



**คำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ
หรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ**

เดือนกรกฎาคม ๒๕๖๗

**กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ**



คำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ
หรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ

เดือนกรกฎาคม ๒๕๖๗

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

คำนำ

สำหรับเอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ ประจำเดือนกรกฎาคม ๒๕๖๗ กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศได้ศึกษาค้นคว้าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่น่าสนใจ มานำเสนอ อาทิ กรณีขอขบเขตการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับการจำกัดเสรีภาพในทางศิลปะของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กรณีการห้ามสูบบุหรี่ในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กรณีกฎหมายกำหนดให้การเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตรจะกระทำได้โดยอาศัยคำตัดสินอันถึงที่สุดของศาลชั้นต้นหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี และกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดการขออนุญาตจัดชุมนุมสาธารณะขัดต่อเสรีภาพในการชุมนุมของศาลสูงสุดแห่งสิงคโปร์

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศฉบับนี้ จะเป็นแหล่งข้อมูลพื้นฐานที่ทำให้ทุกท่านได้ทราบถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของประเทศไทยต่างๆ รวมถึงเป็นจุดเริ่มต้นให้แก่ผู้สนใจในการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการและในการปฏิบัติงานต่อไป

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
กรกฎาคม ๒๕๖๗

สารบัญ

หน้า

๑. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1783/05 ลงวันที่ ๑๓ มิถุนายน ๒๕๕๐ (ค.ศ. ๒๐๐๗)
กรณีขอเขตการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับการจำกัดเสรีภาพในทางศิลปะ ๑
๒. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 3262/07 ลงวันที่ ๓๐ กรกฎาคม ๒๕๕๑ (ค.ศ. ๒๐๐๘)
กรณีการห้ามสูบบุหรี่ในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม ๒๖
๓. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี
คำวินิจฉัย เลขที่ 180/2017 ลงวันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๖๐ (ค.ศ. ๒๐๑๗)
กรณีกฎหมายกำหนดให้การเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตรจะกระทำได้โดยอาศัยคำตัดสินอันถึงที่สุด
ของศาลชั้นหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ๔๐
๔. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสิงคโปร์
ระหว่าง แวม ก๊วก ฮัน โจโลแวน กับ อัยการแห่งรัฐ [2020] SGCA 111
ลงวันที่ ๖ พฤศจิกายน ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)
กรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดการขออนุญาตจัดชุมนุมสาธารณะขัดต่อเสรีภาพในการชุมนุม ๕๑

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
 คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1783/05 ลงวันที่ ๑๓ มิถุนายน ๒๕๕๐ (ค.ศ. ๒๐๐๗)
 กรณีขอขเขตการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับการจำกัดเสรีภาพในทางศิลปะ^๑

นายกิตติภพ ทองศักดิ์
 คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้วินิจฉัยยกคำร้องตามรัฐธรรมนูญของผู้ร้อง ที่ได้แย้งคำพิพากษาที่ VI ZR 122/04 ของศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Court of Justice) คำพิพากษาที่ 18 U 4890/03 ของศาลสูงภูมิภาคแห่งเมืองมิวนิค (Munich Higher Regional Court) และคำพิพากษาที่ 9 O 11360/03 ของศาลภูมิภาค ๑ แห่งเมืองมิวนิค (Munich I Regional Court) โดยผู้ร้องระบุว่า คำพิพากษาดังกล่าวละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา ๕ (๓) ของกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) เนื่องจากให้สิทธิแก่โจทก์ที่ ๒ (Plaintiff no. 2) ในการสั่งห้ามมิให้ผู้ร้องหรือผู้ใดตีพิมพ์ เผยแพร่ จำหน่าย หรือโฆษณา นวนิยายเรื่องเอซรา (Esra) และหากฝ่าฝืนก็จะถูกดำเนินคดีโดยมิโทษปรับ อันเนื่องมาจากนวนิยายดังกล่าวมีเนื้อหาเกี่ยวกับรายละเอียดชีวิตส่วนตัวของตัวละครอันลึกลับ ซึ่งโดยอ้างอิงมาจากบุคคลที่มีตัวตนอยู่จริงตามประสบการณ์ของผู้ประพันธ์ ซึ่งอาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำพิพากษาของศาลดังกล่าวที่สั่งห้ามเผยแพร่นวนิยายโดยเห็นว่า เป็นการแทรกแซงเสรีภาพทางศิลปะอย่างร้ายแรง โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาจากความสอดคล้องกันระหว่างคำพิพากษาก่อนหน้า และหลักประกันในสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยเสรีภาพทางศิลปะโดยอาศัยข้อเท็จจริงของคดี ซึ่งตามหลักการเสรีภาพในทางศิลปะนั้นกำหนดให้ การพิจารณาผลงานประเภทวรรณกรรมที่เป็นนวนิยายต้องได้รับการพิจารณาผ่านมุมมองทางศิลปะโดยเฉพาะ โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เนื้อหาในวรรณกรรมนั้นเป็นเรื่องแต่ง (fictional) นอกจากนี้เสรีภาพทางศิลปะยังรวมไปถึงการได้รับแรงบันดาลใจมาจากเหตุการณ์จริง โดยระดับของการสร้างสรรค์ความจริงเชิงสุนทรียภาพนั้นแยกออกจากข้อเท็จจริง และความรุนแรงของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลมีความสอดคล้องกัน ยิ่งการบรรยายทางศิลปะมีความคล้ายคลึงกับเรื่องจริงมากเท่าใด ก็ยิ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลที่ทวีความรุนแรงมากขึ้นเท่านั้น ยิ่งผลงานสร้างสรรค์ทางศิลปะส่งผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษมากเท่าใด องค์กรประกอบในการเป็นเรื่องแต่งก็ควรจะต้องมีมากขึ้นตามไปด้วย เพื่อเป็นการป้องกันการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล

^๑ ผู้สนใจสามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่ https://www.bverfg.de/e/rs20070613_1bvr178305en.html

๒. สรุปข้อเท็จจริง

สมาคมสำนักพิมพ์และผู้จัดจำหน่ายหนังสือแห่งเยอรมัน (Association of German Publishers and Booksellers: Börsenverein des Deutschen Buchhandels) สมาคมนักเขียนแห่งเยอรมันในสหภาพแรงงานบริการร่วม (Association of German Writers in the United Services Union: Verband deutscher Schriftsteller in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft) ศูนย์ PEN แห่งเยอรมัน (German PEN Centre: PEN-Zentrum Deutschland) รวมทั้งโจทก์ที่ฟ้องร้องในการพิจารณาคดีก่อนหน้านี้ ได้ส่งคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Constitutional Court: Bundesverfassungsgericht) เพื่อขอให้พิจารณการสั่งห้ามตีพิมพ์และเผยแพร่นวนิยายเรื่อง เอสรา (Esra) ซึ่งผู้ร้องได้อ้างว่าตนถูกละเมิดสิทธิที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๕ (๓) ของกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law: Grundgesetz) ทั้งนี้ คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional complaint) ดังกล่าว ได้มุ่งประเด็นไปที่การโต้แย้งคำพิพากษาของศาลภูมิภาคที่ ๑ แห่งเมืองมิวนิค (Munich I Regional Court) ศาลสูงภูมิภาคแห่งเมืองมิวนิค (Munich Higher Regional Court) และศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Court of Justice) ซึ่งสั่งห้ามมิให้มีการตีพิมพ์ การจัดจำหน่าย และการเผยแพร่นวนิยายเรื่องเอสรา (Esra) ซึ่งประพันธ์โดย B (นามสมมติ) และถูกตีพิมพ์โดยผู้ร้อง ซึ่งถูกตั้งข้อหาในเบื้องต้นว่านวนิยายดังกล่าวได้ละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของโจทก์

นวนิยายเรื่องเอสรา (Esra) ถูกตีพิมพ์โดยสำนักพิมพ์ของผู้ร้องในช่วงฤดูใบไม้ผลิปี ค.ศ. ๒๐๐๓ (พ.ศ. ๒๕๔๖) โดยเป็นเรื่องราวความรักของนักเขียนหนุ่มกับนักแสดงสาว อัดัมและเอสรา (Adam and Esra) ซึ่งความสัมพันธ์อันใกล้ชิดของทั้งสองตัวละครหลักเกิดขึ้นระหว่างเมืองมิวนิคและชวาบิง (Munich-Schwabing) และบอกเล่าเรื่องราวผ่านมุมมองของตัวผู้บรรยายอย่างอัดัมตลอดในห้วงระยะเวลาตลอด ๔ ปี แต่ความสัมพันธ์ของทั้งคู่ต้องเผชิญกับอุปสรรคหลายประการ อาทิ ครอบครัวของเอสรา โดยเฉพาะแม่จอมบงการของเธอ ลูกสาวของเอสราจากการแต่งงานในครั้งก่อน อดีตสามีของเธอ และเหนือสิ่งอื่นใด คือ บุคลิกที่เฉยชาและไม่กระตือรือร้นของเธอเอง

แม้ว่าตัวผู้ประพันธ์และผู้ร้องต่างก็ได้แย้งว่าตัวละครในนวนิยายดังกล่าวถูกสร้างขึ้นใหม่ แต่ก็ยอมรับในเบื้องต้นว่า ผู้ประพันธ์ได้รับแรงบันดาลใจมาจากความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่างตนกับโจทก์ที่ ๑ (plaintiff no. 1) ซึ่งโจทก์ที่ ๑ ได้รับรางวัลภาพยนตร์เยอรมันประจำปี ๑๙๘๙ (German Film Award) เธอแต่งงานกับอดีตสามีตั้งแต่อายุได้ ๑๗ ปี และมีลูกสาวด้วยกัน และมีเหตุให้ต้องหย่าร้างกันในภายหลัง ต่อจากนั้น โจทก์ที่ ๑ ได้มีความสัมพันธ์กับผู้ประพันธ์นวนิยายดังกล่าวเป็นเวลากว่า 1 ปีครึ่ง ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าว ลูกสาวของเธอได้ล้มป่วยลงและไม่นานความสัมพันธ์ของทั้งคู่ก็เป็นอันจบลง หลังจากแยกทางกันแล้ว โจทก์ที่ ๒ ได้มีความสัมพันธ์กับเพื่อนในสมัยเรียนและตั้งครุฑ ต่อมาความสัมพันธ์ในครั้งนี้ก็ได้เลิกรากันในภายหลัง ขณะที่โจทก์ที่ ๒ (plaintiff no. 2) เป็นมารดาของโจทก์ที่ ๒ ซึ่งได้รับรางวัล Right Livelihood Award เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๐ (พ.ศ. ๒๕๔๓) อีกทั้งยังเป็นเจ้าของโรงแรมในตุรกี

อนึ่ง ตัวละครเอชราในนวนิยายนั้นถูกบรรยายว่าเป็นผู้หญิงที่ขาดอิสรภาพและเชื่อฟังเพียงแต่ความต้องการของมารดา โดยในฉบับที่ตีพิมพ์ล่าสุด ตัวละครเอชราได้รับรางวัล (สมมติ) Fritz Lang Prize สำหรับการแสดงบทบาทในภาพยนตร์ของเธอ ความสัมพันธ์ของตัวละครกับผู้บรรยาย ถูกบอกเล่าผ่านความสลับซับซ้อนระหว่างความลุ่มหลงและการถูกปฏิเสธ รวมทั้งความรู้สึกผิดหวังในความรักของตัวผู้บรรยายเอง ซึ่งดูเหมือนว่าความสัมพันธ์ของทั้งคู่จะล้มเหลวไม่เป็นท่านับตั้งแต่ที่เอชราไม่สามารถปลดแอกตนเองออกมาจากแม่ของเธอ ขณะที่ อายรา (Ayla) ลูกสาวของเธอที่กำลังล้มป่วย และอดีตสามีของเธอ ทั้งนี้ ความสัมพันธ์ของผู้บรรยายกับเอชรานั้นได้ถูกเล่าลึกลงไปในรายละเอียด และถูกเรียบเรียงเป็นอย่างดี มีการค้นเรื่องราวด้วยความหลังของผู้บรรยายกับเอชรา ซึ่งรวมไปถึงการเล่าว่าเอชรานั้นมีความพยายามจะทำแท้งลูกคนที่ 2 ซึ่งท้ายที่สุดแล้วเธอก็ไม่ได้ลงมือทำด้วยเพราะเธอต้องการให้มาแทนที่ลูกสาวของเธอที่กำลังล้มป่วยอยู่ (เป็นเพียงการคาดเดาจากคำบอกเล่าของผู้บรรยาย) รวมทั้งนวนิยายยังได้มีการบอกเล่าความสัมพันธ์อันลึกซึ้งของเอชรากับตัวผู้บรรยายผ่านบทกวี (Sexual acts) อีกด้วย

ตัวละครอาเล (Lale) ผู้เป็นมารดาของเอชรา เป็นเจ้าของโรงแรมแถวชายฝั่งทะเลเออีเจียนในตุรกี (Turkish Aegean Coast) โดยในฉบับดั้งเดิมนั้น เธอได้รับรางวัล Right Livelihood Award สำหรับการเคลื่อนไหวเพื่อสิ่งแวดล้อม แต่ในฉบับที่ได้รับการปรับปรุงตามที่คู่ความได้ร้องเรียนนั้น ตัวละครดังกล่าวได้รับรางวัล (สมมติ) Karl Gustav Prize จึงเป็นที่สังเกตได้อย่างชัดเจนว่า ชีวิตประวัติของตัวละครอาเลมีความคล้ายคลึงกันกับประวัติของโจทก์ที่ ๒ เช่น จำนวนครั้งของการแต่งงานและบุตรหลาน ที่พักอาศัย และการกระทำใดๆ เป็นต้น ในนวนิยายได้บรรยายความล้มเหลวในความสัมพันธ์ของทั้งอดีตและเอชราว่าเป็นความผิดของตัวละครอาเล นวนิยายได้สร้างภาพลักษณ์ในเชิงลบให้กับตัวละครของเธอ ตามคำตัดสินของศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ได้มีการระบุว่า ตัวละครดังกล่าวมีอาการซึมเศร้าและมีภาวะป่วยทางจิตอันเกิดจากการติดสุราเรื้อรัง รวมทั้งยังมีนิสัยข่มขู่คุกคามลูกสาวและสมาชิกในครอบครัวคนอื่นๆ

ทั้งนี้ ศาลฎีกาได้มีคำสั่งให้ผู้ร้องหรือผู้อื่นใดระงับการตีพิมพ์ การจำหน่าย การซื้อ-ขาย หรือการโฆษณานวนิยายเอชรา โดยหากฝ่าฝืนจะถูกดำเนินคดีเป็นโทษปรับ ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า โจทก์ทั้งสองสามารถเป็นที่จดจำได้จากตัวละครดังกล่าวในนวนิยาย อีกทั้งศาลสูงฎีกายังมีคำสั่งยกอุทธรณ์ของผู้ร้องในประเด็นของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย (Berufung) โดยศาลพิจารณาแล้วพบว่า การตีพิมพ์นวนิยายเอชราเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของโจทก์ รวมทั้งศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ก็มีคำสั่งยกอุทธรณ์ของผู้ร้องในประเด็นของข้อกฎหมายเช่นกัน

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน^๖

มาตรา ๑ (๑) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะละเมิดมิได้ การเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐทั้งหมด

มาตรา ๒ (๑) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้โดยเสรี ตราบใดที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นหรือละเมิดระบอบรัฐธรรมนูญ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา ๓ (๑) บุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย

มาตรา ๕ (๑) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิอย่างเสรีที่จะแสดงความคิดเห็นและเผยแพร่ความคิดเห็นของตน โดยการพูด การเขียน และรูปภาพ และในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารจากแหล่งข้อมูลที่เข้าถึงได้ทั่วไป โดยปราศจากการขัดขวาง เสรีภาพของสื่อมวลชนและเสรีภาพในการเสนอข่าวสารด้วยการแพร่กระจายเสียงและภาพยนตร์ย่อมได้รับการรับรองโดยไม่มี การตรวจสอบแต่ประการใด

(๓) ศิลปะและวิทยาศาสตร์ การวิจัย และการสอน ย่อมเป็นไปโดยอิสระ เสรีภาพในการสอนไม่ทำให้บุคคลใดพ้นจากพันธะตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา ๑๐๓ (๑) ในศาล บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีตามกฎหมาย

๓.๒ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี^๗

^๖ Basic Law for the Federal Republic of Germany

Article 1 (1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

Article 2 (1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

Article 3 (1) All persons shall be equal before the law.

Article 5 (1) Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship.

(3) Arts and sciences, research and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution.

Article 103 (1) In the courts every person shall be entitled to a hearing in accordance with law.

^๗ Act on the Federal Constitutional Court

มาตรา ๙๕ (๒) หากศาลรับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่คัดค้านคำตัดสิน ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยกลับคำตัดสินนั้นได้ ในกรณีตามมาตรา ๙๐ (๒) โดยศาลจะส่งเรื่องกลับไปยังศาลที่มีอำนาจรับผิดชอบ

๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญดังกล่าว พบว่า มีความสมเหตุสมผลเพียงบางส่วน ของข้อเท็จจริงที่ว่าคำตัดสินที่ถูกโต้แย้งได้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องตามมาตรา ๕ (๓) ของกฎหมายพื้นฐาน ในกรณีที่มีการอนุญาตให้มีการคุ้มครองฉุกเฉินตามที่โจทก์ที่ ๒ ได้ร้องขอ อนึ่ง คำตัดสินที่ถูกโต้แย้งด้วยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนี้ ได้มีการแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องเกี่ยวกับเสรีภาพในทางศิลปะ ซึ่งได้รับการรับรองตาม มาตรา ๕ (๓) ของกฎหมายพื้นฐาน

แม้ว่าจะมีความยากลำบากในการนิยามคำว่า "ศิลปะ" อย่างตรงไปตรงมา แต่คำตัดสินที่ถูกโต้แย้ง ได้ถือว่านวนิยายเฮซรานั้นเป็นงานศิลปะได้อย่างถูกต้อง นั่นคือ มีการประพันธ์สรรค์สร้างอย่างอิสระของศิลปินที่ใช้เพื่อแสดงออกซึ่งสิ่งที่พวกเขารู้สึก เรียนรู้ หรือประสบการณ์ ผ่านสื่อที่ตนเลือก โดยในกรณีนี้คือ นวนิยายถึงแม้ว่าข้อพิพาททางกฎหมายที่นำไปสู่การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับรายละเอียดที่ผู้เขียนบรรยายถึงบุคคลในชีวิตจริงในงานของเขาก็ตาม แต่ก็เห็นได้ชัดว่า จุดประสงค์ของเขาก็คือการนำเสนอความจริงผ่านศิลปะเช่นกัน

เฉกเช่นเดียวกันกับเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหมด เสรีภาพในทางศิลปะ มีผลกระทบต่อรัฐเป็นหลัก ซึ่งในขณะเดียวกัน สิทธิขั้นพื้นฐานนี้เป็นการสนับสนุนเสรีภาพในทางศิลปะ ซึ่งจะต้องนำมาพิจารณาด้วยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลธรรมดา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการอ้างสิทธิของบุคคลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามเผยแพร่ผลงานศิลปะ

การรับรองเสรีภาพทางศิลปะนั้น จะต้องครอบคลุมองค์ประกอบทั้งสองอย่างของการสร้างสรรค์งานศิลปะอย่างเท่าเทียมกัน นั่นคือ ‘กระบวนการสร้างสรรค์’ (Werkbereich) และ ‘ผลกระทบที่เกิดขึ้น’ (Wirkbereich) ซึ่งไม่ได้มีเพียงแค่งานทางศิลปะ (กระบวนการสร้างสรรค์) เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการนำเสนอและเผยแพร่ผลงานศิลปะที่จำเป็นต่อการรับรู้ผลงาน และเป็นสิ่งเฉพาะเจาะจงของกระบวนการทางศิลปะเช่นกัน ‘ผลกระทบที่เกิดขึ้น’ นี้ถูกรับรองตามมาตรา ๕ (๓) ของกฎหมายพื้นฐานที่บังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

หากมองในฐานะผู้จัดพิมพ์ ผู้ร้องยังสามารถที่จะอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ได้เช่นกัน โดยกฎหมายพื้นฐาน มาตรา ๕ (๓) รับรองเสรีภาพในกิจกรรมทางศิลปะอย่างครอบคลุม ในขอบเขตที่สื่อสิ่งพิมพ์มีความจำเป็นต่อ

§ 95 (2) If the Court grants a constitutional complaint which challenges a decision, the Federal Constitutional Court shall reverse the decision; in the cases referred to in § 90 (2) first sentence it shall remand the matter to a competent court.

การสร้างความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับสาธารณชน บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางระหว่างศิลปินกับสาธารณชนย่อมได้รับการคุ้มครองตามหลักประกันเสรีภาพในทางศิลปะด้วย แม้ว่าคู่มือในข้อพิพาทตามกฎหมายแพ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างเสรีภาพในทางศิลปะกับสิทธิส่วนบุคคลจะมีจุดยืนที่แตกต่างกันก็ตาม แต่กรณีนี้ยังคงเป็นข้อพิพาทระหว่างบุคคลธรรมดา และเป็นหน้าที่หลักของศาลแพ่งในการตัดสินข้อพิพาทดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลแพ่งมีหน้าที่ในการพิจารณาข้อเท็จจริงที่สำคัญ เพื่อวินิจฉัยว่ามีการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม การห้ามเผยแพร่นวนิยายถือเป็นการลิดรอนเสรีภาพในทางศิลปะอย่างรุนแรง ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจจำกัดการพิจารณาไว้แต่เฉพาะประเด็นที่ว่าคำพิพากษาที่ถูกต้องแล้วนั้นมีพื้นฐานมาจากความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องเกี่ยวกับความสำคัญของกฎหมายพื้นฐาน มาตรา ๕ (๓) และความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องเกี่ยวกับขอบเขตของการคุ้มครอง แต่ตรงกันข้าม ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องกันระหว่างคำพิพากษาที่ถูกต้องแล้วกับการรับรองเสรีภาพในทางศิลปะตามรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยข้อเท็จจริงแห่งคดีที่เฉพาะเจาะจง

ในประเด็นของการห้ามเผยแพร่นวนิยาย เป็นประเด็นที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องในเรื่องของเสรีภาพในทางศิลปะ ถือเป็นการแทรกแซงที่ไม่อาจยอมรับได้ ด้วยเสรีภาพในทางศิลปะไม่ได้มีบทบัญญัติอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าเสรีภาพในทางศิลปะจะถูกรับรองโดยไม่มีข้อจำกัด เนื่องจากถูกจำกัดโดยตรงจากบทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองผลประโยชน์ทางกฎหมายที่สำคัญอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการนิยามคำว่า "ศิลปะ" อย่างกว้าง เพื่อปกป้องเสรีภาพในการสร้างสรรค์ศิลปะของศิลปิน และไม่มี ความพยายามที่จะใช้คำจำกัดความที่แคบของศิลปะ เพื่อแยกผลงานศิลปะที่ขัดแย้งกับสิทธิของผู้อื่นออกจากการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่แรก และในกรณีที่การคุ้มครองครอบคลุมไม่เพียงแต่กระบวนการสร้างสรรค์เท่านั้น แต่ยังขยายไปถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นด้วย บุคคลที่ถูกละเมิดโดยศิลปิน ย่อมสามารถที่จะปกป้องสิทธิของตนเองและได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ โดยคำนึงถึงเสรีภาพในทางศิลปะด้วย ในสถานการณ์เช่นนี้ ศาลมีหน้าที่บังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียม หากการดำเนินคดีตามกฎหมายแพ่งส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในทางศิลปะ (ซึ่งไม่ใช่กรณีของ "การเซ็นเซอร์ศิลปะ (censorship of art)" ของรัฐ) จะต้องพิจารณาว่าการแทรกแซงดังกล่าว ได้มีการประเมินสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างศิลปินกับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากผลงานศิลปะอย่างเท่าเทียมกันหรือไม่

หลักการนี้นำมาใช้กับสิทธิในตัวบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองโดยมาตรา ๒ (๑) ประกอบกับมาตรา ๑ (๑) ของกฎหมายพื้นฐาน โดยสิทธินี้ได้รับการรับรองในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ และเมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิส่วนบุคคล การเสริมสร้างเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน และทำหน้าที่รับประกันขอบเขตส่วนบุคคลที่ใกล้ชิดกับแก่นแท้ของชีวิตส่วนตัว (engere persönliche Lebenssphäre) เช่นเดียวกับเงื่อนไขพื้นฐาน ดังนั้น สิทธินี้ยังสามารถจำกัดการสร้างสรรค์งานศิลปะได้เช่นกัน

เนื้อหาของสิทธิดังกล่าวนั้นยังไม่ได้รับการนิยามอย่างครอบคลุมและอย่างละเอียดถี่ถ้วน องค์ประกอบที่
ได้รับการคุ้มครอง อันได้แก่ สิทธิในการกำหนดภาพลักษณ์ของตนเอง สิทธิในการยอมรับทางสังคมและเกียรติยศ
ของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การรับประกันความคุ้มครองจากถ้อยคำที่อาจทำลายชื่อเสียงของบุคคล โดยเฉพาะ
ด้านภาพลักษณ์ของบุคคลอันเป็นสาธารณะนั้น หากพิจารณาลงลึกเข้าไปในรายละเอียดจะพบว่า สิทธิส่วนบุคคล
โดยทั่วไปนั้นคือ การคุ้มครองบุคคลจากการนำเสนอภาพลักษณ์ที่บิดเบือนหรือผิดเพี้ยนไป ซึ่งมีความสำคัญต่อ
การพัฒนาบุคลิกภาพอย่างเป็นอิสระของบุคคลซึ่งละเลยมิได้ ซึ่งในการพิจารณาคดีเบื้องต้นพบว่าโจทก์ได้รับ
ผลกระทบจากการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล

นอกจากนี้ ยังจำเป็นที่จะต้องมีการระบุว่า โจทก์สามารถรับรู้ว่าได้เป็นแรงบันดาลใจให้กับตัวละครใน
นวนิยาย แม้ว่าสิ่งนี้จะไม่ใช่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของพวกเขาในทันที แต่ในคำพิพากษาที่ถูกต้องแย้งนั้น
ได้มีการตั้งข้อหาด้วยเหตุที่มาจากกรณีพบว่า โจทก์สามารถรับรู้ได้ว่าเป็นแรงบันดาลใจให้กับตัวละครเอชราและ
อาเลในนวนิยาย การพิจารณาและผลการตรวจสอบเบื้องต้นนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ได้ใช้มาตรฐานที่กำหนดว่า โจทก์จะต้องสามารถรับรู้ได้โดยกลุ่มคนรู้จักจำนวนมากหรือ
น้อยก็ตาม โดยในการพิจารณาวินิจฉัยคดี Mephisto^๕ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้ทบทวนมาตรฐานที่จะต้องนำไปใช้
โดยศาลแพ่ง ซึ่งผู้อ่านจำนวนไม่น้อยจะสามารถรับรู้ได้อย่างง่ายดายว่าตัวละคร Hendrik Höfgen ในนวนิยายนั้น
ได้รับแรงบันดาลใจจากนักแสดง Gustaf Gründgens ผู้ล่วงลับ เนื่องจาก Gründgens เป็นบุคคลสำคัญในแวดวง
ภาพยนตร์ อีกทั้งประชาชนยังคงจดจำเขาได้อย่างชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญจึงพิจารณาพบว่า มาตรฐานนี้ไม่ขัดต่อ
รัฐธรรมนูญ สิ่งนี้มีพื้นฐานมาจากสถานการณ์เฉพาะของคดีนั้น แต่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับ
การพิจารณาความสามารถในการรับรู้ตัวละครในนวนิยายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ มิฉะนั้น การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลต่อผลงานศิลปะจะถูกจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีชื่อเสียงเท่านั้น ทั้งที่การรับรู้บุคคลโดยกลุ่มคนรู้จักใกล้ชิด
สามารถเป็นอันตรายต่อบุคคลเหล่านั้นได้เป็นกรณีพิเศษ

อย่างไรก็ตาม การรับรู้ดังกล่าวไม่สามารถนำไปพิสูจน์ได้ เมื่อแรงบันดาลใจของตัวละครในนวนิยาย
สามารถพิสูจน์ได้ผ่านการสอบสวนเพิ่มเติมเท่านั้น เนื่องจากศิลปินมักได้รับแรงบันดาลใจมาจากชีวิตจริง
นักวิจารณ์หรือนักวิชาการด้านวรรณกรรมที่ทำการวิจัยอย่างรอบคอบ จะสามารถระบุแหล่งที่มาของแรงบันดาลใจ
สำหรับตัวละครในนวนิยาย หรือสามารถระบุเหตุการณ์จริงที่เป็นพื้นฐานของนวนิยายได้ในหลายกรณี เสรีภาพ
ในทางศิลปะจึงจะถูกจำกัดมากเกินไป หากการระบุดังกล่าวนี้เพียงพอที่จะสร้างความสามารถในการรับรู้ถึง
บุคคลที่เป็นแรงบันดาลใจในชีวิตจริง แต่การระบุตัวตนจะต้องใช้กับผู้อ่านที่คุ้นเคยกับสถานการณ์เป็นอย่างดี
ซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องมีลักษณะอันเฉพาะเจาะจง

^๕ BVerfGE 30, 173 source: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1370>

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า โจทก์สามารถรับรู้ได้ตามมาตรฐานดังกล่าว สำหรับต้นฉบับของนวนิยายนั้น ไม่มีข้อสงสัยในเรื่องนี้ เนื่องจากมีการระบุตัวตนของโจทก์อย่างชัดเจนผ่านรางวัลที่พวกเขาได้รับ นอกจากนี้ ศาลยังพิจารณาได้อีกว่า โจทก์ยังคงถูกระบุตัวตนในนวนิยายฉบับล่าสุดด้วย ซึ่งเป็นประเด็นนี้ แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนชื่อรางวัลแล้ว แต่ก็ยังคงมีความคล้ายคลึงกับความเป็นจริงและมีรายละเอียดอื่น ๆ ที่สามารถรับรู้ได้อีกมากมาย เมื่อพิจารณาจากสถานการณ์หลายประการ การระบุตัวตนของโจทก์จึงชัดเจน ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลชั้นต้นมีหน้าที่หลักในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งสามารถอนุมานความสามารถในการรับรู้ของบุคคลที่ได้รับผลกระทบได้ ซึ่งโจทก์ได้รับผลกระทบในระดับที่ไม่สามารถเพิกเฉยได้ การกระทำและลักษณะเฉพาะที่สามารถรับรู้ได้ว่าได้รับแรงบันดาลใจมาจากโจทก์นั้น ได้ถูกนำมาประกอบกับตัวละครในนวนิยาย หากผู้อ่านสามารถเชื่อมโยงการกระทำและลักษณะเฉพาะเหล่านี้กับโจทก์ได้ สิ่งเหล่านี้ก็สามารถทำลายสิทธิส่วนบุคคลของโจทก์ได้อย่างร้ายแรง

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในทางศิลปะก็สามารถกำหนดขอบเขตของสิทธิส่วนบุคคลได้เช่นกัน สิ่งนี้เกิดขึ้นได้เนื่องจากการบังคับใช้สิทธิส่วนบุคคลต่อเสรีภาพในทางศิลปะ มีแนวโน้มที่จะกำหนดขอบเขตที่สำคัญของเสรีภาพในทางศิลปะมากกว่าสิทธิส่วนบุคคลอื่น ๆ ที่อ้างสิทธิในผลงานศิลปะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความเสี่ยงของการอ้างสิทธิส่วนบุคคล อาจป้องกันการวิพากษ์วิจารณ์และการอภิปรายหัวข้อสำคัญสำหรับสาธารณชน ดังนั้น เพื่อกำหนดขอบเขตเหล่านี้ ในคดีดังกล่าวจึงยังไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ในกระบวนการพิจารณาคดีว่า สิทธิส่วนบุคคลนั้นถูกละเมิดโดยไม่คำนึงถึงเสรีภาพในทางศิลปะ หากได้มีการพิสูจน์ในข้อพิพาทว่าการใช้เสรีภาพในทางศิลปะของผู้ประพันธ์ได้ละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลภายนอก เสรีภาพในทางศิลปะก็จะต้องได้รับการพิจารณาอย่างเพียงพอในการตัดสินคดีแพ่งเกี่ยวกับการเรียกร้องการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ดังนั้น จึงต้องประเมินว่าการละเมิดนั้นร้ายแรงมากน้อยเพียงใด เมื่อพิจารณาถึงน้ำหนักที่เฉพาะเจาะจงของเสรีภาพทางศิลปะ การละเมิดเพียงเล็กน้อยหรือความเป็นไปได้ของการละเมิดอย่างร้ายแรงนั้นไม่เพียงพอ เว้นแต่เมื่อจะมีการพิสูจน์ว่ามีการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลอย่างแน่นอน เสรีภาพทางศิลปะก็ไม่สามารถนำมาใช้อ้างเป็นเหตุผลได้

ในประเด็นนี้ ความรุนแรงของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลนั้นขึ้นอยู่กับระดับที่ศิลปินอนุญาตให้ผู้อ่านเชื่อมโยงเนื้อหาของผลงานกับบุคคลจริง และความรุนแรงของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลเมื่อผู้อ่านสร้างการเชื่อมโยงกับบุคคลจริง ซึ่งลักษณะเฉพาะของรูปแบบศิลปะในการเล่าเรื่อง เช่น นวนิยาย มักจะอิงมาจากความเป็นจริง แม้ว่าศิลปินจะสร้างความเป็นจริงทางสุนทรียศาสตร์ใหม่ ๆ ก็ตาม สิ่งนี้จำเป็นต้องใช้มุมมองทางศิลปะ โดยเฉพาะเพื่อกำหนดว่านวนิยายนั้นอนุญาตให้ผู้อ่านสร้างการเชื่อมโยงกับความเป็นจริงในแต่ละองค์ประกอบหรือไม่ เพื่อประเมินความรุนแรงของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลทั่วไป

ผลงานศิลปะแสวงหาการสร้าง "ความเหนือจริง (more real)" ของตัวเอง ซึ่งเป็นอิสระจากความเป็นจริง "ที่เกิดขึ้นจริง (actual)" โดยที่ความเป็นจริงนั้นถูกบอกเล่าผ่านประสบการณ์ที่ถูกกลั่นกรองมาให้มีความงดงามในเชิงสุนทรียศาสตร์ ดังนั้น การสร้างสรรค์ทางศิลปะจึงไม่สามารถวัดได้ด้วยโลกแห่งความจริง แต่จะต้องวัดด้วยมาตรฐานทางศิลปะและสุนทรียศาสตร์โดยเฉพาะ ซึ่งหมายความว่า ความขัดแย้งกันระหว่างสิทธิส่วนบุคคลกับ

เสรีภาพในทางศิลปะ ไม่สามารถพิจารณาได้เพียงแค่ผลกระทบของผลงานศิลปะในขอบเขตที่ไม่ใช่ศิลปะเท่านั้น แต่จะต้องนำข้อพิจารณาทางศิลปะโดยเฉพาะมาใช้ในการพิจารณาด้วย ดังนั้น การตัดสินว่าสิทธิส่วนบุคคลจะถูกละเมิดหรือไม่ จะสามารถทำได้โดยการถ่วงดุลสถานการณ์ของแต่ละคดีเท่านั้น ในการถ่วงดุลนี้ จะต้องพิจารณาว่าการนำเสนอเนื้อหาทางศิลปะ ทำให้การพรรณนาทางศิลปะเป็นอิสระจากของเดิม โดยการทำให้สิ่งที่เป็นปัจเจกส่วนตัว และใกล้ชิด กลายเป็นมีวัตถุประสงค์ เชิงสัญลักษณ์ และการเปรียบเทียบในระดับใด

การรับรองเสรีภาพในทางศิลปะได้กำหนดให้ผู้อ่านงานวรรณกรรมมีความสามารถในการแยกแยะระหว่างผลงานวรรณกรรมกับการแสดงความคิดเห็น และการแยกแยะระหว่างการบรรยายข้อเท็จจริงกับเรื่องแต่ง ดังนั้น ผลงานวรรณกรรมที่นำเสนอในรูปแบบนวนิยาย ควรได้รับการพิจารณาว่าเป็นเรื่องแต่งที่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงเบื้องต้น หากไม่มีการสันนิษฐานว่าข้อความวรรณกรรมเป็นเรื่องแต่ง คุณสมบัติเฉพาะของนวนิยายในฐานะผลงานศิลปะและมาตรฐานของเสรีภาพในทางศิลปะก็จะถูกมองข้าม การสันนิษฐานนี้ยังใช้ได้กับกรณีที่บุคคลในชีวิตจริงสามารถรับรู้ได้ว่าเป็นต้นแบบที่สร้างแรงบันดาลใจให้กับตัวละครในนวนิยาย เนื่องจากเสรีภาพในทางศิลปะขยายสิทธิไปถึงแรงบันดาลใจที่ดึงมาจากบุคคลจริง จึงไม่มีสิทธิในการกำหนดภาพลักษณ์ของตนเองที่คล้ายคลึงกับสิทธิในภาพลักษณ์ของตน หากสิทธิดังกล่าวถูกตีความว่าเป็นสิทธิในการไม่เป็นแรงบันดาลใจให้กับตัวละครในนวนิยาย อย่างไรก็ตาม เพื่อให้สามารถนำไปใช้ได้ การตีพิมพ์ดังกล่าวจะต้องเป็นวรรณกรรมที่ผู้อ่านสามารถรับรู้ได้ว่าไม่ใช่ข้อเท็จจริง

ยิ่งผู้ประพันธ์แยกตัวละครในนวนิยายออกจากต้นแบบมากเท่าใด ผลงานของพวกเขาจะถูกวัดด้วยมาตรฐานทางศิลปะโดยเฉพาะมากขึ้นเท่านั้น ในบริบทนี้ การสร้างเรื่องแต่งไม่ได้หมายความว่าต้องลบร่องรอยของการรับรู้ทั้งหมดออกไป แต่จะต้องชัดเจนต่อผู้อ่านว่าพวกเขาไม่ควรที่จะสามารถสันนิษฐานความเป็นจริงจากข้อความได้ นอกจากนี้ เป็นความจริงที่ผลงานศิลปะไม่เพียงแต่ส่งผลต่อความเป็นจริงทางสุนทรียศาสตร์เท่านั้น หากแต่ยังส่งผลต่อข้อเท็จจริงในชีวิตจริงด้วย อย่างไรก็ตาม "ผลกระทบสองด้าน (double effect)" นี้จำเป็นต้องพิจารณาเฉพาะผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นในชีวิตจริง ในการถ่วงดุลสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้ เสรีภาพในทางศิลปะจะไม่สามารถเอาชนะได้ในกรณีที่นวนิยายได้ส่งผลกระทบต่อพื้นที่ส่วนตัวของบุคคล ในทางกลับกัน หากพิจารณาเฉพาะความเป็นจริงทางสุนทรียศาสตร์ สิทธิส่วนบุคคลจะไม่สามารถเอาชนะเสรีภาพในทางศิลปะได้ ดังนั้น ปัญหาสามารถแก้ไขได้โดยการถ่วงดุลสิทธิขั้นพื้นฐานที่รองรับทั้งสองฝ่าย ซึ่งในการถ่วงดุลสิทธิเหล่านี้ ความรุนแรงของผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลเป็นสิ่งที่จะใช้ในการตัดสิน

รายละเอียดของสิทธินี้ยังไม่ได้รับการนิยามอย่างครอบคลุมและละเอียดถี่ถ้วน แม้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานนี้จะมี ความสำคัญอย่างยิ่ง แต่ขนาดของสิทธิแต่ละส่วนมีความสำคัญที่แตกต่างกันในฐานะข้อจำกัดที่อาจเกิดขึ้นกับเสรีภาพทางศิลปะ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงพิจารณาแล้วเห็นว่า แก่นแท้ของชีวิตส่วนบุคคลนั้นถือเป็นสิทธิอันบริสุทธิ์และต้องได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากมีความใกล้ชิดเป็นพิเศษกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งรวมถึงการแสดงออกทางเพศด้วย และไม่ควรถือความมิติต่าง ๆ ของสิทธิส่วนบุคคลเป็นลำดับความสำคัญ

เชิงโครงสร้าง แต่ควรบ่งชี้ถึงความรุนแรงของการละเมิดโดยผลงานวรรณกรรม อีกทั้งระดับความคล้ายคลึงกันระหว่างการพรรณนาทางศิลปะกับความจริงนั้นสัมพันธ์กันกับความรุนแรงของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ยิ่งมีความคล้ายคลึงกันมากเท่าใด การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลก็จะรุนแรงมากขึ้นเท่านั้น ยิ่งการนำเสนอทางศิลปะส่งผลกระทบต่อมิติของสิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษมากเท่าใด องค์ประกอบทางศิลปะก็จะต้องมีมากขึ้นเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธินี้

หากว่าตามมาตรฐานที่กล่าวมานี้ ศาลไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดของเสรีภาพทางศิลปะอย่างครบถ้วน ในคดีนี้ ศาลได้อนุญาตให้โจทก์ทั้งสองได้รับการเยียวยาตามที่ขอ แม้ว่าจะมีความแตกต่างที่ชัดเจนระหว่างทั้งสองคดีเกี่ยวกับการถ่วงดุลระหว่างเสรีภาพในทางศิลปะกับสิทธิส่วนบุคคล แต่คำพิพากษาที่ถูกต้องแม้ไม่ได้นำมามุมมองทางศิลปะไปใช้ตามที่กำหนดอย่างสอดคล้องกัน ดังนั้น คำพิพากษาดังกล่าวจึงละเมิดเสรีภาพในทางศิลปะ ตามมาตรา ๕ (๓) ของกฎหมายพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม กรณีไม่ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญที่คำพิพากษาที่ถูกต้องแม้จะพบว่า ตัวละครอาเลในนวนิยายมีการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับโจทก์ที่ ๒ ซึ่งเป็นบุคคลต้นแบบในชีวิตจริง โดยในเรื่องนี้ ศาลพบว่าโจทก์ที่ ๒ สามารถรับรู้ได้ว่าตนเองเป็นแรงบันดาลใจให้กับตัวละครในนวนิยายจากข้อมูลชีวประวัติหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรางวัลที่ได้รับ การค้นพบนี้ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังไม่พบการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานอื่น ๆ ดังนั้น คำพิพากษาที่ถูกต้องแม้ไม่ได้ละเมิดหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (มาตรา ๓ (๑)) หรือสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีตามกฎหมาย (มาตรา ๑๐๓ (๑))

ทั้งนี้ คำพิพากษาที่ถูกต้องแม้มีพื้นฐานมาจากข้อบกพร่องทางรัฐธรรมนูญที่ระบุไว้ข้างต้น ไม่สามารถตัดสินได้ว่าศาลจะมีคำตัดสินแตกต่างกันหรือไม่ โดยเฉพาะมุมมองทางศิลปะที่จำเป็นจะต้องนำมาใช้ในการพิจารณา โดยคดีนี้ได้ถูกส่งกลับไปยังศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๙๕ (๒) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

Headnotes

to the Order of the First Senate of 13 June 2007

1 BvR 1783/05

1. In respect of court decisions banning a novel, which constitute particularly serious interferences with freedom of the arts, the Federal Constitutional Court reviews the compatibility of the challenged decisions with the constitutional guarantee of freedom of the arts based on the specific circumstances of the case.
2. Freedom of the arts requires that literary works presented as novels be considered from a specifically artistic perspective. In particular, it gives rise to the presumption that a literary text is fictional.
3. Freedom of the arts includes the right to draw inspiration from real life.
4. The degree to which an author creates an aesthetic reality detached from actual fact and the intensity of a violation of the right of personality are interrelated. The greater the similarity between the artistic portrayal and the original, the more serious the impairment of the right of personality. The more the artistic creation affects dimensions of the right of personality that are afforded special protection, the greater the fictional elements must be in order to rule out violations of the right of personality.

FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT**- 1 BvR 1783/05 -****IN THE NAME OF THE PEOPLE****In the proceedings
on the constitutional complaint of**

V... GmbH, represented by its directors ...,

– authorised representatives: ...

against a) the Judgment of the Federal Court of Justice of 21 June 2005
- VI ZR 122/04 -,b) the Final Judgment of the Munich Higher Regional Court of 6 April
2004
- 18 U 4890/03 -,c) the Final Judgment of the Munich I Regional Court of 15 October
2003
- 9 O 11360/03 -

the Federal Constitutional Court – First Senate –

with the participation of Justices

Vice-President Papier,

Steiner,

Hohmann-Dennhardt,

Hoffmann-Riem,

Bryde,

Gaier,

Eichberger,

Schluckebier

held on 13 June 2007:

1. The Judgment of the Federal Court of Justice of 21 June 2005 - VI ZR 122/04 -, the Final Judgment of the Munich Higher Regional Court of 6 April 2004 - 18 U 4890/03 - and the Final Judgment of the Munich I Regional Court of 15 October 2003 - 9 O 11360/03 - violate the complainant's fundamental right under Article 5(3) first sentence of the Basic Law, to the extent that the judgments granted plaintiff no. 2 the right to bar the complainant from publishing or having someone else publish, distributing or having someone else distribute, selling or having someone else sell and advertising or having someone else advertise the novel *Esra* in the version set out in the declaration of undertaking of 18 August 2003, making non-compliance punishable by a fine.

For the rest, the constitutional complaint is rejected.

2. The Judgment of the Federal Court of Justice of 21 June 2005 - VI ZR 122/04 - is reversed to the extent of the violation of fundamental rights set out in no. 1 of this order. The matter is remanded to the Federal Court of Justice in this respect.
3. [...]

REASONS:

A.

I.

The constitutional complaint is directed against judgments of the Munich I Regional Court, the Munich Higher Regional Court and the Federal Court of Justice, which banned the publication, distribution and dissemination of the novel *Esra*, written by B. and published by the complainant, on the grounds that the novel violated the general right of personality of the plaintiffs in the initial proceedings. 1

1. The novel *Esra* was published by the complainant's publishing house in the spring of 2003. It tells the love story of Adam and Esra, an author and an actress. The intimate relationship between the two main characters is set in Munich-Schwabing and is described from the perspective of the first-person narrator Adam over a period of four years. The couple's relationship faces all sorts of obstacles: Esra's family, with her domineering mother in particular, Esra's daughter from her first, failed marriage, the daughter's father, and above all, Esra's own passive, fatalistic personality. 2

Although the author and the complainant argue that the characters of the novel are fictional, both conceded in the initial proceedings that the author was inspired by his intimate relationship with plaintiff no. 1. [...] 3

[...] 4-6

Plaintiff no. 1 was awarded the 1989 German Film Award. She got married at the age of 17 and has a daughter from this marriage. After the failure of her marriage, plaintiff no. 1 had an intimate relationship with the author for one and a half years. During this time, her daughter fell seriously ill. After her separation from the author, plaintiff no. 1 had a brief relationship with a former schoolmate. She has another child from this relationship, which later also failed. Plaintiff no. 2 is the mother of plaintiff no. 1. She received the 2000 Right Livelihood Award and owns a hotel in Turkey.

7

2. The Esra character is portrayed as a woman lacking independence who obeys her mother's will. In the latest version of the novel, she was awarded the [fictional] 'Fritz Lang Prize' for her acting performance in a film. Her relationship with the first-person narrator is marked by the constant switching between affection and rejection and by the disappointed love of the first-person narrator. It is doomed to fail since Esra is not able to free herself from the clutches of her mother, of her seriously ill daughter Ayla and of her daughter's father. The relationship of the first-person narrator to Esra is depicted in detail and on different levels, breaking up the chronology with several flashbacks. This includes Esra contemplating having an abortion when she is pregnant with her second child; ultimately, she does not have the abortion, because – as readers can infer from the first-person narrator's thoughts – she wants to have this child to replace her terminally ill daughter. The novel contains several passages portraying sexual acts between Esra and the first-person narrator.

8

Esra's mother, the Lale character, owns a hotel on the Turkish Aegean coast. In the original version of the novel, she was awarded the Right Livelihood Award for her environmental activism; in the version that was revised following the parties' endeavours to settle and which is challenged here, she was awarded the [fictional] 'Karl Gustav Prize'. There are clear and prominent similarities between Lale's biography and that of plaintiff no. 2 (number of marriages and children, places of residence and action). In the novel, the failure of Adam and Esra's relationship is largely blamed on Lale; the novel paints a distinctly negative picture of her. According to the judgment of the Federal Court of Justice, she is portrayed as a depressed and mentally ill alcoholic who bullies her daughter and family.

9

II.

1. [...]

10

2. [...]

11-12

3. The Regional Court ordered the complainant to refrain from publishing or having someone else publish, distributing or having someone else distribute, selling or having someone else sell and advertising or having someone else advertise the novel *Esra*, with non-compliance punishable by a fine.

13

[...]

14

The Regional Court found that the plaintiffs were recognisable in the characters in

15

the novel. [...]

[...] 16-19

4. The Higher Regional Court dismissed the complainant's appeal on points of fact and law (*Berufung*) against the judgment of the Regional Court. It found that the publication of the novel violated the plaintiffs' general right of personality. 20

[...] 21-26

5. The Federal Court of Justice dismissed the appeal on points of law (*Revision*) against the judgment of the Higher Regional Court. 27

[...] 28-35

B.

I.

In its constitutional complaint, the complainant claims *inter alia* that the challenged decisions violate its right under Article 5(3) first sentence of the Basic Law. 36

[...] 37-47

II.

Statements on the constitutional complaint were submitted by the Association of German Publishers and Booksellers (*Börsenverein des Deutschen Buchhandels*), the Association of German Writers in the United Services Union (*Verband deutscher Schriftsteller in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft*), the German PEN Centre (*PEN-Zentrum Deutschland*) and the plaintiffs in the initial proceedings. 48

[...] 49-56

C.

The constitutional complaint is well-founded in part. The challenged decisions violate the complainant's fundamental right under Art. 5(3) first sentence of the Basic Law to the extent that they grant the injunctive relief sought by plaintiff no. 2. 57

I.

The decisions challenged with the constitutional complaint interfere with the complainant's fundamental right to freedom of the arts under Art. 5(3) first sentence of the Basic Law. 58

1. Notwithstanding the difficulties in conclusively defining the term 'art', which the Federal Constitutional Court has repeatedly emphasised (cf. BVerfGE 30, 173 <188 and 189>; 67, 213 <224 *et seq.*>), the challenged decisions correctly consider the novel *Esra* to be a work of art, namely a free creative composition that artists use to 59

express what they have felt, learned or experienced, by means of a chosen medium – in this case a novel (cf. BVerfGE 30, 173 <188 and 189>; 67, 213 <226>; 75, 369 <377>). Even though the legal dispute that led to the constitutional complaint mainly concerns the degree to which the author describes real-life persons in his work, it is clear that his aim is to present this reality through art.

[...]

2. Like all fundamental freedoms, freedom of the arts is primarily directed against the state. [...]

At the same time, this fundamental right is an objective decision in favour of freedom of the arts, which must also be taken into account in the relationship between private actors, particularly where individual rights are invoked in order to obtain bans on artistic works through the courts (cf. BVerfGE 30, 173 <187 *et seq.*>; 36, 321 <331>).

3. The guarantee of freedom of the arts equally covers both elements of artistic creation: the 'creative process' (*Werkbereich*) and the 'effect produced' (*Wirkbereich*). Not just artistic activity (the creative process), but also the presentation and dissemination of the work of art are necessary for the work to be perceived, which is also specific to the artistic process. This 'effect produced' is the basis upon which the guarantee under Art. 5(3) first sentence of the Basic Law has mainly taken effect so far (cf. BVerfGE 30, 173 <189>; 36, 321 <331>; 67, 213 <224>; 81, 278 <292>).

4. As a publisher, the complainant is also entitled to invoke this fundamental right.

Art. 5(3) first sentence of the Basic Law comprehensively guarantees freedom of artistic activity. To the extent that publishing media are needed in order to establish a relationship between artists and the public, persons acting as intermediaries between artists and the public are also protected by the guarantee of freedom of the arts (cf. BVerfGE 30, 173 <191>; 36, 321 <331>; 77, 240 <251, 254>; 81, 278 <292>; 82, 1 <6>).

5. Even where parties in a private law dispute involving a conflict between freedom of the arts and the right of personality have different positions that are protected by fundamental rights, this still constitutes a dispute between private actors, and it primarily falls to the civil courts to decide such disputes. In particular, civil courts are tasked with establishing the facts that are significant for finding a violation of the right of personality. However, banning a novel constitutes a particularly serious interference with freedom of the arts. Therefore, the Federal Constitutional Court cannot limit its review to whether the challenged decisions are based on a fundamentally incorrect understanding of the significance of Art. 5(3) first sentence of the Basic Law, and on an incorrect understanding of its scope of protection in particular. Rather, the Federal Constitutional Court must review the compatibility of the challenged decisions with the constitutional guarantee of freedom of the arts on the basis of the specific circumstances of the case (cf. dissenting opinion of Justice Stein, BVerfGE 30, 173

<201 and 202>).

II.

The ban of the novel interferes with the complainant's fundamental right to freedom of the arts, which is only partially justified. 67

1. Freedom of the arts is not subject to an express limitation clause. However, this does not mean that freedom of the arts is guaranteed without limitation; rather, it is directly limited by other provisions of the Constitution that protect other significant legal interests in the constitutional order of the Basic Law (cf. BVerfGE 30, 173 <193>; 67, 213 <228>). 68

Especially where, for the sake of protecting artistic self-determination, the term 'art' is broadly defined, and where no attempt is made to use a narrow definition of art to exclude, from the outset, artistic forms of expression that conflict with the rights of others from such constitutional protection (as is the tendency in the decision BVerfG, Order of the Preliminary Examination Committee (*Vorprüfungsausschuss*) of 19 March 1984 - 2 BvR 1/84 -, NJW 1984, p. 1293 <1294>), and where protection not only covers the creative process but also extends to the effect produced, it must be possible for persons whose rights are impaired by artists to defend their rights and obtain effective legal protection, all while freedom of the arts is taken into consideration. In such a situation, the courts are obliged to equally give effect to the fundamental rights of both sides. If private legal action results in an interference with freedom of the arts, this is not an instance of state 'censorship of art', but must be reviewed as to whether such interference equally balances the fundamental rights of the artist on the one hand and those of the person affected by a work of art on the other. 69

In particular, this applies to the right of personality protected by Art. 2(1) in conjunction with Art. 1(1) of the Basic Law (cf. BVerfGE 67, 213 <228>). This right enjoys a particularly high standing in the Federal Constitutional Court's case-law, especially with regard to its human dignity core (cf. BVerfGE 75, 369 <380>; 80, 367 <373 and 374>). The right of personality supplements the freedoms laid down in the Basic Law, and it serves to guarantee the personal sphere that is closer to the core of private life (*engere persönliche Lebenssphäre*) as well as its basic conditions (cf. BVerfGE 54, 148 <153>; 114, 339 <346>). Thus, it may also limit artistic creations. 70

The substance of this right has not yet been defined comprehensively and exhaustively. Its recognised protected elements include the right to determine the portrayal of one's person, to social recognition and to personal honour (cf. BVerfGE 54, 148 <153 and 154>; 99, 185 <193>; 114, 339 <346>). Notably, it guarantees protection against statements which could tarnish a person's reputation, especially their public image. In particular, the general right of personality protects individuals from skewed or distorted portrayals whose significance for the free development of their personality is not entirely negligible (cf. BVerfGE 97, 125 <148 and 149>; 99, 185 <193 and 194>; 114, 339 <346>). 71

- [...] 72
2. The right of personality of the plaintiffs in the initial proceedings is affected. 73
- a) This requires that the plaintiffs be recognisable as the real-life inspiration for the characters in the novel, although this in itself does not yet constitute a violation of their right of personality. 74
- The challenged decisions are based on the finding that the plaintiffs were recognisable as the real-life inspiration for characters Esra and Lale in the novel. This assessment and its underlying findings are not objectionable under constitutional law. In particular, the Federal Court of Justice correctly applied a standard requiring that they be recognisable by a more or less large circle of acquaintances. In its *Mephisto* decision, the Federal Constitutional Court reviewed the standard to be applied by the civil courts, according to which a non-negligible readership would easily recognise that the character Hendrik Höfgen in the novel was inspired by the dead actor Gustaf Gründgens, since Gründgens was a figure of contemporary society and the public's recollection of him was still quite vivid. The Federal Constitutional Court found that this standard was not objectionable under constitutional law (cf. BVerfGE 30, 173 <196>). This was based on the specific circumstances of that case, but does not define a necessary condition for determining the recognisability of characters in a novel that is relevant under constitutional law. Otherwise, the protection of the right of personality vis-à-vis works of art would be limited to celebrities, although it is precisely the recognition of persons by their immediate circle of acquaintances that can be particularly harmful for these persons (cf. on a press law case BVerfGK 3, 319, NJW 2004, p. 3619 <3620>). 75
- However, such recognisability cannot be sufficiently established when the real-life inspiration for a character in a novel can only be proven by way of further clues. Since artists are often inspired by reality, a critic or literary scholar who researches carefully will in many cases be able to identify sources of inspiration for characters in a novel, or be able to name actual events that form the basis of a novel. Freedom of the arts would be far too limited if such a possible identification were sufficient to establish the recognisability of the person serving as real-life inspiration. Rather, the identification must suggest itself at least to readers familiar with the circumstances. This usually requires a large number of identifying features. 76
- In the present case, the courts correctly found that the plaintiffs were recognisable according to this standard. With regard to the original version of the novel, there is no doubt in this respect, given the clear identification of the plaintiffs by way of the prizes awarded to them [...]. The courts also reasonably assumed that the plaintiffs are still identifiable in the latest version of the novel, which is the subject matter of the present proceedings, despite a renaming of the prizes, because the facts are still similar to reality [...] and there are many other recognisable details [...]. Given the combination and accumulation of numerous circumstances, the identification of the plaintiffs suggests itself. In this respect, it is primarily for the ordinary courts to establish the facts 77

from which the recognisability of the affected persons can be deduced

b) The plaintiffs are also not affected to such a negligible degree that their right of personality must stand back, from the outset, behind freedom of the arts. Acts and characteristics that are recognisably inspired by the plaintiffs are attributed to the characters in the novel; if readers can link these acts and characteristics to the plaintiffs, this can seriously impair the plaintiffs' right of personality. 78

3. Yet freedom of the arts can, in turn, set limits to the right of personality. This is also the case because the enforcement of the right of personality vis-à-vis freedom of the arts is more likely to set substantive limits to the scope of freedom of the arts than to that of other individual rights asserted in respect of a work of art (cf. regarding property BVerfG, Order of the Preliminary Examination Committee of 19 March 1984 - 2 BvR 1/84 -, NJW 1984, p. 1293). In particular, there is a risk that invoking the right of personality may prevent public criticism and the discussion of topics important for the public and for society (cf. dissenting opinion of Justice Stein, BVerfGE 30, 200 <206 and 207>). 79

Therefore, in order to determine these limits in a specific case, it is not sufficient to establish, in court proceedings, that the right of personality has been impaired, without taking into consideration freedom of the arts. If it is established in a dispute that the exercise of freedom of the arts by a writer impairs the right of personality of third parties, freedom of the arts must be adequately taken into account in decisions on private-law claims to protection based on the general right of personality. Thus, it must be assessed whether the impairment is so serious that freedom of the arts must stand back. In view of the particular weight of freedom of the arts, minor impairment or the mere possibility of serious impairment are not sufficient. Yet where serious impairment of the right of personality is established with certainty, even freedom of the arts cannot justify it (cf. BVerfGE 67, 213 <228>). 80

In this respect, the severity of the impairment of the right of personality depends both on the degree to which the artist allows the reader to link the content of the work to real persons, and on the intensity of the impairment of the right of personality when the reader establishes this link. 81

a) A specific feature of narrative art forms such as novels is that they are often, or even regularly, based on reality, although the artist creates a new aesthetic reality. This requires applying a specifically artistic perspective for determining whether the novel allows readers to establish a link to reality in each of its elements, in order to assess, on this basis, the severity of the impairment of the general right of personality. 82

A work of art seeks to create its own 'more real' reality independent of 'actual' reality, in which reality is experienced more consciously on an aesthetic level in a new relationship with the individual. Therefore, artistic creations cannot be measured against real-world standards, but only against specifically artistic and aesthetic stan- 83

dards (cf. dissenting opinion of Justice Stein, BVerfGE 30, 200 <204>). This means that the tension between the right of personality and freedom of the arts cannot be examined only in light of the effects of a work of art in the non-artistic social domain, but that specifically artistic considerations must also be taken into account. Therefore, a decision whether the right of personality is violated can only be made by balancing all the circumstances of the individual case. In this balancing, it must be considered whether and to what extent the artistic presentation of the material and its incorporation into the work of art as an organic whole have made the artistic portrayal independent of the original, by rendering objective, symbolical and figurative what was individualised, personal, and intimate (cf. BVerfGE 30, 173 <195>).

The guarantee of freedom of the arts requires that the reader of a literary work be considered capable of distinguishing literary work from an expression of opinion, and of differentiating between a description of actual facts and a fictional story. Therefore, a literary work presented as a novel should initially be seen as a work of fiction that does not purport to be factual. Without the presumption of a literary text's fictionality, the specific qualities of a novel as a work of art, and thus the standards of freedom of the arts, would be overlooked. At the outset, this presumption also applies where real-life people are recognisable as the originals that inspired the characters in a novel. Since freedom of the arts extends to inspiration drawn from such real persons, there can also be no right to determine the portrayal of one's person, analogous to the right to one's own image, if such a right were interpreted as the right not to serve as inspiration for a character in a novel. However, for this to apply, the publication in question must actually be literature that the reader can recognise as not purporting to be factual. A report falsely labelled as a novel would not enjoy the protection afforded by a specifically artistic perspective.

84

The more authors detach a character in a novel from its original, making it an independent fictional character ('altering' – *verfremden*; cf. BVerfGE 30, 173 <195>), the more their work will be measured against specifically artistic standards. In this context, fictionalisation does not necessarily mean that all traces of recognisability must be completely removed. Instead, it must be clear to readers that they should not assume the factuality of the text. It is true that a work of art not only has an effect on aesthetic reality but also on real-life facts. However, if due to this 'double effect' one were always obliged, in the context of balancing fundamental rights against one another, to only consider the possible effects on real life, freedom of the arts could never prevail in cases where a novel affects someone's personal sphere. It would be the opposite if one were to consider aesthetic reality alone. In that case, the right of personality could never prevail over freedom of the arts. Thus, this problem can only be solved by way of balancing both fundamental rights in a way that accommodates both.

85

b) In balancing these rights, it is the intensity of the effect on the right of personality that is decisive.

86

The substance of this right has yet to be comprehensively and exhaustively defined. Notwithstanding the great significance of this fundamental right, its individual dimensions carry differing weight as potential limits to freedom of the arts. 87

In its case-law, the Federal Constitutional Court has held that a core of private life is inviolable and subject to absolute protection, given its particular proximity to human dignity (cf. BVerfGE 6, 32 <41>; 6, 389 <433>; 27, 344 <350 and 351>; 32, 373 <378 and 379>; 34, 238 <245>; 35, 35 <39>; 38, 312 <320>; 54, 143 <146>; 65, 1 <46>; 80, 367 <373 and 374>; 89, 69 <82 and 83>; 109, 279 <313>). The private sphere is afforded a lesser degree of protection than this absolutely protected core (cf. BVerfGE 32, 373 <379 *et seq.*>; 35, 35 <39>; 35, 202 <220 and 221>; 80, 367 <374 and 375>), which also encompasses expressions of sexuality in particular (cf. BVerfGE 109, 279 <313>). 88

The different dimensions of the right of personality ought not to be understood as a schematic order of priority, but they do indicate the intensity of the impairment by the literary work. 89

c) The degree to which an author creates an aesthetic reality detached from actual fact and the intensity of the violation of the right of personality are interrelated. The greater the similarity between the artistic portrayal and the original, the more serious the impairment of the right of personality. The more the artistic presentation affects dimensions of the right of personality that are afforded special protection, the greater the fictional elements must be in order to rule out a violation of this right. 90

4. According to these standards, the courts did not fully satisfy the requirements of freedom of the arts in the present case. They fully granted the relief sought by both plaintiffs, even though there are clear differences between the two cases with regard to balancing freedom of the arts and the right of personality. 91

a) In respect of plaintiff no. 2, the challenged decisions do not consistently apply the required specifically artistic perspective; they thus violate the guarantee of freedom of the arts under Art. 5(3) first sentence of the Basic Law. 92

However, it is not objectionable under constitutional law that the challenged decisions found the novel's Lale character only slightly altered in comparison to plaintiff no. 2, the real-life person on which she was based. In this respect, the courts found that plaintiff no. 2 was recognisable as the source of inspiration for the character in the novel, on the basis of a variety of biographical data, in particular the award of a prize. This finding is not objectionable under constitutional law. 93

Contrary to their own starting point, according to which a ban on publication requires a serious violation of the right of personality in addition to recognisability, the courts, and in particular the Federal Court of Justice, only held that the novel's Lale character was portrayed in a very negative light and saw this to be a violation of her right of personality. At the same time, they assumed that not everything written about Lale in the novel corresponded to the facts, and criticised the novel precisely for that reason. 94

However, simply because plaintiff no. 2 is recognisable as the source of inspiration for Lale does not mean that the novel invites the reader to ascribe all of Lale's acts and characteristics to plaintiff no. 2.

In this respect, the court decisions do not sufficiently take into account that the novel must initially be regarded as a work of fiction. At the same time, it is not objectionable that the Federal Court of Justice considers that a disclaimer at the beginning or end of the novel stating that similarities with real people are purely coincidental and unintentional is insufficient to inform the assumption that a text is fictional. Instead, such an assumption must be evaluated on the basis of the text itself. If, according to this evaluation, a literary text turns out to be a mere retaliation against or calumny (*Schmähung*) of another person, the right of personality may well prevail.

95

However, this is not the case with regard to the novel in question. It is true that *Esra* is realistic literature in the sense that the novel is set at real-life locations and has main characters with realistic features. The author most certainly plays with the overlap between fact and fiction. To this extent he intentionally seeks to blur boundaries. Nonetheless, a reasonable reader will be able to recognise that the text is not merely a report-like account of real-life persons and events, but that there is a second level beyond this realism. [...] More precisely, it is raising the question of blame and the emphasis on the difficult relationship between a man and his lover's mother that indicates a second level to the novel.

96

This holds true with regard to the novel's Lale character, because unlike the author's portrayal of *Esra*, his portrayal of Lale predominantly does not stem from his own experience. Lale's biography is an extensive novel within the novel. In particular those elements of the novel challenged by plaintiff no. 2 are clearly narrative and are told, in part, with a certain detachment as retellings of other people's accounts, rumours and impressions.

97

The findings of the Federal Court of Justice regarding the portrayal of plaintiff no. 2 insufficiently reflect the required specifically artistic perspective: it is stated that plaintiff no. 2 is portrayed "as a depressed and mentally ill alcoholic" who "(appears) to bully her daughter and family, who is domineering and cantankerous, who neglected her children, used her prize money to prop up her bankrupt hotel, stole money from her parents and sent the mafia after them, only fought against gold mining because there was no gold on her own fraudulently acquired property, took out a high fire insurance policy before her hotel burned down, urged her daughter to have an abortion, was cheated on by her first husband and beaten by her second husband, who was also an alcoholic". This summary by the Federal Court of Justice blends statements that might even be permissible as facts in an autobiography or a critical article on the recipient of the Right Livelihood Award with fictional elements and the court's own pointed interpretation. In response to the objection that some of the incriminating passages were true, the Federal Court of Justice states that the complainant did not provide proof for that; yet in doing so, the Court expects the artist to do something

98

that, based on his own understanding of his work, he cannot do because he himself considers the narrative to be fictional. Thus, if this approach were used, a work of art that draws on reality would be afforded less protection than a factual account that has not been proven true.

It is indeed characteristic of works of literature drawing on reality that they mix real and fictional accounts. Under these circumstances, the fundamental rights protection of such literature would be flawed if it were sufficient to show that the source of inspiration for the character in the novel was recognisable and that the character had negative traits in order to establish a violation of the right of personality. Such an understanding of the right to determine the portrayal of one's person would not accommodate freedom of the arts. Instead, it would be necessary to at least prove that an author made it possible for the reader to regard certain parts of the account as actual events, and that it was precisely these parts that violated the right of personality because they contained false and defamatory statements or because they had no place in the public domain at all since they affected the core of personality. There is no evidence for this in the challenged decisions. Instead, the decisions fail to recognise that freedom of the arts requires an initial assumption that a text is fictional.

99

b) By contrast, to the extent that the challenged decisions granted the injunctive relief sought by plaintiff no. 1, they are, ultimately, not constitutionally objectionable. Unlike in the case of plaintiff no. 2, the courts did not only find that plaintiff no. 1 was recognisable. They also established that certain accounts in the novel constituted specific serious violations of her right of personality, and based their decision in part on the violation of her intimate sphere and in part on the mother-daughter relationship in view of the daughter's life-threatening illness. Either aspect justifies the ban.

100

aa) As the courts correctly found, plaintiff no. 1 is not only recognisable in the novel's Esra character. Her role in the novel also relates to central events which occurred directly between her and the first-person narrator, who is easily recognisable as the author, during their relationship. As the courts correctly found, her intimate relationship with the author, her marriage, her daughter's illness and her new relationship were more or less directly based on reality so that – unlike in the case of plaintiff no. 2 – the novel does not invite the readers to infer that these events should be regarded as fiction, given that the novel is written from the perspective of a first-person narrator presenting his own experiences.

101

bb) The right of personality of plaintiff no. 1 is affected in a particularly serious manner precisely because of the realistic and detailed account of events stemming from the author's immediate experience. In particular, this concerns the exact account of some of the most intimate details of a woman who is clearly recognisable as an actual intimate partner of the author. This amounts to a violation of her intimate sphere and is thus a violation of a dimension of the right of personality belonging to its human dignity core (cf. BVerfGE 109, 279 <313>). In respect of this subject, neither she

102

nor the author can provide evidence of the truth, nor would it be reasonable (*zumutbar*) to ask them to do so. Since the protection of the intimate sphere is of exceptional significance, plaintiff no. 1, who is clearly recognisable as Esra, does not have to bear readers asking themselves the obvious question whether the events reported in the novel really happened. Therefore, when the freedom of the arts of the publishing house that lodged the constitutional complaint is balanced against plaintiff no. 1's right of personality, the latter prevails (cf. also BVerfGE 75, 369 <380>).

cc) In addition, the account of the daughter's life-threatening illness also amounts to a serious violation of the right of personality of plaintiff no. 1. The daughter is also clearly identifiable to her social environment, for example to her classmates. In view of the special protection afforded children and the mother-child relationship (cf. BVerfGE 101, 361 <385 and 386>), the depiction of the illness and its effect on the mother-child relationship, with two clearly identifiable persons, does not belong in the public domain, as the Regional Court correctly found.

103

c) To the extent that the decisions granted the injunctive relief sought by plaintiff no. 1., they reasonably imposed a total ban on the novel. It is not objectionable under constitutional law that the courts, in the operative part of their judgments or in their reasons, did not limit the ban to those parts of the novel which specifically gave rise to the unjustified violation of the right of personality. In this respect, the Federal Court of Justice referred to an older decision (BGH, Judgment of 3 June 1975 - VI ZR 123/74 -, NJW 1975, p. 1882 <1884 and 1885>) and put forward its corresponding view that a total ban is not disproportionate if the challenged parts of the text are significant for the overall design of the work and for understanding its aim, which is also not objectionable under constitutional law. It is not for the courts to delete or modify certain parts of a novel so as to eliminate the violation of the right of personality, given that there are many possible ways to make such changes and the essence of the novel would be altered considerably through such interventions. However, freedom of the arts requires that the identification of the violation of the right of personality be so specific that the author and the publishing house are able to infer how they could remedy the shortcomings. This requirement was met with regard to plaintiff no. 1.

104

The above considerations show that the complainant and the author must be given the opportunity to find a solution that is in line with the Constitution by publishing a version of the novel which does not violate the right of personality of plaintiff no. 1. This could be achieved by making changes that reduce the identifiability of plaintiff no. 1 or by removing parts of the novel that violate her right of personality. Given that the degree to which an author creates an aesthetic reality and the intensity of the violation of the right of personality are interrelated, such changes do not mean that sexual matters become taboo, since the author can still depict intimate relations if they do not invite the reader to infer that such depictions refer to certain persons. Such changes also do not entail a prohibition on the use of biographical material such as in the work [by Goethe] *The Sorrows of Young Werther* (*Die Leiden des jungen Werther*), which is mentioned in one of the dissenting opinions. The author and pub-

105

lisher must accept that, as a consequence of a violation of plaintiff no. 1's right of personality which she was entitled to defend, the legal dispute surrounding the novel has made it harder, at least for the time being, to reduce the identifiability [of the real persons who inspired the characters].

III.

No other violations of constitutional law are ascertainable. Contrary to the complainant's view, the challenged decisions violate neither the prohibition of arbitrariness (Art. 3(1) of the Basic Law) nor the right to be heard (Art. 103(1) of the Basic Law). 106

IV.

With regard to plaintiff no. 2, the challenged decisions are based on the constitutional shortcomings outlined above. It cannot be ruled out that the courts would have decided differently if they had taken into account the constitutional requirements set out above, and in particular the required specifically artistic perspective. The matter is remanded to the Federal Court of Justice pursuant to § 95(2) of the Federal Constitutional Court Act. 107

V.

[...] 108

The decision was taken with 5:3 votes. 109

Papier	Steiner	Hohmann-Dennhardt
Hoffmann-Riem	Bryde	Gaier
Eichberger		Schluckebier

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 3262/07 ลงวันที่ ๓๐ กรกฎาคม ๒๕๕๑ (ค.ศ. ๒๐๐๘)

กรณีการห้ามสูบบุหรี่ในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม^๑

นายนิติกร จิรนิติกาลกิจ

ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

องค์คณะที่ ๑ ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้วินิจฉัยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญของประชาชน และเจ้าของดิสโก้เธคที่ได้แย้งบทบัญญัติของกฎหมายห้ามสูบบุหรี่ของมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์ก (Land of Baden-Württemberg) และของกรุงเบอร์ลิน (Berlin) ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองตามมาตรา ๑๒ วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG) ที่ให้การรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (occupational freedom) รวมถึงมาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง ที่ให้การรับรองสิทธิในการเป็นเจ้าของ (the right of ownership)

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติ (บนพื้นฐานของการพิจารณาผลการประเมิน และการออกแบบ) ตัดสินใจตามแนวคิดที่ให้การคุ้มครองการไม่สูบบุหรี่ในร้านอาหารที่จะบรรลุผลสัมฤทธิ์ในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนโดยสอดคล้องกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ประกอบการร้านอาหาร ช้อยกเว้นในการห้ามสูบบุหรี่จะต้องออกแบบในแนวทางที่สามารถครอบคลุมร้านอาหารในกลุ่มต่าง ๆ ด้วย ซึ่งในกรณีนี้ คือ ร้านอาหารขนาดเล็กที่ให้บริการเฉพาะเครื่องดื่มเท่านั้น เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมิให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อร้านอาหารขนาดเล็กดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่กำหนดช้อยกเว้นในการห้ามสูบบุหรี่ดังกล่าวจึงเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกัน ในกรณีของห้องสูบบุหรี่ที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายในกรณีของร้านอาหาร แต่ถูกห้ามในกรณีของดิสโก้เธค ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญห้ามสูบบุหรี่ของมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์ก และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกรุงเบอร์ลินว่าด้วยการห้ามสูบบุหรี่ จึงขัดต่อมาตรา ๑๒ วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน

๒. สรุปข้อเท็จจริง

เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชน โดยเฉพาะเด็กและเยาวชน จากอันตรายของการสูบบุหรี่โดยไม่ได้สูบ (passive smoking) หรือ “ควันบุหรี่มือสอง” (- เพิ่มเติมโดยผู้แปล) มลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์ก (Land of Baden-Württemberg) จึงได้มีการตราบัญญัติห้ามสูบบุหรี่ (the Non-Smoking Act) โดยเป็นการห้ามมิให้มีการสูบบุหรี่ในสถานที่สาธารณะต่าง ๆ รวมถึงสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม (eating and drinking establishments) รวมถึงดิสโก้เธค (discotheques) นับตั้งแต่วันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๕๐ ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ประกอบการอาหารและเครื่องดื่มยังได้รับอนุญาตให้สามารถจัดเตรียมสถานที่แยกส่วนในสถานประกอบการ เพื่อใช้สำหรับเป็นห้องสูบบุหรี่ได้ แต่กระนั้นช้อยกเว้นดังกล่าวก็มีได้นำมาใช้บังคับกับกรณีของดิสโก้เธค

^๑ ผู้สนใจสามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่

ดังนั้น ผู้ประกอบการอาหารและเครื่องดื่มหรือดิสโก้เทค (ในบางกรณี) จึงมีหน้าที่ที่จะต้องให้การรับรองว่า มีการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในการห้ามสูบบุหรี่ภายในสถานประกอบการของตนเอง

ขณะเดียวกัน รัฐบัญญัติห้ามสูบบุหรี่ของกรุงเบอร์ลิน (the Berlin Non-Smoking Act) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๕๑ (ค.ศ. ๒๐๐๘) ก็มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันกับรัฐบัญญัติห้ามสูบบุหรี่ของมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์ก โดยรัฐบัญญัติดังกล่าวห้ามมิให้สูบบุหรี่ในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม รวมถึงสโมสร (clubs) และดิสโก้เทค (discotheques) ขณะเดียวกัน รัฐบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติข้อยกเว้นให้สามารถสูบบุหรี่ได้ ในกรณีสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มและดิสโก้เทคที่อนุญาตให้เฉพาะผู้ใหญ่เข้าใช้บริการเท่านั้นเท่านั้นมีการกำหนดสถานที่แยกส่วนเพื่อใช้สำหรับเป็นห้องสูบบุหรี่ได้

อนึ่ง ผู้ร้องตามคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 3262/07 เป็นผู้ประกอบกิจการผับห้องเดี่ยวขนาดเล็ก (a small single-room pub) ในเมืองทูบิงเกน (Tübingen) ขณะที่ผู้ร้องตามคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 402/08 ก็ประกอบกิจการในลักษณะเดียวกันในกรุงเบอร์ลิน (Berlin) โดยกิจการผับทั้งสองแห่งมีลูกค้าประจำเข้ามาใช้บริการอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งในคำร้องของผู้ร้องทั้งสองระบุว่า สัดส่วนของผู้สูบบุหรี่กับจำนวนของลูกค้าที่เข้าใช้บริการนั้นอยู่ที่ประมาณร้อยละ ๗๐ ผู้ร้องจึงโต้แย้งว่า ทั้งรัฐบัญญัติห้ามสูบบุหรี่ของมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์ก และรัฐบัญญัติห้ามสูบบุหรี่ของกรุงเบอร์ลิน มิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดข้อยกเว้นให้กับกิจการผับห้องเดี่ยว (single-room pubs) แต่อย่างใด ซึ่งผู้ร้องเห็นว่า กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองตามมาตรา ๑๒.๑ ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG) อันเป็นเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (occupational freedom) รวมถึงมาตรา ๑๔.๑ ที่ให้การรับรองสิทธิในการเป็นเจ้าของ (the right of ownership)

นอกจากนี้ ผู้ร้องยังเห็นว่า ข้อยกเว้นที่มีอยู่และบังคับใช้กับสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มที่มีพื้นที่ที่หลากหลายถือเป็นการทำลายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากเป็นข้อยกเว้นที่ให้ความสำคัญเฉพาะสถานประกอบการขนาดใหญ่เท่านั้น อีกทั้งยังเป็นอันตรายต่อฐานะทางเศรษฐกิจของสถานประกอบการที่เป็นแบบห้องเดี่ยวด้วย และเนื่องจากเหตุผลในทางปฏิบัติ (practical reasons) ที่สถานประกอบการขนาดเล็กไม่สามารถมีห้องสูบบุหรี่แบบแยกส่วนได้ ทำให้การห้ามสูบบุหรี่นำไปสู่ผลกระทบต่อกำไรหมุนเวียนที่ลดลงของสถานประกอบการ จนอาจนำไปสู่การปิดกิจการในที่สุด นอกจากนี้ ผู้ร้องยังเห็นว่า สิ่งที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการห้ามสูบบุหรี่โดยเด็ดขาด (ซึ่งนำไปสู่แนวทางที่คาดหมายได้สำหรับสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มทั่วไปบางประเภทที่ไม่มีฐานะทางการเงินที่ตึงเครียด) เป็นสิ่งที่ไม่ได้สัดส่วน อีกทั้งยังเห็นว่ามีมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดที่น้อยกว่า (a less restrictive alternative) ซึ่งยุติธรรมต่อประโยชน์ของผู้สูบบุหรี่ (the contradictory interests of smokers) โดยผู้ที่ไม่สูบบุหรี่และผู้ประกอบกิจการจะต้องกำหนดให้สถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มซึ่งอนุญาตให้มีการสูบบุหรี่จะต้องมีสัญลักษณ์ (sign) แทนการสั่งห้ามสูบบุหรี่ได้ ทั้งนี้ ผู้ร้องเห็นว่า กรณีดังกล่าวยอมทำให้ผู้ใช้บริการที่ไม่สูบบุหรี่สามารถที่จะตัดสินใจได้ว่า จะเข้ารับบริการในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มนั้นหรือไม่ ไม่ว่าผู้นั้นจะต้องการสัมผัสกับควันบุหรี่หรือไม่ก็ตาม

ในส่วนของผู้ร้องตามคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 906/08 ได้โต้แย้งรัฐบัญญัติห้ามสูบบุหรี่ของมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์ก ที่ห้ามผู้ร้องซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการดิสโก้เทคที่อนุญาตให้สามารถสูบบุหรี่ในสถานที่ได้

อีกทั้งยังห้ามผู้ร้องในการจัดเตรียมสถานที่แยกส่วนสำหรับการสูบบุหรี่ด้วย ทั้งที่พื้นที่ของดิสโก้เธคของผู้ร้องมีขนาดใหญ่เพียงพอที่สามารถจัดสรรแยกส่วนออกเป็นห้องสำหรับสูบบุหรี่ได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้องจึงเห็นว่าการห้ามสูบบุหรี่โดยเด็ดขาดนั้น เป็นบทบัญญัติที่ไม่ได้สัดส่วนที่กระทบต่อการประกอบอาชีพของตน นอกจากนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสุขภาพนั้น เห็นว่า การคุ้มครองสุขภาพที่เหมาะสมก็สามารถทำได้ในดิสโก้เธค โดยการห้ามสูบบุหรี่ตามความสมัครใจ (a voluntary ban on smoking) และการใช้ระบบระบายอากาศที่ทันสมัย (modern ventilation systems) อีกทั้งวิธีการที่เป็นการจำกัดที่น้อยกว่าสำหรับการคุ้มครองสุขภาพ นั่นคือ การจัดสถานที่แยกส่วนสำหรับเป็นห้องสูบบุหรี่ในดิสโก้เธค ดังนั้น ผู้ร้องจึงเห็นว่าการห้ามสูบบุหรี่โดยเด็ดขาดเป็นการขัดต่อหลักการห้ามที่มากเกินไป (the prohibition of excessiveness) โดยผู้ร้องเชื่อว่า กรณีจะเป็นการตีเสียวกว่าที่ดิสโก้เธคที่เปิดรับเฉพาะลูกค้าผู้ใหญ่จะสร้างห้องสูบบุหรี่แยกส่วนไว้ต่างหาก นอกจากนี้ ผู้ร้องยังเห็นว่า บทบัญญัตินี้ยังคงเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค (the principle of equality) เนื่องจากเห็นว่า ผู้ประกอบการดิสโก้เธคได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม นั่นเป็นเพราะผู้ประกอบการอาหารและเครื่องดื่มมีทางเลือกสำหรับการสร้างห้องสูบบุหรี่แยกส่วน ขณะเดียวกันผู้ร้องยังชี้ให้เห็นว่า ผู้ประกอบการที่เป็นต้นตอสังสรรค์ (party tent) ที่มักให้บริการอยู่บ่อยครั้ง ก็ได้รับการยกเว้นจากกฎเกณฑ์การห้ามสูบบุหรี่ด้วย ขณะที่บทบัญญัติที่เคร่งครัดดังกล่าวกลับนำมาใช้บังคับกับผู้ประกอบการดิสโก้เธค ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงมิได้แสดงให้เห็นถึงเหตุผลเชิงวัตถุวิสัย (objective reasons) สำหรับการปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคดังกล่าว (unequal treatment)

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี^๑

มาตรา ๓ ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย

(๑) บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย

มาตรา ๑๒ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ข้อห้ามการบังคับใช้แรงงาน

(๑) ชาวเยอรมันทุกคนย่อมมีสิทธิอย่างเสรีในการเลือกประกอบอาชีพหรือวิชาชีพของตน ตลอดจนสถานที่ทำงานและสถานที่ฝึกอบรมของตน แต่การปฏิบัติงานในอาชีพหรือวิชาชีพนั้น อาจอยู่ภายใต้การควบคุมโดยหรือตามกฎหมาย

^๑ Basic Law for the Federal Republic of Germany

Article 3 [Equality before the law]

(1) All persons shall be equal before the law.

Article 12 [Occupational freedom]

(1) All Germans shall have the right freely to choose their occupation or profession, their place of work and their place of training. The practice of an occupation or profession may be regulated by or pursuant to a law.

Article 14 [Property – Inheritance – Expropriation]

(1) Property and the right of inheritance shall be guaranteed. Their content and limits shall be defined by the laws.

มาตรา ๑๔ ทรัพย์สิน มรดก การเวนคืน

(๑) ทรัพย์สินและสิทธิในมรดกย่อมได้รับการรับรอง ทั้งนี้ โดยมีเนื้อหาและข้อจำกัดตามที่กฎหมายบัญญัติ
๓.๒ รัฐบัญญัติห้ามสูบบุหรี่ของมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์ก^๓

มาตรา ๗ ร้านอาหารปลอดบุหรี่

(๑) ห้ามมิให้สูบบุหรี่ในร้านอาหาร โดยร้านอาหารตามนัยของรัฐบัญญัตินี้ให้หมายถึงสถานประกอบการที่ให้บริการเครื่องดื่มและอาหารตามสั่งสำหรับบริโภคภายในพื้นที่ และในกรณีที่สถานประกอบการดังกล่าวสามารถเข้าใช้บริการได้ทุกคนหรือบุคคลบางกลุ่ม และเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐบัญญัติร้านอาหารฉบับลงวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๑๙๙๘ (รัฐกิจจานุเบกษาแห่งสหพันธ์ ฉบับที่ ๑ หน้า ๓๔๑๙) ทั้งนี้ ประโยคแรกมิให้ใช้บังคับกับเต็นท์สังสรรค์ที่มีการจำหน่ายเบียร์และไวน์ การจัดเลี้ยงกลางแจ้ง และร้านอาหารที่ดำเนินการโดยบริษัทท่องเที่ยว

(๒) นอกเหนือจากบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง การสูบบุหรี่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ในห้องที่แยกส่วนจากกันโดยสิ้นเชิง โดยห้องดังกล่าวจะต้องได้รับการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นห้องสำหรับผู้สูบบุหรี่ และโดยที่ผลประโยชน์ของผู้ที่ไม่สูบบุหรี่จะต้องไม่ถูกกระทบกระเทือน ทั้งนี้ ประโยคมิให้ใช้บังคับกับดิสโก้เธค

(๓) บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชีวอนามัยและความปลอดภัยย่อมไม่ได้รับผลกระทบ

๓.๓ กฎหมายแห่งกรุงเบอร์ลินว่าด้วยการปกป้องอันตรายจากควันบุหรี่มือสองในที่สาธารณะ

มาตรา ๒ การห้ามสูบบุหรี่

(๑) ห้ามมิให้สูบบุหรี่ ตามวรรคสอง และมาตรา ๔ ใน

๑. ...

...

๗. ...

๘. ร้านอาหาร ตามนัยของมาตรา ๓ วรรคเจ็ด รวมถึงสโมสรและดิสโก้เธค และ

๙. ...

ต้องห้าม

(๒) การห้ามสูบบุหรี่ ตามวรรคหนึ่ง ย่อมใช้บังคับกับอาคารและสถานที่ปิดอื่น ๆ

^๓ The State Non-Smoker Protection Act (LNRSchG Baden-Württemberg) of 25 July 2007

Section 7 Smoke-free restaurants

(1) Smoking is prohibited in restaurants. Restaurants within the meaning of this Act are establishments that serve drinks or prepared food for consumption on site, if the establishment is accessible to everyone or certain persons and is subject to the provisions of the Restaurants Act in the version of 20 November 1998 (Federal Law Gazette I p. 3419). Sentence 1 does not apply to beer, wine and festival tents, outdoor catering and restaurants operated by the travelling trade.

(2) Notwithstanding paragraph 1, smoking is permitted in completely separate adjoining rooms if and to the extent that these rooms are clearly marked as smoking rooms and the interests of non-smokers are not thereby compromised. Sentence 1 does not apply to discotheques.

(3) Provisions relating to occupational health and safety remain unaffected.

(๓) ...

มาตรา ๔ ข้อยกเว้น

(๑ - ๒)

(๓) นอกเหนือจากมาตรา ๒ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ผู้ให้บริการร้านอาหารและร้านอาหารในสโมสรในสนามกีฬาอาจจัดให้มีห้องแยกส่วนสำหรับอนุญาตให้มีการสูบบุหรี่ได้ โดยห้องแยกส่วนและปิดกั้นดังกล่าว ย่อมมีไว้สำหรับให้บริการทั้งผู้ที่สูบบุหรี่และไม่สูบบุหรี่ ทั้งนี้ ข้อยกเว้นดังกล่าวมิให้นำมาใช้กับดิสโก้เทคที่อนุญาตให้ผู้ที่มียุติกว่า ๑๘ ปี เข้าใช้บริการ

(๔) ...

(๕) การยกเว้นใด ๆ จะต้องให้แน่ใจว่าไม่รวมถึงความเสี่ยงต่อสุขภาพที่เกิดจากควันบุหรี่มือสอง^๔

๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

องค์คณะที่ ๑ ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ พิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติพิพาทละเมิดเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการประกอบอาชีพ (fundamental right of occupational freedom) ของผู้ร้อง ด้วยเหตุผลกล่าวคือ

ฝ่ายนิติบัญญัติ (the legislature) มิได้ถูกห้ามมิให้ตรากฎหมายห้ามสูบบุหรี่ในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มโดยปราศจากข้อยกเว้น อย่างไรก็ตาม หากฝ่ายนิติบัญญัติตัดสินใจที่จะให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสุขภาพด้วยการลดความเข้มงวดและอนุญาตให้มีข้อยกเว้นในการห้ามการสูบบุหรี่เนื่องจากผลประโยชน์ของการประกอบอาชีพของประชาชน ข้อยกเว้นดังกล่าวก็จะต้องขยายไปให้ครอบคลุมถึงสถานประกอบการขนาดเล็ก (corner pubs) ที่มีการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และได้รับผลกระทบทาง

^๔ The Berlin law on protection against the dangers of passive smoking in public (Non-Smoker Protection Act - NRSKG) of 16 November 2007

Section 2 smoking ban

(1) Tobacco smoking shall be prohibited in accordance with paragraph 2 and Section 4 in 1st to 7th ...

8. Restaurants within the meaning of Section 3 Paragraph 7, including clubs and discotheques and

9. ...

forbidden.

(2) The smoking ban referred to in paragraph 1 shall apply in buildings and other completely enclosed spaces.

(3) ...

Section 4 Exceptions

(1 to 2) ...

(3) Notwithstanding Section 2, paragraphs 1 and 2, the operator of a restaurant or club restaurant in a sports facility may set up separate rooms in which smoking is permitted, provided that separate and enclosed rooms are available for both smoking and non-smoking guests. The exceptions do not apply to discotheques to which persons under the age of 18 have access.

(4) ...

(5) Any exemptions shall ensure that health risks from passive smoking are excluded.

เศรษฐกิจอย่างหนักด้วย ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐต่าง ๆ มีเวลาในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายถึงวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๕๒ (ค.ศ. ๒๐๐๙) และในกรณีนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจเลือกที่จะให้ความสำคัญกับการคุ้มครองผู้ที่ไม่สูบบุหรี่ (non-smokers) ที่มาใช้บริการสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มที่ไม่ได้รับการยกเว้นได้ แต่ในทางกลับกัน ฝ่ายนิติบัญญัติก็อาจเลือกที่จะคุ้มครองสุขภาพแบบผ่อนปรนโดยมีข้อยกเว้นต่าง ๆ ก็ได้ แต่กระนั้นก็ต้องคำนึงถึงภาระพิเศษ (special burdens) ในด้านต่าง ๆ ของสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม ซึ่งจะต้องกำหนดขึ้นเพื่อให้เกิดการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

เนื่องจากความสำคัญในการคุ้มครองประชาชนจากอันตรายของควันบุหรี่มือสอง บทบัญญัติพิพาทจึงยังคงมีผลใช้บังคับจนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะดำเนินการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายในปัจจุบันเกี่ยวกับการห้ามสูบบุหรี่ก็ยังคงมีผลใช้บังคับในมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทิมแบร์กและกรุงเบอร์ลินต่อไป และเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่ผู้ประกอบการอาหารและเครื่องดื่มขนาดเล็กจะได้รับความเสียหายจากการดำรงชีพ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงได้มีคำสั่งขยายข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในกฎหมายห้ามสูบบุหรี่ด้วยการเพิ่มข้อยกเว้นให้แก่ครอบครัวสถานประกอบการขนาดเล็กซึ่งให้บริการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ด้วย จนกว่ากฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมจะมีผลใช้บังคับ ทั้งนี้ เงื่อนไขเบื้องต้นสำหรับข้อยกเว้นดังกล่าวคือ สถานประกอบการนั้นจะต้องไม่มีบริการอาหารตามสั่ง (prepared meals) ไม่มีพื้นที่ให้บริการสำหรับลูกค้ามากกว่า ๗๕ ตารางเมตร ไม่มีห้องแยกส่วนที่จัดไว้ต่างหาก และไม่อนุญาตให้ผู้ที่มียาอายุต่ำกว่า ๑๘ ปีเข้าใช้บริการ นอกจากนี้ สถานประกอบการจะต้องมีป้ายสัญลักษณ์บริเวณทางเข้าที่ระบุว่า สถานที่แห่งนี้เป็นสถานประกอบการที่อนุญาตให้สูบบุหรี่ และไม่อนุญาตให้ผู้ที่มียาอายุต่ำกว่า ๑๘ ปี เข้าใช้บริการด้วย

ในกรณีที่กฎหมายห้ามสูบบุหรี่อนุญาตให้มีการสร้างห้องสูบบุหรี่แยกส่วนในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มเนื่องจากเป็นข้อยกเว้นสำหรับการห้ามสูบบุหรี่ การยกเว้นดีสโก้แอกจากข้อยกเว้นดังกล่าวก็ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม และเมื่อกฎหมายมีการแก้ไขเพิ่มเติม (โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องดำเนินการภายในวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๕๒) บทบัญญัติดังกล่าวย่อมใช้บังคับภายใต้เงื่อนไขที่ว่า อาจกำหนดให้มีห้องสูบบุหรี่แบบแยกส่วน (ซึ่งไม่มีพื้นที่สำหรับเต้นรำ) ในดีสโก้แอกจากที่อนุญาตให้เฉพาะผู้ใช้บริการที่มีอายุเกิน ๑๘ ปีได้

ในส่วนของการห้ามสูบบุหรี่ในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มนั้น ถือเป็นการละเมิดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนผู้เสียภาษี (the publicans' free exercise of occupation) อย่างร้ายแรง และโดยข้อเท็จจริงที่ว่าสัดส่วนของผู้สูบบุหรี่ซึ่งเป็นประชากรวัยผู้ใหญ่ในเยอรมนี คิดเป็นร้อยละ ๓๓.๙ กรณีนี้ (ขึ้นอยู่กับประเภทของอาหารและกลุ่มลูกค้า) สามารถส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงจำนวนของผู้ประกอบการอาหารและเครื่องดื่มที่ลดลงเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ ความพยายามของฝ่ายนิติบัญญัติในการหาวิธีการปกป้องสุขภาพของประชาชนจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากควันบุหรี่มือสองก็ถือเป็นการบรรลุผลประโยชน์ของสังคมที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง (a community interest of paramount importance) อย่างไรก็ดี บทบัญญัติพิพาทถือเป็นบทบัญญัติที่มีได้สัดส่วน เนื่องจากเป็นการสร้างภาระจนเกินจำเป็นต่อผู้ประกอบการห้องเดี่ยวขนาดเล็ก (smaller single-room establishments) ที่ให้บริการเฉพาะเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นหลักเท่านั้น

เมื่อชี้ให้เห็นระหว่างความร้ายแรงของการละเมิดสิทธิเสรีภาพกับความชอบธรรมของการกระทำดังกล่าว กรณีย่อมต้องเคารพต่อขอบเขตของสิ่งที่สมเหตุสมผล (the limits of what is reasonable)

ซึ่งในบริบทนี้ สืบเนื่องจากการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ การให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนโดยรวม (อันรวมถึงพนักงานของสถานประกอบการ) ซึ่งอยู่เหนือสิทธิเสรีภาพที่อาจได้รับผลกระทบย่อมไม่อาจถูกขัดขวางได้ อีกทั้งการกำหนดข้อห้ามในการสูบบุหรี่ในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มซึ่งอาจไม่ได้รับการยกเว้น ก็ย่อมไม่อาจถูกขัดขวางได้ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติอาจสามารถอนุมานบนพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์ต่าง ๆ (the basis of a multitude of scientific investigations) ว่ากรณีนี้ย่อมมีความเสี่ยงที่ร้ายแรงต่อสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับควันบุหรี่มือสอง และเนื่องจากสุขภาพของมนุษย์ย่อมเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งท่ามกลางผลประโยชน์ต่าง ๆ กรณีนี้จึงย่อมเป็นไปได้ที่จะปกป้องสุขภาพและชีวิตมนุษย์โดยวิธีการที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในการประกอบอาชีพของบุคคล ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม จะเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ถูกผูกพันตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการห้ามสูบบุหรี่ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม

๒. อย่างไรก็ตาม การพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนได้นำไปสู่ผลลัพธ์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ เป็นการเลือกแนวคิดที่จะบรรลุเป้าหมายของการคุ้มครองสุขภาพด้วยการลดความเคร่งครัดอันเนื่องมาจากประโยชน์ของประชาชนโดยรวมและประโยชน์ของผู้สูบบุหรี่ ทั้งนี้ ข้อยกเว้นทั้งของมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทิมแบร์กและกรุงเบอร์ลินต่างก็ถือว่ามีค่าสำคัญเป็นอย่างมากในทางปฏิบัติ เช่น การกำหนดห้องสูบบุหรี่ไว้เป็นห้องแยกส่วนเฉพาะ ซึ่งในความเป็นจริงนั้นการประเมินของฝ่ายนิติบัญญัติก็ได้ห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกที่จะคุ้มครองผู้ไม่สูบบุหรี่ที่ใช้บริการสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม ซึ่งถือว่าเป็นวิธีที่มีความเคร่งครัดน้อยกว่า (less restrictive) เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองสุขภาพของผู้ที่ไม่สูบบุหรี่กับเสรีภาพในการประกอบกิจการของผู้ให้บริการและประโยชน์ของผู้สูบบุหรี่

สำหรับเหตุผลดังกล่าว ผลกระทบของการห้ามสูบบุหรี่ที่เกิดขึ้นกับสถานประกอบการขนาดเล็กที่โดยปกติจะให้บริการเฉพาะเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ย่อมได้รับความสำคัญมากยิ่งขึ้นเมื่อได้มีการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้ว นอกจากนี้ การห้ามสูบบุหรี่ยังมีผลให้เกิดภาระทางเศรษฐกิจอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ประกอบการขนาดเล็กมากกว่าผู้ประกอบการขนาดใหญ่ เนื่องจากสัดส่วนของผู้สูบบุหรี่ต่อลูกค้าที่ใช้บริการมีสัดส่วนที่สูงกว่า (ตามหลักฐานผลสำรวจที่ดำเนินการโดยสำนักงานสถิติแห่งสหพันธ์ (the Federal Statistics Office)) ขณะที่สถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มขนาดใหญ่ที่มีห้องสูบบุหรี่แยกส่วนไว้เป็นการเฉพาะนั้น การห้ามสูบบุหรี่ก็เป็นเพียงเรื่องที่เกี่ยวข้องเท่านั้น (only relative) กล่าวคือสถานประกอบการยังคงสามารถรองรับลูกค้าที่สูบบุหรี่ได้ แต่ในทางกลับกัน กรณีที่มีการห้ามสูบบุหรี่โดยเด็ดขาดในสถานประกอบการขนาดเล็กที่มีได้มีการแยกห้องสำหรับสูบบุหรี่ไว้เป็นการเฉพาะอันเนื่องมาจากพื้นที่ไม่เพียงพอ ผู้ประกอบการดังกล่าวก็ย่อมถูกคาดหวังว่าจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในการห้ามสูบบุหรี่อย่างเคร่งครัดแม้ว่าจะได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจก็ตาม และแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐมิได้ต้องการที่จะบรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนโดยปราศจากข้อจำกัด แต่ก็ควรคำนึงถึงความจำเป็นในการประกอบอาชีพของประชาชนด้วย ทั้งนี้ อันตรายนี่มีต่อสุขภาพอันเกิดจากควันบุหรี่มือสองจึงมีความสำคัญที่ต่างออกไปเมื่อเปรียบเทียบกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชน

นอกจากนี้ยังเห็นว่า ภาระที่เกิดขึ้นกับประชาชนไม่อยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผลกับประโยชน์ของสาธารณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐต้องการที่จะบรรลุผลจากการผ่อนปรนมาตรการห้ามสูบบุหรี่

ขณะเดียวกันผู้ประกอบการขนาดเล็กที่ให้บริการเพียงแค่เครื่องต้มแอลกอฮอล์ก็มิได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองผู้ไม่สูบบุหรี่ เนื่องจากลูกค้าส่วนใหญ่ของสถานประกอบการขนาดเล็กเป็นผู้สูบบุหรี่ นอกจากนี้ การลดลงของผลประกอบการหลังจากที่มีการบังคับใช้กฎหมายห้ามสูบบุหรี่ก็แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้ประกอบการอาหารและเครื่องดื่มมิได้ประสบความสำเร็จในการเพิ่มยอดขายอาหารจากลูกค้าที่ไม่สูบบุหรี่แต่อย่างใด

ขณะเดียวกัน คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญของผู้ประกอบการดิสโก้เทคที่ได้แย้งบทบัญญัติของกฎหมายห้ามสูบบุหรี่ของมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์กก็สามารถรับฟังได้ โดยบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อมาตรา ๑๒.๑ ประกอบมาตรา ๓.๑ ของกฎหมายพื้นฐาน เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่กีดกันมิให้ดิสโก้เทคมีโอกาสในการกำหนดพื้นที่แยกส่วนสำหรับสูบบุหรี่ แม้ว่าดิสโก้เทคนั้นจะไม่อนุญาตให้เยาวชนเข้าใช้บริการก็ตาม ดังนั้น การกีดกันดิสโก้เทคดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่อาจรับฟังได้ ขณะเดียวกันวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการที่จะบรรลุผลนั้นก็มิได้มีน้ำหนักเพียงพอที่จะทำให้ผลที่ไม่เท่าเทียมกันทางกฎหมาย (unequal legal consequences) ระหว่างสิ่งที่เกิดขึ้นกับดิสโก้เทคกับสิ่งที่เกิดขึ้นกับสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มมีความชอบธรรมแต่อย่างใด

ยิ่งไปกว่านั้น กรณีมิได้เป็นข้อโต้แย้งตามรัฐธรรมนูญ (constitutionally objectionable) ที่ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐจะสันนิษฐานว่ามีมลพิษที่มีความเข้มข้นสูงเกิดขึ้นในดิสโก้เทค ซึ่งในกรณีนี้จำเป็นต้องมีการสอบสวนทางวิทยาศาสตร์เพื่อสนับสนุนข้อสันนิษฐานดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงดังกล่าวมิได้แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องกีดกันดิสโก้เทคออกจากช้อยกเว้น ในขณะที่สถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มได้รับอนุญาตให้มีห้องแยกส่วนสำหรับสูบบุหรี่ ทั้งนี้ หากการสูบบุหรี่ได้รับอนุญาตให้กระทำเฉพาะห้องแยกส่วนเท่านั้น ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอันตรายที่เพิ่มขึ้นของควันทะลุมือสองในดิสโก้เทคย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ นอกจากนี้ ยังรวมถึงการอ้างอิงถึงประเด็นเกี่ยวกับการลอกเลียนแบบและความกดดันจากคนรอบข้าง ในกรณีของเยาวชนหรือกลุ่มคนวัยทำงาน ก็ไม่อาจแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมที่ปฏิบัติต่อดิสโก้เทคให้แตกต่างไปจากสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มประเภทอื่น ๆ ได้ ดังนั้น จึงถือว่าเป็นการเพียงพอแล้วที่จะบรรลุการคุ้มครองประชาชนกลุ่มนี้ หากช้อยกเว้นเกี่ยวกับการห้ามสร้างห้องสูบบุหรี่แยกส่วนจะถูกจำกัดไว้เฉพาะดิสโก้เทคที่อนุญาตให้ผู้ที่มีอายุต่ำกว่า ๑๘ ปี เข้าใช้บริการ

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐย่อมมีทางเลือกในการให้ความสำคัญกับเป้าหมายในการปกป้องสุขภาพของประชาชนจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากควันทะลุมือสอง และการให้ความสำคัญกับแนวคิดในการปกป้องผู้ที่ไม่สูบบุหรี่ที่เข้ามาใช้บริการสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มที่ไม่ได้การยกเว้นใด ๆ จากมาตรการห้ามสูบบุหรี่ กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจปรับใช้แนวคิดการคุ้มครองประชาชนที่เป็นการจำกัดที่น้อยกว่า (less strict concept of protection) ซึ่งเอื้อต่อประโยชน์ของเจ้าของสถานประกอบการและผู้สูบบุหรี่มากขึ้น และอนุญาตให้มีช้อยกเว้นในการห้ามสูบบุหรี่ได้ ทั้งนี้ หากตัดสินใจว่าการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนมีความสำคัญที่น้อยกว่า ช้อยกเว้นที่อนุญาตการห้ามสูบบุหรี่ย่อมจะต้องคำนึงถึงภาระพิเศษ (special burdens) ที่อาจจะเกิดขึ้นกับกิจการใดกิจการหนึ่งของภาคธุรกิจอาหารและเครื่องดื่ม

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอนุญาตให้มีการสูบบุหรี่ได้ในพื้นที่แยกส่วนอันเป็นช้อยกเว้นของการห้ามสูบบุหรี่ในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม ย่อมจะต้องไม่ละเลยต่อประโยชน์ของ

สถานประกอบการขนาดเล็กที่ให้บริการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นหลักด้วย เนื่องจากข้อจำกัดของพื้นที่ของสถานประกอบการดังกล่าวไม่เอื้อต่อการที่จะจัดให้มีห้องสูบบุหรี่แบบแยกส่วน ดังนั้น จึงอาจพิจารณาข้อยกเว้นเป็นกรณีพิเศษสำหรับสถานประกอบการขนาดเล็กที่มีลักษณะดังกล่าวด้วย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เนื่องด้วยความสำคัญของการคุ้มครองประชาชนจากอันตรายของควันบุหรี่มือสอง บทบัญญัติที่พิพาทจึงยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีการบังคับใช้กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติม และตามบทบัญญัติของกฎหมายการห้ามสูบบุหรี่ การสูบบุหรี่ในสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มจะยังคงถูกห้ามต่อไปในมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์กและกรุงเบอร์ลิน

ในส่วนของเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ประกอบการอาหารและเครื่องดื่ม และเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับการประกอบอาชีพ กรณีจึงมีความจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะกำหนดมาตรการชั่วคราว ภายในระยะเวลาที่กำหนดจนกว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมฉบับใหม่จะมีผลใช้บังคับ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๓๕ ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (the Federal Constitutional Court Act) และเนื่องจากจำเป็นที่จะต้องมีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยฝ่ายนิติบัญญัติให้ได้มากที่สุด สิ่งสำคัญในกรณีนี้คือการรักษาระเบียบกฎเกณฑ์ของฝ่ายนิติบัญญัติเอาไว้ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงไม่วินิจฉัยให้ระงับข้อยกเว้นต่าง ๆ ในการห้ามสูบบุหรี่อันจะทำให้แตกต่างไปจากการคุ้มครองตามกฎหมายเดิม แต่กระนั้นก็ได้ขยายข้อยกเว้นดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มขนาดเล็ก ซึ่งกฎเกณฑ์ชั่วคราวที่ครอบคลุมข้อยกเว้นเพิ่มเติมที่อ้างอิงจากเป้าหมายในการคุ้มครองการห้ามสูบบุหรี่ในธุรกิจโรงแรมและร้านอาหาร ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างกระทรวงสาธารณสุขและความมั่นคงทางสังคม (Ministry of Public Health and Social Security) กับสมาคมโรงแรมและร้านอาหารแห่งสหพันธ์ (the Federal Association of the German Hotel and Restaurant Association) ลงวันที่ ๑ มีนาคม ๒๕๔๘ โดยผู้แทนของภาคธุรกิจอาหารได้เห็นชอบร่วมกันว่า พื้นที่สำหรับลูกค้า (guest area) ซึ่งเป็นพื้นที่สำหรับจัดวางโต๊ะและเก้าอี้สำหรับลูกค้าที่มีขนาดไม่น้อยกว่า ๗๕ ตารางเมตร จะเป็นเกณฑ์มาตรฐานสำหรับข้อยกเว้นในการห้ามสูบบุหรี่ เพราะสำหรับสถานประกอบการขนาดเล็กนั้น การแยกพื้นที่สำหรับสูบบุหรี่และไม่สูบบุหรี่อาจเป็นสิ่งที่ไม่สมเหตุสมผล

ในส่วนของวัตถุประสงค์ของมลรัฐในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากอันตรายของควันบุหรี่มือสอง กรณีมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา ๑ วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ของกฎหมายแห่งมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์ก และมาตรา ๔ วรรคสาม ประโยคที่สอง ของกฎหมายแห่งกรุงเบอร์ลิน โดยจะนำมาพิจารณาในช่วงที่มีการเปลี่ยนผ่านโดยเจ้าของสถานประกอบการสามารถใช้ข้อยกเว้นสำหรับการห้ามสูบบุหรี่ได้ หากปฏิเสธมิให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า ๑๘ ปี เข้าใช้บริการ ขณะที่กฎเกณฑ์เกี่ยวกับหน้าที่ในการกำหนดสัญลักษณ์ว่าเป็นร้านอาหารที่อนุญาตให้มีการสูบบุหรี่ประกอบกับการห้ามเข้าใช้บริการของกลุ่มลูกค้าที่สูบบุหรี่ ถือว่าเป็นไปตามแนวคิดของกฎหมายฉบับเดิม

สำหรับกรณีของดิสโก้เธค เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงผลกระทบทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้น กฎเกณฑ์ชั่วคราว ซึ่งเป็นส่วนเสริมของมาตรา ๗ วรรคสอง ประโยคที่สอง ของกฎหมายแห่งมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทมแบร์ก ที่กำหนดให้มีห้องสูบบุหรี่ตามมาตรา ๗ วรรคสอง ประโยคแรก มิให้นำมาใช้บังคับกับดิสโก้เธคที่อนุญาตให้ผู้ที่อายุต่ำกว่า ๑๘ ปี เข้าใช้บริการ ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวถือเป็นการแก้ไขการละเมิดความ

เท่าเทียมกัน ในส่วนที่เป็นสิทธิในการเลือก (a right of choice) สำหรับเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งหากเจ้าของ
ดิสโก้เผลอตัดสินใจที่จะไม่เปิดให้บริการแก่เยาวชน ก็สามารถที่จะจัดตั้งห้องสูบบุหรี่ได้ มิเช่นนั้นสภาพบังคับ
ของมาตรา ๗ วรรคสอง ประโยคที่สอง ของกฎหมายแห่งมลรัฐ ก็จะมีผลใช้บังคับอยู่เช่นเดิม แต่กระนั้น
หากเจ้าของกิจการกำหนดข้อห้ามในการเข้าใช้บริการแล้ว การประเมินของผู้ร่างกฎหมายเกี่ยวกับความ
หนาแน่นของมลพิษที่เกิดขึ้นในดิสโก้เผลอว่ามีปริมาณสูงและนำไปสู่การที่ลูกค้าอาจสูดดมมลพิษก็ย่อมเป็นสิ่งที่
รับฟังได้

เนื่องจากคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญของผู้ร้องได้รับการพิจารณา ผู้ร้องจึงมีสิทธิที่จะได้รับค่าใช้จ่ายที่
จำเป็น ซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๓๔a วรรคสอง ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ และองค์
คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก (๖ ต่อ ๒) เห็นชอบด้วยกับการห้ามสูบบุหรี่โดยเคร่งครัด และเห็น
ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานประกอบการอาหารและเครื่องดื่มขนาดเล็กเป็นกฎหมายที่มีได้สัดส่วน



Bundesverfassungsgericht

[> Homepage](#) [> Press](#) [> Constitutional complaints in "ban on smoking" cases successful](#)

Constitutional complaints in "ban on smoking" cases successful

Press Release No. 78/2008 of 30 July 2008

Judgment of 30 July 2008

1 BvR 3262/07

The constitutional complaints of two publicans and a discotheque owner who objected to the provisions of the non-smoking laws of Baden-Württemberg and Berlin were successful.

Facts of the case:

In order to protect people, especially children and youths, from the dangers of passive smoking, the Non-Smoking Act (*Landesnichtraucherschutzgesetz*) of the *Land* Baden-Württemberg has banned smoking in a variety of public buildings, including eating and drinking establishments and discotheques, since 1 August 2007. Nonetheless, the operator of an eating and drinking establishment is granted the opportunity to establish separate rooms in which smoking is allowed. This exception does not apply in the case of discotheques; to this extent the ban on smoking is without exceptions. The operators of eating and drinking establishments or, as the case may be, discotheques are responsible for ensuring that the ban on smoking is complied with in the establishments they operate. The Berlin Non-Smoking Act (*Nichtraucherschutzgesetz*), which entered into force on 1 January 2008, contains similar provisions. It prohibits tobacco smoking in eating and drinking establishments, including clubs and discotheques. The Berlin Non-Smoking Act provides for an exception in the case of separate rooms which are set aside in eating and drinking establishments as well as in the case of separate rooms which are set aside in discotheques that only admit adults.

The complainant in proceedings **1 BvR 3262/07** operates a small single-room pub in Tübingen, whilst the complainant in proceedings **1 BvR 402/08** does the same in Berlin. Both pubs are frequented mainly by regular customers. According to the complainants' submissions, the percentage of smokers among the patrons is approximately 70 per cent. The complainants object that neither the Baden-Württemberg Non-Smoking Act nor the Berlin Non-Smoking Act provides exceptions for single-room pubs. They regard this as a violation of their fundamental rights under Article 12.1 of the Basic Law (*Grundgesetz* - GG), which guarantees occupational freedom as well as under Article 14.1 GG, which guarantees the right of ownership. They allege that the existing exceptions for eating and drinking establishments with several rooms distort competition in favour of large establishments and endanger the economic existence of single-room establishments. Since they cannot for practical reasons have separate smoking rooms, the ban on smoking leads in the end to single-room establishments becoming unprofitable due to the resulting decrease in turnover and thus having to be closed. They argue that what is in practice a complete ban on smoking, which leads in a foreseeable way to a certain common type of eating and drinking establishment no longer being financially viable, is no longer proportionate. Furthermore, they argue that a less restrictive alternative which does justice to the contradictory interests of smokers, non-smokers and establishment operators would be to require eating and drinking establishments which allowed smoking to put up a sign to that effect rather than to impose a ban on smoking. This, they say, would enable non-smokers to decide before entering eating and drinking establishments whether they wished to expose themselves to tobacco smoke or not.

The complainant in proceedings **1 BvR 906/08** directs its complaint against the Non-Smoking Act of the *Land* Baden-Württemberg, which bans it as a discotheque operator from allowing smoking on its premises and, in addition, excludes it from establishing smoking rooms. The complainant argues that the space situation in its large discotheque would allow it to separate one or more rooms as smoking areas without any problem. It is of the opinion that the complete ban on smoking in discotheques is a disproportionate provision concerning the exercise of its occupation. As far as it is concerned, sufficient health protection could be achieved in discotheques through a voluntary ban on smoking and the use of modern ventilation systems. A less restrictive means of providing health protection would also be to establish smoking rooms in discotheques. It argues that a complete ban on smoking violates in addition the prohibition of excessiveness. In any case, it believes that it would be preferable in discotheques that only admit adults to create separate smoking rooms. The complainant submits that in addition the provision violates the principle of equality. It argues that discotheque operators are being treated less well in comparison with operators of eating and drinking establishments

because the latter have the option of establishing smoking rooms. It points out that the operators of party tents in which dance parties are often held are exempted from the ban on smoking entirely, while particularly strict provisions apply to discotheque operators. In its opinion there are no objective reasons for this unequal treatment.

The First Senate of the Federal Constitutional Court found that the challenged provisions had violated the complainants' fundamental right of occupational freedom.

Admittedly, the legislature is not prevented from imposing a strict ban on smoking in eating and drinking establishments to which there can be no exceptions. However, if it decides in favour of a concept whereby the goal of health protection is pursued with reduced vigour and exceptions to the ban on smoking are allowed due to the occupational interests of publicans, then these exceptions must also extend to smaller establishments which primarily serve alcoholic beverages ("corner pubs") and which are subject to an especially heavy economic burden. The *Land* legislatures have until 31 December 2009 to amend the law. In this connection, they may decide in favour of a strict concept of protection for non-smokers in eating and drinking establishments which does not allow any exceptions; alternatively, they may adopt a less strict concept of protection which does allow exceptions, but then, however, logically requires account to be taken of the special burdens in the individual areas of the eating and drinking sector and which has to be drafted to afford equal treatment. Due to the high significance of people's protection against the dangers of passive smoking, the challenged provisions will remain in force until the legislature has amended the law. Thus the current provisions regarding the ban on smoking will initially remain in force in Baden-Württemberg and Berlin. In order to avoid a situation where the operators of smaller eating and drinking establishments would suffer damage to their livelihood, the Federal Constitutional Court extended, however, the application of the exceptions already provided for in the non-smoking laws by adding an exception for smaller establishments which primarily serve alcoholic beverages until the amended law takes effect. The prerequisites for such an exception are that the establishment concerned does not offer prepared meals, does not have space for patrons exceeding 75 square meters, does not have a separate room which is set aside and does not admit persons under 18 years of age. In addition, the establishment must have a sign in its entrance area indicating that it is a smokers' establishment that does not admit persons under 18 years of age.

If a non-smoking law allows the establishment of smoking rooms in eating and drinking establishments as an exception to the ban on smoking, then the general exclusion of discotheques from this privilege is not justified. Until the law is amended, which the legislature must do by 31 December 2009, the provision applies subject to the proviso that smoking rooms - without dance floors - may be established in discotheques which only admit people over the age of 18.

Two judges, Judge Bryde and Judge Masing, have each attached dissenting opinions.

In essence, the decision is based on the following considerations:

I. The ban on smoking in eating and drinking establishments amounts to a serious encroachment on the publicans' free exercise of their occupation. In view of the fact that the percentage of smokers among the adult population in Germany amounts to 33.9 per cent, this can - depending on the type of gastronomy being offered and thus the patrons being targeted - result in a sharp drop in turnover for the operators of eating and drinking establishments. This encroachment is not justified in the shapes that it takes in the provisions to be evaluated here. It is true that the legislature in seeking to protect people from danger to their health through passive smoking pursues a community interest of paramount importance. The challenged provisions are not, however, proportionate. They burden in an unreasonable way the operators of smaller single-room establishments which primarily serve alcoholic beverages.

1. When weighing the seriousness of the encroachment against the weight of reasons that justify it, one must respect the limits of what is reasonable. In this context, due to the scope for assessment, evaluation and action accorded to the legislature it would not be prevented from giving priority to the protection of the health of the population at large, including that of establishment employees, over the liberty rights which would be consequently impaired, and it would not be prevented from imposing a strict ban on smoking in eating and drinking establishments to which there can be no exceptions. The legislatures were entitled to assume on the basis of a multitude of scientific investigations that there are serious health risks associated with passive smoking. Since health and especially human life are among those interests valued particularly highly, it is possible to seek to protect them with means that severely encroach on a person's fundamental right to exercise his or her occupation. The legislature is not bound by the constitution, in view of the occupational freedom of the operators of eating and drinking establishments, to allow exceptions to the ban on smoking in relation to the operation of eating and drinking establishments in buildings and fully enclosed rooms.

2. However, the proportionality test leads to a different result where the issue for decision is not a strict ban on smoking, but rather - as in the present cases - the selection of a concept whereby the goal of health protection is pursued with reduced vigour due to the interests of publicans and smokers. Both in Baden-Württemberg as well as in Berlin exceptions to the ban on smoking which are of considerable significance in practice, such as, for example, the establishment of separate smoking rooms, are allowed. It is true that the scope for assessment, evaluation and action accorded to the

legislature do not prevent it from selecting a concept to protect non-smokers in eating and drinking establishments which is less stringent about enforcing the health protection of non-smokers when balanced against the liberty rights of establishment operators and smokers. It must then, however, also carry through this decision consistently.

For this reason, the specific effects of the ban on smoking for smaller establishments which primarily serve alcoholic beverages acquire greater importance in the course of the required weighing of all of the interests. The ban on smoking results in a significantly heavier economic burden for them than for the operators of larger premises because of the high percentage of smokers among their patrons; there is support for this in particular from the surveys presented by the Federal Statistics Office (*Statistisches Bundesamt*). In the case of larger eating and drinking establishments which have separate rooms or which can make such rooms available, the ban on smoking is only relative; the establishments' interest in also being able to cater for guests who smoke is satisfied. On the other hand, there is a complete ban on smoking in the case of smaller eating and drinking establishments if separate rooms are not available, which is usually the case due to the fact that they have less floor space. The operators of such establishments are expected to strictly comply with the ban on smoking even if it costs them their economic existence although the *Land* legislature did not want to pursue the desired health protection without restriction, but only whilst taking into account the occupational needs of the publicans. The dangers to health caused by passive smoking are thus given a different importance in comparison to the occupational freedom of the publicans. In view of the retraction of the protection sought, the extent of the burden on them is no longer in a reasonable proportion to the advantages for the public sought to be achieved by the *Land* legislature in relaxing the ban on smoking. The smaller establishments which primarily serve alcoholic beverages are not of significance for effective protection of non-smokers since the majority of their patrons are smokers. The considerable decline in turnover following the coming into force of the bans on smoking show that such eating and drinking establishments obviously have no success in generating a greater interest in their gastronomy on the part of their patrons who do not smoke.

II. In addition, the constitutional complaint of the discotheque operator against the provisions of the Baden-Württemberg Non-Smoking Act is justified. It is incompatible with Article 12.1 GG in conjunction with Article 3.1 GG to exclude discotheques that do not admit youths from the opportunity of establishing smoking rooms. The general exclusion of discotheques from the privilege to be seen in the exclusion of separate smoking rooms from the ban on smoking is not justified. The objectives pursued by the legislature are not of such a kind or of such a weight that they could justify unequal legal consequences for discotheques on the one hand and other eating and drinking establishments on the other.

It is true that it is not constitutionally objectionable that the *Land* legislature assumed that there is a particularly high concentration of pollutants in discotheques. It can rely on relevant scientific investigations in support of this. This fact does not, however, make it necessary to generally exclude discotheques from this exception when other eating and drinking establishments are permitted to have smoking rooms. If smoking is only allowed in separate rooms which are completely set aside, then the argument of the increased dangerousness of passive smoking in discotheques which relates to the particular kind of operation vanishes. Nor can a reference to the great significance of the copycat effects and peer pressure in the case of youths or young adults justify treating discotheques differently to other types of eating and drinking establishments. It is sufficient for achieving the protection sought for this group of the population if the ban on establishing smoking rooms is limited to those discotheques that admit persons under 18 years of age.

III. The *Land* legislatures have the option, in connection with the enactment of the necessary amendment, of giving priority to the goal of protecting people's health against the dangers of passive smoking and deciding in favour of a strict concept to protect non-smokers in eating and drinking establishments which does not allow any exceptions; alternatively, they may adopt a less strict concept of protection which allows the interests of establishment operators and smokers more leeway and permits exceptions to the ban on smoking. If it is decided that the protection of health will have a lower priority, then the exceptions permitted to the ban on smoking must, however, logically also take into account the special burdens on individual areas of the eating and drinking sector and be drafted to afford equal treatment. For this reason, the legislature, which allows smoking in separate rooms as an exception to the ban on smoking in eating and drinking establishments, may not lose sight in particular of the interests of smaller establishments which primarily serve alcoholic beverages. Since the space limitations of these establishments do not usually allow for the establishment of separate smoking areas, only exemption from the ban on smoking can be considered in their case.

Six judges concurred on the permissibility of the strict ban on smoking (I 1) and the disproportionality of the rule for smaller establishments which primarily serve alcoholic beverages (I 2), whilst in both cases two judges dissented; otherwise the decisions were unanimous.

Dissenting opinion of Judge Bryde

From the point of view of the legislature, the challenged provisions are based on a sound concept. There is no indication that the *Land* legislatures intended to make the goal of protection of non-smokers relative so that the protection of life and health could be weighed as one factor in relation to economic interests. The legislation sought to guarantee non-smokers smoke-free eating and drinking establishments, i.e. at least one smoke-free main room. The intention was to

allow exceptions to the ban on smoking only to the extent that this did not endanger the protection of non-smokers. The legislature may not have been entirely successful in its implementation of this, but it is a matter for its legislative prerogative.

Dissenting opinion of Judge Masing

The challenged provisions are based on a statutory concept of an exacting but balanced protection of non-smokers, which is in principle constitutionally sound. On the other hand, a ban on smoking in eating and drinking establishments without exceptions would be disproportionate.

The challenged provisions are based on the principle that the protection of non-smokers should clearly be given precedence. They set forth a duty on the part of every eating and drinking establishment to aim to cater primarily for non-smokers and only allow the establishment of smoking rooms by way of addition. This is in principle also justified in the case of corner pubs for the purposes of the protection of health. In the same way as there is no reason to exempt small enterprises from conditions imposed for environmental reasons, there is no reason to generally exempt corner pubs because they are hit particularly severely. It would be adequate constitutionally if there were hardship provisions to soften the transition. Only to the extent that such provisions do not exist are the challenged provisions unconstitutional. There is no need for further exceptions and they weaken the legislative concept of protection substantially.

On the other hand, a radical ban on smoking in eating and drinking establishments without any exceptions would be unconstitutional; this did not have to be decided in the present case. Such a ban is not necessary for the protection of non-smokers where non-smoking rooms exist; and the protection of corner pubs from the loss of patrons does not in principle justify it. Nor does the objective of addiction prevention justify it. Admittedly, the legislature has considerable scope for discretion. However, the legislature cannot fully ban tobacco, food or drink from the public arena by prohibiting them at social gatherings or celebrations. This kind of uncompromising ban would be disproportionate and would entail a risk of paternalism.

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี
คำวินิจฉัย เลขที่ 180/2017 ลงวันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๖๐ (ค.ศ. ๒๐๑๗)
กรณีกฎหมายกำหนดให้การเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตรจะกระทำได้อาศัยคำตัดสินอันถึงที่สุด
ของศาลชั้นหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

นางสาวเปรมิกา แสนทอง
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ
กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลีได้พิจารณาคำร้องที่ส่งมาโดยศาลยุติธรรมที่ได้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลที่มีการแก้ไขลักษณะทางเพศของตนจะต้องระบุเพศดั้งเดิมของตนลงในสูติบัตรด้วย ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมผู้ส่งคำร้องเห็นว่า กรณีดังกล่าวทำให้การใช้สิทธิของบุคคล โดยเฉพาะสิทธิในการมีอัตลักษณ์ทางเพศ (the right to one's own gender identity) ได้รับผลกระทบ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่ออ้างอิงการตีความของศาลยุติธรรมเกี่ยวกับคำว่า “ก่อนการแก้ไข” (prior modification) ซึ่งตามมาด้วยกระบวนการในการรื้อและสร้างอวัยวะเพศของบุคคลขึ้นมาใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิงคำพิพากษาของศาลสูงสุดที่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งสรุปได้ว่า การได้มาซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศใหม่ (a new gender identity) ย่อมเป็นผลมาจากกระบวนการส่วนบุคคลที่มีได้เป็นขั้นตอนที่มีผลกระทบกับบุคคล นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังเห็นว่า กรณีไม่จำเป็นที่จะต้องมีการแทรกแซงกระบวนการผ่าตัดเพื่อที่จะทำการแก้ไขสูติบัตร โดยศาลเน้นย้ำว่า การตีความที่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญอนุญาตให้สามารถปฏิเสธเงื่อนไขของขั้นตอนการผ่าตัดก่อนหน้านี้ได้ รวมถึงเน้นย้ำด้วยว่า องค์การตุลาการจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบเพื่อที่จะนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า การเปลี่ยนผ่านทางเพศ (a gender transition) เพื่อที่จะนำไปสู่การแก้ไขการบันทึกข้อมูลสาธารณะ ถือเป็นสิ่งที่มีความร้ายแรงและคลุมเครือ และสามารถบ่งชี้ได้จากวัตถุประสงค์ของการกระทำ ด้วยเหตุนี้ จึงวินิจฉัยให้มาตรา ๑ (๑) ของกฎหมาย เลขที่ ๑๖๔ ลงวันที่ ๑๔ เมษายน ๑๙๘๒ (พ.ศ. ๒๕๒๕) ว่าด้วยการแก้ไขการระบุเพศ (Provisions on amendment of gender attribution) ที่ส่งมาโดยศาลชั้นต้นแห่งเทรนโต (the Ordinary Tribunal of Trento) พร้อมด้วยคำสั่ง เลขที่ ๑๗๔ ลงวันที่ ๘ เมษายน ๒๐๑๕ และ คำสั่งเลขที่ ๒๑๑ ลงวันที่ ๒๘ เมษายน ๒๐๑๕ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒ มาตรา ๓ มาตรา ๓๒ และ ๑๑๗ วรรคหนึ่ง^๑

๒. สรุปข้อเท็จจริง

ศาลชั้นต้นแห่งเมืองเทรนโต (the Ordinary Tribunal of Trento) ได้ส่งคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งศาล ๒ คำสั่ง คือ คำสั่งเลขที่ ๑๗๔

^๑ ผู้สนใจสามารถดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_180_2017_EN.pdf

ลงวันที่ ๘ เมษายน ๒๐๑๕ และ คำสั่งเลขที่ ๒๑๑ ลงวันที่ ๒๘ เมษายน ๒๐๑๕ โดยเห็นว่ามีปัญหาเกี่ยวกับการที่บทบัญญัติมาตรา ๑ (๑) ของกฎหมายเลขที่ ๑๖๔ ลงวันที่ ๑๔ เมษายน ๑๙๘๒ ว่าด้วยการแก้ไขการระบุเพศ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒ มาตรา ๓ มาตรา ๓๒ และมาตรา ๑๑๗ วรรคหนึ่ง และเกี่ยวข้องกับข้อบทที่ ๘ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the European Convention for Human Rights (ECHR)) ทั้งนี้ บทบัญญัติพิพาทกำหนดว่า “การแก้ไขให้กระทำได้บนพื้นฐานของคำตัดสินอันถึงที่สุดของศาลในกรณีที่บุคคลที่มีเพศสภาพแตกต่างไปจากที่ระบุไว้ในสูติบัตร โดยจะต้องระบุคุณลักษณะทางเพศของบุคคลนั้นก่อนที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศด้วย” (Amendment is made based on the final decision of a court attributing to a person a gender different from that written on their birth certificate, following prior modification of his or her sexual characteristics)

ในความเห็นของศาลยุติธรรมเห็นว่า บทบัญญัติพิพาทขัดแย้งกับมาตรา ๒ และมาตรา ๑๑๗ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ประกอบข้อบทที่ ๘ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการกำหนดให้บุคคลที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะทางเพศซึ่งผ่านกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศจะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงการระบุเพศในเอกสารทางการ ถือเป็นการละเมิดการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศ (the fundamental right to one’s own gender identity) นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมยังเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวยังเป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา ๓ และมาตรา ๓๒ ของรัฐธรรมนูญ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เนื่องจากบุคคลดังกล่าวได้เข้ารับการรักษา (โดยวิธีการผ่าตัดหรือให้ฮอร์โมน) ก็ถือว่าเป็นวิธีการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของบุคคลนั้นอยู่แล้ว

ด้วยเหตุนี้ ศาลยุติธรรม ในคำสั่งที่ ๑๙๔/๒๐๑๕ จึงตั้งประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา ๑ (๑) ของกฎหมายเลขที่ ๑๖๔/๑๙๘๒ ในส่วนที่กำหนดให้มีการแก้ไขการระบุเพศดั้งเดิมของบุคคลที่มีการเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะทางเพศโดยวิธีการผ่าตัดที่เป็นการรื้อและสร้างอวัยวะขึ้นใหม่ ขณะที่คำสั่งที่ ๒๑๑/๒๐๑๕ ศาลชั้นต้นแห่งทรานโตได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเห็นชอบด้วยกับปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติพิพาทเดียวกัน โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นการกำหนดให้จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมการระบุเพศของบุคคลที่เกิดจากการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะทางเพศ

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี^๒

^๒ The Constitution of the Italy Republic, 1947

Article 2

The Republic recognises and guarantees the inviolable rights of the person, both as an individual and in the social groups where human personality is expressed. The Republic expects that the fundamental duties of political, economic and social solidarity be fulfilled.

Article 3

All citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinion, personal and social conditions.

It is the duty of the Republic to remove those obstacles of an economic or social nature which constrain the freedom and equality of citizens, thereby impeding the full development of the human

มาตรา ๒ สาธารณรัฐยอมรับและรับรองสิทธิที่ไม่สามารถละเมิดได้ของบุคคล ทั้งในฐานะปัจเจกบุคคลและในกลุ่มสังคมที่แสดงออกถึงบุคลิกภาพของมนุษย์ สาธารณรัฐคาดหวังว่าหน้าที่พื้นฐานของความสามัคคีทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม

มาตรา ๓ พลเมืองทุกคนมีศักดิ์ศรีทางสังคมเท่าเทียมกัน และเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมาย โดยไม่มีการแบ่งแยกเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สภาพส่วนบุคคลและสังคม

เป็นหน้าที่ของสาธารณรัฐที่จะจัดอุปสรรคทางเศรษฐกิจหรือสังคมที่จำกัดเสรีภาพและความเท่าเทียมกันของพลเมือง ส่งผลให้ขีดขวางการพัฒนาบุคคลอย่างเต็มที่ และการมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพของแรงงานทุกคนในการจัดระเบียบทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ

มาตรา ๓๒ สาธารณรัฐปกป้องสุขภาพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลและในฐานะผลประโยชน์ส่วนรวม และรับประกันการรักษาพยาบาลฟรีแก่ผู้ยากไร้

ห้ามมิให้บุคคลใดถูกบังคับให้เข้ารับการรักษาสุขภาพ เว้นแต่จะอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย กฎหมายไม่อาจละเมิดข้อจำกัดที่กำหนดขึ้นโดยเคารพต่อบุคคลไม่ว่าในกรณีใดๆ ก็ตาม

มาตรา ๑๑๗ อำนาจนิติบัญญัติเป็นของรัฐและภูมิภาคตามรัฐธรรมนูญและข้อจำกัดที่ได้มาจากกฎหมายของสหภาพยุโรปและข้อผูกพันระหว่างประเทศ

ฯลฯ

๓.๒ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน^๑

ข้อบทที่ ๘ สิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว

๑. ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว รวมทั้งที่พักอาศัยและการติดต่อสื่อสาร

person and the effective participation of all workers in the political, economic and social organisation of the country.

Article 32

The Republic safeguards health as a fundamental right of the individual and as a collective interest, and guarantees free medical care to the indigent.

No one may be obliged to undergo any health treatment except under the provisions of the law. The law may not under any circumstances violate the limits imposed by respect for the human person.

Article 117

Legislative powers shall be vested in the State and the Regions in compliance with the Constitution and with the constraints deriving from EU legislation and international obligations.

Etc.

^๑ European Convention on Human Rights

Article 8 Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

๒. หน่วยงานของรัฐจะต้องไม่แทรกแซงการใช้สิทธินี้ เว้นแต่จะเป็นไปตามกฎหมายและจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์ด้านความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือความเป็นอยู่ที่ดีทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยหรืออาชญากรรม เพื่อปกป้องสุขภาพหรือศีลธรรม หรือเพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น

๓.๓ กฎหมายเลขที่ ๑๖๔ ลงวันที่ ๑๔ เมษายน ๑๙๘๒ บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขการระบุเพศ^๔ มาตรา ๑ มีเนื้อหาโดยสรุป คือ การเปลี่ยนแปลงเพศและชื่อใด ๆ จะต้องได้รับอนุญาตจากคำตัดสินของศาลที่มีผลใช้บังคับเป็นคำตัดสินอันถึงที่สุด (กล่าวคือ คำตัดสินของศาลซึ่งไม่มีสิทธิอุทธรณ์ได้) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัตินี้อนุญาตให้เปลี่ยนแปลงเพศและชื่อได้เฉพาะหลังจากการผ่าตัดที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะเพศเท่านั้น

๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในเบื้องต้นแล้วเห็นว่า กรณีมีปัญหาที่เชื่อมโยงกันอยู่จากคำร้องของศาลยุติธรรมดังกล่าว จึงมีคำสั่งให้รวมคำสั่งทั้งสองไว้ด้วยกันเพื่อที่จะได้พิจารณาวินิจฉัยในคราวเดียวกัน

จากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญตั้งข้อสังเกตว่าคำโต้แย้งของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (the State Counsel's Office) เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เห็นว่า ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามความเห็นของศาลยุติธรรมนั้นไม่อาจรับฟังได้ เนื่องจากการตีความบทบัญญัติดังกล่าวยังมิได้มีการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนนั้นไม่สามารถรับฟังได้ ขณะเดียวกันศาลชั้นต้นแห่งเมืองเทรนโตได้ยืนยันว่า เนื้อหาตามตัวบทของมาตรา ๑ (๑) ของกฎหมายเลขที่ ๑๖๔/๑๙๘๒ ไม่อนุญาตให้บุคคลแก้ไขเปลี่ยนแปลงการระบุเพศของตนเองในกรณีที่ไม่ได้มีการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะทางเพศหลักของตน นั่นก็คือ อวัยวะเพศ ซึ่งถือเป็นพื้นฐานที่ใช้สำหรับการระบุเพศของบุคคล ณ ขณะเวลาที่เกิด

ขณะที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมแห่งเมืองเทรนโตทราบว่า มาตรา ๓๑ (๔) ของรัฐกำหนด ฉบับที่ ๑๕๐ ลงวันที่ ๑ กันยายน ๒๕๕๔ (บทบัญญัติเพิ่มเติมสำหรับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการลดขั้นตอนและลดความซับซ้อนในกระบวนการพิจารณาหาข้อเท็จจริงทางแพ่ง - the Code of Civil Procedure on the reduction and simplification of civil fact-finding proceedings ตามมาตรา ๕๔ ของกฎหมายเลขที่ ๖๙ ลงวันที่ ๑๘ มิถุนายน ๒๕๕๒) ดูเหมือนจะกำหนดให้การรักษาทางการแพทย์และการผ่าตัด เป็นเพียงการรักษาเพื่อวัตถุประสงค์ในการแก้ไขการระบุเพศเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของผู้พิพากษานั้น กรณีนี้มีได้หมายความว่า การแก้ไขการระบุเพศจะสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องมีการเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะทางเพศหลัก แต่เพียงแต่อาจมีกรณีที่คุณลักษณะเหล่านี้ได้รับการปรับเปลี่ยนไปแล้ว (เช่น ได้รับการผ่าตัดในต่างประเทศแล้ว หรือด้วยเหตุผลแต่โดยกำเนิด)

ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องเน้นย้ำถึงบรรทัดฐานคดีรัฐธรรมนูญที่ระบุว่า “ความเป็นไปได้ในการตีความทางเลือกอื่น ซึ่งศาลล่าง (lower court) ไม่เห็นว่าเหมาะสมที่จะดำเนินการต่อไปนั้น ไม่มีนัยสำคัญใดๆ

^๔ Law no. 164/1982 of 14 April 1982 (Provisions on amendment of gender attribution) อ้างถึงใน https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/SexualOrientation/Data/IGLYO_LGBTQI_Inclusive_Education_Report.pdf

กับการปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการควบคุมการดำรงอยู่และความชอบธรรมของการตีความนั้นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงของข้อพิพาท ไม่ใช่ความสามารถในการรับฟังได้”

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงก็เห็นว่า ไม่พบว่ามีกรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของมาตรา ๑ (๑) แห่งรัฐธรรมนูญที่ ๑๖๔/๑๙๘๒ กล่าวคือ

ประการแรก มีการตีความบทบัญญัติพิพาทว่าเป็นบทบัญญัติที่เคารพต่อคุณค่าตามรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล โดยเป็นการตีความที่ได้รับการรับรองทั้งโดยแนวบรรทัดฐานและโดยคำวินิจฉัยของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้การยอมรับมานานแล้วว่า “กฎหมาย เลขที่ ๑๖๔/๑๙๘๒ เป็นกฎหมายที่อยู่ในกระแสของอารยธรรมทางกฎหมายที่กำลังวิวัฒนาการ (an evolving legal civilization) ซึ่งให้ความสำคัญกับคุณค่าของเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มากขึ้น

ขณะเดียวกัน ศาลสูงสุดแผนกคดีแพ่งที่ ๑ (The Court of Cassation, First Civil Section) ได้จัดวางตำแหน่งของตนภายใต้บริบทของแนวคิดดังปรากฏในคำพิพากษาเลขที่ ๑๕๑๓๘ ลงวันที่ ๒๐ กรกฎาคม ๒๐๑๕ ซึ่งศาลได้ปรับใช้การตีความมาตรา ๑ และมาตรา ๓ ของกฎหมายเลขที่ ๑๖๔/๑๙๘๒ ว่า สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและแนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (ECtHR) นอกจากนี้ ในคำพิพากษาดังกล่าว ศาลได้พิพากษาว่า เพื่อให้ได้มาซึ่งการแก้ไขการระบุเพศในเอกสารของทางราชการ กรณีไม่จำเป็นต้องเข้ารับการผ่าตัดที่มีผลเป็นการทำลายหรือเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะทางเพศ โดยศาลให้การยอมรับว่า การได้มาซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศใหม่นั้นอาจเกิดขึ้นจากกระบวนการส่วนบุคคลที่ไม่จำเป็นต้องมีขั้นตอนดังกล่าว กล่าวคือ แนวทางที่ร้ายแรงและคลุมเครือในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศ ควรเป็นวัตถุที่ศาลจะต้องตรวจสอบ

ขณะที่ในคำพิพากษาเลขที่ ๒๒๑/๒๐๑๕ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับว่า บทบัญญัติพิพาทดังกล่าวได้ทำให้เกิดจุดสิ้นสุดของ “วิวัฒนาการของทัศนคติทางวัฒนธรรม (an evolution in cultural attitudes) และระบบกฎหมายที่มีต่อการยอมรับสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ (the right to gender identity) ในฐานะที่เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของสิทธิในอัตลักษณ์ส่วนบุคคล (the right to personal identity) ซึ่งอยู่ในขอบเขตของสิทธิพื้นฐานของบุคคลอย่างชัดเจน (ตามมาตรา ๒ ของรัฐธรรมนูญ และข้อบทที่ ๘ ของอนุสัญญายุโรป)”

ในแง่ของวิวัฒนาการดังกล่าว ทั้งในทางวัฒนธรรมและในทางกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญระบุว่า ในกรณีที่ “ไม่มีการอ้างอิงข้อความถึงวิธีการแก้ไขปรับเปลี่ยน (การผ่าตัด การให้ฮอร์โมน หรือเป็นผลมาจากโดยแต่กำเนิด) อาจสรุปได้ว่า การผ่าตัดเป็นเพียงหนึ่งในเทคนิคในการปรับเปลี่ยนคุณลักษณะทางเพศ ที่ไม่จำเป็นสำหรับวัตถุประสงค์ในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่นำไปสู่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในทะเบียนราษฎร [...] นอกจากนี้ การใช้วิธีการผ่าตัดเพื่อเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะทางเพศ อาจได้รับอนุญาตได้โดยอ้างอิงถึงการรับรองสิทธิในสุขภาพ (the right to health) ซึ่งก็คือกระบวนการดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้บุคคลสามารถบรรลุความสมดุลทางจิตใจและทางร่างกายที่มั่นคง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ความแตกต่างระหว่างเพศทางกายวิภาค (anatomical gender) กับเพศทางจิตใจ (psycho-sexuality) ทำให้เกิดสถานการณ์แห่งความขัดแย้งและการปฏิเสธฐานวิธานทางกายวิภาค (anatomical morphology) ของบุคคลนั้นๆ ทั้งนี้ ความแพร่หลายของการปกป้องสุขภาพของแต่ละบุคคลเหนือความสอดคล้องระหว่างเพศทางกายวิภาค และเพศของบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ในการบริหารจัดการได้ชี้ให้เห็นว่า การผ่าตัดไม่ใช่ข้อกำหนดเบื้องต้น

สำหรับคุณสมบัติในขั้นตอนของการแก้ไข (ตามที่ศาลได้ส่งเรื่องให้พิจารณา) แต่เป็นวิธีหนึ่งที่มีเป้าหมายเพื่อให้บรรลุถึงความสมบูรณ์ของจิตใจและความเป็นอยู่ทางกายภาพที่สมบูรณ์”

อนึ่ง การตีความบทบัญญัติพิพาทนั้นสอดคล้องกับคุณค่าของรัฐธรรมนูญจนทำให้ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา ๑ (๑) ในส่วนที่ศาลกำหนดให้การแก้ไขการกำหนดเพศโดยขึ้นอยู่กับแก้ไขคุณลักษณะทางเพศที่ผ่านมา

นอกจากนี้ ในการยืนยันคุณค่าของทางเลือกในการตีความที่ศาลสูงสุดได้ดำเนินการในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องระบุแนวทางการแก้ไขการตีความที่คลุมเครือ แม้ว่าข้อโต้แย้งที่เสนอโดยศาลที่ส่งคำร้องจะเน้นเฉพาะที่การไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้การผ่าตัดเป็นวัตถุประสงค์ในการแก้ไขเอกสาร แต่คำร้องนั้นเน้นไปที่การยกเลิกบทบัญญัติพิพาท ด้วยเหตุนี้ ศาลที่ส่งคำร้องจึงดูเหมือนจะเรียกร้องให้มีการแทรกแซงที่มากกว่าที่อธิบายไว้ในส่วนเหตุผล เนื่องจากศาลมุ่งหมายที่จะยกเว้นบทบัญญัติที่กำหนดให้ต้องแก้ไขดังกล่าวไม่ว่าจะด้วยวิธีใดก็ตาม (การผ่าตัด การใช้ฮอร์โมน หรือโดยสภาพแต่กำเนิด)

ขณะที่จากมุมมองเดียวกันนี้ หน่วยงานของทั้งสองฝ่ายได้ยื่นบันทึก (memoranda) ต่อศาลหลังจากมีคำพิพากษาหมายเลข ๒๒๑/๒๐๑๕ ซึ่งทั้งสองฝ่ายรับทราบว่ามีภารกิจของการคุ้มครองแล้ว โดยทั้งสองฝ่ายไม่ต้องเข้ารับการตรวจร่างกายหรือตรวจทางจิตวิทยา อันเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาของศาลซึ่งจำเป็นต่อการแก้ไขข้อมูลทางราชการ โดยกรณีดังกล่าวอาจถือเป็นละเมิดความเป็นส่วนตัว ทั้งนี้ คู่กรณีสองฝ่ายโต้แย้งว่า การพิจารณาดังกล่าวควรต้องเน้นเฉพาะที่การแสดงออกของสังคมที่มีต่ออัตลักษณ์ส่วนบุคคล และด้านจิตใจ พฤติกรรม และร่างกาย ที่ประกอบสร้างขึ้นเป็นอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล

จากหลักการที่ได้รับการยืนยันในคำพิพากษาเลขที่ ๒๒๑/๒๐๑๕ จึงควรเน้นย้ำว่า การตีความกฎหมายเลขที่ ๑๖๔/๑๙๘๒ ที่เหมาะสมตามรัฐธรรมนูญ อนุญาตให้สามารถปฏิเสธข้อกำหนดเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศก่อนหน้าได้ อย่างไรก็ตาม นี้ไม่ได้หมายความว่าไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาอย่างเข้มงวดแต่อย่างใด – แต่แท้จริงแล้วเป็นการยืนยันถึงความจำเป็น – ไม่เพียงแต่เฉพาะกับเจตนาของบุคคลเท่านั้น แต่ยังรวมถึงเป้าหมายในการเปลี่ยนแปลงในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นด้วย ดังนั้น ตามความต่อเนื่องของหลักการที่ปรากฏในคำพิพากษาที่อ้างถึง ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิเสธแนวคิดที่ว่า องค์ประกอบพื้นฐานของเจตนาถือเป็นสิ่งสำคัญในการประเมินเกี่ยวกับการพิจารณาการเปลี่ยนแปลง

อาศัยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้มาตรา ๑ (๑) ของกฎหมาย เลขที่ ๑๖๔ ลงวันที่ ๑๔ เมษายน ๑๙๘๒ (พ.ศ. ๒๕๒๕) ว่าด้วยการแก้ไขการระบุเพศ (Provisions on amendment of gender attribution) ที่ส่งมาโดยศาลชั้นต้นแห่งเทรนโต (the Ordinary Tribunal of Trento) พร้อมด้วยคำสั่ง เลขที่ ๑๓๔ ลงวันที่ ๘ เมษายน ๒๐๑๕ และ คำสั่งเลขที่ ๒๑๑ ลงวันที่ ๒๘ เมษายน ๒๐๑๕ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒ มาตรา ๓ มาตรา ๓๒ และ ๑๑๗ วรรคหนึ่ง

JUDGMENT NO. 180 YEAR 2017

In this case the Court considered two referral orders challenging a law requiring the existence of a prior modification of a person's primary sexual characteristics in order for that person to amend the gender attribution on his or her birth certificate. The referring tribunal alleged that this made the exercise of a right (the right to one's own gender identity) contingent upon one's submitting to invasive and health-threatening procedures. After ruling that the question was admissible, the Court held that it was unfounded. While the referring tribunal interpreted prior modification to entail physical deconstruction and reconstruction of a person's genitalia, the Court cited a Court of Cassation decision, consistent with the case law of the ECtHR, which concluded that acquiring a new gender identity may come as the result of a personal process that did not entail invasive procedures. The Constitutional Court had also ruled, in a judgment handed down after the referral orders were submitted, that surgical intervention was not required in order for the amendment to be made. The Court reiterated that the constitutionally correct interpretation allowed for rejecting the requirement of a prior surgical procedure. It also reiterated that the judicial authority must carry out a rigorous assessment to conclude that a gender transition is both serious and unambiguous, and corroborated by objective indicia, in order for the amendment to be made to the public record.

[omitted]

THE CONSTITUTIONAL COURT

[omitted]

gives the following

JUDGMENT

in proceedings concerning the constitutionality of Article 1(1) of Law no. 164 of 14 April 1982 (Provisions on amendment of gender attribution), initiated by the Ordinary Tribunal of Trento with two referral orders of 8 April 2015 and 28 April 2015, registered respectively as no. 174 and 211 of the 2015 Register of Referral Orders and published in the Official Journal of the Republic no. 37 and 42, first special series of 2015.

Considering the entries of appearance of E.R. and G.N. and the interventions of the President of the Council of Ministers;

having heard from Judge Rapporteur Giuliano Amato at the public hearing of 20 June 2017;

having heard from counsel Massimo Luciani on behalf of E.R. and G.N. and State Counsel [*avvocato dello Stato*] Gabriella Palmieri on behalf of the President of the Council of Ministers.

[omitted]

Conclusions on points of law

1.— With two referral orders similar in their contents, the Ordinary Tribunal of Trento has raised questions concerning the constitutionality of Article 1(1) of Law no. 164 of 14 April 1982 (Provisions on amendment of gender attribution) in reference to Articles 2, 3, 32, and 117, first paragraph, of the Constitution, this last Article in relation to Article 8 of the European Convention for Human Rights (ECHR), signed in Rome on 4 November 1950, ratified and executed with Law no. 848 of 4 August 1955.

The questioned provision provides that: “Amendment is made based on the final decision of a court attributing to a person a gender different from that written on their birth certificate, following prior modification of his or her sexual characteristics.”

In the opinion of the referring Tribunal, the challenged provision contradicts with Articles 2 and 117, first paragraph, of the Constitution, in relation to Article 8 of the ECHR, since requiring the modification of one’s sexual characteristics through highly invasive surgical treatments for purposes of amending the attribution of gender in one’s records allegedly seriously undermines the exercise of the fundamental right to one’s own gender identity.

The referring Tribunal also alleges the violation of Articles 3 and 32 of the Constitution for the inherent unreasonableness of making the exercise of a fundamental right, that of sexual identity, contingent upon the requirement that the person undergo medical treatments (surgical or hormonal) which are extremely invasive and dangerous to their health.

1.1.– In the operative part of the first referral order (no. 174 of 2015) the Tribunal raises the question of the constitutionality of Article 1(1) of Law no. 164 of 1982 “in the part in which it makes the amendment of gender attribution contingent upon prior modification of the primary sexual characteristics of the person in question, through destructive and reconstructive surgery.”

In its following referral order, no. 211 of 2015, the Ordinary Tribunal of Trento asks this Court to accept the question of constitutionality of the same provision “in the part in which it makes the amendment of gender attribution contingent upon the surgical modification of the sexual characteristics of the person in question.”

2.– In consideration of the substantial overlap of the questions raised by the referring Tribunal, the judgments may be joined in order to be jointly addressed and decided.

3.– As a preliminary matter, the Court notes that the objection that the question of constitutionality is inadmissible, made by the State Counsel’s Office, is unfounded.

3.1.– The State Counsel’s Office alleges that the question is inadmissible on the grounds that the referring judge did not sufficiently explore the possibility that there is a constitutionally acceptable interpretation of the challenged provision.

3.2.– The Ordinary Tribunal of Trento maintains, in particular, that the literal contents of Article 1(1) of Law no. 164 of 1982 do not allow a person to amend his or her gender attribution in the absence of surgical modification of his or her primary sexual characteristics, that is to say genitalia, on the basis of which a person’s sex is identified at the time of birth.

The referring judge is aware that Article 31(4) of Decree Law no. 150 of 1 September 2011 (Supplemental provisions for the Code of Civil Procedure on the reduction and simplification of civil fact-finding proceedings, under Article 54 of Law no. 69 of 18 June 2009) appears to qualify medical-surgical treatment as merely potential, for purposes of amending gender attribution. Nevertheless, in the judge’s view, this does not mean that the amendment may be made independently of an adjustment of the primary sexual characteristics, but merely that there may be concrete cases in which these characteristics have already been modified (for example by a surgery already undergone abroad, or for congenital reasons).

3.3.– In this regard, it bears reiterating the holding of constitutional case law that maintains that “[t]he possibility for a further alternative interpretation, which the lower court did not consider it appropriate to pursue, does not have any significance for the purposes of compliance with the rules governing proceedings before the Constitutional

Court, as the control as to the existence and legitimacy of such an additional interpretation is a question that relates to the merits of the dispute, and not to its admissibility” (Judgment no. 221 of 2015, in reference to the same objection raised in similar proceedings; finally, see also Judgments no. 42 of 2017, 240, 219, 95, and 45 of 2016, and no. 262 of 2015).

4.– On the merits, the question of the constitutionality of Article 1(1) of Law no. 164 of 1982 is unfounded.

4.1.– The possibility that there is an interpretation of the challenged provision that respects the constitutional values of the freedom and dignity of the human person has been identified and validated both by the case law on legitimacy and by constitutional case law.

This Court has long recognized that, “Law no. 164 of 1982 is situated [...] within the stream of an evolving legal civilization, which is increasingly attentive to the values, of freedom and dignity, of the human person, which it searches for and protects even in minor and anomalous situations” (Judgment no. 161 of 1985).

The Court of Cassation, First Civil Section, positioned itself within this context of ideas in its Judgment no. 15138 of 20 July 2015, in which it adopted interpretations of Article 1 of Law no. 164 of 1982 as well as of Article 3 of the same law (now merged into Article 31(4) of d.lgs. no. 150 of 2011) that were both constitutionally oriented and in conformity with the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR). In that decision, the nomophylactic Court held that, in order to obtain an amendment of gender attribution in civil state records, it is not obligatory to have undergone surgical procedures that destroy or modify the primary anatomical sexual characteristics.

The Court recognized that acquiring a new gender identity may come as the result of a personal process that does not entail the need for such procedures, provided that the serious and unambiguous nature of the chosen path and the settled nature of the final point are the object of verification (including technical verification) by the courts.

4.2.– Most recently, in Judgment no. 221 of 2015, handed down after both referral orders were made, this Court recognized that the challenged provision constitutes the end point “of an evolution in cultural attitudes and the legal system towards the recognition of the right to gender identity as a constitutive element of the right to personal identity, which falls squarely within the scope of the fundamental rights of the person (Article 2 of the Constitution and Article 8 ECHR).”

In light of this evolution, which is at once both cultural and legal, this Court, therefore, stated that, in “the absence of a textual reference to the manner in which the modification is achieved (surgery, hormones or as a result of a congenital situation), it may be concluded that surgery, as only one of the possible techniques for modifying sexual characteristics, is not necessary for the purposes of access to the judicial process leading to correction in the civil registry. [...] The recourse to the surgical modification of sexual characteristics may thus be authorised with reference to the guarantee of the right to health, that is where this procedure has the aim of enabling the person to achieve a stable psychological and physical equilibrium, in particular in cases in which the discrepancy between anatomical gender and psycho-sexuality is such as to give rise to a situation of conflict and a rejection of the person’s own anatomical morphology. The prevalence of the protection of the health of the individual over the correspondence between anatomical gender and a person’s gender for administrative purposes suggests that surgery is not a prerequisite for eligibility for the correction procedure – as is

asserted by the referring court – but is one possible means of engaging it, as its aim is to achieve full psychological and physical well-being.”

The possibility that there is an interpretation of the challenged provision that is compatible with constitutional values leads this Court to reject the question of constitutionality of Article 1(1), in the part in which it makes amendment of gender attribution contingent upon prior modification of sexual characteristics.

5.– In affirmation of the nomophylactic value of the interpretative choice carried out in this regard by the Court of Cassation, this Court must identify the solution to the interpretative ambiguities – which are, incidentally, entirely isolated – mentioned by the intervening private parties.

5.1.– The reaffirmed validity of this interpretation moreover excludes the foundation of the additional hypotheses formulated only implicitly in the referral order registered as no. 211 of the 2015 Register of Referral Orders and explicitly in the defenses of the constituent parties.

In particular, although the arguments put forward by the referring tribunal focus exclusively on the lack of a need for surgical procedures for purposes of amending records, the complaint formulated in the operative part of the order focuses on the annulment of the provision regarding the prior modifications of the sexual characteristics of the relevant party. With this the referring tribunal appears to call for a greater intervention than the one described in its reasoning section, in that it aims to exclude the provision requiring said modifications, by whatever method achieved (surgical, hormonal, or by congenital condition).

From this same viewpoint, defense counsel for the parties, in the memoranda submitted after Judgment no. 221 of 2015, which the parties recognized as having satisfied the previous requests for protection, asked that, in general, the parties not be submitted to medical or psychological examinations as a part of the requisite judicial assessment necessary to amend records, as these would be potentially invasive of privacy. The parties argue that such assessments must focus exclusively on social manifestations of personal identity and on the psychic, behavioral, and physical aspects that combine to make up one’s gender identity.

5.2.– In light of the principles affirmed in Judgment no. 221 of 2015, it bears reiterating that the constitutionally appropriate interpretation of Law no. 164 of 1982 allows for the rejection of the requirement of a prior gender realignment surgery. Nevertheless, this in no way implies that there is no need for a rigorous assessment – indeed, it confirms its necessity – not only of the serious and unambiguous nature of the person’s intent, but also that a prior, objective transition in gender identity, revealed in the path followed by the person in question; a path that corroborates and reinforces the intent thus manifested. Therefore, in continuity with the principles in the cited judgment, the Court must reject the idea that merely the will-based element can take priority or exclusive importance for purposes of making an assessment regarding the transition.

In line with the holding of the cited judgment, it must once more be observed that an individual’s wish that the gender attributed to him or her in official records at the moment of birth correspond to the gender that he or she subjectively perceives and lives out undoubtedly constitutes an expression of the right to recognition of one’s gender identity. In the system of Law no. 164 of 1982, this is achieved through a judicial procedure that guarantees, at the same time, both the rights of the individual and the need to have certainty in legal relationships, upon which the purpose of public records is founded.

The reasonable balancing point between the various necessities for guarantees was, indeed, identified in entrusting to the judge, in the judicial evaluation of the irreducible uniqueness of every individual, the task of ascertaining the nature and importance of the prior modifications to a person's sexual characteristics, which combine to determine one's personal and gender identity.

ON THESE GROUNDS
THE CONSTITUTIONAL COURT

having joined the judgments,

declares that the question of constitutionality of Article 1(1) of law no. 164 of 14 April 1982 (Provisions on amendment of gender attribution) raised by the Ordinary Tribunal of Trento with the referral orders indicated in the headnote in reference to Articles 2, 3, 32, and 117, first paragraph, of the Constitution (this last provision in relation to Article 8 of the ECHR) is, for the reasons described in the reasoning section above, not founded.

Decided in Rome, at the seat of the Constitutional Court, Palazzo della Consulta, on 20 June 2017.

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสิงคโปร์
ระหว่าง แวม ก๊วก ฮัน โจโลแวน กับ อัยการแห่งรัฐ [2020] SGCA 111

ลงวันที่ ๖ พฤศจิกายน ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)

กรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดการขออนุญาตจัดชุมนุมสาธารณะขัดต่อเสรีภาพในการชุมนุม^๑

นายนิติกร จิรนิติการกิจ

ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลสูงสุดแห่งสิงคโปร์ได้พิจารณาคำร้องของผู้ร้อง ซึ่งถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดตามมาตรา ๑๖ (๑) (a) ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (the Public Order Act – POA) เนื่องจากจัดให้มีการชุมนุมสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาตตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ผู้ร้องโต้แย้งว่า บทบัญญัติมาตรา ๑๖ (๑) (a) ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะที่פקใช้สิทธิตามมาตรา ๑๔ (๑) ของรัฐธรรมนูญ ถือว่าเป็นการขัดด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา ๑๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ (the Constitution of the Republic of Singapore) ให้การรับรอง “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การชุมนุม และการสมาคม” (Freedom of speech, assembly and association) โดยเป็นการให้สิทธิแก่พลเมืองชาวสิงคโปร์ในการ “ชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ” อย่างไรก็ตาม มาตรา ๑๔ (๒) (b) กำหนดให้สิทธิดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้ หากรัฐสภาพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความจำเป็นหรือสมควร (necessary or expedient) เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของสิงคโปร์หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น ประเด็นปัญหาจึงมีอยู่ว่า มาตรา ๑๖ (๑) (a) ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะ มีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการชุมนุมโดยสงบโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (an unconstitutional restriction) หรือไม่

ภายหลังจากการไต่สวนเสร็จสิ้นลงเมื่อวันที่ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๓ ศาลสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา ๑๖ (๑) (a) ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะ เป็นมาตรการที่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะมีข้อจำกัดที่มีผลกระทบต่อสิทธิในการชุมนุมโดยสงบของพลเมืองชาวสิงคโปร์ก็ตาม

๒. สรุปข้อเท็จจริง

โจทก์ถูกตั้งข้อหาและถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดตามมาตรา ๑๖ (๑) (a) ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (the Public Order Act – POA)^๒ เนื่องจากได้จัดให้มีการชุมนุมสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาตจากทางราชการตามที่รัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนด ทั้งนี้ ผู้ร้องได้จัดการชุมนุมที่เรียกว่า “อารยะขัดขืนภาคพลเมืองและการเคลื่อนไหวทางสังคม” (Civil Disobedience and Social Movements) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการถกเถียงในประเด็นที่โจทก์เรียกว่า “บทบาทของอารยะขัดขืนภาคพลเมืองกับ

^๑ ผู้สนใจสามารถสืบค้นรายละเอียดของคำพิพากษาได้ที่ https://www.elitigation.sg/gcd/s/2020_SGCA_111

^๒ อนึ่ง มาตรา ๑๖ (๑) (a) ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะ เป็นบทบัญญัติที่ศาลอุทธรณ์ (the Court of Appeal) ได้พิพากษาว่า สามารถถูกפקใช้ได้โดยขัดด้วยรัฐธรรมนูญ (a constitutionally valid derogation) ตามมาตรา ๑๔ (๑) ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ (the Constitution of the Republic of Singapore)

ประชาธิปไตย” (the role of civil disobedience and democracy) อันส่งผลกระทบต่อการเปลี่ยนแปลงทางสังคม

สามวันก่อนการประชุมเมื่อวันที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๙ โจทก์ได้รับคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่ตำรวจให้ยื่นคำร้องเพื่อขออนุญาตจัดการชุมนุม ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (POA) เพื่อให้ได้รับอนุญาตจัดการชุมนุมดังกล่าว เนื่องจากในการชุมนุมดังกล่าวมีแผนที่จะเชิญนายโจชัว หว่อง (Mr. Joshua Wong) ผู้ซึ่งมิได้เป็นพลเมืองชาวสิงคโปร์ มาเป็นผู้ปราศรัยด้วย กรณีดังกล่าวส่งผลให้การชุมนุมที่จะเกิดขึ้นอยู่นอกเหนือขอบเขตที่จะได้รับการยกเว้นสำหรับการชุมนุมสาธารณะ ทั้งนี้ ในระหว่างที่จัดการชุมนุมปรากฏว่า นายหว่อง ได้กล่าวปราศรัยจากห้องกึ่งทางวิดีโอลิงก์จริง

ในคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาตามมาตรา ๑๖ (๑) (a) ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะ โจทก์โต้แย้งว่า ข้อกำหนดสำหรับการได้รับอนุญาตให้จัดการชุมนุมสาธารณะนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๔ ซึ่งให้การรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การชุมนุม และการสมาคม

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ ค.ศ. ๑๙๖๕ (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. ๒๐๒๐)^๓

มาตรา ๑๔ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การชุมนุม และการสมาคม

(๑) ตาม (๒) และ (๓) –

- (a) พลเมืองสิงคโปร์ทั้งหลายต่างมีเสรีภาพในการพูดและแสดงความคิดเห็น;
- (b) พลเมืองสิงคโปร์ทุกคนมีสิทธิในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ; และ
- (c) พลเมืองสิงคโปร์ทุกคนมีสิทธิที่จะรวมกลุ่มกันเป็นสมาคม

(๒) รัฐสภาอาจกำหนดตามกฎหมาย –

(a) เกี่ยวกับสิทธิตามวรรคหนึ่ง (a) โดยอาจพิจารณาถึงข้อจำกัดตามความจำเป็นหรือตามสมควร เพื่อประโยชน์ด้านความมั่นคงของสิงคโปร์หรือส่วนหนึ่งส่วนใด เพื่อความสัมพันธ์ฉันมิตรกับประเทศอื่น

^๓ Constitution of the Republic of Singapore 1965 (revised 2020)

Section 14 Freedom of speech, assembly and association

(1) Subject to clauses (2) and (3) —

- (a) every citizen of Singapore has the right to freedom of speech and expression;
- (b) all citizens of Singapore have the right to assemble peaceably and without arms; and
- (c) all citizens of Singapore have the right to form associations.

(2) Parliament may by law impose —

(a) on the rights conferred by clause (1)(a), such restrictions as it considers necessary or expedient in the interest of the security of Singapore or any part thereof, friendly relations with other countries, public order or morality and restrictions designed to protect the privileges of Parliament or to provide against contempt of court, defamation or incitement to any offence;

(b) on the right conferred by clause (1)(b), such restrictions as it considers necessary or expedient in the interest of the security of Singapore or any part thereof or public order; and

(c) on the right conferred by clause (1)(c), such restrictions as it considers necessary or expedient in the interest of the security of Singapore or any part thereof, public order or morality.

(3) Restrictions on the right to form associations conferred by clause (1)(c) may also be imposed by any law relating to labour or education.

เพื่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะหรือศีลธรรมอันดี หรือเป็นการจำกัดเพื่อคุ้มครองเอกสิทธิ์ของรัฐสภา หรือเพื่อตอบโต้การละเมิดอำนาจศาล การหมิ่นประมาทหรือยุยงให้เกิดการกระทำความผิดใด ๆ

(b) เกี่ยวกับสิทธิตามวรรคหนึ่ง (b) โดยอาจพิจารณาข้อจำกัดตามความจำเป็นหรือตามสมควร เพื่อประโยชน์ด้านความมั่นคงของสิงคโปร์หรือส่วนใดส่วนหนึ่ง หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะ; และ

(c) เกี่ยวกับสิทธิตามวรรคหนึ่ง (c) โดยอาจพิจารณาข้อจำกัดตามความจำเป็นหรือตามสมควร เพื่อประโยชน์ด้านความมั่นคงของสิงคโปร์หรือส่วนใดส่วนหนึ่ง หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะหรือเพื่อศีลธรรมอันดี

(๓) ข้อจำกัดสิทธิในการรวมกลุ่มกันเป็นสมาคม ตามวรรคหนึ่ง (c) อาจกำหนดไว้โดยกฎหมายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับแรงงานหรือการศึกษา

๓.๒ รัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ค.ศ. ๒๐๐๙ (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. ๒๐๒๐)^๔

มาตรา ๗ การอนุญาตสำหรับการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวน

(๒) ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติอาจปฏิเสธที่จะอนุญาตให้จัดการชุมนุมหรือการเดินขบวนสาธารณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๖ หากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า การชุมนุมหรือการเดินขบวนสาธารณะอาจ –

^๔ The Public Order Act 2009 (revised 2020)

Section 7 Permit for public assembly or public procession

(2) The Commissioner may refuse to grant a permit for a proposed public assembly or public procession in respect of which notice under section 6 has been given if the Commissioner has reasonable ground for apprehending that the proposed public assembly or public procession may —

(a) occasion public disorder, or damage to public or private property;

(b) create a public nuisance;

(c) give rise to an obstruction in any public road;

(d) place the safety of any person in jeopardy;

(e) cause feelings of enmity, hatred, ill will or hostility between different groups in Singapore;

(f) glorify the commission or preparation (whether in the past, in the future or generally) of acts of terrorism or any offence or otherwise have the effect of directly or indirectly encouraging or otherwise inducing members of the public to commit, prepare or instigate acts of terrorism or such an offence;

(g) be held within or enter a prohibited area, or an area to which an order or a notification under section 13 applies; or

(h) be directed towards a political end and be organised by, or involve the participation of, any of the following persons:

(i) an entity that is not a Singapore entity;

(ii) an individual who is not a citizen of Singapore.

Section 16 Other offences in relation to assemblies or processions

(1) Each person who organises a public assembly or public procession —

(a) in respect of which no permit has been granted under section 7 or no such permit is in force, where a permit is required by this Act;

Etc.

Section 46 Power to exempt

The Minister may, by order in the Gazette, with or without conditions, exempt any person or class of persons, or any assembly or procession or class of assemblies or processions, from any of the provisions of this Act.

(a) ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย หรือความเสียหายต่อทรัพย์สินของทางราชการและเอกชน

(b) ทำให้เกิดความเดือดร้อนให้แก่ประชาชน

(c) เป็นการกีดขวางเส้นทางสาธารณะ

(d) เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของบุคคลอื่น

(e) ทำให้เกิดความรู้สึกเป็นศัตรู ความเกลียดชัง ความประสงคร้าย หรือความเป็นปรปักษ์ระหว่างกลุ่มต่าง ๆ ในสิงคโปร์

(f) เป็นการเชิดชูการกระทำหรือการเตรียมการ (ไม่ว่าจะในอดีต ในอนาคต และโดยทั่วไป) ในการก่อการร้ายหรือการกระทำความผิดใด ๆ หรือมีผลกระทบโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือเป็นการชี้แนะให้สมาชิกในสังคมกระทำการ เตรียมการ หรือยุยงให้เกิดการก่อการร้ายหรือการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าว

(g) จัดขึ้นภายในหรือเข้าไปในพื้นที่หวงห้าม หรือพื้นที่ที่คำสั่งหรือประกาศตามมาตรา ๑๓ มีผลใช้บังคับ หรือ

(h) เกี่ยวข้องโดยตรงกับเป้าหมายทางการเมือง และถูกจัดขึ้นโดย หรือเกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมของบุคคลดังต่อไปนี้

(i) นิติบุคคลซึ่งมิใช่นิติบุคคลของสิงคโปร์

(ii) บังคับบุคคลซึ่งมิใช่พลเมืองของสิงคโปร์

มาตรา ๑๖ ความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมหรือการเดินขบวน

(๑) บุคคลผู้ซึ่งจัดให้มีการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนในที่สาธารณะ -

(a) โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา ๗ หรือการได้รับอนุญาตไม่มีผลใช้บังคับได้อีกต่อไป จะต้องได้รับอนุญาตตามรัฐกำหนดนี้

ฯลฯ

มาตรา ๔๖ อำนาจในการยกเว้น

รัฐมนตรี โดยคำสั่งที่ประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา โดยมีหรือไม่มีเงื่อนไข อาจยกเว้นให้บุคคลใดหรือกลุ่มบุคคล หรือการชุมนุมใด หรือการเดินขบวน หรือกลุ่มของการชุมนุมหรือการเดินขบวน จากบทบัญญัติใด ๆ ตามรัฐธรรมนูญนี้

๔. คำพิพากษาของศาลสูงสุด

ศาลสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา ๑๔ ของรัฐธรรมนูญ ได้ให้การรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การชุมนุม และการสมาคม (Constitutional rights to freedom of speech, assembly and association) ให้แก่พลเมืองสิงคโปร์ โดยมีข้อจำกัดบางประการ นอกจากนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตีความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (the Public Order Act) นั้นประกอบด้วยกลไกควบคุม ๒ ประการ กล่าวคือ ประการแรก กำหนดให้การชุมนุมจะต้องได้รับอนุญาต ขณะที่ประการที่สอง กำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธการอนุญาตดังกล่าว

ในเบื้องต้นนั้น การชุมนุมสาธารณะนั้นจะต้องได้รับอนุญาต เว้นแต่จะได้รับการยกเว้นโดยรัฐมนตรี ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๖ ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ซึ่งการชุมนุมดังกล่าวรวมถึง กิจกรรมกีฬา (sport events) การเฉลิมฉลองในเทศกาลต่าง ๆ (celebration of certain festivals) กิจกรรมเพื่อการกุศล (charitable events) และการเลือกตั้งบางประเภท (election events) นอกจากนี้ การชุมนุมสาธารณะที่จัดขึ้นในสถานที่ทั้งโดยและเข้าร่วมโดยพลเมืองสิงคโปร์ก็มักจะได้รับยกเว้นจากการขออนุญาต อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้จำเป็นที่จะต้องมีการขออนุญาต เนื่องจาก นายหว่อง ผู้ซึ่งใช้ชาวสิงคโปร์ ได้รับเชิญให้ มาร่วมปราศรัยในการชุมนุม (และได้ปราศรัยจริง)

อนึ่ง สิทธิตามมาตรา ๑๔ หาได้ไม่มีข้อจำกัดไม่ กล่าวคือ สิทธิดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้ โดยรัฐสภา ย่อมมีอำนาจในการกำหนดข้อจำกัดได้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๑๔ (๒) และในการพิจารณาว่า กฎหมายใด ๆ ที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาเพื่อจำกัดสิทธิตามมาตรา ๑๔ ถือเป็น การพักใช้ (derogates) สิทธิดังกล่าวโดย ไม่เหมาะสมหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาวัตถุประสงค์และถ้อยคำของกฎหมายดังกล่าวอย่าง รอบคอบ

แม้ว่าจะมีการนำถ้อยคำอย่างกว้างมาบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔ (๒) (b) แต่กรณีก็มีได้กำหนดเป็น แนวทางเชิงอัตวิสัย (subjective approach) โดยสิ้นเชิงว่า กฎหมายใด ๆ ก็ตามที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิใน การชุมนุมโดยสงบและผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาจะต้องถูกต้องเสมอไป ทั้งนี้ แนวทางเชิงอัตวิสัยอาจไม่ สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ก่อนหน้า (เช่น ในคดี Tan Seet Eng v Attorney-General and another matter [2016] 1 SLR 779) ดังนั้น คำถามที่สำคัญก็คือ การพักใช้สิทธินั้นเป็นสิ่งที่รัฐสภาคิด ว่าจำเป็นหรือสมควรเพื่อประโยชน์ต่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะหรือไม่ และรัฐสภาจะสามารถบรรลุ ข้อสรุปนี้ได้ว่าเป็นกลางหรือไม่

อนึ่ง กรณีนี้ไม่มีข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (presumption of legislative constitutionality) และในการวิเคราะห์ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายใด ๆ ศาลก็ จะต้องตระหนักถึงหลักการดังต่อไปนี้

a. องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยแต่ละองค์กรต่างก็มีบทบาทและพื้นที่ที่เป็นของตนเอง การแบ่งแยกอำนาจถือเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างพื้นฐานของรูปแบบเวสต์มินสเตอร์ (the Westminster constitutional model)

b. รัฐธรรมนูญทั้งบัญญัติรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญและอนุญาตให้สิทธิดังกล่าวอาจถูกพัก ใช้ได้ ตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๔ (๒) (b) ดังนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนต่อองค์กรตุลาการที่จะตัดสิน ว่า การพักใช้สิทธินั้นอยู่ในขอบข่ายของวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องหรือไม่

นอกจากนี้ ในการพิจารณาว่า กฎหมายเป็นการพักใช้สิทธิตามมาตรา ๑๔ ของรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องนำเอาหลัก “กรอบสามขั้นตอน” (A three-step framework) มาปรับใช้ กล่าวคือ ประการแรก จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า กฎหมายจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากนั้นประการที่สอง หากพบว่า กฎหมายนั้นมีผลเป็นการจำกัดสิทธิตามมาตรา ๑๔ ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การจำกัดดังกล่าวเป็นสิ่งที่ รัฐสภาพิจารณาแล้วว่า เป็น “ความจำเป็นหรือสมควร” (necessary or expedient) เพื่อประโยชน์หนึ่ง ประโยชน์ใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔ (๒) (b) ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ และประการที่สาม ศาลจะต้อง

วิเคราะห์ต่อไปว่า การพักใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้น อยู่ในขอบเขตของ วัตถุประสงค์ตามรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาจะสามารถพักใช้สิทธินั้นได้หรือไม่ และในการวิเคราะห์ขั้นสุดท้ายก็ จะต้องตระหนักถึงสมดุลระหว่างประโยชน์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในเรื่องที่เกิดขึ้นด้วย

ในคดีนี้ มาตรา ๑๖ (๑) (a) ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะ กำหนด “ข้อจำกัด” (restriction) ต่อสิทธิในการชุมนุมโดยสงบ แต่กระนั้นก็ได้เกินไปกว่า “ข้อจำกัด” เพียงอย่างเดียว เนื่องจาก สิทธิในการชุมนุมโดยสงบยังคงสามารถใช้ได้ภายใต้การอนุญาตของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะก็แสดงให้เห็นจากชื่อและชื่อเต็ม (long title) ของกฎหมาย^๕ กล่าวคือ วัตถุประสงค์ทั่วไปของรัฐบัญญัติดังกล่าวได้รับการอธิบายโดยรัฐมนตรีในระหว่างที่มีการอภิปรายในรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบร่างรัฐบัญญัติดังกล่าว ซึ่งรัฐสภาได้กำหนดให้มีระบบการอนุญาต (permit regime) ในรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะก็เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยใน สังคม รวมถึงปรับปรุงเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ในระหว่างที่ได้รับคำร้องเพื่อขออนุญาตจัดการชุมนุม ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติสามารถใช้ดุลพินิจที่จะ อนุญาตหรือไม่อนุญาตให้จัดการชุมนุมสาธารณะได้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๗ (๒) ของรัฐบัญญัติความสงบ เรียบร้อยสาธารณะ นอกจากนี้ เหตุผลตามมาตรา ๗ (๒) มักเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของ ประชาชนอย่างชัดเจน บทบัญญัติดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการชุมนุม โดยสงบและการกำหนดขอบเขตของข้อจำกัดที่มีต่อสิทธิดังกล่าว

อนึ่ง กรณีไม่สามารถคาดหวังให้รัฐสภาจะต้องคาดการณ์ถึงสถานการณ์ทั้งหมดที่มีความแตกต่างกัน และอาจเกี่ยวข้องหรืออาจเกิดขึ้นจนนำไปสู่การตัดสินใจที่จะอนุญาตให้สามารถจัดการชุมนุมสาธารณะหรือไม่ ดังนั้น การมีระบบอนุญาตจึงถือว่าเป็นเรื่องที่ต้องและเป็นประโยชน์ต่อสังคม เนื่องจากระบบดังกล่าวจะเป็นวิธีการที่ช่วยหลีกเลี่ยงการเกิดความไม่สงบได้เป็นอย่างดี แทนที่จะเป็นการพยายามหยุดยั้งความไม่สงบ หลังจากที่เกิดขึ้นแล้ว และจากการพิจารณาแนวคำพิพากษาโดยผู้พิพากษา Miabjoy ในคดี Indulal K Yagnik v State of Gujarat and Ors AIR 1963 Guj 259 ก็ได้แสดงให้เห็นว่า กรณีเป็นการเหมาะสมแล้วที่ รัฐสภาจะให้อำนาจในการอนุญาตแก่หน่วยงานของรัฐ (โดยในกรณีนี้คือ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ)

อย่างไรก็ดี ศาลสูงสุดเห็นว่า ผู้ร้องผิดพลาดที่เห็นว่า ตนปราศจากวิธีการเยียวยาที่แท้จริงหรือมี ประสิทธิภาพที่จะโต้แย้งคำตัดสินของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่กระทำโดยไม่สุจริต ทั้งนี้ หากการ ขออนุญาตได้รับการปฏิเสธ ผู้ร้องก็ยังสามารถที่จะอุทธรณ์คำตัดสินดังกล่าวไปยังรัฐมนตรีได้ และหากรัฐมนตรี กระทำการใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริตด้วยเช่นกัน ผู้ร้องสามารถยื่นคำร้องเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วย กฎหมายต่อองค์กรตุลาการได้ ซึ่งในกรณีนี้ เนื่องจากผู้ร้องมิได้ดำเนินการยื่นคำร้องขออนุญาตจัดการชุมนุม นั้นย่อมทำให้ไม่มีคำสั่งใด ๆ เกี่ยวกับคำร้องขออนุญาตจัดการชุมนุมเกิดขึ้น และส่งผลให้ไม่มีประเด็นเกี่ยวกับการเยียวยาเกิดขึ้นในสถานการณ์ของผู้ร้องในทุกกรณี ดังนั้น ศาลสูงสุดจึงไม่มีเหตุผลที่จะเพิกถอนคำพิพากษา ว่าผู้ร้องได้กระทำความผิดตามมาตรา ๑๖ (๑) ของรัฐบัญญัติความสงบเรียบร้อยสาธารณะ.

^๕ ชื่อเต็มของกฎหมาย the Public Order Act คือ An Act to regulate assemblies and processions in public places, to provide powers necessary for preserving public order and the safety of individuals at special event areas, to supplement other laws relating to the preservation and maintenance of public order in public places.

6 November 2020

Case summary

CA/CRF 1/2020

Wham Kwok Han Jolovan v Public Prosecutor [2020] SGCA 111

Decision of the Court of Appeal (delivered by Judith Prakash JA):

Outcome: The Court of Appeal holds that s 16(1)(a) of the Public Order Act (Cap 257A, 2012 Rev Ed) (“the POA”) is a constitutionally valid derogation from Article 14(1) of the Constitution of the Republic of Singapore (1985 Rev Ed, 1999 Reprint) (“the Constitution”).

Background

- 1 The Applicant was charged and convicted on one charge under s 16(1)(a) of the POA of having organised and held a public assembly without having obtained the permit for it that the POA required.
- 2 The Applicant organised an event called “Civil Disobedience and Social Movements” for the purpose of discussing what he called “the role of civil disobedience and democracy” in effecting social change (“the Event”).
- 3 Three days before the Event on 23 November 2016, the Applicant was advised by a police officer to apply for the relevant permit under the POA to obtain permission to carry on with the Event. This was because Mr Joshua Wong (“Mr Wong”), a non-citizen of Singapore, was planning to speak at the Event. This took the Event outside the scope of permit exemptions for public assemblies. It was undisputed that during the event, Mr Wong did indeed deliver a speech from Hong Kong by video link.
- 4 In his defence to the charge under s 16(1)(a) of the POA, the Applicant argued that the requirement to obtain a permit is unconstitutional *vis-à-vis* Art 14 of the Constitution.

The court's decision

- 5 Art 14 of the Constitution grants citizens of Singapore constitutional rights to freedom of speech, assembly and association, subject to certain restrictions. The regulation of public assemblies under the POA involves two control mechanisms. The first regulates which assemblies require a permit. The second, where a permit is required, regulates the grounds for refusing to grant such a permit (at [13]–[16]).
- 6 As a starting point, permits are required for public assemblies unless they are exempted by the Minister under s 46 of the POA. These include sporting events, celebration of certain festivals, charitable events and some election events. Indoor public assemblies organised by and only involving Singapore citizens are generally exempt from the permit requirement. In this case, a permit was required as Mr Wong, a non-Singaporean, had been asked to speak at (and did speak at) the Event (at [17]–[19]).
- 7 Art 14 rights are not unlimited. These rights are expressly made subject to the limitations that Parliament may impose on them pursuant to the powers granted to it by Art 14(2). In determining whether any legislation passed by Parliament to limit any of the Art 14 freedoms improperly derogates from any of those freedoms, a close examination must be made of the purpose and language of such legislation (at [20] and [21]).
- 8 Despite the broad language used in Art 14(2)(b), this does not prescribe a wholly subjective approach in that any law that Parliament passes which restricts the right of peaceable assembly is deemed valid. A subjective approach would be inconsistent with earlier decisions of the Court of Appeal (for example, *Tan Seet Eng v Attorney-General and another matter* [2016] 1 SLR 779). The key question is whether the derogation is objectively something that Parliament thought was necessary or expedient in the interests of public order and whether Parliament could have objectively arrived at this conclusion (at [21]–[24]).
- 9 There is no presumption of legislative constitutionality. In the analysis of the constitutionality of any law, the court must bear in mind the following principles (at [24]–[28]):
 - a. Each branch of Government has its own role and space. The separation of powers is part of the basic structure of the Westminster constitutional model.
 - b. The Constitution both confers a constitutional right and permits that right to be derogated from for the purposes listed under Art 14(2)(b). It is unequivocally for the judiciary to determine whether that derogation falls within the relevant purpose.
- 10 A three-step framework must be applied in determining whether a law impermissibly derogates from Art 14 of the Constitution. First, it must be assessed whether the legislation restricts the constitutional right in the first place. Second, if the legislation is found to restrict the Art 14 right, it must be determined whether the restriction is one which Parliament considered “necessary or expedient” in the interests of one of the enumerated purposes under Art 14(2)(b) of the Constitution. Third, the court must analyse whether,

objectively, the derogation from or restriction of the constitutional right falls within the relevant and permitted purpose for which, under the Constitution, Parliament may derogate from that right. In the final analysis, it is imperative to appreciate that a balance must be found between the competing interests at stake (at [29]–[33]).

11 In the present case, s 16(1)(a) of the POA imposes a “restriction” on one’s rights to assemble peaceably. It does not go beyond a mere “restriction” as the right to assemble peaceably is still exercisable with the permission of the Commissioner (at [35]–[37]).

12 The purpose of the POA is shown in its name and its long title. The general purpose of the POA was also explained by the Minister during the Parliamentary debates when the POA was passed. Parliament had enacted the permit regime under the POA to prevent public disorder and to fine-tune matters that could impact public order (at [38]–[40]).

13 Upon receiving an application for a permit, the Commissioner must exercise his discretion to either grant or refuse to grant a permit for the proposed public assembly. In doing so, he must have regard to s 7(2) of the POA. Most of the grounds under s 7(2) expressly pertain to considerations of public order. This provision achieves a careful balance between the constitutional right to peaceably assemble and the delineation of the restriction imposed on that right (at [44]–[49]).

14 Parliament cannot be expected to anticipate all the different circumstances that may be relevant or may arise at any given time in relation to decisions as to whether a public assembly ought to be allowed to proceed. It is legitimate and in the interests of society for a permit scheme to operate as this would assure the best prospects of preventing disorder as opposed to attempting to stop disorder which has already taken place. In line with the observations made by Miabhoy J in *Indulal K Yagnik v State of Gujarat and Ors* AIR 1963 Guj 259, it is entirely appropriate for Parliament to confer the licensing discretion on a public authority (in this case, the Commissioner) (at [50]–[52]).

15 The Applicant was wrong to suggest that he had no real or effective remedy against any decision which had been made by the Commissioner in bad faith. If the permit had been refused, the Applicant could have appealed that decision to the Minister. If the Minister also acted in bad faith, the Applicant could have made an application for judicial review (at [55]–[56]). In this case, since the Applicant never applied for a permit, no decision on his application was ever made. No question of remedies arose at all in the Applicant’s situation.

This summary is provided to assist in the understanding of the Court’s grounds of decision. It is not intended to be a substitute for the reasons of the Court. All numbers in bold font and square brackets refer to the corresponding paragraph numbers in the Court’s grounds of decision.



Version No 1: 06 Nov 2020 (10:53 hrs)