



รายงานการวิจัยเรื่อง

**“หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้อง  
คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์  
สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”**

โดย รองศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ

เสนอต่อ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา

หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. - - กรุงเทพฯ ; สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.

218 หน้า

1. สิทธิของพลเมือง 2. สิทธิมนุษยชน. 3. เสรีภาพ. I. ชื่อเรื่อง.

323

ISBN 974-7725-25-8

ชื่อหนังสือ	“หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”
ปีที่พิมพ์	กรกฎาคม 2549
จำนวนพิมพ์	1,000 เล่ม
เจ้าของลิขสิทธิ์	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ อาคารบ้านเจ้าพระยารัตนาธิเบศร์ เลขที่ 326 ถนนจักรเพชร แขวงวังบูรพาภิรมย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200 โทรศัพท์ 0 2623 9600-9 โทรสาร 0 2623 9644
พิมพ์ที่	บริษัท พี. เพรส จำกัด 129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ สวนหลวง กรุงเทพฯ 10250

## คำนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 270 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีพันธกิจหลัก ในการสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในทุกด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสนับสนุนกระบวนการพิจารณาคดี การศึกษาวิเคราะห์ด้านคดีและกฎหมายและการศึกษาวิจัยทางวิชาการ สำหรับในด้านการศึกษาวินิจฉัยนั้น กล่าวได้ว่า นับแต่ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในปี 2541 จนถึงปัจจุบัน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ร่วมมือกับนักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิ จากสถาบันการศึกษา รวมทั้งข้าราชการภายในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ผลิตผลงานการศึกษาวินิจฉัยและบทความทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ เช่น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึงการใช้สิทธิทางศาลของประชาชน เป็นต้น ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการศึกษาวินิจฉัยในเชิงเปรียบเทียบระหว่างกรณีประเทศไทยกับต่างประเทศ โดยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ตุลาการและข้าราชการศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาใช้ประโยชน์จากผลงานการศึกษาวินิจฉัย และในขณะเดียวกันก็เพื่อเผยแพร่ผลงานการศึกษาวินิจฉัยให้เป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ สถาบันการศึกษา และประชาชนและเป็นประโยชน์ต่อชุมชนวิชาการด้วย

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ตระหนักเสมอว่า เจตนารมณ์สำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น ต้องการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ภารกิจในการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญยึดถือปฏิบัติโดยตลอดมา และหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมีรองศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เป็นผู้ศึกษาวิจัยในเล่มนี้ จะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อการกระจายฐานความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพ และองค์กรตามรัฐธรรมนูญสู่สาธารณชนมากยิ่งขึ้น



(นายไพฑูลย์ วราหะไพฑูรย์)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# สารบัญ

คำนำ .....	i
บทคัดย่อ .....	1
Abstract .....	3
บทสรุปสำหรับผู้บริหาร (Executive Summary) .....	5
<b>ส่วนที่หนึ่ง : องค์ความรู้โดยย่อเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิ เสรีภาพต่าง ๆ</b>	
บทนำ .....	21
บทที่ 1 ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ .....	22
1.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในฐานะที่เป็นพื้นฐาน ของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวง .....	22
1.2 มนุษย์กับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ .....	22
1.3 แนวความคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ .....	23
1.3.1 แนวความคิดในสมัยกลางของอิตาลี .....	23
1.3.2 แนวความคิดของเยอรมัน .....	25
1.3.2.1 แนวทางที่เชื่อกันว่าเป็นที่มาของศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายพื้นฐาน(รัฐธรรมนูญ) ของเยอรมัน .....	25
(ก) แนวความคิดของ Immanuel Kant .....	25
(ข) ความเชื่อในทางศาสนาของคริสตศาสนิกชน .....	28
1.3.2.2 เหตุและผลของการที่ต้องคุ้มครอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ .....	29

	(ก) ธรรมชาติของมนุษย์และภารกิจของรัฐ .....	29
	(ข) ความเป็นปัจเจกบุคคลในฐานะที่เป็นเงื่อนไข ของสิทธิต่าง ๆ .....	31
1.4	การนำเอาหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ .....	34
1.4.1	วิวัฒนาการของประเทศต่าง ๆ .....	35
1.4.1.1	วิวัฒนาการในกลุ่มประเทศ แองโกลแซกซอนและในฝรั่งเศส .....	35
1.4.1.2	วิวัฒนาการในระดับสหประชาชาติ .....	36
1.4.1.3	วิวัฒนาการในเยอรมัน .....	37
1.4.1.4	รัฐธรรมนูญของประเทศในยุโรปอื่น ๆ .....	41
1.4.2	ความหมายของหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ .....	42
1.4.2.1	ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็น บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ .....	47
1.4.2.2	ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่ เป็นหลักการแห่งรัฐธรรมนูญที่มีคุณค่าสูงสุด .....	48
1.4.2.3	ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับหลักการ ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย .....	51
1.4.2.4	สิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคล บนพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ .....	52
1.4.2.5	ผลของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่มีต่อความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับรัฐ .....	53
1.4.2.6	ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับภาพลักษณ์ ของความเป็นมนุษย์ .....	60
1.5	ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีต่อสิทธิ ขั้นพื้นฐานต่าง ๆ .....	64

1.5.1	แนวทางการพิจารณาในขั้นตอนของการยกกว้าง	64
1.5.2	การสื่อความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยอาศัยการตีความบทบัญญัติมาตรา 1	69
1.6	ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิขั้นพื้นฐาน	76
1.6.1	วิเคราะห์ศัพท์	76
1.6.2	แนวทางของการพัฒนาเกี่ยวกับการ ใช้ศัพท์ในยุโรป	78
1.6.3	ความแตกต่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิขั้นพื้นฐาน	79
1.6.3.1	แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ	80
1.6.3.2	แนวความคิดเกี่ยวกับค่าบังคับของ สิทธิขั้นพื้นฐาน	82
1.7	การล่วงล้ำขอบเขตการคุ้มครองศักดิ์ศรีความ เป็นมนุษย์ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์ของเยอรมัน	83
1.8	แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในสังคมทางแถบเอเชีย	89
บทที่ 2	สิทธิและเสรีภาพ	94
2.1	ประวัติความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ	94
2.1.1	มนุษย์ตามแนวความคิดของ St. Thomas Aquinas	99
2.1.2	พัฒนาการในฝ่ายอาณาจักร	100
2.1.2.1	พัฒนาการในกลุ่มประเทศ แองโกลแซกซอน	100
2.1.2.2	กระแสนทางความคิดหลัก 3 กระแส	101
2.1.2.3	แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย	104

2.2	พื้นฐานทางความคิดของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ .....	106
2.2.1	ที่มาและเนื้อหาของสาระของสิทธิเสรีภาพ .....	106
2.2.2	สิทธิเสรีภาพกับการจำกัดอำนาจรัฐ .....	110
บทที่ 3	วิวัฒนาการของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพ .....	111
3.1	แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ .....	111
3.1.1	แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพในสมัยกลางของยุโรป .....	111
3.1.2	แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในอังกฤษ .....	115
3.1.3	แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ในสหรัฐอเมริกา .....	122
3.1.4	แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในฝรั่งเศส .....	126
3.1.5	แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในเยอรมัน .....	129
3.2	การผูกมัดอำนาจรัฐของสิทธิเสรีภาพ .....	140
3.2.1	หลักพื้นฐานของการผูกมัดอำนาจรัฐ ของสิทธิเสรีภาพ .....	140
3.2.2	การผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ .....	142
3.2.3	การผูกมัดฝ่ายบริหาร .....	151
3.2.4	การผูกมัดฝ่ายตุลาการ .....	158

## ส่วนที่สอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิ เสรีภาพต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไทย

บทที่ 4	ขอบเขตของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิ เสรีภาพต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไทย .....	169
4.1	ความทั่วไป .....	169

4.2	ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญไทย	
	ฉบับปัจจุบัน .....	170
4.2.1	แนวความคิดพื้นฐานทั่วไป .....	170
4.2.2	บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ. 2540	
	ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ .....	173
4.2.2.1	เจตนารมณ์ของสมาชิกสภาร่าง	
	รัฐธรรมนูญ .....	173
4.2.2.2	ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม	
	รัฐธรรมนูญ .....	176
4.3	ปัญหาเฉพาะของไทยในการใช้และการตีความศักดิ์ศรี	
	ความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ .....	177
4.4	ปรากฏการณ์หรือพฤติกรรมในสังคมไทยที่อาจจะยัง	
	ไม่สอดคล้องกับหลักที่ว่าการใช้อำนาจขององค์กรต้อง	
	คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ	
	ตามรัฐธรรมนูญ .....	180
4.4.1	สาเหตุแห่งความไม่สอดคล้องระหว่างปรากฏการณ์	
	หรือพฤติกรรมในสังคมไทยกับหลักที่ว่าการใช้	
	อำนาจขององค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็น	
	มนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ .....	180
4.4.2	ตัวอย่างของปรากฏการณ์หรือพฤติกรรมใน	
	สังคมไทยที่อาจจะยังไม่สอดคล้องกับหลักที่ว่า	
	การใช้อำนาจขององค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรี	
	ความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตาม	
	รัฐธรรมนูญ .....	182
4.5	บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิ	
	ของชนชาวไทย .....	183

บทที่ 5 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไทย .....	185
5.1 สภาพปัญหา .....	185
5.1.1 ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ .....	185
5.1.2 ความคุ้มครองในระดับกฎหมาย .....	186
5.2 การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน .....	187
5.2.1 ขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิ .....	187
5.2.2 เกณฑ์สำหรับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน .....	190
5.3 สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญไม่เปิดช่องให้ ตรากฎหมายมาจำกัดได้ .....	193
5.4 กรณีที่เป็นการจำกัดสิทธิโดยคำสั่งทางปกครอง หรือคำพิพากษา .....	194
5.5 แนวทางการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อมีประเด็นเกี่ยวข้องกับกรณีการใช้อำนาจ ขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ .....	195
สรุป .....	198
บรรณานุกรม .....	200

## บทคัดย่อ\*

หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นับได้ว่ายังเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” จึงเท่ากับเป็นการเรียกร้องจากองค์กรของรัฐ ให้ต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการเรียกร้องที่สูงมาก

แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการสนองต่อข้อเรียกร้องตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ย่อมเป็นหน้าที่ในเบื้องต้นของพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในองค์กรของรัฐทุกองค์กร ที่จะต้องเริ่มหันมาทำความเข้าใจเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ โดยเริ่มจากการทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ รวมทั้งประวัติความเป็นมาของการเรียกร้องสิทธิต่างๆ และเนื่องจากประเด็นเหล่านี้เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ การศึกษาเชิงเปรียบเทียบจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ และเนื่องจากการศึกษา วิเคราะห์รวมถึงข้อเรียกร้องต่างๆ เกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ เป็นเรื่องที่มีประวัติความเป็นมายาวนาน การศึกษาจึงจำเป็นต้องย้อนกลับไปดูประวัติเหล่านั้นด้วย โดยเริ่มจากสมัยกรีก มาสู่ยุคโรมันจนถึงสมัยกลางของยุโรป สำหรับสมัยใหม่ก็ได้ศึกษาความเป็นมาในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยที่ประเทศหลังนี้จะมีความ

สำคัญในแง่ที่นำเอาการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

เป็นที่น่าสังเกตว่า นอกเหนือจากประเด็นเรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นเรื่องใหม่แล้ว ในประเทศไทยได้มีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ มาตั้งแต่ช่วงเริ่มต้นของการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช 2475 ระยะเวลาหลักกว่าปีนับว่ายาวนานพอสมควร แต่ประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในวงการนิติศาสตร์ของไทยกลับมิได้มีการพัฒนาเท่าที่ควร สาเหตุหนึ่งน่าจะมาจากความเป็นนามธรรมของประเด็นเหล่านี้ เมื่อขาดแนวปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้หลักการเหล่านี้กับข้อเท็จจริงในคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวันได้ เป็นต้นว่า การใช้หลักความเสมอภาค หากขาดแนวปฏิบัติที่ว่า สิ่งเหมือนกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน และสิ่งที่แตกต่างกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันตามสภาพของความแตกต่าง ผู้ที่มีหน้าที่ในการใช้กฎหมายย่อมไม่อาจจะทราบได้ว่าจะเริ่มต้นกับหลักการดังกล่าวอย่างไร

ด้วยเหตุนี้ ในรายงานผลการวิจัยฉบับนี้ จึงนำเสนอแนวทางในการพิจารณา เมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่อาจเป็นการกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ขึ้น เพื่อให้ผู้ปฏิบัติสามารถจับบทบัญญัติเหล่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้แล้ว ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญเอง หากศาลฯ มีความประสงค์ที่จะทำหน้าที่เป็นหลักประกันทางด้านสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนบทความนี้ก็มิขอเสนอแนะให้ศาลฯ เพิ่มบทบาทของตนโดยการให้สิทธิแก่ประชาชนในการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งจะมีส่วนช่วยให้ประชาชนได้มีความรู้สึกว่าเป็นเจ้าของรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง

## Abstract

The principle of protection of human dignity is a new territory for the Thai jurists. According to the provision of the Thai Constitution, B.E. 2540, human dignity is *expressis verbis* recognized. And in section 26 is also stipulated “In exercising powers of all State organisations, regard shall be had to the human dignity, rights and liberties in accordance with the provisions of this Constitution”. It is, therefore, the inevitable duty of all State authorities to have deep insights into the issue of human dignity, rights and liberties in accordance with the provisions of this Constitution. This is a very high requirement of the present Thai Constitution.

However, in order to comply with the high requirement of the present Thai Constitution, it is the foremost duty of all Government officials in all of the State authorities to attempt to gain insight into the human dignity, rights and liberties in accordance with the provisions of this Constitution. In order to cope with this important issue, the study should begin with the concepts concerning to this issue including the history of the long struggle for human dignity, rights and liberties. According to the fact that all these concepts does have their origin abroad, so that a comparative study is unavoidable. The development of human dignity, rights and liberties among the Greeks and the

Romans as well as in the medieval of Europe and the recent developments in England, USA, France and Germany are taken into consideration. The last country stipulates since 1949 the protection of human dignity in her Constitution.

Besides the issue of the protection of human dignity, which is totally new, the human rights protection has found its place in Thai Constitution since 1932. During these decades, the concepts of human rights protection found only few reflections among the Thai lawyers in their legal argumentation, especially in the decisions of the Courts. The Abstractness of the human rights concepts is one of the causes. It is quite certain that the practitioners cannot handle with the concept of equality, when they lacks the guideline that similar things should be treated similarly and different things should be treated differently.

This research project offers, therefore, guidelines for practitioners to have some orientation when they are confronted with the facts, which may be in conflict with the human dignity, rights and liberties in accordance with the provisions of this Constitution. With these guidelines it is to hope that the State officials are better equipped to cope with the human rights problems and so consequently the betterment in human rights protection in Thailand.

Furthermore, if the Thai Constitutional Court prefers to become the guardian of freedom of the people, it is also suggested to broaden its competency and to adopt the concept of complaint of unconstitutionality as regulated in the German Constitution. Such a regulation can certainly enhance the sense of belonging among the people towards their own Constitution.

## บทสรุปสำหรับผู้บริหาร (Executive Summary)

เนื่องจากแนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตาม รัฐธรรมนูญเป็นแนวความคิดที่มีได้เกิดขึ้นมาเองในประเทศไทย หากแต่เป็นสิ่งที่ได้รับอิทธิพลมาจากต่างประเทศ เช่นเดียวกับแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญโดยรวม ดังนั้น ในการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องย้อนกลับไปศึกษาว่า แนวความคิดต่างๆ เหล่านี้มีที่มาจากอย่างไร โดยแยกพิจารณาในส่วนของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หมายถึงความมีค่าของมนุษย์แต่ละคน ทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวเองและในสถานภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ทั้งยังเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้

แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีมาตั้งแต่สมัยกรีกและโรมันแล้วโดยเริ่มจากการการเปิดกว้างทางความคิดยอมรับชาติพันธุ์อื่นๆ และการยอมรับในความเสมอภาคของมนุษย์ ซึ่งแตกต่างจากสัตว์ ตรงที่มนุษย์มีความสามารถในการใคร่ครวญเกี่ยวกับเหตุและผล ทำให้สามารถสร้างสรรค์สิ่งต่างๆ ขึ้นมาได้ด้วยตนเอง และพัฒนาตนเองขึ้นมาจนมีจิตสำนึกของตนเองและกำหนดความเป็นไปของตัวเองได้ ท่ามกลางบริบทแห่งเสรีภาพและความเป็นตัวของตัวเอง ความสามารถเหล่านี้เองที่ก่อปรกັນขึ้นเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ความเป็นมนุษย์กับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นยังต้องใช้เวลากินานกว่าจะรวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้ เพราะแม้แต่นักปรัชญาคนสำคัญของเยอรมัน ยังตั้งเป็นเงื่อนไขว่ามนุษย์จะมีศักดิ์ศรีได้ต้องมีความเป็นตัวของตัวเองเสียก่อน เงื่อนไขดังกล่าวนี้จึงกลายเป็นตัวกำหนดความเป็นบุคคล รวมทั้งสิทธิทางการเมืองของแต่ละคน ในช่วงเริ่มต้นของคริสต์ศตวรรษที่ 19 แต่ท้ายที่สุดแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติและอิทธิพลของยุคแห่งความรู้แจ้งก็สามารถผลักดันให้มีการยอมรับสถานะความเป็นบุคคลของมนุษย์ทุกคนโดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งกลายเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับวิวัฒนาการทางรัฐธรรมนูญต่อไป

สำหรับในส่วนของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นยังต้องอาศัยเวลาตลอดจนเหตุการณ์เป็นเครื่องช่วยผลักดัน กล่าวคือ การสังหารแบบล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว โดยพวกนาซีเยอรมันมีส่วนกระตุ้นให้ต้องมีการดำเนินการเกี่ยวกับประเด็นของศักดิ์ศรีของความ เป็นมนุษย์ โดยการนำมาบัญญัติคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ และได้รับความเห็นชอบอย่างเป็นทางการเห็นแตกต่าง จะมีเพียงประเด็นว่าควรจะทำอย่างไรแนวทางศาสนาไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่เท่านั้น นอกจากการตราเรื่องของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญเยอรมันยังคุ้มครองบทบัญญัติดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง โดยกำหนดมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าวไว้ด้วย ทำให้บทบัญญัตินี้กลายเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญมากที่สุดบทบัญญัติหนึ่งไปโดยปริยาย

การนำเอาการคุ้มครองเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น มิใช่เป็นเพียงการกำหนดให้เรื่องดังกล่าวเป็นกฎหมายที่เปิดโอกาสให้บุคคลสามารถเรียกร้องสิทธิของตนตามนั้นได้เท่านั้น หากแต่ยังมีความหมายของการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนอีกด้วย โดยแสดงออกให้เห็นว่า รัฐมิได้มีอยู่เพื่อตัวรัฐเอง หากแต่การมีอยู่ของรัฐนั้นเป็นผลมาจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้

หม่มมนุษย์สามารถใช้ชีวิตอยู่ภายในรัฐนั้น ๆ ได้อย่างมีศักดิ์ศรี และอย่างมั่นคงปลอดภัยนั่นเอง จากแนวความคิดดังกล่าว ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กลายเป็นตัวกำหนดแนวทางสำหรับกิจกรรมหรือการกระทำทั้งหลายของรัฐ และเป็นมาตรฐานสำหรับการจัดระเบียบเพื่อการอยู่ร่วมกันของคนในรัฐ ทั้งยังเป็นการยกระดับความทุ่มเทของรัฐเพื่อให้ได้มาซึ่งการมีชีวิตอยู่ของสมาชิกในรัฐที่จะอยู่ได้อย่างสมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือจากระดับความผูกพันทางศีลธรรมหรือทางจารีตประเพณี ขึ้นมาสู่ความผูกพันในระดับของความเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย

แม้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะมีความสำคัญดังกล่าวแล้ว แต่ความเป็นมนุษย์ก็มีได้มีเพียงด้านเดียว หากแต่มีทั้งความเป็นปัจเจกบุคคล และความผูกพันที่มีต่อประชาคม อยู่ในตัวเอง การออกกฎหมายซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินงานของรัฐของรัฐจึงต้องคำนึงถึง ทั้งตัวมนุษย์ในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคล และการที่มนุษย์ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมควบคู่กันไปเสมอ และนอกจากการแสดงออกในลักษณะของการใช้อำนาจรัฐตามที่ได้กล่าวมาแล้ว การผูกมัดอำนาจรัฐต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมรวมไปถึงการแสดงออกในลักษณะอื่นๆ ที่มีใช่เป็นการใช้อำนาจรัฐอีกด้วย เพียงแต่ต้องเป็นการดำเนินการเพื่อให้บรรลุถึงภารกิจหรือเป้าหมายของรัฐเท่านั้น เท่ากับว่า ไม่ว่าฝ่ายอำนาจรัฐจะปรากฏตัวในรูปแบบใด ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยเสมอ

สำหรับการกำหนดเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้วางแนวไว้ว่า แนวทางหนึ่งในการพิจารณาว่ามีการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ก็คือ เมื่อมีพฤติกรรมที่มนุษย์ถูกทำให้กลายเป็นวัตถุโดยฝ่ายอำนาจรัฐ เท่ากับเป็นการลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลง ย่อมถือได้ว่าการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เกิดขึ้นแล้ว แต่นอกเหนือจากนี้แล้ว การปฏิบัติต่อมนุษย์ที่ทำให้

คุณสมบัติของการเป็นผู้กระทำของมนุษย์ผู้นั้นต้องเสียไป หรือเป็นการปฏิบัติที่แสดงออกถึงการเหยียดหยามต่อคุณค่า ซึ่งคู่ควรแก่มนุษย์ผู้นั้นในฐานะของความเป็นบุคคล ก็เข้าข่ายของการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้เช่นกัน ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาบุคคลที่ได้รับผลกระทบแต่ละรายนั้นประกอบด้วยเสมอ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นั้นมุ่งคุ้มครองมิให้มีการกระทำในลักษณะที่เป็นการทำลายชื่อเสียง การเลือกปฏิบัติ การกดคนลงให้รู้สึกต่ำต้อย การตีตราบาป การตามล่า การเหยียดหยาม การตัดสิทธิอันไม่สมควร และการลงโทษอาญาที่มีลักษณะทารุณโหดร้ายจนเกินไปนั่นเอง

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายนั้น อาจกล่าวได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีฐานะเป็นหลักการสูงสุดทางรัฐธรรมนูญ และเป็นหนึ่งในบรรดาพื้นฐานที่สำคัญที่สุดของสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือเป็นที่มาของสิทธิมนุษยชน และสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายนั่นเอง นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับร่วมกันในหมู่นักวิชาการกฎหมายมหาชนของเยอรมันแล้วว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่มิมาแต่ดั้งเดิม ผู้ร่างรัฐธรรมนูญทำได้แต่เพียงรับรองความมีอยู่ของสิทธิดังกล่าว พร้อมทั้งแสดงออกให้ชัดเจนด้วยว่า สิทธิเหล่านี้ล้วนชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น การที่รัฐให้การรับรองสิทธิต่างๆ ดังที่ปรากฏในเอกสารทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรก แล้วขยายไปสู่สหรัฐอเมริกา ในรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นๆ เท่ากับเป็นการทำให้สิทธิตามธรรมชาติต่างๆ (natural rights) ซึ่งเดิมเป็นเพียงสมมุติฐานที่ตั้งขึ้นมา หรือเป็นเพียงคำประกาศ หรือข้อเรียกร้องทางปรัชญา กลายมาเป็นสิทธิตามกฎหมาย (juristic rights) ที่มีนัยสำคัญทางนิติศาสตร์ ยิ่งเมื่อสิทธิเหล่านี้ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่ในตำแหน่งบนสุดของระบบกฎหมาย ทำให้สิทธิเหล่านี้มีฐานะเป็นกรอบสำหรับการใช้อำนาจรัฐครบทุกขั้นตอน

ที่กล่าวมานี้ อาจเรียกได้ว่า เป็นแนวความคิดแบบรัฐธรรมนูญนิยม ที่เน้นสิทธิขั้นพื้นฐาน (basic-rights-constitutionalism) และเมื่อ กำหนดให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิของตนได้โดยอ้างจากรัฐธรรมนูญโดยตรง ไม่ต้องรอให้มีการนำเอามาบัญญัติเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติก่อน ก็เท่ากับเป็นการทำให้สิทธิมนุษยชนกลายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีผลต่อ ประชาชนอย่างเป็นทางการ กล่าวคือ รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพในสิทธิเหล่านี้ ในขณะที่ประชาชนก็สามารถเรียกร้องให้มีการดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิ ของตน ซึ่งหากจำเป็น ก็สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ ทำให้สิทธิต่าง ๆ เหล่านี้ มีผลในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง ในส่วนของคำบังคับ ไม่ว่าจะเป็สิทธิ ขั้นพื้นฐานที่มีที่มาจากสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีได้มีที่มาจาก สิทธิมนุษยชน เมื่อได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยกันแล้ว ต้องถือว่า มีค่าบังคับเท่ากัน เพราะต่างก็อยู่ในระบบรัฐธรรมนูญที่เป็นระบบเดียวกัน ซึ่งมีได้มีการแบ่งชั้นในระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยกันแต่อย่างใด

กว่าที่สิทธิขั้นพื้นฐานจะได้รับการยอมรับให้ได้รับการบรรจุไว้ใน รัฐธรรมนูญนั้น อาจกล่าวได้ว่าต้องผ่านกระบวนการของการต่อสู้ทางความคิด ที่ยืดเยื้อยาวนานพอสมควร แม้ว่าจะได้มีการลงพระปรมาภิไธยในเอกสาร ประวัติศาสตร์ คือ Magna Carta ในปี ค.ศ. 1215 รับรองสิทธิและ เสรีภาพแก่ฝ่ายศาสนา ขุนนางและนครลอนดอน ซึ่งเป็นกลุ่มคนในแวดวง ที่จำกัดแล้ว ยังต้องใช้เวลาพัฒนามาจนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 17 จึงได้มีการ ขยายผลออกไปสู่ชาวอังกฤษทุกคน การขยายผลดังกล่าวเป็นผลมาจาก อิทธิพลทางความคิดที่เป็นกระแสหลัก 3 กระแสด้วยกัน คือ

- 1) กระแสการปฏิรูปศาสนาคริสต์
- 2) กระแสแนวความคิดที่นำโดย Francisco de Vitoria
- 3) กระแสความคิดที่เป็นการต่อต้านฝ่ายกษัตริย์

เท่ากับว่าจาก รากฐานทางศาสนา กฎหมายธรรมชาติ ปรัชญา หลักแห่งเหตุผล แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายพื้นฐาน รวมทั้งสิทธิของ

กลุ่มต่างๆ ที่มีการสืบทอดกันมา ได้หลอมรวมกันกลายเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับพัฒนาการทางด้านสิทธิขั้นพื้นฐานในอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เมื่อพิจารณาถึงจุดนี้แล้ว จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างในแง่ของพื้นฐานกับบริบททางสังคมและการเมืองของประเทศในแถบเอเชียเป็นอย่างมาก

เหตุการณ์ที่เป็นเอกลักษณ์สำหรับการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานในอังกฤษ คือการต่อสู้แบบยืดเยื้อระหว่างเหล่าผู้พิพากษาอังกฤษกับฝ่ายกษัตริย์ ซึ่งนำไปสู่การปลดผู้พิพากษาจำนวนมาก ในการต่อสู้ครั้งนั้น ได้มีการถวายฎีกาขอพระราชทานสิทธิจากพระเจ้า Charles ที่ 1 ในปี ค.ศ. 1627 และผู้ที่เป็นเจ้าของแนวความคิดส่วนใหญ่ที่ปรากฏในฎีกาฉบับนั้น ก็คือ Sir Edward Coke ผู้ดำรงตำแหน่ง Chief Justice เหตุการณ์ในครั้งนี้เป็นการสะท้อนในอีกแง่หนึ่งถึงความเป็นปึกแผ่นของเหล่านักกฎหมายอังกฤษในการต่อสู้กับผู้ที่มีอำนาจ จนสามารถสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นมาในอังกฤษได้ เอกสารที่น่าจะถือได้ว่าเป็นที่มาที่เป็นแบบแผน (normative sources) ของสิทธิเสรีภาพ ก็คือ The Agreements of the People แห่งปี ค.ศ. 1647 ซึ่งมีลักษณะเป็นการนำเอาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่ยอมรับเอาสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาเป็นหลักการสำคัญของการปกครอง มาเรียบเรียงเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก โดยมีหลักการสำคัญ คือ มีการวางแนวความคิดเกี่ยวกับการที่พลเมืองมอบอำนาจสูงสุดของตน ให้องค์กรของพลเมืองเข้าดำเนินการแทน โดยมีข้อยกเว้นเพียง ไม่ก็เรื่องที่พลเมืองต้องดำเนินการเอง จะใช้วิธีการมอบอำนาจไม่ได้ นอกจากนี้ยังมีการจัดทำบัญชีรวบรวมสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเข้ามาไว้ด้วยกัน และกำหนดให้สิทธิเสรีภาพเหล่านี้เป็นสิ่งที่กษัตริย์และรัฐสภาต้องให้ความเคารพอีกด้วย จากพื้นฐานนี้จึงมีพัฒนาการต่อมาเป็น The Habeas Corpus Act แห่งปี ค.ศ. 1679 รวมทั้ง The Declaration of Rights แห่งปี ค.ศ. 1688 และ The Bill of Rights แห่งปี ค.ศ. 1689 ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักการต่างๆ มีลักษณะกระจัดกระจาย

กันอยู่ตามเอกสารต่าง ๆ แต่โดยรวมแล้วก็เป็นการวางพื้นฐานการปกครองของอังกฤษมาจนถึงทุกวันนี้

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่มีการนำเอาหลักการสำหรับการปกครองมารวบรวมไว้ในเอกสารฉบับเดียวกัน และมีการนำเอาสิทธิตามธรรมชาติหรือสิทธิโดยกำเนิดมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้สิทธิตามธรรมชาติหรือสิทธิโดยกำเนิดกลายเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เป็นสถาบันทางกฎหมาย (legal institutions) ที่ใช้บังคับได้จริง ดังที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ได้เคยกล่าวว่า “เราเองตระหนักดีว่า รัฐธรรมนูญตามแนวความคิดที่เหมาะสม ย่อมหมายถึงระบบแห่งหลักการทั้งหลายที่มีการก่อตั้งกันขึ้นมา เพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้ที่อยู่ภายใต้อาณัติของรัฐธรรมนูญให้มีโอกาสได้ครอบครองและชื่นชมกับสิทธิและเอกสิทธิ์ของตน อีกทั้งใช้ยันกับการละเมิดใด ๆ จากฝ่ายอำนาจรัฐอีกด้วย” อาจกล่าวได้ว่า เป็นความจำเป็นสำหรับคนอเมริกันที่ประกาศเอกราชจากอังกฤษ ที่จะต้องแสวงหาพื้นฐานแห่งความชอบธรรมสำหรับตนเองขึ้นมาใหม่ จึงมีการเชื่อมโยงแนวความคิดเดิมเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเข้ากับแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล ทำให้สิทธิตามธรรมชาติกลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายของบ้านเมืองแบบฉบับพลัน โดยไม่ต้องรอให้มีวิวัฒนาการอย่างค่อยเป็นค่อยไปเช่นในอังกฤษ

สำหรับกรณีของเยอรมันซึ่งมีวิวัฒนาการที่ค่อนข้างจะเชิงซ้ำในส่วนของการคุ้มครองสิทธิของประชาชน แต่หลังจากที่ได้รับประสบการณ์อันเจ็บปวดภายใต้รัฐบาลเผด็จการนาซี ที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทำให้เยอรมันถูกกระตุ้นโดยปริยายที่จะต้องศึกษาบทเรียนจากอดีต เพื่อเป็นแนวทางของการสร้างอนาคตต่อไปหลังสงครามโลกครั้งที่สอง การได้สรุปบทเรียนดังกล่าว ทำให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของเยอรมันกล้าที่จะนำเสนอสิ่งใหม่ ๆ นั่นคือ การนำการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกำหนดให้สิ่งที่บัญญัติไว้นั้น เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจมีการ

แก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ ได้ และยังมีการกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานผูกมัดอำนาจรัฐ ซึ่งรวมถึงฝ่ายนิติบัญญัติด้วย โดยกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ของเยอรมันกำหนดกรอบสำหรับการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ 5 ประการด้วยกัน คือ

- 1) กฎเกณฑ์ที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้จะต้องมีความชัดเจน
- 2) ห้ามวางกฎเกณฑ์ที่เห็นได้ว่าประสงค์จะใช้กับคดีใดคดีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง
- 3) กฎเกณฑ์ที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ จะต้องมีการอ้างอิงเลขมาตราของบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ที่ให้อำนาจ
- 4) ห้ามวางกฎเกณฑ์ที่เป็นการกระทบถึงส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นๆ
- 5) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุอีกด้วย

การผูกมัดฝ่ายบริหารโดยสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นเรื่องที่ยอมรับกันมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับก่อนของเยอรมันแล้วนั้น มีการแยกแยะประเภทของการดำเนินงานของฝ่ายบริหาร กล่าวคือหากเป็นการดำเนินงานที่มีลักษณะเข้าไปแทรกแซงในส่วนของความเป็นอยู่ของประชาชน การผูกมัดก็จะมีลักษณะเคร่งครัด แต่หากเป็นการดำเนินงานในลักษณะของการให้บริการแก่ประชาชนแล้ว ความเคร่งครัดของความผูกมัดดังกล่าวอาจผ่อนคลายลง นอกจากนี้แล้วยังมีประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์พิเศษระหว่างอำนาจรัฐกับกลุ่มคนกลุ่มต่างๆ ซึ่งทำให้ความผูกมัดของฝ่ายอำนาจรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของคนกลุ่มต่างๆ เหล่านี้ มีความแตกต่างไปจากกรณีของประชาชนทั่วไปได้

ความสัมพันธ์พิเศษที่อำนาจรัฐมีต่อคนกลุ่มต่างๆ อาจแยกออกได้เป็น 5 กลุ่ม คือ

- ก) ความสัมพันธ์ในระบบโรงเรียน

- ข) ความสัมพันธ์ในระบบมหาวิทยาลัย ซึ่งเน้นเสรีภาพทางวิชาการ
- ค) ความสัมพันธ์ในระบบของข้าราชการ
- ง) ความสัมพันธ์ในระบบทหารเกณฑ์และการรับใช้ชาติในรูปแบบอื่น
- จ) ความสัมพันธ์ในระบบราชทัณฑ์

ในส่วนของข้อผูกมัดของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีต่อตุลาการ ก็เป็นประเด็นที่น่าสนใจ เพราะกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ของเยอรมันคุ้มครองสิทธิการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันสามารถตรวจสอบคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้วของศาลเฉพาะทางทุกศาลได้ตามกลไกของ*การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ* ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันจึงเข้าไปมีบทบาทในการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับกระบวนการยุติธรรมได้

จะเห็นได้ว่า วิวัฒนาการของแต่ละประเทศที่นำเสนอมาในรายงานผลการวิจัยฉบับนี้ล้วนมีสิ่งที่สอดคล้องกันอยู่ประการหนึ่งก็คือ การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งที่ผูกมัดฝ่ายอำนาจรัฐ เนื่องจากสิทธิขั้นพื้นฐานล้วนได้รับการรับรองอย่างเป็นหลักเป็นฐานเป็นเอกสารของทางการdingกรณีของประเทศอังกฤษ หรือปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญdingกรณีของประเทศอื่น ๆ สำหรับกรณีของประเทศเยอรมัน จะเห็นได้ว่ามีการวางเกณฑ์ ที่ค่อนข้างจะละเอียดเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ และสามารถนำเอามาปรับใช้กับกรณีของไทยได้เป็นอย่างดี

สำหรับกรณีของประเทศไทยการรับเอาแนวความคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกำหนดให้การใช้อำนาจโดยองค์กรรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ นับได้ว่าเป็นการก้าวกระโดดสำหรับระบบรัฐธรรมนูญของไทย แต่ในขณะเดียวกันระบบกฎหมายของไทยที่มีอยู่อาจกล่าวได้ว่าไม่มีความพร้อมนักในการที่จะรองรับภารกิจอันสำคัญนี้ เนื่องจากกฎหมายไทยส่วนใหญ่มีลักษณะของการให้อำนาจแก่

เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยที่มิได้มีการกำหนดกรอบสำหรับการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจนเพียงพอ ทำให้เกิดปัญหาในการใช้กฎหมายสำหรับฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐเอง ดังกรณีที่มีการแจก สปก. 4 - 01 แก่ผู้ที่ได้ชื่อว่าเป็นเศรษฐี โดยอ้างว่ากฎหมายปฏิรูปที่ดินมิได้กำหนดว่าเกษตรกรจะต้องยากจนด้วย เป็นต้น

ปัญหาเฉพาะหน้าสำหรับวงการนิติศาสตร์ไทยจึงอยู่ที่การปฏิรูปกฎหมายให้เกิดความโปร่งใสมากขึ้น กล่าวคือ กฎหมายต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีลักษณะเหมือนกับการออกเช็คเปล่าให้เจ้าหน้าที่ไปกรอกตัวเลขเอาเองไม่ได้ กฎหมายจะต้องกำหนดรายละเอียดในแง่ของเงื่อนไขในการใช้อำนาจไว้พอสมควร หรืออย่างน้อยจะต้องมีการกำหนดกรอบของการใช้อำนาจไว้ด้วย

ในส่วนของผู้ใช้กฎหมายเองก็ควรจะต้องมีการอบรมความรู้เพิ่มเติมเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตลอดจนสิทธิขั้นพื้นฐาน เพราะการที่จะคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย ผู้มีหน้าที่ใช้กฎหมายจะต้องมีความรู้และทัศนคติที่ถูกต้องเกี่ยวกับสิ่งเหล่านี้เสียก่อน นอกจากนี้แล้วองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบในขั้นสุดท้าย คือศาลรัฐธรรมนูญเองก็ต้องเข้าใจบทบาทของตนอย่างถ่องแท้

งานวิจัยชิ้นนี้จึงนำเสนอแนวทางในการตรวจสอบว่าการใช้อำนาจขององค์กรรัฐคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนหรือไม่ เมื่อมีกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าการใช้อำนาจขององค์กรมิได้คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีแนวทางในการพิจารณาดังนี้

#### (1) พิจารณาว่าการใช้อำนาจดังกล่าวมีกฎหมายรองรับหรือไม่

หากการใช้อำนาจดังกล่าวไม่มีกฎหมายรองรับหรือเป็นการใช้อำนาจที่นอกเหนือไปจากขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ก็ต้องถือว่าเป็นการ

กระทำที่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือเป็นการกระทำที่มีขอบ ซึ่งศาลปกครองก็สามารถพิจารณาได้ แต่หากการใช้อำนาจนั้น ๆ มีกฎหมายรองรับและเป็นการใช้อำนาจภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด อาจมีปัญหาคือต่อไปได้ว่ากฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และการที่กฎหมายจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ส่วนหนึ่งมาจากการที่กฎหมายนั้น ๆ ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหมายดังกล่าวน่าจะกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสิทธิใด

(2) พิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวน่าจะกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสิทธิใด

ในการพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวน่าจะกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสิทธิใดจะต้องพิจารณาจากสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง (lex specialis) เสียก่อน โดยพิจารณาขอบเขตของแต่ละสิทธิ ว่าครอบคลุมถึงกรณีที่กำลังพิจารณานี้หรือไม่<sup>1</sup> หากไม่มีจึงพิจารณาสหิติที่มีลักษณะทั่วไป (lex generalis) เช่น มาตรา 4 ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันซึ่งบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

(3) พิจารณาหลักที่ว่า “กฎหมายคือเงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่”

ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่อาจไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ก็ได้ได้หมายความว่า จะเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้เพราะว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ เป็นสิทธิที่

<sup>1</sup> โปรดดู รายละเอียดในหัวข้อ 5.2.1

รัฐธรรมนูญเปิดช่องไว้ให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตราเป็นกฎหมายออกมาจำกัดได้ ทั้งนี้ย่อมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ หรือเป็นไปตามหลักที่ว่า “กฎหมายคือเงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่” การที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตราเป็นกฎหมายออกมาจำกัดสิทธิต่างๆ ได้นี้ อาจเป็นการเปิดช่องแบบทั่วไป หรืออาจมีลักษณะเจาะจงในส่วนของเนื้อหาหรือภายใต้เงื่อนไขพิเศษอื่นๆ ก็ได้ นอกจากนี้แล้วคำว่ากฎหมายที่จะมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นี้ หมายถึงกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาเท่านั้น และกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิของประชาชนยังจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ

(ก) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น โดยหลักแล้วจะต้องเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่ของรูปแบบ กล่าวคือ ผู้ตราจะต้องมีอำนาจที่จะตรากฎหมายได้ และมีการดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการตรากฎหมาย

(ข) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องมีความชัดเจน เพียงพอที่ประชาชนจะทราบได้ว่ากฎหมายดังกล่าวต้องการจำกัดสิทธิใด และต้องการจำกัดสิทธิดังกล่าวเพียงใด

(ค) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ซึ่งวางกรอบไว้ดังนี้

1) ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

2) ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น

3) ต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน เท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

(ง) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้คือ

(1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม

(2) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความเหมาะสม กล่าวคือสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ได้

(3) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความจำเป็น กล่าวคือไม่มีการจำกัดใดที่อ่อน กว่านั้นให้เลือกอีกแล้ว

(4) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ หรือพอจะคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าผู้ถูกจำกัดสิทธินั้นสามารถรับสภาพได้ และหากดำเนินการแล้วก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี ก็อาจกล่าวได้เลยว่าการดำเนินการนั้น ๆ ขัดต่อหลักนี้

ขั้นตอนการพิจารณาที่กล่าวมาเป็นลำดับนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นลำดับขั้นตอนสำหรับการตรวจสอบที่ทำให้การตรวจสอบมีความเป็นระบบมากขึ้น และเป็นการง่ายสำหรับผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบนั่นเองด้วยว่า ได้ดำเนินการพิจารณาครบถ้วนตามประเด็นต่าง ๆ ที่ต้องตรวจสอบแล้ว หรือไม่

แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะกำหนดไว้ในมาตรา 264 ว่าในการที่ศาลยุติธรรมจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้ศาลยุติธรรมรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้เป็นการชั่วคราวและส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย แต่หากศาลยุติธรรมไม่ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ก็มิได้มีบทบัญญัติใดกำหนดไว้เป็นการชัดเจนว่า ผลจะเป็นเช่นไร จึงเห็นได้ว่า คดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชนอาจไม่ถึงศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ ฉะนั้นหากศาลรัฐธรรมนูญของไทยประสงค์จะทำหน้าที่เป็นหลักประกันทางด้านสิทธิขั้นพื้นฐานของชนชาวไทยอย่างแท้จริง ศาลฯ ก็คงจะต้องพิจารณาบทบาทในส่วนนี้ให้เพิ่มเติม เสริมขึ้นจากอำนาจหน้าที่ที่ศาลฯ มีอยู่เดิม โดยการเพิ่มอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้สามารถพิจารณาวินิจฉัย

คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญทำนองเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ซึ่งในที่สุดอาจต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนนี้ การที่สังคมไทยได้มีประสบการณ์ทำนองลองผิดลองถูก ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยผ่านเหตุการณ์ที่นับได้ว่า เป็นการสั่งสมประสบการณ์อันหาค่ามิได้ ทั้งเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 เหตุการณ์ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 รวมทั้งเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ พ.ศ. 2535 นับได้ว่าเป็นการให้บทเรียนที่นำไปสู่การพัฒนาเชิงคุณภาพ แก่สังคม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ประสบการณ์เหล่านี้ได้กลายมาเป็นพื้นฐานสำคัญที่นำมาสู่การปฏิรูปการเมืองในที่สุดและจากประสบการณ์ต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมานั้น สังคมไทยก็นับได้ว่ามีการพัฒนาการแบบก้าวกระโดดที่ส่งผลมาเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ก็ได้ยกระดับมาตรฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของ การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ให้เข้าสู่ระดับมาตรฐานสากลได้ในที่สุด การได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ นับได้ว่าเป็นก้าวหนึ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาประชาธิปไตย แต่ก้าวถัดไปจากนี้ก็ยังมีความสำคัญมากกว่า คือการที่จะต้องทำความเข้าใจในสิ่งที่ได้มาแล้ว และนำมาใช้ให้เกิดผลเต็มตามศักยภาพของรัฐธรรมนูญต่อไป เพื่อให้รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนนี้เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนอย่างแท้จริงนั่นเอง



## ส่วนที่หนึ่ง

---

องค์ความรู้โดยย่อเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็น  
มนุษย์ และสิทธิ เสรีภาพต่าง ๆ



## บทนำ

---

อาจกล่าวได้ว่าทั้งกรณีของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 4 และกรณีของการที่มาตรา 26 กำหนดว่า “การใช้ อำนาจขององค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” ล้วนเป็นเรื่องใหม่ ที่เพิ่งได้ รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทยเป็นฉบับแรก จึงนับ ได้ว่าเป็นเรื่องใหม่สำหรับข้าราชการและบุคลากรในองค์กรต่างๆ ของรัฐ ด้วยเช่นเดียวกัน

โดยเหตุที่ประเด็นทั้งสองเป็นเรื่องใหม่ อีกทั้งยังมีที่มา จาก แนวความคิดทางกฎหมายของต่างประเทศ จึงเป็นปัญหาสำหรับ ข้าราชการและบุคลากรในองค์กรต่างๆ ของรัฐที่จะต้องทำความเข้าใจทั้ง สองเรื่อง พร้อมๆ กันไปว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” รวมทั้ง “สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” จะกินความเพียงใด และการใช้อำนาจของ องค์กรของรัฐจะต้องดำเนินไปในลักษณะใด จึงจะกล่าวได้ว่า ได้มีการ ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแล้ว

การทำวิจัยในเรื่องดังกล่าวนี้ จะช่วยให้ได้ทราบว่าเป็นประเทศที่ เรียกได้ว่าเป็นต้นตำรับของแนวความคิดดังกล่าว มีแนวความคิดและ แนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้อย่างไร ซึ่งจะช่วยสร้างความกระจ่างสำหรับ ข้าราชการและบุคลากรในองค์กรต่างๆ ของรัฐ ในส่วนของเนื้อหาของ ศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และจะได้มี แนวทางในการปฏิบัติเมื่อต้องเผชิญกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว

## บทที่ 1

### ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

---

#### 1.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวง

เป็นคำกล่าวที่ไม่เกินความเป็นจริง ที่ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวง ทั้งนี้ เป็นวิวัฒนาการที่ดำเนินมาตามขั้นตอนของประวัติศาสตร์ และเนื่องจากวิวัฒนาการดังกล่าวนี้มิได้เกิดขึ้นในประเทศไทย หากแต่เกิดขึ้นในประเทศแถบยุโรป และอเมริกาด้วยเหตุนี้เอง จึงเป็นความจำเป็นที่จะต้องศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับวิวัฒนาการเหล่านี้เสียก่อน การศึกษาดังกล่าวจะทำให้ทราบถึงความสำคัญของถ้อยคำๆ นี้ อันจะทำให้สามารถกำหนดสถานภาพและความสำคัญของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ในบริบทของระบบกฎหมายไทยเราต่อไป

#### 1.2 มนุษย์กับ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง *ความมีค่าของมนุษย์แต่ละคน ทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวของผู้คนนั้นเองและในสถานะภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย* ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้ การที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้กลายมาเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคน

อันไม่อาจจะพรากเสียได้นี้ ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้กลายมาเป็นความหมายจำเพาะและเป็นตัวกำหนดความหมายของความเป็นมนุษย์ไปโดยปริยาย<sup>1</sup> ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคน โดยไม่คำนึงถึงเพศ วัย สีผิว สัญชาติ หรือศาสนา นอกจากนี้แล้ว เมื่อพูดถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว จะต้องไม่คำนึงถึงความสามารถทางสติปัญญาในการรับรู้สิ่งต่างๆ ของผู้นั้นด้วย เรียกได้ว่าเพียงความเป็นมนุษย์เท่านั้นที่เป็นเงื่อนไขที่นำไปสู่ความมีศักดิ์ศรีดังกล่าว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนดังกล่าวนี้ จึงถือได้ว่าได้กลายมาเป็นแก่นสารสำคัญตามธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ไปแล้วอย่างปฏิเสธไม่ได้<sup>2</sup> และเมื่อเป็นเช่นนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจถูกพรากหรือทำให้สูญเสียไปด้วยวิธีการใดๆ ได้

### 1.3 แนวความคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

#### 1.3.1 แนวความคิดในสมัยกลางของอิตาลี

แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิใช่เรื่องใหม่มีการกล่าวถึงกันมาตั้งแต่สมัยกรีกและโรมันแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในแง่ที่จะตั้งเป็นข้อเรียกร้องถึงระดับที่ว่าเป็นสิทธิอันแต่ละต้องไม่ได้นั้น อาจกล่าวได้ว่า ยังไม่เป็นที่รู้จักกันในสมัยนั้น แม้แต่แนวความคิดของพวก Stoic ในสมัยโรมัน ซึ่งกล่าวถึงความเสมอภาคของมนุษย์ และมีการเปิดกว้างทางความคิดที่ยอมรับชาติพันธุ์อื่น ๆ แต่แนวความคิดดังกล่าวก็เป็นเพียงแนวความคิดในเชิงจริยธรรมทางสังคม มิใช่เป็นข้อเรียกร้องทางการเมืองหรือเศรษฐศาสตร์ดังเช่นที่มีการคิดคำนึงกันในปัจจุบันแต่อย่างใด<sup>3</sup> ในสมัย

<sup>1</sup> โปรตดู K. Kübler, Über Wesen und Begriff der Grundrechte, Diss. Tübingen 1965, S.90.

<sup>2</sup> โปรตดู E. Benda, Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S.111.

<sup>3</sup> โปรตดู G. Oestreich, Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Bettermann/ Neumann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd.I, 1.Halbbd., 1966, S.13.

กลางของยุโรปซึ่งแนวความคิดทั้งหลายถูกรอรับด้วยความเชื่อทางศาสนา นักบุญโทมัส อีควินัส ซึ่งเป็นนักปราชญ์ที่มีชื่อเสียงในสมัยนั้นได้เริ่มใช้คำว่า dignitas humana ซึ่งความหมายก็คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั่นเอง ในช่วงปลายของยุคกลางซึ่งมีการค้นพบอารยธรรมเก่าสมัยกรีกและโรมัน และมีการศึกษาสิ่งที่มีการค้นพบกันอย่างจริงจังจนได้ชื่อว่าเป็นยุคแห่งการฟื้นฟู หรือการเกิดใหม่ของอารยธรรมโบราณดังกล่าว ได้มีนักมนุษยนิยมชาวอิตาลีคนหนึ่งชื่อว่า Giovanni Pico Count of Mirandola and Concordia (1463-1494) ที่ให้ความสนใจกับแนวความคิดทางด้านนี้ โดยเริ่มต้นจากคำถามที่ว่ามนุษย์ต่างจากสัตว์อย่างไร หลังจากที่ได้พิจารณาในแง่มุมต่าง ๆ แล้ว จึงได้ข้อสรุปเป็นแนวความคิดที่ว่า มนุษย์ต่างจากสัตว์ตรงที่มนุษย์มีความสามารถในการใคร่ครวญเกี่ยวกับเหตุและผลได้ ซึ่งเป็นการสะท้อนแนวความคิดที่มีมาแต่สมัยโรมันของ Cicero<sup>4</sup> และจากจุดนี้เองที่ Pico ได้พัฒนาความคิดต่อไปว่า ความสามารถในการใคร่ครวญเกี่ยวกับเหตุและผลได้นี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของมนุษย์โดยแท้ และทำให้มนุษย์สามารถสร้างสรรค์สิ่งต่าง ๆ ขึ้นมาได้ด้วยตนเอง *ความสามารถดังกล่าวนี้ทำให้มนุษย์สามารถพัฒนาตนเองขึ้นมา ในบริบทที่เปี่ยมไปด้วยเสรีภาพ บนพื้นฐานของความเป็นตัวของตัวเองจนสำเร็จได้* ความสามารถเหล่านี้เองที่ประกอบกันขึ้นมาเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (hominis dignitas) การคิดค้นดังกล่าวนี้ นักประวัติศาสตร์ระดับปรมาจารย์ชาวสวิสถึงกับกล่าวว่า “เป็นมรดกที่มีค่าที่สุดชิ้นหนึ่งที่ตกทอดมาสู่มวลมนุษยชาติจากอารยธรรมช่วงนั้น”<sup>5</sup>

ความสามารถในการใช้เหตุผลและความคิดนี้เองที่ทำให้มนุษย์สามารถยกฐานะของตนให้ต่างจากสัตว์อื่น ๆ ได้ ถึงแม้ว่าวิวัฒนาการในทางชีววิทยาจะมีได้มีความแตกต่างจากสัตว์อื่น ๆ ก็ตาม และจากสติปัญญา

<sup>4</sup> โปรดดู F. Flückiger, Geschichte des Naturrechts I, Zürich 1954, S.221.

<sup>5</sup> โปรดดู J. Burckhardt, Die Cultur der Renaissance in Italien, 2. Aufl. 1869, S.282.

ของมนุษย์นี้เองที่ทำให้มนุษย์ “มีจิตสำนึกของตนเอง ทำให้สามารถกำหนดความเป็นไปของตัวเองได้ และสามารถสร้างสรรค์ตัวเองและสรรค์สร้างสิ่งแวดล้อมรอบตัวได้ในที่สุด”<sup>6</sup>

### 1.3.2 แนวความคิดของเยอรมัน

เป็นที่น่าสนใจว่า ในขณะที่นักคิดในยุคใหม่ของชาติอื่น ๆ ให้ความสำคัญกับเรื่องของสิทธิเสรีภาพ แต่กลับมองข้ามประเด็นที่มีความลึกซึ้งยิ่งไปกว่านั้น คือ ประเด็นเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จนกระทั่งได้มีนักคิดชาวเยอรมันบางท่าน เช่น Samuel Pufendorf ได้จุดประกายทางความคิดเกี่ยวกับประเด็นนี้ขึ้นมา แต่อย่างไรก็ตามก็ต้องยอมรับว่าแม้จะมีนักคิดเยอรมันหลายท่านได้ชื่อว่าเป็นผู้บุกเบิกทางความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ แต่เหตุการณ์ในยุคที่เยอรมันอยู่ภายใต้ระบอบการปกครองแบบเผด็จการของ Hitler ซึ่งได้ก่ออาชญากรรมต่อชนชาวยิว โดยต้องการฆ่าแบบล้างเผ่าพันธุ์กันทีเดียว ทำให้นักกฎหมายเยอรมันต้องตั้งคำถามกับตนเองว่าเกิดอะไรขึ้นในช่วงนั้น จนเป็นที่มาของการบัญญัติการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นประเทศแรก และบทบัญญัติดังกล่าวในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 นั้น ก็มักจะมีผู้กล่าวอ้างอยู่เสมอว่ามีพื้นฐานมาจากแนวความคิดของ Immanuel Kant แต่ก็ยังมีนักกฎหมายชื่อดังบางท่านเช่นกัน ที่อ้างว่า บทบัญญัติดังกล่าว น่าจะมีพื้นฐานมาจากความเชื่อในทางศาสนาของคริสตศาสนิกชน ซึ่งแนวความคิดทั้งสองแนวทางดังกล่าวนี้นี้คงต้องนำมาศึกษาในรายละเอียดต่อไปว่า มีความน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด

#### 1.3.2.1 แนวทางที่เชื่อกันว่าเป็นที่มาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายพื้นฐาน(รัฐธรรมนูญ)ของเยอรมัน

##### (ก) แนวความคิดของ Immanuel Kant

<sup>6</sup> โปรดดู G. Pico, Ausgewählte Schriften, 1905, S.161f.,อ้างจาก K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1,1988, S.7.

สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเยอรมันนั้น นอกจาก Pufendorf<sup>7</sup> ซึ่งเป็นนักวิชาการชาวเยอรมันรุ่นแรก ๆ ที่เน้นเป็นอย่างมากถึงความเชื่อมโยงทางจารีตประเพณีระหว่างเสรีภาพกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แล้ว นักปราชญ์ชาวเยอรมันที่เดินรอยตาม Pufendorf ในการศึกษาถึงพื้นฐานสำคัญสำหรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยโยงไปถึงลักษณะตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีความสามารถในการใช้เหตุผล ก็คือ Immanuel Kant

สำหรับนักปราชญ์ท่านนี้ เกณฑ์สำคัญที่จะนำมาพิจารณาก็คือ “ความเป็นตัวของตัวเองตามจารีตประเพณี” กล่าวคือ การที่มนุษย์เราสามารถมีความเป็นตัวของตัวเองได้ตามจารีตประเพณี ย่อมเป็นที่มาของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และของผู้ที่ก่อปรด้วยเหตุผลใด ๆ<sup>8</sup> แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า ศูนย์กลางความสนใจของ Kant นั้นมิได้อยู่ที่ประเด็นของศักดิ์ศรีโดยตรง คำว่าศักดิ์ศรีจะปรากฏให้เห็นในงานเขียนของ Kant เป็นครั้งคราว และมีลักษณะเป็นตัวประกอบเมื่อกล่าวถึงประเด็นอื่นๆ เท่านั้น

แนวความคิดของ Kant เริ่มต้นจากความคิดคำนึงของตนเองตามเหตุผลง่าย ๆ ว่า “มนุษย์นั้น...มีอยู่ (exist) โดยมีวัตถุประสงค์ในตัวเอง มิใช่มีอยู่เพื่อเป็นเครื่องมือของเจตจำนงอื่นใด การกระทำใดๆ ก็ตามของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อตนเองหรือต่อผู้อื่นซึ่งเป็นผู้ที่มีเหตุมีผลเช่นกัน ก็จะต้องพิจารณาว่า ย่อมก่อปรด้วยวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน”<sup>9</sup> บนพื้นฐานของความคิดคำนึงดังกล่าว จึงเป็นที่มาของกฎเหล็กของ Kant ว่าด้วยโอองการ หรือบทบัญญัติที่มีลักษณะเบ็ดเสร็จ (categorical imperative) ซึ่งแปลงมาเป็น โอองการเชิงปฏิบัติ

<sup>7</sup> ไพรคดู H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962, S. 141f.

<sup>8</sup> *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl. 1786 ( Werke, hrsg. Von E. Cassirer, Bd. IV, 1922), S. 294.

<sup>9</sup> AaO., S. 286.

(practical imperative) ว่า “จงปฏิบัติต่อมนุษย์ชาติ ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติต่อตัวเจ้าเองหรือต่อบุคคลอื่น และไม่ว่าเวลาใด ในฐานะที่ผู้นั้นมีวัตถุประสงค์ในตัวเอง มิใช่ทำให้ผู้มันกลายเป็นเพียงเครื่องมือสำหรับวัตถุประสงค์อื่น ๆ ไป”<sup>10</sup>

สิ่งที่น่าสนใจก็คือ สำหรับ Kant แล้วเชื่อว่ามนุษย์ทุกคนจะมีศักดิ์ศรีได้โดยไม่มีเงื่อนไข หากแต่การที่จะมีศักดิ์ศรีได้นั้น จะต้องบรรลุเงื่อนไขเสียก่อน และ “เงื่อนไขดังกล่าวนี้ก็คือ จะต้องเป็นผู้ที่มีวัตถุประสงค์ในตัวเองให้ได้เสียก่อนนั่นเอง”<sup>11</sup> แนวความคิดดังกล่าวนี้ฟังดูแล้ว จะมีแนวโน้มออกไปทางระบบศีลธรรม และเป็นคำสอนเกี่ยวกับหน้าที่ของบุคคลที่ค่อนข้างจะเคร่งครัดเกินไปเสียด้วย ด้วยเหตุนี้เอง ทำให้ Prof.Dr.Klaus Stern กล่าวว่า แนวความคิดของ Kant จึงมักจะถูกมองข้ามจากบรรดานักกฎหมายที่ศึกษาเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>12</sup> เนื่องจากตามแนวความคิดของ Kant นั้น การที่จะมีศักดิ์ศรีได้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขบางประการในแง่ของเหตุผลและศีลธรรมเสียก่อน ฉะนั้นตามแนวความคิดนี้ จึงมิได้หมายความว่ามนุษย์ทุกคนจะมีศักดิ์ศรี โดยสาเหตุเพียงแค่อเกิดเป็นคนเท่านั้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติและพฤติกรรมของผู้มันเลย ด้วยเหตุนี้เองจึงสามารถสรุปได้ว่า โดยหลักแล้วศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามแนวความคิดของ Kant ดังกล่าว มิได้มีไว้สำหรับมนุษย์แต่ละคน หากแต่มีไว้สำหรับมนุษยชาติเท่านั้น<sup>13</sup>

แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของ Kant ซึ่งมีฐานมาจากศีลธรรมและคำสอนเกี่ยวกับหน้าที่ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงเป็นที่ยอมรับในหมู่นักนิติศาสตร์เยอรมันว่า มิได้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามความหมายของกฎหมาย

<sup>10</sup> AaO., S. 287.

<sup>11</sup> AaO., S. 293.

<sup>12</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S.8.

<sup>13</sup> โปรดดู เชิงอรธที่ 6, S.293.

พื้นฐานของเยอรมันมาตรา 1 อนุมาตรา 1 เนื่องจากคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันมาตรา 1 อนุมาตรา 1 นั้น มิได้มีการกำหนดเงื่อนไขในแง่ของศีลธรรมและหน้าที่ไว้แต่อย่างใด อีกทั้งแนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ยังมีการฟุ้งประเด็นของการคุ้มครองมนุษย์ให้พ้นจากความขาดแคลนปัจจัยที่ถือว่าเป็นพื้นฐานขั้นต่ำสำหรับการดำรงชีพอีกด้วย ซึ่งแนวความคิดทำนองนี้อาจกล่าวได้ว่าไม่มีความเป็น Kant เลยก็ว่าได้ นอกจากนี้แล้ว ก็คงจะถือไม่ได้เช่นกันว่าแนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของ Kant ซึ่งเรียกร้องเงื่อนไขทางด้านศีลธรรมและหน้าที่ดังที่ได้กล่าวมานี้ จะเป็นที่มาของสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ที่ได้มีการพัฒนาขึ้นมาในกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน แต่ในที่นี้ก็ต้องเป็นที่เข้าใจให้ตรงกันว่า ตามความเป็นจริงแล้ว แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ย่อมเป็นพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

#### (ข) ความเชื่อในทางศาสนาของคริสตศาสนิกชน

ตามความเชื่อทางศาสนาคริสต์นั้น มีคำสอนทางเทววิทยาเกี่ยวกับ imago dei ที่ว่าพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้าของสร้างมนุษย์ขึ้นมาให้มีรูปลักษณะที่เหมือนกับพระองค์เอง จากพื้นฐานความเชื่อดังกล่าวนี้ ทำให้ความเป็นมนุษย์มีคุณค่าในตัวเอง ที่เหนือกว่าสิ่งอื่นใดที่พระเจ้าเป็นเจ้าของสร้างขึ้นมามนุษย์จึงเป็นเสมือนสิ่งมีค่าจากสวรรค์ที่ก่อปรด้วยจิตวิญญาณอันเปี่ยมด้วยเหตุผลและมีเจตจำนงอันเป็นเสรี ซึ่งทำให้มนุษย์กลายเป็นนายแห่งสิ่งสร้างสรรค์ทั้งหลายของพระเจ้าเป็นเจ้าอันมองเห็นด้วยตาได้ และจากพื้นฐานดังกล่าวนี้เองที่ทำให้นำมาสู่ข้อสรุปว่า เป็นที่มาของการยอมรับในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ชน

จุดอ่อนของการให้เหตุผลดังที่กล่าวมานี้ อาจพิจารณาได้จากประเด็นที่ว่า ความเชื่อทางศาสนาคริสต์นั้น มิใช่สิ่งที่เป็น

ที่ยึดถือกันโดยทั่วไปในสังคมกฎหมายในปัจจุบันอีกต่อไปแล้ว การที่จะให้ความสำคัญกับความเชื่อดังกล่าวว่ามีฐานะเป็นความจริงอันไม่อาจโต้แย้งได้แล้ว ย่อมนำไปสู่ปัญหาความยอมรับของคนทั่วไปในสังคม ซึ่งอาจจะมิได้มีส่วนร่วมในความเชื่อดังกล่าวด้วย ในหมู่นักวิชาการส่วนหนึ่งของเยอรมันจึงมีความเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะนำเอาความเชื่อของคนบางกลุ่มมาเป็นพื้นฐานสำหรับสิ่งที่ควรจะมีลักษณะสากล<sup>14</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเมื่อกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันเองก็ใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะกลางๆ ที่ทุกฝ่ายต่างก็ยอมรับได้อยู่แล้ว

### 1.3.2.2 เหตุและผลของการที่ต้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

#### (ก) ธรรมชาติของมนุษย์และภารกิจของรัฐ

เป็นที่ยอมรับกันมาตั้งแต่สมัยกรีกแล้วว่า มนุษย์มิได้อยู่คนเดียว แต่เป็นเรื่องปกติธรรมดาที่มนุษย์จะอยู่ร่วมกันเป็นประชาคม จากคำกล่าวสมัย Aristotle ที่ว่า “zoon politikon” หรือ “animal soziale” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในปัจจุบันนี้ การดำรงชีวิตของมนุษย์แต่ละคนมีความจำเป็นต้องพึ่งพาผู้อื่นเป็นอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่า การอยู่อย่างไม่ต้องพึ่งพาผู้ใดในสมัยปัจจุบันนี้เป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้เลยก็ว่าได้ ฉะนั้น จึงอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ความเป็นปัจเจกบุคคลในปัจจุบัน มีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับความจำเป็นของมนุษย์ที่ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคม อย่างแยกไม่ออก ในประเด็นนี้ Pufendorf เคยใช้คำว่า “socialitas” ซึ่งหมายถึง “ธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคม” นั่นเอง ธรรมชาติดังกล่าวนี้ เรียกได้ว่าเป็นหัวใจของความเป็นมนุษย์ เนื่องจากด้วยธรรมชาติดังกล่าวนี้เอง ที่ทำให้ความเป็นมนุษย์พัฒนาตนเองอย่างมีเอกลักษณ์และบรรลุถึงเป้าหมายที่พึงปรารถนาได้ และด้วยการที่ได้อยู่ท่ามกลางเพื่อนมนุษย์ด้วยกันนี้เท่านั้นที่ทำให้มนุษย์ได้มาซึ่ง

<sup>14</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 10 mwN.

ศักดิ์ศรีที่แท้จริง (dignatio nominis humani)<sup>15</sup> ความสามารถในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์นี้ อาจเป็นเงื่อนไขสำหรับสภาพทางร่างกายและจิตใจของมนุษย์ กระนั้นก็ตาม ยังมีได้หมายความว่า จะนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่า เมื่อเป็นมนุษย์แล้วจำเป็นจะต้องอยู่ร่วมกันเสมอไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากจะเน้นความเป็นหนึ่งเดียวของมนุษย์แต่ละคน

แต่อย่างไรก็ตาม การอยู่ร่วมกันเป็นประชาคมไม่ว่าจะเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ หากอยู่ภายใต้ร่มธงของรัฐแล้วย่อมมีบทบาทเสริมหรือหนุนช่วยบทบาทของรัฐเท่านั้น และเพื่อให้การอยู่ร่วมกันภายใต้ร่มธงของรัฐยังคงดำรงอยู่ต่อไปได้ อาจมีความจำเป็นอยู่บ้างที่ต้องมีการ “จำกัด” หรือก้ำกวดเข้าไปในเสรีภาพต่าง ๆ ซึ่งมีที่มาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้บ้าง แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใด ข้ออ้างดังกล่าวข้างต้นก็ไม่มีน้ำหนักพอที่จะ “ก้ำกวด” เสรีภาพเหล่านี้ได้อย่างสิ้นเชิงได้ มิฉะนั้นแล้วก็คงจะเป็นการกระทำที่ผิดวัตถุประสงค์ของการมีรัฐขึ้นมา และจะกลายเป็นว่ามนุษย์ทั้งหลายถูกช่วงชิงในส่วนที่เป็นส่วนหนึ่งของความเป็นหนึ่งเดียวของมนุษย์แต่ละคนไป ความเข้าใจในส่วนนี้จะช่วยให้สามารถทำความเข้าใจความหมายของการที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่แต่ละคนไม่ได้ตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน ได้ดียิ่งขึ้น

หากองค์กรที่ทำหน้าที่รักษากฎเกณฑ์สำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ลิดรอนสิทธิของสมาชิกแม้เพียงคนเดียว ในส่วนที่เป็นธรรมชาติของมนุษย์ กฎเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่อาจจะได้ชื่อว่า เป็นกฎเกณฑ์แห่งการอยู่ร่วมกันฉันมนุษย์อีกต่อไป หากแต่เป็นการล่วงละเมิดต่อความเป็นมนุษย์ ที่ผู้หนึ่งก็มีอยู่เช่นกัน ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมไม่อาจที่จะอ้างความชอบธรรมใดๆ จากธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ได้อีกต่อไป ด้วยเหตุนี้เอง มาตรา 1 อนุมาตรา 1 ประโยคที่สอง

<sup>15</sup> โปรดดู H. Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, 1972, S.93.

ของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน จึงกำหนดให้เป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐทั้งหลายที่จะต้อง “เคารพ” ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และกำหนดเป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐที่จะต้องมีหน้าที่ในการ “คุ้มครอง” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังกล่าวนี้ด้วย

(ข) ความเป็นปัจเจกบุคคลในฐานะที่เป็นเงื่อนไขของสิทธิต่าง ๆ

สถานะพิเศษของความเป็นมนุษย์ดังที่ได้มีการกล่าวถึงข้างต้นมาโดยตลอดแล้วนั้น ตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันแล้วเป็นสถานะที่ตกแก่มนุษย์ที่มีเนื้อหนังแต่ละคน โดยแท้มิใช่ตกแก่ความเป็นนามธรรมใดๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของส่วนรวมหรือประชาคมใดๆ ของมนุษย์ หรือแม้กระทั่งมนุษยชาติ หรือกล่าวได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะต้องมีผู้ถือที่เป็นรูปธรรม

ฉะนั้นการที่มีผู้เสนอว่า ควรจะขยายการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกไปสู่มนุษย์รุ่นต่อ ๆ ไป ซึ่งเป็นประเด็นที่มีการยกกันขึ้นมาเมื่อมีการอภิปรายกันในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่สามารถคัดและเพาะพันธุ์มนุษย์ในหลอดแก้วหรือกระทั่งเทคโนโลยีทางพันธุกรรมที่สามารถที่จะตัดแต่งพันธุกรรมของมนุษย์ได้<sup>16</sup> ข้อเสนอเหล่านี้อาจจัดเข้าอยู่ในจำพวกเดียวกันกับข้อเสนอที่ให้รวมเอาสิ่งแวดล้อม สภาพธรรมชาติ สัตว์ต่างๆ หรือสิ่งอื่นๆ เข้ามาอยู่ภายใต้ร่มของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ด้วย ซึ่งเมื่อฟังดูแล้ว ในเบื้องต้นอาจชวนให้คล้อยตาม แต่เมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วจะพบว่าน่าจะมีปัญหาเพราะวัตถุประสงค์ของผู้ที่ร่วมยกร่างกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันได้มีการบันทึกไว้อย่างชัดเจนว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของมนุษย์แต่ละคนเท่านั้นที่สมควรจะได้รับความคุ้มครอง<sup>17</sup>

<sup>16</sup> โปรดดู I. v. Münch, GG-Kommentar, Bd.1, 3. Aufl. 1985, Art. 1 Rdnr. 8.

<sup>17</sup> โปรดดู Sten. Ber. der 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates vom 23. 9. 1948, S. 16.

การพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังกล่าวข้างต้น ได้แสดงออกให้เห็นอย่างชัดเจนโดยผู้ร่างว่าเป็นการพิจารณาแบบปัจเจกชนนิยม แต่กระนั้นก็ตามก็มีผู้ที่พยายามที่จะโจมตีแนวความคิดดังกล่าวมาโดยตลอด แม้ว่าเยอรมันจะได้ผ่านเหตุการณ์สมัย Hitler มาได้ไม่นานนักก็ตาม การพยายามที่จะยึดยึดคคุณค่า ที่ดูจะมีฐานะสูงกว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิ่งที่เป็นนามธรรมอื่นๆ เข้ามาผสมโรงด้วย ท้ายที่สุดก็คงจะหนีไม่พ้นที่จะทำให้การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กลายเป็นเรื่องกลวงๆ ไปในที่สุด เนื่องจากมนุษย์แต่ละคนจะถูกบดบังจากสิ่งแปลกปลอมที่ยิ่งใหญ่เหล่านั้นนั่นเอง การหยิบยกเอาวัตถุสิ่งของ หรือ “สิ่ง” อื่นๆ ก็ตามที่ ให้ขึ้นมาเป็นผู้ทรงสิทธินั้น นักกฎหมายคนสำคัญท่านหนึ่งของเยอรมัน ได้กล่าวเตือนไว้ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1956 แล้วว่า ทำให้นึกถึงเหตุการณ์ในสมัยที่เยอรมันอยู่ภายใต้การปกครองของ Hitler ที่มีการออกกฎหมายกำหนดให้ “ที่ดิน” มีฐานะสูงกว่า “เจ้าของที่ดิน” และได้สรุปว่า ไม่ว่าที่ใดก็ตามที่เริ่มมีการพรากความเป็นผู้ทรงสิทธิออกจากตัวมนุษย์ เท่ากับว่าที่นั้นได้เริ่มเข้าสู่ยุคแห่งความเสื่อมถอยของระบบกฎหมายแล้ว<sup>18</sup>

ลักษณะของความเป็นปัจเจกชนนิยม ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์นี้ เริ่มสะท้อนให้เห็นในดับทกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับ ตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 16 แล้ว ก้าวแรกของกฎหมายที่ดำเนินมาในทิศทางดังกล่าวก็คือ การรับรองความสามารถทางกฎหมายของปัจเจกบุคคลหรือความเป็นบุคคลของมนุษย์แต่ละคนตามกฎหมายแพ่งจากที่ก่อนหน้านี้ในแว่นแคว้นของชนเผ่าเยอรมัน ยังมีแนวความคิดว่ามนุษย์เป็นเพียงส่วนหนึ่งของประชาคมที่ตนดำรงชีวิตอยู่ จะมีสิทธิและหน้าที่เพียงใดก็ต้องเป็นไปตามที่ประชาคมจะมอบหมายให้ เรียกได้ว่า

<sup>18</sup> ไปรอดู G. Dürig, Der Grundsatz von der Menschenwürde, in: AüR Bd. 81 (1956), S. 127ff.

กลุ่มต้องมาก่อน บ้างแจกบุคคลเป็นเรื่องรอง การยอมรับในความเป็นปัจเจกบุคคลในฐานะที่เป็นจุดเริ่มต้นแห่งสิทธิและหน้าที่นั้น นับได้ว่าเป็นขั้นตอนของพัฒนาการที่สูงขึ้นไปอีกขั้นหนึ่งของวัฒนธรรมทางกฎหมาย และจากพัฒนาการดังกล่าวนี้เองจึงได้ทำให้คำว่า บุคคลหรือสิ่งที่เป็นส่วนบุคคล หรือบุคลิกภาพซึ่งติดตัวอยู่กับมนุษย์แต่ละคนนั้น มีบทบาทที่มีความสำคัญมากขึ้น จนบางครั้งถูกนำมาใช้เป็นเนื้อหาในการอธิบายเกี่ยวกับสาระสำคัญ คุณค่า และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เลยทีเดียว<sup>19</sup>

แต่อย่างไรก็ตามในฐานะนักกฎหมายจำเป็นจะต้องถือตามคำนิยามของกฎหมายซึ่งกำหนดไว้แล้วว่าบุคคล คืออะไร ในประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งแคว้นปรัสเซีย ปี ค.ศ. 1794 มาตรา 1/1 ได้มีการกำหนดว่า “มนุษย์คนใด หากเป็นผู้ที่มีสิทธิบางประการในสังคม กระฎุมพีแล้ว ย่อมเรียกได้ว่าเป็นบุคคลได้” บทบัญญัติดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่าความเป็น “มนุษย์” กับความเป็น “บุคคล” ในสมัยนั้น ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน กล่าวคือ มิใช่มนุษย์ทุกคน และไม่เพียงแต่มนุษย์เท่านั้นที่จะเป็นบุคคลได้ ความเป็น “บุคคล” จึงมิใช่สิ่งที่จะให้แก่ใครก็ได้ โดยไม่มีเงื่อนไข หากแต่มนุษย์ผู้นั้นจะต้องมีสิทธิบางประการเสียก่อน แสดงว่า ในสมัยนั้นต้องมีพัฒนาการบางอย่างเสียก่อน จึงจะยอมให้สิทธิแก่มนุษย์ได้

ปัญหาดังกล่าวนี้ มิใช่ปัญหาทั่วไปในแคว้นเยอรมันสมัยนั้น เพราะในแคว้นเยอรมันอื่นๆ ซึ่งความเชื่อที่ว่ามนุษย์แต่ละคนย่อมมีสิทธิต่างๆ โดยกำเนิดนั้น ก็จะไม่ปรากฏปัญหานี้แต่อย่างใด ในเยอรมัน นักปราชญ์หลายท่าน ทั้ง Pufendorf, Christian Wolff และ Kant ก็ได้ ต่างก็ได้ช่วยกันสร้างผลงานในทิศทางดังกล่าวนี้ ซึ่งทั้งนี้และทั้งนั้น ก็มีอิทธิพลจากความเชื่อทางศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ ตามแนวทางของคาลเวอ ซึ่งมีคำสอนเกี่ยวกับสิทธิตาม

<sup>19</sup> โปรดดู Art. 100 Bay. Verf.

กำเนิดของมนุษย์ เป็นพื้นฐานด้วย<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายแห่งแคว้นบาวาเรีย ปี ค.ศ.1756 ก็ได้แสดงออกถึงอิทธิพลของสำนักกฎหมายธรรมชาติและยุคแห่งความรู้แจ้ง (enlightenment) โดยได้บัญญัติแนวความคิดแบบปัจเจกชนนิยมลงไว้ในกฎหมาย และที่ชัดเจนที่สุดก็คือประมวลกฎหมายทั่วไปทางแพ่งแห่งอาณาจักรออสเตรีย ปี ค.ศ.1811 ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 16 ว่า “มนุษย์ทุกคน ย่อมมีสิทธิต่างๆ โดยกำเนิด ซึ่งรู้แจ้งได้ด้วยเหตุผล และด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีฐานะเป็นบุคคล” ซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับสถานะความเป็นบุคคลของมนุษย์ทุกคนโดยไม่มีข้อยกเว้น เพียงเพราะความเป็นมนุษย์นี้เท่านั้น การยอมรับในสิทธิความเป็นบุคคลของมนุษย์ว่าเป็นสิทธิโดยกำเนิด และเป็นสิทธิที่สามารถใช้อ้างยันกับรัฐได้ด้วยนี้ นับเป็นพื้นฐานที่สำคัญ สำหรับวิวัฒนาการทางรัฐธรรมนูญในลำดับต่อไป

#### 1.4 การนำเอาหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้นำเสนอในหัวข้อที่ผ่านมาแล้วว่า เริ่มจากทำให้มนุษย์มีฐานะความเป็นบุคคลในระบบกฎหมาย มีฐานะเป็นเจ้าของและผู้กำหนดความเป็นไปแห่งสิทธิของตนได้ ต่อมาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ควบคู่กันกับหลักความยุติธรรม ก็สามารถได้เต้าขึ้นไปสู่จุดสุดยอดแห่งระบบกฎหมายได้ในที่สุด และได้กลายมาเป็นข้อความคิดที่สำคัญในระบบความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับรัฐ และกลายมาเป็นมาตรฐานสำหรับวัดกฎหมายต่างๆ ว่ากฎหมายเหล่านั้นมาจากฐานทางความคิดที่มองมนุษย์เป็นองคาพยพที่มี

<sup>20</sup> โปรตดู H. Coing, Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die theorie der Menschenrechte, in: E. Wolf(Hrsg.), Beiträge zur Rechtsforschung, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländ-isches und internationales Privatrecht,1950, S.194ff.

ความสามารถในการกำหนดความเป็นไปของตัวเอง มีศักยภาพในการพัฒนาตนเองบนพื้นฐานของความเป็นตัวของตัวเอง และมีคุณค่าในตัวเอง หรือ มองมนุษย์ในฐานะที่เป็นองค์ประกอบของส่วนรวมที่เป็นผู้ถูกกำหนดความเป็นไป จากเจตจำนงอื่น ๆ และมีอยู่เพียงเพื่อประโยชน์ของสังคมเท่านั้น มุมมองทั้งสองแนวทางนี้จะช่วยในการแบ่งแยกระบบกฎหมายของประเทศเสรีประชาธิปไตย ออกจากประเทศเผด็จการแบบเบ็ดเสร็จได้อีกด้วย

#### 1.4.1 วิวัฒนาการของประเทศต่าง ๆ

##### 1.4.1.1 วิวัฒนาการในกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอนและในฝรั่งเศส

หากพิจารณาจากเอกสารการประกาศคุ้มครองสิทธิของกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอนและในฝรั่งเศส จะพบว่า ไม่ว่าจะเป็น Virginia Bill of Rights ลงวันที่ 12 มิถุนายน ปี ค.ศ.1776 หรือ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ปี ค.ศ. 1789 ล้วนแต่มิได้มีการกล่าวถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ทั้งสิ้น แต่ทั้งนี้และทั้งนั้นมีได้หมายความว่าประเทศเหล่านี้จะไม่เห็นความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หากแต่การให้นำหน้าอาจจะแตกต่างกันไป

*ประเทศในกลุ่มแองโกลแซกซอนประเทศแรกที่พบว่ามีการนำเอาคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญ คือ ประเทศสาธารณรัฐไอร์แลนด์ โดยบัญญัติไว้ในคำปรารภ และใช้คำว่า “ศักดิ์ศรีและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล”<sup>21</sup>*

---

<sup>21</sup> “And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations”.

#### 1.4.1.2 วิวัฒนาการในระดับสหประชาชาติ

จากเหตุการณ์ที่น่ากลัว ที่เกิดขึ้นก่อน และระหว่าง สงครามโลกครั้งที่สองรวมทั้งหลังจากนั้น ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงทัศนคติของคนบางกลุ่มที่ไม่เคารพและไม่เห็นคุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่เหตุการณ์เหล่านั้นก็ได้ปลุกจิตสำนึกของหลายฝ่ายให้มีความตื่นตัวต่อปัญหานี้ ในที่ประชุมขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1945 ได้มีมติรับกฎบัตรสหประชาชาติ (UN-Charter) ซึ่งในคำปรารภของกฎบัตรสหประชาชาติ นี้เอง ได้มีการบัญญัติข้อความว่า “ความเชื่อในในสิทธิมนุษยชนอันเป็นพื้นฐานสำคัญ ความเชื่อในศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นบุคคลของมนุษย์” และเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ปี ค.ศ.1948 ที่ประชุมใหญ่ องค์การสหประชาชาติ ก็ได้ประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งในคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ปรากฏข้อความว่า “การยอมรับในศักดิ์ศรีซึ่งมีอยู่ในสมาชิก ทุกคนของครอบครัวมนุษย์” นอกจากนี้แล้ว ในข้อ 1 ก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “มนุษย์ทุกคนย่อมเกิดขึ้นมาอย่างเสรีและมีความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่าง ๆ กอปรเหตุผลและสำนึกและควรพบปะสังสรรค์กันด้วยจิตวิญญาณแห่งความเป็นพี่เป็นน้องกัน”<sup>22</sup>

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาตินี้ถึงแม้ว่าจะไม่มีสภาพบังคับในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ผลกระทบของปฏิญญานี้ ที่มีต่อกระบวนการในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันนั้น อาจกล่าวได้ว่ามีไม่น้อยเลยทีเดียว<sup>23</sup>

<sup>22</sup> โปรดดู J. Maritain, Um die Erklärung der Menschenrechte, ein Symposium, 1951.

<sup>23</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S.16f.

### 1.4.1.3 วิวัฒนาการในเยอรมัน

ในขณะที่ประเทศอื่นๆ มิได้มีการกล่าวถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ดังที่ได้พิจารณาไปแล้ว แต่สำหรับประเทศเยอรมันนั้นมีหลักฐานว่าได้มีความพยายามที่จะผลักดันให้คำๆ นี้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่ ปี ค.ศ.1848-1849 ในระหว่างการประชุมสมัชชาแห่งชาติ ของเหล่าปัญญาชนเยอรมันเพื่อพิจารณายกร่างรัฐธรรมนูญสำหรับอาณาจักรเยอรมัน โดยการประชุมจัดมีขึ้นที่ โบสถ์ Paulskirche แห่งเมือง Frankfurt/Main โดย Mohr ซึ่งเป็นสมาชิกท่านหนึ่งของสมัชชาได้เสนอญัตติให้มีการบรรจุข้อความเหล่านี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ

“...เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับความสุขที่กล่าวมานี้ สังคมจะต้องมีหลักประกันสำหรับทุกคน ให้แต่ละคนสามารถที่จะมีความเป็นอยู่ที่สมกับศักดิ์ศรีและสาระของความเป็นมนุษย์ อันได้แก่

- ก) ความปลอดภัยสำหรับชีวิตร่างกาย
- ข) เสรีภาพ
- ค) การต่อต้านการกดขี่
- ง) การพัฒนาศักยภาพและขีดความสามารถของตนเอง

จ) ปัจจัยที่จะช่วยให้การบรรลุถึงสิ่งต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วเป็นไปได้ง่ายขึ้น ซึ่งจะต้องไม่เพียงแต่เป็นการให้หลักประกันเกี่ยวกับสิ่งที่จำเป็นในการดำรงชีวิตเท่านั้น หากแต่จะต้องมีหลักประกันเกี่ยวกับสถานะในทางสังคมของผู้นั้นอีกด้วย...”<sup>24</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ญัตติดังกล่าวมิได้รับการยอมรับจากฝ่ายเสียงข้างมากแต่อย่างใด แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่า คำว่าศักดิ์ศรีความ

---

<sup>24</sup> ไปรอดู E.Eckhardt, Die Grundrechte vom Wiener Kongress bis zur Gegenwart, 1913, S.92f.

เป็นมนุษย์กลับไปปรากฏอยู่ในมาตรา 139 ซึ่งบัญญัติว่า “เสรีชน ย่อมต้องเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แม้แต่ในกรณีของอาชญากรก็ตาม”<sup>25</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากกษัตริย์แห่งแคว้นปรัสเซีย ทำให้ไม่มีผลบังคับใช้ในที่สุด

สำหรับรัฐธรรมนูญเยอรมันหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ซึ่งมีสมญานามว่าเป็นฉบับไวมาร์นั้น คำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ปรากฏแต่เพียงในมาตรา 151 อนุมาตรา 1 ประโยคแรก ว่า “ความเป็นอยู่ที่สมกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งจะเห็นได้ว่ามิได้มีความหมายในแง่ของสิทธิมนุษยชนโดยตรง หากแต่เป็นประเด็นเกี่ยวกับนโยบายทางเศรษฐกิจ

สำหรับการร่างรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับปัจจุบัน นั้นเป็นที่ยอมรับว่า การที่สหประชาชาติได้มีการนำเอาคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” มาบัญญัติไว้ทั้งในกฎบัตร และในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้มีอิทธิพลต่อสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่าง ๆ ของเยอรมันไม่น้อย

เริ่มจากมลรัฐบาวาเรีย โดยข้อเสนอของ H. Nawiasky ซึ่งได้อ้างอิงถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมาในช่วงก่อนหน้านั้นไม่นาน ที่มีการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างไม่มีขีดจำกัด จึงได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 100 ของรัฐธรรมนูญแห่งแคว้นบาวาเรีย ฉบับลงวันที่ 2 ธันวาคม ปี ค.ศ. 1946 ว่า “ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นบุคคลของมนุษย์นั้น จะต้องได้รับความเคารพในการบัญญัติกฎหมาย การปกครองและการบังคับคดี” บทบัญญัตินี้จึงกลายเป็นต้นแบบสำหรับรัฐธรรมนูญของมลรัฐอื่น ๆ ซึ่งยกร่างขึ้นมาในเวลาใกล้เคียงกัน เช่น มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐเฮสเสน ฉบับลงวันที่ 1 ธันวาคม ปี ค.ศ. 1946 มาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งนครรัฐเบอร์เมน ฉบับลงวันที่ 21 ตุลาคม ปี ค.ศ. 1947 คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งแคว้นไรน์ลันด์-ฟัลซ์ ฉบับลงวันที่ 18 พฤษภาคม

<sup>25</sup> J. D. Kühne, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 1985, S.348.

ปี ค.ศ.1947 และมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งแคว้นซาร์-ลันด์ ฉบับลงวันที่ 15 ธันวาคม ปี ค.ศ.1947

ในการยกร่างกรอบความคิดสำหรับกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ)เยอรมันฉบับปัจจุบัน ที่ไปทำการประชุมกันที่ เกาะ Herrenchiemsee ซึ่งตั้งอยู่กลางทะเลสาป Chiemsee ในมลรัฐบาวาเรียทางตอนใต้ของเยอรมัน คณะกรรมการที่ทำหน้าที่ยกร่างได้อาศัยจากรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐต่าง ๆ ที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่กล่าวมาข้างต้นนี้เอง เป็นต้นแบบ โดยได้ยกร่างเป็นต้นร่างสำหรับมาตรา 1 ว่า “(1) รัฐย่อมมีขึ้นเพื่อมวลมนุษย์ มิใช่มนุษย์มีอยู่เพื่อรัฐ (2) ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นบุคคลของมนุษย์ย่อมไม่อาจแตะต้องได้ อำนาจอธิปไตยไม่ว่าจะปรากฏตัวในรูปแบบใดย่อมต้องมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”<sup>26</sup>

จากข้อเสนอดังกล่าวนี้ ถึงแม้ว่าในภายหลังจะได้มีการปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำให้แตกต่างออกไป แต่แนวความคิดที่ว่า “มนุษย์ย่อมมาก่อนรัฐ” และ “รัฐ” ในฐานะที่เป็นผลผลิตของมนุษย์ย่อมเรียกครองได้เพียงเท่าที่มนุษย์จะหยิบยื่นให้เท่านั้น”<sup>27</sup> และแม้ว่าสมาชิกสภาร่างฯ ที่เสนอให้มีการแก้ไขถ้อยคำในร่างฯ มาตรา 1 จะมีความมุ่งหมายแตกต่างกัน แต่สิ่งที่เรียกได้ว่าเป็น จุดยืนร่วมกันของทุกคนก็คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นสิ่งที่ทุกฝ่ายต้องการให้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ และที่สำคัญก็คือ ต้องปรากฏเป็นอันดับแรกในรัฐธรรมนูญด้วย

ประเด็นสำคัญที่มีการถกเถียงกันมากเป็นพิเศษ ก็คือการวางรากฐานทางความคิดว่าจะจะเป็นไปตามแนวทางของศาสนาหรือแนวปรัชญา ปรากฏว่า ในที่ประชุมของคณะอนุกรรมการว่าด้วยปัญหาหา

<sup>26</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S.17.

<sup>27</sup> โปรดดูAbg. Dr. Schmidt (SPD), ParlRat-GrdsA, Sten.Ber. (4. Sitzung vom 23. 9. 1948), S.6, 14.

พื้นฐาน ซึ่งประชุมกันที่เกาะ Herrenchiemsee ก็ได้มีผู้แสดงความไม่เห็นด้วยเป็นจำนวนมากกับถ้อยคำตามต้นร่างสำหรับมาตรา A ที่เสนอขึ้นมาโดย H. Nawiasky ซึ่งมีกรกล่าวถึงพระผู้เป็นเจ้า จนทำให้ในที่สุดการอ้างถึงพระผู้เป็นเจ้าในมาตรานี้ต้องตกไป<sup>28</sup> ต่อมาในการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาว่าด้วยปัญหาเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานของสภาที่ปรึกษาทำหน้าที่รัฐสภา (Parlamentarischer Rat) ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ก็ได้มีการถกเถียงกันในประเด็นเดิม แต่ในครั้งนี้นี้เกี่ยวกับการสืบทอดทางความคิดจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ แต่ในที่สุด ที่ประชุมก็ยืนยันหลักการที่ว่า ถ้อยคำที่ใช้ควรมีความกะทัดรัด และเข้าได้กับโลกทัศน์ต่าง ๆ ได้ทุกโลกทัศน์<sup>29</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายตรงข้ามก็มีได้ตลอดเวลา พยายามที่จะให้มีการเติมคำว่า สิทธิมนุษยชนทั้งหลาย ซึ่งจะละเมิดมิได้ และขายไม่ขาดนี้ ว่าเป็นสิ่งที่ “ได้มาจากพระผู้เป็นเจ้า” โดยเข้าซื้อกันขึ้นเป็นญัตติขอแก้ไขถ้อยคำ เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการหลัก แต่หลังจากที่ได้มีการอภิปรายกันอย่างเผ็ดร้อน ในที่สุดญัตติดังกล่าวก็ตกไป เหตุผลสำคัญที่สามารถโน้มน้าวความคิดของฝ่ายข้างมากได้นั้นมาจากบุคคลสำคัญสองท่านคือ Dr. Heuss (FDP) และ Dr. C. Schmid (SPD) โดย Dr. Heuss ได้ให้เหตุผลว่า ไม่ควรอ้างถึงพระผู้เป็นเจ้าในมาตรานี้ เนื่องจากการร่างรัฐธรรมนูญนี้เป็นเรื่องทางโลก จึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับเทววิทยา และในแง่ของระบบทางความคิดแล้ว ก็ไม่อาจจะนำถ้อยคำที่เกี่ยวกับ “สิทธิที่มีมาก่อนการเกิดขึ้นของรัฐ” มาเป็นจุดเริ่มต้นสำหรับการอธิบายสิทธิภายใต้รัฐได้ นอกจากนี้แล้ว Dr. C. Schmid ก็ได้เสริมต่อไปว่า การต่อสู้ของมนุษย์ให้ได้มาซึ่งเสรีภาพทางโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่กำลังเกิดขึ้นในเยอรมันขณะนั้น มิใช่เกิดขึ้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ

<sup>28</sup> โปรดดู 5. Sitzung vom 19. 8. 1948, Protokoll, S. 121-124.

<sup>29</sup> โปรดดู ParlRat-GrdsA, Sten.Ber. (4. Sitzung vom 23. 9. 1948), S. 4-20.

ความเชื่อในทางศาสนาแต่อย่างใด หากแต่เป็นผลสำเร็จได้ตามครรลองแห่งวิวัฒนาการทางอารยธรรมเท่านั้น<sup>30</sup>

แม้การอ้างอิงถึงพระผู้เป็นเจ้าจะไม่ปรากฏในมาตรา 1 แต่การที่บัญญัติว่า “ภายใต้จิตสำนึกแห่งความรับผิดชอบที่มีต่อพระผู้เป็นเจ้าและต่อมวลมนุษย...” ไว้เป็นคำเริ่มต้นของคำปรารภหลายฝ่ายก็มีความเห็นคล้อยไปในทางที่ว่า ในการตีความความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ก็คงจะมองข้ามอิทธิพลของศาสนาคริสต์ไปไม่ได้<sup>31</sup> แม้ว่า ความรับผิดชอบที่มีต่อพระผู้เป็นเจ้า คงจะไม่มองด้วยสายตาของนักนิติศาสตร์อย่างเคร่งครัด เนื่องจากพระผู้เป็นเจ้าคงจะไม่ออกมาเรียกร้องสิทธิด้วยพระองค์เอง และแม้กระทั่งความรับผิดชอบต่อมวลมนุษยาก็คงเป็นไปทำนองเดียวกันซึ่งประเด็นปัญหาคงมิใช่ประเด็นนี้ เพราะการที่แสดงออกซึ่งความรับผิดชอบที่มีต่อพระผู้เป็นเจ้าและต่อมวลมนุษยย์ เท่ากับเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงภาพลักษณ์ของความเป็นมนุษย์ ซึ่งภาพลักษณ์ดังกล่าวนี้ คงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะมีที่มาจากความเชื่อดั้งเดิมที่มีอยู่ในหมู่ประชาชน นอกจากนี้แล้วยังเป็นการแสดงออกด้วยว่า มนุษย์มิได้อยู่อย่างโดดเดี่ยวในโลกนี้ ซึ่งก็เท่ากับเป็นการบอกทางอ้อมว่า อำนาจของรัฐที่มีต่อมวลมนุษยย์ก็มีขอบเขตเช่นกัน และเท่ากับเป็นการปฏิเสธการอ้างความสมบูรณ์แบบใดๆ ในทางโลก ซึ่งในที่นี้หมายความว่า แม้แต่กฎหมายเอง ซึ่งเป็นเครื่องกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกัน ก็อยู่ภายใต้เงื่อนไขเช่นเดียวกัน

#### 1.4.1.4 รัฐธรรมนูญของประเทศอื่นในยุโรปอื่น ๆ

รัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ ในยุโรปที่ได้มีการยกวางในยุคนั้นๆ มา ได้มีการนำเอาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นพื้นฐานสำหรับกฎเกณฑ์ทั้งหลายในสังคม หรือมีการ

<sup>30</sup> โปรดดู ParlRat-HA, Sten. Ber., S. 530.

<sup>31</sup> โปรดดู Chr. Starck, in: v.Mangoldt / Klein / Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 1985, Art. 1 Rdnr.3.

ยืนยันหลักการนี้ไว้เป็นพื้นฐานสำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการรวบรวมไว้ในที่เดียวกัน เช่น บทที่หนึ่ง มาตรา 2 อนุมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญสวีเดนสำหรับกรีซและโปรตุเกส ซึ่งได้รับอิทธิพลเกี่ยวกับขบวนการนักศึกษาที่สามารถมีบทบาทเป็นหัวหอกในการโค่นล้มการปกครองแบบทรราชย์ไปจากขบวนการนักศึกษาของไทยในเหตุการณ์ วันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ.2516 ก็ได้ดำเนินการจนสำเร็จเช่นกัน และรัฐธรรมนูญของประเทศทั้งสองก็ได้นำเอาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของตน ในขณะที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของไทยในช่วงนั้นยังไม่เห็นถึงความสำคัญของคำๆ นี้ โดยรัฐธรรมนูญของกรีซ ฉบับวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ.1975 บัญญัติไว้ในมาตรา 2 อนุมาตรา 1 และรัฐธรรมนูญของโปรตุเกส ฉบับวันที่ 2 เมษายน ปี ค.ศ. 1976 บัญญัติไว้ในมาตรา 1 นอกจากนี้ ยังมีรัฐธรรมนูญของสเปน ฉบับวันที่ 29 ธันวาคม ปี ค.ศ.1978 ก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 10 อนุมาตรา 1 ในขณะที่รัฐธรรมนูญของตุรกี ฉบับปี ค.ศ.1982 บัญญัติไว้ในมาตรา 17 อนุมาตรา 2 อนุประโยคที่สอง และล่าสุดรัฐธรรมนูญของสมาพันธรัฐสวิส ซึ่งประชาชนลงมติเห็นชอบเมื่อวันที่ 18 เมษายน ปี ค.ศ.1999 ให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ปี ค.ศ.2000 เป็นต้นไป ก็ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 7 ว่า ศักดิ์ศรีของมนุษย์ย่อมได้รับความเคารพและได้รับความคุ้มครอง

การที่ประเทศต่างๆ นำเอาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ย่อมเท่ากับเป็นการยอมรับว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าพื้นฐานของระบบแห่งกฎหมายที่ที่เป็นที่ยอมรับกันภายในรัฐ และมีความสำคัญต่อสถานะทางกฎหมายของปัจเจกบุคคลเป็นอย่างยิ่ง ทั้งยังเป็นการส่งเสริมแนวความคิดของปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนให้มีความเป็นรูปธรรมมากขึ้นอีกโสดหนึ่งด้วย

#### 1.4.2 ความหมายของหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

เพื่อเป็นการทำความเข้าใจความหมายของหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีความจำเป็นที่จะต้องทราบความเป็นมาของการบัญญัติให้มีการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งของประเทศแรก ๆ ที่นำเอาเรื่องดังกล่าวมาบัญญัติไว้

สิ่งที่เป็นความหมายที่เป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ได้รับพร้อมกับการตราเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ มิได้หมายความว่าความหมายนี้เป็นความหมายที่รัฐธรรมนูญมอบให้แก่มนุษย์ตามความเป็นจริงแล้ว รัฐธรรมนูญเพียงแต่รับรองความหมายดังกล่าวนี้เท่านั้นและทำให้สิ่งนี้กลายเป็นพื้นฐานที่เป็นสาระสำคัญของระบบที่เป็นพื้นฐานของกฎหมายทั้งหลายนั่นเอง การตราเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญเท่ากับเป็นหลักประกันโดยรัฐธรรมนูญ เท่ากับว่ามีการกำหนดบางสิ่งบางอย่างลงไว้อย่างเป็นทางการถาวร รวมทั้งผลทางกฎหมายที่จะตามมา ทำให้เรื่องนี้เป็นสิ่งที่แม้แต่อำนาจอธิปไตยจะต้องไม่ได้รวมทั้งกำหนดให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายอำนาจรัฐทั้งหลายให้ต้องเคารพและคุ้มครอง ตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ตามรัฐธรรมนูญเยอรมันยังมีการเพิ่มความมั่นคงของหลักประกันนี้อีกชั้นหนึ่งด้วยการกำหนดมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องดังกล่าวตามมาตรา 79 อนุมาตราสาม จากเนื้อหาและสถานะของความเป็นบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ที่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษดังที่ได้กล่าวแล้ว ทำให้อาจกล่าวได้ว่า การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญมากที่สุดบทบัญญัติหนึ่งของรัฐธรรมนูญก็ว่าได้ และคำกล่าวดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับเป็นเสียงเดียว ทั้งในวงการวิชาการ และวงการตุลาการของเยอรมัน<sup>32</sup> และจากความสำคัญดังกล่าว ได้มีการหยิบยกประเด็นต่าง ๆ ขึ้นมาพิจารณาดังต่อไปนี้

<sup>32</sup> ไปรอดู K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1, München 1988, S. 20 FN. 78 m.w.N.

ก) เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปเช่นกันว่า การตราเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ นับเป็นนวัตกรรมใหม่ที่มีความสำคัญที่สุดเมื่อเทียบกับรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับก่อน ๆ นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่า การตราเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญนี้เป็นผลมาจากการกระทำทารุณกรรมต่างๆ ภายใต้การปกครองของฮิตเลอร์ แต่เหตุผลดังกล่าว ก็มีใช้เหตุผลเพียงประการเดียวของปรากฏการณ์ดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากหากจะพิจารณาเหตุผลข้างต้นว่าเป็นสาเหตุเพียงประการเดียวของบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว ก็จะไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงในช่วงเริ่มต้นของวิวัฒนาการนี้ เพราะเบื้องหลังคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้จะต้องกอปรด้วยภาพลักษณ์บางประการของความเป็นมนุษย์ และภาพลักษณ์ดังกล่าวก็คงจะมีใช้เป็นงานของนักปรัชญาหรือนักเทววิทยาแต่เพียงฝ่ายเดียวดังที่นักกฎหมายเยอรมันบางท่านประสงค์จะให้เป็นอย่างนั้น<sup>33</sup> เพราะในฐานะของผู้ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่อาจจะปฏิเสธความรับผิดชอบ โดยการเลี้ยงที่จะตอบคำถามที่เป็นพื้นฐานเช่นนั้นไม่ได้ หากประสงค์จะจัดองค์กรรัฐเสียใหม่ให้รัฐมีหน้าที่เพื่อประโยชน์สุขของประชาชน

ข) แม้ว่า Dr. Heuss จะได้เคยกล่าวว่า การตัดสินใจให้มีการบัญญัติเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในกฎหมายพื้นฐานประเด็นที่ยังไม่มีการตีความ<sup>34</sup> ซึ่งในที่นี้ น่าจะมีความหมายไปในทางที่ว่า พื้นฐานทางความคิดสำหรับภาพลักษณ์ของความเป็นมนุษย์ตามความเข้าใจของบรรดาผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญนั้น มีที่มาจากมุมมองทางวิชาการแหล่งต่างๆ ที่ค่อนข้างหลากหลาย โดยพิจารณาได้จากพื้นฐานของผู้ทรงคุณวุฒิแต่ละท่านนั่นเอง ว่ามีทั้งตัวแทนทางความคิดหลากหลายสำนักของนักกฎหมายธรรมชาติ นักปรัชญา นักเทววิทยา รวมทั้งผู้ที่มี

<sup>33</sup> โปรดดู R. Thoma, Kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates beschlossenen und veröffentlichten Grundrechtskatalogs vom 25.10.1948, in: JöR n.F. Bd. 1 (1951), S.49.

<sup>34</sup> โปรดดู ParlRat-GrdsA, Sten.Ber. (4. Sitzung vom 23.9.1948), S. 18.

โลกทัศน์แนวต่าง ๆ ที่ค่อนข้างจะหลากหลาย ที่เป็นตัวแทนอยู่ในสภาร่างรัฐธรรมนูญ การบัญญัติคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญแบบเรียบง่าย โดยไม่ต้องมีการขยายความและบอกแหล่งที่มาของแนวความคิดนี้ สามารถก่อให้เกิดความเห็นพ้องต้องกันได้จากทุกฝ่าย ไม่ว่าจะ เป็นฝ่ายเคร่งศาสนาคริสต์ หรือ ฝ่ายที่นักปรัชญาสาขาต่าง ๆ Dr. Heuss ได้กล่าวถ้อยคำที่เป็นการสะท้อนแนวความคิดนี้ว่า “ในการยกร่างอนุมาตราแรกข้าพเจ้าอยากจะใช้คำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่คนหนึ่งอาจมองในแง่ของเทววิทยา อีกคนหนึ่งอาจมองในแง่ปรัชญา ส่วนคนที่สามอาจมองในแง่จริยศาสตร์ก็ได้ด้วย<sup>35</sup>” ดังนั้น การที่จะกล่าวว่า เนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นเรื่องที่จำกัดอยู่ในระบบทางความคิดเชิงปรัชญาและเทววิทยา หรือกล่าวว่า เป็นเพียงปฏิกิริยาของระบอบการปกครองที่โรมนุษยธรรมสมัย ฮิตเลอร์ จึงเป็นสิ่งคำกล่าวที่ไม่ถูกต้องทั้งคู่ แม้ว่าการกล่าวถึงคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น เราไม่อาจจะแยกมันออกมาจากริบทแห่งเวลาที่เกี่ยวข้องได้ แต่การกล่าวถึงมนุษย์และศักดิ์ศรีของมนุษย์ จะต้องไม่กล่าวในทำนองที่ลดคุณค่า ลงเป็นเพียงสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่เกิดขึ้นกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เท่านั้น กล่าวคือ เราจะมองมนุษย์และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แบบสัมพัทธ์ (relative) ไม่ได้ มิฉะนั้นแล้ว สิทธิของคนบางกลุ่ม เป็นต้นว่า เหล่าสตรี อาจถูกละเมิดโดยสามารถอ้างความชอบธรรมจากความเชื่อทางศาสนาหรือแนวปฏิบัติทางวัฒนธรรมของกลุ่มชนใดกลุ่มชนหนึ่งได้เสมอ<sup>36</sup> แนวความคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นแนวความคิดที่ไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดของพื้นที่ของวัฒนธรรม และของกาลเวลา ด้วยเหตุนี้ จึงปวยการที่จะถกเถียงในประเด็นของพื้นฐานที่มาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะที่มาดังกล่าว อาจพบได้ทั้งในคำสอนทางศาสนาและจากความเข้าใจของ

<sup>35</sup> Ebda, S. 10.

<sup>36</sup> โปรดดู P. Häberle, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, Rechtstheorie Bd. 11 (1980), S. 403ff.

มนุษย์ที่มีโลกทัศน์ที่เป็นกลาง ในฐานะที่มนุษย์แต่ละคนย่อมมีความสามารถในการเข้าใจเหตุผล และสามารถ มีความเป็นตัวของตัวเองในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ได้เช่นเดียวกัน เรียกได้ว่า ทั้งแนวความคิดที่ได้มาจากยุคแห่งการฟื้นฟู ปรัชญาจากยุคแห่งความรู้แจ้ง และคริสต์ศาสนา ล้วนมีส่วนในการเป็นพื้นฐานทางความคิดสำหรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้อย่างเสมอหน้ากัน

ค) อาจกล่าวได้ว่ามาตรา 1 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันเป็นเสมือนหน้าต่างที่เปิดไปสู่ความเป็นนามธรรม นอกจากนี้แล้ว คำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังเรียกได้ว่าเป็นศัพท์กฎหมายคำใหม่ที่นักกฎหมายส่วนใหญ่ยังไม่มี ความคุ้นเคย จึงทำให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความว่าคำดังกล่าวจะมีเนื้อหาครอบคลุมเพียงใด นักกฎหมายคนสำคัญท่านหนึ่งของเยอรมัน คือ H.C. Nipperdey<sup>37</sup> เคยเขียนอธิบายในเรื่องนี้ไว้ว่า คำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมีความนิยามตามกฎหมายแต่อย่างใด แต่ตามความเป็นจริงแล้ว เมื่อได้มีการนำเอาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้คำๆ นี้กลายเป็นกฎหมาย หมายไซ้เป็นเพียงข้อความคิดในทางวิชาการอีกต่อไปไม่ และความเป็นกฎหมายนี้เองที่นำมาซึ่งประเด็นปัญหาต่างๆ ซึ่งจะขอพิจารณาเป็นลำดับต่อไป

เมื่อประโยคที่ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมจะละเมิดมิได้” ได้กลายมาเป็นเนื้อหาที่เป็นรูปธรรมส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ และทำให้เป็นหน้าที่ของอำนาจรัฐทั้งหลาย ที่จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ จากภารกิจที่ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปไม่ได้ที่จะถือว่าประโยคดังกล่าวเป็นเพียงแนวนโยบายแห่งรัฐ<sup>38</sup> หรือ

<sup>37</sup> Handbuch der Grundrechte, Bd.II, S. 1.

<sup>38</sup> โปรดดู G. Dürig, in: Maunz- Dürig, Art.1 Abs.1 Rdnr.1 แต่ท่านอดีตประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้เขียนโต้แย้งไว้ใน HdbVerfR, 1983, S.110: ว่า “มาตรา 1 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐานนั้น มิใช่จะเป็นเพียงคำประกาศทางจริยธรรม หากแต่อย่างน้อยที่สุด จะต้องเป็นเรื่องของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน”

เป็นเพียงการพรรณนาความเป็นจริงเกี่ยวกับสถานการณ์ปัจจุบันโดยที่ไม่มีผลในทางกฎหมายใดๆ ตามมาแต่อย่างใด<sup>39</sup> ดังนั้น จากมุมมองทางกฎหมาย แล้ว มาตรา 1 อนุมาตรา 1 จึงมีแรงคิดได้หลายแง่ด้วยกัน ดังจะพิจารณาต่อไปนี้

#### 1.4.2.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ

จากการพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันในยุคเริ่มแรกที่มีการกล่าวถึงมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐาน จะพบว่า ศาลฯ ถือว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญยิ่ง และบทบัญญัตินี้ดังกล่าว มีความหมายที่ครอบคลุมบทบัญญัติอื่นๆ ของกฎหมายพื้นฐานทั้งหมด<sup>40</sup> และต่อมาศาลฯ ได้กล่าวถึงมาตรา 1 อนุมาตรา 1 เพียงอนุมาตราเดียว โดยขนานนามให้ด้วยว่า เป็น “กฎเกณฑ์พื้นฐาน” หรือ “Grundnorm”<sup>41</sup> รวมทั้งใช้คำว่า คุณค่าทางกฎหมายสูงสุด<sup>42</sup> นอกจากจะปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์แล้ว

ในทางวิชาการก็มีการกล่าวถึงความ เป็นหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญยิ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นกัน<sup>43</sup> Prof.Dr. E.Friesenhahn ได้เคยกล่าวไว้อย่างน่าฟังในที่ประชุมใหญ่นักกฎหมายเยอรมันจากทั่วประเทศในปี ค.ศ.1974 ว่า “หลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญยิ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นั้นเปรียบได้กับจุดไฟฟัก หรือจุดรวมแสง กล่าวคือเป็นจุดที่รวมเอาหลักการ

<sup>39</sup> โปรดดู I.v. Münch, GG-Komm., Bd.1, 3.Aufl. 1985, Art.1 Rdnr. 26.

<sup>40</sup> BVerfGE 6, 32 (36, 40f.) คำวินิจฉัยนี้ได้กลายมาเป็นบรรทัดฐานสำหรับคำวินิจฉัยฉบับต่อๆ มา

<sup>41</sup> BVerfGE 27, 344( 351) ; สำหรับที่มาของคำว่า “Grundnorm” โปรดดู H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S.8, 196f.

<sup>42</sup> BVerfGE 6, 32 (41).

<sup>43</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 23 mwN.

พื้นฐานสำคัญๆ สามประการของรัฐธรรมนูญ นั่นคือ หลักประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ และหลักสังคมนิยม เข้าไว้ด้วยกัน และรัศมีของมันยังปกแผ่ออกมาครอบคลุมบทบัญญัติทุกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอีกด้วย<sup>44</sup> การเทียบเคียงดังกล่าวนี้ ทำให้สามารถเห็นภาพที่ชัดเจนขึ้น จนพอจะสรุปได้ว่า มาตรา 1 อนุมาตรา 1 มีฐานะเป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่เป็นตัวกำหนดคุณค่าในสังคมพร้อมกันไปด้วย

#### 1.4.2.2 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นหลักการแห่งรัฐธรรมนูญที่มีคุณค่าสูงสุด

ถึงแม้ว่าในส่วนของคุณค่าความเป็นหลักการสำคัญตามรัฐธรรมนูญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ผ่านมา แต่กระนั้นก็ตาม ก็ยังมีคำถามที่ยังรอคำตอบอยู่อีกหลายคำถามด้วยกัน เมื่อมีความจำเป็นต้องตีความในส่วนที่เป็นรายละเอียดของหลักการสูงสุดตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ และในทางปฏิบัติ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันมักจะกล่าวถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างสั้น ๆ และมักจะกล่าวถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ประกอบกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีลักษณะเฉพาะด้านอื่น ๆ Prof. Dr. M. Kloepfer จึงตำหนิแนวทางปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ดังกล่าว และตั้งเป็นประเด็นคำถามขึ้นมาว่า “มิใช่เสรีภาพตามกฎหมายพื้นฐานหรือชีวิต ดอกหรือ ที่เป็นสิ่งสูงสุดที่ควรได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ”<sup>45</sup>

ทางเลือกข้างต้นอาจมาจากผลของการพิจารณาอย่างไม่ถ่องแท้ เพราะชีวิตก็คือ พื้นฐานที่จะนำมาสู่ความเป็นของศักดิ์ศรี

<sup>44</sup> โปรดดู E.Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: Verhandlungen des 50. DJT, Bd. II, 1974, S. G11.

<sup>45</sup> โปรดดู M. Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts-dargestellt am Beispiel der Menschenwürde, in: Festgabe BVerfG II, 1976, S. 412ff.

ความเป็นมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตาม ก็ต้องยอมรับว่า ชีวิตมิใช่เนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่อย่างใด ความมีชีวิตอาจแถมพรายถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เกินไปกว่าความมีชีวิตเท่านั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นอะไรที่อาจกล่าวได้ว่า มากกว่าความมีชีวิต เป็นปรากฏการณ์ที่นอกกรอบของความมีชีวิตออกไป เพราะรวมถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับทางด้านจิตใจและวิญญาณของความเป็นมนุษย์ด้วย ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งที่ชอบและไม่ขัดต่อบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 1 อนุมาตรา 1 หากจะมีการจำกัดสิทธิในชีวิตร่างกายโดยการตราเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และการจำกัดดังกล่าวอาจจะมีการแตะต้องในเรื่องของชีวิตบ้างก็ได้ แต่การแตะต้องดังกล่าวจะต้องเป็นไปอย่างที่ไม่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่านั้น

เนื่องจากการยากที่จะกำหนดเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อย่างเป็นทางการ นักกฎหมายเยอรมันจึงพยายามที่จะแปลความหมายของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ในเชิงปฏิเสธ กล่าวคืออธิบายความมาตรานี้โดยการบอกว่าองค์ประกอบของการที่จะเป็นการฝ่าฝืนต่อมาตรานี้จะมีประการใดได้บ้าง<sup>46</sup>

คำอธิบายแนวนี้เกิดจากความริเริ่มของ Prof.G. Dérig โดยดูว่ามนุษย์ถูกกระทำเยี่ยงวัตถุหรือไม่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมได้รับความกระทบกระเทือน เมื่อมนุษย์ที่เป็นตัวเป็นตนถูกทำให้เป็นวัตถุหรือกลายเป็นเพียงเครื่องมือเพื่อการบรรลุสู่เป้าหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยที่การกระทำดังกล่าวมีความชัดเจนพอสมควรที่จะบ่งชี้ได้ว่าเป็นเช่นนั้นจริง<sup>47</sup> แต่แนวความคิดดังกล่าวก็ยังไม่อาจกล่าวได้ว่า สามารถแก้ปัญหาการ

<sup>46</sup> โปรดดู G. Dürig, in: Maunz-Dürig, Art.1 Abs.1 Rdnr.28.; I.v. Münch, GG-Komm., Bd.1, 3.Aufl. 1985, Art.1 Rdnr. 14.

<sup>47</sup> G. Dürig, in: Maunz-Dürig, Art.1 Abs.1 Rdnr.28.; คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (มีต่อหน้าถัดไป)

ตีความเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้อย่างหมดสิ้นแล้ว ตามแนวคำวินิจฉัยช่วงหลังๆ ของศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่า การดูว่ามี การทำให้คนกลายเป็นวัตถุหรือไม่ นั้น เป็นเพียงแนวทางการตีความเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แนวทางหนึ่ง เท่านั้น โดยศาลฯ วางแนวทางว่า “สูตรทั่วไปที่ว่า มนุษย์ย่อมไม่อาจถูกลดศักดิ์ศรี ด้วยการถูกทำให้กลายเป็นเพียงวัตถุ โดยฝ่ายอำนาจรัฐ นั้น อาจถือได้ว่าเป็นเพียงแนวทางในการพิจารณาเท่านั้นว่าในกรณีที่มีพฤติการณ์เหล่านี้ อาจถือได้ว่าการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เกิดขึ้นแล้ว”<sup>48</sup> และในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลฯ ได้เรียกร้องเพิ่มเติมขึ้นมาอีกว่า การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจเกิดขึ้นเมื่อการปฏิบัติต่อมนุษย์ทำให้คุณภาพของการเป็นผู้กระทำของมนุษย์ผู้นั้นเสียไป หรือการปฏิบัตินั้น เป็นการแสดงออกซึ่งการเหยียดหยามในคุณค่า ซึ่งคู่ควรแก่มนุษย์ผู้นั้นในฐานะของความเป็นบุคคลของตน

แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่า มีการละเมิดในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ นั้น ไม่ใช่กรณีที่จะพิจารณาเฉพาะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยไม่ต้องมีการพิจารณาบุคคลที่ได้รับผลกระทบแต่ละรายประกอบด้วย ดังที่นักวิชาการในยุคแรกๆ หลายๆ ท่านได้เสนอแนวความคิดไว้<sup>49</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐบาวาเรียซึ่งเป็นศาลแรกๆ ที่

(ต่อจากเชิงอรรถข้างต้น)

แห่งสหพันธ์ ส่วนหนึ่งก็ดำเนินไปในแนวนี้ โปรดดู BVerfGE 27,1 (6).; แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า มีคำวินิจฉัยของศาลฯ ฉบับต่อมา[BVerfGE 30, 1 (25f.)] เริ่มเรียกร้องมากขึ้น โดยให้เหตุผลว่า “มีไม่น้อยที่มนุษย์เป็นเพียงวัตถุของความสัมพันธ์ในสังคม หรือแม้กระทั่งเป็นเพียงวัตถุในกฎหมาย ในแง่ที่ว่า มนุษย์ต้องยอมปฏิบัติตาม โดยไม่ให้คำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเอง เพราะฉะนั้น ด้วยเหตุผลเพียงเท่าที่กล่าวมานี้ ก็ไม่เป็นการเพียงพอที่จะอ้างได้ว่าการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว”

<sup>48</sup> โปรดดู BVerfGE 30, 1 (25).

<sup>49</sup> โปรดดู F. Münch, Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, 1951, S.7f. อ้างจาก K. Stern, aaO., S. 25 FN.104. โดย Prof.Dr. K. Stern ชี้ว่า แนวความคิดดังกล่าวเกิดจากการสรุปที่คลาดเคลื่อนที่ว่า “ศักดิ์ศรีนั้น เป็นของมนุษย์ชาติโดยรวม”

พยายามหาคำอธิบายเกี่ยวกับเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มุ่งประเด็นของการพิจารณาไปที่การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยศาลฯ เห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มุ่งคุ้มครองมิให้มีการทำลายชื่อเสียง การเลือกปฏิบัติ การกดคนให้รู้สึกต่ำต้อย การตีตราบาป การตามล่า การเหยียดหยาม การตัดสิทธิ และการลงโทษอาญาที่มีลักษณะทารุณโหดร้าย นอกจากนี้แล้ว ศาลฯ ยังเรียกร้องด้วยการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องรวมถึงการกระทำที่มีผลกระทบต่อส่วนที่เป็นแก่นหรือสาระสำคัญของบุคลิกภาพของมนุษย์อย่างรุนแรง และเรียกร้อง ให้กำหนดเกณฑ์ทางด้านจิตใจสำหรับการกระทำที่เป็นการเหยียดหยามอีกด้วย โดยศาลฯ ได้วางพื้นฐานไว้ในคำวินิจฉัยว่า “มนุษย์ในฐานะที่เป็นบุคคล ย่อมเป็นผู้ถือแห่งคุณค่าสูงสุดทางจิตวิญญาณและทางจารีตอันดี และมนุษย์นี่เองที่เป็นตัวตนที่แท้จริงแห่งคุณค่าในตนเอง ซึ่งไม่ว่าจะสูญหายไปได้อย่างไร ทั้งยังสามารถเผชิญหน้ากับข้อเรียกร้องทางสังคมรวมทั้งการแทรกแซงทั้งหลายจากฝ่ายอำนาจรัฐและจากทางสังคมได้อย่างเป็นตัวของตัวเอง อย่างที่ไม่อาจจะถูกล่วงละเมิดได้ ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นบุคคลของมนุษย์ย่อมก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องทั้งจากภายในและจากสังคมให้ยอมรับและเคารพในคุณค่าเหล่านี้ ซึ่งเป็นเป็นสิ่งที่คู่ควรกับความ เป็นมนุษย์โดยแท้”<sup>50</sup> นอกเหนือจากความพยายามที่ได้กล่าวมาแล้ว ในทางวิชาการก็ได้มีความพยายามอีกมากที่จะกำหนดว่ามีการกระทำใดอีกบ้างที่เข้าข่ายเป็นการทำลายคุณภาพแห่งการเป็นผู้กระทำของมนุษย์ได้ แต่ความพยายามเหล่านี้ก็มิได้ช่วยให้เกิดความเข้าใจที่เป็นรูปธรรมมากขึ้นแต่อย่างใด

### 1.4.2.3 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย

<sup>50</sup> โปรดดู BayVerfGHE n.F. Bd. 1,29 (32).

การตัดสินใจเลือกกระบวนกรปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย นับได้ว่าเป็นการตัดสินใจที่เป็นการปูพื้นฐานสำหรับระบอบการปกครองประเทศ การตัดสินใจดังกล่าวรวมถึงหลักการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐาน และส่วนประกอบต่างๆ ของรัฐ ส่วนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็นับได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย คิดในแง่ของรัฐ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะเป็นการคิดโดยมีพื้นฐานมาจากมนุษย์ หลักการทั้งสองเป็นหลักการที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ นอกจากนี้แล้วการที่มาตรา 79 อนุมาตรา 3 กำหนดให้หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามมาตรา 20 และการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 1 เป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ ได้ ย่อมเป็นการชี้ชัดให้เห็นถึงความเชื่อมโยงกันระหว่างหลักการพื้นฐานทั้งสอง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการตัดสินใจที่เป็นการปูพื้นฐานที่สำคัญสำหรับรัฐธรรมนูญของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ และหลักการพื้นฐานทั้งสองอาจถือได้ว่า เป็นหลักการที่มีฐานะและความสำคัญเท่าเทียมกัน โดยที่ความแตกต่างระหว่างหลักการทั้งสองจะอยู่ที่ว่าจะมองมาจากจุดใดเท่านั้น

#### 1.4.2.4 สิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลบนพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในกรณีที่ไม่มีปัญหามาสงสัยเกี่ยวกับความเป็นประโยชน์กฎหมาย<sup>51</sup> ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 1 อนุมาตรา 1 กล่าวคือประโยชน์ที่ประกอบด้วยองค์ประกอบของกฎหมาย และผลในทางกฎหมายเมื่อมีเหตุการณ์หรือพฤติกรรมใดเข้าองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ นั่น กลับมีปัญหาว่า จากความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังกล่าวนี้อาจให้เกิดสิทธิเรียกร้องต่างๆ ได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีคำถามสำคัญด้วยว่า จากถ้อยคำตามมาตรา 1 อนุมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิ

<sup>51</sup> โปรตุเกส บุนยศรี มิวังศ์ไฉน, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, สำนักพิมพ์นิติธรรม, กรุงเทพฯ 2538, หน้า 6

ขั้นพื้นฐานที่บัญญัติต่อไปนี้ ย่อมผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ดังคงกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยตรง” นั้น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในตัวของมันเองด้วยหรือไม่

คำถามดังกล่าวเป็นที่ถกเถียงกันอย่างกว้างขวาง แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันจะยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรง<sup>52</sup> แต่ศาลฯ ก็ได้รับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญหลายเรื่องไว้พิจารณา โดยที่คำร้องทุกข์ฯ เหล่านั้นอ้างว่าตนถูกละเมิดสิทธิตามมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ทำให้พอจะอนุมานได้ว่า ศาลฯ นั้นเองก็เห็นว่า มาตรา 1 เป็นเรื่องของสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามนัยแห่งมาตรา 93 อนุมาตรา 1 ข้อ 4a แห่งกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งกำหนดเงื่อนไขสำหรับการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ ว่า ผู้ร้องจะต้องอ้างว่าตนถูกละเมิดในสิทธิขั้นพื้นฐานของตน จึงอาจกล่าวได้ว่า จากถ้อยคำ สถานะตามระบบ และการกำหนดเป้าหมายของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ทำให้ถือได้ว่ามาตรา 1 นี้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องและเป็นสิทธิสำหรับมนุษย์ทุกคน และบทสรุปดังกล่าวนี้ นับได้ว่าเป็นความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ไปแล้ว<sup>53</sup>

#### 1.4.2.5 ผลของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีต่อความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับรัฐ

การที่นำเอาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น มิใช่แต่จะเป็นการสร้างประโยคกฎหมาย ที่เป็นภาวะวิสัย (objective) ซึ่งเปิดโอกาสให้ปัจเจกบุคคลสามารถอ้างสิทธิเรียกร้องของตนซึ่งเป็นเชิงอัตวิสัย (subjective) เท่านั้น หากแต่ยังเป็นการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนอีกด้วย รูปแบบความสัมพันธ์ดังกล่าวถูกกำหนดตั้งแต่ในช่วงของการกำหนดกรอบทาง

<sup>52</sup> จะมีก็แต่เพียงคำวินิจฉัยเดียวที่ระบุว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานแต่นักวิชาการสงสัยกันว่าอาจจะเป็นเพราะความพลั้งเผลอก็ได้ โปรดดู BVerfGE 61, 126(137) ; vgl. auch K. Stern, aaO. S. 26.

<sup>53</sup> โปรดดู I.v. Münch, GG-Komm., Bd.1, 3.Aufl. 1985, Art.1 Rdnr. 27.

ความคิดสำหรับรัฐธรรมนูญ ที่เกาะ Herrenchiemsee แล้ว ซึ่งได้มีการกำหนดเป็นต้นร่างสำหรับมาตรา 1 ไว้ว่า “รัฐย่อมมีขึ้นเพื่อมวลมนุษยชาติ มิใช่มนุษย์มีอยู่เพื่อรัฐ” และได้มีการถกเถียงกันในคณะกรรมการธิการว่าด้วยหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ แห่งสภาที่ปรึกษาทำหน้าที่รัฐสภา

สำนวนสุดท้ายที่กลายมาเป็นกฎหมายพื้นฐานนั้นมีที่มาจากข้อเสนอแนะของคณะกรรมการทั่วไป ทำหน้าที่ตรวจสอบสำนวนสำนวนดังกล่าวมีการโต้แย้งในช่วงแรกแต่ก็ผ่านการพิจารณาได้ในที่สุด หลักประกันตามรัฐธรรมนูญสำหรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้กลายมาเป็นที่มาของกฎหมายที่เป็นปฏิฐาน (positive) ที่มีลำดับสูงสุดสำหรับกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน โดยความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะที่ว่า การมีอยู่ของรัฐมิใช่เป็นไปเพื่อรัฐเอง หากแต่การมีอยู่ดังกล่าวเกิดขึ้นจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์ เพื่อให้เหล่ามนุษย์สามารถใช้ชีวิตภายในรัฐนั้นๆ ได้อย่างมีศักดิ์ศรี และอย่างมั่นคงปลอดภัย

นิติสมบัติหรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ที่กำลังพิจารณาอยู่นี้ คือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นตัวกำหนดแนวทางสำหรับกิจกรรมหรือการกระทำทั้งหลายของรัฐ และเป็นมาตรฐานสำหรับการจัดระเบียบเพื่อการอยู่ร่วมกันของคนในรัฐ นอกจากนี้ยังเป็นการยกระดับความทุ่มเทเพื่อให้ได้มาซึ่งการมีชีวิตอยู่ได้อย่างสมศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์จากระดับของความผูกพันทางศีลธรรมหรือทางจารีตประเพณี ขึ้นมาสู่ระดับของความเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย และหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวนี้ ได้มีการทำให้เป็นรูปธรรมในแนวทางต่างๆ ตามแนวทางด้วยกัน กล่าวคือ

ก) รัฐธรรมนูญจะเป็นระบบแห่งกฎเกณฑ์ของกฎหมาย โดยที่ระบบแห่งกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ดังกล่าวนี้นั้น ไม่เพียงแต่เป็นฐานสำหรับการกำหนดคุณค่าที่สำคัญๆ ในทางสังคมเท่านั้น หากแต่ยังเป็นที่มาของการกำหนดคุณค่าที่สำคัญๆ ในทางสังคมอีกด้วย ที่ว่าเป็น

ฐานก็คือการกำหนดคุณค่าที่สำคัญ ๆ ในทางสังคมกรณีใด หากสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญก็อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกำหนดที่ถูกต้องตามกฎหมาย และในขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญก็จะเป็นหลักประกันสำหรับความชอบธรรมของการกระทำนั้น ๆ ด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญก็คือระบบแห่งกฎเกณฑ์ที่ผูกพันกับคุณค่าในทางสังคม โดยที่ส่วนที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญได้แก่บทบัญญัติเกี่ยวกับโครงสร้างของรัฐ และการแสดงออกซึ่งความเลื่อมใสในระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย ในขณะเดียวกัน สถานะของสิทธิขั้นพื้นฐานก็เป็นสิ่งที่ต้องได้รับความสนใจเป็นพิเศษสำหรับระบบแห่งกฎเกณฑ์ที่ผูกพันกับคุณค่าในทางสังคมที่กำลังพิจารณาอยู่นี้ และอาจกล่าวได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้รับการประกันโดยรัฐธรรมนูญเป็นศูนย์กลางของความสนใจสำหรับระบบสิทธิขั้นพื้นฐานเลยทีเดียว

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยฉบับแรก ๆ ในช่วงที่มีการก่อตั้งศาลฯ ใหม่ ๆ ว่า “ระบอบการปกครอง (แบบเสรีประชาธิปไตย) นี้ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดที่ว่า มนุษย์มีคุณค่าในตัวเอง และเสรีภาพรวมทั้งความเสมอภาคเป็นคุณค่าพื้นฐานที่มีความถาวรสำหรับความเป็นเอกภาพของรัฐ”<sup>54</sup> และยังมีคำวินิจฉัยต่อมาที่วินิจฉัยว่า “ในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ก็คือคุณค่าที่สูงที่สุด”<sup>55</sup> และท้ายที่สุดก็ได้มีคำวินิจฉัยที่ต่างออกไป โดยวินิจฉัยว่า “ศูนย์กลางของระบบแห่งกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ ก็คือคุณค่าและศักดิ์ศรีแห่งบุคคลในฐานะที่เป็นสมาชิก ซึ่งสามารถกำหนดชะตากรรมของตนเองได้อย่างเสรี ในสังคมเสรีประชาธิปไตย”<sup>56</sup> จากแนวคำวินิจฉัยที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็คือ

<sup>54</sup> โปรดดู BVerfGE 2, 1 (12).

<sup>55</sup> โปรดดู BVerfGE 5, 85(204).

<sup>56</sup> โปรดดู BVerfGE 65, 1 (41).

หลักการพื้นฐานของระบบแห่งคุณค่าตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และเมื่อรัฐธรรมนูญคือกฎหมายสูงสุดในระบบกฎหมายของประเทศ หลักประกันตามรัฐธรรมนูญในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ก็ย่อมเป็นเป็นศูนย์กลางของระบบกฎหมายดังกล่าวด้วย ความสำคัญดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงอยู่เสมอ แม้ว่าภารกิจที่จะทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความคุ้มครองตามความเป็นจริงจะเป็นภารกิจที่ยากยิ่งก็ตาม

ข) การกำหนดคุณค่าสำหรับสังคม ซึ่งเป็นคุณสมบัติประการหนึ่ง ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่ได้จากการมีหลักประกันในรัฐธรรมนูญ นั้น ได้รับพลังหนุนเพิ่มเติม เมื่อมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ประโยคที่สองกำหนดให้เป็นภารกิจของอำนาจรัฐทั้งหลาย ที่จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเต็มที่ นอกจากนี้แล้วยังมีมาตรา 1 อนุมาตรา 3 ที่ใช้ถ้อยคำแตกต่างออกไปเมื่อกกล่าวถึงผู้รับภารกิจ แต่เนื้อหา ก็คงเป็นไปในทำนองเดียวกัน เมื่อมาตราดังกล่าวกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย ซึ่งย่อมหมายถึงความรวมถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยนั้นผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ คุจตั้งกฎหมาย ที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง การมีบทบัญญัติดังกล่าวเท่ากับเป็นการทำให้สภาพบังคับของเรื่องดังกล่าวนี้มีความสมบูรณ์ ปราศจากจุดอ่อนต่างๆ ได้อย่างทั่วถึง ทั่วเขตแดนของประเทศซึ่งกฎหมายพื้นฐานจะแผ่ไปถึงได้ ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าวนอกจากภารกิจหลักทั้งสามประการของรัฐแล้ว ยังรวมถึงอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญซึ่งถูกตีกรอบไว้โดยมาตรา 79 อนุมาตรา 3 และการดำเนินกิจกรรมทั้งหลายของรัฐ ซึ่งองค์กรรัฐที่ดำเนินกิจกรรมนั้นๆ มีความเป็นเอกเทศและมีความเป็นอิสระ ข้อผูกมัดดังกล่าว ย่อมผูกมัดรวมไปถึงนิติบุคคลทั้งหลายตามกฎหมายมหาชน และนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ได้รับการมอบอำนาจให้ปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่า จะเป็นกรณีที่ได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินงานแทนหน่วยงานของรัฐแบบเต็มตัวหรือกรณีที่ถูกดึงเข้ามาช่วยงานของรัฐเพื่อเป็นการผ่อนภาระแก่หน่วยงานของรัฐเท่านั้น

ก็ตาม<sup>57</sup> นอกจากนี้แล้ว นักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนของเยอรมันยังมีข้อพิจารณาต่อไปอีกว่า ข้อผูกมัดต่ออำนาจรัฐของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังกล่าว ไม่ควรจะจำกัดเฉพาะในส่วนที่เป็นการแสดงออกของการใช้อำนาจรัฐเท่านั้น หากแต่จะต้องรวมไปถึงการดำเนินกิจกรรมของรัฐที่มิใช่เป็นการแสดงออกของการใช้อำนาจรัฐด้วย แต่ทั้งนี้ การดำเนินกิจกรรมของรัฐดังกล่าว จะต้องเป็นการดำเนินการเพื่อให้บรรลุถึงซึ่งภารกิจหรือเป้าหมายของรัฐเท่านั้น ซึ่งเท่ากับว่ามาตรา 1 อนุมาตรา 1 นี้ต้องการให้เป็นเรื่องของการดำเนินกิจกรรมของรัฐโดยทั่วไปเท่านั้น<sup>58</sup> โดยไม่ต้องสนใจรูปแบบทางกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของรัฐดังกล่าว ฉะนั้น ไม่ว่าฝ่ายอำนาจรัฐจะปรากฏตัวในรูปแบบใด ก็มีหน้าที่ ที่จะต้องให้ความเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เสมอไป

*การให้ความเคารพนั้นหมายถึง การมีหน้าที่ ที่จะต้องแสดงความนับถือ กล่าวคือ ฝ่ายอำนาจรัฐไม่อาจดำเนินการใดๆ ที่เป็นการล่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น สำหรับความหมายของการให้ความเคารพ จึงเป็นการเน้นไปที่การระงับการดำเนินการบางประการ<sup>59</sup>*

แต่ในส่วนของ การให้ความคุ้มครองนั้น เป็นกรณีที่รัฐต้องลงมือดำเนินการบางอย่าง ซึ่งเท่ากับเป็นการเรียกร้องให้มีการกระทำที่เป็นเชิงปฏิฐาน รัฐจึงต้องแสดงออกด้วยการคิดหาทางและออกแรงดำเนินการเพื่อให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความคุ้มครองตามความเป็นจริงในทางปฏิบัติ หน้าที่ในการให้ความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ สามารถแสดงออกได้หลายรูปแบบด้วยกัน โดยอาจมีการตราเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรอง การวาง

<sup>57</sup> ไพรดดู บุญศรี มิวส์คูโฆษ, เจอรรถที่ 51, หน้า 105

<sup>58</sup> K. Stern, aaO. S. 29 mwN.

<sup>59</sup> ไพรดดู I.v. Münch,GG-Komm.,Bd.1, 3.Aufl. 1985, Art.1 Rdnr. 27; Vgl. auch H.C. Nipperdey, HGrR II, S. 26.

เป็นแนวคำพิพากษา หรือการดำเนินการอื่น ๆ ของรัฐ ซึ่งในบรรดารูปแบบทั้งหลายที่กล่าวมานี้ การดำเนินการในรูปแบบแรกน่าจะเป็นหลัก สำหรับการดำเนินการอื่น ๆ ต่อไป หน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ สามารถใช้เป็นฐานทางกฎหมาย ในการใช้กำลังเข้าคุ้มครองและปกป้องด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้กำลังทหารเข้าต่อสู้เมื่อมีการรุกรานจากนอกประเทศ ซึ่งกรณีนี้เป็นเรื่องสำคัญสำหรับประเทศเยอรมัน ที่ได้ชื่อว่าเป็นผู้ก่อตั้งสงครามโลกถึงสองครั้ง จนกฎหมายพื้นฐาน(รัฐธรรมนูญ) ต้องมีบทบัญญัติในมาตรา 26 ห้ามการตระเตรียมและการทำสงครามที่มีลักษณะเป็นการรุกรานอย่างเด็ดขาด พร้อมทั้งกำหนดให้มีโทษทางอาญาสำหรับผู้ที่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อมาตราดังกล่าวนี้ด้วย

ค) มาตรา 1 อนุมาตรา 1 ซึ่งกำหนดให้เป็นหน้าที่สำหรับฝ่ายอำนาจรัฐ ให้เคารพและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น นอกจากจะมีอิทธิพลต่อแวดวงของฝ่ายอำนาจรัฐดังกล่าวมาแล้ว บทบัญญัติดังกล่าวยังมีอิทธิพลต่อแวดวงของกฎหมายเอกชนอีกด้วย กล่าวคือ *ประเด็นเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นควรที่จะเป็นสิ่งที่แต่ละต้องไม่ได้ แม้แต่ในภาคเอกชนก็ตาม* สำหรับในมาตรานี้ อาจกล่าวได้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญ จงใจที่จะไม่ระบุให้รัฐหรือฝ่ายอำนาจรัฐเป็นผู้มีหน้าที่ตามมาตรานี้แต่ฝ่ายเดียว โดย Dr. Süsterhenn ซึ่งเป็นกรรมการผู้ร่วมร่างด้วยท่านหนึ่ง ได้กล่าวในที่ประชุมของคณะกรรมการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับหลักการพื้นฐาน เพื่อโน้มน้าวจิตใจกรรมการท่านอื่นๆ ให้ยอมรับข้อเสนอของท่าน เกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำสำหรับมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ไว้ว่า “บทบัญญัตินี้ เป็นการกำหนดแบบสัมบูรณ์ (absolute) ที่ใช้สำหรับทุกผู้ทุกนาม กล่าวคือ ใช้บังคับทั้งกับฝ่ายอำนาจรัฐ และกับฝ่ายเอกชนทุกคน รวมถึงสถาบันในทางสังคมทั้งหลายอีกด้วย”<sup>60</sup> โดยหลักการแล้วอาจ

<sup>60</sup> โปรดดู ParlRat-GrdsA, Sten.Ber. ( 32. Sitzung vom 11.1.1949 ), S. 3.

กล่าวได้ว่า เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีผลใช้บังคับกับระบบกฎหมายเอกชนด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีปัญหาที่ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีผลที่เป็นรูปธรรมอย่างไร ต่อความสัมพันธ์ในระหว่างผู้ถือสิทธิตามกฎหมายเอกชนด้วยกัน ต่อปัญหานี้เมื่อพิจารณาว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีคุณสมบัติของการเป็นผลจากตัดสินใจเกี่ยวกับคุณค่าทางสังคมโดยรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น ผลดังกล่าวจึงย่อมแผ่ซ่านไปทั่วระบบ กฎหมายทั้งหมด ซึ่งย่อมรวมไปถึงกฎหมายเอกชนด้วย เมื่อเป็นเช่นนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นมาตรฐานสำคัญที่เป็นตัวกำหนดทิศทางสำหรับการสร้างสรรค์และการใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเอกชนด้วย

ในเมื่อเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการเข้าปกป้องเมื่อมีการขัดขวาง หรือล่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งหมายความรวมถึงการขัดขวาง หรือล่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จากฝ่ายเอกชนด้วย ในส่วนของการดำเนินงานของรัฐเอง ไม่ว่าจะในรูปแบบใด กล่าวคือ การออกกฎหมาย การตรากฎหมาย ลำดับรอง การออกคำสั่งทางปกครอง การพิพากษาอรรถคดีของศาล การดำเนินงานของรัฐเองเหล่านี้ จะมีส่วนในการสนับสนุน ค้ำครอง หรือยินยอมให้มีพฤติกรรมที่เป็นการขัดขวาง หรือล่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้

โดยเหตุที่มาตรา 1 อนุมาตรา 1 ประโยคแรก มิใช่เป็นเพียงคำอธิบายสถานะความเป็นอยู่ของปรากฏการณ์ทางสังคม หากแต่มีฐานะเป็นประโยคกฎหมาย ที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง การกระทำของเอกชนที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมมีผลเท่ากับเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติที่เป็นข้อห้ามตามรัฐธรรมนูญ และเมื่อมีผลดังที่ได้กล่าวแล้ว ก็จะเป็นเรื่องของรัฐไม่อาจปล่อยให้ละเลย หรือไม่ให้ความสนใจต่อไปได้

โดยที่มีการยอมรับในหลักการว่า โดยหลักแล้ว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในฐานะที่เป็นหลักประกันตามรัฐธรรมนูญ ย่อมมี

ผลต่อกฎหมายเอกชนด้วย ยิ่งมีความจำเป็นที่จะต้องมีการเตือนล่วงหน้าไว้ด้วย ว่า หากมีการตีความในเรื่องนี้จนเกินสมควรไป ก็อาจเป็นการทำให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ เนื่องจากในทางกฎหมายเอกชนมีหลักอยู่แล้วว่า ในเบื้องต้นนั้น บังคับบุคคลย่อมสามารถตัดสินใจไปได้เอง ว่าอะไรเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับศักดิ์ศรีของตน นอกจากนี้แล้ว ในระบบกฎหมายเอกชนนั่นเอง ก็มีหลักทั่วไปอยู่แล้วด้วยว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตีความสัญญาที่ต้องพิจารณาความต้องการที่แท้จริง ยิ่งกว่าถ้อยคำตามตัวอักษร กล่าวคือ เป็นหลักการที่มีให้ยึดติดในรูปแบบนั่นเอง แต่ปัญหาอาจเกิดขึ้นได้ หากบุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของระบบอุปถัมภ์ ที่ตกทอดมาจากอดีตจนเป็นธรรมเนียมที่ต้องมีการตอบแทนบุญคุณของผู้มีอุปการคุณ ทั้ง ๆ ที่ ความเป็นตัวของตัวเองต่างหากที่เป็นหัวใจของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตาม การที่รัฐจะเข้าแทรกแซงอาจต้องจำกัดเฉพาะกรณีที่มีการตัดสินใจที่เป็นการเบี่ยงเบนไปจากความเป็นตัวของตัวเองจนอาจเรียกได้ว่าสุดขั้วเท่านั้น

#### 1.4.2.6 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับภาพลักษณ์ของความ เป็นมนุษย์

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นการแสดงออกซึ่งความเป็นตัวของตัวเองในฐานะที่เป็นบุคคลที่มีคุณค่าในตัวเอง ความเป็นตัวของตัวเองดังกล่าว มิใช่เพียงแต่กำหนดความเป็นไป ของตัวเองได้เท่านั้น หากแต่ต้องกำหนดความเป็นไปตลอดจนสร้างสรรค์สิ่งแวดล้อมรอบ ๆ ตนได้อีกด้วย ความเป็นบุคคล ทั้งในแง่ของความเป็นปัจเจกบุคคลและความเป็นสมาชิกของสังคม นี้ถือได้ว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐบาวาเรียนับได้ว่าเป็นผู้บุกเบิกที่สำคัญในประเด็นนี้ โดยได้เคยมีคำวินิจฉัยมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1948 ว่า “มนุษย์ ในฐานะที่เป็นบุคคล ย่อมเป็นผู้ถือแห่งคุณค่าสูงสุดทางจิตใจ

และทางจารีต และย่อมเป็นสิ่งที่ป็นรูปธรรมของความมีคุณค่าในตัวเองทางจารีต ซึ่งซื้อไม่ได้ขายไม่ขาด และมีความเป็นตัวของตัวเองเมื่อต้องเผชิญหน้ากับฝ่ายอำนาจรัฐรวมทั้งฝ่ายสังคม โดยที่ทั้งสองฝ่ายหลังนี้ไม่อาจแตะต้องคุณค่าดังกล่าวนี้ได้ ศักดิ์ศรี...จึงเป็นเรื่องของคุณค่าภายในและในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้ได้รับการยอมรับและได้รับความเคารพจากสังคม ซึ่งเป็นสิทธิอันชอบธรรมของมนุษย์ที่ย่อมจะเรียกร้องเพื่อตัวเองได้เสมอ<sup>61</sup> เนื้อหาของคำวินิจฉัยนี้เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงภาพลักษณ์ของความเป็นมนุษย์ตามนัยแห่งกฎหมายพื้นฐานและภาพลักษณ์ซึ่งดูเหมือนจะยืมมาจากวิชามานุษยวิทยา (Anthropology) นี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ก็นำมาใช้เช่นกัน โดยในช่วงแรกจะใช้เมื่อพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 2 อนุมาตรา 1 ซึ่งว่าด้วยเสรีภาพโดยทั่วไป ทั้งๆ ที่ เนื้อหาตามที่กล่าวมานี้เป็นเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 อนุมาตรา 1 แต่อย่างไรก็ตาม ในคำวินิจฉัยต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ก็ได้ดึงเอามาตรา 1 อนุมาตรา 1 เข้ามาร่วมด้วย<sup>62</sup> นับเป็นเวลานานหลังจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันจึงค่อยให้น้ำหนักมาที่มาตรา 1 อนุมาตรา 1<sup>63</sup> สำหรับคำตอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เกี่ยวกับภาพลักษณ์ของความเป็นมนุษย์นั้น ศาลฯ ได้เคยวินิจฉัยว่า “ภาพลักษณ์ของความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายพื้นฐานนั้น มิใช่ภาพลักษณ์ของปัจเจกบุคคลที่มีความเป็นนายของตนเอง แต่ถูกตัดขาดจากโลกภายนอก กฎหมายพื้นฐานประสงค์จะให้เกิดความสัมพันธ์แบบที่อยู่ภายใต้พลังที่เหนียวรั้งกันระหว่างชั่วสองชั่ว กล่าวคือระหว่างชั่วของความเป็นปัจเจกบุคคลกับชั่วของความเป็นประชาคม ในความหมายที่ว่า บุคคลย่อมมีทั้งความสัมพันธ์และความผูกพันกับประชาคม

<sup>61</sup> โปรดดู BayVerfGE n.F. Bd. 1, 29 (32), zitiert nach K. Stern, aaO. S. 31.

<sup>62</sup> โปรดดู BVerfGE 4, 7 (15f.).

<sup>63</sup> โปรดดู BVerfGE 50, 166 (175 ).

ทั้งนี้ โดยที่ไม่มีการแต่ต้องคุณค่าในตัวเองของบุคคลนั้น<sup>64</sup> คำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ได้รับการกล่าวขานกันในหมู่นักวิชาการว่าเป็นแนวทางสายกลางของบรรดานักมนุษยนิยม กล่าวคือ อยู่กึ่งกลางระหว่างความเป็นปัจเจกชนนิยม (individualism) กับความเป็นมหาชนนิยม (collectivism) โดยวางพื้นฐานไว้ด้วยว่า จะต้องไม่มีการแต่ต้องคุณค่าในตัวเองของบุคคลนั้น ซึ่งเป็นสิ่งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ประโยคแรก แล้วนั่นเอง

ก) ภาพลักษณ์ของความเป็นมนุษย์ตามแนวทางของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเป็นภาพลักษณ์ของปัจเจกบุคคลที่มีความผูกพันต่อประชาคม<sup>65</sup> ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงมิติแห่งความเป็นปัจเจกบุคคล และมิติทางสังคม ซึ่งเป็นพื้นฐานสำหรับการพัฒนาความเป็นปัจเจกบุคคลโดยอาศัยสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ รวมทั้งเป็นที่มาสำหรับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอาศัยเหตุผลจากหน้าที่ ที่สมาชิกแต่ละคนมีต่อสังคม ซึ่งการจำกัดสิทธิดังกล่าว อาจเป็นกรณีที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้เองหรือกฎหมายพื้นฐานเปิดช่องให้มีการตรากฎหมายกำหนดเป็นกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ ได้ จากพื้นฐานความเข้าใจดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า ในภาพลักษณ์ของความเป็นมนุษย์แต่ละภาพ ที่ได้มาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ก็คือการตัดสินใจขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับประชาคม และความสัมพันธ์ของทั้งคู่ในระบบกฎหมาย หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า รัฐธรรมนูญประสงค์ให้มีรัฐ ที่มีการดำเนินงานต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีการออกกฎหมายซึ่งเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่สุดในการดำเนินงานของรัฐ ที่ค่านึงถึงทั้งตัวมนุษย์

<sup>64</sup> โปรดดู BVerfGE 4, 7 (15f.). ข้อความที่มีการอ้างอิงกันอย่างแพร่หลายนี้ Prof. Dr. K. Stern (aaO. S. 32 FN.131.) ซึ่งว่าเป็นการลอกแทบจะคำต่อคำจากข้อเขียนของท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในขณะนั้น นั่นคือ J.M. Wintrich, in: Festschrift für W. Laforet, 1952, S.235f.

<sup>65</sup> โปรดดู BVerfGE 4, 7 (15f.); 8, 274 (329); 27, 1 (7) und 344 (351); 30, 1 (20); 33, 303 (334); 45, 187 (227); 50, 166(175) und 290 (353); vgl. auch Prof. Dr. K. Stern, aaO. S. 32 FN.133 mwN.

ในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคล และการอยู่ร่วมกันเป็นประชาคม ควบคู่กันไป โดยที่พื้นฐานทางความคิดในเรื่องนี้อยู่ที่ความรับรู้ที่ว่า ความเข้าใจโดยรวมทั้งหมดเกี่ยวกับมนุษย์ หรือภาพลักษณ์ของความเป็นมนุษย์นี้เอง ที่เป็นตัวกำหนดเนื้อหาและความเป็นไปของกฎหมายทั้งหลาย<sup>66</sup>

จ) สถานภาพซ้อนของความเป็นมนุษย์ ที่ทางด้านหนึ่งมีฐานะเป็น “ปัจเจกบุคคล” และในอีกสถานะหนึ่งเป็น “บุคคลทางสังคม” นั้น แสดงออกอย่างชัดเจนในรูปของสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ โดยพิจารณาประกอบกับการกำหนดกรอบของสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านั้น การให้หลักประกันและการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้เป็นความพยายามที่จะทำให้เกิดความสมดุลย์ขึ้น ในความสัมพันธ์ภายในตัวของมนุษย์แต่ละคน ซึ่งอยู่ภายใต้พลังที่เหนียวรั้งกันระหว่างชั่วสองชั่ว กล่าวคือ ชั่วของเสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพของปัจเจกบุคคลกับชั่วของข้อเรียกร้องของประชาคมที่มีต่อปัจเจกบุคคลนั้น

ตามความหมายข้างต้น สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายจึงเป็นเสมือนภาพสะท้อนของความเข้าใจพื้นฐานเกี่ยวกับมนุษย์ที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้ว และเมื่อความเข้าใจพื้นฐานดังกล่าว ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่ออยู่ภายใต้ร่มธงของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิ่งที่อำนาจรัฐแตะต้องไม่ได้ ทั้งยังได้รับหลักประกันและความคุ้มครองจากฝ่ายอำนาจรัฐทั้งหลายอีกด้วยนั้น หลักประกันและความคุ้มครองจากฝ่ายอำนาจรัฐทั้งหลายเหล่านี้ จึงกลายมาเป็นหลักการสำหรับระบบความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งระบบอีกด้วย

การตัดสินใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ ถือได้ว่าเป็นความสำคัญอย่างยิ่งยวด และมีผลครอบคลุมสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญทั้งหมด จากหลักประกันตามรัฐธรรมนูญ

<sup>66</sup> โปรดดู P. Häberle, HdbStR, Bd.I, 1987, S. 830ff.; H. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 235.

ประกอบกับภาพลักษณ์ของความเป็นมนุษย์ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญนี้ย่อมเป็นพื้นฐานสำคัญของการสร้างสรรค์สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายตลอดจนเป็นแนวทางสำหรับการพัฒนาและการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายเหล่านี้ต่อไป

ง) นอกเหนือไปจากการกำหนดให้มนุษย์มีความเป็นปัจเจกบุคคลและมีความเป็นบุคคลที่ต้องเกี่ยวข้องกับสังคมแล้ว อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญเยอรมันได้คาดการณ์ที่จะระบุคุณลักษณะประการอื่น ๆ ของความเป็นมนุษย์ที่เป็นรูปธรรม ซึ่งก็นับว่าเป็นการชอบแล้วที่เป็นเช่นนั้น เนื่องจากภารกิจดังกล่าวคงมิใช่เป็นภารกิจของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแม้กระทั่งของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นเรื่องของทางฝ่ายนักวิชาการในแขนงนิติปรัชญา<sup>67</sup> หรือรัฐปรัชญา<sup>68</sup> หรือแม้กระทั่งสาขาวิชาอื่น ๆ มากกว่า กฎหมายที่เป็นปฏิฐาน ที่ใช้บังคับจริงนั้นต้องคำนึงถึงมนุษย์ที่มีอยู่ตามความเป็นจริง ซึ่งคงเป็นการยากที่จะตีกรอบที่ตายตัวสำหรับความเป็นมนุษย์ดังกล่าวนี้ นอกเหนือไปจากความเป็นตัวเป็นคนที่มีอยู่จริงของมนุษย์ มนุษย์สามารถกำหนดความเป็นไปในวิถีชีวิตของตนเองได้ และมนุษย์สามารถสร้างสรรค์สิ่งแวดล้อมของตนเองได้ และคุณสมบัติเหล่านี้เป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญต้องการสนับสนุนให้มีความเข้มแข็งมากยิ่งขึ้น

## 1.5 ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ

### 1.5.1 แนวทางการพิจารณาในขั้นตอนของการยกร่าง

เมื่อหลักประกันตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการสูงสุดทางรัฐธรรมนูญที่เป็นตัวกำหนดคุณค่าทางสังคม ย่อมเห็นได้ชัดว่า การประกาศตนยอมรับในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม

<sup>67</sup> โปรดดู H. Henkel, aaO., S. 234ff.

<sup>68</sup> โปรดดู Th. Fleiner- Gester, Allgemeine Staatslehre, 1980, S.31ff.

มาตรา 1 อนุมาตรา 1 นั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ตามมา ความสำคัญดังกล่าวแสดงออกให้เห็นตั้งแต่ในช่วงของการพิจารณากร่าง โดยสามารถแยกพิจารณาเป็นสองแนวทางด้วยกัน เพื่อหาข้อสรุปสำหรับแนวความคิดในระหว่างผู้ร่วมพิจารณากร่าง คือ

ก) แนวทางแรก จากการพิจารณาความเป็นมาของยกกร่างมาตรา 1 อนุมาตรา 2 เดิมทีเดียวในที่ประชุมของคณะกรรมการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานนั้น เป็นที่รับกันว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิขั้นพื้นฐาน มิใช่สิทธิขั้นพื้นฐานตั้งอยู่บนพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ต้นร่างของมาตรา 1 หลังจากการพิจารณาวาระที่หนึ่งแล้วมีข้อความดังต่อไปนี้

“(1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมอยู่ภายใต้การคุ้มครองของฝ่ายอำนาจรัฐ

(2) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีพื้นฐานความเป็นมาจากกฎหมายนิรันดร ซึ่งชนชาวเยอรมันยอมรับเป็นพื้นฐานของประชาคมมนุษย์ทุกประชาคม”<sup>69</sup>

ในวาระที่สอง มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการใช้ถ้อยคำในอนุมาตราสอง อย่างมีนัยสำคัญ และมีมติให้ใช้ถ้อยคำดังต่อไปนี้

“พร้อมกับการยอมรับในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเคารพอย่างถาวรที่มีต่อเสรีภาพและสิทธิมนุษยชน ชนชาวเยอรมันยอมรับในเสรีภาพและสิทธิมนุษยชนอันตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค ทั้งยังเป็นสิ่งที่ซื้อไม่ได้ขายไม่ขาด เสรีภาพและสิทธิมนุษยชนนี้ ย่อมเป็นพื้นฐานสำหรับเสรีภาพ ความยุติธรรมและความมีสันติภาพของโลก”<sup>70</sup>

ในที่ประชุมของคณะกรรมการหลักของสภาที่ปรึกษาทำหน้าที่รัฐสภา (Parlamentarischer Rat) ซึ่งรับหน้าที่ในการพิจารณา

<sup>69</sup> โปรดดู ParlRat-GrdsA, Sten.Ber. ( 4. Sitzung vom 23.9.1948 ), S. 22.

<sup>70</sup> โปรดดู ParlRat-GrdsA, Sten.Ber. ( 22. Sitzung vom 18.11.1948 ), S.15, 26ff.

ร่างรัฐธรรมนูญ มีมติเห็นชอบด้วยกับถ้อยคำตามร่างนี้ ในการประชุมพิจารณาครั้งที่หนึ่ง<sup>71</sup> ถ้อยคำตามร่างถัดมาของคณะกรรมการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับหลักการพื้นฐาน ปรากฏว่า การเชื่อมโยงระหว่างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับสิทธิขั้นพื้นฐานมีความชัดเจนน้อยลง เมื่อมีมติให้ใช้ถ้อยคำว่า

“ด้วยความพร้อมที่จะยื่นหยัดให้มีการเคารพและให้มีหลักประกันสำหรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างถาวร ประชาชนเยอรมันยอมรับในเสรีภาพและสิทธิมนุษยชนอันตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค ทั้งยังเป็นสิ่งที่ซื้อไม่ได้ขายไม่ขาด ซึ่งเสรีภาพและสิทธิมนุษยชนนี้ ย่อมเป็นพื้นฐานสำหรับเสรีภาพ ความยุติธรรมและความมีสันติภาพ”<sup>72</sup>

ในที่ประชุมคณะกรรมการหลักของสภาที่ปรึกษาทำหน้าที่รัฐสภา (Parlament-arischer Rat) มีมติเห็นชอบด้วยกับถ้อยคำตามร่างนี้ ในการประชุมพิจารณาครั้งที่สอง เพียงแต่ตัดถ้อยคำที่ว่า “*อันตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค*” ออกไปเท่านั้น<sup>73</sup> แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า คณะกรรมการทั่วไป ทำหน้าที่ตรวจสอบได้เคยมีข้อเสนอแนะให้ใช้โครงสร้างประโยคแบบอื่น โดยเสนอให้ใช้ข้อความว่า

“เสรีภาพ และความเสมอภาคของมนุษย์ รวมทั้งหน้าที่ของมนุษย์ที่มีต่อเพื่อนบ้าน และต่อส่วนรวม เป็นพื้นฐานของประชาคมมนุษย์ทั้งหลาย และเป็นพื้นฐานของสันติภาพและความยุติธรรมในโลก”<sup>74</sup>

ในที่ประชุมของคณะกรรมการหลักของสภาที่ปรึกษาทำหน้าที่รัฐสภา ต้องการจะรักษาสายสัมพันธ์ระหว่างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวไว้ Dr. H v. Mangoldt (CDU) สมาชิกสภาที่ปรึกษาท่านหนึ่ง ได้อภิปรายในที่ประชุมกรรมการหลัก

<sup>71</sup> โปรดดู ParlRat-HA, Sten.Ber., S. 205.

<sup>72</sup> โปรดดู ParlRat-GrdsA, Sten.Ber. ( 32. Sitzung vom 11.1.1949 ), S. 13-15.

<sup>73</sup> โปรดดู ParlRat-HA, Sten.Ber., S. 531.

<sup>74</sup> โปรดดู ParlRat-Drucks. Nr. 370, ver?ffentlicht in: ParlRat-Entw., S. 85.

เพื่ออธิบายให้เห็นถึงสายสัมพันธ์ระหว่างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับสิทธิขั้นพื้นฐานว่า “ผลที่ออกมาควรเป็นที่ชัดเจน” ว่า สำหรับพวกเราแล้วถือได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญ ที่จะต้องให้บทบัญญัตินี้ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราแรกของรัฐธรรมนูญ โดยเป็นบทบัญญัติที่เน้นเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และควรจะต้องเป็นที่ชัดเจนด้วยว่า เป็นภารกิจของมาตรานี้ที่จะต้องกำหนดความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างสิทธิเสรีภาพและสิทธิมนุษยชนกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>75</sup> คำอภิปรายนี้เป็นที่ยอมรับในที่ประชุมโดยไม่มีผู้ใดโต้แย้ง หรือมีความคิดเห็นเป็นอย่างอื่น<sup>76</sup> และในที่สุดตามร่างที่มีการแก้ไขครั้งสุดท้ายโดยคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิ ห้าท่าน ก็ยังคงรักษาความสัมพันธ์นี้ไว้ โดยใช้คำว่า “ด้วยเหตุผลดังกล่าว” เป็นตัวเชื่อมกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งบัญญัติอยู่ในอนุมาตรา 1 โดยถ้อยคำตามที่มีการประกาศใช้จริง มีพื้นฐานมาจากข้อเสนอแนะของคณะกรรมการทั่วไป ทำหน้าที่ตรวจสำนวน ซึ่งได้ทำเป็นความคิดเห็นที่มีต่อร่างที่สองของคณะกรรมการหลักของสภาที่ปรึกษา ทำหน้าที่รัฐสภา ซึ่งได้เสนอถ้อยคำดังนี้

“(2) ประชาชนเยอรมันยอมรับในสิทธิมนุษยชนอันจะละเมิดมิได้ ทั้งยังเป็นสิ่งที่ซื้อไม่ได้ขายไม่ขาด สิทธิมนุษยชนนี้ ย่อมเป็นพื้นฐานสำหรับประชาคมมนุษย์ทั้งหลาย และเป็นพื้นฐานของความมีสันติภาพและความยุติธรรมในโลก”<sup>77</sup>

โดยถ้อยคำที่ประกาศใช้ในตอนนั้น มีดังนี้

“(2) ด้วยเหตุผลดังกล่าวชาวเยอรมันจึงยอมรับในสิทธิมนุษยชนอันจะละเมิดมิได้ ทั้งยังเป็นสิ่งที่ซื้อไม่ได้ขายไม่ขาด สิทธิมนุษยชนนี้ ย่อมเป็นพื้นฐานสำหรับประชาคมมนุษย์ทั้งหลาย และเป็น

<sup>75</sup> โปรดดู ParlRat-HA, Sten.Ber., S. 529.

<sup>76</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S.34. แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าในข้อเขียนดังกล่าว มีความคลาดเคลื่อนในการอ้างอิงสำหรับFN.143.

<sup>77</sup> โปรดดู ParlRat-Drucks. Nr.543, veröffentlicht in: ParlRat-Entw., S. 117.

พื้นฐานของความมีสันติภาพและความยุติธรรมในโลก”

ในการยอมรับสิทธิมนุษยชน ด้วยวิธีการอันแยบยลนี้ ผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานเยอรมันก็สามารถดึงเอาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับสิทธิมนุษยชนเข้ามาเชื่อมโยงไว้ด้วยกันอย่างลึกซึ้งแนบแน่น อย่างชนิดที่หาที่เปรียบได้ยาก

ข) แนวทางที่สอง จากการพิจารณาความเป็นมาของยกเว้นมาตรา 1 อนุมาตรา 3 อาจกล่าวได้ว่า มาตรา 1 อนุมาตรา 3 เป็นดังสะพานที่เชื่อมสิทธิมนุษยชนเข้ากับสิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>78</sup> ความเข้าใจดังกล่าวนี้แสดงออกอย่างชัดเจนในต้นร่างฉบับแรกของคณะกรรมการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับหลักการพื้นฐาน ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้

“ดังนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายจึงเป็นสิทธิได้รับการประกันโดยที่สิทธิเหล่านี้ย่อมผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายปกครอง และฝ่ายตุลาการในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยตรง”<sup>79</sup>

ในการพิจารณาร่างนี้ ในวาระที่สอง ได้มีการเสนอแนวความคิดให้ใช้ถ้อยคำดังต่อไปนี้ คือ

“สิทธิขั้นพื้นฐานตามที่ปรากฏในมาตราต่อไปนี้ ย่อมผูกมัด...”

ในขณะที่คณะกรรมการทั่วไป ทำหน้าที่ตรวจสอบสำนวนได้มีข้อเสนอแนะสำหรับร่างฯ ที่หนึ่งด้วยการยกเว้นเป็นถ้อยคำดังต่อไปนี้

“สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายย่อมมีขึ้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสมบัติที่ข้อไม่ได้ขายไม่ขาดเหล่านี้”<sup>80</sup>

<sup>78</sup> ตามแนวการใช้ศัพท์ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันนั้น ทำให้เกิดแนวความคิดขึ้นมาว่าว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีความหมายครอบคลุมทั้งสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีได้และสิทธิของพลเมืองซึ่งเป็นสิทธิของการมีส่วนร่วมทางการเมือง ผู้ที่จะมีสิทธิของพลเมืองนี้ได้จึงจำกัดเฉพาะผู้ที่มีสัญชาติเยอรมันเท่านั้น โปรดดู H.F.Zacher, Grundrechte als “Oberbegriff für Menschenrechte und Bürgerrechte, in: E.- W. Böckenförde-Spaemann, R. (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, 1987, S.327.

<sup>79</sup> โปรดดู ParlRat-GrdsA, Sten.Ber. ( 4. Sitzung vom 23.9.1948 ), S. 23.

<sup>80</sup> โปรดดู ParlRat-Drucks. Nr.370, veröffentlicht in: ParlRat-Entw., S. 86.

ในสำนวนสุดท้าย<sup>81</sup> ซึ่งได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการสิทธิ ซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิ ทำท่าน ได้มีการปรับปรุงแก้ไขเล็กน้อย จากข้อเสนอแนะที่คณะกรรมการทั่วไป ทำหน้าที่ตรวจสอบสำนวนได้มีขึ้น จากร่างที่ผ่านวาระที่สองของคณะกรรมการหลักและมีการประกาศใช้ ในที่สุด จะพบว่า หากพิจารณาตามถ้อยคำแล้ว ความสัมพันธ์จะปรากฏไม่ สัตเจนนั้ก

แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีการบันทึกประวัติความเป็นมาของการ ยกร่างไว้อย่างละเอียด ทำให้สามารถสืบหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ร่างได้ โดยในประเด็นนี้ Dr. H v. Mangoldt (CDU) ได้อภิปรายในที่ประชุม คณะกรรมการหลัก ในการประชุมของคณะกรรมการฯ วาระที่สอง ไว้ดังนี้ “ที่นี้ก็เป็นเรื่องสำคัญสำหรับพวกเราที่จะต้องดำเนินการในอนุมาตรา สาม กล่าวคือ ต้องหาทางที่เชื่อมโยงไปสู่สิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ และต้องชี้ ให้เห็นด้วยว่า สิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ถึง มาตรา 20 นั้น เป็นการขยายความอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรของสิทธิ เสรีภาพและสิทธิมนุษยชนในยุคสมัยของพวกเรา ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมาแต่ ดั้งเดิม และเป็นสิทธิที่มีอย่างเสมอหน้ากัน เป็นสิทธิที่ไม่อาจจะละเมิดได้ และข้อไม่ได้ขยายไม่ขาด นั้นเอง”<sup>82</sup>

### 1.5.2 การสื่อความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดย อาศัยการตีความบทบัญญัติมาตรา 1

G.Dürig ได้พิจารณาว่า ประวัติความเป็นมา และบทบัญญัติ ของมาตรา 1 เป็นจุดเริ่มต้นสำหรับ “ร่างระบบแห่งคุณค่าของสิทธิ ขั้นพื้นฐานที่สามารถนำมาปฏิบัติได้”<sup>83</sup> แม้ว่าท่านจะมีความเห็นว่ามาตราหนึ่ง อนุมาตราหนึ่งมิได้มีคุณสมบัติของความ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่จาก คุณค่าทางกฎหมายและจากการพิจารณาคุณภาพของบทบัญญัติ แล้ว

<sup>81</sup> โปรดดู ParlRat-Drucks. Nr.543, veröffentlicht in: ParlRat-Entw., S. 118.

<sup>82</sup> โปรดดู ParlRat-HA, Sten.Ber., S. 529.

<sup>83</sup> โปรดดู G. Dürig, in: Maunz- Dürig, Art.1 Abs.1 Rdnr.5-7.

มาตราหนึ่ง อนุมาตราหนึ่งนี้ มีฐานะเป็นหลักการสูงสุดทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นพื้นฐานสำหรับระบบแห่งคุณค่า (value system) ทั้งระบบ และระบบแห่งคุณค่านี้หากพิจารณาในแง่ของตรรกวิทยาทางกฎหมายแล้ว เท่ากับเป็นระบบแห่งสิทธิเรียกร้องในตัวของมันเองอีกด้วย ความเป็นระบบแห่งคุณค่าและระบบแห่งสิทธิเรียกร้องนี้ ตามสายตาของ G.Dürig เห็นว่ามาจากสิทธิเรียกร้องทั้งหลายอันเป็นผลพวงของการให้หลักประกันในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และผ่านมาจากมาตรา 1 อนุมาตรา 2 ตามคำว่า “ด้วยเหตุผลดังกล่าว” เข้าไปสู่สิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธิ ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่อาจละเมิดเสียได้และเป็นสิ่งที่ซื้อก็ไม่ได้ขายก็ไม่ได้ขาดควบคู่กันไป ระบบดังกล่าวเสรีจสมบูรณ์ เมื่อมาตรา 1 อนุมาตรา 3 ทำให้สิทธิมนุษยชนซึ่งอยู่ภายใต้ร่มเงาของคำว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน กลายมาเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายมหาชน โดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติมารองรับแต่อย่างใด<sup>84</sup>

คำอธิบายรวมทั้งการตีความของ G.Dürig ข้างต้น ปรากฏว่าเป็นที่ยอมรับกันในหมู่ของนักวิชาการเยอรมัน<sup>85</sup> เนื่องจากเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปแล้วว่า พื้นฐานสำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีได้มาจากประเพณีก่อนการเกิดของรัฐเท่านั้น หากแต่มีพื้นฐานมาจากตัวมนุษย์นั่นเอง หรืออาจกล่าวได้ว่า คุณสมบัติหรือคุณภาพของความเป็นผู้กระทำหรือผู้ใช้กฎหมาย (subject quality) ของมนุษย์เป็นผลลัพธ์ของบุคลิกภาพและศักดิ์ศรีของตัวมนุษย์นั่นเอง การเกิดของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นเป็นผลพวงของความมีตัวมีตนของมนุษย์นั่นเอง<sup>86</sup> มิใช่เป็นผลมาจากทฤษฎีหรือการสมมุติใดๆ หากแต่เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่เป็นตัวเป็นตนอยู่

<sup>84</sup> โปรดดู G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR, Bd. 81 (1956), S. 117ff.

<sup>85</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S.36.

<sup>86</sup> AaO., FN. 152 mwN.

ตามความหมายข้างต้นนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นพื้นฐานของสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย<sup>87</sup> อาจมีผู้โต้แย้งได้ว่า ยังมีปัจจัยอื่น ๆ อีกมากมายที่มีอิทธิพลต่อพัฒนาการของสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ซึ่งก็นับว่าเป็นคำกล่าวที่ถูกต้อง แต่ในที่นี้ก็สามารถตอบแบบฟันธงได้เช่นเดียวกันว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นหนึ่งในบรรดาพื้นฐานที่สำคัญที่สุดของสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย นอกจากนี้แล้วมนุษย์ยังมีคุณสมบัติอีกประการหนึ่งดังที่ได้นำเสนอไปแล้วข้างต้น กล่าวคือ ความสามารถในการสร้างความสำเร็จให้แก่ตนเองได้<sup>88</sup> เมื่อมนุษย์แต่ละคนมีเสรีภาพ อันเป็นผลมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเขาเหล่านั้น เสรีภาพดังกล่าวจึงเป็นเสรีภาพที่มีความเสมอกัน ด้วยเหตุนี้ มนุษย์จึงเกิดมาพร้อมกับเสรีภาพอย่างเสมอหน้ากัน โดยที่ ทั้งเสรีภาพและความเสมอภาคนี้ต่างก็มีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน<sup>89</sup> และเป็นศักดิ์ศรีที่มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนอย่างเสมอหน้ากัน โดยไม่มีข้อยกเว้น ด้วยเหตุนี้ ปญญญาสภากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 จึงใช้คำว่า

“มนุษย์ทุกคน...ย่อมเกิดมาอย่างมีศักดิ์ศรี และสิทธิต่างๆ เท่าเทียมกัน”

การที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้กลายมาเป็นพื้นฐานสำคัญของสิทธิทั้งหลายของมนุษย์เช่นนี้ หากมีการสืบสาวลงไปในประวัติศาสตร์จะพบว่า พื้นฐานของพัฒนาการดังกล่าวมิได้มาจากกรอบทางความคิดทางปรัชญาแต่อย่างใด หากศึกษาค้นคว้าเอกสารหลักฐานทางกฎหมายจะพบว่าตั้งแต่ คริสตศตวรรษที่ 17 แล้ว วิชาการทางเทววิทยาและปรัชญาได้สูญเสียความเป็นผู้นำทางความคิดสำหรับวงการนิติศาสตร์ ใน

<sup>87</sup> โปรดดู P. Häberle, HdbStR, Bd.I, 1987, § 20 Rdnr. 56.

<sup>88</sup> โปรดดูข้างต้น ในหัวข้อ 1.3.1

<sup>89</sup> โปรดดู F. Münch, Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, 1951, S. 8.

การนำมาใช้อธิบายความในทางกฎหมาย เนื่องจากในการอธิบายความ เป็นสิทธิเรียกร้องที่ได้รับการรับรองทั้งยังได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย นักกฎหมายมิได้อ้างจากพื้นฐานทางเทววิทยาหรือปรัชญา หากแต่อ้างอิง ถึงสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์โดยตรงเลยทีเดียว โดยจะเห็นได้จาก ชื่อที่ใช้เรียกทั้งคำว่า สิทธิมนุษยชนและคำว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน และ กฎหมายพื้นฐานก็ใช้ศัพท์ทั้งสองคำนี้ควบคู่กันไป โดยในมาตรา 1 อนุมาตรา 2 ใช้คำว่า “สิทธิมนุษยชน อันจะละเมิดมิได้ และชื่อก็ไม่ได้ขายก็ไม่ขาด” ในขณะที่ ในมาตรา 1 อนุมาตรา 3 ใช้คำว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา ต่อๆ ไปนี้”

ในขณะที่คำศัพท์คำแรกยังมีคำว่ามนุษย์ ที่พอจะเชื่อมโยง กับคำว่า มนุษย์ และศักดิ์ศรีของมนุษย์ได้บ้าง แต่สำหรับคำหลัง คือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” นั้น คำว่ามนุษย์ หายไป ทำให้สามารถเชื่อมโยงได้ ยากขึ้น ทั่วๆ ที่ตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างฯ นั้นต้องการให้ทั้งคำว่าศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชนและคำว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน มีความสัมพันธ์ กันอย่างใกล้ชิด เกี่ยวกับความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้ มีประวัติความเป็นมาที่ ค่อนข้างจะยาวนานในวงการวิชาการของประเทศเยอรมัน จึงเป็นสิ่งที่ควร จะสร้างความกระจ่างให้เกิดขึ้นในที่นี้ ดังที่จะนำเสนอต่อไปนี้

ก) ในสมัยของ G. Jellinek ซึ่งเป็นปรมาจารย์ทาง กฎหมายมหาชนสำคัญของเยอรมันในช่วงต้นของคริสตศตวรรษที่ 20 นี้เอง ยังมีความเข้าใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์นี้ว่า “จากสาระสำคัญของ ความเป็นมนุษย์นั้น หากจะพิจารณาเชิงประวัติศาสตร์ และเชิงตรรก วิทยาแล้ว จะสามารถใช้เป็นพื้นฐานในการให้ความชอบธรรมแก่หน้าที่ ของมนุษย์ที่มีต่อรัฐเท่านั้น ไม่สามารถที่จะก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้อง สิ่งหนึ่งสิ่งใดจากรัฐได้”<sup>90</sup>

<sup>90</sup> โปรดดู G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 82.

แต่จากการศึกษาข้างต้นในการประชุมเพื่อกำหนดกรอบในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมันนั้น ความเข้าใจร่วมกันของคณะกรรมการกลับเป็นไปในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ คณะกรรมการมีข้อสรุปเป็นต้นร่างสำหรับมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ว่า “รัฐนั้น ย่อมมีอยู่เพื่อเหล่ามนุษย์ มิใช่เหล่ามนุษย์มีอยู่เพื่อรัฐ”<sup>91</sup> ฉะนั้น แม้ว่าถ้อยคำดังกล่าวนี้จะมีได้กลายมาเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีการประกาศใช้จริง แต่ก็เท่ากับเป็นการยืนยันความเข้าใจร่วมกันของตัวแทนทางความคิดในยุคหนึ่ง ซึ่งเข้าใจว่า จากพื้นฐานของความเป็นมนุษย์นั่นเองก็สามารถสืบสาวสิทธิตามธรรมชาติบางประการออกมาได้ และสิทธิดังกล่าวนี้จะต้องเป็นสิ่งที่มียอยู่แล้ว ก่อนที่จะมีการให้หลักประกันในส่วนนี้ได้ ดังที่ได้พิจารณาข้างต้นแล้วว่า สิทธิเรียกร้องทั้งหลายอันเป็นผลพวงของการให้หลักประกันในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และผ่านมาทางมาตรา 1 อนุมาตรา 2 ตามคำว่า “ด้วยเหตุผลดังกล่าว” เข้าไปสู่สิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธิ

ข) มาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันทำหน้าที่เสริมสำหรับสิทธิข้างต้น โดยการบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับสภาพบังคับและความผูกพัน โดยการทำให้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีสภาพเป็นประโยชน์กฎหมาย ซึ่งหมายความว่า สิทธิมนุษยชนทั้งหลายได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นรัฐที่ปกครองตามรัฐธรรมนูญด้วยแล้ว และถูกหล่อหลอมออกมาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตราต่างๆ เพื่อให้เป็นที่มั่นใจได้ว่าสิทธิเหล่านี้จะได้รับความคุ้มครองอย่างแท้จริง และเหตุที่ต้องมีการดำเนินการไปในแนวทางดังกล่าวก็เนื่องมาจากการที่นักวิชาการได้สรุปมาจากประสบการณ์ในอดีตแล้วว่า หากประสงค์จะให้สามารถผลักดันให้เป็นผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง มีความจำเป็น เป็นอย่างยิ่ง ที่จะต้องทำให้สิทธิต่างๆ เหล่านี้มีความเป็นประโยชน์กฎหมายเท่านั้น หากปราศจากการทำให้สิทธิต่างๆ กลายเป็นกฎหมายที่มีความเป็นปฏิฐานแล้ว สิทธิ

<sup>91</sup> Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 61

เหล่านี้ก็จะยังคงเป็นเพียง ความหวัง เป็นข้อเรียกร้อง เป็นแนวความคิด แม้กระทั่งแรงผลักดัน หรือคำกล่าวทางการเมืองที่ไม่ผูกมัดใครเลย ความสำคัญของเรื่องจึงมีอยู่ว่า จะต้องทำให้สิทธิมนุษยชนกลายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ผูกมัดฝ่ายอำนาจรัฐให้ได้<sup>92</sup>

ค) การที่มาตรา 1 อนุมาตรา 3 เปิดทางผ่านไปสู่อำนาจ “สิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตราต่อๆ ไปนี้” ทำให้ความสนใจพุ่งมาสู่ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งย่อมเป็นที่แน่ชัดว่าความสัมพันธ์ดังกล่าว มิได้มีความหมายหรือความน่าสนใจเฉพาะทางด้านทฤษฎีหรือในทางวิชาการเท่านั้นหากแต่มีความสำคัญสำหรับทางปฏิบัติไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันเนื่องจากกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐาน ต่อจากคำว่าสิทธิมนุษยชน

เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปแล้วว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่อาจจะก่อตั้งสิทธิมนุษยชนขึ้นมา ผู้ร่างฯ ทำได้เพียงแต่รับรองความมีอยู่ของสิทธิต่างๆ ดังกล่าว และแสดงออกให้เห็นอย่างชัดเจนว่า สิทธิ “ของ” ผู้ร่างฯ เหล่านี้ล้วนชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น นอกจากนี้แล้ว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญยังได้จัดทำเป็นบัญชีรายชื่อของสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ออกมาเพื่อให้สามารถอ้างอิงกันจากกฎหมายพื้นฐานได้โดยตรง ไม่จำเป็นต้องอ้างอิงมาจากที่แหล่งอื่นแต่อย่างใด การจัดทำเป็นบัญชีรายชื่อของสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ดังกล่าวนี้นี้ เท่ากับเป็นการทำให้ภารกิจที่ตามมาของการที่ชนชาวเยอรมันประกาศตนยอมรับในสิทธิมนุษยชน ตามมาตรา 1 อนุมาตรา 2 แห่งกฎหมายพื้นฐาน สำเร็จลุล่วงไปได้ในระดับหนึ่ง นอกจากนี้ ยังเป็นการแสดงออกให้เห็นอย่างชัดแจ้งด้วยว่า ตามข้อความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 อนุมาตรา 2 แห่งกฎหมายพื้นฐานนั้น มิได้หมายถึงเฉพาะส่วนที่ถือได้ว่าเป็นสาระสำคัญของสิทธิมนุษยชนหรือเท่าที่ส่วนที่

<sup>92</sup> โปรดดู J. Isensee, Menschenrechte-Staatsordnung-Sittliche Autonomie, in: J. Schwartländer (Hrsg.), Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube, 1981, S.70ff.

เป็นเนื้อหาสาระของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะขยายความไปถึงได้เท่านั้น<sup>93</sup> แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะกำหนดเนื้อหาและขอบเขตของสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ นั้น นับได้ว่าเป็นเรื่องยากที่สุดเรื่องหนึ่งก็ว่าได้ เนื่องจากปัญหาเริ่มตั้งแต่ความเป็นสิทธิมนุษยชนนั่นเอง ว่ามีสิทธิใดบ้างที่เป็นสิทธิมนุษยชน เนื่องจากไม่มีที่ใดที่มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่า สิทธิใดบ้างที่เป็นสิทธิมนุษยชน J. Isensee จึงได้เคยกล่าวถึงปัญหานี้ว่า “ยังไม่มีประมวลสิทธิมนุษยชนที่เป็นสากล และประมวลสิทธิมนุษยชนที่มีลักษณะเป็นสากลเช่นนี้ก็คงไม่มีโอกาสที่จะมีขึ้นมาได้”<sup>94</sup> ทั้งนี้เพราะสิทธิมนุษยชนนั้นมีการศึกษาและอ้างอิงกันว่ามีมาก่อนที่จะเกิดความเป็นรัฐเสียอีก นอกจากนี้แล้ว ที่มาและสถานะของสิทธิมนุษยชนนั้นก็ยังเป็นสิ่งที่ไม่อาจจะระบุได้อย่างชัดเจน หรืออาจกล่าวได้ว่ามีสถานะที่เหนือความเป็นปฏิฐานขึ้นไป ประเด็นที่พอจะทำได้ เห็นจะได้แก่การจัดหมวดหมู่ของสิทธิต่างๆ และการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบสิทธิต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในบัญชีตามรัฐธรรมนูญ และสำหรับในสถานการณ์ปัจจุบันการที่จะพอใจอยู่กับสิทธิดั้งเดิม ที่เรียกร่องกันมาตั้งแต่สมัย John Locke กล่าวคือ เฉพาะสิทธิหลักๆ สิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค ความปลอดภัย และกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล นั้น เริ่มจะไม่สอดคล้องกับสถานการณ์แล้ว *แม้ว่าสิทธิหลักๆ ที่กล่าวมานี้จะยังคงมีความจำเป็นสำหรับสถานการณ์ปัจจุบันอยู่ก็ตาม แต่ก็มีมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องขยายพื้นฐานไปสู่สิทธิของพลเมืองที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมทางการเมืองและสิทธิในการเข้าร่วมรับผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้จากรัฐด้วย* ซึ่งตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม<sup>95</sup> ก็ได้มีการขยายความไปถึงสิทธิทางด้านสังคมและวัฒนธรรมอีกด้วย

<sup>93</sup> โปรดดู G. Dürig, in: Maunz-Dürig, Art.1 Abs.1 Rdnr. 6.

<sup>94</sup> AaO., S. 72.

<sup>95</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมนี้ นอกจากจะให้หลักประกันแก่สถานภาพทางกฎหมายที่ได้มีการระบุไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง (มีต่อหน้าถัดไป)

## 1.6 ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

### 1.6.1 วิเคราะห์ศัพท์

บทบัญญัติตามมาตรา 1 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน สะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งอาจกล่าวได้ว่า เป็นความสัมพันธ์ที่มีลักษณะเฉพาะ อีกทั้งยังเป็นความสัมพันธ์ที่มีลักษณะของความเป็นแบบแผนทางกฎหมาย นอกจากนี้แล้ว การมีบทบัญญัติดังกล่าวยังทำให้วงการนักกฎหมายมีความจำเป็นต้องหันมาสนใจความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้มากยิ่งขึ้นไปกว่าที่เคยเป็นมา เท่าที่ผ่านมามีบางครั้งก็มีการใช้ศัพท์ทั้งสองคำนี้ในความหมายที่เหมือนกันกล่าวคือสามารถใช้แทนกันได้โดยไม่มีความแตกต่างเนื่องจากเป้าหมายสุดท้ายก็คือเป้าหมายเดียวกัน กล่าวคือทำให้หลักประกันแก่มนุษย์นั่นเอง บางครั้งก็มีการใช้ศัพท์แยกออกจากกัน ดังตัวอย่างตามมาตรา 1 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันนี้เอง ในระดับนานาชาติก็ยิ่งจะมีการใช้ศัพท์ที่ค่อนข้างจะสับสนมากขึ้น ตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมเกี่ยวกับความหลากหลายของศัพท์ที่มีอยู่ ทำให้ต้องมีการถกเถียงกันเป็นอย่างมากว่า ที่ใดควรจะใช้ศัพท์คำใดนั้น น่าจะได้แก่ตัวอย่างจากการถกเถียงกันในการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ของประเทศสวีเดนซึ่งปรากฏว่า มีศัพท์ที่ประมวลกันได้ถึง 9 คำ กล่าวคือ สิทธิมนุษยชน

(ต่อจากเชิงอรรถข้างต้น)

และสิทธิทางการเมืองแล้ว ยังมีการระบุสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย กล่าวคือ

- สิทธิที่จะมีงานทำ และมีเงื่อนไขการทำงานที่เป็นธรรมและเหมาะสม
- การก่อตั้งและดำเนินการสหภาพแรงงาน รวมทั้งสิทธิในการนัดหยุดงาน “ที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในของประเทศ”
- สิทธิที่จะมีความมั่นคงทางสังคม
- สิทธิที่จะมีมาตรฐานการดำรงชีพที่เหมาะสม
- สิทธิในสุขภาพ
- สิทธิในการศึกษา
- สิทธิทางวัฒนธรรมบางประการ

สิทธิพลเมือง สิทธิตามรัฐธรรมนูญ สิทธิของปัจเจกบุคคล เสรีภาพขั้นพื้นฐาน สิทธิพื้นฐานและสิทธิเสรีภาพ สิทธิขั้นพื้นฐาน และท้ายที่สุดก็คือคำว่าสิทธิ โดยที่ไม่มีคำอื่นมาต่อท้าย โดยในท้ายที่สุดคณะทำงานที่ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็ได้ตัดสินใจเลือกคำว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>96</sup> จากบรรดาคำศัพท์ที่มีการนำมาประกอบการพิจารณาดังกล่าว ทำให้เห็นลำดับเจตแห่งความแก่อ่อนของศัพท์แต่ละคำ และในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงเบื้องหลังของศัพท์แต่ละคำด้วยว่า ความแตกต่างระหว่างศัพท์บางคำนั้นเป็นผลพวงมาจากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ในขณะที่สำหรับบางคำนั้น เป็นความแตกต่างทางด้านเนื้อหา

ก) ในขณะที่ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิต่างๆ ของชาวอเมริกัน ในราวปี ค.ศ. 1776 ยังมีการใช้คำศัพท์ง่ายๆ ว่า สิทธิ (rights) หรือ สิทธิโดยกำเนิดรวมทั้ง สิทธิตามธรรมชาติ (inherent or natural rights) แต่ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 กลับมีการแบ่งแยกระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง (droits de l'homme et du citoyen) แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ตามปฏิญญาดังกล่าวก็มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่า คำศัพท์แต่ละคำนั้นมีความหมายครอบคลุมเพียงใด ในส่วนของเยอรมัน สมัชชาแห่งชาติซึ่งทำหน้าที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของเยอรมัน<sup>97</sup> ซึ่งประชุมกันที่ โบสถ์ Paulskirche แห่งนคร Frankfurt am Main เมื่อ ปี ค.ศ. 1848 - 1849 มีการใช้คำว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) ซึ่งเป็นการปิดฉากการใช้ศัพท์เดิมๆ ที่เคยปรากฏใน รัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ กล่าวคือ ก่อนหน้านั้น เคยมีการใช้คำว่า สิทธิโดยทั่วไป (allgemeine Rechte) สิทธิของพลเมืองแห่งรัฐ (staatsbürgerliche Rechte) สิทธิทางการเมือง

<sup>96</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S.39 FN.162.

<sup>97</sup> แต่ในท้ายที่สุดร่าง ฉบับนี้ แม้จะได้มีการประกาศใช้ แต่ก็ไม่เคยมีผลใช้บังคับจริงแต่อย่างใด โปรดดู บุญศรี มีวงศ์ชูโมษะ, การเลือกตั้งและพรรคการเมือง บทเรียนจากเยอรมัน, สถาบันนโยบายศึกษา, กรุงเทพฯ 2542, หน้า 7

(politische Rechte) สิทธิของข้าแผ่นดิน (Rechte der Untertanen) ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งแคว้นปรัสเซีย ฉบับปี ค.ศ.1848 และ 1850 ใช้คำว่า สิทธิของชาวปรัสเซีย (Rechte der Preußen)

นับตั้งแต่ช่วงกลางของคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา ในทางวิชาการของเยอรมันเริ่มที่จะใช้ศัพท์สำหรับสิทธิของพลเมืองที่ได้รับ ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ไปในทางเดียวกัน กล่าวคือ ใช้คำว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>98</sup> คำๆ นี้ ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ กล่าวคือ ใช้อยู่ในรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ หลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง เป็นต้นมา จนถึงรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับปัจจุบัน

### 1.6.2 แนวทางของการพัฒนาเกี่ยวกับการใช้ศัพท์ในยุโรป

จากการศึกษาวิวัฒนาการของการยกย่องรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ในยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 20 นี้ Prof. Dr. K. Stern ได้ข้อสรุปว่า ประเทศส่วนใหญ่ในยุโรปใช้คำว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน สำหรับกรณีการให้หลักประกันทางด้านสิทธิเรียกร้องสำคัญๆ แก่ปัจเจกบุคคล<sup>99</sup> มีเพียงบางประเทศ เช่น อิตาลี และฟินแลนด์ ที่ใช้คำว่า สิทธิโดยทั่วไป หรือ สิทธิของพลเมืองของรัฐ แต่แม้จะใช้คำศัพท์ที่แตกต่างกันออกไป เมื่อพิจารณาในแง่ของเนื้อหาแล้ว ก็จะไม่พบความแตกต่างที่มีนัยสำคัญแต่อย่างใด

ที่แปลกกว่าประเทศอื่น ก็คือประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ซึ่งมีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 1958 มีการระบุไว้ในคำปรารภอ้างอิงถึงปณิธานว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 โดยประกาศแสดงความผูกพันอันลึกซึ้งระหว่างชนชาวฝรั่งเศสกับปณิธานดังกล่าว ด้วยวิธีการนี้ ทำให้สิทธิต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในปณิธานว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของ

<sup>98</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S.40 FN.165 mwN.

<sup>99</sup> AaO., S. 42.

ฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 มีสถานะเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญไปด้วย

เป็นที่แน่ชัดว่า ไม่ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะเลือกใช้คำศัพท์ คำใด เมื่อพิจารณาในแง่ของเนื้อหาแล้ว ก็เป็นสิ่งเดียวกันอยู่นั่นเอง ที่ถูกนำมาใช้เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับสถานภาพทางกฎหมายของมนุษย์ และพลเมืองของรัฐ และด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำมารับรองไว้ในกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของแต่ละรัฐ แต่สำหรับประเด็นที่ว่า สิทธิดังกล่าวจะมีมากหรือน้อยเพียงใด หากพิจารณาในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับแล้ว จะพบว่าในประเด็นนี้อายุของรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับนั่นเอง น่าจะเป็นตัวบ่งชี้ที่สำคัญ กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญที่มีอายุมักจะปรากฏว่ามีสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญน้อยกว่าในรัฐธรรมนูญที่มีอายุน้อยกว่า แต่ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญที่มีอายุการใช้งานมานานที่สุดในยุโรป กล่าวคือรัฐธรรมนูญของประเทศนอร์เวย์ (ค.ศ. 1814) หรือรัฐธรรมนูญที่ใหม่ที่สุด กล่าวคือรัฐธรรมนูญของประเทศสมาพันธรัฐสวีต (ค.ศ. 2000) อาจกล่าวได้ว่า ส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หรือเป็นแก่นแท้ของสิทธิต่างๆ ที่มีการคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ จะมีความสอดคล้องกันอย่างเป็นที่น่าประหลาดใจเป็นอย่างมาก บัญชีรายชื่อสิทธิต่างๆ ได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรมในประเทศต่างๆ นั้น อาจกล่าวได้ว่ามีความสอดคล้องกัน และสาเหตุส่วนหนึ่งที่ทำให้มีพัฒนาการมาเป็นเช่นนี้ ก็คือ อนุสัญญาเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งยุโรป และที่มีบทบาทสำคัญมาได้ไม่นานนัก ก็คือ แนวคำพิพากษาของศาลแห่งประชาคมยุโรป

### 1.6.3 ความแตกต่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

เป็นประเด็นที่น่าสนใจว่า แม้แต่ในทางวิชาการก็ยังมีบ่อยครั้งที่นักวิชาการใช้คำว่าสิทธิมนุษยชนกับสิทธิขั้นพื้นฐานแทนที่กันได้ หรือใช้ศัพท์ทั้งสองคำในความหมายอย่างเดียวกัน แต่ตามความเป็นจริงแล้ว คำศัพท์ทั้งสองคำนี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดที่จะต้องแยกแยะให้เห็นความแตกต่างอย่างชัดเจน ทั้งนี้มีใช้เพียงเพราะสาเหตุที่ว่าผู้ร่างกฎหมาย

ได้ทำการแยกแยะไว้ ตามมาตรา 1 อนุมาตรา 2 กับ อนุมาตรา 3 ในมาตราเดียวกัน หากแต่ เป็นเพราะความจำเป็นที่จะต้องสร้างความกระจ่างเกี่ยวกับเนื้อหาอย่างเป็นทางการเร่งด่วนด้วยเพื่อให้การใช้การตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญยิ่งนี้ ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

### 1.6.3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้มีการพิจารณามาแล้วว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเป็นบุคคลของมนุษย์ นำมาสู่คุณภาพของการเป็นผู้กระทำในทางกฎหมายหรือเป็นผู้ใช้กฎหมายได้ ซึ่งก็คือผู้ที่มีสิทธิบางประการในตัวเอง โดยอาศัยคุณสมบัติของความเป็นมนุษย์นี้ เป็นเงื่อนไขเพียงประการเดียวเท่านั้น ด้วยเหตุผลตามตรรกง่าย ๆ ดังกล่าว สิทธิเหล่านี้จึงได้รับการขนานนามว่าเป็นสิทธิมนุษยชน สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากธรรมชาติของมนุษย์ จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติ เป็นสิทธิที่มีอยู่แล้วโดยธรรมชาติและเป็นเอกเทศแยกออกมาจากระบบกฎหมายของบ้านเมือง สถานะของสิทธิเหล่านี้จึงอาจกล่าวได้ว่า มีสถานะที่อยู่เหนือความเป็นปฏิฐาน<sup>100</sup> กล่าวคือไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการตราขึ้นแต่อย่างใด สำนักทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ ไม่ว่าจะ เป็นแนวทางที่อ้างอิงจากศาสนาคริสต์ หรือแนวทางที่ใช้การให้เหตุผลทางโลกหรือฝ่ายฆราวาสธรรม ต่างก็ยอมรับในความมีอยู่ของสิทธิมนุษยชนนี้ เหตุผลที่นำมาใช้อ้างอิง ไม่ว่าจะมาจากฝ่ายใดก็จะอ้างอิงไปถึงสถานภาพก่อนการมีรัฐ สถานภาพที่มีมาก่อนการเกิดรัฐดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่ามีอิทธิพลต่อวิวัฒนาการของสิทธิมนุษยชนมาโดยตลอด

<sup>100</sup> ในทางวิชาการจะมีการอ้างเหตุผลซึ่งเป็นที่มาของสิทธิมนุษยชนจากสาขาทางวิชาการต่าง ๆ นับตั้งแต่ มานุษยวิทยา เทววิทยา ปรัชญา ประวัติศาสตร์ และแนวความคิดของสำนักวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ โปรดดู K. Stern, aaO., S.43 FN.177 mwN

สำหรับในส่วนของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น โดยหลักแล้วเป็นที่เข้าใจกันว่า ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน นั่นเอง และมีเนื้อหาส่วนใหญ่ครอบคลุมเช่นเดียวกับสิทธิดังกล่าว<sup>101</sup> เพียงแต่มีประเด็นที่เพิ่มเติมเข้ามา นั่นก็คือ การกำหนดให้มีความชัดเจน อย่างค่อนข้างแน่นอนตายตัว เป็นเชิงปฏิฐานทางกฎหมาย (positive law) การที่รัฐให้การรับรองสิทธิต่างๆ ซึ่งปรากฏในเอกสารทางรัฐธรรมนูญของประเทศสหราชอาณาจักรเป็นประเทศแรกแล้วขยายไปสู่ประเทศสหรัฐอเมริกาไปปรากฏในรัฐธรรมนูญเหล่านี้ เป็นการทำให้สิทธิต่างๆ ซึ่งเดิมเป็นเพียงสมมุติฐานที่ตั้งขึ้นมา หรือเป็นเพียงคำประกาศ หรือข้อเรียกร้องทางปรัชญา แปรสภาพจากสิทธิตามธรรมชาติ (natural rights) มาเป็นสิทธิตามกฎหมาย (juristic rights) ที่มีนัยสำคัญทางนิติศาสตร์

ประเด็นนี้เองที่ จะเห็นได้ว่าเป็นการผ่าทางตันที่ เป็นผลสำเร็จ เป็นทั้งวีรกรรมและเป็นนวัตกรรมครั้งยิ่งใหญ่สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน<sup>102</sup> การหยั่งรากลงไว้ในระบบกฎหมายของรัฐ ในฐานะที่เป็นสิทธิเรียกร้องตามรัฐธรรมนูญ เป็นการเรียกร้องเอากับรัฐ แต่ในขณะเดียวกันก็ได้รับการประกันจากรัฐพร้อมกันไปด้วย และเพื่อเป็นการกำหนดหลักประกันให้ฝ่ายรัฐต้องเคารพในสิทธิเหล่านี้อย่างทั่วถึง จำเป็นต้องดำเนินการเพิ่มเติม นั่นคือ สิทธิเหล่านี้จะต้องได้รับการจัดวางไว้ในตำแหน่งที่อยู่ส่วนบนสุดของระบบกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ สิทธิเหล่านี้ จึงได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือนอกจากการทำให้เป็นพื้นฐาน และการทำให้เป็นปฏิฐานแล้ว ยังต้องมีการทำให้เป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอีกด้วย แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและแนวความคิด

<sup>101</sup> โปรดดู เชนอร์รถที่ 79 ซึ่งเป็นแนวความคิดที่แตกต่างจากแนวความคิดที่เป็นกระแสหลัก แต่ ก็ทำให้สามารถทำความเข้าใจถึงความสัมพันธ์ระหว่างศัพท์ต่างๆ ที่มีการใช้กันค่อนข้างจะ หลากหลายนี้ได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น

<sup>102</sup> โปรดดู บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2535, หน้า 39

เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องรวมเป็นเนื้อเดียวกัน เพื่อให้รัฐที่ปกครองตามรัฐธรรมนูญนี้มีสิทธิต่างๆ เป็นกรอบสำหรับการใช้อำนาจรัฐทุกขั้นตอน ด้วยเหตุนี้ Prof. Dr. K. Stern จึงเรียกกระบวนการนี้ว่าเป็นแนวความคิดแบบรัฐธรรมนูญนิยมที่เน้นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtskonstitutionalismus) ซึ่งทำให้สิทธิมนุษยชนได้รับการพัฒนาเชิงคุณภาพจนถึงระดับที่นอกจากจะมีความเป็นกฎหมายสูงสุดแล้วยังมีความเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงอีกด้วย ทำให้สิทธิมนุษยชนกลายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สามารถเรียกร้องได้อย่างเป็นรูปธรรม รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพในสิทธิเหล่านี้ ในขณะที่พลเมืองสามารถเรียกร้องให้มีการดำเนินการ ให้เป็นไปตามสิทธิของตน และหากจำเป็นก็สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ ทำให้สิทธิต่างๆ เหล่านี้มีผลในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง

### 1.6.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับค่าบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐาน

แม้ว่าสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานอาจจะไม่เป็นสิ่งที่เท่ากันทุกประการ แต่ก็อาจเปรียบเทียบได้กับวงกลมสองวงที่ทับซ้อนกัน จึงอาจมีสิทธิขั้นพื้นฐานบางสิทธิที่เป็นสิทธิมนุษยชนพร้อมกันไปด้วยในขณะเดียวกัน สิทธิขั้นพื้นฐานบางสิทธิอาจมีเพียงเค้าของความเป็นสิทธิมนุษยชน หรือกระทั่งมีสิทธิขั้นพื้นฐานบางสิทธิที่ไม่มีแม้แต่เค้าของความเป็นสิทธิมนุษยชนเลย

แต่ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น มิใช่ความสัมพันธ์ในเชิงคุณค่าว่าสิทธิใดจะมีคุณค่าเหนือกว่าสิทธิใด หากแต่เป็นความสัมพันธ์ที่มีเพียงความแตกต่างกันในแง่ของที่มาของแต่ละสิทธิเท่านั้น ว่ามีพื้นฐานมาแต่ดั้งเดิม หรือเกิดขึ้นโดยอาศัยหลักการแห่งเหตุผล ด้วยเหตุนี้จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง หากจะถือว่าสิทธิมนุษยชนมีค่าบังคับสูงกว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน หากแต่จะต้องพิจารณาในเชิงกลับกันด้วยว่า หากสิทธิมนุษยชนมิได้พัฒนามาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแล้ว ประสิทธิผลของการบังคับให้เป็นไปตามสิทธินั้นก็จะต้องไปเป็นอย่างมาก

## 1.7 การล่วงล้ำขอบเขตการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐของเยอรมันได้เคยอธิบายเกี่ยวกับการล่วงล้ำขอบเขตการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ว่า ได้แก่ “การเหยียดคนลงต่ำ การประจาน การตามล่า การเหยียดหยาม”<sup>103</sup> และ “การพิพากษาที่เป็นการทารุณ หรือหนักจนเกินเหตุ”<sup>104</sup> หรืออาจกล่าวโดยสรุปว่าเป็นการลดฐานะของคนลงเป็นเพียงวัตถุ โดยศาลเห็นว่าการที่รัฐทำให้มนุษย์กลายเป็นเพียงวัตถุย่อมเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์<sup>105</sup> ซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับบุคลิกภาพของมนุษย์ตามจารีตประเพณีที่ยึดถือปฏิบัติกันมา ทั้งยังเป็นการยอมรับในสิทธิเรียกร้องของมนุษย์ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณค่า (value) อันควรแก่การเคารพของมนุษย์นั่นเอง<sup>106</sup>

ในคำพิพากษาลำดับหนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐของเยอรมัน ที่เกี่ยวกับการดักฟังทางโทรศัพท์โดยเจ้าพนักงานของรัฐ ศาลได้ลงใช้สูตรแห่งการลดคนลงเป็นวัตถุมาเป็นแนวในการเขียนคำพิพากษา โดยศาลระบุว่า การละเมิดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมนุษย์ถูกปฏิบัติโดยวิธีการที่ทำให้เกิดความสงสัยในความเป็นบุคคลของมนุษย์ผู้นั้น หรือเป็นกรณีที่การปฏิบัตินั้นๆ เป็นการย่ำต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามอำเภอใจ การปฏิบัติต่อมนุษย์โดยฝ่ายอำนาจรัฐ ซึ่งโดยหลักแล้วก็คือการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั่นเอง ย่อมเป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ เมื่อฝ่ายอำนาจรัฐดำเนินการที่กระทบต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ โดยไม่เคารพในคุณค่า ซึ่งมนุษย์

<sup>103</sup> โปรดดู BVerfGE 1, 97(104).

<sup>104</sup> โปรดดู BVerfGE 1, 332(348).

<sup>105</sup> โปรดดู BVerfGE 9, 89(95); 57, 250(275).

<sup>106</sup> โปรดดู BVerfGE 9,167(171); 45, 187(228).

แต่ละคนย่อมมีอยู่ในตน ในฐานะที่เป็นบุคคลตามกฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การล่วงล้ำต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จะเกิดขึ้นเมื่อมีการปฏิบัติต่อมนุษย์โดยปราศจากความเคารพในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของบุคคลผู้นั้น<sup>107</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ความพยายามดังกล่าวยังไม่อาจโน้มน้าวให้นักวิชาการเกิดความเชื่อมั่นในสูตรแห่งการลดคนลงเป็นวัตถุนี้ได้มากนัก เพราะทำให้เกิดการตั้งคำถามต่อไปได้ว่านอกจากจะมี “การย้ายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามอำเภอใจ” ซึ่งเป็นการกระทำอันขัดต่อกฎหมายแล้ว ยังมี “การย้ายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่ไม่เป็นการทำตามอำเภอใจ” อีกหรือไม่ และการกระทำดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และอะไรคือความหมายของเงื่อนไขที่ว่า การปฏิบัติต่อมนุษย์ที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้น จะต้องเป็นการแสดงออกซึ่งเป็นการเหยียดหยามต่อคุณค่าของความเป็นคน<sup>108</sup> แต่อย่างไรก็ตามความพยายามที่จะทำให้เกิดความกระจ่างในเรื่องนี้กลับไม่ได้รับการตอบสนองเท่าที่ควร กระนั้นก็ตามหากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐของเยอรมัน ก็พอจะหาความหมายได้ว่า จะปฏิบัติต่อเพื่อนมนุษย์คนใดคนหนึ่งราวกับว่าเขาผู้นั้นไม่ใช่มนุษย์นั้นไม่ได้ แม้ว่าในการปฏิบัติเช่นนั้นผู้ใช้อำนาจรัฐเองจะมีได้ต้องการย้ายต่อ คุณค่าของบุคคลหากแต่ทำไปด้วย “ความปรารถนาดี” ก็ตาม<sup>109</sup> ในกรณีเช่นนี้เท่ากับว่าเป็นการยืนยันสูตรเดิมโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลง แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาเดิมก็ยังคงมีอยู่อย่างไม่เปลี่ยนแปลง นั่นคือ สูตรดังกล่าวนี้ก็ยังคงขาดความชัดเจนอยู่นั่นเอง

<sup>107</sup> โปรดดู BVerfGE 30, 1(26).

<sup>108</sup> โปรดดู B. Pieroth/ B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 17. Aufl., 2001, Rn 359.

<sup>109</sup> โปรดดู BVerfGE 30, 33(39f.).

โดยเหตุนี้เอง จึงอาจหาวิธีการที่ทำให้ความหมายของคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีความเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้น โดยการพิจารณาจากสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยพิจารณาจากประสบการณ์ที่ผ่านมา พอจะเห็นได้ชัดว่ามีแนวโน้มที่จะถูกละเมิดอยู่เสมอ สิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ เหล่านี้ ได้แก่สิทธิต่างๆ ที่ได้กล่าวถึงไปแล้ว เช่น สิทธิความเสมอภาค และสิทธิในเสรีภาพทางด้านต่างๆ รวมทั้งหลักนิติรัฐและหลักสังคมนิติรัฐด้วย<sup>110</sup> และหากจะพิจารณาตามประวัติความเป็นมาของระบบนี้แล้ว ก็อาจพิจารณาได้จากเรื่องต่างๆ ห้าเรื่องด้วยกันที่มาตรา 1 อนุมาตราหนึ่งมักจะถูกละเมิดอยู่เสมอ ซึ่งจะพิจารณาเป็นลำดับไปดังต่อไปนี้

เรื่องแรก เป็นเรื่องเกี่ยวกับความเสมอภาคของมนุษย์ การละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ในเรื่องนี้ ได้แก่การกดคนลงเป็นทาส การมีไพร่ทิดที่ดิน และการปฏิบัติต่อมนุษย์แบบไม่เท่าเทียมกัน โดยพิจารณาจากชาติพันธุ์เป็นหลัก นอกจากนี้แล้ว การดำเนินกิจการเชิงธุรกิจเป็นสื่อกลางเพื่อการจัดหาเด็กหรือเยาวชน โดยมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการรับรองเป็นบุตรหรือการจัดหาเด็กเพื่อรับเป็นบุตรบุญธรรมก็ถูกมองว่าเป็นธุรกิจที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย

เรื่องที่สอง เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิที่มนุษย์สามารถจะมีเอกลักษณ์ในตัวเอง (*identity*) และบูรณภาพ (*integrity*) แห่งตนเองทางด้านร่างกาย ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ย่อมปฏิเสธการทรมานร่างกายหรือการลงโทษ โดยทำให้เจ็บเนื้อเจ็บตัวเช่นการเฆี่ยน ฯลฯ แต่ย่อมไม่ห้ามการที่จะบังคับให้ผู้ต้องหาทำการเปลี่ยนทรงผม หรือลักษณะของหนวดเครา เพื่อให้พยานเข้าชี้ตัวได้ถูกต้องยิ่งขึ้น<sup>111</sup> ปัญหาสำคัญในประเด็นนี้สำหรับสถานการณ์ในปัจจุบัน ก็คือปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีทางพันธุกรรม โดย

<sup>110</sup> รายละเอียดเกี่ยวกับหลักการเหล่านี้ โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เจริญธรรมที่ 102, หน้า

<sup>111</sup> โปรดดู BVerfGE 47, 239 (247).

มีปัญหาเมื่อมีการปลูกถ่ายทางพันธุกรรมที่กระทำต่อเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์เพื่อเป็นการพัฒนาคุณภาพให้มีคุณลักษณะที่ดีขึ้น ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์หรือไม่<sup>112</sup> หรือปัญหาว่า จำเป็นจะต้องมีการแยกแยะพิจารณาว่าเป็นการทดลองเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาโรค หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการเพาะพันธุ์ขึ้นใหม่ หรือจะต้องแยกแยะด้วยหรือไม่ว่า เป็นการทดลองที่อยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจของผู้เข้าร่วมทดลอง หรือไม่เป็นการเข้าร่วมโดยสมัครใจ เหล่านี้เป็นประเด็นที่ที่ยังมีการถกกันน้อยมาก และคงจะเป็นประเด็นที่จะต้องมีการถกกันในรายละเอียดต่อไป เช่นเดียวกับประเด็นที่ว่า จะถกเถียงกับบนพื้นฐานของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ได้มากน้อยเพียงใด และเหตุใดจึง *ไม่ใช่* สิทธิในชีวิต สุขภาพ และบุคลิกภาพ มาเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์บ้าง<sup>113</sup>

*เรื่องที่สาม เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิที่มนุษย์สามารถจะมีเอกลักษณ์และบุรณภาพแห่งตนเองทางด้านจิตใจ* ตัวอย่างที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องนี้ก็คือ การใช้เครื่องจับเท็จ<sup>114</sup> การใช้เซรุ่มบางอย่างฉีดเข้าตัวมนุษย์เพื่อให้ผู้นั้นพูดความจริง หรือการใช้วิธีการสะกดจิต จึงเป็นวิธีการที่รัฐไม่อาจนำมาใช้ได้ สำหรับประเทศเยอรมัน นอกจากนี้แล้ว รัฐก็ไม่อาจที่จะทำลายความเป็นเอกลักษณ์ในตัวเอง (identity) ของมนุษย์ แต่ละคนได้ ไม่ว่าจะกระทำในที่คุมขัง หรือเรือนจำ หรือแม้กระทั่งในสถานบำบัดผู้ป่วยโรคจิตก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามเกียรติหรือศักดิ์ศรีนั้นมีได้อยู่ภายใต้การคุ้มครองของมาตรา 1 อนุมาตราหนึ่งแต่เพียงมาตราเดียว แต่หากเป็นประเด็นของการละเมิดเกียรติหรือศักดิ์ศรี โดยการทำให้รู้สึกต่ำต้อย

<sup>112</sup> โปรดดู E. Benda, NJW 1985, 1730 (1733).

<sup>113</sup> โปรดดู B. Pieroth/ B. Schlink, aaO., Rn361 m.w.N.

<sup>114</sup> โปรดดู BVerfGE, NJW 1982, 375. แต่อย่างไรก็ตาม ในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว อ้างถึงสิทธิในบุคลิกภาพ ตามมาตรา 2 อนุมาตราหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 1 อนุมาตราหนึ่ง *ว่าเป็น* สิทธิที่ถูกกระทบสำหรับกรณีนี้

หรือกดขี่เหยียดหยาม<sup>115</sup> ในประเด็นนี้มีความเกี่ยวโยงโดยตรงกับปัญหาที่ว่า โทษจำคุกตลอดชีวิตขัดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นถกเถียงกันในราวปี ค.ศ.1978 จนท้ายที่สุดศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐของเยอรมันได้มีคำพิพากษาว่า แม้โทษจำคุกตลอดชีวิตจะไม่ขัดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ แต่ในทางปฏิบัติยังขาดขั้นตอนที่สามารถสร้างความหวังให้แก่นักโทษที่จะกลับคืนสู่อิสรภาพได้อีกครั้งหนึ่ง แต่ทั้งนี้เงื่อนไขทั้งหลายจะต้องมีการบัญญัติเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อความโปร่งใสในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั่นเอง<sup>116</sup>

*เรื่องที่สี่ การจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายผู้ถืออำนาจรัฐ* ประเด็นเกี่ยวกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้น เดิมทีเคยมีประวัติความเป็นมาที่เกิดจากความต้องการที่จะคุ้มครองประชาชนตามหลักนิติรัฐ โดยการให้มีกระบวนการพิจารณาคดีต่างๆ ที่เป็นธรรม ดังตัวอย่างจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐของเยอรมัน ในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีทางอาญา โดยศาลระบุว่า “กฎเกณฑ์อันเคร่งครัดที่ว่า ภายในกรอบที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้ ผู้ต้องหาจะต้องได้รับโอกาสที่จะชี้แจงเกี่ยวกับข้อกล่าวหาต่างๆ รวมทั้งมีสิทธิเสนอพยานหลักฐานแวดล้อมกรณีต่างๆ ที่เป็นคุณต่อตนเข้าสู่การพิจารณา โดยพยานหลักฐานแวดล้อมกรณีต่างๆ เหล่านี้จะต้องได้รับการพิสูจน์ตรวจสอบ หรืออย่างน้อยก็ต้องได้รับการพิจารณาอย่างถี่ถ้วน และรอบด้าน”<sup>117</sup>

นอกจากนี้แล้วยังมีคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐของเยอรมัน อีกฉบับหนึ่งให้เหตุผลสำหรับหลักการที่ว่า “บุคคลย่อมไม่ถูกบังคับให้ต้องให้ปากคำที่อาจเป็นการปรักปรำตนเองได้” โดยระบุว่า

<sup>115</sup> โปรดดู G.Dürig, in: T. Maunz/G.Dürig, Grundgesetz.Kommentar,I.Bd., München1994, Art. 1 Abs. 1 Rn 41.

<sup>116</sup> โปรดดู BVerfGE45,187(223).

<sup>117</sup> โปรดดู BVerfGE63, 332(337f.).

“หลักการนี้ได้รับอิทธิพลมาจากการที่จะต้องเคารพในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์”<sup>118</sup> หลักการนี้ นอกจากจะใช้กับกระบวนการวิธีพิจารณาความทางอาญาแล้ว ยังใช้กับกระบวนการวิธีพิจารณาความที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันอีกด้วย<sup>119</sup>

เรื่องที่ทำ การให้หลักประกันสำหรับการใช้ชีวิตแบบปัจเจกชน (*individual life*) และการใช้ชีวิตแบบรวมหมู่กันเป็นสังคม (*social life*) มาตรา 1 อนุมาตราหนึ่ง แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันให้หลักประกันสำหรับการดำรงชีวิตแบบมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งหากพิจารณาการดำรงชีวิตของผู้ต้องขังที่ต้องอยู่รวมกัน 3 คน ในห้องขังขนาด 23 ตารางเมตร พร้อมโลส้วมหนึ่งโถ โดยไม่มีฝักัน สภาพดังกล่าว ศาลสูงแห่งมลรัฐแห่งหนึ่งได้เคยชี้ไว้ว่า “สภาพความเป็นอยู่ของผู้ต้องขังดังกล่าว ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นสภาพที่เทียบพร้อมด้วยหลักประกันในการดำรงชีวิตเช่นที่มนุษย์ควรจะได้รับ เช่นเดียวกับสภาพห้องขังที่ผู้ต้องขังต้องทนกับสิ่งปฏิญูล อันเกิดจากสภาพที่ส้วมที่อุดตันอยู่เป็นประจำ”<sup>120</sup>

นอกจากนี้แล้วรัฐย่อม ไม่มีความชอบธรรมที่จะยึดเอารายได้ที่บุคคลหามาได้ด้วยน้ำพักน้ำแรงที่มีจำนวนพอเพียงสำหรับการดำรงชีพขั้นต่ำอย่างมีศักดิ์ศรีได้เท่านั้นและไม่อาจที่จะเก็บภาษีจากรายได้จำนวนดังกล่าวได้ เนื่องจากเป็นจำนวนที่ต่ำจนแทบจะไม่พอประทังชีวิตอยู่แล้ว สำหรับบุคคลที่ไม่อาจหาเลี้ยงตัวเองได้โดยเหตุที่มีได้เกิดจากความผิดของตน ย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐ ที่จะต้องยื่นมือเข้ามาให้ความช่วยเหลือ<sup>121</sup> ในอีกแง่มุมหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐของเยอรมันก็ได้เคยตัดสินเกี่ยวกับการปรากฏตัวของบุคคลในลักษณะที่ไร้ศักดิ์ศรี เป็นต้นว่าในการแสดงที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับทางเพศว่าด้วยสาเหตุเพียงเท่านั้น ยังไม่เป็นการ

<sup>118</sup> โปรดดู BVerfGE 56, 37(43).

<sup>119</sup> โปรดดู B. Pieroth/B. Schlink, aaO., Rn 366.

<sup>120</sup> โปรดดู BVerfGE, NJW 1993, 3190f.

<sup>121</sup> โปรดดู BVerfGE 82, 60 (85).

เพียงพอที่จะให้ความชอบธรรมแก่รัฐที่จะเข้าไปแทรกแซงใดๆ ได้ “นับได้ว่าเป็นเรื่องของศักดิ์ศรีเช่นเดียวกันที่มนุษย์ไม่จำเป็นต้องถูกบังคับให้มีศักดิ์ศรี”<sup>122</sup>

ในประเด็นเหล่านี้จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้นใช้สำหรับปกป้องให้มนุษย์พ้นจากการถูกละเมิดอย่างร้ายแรง โดยการกระทำที่มาจากฝ่ายอำนาจรัฐเท่านั้น หากเป็นกรณีของการละเมิดที่ไม่สู้จะร้ายแรงนัก ก็จะเป็นไปตามเกณฑ์ของสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ฉะนั้นจึงมีบ่อยครั้งที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐของเยอรมันต้องยกคำร้องที่ประชาชนใช้สิทธิร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญโดยอ้างว่ามีกรละเมิดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ โดยศาลให้เหตุผลว่าคำร้องทุกขนั้นๆ ขาดเหตุผลสนับสนุนอย่างชัดเจนหรือเป็นคำร้องทุกข์ที่ฟังไม่ขึ้นหรือไกลเกินเหตุที่จะมีการละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เกิดขึ้นได้ เช่นเพียงเหตุที่ต้องจ่ายค่าปรับจากการทำผิดกฎ การออกหมายให้ไปรับการอบรม กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจราจร การผ่าศพเพื่อชันสูตรทางนิติเวชศาสตร์ แต่สำหรับกรณีที่ศาลอาญาตัดสินลงโทษโดยใช้หลักการลงโทษหนักเพื่อไม่ให้ เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นแต่เพียงหลักเดียว ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐของเยอรมันเห็นว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์<sup>123</sup>

## 1.8 แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในสังคมทางแถบเอเชีย

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในทางเอเชียก็เชื่อว่าจะไม่มีการพัฒนาการทางความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เลย จะเห็นได้ว่าในพุทธศาสนาก็สะท้อนความไม่ติดขัดกับแนวความคิดเกี่ยวกับชนชั้นวรรณะในการปกครองคณะสงฆ์<sup>124</sup> หรือแนวความคิดทางพุทธศาสนาเกี่ยวกับทศพิธราชธรรม

<sup>122</sup> โปรดดู BVerfGE 87, 209( 228).

<sup>123</sup> โปรดดู BVerfGE 50, 166(175).

<sup>124</sup> โปรดดู พระวินัยปิฎก เล่ม 4 หน้า 150

หรือธรรมสำหรับผู้ปกครองซึ่งมีที่มาจากคัมภีร์ชาดกในพุทธศาสนา<sup>125</sup> ซึ่งเคยเป็นหลักสำหรับการใช้อำนาจในการปกครองของพระมหากษัตริย์ในสมัยพระยาภิไธ แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า แนวความคิดดังกล่าว ยังไม่มีลักษณะของการมีสภาพบังคับในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง กล่าวคือ การจะปฏิบัติตามหรือไม่ ขึ้นอยู่กับอำเภอใจของผู้มีอำนาจ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นปัญหาเดียวกันกับปัญหาที่ว่า เหตุใดระบบรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ จึงไม่สามารถเกิดขึ้นได้ด้วยตัวเองในบริบทของสังคมทางแถบเอเชีย

การที่จะตอบคำถามข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะอธิบายได้จากทฤษฎีอำนาจ<sup>126</sup> โดยจะขอลำดับคิดดังต่อไปนี้ ว่าโดยความเชื่อทางศาสนาคริสต์นั้น มีคำสอนให้มีความรักในเพื่อนบ้านเหมือนรักตนเอง<sup>127</sup> ฉะนั้น ความเป็นตัวตนของแต่ละคนจึงถูกจัดให้อยู่ในลำดับที่ต่อจากพระผู้เป็นเจ้า และเพื่อนบ้าน แม้แต่กษัตริย์หรือเจ้าผู้ปกครอง ก็ต้องปกครองภายใต้พระกรุณาของพระผู้เป็นเจ้า หรืออยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เช่นเดียวกัน ดังที่มีคำกล่าวว่า การสวมมงกุฎแก่กษัตริย์โดยทางศาสนจักรนั้น จะสวมให้แก่ผู้ที่ได้อำนาจมาอย่างชอบธรรมเท่านั้น จนอาจกล่าวได้ว่า ศาสนจักรคือคำตอบสุดท้ายของสังคม เมื่อมีการปฏิรูปศาสนาคริสต์ ได้มีการกลับคืนสู่อองค์พระผู้เป็นเจ้าโดยตรงผ่านทางคำสอนในคัมภีร์ไบเบิล การเข้าถึงพระผู้เป็นเจ้าไม่จำเป็นต้องผ่านทางศาสนจักรอีกต่อไป และเมื่อประกอบกับความเชื่อที่ว่ามนุษย์นั้นเกิดได้เพียงครั้งเดียว การกระทำทุกอย่างภายในชีวิตเดี่ยวนี้อาจถูกพิพากษาในวันพิพากษาโลก (doomsday) ว่าจะได้อยู่กับพระเจ้าตลอดไปหรือจะต้องตกรอกไปชั่วกัปชั่วกัลป์ การที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบตนเองและมีเวลาพิสูจน์ตัวเองเพียงชั่วชีวิตเดียว ทำให้สามารถเน้นความเป็นตัวของตัวเองของสมาชิกในสังคมแต่ละคนได้ และ

<sup>125</sup> ไพรตดู ปรีชา ช้างขวัญยืน, ความคิดทางการเมืองในพระไตรปิฎก, 2534, หน้า 78-79

<sup>126</sup> ไพรตดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาค 1 ปีการศึกษา 2545 (เอกสารอัครสำเนา), หน้า 17-19

<sup>127</sup> ไพรตดูคัมภีร์ไบเบิล, มาระโก 12: 31

เมื่ออำนาจตกมาอยู่กับฝ่ายประชาชน ก็สามารถให้กฎเกณฑ์เข้ามาแทนที่ของพระผู้เป็นเจ้าของในฐานะที่เป็นคำตอบสุดท้ายของสังคม โดยสมาชิกของสังคมจะเลือกตัวแทนของตนเข้าไปวางกฎเกณฑ์ดังกล่าว เพื่อรักษาสิทธิของตนไว้ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จนสิทธิและกฎหมายกลายเป็นเนื้อเดียวกัน

ในขณะที่คำสอนในทางศาสนาเช่นศาสนาพุทธ หรือศาสนาอื่นที่มีอุดมคติเพื่อแสวงหาทางแห่งความหลุดพ้น หรือโลกุตระธรรม แต่โดยที่โลกุตระธรรมเป็นสิ่งที่คนทั่วไปไม่อาจเข้าถึงได้<sup>128</sup> คนทั่วไปจึงขาดจุดยึดเหนี่ยว จนท้ายที่สุดแต่ละคนก็จะมีตนเองเป็นศูนย์กลางทั้งยังมีความเชื่อในเรื่องของการเวียนว่ายตายเกิดทำให้มีคนจำนวนไม่น้อยที่ไม่เข้มงวดกับตัวเองในการดำเนินชีวิต เพราะคิดว่ายังมีโอกาสแก้ตัวใหม่ในชาติหน้า ในส่วนของกษัตริย์หรือเจ้าผู้ปกครองทางแถบเอเชีย ก็มีคำสอนทางศาสนารองรับเช่นศาสนาฮินดูกษัตริย์ก็สามารถอ้างความเป็นพระนารายณ์อวตาร<sup>129</sup> ทฤษฎีอาณัติจากสวรรค์ที่พัฒนาจนทำให้ผู้ปกครองกลายเป็นโอรสสวรรค์ของจีน<sup>130</sup> หรือแม้กระทั่งในญี่ปุ่น ที่เชื่อกันว่าองค์จักรพรรดิก็คือ พระโอรสของพระอาทิตย์<sup>131</sup> จากพื้นฐานของความเชื่อเหล่านี้จะเห็นได้ว่า ทำให้สถานภาพของกษัตริย์หรือเจ้าผู้ปกครองกลายเป็นเทพเสียดังนั้นจึงไม่จำเป็นที่จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ใดๆ ด้วยเหตุนี้ หลักนิติรัฐกล่าวคือการปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งแม้แต่เจ้าผู้ปกครองเองก็ต้องเคารพกฎหมาย จึงเกิดได้ยากในบริบทเช่นนี้ และสภาพดังกล่าวได้พัฒนาไปสู่แนวความคิดที่ว่าอำนาจเป็นธรรม ซึ่งดูเหมือนว่าผู้มีอำนาจทั้ง

<sup>128</sup> ไปรอดู เสม์ห์ จามริก, พุทธศาสนากับสิทธิมนุษยชน, 2531, หน้า 30-31

<sup>129</sup> ไปรอดู สิริวัฒน์ คำวันสา, ศาสนาพราหมณ์ (ฮินดู) ในประเทศไทย, ใน ศรีสุรางค์ พูลทรัพย์ (บรรณาธิการ), อารยธรรมตะวันออก, พิมพ์ครั้งที่ 7, 2542, หน้า 210

<sup>130</sup> ไปรอดู ศรีสุข ทวีชาประสิทธิ์, ลักษณะสังคมจีนยุคเก่า, ในศรีสุรางค์ พูลทรัพย์(บรรณาธิการ), อารยธรรมตะวันออก, เพิ่งอ้าง, หน้า 224- 226

<sup>131</sup> ไปรอดู พรณิ ฉัตรพรภักย์, แนวความคิดดั้งเดิมของชาวญี่ปุ่น, ใน ศรีสุรางค์ พูลทรัพย์ (บรรณาธิการ), อารยธรรมตะวันออก, เพิ่งอ้าง, หน้า 313

หลายนั่นเอง จะพอใจกับสภาพเช่นนี้

แต่ผู้มีอำนาจอาจจะมองข้ามด้านลบของแนวความคิดนี้ ที่ว่าความมีอำนาจนั้นไม่อาจสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้มีอำนาจให้ครองอำนาจนั้นตลอดไปได้ ในทางกลับกัน แนวความคิดดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นการกระตุ้นให้เกิดการทำประลองอำนาจกันอยู่ตลอดเวลา<sup>132</sup> เพราะทุกฝ่ายล้วนอยากมีอำนาจในมือและคิดว่าตนเป็นฝ่ายที่มีความพร้อมมากกว่าเสมอ ซึ่งความพร้อมดังกล่าวย่อมรวมไปถึงความสามารถในการใช้เล่ห์กลและเพทุบายต่างๆ ด้วย เหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ของไทยในช่วงปลายของยุคกรุงศรีอยุธยา สามารถสะท้อนความเป็นจริงข้อนี้ได้เป็นอย่างดี

สิ่งเหล่านี้กลายเป็นจุดอ่อนของการปกครองในบริบททางสังคมแบบเอเชียโดยทั่วไป จนเกิดปัญหาร่วมกันก็คือ ไม่สามารถสืบทอดอำนาจได้โดยสันติวิธี และความขัดแย้งในการสืบทอดอำนาจนั้น มีบ่อยครั้งที่เป็นความขัดแย้งขั้นแตกหัก ถึงขนาดต้องมีการถอนรากถอนโคนกัน ซึ่งความสูญเสียก็คือ บุคลากรที่เป็นกำลังสำคัญของชาติบ้านเมือง แทนที่จะได้มีโอกาสใช้ประโยชน์จากศักยภาพที่มีอยู่ของบุคลากรเหล่านี้

ในเมื่อการปกครองนำมาซึ่งความขัดแย้งอยู่ตลอดเวลา จนหาความสงบไม่ได้ โอกาสที่จะสร้างสรรค์ทางความคิดของมวลสมาชิกในสังคมนั้นๆ ย่อมลดลงเป็นอย่างมาก วิทยาการหลายอย่างที่น้ำจะพัฒนาขึ้นได้จากคนเอเชีย จึงไม่สามารถเกิดขึ้นได้ วิทยาการต่างๆ ที่ทางแถบเอเชียเคยก้าวหน้ากว่าของยุโรปไม่ว่าจะด้านการทอผ้าหรือเครื่องปั้นดินเผาหรือกระทั่งวิทยาการเกี่ยวกับอาวุธยุทธภัณฑ์ เมื่อประเทศทางยุโรปสามารถพัฒนาทางด้านการปกครองจนการเมืองนี้มีการสืบทอดอำนาจโดยสันติวิธี จนสามารถนำความสงบมาสู่สังคมของตนเองได้ในระดับหนึ่ง ก็จึงสามารถพัฒนาวิทยาการจนล้ำหน้าประเทศในแถบเอเชียทั้งหลายจน

<sup>132</sup> ไพรดู่ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายมหาชนเบื้องต้น, อ้างแล้ว, หน้า 19

นำไปสู่การเป็นเจ้าอาณานิคมดังที่ทราบกันแล้ว ภายใต้อาณัติที่ประเทศ  
แถบยุโรปรวมทั้งสหรัฐอเมริกาได้แสนยานุภาพที่เหนือกว่า จึงเป็นการบีบ  
บังคับประเทศในแถบเอเชียโดยปริยายให้ต้องหันมาศึกษา จากประเทศ  
ตะวันตกเหล่านั้น โดยเริ่มต้นจากการเลียนแบบดังที่ประเทศญี่ปุ่นเป็น  
ประเทศแรกที่ประสบความสำเร็จในการเลียนแบบดังกล่าวซึ่งรวมถึงรูปแบบ  
การปกครองด้วย

แต่หากศึกษาประวัติความเป็นมาของการปกครองและการต่อสู้  
จนได้มาซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ของประเทศตะวันตกแล้ว จะพบว่า  
ความเจริญในทุกด้านล้วนมีที่มาจากสังคมที่สงบสุขและมีความมั่งคั่งสำนึก  
ในสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งในเอเชียไม่สามารถพัฒนาขึ้นมาด้วย  
ตัวเองได้อย่างยั่งยืนนั่นเอง



## บทที่ 2

### สิทธิและเสรีภาพ

---

#### 2.1 ประวัติความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

ชาวกรีกและชาวโรมันโบราณได้เชื่อว่าได้ทำการคิดค้นและทดลองปฏิบัติเกี่ยวกับการเมืองการปกครอง อีกทั้งยังได้ทิ้งมรดกทางวิชาการอันล้ำค่าไว้ให้แก่คนรุ่นหลังรวมทั้งปรีศนาบางประการ แต่สำหรับผู้ที่ทำการค้นคว้าในเรื่องของประวัติความเป็นมาของสิทธิมนุษยชนอย่างลึกซึ้ง คือ G. Oestreich ปรากฏว่าคำตอบที่ท่านได้รับต่อปรีศนาบางประการนั้น กลับเป็นคำตอบที่น่าประหลาดใจเป็นอย่างมาก

เมื่อต้องมาตอบคำถามที่ว่า *คนโบราณเหล่านั้นรู้จักสิทธิมนุษยชนหรือยัง* คำตอบที่ Oestreich สามารถให้ ได้ก็คือ *ยังไม่รู้จัก* โดยท่านได้ให้เหตุผลว่า “จากถ้อยคำที่มีการบันทึกไว้ทั้งหมด เกี่ยวกับเสรีภาพ ความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และที่เกี่ยวกับความเคารพในความเป็นมนุษย์ ที่ได้มีการศึกษามา เป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับการเรียกร้องสิทธิที่ไม่อาจละเมิดได้สำหรับมนุษย์ทุกคน แม้แต่คำสอนของพวกstoic ในสมัยโรมันซึ่งสอนเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างมนุษย์ด้วยกันก็เป็นเพียงแนวความคิดเกี่ยวกับจริยธรรมทางสังคมเท่านั้น หากได้มุ่งสู่การสร้างสรรค์ระบบการเมืองและระบบเศรษฐกิจแต่อย่างใดไม่”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> โปรดดู G. Oestreich, Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Bettermann-Neumann- Nipperdey ( Hrsg.), Die Grundrechte, Bd.1, 1.Hbd., 1966, S. 13.

แม้ว่าข้อสรุปดังกล่าวจะเป็นผลพวงมาจากการค้นคว้าวิจัยทางวิชาการ จึงมีเหตุผลในตัวเองพอสมควร แต่กระนั้นก็ตามก็คงต้องให้ความสำคัญ ธรรมชาติแก่คนโบราณ โดยการศึกษาคงต้องคำนึงถึงยุคสมัยด้วยเช่นเดียวกัน และคงจะนำเอาจุดยืนในปัจจุบัน มาเป็นมาตรฐานในการวัดปรากฏการณ์ ในอดีตไม่ได้ การศึกษาประวัติศาสตร์ในช่วงดังกล่าว จึงควรเน้นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพื่อหาความเป็นจริงตามยุคตามสมัยเพื่อเป็นพื้นฐาน สำหรับความรู้ เพื่อที่จะนำไปใช้ประโยชน์ ในสถานการณ์ปัจจุบันต่อไป

อย่างน้อยที่สุดในยุคของ Aristotle คำว่าเสรีภาพ และแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ก็เป็นที่ยุ้จักกันในสมัยนั้นแล้ว แต่สภาพความเป็นจริง จะไม่ปรากฏเกณฑ์สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับรัฐในสมัยนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพยังไม่เกิดขึ้นในสมัยนั้น เนื่องจากมนุษย์ในสมัยนั้นมีสภาพเป็นเพียงส่วนหนึ่งของระบบการเมืองของรัฐ ความมีอยู่ของแต่ละบุคคลเป็นผลมาจากความ มีอยู่ของรัฐ มนุษย์แต่ละคนจะมีที่ที่แน่นอนของตนในนครรัฐ (polis) และจะเป็นสมาชิกที่มีบทบาทในนครรัฐได้ ก็ต่อเมื่อผู้นั้นเป็นเพศชาย และไม่เป็นทาส ในสมัยโรมันพลเมืองชาวโรมันจะมีแนวความคิดเกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย แต่ดวงของความสัมพันธ์ ดังกล่าวจำกัดเฉพาะในส่วนของความเป็นเอกชน ตามสถานะของแต่ละ บุคคล ฉะนั้น แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในสมัยโบราณ จึงวนเวียนอยู่ ในด้านของการเข้าไปมีส่วนร่วมในปรากฏการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นเท่านั้น สรุปได้ว่า เป็นแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพภายในรัฐ (freedom in State) ในสมัยนั้นยังมีได้มีการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพจากรัฐ (freedom from State) แต่อย่างใด<sup>2</sup>

ระบอบการปกครองที่ดีตามแนวความคิดในสมัยนั้น มิได้อยู่ที่การ ให้หลักประกันสิทธิตามรัฐธรรมนูญแก่ประชาชน ผู้ซึ่งท้ายที่สุดแล้วก็คือ

<sup>2</sup> โปรดุ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S.409.

ผู้รักษาอำนาจรัฐนั่นเอง หากแต่มุ่งประเด็นไปที่การฝากความหวังไว้กับสำนักที่ศิษย์ของผู้ปกครอง ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ไม่ว่า Socrates<sup>3</sup>, Plato<sup>4</sup> หรือ Aristotle<sup>5</sup> รวมทั้งนักปรัชญาสมัยโรมัน ต่างก็มีพื้นฐานทางความคิดเช่นเดียวกันนี้ แนวความคิดที่แตกต่างออกไป อาจจะมีบ้างได้แก่แนวความคิดของพวก Sophists<sup>6</sup> และพวก Stoics<sup>7</sup> ซึ่งอาศัยพื้นฐานของแนวความคิดแบบคตินิยมชาวโลก (cosmopolitanism) นำไปสู่แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิโดยการเกิด ที่ติดตัวมากับมนุษย์ โดยที่มิได้มีการตั้งคำถามกับระบบทาสในสมัยนั้นแต่อย่างใด

โดยสรุปแล้วอาจกล่าวได้ว่าในสมัยกรีกและโรมันโบราณนั้นได้มีการเริ่มต้นความคิดทางปรัชญาที่สามารถจะพัฒนาต่อไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ได้ *สิ่งที่ขาดไปในสมัยนั้นก็คือการแปลงสิ่งเหล่านั้นให้มาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้*<sup>8</sup> ทั้งกรีกและโรมันต่างก็ยังไม่รู้จักการที่ทำให้รัฐเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้ พลเมืองของรัฐโบราณ ทั้งสองต่างก็พอใจแล้วกับการที่รัฐเคารพในขอบเขตแห่งความสัมพันธ์แบบเอกชนของตน

ในสมัยกลางตอนต้น ซึ่งการปกครองอยู่ภายใต้อิทธิพลทางศาสนาของศาสนาคริสต์ โดยที่ศาสนาคริสต์เองก็รับเอาอิทธิพลทางความคิดจากพวก Stoics มาประสานเข้ากับแนวความคิดทางศาสนาและแนวความคิดที่สำคัญของทางศาสนาก็คือคำสอนที่ว่า มนุษย์เป็นภาพเหมือนของพระเจ้า เป็นเจ้า และมนุษย์นี่เองเป็นผลงานที่พระเจ้าเป็นเจ้า ทรงสร้างขึ้นเป็น

<sup>3</sup> ไพรดดู กิริติ บุญเจือ, แก่นปรัชญากรีก, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2528, หน้า 42-43; ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2539, หน้า 100-106

<sup>4</sup> ไพรดดู กิริติ บุญเจือ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 57- 59; ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 106-109

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 77-78; ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 109-116

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-39; ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 94-100

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 86-98, 101-103, 108-110; ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 116-123

<sup>8</sup> ไพรดดู G. Jellinek, aaO., S. 307.

ชิ้นสุดท้าย St. Augustin<sup>9</sup> ได้สร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาในคริสต์ศตวรรษที่ห้า โดยมีชื่อว่า “de civitate dei” หรือ “อาณาจักรแห่งพระเจ้า” ในงานเขียนชิ้นสำคัญนี้ ซึ่งมีอิทธิพลสำหรับคริสตจักรต่อจากนั้นไปอีกหลายศตวรรษ St. Augustin ได้สร้างความสัมพันธ์แบบสองขั้วขึ้น ขั้วแรกคือ “ciivitas terrana” หรือ “อาณาจักรแห่งโลก” และขั้วที่สองก็คือ “civitas caelestis” หรือ “อาณาจักรแห่งสวรรค์” โดยกำหนดเป็นภารกิจสำหรับผู้ปกครองอาณาจักรแห่งโลกให้ทำหน้าที่เตรียมพลเมืองเพื่อไปสู่อาณาจักรแห่งสวรรค์ โดยการทำให้พลเมืองยึดถือคำสอนของศาสนา<sup>10</sup> ในช่วงกลางของสมัยกลาง ความสัมพันธ์แบบสองขั้วดังกล่าวได้พัฒนาเป็นความสัมพันธ์สองอำนาจคือ ฝ่ายอาณาจักรและฝ่ายศาสนจักร ก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างผู้เป็นใหญ่แห่งอาณาจักรทั้งสอง และท่ามกลางความขัดแย้งนี้ ก็ได้กลายเป็นโอกาสสำหรับการพัฒนาสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นมาได้ เพราะแม้ว่าผู้ปกครองที่ได้รับมอบหมายจากพระเจ้าเป็นเจ้า จะมีอำนาจเด็ดขาดในการปกครองโลก แต่ก็ต้องเคารพในกฎหมายของพระเจ้าด้วย และกฎหมายแห่งพระเจ้านี้เองที่นักวิชาการรุ่นต่อมาพัฒนาจนกลายเป็นกฎหมายธรรมชาติ กล่าวคือกฎหมายดังกล่าวนี้เรียกร้องเอาจากผู้ปกครองต้องปกครองด้วยความเป็นธรรม และนับแต่สมัยของ St. Thomas Aquinas<sup>11</sup> ได้มีการเรียกร้องเอาจากผู้ปกครอง มิให้กระทำการใดๆ ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (dignitas humana) ซึ่งรวมถึงชีวิต เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์ของมนุษย์ หากผู้ปกครองยังฝืนทำการดังกล่าว พลเมืองย่อมมีสิทธิที่จะไม่เชื่อฟังผู้ปกครองผู้นั้นอีกต่อไป และดำเนินการต่อต้านผู้ว่าผู้นั้นได้ โดยในหนังสือ

<sup>9</sup> ไพรดดู กิริติ บุญเจือ, แก่นปรัชญายุคกลาง, 2527, หน้า 88-96; ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 141-145

<sup>10</sup> ไพรดดู P. Pernthaler, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 1986, S. 377.

<sup>11</sup> ไพรดดู กิริติ บุญเจือ, แก่นปรัชญายุคกลาง, หน้า 269-272; ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 145-154

ชื่อ “de regime principum” เล่มที่ 1 บทที่ 6 St. Thomas Aquinas ได้เขียนไว้ว่า “อาจกล่าวได้ว่าเป็นอันตรายอย่างยิ่งยวดสำหรับพลเมืองและผู้ปกครอง หากจะมีคนเพียงกลุ่มเดียววางแผนก่อการวินาศกรรมเพื่อทำร้ายผู้ปกครองจนถึงตาย แม้ว่าผู้ปกครองดังกล่าวจะเป็นทรราชก็ตาม” จึงเป็นการดีกว่า หากการต่อต้านทรราชมิใช่เป็นการคิดคำนึงกันในหมู่คนจำนวนน้อย หากแต่เป็นการลงมตกันเป็นการทั่วไป เพราะในเมื่อเป็นสิทธิของพลเมืองที่จะเลือกกษัตริย์ด้วยตนเอง จึงย่อมเป็นสิทธิของกษัตริย์ผู้มีศักดิ์และสิทธิอย่างเต็มที่ในฐานะผู้ได้รับการสถาปนา ที่จะถูกลดถอนโดยพลเมืองทั้งหลายเช่นกัน พลเมืองที่กล่าวถึงนี้ ย่อมไม่อาจได้รับการกล่าวหาได้ว่าเป็นผู้ไม่จงรักภักดี จากการลดถอนทรราช แม้ว่าพลเมืองเหล่านี้จะได้ถวายสัตย์ปฏิญาณว่า จะจงรักภักดีต่อกษัตริย์พระองค์นั้นตลอดไป ทั้งนี้เพราะกษัตริย์พระองค์นั้นได้ทรงกำหนดชะตากรรมของตนเองแล้ว จากการที่ไม่ทรงรักษาสัญญาได้ที่ทรงให้แก่พลเมือง เท่ากับเป็นสมน้ำสมเนื้อต่อการที่พระองค์มิได้ทรงซื่อสัตย์ต่อพลเมือง ซึ่งเป็นพระราชภารกิจหนึ่งของกษัตริย์ หากการดำเนินการต่อต้านกษัตริย์ได้กลายเป็นสิ่งที่พ้นความสามารถของมนุษย์ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหันไปพึ่งพระบารมีของพระเจ้า<sup>12</sup> แต่ St. Thomas Aquinas ก็เปิดช่องไว้ด้วยว่า การปกครองแบบทรราชย์ก็อาจเป็นมาตรการหนึ่งสำหรับการลงโทษหากพลเมืองไม่ดำรงตนอยู่ในศีลธรรมตามที่ควรจะเป็น

การกำหนดให้ผู้ปกครองมีหน้าที่รักษากฎหมาย กับการที่พลเมืองมีสิทธิต่อต้าน หากผู้ปกครองเป็นผู้ไร้ความยุติธรรม เป็นประเด็นสำคัญสำหรับการปกครองในสมัยกลาง แต่อย่างไรก็ตามในช่วงปลายของสมัยกลางกลับมีผู้ต่อต้านแนวความคิดดังกล่าวมากขึ้น กระนั้นก็ตามแนวความคิดนี้ก็พัฒนาต่อไปเป็นแนวความคิดสองกระแสใหญ่ๆ คือ แนวความคิดเกี่ยวกับเหตุผลและกฎหมายธรรมชาติ กระแสหนึ่งกับแนว

<sup>12</sup> อ้างจาก K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, S. 60 FN 36 mwN.

ความคิดในการพัฒนาสิทธิสำหรับฐานันดร และเสรีภาพต่างๆ และทั้งสองกระแสทางความคิดล้วนมีความมุ่งหมายเดียวกัน นั่นคือ การจำกัดอำนาจปกครองเชิงภาววิสัย (objective) จากเดิมที่มีการเรียกร้องมาโดยตลอดให้ผู้ปกครองใช้อำนาจอย่างเป็นธรรม ซึ่งเป็นการยับยั้งชั่งใจตนเอง (self-restraint) หรือเป็นการจำกัดอำนาจปกครองเชิงอัตวิสัย (subjective restriction) แนวความคิดทั้งสองกระแสก็นับได้ว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการสรรค์สร้างสิทธิขั้นพื้นฐานเชิงอัตวิสัย (subjective right) กล่าวคือ เป็นสิทธิที่พลเมืองสามารถเรียกร้องเอาจากฝ่ายอำนาจรัฐได้

### 2.1.1 มนุษย์ตามแนวความคิดของ St. Thomas Aquinas

St. Thomas Aquinas (1125 - 1274) เป็นผู้ที่ประสานแนวความคิดของ Aristotle กับแนวความคิดของพวก Stoics เข้าไว้ด้วยกัน โดยมองมนุษย์ในฐานะที่เป็นบุคคล และเมื่อเทียบกับสิ่งมีชีวิตอื่นๆ แล้วมนุษย์จะมีความแตกต่างที่โดดเด่น คือ มนุษย์รู้จักใช้เหตุผล และมีความสามารถตัดสินใจได้ว่าอะไรดีอะไรเลว ซึ่งเป็นความสามารถในการตัดสินใจเชิงจารีตประเพณีอันดีงาม พื้นฐานดังกล่าวนี้เองที่ทำให้มนุษย์มีความพร้อมในการที่จะมีสิทธิต่างๆ ได้ ส่วนในอีกด้านหนึ่ง St. Thomas Aquinas ก็เป็นผู้เชื่อมกฎหมายของโลกเข้ากับกรอบแห่งกฎหมายธรรมชาติ (lex naturalis) ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนิรันดร (lex eterna) ซึ่งหมายความว่าสิ่งที่จะหยิบยกขึ้นมาพิจารณาต่อไปนี้ว่า หากเจ้าผู้ปกครองก้าวล่วงเข้าไปในบุคลิกภาพส่วนบุคคล ของพลเมือง กล่าวคือ ชีวิต เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์ของพลเมือง ซึ่งอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของพระเจ้า เป็นเจ้า ถือได้ว่าการก้าวล่วงดังกล่าวของผู้ปกครองเป็นการดำเนินการอย่างไร้ความยุติธรรม สิทธิต่างๆ เหล่านี้เป็นสิทธิที่ขาดไม่ได้ของมนุษย์ และเป็นเรื่องติดตัวกลายมาเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ แต่กระนั้นก็ตามสำหรับแนวความคิดของ St. Thomas Aquinas แล้ว สิทธิต่างๆ เหล่านี้ก็มีได้หมายความว่า

จะมีได้โดยไม่มีเงื่อนไข นอกจากนี้แล้วสิทธิต่างๆ เหล่านี้ยังไม่มีลักษณะของความเป็นสากลที่จะใช้เรียกร้องได้ทั่วไป เพราะกลุ่มผู้ไร้สิทธิก็ยังคงไร้สิทธิต่อไป ทำให้เห็นได้ว่าจุดอ่อนของแนวความคิดดังกล่าวว่าจะอยู่ที่การนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลไปผูกกับแนวความคิดเกี่ยวกับส่วนรวม (collectivism) เท่ากับเป็นการนำเอาแนวทางการคุ้มครองไปโยงกับเป้าหมายที่อยู่สูงขึ้นไป ซึ่งไม่สามารถอธิบายด้วยการใช้ตรรกวิทยาแบบธรรมดาๆ ได้ และเป็นการเปิดช่องให้สิ่งเหล่านี้ กลายเป็นข้ออ้างเพื่อความชอบธรรมในการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ได้อีกด้วย<sup>13</sup>

### 2.1.2 พัฒนาการในฝ่ายอาณาจักร

ในยุคสมัยเดียวกับ St. Thomas Aquinas นั้นเอง ในทางฝ่ายอาณาจักรได้มีการเผยแพร่ทางความคิดเกี่ยวกับความมีอยู่ของสิทธิแต่ดั้งเดิม อันมิอาจละเมิดเสียได้ และแนวความคิดเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมและการควบคุมการปกครองของบรรดาขุนนางระดับสูงที่มีต่อกษัตริย์จนมีการออกโองการประกาศสิทธิ แก่ฐานันดรต่างๆ นอกจากนี้ ในอาณาเขตทางตอนเหนือของอิตาลี และเมืองต่างๆ ในเยอรมันได้มีการให้หลักประกันด้านสิทธิบางประการแก่ฐานันดรและพลเมืองที่เป็นเสรีชน ทำให้สมาชิกของฐานันดรและชาวเมืองกลายเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพ สิทธิเหล่านี้จึงมีลักษณะที่โน้มเอียงไปในทางอภิสิทธิ์ หรือสิทธิของหมู่เหล่า ยังไม่มีลักษณะที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด<sup>14</sup>

#### 2.1.2.1 พัฒนาการในกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน

โองการประกาศสิทธิ แก่ฐานันดรต่างๆ ตามที่ได้พิจารณามานี้ ได้กลายมาเป็นแนวทางสำคัญในการพัฒนาทางด้านสิทธิขั้นพื้นฐานในเวลาต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน เพราะหากไม่มีการอ้างอิงถึงสิทธิตามกฎหมายอันดั้งเดิมที่มีมาแต่ดั้งเดิมเหล่านี้

<sup>13</sup> โปรดดู Th. Fleiner- Gerster, Allgemeine Staatslehre, 1980, S.67.

<sup>14</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 62 FN 43 mwN.

(good old law) โองการประสาทยุติธรรมทั้งหลายก็ไม่อาจจะมิขึ้นมาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Magna Charta Libertatum ซึ่งลงวันที่ 15 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1215 เป็นหลักฐานที่พระเจ้าจอห์น ที่หนึ่ง ทรงลงพระปรมาภิไธย รับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ฝ่ายศาสนา ขุนนาง และนครลอนดอน โดยที่สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปในสมัยนั้นแล้วว่า เป็นสิทธิตามกฎหมายที่มีมาแต่ดั้งเดิม แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการประสาทยุติธรรมดังกล่าวนี้อาจยังอยู่ในแวดวงที่จำกัด จวบจนกระทั่งถึงคริสต์ศตวรรษที่ 17 จึงได้มีการขยายผลไปถึงชาวอังกฤษทุกคน<sup>15</sup> แนวทางปฏิบัติทำนองเดียวกันนี้ ได้แพร่ไปในภาคพื้นยุโรปหลายประเทศด้วยกัน

แนวความคิดดังกล่าวนี้ อาจมองได้ว่าเป็นสัญญาประชาคม โดยเป็นการตกลงกันระหว่างเจ้าผู้ปกครองกับฐานันดรต่างๆ เกี่ยวกับเงื่อนไขในการใช้อำนาจปกครองของพระองค์ สิทธิที่ฐานันดรได้รับมาจากกษัตริย์ จึงมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเฉพาะกลุ่ม ยังไม่มีลักษณะของความเป็นปัจเจกบุคคล<sup>16</sup> แต่อย่างไรก็ตามแนวทางปฏิบัติดังกล่าวนี้ก็เป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับพัฒนาการในช่วงต่อมา

### 2.1.2.2 กระแสทางความคิดหลัก 3 กระแส

ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา มีกระแสทางความคิดหลักที่มีอิทธิพลต่อวิวัฒนาการของสิทธิขั้นพื้นฐาน 3 กระแสด้วยกัน ดังจะพิจารณาต่อไปเป็นลำดับ ดังนี้

#### ก) การปฏิรูปศาสนาคริสต์

อิทธิพลของการปฏิรูปศาสนาคริสต์ที่มีต่อพัฒนาการของสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นประเด็นที่นักวิชาการยอมรับตรงกัน<sup>17</sup> การปฏิรูปศาสนาคริสต์เริ่มจากแนวความคิดของ M. Luther ซึ่งเห็นว่าผู้ถูก

<sup>15</sup> โปรตดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า 42

<sup>16</sup> โปรตดู G. Oestreich, aaO., S. 23.

<sup>17</sup> Ebda, S.31.

ปกครองมีหน้าที่ต้องจงรักภักดีต่อผู้ปกครอง โดยที่ผู้ปกครองมีหน้าที่ต้องทำให้เกิดระเบียบทางสังคมที่ดี ที่มีผลในทางปฏิบัติด้วยในขณะเดียวกัน<sup>18</sup> นอกจากนี้ Luther แล้วก็ยังมี Calvin นักปฏิรูปชาวสวิส ที่มีอิทธิพลทางความคิดเชิงทฤษฎีและเป็นผู้วางแนวทางที่จะทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานเกิดเป็นจริงทางปฏิบัติได้ พื้นฐานทางปรัชญาของ Calvin นั้นมาจากแวดวงของการพิจารณาธรรมชาติและความมีเหตุมีผลของมนุษย์ ซึ่งคุณสมบัติทั้งสองประการดังกล่าวมนุษย์ได้รับมาจากพระเจ้า เพื่อให้มนุษย์จะมีความสามารถที่จะติดต่อกับพระเจ้าได้นอกจากนี้แล้ว Calvin ยังเห็นความสำคัญของสถาบันผู้แทนฐานันดร ที่สามารถนำมาใช้คานการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จของเจ้าผู้ปกครองได้ ทั้งนี้เพราะมนุษย์ถูกสร้างมาเพื่อให้มีความสัมพันธ์ระหว่างกัน และมีภารกิจที่จะต้องสร้างประชาคมระหว่างกันขึ้น และจะต้องปฏิบัติต่อกันในฐานะที่เป็นภาพเหมือนของพระเจ้าด้วยกัน<sup>19</sup>

ปรากฏว่าสาธุศิษย์และผู้ทวิพากษ์ความคิดของ Calvin นี้เองที่มีส่วนช่วยกันอย่างสำคัญในการปูพื้นฐานและทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานปรากฏเป็นจริงได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวความคิดเกี่ยวกับ “ความผูกพันร่วมกัน” (*mutua obligatio*) ซึ่งนำไปสู่ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาประชาคม (*social contract*) และสิทธิของปัจเจกบุคคล จนกลายมาเป็น *covenants* ต่างๆ ของประเทศในกลุ่มแองโกลแซกซอน<sup>20</sup> กลุ่มนักคิดที่มีแนวทางต่อต้านกษัตริย์ส่วนใหญ่มักเป็นผู้ที่ถือนิกาย Calvinism หรือมีความเชื่อโน้มเอียงมาทางนี้ ไม่ว่าจะเป็น Hooker, Althusius, Coke, Grotius, Milton, และ Locke พวก Puritan ซึ่งมีแนวคำสอนทำนองเดียวกับ นิกาย Calvinism ก็ได้

<sup>18</sup> โปรดดู W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV, 1977, S., 498ff.

<sup>19</sup> โปรดดู E. Reibstein, *Volkssouveränität und Freiheitsrechte*, Bd. I, 1972, S. 101f.

<sup>20</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 65 FN 54 mwN.

เป็นผู้ผลักดันให้เกิดประมวลสิทธิมนุษยชนขึ้นมาในอเมริกา ส่วนพวกที่วิพากษ์นิกาย Calvinism หรือพวก Neo-Calvinism ก็ได้นำไปสู่ประเด็น “การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล” “เสรีภาพในการนับถือศาสนา” “ความอดกลั้น” และท้ายที่สุด ได้นำไปสู่การทำบัญชีสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นมา<sup>21</sup> ในขณะที่แนวความคิดของ Luther นำไปสู่การกุมอำนาจของเจ้าผู้ปกครอง

ข) แนวความคิดของ Francisco de Vitoria

Francisco de Vitoria (ชาตะราว ค.ศ. 1483-มตะ ค.ศ.1546) ได้รับการยกย่องว่าเป็นผู้ร่วมก่อตั้งกฎหมายระหว่างประเทศยุคปัจจุบัน และเป็นปฏิบัติกับ จักรพรรดิ Karl ที่ 5 แห่งอาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์และ Philipp ที่ 2 กษัตริย์แห่งสเปน และเป็นผู้ต่อต้านการมีระบบทาสในอาณานิคมของสเปน Vitoria อาศัยพื้นฐานทางความคิดจาก St. Thomas Aquinas และจากพวก Stoics ทำการโต้แย้งระบบดังกล่าวทั้งในฐานะที่เป็นนักกฎหมายและนักเทววิทยา โดยนำเสนอประเด็นเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันของมนุษย์ บนพื้นฐานของความคิดทางกฎหมายธรรมชาติ ได้กับแนวความคิดทางกฎหมายระหว่างประเทศแบบดั้งเดิม และเรียกร้องให้มีการเคารพในเสรีภาพตามธรรมชาติและความเสมอภาคตามธรรมชาติระหว่างเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน

บนพื้นฐานทางความคิดของ Vitoria นี้เองที่ Fernando Vasquez (1509 - 1566) นำมาพัฒนาต่อไป โดยเสริมแนวความคิด ของพวกมนุษยนิยม (humanism) และใช้วิธีการทางนิติศาสตร์สมัยใหม่ จนทำให้สิทธิเหล่านี้ เป็นสิทธิที่ไม่มีอายุความ และแม้เจ้าของสิทธิก็ปฏิเสธไม่ได้ นั่นคือทำให้สิทธิเหล่านี้ เป็นสิ่งที่ไม่อาจสูญเสียไปได้อย่างแท้จริง<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Ebda, S.65.

<sup>22</sup> โปรดดู E. Reibstein, aaO., S. 110ff.

### ค) แนวความคิดของกลุ่มต่อต้านกษัตริย์

จากการที่ฝ่ายกษัตริย์ดำเนินมาตรการกวาดล้างและกดขี่ ผู้ที่มีความเชื่อในทางศาสนาคริสต์นิกายแตกต่างออกไป ทำให้เกิดกลุ่มต่อต้านกษัตริย์ขึ้นในสก็อตแลนด์ และในฝรั่งเศส กลุ่มต่อต้านกษัตริย์นี้ ยกประเด็นสัญญาสาวิภักดิ์ โดยมองว่า เป็นสัญญาที่ผู้ปกครองทำกับพลเมืองโดยตรง มิใช่กับเหล่าฐานันดรต่างๆ นอกจากนี้แล้วกลุ่มต่อต้านกษัตริย์นี้ยังเรียกร้องให้กษัตริย์ต้องผูกมัดกับกฎหมายของพระเจ้าเป็นเจ้า (ius divinum) และกฎหมายธรรมชาติ (ius naturale) และแม้กระทั่งกฎหมายธรรมดา (leges) ที่ออกโดย ตัวแทนของพลเมืองอีกด้วย กฎหมายธรรมดา (leges) ดังกล่าวนี้นหมายถึง เงื่อนไขของสัญญาสาวิภักดิ์ ซึ่งเรียกกันว่ากฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentalis) นั่นเอง

คำว่า กฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentalis) นี้ ปรากฏการใช้ในทุกประเทศแถบยุโรป ในช่วงราวคริสต์ศตวรรษที่ 16 และได้กลายมาเป็นพื้นฐานของแนวความคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย ที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายทั่วไป<sup>23</sup>

#### 2.1.2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย

คู่ขนานไปกับความเสื่อมของระบบศักดินา แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐก็ค่อยๆ ได้รับการพัฒนาขึ้นมาเป็นลำดับ ความเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น นอกจากจะต้องไม่ขึ้นกับรัฐใดแล้ว ยังต้องเป็นอำนาจสูงสุดอีกด้วย ดังคำนิยามของ Jean Bodin (1530 - 1596) ที่ว่า “Majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas” ซึ่งหมายความว่า “อำนาจอธิปไตย คืออำนาจสูงสุดเหนือพลเมืองและผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครอง โดยที่ไม่มีกฎหมายใดมาจำกัดอำนาจนี้ได้”<sup>24</sup> ซึ่งเป็นการพัฒนาแนวความคิดที่มีมา

<sup>23</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 67.

<sup>24</sup> โปรดดู บุญศรี มิ่งศรีอุโฆษ, เอกสารประกอบคำบรรยาย วิชากฎหมายมหาชนเบื้องต้น, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544, (เอกสารอัดสำเนา) หน้า 11

ตั้งแต่สมัยโรมันโดย Ulpian แล้วว่า “princeps legibus solutus est”<sup>25</sup> เพียงแต่ของเดิมนั้น เน้นอยู่ที่ตัวบุคคลคือผู้ปกครองเท่านั้น

จากสถานการณ์ความขัดแย้งทางศาสนาจนนำมาซึ่งสงครามกลางเมืองและสงครามระหว่างประเทศ ทำให้เกิดเสียงเรียกร้องให้ได้มาซึ่งผู้ปกครองที่เข้มแข็ง<sup>26</sup> ทำให้มีการเปลี่ยนจากระบบศักดินามาสู่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่ง Thomas Hobbes เป็นบุคคลหนึ่งที่เป็นผู้ปูพื้นฐานทางทฤษฎีสำหรับระบอบดังกล่าว โดยเริ่มจากธรรมชาติดั้งเดิมของมนุษย์ ที่ว่า มนุษย์นั้นเป็นสุนัขป่าสำหรับเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน (homo homini lupus) จึงต้องตกอยู่ในสภาพที่ต้องหวาดระแวงกันเองตลอดเวลา จนเมื่อรู้สึกเบื่อหน่ายกับสภาพดังกล่าวก็ให้ทำสัญญาสาวมิภักดียอมสละการใช้กำลังยกให้ผู้ปกครองเป็นผู้ผูกขาดการใช้กำลังแต่เพียงผู้เดียวเป็นการถาวรจึงมีผู้วิจารณ์ Thomas Hobbes ว่ากลัวสงครามกลางเมืองจนทำให้มองข้ามปัญหาเกี่ยวกับพระราชไป<sup>27</sup> จึงเป็นแนวความคิดที่ไม่ได้รับความนิยมนับแต่อย่างไร

ความระแวงในตัวบุคคลดังกล่าวมีส่วนทำให้เกิดแนวความคิดว่า พื้นฐานของระบบรัฐใหม่ ที่จะก่อตั้งขึ้นมานั้น หากได้จำเป็นจะต้องหมายถึงการมีเจ้าผู้ปกครองที่ถืออำนาจเด็ดขาดเสมอไปไม่ทางออกอีกทางหนึ่งก็คือ อยากริให้มีอำนาจอธิปไตย แต่ไม่ใช่อำนาจอธิปไตยของผู้ปกครอง หากแต่เป็นอำนาจอธิปไตยของปวงชน โดยที่การใช้อำนาจยังคงมอบหมายให้เป็นเรื่องขององค์กรระดับสูง หากแต่การใช้อำนาจดังกล่าวจะถูกกำหนดและตีกรอบไว้อย่างชัดเจนโดยกฎหมายกล่าวคือกฎหมายเป็นตัวกำหนดความเป็นไปในการใช้อำนาจปกครอง (lex facit regem) แนวความคิดดังกล่าวนี้เป็นที่ประจักษ์แก่ชาวโลกในประเทศอังกฤษ

<sup>25</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 69 FN 78 mwN.

<sup>26</sup> โปรดดู M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, 2. Aufl. 1981, S. 48ff.

<sup>27</sup> AaO., S.133ff.

## 2.2 พื้นฐานทางความคิดของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

### 2.2.1 ที่มาและเนื้อหาของสาระของสิทธิเสรีภาพ

ประเด็นเกี่ยวกับที่มาและเนื้อหาของสาระของสิทธิเสรีภาพ เป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันมาเป็นเวลาช้านานแล้ว และแม้จะมีความขัดแย้งกันอยู่บ้างในบางประเด็น นักกฎหมายก็พอใจในระดับหนึ่ง โดยถือว่าประเด็นเป็นที่กระจ่างพอสมควรแล้ว นักกฎหมายส่วนใหญ่ที่หันมาให้ความสนใจกับประเด็นนี้ ก็คือนักประวัติศาสตร์กฎหมาย และอย่างน้อยก็มีผลงานของนักกฎหมายชื่อดังของเยอรมันอย่าง Prof. Dr. G. Jellinek ซึ่งตีพิมพ์ผลงานชื่อว่า “ปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง” เมื่อปี ค.ศ. 1895 ถัดจากนั้นมาจนถึงช่วงหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 20 จึงมีผลงานของ Roscoe Pound ซึ่งชี้ให้เห็นว่า รากเหง้าของแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนนั้น หยั่งลึกลงไปในประวัติทางความคิดทางปรัชญาและรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ<sup>28</sup> ประเด็นที่ Roscoe Pound ตั้งไว้นี้ได้กลายมาเป็นหัวข้อการวิจัยและสัมมนาทางวิชาการ อย่างน้อย 2 โครงการ โดยมีการกำหนดประเด็นหลักทางปรัชญา - เทววิทยา ซึ่งเป็นโครงการของมหาวิทยาลัยTübingen มีการผลิตตำราออกมา 5 เล่ม แต่ตามความเห็นของ Prof. Dr. K. Stern แล้ว ท่านเห็นว่า เป็นที่น่าเสียดายที่ไม่มีการศึกษาประเด็นที่ Roscoe Pound ได้ตั้งไว้ อีกทั้งแนวความคิดของประเทศกลุ่มแองโกลแซกซอน และประเทศเนเธอร์แลนด์ ก็ไม่ได้รับความสนใจเท่าที่ควร<sup>29</sup> นอกจากนี้แล้วยังมีการศึกษาทางประวัติศาสตร์ และทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับสังคม<sup>30</sup> ตำราเหล่านี้นำเสนอความรู้ใหม่ๆ ที่ช่วยเป็นการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน และช่วยให้การทำ

<sup>28</sup> โปรดดู R. Pound, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, 1957

<sup>29</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 52 FN 6 mwN.

<sup>30</sup> โปรดดู G. Birtsch (Hrsg.), *Grund und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, 1981; ders. (Hrsg.), *Grund und Freiheitsrechte von der Ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, 1987

ความเข้าใจรัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างรอบด้านมากขึ้น ทั้งยังให้มุมมองใหม่ ๆ แก่ประเด็นสำคัญต่าง ๆ เพิ่มขึ้นอีกมาก ประเด็นเหล่านี้ได้มีการชี้ให้เห็นไปแล้วในบทที่ 1 ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเป็นบุคคล เป็นแรงผลักดันที่สำคัญ ที่ช่วยให้สิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานได้รับการยอมรับในที่สุด

ในปี ค.ศ.1948 Prof.Dr. G. Ritter ในฐานะนักประวัติศาสตร์ ได้กล่าวปาฐกถา ในหัวข้อ “ที่มาและเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพ” ท่านได้เริ่มการปาฐกถา โดยกล่าวว่า “แทบจะไม่มีหัวข้อทางประวัติศาสตร์ การเมืองหัวข้อใด ที่จะเข้ามาสัมผัสกับปัญหาชีวิตของเรา ที่เปรียบเสมือนว่ากำลังมีไฟลุกโชนอยู่ ในปัจจุบัน เหมือนดังเช่นปัญหาที่มาและเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพ” นี้<sup>31</sup> ปัญหาเฉพาะหน้า ที่กำลังเผชิญกันอยู่ในขณะนั้น คือประเด็นที่มีการอภิปรายกันอยู่ในสภาที่ปรึกษา ทำหน้าที่รัฐสภาควรจะนำเอาบัญชีสิทธิขั้นพื้นฐานมาบรรจุลงไว้ในกฎหมายพื้นฐานหรือไม่ รวมทั้งประเด็นเกี่ยวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ แม้ในปัจจุบันจะห่างไกลจากระยะเวลานั้นมานานพอสมควร ประเด็นอาจจะเปลี่ยนไปโดยระยะเวลา แต่หัวข้อดังกล่าวนี้ก็ยังคงมีความสำคัญ และการให้น้ำหนักอาจจะเปลี่ยนไป แต่ก็ยังมีเหตุผล อีก 3 ประการที่ชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของหัวข้อนี้

#### ก) ความสำคัญทางด้านการเมือง

ประเด็นนี้ เป็นประเด็นหนึ่งในบรรดาไม่กี่ประเด็นที่นักวิชาการ เห็นพ้องตรงกันว่า ความเข้าใจเกี่ยวกับพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ ปรชญาและการเมืองของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น มีความสำคัญสำหรับทางด้านการเมืองเป็นอย่างยิ่ง<sup>32</sup> เพราะเมื่อเกิดปัญหาขึ้นจริงก็มักจะต้องมีคำถามตามมาเสมอว่า สิทธิต่าง ๆ นั้นมีที่มาอย่างไร มีพัฒนาการทางด้านแนว

<sup>31</sup> โปรดดู R. Schnur (Hrsg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964, S. 202.

<sup>32</sup> โปรดดู M. Kriele, Zur Geschichte der Grund und Menschenrechte, in: Festschrift für H. U. Scupin zum 70. Geburtsag, 1973, S.187.

ความคิดอย่างไร มีพื้นฐานความชอบธรรมมาจากกฎหมายหรือเป็นแนวความคิดที่มีมาก่อนการเกิดของรัฐ เพราะประเด็นเหล่านี้เป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการทำความเข้าใจในหัวข้อเหล่านี้แน่นอน

ข) ความสำคัญที่มีต่อการทำความเข้าใจ

พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับพัฒนาการทางด้านแนวความคิดของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น มีความสำคัญยิ่งต่อการทำความเข้าใจในประเด็นต่าง ๆ ไม่ว่าจะในประเด็นเกี่ยวกับการกิจกรรมของการเป็นสิทธิเชิงปกป้อง ประเด็นเกี่ยวกับการให้หลักประกันเชิงสถาบันทางกฎหมาย ประเด็นเกี่ยวกับสิทธิการมีส่วนร่วม และสิทธิการมีส่วนร่วมได้ ประเด็นเกี่ยวกับการตีความสิทธิ ฯลฯ จากประเด็นทั้งหลายเหล่านี้ จะเห็นได้ว่าพื้นฐานความรู้เกี่ยวกับพัฒนาการทางด้านแนวความคิดของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น จะทำให้สามารถพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ได้รอบด้านมากขึ้น

ค) ความสำคัญที่มีต่อระบบการศึกษาของชาติ

เกี่ยวกับประเด็นของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นผลพวงของการต่อสู้ทั้งทางความคิดและการใช้กำลัง มาเป็นระยะเวลาอันนับสหัสวรรษแล้ว จนสามารถทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานกลายเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างของประชาคมดังเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบันได้ ความสนใจที่มีต่อประเด็นที่มาและเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานจึงไม่ควรจำกัดอยู่เฉพาะในวงการนักวิชาการเท่านั้น หากแต่ต้องมีการขยายผลไปสู่การศึกษาของชาติทุกระดับทั้งในและนอกระบบ เพราะสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นก็คือ สถานะทางกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของมนุษย์ชนและพลเมือง และเพื่อความเข้าใจในสิทธิต่างๆ เป็นไปอย่างถ่องแท้ ย่อมขาดไม่ได้ที่จะต้องศึกษาประวัติความเป็นมา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะต้องหาความรู้เกี่ยวกับพัฒนาการทางด้านแนวความคิดของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ

อาจกล่าวได้ว่า ประวัติความเป็นมาของสิทธิขั้นพื้นฐานคือส่วนที่เป็นสาระสำคัญของประวัติศาสตร์การเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เป็นสาระสำคัญของพัฒนาการทางรัฐธรรมนูญ รวมทั้งพัฒนาการทางด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นทางด้านสังคม เศรษฐกิจ และปรัชญา สิทธิขั้นพื้นฐาน

จึงยังคงเป็นประเด็นสำคัญสำหรับประวัติศาสตร์โดยรวมของมนุษยชาติต่อไป และเนื่องจากสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับมนุษย์ทุกคน จึงเป็นธรรมดาที่เรื่องของสิทธิขั้นพื้นฐาน จะเป็นเนื้อหาที่ต้องศึกษาใน สาขาวิชาต่างๆ หลายสาขาวิชาด้วยกัน แต่กระนั้นก็ตาม ในการศึกษา เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องไม่หลงผิดไปว่า สิทธิเหล่านั้นเป็นสิทธิที่มีมา และได้รับการประกันมาแต่ต้น หากแต่จะต้องศึกษาให้ลึกกลงไปถึงประวัติ ความเป็นมา เจอนใจที่นำมาสู่พัฒนาการทางด้านแนวความคิด ตลอดจน พลังผลักดันและรากเหง้าซึ่งเป็นที่มาของแนวความคิดต่างๆ เหล่านั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างถ่องแท้ ในประเด็นเหล่านี้ ซึ่งมีส่วนทำให้เกิด สิทธิขั้นพื้นฐานในปัจจุบัน โดยทำให้สิทธิที่เป็นพื้นฐานของมนุษย์และ พลเมืองภายในรัฐ กลายเป็นความจริงในทางปฏิบัติขึ้นมาได้ ประวัติความ เป็นมาของสิทธิขั้นพื้นฐานตามความหมายนี้ จึงเป็นประวัติศาสตร์ ที่นำ ไปสู่ความเป็นรัฐที่ปกครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเปี่ยมไปด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน ต่างๆ

เนื่องจากสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ มีอยู่เป็นจำนวนมาก งานวิจัยนี้จึงไม่อาจลงไปในรายละเอียดของแต่ละสิทธิได้ ในที่นี้จึงขอ พิจารณาในภาพรวมเกี่ยวกับวิวัฒนาการของสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยที่มีได้ จำกัดเฉพาะลำดับความเป็นมา หากแต่ต้องคำนึงถึงแรงกระตุ้นต่างๆ ความคิดคำนึงเกี่ยวกับคุณค่า และแนวความคิดที่เป็นที่มาของสิทธิขั้น พื้นฐานเหล่านั้น วิวัฒนาการของสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวนี้ จึงมิใช่เป็น เพียงปัจจัยที่ใช้ประกอบในการอธิบายองค์ประกอบต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ใน รัฐธรรมนูญรวมทั้งพื้นฐานทางความคิดขององค์ประกอบนั้นๆ เท่านั้น หากแต่เป็นจุดเริ่มต้นสำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับคุณค่าและภูมิปัญญา ที่เป็นพื้นฐานสำหรับรัฐธรรมนูญนั่นเอง สิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ เหล่านี้จึง ส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่มีความหมายยิ่งต่อวัฒนธรรมของชนชาติหนึ่งๆ ก็ ว่าได้ การตกผลึกจนกลายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานได้ก็มิใช่เป็นเพียงผลงาน ของนักทฤษฎีที่อยู่บนหอคอยงาช้าง หากแต่เป็นการแสดงออกซึ่ง เจตจำนงของรัฐบุรุษซึ่งล้วนแต่คร่ำหวอดในวงการเมืองมาเป็นเวลานานทั้งสิ้น

และมีความปรารถนาอย่างแรงกล้าที่สร้างรัฐที่ดีกว่าเดิมขึ้นมา สิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ เหล่านี้จึงเป็นทั้งปรัชญาแห่งรัฐและการบริหารรัฐทางปฏิบัติด้วย ควบคู่กันไปในเวลาเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการตกผลึกของทั้งความคิดและการกระทำควบคู่กันในผลงานที่ปรากฏออกมาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้

### 2.2.2 สิทธิเสรีภาพกับการจำกัดอำนาจรัฐ

วิวัฒนาการของสิทธิขั้นพื้นฐานมักจะถูกมองมานานแล้วว่าเป็นประวัติแห่งการต่อสู้ให้ได้มาซึ่งเสรีภาพ ต่อมาจึงขยายออกมาเป็นประวัติแห่งการต่อสู้ให้ได้มาซึ่งเสรีภาพ และสิทธิซึ่งเป็นฐานรองรับเสรีภาพของมนุษย์ หรืออาจจะกล่าวในอีกมุมมองหนึ่งได้ว่า วิวัฒนาการของสิทธิขั้นพื้นฐาน คือด้านกลับของประวัติความเป็นมาของอำนาจรัฐนั่นเอง ประวัติแห่งการต่อสู้ให้ได้มาซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงเป็นประวัติแห่งการจำกัดอำนาจทั้งหลายแห่งรัฐ หรือเป็นการลดความฮึกเหิมของผู้ทรงอำนาจลงให้อำนาจต้องยอมถ่อมตัวลงมาบ้าง (moderation of powers)

การนำสิทธิขั้นพื้นฐานมาบัญญัติลงในรัฐธรรมนูญทำให้สิทธิดังกล่าวกลายเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นรัฐ จึงเป็นการเปิดช่องให้มนุษย์สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างเสรีภายในประชาคม<sup>33</sup> แต่ในขณะเดียวกันก็ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐด้วย ภาพแห่งการดำเนินชีวิตของพลเมืองตามที่กล่าวมานี้ คือเป้าหมายของการขึ้นบัญชีสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ และเมื่อมีการขึ้นบัญชีสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว เท่ากับว่า เป็นการปิดฉากการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานลงได้แล้ว ฉากการต่อสู้นี้จะเห็นได้ชัดเจนในส่วนของวิวัฒนาการของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพ ซึ่งจะมีการนำเสนอในบทที่ 3 ต่อไป

<sup>33</sup> โปรตุเกส สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2535 หน้า 127

## บทที่ 3

# วิวัฒนาการของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพ

---

### 3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

หนทางสู่เสรีภาพดังที่ได้พิจารณาในบทที่หนึ่ง และบทที่สอง คงจะเกิดไม่ได้ หากไม่มีแนวความคิดสองแนว คือ แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาและแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติยุคใหม่ สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาได้มีการพิจารณาไปแล้วในบทที่สอง ในบทนี้จึงขอเน้นแนวความคิดที่สองเป็นพิเศษ

#### 3.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในช่วงปลายของสมัยกลางของยุโรป

แต่เดิมที แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติในสมัยกลางของยุโรปนั้น ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดทางด้านศาสนาคริสต์มาอย่างเต็มที่ แต่มาในช่วงปลายของสมัยกลางของยุโรป อิทธิพลจากแนวความคิดทางด้านศาสนาคริสต์เริ่มเสื่อมลง โดยมีการหันไปสู่แนวความคิดสมัยกรีกและโรมันโบราณที่มีการค้นพบขึ้นมาใหม่มากขึ้น ความเป็นมนุษย์ที่จากเดิมเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสังคม กลับกลายมาเป็นศูนย์กลางของความสนใจ เพื่อหาความเป็นตัวตน สำคัญและธรรมชาติของมนุษย์ ในฐานะที่เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีพรสวรรค์ในการใช้เหตุและผล และในฐานะที่เป็นบุคคลที่สามารถถือสิทธิต่าง ๆ ได้ นอกจากนี้แล้ว ในการศึกษาของสำนัก

กฎหมายธรรมชาติยังมีรายละเอียดที่มีการค้นคว้ากันอีกมาก จนไม่อาจจะนำมาเสนอได้หมดในที่นี้

แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติแบบใหม่นี้เองที่มีอิทธิพลอย่างใหญ่หลวงต่อระบบกฎหมายของรัฐ และทำให้เกิดการบัญญัติรัฐธรรมนูญออกอย่างเป็นรูปธรรม ในช่วงปลายของคริสต์ศตวรรษที่ 18<sup>1</sup> กฎหมายธรรมชาตินั้น ไม่ว่าจะมาจากกฎหมายของพระเจ้า (ius divinum) หรือกฎหมายธรรมชาติเอง (ius naturale) ได้กลายมาเป็นกรอบสำหรับการใช้อำนาจรัฐ โดยปรากฏในรูปของส่วนที่เป็นเหตุผลสำหรับกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentales) สัญญาประชาคม หรือสิทธิต่อต้านหรือข้อจำกัดสำหรับการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งในแง่นี้ Prof.Dr.H. Welzel ได้ชี้เคยว่าได้มีการเริ่มต้นแนวความคิดดังกล่าวมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณแล้ว<sup>2</sup>

ในยุคกลางของประเทศแถบภาคพื้นยุโรปได้มีการรับเอาแนวความคิดดังกล่าวเข้ามา โดยในช่วงที่ยังอยู่ภายใต้การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ นั้น อิทธิพลของแนวความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติส่งผลเป็นเพียงทำให้เกิดการถวายฎีกาขอพระเมตตาจากกษัตริย์เท่านั้น<sup>3</sup> สำหรับในเยอรมันนั้น Prof. Dr. H. Planitz ซึ่งเป็นผู้ที่ศึกษาเกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างลึกซึ้งท่านหนึ่ง อาจหาญถึงขนาดกล่าวแบบฟันธงว่า “ในเยอรมัน...ไม่มีนักกฎหมายธรรมชาติผู้เรื่องนามท่านใดเลย ที่จะกล้าออกมาพูดถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่เหนือการแทรกแซงของฝ่ายอำนาจรัฐ”<sup>4</sup>

ในปี ค.ศ. 1589 Hugo Donellus ซึ่งเป็นหนึ่งในบรรดาพวก Huguenots หรือพวก Calvinists ในฝรั่งเศส ที่อพยพลี้ภัยจากฝรั่งเศสด้วยเหตุผลความเชื่อทางศาสนา มาตั้งรกรากอยู่ในเยอรมัน

<sup>1</sup> โปรดดู E. Reibstein, Volkssouveränität und Freiheitsrechte, Bd.I, 1972, S. 194

<sup>2</sup> โปรดดู H. Welzel, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1962, S.108ff.

<sup>3</sup> โปรดดู M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, 2. Aufl.1981, S. 162.

<sup>4</sup> อ้างจาก K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1 1988,S. 72 FN 94 mwN.

ได้บรรยายที่มหาวิทยาลัย Altdorf ซึ่งอยู่ใกล้กับเมือง Nuremberg โดยกล่าวถึงสิทธิในความเป็นบุคคลว่า รวมถึง สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย และสิทธิที่จะได้รับความยอมรับนับถือจากสังคม<sup>5</sup> ต่อมา Johannes Althusius ศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัย Herborn ได้เขียนในหนังสือ ซึ่งเป็นผลงานชิ้นสำคัญของท่าน ชื่อว่า *Politica methodice digesta* (1603) ซึ่งเป็นการรวบรวมแนวความคิดของทฤษฎีสัญญา และแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิของกลุ่มอาชีพเข้ามาด้วยกันแล้วพัฒนาเชิงนิติศาสตร์ขึ้นมาจนเป็นคำสอนว่าด้วยรัฐที่มีรูปลักษณะเป็นแบบสหพันธรัฐ *Althusius* ได้แปลคำสอนว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของ Jean Bodin ให้กลายมาเป็นอำนาจอธิปไตยของปวงชน<sup>6</sup> และนำมาสู่ผลที่ว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีความเท่าเทียมกัน และไม่อาจตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ใดได้ เว้นแต่มนุษย์ผู้นั้นจะได้อินยอมโดยสัญญาที่สร้างขึ้นบนพื้นฐานของความสมัครใจที่จะอยู่ภายใต้อำนาจของผู้อื่น เท่ากับเป็นการโอนสิทธิโดยเหตุแห่งสัญญาเท่านั้น<sup>7</sup>

นอกจากนี้แล้ว Althusius ยังมีแนวความคิดต่อไปด้วยว่า เสรีภาพต่างๆ นั้น จะต้องมีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐานฉบับหนึ่ง และหลักประกันสำหรับความเคารพของผู้ปกครองที่มีต่อกฎหมายพื้นฐานดังกล่าว ก็คือ สิทธิต่อต้านของประชาชน เท่ากับว่า ผู้ปกครองต้องถูกผูกมัดโดยกฎหมาย โดยมีผู้แทนของประชาชนทำหน้าที่ดูแลให้เป็นไปตามนั้น<sup>8</sup> แนวความคิดโดยรวมของ Althusius ถูกมองจากนักวิชาการอื่นๆ ว่าอาจจะเหมาะสำหรับสภาพการณ์ในเนเธอร์แลนด์ แต่ไม่น่าจะเหมาะกับประเทศอื่นๆ ในยุโรป<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Ebda.

<sup>6</sup> โปรดดู C.J. Friedrich, aaO., S. 62ff.

<sup>7</sup> โปรดดู E. Reibstein, aaO., S. 106f.

<sup>8</sup> โปรดดู E. Reibstein, Staatslexikon, Bd.I (1957), Sp. 285.

<sup>9</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 73.

หลังจากนั้นไม่นานนัก Hugo Grotius ก็ได้เข้ามาสานต่อความคิด เพื่อให้หลุดพ้นจากความครอบงำของอำนาจทางศาสนจักร กล่าวคือ นอกจาก Grotius จะได้วางพื้นฐานสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศยุคใหม่แล้ว ยังได้สร้างคุณูปการสำหรับพัฒนาการของสิทธิมนุษยชน โดยการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนตามธรรมชาติขึ้นมา จากความเป็นสิทธิมนุษยชนตามธรรมชาติหรือความเป็นสิทธิที่ดีตามกับธรรมชาติของควมมีเหตุผลของมนุษย์นี้เอง ที่ทำให้มนุษย์ไม่อาจสูญเสียสิทธิของตนได้ (*inalienable rights*) และโดยเหตุที่สิทธิตามธรรมชาติดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมาย ทำให้สิทธิตามธรรมชาตินี้เป็นสิทธิพลเมือง ซึ่งแม้แต่องค์อธิปัตย์แห่งรัฐก็ต้องเคารพ แนวความคิดเกี่ยวกับ *ius naturale et gentium* ซึ่งเป็นมุมมองทั้งในแง่ของสิทธิของมนุษยชาติและสิทธิของปัจเจกบุคคลนี้ เท่ากับเป็นการเปิดศักราชใหม่สำหรับจิตสำนึกเกี่ยวกับเสรีภาพของมนุษย์ก็ว่าได้<sup>10</sup>

เมื่อได้อ่านผลงานของ Grotius ในเวลาต่อมา ศาสตราจารย์ทางกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ ท่านแรกของเยอรมันคือ Samuel Pufendorf ก็ได้แสดงออกซึ่งความชื่นชมในผลงานดังกล่าว ถึงขนาดนำเอาแนวความคิดดังกล่าวมาตั้งเป็นประเด็นหลักและชื่อหนังสือซึ่งกลายเป็นผลงานชิ้นเอกของท่าน คือ *De iure naturae et gentium* ในหนังสือเล่มนี้เอง ที่ท่าน ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า มนุษย์เป็นองคายพที่มีเสรีภาพทางจารีตประเพณีและมีความเห็นเช่นเดียวกับ St. Thomas Aquinas และ Pico Della Mirandola ที่ว่า มนุษย์เป็นผู้ทรงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>11</sup> แต่มนุษย์จะเป็นอิสระอย่างแท้จริงได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายของรัฐตราออกมากำหนดสิทธิและหน้าที่เหล่านี้ ภารกิจของรัฐในการปกป้องสิทธิเหล่านี้ สำหรับ Pufendorf แล้ว ถือว่าเป็นวัตถุประสงค์

<sup>10</sup> โปรดดู E. Reibstein, *Volkssouveränität und Freiheitsrechte*, Bd.I, 1972, S. 207ff.

<sup>11</sup> โปรดดู H. Welzel, *aaO.*, S.142 FN 44.

สุดท้ายประการแรกของรัฐ ซึ่งเท่ากับเป็นการย้ำให้เห็นถึงความสำคัญของภารกิจดังกล่าว เนื่องจาก Pufendorf ยังค่อนข้างจะมีความคลางแคลงใจเกี่ยวกับสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครอง ท่านจึงเสนอทางเลือกอื่นเข้ามาแทน นั่นคือ สิทธิในการเดินทางออกนอกประเทศ เพื่อไปหาที่อยู่ใหม่ สำหรับกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentalis) และกฎหมายธรรมชาตินั้น ตามความเห็นของ Pufendorf แล้ว ย่อมผูกพันผู้ปกครอง มิใช่แต่เพียงเพราะเป็นพันธะทางใจเท่านั้น หากแต่เป็นความผูกพันตามกฎหมาย นอกจากนี้แล้วยังมีมุมมองของท่านที่น่าสนใจเกี่ยวกับหลักการสิทธิอีกด้วย จึงมิใช่เรื่องแปลกที่ข้อเขียนของท่านได้รับการแปลออกเป็นหลายภาษา และในศตวรรษต่อมาเป็นที่สนใจสำหรับชาวอเมริกันเป็นอย่างมาก

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก Pufendorf เป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับฝ่ายกษัตริย์เป็นอย่างมาก ท่านจึงประสบปัญหาสำคัญที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างฝ่ายกษัตริย์กับเสรีภาพของฝ่ายพลเมืองอยู่เสมอ จนบางครั้งทำให้ข้อเสนอของท่านขาดประสิทธิผลทางนิติศาสตร์ไปอย่างน่าเสียดาย<sup>12</sup> การตีกรอบสำหรับการใช้อำนาจของฝ่ายผู้ปกครองที่มีได้มาจากการให้สิทธิแก่พลเมืองนั้น มักจะมีสภาพที่ไม่ต่างไปจากการเป็นเพียงคำวิงวอนเท่านั้น

### 3.1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในอังกฤษ

ดังเป็นที่ทราบกันทั่วไปแล้วว่า ประเทศอังกฤษได้ชื่อว่าเป็นเมืองแม่ของประชาธิปไตยยุคใหม่ และเนื่องจากประชาธิปไตยและสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งคู่กัน ประเทศอังกฤษจึงเป็นประเทศแรกที่สามารถนำความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นสิ่งที่ไผ่หากันมานานแล้วนั้น มาปฏิบัติได้จริงเป็นประเทศแรกอีกด้วย ฉะนั้น จึงเป็นที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งว่า แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศอังกฤษมีความเป็นมาอย่างไร

<sup>12</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 74.

ศาสตราจารย์ทางกฎหมายคนสำคัญของเยอรมันซึ่งเชี่ยวชาญทางด้านนิติวิธีท่านหนึ่ง คือ W. Fikentscher ได้ทำโครงการศึกษาเส้นทางการเผยแพร่ความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติแบบ Calvinist พบว่า เส้นทางการกล่าวนี้ เริ่มต้นจากฝรั่งเศส ผ่านไปยังเมืองบาเซล (Basel) ในสวิตเซอร์แลนด์ แล้วข้ามไปสู่เนเธอร์แลนด์ จนไปถึงอังกฤษในที่สุด<sup>13</sup>

สำหรับในประเทศอังกฤษนั้น ผู้ที่มีบทบาทสำคัญก็คือ นักเทววิทยาผู้มีนามว่า Richard Hooker (1554 - 1600) ผู้ซึ่ง Prof. Dr. Fikentscher ถึงขนาดกล่าวว่า “ทุกเรื่องในประเด็นนี้ ที่เขียนขึ้นระหว่างศตวรรษที่ 16 จนถึงการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส สามารถสืบสาวแนวความคิด ไม่โดยตรงก็โดยอ้อม ไปจนถึง Hooker ได้ทั้งสิ้น”<sup>14</sup> สำหรับในประเทศอังกฤษ ผู้ที่ได้รับอิทธิพลจาก Hooker<sup>15</sup> ก็ได้แก่ ผู้พิพากษาและสมาชิกรัฐสภา นามว่า Sir Edward Coke (1552 - 1634) นักปรัชญาที่สนใจประเด็นเกี่ยวกับรัฐ แต่มีความเห็นต่างชั่วคราว นามว่า Thomas Hobbes (1588 - 1679) และ John Locke (1632 - 1704), รวมทั้งกวีเอก นามว่า John Milton (1608 - 1674)

### 3.1.2.1 แนวความคิดของ Sir Edward Coke

นักประวัติศาสตร์กฎหมายในยุคหลังๆ เริ่มประจักษ์ในบทบาทของท่าน Sir Edward Coke<sup>16</sup> ผู้เคยดำรงตำแหน่ง ทั้งเป็น Chief Justice เป็นระยะเวลาสั้น และต่อมาได้เป็นสมาชิกรัฐสภาผู้มีบทบาทสำคัญเช่นกัน

<sup>13</sup> โปรดดู W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV, 1977, S. 522ff.

<sup>14</sup> Ebd. S. 570.

<sup>15</sup> โปรดดู D'Entrèves, A. P., *The Medieval Contribution to Political Thought: Thomas Aquinas, Marsilius of Padua, Richard Hooker*, 1959, pp. 125 - 129.

<sup>16</sup> โปรดดู Pound, R., *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, 1957, pp. 42., 55.

ในการโต้แย้งกันเกี่ยวกับประเด็นของฎีกาขอพระราชทานสิทธิต่างๆ (The Petition of Rights ) นั้น Sir Edward Coke จะเป็นผู้ที่เน้นย้ำอยู่เสมอให้เห็นความสำคัญของการมีและผลบังคับของสิ่งที่เป็ fundamental rights ของชาวอังกฤษนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองเสรีภาพ สำหรับกรณีที่มีการจับกุมคุมขังโดยปราศจากเหตุอันควร และสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ มิให้ต้องด้อยค่าลงไป จากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ในฐานะที่เป็น Chief Justice ท่านมีบทบาทสำคัญที่เป็นผู้นำของเหล่าผู้พิพากษาในการคานอำนาจของกษัตริย์<sup>17</sup> นอกจากนี้แล้ว ทางด้านวิชาการท่านก็มีชุดตำรา แยกเป็น 4 เล่ม ชื่อว่า “The Institutes of the English Law” โดยในเล่มที่สอง มีการอธิบายความหมายของ Magna Carta ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากต่อแนวความคิดของพวก Leveller<sup>18</sup> และส่งผลไปถึงการร่างรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกาในช่วงต่อมาด้วย<sup>19</sup> และจากการศึกษา ของ Prof.Dr. K. Stern พบว่า สิทธิขั้นพื้นฐานสามประการกล่าวคือ ชีวิต เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์ ซึ่งนักวิชาการส่วนใหญ่มักจะเหมากันว่า มาจาก John Locke นั้น ความจริงแล้วเป็นผลงานของท่าน Sir Edward Coke นี้เอง<sup>20</sup>

### 3.1.2.2 แนวความคิดของ Thomas Hobbes

จากการที่ Thomas Hobbes เกิดในช่วงของสงครามกลางเมือง เป็นเหตุให้นักตีความประวัติศาสตร์มองว่าอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ Hobbes ค่อนข้างจะกลัวการใช้กำลัง ประกอบกับการทำงานที่ใกล้ชิดกับฝ่ายกษัตริย์ทำให้แนวความคิดของท่านโน้มเอียงไปทางฝ่ายนั้น ฉะนั้น แม้ว่า Hobbes จะเห็นด้วยกับการที่มนุษย์มีสิทธิ

<sup>17</sup> โปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2539, หน้า 79

<sup>18</sup> โปรดดู Haller - Davies(ed.), The Leveller Tracts 1647 - 1653, 1964, pp.43-45.

<sup>19</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 77f. FN 122 mwN.

<sup>20</sup> Ebda, S. 78.

ตามธรรมชาติ (natural rights) แต่ก็เห็นว่าสิทธิดังกล่าวมิได้เฉพาะในสภาวะธรรมชาติดั้งเดิมเท่านั้น<sup>21</sup> และในสภาวะดังกล่าวนี้เองทำให้เกิดสถานการณ์สงครามของมนุษย์ทุกคนต่อมนุษย์ทุกคนด้วยตัวเอง (bellum omnium contra omnes) จากสถานการณ์ดังกล่าว มนุษย์ทุกคนจำเป็นต้องทำสัญญาสวามิภักดิ์ ยอมสละสิทธิตามธรรมชาติทั้งหลายของตนแล้วยอมตนอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ปกครอง ทั้งนี้เพื่อความอยู่รอดของตนเอง ผู้ปกครองจึงอยู่ในฐานะที่จะเป็นผู้ใช้กำลังได้แต่เพียงผู้เดียว การยอมอยู่ภายใต้ผู้ปกครองคนเดียวกันนี้เองทำให้เกิดประชาคมเดียวกันที่เป็นรัฐ ซึ่งมีฐานะเป็นดังพระเจ้าที่มีตัวตนในฐานะผู้ถืออำนาจอธิปไตยแต่มีข้ออยู่ในฐานะของคู่สัญญา จึงดำรงอยู่ได้อย่างปราศจากข้อผูกพันใดๆ ในขณะที่ในทางกลับกัน ฝ่ายพลเมืองต้องเคารพเชื่อฟังผู้ปกครองแต่เพียงประการเดียว<sup>22</sup> จากแนวความคิดดังกล่าว จะเห็นได้ว่า Hobbes ต้องการเห็นความสงบสันติ จึงให้นำหนักไปที่ประเด็นความชอบธรรมของรัฐ โดยมองข้ามสิทธิของพลเมืองไป<sup>23</sup>

### 3.1.2.3 แนวความคิดของ John Locke

แนวความคิดของ John Locke นับได้ว่าเป็นแนวความคิดที่นำมาสู่การเปลี่ยนผ่านครั้งสำคัญ เพื่อบรรลุสู่เป้าหมายสูงสุดของมนุษยชาติ โดยในปี ค.ศ. 1690 ท่านได้ตีพิมพ์ผลงานชิ้นเอกของท่านนั่นคือ ข้อเขียนสองชิ้นว่าด้วยการปกครองพลเมือง “Two Treatises of Government”<sup>24</sup> โดยใน para 87 ของข้อเขียนชิ้นที่สอง จะปรากฏข้อความดังนี้ “มนุษย์เรายอมเกิดมาพร้อมกับสิทธิที่จะมีเสรีภาพอย่างบริบูรณ์ และสิทธิที่จะได้ชื่นชมกับบรรดาสีทธิและอภิสิทธิตามกฎหมาย

<sup>21</sup> โปรดดู บทที่ 2 หัวข้อ 2.1.2.3

<sup>22</sup> โปรดดู Hobbes, T., *Leviathan*, 1651, cap. 12 Art. 1

<sup>23</sup> โปรดดู M. Kriele, aaO., S.57ff., 123ff.

<sup>24</sup> ซึ่งเชื่อกันว่า Locke เขียนต้นฉบับเสร็จตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1683, โปรดดู H. Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, 1995 (reprinted 1996), p. 557.

ธรรมชาติ อย่างเท่าเทียมกับมนุษย์อื่นใด หรือกลุ่มอื่นใดในโลก โดยปราศจากการควบคุมทั้งยังมีอำนาจตามธรรมชาติ...ที่จะสงวนไว้ซึ่งสิทธิทรัพย์สิน กล่าวคือ ชีวิต เสรีภาพ และที่ดินของตนให้พ้นจากการละเมิดของผู้อื่น”

พื้นฐานทางความคิดของ John Locke ก็คือ พระบัญญัติของพระเจ้าเป็นเจ้ากฎหมายธรรมชาติและเหตุผล ทั้งสามประการนี้กลายเป็นเสาหลักสำหรับปรัชญาแห่งรัฐแบบรู้แจ้ง (enlightened) นี้ ซึ่งเป็นแนวปรัชญาที่ประกาศว่าสิทธิตามธรรมชาติต่างๆ ยังคงมีผลอยู่ต่อไป แม้ว่าจะได้มีการทำสัญญาประชาคมกันแล้ว และยังสามารถใช้ยันกับฝ่ายอำนาจรัฐได้อีกด้วย

อำนาจรัฐที่มีการแยกย่อยออกจากกัน ย่อมมีการใช้ผ่านทางองค์กรที่มีลักษณะเป็นตัวแทน เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การใช้อำนาจในทางที่ผิดใดๆ ย่อมเท่ากับเป็นการกระทำที่ผิดหน้าที่ของความเป็นตัวแทน และเป็นการสร้างความชอบธรรมแก่การต่อต้านที่จะเกิดขึ้นได้ การกระทำผิดต่อหน้าที่ดังกล่าวที่ถือได้ว่าเป็นการทำผิดอย่างร้ายแรง ย่อมส่งผลให้ความสัมพันธ์แบบตัวการตัวแทนนั้นสิ้นสุดลง ด้วยแนวความคิดดังกล่าว ช่วยเป็นหลักประกันมิให้มีการลดมาตรฐานของเงื่อนไขตามสภาพธรรมชาติลงได้ อาจกล่าวได้ว่าจุดเด่นของแนวความคิดที่ John Locke นำเสนอก็คือความเรียบง่ายที่เป็นการแสดงออกซึ่งสามัญสำนึกของคนธรรมดาๆ นี้เองที่ส่งผลไปถึงทวีปอเมริกาในอีกเกือบร้อยปีต่อมา<sup>25</sup>

จะเห็นได้ว่า การเกิดสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นมาได้นั้นมาจากพลังผลักดัน ทั้งทางด้านประวัติศาสตร์การเมือง เทววิทยา ปรัชญา และทางกฎหมาย และเป็นที่น่าสังเกตว่า ปรัชญาการณดังกล่าวมิได้มีพื้นฐานมาจากทางด้านใดด้านหนึ่งเพียงด้านเดียว ซึ่งก็นับได้ว่าสอดคล้องกับปรัชญาการณสำคัญๆ อื่นๆ เช่นกัน ความเป็นมาของสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถสืบสาวไปถึงรากฐานทางศาสนา และกฎหมายธรรมชาติ ปรัชญา

<sup>25</sup> โปรดดู White, M., The Philosophy of the American Revolution, 1978, p. 64.

และกฎหมายพื้นฐาน หลักแห่งเหตุผล และสิทธิของกลุ่มที่มีการสืบทอดกันมาหลายกระแส โดยที่ทั้งหมดที่กล่าวมานี้ มีการหล่อหลอมรวมกันจนยากที่จะแยกแยะออกจากกันได้อีก และเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับพัฒนาการทางด้านสิทธิขั้นพื้นฐานในอังกฤษและดินแดนอาณานิคมในทวีปอเมริกาเหนือ โดยในชั้นแรกเป็นเรื่องของสิทธิของพลเมืองอังกฤษซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับสภาพการณ์ในประเทศต่างๆ บนภาคพื้นยุโรปในช่วงเดียวกันแล้ว นับได้ว่าอังกฤษได้ล้ำหน้าไปมากทีเดียว

ประวัติความเป็นมาของการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศอังกฤษนั้น สามารถเทียบเคียงได้กับความเป็นมาของประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรป แต่มีกรณีหนึ่งที่ไม่อาจเปรียบเทียบกับเหตุการณ์ใดในประเทศต่างๆ ของภาคพื้นยุโรปก็คือ การต่อสู้แบบยืดเยื้อของเหล่าผู้พิพากษาของอังกฤษกับกษัตริย์ ซึ่งนำไปสู่การสั่งปลดผู้พิพากษาจำนวนมาก<sup>26</sup> ในการต่อสู้ครั้งนั้นได้มีการถวายฎีกาขอประสพสิทธิจากพระเจ้า Charles ที่ 1 ในปี ค.ศ. 1627 โดยในคำถวายฎีกาดังกล่าวนั้น ส่วนใหญ่มาจากแนวความคิดของ Sir Edward Coke<sup>27</sup> เหตุการณ์นี้เป็นการสะท้อนในอีกแง่หนึ่งถึงความเป็นปึกแผ่นของเหล่านักกฎหมายอังกฤษในการต่อสู้กับผู้มีอำนาจ จนสามารถสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นมาในอังกฤษได้

การถวายฎีกาดังกล่าว เป็นการนำเอาสิทธิที่มีอยู่แล้วเป็นต้นว่า สิทธิตามที่ปรากฏใน Magna Carta ซึ่งมีผลต่อแวดวงที่ค่อนข้างจำกัด<sup>28</sup> มาทูลเกล้าเพื่อขอพระราชทานการยืนยันอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นขั้นตอนที่โดยหลักแล้วมีการดำเนินการทำนองนี้กันบ่อยครั้ง จนมีชื่อเรียกขั้นตอนนี้ว่า confirmation cartarum และขณะเดียวกันก็เป็นการสะท้อนพื้นฐานแนวความคิดในรูปแบบสัญญาแบบเดิมๆ แต่ก็มีประเด็น

<sup>26</sup> โปรดดู Pound, R., supra note 16, p. 38.

<sup>27</sup> เล่มเดียวกัน หน้า 47

<sup>28</sup> โปรดดู McKechnie, W.S., Magna Carta, 1958, p. 183.

ปัญหาในทางวิชาการต่อไปว่า เอกสารดังกล่าวนี้จะเป็นฐานที่มาที่เป็นแบบแผน (normative source) ของสิทธิเสรีภาพ ได้หรือไม่

เอกสารที่น่าจะถือได้ว่าเป็นฐานที่มาที่เป็นแบบแผน (normative sources) ของสิทธิเสรีภาพนั้น ในทางวิชาการจะพุ่งความสนใจไปที่ *The Agreements of the People* แห่งปี ค.ศ. 1647<sup>29</sup> แม้ว่าเอกสารดังกล่าวจะไม่ได้รับการยอมรับจากฝ่ายของ Oliver Cromwell และไม่เคยมีฐานะที่ก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายก็ตาม แต่เนื้อหาของเอกสารดังกล่าวเป็นการรวบรวมเอาแนวความคิดที่เป็นสาระสำคัญของพวก Leveller ซึ่งเป็นตัวแทนแนวความคิดแห่งยุคสมัยนั้นนั่นเอง<sup>30</sup> นอกจากนี้แล้ว เอกสารดังกล่าวยังเป็นการนำเอาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ที่ยอมรับเอาสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาเป็นหลักการสำคัญของการปกครอง มาเรียบเรียงเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก เรียกได้ว่าอยู่ในสภาพที่สามารถนำเอามาประกาศใช้ในปัจจุบันได้เลยทีเดียว<sup>31</sup>

หลักการสำคัญที่ปรากฏอยู่ใน *The Agreements of the People* ก็คือ แนวความคิดเกี่ยวกับการที่พลเมืองมอบอำนาจอันสูงสุดของตน ให้องค์กรของพลเมืองเข้าดำเนินการแทน โดยมีข้อยกเว้นเพียงไม่กี่เรื่อง ที่พลเมืองไม่สามารถมอบอำนาจ มอบให้ได้ อำนาจเหล่านี้ยังคงอยู่ที่พลเมืองและพลเมืองเป็นผู้ที่ต้องดำเนินการในเรื่องนั้นๆ ด้วยตัวเอง ทั้งยังมีบัญญัติรวบรวมสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ซึ่งมีรายการสิทธิและเสรีภาพต่างๆ มากกว่าที่มีการประกาศกันมาแล้ว โดยสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นสิ่งที่กษัตริย์และรัฐสภาต้องให้ความเคารพสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพในการนับถือศาสนาและในจิตสำนึก

<sup>29</sup> เอกสารเหล่านี้ตีพิมพ์ใน : Woodhouse, A.S.P., *Puritanism and Liberty*, 1938 (reprinted 1965), pp. 355, 365, 443, 493.

<sup>30</sup> โปรดดู G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, 3. Aufl. 1914, S. 45.

<sup>31</sup> โปรดดู R. Thoma, *Recht Staat Wirtschaft*, Bd. I, 1949, S. 4.

เสรีภาพจากการถูกเกณฑ์ไปเป็นทหาร ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ความคุ้มครองต่อการจับกุมคุมขังและคำพิพากษาที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย และหลักประกันในกรรมสิทธิ

จากพื้นฐานของเอกสารดังกล่าว ได้มีวิวัฒนาการต่อมาเป็นลำดับ นับตั้งแต่ The Habeas - Corpus Act แห่งปี ค.ศ.1679<sup>32</sup> The Declaration of Rights แห่งปี ค.ศ. 1688 และ The Bill of Rights แห่งปี ค.ศ. 1689<sup>33</sup> ในขั้นนี้ สิทธิและเสรีภาพต่างๆ ได้รับการยอมรับว่ามีผลบังคับได้โดยปราศจากข้อสงสัยใดๆ และสิทธิทั้งหลายที่เคยมีการรับรองมาแต่ดั้งเดิม ก็ยังได้รับการยืนยันให้คงไว้ต่อไป “บรรดาสิทธิทั้งหลายที่บุรพกษัตริย์ได้ทรงพอพระราชหฤทัย ย่อมได้รับการประกาศตรา และก่อตั้งขึ้นโดยอำนาจแห่งรัฐสภาปัจจุบัน และจักดำรงอยู่ต่อไป และมีฐานะเป็นกฎหมายแห่งราชอาณาจักรตราบชั่วกาลปาวสาน”<sup>34</sup>

### 3.1.3 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในสหรัฐอเมริกา

ในขณะที่นักวิชาการส่วนใหญ่ในช่วงปลายของคริสต์ศตวรรษที่ 19 ต่อกับต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 เชื่อกันว่า การจัดทำเป็นบัญญัติสิทธิต่าง ๆ นั้น ได้รับอิทธิพลมาจากนักปรัชญาของฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากหนังสือชื่อ *Du contrat social* ของ J.J. Rousseau เป็นสำคัญ แต่นักวิชาการกฎหมายมหาชนของเยอรมันท่านหนึ่ง คือ Prof.Dr. G. Jellinek กลับมีความเห็นที่สวนกระแสความคิดแห่งยุค โดยท่านได้เขียนไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1902 ว่า “หากปราศจากสหรัฐอเมริกา หากปราศจากรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่างๆ เราก็อาจจะมีปรัชญาว่าด้วยเสรีภาพ แต่จะไม่มีระบบนิติบัญญัติที่ให้หลักประกันแก่เสรีภาพเลยก็ว่าได้”<sup>35</sup>

<sup>32</sup> โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, โครงการตำรา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า 43

<sup>33</sup> โปรดดู H. Barnett, supra note 24, pp. 20- 21.

<sup>34</sup> อ้างจาก K. Stern, aaO., S. 81.

<sup>35</sup> อ้างจาก R. Schnur, Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964, S. 116f.

ประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานในอเมริกาได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือแทนที่จะเป็นเพียงแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน แทนที่จะเป็นเพียง ปรักษาว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิตามธรรมชาติ หรือสิทธิโดยกำเนิด ได้กลายมาเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ที่ทุกคนสามารถเข้าใจได้ทันทีว่ามีสถานะเช่นไร และทุกคนก็สามารถใช้สิทธิดังกล่าวยันกับฝ่ายอำนาจรัฐในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้จริง เท่ากับเป็นการทำให้สิทธิต่างๆ กลายมาเป็นสถาบันทางกฎหมาย (legal institutions) ขึ้นมาได้ ดังที่ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแมสซาชูเซตส์ได้เคยแสดงความคิดเห็นไว้ว่า “เราตระหนักดีว่า รัฐธรรมนูญตามแนวความคิดที่เหมาะสมของมัน ย่อมหมายถึงระบบแห่งหลักการทั้งหลายที่ก่อตั้งขึ้นมา เพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้อยู่ในอาณัติของรัฐธรรมนูญให้ได้ครอบครองและชื่นชมกับสิทธิและเอกสิทธิ์ของตนตลอดจนใช้ยันกับการละเมิดใดๆ จากฝ่ายอำนาจรัฐได้”<sup>36</sup> ทั้งนี้ เพื่อมิให้ผลงานนี้เป็นได้เพียงแต่ “ผลงานชิ้นเอกทางด้านวาทีศิลป์” ดังเช่นที่ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส แห่งปี ค.ศ. 1789 เคยเป็นได้เท่านั้น

การกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นมาตรฐานใหม่ที่ยังใช้ได้ดี แม้ในปัจจุบัน และมาตรฐานนี้มีได้เกิดขึ้นในฝรั่งเศส หากแต่เกิดในอเมริกา และกลายเป็นว่า ประวัติความเป็นมาและชะตากรรมของสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรฐานใหม่นี้ก็จะดำเนินควบคู่ไปกับประวัติและชะตากรรมของรัฐธรรมนูญนั่นเอง หากไม่มีรัฐที่ปกครองโดยรัฐธรรมนูญเป็นพื้นฐานรองรับเสียแล้ว การประกาศว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย ก็จะมีผลในทางกฎหมาย ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศสนี้เอง<sup>37</sup>

<sup>36</sup> โปรดดู Morison, S. E. (ed.), Sources and Documents illustrating the American Revolution, 2nd.ed.1929 (reprinted 1953), p.177.

<sup>37</sup> โปรดดู M. Kriele, aaO., S.164.

เดิมทีเดียวชาวอาณานิคมที่อพยพจากเกาะอังกฤษ ไปตั้งรกรากใหม่ในอเมริกาต่างก็ยังรู้สึกกว่าตนเองก็คือพลเมืองอังกฤษ และอ้างถึงสิทธิโดยการเกิดของคนอังกฤษ<sup>38</sup> อยู่เสมอ แต่สิทธิดังกล่าวนี้ ดังที่ปรากฏตามชื่อ ก็คือสิทธิของคนที่เป็นพลเมืองอังกฤษ มิใช่สิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด, ทั้งยังมีฐานะเป็นเพียงกฎหมายธรรมดาของประเทศ ที่การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ ต้องพึ่งบารมีศาลเป็นสำคัญ นอกจากนี้แล้ว การที่จะเรียกร่องสิทธิที่มีพื้นฐานมาจาก ระบบ common law ได้ นั้น ผู้เรียกร่องจะต้องจงรักภักดีต่ออังกฤษเป็นเบื้องแรก ฉะนั้น หากชาวอาณานิคมผู้ใดประสงค์จะก่อตั้งรัฐของตนเองขึ้นมาใหม่ ก็จำเป็นจะต้องสร้างพื้นฐานแห่งความชอบธรรมขึ้นมาใหม่ด้วยเช่นเดียวกัน<sup>39</sup> ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่ว่า แทนที่จะใช้สิทธิตามกฎหมายของอังกฤษ จะต้องสร้างสิทธิที่ใช้สำหรับคนทุกคนได้ ขึ้นมาเอง โดยที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงในแง่ของเนื้อหาของสิทธิเหล่านี้ การแปลงสภาพในส่วนของพื้นฐานแห่งความชอบธรรมนี้ จึงจำเป็นต้องย้อนกลับไปอาศัยฐานจากของตกลงระหว่างผู้อพยพด้วยกันเองในช่วงแรกๆ กล่าวคือบรรดา covenants, compact และ agreements ทั้งหลายเพื่อมาประกอบกับแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของปวงชน และสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครอง โดยมีเป้าหมายสูงสุดอยู่ที่การนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนมาลงหลักปักฐานอย่างมั่นคงอยู่ในรัฐธรรมนูญ เพื่อมิให้เป็นสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามใจชอบได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐสภาของอังกฤษจะเข้ามาแตะต้องสิทธิเหล่านี้ไม่ได้ ในสถานการณ์เช่นนี้นับได้ว่าเป็นทางออกใหม่ที่จะเชื่อมโยงแนวความคิดเดิมเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ กับแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล เข้าไว้ด้วยกัน การเชื่อมโยงแนวความคิดสำคัญทั้งสองแนวนั้นเข้าด้วยกัน

<sup>38</sup> โปรดดู Blackstone, W., Commentaries on the Laws of England, vol. 1, 1765, pp. 125, 136.

<sup>39</sup> โปรดดู M. Kriele, aaO., S.156f.

นับได้ว่าเป็นก้าวสำคัญสำหรับประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญเป็นการทำให้สิทธิตามธรรมชาติกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายบ้านเมือง จนมีคำกล่าวที่ว่า “ในขณะที่นักคิดชาวยุโรปสร้างทฤษฎีขึ้นมาห้อมล้อมรอบปัจเจกบุคคลไว้ คนอเมริกันกลับสร้างรัฐขึ้นมาห้อมล้อมรอบปัจเจกบุคคลและสิทธิของเขาเหล่านั้น”<sup>40</sup>

จากมาตรการทางการค้า และภาษีของอังกฤษ<sup>41</sup> อันนำมาซึ่งการจำกัดสิทธิ เสรีภาพโดยการตรวจค้นและการจับกุมคุมขัง ทำให้คนอเมริกันผู้ถูกกระทบสิทธิเหล่านั้นในขั้นแรก ต้องอ้างกฎหมายอังกฤษเพื่อยืนยันกับทางการ ต่อมาจึงมีการชุมนุมประท้วง และการประกาศสิทธิของตนเองในที่สุด วิวัฒนาการเหล่านี้มาจากการต่อสู้ทางการเมืองและการพลิกตำรากฎหมายมาได้แย้งกันระหว่างชาวอาณานิคมอเมริกัน กับเจ้าอาณานิคมอังกฤษ ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1764 ถึงค.ศ.1776 ของการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งเอกราชนั้น ในช่วงแรกๆ ยังเป็นที่เข้าใจกันว่าการต่อสู้ดังกล่าวเป็นไปเพื่อการปกป้องรักษารัฐธรรมนูญอังกฤษที่ถูกกระทำร้ายจากรัฐสภาอังกฤษและผู้บริหารอาณานิคม ในการประชุมสภาแห่งทวีปครั้งแรก ที่ประชุมได้มีมติเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1774 ที่ฟิลาเดลเฟีย ให้ออก “คำประกาศว่าด้วยสิทธิและคำร้องทุกข์ของชาวอาณานิคม”<sup>42</sup> จากการถกเถียงกันอย่างเผ็ดร้อนโดยมีการระดมแนวความคิดของนักคิดสำคัญๆ ต่างๆ ในที่สุดที่ประชุมก็ได้ข้อสรุปว่า สิทธิของพลเมืองที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการของการนิติบัญญัตินั้น ย่อมเป็นพื้นฐานของรัฐบาลที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง

ความคืบหน้าในฟิลาเดลเฟียดังกล่าวข้างต้น ปรากฏตัวอีกครั้งใน Virginia Bill of Rights ลงวันที่ 12 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1776

<sup>40</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 92 FN 185 mwN.

<sup>41</sup> โปรดดู บุญศรี มิ่งขวัญ, เอกสารประกอบคำบรรยาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, โครงการตำรา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545, (เอกสารอัดสำเนา) หน้า18

<sup>42</sup> ลงตีพิมพ์ใน Jensen, M.(ed.), English Historical Documents, vol. 9, 1955, p.105.

และคำประกาศอิสรภาพของชาวอเมริกัน ลงวันที่ 4 กรกฎาคม ปี ค.ศ. 1776 รวมทั้งรัฐธรรมนูญอเมริกันฉบับแรกที่ตราขึ้นที่เพนซิลเวเนีย ลงวันที่ 28 กันยายน ปีเดียวกัน ก็ได้นำมาเอาแนวความคิดดังกล่าวมาตราลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาด้วยรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่างๆ จนถึงรัฐธรรมนูญแบบสหพันธรัฐ ลงวันที่ 17 กันยายน ปี ค.ศ. 1787 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1789 ตลอดจนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการเพิ่มบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานรวม 10 รายการ ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ปี ค.ศ. 1791<sup>43</sup> เอกสารเหล่านี้ เป็นผลพวงทางความคิดเกี่ยวกับรูปแบบพื้นฐานของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ ซึ่งเป็นผลของการสังเคราะห์ (synthesis) แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานกับแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐที่ปกครองภายใต้กรอบแห่งรัฐธรรมนูญเข้าด้วยกัน<sup>44</sup> และผลงานการสังเคราะห์ดังกล่าวนี้เองที่ทำให้สหรัฐอเมริกา ได้ชื่อว่าเป็นแหล่งกำเนิดของแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐที่ปกครองภายใต้กรอบแห่งรัฐธรรมนูญในยุคใหม่อย่างเต็มภาคภูมิ

### 3.1.4 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในฝรั่งเศส

เมื่อกกล่าวถึงแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในฝรั่งเศส ก็จำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงปฎิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ปี ค.ศ. 1789 ซึ่งเริ่มจากการที่มาร์ควิส de Lafayette ผู้เคยเข้าร่วมกับฝ่ายอเมริกันในสงครามเพื่อเอกราชของอเมริกา เป็นผู้นำร่างปฎิญญาดังกล่าว เสนอเข้าสู่การพิจารณาของสมัชชาแห่งชาติของฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม ปี ค.ศ. 1789 เพื่อให้บรรจุปฎิญญาดังกล่าวลงเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ในการยกร่างปฎิญญานี้ Thomas Jefferson ผู้ยกร่างคำประกาศเอกราชของอเมริกา ซึ่งเป็นทูตอเมริกัน ณ กรุงปารีสในขณะนั้น ได้มีส่วนร่วมอยู่ด้วย ในการ

<sup>43</sup> โปรดดู W. Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, S. 6.

<sup>44</sup> โปรดดู M. Kriele, aaO., S.160ff.

พิจารณาของสมัชชา ได้พิจารณาประกอบกับร่างอื่น ๆ ที่มีการเสนอเข้ามาสู่การพิจารณาอีกนับร้อย<sup>45</sup> ในการพิจารณามีการเสนอความเห็นกันอย่างหลากหลาย มีแม้กระทั่งแนวความคิดที่ปฏิเสธคำปฏิญญาโดยสิ้นเชิง โดยอ้างว่าจะเป็นการนำมาซึ่งการปฏิวัติทางสังคมและจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวง เนื่องจากโครงสร้างทางสังคมของฝรั่งเศสแตกต่างจากโครงสร้างในอเมริกาอย่างสิ้นเชิง ในที่สุดสมัชชาได้เลือกร่างของ bureau ที่ 6 มาเป็นแนวทางสำหรับการพิจารณา จนประกาศใช้ในปีที่สุด<sup>46</sup>

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบระหว่างพัฒนาการของสหรัฐอเมริกา กับคำปฏิญญาของฝรั่งเศส จะเห็นความแตกต่างที่ค่าบังคับทางกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้ว<sup>47</sup> การที่ปฏิญญาดังกล่าวไม่ยอมรับฐานะความเป็นรัฐธรรมนูญ หากแต่ต้องการอยู่เหนือรัฐธรรมนูญ ดังที่มีข้อความปรากฏในคำปฏิญญา ข้อที่ 16 ว่า “สังคมใด ที่ไม่มีการให้หลักประกันเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานและไม่วางหลักการแยกอำนาจ ถือได้ว่าสังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญเลย” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเป็นนามธรรมของหลักการต่าง ๆ เพราะจากหลักการดังกล่าว ก็กลายเป็นเรื่องและผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะต้องไปกำหนดรายละเอียดต่อไป ซึ่งเป็นเรื่องที่หวังได้ยาก แต่ข้อเสียที่ชัดเจนของลักษณะความเป็นหลักการดังกล่าว ก็คือ ทำให้ไม่มีศาลใดสามารถนำมาใช้เป็นฐานในการรับฟ้อง หรือพื้นฐานในการตัดสินคดีได้ ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงจุดอ่อนสำคัญของแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของฝรั่งเศส และประเทศแถบภาคพื้นยุโรปที่เดินตามแนวทางของฝรั่งเศสดังกล่าว ได้เป็นอย่างดี

การที่ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ปี ค.ศ. 1789 ไม่มีค่าบังคับในฐานะที่เป็นกฎหมาย ทำให้บทบาทของปฏิญญาดังกล่าวไม่เด่นชัด และแม้ว่าปฏิญญาดังกล่าวจะ

<sup>45</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 95 FN 197 mwN.

<sup>46</sup> AaO.

<sup>47</sup> โปรดดู หัวข้อ 3.1.3

ได้รับการยอมรับให้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับแรกของฝรั่งเศส ลงวันที่ 3 กันยายน ปี ค.ศ.1791 แต่ก็ไม่สามารถหยุดยั้งการนองเลือด ในช่วงนั้นได้<sup>48</sup> สำหรับวิวัฒนาการของสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญของ ฝรั่งเศสฉบับต่อ ๆ มาผู้เขียนขอสรุปสาระสำคัญจากหนังสือของ Prof. Dr. K. Stern<sup>49</sup> ดังต่อไปนี้

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1793 ได้มีการ ขยายสิทธิขั้นพื้นฐานจาก 17 มาตรา ตามปฏิญญา ออกไปเป็น 35 มาตรา รัฐธรรมนูญ ฉบับ ปี ค.ศ.1995 ก็มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับฉบับก่อน แต่รัฐธรรมนูญ ฉบับ ปี ค.ศ. 1799 มิได้รับเอาคำปฏิญญาเข้ามาเป็นส่วน หนึ่งของรัฐธรรมนูญ เพียงแต่เน้นส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองเท่านั้น รัฐธรรมนูญ ฉบับ จักรพรรดิ โนโปเลียน ปี ค.ศ. 1804 ไม่มีการกล่าวถึงสิทธิมนุษยชน แต่อย่างใด รัฐธรรมนูญ ซึ่งพระราชทานโดยพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 (Charte constitutionnelle) ปี ค.ศ. 1814 มีการวางหลักประกันเสรีภาพตามสมควร เท่านั้น<sup>50</sup> และฉบับ ปี ค.ศ. 1830 มีการยอมรับเอาคำปฏิญญามาเป็น ส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ เช่นเคย รัฐธรรมนูญฉบับปฏิวัติ ปี ค.ศ. 1848 เน้นลักษณะความเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือรัฐ ของสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ใน รายละเอียดกลับให้ความคุ้มครองสิทธิเฉพาะสำหรับพลเมืองฝรั่งเศสเท่านั้น รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1852 มีบททั่วไปในมาตรา 1 ที่รับรองหลักการ ตามปฏิญญาแห่งปี 1789

ในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่ง ปี ค.ศ. 1875 มีลักษณะเป็น กฎหมายที่วางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดองค์กรเท่านั้น มาถึงช่วงหลัง สงครามโลกครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญ ฉบับ ปี ค.ศ. 1946 ก็ได้กลับมา รับรองปฏิญญาอีกครั้งหนึ่งโดยมีการบัญญัติลงไป ในรายละเอียดของสิทธิ ต่าง ๆ ส่วนรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1958

<sup>48</sup> โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เชิงอรรถที่ 41, หน้า 22

<sup>49</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 98f.mwN.

<sup>50</sup> โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เชิงอรรถที่ 32, หน้า 47

รับเอาปฏิญญาทั้งฉบับเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญด้วย โดยสถานะทางกฎหมาย ของการยอมรับเอาปฏิญญาทั้งฉบับเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญนี้ เป็นที่ยอมรับเป็นเสียงเดียวในทางวิชาการว่าเป็นรัฐธรรมนูญเช่นกัน

จากการศึกษาวิวัฒนาการทั้งหมดนี้ ก็ได้ชี้ให้เห็นว่า ในท้ายที่สุด การให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีฐานะเป็นกฎหมาย ก็ประสบความสำเร็จในฝรั่งเศสได้เช่นกัน และเป็นที่ยืนยันความถูกต้องของแนวความคิดสมัยใหม่ที่ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานมิใช่เป็นเรื่องของการคิดคำนึงหรือวาทะศิลป์เท่านั้น หากแต่เป็นประเด็นพื้นฐานสำหรับระบอบการปกครองของรัฐเลยทีเดียว

### 3.1.5 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในเยอรมัน

แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในเยอรมันในช่วงก่อนการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสนั้น ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ เป็นต้นว่า Pufendorf, Christian Thomasius และ Christian Wolff รวมทั้งบรรดาศักดิ์ลอร์ดของท่านเหล่านี้ แต่นักวิชาการบางท่านก็มองว่า ท่านเหล่านี้ น่าจะถูกจัดอยู่ในกลุ่มนักคิดที่มีความคิดเห็นสนับสนุนแนวความคิดแบบสมบูรณาญาสิทธิ (absolutism) หรือสนับสนุนแนวความคิดแบบสมบูรณาญาสิทธิ แบบรู้แจ้ง (enlightened absolutism) เสียมากกว่า การนำเอาท่านทั้งสาม มาโยงโดยตรงกับวิวัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพแบบเสรีนิยมนั้น น่าจะเป็นปัญหาพอสมควรทีเดียว<sup>51</sup>

แต่อย่างไรก็ตามเราก็คงต้องยอมรับเช่นเดียวกันว่า ท่านเหล่านี้ ยอมรับว่ามนุษย์เรามีสิทธิที่ติดตัวมาพร้อมกับการเกิด เพียงแต่สำหรับท่านนักคิดเหล่านี้ สิทธิดังกล่าวนี้ มิใช่มีไว้เพื่อยืนยันฝ่ายอำนาจรัฐ หากแต่มองในทางกลับกันว่าฝ่ายอำนาจรัฐที่ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม และ

<sup>51</sup> โปรดดู D. Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 19. Jahrhunderts, 1976, S. 78.

ไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ย่อมถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องสร้างความผาสุกให้เกิดแก่ปวงชน และในการออกกฎหมาย ก็ต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายธรรมชาติ หรืออย่างน้อยก็ต้องมีความผูกพันทางใจต่อสิ่งเหล่านี้ เพียงแต่ว่า สำหรับปัญหาที่ว่า อะไรคือความผาสุกของส่วนรวม ปัญหาที่ฝ่ายอำนาจรัฐสงวนไว้ที่จะเป็นฝ่ายชี้ขาดด้วยตัวเอง

สิทธิของปัจเจกบุคคลย่อมมิได้ตามสภาพธรรมชาติ แต่เมื่อเข้ามาอยู่ในสังคมมนุษย์แล้วก็แทบจะอันตรายไป<sup>52</sup> เพียงแต่กฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentalis) เท่านั้น ที่ยังคงมีอยู่ รวมทั้งวัตถุประสงค์แห่งรัฐ ซึ่งทั้งสองประการนี้นับเป็นกรอบแห่งการใช้อำนาจของฝ่ายอำนาจรัฐด้วย โดยเป็นที่ชัดเจนว่า วัตถุประสงค์แห่งรัฐมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคล หากแต่มีไว้เพื่อความมั่นคงและความผาสุกของส่วนรวม และเสรีภาพที่แท้จริงก็ควรจะอยู่ที่วัตถุประสงค์แห่งรัฐนั่นเอง ฉะนั้น แม้แต่อภิสิทธิ์ต่าง ๆ ตามกฎหมายจารีตประเพณี รวมทั้งคำสั่งต่าง ๆ ก็ไม่พ้นเงื้อมมือของเจ้าผู้ครองแคว้น เสรีภาพตามแนวความคิดสมัยก่อนของเยอรมันจึงคล้ายกับของอังกฤษแบบกลับหัวกลับหาง กล่าวคือเป็นเสรีภาพแบบที่เป็นข้อยกเว้นจากหลักเท่านั้น<sup>53</sup> ทั้งสองประการนี้จึง เป็นการยากที่จะถือได้ว่าเป็นบันไดที่พาไปสู่สิทธิขั้นพื้นฐาน เพราะแทบจะไม่มีเส้นเขตแดนทางกฎหมายสำหรับฝ่ายอำนาจรัฐปรากฏอยู่เลย แต่แม้ว่าในโลกแห่งความเป็นจริงจะเป็นดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่สำหรับในเยอรมันก็เชื่อว่าจะไม่มีความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับแนวความคิดแนวใหม่ ๆ เกิดขึ้นเสียเลย เป็นที่น่าสังเกตว่าในช่วงปลายของคริสต์ศตวรรษ ที่ 18 นั้น มีความเคลื่อนไหวอย่างเห็นได้ชัดในโลกแห่งวรรณกรรม โดยมีการสะท้อนแนวความคิดแบบรู้แจ้งในผลงานของกวีและนักเขียนหลายท่าน<sup>54</sup> สังคมเยอรมันโดยรวมจึงได้มีโอกาสสัมผัสกับแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ โดยผ่านทางกลุ่มกวีและนักเขียนที่ทำหน้าที่เป็นแนวหน้าของสังคม (Sturm

<sup>52</sup> Ebda, S. 75ff.

<sup>53</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 101.

<sup>54</sup> โปรดดู D. Klippel, aaO., S. 113ff.

und Drang) เหล่านี้

หลังจากเหตุการณ์การปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสแล้ว อิทธิพลทางความคิดจากเหตุการณ์ดังกล่าวก็ข้ามพรมแดนไปยังเยอรมันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่ความประทับใจที่มีต่อคนเยอรมันอาจจะได้รับจากผลงานของนโปเลียน ซึ่งมีลักษณะอำนาจนิยมและแนวความคิดแบบรวมศูนย์อำนาจมากกว่า กระแสการเรียกร้องประชาธิปไตย ซึ่งถูกมองว่าเป็นความวุ่นวายที่ไม่จบสิ้น

### 3.1.5.1 แนวความคิดทางปรัชญา

#### ก) แนวความคิดของ Kant

ในบทก่อน ได้มีการนำเสนอแนวความคิดของ Kant เกี่ยวกับความเป็นบุคคลและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไปแล้ว นอกเหนือจากแนวความคิดดังกล่าวแล้ว คำสอนของ Kant เกี่ยวกับความเป็นตัวของตัวเองทางจารีตของปัจเจกบุคคล ก็มีอิทธิพลต่อวงการกฎหมายในเยอรมันไม่น้อยเช่นเดียวกัน โดย Kant จัดแยกสิทธิของมนุษย์ออกเป็น 2 ประเภท ระหว่าง สิทธิที่มีโดยกำเนิด และสิทธิที่รับมาภายหลัง

สิทธิที่มีโดยกำเนิด ได้แก่ สิทธิใดๆ ที่มนุษย์ทุกคนมีได้ โดยไม่ต้องผ่านการกระทำทางกฎหมายใดๆ นอกเหนือไปจากนี้แล้วก็คือ สิทธิที่รับมาภายหลังทั้งสิ้น ส่วนเสรีภาพตามความเข้าใจของ Kant นั้น ก็คือ ความเป็นอิสระจากการถูกบังคับโดยอำเภอใจของผู้อื่น และเมื่อพูดถึงเสรีภาพ เมื่อใด Kant มักจะหมายถึงความรวมไปถึงความเสมอภาค ศักดิ์ศรี และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นควบกันไปด้วยเสมอ แต่อย่างไรก็ตาม ประโยชน์ของการแยกประเภทดังกล่าวนี้ นับได้ว่ามีน้อยมาก และหากมีปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิที่รับมาภายหลัง ก็จะเป็นปัญหาเกี่ยวกับภาระในการนำสืบเท่านั้น

สิทธิที่มีโดยกำเนิด ตามแนวความคิดของ Kant จะมีความหมายอย่างสำคัญ เมื่อสิทธิที่มีโดยกำเนิดนี้ มีฐานะเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของระบบกฎหมายของรัฐ (societas civilis) สมาชิกทุกคน

(status civilis) ของรัฐดังกล่าวย่อมมีเสรีภาพทางกฎหมายอันไม่อาจจะพรากเสียได้ สมาชิกเหล่านี้ไม่ต้องเชื่อฟังกฎหมายอื่นใด ที่นอกเหนือไปจากกฎหมายที่ตราออกมาโดยความเห็นชอบของพวกตน อำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นของเจตจำนงที่ผนึกรวมกัน (united will) ของปวงชนเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลที่มีความเป็นอยู่ในลักษณะพึ่งพาผู้อื่น ต้องรอรับการอุปถัมภ์ ในแง่ของอาหารและการคุ้มครอง จึงมีความเป็นอยู่ในลักษณะแฝง คนเหล่านี้ย่อมไม่มีสถานภาพของความเป็นพลเมืองนี้ เจตจำนงของคนเหล่านี้จึงไม่มีผลแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม ในแง่ของความสัมพันธ์กับอำนาจรัฐแล้ว เสรีภาพทางกฎหมายดังกล่าวนี้กลับถูกบดบัง เมื่อแนวความคิดของ Kant นำมาสู่ข้อสรุปว่า เจตจำนงที่ผนึกรวมกัน (united will) ของปวงชนนี้ ไม่อาจที่จะตัดสินใจไปในทางอื่นใด นอกเหนือไปจากแนวทางของผู้ปกครองรัฐในปัจจุบันได้ เพราะ Kant ยังยึดหลักที่ว่า ผู้ปกครองรัฐย่อมมีแต่สิทธิที่จะเรียกร้องเอากับข้าแผ่นดิน โดยที่ไม่มีหน้าที่ต่อฝ่ายหลังนี้แต่อย่างใด แต่ในที่สุด Kant ก็ยังสงวนทางเลือกสุดท้ายไว้สำหรับข้าแผ่นดินทั้งยังถือด้วยว่าเป็นสิทธิของข้าแผ่นดินที่ไม่อาจมีการเพิกถอนได้เลย กล่าวคือ ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นอย่างไร ข้าแผ่นดินยังมีสิทธิที่จะอพยพย้ายถิ่นฐานออกจากรัฐเดิมได้เสมอ<sup>55</sup>

#### ข) คำสอนเกี่ยวกับหน้าที่พลเมือง

คำสอนเกี่ยวกับหน้าที่พลเมืองของเยอรมัน เป็นแนวความคิดที่มีพื้นฐานมาจากแนวปฏิบัติสำหรับคริสต์ศาสนิกชนนิกายโปรเตสแตนต์และแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติ จึงมีบทบาทสำคัญในชีวิตประจำวัน จนมักจะมีการกล่าวรวมกันจนติดปากว่า สิทธิและหน้าที่ หรือต้องมีหน้าที่ก่อนจึงจะมาพูดถึงสิทธิได้ ทำให้ลึ้มแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพตามธรรมชาติไป<sup>56</sup>

<sup>55</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 103.

<sup>56</sup> โปรดดู U. Scheuner, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts, in: Festschrift für E.R. Huber, 1973, S. 145.

### 3.1.5.2 แนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในขณะที่โครงสร้างองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากสมัยการปกครองในระบบศักดินา ค่อยๆ ปรับตัวทีละน้อยๆ ให้เข้ากับยุคสมัย ภายใต้การปกครองของเจ้าผู้ปกครองแคว้นแคว้นเยอรมันที่ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดในยุคแห่งความรู้แจ้ง เป็นต้นว่า พระเจ้าเฟรดเดอริกมหาราชแห่งแคว้นปรัสเซีย พระนางมาเรีย-เทเรเซีย และ พระเจ้าโยเซฟที่สอง แห่งอาณาจักรออสเตรีย-ฮังการี ก็ได้มีการยกเลิกระบบไพร่ตืดที่ดิน และแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบอาชีพและการค้า ไปในทิศทางที่ให้เสรีภาพส่วนบุคคลและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจมากขึ้น รวมทั้งนำเอาหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (equality before the law) มาใช้เป็นพัฒนาการแบบค่อยเป็นค่อยไปที่ละเล็กทีละน้อย โดยที่ยังไม่มีแนวทางไปสู่สิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลดังที่เกิดขึ้นในอังกฤษหรืออเมริกา ความเปลี่ยนแปลงจะดำเนินไปในรูปของการปฏิรูปทางสังคม การกำหนดหลักการลงไว้ในตัวบทกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการจำกัดขอบเขตของวัตถุประสงค์ของรัฐลง ดังนั้น แม้ว่าในรัฐธรรมนูญจะยังไม่มี การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่แนวความคิดในเรื่องนี้ได้ปรากฏออกมาในกฎหมายในช่วงการทำประมวลกฎหมายตามแนวความคิดของยุคแห่งความรู้แจ้ง และในช่วงการปฏิรูปการปกครองภายใต้การนำของ Freiherr vom Stein และ Hardenberg แม้ว่าประเด็นเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานจะยังไม่ได้รับการยอมรับจากผู้ทำประมวลกฎหมาย ในแง่ที่จะให้พลเมืองเรียกร้องเอาได้ แต่การวางกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับฝ่ายอำนาจรัฐก็ถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เช่นเดียวกัน เพียงแต่อาจจะมึลักษณะเป็นการคุ้มครองทางอ้อมเท่านั้นเอง นอกจากนี้แล้ว ยังมีผลเท่ากับเป็นการค่อยๆ เปลี่ยนแปลงจากรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่อำนาจสิทธิขาดอยู่ที่ผู้ปกครอง มาเป็นการปกครองโดยกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานที่ดีสำหรับการปกครองตามระบอบรัฐธรรมนูญต่อไป

ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 นั้น พัฒนาการของสิทธิ

ชั้นพื้นฐานในแวนแคว้นต่างๆ ของเยอรมันดำเนินควบคู่ไปกับการตรารัฐธรรมนูญ โดยเริ่มจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเวสต์ฟาเลีย ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1807 ซึ่งได้รับการก่อตั้งโดยจักรพรรดินโปเลียน ทำให้สามารถคาดหมายได้ว่า รัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรนี้ จะได้รับอิทธิพลจากฝรั่งเศสในขณะนั้นเป็นอย่างมาก จึงไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานลงในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ซึ่งปรากฏว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กลายมาเป็นแบบอย่าง สำหรับรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรบาวาเรีย ลงวันที่ 1 พฤษภาคม ปี ค.ศ. 1808 ซึ่งมีการประกันความปลอดภัยสำหรับบุคคลและกรรมสิทธิ์ คุ่มครองเสรีภาพในจิตสำนึกโดยบริบูรณ์ และมีเสรีภาพในกิจการหนังสือพิมพ์ตามพระบรมราชโองการว่าด้วยการตรวจข่าว ลงวันที่ 13 มกราคม ปี ค.ศ. 1803 นอกจากนี้ ยังมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายและในการเก็บภาษี การยกเลิกระบบไพร่ตืดที่ดิน และท้ายที่สุดมีการประกันความเสมอภาคในการเข้ารับราชการอีกด้วย<sup>57</sup>

เมื่ออำนาจปกครองของจักรพรรดินโปเลียนสิ้นสุดลงนับได้ว่า เป็นช่วงที่ต้องมีการหาจุดสมดุล ระหว่างข้อเรียกร้องเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของปวงชน รวมทั้งหลักการแยกอำนาจ และการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ฝ่ายหนึ่ง กับผลประโยชน์ของเจ้าผู้ปกครองอีกฝ่ายหนึ่ง รัฐธรรมนูญในช่วงเริ่มต้นของแนวความคิดแบบรัฐธรรมนูญนิยมนี้ จึงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะมีลักษณะของการประนีประนอม สำหรับเจ้าผู้ปกครองแวนแคว้นทั้งหลาย คำว่าสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิ มนุษยชนก็ยังคงฟังดูน่ากลัว จึงไม่ปรากฏว่ามีรัฐธรรมนูญใดในช่วงแรก ๆ ใช้ถ้อยคำดังกล่าวเลย องค์กรอัยปัยก็ยังคงสวนไว้ซึ่งฐานะของความเป็นผู้ประสาทสิทธิต่างๆ แก่ปวงชน แต่โดยเนื้อหาที่ไม่อาจปฏิเสธความเป็นกฎหมายธรรมชาติและสถานภาพของสิทธิเหล่านี้ว่ามีมาก่อนการเกิดของรัฐตัวอย่างของรัฐธรรมนูญ

<sup>57</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 106.

ที่ตราขึ้นในช่วงดังกล่าว ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร บาวาเรีย ลงวันที่ 26 พฤษภาคม ปี ค.ศ. 1818 ซึ่งปรากฏหมวดว่าด้วย “สิทธิ และหน้าที่โดยทั่วไป” รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีรายละเอียดมากกว่านี้ ก็คือ รัฐธรรมนูญของแคว้นบาเดิน ลงวันที่ 22 สิงหาคม ปี ค.ศ. 1818 มีการบัญญัติสิทธิต่างๆ ไว้ในหมวดที่สอง ถึง 18 มาตรา โดยมีชื่อหมวดดังนี้ “สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของชาวบาเดิน และหลักประกัน เสริมต่างๆ” นอกจากนี้ยังมีรัฐธรรมนูญของแคว้นแคว้นอื่นๆ อีกหลาย แคว้นแคว้น แต่ในที่นี้คงจะไม่มีเนื้อที่พอที่จะกล่าวถึงทั้งหมดจึงขอสรุป ลักษณะร่วมกันของยุคดังกล่าว ดังต่อไปนี้

ก) สิทธิที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเหล่านี้ จะมีลักษณะของการวางกฎเกณฑ์ เพียงแต่เป็นการวางกฎเกณฑ์โดยรัฐธรรมนูญซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

ข) สิทธิที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเหล่านี้ จะมีลักษณะของการวางกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเชิงภาวะวิสัย (objective law) ที่เข้ามาจำกัด หรือตีกรอบการใช้อำนาจอรัฐเท่านั้น ยังมีใช้สิทธิเชิงอัตตวิสัย (subjective) ที่จะเรียกร้องโดยปัจเจกบุคคล ได้

ค) สถาปบังคับตามกฎหมายของสิทธิที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเหล่านี้ จะมีลักษณะค่อนข้างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แทบจะไม่มีผลสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติที่จะรู้สึกตนว่าถูกผูกมัดโดยสิทธิเหล่านี้ แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากนั้นแล้วรัฐธรรมนูญเองก็ยังสามารถแก้ไขได้ และในทางปฏิบัติก็มีการกระทำกันบ่อยครั้ง

หลังจากความพ่ายแพ้ของนโปเลียนแล้ว ได้มีการประชุมกันแคว้นแคว้นเยอรมัน 39 แคว้นแคว้น ที่กรุงเวียนนา และได้ตกลงรวมตัวกันเป็นสมาพันธ์รัฐเยอรมัน (Deutscher Bund) และได้ตรารัฐธรรมนูญสำหรับสมาพันธ์รัฐเยอรมัน (Deutsche Bundesakte) ลงวันที่ 8 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1815 ซึ่งโดยพื้นฐานแล้ว เอกสารนี้ก็คือ ข้อตกลงระหว่างรัฐ หรือมีฐานะเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่าง

ประเทศนั่นเอง และในรัฐธรรมนูญสำหรับสมาพันธรัฐเยอรมันนี่เอง ที่มีบทบัญญัติในมาตรา 13 กำหนดเป็นหน้าที่ของแต่ละรัฐที่มารวมกันเป็นสมาพันธ์ ให้นแต่ละรัฐมีรัฐธรรมนูญสำหรับรัฐของตนขึ้นมาฉบับหนึ่ง แม้ว่าในรัฐใหญ่ ๆ จะมีการถ่วงเวลาการออกรัฐธรรมนูญใหม่ออกไปให้นานที่สุดเท่าที่จะนานได้ แต่ก็ไม่ทำให้ความสำคัญของบทบัญญัติดังกล่าวนี้ลดน้อยถอยลงแต่อย่างใด

นอกจากนี้ยังมีการกำหนด “หลักประกันเสรีม” สำหรับ “ข้าแผ่นดิน” ไว้ในมาตรา 16 อนุมาตรา 1 คู่คุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนา และปรับปรุงสิทธิพลเมืองของพวกเขาซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยให้ดียิ่งขึ้น และมาตรา 18 กำหนดให้ (1) หลักประกันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินสำหรับที่ดินที่อยู่ในรัฐอื่นนอกเหนือไปจากในรัฐที่เจ้าของกรรมสิทธิ์มีภูมิลำเนาอยู่ โดยไม่ต้องเสียภาษีหรือค่าธรรมเนียมใด ๆ ในอัตราที่สูงกว่าคนพื้นเมือง (2) สามารถย้ายภูมิลำเนาจากรัฐหนึ่ง ไปยังรัฐอื่น หากมีหลักฐานยืนยันได้ว่ารัฐอื่นนั้นยอมรับตน... (3) เสรีภาพจากการถูกเก็บภาษีเสริม หากว่าทรัพย์สินมิได้ตกเป็นของรัฐอื่นที่เป็นสมาชิกของสมาพันธ์ไปก่อนแล้วและไม่มีความสัมพันธ์พิเศษตามสนธิสัญญาว่าด้วยการย้ายถิ่นฐานกับรัฐนั้น ๆ และท้ายที่สุด (4) กำหนดให้ที่ประชุมแห่งสมาพันธ์วางกฎเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเดียวกันในการประชุมครั้งแรก เกี่ยวกับเสรีภาพของหนังสือพิมพ์ และการประกันลิขสิทธิ์ของนักเขียนและสำนักพิมพ์

การใช้คำว่า “หลักประกันเสรีม” สำหรับ “ข้าแผ่นดิน” ของรัฐธรรมนูญสำหรับสมาพันธรัฐเยอรมันนี่เอง ที่ชี้ให้เห็นว่า สิ่งที่กำลังถึงนี้มีใช้สิทธิมนุษยชนในความหมายที่เป็นสิทธิโดยธรรมชาติและมีมาก่อนการเกิดของรัฐ หากแต่เป็นเรื่องที่รัฐเป็นผู้วางกฎเกณฑ์ให้ความคุ้มครองด้วยอำนาจของรัฐเอง ซึ่งก็หมายความว่าในทางกลับกันได้ด้วยว่า รัฐจะเพิกถอนสิทธิสำหรับ “ข้าแผ่นดิน” เหล่านี้ โดยการแก้ไขสัญญาเมื่อใดก็ได้ การคุ้มครองดังกล่าวนับได้ว่า ต่ำกว่ามาตรฐานที่ นักปฏิรูปการศึกษาและนักเสรีนิยมคนสำคัญของเยอรมันชื่อ W. v. Humboldt เรียกร้องเมื่อ

เดือนกุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 1815 เป็นอย่างมาก โดยท่านเรียกร้องเพียงให้มีสิทธิสำหรับ “ข้าแผ่นดิน” แต่เป็นสิทธิที่ผูกมัดฝ่ายอำนาจรัฐ และเป็นสิทธิที่ไม่อาจจะเม็ดเสียได้ด้วย แต่แม้ว่าจะมีมาตรฐานต่ำ ดังกล่าวแล้ว ก็มีข้าแผ่นดินรายย่อยหลายราย ที่ได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญสำหรับสมาพันธรัฐเยอรมันนี้ กฎหมายที่ออกตามมติแห่ง Karlsbad<sup>58</sup> บางฉบับก็ถูกตัดสินว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ จึงไม่มีผลใช้บังคับ<sup>59</sup>

ในการยกร่างรัฐธรรมนูญของเหล่าปัญญาชนที่โบสถ์ Paulskirche แห่งนคร Frankfurt/Main ปรากฏว่า สมาชิกในที่ประชุมส่วนใหญ่ก็ยังไม่ยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐาน ในฐานะที่เป็นสิทธิที่มีมาก่อนการเกิดของรัฐ<sup>60</sup> โดยมีความเห็นว่า สิทธิเหล่านี้ควรแสดงออกในฐานะที่เป็นสิทธิแห่งรัฐ ที่เป็นผลพวงมาจากฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐ และเป็นสิทธิของชนชาวเยอรมัน มิใช่สิทธิของมนุษย์โดยทั่วไป และเป็นผลผลิตของแนวคำสอนเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของรัฐ มิใช่คำสอนเกี่ยวกับสิทธิตามเหตุผลหรือตามกฎหมายธรรมชาติอื่นใด สิทธิส่วนใหญ่ตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงปรากฏถ้อยคำว่า “คนเยอรมันทุกคน...” แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 130 ก็ได้กำหนดให้ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ชนชาวเยอรมัน และ มิให้รัฐธรรมนูญหรือฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐใดมาจำกัดหรือยกเลิกสิทธิเหล่านี้ได้

แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้จะไม่เคยมีสภาพบังคับ<sup>61</sup> เลยก็ตาม แต่การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็กลายเป็นบรรทัดฐานสำหรับรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับแว่นแคว้นต่าง ๆ นอกจากนี้แล้ว ยังเป็นพื้นฐานสำหรับการค้นคว้าวิจัยและการถกเถียงทางวิชาการ

<sup>58</sup> โปรดดู D. Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1997, § 30 III.

<sup>59</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 110.

<sup>60</sup> Ebda, S. 114.

<sup>61</sup> โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เจริญอรุณที่ 32, หน้า 49

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งอาณาจักรเยอรมัน ลงวันที่ 16 เมษายน ปี ค.ศ. 1871 ซึ่งประกาศใช้หลังจากการรวมประเทศเยอรมันภายใต้การนำของบิสมาร์ค (Bismarck) แล้ว ปรากฏว่าไม่มีกรบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยในที่ประชุมสภาแห่งอาณาจักร (Reichstag) เมื่อวันที่ 4 เมษายน ปีเดียวกัน ได้ปฏิเสธญัตติที่ขอให้บรรจุสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ ด้วยคะแนนเสียง 223 ต่อ 59<sup>62</sup> สาเหตุที่มีการปฏิเสธญัตติดังกล่าว มีการประมวลกันหลายกระแสด้วยกัน บ้างก็ว่า บิสมาร์ค เองไม่เห็นด้วยกับการบรรจุดังกล่าว ทั้งยังมีเหตุผลเชิงโครงสร้างของระบบสหพันธรัฐ อีกทั้งประเด็นเกี่ยวกับเวลาที่จะต้องใช้ในการพิจารณา ทำให้การประกาศใช้รัฐธรรมนูญต้องเน้นช้าออกไป อาจทำให้เกิดผลเสียต่อการรวมประเทศที่เพิ่งดำเนินการสำเร็จได้ และเหตุผลสำคัญก็คือรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่าง ๆ ส่วนใหญ่ก็มีการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานทำให้สิทธิเหล่านี้ผูกมัดฝ่ายบริหารของมลรัฐต่าง ๆ อยู่แล้ว

*แม้บิสมาร์คจะประสบความสำเร็จในการรวมประเทศเยอรมัน และสร้างความเข้มแข็งให้แก่ฝ่ายอำนาจรัฐเป็นอย่างมาก แต่การที่บิสมาร์คละเลยในส่วนของกรมีส่วนร่วมของประชาชนก็ได้นำผลร้ายมาสู่ประเทศ การนำประเทศเข้าสู่สงครามภายใต้การนำขององค์จักรพรรดิผู้ทรงอำนาจ จนประสบความพ่ายแพ้ ในที่สุดทำให้เห็นภาพผลร้ายดังกล่าวได้เป็นอย่างดี<sup>63</sup>*

หลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง พระเจ้าจักรพรรดิ Friedrich Wilhelm II ทรงสละราชสมบัติเกิดความเปลี่ยนแปลงทางการเมือง<sup>64</sup> จนต้องร่างรัฐธรรมนูญกันใหม่ ผู้ทำหน้าที่ในการยกร่างก็คือ Prof. Hugo Preuß โดยตามต้นร่างเดิมดำเนินการตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน

<sup>62</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 119 FN 329 mwN.

<sup>63</sup> โปรดดู U. Scheuner, aaO., S. 165.

<sup>64</sup> โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เชิงอรรถที่ 41, หน้า

กล่าวคือ ไม่มีการบัญญัติรับรองเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ฝ่ายบริหารขณะนั้นขอให้เพิ่มเติมในส่วนของสิทธิขั้นพื้นฐานลงไป Prof. Hugo Preuß จึงเพิ่มเติมในส่วนนี้ขึ้นมา 12 มาตรา ภายใต้หมวด “สิทธิขั้นพื้นฐานของชนชาวเยอรมัน” แต่ในที่ประชุมสมัชชาแห่งชาติ ซึ่งประชุมกันที่เมือง Weimar ได้ขยายชื่อหมวดเป็น “สิทธิขั้นพื้นฐาน และหน้าที่ขั้นพื้นฐานของชนชาวเยอรมัน” โดยนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานเดิมตามร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848/49 แนวความคิดจากสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส นโยบายทางวัฒนธรรมและเศรษฐกิจรวมทั้งสิทธิทางสังคม เมื่อประกอบกับหน้าที่ขั้นพื้นฐานแล้วรวมกันเป็น 56 มาตรา (มาตรา 109-165) ความหลากหลายดังกล่าวทำให้เป็นที่สงสัยกันตั้งแต่ต้นแล้วว่า สิ่งเหล่านี้จะเป็นนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ผูกพันทุกฝ่ายได้เพียงใด

ผู้ร่างพยายามจะแก้ปัญหาเกี่ยวกับสภาพบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ ด้วยการบัญญัติไว้ในมาตรา 107 “สิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่ขั้นพื้นฐานย่อมมีฐานะเป็นแนวทางและกรอบในการดำเนินงานสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายปกครอง และฝ่ายบังคับคดี ทั้งในระดับสหพันธ์และมลรัฐ” แต่อย่างไรก็ตาม ร่างมาตรานี้ ไม่ผ่านการพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ของสมัชชาแห่งชาติ เนื่องจากผู้อภิปรายส่วนใหญ่เห็นไปในทางเดียวกันว่า บทบัญญัติดังกล่าวยังไม่สามารถสร้างความชัดเจนขึ้นมาได้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยตรง หรือจะต้องออกกฎหมายอนุวัติการตามรัฐธรรมนูญหรือกำหนดรายละเอียดเสียก่อนกันแน่ ในที่ประชุมเสียงส่วนใหญ่เห็นด้วยกับความเห็นของ Prof. Hugo Preuß ซึ่งมีความเห็นว่า ปัญหานี้คงต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ทั้งนี้เพราะกรณีจะเห็นอย่างไรได้นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับถ้อยคำของแต่ละมาตราเป็นสำคัญ

ในทางปฏิบัติปรากฏว่า การที่ไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจน อีกทั้งรัฐธรรมนูญก็ได้ให้หลักประกันว่าในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานจะจำกัดมิได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมิได้มีบทบัญญัติให้สิทธิเหล่านี้

ผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ จนมีผู้กล่าวสรุปหลักการของสถานภาพของสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมาย<sup>65</sup> นับเป็นสาเหตุสำคัญ ที่ทำให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญฉบับไว้มาร์นี ไม่มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง และหมดโอกาสที่จะต่อกรกับฝ่ายนิติบัญญัติแบบอำนาจนิยมดังที่ประสบการณ์ได้ประจักษ์กันอยู่แล้ว

ดังนั้นเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ประเด็นที่เป็นจุดอ่อนต่างๆ เหล่านี้ จึงต้องได้รับความสนใจเป็นพิเศษ

## 3.2 การผูกมัดอำนาจรัฐของสิทธิเสรีภาพ

### 3.2.1 หลักพื้นฐานของการผูกมัดอำนาจรัฐของสิทธิเสรีภาพ

ดังที่ได้กล่าวถึงในบทที่หนึ่งแล้วว่า มาตรา 1 อนุมาตรา 3 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมันนอกจากจะกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีฐานะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยตรงแล้ว ยังกำหนดให้ผูกมัดอำนาจรัฐทั้งหลายอีกด้วย เนื่องจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นแล้วว่า นอกจากสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญยังจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนด้วยว่า สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลผูกมัดอำนาจรัฐทุกฝ่ายอีกด้วย เท่ากับว่าผู้ร่างฯ เห็นว่า ในส่วนของฝ่ายอำนาจรัฐนั้น ไม่ควรจะมีส่วนใดที่ปลอดจากสิทธิขั้นพื้นฐานได้

ประเด็นใหม่ที่เพิ่งจะมีขึ้นในกฎหมายพื้นฐานเยอรมันเป็นครั้งแรก ก็คือการกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ ในส่วนของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการนั้นถูกผูกมัดโดยสิทธิขั้นพื้นฐานตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าแล้ว และเพื่อเป็นการแก้ปัญหาที่เคยเกิดขึ้นกับสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนที่มีผู้กล่าวว่า เป็นสิทธิ

<sup>65</sup> โปรดดู H. Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetz, 1950, S. 12.

ชั้นพื้นฐานที่อยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมาย<sup>66</sup> ให้กลายเป็นกฎหมายย่อมอยู่ภายใต้กรอบแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานแทน แต่อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายพื้นฐานจะใช้ถ้อยคำที่ค่อนข้างจะชัดเจน แต่ก็ยังมีประเด็นที่ยังต้องมีการตีความอยู่บ้างดังจะได้พิจารณาต่อไป

การกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการนั้น ในแง่ของรายละเอียดจะเป็นอย่างไร จำเป็นต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละบทบัญญัติ อาจกล่าวได้ว่ามาตรา 1 อนุมาตรา 3 บัญญัติเกี่ยวกับประเด็นที่ว่าผูกมัดหรือไม่ผูกมัด จึงจะนำมาใช้เป็นมาตรฐานประการเดียวสำหรับการพิจารณาไม่ได้

ในขณะที่มาตรา 1 อนุมาตรา 1 ประโยคที่สองของกฎหมายพื้นฐานใช้คำว่าอำนาจรัฐทั้งหลายสำหรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มาตรา 1 อนุมาตรา 3 มีการแยกแยะเชิงภารกิจและองค์กรออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ในเมื่อบทบัญญัติทั้งสองอยู่ในมาตรา เดียวกัน จึงทำให้การพิจารณาจะแยกจากกันอย่างเด็ดขาดไม่ได้ บทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมตามมนุษย์ มาตรา 1 อนุมาตรา 3 นั้น จำเป็นจะต้องตีความไปในแนวทางเดียวกับมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ประโยคที่สองนั่นเอง นั่นคือ ไม่ว่าจะมีการใช้อำนาจรัฐเกิดขึ้นเมื่อใด จะต้องผูกพันกับสิทธิขั้นพื้นฐานเสมอ มาตรา 1 อนุมาตรา 3 ต้องการผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการเข้ากับสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างรอบด้าน ไม่มีการใช้อำนาจรัฐใดที่จะปลอดจากความผูกพันที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานไปได้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจรัฐในรูปขององค์กรรัฐโดยตรงหรือในรูปแบบอื่น<sup>67</sup>

เนื่องจากภารกิจของรัฐนั้นมีอยู่อย่างหลากหลายเมื่อเกิดปัญหาขึ้นว่า ความผูกพันของอำนาจรัฐที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานจะกินความเพียงใด ก็อาจแยกพิจารณาออกเป็นสองกรณีด้วยกัน คือ กรณีแรกเป็นกรณีที่อาจ

<sup>66</sup> Ebda.

<sup>67</sup> BVerfGE 3, 225 (247); 34, 52 (59).

กล่าวได้ว่า เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานของการใช้อำนาจอธิปไตยแท้ จึงเป็นกรณีที่ไม่สู้จะมีปัญหามากนัก ปัญหาจะมีค่อนข้างมากสำหรับกรณีที่สอง ซึ่งเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐที่ต้องมีการตีความว่า การใช้อำนาจดังกล่าวจะถือได้ว่า ยังอยู่ในส่วนของภารกิจของรัฐ หรือไม่ กรณีที่ถือได้ว่ายังอยู่ในส่วนของภารกิจของรัฐที่ต้องผูกพันกับสิทธิขั้นพื้นฐานพอจะประมวลได้เป็น 5 ประเภทดังต่อไปนี้คือ

ก) กิจการที่รัฐดำเนินการในรูปแบบขององค์กรธุรกิจตามกฎหมายเอกชน

ข) กิจการที่รัฐดำเนินการในรูปแบบขององค์การมหาชนอิสระ

ค) กิจการที่มีการดำเนินการแทนรัฐ โดยผู้ประกอบการเอกชน แต่รัฐเป็นผู้มอบอำนาจให้ดำเนินการนั้น<sup>68</sup>

ง) กิจการที่มีการดำเนินการโดยองค์กรที่มีพลังทางสังคม

จ) กรณีที่ทางวิชาการเรียกว่าผลกระทบของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อบุคคลที่สาม (Drittwirkung des Grundrechts) ซึ่งเป็นกรณีของความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง

### 3.2.2 การผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ

ประเด็นเกี่ยวกับการผูกมัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมครั้งแรกในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอเมริกันครั้งที่ 1 (Amendment I) กำหนดกรอบแห่งอำนาจของสภาองเกรส มิให้ตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทางด้านการนับถือศาสนา เสรีภาพในการพูด และกิจการหนังสือพิมพ์ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ รวมทั้งสิทธิในการร้องทุกข์ โดยที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นผลโดยตรงมาจากการเรียกร้องของ Thomas Jefferson โดยมีหลักฐานเป็นจดหมายของท่านที่มีไปถึง James Madison เมื่อวันที่ 15 มีนาคม ปี ค.ศ. 1789 โดยใน

<sup>68</sup> โปรดดู บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, 2538, หน้า 105

จดหมายดังกล่าว ท่านแสดงออกถึงความวิตกกังวลที่ท่านมีต่อการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ท่านจึงต้องเรียกร้องให้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>69</sup> ด้วยเหตุนี้ สำหรับระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา จึงเป็นที่เข้าใจตรงกันมาแต่ต้นว่า สิทธิขั้นพื้นฐานก็คือกรอบสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ และอยู่เหนืออำนาจในการก่อตั้งทั้งหลายของรัฐ (constitutive powers)

สำหรับกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันอาจกล่าวได้ว่า เพิ่งจะพบหนทางที่ถูกต้องนี้ เท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักการที่ยึดถือมาแต่เดิม ที่เคยให้อำนาจอันล้นเหลือแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ จนฝ่ายนิติบัญญัติเหลิงในอำนาจของตัวเอง ไม่สามารถเป็นหลักประกันสำหรับเสรีภาพ ความเสมอภาค ความมั่นคงของกฎหมาย ตลอดจนกระบวนการที่เป็นธรรม ตามที่ประชาชนได้ฝากความหวังไว้ได้ สำหรับในเยอรมันจากประสบการณ์ที่ผ่านมาภายใต้การปกครองของฮิตเลอร์ ทำให้มีการตั้งคำถามกับความชอบธรรมตามหลักนิติรัฐของฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างที่ไม่เคยมีมาก่อน ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า กิตติศัพท์แห่งความเป็นผู้พิทักษ์สิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายนิติบัญญัติที่เคยมีมา ได้ถูกทำลายลงไปอย่างสิ้นเชิงจากเหตุการณ์ดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติตามมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ประโยคที่สอง และอนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐาน มิใช่เป็นเพียงการแก้ปัญหาเชิงประวัติศาสตร์ หรือสรุปบทเรียนจากอดีตเท่านั้น หากแต่เป็นการมองสู่นาคต เพื่อหลักประกันที่ดีกว่าสำหรับประชาชน หลักประกันดังกล่าวสามารถพิจารณาทั้งในแง่ของข้อห้ามและข้อบังคับให้ต้องปฏิบัติ

<sup>69</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 1253 FN 2 mwN ซึ่งอ้างอิงถึงข้อเขียนของ Cooley, Constitutional Limitations, 4<sup>th</sup> ed., S. 317.

### 3.2.2.1 ในแง่ของข้อห้าม

จากข้อผูกมัดตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน มีความหมายประการแรกก็คือ ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายที่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้ เท่ากับว่า มาตรา 1 อนุมาตรา 3 ห้ามมิให้มีกฎหมายที่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน หากฝ่ายนิติบัญญัติฝ่าฝืนต่อข้อห้ามดังกล่าว การดำเนินการนั้นๆ ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 20 อนุมาตรา 3 ข้อผูกมัดตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน จะต่างจากข้อผูกมัดของฝ่ายปกครองที่มีต่อกฎหมาย ในแง่ที่ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติในแง่ของเนื้อหาไม่สู้จะเข้มงวดนัก แต่ในแง่ของรูปแบบแล้วจะเข้มงวดกว่า ทั้งนี้เพราะการดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมทำให้กฎหมายที่ออกมาไม่มีผลใช้บังคับ แต่ในทางปฏิบัติ การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน สำหรับกรณีที่มีการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าว มิได้ใช้ไม้เท้าในแง่ของผลของการขัดต่อรัฐธรรมนูญ หากแต่พิจารณาโดยมีความยืดหยุ่นพอสมควร โดยมีการแบ่งผลของการขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นหลายชั้น ตัวอย่างเช่น กฎหมายเงินเดือนแม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเห็นว่า มีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในส่วนของหลักความเสมอภาค แต่ศาลก็เห็นต่อไปว่า หากประกาศให้กฎหมายเงินเดือนดังกล่าวนี้ไม่มีผลใช้บังคับ ก็จะไม่มีความหมายที่วางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว<sup>70</sup> ในบางคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางหลักเพิ่มเติมว่า การให้กฎหมายของกฎหมายตกไปโดยไม่มีกฎหมายอื่นเข้ามาแทน นับเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ ยิ่งกว่าการให้กฎหมายนั้นๆ มีผลใช้บังคับต่อไปอย่างมีกำหนดระยะเวลา<sup>71</sup>

การที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันใช้หลักที่ส่งผลให้ ผลของการขัดต่อรัฐธรรมนูญมีลักษณะยืดหยุ่นโดยมีการแบ่งผลของการขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นหลายชั้นดังกล่าวนี้นี้ ทำให้เกิดปัญหาตาม

<sup>70</sup> โปรดดู BVerfGE, 8, 1 (20); 73, 280 (297).

<sup>71</sup> โปรดดู BVerfGE, 33, 1 (12 f.).

มาว่า เมื่อใดจึงจะควรเคร่งครัด เมื่อใดควรยืดหยุ่น ต่อคำถามนี้ Prof. Dr. K. Stern<sup>72</sup> ได้เสนอแนวทางในการพิจารณาไว้อย่างน่าสนใจว่า การพิจารณาผลของการขัดต่อรัฐธรรมนูญว่า เมื่อใดจึงจะควรเคร่งครัด เมื่อใดควรยืดหยุ่นนั้น ขึ้นอยู่กับความเคร่งครัดในตัวของบทบัญญัติที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง หากเป็นเรื่องของความเสมอภาค ผลอาจจะต่างไปจากสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับเสรีภาพหรือการมีส่วนร่วมทางการเมืองอื่น ๆ ได้ เป็นต้น

เมื่อมีการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าว ตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน ถือเป็นสิทธิของผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่จะป้องกันการดำเนินการดังกล่าว<sup>73</sup> เพื่อเป็นการปกป้องตนเองจากการกระทำนั้น ๆ โดยการใช้สิทธิร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ<sup>74</sup>

### 3.2.2.2 ในแง่ของข้อบังคับให้ต้องปฏิบัติ

นอกจากข้อผูกมัดตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน มีความหมายในเชิงลบ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังอาจมีความหมายในเชิงบวก ในการสร้างสรรค์กฎหมายให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ความหมายในเชิงบวกนี้ นับได้ว่าเป็นสิ่งที่เพิ่งจะมีการพัฒนาขึ้นมาใหม่ในช่วงตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1950 เป็นต้นมานี้เอง เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานได้กลายมาเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับระบบกฎหมายของบ้านเมืองควบคู่กับหลักการพื้นฐานอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักประชาธิปไตย หรือหลักนิติรัฐ ดังนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานจึงมีฐานะเป็นเกณฑ์ที่เป็นแนวทางหลักสำหรับงานนิติบัญญัติทั้งปวง เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติจะวางเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการดำรงชีวิตของสมาชิกในประชาคม ก็ควรใช้สิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้เองเป็นแนวทางในการดำเนินการ<sup>75</sup> และเมื่อเป็นดังนี้ สิทธิขั้นพื้นฐาน ก็จะทรงไว้

<sup>72</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 1257.

<sup>73</sup> โปรดดู บุญศรี ม่วงศุภโฆษ, เจริญธรรมที่ 41, หน้า 60- 70

<sup>74</sup> โปรดดู บุญศรี ม่วงศุภโฆษ, เพิ่งอ้าง, หน้า 67- 69

<sup>75</sup> โปรดดู Pieroth/ Schlink, Grundrechte-Staatsrecht II, 17. Aufl. 2001, Rdnr.70ff.

ซึ่งภารกิจในการกำหนดทิศทางของกระบวนการนิติบัญญัติทั้งกระบวนการ

ภารกิจดังกล่าวข้างต้นของข้อผูกมัดตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานจึงมิใช่ภารกิจเชิงรับดังที่เคยเป็นมา หากแต่เป็นภารกิจเชิงรุก การที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเกณฑ์สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งยังต้องเป็นเกณฑ์ที่ใช้บังคับได้จริงอีกด้วย เท่ากับกำหนดเป็นเป้าหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ ที่จะต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นจริงในทางปฏิบัติได้ ในแง่นี้ จะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับสิทธิขั้นพื้นฐานจะมีความซับซ้อนมากกว่ากรณีตามหัวข้อ 3.2.2.1 โดยฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีสติอยู่เสมอว่า เนื้อหาของบทบัญญัติที่กำลังผ่านการพิจารณาของคนออกไปนั้น สามารถอ้างความชอบธรรมกับสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายได้หรือไม่ จากสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายที่มีอยู่พอจะจัดกลุ่มความสัมพันธ์ได้ดังนี้

ก) สิทธิขั้นพื้นฐานที่เมื่อพิจารณาในแง่เนื้อหาของสิทธินั้น ๆ แล้ว จะดำเนินการใด ๆ ได้ต้องมีกฎหมายมากำหนดรายละเอียดเสียก่อน ตัวอย่างเช่น สิทธิการสมรส และสิทธิในครอบครัว สิทธิในการรวมกลุ่มเพื่อทำกิจกรรม (ทางการเมือง) กรรมสิทธิ์ สิทธิในสัญชาติ และสิทธิในการร้องทุกข์ การตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเหล่านี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงสาระสำคัญของสิทธิเหล่านี้เป็นเกณฑ์ เช่น เสรีภาพของเจ้ามรดกในกรณีทำพินัยกรรม<sup>76</sup> เป็นต้น

ข) สิทธิที่ต้องมีกฎหมายมากำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสถาบัน กระบวนการ และการจัดองค์กรเพื่อรองรับการใช้สิทธิของประชาชน ในกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมหรือการเข้ามีส่วนร่วมทางการเมือง เช่น การคุ้มครองสิทธิ (มาตรา 19 อนุมาตรา 4 มาตรา 92 มาตรา 97) สิทธิที่จะให้การในศาล (มาตรา 103 อนุมาตรา 1) การที่จะใช้สิทธิเหล่านี้ได้ จำเป็นต้องมีองค์กรศาลและวิธี

<sup>76</sup> โปรดดู BVerfGE, 58, 377 (398f.); 67, 329 (341).

พิจารณาที่เป็นกระบวนการยุติธรรมที่ดีมารองรับเสียก่อน ส่วนสิทธิในการเลือกตั้ง (มาตรา 38) สิทธิในการปฏิเสธการเข้ารับราชการทหาร โดยการทำงานด้านพลเรือนแทน (มาตรา 4 อนุมาตรา 3) ก็เป็นเรื่องที่หากไม่มีกฎหมายมารองรับก็ยากที่จะนำมาปฏิบัติได้

ค) สำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการหลักประกันเกี่ยวกับสถาบันด้วยนั้น ข้อผูกมัดตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงมุ่งไปที่แนวทางของกฎหมายที่รองรับ ว่าจะต้องเป็นไปเพื่อการรักษาสถาบันดังกล่าวด้วย ตัวอย่างเช่น กรณีของหลักประกันเกี่ยวกับเสรีภาพทางวิทยุกระจายเสียง ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับหลักการที่ทางวิชาการเรียกร้องมานั้นคือ หลักประกันความมีอยู่และหลักประกันสำหรับพัฒนาการของกิจการวิทยุกระจายเสียงของรัฐ เป็นฐานรองรับในแง่ความชอบธรรมสำหรับการเก็บค่าธรรมเนียมการฟังวิทยุได้<sup>77</sup> นอกจากนี้แล้ว ศาลฯ ยังวางหลักการสำคัญเปิดทางให้มีวิทยุกระจายเสียงเอกชนเข้ามาแข่งขันได้ ตราบเท่าที่สถานีวิทยุกระจายเสียงของรัฐได้รับการดูแลในแง่ของความจำเป็นขั้นพื้นฐาน ให้สามารถเป็นแหล่งข้อมูลสำหรับประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงได้<sup>78</sup>

ง) ในกรณีที่จำเป็นต้องมีกฎหมายมารองรับเพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานสามารถมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติได้ ไม่ว่าจะเป็กรณีทีสิทธินั้นๆ กำหนดไว้เอง เช่น กรณีตามมาตรา 3 อนุมาตรา 2 หรือมาตรา 6 อนุมาตรา 4 และ 5 หรือจะเป็นกรณีที่การทำให้สิทธินั้นเป็นจริงได้ ต้องมีกฎหมายมารองรับเสียก่อน เช่น มาตรา 2 อนุมาตรา 2 และมาตรา 7 อนุมาตรา 4 หรือแม้กระทั่งมาตรา 12 สำหรับในส่วนของมาตรา 6 อนุมาตรา 4 ซึ่งคุ้มครองความเป็นมารดา ปราบกฏว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐจัดลำดับความสำคัญไว้ให้เท่าเทียมกับมาตรา 6 อนุมาตรา 1 ซึ่งให้หลักประกันสำหรับการสมรสและครอบครัว โดยถือว่าเป็นภารกิจที่

<sup>77</sup> โปรดดู BVerfGE, 73, 118 (158f.).

<sup>78</sup> Ebda, S. 155.

ผูกมัดสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องคุ้มครองมรดก นอกจากนี้แล้ว บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวยังผูกมัดฝ่ายบริหาร และตุลาการ ทั้งยังแผ่รัศมีผ่านทางกฎหมายแรงงานไปถึงระบบแรงงานสัมพันธ์ของเอกชน ที่จะต้องคุ้มครองความเป็นมรดกด้วยเช่นกัน<sup>79</sup>

### 3.2.2.3 กรอบตามรัฐธรรมนูญสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ กรณีที่ตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

เนื่องจากโอกาสที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะดำเนินการที่เป็นการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีมาก และในอดีตเยอรมันก็เคยมีประสบการณ์ที่ไม่ดีในส่วนนี้มาแล้ว ในกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันจึงมีการกำหนดกรอบสำหรับการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ไว้ 5 ประการด้วยกัน<sup>80</sup> คือ

ก) กฎเกณฑ์ที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีความชัดเจน

ข) ห้ามวางกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะคดีใดคดีหนึ่งเป็นการเจาะจง

ค) กฎเกณฑ์ที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีการอ้างอิงเลขมาตราของบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่ให้อำนาจ

ง) ห้ามวางกฎเกณฑ์ที่กระทบส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นๆ

จ) หลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>81</sup>

<sup>79</sup> โปรดดู BVerfGE, 32, 273 ( 277f.); 52, 357 ( 365 ).

<sup>80</sup> โปรดดู อุตม รัฐอมฤต / นพนธิ สุริยะ / บรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, 2544, หน้า 206-212

<sup>81</sup> โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, supra note 58, หน้า 33

### 3.2.2.4 การกำหนดให้กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ต้องมีการอ้างอิงเลขมาตราของบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่ให้อำนาจ

ในทางวิชาการของเยอรมันเรียกบทบัญญัติดังกล่าวว่า บทบัญญัติให้ต้องมีการอ้างอิง (Zitiergebot) โดยเป็นที่เข้าใจกันว่า กฎหมายใดจะมีความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสิทธิใดสิทธิหนึ่ง ก็ต่อเมื่อ ในกฎหมายนั้นมีการระบุชื่อของสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่ต้องการจำกัดนั้น รวมทั้งเลขมาตราของสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้น ๆ ด้วย และวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องดำเนินการดังกล่าวก็เพื่อเป็นการเตือนให้ฝ่ายนิติบัญญัติระลึกถึงสถานะของสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่ต้องการให้มีการจำกัดนั้น และมีสติในการพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียของการจำกัด ทั้งยังทำให้เกิดความชัดเจนขึ้นด้วยว่า วัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเช่นไร หากต้องมีการตีความและใช้กฎหมายดังกล่าว Prof. Herzog นักกฎหมายมหาชนผู้เคยดำรงตำแหน่งเป็นถึงประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา ได้เคยกล่าวว่า “บทบัญญัตินี้อาจเรียกได้ว่าเป็นกรอบทางจิตวิทยาสำหรับฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเอง”<sup>82</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายฉบับหนึ่งจะต้องตกไปเพียงเพราะเหตุผลที่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติ “ลืม” ที่จะอ้างอิงเท่านั้น ผลดังกล่าวคงจะไม่น่าพึงพอใจนัก นอกจากนั้นแล้วยังมีความเป็นไปได้ต่อไปอีกว่าในการบัญญัติกฎหมายต่อไป ฝ่ายนิติบัญญัติอาจเกรงว่ากฎหมายดังกล่าวจะตกไปเพราะเหตุนี้ จึงอาจรวบรวมรายชื่อทั้งหมดของสิทธิขั้นพื้นฐานที่อาจถูกระทบจากกฎหมายดังกล่าว ไว้ในส่วนท้ายของกฎหมาย ทำให้กฎหมายยืดยาวโดยไม่จำเป็น

<sup>82</sup> Herzog, R., in: T. Maunz / G. Duerig, Grundgesetz . Kommentar, Art.19 Abs.I Rn. 48.

ด้วยเหตุผลดังกล่าวในการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ศาลจะตีความบทบัญญัตินี้อย่างแคบ ทั้งนี้ “เพื่อมิให้บทบัญญัติดังกล่าวกลายเป็นเพียงรูปแบบกลวงๆ ที่ไม่มีเนื้อหายุ่งภายในทั้งยังจะทำให้เป็นการขัดขวางการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยไม่จำเป็น”<sup>83</sup>

นอกจากนี้แล้วตามแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์ของเยอรมัน บทบัญญัติให้ต้องมีการอ้างอิงนี้ จะไม่ใช่บังคับกับกรณีต่อไปนี้<sup>84</sup>

- สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญเองมิได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ ไว้สำหรับการจำกัดสิทธินั้น ๆ

- สิทธิตามมาตรา 2 อนุมาตรา 1 ซึ่งเป็นกรณีของเสรีภาพโดยทั่วไป

- กฎหมายทั่วไปตามมาตรา 5 อนุมาตรา 2 ซึ่งเป็นกรอบสำหรับ มาตรา 5 อนุมาตรา 1 (เสรีภาพในทางการแสดงความคิดเห็น)

- มาตรา 12 อนุมาตรา 1 ซึ่งเป็นกรณีเกี่ยวกับเสรีภาพในการอาชีพ

- มาตรา 14 อนุมาตรา 1 ซึ่งเป็นกรณีเกี่ยวกับหลักกรรมสิทธิ

- กฎหมายเวนคืน ตามมาตรา 14 อนุมาตรา 3 ประโยคที่สอง โดยอาจเห็นว่าการกำหนดให้การเวนคืนต้องมีการจ่ายค่าทดแทนเสมอ นั้น น่าจะเป็นการเพียงพอที่จะทดแทนการอ้างอิงได้

สำหรับในแง่ของรูปแบบของบทบัญญัตินั้น ย่อมเป็นที่เข้าใจได้เองว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อนหน้าที่รัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับ ย่อมไม่อาจจะปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้ได้ นอกจากนี้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>83</sup> BVerfGE 35, 185(188).

<sup>84</sup> Pieroth, B./ Schlink, B., aaO., S.71f.

แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ยังตีกรอบการใช้รัฐธรรมนูญตามมาตรานี้ให้แคบยิ่งขึ้น โดยมีคำพิพากษาว่าแม้กฎหมายที่ประกาศใช้ภายหลังจากที่กฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มีผลใช้บังคับ หากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงการนำเอาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาเขียนซ้ำหรือมีความแตกต่างกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพียงเล็กน้อย บทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ ก็ไม่เข้าข่ายที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดให้ต้องมีการอ้างอิง (Zitiergebot) นี้<sup>85</sup> แต่อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษานี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากทางฝ่ายวิชาการเป็นอย่างมาก

สำหรับผลของการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าการอ้างอิงก็คือ กฎหมายนั้น ๆ ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ โดยในภาษาเยอรมันจะใช้คำว่ามีผลเป็นโมฆะ แต่ในทางปฏิบัติกลับปรากฏว่ายังไม่เคยมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นเลย ทั้งนี้ส่วนหนึ่งเกิดจากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันด้วย ดังที่ได้นำเสนอมาข้างต้นแล้ว

จากแนวทางในการใช้และการตีความกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามีประเด็นที่น่าสนใจว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมิได้อาศัยวิธีการตีความตามตัวอักษรแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ต้องประกอบอื่นๆ ควบคู่กันไปด้วย เพราะมิฉะนั้นแล้วก็จะกลายเป็นว่าศาลมีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาเฉพาะในแง่ของรูปแบบแต่เพียงด้านเดียวเท่านั้น

### 3.2.3 การผูกมัดฝ่ายบริหาร

การผูกมัดของฝ่ายบริหารซึ่งโดยทั่วไปหมายถึง รัฐบาลและฝ่ายปกครอง รวมทั้งผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการแทนหน่วยราชการ<sup>86</sup> แต่หากแยกแยะตามรัฐธรรมนูญ อาจแยกย่อยออกได้เป็นรัฐบาลโดย

<sup>85</sup> BVerfGE 35, 185(189); 61, 82(113).

<sup>86</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 105

ความหมายตามเนื้อหา อำนาจเกี่ยวกับการต่างประเทศ การวางแผน รวมทั้งการป้องกันตนเองทางทหาร คำว่าอำนาจบริหารเป็นศัพท์ที่สะท้อนความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายราชการซึ่งเป็นฝ่ายอำนาจรัฐกับประชาชนที่มีมาช้านาน โดยที่ฝ่ายอำนาจรัฐเป็นฝ่ายเหนือกว่า มาโดยตลอด ในขณะที่ฝ่ายประชาชนเป็นฝ่ายที่รองรับอำนาจนั้น ๆ ซึ่งในปัจจุบันในเยอรมันหันมาใช้คำว่า Eingriffsverwaltung นั่นคือ ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจแทรกแซงเข้าไปในส่วนของความเป็นอยู่ของประชาชน และ ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจแทรกแซงความเป็นอยู่ของประชาชนได้เหล่านี้ ล้วนถูกผูกมัดโดยสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสิ้น

ในช่วงของการร่างกฎหมายพื้นฐานนั้น เดิมทีที่ประชุมของสภาที่ปรึกษาทำหน้าที่รัฐสภาใช้คำว่า ฝ่ายปกครอง เพราะคำว่า ฝ่ายปกครองในขณะนั้นมีความหมายครอบคลุมถึงการดำเนินการที่หลากหลาย ตั้งแต่การดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ไม่มีการใช้คำสั่งและกำลังบังคับใด ๆ การดำเนินการของฝ่ายปกครองที่เป็นการรักษาและให้สิทธิ การดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการเอื้ออาทรและการให้การดูแล การดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการวางแผนล่วงหน้าในการดูแลความเป็นอยู่ของประชาชน การดำเนินการของฝ่ายปกครองในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งงานเหล่านี้ในปัจจุบันถูกจัดเป็น Leistungsverwaltung หรือสามารถถอดความได้ว่าเป็นงานของฝ่ายปกครองที่เป็นการจัดการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุภารกิจที่มีอยู่นั่นเอง โดยการจัดการดังกล่าวอาจเป็นการดำเนินการตามกฎหมายเอกชน เช่น มีการใช้บทบัญญัติตามกฎหมายแพ่งว่าด้วยการซื้อขาย เป็นต้น การดำเนินการจัดการเหล่านี้ได้ผลสรุปเป็นที่ยุติในทางวิชาการแล้วว่า ก็ถูกผูกมัดโดยสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นกัน<sup>87</sup>

<sup>87</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 1327.

แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีการดำเนินการของรัฐตามกฎหมาย เอกชนบางเรื่อง หรือกรณีที่มีความสัมพันธ์พิเศษระหว่างฝ่ายอำนาจรัฐกับ กลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ที่อาจมีปัญหานั้นได้บ้าง กล่าวคือ สำหรับกรณีการดำเนินการของรัฐตามกฎหมายเอกชน แม้จะมีข้อสันนิษฐานในเบื้องต้นว่า สิทธิขั้นพื้นฐานย่อมผูกมัดการดำเนินการทุกอย่างของฝ่ายปกครอง ก็ตาม แต่ก็อาจมีข้อยกเว้นได้บ้าง เช่นกรณี ที่เป็นการจัดซื้อจัดจ้างที่สามารถแบ่งขั้นตอนการดำเนินการออกเป็น สองขั้นอย่างชัดเจน นั่นคือ ในขั้นตอนแรกเป็นการตัดสินใจตามกฎหมายมหาชนที่วางกฎเกณฑ์ในการดำเนินการไว้ เมื่อผ่านการดำเนินการในส่วนนี้แล้ว จึงจะเป็นขั้นตอนที่สอง ซึ่งเป็นเพียงการ ดำเนินการให้ลุล่วงซึ่งภารกิจ ในขั้นตอนนี้อาจเป็นไปตามกฎหมายเอกชน ซึ่งก็อาจทำให้การผูกมัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายปกครองลดความ เข้มข้นลงบ้าง หรือกรณีที่รัฐเข้าไปถือหุ้นในกิจการที่ดำเนินการในรูปแบบ ของกฎหมายเอกชน และมีหุ้นใหญ่ ย่อมเป็นไปได้โดยสภาพที่จะ เข้าไปกำหนดความเป็นไปในกิจการนั้น ๆ ได้ แต่กรณียอมแตกต่างออกไป เมื่อรัฐเข้าไปถือหุ้นใหญ่ทำให้สามารถกำหนดความเป็นไปของกิจการได้ การผูกมัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายปกครองก็ย่อมมีผลอย่างเต็มที่

ส่วนกรณีที่มีความสัมพันธ์พิเศษระหว่างฝ่ายอำนาจรัฐกับ กลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง กฎหมายพื้นฐานนั่นเอง ก็ได้วางกฎเกณฑ์ เป็นแนวทางพอสมควร โดยสามารถแยกประเภทของความสัมพันธ์พิเศษ ระหว่างฝ่ายอำนาจรัฐกับกลุ่มบุคคลออกได้เป็น 5 กลุ่มความความสัมพันธ์ คือ

- ก) กรณีความสัมพันธ์ในระบบโรงเรียน (มาตรา 7 และ 141 แห่งกฎหมายพื้นฐาน)
- ข) กรณีความสัมพันธ์ในระบบมหาวิทยาลัย (มาตรา 5 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐาน)
- ค) กรณีความสัมพันธ์ในระบบข้าราชการ (มาตรา 33

อนุมาตรา 4 และ 5 และมาตรา 74a รวมทั้งมาตรา 137 แห่งกฎหมายพื้นฐาน)

ง) กรณีความสัมพันธ์ในระบบการเกณฑ์ทหารและการรับใช้ชาติในรูปแบบอื่น (มาตรา 4 อนุมาตรา 3 มาตรา 12 อนุมาตรา 2 และมาตรา 12a รวมทั้งมาตรา 17a แห่งกฎหมายพื้นฐาน)

จ) กรณีความสัมพันธ์ในระบบราชการ (มาตรา 12 อนุมาตรา 3 และมาตรา 74 ข้อ 1 รวมทั้งมาตรา 104 แห่งกฎหมายพื้นฐาน)

แนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์พิเศษระหว่างฝ่ายอำนาจรัฐกับกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง เป็นแนวความคิดที่ได้รับถ่ายทอดมาจากยุคเริ่มแรกของพัฒนาการของกฎหมายปกครองสมัยใหม่ในเยอรมัน โดยบิดาแห่งกฎหมายปกครองสมัยใหม่ของเยอรมัน คือ Prof. Dr. Otto Mayer เคยใช้คำว่า เป็นการพึ่งพาที่ถูกทำให้มีความเข้มข้นมากขึ้น (verschärfte Abhängigkeit) หลังจากนั้น ก็มีนักกฎหมายอีกมากที่พยายามจะค้นหาศัพท์ใหม่ๆ เพื่อนำมาใช้ในความหมายเดียวกันนี้ สำหรับประเด็นนี้เป็นที่น่าสนใจว่า กฎหมายพื้นฐานมิได้ระบุศัพท์คำใดคำหนึ่งลงไว้เลย จึงเป็นความชอบธรรม ที่จะยึดแนวความคิดที่มีวิวัฒนาการมาอย่างเป็นขั้นเป็นตอน ต่อไปได้

หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยอมรับแนวทางปฏิบัติในระบบราชการมากกว่า 20 ปี กระทั่งในปี ค.ศ. 1972 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยวางแนวใหม่ว่า หลักที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมผูกมัดอำนาจรัฐทั้งหลาย ย่อมจะยอมให้มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานกันตามใจชอบไม่ได้ แม้ในระบบราชการนั้นเอง การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานก็มีเกณฑ์เช่นเดียวกัน กล่าวคือ จะทำได้ก็ต่อเมื่อการจำกัดดังกล่าวเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่อยู่ภายในกรอบแห่งระบบแห่งคุณค่าของกฎหมายพื้นฐานเองและการจำกัดดังกล่าวยังจะต้องสอดคล้องกับรูปแบบตามที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้แล้วเท่านั้น นั่นคือ

การจำกัดสิทธิของของผู้ต้องขัง จะทำได้ก็แต่โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยพื้นฐานของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น กล่าวคือ อย่างน้อยจะต้องมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมารองรับให้อำนาจ แม้ว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าว จะออกมาในรูปของบทบัญญัติทั่วไปก็ตามที่<sup>88</sup> แต่เนื่องจากแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ เป็นแนวความคิดที่เริ่มต้นมาจากแวดวงทางวิชาการ ซึ่งศาลเองก็ไม่ประสงค์จะทำลายแนวความคิดดังกล่าว เพียงแต่ต้องการแก้ไขแนวความคิดเก่าในบางจุดเท่านั้น<sup>89</sup>

ประเด็นที่มีความสำคัญอีกประการหนึ่งสำหรับระบบราชทัณฑ์ คือ การอภัยโทษ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน พิจารณาแล้วเห็นว่า การอภัยโทษเป็นการที่ฝ่ายบริหาร ก้าวล่วงเข้าไปในส่วนหน้าที่ฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นไปได้เลยสำหรับกรณีอื่นๆ การอภัยโทษ จึงเป็นอำนาจสร้างสรรค์ที่มีลักษณะเฉพาะในตัวเอง<sup>90</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นอำนาจของประธานาธิบดีในฐานะประมุขของประเทศ จึงมีฐานะเป็นการกระทำของรัฐบาลที่ความผูกพันตามรัฐธรรมนูญอาจจะไม่เข้มงวดมากนัก และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ก็ยังมีความเห็นต่อไปว่า การออกกฎหมายมาวางเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดสำหรับการอภัยโทษ ก็ไม่น่าจะเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>91</sup> แต่อย่างไร

ในส่วนของความสัมพันธ์ในระบบข้าราชการ มีการแบ่งย่อยพิจารณาแฉกของข้าราชการออกเป็น 3 ส่วน กล่าวคือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ ส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตัวข้าราชการนั้นกับส่วนราชการ และส่วนที่เป็นส่วนตัว ซึ่งจะพิจารณาในรายละเอียดดังต่อไปนี้

<sup>88</sup> โปรดดู BVerfGE, 33, 1 (10f.).

<sup>89</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., S. 1382.

<sup>90</sup> โปรดดู BVerfGE, 25, 352 (361f.).

<sup>91</sup> Ebda, S. 360.

### ก) ส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่

ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่นั้น โดยหลักแล้ว ข้าราชการมิใช่ผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐาน หากแต่เป็นผู้มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เพราะข้าราชการก็คือ ผู้ดำเนินการให้ภารกิจสาธารณะลุล่วงไป ข้าราชการมิใช่ผู้ที่จะอ้างสิทธิในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น หากแต่เป็นผู้เรียบเรียง จัดพิมพ์ และเผยแพร่จุดยืนของฝ่ายราชการ ข้าราชการจึงไม่ได้รับการคุ้มครองในส่วนของสิทธิเกี่ยวกับความลับทาง การโทรคมนาคม หากมีการใช้โทรศัพท์ติดต่อราชการ ข้าราชการไม่สามารถอ้างสิทธิในการชุมนุม เพื่อปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ในส่วนที่ตนรับผิดชอบได้ ทั้งยังไม่สามารถต่อรองเรียกร้องกับหน่วยราชการด้วยการทำหน้าที่เท่าที่จำเป็น หรือทำงานแบบถ่วงเวลาได้<sup>92</sup>

ข) ส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตัวข้าราชการนั้นกับส่วนราชการ

ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตัวข้าราชการนั้นกับส่วนราชการนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วางแนวไว้ว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการโดยวินัยข้าราชการนั้น เป็นเงื่อนไขที่ขาดไม่ได้สำหรับการที่ฝ่ายปกครองจะทำหน้าที่ดูแลและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน<sup>93</sup> ฉะนั้น แม้ข้าราชการจะมีสิทธิในการรวมกลุ่มกันเป็นสหภาพ แต่ก็ไม่สามารถหยุดงานประท้วงหรือกระทำกรอย่างอื่นทำนองนั้นได้<sup>94</sup> นอกจากนี้แล้วยังถูกจำกัดในส่วนของเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น<sup>95</sup> แต่อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการอาจมีความแตกต่างกันไป เช่น อาจเรียกร้องจากเจ้าพนักงานตำรวจให้ดำเนินการที่เสี่ยงชีวิตได้มากกว่าข้าราชการในส่วนอื่น ๆ เป็นต้น

<sup>92</sup> โปรดดู BVerwGE 53, 330ff.

<sup>93</sup> โปรดดู BVerfGE, 33, 334 (347).

<sup>94</sup> โปรดดู BVerfGE, 8, 1 (17).

<sup>95</sup> โปรดดู BVerfGE, 28, 191 (203ff.).

ค) ส่วนที่เป็นเรื่องส่วนตัว

นอกเหนือจากสองประการที่กล่าวมาแล้ว ข้าราชการก็คือพลเมืองคนหนึ่ง และเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานได้เช่นเดียวกับพลเมืองคนอื่น ๆ แต่ก็เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปแล้วว่า ตำแหน่งหน้าที่กับความเป็นส่วนตัวบางครั้งก็ไม่อาจแยกออกจากกันได้ บางครั้งการมีตำแหน่งก็ส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ดำรงตำแหน่งอย่างช่วยไม่ได้ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาก็คือ ประโยชน์ของทางราชการและประโยชน์ของส่วนรวมจะต้องเป็นหลักเสมอ<sup>96</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้พิพากษาย่อมเป็นที่คาดหวังของประชาชน ที่จะต้องเป็นผู้ที่ทรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง จึงต้องละเว้นการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางการเมืองยิ่งกว่าข้าราชการฝ่ายอื่น ๆ<sup>97</sup> นอกจากนี้แล้วข้าราชการและผู้พิพากษายังมีหน้าที่ต้องรักษาความลับของทางราชการ ตลอดอายุการรับราชการและมีความผูกพันต่อไปแม้จะออกจากราชการไปแล้ว และจะเปิดเผยความลับดังกล่าวต่อหน่วยราชการอื่นหรือแม้แต่ต่อศาลก็ไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาต้นสังกัด แม้การให้การดังกล่าวจะเป็นการกระทำในฐานะจำเลยก็ตาม<sup>98</sup> นอกจากนี้แล้ว ข้าราชการยังมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญ และปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้สาบานตนก่อนเข้ารับราชการอีกด้วย

สำหรับการทำกิจกรรมอย่างอื่นของข้าราชการ ซึ่งมีใช่เป็นการดูแลทรัพย์สินของตนเอง หรือเป็นการแสดงปาฐกถาหรือการทำความเห็นทางวิชาการ หรือทางการประพันธ์ หรือ ทางศิลปะหรือการเข้าร่วมในสหภาพแรงงาน หรือกลุ่มอาชีพ หรือกลุ่มที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการช่วยเหลือตนเอง นั้น ต้องขออนุญาตจากผู้บังคับบัญชาาระดับสูง และหากการทำกิจกรรมอย่างอื่นของข้าราชการ ถึงขนาดเป็นอาชีพเสริม

<sup>96</sup> โปรดดู BVerwGE 30, 29 (31).

<sup>97</sup> โปรดดู BVerwGE 60, 254.

<sup>98</sup> โปรดดู BVerwGE 34, 252; 66, 39.

และมีรายได้เกินกว่าเกณฑ์สูงสุดสำหรับค่าตอบแทนการประกอบอาชีพเสริมของข้าราชการที่จะพึงรับได้ ก็ต้องส่งรายได้ส่วนเกินนั้นเข้าคลังต่อไป ทั้งนี้เกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับเรื่องนี้อาจมีความแตกต่างกันไปได้ตามประเภทของข้าราชการ<sup>99</sup> ในการพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ข้าราชการประกอบอาชีพเสริมนั้น ต้องคำนึงถึงเสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้อย่างเสรี ตามมาตรา 2 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายพื้นฐานประกอบด้วยเสมอ<sup>100</sup>

### 3.2.4 การผูกมัดฝ่ายตุลาการ

โดยทั่วไปแล้ว นักวิชาการกฎหมายมักมองว่าการผูกมัดของฝ่ายตุลาการ ที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ไม่น่าจะมีปัญหามากนัก จึงพลอยทำให้มีข้อเขียนเกี่ยวกับเรื่องนี้น้อย เป็นเงาตามตัวไปด้วย มาในระยะหลังปรากฏว่าความสนใจเกี่ยวกับเรื่องการผูกมัดของฝ่ายตุลาการ ที่มีต่อสิทธิขั้นพื้นฐานกลับมีมากขึ้น ทั้งนี้อาจเป็นเพราะว่านักวิชาการเริ่มเล็งเห็นถึงบทบาทของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีต่อกฎหมายทุกสาขา และเริ่มเล็งเห็นถึงบทบาทของผู้พิพากษาว่า ไม่น่าจะมีแค่เพียงนำกฎหมายธรรมดา มาปรับใช้กับกรณีที่เป็นคดีเกิดขึ้นเท่านั้น หากแต่จะต้องนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณาพร้อมกันไปด้วย ความสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานจึงมิได้อยู่ที่ฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องออกกฎหมายที่สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น หากแต่ทางปฏิบัติจริง ๆ นั้น สิทธิขั้นพื้นฐานจะมีผลเต็มที่ได้อีกต่อเมื่อฝ่ายตุลาการเองให้ความเคารพ และรู้จักที่จะนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานมาใช้ด้วยตนเองด้วย และหากฝ่ายตุลาการไม่กระตือรือร้นในส่วนนี้ ก็คงจะหวังให้สิทธิขั้นพื้นฐานซึมซาบเข้าไปในระบบกฎหมายอย่างแท้จริงคงจะเป็นไปได้ยาก จึงอาจกล่าวได้ว่าการคุ้มครองสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล ตามมาตรา 19

<sup>99</sup> โปรดดู BVerfGE, 55, 207 (238).

<sup>100</sup> โปรดดู Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. 1987, § 114 Rdnr. 22f.

อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน มีส่วนช่วยเป็นอย่างมากให้ศาลต้องตื่นตัวในเรื่องนี้ โดยอาศัยมาตราดังกล่าว ประชาชนสามารถฟ้องหน่วยงานราชการเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของตนเป็นคดีต่อศาลได้ทุกเรื่อง

นอกจากนี้แล้ว มาตรา 19 อนุมาตรา 4 ประโยคแรก แห่งกฎหมายพื้นฐาน ยังมีฐานะเป็นหลักประกันเชิงสถาบันของกระบวนการยุติธรรม<sup>101</sup> ทั้งหมด ทั้งนี้เพราะกระบวนการยุติธรรมก็คือเส้นทางไปสู่การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนนั่นเอง นอกจากนี้แล้วยังมีมาตรา 95 อนุมาตรา 1 ที่บัญญัติแยกศาลออกตามความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง เป็น 5 ทางด้วยกัน กล่าวคือกระบวนการยุติธรรมตามปกติ ซึ่งเป็นการศาลที่มีมาแต่ดั้งเดิม คือศาลแพ่งและศาลอาญา และกระบวนการยุติธรรมที่มีการแยกออกตามความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง เป็นศาลปกครอง ศาลภาษี ศาลแรงงาน และศาลสังคม โดยที่แต่ละทาง จะมีความเป็นเอกเทศไม่ขึ้นต่อกัน การที่มีหลักประกันตามรัฐธรรมนูญเช่นนี้เท่ากับว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่กระทบต่อการแบ่งแยกดังกล่าว จะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญนั่นเอง หลักประกันเชิงสถาบันของกระบวนการยุติธรรมนอกจากจะป้องกันมิให้มีการยกเลิกสถาบันดังกล่าวแล้ว ยังรวมไปถึงส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกระบวนการยุติธรรมอีกด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าได้แก่ส่วนที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับกระบวนการยุติธรรมนั่นเอง<sup>102</sup> และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันก็มีส่วนในการวางหลักในส่วนที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับกระบวนการยุติธรรมเหล่านี้ ซึ่งได้แก่

ก) การแบ่งลำดับชั้นของศาล ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วางเกณฑ์ไว้ว่ากระบวนการยุติธรรมแต่ละเรื่องไม่จำเป็นที่จะต้องมีการชั้นเสมอไป<sup>103</sup>

<sup>101</sup> โปรดดู E. Schmidt-Abmann, in: Maunz/ Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 19 Abs. IV Rdnr. 14.

<sup>102</sup> Ebda.

<sup>103</sup> โปรดดู BVerfGE, 28, 21 (36); 65, 76 (90).

ข) การจำกัดการอุทธรณ์ หรือฎีกา<sup>104</sup>

ค) ผลของคำพิพากษา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐวางเกณฑ์ไว้ว่า เพื่อความมั่นคงของกฎหมาย กฎเกณฑ์ของกฎหมายอาจกำหนดให้คำพิพากษามีผลเป็นที่สุดได้ แม้ว่าคำพิพากษานั้น ๆ จะไม่ถูกต้องก็ตาม<sup>105</sup>

ง) ประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิในทันที<sup>106</sup>

จ) การคุ้มครองชั่วคราว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้วางเกณฑ์ไว้ว่า หากเป็นกรณีที่ไม่ดำเนินการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว จะส่งผลเสียหายจนไม่อาจเยียวยาได้ศาลจะต้องให้ความคุ้มครองชั่วคราวแก่ผู้ร้อง<sup>107</sup>

ฉ) การกำหนดอายุความเงื่อนเวลา และการจำกัดสิทธิในการโต้แย้ง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้วางเกณฑ์ไว้ว่า การกำหนดอายุความฟ้องร้องย่อมไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หากว่า อายุความดังกล่าวไม่สิ้นจนเกินไป<sup>108</sup>

ช) การกำหนดค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้วางเกณฑ์ไว้ว่า การกำหนดค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ของศาลย่อมทำได้ แม้แต่การกำหนดให้วางเงินค่าธรรมเนียมล่วงหน้าก็ย่อมทำได้เช่นเดียวกัน หากได้คำนึงถึงเรื่องการให้ความช่วยเหลือในส่วนของค่าธรรมเนียมศาลแล้ว<sup>109</sup>

ซ) เงื่อนไขการดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>110</sup>

ฅ) หน้าที่ในการให้เหตุผลประกอบคำตัดสิน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้วางเกณฑ์ไว้ว่า การดำเนินการใด ๆ ก็ตามของฝ่ายอำนาจรัฐที่มีผลร้ายต่อประชาชน จำเป็นจะต้องมีการให้เหตุผลทั้งในส่วนของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย<sup>111</sup>

<sup>104</sup> โปรดดู BVerfGE, 54, 277 (299).

<sup>105</sup> โปรดดู BVerfGE, 47, 146 (165).

<sup>106</sup> โปรดดู BVerfGE, 46, 166 (178).

<sup>107</sup> Ebda.

<sup>108</sup> โปรดดู BVerfGE, 60, 253 (267f.).

<sup>109</sup> โปรดดู BVerfGE, 10, 264 (268).

<sup>110</sup> โปรดดู BVerfGE, 9, 194 (199f.); 35, 65 (73).

<sup>111</sup> โปรดดู BVerfGE, 40, 276 (286).

สำหรับกรณีของเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถตรวจสอบคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้วของทุกศาลได้ ตามกลไกของการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ<sup>112</sup> ว่า มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งในแง่ของรูปแบบและเนื้อหา กล่าวคือตรวจสอบทั้งความถูกต้องตามกระบวนการพิจารณาและความสอดคล้องกับเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

ภารกิจหลักของศาลนั้น ก็คือการใช้กฎหมายและกฎเกณฑ์ที่สูงกว่านั้น คือรัฐธรรมนูญเป็นแนวทางในการตัดสินใจคดีอยู่แล้ว และในฐานะที่เป็นฝ่ายอำนาจรัฐเช่นเดียวกัน ฝ่ายตุลาการก็มีหน้าที่ที่จะต้องผูกพันตนเองกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 1 อนุมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานการผูกพันดังกล่าวมิใช่จะจำกัดเฉพาะในส่วนของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมโดยตรงเท่านั้น ประเด็นที่น่าสนใจก็คือสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมโดยตรงนั้นจะผูกพันเฉพาะในส่วนของกระบวนการที่เป็นขั้นตอนการพิจารณาคดีและในส่วนของ การจัดองค์กรของศาลเป็นหลัก แต่สิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ย่อมผูกพันฝ่ายตุลาการในส่วนที่เป็นกรกระทำของฝ่ายตุลาการทั้งมวลสิทธิขั้นพื้นฐานจึงมีฐานะเป็นมาตรฐานสำหรับการตัดสินใจคดีนั่นเอง ปัญหาจึงอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี ซึ่งสามารถแยกได้เป็น 3 กลุ่มด้วยกันคือ

- ปัญหาเกี่ยวกับความผูกพันของกระบวนการยุติธรรมที่มีต่อกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ และประเด็นการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>113</sup>

- ปัญหาเกี่ยวกับความผูกพันของศาลต่างๆ ที่มีต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

- การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ที่กระทำกับศาลเฉพาะทางต่างๆ ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับอำนาจโดยรวมของ

<sup>112</sup> ไปรอดู บุลลือร์ มิวังส์คูโชม, เจิงอรรถที่ 41, หน้า 65-70

<sup>113</sup> ไปรอดู K. Stem, aaO., Bd. I § 4 III 8d.

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพื่อการดังกล่าว มาตรฐานในการตรวจสอบและขอบเขตแห่งการรับรู้ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ สำหรับการตรวจสอบดังกล่าว<sup>114</sup>

แต่ในที่นี้จะขอพิจารณารายละเอียดเฉพาะในส่วนที่เป็นประเด็นที่น่าสนใจ และปัญหาที่น่าสนใจก็คือ การที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้ผู้พิพากษาเชื่อฟังแต่กฎหมายเท่านั้น (มาตรา 97 อนุมาตรา 1) ทั้งยังกำหนดให้ฝ่ายตุลาการต้องผูกพันต่อกฎหมายทั้งที่เป็นกฎหมายตามรูปแบบในฐานะที่เป็นการตัดสินใจของฝ่ายข้างมาก ตามรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และผูกพันต่อกฎหมายตามเนื้อหา (มาตรา 20 อนุมาตรา 3) ความผูกพันดังกล่าวเริ่มตั้งแต่กฎหมายลำดับรอง กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายจารีตประเพณี และรัฐธรรมนูญ<sup>115</sup> ผู้พิพากษามีอิสระเพียงแต่จะต้องผูกมัดตนเองกับกฎหมายดังกล่าวเท่านั้น หากแต่ยังจะต้องมองไปถึงเบื้องหลังของกฎหมาย นั่นคือมองไปถึงรัฐธรรมนูญที่เป็นพื้นฐานของความชอบธรรมของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ด้วย ผู้พิพากษาจึงถูกผูกมัดโดยรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดที่บังคับใช้ได้โดยตรงด้วยเช่นกันด้วยเช่นกัน และหากเกิดความขัดแย้งกันขึ้นระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ รัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติแนวทางการเยียวยาไว้อย่างค่อนข้างชัดเจนแล้ว ปัญหาที่น่าสนใจจึงน่าจะเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายในทางกฎหมายที่จะมาบังคับใช้กับคดีได้ เพราะแม้จะไม่พบกฎหมายทางกฎหมายที่จะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาคดีได้ ศาลเยอรมันก็ไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธการตัดสินใจคดีได้ เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานรับรองสิทธิของประชาชนที่จะขอฟังบารมีศาลได้เสมอ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมีหน้าที่ ที่จะต้องหากฎเกณฑ์มาเติมในส่วนที่เป็นช่องว่างของกฎหมายนี้ให้ได้ ซึ่งเป็นภารกิจที่เป็นที่

<sup>114</sup> โปรดดู K. Stern, aaO., Bd. II § 44 II 3; V 3g.

<sup>115</sup> โปรดดู R. Herzog, in: Maunz/ Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 97 Rdnr.5.

ถกเถียงกันมากและเป็นเรื่องที่ยากมากอีกด้วย เพราะย่อมเป็นเรื่องที่น่ามาซึ่งความขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการได้เสมอประมวลกฎหมายแพ่งสวิตส์กำหนดทางออกไว้ตั้งแต่ช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ในมาตรา 1 โดยกำหนดให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายจารีตประเพณี หากไม่สามารถหากฎเกณฑ์สำหรับคดีจากกฎหมายในรูปแบบของพระราชบัญญัติได้ และหากกฎหมายจารีตประเพณีก็ยังไม่สามารถหาได้ กฎหมายกำหนดให้ผู้พิพากษาดัดสินตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองคิดว่าหากเป็นฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎเกณฑ์เช่นนั้น ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้กลายมาเป็นต้นแบบสำหรับมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย แต่กฎหมายไทยก็มีได้นำมาใช้ทั้งหมด เท่ากับว่ากฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษา ที่จะต้องทำหน้าที่พัฒนากฎหมายต่อไป ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่า ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นอย่างไร กรอบของการพัฒนากฎหมายของผู้พิพากษาที่ว่าเป็น ก็คือรัฐธรรมนูญ นั่นเอง หลักการที่เป็นกรอบตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ หลักการแยกอำนาจ<sup>116</sup> หลักประชาธิปไตย<sup>117</sup> และหลักนิติรัฐ<sup>118</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำพิพากษาจะต้องเป็นไปในแนวทางที่พอจะคาดหมายล่วงหน้าได้ และอยู่กับร่องกับรอยนั่นเอง

ตัวอย่างของการพัฒนากฎหมายได้แก่คำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธ์ในทางแพ่งได้พัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับการล่วงล้ำกรรมสิทธิที่เท่ากับเป็นการเวนคืนและการล่วงล้ำกรรมสิทธิที่เป็นเสมือนการเวนคืน<sup>119</sup> แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยไปในแนวทางที่ว่า การที่จะฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกค่าทดแทนได้นั้น จะต้องมีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับสิทธิเรียกร้องนั้น ๆ เสมอ<sup>120</sup> แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลแห่งสหพันธ์

<sup>116</sup> ไปรอดดู บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ, เชิงอรรถที่ 41, หน้า 158ff

<sup>117</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 77-84

<sup>118</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 157-167

<sup>119</sup> ไปรอดดู BGHZ 6, 270 (290); ไปรอดดู บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ, เชิงอรรถที่ 58, หน้า 73-80

<sup>120</sup> ไปรอดดู BVerfGE 58, 300ff.

ในทางแพ่งก็ยังคงยืนยันแนวความคิดตามคำพิพากษาของศาลที่มีมาแต่เดิม<sup>121</sup> ซึ่งจากกล่าวได้ว่า ศาลยอมให้มีการฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าทดแทนได้นั้น บนพื้นฐานของกฎหมาย ที่ศาลสร้างขึ้นเอง โดยถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ในระดับของกฎหมายธรรมดาไม่ใช่กฎหมายจารีตประเพณีระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ นั่นเอง ความไม่ลงรอยกันระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลแห่งสหพันธ์ทางแพ่งที่กล่าวมานี้ ชี้ให้เห็นถึงความใกล้ชิดกันจนบางครั้งยากที่จะแยกออกจากกันได้ระหว่างความผูกพันที่มีต่อรัฐธรรมนูญรวมทั้งกฎหมายพื้นฐานของฝ่ายตุลาการในด้านหนึ่งกับความผูกพันที่มีต่อกฎหมายธรรมดาในอีกด้านหนึ่ง

นอกจากประเด็นที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมโดยทั่วไป ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีกรณีที่ผู้พิพากษาออกคำสั่งหรือหมาย เพื่อการจับกุมหรือคุมขังบุคคล ตามมาตรา 104 แห่งกฎหมายพื้นฐาน หรือการออกหมายค้น ตามมาตรา 13 แห่งกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจของผู้พิพากษา และเป็นการใช้ดุลพินิจ รวมทั้งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงของผู้พิพากษากับประชาชน แต่ก็มีผลผูกพันโดยตรงกับศาลในกรณีนี้แม้ว่าท่านผู้พิพากษาจะมอบหมายให้ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ตรวจสอบหลักฐานแทนในฐานะผู้ช่วยประจำศาล ก็มีผลผูกพันศาลโดยตรงเช่นเดียวกัน<sup>122</sup> การดำเนินการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับกิจกรรมที่ได้กล่าวมาแล้ว ได้แก่ การดำเนินการของผู้พิพากษาในส่วนของธุรการศาล ในส่วนของการบังคับคดี และในกระบวนการยุติธรรม ล้วนเป็นการใช้อำนาจรัฐซึ่งกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสิ้น แม้ว่าการดำเนินการดังกล่าวจะเป็นการใช้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ก็มีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน ที่สามารถก้าวล่วงเข้าไปในส่วนที่เป็นขอบเขตของพลเมือง การ

<sup>121</sup> โปรดดู BGH, JZ 1984, 987.

<sup>122</sup> โปรดดู BVerfGE, DVBl. 1987, 1062f. อ้างจาก K. Stern, aaO., S.1483.

ตัดสินใจที่ดี การออกหมายบังคับคดีที่ดี หรือการตัดสินลงโทษที่ดี ล้วนเป็นการใช้อำนาจรัฐ และเมื่อเป็นการใช้อำนาจกับประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า การใช้อำนาจเหล่านี้ล้วนเป็นการใช้อำนาจรัฐที่ต้องผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรงทั้งสิ้น

สำหรับมาตรฐานในการตรวจสอบว่า สิทธิขั้นพื้นฐานได้รับความกระทบกระเทือนหรือไม่ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางเกณฑ์ที่เรียกว่ามีการพิจารณาเป็นลำดับขั้น โดยพิจารณาจากความเข้มข้นของการล่วงล้ำสิทธิ หรือความกระทบกระเทือนที่เกิดขึ้นและความหนักเบาของผลที่ผู้เสียหายได้รับ โดยศาลเองก็ตระหนักดีว่า ขอบเขตของการล่วงล้ำสิทธิขั้นพื้นฐานคงจะพิจารณาอย่างตายตัวไม่ได้ และคงจะไม่อาจเหมือนกันทุกกรณีได้ จะต้องมีช่องที่ทำให้เกิดความยืดหยุ่นสำหรับแต่ละกรณีด้วย

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลที่สะท้อนให้เห็นถึงมาตรฐานดังกล่าวนี้ โดยศาลได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลแพ่งอันถึงที่สุดแล้ว ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ คงจะไม่เข้าไปขวางทันทีหากเป็นกรณีที่มีการให้น้ำหนักที่แตกต่างกันไป ทำให้ได้ผลลัพธ์ที่ไม่เหมือนกัน จุดเริ่มต้นของการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องเข้าไปแก้ไข ในประเด็นปัญหาการล่วงล้ำสิทธิของประชาชนก็คือ เมื่อคำพิพากษาของศาลแพ่งแสดงให้เห็นว่าการตีความผิดพลาด ที่เกิดจากความเข้าใจผิดในความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตของความคุ้มครองตามสิทธินั้น ๆ ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในแง่ของเนื้อหาสำหรับคดีนั้น ๆ<sup>123</sup> และยังผลของคำตัดสินของศาลแพ่งเข้าไปมีอิทธิพลต่อแดนแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายที่เสียเปรียบมากขึ้นเพียงใด ข้อเรียกร้องให้มีการให้เหตุผลสำหรับการล่วงล้ำสิทธิดังกล่าวก็จะยิ่งทวีความเข้มงวดมากขึ้น และขอบเขตของการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>123</sup> โปรดดู BVerfGE 18, 85 (93).

แห่งสหพันธ์ก็จะพลอยขยายตัวตามไปด้วย และหากเป็นกรณีที่มีการล่วงล้ำสิทธิมีความเข้มข้นถึงขีดสุด ก็เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่จะเอาดุลพินิจของศาลรัฐธรรมนูญเอง เข้าไปแทนที่ดุลพินิจของศาลแพ่งได้<sup>124</sup>



---

<sup>124</sup> โปรดตุ BVerfGE 35, 202ff.

## ส่วนที่สอง

---

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และ  
สิทธิ เสรีภาพต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไทย



## บทที่ 4

### ขอบเขตของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และ สิทธิ เสรีภาพต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไทย

---

#### 4.1 ความทั่วไป

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิ เสรีภาพต่าง ๆ ที่พิจารณามาข้างต้นนั้น คงต้องยอมรับความจริงกันว่า เป็นประเด็นใหม่สำหรับประเทศไทยและประเทศอื่น ๆ ที่มีได้มีวิวัฒนาการของเรื่องเหล่านี้มาด้วยตัวเอง หากแต่ ทำการนำเข้าแนวความคิดเหล่านี้มาจากต่างประเทศ ตัวอย่างจากประเทศจีนอาจเป็นอุทธาหรณ์ที่ดี ว่าในการเปิดประตูประเทศ<sup>1</sup> เพื่อรับแนวความคิดแนวตะวันตก สำหรับประเทศจีนก็เป็นปัญหา Prof. Ago แห่งมหาวิทยาลัยกิวชู ของประเทศญี่ปุ่นได้เคยให้ข้อมูลกับผู้เขียนว่า ในขั้นของการยกร่างกฎหมายแพ่งของประเทศจีน นักวิชาการก็ยังไม่สามารถจะหาคำที่มีความหมายตรงกับคำว่า “สิทธิ” มาใช้ได้คำที่ท้ายที่สุดได้รับการยอมรับให้นำมาใช้แทนคำว่า “สิทธิ” นี้ก็ปรากฏว่าไม่ประสบความสำเร็จ เพราะไม่อาจสื่อความหมายตามที่ต้องการได้ ท้ายที่สุดเมื่อญี่ปุ่นได้พัฒนากฎหมายแพ่งขึ้นมา และเทียบเคียงหาคำที่มีความหมายตามที่ต้องการได้ จีนจึงได้ยืมคำดังกล่าวมาใช้บ้างดังที่ไทยเองก็ได้รับอิทธิพลจากประมวลแพ่งของญี่ปุ่นมาไม่น้อย

---

<sup>1</sup> สำหรับประเด็นเกี่ยวกับความแตกต่างทางความคิดระหว่างประเทศทางตะวันตกกับประเทศแถบเอเชีย โปรดดู ในหัวข้อ 1.8

ปัญหาที่หยิบยกมานี้จะเป็นการบอกทางอ้อมถึงความเก่งกาจของ ญี่ปุ่นหรือไม่ คงไม่ใช่ประเด็นสำคัญ แต่สิ่งที่สะท้อนให้เห็นจากปัญหาดังกล่าวก็คือ ปัญหาพื้นฐานของการรับแนวความคิดมาจากต่างประเทศนั้น จะประสบปัญหาเป็นอย่างมาก โดยเริ่มตั้งแต่การที่จะหาคำศัพท์ที่เหมาะสมที่สามารถจะสื่อความหมายจากต้นแบบได้ตรงตามความต้องการหรือไม่

## 4.2 ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบัน

### 4.2.1 แนวความคิดพื้นฐานทั่วไป

แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ซึ่งนับได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งดังที่ได้กล่าวมาแล้ว<sup>2</sup> โดยคำว่าสิทธินั้น ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้เคยอธิบายว่า “คำว่าสิทธิ ถ้าพิจารณาในแง่ของ(เจ้าของ)สิทธิ หมายถึงประโยชน์ ที่กฎหมายคุ้มครองและป้องกันให้ แต่ถ้าพิจารณาในแง่ของผู้มีหน้าที่ ก็หมายถึงอำนาจที่กฎหมายให้ไว้แก่เจ้าของสิทธิ ทำให้บุคคลอื่นมีหน้าที่ไม่รบกวนขัดขวางการถือสิทธิและใช้สิทธิของเขา” และ “คำว่าเสรีภาพ หมายถึงอิสระที่จะกระทำหรืองดเว้นไม่กระทำ (ทั้งนี้) ตามที่กฎหมายบัญญัติ”<sup>3</sup> เป็นประเด็นที่ได้รับการกล่าวอ้าง ถกเถียง วิพากษ์วิจารณ์ มาเป็นระยะเวลาพอสมควรแล้ว ในประเทศไทย ก่อนที่จะมีการอ้างอิงถึงวิถีเอเชีย<sup>4</sup> ดังที่กล่าวขานกันในประเทศเพื่อนบ้านของเราในช่วงระยะเวลาไม่กี่ปีมานี้

<sup>2</sup> โปรดดูบทที่ 1 และ อุดม รัฐอมฤต / นพนิติ สุริยะ / บรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, 2544, หน้า 178

<sup>3</sup> โปรดดู หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 พร้อมด้วยคำแปลมาตราเป็นภาษาอังกฤษของทางราชการ, 2512, หน้า 41 (ถ้อยคำในวงเล็บเพิ่มเติมโดยผู้เขียน)

<sup>4</sup> โปรดดู จรัญ โฆษณานันท์, ปัญหาสิทธิมนุษยชน วิถีเอเชีย และวัฒนธรรมไทย, ใน วารสารอัยการ ปีที่ 19 ฉบับที่สอง, มีนาคม 2539, หน้า 63

สำหรับกรณีในประเทศไทยเรา อาจจะมีลักษณะแตกต่างจากประเทศเพื่อนบ้านดังกล่าวจากการที่ประเทศไทย สามารถรักษาความเป็นเอกราชไว้ได้ เราจึงไม่สู้จะรู้สึกว่าเป็นปมด้อยนักที่จะต้องเดินตามกันฝรั่ง เพียงแต่ว่า เมื่อได้นำแนวความคิดของฝรั่งมาเป็นต้นแบบแล้ว ในแง่ของการใช้ในทางปฏิบัติจริง ๆ อาจไม่ตรงกับทางปฏิบัติของต้นตำรับก็ได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือการที่รัฐธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2502 บัญญัติมาตรา 17 ไว้โดยมีเนื้อหาที่ถอดแบบมาจากมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1958 ของฝรั่งเศสที่ได้รับการขนานนามว่าเป็นฉบับเดอ โกล โดยเพียงแต่ตัดขั้นตอนของการควบคุมที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสซึ่งเป็นต้นฉบับออกไปเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติ ก็เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปอยู่แล้วว่า บทบัญญัติมาตรา 17 นี้ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการสังหารชีวิตคน เป็นจำนวนมากมาแล้ว ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสเองคงไม่มีใครคาดหมายว่าผู้มีอำนาจของตนจะใช้มาตรา 16 ตามรัฐธรรมนูญของตนละเมิดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และสิทธิมนุษยชนได้ถึงขนาดนั้น

นอกจากประเด็นการใช้สิ่งที่ลอกเลียนมาไม่ตรงกับต้นฉบับแล้ว ในประเทศไทยก็เคยมีประสบการณ์เกี่ยวกับความพยายามของผู้ครองอำนาจในการที่จะเบี่ยงเบนแนวความคิดของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยในระหว่างที่กำลังยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับ ปี พ.ศ. 2511 นั้น ได้มีการยกประเด็นกันขึ้นมาโดยผู้ทำหน้าที่ยกร่างในขณะนั้น ว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวคงจะไม่ลอกเลียนแนวความคิดของฝรั่ง เนื่องจากสภาพการณ์ ในบ้านเราแตกต่างจากพวกเขา ผู้ร่างฯ มีแนวความคิดที่เป็นประชาธิปไตยแบบไทย ๆ ที่จะเป็นหลักการสำคัญในการปกครองประเทศต่อไป จนคำว่า “ประชาธิปไตยแบบไทย ๆ” ดังกล่าวกลายเป็นคำล้อเลียนในวงการสื่อมวลชนขณะนั้น และผลลัพธ์ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ได้เป็นที่ประจักษ์แก่สายตาของปวงชนชาวไทยแล้วว่า คำว่า “ประชาธิปไตยแบบไทย ๆ” ที่มีการกล่าวถึงกันนั้น แท้ที่จริงก็คือ พื้นฐาน

สำคัญสำหรับการสืบทอดอำนาจของผู้นำซึ่งครองอำนาจอยู่ในสมัยนั้นนั่นเอง ความไม่พอใจของประชาชนต่อพฤติกรรมการสืบทอดอำนาจในหมู่ วงศาณาญาติ ได้มีการแสดงออกในเหตุการณ์สำคัญในประวัติศาสตร์การ ปกครองของไทย เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ซึ่งจะเห็นได้ว่า เหตุการณ์ดังกล่าวยังอยู่ในความทรงจำของคนไทยอย่างไม่รู้ลืม จนมีการ สร้างอนุสาวรีย์ขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องเตือนใจรำลึกถึงเหตุการณ์ดังกล่าว นักการเมืองที่ไม่เคยเข้าใจและจดจำเหตุการณ์ดังกล่าว จำจะต้องเปลี่ยน ทัศนคติของตนเสียใหม่ ในที่นี้ย่อมรวมถึงนักการเมืองรุ่นใหม่ ๆ ที่ไม่ได้มี โอกาสรับรู้เหตุการณ์ดังกล่าวด้วยประสบการณ์ของตนเองด้วย

เหตุการณ์ที่คล้ายคลึงกันกับที่กล่าวถึงข้างต้นก็คือ เหตุการณ์ ในช่วงที่กำลังทำการยกร่างรัฐธรรมนูญไทยฉบับ พ.ศ. 2534 จะมีตัวแทน ฝ่ายที่ครองอำนาจในขณะนั้น ออกมาให้สัมภาษณ์กับสื่อมวลชนว่า คนไทยไม่ได้รับประทานขนมปัง แบบฝรั่ง การปกครองก็คงจะถือตาม แบบฝรั่งไม่ได้ แต่ในท้ายที่สุด ผลลัพธ์ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ก็ได้เป็นที่ประจักษ์แก่สายตาของปวงชนชาวไทยอีกครั้งหนึ่งว่าประวัติศาสตร์ ซ้ำรอยอีกแล้ว เพราะมีการสืบทอดอำนาจเกิดขึ้นอีกเช่นเดียวกัน จนเป็นที่มาของเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ ในปี พ.ศ. 2535 ดังที่ทราบกันโดยทั่วไปแล้ว

เหตุการณ์ทั้งสองเป็นเครื่องยืนยันว่า *ข้ออ้างในเรื่องของความแตกต่างระหว่างวัฒนธรรมไทยกับวัฒนธรรมฝรั่ง ไม่สามารถกล่อม คนไทยให้ก้มหน้ายอมรับการปกครองที่ไม่เป็นธรรมได้* แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับผู้ที่มีแนวความคิดที่อยากจะสร้าง “ประชาธิปไตยแบบไทยๆ” หรือ ยังคงเชื่อมั่นว่า “คนไทยไม่ได้รับประทานขนมปัง” ก็คงจะยังมีอยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่ต้องสูญเสียอำนาจเดิมของตนไป และจากพฤติกรรม ทั้งหลายที่ผ่านมาก็มีส่วนทำให้ความน่าเชื่อถือไมศของแนวความคิดนี้ลดน้อย ถอยลงไปมาก แต่ในทางกลับกัน *การที่จะพัฒนาแนวความคิดที่เป็นสากล ขึ้นมาสำหรับในบ้านเราก็ไม่ใช่เรื่องง่าย เพราะในการนี้จะต้องรับเอาแก่น*

ของความคิดแบบของฝรั่งเข้ามาใช้โดยไม่ให้มีกลิ่นนมกลิ่นเนยมากจนเกินไป ทั้งยังต้องคำนึงถึงสภาพการณ์ในบ้านเมืองของเราเองด้วย แต่การที่จะนำหลักการที่เป็นสากล มาปรับจนไม่เหลือแก่นที่เป็นสากลเลย ก็ไม่ได้รับการยอมรับอีกเช่นเดียวกัน นี่คือความยาก และสาเหตุที่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยของไทยไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร และยังไม่มีการศึกษาวิเคราะห์กันมากนักทั้งๆ ที่เป็นประเด็นที่เป็นความเป็นความตายและยังเป็นปัญหาเฉพาะหน้าอยู่แม้ในปัจจุบันก็คือปัญหาเกี่ยวกับความรู้และความเข้าใจของประชาชนที่มีต่อแนวความคิดใหม่ๆ ที่เป็นเงื่อนไขทั้งหลายของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย รวมทั้งจิตสำนึก และความรู้ความเข้าใจของบุคลากรฝ่ายอำนาจรัฐ ที่มีต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และประเด็นเงื่อนไขต่างๆ ที่ทำให้การปกครองดังกล่าวนี้เป็นไปได้ ซึ่งก็คงเป็นประเด็นที่สามารถจะนำมาใช้เป็นหัวข้อในการทำวิจัยได้อีกมาก

## 4.2.2 บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ. 2540 ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

### 4.2.2.1 เจตนารมณ์ของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ

เจตนารมณ์ของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น สะท้อนออกมาอย่างชัดเจนในคำอภิปรายของ พันเอกสมคิด ศรีสังคม ซึ่งอภิปรายว่า “...กระผม ในฐานะที่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเขียนมาตรานี้ และก็การแปรญัตติ มาตรานี้ด้วย กระผมก็ขออภิปรายเพิ่มเติมอย่างนี้ คำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือว่า ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ มันติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่โบราณแล้ว ตั้งแต่เกิดมาเป็นโลกนี้ ถ้าจะถือตามความเชื่อในทางศาสนาคริสต์ ก็ตั้งแต่พระเจ้าสร้างโลก สร้างอาดัมส์กับเอวาขึ้นมา มันติดมาตั้งแต่โน้น ติดมาอย่างไรครับ เกิดมาเป็นมนุษย์ ความเป็นมนุษย์มันก็ชัดอยู่ แต่มันก็ไม่ชัดเพียงพอในประวัติศาสตร์นั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถูกขยำยเหยียบย่ำ ทำลายประทุษร้ายตลอดมา เราจะเห็นได้ ไม่ต้องไปอ้างถึงไหนหรอกครับ

แม้ปัจจุบันนี้มันก็ถูกเหยียบย่ำทำลายอยู่ตลอดเวลา ที่มนุษย์มารวมกันหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ก็อย่างที่สมาชิกหลายท่านได้กล่าวมาแล้วว่าศักดิ์ศรีของมนุษย์ถูกเหยียบย่ำทำลาย เมื่อสงครามโลกครั้งที่แล้ว มนุษย์เสียชีวิตเพราะคนที่มีความรู้สึกในทางเผด็จการ ในทางที่จะอาศัยศักดิ์ศรีมนุษย์ เหยียบศักดิ์ศรีมนุษย์เพื่อครองอำนาจ แล้วที่มนุษย์นี้ต้องเสียชีวิตเพราะเหตุนี้ เพราะเหตุการณ์ เหยียบย่ำศักดิ์ศรีของมนุษย์ 50 กว่าล้านคนในสงครามโลกครั้งที่สอง และทุกวันนี้มันก็ยังเกิดอยู่ ไม่ฆ่ากันก็กดขี่ข่มเหงกัน เองง่าย ๆ ครับ เราเป็นมนุษย์ คนไทยนี้แหละครับถูกจับกุมไม่ว่าคดีอาญาใดๆ ก็แล้วแต่ มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน แต่ว่าถ้าหากว่าเป็นลูกนายพล ลูกเศรษฐี มหาเศรษฐี ลูกผู้มีอำนาจ เป็นอย่างไรครับ ถูกปฏิบัติอย่างหนึ่ง ถ้าเป็นลูกคนจน ถูกไล่เข้าห้องขัง ถูกเตะถูกถีบถูกซ้อมถูกทำลาย กดขี่ข่มเหง นั่นแหละครับ ทุกวันนี้ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์มันก็ถูกย่ำยื้ออยู่ และที่ประเทศต่างๆ มารวมกันตั้งขึ้นเป็นสหประชาชาติ แล้วก็ประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของมนุษย์ หรือว่าศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ นั่นก็เพราะเหตุนี้ทุกประเทศที่เป็นภาคีสถนามรับรองหมด ประเทศไทยก็ลงนามรับรองไว้เป็นภาคี ทำไมล่ะครับ ถึงไม่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมา ก็เพราะว่าเขามองข้าม ผู้ที่เขียนกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับแล้วๆ ความรู้สึกนึกคิด ความสำนึกในเรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ยังไม่มี เขายังไม่เข้าใจว่า ระบอบประชาธิปไตยอันแท้จริงนั้น หลักสำคัญมันก็คือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั่นเอง ที่เราเขียนมาตรา 1 จนถึงมาตราสุดท้าย เราเขียนเพื่ออะไรครับ เราเขียนเพื่อรักษาไว้ คุ่มครองไว้ เคารพไว้ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้แหละทุกมาตรา ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้คือพื้นฐานอันแท้จริงของระบอบประชาธิปไตย เพราะฉะนั้นเรื่องนี้ในมาตรา 25 นี้ละครับ การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ความจริงมันน่าจะบังคับทุกองค์กรของมนุษย์ ไม่ใช่เพียงองค์กรของรัฐเท่านั้นที่จะเคารพ คุ่มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ฉะนั้นที่เขียนไว้ในนี้ต้องคำนึงถึง

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ถ้าสมมุติว่าเราตัดคำว่า ศักดิ์ศรีออกความหมายของระบอบประชาธิปไตย ความหมายของพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยมันก็อ่อนลง เรามาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อสนองตอบการปฏิรูปการเมือง ซึ่งให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์น้อยเหลือเกิน เราเขียนไว้ก็เพื่ออย่างนี้ละครับ ถ้าอย่างนั้น ถ้าหากว่าเราตัดคำว่า ศักดิ์ศรี ไปแล้ว ความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญนี้ ซึ่งจะสร้างระบอบประชาธิปไตยอันแท้จริง แล้วก็การปฏิรูปการเมืองนั้นก็คือ การสร้างระบอบประชาธิปไตยอันแท้จริงนั้นละครับ ให้มันเกิดขึ้นในสังคมไทย เพราะฉะนั้น กระทบก็ขอทราบเรียนว่า เราทำถูกต้องแล้วว่า การใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าองค์กรใดก็ตาม องค์กรรัฐสภา เป็นผู้แทนเป็นตัวแทนของปวงชนเข้ามา องค์กรคณะรัฐมนตรี องค์กรศาล ซึ่งได้รับฉันทานุมัติจากประชาชนทั้งประเทศ ทั้งสามองค์กรนี้ละครับ จะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ครับ ขอขอบคุณ ครับ”<sup>5</sup> จะเห็นได้ว่า คำอภิปรายของท่าน พันเอก สมคิด ศรีสังคม ที่ยกมานี้ สะท้อนแนวคิดที่เป็นสากลออกมาให้เห็นอย่างชัดเจน แต่กระนั้นก็ตาม มีกรณีการที่ร่วมยกบางท่าน เสนอให้ใช้คำว่าสิทธิมนุษยชนแทนคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ ในการพิจารณาวาระที่ 2 ของสภาร่างรัฐธรรมนูญ มีสมาชิกบางท่านเสนอให้ตัดคำว่าศักดิ์ศรีออก โดยให้เหตุผลว่า เพราะในการใช้กฎหมายขององค์กรของรัฐก็มีหน้าที่ดูแลประชาชนทุกหมู่เหล่าอย่างเท่าเทียมกันอยู่แล้ว แต่ก็มีสมาชิกบางท่านเสนอให้คงคำว่า ศักดิ์ศรีไว้ เพื่อมิให้ถูกจำกัดโดยกฎหมายใดได้ และในที่สุดที่ประชุมก็มีมติให้คงไว้ตามที่คณะกรรมการธิการเสนอ<sup>6</sup>

<sup>5</sup> โปรตดู คำอภิปรายของ พันเอกสมคิด ศรีสังคม ในรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 วันอังคาร ที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ. 2540 หน้า 133-134

<sup>6</sup> โปรตดู มন্ত্রী รูปสุวรรณ/ กาญจนารัตน์ ลีโรจน์/ ฤทัย หงส์ศิริ/ มานิตย์ จุมปา/ คมสันต์ โพธิ์คง, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ, 2542, หน้า 86-87

#### 4.2.2.2 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากรัฐธรรมนูญไทยจะบัญญัติไว้ในมาตรา 6 กำหนดให้รัฐให้ความคุ้มครองแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แล้ว ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 26 ให้การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังให้สิทธิแก่ชนชาวไทย ตามมาตรา 28 ให้สามารถอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ได้ ซึ่งรวมไปถึงความสามารถที่จะยกเอาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพื่อการใช้สิทธิทางศาล หรือเพื่อการต่อสู้คดีในศาลได้

ในส่วนนี้จะเห็นได้ว่า การที่รัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบัน นำเอาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ทำให้ตัดประเด็นปัญหาที่ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยหรือไม่ ออกไปได้ แต่ก็ทำให้เกิดปัญหาต่อไปว่า จากความเป็นสิทธิดังกล่าว ทำให้เรื่องที่เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิได้ด้วยหรือไม่ ต่อคำถามดังกล่าว อาจมีข้อพิจารณาที่จะทำให้การตอบง่ายขึ้น ก็คือ มาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน กำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ จะกระทำไม่ได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ต้องอยู่ภายในกรอบแห่งกฎหมาย หากแต่รัฐธรรมนูญกำหนดกรอบของการใช้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไว้ในรัฐธรรมนูญเอง ว่าบุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน จากบทบัญญัติดังกล่าว ทำให้พอจะสรุปได้ว่า หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ก็จะเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิได้และหากพิจารณาว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้เป็นพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว ประเด็นเรื่อง

ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็จะเป็นประเด็นที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ทำนองเดียวกับแนวความคิดตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันเช่นเดียวกัน

### 4.3 ปัญหาเฉพาะของไทยในการใช้และการตีความศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าในรัฐธรรมนูญไทยจะได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามฉบับถาวรพุทธศักราช 2475 โดยได้มีการรับรองไว้ในมาตรา 12 ว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย ฐานะนครศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิ์อย่างใดเลย” ตามมาตรานี้จะเห็นได้ว่าได้มีการนำหลักความเสมอภาคมาใช้ในประเทศไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 แล้ว จากหลักฐานตามบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ต้องตั้งคำถามต่อไปว่า เหตุใดสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นหลักสากลจึงไม่สามารถส่งผลเท่าที่ควรในวงการนิติศาสตร์ของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวงการตุลาการ ตัวอย่างที่สามารถจะสะท้อนปัญหานี้ได้เป็นอย่างดี ก็คือ สิทธิขั้นพื้นฐานว่าด้วยหลักความเสมอภาค<sup>7</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 881/ 2495 เป็นเครื่องสะท้อนให้เห็นว่า ศาลฎีกาเองก็เชื่อมโยงหลักความเสมอภาคของประชาชนกับการห้ามมิให้ฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจเข้าไว้ด้วยกัน โดย

<sup>7</sup> โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 881/ 2495 ซึ่งเป็นหนึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนไม่มากนักที่อ้างอิงหลักกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ; ธานินทร์ กรีวิเชียร/ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2539, หน้า 363; สมคิด เลิศไพฑูรย์, การควบคุมและตรวจสอบ double standard ที่กระทำโดยหน่วยงานของรัฐ, ใน: สมคิด เลิศไพฑูรย์ (บรรณาธิการ), อาจารย์บุชา รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมบูรณ์, 2545, หน้า 304-305

ตัดสินใจว่า จำเลยซึ่งเป็นนายอำเภอ ได้เข้าใจผิดในข้อสำคัญ ที่คิดไปว่า คนมีอำนาจที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ใคร ๆ ซื้อที่ดินก็ได้ ซึ่งไม่ถูกต้อง จำเลยหาว่ามีอำนาจเช่นนั้นไม่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 บัญญัติแต่เพียงว่า การได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือ ทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ จะสมบูรณ์ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อนิติกรรมนั้นได้มีการทำเป็นหนังสือและได้จดทะเบียนการได้มา กับพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนสิทธิ และนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2486 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2492 ก็เพียงแต่บัญญัติให้บุคคลตามตำแหน่งที่ระบุไว้ เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามประมวลกฎหมายเท่านั้นหาได้มีข้อความใดที่จะให้พนักงานเจ้าหน้าที่ มีอำนาจอนุญาตการซื้อขาย หรือห่วงเหนี่ยวขัดขวางการจดทะเบียนนิติกรรมของราษฎรไว้ได้ไม่ ตรงกันข้ามกลับมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 26 ระบุไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพ บริบูรณ์ในทรัพย์สิน ฯลฯ ทั้งนี้ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย” ซึ่งย่อม แสดงว่า คนไทยทุกคนย่อมมีสิทธิเสมอภาคกัน ในอันที่จะถือกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินใด ๆ เว้นแต่จะมีกฎหมายห้าม หรือวางเงื่อนไขอย่างใดไว้ และศาลฎีกาก็ไม่เห็นว่าจะมีกฎหมายใดที่ว่าคนไทยจะถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ผู้รับจดทะเบียนก่อน หรือว่า จะมีกฎหมายให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียน ให้ห่วงเหนี่ยว ขัดขวางการรับจดทะเบียนไว้ได้ตามอำเภอใจ ระเบียบที่จำเลยอ้าง แม้จะมีอยู่ ศาลฎีกาก็เห็นว่ามิใช่กฎหมาย และไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจให้ออก ระเบียบเช่นนั้นได้ ฉะนั้นศาลฎีกาจึงเห็นว่าจะใช้ระเบียบบังคับแก่ประชาชน จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่เขา นั้นไม่ได้ อีกทั้งข้ออ้างของจำเลย ที่ว่า จำเลยต้องการจะสอบสวนในเรื่องการเป็นสัญชาติไทยของโจทก์ต่อไปอีก ทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงปรากฏชัดตามคำสั่งคำพิพากษาของศาลว่า โจทก์เป็น คนสัญชาติไทยแล้วนั้น ก็เป็นข้ออ้างที่ปราศจากมูลที่จะห่วงเหนี่ยว

ชัดเจน การรับจดทะเบียนนิติกรรมเสียเลย ศาลฎีกาจึงเห็นว่า การกระทำของจำเลย เป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว จะเห็นได้ว่า โดยภาพรวมแล้วสามารถสะท้อนเจตนารมณ์ของหลักความเสมอภาคออกมาได้เป็นอย่างดี ว่าหลักการดังกล่าวนี้ต้องการห้ามการใช้อำนาจตามอำเภอใจของพนักงานเจ้าหน้าที่ เพียงแต่การใช้สำนวนตามคำพิพากษาอาจนำไปสู่ความเข้าใจผิดได้ เป็นต้นว่า “ศาลนี้ไม่เห็นเลยว่า จะมีบทกฎหมายในที่ใดที่ว่า คนไทยจะถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนก่อนหรือว่าจะมีกฎหมายให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนให้หน่วงเหนี่ยว ชัดขวางการรับจดทะเบียนไว้ได้ตามอำเภอใจ” เพราะตามสำนวนดังกล่าวอาจนำไปสู่ความเข้าใจผิดได้ว่า หากมีกฎหมายให้อำนาจ พนักงานเจ้าหน้าที่ก็สามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ ซึ่งความจริงมิใช่เช่นนั้น เพราะตามหลักนิติรัฐ การใช้อำนาจย่อมถูกผูกมัดโดยกฎหมาย เพียงแต่ว่า โครงสร้างของกฎหมายไทยยังไม่มีความละเอียดเพียงพอที่จะเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ได้เท่านั้น

นอกจากนี้แล้ว นักกฎหมายไทยยังอาจขาดแนวปฏิบัติ หรือวิธีการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นปัญหาที่จะต้องมีการพิจารณาวางแผนทางสำหรับการปฏิบัติเมื่อเกิดกรณีที่อาจเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้น เช่น นอกจากจะต้องทราบหลักความเสมอภาคนั้น มีวัตถุประสงค์ที่จะห้ามการใช้อำนาจตามอำเภอใจแล้ว ยังจะต้องทราบแนวทางในการใช้หลักการดังกล่าวด้วยว่า

- 1) สิ่งเหมือนกันต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน
- 2) สิ่งที่แตกต่างกันต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ตามสภาพของความแตกต่างกัน

ด้วยเหตุนี้เองที่ทำให้เกิดปัญหา เมื่อเป็นกรณีชายและหญิง ซึ่งเป็นกรณีที่แม้จะมีสภาพของความแตกต่างกัน แต่กฎหมายจะไม่ยอมให้มี

การปฏิบัติที่แตกต่างกันเกิดขึ้น จึงต้องมีบทบัญญัติในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นไว้ว่า ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน เป็นต้น

เมื่อมีแนวทางปฏิบัติเช่นนี้ ย่อมเป็นการง่ายขึ้นสำหรับผู้ปฏิบัติในการใช้บทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นนามธรรมสูงเช่นนี้ ส่วนแนวทางปฏิบัติสำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานโดยทั่วไป จะขอเสนอในบทต่อไป

#### 4.4 ปราบกฏการณ์หรือพฤติกรรมในสังคมไทยที่อาจจะยังไม่สอดคล้องกับหลักที่ว่าการใช้อำนาจขององค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

4.4.1 สาเหตุแห่งความไม่สอดคล้องระหว่างปรากฏการณ์หรือพฤติกรรมในสังคมไทยกับหลักที่ว่าการใช้อำนาจขององค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมีการวางหลักการสำคัญไว้ว่า การใช้อำนาจขององค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ จะได้ประกาศใช้มาเป็นระยะเวลา กว่าห้าปีแล้ว แต่ก็ยังอาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันก็ยังเป็นช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อระหว่างแนวความคิดเดิมๆ ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกับสิ่งที่ควรจะเป็นตามรัฐธรรมนูญ หรือแนวความคิดเดิมกับแนวความคิดใหม่ เนื่องจากแนวความคิดเดิมนั้นได้มีการหยั่งรากมาเป็นระยะเวลานานในสังคมไทยตลอดช่วงของการปกครองภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระยะเวลากว่า หกสิบปีแล้ว แต่ก็ยังเป็นช่วงระยะเวลาที่มีความผันผวนทางการเมืองตลอดเวลา จนช่วงเวลาของการอยู่ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจริงๆ แล้วมีไม่นานนัก จึงมิใช่เรื่องแปลกที่แนวความคิดเดิมๆ ก็ยังคงปรากฏให้เห็นในสังคม เช่นแนวความคิดที่

ทำให้คนมีลักษณะยอมจำนน ที่ว่า แข่งเรือแข่งพายแข่งได้ แต่แข่งบุญแข่งวาสนาแข่งไม่ได้<sup>8</sup> เป็นที่แน่ชัดว่าแนวความคิดเช่นนี้มีขึ้นเพื่อให้คนยอมรับพฤติกรรมของฝ่ายผู้มีอำนาจที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่า แนวความคิดดังกล่าวก็ยังคงอยู่ได้ในปัจจุบัน แม้จะขัดแย้งต่อหลักประชาธิปไตยอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากการปกครองระบอบประชาธิปไตยย่อมตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อในความเสมอภาคของมนุษย์

แนวความคิดเก่าซึ่งมีความเชื่อมโยงกับความเชื่อเดิม ๆ ซึ่งไม่สามารถอธิบายในเชิงวิทยาศาสตร์ได้เช่นนี้ อาจเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงได้ยาก เช่นเดียวกับความเชื่อในเรื่องอื่น ๆ อีกหลายต่อหลายเรื่องซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่า จำเป็นต้องอาศัยเวลาในการให้ความรู้และให้แง่คิดในการทำความเข้าใจ จนประชาชนสำนึกในสิทธิของตนเองและลุกขึ้นมาเรียกร้องสิทธิอันพึงมีพึงได้ของตน

เป็นที่เข้าใจได้ว่า การให้ความรู้และให้แง่คิดในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ของประชาชนย่อมเป็นภารกิจอย่างหนึ่งในการปลูกฝังให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งอาจไม่สะดวกหรืออาจยังไม่มีเวลาค่อยๆ สอนให้คนเข้าใจในภาคีรัฐที่จะลงมาดำเนินการเอง ด้วยเหตุนี้ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงมอบหมายให้ องค์กรในรูปของมูลนิธิตามกฎหมายมหาชนเข้ามาดำเนินการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจในส่วนนี้ โดยที่รัฐเป็นฝ่ายให้ความสนับสนุนทางการเงิน ทำให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการได้มากขึ้น มูลนิธิดังกล่าวนี้ที่เป็นที่รู้จักในประเทศไทยได้แก่ มูลนิธิคอนราตอาเดนาัวร์ มูลนิธิ ฟรีดริช เอแบร์ต และมูลนิธิฟรีดริช เนมานน์ เป็นต้น

<sup>8</sup> โปรตดู อุดม รัฐอมฤต/ นพนิติ สุริยะ/ บรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, อ้างแล้ว, หน้า 76

**4.4.2 ตัวอย่างของปรากฏการณ์หรือพฤติกรรมในสังคมไทยที่อาจจะยังไม่สอดคล้องกับหลักที่ว่าการใช้อำนาจขององค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**

แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาเป็นเวลากว่า 5 ปีแล้ว แต่ในปัจจุบันก็ยังพบเห็นปรากฏการณ์หรือพฤติกรรมที่อาจจะยังไม่สอดคล้องกับหลักที่ว่าการใช้อำนาจขององค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอยู่เนือง ๆ ดังที่ปรากฏในรายงานผลการศึกษาของท่านอาจารย์กุลพล พลวันภายใต้กรอบของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ปี ค.ศ.1966<sup>9</sup> จึงไม่ขอนำเสนอซ้ำอีก สำหรับรายงานผลการวิจัยฉบับนี้นอกเหนือจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ที่ 877/2501 แล้ว<sup>10</sup> ใครจะขอยกตัวอย่างซึ่งยังไม่ปรากฏว่ามีกรณียกกันเพียง 3 กรณีดังนี้

กรณีที่ 1 กรณีการจับกุมผู้ต้องหากระทำความผิดของเจ้าหน้าที่มักปรากฏภาพการแสดงออกของเจ้าหน้าที่ในทางที่ไม่เหมาะสม แม้ว่าผู้ต้องหาไม่อยู่ในสภาพที่จะต่อสู้ขัดขืนได้แล้ว บางครั้งเจ้าหน้าที่ก็ยังคงดำเนินการรุนแรงต่อไป เช่น ใช้เท้าเหยียบศีรษะของผู้ต้องหา เป็นต้น

กรณีที่ 2 สำหรับกรณีผู้ต้องขังในเรือนจำ จะเป็นเรื่องที่ได้รับการร้องเรียนอยู่เนือง ๆ ว่ามีการตีตรวนโดยไม่จำเป็น ซึ่งทางเรือนจำต่าง ๆ ก็คงตระหนักถึงปัญหานี้เป็นอย่างดี

กรณีที่ 3 เป็นกรณีที่มีการปฏิบัติกันมาช้านานในกองทัพ จนอาจจะมีการกล่าวอ้างว่าเป็นประเพณีไปแล้วคือการทำทารุณกรรมที่ไปทำหน้าที่ทหารรับใช้ตามบ้านของนายทหาร ในส่วนนี้อาจเรียกได้ว่าไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเกณฑ์ทหารที่ต้องการให้ชาวไทยได้เข้า

<sup>9</sup> ไบรตดู กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย, มปป, หน้า 89- 338

<sup>10</sup> ไบรตดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.2.1

มาเรียนรู้วิธีการสู้รบเพื่อปกป้องบ้านเมือง ยามมีภัยสงคราม เพราะหากต้องไปปรับใช้ตามบ้านนายทหารย่อมทำให้การฝึกฝนไม่อาจทำได้เต็มที่ และโดยสภาพแล้วการเป็นทหารย่อมเป็นเกียรติเกินกว่าที่จะถูกนำไปเป็นผู้รับใช้ส่วนตัวของใครได้ นอกจากนี้แล้วทหารเกณฑ์ยังอาจอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่จะไม่มีหน้าที่ต้องคอยรับใช้ผู้ใดได้อีกด้วย

และหากมีการทวิขยกรณี่เหล่านี้ขึ้นมาเป็นประเด็นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลฯ ก็จะมีโอกาสได้ชี้แนวทางที่ได้พิจารณามาในบทก่อน ๆ เป็นแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยได้ต่อไป

#### 4.5 บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิของชนชาวไทย

แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะกำหนดไว้ในมาตรา 264 ว่าในการที่ศาลยุติธรรมจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลยุติธรรมรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้เป็นการชั่วคราวและส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย แต่หากศาลยุติธรรมไม่ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ก็มีได้มีบทบัญญัติใดกำหนดไว้เป็นการชัดเจนว่า ผลจะเป็นเช่นไร จึงเห็นได้ว่า คดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชนอาจมาไม่ถึงศาลรัฐธรรมนูญก็อาจเป็นได้ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญเยอรมันจึงได้เปิดช่องให้ประชาชนสามารถร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้<sup>11</sup> ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันสามารถมีบทบาทเป็นผู้คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนชาวเยอรมัน ได้อย่างแท้จริง

<sup>11</sup> ไปรอดู นูญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน, 2535, หน้า 67- 70

ฉะนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญของไทยประสงค์จะทำหน้าที่เป็น  
หลักประกันทางด้านสิทธิขั้นพื้นฐานของชนชาวไทยอย่างแท้จริง ศาล  
ก็คงจะต้องพิจารณาบทบาทในส่วนนี้ให้เพิ่มเติมเสริมขึ้นจากอำนาจหน้าที่  
ที่ศาลฯ มีอยู่เดิม โดยการเพิ่มอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้สามารถ  
พิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญทำนองเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ  
แห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ซึ่งในที่สุดอาจต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ  
ในส่วนนี้



## บทที่ 5

### การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และ สิทธิ เสรีภาพต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไทย

---

#### 5.1 สภาพปัญหา

##### 5.1.1 ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิ เสรีภาพต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไทยน่าจะอยู่ที่ว่า เหตุใดสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นหลักสากลจึงไม่สามารถส่งผลเท่าที่ควรในวงการนิติศาสตร์ของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวงการตุลาการ<sup>1</sup> ดังที่ได้พิจารณาไปแล้วในบทก่อนว่า ตัวอย่างที่สามารถจะสะท้อนปัญหานี้ได้เป็นอย่างดี ก็คือสิทธิขั้นพื้นฐานว่าด้วยหลักความเสมอภาค โดยเป็นที่น่าสังเกตว่า แม้ว่าในรัฐธรรมนูญไทยจะได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญ นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามฉบับถาวร พุทธศักราช 2475 โดยได้มีการรับรองไว้ในมาตรา 12 ว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย ฉะนั้นตรัสคดีโดยกำเนิดก็ดี

---

<sup>1</sup> โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 881/ 2495 ซึ่งเป็นหนึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนไม่มากนัก ที่อ้างอิงหลักกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ; สมคิด เลิศไพฑูรย์, การควบคุมและตรวจสอบ double standard ที่กระทำโดยหน่วยงานของรัฐ, ใน: สมคิด เลิศไพฑูรย์ (บรรณาธิการ), อาจารย์บุชา รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมบูรณ, 2545, หน้า 304- 305

โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิอย่างใดเลย” ตามมาตรานี้จะเห็นได้ว่าได้มีการนำหลักความเสมอภาคมาใช้ในประเทศไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 แล้ว อย่างน้อยก็โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งอาจกล่าวได้ว่า หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็ว่าได้

### 5.1.2 ความคุ้มครองในระดับกฎหมาย

แม้ว่าในระดับของรัฐธรรมนูญจะมีการวางหลักประกันเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ไว้ แต่หากจะพิจารณาถึงผลของบทบัญญัติดังกล่าวที่มีต่อระบบกฎหมายไทยทั้งระบบ ก็อาจกล่าวได้อีกเช่นเดียวกันว่า ผลของหลักความเสมอภาคจะสะท้อนออกมาในส่วนที่เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ในระดับหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกัน บริบททางสังคมการเมืองแบบอำนาจนิยม<sup>2</sup> ก็อาจมีส่วนกำหนดโครงสร้างของกฎหมายที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นโครงสร้างมาตรฐานสำหรับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่วางกฎเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตต่าง ๆ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด ได้แก่ พระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ซึ่งมีการให้คำนิยามสำหรับคำว่าเกษตรกรที่ไม่ชัดเจน เปิดโอกาสให้ผู้ที่มีที่ดินอยู่แล้วสามารถเข้ามาแสวงประโยชน์ตามกฎหมายดังกล่าวได้ สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวกับการออกใบอนุญาตก็มีประเด็นปัญหาที่เห็นได้ชัด เช่น พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีในการออกประทานบัตรต่าง ๆ ทั้ง ๆ งานเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตต่าง ๆ เป็นงานประจำ นอกจากนี้แล้วกฎหมายก็มิได้มีการกำหนดกรอบในการใช้อำนาจที่ชัดเจน<sup>3</sup> ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้มีการ

<sup>2</sup> โปรตดู จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา ภาคสอง ปรัชญากฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2537, หน้า 421

<sup>3</sup> โปรตดู บุญศรี มีวงศ์โฆษ, กฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์ทรัพยากรแร่, ใน: กฎหมายในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการท่องเที่ยว, เอกสารวิจัยเสนอต่อเสนอต่อการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย 2534, หน้า 137

ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้อำนาจที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคได้นั่นเอง

ทางแก้สำหรับเรื่องนี้จำเป็นที่จะต้องมีการปฏิรูปแนวทางการบัญญัติกฎหมายเสียใหม่ โดยมีการกำหนดองค์ประกอบของกฎหมายที่เป็นเงื่อนไขในการอนุญาตต่างๆ และผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นเมื่อมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขเหล่านั้นแล้วให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อความโปร่งใสในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในขั้นตอนของการพิจารณาว่าจะออกใบอนุญาตให้หรือไม่ นั่นเอง<sup>4</sup>

## 5.2 การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

สำหรับกรณีของไทย เนื่องจากการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องค่อนข้างใหม่ แต่ถ้าเข้าใจในเบื้องต้นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จัดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง ก็จะสามารถดำเนินการคุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากมุมมองของฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพทั้งหลายอย่างทั่วถึง ในที่นี้จึงขอเสนอเกณฑ์ในการพิจารณากรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการใด ๆ ทั้งนี้เพื่อเป็นการตรวจสอบล่วงหน้าเสียก่อนว่ามาตรการที่จะดำเนินต่อไปนั้น จะเข้าไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิใดสิทธิหนึ่งหรือไม่ เกณฑ์ที่จะนำเสนอนี้จึงเปรียบเสมือนบัญญัติรายการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องตรวจสอบเป็นข้อ ๆ ก่อนที่จะดำเนินการใด ๆ ลงไป

### 5.2.1 ขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิ

รัฐธรรมนูญยอมให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเท่าที่ขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิจะแผ่ไปถึง การที่จะพิจารณาว่าขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิ จะกินเนื้อที่เพียงใดนั้น

<sup>4</sup> โปรตูด บัญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, 2538, หน้า 8-9

พิจารณาได้จากบทบัญญัติของแต่ละสิทธินั้นเอง ตัวอย่างเช่น สิทธิในข้อมูลข่าวสาร ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 58 สิทธินี้ย่อมคุ้มครองสิทธิของพลเมืองในการที่จะเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะที่อยู่ในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งหมายความว่า ขอบเขตการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว ย่อมไม่ครอบคลุมไปถึงส่วนที่เป็นความลับของทางราชการ หรือความลับในกิจการธนาคาร และการที่บทบัญญัติแห่งมาตรา 34 ระบุคุ้มครองสิทธิของบุคคลในครอบครัว คำว่าครอบครัวในที่นี้ ย่อมหมายถึงครอบครัวตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่สมาคมที่ใช้ชื่อว่า ครอบครัว และทำกิจกรรมเพื่อส่งเสริมครอบครัว นอกจากนี้แล้ว การที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 44 คุ้มครอง “สิทธิในการชุมนุม โดยสงบและปราศจากอาวุธ” ย่อมหมายความว่า การชุมนุมที่เป็นการก่อความวุ่นวาย โดยมีการพกอาวุธมาด้วย ย่อมไม่เข้าข่ายเป็นการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด และการที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 44 คุ้มครอง “สิทธิในการชุมนุม โดยสงบและปราศจากอาวุธ” ย่อมเท่ากับว่า รัฐธรรมนูญอธิบายความหมายของสิทธิ ในการชุมนุมนี้ไว้เองว่าต้องมีลักษณะอย่างไร จึงจะเข้าข่ายที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง

จากตัวอย่างที่ยกมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า เป็นตัวอย่างที่ค่อนข้างจะมีความชัดเจนในตัวแล้ว แต่นอกเหนือจากตัวอย่างเหล่านี้แล้ว ก็ยังมีสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ อีกที่อาจจะมิได้มีความหมายชัดเจน เช่นนี้ ก็อาจจะต้องมีการหาคำตอบต่อไปว่า กรณีที่ยกขึ้นมาจะเข้าข่ายของการได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ตัวอย่างเช่น กรณีที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น” ก็อาจจะมีการถามตามมาได้ว่า ความคุ้มครองตามมาตรานี้ จะครอบคลุมไปถึงการนำเอาความคิดเห็น “ของผู้อื่น” ไปพูดต่อโดยที่มิได้มีการแต่งเติมเสริมต่อด้วยหรือไม่ หรืออาจมีการถามต่อไปว่า

การนำเอาข้อเท็จจริงมาเผยแพร่ต่อไปเท่านั้น จะถือว่าเป็น “ความคิดเห็น” ด้วยหรือไม่

การที่จะตอบคำถามข้างต้นได้ จะเห็นได้ว่า จำเป็นต้องมีการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องเสียก่อน การตีความดังกล่าวก็ต้องยึดหลักที่ว่า จะต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ มีประสิทธิภาพสูงสุดด้วย และสำหรับกรณีที่มีความเป็นไปได้ สองทาง ผู้ที่ทำการตีความก็จะต้องเลือกแนวทางที่จะทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีประสิทธิผลสูงสุดด้วยเช่นเดียวกัน ที่สำคัญก็คือ การแทรกแซงที่จะกระทำต่อสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นหลัก มิใช่สวนทางโดยการปรับสิทธิขั้นพื้นฐานให้เข้ากับมาตรการที่เข้ามาแทรกแซง ดังที่ศาลฎีกาเคยตีความว่าการลักกระแสไฟฟ้าซึ่งเป็นพลังงาน ก็เข้าข่ายของการลักทรัพย์ซึ่งหมายถึง วัตถุมีรูปร่างด้วย<sup>5</sup> ในขณะที่ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐของเยอรมันแผนกคดีอาญา เคยตัดสินว่า การลักลอบใช้ไฟฟ้า ไม่เข้าข่ายของการลักทรัพย์ เนื่องจากทรัพย์นั้น หมายถึงวัตถุมีรูปร่าง<sup>6</sup> หากเหมาเอาการลักไฟฟ้าให้มาเข้าข่ายของการลักทรัพย์ด้วย ก็ย่อมขัดต่อหลักการตีความกฎหมายอาญา ซึ่งต้องมีการตีความโดยเคร่งครัด และเท่ากับว่าศาลเข้ามาทำหน้าที่บัญญัติกฎหมายเสียเอง ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักการแยกอำนาจอีกด้วย

เป็นที่น่าสังเกตว่า คดีที่จะเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำ ที่เข้ามาสัมผัสขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองของสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิใดสิทธิหนึ่ง หรืออาจกล่าวได้ว่ามีการแทรกแซงต่อสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดขึ้น การแทรกแซงดังกล่าวนี้ ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเป็นการแทรกแซงที่ประสงค์ต่อผล แม้แต่การกระทำที่เปี่ยมไปด้วยความหวังดีก็อาจเป็นการแทรกแซงได้เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามหากการดำเนินการของฝ่ายรัฐ ก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบาย หรือความน่ารำคาญใจขึ้นบ้าง ก็อาจไม่เข้าข่ายของ

<sup>5</sup> โปรดดู ฎีกา ที่ 877/ 2501

<sup>6</sup> โปรดดู คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, 2545, หน้า 226

การแทรกแซงดังกล่าวนี้ เช่น การกำหนดให้เดินรถทางเดียว หรือการเปลี่ยนชื่อถนน แม้ว่า การเปลี่ยนดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อผู้ที่อยู่อาศัยตามแนวถนนนั้น อาจจะต้องเปลี่ยนหัวจดหมายใหม่ก็ตาม แต่สำหรับกรณีที่หน่วยงานของรัฐออกหนังสือเตือนอย่างเป็นทางการ หรือให้ข้อมูลหรือคำแนะนำ ต่อประชาชน ก็อาจเข้าข่ายของการแทรกแซงได้ เป็นต้นว่าการเตือนให้ประชาชนระวังอันตรายจากลัทธิความเชื่อทางศาสนา ลัทธิใด ลัทธิหนึ่ง หากลัทธิดังกล่าวเข้าข่ายที่จะได้รับความคุ้มครองทางด้านความเชื่อทางศาสนา

ประเด็นสำคัญสำหรับเรื่องนี้ก็คือ ขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิใดสิทธิหนึ่ง ที่ได้มาจากการตีความนั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องเท่ากันทุกประการกับความคุ้มครองที่มีการเรียกร้องสิทธิกันขึ้นเสมอไป ขอบเขตแห่งสิทธิดังกล่าวใช้เป็นแนวทางสำหรับการตรวจสอบเท่านั้น หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิใดสิทธิหนึ่ง ก็เพื่อหาความเป็นไปได้เท่านั้น ว่าขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิใดสิทธิหนึ่งควรมีความครอบคลุมเพียงใด กล่าวคือเพื่อตอบคำถามว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับอะไร และจะปกป้องสิทธิจากอะไรเท่านั้น มิใช่ว่าจะเป็นการกำหนดที่แน่นอนตายตัวลงไปทีเดียวว่า สำหรับกรณีนั้นๆ ในท้ายที่สุดแล้วจะต้องได้รับความคุ้มครอง เพียงใด ทั้งนี้เพราะมีความเป็นไปได้ต่อไปอีกว่า แม้ว่าขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิใดสิทธิหนึ่ง จะได้รับความกระทบกระเทือน กล่าวคือมีการล่วงล้ำสิทธิเกิดขึ้น แต่การล่วงล้ำดังกล่าวอาจเป็นไปได้โดยชอบ เนื่องจากกฎเกณฑ์แห่งสิทธินั้นๆ เองเปิดช่องให้มีการจำกัดสิทธิได้ เป็นต้น

### 5.2.2 เกณฑ์สำหรับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

เมื่อเกิดกรณีของการกระทบขอบเขตแห่งการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานดังที่ได้กล่าวมาแล้วเกิดขึ้น อาจเรียกได้ว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดขึ้นแล้ว ก็มีความจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบต่อไปว่า กฎเกณฑ์แห่งสิทธินั้นๆ เองมีกรอบแห่งการใช้สิทธิหรือไม่ ซึ่งหากมีก็หมายความว่า

ว่ากฎเกณฑ์แห่งสิทธินั้นๆ เปิดช่องให้มีการจำกัดสิทธิได้ เพราะหากมีการกำหนดกรอบซึ่งเท่ากับเป็นการเปิดช่องดังกล่าว การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ก็อาจเป็นการกระทำโดยชอบ การตรวจสอบกรณีของการกระทบขอบเขตแห่งการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน กับการตรวจสอบการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่กล่าวมานี้ อาจเทียบได้กับการพิจารณาในคดีอาญา ซึ่งมีการตรวจสอบว่าการกระทำของบุคคลเข้าองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากเข้าองค์ประกอบแล้ว ก็จะต้องมีการตรวจสอบต่อไปว่า การกระทำที่เข้าองค์ประกอบของ ความผิดนั้นๆ เข้าข่ายที่กฎหมายจะยอมรับได้ (justification) หรือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่<sup>7</sup>

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทย นั้น มีลักษณะของการจำกัดที่แตกต่างกันไป เช่น กำหนดไว้ในมาตรา 38 วรรคแรก ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมือง และไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในขณะที่มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น”

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจ หรือสุขภาพของประชาชน ตลอดจนมาตรา 48 ซึ่งบัญญัติว่า

<sup>7</sup> โปรตุเกส แสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, 2539, หน้า 191

“สิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน ย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิ และการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ความแตกต่างของบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามตัวอย่างที่ยกมาข้างต้นนี้ แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบอยู่เสมอว่า กฎเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำลังตรวจสอบอยู่นั้น เปิดช่องให้มีการจำกัด อย่างไรได้บ้าง ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 กำหนดไว้ว่า “การจำกัด สิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดย อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของ สิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และ ไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎ ข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดย อนุโลม”

ตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า การที่จะจำกัดสิทธิ ขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมาย เท่านั้น ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็นข้อ ๆ ได้ดังนี้

ก) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น โดยหลักแล้วจะ ต้องเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่ของรูปแบบ กล่าวคือ ผู้ตรา จะต้องมิอำนาจที่จะตรากฎหมายได้ และมีการดำเนินการถูกต้องตาม ขั้นตอนรัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการตรากฎหมาย

ข) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องมีความ ชัดเจนเพียงพอที่ประชาชนจะทราบได้ว่ากฎหมายดังกล่าวต้องการจำกัด

สิทธิใด และต้องการจำกัดสิทธิดังกล่าวเพียงใด

ค) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งมาตรา 29 ซึ่งวางกรอบไว้ดังนี้

1) ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

2) ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น

3) ต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน เท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

ง) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้คือ

1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม

2) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความเหมาะสม กล่าวคือสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ได้

3) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความจำเป็น กล่าวคือไม่มีการจำกัดใดที่อ่อนกว่านั้นให้เลือกรีกแล้ว

4) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ หรือพอจะคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าผู้ถูกจำกัดสิทธินั้นสามารถรับสภาพได้ และหากดำเนินการแล้วก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี ก็อาจกล่าวได้เลยว่าการดำเนินการนั้น ๆ ขัดต่อหลักนี้

### 5.3 สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญไม่เปิดช่องให้ตรากฎหมายมาจำกัดได้

เมื่อพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายจะพบว่าสิทธิขั้นพื้นฐานบางสิทธิรัฐธรรมนูญไม่เปิดช่องให้ตรากฎหมายมาจำกัดได้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามมาตรา 38 หรือ เสรีภาพในทางวิชาการตามมาตรา 42

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่เปิดช่องให้ตรากฎหมายมาจำกัดได้ แต่เสรีภาพในการนับถือศาสนาตั้งกล่าว ก็คงจะไม่คุ้มครองไปถึงขนบธรรมเนียมความเชื่อบางอย่างเป็นต้นว่า การที่ภริยาคงเดิมของผู้ตายจะต้องเข้ากองไฟด้วยกัน ดังที่เคยปฏิบัติกันในประเทศอินเดีย หรือ แม้จะมีเสรีภาพในทางวิชาการ แต่ก็คงมิได้หมายความว่า จะสามารถดำเนินการตัดแต่งพันธุกรรมมนุษย์ได้ตามใจชอบ จึงเห็นได้ว่า สิทธิที่กล่าวถึงนี้แม้จะดูเหมือนว่าไม่สามารถจำกัดได้ แต่สิทธิเหล่านี้ ก็ยังมีกรอบในตัวของมันเองอยู่เช่นกัน ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นกรอบแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่แฝงอยู่ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง

จากตัวอย่างธรรมเนียมความเชื่อของอินเดียโบราณ ที่ยกเป็นประเด็นข้างต้น สามารถหยิบยกขึ้นมาเป็นอุทธาหรณ์ได้ว่า แม้ว่าจะเป็นกรณีทับทัญญูติที่เกี่ยวกับสิทธินั้น ๆ ตามรัฐธรรมนูญดูเหมือนจะไม่เปิดช่องให้มีการจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ แต่ก็มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่า

- ก) ยังมีสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่สาม และคุณค่าอื่น ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน
- ข) อาจมีความขัดแย้งกัน เกิดขึ้นได้ระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำลังพิจารณาอยู่กับคุณค่าอื่น ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน
- ค) สิทธิขั้นพื้นฐานที่กำลังพิจารณาอยู่และเป็นสิทธิที่ดูเหมือนว่ารัฐธรรมนูญจะไม่เปิดช่องให้มีการจำกัดสิทธิดังกล่าวได้นั้น อาจต้องถูกจำกัด หากผลการพิจารณาปรากฏว่า คุณค่าอื่น ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญมีน้ำหนักมากกว่า

## 5.4 กรณีที่เป็นการจำกัดสิทธิโดยคำสั่งทางปกครอง หรือ คำพิพากษา

สำหรับกรณีที่เป็นการจำกัดสิทธิโดยคำสั่งทางปกครอง หรือ

คำพิพากษา จะต้องมีการพิจารณาต่อไปด้วยว่า คำสั่งหรือคำพิพากษาดังกล่าวสอดคล้องกับกฎหมายทั้งในแง่ของรูปแบบและเนื้อหาหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะเป็นการดำเนินการโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงต้องเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนด

นอกจากนี้แล้วคำสั่งทางปกครอง หรือคำพิพากษา ดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงกรอบแห่งรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 นั่นเอง

สำหรับเนื้อหาของแต่ละสิทธิเมื่อมีประเด็นปัญหาเกิดขึ้น ก็สามารถอาศัยแนวทางตามที่น่าเสนอในบทที่หนึ่งถึงบทที่สามเป็นแนวทาง ทั้งนี้ก็ คงต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของไทย แต่ในขณะเดียวกันไม่อาจทิ้งกรอบแห่งความเป็นสากลได้ ซึ่งในส่วนนี้ย่อมเกิดจากการสะสมประสบการณ์ในทางปฏิบัติที่มีการอ้างอิงแนวทางในทางทฤษฎี ย่อมจะมีส่วนช่วยในการพัฒนาการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศไทยได้ เป็นอย่างมากทีเดียว

## 5.5 แนวทางการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญเมื่อมีประเด็นเกี่ยวข้องกับกรณีการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อมีกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าการใช้อำนาจขององค์กรมิได้คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีแนวทางในการพิจารณาดังนี้

### (1) พิจารณาว่าการใช้อำนาจดังกล่าวมีกฎหมายรองรับหรือไม่

หากการใช้อำนาจดังกล่าวไม่มีกฎหมายรองรับหรือเป็นการใช้อำนาจที่นอกเหนือไปจากขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือเป็นการกระทำที่มิชอบ ซึ่ง

ศาลปกครองก็สามารถพิจารณาได้ แต่หากการใช้อำนาจนั้น ๆ มีกฎหมายรองรับและเป็นการใช้อำนาจภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด อาจมีปัญหาคือต่อไปได้ว่า กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และการที่กฎหมายจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ส่วนหนึ่งมาจากการที่กฎหมายนั้น ๆ ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหมายดังกล่าวน่าจะกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสิทธิใด

(2) พิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวน่าจะกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสิทธิใด

ในการพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวน่าจะกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสิทธิใดจะต้องพิจารณาจากสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง (lex specialis) เสียก่อน โดยพิจารณาขอบเขตของแต่ละสิทธิ ว่าครอบคลุมถึงกรณีที่กำลังพิจารณานี้หรือไม่<sup>8</sup> หากไม่มีจึงพิจารณาสหิติที่มีลักษณะทั่วไป (lex generalis) เช่น มาตรา 4 ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันซึ่งบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

(3) พิจารณาหลักที่ว่า “กฎหมายคือเงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่”

ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่อาจไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ก็มิได้หมายความว่า จะเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้เพราะสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องไว้ให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตราเป็นกฎหมายออกมาจำกัดได้ทั้งนี้ย่อมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ หรือเป็นไปตามหลักที่ว่า “กฎหมายคือ

<sup>8</sup> โปรดดู รายละเอียดในหัวข้อ 5.2.1

เงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่” การที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตราเป็นกฎหมายออกมาจำกัดสิทธิต่างๆ ได้นี้ อาจเป็นการเปิดช่องแบบทั่วไป หรืออาจมีลักษณะเจาะจงในส่วนของเนื้อหาหรือภายใต้เงื่อนไขพิเศษอื่นๆ ก็ได้ นอกจากนี้แล้วคำว่ากฎหมายที่จะมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นี้ หมายถึงกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาเท่านั้น และกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิของประชาชนยังจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ

(ก) กฎหมาย ที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น โดยหลักแล้วจะต้องเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่ของรูปแบบ กล่าวคือ ผู้ตราจะต้องมีอำนาจที่จะตรากฎหมายได้ และมีการดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการตรากฎหมาย

(ข) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่ประชาชนจะทราบได้ว่ากฎหมายดังกล่าวต้องการจำกัดสิทธิใด และต้องการจำกัดสิทธิดังกล่าวเพียงใด

(ค) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ซึ่งวางกรอบไว้ดังนี้

1) ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

2) ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น

3) ต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน เท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

(ง) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักความพอ สมควรแก่เหตุ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้คือ

(1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม

(2) มาตรการในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความ

เหมาะสม กล่าวคือสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ได้

(3) มาตรการในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความจำเป็น กล่าวคือ ไม่มีมาตรการใดที่อ่อนกว่านั้น กล่าวคือกระทบสิทธิของประชาชนน้อยกว่านั้น เหลือให้เลือกอีกแล้ว

(4) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ หรือพอจะคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าผู้ถูกจำกัดสิทธินั้นสามารถรับสภาพได้ และหากดำเนินการแล้วก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า ผลดี ก็อาจกล่าวได้เลยว่าการดำเนินการนั้นๆ ขัดต่อหลักนี้

ขั้นตอนการพิจารณาที่กล่าวมาเป็นลำดับนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นลำดับขั้นตอนสำหรับการตรวจสอบที่ทำให้การตรวจสอบมีความเป็นระบบมากขึ้น และเป็นการง่ายสำหรับผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบนั่นเองด้วยว่า ได้ดำเนินการพิจารณาครบถ้วนตามประเด็นต่างๆ ที่ต้องตรวจสอบแล้ว หรือไม่

## สรุป

การที่สังคมไทยได้มีประสบการณ์ทำนองลองผิดลองถูก ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยผ่านเหตุการณ์ที่นับได้ว่า เป็นการสังคมนับประสบการณ์อันหาค่ามิได้ ทั้งเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 เหตุการณ์ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 รวมทั้ง เหตุการณ์พฤษภาทมิฬ พ.ศ. 2535 นับได้ว่าเป็นการให้บทเรียนที่นำไปสู่การพัฒนาเชิงคุณภาพ แก่สังคม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าประสบการณ์เหล่านี้ได้กลายมาเป็นพื้นฐานสำคัญที่นำมาสู่การปฏิรูปการเมืองในที่สุดและจากประสบการณ์ต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมานั้น สังคมไทยก็นับได้ว่ามีการพัฒนาการแบบก้าวกระโดด ที่ส่งผลมาเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ได้ยกระดับมาตรฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของ การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ให้เข้าสู่ระดับมาตรฐานสากลได้ในที่สุด

การได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ นับได้ว่าเป็นก้าวหนึ่งที่มี

ความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาประชาธิปไตย แต่ก้าวถัดไปจากนี้ก็ยังมีความสำคัญมากกว่า คือการที่จะต้องทำความเข้าใจในสิ่งที่ได้มาแล้ว และนำมาใช้ให้ได้ผลเต็มตามศักยภาพของรัฐธรรมนูญต่อไป เพื่อให้รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนนี้ เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนอย่างแท้จริงนั่นเอง



## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

กีรติ บุญเจือ, แก่นปรัชญากรีก, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2528.

\_\_\_\_\_ : แก่นปรัชญายุคกลาง, 2527.

กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย, พ.ป.พ.

คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, 2545.

จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา ภาคสอง ปรัชญากฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2537.

\_\_\_\_\_ : ปัญหาสิทธิมนุษยชน วิถีเอเชีย และวัฒนธรรมไทย, ในวารสารอัยการ ปีที่ 19 ฉบับที่สอง, มีนาคม 2539, หน้า 63.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร/ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2539.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, สำนักพิมพ์นิติธรรม, กรุงเทพฯ, 2538.

\_\_\_\_\_ : กฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์ทรัพยากรแร่, ใน: กฎหมายในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการท่องเที่ยว, เอกสารวิจัยเสนอต่อเสนอต่อการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย 2534

\_\_\_\_\_ : การเลือกตั้งและพรรคการเมือง บทเรียนจากเยอรมัน, สถาบันนโยบายศึกษา, กรุงเทพฯ, 2542.

\_\_\_\_\_ : คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.

\_\_\_\_\_ : เอกสารประกอบคำบรรยาย วิชากฎหมายมหาชนเบื้องต้น,

โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.  
(เอกสารอัดสำเนา)

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ: เอกสารประกอบคำบรรยาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ,  
โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.  
(เอกสารอัดสำเนา)

ปรีชา ช่างขวัญเย็น, ความคิดทางการเมืองในพระไตรปิฎก, 2534.

ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2539.

มนตรี รูปสุวรรณ/ กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์/ ฤทัย หงส์ศิริ/ มานิตย์ จุมปา/  
คมสันต์ โพธิ์คง, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ, 2542.

ศรีสุรางค์ พูลทรัพย์(บรรณาธิการ), อารยธรรมตะวันออก, พิมพ์ครั้งที่ 7,  
2542.

สมคิด เลิศไพฑูรย์, การควบคุมและตรวจสอบ double standard ที่กระทำ  
โดยหน่วยงานของรัฐ, ใน: สมคิด เลิศไพฑูรย์ (บรรณาธิการ),  
อาจารย์บุชา รวบรวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ  
72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์, 2545.

สมัยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2535.

เสน่ห์ จามริก, พุทธศาสนากับสิทธิมนุษยชน, 2531.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, 2539.

หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช  
2511 พร้อมด้วยคำแปลมาตราเป็นภาษาอังกฤษของทางราชการ,  
2512.

อุดม รัฐอมฤต/ นพนิติ สุริยะ/ บรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความ  
เป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28  
ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, 2544.

## ภาษาต่างประเทศ

*Barnett*, Constitutional and Administrative Law, 1995 (reprinted 1996).

*Benda*, Handbuch des Verfassungsrechts, 1983.

*Birtsch* (Hrsg.), Grund und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981.

\_\_\_\_\_: (Hrsg.), Grund und Freiheitsrechte von der Ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, 1987.

*Blackstone*, W., Commentaries on the Laws of England, vol. 1, 1765.

*Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993.

*Burckhardt*, Die Cultur der Renaissance in Italien, 2. Aufl. 1869.

*Coing*, Der Fechtsbegriff der menschlichen Person und die theorie der Menschenrechte, in: E. Wolf (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsforschung, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1950.

*Cooley*, Constitutional Limitations, 4<sup>th</sup> ed.

D'Entrèves, A.P., The Medieval Contribution to Political Thought: Thomas Aquinas, Marsilius of Padua, Richard Hooker, 1959.

*Denzer*, Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf, 1972.

Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR, Bd. 81 (1956), S. 117ff.

*Eckhardt*, Die Grundrechte vom Wiener Kongress bis zur Gegenwart, 1913.

*Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV, 1977.

*Fleiner-Gester*, Allgemeine Staatslehre, 1980.

*Flückiger*, Geschichte des Naturrechts I, Zürich 1954

*Friesenhahn*, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: Verhandlungen des 50. DJT, Bd. II, 1974, S. G11.

Häberle, HdbStR, Bd.I, 1987, S. 830ff.

\_\_\_\_\_: Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, Rechtstheorie Bd. 11 (1980).

*Haller-Davies*(ed.), The Leveller Tracts 1647-1653, 1964.

*Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977.

*Hobbes*, T., Leviathan, 1651.

*Iensee*, Menschenrechte-Staatsordnung-Sittliche Autonomie, in: J. Schwartländer (Hrsg.), Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube, 1981, S.70ff.

*Jensen*, M.(ed.), English Historical Documents, vol. 9, 1955.

*Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914.

\_\_\_\_\_:System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905.

*Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2.Aufl. 1786 (Werke, hrsg. Von E. Cassirer, Bd.IV, 1922).

*Kelsen*, Reine Rechtslehre,2. Aufl., Wien 1960

*Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen

Naturrecht des 19. Jahrhunderts, 1976

*Kloepfer*, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts-dargestellt am Beispiel der Menschenwürde, in: Festgabe BVerfG II, 1976, S. 405ff.

*Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 2. Aufl. 1981.

\_\_\_\_\_: Zur Geschichte der Grund und Menschenrechte, in: Festschrift für H. U. Scupin zum 70. Geburtstag, 1973  
Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetz, 1950.

*Kübler*, Über Wesen und Begriff der Grundrechte, Diss. Tübingen 1965.

*Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 1985.

*Maritain*, Um die Erklärung der Menschenrechte, ein Symposium, 1951.

*McKechnie*, W.S., Magna Carta, 1958.

*Morison*, S. E. (ed.), Sources and Documents illustrating the American Revolution, 2<sup>nd</sup>.ed. 1929 (reprinted 1953).

*Münch*, F., Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, 1951.

V. *Münch*, I., GG-Kommentar, Bd.1, 3.Aufl.1985.

*Nipperdey*, Die Würde des Menschen, in: Neumann/ Nipperdey/ Scheuner (Hrsg.), in: Handbuch der Grundrechte, Bd.II, 1954, S.1ff.

*Oestreich*, Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Bettermann/ Neumann/ Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd.I, 1.Halbbd., 1966.

- Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 1986.
- Pico della Mirandola*, G., Ausgewählte Schriften, übersetzt und eingeleitet von A. Liebert, 1905.
- Pieroth/ Schlink*, Grundrechte-Staatsrecht II, 17. Aufl. 2001.
- Pound*, The Development of Constitutional Guarantees of Liberty, 1957.
- Reibstein*, Volkssouveränität und Freiheitsrechte, Bd. I, 1972.  
———: Staatslexikon, Bd.I (1957), Sp. 285.
- Scheuner*, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts, in: Festschrift für E.R. Huber, 1973.
- Schnur (Hrsg.)*, Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964.
- Starck*, in: v.Mangoldt/ Klein/ Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 1985 S.161f.
- Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988.
- Thoma*, Kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates beschlossenen und veröffentlichten Grundrechtskatalogs vom 25.10.1948, in: JöR n.F. Bd. 1 (1951).  
———: Recht Staat Wirtschaft, Bd. I, 1949.
- Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1962.
- White, M.*, The Philosophy of the American Revolution, 1978.
- Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1997.
- Wintrich*, Über Eigenart und Methoden verfassungsgerichtlicher

Rechtsprechung, in: *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit*, Festschrift für W. Laforet, 1952.

*Wolff/ Bachof/ Stober*, *Verwaltungsrecht II*, 5. Aufl. 1987.

*Woodhouse*, A.S.P., *Puritanism and Liberty*, 1938 (reprinted 1965).

*Zacher*, Grundrechte als “Oberbegriff für Menschenrechte und Bürgerrechte, in: Böckenförde, E.W.-Spaemann, R. (Hrsg.), *Menschenrechte und Menschenwürde*, 1987.

