

บทที่ 2

ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญต่อองค์กรของรัฐ

แต่เดิมมานั้นถือกันว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของราษฎรมีใช้สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การปกครองประเทศเท่านั้น ส่วนสิทธิและเสรีภาพของราษฎรควรนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น ๆ ที่มีฐานะรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ แต่ในปัจจุบันถือว่ารัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์และเป็นประชาธิปไตยจะต้องมีบทคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ทำให้การบัญญัติรับรองและคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้กับประชาชนหลายประการทั้งในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย และในหมวด 8 ศาล ส่วนที่ 1 บททั่วไป แต่เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นนามธรรม ไม่สามารถมองเห็นด้วยตาหรือจับต้องสัมผัสได้ การศึกษาถึงความหมายและคำนิยามจึงมีความสำคัญ เพื่อจะนำไปสู่การทำความเข้าใจเกี่ยวกับความผูกพันและความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญกับองค์กรของรัฐและองค์กรตุลาการ

2.1 สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

2.1.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

“สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ กล่าวคือ สิทธิเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่น หรือหลายคนกระทำการหรือละเว้นการกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน¹

¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ , (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน , 2538) , หน้า 21.

“สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” ถือว่าเป็น “สิทธิตามกฎหมายมหาชน” หมายถึง อำนาจที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง คุ่มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด และก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสามารถเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญ ยังหมายรวมถึงการให้หลักประกันในเชิงสถาบัน² ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลต่อรัฐ และเป็นสิ่งที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลในทางปฏิบัติ

ตัวอย่างของสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เช่น ตามมาตรา 43 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึง และมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย...” หรือตาม มาตรา 52 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาล จากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ...” เป็นต้น

ความหมาย “เสรีภาพ” ตามรัฐธรรมนูญ³

“เสรีภาพ” หมายถึง สภาวะการณ์ของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น หรือปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่บุคคลนั้นไม่ถูกบังคับให้ต้องกระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้เกิดในสิ่งที่บุคคลนั้นประสงค์ที่จะกระทำ

เสรีภาพตามลำพังแล้ว ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ในแง่นี้มิได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลใด แต่เมื่อมีกฎหมายรับรองเสรีภาพประเภทนั้นไว้ก็มีผลก่อให้เกิดหน้าที่

² Albert Bleckmann , Staatsrecht II – Die Grundrecht , 4 Aufl..1979, S.2. อ้างถึงใน บรรณเจต สึงคะเนติ , หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2543), หน้า 47.

³ เรื่องเดียวกัน.

แก่ผู้อื่นด้วย เรียกว่า "สิทธิในเสรีภาพ" อันหมายความว่า บุคคลมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง และก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น โดยบุคคลอื่นย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น และผู้ทรงเสรีภาพจะมีอำนาจเรียกร้องให้ผู้อื่นไม่ทำการรบกวนหรือขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพสะดวกขึ้นแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้เสรีภาพจึงแตกต่างกับสิทธิ

2.1.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน⁴ (ตามแนวความคิดของ Georg Jellinek) เป็นการจำแนกให้เห็นว่าพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทมีวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองที่แตกต่างกันและ ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อรัฐที่จะต้องดำเนินการต่อสิทธิแต่ละประเภทแตกต่างกันอย่างไร เพื่อให้สามารถเข้าใจได้ว่าองค์กรตุลาการต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทอย่างไร

2.1.2.1 สิทธิและเสรีภาพประเภท status negativus

สิทธิและเสรีภาพประเภท status negativus หมายถึง สภาพการณ์ที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใดๆจากรัฐ การใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ เป็นเรื่องที่ปัจเจกบุคคลสามารถดำเนินการไปได้เองโดยรัฐไม่จำเป็นต้องมาดำเนินการใดๆ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปฏิเสธอำนาจรัฐ ปราบปรามออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐหรือการละเมิดของรัฐจากสิทธิในการป้องกันของปัจเจกบุคคลดังกล่าวนี้ ปัจเจกบุคคลอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยา

⁴ Pieroth / Schlink , Grundrechte - Staatsrecht II , 9. Aufl., S.21 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน , หน้า 48.

จากรัฐได้ ในกรณีที่มีการแทรกแซงหรือมีการละเมิดจากรัฐหรืออาจเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำดังกล่าวได้ เป็นสิทธิที่มีลักษณะไปในทาง “สิทธิมนุษยชน”

ตัวอย่างของสิทธิในกลุ่ม status negativus ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) เช่น สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามมาตรา 237-247 สิทธิและเสรีภาพตามหมวด 3 ซึ่งได้แก่ สิทธิในความเสมอภาค (มาตรา 30) สิทธิและเสรีภาพในการใช้ชีวิตและร่างกาย (มาตรา 31) เสรีภาพในการนับถือศาสนา (มาตรา 38) เสรีภาพในเคหสถาน (มาตรา 35) และสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน (มาตรา 48) เสรีภาพในการสื่อสาร (มาตรา 37) สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย (มาตรา 31) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (มาตรา 39) และเสรีภาพในทางวิชาการ (มาตรา 42) เป็นต้น

2.1.2.2 สิทธิและเสรีภาพประเภท status positivus

สิทธิและเสรีภาพประเภท status positivus หรือสิทธิขั้นพื้นฐานในทางสังคม หมายถึงสภาพการณ์ที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีอาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้ หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ปรากฏออกมาในรูปของสิทธิประเภท “สิทธิเรียกร้อง” สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ สิทธิในการดำเนินคดี โดยหลักเป็นสิทธิที่ตกได้แก่พลเมืองในรัฐนั้นๆ ตามทัศนะของ Georg Jellinek เห็นว่าสิทธิที่เป็นศูนย์กลางของสิทธิประเภทนี้คือ สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่การจะทำให้สิทธิเหล่านี้มีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติ รัฐสภาจะต้องออกกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ สิทธิประเภทนี้รัฐธรรมนูญของไทยแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ได้แก่สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน (มาตรา 63) สิทธิในการรับบริการทางสาธารณสุข (มาตรา 52) สิทธิที่เด็กและเยาวชนซึ่งไม่มีผู้ดูแลมีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐ (มาตรา 53) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐของบุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีและไม่มีรายได้เพียงพอ (มาตรา 34) สิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลือจากรัฐของผู้พิการและทุพพลภาพ (มาตรา 54) และสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาล (มาตรา 28) เป็นต้น

2.1.2.3 สิทธิและเสรีภาพประเภท status activus

สิทธิและเสรีภาพประเภท status activus หมายถึงสภาพการณ์ที่ปัจเจกบุคคลใช้สิทธิของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับองค์กรของรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปของ “สิทธิพลเมือง” ซึ่งสามารถแยกออกมาได้อีกเป็นสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองทั่วไปซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการชุมนุม (มาตรา 44) เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม (มาตรา 45) เป็นต้น กับสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิของผู้เลือกตั้ง (มาตรา 104 และมาตรา 105) สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง (มาตรา 107 และมาตรา 125) สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง (มาตรา 47) สิทธิเข้าชื่อของประชาชนเพื่อให้รัฐสภาพิจารณากฎหมาย (มาตรา 170) สิทธิออกเสียงลงประชามติ (มาตรา 214) สิทธิเข้าชื่อเพื่อถอดถอน ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (มาตรา 304) สิทธิถอดถอนผู้บริหารท้องถิ่น (มาตรา 286) และสิทธิเข้าชื่อเพื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น (มาตรา 287) รวมทั้งสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองอื่นๆ ซึ่งสิทธิประเภทนี้มีจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาตินั้น

2.2 หลักความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรของรัฐตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ

จากสิทธิและเสรีภาพซึ่งถือกันว่ามนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีและใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและใจทางจิตใจอันเป็นเพียงนามธรรมในทฤษฎี เข้ามาสู่การยอมรับในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นรัฐธรรมนูญ เรียกว่า สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (constitutional rights and liberties) ทำให้กฎหมายหรือองค์กรทั้งหลายที่เกิดขึ้นจากรัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งหรือล่วงละเมิดจำกัดตัดสิทธิให้ผิดไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไม่ได้ อันเป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรต่างๆของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ที่ว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยแจ้งชัด โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง” ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรของรัฐนี้เป็นผลมาจากแนวความคิดและทฤษฎีระหว่างรัฐธรรมนูญกับองค์กรของรัฐ อันได้แก่แนวความคิด

และทฤษฎีเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : คำอธิบายเชิงที่มาของอำนาจในการจัดทำ รัฐธรรมนูญกับองค์กรของรัฐ และแนวความคิดและทฤษฎีเรื่ององค์กรของรัฐกับหลักความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ และหลักความชอบด้วยกฎหมาย

2.2.1 แนวความคิดและทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับ องค์กรของรัฐ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์และฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ทั้งหมด เพราะ รัฐธรรมนูญจะกำหนดองค์กร กระบวนการ และรูปแบบของกฎหมาย ซึ่งส่งผลกระทบต่อ ประการสำคัญในระบบกฎหมาย คือ ประการแรก กฎหมายอื่น ๆ ในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ และ ประการที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบนี้กระทำได้ยาก ต้องทำโดยองค์กรหรือวิธีการที่พิเศษ ยิ่งกว่าการแก้ไขกฎหมายอื่น ๆ ทำให้เกิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เมื่อวิเคราะห์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแล้ว เห็นได้ว่ากฎหมายที่ ให้อำนาจออกกฎหมายอื่นจึงมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ออกตามอำนาจที่ให้ เช่น คำพิพากษาอาศัย อำนาจตามประมวลกฎหมาย ประมวลกฎหมายจึงสูงกว่าคำพิพากษาแต่ประมวลกฎหมายอาศัย อำนาจจากรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงสูงกว่าประมวลกฎหมาย ผลสำคัญของทฤษฎีศักดิ์ของกฎหมาย คือ การควบคุมมิให้กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่า ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า อันถือว่าเป็น สภาพบังคับของหลักนี้ หากขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ที่ต่ำกว่าก็จะสิ้นผลไปและต้องบังคับตามกฎเกณฑ์ที่สูง กว่า

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นผู้ก่อตั้งองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร องค์กรตุลาการ หรือองค์กรใดๆ ดังนั้นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรเหล่านี้ ก็ต้องมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ มีหลายทฤษฎี ที่อธิบายว่าเหตุใดรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด การอธิบายเชิงที่มาของอำนาจในการจัดทำ รัฐธรรมนูญก็เป็นวิธีหนึ่งที่วิเคราะห์ในเรื่องการแบ่งแยกระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และอำนาจอื่น ทำให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

2.2.1.1 ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : คำอธิบายเชิงที่มาของอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญกับองค์กรของรัฐ

ทฤษฎีก่อตั้งองค์กรทางการเมืองของซีเอเยส์ อธิบายความผูกพันขององค์กรของรัฐกับรัฐธรรมนูญว่า ก่อนมีรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ยังตกลงกันไม่ได้ว่าจะมีการปกครองสังคมกันอย่างไร ทุกสังคมจะมีอำนาจหนึ่งที่เรียกว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง เป็นอำนาจที่จะกำหนดว่าจะปกครองสังคมให้เป็นอย่างไร จัดตั้งองค์กรอย่างไร หรือจะมีการตัดสินใจอย่างไร ซึ่งถือเป็นการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นมา องค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นนี้จะอยู่ภายใต้อำนาจที่ก่อตั้งและอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองนี้เป็นอำนาจที่ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญขึ้น เป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เมื่ออำนาจนี้เป็น “ผู้สร้าง” รัฐธรรมนูญ อำนาจนี้จึงเป็นอำนาจที่อยู่เหนือ “ผู้ถูกสร้าง”⁵ และเป็นสิ่งที่อยู่เหนืออำนาจขององค์กรทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้นมา เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้วรัฐธรรมนูญนั้นได้ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมือง การปกครอง⁶ ดังนั้นอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองจึงเป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้น ไม่มีข้อจำกัด ส่วนอำนาจขององค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญถูกจำกัดโดยสภาพของรัฐธรรมนูญ การถูกจำกัดนี้อาจแสดงออกโดยการกำหนดขอบอำนาจ การกำหนดกระบวนการ และการกำหนดเนื้อเรื่องที่จะใช้อำนาจ ซึ่งรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้วางข้อจำกัดเหล่านี้ ดังนั้นอำนาจขององค์กรที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดและจะใช้อำนาจนั้นให้ขัดกับรัฐธรรมนูญมิได้ องค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ศาล จึงเป็นองค์กรที่ได้รับมอบหมายมาจากรัฐธรรมนูญและจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองทั้งสิ้น⁷ ผลก็คือรัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือทั้งกฎหมายอื่นๆ และองค์กรอื่นๆ ที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้นในการใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ จะชอบธรรมได้ก็ต่อเมื่อกระทำการภายในขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติ

⁵ George Burdeau , *Traité de science politique* , Tome IV ,le statut du Pouvoir dans l'Etat , (Paris : LGDJ , 3^e ed , 1983) , p. 172 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย,” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิรัชการพิมพ์ , 2543), หน้า 8.

⁶ บวรเจตน์ สิงคะเนติ , ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า16.

⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 19.

2.2.1.2 องค์การของรัฐกับหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหลักความชอบด้วยกฎหมาย

อำนาจก่อตั้งองค์การทางการเมืองเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญขึ้น เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญก็ได้ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์การทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมืองในการปกครอง ผลก็คือรัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือทั้งกฎหมายอื่น ๆ และองค์การอื่น ๆ ที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น องค์การอื่นที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ศาล ตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงเป็นองค์การที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ และจากอำนาจในการก่อตั้งองค์การทางการเมืองทั้งสิ้น⁸ รัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาสูงสุดของความชอบด้วยกฎหมายทั้งปวงในระบอบการเมืองและในระบบกฎหมาย ดังนั้นในการใช้อำนาจของประมุขของรัฐ รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ศาล หรือองค์การอื่นที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ได้บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” และมาตรา 27 ที่บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์การอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง” ซึ่งเป็นการยืนยันหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 3 ว่าอำนาจขององค์การที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด และจะใช้อำนาจนั้นให้ขัดกับรัฐธรรมนูญมิได้

(1) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ

รัฐสภาเป็นองค์การที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นมีหน้าที่พิจารณาและออกกฎหมาย การทำหน้าที่ของรัฐสภาเองจึงต้องผูกพันต่อหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในเนื้อหาและรูปแบบของกฎหมาย กล่าวคือ

⁸ เรื่องเดียวกัน.

ก) เนื้อหาของกฎหมายต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หากเนื้อหาหรือบทบัญญัติของกฎหมาย ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ให้บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้นบทบัญญัติทั้งหลายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และจะต้องไม่ให้อำนาจของฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของประชาชน⁹ องค์กรนิติบัญญัติจึงไม่อาจที่จะออกกฎหมายมาจำกัดตัดทอนสิทธิเสรีภาพโดยปราศจากอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ และถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะให้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ แต่องค์กรนิติบัญญัติก็ไม่อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น หรือฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ¹⁰ หรือมีผลย้อนหลังไปบังคับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว อีกทั้งต้องมีความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วนในการกำหนดมาตรการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์จะต้องมีความเหมาะสม และต้องเป็นวิธีการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้มีผลกระทบน้อยที่สุดแต่มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมาย¹¹ ที่สำคัญคือ กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหล่านี้ต้องออกโดยองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชน

⁹ สมยศ เชื้อไทย และวราภรณ์ วิศรุตพิชญ์, “แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย,” ใน ปัญหารัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองในสภาวะการณปัจจุบัน (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 58-59.

¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 278.

¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 27-29.

ข) รูปแบบในการตรากฎหมายต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญมาตรา 29 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

การที่ข้อความตอนท้ายของวรรคสองบัญญัติว่า “ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย” เป็นรูปแบบของการตรากฎหมายประการหนึ่งว่า กฎหมายที่จะออกมาจำกัดตัดทอนสิทธิเสรีภาพของบุคคล ต้องอ้างเลขมาตราในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ด้วย ถ้าไม่อ้างก็ต้องถือว่ารัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ตรากฎหมายขึ้นไม่ได้ทำตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งจะมีผลทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ทั้งฉบับ

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับราษฎรนั้น องค์กรฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจำต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้¹² ดังที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคแรก วางหลักไว้ให้รัฐ หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจไปกระทบสิทธิเสรีภาพหรือไปจำกัดตัดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น ฝ่าย

¹² สมยศ เชื้อไทย และวรวพจน์ วิศรุตพิชญ์, “แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย,” ใน ปัญหารัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองในสภาวะการณ์ปัจจุบัน หน้า 59.

หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่จะต้องยึดถือหลักกฎหมายว่า เมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ทำไม่ได้ แสดงว่าบรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ อันประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ¹³ คือ

ก) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะขอบเขตของการกระทำ
ทางปกครอง

การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เป็นผู้ออกเองหรือเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า มิให้ทั้งนิติกรรมทางปกครอง และการกระทำทางกายภาพเกินขอบเขตที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทั้งหมดวางไว้

ข) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะรากฐานของการกระทำ
ทางปกครอง

การทำนิติกรรมทางปกครอง ต้องได้รับมอบอำนาจมาจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า การที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองจะต้องมีอำนาจ คือต้องเป็นบุคคลที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระบุให้อำนาจ เรื่องที่จะมีอำนาจกระทำ สถานที่ตลอดจนเวลาที่มีอำนาจ

ค) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะกระบวนการที่ถูกต้อง

นิติกรรมทางปกครองและการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง นอกจากจะต้องทำโดยมีอำนาจที่มอบมาจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย และต้องไม่เกินขอบเขตแห่งกฎหมายแล้ว ที่สำคัญที่สุดก็คือฝ่ายปกครองต้องเคารพกระบวนการขั้นตอน ที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายวางไว้

ดังนั้นเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชน เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครอง ละเมิดหลักการเหล่านี้ ประชาชนสามารถให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำหรือเปลี่ยนแปลงหรือให้เลิกใช้การกระทำนั้นๆของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้¹⁴

¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 280.

(3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ

องค์กรตุลาการมีภารกิจหลัก ในการให้ความคุ้มครองแก่หลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและควบคุมการกระทำต่างๆทั้งรัฐและเอกชนให้ชอบด้วยกฎหมาย และสั่งเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย หากการกระทำนั้นก่อความเสียหายก็อาจพิพากษาให้ผู้กระทำต้องชดใช้ค่าเสียหาย องค์กรตุลาการในระบบนิติรัฐจึงเป็นผู้ตรวจสอบควบคุมองค์กรอื่น ดังนั้นความเป็น "อิสระ" ขององค์กรตุลาการจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องไม่ตกอยู่ในอำนาจครอบงำของ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในอีกด้านหนึ่ง องค์กรตุลาการเองก็ต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน¹⁵ โดยในการใช้กฎหมายจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กร นิติบัญญัติ¹⁶ ด้วยเหตุนี้ในระบบกฎหมายต่างๆจึงต้องมีกลไกคอยตรวจสอบควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการให้ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกันกับการกระทำขององค์กรอื่น กลไกที่ว่านี้อาจมีหลายระดับหลายวิธี¹⁷ ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้วางหลักเรื่องการกระทำขององค์กรตุลาการ ต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้บัญญัติอยู่ในมาตรา 233 และ 249 วรรคหนึ่ง

มาตรา 233 บัญญัติว่า การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

มาตรา 249 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

¹⁴ แปลจาก R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, (Paris : CNRS, 1920), p.488. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน , หน้า 278.

¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 , หน้า 25.

¹⁷ หยุด แสงอุทัย , หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน , 2538) , หน้า 118 -119.

หลักที่วางอยู่ในมาตรา 233 และมาตรา 249 วรรคหนึ่ง ก็คือ ทั้งศาลและผู้พิพากษาต้องพิจารณาและพิพากษารรคดีให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย จึงต้องมีกระบวนการควบคุมไม่ให้คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย กระบวนการควบคุมคำพิพากษาไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้น ใช้ศาลสูงเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาของศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้วให้ศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ดำเนินกระบวนการพิจารณาเสียใหม่ให้ถูกต้อง แต่ถ้าเป็นการพิพากษาขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ศาลสูงอาจจะพิพากษากลับหรือแก้คำพิพากษาของศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์และให้บังคับตามคำพิพากษาของ ศาลสูง¹⁸ หรือในต่างประเทศมีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของ คำพิพากษาศาลโดย การให้มีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าคำพิพากษาศาลสูงสุดอื่นตีความสิทธิและเสรีภาพชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังเช่นในประเทศเยอรมัน, ประเทศสเปน หรือในศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไปในบทที่ 4

2.2.2 องค์การที่ต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

รัฐเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วไปแล้วยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล ใน การที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น รัฐจึงต้องให้ความเคารพ ต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตาม หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้ว และกระทำภายในขอบเขตที่ กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น การกระทำขององค์กรของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับ คุณค่าของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ส่วนองค์กรของรัฐองค์กรใดบ้างที่ต้อง ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น เราอาจพิจารณาได้จากหลักการที่ใช้ในการจำแนก องค์กรของรัฐ

¹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "กฎหมายรัฐธรรมนูญ," คำบรรยายเนติบัณฑิต ภาคหนึ่ง สมัยที่ 56 ปีการศึกษา 2546 เล่ม 9, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยามการพิมพ์, 2546), หน้า 330.

2.2.2.1 การจำแนกองค์กรของรัฐ¹⁹

ในการพิจารณาว่าองค์กรของรัฐที่จะต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตาม รัฐธรรมนูญมีองค์กรใดบ้าง อาจแบ่งการพิจารณาออกเป็น การพิจารณาความเป็นองค์กรของรัฐในแง่ของรูปแบบ และการพิจารณาความเป็นองค์กรของรัฐในแง่ของเนื้อหา

(1) ความเป็นองค์กรของรัฐในแง่ของรูปแบบ

ความเป็นองค์กรของรัฐในแง่ของรูปแบบ โดยหลักทั่วไปแล้ว ได้แยกองค์กรของรัฐออกเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ นอกจากนี้ยังมีองค์กรของรัฐอื่นๆ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรทางวิชาชีพ และรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น

(2) ความเป็นองค์กรของรัฐในแง่ของเนื้อหา

ความเป็นองค์กรของรัฐในแง่ของเนื้อหา เป็นการพิจารณาในแง่ของการกระทำ ภาระหน้าที่ของรัฐ โดยรัฐอาจมอบหมายให้นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเป็นผู้รับภาระของรัฐ ดังกล่าวได้ แล้วถือว่านิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนดังกล่าวเป็นองค์กรที่ทำภารกิจของรัฐ เพราะเป็นการเข้ามาดำเนินการกิจของรัฐ ในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจมหาชนในการที่ทำภาระหน้าที่แทนรัฐ จึงต้องผูกพันเช่นเดียวกับการที่รัฐเองเป็นผู้ดำเนินการ เนื่องจากความมุ่งหมายของสิทธิและเสรีภาพที่แท้จริงนั้น มีวัตถุประสงค์ที่คุ้มครองปัจเจกบุคคลจากอำนาจมหาชน

2.2.2.2 ความผูกพันขององค์กรของรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพ

หลักความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรของรัฐ เป็นหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันรับรองไว้ในมาตรา 27 ซึ่งบัญญัติว่า "สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความ

¹⁹ Pieroth / Schlink , Grundrechte-Staatsrecht II , 9. Aufl, S. 48 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 , หน้า 72.

คุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง”

การที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพเป็นลายลักษณ์อักษรลงในรัฐธรรมนูญหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ทั้งที่โดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญเป็นผู้ก่อตั้งองค์กร องค์กรต่างๆของรัฐก็ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญและไม่อาจกระทำการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นหลักการต่างๆที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมต้องมีผลบังคับใช้โดยตรงกับองค์กรต่างๆของรัฐอยู่แล้ว แต่เนื่องจากการดำเนินการขององค์กรรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะมักจะไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นสิทธิที่ประชาชนเรียกร้องเพื่อจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้แทรกแซงสิทธิของบุคคล ในบางครั้งการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอาจขัดกับนโยบายส่วนรวมของรัฐเอง รัฐจึงละเลยไม่คุ้มครอง ดังนั้นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (2540) จึงได้บัญญัติให้องค์กรของรัฐทั้งหมดจะต้องผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ หากองค์กรของรัฐองค์กรใดละเลยไม่คุ้มครองก็ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะขัดกับรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ในที่นี้จะได้กล่าวถึงความผูกพันของสิทธิต่อองค์กรของรัฐต่างๆ

(1) ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายนิติบัญญัติ²⁰

ฝ่ายนิติบัญญัติมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเป็นในการดำรงชีวิต ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมีความผูกพันที่จะต้องกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด นอกจากนี้ฝ่ายนิติบัญญัติยังต้องถูกผูกพันกับการบัญญัติกฎหมายไม่ให้กระทบกับสิทธิและเสรีภาพ โดยมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายนิติบัญญัติดังนี้

²⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า

ก) กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ออกกฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียดในเรื่องนั้นๆ

บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ออกกฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียดในเรื่องนั้นๆ เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพสามารถมีผลเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ เช่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญว่า “บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีบริบูรณ์และไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” หรือมาตรา 52 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” เป็นต้น กรณีเช่นนี้รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการไปกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ

ซึ่งในการใช้สิทธิของประชาชนหากฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ออกกฎหมาย หรือกำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียดภายในระยะเวลาอันสมควร ทั้งที่รัฐธรรมนูญได้ก่อให้เกิดภาวะผูกพันแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหน้าที่ออกกฎเกณฑ์กำหนดรายละเอียด เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญบรรลุเป้าหมาย จะก่อให้เกิดสิทธิในทางใดแก่ประชาชน หรือประชาชนจะสามารถใช้สิทธิในทางศาล เพื่อฟ้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ นั้น ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลเยอรมันแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมันเคยวินิจฉัยว่า การฟ้องคดีให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายนั้นในทางหลักกฎหมายแล้ว การฟ้องในลักษณะนี้มีได้ถูกจำกัดเสียทีเดียว²¹ ทั้งนี้โดยเทียบเคียงกับกรณีการละเว้นไม่กระทำการของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ หากเป็นการละเว้นที่ขัดกับสิทธิและเสรีภาพ บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพของตนย่อมสามารถที่จะใช้สิทธิทางศาลได้ ตามมาตรา 95 วรรค 1 ของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ การใช้สิทธิในการฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในกรณีที่มีการละเว้นการกระทำของอำนาจมหาชนนั้นอาจกระทำได้ แต่การฟ้องต่อศาลในกรณีนี้จะต้องเป็นกรณีที่การละเว้นนั้นเป็นการละเมิดสิทธิของผู้

²¹ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน เล่มที่ 6 หน้าที่ 264 อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ , การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2543) , หน้า 72-81.

ฟ้อง อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ยังมีความเห็นว่าเรื่องการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายหรือไม่นั้นย่อมเป็นความอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นในกรณีนี้ จึงไม่ใช่หน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปที่ฝ่ายนิติบัญญัติถูกผูกพันต่อ ปัจเจกบุคคลในการบัญญัติกฎหมาย²² แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่า การละเว้นการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่อาจก่อให้เกิดสิทธิในทางศาล ในการฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้นต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ในการออกกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง และฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่ได้ออกกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด²³ ทำให้บุคคลนั้นสามารถใช้สิทธิเรียกร้องจากฝ่ายนิติบัญญัติได้ นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้เคยวินิจฉัยคดีที่มีผู้ฟ้องว่า ฝ่ายนิติบัญญัติละเมิดสิทธิของผู้ฟ้อง เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติละเว้นไม่ออกกฎหมายเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงภาษีทางการค้าซึ่งมีผลทำให้บุคคลนั้นต้องเสียภาษีที่ไม่เป็นธรรม ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ในกรณีนี้เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลนั้น²⁴ แต่อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่ากรณีเช่นนี้เป็นกรณีข้อยกเว้นเท่านั้น

ส่วนในประเทศไทย มีวิธีการที่จะไม่ทำให้กระทบต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหลักความเป็นอิสระขององค์กรนิติบัญญัติหากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ออกกฎหมายทั้งที่ต้องผูกพันต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญก็คือ ให้องค์กรฝ่ายบริหารที่มีหน้าที่เสนอร่างกฎหมายเรื่องนั้นๆริเริ่มในการเสนอกฎหมาย หากรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามขอภาระหน้าที่ของตน ประชาชนก็อาจอาศัยช่องทางของสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ไปยื่นคำขอให้หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ดังกล่าวให้ความช่วยเหลือ เมื่อหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ดังกล่าวปฏิเสธคำขอของผู้ที่ยื่นคำร้องแล้ว ผู้ยื่นคำขอที่ได้รับการปฏิเสธจากเจ้าหน้าที่ก็ต้องยื่นเรื่องไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เพื่อให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตรวจสอบแล้วเห็นว่าเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่อาจจะสั่งการได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญ

²² Maunz, Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar , มาตรา 90 Rdnr.107 อ้างถึงใน บรรณเจ็ด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 , หน้า74

²³ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน เล่มที่ 2 หน้าที่ 139 และในเรื่องเดียวกัน เล่มที่ 18 หน้าที่ 1 และในเรื่องเดียวกัน เล่มที่ 23 หน้าที่ 242 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

²⁴ พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน เล่มที่ 11 หน้าที่ 255 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาก็อาจเสนอเรื่องไปยังรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีให้ดำเนินการออกกฎหมาย เพื่อให้การเป็นไปตามรัฐธรรมนูญต่อไป หรือหากผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า การไม่กระทำการดังกล่าวมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญได้ หากมีข้อโต้แย้งว่า การที่จะทำให้อิทธิพลตามรัฐธรรมนูญต่างๆดังกล่าวบรรลุความมุ่งหมาย จำเป็นที่รัฐบาลจะต้องมีความพร้อมในทางงบประมาณ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถวินิจฉัยในลักษณะบังคับให้ออกกฎหมายได้ กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญอาจทำได้แต่เพียงวินิจฉัยให้การเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ โดยให้องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายไปดำเนินการตรากฎหมาย แต่การมีผลบังคับใช้ของกฎหมายฉบับนี้ อาจกำหนดเงื่อนไขในลักษณะใดลักษณะหนึ่งไว้ เช่น ใช้บังคับเมื่อเวลาผ่านไประยะหนึ่งหรือเมื่อรัฐบาลมีความพร้อมในทางงบประมาณมากขึ้น เป็นต้น กรณีเช่นนี้ก็ทำให้หลักการทั้งหลายตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ

ข) ก่อให้เกิดข้อจำกัดแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมาย

สิทธิและเสรีภาพก่อให้เกิดข้อจำกัดแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายโดยแยกข้อจำกัดที่มีต่อการออกกฎหมายมีทั้งข้อจำกัดในทางรูปแบบ และข้อจำกัดในทางเนื้อหา ทำให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน หรือหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น นอกจากนี้การบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาค ตามมาตรา 30 วรรค 1 ด้วย ข้อจำกัดในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวนี้ล้วนเป็นข้อจำกัดที่ผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นข้อจำกัดที่มีผลมาจากสิทธิและเสรีภาพทั้งสิ้น ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิและเสรีภาพอาจก่อให้เกิดความผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติในรูปของการให้ฝ่ายนิติบัญญัติกระทำการ แต่ในขณะเดียวกันสิทธิและเสรีภาพก็อาจเป็นข้อจำกัดฝ่ายนิติบัญญัติในลักษณะของการไม่กระทำการในขณะเดียวกันด้วย

ค) ก่อให้เกิดอำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการ
ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของฝ่ายนิติบัญญัติได้ก่อให้เกิดอำนาจในการ
ตรวจสอบแก่ศาลรัฐธรรมนูญ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่าย
นิติบัญญัติ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ และรัฐธรรมนูญได้กำหนดกฎเกณฑ์อัน
เป็นการสร้างหลักประกันให้แก่สิทธิและเสรีภาพ เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติละเมิดหลักการ
ดังกล่าว รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการตรวจสอบว่า
กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นขัดแย้งกับหลักการดังกล่าวหรือไม่ กล่าวคือ ละเมิดข้อจำกัด
ในทางรูปแบบและข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่กล่าวหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ในการตรวจสอบของ
ศาลรัฐธรรมนูญต่อฝ่ายนิติบัญญัติเองก็มีข้อจำกัดเช่นกัน ทั้งนี้เพราะองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กร
ที่มาจากประชาชนโดยตรง ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ศาล
มักจะไม่ได้เข้าไปก้าวล่วงในแดนที่เป็นความอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความ
อิสระในการบัญญัติกฎหมายเพื่อประโยชน์มหาชน เพื่อบรรลุผลประโยชน์มหาชนดังกล่าว ฝ่าย
นิติบัญญัติจึงอาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเห็นว่า
ควรจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอิสระค่อนข้างกว้างในการที่จะพิจารณาว่า กฎหมายฉบับใดที่เหมาะสม
และจำเป็นต่อการบรรลุมาตรการดังกล่าวศาลจะตรวจสอบในกรณีเหล่านี้ เมื่อเป็นกรณีที่ขัดกับความ
สมเหตุสมผลอย่างชัดแจ้งเท่านั้น

(2) ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายบริหาร

ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายบริหาร ในที่นี้จะเน้นเฉพาะความ
ผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายปกครองเท่านั้น หลักการพื้นฐานของความผูกพันของสิทธิและ
เสรีภาพต่อฝ่ายปกครองนั้น โดยทั่วไปแล้วการกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามหลักความชอบ
ด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักดังกล่าวประกอบไปด้วยหลักย่อย 2 หลัก คือ หลักเงื่อนไขของ
กฎหมาย และหลักความมาก่อนของกฎหมาย หลักที่ทำให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันกับสิทธิและ
เสรีภาพ คือหลักความมาก่อนของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่ามาตรการของฝ่ายปกครองอย่างไร
อย่างหนึ่งนั้นจะขัดต่อกฎหมายไม่ได้ กล่าวคือจะขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของ
กฎหมายต่างๆไม่ได้ การที่มาตรการของฝ่ายปกครองขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ได้

ย่อมหมายความว่า มาตรการของฝ่ายปกครองจะขัดต่อสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญไม่ได้ด้วยเช่นกัน การกระทำของ ฝ่ายปกครองในกรณีนี้ย่อมหมายความว่ารวมถึงการ ออกกฎหมายลำดับรอง นิติกรรมทางปกครอง รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองอื่นๆด้วย โดยมี ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความผูกพันของฝ่ายปกครองดังนี้

ก) การตรวจสอบของศาลในส่วนของที่เกี่ยวกับความผูกพันของฝ่าย ปกครองต่อสิทธิและเสรีภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่กฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ศาลจะ ตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นขัดต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ เช่น การใช้ดุลพินิจ ของฝ่ายปกครองเป็นไปตามหลักความเสมอภาคหรือไม่ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นการเลือก ปฏิบัติอันขัดกับหลักความเสมอภาคหรือไม่ ส่วนอีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีของถ้อยคำในทางกฎหมายที่ ขาดความแน่นอนชัดเจน เช่น คำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” “ความสงบสุขของประชาชน” “เพื่อความ เหมาะสม” เป็นต้น ในกรณีเหล่านี้โดยหลักแล้วศาลจะจำกัดตนเองไม่เข้าไปตรวจสอบในแง่ของเนื้อหา โดยศาลเห็นว่าภายในขอบเขตความเหมาะสมดังกล่าวนั้นเป็นขอบเขตอิสระของฝ่ายปกครอง ศาล จะพิจารณาเพียงว่าการตีความดังกล่าวนั้นอยู่ภายในขอบเขตที่ชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ แต่อย่างไรก็ ตามศาลยังสามารถตรวจสอบการใช้ หรือการตีความถ้อยคำในทางกฎหมายดังกล่าวได้ว่าเป็นการขัด กับสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ เพราะการตรวจสอบดังกล่าวอยู่นอกเหนือขอบเขตของการพิจารณา โดยอิสระของฝ่ายปกครองในการใช้และการตีความถ้อยคำดังกล่าว²⁵

ข) สำหรับความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อสิทธิและเสรีภาพตาม หลักกฎหมายของเยอรมันไม่ถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหมดที่จะต้องผูกพันต่อสิทธิและ เสรีภาพ เพราะมีการกระทำของฝ่ายปกครองมากมายที่กระทำโดยอาศัยพื้นฐานของกฎหมายแพ่ง การกระทำในลักษณะดังกล่าวย่อมไม่ถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งอย่างน้อยมีการกระทำของ ฝ่ายปกครองใน 3 ลักษณะ²⁶ ที่กระทำโดยอาศัยพื้นฐานทางกฎหมายแพ่ง ดังนั้นการกระทำ ดังกล่าวย่อมไม่ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ

²⁵ Albert Bleckmann , Staatsrecht II –die Grundrecht , 4 Aufl. , 1979 , S.2 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน , หน้า 76.

²⁶ Schnapp , Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt , JuS 1989 , S.5 ; Pieroth / Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, 9. Aufl., S.54 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

- การกระทำในทางแพ่งของฝ่ายปกครอง การกระทำในลักษณะดังกล่าว ได้แก่การจัดซื้อ จัดหาอุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้ในสำนักงาน การซื้อที่ดิน การเช่าอาคารสถานที่ เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวกระทำโดยอาศัยพื้นฐานตามกฎหมายแพ่งในการกระทำของฝ่ายปกครองในลักษณะนี้ย่อมไม่ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพแต่อย่างใด

- การดำเนินกิจการในทางธุรกิจในรูปแบบของหน่วยงานเอกชนในกรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองเข้าไปดำเนินการแข่งขันในภาคธุรกิจ โดยดำเนินการในรูปแบบของบริษัทเอกชน หรือเป็นองค์การภาคเอกชน ซึ่งได้อาศัยความได้เปรียบกว่าของอำนาจมหาชนมาเป็นเงื่อนไขในการแข่งขัน ในกรณีนี้การดำเนินธุรกิจดังกล่าวของฝ่ายปกครองจึงเปรียบเสมือนเอกชนรายหนึ่งเท่านั้น กรณีเช่นนี้ ก็ย่อมไม่ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพแต่อย่างใด

- กรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครอง ในรูปของกฎหมาย เอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินการอันเป็นการสาธารณูปโภค ซึ่งฝ่ายปกครองย่อมมีเสรีภาพที่จะจัดการกิจการของฝ่ายปกครองบางประการในรูปของการจัดองค์การตามกฎหมายเอกชน ซึ่งหากฝ่ายปกครองได้เลือกรูปแบบดังกล่าวในการดำเนินภารกิจดังกล่าว ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองย่อมไม่ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพเช่นกัน

(3) ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายตุลาการ

องค์การตุลาการย่อมผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ ในการใช้และการตีความกฎหมายเช่นเดียวกับองค์กรฝ่ายบริหาร การใช้และการตีความกฎหมายขององค์กรศาลในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ นั้นมีหน้าที่ในการตรวจสอบอยู่ 2 ประการ

ประการแรก ศาลจะต้องตรวจสอบว่าคดีที่มาสู่การพิจารณาของศาลมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่

ประการที่สอง ศาลเองต้องไม่ใช่หรือตีความให้เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ

สำหรับความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายตุลาการจะกล่าวรายละเอียดในหัวข้อที่ 2.2.4 ต่อไป

(4) ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพต่อบุคคลที่สาม

แต่เดิมหลักเรื่องความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนักกฎหมายชาวเยอรมันมีความเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้ย่อมผูกพันต่อองค์กรของรัฐหรืออำนาจมหาชนเท่านั้น แต่ในปัจจุบันได้มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ได้แก่

ความเห็นแรกเห็นว่า นอกเหนือจากความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพที่มีต่อความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลด้วยกันก็อาจต้องถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพด้วย ซึ่งความเห็นนี้เป็นความเห็นของศาลแรงงานแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน อันถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงความหมายของสิทธิและเสรีภาพ โดยศาลแรงงานแห่งสหพันธ์เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายนั้นมิได้มุ่งคุ้มครองจากการกระทำของรัฐเท่านั้น แต่โดยแท้จริงแล้วยังมีสิทธิและเสรีภาพที่เป็นหลักการพื้นฐานที่มุ่งคุ้มครองสวัสดิการในทางสังคมด้วย อันมีความหมายโดยตรงต่อความสัมพันธ์ในทางกฎหมายของเอกชน ซึ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็รับรองหลักนิติรัฐสังคม อันเป็นหลักการที่มีความสำคัญพื้นฐานสำหรับการตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆ โดยเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันต่อกฎหมายเอกชนโดยตรงด้วย²⁷

²⁷ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน เล่มที่ 1 หน้าที่ 185 , 193 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน , หน้า 80.

ส่วนอีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ย่อมผูกพันต่อองค์กรของรัฐหรืออำนาจมหาชนเท่านั้นเพราะตามมาตรา 1 วรรค 3 * ของรัฐธรรมนูญ เยอรมันได้บัญญัติให้สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันต่ออำนาจมหาชนเท่านั้น โดยพิจารณาจากความเป็นมา ของมาตราดังกล่าว และจากความประสงค์ของผู้ร่างที่ปรากฏในการร่างนั้นมีความมุ่งหมายที่จะให้ อำนาจรัฐเท่านั้นที่ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ในทางข้อเท็จจริงของความเป็นมาของสิทธิ และเสรีภาพนั้นได้แสดงให้เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นสิทธิในการป้องกันตนเองของปัจเจกบุคคล ต่ออำนาจรัฐ ดังนั้น หากตีความอย่างเป็นระบบย่อมแสดงให้เห็นว่ามีเพียงสิทธิและเสรีภาพบางสิทธิ เท่านั้นที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ให้ขยายไปผูกพันต่อบุคคลทั่วไปด้วย หรือผูกพันกับ นิติสัมพันธ์ของเอกชนด้วย เช่น ตามมาตรา 9 วรรค 3 เกี่ยวกับสิทธิในเรื่องการตอรองเกี่ยวกับเงื่อนไข การจ้าง ดังนั้นสิทธิและเสรีภาพอื่นหาได้มีลักษณะดังกล่าวนี้ไม่ การผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อ บุคคลทุกคนนั้น เป็นการแปลความหมายและวัตถุประสงค์ของสิทธิและเสรีภาพไปในทางตรงกันข้าม กับการให้สิทธิและเสรีภาพผูกพันต่ออำนาจมหาชนเท่านั้น การที่สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่อ บุคคลทุกคน มีผลให้การจำกัดเสรีภาพเป็นไปอย่างกว้างขวาง ซึ่งควรจะหลีกเลี่ยงการตีความที่ นำไปสู่ผลดังกล่าว

ความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เยอรมันและความเห็นส่วนมาก เห็น ว่าความสัมพันธ์ของสิทธิและเสรีภาพต่อบุคคลก็มีความสำคัญ แต่ก็ไม่ถึงขนาดที่สิทธิและ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นจะมีผลผูกพันต่อบุคคลโดยตรง โดยความเห็นส่วนใหญ่นี้เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่อกฎหมายเอกชน แต่อย่างไรก็ตามสิทธิและเสรีภาพมีผลโดยตรงต่อ องค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ อันเป็นองค์กรผู้บัญญัติและใช้กฎหมายซึ่งย่อมก่อให้เกิดผล ต่อกฎหมายเอกชนด้วย ดังนั้นสิทธิและเสรีภาพมีอิทธิพลต่อกฎหมายเอกชนในทางอ้อม บทบัญญัติ

* มาตรา 1 วรรค 3 รัฐธรรมนูญเยอรมัน บัญญัติว่า

“สิทธิขั้นพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ ย่อมผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และ อำนาจ ตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง”

ของกฎหมายเอกชนมิอาจจะขัดแย้งต่อสิทธิและเสรีภาพได้ การตีความบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนทั้งหลายจะต้องตีความให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของสิทธิและเสรีภาพเช่นกัน²⁸

ตัวอย่างเช่นคดีของ Lueth²⁹ ในปี ค.ศ. 1950 Leuth ซึ่งเป็นประธานสมาคมหนังสือพิมพ์ของฮัมบวร์ก ได้เรียกร้องให้มีการคว่ำบาตรภาพยนตร์ของผู้สร้างภาพยนตร์ที่เคยสร้างภาพยนตร์ต่อต้านพวกยิวและอาหรับ บริษัทสร้างภาพยนตร์จึงได้ทำการฟ้องขอให้ยุติการคว่ำบาตรโดยอาศัยมาตรา 826* แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ต่อมาคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่าโดยหลักแล้วสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิในการป้องกันตนเองของปัจเจกบุคคลจากการกระทำของรัฐ แต่เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักการพื้นฐานที่มีผลต่อระบบกฎหมายทั้งหมด ดังนั้นสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญจึงมีผลโดยทางอ้อมต่อเนื้อหาของบทบัญญัติในกฎหมายแพ่ง ดังนั้นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลตามมาตรา 5** แห่งรัฐธรรมนูญ ที่การเรียกร้องให้มีการคว่ำบาตรนั้น จึงไม่จำเป็นต้องไปว่าเป็นการละเมิดต่อศีลธรรมอันดี ตามมาตรา 826 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน การแสดงความคิดเห็นในกรณีนี้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 เมื่อได้พิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมโดยอาศัยพื้นฐานจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลแล้ว Lueth ย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญ และการแสดงความคิดเห็น

²⁸ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน เล่มที่ 7 หน้าที่ 198 , 205 และเล่มที่ 73 หน้าที่ 261 , 269 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

²⁹ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน เล่มที่ 7 หน้าที่ 198 จาก http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/german-cases/cases_bvergl.html?15jan1958

* มาตรา 826 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติว่า

“บุคคลใดกระทำการอันเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีโดยก่อให้เกิดความเสียหายของบุคคลอื่น บุคคลนั้นต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น”

** มาตรา 5 วรรค 1 รัฐธรรมนูญเยอรมัน บัญญัติว่า

“บุคคลมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการเผยแพร่ได้อย่างเสรี โดยการพูด การเขียน หรือโดยการใช้อุปกรณ์ภาพ และมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลข่าวสารจากแหล่งข้อมูลที่บุคคลอาจเข้าถึงได้เป็นการทั่วไป โดยปราศจากการขัดขวางใดๆ เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ และเสรีภาพของการรายงานข่าวโดยทางวิทยุ และโทรทัศน์ย่อมได้รับความคุ้มครอง การตรวจสอบข่าวไม่อาจจะกระทำได้”

ดังกล่าวไม่ขัดกับมาตรา 826 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังนั้นเมื่อการแสดงความคิดเห็นของ Lueth เป็นการบอกให้ไม่ยอมรับ ไม่ได้ไปทำลาย หรือไปห้ามไม่ให้ขาย ไม่ถึงกับเป็นเหตุให้ผู้สร้างภาพยนตร์ขาดหนทางในการทำมาหาได้ จึงเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพที่ไม่ทำให้อีกฝ่ายเสียสิทธิจนถึงกับสิ้นสิทธิไปเลยจึงสมควรแก่เหตุ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตัดสินว่าศาลฎีกาเยอรมันตัดสินไม่ถูกต้อง ที่ความกฎหมายผิด เพราะไม่ได้ตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญเข้าไปในกฎหมายแพ่ง³⁰

2.2.3 ความหมายของความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อกฎหมายที่รับรองสิทธิและเสรีภาพ คือรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญจึงกลายเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (constitutional rights) ซึ่งสูงกว่าสิทธิตามกฎหมายธรรมดา (Legal rights) อีกชั้นหนึ่ง³¹ ทำให้ทั้งกฎหมายและองค์กรของรัฐไม่อาจขัดหรือแย้งหรือล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ให้ผิดไปจากที่รัฐธรรมนูญรับรอง หากองค์กรของรัฐล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ย่อมถือว่าเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการกระทำอันไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรืออีกนัยหนึ่งคือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพจึงหมายถึง

2.2.3.1 ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อองค์กรของรัฐ

(1) ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อผู้ผูกพันต่อสิทธิดังกล่าว

การก่อก่อให้เกิดหน้าที่ต่อผู้ผูกพันต่อสิทธิดังกล่าว คือทำให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้อง ทำให้ประชาชนหรือผู้ทรงสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอาจเรียกร้องให้รัฐดำเนินการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง ตามที่สิทธิหรือเสรีภาพในรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ หมายความว่า เป็นการก่อก่อให้เกิดหน้าที่แก่องค์กรของรัฐต่างๆที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อรองรับการใช้สิทธิดังกล่าว เช่น สิทธิผู้พิการหรือทุพพลภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

³⁰ กิตติศักดิ์ ปกติ , “เสรีภาพในการชุมนุมตามรัฐธรรมนูญ กับ การสลายการชุมนุม” ถอดเทปการเสวนาวิชาการ ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 13 มกราคม 2547 , หน้า 21

³¹ วิษณุ เครืองาม , “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” สู่สิทธิมนุษยชน สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศไทยปัจจุบัน (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2535) , หน้า 38.

(พ.ศ.2540) บัญญัติให้ “บุคคลซึ่งพิการหรือทุพพลภาพมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” และฝ่ายบริหารก็มีหน้าที่ต้องจัดการช่วยเหลือให้ประชาชนได้รับสิทธินั้นสมดังที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ โดยที่ปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติก็ได้ออกพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ. 2534 ให้เป็นกฎหมายแม่บทเพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตของผู้พิการให้ดีขึ้น ทำให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกเพื่อคนพิการให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายลำดับรองบัญญัติ กล่าวโดยสรุป ความผูกพันก่อให้เกิดหน้าที่ต่อองค์กรของรัฐตามภาระหน้าที่ขององค์กรของรัฐนั้นๆไม่ว่าภาระหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ

การก่อให้เกิดหน้าที่ของรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้วินิจฉัยยืนยันว่ารัฐมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ การที่รัฐไม่ได้เข้าไปปกป้องชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาอันเป็นการขัดกับมาตรา 1* (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) ของรัฐธรรมนูญเยอรมันกฎหมายอาญาที่อนุญาตให้ทำแท้งได้นั้นเป็นโมฆะ โดยได้ให้เหตุผลว่าชีวิตที่ได้รับการพัฒนาอยู่ในครรภ์มารดานั้นถือว่าเป็นชีวิตอีกชีวิตหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามมาตรา 2 (2)** “บุคคล

* กฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 1

“1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะละเมิดมิได้ เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งหมดของรัฐที่จะต้องเคารพและปกป้องเกียรติของมนุษย์

2) คนชาวเยอรมันยอมรับว่า สิทธิมนุษยชนที่จะละเมิดไม่ได้และที่จะโอนไม่ได้นั้น เป็นพื้นฐานของทุกประชาคมของสันติภาพและของความยุติธรรมในโลก

3) ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการพึงเคารพสิทธิมูลฐานทั้งหมดดังต่อไปนี้เสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้”

** กฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 2

“1) บุคคลมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้โดยเสรี ตราบใดที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นหรือละเมิดระบอบรัฐธรรมนูญ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

2) บุคคลมีสิทธิในชีวิตและสิทธิในร่างกายของตนเองที่จะละเมิดมิได้ เสรีภาพของบุคคลจะถูกละเมิดมิได้ การจำกัดสิทธิดังกล่าวจะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย”

มีสิทธิในชีวิตและร่างกาย” และความตามมาตรา 1 (1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่อาจจะถูกล่วงละเมิดได้ ดังนั้นจึงเป็นการกระทำที่ของรัฐบาลที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครอง หน้าที่ในการให้ความคุ้มครองของรัฐบาลนั้นมีได้หมายเฉพาะการห้ามแทรกแซงโดยตรงของรัฐต่อชีวิตที่เติบโตในครรภ์ของมารดาเท่านั้น หากแต่รัฐยังจำต้องให้ความคุ้มครองและปกป้องชีวิตดังกล่าวด้วย

(2) ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนที่จะได้รับความคุ้มครอง

ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนอกจากจะก่อให้เกิดหน้าที่แก่องค์กรของรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามที่บัญญัติแล้ว ยังก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไม่ให้ถูกล่วงละเมิดไม่ว่าจะเป็นการละเมิดที่เกิดจากประชาชน หรือการละเมิดที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ก็จะทำให้เกิดสิทธิในทางศาลแก่ประชาชนและผู้ทรงสิทธิทั้งหลายที่จะสามารถฟ้องร้องเพื่อขอให้มีการแก้ไขการกระทำหรือเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ตามมาตรา 28 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

2.2.3.2 ก่อให้เกิดการถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากองค์กรตุลาการ

เมื่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดหน้าที่ต่อองค์กรของรัฐที่จะต้องใช้อำนาจในการคุ้มครองสิทธิให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ และก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนที่จะได้รับความคุ้มครองแล้ว ในการใช้อำนาจดังกล่าวก็ต้องให้องค์กรตุลาการสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ด้วย เพื่อให้มีองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบ ถ่วงดุล และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญให้กับประชาชน เป็นการที่รัฐยอมให้อำนาจแก่ศาลในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำต่างๆของรัฐว่าเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหรือไม่

ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) มาตรา 28 วรรค 2 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” หลักการคุ้มครองสิทธิโดยทางศาลนี้เป็นหลักการที่ทำให้หลักความผูกพันขององค์กรของรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมีความศักดิ์สิทธิ์และมีผลปฏิบัติได้จริง เพราะหลักการที่บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองมีผลผูกพันองค์กรของรัฐโดยตรงนั้นจะไร้ซึ่งความหมาย หากไม่ให้องค์กรศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐว่าได้กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

มาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ว่าให้มีการใช้สิทธิยังศาลใดในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในหมวด 8 ว่าด้วยหมวดศาลซึ่งในหมวดนี้ได้กำหนดให้มีศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร และศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 276 ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับคดีปกครอง ส่วนคดีประเภทใดบ้างที่จะเข้าข่ายเป็นคดีปกครองนั้นจะต้องพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ส่วนคดีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและอำนาจศาลทหารนั้นย่อมขึ้นอยู่กับศาลยุติธรรมทั้งสิ้น เพราะตามมาตรา 271 ได้บัญญัติไว้ว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจศาลอื่น”

2.2.4 ผลผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรตุลาการ

ดังที่ได้กล่าวในหัวข้อที่แล้วว่า ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพก่อให้เกิดหน้าที่ต่อองค์กรของรัฐที่จะต้องปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ทำให้องค์กรของรัฐต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญให้กับประชาชน และองค์กรตุลาการจะต้องสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวได้นั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หรือหลักนิติรัฐ ซึ่ง กาเร เดอ มัลแบร์ (R. Carré de Malberg) ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับระบบนิติรัฐกับการตรวจสอบการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีชอบด้วยกฎหมายไว้ มีใจความตอนหนึ่งว่า

“รัฐที่ยึดถือหลักนิติรัฐ จะต้องให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอน การกระทำ หรือเปลี่ยนแปลงหรือให้เลิกใช้การกระทำนั้นๆของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มี ชอบ และที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย”³³

ดังนั้นเพื่อที่จะให้สิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญเกิดมีผลผูกพันขึ้นจริงในการ บังคับใช้ ราษฎรผู้ถูกล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพจากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านการกระทำที่ตนเห็นว่าขัดต่อกฎหมายได้ และหากผลการตรวจสอบพบว่า มีการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐขัดต่อกฎหมาย รัฐก็ต้องเพิกถอนการกระทำนั้นเสีย และ ทำให้ราษฎรผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ให้³⁴ จากหลักการกระทำขององค์กรของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายนี้ ทำให้การใช้อำนาจจะต้องอยู่ ภายใต้อำนาจและการตรวจสอบของรัฐธรรมนูญ เพราะอำนาจและการควบคุมการใช้อำนาจเป็นสิ่งที่ ต้องอยู่คู่กันตลอดเวลา³⁵ การใช้อำนาจของรัฐทุกองค์กรจึงต้องสามารถตรวจสอบได้และการ ตรวจสอบนี้หมายถึงการตรวจสอบขององค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่เพียงแต่การกระทำของฝ่ายปกครอง เท่านั้นที่จะต้องถูกควบคุม การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการก็ต้องถูกตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน โดยจะต้องมีองค์กรและกระบวนการชี้ขาดมิให้กฎหมายและการ

³³ แปลจาก R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, (Paris : CNRS, 1920), p.488. อ้างถึงในบรรดักดิ์ อุวรรณโณ , *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 280.

³⁴ A Molitor, “L’administration de la Belgique”, Bruxelles, Centre de Recherche de l’information socio-politique”, 1974, p, 88; J. Rivero, “L’Etat moderne peut-il être encore un Etat de droit”, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1957, p, 71 อ้างถึงใน สมยศ เชื้อไทย และวราพจน์ วิศรุตพิชญ์ , “แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย,” หน้า 58.

³⁵ บรรดักดิ์ อุวรรณโณ , *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 พิมพ์ครั้งที่ 1* (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2538), หน้า 317.

กระทำของฝ่ายบริหาร ตลอดจน คำพิพากษาของศาลขัดต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ต้องมีระบบการควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติ การใช้อำนาจบริหาร และการใช้อำนาจตุลาการ³⁶

ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรตุลาการมีอยู่ 2 ลักษณะ³⁷

ลักษณะแรกคือ องค์กรตุลาการมีฐานะเป็นผู้ตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร ว่าได้ดำเนินการอันเป็นการขัดกับสิทธิและเสรีภาพหรือไม่

ลักษณะที่สองคือ องค์กรตุลาการเองก็ต้องผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพ การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการเองก็ไม่อาจที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพได้ การพิจารณาหรือพิพากษาอรรถคดีจะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นพื้นฐานสำคัญ

โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้ได้รับความคุ้มครองไว้ในมาตรา 4 และได้มอบหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยตรงให้กับรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ในมาตรา 27 ทำให้ศาลต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการใช้บังคับและตีความกฎหมายทั้งปวง อีกทั้งรัฐธรรมนูญยังได้สร้างกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในมาตรา 264 ให้ศาล หากศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบังคับแก่คดี และเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลส่งความเห็นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ดังนั้นศาลจึงมีหน้าที่อันเกี่ยวข้องโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้คือ การตรวจสอบว่ากฎหมายที่ใช้ในการบังคับแก่คดีขัดหรือแย้งกับสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้โดยส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาดต่อไป สิ่งที่สำคัญในการใช้อำนาจของศาลคือในการใช้และตีความกฎหมายทั้งหลาย จะต้อง

³⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "รัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์โครงสร้างและกลไก," รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 125.

³⁷ บวรเจตน์ สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 132-135.

คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอยู่เสมอ ศาลเองจะต้องไม่ใช่หรือตีความกฎหมายไปในทางที่จะเป็นการละเมิดกับสิทธิและเสรีภาพ

ดังนั้นผลผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรตุลาการ³⁸ คือ

2.2.4.1 ศาลจะต้องตรวจสอบว่าในคดีที่ตนพิจารณา มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ การละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของศาลจึงอาจเกิดได้หากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพในคดีที่ศาลพิจารณาแต่ศาลกลับพิจารณาว่าไม่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ

2.2.4.2 ศาลจะต้องไม่ใช่หรือตีความกฎหมายไปในทิศทางที่จะเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ การละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพจึงอาจเกิดได้หากศาลใช้หรือตีความกฎหมายขัดกับสิทธิและเสรีภาพ

2.2.4.3 ศาลจะต้องไม่ละเมิดสิทธิในการพิจารณาคดีของคู่ความ ในฐานะที่ศาลเป็นผู้ควบคุมดูแลให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปด้วยดี ศาลจะต้องเคารพหลักการต่างๆในการดำเนินกระบวนการอันได้แก่ หลักการฟังความทุกฝ่าย หลักการพิจารณาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย หลักการพิจารณาคดีโดยเที่ยงธรรม หลักความไม่มีส่วนได้เสียในคดี หลักการพิจารณาคดีต้องทำโดยรวดเร็ว หลักการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษา เป็นต้น

นอกจากนี้องค์กรตุลาการยังต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่ง เพราะหากมีเพียงบทบัญญัติการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ แต่มิได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในกระบวนการทางศาลแล้ว สิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นก็ไม่มี ความหมายแต่อย่างใด

³⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 77.

ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อหลักความเสมอภาค ตามหลักทฤษฎีของ
เยอรมันอาจแยกการพิจารณาได้ออกเป็น 3 ประการ³⁹ คือ

(1) ความเสมอภาคของประชาชนต่อการเข้าถึงอำนาจตุลาการ

ในรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติรับรองอำนาจในทางศาลของประชาชนใน
การโต้แย้งการกระทำทั้งหลาย อันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา
19วรรค 4 บัญญัติว่า “หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตนโดยอำนาจมหาชน บุคคล
นั้นย่อมมีสิทธิที่จะใช้สิทธิในทางศาล เท่าที่ข้อพิพาทในเรื่องใดเรื่องหนึ่งมิได้มีการบัญญัติอำนาจศาล
ไว้ ให้ใช้สิทธิยังศาลยุติธรรม” ซึ่งเป็นการโต้แย้งหากถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานของ
บุคคลจากการกระทำทั้งหลาย โดยอย่างไรก็ตาม “อำนาจมหาชน” ในความหมายของมาตรา 19
วรรค 4 นี้มีความหมายเฉพาะ “อำนาจฝ่ายบริหาร” เท่านั้น ส่วนการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของ
บุคคลโดยอำนาจรัฐอื่น ๆ บุคคลนั้นย่อมมีอำนาจที่จะร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้ตามมาตรา
93(1)(4a) ของรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในเรื่อง
เกี่ยวกับการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญในกรณีที่บุคคลกล่าวอ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของตนหรือสิทธิ
ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 20 วรรค 4 มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104
ถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชน”

สิทธิขั้นพื้นฐานกับความเสมอภาคในการเข้าถึงศาลนั้นเป็นสิทธิเรียกร้องใน
การให้ความคุ้มครองในทางศาลในลักษณะที่ให้กระทำการ ส่วนหลักห้ามมิให้ศาลปฏิเสธการ
พิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาทที่เข้ามาสู่การพิจารณาของศาลนั้น เป็นการให้หลักประกันในทางศาลใน
ลักษณะปฏิเสธ การปฏิเสธการพิจารณาคดีพิพากษาของศาลในทางข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นเมื่อศาล
เองมีภาระจากคดีที่เข้ามาสู่การพิจารณาอย่างมากมายจนศาลมีอาจจะพิจารณาคดีต่างๆได้ทัน ส่วน
อีกประการหนึ่งซึ่งเท่ากับเป็นการปฏิเสธการพิจารณาของศาลคือ ระยะเวลาในการดำเนินการที่
ยาวนานจนเกินไปจนมีอาจยอมรับได้

³⁹ Hans Huber , Ueber die Konkretisierung der Grundrechte , 1972 , S.191 (206) อ้าง
ถึงใน เรื่องเดียวกัน.

(2) ความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาล

ความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาลหมายถึง การทำให้ประชาชนมีความเท่าเทียมกันในกระบวนการพิจารณาคือสิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับการรับฟังคู่ความ ความเสมอภาคต่อหน้าศาลในรูปแบบของการรับฟังคู่ความนั้น เป็นการเชื่อมโยงระหว่างเสรีภาพกับความเสมอภาค คุณสมบัติของศาลที่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นผู้ที่รับฟังคู่ความอย่างเท่าเทียมกัน จะต้องให้โอกาสคู่ความได้แสดงความคิดเห็นหรือพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือหักล้างข้อโต้แย้งของตนอย่างเท่าเทียมกัน หลักประการสำคัญสำหรับการรับฟังคู่ความคือจะต้องถือว่าคู่ความในคดีนั้นเป็นประธานแห่งคดี หากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใดบุคคลผู้เป็นคู่ความมีฐานะเป็นเพียงวัตถุแห่งกระบวนการแล้ว กระบวนการพิจารณานั้นนอกจากจะขัดกับหลักการรับฟังคู่ความ แล้วกระบวนการพิจารณานั้นย่อมขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(3) ความเสมอภาคในการใช้กฎหมายของศาลต่อประชาชน⁴⁰

ความเสมอภาคในการใช้กฎหมายของศาลต่อประชาชน หมายถึงความผูกพันของตุลาการต่อกฎหมายในทางสารบัญญัติซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก) มาตรา 3 วรรค 1 มีความสำคัญต่อฝ่ายตุลาการโดยมีความหมายเป็นหลักข้อห้ามการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ

- หลักข้อห้ามการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจนั้นเท่ากับเป็นการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐในการควบคุมตรวจสอบดังกล่าว

- อำนาจในการควบคุมตรวจสอบโดยอาศัยหลักข้อห้ามการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจนั้นเป็นเงื่อนไขการทำหน้าที่อาศัยความสัมพันธ์ของอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่มีต่อฝ่าย นิติบัญญัติอันเป็นตัวแทนที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

⁴⁰ Duerig , in : Maunz / Duerig , Grundgesetz – Kommentar , Art.3 Abs.1 , Rdnr. 392 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 132-135

ข) ความสัมพันธ์ของฝ่ายตุลาการนั้น ยังมีเงื่อนไขในการทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องจำกัดขอบเขตอำนาจของตนเอง โดยศาลรัฐธรรมนูญมิได้ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดสำหรับศาลอื่นๆ หากแต่เป็นศาลที่ตรวจสอบเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกันนั้น เป็นความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิโดยพิจารณาจากกฎหมายในทางสารบัญญัติ รูปแบบของความเสมอภาคดังกล่าวปรากฏออกมาใน 3 รูปแบบ⁴¹ คือ

(1) บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันกับการไม่ให้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย หมายความว่าบุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องศาลมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายอันเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ ศาลจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลกฎหมายในเรื่องนั้นๆ

(2) ความมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันกับการใช้บทบัญญัติของกฎหมาย หมายความว่า บุคคลมีสิทธิเรียกร้องกับการให้ศาลใช้กฎหมายที่ตรงกับกรณีของตน กรณีนี้อาจเป็นกรณีเรียกร้องให้ศาลยอมรับการผูกพันตนเองอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงลักษณะพิเศษของกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

(3) สิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันกับการใช้ดุลพินิจอย่างไม่มีข้อ บกพร่อง

(4) บุคคลบุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องว่ากรณีที่ต้องมีการใช้ดุลพินิจจากศาล ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจนั้นโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆ

⁴¹ Duerig , อ้างแล้ว , Art.3 Abs.1 , Rdnr. 398 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.