธรณ์คดีและศาลปกครองที่ดีมีหน้าที่จะต้องเร่งกระบวนการพิจารณาให้เร็วที่สุดเท่าที่จะเร็วได้ มิเช่นนั้นให้ถือว่าคำสั่งเนรเทศดังกล่าวเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ

¹¹¹ มาตรา 19 (4) หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิในทางศาลได้ ในกรณีที่ไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม

(6) มาตรา 6 วรรคหนึ่ง¹¹² ประกอบกับมาตรา 3 วรรคสอง¹¹³ ของรัฐธรรมนูญ ได้วางหลักไว้ เพื่อผลประโยชน์มหาชนในการออกคำสั่งให้เดินทางออกนอกประเทศ โดยทันทีนั้น เป็นการขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบุคคลที่เป็นคู่สมรากับชาวเยอรมัน

การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde) ที่มีผลผูกพันต่อคำพิพากษาของศาลทั้งหลายนั้นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของคนต่างด้าวในการออกคำสั่งให้เดินทางออกนอกประเทศทันที และการตรวจสอบในกระบวนการวิธีพิจารณาความของศาลตามมาตรา 80 วรรคห้า ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO)

โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน ดังนี้

ผู้ร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเป็นนักศึกษาชาวอาหรับ การออกคำสั่งให้เดินทางออกนอกประเทศมีความเกี่ยวพันกับมาตรการของเจ้าหน้าที่ในการต่อต้านชาวอาหรับและองค์กรของชาวปาเลสไตน์ ซึ่งถูกยกเลิกเนื่องมาจากการก่อการร้ายของชาวปาเลสไตน์ที่กระทำต่อนักกีฬาโอลิมปิกของชาวอิสราเอลที่มิวนิคในปี ค.ศ. 1972

การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเป็นเรื่องที่มีเหตุผลที่จะได้รับการคุ้มครองตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ คำสั่งที่ถูกโต้แย้งในกรณีนี้เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องตามมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ประกอบกับหลักนิติรัฐ และมาตรา 19 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีของผู้ร้องที่ 2 ย่อมได้รับความคุ้มครองจากมาตรา 6 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญด้วย

(1) สิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 2 วรรคหนึ่ง เสรีภาพในการพัฒนาตนเองของบุคคลถือว่าเป็นสิทธิมนุษยชนทั่วไปย่อมเป็นสิทธิที่ตกได้กับคนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในเยอรมนีด้วย การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในการเดินทางของชาวเยอรมันและภายในเขตแดนของเยอรมันนั้นไม่สามารถจำกัดได้ สำหรับการพำนักราชของบุคคลในประเทศเยอรมนีย่อมนำมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับด้วย แต่การคุ้มครองที่เป็นผลมาจากมาตรา ดังกล่าวย่อมคุ้มครองอยู่ภายในขอบเขตของมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการให้หลักประกันในข้อจำกัด

¹¹² มาตรา 6 (การสมรส, ครอบครัวและเด็กนอกสมรส)

(1) การสมรสและครอบครัวได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ

¹¹³ มาตรา 3 (ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย)

(2) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ให้รัฐดำเนินการสนับสนุนเพื่อให้บรรลุสำเร็จผลแห่งความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย และก่อให้เกิดผลในการจัดความไม่เท่าเทียมกันที่มีอยู่ให้หมดสิ้นไป

ของหลักการตามรัฐธรรมนูญ สำหรับหลักการตามรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึงรวมถึง ปทัสถานทางกฎหมาย (Rechtsnorm) ซึ่งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาเป็นหลักการ ที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น โดยหลักพื้นฐานแล้วฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอำนาจ ในการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพำนักอาศัยและการเนรเทศคนต่างด้าวได้

แน่นอนว่าการวางกฎเกณฑ์ของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมจะต้องเคารพต่อ “หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaatsprinzip) ในเบื้องต้นหลักนิติรัฐเรียกร้องว่า การแทรกแซง ของอำนาจรัฐต่อปัจเจกบุคคลจะต้องมีพื้นฐานในทางกฎหมายที่ชัดเจนและในขณะที่ เดียวกันจะต้องคำนึงถึง “หลักความได้สัดส่วน” (der Grundsatz der Verhaelt- nismaessigkeit) ด้วยเสมอ

(2) ข้อเรียกร้องทั่วไปที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐตามหลักการคุ้มครองสิทธิต่อ การละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชนนั้นได้รับการคุ้มครองโดยบทบัญญัติของมาตรา 19 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ย่อมนำมาใช้กับคนต่างด้าว ด้วยเช่นกัน หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการที่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ใน รัฐธรรมนูญย่อมเป็นเพียงสิ่งลวงตา หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการ ตามมาตรการของฝ่ายปกครองได้จนสำเร็จลุล่วงก่อนที่จะศาลจะตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว สำหรับกรณีทั่วไปการทูลเกล้าการบังคับตาม ที่กำหนดไว้ในมาตรา 80 วรรคหนึ่ง ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรม (VwGO) ในกรณีที่มีการอุทธรณ์คำสั่งและกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองถือได้ ว่าเป็นการสร้างหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของรัฐธรรมนูญและถือได้ว่าเป็น “หลักในการดำเนินคดีในทางมหาชน” ในอีกด้านหนึ่งมาตรา 19 วรรคสี่ มิได้ให้มี ผลผูกมัดคำสั่งทางปกครองโดยเด็ดขาดทุกกรณี ในกรณีที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์ใน ทางมหาชนที่สำคัญ กรณีย่อมมีเหตุผลเพียงพอที่จะบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งทำให้สิทธิเรียกร้องในการคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมถูกระงับลง ชั่วคราวเพื่อให้มาตรการที่มีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์โดยรวมของสังคมสามารถ ดำเนินได้ทันตามเวลา แต่หลักการดังกล่าวย่อมมีข้อยกเว้น

สำหรับการดำเนินการมาตรการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองโดยทันที จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีพื้นฐานเพื่อประโยชน์มหาชนเป็นกรณีพิเศษ แม้ว่ากรณี ดังกล่าวไม่สามารถกำหนดไว้เป็นการทั่วไปได้ แต่จะต้องกำหนดในกรณีเฉพาะรายใน กรณีเช่นนี้สิทธิเรียกร้องในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลย่อมอยู่ในลำดับที่อยู่หลัง ผลประโยชน์มหาชนแล้วและฝ่ายปกครองย่อมปฏิเสธสิทธิตามมาตรา 19 วรรคสี่ ของ รัฐธรรมนูญในการให้ศาลได้ตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ แต่อย่างน้อยที่สุดย่อมมี

ผลมาจากวัตถุประสงค์ของหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและจากหลักรัฐธรรมนูญว่าด้วยความได้สัดส่วน กล่าวคือ ยิ่งสิทธิเรียกร้องในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลมีความเข้มแข็ง กรณีเช่นนี้การจำกัดสิทธิของบุคคลก็ย่อมทำได้น้อยลง และในกรณีใดก็ตามที่บุคคลถูกระทบสิทธิของบุคคลมากเกินไปยิ่งทำให้มาตรการของฝ่ายปกครองมีผลเปลี่ยนแปลงไม่ได้มากเพียงนั้น

การให้เหตุผลของศาลที่วินิจฉัยคดีที่ถูกโต้แย้งในกรณีนี้ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลปกครองที่มีหน้าที่ตรวจสอบเรื่องดังกล่าวได้ตรวจสอบในเรื่องนี้อย่างเพียงพอ ข้อเรียกร้องของประชาชนในการออกคำสั่งให้เดินทางออกนอกประเทศโดยทันทีหากพิจารณาประกอบกับหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจะต้องไม่เข้มแข็งน้อยไปกว่าข้อเรียกร้องของเหตุผลที่จะออกคำสั่งเนรเทศ โดยแท้จริงแล้วการดำเนินการบังคับให้เดินทางออกนอกประเทศโดยทันทีเรียกร้องการคุ้มครองเพื่อประโยชน์มหาชนเป็นกรณีพิเศษ เหตุผลดังกล่าวจะต้องมีอยู่ซึ่งเป็นความห่วงกังวลที่อาจรับฟังได้จากการที่คนต่างด้าวบุคคลดังกล่าวยังอาศัยอยู่ในประเทศเยอรมัน ภัยอันตรายที่อาจเกิดอาจถูกระทบทำให้เกิดขึ้นในช่วงระหว่างเวลาที่ศาลพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเนรเทศได้ ข้อสงสัยกังวลทั่วไปต่อความเสียหายที่กระทบต่อผลประโยชน์สำคัญของประเทศเยอรมันหาเพียงพอที่จะออกคำสั่งเนรเทศบุคคลไม่

คำพิพากษาของศาลที่ถูกโต้แย้งในคดีนี้มีได้แสดงให้เห็นอย่างเพียงพอว่า การออกคำสั่งให้เดินทางออกนอกประเทศโดยทันทีนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงต่อผู้ร้องทุกขในคดีนี้อย่างไร การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสี่ ซึ่งท้ายที่สุดแล้วจะเป็นอันตกไปไม่สามารถใช้สิทธิได้เนื่องจากคำสั่งให้เดินทางออกนอกประเทศโดยทันทีจะมีผลทำให้ผู้ร้องทุกขในคดีนี้ไม่อาจใช้สิทธิในการปกป้องสิทธิของตนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่อาจใช้สิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองได้

2.4.9 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 39, 1 (BVerfGE 39, 1) การทำแท้งโดยเสรี

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 128a ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญา (StrRG) ลงวันที่ 18 มิถุนายน 1975 เป็นการขัดกับมาตรา 2 วรรคสอง¹¹⁴ ประกอบกับ

¹¹⁴ มาตรา 2 (การพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลอย่างเสรีภาพ, สิทธิในชีวิต, การไม่อาจล่วงละเมิดต่อร่างกาย, เสรีภาพของบุคคล)

(2) บุคคลมีสิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพของบุคคลไม่อาจจะล่วงละเมิดได้ การแทรกแซงในสิทธิดังกล่าวจะกระทำได้โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้น

มาตรา 1 วรรคหนึ่ง¹¹⁵ ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นกฎหมายดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ ในประเด็นที่กฎหมายดังกล่าวได้ยกเว้นให้มีการทำแท้งได้โดยปราศจากความผิดทางอาญา แม้ว่า การทำแท้งนั้นจะเป็นกรณีที่ปราศจากเหตุผลที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐธรรมนูญ

โดยมีสาระสำคัญของคำวินิจฉัยดังนี้

(1) ชีวิตที่อยู่ในครรภ์มารดานั้น ถือว่าเป็นชีวิตอีกชีวิตหนึ่งที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ (มาตรา 2 วรรคสอง และมาตรา 1 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ) หน้าที่ในการคุ้มครองของรัฐมิได้มีเฉพาะการห้ามการแทรกแซงโดยตรงของรัฐต่อชีวิตที่เติบโตในครรภ์มารดาเท่านั้น หากแต่รัฐยังจำต้องคุ้มครองและปกป้องให้ชีวิตดังกล่าวได้กำเนิดและพัฒนาชีวิตนั้น ๆ ต่อไป

(2) หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองต่อชีวิตในครรภ์มารดานั้น เป็นหน้าที่ที่รัฐมีต่อมารดาด้วย

(3) โดยหลักทั่วไปแล้ว การคุ้มครองชีวิตที่อยู่ในครรภ์มารดานั้น เป็นการคุ้มครองที่มีระยะเวลาตลอดช่วงที่มารดากำลังตั้งครรภ์อยู่ การคุ้มครองของรัฐดังกล่าวย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อนสิทธิในการกำหนดตนเองของมารดา

(4) ฝ่ายนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการให้ความเห็นชอบในการทำแท้งได้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีมิโทษในทางอาญา ประเด็นสำคัญคือ มาตรการทั้งหลายที่กำหนดนั้นจะต้องไม่กระทบต่อการมุ่งคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดานั้น หากการคุ้มครองที่รัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นความจำเป็นไม่อาจบรรลุความมุ่งหมายได้ด้วยวิธีอื่นใด กรณีนี้ย่อมเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขในทางกฎหมายอาญาเพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อชีวิตในครรภ์มารดา

(5) การให้มีการตั้งครรภ์ต่อไปในบางกรณีอาจจะไร้เหตุผล ในกรณีการทำแท้งเป็นความจำเป็นเพื่อป้องกันมารดาจากอันตรายต่อชีวิตของมารดา หรือต่ออันตรายที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของมารดา นอกจากนี้ ฝ่ายนิติบัญญัตียังมีอำนาจที่กำหนดข้อยกเว้นอื่น ๆ ที่อาจเป็นอันตรายร้ายแรงซึ่งมีลักษณะรุนแรงต่อมารดาได้ อันเป็นการแสดงถึงเหตุผลการที่จะให้มารดาตั้งครรภ์ต่อไป ในกรณีเช่นนี้ย่อมอนุญาตให้มีการทำแท้งได้

(6) รัฐบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 5 ลงวันที่ 18 มิถุนายน 1974 นั้น จึงเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นไปตามขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญ

¹¹⁵ มาตรา 1 (การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์)

(1) ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไม่อาจจะถูกล่วงละเมิดได้ อำนาจอรัฐทั้งหลายผูกพันที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้กฎหมายดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน ดังนี้

รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองเด็กในครรภ์มารดาซึ่งเป็นการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ หน้าที่ในการคุ้มครองดังกล่าวในเบื้องต้นย่อมเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตรากฎหมายเพื่อการดังกล่าว โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาว่ามาตรการในการคุ้มครองใดที่เป็นมาตรการที่จำเป็นและเป็นมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองเด็กในครรภ์มารดา หากไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการในทางอาญาเป็นมาตรการในการคุ้มครองเด็กในครรภ์มารดา มาตรการในทางอาญาจึงถือได้ว่าเป็นเครื่องมือสุดท้ายที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะนำมาใช้เพื่อการดังกล่าวจาก “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งเป็นหลักที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐย่อมยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้มาตรการดังกล่าวได้ด้วยความระมัดระวัง โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการสุดท้ายซึ่งไม่มีทางเลือกอื่นใดอีกแล้วในการที่จะคุ้มครองชีวิตของเด็กในครรภ์มารดา หลักการดังกล่าวนี้จึงเป็นการเรียกร้องถึง “คุณค่า” และ “ความสำคัญ” ของ “คุณธรรมในทางกฎหมาย” ที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมาย ในประเด็นนี้มีได้เกี่ยวกับหน้าที่โดยเด็ดขาดที่จะต้องกำหนดโทษทางอาญา หากแต่เป็นความผูกพันที่จะใช้ประโยชน์ในการกำหนดโทษทางอาญา โดยที่ความผูกพันดังกล่าวที่เกิดมาจากการที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดในการดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตาม ยังคงมีประเด็นโต้แย้งในเรื่องดังกล่าว กล่าวคือ จากสิทธิขั้นพื้นฐานก่อให้เกิดเสรีภาพแก่บุคคลนั้น จะไม่มีบุคคลใดมีความผูกพันที่จะถูกลงโทษทางอาญาจากรัฐ หากรัฐมีความผูกพันที่จะต้องปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น มาตรการที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้และเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อบุคคลอื่นคือมาตรการในทางกฎหมายอาญา สภาพการณ์ในทางกฎหมายเช่นนี้โดยหลักพื้นฐานแล้วการอาศัยมาตรการทางกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายสังคมย่อมไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองได้ ยกเว้นมาตรการในทางกฎหมายอาญานั้น ความแตกต่างของมาตรการย่อมขึ้นอยู่กับระดับของความรุนแรงของการแทรกแซงที่จำเป็นสำหรับเรื่องนั้น ๆ

สิทธิในการมีชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาย่อมก่อให้เกิดภาระแก่มารดาผู้อุ้มท้อง ในประเด็นนี้อาจนำมาสู่ประเด็นคำถามว่า ในกรณีเช่นนี้รัฐสามารถใช้มาตรการในทางอาญาบังคับให้บุคคลอุ้มท้องได้หรือไม่ การเคารพในสิทธิการมีชีวิตรอดของ

เด็กในครรภ์มารดากับสิทธิของมารดาย่อมมีผลต่อกันและกัน ในสถานการณ์ของความขัดแย้งเกี่ยวกับสิทธิในกรณีเช่นนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาด้วยความรอบคอบเป็นอย่างยิ่ง หากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการกระทำต่อเด็กในครรภ์มารดาไม่ควรต้องรับโทษในทางอาญาและควรเลิกใช้มาตรการในทางอาญา ในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าเป็นผลการพิจารณาไตร่ตรองของฝ่ายนิติบัญญัติแล้วและรัฐธรรมนูญต้องยอมรับผลการตัดสินใจดังกล่าว

2.4.10 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 41, 378 (BVerfGE 41, 378) กฎหมายให้ใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย

มาตรา 1 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายให้ใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย (Ausfuehrungsverordnung zum Rechtsberatungsgesetz) ขัดกับมาตรา 12 วรรคหนึ่ง¹¹⁶ ของรัฐธรรมนูญและตกเป็นโมฆะ เท่าที่เป็นการจำกัดขอบเขตในทางพื้นที่ในการอนุญาตให้คำปรึกษาในทางกฎหมาย

การจำกัดขอบเขตในทางพื้นที่ที่มีผลมาจากมาตรา 1 ของกฎหมายให้ใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย (Ausfuehrungsverordnung zum Rechtsberatungsgesetz) ถือว่าเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ของการประกอบอาชีพตามนัยของมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากเป็นไปตาม “หลักความได้สัดส่วน” (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) หากพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนการแทรกแซงในการประกอบอาชีพจะชอบด้วยหลักการดังกล่าวต่อเมื่อ มาตรการที่จะนำมาใช้นอกจากจะมี “เหมาะสม” (geeignet) และ “จำเป็น” (erforderlich) เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในการพิจารณาโดยรวมระหว่าง “ระดับของการแทรกแซง” กับ “ความสำคัญและความเร่งด่วนของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ” ยังจะต้องอยู่ในขอบเขตที่สมเหตุสมผล ยิ่งกรณีก่อให้เกิดผลกระทบต่อการประกอบอาชีพโดยอิสระมากเพียงใด ยิ่งจะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากเพียงนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายที่เป็นประเด็นขัดแย้งในเรื่องนี้มีได้เป็นไปตามข้อเรียกร้องดังกล่าว

¹¹⁶ มาตรา 12 (เสรีภาพในการประกอบอาชีพ)

(1) ชาวเยอรมันมีสิทธิโดยเสรีในการเลือกอาชีพ สถานที่ทำงาน และสถานที่ในการศึกษาอบรม การควบคุมการประกอบอาชีพอาจกำหนดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย

2.4.11 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52, 214 (BVerfGE 52, 214) การบังคับคดีตามมาตรา 765a ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

การมีผลของสิทธิขั้นพื้นฐาน (มาตรา 2¹¹⁷ ของรัฐธรรมนูญ) กับการบังคับคดีตามมาตรา 765a ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung – ZPO) ผู้ร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้โต้แย้งมาตรการในการบังคับคดีที่จะบังคับกับบ้านเช่าที่ผู้ร้องทุกข์ได้เช่าเป็นที่อยู่อาศัย ผู้ร้องทุกข์รับการรักษาพยาบาลโดยไม่สามารถเคลื่อนที่ได้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1975 หลังจากที่ได้พยายามฆ่าตัวตายมาแล้ว 3 ครั้ง สภาพการณ์ของความสะเทือนใจที่เกิดขึ้นได้ลดลงแม้จะอยู่ในระหว่างการรักษาพยาบาลก็ตาม ในกรณีที่มีการสูญเสียที่อยู่อาศัยโดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับคดีย่อมผลต่อสภาพร่างกายและจิตใจของผู้ร้องทุกข์และจะส่งผลทำให้ผู้ร้องทุกข์ตกอยู่ในอันตรายต่อชีวิตได้

คำร้องทุกข์ของผู้ร้องทุกข์ในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นคำร้องทุกข์ที่มีเหตุผลที่รับฟังได้ คำพิพากษาของศาลที่ถูกโต้แย้งในคดีนี้เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องทุกข์ตามมาตรา 2 วรรคสอง และมาตรา 2 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญประกอบกับ “หลักนิติรัฐ” (Rechts- staatsprinzip) โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

เงื่อนไขในการปฏิเสธหรือการชะลอการบังคับคดีตามมาตรา 765a ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung – ZPO) จะมีอยู่หรือไม่นั้น ในเบื้องต้นประเด็นคำถามดังกล่าวเป็นเรื่องของบทบัญญัติของกฎหมายหรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่ศาลที่พิพากษาคดีจะต้องพิจารณา แต่สำหรับกรณีเรื่องนี้เป็นเรื่องของกฎหมายรัฐธรรมนูญและเป็นเรื่องที่จะต้องเคารพการมีผลของสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้นกรณีของคดีในเรื่องนี้จึงเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบ

หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองและเป็นหลักการที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ ย่อมเป็นหลักการที่นำมาใช้เช่นเดียวในขอบเขตของกฎหมายวิธีพิจารณาความทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตของการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกรณีปัญหาใน

¹¹⁷ มาตรา 2 (การพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลอย่างเสรีภาพ, สิทธิในชีวิต, การไม่อาจล่วงละเมิดต่อร่างกาย, เสรีภาพของบุคคล)

- (1) บุคคลมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนอย่างเสรี トラบเท่าที่ไม่เป็นการไม่ละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น และไม่เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (2) บุคคลมีสิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพของบุคคลไม่อาจจะล่วงละเมิดได้ การแทรกแซงในสิทธิดังกล่าวจะกระทำได้โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้น

เรื่องนี้ย่อมจะต้องนำหลักรัฐธรรมนูญว่าด้วย “ความได้สัดส่วน” มาพิจารณาด้วย

หากการพิจารณาระหว่างผลประโยชน์ของลูกหนี้กับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ในกรณีนี้จะนำไปสู่ผลว่า การบังคับคดีในคดีนี้จะมีผลกระทบโดยตรงต่อการรักษา ชีวิตและสุขภาพของลูกหนี้ ซึ่งมีผลกระทบยิ่งกว่าการที่จะรักษาผลประโยชน์อันเกิด จากมาตรการในการบังคับคดีของรัฐ ดังนั้นมาตรการในการบังคับคดีในกรณีนี้ย่อม เป็นการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนและสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกหนี้ตามมาตรา 2 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลที่บังคับคดีจะต้องมีมาตรการในการ ป้องกันที่จำเป็นจำกัดการละเมิดรัฐธรรมนูญที่อาจเกิดจากมาตรการในการบังคับคดี ในกรณีเช่นนี้อาจเรียกร้องให้มีการพิสูจน์ของลูกหนี้เพื่อยืนยันว่า การใช้มาตรการ บังคับคดีดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างรุนแรงอย่างไร ขณะเดียวกันในการไต่ตรองของศาลจะต้องพิจารณาด้วยว่า อันตรายที่จะเกิดต่อ สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นถือได้ว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินการของรัฐ ซึ่งย่อม มีความหมายว่ารัฐได้กระทำการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว ภารกิจ ของรัฐจะต้องขัดขวางการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้น ศาลที่จะดำเนินการบังคับ คดีจะต้องคำนึงข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้นด้วยว่า ศาลได้ทำหน้าที่ในการคุ้มครอง ตามหลักรัฐธรรมนูญอย่างเพียงพอหรือไม่

ดังนั้น ในคดีเรื่องนี้ ศาลแขวงและศาลของมลรัฐที่ได้ดำเนินกระบวนการบังคับ คดีมิได้พิจารณาอย่างเพียงพอต่อหลักการสำคัญดังต่อไปนี้ กล่าวคือ หลักความได้ สัดส่วนซึ่งเป็นหลักที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐ หลักตามรัฐธรรมนูญในการคุ้มครอง ชีวิตและหลักการละเมิดมิได้ในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นหลักที่มีพื้นฐานมาจากมาตรา 2 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญ โดยอาจนำ “หลักความได้สัดส่วน” ในฐานะหลักกฎหมายมาใช้ ตรวจสอบในลักษณะที่เป็นหลักโดยรวมโดยมิได้หยิบยกหลักย่อย (หลักความเหมาะสม, หลักความจำเป็น, หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ) มาใช้เป็นเกณฑ์ ในการตรวจสอบ หรือศาลอาจวินิจฉัยโดยอาศัยหลักย่อยหลักใดหลักหนึ่งเป็นเกณฑ์ ในการตรวจสอบ ซึ่งอาจจำแนกแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักเกณฑ์ ดังกล่าวได้ 2 กลุ่มกล่าวคือ

กลุ่มที่ 1 แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ตรวจสอบโดยมิได้หดยกหลักการย่อยมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบ

(1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 69, 315 (BVerfGE 69, 315) รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุม (Versammlungsgesetz – VersG)

ในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “...หลักเกณฑ์ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุม (Versammlungsgesetz – VersG) เกี่ยวกับหน้าที่ในการแจ้งเรื่องการจัดการชุมนุมในที่สาธารณะและเกี่ยวกับเงื่อนไขในการยกเลิกหรือการห้ามการชุมนุม (มาตรา 14 และมาตรา 15) ย่อมเป็นไปตามข้อเรียกร้องของรัฐธรรมนูญ หากการใช้และการตีความบทบัญญัติดังกล่าวได้พิจารณาตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. หน้าที่ในการแจ้งล่วงหน้าเกี่ยวกับการชุมนุมไม่ให้นำมาใช้ในกรณีของการชุมนุมที่เกิดขึ้นเองและการละเมิดในเรื่องการแจ้งล่วงหน้าจึงไม่อาจนำไปสู่การยกเลิกการชุมนุมหรือการห้ามการชุมนุมได้

ข. การยกเลิกและการห้ามการชุมนุมสามารถกระทำได้เพื่อคุ้มครองคุณธรรมในทางกฎหมายที่มีคุณค่าในระดับเดียวกันภายใต้การพิจารณาอย่างเคร่งครัดภายใต้ “หลักความได้สัดส่วน” และการยกเลิกหรือการห้ามจะกระทำได้เฉพาะกรณีที่การชุมนุมนั้นจะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นโดยตรง ซึ่งเป็นภัยอันตรายที่สามารถคาดหมายได้...” กล่าวโดยสรุปมาตรา 15 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุม (VersG) ย่อมสอดคล้องกับมาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญ หากการใช้และการตีความมาตราดังกล่าวมีผลว่า การห้ามและการยกเลิกการชุมนุมจะสามารถทำได้เพียงเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมโดยรวมที่มีความสำคัญยิ่งกว่าภายใต้ “หลักความได้สัดส่วน” และเฉพาะกรณีที่ภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นนั้นมีผลโดยตรงต่อการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมโดยรวมดังกล่าว

(2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30, 173 (BVerfGE 30, 173) คดีเมฟิสโต (Mephisto)

ในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “...หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักในระดับรัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุนี้การแทรกแซงโดยอำนาจมหาชนในทุกกรณีจะต้องเคารพในขอบเขตสิทธิส่วนบุคคลเสมอ แต่การแทรกแซงในกรณีนี้มีใช่เป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจมหาชน ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีนี้เป็นเพียงการใช้สิทธิของบุคคลในทางแพ่งเพื่อโต้แย้งบุคคลหนึ่ง ซึ่งหมายความว่า นิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายแพ่งในกรณีใดกรณีหนึ่งเท่านั้น ภารกิจของสิทธิในทางแพ่งนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้แก้ไขความขัดแย้งในทางผลประโยชน์ระหว่างบุคคลกับบุคคลที่มีความ

เท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถที่จะตรวจสอบการห้ามเผยแพร่ต่อสาธารณะที่ถูกพิพากษาโดยคำพิพากษาของศาลได้เฉพาะกรณีว่ากรณีเป็นไปตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง หรือไม่เท่านั้น ซึ่งในกรณีเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นไปตามหลักความเสมอภาคแล้ว...”

(3) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45, 187 (BVerfGE 45, 187)

การลงโทษจำคุกตลอดชีวิต (Lebenslange Freiheitsstrafe) สรุปรประเด็นเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนได้ว่า กฎหมายอาญาที่ละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนอันเป็นหลักสำคัญของรัฐธรรมนูญย่อมมีอาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ คุณลักษณะของการฆ่าโดยเจตนาและการฆ่าโดยมีความมุ่งหมายเพื่อปิดบังการกระทำความผิดอื่น ๆ ย่อมเป็นการฆ่าคนตายซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 211 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) ในการตีความโดยเคร่งครัดตามหลักความได้สัดส่วน ในกรณีดังกล่าวข้างต้นย่อมไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

(4) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 38, 281 (BVerfGE 38, 281)

การจัดตั้งสภาองค์การลูกจ้าง (Arbeitnehmerkammer) กฎหมายของมลรัฐ Bremen และ Saarland เกี่ยวกับการจัดตั้งสภาองค์การลูกจ้าง (Arbeitnehmerkammer) โดยกำหนดให้เป็นนิติบุคคลมหาชน และบังคับให้ลูกจ้างทั้งหมดเป็นสมาชิกขององค์การดังกล่าว กฎหมายดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามหลักการของรัฐธรรมนูญทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา รวมทั้งจะต้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “หลักความได้สัดส่วน” (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

(5) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 41, 378 (BVerfGE 41, 378)

มาตรา 1 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายให้ใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย (Ausführungsverordnung zum Rechtsberatungsgesetz) ขัดกับมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญและตกเป็นโมฆะ เท่าที่เป็นการจำกัดขอบเขตในทางพื้นที่ในการอนุญาตให้คำปรึกษาในทางกฎหมาย

การจำกัดขอบเขตในทางพื้นที่ที่มีผลมาจากมาตรา 1 ของกฎหมายให้ใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย (Ausführungsverordnung zum Rechtsberatungsgesetz) ถือว่าเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ของการประกอบอาชีพตามนัยของมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากเป็นไปตาม “หลักความได้สัดส่วน” (der Grundsatz der

Verhaeltnismaessigkeit) หากพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนการแทรกแซงในการประกอบอาชีพจะชอบด้วยหลักการดังกล่าวต่อเมื่อ มาตรการที่จะนำมาใช้นอกจากจะมี “เหมาะสม” (geeignet) และ “จำเป็น” (erforderlich) เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในการพิจารณาโดยรวมระหว่าง “ระดับของการแทรกแซง” กับ “ความสำคัญและความเร่งด่วนของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ” ยังจะต้องอยู่ในขอบเขตที่สมเหตุผล ยิ่งกรณีก่อให้เกิดผลกระทบต่อการประกอบอาชีพโดยอิสระมากเพียงใด ยิ่งจะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากเพียงนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายที่เป็นประเด็นขัดแย้งในเรื่องนี้มีได้เป็นไปตามข้อเรียกร้องดังกล่าว

กลุ่มที่ 2 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่นำหลักการย่อยหลักใดหลักหนึ่งมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัย

1) ข้อพิจารณาหลักความเหมาะสม

(1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25, 112 (BVerfGE 25, 112) กฎหมายว่าด้วยเขื่อนกันน้ำของมลรัฐ Niedersachsen 1963 (Niedersaechsches Deichgesetz - NDG) การห้ามสร้างสิ่งก่อสร้างเป็นการทั่วไปเป็นการสมเหตุผลหรือไม่ ตามความเห็นของศาลที่ยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า การห้ามก่อสร้างเป็นการทั่วไปเป็นการห้ามที่กว้างเกินไปและไม่สามารถยอมรับได้ กรณีนี้ถือว่าไม่เป็นการละเมิด “หลักความได้สัดส่วน” (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) แม้ภายใต้สภาพการณ์ที่จะเป็นก่อให้เกิดอันตรายต่อเขื่อนกันน้ำฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่สามารถจำกัดสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้โดยสิ้นเชิง วิธีการที่จะใช้ในการป้องกันอันตรายจะต้องสอดคล้องกับภัยอันตรายดังกล่าว ภายใต้การพิจารณาได้ตรงของศาลรัฐธรรมนูญแล้วเห็นว่า ข้อห้ามในการก่อสร้างเป็นการทั่วไปย่อมเป็นการสมเหตุผลเพราะว่า การใช้ประโยชน์จากเขื่อนกันน้ำในทุกกรณีมิใช่เพื่อการดูแลรักษาเขื่อนกันน้ำย่อมเป็นมาตรการที่เหมาะสม (geeignet) เพราะเป็นการป้องกันอันตรายที่อาจกระทบต่อความมั่นคงแข็งแรงของเขื่อนกันน้ำและเป็นการคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในเขตพื้นที่ที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ กรณีจึงไม่เป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ

(2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 39, 1 (BVerfGE 39, 1), การทำแท้งโดยเสรี รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองเด็กในครรภ์มารดาซึ่งเป็นการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ หน้าที่ในการคุ้มครองดังกล่าวในเบื้องต้นย่อมเป็นหน้าที่ของ

ฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตรากฎหมายเพื่อการดังกล่าว โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาว่ามาตรการในการคุ้มครองใดที่เป็นมาตรการที่จำเป็นและเป็นมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองเด็กในกรณีมารดาหากไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการในทางอาญาเป็นมาตรการในการคุ้มครองเด็กในกรณีมารดา มาตรการในทางอาญาจึงถือได้ว่าเป็นเครื่องมือสุดท้ายที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะนำมาใช้เพื่อการดังกล่าว จาก “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งเป็นหลักที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐย่อมยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้มาตรการดังกล่าวได้ด้วยความระมัดระวัง โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการสุดท้ายซึ่งไม่มีทางเลือกอื่นใดอีกแล้ว ในการที่จะคุ้มครองชีวิตของเด็กในกรณีมารดา หลักการดังกล่าวนี้จึงเป็นการเรียกร้องถึง “คุณค่า” และ “ความสำคัญ” ของ “คุณธรรมในทางกฎหมาย” ที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมาย ในประเด็นนี้มีได้เกี่ยวกับหน้าที่โดยเด็ดขาดที่จะต้องกำหนดโทษทางอาญา หากแต่เป็นความผูกพันที่จะใช้ประโยชน์ในการกำหนดโทษทางอาญา โดยที่ความผูกพันดังกล่าวที่เกิดมากจากการที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดในการดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้

2) ข้อพิจารณาหลักความจำเป็น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๔, ๓๖๗ (BVerfGE ๒๔, ๓๖๗) – รัฐบัญญัติว่าด้วยเงื่อนไขป้องกันน้ำของเมืองฮัมบวร์ก (Hamburgisches Deichordnungsgesetz – DOG) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “...“หลักความได้สัดส่วน” ของหลักนิติรัฐ ซึ่งยอมให้นำหลักดังกล่าวมาใช้เช่นกันในกรณีของการเวนคืน การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ซึ่งได้รับการคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น การเวนคืนจึงสามารถกระทำได้เฉพาะเมื่อการดำเนินโครงการดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนมีหลักการสำคัญว่า วิธีการเวนคืนจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อสามารถทำให้โครงการที่มุ่งรับใช้ประโยชน์สาธารณะดังกล่าวบรรลุวัตถุประสงค์ได้ ซึ่งหลักดังกล่าวสอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครองสหพันธ์ในกรณีของการเวนคืนโดยฝ่ายปกครอง (BVerfGE ๒, ๓๖(๓๘); ๑๓, ๗๕(๗๗); ๑๙, ๑๗๑(๑๗๗); ๒๑, ๑๙๑(๑๙๓)) คำพิพากษาของศาลปกครองสหพันธ์ดังกล่าววางอยู่บนพื้นฐานว่า ความจำเป็นของการเวนคืนนั้นเป็นเรื่องของการตีความ “นิยามศัพท์ในทางกฎหมาย” ซึ่งย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลได้ จากคำพิพากษาเหล่านี้ได้เกิดพัฒนาการหลักดังกล่าว กล่าวคือ การเวนคืนจะต้องเป็นทางเลือกสุดท้าย ด้วยเหตุนี้ การเวนคืนจะสามารถทำได้เมื่อไม่มีทางออกที่สมเหตุผลในทางกฎหมายและทางเศรษฐศาสตร์

ยกเว้นหนทางเดียวคือ การเวนคืน หากยังมีทางเลือกอื่นที่เป็นไปได้ กรณีเช่นนี้ การเวนคืนย่อมไม่ใช่ทางเลือกสุดท้าย เพราะการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวสามารถดำเนินการได้โดยวิธีอื่นที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลน้อยกว่า เช่นเดียวกันในการเลือกวิธีการซึ่งเป็นความจำเป็นสำหรับการบรรลุวัตถุประสงค์ของการเวนคืนนั้นจะต้องเลือกมาตรการซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อปัจเจกบุคคลที่น้อยที่สุดประการสุดท้าย การเวนคืนจะกระทำได้เฉพาะที่ดินที่มีความจำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางมหาชนเท่านั้น

3) ข้อพิจารณาเรื่องหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

(1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16, 194 (BVerfGE 16, 194) คำสั่งในการตรวจจับแอลกอฮอล์ตามมาตรา 81 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO)

ในการพิจารณาถึง “หลักความได้สัดส่วน” (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการนั้น จะต้องพิจารณาถึงระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดด้วย หลักการดังกล่าวยังนำมาใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับมาตรการตามมาตรา 81 และมาตรา 81 a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) ซึ่งการใช้มาตรการดังกล่าวนี้เรียกร้องการใช้อกฎหมายที่คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานโดยมีข้อพิจารณาว่า การแทรกแซงของรัฐนั้นจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด

(2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35, 382 (BVerfGE 35, 382)

การให้เหตุผลของศาลที่วินิจฉัยคดีที่ถูกโต้แย้งในกรณีนี้ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลปกครองที่มีหน้าที่ตรวจสอบเรื่องดังกล่าวได้ตรวจสอบในเรื่องนี้อย่างเพียงพอ ข้อเรียกร้องของประชาชนในการออกคำสั่งให้เดินทางออกนอกประเทศโดยทันทีหากพิจารณาประกอบกับหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจะต้องไม่เข้มข้นน้อยไปกว่าข้อเรียกร้องของเหตุผลที่จะออกคำสั่งเนรเทศ โดยแท้จริงแล้วการดำเนินการบังคับให้เดินทางออกนอกประเทศโดยทันทีเรียกร้องการคุ้มครองเพื่อประโยชน์มหาชนเป็นกรณีพิเศษ เหตุผลดังกล่าวจะต้องมีอยู่ซึ่งเป็นความห่วงกังวลที่อาจรับฟังได้จากการที่คนต่างด้าวบุคคลดังกล่าวยังอาศัยอยู่ในประเทศเยอรมัน ภยันตรายที่อาจเกิดอาจถูกกระทำให้เกิดขึ้นในช่วงระหว่างเวลาที่ศาลพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเนรเทศได้ ข้อสงสัยกังวลทั่วไปต่อความเสียหายที่กระทบต่อผลประโยชน์สำคัญของประเทศเยอรมันหาเพียงพอที่จะออกคำสั่งเนรเทศบุคคลไม่

กล่าวโดยสรุป ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก นำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายสำคัญของหลักนิติรัฐ การนำมาใช้ในลักษณะนี้มีได้นำหลักเกณฑ์ย่อยมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบ แต่เป็นการนำมาใช้ในฐานที่เป็นข้อจำกัดอำนาจมหาชนทั้งหลายว่าการกระทำหรือการใช้อำนาจในการตรากฎหมายย่อมต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน แต่ในประเด็นเรื่องนั้น ๆ ไม่จำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ย่อยเข้าไปตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว

ลักษณะที่สอง เป็นการนำมาใช้ในฐานที่เป็นหลักกฎหมายและนำหลักเกณฑ์ย่อย (หลักเหมาะสม หลักความจำเป็น หรือหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ) มาใช้เป็นการในการตรวจสอบการกระทำหรือมาตรการในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งและศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าการกระทำหรือมาตรการทางกฎหมายในเรื่องนั้นเป็นไปตามหลักความเหมาะสมหรือไม่ หรือเป็นไปตามหลักความจำเป็นหรือไม่ หรือเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่ โดยมีได้นำหลักย่อยทั้งสามมาตรวจสอบในคราวเดียวกันแต่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาว่าการกระทำหรือมาตรการในทางกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มีข้อพิจารณาที่เกี่ยวกับหลักย่อยในหลักความได้สัดส่วนในเรื่องใดศาลรัฐธรรมนูญก็จะให้เหตุผลตามหลักเกณฑ์ย่อยในเรื่องนั้น ๆ ว่าเป็นไปตามเกณฑ์ของหลักการดังกล่าวหรือไม่ เพราะเหตุใด

บทที่ 3

หลักความได้สัดส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนี้จะได้กล่าวถึงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Le Conseil Constitutionnel) ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในหัวข้อ 3.1 และกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในหัวข้อ 3.2 จากนั้นรายงานฉบับนี้จะกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วน (le principe de proportionnalité) ในหัวข้อ 3.3 และ ในหัวข้อ 3.4 กล่าวถึงแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

3.1 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Le Conseil Constitutionnel)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

3.1.1 โครงสร้างและการจัดองค์กร

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจหลักในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยไม่ใช่องค์กรที่มีลักษณะเป็นศาล แต่เป็นคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในหมวด 7 (มาตรา 56 ถึงมาตรา 63) ประกอบด้วยสมาชิก 9 คน เข้าสู่อำนาจผ่านการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจำนวน 3 คน¹¹⁸ แต่งตั้งจากประธานสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 3 คน และประธานวุฒิสภา 3 คน นอกจากนี้ มาตรา 56 วรรคสองของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ

¹¹⁸ Article 56 « Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale, trois par le Président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée. »

ฝรั่งเศสทุกคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งและมีวาระในการดำรงตำแหน่งตลอดชีพด้วย¹¹⁹ แต่อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัตินั้นอดีตประธานาธิบดีไม่เข้าร่วมประชุมและลงมติในการวินิจฉัยคดี สำหรับประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี

ทั้งนี้นับแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008¹²⁰ ได้มีประเด็นหยิบยกในการอภิปรายถึงที่มาของตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากฝ่ายการเมืองว่าทำให้ขาดความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรูปแบบและที่มาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ในการปฏิบัติหน้าที่ในทางความเป็นจริงจะมีความเป็นอิสระก็ตาม จึงได้มีการแก้ไขบทบัญญัติเรื่องที่มาของการคัดเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญโดยบัญญัติเพิ่มเติมในส่วนท้ายของมาตรา 56 วรรคแรกว่า กระบวนการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 13 วรรคห้า¹²¹ เกี่ยวด้วยการแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งโดยประธานาธิบดีมาใช้กับการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดีว่า หากคณะกรรมการถาวรประจำของแต่ละสภา (สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) ลงมติยับยั้ง (Le veto parlementaire) ด้วยคะแนนเสียง 3 ใน 5 ของจำนวนกรรมการร่วมของทั้งสองสภา¹²² ประธานาธิบดีไม่สามารถแต่งตั้งบุคคลนั้นให้ดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญได้ สำหรับตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งของประธานสภาผู้แทนราษฎร

¹¹⁹ Article 56 § 2 « En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République. »

¹²⁰ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République (รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลขที่ 2008-724 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ในเรื่องการปฏิรูปองค์กรของรัฐแห่งสาธารณรัฐที่ห้า)

¹²¹ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ได้บัญญัติเพิ่มเติม มาตรา 13 ในวรรคห้า โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการที่มีรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดตำแหน่งอื่น ๆ ซึ่งต้องได้รับการแต่งตั้งในการประชุมคณะรัฐมนตรี รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขที่ประธานาธิบดีอาจมอบอำนาจในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ว่า

“(…) ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะไม่สามารถแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งที่เสนอชื่อได้ ในกรณีที่มีการลงมติจากคณะกรรมการถาวรประจำของแต่ละสภา (สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา) ไม่เห็นด้วย 3 ใน 5 ของจำนวนกรรมการร่วมของทั้งสองสภารวมกัน ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวไปดำรงตำแหน่งไม่ได้ที่มีอำนาจในการลงมติในเรื่องนั้น ๆ (…)”

¹²² การใช้รูปแบบการยับยั้งโดยสภา (Le veto parlementaire) นี้ ประเทศในยุโรปนำวิธีการดังกล่าวมาใช้ในการลงคะแนนเสียงเพื่อเลือกสมาชิกศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยมีสัดส่วนการยับยั้งที่แตกต่างกัน เช่น ในประเทศเยอรมนี คะแนนเสียง 2 ใน 3 ประเทศสเปนใช้คะแนนเสียง 3 ใน 5 และประเทศอิตาลีใช้คะแนนเสียง 2 ใน 3 และ 3 ใน 5 (ROUSSILLON Henry, *Le Conseil constitutionnel*, « Chapitre préliminaire », Dalloz, 2004, p. 12)

3 คนและประธานวุฒิสภา 3 คนจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการประจำสภาของแต่ละสภานั้น นอกจากนี้มาตรา 57¹²³ ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติคุณสมบัติของตุลาการรัฐธรรมนูญว่าจะต้องไม่เป็นรัฐมนตรี สมาชิกวุฒิสภา (membre du Gouvernement) คณะกรรมการในสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม (Conseil économique, social et environnemental)¹²⁴ บุคคลที่มีตำแหน่งทางการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง (l'exercice de tout mandat électoral) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Le Défenseur des droits)¹²⁵ รวมถึงการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (La fonction publique)¹²⁶ และผู้ที่ประกอบอาชีพทนายความ (L'avocat)¹²⁷ นอกจากนี้ในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญห้ามคณะตุลาการรัฐธรรมนูญปฏิบัติงานใด ๆ ในหน่วยงานของรัฐเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับการเลื่อนตำแหน่งกรณีเป็นข้าราชการ หรือห้ามเป็นบุคคลอื่นใดที่ได้กำหนดเป็นคุณสมบัติต้องห้าม ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญ (loi organique) ที่ 95 - 63 ลงวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1995¹²⁸ แต่อย่างไรก็ดีสมาชิกของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ก็สามารถปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับการค้นคว้าวิจัย วรรณกรรมและ

¹²³ Article 57 « Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de ministre ou de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par une loi organique. »

¹²⁴ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel แก้ไขเพิ่มเติมโดย Loi organique n°2013-906 du 11 octobre 2013 - art. 6 (V) **มาตรา 4 วรรคหนึ่ง** « Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement ou du Conseil économique, social et environnemental, ainsi qu'avec celles de Défenseur des droits. Elles sont également incompatibles avec l'exercice de tout mandat électoral. »

¹²⁵ ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน (Le Défenseur des droits) เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2008 ปรากฏในมาตรา 71-1 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ห้า (ฉบับปัจจุบัน) เพื่อมาทำหน้าที่แทนผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ (Le Médiateur de la République) ทำหน้าที่เป็นองค์กรอิสระตั้งแต่ปี ค.ศ. 1973-2011 ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ผู้วิจัยจึงใช้คำว่า “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” แทนคำว่า “ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน”

¹²⁶ **มาตรา 4 วรรคสี่** Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 « L'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée. »

¹²⁷ **มาตรา 4 วรรคหก** Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 « Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec l'exercice de la profession d'avocat. »

¹²⁸ Loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel

ศิลปะได้¹²⁹ อันอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการที่รัฐธรรมนูญ รัฐบาลบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ รวมถึงรัฐกำหนดลงวันที่ ๗ พฤศจิกายน ๑๙๕๘ ได้กำหนดข้อห้ามในเรื่องคุณสมบัติของสมาชิกในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์กับอำนาจหน้าที่อื่น ๆ นั้นเอง

ในการดำรงตำแหน่งนั้นตุลาการรัฐธรรมนูญมีวาระในการดำรงตำแหน่งวาระละ ๙ ปี และสามารถดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว และมีการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่หนึ่งในสามทุก ๆ ๓ ปี นอกจากนี้ในกรณีที่ตุลาการเข้ารับตำแหน่งแทนที่ตุลาการที่พ้นตำแหน่งก่อนครบวาระ ตุลาการที่เข้ามารับตำแหน่งแทนมีวาระการดำรงตำแหน่ง ๙ ปีเช่นเดียวกับการเข้าสู่ตำแหน่งตามวาระปกติ¹³⁰ และเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่มีความต่อเนื่องเมื่อมีสมาชิกในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญคนใดจะพ้นวาระการดำรงตำแหน่ง รัฐกำหนดลงวันที่ ๗ พฤศจิกายน ๑๙๕๘ กำหนดให้มีการเลือกบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งแทนอย่างน้อย ๘ วันก่อนครบวาระการดำรงตำแหน่ง¹³¹

สำหรับการบริหารงานในองค์กรนั้นอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Le Président du Conseil constitutionnel) ซึ่งแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ได้รับการเลือกตั้งจากสมาชิกตุลาการรัฐธรรมนูญ¹³² และมีเลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Le Secrétaire Général) ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานทางธุรการช่วยการทำงานของตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยการได้มาซึ่งเลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตราที่ ๕๙-๑๒๙๓ ลงวันที่ ๑๓ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๕๙ ว่าด้วยเลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ¹³³ ว่าเลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีภายใต้คำแนะนำของประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ใน

¹²⁹ มาตรา ๔ วรคห้า Ordonnance n° ๕๘-๑๐๖๗ du ๗ novembre ๑๙๕๘ « Les membres du Conseil constitutionnel peuvent toutefois se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques. »

¹³⁰ มาตรา ๑๒ Ordonnance n° ๕๘-๑๐๖๗ du ๗ novembre ๑๙๕๘

¹³¹ มาตรา ๘ Ordonnance n° ๕๘-๑๐๖๗ du ๗ novembre ๑๙๕๘ « Il est pourvu au remplacement des membres du Conseil huit jours au moins avant l'expiration de leurs fonctions. »

¹³² มาตรา ๑ วรคสอง Ordonnance n° ๕๘-๑๐๖๗ du ๗ novembre ๑๙๕๘

¹³³ Décret n° ๕๙-๑๒๙๓ du ๑๓ novembre ๑๙๕๙ relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel

ทางปฏิบัติเพื่อให้เลขาธิการฯ เป็นที่ยอมรับของคณะตุลาการ ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเรียกประชุมสมาชิกตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อที่จะให้สมาชิกได้ให้ความเห็นในการแต่งตั้ง ซึ่งการปฏิบัติเช่นนี้ก่อให้เกิดผลดีต่อการทำงานอย่างราบรื่นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งนอกจากจะเป็นที่ไว้วางใจของประธานฯ แล้วยังต้องเป็นผู้ที่เป็นที่ยอมรับในหน่วยงาน โดยอำนาจหน้าที่ของเลขาธิการฯ นอกจากจะต้องบริหารงานผู้ประสานงานในทางสำนักงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Les services administratifs du Conseil) และมีบทบาทสำคัญในกระบวนการวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ¹³⁴ นับถึงปัจจุบันเลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 6 ใน 7 คนมาจากสมาชิกสภาแห่งรัฐ (Conseiller d'État) และ 1 คนมาจากศาลฎีกา (Conseiller à la Cour de cassation) จนอาจถือได้ว่าเป็นธรรมเนียมในการขึ้นสู่ตำแหน่งของเลขาธิการตุลาการรัฐธรรมนูญ¹³⁵ ทั้งนี้เลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ใน 4 ด้านดังต่อไปนี้

1. ด้านกฎหมาย (le service juridique) เลขาธิการฯ มีหน้าที่ในการดูแลงานด้านกฎหมาย ซึ่งจะประกอบด้วยผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม ตุลาการศาลปกครอง บุคลากรในรัฐสภาและอาจารย์มหาวิทยาลัย และเลขาธิการมีหน้าที่ในการเตรียมข้อมูลนำเสนอคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่¹³⁶ นอกจากนี้ในมาตรา 34 แห่งรัฐกำหนดลงวันที่ 7 พฤศจิกายน 1958 บัญญัติให้เลขาธิการจะต้องจัดทำความเห็นและข้อสังเกตรายงานต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เข้าสู่การพิจารณา และเนื่องจากภารกิจหลักทางกฎหมายนี้ ศาสตราจารย์ Dominique ROUSSEAU ได้กล่าวไว้ว่า “เลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นหนึ่งในศูนย์กลางหลักทางปัญหา ทางกฎหมาย และทางการเมือง ของคณะตุลาการ”¹³⁷

2. ด้านข้อมูลเอกสาร (le service de documentation) ที่เกี่ยวกับงานวิจัยทางกฎหมาย

3. ด้านการบริหารและด้านการเงิน (le service administratif et financier) ในการปฏิบัติงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ¹³⁸ หัวหน้าฝ่ายการเงินได้รับแต่งตั้งจากประธานตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการสั่งจ่ายเงินงบประมาณ และโดยที่

¹³⁴ GENEVOIS Bruno, Le Conseil constitutionnel a 40 ans, Paris, LGDJ, 1999, p. 48-53.

¹³⁵ ROUSSILLON Henry, Le Conseil constitutionnel, « Chapitre préliminaire », Dalloz, 2004, p. 24

¹³⁶ มาตรา 3 Décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959

¹³⁷ ROUSSEAU Dominique, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, Paris, Éd. 7e éd. p. 30.

¹³⁸ มาตรา 3 Décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959

ตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระทางการเงิน ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเสนอจำนวนงบประมาณที่ขอรับการจัดสรรภายใต้ชื่อ “ภารกิจที่เกี่ยวกับอำนาจรัฐ” (La mission « Pouvoirs publics »)¹³⁹ และรัฐจะต้องจัดสรรเพื่อให้ใช้ในการกิจได้อย่างเพียงพอด้วย

4. ด้านความสัมพันธ์ภายนอกองค์กร (le service des relations extérieures) รับผิดชอบในงานตีพิมพ์เผยแพร่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับองค์กรตุลาการทุกองค์กร มหาวิทยาลัย และองค์กรรัฐอื่น ๆ รวมทั้งปฏิบัติหน้าที่ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอีกด้วย

3.1.2 อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ห้า ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้หลายประการ อาทิ หน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างกฎหมาย อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ อำนาจในการตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดี และการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรวมทั้งการออกเสียงประชามติโดยบัญญัติไว้ในหมวด 7 “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ในมาตรา 56-63 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ห้า โดยมีอำนาจหน้าที่หลักดังนี้

(1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสามารถตรวจสอบได้ 2 รูปแบบ ได้แก่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติและร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติที่ใช้บังคับแล้ว

¹³⁹ “ภารกิจที่เกี่ยวกับอำนาจรัฐ” (La mission « Pouvoirs publics ») ได้ตั้งขึ้นโดยมาตรา 7 รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีการงบประมาณ ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2001 (Loi organique n°2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances) ประกอบกับคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001 เกี่ยวกับรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีการงบประมาณ ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2001 ว่า “เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระทางงบประมาณในการปฏิบัติการกิจของรัฐ และเพื่อดำรงไว้ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจ” ในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับอำนาจรัฐ อันได้แก่ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ รัฐสภา วุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎร ค่าใช้จ่ายเพื่อภารกิจของสาธารณรัฐฝรั่งเศสต่อรัฐสภายุโรป คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลอาญาชั้นสูง (la Haute Cour) เพื่อพิจารณาความผิดของประธานาธิบดี และ ศาลอาญาแห่งสาธารณรัฐ (la Cour de justice de la République) เพื่อพิจารณาความผิดทางอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(2) การตรวจสอบความถูกต้องในการเลือกตั้งและการลงคะแนนเสียง

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจเป็นผู้ดูแลตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบข้อร้องเรียนและประกาศผลการเลือกตั้ง¹⁴⁰ และเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดความถูกต้องของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาในกรณีที่มีการคัดค้านผลการเลือกตั้ง¹⁴¹ รวมทั้งเป็นผู้ดูแลตรวจสอบความถูกต้องของกระบวนการออกเสียงประชามติตั้งแต่บัญญัติไว้ในมาตรา 11¹⁴² และมาตรา 89¹⁴³ ในเรื่องการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยประธานาธิบดีรวมทั้งในหมวด 15 ว่าด้วยสหภาพยุโรป และเป็นผู้ประกาศผลการออกเสียงประชามตินั้นด้วย¹⁴⁴ โดยรัฐกำหนดที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958¹⁴⁵ เกี่ยวกับรัฐกำหนดว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในส่วนที่ 7 เรื่องการตรวจสอบการดำเนินงานและการประกาศผลการออกเสียงประชามติไว้ว่า¹⁴⁶ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจส่งความคิดเห็นที่เกี่ยวกับการดำเนินการออกเสียงประชามติ¹⁴⁷ และอาจกำหนดบุคคลที่ได้รับมอบหมายโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีที่มีอำนาจและผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมหรือตุลาการในศาลปกครองเพื่อติดตามการดำเนินการจัดการลงคะแนนเสียงด้วยก็ได้¹⁴⁸ โดยจะต้องปรึกษากับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับการลงคะแนนเสียง

¹⁴⁰ มาตรา 58 Constitution française du 4 octobre 1958

¹⁴¹ มาตรา 59 Constitution française du 4 octobre 1958 และ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003

¹⁴² มาตรา 11 Constitution française du 4 octobre 1958 บัญญัติว่า “เมื่อการออกเสียงประชามติได้จัดขึ้นตามข้อเสนอของรัฐบาล รัฐบาลจะต้องแถลงต่อสภาแต่ละสภาแล้วเปิดให้มีการอภิปราย เมื่อผลการออกเสียงประชามติเป็นการรับรองร่างรัฐบัญญัติ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ประกาศใช้รัฐบัญญัติภายในระยะเวลาสิบห้าวันหลังจากวันประกาศผลการออกเสียงประชามติ”

¹⁴³ มาตรา 89 วรรคสอง Constitution française du 4 octobre 1958 บัญญัติว่า “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอโดยประธานาธิบดีหรือที่เสนอโดยสมาชิกรัฐสภา จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาทั้งสองในเนื้อความอย่างเดียวกัน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับได้ต่อเมื่อประชาชนได้ออกเสียงประชามติเห็นชอบแล้ว”

¹⁴⁴ มาตรา 60 Constitution française du 4 octobre 1958 และ Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005

¹⁴⁵ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

¹⁴⁶ Chapitre VII : De la surveillance des opérations de référendum et de la proclamation des résultats

¹⁴⁷ มาตรา 47 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958

¹⁴⁸ มาตรา 48 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958

ประชามติและยังมีหน้าที่ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับองค์กรในการที่จะเผยแพร่ขั้นตอนวิธีการในการออกเสียงประชามติและมีหน้าที่เป็นผู้ประกาศผลคะแนนด้วย¹⁴⁹

3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (le contrôle de constitutionnalité des lois) ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 ซึ่งบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรนี้ได้วางกรอบในการปฏิบัติงานขององค์กรของรัฐภายใต้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (la garantit les droits des citoyens) โดยอาจจำแนกประเภทของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็น 2 ประเภทได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนที่รัฐบัญญัติมีผลใช้บังคับ (3.2.1) และการตรวจสอบภายหลังที่รัฐบัญญัติมีผลใช้บังคับ (3.2.2)

3.2.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้บังคับ

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ห้าได้บัญญัติกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้บังคับในมาตรา 56 ถึง 63 โดยเฉพาะมาตรา 61 ได้บัญญัติไว้ว่า “ก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และตามบทบัญญัติมาตรา 11 ก่อนออกเสียงประชามติ และก่อนที่จะมีการบังคับใช้ข้อบังคับการประชุมสภา ให้ส่งร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการประชุมสภาไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการประชุมสภาก่อน

เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกัน ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคนอาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้

ในกรณีตามที่บัญญัติไว้ในสองวรรคก่อน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งเดือน แต่หากรัฐบาลร้องขอให้พิจารณาเป็นกรณีเร่งด่วน ให้ร่นระยะเวลาดังกล่าวลงเหลือระยะเวลาในการพิจารณาเพียงแปดวัน

ในกรณีเดียวกันข้างต้น การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยมีผลทำให้ระยะเวลาสำหรับการประกาศใช้กฎหมายสะดุดหยุดอยู่”

¹⁴⁹ มาตรา 51 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958

โดยการควบคุมความชอบด้วยร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้บังคับนี้ เป็นการวางรากฐานอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ (les lois) รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (les lois organiques) และข้อบังคับการประชุมสภา (les règlements des assemblées parlementaires) ก่อนการประกาศใช้บังคับได้ ซึ่งเป็นการสร้างหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (la suprématie de la Constitution) ตามหลักนิติรัฐ โดยใช้กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติก่อนมีผลบังคับใช้ (le contrôle priori) ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ได้กำหนดให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคนอาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้

3.2.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติภายหลังที่รัฐบัญญัติมีผลใช้บังคับ

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ได้มีการพัฒนาหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้สมบูรณ์เพื่อยืนยันหลักนิติรัฐและเพื่อแก้ไขปัญหาการไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้บังคับ¹⁵⁰ โดยการเพิ่มเติมมาตรา 61-1 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2010 เกี่ยวกับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังจากการประกาศใช้บังคับ (la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)) โดยบัญญัติไว้ความว่า

วรรคแรก “ในระหว่างการพิจารณาคดีในศาล หากปรากฏว่ามีประเด็นบทบัญญัติตามรัฐบัญญัติใดที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ศาลฎีกาหรือสภาแห่งรัฐอาจส่งคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยภายในระยะเวลาที่กำหนด”

วรรคสอง “ให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขการบังคับใช้บทบัญญัติในมาตรานี้”

¹⁵⁰ เป็นประเด็นปัญหาที่มีการถกเถียงในวงวิชาการว่า รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ห้าขาดกลไกในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายหลังกฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับแล้ว แม้กฎหมายนั้นจะขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจยกเลิกกฎหมายได้โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ในคดีตามกรณีมาตรา 61-1 ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้บทบัญญัตินั้นเป็นอันสิ้นผลไปนับแต่มีคำวินิจฉัย หรือนับแต่วันถัดจากนั้นตามที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนด

3.3 หลักความได้สัดส่วน (le principe de proportionnalité)

ในการอธิบายหลักความได้สัดส่วนนี้ ผู้วิจัยนำเสนอออกเป็น 3 ส่วนดังนี้ ส่วนแรกพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (3.3.1) การรับรองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (3.3.2) และสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน (3.3.3)

3.3.1 พัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

หลักความได้สัดส่วน (le principe de proportionnalité) ในระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสเป็นหลักการที่ไม่ได้มีแหล่งกำเนิดมาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร แต่เป็นพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและผู้ที่อยู่ใต้อำนาจอธิปไตย หลักการดังกล่าวได้มีการรับรองไว้ในการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) และสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État)

ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 (Constitution de 1958) ก็ไม่ได้บัญญัติถึงหลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ดีรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 5 ได้มีการบัญญัติโดยอ้อมถึงหลักความได้สัดส่วน (la proportionnalité) อันประกอบด้วย 3 หลักการ ได้แก่ หลักความเหมาะสม หรือหลักแห่งความสมฤทธิ์ผล (le principe de l'adéquation) หลักความจำเป็น (le principe de nécessité) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (le principe de proportionnalité au sens strict) อันจะเห็นได้จากหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) กฎบัตรว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อม และหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

3.3.1.1 หลักความได้สัดส่วนในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง

ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) มีบทบัญญัติที่วางหลักการในการที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนโดยสังเขปดังนี้

ข้อ 1 ได้บัญญัติว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาและทรงไว้ซึ่งเสรีภาพและความ

เสมอภาคเท่าเทียมกันในสิทธิประการต่าง ๆ ความแตกต่างทางสังคมไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะเช่นไรก็ตาม จะมีขึ้นได้ก็แต่เพื่อประโยชน์สาธารณะร่วมกัน (*utilité commune*) เท่านั้น” เป็นการแสดงถึงความเกี่ยวข้องกับหลักความจำเป็นว่าหากต้องมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันจะเกิดขึ้นได้เพียงเพื่อประโยชน์ส่วนร่วมเท่านั้น

ข้อ 4. บัญญัติว่า “เสรีภาพ อันได้แก่ ความสามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้โดยไม่ก่ออันตรายเสียหายแก่ผู้อื่น ด้วยเหตุนี้ การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนนั้นย่อมถูกจำกัดลงได้แต่เฉพาะที่จะให้การประกันแก่ผู้เป็นสมาชิกคนอื่น ๆ ในสังคมเพื่อที่จะสามารถใช้สิทธิอย่างเดียวกันนั้นได้ด้วย (*n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits*) ข้อจำกัดทั้งหลายในการใช้สิทธิเหล่านี้จะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายเท่านั้น” ปรากฏถึงความเชื่อมโยงกับความจำเป็นในการที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอาจกระทำได้ เพื่อควบคุมเสรีภาพที่มีอยู่อย่างไม่จำกัดหากเสรีภาพนั้นจะไปก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่นและเพื่อป้องกันสมาชิกในสังคมเท่านั้น

ข้อ 5 “บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีสิทธิจะห้ามการกระทำของประชาชนได้เพียงเฉพาะแต่การกระทำซึ่งอาจก่ออันตรายเสียหายแก่สังคม (*les actions nuisibles*) การใดซึ่งมิได้ถูกห้ามไว้โดยบทบัญญัติกฎหมาย การนั้นย่อมสามารถจะกระทำได้ และบุคคลจะถูกบังคับให้กระทำการที่บทกฎหมายมิได้บัญญัติไว้ให้บุคคลต้องกระทำการเช่นนั้นมิได้” ในบทบัญญัตินี้มีความเชื่อมโยงกับหลักความจำเป็นว่า สามารถห้ามการใช้เสรีภาพได้เฉพาะการกระทำที่อาจก่อให้เกิดปัญหาต่อความสงบเรียบร้อยแห่งสาธารณะ

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดต่อเสรีภาพในร่างกายโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้น กฎหมายที่กำหนดโทษจะกำหนดโทษได้เพียงไม่ขัดต่อหลักความจำเป็นเท่านั้น ซึ่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง ข้อ 8 ได้บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายจะกำหนดบทลงโทษใด ๆ ได้ก็แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งและเห็นเป็นที่ประจักษ์ชัด (*des peines strictement et évidemment nécessaires*) เท่านั้น ผู้ใดจะถูกลงโทษได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติขึ้นและประกาศใช้ก่อนหน้าการกระทำอันเป็นความผิด และได้ใช้บทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ โดยชอบแล้วเท่านั้น” ประกอบกับการลงโทษบุคคลจะสามารถกระทำได้ภายหลังจากการพิสูจน์การกระทำผิดแล้วเท่านั้น หากยังไม่มีมีการพิจารณาความผิดก็ยิ่งถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้บริสุทธิ์ และกฎหมายว่าด้วยการจับกุมบุคคลหรือมาตรการ

ใด ๆ ที่กระทบต่อบุคคลจะกำหนดได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น¹⁵¹

นอกจากนี้ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมืองได้รับรองสิทธิในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น ไว้ในข้อ 9 และ ข้อ 10 ว่าเป็นสิทธิที่มียิ่งของประชาชนไม่อาจจะละเมิดได้ (La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme) ยกเว้นในกรณีที่เป็นการจำกัดเสรีภาพตามกฎหมาย¹⁵² โดยที่บุคคลสามารถแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของตนได้โดยไม่ต้องเกรงกลัวต่อเหตุใด ๆ แม้ในเรื่องทางศาสนา แต่การแสดงความคิดเห็นนั้นมีเงื่อนไขว่า บุคคลนั้นจะต้องใช้สิทธินั้นโดยสุจริตโดยใช้เสรีภาพให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริง และการแสดงความคิดเห็นนั้นจะต้องไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยแห่งสาธารณะซึ่งรับรองโดยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดีการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายใด ๆ มาเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นโดยหลักแล้วจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่เพื่อการป้องกันความสงบเรียบร้อยของสาธารณะเท่านั้น¹⁵³

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินนั้น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมืองได้บัญญัติให้กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิอันมีจาก้าวล่วงได้ หากมีการก้าวล่วงต้องมีการชดเช้าทดแทนอย่างเป็นธรรมและเพื่อความจำเป็นแห่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น¹⁵⁴ เป็นการยืนยัน “หลักความจำเป็น” ในการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลไปกระทบต่อสิทธิของประชาชน รวมถึงในการที่ประชาชนต้องการรับภาระค่าใช้จ่ายที่ต้องจ่ายแก่สาธารณะเพียงเท่าที่จำเป็นในการมีส่วนร่วมของประชาชน

¹⁵¹ ข้อ 9 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง

“บุคคลทุกคนย่อมได้รับข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยตัดสินว่าเป็นผู้ต้องกระทำผิด และหากหลักเสียงมีได้ที่จะต้องจับกุมบุคคล มาตราการเข้มงวดใด ๆ ก็ตามที่มีได้มีความจำเป็นแก่การประกันความปลอดภัยในสภาพบุคคลของผู้นั้นแล้ว กฎหมายต้องยกเลิกเสียให้สิ้นเชิง”

¹⁵² ข้อ 11. ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง

“การติดต่อสื่อสารกันโดยเสรีทางความคิดและความคิดเห็นเป็นสิทธิที่มีค่าที่สุดประการหนึ่งของมนุษย์แต่ละคน พลเมืองแต่ละคนจึงอาจพูด เขียน ตีพิมพ์ได้โดยอิสระ เว้นแต่ในกรณีที่มีการใช้สิทธินั้นโดยมิชอบตามที่ระบุไว้ในรัฐบัญญัติ”

¹⁵³ ข้อ 10. ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง

“บุคคลย่อมไม่ต้องหว่นเกรงต่อการแสดงความคิดเห็นของตน แม้จะเป็นเรื่องทางศาสนาก็ตาม ถ้าการแสดงออกนั้นไม่กระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยที่กำหนดโดยรัฐบัญญัติ”

¹⁵⁴ ข้อ 17. ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง

“กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิอันมีจาก้าวล่วงได้และเป็นสิทธิอันศักดิ์สิทธิ์ บุคคลจะถูกพรากไปซึ่งกรรมสิทธิ์ได้ก็แต่กรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างเห็นประจักษ์ชัดตามที่กฎหมายบัญญัติ และโดยมีเงื่อนไขในการจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมและโดยกำหนดไว้เป็นการล่วงหน้า”

(la nécessité de la contribution publique) ในการรับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าว มีสิทธิในการตรวจสอบการใช้จ่ายสาธารณะ และเรียกคืนในระยะเวลาในค่าใช้จ่าย¹⁵⁵ เป็นการรับรองหลักความจำเป็นในการออกกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน

3.3.1.2 กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004

ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนของฝรั่งเศสได้ปรากฏในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง ค.ศ. 1789 และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ซึ่งมีสถานะเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 และการเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาระหว่างประเทศในด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเรื่องต่าง ๆ และในปี ค.ศ. 2003 ในสมัยของประธานาธิบดี Jacques CHIRAC ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนในด้านสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีลำดับศักดิ์เทียบเท่ารัฐธรรมนูญ และ ยกกระดับหลักการขั้นพื้นฐานของสิ่งแวดล้อมที่ปรากฏอยู่ในร่าง “กฎบัตรว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อม” (la charte de l’environnement) ให้มีสถานะสูงกว่ากฎหมายทั่วไป โดยนำเข้าไว้ในภาคผนวกของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม¹⁵⁶ นี้ด้วย¹⁵⁷

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติหลักความได้สัดส่วนไว้โดยชัดแจ้ง เช่นเดียวกับกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 (la Charte de l’environnement de 2004) ที่ได้กล่าวถึงหลักการดังกล่าวไว้โดยอ้อมไว้ในบัญญัติในมาตรา 6 ว่า “นโยบายสาธารณะต้องมีลักษณะเพื่อการส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืน (le développement durable) ดังนั้นจึงต้องมีความสอดคล้องเชื่อมโยงกันระหว่างการคุ้มครอง (la protection) และการใช้ประโยชน์จากสิ่งแวดล้อม (la mise en valeur de l’environnement) การพัฒนา

¹⁵⁵ ข้อ 14. ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง

“พลเมืองทุกคนมีสิทธิกำหนดด้วยตนเองหรือโดยผ่านทางผู้แทนราษฎรความจำเป็นในการร่วมกันชำระค่าใช้จ่ายของส่วนรวม ในการยินยอมชำระโดยอิสระ ในการติดตามการใช้จ่าย และในการให้ความเห็นชอบภาษีอากร ติดตามกำหนดจำนวน ฐาน วิธีการเรียกเก็บ และระยะเวลาในการจัดเก็บก็ได้”

¹⁵⁶ รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2005 (Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005) สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้น ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านกระบวนการในการตรากฎหมายภายใต้ขอบเขตที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในส่วน “อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Le pouvoir constituant dérivé)” และเมื่อประกาศใช้รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วจะมีลำดับศักดิ์เท่ารัฐธรรมนูญ

¹⁵⁷ Michel LASCOMBE, Le droit constitutionnel de la Ve République, 11e édition, octobre 2010, p. 355

ด้านเศรษฐกิจ (le développement économique) และความเจริญก้าวหน้าทางสังคม (le progrès social)” ซึ่งวัตถุประสงค์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นพิจารณาหลักแห่งความได้สัดส่วนในการพิจารณาความเชื่อมโยงระหว่าง 2 วัตถุประสงค์เข้าด้วยกัน อันได้แก่ ประการแรก พิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการรักษาสิ่งแวดล้อม ประการที่สอง พิจารณาวัตถุประสงค์ในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม และเฉพาะมาตรการที่ได้สัดส่วน (les mesures proportionnées) เท่านั้นที่สามารถนำมาใช้ในการกำหนดกรอบนโยบายสาธารณะในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องด้วยสิ่งแวดล้อม อันสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของมาตรา 1 ของกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 ที่บัญญัติไว้ว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะอาศัยอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่สมดุลและให้การคำนึงถึงสุขภาพอนามัย”¹⁵⁸ ด้วย

นอกจากนี้กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 ได้ยืนยันหลักความได้สัดส่วนไว้โดยอ้อมในมาตรา 5 ในกรณีที่มีความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมและไม้อาจทำให้กลับคืนสภาพเดิมได้ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องสอดส่องดูแลโดยการใช้หลักการว่าด้วยการป้องกันภัยไว้ก่อนและภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนให้มีการนำกระบวนการประเมินความเสี่ยงมาใช้ และมีการใช้ “มาตรการชั่วคราวที่ได้สัดส่วนกัน” (les mesures provisoires et proportionnées) เพื่อป้องกันการเกิดความเสียหายดังกล่าว¹⁵⁹ สำหรับมาตรการชั่วคราวที่ได้สัดส่วนกันนี้มีข้อพิจารณาลักษณะเดียวกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมหาชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างรุนแรง (les dommages graves) ที่หากเกิดขึ้นแล้วไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ (les irréversibles) แต่อย่างไรก็ดีในการใช้มาตรการป้องกันความเสียหายนี้ก็นำมาใช้ในกรณีที่มีความเสี่ยงภัยต่อสิ่งแวดล้อมในอนาคตอาจจะไม่แน่นอนชัดเจนแต่หากเกิดขึ้นแล้วจะก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายอย่างยิ่ง เช่น ผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ (le biodiversité) ต่อสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติ (les milieux naturels) ต่อสุขภาพอนามัยส่วนรวม (la santé publique) หรือด้านความมั่นคงปลอดภัยในด้านอาหาร (le sécurité alimentaire)

¹⁵⁸ MARCIANO Alain, TOURRES Bernard, *Regards critiques sur le principe de précaution*, Vrin, 2011, p. 264

¹⁵⁹ มาตรา 5 แห่งกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004

“ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้น ถึงแม้ว่ายังไม่เป็นที่แน่นอนตามหลักการทางวิทยาศาสตร์ แต่อาจกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงต่อสิ่งแวดล้อมและไม้อาจทำให้กลับคืนสภาพเดิมได้ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องสอดส่องดูแลภายในขอบอำนาจหน้าที่ของตน โดยการใช้หลักว่าด้วยการป้องกันภัยไว้ก่อนและให้มีการนำกระบวนการประเมินความเสี่ยงมาใช้ และให้มีการใช้มาตรการชั่วคราวที่ได้สัดส่วนกันเพื่อป้องกันการเกิดความเสียหายดังกล่าว”

โดยรัฐจะมีหน้าที่ต้องดำเนินการวางมาตรการชั่วคราวโดยไม่ชักช้าเพื่อป้องกันความเสียหายซึ่งจะต้องพิจารณาถึงมาตรการที่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในทางเศรษฐกิจอย่างสมเหตุสมผล (un coût économiquement acceptable) ประกอบด้วย¹⁶⁰

3.3.1.3 หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (la norme constitutionnelle)

หลักความได้สัดส่วนมีวิวัฒนาการโดยคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้แม้จะไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ห้า แต่อย่างไรก็ดีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักความได้สัดส่วนไว้โดยอ้อม (par ricochet) ในคำวินิจฉัยแม้จะไม่มีอ้างอิงโดยตรงในคำวินิจฉัยว่าเป็น “หลักความได้สัดส่วน” ก็ตาม แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพัฒนาหลักการนี้โดยให้มันเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญได้

3.3.2 การรับรองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (les droits et les libertés des citoyens) ไว้อย่างชัดแจ้งในการรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนนิยมทั้งเสรีภาพที่มีมาแต่กำเนิดหรือเสรีภาพที่ได้มาจากสถานภาพการเป็นพลเมือง โดยในตอนนี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงหลักการพื้นฐานในการรับรองสิทธิและเสรีภาพ และขอบเขตในการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

3.3.2.1 หลักการพื้นฐานการรับรองสิทธิและเสรีภาพ

การรับรองสิทธิเสรีภาพเป็นรากฐานของการปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตย โดยได้บัญญัติไว้ใน ปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) รัฐธรรมนูญทุกฉบับ คำปรารภของรัฐธรรมนูญลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 (Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946) รวมทั้งกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 (La Charte de l'environnement de 2004) ที่ได้บัญญัติไว้ในภาคผนวกของรัฐธรรมนูญในปี 2005 และหลักกฎหมายพื้นฐาน (Les principes fondamentaux) ที่ได้รับการรับรองโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

(1) ปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) ได้บัญญัติ

¹⁶⁰ MALINGREY Philippe, *Introduction au droit de l'environnement*, 5e édition, Tec & Doc Lavoisier, 2011, p. 7-8

ไว้ในข้อแรก ความว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน” โดยบัญญัติสิทธิมนุษยชนและพลเมืองนี้มีศักดิ์เป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยได้บัญญัติรับรองสิทธิตามธรรมชาติ (les droits naturels de l’homme) ได้แก่ เสรีภาพ (la liberté) ความเสมอภาค (l’égalité) และสิทธิในทรัพย์สิน (la propriété) รวมทั้งสิทธิทางการเมืองของประชาชน (les droits politiques du citoyen) ในการดำเนินการใด ๆ ในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคม

ท่ามกลางสิทธิตามธรรมชาติที่ไม่อาจละเมิดได้และศักดิ์สิทธิ์ (les droits naturels, inaliénables et sacrés de l’homme) นั้น ปณิญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคของประชาชน¹⁶¹ รับรองเสรีภาพของปัจเจกชน สิทธิในทรัพย์สิน ในการที่จะได้รับการรักษาความปลอดภัยและไม่ถูกล่วงละเมิดข่มเหง¹⁶² และประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิด การติดต่อสื่อสารกันโดยเสรีทางความคิดและความเห็นเป็นสิทธิที่มีค่าที่สุดประการหนึ่งของมนุษย์แต่ละคน ถ้าการแสดงออกนั้นไม่กระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยที่กำหนดโดยรัฐบัญญัติ รวมทั้งมีสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากรัฐและป้องกันภัยที่จะเกิดกับตนด้วย¹⁶³ จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าปณิญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองมีความมุ่งหมายในการปกป้องพลเมืองจากการถูกละเมิดได้

แต่อย่างไรก็ดีหากมีการละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่นประชาชนอาจถูกดำเนินคดีต่อศาล ศาลจะต้องดำเนินคดีอย่างเป็นกลางและใช้หลักในการพิจารณาเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้นและโดยเคร่งครัด¹⁶⁴ รวมทั้งการกำหนดโทษทางอาญาจะกระทำได้เท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งโดยขัดแย้งตามที่บัญญัติของรัฐบัญญัติที่ได้ตราขึ้นและ

¹⁶¹ ข้อ 1 ปณิญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง

“มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน”

¹⁶² ข้อ 2 ปณิญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง

“วัตถุประสงค์ของการรวมกลุ่มทางการเมืองทุกกลุ่มคือการรักษาไว้ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติและไม่มีกำหนดเวลาของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความมั่นคงปลอดภัยและการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง”

¹⁶³ ข้อ 12 และ ข้อ 13 ปณิญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789

¹⁶⁴ ข้อ 7 ปณิญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง

“บุคคลใดจะถูกกล่าวหา จับกุม หรือคุมขังได้ก็แต่ในกรณีที่มีการระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ และตามรูปแบบที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น ใครก็ตามที่บังอาจเรียกร้อง ถ้ายกข้อบังคับการ หรือทำให้มีการบังคับการตามคำสั่งตามอำเภอใจต้องได้รับการลงโทษ แต่พลเมืองทุกคนซึ่งได้รับการเรียกหรือเกณฑ์ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญต้องปฏิบัติตามทันที หากขัดขืนย่อมต้องรับผิดชอบ”

และปฎิญาณว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 เอาไว้ ดังนั้น จึงทำให้คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และปฎิญาณว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 มีผลบังคับใช้ในปัจจุบันและหลักการที่มีค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญ (la valeur constitutionnelle) ด้วย

อนึ่งคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 4 ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 นี้ได้บัญญัติ “หลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)) ซึ่งได้รับการรับรองให้มีคุณค่าเท่ารัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันสถานะของ PFRLR ไว้ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971 โดยรับรองว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ข้างต้นเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Le bloc de constitutionnalité)¹⁶⁹ ด้วย ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1971¹⁷⁰ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เสรีภาพในการรวมกลุ่ม (la liberté d’association) เป็นหนึ่งใน PFRLR ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยวางหลักการโดยนำเอาเสรีภาพในการสมาคมตามปฎิญาณสิทธิมนุษยชนและพลเมืองลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 มาเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติหรือหลักกฎหมายที่มีศักดิ์เท่ารัฐธรรมนูญ และได้วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายที่มีบทบัญญัติขัดหรือแย้งกับหลักการดังกล่าวเป็นร่างกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ จะนำไปดำเนินการประกาศใช้เป็นกฎหมายไม่ได้¹⁷¹

สาระสำคัญในการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อาจกล่าวได้โดยสรุปดังนี้¹⁷²

- หลักประกันแก่สตรีให้มีสิทธิเท่าเทียมกับบุรุษในทุกด้าน
- บุคคลทุกคนซึ่งถูกคุกคามโดยมีสาเหตุมาจากการกระทำของบุคคลนั้นที่ได้กระทำไปเพื่อเสรีภาพ มีสิทธิขอลี้ภัยการเมืองในดินแดนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้
- สิทธิที่จะมีงานทำ และบุคคลไม่อาจถูกกระทบสิทธิต่อการทำงานหรือต่องานที่ได้รับจ้าง เพราะเหตุผลของชาติกำเนิด ความคิดเห็น หรือความเชื่อของบุคคลนั้น

¹⁶⁹ « Bloc de constitutionnalité » หมายถึงหลักการที่มีการรับรองให้มีศักดิ์เท่ากับรัฐธรรมนูญ โดยคำดังกล่าว ศาสตราจารย์ Louis FAVOREU แห่งมหาวิทยาลัย Aix Marseille 3 ได้วางหลัก “ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย” (la hiérarchie des normes) โดยให้ Bloc de constitutionnalité มีที่มาจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

¹⁷⁰ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association

¹⁷¹ DRAGO Guillaume, GAUDEMET Yves, L’exécution des décisions du Conseil constitutionnel : l’effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, Économica, 1991, p. 122

¹⁷² สรุปจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ย่อหน้าที่ 3-18

- สิทธิในการรวมตัวเป็นสหภาพและเข้าร่วมในสหภาพ เพื่อปกป้องสิทธิและประโยชน์ของตนและสิทธิในการกำหนดสภาพการทำงาน และการบริหารจัดการของวิสาหกิจนั้นได้โดยผ่านผู้แทนของตน
- สิทธิในการนัดหยุดงาน (le droit de grève) ซึ่งอาจใช้ได้ภายในขอบเขตของรัฐบัญญัติที่กำหนดกฎหมายไว้ในเรื่องนั้น
- สิทธิในทรัพย์สินของรัฐ โดยที่ทรัพย์สินหรือรัฐวิสาหกิจใดที่การประกอบกิจการมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะระดับชาติ หรือมีลักษณะเป็นการผูกขาดในความเป็นจริง ต้องตกเป็นทรัพย์สินของรัฐ
- สิทธิได้รับการดูแลทั้งปัจเจกชนและครอบครัวในอันที่จะดำเนินการที่จำเป็นเพื่อการพัฒนาการ
- สิทธิในหลักประกันในการคุ้มครองสุขภาพ ความมั่นคงในการดำรงชีวิต การพักผ่อนหย่อนใจ บุคคลทุกคนซึ่งด้วยเหตุผลทางอายุ สภาพทางกายหรือทางจิต หรือสถานะทางเศรษฐกิจ ตกอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถทำงานได้ มีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากสังคมให้สามารถดำรงชีพอยู่ได้อย่างเหมาะสม
- สิทธิที่จะได้รับหลักประกันแก่เด็กและผู้ใหญ่ที่จะได้รับโอกาสในการศึกษาอบรม การฝึกอาชีพ และวัฒนธรรม การจัดให้การศึกษาเป็นบริการสาธารณะที่จัดให้โดยไม่คิดค่าใช้จ่าย และปลอดจากเรื่องทางศาสนา ในทุกระดับการศึกษาเป็นหน้าที่ของรัฐ
- สิทธิที่จะป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ประเทศในการปกป้องรักษาสันติภาพ และเคารพกฎหมายระหว่างประเทศโดยจะไม่ทำสงครามเพื่อยึดครองดินแดน หรือใช้กำลังทางทหารเพื่อทำลายเสรีภาพของประชาชนชาติอื่นใด
- ความเสมอภาคของสิทธิและหน้าที่โดยไม่มีการแบ่งแยกในเรื่องเผ่าพันธุ์หรือศาสนาของพลเมืองฝรั่งเศส
- หลักประกันความเท่าเทียมกันในการเข้าทำงานราชการและในการใช้สิทธิเสรีภาพของแต่ละคนหรือใช้สิทธิเสรีภาพร่วมกัน

(3) กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 (la Charte de l'environnement de 2004)

3.3.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ (les droits et libertés) ของประชาชนนั้นไม่มีบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ได้บัญญัติไว้โดยตรง ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในปญญัตติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมืองก็ได้มีการวางหลักการไว้บางประการ

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส¹⁷³ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางรากฐานสำคัญในการกำหนดกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันพื้นฐานให้แก่ประชาชนในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองในการนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันหลักการนี้ไว้ว่า “สมาชิกรัฐสภามีอำนาจตามมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญในการสร้างกฎระเบียบที่เกี่ยวกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (les garanties fondamentales) ให้แก่ประชาชน”¹⁷⁴ โดยขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยจะต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

3.3.3 สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน

สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอาจจำแนกพิจารณาได้ 3 ประการ กล่าวคือ หลักความเหมาะสม หรือหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (le principe de l'adéquation) หลักการว่าด้วยความจำเป็น (le principe de nécessité) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (le principe de proportionnalité au sens strict)

3.3.3.1 หลักความเหมาะสม หรือหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (le principe de l'adéquation)

เป็นหลักการที่วางหลักถึงการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายใดจะต้องกระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อส่วนร่วมโดยกฎหมายนั้นจะต้องมีเนื้อหาที่สามารถทำให้ประโยชน์ต่อส่วนรวมนั้นสามารถบรรลุผลได้ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักในเรื่องนี้ไว้ว่าความเชื่อมโยงระหว่างประโยชน์สาธารณะที่พึงจะได้รับและการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอาจเกิดขึ้นได้แต่โดยมีเหตุผลอย่างเพียงพอ (un lien raisonnable) ที่มีความเชื่อมโยงกันระหว่างวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายในกฎหมายนั้น ๆ เท่านั้น

¹⁷³ มาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภา กับรัฐบาลในอำนาจในการตราบัญญัติที่กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งสิทธิพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพรวมถึงแรงงานและทรัพย์สินของพลเมือง และการกำหนดโทษในการกระทำความผิดอาญาเป็นต้น

¹⁷⁴ Décision n° 2003-467DC, 13 mars 2003, cons. 20

3.3.3.2 หลักความจำเป็น (le principe de nécessité)

เป็นหลักการที่พิจารณาถึงการใช้อำนาจในการออกกฎหมายไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องดำเนินการเพียงเท่าที่จำเป็นตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น โดยผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องใช้อำนาจที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด หลักการนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ว่า หลักความจำเป็นไม่หมายถึงหลักการที่จะเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุด แต่จะต้องเลือกมาตรการที่ไม่ล่วงล้ำต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าความจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น (la mesure n'est pas excessive par rapport à l'objectif poursuivi)¹⁷⁵

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาหลักความจำเป็นในการควบคุมการล่วงละเมิดต่อเสรีภาพส่วนบุคคล (la liberté individuelle) ซึ่งในข้อ 9¹⁷⁶ แห่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง ค.ศ. 1789 ซึ่งห้ามไม่ให้กระทำการรุนแรงใด ๆ ที่ไม่มีความจำเป็นเพื่อปกป้องเสรีภาพของประชาชน

3.3.3.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (le principe de proportionnalité au sens strict)

เป็นหลักการที่เรียก้องสภาวะสมดุลระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชนจากการใช้อำนาจรัฐและผลการดำเนินการจากการใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ ว่ามีความสมดุลกันหรือไม่ประการใด หากรัฐมีนโยบายในการดำเนินการใด ๆ ที่ส่งผลต่อการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว รัฐจะต้องพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายของเอกชนด้วย

นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่สำคัญในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง นับว่าเป็นเงื่อนไขในการใช้ดุลพินิจ (le motif) ของฝ่ายปกครองซึ่งบังคับให้ฝ่ายปกครองมีการใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผล (le raisonnement) มีความเหมาะสม (l'adéquation) และปรากฏถึงความสมดุลระหว่างประโยชน์ที่ได้รับ (le balance des intérêts en présence) ทั้งนี้อาจกล่าวได้อีกประการหนึ่งว่า หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้มีความสอดคล้องเกี่ยวเนื่องกับหลักการบริหาร

¹⁷⁵ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, cons. 5 ; décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 10

¹⁷⁶ ข้อ 9 ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง ค.ศ. 1789

“บุคคลทุกคนย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะมีการประกาศว่าบุคคลนั้นมีความผิด ถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องจับกุมผู้ใด การใช้กำลังโดยไม่จำเป็นเพื่อให้ได้ตัวบุคคลนั้นมาจะต้องถูกลงโทษอย่างเด็ดขาดตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ”

บ้านเมืองที่ดี (le principe de bonne administration)¹⁷⁷ ที่อาจถูกควบคุมได้โดย ศาลปกครอง

3.4 หลักการสำคัญในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่ได้หยิบยกหลักความ ได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณาในรูปแบบเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ ชาติเยอรมนี แต่อย่างไรก็ดี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักความได้ สัดส่วนมาใช้ในหลายลักษณะ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักการต่าง ๆ ใน “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการให้เหตุผลในกรณี “มีความไม่เหมาะสม” (disproportion manifeste) “เกินความจำเป็น” (atteintes excessives) หรือ “มาตรการที่สมมูล” (mesure appropriée) ซึ่งได้แสดงถึงการรับรองหลักความ ได้สัดส่วนไว้ในคำวินิจฉัยในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักการในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดย พิจารณาจากหลักความได้สัดส่วนไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 โดยการควบคุมการใช้อำนาจ รัฐโดยหลักความได้สัดส่วนนี้ได้นำมาปรับใช้อย่างแพร่หลายตั้งแต่ปี ค.ศ. 1990 โดยมีแนวทางในการวางหลักการที่สอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนีและสหภาพยุโรป (le droit communautaire) ในการนี้การควบคุมการใช้ อำนาจรัฐโดยหลักความได้สัดส่วนมีข้อพิจารณาถึงเงื่อนไข 3 ประการ

ประการแรก พิจารณาความสัมฤทธิ์ผลของการใช้อำนาจที่ได้รับมาโดย กฎหมาย (satisfaire à une triple exigence d'adéquation)

ประการที่สอง พิจารณาถึงหลักความจำเป็นในการละเมิดในการใช้ อำนาจเท่าที่จำเป็น (la nécessité) และ

ประการสุดท้าย พิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่าง แคบ (la proportionnalité au sens strict)

ตัวอย่างเช่น ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2008¹⁷⁸ ในคำร้องขอให้ศาลพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติว่าด้วย การรักษาความปลอดภัย¹⁷⁹ (la loi relative à la rétention de sûreté) นับเป็น ครั้งแรกที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยข้อพิจารณาทั้ง 3 ประการของหลักความ

¹⁷⁷ LEWALLE Paul, Contentieux administratif : 3e édition, p. 995

¹⁷⁸ Décisions n° 2008-562 DC, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

¹⁷⁹ La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté

ได้สัดส่วน อันได้แก่หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว นอกจากนั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นข้อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังมีประเด็นพิจารณาดังนี้

3.4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเสรีภาพกับวัตถุประสงค์ที่หลักรัฐธรรมนูญรับรอง (l'objectif de valeur constitutionnelle)

3.4.1.1 สิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครอง

ในเรื่องนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาระหว่างสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในสิทธิส่วนบุคคลและการปฏิบัติตามข้อ 10 และ 11 แห่งคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ในคดีคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันการกระทำความผิด (Loi relative à la prévention de la délinquance) โดยมาตรา 8 แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายการดำเนินการในทางสังคมและครอบครัว (Code de l'action sociale et des familles) ในมาตรา L 121-6-2 กำหนดให้บุคคลที่ทำงานด้านสังคมสามารถแบ่งปันข้อมูลซึ่งเป็นความลับเกี่ยวกับครอบครัวและผู้เยาว์ที่ โดยมีการกำหนดให้ส่งข้อมูลนั้นไปยังนายกเทศมนตรีหรือประธานสภาภาค ซึ่งเป็นการขัดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามที่ได้รับรองไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ในมาตรา 2 ซึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติของมนุษย์ อันได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความมั่นคง ความปลอดภัยและการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง¹⁸⁰ รวมทั้งบทบัญญัติในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ในย่อหน้าที่ 10¹⁸¹ ซึ่งบัญญัติรับรองว่ารัฐย่อมดูแลและดำเนินการที่จำเป็นเพื่อการพัฒนาปัจเจกชนและครอบครัว และในย่อหน้า

¹⁸⁰ Article 2 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

¹⁸¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

Aliéna 10 « La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement »

ที่ 11¹⁸² ที่บัญญัติรับรองหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เด็ก มารดา และแรงงานที่สูงอายุ ในอันที่จะได้รับการคุ้มครองด้านสุขภาพ ความมั่นคงในการดำรงชีวิต การพักผ่อนและการนันทนาการ และบุคคลทุกคนไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางอายุ สภาพทางกายหรือจิตใจ สถานะทางเศรษฐกิจ หากตกอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถประกอบอาชีพได้ สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐเพื่อให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างปกติ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเลขที่ 2007-553 ลงวันที่ 3 มีนาคม 2007¹⁸³ ได้พิจารณาถึงความสมดุลระหว่างวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะคุ้มครองภายใต้กฎหมายนี้ และหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองทั้งสิทธิในความเป็นส่วนตัวและหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามหลักประกันต่อปัจเจกชนตามคำปรารภของรัฐธรรมนูญลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ในย่อหน้าที่ 10 และ 11 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิเคราะห์ในประเด็นดังต่อไปนี้

1) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงปัญหาสังคม ปัญหาด้านการศึกษา หรือปัญหาเกี่ยวกับปัจจัยพื้นฐานของบุคคลหรือครอบครัว และเพื่อที่จะส่งเสริมให้มีความเป็นอยู่ทางสังคมที่ดีนั้น เป็นหน้าที่ของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องหลายฝ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาล่าช้า

2) ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว การส่งต่อข้อมูลของบุคคลหรือครอบครัวต่อนายกเทศมนตรีหรือประธานสภาภาคนั้น รัฐบัญญัติได้กำหนดให้ส่งต่อข้อมูลบุคคลหรือครอบครัวเฉพาะในกรณี “มีปัญหาย่ำแย่ร้ายแรงในเรื่องทางสังคม การศึกษา และเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง” ต่อบุคคลหรือครอบครัวนั้น จึงให้ผู้ที่ทำหน้าที่รับผิดชอบหลายฝ่ายได้เข้ามารับทราบข้อมูล

3) ในการอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลของบุคคลหรือครอบครัวใด กฎหมายอนุญาตให้ดำเนินการภายใต้ “หลักการคุ้มครองข้อมูลลับ” (les informations à caractère secret) เฉพาะข้อมูลที่น่ามาใช้ในการประเมินสถานการณ์

¹⁸² Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

Aliéna 11 « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

¹⁸³ Décision n° 2007-553 DC du 3 mars 2007, Loi relative à la prévention de la délinquance, cons. 5 à 7

ของบุคคล เพื่อกำหนดมาตรการที่จะเป็นในการช่วยเหลือทางสังคมและการดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง และการส่งข้อมูลของบุคคลใดนั้นจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อการปฏิบัติงานด้านสังคมสงเคราะห์เท่านั้น

4) ในการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวรัฐบัญญัตินี้กำหนดให้เฉพาะบุคคลที่มีหน้าที่เป็นผู้ประสานงานกับนายกเทศมนตรีหรือประธานสภาภาคเท่านั้น

5) รัฐบัญญัตินี้ได้กำหนดบทลงโทษสำหรับการเปิดเผยข้อมูลไปยังบุคคลที่สามให้มีโทษตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญามาตรา 226-13

จากลักษณะการอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลดังกล่าวข้างต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้มีการส่งต่อข้อมูลภายใต้เงื่อนไขและความระมัดระวัง และสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐเพื่อให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างปกติตามที่บัญญัติรับรองไว้ในย่อหน้าที่ 10 และ ย่อหน้าที่ 11 แห่งคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ด้วยเหตุนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา 8 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวขัดด้วยรัฐธรรมนูญ

3.4.1.2 เสรีภาพในการดำเนินการทางเศรษฐกิจ

ข้อพิจารณาความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการดำเนินการทางเศรษฐกิจ (liberté d'entreprendre) และข้อกำหนดทางเศรษฐกิจนี้ วุฒิสมาชิกและผู้ที่เกี่ยวข้องได้ยื่นคำร้องต่อตุลาการรัฐธรรมนูญว่า รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการส่งเสริมความคุ้มครองแรงงานเกษตรกรที่ไม่ได้รับค่าจ้างเป็นรายเดือนจากการเกิดอุบัติเหตุในที่สถานที่ทำงานและโรคอันเกิดจากการทำงาน¹⁸⁴ ซึ่งได้ประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน ค.ศ. 2001 มีประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการในการตรารัฐบัญญัติและเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 2001-451 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 2001¹⁸⁵ พิจารณาว่า รัฐบัญญัติดังกล่าวได้สร้างระบบประกันสังคม (sécurité sociale) ใหม่ โดยกำหนดให้ผู้เอาประกันในภาคเกษตรกรรมในระบบประกันแบบใหม่นี้จะถูกบังคับให้ต้องลงทะเบียนสมาชิก (au recueil des bulletins d'adhésion) ซึ่งระบบประกันสังคมแบบใหม่นี้ เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

¹⁸⁴ Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001. Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles. Journal officiel du 1er décembre 2001, p. 19112

¹⁸⁵ Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, cons. 19 à 21.

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิเคราะห์ว่า รัฐบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาระบบความคุ้มครองทางสังคมให้กับเกษตรกรที่ไม่ได้เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่มีเงินเดือน (les agriculteurs non-salariés) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการสร้างหลักประกันการชดเชยรายวันและเงินชดเชยกรณีเสียชีวิต และค่าชดเชยในกรณีที่ไม่สามารถทำงานได้อันเกิดจากการพิการอย่างถาวร ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงตรากฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง¹⁸⁶ โดยกำหนดบังคับให้เกษตรกรที่ไม่ได้เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่มีเงินเดือนเข้าสู่ระบบการประกันสังคมแบบใหม่นั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

3.4.1.3 การรักษาความสงบเรียบร้อย¹⁸⁷

ในการพิจารณาความสมดุลระหว่างการเคารพซึ่งสิทธิในความเป็นส่วนตัว (le respect de la vie privée) กับการรักษาความสงบเรียบร้อย (la sauvegarde de l'ordre public) นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในการขังนักโทษความสัมพันธ์ของทั้งสองประการไว้ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2005-535 ลงวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 2006¹⁸⁸ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการในการต่อต้านการก่อการร้ายและบทบัญญัติอื่นเกี่ยวกับการควบคุมและรักษาความปลอดภัยชายแดน โดยวุฒิสภาเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ทำการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติดังกล่าว

โดยมาตรา 8 ของรัฐบัญญัตินี้ได้กำหนดให้มีควบคุมยานพาหนะโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือเจ้าหน้าที่ทหารที่มีอำนาจหน้าที่คล้ายตำรวจ (gendarmérie nationale) หรือเจ้าหน้าที่ศุลกากรมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบยานพาหนะโดยวิธีการถ่ายภาพผู้ที่ครอบครองยานพาหนะในจุดตรวจต่าง ๆ ในประเทศ และได้บัญญัติให้การใช้มาตรการนี้สามารถนำไปใช้ในลักษณะชั่วคราวเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาความสงบเรียบร้อย และในเวลาที่มิสถานการณ์พิเศษ หรือกรณีที่มีการชุมนุมสาธารณะ โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งอำนาจหน้าที่ และบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้

¹⁸⁶ มาตรา 4 แห่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง 1789

“เสรีภาพคือความสามารถที่จะดำเนินการใดที่จะไม่รบกวนบุคคลอื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ของแต่ละบุคคลมีขอบเขตจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้บุคคลอื่นในสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านั้นได้เช่นเดียวกัน โดยข้อจำกัดนั้นจะกระทำได้แต่โดยรัฐบัญญัติเท่านั้น”

¹⁸⁷ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, cons. 27.

¹⁸⁸ Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers

มีการประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ และกำหนดให้เงื่อนไขในการใช้ประโยชน์ในข้อมูลและเงื่อนไขในการเก็บรักษาข้อมูลนั้นไม่มีวิธีการขึ้นอยู่กับผลของการตรวจสอบข้อมูลในฐานข้อมูลยานพาหนะที่ถูกขโมยหรือยานพาหนะที่มีรายงานต้องสงสัย โดยผู้ร้องได้โต้แย้งถึงลักษณะของระบบในการตรวจสอบ (un système généralisé de contrôle) ต่อผู้ที่ครอบครองยานพาหนะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวว่าละเมิดต่อบทบัญญัติมาตรา 66 ของรัฐธรรมนูญ¹⁸⁹ ในเรื่องเสรีภาพในการเดินทาง (la liberté d’aller et venir) สิทธิในความเป็นส่วนตัว (le respect de la vie privée) อันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยใน 2 ประเด็น กล่าวคือ

ประเด็นแรก มาตรา 66 ของรัฐธรรมนูญและเสรีภาพในการเดินทาง

คณะกรรมการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 8 ที่กำหนดให้มีการเก็บข้อมูลของยานพาหนะและผู้ครอบครองยานพาหนะไม่กระทบต่อบทบัญญัติมาตรา 66 ของรัฐธรรมนูญและไม่กระทบต่อเสรีภาพในการเดินทางที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 2 และ 4 แห่งปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789

ประเด็นที่สอง การรับรองและคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว

คณะกรรมการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดรายละเอียดในกฎหมายนี้มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัว และการรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะนั้นมีลักษณะไม่สมดุล (déséquilibrée) โดยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลดังนี้

1) ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาถึงการชั่งน้ำหนักของประโยชน์ที่เกี่ยวข้องของ 2 ส่วนได้แก่ ส่วนแรก การป้องกันการละเมิดต่อกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินและการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ซึ่งมีความจำเป็นต่อการคุ้มครองสิทธิและหลักรัฐธรรมนูญ ส่วนที่สอง การประกันสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองในรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติทั้งหลายที่บัญญัติคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว

¹⁸⁹ มาตรา 66 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 บัญญัติว่า

วรรคหนึ่ง “การจับกุม คุมขังบุคคลใดตามอำเภอใจจะกระทำไม่ได้”

วรรคสอง “ให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่ในฐานะผู้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ เป็นผู้ดูแลให้มีการเคารพในหลักการนี้ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ”

2) ในการบัญญัติรัฐธรรมนูญนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนารมณ์ให้เป็นการป้องกันการก่อการร้ายและการก่ออาชญากรรมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง และมีเจตนารมณ์เพื่ออำนวยความสะดวกในการบันทึกข้อมูลอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม รวมทั้งการโจรกรรมและการรับซื้อรถที่ถูกโจรกรรมและความผิดตามกฎหมายศุลกากรในบางฐานความผิด ซึ่งเป็นผลให้สามารถหาตัวผู้กระทำความผิดได้

3) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ในการบันทึกข้อมูลตามกฎหมายนี้จะถูกลบหลังจาก 8 วัน ในกรณีที่ลักษณะรูปพรรณของรถยนต์ที่บันทึกข้อมูลไม่ตรงกับลักษณะรูปพรรณของรถที่สูญหายหรือได้รับแจ้งซึ่งอยู่ในฐานข้อมูลระดับชาติหรือระดับกลุ่มประเทศเชงเก้น (L'espace Schengen) โดย การบันทึกข้อมูลนี้จะบันทึกเฉพาะข้อมูลรูปพรรณของรถเท่านั้น ไม่รวมถึงรูปถ่ายของบุคคลซึ่งเป็นผู้ขับขี่และผู้โดยสาร นอกจากนี้ข้อมูลที่บันทึกไว้จะสามารถตรวจสอบภายในกำหนดเวลาเท่านั้น เว้นแต่มีข้อสงสัยเพื่อการดำเนินคดีอาญาและคดีศุลกากรก็สามารถขยายระยะเวลาในการเข้าถึงข้อมูลออกไปได้อีก 1 เดือน รวมทั้งรัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลว่า จะกระทำได้เฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจ (la police) หรือเจ้าหน้าที่ทหารที่มีอำนาจหน้าที่คล้ายตำรวจ (la gendarmerie nationales) ที่มีหน้าที่และที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น ซึ่งการประมวลผลของข้อมูลอัตโนมัติจะต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญถึงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1978 เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์และเสรีภาพ¹⁹⁰ ด้วย

3.4.1.4 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ข้อพิจารณาระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (la liberté d'expression) กับการรักษาความสงบเรียบร้อย¹⁹¹

ในเรื่องนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 2003-467 ลงวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 2003 พิจารณาคำร้องของวุฒิสมาชิกว่ารัฐธรรมนูญการรักษาความปลอดภัยภายใน (Loi pour la sécurité intérieure) ที่ได้ผ่านการพิจารณาโดยรัฐสภาเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2003 ว่ามีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในมาตรา 113 ของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 433-5-1 บัญญัติว่า “เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าระหว่างการชุมนุมที่ได้จัดหรือควบคุมโดยหน่วยงานของรัฐ กระทำการอันไม่สมควรต่อสาธารณะแก่เพลงชาติหรือธงชาติ

¹⁹⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

¹⁹¹ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, cons. 105

ต้องได้รับโทษปรับ 7500 ยูโร ในกรณีที่ความผิดเกิดในระหว่างการประชุมจะต้องได้รับโทษจำคุก 6 เดือนและปรับ 7500 ยูโร” อันเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และขัดต่อหลักการลงโทษตามกฎหมายในการกระทำความผิด (principe de légalité des délits et des peines) และหลักการลงโทษที่จำเป็น (principe de nécessité des sanctions)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคำร้องดังกล่าวใน 3 ประเด็น กล่าวคือ

1) พิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 10 ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และพลเมือง ค.ศ. 1789 ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมไม่ต้องหวั่นเกรงต่อการแสดงความคิดเห็นของตน รวมทั้งการแสดงออกทางศาสนา หากการแสดงออกนั้นไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยตามที่ได้กำหนดโดยรัฐบัญญัติ” และมาตรา 11 ของปฏิญญาได้รับรองเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดไว้ว่า “บุคคลมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารทางความคิดและการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นประการหนึ่งของมนุษย์ พลเมืองทุกคนสามารถพูด เขียน พิมพ์ อย่างอิสระ เว้นแต่เป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบตามที่ได้รับบัญญัติไว้”

2) พิจารณาบทบัญญัติมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติให้สัญลักษณ์ประจำชาติได้แก่ธงสามสี คือสีน้ำเงิน สีขาว สีแดง และเพลงชาติได้แก่เพลง ลามาร์แซแยส (La Marseillaise)

3) พิจารณาว่าการที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดฐานความผิดใหม่และบทลงโทษ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการรักษาความสงบเรียบร้อยและการคุ้มครองเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้คุ้มครอง

จากการพิจารณาข้อพิจารณาทั้ง 3 ประการข้างต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้มาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

3.4.1.5 ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการใช้เงินของรัฐ

ข้อพิจารณาระหว่างความเป็นอิสระในการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (la libre administration des collectivités territoriales) กับการใช้เงินสาธารณะอย่างเหมาะสม (le bon usage des deniers publics)

โดยในเรื่องนี้ ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้พิจารณาว่า รัฐบัญญัติงบประมาณสำหรับปี ค.ศ. 2004 (la loi de finances pour 2004) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยขัดต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยหลักสุจริต (principe constitutionnel de sincérité) โดยมีข้อพิจารณาที่ผิดพลาดอย่างชัดเจนเกี่ยวกับการบริหารจัดการและการกำหนดรายจ่าย โดยมาตรา 117 แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว

ได้กำหนดให้ “องค์กรส่วนท้องถิ่นและหน่วยงานในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องแจ้งต่อรัฐก่อนที่จะมีการดำเนินการใด ๆ ที่มีผลต่อบัญชีคงคลัง โดยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการดำเนินการในเรื่องนี้กำหนดในรัฐกฤษฎีกา” ซึ่งผู้ร้องเห็นว่าการที่รัฐบัญญัติกำหนดเงื่อนไขให้ต้องรายงานข้อมูลก่อนการใช้จ่ายงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการขัดต่อ “หลักความเป็นอิสระของการบริหารงาน” (libre administration) และ “หลักความเป็นอิสระทางการคลัง” (libre disposition de leurs ressources)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 2003-489 ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 2003¹⁹² พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติดังกล่าวโดยพิจารณาประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1) พิจารณามาตรา 72 วรรคสาม และมาตรา 72-2 ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น “มีการบริหารจัดการอย่างอิสระภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยรัฐบัญญัติโดยสภาที่มาจากการเลือกตั้ง”¹⁹³ และให้ได้รับประโยชน์จากรายได้ ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถใช้ได้อย่างอิสระภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยรัฐบัญญัติ¹⁹⁴

2) พิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการงบประมาณ¹⁹⁵ ที่บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและองค์การมหาชนจะต้องส่งเงินไว้ที่คลัง และมาตรา 26 แห่งรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญลงวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2001 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2004 ในมาตรา 65 ที่กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชนของท้องถิ่นจะต้องส่งเงินที่มีทั้งหมดไว้ที่รัฐ

3) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงภาระหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติที่ร้องว่า การกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการตามที่บัญญัติในรัฐบัญญัติดังกล่าวนั้นมุ่งประสงค์ให้เกิดการดำเนินการ

¹⁹² Décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004, cons. 33.

¹⁹³ รัฐธรรมนูญ มาตรา 72-วรรคสาม « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences. »

¹⁹⁴ รัฐธรรมนูญ มาตรา 72-2 วรรคหนึ่ง « La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence. »

¹⁹⁵ Ordonnance 2 janvier 1959 portant loi organique relative lois finances

ในการทำธุรกรรมต่าง ๆ ที่ส่งผลสำคัญต่อเงินในคลังได้มีการดำเนินการที่ดีขึ้น เพื่อเป็นการพัฒนาระบบในทางการคลังของรัฐ และให้เกิดการใช้เงินของรัฐอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการขาดสมดุลทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเป็นการเคารพต่อหลักการของสหภาพยุโรปที่ห้ามไม่ให้สถาบันทางการเงินจ่ายเงินทดรองแก่หน่วยงานของรัฐ

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้การกำหนดเงื่อนไขทางการคลังกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนี้ไม่ขัดต่อหลักความสมดุลระหว่างประโยชน์ของรัฐในการใช้เงินอย่างเหมาะสมและหลักความเป็นอิสระทางการคลังของท้องถิ่น

3.4.3 ข้อพิจารณาเรื่องการชั่งน้ำหนักประโยชน์

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาเรื่องการชั่งน้ำหนักประโยชน์ หรือหลักการว่าด้วยดุลยภาพหรือความสมดุล (mis en balance) และได้รับรองให้ข้อพิจารณานี้มีศักดิ์เทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (valeur constitutionnelle) โดยได้รับรองหลักการที่นำมาพิจารณาในหลักความได้สัดส่วนเอาไว้หลายประการ อาทิ

3.4.3.1 การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวม

(la sauvegarde de l'intérêt général)

ในการพิจารณาเรื่องดุลยภาพของประโยชน์ส่วนรวมและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นได้ปรากฏหลักการดังกล่าวในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการนัดหยุดงาน (le droit de grève) ที่ได้รับรองสิทธิในการนัดหยุดงานไว้ในโดยคำปรารภของรัฐธรรมนูญลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ในย่อหน้าที่ 7 ว่า “สิทธิในการนัดหยุดงานอาจใช้ได้ภายในขอบเขตของรัฐบัญญัติที่กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้น” ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องดำเนินการพิจารณาหาดุลยภาพระหว่างสิทธิในอาชีพการงานที่ได้รับการรับรองไว้ในสิทธิในการนัดหยุดงาน และการปกป้องไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวม (l'intérêt général) ในอันที่จะเกิดความเสียหายจากการใช้สิทธิดังกล่าว”¹⁹⁶

¹⁹⁶ Décisions n° 79-105 du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, cons. 1

3.4.3.2 ความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะ

(la continuité du service public)

ในเรื่องนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักที่มีค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญไว้ว่า ในการพิจารณาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหากเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะแล้ว มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาหลักการว่าด้วยความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะด้วย เช่น ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิในการนัดหยุดงานที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะนั้น สิทธิที่ได้รับการรับรองนี้ไม่เป็นเหตุที่จะปฏิเสธการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการที่จะวางหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิเท่าที่จะเป็นเพื่อความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะ (les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public)

เช่น ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2007-556 ลงวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 2007 ซึ่งผู้ร้องได้ร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการเจรจาทางสังคมและความต่อเนื่องในการให้บริการประชาชนในการบริการสาธารณะด้านการคมนาคมทางบก¹⁹⁷ โดยผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าการที่รัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดให้มีการเจรจาต่อรองการนัดหยุดงานก่อนการแจ้งหนังสือนัดหยุดงานนั้นเป็นการจำกัดการใช้สิทธินัดหยุดงานในระยะเวลาที่มีการเจรจาต่อรองข้อเรียกร้องในการนัดหยุดงานนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยพิจารณาข้อ 7 แห่งอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 รับรองสิทธิในการนัดหยุดงานว่าอาจใช้ได้ภายในขอบเขตของรัฐบัญญัติที่กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้น¹⁹⁸ ซึ่งกำหนดให้สิทธิในการนัดหยุดงานเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี สิทธิดังกล่าวมีข้อจำกัดในการใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติสามารถกำหนดกระบวนการในการประสานประโยชน์ระหว่างเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิในการนัดหยุดงานและวิธีการใด ๆ เพื่อปกป้องประโยชน์ส่วนรวมในการได้รับบริการสาธารณะอย่างต่อเนื่อง ซึ่งมีสถานะเป็นหลักรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาใน 4 ประเด็นต่อไปนี้

1) พิจารณาทบบัญญัติมาตรา 2 ข้อ 3 ซึ่งกำหนดให้ภายในระยะเวลาสูงสุด 5-13 วัน ที่อาจกำหนดให้สหภาพแรงงานแจ้งนายจ้างถึงเหตุผลในการ

¹⁹⁷ Décisions n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, cons. 10

¹⁹⁸ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 –« Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. »

เคลื่อนไหรร่วมกัน และวันที่จะเริ่มต้นนัดหยุดงาน โดยระยะเวลานี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อให้มีการเจรจาต่อรองที่มีประสิทธิภาพเพื่อหลีกเลี่ยงการหยุดงาน และในกรณีที่ไม้อาจหลีกเลี่ยงการหยุดงานได้ให้ปรับแผนการดำเนินงานในการบริการสาธารณะ ด้านคมนาคมเพื่อประกันหลักความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะ

2) รัฐบัญญัติกำหนดให้ในระหว่างที่มีการชุมนุมเคลื่อนไหวกองลูกจ้างนั้น ไม่ตัดโอกาสในการเจรจาภายในองค์กร ดังนั้นการที่ผู้ร้องร้องว่าการเจรจาต่อรอง ก่อนการนัดหยุดงานเป็นการตัดสิทธิในการนัดหยุดงานนั้นจึงไม่อาจรับฟังได้

3) พิจารณาลักษณะของสิทธิในการนัดหยุดงาน ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถ กำหนดให้สหภาพแรงงานซึ่งเป็นตัวแทนของลูกจ้างมีอำนาจในการเจรจาต่อรอง เฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการนัดหยุดงาน และลูกจ้างแต่ละคนมีสิทธิในการ ตัดสินใจในการร่วมหยุดงานตามที่ตนกำหนดเอง

4) พิจารณาว่าฝ่ายนิติบัญญัติสามารถกำหนดมาตรการในการหลีกเลี่ยง การนัดหยุดงานระยะสั้นเพื่อดำรงไว้ซึ่งหลักการเรื่องความต่อเนื่องในการบริการ สาธารณะ โดยมาตรา 3 ของรัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้สหภาพแรงงาน ยื่นข้อเรียกร้องเดิมในระหว่างที่การนัดหยุดงานครั้งแรกรังไม่พ้นกำหนด เพื่อป้องกัน ไม่ให้เป็นการใช้สิทธิในการนัดหยุดงานที่มากเกินไปจนขอบเขต โดยอาจจะกระทบต่อการ บริการสาธารณะ ทั้งนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการกำหนดเงื่อนไข ในการนัดหยุดงานตามที่กล่าวมาข้างต้น ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ

แต่อย่างไรก็ดี การคำนึงถึงความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะจะต้อง ไม่เป็นการปฏิเสธสิทธิในการนัดหยุดงาน ดังปรากฏตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญที่ 2007-556 ลงวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 2007 ในการพิจารณาความ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลขที่ 74-696 ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1974 เกี่ยวกับความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะด้านวิทยุ และโทรทัศน์ในกรณีที่มีการหยุดงาน¹⁹⁹ ซึ่งในคดีนี้ ผู้ร้องได้ร้องต่อคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญว่าการกำหนดให้ประธานบริษัทวิทยุโทรทัศน์กำหนดประเภทของ พนักงานหรือพนักงานที่ต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่กระทบต่อการบริการสาธารณะ โดยปกติ (pour assurer le service normal) เป็นการจำกัดสิทธิในการนัดหยุดงาน อันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยใน 4 ประเด็น ดังต่อไปนี้

¹⁹⁹ เพิ่งอ้าง (คดีเดียวกัน)

1) พิจารณาข้อ 7 แห่งอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 รับรองสิทธิในการนัดหยุดงานว่าอาจใช้ได้ภายในขอบเขตของรัฐบัญญัติที่กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้น²⁰⁰ ซึ่งการประกันสิทธิดังกล่าวเป็นหลักรัฐธรรมนูญ และแม้ว่าจะสามารถกำหนดเงื่อนไขในกฎหมายได้ก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งสิทธิในการนัดหยุดงานเป็นหนึ่งในข้อพิจารณาหนึ่งและการปกป้องผลประโยชน์ส่วนรวมซึ่งถูกระทบเมื่อมีการนัดหยุดงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยฝ่ายนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายมาจำกัดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาเรื่องความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะซึ่งมีศักดิ์เป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับสิทธิในการนัดหยุดงาน แต่อย่างไรก็ดี ข้อจำกัดที่บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติ อาจขยายไปถึงการห้ามใช้สิทธิในการนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ที่จำเป็นอย่างต่อเนื่องต่อการทำงานของบริการสาธารณะนั้นซึ่งหากหยุดชะงักแล้วจะส่งผลกระทบต่อรัฐ

2) พิจารณาทบทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1974 ในการแก้ไขเพิ่มเติมให้การนัดหยุดงานต้องมีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าว่าไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือหลักรัฐธรรมนูญใด ๆ

3) พิจารณาเงื่อนไขที่บัญญัติในรัฐบัญญัติที่กำหนดให้การบริการสาธารณะด้านวิทยุและโทรทัศน์ ต้องมีการส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์อย่างต่อเนื่อง สอดคล้องกับหลักมาตรา 21 มาตรา 34 และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญ

4) พิจารณาในบทบัญญัติวรรคสามของรัฐบัญญัติดังกล่าวที่บัญญัติว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ของบริษัทที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับรายการโทรทัศน์ (les sociétés nationales de programme de télévision) มีจำนวนไม่เพียงพอต่อการให้บริการตามปกติ ประธานของแต่ละบริษัทอาจกำหนดประเภทของพนักงานหรือพนักงานที่ต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อรับรองหลักความต่อเนื่องในบริการสาธารณะ โดยองค์ประกอบของบุคลากรที่ปฏิบัติงานได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 และ มาตรา 10 ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้ประธานบริษัทเป็นผู้พิจารณาเมื่อมีการนัดหยุดงานว่ามีบุคลากรเพียงพอต่อการให้บริการตามปกติหรือไม่ อันเป็นการกำหนดข้อยกเว้นของการใช้สิทธิในการนัดหยุดงานซึ่งขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

3.4.3.3 การรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย (l'ordre public)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 80-127 ลงวันที่ 20 มกราคม ค.ศ. 1981 ซึ่งได้พิจารณาหลักความได้สัดส่วนในการจำกัดสิทธิในการเดินทางไว้ว่า

²⁰⁰ อ้างแล้ว

“ในการกล่าวอ้างถึงสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในการเดินทางต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสิ่งที่จำเป็นเพื่อรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม เช่น การป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายต่อสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความปลอดภัยของบุคคลและทรัพย์สิน กับ การใช้สิทธิในการเดินทางของปัจเจกชนซึ่งเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ”²⁰¹

นอกจากนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยกรณีที่กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีข้อความจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยใช้หลักแห่งความได้สัดส่วนมาพิจารณาถึงดุลยภาพระหว่างสิทธิเสรีภาพที่ถูกละเมิดกับความสงบเรียบร้อยของส่วนรวม อีกหลายกรณี เช่น

- การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว และการรักษาความสงบส่วนรวม²⁰²
- การคุ้มครองสิทธิในการมีครอบครัวและการใช้ชีวิตครอบครัว (le droit à mener une vie familiale normale) และการรักษาความสงบเรียบร้อยของส่วนรวม
- การป้องกันการละเมิดต่อความสงบเรียบร้อย และ การจับกุมผู้กระทำความผิด และ การคุ้มครองเสรีภาพในการเดินทาง (la liberté d’aller et venir) และ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล (le respect de la vie privée) หรือ เสรีภาพแห่งปัจเจกชน (la liberté individuelle)²⁰³
- การคุ้มครองเสรีภาพในการเดินทาง และการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของชาติ (la protection de la sécurité nationale) และความจำเป็นในการปกป้องสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ²⁰⁴
- ดุลยภาพระหว่างความสงบเรียบร้อยและ การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (la liberté d’expression)²⁰⁵

จากการศึกษา “หลักความได้สัดส่วน” ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่าในการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติก่อนมีผลบังคับใช้ (le contrôle priori) และการควบคุมภายหลังจากการประกาศใช้บังคับ

²⁰¹ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, cons. 58 et 62 ; n° 2008-562 DC du 21 février 2008, cons. 13.

²⁰² Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 21 à 27.

²⁰³ Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 6, 8 et 70.

²⁰⁴ Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993 Loi relative à la maîtrise de l’immigration et aux conditions d’entrée, d’accueil et de séjour des étrangers en France, cons. 103.

²⁰⁵ Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 104 et 105.

กฎหมายแล้ว (le contrôle posteriorii) ซึ่งเป็นการวางรากฐานอำนาจให้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ (les lois) รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (les lois organiques) และข้อบังคับการประชุมสภา (les règlements des assemblées parlementaires) ก่อนการประกาศใช้ บังคับได้ ซึ่งเป็นการสร้างหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตาม หลักนิติรัฐโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักความได้สัดส่วน (le principe de proportionnalité) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนซึ่งแม้รัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐที่ 5 ไม่ได้บัญญัติถึง “หลักความได้สัดส่วน” ไว้อย่างชัดเจน แต่ได้วางหลักการไว้โดยอ้อมโดยการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญในปฎิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง กฎบัตร ว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อม และหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนจากการบัญญัติกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของรัฐ และไม่ เพียงคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามหลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการ รับรองโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (PFRLR) ด้วย ดังที่ได้กล่าวรายละเอียดไว้แล้ว ในส่วนต้นของบทนี้

แต่อย่างไรก็ดี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วางรากฐานแนวคิดเรื่อง “หลักความได้สัดส่วน” ไว้ 3 ประการ ได้แก่หลักความเหมาะสม หรือหลักแห่งความ สัมฤทธิ์ผล ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักเกณฑ์พิจารณาถึงความเชื่อมโยง ระหว่างประโยชน์สาธารณะที่พึงได้รับตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายภายใต้เหตุผล ในการบัญญัติกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการออก กฎหมายนั้นจะพิจารณาจะต้องเลือกมาตรการที่ไม่ล่วงล้ำต่อสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนเกินกว่าความจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น ตามหลักการว่าด้วยความ จำเป็น และจะต้องพิจารณาหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ว่ามี ความสมดุลระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายของเอกชนหรือไม่ ประการใด

ซึ่งในการวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น แม้ว่าการวินิจฉัยจะ ไม่ได้หยิบยกหลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณาในรูปแบบเดียวกับ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่อย่างไรก็ดี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในหลายลักษณะ โดยนำมาใช้ในการให้เหตุผล ในกรณี “มีความไม่เหมาะสม” “เกินความจำเป็น” (atteintes excessives) หรือ “มาตรการที่สมดุล” ซึ่งได้แสดงถึงการรับรองหลักความได้สัดส่วนไว้ในคำวินิจฉัย

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยศาลได้นำข้อพิจารณาในทางสภาพสังคม เศรษฐกิจ เหตุผลทางอายุ สภาพร่างกายหรือจิตใจของผู้ที่อยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย และประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ อาทิ การรักษาความสงบเรียบร้อย การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อการดำเนินงานของรัฐ การป้องกันการละเมิดต่อกฎหมาย รวมทั้งขอบเขตของกฎหมายยุโรปมาประกอบการพิจารณาด้วยว่า ในการที่รัฐมีความจำเป็นในการตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐพึงต้องพิจารณาถึงดุลยภาพหรือความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ซึ่งมีข้อพิจารณาในรายละเอียดสอดคล้องกับบริบทของกฎหมายอย่างรอบด้าน เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง

บทที่ 4

หลักความได้สัดส่วนของประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีการตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นที่มีการกำหนดเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้หลายประการ อาทิเช่น สิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านจิตใจ สิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจ สิทธิในร่างกายและทรัพย์สิน และความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในการอยู่ร่วมกันในสังคมที่ไม่อาจที่จะเปิดให้บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพที่เกินขอบเขตและส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ รัฐจึงจำเป็นต้องออกกฎระเบียบหรือนโยบายที่มาควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ดังนั้น เพื่อไม่ให้รัฐออกกฎระเบียบหรือนโยบายที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป จึงจำเป็นต้องมีกลไกในการตรวจสอบว่าการกระทำของรัฐหรือบทบัญญัติต่าง ๆ โดยรัฐนั้นมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยปกติแล้วองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นจะเป็นองค์กรทางด้านตุลาการ หรือศาล โดยในบางประเทศใช้องค์กรที่เรียกว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรพิเศษที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ แต่ในบางประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ได้ใช้องค์กรที่เรียกว่า ศาลยุติธรรมในการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมดังเช่นในประเทศญี่ปุ่นก็เป็นการตรวจสอบที่มีข้อจำกัด และมีการกำหนดมาตรฐานในการตรวจสอบที่มีความเข้มงวดเพื่อไม่ให้ศาลยุติธรรมใช้อำนาจมากเกินไปจนเกินไป และไปกระทบต่ออำนาจอื่น ๆ ของรัฐ จนทำให้เกิดความไม่สมดุลในการใช้อำนาจ

รายงานการวิจัยในส่วนของประเทศญี่ปุ่นจะเป็นการอธิบายถึงความเป็นมาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ระบบการตรวจสอบองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบ มาตรฐานในการตรวจสอบ และการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการตรวจสอบ

4.1 องค์การผู้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

4.1.1 แนวคิดของระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้ในประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันมี 2 ระบบที่สำคัญ คือ ระบบกระจายอำนาจหรือรูปแบบอเมริกา และระบบรวมศูนย์หรือรูปแบบยุโรป

4.1.1.1 ระบบกระจายอำนาจหรือรูปแบบอเมริกา

เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาตรวจขึ้น โดยเป็นระบบที่ศาลยุติธรรมทั่วไปที่พิจารณาคดีทางแพ่ง คดีทางอาญา และคดีทางปกครองสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีนั้น ๆ โดยมีหลักการสำคัญ คือ จะต้องมีการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอย่างเป็นรูปธรรม โดยโจทก์เป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม คู่ความในคดีนั้น หรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถยกประเด็นแห่งคดีว่ากฎหมายที่ใช้บังคับในคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือโดยศาลเห็นเองศาลจะดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับคดีนั้น และหากผลการตรวจสอบปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญผลการพิจารณาดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อคดีนั้นเป็นการเฉพาะ²⁰⁶ กล่าวคือ ส่งผลให้ไม่สามารถนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีนั้นได้ อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ไม่ส่งผลเป็นการยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ แต่อย่างใด

ทั้งนี้ ระบบกระจายอำนาจหรือรูปแบบอเมริกาเป็นระบบที่ใช้อย่างแพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา ญี่ปุ่น และอินเดีย เป็นต้น

²⁰⁶ 衆議院憲法調査会事務局「司法制度及び憲法裁判所（憲法の有権解釈の所在の視点から）」に関する基礎的資料—統治機構のあり方に関する調査小委員会（平成15年5月15日の参考資料、p. 11 ที่มาwww.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/shukenshi029.pdf/\$File/shukenshi029.pdf

4.1.1.2 ระบบรวมศูนย์หรือรูปแบบยุโรป

เป็นระบบที่มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำของรัฐโดยเฉพาะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น โดยผู้มีสิทธิในการฟ้องร้องคดีนั้นสามารถขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำของรัฐได้โดยไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่เป็นการพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับคดีที่มีการฟ้องร้องอย่างเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งองค์กรพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการกระทำของรัฐจำเป็นที่จะต้องมีการตรากฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการในการพิจารณาด้วย

สำหรับผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยองค์กรพิเศษจะส่งผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ สิ้นผลไป และผลการตรวจสอบดังกล่าวก็มีการบังคับใช้เป็นการทั่วไป²⁰⁷ กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะถูกยกเลิกหรือแก้ไขได้ ไม่สามารถที่จะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไปปรับใช้กับคดีใด ๆ ได้ โดยระบบนี้ใช้อย่างแพร่หลายในประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี ออสเตรีย อิตาลี และสเปน นอกจากนี้ยังใช้ในประเทศเกาหลีใต้ รวมทั้งประเทศไทยด้วย

4.1.2 ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

ตามแนวทฤษฎีทั่วไปเห็นว่า ประเทศญี่ปุ่นใช้ระบบกระจายอำนาจที่ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ เนื่องจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ของประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศญี่ปุ่นในฐานะของประเทศผู้แพ้สงครามได้ถูกประเทศสหรัฐอเมริกาเข้ายึดครอง และการยึดครองในครั้งนั้นส่งผลให้ประเทศญี่ปุ่นต้องปรับเปลี่ยนระบบการเมืองการปกครองในหลายด้าน รวมทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญที่ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 1946 ที่ได้มีการนำเอาระบบของประเทศสหรัฐอเมริกาเข้ามาใช้ นอกจากนี้ หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นคือ “การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน” และเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนมีผลในทางปฏิบัติ จึงจำเป็นที่จะต้องมี

²⁰⁷ [1] 衆議院憲法調査会事務局「司法制度及び憲法裁判所（憲法の有権解釈の所在の視点から）」に関する基礎的資料—統治機構のあり方に関する調査小委員会—（平成15年5月15日の参考資料、p. 11）

เครื่องมือของรัฐ ซึ่งก็คือการใช้อำนาจตุลาการผ่านทางศาลยุติธรรมเข้ามาช่วย โดยการที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนหรือไม่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวและกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้น ๆ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมในการใช้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบ (มาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น)²⁰⁸

ดังนั้น จึงอาจพิจารณาได้ว่าระบบการตรวจสอบการขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นนั้น โดยหลักศาลยุติธรรมทั่วไปที่ใช้อำนาจตุลาการในการตัดสินคดีก็มีสิทธิที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยไม่จำเป็นจะต้องจัดตั้งองค์กรพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการเฉพาะ

อำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายคือ ตัดสินเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในคดีที่มีการฟ้องร้องอย่างเป็นรูปธรรมเท่านั้น นอกจากนี้เมื่อพิจารณามาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นก็สามารถตีความได้ว่า ศาลยุติธรรมไม่สามารถใช้อำนาจเชิงรุกที่จะดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เองอย่างศาลรัฐธรรมนูญในประเทศอื่น ๆ แต่โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นไม่ได้บัญญัติเป็นข้อห้ามไว้ ดังนั้น หากกฎหมายที่กำหนดกฎระเบียบสำหรับศาลยุติธรรมกำหนดอำนาจหน้าที่และวิธีการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ดังกฎระเบียบของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดก็มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เหมือนกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ ศาลสูงสุดของประเทศญี่ปุ่นได้วางหลักเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการกระทำของรัฐไว้ในกรณีการพิจารณา คดี National Police Reserve หมายเลขคดี : ปี ค.ศ. 1952 หมายเลข 23 ดังนี้

“เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1951 พรรคสังคมนิยมญี่ปุ่น (โจทก์) ยื่นฟ้องต่อศาลสูงสุดกรณีการจัดตั้ง National Police Reserve ซึ่งเป็นองค์กรเดิมของกองกำลังป้องกันตนเองแห่งประเทศญี่ปุ่นมีลักษณะเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

²⁰⁸ มาตรา 81 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“ศาลสูงสุดเป็นศาลชั้นสุดท้ายซึ่งมีอำนาจในการตัดสินใจให้เป็นที่สุดว่ากฎหมาย คำสั่ง กฎข้อบังคับ หรือการดำเนินการใด ๆ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่”

“หากศาลสูงสุดมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นสำคัญของคดีตามที่โจทก์ร้องแล้วนั้น ก็จะทำให้ไม่ว่าใครก็ตามก็สามารถฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของกฎหมายได้ ซึ่งเป็นการกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับการมีผลบังคับใช้ของบทบัญญัติของกฎหมาย หากศาลสูงสุดพิจารณาคดีดังกล่าว ก็จะทำให้ศาลสูงสุดมีฐานะที่เหนือกว่าองค์กรอื่น ๆ ที่ใช้อำนาจของรัฐ (อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจปกครอง) และจะเป็นการทำลายระบบการแบ่งแยกอำนาจและระบอบประชาธิปไตย ที่ผู้ใช้อำนาจแต่ละส่วนไม่สามารถที่จะตรวจสอบซึ่งกันและกันได้”

ดังนั้นจากระบบดังกล่าว การที่ศาลยุติธรรมจะสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่เกิดข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรมขึ้นมาก่อนเท่านั้น แต่การที่ศาลยุติธรรมจะไปพิจารณาการความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยแยกออกจากคดีทั่วไปนั้น ก็ไม่สามารถทำได้²¹¹

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลสูงสุดได้ยกฟ้องคดีดังกล่าว และศาลสูงสุดก็ได้วางหลักในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่า “เนื่องจากระบบของศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นเป็นการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาคดี ซึ่งการใช้อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมจำเป็นที่ต้องมีการฟ้องร้องคดีข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรมเกิดขึ้น ดังนั้น ศาลยุติธรรมของญี่ปุ่นจะใช้อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยกรณีที่เป็นคดีความรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ โดยที่ไม่มีคดีข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรมเกิดขึ้นไม่ได้ ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าศาลสูงสุดของประเทศญี่ปุ่นมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ แต่อำนาจหน้าที่นี้จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของอำนาจตุลาการ

4.1.3 องค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

มาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น บัญญัติว่า “ศาลสูงสุดเป็นศาลชั้นสุดท้ายซึ่งมีอำนาจในการตัดสินให้เป็นที่สุดว่ากฎหมาย คำสั่ง กฎข้อบังคับ หรือการดำเนินการใด ๆ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่”

ตามมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่าได้มีการกำหนดให้ศาลสูงสุดเท่านั้นที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม

²¹¹ 憲法判例百選II 「違憲立法審査権の性格—警察予備隊違憲訴訟」、最高裁昭和27年10月8日大法院判決、佐々木雅寿, p. 428-429

ก็ตาม ได้มีแนวคำวินิจฉัยศาลสูงสุด หมายเลขคดี : ปี ค.ศ. 1950 หมายเลข 4-2-73²¹² ความว่า ผู้พิพากษาทุกคนมีหน้าที่ในการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องธำรงรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในการพิจารณาที่จะปรับใช้ตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดในการพิจารณาคดีนั้น จะต้องพิจารณาด้วยว่าบทบัญญัตินั้น ๆ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 81 ได้บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าให้ศาลสูงสุดเป็นศาลชั้นสุดท้ายที่มีอำนาจในการตัดสินเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ตามรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้มีการบัญญัติห้ามมิให้ศาลในลำดับต่ำลงมาใช้อำนาจในการตัดสินเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ศาลในลำดับที่ต่ำกว่าก็สามารถใช้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีด้วย

โดยศาลสูงสุด (Supreme Court) จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 76 วรรคหนึ่ง โดยตรง โดยมีการกำหนดโครงสร้างของระบบศาลยุติธรรมของญี่ปุ่นไว้ในกฎหมายศาลยุติธรรม (Court Act, Act No. 59 of 1947) กล่าวคือ ระบบศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นเป็นระบบศาลสามชั้น (three-tiered court system) ได้แก่ ศาลชั้นต้น ศาลสูง และศาลสูงสุด โดยระบบดังกล่าวสามารถอุทธรณ์ได้ถึงชั้นศาลสูงสุด

ศาลสูงสุดประกอบด้วยประธานศาลสูงสุดและผู้พิพากษาศาลสูงสุดอีก 14 คน ประธานศาลสูงสุดได้รับการแต่งตั้งโดยพระจักรพรรดิโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ส่วนผู้พิพากษาศาลสูงสุดอีก 14 คนได้รับการแต่งตั้งจากคณะรัฐมนตรีและให้พระจักรพรรดิลงนามให้การรับรอง ซึ่งการวินิจฉัยคดีของศาลสูงสุดนั้น แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การวินิจฉัยคดีของประชุมใหญ่ (Grand bench) ประกอบด้วยประธานศาลสูงสุดและผู้พิพากษาเต็มองค์คณะ (องค์มติ คือ 9 คน) และการวินิจฉัยคดีของคณะเล็ก (Petit bench) แต่ละองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาศาลสูงสุด 5 คน (องค์มติ คือ 3 คน) โดยอำนาจของศาลสูงสุดมีดังนี้

1. สิทธิทางศาล ในกฎหมายศาลยุติธรรม มาตรา 7 บัญญัติว่า ศาลสูงสุดมีขอบเขตอำนาจในการพิพากษาคดีที่มีการอุทธรณ์ขึ้นมาจากศาลชั้นต้นและศาลสูงหรือคดีพิเศษตามกฎหมายวิธีพิจารณาความได้บัญญัติไว้ ดังนั้น หน้าที่สำคัญของศาลสูงสุดคือ ในกระบวนการพิพากษาการอุทธรณ์และการฟ้องร้องคดี ศาลสูงสุดมีหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินชั้นสุดท้ายเกี่ยวกับปัญหารัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ตีความกฎหมายที่การพิจารณาในลำดับก่อนนั้นได้หยิบยกขึ้นมา

²¹² ที่มา <http://taniguchi-office.net/hanrei/最大判昭和25年2月1日-50.html>

2. สิทธิในการกำหนดกฎระเบียบ ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 77 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ศาลสูงสุดมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการกำหนดกฎระเบียบเกี่ยวกับกระบวนการในการฟ้องร้องคดี กฎระเบียบเกี่ยวกับอัยการ กฎระเบียบภายในของศาลยุติธรรม และการจัดการสำนักงานตุลาการ” ขอบเขตอำนาจดังกล่าวของศาลสูงสุด เมื่อเปรียบเทียบกับขอบเขตอำนาจด้านอื่น ๆ แล้ว ถือว่าเป็นการคุ้มครองหลักการ Self – Regulation ของศาลยุติธรรม และเป็นยอมรับพื้นฐานเกี่ยวกับการนับถือความรู้เฉพาะด้านของศาล ทั้งนี้ ตามมาตรา 77 วรรคสาม ยังบัญญัติไว้ว่า “ศาลสูงสุดสามารถมอบหมายให้ศาลในลำดับล่างใช้สิทธิตามขอบเขตอำนาจของศาลในการกำหนดกฎระเบียบได้”

3. อำนาจตุลาการ ศาลมีอำนาจตุลาการในการบริหารจัดการสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินการทางศาล และกำกับดูแลผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ศาล ซึ่งเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นที่กำหนดให้อำนาจตุลาการแยกเป็นอิสระจากอำนาจอื่น ๆ ดังนั้น อำนาจในการบริหารดูแลศาลยุติธรรมนั้น จึงเป็นของศาลสูงสุด

4. การกำหนดตัวผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 80 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ถึงแม้ว่าอำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจะเป็นของคณะรัฐมนตรี แต่สำหรับอำนาจในการกำหนดตัวผู้พิพากษานั้นเป็นของศาลสูงสุด ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ศาลยุติธรรมไม่เพียงแต่สามารถพิจารณาคดีที่เป็นข้อพิพาททางแพ่งและอาญาเท่านั้น แต่ศาลยุติธรรมยังสามารถพิจารณาคดีทางการเมืองได้อีกด้วย และเนื่องจากศาลยุติธรรมสามารถใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาคดี ดังนั้น กรณีพิพาททุกกรณีสามารถถูกตัดสินในศาลลำดับสุดท้าย คือ ศาลสูงสุดได้ ดังนั้น ศาลสูงสุดจึงเป็นศาลยุติธรรมที่พิจารณาคดีในลำดับสุดท้ายที่พิจารณาคดีตามที่มีการอุทธรณ์ขึ้นมาก และการตีความกฎหมาย

สิทธิการตรวจสอบการขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมทั้งหมด แต่ศาลสูงสุดเป็นศาลยุติธรรมในลำดับสุดท้ายในการตัดสินคดี ดังนั้น การตัดสินปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นการตัดสินโดยศาลในลำดับสุดท้ายนั่นเอง การใช้สิทธิตรวจสอบการขัดต่อรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรมจะต้องเป็นการตัดสินคดีทั่วไป โดยที่ศาลสูงสุดก็จะต้องมีลักษณะเป็นการตัดสินคดีที่มีการอุทธรณ์ขึ้นมา มิได้ตัดสินคดีที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ และจะการตัดสินเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะต้องไม่เกินขอบเขตที่จำเป็นสำหรับการตัดสินคดีนั้น ๆ

ดังนั้น ศาลสูงสุดจึงเป็นศาลยุติธรรมสูงสุดเพียงหนึ่งเดียว โดยในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมีข้อสงสัยเกี่ยวกับการขัดต่อรัฐธรรมนูญศาลสูงสุดก็จะตัดสินเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในขั้นตอนสุดท้าย ศาลสูงสุดจึงมีลักษณะเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายหลังจากที่มีการประกาศใช้บทบัญญัตินั้นแล้ว ซึ่งเป็นการตรวจสอบที่ตรงกันข้ามกับสำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรี

4.1.4 ลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 81 ที่บัญญัติให้ศาลสูงสุดมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการกระทำของรัฐนั้น สามารถแบ่งประเภทการตรวจสอบออกเป็น 2 ลักษณะ²¹³ ดังนี้

4.1.4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หมายถึง การตรวจสอบว่าตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งปัจจุบันมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีลักษณะดังกล่าวเพียงไม่กี่คดีเท่านั้น ดังนี้

1) คดี Aizawa V Japan หรือคดีการกำหนดโทษกรณีฆ่าบุพการี คดีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายอาญามาตรา 200²¹⁴ (ปัจจุบันได้มีการยกเลิกไปแล้ว) ได้กำหนดโทษกรณีที่บุตรฆ่าบุพการีของตนหรือบุพการีของคู่สมรสให้ได้รับโทษที่สูงกว่าโทษตามมาตรา 199²¹⁵ กรณีการฆ่าบุคคลอื่น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าการกำหนด

²¹³ 憲法第三版、芦部信喜、P. 357

²¹⁴ Article 200 Penal Code of Japan

“A person, who kills his lineal ascendant or a lineal ascendant of his spouse, shall be punished with death or penal servitude for life”

²¹⁵ Article 199 Penal Code of Japan

“A person, who kills another, shall be punished with death or penal servitude for life or not less than three years”

โทษตามมาตรา 200 ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายตาม 14²¹⁶ ของรัฐธรรมนูญหรือไม่²¹⁷

2) คดี Kurokawa v. Chiba Election Commission case หรือคดีการกำหนดจำนวนสมาชิกสภาท้องถิ่นที่ไม่เท่าเทียมกัน เป็นกรณีที่มีการกำหนดสัดส่วนจำนวนสมาชิกสภาในแต่ละเขตเลือกตั้งที่ไม่เท่าเทียมกัน จึงส่งผลให้เมื่อมีการเปรียบเทียบสัดส่วนสมาชิกสภา กับจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในแต่ละเขตเลือกตั้งแล้วพบว่า ค่าคะแนนของผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งไม่เท่าเทียมกัน จากคดีดังกล่าวมีประเด็นว่าการกำหนดสัดส่วนจำนวนสมาชิกสภาดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 14 หรือไม่²¹⁸

3) คดีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดระยะห่างของการตั้งร้านขายยา เป็นกรณีที่มีประเด็นปัญหาว่า Pharmareutical Affairs Act มาตรา 6 วรรคสอง และข้อบังคับจังหวัดอิโรชิม่าที่กำหนดมาตรการในการเปิดร้านขายยา ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่²¹⁹

4) คดี Hiraguchi v. Hiraguchi case (Forest Land Division case) หรือคดีการจำกัดการแบ่งพื้นที่ป่าตามกฎหมายป่าไม้ เป็นกรณีที่กฎหมายป่าไม้ มาตรา 186 ที่บัญญัติว่า “ผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ร่วมในป่าไม้ไม่สามารถที่จะขอให้แบ่งส่วนที่ดินได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 256 วรรคหนึ่ง อย่างไรก็ตาม สำหรับผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ร่วมแต่ละรายที่มีมูลค่าของกรรมสิทธิ์ที่ถือครองอยู่เกินครึ่งหนึ่งสามารถร้องขอให้แบ่งส่วนที่ดินได้” นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง²²⁰ หรือไม่²²¹

²¹⁶ มาตรา 14 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“ประชาชนทุกคน มีความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย และจะไม่ถูกกีดกันทางความสัมพันธ์ทางการเมือง เศรษฐกิจหรือสังคม ด้วยเชื้อชาติ ความเชื่อทางศาสนา เพศฐานะทางสังคมหรือชาติตระกูล

ขุนนางหรือสิ่งอื่นใดในระบบบรรดาศักดิ์ ไม่เป็นที่ยอมรับ

การได้รับการเชิดชูเกียรติ เครื่องราชอิสริยาภรณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่เป็นเกียรติยศไม่ก่อให้เกิดเอกสิทธิ์ใด ๆ การได้รับเกียรติยศ ทั้งที่ได้รับในปัจจุบันหรือที่จะได้รับในอนาคต จะมีผลเฉพาะเพียงชั่วคราวคนเดียวของผู้ที่ได้รับนั้น”

²¹⁷ 憲法第三版、芦部信喜、P. 132

²¹⁸ 憲法第三版、芦部信喜、P. 135

²¹⁹ 憲法第三版、芦部信喜、P. 207

²²⁰ มาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“สิทธิในทรัพย์สิน จะละเมิดมิได้

เนื้อหาแห่งสิทธิในทรัพย์สิน ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยให้สอดคล้องกับประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะ

ทรัพย์สินส่วนบุคคลสามารถนำมาใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ภายใต้การชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรม”

²²¹ 憲法第三版、芦部信喜、P. 214

4.1.4.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หมายถึง กรณีที่ตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มาปรับใช้กับคดีชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งกรณีดังกล่าว ศาลยุติธรรมจะหลีกเลี่ยงการพิจารณาว่ากฎหมายทั้งฉบับหรือตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับคดียุติชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากการใช้อำนาจตุลาการที่ก้าวล่วงไปในอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งสามารถแบ่งลักษณะการพิจารณาของศาลยุติธรรมได้เป็น 4 กรณี ดังนี้

1) กรณีที่ไม่สามารถใช้วิธีการตีความอย่างจำกัดเพื่อไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เป็นกรณีที่ไม่สามารถแยกส่วนการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญออกจากการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดการตีความว่าเป็นการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น คดี Sarufutsu หรือคดีการขัดต่อกฎหมายเจ้าหน้าที่ของรัฐ (คำพิพากษาศาลชั้นต้น) ซึ่งเป็นกรณีที่มีประเด็นปัญหาว่าการปรับใช้กฎหมายเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรา 102²²² ที่กำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการทางการเมืองในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ให้การช่วยเหลือพรรคการเมืองในการเลือกตั้งทั่วไปโดยดำเนินการช่วยติดโปสเตอร์สำหรับหาเสียงเลือกตั้งของผู้สมัครจากพรรคนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 21²²³ และมาตรา 31²²⁴ หรือไม่

²²² Article 102 National Public Service Act, Act No. 120 of 1947

“(1) Officials shall not solicit, or receive, or be in any manner concerned in soliciting or receiving any subscription or other benefit for any political party or political purpose, or engage in any political acts as provided for by rules of the National Personnel Authority other than to exercise his/her right to vote.

(2) No official shall be a candidate for elective public office.

(3) No official shall be an officer, political adviser, or another member with a similar role of any political party or political organization”

²²³ มาตรา 21 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“เสรีภาพในการชุมนุม การรวมกลุ่ม รวมทั้งการพูด การพิมพ์ และสิ่งใดทั้งปวงซึ่งเป็นการแสดงออกเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง

การบังคับตรวจแก้ไขจะกระทำมิได้ ความลับในการสื่อสารจะละเมิดมิได้”

²²⁴ มาตรา 31 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“บุคคลใดก็ตาม หากมิได้เป็นไปโดยกระบวนการตามที่กฎหมายบัญญัติ ย่อมไม่ถูกสิทธิรอนซึ่งชีวิตและเสรีภาพ หรือต้องรับโทษทางอาญาอื่น ๆ”

2) กรณีที่ถึงแม้ว่าจะสามารถใช้วิธีการตีความอย่างจำกัดเพื่อไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ผู้ที่นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไปใช้บังคับก็ไม่ใช่การตีความอย่างจำกัดเพื่อไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่กลับปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำที่ปรับใช้บทบัญญัติในลักษณะนั้นจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

3) กรณีที่ถึงแม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ผู้ที่นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปบังคับใช้ได้ปรับใช้โดยตีความในลักษณะที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน ดังนั้น การกระทำที่เป็นการปรับใช้โดยตีความในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

4) กรณีที่ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งสามารถตีความได้ว่าเป็นการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น กรณีที่เป็นการรับทรัพย์ของบุคคลที่ 3 โดยที่ไม่ได้มีกระบวนการแจ้ง อธิบาย หรือกระบวนการป้องกันต่อเจ้าของทรัพย์สินนั้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวถูกวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²²⁵

4.1.5 ผลจากคำวินิจฉัยของศาลสูงสุด

ตามระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแบบกระจายอำนาจหรือแบบอเมริกาที่ใช้ในประเทศญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่าจะมีการตัดสินกรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะกรณีที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้น แม้ว่าศาลสูงสุดจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับคดีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ผลการวินิจฉัยดังกล่าวจะมีผลต่อคดีนั้น ๆ เท่านั้น จะไม่ส่งผลเป็นการทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่นำมาปรับใช้สิ้นผลเป็นการทั่วไป ซึ่งหากผลการวินิจฉัยของศาลสูงสุดส่งผลเป็นการทั่วไปให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ สิ้นผล ก็เท่ากับเป็นการยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ก็จะทำให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจนิติบัญญัติเชิงรับ และก็ถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 41²²⁶ ที่กำหนดให้ "รัฐสภาเป็นองค์กรนิติบัญญัติองค์กรเดียวของรัฐ" ซึ่งแนวคิดดังกล่าวเรียกว่า "ทฤษฎีผลเป็นการเฉพาะตัว" กล่าวคือ เมื่อศาลสูงสุดวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับคดีนั้น ๆ เท่านั้น แต่ก็แน่นอนว่า คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดเป็นการวางแนวคำวินิจฉัยสำหรับการตัดสินในคดีที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย ยกเว้นกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษา

²²⁵ 憲法第三版、芦部信喜、P. 358

²²⁶ มาตรา 41 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

"รัฐสภาเป็นองค์กรสูงสุดแห่งอำนาจรัฐและเป็นองค์กรนิติบัญญัติเพียงองค์กรเดียวของรัฐ"

ในทางตรงกันข้ามก็มีอีกแนวความคิดที่ว่า “ถ้าหากว่าถึงแม้จะมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม แต่ตราบใดที่รัฐสภายังไม่ยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ กฎหมายก็ยังมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป คณะรัฐมนตรีก็ยังคงบังคับใช้กฎหมายด้วยความสุจริต (รัฐธรรมนูญ มาตรา 73 (1)) ก็จะทำให้เกิดผลที่ไม่เป็นเหตุเป็นผลออกมา ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีคำวินิจฉัยแล้วว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ถือเป็นการสิ้นผลโดยทั่วไป ก็จะมีผลเหมือนกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ (ทฤษฎีผลทั่วไป)

อย่างไรก็ตาม การที่ศาลสูงสุดซึ่งมีอำนาจในการตัดสินสุดท้ายว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ คณะรัฐมนตรีก็มีหน้าที่ในการเคารพในการตัดสินของศาลสูงสุด

ทั้งนี้ อาจจะได้พบได้ว่า มีกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็น การสร้างบรรทัดฐานในอนาคต เช่น กรณีคดีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดระยะห่างของการตั้งร้านขายยาและคดี Hiraguchi v. Hiraguchi case (Forest Land Division case) หรือคดีการจำกัดการแบ่งพื้นที่ป่าตามกฎหมายป่าไม้

เมื่อมีคำวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ส่งผลให้รัฐสภายกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว แต่สำหรับกรณีคดี Aizawa V Japan หรือคดีการกำหนดโทษกรณีฆ่าบุพการี ก็ได้ส่งผลให้เป็นการยกเลิกมาตรา 200 แห่งประมวลกฎหมายอาญาทันที แต่ได้มีการยกเลิกบทบัญญัติมาตราดังกล่าวในครั้งที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่ยังไม่มีการยกเลิกมาตรา 200 กระทั่งยุติธรรมก็ได้มีหนังสือเวียนให้มีการปรับใช้มาตรา 199 ในกรณีที่ศาลต้องพิจารณาคดีฆ่าบุพการีแทน²²⁷

4.1.6 องค์การอื่น ๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

นอกจากศาลยุติธรรมที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว ยังมีองค์กรอื่น ๆ กล่าวคือ สำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ในการตรวจสอบอีกด้วย โดยมีลักษณะการตรวจสอบของสำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีต่างจากการตรวจสอบของศาลยุติธรรม กล่าวคือ ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา แต่สำนักงานร่างกฎหมายของ

²²⁷ 立憲主義と日本国憲法、高橋和之、P. 365-366

คณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในขั้นตอนของการพิจารณาร่างกฎหมายก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนั้น

สำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายการจัดตั้งสำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรี (Act on Establishment of Cabinet Legislation Bureau, Act No. 252 of 1952) ประกอบด้วยข้าราชการระดับอาวุโสที่มีความเชี่ยวชาญกฎหมายสาขาต่าง ๆ จากกระทรวงและหน่วยงานของรัฐ บทบาทหน้าที่ของสำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรี ได้แก่

1) การให้ความเห็นทางกฎหมายแก่นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่าง ๆ (กฎหมายการจัดตั้งสำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรี มาตรา 3 วรรคสาม) ถึงแม้ว่าสำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีจะมีบทบาทหน้าที่ในการให้ความเห็นทางกฎหมายก็ตาม แต่การตีความกฎหมายของสำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีนั้นไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายต่อหน่วยงานต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการตีความกฎหมายก็เป็นการตีความโดยที่สำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีมีสิทธิตามกฎหมายดังนั้น กระทรวงต่าง ๆ จึงปฏิบัติตามการตีความกฎหมายนั้นอย่างเข้มงวดแม้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ก็ตาม

2) การตรวจร่างกฎหมาย กฎ และระเบียบต่าง ๆ ที่คณะรัฐมนตรีจะเสนอให้รัฐสภาพิจารณาและการตรวจร่างกฎหมายดังกล่าวจะเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการนำร่างกฎหมายนั้นเข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา และการตรวจร่างกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนั้นก็เพื่อตรวจสอบว่าร่างกฎหมายดังกล่าวนั้นมีได้มีปัญหาต่อกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน (กฎหมายการจัดตั้งสำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรี มาตรา 3 วรรคหนึ่ง) ซึ่งหมายความว่า สำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่ตรวจสอบร่างกฎหมายในความรับผิดชอบของกระทรวงต่าง ๆ ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันหรือไม่

ระบบการตรวจสอบร่างกฎหมายของสำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีประกอบด้วย 2 ขั้นตอนที่สำคัญ ได้แก่ 1) ขั้นตอนการตรวจสอบเบื้องต้นจากคณะกรรมการ (councilor) 2) ขั้นตอนการอธิบายต่อหัวหน้าหน่วยงาน

1) ขั้นตอนการตรวจสอบเบื้องต้นจากคณะกรรมการ เป็นขั้นตอนการตรวจสอบร่างข้อบทแบบคำต่อคำอย่างละเอียด โดยในกระบวนการตรวจสอบนั้นที่ปรึกษาของหัวหน้าฝ่ายของแต่ละกระทรวงจะต้องนำเอกสารจำนวนมากมาที่สำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีเพื่อใช้ในการอธิบายร่างกฎหมายนั้น ๆ และให้คณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมาย

2) ขั้นตอนการอธิบายต่อหัวหน้าหน่วยงาน เป็นขั้นตอนที่เมื่อคณะกรรมการได้ตรวจสอบร่างกฎหมายในเบื้องต้นแล้วเสร็จสิ้นแล้ว คณะกรรมการจะต้องดำเนินขั้นตอนการอธิบายเกี่ยวกับการตรวจสอบร่างกฎหมายต่อหัวหน้าหน่วยงาน โดยในขั้นตอนดังกล่าว จะเป็นการยืนยันว่าการตรวจสอบเบื้องต้นโดยคณะกรรมการนั้น เป็นการตรวจสอบที่มีความเหมาะสมเพียงพอหรือไม่

การตรวจสอบร่างกฎหมาย 2 ขั้นตอนข้างต้นนั้น สามารถแบ่งการตรวจสอบได้ 2 ลักษณะสำคัญ คือ “เนื้อหาของร่างกฎหมาย” และ “การเขียนตัวบทกฎหมาย”

การตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมาย เป็นการตรวจสอบ 4 ประเด็นสำคัญ ดังนี้

1) ตรวจสอบความจำเป็น คือการตรวจสอบว่าระบบกฎหมายใหม่นั้นมีความจำเป็นหรือไม่

2) ตรวจสอบประโยชน์สาธารณะ คือ ร่างกฎหมายใหม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะตามความจำเป็นหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ร่างกฎหมายใหม่ มีประเด็นเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและการกำหนดหน้าที่ของประชาชน และร่างกฎหมายที่ตราขึ้นจากนโยบายนั้นเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่

3) ตรวจสอบการมีอยู่ของบทบัญญัติของกฎหมาย คือ การตรวจสอบว่าระบบกฎหมายที่มีอยู่นั้นยากต่อการใช้แก้ปัญหาหรือไม่ และจำเป็นที่จะต้องร่างกฎหมายใหม่หรือไม่ ตรวจสอบความสุจริต คือ การตรวจสอบว่าร่างกฎหมายฉบับนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเป็นการคุ้มครองความสุจริตของระบบกฎหมายในปัจจุบันทั้งหมดหรือไม่

4) การตรวจสอบการเขียนตัวบทกฎหมาย เป็นขั้นตอนการตรวจสอบภายหลังจากการตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมาย เป็นการตรวจสอบภาษาที่ใช้ในร่างกฎหมาย รวมทั้งเป็นการตรวจสอบว่ามีการสะกดคำผิดหรือไม่ จึงเป็นการตรวจสอบทางเทคนิค

สำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีมีบทบาทหน้าที่คล้ายกับ France's Council of the State (Conseil d'Etat) ที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือในด้านความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานด้านบริหาร อย่างไรก็ตามในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มิได้กล่าวถึงบทบาทในการเป็นที่ปรึกษาด้านกฎหมายของสำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรี²²⁸

²²⁸ Loyola of Los Angeles Law Review “Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court’s Constitutional Oversight” Jun-ichi Satoh หน้า 605 ที่มา <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2618&context=llr>

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า สำนักงานร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในขั้นตอนก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมายนั้น²²⁹

4.2 หลักการที่ใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มีหลักการพื้นฐานคือการตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของประชาชนหรือไม่ จึงจำเป็นต้องศึกษาขอบเขตการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

4.2.1 ประเภทของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

ประเภทของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น สามารถแบ่งออกเป็น 4 ประเภทใหญ่ ดังนี้

- 1) สิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นสิทธิของปัจเจกชน หรือสิทธิที่จะมีเสรีภาพด้านจิตใจ เสรีภาพต่อร่างกาย
- 2) สิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นสิทธิทางด้านสังคม หรือสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางเศรษฐกิจ สิทธิทางด้านสังคม
- 3) สิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อการรักษาสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง
- 4) หลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือการเคารพปัจเจกชน ความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย

อย่างไรก็ตาม เมื่อกล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วนั้น ตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะอธิบายถึงเพียงแค่อิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานเพียงแค่ 2 ประเภทใหญ่ ได้แก่ สิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านจิตใจ และสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางเศรษฐกิจเท่านั้น

²²⁹ Public Administrative "Cabinet Legislation Bureau" P. 84 – 86 (Japanese)

4.2.2 หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า ศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรมในประเทศญี่ปุ่น คือการที่ศาลยุติธรรมตัดสินว่าการกระทำในส่วนการเมือง (อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าศาลยุติธรรมควรใช้หลักเกณฑ์ที่มีความเข้มงวดระดับใดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งจากการศึกษาจะเห็นได้ว่าระดับความเข้มงวดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นแตกต่างกันไปตามประเภทของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

ทฤษฎีสองมาตรฐาน โดยแนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีสองมาตรฐาน²³⁰ ได้แก่

1) กรณีที่เป็นการกำหนดกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดเสรีภาพทางด้านจิตใจ ถือได้ว่าเป็นการทำลายกระบวนการประชาธิปไตย ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงจำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงกระบวนการประชาธิปไตยด้วยการตรวจสอบอย่างเข้มงวด ในทางตรงกันข้าม หากเป็นเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจก็สามารถยกเลิหรือแก้ไขกฎระเบียบที่ไม่ชอบธรรมได้ ยกเว้นกรณีที่เป็นการทำงานตามปกติของกระบวนการประชาธิปไตย ซึ่งการแทรกแซงของกระบวนการยุติธรรมจะต้องเคารพในดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่ามาตรฐานในการตรวจสอบกฎระเบียบที่เกี่ยวกับเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจใช้มาตรฐานการตรวจสอบที่ยืดหยุ่นกว่าการตรวจสอบกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพทางด้านจิตใจ

2) กรณีที่เป็นการกำหนดกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดเสรีภาพทางเศรษฐกิจ มักจะเกี่ยวข้องกับปัญหาทางด้านนโยบายด้านสังคมและเศรษฐกิจเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงขาดความสามารถในการตัดสินเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการตัดสินเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวจะต้องพิจารณาตัวนโยบายของรัฐด้วย

จากหลักการดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เสรีภาพทางด้านจิตใจเป็นสิทธิที่ขาดไม่ได้ในกระบวนการทางการเมืองของระบบประชาธิปไตยที่มีรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจจะเห็นได้ว่าเสรีภาพทางด้านจิตใจอยู่ในตำแหน่งที่สูงกว่าเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจ ดังนั้น จึงสามารถประเมินได้ว่าการกำหนดกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งหน่วยงาน

²³⁰ 立憲主義と日本国憲法、高橋和之、P. 116-117

ด้านการร่างกฎหมายจะได้รับการเคารพในการใช้อำนาจตัดสินใจ และสามารถใช้มาตรฐานที่ยืดหยุ่นในการตรวจสอบได้ในทางตรงกันข้าม สำหรับเสรีภาพด้านจิตใจนั้นไม่สามารถออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิได้ และมาตรฐานในการตรวจสอบก็ต้องมีความเข้มงวดกว่า

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าจะมีการออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพด้านเศรษฐกิจอย่างไม่เป็นธรรมก็ตาม แต่ก็สามารถใช้กระบวนการของระบบประชาธิปไตยในการแก้ไขให้ถูกต้องได้ ในทางตรงกันข้าม สำหรับกรณีที่เป็นการออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพด้านจิตใจอย่างไม่เป็นธรรม เช่น การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการเลือกตั้งก็เป็นการทำลายกระบวนการของระบบประชาธิปไตยแบบตัวแทน ดังนั้น การจะใช้กระบวนการของระบบประชาธิปไตยมาแก้ไขให้ถูกต้องนั้นก็ไม่สามารถทำได้ จึงจำเป็นที่จะต้องให้ศาลยุติธรรมเข้ามาตรวจสอบอย่างเข้มงวดเพื่อแก้ไขให้ถูกต้อง

4.2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีที่กฎหมายมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจ

สิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจ ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ได้แก่เสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ เสรีภาพในการอยู่อาศัยและย้ายถิ่นฐาน และสิทธิในทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาจะการวางแนวคำวินิจฉัยไว้เพียงแค่เสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพและสิทธิในทรัพย์สินเท่านั้น

4.2.3.1 เสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 22 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลใดก็ตาม ย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการตั้ง หรือย้ายถิ่นที่อยู่ และเลือกอาชีพ ภายในขอบเขตที่ไม่ขัดประโยชน์สุขร่วมกันของสาธารณะ” การคุ้มครองเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพตามมาตราดังกล่าว จึงหมายถึงบุคคลมีเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะประกอบอาชีพได้ด้วยตนเอง นอกจากนี้ คำว่าเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพด้วยตนเองนั้น ยังหมายความรวมถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการใด ๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการประกอบกิจการมีความคาบเกี่ยวกับเสรีภาพในการใช้สิทธิในทรัพย์สินตามมาตรา 29²³¹ อีกด้วย

²³¹ มาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“สิทธิในทรัพย์สิน จะละเมิดมิได้”

เนื้อหาแห่งสิทธิในทรัพย์สิน ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยให้สอดคล้องกับประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะ

ทรัพย์สินส่วนบุคคล สามารถนำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ภายใต้การชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรม”

การออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่เป็นการจำกัดสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านจิตใจแล้ว พบว่ามีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิที่มีความเข้มงวดมากกว่า โดยในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา ๒๒ กำหนดว่า “ภายในขอบเขตที่ไม่ขัดประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะ” ดังนั้น จึงมีลักษณะเป็นการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิที่มาจาก Public Power

สำหรับสิทธิในการประกอบอาชีพนั้นมีลักษณะที่เป็นการเกี่ยวข้องกับสังคมอย่างกว้างขวาง ดังนั้น หากอนุญาตให้ประชาชนสามารถประกอบอาชีพได้โดยไม่มีข้อจำกัดแล้ว ก็อาจเกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมซึ่งเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ในการดำเนินกิจกรรมของสังคม จึงเห็นได้ว่าในสังคมปัจจุบันได้นำวิธีการเกี่ยวกับการออกนโยบายทางด้านสังคมมาใช้ในการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิแบบเชิงรุกจำนวนไม่น้อย

ประเภทของการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ และการดำเนินกิจการ ได้แก่ ระบบการจดทะเบียน ระบบการขออนุญาต ระบบการกำหนดคุณสมบัติ ระบบการอนุญาตพิเศษ และการจำกัดให้เป็นการดำเนินการโดยรัฐเท่านั้น ซึ่งจากการออกกฎระเบียบเพื่อการจำกัดสิทธิต่าง ๆ ข้างต้น สามารถแบ่งวัตถุประสงค์ในการออกกฎระเบียบเพื่อการจำกัดสิทธิออกเป็น ๒ ลักษณะคือ การออกกฎระเบียบเพื่อการจำกัดสิทธิที่มีวัตถุประสงค์เชิงรับและการออกกฎระเบียบเพื่อการจำกัดสิทธิที่มีวัตถุประสงค์เชิงรุก

การออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิที่มีวัตถุประสงค์เชิงรับ คือ การออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิเพื่อเป็นการป้องกันอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของประชาชน เช่น การออกกฎหมายกฎหมายปกครอง เป็นต้น ตัวอย่าง ได้แก่ ระบบการขออนุญาตประกอบกิจการต่าง ๆ

การออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิที่มีวัตถุประสงค์เชิงรุก คือ ลักษณะการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิที่มีพื้นฐานแนวคิดของสังคมรัฐสวัสดิการที่เป็นการรักษาการพัฒนาอย่างกลมกลืนของเศรษฐกิจกับสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองผู้ที่อ่อนด้อยทางสังคมและเศรษฐกิจ ตัวอย่างเช่น การจำกัดเรื่องการแข่งขันทางการค้าระหว่างร้านค้าขนาดใหญ่กับร้านค้าขนาดกลางและเล็ก เพื่อเป็นการคุ้มครองร้านค้าขนาดกลางและเล็ก และการที่จำกัดการแข่งขันที่มากเกินไประหว่างร้านค้าขนาดกลางและเล็ก เป็นต้น ซึ่งการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิที่มีวัตถุประสงค์เชิงรุกก็ได้เน้นระบบการอนุญาตพิเศษมาเป็นเครื่องมือ²³²

²³² 憲法第三版、芦部信喜、P. 204-205

มาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ โดยหลักแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพจะใช้ “หลักความเป็นเหตุเป็นผล” กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบว่าวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายหรือวิธีการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายมีความเป็นเหตุเป็นผลกันหรือไม่ ซึ่งจะเป็นการคาดการณ์ไว้ก่อนว่ากฎระเบียบที่ออกมานั้นได้รับการพิจารณาความเป็นเหตุเป็นผลจากหน่วยงานที่ร่างกฎหมายแล้ว จึงทำให้กฎระเบียบนั้น ๆ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งถ้าเทียบกับหลักการตรวจสอบอื่น ๆ จะเห็นได้ว่าเป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นกว่าหลักอื่น ๆ มาก

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยมาตรฐาน “หลักความเป็นเหตุเป็นผล” สามารถแบ่งลักษณะการใช้ตามวัตถุประสงค์ในการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพออกเป็น 2 ลักษณะตามที่กล่าวข้างต้น 1) การออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพที่มีวัตถุประสงค์เชิงรับ ศาลยุติธรรมจะใช้ “หลักความเป็นเหตุเป็นผลที่เข้มงวด” เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบการออกกฎหมายนั้นมีความจำเป็น ความเป็นเหตุเป็นผล และการใช้วิธีในการออกกฎระเบียบที่มีความยืดหยุ่นกว่าเพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้หรือไม่ 2) การออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพที่มีวัตถุประสงค์เชิงรุก ใช้ “หลักความชัดเจน” กล่าวคือ จะตัดสินเฉพาะกรณีที่เป็นการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิที่ไม่มีความเป็นเหตุเป็นผลอย่างชัดเจนเท่านั้นที่จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่า หลักดังกล่าวยอมรับการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางของฝ่ายร่างกฎหมาย ดังนั้น จึงดำเนินการตรวจสอบว่าการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิมีความเป็นเหตุเป็นผลหรือไม่โดยการใช้วิธีการที่ยืดหยุ่น

แนวคำพิพากษาที่ใช้หลักดังกล่าวปรากฏในคดีการจำกัดระยะห่างของการเปิดตลาดค้าปลีก และคดีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดระยะห่างของการเปิดร้านขายยา

1) คดีการจำกัดระยะห่างของการเปิดตลาดค้าปลีก²³³

เป็นกรณีที่มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การกำหนดเงื่อนไขในการขออนุญาตเปิดร้านค้าปลีก (มาตรการจำกัดระยะห่างในการเปิดร้านค้าปลีก) ตาม Act on Special Measures of Adjustment of Retail Business มาตรา 3 วรรคหนึ่ง (การแบ่งพื้นที่

²³³ หมายเลขคดี: ค.ศ. 1970 หมายเลข 23 憲法第三版、芦部信喜、P. 207

ในอาคารเป็นส่วนเล็ก ๆ ให้เช่าหรือโอนเพื่อเปิดร้านค้าปลีก) ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลสูงสุดได้พิจารณาว่า

- 1) กฎระเบียบที่เกี่ยวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจสามารถแบ่งตามวัตถุประสงค์เป็น วัตถุประสงค์เชิงรุกและวัตถุประสงค์เชิงรับ
- 2) วัตถุประสงค์เชิงรุกของกฎระเบียบตรงกับทฤษฎี “หลักความขัดแย้ง” และ
- 3) วัตถุประสงค์ของกฎระเบียบตามคดีดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เชิงรุกเป็นการปกป้องการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรมระหว่างร้านค้าปลีกที่มีความอ่อนแอทางเศรษฐกิจ ดังนั้น กฎระเบียบดังกล่าวจึงขอบด้วยรัฐธรรมนูญ

โดยศาลสูงสุดได้วางแนวคำพิพากษาว่า “รัฐธรรมนูญสามารถกำหนดการดำเนินนโยบายด้านสังคมและเศรษฐกิจซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐได้ ทั้งนี้ เฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพในด้านกิจกรรมทางเศรษฐกิจของปัจเจกชนเท่านั้น แต่สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพทางด้านจิตใจของปัจเจกชนนั้นแตกต่างออกไป โดยที่ขั้นตอนหนึ่งของการดำเนินนโยบายด้านสังคมและเศรษฐกิจ กล่าวคือ การวางโครงสร้างกฎระเบียบที่เป็นเหตุเป็นผล หรือการอนุญาตนั้น เป็นการกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นแนวคำพิพากษาที่เป็นไปตามทฤษฎีสองมาตรฐาน

จากคำพิพากษาคดีการจำกัดระยะห่างของการเปิดตลาดค้าปลีกทำให้มีการแบ่งมาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือ การออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิทางเศรษฐกิจที่มีวัตถุประสงค์เชิงรุก และการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดเสรีภาพทางด้านจิตใจออกจากกัน แต่ในขณะนั้นยังไม่มีแนวคำพิพากษาที่เป็นการวางมาตรฐานในการตรวจสอบการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิทางเศรษฐกิจที่มีวัตถุประสงค์เชิงรับ ซึ่งต่อมาในปีโชวะที่ 50 ก็ได้มีแนวคำพิพากษาคดีในลักษณะดังกล่าวขึ้นมา คือ คดีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดระยะห่างของการเปิดร้านขายยา

- 2) คดีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดระยะห่างของการเปิดร้านขายยา²³⁴

เป็นกรณีที่มีประเด็นปัญหาว่า Pharmareutical Affairs Act มาตรา 6 วรรคสอง และข้อบังคับจังหวัดอิโรชิม่าที่กำหนดมาตรการในการเปิดร้านขายยาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

²³⁴ หมายเลขคดี: ปี ค.ศ. 1965 หมายเลข 120 憲法第三版、芦部信喜、P. 207

ศาลสูงสุดได้พิจารณาว่า วัตถุประสงค์ของการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิดังกล่าว ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองการดำเนินกิจการของประชาชน ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการออกนโยบายทางสังคมและเศรษฐกิจ หรือวัตถุประสงค์เชิงรุก แต่เป็นวัตถุประสงค์เชิงรับที่เป็นการป้องกันอันตรายต่อร่างกายและสุขภาพของประชาชน ดังนั้น

1) กรณีที่เป็นกฎระเบียบที่มีวัตถุประสงค์เชิงรับนั้น จะต้องตรวจสอบความจำเป็นและความเป็นเหตุเป็นผลของกฎระเบียบนั้น และตรวจสอบว่าสามารถกำหนดวิธีการที่มีความยืดหยุ่นกว่าเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้หรือไม่

2) รับรองว่ามาตรการจำกัดระยะห่างของร้านขายยามีวัตถุประสงค์เชิงรับในการป้องกันอันตรายที่จะเกิดต่อชีวิตและสุขภาพของประชาชน

3) เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลของ “เสรีภาพในการเปิดร้านขายยา – unfair distribution ของร้านขายยาที่ไม่เป็นธรรม – การแข่งขันทางการค้าอย่างดุเดือด – การบริหารกิจการร้านขายยาบางส่วนไม่มีความมั่นคง – อุปทานของยาคุณภาพดีเกิดความเสียหาย” จึงทำให้ไม่สามารถรับรองความจำเป็นและความเป็นเหตุเป็นผลของกฎระเบียบดังกล่าวได้ 4) สามารถที่จะหาวิธีการที่มีความยืดหยุ่นกว่านี้ในการบรรลุวัตถุประสงค์ในการร่างกฎหมายได้ จึงทำให้มาตรการดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

4.2.3.2 สิทธิในทรัพย์สิน

สำหรับสิทธิในทรัพย์สิน²³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 29 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “สิทธิในทรัพย์สิน จะละเมิดมิได้” จากบทบัญญัติดังกล่าว หมายความว่า การคุ้มครองระบบทรัพย์สินส่วนบุคคลของประชาชน ซึ่งสามารถตีความหมายได้ 2 ด้าน คือ การปกป้องสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ปัจเจกบุคคลถือครองอยู่ในปัจจุบัน และเป็นระบบกฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล

ลักษณะในการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินที่พบเห็นได้ทั่วไป ได้แก่ การจำกัดสิทธิโดยประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 29 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “เนื้อหาแห่งสิทธิในทรัพย์สิน ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยให้สอดคล้องกับประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะ” ดังนั้น จะเห็นได้ว่า จากมาตรา 29 วรรคหนึ่งที่กำหนดว่าห้ามละเมิดสิทธิในทรัพย์สินนั้น มีข้อยกเว้นไว้ในวรรคสองว่า หากเป็นกรณีที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สุขอันร่วมกันของ

²³⁵ 憲法第三版、芦部信喜、P. 213-214

สาธารณะก็สามารถออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนได้ ซึ่ง “ประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะ” ก็ถือว่าเป็นการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิที่มีวัตถุประสงค์เชิงรุก

ในเรื่องของสิทธิในทรัพย์สินก็มีแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดเกี่ยวกับมาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในคดี Hiraguchi v. Hiraguchi case (Forest Land Division case) หรือคดีการจำกัดการแบ่งพื้นที่ป่าตามกฎหมายป่าไม้

คดี Hiraguchi v. Hiraguchi case (Forest Land Division case) หรือ คดีการจำกัดการแบ่งพื้นที่ป่าตามกฎหมายป่าไม้²³⁶

คดีดังกล่าวเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายป่าไม้ มาตรา 186 จำกัดการร้องขอให้แบ่งส่วนที่ดินที่เป็นพื้นที่ป่า ซึ่งตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น (มาตรา 256 วรรคหนึ่ง) กำหนดให้ผู้ถือกรรมสิทธิ์ร่วมแต่ละคนสามารถร้องขอให้มีการแบ่งทรัพย์สินเมื่อใดก็ได้ แต่กฎหมายป่าไม้มาตรา 186 (เดิม) กลับกำหนดให้เป็นการยกเว้นประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งได้กำหนดว่า “ผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ร่วมในป่าไม้ไม่สามารถที่จะขอให้แบ่งส่วนที่ดินได้ ยกเว้นผู้มีกรรมสิทธิ์ร่วมแต่ละรายที่มีมูลค่าของกรรมสิทธิ์ที่ถือครองอยู่เกินครึ่งหนึ่งสามารถร้องขอให้แบ่งส่วนที่ดินได้” ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว พื้นที่ที่ได้รับมรดกเป็นพื้นที่ป่าไม้คนละครึ่งฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์ที่จะแบ่งทรัพย์สินที่ได้รับตามมรดก แต่ตามกฎหมายดังกล่าวที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการขอแบ่งที่ดิน ถือว่าเป็นการทำลายสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน

ในคดีดังกล่าว ศาลสูงสุดเห็นว่า วัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายมาตราดังกล่าว คือ “เป็นการป้องกันไม่ให้มีการแบ่งส่วนพื้นที่ป่าไม้ เพื่อเป้าหมายในการรักษาความมั่นคงในการบริหารจัดการพื้นที่ป่าไม้ และไม่เพียงแต่เป็นการรักษาพื้นที่ป่าและการเพิ่มผลผลิตจากป่าไม้นั้น แต่ยังส่งผลต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประชาชนอีกด้วย” ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะจึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

4.2.4 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีที่กฎหมายมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านจิตใจ

สิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านจิตใจแบ่งออกเป็น เสรีภาพภายในจิตใจและเสรีภาพในการแสดงออก โดยเสรีภาพทางด้านจิตใจที่เป็นเสรีภาพภายในจิตใจ

²³⁶ หมายเลขคดี : ปี ค.ศ. 1984 หมายเลข 805 憲法第三版、芦部信喜、P. 214

ประกอบด้วย เสรีภาพทางความคิดและความรู้สำนึกผิดชอบ (มาตรา 19)²³⁷ เสรีภาพในการนับถือศาสนา (มาตรา 20)²³⁸ และเสรีภาพในด้านวิชาการ (มาตรา 23)²³⁹ สำหรับเสรีภาพทางด้านจิตใจที่เป็นเสรีภาพในการแสดงออก ประกอบด้วย เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการรวมกลุ่ม (มาตรา 21)²⁴⁰ เสรีภาพเกี่ยวกับความลับในการสื่อสาร (มาตรา 21 วรรคสอง) และสิทธิในการแสวงหาความสุข (มาตรา 13)²⁴¹

สำหรับมาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดสิทธิในการมีเสรีภาพทางด้านจิตใจนั้น สิทธิในการมีเสรีภาพทางด้านจิตใจเป็นสิทธิที่อยู่ในระดับที่สูงกว่าสิทธิในการมีเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจ ดังนั้น มาตรฐานที่ใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิในการมีเสรีภาพทางด้านจิตใจจึงมีลักษณะที่มีความเข้มงวด อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นพบว่ามีการอธิบายมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและแนวคำพิพากษาศาลสูงสุดในลักษณะดังกล่าวมีจำนวนไม่มาก อย่างไรก็ตามก็พบว่ามีการอธิบายมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกไว้

มาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก ตามทฤษฎีสองมาตรฐานได้อธิบายว่า

²³⁷ มาตรา 19 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“เสรีภาพทางความคิดและความรู้สำนึกผิดชอบเป็นสิ่งที่ละเมิดมิได้”

²³⁸ มาตรา 20 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“เสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นสิ่งที่ได้รับการรับรองสำหรับบุคคลทุกคน องค์กรทางศาสนาใด ๆ จะขอรับเอกสิทธิ์จากรัฐ หรือใช้อำนาจทางการเมืองมิได้ บุคคลใดก็ตาม ย่อมไม่ถูกบังคับให้เข้าร่วมการปฏิบัติ งานฉลอง พิธีกรรมหรือกิจกรรมทางศาสนา รัฐและหน่วยงานของรัฐ จะให้การศึกษาศาสนาหรือกระทำการสิ่งใดที่เป็นกิจกรรมทางศาสนาได้”

²³⁹ มาตรา 23 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“เสรีภาพในด้านวิชาการ เป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง”

²⁴⁰ มาตรา 21 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“เสรีภาพในการชุมนุม การรวมกลุ่ม รวมทั้งการพูด การพิมพ์ และสิ่งใดทั้งปวงซึ่งเป็นการแสดงออกเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง

การบังคับตรวจแก้ไขจะกระทำมิได้ ความลับในการสื่อสารจะละเมิดมิได้”

²⁴¹ มาตรา 13 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

“ประชาชนทุกคนย่อมได้รับการเคารพในฐานะปัจเจกบุคคล สิทธิของประชาชนในชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความสุขภายในขอบเขตที่ไม่ขัดต่อประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะ ต้องได้รับความเคารพสูงสุดในการออกกฎหมายหรือในการอื่นใดที่เกี่ยวกับการปกครองประเทศ”

เป็นการใช้มาตรฐานที่มีความเข้มงวด ทั้งนี้ เนื่องจาก เสรีภาพในการแสดงออกอยู่ในตำแหน่งที่สูงกว่าเสรีภาพด้านอื่น ๆ ดังนั้น ภายใต้ขอบเขตดังกล่าว จึงไม่สามารถใช้หลักในการคาดการณ์ว่าบทบัญญัตินั้น ๆ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการคาดการณ์ว่าบทบัญญัตินั้น ๆ ไม่ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ

4.2.5 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีที่กฎหมายมีลักษณะเป็นการทำลายความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย²⁴²

ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นได้มีการกำหนดเกี่ยวกับความเสมอภาคภายใต้กฎหมายของปัจเจกบุคคลเอาไว้ ได้แก่ มาตรา 14 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานของความเสมอภาคภายใต้กฎหมายไว้ นอกจากนี้ มาตรา 14 วรรคสอง ก็ได้กำหนดห้ามระบบบรรดาศักดิ์ มาตรา 14 วรรคสาม กำหนดห้ามมิให้มีการให้สิทธิพิเศษ เช่น การเชิดชูเกียรติต่าง ๆ มาตรา 15 วรรคสาม กำหนดหลักทั่วไปของการเลือกตั้งทั่วไป มาตรา 44 กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งที่มีความเสมอภาคกัน มาตรา 24 กำหนดเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันระหว่างสามีภรรยา มาตรา 26 กำหนดเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในด้านการศึกษา

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการออกกฎระเบียบในกรณีดังกล่าวมีมาตรฐาน คือ การตัดสินว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ มีความเป็นเหตุเป็นผลระหว่างวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายกับวิธีการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า ในกรณีที่มีข้อต่อสู้ว่าเสรีภาพทางด้านความคิดหรือปัญหาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่มีลักษณะเป็นการตรวจสอบว่าวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายนั้น ๆ มีความจำเป็นที่ขาดไม่ได้หรือไม่ วิธีการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายมีความจำเป็นและเป็นการจำกัดสิทธิที่น้อยที่สุดหรือไม่ แต่สำหรับปัญหาอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เป็นปัญหาว่าการออกกฎระเบียบที่เป็นการจำกัดเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจที่มีวัตถุประสงค์เชิงรุกขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ มีลักษณะที่เป็นการรับรองการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางของรัฐสภา ดังนั้น จึงใช้เพียงแค่มาตรฐานเพียงแค่ว่าหากวัตถุประสงค์ในการร่างกฎหมายมีความชอบธรรมแล้วนั้น ก็ย่อมมีความสัมพันธ์ที่เป็นเหตุเป็นผลระหว่างวัตถุประสงค์กับวิธีการ

²⁴² 憲法第三版、芦部信喜、P. 123-126

คดี Aizawa V Japan หรือคดีการกำหนดโทษกรณีฆ่าบุพการี²⁴³

เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกฎหมายอาญา มาตรา 200²⁴⁴ (ปัจจุบันได้มีการยกเลิกไปแล้ว) ได้กำหนดโทษกรณีที่บุตรฆ่าบุพการีของตนหรือบุพการีของคู่สมรสให้ได้รับโทษที่สูงกว่าโทษตามมาตรา 199²⁴⁵ กรณีการฆ่าบุคคลอื่น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าการกำหนดโทษตามมาตรา 200 ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายตาม 14²⁴⁶ ของรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข้อเท็จจริง วันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 1968 นางสาว A จำเลย (อายุ 29 ปี) ได้ฆ่า นาย B บิดา (อายุ 53 ปี) ก่อนที่จำเลยจะฆ่าบิดา จำเลยถูกบิดาขังไว้ในบ้านเป็นเวลา 10 วัน และในที่สุดจำเลยก็ได้ฆ่าบิดาในที่สุด จากการสืบสวนจากสภาพแวดล้อมของบ้านจำเลย พบว่า จำเลยได้ถูกบิดากระทำชำเราตั้งแต่อายุ 14 ปีเป็นต้นมา และได้อยู่กับฉันทามีภรรยา กับบิดาของตน และจำเลยมีบุตรกับบิดาจำนวน 5 คน (ซึ่งได้ตายไปแล้ว 2 คนและถูกบังคับให้ทำแท้งอีก 6 คน)

ในปี ค.ศ. 1967 จำเลยได้ทำหมั้นหลังถูกบังคับให้ทำแท้งมาแล้วหกครั้ง ในปีถัดมานางสาว A พบรักกับหนุ่มวัยยี่สิบสองคนหนึ่งที่เพื่อนร่วมชั้นในมหาวิทยาลัย และต้องการแต่งงานกับเขา บิดาได้ทราบก็โกรธเป็นอันมาก บิดาจึงขังจำเลยไว้ที่บ้าน และฆ่าบุตรทั้งสามของจำเลยเสีย จำเลยถูกจองจำอยู่กับความสิ้นหวังของชีวิต กระทั่งคืนวันที่ 5 ตุลาคม ปีนั้น บิดาเข้ารวีเธออีก เธอจึงบีบคอเขาถึงแก่ความตาย²⁴⁷

ข้อกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 200 ของญี่ปุ่น การฆ่าบุพการีของตนเอง ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตพร้อมทำงาน

²⁴³ หมายเลขคดี : ปี 1970 (A) ที่ 1310

²⁴⁴ Article 200 Penal Code of Japan

"A person, who kills his lineal ascendant or a lineal ascendant of his spouse, shall be punished with death or penal servitude for life".

²⁴⁵ Article 199 Penal Code of Japan

"A person, who kills another, shall be punished with death or penal servitude for life or not less than three years"

²⁴⁶ มาตรา 14 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น

"ประชาชนทุกคน มีความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย และจะไม่ถูกกีดกันทางความสัมพันธ์ทาง การเมือง เศรษฐกิจหรือสังคม ด้วยเชื้อชาติ ความเชื่อทางศาสนา เพศ ฐานะทางสังคมหรือชาติตระกูล ขุนนางหรือสิ่งอื่นใดในระบบบรรดาศักดิ์ ไม่เป็นที่ยอมรับ

การได้รับการเชิดชูเกียรติ เครื่องราชอิสริยาภรณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่เป็นเกียรติยศไม่ก่อให้เกิดเอกสิทธิ์ใด ๆ การได้รับเกียรติยศ ทั้งที่ได้รับในปัจจุบันหรือที่จะได้รับในอนาคต จะมีผลเฉพาะเพียงชั่วคนเดียว ของผู้ที่ได้รับนั้น"

²⁴⁷ 尊属殺法定刑違憲事件 ที่มา <http://ja.wikipedia.org/wiki/尊属殺法定刑違憲事件>

โยธา ซึ่งหนักกว่าการฆ่าคนทั่วไปตามมาตรา 199 ที่ระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกไม่เกินสามปีพร้อมทำงานโยธา นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 19 ยังบัญญัติว่า ศาลจะรอลงโทษ (รอลงอาญา) ได้เฉพาะกรณีที่เป็นโทษจำคุกไม่เกินสามปี โดยให้รอไว้ไม่น้อยกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกิน 3 ปี ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 200 นั้นขัดต่อหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 14 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ประชาชนทุกคนมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย และจะไม่ถูกกีดกันทางความสัมพันธ์ทางการเมือง เศรษฐกิจหรือสังคมด้วยเชื้อชาติ ความเชื่อทางศาสนา เพศฐานะทางสังคมหรือชาติตระกูล”²⁴⁸

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 200 จึงมีลักษณะเป็นการทำให้จำเลยเสียโอกาสที่จะได้รับการรอลงโทษ เว้นแต่ศาลเห็นว่า จำเลยกระทำความผิดเพื่อป้องกันตนเองหรือวิกลจริต

คำพิพากษาศาลชั้นต้น ศาลแขวงอุสึโนะมิยะ (Utsunomiya District Court) ได้พิจารณาแล้ว เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 200 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งสถานะทางครอบครัว ซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (equality before the law) ที่รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นรับรองไว้ในมาตรา 14 โดยศาลกล่าวว่า “แม้ในมาตรา 14 ไม่ปรากฏถ้อยคำว่า “สถานะทางครอบครัว” อย่างชัดเจน แต่รัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายกว้าง ต้องตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 200 ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 14 ตรงที่กำหนดโทษอันมิได้สัดส่วน (disproportionality) คือ สูงกว่าฆ่าบุคคลทั่วไปเป็นอันมาก

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ศาลสูงโตเกียว (Tokyo High Court) เห็นว่า มาตรา 200 ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 14 และพิพากษาให้จำเลยมีความผิดฐานฆ่าบุพการี และให้จำคุกสามปีกับหกเดือนพร้อมทำงานโยธา ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 19 กำหนดให้ไม่ให้มีการรอลงอาญา จำเลยจึงอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุด (Supreme Court of Japan)

คำพิพากษาศาลสูงสุด ศาลสูงสุดมีความเห็นว่า กรณีดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 โดยมีความเห็นแตกเป็น 2 ความเห็น โดยความเห็นที่เป็นเสียง

²⁴⁸ Article 14 The Constitution of Japan

“All of people are equal under the law and there shall be no discrimination in political, economic or social relations because of race, creed, sex, social status or family origin.

Peers and peerage shall not be recognized.

No privilege shall accompany any award of honor, decoration or any distinction, nor shall any such award be valid beyond the lifetime of the individual who now holds or hereafter may receive it.”

ข้างน้อย เห็นว่า หากมองในแง่มุมมองของวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าวที่เป็นการรักษาและสร้างความเข้มแข็งให้สถาบันครอบครัว วัตถุประสงค์ดังกล่าวไม่ได้รับอนุญาตตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น สำหรับความเห็นที่เป็นเสียงข้างมาก เห็นว่าไม่สามารถกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่เป็นการเคารพต่อการรักษาหลักศีลธรรมทั่วไปนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่วิธีการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวที่กำหนดโทษทางอาญาที่หนักเกินไปนั้นไม่ชอบด้วยหลักความเป็นเหตุเป็นผล ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและเป็นการทำลายหลักความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย²⁴⁹

4.3 ความเป็นมาและพัฒนาการของแนวคิดหลักความได้สัดส่วนในการตรากฎหมาย

4.3.1 หลักการทั่วไปของหลักความได้สัดส่วนตามตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง “วัตถุประสงค์กับวิธีการ”²⁵⁰ ซึ่งเป็นการกำหนดว่าควรจะใช้วิธีการใดเพื่อให้วัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายนั้นบรรลุผล หลักความได้สัดส่วนจะต้องประกอบด้วย “หลักแห่งความจำเป็น” ที่เป็นการกำหนดว่าการกำหนดกฎ ระเบียบต่าง ๆ ต้องเป็นไปด้วยความจำเป็นและมีการจำกัดน้อยที่สุด และ “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” ที่กำหนดว่าวัตถุประสงค์และวิธีการจะต้องไม่ขัดกัน ซึ่งในบางครั้งหลักความได้สัดส่วนก็จะถูกแสดงออกมาว่า “จะต้องกำหนดกฎระเบียบโดยไม่เกินไปกว่าการจำกัดที่จำเป็น” สิ่งที่ควรระวังคือความหมายของ “วัตถุประสงค์และวิธีการจะต้องไม่ขัดกัน” ซึ่งหากถามว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์กับวิธีการนั้นควรจะเป็นอย่างไร” นั้นจะไม่สามารถตีความความหมายของคำนี้ได้ กล่าวคือ ไม่ใช่การหาความสัมพันธ์ที่น่าพอใจในความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์กับวิธีการ แต่เป็นการที่จำกัดความสัมพันธ์ที่ไม่เหมาะสมกัน

1) “การกำหนดกฎ ระเบียบต่าง ๆ นั้น ต้องเป็นไปด้วยความจำเป็นและมีการจำกัดที่น้อยที่สุด” คือ แนวคิดที่ว่าจะต้องมีการคิดวิธีการที่หลากหลายในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้น ๆ และในวิธีการต่าง ๆ เหล่านั้น ควรจะเลือกวิธีการที่ไม่มีการจำกัดสิทธิของอีกฝ่ายหรือมีการจำกัดสิทธิที่น้อยที่สุด และมีข้อสังเกตว่า สำหรับการเลือกวิธีการในทางปกครองถ้าหากมีการเรียกร้องให้ “การออกกฎ ระเบียบนั้น

²⁴⁹ 立憲主義と日本国憲法、高橋和之、P. 139

²⁵⁰ 比例原則と違憲審査基準—比例原則の機能と限界、須藤陽子、p. 267

ที่มา <http://www.ritsumeai.ac.jp/acd/cg/law/lex/08-5/sutou.pdf>

เป็นไปด้วยความจำเป็นและมีการจำกัดที่น้อยที่สุด” จะไม่สามารถรับรองขอบเขตของการใช้ดุลพินิจในทางบริหารได้

ประเด็นปัญหาสำคัญสำหรับ “การกำหนดกฎระเบียบต่าง ๆ นั้น ต้องเป็นไปด้วยความจำเป็นและมีการจำกัดที่น้อยที่สุด” จะเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักของความเหมาะสมของเหตุผลของการลงโทษกับการดำเนินการลงโทษ

2) “วัตถุประสงค์กับวิธีการจะต้องไม่ขัดกัน” หมายถึง กรณีที่จะหาความได้สัดส่วน หรือความเหมาะสมระหว่างวัตถุประสงค์กับวิธีการจะต้องคำนึงถึงผลของวัตถุประสงค์ ซึ่งก็คือวิธีการ หรือมาตรการ ซึ่งผลนั้นก็อาจจะเป็นกรณีที่เป็นมาตรการที่มีความเข้มงวดต่ออีกฝ่ายก็ได้

ประเด็นปัญหาสำคัญสำหรับ “วัตถุประสงค์กับวิธีการจะต้องไม่ขัดกัน” คือ การจะหาวิธีการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์โดยที่ผลประโยชน์ของอีกฝ่ายจะไม่เสียมากเกินไป

4.3.2 สารสำคัญของหลักความได้สัดส่วน

ในปัจจุบัน คำว่า “หลักความได้สัดส่วน” นั้นจะประกอบไปด้วยหลักสำคัญ 3 หลัก ได้แก่

- 1) หลักแห่งความเหมาะสม
- 2) หลักแห่งความจำเป็น และ
- 3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักความได้สัดส่วนเกิดขึ้นมาจากแนวคิดของกฎหมายตำรวจ Prussia โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักบนกฎหมายปกครองที่เป็นการควบคุมไม่ให้เกิดการละเมิดอย่างมากเกินไป แต่ในกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ของประเทศเยอรมันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐก็ได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตัดสินว่าการกระทำของรัฐนั้นมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ ซึ่งจากการนำหลักความได้สัดส่วนไปปรับใช้ในลักษณะดังกล่าวจึงทำให้หลักความได้สัดส่วนจึงกลายมาเป็นหลักในกฎหมายรัฐธรรมนูญ

4.3.2.1 หลักความเหมาะสม

เป็นการตรวจสอบการกระทำของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เป็นการออกกฎระเบียบนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ กล่าวคือ “มาตรการที่ออกมาใช้บังคับนั้น หากผลจากการนำมาตรการนั้นมาใช้แล้วใกล้เคียงกับผลที่ต้องการให้เกิด ก็ถือว่ามาตรการนั้นมีความเหมาะสม แต่สำหรับมาตรการที่ไม่มีความเหมาะสมก็หมายถึง มาตรการนั้น

ไม่สามารถปฏิบัติได้ตามวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ หรือไม่มีการดำเนินการใด ๆ ตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้”

ตัวอย่างของมาตรการที่ไม่มีความเหมาะสม เช่น การกำหนดมาตรการให้มีการจำกัดความเร็วในการขับขี่ยานยนต์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันป่า ก็ถือว่าเป็นกรณีที่วัตถุประสงค์กับการกำหนดกฎระเบียบไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกัน แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่จำกัดความเร็วในการขับขี่ยานยนต์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการเกิดอุบัติเหตุบนท้องถนน ในกรณีนี้สามารถรับรองถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์กับการกำหนดกฎระเบียบ จึงสามารถถือได้ว่าเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม

4.3.2.2 หลักความจำเป็น

เป็นการตรวจสอบว่าในการกระทำของรัฐนั้นมีความจำเป็นที่ขาดไม่ได้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการกำหนดกฎระเบียบหรือไม่ กล่าวคือ เป็นกรณีที่ จะให้การรับรองต่อมาตรการที่จำเป็นในกรณีที่ “เพื่อให้มาตรการที่ออกมานั้นสัมฤทธิ์ผล ผู้ที่ออกกฎหมายไม่สามารถเลือกวิธีการอื่นที่ไม่เป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือ เป็นการจำกัดสิทธิในระดับต่ำ” เท่านั้น ตัวอย่างของมาตรการที่ไม่มีความจำเป็น เช่น เพื่อป้องกันไม่ให้เยาวชนดื่มสุราจึงห้ามการจำหน่ายเครื่องดื่มประเภทแอลกอฮอล์ ทุกประเภท เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการออกกฎระเบียบที่ต้องการป้องกันมิให้เยาวชนดื่มสุรา ก็สามารถกำหนดให้ร้านค้าที่ขายแอลกอฮอล์ดำเนินการตรวจสอบอายุของผู้ซื้อก่อนที่จะจำหน่ายได้ จากตัวอย่างจะเห็นได้ว่า ถึงแม้ว่าจะมีวิธีการที่เป็นการจำกัดที่น้อยกว่า แต่ผู้ออกกฎหมายก็ไม่ได้เลือกใช้วิธีการนั้น

4.3.2.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

เป็นการตรวจสอบว่าระหว่างการทำของรัฐนั้นจะให้ผลประโยชน์หรือ ผลเสียมากกว่ากัน กล่าวคือ “วิธีการในการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้นขาดความ ได้สัดส่วนหรือไม่” หรือเป็นการหาว่า “วิธีการกับการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมของความสัมพันธ์ของสัดส่วนหรือไม่” ตัวอย่างของมาตรการที่ขาดความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เช่น คดีที่มีการตัดสินโทษที่มากเกินไปต่อ ผู้ต้องหาที่กระทำความผิดลหุโทษ²⁵¹

²⁵¹ 社学研論集 Vol. 17 2011「憲法上の比例原則の構造と段階説—ドイツにおける職業の自由の議論を参考として—」、淡路智典、p. 124-125

4.3.3 ที่มาของหลักความได้สัดส่วนของประเทศญี่ปุ่น

หลักความได้สัดส่วนของประเทศญี่ปุ่นนั้น เป็นการนำหลักความได้สัดส่วนของกฎหมายเยอรมันมาใช้ โดยมีได้มีการพัฒนาหลักดังกล่าวเพิ่มเติมแต่อย่างใด กล่าวคือ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นและพัฒนาจากกฎหมายตำรวจ ซึ่งภายใต้ขอบเขตของกฎหมายตำรวจหลักดังกล่าวจะถูกเรียกว่า “หลักของความได้สัดส่วนของตำรวจ” หรือ “หลักความได้สัดส่วนบนอำนาจของตำรวจ” นักวิชาการหลายท่านได้มีการพูดถึงทฤษฎีหลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายตำรวจที่แตกต่างกัน เช่น Mr. Tanaka และ Mr. Takami ซึ่งนักวิชาการทั้งสองได้ศึกษาหลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายของเยอรมันโดยแนวความคิดของ Mr. Takami นั้นเห็นว่า หลักความได้สัดส่วนนั้นมีใช้หลักที่นำมาใช้กับกฎหมายตำรวจเท่านั้น แต่ยังเป็นการนำมาปรับใช้อย่างกว้างขวางกับสิทธิอื่นของรัฐ เช่น การร่างกฎหมาย ในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในกรณีดังกล่าว หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักของ constitutional state ที่กำหนดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการก่อให้เกิดสิทธิแห่งรัฐกับเสรีภาพของปัจเจกชน ไปจนถึงเป็นหลักกฎหมายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ได้ให้อำนาจนิติบัญญัติ นอกจากนี้ Mr. Takami ยังกล่าวต่อไปว่า ในกรณีของรัฐสวัสดิการและรัฐสังคมนิยมที่สิทธิทางการบริหาร (ปกครอง) ได้ขยายขอบเขตที่กว้างออกไป และการที่มีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างเข้มแข็งตามรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน ดังนั้น จึงมีอาจจำกัดให้มีการใช้หลักความได้สัดส่วนไว้แค่ในกฎหมายตำรวจเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ เมื่อสามารถตีความได้ว่าการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนไม่ได้จำกัดแค่เพียงในกฎหมายตำรวจเท่านั้น การใช้คำว่า “หลักของความได้สัดส่วนในกฎหมายตำรวจ” นั้น เห็นว่าอาจจะไม่ถูกต้องเท่าไร

สำหรับขอบเขตการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนจากกฎหมายตำรวจที่ว่า เป็นการเรียกร้องให้มี “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน” ไปปรับใช้อย่างกว้างขวางในการกำหนดกฎระเบียบอื่น ๆ ในกฎหมายปกครองนั้น ในประเทศญี่ปุ่นไม่ค่อยพบเห็นผู้ที่ให้ความเห็นแย้งแนวความคิดนี้เท่าไร

หลักของความได้สัดส่วนของกฎหมายตำรวจ จึงหมายถึงหลักกฎหมายหลักหนึ่งที่มีต้นกำเนิดมาจากกฎหมายตำรวจของเยอรมัน ที่ใช้ในการยับยั้งการใช้อำนาจของตำรวจที่มากเกินไป เพื่อคุ้มครองไม่ให้เสรีภาพและทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลถูกละเมิด²⁵²

²⁵² 比例原則の現代的意義と機能「日本法における警察比例の原則」、須藤陽子、p. 8-9

4.3.4 การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรากฎหมาย

4.3.4.1 หลักความได้สัดส่วนกับการเป็นมาตรฐานการตรวจสอบการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ในการศึกษาหลักความได้สัดส่วนของประเทศญี่ปุ่น ก็เกิดมีคำถามขึ้นมาว่า “หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่” ซึ่งในประเด็นดังกล่าวไม่ได้มีการให้คำตอบที่ชัดเจนในตำราวิชารัฐธรรมนูญแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม นักวิจัยกฎหมายปกครองได้วางหลักความของได้สัดส่วนไว้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่ถูกนำมาจากรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น แต่เมื่อพิจารณาจากวิชารัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นก็พบว่า ได้มีการศึกษาโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันเป็นจำนวนมาก และผลของการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายก็ได้มีการนำเสนอการอภิปรายในประเด็นหลักความได้สัดส่วนในวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม ทางตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นยังมีการกล่าวว่าหลักความได้สัดส่วนถูกวางไว้เป็นหลักกฎหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญอยู่จำนวนไม่มากเท่าที่ควร นอกจากนี้ ยังไม่ค่อยมีการอภิปรายกันในประเด็นที่ว่ารัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดฐานะของหลักความได้สัดส่วนว่าคืออะไร และได้รับแนวความคิดดังกล่าวมาจากที่ใด ตัวอย่างเช่น ตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งได้อธิบายว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 13²⁵³ “มาตรฐานในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของวิธีการในการจำกัดสิทธิมนุษยชนคือ “มาตรฐานแห่งความจำเป็นและการจำกัดสิทธิที่น้อยที่สุด” หรือ “มาตรฐาน LRA” ตามคำพิพากษาดามกฎหมายอเมริกา ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายเดียวกัน” ซึ่ง “มาตรฐานแห่งความจำเป็นและการจำกัดสิทธิที่น้อยที่สุด” หมายถึง “หลักความได้สัดส่วน” หรือไม่นั้น ก็ได้มีการอธิบายอย่างชัดเจน นอกจากนี้ ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นก็ได้มีการใช้คำว่า “หลักความได้สัดส่วน” สักเท่าไร

ด้วยเหตุนี้ จึงมีการอธิบายถึง “หลักความได้สัดส่วน” ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญน้อย สามารถให้เหตุผลได้ดังนี้

1) เหตุผลจากต้นกำเนิดของหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากหลักของกฎหมายตำรวจตามคำพิพากษาของ

²⁵³ The Constitution of Japan Article 13

“All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.”

ศาลปกครองสูงสุดของรัฐ Prussia มิได้เกิดจากหลักของกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยตรง ในประเทศเยอรมนีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักกฎหมายในกฎหมายรัฐธรรมนูญครั้งแรกช่วงที่มีการบัญญัติกฎหมายพื้นฐาน และตั้งแต่ปี ค.ศ. 1950 เป็นต้นมา งานเขียนด้านวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญก็ได้ปรากฏคำศัพท์คำนี้ขึ้นมา สำหรับในประเทศญี่ปุ่นช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 “หลักความได้สัดส่วน” ได้ถูกอธิบายว่าเป็นหลักกฎหมายตามกฎหมายตำรวจ แต่ในวิชากฎหมายปกครองช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ก็ได้มีการปฏิรูปกฎหมายตำรวจ โดยได้มีการขีดเส้นแบ่งระหว่างกฎหมายปกครองหลักทั่วไปกับกฎหมายตำรวจออกจากกัน ทำให้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายตำรวจได้กลายเป็นหลักกฎหมายในกฎหมายปกครองหลักทั่วไป

2) ความสนใจในด้านวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเพียงมิติเดียว และหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายยุโรป ได้พัฒนาไปในขอบเขตที่กว้างขวาง ซึ่งด้วยการพัฒนาที่รวดเร็วนี้ ทำให้วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นตามไม่ทัน ตัวอย่างเช่น ด้วยความที่แนวคิดของกฎหมายปกครองของประเทศญี่ปุ่นกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีมีแนวทางที่แตกต่างกัน หลักความได้สัดส่วนได้ถูกนำมาใช้เป็นหลักกฎหมายของหลักของการปกครอง ดังเช่น การนำหลักความได้สัดส่วนไปใช้กับกฎหมายการปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Autonomy Act) นอกจากนี้ จะเห็นได้การนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในประเทศญี่ปุ่นนั้น มีลักษณะเป็นเพียงแค่หลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น

3) วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นเป็นการผสมผสานมาตรฐาน LRA ของประเทศอเมริกากับหลักความได้สัดส่วนที่มีต้นกำเนิดจากกฎหมายเยอรมันเข้าไว้ด้วยกัน ดังนั้น หลักทฤษฎีของกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงเป็นการผสมผสานมาตรฐาน LRA กับหลักความได้สัดส่วนเข้าไว้ด้วยกัน และสำหรับแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมนั้นก็มีลักษณะที่แยกออกจากทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ²⁵⁴

4.3.4.2 หลักความได้สัดส่วนกับการปรับใช้กับกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 13 บัญญัติไว้ว่า “ประชาชนทุกคนย่อมได้รับการเคารพในฐานะปัจเจกบุคคล สิทธิของประชาชนในชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความผาสุกภายในขอบเขตที่ไม่ขัดต่อประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะ ต้องได้รับความเคารพสูงสุดในการออกกฎหมายหรือในการอื่นใดที่เกี่ยวกับการ

²⁵⁴ 比例原則の現代的意義と機能「日本法における警察比例の原則」、須藤陽子、p. 259-261

ปกครองประเทศ" ซึ่งหมายความว่า สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจะได้รับความเคารพสูงสุดโดยอยู่ภายใต้ขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ

ตามวรรคท้ายของมาตรา 13 บัญญัติว่า "...ต้องได้รับความเคารพสูงสุดในการออกกฎหมายหรือในการอื่นใดที่เกี่ยวกับการปกครองประเทศ" ซึ่งเป็นการปกป้องหลักการไม่ละเมิดสิทธิของประชาชน กล่าวคือ แม้จะมีอำนาจบริหาร ตุลาการหรืออำนาจนิติบัญญัติก็ตามก็ไม่สามารถละเมิด สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้

โดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการตรวจสอบว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างไรก็ตาม โดยส่วนใหญ่ตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นมิได้มีการอธิบายถึงหลักความได้สัดส่วนไว้ ทั้งนี้ เนื่องจากหลักของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นมาตรา 13 เป็นการผสมผสานระหว่างหลักความได้สัดส่วนที่ได้รับมาจากกฎหมายเยอรมันและหลัก LRA (less restrictive alternative) จากกฎหมายอเมริกา

4.3.4.3 การตรวจสอบการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

จากที่อธิบายไปข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า ประเทศญี่ปุ่นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการผสมผสานระหว่างมาตรฐาน LRA (less Restrictive Alternative) ซึ่งมีต้นกำเนิดจากกฎหมายอเมริกากับหลักความได้สัดส่วนซึ่งมีต้นกำเนิดจากกฎหมายตำรวจ (Police Act) ของประเทศเยอรมนีเข้าด้วยกัน ซึ่งทั้งสองหลักมีความคล้ายคลึงกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาลึกลงไปถึงต้นกำเนิดของทั้งสองหลักแล้วจะพบว่า หลักทั้งสองนั้นต่างก็มีต้นกำเนิดที่มีความแตกต่างกัน ดังนั้น ความสัมพันธ์ของมาตรฐานและหลักการของทั้งสองหลักจึงไม่เหมือนกันเสียทีเดียว โดยมากเมื่อมีการอธิบายถึงมาตรฐานในการตรวจสอบการขัดต่อรัฐธรรมนูญในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญจะมีการอธิบายถึงมาตรฐาน LRA กับหลักความได้สัดส่วนไปพร้อม ๆ กัน ดังนั้น จึงเกิดคำถามว่าเมื่อมีการใช้มาตรฐาน LRA แล้วก็ไม่จำเป็นต้องมีการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนใช่หรือไม่

จากคำถามดังกล่าว จึงต้องมีการศึกษาว่ามาตรฐาน LRA คืออะไร มีความเหมือนและความต่างจากหลักความได้สัดส่วนอย่างไร

1) มาตรฐานของ LRA คือมาตรฐานที่ใช้ในการตรวจสอบวิธีการต่อวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมาย กล่าวคือ "เป็นมาตรฐานในการเรียกร้องให้มีการตรวจสอบอย่างเข้มงวดของศาลถึงแก่นแท้ของวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายกับการพิจารณาว่ามีวิธีการอื่น ๆ ที่ไม่เป็นการจำกัดหรือไม่" ซึ่งมาตรฐาน LRA ในกรณีที่ใช้ระดับการตรวจสอบที่เข้มงวดสูงนั้น ก็จะมีความหมายว่าเป็นการตรวจสอบ

วิธีการให้มีความจำเป็นและมีการจำกัดที่น้อยที่สุด

2) หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่เป็นคำถามเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง “วัตถุประสงค์กับวิธีการ” ตามวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยจะเห็นได้ว่าในประเทศญี่ปุ่นนั้น มีการวิจัยเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมันเป็นจำนวนมาก ซึ่งจากผลการวิจัยเปรียบเทียบสามารถสรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายเยอรมัน (ความหมายอย่างกว้าง) มีหลักการสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ 1) “หลักแห่งความเหมาะสมของวัตถุประสงค์” ซึ่งเป็นการตรวจสอบวัตถุประสงค์ 2) “หลักความจำเป็น” ที่เป็นการตรวจสอบวัตถุประสงค์และ 3) “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” ซึ่งเป็นการเรียกร้องให้มีความสมดุลระหว่างวัตถุประสงค์กับวิธีการ นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนอาจจะเรียกได้ว่าเป็นหลักที่ “ห้ามเกินกว่าเหตุ” เช่นกัน ซึ่งสามารถตีความได้ว่า จะต้องไม่เกินกว่าข้อจำกัดที่จำเป็น โดยความหมายดังกล่าวมาจากสองหลักสำคัญ คือ หลักแห่งความจำเป็นที่ว่า “การกำหนดกฎระเบียบจะต้องเป็นไปด้วยความจำเป็นและมีการจำกัดที่น้อยที่สุด” กับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบที่ว่า “ผลจะต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์อย่างร้ายแรง” จึงสามารถตีความได้ว่า หลักความได้สัดส่วนคือ “จะต้องไม่เกินกว่าข้อจำกัดที่จำเป็น”

3) การเปรียบเทียบมาตรฐาน LRA กับหลักความได้สัดส่วน

มาตรฐาน LRA กับหลักความได้สัดส่วนต่างก็เป็นหลักที่นำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่าง “วัตถุประสงค์กับวิธีการ” โดยเป็นการตรวจสอบ “วิธีการที่จำเป็นและมีการจำกัดที่น้อยที่สุด” หรือเป็นการตรวจสอบว่ามี “วิธีการอื่นอีกที่ไม่เป็นการออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิ” หรือไม่ จากประเด็นดังกล่าว จะเห็นได้ว่าหลักทั้งสองมีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมาก

อย่างไรก็ตาม หลักทั้งสองก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ นักวิชาการที่ได้ศึกษาในเรื่องมาตรฐาน การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการได้อธิบายว่า ตามคำพิพากษาศาลของกฎหมายอเมริกา โดยมากการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน โดยมีการปรับใช้มาตรฐานการตรวจสอบแบ่งเป็นลำดับขั้นไป แต่สำหรับกรณีของหลักความได้สัดส่วนจะมีมาตรฐานการตรวจสอบในลักษณะ sliding scale หรือเป็นการเปรียบเทียบสัดส่วนน้ำหนักในแต่ละส่วน ซึ่งสามารถกล่าวได้ว่าหลักความได้สัดส่วนนั้นมิใช่ “ไม้บรรทัด” ในการวัด

เมื่อมีการปรับใช้ “หลักแห่งความจำเป็น” ที่เป็นการหาวิธีการที่จำเป็นและมีการจำกัดที่น้อยที่สุดก็จะทำให้การตรวจสอบก็จะไปอย่างเข้มงวดมากยิ่งขึ้น และเมื่อมีการปรับใช้ “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” ที่เป็นการหาว่าไม่มีการขัดกันระหว่างวัตถุประสงค์กับผล ก็จะทำให้การตรวจสอบมีความยืดหยุ่นขึ้น

สำหรับแนวคิดของนักวิจัยกฎหมายปกครอง เห็นว่า การที่มีแนวคิดเรื่องการกำหนดให้มาตรฐานการตรวจสอบเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมีความเข้มงวดที่แตกต่างกันตามลำดับขั้นนั้น ไม่คิดว่าเป็นการโต้เถียงที่ไม่เป็นจริงแต่อย่างใด กฎระเบียบของกฎหมายปกครองในหลายกรณีก็มีการกำหนดที่ซับซ้อนและมีความละเอียดมาก วัตถุประสงค์ของการออกกฎระเบียบของกฎหมายปกครองนั้น จะไม่สามารถอธิบายโดยแยกออกเป็นสองวิธี คือ วัตถุประสงค์แบบเชิงรับ และวัตถุประสงค์แบบเชิงรุกได้เหมือนวิชารัฐธรรมนูญ และตัวบทของกฎหมายปกครองนั้น สามารถอ่านให้เข้าใจได้ยาก นอกจากนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาของสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายปกครองนั้นมีหลายประเภทหลายลักษณะจึงทำให้การรองรับกับเสรีภาพและสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นไปได้ยาก

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาในแง่ของวิธีการควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง หลักความได้สัดส่วนจะเป็นหลักกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ทั้งกับการตรวจสอบตัวบทกฎหมายและการตรวจสอบในส่วนที่เกี่ยวกับการปรับใช้ตัวบทกฎหมาย ซึ่งในประเด็นดังกล่าวมีความแตกต่างกับมาตรฐาน LRA สำหรับประเทศญี่ปุ่นก็มีการโต้เถียงแนวความคิดนี้อยู่ โดยแนวความคิดที่โต้แย้งนั้น เห็นว่า มาตรฐาน LRA จากกฎหมายอเมริกันจะใช้เป็นวิธีการในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางบริหารได้เช่นเดียวกับหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ใช้ “หลักความจำเป็นและจำกัดน้อยที่สุด” และ “ไม่มีวิธีการอื่นที่มีใช้การออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิอีกแล้ว” แต่ในความเป็นจริง มาตรฐาน LRA กำหนดว่าเป็นการตรวจสอบในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่มีความเข้มงวดในแต่ละลำดับขั้นที่แตกต่างกัน ดังนั้น หากนำมาตรฐาน LRA มาปรับใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางปกครองจะไม่ถูกต้องซะทีเดียว

สำหรับคำพิพากษาศาลปกครองของประเทศญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่าไม่ค่อยปรับใช้ “หลักแห่งความจำเป็น” ที่จะต้องเป็นไปด้วยความจำเป็นและมีการจำกัดน้อยที่สุด” แต่จะมีการปรับใช้ “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” มากกว่า โดยมีแนวความคิดว่า หลักความได้สัดส่วนที่พัฒนาขึ้นมาจากการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางปกครอง นั้น ในทางวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญถือว่า มิใช่ “ไม้บรรทัด” เหมือนกับมาตรฐาน LRA ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีการพบการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ตามปกติแล้วจะมีการดำเนินการผลักดันออกนอกประเทศ ซึ่งเป็นการดำเนินการขั้นรุนแรง ในขั้นแรก จะเห็นได้ว่าผู้ที่เข้าเมืองผิดกฎหมายก็ไม่ได้การคุ้มครองสิทธิในการพำนักในประเทศ ซึ่งในความเป็นจริงรัฐมนตรีว่าการกระทรวง

ยุติธรรม²⁵⁵ ก็มีดุลพินิจในการออกใบอนุญาตให้พำนักในประเทศได้เป็นกรณีพิเศษ โดยที่การดำเนินการเช่นนั้นก็เคยเป็นคดีที่ศาลได้ถอนออกไป เนื่องจากถือว่าเป็นการละเมิดมนุษยธรรมและขัดต่อความถูกต้อง ซึ่งในกรณีดังกล่าวเป็นการใช้หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ผลของการใช้ดุลพินิจนั้น ถือว่าเป็นไปอย่าง “เข้มงวด” จึงส่งผลให้เป็นคดีที่ถือว่า “ขัดต่อกฎหมาย” และเมื่อพิจารณาแล้วว่าผลที่เกิดขึ้นทำให้ “ขัดต่อกฎหมาย” จึงสามารถพิจารณาได้ว่า ไม่ได้ใช้มาตรฐาน LRA มาพิจารณาในกรณีดังกล่าวด้วย หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักที่สามารถนำมาปรับใช้ในการพิจารณาของศาลได้ง่ายกว่ามาตรฐาน LRA²⁵⁶

4.3.4.4 ระบบการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางนิติบัญญัติและระบบการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางบริหาร

นอกจากนี้ หากพิจารณาการปรับใช้มาตรฐาน LRA กับหลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางนิติบัญญัติและในทางบริหารแล้วจะเห็นได้ว่า ในส่วนของหลักความได้สัดส่วนนั้น หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ทั้งกับการเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางนิติบัญญัติและการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางบริหาร เพียงแต่การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนกับทั้งสองกรณีมีวิธีการปรับใช้ที่แตกต่างกันออกไป โดยความแตกต่างประการหนึ่งคือ วิธีการวางตำแหน่งในการตรวจสอบวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศญี่ปุ่นไม่ปรับใช้หลักแห่งความเหมาะสมซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักความได้สัดส่วนในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางบริหาร ซึ่งในทางวิชากฎหมายปกครองจะเป็นการใช้การตรวจสอบทางตุลาการในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ ซึ่งหมายถึงการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของการกระทำทางปกครอง ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการกระทำทางปกครองนั้น หากการกระทำทางปกครองไม่ได้อยู่ในวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายพื้นฐานแล้วนั้น การใช้สิทธิในการใช้ดุลพินิจในการกระทำดังกล่าวก็ถือว่า “ขัดต่อกฎหมาย” นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์เป็นสำคัญ ก็มีเนื้อหาที่ครอบคลุมไปถึงการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ แต่โดยปกติแล้วจะไม่ดำเนินการตรวจสอบวัตถุประสงค์สำหรับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของตัววัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง โดยความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์กับวิธีการ จะพิจารณาตัววิธีการเพื่อให้บรรลุ

²⁵⁵ กระทรวงยุติธรรมของประเทศไทย หรือ Ministry of Justice มีอำนาจหน้าที่ในการจัดการเรื่องคนเข้าเมืองด้วย

²⁵⁶ 比例原則の現代的意義と機能「日本法における警察比例の原則」、須藤陽子、p. 256-258

วัตถุประสงค์เป็นหลัก สำหรับวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้นไม่สามารถแยกออกจากวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายพื้นฐาน ดังนั้น ประเด็นเรื่องความเหมาะสมของวัตถุประสงค์นั้นจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบและความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในทางตรงกันข้าม สำหรับกรณีของการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางนิติบัญญัติจำเป็นจะต้องตรวจสอบวัตถุประสงค์ของของกฎหมายฉบับนั้น

ถึงแม้ว่าในกระบวนการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางบริหารจะไม่ได้ดำเนินการตรวจสอบวัตถุประสงค์ก็ตาม แต่เมื่อใช้หลักความได้สัดส่วน จะแบ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายพื้นฐานและวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง สำหรับศาลสูงสุดได้วางแนวสำหรับการควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางปกครองว่า “กรณีที่ขาดความนึกคิดทั่วไปหรือความชอบด้วยเหตุผล” การใช้สิทธิในดุลพินิจนั้นขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น จึงเป็นการปรับใช้ความความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบที่ “วิธีการจะต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์”²⁵⁷

4.3.4.5 หลักความได้สัดส่วนกับคำพิพากษาศาลสูงสุด

ตามคำพิพากษาศาลสูงสุดโดยส่วนมากจะเป็นการปรับใช้หลักแห่งความจำเป็นในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในทางนิติบัญญัติ แต่ไม่พบคำพิพากษาเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในทางปกครองแต่อย่างใด คำพิพากษาศาลสูงสุดกรณีการปรับใช้หลักแห่งความจำเป็นในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในทางนิติบัญญัติที่สำคัญ เช่น กรณีคดีการจำกัดระยะเวลาของร้านขายยา ตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้ว

ในคดีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดระยะห่างของการเปิดร้านขายยา²⁵⁸ ศาลตัดสินว่า “เพื่อเป็นการรักษาอุปทานของผลิตภัณฑ์ยาและเวชกรรมในพื้นที่ที่ไม่มีร้านขายยาหรือพื้นที่ที่มีร้านขายยาจำนวนน้อยมากสามารถหามาตรการอื่น ๆ มาใช้ได้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการลดจำนวนพื้นที่ที่ไม่มีร้านขายยาจึงต้องมีการจำกัดพื้นที่ที่จะเป็นที่ตั้งร้านขายยาซึ่งถือว่าเป็นมาตรการในการจำกัดในเรื่องของเสรีภาพในการประกอบอาชีพอย่างรุนแรง ทำให้ขาดความสมดุลระหว่างวัตถุประสงค์กับวิธีการ ซึ่งในกรณีนี้ถือได้ว่าไม่สามารถที่จะรับรองความเหมาะสมได้ กล่าวคือ การปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย Pharmaceutical Affairs Act ในปี ค.ศ. 1963 ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลดจำนวนพื้นที่ที่ไม่มีร้านขายยาให้น้อยลง โดยใช้วิธีการกำหนดให้มีการเปิดร้านขายยาในพื้นที่ติดกัน ทำให้วัตถุประสงค์กับวิธีการไม่สมดุลกัน โดยที่สามารถหาวิธีการอื่นที่นอกเหนือจากการกำหนดเรื่องการเปิดกิจการเพื่อให้บรรลุ

²⁵⁷ 比例原則の現代的意義と機能「日本法における警察比例の原則」、須藤陽子、p. 258-259

²⁵⁸ หมายเหตุคดี : ปี ค.ศ. 1965 หมายเหตุคดี 120

วัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ดังนั้นจึงถือได้ว่าเป็นการขาดความเหมาะสม และยังเป็นการละเมิดเสรีภาพในการประกอบกิจการของประชาชนซึ่งเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ในการตัดสินครั้งนี้ ศาลสูงสุดไม่ได้ตัดสินว่าการออกคำสั่งของจังหวัดที่ได้ปรับใช้กฎหมาย Pharmaceutical Affairs Act ฉบับปรับปรุงขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่กฎหมายฉบับปรับปรุงในปี ค.ศ. 1963 นั้นขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรา 22²⁵⁹

หลังจากที่มีคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1965 แล้วได้มีนักกฎหมายที่เขียนอธิบายคำพิพากษาได้ชี้ให้เห็นว่า คำพิพากษาดังกล่าวเป็นการปรับใช้หลักความได้สัดส่วน นอกจากนี้ ยังได้มีการชี้ให้เห็นถึงประเด็นที่ควรระวัง คือ การกำหนดกฎที่เป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมนั้นถือว่าชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เพื่อให้ระบบการอนุญาตที่มาจากการกำหนดกฎที่เป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมนั้นชอบด้วยกฎหมาย จะต้องเข้าหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) จะต้องเป็นกฎที่ออกมาเพื่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญและเป็นไปด้วยเหตุและผล

2) วิธีการออกกฎระเบียบที่ไม่จำกัดสิทธิเสรีภาพไม่สามารถที่จะทำให้วัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายสำเร็จได้

ดังนั้น แนวคำวินิจฉัยและทฤษฎีในช่วงเวลาต่อมาจึงได้เพิ่มประเด็นเกี่ยวกับ “หลักความจำเป็นและจำกัดสิทธิขั้นที่สุด” และ “หลักของความได้สัดส่วน” เข้าไป ทำให้ “หลักความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการในการออกกฎที่เป็นการจำกัดสิทธิ” ชัดเจนยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1975 ในการถกเถียงประเด็นของหลักทฤษฎีของกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ได้มีการพัฒนาแนวคิดโดยใช้ทฤษฎีการฟ้องร้องรัฐธรรมนูญของประเทศอเมริกาเป็นหลัก ดังนั้น จึงทำให้มีการนำมาตรฐาน LRA มาปรับใช้ในการตัดสินคดีการจำกัดระยะห่างของร้านขายยา จึงส่งผลให้ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่า ในคดีการจำกัดระยะห่างของร้านขายยาได้นำมาตรฐาน LRA มาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี นอกจากนี้ ในคดีอื่น ๆ เช่น คดีกฎหมายป่าไม้ก็ได้มีการนำมาตรฐาน LRA มาปรับใช้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ก็เป็นที่ยอมรับว่าหลังจากมีแนววินิจฉัยในปี ค.ศ. 1975 ไม่เพียงแต่มีการปรับใช้หลัก LRA เท่านั้น แต่ก็ยังมีการนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้ด้วย

จากประวัติศาสตร์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นทำให้หลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการกระทำ

²⁵⁹ 比例原則の現代的意義と機能「日本法における警察比例の原則」、須藤陽子、p. 261-262

ของรัฐที่ใช้ในประเทศญี่ปุ่นเป็นหลักที่มีการผสมกันระหว่างหลักต่าง ๆ ทั้งหลักความได้สัดส่วนและหลักมาตรฐาน LRA ทั้งนี้ กล่าวคือได้มีการนำเอาหลักความได้สัดส่วนจากประเทศเยอรมันและหลักมาตรฐาน LRA จากประเทศสหรัฐอเมริกาเข้ามาใช้ แต่ด้วยความที่รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ฉบับปัจจุบันได้สร้างขึ้นโดยได้รับอิทธิพลจากประเทศสหรัฐอเมริกา จึงทำให้การนำหลักมาตรฐาน LRA ได้รับความนิยมนมากกว่าหลักความได้สัดส่วน นอกจากนี้ มาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการกระทำของรัฐที่ใช้ในประเทศญี่ปุ่นมีความซับซ้อนเนื่องจากได้มีการใช้มาตรฐานที่แตกต่างกันตามความสำคัญของประเภทของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในประเทศ อย่างไรก็ตาม ด้วยขอบเขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่มีอยู่อย่างจำกัด ทำให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการกระทำของรัฐเพียงแค่นี้ก็เกินพอแล้ว

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่น กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพบว่า ถึงแม้ว่าประเทศญี่ปุ่นจะได้รับหลักความได้สัดส่วนจากประเทศเยอรมันเข้ามาใช้ แต่การนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาในลักษณะดังกล่าวยังมีไม่มาก ด้วยสาเหตุที่ว่า ศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นมีขอบเขตอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่จำกัด ประกอบกับโดยส่วนใหญ่ ศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นได้ใช้หลักความได้สัดส่วนผสมผสานกับหลัก LRA หรือมาตรฐานที่ใช้ในการตรวจสอบวิธีการต่อว่าตู่ประสงค์ในการออกกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศอเมริกา ซึ่งนักกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นยังมีข้อถกเถียงกันว่าหลักการที่นำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแต่ละคดีนั้นเป็นหลักความได้สัดส่วนหรือเป็นหลัก LRA ²⁶⁰

ประเทศญี่ปุ่นได้มีการแบ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 หลักเกณฑ์ใหญ่ ๆ กล่าวคือ ในกรณีที่ประเด็นเกี่ยวกับสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านจิตใจจะใช้หลักเกณฑ์ที่มีความเข้มงวดมากกว่าประเด็นเกี่ยวกับสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจ ซึ่งการแบ่งมาตรฐานในการพิจารณาออกเป็น 2 ลักษณะดังกล่าว ส่งผลให้การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นมีขอบเขตที่จำกัด ทำให้อำนาจตุลาการไม่ก้าวร้าวต่อ

²⁶⁰ 比例原則の現代的意義と機能「日本法における警察比例の原則」、須藤陽子。p. 261-262

อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร และไม่เป็นการทำลายระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือ ในกรณีที่ เป็นสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจ กฎหมายใช้บังคับนั้น ส่วนใหญ่มาจากนโยบายของรัฐบาล ดังนั้น จึงมีการจำกัดขอบเขตอำนาจของตุลาการ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อไม่ให้ก้าวล่วงอำนาจบริหาร

นอกจากนี้ ในส่วนของผลการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า ผลการวินิจฉัยแต่ละคดีนั้นไม่ส่งผล เป็นการแก้กฎหมาย หรือยกเลิกกฎหมายที่ใช้อยู่ เพียงแต่มีผลในคดีนั้น ๆ เท่านั้น

ทั้งนี้ เนื่องจากระบบของประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นมีความแตกต่างกันเป็นอย่างมาก ทั้งในเรื่องอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่น และหลักการและแนวความคิดในเรื่องหลักความได้สัดส่วนของทั้งสองประเทศ ประกอบกับ หลักความได้สัดส่วนของประเทศญี่ปุ่นนั้น เป็นหลักที่นำเอามาใช้แบบผสมผสานกับหลัก LRA ดังนั้น จึงเห็นว่าเป็นการยากที่จะนำเอาหลักความได้สัดส่วนของประเทศญี่ปุ่นมาใช้ในระบบของประเทศไทย

บทที่ 5

หลักความได้สัดส่วนของสาธารณรัฐเกาหลี

“ประเทศเกาหลีใต้” หรือที่มีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า สาธารณรัฐเกาหลี (The Republic of Korea) เป็นประเทศในเอเชียตะวันออกที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยมีประมุขของประเทศคือประธานาธิบดี ก่อนหน้าที่จะเป็นประเทศจนถึงทุกวันนี้ประเทศเกาหลีต้องตกอยู่ในอาณัติของประเทศญี่ปุ่นเป็นระยะเวลาอันยาวนานกว่า 30 ปี แต่ภายหลังประเทศญี่ปุ่นพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1945 ประเทศเกาหลีได้ถูกแบ่งเป็น 2 ส่วนด้วยกัน ได้แก่ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนเกาหลี (Democratic People’s Republic of Korea) หรือ ประเทศเกาหลีเหนือ และ สาธารณรัฐเกาหลี (The Republic of Korea) หรือ ประเทศเกาหลีใต้ ปัจจุบัน สาธารณรัฐเกาหลีมีขนาดพื้นที่รวมประมาณ 98,480 ตารางกิโลเมตร มีประชากรราว 50 ล้านคน นับถือศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่²⁶¹

สาธารณรัฐเกาหลีมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จากอดีตจนถึงปัจจุบัน การปกครองของสาธารณรัฐเกาหลีแบ่งออกได้เป็น 6 ยุคด้วยกัน²⁶² ดังนี้

(1) สาธารณรัฐที่ 1 (ค.ศ. 1948-1960) เป็นยุคภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก และมีประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐ โดยประธานาธิบดีคนแรกได้แก่ ดร. ซึง มั่น รี ระหว่างการปกครองในยุคนี้ มีเหตุการณ์ที่สำคัญคือ สงครามระหว่างเกาหลีเหนือและเกาหลีใต้ ทำให้มีผู้เสียชีวิตกว่า 3 ล้านคน

(2) สาธารณรัฐที่ 2 (ค.ศ. 1960-1961) ประธานาธิบดี ดร. ซึง มั่น รี ลาออกจากตำแหน่ง และมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และมีการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญคือการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบประธานาธิบดีที่มีสถานะเป็นประมุขของชาติ มาเป็นการปกครองที่ประธานาธิบดีอยู่ภายใต้ระบอบรัฐสภา

(3) สาธารณรัฐที่ 3 (ค.ศ. 1962-1972) มีการยึดอำนาจการบริหารประเทศโดยนายพล ปัก จุง ฮี และมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญและเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองประเทศที่มีประธานาธิบดีเป็นประมุขตามเดิม ในยุคนี้มีการพัฒนาประเทศ

²⁶¹ “Facts about Korea.” <http://www.korea.net/AboutKorea/Korea-at-a-Glance/Facts-about-Korea>, accessed 1 August 2013.

²⁶² อรอนงค์ เปรมะสกุล, การเมืองระหว่างประเทศในเอเชียตะวันออก (การเมืองญี่ปุ่น, การเมืองเกาหลี), มหาวิทยาลัยรามคำแหง พิมพ์ครั้งที่ 6, 2538, หน้า 113-114.

มากมาย เนื่องจากนายพล ปัก จุง ฮี ได้พัฒนาประเทศได้อย่างก้าวกระโดดเป็นที่ชื่นชมของประชาชนและนานาชาติ จนได้รับสมญานามว่า “บุรุษเหล็กของเอเชีย”

(4) สาธารณรัฐที่ 4 (ค.ศ. 1972-1980) มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่งโดยกำหนดให้ ประธานาธิบดีไม่ต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน กำหนดให้ประธานาธิบดีมีวาระ 6 ปี ไม่จำกัดสมัยการดำรงตำแหน่ง ซึ่งนายพล ปัก จุง ฮี ได้รับการเลือกตั้งอีกครั้งหนึ่ง ในช่วงนี้ท่านได้พัฒนาประเทศจนถึงขีดสุด แต่อย่างไรก็ตาม นายพล ปัก จุง ฮี ได้ถูกลอบสังหาร ทำให้บ้านเมืองวุ่นวายอยู่ช่วงระยะเวลาหนึ่ง

(5) สาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1980-1986) มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่งซึ่งกำหนด วาระการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี 7 ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงสมัยเดียวเท่านั้น โดยมี นายพล ชุน ดู วาน ได้รับการเลือกตั้งจาก สภาแห่งชาติให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีในยุคนั้น

(6) สาธารณรัฐที่ 6 (ค.ศ. 1987-ปัจจุบัน) มีกระแสการเรียกร้องจากประชาชนเพื่อประชาธิปไตยอันส่งผลให้เกิดการแก้ไขรัฐธรรมนูญขึ้นอีกครั้งหนึ่ง และการเรียกร้องตามกระแสของประชาธิปไตยนี้เอง เป็นที่มาของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นอย่างเป็นทางการ และรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน มีวาระการดำรงตำแหน่งได้คราวละ 5 ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงคราวเดียวเท่านั้น ประธานาธิบดีคนปัจจุบันและเป็นประธานาธิบดีหญิงคนแรกของสาธารณรัฐเกาหลีคือ ปัก จี ฮุย (Park Geun-hye) โดยอำนาจอธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญแบ่ง ออกเป็น 3 ส่วนคือ อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และ อำนาจตุลาการ

1) อำนาจบริหาร (The Executive Power)

สาธารณรัฐเกาหลีมีประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศและเป็นประธานฝ่ายบริหาร โดยมีนายกรัฐมนตรีที่มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี โดยความเห็นชอบของสภาแห่งชาติ (National Assembly) เป็นผู้สนับสนุนการปฏิบัติงานของประธานาธิบดีและควบคุมรัฐมนตรีในกระทรวงต่าง ๆ โดยฝ่ายบริหารยังประกอบด้วย สภาที่ปรึกษาแห่งชาติ (State Council) ทำหน้าที่สนับสนุนและให้คำแนะนำประธานาธิบดีในการบริหารประเทศ²⁶³

2) อำนาจนิติบัญญัติ (The Legislative Power)

อำนาจนิติบัญญัติหรือการออกกฎหมายเป็นของสภาแห่งชาติ (The Nation-

²⁶³ The Constitution of the Republic of Korea Article 88

al Assembly) ทำหน้าที่คล้ายกับรัฐสภาในประเทศไทยซึ่งประกอบด้วยสองสภา (สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) แต่แตกต่างที่สภาแห่งชาติสาธารณรัฐเกาหลีจะประกอบไปด้วยสภาเดียวเท่านั้น และมีจำนวนสมาชิกไม่น้อยกว่า 200 คน ปัจจุบันมีสมาชิกสภาจำนวน 299 คน²⁶⁴ ทำหน้าที่ อาทิ การเสนอ พิจารณา และบัญญัติกฎหมาย การให้ความเห็นชอบในการทำสนธิสัญญา ลงมติถอดถอนข้าราชการระดับสูง ติดตามผลการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหาร เป็นต้น

3) อำนาจตุลาการ (The Judicial Power)

ศาล (The Court) คือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญ ปฏิบัติหน้าที่พิจารณาตัดสินคดีที่กฎหมายบัญญัติ ประกอบด้วย ศาลทั่วไป และ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลทั่วไป ได้แก่ ศาลยุติธรรม ทำหน้าที่พิจารณาคความแพ่ง ความอาญา ศาลครอบครัว ศาลปกครอง ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง ศาลทหารและศาลทรัพย์สินทางปัญญา โดยมีศาลฎีกา (Supreme Court) ทำหน้าที่วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายลำดับรอง ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย และพิจารณาอุทธรณ์คดีทั่วไป (ยกเว้นศาลทรัพย์สินทางปัญญาและศาลทหาร)

ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรอิสระประกอบด้วยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 9 ท่าน และหน่วยงานย่อยที่เป็นฝ่ายสนับสนุนการทำงานของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยคดีตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 111 บัญญัติไว้ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดรายละเอียดของการบริหารงานและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงต้องมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น (The Constitutional Court Act 1988) ซึ่งรายละเอียดส่วนนี้ผู้วิจัยขออธิบายอย่างละเอียดในส่วน of ศาลรัฐธรรมนูญภายหลัง

5.1 แนวคิดพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลี

ภายหลังที่ได้มีการแบ่งแยกประเทศเกาหลีในปี ค.ศ. 1948 สาธารณรัฐเกาหลีภายใต้การสนับสนุนของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการจัดการเลือกตั้งภายในและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1948 โดยกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นได้มีการแก้ไขปรับปรุงเรื่อยมาตามลำดับ เป็นจำนวนเก้าครั้ง โดยการแก้ไขปรับปรุงในครั้งนี้ทำถึงครั้งที่เก้านั้นเป็นการแก้ไขปรับปรุงใหม่ทั้งฉบับ²⁶⁵ รัฐธรรมนูญของ

²⁶⁴ The Constitution of the Republic of Korea Article 41

²⁶⁵ The Constitution of the Republic of Korea. < www.ccourt.go.kr > Accessed 2 April, 2013.

สาธารณรัฐเกาหลีที่ใช้อยู่ในปัจจุบันได้ประกาศใช้ในวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1987 ซึ่งการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์ดังที่ได้กล่าวไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวดังนี้²⁶⁶

“พวกเราประชาชนชาวเกาหลีซึ่งมีความภาคภูมิใจในประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมอันรุ่งโรจน์ยิ่งใหญ่อาวนานของชาวเกาหลีมีความยึดถือถึงอุดมการณ์ในการก่อตั้งสาธารณรัฐเกาหลีขึ้น เมื่อวันที่ 1 มีนาคม ในปี ค.ศ. 1919 และในการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งอุดมการณ์แห่งประชาธิปไตย ในวันที่ 19 เมษายน ปี ค.ศ. 1960 ต่างมีความมุ่งประสงค์ที่จะดำเนินการเพื่อให้เกิดการปฏิรูปประชาธิปไตยและการรวมประเทศโดยสันติ มีความมุ่งมั่นที่จะส่งเสริมความสามัคคีกลมเกลียวของชาติ ด้วยเจตจำนงในความยุติธรรม มนุษยธรรม และมารยาท และเพื่อต้องการที่จะทำลายความเลวร้ายในสังคม และความอยุติธรรมและเพื่อสร้างสรรค์โอกาสที่เท่าเทียมกันให้แก่คนทุกคนและสร้างโอกาสแก่ปัจเจกชนทุกคน ในการพัฒนาความสามารถของตนอย่างสูงสุดในทุกสาขารวม ทั้งทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยการส่งเสริมให้เกิดความมั่นคง ซึ่งระบบประชาธิปไตยที่สอดคล้องกับเสรีภาพและสิทธิ และเพื่อยกระดับคุณภาพของชีวิตของ พลเมืองทุกคนและส่งเสริมเสรีภาพอันถาวรของโลก และความรุ่งเรืองพัฒนาร่วมกันของมนุษยชาติ และด้วยเหตุดังกล่าวเพื่อเป็นหลักประกันในความมั่นคง เสรีภาพ และความสุขของบุคคลทุกคนตลอดไป ด้วยเหตุนี้จึงดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ได้มีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1948 ซึ่งได้มีการแก้ไขมาแล้วแปดครั้ง โดยการลงประชามติตามมติที่ได้ให้ไว้โดยสภาแห่งชาติ”

จากคำอารัมภบทดังกล่าวข้างต้นอาจกล่าวได้ว่าสาธารณรัฐเกาหลีกำหนดเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญผ่านการกำหนดแบบแผนที่จะใช้ในการปกครองประเทศให้เกิดความสงบเรียบร้อยและความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชน ทั้งนี้รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นมีด้วยกันทั้งหมด 130 มาตรา แบ่งออกเป็น 10 หมวด ซึ่งแต่ละหมวดได้วางหลักการ แนวคิด และเนื้อหา ที่สำคัญต่อการปกครองและสถานภาพความเป็นอยู่ของพลเมืองของสาธารณรัฐเกาหลีที่แตกต่างกันออกไปตามหมวดหมู่อันมีสาระสำคัญที่จะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

²⁶⁶ คำอารัมภบท รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี แปลจาก Constitution of the Republic of Korea โดย กิตติพงษ์ กิตติยารักษ์ งานแปลของสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ อันดับที่ 180 หน้า 1

5.1.1 สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี

สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ มีดังต่อไปนี้

หมวดที่ 1 บททั่วไป (มาตรา 1-9)

เนื้อหาของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีในหมวดนี้ได้กำหนดในเรื่องทั่วไปที่เกี่ยวกับประเทศโดยในมาตรา 1 ได้กำหนดให้สาธารณรัฐเกาหลีมีการปกครองแบบสาธารณรัฐประชาธิปไตย และกำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนในขณะที่อำนาจทั้งปวงของรัฐจะต้องมาจากปวงชน นอกจากนี้ยังกำหนดให้มีการจัดตั้งพรรคการเมืองได้โดยอิสระ ตราบที่พรรคการเมืองยังมีวัตถุประสงค์ในการจัดการองค์กร กิจกรรม และการมีส่วนร่วมของประชาชนที่เป็นประชาธิปไตย หากการดำเนินการของพรรคการเมืองใดขัดต่อหลักการดังกล่าวรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจอธิปไตยที่จะดำเนินการต่อพรรคการเมืองนั้นในศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลมีคำตัดสินยกเลิกพรรคการเมืองนั้นได้²⁶⁷

หมวดที่ 2 สิทธิและหน้าที่พลเมือง (มาตรา 10-39)

เนื้อหาของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีในหมวดนี้ได้บัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองแห่งสาธารณรัฐเกาหลีที่พึงมี พึงได้ พึงปฏิบัติ เฉกเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยทั่ว ๆ ไป ไม่ว่าจะเป็นการรับรองคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ในมาตรา 10 สิทธิเสรีภาพในร่างกายและหลักประกันสิทธิในการจับกุม คမ်းขัง คั่น ยึด หรือสอบสวนบุคคลตามมาตรา 12 สิทธิในเคหสถานตามมาตรา 16 สิทธิในการได้รับค่าชดเชยที่เป็นธรรมจากความเสียหายที่เกิดจากกระบวนกรายุติธรรมของรัฐในมาตรา 29 หรือหน้าที่ในการเสียภาษีและป้องกันประเทศของพลเมืองทุกคนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายตามมาตรา 38 และมาตรา 39

อย่างไรก็ดี สิทธิและเสรีภาพของประชาชนสาธารณรัฐเกาหลีอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย ในกรณีดังต่อไปนี้ เมื่อมีความจำเป็นอันเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศชาติ การธำรงรักษากฎหมาย และความสงบเรียบร้อยของสวัสดิภาพสังคม อย่างไรก็ตาม แม้จะมีข้อจำกัดดังกล่าวการล่วงละเมิดในสาระสำคัญของสิทธิหรือเสรีภาพนั้นก็จะกระทำมิได้²⁶⁸

²⁶⁷ The Constitution of the Republic of Korea Article 8

²⁶⁸ The Constitution of the Republic of Korea Article 37 (2)

หมวดที่ 3 สภาแห่งชาติ (มาตรา 40-65)

เนื้อหาของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีในหมวดนี้มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดให้สภาแห่งชาติเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ²⁶⁹ กำหนดวิธีได้มาซึ่งสมาชิกสภาแห่งชาติ จำนวนสมาชิกสภาแห่งชาติ ระยะเวลาการดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาแห่งชาติ รวมถึงเอกสิทธิ์และความคุ้มกันต่าง ๆ การตรวจสอบถอดถอนสมาชิกของสมาชิกสภาแห่งชาติ การถอดถอนข้าราชการอื่น ๆ รวมถึงขั้นตอน วิธีการ ข้อบังคับ และกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในการทำหน้าที่นิติบัญญัติของสภาแห่งชาติ นอกจากนี้ยังได้กำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมอันพึงปฏิบัติของสมาชิกสภาแห่งชาติอีกด้วย

หมวดที่ 4 ฝ่ายบริหาร (มาตรา 66-100)

รายละเอียดของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีในหมวดนี้เป็นหมวดที่ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยยังมีการแบ่งย่อยออกเป็นอีก 2 ส่วนด้วยกันดังมีรายละเอียดโดยย่อดังนี้

ส่วนที่ 1 ประธานาธิบดี (มาตรา 66-85) รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ของประธานาธิบดีเอาไว้ทั้งในภาวะปกติและภาวะฉุกเฉินของประเทศ รวมถึงอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึก ทั้งประเภทพิเศษและกฎอัยการศึกประเภทสามัญ การอภัยโทษ การแต่งตั้งข้าราชการตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐและประมุขของฝ่ายบริหาร²⁷⁰ โดยให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน²⁷¹

ส่วนที่ 2 องค์การฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีได้กล่าวถึงองค์การฝ่ายบริหารโดยแบ่งออกเป็น 4 ตอน แบ่งตามอำนาจหน้าที่ ที่รับผิดชอบดังต่อไปนี้

ตอนที่ 1 นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี (มาตรา 86-87) ในมาตรา 86 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีของสาธารณรัฐเกาหลีมาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีด้วยความเห็นชอบของสภาแห่งชาติ รัฐธรรมนูญให้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีกำกับดูแลกระทรวงต่าง ๆ ที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารและช่วยเหลือประธานาธิบดีตามคำสั่งในมาตรา 87 ของสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดในส่วนของคณะรัฐมนตรีให้มาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี เพื่อทำหน้าที่พิจารณาบริหารกิจการของรัฐ และช่วยเหลือประธานาธิบดีในการดำเนินกิจการแห่งรัฐ โดยรัฐมนตรีคนหนึ่งคนใดอาจ

²⁶⁹ The Constitution of the Republic of Korea Article 8

²⁷⁰ The Constitution of the Republic of Korea Article 66

²⁷¹ The Constitution of the Republic of Korea Article 67

ถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้โดยประธานาธิบดีโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี ทั้งยังมีข้อห้ามในการแต่งตั้งรัฐมนตรีที่มีอาชีพเป็นทหาร เว้นแต่ได้พ้นจากการปฏิบัติหน้าที่แล้วอีกด้วย

ตอนที่ 2 คณะรัฐมนตรี (มาตรา 88-93) ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 88-93 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคณะรัฐมนตรีโดยให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจพิจารณานโยบายสำคัญซึ่งอยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารเช่น การเสนอร่างกฎหมาย การงบประมาณ การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่รัฐในตำแหน่งสำคัญต่าง ๆ รวมถึงมีกฎเกณฑ์ที่กำหนดจำนวนของคณะรัฐมนตรี และการตั้งสภาที่ปรึกษาต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในการบริหารงานของรัฐด้วย เช่นการตั้งสภาที่ปรึกษารัฐบุรุษอาวุโส สภาความมั่นคงแห่งชาติ สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจแห่งชาติ

ตอนที่ 3 กระทรวงฝ่ายบริหาร (มาตรา 94-96) รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีให้อำนาจในการแต่งตั้งหัวหน้ากระทรวงฝ่ายบริหาร (The Heads of Executive Ministries) เป็นของ ประธานาธิบดีโดยเลือกจากสมาชิกของคณะรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี อีกทั้งให้อำนาจนายกรัฐมนตรีหรือหัวหน้ากระทรวงฝ่ายบริหารในการออกข้อบัญญัติของนายกรัฐมนตรีหรือของกระทรวงฝ่ายบริหารเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของตนได้²⁷²

ตอนที่ 4 คณะกรรมการตรวจสอบบัญชีและการตรวจสอบ (มาตรา 97-100) กำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการสอบบัญชีและการตรวจสอบขึ้นโดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประธานาธิบดีเพื่อตรวจสอบประสิทธิภาพการทำงานของรัฐบาลและฝ่ายบริหาร รวมถึงทำหน้าที่ตรวจสอบงบดุล รายรับ รายจ่าย ของรัฐและขององค์กรอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

หมวดที่ 5 ศาล (มาตรา 101-110)

ในหมวดนี้ของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีได้กล่าวถึงการใช้อำนาจตุลาการว่าให้มีการใช้อำนาจตุลาการผ่านองค์กรศาล โดยมีศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดของรัฐ อีกทั้งยังรับรองความเป็นอิสระของผู้พิพากษา โดยมาตรา 103 ได้บัญญัติรับรองให้ผู้พิพากษาสมาารถตัดสินใจโดยอิสระ ตามมโนธรรมของตนที่สอดคล้องกับกฎหมายและรัฐธรรมนูญ รวมถึงในมาตรา 106 ที่บัญญัติห้ามถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่ง ห้ามมิให้พักงานหรือลดเงินเดือนหรือปฏิบัติใด ๆ อันไม่สมควรต่อผู้พิพากษา เว้นแต่จะเข้ากรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้กระทำได้นั้น นอกจากนี้กรณีมีเกิดปัญหาว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามกฎหมายขึ้นในระหว่างการ

²⁷² The Constitution of the Republic of Korea Article 95

พิจารณาว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลต้องร้องขอคำตัดสินจากศาลรัฐธรรมนูญและศาลต้องพิพากษาไปตามคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญนั้นหรือให้ศาลฎีกามีอำนาจที่จะพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ข้อบังคับ หรือการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายบริหารอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล เมื่อปรากฏปัญหาดังกล่าวขึ้นในระหว่างการพิจารณาของศาล²⁷³

หมวดที่ 6 ศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 111-113)

นอกจากบทบัญญัติในกรณีศาลยุติธรรมแล้ว รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลียังได้บัญญัติ ถึงศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย โดยในมาตรา 111 ของรัฐธรรมนูญนี้ได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคำร้องขอของศาล การถอดถอนจากตำแหน่งโดยสภาแห่งชาติ (Impeachment) การยกเลิกพรการเมือง ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเขตอำนาจระหว่างหน่วยงานของรัฐ ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับหน่วยงานรัฐส่วนท้องถิ่น และระหว่างหน่วยงานรัฐส่วนท้องถิ่นด้วยกัน และคำร้องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ในกฎหมายโดยมีหลักประกันความเป็นอิสระเช่นเดียวกับผู้พิพากษาศาลยุติธรรม²⁷⁴ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการออกระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการบริหารภายใต้กรอบของกฎหมายได้อีกด้วย²⁷⁵

หมวดที่ 7 การบริหารการเลือกตั้ง (มาตรา 114-116)

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการเลือกตั้งขึ้นเพื่อกำกับดูแลการเลือกตั้งและการลงประชามติในระดับชาติให้มีความบริสุทธิ์ยุติธรรม และสนับสนุนกิจกรรมทางการเมืองให้แก่พรรคการเมืองต่าง ๆ โดยได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ามาทำหน้าที่คณะกรรมการการเลือกตั้ง ระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง หลักประกันความเป็นอิสระเช่นเดียวกับผู้พิพากษาศาลยุติธรรมและศาลรัฐธรรมนูญ และรวมถึงอำนาจในการจัดการบริหารองค์กร

หมวดที่ 8 การปกครองส่วนท้องถิ่น (มาตรา 117-118)

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีมีเจตนารมณ์ที่สนับสนุนการกระจายอำนาจการปกครองสู่ท้องถิ่น จึงได้มีการบัญญัติในเรื่องการปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในมาตรา 117 และมาตรา 118 โดยในมาตรา 117 ให้อำนาจหน่วยงานรัฐส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิการของประชาชนในท้องถิ่น บริหารทรัพยากร หรือสามารถตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกครองส่วนท้องถิ่นได้ภายในขอบเขตที่

²⁷³ The Constitution of the Republic of Korea Article 107

²⁷⁴ The Constitution of the Republic of Korea Article 112 (3)

²⁷⁵ The Constitution of the Republic of Korea Article 113 (2), (3)

กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ทั้งยังกำหนดให้มีสภาส่วนท้องถิ่นขึ้นบริหารจัดการท้องถิ่น โดยรายละเอียดของการบริหารจัดการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

หมวดที่ 9 เศรษฐกิจ (มาตรา 119-127)

หมวดนี้ของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีเป็นการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐ โดยจะพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศบนพื้นฐานของงานสร้างสรรค์ ซึ่งความคิดใหม่ ๆ เสรีภาพทั้งของรัฐวิสาหกิจและปัจเจกชน รัฐมีสิทธิให้สัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติของประเทศได้ตามที่กฎหมายกำหนด สนับสนุนให้ที่ดินเป็นของเกษตรกร สนับสนุนการพัฒนาที่สมดุลกันทั่วทุกภูมิภาค ค้ำครองและส่งเสริมธุรกิจขนาดเล็กและขนาดกลาง ส่งเสริมการคุ้มครองผู้บริโภค ส่งเสริมกิจการค้าต่างประเทศ รับประกันความเป็นเจ้าของกิจการของเอกชนในอันที่จะไม่ถูกโอน กิจการเป็นของรัฐหรือโอนเป็นของหน่วยงานส่วนท้องถิ่นรวมถึงจัดให้มีระบบมาตรฐานแห่งชาติอีกด้วย

หมวดที่ 10 การแก้ไขรัฐธรรมนูญ (มาตรา 128-130)

ในหมวดสุดท้ายของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นได้กำหนดกฎเกณฑ์ในกรณีที่ประสงค์จะแก้ไขรัฐธรรมนูญเอาไว้ ซึ่งสามารถทำข้อเสนอได้โดยเสียงส่วนใหญ่ของสมาชิกสภาแห่งชาติทั้งหมดหรือโดยประธานาธิบดี และให้ประธานาธิบดีนำเสนอให้สาธารณรัฐทราบอย่างน้อย 20 วัน จึงจะเข้าสู่ขั้นตอนการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่กำหนด²⁷⁶ ในมาตรา 130 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ต่อไป

5.1.2 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลี

เนื้อหาของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีในหมวดนี้ได้บัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองแห่งสาธารณรัฐเกาหลีที่พึงมีพึงได้พึงปฏิบัติ เฉกเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญประเทศประชาธิปไตยทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นการรับรองคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในมาตรา 10 สิทธิเสรีภาพในร่างกายและหลักประกันสิทธิในการจับกุม คุมขัง ยึด ค้น หรือสืบสวนบุคคลตามมาตรา 12 สิทธิในเคหสถานตามมาตรา 16 สิทธิในการได้รับค่าชดเชยที่เป็นธรรมจากความเสียหายที่เกิดจากกระบวนกรยุติธรรมของรัฐในมาตรา 29 หรือหน้าที่ในการเสียภาษีและป้องกันประเทศของพลเมืองทุกคนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 38 และ 39

ตามที่ได้กล่าวถึงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีข้างต้นจะพบว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติการรองรับสิทธิเสรีภาพของประชาชนในหลายหมวดหมู่ด้วยกัน และรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีบัญญัติอีกด้วยว่าสิทธิเสรีภาพเช่นนั้น

²⁷⁶ The Constitution of the Republic of Korea Article 128-129

รัฐจะเข้าไปแทรกแซงเสียมิได้ แต่อย่างไรก็ดีการใช้สิทธิเสรีภาพอาจถูกจำกัดในบางประการได้ ซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้ถือเป็นข้อยกเว้นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อเป็นการดำรงไว้ซึ่งความมั่นคงและรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ทั้งนี้รัฐธรรมนูญแห่งเกาหลี มาตรา 37 (2) ได้บัญญัติขอบเขตการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน (Restriction, No Infringement of Essentials) ไว้ ซึ่งมีเนื้อหา ดังต่อไปนี้

“... (2) สิทธิเสรีภาพของประชาชนจะถูกจำกัดได้เฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศชาติ การธำรงรักษากฎหมาย และรักษาความสงบเรียบร้อย ของสวัสดิภาพสังคม อย่างไรก็ตามข้อจำกัดดังกล่าวจะล่วงละเมิดในสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้”²⁷⁷

การจำกัดขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนี้เองที่จะต้องนำหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) มาเป็นข้อพิจารณาว่าการจำกัดขอบเขตอย่างไรจึงเหมาะสม ซึ่งผู้วิจัยจะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อถัดไป

5.2 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี

5.2.1 ความเป็นมา

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลี (Constitutional Court of Korea) คือองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยของสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งได้มีแนวความคิดก่อตั้งเป็นระยะเวลานานมาแล้ว²⁷⁸ โดยแบ่งรูปแบบของการพิจารณาคดีได้เป็น 5 ยุค²⁷⁹ ด้วยกันดังนี้

ยุคแรก ค.ศ. 1948-1960 โดยในปี ค.ศ. 1948 ได้มีการยกร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญขึ้น ในช่วงแรกนั้นได้มีการกำหนดว่า การพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องประกอบด้วย “คณะกรรมการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Committee) ทำหน้าที่พิจารณาความ คณะกรรมการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วย ผู้พิพากษาศาลอาญาจำนวน 5 ท่าน สมาชิกสภาแห่งชาติ (members of National Assembly) จำนวน 5 ท่าน และรองประธานาธิบดี ทำหน้าที่หัวหน้าองค์กรคณะ แต่อย่างไรก็ดี ตลอด 10 ปีของการทำงานคดีความที่ขึ้นสู่ศาลคณะกรรมการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนี้มีไม่มากนัก โดยในช่วงแรกนี้มีการพิจารณาเพียง 6 คดีเท่านั้น ตัวอย่างการพิจารณาคดีในช่วงนี้ได้แก่ การพิจารณาพระราชบัญญัติที่ดินและเกษตรกรรม มาตรา 8-11, 24-1 ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

²⁷⁷ The Constitution of the Republic of Korea Article 37(2)

²⁷⁸ “History: Introduction to the Constitutional Court of Korea” <<http://english.ccourt.go.kr/>> accessed 10 July 2013.

²⁷⁹ เพ็ญอ้าง

ยุคที่สอง ค.ศ.1960-1961 ได้มีการพยายามในการจัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Court) ขึ้นอย่างเป็นทางการ มิใช่เป็นเพียงการจัดตั้งคณะกรรมการตุลาการเหมือนในยุคก่อนหน้านี้ โดยรัฐธรรมนูญมาตรา 8 ได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญเสียใหม่ มีการแบ่งแยกการพิจารณาคดีสรรตุลาการใหม่ โดยประธานาธิบดีและรัฐสภาจะทำการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายละ 3 ท่าน และกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งคือ 6 ปี และได้เพิ่มเขตอำนาจการวินิจฉัยคดีได้แก่ วินิจฉัยเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติ ติความรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยกรณีการยุบพรรคการเมือง หรือกล่าวโทษนักการเมือง ดำเนินคดีที่ผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ของประธานาธิบดี ประธานศาลฎีกาและผู้พิพากษา แต่อย่างไรก็ตามได้เกิดเหตุการณ์รัฐประหารขึ้นภายหลังจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีฉบับนี้เพียงเดือนกว่าเท่านั้นอันส่งผลให้ไม่มีการจัดตั้งศาลดังกล่าวและกฎหมายฉบับนี้มีอันตกไปด้วย

ยุคที่สาม ค.ศ. 1962-1972 สองปีต่อมา ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งยุคนี้มีแนวความคิดริเริ่มรูปแบบการพิจารณาคดีแบบอเมริกัน (American-Type Judicial Review System) ซึ่งได้ให้อำนาจการวินิจฉัยคดีกับศาลยุติธรรม ในการวินิจฉัยคดียุบพรรคการเมืองและกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้ง การกล่าวโทษต่อผู้ที่ปฏิบัติมิชอบในหน้าที่และวินิจฉัยถอดถอนจากตำแหน่ง มีคณะกรรมการตรวจสอบและวินิจฉัยโดยเฉพาะ (The Impeachment Committee) โดยองค์กรตุลาการไม่มีอำนาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบและวินิจฉัยทั้งสิ้น ตัวอย่างการวินิจฉัยของศาลฎีกาได้แก่ การวินิจฉัยกฎหมายว่าด้วยการจ่ายค่าชดเชยโดยรัฐ มาตรา 2-1 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และได้มีการวินิจฉัยรับรองกฎหมายทหารมาตรา 47 ว่าไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

ยุคที่สี่ ค.ศ. 1972-1987 ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกครั้งในปี ค.ศ. 1972 (The Yusin Constitution) และ ค.ศ. 1980 (The Fifth Republic Constitution) และในการแก้ไขครั้งนี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่คณะกรรมการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้กลับมามีอำนาจอีกครั้งหนึ่ง โดยมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติ กล่าวโทษนักการเมือง และวินิจฉัยกรณีการยุบพรรคการเมือง แต่อย่างไรก็ดีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างคณะกรรมการศาลรัฐธรรมนูญในครั้งนี้นี้ไม่มีคดีเข้าสู่กระบวนการวินิจฉัยแต่อย่างใด

ยุคที่ห้า ค.ศ. 1988 ถึงปัจจุบัน ในยุคนี้มีการร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งสำคัญในปี ค.ศ. 1987 โดยมีแนวความคิดและเรียกร้องให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญอย่าง

ถาวรเพื่อเป็นการรับรองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับที่แก้ไขครั้งนี้ และหลักการของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในครั้งนี้อาจต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นอิสระไม่ข้องเกี่ยวกับการเมือง²⁸⁰ ซึ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนี้เอง ทำให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการขึ้นในเดือนกันยายน ค.ศ. 1988

5.2.2 โครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญและองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญปัจจุบันประกอบไปด้วย องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 9 ท่าน ซึ่งมาจากการเสนอชื่อและคัดสรรจากผู้ทรงคุณวุฒิที่มีอายุมากกว่า 40 ปี และทำงานในแวดวงกฎหมายนั้น ๆ มามากกว่า 15 ปี²⁸¹ อันได้แก่ (1) ผู้พิพากษาอัยการ หรือ ทนายความ (2) ตัวแทนรัฐบาลที่ทำหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย (3) นักวิชาการที่มีตำแหน่งตั้งแต่ผู้ช่วยศาสตราจารย์ขึ้นไป โดยมีวาระในการดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคือคราวละ 6 ปี และสามารถดำรงตำแหน่งได้มากกว่า 1 คราว แต่ทั้งนี้ตุลาการจะต้องมีอายุไม่มากกว่า 65 ปี เว้นแต่ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีอายุได้ถึง 70 ปี การวินิจฉัยชี้ขาดคดีจะต้องได้รับเสียงข้างมากตั้งแต่ 6 เสียงขึ้นไป

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังประกอบด้วยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นองค์กรที่บริหารเรื่องทั่วไปอันเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ซึ่งประกอบไปด้วยหน่วยงานย่อย เช่น พนักงานเจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยสนับสนุนการทำงานของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญยังประกอบด้วยคณะกรรมการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Council of Justice) ผู้ช่วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในทางคดีประกอบด้วย พนักงานวิจัย (Constitution Research Officers) ผู้ช่วยวิจัย (Assistant Constitution Research Officers) และ ผู้วิจัยอาวุโส (Senior Researchers and Academic Advisors) ทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ร่วมประชุม ให้คำปรึกษา และร่วมทำการสอบสวนเสนอความคิดเห็น

5.2.3 กฎหมายและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

กฎหมายที่บัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญได้แก่ รัฐธรรมนูญ โดยมีบทบัญญัติในส่วน of ศาลรัฐธรรมนูญ 3 มาตรา ด้วยกัน ได้แก่ มาตรา 111-113

²⁸⁰ Dong-Heub Lee, Constitutional Court of Korea, "Introduction to the Constitutional Court of Korea and Its Role in Control of Government power, ebook

²⁸¹ อ้างแล้ว, Dong-Heub Lee.

มาตรา 111²⁸² ว่าด้วยเรื่องอำนาจวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ องค์ประกอบและการคัดสรรองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและประธานศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 112²⁸³ ว่าด้วยเรื่องวาระในการดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ข้อจำกัดอำนาจ หน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 113²⁸⁴ ว่าด้วยเรื่องมติเสียงข้างมากในการวินิจฉัยคดี ศาลรัฐธรรมนูญสามารถออก หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนด รวมทั้งกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น ตามที่บัญญัติในมาตรา 113 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี จึงได้มีการตรา “พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ”²⁸⁵ (Constitutional Court Act)

²⁸² **The Constitution of the Republic of Korea Article 111. [Competence, Appointment]**

(1) The Constitutional Court shall have jurisdiction over the following matters:

1. The constitutionality of a law upon the request of the courts;
2. Impeachment;
3. Dissolution of a political party;
4. Competence disputes between State agencies, between State agencies and local governments, and between local governments; and
5. Constitutional complaint as prescribed by Act.

(2) The Constitutional Court shall be composed of nine Justices qualified to be court judges, and they shall be appointed by the President.

(3) Among the Justices referred to in paragraph (2), three shall be appointed from persons selected by the National Assembly, and three appointed from persons nominated by the Chief Justice of the Supreme Court.

(4) The president of the Constitutional Court shall be appointed by the President from among the Justices with the consent of the National Assembly.

²⁸³ **The Constitution of the Republic of Korea Article 112. [Term, Incompatibility]**

(1) The term of office of the Justices of the Constitutional Court shall be six years and they may be reappointed under the conditions as prescribed by Act.

(2) The Justices of the Constitutional Court shall not join any political party, nor shall they participate in political activities.

(3) No Justice of the Constitutional Court shall be expelled from office except by impeachment or a sentence of imprisonment without prison labor or heavier punishment.

²⁸⁴ **The Constitution of the Republic of Korea Article 113. [Majority, Internal Regulations]**

(1) When the Constitutional Court makes a decision of the constitutionality of a law, a decision of impeachment, a decision of dissolution of a political party or an affirmative decision regarding the constitutional complaint, the concurrence of six Justices or more shall be required.

(2) The Constitutional Court may establish regulations relating to its proceedings and internal discipline and regulations on administrative matters within the limits of Act.

(3) The organization, function and other necessary matters of the Constitutional Court shall be determined by Act.

²⁸⁵ **The Constitutional Court Act 1988.**

ขึ้นในปี ค.ศ. 1988 ประกอบด้วยบทบัญญัติ 76 มาตรา แบ่งเป็น แบ่งเป็น 5 หมวด หนึ่งด้วยกัน²⁸⁶ สรุปใจความสำคัญดังนี้

หมวดที่ 1 บททั่วไป มาตรา 1-11 ว่าด้วยเรื่อง การกำหนดอำนาจวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญ โครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญ เช่น การคัดสรรตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ วาระการดำรงตำแหน่ง หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการรวมทั้งการดำรงตำแหน่ง ข้อจำกัดทางการเมือง การเสนอประเด็นที่เกี่ยวข้องกฎหมายรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา เป็นต้น

หมวดที่ 2 ระเบียบภายในองค์กร มาตรา 12-21 ว่าด้วยเรื่อง การแต่งตั้ง ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและคำตอบแทน นอกจากนี้ หมวดนี้ยังกำหนดหน่วยงานอื่น ๆ ภายในองค์กร เช่น คณะกรรมการตุลาการ (Council of Justices) สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานวิจัยและผู้ช่วย ที่ปรึกษาทางวิชาการ เป็นต้น

หมวดที่ 3 วิธีพิจารณาคดีทั่วไป มาตรา 22-40 หมวดนี้ว่าด้วย องค์คณะ ตุลาการชุดใหญ่ (Full bench) และประเภทคดีที่จะวินิจฉัยด้วยคณะตุลาการ ชุดใหญ่นี้ นอกจากนี้ยังมีการกำหนด วิธีพิจารณาคดีทั่วไป เริ่มด้วยผู้เสียหายในคดีหรือ ผู้แทนที่มีอำนาจเสนอ คดีให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และการเสนอคำร้อง การชี้แจง ข้อกล่าวหา ประเภทคดีที่สามารถเสนอให้วินิจฉัยด้วยวาจา การตรวจสอบพยาน หลักฐาน ระเบียบขณะวินิจฉัยในศาล และ คำวินิจฉัย

หมวดที่ 4 การพิจารณาคดีเฉพาะ มาตรา 41-75 ว่าด้วยการวินิจฉัยคดีพิเศษ ที่จะต้องพิจารณาด้วยวิธีเฉพาะ ได้แก่ การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยการ ถอดถอนผู้แทนของรัฐ การวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองและการวินิจฉัยตรวจสอบการ ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบขององค์กรรัฐที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยัง บัญญัติวิธีการและเงื่อนไขในการยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยของประชาชน ทั่วไป การยื่นคำร้อง การแต่งตั้งคณะทำงาน การโอนคดีให้องค์คณะตุลาการชุดใหญ่ พิจารณาและคำวินิจฉัย

5.2.4 อำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญมาตรา 111 บัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สาธารณรัฐเกาหลีไว้ 5 ประเภทด้วยกัน แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 111 รัฐธรรมนูญ

²⁸⁶ วรณา สุพรรณธนะธิดา “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้” ในรวม บทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 8 : เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองกับการ คุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม”, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2552).

แห่งสาธารณรัฐเกาหลีมีได้บัญญัติ รายละเอียดการพิจารณาและวิธีพิจารณาไว้แต่อย่างใด พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติรายละเอียดต่าง ๆ เหล่านั้นไว้ ซึ่งได้แก่อำนาจการวินิจฉัยกรณีดังต่อไปนี้

5.2.4.1 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยการร้องขอของศาลต่าง ๆ²⁸⁷ (The constitutionality of a law upon the request of the courts) กล่าวคือ เป็นอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลยุติธรรมจะทำการเสนอเรื่องเพื่อการวินิจฉัย โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญมาตรา 41²⁸⁸ บัญญัติให้ศาลยุติธรรมสามารถนำประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ หรือตามที่คู่ความในคดีร้องขอให้นำเรื่องขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา โดยทำคำร้องผ่านศาลสูงสุด และคำสั่งส่งคำร้องหรือไม่ส่งคำร้องถือเป็นที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์คำสั่งได้ นอกจากนี้ มาตรา 68 (2) ยังเปิดโอกาสให้สิทธิแก่บุคคลธรรมดาใช้สิทธิยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเองได้อีกกรณีหนึ่งด้วย ซึ่งการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วนี้ถือเป็นหนึ่งในหัวใจของระบบการตรวจสอบและถ่วงดุล (Check and Balance) การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติให้เป็นไปอย่างสมควรและถูกต้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ โดยการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นอาจเป็นการหยิบยกมาพิจารณาและวินิจฉัยเพียงบางมาตราหรือทั้งฉบับก็ได้ ซึ่งกรณีการวินิจฉัยบางมาตราขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยกระทบต่อการบังคับใช้ทั้งฉบับ ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยให้กฎหมายทั้งฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญได้²⁸⁹

ประเด็นที่น่าสนใจคือ ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีที่มีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายมาตราใดหรือฉบับใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ แบ่งได้เป็นสองกรณี คือ

1) กรณีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญทั่วไป ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะทำให้กฎหมายมาตรา หรือฉบับนั้น ๆ สิ้นผลทันทีในวันที่ศาลมีคำวินิจฉัย

2) กรณีที่กฎหมายที่เสนอสู่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีบทลงโทษในทางอาญาเข้ามาเกี่ยวข้อง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอันมีผลให้กฎหมายนั้นมีอันสิ้นผลไปสามารถย้อนหลังเป็นคุณได้ นอกจากนี้ อาจมีการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ใน

²⁸⁷ The Constitution of the Republic of Korea Article 111 Section 1

²⁸⁸ The Constitutional Court Act Article 41

²⁸⁹ The Constitutional Court Act Article 45

คดีที่ตัดสินไปแล้วและได้ใช้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ²⁹⁰ อย่างไรก็ดี กรณีที่กล่าวมานี้ต่างกับกรณีของประเทศไทย กล่าวคือผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจะไม่มีผลย้อนหลังต่อคดีที่ได้ตัดสินไปแล้วไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น

นอกจากนี้ อำนาจอินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีมีได้ถูกตีกรอบว่าจะต้องวินิจฉัยอย่างไร ดังนั้นหากพิจารณาจากสถิติแล้ว คำวินิจฉัยมี 6 รูปแบบด้วยกัน²⁹¹ คือ

1) วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) ผลของการวินิจฉัยจะทำให้กฎหมายมาตรานั้นหรือทั้งฉบับนั้นแล้วแต่กรณีมีอันสิ้นผลไป

2) วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญแต่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขได้ตามระยะเวลาที่กำหนด (Unconformable to Constitution) กฎหมายเดิมจะมีผลบังคับใช้ต่อไปในระหว่างการแก้ไข

3) วินิจฉัยว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (Constitutional in Certain Context)

4) วินิจฉัยว่ากฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (Unconstitutional in Certain Context)

5) วินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional) ซึ่งส่งผลให้บทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ต่อไปได้

6) วินิจฉัยให้กฎหมายเป็นโมฆะ (Annul)

5.2.4.2 วินิจฉัยคดีเพื่อการถอดถอนออกจากตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งบริหารระดับสูง

ในการวินิจฉัยคดีเพื่อการถอดถอนออกจากตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งบริหารระดับสูงของรัฐในการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ²⁹² (Impeachment of High Public Officials) นี้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ²⁹³ กำหนดว่ากรณีประธานาธิบดี รัฐมนตรี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษา และข้าราชการระดับสูงปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นใด สภาแห่งชาติจะทำหน้าที่ในการกล่าวโทษ และศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นฝ่ายวินิจฉัยความผิดดังกล่าว โดยผลของการวินิจฉัยจะมีผลเป็นการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งนั้น ๆ ออกจากตำแหน่งทันที

²⁹⁰ The Constitutional Court Act Article 47.

²⁹¹ อ้างแล้ว, Dong-Heub Lee.

²⁹² The Constitution of the Republic of Korea Article 111 section 2

²⁹³ The Constitutional Court Act Article 53 (1)

5.2.4.3 วินิจฉัยยุบพรรคการเมือง

การวินิจฉัยยุบพรรคการเมือง²⁹⁴ (Dissolution of a political party) เป็นการวินิจฉัยข้อบังคับ มติ หรือกิจกรรมใด ๆ ของพรรคการเมืองกรณีขัดต่อหลักการในวิถีแห่งระบอบประชาธิปไตย โดยจะส่งผลให้พรรคการเมืองนั้นถูกยุบลงทันที

5.2.4.4 วินิจฉัยความขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐ

การวินิจฉัยความขัดแย้งระหว่างองค์กรรัฐบาล ระหว่างองค์กรรัฐบาลและองค์กรส่วนท้องถิ่น และระหว่างองค์กรส่วนท้องถิ่น²⁹⁵ (Competence disputes between State agencies, between State agencies and local governments, and between local governments) นี่เป็นการวินิจฉัยกรณีความขัดแย้งระหว่างองค์กรถึงอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กร เพราะความขัดแย้งที่เกิดขึ้นไม่เพียงแต่จะส่งผลกระทบต่อหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลของอำนาจรัฐ แต่ยังเป็นการทำให้งานขององค์กรฝ่ายบริหารหยุดชะงักลงอย่างไม่จำเป็น และอาจจะส่งผลกระทบต่อการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะเข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยความขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐ

5.2.4.5 วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจรัฐ²⁹⁶

การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจรัฐ (Constitutional complaint as prescribed by Act) เป็นกรณีที่ได้พัฒนาอย่างต่อเนื่องโดยนำแนวความคิดประเทศตะวันตกอย่างประเทศเยอรมันมาใช้ โดยประชาชนสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้โดยตรง²⁹⁷ ในกรณีที่ถูกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน (Basic Right) โดยการกระทำการหรือดเว้น กระทำการของการใช้อำนาจรัฐ²⁹⁸ (infringed by the exercise or non-exercise of the governmental power) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายบริหารนั่นเอง

²⁹⁴ The Constitution of the Republic of Korea Article 111 section 3

²⁹⁵ The Constitution of the Republic of Korea Article 111 section 4

²⁹⁶ The Constitution of the Republic of Korea Article 111 section 5

²⁹⁷ Jurisdiction, <<http://english.court.go.kr/>> accessed 1 August 2013.

²⁹⁸ The Constitution of the Republic of Korea Article 111 and The Constitution of the Republic of Korea Article 68 (1)

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลียังมีหน้าที่ให้คำปรึกษาและให้คำแนะนำที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะมิได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด และถึงแม้ว่าการวินิจฉัยการเลือกตั้ง (Election Dispute) จะมีได้อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งปัจจุบันอำนาจดังกล่าวเป็นของศาลสูงสุด (Supreme Court) อย่างไรก็ดีด้วยกระแสของการปกครองระบอบประชาธิปไตย จึงได้มีการริเริ่มเสนอให้อำนาจวินิจฉัยการเลือกตั้งแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยว่าการเลือกตั้งนั้นเป็นไปตามวิถีแห่งระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ด้วย²⁹⁹

โดยสถิติคดีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีปรากฏตามตารางแสดงปริมาณการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 2011³⁰⁰ โดยแยกเป็นประเภทของคดีดังนี้

ประเภทคดี	คดีรวม	ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	ถอดถอน	ยุบพรรคการเมือง	โต้แย้งอำนาจหน้าที่รัฐ	เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญคดีรวม	เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 (1)	เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 (2)
คำร้องที่ยื่น	21621	772	1		75	20773	17425	3348
คำร้องที่มีวินิจฉัย	20823	741	10		70	20011	16927	3084
- ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional)	445	221				224	68	156
- ขัดรัฐธรรมนูญแต่ให้แก้ไข (Unconformable)	141	54				87	31	56
- ขัดรัฐธรรมนูญบางกรณี (Unconstitutional in certain context)	59	15				44	17	27
- ชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (constitutional in certain context)	28	7				21		21
- ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional)	1569	269				1300	4	1296
- โมฆะ (Annulled)	379				16	363	363	

²⁹⁹ อังแล้ว, Dong-Heub Lee.

³⁰⁰ อังแล้ว, Dong-Heub Lee.

ประเภทคดี	คดีรวม	ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	ถอดถอน	ยุบพรรคการเมือง	โต้แย้งอำนาจหน้าที่รัฐ	เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญคดีรวม	เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 (1)	เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 (2)
- ไม่รับคำร้อง (Rejected)	6124		1		17	6106	6106	
- ยกคำร้อง (Dismissed)	11391	59			26	11036	9844	1462

5.3 หลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ

5.3.1 ความเป็นมา พัฒนาการ แนวคิดหลักความได้สัดส่วน

จากการศึกษารัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีทำให้เราอาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีที่ใช้อยู่ในปัจจุบันซึ่งเป็นฉบับแก้ไข เปลี่ยนแปลง ครั้งที่เก้า นั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่มีหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยอันประกอบด้วยหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ได้มีการวางแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้เฉกเช่นเดียวกับประเทศเสรีประชาธิปไตยในปัจจุบัน เช่นตัวอย่าง ในมาตรา 37(1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีในปัจจุบันที่บัญญัติว่า “สิทธิเสรีภาพของพลเมืองต้องไม่ถูกละเลยโดยอาศัยเหตุที่ว่า สิทธิเหล่านั้นมิได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ”³⁰¹

อย่างไรก็ดี สาธารณรัฐเกาหลีมีความจำเป็นเฉกเช่นเดียวกับประเทศเสรีประชาธิปไตยอื่น ๆ เพื่อจะธำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและสังคมส่วนรวม ในบางกรณีรัฐอาจต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพื่อให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าว ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีในปัจจุบันก็ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 37 (2) ว่า

“สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอาจถูกจำกัดโดยกฎหมาย ต่อเมื่อมีความจำเป็นอันเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ การธำรงรักษากฎหมาย และความสงบเรียบร้อยของสวัสดิภาพสังคม อย่างไรก็ตาม แม้จะมีข้อจำกัดดังกล่าว การล่วงละเมิดในสาระสำคัญของสิทธิ หรือเสรีภาพนั้นก็จะกระทำมิได้”³⁰²

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีมาตรา 37 (2) ได้มีการนำหลักการขั้นพื้นฐาน สำคัญของกฎหมายมหาชนเรื่อง หลักความได้สัดส่วน

³⁰¹ Constitution of the Republic of Korea แปลโดย กิตติพงษ์ กิตติยารักษ์ งานแปลของสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ อันดับที่ 180 หน้า 12.

³⁰² เพิ่งอ้าง

(Principle of Proportionality) มาบัญญัติไว้นั่นเอง โดยมีหลักการพื้นฐานที่ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ หากฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ที่จะตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคล จะต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนเป็นสิ่งสำคัญ

5.3.2 สารสำคัญของหลักความได้สัดส่วน

การวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึง “หลักความได้สัดส่วน” เป็นสำคัญ ซึ่งประกอบไปด้วยหลักการย่อยสำคัญสามประการของหลักความได้สัดส่วนคือ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ รวมถึงกรณีการพิจารณาถึงหลักดังกล่าวก่อนจึงจะตรากฎหมายได้ กล่าวคือต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่า การใช้มาตรการ เช่นว่านั้นจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล มาตรการดังกล่าวต้องเป็นที่แน่นอนหรือคาดเห็นได้ว่าการตรากฎหมายเช่นนั้นสามารถที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ได้จริงหรือไม่ โดยมาตรการนั้นต้องวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงจะถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม

5.3.2.1 หลักความสัมฤทธิ์ผล

กล่าวคือต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่า การใช้มาตรการเช่นนั้นจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล มาตรการดังกล่าวต้องเป็นที่แน่นอนหรือคาดเห็นได้ว่าการตรากฎหมายเช่นนั้น สามารถที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ได้จริง โดยมาตรการนั้นต้องวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงจะถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม

5.3.2.2 หลักความจำเป็น

นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาในส่วนของหลักความจำเป็นประกอบด้วยซึ่งหลักการนี้ได้วางหลักให้ผู้ตรากฎหมายพิจารณาใช้เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้นจึงจะนับเป็นมาตรการที่จำเป็นตามหลักนี้ โดยทั้งในทางตำราและคำพิพากษาของศาลในประเทศตะวันตกได้ถือกันว่าเป็นหัวใจของการวินิจฉัย หลักความจำเป็นที่ขอบด้วยกฎหมายนั้นต้องเป็นการแทรกแซงที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลให้น้อยที่สุดและต้องไม่มีมาตรการอื่นที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่า สุดท้ายในปัจจุบันนอกจากจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งสอง

แล้วที่กล่าวมาแล้ว ยังต้องมีการพิจารณาในส่วนหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบอีกด้วย

5.3.2.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

โดยหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบได้วางหลักไว้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่สาธารณะจากการใช้มาตรการนั้นมีความคุ้มค่ามากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นกับการถูกลิดรอนสิทธิของบุคคลถึงขนาดที่จำเป็นต้องใช้มาตรการดังกล่าวหรือไม่ นอกจากนี้ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวเนื่องรัฐธรรมนูญมีการมุ่งประสงค์ให้การพิจารณาคดีบรรลู่ 2 เป้าหมายด้วยกัน³⁰³ ดังนี้

1) ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญหาความหมายในตัวเอง (the Per Se Approach)

ยกตัวอย่างเช่น การพิจารณาตีความคำว่า การแบ่งแยก (Discrimination) ศาลรัฐธรรมนูญอาจตีความให้ความหมายคำ จำกัดความของคำดังกล่าวได้โดยการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้กฎหมายต่าง ๆ ที่เหมาะสมเข้ามาพิจารณาตีความเพื่อให้ได้มาซึ่งคำจำกัดความคำว่า การแบ่งแยก (Discrimination)

2) ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญสร้างความสมดุล (balancing approach)

ยกตัวอย่างเช่น การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตีความว่ากรณีใดถือถือเป็นเสรีภาพในการพูด "Abridgement of freedom of speech"

แต่อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญในยุคสมัยปัจจุบันพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการให้คำจำกัดความของคำที่ใช้บัญญัติในรัฐธรรมนูญเนื่องจากการตีความสิ่งหนึ่งจะต้องประกอบไปด้วยหลายองค์ประกอบ หลายบริบท ซึ่งแต่ละบุคคลอาจมีความเห็นที่แตกต่างกันไป ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีจึงไม่นิยามความหมายคำว่า การแบ่งแยก (Discrimination) ไว้แต่จะพิจารณาเมื่อมีบริบทอื่นในคดีมาเป็นองค์ประกอบของความวินิจฉัย ซึ่งการวินิจฉัยนั้นเองจะใช้หลักความได้สัดส่วนมาเป็นสิ่งที่ใช้ในการพิจารณา การพิจารณาหาความสมดุลก็เช่นเดียวกัน ไม่อาจทราบได้ว่าอย่างไรจึงจะสมดุลกัน และไม่อาจทราบได้ว่า คำจำกัดความของคำว่า "ความเท่าเทียม" (Equality) หรือ "ความเป็นอิสระ" (Liberty) คืออะไร เพราะในความเป็นจริงแล้ว

³⁰³ Kyung S. Park, "Korea Principle of Proportionality, American Multi-leveled Security, and Empiricist Elements in U.S.- Korean Constitutional Jurisprudence", Journal of Korean Law, Vol.1, No.2, 2001

ไม่มีความจริงใดที่จะถูกต้องไปเสียทั้งหมด การพิจารณาจึงต้องอาศัยเหตุการณ์ สิ่งแวดล้อม และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งหมดรวมกัน และทำการชั่งน้ำหนักหาความสมดุลที่เป็นธรรมที่สุดเป็นรายคดีไปจึงจะถูกต้องที่สุด

ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีจึงสร้างมาตรฐานในการวินิจฉัยคดี (Standard of Constitutional Review) ซึ่งเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนที่นานาประเทศใช้ในการวินิจฉัยคดี เกี่ยวเนื่องรัฐธรรมนูญ มาตรฐานในการวินิจฉัยคดีดังกล่าวประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 4 ข้อ ด้วยกัน ซึ่งได้แก่รายละเอียดในหัวข้อถัดไป

5.3.3 มาตรฐานในการวินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วน (The Standards of Review)

ในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีมาตรฐานในการวินิจฉัย³⁰⁴ (The Standards of Review) ทั้งนี้เพื่อบำรุงไว้ซึ่งความยุติธรรม มาตรฐานการวินิจฉัยจะต้องคำนึงถึงหลายหลักการด้วยกัน โดยหลักความได้สัดส่วนถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งการตรวจสอบความได้สัดส่วน (the proportionality test) ถือเป็นเครื่องมือที่ใช้มากที่สุดในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ³⁰⁵ โดยศาลรัฐธรรมนูญจะเรียกหลักการตรวจสอบนี้ว่า “หลักห้ามใช้สิทธิเกินสมควร” (rule against excessive restriction)³⁰⁶ อันจะเห็นได้จาก มาตรา 37(2) ที่กล่าวว่า “... (2) สิทธิเสรีภาพของประชาชนจะถูกจำกัดได้เฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นที่เกี่ยงข้อง กับความมั่นคงของประเทศชาติ การดำรงรักษากฎหมาย และรักษาความสงบเรียบร้อยของสวัสดิภาพสังคม อย่างไรก็ตามข้อจำกัดดังกล่าวจะล่วงละเมิดในสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้”³⁰⁷ มีนักกฎหมายและนักวิชาการหลายท่านตีความมาตรา 37 ว่าเป็นบทบัญญัติที่เปรียบเสมือนคำอธิบายหลักความได้สัดส่วน (The principle of proportion) หรือหลักห้ามใช้สิทธิเกินสมควร (Rule against excessive restriction) ทั้งนี้รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดหลักประกันในการปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ไว้เสียทั้งหมด และการวินิจฉัยการใช้อำนาจรัฐที่อาจกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่สามารถชี้แจงว่าข้อกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่หากมิได้ผ่านการตรวจสอบความได้สัดส่วน (The proportionality test)

³⁰⁴ Park Jonghyun, “The Judicialization of Politics in Korea”, Asian-Pacific Law & Political Journal, Vol.10, 94.

³⁰⁵ David M. Beatty, The Ultimate Rule of Law (2004) (providing a general account on proportionality test in comparative perspective).

³⁰⁶ The Constitutional Court of Korea, supra note 19, at 125.

³⁰⁷ The Constitution of the Republic of Korea Article 37(2)

หลักตรวจสอบความได้สัดส่วนประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 4 ส่วนด้วยกัน กรณีใดที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านการวินิจฉัยชอบด้วยหลักตรวจสอบความได้สัดส่วนครบทั้ง 4 ส่วน โดยในแต่ละส่วนมีความสำคัญที่เท่าเทียมกัน กรณีนั้นจึงจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันได้แก่

1) ต้องสัมฤทธิ์ผลด้วยความชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate of the End)

ข้อกฎหมายนั้นจะต้องมุ่งประสงค์สู่เป้าหมายที่ชัดเจนและชอบด้วยกฎหมาย (The statute must be aimed at a valid purpose) โดยเป้าหมายที่ชัดเจนและชอบด้วยกฎหมาย หรือ valid purpose จะเป็นกรณีที่รัฐบาลปฏิบัติโดยชอบและตามทำนองคลองธรรม (be legitimate) องค์ประกอบในข้อนี้ถือเป็นกรณีที่รัฐมุ่งให้การบังคับใช้กฎหมายนั้น ๆ สัมฤทธิ์ผล ต้องตามวัตถุประสงค์และชอบด้วยกฎหมาย

2) ต้องเป็นกฎหมายที่เหมาะสม (Appropriateness of the Means)

ข้อกฎหมายนั้นจะต้องสมเหตุสมผลตามที่รัฐได้แสดงไว้ ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ตามข้อ 1 (the statute must be reasonable as a means chosen by the state to achieve and promote such purpose) และสามารถบังคับใช้ในทุกรณี

3) ต้องละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้น้อยที่สุด (minimality of the infringement)

ข้อกฎหมายนั้นจะต้องเป็นข้อจำกัดของสิทธิเสรีภาพประชาชนที่น้อยที่สุด หากรัฐมีตัวเลือกหลายทางที่มีการก่อให้เกิดประสิทธิผลที่เท่าเทียมกันทั้งหมด (the statute must be the least restrictive among all equally effective options) กล่าวคือ เป็นการเลือกทางที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ คำว่า “least restrictive” นั้นหมายถึง การกระทำที่รัฐมุ่งประสงค์ตามข้อ 1) นั้นจะต้องไม่เป็นการกระทำที่มีข้อจำกัดมากเกินไปหรือเป็นการใช้อำนาจที่มากเกินไป (should not be excessive or restrictive) ดังนั้นหลักการพิจารณาในข้อนี้เป็นแนวความคิดที่คล้ายคลึงกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

4) ต้องได้สัดส่วน (Proportionality of the legal interests)

ในการพิจารณาของศาลนั้นจะต้องให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะและระดับการละเมิดสิทธิของรัฐให้เกิดความสมดุลและสัมพันธ์กับหลักความได้สัดส่วน (the importance of public interest and the degree of infringement are balanced on a relationship of proportionality) หลักข้อนี้ถือเป็นหัวใจของการตรวจสอบความได้สัดส่วนของการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเรียกอีกอย่างหนึ่งคือหลักความได้

สัดส่วนอย่างแคบ ซึ่งการที่รัฐจะสามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้นั้น สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดไปบางส่วน แต่ทั้งนี้การจำกัดนั้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญและสมเหตุสมผลกับประโยชน์สาธารณะที่พึงมีพึงได้ โดยอาจกล่าวได้ว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐและสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั่นเอง โดยหลักนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาอย่างกว้างได้กล่าวคือเนื่องจากมิได้มีข้อกำหนดใดในรัฐธรรมนูญหรือหลักการตามรัฐธรรมนูญที่ชี้แจงว่าระดับใดจึงจะถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องใช้วิจารณ์ตามความเหมาะสม ตัวอย่างเช่น คดีการวินิจฉัยความขัดแย้งทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาทำการตัดสินใจโดยทำความเข้าใจกับระบบการเมือง เพราะเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งยวดในการวินิจฉัยคดี โดยท้ายที่สุดศาลรัฐธรรมนูญจึงใช้วิจารณ์ตามที่ได้ทำการศึกษาและเข้าใจการเมืองในการวินิจฉัยตัดสินคดี

5.4 แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณะรัฐเกาหลี

ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยด้วยหลักความได้สัดส่วน (The proportionality) ดังต่อไปนี้

5.4.1 คดีการห้ามมิให้พลเมืองชุมนุมกันในเวลากลางคืน

คดีการห้ามมิให้พลเมืองชุมนุมกันในเวลากลางคืน (Nighttime Outdoor Assembly Ban Case)³⁰⁸ นี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิพากษากลับคำวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคดีดังกล่าวในปีค.ศ. 1995 ในปี ค.ศ. 2009 ศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติการห้ามชุมนุมในเวลากลางคืนและประท้วง³⁰⁹ ซึ่งมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวที่บัญญัติเรื่องการห้ามมิให้พลเมืองชุมนุมกันตั้งแต่หลังพระอาทิตย์ตกดินจนกระทั่งก่อนพระอาทิตย์ขึ้น โดยอาจมีข้อยกเว้นได้โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากนายตำรวจระดับสูงเป็นกรณีไป กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้พิเคราะห์แล้วว่า การที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้มีการชุมนุมกันโดยกำหนดเวลาต้องห้ามไว้ด้วยนั้น เจื่อนไขดังกล่าวละเมิดสิทธิของพลเมืองจนเกินไป และกรณีการที่จะต้องขออนุญาตนายตำรวจระดับสูง ถึงแม้จะ

³⁰⁸ Nighttime Outdoor Assembly Ban Case (21-2(B) KCCR 427, 2008 Hun-Ka 25, September 24, 2009)

³⁰⁹ The Assembly and Demonstration Act, Article 10.

ต้องขออนุญาตเป็นการล่วงหน้าแต่ก็มีได้ชัดรัฐธรรมนูญมาตรา 21(2)³¹⁰ ซึ่งเป็นเรื่องเสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) แต่อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ตาม ภายใต้งานที่กำหนดระยะเวลาอย่างชัดเจนกรณีห้ามมิให้พลเมืองชุมนุมกัน ศาลวินิจฉัยแล้วว่า กรณีดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเนื่องจากการกำหนดระยะเวลาที่กว้างจนเกินไป (it bans outdoor assembly in wide range of timeframe)

การพิจารณาคดีนี้ศาลได้พิจารณาคดีตามหลักความได้สัดส่วน โดยศาลได้คำนึงสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองที่พึงมีตามรัฐธรรมนูญและซึ่งนำหนักกับการละเมิดสิทธิดังกล่าวในการห้ามมิให้มีการชุมนุมซึ่งถือเป็นข้อจำกัดโดยรัฐ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำวินิจฉัยว่าข้อกำหนดไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นกรณีที่รัฐละเมิดหลักการออกข้อจำกัดที่เกินส่วน (the principle of the prohibition of excessive restriction) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือประโยชน์สาธารณะและระดับการละเมิดสิทธิของรัฐไม่สมดุลและสัมพันธ์กับหลักความได้สัดส่วนนั่นเอง

5.4.2 คดีโทษประหาร

คดีโทษประหาร (Death Penalty Case)³¹¹ นี้เป็นคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาญาในส่วนของโทษประหารชีวิตว่าไม่ชอบด้วย มาตรา 10³¹² ว่าด้วยการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity and value) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของโทษประหารชีวิตในประเทศเกาหลี โดยศาลกล่าวว่า แม้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมิได้กล่าวถึงโทษสูงสุดในทางอาญาว่าจะต้องเป็นการการประหารชีวิตหรือไม่ได้ห้ามโทษประหารชีวิตไว้อย่างชัดเจน การวินิจฉัยประเด็นโทษประหารชีวิตนั้นจะต้องคำนึงสิทธิต่าง ๆ ของพลเมืองในรัฐธรรมนูญโดยจะต้องทำการเชื่อมโยงทุกส่วนของรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญยังกล่าวเพิ่มเติมว่า ถึงแม้ว่าชีวิตบุคคลเป็นสิ่งมีค่าอย่างที่สุดแต่รัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติห้ามมิให้มีข้อจำกัดในการละเมิดชีวิตของบุคคลไว้อย่างเคร่งครัดแต่อย่างไรก็ตาม และรัฐธรรมนูญยังบัญญัติอีกว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอาจถูกจำกัดได้หากจำเป็นเพื่อดำรงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ

³¹⁰ The Constitution of the Republic of Korea Article 21 [Speech, Press, Assembly, Association, Honor, Public Morals]

(2) Licensing or censorship of speech and the press, and licensing of assembly and

³¹¹ Death Penalty Case (22-1(a) KCCR 36, 2008 Hun-Ka 23, February 25, 2010).

³¹² The Constitution of the Republic of Korea Article 10 [Dignity, Pursuit of Happiness]

"All citizens shall be assured of human worth and dignity and have the right to pursue happiness. It shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals."

ตามบทบัญญัติมาตรา 37 (2) แห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากหลักการและรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวแล้ว สิทธิในชีวิต (the right to live) ก็อาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายอื่นได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 37 (2) แห่งรัฐธรรมนูญ หากการละเมิดต่อสิทธิในชีวิตนั้นสมดุลกับการรักษาประโยชน์สาธารณะ

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่าตราบใดก็ตามที่โทษประหารชีวิตได้ใช้ในการพิพากษาอาชญากรที่มีความโหดร้ายในคดีอาชญากรรมที่มีความโหดเหี้ยมร้ายแรง โทษประหารชีวิตก็ถือว่ามิได้ละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของพลเมืองว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 10 ของรัฐธรรมนูญและไม่ละเมิดหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ ในคดีนี้ศาลได้ใช้หลักการตรวจสอบการได้สัดส่วน (the proportional test) เป็นมาตรฐานในการพิจารณา อันได้แก่โทษประหารชีวิตเป็นข้อจำกัดที่ถูกต้องตามกฎหมายและมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน (legitimacy of purpose) มีความเหมาะสม (appropriateness of means) เป็นข้อจำกัดที่น้อยที่สุด (the least restrictive means) และมีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและระดับความสมดุลของกระละเมิดอำนาจโดยรัฐ(balance legal interest)

5.4.3 คดีการกำหนดผู้เป็นเจ้าของบ้าน

คดีการกำหนดผู้เป็นเจ้าของบ้าน (Case on the House Head System)³¹³ นี้ ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยประเด็นกฎหมายแย้งว่าด้วยโรงเรียนและความเป็นเจ้าบ้าน

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 778 ของสาธารณรัฐเกาหลีที่บัญญัติว่า บุคคลผู้ได้รับโรงเรียนเป็นมรดกก็ดี บุคคลผู้มีโรงเรียนมากกว่าหนึ่งแห่งก็ดี บุคคลผู้สร้างโรงเรียนก็ดี หรือบุคคลผู้ปรับปรุงโรงเรียนไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ดี ให้ถือว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าบ้านของโรงเรียนนั้น ๆ กฎหมายมาตรานี้มิชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) เนื่องจากสถานะความเป็นเจ้าบ้านที่กฎหมายกำหนดมิได้มองตามความประสงค์ของบุคคลอย่างใด นอกจากนี่ยังถือเป็นการแบ่งแยกเรื่องเพศระหว่างผู้ชายและผู้หญิงในสถานภาพการเป็นเจ้าบ้านตามกฎหมายด้วยเช่นกัน เนื่องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลี มาตรา 781 (1) ซึ่งบัญญัติว่า บุตรจะมีภูมิลำเนาตามที่อยู่ที่เป็นเจ้าบ้าน และมาตรา 836 (3) บัญญัติว่าภรรยาจะต้องลงทะเบียนเป็นผู้มีภูมิลำเนาตามที่อยู่ที่เป็นเจ้าบ้านเป็นการแบ่งแยกสถานะทางสังคมโดยกำหนดให้สถานภาพการสมรสและความสัมพันธ์ของบิดาที่มีต่อบุตรเป็น

³¹³ Case on the House Head System (17-1 KCCR 1, 2001Hun-Ka9, etc., February 3, 2005)

ตัวกำหนดภูมิฐานะน่าจะเป็นเลือกปฏิบัติแบ่งแยกเพศ (Discriminating men and women) โดยไม่มีเหตุผล

โดยศาลพิจารณาแล้วได้ความว่ากฎหมายมาตราดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายดังกล่าวหากยกเลิกเสียไปในทันทีจะทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำวินิจฉัยให้แก้ไขกฎหมายมาตราดังกล่าว โดยระหว่างนั้นให้ใช้กฎหมายเก่าไปพลางก่อน การวินิจฉัยคดีนี้ศาลได้ใช้หลักความได้สัดส่วนในการวินิจฉัยโดยพิจารณาว่าประโยชน์สาธารณะและการละเมิดสิทธิของบุคคลมีความได้สัดส่วนกัน

5.4.4 คดีการเสียภาษีโรงเรือน

คดีการเสียภาษีโรงเรือน (Comprehensive Real Estate Tax Case)³¹⁴ นั้นศาลรัฐธรรมนูญ ได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเรื่องการเสียภาษีโรงเรือน รวมทั้งการเก็บภาษีที่ดินของคู่สมรสหรือบุคคลที่มีสมาชิกในครอบครัวอาศัยอยู่ในโรงเรือนด้วยกันต้องเสียภาษีมากกว่าบุคคลที่มีได้สมรสโดยศาลได้วินิจฉัยว่ากฎหมายการเก็บภาษีมิได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลได้วินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วนดังนี้

1) การเก็บภาษีโรงเรือนและที่ดินเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งวัตถุประสงค์ รูปแบบภาษีและระบบวิธีการเก็บภาษี

2) การเก็บภาษีโรงเรือนตามข้อ (1) เป็นสิ่งที่สมเหตุสมผล และก่อให้เกิดประโยชน์ที่สามารถบรรลุดังวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้

3) ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วได้ความว่า ยอดของภาษีโรงเรือนและที่ดินที่รัฐจัดเก็บเป็นการจัดเก็บที่สูงจนเกินไปโดยไม่คำนึงถึงสถานะของผู้เป็นเจ้าของบ้าน ผู้ซึ่งจะต้องจ่ายภาษีโรงเรือนนี้ จึงถือว่าการบัญญัติกฎหมายการเก็บภาษีดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยที่เกินส่วน (Excessive restriction) ในส่วนของสิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน (the property right) หรือโรงเรือนนั่นเอง

4) การเก็บภาษีโรงเรือนในอัตราที่สูงถือเป็นการการใช้สิทธิของรัฐที่เกินความจำเป็นในการที่จะให้บรรลุดังวัตถุประสงค์ของกฎหมายในข้อ (1) จึงถือว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยที่ไม่สมดุลกับประโยชน์สาธารณะ

จากการพิจารณาข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำวินิจฉัยให้การจัดเก็บภาษีไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่การจัดเก็บในอัตราที่สูงนั้นไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตาม

³¹⁴ Comprehensive Real Estate Tax Case (20-2(B) KCCR 1, 2006Hun-Ba 112, 2007 Hun-Ba 71-88-94, 2008 Hun-Ba 12 (Consolidated) November 13, 2008)

รัฐธรรมนูญ (unconformable) มาตรา 36(1)³¹⁵ ซึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่สมรสและครอบครัวและความเท่าเทียมทางเพศ การจัดเก็บภาษีดังกล่าวจึงถือเป็นแบ่งแยกบุคคลในการเสียภาษีตามสถานะภาพสมรสและการมีครอบครัว ทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางด้านสังคม เช่น บุคคลที่สมรสและเป็นเจ้าของโรงเรียนหรือบุคคลที่มีบ้านเรือนแต่มีคนในครอบครัวอาศัยอยู่ด้วยแล้วต้องเสียภาษีโรงเรียนมากกว่าบุคคลที่มีได้สมรสถูกต้องตามกฎหมายแต่อาศัยอยู่บ้านเรือนนั้น ทั้งที่สมควรคือบุคคลทุกประเภทควรจะต้องเสียภาษีในอัตราที่เท่าเทียมกัน

5.4.5 คดีขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเรื่องที่ดินป่าไม้

คำวินิจฉัยคดีขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเรื่องที่ดินป่าไม้³¹⁶ (The Forests Survey Inspection Request) นี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเจ้าหน้าที่รัฐที่ปฏิเสธ การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับป่าไม้ ข้อมูลการแสดงความเห็นการใช้ป่าไม้เอกชน ข้อมูลการแสดงความเห็นการใช้ที่ดินและภาษีที่ดิน

ในคดีนี้ประชาชนผู้มีส่วนได้เสียในที่ดินและพื้นที่ป่าไม้ร้องขอให้รัฐเปิดเผยข้อมูลซึ่งสิทธิ ดังกล่าวถือเป็นสิทธิในการสิทธิอันชอบธรรมในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร (Disclosure of information) หรือ สิทธิในการรับรู้ (Right to Know) คดีนี้ชาวเกาหลีคนหนึ่งได้ยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีใต้³¹⁷ เนื่องจากที่ดินของบิดาที่เป็นที่มรดกกลายเป็นสมบัติของรัฐ โดยที่เขาเองไม่เคยทราบข้อมูลมาก่อน เขาจึงยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบหลักฐานด้านโฉนดที่ดินของบิดาว่าเข้าซ้อนทับที่ดินของรัฐบาลหรือไม่ แต่เจ้าพนักงานกลับปฏิเสธตามคำขอ ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง (A Person with Direct Interest) ในการยื่นเรื่องตามรัฐธรรมนูญ โดยกล่าวว่า การปฏิเสธเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) ในการไม่ยอมเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร (Non-Disclosure of Information)

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีใต้ได้วางหลักในคดีนี้คือ ได้แก่ เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 21 (58) ให้ครอบคลุมถึงสิทธิในการรับรู้ (Right to Know) และตีความขยายให้ครอบคลุมไปจนถึง

³¹⁵ The Constitution of the Republic of Korea Article 36 [Marriage, Family, Mothers, Health]

"(1) Marriage and family life shall be entered into and sustained on the basis of individual dignity and equality of the sexes, and the State shall do everything in its power to achieve that goal."

³¹⁶ Constitutional court, 88 heonma 22, Sep. 4, 1989.

³¹⁷ พิเชษฐ-นิลกุล-พรทิพย์, ตุลาการภิวัตน์ไทยและสากล, (กรุงเทพฯ : สถาบันตุลาการภิวัตน์กับสุขภาพสังคม, 2551), หน้า 327.

สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร (Right to request Disclosure of Information) ซึ่งคดีนี้ได้เป็นที่สนใจในแวดวงกฎหมายเนื่องจากการเป็นการเป็นการตีความกฎหมายให้ครอบคลุมกรณีสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารก่อนมีการบัญญัติพระราชบัญญัติการรับรู้ข้อมูลข่าวสารอย่างเป็นทางการหลายปีด้วยกัน

คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า หน่วยงานของรัฐละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของผู้ฟ้องคดี กล่าวคือศาลมิได้ตีความสิทธิในทรัพย์สินเท่านั้น แต่ศาลตีความครอบคลุมสิทธิในการรับรู้ (right to know) ซึ่งถือว่าเป็นหนึ่งในเสรีภาพในการแสดงออกอย่างหนึ่ง ภายหลังคดีนี้มีอีกหลายคดีที่วินิจฉัยไปในทางเดียวกัน ได้แก่ คดีที่มีการเรียกร้องให้มีการเปิดเผยข้อมูลและรัฐปฏิเสธการให้ข้อมูลการวินิจฉัยคดีจะใช้คดีข้างต้นเป็นบรรทัดฐานของการวินิจฉัย

5.4.6 คดีตင်ვენการปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารงานของรัฐเกาหลี

คดีตင်ვენการปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารงานของรัฐเกาหลีนี้ เป็นการยื่นฟ้องโดยกองกำลังทหารญี่ปุ่น (Case related to Administrative Omission filed by Japanese Military Comport Women)³¹⁸ โดยคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องพิจารณาความขัดแย้งระหว่างองค์กรของสาธารณรัฐเกาหลีและองค์กรของญี่ปุ่น

ในคดีนี้รัฐบาลเกาหลีและรัฐบาลญี่ปุ่นได้ทำสนธิสัญญาต่อกันว่าด้วยการยุติปัญหาเกี่ยวกับทรัพย์สินและสิทธิในการเรียกค่าเสียหายและว่าด้วยความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างสาธารณรัฐเกาหลีและรัฐบาลญี่ปุ่น (Agreement on the Settlement of Problems Concerning Property and the Right to Claim and on the Economic Cooperation between the Republic of Korea and Japan) กองกำลังทหารญี่ปุ่นยื่นฟ้องกระทรวงการต่างประเทศและการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี (Ministry of Foreign Affairs and Trade) โดยอ้างเหตุเนื่องจากการละเลยเพิกเฉยต่อการปฏิบัติตามตามมาตรา 3 ของสัญญาฉบับดังกล่าว กล่าวคือละเลยในการไม่แก้ไขความขัดแย้งขององค์กร ซึ่งตามข้อกำหนดในสัญญาฉบับดังกล่าว กระทรวงการต่างประเทศและการค้าสาธารณรัฐเกาหลีจะต้องทำการตีความว่าผู้ร้องทุกขมีสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายต่อกองกำลังทหารญี่ปุ่นหรือไม่ ซึ่งกองกำลังทหารญี่ปุ่นได้ละเมิด มาตรา 2 (1) ของสัญญาข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีพิจารณามาตรา 10 มาตรา 2 (2) และบทนำของรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีประกอบกับมาตรา 3 ของสนธิสัญญา ได้ความว่าหน้าที่ในการแก้ไข

³¹⁸ Case related to Administrative Omission filed by Japanese Military Comport Women (23 KCCG 602, 1285, 2006 Hun-Ma 788, August 30, 2011)

ความขัดแย้งของกระทรวงการต่างประเทศและการค้าถือเป็นหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้การงดเว้นการกระทำของกระทรวงฯ ยังถือว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินของผู้ร้อง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในการเยียวยาความเสียหายที่เร่งด่วนอีกด้วย

ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่ากระทรวงการต่างประเทศและการค้ามีหน้าที่ในการแก้ไขความขัดแย้งดังกล่าวและการงดเว้นการกระทำเช่นนั้นได้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องและเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาโดยใช้หลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าการงดเว้นการกระทำของรัฐเป็นการกระทบต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

5.4.7 คดีการห้ามมิให้มีการสื่อสารความเท็จต่อสาธารณชน

ในคดีการห้ามมิให้มีการสื่อสารความเท็จต่อสาธารณชน (Case on Prohibition of Transmitting False Communication with Intend to Harm the Public Interest)³¹⁹ นี้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคดีความขอด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติการใช้วิทยุอิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 47 (1) ซึ่งบัญญัติว่าการสื่อสารความเท็จผ่านการใช้วิทยุอิเล็กทรอนิกส์เป็นความผิดอาญาและถือว่ามีเจตนาก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ โดยคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” (public interest) ที่บัญญัติในบทกฎหมายมาตราดังกล่าวไม่ชัดเจนและเป็นนามธรรม ไม่สามารถตีความได้อย่างชัดเจนและนำไปใช้เป็นองค์ประกอบของความผิดอาญาได้ เนื่องจากคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” เป็นคำที่ยากต่อการจำกัดความอย่างชัดเจนได้ เพราะการตีความคำดังกล่าวขึ้นอยู่กับการใช้วิจารณญาณของแต่ละบุคคลและขึ้นอยู่กับระดับจริยธรรมของแต่ละบุคคลด้วย นอกจากนี้สังคมในปัจจุบันที่มีกระแสของความหลากหลายของคนในสังคม และแต่ละบุคคลมีมุมมองที่แตกต่างกัน ทำให้การตีความของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ครั้งนั้น ๆ ขึ้นเป็นไปได้ยาก ดังนั้นบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีความมุ่งหมายให้บทกฎหมายมีความชัดเจนและแน่นอนเพื่อเป็นเครื่องยืนยันหลักความแน่นอน (the principle of nulla poena sine lege) ของรัฐธรรมนูญและยืนยันเสรีภาพในการแสดงออก (freedom of expression) ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่ากฎหมายมาตราดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional)

³¹⁹ Case on Prohibition of Transmitting False Communication with Intend to Harm the Public Interest (22-2(B) KCCR 684, 2008 Hun-Ba 157, December 28, 2010)

5.4.8 คดีการจัดประเภทของภาพยนตร์

คดีการจัดประเภทของภาพยนตร์ (Motion Pictures Rating Case)³²⁰ นี้ ศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติการส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ (the Promotion of the Motion Pictures Industry Act) ซึ่งอนุญาตให้กรรมการบริหารการจัดประเภทของสื่อแห่งเกาหลี (the Korea Media Rating Board) หรือ KMPR ในการคัดกรองฉลากภาพยนตร์ที่มีความรุนแรง และขัดต่อศีลธรรมและสามารถที่จะไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์นั้นได้โดยไม่มีกำหนดโดย KMPR ยกเลิกการออกการจัดประเภท (Rating) ของภาพยนตร์ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการห้ามออกฉาย (censorship) นั้นเอง กล่าวคือโดยตามหลักกฎหมายพระราชบัญญัติการส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ ภาพยนตร์ก่อนออกฉายภาพยนตร์ผู้ผลิตจะต้องนำภาพยนตร์ส่งให้ KMPR ตรวจสอบเบื้องต้นและออกการจัดประเภท (rating) หากกรรมการพบว่ามีความรุนแรงเกินไปหรือขัดกับศีลธรรมหรือวัฒนธรรมของบ้านเมืองก็สามารถที่จะระงับการออกการจัดประเภท (rating) นอกจากนี้กระทรวงวัฒนธรรมและการท่องเที่ยวยังสามารถที่จะสั่งระงับไม่ให้ฉายและอาจมีโทษทางอาญาถึงขนาดจำคุกได้ด้วย คดีนี้ผู้ร้องถูกระงับการจัดประเภท (rating) เป็นเวลากว่า 2 เดือน จึงยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญว่าด้วยการละเมิดเสรีภาพในคำพูดและการแสดงออก (Freedom of speech and expression) มาตรา 21 แห่งรัฐธรรมนูญเกาหลี

ศาลรัฐธรรมนูญพิเคราะห์ตามหลักความได้สัดส่วนแล้วพิจารณาว่า การที่ประชาชนมีสิทธิ เสรีภาพในคำพูดและการแสดงออก (Freedom of speech and expression) มาตรา 21 แต่การสิทธิ เสรีภาพดังกล่าวอาจกระทบต่อความมั่นคงของชาติได้ ดังนั้นจึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยได้กล่าวอีกว่า KMPR มีอำนาจอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และสามารถที่จะระงับการพิจารณาเป็นระยะเวลาสั้นเท่าไรก็ได้และจะระงับเสียทุกครั้งไปก็เป็นเรื่องของดุลพินิจมิใช่ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังกล่าวเพิ่มเติมอีกว่าการพิจารณาระงับการจัดประเภทภาพยนตร์ไม่ถือเป็นกรณีเดียวกันกับการห้ามฉาย (censorship)

³²⁰ Motion Pictures Rating Case (13-2 KCCR 134, 2000Hun-Ka9, August 30, 2001).

5.4.9 คดีการห้ามมิให้ผู้ถูกกักขังออกกำลังกาย

คดีการห้ามมิให้ผู้ถูกกักขังออกกำลังกาย (Prohibition of Inmates from Exercising Case)³²¹ นี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลายประเด็นด้วยกันของบทบัญญัติการบริหารงานในคดีอาญา (the Criminal Administration Act) โดยมีประเด็นที่สำคัญคือการห้ามมิให้ผู้ถูกกักขังออกกำลังกายกลางแจ้งเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

พระราชบัญญัติการบริหารงานในคดีอาญากำหนดข้อจำกัดผู้ต้องขังหลายประการ โดยจำกัดการเข้าเยี่ยมได้ไม่เกินเดือนละ 4 ครั้ง และมีข้อห้ามเด็ดขาดในกรณีรับและตอบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (email) และห้ามออกกำลังกายกลางแจ้งประเด็นหนึ่งที่มีการร้องขอให้พิจารณาคือพัสดิเรือนจำไม่ให้ผู้กักขังพบหรือรับหรือส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (email) กับทนายความ และการพบในแต่ละครั้งจะนับรวมกับสิทธิที่พึงมีคือ 4 ครั้งต่อเดือน ซึ่งผู้ร้องเห็นว่าความจำเป็นที่จะต้องพบทนายความไม่ควรนำไปรวมจำนวนครั้งกับการเยี่ยมทั่วไป และอีกประเด็นหนึ่งคือการไม่อนุญาตให้ผู้ถูกกักขังออกกำลังกายกลางแจ้ง ผู้ร้องจึงยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยเห็นว่าพระราชบัญญัติการบริหารงานในคดีอาญา และความเข้มงวดของพัสดิเรือนจำขัดต่อรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิส่วนบุคคล (right to personality) สิทธิในสุขภาพร่างกาย (bodily right) เสรีภาพในการสื่อสาร (freedom of communication) และสิทธิในการพิจารณาคดี (right of trial)

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคดีแล้วเห็นว่าการที่พระราชบัญญัติการบริหารงานในคดีอาญาเรื่องการจำกัดมิให้เข้าเยี่ยมเกินกว่า 4 ครั้งต่อเดือนนั้นมิได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเห็นว่าการจำกัดดังกล่าวเป็นการรักษาซึ่งความสงบเรียบร้อยและเป็นระเบียบของเรือนจำ นอกจากนี้การที่พัสดิเรือนจำเคร่งครัดมิให้ผู้ถูกกักขังพบทนายความหากเป็นการพบเกี่ยวกับการพิจารณาคดีและเป็นการพบเกินจำนวนครั้งที่กฎหมายกำหนด เป็นการกระทำที่ไม่ละเมิดต่อรัฐธรรมนูญโดยอธิบายเหตุผลในการพิจารณา 4 ประเด็น กล่าวคือ

1) ถึงแม้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกกักขัง (the basic right of the inmates) จำเป็นที่จะต้องจำกัดอย่างเคร่งครัดเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบและเป็นระเบียบเรียบร้อยในเรือนจำอย่างขาดเสียมิได้ก็ตาม หลักการใช้อำนาจรัฐจนเกินส่วน (the principle of prohibition against excessive restriction) ซึ่งเป็นหนึ่งมาตรฐานการ

³²¹ Prohibition of Inmates from Exercising Case (16-2(B) KCCR 548, 2002Hun-ma478, December 16, 2004)

ตรวจสอบความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่าข้อห้ามใดบ้างที่เกินความจำเป็น โดยการออกกฎระเบียบอาจมีข้อยกเว้นเป็นรายกรณีไปอาจมีได้เพื่อความสมดุลและไม่เคร่งครัดจนเกินไป

2) กรณีการห้ามรับและส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (email) นั้นถือเป็นกฎระเบียบที่รักษาไว้ซึ่งความเป็นระเบียบของเรือนจำ แต่กฎเช่นนั้นอาจมีข้อยกเว้นอันเป็นเงื่อนไขให้พัศดีเรือนจำอนุญาตให้มีการสัมภาษณ์หรือโต้ตอบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (email) ได้บ้างหากการกระทำดังกล่าวเมื่อพิจารณาแล้วว่าเป็นไปเพื่อความจำเป็นและเป็นประโยชน์ในทางการศึกษา หรือการรักษา (necessary for the purpose of education or treatment) การผ่อนปรนกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดคือเป็นการรักษาระดับมิให้รัฐใช้อำนาจจนเกินพอดี (excessive restriction)

3) การออกกำลังการกลางแจ้ง (outdoor exercise) ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเพื่อรักษาสุขภาพการและสุขภาพใจของผู้ถูกกักในเรือนจำ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีที่นักโทษ จะต้องถูกขังเดี่ยวแล้ว การสื่อสารกับโลกภายนอกได้ถูกตัดขาดลงไปยังอย่างสิ้นเชิง การที่นักโทษผู้นั้นสามารถที่พบญาติ รับและส่งจดหมาย โทรศัพท์ ทำงาน อ่านหนังสือ หรือฟังวิทยุในห้องแคบ ๆ อากาศไม่ค่อยถ่ายเทเพียงผู้เดียวเป็นระยะเวลานานไม่อาจเพียงพอต่อคุณภาพชีวิตที่ดีของนักโทษ และอาจยังส่งผลเสียต่อสุขภาพร่างกายและจิตใจของนักโทษด้วย ซึ่งในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิเคราะห์แล้วมีคำวินิจฉัยว่า การห้ามการออกกำลังกายกลางแจ้งของนักโทษเกินระดับความจำเป็นของการออกข้อจำกัดเพื่อรักษาความเป็นระเบียบของเรือนจำ เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity and value) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 10 และละเมิดต่อความเป็นอิสระในทางร่างกาย (bodily freedom) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 12 ที่บัญญัติกรณีห้ามมิให้มีการทำร้ายร่างกายบุคคล

4) กรณีนักโทษที่ถูกต้องขังถูกพัศดีเรือนจำกักจำนวนครั้งในการพบญาติและทนายความขัดแย้งกับการรับและตอบจดหมายหรือใช้โทรศัพท์ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของพัศดีเรือนจำไม่ขัดต่อสิทธิในการต่อสู้คดี (right to trial) ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า สาธารณรัฐเกาหลีปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย โดยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี ค.ศ. 1948 และมีประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1987 มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ

หลายประการด้วยกัน แต่อย่างไรก็ดี การใช้สิทธิเสรีภาพอาจถูกจำกัดด้วยอำนาจรัฐ หากเป็นกรณีที่รัฐจำเป็นต้องอ้างไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของรัฐ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 37(2) บทบัญญัตินี้เอง เป็นเสมือนหนึ่งบทบัญญัติที่กล่าวถึงกรอบของหลักการความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดให้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องด้วยรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 111

ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีจะมีการแก้ไขปรับปรุงด้วยกันถึง 9 ครั้งก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีก็มีความทันสมัยทัดเทียมนานาอารยประเทศที่มีรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายอันสูงสุดของรัฐ อาทิ หลักการที่สามารถยื่นคำร้องได้โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญของ ประชาชน บทบัญญัติมาตรา 68 ซึ่งเป็นแนวความคิดของประเทศเยอรมันและบางประเทศ ในทวีปยุโรป และ หลักความได้สัดส่วน ซึ่งถือเป็นหนึ่งในหลักการในการวินิจฉัยคดีของ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดี และที่น่าสนใจคือ ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรฐานของการพิสูจน์หลักความได้สัดส่วน (The Proportionality Test) ไว้ 4 ประการด้วยกัน

ประการแรก ต้องสัมฤทธิ์ผลด้วยความชอบด้วยกฎหมาย

(Legitimate of the End)

ประการที่สอง ต้องเป็นกฎหมายที่เหมาะสม

(Appropriateness of the Means)

ประการที่สาม ต้องละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้น้อยที่สุด

(minimality of the infringement) และ

ประการสุดท้าย ต้องได้สัดส่วน

(Proportionality of the legal interests)

บทที่ 6 บทวิเคราะห์

การนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย

6.1 บทสรุปวิเคราะห์

จากการศึกษาวิวัฒนาการแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศไทย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่าการบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐเสรีประชาธิปไตย มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญได้กำหนดกลไกในการใช้อำนาจต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการซึ่งมีลักษณะถ่วงดุลซึ่งกันและกัน นอกจากนี้การบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นในบางลักษณะอาจกำหนดการรับรองไว้อย่างมีเงื่อนไข โดยวางกลไกให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการถ่วงดุลอำนาจ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรากฎหมายที่มียุทธในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นที่จะต้องมีกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวว่ามีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นที่มาของอำนาจหรือไม่ ซึ่งกลไกในการควบคุมตรวจสอบนั้นในแต่ละประเทศ ได้กำหนดไว้แตกต่างกัน เช่น ในสาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศไทยและสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยให้ผลของคำวินิจฉัยมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปผูกพันการปฏิบัติหน้าที่ของทุกองค์กร สำหรับประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติให้การตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมโดยให้คำวินิจฉัยมีผลผูกพันเป็นการเฉพาะคดี

จากการศึกษาในบทที่ 2-5 จะเห็นได้ว่าวิวัฒนาการของการนำเอา “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในต่างประเทศนั้น มีบริบทที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดทางการเมืองการปกครอง ระบบกฎหมาย และอิทธิพลในการพัฒนาหลักการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในลักษณะที่แตกต่างกัน ดังเช่นในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้นำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้โดยในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้น ถือได้ว่าทั้งภาคทฤษฎีและแนวคำวินิจฉัยของศาลมีบทบาทสำคัญทำให้ “หลักความได้สัดส่วน” พัฒนาชัดเจนจนกลายเป็น “หลักกฎหมาย” ที่สำคัญในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐว่าเป็นไปตาม “หลักความได้สัดส่วน” หรือไม่ “หลักความได้สัดส่วน” จึงได้พัฒนาขึ้นมาเป็นหลักการสำคัญของ “หลักนิติรัฐ” ของเยอรมันในทางดำรงรัฐธรรมนูญหลายเล่ม เช่น ตำราทางรัฐธรรมนูญของ Hans Jarass, Hartmut Maurer ล้วนแบ่งแยกหลักนิติรัฐว่ามี “หลักความได้สัดส่วน” เป็นหลักการย่อยของ “หลักนิติรัฐ” ด้วยเหตุนี้ยังทำให้ “หลักความได้สัดส่วน” มีความสำคัญยิ่งขึ้นถือว่าเป็นหลักการสำคัญในระดับรัฐธรรมนูญที่มีผลผูกองค์การผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยในการทำคำวินิจฉัยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก นำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายสำคัญของหลักนิติรัฐ ในการเป็นข้อจำกัดอำนาจมหาชนทั้งหลายว่าการกระทำหรือการใช้อำนาจในการตรากฎหมายย่อมต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน โดยไม่จำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ย่อยทั้งสามหลักเกณฑ์ (หลักเหมาะสม หลักความจำเป็น หรือหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ) เข้าไปตรวจสอบ ลักษณะที่สอง เป็นการนำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายและนำหลักเกณฑ์ย่อยมาใช้เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบการกระทำหรือมาตรการในทางกฎหมายและศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าการกระทำหรือมาตรการทางกฎหมายในเรื่องนั้นเป็นไปตามหลักย่อยในหลักความได้สัดส่วนในเรื่องใดศาลรัฐธรรมนูญก็จะให้เหตุผลตามหลักเกณฑ์ย่อยในเรื่องนั้น ๆ ว่าเป็นไปตามเกณฑ์ของหลักการดังกล่าวหรือไม่เพราะเหตุใด

สำหรับสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติก่อนมีผลบังคับและการควบคุมภายหลังจากการประกาศใช้บังคับกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐ แม้จะไม่ได้บัญญัติ “หลักความได้สัดส่วน” ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 โดยตรงก็ตาม แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้นำแนวคิดเรื่อง “หลักความได้สัดส่วน”

ทั้ง 3 ประการ ได้แก่หลักความเหมาะสม หรือหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล หลักการว่าด้วยความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ โดยนำมาใช้ประกอบการให้เหตุผลในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งได้นำมาใช้ในการให้เหตุผลในกรณีที่บทบัญญัตินั้น มีความ “ไม่เหมาะสม” “เกินความจำเป็น” หรือ “มาตรการที่สมมูล” และได้นำข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ทั้งด้านสังคม เศรษฐกิจ เหตุผลทางอายุ สภาพร่างกายหรือจิตใจของผู้ที่อยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย และประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ รวมทั้งขอบเขตของกฎหมายยุโรปมาประกอบการพิจารณา ดังนั้นจะเห็นว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักการและให้เหตุผลตามลักษณะของเรื่องนั้นว่ามีการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนในข้อใด รวมทั้งพัฒนาหลักความได้สัดส่วนเพื่อคุ้มครองดุลยภาพระหว่างสิทธิเสรีภาพของประชาชนและประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง

จากรากฐานในการพัฒนาหลักความได้สัดส่วนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีอิทธิพลต่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้กล่าวคือ ในประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีและศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรฐานของการพิสูจน์หลักความได้สัดส่วน (The Proportionality Test) ไว้ 4 ประการคือ ต้องสัมฤทธิ์ผลด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ต้องเป็นกฎหมายที่เหมาะสม ต้องละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้น้อยที่สุด และต้องได้สัดส่วน โดยในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้คำนึงสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองที่พึงมีตามรัฐธรรมนูญและซึ่งนำหนักกับการละเมิดสิทธิดังกล่าว ซึ่งหากเป็นกรณีที่รัฐละเมิดหลักการออกข้อจำกัดที่เกินส่วน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ประโยชน์สาธารณะและระดับการละเมิดสิทธิของรัฐไม่สมมูลและสัมพันธ์กับหลักความได้สัดส่วนนั่นเอง สำหรับประเทศญี่ปุ่นนั้น แม้จะได้รับหลักความได้สัดส่วนจากประเทศเยอรมันเข้ามาใช้ แต่การนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้ประกอบการพิจารณายังมีจำนวนไม่มากเนื่องจากเหตุผล 3 ประการ ประการแรก เขตอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรมมีอยู่จำกัด ประการที่สอง ศาลได้ใช้หลักความได้สัดส่วนผสมผสานกับหลัก LRA หรือมาตรฐานที่ใช้ในการตรวจสอบวิธีการต่อวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมาย ที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศอเมริกา ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงมีข้อโต้แย้งว่าเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนหรือหลัก LRA มาใช้ แต่อย่างไรก็ดี หลักการในการตรวจสอบนั้น ศาลจะไม่ก้าวล่วงต่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในการบริหาร

ประเทศหากเป็นการดำเนินการทางนโยบายของรัฐบาล ประการสุดท้าย ด้วยการที่ผลของคำวินิจฉัยในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแต่ละคดีไม่ส่งผลเป็นการแก้กฎหมาย หรือยกเลิกกฎหมายที่ใช้อยู่ เพียงแต่มีผลในคดีนั้น ๆ เท่านั้น จึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อการพัฒนาหลักความได้สัดส่วนอีกด้วย

สำหรับการนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้เป็นกลไกในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศไทยนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ว่า แม้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจนั้นจะต้องใช้ภายใต้เงื่อนไขอันได้แก่ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งได้รับรองไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นรับรองไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม อาทิ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในหมวด 3 ส่วนที่ 1 มาตรา 29 บรรทัดแรก กล่าวคือ “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้” จากหลักการในบทบัญญัติดังกล่าวเป็นผลให้การตรากฎหมายอันมีลักษณะบังคับให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นจะกระทำมิได้เมื่อมีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งการตรากฎหมาย รวมทั้งความจำเป็นในการตรากฎหมายเพื่อให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ยังกำหนดกรอบในการตรากฎหมายว่าจะกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้ ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติกรอบในการพิจารณาการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายมหาชนในการพิจารณาการใช้อำนาจรัฐที่เป็นหลักการประกันสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน อย่างไรก็ตามการนำ “หลักความได้สัดส่วน” มากำหนดเป็นกลไกในการตรวจสอบเขตอำนาจรัฐแม้จะมีต้นแบบจากหลักการที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศต่าง ๆ การนำหลักการดังกล่าวไปใช้ในแต่ละประเทศที่ได้วางระบบในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้จะต้องพิจารณากำหนดรูปแบบหลักเกณฑ์ทั้งทางทฤษฎี กระบวนการ และองค์กรผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบจำต้องวางรากฐานในหลักการให้สอดคล้องกับบริบทต่าง ๆ ในการพิจารณาที่มีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ ทั้งนี้เพื่อวางรากฐานในการพัฒนาและกำหนดรูปแบบที่เหมาะสมเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนสืบไป

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิวัฒนาการและสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนของไทย และต่างประเทศอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วนประกอบไปด้วย ข้อพิจารณา 3 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก **“หลักความเหมาะสม”** ซึ่งเป็นข้อพิจารณามาตรการหรือวิธีการ สำหรับวัตถุประสงค์ที่เป็นเหตุในการตรากฎหมาย ซึ่งเป็นการตรวจสอบว่ามาตรการ ที่ตราในกฎหมายนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาระหว่างวัตถุประสงค์ วิธีการที่ต้องมีความสัมพันธ์กัน ซึ่งหลักการประการแรกนี้มีความสอดคล้องกันในข้อพิจารณาของสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐเกาหลี ประเทศญี่ปุ่นและประเทศไทย

ประการที่สอง **“หลักความจำเป็น”** เป็นข้อพิจารณาถึงมาตรการที่พิจารณา ถึงอำนาจที่ใช้ในการออกกฎหมายที่ไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะ ดำเนินการได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น โดยรัฐ จะต้องเลือกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดและไม่ก้าวล่วงต่อสิทธิและเสรีภาพ เกินความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้น ซึ่งหลักการดังกล่าวมีความสอดคล้อง ในข้อพิจารณาหลักความได้สัดส่วนของประเทศไทยและต่างประเทศที่ทำการศึกษานอกจากนี้ในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีและประเทศญี่ปุ่นได้รับรอง **“หลักการในการตรวจสอบมาตรฐาน”** ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายสหรัฐอเมริกา เป็นข้อพิจารณาเพิ่มเติมอีกประการหนึ่งตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ประการสุดท้าย **“หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ”** หลักการ นี้เป็นการเรียกร้องในสภาวะสมดุลระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบในการใช้อำนาจนิติบัญญัติและประโยชน์สาธารณะที่รัฐมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างประโยชน์ทั้งสอง โดยหลักการนี้ในแนวทางคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้มีข้อสังเกต ในการพิจารณาว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะเลือกมาตรการที่จะนำมาบัญญัติกฎหมายที่ กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพเฉพาะมาตรการที่สมดุลเท่านั้น อันเป็นหลักการสำคัญ ในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี ได้วางแนวทางในการวินิจฉัยสอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนีและประเทศที่ทำการศึกษามาข้างต้น แต่อย่างไรก็ดี การพัฒนาหลักความ ได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้นจะต้องพิจารณาถึงความสมดุลตามกฎหมาย ซึ่งจะต้องใช้เกณฑ์ในการหาความสมดุลที่สอดคล้องกันในแต่ละเรื่องไป

สำหรับการใช้หลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) นั้น หากพิจารณาในทางทฤษฎีและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้วนั้นมีข้อเสนอแนะรวมทั้งสิ้น 3 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก การพิจารณาหลักความได้สัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญนั้นแต่เดิมมีข้อจำกัดเนื่องจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจำกัดเฉพาะกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น เมื่อมีการพัฒนารูปแบบการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยให้ประชาชนสามารถร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงจึงเป็นกลไกหนึ่งในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และส่งผลให้มีการพิจารณาหลักความได้สัดส่วนของกฎหมายมากขึ้น

ประการที่สอง ในการบัญญัติกฎหมายนั้น ตามบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ที่บัญญัติให้ในการบัญญัติกฎหมายที่มีนัยในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองจะต้องระบุบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย เป็นการกำหนดให้องค์กรผู้ตรากฎหมายตระหนักถึงการพิจารณาว่ากฎหมายที่บัญญัตินั้นมีข้อพิจารณาในเรื่องดุลพินิจในการออกกฎหมายประการใด อันเป็นการเน้นย้ำให้ผู้บัญญัติกฎหมายต้องตรวจสอบฐานแห่งการใช้อำนาจตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ และพิจารณาหลักแห่งความจำเป็นและความสมดุลระหว่างประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองและสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบด้วย ดังนั้นเพื่อให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ การที่ไม่บัญญัติข้อความตามความในมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) จึงถือว่าเป็นการบัญญัติไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่มีหน้าที่องค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะต้องให้เหตุผลในการพิจารณาบทบัญญัติที่พิจารณาโดยนำหลักความได้สัดส่วนในทางทฤษฎีมาปรับใช้ในประเด็นพิจารณา ทั้งหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ โดยในการทำคำวินิจฉัย ศาลพึงให้เหตุผลในการวินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติที่พิจารณามีความสอดคล้องหรือขัดแย้งกับหลักการทั้งสามอย่างไร เพื่อให้คำวินิจฉัย

มีการอธิบายเหตุผลที่มีความชัดเจนและจะเป็นส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักความ
ได้สัดส่วนให้เกิดผลในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต่อไป

อนึ่งคณะผู้วิจัยได้นำเสนอตัวอย่างการเขียนคำวินิจฉัยที่ได้นำ “หลักความ
ได้สัดส่วน” มาประกอบการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยการนำ “หลักความ
ได้สัดส่วน” มาใช้ในการวินิจฉัยของไทยในที่นี้จะขอหยิบยกกฎหมายไทย 2 ฉบับ
ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าเป็นกฎหมายที่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความ
ได้สัดส่วน” มาเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น กล่าวคือ (1) พระราชบัญญัติวัฒนธรรม
แห่งชาติ พ.ศ. 2485 และพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 โดยมีหลักการ
พิจารณา ดังนี้

(1)พระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485

ตามพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485 มีมาตราที่เกี่ยวข้องกับ “หลักความได้สัดส่วน” 3 มาตรา คือ มาตรา 6 มาตรา 14 และมาตรา 15 ดังนี้

มาตรา 6 “วัฒนธรรมซึ่งบุคคลจักต้องปฏิบัติตาม นอกจากจะกำหนดไว้โดยพระราชบัญญัติแล้ว ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกาได้ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการแต่งกาย จรรยาและมารยาทในที่สาธารณะสถานหรือที่ปรากฏแก่สาธารณชน
- (2) ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการปฏิบัติตนและการปฏิบัติต่อบ้านเรือน
- (3) ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการประพฤติตนอันเป็นทางนำมาซึ่งเกียรติของชาติไทย และพระพุทธศาสนา
- (4) ความมีสมรรถภาพและมารยาทเกี่ยวกับวิธีดำเนินงานอาชีพ
- (5) ความเจริญงอกงามแห่งจิตใจและศีลธรรมของประชาชน
- (6) ความเจริญก้าวหน้าในทางวรรณกรรมและศิลปกรรม
- (7) ความนิยมไทย”

มาตรา 14 “สมาคมหรือองค์การใด ซึ่งมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับงานของ สภาวัฒนธรรมแห่งชาติ ไม่ว่าจะได้ตั้งอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ก็ตาม ต้องได้รับอนุญาตจาก สภาวัฒนธรรมแห่งชาติก่อนจึงจะดำเนินการจัดตั้งตามกฎหมายหรือดำรงอยู่ต่อไป ได้และเมื่อได้ตั้งขึ้นหรือดำรงอยู่แล้ว ให้อยู่ในความควบคุมของสภานี้ สมาคมหรือ องค์การที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ดำรงอยู่ต่อไป ให้เลิกและหยุดดำเนินการทันที อนึ่ง ถ้าสภาวัฒนธรรมแห่งชาติพิจารณาเห็นสมควรจะสั่งเพิกถอนการอนุญาตที่ให้ไว้ แก่สมาคมหรือองค์การใดก็ได้ สมาคมหรือองค์การเช่นนั้นจักต้องเลิกและหยุด ดำเนินการทันทีตถกกัน”

มาตรา 15 “ผู้ใดฝ่าฝืนพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในมาตรา 6 มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งร้อยบาท หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือทั้งปรับทั้งจำ”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วในช่วงต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ในประเด็นที่ว่า บทบัญญัติดังกล่าวทั้งสามสอดคล้องกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น หากนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาพิจารณากับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวตามหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนกล่าวคือ ก. หลักความเหมาะสม ข. หลักความจำเป็น และ ค. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หรือหลักความสมดุลแล้ว มีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นไปตาม “หลักความเหมาะสม” หรือไม่ บทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนี้จะเป็นไปตาม “หลักความเหมาะสม” หรือไม่ ต้องพิจารณาว่ามาตรการในทางกฎหมายในเรื่องนั้นสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ หากมาตรการตามกฎหมายดังกล่าวไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้นได้ มาตรการของกฎหมายดังกล่าวย่อมไม่เหมาะสม สำหรับพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485 ได้กำหนดมาตรการตามมาตรา 6 มาตรา 14 และมาตรา 15 เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมสมาคมหรือองค์การใดซึ่งมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับงานของสภาวัฒนธรรมแห่งชาติให้ดำเนินการให้เป็นไปตามแนวทางที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนด หากพิจารณาเบื้องต้นแล้ว เห็นได้ว่าการกำหนดมาตรการและกำหนดให้มีโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนย่อมเป็นมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ดังนั้นมาตรการตามกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นมาตรการที่เป็นไปตาม “หลักความเหมาะสม”

ข. มาตรการที่เป็นไปตาม “หลักความเหมาะสม” ดังกล่าวข้างต้นเป็นไปตาม “หลักความจำเป็น” หรือไม่ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของประชาชนที่น้อยที่สุด ไม่มีมาตรการอื่นใดที่กระทบสิทธิของประชาชนน้อยกว่ามาตรการนี้อีกแล้วหากต้องการให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่กำหนดไว้ ข้อพิจารณาในเรื่องนี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า มาตรการของกฎหมายดังกล่าวเข้ามาเกี่ยวข้องต่อ “เสรีภาพส่วนบุคคล” หรือไม่เพียงใด เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในเคหสถาน หรือเสรีภาพที่กระทำการใดหรือไม่กระทำการใด เป็นต้น ดังนั้น การที่กฎหมายให้อำนาจในการออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนดมาตรการข้อห้ามหรือข้อพึงปฏิบัติไว้เป็นการทั่วไปโดยมิได้มีข้อพิจารณาเป็นเรื่องราวว่าเรื่องนั้นจะไปกระทบต่อเสรีภาพส่วนบุคคลในเรื่องใด และการกระทบต่อเสรีภาพส่วนบุคคลในเรื่องนั้นสามารถจำกัดได้หรือไม่เพียงใดและภายใต้

เงื่อนไขใด กรณีเหล่านี้มิได้มีการกำหนดเงื่อนไขรายละเอียดไว้ หากแต่ได้กำหนดโทษไว้ว่าบุคคลใดฝ่าฝืนมาตรการตามมาตรา 6 ย่อมมีโทษตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 15 กรณีเช่นนี้ย่อมเห็นได้ว่า การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนด “วัฒนธรรมซึ่งบุคคลจักต้องปฏิบัติตาม” หากฝ่าฝืนมีโทษตามที่กำหนดไว้ ถือได้ว่าเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ในการเข้ามาเกี่ยวข้องกับเสรีภาพส่วนบุคคลได้เกินไปกว่าไปว่าความจำเป็นแห่งกรณีหรือไม่เป็นไปตามหลักความสมควรแก่เหตุ ดังนั้น มาตรการตามมาตรา 6 ประกอบกับมาตรา 15 จึงเป็นมาตรการที่ไม่เป็นไปตาม “หลักความจำเป็น” เมื่อมาตรการตามกฎหมายดังกล่าวไม่เป็นไปตาม “หลักความจำเป็น” กรณีย่อมถือได้ว่ามาตรา 6 และมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่เป็นตาม “หลักความได้สัดส่วน”

กล่าวโดยสรุป มาตรา 6 และมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485 ขัดกับ “หลักความได้สัดส่วน” จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดกับบทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ฉะนั้นจึงสมควรดำเนินการแก้ไขและปรับปรุงบทบัญญัตินั้นเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็นไปตามหลักในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)

(2) พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497

ตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มีมาตราที่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” คือมาตรา 53 ทวิ ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“เมื่อปรากฏว่าที่ดินแปลงหนึ่งหรือหลายแปลงรวมกันมีพื้นที่กว้างตั้งแต่สามสิบเมตรขึ้นไป และยาวตั้งแต่สามร้อยเมตรขึ้นไปซึ่งอากาศยานอาจขึ้นลงได้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลซึ่งมีสิทธิในที่ดินนั้นจัดทำสิ่งกีดขวางตามที่กำหนดให้เพื่อมิให้ใช้ที่ดินนั้นเป็นที่ขึ้นลงของอากาศยาน ในกรณีเช่นนี้ให้บุคคลดังกล่าวจัดทำให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนด ในกรณีที่ผู้มิสิทธิในที่ดินไม่สามารถจัดทำหรือไม่ยอมจัดทำสิ่งกีดขวางดังกล่าวให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้สิ่งกีดขวางนั้นได้

ห้ามมิให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดทำลาย ถอน หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งสิ่งกีดขวางดังกล่าวในวรรคแรก เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักความได้สัดส่วน” ตามหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน ดังนี้

ก. หลักความเหมาะสม ซึ่งหมายความว่า มาตรการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 53 ทวิ เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้หรือไม่ หากพิจารณาวัตถุประสงค์ของมาตรา 53 ทวิ แสดงว่าย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้พื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งซึ่งมีพื้นที่กว้างตั้งแต่สามสิบเมตรขึ้นไปและยาวตั้งแต่สามร้อยเมตรขึ้นไปใช้เป็นพื้นที่ขึ้นลงของอากาศยาน การที่มาตรา 53 ทวิ บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่สั่งให้บุคคลซึ่งมีสิทธิในที่ดินจัดทำสิ่งกีดขวางตามที่กำหนดให้ย่อมบรรลุวัตถุประสงค์คือ การขึ้นลงของอากาศยานได้ กรณีย่อมถือได้ว่ามาตรการตามมาตรา 53 ทวิ เป็นมาตรการที่เหมาะสมเพราะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้

ข. หลักความจำเป็น มาตรการของมาตรา 53 ทวิ ซึ่งเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมจะเป็นมาตรการที่เป็นไปตามหลักความจำเป็น หรือไม่ กล่าวคือ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวไม่มีมาตรการอื่นใดที่กระทบสิทธิของบุคคลน้อยกว่ามาตรการดังกล่าวอีกแล้ว หากพิจารณาเงื่อนไขของมาตรา 53 ทวิ กำหนดเกณฑ์ไว้ 3 ประการ คือ (1) ที่ดินแปลงหนึ่งหรือหลายแปลงรวมกันมีพื้นที่กว้างตั้งแต่สามสิบเมตรขึ้นไปและยาวตั้งแต่สามร้อยเมตรขึ้นไปซึ่งอากาศยานอาจขึ้นลงได้ (2) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลซึ่งมีสิทธิในที่ดินนั้นจัดทำสิ่งกีดขวางตามที่กำหนดให้เพื่อมิให้ใช้ที่ดินนั้นเป็นที่ขึ้นลงของอากาศยาน ในกรณีเช่นว่านี้ให้บุคคลดังกล่าวจัดทำไปแล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนด (3) ในกรณีที่ผู้ที่มีสิทธิในที่ดินไม่สามารถจัดทำหรือไม่ยอมจัดทำสิ่งกีดขวางดังกล่าว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งจัดทำสิ่งกีดขวางนั้นได้

จากหลักเกณฑ์ทั้งสามประการดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายในส่วนของ (1) เป็นการกำหนดองค์ประกอบไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งเป็นการให้อำนาจกับเจ้าพนักงานอย่างกว้างในอันที่จะกระทำการกระทบสิทธิของบุคคล องค์ประกอบในส่วนของเงื่อนไขของกฎหมายที่จะให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจจะต้องกำหนดเงื่อนไขที่ชัดเจนและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น ในกรณีที่เป็นสถานการณ์สงคราม หรือในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยของชาติ การกำหนดเงื่อนไขในส่วนขององค์ประกอบในทางกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นการจำกัดอำนาจของเจ้าพนักงานในการใช้อำนาจตามกฎหมาย เนื่องจากการที่เจ้าพนักงานจะจำกัดสิทธิของประชาชนได้นั้น กรณีจะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อรักษาความอยู่รอดของชาติ เมื่อมาตรา 53 ทวิ อาศัยแต่หลักเกณฑ์ในทางพื้นที่มาเป็นเกณฑ์ในการออกคำสั่ง แต่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของสถานการณ์ว่าเมื่อใดเจ้าพนักงานจึงจะสามารถออกคำสั่งเช่นนั้นได้

การมอบอำนาจโดยปราศจากเงื่อนไขหรือเงื่อนไขดังกล่าวจึงเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าพนักงานอาจใช้อำนาจกระทำการกระทบต่อสิทธิของประชาชนเกินไปกว่าหลักความจำเป็น กรณีย่อมถือได้ว่ามาตรการของมาตรา 53 ทวิไม่เป็นตาม "หลักความจำเป็น"

กล่าวโดยสรุป มาตรา 53 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 เป็นมาตรการที่ไม่เป็นไปตาม "หลักความได้สัดส่วน" จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดกับบทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)

บรรณานุกรม

ประเทศไทย

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “การวิเคราะห์แนวความคิดสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง (Les libertés publiques)”. วารสารกฎหมาย, ปีที่ 20 ฉบับที่ 2 พฤศจิกายน 2543.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ”. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 3 เล่ม 9 กันยายน-ธันวาคม 2544.

เพ็ชรี สุมิตร. อารยธรรมตะวันตก. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2527.

เรวดี มีวันดี. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการชุมนุมสาธารณะ. วิทยานิพนธ์สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2553

โกสิน พลกุล. “รัฐธรรมนูญไทยกับหลักประกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย”. วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 14 ฉบับที่ 1 มิถุนายน 2527

ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ. รายงานการวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ. นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า. 2550.

ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ. สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) และสถาบันพระปกเกล้า. 2546.

กมลชัย รัตนสากววงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2537
คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม. แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 : ปัญหา อุปสรรค. นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า. 2545.

จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญาแนววิพากษ์. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550
จรัญ โฆษณานันท์. “ปัญหาสิทธิมนุษยชนวิถีเอเชียและวัฒนธรรมไทย” วารสารอัยการ, ปีที่ 19 ฉบับที่ 217. มีนาคม 2539.

จรัญ โฆษณานันท์. รัฐธรรมนูญ 2540 จากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สู่ธัมมิกสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม. 2544.

จรัญ โฆษณานันท์. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม. 2545

จิ่ง จ้าคส์ รุสโซ. สัญญาประชาคม แปลโดย จินดา จินตนเสรี. กรุงเทพฯ. 2517

นันท์วัฒน์ บรมานันท์. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. 2549.

บรรเจิด สิงคะเนติ และ ศาตรา โตอ่อน. สิทธิและเสรีภาพ : รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. 2544.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2555.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพ และหลักความเสมอภาคและหน้าที่ของชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า. 2552.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. "เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ". วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 1 เล่มที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2542). น. 30-47.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน (เล่ม 1-2) กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2552.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ถวิลวดี บุรีกุล. ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม. นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า. 2548.

บุญศรี ม่วงศุโฆษ. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535

บุญศรี ม่วงศุโฆษ. หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. 2546.

บุษราคัม เชาวนศิริ และ อัจฉรา จุยีนิง. การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน. กรุงเทพฯ : กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. 2547.

ประยูร กาญจนดุล, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523

ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 10, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบคำสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

ปรีดี พนมยงค์, “คณะราษฎรกับการอภิวัฒน์ประชาธิปไตย 24 มิถุนายน ในแนวความคิดประชาธิปไตยของ ปรีดี พนมยงค์”, กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535
พรชัย เลื่อนฉวี, กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554

มงเตสกีเยอ, เจตนารมณ์ของกฎหมาย แปลโดย วิชาวรรณ ตูลยานนท์, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528

มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตรการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”. วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 มิถุนายน 2543.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 วันที่ 25 มกราคม 2543. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2538.

วิชา มหาคุณ, “ผลกระทบของกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิของประชาชนในกระบวนการยุติธรรม”. วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 11 ฉบับที่ 4 มีนาคม 2524

ศรีประภา เพชรมิศรี และคณะ, “เศรษฐกิจเสรี การปรับปรุงโครงสร้างทางเศรษฐกิจ และผลกระทบต่อสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมในประเทศไทย”. ใน เส้นทาง จามริก, สิทธิมนุษยชนไทยในสถานการณ์สากล, กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), ธันวาคม 2546

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา, การสัมมนาเชิงปฏิบัติการเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชนของประเทศสมาชิกภายใต้รัฐธรรมนูญยุโรป, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.

สมคิด เลิศไพฑูรย์, หลักความเสมอภาค, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 มิถุนายน 2543.

สมยศ เทียไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
สมยศ เทียไทย. ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น (Three-Layer Theory of Law) ของ ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์. สมาคมนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547

สำนักวิจัยสถาบันพระปกเกล้า. การมีส่วนร่วมของประชาชนความยั่งยืนของ ประชาธิปไตย. นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า. 2544.

สุจิต บุญบงการ. "ความชัดเจนในสิทธิและเสรีภาพ : คำนึงกับการพัฒนา ประชาธิปไตย". วารสารรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 2 เล่ม 5 พฤษภาคม- สิงหาคม 2543
สุจิต บุญบงการ. การพัฒนาทางการเมืองของไทย : ปฏิสัมพันธ์ระหว่างทหาร สถาบันทางการเมืองและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2542.

สุพิชัย ศิริรักษ์. สิทธิและเสรีภาพของแรงงานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 : ศึกษาด้านการรวมตัวและเจรจาต่อรอง. วิทยานิพนธ์สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2550

เสน่ห์ จามริก. สิทธิมนุษยชน : เกณฑ์คุณค่าและฐานความคิด. กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์. 2542.

เสน่ห์ จามริก. สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก. กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย. 2549.

โสภารัตน์ จารุสมบัติ. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการรวบรวมข้อมูลพื้นฐานเรื่อง สิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชนชาวไทย. กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า. ตุลาคม 2547

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก. 2538.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ. พระนคร : โรงพิมพ์กรุงสยามการพิมพ์, 2511.
อนุสรณ์ ลีมนาน. รัฐ สังคม และการเปลี่ยนแปลง : การพิจารณาในเชิงอำนาจ นโยบาย เครือข่ายความสัมพันธ์. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2542.

อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ, บรรเจิด สิงคะเนติ. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ : 2544

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

Klaus Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2

E. Dahlinger, DöV 1966, S. 818 ff.

E. Grabling, AöR, Bd 98 (1973), S. 570

Jarass – Pieroth, Grundgesetz – Kommentar, 3. Aufl. 1995, Art.20 .

Wieacker, Festschrift R. Fischer, 1979, S. 874.

Georg Jellinek , Allgemeine Staatslehre, 1959,

G. Haverkate, Rechtsfrage der Leistungsstaates, 1983, S. 13

P. Lerche, Uebermass und Verfassungsrecht, 1961, S.61.

Pieroth / Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 9. Aufl.1993, Rdnr . 318 f.

S. Dechsling, Das Verhaelthismaessigkeitsgebot, 1989.

Christoph Degenhart, Staatsrecht I, Aufl., S.125.

L. Hirschberg, Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit, 1981

R. Dechsling, DAs Verhaeltnismaessigkeitsgcbot, 1989

M. Ch. Jakobs, Der Grundsatz der Verhaelthismaessigkeit, 1985

Hartmut, Allgemeiners Verwaltungsrecht, /8. Aufl.1992., S.62

สาธารณรัฐฝรั่งเศส

Bernard CHANTEBOUT. Droit Constitutionnel et Science Politique.

Armand Colin, 2000

Charles DEBBASCH. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques.

Economica, 2001

Christelle JEANVOINE. Droit Public. Fernand Nathan, 1997, 199 p.

Claude LECLERCQ. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques.

Litec 1999.

Dominique CHAGNOLLAUD. Droit Constitutionnel Contemporain. Sirey 1999.

Dominique TURPIN. Droit Constitutionnel. P.U.F., 1997.

Élisabeth ZOLLER. Droit Constitutionnel. P.U.F., 1999.

Georges BURDEAU. Droit Constitutionnel. L.G.D.J., 1999.

Hughes PORTELLI. Droit Constitutionnel. Dalloz, 2000.

Jean BAUDOIN. Introduction de la Science Politique. Dalloz, 1997.

Jean Claude ACQUAVIVA. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques.

Gualino, 1998.

Jean GICQUEL. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Montchrestien, 1999.

Jean-Pierre OPPENHEIM. Institutions Politiques et Droit Constitutionnel. Foucher, 1998.

Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, André ROUX. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel. Dalloz. 16^e ed. 2011.

Louis FAVOREU, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX, Guy SCOFFONI. Droit constitutionnel. Précis DALLOZ. 14 ed. 2011

Marcel PRELOT. Institutions Politiques et Droit Constitutionnel. Dalloz, 1998.

Maurice DUVERGER. Institutions Politiques et Droit Constitutionnel. P.U.F., 1997.

Paul ISOART, Louis TROTABAS, Droit Public. L.G.D.J., 1998.

Philippe ARDANT. Institutions Politiques et Droit Constitutionnel. L.G.D.J., 2000.

Philippe FOILLARD. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. C.P.U., 2000.

Pierre PACTET. Institutions Politiques et Droit Constitutionnel. Armand Colin, 2000.

Richard GHEVONTIAN, William BENESSIANO, Chloé CHARPY, Sophie LAMOUREUX. Droit constitutionnel Cours, exercices corrigés. Armand Colin. Coursus Droit. 1^{re} éd. sept. 2010

Robert ETIEN. Initiation au Droit Public. Ellipses, 1998.

Roland DEBBASCH. Droit Constitutionnel. Litec, 2000.

Rhita BOUSTA. Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes. Revue française de droit constitutionnel 2011/4 (n° 88). pp. 913-930.

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

Constitution du 4 octobre 1958

Code de justice administrative

Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789

Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés
fondamentales

สารานุกรมเกาหลี

กมลชัย รัตนสกววงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2537
บรรเจิด สิงคะนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.

กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2555

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี แปลโดย กิตติพงษ์ กิตติยารักษ์. กรุงเทพฯ : สำนักงาน
คณะกรรมการวิจัยแห่งชาติจัดแปลและพิมพ์, 2542

พิเชษฐ-นิลบล-พรทิพย์, “ตุลาการวิวัฒน์ไทยและสากล”, สถาบันตุลาการวิวัฒน์กับ
สุขภาพสังคม, พิมพ์ครั้งที่ 1, พฤษภาคม 2551

วรรณาสุพรรณธนะธิดา “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศ
เกาหลีใต้”รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลยุติธรรม ชุดที่ 8 : เรื่อง
“ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตามหลัก
นิติธรรม”, กรุงเทพฯ, สำนักงานศาลยุติธรรม 2552.

Aharon Barak. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitation.
New York : Cambridge University Press, 2012.

Hwang, Chee Youn “Critics on the Constitutional Complaint against the
Ordinary Courts” Judgments in term of Balancing and Proportionality
Test in Korean Constitutional

Review”<http://www.enelsyn.gr/papers/w15/Paper%20by%20Dr.%20Hwang,%20Chee%20Youn.pdf> (Accessed 2 April, 2013)

Lee, Dong –Herb “Introduction to the Constitutional Court of Korea
and Its Roll in Control of Government Power”

http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TINLAPPHAP/Attachments/199/presentation_of_Korean_expert_1.doc
(Accessed 2 April, 2013)

Park Jonghyun, “The Judicialization of Politics in Korea”

http://blog.hawaii.edu/aplpi/files/2011/11/APLPJ_10.1_park.pdf
(Accessed 2 April, 2013)

Park Kyung S., “Korean Principle of Proportionality, American Multi-Leveled Scrutiny, and Empiricist Elements in U.S. –Korean Constitutional Jurisprudence” Journal of Korean Law, Vol.1, No.2, 2001

The Constitution of the Republic of Korea 1987

ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี <http://www.ccourt.go.kr/>

“Facts about Korea.” <http://www.korea.net/AboutKorea/Korea-at-a-Glance/Facts-about-Korea>, (accessed 1 August, 2013)

ประเทศญี่ปุ่น

高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣，2007年）

芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣，1994年）

芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）』（有斐閣，1998年）

芦部信喜『憲法』（高橋和之補訂）（有斐閣，2007年，第4版）

青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣，1985年）

松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会，2001年）

戸波江二『憲法 新版』（ぎょうせい，1998年）

須藤陽子「行政法の基礎理論 比例原則」法学教室237号

川上宏二郎「行政法における比例原則『行政法の争点（新版）』

高木光「比例原則の実定化『警察法』と憲法の関係についての覚書」『現代立憲主義の展開（下）』（有斐閣，1993年）

兼子仁『行政法学』（岩波書店，1997年）

浦部法穂『新版 憲法学教室Ⅰ』（日本評論社，1999年）

須藤陽子「地方自治における比例原則

補完性原理」『分権時代と自治体法学』（勁草書房，2007年）

塩野宏『行政法Ⅲ（第2版）』（有斐閣，2002年）

宇賀克也『地方自治法概説』（有斐閣，2004年）

最高裁昭和50年4月30日大法廷判決民集29巻4号572頁以下。



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550

อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ

แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500

www.constitutionalcourt.or.th