

## บทที่ 2

### ความหมาย ความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิของประชาชนและ การคุ้มครองเจ้าหน้าที่ในการชุมนุมสาธารณะ

แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ในการชุมนุมสาธารณะเมื่อพิจารณาจากสิทธิของประชาชนที่ได้รับการรับรองในการใช้สิทธิที่จะชุมนุมสาธารณะแล้ว เจ้าหน้าที่ก็ควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วยไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองทางปกครอง ร่ายกายหรือการกระทำผิดทางวินัยด้วย ดังนั้นจึงมีแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ และสิทธิของประชาชนตามระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีดังนี้

#### เสรีภาพในการชุมนุม ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

##### 1. เสรีภาพในการชุมนุม ในระบบกฎหมายของเยอรมัน

###### 1.1 เสรีภาพในการชุมนุม (Versammlungsfreiheit) ในระบบกฎหมายเยอรมัน

###### 1.1.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ

การชุมนุมนั้นถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ในระบบกฎหมายเยอรมันได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการชุมนุมดังกล่าวไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) โดยกำหนดไว้ในมาตรา 8 (โดยมาตรา 8 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ชาวเยอรมันมีสิทธิที่จะชุมนุมกันโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งหรือได้รับ อนุญาต โดยสงบและปราศจากอาวุธ” วรรคสองบัญญัติว่า “สำหรับการชุมนุมในสถานที่โล่งสิทธิในการชุมนุมดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยฐานของกฎหมาย”) ระบบกฎหมายไทยปัจจุบันก็ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการชุมนุมไว้ในมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่การใช้สิทธิในการชุมนุมที่กำหนดรับรองไว้ในระบบกฎหมายไทยนั้นยังไม่มี ความชัดเจน

###### 1.2 ความหมายและรูปแบบของเสรีภาพในการชุมนุม

###### 1.2.1 ความหมาย

เสรีภาพในการชุมนุมถือว่าเป็นสิทธิดั้งเดิมทางการเมือง เสรีภาพในการชุมนุมไม่ได้แสดงให้เห็นถึงเฉพาะแต่เสรีภาพในการแสดงออกซึ่ง เสรีภาพส่วนบุคคลเท่านั้น แต่ยังมี

รวมไปถึงการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของประชาชน และสิทธิพลเมืองในทางประชาธิปไตย ในการเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไว้ว่า สิทธิในการรวมตัวโดยปราศจากการขจัดวาง และปราศจากการที่จะต้องได้รับการอนุญาตเป็นพิเศษ ถือเป็นเหมือนเครื่องหมายของเสรีภาพ อิสระภาพ และความสามารถของพลเมืองที่มีความมั่นใจในตนเอง เสรีภาพในการชุมนุมเป็นสิทธิหนึ่งในทางกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะที่เป็นสิทธิ ในทางป้องกัน status negativus ดังนั้นผู้ทรงสิทธิจึงไม่สามารถใช้สิทธินี้เรียกร้องให้รัฐกระทำการใด ๆ ได้

การชุมนุมที่อยู่ในความหมาย ขอบเขต และได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 8 GG นั้นจะต้องเป็นการชุมนุมที่องค์ประกอบสองประการคือ

องค์ประกอบภายนอก ได้แก่การรวมตัวของบุคคลหลาย ๆ คน โดยจำนวนของบุคคลที่มารวมตัวกันเป็นการชุมนุมได้นั้น อย่างน้อยต้องมีจำนวนตั้งแต่ สองคนขึ้นไปจึงจะถือว่าเป็นการชุมนุมตามมาตรา 8 GG ดังกล่าว การประท้วงของบุคคลเพียงคนเดียวนั้นไม่ถือว่าเป็นการใช้เสรีภาพในการชุมนุม ตามมาตรา 8 GG แต่กรณีดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิด เห็นตามมาตรา 5 GG

องค์ประกอบภายใน ได้แก่การมีวัตถุประสงค์ร่วมกันในการชุมนุม การชุมนุมนั้นนอกจากลักษณะทางกายภาพที่จะต้องมีการรวมตัวของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปแล้วนั้น การรวมตัวของบุคคลดังกล่าวจะต้องมีวัตถุประสงค์ร่วมกัน โดยในที่นี้ต้องแยกการชุมนุมและการรวมตัวของบุคคลออกจากกัน การรวมตัวของบุคคลที่ไม่ถือว่าเป็นการชุมนุม เช่น การรวมตัวของกลุ่มบุคคลในบริเวณที่เกิดอุบัติเหตุ หรือการเข้าชมการแสดงดนตรี ถือว่าไม่ใช่การชุมนุมในความหมายของมาตรา 8 GG ดังกล่าวเพราะบุคคลเหล่านั้นไม่ได้มีวัตถุประสงค์ร่วมกันแต่อย่างใด แม้ว่าจะ มีวัตถุประสงค์ที่เหมือนกันก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามก็มีความเป็นไปได้ที่การรวมกลุ่มของบุคคลดังกล่าวจะพัฒนาไปเป็นการชุมนุมได้เมื่อมีการสร้างวัตถุประสงค์ที่ร่วมกันขึ้นมา

กรณีมีประเด็นปัญหาว่าวัตถุประสงค์ที่ว่านี้จะต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสาธารณะหรือไม่ ซึ่งเห็นได้ว่าการที่จะจำกัด เฉพาะว่าการชุมนุมจะต้องเป็นการชุมนุมที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสาธารณะเท่านั้นเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับถ้อยคำและระบบของ มาตรา 8 GG แม้ว่าที่มาของสิทธิในการชุมนุมจะมีที่มาจาก การต่อสู้ทางการเมืองเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการชุมนุมก็ตามที่

ดังนั้นการเดินขบวนหรือขบวนพาเหรดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อความบันเทิงเช่น กรณีของ Love-Parade (เลิฟพาเหรด) ก็ถือว่าเป็นการชุมนุมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยว่ากลุ่มบุคคลที่รวมตัวกันเพื่อที่จะทำการขจัดวาง การชุมนุมของบุคคลอื่นนั้นไม่ถือว่าเป็นการชุมนุมตามมาตรา 8 GG

ทั้งนี้การกระทำที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในกรณีของเสรีภาพในการชุมนุมจะถูกต้อง ความในความหมายอย่างกว้างโดยไม่จำกัดเฉพาะการชุมนุมเท่านั้น เช่น ผู้ร่วมชุมนุมสามารถ ตัดสินใจเกี่ยวกับสถานที่ เวลา ลักษณะ และเนื้อหาของการชุมนุมได้เอง นอกจากนี้การกระทำที่ เกี่ยวข้องกับการชุมนุมไม่ว่าจะเป็นมาตรการในการเตรียม การชุมนุม การจัดการชุมนุม การโฆษณา การเดินทางเข้าร่วมการชุมนุม ก็ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน นอกจากนี้มาตรา 8 GG ยังให้สิทธิใน การใช้นถนนสาธารณะหรือพื้นที่สาธารณะสำหรับการเดินขบวนอีกด้วย

### 1.2.2 ลักษณะของการชุมนุมที่อยู่ภายใต้มาตรา 8 GG

นอกจากการชุมนุมจะต้องมีองค์ประกอบตามที่กล่าวไว้ใน 1.2.1 แล้วนั้นการ ชุมนุมที่จะได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 8 GG นั้นจะต้องเป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจาก อาวุธ การชุมนุมโดยไม่สงบหรือการชุมนุมที่มีอาวุธไม่ถือเป็นการชุ มนุมนตามมาตราดัง กล่าวและ ผู้เข้าร่วมชุมนุมก็ไม่อาจกล่าวอ้างสิทธิในการชุมนุมตามมาตรา 8 GG ได้

#### 1.2.2.1 การชุมนุมโดยสงบ

การชุมนุมโดยสงบ หมายถึง การชุมนุมที่ดำเนินไปโดยปราศจากการใช้กำลัง หรือปราศจากการต่อต้าน (อำนาจรัฐ) ทั้งนี้โดยอาศัยการตีความประกอบจาก ถ้อยคำในมาตรา 5 ข้อ สาม VersG คำจำกัดความของคำว่า “การใช้กำลัง” หมายถึง การกระทำทางกายภาพของผู้กระทำที่มี ต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน นอกจากนั้นตามความเห็นฝ่ายข้างมากนั้นเห็นว่านอกจากจะเป็นการกระทำ ทางกายภาพ ดังกล่าวแล้วการกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ก้าวร้าวและ รุนแรง ดังนั้นคำจำกัด ความของการใช้กำลังในกรณีดังกล่าวนี้จึงมีความหมายแคบกว่า กรณีของการใช้กำลังโดยทั่วไปที่ หมายถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดผลบังคับทาง กายภาพต่อผู้ถูกระทำเท่านั้น ความหมายของคำว่า “การต่อต้าน” นั้นมีความหมายสองประการคือความหมายดั้งเดิมที่หมายถึง การกระทำที่เกี่ยวข้อง กับการมีอาวุธประหารเป็นเป้าหมายของการชุมนุม อีกความหมายหนึ่งนั้นหมายถึงวิธีการของการ กระทำการ โดยใช้กำลังต่อต้านเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่บังคับหรือกระทำการโดยถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันนี้ความหมายประการแรกของคำว่าต่อต้านนั้น ไม่มีความสำคัญเท่าใดความหมายที่ เป็นลักษณะสำคัญในขอบเขตของมาตรา 8 GG คือความหมายในกรณีของการใช้กำลังต่อต้าน

การชุมนุมโดยไม่สงบ ได้แก่กรณีเช่น มีการกระทำที่จะก่อให้เกิดอันตรายไม่ว่า จะต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตามเพียงการกีดขวางบุคคลที่สามนั้นยังไม่ทำให้เสรีภาพใน การ ชุมนุมหมดสิ้นไป ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยมีคำวินิจฉัยว่าการชุมนุมโดยการนั่ง ปิดกั้นก็สามารถตกอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของเสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง GG ได้ หรือกรณีที่ผู้ชุมนุมเอาแขนคล้องกันไว้เพื่อทำเป็นเหมือนแผงกั้นซึ่งอาจเป็น การกระทำความคิด

ฐานข่มขู่ในกฎหมายอาญา แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็เห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ได้ทำให้สิทธิในการชุมนุมของผู้ชุมนุมหมดไปแต่อย่างใด ซึ่งจากคำวินิจฉัยนี้ก็ยังเป็นที่สงสัยเนื่องจากหากตีความเช่นนั้นเท่ากับว่าเป็นการสนับสนุนให้มีกระทำความผิดทางอาญา โดยอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานมาสนับสนุนการกระทำความผิดดังกล่าว ปัญหาประการต่อมาคือจำนวนของผู้ที่เข้าร่วมการชุมนุมโดยไม่สงบจำนวนเท่าใด จึงจะถือว่าการชุมนุมนั้นเป็นการชุมนุมโดยไม่สงบ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยว่าหากผู้ชุมนุมเพียงบางส่วน (2-3 คน) ชุมนุมโดยไม่สงบก็ถือว่าสิทธิในการชุมนุมของบุคคลเหล่านั้นล้นไปเฉพาะตัว บุคคลที่ชุมนุมโดยไม่สงบนั้น กรณีดังกล่าวเห็นว่าการที่จะพิจารณาได้ว่าการชุมนุมใดเป็นการชุมนุมที่ดำเนินไปโดยไม่สงบนั้นต้องอาศัยพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป

การชุมนุมโดยรวมที่ จะถือว่าเป็นการชุมนุมโดยไม่สงบนั้นไม่อาจถือตามเฉพาะวัตถุประสงค์ของการชุมนุมเท่านั้น หากแต่จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในระหว่างการชุมนุมด้วย ทั้งนี้กรณีถือว่าการชุมนุมโดยไม่สงบนั้นหมายรวมถึงกรณีที่มีความเป็นไปได้ว่าการชุมนุมนั้นจะดำเนินไป โดยเป็นการชุมนุมที่ใช้กำลังหรือมีการต่อต้านทั้งนี้อย่างไรก็ตามในกรณีดังกล่าวต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ดังกล่าวด้วย เพียงแค่ความสงสัยหรือสันนิษฐานนั้นยังไม่เพียงพอ ตัวอย่างของกรณีของการชุมนุมที่ไม่ถือว่าการชุมนุมที่ตกอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของมาตรา 8 วรรคหนึ่ง GG เช่น มีการเรียกร้องให้มีการกระทำซึ่งเป็นการกระทำความผิด หรือการปิดกั้นการขนส่งหนังสือพิมพ์ การขัดขวางการชุมนุมโดยกลุ่มชุมนุมฝ่ายตรงข้าม เป็นต้น หรือการชุมนุมโดยไม่สงบนั้นถือเป็นการชุมนุมที่ดำเนินไปโดยการใช้อำนาจหรือมีวัตถุประสงค์แต่เริ่มต้นในการกระทำความผิดอาญา เช่น การจู่โจมทางกายภาพต่อผู้ที่อยู่รอบข้าง การขว้างปาสิ่งของหรือการจุดไฟเผารถยนต์ หรือการทำให้เสียทรัพย์ เป็นต้น นอกจากนี้การชุมนุมที่ถือว่าการชุมนุมที่ไม่สงบนั้น ได้แก่ การชุมนุมที่ใช้กำลังเพื่อขัดขวางหรือทำลายการชุมนุมของกลุ่มชุมนุมกลุ่มอื่น

#### 1.2.2.2 การชุมนุมที่ปราศจากอาวุธ

ปราศจากอาวุธ หมายถึง มาตรา 8 วรรคหนึ่ง GG กำหนดว่านอกจากการชุมนุมจะต้องเป็นการชุมนุมโดยสงบแล้วนั้นการชุมนุมดังกล่าวจะต้องเป็นการชุมนุมที่ปราศจากอาวุธอีกด้วย คำว่า “อาวุธ” ในที่นี้ไม่ได้มีความหมายเฉพาะแต่อาวุธตามที่กฎหมายกำหนดในรัฐบัญญัติว่าด้วยอาวุธหรืออาวุธในความหมายในทางเทคนิค เช่น ปืน มีด สนับมือ ฯลฯ เท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงเครื่องมือหรือวัตถุที่สามารถใช้ก่อให้เกิดอันตราย เช่น ไม้เบสบอล โข่เหล็ก ขวดแก้วหรือท่อเหล็ก ฯลฯ อีกด้วย หากเครื่องมือดังกล่าวถูกใช้โดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้เป็นอาวุธ

สิ่งที่ไม่ถือว่าเป็นอาวุธได้แก่สิ่งป้องกัน เช่น ฝักลุมหน้า หมวกนิรภัย หน้ากากกันแก๊ส และแว่นตาที่ใช้ป้องกันดวงตา เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่า ฝักลุมหน้า หมวกนิรภัย ฯลฯ จะไม่ถือว่าเป็นอาวุธในความหมายนี้ แต่กรณีก็อาจเป็นไปได้ว่าการที่นำวัตถุดังกล่าวติดตัวไปด้วยในระหว่างการชุมนุมนั้นอาจจะเป็นเหตุผลหนึ่งในการเตรียมพร้อมในกรณีที่มีการปะทะต่อต้านเจ้าหน้าที่ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจนำไปสู่การชุมนุมโดยไม่สงบขึ้นได้

### 1.2.3 รูปแบบและประเภทของการชุมนุม

จากถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 8 วรรคสอง GG (วรรคสองบัญญัติว่า “สำหรับการชุมนุมในสถานที่โล่ง สิทธิในการชุมนุมดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยฐานของกฎหมาย”) ประกอบกับบทบัญญัติของ VersG สามารถแบ่งรูปแบบและประเภทของการชุมนุมได้ดังต่อไปนี้

#### 1.2.3.1 การแบ่งรูปแบบการชุมนุมโดยพิจารณาจากสถานที่ชุมนุม

ชุมนุมในสถานที่โล่ง หมายถึง การชุมนุมในสถานที่ที่เปิดโล่งไม่อยู่ในที่ที่มิดชิด และการเข้าถึงที่ชุมนุมไม่ถูกปิดกั้นสามารถเข้าถึงได้และการชุมนุมที่ไม่มีกรอบปิดล้อมการชุมนุม เช่น การชุมนุมบนถนนที่โล่งบนทางเดินเท้าหรือในสวนสาธารณะ เป็นต้น

การชุมนุมในสถานที่มิดชิด หมายถึง การชุมนุมในสถานที่ที่มีลักษณะของห้องที่มิดชิดรอบด้านและสามารถเข้าไปได้โดยอาศัยทางเข้าเท่านั้นและเป็นการชุมนุมที่มีกรอบปิดล้อมรอบด้าน ส่วนห้องนั้นจะมีหลังคาหรือไม่ไม่ใช่สาระสำคัญ เช่น ในหอประชุม สนามกีฬา เป็นต้น

การแบ่งรูปแบบของการชุมนุมในที่นี้สิ่งที่สำคัญในการพิจารณาว่าการชุมนุมนั้นเป็นการชุมนุมในสถานที่โล่งหรือเป็นการชุมนุมในสถานที่มิดชิดนั้น ได้แก่ ขอบเขตของตัวการชุมนุมเองที่จะต้องมียกขอบเขตแน่นอน โดยขอบเขตนั้นต้องเป็นส่วนที่กั้นหรือขวางกั้นการชุมนุมกับโลกภายนอกได้

#### 1.2.3.2 การแบ่งรูปแบบการชุมนุมโดยพิจารณาจากลักษณะของการชุมนุม

การชุมนุมสาธารณะ หมายถึง การชุมนุมที่เปิดให้บุคคลทั่วไปเข้าร่วมการชุมนุมได้

การชุมนุมที่ไม่ใช่การชุมนุมสาธารณะ หมายถึง การชุมนุมที่กำหนดให้เฉพาะผู้ที่กำหนดไว้ไม่ว่าจะด้วยวิธีการกำหนด รายชื่อหรือการกำหนดด้วยวิธีอื่นใดเพื่อให้บุคคลหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่กำหนดไว้เท่านั้นที่จะสามารถเข้าร่วมการชุมนุมได้

#### 1.2.3.3 ประเภทของการชุมนุม

จากการแบ่งประเภทของการชุมนุมดังกล่าวข้างต้นนั้นสามารถแยกประเภทของการชุมนุมออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

1. การชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่ง
2. การชุมนุมที่ไม่ใช่การชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่ง
3. การชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิด
4. การชุมนุมที่ไม่ใช่การชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิด

เหตุที่ต้องมีการแยกแยะลักษณะและประเภทของการชุมนุมดังกล่าวข้างต้นนั้น เนื่องด้วยการชุมนุมแต่ละประเภคนั้นจะมีรายละเอียด เงื่อนไขและข้อจำกัดในการใช้สิทธิที่แตกต่างกัน ไป

### 1.3 ผู้ทรงสิทธิในการชุมนุม

ผู้ทรงสิทธิในการชุมนุมมาตรา 8 วรรคหนึ่ง GG กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า “ชาวเยอรมัน” ทุกคน หมายถึง บุคคลผู้มีสัญชาติเยอรมันเป็นผู้มีสิทธิในการชุมนุมตามมาตรา 8 นี้ โดยไม่แยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้เยาว์หรือผู้ที่บรรลุนิติภาวะ ทั้งนี้รวมถึงนิติบุคคลและสมาคมตามกฎหมาย เอกชนด้วย ในส่วนของสมาคมที่ไม่มีความสามารถตามกฎหมายนั้นก็ยังสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิและอ้างสิทธิในการชุมนุมได้ ถ้ามีโครงสร้างที่แน่นอนและคงสภาพในการรวมกันเป็นลักษณะสมาคมในช่วงเวลาที่แน่นอน ทั้งนี้ด้วยการชุมนุมเองนั้นไม่ถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิในการชุมนุมดังกล่าว เนื่องจาก GG กำหนดให้ผู้มีสัญชาติเยอรมันเท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิในการชุมนุม ดังนั้นสิทธิในการชุมนุมในระบบกฎหมายเยอรมันถือได้ว่าเป็นสิทธิพลเมืองและภายใต้ระบบของกฎหมายพื้นฐานก็ไม่ถือว่าสิทธิในการชุมนุมเป็นสิทธิมนุษยชนและโดยบทบัญญัติที่ชัดเจนของกฎหมายพื้นฐาน บุคคลที่ไม่มีสัญชาติเยอรมันจึงไม่เป็นผู้ทรงสิทธิในการชุมนุมและไม่สามารถอ้างสิทธิในการชุมนุมตามมาตรา 8 GG ได้ แม้ว่าในมาตรา 1 VersG จะเป็นบัญญัติที่ใช้บังคับกับทั้งการชุมนุมของบุคคลที่มีและไม่มีสัญชาติ เยอรมันไว้ก็ตาม ทั้งนี้ก็ตามการชุมนุมของบุคคลที่ไม่มีสัญชาติเยอรมันนั้นจะได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นเสรีภาพทั่วไปในการกระทำการตามมาตรา 2 วรรคหนึ่ง GG

### 1.4 ข้อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม

#### 1.4.1 ความหมายของการจำกัดสิทธิในการชุมนุม

ในฐานะที่เสรีภาพในการชุมนุมเป็นสิทธิในทางป้องกันการกระทำของรัฐ ดังนั้นการกระทำของรัฐทุกประเภทที่จะถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิหรือเป็นข้อจำกัดสิทธิในการชุมนุม นั้นได้แก่การกระทำของรัฐที่ทำให้การกระทำของปัจเจกชนที่อยู่ในขอบเขตของการใช้สิทธิในการ

ชุมนุมนั้นไม่สามารถกระทำได้หรือกระทำได้อย่างลำบากทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำของรัฐดังกล่าวจะเป็นการจำกัด สิทธิในการชุมนุม โดยทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม

หากพิจารณาถึงข้อจำกัดสิทธิในการชุมนุมนี้ สามารถพิจารณาได้ตามลำดับดังนี้ ในมาตรา 8 วรรคหนึ่ง GG ได้บัญญัติถึงกรณีที่เกี่ยวข้องว่าเป็นการจำกัดสิทธิในการชุมนุมไว้สองกรณีคือ หน้าที่ในการแจ้งการชุมนุมและหน้าที่ในการขออนุญาตชุมนุม นอกจากนั้นใน VersG ก็ได้บัญญัติถึง กระทำที่ถือว่าเป็นข้อจำกัดสิทธิในการชุมนุมอื่น ๆ เอาไว้ ซึ่งข้อจำกัดที่สำคัญในการใช้สิทธิการชุมนุมนั้น ได้แก่ การสั่งห้ามการชุมนุมและการสั่งสลายการชุมนุม การกำหนดให้มีการแจ้งการชุมนุม การกำหนดเงื่อนไขประกอบการชุมนุม การสั่งห้ามกระทำการบางอย่างระหว่างการชุมนุม เช่น ห้ามไม่ให้มีการคลุมหน้าการบันทึกภาพและเสียงการชุมนุม เป็นต้น นอกจากนั้นสิทธิในการชุมนุม อาจถูกจำกัดโดยการกระทำในทางข้อเท็จจริงอื่น ๆ เช่น การขัดขวางการเดินทาง หรือการควบคุม ตรวจสอบที่ใช้ระยะเวลาอันนานเพื่อให้การชุมนุมเกิดขึ้นได้ช้าลงหรือการที่กำหนดให้มีการ ลงทะเบียนผู้เข้าร่วมการชุมนุม เป็นต้น

#### 1.4.2 ข้อจำกัดสิทธิในการชุมนุมโดยชอบตามรัฐธรรมนูญ

การชุมนุมในสถานที่มิใช่สาธารณะในสถานที่มิใช่สาธารณะตามบทบัญญัติมาตรา 8 GG ไม่ได้กำหนดข้อจำกัดสิทธิในการชุมนุมโดยอาศัยเงื่อนไขของกฎหมายเอาไว้ ซึ่งตาม บทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานหากมีการใช้การตีความแบบตรงตัวแล้วย่อมแปลได้ว่าเสรีภาพในการชุมนุมในสถานที่มิใช่สาธารณะเป็นเสรีภาพที่ปราศจากการมีเงื่อนไขตามกฎหมายและเมื่อปราศจาก เงื่อนไขของกฎหมายแล้วก็ย่อมหมายถึงการปราศจากข้อจำกัดในการใช้สิทธิ แต่อย่างไรก็ตามศาล รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ได้ยืนยันไว้ว่าแม้ว่าในสิทธิขั้นพื้นฐาน นั้น ๆ จะไม่มีการบัญญัติเงื่อนไข ตามกฎหมายเอาไว้ แต่สิทธิดังกล่าวก็ยังคงตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัด ซึ่งได้แก่ข้อจำกัดที่ไม่ได้มีการ กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอันเป็นผลมาจากการใช้การตีความกฎหมายพื้นฐานตามระบบ ภายใต้นัยความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานได้กำหนดระบบคุณค่า พื้นฐานเอาไว้ซึ่งอาจมีความขัดแย้งกันของสิทธิขั้นพื้นฐานกับสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองได้ เช่น การชุมนุมในสถานที่มิใช่สาธารณะอาจเป็นการทำให้ศักดิ์ศรีส่วนบุคคลหรือสุขภาพส่วนบุคคลของบุคคล อื่นเสียหายได้ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงได้สร้างข้อจำกัดในการใช้สิทธิที่ปราศจากเงื่อนไขตาม กฎหมายขึ้นมาซึ่งเรียกว่า “การขัดกันของสิทธิตามรัฐธรรมนูญ” (Kollidierendes Verfassungsrecht)

ดังนั้นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปราศจากเงื่อนไขตามกฎหมายจึงไม่ได้หมายความว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่ปราศจากข้อจำกัดแต่อย่างใด ดังนั้นการชุมนุมในสถานที่มิใช่สาธารณะก็ตกอยู่ภายใต้ ข้อจำกัดที่มีฐานจากกฎหมายได้ หากข้อจำกัดนั้นมีขึ้นเพื่อป้องกันการขัดกันของสิ่งที่รัฐธรรมนูญ

มุ่งคุ้มครอง ซึ่งในที่นี้การชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิดนั้นรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิดังกล่าวไว้ตั้งแต่ใน มาตรา 5 เป็นต้นไป

การชุมนุมในสถานที่โล่ง มาตรา 8 วรรคสอง GG บัญญัติให้การชุมนุมในสถานที่โล่งนั้นอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย หรือโดยฐานของกฎหมาย เหตุผลที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดเอาไว้เช่นนี้เนื่องจากความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดอันตรายได้ของกา รชุมนุมในสถานที่โล่งดังกล่าว เพราะการชุมนุมในสถานที่โล่งนั้นสามารถติดต่อหรือเกี่ยวข้องกับประชาชนที่ไม่ใช่ผู้เข้าร่วมการชุมนุม ดังนั้นหากเป็นการชุมนุมที่ไม่ใช่การชุมนุมในสถานที่โล่งแต่เป็นการชุมนุม ที่อยู่ในสถานที่มิดชิดก็จะไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดสิทธิในการชุมนุม ตามมาตรา 8 วรรคสอง GG ดังกล่าว (แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายถึงว่าการชุมนุมที่ไม่ใช่กรณีตามมาตรา 8 วรรคสอง GG นั้นจะไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เลยแต่อย่างใดไม่) ตามมาตรา 8 วรรคสอง GG ได้บัญญัติไว้ว่าเสรีภาพในการชุมนุม นั้นอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย หรือโดยฐานของกฎหมาย นั้นหมายถึงกฎหมายพื้นฐานยอมรับให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายที่มีเนื้อหาจำกัดสิทธิในการชุมนุมได้โดยตรง หรือออกกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพื่อที่จะออกมาตรการใด ๆ ออกมาเพื่อจำกัดสิทธิในการชุมนุมได้

ในระบบกฎหมายเยอรมันบทบัญญัติของกฎหมายที่สำคัญ ที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมดังกล่าว ได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน (VersG) โดยรัฐบัญญัตินี้ใช้บังคับกับกรณีของการชุมนุมสาธารณะไม่ว่าจะเป็นกรณีของการชุมนุมในสถานที่โล่งหรือในสถานที่มิดชิดก็ตามที นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการเดิน ขบวนไว้ด้วย เนื่องจากรัฐบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นฐานทางกฎหมายที่มีความสำคัญที่สุดที่ใช้ เป็นฐานในการจำกัดสิทธิในการชุมนุม ดังนั้นฝ่ายเจ้าหน้าที่จะกลับไปใช้บทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายตำรวจและกฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยไม่ได้ แต่โดยที่รัฐบัญญัติดังกล่าวนี้ใช้บังคับต่อกรณีของการชุมนุมสาธารณะเท่านั้น ในส่วนของการชุมนุมที่ไม่ใช่การชุมนุมสาธารณะนั้นเจ้าหน้าที่ที่สามารถที่จะดำเนินการ โดยอาศัยมาตรการทั่วไปของกฎหมายตำรวจและกฎหมายที่เกี่ยวกับการ รักษาความสงบเรียบร้อยได้

แม้ว่ากฎหมายพื้นฐานจะกำหนดให้การชุมนุมในสถานที่โล่งตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามกฎหมายหรือโดยฐานของกฎหมาย แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าข้อจำกัดนั้นจะมีได้โดยไม่มีขอบเขต ซึ่งตามกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมันเรียกกรณีนี้ว่าข้อจำกัดของข้อจำกัด (Schranken-Schranken) หมายถึง กฎหมายที่จำกัดสิทธินั้นก็จะต้องเป็นกฎหมายที่ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะใน ทางรูปแบบหรือในทางเนื้อหา และการใช้บังคับกฎหมายนั้น ๆ ก็จะต้องไม่เป็นการใช้บังคับกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย



ในส่วนนี้ของบทความจะนำเสนอข้อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่กำหนดไว้ใน มาตรา 8 GG ประกอบกับข้อจำกัดที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน ตามลำดับดังนี้

#### 1) การแจ้งการชุมนุม

ประเด็นว่าการชุมนุมจะต้องมีการแจ้งการชุมนุมหรือไม่นั้น ตามมาตรา 8 วรรค หนึ่ง GG ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการชุมนุมไม่ว่าการชุมนุมประเภทใดก็ตามไม่จำเป็นต้องมีการแจ้งหรือต้องได้รับอนุญาตก่อน แต่อย่างไรก็ตามในมาตรา 14 วรรคหนึ่ง VersG ได้กำหนดไว้ว่าบุคคลใดที่จะเป็นผู้จัดหรือผู้นำการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่งหรือการเดินขบวนจะต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอย่างช้าที่สุด 48 ชั่วโมงก่อนที่จะมีการประกาศการชุมนุมหรือการเดินขบวน การแจ้งดังกล่าวจะต้องมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเวลา สถานที่ ประเด็นและผู้ดำเนินการชุมนุมไว้ด้วย รูปแบบในการแจ้งนั้นสามารถทำได้ทั้งกรณีโดยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษรโดยผ่านโทรศัพท์ พท์ โทรสารหรือโดยอีเมล การฝ่าฝืนไม่แจ้งการชุมนุมตามมาตราดังกล่าว นั้นส่งผลให้การชุมนุมเป็นการชุมนุมที่ไม่มีการแจ้งการชุมนุมซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสามารถสลายการชุมนุมดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 15 วรรคสาม VersG และผู้จัดหรือผู้ดำเนินการชุมนุมโดยไม่มี การแจ้งล่วงหน้านั้นอาจได้ รับโทษตามมาตรา 26 ข้อสอง VersG ได้ ทั้งนี้การแจ้งการชุมนุมดังกล่าวนี้ ไม่ใช่การยื่นคำร้องเพื่อขอคำอนุญาตเพื่อให้มีการชุมนุมแต่อย่างใด เพราะการชุมนุมไม่จำเป็นต้องมีการอนุญาตสำหรับกรณีของการชุมนุมในสถานที่มิดชิดนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้หน้าที่ในการแจ้งการชุมนุม

การกำหนดยกเว้นไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 8 วรรคหนึ่ง GG ว่าการชุมนุมสามารถกระทำได้โดยปราศจากการแจ้งหรือการได้รับอนุญาตนั้น เป็นการก่อให้เกิดกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดของข้อจำกัดนั้น หมายถึง VersG ไม่อาจถือว่าเรื่องการแจ้งเป็นหน้าที่ที่ต้องถูกบังคับให้กระทำและหากไม่กระทำตามหน้าที่ดังกล่าวจะมีการบังคับตามมาได้ เพราะเหตุที่ต้องมีการแจ้งการชุมนุมก่อนนั้นก็เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะช่วยให้เจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องได้รับทราบถึงแผนการชุมนุมได้อย่างทันทั่วถึง ทั้งนี้เพื่อจะได้มีมาตรการคุ้มครองการชุมนุมให้เป็นไปโดยไม่มีอุปสรรค โดยเฉพาะในเรื่อง ความปลอดภัยในทางจราจรและการคุ้มครองความปลอดภัยของสาธารณะหรือ ความเรียบร้อยของสาธารณะได้ ดังนั้นการที่ไม่แจ้งการชุมนุมดังกล่าวจึงไม่ใช่เหตุโดยอัตโนมัติในการที่จะมีการสลายการชุมนุม แต่กรณีดังกล่าวอาจเป็นกรณีที่การชุมนุมนั้นเสี่ยงต่ออันตรายที่จะเกิดต่อความปลอดภัยของสาธารณะหรือความเรียบร้อยของสาธารณะอันเป็นเหตุที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องสลายการชุมนุมนั่นเอง

บทบัญญัติของมาตรา 14 วรรคหนึ่ง VersG ที่กำหนดให้ต้องมีการแจ้งการชุมนุมสาธารณะในที่โล่งหรือการเดินขบวนล่วงหน้านั้นก่อให้เกิดความสงสัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ปัญหาประการต่อมาคือในการชุมนุมที่เกิดขึ้นโดยมีลักษณะเร่งด่วน (Eilversammlung) ซึ่งได้แก่การชุมนุมที่เกิดขึ้นภายในระยะเวลาอันสั้นจนทำให้เงื่อนไขที่ต้องแจ้งการชุมนุมอย่างช้าที่สุดภายใน 48 ชั่วโมง ดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้และการชุมนุมที่เกิดขึ้นในที่ที่ทันใด (Spontanversammlung) ซึ่งได้แก่การชุมนุมที่เกิดขึ้นในที่ที่ทันใด โดยไม่มีการวางแผนล่วงหน้าด้วยเหตุว่ามาตรา 8 วรรคหนึ่ง GG ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการชุมนุมไม่ว่าการชุมนุมประเภทใดก็ตามไม่จำเป็นที่จะต้องมีการแจ้ง หรือต้องได้รับอนุญาตก่อน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ในการใช้การตีความบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องดำเนินการโดยให้เป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายจะขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญต่อเมื่อบทบัญญัตินั้นไม่สามารถตีความโดยอาศัยหลักการตีความให้เป็นไปในทางอื่นได้ ดังนั้นการตีความให้เป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนั้นประกอบไปด้วยเงื่อนไขสามประการคือ ประการแรก ถ้อยคำของบทบัญญัติสามารถตีความได้เป็นหลายกรณี ประการที่สองอย่างน้อยต้องมีการตีความในลักษณะใดลักษณะหนึ่งในหลายกรณีนี้ที่สอดคล้องกับ รัฐธรรมนูญ ประการที่สาม การตีความที่เลือกจะต้องไม่ขัดแย้งกับสาระสำคัญของบทบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตามการตีความของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในกรณีดังกล่าวก็ยังไม่ทำให้สิ้นข้อสงสัยแต่อย่างใดเพราะบทบัญญัติของมาตรา 14 VersG ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนซึ่งขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ต่อกรณีที่ในการแจ้งการชุมนุมของการชุมนุมที่เกิดขึ้นโดยมีลักษณะเร่งด่วนและการชุมนุมที่เกิดขึ้นในที่ที่ทันใดนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าการชุมนุมที่มีลักษณะที่เกิดขึ้นในที่ที่ทันใดนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้หน้าที่ในการแจ้งการชุมนุมตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง VersG เพราะไม่เช่นนั้นก็เท่ากับว่าการชุมนุมในลักษณะนี้จะถูกห้ามเป็นการทั่วไป โดยปริยายในส่วนของชุมนุมที่เกิดขึ้นอย่างเร่งด่วนนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าต้องมีการแจ้งการชุมนุมให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้

ความสัมพันธ์ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ว่าด้วยถนนและการจราจรนั้นถือว่ารัฐธรรมนูญว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนดังกล่าว เป็นกฎหมายพิเศษ (Lex specialis) ซึ่งยกเว้นกฎหมายทั่วไป ดังนั้นการดำเนินการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนบนท้องถนนจึงไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายทั่วไปว่าด้วยถนน และการจราจรก่อนแต่อย่างใด เนื่องจากการดำเนินการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่งหรือ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเดินทางนั้นกรณีข่มเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องมีการใช้ถนนและฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่ได้กำหนดข้อจำกัดดังกล่าวไว้ การปฏิเสธการใช้ถนนโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงเกิดขึ้นได้ในเฉพาะในกรณีที่เป็นการข่มขู่อย่างอื่นเพราะโดยปกติแล้วการปฏิเสธดังกล่าวจะกระทำไม่ได้แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 8 ของกฎหมายพื้นฐานและรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินทางไม่ได้ตัดข้อเรียกร้องต่อผู้จัดการชุมนุมให้ทำความสะอาดถนนที่ใช้ในการชุมนุมหรือการเดินทางตามนัยมาตรา 17 วรรคสาม ของรัฐบัญญัติทางหลวง FSuG (กฎหมายของมลรัฐ) แต่ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่เป็นการผลที่เกิดจากการกระทำของผู้จัดการชุมนุมโดยตรง เช่น ผู้จัดการชุมนุมแจกอาหาร เครื่องดื่มหรือใบปลิวให้แก่ผู้ร่วมการชุมนุม เป็นต้น

## 2) การกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุม

ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง VersG เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสามารถกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่งและการเดินทางได้ สำหรับการชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิดนั้น VersG ไม่ได้กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่สามารถกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมเอาไว้โดยการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง VersG นี้ไม่ใช่เงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองตามความหมายของ มาตรา 36 วรรคสอง ข้อสี่ ของกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG) เนื่องจากในการชุมนุมนั้นสามารถทำได้โดยไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งอนุญาตแต่อย่างใด นอกจากนี้การยื่นขออนุญาตได้รับแจ้งการชุมนุมก็ไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นเงื่อนไขในการชุมนุมที่ออกตามความในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง VersG นั้น โดยสภาพแล้วถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แม้ว่า มาตรา 8 GG จะรับรองเสรีภาพในการชุมนุมของชาวเยอรมันไว้โดยถือว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิในเชิงป้องกันผู้ทรงสิทธิสามารถกำหนดเกี่ยวกับสถานที่ เวลา ประเภทและเนื้อหาของชุมนุมได้เอง แต่อย่างไรก็ตามการใช้เสรีภาพในการชุมนุมดังกล่าว นั้นอาจกระทบต่อสิทธิและประโยชน์ของบุคคลอื่นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการชุมนุมในสถานที่โล่ง ความจำเป็นที่จะต้องก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ร่วมการชุมนุมกับบุคคลภายนอกจึงไม่อาจเป็นสิ่งที่ละเลยได้เครื่องมือในทางกฎหมายในที่นี้จึงได้แก่การกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในการเลือกเวลา สถานที่ในการชุมนุมได้ เช่น เจ้าหน้าที่สามารถกำหนดเงื่อนไขในส่วนองเส้นทางในการเดินทางได้เพื่อป้องกันการปะทะกันระหว่างกลุ่มผู้เดินทางสองกลุ่ม แต่ทั้งนี้การเลือกสถานที่ชุมนุมนั้นต้องพิจารณาสาระของการชุมนุมหรือการเดินทางประกอบด้วย

เงื่อนไขในการชุมนุมหรือการเดินขบวนที่จะออกได้ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง VersG นั้นต้องเป็นกรณีที่มีขึ้นเพื่อให้การชุมนุมหรือการเดินขบวนดังกล่าวไม่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยสาธารณะและในมาตรา 15 วรรคสอง VersG กำหนดให้สามารถห้ามหรือกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมหรือการเดินขบวนในบริเวณที่เป็นอนุสาวรีย์ที่ระลึกถึงเหยื่อของลัทธิชาตินิยมนาซีได้หากการชุมนุมหรือเดินขบวนนั้นเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของเหยื่อดังกล่าว นอกจากนี้ในตามบทบัญญัติของ VersG ในหลายมาตราก็ได้กำหนดเงื่อนไขเอาไว้โดยอัตโนมัติ (โดยกฎหมาย) ได้แก่ การห้ามพกพาอาวุธตามมาตรา 2 วรรคสาม VersG การห้ามสวมเครื่องแบบตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง VersG การห้ามมีสิ่งป้องกันตามมาตรา 17a วรรคหนึ่ง VersG และการห้ามคลุมหน้าตามมาตรา 17a วรรคสอง VersG การกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมเริ่มที่มีการแจ้งการชุมนุมต่อเจ้าหน้าที่และในการพิจารณาออกเงื่อนไขดังกล่าวนั้นต้องนำกฎเกณฑ์ใน VwVfG มาใช้ในการพิจารณาด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่จะต้องมีการรับฟังข้อมูลจากผู้จัดการชุมนุมก่อนที่จะมีการออกเงื่อนไขในการชุมนุม ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ได้ยืนยันและเรียกร้องให้ดำเนินการดังกล่าว ในการพิจารณาออกเงื่อนไขในการชุมนุม รูปแบบของเงื่อนไขในการชุมนุมนั้นสามารถออกมาในรูปแบบของคำสั่งทั่วไปทางปกครองก็ได้ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าเหตุที่ต้องมีการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมก็เพื่อมุ่งที่จะคุ้มครองความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อยสาธารณะและทำให้การชุมนุมอยู่ในขอบเขต นอกจากนี้แล้วนั้นบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ รวมอยู่ในกรณีนี้ด้วย เช่นเงื่อนไขในการห้ามไม่ให้มีการการปลุกระดมให้มีการเกลียดชัง การดูหมิ่น การหมิ่นประมาท ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น นอกจากนี้การกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมยังเป็นกา รสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพของผู้จัดการชุมนุม ผู้นำการชุมนุม หรือผู้เข้าร่วมการชุมนุม กับสิทธิของบุคคลอื่น เช่น การใช้ทางสาธารณะของทั้งสองฝ่าย เป็นต้น เจ้าหน้าที่อื่นนอกเหนือจากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย VersG ไม่สามารถใช้อำนาจหน้าที่ของตนดำเนินการก ับการชุมนุมได้ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวที่เห็นว่ามีอันตรายที่จะเกิดขึ้นโดยตรงต่อความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะที่นั้นจะต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย VersG เพื่อที่จะได้ดำเนินการออกเงื่อนไขในการชุมนุมต่อไป เงื่อนไขในการชุมนุมนั้นจะมีไปถึงผู้จัดการชุมนุมและผู้ จัดการชุมนุมมีหน้าที่ที่จะต้องเผยแพร่เงื่อนไขในการชุมนุมดังกล่าว ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบต่อไป ในการพิจารณาออกเงื่อนไขในการชุมนุมนั้นจะต้องไม่ขัดกับหลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้เงื่อนไขนั้นจะต้องไม่กระทบก ับแก่นหรือสาระสำคัญของการชุมนุม

นอกจากนั้นการกำหนด เงื่อนไขในการชุมนุมนั้นจะต้องไม่เป็นเงื่อนไขที่ไม่สามารถปฏิบัติตามได้ เช่น การกำหนดให้ผู้นำการชุมนุมดำเนินการสลายการชุมนุมภายหลังมีการยุติการชุมนุมแล้ว ซึ่งกรณีนี้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เป็นต้น เงื่อนไขในการชุมนุมจะต้องเป็นเงื่อนไขที่มีความชัดเจน และการใช้ดุลพินิจในการออกเงื่อนไขในการชุมนุมของเจ้าหน้าที่นั้น จะต้องกระทำโดยการสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมอบอำนาจให้ด้วย เงื่อนไขที่ไม่อาจจะกำหนดได้นั้น เช่น การสั่งห้ามใช้เครื่องขยายเสียง โทรโข่ง เนื่องจากเครื่องมือเหล่านี้จะช่วยให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันระหว่างผู้นำ การชุมนุมและผู้เข้าร่วมการชุมนุมเพื่อให้การชุมนุมดำเนินไปโดยเรียบร้อย นอกจากนี้ยังเป็นเครื่องมือที่จะสื่อหรือแสดงความเห็นของการชุมนุมไปสู่ภายนอก แต่อย่างไรก็ตามหากมีเหตุที่จะให้มีการระงับการใช้เครื่องเสียงดังกล่าวได้ ก็สามารถทำได้เช่นหากการเดินทางจะต้องเดินผ่านโรงพยาบาลก็สามารถกำหนดเงื่อนไขห้ามใช้เครื่องขยายเสียงในช่วงระยะทางที่ผ่านโรงพยาบาล โดยห้ามใช้เครื่องขยายเสียงในระยะทางหนึ่งร้อยเมตรก่อนถึงบริเวณโรงพยาบาล บริเวณโรงพยาบาลและหนึ่งร้อยเมตรหลังจกพ้นบริเวณ โรงพยาบาลก็สามารถกระทำ

### 3) การบันทึกภาพและเสียง

การบันทึกภาพและเสียงที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ในสองขั้นตอนด้วยกันคือ การบันทึกภาพและเสียงก่อนการชุมนุม และการบันทึกภาพและเสียงระหว่างการชุมนุม ตามมาตรา 12a และมาตรา 19a VersG ในมาตรา 12a VersG อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทำการบันทึกภาพและเสียงผู้เข้าร่วมการชุมนุม หรือกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับการชุมนุมในสถานที่มิดชิดได้ ถ้ามีข้อเท็จจริงที่ทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ได้แก่ อันตรายร้ายแรงที่จะเกิดต่อความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ ทั้งนี้บุคคลที่สามที่ไม่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมก็อาจถูกบันทึกภาพและเสียง ดังกล่าวได้หากเป็นกรณีที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้การบันทึกภาพและเสียงโดยอาศัยเหตุว่าเพื่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะนั้นไม่สามารถกระทำ

VersG กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการบันทึกภาพและเสียงในการชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิดเอาไว้ในส่วนของกฎหมายสาธารณะในสถานที่โล่งและการเดินขบวนนั้นมาตรา 19a VersG กำหนดให้ใช้กฎเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 12a VersG ทั้งนี้ในกรณีของการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่งและการเดินขบวนนั้นเหตุที่จะให้เจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการบันทึก ภาพและเสียงไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะมุ่งคุ้มครองความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะเท่านั้นแต่ยังหมายรวมถึงเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยสาธารณะด้วยอันตรายต่อความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อยสาธารณะนั้นจะต้องเป็นต้องเป็นอันตรายที่ร้ายแรง เช่น

อันตรายต่อร่างกาย ชีวิตหรือทรัพย์สินที่มีความสำคัญ เป็นต้น นอกจากนี้อันตรายดังกล่าวจะต้องเป็นอันตรายที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมด้วย เหตุที่กฎหมายกำหนดให้สามารถบันทึกภาพและเสียง การชุมนุมได้ทั้งนี้เพื่อเป็นการปรามผู้ที่ก่อความวุ่นวายและดำเนินการกับการก่อความวุ่นวายดังกล่าวได้ทันทั่วทั้งเงื่อนไขในการดำเนินการบันทึกภาพและเสียงในระหว่างการชุมนุมนั้นไม่มีความแตกต่างไปจากกรณีการบันทึกภาพและเสียงก่อนการชุมนุมแต่อย่างใด โดยหลักแล้วการบันทึกภาพและเสียงดังกล่าวจะต้องกระทำโดยเปิดเผยแต่ทั้งนี้ก็มีกรณีที่สามารถกระทำการโดยไม่เปิดเผยได้ เช่นกรณีในขั้นตอนของการเตรียมการชุมนุมสำหรับการเดินขบวนนั้นด้วยเหตุที่ว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่จำเป็นต้องแสดงตัว ดังนั้นการบันทึกภาพและเสียงในการเดินขบวนจึงสามารถดำเนินการได้โดยไม่เปิดเผยได้

#### 4) การแต่งตั้งผู้ดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุม

ผู้นำการชุมนุมสามารถมีผู้ดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุมเพื่อช่วยให้การทำหน้าที่ในการดำเนินการชุมนุมและการดูแลการชุมนุมให้เป็นไปโดยความ เป็นระเบียบเรียบร้อยได้ ทั้งนี้ตามมาตรา 9 VersG โดยผู้ที่ถูกแต่งตั้งให้เป็นผู้ดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุมนั้นมีฐานะเป็นผู้ช่วยผู้นำการชุมนุมดังนั้นจึงมีอำนาจหน้าที่เฉพาะตามที่ผู้นำการชุมนุมมอบหมายให้เท่านั้นในการชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิดนั้นผู้นำการชุมนุมไม่มีหน้าที่จำเป็นต้องมีการแต่งตั้งผู้ดูแลความเรียบร้อย หากผู้นำการชุมนุมในกรณีนี้ประสงค์จะใช้ผู้ดูแลความเรียบร้อยดังกล่าวสามารถแต่งตั้งโดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตก่อนแต่อย่างใด แต่ผู้นำการชุมนุมมีหน้าที่ในการแจ้งจำนวนผู้ดูแลความเรียบร้อยดังกล่าวให้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจทราบ ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถจำกัดจำนวนของผู้ดูแลความเรียบร้อยได้ การตั้งผู้ดูแลความเรียบร้อยเกินกว่าจำนวนที่ได้รับอนุญาตเป็นการกระทำผิดระเบียบแต่ไม่เป็นเหตุให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการสลายการชุมนุมได้

กรณีการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่งและการเดินขบวนนั้นมาตรา 18 วรรคสอง VersG กำหนดถึงกรณีที่จะมีการใช้ผู้ดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุมในสถานที่โล่งหรือการเดินขบวนได้นั้นจะต้องมีการยื่นคำร้องขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยผู้นำการชุมนุมหรือการเดินขบวน โดยผู้ที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือผู้ดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุม (ไม่ว่าจะเป็นการชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิดหรือการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่งก็ตาม ) หรือเดินขบวนดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ที่รับทำหน้าที่ดังกล่าวโดยไม่มีค่าตอบแทน เป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะไม่พกพาอาวุธและจะต้องสวมปลอกแขนสีขาวที่มีการระบุข้อความว่าเป็นผู้ดูแลความเรียบร้อยให้เห็นได้อย่างชัดเจน ทั้งนี้จำนวนของผู้ดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุมหรือการเดินขบวนดังกล่าวจะต้องมีจำนวนที่เหมาะสมไม่มากเกินไป การยื่นคำร้องและการออกคำ อนุญาตดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิธี

พิจารณาทาง ปกครองของเจ้าหน้าที่ที่เริ่มด้วยการแจ้งการชุมนุมคำร้องในการขออนุญาตใช้ผู้ดูแลความเรียบร้อยจะต้องมีรายละเอียดที่กฎหมาย กำหนดครบถ้วนและรายละเอียดดังกล่าวจะต้องเป็นรายละเอียดสามารถตรวจสอบภายหลังได้โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ

นอกจากนี้แล้วคำร้องจะต้องระบุถึงขนาดที่คาดหมายได้โดยผู้จัดการชุมนุมถึงขนาดของการชุมนุมหรือการเดินขบวน และประเภทของการชุมนุม ทั้งนี้เพื่อให้การคำนวณจำนวนที่เหมาะสมของผู้ดูแลความเรียบร้อยได้ นอกจากนั้นในคำร้องดังกล่าวจะต้องมีการระบุถึงชื่อของผู้ดูแลความเรียบร้อย ไว้ด้วยทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบในภายหลังก่อนที่จะมีการปฏิเสธคำร้องดังกล่าวนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องมีการรับ ฟังข้อมูลจากฝ่ายผู้ นำการชุมนุมก่อนการอนุญาตให้มีการใช้ผู้ดูแลความเรียบร้อยได้นั้นก็เพื่อการรักษาความมั่นคง ปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยสาธารณะนั่นเองและเพื่อให้การดำเนินการชุมนุมหรือการเดินขบวนเป็นไปโดยความเรียบร้อยและเพื่อรักษาความสัมพันธ์ระหว่างการชุมนุมหรือการเดินขบวนให้เป็นไปโดยเรียบร้อย กรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเห็นว่าจำนวนของผู้ดูแลความเรียบร้อยไม่เหมาะสมหรือไม่อนุญาตให้มีการใช้ผู้ดูแลความเรียบร้อยนั้นเป็นกรณีของการวินิจฉัยโดยการคาดหมายอันตรายที่เป็นรูปธรรมต่อความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะอันเกิดขึ้นจากจำนวนที่มากเกินไปหรือน้อยเกินไปหรือลักษณะที่ไม่อาจอนุญาตได้ของผู้ดูแลความเรียบร้อย

#### 5) การห้ามการชุมนุม

การห้ามการชุมนุมหมายถึงการสั่งห้ามที่มีผลให้การชุมนุมนั้นไม่ สามารถเกิดขึ้นได้โดยการห้ามการชุมนุมนั้นเป็นการห้ามการชุมนุมทั้งหมด ฐานทางกฎหมายในที่นี้คือมาตรา 15 วรรคแรก VersG สำหรับกรณีของการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่ง และมาตรา 5 VersG ในกรณีการชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิด ซึ่งพิจารณาได้ตามลำดับดังนี้

การห้ามการชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิด มาตรา 5 VersG กำหนดว่าการห้ามการชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิดนั้นจะสามารถกระทำได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

1. ผู้จัดการชุมนุมเป็นผู้ที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 วรรคสอง ข้อ 1-4 VersG ซึ่งได้แก่ผู้ที่ใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยไม่ชอบ (ต่อต้านหลักการพื้นฐานของ การปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย) หรือผู้ที่ดำเนินการชุมนุมหรือเข้าร่วมการชุมนุมที่สนับสนุนเป้าหมายของพรรคการเมือง หรือส่วนหนึ่งขององค์กรของพรรคการเมืองหรือองค์กรที่ตั้งมาทดแทนพรรคการเมืองที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งห้ามพรรคการเมือง ที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งห้ามหรือ สมาคมที่ถูกคำสั่งห้าม

2. ผู้จัดการชุมนุมหรือผู้นำการชุมนุมยินยอมหรือปล่อยให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมมีการพกพาอาวุธหรือวัตถุที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 วรรคสาม VersG ได้แก่ วัตถุที่โดยสภาพแล้วสามารถทำให้คนบาดเจ็บหรือทำให้ทรัพย์สินเสียหายได้

3. มีข้อเท็จจริงที่ยืนยันได้ว่าผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ที่ เป็นสมาชิกของผู้จัดการชุมนุมมีความประสงค์ที่จะให้การดำเนินการชุมนุมเป็นไปโดยใช้กำลังหรือต่อต้านการกระทำตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่

4. ข้อเท็จจริงที่ยืนยันได้ว่าผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ที่ เป็นสมาชิกของผู้จัดการชุมนุมมีแนวความคิดหรือแสดงออกให้เห็นได้ว่าการยอมให้มีการกระทำความผิดกฎหมาย

การห้ามการชุมนุมในกรณีตามมาตรา 5 VersG นี้ตั้งอยู่ในเงื่อนไขที่จำกัดการห้ามการชุมนุมในสถานที่ที่มีขีดโดยอาศัยเหตุว่าเพื่อป้องกันความสงบเรียบร้อยสาธารณะนั้นด้วยเหตุผลตามรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถกระทำได้

การห้ามการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่งตามมาตรา 15 วรรคแรก VersG โดยมาตรการในการห้ามการชุมนุมนั้นถือเป็นมาตรการสุดท้ายที่จะนำมาใช้และจะต้องนำมาใช้ในกรณีที่มีอันตรายที่เกิดขึ้น โดยตรงต่อความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ โดยอันตรายที่จะเกิดขึ้นนั้นต้องเป็นอันตรายที่ร้ายแรงด้วยและนอกจากนี้การห้ามการชุมนุมก็อาจเป็นมาตรการที่จะคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายที่มีความเท่าเทียมกับเสรีภาพในการชุมนุมหากมาตรการอื่น ๆ ไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้ ซึ่งกรณีดังกล่าวใช้กับการพิจารณาเพื่อที่จะให้มีการสลายการชุมนุมตาม มาตรา 15 วรรคสอง VersG ด้วย ทั้งนี้จะในการดำเนินการใช้มาตรการดังกล่าวของเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องคำนึงว่าการที่ผู้เข้าร่วมชุมนุมบางรายก่อความไม่สงบเรียบร้อยนั้นไม่เป็นเหตุให้ห้ามการชุมนุมหรือสลายการชุมนุมได้ และหากมีการห้ามการชุมนุมหรือสลายการชุมนุมในกรณีดังกล่าวนั้นโดยหลักแล้วถือว่าเป็นการดำเนินการที่ไม่ได้สัดส่วนอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะนั้นเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดในประมวลกฎหมายอาญาการใช้เครื่องหมายขององค์กรที่ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ การกล่าวข้อความทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐและสัญลักษณ์ของรัฐ การปลุกระดมฝูงชน เป็นต้น แต่ด้วยฐานะของเสรีภาพในการชุมนุมทำให้การห้ามการชุมนุมหรือการสลายการชุมนุมโดยอาศัยเหตุว่าการชุมนุมนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะนั้นจะทำได้

ทั้งนี้แม้ว่าในมาตรา 15 วรรคแรก VersG จะไม่ได้กำหนดห้ามการห้ามชุมนุมเป็นการทั่วไปใน พื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งไว้ก็ตามที แต่การห้ามการชุมนุมลักษณะดังกล่าวโดยหลักแล้วจะกระทำไม่ได้ ทั้งนี้ในการใช้ดุลพินิจห้ามการชุมนุมของเจ้าหน้าที่นั้นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนอีกด้วย นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐก็ได้วางเงื่อนไขในการห้ามชุมนุมตาม



มาตรา 15 VersG ใ้ว่ามาตรา 15 VersG จะสอดคล้องกับมาตรา 8 ของกฎหมายพื้นฐานต่อเมื่อการใช้การตีความว่าการห้ามการชุมนุมตามมาตราดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองที่มีค่าเท่าเทียมกันและตกอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนและจะมีได้เฉพาะมีอันตรายที่จะเกิดขึ้นโดยตรงต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองดังกล่าวด้วย

การห้ามการชุมนุมนั้นมีเงื่อนไขในทางรูปแบบเหมือนกันกับการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุม นอกจากนี้แล้วนั้นหากเป็นกรณีของการเดินขบวนขนาดใหญ่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย VersG จะต้องมีการแจ้งการห้ามและกำหนดระยะเวลาที่จะให้มีการให้ความเห็นต่อการห้าม การชุมนุมดังกล่าวได้ กรณีของการชุมนุมในสถานที่มิดชิดนั้นการห้ามการชุมนุมจะกระทำได้โดยจำกัดเท่าที่การชุมนุมนั้นส่งผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะหรือมีผลกระทบต่อสิ่งที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองกรณีของการชุมนุมในสถานที่โล่งนั้นความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะโดยรวมทั้งหมดเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและอาจเป็นเหตุนำไปสู่การห้ามการชุมนุมได้ นอกจากนี้กฎหมายได้กำหนดกรณีการห้ามการชุมนุมที่เป็นการดูหมิ่นทำลายศักดิ์ศรีของชาวยิวที่ถูกสังหารในบริเวณอนุสาวรีย์ที่ระลึกถึงเหยื่อดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะอันตรายที่จะเป็นเหตุในการห้ามการชุมนุมได้นั้นจะต้องเป็นอันตรายที่เห็นได้อย่างเป็นรูปธรรม ทั้งนี้การที่พิจารณาออกคำสั่งห้ามการชุมนุมนั้นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนการมีค่า สิ่งห้ามการชุมนุมในที่นี้มักจะทำออกมาในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่มีไปถึงผู้จัดการชุมนุมเช่นเดียวกับการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุม แต่กรณีจะแตกต่างจากการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมที่เจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย VersG จะต้องเป็นผู้แจ้งผู้ที่จะเข้าร่วมการชุมนุมและ ยับยั้งการเข้ามาชุมนุมด้วยตัวเอง ผู้จัดการชุมนุมไม่มีหน้าที่ดังกล่าว

กรณีที่มีการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมหรือการห้ามการชุมนุมซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถดำเนินการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ต่อศาลปกครองได้ ทั้งนี้ก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองในกรณีดังกล่าวนั้นจะต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก่อนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวโดยหลักแล้วมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง แต่โดยลักษณะของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะกำหนดให้คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลบังคับในทันที (การอุทธรณ์หรือการฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง) ซึ่งผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็สามารถดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลปกครองที่มีอำนาจให้มีค่า สั่งให้มีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ทั้งนี้ตามมาตรา 80 ของกฎหมายศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง VwGO และหากคำสั่งทางปกครองนั้น

หมดสิ้นไปในระหว่างการดำเนินคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ผู้ฟ้องคดีสามารถร้องขอต่อศาลปกครองให้คำ เนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีนั้นต่อไปได้ในฐานะคดีที่ขอให้ศาลปกครองยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองที่สิ้นผลไปแล้วนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Fortsetzungsfeststellungsklage) ได้

#### 6) การสั่งสลายการชุมนุม

การสั่งสลายการชุมนุมสาธารณะในสถานที่ที่มีชด้นั้นจะเกิดขึ้นได้ เฉพาะในกรณี que ผู้เข้าร่วมการชุมนุมฝ่าฝืนข้อกำหนดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและการห้ามพกพาอาวุธ มาตรา 13 VersG กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการสั่งสลายการชุมนุมได้ในกรณีดังต่อไปนี้

1. ผู้นำการชุมนุมเป็นผู้ไม่มีสิทธิในการชุมนุมตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 วรรคสอง ข้อ 1 ถึง ข้อ 4 VersG แม้ว่าในบทบัญญัติของกฎหมายจะกำหนดไว้เฉพาะผู้นำการชุมนุมเท่านั้นก็ตามที่ แต่ในที่นี้หากผู้เข้าร่วมการชุมนุมเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ถูกคำสั่ง ห้ามตาม มาตรา 21 วรรคสอง GG หรือผู้เข้าร่วมการชุมนุมสนับสนุนเป้าหมายของพรรคการเมืองดังกล่าว หรือกรณีที่ผู้เข้าร่วมการชุมนุมมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับผู้นำการชุมนุมหรือเป็นสมาชิกของผู้นำการชุมนุม การชุมนุมนั้นก็สามารรถถูกสั่งสลายการชุมนุมได้

2. การชุมนุมนั้นดำเนินไปโดยมีการใช้กำลังหรือมีการต่อต้านการบังคับการของเจ้าหน้าที่ (มีการชุมนุมที่ไม่สงบ) หรือการชุมนุมก่อให้เกิดอันตรายโดยตรงต่อชีวิต สุขภาพของ ผู้เข้าร่วมการชุมนุม เห็นได้ว่าเหตุในการสั่งสลายการชุมนุมในที่นี้ต้องเกิดขึ้นจากตัวการชุมนุม นั้นเอง ความไม่สงบที่เกิดจากภายนอกนั้นไม่อาจใช้เป็นเหตุในการสั่งสลายการชุมนุมใน กรณีนี้ได้ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ที่จะต้องป้องกันการรบกวนจากภายนอกดังกล่าว

3. ผู้นำการชุมนุมไม่ดำเนินการสั่งให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมที่พกพาอาวุธเข้ามาในการชุมนุมออกจากการชุมนุมโดยทันที หากกรณีที่ผู้นำการชุมนุมเห็นว่าผู้เข้าร่วมการชุมนุมพกพาอาวุธจะต้องดำเนินการสั่งให้ออกจ การชุมนุมและออกไปจากบริเวณที่ชุมนุมและต้องแจ้งให้ เจ้าหน้าที่ตำรวจทราบเพื่อขอการสนับสนุนหากผู้นั้นขัดขืนไม่ยอมออกจากการชุมนุมผู้นำการชุมนุมไม่มีสิทธิที่จะใช้อำนาจบังคับด้วยตนเองให้ผู้ที่ยกพาอาวุธเข้ามาในการชุมนุมนั้นออกจากการชุมนุมได้

4. การชุมนุมนั้นขัดกฎหมายอาญาที่มีสาระสำคัญเป็นการกระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรงหรือความผิดอาญาแผ่นดินหรือกรณีที่การชุมนุมนั้นมีการเรียกร้องหรือจูงใจให้มีการกระทำความผิดดังกล่าวและผู้นำการชุมนุมไม่ดำเนินการ โดยไม่ชักช้าเพื่อห้ามการเรียกร้องหรือจูงใจดังกล่าว

หากปรากฏเหตุในการสั่งสลายการชุมนุมดังกล่าว เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องพิจารณา  
 ดำเนินการสั่งสลายการชุมนุมโดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน ซึ่งมาตรา 13 วรรคหนึ่ง ประโยคที่  
 สอง VersG ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการดำเนินการสั่งสลายการชุมนุมนั้นจะกระทำได้ ต่อเมื่อ  
 มาตรการในการเข้าไปแทรกแซงอื่น ๆ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถดำเนินการได้แล้ว กรณีการ  
 สั่งสลายการชุมนุมจะไม่มีปัญหาใดเลยหากว่าทั้งการชุมนุมดำเนินการไป โดยไม่สงบเพราะเท่ากับ  
 ว่าผู้เข้าร่วมการชุมนุมทั้งหมดนั้น ไม่อาจอ้างความ คู้มกันจากเสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 8 GG  
 แต่สิทธิดังกล่าวของผู้เข้าร่วมการชุมนุมจะต้องรักษาไว้หากว่าความ ไม่สงบนั้นเกิดขึ้นจากบุคคลคน  
 เดียวหรือส่วนน้อยของการชุมนุม หากมีการประกาศสลายการชุมนุมแล้วนั้น ผู้เข้าร่วมการชุมนุมมี  
 หน้าที่ที่จะต้องออกจากบริเวณสถานที่ในการชุมนุมในทันทีคำสั่งสลายการชุมนุมนั้น โดยหลักแล้ว  
 จะดำเนินการโดยคำสั่งทางปกครองโดยวาจา

การสั่งสลายการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่งนั้นต้องเป็นกรณีที่มีอันตรายต่อ  
 ความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ทั้งนี้ในการตีความว่ามีเหตุที่จะ  
 ทำให้มีการสั่งสลายการชุมนุมหรือไม่นั้นจะต้องตีความภายใต้เงื่อนไขอย่างแคบ เพียงการ ไม่ได้แจ้ง  
 การชุมนุมหรือการ ไม่ให้ข้อมูลหรือการกระทำที่ขัดต่อเงื่อนไขในการชุมนุมเพียงอย่างเดียวนั้นยัง  
 ไม่ถือว่าเป็นอันตรายโดยตรงที่จะเป็นเหตุให้มีการสั่งสลายการชุมนุมได้ การสั่งสลายการชุมนุม  
 โดยอ้างเหตุดังกล่าวเพียงอย่างเดียวนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อ หลักความได้สัดส่วนและขัด  
 รัฐธรรมนูญเพราะเสรีภาพในการชุมนุมมีฐานะสูงกว่าเหตุดังกล่าว

ทั้งนี้หากมีการสั่งสลายการชุมนุมคำสั่งนั้นมีผลต่อที่ ผู้นำการชุมนุมและผู้ร่วม  
 ชุมนุม การสั่งสลายการชุมนุมนั้นมีผลทำให้การชุมนุมที่เกิดขึ้นแล้วสิ้นสุดลงและกรณีก็ไม่ถือว่าเป็น  
 การสั่งสลายการชุมนุมนี้เป็นการบังคับตามคำสั่งห้ามการชุมนุมแต่อย่างใด แต่ถือว่าเป็นคำสั่งทาง  
 ปกครองที่แยกออกมาเฉพาะ เมื่อมีคำสั่งสลายการชุมนุมแล้วทำให้การเข้าร่วมตัวของผู้เข้าร่วม  
 ชุมนุมนั้น ไม่ตกอยู่ภายใต้เสรีภาพในการชุมนุมและการชุมนุมนั้นกลายสภาพเป็นการรวมตัว ของ  
 บุคคลซึ่งสามารถถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการ โดยอาศัยฐานของกฎหมายตำรวจได้ มาตรา 15  
 VersG กำหนดเงื่อนไขในการสลายการชุมนุมไว้ซึ่งในการใช้การตีความมาตราดังกล่าวจะต้อง  
 สอดคล้องกับเสรีภาพในการชุมนุมอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยการ  
 สลายการชุมนุมจะกระทำได้ในกรณีเพื่อคุ้มครองสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองซึ่งมีค่าเท่ากับเสรีภาพใน  
 การชุมนุมทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนและในกรณีที่เห็น ได้ว่ามีอันตรายที่เกิดขึ้น  
 โดยตรงต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองที่จะนำมาซึ่งน้ำหนักเทียบ บกับเสรีภาพ  
 ในการชุมนุมนั้น ได้แก่ ชีวิต สุขภาพ ทรัพย์สินและความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ เป็นต้น

ทั้งนี้ในการสั่งศาลายการชุมนุมนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถมีคำสั่งห้ามเข้าบริเวณที่กำหนดไว้ด้วยและหากมีการฝ่าฝืนก็สามารถมีการบังคับโดยการจับกุมได้สำหรับกรณีของการเดินขบวนนั้นไม่ปรากฏหน้าที่ที่จะต้องออกจากสถานที่ดังกล่าวเนื่องจากลักษณะของการเดินขบวนที่มีการเคลื่อนไหวหรือการหยุดการเดินขบวนเท่านั้น เมื่อมีการสั่งศาลายการชุมนุมส่งผลให้การชุมนุมกลายเป็นเพียงการรวมตัวซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของเสรีภาพในการชุมนุมและกฎหมาย VersG แต่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายตำรวจซึ่งสามารถใช้มาตรการมีคำสั่งห้ามเข้าบริเวณที่กำหนดได้ แต่หากการชุมนุมสิ้นสุดลงโดยการประกาศยุติการชุมนุมโดยผู้นำการชุมนุมเองนั้นผู้ร่วมการชุมนุมก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องออกจากบริเวณที่ชุมนุมแต่อย่างใดเพราะหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย VersG ซึ่งยุติลงพร้อมกับการประกาศยุติการชุมนุมดังกล่าว แต่ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้อำนาจของตนมีคำสั่งห้ามเข้าบริเวณที่กำหนดนั้นได้

การมีคำสั่งศาลายการชุมนุมนั้นก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งโดยหลักแล้วจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยวาจาและจะเป็นคำสั่งที่บังคับได้ทันทีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในกรณีนี้จะไม่เป็นผลให้เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองเพราะเป็นคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจทั้งนี้ตาม มาตรา 80 วรรคสอง ข้อสอง ของกฎหมายศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง VwGO และหากคำสั่งทางปกครองนั้นหมดสิ้นไปในระหว่างการดำเนินคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ผู้ฟ้องคดีสามารถร้องขอต่อศาลปกครองให้ดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีนั้นต่อไปได้ในฐานะคดีที่ขอให้ศาลปกครองยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองที่สิ้นผลไปแล้วนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Fortsetzungsfeststellungsklage) ได้

#### 7) การส่งเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าไปในการชุมนุม

มาตรา 12 VersG ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีของการชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิดกำหนดถึงกรณีที่จะมีการส่งเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าไปในการชุมนุมในกรณีดังกล่าวว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวจะต้องแสดงตนให้ผู้นำการชุมนุมเห็นได้อย่างชัดเจนและต้องมีการจัดที่ไว้เป็นการเฉพาะให้แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวด้วย

ด้วยเหตุที่ว่า การชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิดดังกล่าวเป็นการชุมนุมที่ไม่ต้องมีการแจ้งการชุมนุมและไม่มีการติดต่อระหว่างผู้จัดการชุมนุมกับเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย VersG หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นการล่วงหน้า (ก่อนการชุมนุม) ดังนั้นการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเห็นว่าการดำเนินการชุมนุมดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เป็นไปได้โดยยาก ดังนั้นมาตรการในการส่งเจ้าหน้าที่ในกรณีตามมาตรา 12 VersG ดังกล่าวก็เพื่อให้มีการสังเกตการณ์สถานการณ์ในสถานที่ชุมนุม และดำเนินการใด ๆ ตามสมควรต่อสถานการณ์นั้น ๆ ได้และสามารถใช้เป็นมาตรการใน

การปราบผู้ที่จะก่อวินในการชุมนุมอีกด้วยเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ถูกส่งไปนั้นสามารถเรียกร้องให้มีการแจ้งจำนวนผู้ดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุมได้และหากมีจำนวนที่มากเกินไปก็สามารถจำกัดหรือลดจำนวนได้สำหรับกรณีของการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่งนั้นมาตรา 18 วรรคหนึ่ง VersG กำหนดให้นำมาตรการตามมาตรา 12 VersG ดังกล่าวมาใช้ในการชุมนุมในกรณีนี้ด้วยเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งในการดำเนินการส่งเจ้าหน้าที่ตำรวจมีความอันตรายที่เป็นรูปธรรมเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามมาตรการตามมาตรา 12 VersG ดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้ในการเดินขบวนได้เนื่องจากมีเงื่อนไขที่ไม่เข้ากับลักษณะของการเดินขบวน แต่ทั้งนี้ตามมาตรา 19 วรรคสี่ VersG ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่ดูแลการเดินขบวนและ สามารถถูกส่งไปดูแลการเดินขบวนไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

#### 8) การให้ผู้ร่วมการชุมนุมออกจากการชุมนุม

มาตรา 11 วรรคสอง และมาตรา 18 วรรคหนึ่ง VersG กำหนดให้ผู้นำการชุมนุมมีคำสั่งให้ผู้ร่วมการชุมนุม (บางรายหรือบางกลุ่ม) ออกจากการชุมนุมได้และการสั่งดังกล่าวมีผลทำให้การมีส่วนร่วมในการชุมนุมนั้นสิ้นสุดลงและผู้ที่ถูกให้ออกจากการชุมนุมดังกล่าวจะต้องออกจากชุมนุมโดยทันที เหตุที่จะมีการสั่งให้ออกจากการชุมนุม คือ การที่ผู้ร่วมการชุมนุมก่อวินหรือรบกวนการชุมนุมที่ดำเนินไปอย่างมีระเบียบ เป็นต้น กรณีของการชุมนุมและการเดินขบวนสาธารณะในสถานที่โล่งนั้นมีลักษณะพิเศษในการที่ผู้นำการชุมนุมสั่งให้ผู้ร่วมการชุมนุมออกจากชุมนุมแล้วนั้นกฎหมาย มาตรา 18 วรรคสาม และมาตรา 19 วรรคสี่ VersG กำหนดเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมออกจากการชุมนุมได้ เนื่องจากการสั่งให้บุคคลออกจากที่บริเวณการชุมนุมอันเป็นที่สาธารณะได้นั้นจำต้องอาศัยอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและหากมีการสั่งให้ออกจากการชุมนุมโดยมีการสั่งห้ามเข้าบริเวณที่กำหนดแล้วผู้ที่ได้รับคำสั่งไม่ปฏิบัติตามเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถควบคุมตัวบุคคลนั้นและกักตัวไว้ได้มาตรการที่ให้ผู้ร่วมการชุมนุมออกจากการชุมนุมนั้นถือเป็นมาตรการที่มีขึ้นเพื่อป้องกันอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้น

#### 9) มาตรการอื่นๆ

ในการเดินทางเข้าร่วมการชุมนุมนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายตำรวจดำเนินการเพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นได้ เช่น การกำหนดเงื่อนไขให้มีการรายงานตัวทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเหตุรุนแรงเดินทางเข้าร่วมการชุมนุมได้โดยการกำหนดให้มีการเข้ารายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจในท้องที่ของตนตามเวลาที่กำหนดทั้งนี้ต้องปรากฏชัดแจ้งว่าผู้เข้าร่วมชุมนุมดังกล่าวเป็นผู้ที่จะใช้ความรุนแรงหรือใช้กำลังในการชุมนุมเพียงแต่ผู้ชุมนุมนั้นอยู่ในกลุ่มของพวกที่ใช้กำลังหรือเคยมีการใช้กำลังในการชุมนุมมาก่อนนั้นยังไม่เพียงพอที่เจ้าหน้าที่

ตำรวจจะใช้มาตรการดังกล่าวได้ นอกจากนี้เพื่อเป็นการป้องกันการพกพาอาวุธเข้าร่วมในการชุมนุมซึ่งเป็นเรื่องต้องห้ามตาม VersG เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถดำเนินการโดยใช้มาตรการควบคุมต่าง ๆ ได้ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบข้อมูลระบุตัวบุคคล การตรวจค้น การอายัด ทั้งนี้ตามกฎหมายตำรวจ ทั้งนี้จะต้องเป็นกรณีที่มีอันตรายที่เป็นรูปธรรมเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ดังนั้นหากมีข้อสงสัยต่อผู้เข้าร่วมการชุมนุมทั้งหมดนั้นยังไม่ถือว่าเป็นอันตรายที่เป็นรูปธรรม ทั้งนี้การดำเนินการดังกล่าวจะต้องดำเนินการโดยไม่เป็นการดำเนินการเพื่อเป็นการข่มขู่หรือขัดขวางไม่ให้ผู้ชุมนุมเดินทางเข้าร่วมการชุมนุมได้แต่ต้องเป็นการดำเนินการเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นเท่านั้น นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจยังสามารถดำเนินการโดยใช้มาตรการกักตัวผู้ที่เป็อันตรายต่อการชุมนุมและส่งตัวกลับภูมิลำเนา เป็นต้น

ข้อจำกัดอื่น ๆ อันถือเป็นข้อห้ามตามที่กำหนดไว้ใน VersG ได้แก่กรณีดังต่อไปนี้ การห้ามการรบกวนการชุมนุมตามมาตรา 2 วรรคสอง VersG ซึ่งกำหนดว่าในกรณีของการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนนั้นบุคคล (ผู้เข้าร่วมการชุมนุมและบุคคลอื่นใด) ต้องไม่กระทำการอันเป็นการรบกวนอันมีเป้าหมายเพื่อขัดขวางการชุมนุมหรือการเดินทางที่กระทำโดยชอบนั้น ตัวอย่างที่ถือว่าเป็นการรบกวนการชุมนุม เช่น การตะโกนขัดขวางผู้ปราศรัย การบีบแตรรบกวนการใช้โทรโข่ง การร้องเพลง การแสดงป้ายที่มีเนื้อหาอันเป็นการดูหมิ่น การขว้างปาดอกไม้ไฟ การขว้างปาไข่หรือผลไม้เน่า การนั่งขวาง เป็นต้น การห้ามพกพาอาวุธตามมาตรา 2 วรรคสาม VersG กำหนดห้ามไม่ให้มีการพกพาอาวุธในการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนอาวุธในที่นี้ หมายถึงทั้งอาวุธในความหมายในทางเทคนิคและในทางไม่ใช่เทคนิค (วัตถุประสงค์ในการใช้) เช่น อาวุธปืน กระบอง สนับมือ มีด คาวกระจาย แก๊สน้ำตากระป๋อง โซ่ ขาโต๊ะ พลั่ว เขี่ยกเบียร์ ร่ม ก้อนหิน ประแจ คีม มีด โคนหรือสุนัข (โดยเฉพาะอย่างยิ่งสุนัขที่ใช้ในการต่อสู้) เป็นต้น การห้ามพกพาอาวุธที่ใช้ในการป้องกันทั้งนี้ตามมาตรา 17a วรรคหนึ่ง VersG ในการชุมนุมสาธารณะในสถานที่โล่ง และการเดินขบวนนั้นห้ามไม่ให้มีการพกพาอาวุธที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันตัวผู้ชุมนุม เช่น โล่ เครื่องป้องกัน เสื้อเกราะ ถุงมือที่ไม่สามารถแทงทะลุได้ หมวกเหล็ก หมวกนิรภัยของตำรวจ หน้ากาก แวนตาป้องกันแก๊สน้ำตา เครื่องป้องกันสำหรับใช้ในกีฬาประเภทต่อสู้หมวกกันน็อก หมวกนิรภัยที่ใช้ในการอุตสาหกรรมสนับแข้งของนักฟุตบอล หรือชุดเครื่องแต่งกายที่ทำด้วยหนัง เป็นต้น การห้ามใช้เครื่องแบบตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง VersG กำหนดห้ามสวมเครื่องแบบหรือส่วนหนึ่งของเครื่องแบบในการชุมนุมที่แสดงถึงความเชื่อทางการเมือง การห้ามการคลุมหน้าในการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนตามมาตรา 17a วรรคสอง VersG ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการยืนยันตัวบุคคลในการชุมนุม เป็นต้น

## 2. แนวคิดการชุมนุมสาธารณะในฝรั่งเศส

การใช้เสรีภาพในการชุมนุมในภาวะปกติในฝรั่งเศส โดยระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ได้มีการบัญญัติรับรอง เสรีภาพในการชุมนุม โดยสงบในภาวะปกติไว้ คือ ประชาชนชาติฝรั่งเศสสามารถที่จะกระทำการใด ๆ ก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น โดยกฎหมายจะห้ามเฉพาะการกระทำที่เป็นการรบกวนสังคมเท่านั้นถ้าสิ่งใดที่ไม่มีกฎหมายห้ามก็สามารถทำได้

ทั้งนี้ ในการชุมนุมสาธารณะ และการเดินขบวน ในลักษณะนี้จะต้องมีคณะกรรมการ การอันประกอบด้วยตัวแทนผู้ชุมนุมสาธารณะอย่างน้อยสามคน ทำหน้าที่ดูแลสอดส่องให้ การชุมนุมเป็นไปอย่างเรียบร้อย และต้องดูแลไม่ให้เกิดการชุมนุมสาธารณะกระทำการใดที่ผิดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบ เรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยคณะกรรมการชุมนุมสาธารณะต้องมีหนังสือแจ้งการชุมนุมสาธารณะต่อฝ่ายปกครอง และถ้าเกิดความเสียหายหรือความวุ่นวายในบ้านเมืองคณะกรรมการชุมนุมสาธารณะจะต้องรับผิดชอบทั้งหมด

นอกจากนั้น การเดินขบวนของฝรั่งเศส ยังได้กำหนดว่าต้องมี ผู้จัดการเดินขบวน เป็นผู้รับผิดชอบ ในการดูแลการเดินขบวน แม้จะไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของ ผู้จัดการเดินขบวน แต่ก็ต้องระบุชื่อ นามสกุลและที่อยู่ของผู้จัดการเดินขบวน ไว้ในหนังสือแจ้ง ซึ่งหนังสือแจ้งจะต้องลงนามโดยบุคคลสามคนที่มีที่อยู่สามารถติดต่อ ได้โดยไม่ได้กำหนดหน้าที่ของผู้จัดการเดินขบวนไว้ แต่จะอนุโลมได้ว่าผู้จัดการเดินขบวนจะต้องมีหน้าที่เหมือนกับคณะกรรมการชุมนุมสาธารณะ

ส่วน ผู้ชุมนุมสาธารณะ หรือผู้เดินขบวน ในประเทศฝรั่งเศส ให้เสรีภาพอย่างมาก แต่ประชาชน จึงไม่ได้กำหนด ถึงขอบ เขตหน้าที่ของประชาชนที่จะชุมนุมสาธารณะ หรือเข้าร่วมเดินขบวนสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับผิดชอบในการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน โดยระบบกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจพิเศษแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ให้เป็นผู้มีอำนาจ ในการรักษา ความสงบ เรียบร้อยของบ้าน เมือง และถ้าเห็นว่า การชุมนุมสาธารณะ หรือการเดินขบวนนั้นอาจจะก่อให้เกิดความวุ่นวาย ในบ้านเมืองจะให้อำนาจ ในการสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนได้

ในส่วน of ลักษณะ และวิธีการ ในการ ใช้เสรีภาพ ในการชุมนุม โดยสงบของฝรั่งเศส ในภาวะปกติ นั้นต้องมีหนังสือแจ้งบอกกล่าวเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ ผู้รับผิดชอบในการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน โดยหนังสือแจ้งบอกกล่าวจะต้องระบุชื่อ ที่อยู่ อาชีพของคณะกรรมการชุมนุมสาธารณะ หรือผู้จัดการเดินขบวนเรื่องที่จะแสดงความคิดเห็นหรือเรียกร้องต่อรัฐบาล ในการจัดการชุมนุมสาธารณะ และการเดินขบวน วัตถุประสงค์ เพื่ออะไร โดยต้องกำหนดวัน เวลา สถานที่ที่จะมีการชุมนุมสาธารณะหรือวัน เวลา เส้นทาง การเดินขบวน รวมถึงลักษณะและวิธีการ

ในการเดินขบวนจำนวนของผู้ชุมนุมสาธารณะ หรือผู้เดินขบวน โดยประมาณและต้องลงลายมือชื่อของคณะกรรมการชุมนุมสาธารณะหรือผู้จัดการเดินขบวน

โดยระยะ เวลา ในการ ทำหนังสือ แจ้งบอกกล่าว เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ ผู้รับผิดชอบจะต้อง แจ้ง ณ ที่ทำการของหน่วยงานของรัฐ ในท้องที่นั้นโดยแจ้งล่วงหน้าอย่างน้อย สามวันหรืออย่างมากสิบห้าวันที่จะมีการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวน ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้รับหนังสือแจ้งบอกกล่าวแล้วจะต้องออก ใ้รับแจ้งให้ผู้แจ้งทันที ซึ่งถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นว่าการชุมนุมสาธารณะ และการเดินขบวนจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ได้อาจมีคำสั่งห้าม การชุมนุมสาธารณะ หรือการเดินขบวน ได้โดยต้องแจ้งไปยังผู้ลงนาม ในหนังสือบอกกล่าว โดยทันที ส่วนสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งห้าม การชุมนุมสาธารณะ และการเดินขบวนของฝรั่งเศส ไม่มีข้อห้าม ในเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งห้ามไว้ แต่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อสภาแห่งรัฐในการเพิกถอนคำสั่งห้ามนั้น

ทั้งนี้ สำหรับข้อจำกัดของ เสรีภาพ ในการชุมนุม โดยสงบ ในภาวะปกติของฝรั่งเศส มี ข้อจำกัดเพียงเล็กน้อย กล่าวคือ

1. การชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนจะกระทำเกินเวลา 23.00 นาฬิกา ไม่ได้
2. การชุมนุมสาธารณะ หรือการเดินขบวนจะกระทำบนทางสาธารณะ ไม่ได้ เช่น ถนน

หลวง

3. มีบทลงโทษถ้าไม่ทำตามวิธีที่กฎหมายชุมนุมสาธารณะของฝรั่งเศสกำหนด คือ ต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่ 15 วัน ถึง 6 เดือน และปรับตั้งแต่ 16 ฟรังก์ ถึง 2,000 ฟรังก์ ในกรณีผู้ที่ให้ข้อความไม่ครบถ้วน หรือถูกต้อง ในหนังสือแจ้งบอกกล่าวให้ทราบล่วงหน้าเพื่อลงให้เข้าใจผิดถึงเงื่อนไขของการประท้วง หรือผู้เข้าร่วมเดินขบวนที่ไม่ได้มีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าหรือ ผู้ที่ถูกสั่งห้าม การเดินขบวน

เสรีภาพในการชุมนุม โดยสงบในภาวะไม่ปกติในฝรั่งเศส หมายถึง การปฏิวัติรัฐประหาร เปลี่ยนแปลงการบริหารประเทศหรือเกิดภัยคุกคามอย่างร้ายแรง เช่น การก่อการจลาจล การมั่วสุม คิตรี้าย การถูกรอครอบครองดินแดน โดยต่างชาติ ฯลฯ ซึ่งในฝรั่งเศสมีการจำกัดเสรีภาพ ในการชุมนุม โดยสงบ ในภาวะไม่ปกติ คือ ในกรณีสถานการณ์ฉุกเฉินกรณีประกาศใช้กฎอัยการศึกเกิดสงคราม เกิดการก่อกบฏจึงได้มีบทบัญญัติพิเศษที่ให้อำนาจแก่รัฐในการปฏิบัติต่อสถานการณ์นั้น เช่น กรณีกฎหมายว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นกฎหมายที่ ใช้ในยามภาวะฉุกเฉิน ในประเทศฝรั่งเศสเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ ซึ่งมีส่วนจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม โดยสงบของฝรั่งเศส ที่นำมาเป็นข้ออ้างในการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนได้



โดยสาระสำคัญในกฎหมายนี้คือ การประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินจะประกาศได้ต่อเมื่อ มีภัยอันตรายมากระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือจากเหตุการณ์ที่มีลักษณะ เป็นภัยพิบัติสาธารณะและผู้ที่มิอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินคือคณะรัฐมนตรี โดยต้อง ระบุท้องที่ที่จะประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย ซึ่งมีผลบังคับเป็นเวลาเพียง 12 วันเท่านั้นและจะสิ้น ผลเมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา ให้ขยายระยะเวลาในการ บังคับใช้

ทั้งนี้ ผลของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินคือให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ดูแลควบคุมสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน (ตำรวจ) มี อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน คือ ห้ามประชาชนสัญจร ห้ามยานพาหนะสัญจร ภายในเขตและเวลาที่ประกาศกำหนดเวลา ห้ามการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนทุกรูปแบบที่ อาจก่อให้เกิดความไม่สงบในบ้านเมือง

หลักเกณฑ์ของการชุมนุมในฝรั่งเศสทั้งหมดข้างต้น ทำให้พอได้ข้อสรุปว่าประเทศฝรั่งเศส ให้เสรีภาพแก่ประชาชนในการที่จะชุมนุมโดยสงบไม่ว่าในภาวะปกติหรือในภาวะไม่ปกติโดย ประชาชนผู้ที่ชุมนุมและเดินขบวนจะกระทำการใด ๆ ย่อมได้โดยไม่ต้องมาขออนุญาตจากทางราช การ แต่การกระทำนั้นต้องไม่เป็นการรบกวนผู้อื่นหรือขัดต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้าน เมืองประกอบกับในฝรั่งเศสเองได้มีการออกหลักเกณฑ์ในการชุมนุมและการเดินขบวน ซึ่งผู้ชุมนุม ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด เพื่อจะได้ไม่ก่อให้เกิดความไม่สะดวกแก่บุคคลอื่นและ เป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือแม้แต่ในภาวะบ้านเมืองไม่ปกติมีการประกาศ สถานการณ์ฉุกเฉินหรือมีประกาศกฏอัยการศึกโดยมีความจำเป็นรัฐบาลก็สามารถจำกัดเสรีภาพใน การชุมนุมและการเดินขบวนได้เพียงชั่วคราว ซึ่งกฎหมายของฝรั่งเศสจะมีการจำกัดระยะเวลาการ ใช้ประกาศภาวะฉุกเฉินและประกาศกฏอัยการศึกเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชาว ฝรั่งเศส

### 3. แนวคิดการชุมนุมสาธารณะตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

เงื่อนไขในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมในสหรัฐอเมริกา แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

1. เสรีภาพในการชุมนุมในภาวะปกติ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้กำหนดตัวบุคคล ผู้ ต้องรับผิดชอบในการชุมนุมในการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนไว้ ดังนั้นประชาชนทุกคนที่ เข้าร่วมชุมนุมต้องร่วมกันรับผิดชอบ โดยจะใช้กฎหมายอาญามาควบคุมส่วน เจ้าหน้าที่ของรัฐที่

รับผิดชอบดูแลการควบคุม การชุมนุม และการเดินขบวน คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจท้องที่ที่มี การชุมนุมเกิดขึ้นและท้องที่ที่เส้นทางเดินขบวนผ่าน โดยที่ตำรวจ ไม่มีอำนาจในการห้ามการชุมนุมมีเพียงหน้าที่ในการดูแลควบคุม การชุมนุม ให้เป็นไปโดยสงบ ไม่ก่อให้เกิดความวุ่นวาย และถ้าเกิดความวุ่นวายขึ้น เจ้าหน้าที่ตำรวจก็สามารถจับกุม ไปดำเนินคดีความผิดตามกฎหมายอาญา ได้โดยฐานการชุมนุมโดยผิดกฎหมาย ความผิดฐานก่อจลาจลได้โดยส่งฟ้องดำเนินคดีต่อศาลยุติธรรม

ขั้นตอนวิธีการในการชุมนุม ในสหรัฐอเมริกา ไม่มีการกำหนดว่าจะต้อง ทำอย่างไร เพียงแต่ก่อนที่จะมี การชุมนุมนั้น ให้มีการบอกกล่าว แก่เทศบาลท้องที่ หรือสถานีตำรวจท้องที่ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ เข้ามาดูแลรักษาความปลอดภัย และอำนวยความสะดวก ให้แก่การชุมนุมตามหลักการที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้

นอกจากนี้ ในสหรัฐอเมริกา ยัง ไม่มีข้อห้าม หรือข้อจำกัด ใด ๆ ในกรณีที่ประชาชนจะชุมนุมสาธารณะ หรือเดินประท้วง ประชาชนสามารถกระทำ ได้ทุกวัน ทุกเวลา ทุกสถานที่ ซึ่งจะต้อง ไม่กระทบต่อ ความสงบ เรียบร้อย ของบ้าน เมือง หาก แต่การชุมนุมนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อน หรือ ไม่กระทบกระ เทือนต่อความปลอดภัยของบ้าน เมืองหรือประชาชนอื่น ๆ ก็จะมีบทกฎหมายลงโทษเป็นความผิดอาญาและความผิดทางแพ่ง

2. เสรีภาพในการชุมนุม โดยสงบ ในภาวะ ไม่ปกติในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย ในระบบประธานาธิบดี มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติรับรอง เสรีภาพของประชาชนชาวอเมริกาเป็นฉบับแรกของโลกจึง ไม่มีการจำกัดเสรีภาพของประชาชนถือว่าเป็นประเทศแห่งความมี เสรีภาพของประชาชนอย่างยิ่งประเทศหนึ่ง ทั้งนี้ ในภาวะ ไม่ปกติของสหรัฐอเมริกา มีน้อยครั้งเพราะ ในอเมริกาจะ ไม่มีการก่อกบฏ ก่อการรัฐประหาร โค่นล้มรัฐบาล แต่จะมีภาวะ ไม่ปกติ คือ ในกรณีสงคราม โลกกรณีป้องกัน การกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ที่จะมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและกฏอัยการศึกในภาวะสงครามเท่านั้น ซึ่งประชาชนอเมริกาทุกคนยังมีสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาบัญญัติรองรับไว้เช่นเดิม

ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีบทกฎหมายที่ว่าด้วย การชุมนุมสาธารณะไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง แต่ได้ใช้บทกฎหมายทั่วไป ได้แก่ กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งในการควบคุมดูแลการชุมนุมเรียกร้องและการเดินขบวนของประชาชน ในการชุมนุมหรือการเดินขบวนจะอยู่ภายใต้การดูแลของพนักงานเจ้าหน้าที่ตำรวจท้องที่นั้นเสมอ แม้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะไม่มีอำนาจ ในการสั่งห้ามชุมนุม หรือเดินขบวนของประชาชน แต่ก็มีอำนาจหน้าที่ ในการดูแลและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่มีได้เข้าร่วมในการชุมนุมหรือเดินขบวน

ดังนั้น ถ้ากลุ่มบุคคลใดหรือกลุ่มผู้ชุมนุมใดก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถจับกุมตัวผู้เข้าร่วมการชุมนุมนั้นทุกรายไปดำเนินคดีต่อศาลยุติธรรมไปในความผิดฐานชุมนุมโดยผิดกฎหมายหรือฐานก่อให้เกิดการจลาจล

การชุมนุมและการเดินขบวนประท้วงของประชาชน ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นสิ่งที่กระทำได้อย่างต่อเนื่องโดยไม่จำกัดว่าอยู่ในสถาน การณ์ใดบ้างและจะเป็นการชุมนุม เรียกร้อง หรือเดินขบวนในสิ่งหนึ่งสิ่งใดก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องมีวัตถุประสงค์เป็นการผิดกฎหมาย トラบเท่าที่การชุมนุมนั้น ไม่มีการล່วงละเมิดกฎหมาย แต่ในขณะที่เดียวกัน การที่บุคคลใดจะจัดให้มีการชุมนุมสาธารณะขึ้นในที่ใดนั้น ผู้จัดให้มีการชุมนุมจะต้องขออนุญาตแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ เทศบาลหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจในท้องที่ที่มีการชุมนุมเป็นการล່วงหน้า ทั้งนี้ก็เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้ามาดูแลรักษาความปลอดภัยและอำนวยความสะดวกแก่การชุมนุมและผู้ชุมนุมตามหลัก การที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ผลของการกระจายอำนาจยังทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้มีอำนาจที่ควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะ เพื่อให้สิทธิของผู้ชุมนุมต้องขัดกับสิทธิ เสรีภาพของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะ

## แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของมนุษย์

### 1. ในความเป็นส่วนตัว

สิทธิส่วนบุคคล หมายถึง สิทธิประจำตัวของบุคคลอันประกอบด้วยเสรีภาพในร่างกาย การดำรงชีวิตมีความเป็นส่วนตัวซึ่งได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายมิให้ผู้อื่นมาล่งละเมิด โดยมีรัฐธรรมนูญรับรองคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลไว้ว่าสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครองการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียงหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน (มานิตย์ จุมปา, 2546 ก, หน้า 70)

ความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล คือ สถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกตการณ์รู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่าง ๆ และมีความสันโดษ ไม่ติดต่อสัมพันธ์ กับสังคมก็ถือเป็นการดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระมีการพัฒนาบุคลิกลักษณะตามที่ต้องการมีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้และเป็นความพอใจของเขาตราบเท่าที่ความสนุกสนานนั้นไม่ล่งเกิน

สิทธิของผู้อื่นหรือขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวอีกนัยหนึ่งการใช้สิทธิส่วนตัวนี้จะต้องไม่เป็นการรบกวนล่วงเกิน

สิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีวิตของบุคคลและเป็นสิ่งที่แสดงความเป็นคุณค่าความเป็นมนุษย์รัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลให้สมกับความสำคัญของสิทธิ แม้ว่าสิทธิส่วนบุคคลจะเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์เป็นสิทธิเด็ดขาดที่ไต่ถามกับบุคคลทั่วไปได้ทุกคนอันทำให้มีการยอมรับในศักดิ์ศรีของมนุษย์และเสรีภาพในการดำรงชีวิตของบุคคลก็ตาม แต่สิทธิส่วนบุคคลย่อมมีความเชื่อมโยงกับกฎหมายอย่างใกล้ชิดเพราะกฎหมายเป็นเครื่องมือพื้นฐานที่สำคัญที่มีไว้ป้องกัน ในสภาพสังคมที่ซับซ้อนนั้นแม้จะสันนิษฐานได้ว่าบุคคลมีสิทธิส่วนบุคคลที่กฎหมายคุ้มครอง แต่สิทธิส่วนบุคคลนี้ย่อมถูกจำกัดโดยกฎหมายได้เมื่อมีผลประโยชน์แห่งสาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) 2549 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ”

แนวคิดการคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานนับเป็นพันปี โดยความหมายดั้งเดิมมุ่งคุ้มครองความเป็นส่วนตัวด้านพฤติกรรมของบุคคลในที่ ระโหฐาน หมายถึงความไม่มีอิสระจากการถูกล่วงล้ำจากบุคคลภายนอก ในเรื่องส่วนตัว เช่น การป้องกันมิให้ผู้อื่นรู้ถึงชีวิตส่วนตัวภายในอาณาบริเวณเคหสถาน เพื่อมิให้ผู้อื่นก้าวล่วงไปรับรู้ว่าคุณกำลังทำอะไรในเคหสถานของตน แต่เมื่อเวลาผ่านไปความหมายของคำนี้หมายความรวมไปถึงการห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐใช้ข้อมูลของประชาชนที่จัดเก็บไว้ นอกเหนือจากวัตถุประสงค์หรือโดยมิชอบตามกฎหมายข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสวีเดน หรือการห้ามมิให้มีการเผยแพร่ข้อเท็จจริงในเรื่องส่วนตัวตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ผู้ฝ่าฝืนจะได้รับโทษทางอาญา ซึ่งจะเห็นว่าสิทธิดังกล่าวยังตั้งอยู่บนพื้นฐานการเก็บรักษาความลับในเรื่อง ราวส่วนตัวทำนองเดียวกับแนวคิดดั้งเดิมที่มุ่งรักษาความเป็นอยู่ส่วนตัวในระโหฐาน

ศตวรรษที่ 21 ความหมายของคำว่า “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” ได้ถูกนิยามให้ชัดเจนและกว้างขวางยิ่งขึ้นโดยมุ่งหมายถึง “การจำกัดการเข้าถึงบุคคลโดยบุคคลอื่น ” ซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. การเก็บรักษาความลับ หมายถึง การจำกัดมิให้ผู้อื่นทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตนเอง

2. การปิดบังไม่เปิดเผยตัว หมายถึง การป้องกันมิให้ผู้อื่นทราบว่าเป็นใคร ชื่ออะไร

3. การอยู่ตามลำพัง หมายถึง การกีดกันหวงห้ามมิให้ผู้อื่นมาอยู่ใกล้ชิดในทางกายภาพ เห็นได้ว่า ทั้งสามประการข้างต้นมีหลักการสำคัญอยู่ที่การจำกัดการเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งในสถานการณ์หนึ่ง ๆ แม้การกีดกันหวงห้ามมิให้ผู้อื่นมาอยู่ใกล้ชิดทางกายภาพก็มีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้บุคคลอื่นล่วงรู้ข้อมูลกิจกรรมในชีวิตส่วนตัวนั้นเอง กล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือการจำกัดการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น ปัจจุบันสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลทั้งหลายจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

## 2. ในการปฏิบัติต่อร่างกายตัวเอง

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 กำหนดบังคับให้เป็นทั้งสิทธิและเสรีภาพไปในขณะเดียวกัน เช่น มาตรา 32 บัญญัติให้บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการทารุณโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ แต่การลงโทษประหารชีวิตตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือเป็นการลงโทษด้วยวิธีการอันทารุณโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม

การจับ การควบคุม ตรวจสอบตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

สิทธิ (Rights) คือ ประโยชน์ซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับตนเองทรัพย์สินของตนเองหรือในการกระทำการอันเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น

ฉะนั้น เมื่อกฎหมายกำหนดชัดเจนว่าบุคคลมีทั้งสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายจึงมิใช่กำหนดให้เฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ มิใช่ให้มีเฉพาะสิทธิหรือมีเฉพาะเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งในชีวิตร่างกายของประชาชนเพียงประการหนึ่งประการเดียว

ดังนั้น หากพิเคราะห์ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าวจึงไม่เป็นเพียงแต่กฎหมายสูงสุดที่ให้อำนาจแก่บุคคลในการกำหนดภาวะของตนเองที่จะไม่ต้องตกอยู่ภายใต้การครอบงำโดยอำนาจใด ๆ ของคนอื่น กล่าวคือ มิใช่เพียงแต่กำหนดให้ประชาชนในรัฐมีอิสระในการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใด ๆ ที่ไม่ขัดต่อบทกฎหมายเท่านั้น หากยังบัญญัติให้บุคคลอื่นต้องมีหน้าที่ให้ความเคารพต่อเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของเราด้วย ทั้งนี้เพราะเมื่อเป็นทั้งสิทธิจึงได้กล่าวมาแล้วจึงก่อให้เกิดหน้าที่สำหรับบุคคลอื่น ๆ ในอันที่จะต้องให้ความเคารพไม่ล่วงเกินต่ออิสระในชีวิตและร่างกายของผู้เป็นเจ้าของสิทธิตามกฎหมาย

คำว่า “ร่างกาย” นั้นมีความหมายทางกฎหมายกว้างเกินกว่าที่คนธรรมดาคิดคำนึง กล่าวคือ กฎหมายมุ่งไปสู่ตัวสรีระทั้งหมดของบุคคล อันรวมถึงตั้งแต่หัวจรดเท้า เป็นต้น เส้นผม เล็บ

ชนหรืออวัยวะอื่นใด ๆ ที่บ่งปรากฏเป็นรูปธรรมให้เห็นได้ชัดเจนกว่าที่ได้ยกมาเพื่อเป็นตัวอย่าง เป็นต้นว่า แขน ขา มือ เท้า หรือส่วนซึ่งเป็นอวัยวะภายในร่างกายอันซ่อนอยู่ในรูปกายที่มีผิวหนัง เป็นเปลือกห่อหุ้มไว้แทบทั้งหมด สิทธิและเสรีภาพในร่างกายของประชาชนย่อมสิ้นไปในทันทีเมื่อพวกเขาถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าพนักงานตำรวจ ซึ่งเป็นกลไกของอำนาจรัฐใน กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเบื้องต้น ปฏิบัติการจับกุมและตามด้วยการดำเนินการควบคุม มต่อไป เมื่อมีเหตุอันสงสัยว่าได้กระทำความผิด (Probably, Presumably)

### ทฤษฎีว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

รัฐเสรีประชาธิปไตยจัดทำรัฐธรรมนูญของตน โดยได้รับแรงบันดาลใจจากลัทธิปัจเจกชน (Individualism) ลัทธินี้สอนว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี และศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์มี ลักษณะเป็นนามธรรมจะปรากฏตัวออกมาให้เห็นอยู่ ว่าเป็นรูปธรรมในรูปของความสามารถของ มนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง (Self-Determination) อนึ่งมนุษย์แต่ละ คนจะมีความสามารถเช่นว่านี้ได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อแต่ละคนมี “แดนแห่งเสรีภาพ” (Sphere of individual liberty) ภายในแดนแห่งเสรีภาพของตนนี้ แต่ละคนจะคิดหรือกระทำการใด ๆ ก็ได้โดย อิสระ ปลอดภัย การแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งของผู้ปกครอง ดังนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ให้แก่ ราษฎร เพื่อให้ราษฎรแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ นพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทาง กายภาพและในทางจิตใจได้ตามใจปรารถนา

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้ราษฎร จำแนกออกเป็นประเภท ๆ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป เช่น จำแนกตามวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพ จำแนกตามการกำเนิดแห่งสิทธิและเสรีภาพและจำแนกตามอาการการใช้สิทธิและเสรีภาพ

เมื่ออาศัยวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักเกณฑ์ ก็อาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพออกได้ เป็น 6 ประเภท ได้แก่ สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น ความมั่นคงปลอดภัยของชีวิตและร่างกายซึ่ง รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้ความคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐป้องกันและปราบปรามการกระทำ ความผิดอาญา เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ ฯลฯ สิทธิ เสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือ ลัทธินิยมทางศาสนา และในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็นโดยการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา สิทธิเสรีภาพในทางสังคมและเศรษฐกิจ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

เมื่อพิจารณาจากการกำเนิดของสิทธิเสรีภาพอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ สิทธิมนุษยชน (Human rights) ซึ่งถือกันว่าเป็นสิทธิเสรีภาพที่เป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์และไม่อาจถูกพรากไปจากราษฎรได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎร เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด สิทธิในทรัพย์สิน ฯลฯ และเสรีภาพของพลเมือง (Citizen's rights) ซึ่งแท้ที่จริงแล้วก็คือสิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วม ในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ หรือสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองต่าง ๆ เช่น สิทธิเลือกตั้งและสมัครเข้ารับเลือกตั้ง เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมือง เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากอาการที่ใช้สิทธิและเสรีภาพแล้ว ก็อาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม (Libbers of conscience) หรือสิทธิและเสรีภาพในทางความคิด ซึ่งเป็นเรื่องภายในจิตใจโดยแท้ เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนาหรือลัทธินิยมทางศาสนา เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพทางวิชาการ ฯลฯ และสิทธิเสรีภาพในการกระทำ (Liberty of action) ซึ่งเป็นการเคลื่อนไหวส่วนต่าง ๆ ของร่างกายตามที่คิดและตกลงใจไว้ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และสื่อสารความหมายโดยวิธีอื่น เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ ฯลฯ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้นถือกันว่าเป็นคุณค่าสูงสุดที่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรใช้อำนาจนิติ บัญญัติ องค์กรใช้อำนาจบริหารหรือองค์กรใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง บรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพจึงมิได้มีฐานะเป็นแต่เพียง “คำประกาศ” อุดมการณ์ของรัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง (Self-Executing) แก่องค์กรของรัฐเหล่านั้นด้วย (เสนห์ จามริก, 2529, หน้า 10)

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ราษฎรไว้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ บางกรณีก็บัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ (Absolute) กล่าวคือ โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ แต่บางกรณีก็บัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ (Relative) กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิ หรือเสรีภาพนั้น ๆ ในภายหลังได้ เฉพาะแต่สิทธิและสิทธิเสรีภาพในมโนธรรมหรือในทางความคิดเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรอย่างสมบูรณ์ ส่วนสิทธิเสรีภาพในการกระทำนั้นรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์เสมอ การดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นจำเป็นต้องมีระเบียบวินัย แต่ละคนจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพอย่างไรอย่างหนึ่งของผู้อื่นหรือต่อประชาชนไม่ได้ เช่น แต่ละคนจะใช้เสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่น

ที่อยู่ เดินเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นหรือเข้า ไปตั้งบ้านเรือนในที่ดินของผู้อื่น โดยที่ผู้เป็นเจ้าของที่ดิน ไม่อนุญาตไม่ได้ แต่ละคนจะใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา ฯลฯ กล่าวถ้อยคำ เขียน พิมพ์หรือโฆษณาข้อความใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการลบลู่ เกียรติยศหรือชื่อเสียงของผู้อื่นหรือทำลายความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชนหรือก่อให้เกิดความเสื่อมโทรมทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนไม่ได้ เป็นต้น ความจริงข้อนี้ทำให้ยอมรับว่าองค์กรต่าง ๆ ของรัฐมีอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพในการ กระทำของราษฎรแต่ละคน โดยการบังคับให้แต่ละคนกระทำการบางอย่าง หรือการห้ามมิให้แต่ละ คนกระทำการบางอย่างได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและ /หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่ง ประโยชน์มหาชน ปัญหาคงมีแต่เพียงว่าทำอย่างไรราษฎรจึงจะมั่นใจได้ว่าองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะ ไม่ใช่ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรี ภาพในการกระทำของตนตามอำเภอใจได้ (วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ , 2534, หน้า 16) เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า “หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaatsprinzip) หรือ “หลักนิติธรรม” (The rule of law) เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของ ฝ่ายบริหาร อันได้แก่ รัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้ การกำกับดูแลของร ัฐบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด ตาม “หลักนิติรัฐ” หรือ “หลักนิติธรรม” นี้ องค์กรฝ่ายบริหารจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชน คนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แม้การกระทำนั้นจะเป็น ไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพหรือ ประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่นหรือเพื่อป้องกันรักษาผลประโยชน์ของมหาชน โดยส่วนรวมก็ตาม ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น กฎหมาย จึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของ องค์กรฝ่ายบริหารโดยปกติแล้วกฎหมาย ที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กร ฝ่ายบริหาร ได้แก่ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดส่วนกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจ กระทำการซึ่งองค์กรฝ่าย บริหารมีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับที่ให้อำนาจ นั้นเองแล้วยังมีพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดฉบับอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่องค์กร ฝ่ายบริหารกระทำการตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความเสมอภาค (Principle of equality before the law) ซึ่งบังคับให้องค์กรฝ่ายบริหารปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่าง เดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคนและหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งบังคับให้องค์กรฝ่าย บริหารออกมาตรการที่สาม ารลดดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จ ลุล่วงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ในขณะที่เดียวกันก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราษฎรน้อยที่สุด



และห้ามมิให้องค์กรฝ่ายบริหารออกมาตรการใด ๆ ซึ่งหากได้ลงมือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรและ / หรือ แก่สังคมโดยส่วนรวมกฎหมายประเพณี (Customary law) และหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) นอกจากนั้นแล้วในกรณีที่องค์กรฝ่ายบริหารใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะรายขององค์กรฝ่ายบริหารยังต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) ซึ่งตนได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับอีกด้วย (วราพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2534, หน้า 568-582)

## 1. ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย

### 1.1 ความหมายของสิทธิและหน้าที่

“สิทธิ” (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เป็นต้น ว่าอำนาจตามที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลคนหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน เช่น เรียกร้องให้เขาชำระเงินให้หรือซ่อมแซมกำแพงบ้านให้ หรือให้ละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เรียกร้องให้ผู้ที่ขายกิจการให้แก่ตนละเว้นจากการประกอบกิจการอย่างเดียวกันกับที่ขายให้แก่ตนในเมืองเดียวกันแข่งกับตน ส่วนกรรมสิทธิ์ในบ้านหลังหนึ่ง เมื่อวิเคราะห์กันอย่างถึงที่สุดแล้ว แท้ที่จริงก็คืออำนาจของผู้ที่เป็นเจ้าของบ้านหลังนั้นในอันที่จะใช้สอยแสวงประโยชน์จากบ้านหลังนั้นจำหน่ายโอนและห้ามมิให้ผู้อื่นเข้าไปในบ้านและใช้บ้านด้วยประการใด ๆ โดยมีขอบนนั้นเอง

“เสรีภาพ” (Liberty) ได้แก่ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำหรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ กล่าวโดยสรุป เสรีภาพคืออำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-Determination) โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง ดังนั้นเสรีภาพจึงแตกต่างจากสิทธิซึ่งเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่นโดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตนจริงอยู่การที่กฎหมายรับรองเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่บุคคล ย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเหมือนกัน แต่หน้าที่ที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นอันเนื่องมาจากการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลคนหนึ่งนี้เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของผู้ทรงเสรีภาพคงมีอำนาจตามกฎหมายแต่เพียงที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพ

ของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตนหรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่าสิทธิเสรีภาพแม้จะคล้ายกันข้อที่ว่าต่างก็เป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล แต่ก็แตกต่างกันในข้อสาระสำคัญอันมีอาจมองข้ามเสียได้ สิทธิเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตน เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำและที่จะไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์จะกระทำและแม้การมีอำนาจดังกล่าวจะมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นหน้าที่นั้นก็เป็นเพียงแต่หน้าที่ที่จะต้องละเว้นจากการกระทำใด ๆ ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขาเท่านั้น

การเปรียบเทียบสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ (Right of information) กับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of expression) คงแสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างสิทธิกับเสรีภาพได้อย่างเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้นเมื่อเรากล่าวว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการแก่ราษฎร หมายความว่า ราษฎรมีอำนาจตามกฎหมายที่จะขอดูเอกสารต่าง ๆ ที่ตนสนใจจากส่วนราชการผู้ครอบครองเอกสารเหล่านั้นไว้ได้ และส่วนราชการนั้นก็มิหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้อง ให้ผู้ร้องได้ดูเอกสารเหล่านั้นด้วย ตรงกันข้ามเมื่อกล่าวว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา ฯลฯ หมายความว่า ราษฎรมีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกล่าวถ้อยคำ เขียนหรือเผยแพร่ข้อความใด ๆ ที่ตนประสงค์จะกล่าว เขียนหรือเผยแพร่ได้ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางจากองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ แต่ราษฎรหาอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้รัฐจัดหาวัสดุอุปกรณ์ที่จำเป็นต้องใช้ในการแสดงความคิดเห็นวิธีต่าง ๆ เหล่านั้นไม่ เช่น ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้รัฐจัดหาเครื่องกระจายเสียงให้ใช้พูด ปากกาดินสอ หรือเครื่องพิมพ์ดีดและกระดาษให้ใช้เขียน ฯลฯ อำนาจที่ราษฎรพึงมีต่อรัฐคงเป็นแต่เพียงอำนาจที่จะเรียกร้องให้รัฐละเว้นกระทำการใด ๆ ที่เป็นหรือจะเป็นอุปสรรคขัดขวางการแสดงความคิดเห็นของตนเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้ก็ได้มีการใช้คำว่า “สิทธิ” และคำว่า “เสรีภาพ” ปน ๆ กันไป เช่น เรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงจะมีในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์รวม ๆ กันไปตาม “สิทธิมนุษยชน” (Human rights) ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่บุคคลรวม ๆ กันว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Basic rights หรือ

Fundamental constitutional rights) กระนั้นก็ตามพึงระลึกไว้เสมอว่า สิ่งที่เราเรียกว่า “สิทธิมนุษยชน” ก็คือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ก็คือนั้น ส่วนใหญ่แล้วจะเป็น “สิทธิในเสรีภาพ” (Right of liberty) กล่าวคือ เป็นอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกระทำการต่าง ๆ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางของรัฐนั่นเอง (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2547, หน้า 48)

แต่เดิมมา รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ มักจะบัญญัติรับรองเสรีภาพเสียเป็นส่วนใหญ่สิทธิที่มีรับรองอยู่บ้างก็คงได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย กรรมสิทธิ์ และสิทธิทางการเมืองบางประการ เช่น สิทธิเลือกตั้ง สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิสมัครเข้ารับราชการ ฯลฯ เท่านั้น แต่ปรากฏว่า มีนักวิจารณ์สังคมและนักคิดทางการเมืองบางสำนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งพวกมาร์กซิสต์ เลนินนิสต์ได้พากันวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงว่า (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 หมวด 1 ตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 19) ภายใต้เงื่อนไขทางเศรษฐกิจแบบทุนนิยมตามที่เป็นอยู่ในเวลานั้น เฉพาะแต่ผู้ที่มีฐานะมั่งคั่งร่ำรวย ซึ่งเป็นคนส่วนน้อยในสังคมเท่านั้นที่จะมีเสรีภาพได้จริง ๆ ผู้ยากไร้ซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ในสังคมแทบจะไม่สามารถใช้เสรีภาพได้เลยเป็นต้นว่าเสรีภาพในเคหสถานย่อมไม่มีความหมายอะไรเลยสำหรับผู้ที่ยากไร้ที่อยู่อาศัย เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและความคิดเห็นย่อมไม่มีความหมายสำหรับผู้ที่ขาดการศึกษาอบรมซึ่งเป็นสิ่งที่ช่วยให้เขาคิดเป็นเนื่องจากต้องทำงานหาเลี้ยงชีพตั้งแต่ยังอยู่ในวัยเยาว์ ดังนั้นถึงแม้ว่าตามกฎหมายแล้วราษฎรทุกคนจะมีเสรีภาพเท่าเทียมกันก็ตาม แต่ตามความเป็นจริงแล้วมีเพียงคนไม่กี่คนเท่านั้นที่มีเสรีภาพจริง ๆ ดังนั้น ในสมัยต่อมา รัฐเสรีประชาธิปไตยบางรัฐจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิของราษฎรในอันที่จะเรียกร้องประโยชน์บางประการจากรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้โดยมีความมุ่งหมายเพื่อประกันมาตรฐานแห่งการดำรงชีวิตขั้นต่ำให้แก่ผู้ด้อยโอกาสในสังคม อันจะทำให้คนเหล่านี้อยู่ในวิสัยที่จะใช้เสรีภาพด้านต่าง ๆ ได้เท่าเทียมกับคนที่มีฐานะดี สิทธิเหล่านี้รวมเรียกว่า “สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ” (Social and economic rights) เช่น สิทธิในการทำงาน สิทธิที่จะมีที่อยู่อาศัยที่เหมาะสม สิทธิที่จะได้รับการประกัน “ความเสี่ยงทางสังคม” ได้แก่ อุบัติเหตุ การเจ็บป่วย การว่างงาน สิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูยามชราภาพ สิทธิที่จะมีเวลาพักผ่อนหย่อนใจ ฯลฯ โดยเหตุที่สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจเป็นอำนาจตามกฎหมายของราษฎรในอันที่จะเรียกร้องให้รัฐจัดทำบริการสาธารณะ และการปฏิบัติตามข้อเรียกร้องดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณมหาศาล รัฐที่มีฐานะทางเศรษฐกิจยังไม่พร้อมจึงไม่ได้บัญญัติรับรองสิทธิเช่นนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญหมวดเดียวกันกับสิทธิและเสรีภาพดั้งเดิม แต่นิยมแยกไปบัญญัติไว้ในอีกหมวดหนึ่งต่างหาก เรียกว่า “แนวนโยบายแห่งรัฐ” (Directive principles of policy) บทบัญญัติในหมวดนี้มีฐานะเป็นเพียงแนวทางสำหรับการตรากฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดินหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ กำหนดพันธกรณีทางการเมืองหรือทางศีลธรรมให้

รัฐสภาและรัฐสภาปฏิบัติจัดทำเท่าที่สามารถจะทำได้เท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องแต่อย่างใด (หยุด แสงอุทัย, 2511, หน้า 218-224)

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ บัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่า มนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีและใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจเป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรต่าง ๆ ของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองบรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพจึงมิได้มีฐานะเป็นเพียง “คำประกาศ” อุดมการณ์ของรัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง (Self-Executing) แก่องค์กรของรัฐเหล่านั้นเลยทีเดียว รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 มาตรา 1(3) บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า บรรดาสิทธิขั้นพื้นฐานดังต่อไปนี้ ย่อมผูกพันผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ เสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรงรายการ (Catalogue) ของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ บัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรจะทวีจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ พร้อม ๆ กับพัฒนาการทางสังคมการเมือง เศรษฐกิจ และเทคโนโลยี แต่ก็ไม่ควรสรุปว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์จะรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเพียงเท่า ที่บัญญัติระบุไว้โดยเฉพาะเท่านั้น ปฏิเสธไม่รับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ซึ่งแม้ว่าจะจำเป็นต่อการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์แต่ก็ไม่ได้บัญญัติระบุไว้อย่างชัดเจน บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาข้อที่ 9 (9th amendment) กล่าวไว้ว่า การจาระไนสิทธิและเสรีภาพบางประการไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ความสำคัญแก่ หรือปฏิเสธสิทธิหรือเสรีภาพประการอื่นของประชาชน ทำนองเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธรัฐสวิสไม่ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพส่วนบุคคลเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นสิทธิที่จะให้การแก้ข้อกล่าวหาก่อนที่จะถูกศาลหรือองค์กรฝ่ายปกครองลงโทษ (Le droit d’etre entendu) สิทธิที่จะไม่ตกเป็นเหยื่อของการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ (L’ interdiction de l’arbitraire) ไว้อย่างชัดเจน แต่ศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิสก็ถือว่าสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลเสรีภาพต่าง ๆ เหล่านี้พึงได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญโดยปริยาย (Droits constitutionels non-ecrits) เช่นเดียวกัน ดังนั้นในประเทศไทย “น่าจะต้องทำความเข้าใจ บทบัญญัติในหมวด 3 ไปในทางที่ว่าตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย บุคคลย่อมมีอยู่อย่างบริบูรณ์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์โดยทั่วไป หากจำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรระบุซ้ำขึ้นอีกไม่เว้นแต่เป็นกรณีเคลือบแคลงสงสัยหรือมีความจำเป็นจะต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนเมื่อหลักเป็นเช่นนี้จึงพอเข้าใจได้ว่า

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2549 มิได้ลบล้างสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลมีอยู่แล้วโดยกำเนิด หรือโดยกฎหมายอื่น ” (ไพศาล กุมาลย์วิสัย , 2511, หน้า 96-97) โดยนัยนี้ สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรมในกรณีที่เกิดจากการถูกโอนเป็นของชาติ (Nationalization)

## 1.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายนี้ อาจจำแนกออกเป็นประเภท ๆ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ กัน เช่น จำแนกตามวัตถุประสงค์หรือเนื้อหา แห่งสิทธิและเสรีภาพจำแนกตามการกำเนิดแห่งสิทธิและเสรีภาพ และจำแนกตามอาการการใช้สิทธิและเสรีภาพ เป็นต้น

### 1.2.1 สิทธิเสรีภาพจำแนกตามเนื้อหา

เมื่ออาศัยวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักเกณฑ์ เราอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 6 ประเภท คือ สิทธิ และเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง และสิทธิในอันที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

#### ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ได้แก่

ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย ซึ่งรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดทางอาญา เช่น บทบัญญัติที่ว่าบุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ ซึ่งเป็นการรับรองหลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum crimen, Nulla poena sine lege) บทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนที่จะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุด แสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ บทบัญญัติที่ห้ามจับกุม คุมขัง หรือตรวจค้นตัวบุคคล เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ได้แก่ สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิเสศต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญา เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการสื่อสาร

ถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ ในราชอาณาจักร สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียงและความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด ได้แก่ เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนาหรือลัทธินิยมในทางศาสนา และในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ได้แก่ สิทธิในการรับการศึกษาขั้นมูลฐาน เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพทางวิชาการ เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น เช่น วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ การเล่นแสดงต่าง ๆ เป็นต้น

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรมในกรณีที่ยึดทรัพย์ถูกเวนคืนหรือกิจการถูกโอนเป็นของชาติ เสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน สิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และ สิทธิที่จะได้รับ บริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐานและสิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาลโดยไม่คิดมูลค่าในกรณีที่เป็นการยากไร้ เป็นต้น

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม ได้แก่ เสรีภาพในการร่วมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์หรือหมู่คณะอื่น

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง ได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวเป็นพรรคการเมือง เพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมือง ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตย สิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้งและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เป็นต้น

ตัวอย่างของสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ได้แก่ บทบัญญัติที่รับรองว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และบทบัญญัติที่คุ้มครองบุคคลมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือทำให้เสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ตนถือศาสนา นิกายศาสนาหรือลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือ แตกต่างจากผู้อื่น เป็นต้น

### 1.2.2 สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามการกำเนิด

เมื่อพิจารณาการกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายแล้ว อาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชน (Human rights) และสิทธิของพลเมือง (Citizen's rights) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

สิทธิมนุษยชน ได้แก่ บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าคิดด้วยมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่กำเนิด และไม่อาจถูกพรากไปจากราชรัฐได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราชรัฐ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิในทางชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทาง และการเลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึง สิทธิในครอบครัว สิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว ฯลฯ เสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาและในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อสารความหมายโดยวิธีอื่น ฯลฯ สิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจบางประการ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ฯลฯ เหล่านี้ เป็นตัวอย่างของสิทธิมนุษยชน

ความคิดที่ว่ามนุษย์แต่ละคน เพราะเหตุที่เขาเกิดมาเป็นมนุษย์ มีสิทธิและเสรีภาพบางประการที่อาจยกขึ้นยื่นผู้อื่นและสังคมที่ ตนอาศัยอยู่ได้ นี้ มีมาแล้วตั้งแต่ในปลายยุคกรีก แต่ได้รับการพัฒนาและมีอิทธิพลแพร่หลายมากยิ่งขึ้น

ในศตวรรษที่ 18 John Locke (ค.ศ.2632-1704) นักปราชญ์คนสำคัญในสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law school) ความคิดสังคมนการเมืองหรือรัฐนั้น มิใช่สังคมที่เกิดขึ้นและวิวัฒนาการผันแปรไปโดยตัวเองตามธรรมชาติ (Spontaneous society) เหมือนกับครอบครัว หากแต่เป็นสังคมที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงอันร่วมกันของมนุษย์ (Artificial society) กล่าวคือ มนุษย์ร่วมกันทำสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาประชาคม” (Social contract) จัดตั้งขึ้น ก่อนที่มนุษย์จะร่วมกันทำสัญญา เช่นว่านี้ มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาติ (State of nature) ซึ่งหมายถึงสภาวะที่ปราศจากการจัดองค์การทางการเมืองปราศจากผู้ปกครองหรือรัฐบาลในสภาวะธรรมชาติ มนุษย์แต่ละคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนและใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ตามแต่ตนจะเห็นสมควร ทั้งนี้ภายในกรอบของกฎหมายธรรมชาติหรืออีกนัยหนึ่งเหตุผล (Reason) ซึ่งสอนมนุษย์ว่า ทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่ละคนไม่ควรทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของผู้อื่น ตราบเท่าที่มนุษย์ยังคงดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาติ แต่ละคนย่อมมีอำนาจที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติและลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ด้วยตนเอง ดังนั้นจึงก่อให้เกิดความไม่เหมาะสม ความไม่สะดวกและอันตรายบางประการ

ประการแรก ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของแต่ละคนตกอยู่ในความไม่มั่นคงปลอดภัย อาจถูกผู้อื่นล่วงละเมิด ได้ทุกเมื่อ ทั้งนี้เพราะมนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันก็

เฉพาะแต่ในสิทธิที่ตนมีอยู่เท่านั้น แต่ไม่ได้มีความสามารถด้านต่าง ๆ ซึ่งรวมทั้งความสามารถใน อันที่จะเข้าใจกฎหมายธรรมชาติเท่าเทียมกัน

ประการที่สอง การที่แต่ละคนลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายธรรมชาติเป็นให้ตนได้รับความเสียหายด้วยตนเองนั้นเท่ากับว่าแต่ละคนเป็นผู้พิพากษาคดีที่ตนเองมีส่วนได้เสีย ดังนั้นอาจจะ ตัดสินลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นการแก้แค้นรุนแรงเกินสมควรแก่เหตุก็ได้

ประการสุดท้าย แต่ละคนไม่มีกำลังทางกายภาพเพียงพอที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตาม คำตัดสินชี้ขาดของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความสับสนแล ความไม่มีระเบียบดังกล่าวนี้เอง ที่เป็นเหตุผลจูงใจให้มนุษย์ หันหน้าเข้ามาตกลงทำสัญญาประชาคม จัดตั้งสังคมการเมืองและรัฐบาล ขึ้น และต่างก็ยอมสละอำนาจของตนในอันที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติให้แก่ รัฐบาล จะเห็นได้จากคำสอนของ John Locks ดังได้สรุปความมาข้างต้นว่ามนุษย์หันหน้าเข้ามาทำ สัญญาประชาคม จัดตั้งสังคมการเมืองและรัฐบาลขึ้น ก็ด้วยความมุ่งหมายเพื่อให้การคุ้มครองชีวิต ร่างกายเสรีภาพและทรัพย์สินของตนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในสภาวะ ธรรมชาติ สิ่งที่มนุษย์ตกลงกันสละให้แก่สังคมการเมืองและรัฐบาล ได้แก่ อำนาจในอันที่จะบังคับ ให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติเท่านั้น ส่วนสิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินนั้น มนุษย์ยังคงสงวนไว้แก่ตนหาได้ยอมสละไปด้วยไม่ โดยนัยนี้ รัฐและรัฐบาลจึงมีอำนาจอย่างจำกัด ในกรณีที่รัฐบาลกล่าวกรายสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้ของราษฎรตามอำเภอใจเท่ากับว่ารัฐบาลกระทำการ เกินขอบอำนาจของตน ราษฎรจึงไม่จำเป็นต้องเคารพและเชื่อฟังรัฐบาลอีกต่อไป

คำสอนของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสอนของ John Locke เป็น แรงบันดาลใจอย่างสำคัญต่อการจัดทำเอกสารสำคัญทางรัฐธรรมนูญในเวลาต่อ ๆ มา ดังจะเห็นได้ ว่า Bill of Rights ค.ศ.1776 ของรัฐ Virginia ประกาศไว้ตั้งแต่ข้อแรกว่า “โดยธรรมชาติแล้ว มนุษย์ ทุกคนมีเสรีภาพและอิสรภาพเท่าเทียมกันและมีสิทธิบางประการติดตัวมาแต่กำเนิด แม้เมื่อได้ตกลง ดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม โดยสัญญาประชาคมใด ๆ แล้วก็ตาม มนุษย์ก็ไม่อาจจะพรากสิทธิ เหล่านี้ไปจากอนุชนรุ่นหลังได้ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต ในเสรีภาพในการแสวงหาและการ เป็นเจ้าของทรัพย์สินและในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน” คำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1776 “ถือว่าความจริงดังต่อไปนี้มีความชัดเจนในตัวมนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาให้เท่าเทียม กันพระเจ้าเป็นเจ้าทรงประทานสิทธิอันมีอสงสรวลสิ่งได้บางประการให้แก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ สิทธิใน ชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน ” ปฏิญญาว่าด้วย สิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ยืนยันว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพและมีสิทธิ ต่าง ๆ เท่าเทียมกัน” (ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส ค .ศ.1789 ข้อ 1)



แต่ที่จริงแล้ว “ความมุ่งหมายของสังคมการเมืองทั้งปวง ได้แก่ การปกป้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิตาม  
 ธรรมชาติ อันมิอาจทำลายได้ของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความมั่นคงปลอดภัย  
 ในชีวิตและร่างกาย และการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง ” คำว่า “เสรีภาพ” ในที่นี้หมายถึงเสรีภาพโดย  
 ทั่ว ๆ ไปเป็น “สิทธิที่จะกระทำการใด ๆ ก็ได้ทั้งสิ้น เว้นไว้แต่การอันเป็นการรบกวนเสรีภาพของ  
 ผู้อื่น” ปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 เองก็ได้ยืนยันไว้ในทำนองเดียวกันว่า “ศักดิ์ศรี  
 และสิทธิที่มวลมนุษย์มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันและมนุษย์ไม่อาจสละละทิ้งไปเสียได้ เป็นรากฐานของ  
 เสรีภาพความยุติธรรมและสันติภาพของโลก”

กล่าวโดยสรุป สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคนเป็นสิทธิและ  
 เสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียว  
 ว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น ไม่มีมนุษย์  
 ผู้ใดสามารถสละสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้โดยชอบและไม่มี “ผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน ”  
 (Sovereign) คนใดหรือคณะใดมีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกัน รัฐมิได้มีคุณค่าใน  
 ตัวเองแต่จะมีคุณค่าขึ้นมาก็ต่อเมื่อได้ปกป้องรักษาและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพเช่นว่านี้เท่านั้น

สิทธิของพลเมือง คือ สิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วม ในกระบวนการสร้าง  
 เจตนารมณ์ของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่ง บรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง ได้แก่ เสรีภาพในการ  
 รวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมือง ตามวิถีทางการปกครองระบอบ  
 ประชาธิปไตยสิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ  
 สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ เป็นต้น

โดยเหตุผลของเรื่องแล้วสิทธิของพลเมืองจะมีได้ก็แต่ภายหลังเวลาที่รัฐเกิดขึ้นแล้ว  
 เท่านั้น ก่อนหน้านั้นความคิดเรื่องสิทธิของพลเมืองย่อมไม่อาจก่อตัวขึ้นมาได้ กรณีจะเป็นประการ  
 ใดก็ตามถือกันว่าสิทธิของพลเมืองนี้ก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนนั่นเอง  
 ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า การที่ราษฎรเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐไม่ว่าโดย  
 ทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม เป็นวิธีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของตนที่มั่นใจได้วิธีหนึ่ง ในหลาย ๆ  
 วิธี รัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือทางอ้อมของราษฎรและอยู่ภายใต้การควบคุม  
 ตรวจสอบของราษฎรอยู่ตลอดเวลา ย่อมไม่อาจกดขี่ข่มเหงราษฎรได้ง่าย ๆ เหมือนกับรัฐบาลที่  
 สถาปนาตนเองโดยพลการ

### 1.2.3 สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามอาการที่ใช้

เมื่อพิจารณาจากอาการที่ใช้แล้ว เราอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม (Liberty of conscience) และสิทธิและเสรีภาพในการกระทำ (Liberty of action)

สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมหรือสิทธิและเสรีภาพในทางความคิดนี้ ไม่ได้หมายถึงแต่เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาเท่านั้น แต่รวมถึงเสรีภาพในอันที่จะไม่เชื่อถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาใด ๆ เลย และเสรีภาพในอันที่จะเชื่อหรือไม่เชื่อถือลัทธิการเมือง เศรษฐกิจ และคำสอนทางศีลธรรมแนวใดแนวหนึ่งด้วย เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพทางวิชาการจึงอาจสงเคราะห์เข้าอยู่ในความหมายของสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมได้เช่นกัน โดยสภาพแล้ว การใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นหรือสังคม ดังนั้นจึงถือว่าสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สมบูรณ์ (Absolute) ราษฎรควรมีอิสระที่จะคิดและจินตนาการได้อย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ความพยายามอย่างใด ๆ ที่จะบังคับให้ราษฎรคิดหรือเชื่อทางใดทางหนึ่งก็ดี ห้ามมิให้ราษฎรคิดหรือเชื่อทางใดทางหนึ่งก็ดี นอกจากจะไม่มีทางประสบความสำเร็จได้แล้ว ยังเปิดช่องให้มีการขัดแย้งความผิดให้ราษฎรกันได้ง่าย ๆ ทั้งนี้เพราะเทคโนโลยียังไม่ก้าวหน้าพอที่จะผลิตเครื่องมือสำหรับอ่านความรู้สึกนึกคิดของคนได้ ยิ่งกว่านั้นยังเป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎรอีกด้วย เมื่อใดที่มนุษย์หยุดคิด มนุษย์ก็จะมีสภาพไม่ต่างอะไร กับวัตถุและสัตว์เครื่องจักร เพราะมนุษย์ต่างกับวัตถุและสัตว์เครื่องจักรที่ตรงที่คิดเป็น

สิทธิเสรีภาพในการกระทำ คือ สิทธิ และเสรีภาพในอันที่จะเคลื่อนไหว ส่วนต่าง ๆ ของร่างกายตามที่ได้คิดและตกลงใจไว้ ดังนั้นจึงได้แก่บรรดาสหสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายอื่น นอกจากสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมนั่นเอง การใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในโลกภายนอก อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของผู้อื่นหรือสังคมได้ไม่มากนักน้อย ดังนั้น รัฐจึงต้องจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ของราษฎรแต่ละคน ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้แต่ละ คนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนกระทำการใด ๆ ที่จะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนรวม

### 1.3 ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ อาจจำแนกตามการกำเนิดออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ สิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมืองเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าผู้ที่จะทรงสิทธิของพลเมือง หรือสิทธิทางการเมืองได้ ต้องเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐเท่านั้น ไม่มีรัฐใดในโลกที่ยอมให้คนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรของตนไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือเป็น

การถาวรก็ตาม มีสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองได้ในสหพันธรัฐเยอรมัน ได้มีความพยายามตาม  
กฎหมายให้สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นแก่คนต่างด้าว เช่น มลรัฐ Schleswig Holstein ได้ตาม  
กฎหมายให้สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นแก่คนสัญชาติเดนมาร์ก ไอร์แลนด์ นอร์เวย์  
เนเธอร์แลนด์ สวีเดนและ สวิสซึ่งอาศัยอยู่ในสหพันธรัฐเยอรมันมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อย  
กว่า 6 ปีติดต่อกัน มลรัฐ Hambourg ได้ตรากฎหมายให้คนต่างด้าวซึ่งอาศัยอยู่ในเมือง Hambourg  
มาแล้วไม่น้อยกว่า 8 ปี ติดต่อกัน มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาเมือง Hambourg ได้ ศาลรัฐธรรมนูญ  
แห่งสหพันธรัฐเยอรมัน พิพากษาไว้ในคำพิพากษา 2 ฉบับ ลงวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ.1990 ว่า  
กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน ค .ศ.1949 มาตรา 28 ข้อ 1 ที่  
สงวนสิทธิเลือกตั้งไว้ให้แก่ “ชนชาวเยอรมัน” หรืออีกนัยหนึ่งผู้ที่มีสัญชาติเยอรมันเท่านั้น

ยิ่งกว่านั้น คนสัญชาติของรัฐใช้ว่าจะมีสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองบางประการเสีย  
ทุกคนไปก็หาได้ไม่ เป็นต้นว่า เฉพาะแต่บุคคลที่มีคุณสมบัติและ ไม่มีลักษณะต้องห้ามบางประการ  
เท่านั้นจึงจะมีสิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง คนสัญชาติของรัฐที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะ  
ต้องห้ามอย่างใดอย่างหนึ่ง หากมีสิทธิเช่นนั้นไม่ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ปัญหาคงมีอยู่  
แต่เพียงว่า ผู้ที่จะทรงสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญได้จะต้องเป็นคนสัญชาติของรัฐด้วยหรือไม่  
หรืออีกนัยหนึ่งคนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรของรัฐจะมีสิทธิมนุษยชนเท่า เทียบกันกับคน  
สัญชาติของรัฐเองหรือไม่

ถ้าพิจารณากันในทางทฤษฎีแล้ว ความเป็นมนุษย์ คือ คุณสมบัติแต่เพียงประการเดียว  
ของการมีสิทธิมนุษยชน Saint Paul ได้กล่าวไว้ว่า “ไม่มีทั้งคนกรีก คนยิว ทาสและเสรีชนอีก  
ต่อไป” ซึ่งหมายความว่าในโลกนี้คงมีแต่เพียง “มนุษย์” เท่านั้น ดังนั้นมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าจะอยู่แห่ง  
หนตำบลใด และไม่ว่าแห่งหนตำบลนั้นจะเป็นบ้านเกิดเมืองนอนของตนหรือไม่ก็ตาม ย่อมจะมี  
สิทธิมนุษยชนติดตัวอยู่เสมอและตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 มนุษย์  
ทุกคนที่อยู่ในอาณาจักรของรัฐนี้มีสิทธิมนุษยชนเท่าเทียมกันเพียงแต่คนต่างด้าวซึ่งมีความผูกพัน  
กับชาติและรัฐไม่เท่ากับคนเยอรมันอาจถูกจำกัดสิทธิเหล่านี้ได้มากกว่าคนสัญชาติเยอรมันเท่า  
นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยอย่างน้อย ๆ 2 ท่าน ได้แก่ ศาสตราจารย์  
ดร.หยุด แสงอุทัย และศาสตราจารย์ ดร .วิญญู เครืองาม (วิญญู เครืองาม , 2530, หน้า 655) เห็นว่าผู้  
ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับได้แก่คนสัญชาติไทยเท่านั้น  
ทั้งนี้โดยท่านให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญของรัฐแต่ละรัฐ ย่อมกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐนั้นกับ  
คนสัญชาติของตนเท่านั้น ไม่ได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐนั้นกับคนต่างด้าว ถ้ารัฐธรรมนูญ

จะให้สิทธิและเสรีภาพแก่คนต่างด้าวจะต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้คนต่างด้าวจะมีสิทธิเพียงโดยอ้อมเป็นไปตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายอื่น ซึ่งไม่ใช่เรื่องของรัฐธรรมนูญ ซึ่ง สอดคล้องกับความเห็นของ Hermann Roesler นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันผู้มีส่วนอย่างสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญเม็กซิโก ค.ศ.1889 (วิชญ์ เครื่องงาม, 2530, หน้า 11) ตามความเห็นดังกล่าวคนต่างด้าวอาจมีสิทธิและเสรีภาพอยู่ตามรัฐธรรมนูญของประเทศตนหรือตามสิทธิมนุษยชน แต่รัฐธรรมนูญของไทยก็ไม่จำเป็นต้องให้หลักประกันแก่คนต่างด้าวเหล่านั้นแต่อย่างใด

ในกรอบของสหประชาชาติได้มีการเสนอให้มีการรับรอง “สิทธิที่จะมีสันติภาพ ” (Right to Peace) “สิทธิที่จะมีการพัฒนา” (Right of development) “สิทธิที่จะอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดี” (Right to a healthy environment) “สิทธิในการเป็นเจ้าของสมบัติอันร่วมกันของมนุษยชาติ ” (Right to the common heritage of mankind) เป็นต้น ในทางระหว่างประเทศเรียกสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้ว่า “สิทธิมนุษยชนรุ่นที่ 3” (“สิทธิมนุษยชนรุ่นที่หนึ่ง” ได้แก่ บรรดา “สิทธิในเสรีภาพ ” ซึ่งเป็นสิทธิของปัจเจกชนที่จะเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำต่าง ๆ ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนและ “สิทธิมนุษยชนรุ่นที่สอง” ได้แก่บรรดา “สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ” ซึ่งเป็นสิทธิของปัจเจกชนที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการต่าง ๆ ให้เป็นประโยชน์แก่ตน ) (The third generation of human rights) ซึ่งถือกันว่าเป็น “เงื่อนไขแห่งความอยู่รอดของมนุษยชาติ ” (Conditions of the survival of mankind)

## 2. หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

### 2.1 รูปแบบของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารกระทำการ

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารกระทำการต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ได้แก่ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด

กฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ได้แก่ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดนั้น ก็เป็นการตีความหมายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) และหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน (Representative democracy) อันเป็นหลักการที่เป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยนั่นเอง

การจัดระเบียบแห่งการให้อำนาจอธิปไตย ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ หมายถึง การกระจาย (Distribution) การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐกระทำการทางนิติบัญญัติ (Legislative function) ทางบริหาร (Executive function) และทางตุลาการ (Judicial function) ให้องค์กรของรัฐ

ต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน แต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตนอย่างเป็นอิสระ ไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่น ไม่ให้การใช้อำนาจอธิปไตยรวมศูนย์ (Concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงองค์กรเดียว ทั้งนี้เพราะ ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารมารวมกันอยู่ในตัวบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันแล้ว เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าหวงเกรงว่าบุคคลหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งนั้นจะตรากฎหมายที่มีลักษณะกดขี่มาใช้และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับอย่างกดขี่ ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติแล้ว ชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสองเพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมายด้วย ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมกับอำนาจบริหารแล้ว ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจที่จะทำการบีบบังคับได้เต็มที่และก็ไม่มีอะไรเหลือเลยจะสูญสิ้นไปหมด ถ้าบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสามกฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้อำนาจบังคับก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจและถ้าใครไม่ทำตามความประสงค์นั้นผู้ใช้อำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตนกฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านเมืองก็จะไม่มีความสงบ

ในส่วนของพระราชกำหนดนั้นพิเคราะห์กันอย่างผิวเผินแล้วจะเห็นได้ว่าไม่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยทางผู้แทนเหมือนอย่างพระราชบัญญัติ เพราะมิได้ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา อย่างไรก็ตาม พระราชกำหนดเป็นเพียงกฎหมายชั่วคราวเท่านั้น กล่าวคือ รัฐธรรมนูญบังคับให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้ารัฐสภาไม่อนุมัติ พระราชกำหนดนั้นก็ตกไปหรืออีกนัยหนึ่ง สิ้นผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศไม่อนุมัติในราชกิจจานุเบกษา แต่ถ้ารัฐสภาอนุมัติ พระราชกำหนดนั้นก็ยังมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในท้ายที่สุดแล้ว ความมีผลหรือไม่มีผลใช้บังคับของพระราชกำหนดก็ขึ้นอยู่กับความยินยอมหรือไม่ยินยอมของรัฐสภาอยู่นั่นเอง

## 2.2 กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายบริหาร

กฎหมายที่เป็น “ข้อจำกัด” อำนาจกระทำการซึ่งฝ่ายบริหารมีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง นอกจากตัวพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับที่เป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจนั่นเองแล้วยังได้แก่กฎหมายอื่น ๆ ดังต่อไปนี้

1) พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดฉบับอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่ฝ่ายบริหารกระทำการ เช่น “อำนาจแห่งการเข้าร่วมควบคุมจัดกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ” นั้นเกิดขึ้นโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกักคุมตัวและการควบคุมจัดกิจการหรือ

ทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พ.ศ.2488 ซึ่งมีบทบัญญัติให้อำนาจไว้ในมาตรา 7 ว่า “กิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติซึ่งนายกรัฐมนตรีได้ประกาศระบุนชื่อประเภทตามความในมาตรา 3 นั้นให้มีคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง ซึ่งคณะรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง มีอำนาจควบคุมจัดกิจการตามวิธีการและหลักเกณฑ์ซึ่งกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา ” โดยอำนาจควบคุมจัดกิจการ คือ การเข้าจัดการงานแทนบุคคลนั้น ๆ นั้นเอง ซึ่งรวมตลอดถึงการหยุดกิจการชำระบัญชีและการขอให้บุคคลนั้น ๆ เป็นคนล้มละลาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1255/2493 (ประชุมใหญ่))

2) รัฐธรรมนูญ (Constitutional) ซึ่งได้แก่บรรดาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหลักรัฐธรรมนูญที่เป็นขั้ อจำกัดอำนาจกระทำการที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ที่สำคัญ ๆ ควรกล่าวถึงเป็นพิเศษ ได้แก่ หลักแห่งความเสมอภาค (Principle of equality before the law)

หลักแห่งความเสมอภาค หรืออีกนัยหนึ่งสิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกันมีบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐ จะไม่ได้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้าม กลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะ เฉพาะของแต่ละคนเฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรของรัฐที่ปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกันในทางปฏิบัติก็มีการแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท ๆ เช่น ข้าราชการ ทนายความ เกษตรกร วิศวกร ฯลฯ และปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันเหมือนกัน และต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไปฝ่ายบริหารต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค ทั้งในกรณีที่ทำให้อำนาจตามพระราชบัญญัติออกกฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎ ระเบียบ ฯลฯ ที่จำเป็นแก่การบังคับให้การเป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทและในกรณีที่เป็นการใช้ดุลยพินิจออกคำวินิจฉัยสั่งการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะหรืออีกนัยหนึ่ง ตัดสินใจเลือกออกมาตรการใดมาตรการหนึ่งในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการที่กฎหมายเปิดช่องให้ออกไป

หลักแห่งความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการ ขึ้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้ อำนาจกับผู้ที่ถูกอยู่ภายใต้อำนาจนี้ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ถูกอยู่ภายใต้ อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ (Moderation) ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐเสรี ประชาธิปไตยส่วนใหญ่ ไม่ได้กำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันเป็นหลัก รัฐธรรมนูญทั่วไป และมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ หลักกฎหมาย

ดังกล่าวมีสาระสำคัญประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ 3 หลักการด้วยกัน คือ หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of suitability) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of necessity) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of proportionality in the narrow sense) (วราพจน์ วิศรุตพิชญ์ และสมยศ เชื้อไทย, 2534, หน้า 195-208)

กล่าวโดยสรุป หลักแห่งความได้สัดส่วน บังคับให้ฝ่ายบริหารออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้โดยมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ในขณะที่เดียวกันก็ก่อความเสียหายแก่ราษฎรน้อยที่สุด และห้ามมิให้ฝ่ายบริหารออกมาตรการใด ๆ ซึ่งหากได้ลงมือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรและ/หรือแก่สังคมโดยรวม

3) กฎหมายประเพณี (Customary law) ได้แก่ แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งได้รับการประพฤติตามอย่างสม่ำเสมอและติดต่อกันมาช้านานตกทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่อีกคนรุ่นหนึ่งจนกลายเป็นอุปนิสัยร่วมของคนในสังคม (Social habit) และสาธารณชนเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นต้องปฏิบัติตาม (Opinion juries) กฎหมายประเพณีนี้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายทุกแขนง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในและไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเอกชนภายในหรือมหาชนภายใน อย่างไรก็ตาม มีข้อควรสังเกตว่าในแขนงกฎหมายมหาชนภายในนั้น กฎหมายประเพณีอาจนำมาใช้บังคับในฐานะที่เป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่งได้ เท่านั้น แต่ไม่นำนำมาใช้บังคับ ในฐานะเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายบริหารหรือขยายอำนาจที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่งให้กว้างออกไปได้ ตัวอย่างของกฎหมายประเพณีที่จำกัดอำนาจของฝ่ายบริหาร ได้แก่ การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะต้องเสนอร่างกฎกระทรวงต่อรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจึงจะลงนามประกาศใช้ได้ ความจริงแล้ว ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใด บัญญัติบังคับไว้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงต้องทำเช่นนั้น การเสนอร่างกฎกระทรวงต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบ จึงจะเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายประเพณีโดยแท้

### 3. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประ ชาธิปไตย บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ราษฎรไว้ 2 ลักษณะด้วยกันคือ บางกรณีก็บัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ (Absolute) กล่าวคือ โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ แต่บางกรณีก็บัญญัติรับรองไว้อย่างไม่สมบูรณ์ (Relative) กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในอันที่จะจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้น ๆ ในภายหลังได้เฉพาะแต่สิทธิและเสรีภาพ

ในมโนธรรมหรือในทางความคิดเท่านั้น ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่อำนาจอย่างสมบูรณ์ ดังตัวอย่าง เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2538 และ รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ .ศ.2540 บัญญัติรับรองเสรีภาพในการถือศาสนาไว้ว่า แต่สำหรับสิทธิและเสรีภาพในการกระทำแล้ว รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์

การดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นจำเป็นต้องมีระเบียบวินัยแต่ละคนจะใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือของประโยชน์ส่วนรวม (General interest) หรือประโยชน์มหาชน (Public interest) ไม่ได้ เช่นแต่ละคนจะใช้สิทธิและเสรีภาพในการเดินทางเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร เดินเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นหรือเข้าไปตั้งบ้านเรือนในที่ดินของผู้อื่น โดยที่ผู้เป็นเจ้าของที่ดินไม่ได้อนุญาตไม่ได้ แต่ละคนจะใช้เสรีภาพในการพูด การเขียน การโฆษณา ฯลฯ กล่าวถ้อยคำ เขียน พิมพ์ หรือโฆษณาข้อความใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการลบลู่เกียรติยศหรือชื่อเสียงของผู้อื่น หรือทำลายความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนหรือไม่ แต่ละคนจะใช้เทคโนโลยีแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติไปในลักษณะที่ก่อให้เกิดมลภาวะหรือทำลายสภาพแวดล้อม หรือความสมดุลของธรรมชาติไม่ได้ เป็นต้น ความจริงข้อนี้ทำให้ยอมรับว่า องค์การต่าง ๆ ของรัฐหรืออีกนัยหนึ่ง “ผู้ปกครอง” มีอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรแต่ละคน โดยการบังคับให้แต่ละคนกระทำการบางอย่าง หรือห้ามมิให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและ / หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน ปัญหาคงมีแต่เพียงว่า ทำอย่างไรราษฎรจึงจะมั่นใจได้ว่า องค์การต่าง ๆ ของรัฐจะไม่ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการกระทำของตนตามอำเภอใจ

ถือกันว่าองค์กรฝ่ายบริหาร (Executive) ได้แก่ รัฐบาล (Government) และฝ่ายปกครอง (Administration) เป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรมากที่สุด ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า รัฐบาลเป็นผู้บัญชาการกองกำลังทหารและตำรวจ ดังนั้นจึงอยู่ในวิสัยที่จะคุกคามสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้อยู่ตลอดเวลา ยิ่งกว่านั้นรัฐบาลซึ่งมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบรักษาความมั่นคงของรัฐและ ความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนมักเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นภัยคุกคามคุณค่าดังกล่าว สำหรับฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้นโดยปกติมักจะถือเอาประสิทธิภาพของงานเป็นที่ตั้งและเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นอุปสรรคขัดขวางการปฏิบัติภารกิจของตน ดังนั้นรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงพากันมุ่งแสวงหามาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหาร



แต่วิวัฒนาการของการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน (Representative democracy) ซึ่งมีพรรคการเมืองเป็น “ตัวการ” (Actor) สำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งวิวัฒนาการของการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเป็นไปตาม “ระบบรัฐสภา” (Parliamentary system) ได้แสดงให้เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็อาจค้ำชัมเหงราษฎรได้เช่นกัน เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าในระบบรัฐสภานั้นรัฐมนตรีทั้งคณะและแต่ละคนต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและจะอยู่ในตำแหน่งได้นานตราบเท่าที่สภาผู้แทนราษฎรยังคงให้ความไว้วางใจอยู่เท่านั้น เมื่อใดที่สภาผู้แทนราษฎรมิมีความไว้วางใจรัฐมนตรีทั้งคณะหรือแต่ละคนแล้วแต่กรณีต้องพ้นจากตำแหน่ง เพื่อให้ คณะรัฐมนตรีมีเสถียรภาพบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจึงต้องเป็นหัวหน้าและผู้นำพรรคการเมืองซึ่งสมาชิกได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างมากในสภา

เมื่อคณะรัฐมนตรีและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างมากในสภาเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองเดียวกันและเมื่อพรรคการเมืองต่าง ๆ ซึ่งแต่เดิมเป็นเพียงคณะบุคคลที่รวมตัวกันอย่างหลวม ๆ ได้วิวัฒนาการมาเป็นองค์กรที่มีระเบียบวินัยที่เข้มงวดยอมเป็นที่เห็นได้ชัดว่า คณะรัฐมนตรีอยู่ในวิสัยที่จะใช้รัฐสภาเป็นเครื่องมืออำยสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้อย่างไม่ยากนัก ดังนั้นตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมารัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ จึงค่อย ๆ เล็งเห็นความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) ด้วย (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์และสมยศ เชื้อไทย, 2534, หน้า 68)

สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิ่งสำคัญที่มีการรับรองได้ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย ดังนั้น การตรากฎหมายได้ออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำกัดอย่างยั้งที่จะต้องมีการพิจารณาให้รอบคอบว่ากฎหมายนั้นตราขึ้นภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย กำหนดไว้หรือไม่และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเกินกว่าที่จำเป็นหรือไม่ นอกจากนี้ประชาชนผู้มีสิทธิและเสรีภาพเองก็ต้องเข้าใจว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ใช่อำเภอใจที่จะใช้อย่างไรก็ได้ แต่จะต้องใช้สิทธิและเสรีภาพโดยไม่ไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น (มานิตย์ จุมปา, 2546 ข, หน้า 10)

### ดุลยภาพระหว่างสิทธิมนุษยชนกับประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรม

การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหลังจากที่ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว มุ่งเน้นให้รัฐและองค์กรในกระบวนการยุติธรรมดำเนินการเพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากขึ้นไม่ว่าจะเป็นสิทธิของผู้ถูก

กล่าวหา ผู้เสียหาย หรือพยาน ในขณะที่เดียวกันยังเพิ่มหลักการในการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้มีความรวดเร็ว ต่อเนื่อง และเป็นธรรม อันจะมีผลทำให้สามารถค้นหาความจริงได้อย่างถูกต้องและนำผู้กระทำผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเป็นไปอย่างมีคุณภาพและเป็นที่เชื่อถือของประชาชน

ควบคู่ไปกับการพัฒนาหลักการคุ้มครองสิทธิข้างต้น ความจำเป็นที่ต้องป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งกำลังก่อให้เกิดความเสียหายให้กับหลาย ๆ ประเทศในโลก เช่น การค้ายาเสพติด การค้ามนุษย์ หรือค้าทาส เป็นต้น ทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้เจ้าพนักงานและศาลสามารถใช้ เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งมาตรการดังกล่าวจะมีลักษณะพิเศษสำหรับใช้ดำเนินการกับผู้กระทำความผิด อีกทั้งความก้าวหน้าของเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบัน ทำให้ผู้กระทำความผิดได้อาศัยเทคโนโลยีเหล่านี้เป็นเครื่องมือในการติดต่อสื่อสารหรือประกอบอาชญากรรม โดยนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาใช้ในการประกอบอาชญากรรมโดยตรงหรือใช้ในการติดต่อกับเหยื่ออาชญากรรมโดยนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาใช้ในการประกอบอาชญากรรมโดยตรงหรือใช้ในการกระทำความผิด ดังนั้นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดจึงต้องปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติและติดตามการสืบสวนสอบสวนเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานที่กระทำผ่านสื่อสารสนเทศเหล่านี้ด้วย

หลักการที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คือ แนวคิดของการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระหว่างการดำเนินคดีอาญา ควบคู่กับหลักการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด ซึ่งหลักทั้งสองนี้ได้บัญญัติรับรองไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้การคุ้มครองการละเมิดสิทธิเสรีภาพแก่ปัจเจกชนโดยไม่จำเป็นหรือไม่มีเหตุอันสมควร เพราะเหตุการณ์ค้นหาความจริงและค้นหาผู้กระทำความผิดของเจ้าพนักงานหรือศาล อย่างไรก็ดี มาตรการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนนี้หากนำมาพิจารณาในกฎหมายพิเศษสำหรับการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมแล้ว เห็นได้ว่ากฎหมายให้ความสำคัญน้อยลงเพื่อให้เจ้าพนักงานมีอำนาจมากขึ้นในการแสวงหาข้อเท็จจริง ทั้งนี้เพราะความจำเป็นและความยากลำบากในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานหากใช้หลักการที่ใช้กับคดีอาญาโดยทั่วไป ดังนั้น เครื่องมือและวิธีการที่จะป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดประเภทหลังนี้จึงถือเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าวิธีการพิเศษดังกล่าวกลับมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้น จนอาจทำให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนถูกลิดรอนมากขึ้นจากวิธีการพิเศษนี้หากไม่ได้มีกรอบการบัญญัติกฎหมายพิเศษไว้ที่ชัดเจน ดังนั้นกระบวนการ

ยุติธรรมทางอาญาท่ามกลางความคิดและความจำเป็นดังกล่าวข้างต้นควรจะเป็นอย่างไรจึงควรศึกษาถึงแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป ทั้งนี้ควรศึกษารูปแบบและสภาพปัญหาของกฎหมายต่างประเทศมาประกอบเพื่อปรับใช้กับกระบวนการยุติธรรมของไทยต่อไป

### 1. สภาพความแตกต่างของการดำเนินคดีอาญาพื้นฐานกับองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ

อาชญากรรมพื้นฐาน (Basic crime) กับองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ มีความแตกต่างกันตรงที่องค์การอาชญากรรมข้ามชาติจะเป็นการประกอบอาชญากรรมที่ไม่จำกัดเฉพาะชาติใดชาติหนึ่ง โดยมีการทำงานเชื่อมโยงเกี่ยวพันกันเป็นกระบวนการและมีเครือข่ายทั้งในและนอกประเทศ ส่วนอาชญากรรมพื้นฐานนั้นเป็นอาชญากรรมพื้นฐานที่เกิดขึ้นในทุก ๆ สังคม เช่น การทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์ หรือฆ่า เป็นต้น ซึ่งการกระทำความผิดก็สามารถเกิดได้ในทุกสังคม และผู้กระทำอาจเป็นคนธรรมดา หรือเป็นผู้กระทำความผิดที่ทำเป็นอาชีพก็ได้ แต่ไม่ได้มีการร่วมมือกันระหว่างประเทศเหมือนอาชญากรรมข้ามชาติ

ส่วนอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Economics crime) เป็นอาชญากรรมที่ก่อให้เกิดผลเสียหายที่กระทบต่อเศรษฐกิจของบุคคลและเศรษฐกิจของประเทศหรือของโลก เช่น การโกงบัตรเครดิต การโกงภาษี การโกงทางการค้า เช่น โกงตางค์ การปั่นหุ้น การฉ้อโกงประชาชน การทำลายทรัพยากรธรรมชาติ หรือการปลอมเงินตรา เป็นต้น

ในปัจจุบัน การกระทำความผิดโดยองค์การอาชญากรรมมีลักษณะผสมผสานระหว่างอาชญากรรมทางเศรษฐกิจและอาชญากรรมข้ามชาติ นอกจากนี้ยังมีความเชื่อมโยงกับการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมพื้นฐานด้วย กล่าวคือ องค์การอาชญากรรมมักจะกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือการลักลอบค้าของผิดกฎหมาย หรือค้าหญิงและเด็ก หรือจับคนเป็นทาสและนำผลที่ได้จากการกระทำความผิดเหล่านี้มาลงทุนหรือดำเนินธุรกิจที่ผิดกฎหมายโดยผ่านทางสถาบันทางการเงิน และหากมีการปราบปรามจากเจ้าพนักงานในประเทศที่เกี่ยวข้องหรือการหักหลังระหว่างผู้กระทำความผิดด้วยกัน องค์การเหล่านี้จะใช้ทั้งการติดสินบนให้กับเจ้าพนักงานหรือมิฉะนั้นก็จะฆ่าหรือใช้กำลังเพื่อกักขังหรือทำร้ายร่างกายบุคคลดังกล่าวในบางกรณีก็ใช้เหยื่อที่เป็นเด็กหรือผู้อื่นให้คิดยาเสพติดแล้วบังคับให้ผู้ร่วมกระทำความผิดในฐานะเป็นมือชน หากขัดขึ้นก็จะไม่ให้เสพยาเสพติด หรือฆ่า หรือทำร้าย เป็นต้น นอกจากนี้กระบวนการฟอกเงินหรือการติดต่อระหว่างผู้กระทำความผิดจะใช้ระบบโทรศัพท์ที่มีรหัสเฉพาะหรือการติดต่อทางการสื่อสารสารสนเทศหรือระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งอาจมีรหัสเฉพาะในการติดต่อ

การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมพื้นฐานจึงมีความแตกต่างกับการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เพราะมีลักษณะและวิธีการดำเนินการต่างกัน รวมถึงกระบวนการในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงอันจะนำไปสู่การลงโทษ

จากการศึกษาทางอาชญาวิทยามีความเห็นตรงกันว่าองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้นมิใช่การกระทำที่เกิดจากความยากจนหรือความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจเหมือนกับการกระทำ ความผิดอาชญากรรมพื้นฐาน โดยทั่วไปในทางตรงกันข้ามผู้กระทำความผิดกลับเป็นบุคคลที่มีฐานะดี สติปัญญาเฉลียวฉลาดและมีฐานะทางเศรษฐกิจดี แต่อาศัยความมีโอกาสดังกล่าวที่ดี ประกอบอาชญากรรมเพื่อเสริมสร้างความมั่งคั่งให้กับตนเอง ดังนั้นแนวทางการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมจึงเน้นการปราบปรามอย่างรุนแรง และมีมาตรการในการริบทรัพย์ การกำหนดความผิดพิเศษ เช่น ความผิดฐานสมคบ ความผิดฐานฟอกเงิน เป็นต้น และการริบทรัพย์ในคดีอาชญากรรม หรือการริบทรัพย์ในความผิดฐานฟอกเงินไว้เป็นพิเศษ เช่น ริบทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เกี่ยวกับยาเสพติด และการริบทรัพย์ในทางแพ่งของความผิดฐานฟอกเงิน เป็นต้น เพื่อมิให้องค์กรอาชญากรรมหรือผู้กระทำความผิดมีโอกาสกระทำความผิดโดยอาศัยเงินที่ได้จากการกระทำความผิดนั้นหรือรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการกระทำความผิดโดยการนำไปทำธุรกรรมที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม หลักการที่สำคัญซึ่งต้องดำเนินการควบคู่ไปกับการปรับปรุงกฎหมาย คือ การเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ควบคุมอาชญากรรมเหล่านี้ทั้งในด้านการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด

ซึ่งมาตรการเหล่านี้ได้แก่ การพัฒนาความรู้ และความชำนาญพิเศษแก่เจ้าพนักงานที่ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวน เพื่อให้สามารถติดตามและตรวจสอบและชี้ขาดข้อเท็จจริงได้ถูกต้อง นอกจากนี้ ยังกำหนดให้มีอำนาจพิเศษ เช่น การดักฟังทางโทรศัพท์ หรือการใช้อำนาจจับ ค้น หรือยึดพยานหลักฐาน เพื่อให้มีความรวดเร็วในการดำเนินการ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่ต้องได้รับหมายจับหรือหมายค้นจากศาลก่อน นอกจากนี้การเสนอพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความผิดซึ่งต้องเป็นพยานโดยตรงจึงจะมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ แต่สำหรับในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีพิเศษเหล่านี้เนื่องจากข้อจำกัดในการได้พยานหลักฐานหรือการคุ้มครองพยานที่สำคัญในบางครั้งอาจไม่ได้พยานโดยตรงมาจึงทำให้ศาลอ่อนคลายความเคร่งครัดในการนำเสนอพยานหลักฐานและรับฟังพยานหลักฐานโดยใช้พยานโดยตรงเป็นหลักโดยรับฟังพยานพหุทัศนะ แวดล้อมหรือพยานบอกเล่าในบางกรณีที่ต้องการให้ความคุ้มครองพยานและเป็นการรักษาพยานเหล่านั้นด้วย เช่น การรับฟังพยานบอกเล่าในกรณีค่าเบี่ยงเบนของพนักงานสอบสวนที่รับฟังข้อมูลจากสายลับ การรับฟังพยานที่เกิดจากการดักฟัง การรับฟังพยานที่ได้จากการล่อซื้อ เป็นต้น

เหตุผลอันเป็นที่มาของการมีมาตรการพิเศษสำหรับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเพราะ การกระทำความผิดมีลักษณะที่ปกปิดและมีการติดต่อที่แบ่งช่วงกันในการสั่งการและในบางกรณีก็ ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในการติดต่อทำให้ยากต่อการติดตามหรือเฝ้าระวัง นอกจากนี้ยังมี กระบวนการข่มขู่หรือชักจูงไม่ให้พยานให้การต่อเจ้าพนักงานหรือศาล รวมทั้งการให้สินบน เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมิให้ดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิด ความแตกต่างดังกล่าวจึงทำให้ยากต่อการ ติดตามหาร่องรอยโดยอาศัยวิทยาการตำรวจในปัจจุบัน ดังนั้นการใช้วิทยาการสืบสวนสอบสวน หรือพิจารณาหลักฐานในรูปแบบเดิมที่ใช้กับการปราบปรามอาชญากรรมพื้นฐานอาจไม่สามารถ ค้นหาความจริงได้ว่าการกระทำ ความผิดเป็นอย่างไรและไม่อาจยับยั้งหรือปราบปรามองค์กร อาชญากรรมเหล่านี้ได้ ซึ่งทำให้องค์กรเหล่านี้มีความเข้มแข็งขึ้น เพราะเหตุที่ได้ประโยชน์จากการ ประกอบอาชญากรรมและเหตุของข้อจำกัดของอำนาจที่เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมใน การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเหล่านี้

## 2. แนวคิดและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

### 2.1 แนวคิด

1. เน้นการป้องกันมากกว่าการปราบปราม หลักการควบคุมอาชญากรรมมุ่งเน้นที่การ ป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดโดยใช้การสืบหาข่าวและตัดโอกาสของการประกอบ อาชญากรรมมากกว่าการติดตามเพื่อปราบปรามการกระทำความผิดหลังจากที่มีความผิดเกิดแล้ว

2. ให้ความสำคัญกับหลักประกันสิทธิมนุษยชนในกระบวนการได้มาซึ่ง พยานหลักฐานและการปฏิบัติต่อผู้ถูกกล่าวหา ทั้งนี้ เพราะ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดมาตรการที่สำคัญในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งมุ่งประสงค์จะทำให้ กระบวนการยุติธรรมสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วมีความโปร่งใสและ ยุติธรรม ซึ่งกระบวนการนี้ต้องคำนึงถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาและการปฏิบัติที่ถูกต้องตามมาตรฐาน ขั้นต่ำที่ต้องปฏิบัติกับผู้ต้องขัง

3. ลดการนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาโดยให้มีกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือใช้การคุม ประพฤติแทนการนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลหรือการกักขังก่อนถึงศาลมากขึ้น เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีอาญาได้ดำเนินการเฉพาะคดีที่ร้ายแรงและโทษจำคุกมิไว้สำหรับบุคคล ที่เป็นอันตรายต่อสังคมวิธีการเหล่านี้ได้ดำเนินการ ไปแล้วบางกรณี เช่น การบำบัดผู้ติดยาเสพติด แทนการดำเนินคดีอาญา การพักการลงโทษ เป็นต้น แต่บางกรณีอยู่ในขั้นตอนการศึกษาว่า เหมาะสมเพียงใด เช่น การประนอมหรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีอาญา การเพิ่มประเภทคดีที่

เปรียบเทียบปรับได้หรือการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยกับผู้พันโทษแล้ว แต่ยังมีอันตรายต่อสังคม อยู่เพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำ เป็นต้น

4. เพิ่มประสิทธิภาพและคุณภาพของเจ้าพนักงานในการรวบรวมพยานหลักฐาน เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงอันจะนำไปสู่การชี้ขาดของศาล

## 2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปรับปรุงกระบวนการพิจารณาคดีอาญา

### 1. หลักประกันสิทธิของบุคคล

1.1 การจับ ควบคุม ชัง ต้องกระทำโดยมีเหตุสมควรหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในคดีอาญาซึ่งเกี่ยวกับเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกายของบุคคล มิให้ถูกจับหรือควบคุม หรือชังโดยพลการ ดังนั้น หากเจ้าพนักงานหรือศาลจะจับบุคคลใดต้องมีเหตุอันสมควร สำหรับเหตุอันสมควรนี้โดยหลักทั่วไปต้องได้รับการตรวจสอบจากศาล แต่ในกรณีพิเศษดำเนินการจับได้โดยไม่มีหมายจับ เนื่องจากเหตุฉุกเฉินหรือจำเป็นตามที่กฎหมายกำหนด

1.1.1 การจับบุคคลใดโดยหลักต้องมีหมายจับจากศาลเพื่อให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางตรวจสอบเหตุสมควรในการได้ตัวผู้ถูกจับและไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชนจนเกินขอบเขต การตรวจสอบเหตุดังกล่าว จึงเป็นมาตรการที่ป้องกันการจับโดยอำเภอใจหรือปราศจากเหตุอันควร ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว การจับเพื่อนำไปสู่การแสวงหาหลักฐานในคดีนั้นมิใช่เหตุอันควรที่จะจับ แต่จะต้องการหลักฐานตามสมควรว่าผู้ที่น่าสงสัยว่าเป็นผู้กระทำความผิดแต่มีเหตุจำเป็นที่จะจับจึงจะขอหมายจับได้ เหตุอันควรจับโดยทั่วไป คือ ประการแรก ต้องการได้ตัวผู้ต้องหาไว้เพื่อดำเนินคดี ดังนั้นการที่ผู้ต้องหาหลบหนีหรือจะหลบหนีหรือไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง จึงเป็นเหตุที่จะขอหมายศาลได้ ประการที่สอง เหตุที่ผู้ต้องหาจะยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน เช่น การไปทำลายพยานหลักฐานหรือการข่มขู่หรือคุกคามพยานบุคคลหรือผู้เสียหายเป็นอีกเหตุหนึ่งที่จะต้องนำตัวผู้ต้องหาไว้ ประการที่สาม เหตุที่ผู้ต้องหากระทำความผิดร้ายแรง ซึ่งเหตุที่สามนี้ โดยสภาพผู้กระทำความผิดมักจะไม่วางใจที่จะถูกดำเนินคดี จึงมีเหตุจำเป็นที่จะจับตัวไว้

สำหรับในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 237 กำหนด มาตรการเพื่อให้เป็นไปตามหลักประกันการจับโดยมีเหตุอันควรนี้ ในวรรคสอง ที่ว่า “หมายจับหรือหมายชังบุคคลจะออกได้ต่อเมื่อ

(1) มีหลักฐานตามสมควรว่าผู้ที่น่าจะได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่มีโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ

(2) มีหลักฐานตามสมควรเชื่อว่าผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้นั้นจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานหรือก่อเหตุ อันตรายประการอื่นด้วย”

สำหรับเหตุอันควรออกหมายจับนั้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 59 วรรคสอง กำหนดให้ผู้ออกหมายจะต้องสอบให้ปรากฏ เหตุอันสมควรที่จะออกหมายนั้นเสียก่อน เหตุผลนี้จะได้มาจากคำแจ้งความโดยสาบานหรือจากพฤติการณ์อย่างอื่นก็ได้ ส่วนหลักเกณฑ์ในมาตรา 237 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 กำหนดให้ต้องมีหลักฐานตามสมควร ซึ่งพิจารณาประกอบกันแล้ว เห็นได้ว่าการที่ศาลจะออกหมายจับบุคคลใด จะต้องพิเคราะห์จากหลักฐานที่ผู้ร้องขอขึ้นมาและหลักฐานดังกล่าวต้องมีเหตุที่จะออกหมายจับได้

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า หลักฐานอันจะนำไปสู่การออกหมายนั้นจะมีลักษณะอย่างไร ต้องเป็นหลักฐานตามหลักเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐานตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้หรือไม่ และศาลจะชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน โดยอาศัยเกณฑ์อย่างไร สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประเด็น ประเด็นแรก ผู้ออกหมายจะต้องพิเคราะห์ว่ามีหลักฐานอันนำไปสู่การออกหมายจับหรือหมายขัง แต่ไม่ใช่เหตุว่าผู้นั้นมีความน่าเชื่อว่าได้กระทำความผิดแต่เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้เพราะหลักฐานที่จะนำไปสู่การออกหมายนั้นเป็นหลักฐานเพื่อการจับ ดังนั้นในกรณีการจับตามมาตรา 237 วรรคสอง (1) ว่ามีหลักฐานว่าผู้นั้นน่าจะกระทำความผิดอาญาร้ายแรง ส่วนใน (2) มีหลักฐานว่าผู้นั้นน่าจะกระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้นั้นจะหลบหนีหรือยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานหรือจะก่อเหตุร้าย

ซึ่งจากถ้อยคำในคัตวบทดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาออกหมายจับต้องพิจารณาจากหลักฐานเพื่อนำไปสู่การออกหมายตามเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนด ประเด็นที่สอง หลักฐานที่นำมาพิเคราะห์นั้นจะต้องมีความชัดเจนทำให้ผู้ออกหมายเชื่อได้เพียงใด ข้อนี้ เห็นได้ว่ามีขนาดของความน่าเชื่อถือเพียงชั้น “น่าจะ” ไม่ใช่ “แน่ใจ” ดังนั้นจึงไม่ต้องมีหลักฐานจนถึงขนาดปราศจากข้อสงสัยหรือถึงขั้นมีมูลเป็นความผิดเหมือนเช่นในกรณีการลงโทษหรือการไต่สวนมูลฟ้อง ทั้งนี้เพราะเหตุแห่งการจับเป็นเพียงมีหลักฐานที่น่าจะเชื่อว่าการกระทำความผิดเกิดแล้ว หรือมีเหตุที่น่าจะเชื่อว่าจะไปยุ่งกับพยานหลักฐานหรือจะหลบหนี กฎหมายจึงให้เจ้าพนักงานเข้าไปจับไว้เพื่อป้องกันอาชญากรรม การไปทำลายหลักฐาน หรือการที่จะไม่ได้ตัวผู้นั้นเพราะหลบหนีและเมื่อจับมาแล้วหากเห็นว่าไม่จำเป็นต้องเอาตัวไว้ก็อาจปล่อยไปได้ ส่วนการพิจารณาว่าคดีมีมูลนั้นควรต้องมีหลักฐานมากกว่ากรณีจับเพราะการประทับรับฟ้องมีผลทำให้จำเลยต้องต่อสู้คดี จึงควรมี

หลักฐานมากกว่าขั้นตอนการจับ ส่วนการลงโทษนั้นกฎหมายกำหนดให้ศาลต้องแน่ใจจึงจะลงโทษได้ เพราะเป็นการชี้ขาดว่าจำเลยผิดหรือไม่ หากเห็นว่าผิดจำเลยต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

ข้อพิจารณาต่อไปคือ เหตุยกเว้นที่จะจับได้โดยไม่มีหมาย จับ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 237 กำหนดให้มีเหตุ “ความผิดซึ่งหน้าหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นให้จับได้โดยไม่มีหมายตามที่กฎหมายบัญญัติ ” ถ้าพิจารณาจากข้อยกเว้นในมาตรา 237 นี้ แสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่รับรองเหตุการณ์จับโดยไม่มีหมายศาล จะต้องเป็นกรณีฉุกเฉินเพื่อระงับเหตุเช่นเดียวกับลักษณะความผิดซึ่งหน้า ทั้งนี้เพราะมีหลักฐานชัดเจนและมีความจำเป็นต้องระงับเหตุการณ์ในขณะนั้น หากเน้นเข้าไปคนร้ายก็อาจหนีไปหรือมีเจตนาความร้ายแรงของการกระทำความผิดอาจมากขึ้นหากไม่จับผู้นั้น ส่วนข้อความที่ว่า มีเหตุจำเป็นอย่างอื่นให้จับได้ตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นหลักการที่กำหนดไว้เพื่อให้รัฐได้ออกกฎหมายยกเว้นการจับโดยไม่มีหมายจับและเหตุจำเป็นดังกล่าวหากรัฐสภาพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเหตุที่สามารถจับได้โดยไม่มีหมายจับซึ่งถือได้ว่าเป็นความเห็นร่วม ของประชาชนที่อนุญาตให้จับได้โดยไม่มีหมายจับ ถือเป็นเหตุจำเป็นได้

อย่างไรก็ดี ปัญหาในปัจจุบันที่เกิดขึ้นก็คือ เหตุตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 (2)-(4) และมาตรา 78 วรรคท้ายซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่จะให้จับได้โดยไม่มีหมายจับจะมีผลบังคับเพียงใด ซึ่งในประเด็นนี้ การจับโดยเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่โดยอาศัยเหตุออกหมายจับนั้น เห็นโดยทั่วไปว่าไม่ใช่ข้อยกเว้นอีกต่อไป การจับดังกล่าวจึงต้องขอหมายจับจากศาล ส่วนการจับตามมาตรา 78 (2)-(4) มีปัญหาว่าจะรัฐธรรมนูญหรือไม่ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เป็นข้อยกเว้นในกฎหมายจึงมีผลบังคับจนกว่าจะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากฎหมายที่มีอยู่เดิมไม่น่าจะเป็นกรณีข้อยกเว้นตามกฎหมายเพราะเหตุยกเว้นกำหนดขึ้นภายใต้กรอบแนวคิดเดิมที่ไม่ได้คำนึงถึงความเคร่งครัดในการจับดังเช่นในกฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนด จึงไม่อาจใช้ได้ทั้งหมด ดังเช่น การจับเพราะเหตุมีคนขอให้จับโดยอ้างว่าได้ร้องทุกข์ตามระเบียบแล้ว ตามมาตรา 78(4) ซึ่งไม่ใช่เหตุจำเป็นหรือฉุกเฉินอย่างใด เพียงแต่มีผู้มาขอให้จับเท่านั้น ส่วนในกรณีตามมาตรา 78(2) มีลักษณะที่กำลังพยายามกระทำความผิดซึ่งหากพิจารณาเหตุผลจำเป็นในกรณีที่หากไปขอหมายจับจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมเพราะผู้จับควรยับยั้งการกระทำความผิดนั้น จึงน่าจะสอดคล้องกับเหตุจำเป็นตามรัฐธรรมนูญ ส่วนกรณีการจับเพราะผู้กระทำความผิดกำลังจะหลบหนีตามมาตรา 78(3) ถือได้ว่าเป็นเหตุจำเป็นที่ จับได้โดยไม่มีหมายจับเพราะหากไปขอหมายจากศาลผู้นั้นคงหลบหนีไปแล้ว



1.1.2 การควบคุมหรือขัง ต้องกระทำโดยมีเหตุอันควรและเท่าที่จำเป็นเหตุแห่งการขังนั้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 237 เป็นเหตุเดียวกับการจับ โดยกำหนดไว้ในเหตุออกหมา ขังและขัง ส่วนกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 237 วรรคแรกเป็นกรณีที่กำหนดเวลาในการควบคุมในระหว่างการสอบสวนของตำรวจให้ต้องนำตัวมาศาลเพื่อมาตรวจสอบเหตุจำเป็นในการที่จะคุมขังต่อไป โดยการขอฝากขังต่อศาล ภายใน 48 ชั่วโมง นับแต่วันที่ผู้ถูกจับมาถึงสถานีตำรวจ การกำหนดระยะเวลาไว้นี้หากพิจารณาหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 วรรคแรกและวรรคสาม ถือได้ว่าเป็นหลักการอย่างเดียวกันเพียงแต่ในวรรคสามของมาตรา 87 ที่กำหนดข้อยกเว้นของการที่ไม่ต้องมาศาลภายใน 48 ชั่วโมง โดยให้ขยายออกได้ไม่เกิน 3 วัน จึงเป็นข้อยกเว้นที่มีเวลาเกินกว่าที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนด อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดเหตุยกเว้นที่จะไม่ต้องนำตัวผู้ถูกจับมาศาลภายใน 48 ชั่วโมง โดยให้เป็นกรณีที่มี “เหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นตามที่กฎหมายกำหนด” ซึ่งในกรณีนี้ สำหรับมาตรา 87 วรรคสามมิได้กำหนดไว้ เพียงแต่กำหนดให้ขยายได้ไม่เกิน 3 วัน ดังนั้นเหตุที่ขยายเวลาเกิน 48 ชั่วโมง แต่ไม่เกิน 3 วัน จึงไม่ใช่เหตุตามข้อยกเว้นของมาตรา 237 นี้ แต่หากมีการปรับปรุงมาตรา 87 สามารถกำหนดเหตุจำเป็นไว้ได้ ส่วนเหตุสุดวิสัยอันจะเป็นเหตุที่ไม่อาจนำตัวมาเพื่อขอฝากขังภายใน 48 ชั่วโมง เช่น การที่น้ำท่วม การคมนาคมไม่อาจติดต่อได้ไม่ว่าในทางใด เป็นต้น

ในกฎหมายพิเศษบางฉบับที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีเกี่ยวกับยาเสพติดให้อำนาจเจ้าพนักงานที่จะควบคุมผู้ต้องหาคดียาเสพติดเกินกำหนด 48 ชั่วโมง เพื่อตรวจสอบและสอบสวนและไม่ให้ถือว่าเป็นเวลาควบคุมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือในกรณีที่เป็นการควบคุมในสถานพินิจและคุ้มครองเยาวชน ซึ่งให้อำนาจในการควบคุมไว้เป็นเวลา 90 วัน โดยมีให้ถือว่าเป็นการควบคุมตามประมวลกฎหมายอาญา หรือในกรณีของการส่งผู้ต้องหาที่กระทำ ความผิดฐานเสพยาเสพติด เสพและมีไว้ในครอบครองเสพและมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ซึ่งไม่ได้ถูกจำคุกในคดีอื่น กฎหมายกำหนดให้พนักงานสอบสวนนำตัวผู้ต้องหาไปศาลภายใน 48 ชั่วโมงเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ส่งตัวไปพิสูจน์การเสพหรือคดียาเสพติด แต่กำหนดยกเว้นไว้ว่าหากมีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งไม่อาจนำตัวผู้ต้องหาไปศาลภายในกำหนดเวลาดังกล่าวได้ และในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกิน 18 ปี จะต้องนำตัวเด็กมาส่งศาลภายใน 24 ชั่วโมง ข้อยกเว้นในสามกรณีข้างต้นมีเหตุผลต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีแรกมีเนื้อหาเป็นข้อยกเว้นของหลักการควบคุมเท่าที่จำเป็นและไม่เกินกำหนด 48 ชั่วโมง ส่วนในสองกรณีหลังนี้ เป็นกรณีที่ทำให้ควบคุมได้เพื่อประโยชน์ของเยาวชนที่จะไม่ต้องอยู่ในการควบคุมของพนักงานสอบสวนนานเกินไปและไม่ต้องเข้าสู่

กระบวนการคุ้มครองซึ่งโดยทั่วไปตามหลักในคดีอาญา ซึ่งในสองกรณีหลังนี้ไม่น่าจะขัดกับหลักประกันสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 ส่วนการที่นำไปควบคุมไว้ในสถานพินิจหรือศูนย์ฟื้นฟูสมรรถภาพยาเสพติดจะขัดต่อหลักการปฏิบัติต่อเด็กหรือการบังคับรักษาหรือไม่ เพราะหลักการดังกล่าวมีแนวความคิดในเรื่องของการหลีกเลี่ยงการนำผู้ติดยาและเด็กไม่ให้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทาอาญา

### 1.1.3 การใช้กำลังเพื่อจับผู้ต้องหาที่ขัดขืน

หลักการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการเข้าจับผู้ต้องถูกจับนั้น โดยทั่วไปการจับไม่ต้องใช้กำลังเพื่อจับ เพียงแต่ผู้จับแจ้งว่าเขาถูกจับและแจ้งให้ไปที่สถานีตำรวจก็เพียงพอเป็นการจับแล้วไม่ต้องใช้กำลังทางกายภาพเพื่อจับตัวไป แต่ในกรณีที่ผู้ถูกจับขัดขืนหรือหลบหนีจึงใช้กำลังเท่าที่จำเป็นเพื่อการจับตัว อย่างไรก็ตาม หากผู้ถูกจับต่อสู้หรือขัดขืน เจ้าพนักงานผู้จับย่อมมีสิทธิใช้การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เพื่อกระทำการโต้ตอบแก่ผู้ขัดขืนได้ ดังนั้นการที่เจ้าพนักงานใช้กำลังเพื่อจับจึงมีอำนาจทั้งที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสอง และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 วางกฎหมายไว้ ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของความจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้หนี หรือการจำเป็นเพื่อป้องกันสิทธิในชีวิตของผู้จับเมื่อถูกประทุษร้ายจากผู้ถูกจับ

มาตรการทางกฎหมายของไทยดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าการใช้กำลังเพื่อจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้อำนาจเฉพาะการหยุดยั้งการขัดขืนหรือการหลบหนีของผู้ถูกจับเท่านั้น ส่วนการป้องกันสิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เป็นการพิจารณาและให้อำนาจเจ้าพนักงานในการใช้กำลังเพื่อป้องกันภัยให้แก่ตนเองเมื่อได้รับจากการต่อสู้จากผู้ถูกจับ ซึ่งในกรณีดังกล่าวหากการฝ่าฝืนมีลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตของผู้จับ เจ้าพนักงานสามารถใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตนได้ตามหลักสัดส่วนและวิถีทางนี้ อย่ที่สุดซึ่งถือเป็นการป้องกันที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแนวทางปฏิบัติของศาลไทยก็พิจารณาถึงหลักสัดส่วนของภัยที่จะเกิดแก่ผู้ป้องกันเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ดังนั้นหากถือตามหลักกฎหมายและแนวปฏิบัติของกฎหมายพอได้หลักว่ากฎหมายไทยให้อำนาจผู้จับที่จะใช้กำลังแก่ผู้จับเท่าที่จำเป็นเพื่อจับผู้ต้องหาให้ได้หรือป้องกันมิให้หนีและหากมีกรณีที่ผู้ถูกจับต่อสู้และประทุษร้ายแก่เจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานจะใช้กำลังถึงขั้นทำให้ตายได้ต่อเมื่อมีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกจับกำลังจะประทุษร้ายแก่ผู้จับถึงขั้นทำให้ตาย ซึ่งพฤติการณ์ดังกล่าวอาจไม่ต้องถึงขั้นที่แสดงว่ากำลังลงมือฆ่าเจ้าพนักงานผู้จับ เพราะในหลักป้องกันนั้นถือว่ามิใช่อันตรายที่ใกล้จะถึงก็เพียงพอแล้ว เช่น ผู้จับมีพฤติการณ์ของการแย่งปืนหรือกำลังจะใช้อาวุธประทุษร้ายแก่ผู้

จับ เป็นต้น แต่หากเป็นการขัดขืน โดยใช้หมัดต่อผู้จับก็ไม่น่าจะเป็นอันตรายที่ทำให้มีอำนาจใช้กำลังเพื่อป้องกันและจับจนถึงตายได้

อย่างไรก็ดี การใช้กำลังตอบโต้เพื่อจับผู้ประทุษร้ายมีลักษณะที่ฉุกเฉินและต้องอาศัยพฤติการณ์แห่งคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป จึงเกิดปัญหาแก่ผู้ปฏิบัติงานว่า ควรจะใช้กำลัง เพื่อจับถึงขั้นทำให้ตายได้เมื่อใดและหากดุลพินิจของผู้จับไม่ตรงกับผู้พิพากษาที่ชี้ขาดเรื่องนั้นเจ้าพนักงานดังกล่าวก็จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายมาคน เพราะเป็นการใช้กำลังเพื่อจับเกินสมควรแก่เหตุหรือเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ แนวทางในมาตรฐานสากลและกฎหมายต่างประเทศ ได้ให้เกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้เกี่ยวกับมาตรฐานในเรื่องการใช้กำลังถึงตายเพื่อจับ และแนวทางการใช้ปืนเพื่อจับผู้กระทำความผิดที่ขัดขืนการจับ ซึ่งแนวทางดังกล่าวเป็นแนวทางที่ให้ทั้งหลักประกันแก่ผู้ถูกจับที่ชัดเจนว่าจะไม่ถูกใช้กำลังเพื่อจับเกินขอบเขตของความจำเป็น และในขณะเดียวกันก็เป็นหลักประกันแก่เจ้าพนักงานผู้จับว่าหากมีความจำเป็นในการใช้กำลังหรือใช้ปืนเพื่อป้องกันตัวขณะจับกุมนั้น ควรจะต้องมีพฤติการณ์ที่ปรากฏจากภายนอกอย่างไรจึงจะเริ่มใช้อาวุธปืนแก่ผู้ถูกจับได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นแนวทางที่นำมาพิจารณาเพื่อวางกรอบการใช้อาวุธเพื่อจับแก่ผู้ถูกจับซึ่งต่อสู้หรือขัดขวางการจับกุมสำหรับประเทศไทย เพื่อให้เกิดแนวปฏิบัติที่ชัดเจนยิ่งขึ้น และเป็นแนวทางในการที่เจ้าพนักงานจะใช้ในการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ หรือผู้ค้ายาเสพติดซึ่งมักจะใช้กำลังต่อสู้ขัดขืนเจ้าพนักงานเมื่อจะจับกุม

1.2 การค้นต้องมีเหตุอันสมควรถ้าเป็นการค้นในที่ระโหฐานต้องหมายค้นจากศาล การค้นเพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งของหรือพยานหลักฐานในคดีอาญานั้น กระทำได้ในสองลักษณะ คือ การค้นตัวบุคคลหลังจับหรือการค้นในที่สาธารณะส่วนการค้นที่กฎหมายกำหนดให้มีความสำคัญและต้องมีหมายค้นจากศาลคือการค้นในที่ ระโหฐาน ซึ่งเป็นการรบกวนเสรีภาพในการครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข หลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 วรรคสอง มาตรา 93 และมาตรา 69 และ 92 ได้กำหนดเหตุอันสมควรในการค้นบุคคล การค้นในที่สาธารณะไว้ตามลำดับ ซึ่งโดยหลักเกณฑ์ร่วมแล้ว การค้นจะต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ และมีเหตุจำเป็นในการค้นเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานหรือสิ่งของที่มีไว้เป็นความผิดหรือได้ใช้ในการกระทำความผิดหรือเป็นสิ่งของที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือค้นเพื่อหาคนเพื่อจับหรือเพื่อช่วยเหลือให้พ้นจากการถูกหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง ส่วนในกรณีของการค้นในที่ ระโหฐาน นั้น เหตุจำเป็นในการจะเข้าไปค้นตามมาตรา 69 นั้น ต้องได้รับการตรวจสอบจากศาลก่อน โดยการที่ศาลตรวจสอบเหตุอันควรออกหมายค้น หากเห็นชอบจึงออกหมายค้นให้

1.2.1 การคืนตัวบุคคลและการคืนเคสสถานรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 31 วรรคสาม บัญญัติรับรองเสรีภาพในร่างกายโดยกำหนดว่าจะคืนตัวบุคคลมิได้ เว้นแต่โดยอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติ ส่วนการคืนในเคสสถาน ซึ่งเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในเคสสถาน มาตรา 35 วรรคสอง ให้หลักประกันว่า “บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคสสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคสสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครองหรือการตรวจค้นเคสสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ” และมาตรา 238 กำหนดมาตรการในการตรวจสอบเหตุอันควรคืนในที่ระโหฐานว่าต้องมีหมายค้นจากศาล ยกเว้นมีเหตุค้นได้โดยไม่มีหมายค้นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

เหตุแห่งการคืนโดยไม่มีหมายค้นจากศาลนั้นมีทั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92(1)-(5) และมาตรา 92 วรรคท้าย และในกฎหมายพิเศษอื่น ๆ ทั้งที่ตราขึ้นก่อนหรือหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับ จึงมีความเห็นทางกฎหมายว่า เหตุที่ให้ค้นโดยมีหมายค้นจากศาลนี้ต้องเป็นเหตุตามกฎหมายที่ใช้อยู่เดิมหรือต้องตรากฎหมายขึ้นมาใหม่ และในเหตุยกเว้นตามกฎหมายในปัจจุบันที่ตราขึ้นก่อนที่จะมีการแก้ไขนั้นจะให้อำนาจเจ้าพนักงานในการค้นโดยไม่มีหมายค้นได้หรือไม่ เพราะหากไม่ได้ให้อำนาจกระทำของเจ้าพนักงานจะเป็นความผิดฐานบุกรุกเคสสถานได้ และอาจมีผลให้เป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยมิชอบและต้องห้ามมิให้รับฟังตามหลักในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แนวทางปฏิบัติ และคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ เห็นตรงกันว่าอำนาจพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ตามมาตรา 92 วรรคท้ายที่จะค้นโดยไม่มีหมายค้นนั้น ไม่มีผลเป็นข้อยกเว้นอีกต่อไป เพราะขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 238 ที่ต้องการให้ศาลเป็นผู้ออกหมายค้นแต่องค์กรเดียวตามหลักสากล ส่วนข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92(1)-(4) ยังคงใช้ได้อยู่ ทั้งนี้เพราะเหตุดังกล่าวเป็นกรณีที่มีความจำเป็นและไม่อาจขอลาหมายได้เพื่อให้ทันกับเวลา ส่วนในกรณีของมาตรา 92(5) ซึ่งเป็นการคืนเพื่อจับเจ้าบ้าน เป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องเข้าไปเพื่อจับโดยมีหมายจับหรือที่จับได้ตามที่กฎหมายกำหนด จึงไม่จำเป็นต้องขอลาหมายจากศาล

อย่างไรก็ดี ความจำเป็นที่ต้องเข้าไปในที่ระโหฐานนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องทำในเวลาที่เหมาะสม ดังนั้น การคืนในที่ระโหฐานจึงไม่อาจกระทำในเวลากลางคืนได้ เพราะถือว่าเป็นการรบกวนการครอบครองเคสสถานโดยปกติสุข แม้ว่าจะมีความจำเป็นก็ตาม ในกรณีนี้ ตามมาตรา 96 กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการคืนในเวลากลางคืนไว้ในเหตุของการคืนที่ต่อเนื่องจากเวลากลางวัน

มีเหตุจำเป็นหรือฉุกเฉินอย่างยิ่ง หรือเป็นกรณีจับผู้ร้ายหรือผู้ร้ายสำ คัญซึ่งไม่อาจจับในเวลา กลางวันได้ หรือในกรณีที่มีกฎหมายพิเศษกำหนดให้ค้นในเวลากลางคืนได้ อย่างไรก็ตาม ก็ดีหาก พิจารณาตามมาตรา 96 แล้ว เหตุอันควรค้นในเวลากลางคืนนั้นกฎหมายมิได้ให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบ ถึงเหตุดังกล่าว แต่ในทางปฏิบัติศาลอาจพิจารณาได้เพราะในหมายค้นของศาลสามารถระบุวัน เวลา ที่จะค้นให้ชัดเจน

ในกรณีการค้นตามกฎหมายพิเศษมีอยู่หลายฉบับที่กฎหมายกำหนดให้เจ้า พนักงานที่บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น ๆ มีอำนาจค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายค้นจากศาลซึ่งใน กฎหมายบางฉบับ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดมีประเด็นซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความ เห็นไว้แตกต่างกับแนววินิจฉัยศาลฎีกา โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าเป็นข้อยกเว้นตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงมีผลบังคับให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น ส่วนศาลฎีกาเห็นว่าไม่ใช่ข้อยกเว้นแต่เหตุที่ค้นเนื่องจากเป็นกรณีที่ยาเสพติดอาจถูกยกย้ายหรือ ปล่อยให้ตามมาตรการ 92(4) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงให้มีอำนาจค้นได้ แต่ อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวได้ยุติลงสำหรับคดียาเสพติด เพราะต่อมามีการแก้ไขกฎหมายโดยให้ อำนาจพิเศษแก่เจ้าพนักงานที่เข้าไปค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายค้นจากศาล ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของ หลักในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 238 อย่างไรก็ตาม แนว ศาลฎีกาดังกล่าว การค้นโดยไม่มีหมายค้นตามกฎหมายพิเศษจะยังคงมีผลบังคับใช้ได้ตราบที่ยังอยู่ ภายใต้อขอบเขตของการค้นโดยไม่มีหมายซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา และน่าจะเป็นแนวทางให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในกฎหมายพิเศษอื่นที่มีอำนาจ ค้นค้นได้โดยไม่ต้องมีหมาย ถือเป็นแนวในการบังคับใช้กฎหมายในระหว่างที่ยังไม่มีกฎหมาย หลังจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ใช้บังคับเพื่อให้อำนาจเจ้าพนักงาน ในการเข้าไปในเคหสถานของผู้อื่นเพื่อตรวจค้นตามที่กฎหมายพิเศษนั้น

#### 1.2.2 การค้นยานพาหนะ

การค้นยานพาหนะที่ไม่ใช่รถขนส่งสาธารณะ เช่น รถยนต์ส่วนบุคคลและ ไม่ได้อยู่ในที่ ระโหฐาน แต่จอดหรือวิ่งในอยู่ในทางสาธารณะนั้น จะถือเป็นการค้นในที่ ระโหฐาน หรือเป็นการค้นในที่สาธารณะสถาน ซึ่งเป็นปัญหาที่คลุมเครือมานาน ฝ่ายที่เห็นว่าเป็นที่ ระโหฐาน ก็จะต้องหมายค้นหรือมีเหตุให้ค้น โดยไม่มีหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นการค้นตามมาตรา 93 ซึ่งต้องมีเหตุค้นแต่ไม่ต้องมีหมายค้นจาก ศาล ในเรื่องนี้ ถ้าพิจารณากฎหมายต่างประเทศ มีการกำหนดไว้เป็นพิเศษถือเป็นอำนาจในการเรียก ให้หยุดเพื่อตรวจค้นยานพาหนะ ซึ่งต้องทำโดยมีเหตุอันสมควรเพื่อต้องการได้พยานหลักฐานหรือ

สิ่งของที่รับได้ตามกฎหมาย ซึ่งในกฎหมายไทยนั้นเดิมที่ยังคงมี มาตรา 92 วรรคท้ายที่ให้อำนาจพนักงานฝ่ายปกครองหรือ ตำรวจชั้นผู้ใหญ่ มีอำนาจตรวจค้นได้โดยไม่ต้องมีหมาย การตั้งด่านตรวจค้นรถยนต์ในถนนสาธารณะจะกระทำโดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งยังคงไม่ขัดต่อกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการค้นในที่ ระโหฐาน หรือที่สาธารณะ แต่หลังจากที่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว และเห็นว่าอำนาจของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ไม่มีอำนาจออกหมายค้นแล้ว จึงเป็นปัญหาว่าหากถือเป็นการค้นในที่ ระโหฐาน จะต้องขออนุญาตค้น มิฉะนั้นก็จะขัดต่อกฎหมายไม่ว่าจะมีพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่อยู่ด้วยหรือไม่ แต่ถ้าวัดถือเป็นการค้นในที่สาธารณะไม่ว่าจะขัดต่อกฎหมายเพราะไม่ต้องมีหมายค้นจากศาล

ในความเห็นของผู้เขียน เห็นว่าการค้นยานพาหนะในถนนหลวงนี้เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการเคลื่อนไหวร่างกายมากกว่าเป็นการรบกวนการครอบครอง อสังหาริมทรัพย์โดยปกติสุข ดังนั้นการค้นจึงไม่อยู่ในบังคับที่จะขออนุญาตค้นของศาลตา มหลักใน มาตรา 238 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือมาตรา 92 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แม้ว่าตามคำนิยามศัพท์ ในมาตรา 2 จะทำให้เห็นว่าน่าจะเป็น ระโหฐาน เพราะรถยนต์ส่วนบุคคลไม่ใช่ที่สาธารณะก็ตาม อย่างไรก็ตาม การที่เรียกให้รถหยุดเพื่อตรวจค้น มีความจำเป็นต้องมีเหตุอันควรสงสัยซึ่งหากพิจารณาในด้านความคล่องตัวของการปฏิบัติงาน และเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกรบกวนเพราะเหตุที่เจ้าพนักงานตรวจค้นเพื่อป้องกันอาชญากรรม เหตุที่จะค้นน่าจะกำหนดให้กฎหมายว่าต้องมีเหตุอันควรสงสัยตามสมควร เพื่อจะมีให้มีการตั้งด่านตรวจค้น โดยไม่จำเป็นจึงควรบัญญัติในเรื่องการค้นยานพาหนะไว้เป็นพิเศษในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

### 1.2.3 การค้นในกรณีพิเศษ

การค้นเอกสารหรือจดหมายหรือการดักฟังทางโทรศัพท์และการตรวจสอบ เพื่อค้นหาข้อมูลในระบบเครือข่ายสารสนเทศนั้นก็เป็นการค้นที่ มีความจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เพิ่มจากที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้ ซึ่งในปัจจุบันกำหนดไว้ใน มาตรา 105 ซึ่งเป็นการค้นเอกสารหรือจดหมาย โทรเลขซึ่งผู้ต้องหาติดต่อกับบุคคลภายนอกหรือในทางกลับกัน (ยกเว้นการติดต่อกันระหว่างผู้ต้องหา กับทนายความ ) และยังอยู่ในความครอบครองของพนักงานไปรษณีย์โทรเลข แต่สำหรับการดักฟังทางโทรศัพท์หรือการเข้าไปในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือการตรวจหาข้อมูลในระบบอินเทอร์เน็ตหรือในข้อมูลของคอมพิวเตอร์ในระบบเครือข่ายอื่น ๆ ยังไม่ได้มีกำหนดไว้ว่าควรดำเนินการอย่างไร นอกจากนี้กฎหมายพิเศษบางฉบับกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

ในกฎหมายต่างประเทศกำหนดให้มีหลักเกณฑ์การค้นคว้าได้ภายใต้การขอหมายจากศาลและมีกระบวนการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องรายงานศาลเป็นระยะและต้องเปิดเผยข้อมูลที่ได้มาเพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบด้วย ส่วนของไทยยังไม่มีกระบวนการตรวจสอบที่ชัดเจนแต่ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขได้ในคำสั่งอนุญาตสำหรับการตรวจค้นข้อมูลในเครือข่ายสารสนเทศสามารถกระทำได้และมีผู้เชี่ยวชาญทางด้านคอมพิวเตอร์ร่วมในการตรวจค้นด้วย สำหรับในการค้นข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์นั้นยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจในการตรวจค้นและเข้าพนักงานสามารถสั่งให้เจ้าของรหัสบอกรหัสเพื่อการเข้าสู่ข้อมูลดังกล่าวได้นั้นปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ชัดเจน

## ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครองหรือการกระทำของรัฐบาล

### 1. ทฤษฎีว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรบริหาร

การใช้อำนาจของรัฐเพื่อให้ บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐจะปรากฏออกมาในรูปของการกระทำในลักษณะต่าง ๆ โดยผ่านทางองค์กรของรัฐ การใช้อำนาจของรัฐนั้น ถ้าพิจารณาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ จะแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรบริหาร และโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะการใช้อำนาจรัฐขององค์กรบริหารเท่านั้น

การใช้อำนาจรัฐขององค์กรบริหารสามารถแยกได้เป็น 2 ฐานะ คือ การใช้อำนาจรัฐขององค์กรบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กับการใช้อำนาจรัฐขององค์กรบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร แยกออกเป็น 2 ส่วน คือ รัฐบาล (Government) และเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง (Administrative Organs) สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองนั้น เป็นที่ยอมรับกันเป็นที่ยุติว่า บรรดา “องค์กร” หรือ “เจ้าหน้าที่” ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งเป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” แต่ในขณะที่พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการได้สองฐานะด้วยกัน กล่าวคือ บางกรณีกระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” บางกรณีกระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาลและกรณีใดเป็นกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐฝ่ายปกครอง พิจารณาจาก 3 ทฤษฎี คือ

ทฤษฎีที่หนึ่ง เสนอให้พิจารณาจากลักษณะของการกระทำของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะ รัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน ซึ่งแบ่งเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก คือ การกระทำทางการเมือง ซึ่งเป็นการตัดสินใจเลือกทิศทางการบริหารราชการแผ่นดิน เช่น การวางแผนการบริหารประเทศ การรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ การรักษาประเพณี วัฒนธรรมของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น ซึ่งถือว่ากระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาลประเภทที่สอง คือ การกระทำที่เป็นงานประจำ ซึ่งเป็นการดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน หรือการนำแผนนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินมาปฏิบัติให้เกิดผลเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่อง คือ การจำแนกการกระทำของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนเป็นสองประเภทดังกล่าว มีลักษณะค่อนข้างสัมพัทธ์ (Relative) เพราะการกระทำในบางกรณีไม่อาจวินิจฉัยลงไปได้อย่างแน่ชัดว่าเป็นการกระทำในทางการเมือง หรือเป็นการกระทำเป็นงานประจำต้องอาศัยการพิจารณาประกอบกับภาวะเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองในแต่ละช่วงเวลา

ทฤษฎีที่สอง เสนอให้พิจารณาจากลักษณะของอำนาจกระทำการของพระมหากษัตริย์ โดยคำแนะนำของคณะ รัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ประเภทแรกคือ อำนาจดุลพินิจ (Discretionary power) ซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในอันที่จะวินิจฉัยและตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะกระทำหรือไม่ อย่างไร ประเภทที่สอง คือ อำนาจผูกพัน (Bound power) ซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยบัญญัติไว้เป็นการล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องกระทำอย่างนั้นอย่างนี้ หากมีการกระทำโดยอาศัยอำนาจดุลพินิจให้ถือว่ากระทำในฐานะรัฐบาล แต่กระทำโดยอาศัยอำนาจผูกพันให้ถือว่ากระทำในฐานะ “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” แต่ทฤษฎีนี้ก็ยังมีข้อบกพร่องที่อำนาจดุลพินิจนั้นปกติแล้วไม่สามารถมิได้ รับผิดชอบ เพราะต้องอาศัยฐานแห่งกฎหมายมารองรับอำนาจเสมอจะกระทำการใช้ดุลพินิจอย่างอิสระ โดยขัดต่อกฎหมายมิได้ ขณะเดียวกันอำนาจผูกพันนั้นก็มิได้มีอยู่ทุกขั้นตอนของการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเสมอไป ปัจจุบันจึงใช้อำนาจแบบผสม

ทฤษฎีที่สาม เสนอให้พิจารณาจากกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน กล่าวคือ ในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่นั้น อำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล้วนแต่เป็นอำนาจตามกฎหมายทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร



ก็หาได้มีแหล่งที่มา (Source) จากกฎหมายลำดับชั้นเดียวกันไม่อำนาจกระทำการบางอำนาจมีแหล่งที่มาจากรัฐธรรมนูญบางอำนาจมีแหล่งที่มาจากราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ดังนี้ ในกรณีที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญให้ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” แต่ในกรณีที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดให้ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง”

## 2. ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล

ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (Acté de gouvernement) เป็นแนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของศาลในการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือ รัฐบาลไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาลปกครอง (สภาแห่งรัฐ) ในการดำเนินงานบางอย่างรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชนไม่อาจนำไปฟ้องร้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม กล่าวคือ เอกชนจะฟ้องร้องรัฐบาลว่าการกระทำนั้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ และจะขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้นหรือขอให้ชดเชยค่าเสียหายไม่ได้ ผลในทางกฎหมายแนวความคิดว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลคือการกระทำดังกล่าวย่อมตกอยู่ในความควบคุมทางการเมืองโดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภาอาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล หรือสื่อมวลชนอาจวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลได้

“การกระทำของรัฐบาล” ถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือการควบคุมทางศาลโดยสิ้นเชิง ด้วยเหตุนี้ กฎหมายของประเทศต่าง ๆ จึงไม่พยายามกำหนดนิยามของการกระทำของรัฐบาลเอาไว้เพราะเกรงว่าหากมีการกำหนดนิยามไว้แล้วก็อาจจะมีการตีความขยายขอบเขตของการกระทำทางปกครองให้กลายเป็นการกระทำของรัฐบาลได้มากขึ้น อันจะทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล ฉะนั้น การพิจารณาว่ากรณีใด ถือว่าเป็น “การกระทำของรัฐบาล” จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเฉพาะตามรายการลำดับคำพิพากษาเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ยังมีนักนิติศาสตร์บางท่านได้ให้คำนิยามคำว่า “การกระทำของรัฐบาล” ไว้ เช่น ศาสตราจารย์ Chapus ได้นิยามความหมายของการกระทำทางรัฐบาลว่า หมายถึง การกระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่รัฐบาล ซึ่งต่างจากการปฏิบัติหน้าที่ทางปกครองอันเป็นหน้าที่อีกประการหนึ่งของฝ่ายบริหาร 3 แต่เดิมในทางปฏิบัติ ฝ่ายบริหารมักอ้างว่า การสั่งการต่าง ๆ โดยอาศัยเหตุผลทางการเมืองเป็นการกระทำของรัฐบาล เพื่อแสดงว่าการใช้อำนาจดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ต่อมาศาลปกครองฝรั่งเศสได้ปฏิเสธทฤษฎีเรื่องเหตุผลทางการเมืองและได้จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ศาลปกครองจะไม่ควบคุมในกิจการ 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่

1) การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทาง การเมืองระหว่างรัฐบาลกับ รัฐสภา เช่น การที่รัฐบาลปฏิเสธไม่เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา หรือการที่รัฐบาลถอนร่างกฎหมาย การออกรัฐกฤษฎีกาประกาศใช้กฎหมาย การออกรัฐกฤษฎีกาเปิดและปิดสมัยประชุมการออกรัฐ กฤษฎีกาให้ประชาชนลงมติในร่างกฎหมาย เป็นต้น กรณีเหล่านี้ต่างจากกรณีที่ ทั่วไป เพราะรัฐ กฤษฎีกาเป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งหากออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมฟ้องได้ แต่กรณีดังกล่าวนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่รับพิจารณาคดีดังกล่าว

2) การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่นหรือ องค์การระหว่างประเทศ ศาลปกครองไม่รับพิจารณาคดี ดังจะเห็นได้ตลอดมาว่าสภาแห่งรัฐได้ ปฏิเสธไม่รับพิจารณาในเรื่องความสมบูรณ์หรือการตีความในสนธิสัญญาระหว่างประเทศเท่าที่ ปราบกฏสภาแห่งรัฐได้รับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้บังคับของสนธิสัญญาไว้พิจารณาแต่เฉพาะกรณีที่ เป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับ สหรัฐอเมริกา ค.ศ.1909 สภาแห่งรัฐได้ยอมรับคำขอให้เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองเนื่องจากใช้ อำนาจ เกินขอบเขตและได้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศ เพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพราะเหตุว่า รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ.1946 ได้บัญญัติให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีฐานะ เหมือนกับกฎหมายของประเทศ ฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม บรรทัดฐานคำพิพากษามีได้ชี้ชัดว่าศาลไม่มี อำนาจควบคุมการกระทำที่เกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะเป็น “การกระทำของ รัฐบาล” แต่ถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจเพราะ เป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลภายใน ไม่มีอำนาจพิจารณา แต่ที่พอสรุปประเภทของคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เกี่ยวกับความ สัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ ดังนี้

1) การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็น เรื่องของรัฐ กับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูต ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่าง ประเทศของรัฐบาลการปฏิบัติตามข้อตกลงหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ เป็นต้น

2) การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การ ปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศส หรือการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ การไม่ยอมตรวจลง ตราหนังสือเดินทางให้ เป็นต้น แต่การปฏิเสธในกรณีหลังนี้ปัจจุบันศาลปกครองยอมรับพิจารณา คดีแล้ว

3) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ ส่งข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสิน

4) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม หมายถึง การปฏิบัติการทางทหารซึ่งถ้าเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนต่างประเทศแล้วจากบรรทัดฐานคำพิพากษาสภาแห่งรัฐจะถือว่าการที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ใช่การกระทำของรัฐบาลและรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบอย่างใด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้

ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสในยุคแรก สภาแห่งรัฐได้สร้างทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” โดยถือว่าการกระทำที่มีมูลเหตุในทางการเมืองเป็นการกระทำของรัฐบาล และนับตั้งแต่คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1875 ในคดี “Prince Napoleon” ศาลได้เลิกถือว่าการกระทำที่มีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์ทางการเมืองเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า เมื่อ ค.ศ.1853 จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ได้แต่งตั้งเจ้าชายนโปเลียน โจเซฟ โบนาปาร์ต ซึ่งเป็นญาติให้เป็นนายพล ต่อมาใน ค.ศ.1873 หลังจากยุคของจักรพรรดิดังกล่าวได้สิ้นสุดลงได้มีการพิมพ์ทำเนียบทหาร ซึ่งระบุรายชื่อของนายพลต่าง ๆ ขึ้นเป็นครั้งแรกแต่ไม่ปรากฏว่ามีรายชื่อของเจ้าชายดังกล่าวเจ้าชายจึงได้มีหนังสือถามไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมว่าการที่หนังสือดังกล่าวไม่ได้ลงชื่อของเขานั้นเนื่องจากความพลั้งเผลอหรือเป็นการกระทำโดยเจตนา รัฐมนตรีฯ ก็ได้มีหนังสือตอบว่าไม่อาจจะลงชื่อของเจ้าชายในทำเนียบได้ เพราะเมื่อพิจารณากฎหมายแล้ว การแต่งตั้งเจ้าชายเป็นนายพลไม่ชอบเนื่องจากการแต่งตั้งภายใต้เงื่อนไขเฉพาะของระบอบการปกครองที่ปัจจุบันได้ยกเลิกไปแล้ว ซึ่งทำให้การแต่งตั้งดังกล่าวไม่มีผลเจ้าชายนโปเลียนจึงได้ฟ้องคดีดังกล่าวต่อสภาแห่งรัฐ (Conseil d’Etat) และรัฐมนตรีฯ ได้ต่อสู้ว่าสภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจเนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นเรื่องทางการเมืองจึงเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยสภาแห่งรัฐได้รับพิจารณาคดีดังกล่าวและได้พิพากษายกฟ้อง ซึ่งในคดีนี้มีความเห็นของพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนว่า “...จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ใช่ถ้าเป็นนิติกรรม (หรือการกระทำ) ที่ได้ทำลงโดยรัฐบาลหรือผู้แทนของรัฐบาลโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีหรือที่ได้ทำลง โดยมีเหตุผลทางการเมือง (Interet politique) แล้วจะมีผลให้นิติกรรมดังกล่าวมีลักษณะพิเศษไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทาง ศาล...” เป็นอันว่านับแต่นั้นมา “เหตุผลทางการเมือง” จึงไม่ใช่สาเหตุที่ทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของรัฐบาล ต่อมาคำพิพากษาของคดีขัดกันและสภาแห่งรัฐได้พัฒนาเรื่องของการกระทำของรัฐบาล โดยใช้หลักว่าการกระทำใดจะเป็นการกระทำของรัฐบาลก็ต่อเมื่อศาลคดีขัดกันและสภาแห่งรัฐเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาลเพราะมีเหตุผลแห่งความเหมาะสม ดังนั้นการจะดูว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลจึงดูได้แค่คำพิพากษาว่าเป็นหรือไม่เป็นคดี ๆ ไป

ในประเทศอังกฤษ นับตั้งแต่ศาลอังกฤษปฏิเสธไม่ยอมตัดสินคดีซึ่งดยุคออฟยอร์ก (Duke of York) ร้องว่าตนมีสิทธิที่จะขึ้นเสวยราชย์ใน ค.ศ.1460 เป็นต้นมา ศาลอังกฤษเองก็ปฏิเสธที่จะเข้าควบคุมการกระทำทางการเมืองเช่นกัน แต่มีข้อสงสัยกันว่าใน อังกฤษนั้นศาลแบ่งประเภทคดีที่จะไม่ก้าวเข้าไปควบคุมการทำทางการเมืองเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ถ้าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแล้ว ศาลจะอ้างทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล (Acts of government) แต่ถ้าเป็นเรื่องการเมืองภายในของอังกฤษ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลในเรื่องการเปิดและปิดสมัยประชุม การยุบสภา การตั้งนายกรัฐมนตรี อำนาจของรัฐสภาที่จะออกกฎหมาย ฯลฯ ศาลและนักวิชาการกลับอ้างว่าเป็นเรื่อง “ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ” (Convention of the constitution) ซึ่งศาลจะไม่รับบังคับตัดสินให้

### 3. ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลในระบบกฎหมายของไทย

การกระทำของรัฐบาลเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจเพื่อเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นนโยบายชั้นสูงหรือนโยบายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่ง เป็นกิจการงานที่มีลักษณะเป็นไปในทางการเมืองเพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบในทางการเมืองร่วมกับต่อรัฐสภาและการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบสามประการ คือ องค์การผู้กระทำการ ที่มาของอำนาจกระทำการ และลักษณะของการกระทำควบคู่กันไปโดยต้องพิจารณาจากองค์การผู้กระทำเป็นลำดับแรกหากเป็นการกระทำโดยองค์การรัฐบาล (พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี ) ก็ต้องพิจารณาในลำดับถัดมาว่า เป็นเรื่องของการกระทำโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญหรือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นงานนโยบาย ถ้าเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล เพราะเมื่อรัฐบาลตัดสินใจกระทำการลงแล้วต้องพร้อมที่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองคือรัฐสภาการกระทำของรัฐบาลในกฎหมายไทยโดยเฉพาะตามรัฐธรรมนูญ จำแนกประเภทลักษณะการกระทำของรัฐบาล ดังนี้

1) การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ การยับยั้งร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภา การแต่งตั้งและการให้อภัยโทษพ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์และสมุหราชองครักษ์พ้นจากตำแหน่งและการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

2) การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามแบบพิธี ได้แก่ การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามมติของสภาผู้แทนราษฎร การแต่งตั้งและการให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาตามคำแนะนำของ

นายกรัฐมนตรีและการแต่งตั้งและให้ข้าราชการ ฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือนตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่าพ้นจากตำแหน่งตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี

3) การกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ได้แก่ การประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก และการประกาศสงคราม

4) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ การแต่งตั้งทูตของประเทศ ไทยและการรับทูตของต่างประเทศ การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับ นานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

5) การกระทำอันเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ ได้แก่ การสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ และการพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์

6) การกระทำเกี่ยวกับความเป็นธรรม ได้แก่ การพระราชทานอภัยโทษ

7) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินงานทางรัฐสภา ได้แก่ การยุบสภา การเรียกประชุม รัฐสภา การขยายเวลาสมัยประชุมสามัญของรัฐสภา การปิดประชุมรัฐสภา การตราพระราช กำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การเสนอ ร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภาและการแถลงนโยบายต่อรัฐสภา

8) การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการบทกฎหมาย พระราชหัตถเลขาและพระบรม ราชโองการใด ๆ อันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน

9) การกระทำในทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี

สำหรับทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลนี้ในระบบกฎหมายของไทยได้มีการบัญญัติ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้ ดังนี้

1) พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522

ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล ได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์ อักษรของไทยเป็นครั้งแรก คือ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 ในส่วนที่ว่าด้วย คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งตามมาตรา 20(1) บัญญัติห้ามไม่ให้คณะกรรมการวินิจฉัย ร้องทุกข์รับเรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาไว้ พิจารณาและคณะกรรมการวินิจฉัย ร้องทุกข์ได้เคยวางหลักตามคำวินิจฉัยที่ 20/2528 ว่าเรื่องที่มี ลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาเป็นกรณีของการ ตัดสินใจดำเนินการที่องค์กรชี้ขาดข้อกฎหมายไม่อาจเข้าไปพิจารณาทบทวนได้ เพราะเป็นเรื่อง “ความเหมาะสมในการบริหาร” ที่ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกำกับให้พิจารณาความถูกต้องตาม กฎหมายได้หรือเป็นเรื่อง “ความถูกต้องตามกฎหมาย” แต่รัฐบาลต้องรับผิดชอบในเรื่องนั้นต่อ

รัฐสภาโดยตรง ซึ่งการควบคุมความถูกต้องในเรื่องดังกล่าวต้องอยู่ในกลไกการควบคุมทางการเมืองของรัฐสภาตามระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น

## 2) พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 กำหนดข้อยกเว้นมิให้นำกฎหมายฉบับนี้ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณา วินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐมาใช้บังคับกับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง และการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ ดังนี้

### 1) การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 4(1) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี ซึ่งการไม่นำหลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้ไปใช้ กับรัฐสภานั้นย่อมมีเหตุผลที่ชัดเจนตามหลักกฎหมายปกครองที่ถือว่า “รัฐสภา” คือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการนิติบัญญัติ กรณีจึงย่อมมิใช่การดำเนินการทางปกครองที่จะอยู่ในบังคับของกฎหมายนี้ สำหรับ “คณะรัฐมนตรี” ที่ดำเนินการในทางการเมืองก็ย่อมมีคำอธิบายได้ในทำนองเดียวกันว่ามีใช้การใช้อำนาจทางปกครองตามความมุ่งหมายของกฎหมายนี้ แต่การยกเว้นรัฐสภาในที่นี้ย่อมมิได้หมายถึงการยกเว้นการบังคับใช้ต่อองค์กร ภายใต้องค์กรรัฐสภาทั้งหมดซึ่งอาจจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองด้วยดัง เช่น การลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่รัฐสภาซึ่งอยู่ในข่ายของการออกคำสั่งทางปกครองโดยปกติด้วยและในทำนองเดียวกันตรรกะดังกล่าวนี้อาจนำมาใช้ต่อกรณีของคณะรัฐมนตรีได้ด้วยเพราะงานของคณะรัฐมนตรีส่วนหนึ่งมีสภาพเป็นการใช้อำนาจทางปกครองเท่านั้นมิใช่การตัดสินใจในทางนโยบายหรือในทางการเมืองแต่อย่างใด แต่โดยที่บทบัญญัติมาตรา 4(1) ใช้ถ้อยคำที่ระบุถึงองค์กร “คณะรัฐมนตรี” โดยเฉพาะ ดังนั้นการกำหนดวิธีปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับต่อคณะรัฐมนตรีทั้งหมดไม่ว่าการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีนั้นจะมีลักษณะเป็นงานทางปกครองหรืองานที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายของรัฐบาล

### 2) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในทางนโยบายโดยตรง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 4(3) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งการดำเนินการขององค์กรทางการเมืองในเรื่องนโยบายย่อมอยู่ภายใต้กลไกการตรวจสอบในทางการเมืองตามแนวที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพราะการกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำในทางการเมืองของรัฐบาลและไม้อาจนำเอามาตรการการควบคุมที่ใช้กับเจ้าหน้าที่ทางปกครองไป

ตรวจสอบการกระทำในทางการเมืองเหล่านี้จึงต้องบัญญัติยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับการกระทำที่มีลักษณะดังกล่าวด้วย

### 3) การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 4(6) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายในกรอบของงานทางนโยบายที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีรับผิดชอบดูแลโดยตรงและเป็นกรณีที่มีความละเอียดอ่อนที่รัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจและรับผิดชอบในทางการเมืองจึงไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัตินี้

ตัวอย่างของข้อยกเว้นมิให้นำกฎหมายฉบับนี้มาใช้บังคับกับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามบันทึกของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสรีจที่ 838/2541) มีข้อหาหรือว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 เป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 4(1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 47 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 ของคณะรัฐมนตรีไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เพราะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 4(1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539