

บทที่ 2

หลักทั่วไป แนวความคิด ทฤษฎี ความหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนกับอำนาจรัฐในสถานการณ์ภัยพิบัติฉุกเฉิน

ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights Theory) มีพื้นฐานความคิดว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิบางอย่างในฐานะที่เป็นมนุษย์ สิทธิตามธรรมชาติต่างจากสิทธิที่เรามีในฐานะที่เป็นพลเมือง (Citizen) ในแง่สิทธิที่เกิดจากลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์มิได้เกิดจากการที่รัฐกำหนดให้พลเมือง ดังนั้น ถึงแม้ไม่มีรัฐ (State) มนุษย์ทุกคนก็ยังทรงสิทธิบางอย่างอยู่ เพราะเป็นสิทธิที่ติดมากับความเป็นมนุษย์ ยิ่งไปกว่านั้นสิทธิตามธรรมชาติเป็นบรรทัดฐานของสิทธิที่รัฐให้กับพลเมือง เพราะเป็นสิทธิที่บอกถึงความเป็นมนุษย์ รัฐจะต้องเคารพความเป็นมนุษย์ รัฐใดกระทำการใดโดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของพลเมืองถือว่าผิดศีลธรรม สิทธิเป็นเสรีภาพประเภทหนึ่ง ถ้าเรามีสิทธิในสิ่งหนึ่งย่อมหมายความว่า เราจะทำอะไรกับสิ่งนั้นก็ได้อีก เช่น ถ้าเรามีสิทธิในหนังสือเล่มหนึ่ง กล่าวคือ เป็นเจ้าของหนังสือเล่มนั้น เราจะยกหนังสือให้ผู้อื่น หรือเอาไปทิ้งขยะ หรือฉีกทิ้งก็ย่อมได้ ไม่เป็นความผิด แต่เสรีภาพประเภทที่เป็นสิทธินี้มีลักษณะเฉพาะตรงที่ผู้อื่นมีหน้าที่ที่จะไม่ละเมิดสิทธิของเรา การละเมิดสิทธิของเราถือเป็นความผิด เช่น ผู้อื่นจะมาห้ามมิให้เราฉีกหนังสือของเราเองไม่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การมีสิทธิเป็นการกั้นเขตมิให้ผู้อื่นเข้ามา เมื่อแต่ละคนมีสิทธิตามธรรมชาติที่คนอื่นจะละเมิดมิได้ เราอาจจะเปรียบเทียบได้กับว่า รอบตัวแต่ละคนมีรั้วทางศีลธรรมกั้นอยู่ ผู้ใดข้ามรั้วมาย่อมผิดศีลธรรม รั้วนี้มีไว้เพื่อให้เราสามารถกระทำในสิ่งที่บรรลุเป้าหมายในชีวิตของเราได้ เพื่อให้สามารถดำรงชีวิตเคียงมนุษย์

2.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพของประชาชน เริ่มมีการเรียกร้องให้รับรองและคุ้มครองมาตั้งแต่สมัยอดีต และมีการพัฒนาแนวความคิดเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ในแต่ละประเทศรวมถึงประเทศไทย บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้มีการรับรอง คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ ด้วยเหตุนี้ในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการใช้บังคับกฎหมายของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง จะต้องคำนึงว่ากฎหมายดังกล่าวจะไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง คุ้มครองไว้หรือไม่ และจะต้องคำนึงเป็นประการสำคัญเสมอเพราะสิทธิและ

เสรีภาพเป็นเกียรติยศและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะต้องเคารพ หากละเลยหรือไม่คุ้มครองย่อมส่งผลกระทบต่อเกียรติภูมิของประเทศ ดังนั้น การจะทำความเข้าใจถึงหลักทั่วไปของสิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) จำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากความเป็นมา แนวความคิดพื้นฐาน ทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ดังนี้

2.1.1 ความเป็นมา แนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ในทางปรัชญาแล้ว แนวความคิดเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์เริ่มปรากฏขึ้นตั้งแต่ในยุคกรีก โดยอริโตเติล (Aristotle)¹ กล่าวไว้ว่า ‘มนุษย์เป็นสัตว์ที่มีเหตุผลย่อมมีเสรีภาพในการเลือก และด้วยเหตุผลที่ถูกต้องย่อมช่วยให้เขาเข้าถึงกฎธรรมชาติได้ และจุดนี้เอง คือ เสรีภาพที่ยิ่งใหญ่ของมนุษย์’ โดยแนวความคิดนี้ถือว่า มนุษย์นั้นมีเสรีภาพอยู่แล้วตามกฎธรรมชาติภายใต้เหตุผลที่ถูกต้องเนื่องจากภูมิปัญญาของมนุษย์ ที่มาที่สำคัญของแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพนั้น มาจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ซึ่งเป็นสำนักกฎหมายที่มีแนวความคิดที่มีบทบาทต่อแนวความคิดทางกฎหมายของยุโรปในหลายประการ โดยเฉพาะแนวคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย โดย Thomas Aquinas³ นักปรัชญาศาสนาปลายยุคกลาง ได้จำแนกกฎออกเป็น

¹ อริโตเติล (Aristotle) เกิด 384 ก่อนค.ศ. (พ.ศ. 160) และถึงแก่กรรม 322 ก่อนค.ศ. (7 มีนาคม พ.ศ. 222) เป็นนักปรัชญากรีกโบราณ เป็นลูกศิษย์ของเพลโต และเป็นอาจารย์ของอเล็กซานเดอร์มหาราช ได้รับยกย่องให้เป็นนักปรัชญาที่มีอิทธิพลสูงที่สุดท่านหนึ่งในโลกตะวันตกด้วยผลงานเขียนหนังสือเกี่ยวกับฟิสิกส์ กวีนิพนธ์ สัตววิทยา การเมือง การปกครอง จริยศาสตร์ และชีววิทยา

² อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2544). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตาม มาตรา 28*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 34.

³ Thomas Aquinas เกิด ค.ศ. 1225 และถึงแก่กรรม ค.ศ. 1274 เป็นบาทหลวงโรมันคาทอลิก สังกัดคณะดอมินิกัน เกิดในตระกูลขุนนางชาวอิตาลี สนใจศึกษาลึกลับต่าง ๆ อย่างละเอียดลึกซึ้ง อโควนัสได้พัฒนาแนวความคิดของเขา โดยได้รับอิทธิพลจากอริโตเติล ในขณะที่นักคิดคนอื่นมีความเห็นตรงกันข้าม อโควนัสได้ดำเนินการศึกษาสรุปผลที่เป็นแบบตรรกศาสตร์ที่สมบูรณ์ โดยไม่มีข้อสงสัยหรือข้อขัดแย้ง ตามแนวความคิดของอโควนัสระเบียบวิธีดังกล่าวเกิดขึ้นเมื่ออโควนัสเริ่มสนใจศึกษาค้นคว้าแนวความคิดของอริโตเติล และได้มีอิทธิพลตลอดชีวิตการทำงานของอโควนัส

จุดมุ่งหมายอีกประการหนึ่งของอโควนัส คือ การผสมผสานทฤษฎีวิทยาศาสตร์ให้เข้ากับตรรกศาสตร์ของอริโตเติล ในที่สุดแนวความคิดของอริโตเติลก็กลับมามีชื่อเสียงขึ้นอีกครั้งหนึ่ง นักคิดชาวตะวันตกเริ่มศึกษางานของอริโตเติลกันมากขึ้น มีผู้กล่าวว่า อริโตเติลเป็นผู้ที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นนักปราชญ์ที่มีความรอบรู้ พระเจ้าฟิงพอใจยอมอนุญาตให้เป็นผู้สรุปความรู้ทุกสาขาวิชา เท่ากับยอมรับว่า อริโตเติลเป็นเหมือน

3 ประเภท⁴ ได้แก่ กฎธรรมชาติ กฎสวรรค์ และกฎที่มนุษย์สร้างขึ้น และหากกฎที่มนุษย์สร้างขึ้นขัดแย้งกับธรรมชาติ ย่อมไม่อาจมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ กล่าวคือ กฎหมายธรรมชาติมีสถานะที่เหนือกว่า และผูกพันกฎหมายที่ออกโดยผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายด้วย ซึ่งการจัดความสำคัญของกฎหมายดังกล่าว ทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายและความหมายของลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้มีอิทธิพลต่อนักคิดทางกฎหมายในยุคใหม่จะให้เหตุผลในทางปรัชญาแทนการให้เหตุผลในทางเทววิทยา (Theology) ของยุคกลางก็ตาม

แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติมีบทบาทสำคัญในทางพัฒนาการแนวความคิดในทางกฎหมายในยุคต่อมา ทั้งในรูปแบบ ซึ่งถือว่าแนวคิดกฎหมายธรรมชาติวางรากฐานในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย (Legal Hierarchy) และในทางเนื้อหา ซึ่งกฎหมายธรรมชาติเห็นว่า มีกฎเกณฑ์ที่สำคัญซึ่งยอมรับสิทธิที่ติดตัวมนุษย์หรือสิทธิมนุษยชน (Human Right) อันเป็นสิทธิที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลด้วยกันและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และต่อมาแนวความคิดที่ยอมรับสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า เป็นการนำแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติไปบัญญัติรับรองให้เป็นสิทธิตามกฎหมายบ้านเมือง (la notion des libertes publiques) และกฎหมายพื้นฐานในลักษณะเช่นนี้เข้าไปมีบทบาทในประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปอย่างมาก

คัมภีร์อันศักดิ์สิทธิ์ เป็นนักบวชของศาสนา เป็นตัวบทกฎหมาย และเป็นนักวินัยทางศาสนา เปรียบเสมือนเป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่กำหนดความสัมพันธ์ของมนุษย์ กำหนดความรู้ทุกสาขาวิชา

งานเขียนของอโควนัส ในระยะนี้พยายามอธิบายสังคมที่ได้รับอิทธิพลจากศาสนา และพระเจ้าเป็นเจ้าของ อโควนัสพยายามกำหนดความสำคัญและหน้าที่ใหม่ของศาสนาที่มีต่อสังคม โดยให้ศาสนายังคงมีอำนาจทางธรรมตามคำสอนของศาสนา อโควนัสก็เหมือนกับนักปราชญ์คนอื่น คือ มีความเชื่อว่ามนุษย์เป็นสัตว์สังคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อดำรงชีวิตอยู่ในสังคม มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่มีความสามารถกำหนดควบคุมการกระทำของตนเองได้ด้วยสติปัญญา มนุษย์จะตกอยู่ในอันตราย ถ้าไม่ยอมรับระบบสังคม อโควนัสจึงเน้นเอกภาพในสังคมมนุษย์ที่มีพลังอำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเอกภาพทางการเมืองเป็นสิ่งสำคัญ จุดมุ่งหมายก็เพื่อให้สังคมมีเอกภาพอย่างสันติไม่มีความขัดแย้งเกิดขึ้น

วิธีการดังกล่าวเปรียบเสมือนมนุษย์ได้รับการอบรมทางจิต จิตที่อบรมแล้ว จะสั่งการให้ร่างกายกระทำสิ่งต่าง ๆ ตามหน้าที่ในสังคม ดังนั้น การปกครองโดยรัฐบาลที่มีผู้นำเพียงคนเดียวจึงเป็นวิธีการที่ดีที่สุด กษัตริย์อันเป็นราชาแห่งปราชญ์คนเดียวจะปกครองประชาชนอย่างยุติธรรม โครงสร้างทางสังคมก็เหมือนกับธรรมชาติที่พระเจ้าปกครอง คนในสังคมจะทำหน้าที่ได้ดีที่สุด ถ้าสังคมมีเอกภาพโดยมีผู้นำเพียงคนเดียว

⁴ มุลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย. (2546). *กฎหมายที่มีบทบาทบัญญัติไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: มุลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย. หน้า 125.

อาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติมีบทบาทต่อทฤษฎีในทางการเมืองและทฤษฎีในทางกฎหมาย⁵

สิทธิและเสรีภาพมีพัฒนาการอย่างยาวนานในประวัติศาสตร์ของยุโรป โดยชนชั้นกลางในยุโรปได้บังคับให้พวกขุนนางและกษัตริย์ในหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพบางประการ และมักจะกระทำในรูปแบบของเอกสารต่าง ๆ โดยในคริสต์ศักราช 1188 Cortes con Leon และบรรดานักบวชรวมตลอดถึงประชาชนชาวสเปน ได้มีการร่วมประชุมกันเพื่อให้การรับรองสิทธิของประชาชนในการฟ้อง สิทธิในการปรึกษาหารือ สิทธิในการร่วมแสดงความคิดเห็นในปัญหาสำคัญต่าง ๆ เช่น การทำสงคราม การทำสัญญาสันติภาพ นอกจากนี้ ยังได้รับรองการล่วงละเมิดไม่ได้ต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต เกียรติยศ และสิทธิในที่อยู่อาศัย และกรรมสิทธิ์⁶ แต่ข้อเรียกร้องได้รับการกล่าวถึงกันมากในการต่อสู้ของชนชั้นกลาง คือ *Magna Carta* ในคริสต์ศักราช 1215 เกิดจากการที่พวกขุนนางไม่พอใจพระเจ้าจอห์นผู้ปกครองอังกฤษที่มักจะเรียกเก็บภาษีตามใจชอบเพื่อนำไปใช้ในการสงคราม จึงเกิดการรบกันและพระเจ้าจอห์นเป็นฝ่ายแพ้จึงต้องยอมประทับตราลงใน *Magna Carta* เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน คริสต์ศักราช 1215 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการกระทำที่ไม่ชอบทั้งปวงของพระเจ้าจอห์นให้หมดไป และสาระสำคัญประการหนึ่ง คือ พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากพวกขุนนางไม่ได้ นำมาสู่การกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการเก็บภาษีใด ๆ ต้องผ่านการเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรเสียก่อน นอกจากนี้ได้กำหนดป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบในทางศาลของพระมหากษัตริย์ไว้ในมาตรา 39 ว่า อีกระชนไม่ว่าจะถูกจับกุม คุมขัง ถูกประหาร ถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย

ในศตวรรษที่ 17 สภาขุนนาง (House of Lords) และสภาสามัญ (Ordinary Council) ของประเทศอังกฤษได้ร่วมกันยื่นเอกสารที่เรียกว่า Petition of Right ต่อพระเจ้าชาร์ล และบังคับให้ยอมรับโดยมีการกำหนดสถานะแห่งสิทธิตามกฎหมายระหว่างพระมหากษัตริย์กับสภา และต่อมาแนวคิดของทฤษฎีสัญญาประชาคมซึ่งเรียกร้องสิทธิที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย กรรมสิทธิ์ เสรีภาพในทางศาสนาและในทางความเชื่อ เสรีภาพในการพูด และเสรีภาพของหนังสือพิมพ์ และนำไปสู่การทำข้อตกลงของประชาชน (Agreement of the People) ที่เรียกร้องให้รัฐต้องถูกจำกัดอำนาจในเรื่องที่เกี่ยวกับเสรีภาพ ดังต่อไปนี้ ได้แก่ เสรีภาพในทางศาสนาและความเชื่อ

⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 128.

⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 40.

⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 42.

เสรีภาพจากการถูกบังคับให้เข้าร่วมในสงคราม การนิรโทษกรรมสำหรับผู้ที่มีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่าง ความเสมอภาค การแทรกแซงในสิทธิของบุคคลหรือกรรมสิทธิ์จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ แต่ข้อเรียกร้องดังกล่าวยังไม่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ จนกระทั่งปีคริสต์ศักราช 1679 กษัตริย์ Karl II ได้ลงนามใน Habeas Corpus Act และยังคงมีผลผูกพันมาจนถึงปัจจุบัน โดยกำหนดให้บุคคลไม่อาจถูกจับกุม คุมขัง โดยปราศจากคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษร และผู้ที่ถูกจับกุมนั้นจะต้องนำตัวไปยังผู้พิพากษาภายใน 30 วัน⁸ สำหรับบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในเรื่องสิทธิเสรีภาพในระหว่างคริสต์ศักราชที่ 1632–1704 อีกบุคคลหนึ่งคือ John Locke เขียนหนังสือ Two Treatises on Civil Government โดยเห็นว่าชีวิต เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์ เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันอย่างอิสระของปัจเจกบุคคลในสภาวะธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวไม่อาจจะถูกยกเลิกได้โดยสัญญาประชาคม แต่ในทางตรงกันข้าม อาจทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นโดยสัญญาประชาคม กรรมสิทธิ์ตามแนวความคิดของยุคกลางและตามแนวความคิดของศตวรรษที่ 17 ถือว่ารวมอยู่ในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย เพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล⁹ แนวความคิดของนักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษที่มีความเกี่ยวข้องกับแนวความคิดของ John Locke คือ Sir Edward Coke¹⁰ เป็นผู้ที่สนับสนุนเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิต และกรรมสิทธิ์โดยกฎหมายบัญญัติ และก่อให้เกิดพัฒนาการต่อเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิตร่างกายและกรรมสิทธิ์ โดย Sir Edward Coke เห็นว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจารีตประเพณี

ในศตวรรษที่ 18 แนวความคิดดังกล่าวได้นำไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาครั้งยังเป็นสหพันธรัฐอเมริกามีการประกาศ Bill of Right ในรัฐต่าง ๆ ต่อมาเมื่อมีการรวมรัฐเรียกว่า สหรัฐอเมริกา (United States of America) มีการประกาศ Bill von Virginia คริสต์ศักราช 1776 เป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนในการประกาศความเป็นอิสระของสหรัฐอเมริกา ส่วนในระดับสหพันธรัฐได้วางหลักเกี่ยวกับ สิทธิและเสรีภาพไว้ใน Federal Bill of Right von 1791 และในฝรั่งเศสได้มีการประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Declaration des droits de l'homme et du citoyen) ค.ศ. 1789 โดยตัวแทนของประชาชนชาวฝรั่งเศส ประกอบกันเป็นสภาแห่งชาติ (Nationalversammlung) กล่าวถึง ความผูกพันขององค์กษัตริย์ต่อบัญญัติต่อสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่ออำนาจของรัฐทั้งหมด รวมทั้งเสรีภาพและหลักการที่สำคัญ เช่น เสรีภาพทั่วไปในการกระทำอันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล เสรีภาพในทางศาสนา

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 6. หน้า 43.

⁹ วิภาวรรณ ตูยานนท์. (2518). *เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 68.

¹⁰ Sir Edward Coke เกิดเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2095 และถึงแก่กรรมเมื่อวันที่ 3 กันยายน พ.ศ. 2177.

สิทธิในกรรมสิทธิ์ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers) และหลักอธิปไตยของปวงชน รวมทั้งแนวความคิดเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อประโยชน์ของมหาชน¹¹ คำประกาศสิทธิทั้งสองฉบับดังกล่าวมีอิทธิพลอย่างมากต่อหลักการสิทธิและเสรีภาพในศตวรรษที่ 19 และ 20 และเป็นหลักการที่มีอิทธิพลต่อหลายประเทศในยุโรปรวมถึงประเทศต่าง ๆ เกือบทั่วโลก

สรุป บางแนวความคิดเชื่อว่ามนุษย์นั้นมีธรรมชาติที่เห็นแก่ตัวและโหดร้าย หากใช้เสรีภาพของมนุษย์แต่ละคน สังคมจะขัดแย้งวุ่นวาย ได้แก่ แนวความคิดของโทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes คริสต์ศักราช 1588 – 1679) ในแนวความคิดนี้ มนุษย์แต่ละคนจึงควรสละเสรีภาพเพื่อความสงบสุข และทำสัญญาที่เรียกว่า Leviathan อันเป็นชื่อเดียวกับชื่อหนังสือของฮอบส์ที่กล่าวถึงทฤษฎีนี้ ให้รัฐ (State) เป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตย (Almighty bureaucracies) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม¹²

แนวความคิดที่กล่าวถึงการยอมสละเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์อีกแนวความคิดหนึ่ง ได้แก่ แนวความคิดเรื่องสัญญาประชาคมของ จอห์น ล็อก (John Locke คริสต์ศักราช 1632 – 1704) ซึ่งมีแนวความคิดที่แตกต่างกับโทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) คือ จอห์น ล็อก (John Locke) เชื่อว่ามนุษย์เรานั้นมีธรรมชาติที่รักสงบ มีจิตใจดีงามช่วยเหลือกัน แต่ความที่มนุษย์แต่ละคนมีเสรีภาพตามธรรมชาติอันเท่าเทียมกันนั่นเอง ทำให้ไม่มีสภาพบังคับระหว่างมนุษย์ต่อมนุษย์ด้วยกัน จึงเกิดความขัดแย้งและไม่มั่นคงปลอดภัยมนุษย์จึงได้เข้ามาสละสิทธิตามธรรมชาติ (Menschenrechte) ที่จะบังคับกันเองเมื่อเกิดการละเมิดสิทธิ และโอนสิทธิในการบังคับกันนี้ไว้ให้แก่สังคมเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ผู้เดียว ซึ่งมีพื้นฐานมาจากความต้องการความมั่นคงในทางทรัพย์สินและความปลอดภัยของมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ไม่ได้สละเสรีภาพทั้งหมดให้สังคม แต่เป็นการสละเสรีภาพบางส่วนเพื่อความผาสุกร่วมกันแต่มนุษย์ยังคงมีเสรีภาพอื่น ๆ อยู่¹³

ในที่สุดแนวความคิดที่ว่า มนุษย์สละเสรีภาพของตนเพื่อความมั่นคงและผาสุกของสังคม ก็มีการพัฒนาไปสู่แนวความคิดเรื่องอำนาจรัฐ ซึ่งปรากฏในทฤษฎีสัญญาประชาคมของฌัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau ค.ศ. 1712 – 1778) กล่าวว่า “มนุษย์ทุกคนอยู่อย่างมีอิสระ มีความเท่าเทียมกัน ต่อมามนุษย์แต่ละคนได้มารวมตัวกันเข้าโดยสมัครใจเป็น สังคมนั้นมารวมตัวกันมอบอำนาจอันเป็นของตนไว้แก่สังคมหรือรัฐ ดังนั้น รัฐ (State) คือ อำนาจอธิปไตย

¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 6, หน้า 44.

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (2538), *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, หน้า 26.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46 – 47.

(Sovereignty) อันมาจากประชาชนทุกคนโดยต่างยินยอมพร้อมใจมอบอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกัน ภายใต้อำนาจสูงสุด (Supremacy) อันเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมมิใช่ของคนใดคนหนึ่งและสมาชิกแต่ละคนจึงเท่ากับเชื่อฟังตนเอง ซึ่งในอำนาจ (Power) อันเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมนี้ จึงเป็นเจตนารมณ์ร่วมกับที่สูงสุด ซึ่งรัฐโซได้เสนอทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของประชาชนแต่ละคน ขึ้นว่า “สมมติว่ารัฐประกอบด้วยคนหมื่นคน สมาชิกแต่ละคนของรัฐ ย่อมมีส่วนหนึ่งในหมื่นของอำนาจอธิปไตย... เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจอธิปไตยนี้ ต้องนับทุกส่วนรวมกันเข้ามาให้หมด” ซึ่งสังคมภายหลังจากมีสัญญาประชาคมดังกล่าวแล้วจะเป็นสังคมที่มีอิสระเสรีภาพ เพราะแต่ละคนย่อมสละเสรีภาพให้ทุกคน จึงมีผลเท่ากับตัวเองเชื่อฟังตัวเอง และแต่ละคนต่างสละสิทธิและเสรีภาพของตนให้แก่ทุกคน ดังนั้น แต่ละคนจึงได้รับสิ่งที่ตนสละ

ตามทฤษฎีดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า มนุษย์ตามธรรมชาติแล้วนั้นมิมีสิทธิและเสรีภาพมาก และเมื่อทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกัน ก็ไม่มีอำนาจในการบังคับซึ่งกันและกัน หากไม่มีการลดเสรีภาพของแต่ละคนลงมา การกระทบกระทั่งตลอดจนการขัดแย้ง (Conflict) ก็จะเกิดขึ้นในสังคมได้ เสรีภาพถ้าไม่มีขอบเขตจำกัดเลย สภาวะอนาธิปไตย (Anarchie) ก็จะเกิดขึ้นเหมือนเมื่อครั้งมนุษย์ยังอยู่ในสังคมเถื่อน เพราะทุกคนจะใช้เสรีภาพเต็มที่และจะกระทบต่อชีวิตร่างกาย หรือทรัพย์สินของผู้อื่น จนทำให้ผู้แข็งแรงเท่านั้นที่จะอยู่ในสังคมได้ ผู้อ่อนแอต้องตกเป็นทาสและถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ การมีเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจึงเป็นเหตุใหญ่ที่ทำให้เกิดการไร้เสรีภาพ การเข้ามารวมเป็นสังคมยอมรับอำนาจการเมืองเหนือตนเป็นรูปแบบการปกครองต่าง ๆ ก็เพื่อให้เกิดอำนาจสูงสุดนั้นสูงเหนือทุกคนเป็นกรรมการคอยรักษากติกาไม่ให้ผู้เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้ที่อ่อนแอกว่า¹⁴

หลักการของสิทธิและเสรีภาพโดยเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนนั้นพัฒนามาสู่ปัจจุบันโดยการกำหนดวางหลักของสิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) เงื่อนไข (Condition) และหลักการจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นอยู่ในรูปแบบของรัฐธรรมนูญ (Constitution) ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด หรือเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนในรัฐ โดยถือว่าการที่ราษฎรต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญระบอบประชาธิปไตย (Democracy) นั้น ก็เพราะประสงค์จะให้คนมีสิทธิและเสรีภาพนั่นเอง ซึ่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Written Constitution) ของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันจะมีบทบัญญัติกำหนดเรื่องสิทธิและเสรีภาพไว้ทั้งสิ้น หรือกรณีของประเทศฝรั่งเศส คือรับรองว่าปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองที่ประกาศเมื่อ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 นั้นยังคงใช้ได้ โดยรับรองไว้ในคำปรารภและเพิ่มเติมสิทธิและเสรีภาพบางอย่างลงไว้ในคำปรารภนั้นด้วย¹⁵

¹⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2544). การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 3 (9). หน้า 27.

¹⁵ หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 153.

เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพนั้นมาจากประชาชน ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพก็ต้องมาจากประชาชนด้วยเช่นกัน การแสดงเจตนารมณ์ของประชาชนที่สมบูรณ์ตามอุดมคตินั้น จะต้องไม่มีองค์กรใดมาคั่นกลางระหว่างการแสดงเจตนารมณ์โดยปวงชนโดยตรงกับเจตนารมณ์ที่แสดงออก ซึ่งหมายถึง ประชาธิปไตยโดยตรงโดยประชาชน แต่เป็นเรื่องที่ต้องยอมรับว่า ในรัฐ (State) ยุคใหม่นั้นการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงของประชาชนโดยไม่ผ่านผู้แทนนั้น เป็นเรื่องยากและเป็นไปไม่ได้ จึงต้องมีกรรมการ หรือตัวแทนผู้ใช้อำนาจแทนปวงชนที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย (Popular Sovereignty) นั้น

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบันก็เป็นแบบตัวแทนที่ประชาชนได้เลือกเข้าไปใช้อำนาจรัฐแทนทั้งสิ้น ซึ่งจะเป็นการเลือกได้แค่ไหนเพียงไรหรือระดับใดนั้น ขึ้นอยู่กับรูปแบบการปกครองของแต่ละรัฐ การใช้อำนาจรัฐของประชาชนผ่านระบบตัวแทนในรูปแบบขององค์กรผู้ใช้อำนาจ เช่น องค์กรนิติบัญญัติ (Legislative) หรือรัฐสภา (Parliament) ใช้อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้บริหารและปกครองระบบราชการตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายให้อำนาจไว้ องค์กรตุลาการ (Judicial Organization) หรือศาล (Judge) ใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเมื่อเกิดข้อพิพาทหรือปัญหาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น จึงต้องเป็นไปโดยผลของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนด้วยเช่นกัน คือ รัฐสภา (Parliament) ดังจะได้กล่าวไว้ในส่วนต่อไป¹⁶

2.1.2 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

คำว่า สิทธิและเสรีภาพ นั้น ประกอบด้วยคำสองคำ คือ คำว่า สิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) ซึ่งแต่ละคำก็มีความหมายเฉพาะในตัวของมันเอง

สิทธิ (Right) ในทางวิชาการกฎหมายไทยได้มีผู้ให้ความหมายไว้อย่างน่าสนใจหลายท่าน ดังต่อไปนี้

ขุนประเสริฐสุภมาตรา ได้อธิบายว่า สิทธิ (Right) หมายถึง อำนาจหรือความสามารถ ซึ่งกฎหมายรับรองป้องกันให้บุคคลผู้หนึ่งมีอำนาจร้องขอให้ผู้อื่นมีอำนาจที่ต้องเคารพ¹⁷

ศาสตราจารย์หยุดแสงอุทัย ได้ให้ความหมายของคำว่า สิทธิ (Right) เอาไว้ ซึ่งเป็นความหมายของคำว่า สิทธิในหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งสามารถปรับใช้ได้ทั้งกับกฎหมายเอกชน (Private Law) และกฎหมายมหาชน (Public Law) ไว้ว่า มีสองความหมาย ได้แก่ การมองจากอำนาจของ

¹⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2548). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 44 – 45.

¹⁷ ขุนประเสริฐสุภมาตรา. (2477). *หนังสือว่าด้วยกฎหมายภาคสิทธิ*. กรุงเทพฯ: นิติศาสตร์. หน้า 1.

ผู้ทรงสิทธิ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง อันเป็นแนวความคิดของ Willensmacht และการมองจากวัตถุประสงค์ของสิทธิ คือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้ อันเป็นแนวความคิดของ Jhrring โดยอธิบายว่า สิทธิเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นในอันที่จะต้องปฏิบัติตามการให้เป็นไปตามประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง ให้รวมถึงหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิหรือหน้าที่ที่จะกระทำการหรือเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ให้เป็นไปตามสิทธิ ทั้งนี้ แล้วแต่ประเภทของสิทธินั้น ๆ ด้วย¹⁸

รองศาสตราจารย์ ดร.วราพจน์ วิศรุตพิชญ์ มีความเห็นในเรื่อง สิทธิ (Right) นี้ว่า หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย¹⁹

รองศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต และคณะ มีความเห็นว่า สิทธิ (Right) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและบุคคลอื่นหรือเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือหลายคนกระทำการหรือเว้นกระทำการบางอย่างเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน²⁰

รองศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบายความหมายคำว่า สิทธิ (Right) โดยแยกเป็นสิทธิตามความหมายทั่วไป และสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย²¹

สิทธิตามรัฐธรรมนูญ ถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน (das subjective oeffentliche recht) หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุด ได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในขอบเขตสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตของสิทธิ (der Grundrechtseingriff) ของตน บางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งและยังหมายความรวมถึงการได้หลักประกันในทางหลักการ ซึ่งหมายถึง การมุ่งคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น มุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ (Ownership) หรือ

¹⁸ หยุต แสงอุทัย. (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพริ้ง. หน้า 225 – 226.

¹⁹ วราพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 22.

²⁰ อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อ้างแล้ว. เจงอรรถที่ 2. หน้า 86.

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 43.

เสรีภาพในทางวิชาการ เป็นต้น ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และผูกพันองค์กรใช้อำนาจอรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองเพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ²²

ดร.คณิน บุญสุวรรณ ให้ความหมายไว้ว่า สิทธิ (Right) หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมที่บุคคลสามารถที่จะมีหรือทำอะไรก็ได้ที่มีกฎหมายรับรอง แต่คำว่าทำอะไรก็ได้ในที่นี้มีได้หมายความว่า ทำอะไรได้ตามใจ เพราะหากทำอะไรลงไปแล้วเกิดไปกระทบต่อสิทธิของคนอื่นหรือทำให้คนอื่นต้องเดือดร้อนเสียหาย หรือสูญเสียอะไรบางอย่าง การกระทำดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่ต้องห้าม เช่น สิทธิในการมีทรัพย์สินส่วนตัว สิทธิในที่ดิน สิทธิในการป้องกันตัวเอง หรือสิทธิในการใช้รถใช้ถนน หรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น²³

หากนำหลักการและความคิดมาประมวลแล้ว จะเห็นได้ว่า สิทธิ (Right) มีลักษณะสำคัญที่ตรงกันอยู่หลายประการ ได้แก่

ประการแรก สิทธิ (Right) นั้น จะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิ สิทธิจะเป็นการรับรองให้เจ้าของสิทธิมีอำนาจสามารถใช้สิทธินั้นได้หรืออาจจะไม่ใช้สิทธินั้นได้ตามเจตจำนงของเจ้าของสิทธิ ในบางกรณีก็อาจจะทำให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตนแทนได้ ซึ่งการให้ผู้อื่นใช้สิทธิแทนนี้มีกพบในกฎหมายแพ่ง (Civil Law)

ประการที่สอง สิทธิ (Right) นั้น เรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของตนนั้น กล่าวคือ ถ้าเป็นสิทธิทางแพ่งจะสามารถเรียกร้องต่อทรัพย์สิน (ทรัพย์สินหรือ Property Right) บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องยอมรับและไม่ละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินอันผู้อื่นมีสิทธิอยู่ หรือเรียกร้องให้บุคคลดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ (บุคคลสิทธิ หรือ Right Over the Individual) หรือในทางกฎหมายมหาชน (Public Law) สิทธินั้นจะเรียกร้องให้รัฐโดยหน่วยงานของรัฐกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ เพื่อตนได้ ทุกกรณีนั้นแสดงถึงหน้าที่ (Function) ที่ผู้อื่นจะกระทำต่อสิทธินั้น กล่าวคือ ในทุกสิทธิจะมีหน้าที่ต่อผู้อื่นเสมอ

ประการที่สาม สิทธิ (Right) จะเกิดขึ้นก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น เนื่องจากสิทธิเป็นเรื่องของอำนาจและหน้าที่ที่จะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐ ปัจเจกชนทั่วไปจะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิของตนและกำหนดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นเท่านั้น แม้ในทางแพ่งบุคคลมีสิทธิจะทำนิติกรรม (Juristic Act) ผูกพันได้โดยเสรี และนิติกรรมนั้นอาจจะเกิดสิทธิทางแพ่งได้ แต่การที่บุคคลสามารถทำนิติกรรมได้นั้นก็ต้องขอบด้วยเงื่อนไขที่กฎหมาย (der Gesetzesvorbehalt) กำหนดไว้ด้วย จึงกล่าวได้ว่า สิทธิจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น โดยกฎหมายอาจจะกำหนด

²² เรื่องเดียวกัน. หน้า 58.

²³ คณิน บุญสุวรรณ. (2547). *คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน*. กรุงเทพฯ: สุขภาพใจ. หน้า 21.

สิทธิไว้โดยชัดเจนหรือใช้อำนาจแก่ปัจเจกชนไปกำหนดก่อตั้งสิทธิระหว่างกันและกันได้โดยเสรี ครอบครองที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนสิทธิต่อรัฐนั้นต้องเป็นไปตามที่ รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติเท่านั้น²⁴

สำหรับเสรีภาพ (Liberty) นั้น ในทางการวิชาการกฎหมายไทยได้มีผู้ให้ความหมายของ คำว่า เสรีภาพ ไว้ที่น่าสนใจ ดังต่อไปนี้

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสวุตพิชญ์²⁵ อธิบายว่า เสรีภาพ คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น เป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ย่อมมีเสรีภาพอยู่ตรงเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำและไม่ถูก หน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ โดยสรุปแล้วเสรีภาพ คือ อำนาจ ของบุคคลในอันที่จะกำหนดเอง โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ด้วยตนเอง ตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง

รองศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต และคณะ เห็นว่า เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง สภาวะการณ์ของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น หรือปราศจากการหน่วงเหนี่ยว ขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่เท่าที่บุคคลนั้นไม่ถูกบังคับให้ต้องกระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งทีบุคคลนั้นประสงค์ ที่จะกระทำ²⁶

รองศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบายว่า เสรีภาพ (Liberty) เป็นสภาพการณ์ที่ บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพ จึงหมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเอง โดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด อันเป็น อำนาจที่มีเหนือตนเอง²⁷

สรุป สิทธิ (Right) ตามความหมายของรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายสูงสุด ได้บัญญัติให้การคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใด ไม่กระทำการใด รวมทั้งก่อให้เกิด สิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่ต้องผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหมดที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้องและคุ้มครองสิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิเหล่านั้นมีผลในทางปฏิบัติ

²⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 16. หน้า 46.

²⁵ วรพจน์ วิสวุตพิชญ์. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 19. หน้า 22.

²⁶ อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 2. หน้า 87.

²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 21. หน้า 61.

ส่วนเสรีภาพ (Liberty) คือ ความอิสระของบุคคลที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตนโดยไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น จึงเป็นอิสระของบุคคลที่ใช้สิทธิต่าง ๆ ของตนที่มีอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด²⁸

จากความหมายดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า สิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่องพื้นฐานทั่วไปของประชาชน แต่การรับรองสิทธิและเสรีภาพจะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับรูปแบบการปกครองของแต่ละประเทศจะรับรองสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์ (Absolute Right) หรือ รับรองไว้แต่เปิดโอกาสให้มีการจำกัดสิทธิได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) สิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในมาตรา 4²⁹ และมาตรา 29³⁰

ความแตกต่างระหว่างสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพต่างเป็นอำนาจอันชอบธรรมที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล ทั้งสิทธิและเสรีภาพมีความเกี่ยวพันกันหลายประการ

สิทธิ (Right) นั้น หมายความรวมถึง สิทธิที่จะมีเสรีภาพต่าง ๆ ตามควรแก่สภาพและฐานะของบุคคล

เสรีภาพ (Liberty) คือ เสรีภาพที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ ได้ตามสิทธิของตน

นอกจากนี้ สิทธิยังเป็นสิ่งบ่งชี้ที่สำคัญถึงระดับความมีเสรีภาพ เพราะความหมายของสิทธิและเสรีภาพมีความหมายใกล้เคียงกัน ในปัจจุบันจึงอาจมีการใช้อ้อยคำทั้งสองร่วมกัน หรือใช้สลับกันหรือแทนกัน เช่น คำว่า สิทธิมนุษยชน (Human Right) หมายความรวมถึง บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์ทุกคนมีในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ มิได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่สิทธิเท่านั้น เป็นต้น แต่ส่วนใหญ่ผู้มักจะใช้ควบคู่กันไปโดยเรียกรวม ๆ ว่า สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งหมายถึง อำนาจอันชอบธรรมตามกฎหมายของบุคคลที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการต่าง ๆ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางของรัฐหรือบุคคลอื่น³¹

²⁸ สถาบันพระปกเกล้า. (2543). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 56.

²⁹ มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

³⁰ มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

³¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 18.

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพมีความแตกต่างจากสิทธิ เนื่องจากสิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน แม้ว่าการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่บุคคลย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเหมือนกัน แต่หน้าที่ที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นอันเนื่องมาจากกฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลหนึ่งนี้ เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของเขา ผู้ทรงเสรีภาพคงมีอำนาจแต่เพียงที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่

การเปรียบเทียบสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารในความครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น (Right of access to Government-Held Information) น่าจะแสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างสิทธิและเสรีภาพได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น กล่าวคือ เมื่อรัฐธรรมนูญ (Constitution) ได้บัญญัติรับรองสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร หมายความว่า ราษฎรมีอำนาจตามกฎหมายที่จะขอข้อมูลหรือข่าวสารจากหน่วยงานที่ครอบครองข้อมูลหรือข่าวสารเหล่านั้นได้ และหน่วยงานนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้ผู้อื่นคำขอได้ดูข้อมูลข่าวสารนั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540³² ในทางตรงกันข้าม หากกล่าวถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น³³ จะหมายความว่าราษฎรมีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกล่าวถ้อยคำเขียนหรือเผยแพร่ข้อความใด ๆ ที่ตนประสงค์จะกล่าวเขียนหรือเผยแพร่ได้โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางจากองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ แต่ราษฎรมีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้รัฐจัดหาวัสดุอุปกรณ์ที่จำเป็นต้องใช้สำหรับการแสดงความคิดเห็นเหล่านั้นไม่ เช่น ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้รัฐจัดหาเครื่องกระจายเสียงให้ใช้พูด ปากกา ดินสอ เครื่องพิมพ์ดีดหรือกระดาษ

³² มาตรา 11 นอกจากข้อมูลข่าวสารของราชการที่ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาแล้วหรือที่จัดไว้ให้ประชาชนได้ตรวจดูได้แล้วหรือที่มีการจัดให้ประชาชนได้ค้นคว้าตามมาตรา 26 แล้ว ถ้าบุคคลใดขอข้อมูลข่าวสารอื่นใดของราชการและคำขอของผู้นั้นระบุข้อมูลข่าวสารที่ต้องการในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ตามสมควร ให้หน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบจัดหาข้อมูลข่าวสารนั้นให้แก่ผู้ขอภายในเวลาอันสมควร เว้นแต่ผู้นั้นขอจำนวนมากหรือบ่อยครั้งโดยไม่มีเหตุอันสมควร

๑๓๑

๑๓๑

³³ มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

๑๓๑

๑๓๑

ให้ใช้เขียน เป็นต้น อำนาจที่ราษฎรพึงมีต่อรัฐคงเป็นเพียงอำนาจที่จะเรียกร้องให้รัฐละเว้นการกระทำใด ๆ ที่เป็นหรือจะเป็นอุปสรรคขัดขวางการแสดงความคิดเห็นของตนเท่านั้น³⁴

ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม อธิบายว่า สิทธิ (Right) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ส่วนเสรีภาพ (Liberty) หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรือละเว้นการกระทำ³⁵

ศาสตราจารย์ ดร.อมร รักษาสัตย์ ให้ความเห็นไว้ในทำนองเดียวกันว่า สิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) มีผลบังคับใช้ต่างกัน ในหลักการ สิ่งใดที่เป็นสิทธิของประชาชน (Citizens Right) หมายความว่า ประชาชนมีสิทธิเลือกที่จะเรียกร้องให้ตนได้รับสิทธินั้นมาใช้ อย่างจริงจัง โดยรัฐบาล (Government) จะต้องจัดบริการหรือให้ความคุ้มครองพิทักษ์รักษา ให้ได้ใช้สิทธินั้น โดยชอบด้วยกฎหมาย ในอีกทัศนะหนึ่งสิทธิเป็นผลประโยชน์สำคัญของบุคคลหนึ่งซึ่งบุคคลอื่นจะมีหน้าที่จัดหรือยอมให้บุคคลนั้นได้รับสิทธิ

ส่วนคำว่า เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง อิสระที่เลือกกระทำการใด ๆ ภายในกรอบของกฎหมายหรือเท่าที่จะไม่ไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ทั้งนี้ แล้วแต่บุคคลนั้นจะเลือกใช้เสรีภาพนั้นหรือไม่ก็ได้ โดยไม่ผูกมัดว่ารัฐจะต้องจัดให้บุคคลใช้เสรีภาพนั้น เพราะการใช้เสรีภาพนั้นมักต้องใช้ทรัพยากรและอาจจะไปกระทบกระเทือนผู้อื่นหรือสิ่งขัดขวางอื่น³⁶

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฎีกาที่อาจนำมาเทียบเคียงได้ คือ กรณีที่เจ้าอาวาสมีหน้าที่ตามกฎหมายในการบำรุงรักษา วัด จัดกิจการและศาสนสมบัติของวัดให้เป็นไปด้วยดี ย่อมมีสิทธิที่จะพิเคราะห์สั่งการในการซ่อมวิหารซึ่งชำรุดว่าจะเป็นการสมควรประการใด เมื่อเจ้าอาวาสเห็นว่าการซ่อมแซมควรหันหน้าวิหารและพระประธานไปทางทิศตะวันออก เพื่อให้เป็นแนวเดียวกับ โบสถ์เป็นระเบียบแบบแผนตามแผนผังของคณะสงฆ์ ใครจะอ้างความศรัทธาฝ่าฝืนเข้าซ่อมวิหาร โดยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าอาวาสนั้นมิได้ หากยังขัดขืนเข้าซ่อมโดยผลการเจ้าอาวาสย่อมมีสิทธิยับยั้งขัดขวางไว้โดยไม่เป็นการกระทำละเมิดด้วยการใช้สิทธิอันมีแต่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้ใด การซ่อมวิหารกับการปฏิบัติพิธีกรรมในศาสนาเป็นคนละเรื่องกัน ใครจะอ้างเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ³⁷ เข้าซ่อมวิหารโดยผลการหาได้ไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 538/2512)

³⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 19. หน้า 22 – 24.

³⁵ วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ. หน้า 67.

³⁶ ออมร รักษาสัตย์. (2541). *รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนพร้อมบทวิจารณ์*. กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 68.

³⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511

จะเห็นได้ว่า แม้บุคคลจะมีเสรีภาพตามที่กฎหมายได้รับรองไว้ก็ตาม แต่การใช้เสรีภาพดังกล่าว เป็นเพียงความสามารถที่จะเลือกกระทำการใด ๆ ได้โดยอิสระภายในกรอบของกฎหมายและ ไม่กระทบกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นเท่านั้น หากได้ก่อให้เกิดอำนาจในอันที่จะเรียกร้อง หรือบังคับให้บุคคลอื่นต้องปฏิบัติตามการใด ๆ เพื่อรองรับการใช้เสรีภาพของตนเองไม่ ในกรณีนี้ แม้ว่าบุคคลนั้นจะมีเสรีภาพในการนับถือศาสนา รวมทั้งมีเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา ตามความเชื่อถือของตนซึ่งเป็นเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้อย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ ไม่ได้ เปิดช่องให้รัฐได้ออกกฎหมายจำกัดตัดสิทธิหรือเสรีภาพได้ แต่การใช้เสรีภาพดังกล่าวจะต้อง ไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น และมีได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะต้อง กระทำการใดเพื่อรองรับการใช้เสรีภาพนั้นไม่ เมื่อการใช้เสรีภาพของบุคคลนั้นไปกระทบต่อ สิทธิในการบริหารจัดการวัดของเจ้าอาวาส จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการใช้เสรีภาพโดยชอบ

ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ และคณะ อธิบายว่า สิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) นั้นมีความแตกต่างกันอยู่ที่สิทธิเป็นประโยชน์ในเรื่องที่บุคคลชอบที่จะเรียกร้องเอาจาก บุคคลอื่น หากการเรียกร้องนั้นเป็นการเรียกร้องเอาแก่บุคคลทั่วไปหรือปัจเจกชนก็เป็นสิทธิ ในทางเอกชน (Private Right) เช่น สิทธิทางแพ่ง ถ้าการเรียกร้องประโยชน์นั้นเป็นการเรียกร้อง เอาจากรัฐ สิทธินั้นก็จะเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน (Public Rights) หรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights) หรือหากพิจารณาถึงวิธีการสิทธินั้นเป็นสิ่งที่ต้องใช้ เช่น การใช้สิทธิเรียกร้อง ให้ผู้อื่นชำระหนี้ทางแพ่ง หรือสิทธิในการเลือกตั้งแสดงเจตนารมณ์ทางการเมือง เป็นเรื่องที่จะ เห็นว่า ผู้ทรงสิทธิจะต้องดำเนินการบางประการเพื่อใช้สิทธินั้น

ส่วนเสรีภาพ (Liberty) คือ ประโยชน์ในลักษณะที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ โดยไม่ถูก บังคับหรืออยู่ภายใต้อาณัติ อันเป็นสิ่งที่ไม่ต้องเรียกร้องหรือดำเนินการเพื่อใช้ แต่เสรีภาพนั้น จะส่งผลให้บุคคลผู้ทรงเสรีภาพปราศจากการถูกบังคับให้กระทำหรือไม่กระทำการอยู่แล้ว ตลอดเวลาที่ยังมีเสรีภาพนั้นคุ้มครองอยู่ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพก็ก่อให้เกิดสิทธิเช่นกัน ซึ่งบางครั้ง อาจจะเรียกว่า สิทธิในเสรีภาพ (Freiheitsrechte) กล่าวคือ เสรีภาพนั้นก่อให้เกิดสิทธิในการ ที่จะเรียกร้องมิให้บุคคลอื่นหรือรัฐกระทำการอันเป็นการลดทอนเสรีภาพนั้นได้ และหากมี

มาตรา 26 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมือง และ ไม่เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

การลิดรอนเสรีภาพผู้ทรงเสรีภาพก็ย่อมมีสิทธิในการร้องขอหรือเยียวยาเพื่อให้ยุติการลิดรอนเสรีภาพนั้น³⁸

รองศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ³⁹ อธิบายความแตกต่างระหว่าง สิทธิ (Right) และ เสรีภาพ (Liberty) ว่า สิทธิ เป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง ในขณะที่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่เกิดความสับสนได้ คือ กรณีของสิทธิในเสรีภาพ (Freiheitsrechte) กล่าวคือ โดยลำพังของเสรีภาพนั้นไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ในแง่นี้ มิได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นแต่อย่างใด แต่หากกล่าวว่า สิทธิในเสรีภาพ (Freiheitsrechte) หมายความว่า บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง ในความหมายนี้ ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือ บุคคลย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่ละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า เสรีภาพ ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นที่จะไม่เข้ามารบกวนการใช้อำนาจในการกระทำการหรือไม่กระทำการของบุคคลนั้น

ขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ

ตามหลักนิติรัฐ (Legal State หรือ Rechtsstaat) ไม่มีเสรีภาพใดที่ได้รับความคุ้มครองโดยปราศจากขอบเขต เพราะสาระแห่งเสรีภาพก็คือพฤติกรรมระหว่างมนุษย์ด้วยกัน การใช้เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดจะก่อให้เกิดสภาวะอนาธิปไตย (Anarchie) ขึ้นมาในรัฐ เพราะมนุษย์ทุกคนใช้สิทธิและเสรีภาพเต็มที่ ซึ่งอาจจะกระทบต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของผู้อื่น จนทำให้ผู้แข็งแรงเท่านั้นที่อยู่ใต้วงคัมได้ ผู้อ่อนแอต้องตกเป็นทาสและถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ การใช้สิทธิและเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขต จึงเป็นเหตุให้เกิดการใช้สิทธิและเสรีภาพ การเข้ามารวมเป็นสังคมยอมรับอำนาจการเมืองเหนือตนเป็นรูปแบบการปกครองต่าง ๆ ก็เพื่อให้อำนาจสูงสุดนั้นสูงเหนือทุกคน เป็นเสมือนกรรมกรที่คอยรักษากติกาไม่ให้ผู้เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้อ่อนแอกว่า⁴⁰ ดังนั้น การแทรกแซงของรัฐเพื่อเข้ามาจัดระบบการคุ้มครองไม่ให้มีการล่วงล้ำเสรีภาพจึงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับเสรีภาพที่แท้จริง รัฐจึงต้องตรากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจรัฐใน

³⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมทวนิช. (2546). *การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 7.

³⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 21. หน้า 61 – 62.

⁴⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 350.

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ ดังจะเห็นได้จากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม คริสต์ศักราช 1789 ข้อ 4 เสรีภาพ คือ ความสามารถที่กระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเช่นว่านี้จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยบทกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ ในปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คริสต์ศักราช 1948 บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน แต่ละคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความมุ่งหมายเฉพาะ เพื่อประกันการยอมรับและเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เพื่อตอบสนองความเรียกร้องต้องการอันชอบธรรมของศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อยและความผาสุกของทุกคนในสังคมประชาธิปไตย⁴¹

การจัดระบบการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น รัฐต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้⁴²

ประการแรก คือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปเพื่อความคุ้มครองสังคมและคุ้มครองเสรีภาพของผู้อื่น

มนุษย์ทุกคนต่างมีสิทธิและเสรีภาพ และหากทุกคนได้สิทธิและเสรีภาพอย่างเต็มที่มีความมีสิทธิและเสรีภาพก็จะไม่เหลืออยู่เลย เพราะสิทธิและเสรีภาพของทุกคนในสังคมจะถูกรุกรานโดยคนในสังคมด้วยตนเอง และย่อมจะนำมาซึ่งความไม่สงบสุขของสังคมนั้น ในที่สุดการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสังคมจึงจำเป็นต้องเกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมและคุ้มครองเสรีภาพของทุก ๆ คนในสังคมนั้น เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการเพื่อคุ้มครองสังคมโดยการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางส่วน และกฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมาจากองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนตามครรลองในการปกครองระบอบประชาธิปไตยซึ่งก็คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ (Lawmakers) อย่างไรก็ตาม ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสังคมให้มีความสุขนั้น รัฐไม่สามารถที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ทั้งหมด โดยรัฐจะต้องจัดระเบียบการใช้เสรีภาพของบุคคล และเสรีภาพบางอย่างอาจถูกจำกัดโดยเด็ดขาดด้วยเหตุผลเพื่อคุ้มครององค์กรจากรัฐ เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมและศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้ การใช้เสรีภาพของบุคคลหนึ่งอาจจะกระทบหรือขัดกันกับการใช้เสรีภาพดังกล่าว โดยสิทธิและเสรีภาพบางประเภทที่รัฐไม่สามารถตรากฎหมายมาจำกัดได้เลย เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้อย่างสัมบูรณ์ (Absolute) เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพทางด้านมโนธรรมและความคิด ส่วนสิทธิและเสรีภาพที่รัฐอาจจำกัดเพื่อความเหมาะสม

⁴¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2539). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 31 – 35.

⁴² บัณฑิต จันทร์โรจนกิจ. (2551). *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ความเป็นมาและสาระสำคัญ*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 38.

ตามสภาวะของสังคมเพื่อคุ้มครองสังคมโดยการจำกัดเสรีภาพของคนบางกลุ่มเรียกว่า สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองอย่างสัมพัทธ์ (Relative Limitation) เช่น เมื่อเกิดภาวะวิกฤตในบ้านเมืองจำกัดสิทธิในการเดินทาง เป็นต้น

ประการที่สอง คือ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ⁴³

แม้ว่ารัฐสามารถตรากฎหมายมาจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ตาม แต่รัฐจะต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองประชาชนด้วย อาจแยกพิจารณาการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หน่วยงานของรัฐ ได้ ดังนี้

1) สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่า รัฐไม่สามารถตรากฎหมายออกมาจำกัดได้เลย เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีการรับรองไว้อย่างสัมบูรณ์ (Absolute) และหากรัฐตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่มีการรับรองอย่างสัมบูรณ์ ก็เท่ากับว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ มีผลทำให้ไม่สามารถใช้บังคับได้

2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น จะต้องกระทำโดยการตราเป็นกฎหมายซึ่งมีที่มาจากเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนซึ่งก็คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ (Lawmakers) หรือ รัฐสภา (Parliament) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยรัฐต้องตรากฎหมายออกในรูปของพระราชบัญญัติ (Act) มิเช่นนั้น รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่สามารถกระทำได้ เช่น การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของประชาชนซึ่งเป็นการลดรอนสิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจและทางกรรมสิทธิ์รัฐจะสามารถกระทำได้โดยการตราเป็นพระราชบัญญัติเพื่อเวนคืนทรัพย์สินนั้น

3) ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐต้องจัดให้มีองค์กรของรัฐทำหน้าที่คุ้มครองประชาชนที่ถูกละเมิด เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) ศาลยุติธรรม (Court of Justice) หรือศาลปกครอง (Administrative Court) และหากฝ่ายนิติบัญญัติ (Lawmakers) ตรากฎหมายการจำกัดสิทธิและเสรีภาพและขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้วรัฐต้องมีองค์กรชี้ขาดในเรื่องดังกล่าว เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court)

4) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการละเมิดของบุคคลอื่น การกระทำหน้าที่ของรัฐเป็นไปเพื่อการปกป้องคุ้มครองคนทุกคนในสังคมนั้นให้มีความสุข และต้องมีการกำหนดโทษไว้เพื่อรองรับกรณีมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพเกิดขึ้นทั้งทางแพ่งและทางอาญา

5) การกำหนดหน้าที่แก่รัฐที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพ การที่รัฐให้สิทธิและเสรีภาพและคุ้มครองแก่ประชาชนแล้ว รัฐย่อมมีพันธะหรือหน้าที่กระทำการด้วย เช่น รัฐให้สิทธิและ

⁴³ เรื่องเดียวกัน.

เสรีภาพแก่ประชาชนในการเลือกตั้ง รัฐจึงมีหน้าที่ในการจัดการเลือกตั้ง อำนวยความสะดวกแก่ประชาชนผู้มาเลือกตั้ง เสรีภาพในการศึกษาก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการจัดการการศึกษา เป็นต้น⁴⁴

2.1.3 พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพ⁴⁵

พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพอาจแบ่งได้เป็น 4 ช่วง ดังนี้

ช่วงแรก เป็นการพัฒนาการเกี่ยวกับเสรีภาพในทางศาสนา ด้วยเหตุปัญหาคำเชื่อในเรื่องศาสนาเป็นปัญหาที่ทำให้เกิดความขัดแย้งอย่างยาวนานในช่วงยุคกลาง ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างใหญ่หลวง เสรีภาพในทางศาสนาประสบความสำเร็จครั้งแรกเมื่อสงครามกลางเมืองที่เกิดจากความแตกแยกในทางศาสนา มักจะอาศัยอำนาจรัฐเข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าว ด้วยเหตุนี้เอง รัฐจึงต้องเป็นกลางในทางศาสนา การที่รัฐเป็นกลางในทางศาสนาเป็นการคลี่คลายไปสู่ความเป็นรัฐสมัยใหม่ ซึ่งในเรื่องการนับถือศาสนาถือว่าเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล ดังนั้น พัฒนาการในช่วงนี้จึงแยกความเป็นศาสนาออกจากความเป็นรัฐ และการยอมรับว่าเรื่องการนับถือศาสนาเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล แต่ละบุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะเชื่อในลัทธิหรือศาสนาที่แตกต่างกันออกไป

ช่วงที่สอง เป็นพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ (die wirtschaftlichen Grundrechte) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ (Ownership) เสรีภาพในการทำสัญญา (die Vertragsfreiheit) เสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Beruffreiheit) ซึ่งเป็นผลมาจากการล่มสลายของระบบศักดินา (Feudalism) โครงสร้างความสัมพันธ์ของบุคคลในแบบสังคมศักดินาที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้เกิดชนชั้นกลาง ซึ่งเป็นชนชั้นใหม่ที่เรียกร้องการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินและเรียกร้องเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เพราะการประกอบอาชีพของชนชั้นใหม่มิได้อยู่ในภาคเกษตรกรรมเท่านั้น หากแต่เกิดอาชีพใหม่ขึ้น เช่น ช่างฝีมือ พ่อค้า เพราะในยุคนั้นมีการห้ามประกอบอาชีพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการห้ามมิให้ขุนนางทำการค้า และการผลิตใด ๆ⁴⁶

ช่วงที่สาม เป็นพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในทางประชาธิปไตย (die demokratischen Freiheiten) ซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ และเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในช่วงนี้เป็นการเรียกร้องของชนชั้นกลางในการเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมือง แต่การที่ชนชั้นกลางจะเข้าไปมีบทบาทหรือมีส่วนร่วมทางการเมืองได้จะต้องอาศัยเครื่องมือหรือปัจจัยพื้นฐานที่เอื้อต่อ

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 39 – 40.

⁴⁵ มุลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 4. หน้า 126.

⁴⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 57.

การเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมือง ดังนั้น เสรีภาพในทางประชาธิปไตยจึงกลายเป็นเครื่องมือที่ทำให้ระบบการปกครองได้รับการพัฒนาไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย⁴⁷

ช่วงที่สี่ เป็นพัฒนาการสิทธิขั้นพื้นฐานทางสังคม (die sozialen Grundrechte) ได้แก่ สิทธิในการมีงานทำ การให้หลักประกันตนในอนาคต การให้ความดูแลทางด้านสุขภาพ อาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การศึกษา เป็นต้น สิทธิขั้นพื้นฐานทางสังคมเป็นผลของการต่อสู้ทางความคิดกับแนวคิดแบบสังคมนิยม (Socialism) ซึ่งแนวคิดสังคมนิยมมองเรื่องสิทธิของฝ่ายเสรีนิยมว่าเป็นเพียงแต่ความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย แต่ในความเป็นจริงแล้วมนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ย่อมไร้ความหมาย เพราะบุคคลกลุ่มหนึ่งในสังคมขาดโอกาส ด้วยเหตุนี้ จึงควรจะต้องให้บุคคลเหล่านี้สามารถเข้าถึงสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้อย่างแท้จริง

2.1.4 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

ประเภทของสิทธิและเสรีภาพอาจแบ่งแยกได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

ลักษณะแรก คือ ประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามแนวความคิดของเยอรมัน เป็นการแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพตามแนวความคิดของ Georg Jellinek โดยอาศัยลักษณะของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นข้อพิจารณาในการแบ่งสิทธิและเสรีภาพซึ่งสามารถทำให้เข้าใจพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทว่ามีจุดมุ่งหมายอย่างไร และการที่ทำให้บรรลุความมุ่งหมายสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทรัฐจะต้องดำเนินการอย่างไร โดยแบ่งแยกออกเป็น 3 ประเภท คือ⁴⁸

ประเภทแรก คือ Status Negativus หมายถึง กลุ่มของสิทธิและเสรีภาพที่ใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใด ๆ ของรัฐ การใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นเรื่องที่ปัจเจกบุคคลสามารถดำเนินการได้เองโดยรัฐไม่จำเป็นต้องเข้ามาดำเนินการใด ๆ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปฏิเสธอำนาจรัฐ โดยแสดงออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐหรือการละเมิดของรัฐ ปัจเจกบุคคลจึงอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาจากรัฐได้ ในกรณีที่มีการแทรกแซงหรือมีการละเมิดจากรัฐ หรืออาจเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำได้ ตัวอย่างของสิทธิในกลุ่ม Status Negativus ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2550 เช่น

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 58.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 62.

สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการสื่อสาร เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพในทางวิชาการ เป็นต้น⁴⁹

ประเภทที่สอง คือ Status Positivus หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีอาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้ หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ โดยแสดงออกมาในรูปแบบของสิทธิประเภทแรก สิทธิเรียกร้อง (Right of Claim) สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ สิทธิในการดำเนินคดีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้แก่ สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน สิทธิในการรับบริการทางสาธารณสุข สิทธิในการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐของเด็กและเยาวชน สิทธิที่ได้รับความช่วยเหลือจากรัฐของบุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปี และสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะ และความช่วยเหลือจากรัฐของผู้พิการ เป็นต้น

ประเภทที่สาม คือ Status Activus หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่มีปัจเจกบุคคลใช้สิทธิของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับองค์กรของรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปแบบของสิทธิพลเมือง (Civil Rights) อันได้แก่ สิทธิเลือกตั้ง สิทธิในการลงรับสมัครเลือกตั้ง สิทธิในการเข้าสมัครรับราชการ สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง รวมทั้งสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองอื่น ๆ สิทธิประเภทนี้มักจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาตินั้น

ลักษณะที่สอง ประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ เป็นการพิจารณาจากผู้ได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights) หรือบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง เป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิว่า สิทธิใดควรจะให้แก่บุคคลทุกคน และสิทธิใดควรจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาติเท่านั้น การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพในลักษณะนี้จะนำไปสู่การกำหนดขอบเขตในการคุ้มครองสิทธิแต่ละประเภท ดังนี้

ประเภทแรก คือ สิทธิมนุษยชน (Human Rights) สิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทุก ๆ คน โดยมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นเป็นคนของชนชาติใด เชื้อชาติหรือศาสนาใด หากบุคคลที่เข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจของรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญประเทศนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองจากรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น ๆ ด้วย สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่าเพราะเขาเกิดมาเป็นมนุษย์

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 63.

มนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีรัฐ (State) เกิดขึ้น⁵⁰ สิทธิประเภทนี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในทางศาสนา เป็นต้น

ประเภทที่สอง คือ สิทธิพลเมือง (Civil Rights) สิทธิประเภทนี้ ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น เช่น ตามรัฐธรรมนูญของเยอรมัน ได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพอยู่ในกลุ่มของ Status Activus หรือสิทธิในทางการเมือง เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย และเสรีภาพในการชุมนุม เป็นสิทธิของชาวเยอรมันเท่านั้น⁵¹

ลักษณะที่สาม ประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เป็นการพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หรือหากอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะอยู่ในเงื่อนไขประเภทใด โดยมีการกำหนดรูปแบบเงื่อนไขของกฎหมายไว้ ดังนี้⁵²

ประเภทแรก คือ สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเพียงแต่เรียกร้องว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นอาจจะกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปไม่ได้เรียกร้องเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประการอื่น สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป เช่น เสรีภาพในเคหสถาน ตามมาตรา 33 วรรคสองและวรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁵³ ซึ่งจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเคหสถานไว้ เพียงแต่กำหนดไว้ว่า เว้นแต่ศาลมีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เพราะโดยแท้จริงแล้วการจำกัดเสรีภาพยังอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป

ประเภทที่สอง คือ สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่า การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายนั้นจะต้องผูกพันอยู่กับสถานการณ์ใด สถานการณ์หนึ่งหรือต้องผูกพันอยู่กับวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการ

⁵⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 19. หน้า 36.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน.

⁵² บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 21. หน้า 64.

⁵³ มาตรา 33 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถาน โดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

โดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น เช่น เสรีภาพในการเดินทาง ตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁵⁴ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าว จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิการของผู้เยาว์ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพมากขึ้น คือ การจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง มาตรา 34 จะกระทำมิได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติ (Lawmakers) ได้จำกัดเสรีภาพในการเดินทางนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางดังกล่าวย่อมเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ

ประเภทที่สาม คือ สิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย เป็นกรณีที่ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพนั้นไม่อยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิโดยกฎหมายใด ๆ ทั้งสิ้น เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 37 เสรีภาพในการนับถือศาสนา⁵⁵ มาตรา 39 บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะไม่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ หรือมาตรา 34 วรรคสาม สิทธิผู้มีสัญชาติไทย ที่จะถูกเนรเทศออกนอกราชอาณาจักรหรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร อาจกระทำมิได้⁵⁶

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามประเภทนี้สามารถทำให้เข้าใจถึงประเภทเงื่อนไขของกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจะเป็ประโยชน์ในการตรวจสอบอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิต่าง ๆ ว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ กล่าวคือ มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ จะต้องตรวจสอบว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

⁵⁴ มาตรา 34 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

ฯลฯ

ฯลฯ

⁵⁵ มาตรา 37 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ฯลฯ

ฯลฯ

⁵⁶ มาตรา 34 วรรคสาม การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้

หรือไม่ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมเป็นการแสดงถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2.2 สิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับการใช้อำนาจอธิปไตย

สิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ (State) หรือผู้มีอำนาจปกครองรัฐ (Governor) กับผู้อยู่ใต้อำนาจอปกครองของรัฐ (Under the Rule of the State) หรือประชาชน (People) และความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนด้วยกันเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อกล่าวถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว จะมุ่งเน้นถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองรัฐกับประชาชน

ความสัมพันธ์นี้จะเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา แต่ในความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว มีความขัดแย้ง (Conflict) อยู่ตลอดเวลา กล่าวคือ มีการขัดแย้งกันระหว่างผู้อยู่ใต้อำนาจอปกครองของรัฐ ซึ่งได้แก่ประชาชนพลเมืองทั้งหลายของรัฐกับผู้ที่มีอำนาจปกครองรัฐ ในลักษณะที่ผู้มีอำนาจปกครองมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจอย่างเต็มที่ แต่ในขณะที่เดียวกันผู้อยู่ใต้อำนาจอปกครองก็พยายามดิ้นรนที่จะมีเสรีภาพ (Liberty) ให้มากที่สุดเท่าที่จะมีได้⁵⁷

ทุกครั้งที่มีมนุษย์โน้มเอียงหนักไปทางด้านใดด้านหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นครณีผู้มีอำนาจได้ใช้อำนาจเกินขอบเขต หรือเป็นครณีประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองใช้สิทธิและเสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขต โดยเรียกร็องแต่สิทธิแต่มีได้คำนึงถึงหน้าที่ของตน ก็จะเกิดดุลยภาพ (Equilibrium) อย่างหนึ่งระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ภายใต้อำนาจอปกครองกลับไปสู่ในจุดที่ควรจะเป็น ซึ่งจะช้าหรือเร็ว สันติหรือรุนแรงก็ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ ของประเทศนั้น ๆ

การที่จะทราบว่าจุดใดควรเป็นจุดที่เป็นดุลยภาพของการใช้อำนาจอธิปไตยกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จำเป็นที่จะต้องทราบแนวความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า ดุลยภาพของการใช้อำนาจอธิปไตยกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในลักษณะที่มั่นคงถาวรนั้น ต่อเมื่อรัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย หรือเรียกว่าหลักนิติรัฐ (Legal State หรือ Rechtsstaat) โดยรวมหมายถึง หลักการปกครองโดยกฎหมายมิใช่ปกครองตามอำเภอใจ (Willkuerverbot) และเป็นระบบที่สร้างขึ้นมาจากวัตถุประสงค์ให้เป็นหลักในการป้องกันและแก้ไขเยียวยาการใช้อำนาจอธิปไตยตามอำเภอใจของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีสาระสำคัญอยู่ 2 ประการ ดังนี้

⁵⁷ วีระ โลจายะ. (2525). *กฎหมายสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 1.

2.2.1 การใช้อำนาจอธิปไตยอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย

อำนาจอธิปไตย (State Power) หรืออำนาจอธิปไตย (Sovereignty) คือ อำนาจเดียวกัน เป็นอำนาจสูงสุดที่ใช้ปกครองประเทศหรือรัฐ เป็นอำนาจเด็ดขาดปฏิเสธไม่ได้ ในรัฐหรือประเทศหนึ่ง ๆ จะมีอำนาจอธิปไตย แต่แบ่งการใช้ออกได้ 3 อำนาจ คือ 1. อำนาจนิติบัญญัติหรือการตรากฎหมาย 2. อำนาจบริหารหรือการบังคับใช้กฎหมาย และ 3. อำนาจตุลาการหรือการวินิจฉัยกฎหมาย

อำนาจอธิปไตยเป็นนามธรรมหรือมองไม่เห็นเป็นรูปธรรม รูปธรรมของอำนาจอธิปไตย คือ กฎหมายปกครองรัฐหรือรัฐธรรมนูญซึ่งใช้ในการปกครองประเทศ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดของทุกประเทศในโลก กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญ (Constitution) จะสะท้อนให้เห็นเป็นรูปธรรมว่าระบอบที่ใช้ปกครองรัฐ หรือประเทศเป็นการปกครองระบอบเผด็จการ หรือระบอบประชาธิปไตย หรือระบอบคอมมิวนิสต์ ฉะนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่รักษาระบอบการปกครองของประเทศเอาไว้

อำนาจอธิปไตยต้องมีเจ้าของและมีผู้ใช้อำนาจอธิปไตยจึงจะปกครองรัฐได้ ในสมัยโบราณเจ้าของและผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเป็นคนเดียวกัน คือ พระมหากษัตริย์หรือจักรพรรดิ มีอำนาจอธิปไตยเพราะเป็นเจ้าของและผู้ใช้อำนาจโดยตรงแต่เพียงผู้เดียวในการออกกฎหมาย บังคับใช้กฎหมาย และวินิจฉัยกฎหมาย การปกครองประเทศในสมัยโบราณจึงเด็ดขาดที่สุด แต่พระมหากษัตริย์พระองค์เดียวย่อมใช้อำนาจปกครองทั้งประเทศไม่ได้ จึงมีผู้แทนใช้อำนาจปกครองประชาชนแทนพระองค์ในตำแหน่งต่าง ๆ เรียกว่า ข้าราชการ โดยมีกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงบัญญัติไว้ เป็นหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยบังคับประชาชนให้ปฏิบัติตาม พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ตรวจสอบการใช้ อำนาจของข้าราชการโดยตรง ประชาชนไม่มีอำนาจหรือสิทธิไปตรวจสอบข้าราชการได้ ฉะนั้น ข้าราชการในสมัยโบราณจึงเป็นผู้ยิ่งใหญ่เป็นนายประชาชน ประชาชนเกรงกลัวข้าราชการยิ่งกว่าพระมหากษัตริย์ เพราะข้าราชการเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยปกครองประชาชนตามกฎหมายปกครองที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นมาโดยตรง ความเกรงกลัวข้าราชการจึงสืบเนื่องต่อมาจนถึงปัจจุบันนี้ และเป็นการยากที่จะเปลี่ยนความคิดของประชาชนได้

ในสมัยโบราณนั้นประชาชนไม่มีสิทธิไปตรวจสอบข้าราชการ หรือผู้ใช้อำนาจอธิปไตย เพราะเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ทรงใช้อำนาจอธิปไตยผ่านข้าราชการไปสู่ประชาชน ข้าราชการจึงเป็นตัวกลางของการใช้อำนาจอธิปไตยระหว่างพระมหากษัตริย์และประชาชน หรือข้าราชการเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนพระมหากษัตริย์ตามกฎหมาย การตรวจสอบการใช้ อำนาจรัฐของข้าราชการจึงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หากพระมหากษัตริย์ทรงเข้มงวดในการตรวจสอบลงโทษข้าราชการที่กระทำความผิดหรือราษฎรบังหลวงโดยเด็ดขาดแล้วประชาชนก็อยู่เย็นเป็นสุข ถ้าหากทรงปล่อยให้ข้าราชการใช้อำนาจอธิปไตยตามอำเภอใจไม่เข้มงวดกวดขัน

ประชาชนก็ประสบความสำเร็จเป็นอันตรายต่อชาติบ้านเมืองถึงขั้นสิ้นชาติได้ดังที่ปรากฏมาแล้วหลายประเทศในอดีต

ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของชาติตามแบบฉบับของประเทศอังกฤษ โดยคณะราษฎรได้ทำการรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองจากรัฐบาลพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 7) เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 เป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ของชาติไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับอำนาจรัฐ กล่าวคือ เดิมพระมหากษัตริย์ทรงเป็นเจ้าของอำนาจรัฐและเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐแต่ผู้เดียวเปลี่ยนเป็น ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจรัฐ แต่ข้าราชการยังเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐอยู่เหมือนเดิม หรือเจ้าของอำนาจรัฐและผู้ใช้อำนาจรัฐแยกจากกัน แต่ประชาชนยังไม่รู้ถึงความสำคัญของการเป็นเจ้าของอำนาจรัฐ ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดของประเทศ เพราะเป็นของใหม่ในขณะนั้นจึงไม่สนใจ ข้าราชการจึงใช้อำนาจรัฐได้โดยเสรีเพราะเจ้าของอำนาจ คือ ประชาชนไม่มีสิทธิในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ นอกจากนั้น ความเกรงกลัวข้าราชการก็คงเหมือนสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ นั่นเอง คือ คิดว่าข้าราชการยังเป็นนายของตนอำนาจรัฐหรืออำนาจธิปไตยที่ยิ่งใหญ่ที่สุดของประเทศนี้ เราคนไทยทุกคนเป็นเจ้าของอำนาจตั้งแต่ พ.ศ. 2475 มิใช่เป็นการกล่าวขึ้นมาลอย ๆ แต่เป็นมรดกอันล้ำค่าที่พระมหากษัตริย์นักประชาธิปไตยที่ยิ่งใหญ่ของไทยคือ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 7) ทรงมอบให้คนไทย ดังพระราชหัตถเลขาตอนหนึ่งว่า ข้าพเจ้ามีความเต็มใจที่จะสละอำนาจอันเป็นของข้าพเจ้าอยู่แต่เดิมให้แก่ราษฎรโดยทั่วไป แต่ข้าพเจ้าไม่ยินยอมยกอำนาจทั้งหลายของข้าพเจ้าให้แก่ผู้ใดคณะใดโดยเฉพาะเพื่อใช้อำนาจนั้นโดยสิทธิขาดและไม่ฟังเสียงอันแท้จริงของประชาราษฎร

หลักการที่เป็นรากฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย อันได้แก่ หลักนิติรัฐ (Rechtstatt) ซึ่งหมายถึง รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย โดยให้คนทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมายได้

หลักนิติรัฐเกิดขึ้นมาเพื่อโต้แย้งระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และปฏิเสธการปกครองด้วยคนที่มีเอกสิทธิเหนือกฎหมายและบุคคลทั้งปวง

คำว่า นิติรัฐ มีความหมายเดียวกับสาธารณรัฐ เป็นความหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม หมายถึง รัฐที่ทุกคนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน เป็นรัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนง โดยรวมที่มีเหตุผล มีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดเพื่อสังคมเป็นการทั่วไป

สาระสำคัญของหลักนิติรัฐ

นิติรัฐ คือ รัฐที่ผูกพันตนต่อกฎหมาย เพื่อที่จะคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ มีเป้าหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งมี

หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักการสำคัญ กล่าวคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ⁵⁸ เกิดข้อเรียกร้องของหลักการการแบ่งแยกภารกิจของรัฐโดยแบ่งเป็น 3 ภารกิจ คือ 1. การตรากฎหมาย 2. การใช้กฎหมาย และ 3. การตีความกฎหมาย และแบ่งแยกบุคคลที่จะไปใช้อำนาจในแต่ละภารกิจ โดยเน้นไปในส่วนระหว่างองค์กรฝ่ายตุลาการและองค์กรอื่น ๆ ซึ่งมีความจำเป็นต้องแยกกันให้เด็ดขาด ส่วนระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจะแบ่งแยกบุคคลที่จะไปใช้อำนาจในแต่ละภารกิจเด็ดขาดหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับระบบการปกครอง กล่าวคือ ในระบบประธานาธิบดีจะมีการแบ่งแยกกันอย่างเด็ดขาด แต่ในระบบรัฐสภาไม่ได้เรียกร้องให้แบ่งแยกกันโดยเด็ดขาด และอำนาจแต่ละอำนาจสามารถควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ โดยการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวอย่างน้อยมีอยู่ 3 ระบบ อันได้แก่

ระบบแรก คือ การควบคุมตรวจสอบทางการเมือง ในระบบรัฐสภาดั้งเดิมในประเทศอังกฤษ ฝ่ายบริหารเป็นตัวแทนของกษัตริย์ ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติเป็นตัวแทนของประชาชน จึงเป็นระบบที่มีลักษณะเป็นสองขั้วอำนาจ (กษัตริย์และประชาชน) ซึ่งอำนาจของสภาตรวจสอบฝ่ายบริหารที่เป็นตัวแทนของกษัตริย์ ทำให้ระบบรัฐสภาสามารถทำงานได้ เพราะสภาสามารถควบคุมฝ่ายบริหารได้จริงเนื่องจากเป็นคนละขั้วอำนาจกัน แต่ระบบรัฐสภาในปัจจุบันเป็นระบบอำนาจเดี่ยวเพราะไม่ได้มีสองอำนาจที่คานกันอย่างแท้จริง หากแต่เป็นเพียงมายาคติทางการเมืองเพราะรัฐบาลมาจากเสียงข้างมากในสภา ผู้มีอำนาจที่อยู่เบื้องหลังที่แท้จริงจึงเป็นพรรคการเมืองหรือนายทุนที่สามารถคุมได้ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และประชาธิปไตยก็กลายเป็นสิ่งที่ขับเคลื่อนด้วยชนาธิปไตย ดังนั้น สิ่งที่สามารถทำให้ประชาธิปไตยอยู่ได้ในปัจจุบันจึงต้องขึ้นอยู่กับวุฒิภาวะวิจารณ์ญาณของประชาชน ความมีคุณภาพของนักการเมือง และความเป็นประชาธิปไตยภายในพรรคการเมือง

ระบบที่สอง คือ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เป็นการตรวจสอบที่มีหลักประกันดีที่สุด เพราะอย่างน้อยที่สุดองค์กรตุลาการจะปฏิเสธเรื่องที่อยู่ในอำนาจของตนไม่ได้ และระบบควบคุมตุลาการเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรที่มีความเป็นกลาง (จึงต้องมีหลักความเป็นอิสระของตุลาการ เพื่อให้ตัดสินคดีภายใต้มนธรรมสำนึกของตนภายใต้กฎหมาย โดยตัดสินตามรากฐานของกฎหมาย) และมีกระบวนการพิจารณาที่ให้หลักประกันคู่ความในคดี

ระบบที่สาม คือ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญประเภทหนึ่งซึ่งก่อตั้งขึ้น โดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งแต่เดิมองค์กรเหล่านี้ล้วนสังกัดใ้อำนาจฝ่ายบริหารทั้งสิ้น เช่น ก.ก.ต. แต่เดิม คือ กรมการปกครองกระทรวงมหาดไทย หรือ ป.ป.ช. แต่เดิมเป็น ป.ป.ป. ซึ่งอยู่ใต้สำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งจำเป็นต้อง

⁵⁸ เป็นหลักที่จำเป็นต้องมีโดยสภาพ เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลตรวจสอบระหว่างกัน

แยกออกมาจากฝ่ายบริหารเพื่อไม่ให้ฝ่ายบริหารมีอิทธิพลเหนือองค์กรเหล่านี้ แต่ก็ยังคงมีปัญหา ด้านประสิทธิภาพเพราะยังคงถูกแทรกแซงอยู่

2.2.2 มุ่งที่ใช้อำนาจของรัฐทุกประเภท⁵⁹

มุ่งที่ใช้อำนาจของรัฐทุกประเภท กล่าวคือ ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายที่รัฐร่วมกับรัฐอื่นสร้าง กฎหมายขึ้นมาเรียกว่า กฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) และกฎหมายที่ร่วมกับ ประชาชนพลเมืองของรัฐสร้างขึ้นมาจำกัดอำนาจรัฐ โดยการที่รัฐมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองให้ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน ได้แก่ กฎหมายที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญ (Constitution) กฎหมายอื่นของรัฐที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญก็มีบทบัญญัติที่คุ้มครองหลักประกันสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนเช่นเดียวกัน

เรื่องสิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่องที่มีแนวคิดมานานกว่า 200 ปี แล้วในยุโรปและอเมริกา สำหรับประเทศไทย แม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนปรากฏ อยู่ในรัฐธรรมนูญมากกว่า 50 ปี แล้วก็ตาม แต่ก็ต้องยอมรับว่าบทบัญญัติเหล่านั้นส่วนใหญ่ ไม่มีการบังคับใช้อย่างจริงจัง เพราะผู้มีอำนาจปกครองมักจะ ไม่ให้ความเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนเท่าที่ควร สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเริ่มมีแนวโน้มไปในทางที่ดีขึ้น เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ออกมาใช้บังคับ มีการบัญญัติรับรองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนไว้มากมายหลายมาตรา เดิมผู้อยู่ใต้อำนาจการปกครองอ้างสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) เป็นพื้นฐานข้ออ้างของการมีสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ใต้การปกครอง⁶⁰

สาระสำคัญของคำว่า สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) นั้น ได้แก่ มนุษย์ทั้งหลายเกิดมา เท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการติดตัวมาแต่กำเนิดจนถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าว คือ สิทธิในชีวิต สิทธิและเสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่โอนให้แก่กันไม่ได้ และใครก็ตามจะล่วงละเมิดมิได้ หากมีการล่วงละเมิดก็จะต้องก่อให้เกิดการกระทบกระเทือน เสื่อมเสียต่อสภาพของความเป็นมนุษย์ได้⁶¹ ทำให้แนวความคิดเรื่องสิทธิธรรมชาติ จึงกลายเป็น เครื่องมือที่จำกัดอำนาจผู้ปกครองรัฐ และเป็นแนวความคิดที่แสดงให้เห็นว่าประชาชนมี สิทธิจำกัดอำนาจของผู้ปกครองรัฐ โดยอาศัยแนวความคิดที่ว่าด้วยสิทธิธรรมชาติ ซึ่งมี สาระสำคัญว่า มนุษย์เราเกิดมาต่างก็มีสิทธิติดตัวบางประการที่รัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองรัฐ ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ดังนั้นจึงเปรียบเสมือนว่าระหว่างผู้มีอำนาจปกครองรัฐกับ ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองรัฐ

⁵⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 109.

⁶⁰ กุลพล พลวัน. (2538). *พัฒนาการสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 12.

⁶¹ วีระ โลจายะ. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 57. หน้า 1.

ซึ่งได้แก่ประชาชนที่ห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐล่วงละเมิดเข้าไปใช้อำนาจได้ เมื่อผู้ปกครองรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องควั่นไม่ใช้อำนาจรัฐ จึงเท่ากับว่าประชาชนพลเมืองมีสิทธิในการจำกัดอำนาจนั่นเอง⁶²

กล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวความคิดเรื่องสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) เป็นแนวความคิดที่แสดงให้เห็นว่ารัฐ (State) มีอำนาจจำกัด ซึ่งต่อมามีการขยายความหมายครอบคลุมไปถึงสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ เช่น สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองป้องกันไม่ให้ถูกจับกุมคุมขังโดยไม่มีอำนาจหรือตามอำเภอใจ สิทธิที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดในเคหสถาน สิทธิและเสรีภาพในการย้ายที่อยู่ สิทธิและเสรีภาพในการสื่อสาร สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และสิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนา ฯลฯ⁶³

2.3 สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

จากที่กล่าวมาว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเกิดจากแนวความคิดในเรื่องของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) แต่เมื่อมนุษย์ต้องเปลี่ยนสถานภาพจากเสรีชนที่สมบูรณ์แบบตามธรรมชาติมาเป็นประชาชนที่เป็นองค์ประกอบส่วนควบของรัฐ (State) ซึ่งองค์ประกอบของรัฐประกอบด้วย ดินแดน (Land) อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) รัฐบาล (Government) ประชากร (Population) สิทธิและเสรีภาพอันสมบูรณ์ก็ต้องแปรสภาพไปเป็นสิทธิอันจำกัดและต้องผูกพันกับอำนาจของรัฐ ขณะเดียวกันกฎของธรรมชาติก็จะกลายเป็นกฎหมายแห่งรัฐหรือกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองรัฐหรือรัฐธรรมนูญนั่นเอง⁶⁴

เมื่อรัฐประชาธิปไตยได้จัดทำรัฐธรรมนูญของตนขึ้น โดยได้รับแรงบันดาลใจจากลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) ลัทธินี้สอนว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี และศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมจะปรากฏตัวออกมาให้เห็นเป็นรูปธรรมในรูปความสามารถของมนุษย์ ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง (Self Determination) อนึ่ง มนุษย์แต่ละคนจะมีความสามารถเช่นว่านี้ได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อแต่ละคนมีแดนแห่งเสรีภาพ (Sphere of Individual Liberty) ภายในแดนแห่งเสรีภาพของตนนี้ แต่ละคนจะคิดหรือกระทำการใด ๆ ก็ได้อย่างอิสระปลอดจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งของผู้ปกครอง ดังนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ให้แก่ราษฎร

⁶² ชิดา ซาลีจันทร์. (2531). *สังคมการเมืองสำหรับนักกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 43 – 44.

⁶³ วีระ โลจายะ. (2532). *กฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 466.

⁶⁴ ชรินทร์ ดิขวัน. (2552). *สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 37.

เพื่อให้ราษฎรแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตน ทั้งในทางกายภาพ และในทางจิตใจได้ตามใจปรารถนา⁶⁵

รัฐธรรมนูญ (The Law of Constitution) หมายถึง กฎหมายว่าด้วยระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนั้น ๆ ต่อกันและกัน กำหนดระเบียบแห่งอำนาจสูงสุด ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) อำนาจบริหาร (Executive Power) และ อำนาจตุลาการ (Judicial Power)⁶⁶

รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้แตกต่างกัน แบ่งแยกเป็น 3 ระบบ⁶⁷ ได้แก่

ระบบแรก การรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้เด็ดขาด คือ ไม่ยอมให้ออกกฎหมายจำกัด สิทธิและเสรีภาพ ถ้ามีข้อจำกัดอย่างไรต้องกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

ระบบที่สอง การรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างกลาง คือ ยอมให้ตัดสิทธิและเสรีภาพ ที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ได้บ้าง โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ในรัฐธรรมนูญให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมาย จำกัดสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้เฉพาะบางกรณีเท่านั้น

ระบบที่สาม การรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ภายใต้บังคับในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เป็นการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามสมควรแต่มิใช่ ยกเลิกหรือตัดสิทธิและเสรีภาพอย่างสิ้นเชิง

รองศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้แบ่งแยก สิทธิตามรัฐธรรมนูญ ออกจาก ความหมายของคำว่า สิทธิตามความหมายทั่วไป โดยสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึง อำนาจ ตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะ กระทำการใด หรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกชนดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง ที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อ องค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงขอบเขตสิทธิของตน⁶⁸

สิทธิตามรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิของประชาชนที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรับรองไว้ สิทธิดังกล่าวมีขอบเขตครอบคลุมถึงสิ่งทั้งหลายทั้งปวงอันพึงมี พึงกระทำ และพึงได้ โดยที่สิ่งนั้น

⁶⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 9.

⁶⁶ หยุต แสงอุทัย. (2548). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพริก. หน้า 186.

⁶⁷ หยุต แสงอุทัย. (2513). *แนวคำถามคำตอบรัฐธรรมนูญทั่วไปและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. กรุงเทพฯ: ประกายพริก. หน้า 61 – 64.

⁶⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทวณิช. อ้างแล้ว. *เชิงอรรถที่ 39*. หน้า 7.

ไม่ถูกขัดขวางโต้แย้งโดยกฎหมาย องค์การรัฐ เจ้าพนักงานของรัฐ รวมถึงไม่ถูกขัดขวางโต้แย้งโดยบุคคลอื่นด้วย⁶⁹

สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน (das subjective oeffentliche recht) มีความหมายว่า อำนาจตามรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดนั้น ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองแก่ปัจเจกชนดังกล่าว ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน ซึ่ง ณ จุดนี้เองจึงเกิดสิทธิเรียกร้องต่อรัฐเพื่อให้รัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองเขตแดนดังกล่าวนั้น อีกทั้งเพื่อให้บุคคลในรัฐได้รับประโยชน์สมดังสิทธินั้น ๆ นอกจากนี้ สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังมีความหมายรวมถึงการให้หลักประกันในเชิงสถาบัน (die institutionellen garantien) จึงทำให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนต่อรัฐ หรือต่อองค์กรต่าง ๆ ทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการจะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) สิทธิและเสรีภาพ⁷⁰ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง⁷¹ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลได้อย่างสมบูรณ์ในทางปฏิบัติ⁷² จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญรับรองนั้น มีการผูกพันกับองค์กรต่าง ๆ ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ประการแรก สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่ทำหน้าที่ในการป้องกัน (Abwehrfunktion) ปึงเจกชนให้ปลอดภัยจากการแทรกแซง เพื่อความมั่นคง หรือสร้างหลักประกันให้แก่ปัจเจกชนในอันที่จะไม่ถูกบังคับหรือแทรกแซงจากรัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งปวง สิทธิและเสรีภาพในประการนี้ ได้แก่ สิทธิในเสรีภาพ (Freiheitsrechte)

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

⁷¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27.

⁷² บุญชัย วสุนธรา. (2552). *การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรค 2 และวรรค 3*. วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 54.

ประการที่สอง สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่ทำหน้าที่คุ้มครองปัจเจกชนมิให้ถูกเลือกปฏิบัติ โดยพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพนั้น ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Nichtdiskriminierungsfunktion) หรือต้องได้รับความเสมอภาค (Gleichbehandlungsfunktion) โดยเท่าเทียมกันต่อการใช้อำนาจของฝ่ายมหาชน เช่น สิทธิและเสรีภาพในการเรียกร้องต่อรัฐ ให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้เหมือนกันในสิ่งที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และแตกต่างกัน ในสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน และรัฐต้องให้เหตุผลด้วย การปฏิบัติเช่นนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มีกฎหมายรับรองคุ้มครองให้กระทำเช่นนั้นหรือไม่ เป็นต้น

ประการที่สาม สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่ทำหน้าที่เรียกร้องให้รัฐกระทำการ (Leistungsfunktion oder Teilhaberecht) ซึ่งมักจำกัดอยู่กับสิทธิและเสรีภาพที่เรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐานในการดำเนินชีวิต (soziale Grundrechte) ที่คุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชนในเรื่องที่เกี่ยวกับความจำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์ เช่น ที่อยู่อาศัย อาหาร เครื่องนุ่งห่ม เรื่องเกี่ยวกับสาธารณสุขหรือ สาธารณูปโภคต่าง ๆ เป็นต้น

ประการที่สี่ สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่ทำหน้าที่คุ้มครองบุคคลให้พ้นจากการแทรกแซงบุคคลที่สาม (Funktion des Schutzes vor Dritten und Ausstrahlungswirkung) แม้ว่าตามหลักทั่วไปแล้ว สิทธิและเสรีภาพจะมีผลผูกพันต่ออำนาจมหาชนโดยตรง แต่ก็มีสิทธิและเสรีภาพบางอย่างที่มีผลผูกพันต่อบุคคลที่สามโดยทางอ้อม ซึ่งในกรณีนี้ย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในประการดังกล่าวแก่บุคคลด้วย มาตรการคุ้มครองของรัฐอาจกระทำได้ ทั้งในรูปของการออกกฎหมายเพื่อรับรองคุ้มครองสถานะของบุคคลเป็นการเฉพาะ หรืออยู่ในรูปแบบของข้อห้ามมิให้สาธารณะกระทำการอันเป็นการรบกวนปัจเจกชน หรือที่เรียกว่า การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพความเป็นอยู่ส่วนบุคคล⁷³

ประการที่ห้า สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นการคุ้มครองในหลักการ (die institutionellen garantie) หมายถึง หลักประกันที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการปกป้องคุ้มครองหลักกฎหมายทั่วไป ในทางหลักการต่อการเปลี่ยนแปลงที่อาจเกิดขึ้นจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งจะมีลักษณะที่แตกต่างจาก สิทธิและเสรีภาพที่ให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลอยู่แล้ว ยังมีลักษณะที่มุ่งหมายในการคุ้มครองต่อสิ่งที่เป็นหลักเกณฑ์หรือหลักการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่ไม่เกี่ยวกับปัจเจกบุคคล คนใดคนหนึ่งเป็นการเฉพาะด้วย ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในการรวมตัวเป็นกลุ่ม สมาคม สหภาพ สิทธิและเสรีภาพในการเป็นครอบครัวของการสมรส เสรีภาพในการแสดงออกโดยสื่อทางวิทยุ โทรทัศน์ หรือสื่อมวลชนอื่น ๆ และยังหมายความรวมถึงบทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ

⁷³ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 21. หน้า 76.

ที่มีส่วนทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับหลักประกันมากขึ้น มีความเป็นไปได้มากขึ้น เช่น หลักเงื่อนไขของกฎหมาย (Gesetzesvorbehalt) หลักการควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ (die richterliche Kontrolle) และหลักความได้สัดส่วน (das Verhältnismaessigkeitsprinzip)

ประการที่หก สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ (die Grundrechte als Verfassungsauftrag) เป็นการเฉพาะ เช่น การกำหนดให้บุคคลผู้สูงวัยได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือเด็กหรือเยาวชนพึงได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายที่กฎหมายบัญญัติ เป็นต้น เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญนี้จะผูกพันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายนอกเหนือจากหลักการดังกล่าว ซึ่งหากฝ่ายนิติบัญญัติละเมิดหรือฝ่าฝืนปัจเจกชนหรือมหาชนย่อมยกสิทธิและเสรีภาพในกรณีเช่นนี้ขึ้นต่อสู้และเรียกร้องได้⁷⁴

ประการที่เจ็ด สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นหลักประกันในทางศาล (die Grundrechte als Rechtsschutzgarantie) ถือเป็นเรื่องที่มีสาระสำคัญสำหรับการใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้ทรงสิทธิ เพราะแม้มีเพียงการรับรองคุ้มครองว่าเป็นปัจเจกบุคคลหรือสาธารณชนมีสิทธิและเสรีภาพกว้างขวางมากน้อยเพียงใด แต่ถ้าไม่มีหลักประกันในกระบวนการทางศาลที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปได้ในทางปฏิบัติแล้ว สิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญก็จะเป็นความหมายหรือประโยชน์อันใดทั้งสิ้น หลักประกันทางศาลนั้นถือว่าเป็นศูนย์กลางของสิทธิและเสรีภาพ และการรับรองให้สิทธิและเสรีภาพเป็นหลักประกันในทางศาลเท่านั้น จึงเท่ากับเป็นการยอมรับว่า สิทธิและเสรีภาพมีฐานะเป็นสิทธิเรียกร้อง (subjektives Recht) และเป็นสิทธิเรียกร้องของมหาชน (subjektiveöffentliches Recht) อันเป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง⁷⁵

2.3.1 หลักการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนไว้ โดยอาจแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท⁷⁶ ได้แก่

ประเภทแรก คือ สิทธิและเสรีภาพแบบสัมบูรณ์ (Absolute Right) เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ รัฐไม่สามารถออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์มาจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นได้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา

⁷⁴ บุญชัย วสุนธรา. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 72. หน้า 56.

⁷⁵ ชาวนะ ไตรมาส. (2545). องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ คนไทยใช้ประโยชน์ได้อย่างไร. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 4 (10), หน้า 109.

⁷⁶ วีระ โลจายะ. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 63. หน้า 133 – 137.

ประเภทที่สอง คือสิทธิและเสรีภาพแบบสัมพัทธ์ (Relative Right) เป็นสิทธิและเสรีภาพที่เปิดโอกาสให้รัฐสามารถจำกัดหรือควบคุมการใช้เสรีภาพนั้นในภายหลังได้ หากปรากฏซึ่งความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เช่น เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในการที่จะใช้ทางสาธารณะ หรือเพื่อป้องกันการนำไปสู่เหตุการณ์อันวุ่นวายหรือเกิดจลาจลขึ้นในประเทศ เป็นต้น แต่จะต้องกระทำโดยการตรากฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งโดยมากก็จะออกมาในรูปของพระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติแล้วแต่กรณี

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพแบบสัมบูรณ์หรือรับรองแบบสัมพัทธ์ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคม โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยใน ส่วนที่ 1 ซึ่งเป็นบททั่วไป โดยกำหนดและวางหลักการเกี่ยวกับขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้ในมาตรา 28 วรรคแรก⁷⁷

ประการแรก การใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องไม่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

การใช้สิทธิและเสรีภาพของตนต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นเป็นหลักการทั่วไปในการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตหรือกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของอีกบุคคล เพราะแต่ละบุคคลย่อมมีขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของตน และอาจใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้ตราบเท่าที่การใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพบุคคลอื่น เช่น มาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁷⁸ เช่น มีการชุมนุมเรียกร้องโดยมีการปิดถนนสาธารณะเป็นเหตุให้บุคคลอื่นไม่สามารถใช้ถนนสายนั้นเป็นเส้นทางเพื่อจะเดินทางได้ หรือมีการใช้เครื่องขยายเสียงรบกวนประชาชนที่อาศัยอยู่บริเวณใกล้เคียง ถือเป็น การชุมนุมโดยไม่สงบ เพราะการปิดถนนสาธารณะเป็นการก่อให้เกิดความวุ่นวายเนื่องจากประชาชนทั่วไปไม่สามารถที่จะใช้เส้นทางนั้นได้ และยังเป็น การกระทบแก่เสรีภาพในการเดินทางของบุคคลอื่นซึ่งเป็นเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ด้วยเช่นกัน ดังนั้น เสรีภาพในการชุมนุมจึงไม่ได้เหนือกว่าเสรีภาพด้านอื่น การใช้เครื่องขยายเสียงที่มีเสียงดังรบกวนบุคคลอื่นที่อยู่บริเวณใกล้เคียงถือเป็น การกระทำที่เกินกว่าขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพที่เป็นการรบกวนการอยู่อาศัยและครอบครอง

⁷⁷ มาตรา 28 วรรคแรก บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁷⁸ มาตรา 63 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

เคหสถานโดยปกติสุขตามมาตรา 33⁷⁹ เป็นการรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นตามมาตรา 35⁸⁰ กรณีเหล่านี้ล้วนแต่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ทั้งสิ้น

ประการที่สอง การใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ การใช้สิทธิและเสรีภาพของตนต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด (Vorrang der Verfassung) ของประเทศอันเกิดจากเจตจำนงของประชาชนร่วมกัน ดังนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจึงต้องกระทำโดยไม่เป็นไปตามลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ โดยคำว่า ปฏิปักษ์ หมายถึง ฝ่ายตรงกันข้าม ข้ำศึก ศัตรู⁸¹ ดังนั้น ปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ จึงหมายถึง การกระทำที่มีลักษณะเป็นฝ่ายตรงข้ามหรือไม่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การใช้สิทธิและเสรีภาพที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกระทำที่มีความมุ่งหมายในอันที่จะทำให้รัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีผลใช้บังคับหรือเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อทำให้มีการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศไทยโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือต้องไม่ใช้ไปเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แต่มิได้หมายความว่า จะใช้ไปในทางแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้ถูกต้องขึ้น หรือดีขึ้นตามเจตนารมณ์หรือตามหลักการพื้นฐานดังกล่าวไม่ได้

ประการที่สาม การใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องใช้สิทธิและเสรีภาพของตนภายใต้ข้อจำกัดของศีลธรรมอันดีของประชาชน คำว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นทัศนคติในด้านจริยธรรมของมหาชนในสังคม ซึ่งอาจมีความแตกต่างกันสำหรับแต่ละสังคมและเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย ย่อมขึ้นอยู่กับความรู้สึกร่วมกันของบุคคลในสังคมต่อเรื่องนั้น โดยทั่วไปมักเป็นเรื่อง

⁷⁹ มาตรา 33 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข

ฯลฯ

ฯลฯ

⁸⁰ มาตรา 35 สิทธิของบุคคลในครอบครัวเกียรติยศชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง

ฯลฯ

ฯลฯ

⁸¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556. หน้า 357.

เกี่ยวกับศาสนา ความเชื่อหรือวัฒนธรรมประเพณีของแต่ละสังคม การกำหนดขอบเขตในการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นการบัญญัติเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของสังคม เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและสันติสุขของสังคมโดยรวม การใช้สิทธิและเสรีภาพที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸² เช่น การที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) ในเรื่องลามกอนาจารหรือเรื่องเพศอันไม่เหมาะสมในทางวิชาการ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้สังคมเห็นด้วยกับการมีเพศสัมพันธ์รวมกลุ่ม และไม่ต้องคำนึงถึงคู่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเช่นนี้ย่อมเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะพฤติกรรมการมีเพศสัมพันธ์รวมกลุ่มนั้น ไม่สอดคล้องกับศีลธรรมอันดีของประชาชนอันเป็นพื้นฐานสำคัญของจารีตประเพณีของสังคมไทย การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการละเมิดศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸³

แม้ว่าสิทธิและเสรีภาพจะเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ (Legal Rights) ที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดโดยไม่สามารถที่จะโอนให้แก่กันได้ แต่การใช้สิทธิเสรีภาพที่มีอยู่นั้น ก็ไม่ได้หมายความว่า จะสามารถใช้โดยไร้ขอบเขตจำกัด ตราบใดที่ยังคงมีสังคม มีรัฐ มีภคินา การใช้สิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายรับรองคุ้มครองไว้ และเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพภายในขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพว่าจะต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งหากมีการใช้สิทธิและเสรีภาพที่ไม่เป็นไปตามหลักการดังกล่าว ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ สิทธิและเสรีภาพยังมีความสัมพันธ์กับองค์กรที่ใช้อำนาจตามที่มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁸⁴ ซึ่งสรุปได้ว่า องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการ รวมทั้งองค์กรอื่นของรัฐย่อมมีความผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพทั้งสิ้น

⁸² บรรเจิด สิงคะเนติ. (2542). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 : หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 79.

⁸³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 80.

⁸⁴ มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง

2.3.2 แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจรัฐ

กฎหมายมหาชนนั้นเป็นกฎหมายซึ่งให้อำนาจและหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปกครองและการบริการสาธารณะ ซึ่งอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมายในการบริหารการปกครองของรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย นโยบายและตามความต้องการของประชาชนในการปกครองบริหารประเทศและ บริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจและความเหมาะสมตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การปกครองประเทศและการบริการสาธารณะของผู้ใช้อำนาจปกครองนั้น จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นประการสำคัญ

การใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าว อาจเกิดความไม่เป็นธรรมได้เพราะเรื่องของการใช้ดุลพินิจอาจคิดไปจากเจตนาหรือความต้องการของประชาชนหรือของกฎหมายได้ หรืออาจจะเป็นการใช้อำนาจในการปกครองไปในทางที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น เพื่อให้การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นไปด้วยความเหมาะสมและถูกต้อง จึงต้องนำหลักการจำกัดอำนาจรัฐมาพิจารณาประกอบด้วย ดังนี้

2.3.2.1 หลักนิติรัฐ⁸⁵ (Legal State หรือ Rechtsstaat) กับ การจำกัดการใช้อำนาจรัฐ

แนวความคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมายมีมาแต่สมัยกรีกโบราณ เพลโต (Plato) ปราชญ์ชาวกรีก ในยุคนั้นมีความคิดว่า อยากให้ผู้ปกครองรัฐเป็นกษัตริย์นักปราชญ์ (Philosopher-king) แต่กษัตริย์นักปราชญ์นั้นหายากยิ่ง จึงควรเลือกนักกฎหมาย ซึ่งวางหลักกลาง ๆ มิใช่เฉพาะกรณีใดโดยตรงเพื่อมิให้เกิดความลำเอียงในประโยชน์ของตน เพลโตจึงกำหนดให้กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย ต่อมาอริสโตเติล (Aristotle) ปราชญ์ชาวกรีกได้นำแนวคิดดังกล่าวมาขยายความต่อสรุปได้ว่า การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนากว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม (...the rule of law... is preferable to that of any individual) และในยุคกลางถือว่ากษัตริย์เป็นผู้ปกครองและอาจออกกฎหมายเช่นใดก็ได้ นักวิชาการในยุคนั้นเชื่อว่าผู้ปกครองหรือองค์อธิปัตย์เป็นบุคคลอยู่นอกสังคม ซึ่งต่อมาได้พัฒนา

⁸⁵ หลักนิติรัฐ เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า Rechtsstaat เป็นประเทศระบบ Civil Law และมีอิทธิพลเผยแพร่ไปทั่วยุโรป มีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ให้หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน หลักนิติรัฐพัฒนาและวิวัฒนาการไปจนถึงจุดที่มีการแบ่งแยกระบบศาลออกเป็นศาลพิเศษและศาลยุติธรรมทั่วไป

เป็นระบอบประชาธิปไตย อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและกลายเป็นประชาธิรัฐ หรือรัฐของประชาชนในรูปแบบต่าง ๆ⁸⁶

ในประเทศอังกฤษ การยอมรับหลักนิติธรรม (The Rule of Law)⁸⁷ ในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและเป็นการยืนยันความสูงสุดของกฎหมายในการปกครองของรัฐ ปรากฏอยู่ในเอกสาร *Magna Carta* หรือกฎบัตรอันยิ่งใหญ่ คริสต์ศักราช 1215 และปรากฏชัดขึ้นในคดี *Dr. Bonham's Case* (คริสต์ศักราช 1610) ในคดีนั้น Sir Edward Coke ผู้พิพากษาได้วินิจฉัยว่าการลงโทษจำคุกจะกระทำไม่ได้เพราะการให้บุคคลเป็นผู้พิพากษาในกรณีที่ตนเป็นคู่พิพาทเสียเอง อันเป็นการไม่ถูกต้องตามกฎหมายจารีตประเพณี และเห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร (Written Law) ในส่วนนี้เป็นโมฆะ (Void) เพราะขัดกับหลักกฎหมายจารีตประเพณี หลังจากนั้น กษัตริย์อังกฤษก็ยินยอมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

จากแนวความคิดเรื่อง การปกครองโดยกฎหมาย ของอังกฤษมีอิทธิพลต่อนักวิชาการของสหรัฐอเมริกา จนกระทั่งมีการประกาศอิสรภาพในปี คริสต์ศักราช 1776 มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนที่สุดเป็นครั้งแรกของรัฐบาลภายใต้กฎหมาย (Government under the Law) เมื่อเดือนมีนาคม คริสต์ศักราช 1787 และในคริสต์ศักราช 1789 ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับที่สอง เรียกว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐ (The Constitution of the United States) มีสาระสำคัญ คือ มีการวางกฎเกณฑ์การปกครองประเทศและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองต่าง ๆ ในประเทศอย่างเป็นระเบียบ มีการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung) ออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ โดยหลักการแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and Balance) และที่สำคัญมีการระบุให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งไม่ได้ มีการยอมรับอำนาจสูงสุดของประชาชน

⁸⁶ กิตติวัฒน์ รัตนดิถก ณ ภูเก็ต. (2548). นิติรัฐ. *วารสารข่าวกฎหมายใหม่*, 3 (1). หน้า 53 – 56.

⁸⁷ หลักนิติธรรม เป็นหลักการพื้นฐาน ในระบบกฎหมายอังกฤษ แปลคำว่า Rechtsstaat ว่า The Rule of Law เป็นประเทศในระบบ Common Law และมีอิทธิพลเผยแพร่ไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศทั้งหลายที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law มีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครองเช่นเดียวกัน และทำนองเดียวกับหลักนิติรัฐ เน้นที่ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาที่จะออกกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชน กฎหมายที่จะออกมาและมีผลใช้บังคับได้ต้องตั้งอยู่บนหลักนิติธรรม และหลักนิติธรรมไม่มีการแบ่งแยกระบบศาล มีระบบศาลเดียว คือ ศาลยุติธรรม ทั้งหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม เปรียบเหมือนต้นไม้ที่มีสายพันธุ์เดียวกัน ที่ต่างมุ่งให้ร่มเงา (จำกัดอำนาจผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบุคคล) ให้ได้รับความยุติธรรม

โดยอาจเรียกว่า อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) และการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพแก่ชาวสหรัฐอเมริกาและคนต่างด้าว

ในประเทศเยอรมัน โยฮัน ฟิชเต้ (Johann Fichte) ค.ศ. 1762 – 1814 ได้เสนอความคิดว่า กฎหมายต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม และต้องปกครองตามบทกฎหมายโดยมีองค์อธิสระที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐ อันถือได้ว่าเป็นการเสนอแนวความคิดเรื่องนิติรัฐครั้งแรก วัฒนาการของแนวคิดเรื่องนิติรัฐได้พัฒนามาเรื่อย ๆ จนกระทั่งในคริสต์ศักราช 1919 เกียร์ฮาร์ด อานซ์ชุต (Gerhard Anschut) สรุปว่า โดยหลักนิติรัฐการที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจแทรกแซงเสรีภาพของเอกชนจะกระทำโดยฝ่าฝืนกฎหมายไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่งจะต้องมีฐานทางกฎหมายให้ใช้อำนาจที่จะกระทำเช่นนั้นได้⁸⁸

หลักนิติรัฐในประเทศไทยและต่างประเทศ มีผู้ให้คำอธิบายไว้หลายท่าน ดังนี้
คำว่า หลักนิติรัฐ (Legal State หรือ Rechtsstaat) มีผู้ให้คำอธิบายไว้หลายท่าน ดังจะยกตัวอย่างให้เห็นได้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย⁸⁹ ได้อธิบายคำว่า นิติรัฐว่า นิติรัฐเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมใช้บังคับ และในประการที่สำคัญในกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐจะต้องมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ทรัพย์สิน การทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต้องด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเองตามกลไกแห่งนิติบัญญัติของประเทศนั้น

ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้อธิบาย The Rule of Law หมายถึง หลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐจักต้องให้ความอารักขาคุ่มครองให้พ้นจากลัทธิตหาราช (Tyranny) หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นไม่ว่าระหว่างรัฐกับเอกชน หรือเอกชนกับเอกชน ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจอธิสระในการตัดสินคดีตามกฎหมายบ้านเมือง⁹⁰

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล ได้สรุปว่าคำว่า The Rule of Law (หลักนิติธรรม) ได้อุบัติขึ้นในประเทศเยอรมันและจำเริญขึ้นเป็นลำดับมาในประเทศอังกฤษตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 13

⁸⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2547). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์. หน้า 11.

⁸⁹ หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: พระนคร. หน้า 123.

⁹⁰ ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2552). *หลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์. หน้า 2.

และถือเป็นกฎหมายประเพณีของอังกฤษปฏิบัติสืบเนื่องกันมาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 16 และที่ 17 และในหลัก The Rule of Law จะต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่อง ดังต่อไปนี้⁹¹

ประการแรก คือ การยึดหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

ประการที่สอง คือ ประชาชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาค และได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างทัดเทียมกัน

ประการที่สาม คือ เจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ประการที่สี่ คือ การปกครองโดยยึดกฎหมายเป็นใหญ่ และปฏิบัติตามกฎหมายในฐานะที่เป็นนิติรัฐ กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ยุติธรรม

ประการที่ห้า คือ ศาลเป็นสถาบันที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน

ประการที่หก คือ ฝ่ายบริหารต้องบริหารภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย

ประการที่เจ็ด คือ ส่งเสริมการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างบริสุทธิ์และยุติธรรมปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหารหรือกลุ่มอิทธิพลเพื่อให้ได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่แท้จริงของประชาชน

ประการที่แปด คือ ส่งเสริมและสนับสนุนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย

ประการที่เก้า คือ ส่งเสริมและคุ้มครองหลักแห่งการเคารพศักดิ์ศรีของมวลมนุษย์

ประการที่สิบ คือ ส่งเสริมและพัฒนากฎหมายเพื่อสร้างความสงบสุขให้แก่ประชาชนและสังคมส่วนรวม และ

ประการสุดท้าย คือ ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย

รองศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วิสวุฒพิชญ์ ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ไว้ว่า เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรฝ่ายบริหาร อันได้แก่ รัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล⁹²

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย ได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐไว้ว่า รัฐซึ่งยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประภาณนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองอย่างเคร่งครัด⁹³

⁹¹ ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. (2540). *เหลี่ยมหลังดูกฎหมายและความยุติธรรม*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 14.

⁹² วราภรณ์ วิสวุฒพิชญ์. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 65. หน้า 11.

⁹³ สมยศ เชื้อไทย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 123.

รองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล ได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐไว้ว่า รัฐที่
ในทางความสัมพันธ์กับประชาชน และเพื่อให้หลักประกันแก่สถานะของบุคคลแล้วอยู่ภายใต้
ระบอบแห่งกฎหมาย ระบอบแห่งกฎหมายนี้จะผูกการกระทำของรัฐไว้ด้วยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ
กล่าวอีกนัยหนึ่งในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน รัฐไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใด
นอกเหนือไปจากข้อจำกัดตามกฎหมายที่รัฐนั้นได้สร้างขึ้น⁹⁴

Maunz นักกฎหมายชาวเยอรมัน ได้อธิบายไว้ว่า⁹⁵ นิติรัฐจะต้องประกอบไปด้วย
องค์ประกอบที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบแรก คือ การแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung)

องค์ประกอบที่สองคือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (die Gewährleistung
persanlicher Grundrechte)

องค์ประกอบที่สาม คือ ความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ
(Gesetzmassigkeit von Justiz und Verwaltung)

องค์ประกอบที่สี่ คือ ความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (materielle Gesetzmaessigkeit)

องค์ประกอบที่ห้า คือ ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (Unabhaengigkeit der
Richter) และ

องค์ประกอบที่หก คือ หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum
crimen Nulla poena sine lege.)

Carre De Malberg นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส⁹⁶ ได้ให้คำอธิบายถึงหลักนิติรัฐ
ไว้ว่า นิติรัฐเป็นรัฐที่ในทางความสัมพันธ์กับประชาชนและเพื่อให้หลักประกันแก่สถานะของ
บุคคล แล้วอยู่ภายใต้ระบอบแห่งกฎหมายซึ่งจะผูกพันการกระทำของรัฐไว้ด้วยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ
ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้ส่วนหนึ่งจะกำหนดสิทธิของประชาชน แต่อีกส่วนหนึ่งจะกำหนดไว้ล่วงหน้า
ถึงหนทางและวิธีการที่จะถูกนำมาใช้เพื่อบรรลุจุดประสงค์ในการดำเนินการปกครองของรัฐ
กฎเกณฑ์สองชนิดนี้มีจุดมุ่งหมายร่วมกันเพื่อจำกัดอำนาจรัฐ โดยทำให้รัฐอยู่ภายใต้ระเบียบ
แห่งกฎหมายที่กฎเกณฑ์ทั้งสองชนิดดังกล่าวสร้างขึ้น ด้วยเหตุนี้ลักษณะเฉพาะของนิติรัฐ
ที่ชัดเจนอันหนึ่ง คือ ในการปฏิบัติต่อผู้ใต้ปกครอง ฝ่ายปกครองจะสามารถใช้วิธีการต่าง ๆ ได้
ก็เฉพาะที่ระเบียบแห่งกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้นให้อำนาจไว้

⁹⁴ โภคิน พลกุล. (2541). *หลักกฎหมายปกครองของไทย*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 78.

⁹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 82. หน้า 32.

⁹⁶ ชาญชัย แสงวงศ์. (2538). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 41 – 42.

หลักนิติรัฐ หมายถึง รัฐที่ใช้อำนาจปกครองโดยกฎหมายและต้องมีกฎหมาย หรือ กฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชน และหากมีความจำเป็นที่จะต้องตรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ต้องมีกฎหมายกำหนดขึ้นและใช้บังคับเพื่อประโยชน์แก่สาธารณชน (Benefit to the Public) และหากมีการกระทำที่เป็น การละเมิดสิทธิของประชาชน โดยรัฐ ประชาชนสามารถใช้นิติวิธีที่กฎหมายรับรองไว้เข้าเยียวมาได้

หลักนิติรัฐ (Rechtstaat) มีต้นกำเนิดมาจากภาษาเยอรมันในศตวรรษที่ 19 นักคิดที่สำคัญ ของเยอรมันได้กล่าวว่า นิติรัฐ หมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรูปที่ปกครองตามเจตจำนง โดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อถึงที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป จากการให้ ความหมายดังกล่าว สรุปได้ว่า

นิติรัฐ คือ รัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์ เป็นไปด้วยความสงบสุข⁹⁷

หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในการปกครองประเทศ ภายใต้หลักการที่ว่า การกระทำอันใดเป็นการรุกรานสิทธิของประชาชนจะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ เท่านั้น โดยรัฐและหน่วยงานของรัฐกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และอยู่ในฐานะที่ เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยที่เอกชน ไม่สมควรใจได้ แต่ในขณะที่เดียวกันกฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานไม่ให้ใช้อำนาจ นอกกรอบของกฎหมาย หรือที่เรียกว่าการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

แนวคิดในเรื่องนิติรัฐที่แสดงถึงการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองของรัฐ และเป็น หลักการที่สำคัญของหลักรัฐธรรมนูญนิยมที่ประชาชนมีสิทธิอย่างบริบูรณ์ภายใต้กรอบของ กฎหมาย ซึ่งจะนำหลักนิติรัฐมาอธิบาย ดังนี้

1) หลักประกันในการรับรอง กลุ่มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย⁹⁸

หลักนิติรัฐหรือนิติธรรม ถือเป็นหลักการสำคัญในการปกครองประเทศที่ บุคคลทุกคนและทุกชนชั้น รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายบ้านเมือง และกฎหมาย ที่กำหนดขึ้นไว้นั้นก็ต้องชอบด้วย จึงจะถือเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ กล่าวคือ หลักนิติรัฐเป็นหลักการแห่งกฎหมาย ที่เกิดทุนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษย์ทุกแห่งทุกมุม

⁹⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้ว. เจริญรอดที่ 82. หน้า 23.

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 57.

รัฐต้องให้ความอารักขาและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Human Right) ให้พ้นจากลัทธิทรราช (Tyranny)⁹⁹

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐานในทุกประเทศทั่วโลกไม่ว่าจะมีระบอบการปกครองแบบใด สิทธิของประชาชนที่รัฐจะต้องให้การรับรอง คุ้มครองให้มักจะมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐจะทำการละเมิดต่อสิทธิเหล่านั้นมิได้ สิทธิดังกล่าวนี้ตามหลักการสากลที่รัฐ โดยเฉพาะรัฐเสรีประชาธิปไตยต่างรับรองไว้¹⁰⁰

ประเทศไทยนับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (la monarchie absolue) มาเป็นระบอบประชาธิปไตย (Democracy) โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ทำให้การบัญญัติสิทธิและเสรีภาพของประชาชนปรากฏชัดขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร แสดงให้เห็นถึงการที่รัฐยอมรับการมีแดนเสรีภาพของประชาชนระดับหนึ่ง¹⁰¹ ในการบัญญัติรัฐธรรมนูญผู้เกี่ยวข้องจะคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นประการสำคัญเสมอ เพราะมองว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นเกียรติยศและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

รัฐประชาธิปไตยยอมรับรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไว้ดังนี้

ประเภทแรก คือ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ (Die Rechte und Freiheiten von Personen, real) อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย สิทธิและเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิและเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกที่อยู่อาศัย และสิทธิและเสรีภาพในครอบครัว เป็นต้น

ประเภทที่สอง คือ สิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ (Rechte und wirtschaftliche Freiheit) อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิและเสรีภาพในการใช้ทรัพย์สิน และสิทธิและเสรีภาพในการทำสัญญาต่าง ๆ เป็นต้น

ประเภทที่สาม คือ สิทธิและเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง (Rechte und Freiheit der politischen Partizipation) อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

⁹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้ว. เศรษฐกิจที่ 40. หน้า 20.

¹⁰⁰ สถาบันพระปกเกล้า. (2550). *โครงการวิจัยเรื่องรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับผลกระทบต่อด้านกฎหมายในการป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติด*. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 11.

¹⁰¹ เฉลิมพงษ์ เอกเผ่าพันธุ์. (2548). *การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 6.

ทางการเมือง สิทธิและเสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง และสิทธิและเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง เป็นต้น¹⁰²

บทบัญญัติที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เป็นพลเมืองในรัฐ หมายความว่า คุ้มครองพลเมืองในทุก ๆ คนในประเทศนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นคนดีหรือคนไม่ดี รวมถึงที่เป็นอาชญากรมืออาชีพอัน ซึ่งรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศได้มีบทบัญญัติระบุไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน เช่น ในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง¹⁰³ เช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยแบ่งออกเป็น 12 ส่วน แต่ละส่วนมีเจตนารมณ์ซึ่งสรุปได้ ดังนี้

ส่วนแรก คือ การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐ (Der Einsatz von Macht durch die Regierung) มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยจากการใช้อำนาจใด ๆ โดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร

ส่วนที่สอง คือ ความเสมอภาค (Equality) มีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดหลักความเสมอภาค (Gleichheitssatz) และการไม่เลือกปฏิบัติแก่บุคคลที่มีความแตกต่างกัน ซึ่งย่อมเสมอกันในทางกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

ส่วนที่สาม คือ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล (Rechte und persönlichen Freiheiten) มีเจตนารมณ์เพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เหนือสถาน การเลือกที่อยู่อาศัย การเดินทาง เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นส่วนตัว การสื่อสารของบุคคล การนับถือศาสนา การป้องกันมิให้รัฐบังคับใช้แรงงาน¹⁰⁴

¹⁰² เรื่องเดียวกัน. หน้า 7 – 8.

¹⁰³ มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

¹⁰⁴ มนตรี รูปสุวรรณ. (2550). *บทวิเคราะห์ทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 42.

ส่วนที่สี่ คือ สิทธิในกระบวนการยุติธรรม (Das Recht auf Gerechtigkeit) มีเจตนารมณ์เพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญามีให้ต้องรับโทษหนักกว่าที่กฎหมายไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่กระทำความผิด คุ้มครองความเสมอภาคและการเข้าถึงได้โดยง่ายในกระบวนการยุติธรรม การได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญา

ส่วนที่ห้า คือ สิทธิในทรัพย์สิน (Eigentumsrechte) มีเจตนารมณ์เพื่อประกันความมั่นคงในการถือครองทรัพย์สิน ประกันสิทธิของผู้ถูกเวนคืนทรัพย์สินที่ต้องกำหนดค่าทดแทนที่เป็นธรรม

ส่วนที่หก คือ สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Rechte und die Freiheit der Besatzung) มีเจตนารมณ์เพื่อประกันเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การแข่งขันทางธุรกิจที่เป็นธรรม ความปลอดภัย สวัสดิภาพ และการดำรงชีพของคนทำงาน

ส่วนที่เจ็ด คือ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) ของบุคคลและสื่อมวลชน มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชนด้วยการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา การกำหนดมิให้รัฐจำกัดเสรีภาพการแสดงออกของบุคคล เว้นแต่เพื่อความมั่นคงของรัฐ เพื่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน อีกทั้งเพื่อป้องกันมิให้รัฐตั้งปิดกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ การคุ้มครองและจัดสรรคลื่นความถี่อย่างเป็นธรรมให้ประชาชนมีส่วนร่วมและป้องกันการครอบงำ การครองสิทธิข้ามสื่อ เพื่อคุ้มครองให้ประชาชนได้รับข้อมูลข่าวสารที่หลากหลาย จึงป้องกันมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเข้าเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือโทรคมนาคม รวมถึงการแทรกแซงทั้งทางตรงและทางอ้อม

ส่วนที่แปด คือ สิทธิและเสรีภาพในการศึกษา (Rechte und Freiheit der Erziehung) มีเจตนารมณ์เพื่อให้บุคคลมีความเสมอภาคในการได้รับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีตั้งแต่นั้นชั้นประถมศึกษาจนถึงชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายหรือเทียบเท่า ซึ่งรัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึง มีคุณภาพ และเหมาะสมกับผู้เรียน คุ้มครองเสรีภาพทางวิชาการที่ไม่ขัดต่อหน้าที่พลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ส่วนที่เก้า คือ สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ (Die richtige Gesundheit und das Wohlergehen des Staates zu erhalten) มีเจตนารมณ์เพื่อให้ประชาชน

ได้รับบริการทางสาธารณสุขจากรัฐอย่างเสมอภาค เพื่อคุ้มครองสิทธิเด็ก เยาวชน สตรี ผู้พิการหรือทุพพลภาพ การดำรงชีพของผู้สูงอายุ¹⁰⁵

ส่วนที่สิบ คือ สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน (Das Recht auf Information und Beschwerden) มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารสาธารณะ การรับรู้และรับฟังความคิดเห็นของประชาชน การร้องทุกข์ การโต้แย้งการปฏิบัติราชการในทางปกครอง และเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการฟ้องหน่วยงานของรัฐ

ส่วนที่สิบเอ็ด คือ เสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม (Versammlungsfreiheit und Vereinigungsfreiheit) มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ คุ้มครองประชาชนให้ได้รับความสะดวกในการใช้พื้นที่สาธารณะ คุ้มครองการรวมกลุ่มเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์กรเอกชน องค์กรพัฒนาเอกชน หรือหมู่คณะอื่น คุ้มครองการตั้งพรรคการเมืองเพื่อสืบสวนเจตนารมณ์ทางการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในระบบรัฐสภา

ส่วนที่สิบสอง คือ สิทธิชุมชน (Community-Rechte) มีเจตนารมณ์เพื่อรับรองสิทธิชุมชน ชุมชนท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม คุ้มครองบุคคลในการอนุรักษ์ บำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ¹⁰⁶

ส่วนที่สิบสาม คือ สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Schutz der Grundrechte) มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข คุ้มครองบุคคลในการต่อต้านโดยสันติวิธีต่อการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองด้วยวิถีทางที่มีชอบ

สิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹⁰⁷ นอกจากจะได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแล้ว ในความเป็นประชาคมโลกที่มีความแตกต่างกันตามอัตลักษณ์ (Autonym) ของแต่ละประเทศ จึงมีวิธีปฏิบัติต่อประชาชนของตนแตกต่างกัน และเพื่อให้มนุษย์ได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเหมือนกัน จึงได้มีข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่ประเทศภาคีสมาชิกยึดถือปฏิบัติ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หากพบว่าประเทศภาคีสมาชิกใดละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ย่อมได้รับการลงโทษ ตอบโต้ หรือนำมาตรการทางเศรษฐกิจมากำหนดด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 43.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 44.

¹⁰⁷ ชนินทร์ ดิชาวัน. (2552). *สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 35.

ข้อสังเกต เห็นได้ว่าสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญนั้น จำแนกออกได้ 3 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก คือ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล (Rechte und persönlichen Freiheiten)

ประเภทที่สอง คือ สิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ (Rechte und wirtschaftliche Freiheit)

และ

ประเภทที่สาม คือ สิทธิและเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง (Rechte und Freiheit der politischen Partizipation)¹⁰⁸

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่าการที่รัฐจะใช้อำนาจกระทำการใด ๆ รัฐจะต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถือเป็นพื้นฐานอย่างหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ ซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในประชาธิปไตยที่ได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงสามารถที่จะกระทำได้ ดังนั้น ในการใช้อำนาจรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจำเป็นที่จะต้องให้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยรอบคอบอยู่เสมอ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามขอบเขตและกฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้อย่างเคร่งครัด เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมไม่มีสิทธิหรืออำนาจใด ๆ ต่อการก้าวล่วงไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องให้ความสำคัญและเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและเสรีภาพในทางร่างกาย เคหสถาน การสื่อสาร หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว เป็นต้น¹⁰⁹

2) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung)

ประเทศต่าง ๆ ที่มีกฎเกณฑ์การปกครองประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษจะไม่ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกว่ากฎหมายอื่น ๆ แต่ยอมรับว่ารัฐสภา (Parliament) ซึ่งประกอบไปด้วยสองสภา คือ สภาขุนนาง (House of Lords) และ สภาสามัญ (Ordinary Council) เป็นสถาบันที่มีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย ซึ่งจะออกกฎหมายในลักษณะอย่างไรก็ได้ หรือในบางประเทศที่ไม่ยอมรับ

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 36.

¹⁰⁹ มยุรา วิมลโลหการ. (2553). *การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมโดยใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 16.

หลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจอธิปไตย (das Prinzip der Gewaltentrennung) ก็จะไม่ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นเดียวกัน¹¹⁰

ส่วนในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรจะยอมรับว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองของประเทศนั้นเหนือกฎหมายธรรมดา อันได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ฯลฯ ด้วยเหตุผลดังนี้

ประการแรก คือ การพิจารณาเปรียบเทียบจากการจัดทำกฎหมาย เห็นได้ว่าการตรากฎหมายธรรมดานั้นย่อมมีวิธีการตราโดยอาศัยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั่นเอง กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะเป็นตัวบัญญัติว่าใครเป็นผู้มีหน้าที่ตรา ขั้นตอนวิธีการตรา สำหรับรัฐธรรมนูญจะจัดทำยากกว่ากฎหมายธรรมดา ต้องมีการระดมความคิดเห็นและอาศัยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาก ซึ่งในบางครั้งอาจมีการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นการเฉพาะ ฉะนั้น รัฐธรรมนูญควรมีฐานะสูงกว่ากฎหมายธรรมดา

ประการที่สอง คือ การพิจารณาเนื้อหาหรือบทบัญญัติ เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ได้กำหนดถึงองค์กรที่ใช้อำนาจปกครองประเทศในด้านการเมือง เช่น การใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ อันเป็นกฎหมายที่วางระเบียบเกี่ยวกับสถาบันการเมืองของรัฐ เช่น การกำหนดรูปของรัฐ กำหนดรูปประมุขของรัฐ ตลอดจนกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม คือ การพิจารณาในแง่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่กำหนดรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มิเช่นนั้นสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็จะมีลักษณะไม่มั่นคงถาวร อาจถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ และกลไกการใช้อำนาจรัฐจะต้องมีความชอบธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งจะไม่ถูกลบล้างโดยกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ¹¹¹

ด้วยเหตุผลข้างต้น จึงส่งผลให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้น กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายที่ออกตามอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญหรือมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้

¹¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 14. หน้า 78.

¹¹¹ พรชัย เลื่อนฉวี. (2553). *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 71 – 72.

2.3.3 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (Das Prinzip beschränken die Rechte und Freiheiten im Rahmen der Verfassung)

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ นั้น เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นกัน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 ได้บัญญัติว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ จะเห็นได้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นจากตัวแทนของประชาชนที่จะต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ จึงเท่ากับเป็นการตกลงยอมจำกัดสิทธิและเสรีภาพของตน โดยผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐ รวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้¹¹² ดังนี้

2.3.3.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Uebermassverbot)

หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือเรียกอีกชื่อว่าหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhältnismässigkeit) ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่นับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้วย¹¹³

สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนมีหลักที่เป็นสาระสำคัญอยู่ 3 หลัก กล่าวคือ หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne)

¹¹² บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 82. หน้า 254.

¹¹³ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 28.

ประการแรก คือ หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หมายถึง มาตรการนั้นเป็น มาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็น มาตรการที่ไม่เหมาะสม หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุ วัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก

ประการที่สอง คือ หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) หมายถึง มาตรการหรือ วิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิด ผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้น หากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้ และมีผลกระทบ น้อยกว่ามาตรการที่รัฐได้เลือกใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้ไม่ได้เป็นไปตาม หลักความจำเป็น

ประการที่สาม คือ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความหมายว่า มาตรการอันใด อันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับ ผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่ สมดุลกัน แต่หากกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลมากกว่าประโยชน์สาธารณะซึ่งเกิดจาก การกระทบสิทธิดังกล่าวเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ในความหมายอย่างแคบ¹¹⁴

รัฐธรรมนูญกำหนดให้การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ บุคคลนั้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงพื้นฐานของหลักนิติรัฐและการยอมรับ หลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักการย่อยประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยเป็นการจำกัด การใช้อำนาจของรัฐไม่ให้เป็นไปโดยอำเภอใจ ถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีค่าบังคับ เท่ากับบทบัญญัติอื่นแห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น องค์การของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ รวมถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการทางปกครอง ตลอดจนการใช้ดุลพินิจของ ฝ่ายปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น ย่อมต้องกระทำให้ สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย¹¹⁵

2.3.3.2 หลักการคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพ (das Wesen des Schutzes der Rechte und Freiheiten)

¹¹⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 27 – 28.

¹¹⁵ วิษณุ เครืองาม. (2558). *กฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 12 – 66.

องค์กรนิติบัญญัติที่ใช้อำนาจตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่อาจตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนแก่หรือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ มีเช่นนั้น ย่อมมีผลทำให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ ซึ่งการพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไป ไม่สามารถที่จะกำหนดไว้อย่างแน่นอนได้ โดยจะต้องพิจารณาถึงลักษณะของสิทธิและเสรีภาพประกอบกับระดับความเคร่งครัดของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นด้วย¹¹⁶

2.3.3.3 หลักการเยียวยาความเสียหาย (Die Abhilfe Schaden)

เมื่อเกิดภัยพิบัติสาธารณะหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องจะต้องช่วยเหลือเยียวยาผู้ประสบภัยอย่างทันทั่วทั้งที่ และนอกจากความช่วยเหลือในเรื่องของงบประมาณต่าง ๆ ในการบำบัดรักษาฟื้นฟู อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค สาธารณูปโภค หรือสิ่งใช้สอยที่จำเป็นแล้ว หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐควรให้โอกาสชุมชนได้ใช้กำลังและศักยภาพในการสร้างชุมชนขึ้นมาใหม่ ศักยภาพของชุมชนในการสร้างชุมชนขึ้นมาใหม่ได้รับแรงผลักดันจากความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องฟื้นฟูสภาพชีวิตความเป็นอยู่ของสมาชิกและชุมชนให้กลับคืนเหมือนเดิม ชุมชนสามารถใช้ประโยชน์สูงสุดจากกองทุนเพื่อก่อสร้างและซ่อมแซมที่อยู่อาศัย รวมทั้งการฟื้นฟูอาชีพ เช่น การเลี้ยงสัตว์ การต่อเรือ การจัดตั้งกองทุนและกิจกรรมอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นในการฟื้นฟูชีวิตความเป็นอยู่ของตน¹¹⁷

บทบาทสำคัญของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ องค์กรพัฒนาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง คือ การสนับสนุนให้ผู้ประสบภัยมีโอกาสเป็นแกนหลักในการฟื้นฟูชุมชนและสร้างความเปลี่ยนแปลง มีการสื่อสารเชื่อมโยงกับชุมชนอื่น ๆ ที่ประสบปัญหาเดียวกัน เพื่อสร้างและฟื้นฟูสภาพชีวิตและชุมชนขึ้นมาใหม่ในช่วงเวลาสั้น ๆ เพื่อให้สามารถกลับสู่ชีวิตปกติ ได้รับสิทธิที่พึงได้กลับคืนมา และเป็นที่ยอมรับของหน่วยงานท้องถิ่น จะเห็นได้ว่าการช่วยเหลือเยียวยาผู้ประสบภัยมีมิติที่หลากหลายมากกว่าการเยียวยาด้วยถุงยังชีพ เพราะชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนต้องได้รับการฟื้นฟูให้มีความมั่นคงในชุมชนที่ฟื้นฟูขึ้นมาใหม่

การเปิดโอกาสให้ประชาชนผู้ประสบภัยพิบัติมีบทบาทสำคัญในกระบวนการฟื้นฟูเยียวยาหลังภัยพิบัตินั้น สามารถทำได้ตั้งแต่จุดเริ่มต้นที่ประชาชนผู้ประสบภัยมาอาศัยร่วมกันในศูนย์พักพิง การพูดคุยและถกกันถึงปัญหาต่าง ๆ ที่เผชิญอยู่ ทำให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็น เพื่อช่วยกันคิดหาวิธีฟื้นฟูเยียวยาที่เหมาะสม กระบวนการพูดคุยระหว่างประชาชนนี้มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะทำให้ประชาชนผู้ประสบภัยมีความเชื่อมั่นว่าจะสามารถรับผิดชอบ

¹¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 113. หน้า 39.

¹¹⁷ กรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย. (2556). *การลดความเสี่ยงจากสาธารณภัย*. กรุงเทพฯ: กรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย. หน้า 84.

จัดการฟื้นฟูเยียวยาได้ด้วยตนเอง เมื่อประชาชนเริ่มสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกันได้แล้ว ความเปลี่ยนแปลงจะเกิดขึ้น การรวมกลุ่มกันของประชาชนที่รอดชีวิตมาได้ จะเกิดพลังงานสร้างสรรค์ที่จะช่วยฟื้นฟูสภาพความเป็นอยู่และจิตใจของผู้ประสบภัย เพราะการมีบทบาทหลักในการฟื้นฟูเยียวยายังเป็นการบำบัดความทุกข์ทางด้านจิตใจด้วย ตัวอย่างเช่น เมื่อปี 2547 ศูนย์พักพิงบางม่วง จังหวัดพังงา เกิดขึ้นเพื่อรองรับผู้ประสบภัยสึนามิประมาณ 850 ครอบครัว ศูนย์แห่งนี้ดูแลจัดการโดยผู้ประสบภัยภายในศูนย์ มีการจัดตั้งคณะทำงานหลายชุดเพื่อดูแลเรื่องต่างๆ เช่น ทำอาหาร สุขอนามัย ระบบน้ำกินน้ำใช้ การรักษาพยาบาลผู้เจ็บป่วยและกิจกรรมสำหรับเด็ก ๆ เป็นต้น มีการแบ่งชาวบ้านออกเป็นกลุ่มย่อย ๆ กลุ่มละ 10 ครอบครัว ชาวบ้าน 3 กลุ่มย่อยรวมเป็นหนึ่งกลุ่มใหญ่ มีหัวหน้ากลุ่มรับผิดชอบ ทุก ๆ วันในช่วงเวลากลางคืนจะมีการประชุมสมาชิกในศูนย์ทั้งหมด เพื่อพูดคุยประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับการจัดการศูนย์อย่างเปิดเผย โปร่งใส นอกจากนี้เป็นการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าแล้ว ระบบการจัดการโดยการมีส่วนร่วมของสมาชิกในศูนย์ยังเป็นการเตรียมประชาชนผู้ประสบภัยพิบัติให้มีความพร้อมในการต่อกรเรื่องอื่น ๆ ตามมา เช่น ที่ดิน การก่อสร้างที่อยู่อาศัย การพัฒนาอาชีพ เป็นต้น¹¹⁸

23.3.4 หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน (Das Prinzip der Beteiligung der Öffentlichkeit)

การมีส่วนร่วมของประชาชน ถือเป็นหลักการสากลที่อารยประเทศให้ความสำคัญ และเป็นประเด็นหลักที่สังคมไทยให้ความสนใจเพื่อพัฒนาการเมืองเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมตามหลักการธรรมาภิบาล (Der Haupt gute Regierungsführung) ที่ภาครัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนและผู้เกี่ยวข้องทุกภาคส่วนรับรู้ ร่วมคิด ร่วมตัดสินใจเพื่อสร้างความ โปร่งใสและเพิ่มคุณภาพการตัดสินใจของภาครัฐให้ดีขึ้น และเป็นที่ยอมรับร่วมกันของทุก ๆ ฝ่าย¹¹⁹

ในการบริหารราชการเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ต่างให้ความสำคัญต่อการบริหารราชการอย่างโปร่งใส สุจริต เปิดเผยข้อมูล และการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายสาธารณะ การตัดสินใจทางการเมือง รวมถึงการตรวจสอบ การใช้อำนาจรัฐในทุกระดับ

¹¹⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 85.

¹¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ และฉวีลวดี บุรีกุล. (2548). *ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 21.

หลักการสร้างการมีส่วนร่วมของประชาชน หมายถึง การเปิดโอกาสให้ประชาชน และผู้ที่เกี่ยวข้องทุกภาคส่วนของสังคมได้เข้ามามีส่วนร่วมกับภาคราชการนั้น International Association for Public Participation ได้แบ่งระดับของการสร้างการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็น 5 ระดับ ดังนี้

ระดับแรก คือ การให้ข้อมูลข่าวสาร ถือเป็นการมีส่วนร่วมของประชาชนในระดับต่ำที่สุด แต่เป็นระดับที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นก้าวแรกของการที่ภาคราชการจะเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าสู่กระบวนการมีส่วนร่วมในเรื่องต่าง ๆ วิธีการให้ข้อมูลสามารถใช้ช่องทางต่าง ๆ เช่น เอกสารสิ่งพิมพ์ การเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารผ่านทางสื่อต่าง ๆ การจัดนิทรรศการ จัดหมายข่าว การจัดงานแถลงข่าว การตีพิมพ์ประกาศ และการให้ข้อมูลผ่านเว็บไซต์ เป็นต้น

ระดับที่สอง คือ การรับฟังความคิดเห็น เป็นกระบวนการที่เปิดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการให้ข้อมูลข้อเท็จจริงและความคิดเห็นเพื่อประกอบการตัดสินใจของหน่วยงานภาครัฐด้วยวิธีต่าง ๆ เช่น การรับฟังความคิดเห็น การสำรวจความคิดเห็น การจัดเวทีสาธารณะ การแสดงความคิดเห็นผ่านเว็บไซต์ เป็นต้น

ระดับที่สาม คือ การเกี่ยวข้อง เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปฏิบัติงาน หรือร่วมเสนอแนะทางที่นำไปสู่การตัดสินใจ เพื่อสร้างความมั่นใจให้ประชาชนว่า ข้อมูลความคิดเห็นและความต้องการของประชาชนจะถูกนำไปพิจารณาเป็นทางเลือกในการบริหารงานของภาครัฐ เช่น การประชุมเชิงปฏิบัติการเพื่อพิจารณาประเด็นนโยบายสาธารณะ ประชาพิจารณ์ การจัดตั้งคณะทำงานเพื่อเสนอแนะประเด็นนโยบาย เป็นต้น

ระดับที่สี่ คือ ความร่วมมือ เป็นการให้กลุ่มประชาชนผู้แทนภาคสาธารณะมีส่วนร่วม โดยเป็นส่วนร่วมกับภาครัฐในทุกขั้นตอนของการตัดสินใจ และมีการดำเนินกิจกรรมร่วมกันอย่างต่อเนื่อง เช่น คณะกรรมการที่มีฝ่ายประชาชนร่วมเป็นกรรมการ เป็นต้น

ระดับที่ห้า คือ การเสริมอำนาจแก่ประชาชน เป็นขั้นที่ให้บทบาทประชาชนในระดับสูงที่สุด โดยให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจ เช่น การลงประชามติในประเด็นสาธารณะต่าง ๆ โครงการกองทุนหมู่บ้านที่มอบอำนาจให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจทั้งหมด เป็นต้น¹²⁰

การสร้างการมีส่วนร่วมของประชาชน อาจทำได้หลายระดับและหลายวิธี ซึ่งบางวิธีสามารถทำได้ง่าย ๆ แต่บางวิธีก็ต้องใช้เวลา ขึ้นอยู่กับความต้องการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชน ค่าใช้จ่ายและความจำเป็นในการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม การมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นเรื่องละเอียดอ่อน จึงต้องมีการพัฒนาความรู้ความเข้าใจในการ

¹²⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. (2554). *การมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการนโยบายสาธารณะ*. กรุงเทพฯ: เอ.พี.กราฟฟิค ดีไซน์. หน้า 27.

ให้ข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้องแก่ประชาชน การรับฟังความคิดเห็น การเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม รวมทั้งพัฒนาทักษะและศักยภาพของข้าราชการทุกระดับควบคู่กันไปด้วย¹²¹

จากหลักการและความจำเป็นดังกล่าวทำให้การพัฒนาระบบราชการที่ผ่านมามีได้รับการพัฒนากระบวนการบริหารราชการที่สนับสนุนการปรับกระบวนการทำงานของส่วนราชการที่เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมมากขึ้น หรือที่เรียกว่า การบริหารราชการแบบมีส่วนร่วม (Regierung beschäftigt)

ในส่วนภาคราชการ การส่งเสริมการบริหารราชการแบบมีส่วนร่วม ถือได้ว่าเป็นเงื่อนไข และเป็นกุญแจสำคัญของความสำเร็จของการพัฒนาระบบราชการให้สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนและเอื้อต่อประโยชน์สุขของประชาชน เพราะกระบวนการมีส่วนร่วมเป็นปัจจัยสำคัญที่สนับสนุน และส่งเสริมให้ระบบราชการมีพลังในการพัฒนาประเทศอย่างสร้างสรรค์ อันเป็นเป้าหมายหลักของการพัฒนาระบบราชการยุคใหม่ที่เป็นราชการระบบเปิด

การมีส่วนร่วมในการดำเนินงานของภาคราชการที่มาจากทุกภาคส่วนของสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประชาชนผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย และชุมชนท้องถิ่น จะช่วยทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความใกล้ชิดกับประชาชน ได้รับทราบความต้องการและปัญหาที่แท้จริงลดความขัดแย้งและต่อต้าน ทั้งยังเป็นการสร้างสังคมแห่งการเรียนรู้ที่เสริมสร้างให้ประชาชนร่วมคิด ร่วมตัดสินใจ ในประเด็นสาธารณะ ซึ่งเป็นบทบาทที่หน่วยงานภาคราชการจะต้องดำเนินการให้เกิดขึ้น¹²²

อย่างไรก็ตาม การบริหารราชการแบบมีส่วนร่วมที่เปิดโอกาสให้ประชาชนและเครือข่ายภาคประชาสังคมทุกภาคส่วนเข้ามาเป็นหุ้นส่วน จะประสบความสำเร็จหรือไม่ ขึ้นอยู่กับหน่วยงานราชการต่าง ๆ จะสนับสนุนให้เกิดการมีส่วนร่วมของประชาชนมากน้อยเพียงใด รวมทั้งต้องอาศัยกระบวนการความร่วมมือและการมีส่วนร่วมของทุกฝ่ายในสังคมที่เป็นพันธมิตรของภาคราชการ เพื่อทำให้เกิดการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี เกิดการแบ่งสรรทรัพยากรอย่างยุติธรรม และลดความขัดแย้งในสังคม และที่สำคัญที่สุด คือ การสร้างกลไกของการพัฒนาระบบราชการที่ยั่งยืน เพื่อประโยชน์สุขของประชาชนนั่นเอง¹²³

2.3.3.5 หลักสวัสดิภาพของประชาชน (Das Wohlergehen der Menschen)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสาธารณสุขและสวัสดิการสังคมถึงขนาดนำมาบัญญัติรับรองไว้เป็นหมวดเฉพาะว่าด้วย

¹²¹ ถวิลวดี บุรีกุล. (2552). *พลวัตการมีส่วนร่วมของประชาชน*. กรุงเทพฯ: เอ. พี. กราฟฟิค ดีไซน์. หน้า 43.

¹²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. และคณะ. อ้างแล้ว. *เชิงอรรถที่ 120*. หน้า 27.

¹²³ สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข. (2549). *การบริหารราชการแบบมีส่วนร่วม*. เอกสารประกอบการประชุม วันที่ 21 กันยายน 2549. กรุงเทพฯ: กลุ่มพัฒนาระบบบริหาร. หน้า 6.

สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการของรัฐ ทั้งยังได้รับรองหลักความเป็นธรรมทางสังคมไว้ในหมวดที่ว่าด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐอีกหลายประการ ดังนั้น ในการดำเนินมาตรการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยหน่วยงานของรัฐต้องคำนึงถึงความผูกพันที่จะต้องดำเนินมาตรการต่าง ๆ ด้วยความประหยัด และคำนึงถึงหลักความเสมอภาค (Equality Principle) หลักมนุษยธรรม และหลักการอยู่ร่วมกันอย่างผาสุก และสามัคคีกลมเกลียวกันในสังคมอันเป็นรากฐานของการใช้อำนาจหน้าที่ในการป้องกันและบรรเทาภัยพิบัติหรือสาธารณภัยเสมอ การใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐจึงต้องเป็นไปอย่างระมัดระวัง ไม่เป็นการใช้อำนาจอย่างหยาบกระด้าง ไม่ยื่นหยุ่น ขาดความอ้อมอ้อม แต่ต้องเป็นการใช้อำนาจโดยใช้ดุลพินิจ ไตร่ตรองประโยชน์ได้เสียของฝ่ายที่เกี่ยวข้องเอื้อเพื่อต่อความร่วมมือร่วมใจกันป้องกันและบรรเทาภัยอันตรายร่วมกันประกอบกันไป¹²⁴

2.3.3.6 หลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมาย (Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes)

มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน ทั้งนี้ โดยมีจุดประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองเองในรูปของกฎหมาย เพราะคำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือหลักที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองให้สำเร็จลุล่วงไปได้ ซึ่งถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง¹²⁵ ด้วยเหตุผลของหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Das Prinzip der Gewaltenteilung) และการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ เพื่อคุ้มครองมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมายอันเป็นการล่วงล้ำอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร เพราะกฎหมายและคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมายต่างเป็นการกระทำของรัฐที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนในรัฐ หากแต่กฎหมายเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยมุ่งใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ส่วน

¹²⁴ กิตติศักดิ์ ปกติ. (2554). *หลักกฎหมายป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย : หลักที่ถูกมองข้าม การสัมมนาเรื่องรับมืออย่างไรกับภัยน้ำท่วม*. จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2554 เวลา 9.00 – 12.00 น. ณ ห้องสัมมนา 2 อาคารศาลปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 9.

¹²⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2543). เจื่อนใจการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย. *วารสารนิติศาสตร์*, 30 (2). หน้า 184–193.

คำสั่งทางปกครอง (Administrative bestellen) นั้นเป็นเครื่องมือหลักของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารที่ใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งมีผลใช้บังคับกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้น หลักการให้กฎหมายมีผลบังคับเป็นการทั่วไปย่อมเป็นการคุ้มครองมิให้รัฐเลือกปฏิบัติโดยการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเฉพาะกรณี หรือเฉพาะบุคคลเพื่อให้ความเท่าเทียมกันในผลทางกฎหมาย สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค (Gleichheit) ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติและรับรองไว้เช่นกัน หากมีการตรากฎหมายที่เป็นการขัดกับหลักการดังกล่าว ย่อมถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ต้องกรณีบัญญัติตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ แต่เป็นการบัญญัติครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง และให้มีผลจำนวนโดยมิได้บังคับให้มีผลเฉพาะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ย่อมไม่ถือเป็นการขัดต่อหลักการห้ามตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณี¹²⁶

23.3.7 หลักการอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย (Das Prinzip, dass Ihre Gesetze der Verfassung die Macht, Gesetze zu erlassen abt)

มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้ต้องระบอบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย หรือที่เรียกว่า Zitiergebot ถือเป็นเงื่อนไขในทางรูปแบบของการตรากฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล¹²⁷ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

กรณีแรก เป็นกรณีที่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนั้นส่วนใหญ่หรือทั้งฉบับมีเนื้อหาความเกี่ยวข้องกับเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีการบัญญัติมาตราที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพควรบัญญัติไว้ในมาตราใดมาตราหนึ่งในส่วนต้น ๆ ของกฎหมาย ถัดจากมาตราที่กำหนดเรื่องวันใช้บังคับ เพื่อที่จะได้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายฉบับนี้โดยสาระของกฎหมายแล้วเกี่ยวข้องกับเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น หรือ

กรณีที่สอง เป็นกรณีที่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง มีเพียงมาตราใดมาตราหนึ่งเท่านั้นที่กระทบสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ใช่กรณีของกฎหมายทั้งฉบับที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ควรบัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความเข้าใจผิดว่ากฎหมายนั้นทั้งฉบับไปกระทบหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การที่มีได้ระบอบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล อาจมีผลให้กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและ

¹²⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 113. หน้า 239.

¹²⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 240.

ทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ เป็นการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้กระทำได้เท่าที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้เท่านั้น¹²⁸

2.4 อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Power หรือ State of Emergency)

อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Power หรือ State of Emergency) เป็นอำนาจพิเศษที่ฝ่ายบริหารใช้จัดการกับการคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศ ซึ่งในเวลาปกติไม่สามารถที่กระทำได้ เป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างปัจจุบันทันด่วนมีผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชนในทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม ทำให้การบริหารประเทศเป็นไปด้วยความยากลำบาก ไม่สามารถใช้อำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงปลอดภัยของประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐ (Primary Function)¹²⁹ ในสถานการณ์ฉุกเฉินฝ่ายบริหารมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจพิเศษเพื่อความคล่องตัวและเด็ดขาดเข้าจัดการหรือระงับสถานการณ์ให้กลับสู่ปกติ

การศึกษการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินในแง่ของกฎหมาย ในฐานะที่เป็นโครงสร้างและหลักเกณฑ์ของสังคม ประเทศที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยยึดถือหลักนิติรัฐ (Legal State) การบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายบริหารเป็นกรณีพิเศษอาจทำให้สิทธิมนุษยชน (Human Right) ของประชาชนมากกว่าปกติ โดยเฉพาะสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่รับรองให้อำนาจไว้

2.4.1 ความเป็นมาของการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน

สถานการณ์ฉุกเฉิน คือ สถานการณ์อันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยแห่งรัฐ หรืออันอาจทำให้รัฐตกอยู่ภาวะคับขันหรือภาวะการรบหรือการสงคราม ซึ่งฝ่ายบริหารมีอำนาจประกาศว่าพื้นที่ใดกำลังตกอยู่ในสถานการณ์เช่นว่าโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายของรัฐนั้น ๆ ซึ่งให้อำนาจพิเศษในการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉิน และมักเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจพิเศษแก่เจ้าหน้าที่ไม่เบ็ดเสร็จเท่ากฎอัยการศึกหรือกฎหมายที่ใช้ในภาวะสงคราม

¹²⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 113. หน้า 176 – 181.

¹²⁹ John Salmond. (1924). Jurisprudence. P. 144. อ้างถึงใน จันจิรา เอี่ยมมยุรา. (2530). รัฐวิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4.

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมักมีภายหลังจากการเกิดภัยธรรมชาติ การก่อความไม่สงบ หรือการประกาศสงคราม ซึ่งอาจมีผลให้เจ้าหน้าที่บางฝ่ายต้องหยุดการปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ ลงชั่วคราว โดยอำนาจหน้าที่เช่นนั้นอาจรวมศูนย์ไปยังเจ้าหน้าที่อีกฝ่ายเพื่ออำนวยความสะดวก ในการควบคุมสถานการณ์โดยไม่ชักช้า และอาจนำไปสู่การห้ามออกจากเคหสถาน (Curfew) หรือ การห้ามมั่วสุมชุมนุมกันเพื่อการใด ๆ ก็ดี ณ พื้นที่นั้นในระหว่างที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

2.4.1.1 ความเป็นมาของการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศ ตะวันตก

ปรัชญาแนวคิดและอุดมการณ์ของชาวตะวันตกสามารถศึกษาจากจุดเริ่มต้น ในสมัยยุคกรีกโบราณ เช่นเดียวกันกับการศึกษาหาแนวคิดการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน ของประเทศทางตะวันตก พบว่าการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินของกรีกนั้นเป็นอำนาจ ของคณะผู้บัญชาการทหาร 10 คน ที่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชนสามารถที่จะอ้างเพื่อใช้อำนาจ มากกว่าที่จะยอมให้ในยามปกติ แต่ผลของการใช้อำนาจดังกล่าวผู้ใช้อำนาจต้องรับผิดชอบ ต่อสภา¹³⁰ ซึ่งการดำรงตำแหน่งต่อไปนั้นขึ้นอยู่กับการให้ความสนับสนุนของสภาและประชาชน เป็นสำคัญ

โรมันเป็นนครรัฐหนึ่งมีกำเนิดในระยะเวลาเดียวกันกับนครรัฐกรีกแต่มีความยั่งยืน กว่านครรัฐกรีก อันอาจเนื่องจากข้อได้เปรียบทางภูมิศาสตร์ อารยธรรมของกรีกได้มีอิทธิพลต่อ แนวคิดปรัชญาและการเมืองการปกครองโรมันเป็นอย่างมาก ในช่วงยุคอารยธรรมกรีกในโรม (Hellenistic Period 300 ปี ก่อนคริสต์ศักราชถึง 30 ปี ก่อน คริสต์ศักราช)¹³¹ โรมันปกครองในแบบ ที่เรียกว่า สาธารณรัฐ (Respublica) มีสภาประชาชน (Comices) และสภาซีเนต (Senate) ซึ่งเป็น ที่รวมบุคคลที่มีอิทธิพลและประสบการณ์ของนครรัฐ ซึ่งมีบทบาทสำคัญในทางการเมือง มี ฝ่ายบริหาร (Magistrat) หลายประเภท คือ กงสุล (Consular) และเผด็จการ (Dictature) ใน สถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรง กงสุลมีอำนาจเบ็ดเสร็จในการใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อย แต่ใช้อำนาจดังกล่าวได้เพียง 6 เดือน¹³²

¹³⁰ เอ็ม.เจ.ฮาร์มอน. (2510). *ความคิดทางการเมือง จากเพลโตถึงปัจจุบัน*. (เสน่ห์ จามริก,แปล) กรุงเทพฯ: วิถีทรรศน์. หน้า 33.

¹³¹ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2538). *พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 20.

¹³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะของกฎหมายมหาชน ยุคต่าง ๆ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 10.

ภายหลังจากโรมันได้ปกครองโดยจักรพรรดิ ซึ่งเป็นผู้ถืออำนาจรัฐในมือแต่เพียงผู้เดียวตั้งแต่ 14 ปี ก่อนคริสต์ศักราช จนสิ้นสุดอาณาจักรโรมันในศตวรรษที่ 6 ไม่ปรากฏแนวคิดของการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่นเดียวกับในยุคกลางซึ่งเป็นยุคที่มีการก่อสงครามแย่งชิงความเป็นใหญ่ระหว่างชนเผ่าต่าง ๆ ในยุโรปที่เรียกว่า สงครามที่ไม่มีที่สิ้นสุด¹³³ สภาพของการหวาดกลัวและการไม่เคารพกฎหมาย และเกิดความไม่สงบเรียบร้อยไปทั่วยุโรป

ในช่วงศตวรรษที่ 14-17 ได้เกิดแนวความคิดในเรื่องการรวมตัวกันเป็นรัฐที่มีความมั่นคงและสงบสุข มีนักปราชญ์หลายท่านได้เสนอแนวความคิดเพื่อทำให้รัฐมีความมั่นคงและมีความสุขหลายท่าน บุคคลที่สำคัญ เช่น นิคโคโล มาเคียเวลลี (Niccolo Machiavelli คริสต์ศักราช 1469-1527) เสนอว่า รัฐต้องมีเจ้าชาย (The Prince) ที่มีความสามารถ มีลักษณะเป็นผู้นำจะต้องรักษาไว้ซึ่งอำนาจและรัฐ แม้จำเป็นต้องละเมิดกฎเกณฑ์ทางมนุษยธรรม ความดีและศาสนา ละทิ้งความดีทันทีที่สถานการณ์บังคับ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามเหตุผลของรัฐ (Reason of State) ซึ่งมีนักปราชญ์หลายท่านได้ให้แนวคิดสนับสนุนมาก เช่น ฌ็อง โบแดง (Jean Bodin คริสต์ศักราช 1430-1596) ผู้เสนอทฤษฎีอำนาจอธิปไตย ริเชอลีเยอ (Richelieu คริสต์ศักราช 1585-1642) ยืนยันเหตุผลและความจำเป็นของรัฐ (Raison d'Etat) ว่าสำคัญที่สุดอำนาจสูงสุดอยู่ที่กษัตริย์แต่เพียงผู้เดียว ซึ่งนำไปสู่การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (la monarchie absolue) เป็นการปกครองโดยอำนาจเด็ดขาดของกษัตริย์ จึงทำให้เกิดแนวคิดในเรื่องการแบ่งแยกการใช้อำนาจในสถานการณ์ปกติ และการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินไม่ปรากฏขึ้นในสมัยยุคนี้

ในศตวรรษที่ 18 เป็นศตวรรษที่เกิดข้อขัดแย้งการใช้อำนาจรัฐ การต้องมีส่วนร่วมในการปกครองของประชาชนได้กลับมาอีกภายหลังจากการสิ้นสุดในยุคกรีกและโรมันตอนต้น แนวคิดทางด้านกฎหมายมหาชนยุคใหม่ที่ต้องการจำกัดอำนาจรัฐและการปกครองโดยประชาชนจากพื้นฐานทางทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติที่ให้ความสำคัญของเหตุผลของมนุษย์ได้มีการเสนอทฤษฎีทางการเมืองและกฎหมาย เช่น ทฤษฎีสัญญาประชาคม โดย ฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) จอห์น ล็อก (John Locke) โทมัส ฮอบบส์ (Thomas Hobbes) ทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจของมองเตสกีเยอ (Montesquieu คริสต์ศักราช 1689-1755) ที่นำไปสู่การประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศสใน คริสต์ศักราช 1789 ในประเทศอังกฤษวิวัฒนาการที่ต้องการควบคุมและจำกัดอำนาจรัฐแตกต่างออกไป เริ่มจากลงนามมหาบัตร (Magna Carta) เริ่มจากการที่พระเจ้าจอห์นใน คริสต์ศักราช 1215 ซึ่งส่งผลให้ผู้แทนได้รับความเห็นชอบจากการเก็บภาษี

¹³³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 21 - 23.

(No Taxation without Representation) การออกกฎหมายจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ใน Bill of Rights คริสต์ศักราช 1689 และสร้างหลักอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament)

ในประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษ เห็นถึงความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Human Rights) โดยการจำกัดอำนาจรัฐ รัฐจะกระทำการในอำนาจเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย การจำแนกการใช้อำนาจรัฐในเวลาปกติและฉุกเฉินจึงเกิดจากแนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐเป็นหลัก การใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นข้อยกเว้นของการใช้อำนาจรัฐในยามปกติ ในประเทศอังกฤษได้มีการตรากฎหมายที่ให้อำนาจพิเศษแก่รัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น Emergency Power Act 1920, Emergency Power (Defence) Act 1940 Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1991 เป็นต้น เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจพิเศษเป็นการเฉพาะสถานการณ์เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยมีอำนาจกว้างขวางกว่าปกติเท่าที่จำเป็น

ในประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจในลักษณะดังกล่าวหลายฉบับ เช่น อำนาจประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 16 รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน คริสต์ศักราช 1878 ว่าด้วยกฎอัยการศึก (État de siège) รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน คริสต์ศักราช 1955 ว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน (Instituant un état d'urgence) รัฐบัญญัติลงวันที่ 31 กรกฎาคม คริสต์ศักราช 1938 การจัดระเบียบประเทศในยามสงคราม (l'organisation de la nation en temps de guerre) เป็นต้น ซึ่งเป็นกฎหมายที่ขยายขอบเขตอำนาจรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐให้กว้างขวางออกจากเดิมที่มีตามกฎหมายในสถานการณ์ปกติ

กฎหมายดังกล่าวเมื่อมีการมอบอำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเป็นอำนาจพิเศษกว่าอำนาจปกติสามารถเข้าแทรกแซงต่อสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ได้อย่างกว้างขวาง สิ่งที่กฎหมายคำนึงถึงและได้รับบรรจุกลไกเพิ่มเติมในกฎหมายลักษณะเช่นนี้ คือ กระบวนการควบคุมและการเยียวยาการใช้อำนาจพิเศษเพิ่มเติม อาจเป็นเพราะความกังวลใจถึงการมีอำนาจล้นพ้นซึ่งอาจก่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกินความจำเป็น กระบวนการหรือกลไกดังกล่าว เช่น การกำหนดสถานการณ์เฉพาะในการประกาศใช้ และ นอกจากกระบวนการควบคุมการใช้อำนาจพิเศษที่กำหนดในแต่ละกฎหมายแล้ว กระบวนการควบคุมอำนาจรัฐธรรมดาที่ใช้เป็นปกติก็อาจนำมาใช้ได้ เช่น การร้องต่อศาลให้ปล่อยตัว กรณีผู้ควบคุมไม่มีอำนาจต่อศาลธรรมดา หรือ การฟ้องร้องต่อศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศส¹³⁴

2.4.1.2 ความเป็นมาของการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศไทย

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน.

การปกครองในระบบกษัตริย์ของไทยมีลักษณะที่แตกต่างกับแนวคิดในฝรั่งเศสและอังกฤษ คือ ลักษณะเฉพาะของการปกครองมีพื้นฐานมาจากปรัชญาพุทธศาสนาเป็นหลักการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินสามารถศึกษาผ่านวิวัฒนาการจากลักษณะกฎหมายปกครองไทยในสมัยกรุงสุโขทัยการใช้อำนาจของกษัตริย์ต่อประชาชนเป็นไปตามหลักพ่อปกครองลูก (Paternal Government) โดยมีหลักพระธรรมศาสตร์เป็นหลักปกครองที่ได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์ธรรมศาสตร์¹³⁵ เป็นความยุติธรรมทางศาสนาที่ให้การให้พระราชอำนาจสอดคล้องกับหลักพระธรรมศาสตร์และจารีตประเพณี หลักดังกล่าวนี้มีอิทธิพลต่อการปกครองของกรุงศรีอยุธยาและรัตนโกสินทร์ตอนต้น แม้ว่าระบบการปกครองจะเปลี่ยนเป็นการปกครองระหว่างเจ้ากับมนุษย์ (เทวกษัตริย์) แต่หลักความยุติธรรมและศาสนายังคงมีอิทธิพลต่อการปกครองได้มีการสร้างหลักเกณฑ์หรือกรอบแห่งความประพฤติของพระมหากษัตริย์ จากหลักการที่กล่าวข้างต้น คือหลักทศพิธราชธรรม 10 ประการ การให้พระราชอำนาจต่อประชาชนนั้น ลักษณะจะเป็นการกำหนดหน้าที่ของประชาชนเป็นหลัก ส่วนสิทธิของประชาชนในสังคมไทยโบราณจะเป็นเรื่องของความเมตตา (ผู้ปกครองได้มอบให้แก่ผู้อยู่ใต้ปกครอง เพราะปรารถนาจะให้มีความร่มเย็นอยู่ดีมีความสุข)¹³⁶ กฎหมายไทยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองพออนุมานได้ว่า เป็นการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน คือ พระอัยการกบฏศึก ซึ่งเป็นกฎหมายที่ในยามสงครามกษัตริย์สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะกฎหมายนี้ได้อย่างรุนแรง ในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 แห่งกรุงศรีอยุธยา จนถึงการชำระกฎหมายในสมัยพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก รัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2347 เรียกว่า กฎหมายตราสามดวง และในสมัยรัชกาลที่ 6 ได้ทรงตราพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 เป็นกฎหมายที่กำหนดอำนาจของรัฐและหน้าที่ของประชาชนในการป้องกันประเทศ¹³⁷

ภายหลังการปฏิรูปการปกครองและกฎหมายของไทยในสมัยรัชกาลที่ 5 ในช่วงแรก ๆ พระองค์ทรงมีความจำเป็นอย่างรีบด่วนในการเพิ่มพระราชอำนาจของพระองค์เพื่อตัดทอนอำนาจของขุนนางในราชสำนักโดยใช้วิธีการทางนิติบัญญัติ เมื่อทรงมีพระราชอำนาจที่มั่นคงแล้วได้ทรงพยายามปฏิรูปทางการปกครอง กฎหมายและเศรษฐกิจ เนื่องจากที่จะต้องพัฒนาประเทศให้ทันสมัยต่อต้านการรุกรานจากมหาอำนาจจักรวรรดินิยมตะวันตก ในรัชสมัยของพระองค์การใช้พระราชอำนาจคงเป็นไปตามรูปแบบเดิม คือ การปกครองในรูปแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (la monarchie absolue) ผลสืบเนื่องจากการพัฒนาครั้งนี้ เช่น การส่งข้าราชการไปศึกษาในต่างประเทศ การนำนักกฎหมายต่างประเทศมารับราชการในราชสำนัก

¹³⁵ ร.แดงกาด์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 37.

¹³⁶ นพนิธิ สุริยะ. (2537). *สิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 20.

¹³⁷ สุเทพ เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา. (2521). *กฏอัยการศึก*. กรุงเทพฯ: อรุณสภา. หน้า 3 – 30.

นักกฎหมายเหล่านั้นได้มีการนำแนวคิดทางการเมืองและกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ที่เฟื่องฟูในอังกฤษและยุโรปสมัยนั้น โดยเฉพาะแนวคิดในการจำกัดอำนาจรัฐ และการมีส่วนร่วมในการปกครอง มีการศึกษาวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญในโรงเรียนกฎหมายของกระทรวงยุติธรรม โดยให้ความหมายของรัฐธรรมนูญว่า เป็นกฎหมายพิเศษซึ่งสำคัญกว่ากฎหมายอื่นทั้งหมดและวางกฎเกณฑ์แห่งแบบและอำนาจของรัฐบาลในประเทศหนึ่ง กฎหมายรัฐธรรมนูญ (droit constitutionnel) เป็นสาขากฎหมายที่กล่าวถึงปัญหา คือ การตั้งรัฐสภา (Rutgers University The Demokraten) นั้นว่ากระทำอย่างไร อำนาจรัฐสภา ฯลฯ และกฎหมายรัฐธรรมนูญยังวางหลักกฎหมายรับรองป้องกันสิทธิและอิสรภาพของราษฎรในประเทศ¹³⁸

เหตุการณ์เปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 สิ่งหนึ่งที่มีส่วนผลักดันที่ไม่อาจปฏิเสธได้ คือ แนวคิดเรื่องกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองที่มุ่งจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (droits de l'homme) แม้ว่าการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นเพียงกลุ่มหนึ่งไม่ใช่เกิดจากความคิดของประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่ก็ตาม มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นแนวทางในการปกครองแผ่นดิน จุดประสงค์หลักของคณะนิติราษฎรต้องการที่จะเน้นหนักในการเปลี่ยนแปลงอำนาจสูงสุดจากเดิมเป็นของกษัตริย์มาเป็นอำนาจสูงสุดอยู่ที่ประชาชน¹³⁹ ด้านสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ยังคงให้ความสนใจน้อย ส่วนการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งเป็นการใช้อำนาจในสถานการณ์พิเศษที่ให้อำนาจรัฐกว้างขวางกว่าปกตินั้น ได้มีการกล่าวถึงมากขึ้นแม้ในขณะที่บัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าวจะอยู่ระหว่างการปกครองอำนาจของคณะบุคคลก็ตาม เช่น พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484¹⁴⁰ (ยกเลิกแล้ว) เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีออกพระราชกฤษฎีกาในการปฏิบัติการในภาวะคับขันซึ่งทำการฝ่าฝืนมิโทษทางอาญา พระราชบัญญัติกักคุมผู้เป็นภัยแก่ชาติ พ.ศ. 2488¹⁴¹ (ยกเลิกแล้ว) เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการจับกุมคุมขังบุคคลที่เป็นภัยแก่ชาติ โดยมีคณะกรรมการพิจารณา

¹³⁸ เอกุต์. (2475). คำอธิบายธรรมศาสตร์. อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์. (2538). *พัฒนาการกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 169.

¹³⁹ เจริญ คัมภีร์ภาพ. (2529). *สิทธิ : ทฤษฎี และการปฏิบัติในสังคมไทย*. รายงานการวิจัย. หน้า 48.

¹⁴⁰ พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484. (2484, 6 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 58. หน้า 1748.

¹⁴¹ พระราชบัญญัติกักคุมผู้เป็นภัยแก่ชาติ พ.ศ. 2488. (2488, 13 มกราคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 62. หน้า 121.

กักคุม พระราชบัญญัติให้อำนาจในการเตรียมการป้องกันประเทศ พ.ศ. 2484¹⁴² ให้อำนาจในการเกณฑ์แรงงานบุคคลตั้งแต่อายุ 16 ปี ให้ส่งอาวุธหรือทรัพย์สินเพื่อใช้ในการเตรียมการรบ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495¹⁴³ ให้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ทหารและพลเรือนมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยการตรวจค้น การจับกุม คุมขัง การกำหนดการออกนอกเขตสถานและอื่น ๆ ได้ โดยมีอำนาจพิเศษเพิ่มเติมจากที่มีอยู่ในปกติ

พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2495¹⁴⁴ เป็นกฎหมายที่บัญญัติใหม่ภายหลังยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2476 เป็นกฎหมายที่มีลักษณะของการลิดรอนสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรง และมีผลกระทบต่อสังคมอย่างมากต่อการใช้กฎหมายฉบับนี้

นอกจากอำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินที่บัญญัติในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแล้ว การบัญญัติอำนาจดังกล่าวได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยกันหลายฉบับ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2502 มาตรา 17 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 21 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 27 ที่มีการบัญญัติให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีมีอำนาจพิเศษในการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยมาตรการที่ใช้จะทำการกำหนดให้อย่างกว้างขวางในการสั่งการใด ๆ ซึ่งเป็นการรวบอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ¹⁴⁵ มาอยู่ที่นายกรัฐมนตรีเพียงผู้เดียว

2.4.2 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (Concepts et théorie des circonstances exceptionnelles)

ภายหลังการสิ้นสุดการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (la monarchie absolue) การกำเนิดหลักปกครองเสรีประชาธิปไตย (démocratique) ได้เริ่มพัฒนามาพร้อม ๆ กันกับ

¹⁴² พระราชบัญญัติให้อำนาจในการเตรียมการป้องกันประเทศ พ.ศ. 2484. (2484, 6 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 58. หน้า 1743.

¹⁴³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495. (2495, 11 มีนาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 69. หน้า 278.

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2495. (2495, 11 มีนาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 69 (ตอนที่ 4), หน้า 278.

¹⁴⁵ สุนทร มณีสวัสดิ์. (2536). *มาตรา 27 : อำนาจพิเศษฝ่ายบริหาร รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศ.ไพโรจน์ ชัยนาม*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 221.

ความต้องการการคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ทฤษฎีทางการเมืองและทฤษฎีทางกฎหมายได้ถูกคิดขึ้นเพื่อสนับสนุนแนวความคิดเสรีประชาธิปไตย ในขณะที่สภาพความเป็นจริงของสังคมมนุษย์ไม่สามารถทำให้ทุกคนอยู่ภายใต้หลักเหตุผลตามธรรมชาติตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติได้ตลอดเวลา ความวุ่นวายและความไม่สงบเรียบร้อยเกิดขึ้นเสมอ รัฐในฐานะผู้มีภาระหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อย จึงมีอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในภาระหน้าที่ที่ตนเองมีอยู่ โดยเฉพาะในช่วงที่สังคมเกิดวิกฤตการณ์ขึ้นธรรมชาติของการมีเหตุผลของมนุษย์จึงยอมให้รัฐมีอำนาจอย่างชอบธรรมที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการที่จะทำให้สถานการณ์ฉุกเฉินยุติลงอย่างรวดเร็วที่สุด¹⁴⁶ ในทฤษฎีทางกฎหมายที่กล่าวถึงข้อสนับสนุนการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น มี 2 ทฤษฎีที่มีความสำคัญ คือ¹⁴⁷

2.4.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (Théorie des circonstances exceptionnelles)

สภาแห่งรัฐสาธารณรัฐฝรั่งเศสยอมรับว่า ในเวลาที่มีสถานการณ์ไม่ปกติ การบังคับใช้กระทำได้ไม่เหมือนในเวลาที่มีสถานการณ์ปกติ (circonstances normales) นอกจากนี้ การนำรัฐบัญญัติและข้อบังคับซึ่งตราขึ้นเพื่อใช้ในเวลาที่มีสถานการณ์ปกติไปใช้บังคับในเวลาที่มีสถานการณ์ไม่ปกติยังเป็นการไม่เหมาะสม เพราะนอกจากจะทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินงานในทางปกครองแล้ว ยังเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ขององค์กฤษฎีกาบัญญัติ และองค์กรผู้ตราข้อบังคับด้วย องค์กฤษฎีกาบัญญัติสำนักตระหนักในเรื่องนี้จึงได้สร้างกฎหมายพิเศษเพื่อใช้บังคับในเวลาที่มีสถานการณ์ไม่ปกติ ซึ่งมีชื่อเรียกต่าง ๆ กัน คือ สภาวะวิกฤต (état de siège) และภาวะฉุกเฉิน (état d'urgence) กฎหมายพิเศษเหล่านี้ได้ขยายอำนาจฝ่ายปกครองออกจากที่มีอยู่ในเวลาที่มีสถานการณ์ปกติ อย่างไรก็ตาม กฎหมายพิเศษดังกล่าวไม่ทำความเสียหายแก่หลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย เพราะได้บัญญัติขึ้นโดยองค์กฤษฎีกาบัญญัติ และเป็นการนำกฎหมายพิเศษไปใช้แทนกฎหมายธรรมดาเป็นการชั่วคราว

ในทางทฤษฎีเชื่อว่า ในเวลาที่มีสถานการณ์วิกฤตบางอย่างนั้น การปฏิบัติตามหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายเป็นการเสี่ยงต่อการที่จะทำให้การดำเนินงานทางปกครองเป็นอัมพาต เพราะหลักการดังกล่าวห้ามฝ่ายปกครองใช้มาตรการบางอย่างที่จำเป็นตามสถานการณ์หรือหากกระทำเช่นนั้นได้ก็จะเกิดความล่าช้าในการใช้มาตรการดังกล่าว ดังนั้น ในเวลาที่มีสถานการณ์ไม่ปกติ ถ้าจะให้การดำเนินงานในทางปกครองมีประสิทธิภาพก็จะต้องให้

¹⁴⁶ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴⁷ อิศระ นิติพจน์ประกาศ. (2529). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 110 – 111.

ฝ่ายปกครองไม่อยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าจะให้ฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย การดำเนินงานทางปกครองจะไม่มีประสิทธิภาพ¹⁴⁸

2.4.2.2 ทฤษฎีความจำเป็นของรัฐ (The Doctrine of State Responsibility)

ทฤษฎีความจำเป็นของรัฐ เป็นทฤษฎีที่อยู่นอกเหนือกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ (The Law of State Responsibility) ที่เป็นการผูกพันในการปฏิบัติระหว่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission : ILC) ให้การยอมรับทฤษฎีความจำเป็นของรัฐเป็นรากฐานของทฤษฎีกฎหมายทั่วไป (The General Theory of Law) ที่ถูกนำมากล่าวอ้างในกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพความเป็นจริงที่รัฐต่าง ๆ จะกระทำการเพื่อปกป้องประโยชน์ของรัฐที่มีความขัดแย้งในประโยชน์ระหว่างรัฐ อย่างไรก็ตาม ยังต้องเคารพในประโยชน์ของรัฐอื่นเช่นกัน การนำหลักว่าด้วยความจำเป็นของรัฐมาปรับใช้นั้นจะต้องเป็นไปตามหลัก ดังนี้

ประการแรก คือ เป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงและคุกคามต่อประโยชน์ที่มีความสำคัญ

ประการที่สอง คือ การนำหลักดังกล่าวมาใช้ง่ายต่อการเบี่ยงเบนต่อความสำคัญระหว่างประเทศ และ

ประการที่สาม คือ การกระทำใด ๆ นั้นจะต้องทำเท่าที่จำเป็น การกระทำเกินกว่าเหตุเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง¹⁴⁹

หลักการว่าด้วยมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในสถานการณ์ฉุกเฉินได้นำทฤษฎีความจำเป็นของรัฐมาปรับใช้ เนื่องจากในระหว่างที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินจะเกิดความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของรัฐในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับการใช้อำนาจอรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยเฉพาะประเทศที่มีความผูกพันตามสาส์นว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ประเทศภาคีมีความจำเป็นที่จะระงับความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสาส์นที่ลงนามไว้ (Derogation Clause) ได้ในบางเรื่อง โดยที่การระงับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ (The Emergence of some of the Principles of the Derogation Clause as Principle of General International Law) มีการบัญญัติไว้ในสาส์นระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ

¹⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴⁹ Jaima Oraa. (1992). Human Rights in state of Emergency in International law. pp. 221 – 222. โปรดดู เลิศศักดิ์ ต้นโต. (2555). *การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ถูกควบคุมตัวภายใต้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 54.

สิทธิทางการเมืองบัญญัติไว้ในข้อ 4 (1) ว่า ในยามที่เกิดภาวะฉุกเฉินอันมีมาเป็นสาธารณะ ซึ่งคุกคามความอยู่รอดปลอดภัยของชาติ ดังที่ได้ประกาศแล้วเป็นทางการ บรรดารัฐภาคีแห่งกติกา ที่อาจดำเนินการระงับพันธะของตนที่มีตามกติกานี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นอย่างแท้จริง ตามสถานการณ์ฉุกเฉินและข้อบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้ได้บัญญัติในอนุสัญญายุโรป ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 15 อนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 27 (1) ด้วย¹⁵⁰

2.4.3 ความหมายของอำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน

อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการใช้อำนาจในลักษณะที่พิเศษแยกออกจากการใช้อำนาจปกติทั่วไป

สถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency) ในความหมายทั่วไป หมายถึง เหตุการณ์กำลังเป็นไป โดยปัจจุบันทันด่วนที่อาจเป็นภัยต่อความมั่นคง หรือความปลอดภัยแห่งราชอาณาจักร¹⁵¹ ในทางกฎหมายการให้คำนิยาม สถานการณ์ฉุกเฉิน นั้นจะเป็นความหมายเฉพาะตามเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งจะมีความหมายที่จำกัดเฉพาะสถานการณ์บางอย่าง และนอกจากนี้ คำว่า ฉุกเฉิน ที่ใช้ในแต่ละกฎหมายหรือในแต่ละประเทศได้ใช้คำที่แสดงถึงสถานการณ์ที่มีลักษณะสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น สภาวะคับขัน สภาวะวิกฤต สภาวะอัยการศึก เป็นต้น การศึกษาถึงความหมายในบทนิยามของกฎหมายแต่ละลำดับศักดิ์ เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด รัฐธรรมนูญ ของแต่ละประเทศแล้ว ยังสามารถศึกษาได้จากสาส์นระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ เช่น สถานการณ์ฉุกเฉิน (Etat d'urgence) หมายความว่า สถานการณ์อันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรืออันอาจทำให้ประเทศตกอยู่ในภาวะคับขัน หรือภาวะการรบหรือสงคราม¹⁵² หรือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน จะทำได้ในกรณีที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเห็นว่าในขณะนั้นจะเกิดหรือเนื่องจากเหตุการณ์ซึ่งตามธรรมดาคาดได้ว่าชะงักงันของการบริการสาธารณะในเรื่องอาหาร น้ำ พลังงาน ไฟฟ้า และให้รวมถึงการขนส่ง ซึ่งจะมีผลทำให้ชุมชนหรือส่วนใหญ่ขาดแคลนสิ่งจำเป็นต่อชีวิต¹⁵³ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นสถานการณ์

¹⁵⁰ อิศระ นิติทัศน์ประกาศ. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 147. หน้า 111.

¹⁵¹ สำนักนายกรัฐมนตรี. (2530). *พจนานุกรมฉบับเฉลิมพระเกียรติ*. กรุงเทพฯ: วัฒนาพานิช. หน้า 157.

¹⁵² พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ สถานการณ์ฉุกเฉิน หมายความว่า สถานการณ์อันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยแห่งราชอาณาจักรหรืออันอาจทำให้ประเทศตกอยู่ในภาวะคับขัน หรือภาวะการรบหรือการสงครามตามที่จะได้มีประกาศให้ทราบ

¹⁵³ Emergency Power Act 1974.

ที่เป็นภัยอันตรายอันเนื่องมาจากการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองอย่างร้ายแรง หรือจากเหตุการณ์ที่มีลักษณะเป็นภัยสาธารณะ (la securite publique)¹⁵⁴ หรือเมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อจะได้อธิบายความสงบเรียบร้อย ปราศจากภัยซึ่งจะมีมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักร¹⁵⁵ หรือสถานการณ์ที่มีผลกระทบอันเป็นบ่อนทำลายความปลอดภัยของชาติ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ¹⁵⁶ หรือในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยของชาติ หรือความปลอดภัยสาธารณะหรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ¹⁵⁷ หรือในเวลาที่เกิดกรณีฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามต่อความอยู่รอดปลอดภัย

¹⁵⁴ Loi Instituant un etat d'urgence 1955.

¹⁵⁵ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457

มาตรา 2 เมื่อเวลาเกิดเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักรแล้ว จะให้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทุกมาตราหรือแต่บางมาตรา หรือข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา ตลอดจนการกำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้บทบัญญัตินั้นบังคับในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรหรือตลอดทั้งราชอาณาจักร และถ้าได้ประกาศใช้เมื่อใด หรือ ณ ที่ใดแล้ว บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใด ๆ ซึ่งขัดกับความของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับต้องระงับและใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับนั้นแทน

¹⁵⁶ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2502

มาตรา 17 ในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควร เพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อวิน หรือคุกคามความสงบ ที่เกิดขึ้นภายในหรือมาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการหรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อนายกรัฐมนตรีได้สั่งการหรือกระทำการใดไปตามความในวรรคก่อนแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีแจ้งให้สภาทราบ

¹⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519

มาตรา 19 เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือเมื่อมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับการภาษีอากรหรือเงินตรา พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ

เมื่อได้ประกาศใช้พระราชกำหนดแล้ว ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดต่อสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินโดยไม่ชักช้า ถ้าสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินอนุมัติแล้ว ให้พระราชกำหนดมีผลเป็นพระราชบัญญัติต่อไป ถ้าสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่อนุมัติ ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

ของชาติ หรือในเวลาสงครามหรือฉุกเฉินสาธารณะอันเป็นการคุกคามต่อการอยู่รอดของประเทศ¹⁵⁸ เห็นได้ว่า สถานการณ์ฉุกเฉินในทางกฎหมายเป็นสถานการณ์เฉพาะที่เกิดขึ้น เช่น ความขัดแย้งระหว่างประเทศ สงคราม การรุกราน การรักษาความปลอดภัยของประเทศ สงครามกลางเมือง การก่อกบฏ การโค่นล้มรัฐบาลหรือการปฏิวัติ และภัยธรรมชาติ ซึ่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม อันส่งผลต่อการอยู่รอดของชาติ

อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Power หรือ State of Emergency) เป็นอำนาจที่รัฐโดยพฤตินัยจะมีผลให้มีการระงับการใช้บังคับอำนาจรัฐตามกฎหมายธรรมดา การดำเนินการของรัฐเป็นภายใต้กฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจแก่รัฐหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษในการระงับหรือแก้ไขสถานการณ์ที่วิกฤติให้กลับสู่ปกติ แม้บางครั้งการใช้อำนาจดังกล่าวอาจจะละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน (droits de l'homme) บ้างก็ตาม แต่ก็เป็นการจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงปลอดภัยของชุมชนหรือประเทศโดยรวม ดังคำกล่าวของประธานาธิบดีลินคอล์น (Lincoln) ที่ว่า “ในกฎหมายทั่วไป ชีวิตและอวัยวะจะต้องได้รับการคุ้มครองและรักษา แต่หลายครั้งที่จะเป็นต้องตัดอวัยวะเพื่อรักษาชีวิต”

2.4.4 ลักษณะของอำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน¹⁵⁹

เมื่อสถานการณ์ฉุกเฉินมีผลต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ กฎหมายที่ให้อำนาจหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษ ในต่างประเทศและประเทศไทยได้บัญญัติในกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ในรัฐธรรมนูญ (Constitution) หรือพระราชบัญญัติ (Act) หรือพระราชกำหนด (Decret) ในเมื่อการใช้อำนาจพิเศษของรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการใช้อำนาจรัฐเฉพาะที่แตกต่างจากการใช้อำนาจรัฐในเวลาปกติ จึงทำให้มีลักษณะเฉพาะ ดังนี้

2.4.4.1 เป็นอำนาจรัฐที่กฎหมายบัญญัติเฉพาะในสถานการณ์ฉุกเฉินเท่านั้น เนื่องจากอำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องเป็นอำนาจที่สามารถจะเข้าระงับต่อวิกฤตการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ การใช้มาตรการทางกฎหมายจำเป็นต้องละเมิดหลักการที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เช่น อำนาจในการจับ ควบคุมตัว การตรวจค้น

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

¹⁵⁸ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ข้อ 15.

¹⁵⁹ เหวง ไทยยิ่ง. (2539). *อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินกับสิทธิมนุษยชน : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 23.

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ไม่ว่าจะการแสดงความคิดเห็น การเดินทาง แม้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ในสถานการณ์ฉุกเฉินรัฐมีความจำเป็นที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว เพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารมีประสิทธิภาพต่อการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน

2.4.4.2 เป็นอำนาจที่เกี่ยวเนื่องการใช้อำนาจรัฐในกฎหมายอื่น¹⁶⁰ คือ เนื่องจากการแก้ไขวิกฤตการณ์จำเป็นอย่างยี่งที่จะมอบอำนาจแก่ฝ่ายบริหารให้มีอำนาจเด็ดขาดเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยปลอดภัยของชาติ หากอำนาจดังกล่าวถูกควบคุมหรือตรวจสอบเช่นเดียวกับกฎหมายปกติ จะทำให้ลดประสิทธิภาพในการบริหารราชการ เช่น กรณีมีสถานการณ์ฉุกเฉินกฎหมายได้มอบให้ฝ่ายบริหารสามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศกฏอัยการศึกที่สามารถออกมาตรการอย่างใด ๆ เพื่อจัดการต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ โดยในช่วงระยะเวลาดังกล่าวอำนาจอื่น เช่น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ ไม่สามารถตรวจสอบการกระทำดังกล่าวของฝ่ายบริหารได้ชั่วคราว เช่น อำนาจประธานาธิบดีฝรั่งเศส มาตรา 16 ให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีทำได้เกือบทุกประการ เว้นแต่การแก้ไขรัฐธรรมนูญ ส่วนในประเทศไทยอำนาจเช่นนี้เคยมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ เช่น ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2502 มาตรา 17¹⁶¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 21¹⁶² ธรรมนูญการปกครอง

¹⁶⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 24.

¹⁶¹ มาตรา 17 ในระหว่างที่รัฐธรรมนูญนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควร เพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อทวน หรือคุกคามความสงบ ที่เกิดขึ้นภายในหรือมาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรี โดยมติคณะรัฐมนตรี มีอำนาจสั่งการ หรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่า คำสั่งหรือการกระทำเช่นว่านั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

๑๗๑

๑๗๑

¹⁶² มาตรา 21 ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน หรือการกระทำอันเป็นการก่อกวนหรือคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการกระทำอันเป็นการทำลายทรัพยากรของประเทศ หรือเป็นการบั่นทอนสุขภาพอนามัยของประชาชน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีและของสภาที่ปรึกษาของนายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการหรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำของนายกรัฐมนตรี รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย

๑๗๑

๑๗๑

ราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 มาตรา 27¹⁶³ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจทำนองเดียวกัน จะแตกต่างเพียงองค์การที่ใช้อำนาจเท่านั้น โดยองค์การที่ประกอบขึ้นจากตัวบุคคลที่กระทำการปฏิวัตินั้นมีส่วนร่วมในการตัดสินใจร่วมด้วย โดยเฉพาะธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ที่กำหนดให้ประธานสภาปรึกษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติเป็นผู้ใช้อำนาจเพิ่มอีกหนึ่งคนนอกจากนายกรัฐมนตรีที่เคยปฏิบัติมา และนอกจากที่มีการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจในรัฐธรรมนูญแล้ว พระราชบัญญัติการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519 มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า อำนาจของผู้อำนวยการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศไม่เป็นการลบล้างอำนาจของบุคคลอื่นใดที่มีอยู่ตามกฎหมาย แต่บุคคลอื่นนั้นจะสั่งการให้ขัดต่อคำสั่งของผู้อำนวยการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในไม่ได้ ซึ่งเป็นอำนาจตามกฎหมายที่มีลักษณะการใช้อำนาจรัฐในกฎหมายที่บังคับใช้ในเวลาปกติ

2.4.4.3 เป็นอำนาจชั่วคราว คือ เป็นอำนาจที่ใช้เฉพาะเวลาที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นอำนาจที่รัฐละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนรุนแรงกว่าการใช้อำนาจปกติ จึงใช้ได้เฉพาะที่มีความจำเป็นเท่านั้น เมื่อสถานการณ์ดังกล่าวได้สิ้นสุดลงแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจอีกต่อไป จึงทำให้การใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการใช้อำนาจชั่วคราวตามความจำเป็นของสถานการณ์ หากการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ไม่มีกระบวนการที่จะจำกัดการใช้อำนาจเป็นการชั่วคราวแล้ว จะส่งผลให้ฝ่ายบริหารอ้างความจำเป็นในการใช้อำนาจกระทบต่อหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเกินกว่าความจำเป็น โดยมากแล้วจะมีการประกาศใช้อำนาจเมื่อเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นและสิ้นสุดลงตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือหากจะขยายระยะเวลาการใช้อำนาจต่อไปอีกจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislateurs) ในหลายประเทศคำนึงถึงการใช้อำนาจที่อาจก่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน (Les violations des droits de l'homme) ได้ เมื่อมีความจำเป็นจึงให้กระทำได้ แต่อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (La protection des droits de l'homme)

¹⁶³ มาตรา 27 ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ระวัง หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน หรือการกระทำอันเป็นการก่อกวนหรือคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการกระทำอันเป็นการทำลายทรัพยากรของประเทศ หรือเป็นการบั่นทอนสุขภาพอนามัยของประชาชน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังวันใช้ธรรมนูญการปกครองนี้ และไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และสภานโยบายแห่งชาติ มีอำนาจสั่งการหรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำของนายกรัฐมนตรี รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่ง หรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย

การกำหนดให้รัฐใช้อำนาจสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องมีลักษณะเป็นการชั่วคราว แต่ระยะเวลาชั่วคราวจะสั้นหรือยาวเพียงใดเป็นการเหมาะสมกับสถานการณ์ ในต่างประเทศได้บัญญัติกลไกในการกำหนดระยะเวลาใช้อำนาจที่เหมาะสมและได้สัดส่วนที่แตกต่างกันไป

2.4.5 ประเภทของอำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน¹⁶⁴

ประเภทของอำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน จำแนกได้ 2 รูปแบบ ดังนี้

2.4.5.1 อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินในภาวะสันติ

การใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อจุดประสงค์ที่จะระงับหรือแก้ไขวิกฤตการณ์ที่เกิดขึ้นให้กลับเข้าสู่ภาวะปกติให้รวดเร็วที่สุด หรืออย่างน้อยมิให้สถานการณ์ฉุกเฉิน (Etat d'urgence) แผ่ขยายกว้างออกไป ในขณะที่ประเทศตกอยู่ในภาวะสงครามการใช้อำนาจดังกล่าวจะเป็นการชอบธรรม ซึ่งหาข้อโต้แย้งได้ยาก แต่ในภาวะที่ประเทศอยู่ในภาวะสันติ การประกาศใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินอาจทำให้เกิดการโต้แย้งได้ง่าย ซึ่งการสร้าง ความชอบธรรมในการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินในภาวะสันตินั้น ประเทศที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย (democratique) ได้ตระหนักถึงความจำเป็นในข้อนี้อย่างมากว่าเงื่อนไขที่จำเป็นในการประกาศใช้อำนาจนั้นจะต้องมีเหตุผลเพียงพอ และกระบวนการใช้อำนาจจะมีลักษณะที่รัดกุมและรอบคอบได้สัดส่วนกับความรุนแรงของสถานการณ์ ซึ่งประเทศต่าง ๆ ได้สร้างกระบวนการใช้อำนาจในภาวะสันติแตกต่างกับการใช้อำนาจในภาวะสงครามออกตั้งแต่การประกาศใช้อำนาจ ผู้ใช้อำนาจ การควบคุมการใช้อำนาจสถานการณ์ที่เป็นเหตุของการประกาศใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินในภาวะสันตินั้นสามารถแบ่งออกได้ 2 ลักษณะ

ลักษณะแรก คือ การรักษาไว้ซึ่งการให้บริการสาธารณะที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต

สังคมสมัยใหม่ภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรม การดำรงชีวิตของประชาชนในแต่ละสังคมมีการพึ่งพาต่อกลุ่มอาชีพอื่นอย่างมาก โดยเฉพาะสังคมอุตสาหกรรมหากเกิดการขัดแย้งในเรื่องการจัดสรรเกี่ยวกับเรื่องอุปโภคบริโภคในส่วนหนึ่งส่วนใดแล้ว จะมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อผู้บริโภคกลุ่มอื่น เช่น หากเกิดภัยพิบัติในเรื่องการผลิตอาหารในส่วนเกษตรกรรม จะมีผลต่อความขาดแคลนอาหาร ในส่วนผู้ใช้แรงงานในระบบอุตสาหกรรม หรือการก่อการนัดหยุดงานของคณงานเกี่ยวกับการขนส่ง การประปา การไฟฟ้า หรืออุปโภคบริโภคอื่น ๆ จะมีผลต่อการดำรงชีวิตในส่วนอื่น ๆ เช่น ในประเทศอังกฤษเมื่อเกิดวิกฤตการณ์หากฝ่ายบริหารเห็นว่าจะเป็นอุปสรรคหรือความขัดข้องต่อการจัดสรรในเรื่องอุปโภคหรือบริโภคอันมีผลต่อ

¹⁶⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 25 – 26.

การดำรงชีวิต รัฐจะอาศัยอำนาจตามกฎหมาย Emergency Power 1920 ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เมื่อประกาศแล้วฝ่ายบริหารสามารถออกมาตรการใด ๆ เพื่อแก้ไขสถานการณ์ได้ ส่วนในประเทศฝรั่งเศสจะอาศัยอำนาจดังกล่าวได้ตามพระราชบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955 ว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน (Loi 55 – 385 instituant un etat d’urgence 3 avril 1955) ให้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นอำนาจที่กว้างขวางกว่าในสถานการณ์ปกติเพื่อแก้ไขสถานการณ์ เช่นเดียวกัน สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่ให้อำนาจดังกล่าวกับฝ่ายบริหาร เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 (ยกเลิกแล้ว) พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นต้น

ลักษณะที่สอง คือ การต่อต้านการก่อการร้าย

การใช้กำลังไม่ว่าจะเป็นลักษณะใด ไม่ว่าจะโดยประชาชนหรือกลุ่มชน การใช้กำลังดังกล่าวไม่ถือเป็นการกระทำในทางสงคราม เช่น การก่อการร้ายของกลุ่มชนที่ต้องการแบ่งแยกดินแดนโดยอาวุธ การก่อจลาจลของกลุ่มคนงานหรือกลุ่มอาชีพ หรือกบฏหรือรัฐประหาร ซึ่งในแต่ละสถานการณ์มีความร้ายแรงที่แตกต่างกันตามสภาพ การใช้ดุลพินิจในการใช้อำนาจเพื่อให้ได้สัดส่วนของประสิทธิภาพในการแก้ไขวิกฤตการณ์กับอำนาจที่ลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

2.4.5.2 อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินในภาวะสงคราม

เป็นภาวะที่มีความหมายในเชิงกฎหมายระหว่างประเทศ คือ เป็นสถานการณ์การต่อสู้ระหว่างรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปโดยกองทัพ เพื่อจุดประสงค์ที่จะล้มล้างอำนาจซึ่งกันและกัน¹⁶⁵ ซึ่งภายหลังจากใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินในภาวะสงคราม มีผลในการบริหารราชการทั่วไปที่แตกต่างกับภาวะสันติ 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก คือ การโอนอำนาจจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนไปยังเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร

ประการที่สอง คือ อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่มีมากและกว้างขวางกว่าในภาวะปกติ และ

¹⁶⁵ Lauterpaecht Oppenheim’s International Law. อ้างถึงใน เชาวน์ ไทยอิง. (2539). *อำนาจรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินกับสิทธิมนุษยชน : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 32.

ประการที่สาม คือ ศาลทหารจะมีอำนาจครอบคลุมเขตอำนาจของศาลยุติธรรม¹⁶⁶

¹⁶⁶ อมร จันทรสุมบูรณ์. (2529). *กฎหมายการศึก กฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
หน้า 65 – หน้าพิเศษ 2.