

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับอาชญากรรม กระบวนการยุติธรรมทางอาญา สิทธิและเสรีภาพ

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice) ของไทยนั้น ในการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมเน้นการใช้ระบบกล่าวหา (Accusatorial System)¹ โดยฝ่ายโจทก์มีหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำสืบความผิดของจำเลยในศาล ส่วนศาลหรือผู้พิพากษาจะวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด โดยใช้หลักการสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ในระบบกล่าวหาที่นั่น บางครั้งศาลอาจยกฟ้องปล่อยตัวจำเลยไปทั้งๆ ที่จำเลยเป็นผู้กระทำความผิด แต่พยานหลักฐานของโจทก์มีข้อสงสัยหรือไม่สมบูรณ์ที่จะชี้ชัดได้ว่าจำเลยมีส่วนหรือกระทำความผิดทางอาญาจริง จึงต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย²

หน่วยงานที่ใช้บังคับกฎหมายอาญาซึ่งถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการยุติธรรม จำเป็นที่จะต้องนำมามาตรการพิเศษมาใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อจับกุมคนร้ายหรือผู้ร่วมกระทำความผิดในองค์กรอาชญากรรมมาดำเนินคดี เนื่องจากได้ใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา โดยวิธีการอื่นๆ แล้วแต่ไม่ประสบความสำเร็จ วิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น บางครั้งกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล อันเกิดความเสียหายต่อปัจเจกชนที่เกี่ยวข้องต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลบางประการจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการเข้าถึงข้อมูล เพื่อนำไปพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยในชั้นศาล การที่รัฐใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น รัฐต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลด้วย ถือเป็นพื้นฐานอย่างหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย (Freedom of the Body) เคหสถาน (Habitat) การติดต่อสื่อสาร (Communication) หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Privacy) เป็นต้น ทั้งนี้ การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ นอกจากนี้ พยานหลักฐานดังกล่าว ศาลอาจไม่ยอมรับฟัง หากได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ

¹ กรมราชทัณฑ์. *กระบวนการยุติธรรมไทย* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.correct.go.th/copsamp>. [2556, มกราคม 11]

² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ว่าพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอาชญากรรม

อาชญากรรมเป็นภัยที่ใกล้ตัวและเป็นปัญหาสังคมที่ส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินและชีวิตของประชาชน เป็นปรากฏการณ์ทางสังคมอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์มาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อาชญากรรมเป็นเรื่องที่ประชาชนทุกคนหวาดกลัว รัฐจึงได้ให้ความสำคัญในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพื่อให้เกิดผลกระทบและความเดือดร้อนต่อสังคมให้น้อยที่สุด จำนวนคดีอาชญากรรมและระดับความรุนแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคมเป็นเครื่องบ่งชี้ระดับความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน รวมทั้งปัญหาอาชญากรรมเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศชาติ ในแต่ละปี รัฐต้องสูญเสียงบประมาณในการปราบปรามและป้องกันอาชญากรรมเป็นจำนวนมาก รวมทั้ง ประชาชนที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมต้องสูญเสียทรัพย์สินเป็นจำนวนเงินมหาศาล นอกจากนี้ อาชญากรรมนั้นยังมีผลกระทบต่อสภาพจิตใจของคนในสังคม รวมทั้งส่งผลให้คุณภาพชีวิตของประชาชนเสื่อมถอยหรือต่ำลง

กลุ่มองค์กรอาชญากรรมที่มีมาแต่ดั้งเดิม³ ซึ่งเป็นกลุ่มอาชญากรรมที่มีการจัดตั้งมาแต่สมัยโบราณ องค์กรอาชญากรรมที่สำคัญบางส่วน ได้แก่

1. อั้งยี่ เป็นสมาชิกของคณะบุคคลซึ่งปกปิดวิธีการดำเนินการ มีความมุ่งหมายอันมิชอบด้วยกฎหมาย เกิดขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5
2. มาเฟีย (Mafia) เป็นองค์กรอาชญากรรมในรูปแบบต่างๆ โดยมีจุดกำเนิดจากเกาะซิซิลี สาธารณรัฐอิตาลี (Italian Republic หรือภาษาอิตาเลียนเรียกว่า Repubblica Italiana) และได้แพร่หลายไปในสหรัฐอเมริกา
3. ยาคุซ่า (Yakuza) เป็นองค์กรที่มีมาแต่โบราณในประเทศญี่ปุ่นและได้ปรับเปลี่ยนเป็นองค์กรอาชญากรรมที่ทันสมัยและมีการประกอบอาชญากรรมต่อเนื่องมาจนปัจจุบัน
4. ไทโรแอดส์ (Triads) เป็นองค์กรที่มีมาแต่โบราณในสาธารณรัฐประชาชนจีน (People's Republic of China (PRC)) โดยเริ่มจากการต่อต้านพวกแมนจูและเปลี่ยนแนวมาประกอบอาชญากรรมในภายหลัง ปัจจุบันยังคงก่ออาชญากรรมอย่างต่อเนื่อง โดยได้แตกสาขาออกเป็นกลุ่มต่างๆ พื้นที่ดำเนินการส่วนใหญ่อยู่ในเขตบริหารพิเศษฮ่องกงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China) เขตบริหารพิเศษมาเก๊า แห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (Macao Special Administrative Region of the People's Republic of China) และประเทศอื่นๆ ในแถบเอเชียโดยแบ่งออกเป็นกลุ่มต่างๆ เช่น กลุ่ม 15 เค เป็นต้น

³ วันชัย รุจนวงศ์. (2548). *ฝ่าองค์กรอาชญากรรม: มະเรິงร้ายของสังคม*. กรุงเทพฯ: มติชน. หน้า 20-21.

หลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 (World War II หรือ Second World War) โลกได้เข้าสู่ยุคสงครามเย็น (Cold War) ซึ่งเป็นการต่อสู้แข่งขันระหว่าง 2 ขั้วอำนาจที่ยิ่งใหญ่ คือ สหรัฐอเมริกา (The United States of America: USA) และสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต (The Union of Soviet Socialist Republics: USSR) อันเป็นตัวแทนของระบอบการปกครองที่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาเป็นตัวแทนของรัฐประชาธิปไตย ส่วนสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียตเป็นตัวแทนของลัทธิคอมมิวนิสต์ (Communism)⁴ ที่พยายามแข่งขันกันแผ่ขยายอิทธิพลเหนือประเทศผู้แพ้สงครามทั่วโลก รวมถึงประเทศไทยก็ได้รับผลกระทบดังกล่าวเช่นกัน โดยเฉพาะการแพร่ขยายของลัทธิคอมมิวนิสต์ในประเทศไทย เมื่อประมาณวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2508 ทำให้รัฐบาลไทยในขณะนั้นจำเป็นต้องปราบปรามการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์อย่างรุนแรง โดยได้รับการสนับสนุนจากสหรัฐอเมริกาที่ไม่ต้องการให้อิทธิพลของลัทธิคอมมิวนิสต์แพร่ขยายเข้ามาในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เนื่องจากสหรัฐอเมริกาคณะมนตรีว่าหากอินโดจีนแพ้สงครามและตกอยู่ภายใต้การปกครองด้วยระบบคอมมิวนิสต์แล้ว จะนำไปสู่การสูญเสียเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ทั้งหมด ต่อมาได้มีการล่มสลายของลัทธิคอมมิวนิสต์ในประเทศไทย เมื่อประมาณ พ.ศ. 2523 พร้อมกับการเกิดปัญหาในรูปแบบใหม่ คือ ภัยจากการก่อการร้าย ซึ่งได้ทวีความรุนแรงมากขึ้นในหลายประเทศทั่วโลก⁵

2.1.1 ความหมายของอาชญากรรม

อาชญากรรมเป็นคำสมาสระหว่างคำว่า “อาชญา” กับ “กรรม” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาสันสกฤต อาชญา หมายถึง อำนาจหรือโทษ คำนี้มักใช้กับพระเจ้าแผ่นดินหรือเจ้านาย เช่น พระราชอาชญา คดีที่เกี่ยวกับโทษหลวงเรียกว่าคดีอาชญาหรือคดีความอาชญา เป็นต้น ส่วนกรรม หมายถึง การกระทำ อาชญากรรม จึงหมายถึง การกระทำผิดอาญา ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า Crime ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า *Crimen* คำว่าอาชญากรรมทั้งในภาษาไทยและอังกฤษมีความหมายคล้ายคลึงกัน คือ การกระทำที่ทางกฎหมายระบุไว้ว่าเป็นความผิดและมีการกำหนดโทษไว้⁶

⁴ แนวคิดเรื่องคอมมิวนิสต์นี้เป็นหลักการที่นำเสนอโดย คาร์ล มาร์กซ์ และต่อมา นิโคไล เลนิน ได้นำเอาแนวคิดนี้ไปใช้ปฏิวัติรัสเซีย และเมอเรตุงได้นำไปปรับใช้ในการปฏิวัติจีน เชื่อว่าสังคมนิยมมีนายทุนเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตทุกอย่าง ก่อให้เกิดกรรมกรผู้ผลิต จึงมองว่าพวกนายทุนเป็นกลุ่มคนจำนวนน้อยที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัว โดยไม่ได้ลงมือลงแรงทำอะไรแต่กลับได้ประโยชน์มหาศาล และประโยชน์เหล่านี้ต่างเป็นผลจากหยาดเหงื่อแรงงานของพวกกรรมกรทั้งสิ้น อ้างใน สุขุม นวลสกุล และคณะ. (ม.ป.ป.). *ระบบเผด็จการ*. วิชาสังคมศึกษา 2 MSHS 002 (Humanities and Social Studies II). หน้า 7. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.mwit.ac.th>. [2556, มิถุนายน 12]

⁵ อัครวิน วัฒนวิบูลย์ และคณะ. (2552). *การบูรณาการความรู้เชิงวิชาการและการปฏิบัติสู่การพัฒนาโยบายทางอาญา : ด้านการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม*. สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม. หน้า 124-128.

⁶ โสภกา ชปิลมัน. (2537). *อาชญากรรม: ปัญหาที่ควรแก้ไขในสังคมปัจจุบัน*. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 6.

อาชญากรรม (Crime) โดยทั่วไปแล้วหมายความถึง การกระทำที่ผิดกฎหมาย (Unlawful) ก่อให้เกิดความสูญเสียทั้งชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน เป็นเรื่องที่น่ากลัว สร้างความเสียหายและประทุษร้ายต่อบุคคล⁷

นักสังคมวิทยาและนักกฎหมายบางท่าน⁸ ได้ให้คำนิยามของอาชญากรรมว่า เป็นการกระทำหรือควมผิดที่ผิดกฎหมายโดยเจตนาอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ซึ่งกระทำลงโดยปราศจากข้ออ้างหรือมีเหตุผลอันสมควร และรัฐจะลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดมหันตโทษหรือลหุโทษ (Misdemeanors)⁹

อาชญากรรมตามกฎหมายของบางประเทศได้ตีความในความหมายอย่างกว้างและครอบคลุมถึงความผิดอุกฉกรรจ์ (Felony) ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ (Treason) และความผิดที่ไม่ร้ายแรง (Misdemeanors) ด้วย ส่วนประเทศไทย ความหมายของคำว่าอาชญากรรมถูกกำหนดโดยกฎหมายอาญา ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย¹⁰

อาชญากรรม อาจหมายถึง การกระทำความผิดอาญา (Crimeinal Liability)¹¹ ซึ่งในแง่ของกฎหมายอาญา เห็นว่า อาชญากรรมเป็นความประพฤติกฎหมายอาญาบัญญัติห้ามและระวางโทษไว้

⁷ สุดสงวน สุธีสร. (2554). *อาชญาวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 22.

⁸ Paul Tappan. (1960). *Crime Justice and Correction*. New York: McGraw-Hill. P. 8.

⁹ ความผิดลหุโทษ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหมวดหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะพิเศษ คือ มีระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แม้จะได้กระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้โดยไม่มีเจตนา ก็ต้องรับโทษ ซึ่งแตกต่างจากการกระทำผิดอาญาอื่นๆ ที่ต้องรับโทษเมื่อกระทำโดยเจตนาเท่านั้น ทั้งนี้เพราะความผิดในหมวดนี้ เน้นการป้องกันและระงับข้อพิพาทระหว่างบุคคลมิให้ลุกลามใหญ่โต ไม่ใช่สิทธิของคนในการก่อความรำคาญแก่ผู้อื่นเพื่อการอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 กำหนดให้โทษทางอาญามี 5 ประเภท คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน

¹¹ บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญา เมื่อ

- 1) กระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
- 2) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
- 3) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: ธรรมศาสตร์. หน้า 78-85.

ซึ่งตรงกับคำกล่าวโรมันที่ว่า ไม่มีกฎหมายก็ไม่มีความผิด และตรงกับภาษาละตินที่ว่า ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด (*nulla poena sine lege*)¹² อย่างไรก็ตาม นักอาชญาวิทยาเห็นว่า อาชญากรรม หมายถึง การกระทำความผิดที่ชั่วร้าย โดยมองกันในแง่ของความร้ายแรงของการกระทำและความชั่วที่มีอยู่ในตัวของผู้กระทำและพิจารณาถึงตัวผู้กระทำความผิดที่แสดงถึงความชั่วร้าย โดยจะเรียกบุคคลดังกล่าวว่า อาชญากร ซึ่งอาชญากรรมมีการแบ่งแยกออกเป็นหลายประเภทแตกต่างกัน ในปัจจุบันมีการแบ่งแยกอาชญากรรมออกเป็น 5 ประเภท ดังนี้

1) อาชญากรรมที่ปราศจากผู้เสียหาย (Victimless Crimes) หมายถึง อาชญากรรมซึ่งผู้กระทำยินยอมให้ผลของการกระทำนั้นเกิดขึ้นกับตนเอง โดยที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่ผู้กระทำเป็นทั้งอาชญากรและเหยื่อไปพร้อมๆ กัน¹³ เช่น การค้าประเวณี การเสพยาเสพติด การทำแท้ง ซึ่งอาชญากรรมประเภทนี้เมื่อเปรียบเทียบกับอาชญากรรมประเภทอื่นๆ แล้วจัดว่าเป็นภัยอันตรายต่อสังคมในระดับต่ำ

2) อาชญากรรมพื้นฐาน (Underlying Crime) หมายถึง อาชญากรรมทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการประทุษร้ายต่อทรัพย์สิน ร่างกาย หรือชีวิตของบุคคลอื่น เป็นต้น

3) อาชญากรรมองค์กร (Criminal Organizations) หรืออาชญากรรมที่ได้ร่วมกันกระทำความผิด (Joint Criminal Offense) หมายถึง อาชญากรรมซึ่งอาชญากรได้รวมตัวเข้าด้วยกันตามสายการบังคับบัญชาในรูปขององค์กร โดยมีการวางแผนและดำเนินการเพื่อกระทำความผิดกฎหมาย อย่างมีระบบและเป็นขบวนการ บางครั้งถ้าจำเป็นก็จะใช้วิธีการรุนแรง ซึ่งส่วนใหญ่จะมีอิทธิพลหนุนหลังหรือมีเจ้าหน้าที่รัฐให้ความร่วมมือ ซึ่งทำให้สามารถกระทำความผิดต่างๆ ได้โดยสะดวก เช่น การค้าอาวุธสงคราม การค้ายาเสพติด เป็นต้น ผู้บริหารระดับสูงของอาชญากรรมประเภทนี้อาจถูกเรียกว่า “มาเฟีย (Mafia)” หรือ “เจ้าพ่อ (Godfather)”

4) อาชญากรรมคอปกขาว (White Collar Crimes) หมายถึง อาชญากรรมซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งหรือว่ามีหน้าที่การงานที่ดีไม่ว่าในภาคราชการ (Public Sector) รัฐวิสาหกิจ (State Enterprise) หรือภาคเอกชน (Private Sector) โดยใช้ตำแหน่งหน้าที่การงานดังกล่าวในทางมิชอบแสวงหาประโยชน์ส่วนตนหรือบุคคลอื่น ในอดีตขอบเขตของอาชญากรรมคอปกขาว

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รับรองหลักกฎหมาย “ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด” และ “ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด” โดยบัญญัติในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 39.... บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

¹³ นวลจันทร์ ทศนชัยกุล. (2541). *อาชญากรรม (การป้องกัน: การควบคุม)*. นนทบุรี: พรทิพย์. หน้า 149.

มักมุ่งเพียงการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวคนจากตำแหน่งหน้าที่การงานของข้าราชการและรัฐวิสาหกิจ ในลักษณะของการทุจริตหรือฉ้อราษฎร์บังหลวง (Corruption) ต่อมาขอบเขตของอาชญากรรมประเภทนี้ได้ขยายครอบคลุมไปถึงการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในภาคเอกชน รวมทั้งการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ของบุคคลระดับสูงของภาคเอกชนหรือภาคราชการด้วย จึงได้รับการขนานนามว่าเป็นอาชญากรรมของบุคคลชั้นสูง นอกจากนั้น การประกอบอาชญากรรมคอปกขาวมีการพัฒนาพฤติกรรมไปตามความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีสมัยใหม่ ทำให้การสืบค้นและเปิดเผยอาชญากรรมประเภทนี้ทำได้ยาก อาชญากรรมคอปกขาวจะทำลายระบบระเบียบของสังคมและประเทศชาติอย่างมหาศาล

5) อาชญากรรมพิเศษ (Special Crime) หมายถึง อาชญากรรมซึ่งมีลักษณะแตกต่างไปจาก 4 ประเภทดังกล่าวข้างต้น ซึ่งมีความสำคัญและควรได้รับการดำเนินการป้องกันและปราบปรามเป็นพิเศษ เช่น อาชญากรรมทางเศรษฐกิจและพาณิชย์ อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ โดยอาชญากรรมเหล่านี้มีความละเอียดอ่อนและสลับซับซ้อนทำนองเดียวกับอาชญากรรมองค์การและอาชญากรรมคอปกขาว ในกลุ่มของอาชญากรรมพิเศษนี้ อาชญากรรมทางเศรษฐกิจและพาณิชย์เป็นอาชญากรรมที่สร้างความเสียหายอย่างมหาศาลต่อสังคมโดยรวมทั้งระดับประเทศและสากล เช่น การโจมตีค่าเงินของประเทศต่างๆ การปั่นหุ้นของบริษัทข้ามชาติ หรือธุรกิจการขายเวลาสำหรับที่พักผ่อน (Time Sharing) ซึ่งเป็นธุรกิจจัดสรรวันพักผ่อนล่วงหน้าแต่มีการบิดเบือนการประกอบธุรกิจดังกล่าวไปในทางไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีการจัดหาสมาชิกอย่างมากมาจนกลายเป็นการระดมเงินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไปในที่สุด¹⁴ อาชญากรรมทางเศรษฐกิจซึ่งถือเป็นอาชญากรรมคอปกขาวประเภทหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวง โดยควบคุมและปราบปรามได้ยาก

องค์กรอาชญากรรม¹⁵ เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการประสานงานของกลุ่มสมาชิก มีการวางแผนและการดำเนินกิจกรรมที่ผิดกฎหมายหรือในกิจการที่มีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรอาชญากรรมจะมีการจัดรูปแบบการกระทำผิดอย่างเป็นระบบ มีความเชื่อมโยงและแบ่งหน้าที่ในการทำงาน ปกปิดการดำเนินการเป็นความลับ และมีการใช้อิทธิพลทั้งทางด้านการเงินและความรุนแรงเพื่อใช้ในการกระทำผิดให้ได้ผล รวมทั้งการหลบเลี่ยงการตรวจสอบจับกุมของเจ้าหน้าที่ นอกจากนั้น ยังมีการณ์ใช้อิทธิพลในการข่มขู่หรือฆ่าพยาน รวมทั้งใช้การติดสินบนเจ้าหน้าที่ทุกระดับเพื่อช่วยเหลือในการกระทำผิดเพื่อให้หลุดพ้นความผิดอีกด้วย

¹⁴ วีระพงษ์ บุญโญภาส. (2548). *อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 46.

¹⁵ วิเชียร โชติ สุกโชติรัตน์ และทศเทพ นิวาสะบุตร. (2541). *ประเภทอาชญากรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 2). นนทบุรี: สุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 98.

คณะกรรมการอำนวยการป้องกันและแก้ไขปัญหายาอาชญากรรมข้ามชาติ (กปอ.)¹⁶ เป็นกลไกของรัฐที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อรับผิดชอบเกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติ ได้ให้นิยามของอาชญากรรมข้ามชาติไว้ว่า หมายถึง การกระทำขององค์กรหรือกลุ่มบุคคล สมคบและร่วมมือกันกระทำความผิดต่อเนื่องจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง อันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของประเทศที่องค์กรหรือกลุ่มบุคคลเหล่านั้นดำเนินการ โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อแสวงผลประโยชน์และอำนาจอันขัดต่อหลักกฎหมายและศีลธรรม ก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคล องค์กร เศรษฐกิจ สังคม การเมือง และอื่นๆ รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

สำนักงานตำรวจแห่งชาติของประเทศไทย (Royal Thai Police)¹⁷ ได้กำหนดนิยามศัพท์ของอาชญากรรมข้ามชาติไว้ว่า หมายถึง การกระทำที่มีประเทศเกี่ยวข้องอย่างน้อยสองประเทศ ซึ่งเป็นความผิดกฎหมายอาญา และกำหนดโทษไว้ โดยการกระทำร่วมกัน โดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ในรูปแบบขององค์กร (Organization) มีจุดมุ่งหมายเพื่อแสวงอำนาจและผลประโยชน์ร่วมกัน โดยมีการจัดเตรียม การพยายาม และลงมือกระทำความผิดต่อเนื่องกันจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง หรือหลายประเทศ¹⁸

องค์การสหประชาชาติ (United Nation: UN) เป็นองค์การระหว่างประเทศระดับโลก ซึ่งมีบทบาทและเป็นกลไกในการส่งเสริมความร่วมมือร่วมกันระหว่างประเทศ ซึ่งได้ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม พ.ศ. 2489 โดยมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่กรุงนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา มีสมาชิก 198 ประเทศ ได้ให้คำจำกัดความของกลุ่มองค์กรอาชญากรรม¹⁹ ไว้ว่า หมายถึง กลุ่มบุคคลที่มีการจัดตั้งร่วมกันตั้งแต่

¹⁶ รัฐบาลได้มีคำสั่งสภาความมั่นคงแห่งชาติที่ 6/2546 แต่งตั้งคณะกรรมการอำนวยการป้องกันและแก้ไขปัญหายาอาชญากรรมข้ามชาติขึ้นเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2546 โดยมีนายกรัฐมนตรีทำหน้าที่เป็นประธานกรรมการ ส่วนกรรมการประกอบไปด้วยหัวหน้าส่วนราชการที่รับผิดชอบด้านความมั่นคง

¹⁷ คำรวจ เป็นคำที่แปลงมาจาก “ตรวจ” เป็นคำเขมรที่แผลงใช้กันมานานตั้งแต่สร้างนครธมเป็นราชธานี (พ.ศ. 1432) ยังมีคำสำคัญสาบานของตำรวจเขมร โบราณจารึกอยู่ที่ประตูพระราชวังในนครธมจนบัดนี้ ในประเทศไทย ศิลาจารึกภาษาเขมรที่พบ ณ เมืองลพบุรี ซึ่งเขมรจารึกไว้ ในราว พ.ศ. 1565 ถึง พ.ศ. 1600 (ศิลาจารึกหลักที่ 20 และ 21 ในประชุมจารึกสยาม ภาคที่ 2 จารึกกรุงเทพมหานคร เมืองละโว้ และเมืองประเทศราชของกรุงศรีวิชัย) (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.sac.or.th/databases/inscriptions>. [2556, สิงหาคม 22]

¹⁸ ณรัชต์ เสวตนันท์. (2547). *การปฏิบัติในการสืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรมข้ามชาติ*. เอกสารการบรรยายหลักสูตรพนักงานสอบสวนคดีพิเศษและเจ้าหน้าที่คดีพิเศษ รุ่นที่ 3. หน้า 7.

¹⁹ องค์การสหประชาชาติจึงได้ออกกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่า “อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ” (United Nations Convention against Transnational Organized Crime) ขึ้นเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2547 มีทั้งสิ้น 41 ข้อ มีประเทศภาคีทั้งหมด 145 ประเทศ สำหรับประเทศไทยได้ลงนามเป็นประเทศสมาชิกในอนุสัญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2543 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 กันยายน 2546

3 คนขึ้นไป ดำรงอยู่มาเป็นระยะเวลาหนึ่ง มีการประสานการดำเนินงานระหว่างกัน โดยมีเป้าหมายในการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงหนึ่งอย่างหรือมากกว่า เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือทางวัตถุอย่างอื่น ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ส่วนอาชญากรรมร้ายแรง หมายถึง การกระทำความผิดที่มีโทษจำคุกอย่างน้อย 4 ปีขึ้นไป²⁰

2.1.2 การควบคุมอาชญากรรม

เมื่อมีอาชญากรรมเกิดขึ้น จึงจำเป็นต้องมีกระบวนการยุติธรรม (Justice Process) เพื่อใช้จัดการกับปัญหาอาชญากรรมดังกล่าว ในประเทศที่เจริญแล้วได้แบ่งแยกรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมอย่างหลากหลาย โดยแบ่งตามระบบการเมืองและเศรษฐกิจในระดับที่ต่างกัน โดยประเทศที่เป็นรัฐรวม (Federal) ก็จะมีกระบวนการที่แตกต่างไปจากรัฐเดี่ยว (Unitary State) หรือประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบตลาดก็จะมีกระบวนการแตกต่างไปจากประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนหรือเศรษฐกิจแบบควบคุม และแม้ประเทศที่อยู่ในระบบเดียวกันก็ยังมี การแบ่งรูปแบบอาชญากรรมที่แตกต่างกันไป โดย Herbert L. Packer²¹ ได้กำหนดรูปแบบอาชญากรรมไว้ 2 รูปแบบ คือ แบบคุมอาชญากรรม (The Crime Control) และแบบนิติธรรม (The Due Process of Law)

แบบคุมอาชญากรรม อาจมีการดำเนินการอย่างรวดเร็ว รวดรัด และมีประสิทธิภาพสูง แต่ในขณะเดียวกันจะมีความเสี่ยงต่อความผิดพลาด ส่วนแบบนิติธรรมนั้น การดำเนินการจะเป็นไปอย่างเชื่องช้า มีพิธีการชักช้า มีการตรวจสอบในทุกขั้นตอน และใช้ทรัพยากรมาก แต่อาจป้องกันความผิดพลาดได้ดี²² โดยมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (The Crime Control Model)²³ เป็นทฤษฎีที่มุ่งควบคุมระงับและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก ทฤษฎีนี้เชื่อว่าการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมหรือจับกุมอาชญากรรมลงโทษทางอาญาตามกฎหมายได้นั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและสิทธิ เสรีภาพของประชาชน บุคคลสุจริตต้อง

²⁰ อาชญากรรมร้ายแรงทุกประเภทตามที่อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime 2000) เรียกว่าอนุสัญญาพาล์มโม (Palermo Convention) ซึ่งหมายถึง การกระทำที่เป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษโดยการทำให้สูญเสียชีวิตหรือสุขภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อย 4 ปี หรือโดยโทษที่รุนแรงกว่า (ข้อ 2 (bi))

²¹ Packer, Herbert L. (1968). *The Limits of the Criminal Sanction*. California: Stanford University Press. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.stou.ac.th/Schools/Slw>. [2555, ธันวาคม 21]

²² อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2548). *ทฤษฎีอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 109.

²³ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. *แนวคิดเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*. เอกสารประกอบวิชา 177393 (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.law.cmu.ac.th/law2011>. [2556, เมษายน 11]

ถูกคุกคาม (Menace) จากอาชญากรรม ในทฤษฎีนี้ การดำเนินการของระบบยุติธรรมทางอาญาจะต้องเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ในกรณีที่ผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์จะต้องถูกปล่อยออกไป ส่วนผู้กระทำความผิดก็จะต้องดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว โดยทฤษฎีนี้เชื่อว่าตำรวจ (Policeman) และอัยการ (Public Prosecutor) จะสามารถวินิจฉัยความผิดตามขั้นตอนได้

ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (The Due Process of Law) เป็นทฤษฎีที่ยึดถือหลักกฎหมายหรือความเป็นธรรมมากกว่าความคิดในการควบคุมอาชญากรรม และไม่เชื่อว่าทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมนั้น จะมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง ทฤษฎีนี้ไม่เชื่อว่าตำรวจและพนักงานอัยการสามารถวินิจฉัยได้อย่างเป็นธรรม ตำรวจอาจใช้อำนาจหน้าที่ในการสร้างพยานและหลักฐานเท็จ หรือพนักงานอัยการอาจมีความโน้มเอียงในการใช้ดุลพินิจได้ ทฤษฎีนี้เน้นการพิจารณาคดีเปิดเผย (Disclosure) โดยศาล ซึ่งเชื่อว่าศาลยุติธรรม (Court of Justice) นั้นจะเป็นองค์กรที่เที่ยงธรรม (Justice) และจะไม่เข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หรือพิจารณาในอีกแง่หนึ่ง คือ ทฤษฎีนี้มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิ (Rights) และเสรีภาพ (Liberties) ของผู้ถูกกล่าวหา (The Accused) จากการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยไม่เป็นธรรม (Unfair)

หลัก The Due Process of Law หมายความว่า รัฐหรือผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายอาญาหรือผู้ใช้บังคับกฎหมายอาญาจะต้องเคารพต่อกฎหมาย รัฐจะไม่ยอมให้มีการฝ่าฝืนส่วนหนึ่งส่วนใดของกฎหมาย ซึ่งจะต้องบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยหมายความว่า การที่รัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐกระทำการใดนั้น รัฐจะต้องยึดถือกฎหมายเนื้อหาหรือกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) ของรัฐ โดยเคร่งครัดด้วย หลัก The Due Process of Law นี้ต่อต้านการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยการจำกัดอำนาจของรัฐ เนื่องจากรัฐต้องการใช้บังคับกฎหมายให้มีประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมให้ได้มากที่สุด ซึ่งอาจทำให้มีการใช้อำนาจเกินสมควรได้เสมอ

ลักษณะสำคัญประการหนึ่งของกฎหมาย คือ กฎหมายเป็นคำสั่ง หรือข้อบังคับที่ใช้ได้อย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอ (Continuity) หมายความว่า กฎหมายนั้น เมื่อประกาศมีผลใช้บังคับแล้ว ก็ใช้ได้ตลอดไปจนกว่าจะถูกแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกโดยกระบวนการที่ถูกต้องตามขั้นตอนในภายหลัง เพราะหากตราใดที่ยังไม่มีการยกเลิก ก็ต้องถือว่ากฎหมายนั้นยังคงมีอยู่ จะหยิบยกขึ้นมาใช้เมื่อใดก็ยังคงมีผลใช้บังคับ ดังสุภาษิตกฎหมายที่กล่าวไว้ว่า กฎหมายนอนหลับบางครั้ง แต่ไม่เคยตาย (the laws sometime sleep, but never die.)²⁴

²⁴ ชำนาญ จันทร์เรือง. (2550). *บทวิเคราะห์ต่อร่างรัฐธรรมนูญเพียงพื่อหนีคนคนเดียว*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net>. [2556, มิถุนายน 19]

เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้น ก็มีความจำเป็นที่จะต้องมึระบบของการดำเนินคดีอาญาเพื่อใช้ในการดำเนินคดี โดยทั่วไปแล้วระบบของการดำเนินคดีอาญานั้น อาจแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ระบบ²⁵ คือ ระบบกล่าวหา (Accusatory System) และระบบไต่สวน (Inquisitorial System)²⁶ โดยระบบกล่าวหาจะมีที่มาจากประเทศอังกฤษและกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (Common law) เช่น สหรัฐอเมริกา ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศแคนาดา รวมทั้งกลุ่มอาณานิคมของอังกฤษ โดยระบบนี้แบ่งบุคคลออกเป็น 3 ฝ่ายด้วยกัน คือ โจทก์ (Prosecutor) จำเลย (Defendant) และศาล (Court) โดยให้โจทก์และจำเลยต่อสู้คดีกันเอง (Trial by battle) ซึ่งศาลจะทำหน้าที่เป็นตัวกลางหรือคนกลางเท่านั้น โจทก์มีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาสืบให้ศาลเห็นให้ได้ว่าจำเลยกระทำความผิด หากสืบไม่ได้โจทก์ก็ต้องเป็นฝ่ายแพ้ ส่วนระบบไต่สวนมีที่มาจากศาลทางศาสนาของคริสต์ศาสนานิกายโรมันคาทอลิก²⁷ ในสมัยกลาง ซึ่งทางศาสนจักรโดยเฉพาะอย่างยิ่งสันตะปาปาแห่งกรุงโรมจะมีอิทธิพลเหนือฝ่ายอาณาจักร ซึ่งก็คือกษัตริย์หรือเจ้าผู้ครองนครต่างๆ ในยุคสมัยกลาง ศาลศาสนาของยุโรปจะมีวิธีการพิจารณาคดีผู้กระทำผิดเกี่ยวกับกฎหมายของทางศาสนาด้วยวิธีการซักฟอกพยาน ในระบบไต่สวนนั้นศาลไม่ได้ทำหน้าที่วางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดเหมือนระบบกล่าวหา แต่จะทำหน้าที่ค้นหาความจริงด้วยตนเอง ศาลจะมีบทบาทในการดำเนินคดีอย่างสูง แตกต่างจากระบบกล่าวหาที่ศาลมีบทบาทน้อยมาก เพราะต้องวางตัวเป็นกลาง โดยที่ระบบไต่สวนนั้นจะเน้นในเรื่องการค้นหาความจริงเป็นหลัก ดังนั้นกฎเกณฑ์ในการดำเนินคดี เช่น การสืบพยาน การดำเนินการต่างๆ ในศาลจึงยืดหยุ่นกว่าระบบกล่าวหา

²⁵ ชวเลศ โสภณวัต. (2524). *กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ*. คุณภาพ ปีที่ 28 เล่ม 6. หน้า 36.

²⁶ ระบบกล่าวหา (Accusatory System) ศาลมีบทบาทจำกัดเป็นเพียงผู้ตัดสินคดีเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการสืบพยานเพิ่มเติมหรือช่วยคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแสวงหาพยานหลักฐาน คู่ความสองฝ่ายมีบทบาทสำคัญเป็นคู่ต่อสู้ซึ่งกันและกัน มีหลักเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัด ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้น้อย

ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) เป็นระบบที่ศาลมีบทบาทมากกว่าระบบกล่าวหา กล่าวคือ นอกจากศาลจะรับทราบหลักฐานและพยานที่โจทก์และจำเลยเสนอต่อศาลแล้ว ศาลยังทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลและข้อเท็จจริงของคดีนั้นๆ เองจากหลักฐานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการสืบพยานเพิ่มเติม หรือคัดพยานก็ได้ เพื่อให้ได้ข้อมูลที่เพียงพอต่อการวินิจฉัยถือว่าหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงเป็นของศาล อ้างใน พรเพชร วิชิตชลชัย. *กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.thaibar.thaigov.net>. [2556, มกราคม 9]

²⁷ นิกายโรมันคาทอลิก (Roman Catholic) เป็นนิกายดั้งเดิม โดยศาสนิกชนที่นับถือศาสนานี้เชื่อว่าลัทธิธรรมที่ตนนับถือและสถาบันที่ตนสังกัดสืบทอดมาจากพระเยซูคริสต์ ถือว่านิกายของตนเป็นศูนย์รวมของศาสนาคริสต์ที่มีมาตั้งแต่เริ่มต้น ประมุขของนิกายนี้เรียกว่า พระสันตะปาปา ประทับอยู่ ณ กรุงวาติกัน. อ้างใน ภิราณี คงเจริญ. *วิชาสังคมศึกษา ศาสนาและวัฒนธรรม* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.udom.ud.ac.th/files/teacher_media/004/chris. [2556, มีนาคม 7]

การควบคุมอาชญากรรมและการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ถือว่าเป็นภารกิจหลักที่สำคัญของกระบวนการยุติธรรม บ่อยครั้งที่กระบวนการยุติธรรมมักจะให้ความสำคัญกับความสำเร็จในแง่ของการปราบปรามอาชญากรรมในลักษณะของการสืบสวนสอบสวนเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องร้องเพื่อให้ศาลพิจารณาและพิพากษาลงโทษ โดยไม่ได้มองไปถึงประสิทธิภาพของระบบในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาปรับปรุงแก้ไข เพื่อให้สามารถปรับปรุงตัวเป็นคนดีกลับเข้าสู่สังคมได้อย่างมีคุณภาพ รวมไปถึงผลในเชิงยับยั้ง (Deterrence) เพื่อให้ผู้กระทำผิดนั้นไม่หวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก นอกจากนี้ กระบวนการยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพยังรวมถึงการทำให้ประชาชนเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายด้วยความเข้าใจในคุณค่าของหลักนิติธรรม (The Rule of Law)²⁸ ซึ่งถือว่าเป็นพื้นฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy) ที่ยึดถือหลักนิติธรรมเป็นใหญ่ กล่าวคือ รัฐนั้นจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย มีหน้าที่เคารพสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย รวมทั้งมีภารกิจในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือโดยบุคคลหรือองค์กรของรัฐเอง ผ่านกระบวนการยุติธรรมที่เป็นธรรมและเหมาะสม คำนึงถึงความสมดุลระหว่างหลักการควบคุมอาชญากรรมและหลักนิติธรรม อำนาจความยุติธรรมด้วยความเสมอภาค รวดเร็วและเป็นธรรม ซึ่งการอำนาจความยุติธรรม²⁹ ในที่นี้นอกจากจะหมายถึงการใช้บังคับกฎหมายซึ่งต้องดำเนินการอย่างเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติแล้ว ยังหมายถึง กระบวนการในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม ยึดถือหลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย (Equality before the Law) ดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า ความยุติธรรมที่ล่าช้า คือ ความไม่ยุติธรรม (Justice Delayed is Justice Denied) แต่ในความรวดเร็วนี้ต้องมีความรอบคอบด้วย เพราะความยุติธรรมที่เร่งรีบก็ถือเป็นความอยุติธรรม (Justice Hurried is Justice Buried)³⁰ เช่นเดียวกัน

²⁸ เอวี ไอดีซี (A.V. Dicey ค.ศ. 1835-1922) นักนิติศาสตร์ผู้เลื่องชื่อชาวอังกฤษได้อธิบายไว้ในหนังสือชื่อ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (The Law of Constitution) ว่าบุคคลทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นเจ้าพนักงาน ข้าราชการ หรือราษฎรสามัญชนก็ตาม สิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษยชนต้องได้รับการยอมรับนับถือ บุคคลทุกคนจะมีความผิดเมื่อได้กระทำการที่มีกฎหมายบัญญัติไว้และจักต้องได้รับการพิจารณาพิพากษาจากศาลสถิตยุติธรรมที่มีอำนาจอิสระและเด็ดขาดในการชี้ขาดตัดสินตามกฎหมายบ้านเมือง อ้างใน วารสารร่วมพฤษภ. (2550). ปีที่ 25 ฉบับที่ 3 มหาวิทยาลัยเกริก. หน้า 10.

²⁹ การอำนาจความยุติธรรม หมายถึง การช่วยเหลือประชาชนให้ได้รับความเป็นธรรมภายในกรอบของกฎหมาย โดยการปฏิบัติให้ผู้เสียหายและผู้ถูกกล่าวหาทุกฝ่ายได้รับความเสมอภาค อ้างใน กองสอบสวนและนิติการ. (2545). *คู่มือปฏิบัติงานพนักงานสอบสวนฝ่ายปกครอง*. โรงพิมพ์อาสาสมัครรักษาดินแดน กรมการปกครอง. หน้า 1

³⁰ อัครวิน วัฒนวิบูลย์ และคณะ. (2552). *การบูรณาการความรู้เชิงวิชาการและการปฏิบัติสู่การพัฒนานโยบายทางอาญา : ด้านการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม*. สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม. หน้า 58-59.

2.1.3 การบูรณาการในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม

การบูรณาการ หรือคำในภาษาอังกฤษว่า “Integration” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า “integral” โดยแนวคิดในการบูรณาการเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเกิดขึ้นจากผลกระทบจากอาชญากรรมที่มีลักษณะทวีความรุนแรงและขยายวงกว้างมากขึ้นจนกลายเป็นปัญหาระดับประเทศและสากล มีลักษณะเป็นเครือข่ายโยงใยข้ามชาติ ที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า อาชญากรรมข้ามชาติ ทำให้นานาประเทศต่างได้รับผลกระทบจากปัญหาดังกล่าว และให้ความสำคัญกับปัญหาจากองค์กรอาชญากรรม เพราะเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยภายในสังคม ทำให้ประชาชนหวาดกลัว การควบคุมสังคมโดยกฎหมายไม่ได้ผลเท่าที่ควร การรวมกำลังของหน่วยงานต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมมักยึดติดกับโครงสร้างเชิงอำนาจหน้าที่ของตน มีการทำงานแบบแยกส่วน ไม่มีการประสานความร่วมมือกันเท่าที่ควร ไม่ไว้วางใจซึ่งกันและกัน หวงแหนอำนาจหน้าที่ของตนไม่ยอมให้หน่วยงานอื่นเข้ามาก้าวล่วง ไม่ชอบการทำงานร่วมกับหน่วยงานอื่นในลักษณะเป็นการทำงานร่วมกัน นอกจากนี้ กฎหมายที่ใช้บังคับได้บัญญัติขึ้นบนพื้นฐานของการใช้ปราบปรามการกระทำความผิดที่กระทำโดยปัจเจกบุคคล (Individual)³¹ ไม่ได้บัญญัติขึ้นมาให้เหมาะสมกับการใช้ปราบปรามองค์กรอาชญากรรม ส่งผลให้ไม่สามารถดำเนินการกับองค์กรอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งนับวันองค์กรอาชญากรรมทั้งในประเทศและข้ามชาติมีการดำเนินกิจกรรมที่ผิดกฎหมายเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ โดยได้สร้างความเสียหายมากมาย หน่วยงานต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถดำเนินการได้โดยลำพัง จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือและประสานการปฏิบัติร่วมกับหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งภายในและระหว่างประเทศ ซึ่งการปราบปรามผู้มีอิทธิพลหรือองค์กรอาชญากรรมให้ได้ผลนั้น รัฐควรดำเนินการ ดังนี้

- 1) การบูรณาการด้านการสืบสวนและสอบสวนร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่ปราบปรามองค์กรอาชญากรรมเหมือนกันกับประเทศต่างๆ เพื่อให้การสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมได้ผลอย่างเต็มที่และไม่ถูกจำกัดพรมแดนอีกต่อไป
- 2) จัดให้มีการเก็บวิเคราะห์ (Analysis) เกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญา ข้อมูลประวัติอาชญากรรมและการให้ข้อมูลในการเปลี่ยนแปลงในด้านต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรม รวมทั้งการแลกเปลี่ยนข้อมูลและประวัติอาชญากรรมซึ่งกันและกัน

³¹ ปัจเจกบุคคล (Individual) หมายถึง ลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล ที่รวมถึงอุปนิสัยใจคอ ทัศนคติ ความรู้สึกนึกคิด และสติปัญญา (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.nmt.ac.th/home/siripun_media/sr-9.ppsx. [2556, กรกฎาคม 23]

3) จัดตั้งหน่วยงานพิเศษ (Special Agencies) เป็นการถาวร เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมเป็นการเฉพาะ โดยรวมผู้เชี่ยวชาญที่มีความชำนาญด้านต่างๆ ที่จำเป็นดำเนินคดีอาญากับองค์กรอาชญากรรมเข้าไว้ด้วยกัน โดยให้ทำงานร่วมกันอย่างเป็นระบบ สามารถดำเนินการกับอาชญากรรมในลักษณะที่เป็นมืออาชีพ มีการพัฒนาทักษะความชำนาญของเจ้าหน้าที่ในการป้องกันปราบปรามองค์กรอาชญากรรม ตลอดจนพัฒนาเครื่องมือที่ทันสมัย เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังได้มีการให้ความร่วมมือเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการก่อการร้าย³² ในระดับประเทศ เช่น กรณีขององค์การตำรวจสากล (Interpol) ซึ่งปัจจุบันมีสมาชิกอยู่ 18 ประเทศ ได้สร้างความร่วมมือด้านข้อมูลและความสัมพันธ์ในการใช้บังคับกฎหมายในด้านการป้องกันและปราบปรามการก่อการร้าย ใน ค.ศ. 2002 เพื่อช่วยเหลือกันในการสืบสวนสอบสวนการก่อการร้ายของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป (European Union: EU) ประกอบไปด้วยสหราชอาณาจักร (United Kingdom: UK) สาธารณรัฐฝรั่งเศส (Republic of France) สาธารณรัฐฟินแลนด์ (Republic of Finland) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany) สาธารณรัฐโปรตุเกส (Republic of Portugal) และสาธารณรัฐสโลวีเนีย (Republic of Slovenia) มีการร่วมมือกันอย่างใกล้ชิดในการต่อต้านลัทธิการก่อการร้าย โดยได้ร่วมมือกันตั้งแต่ ค.ศ. 1997 โดยมีการตกลงร่วมกันในเรื่องของการดักฟังโทรศัพท์ และการตรวจสอบอีเมลเพื่อติดตามการติดต่อของผู้ต้องสงสัย ซึ่ง EU ได้กำหนดยุทธศาสตร์ในการต่อต้านก่อการร้ายเมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 2005 ในประเด็นสำคัญ คือ การป้องกันและปราบปรามการถูกโจมตีจากผู้ก่อการร้าย การออกกฎหมายเพื่อการค้นหาพยานหลักฐาน และการส่งหลักฐานให้แก่กัน การออกกฎหมายบังคับให้บริษัทที่ให้บริการโทรศัพท์และอินเทอร์เน็ตร่วมกับทางราชการในการดักฟังโทรศัพท์ นอกจากนี้ EU ยังตกลงกันในกรณีการออกหมายจับผู้ต้องสงสัยให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ทั้งยังมีการกำหนดรูปแบบการประสานงานเกี่ยวกับการดำเนินการกับผู้ก่อการร้าย โดยได้มีการจัดตั้งหน่วยงานตำรวจคล้ายกับ INTERPOL ขึ้นมา โดยเรียกว่า EUROPOL ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจสอบหนังสือเดินทาง การตรวจลายนิ้วมือของบุคคลในบัญชีดำหรือผู้ต้องสงสัย โดยมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลผู้โดยสารสายการบิน การออกกฎหมายปราบปราม การฟอกเงิน การจัดตั้งหน่วยข่าวกรองด้านการเงิน (Financial Intelligence Unit) ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป และได้มีการจัดตั้งหน่วยงานกลางในด้านการตรวจคนเข้าเมืองและควบคุมชายแดน ของสหภาพยุโรป

³² Comprehensive Convention on International Terrorism มาตรา 2 การก่อการร้าย หมายความว่า การกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เจ็ญว่าจะกระทำการดังกล่าวเพื่อดำเนินการตามแผนการซึ่งมุ่งหมายที่จะทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว หรือขู่ว่าจะทำร้ายประชาชนหรือเป็นการทำอันตรายต่อชีวิต ชื่อเสียง เสรีภาพ ความปลอดภัย หรือสิทธิของประชาชน หรือการกระทำอันตรายต่อทรัพย์สินหรือหน่วยงานระหว่างประเทศ

(FRONTEX) โดยประเทศต่างๆ จะมีการซักซ้อมการทำงานร่วมกัน เพื่อให้การทำงานมีความคล่องตัว และมีประสิทธิภาพ

ในส่วนของประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีหรือสมาชิกในสัญญาความร่วมมือที่เกี่ยวกับการก่อการร้ายและอาชญากรรมที่สำคัญ มีดังนี้

- 1) อนุสัญญาว่าด้วยความผิดและการกระทำอื่นๆ บางประการที่กระทำบนอากาศยาน ณ กรุงโตเกียว ค.ศ. 1963 (Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, signed at Tokyo on 14 September 1963)
- 2) อนุสัญญาเพื่อปราบปรามการยึดอากาศยานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ณ กรุงเฮก ค.ศ. 1970 (Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at the Hague on 16 December 1970)
- 3) อนุสัญญาเพื่อปราบปรามการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายต่อความปลอดภัยของการบินพลเรือน ณ นครมอนทรีออล ค.ศ. 1971 (Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, signed at Montreal on 23 September 1971)
- 4) อนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินต่อกลุ่มก่อการร้าย ค.ศ. 1999 (International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism 1999)
- 5) พิธีสารเพื่อการปราบปรามการกระทำรุนแรงอันมิชอบด้วยกฎหมาย ณ ท่าอากาศยาน ซึ่งให้บริการการบินพลเรือนระหว่างประเทศ เพิ่มเติมอนุสัญญาเพื่อปราบปรามการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายต่อความปลอดภัยของการบินพลเรือน ณ นครมอนทรีออล ค.ศ. 1988 (Protocol on the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, signed at Montreal on 24 February 1988)

2.2 กระบวนการยุติธรรมทางอาญา

แนวคิดเรื่องความยุติธรรมนั้นจะเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย แต่ยังคงอยู่ในลักษณะที่มีความหมายหลากหลาย ดังนี้

ประมวลกฎหมายฮัมบูราบี (The Code of Humberabi) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่เก่าแก่ที่สุดในโลก โดยเน้นถึงความเท่าเทียมกัน ได้กำหนดหลักเกณฑ์ประเภทหนึ่งเรียกว่า หลักตาต่อตา ฟันต่อฟัน (an Eye for an Eye, a Tooth for a Tooth)³³

³³ พเยาว์ ศรีแสงทอง. (2554). *การลงโทษและแก้ไขผู้กระทำผิด*. กรุงเทพฯ: จรัสสินทวงศ์. หน้า 2.

โสกราตีส (Socrates) ไม่ได้กล่าวถึงความยุติธรรม (Justice) ไว้โดยตรง แต่ได้เน้นที่คุณธรรม (Morality) การมีชีวิตที่ดีมีความสุข ซึ่งจะต้องประกอบด้วยคุณธรรม 5 ประการ ได้แก่ ปัญญา (Wisdom) ความกล้าหาญ (Courage) การควบคุมตัวเอง (Temperance) ความยุติธรรม (Justice) และการปฏิบัติหน้าที่ทางศาสนา (Relation) ความยุติธรรมในที่นี้ หมายถึง การแสดงออกในรูปของการกระทำที่เคารพสิทธิของผู้อื่น และการไม่ยอมทำตามความชั่วต่อผู้อื่น แม้ว่าผู้หนึ่งจะทำอันตรายแก่ตน

เพลโต (Plato)³⁴ ได้ให้ความหมายของความยุติธรรม (Justice) ไว้ในหนังสือปรัชญาชื่อ อุดมรัฐ (Republic) ว่าความยุติธรรม คือ การให้ทุกคนตามส่วนที่พึงได้รับ เนื่องจากคนแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ ราชา (King) ทหาร (Soldier) และสามัญชน (Rabble) ซึ่งแต่ละกลุ่มทำหน้าที่แตกต่างกัน ดังนั้นควรได้รับผลตอบแทนแตกต่างกันจึงจะถือว่ายุติธรรม

อริสโตเติล (Aristotle)³⁵ ศิษย์เอกของเพลโต เป็นผู้นำเอาความคิดเรื่องความยุติธรรมของโสกราตีสและเพลโตมาปรับใช้ โดยได้แบ่งความยุติธรรมออกเป็น 2 ประเภท คือ (1) ความยุติธรรมโดยทั่วไป และ (2) ยุติธรรมเฉพาะ โดยได้อธิบายว่าความยุติธรรมนั้น ได้แก่

- 1) ความยุติธรรมที่คำนึงถึงสัดส่วนการแบ่งส่วนปันส่วน (Distributive Justice)
- 2) ความยุติธรรมที่เน้นการแก้ไขหรือชดเชยส่วนที่ขาดหาย (Corrective or remedial Justice)
- 3) ความยุติธรรมที่ยึดการแบ่งอย่างเท่าเทียมกันในการแลกเปลี่ยน (Commutative Justice)

ความยุติธรรม (Justice) อาจหมายถึง ความเที่ยงธรรม (Fairness) ความชอบธรรม (Righteousness) ความชอบด้วยเหตุผล (Reasonable)³⁶

ความยุติธรรมทางกฎหมาย (Justice according to the Law) คือ กฎหมาย (Laws) นั้น จะต้องมีความชอบธรรม (Legitimacy) โดยการใช้ดุลพินิจของผู้ใช้บังคับกฎหมาย เป็นการแก้ไขคุณลักษณะที่ตายตัว (Rigidity) และลดความแข็งกระด้างของกฎหมายในการใช้บังคับกฎหมายของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม หากกฎหมายขัดแย้งกับความยุติธรรมในลักษณะที่ตัวบทกฎหมายที่ถูกบังคับขึ้นไว้อย่างไม่ยุติธรรมหรือการที่ผู้ใช้บังคับกฎหมายปรับใช้ตัวบทกฎหมายที่ยุติธรรมอย่างไม่เป็นธรรม

³⁴ เพลโต เกิดเมื่อ 427 ปีก่อนคริสต์ศักราช ที่กรุงเอเธนส์ (Athens) ประเทศกรีซ (Greece) และได้เสียชีวิตเมื่อ 347 ปีก่อนคริสต์ศักราช เป็นผู้เขียนมหาคัมภีร์ทางรัฐศาสตร์ชื่อ “The Republic” หรือ “อุดมรัฐ” (อุ-ตะ-มะ-รัด) หรือรัฐในอุดมคติ อ้างใน กิตติพัฒน์ สุวรรณศิริเมธี. (2550). เอกสารประกอบวิชาปรัชญาการเมืองตะวันตก มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.mcu.ac.th/site/articlecontent_desc.php. [2556, มีนาคม 8]

³⁵ อริสโตเติล เกิดเมื่อ 384 ปีก่อนคริสต์ศักราช และได้เสียชีวิตเมื่อ 322 ปีก่อนคริสต์ศักราช เป็นบุตรของนิโคมาคัส (Nicomachus) ซึ่งเป็นแพทย์ประจำราชสำนัก เขาได้รับการถ่ายทอดศาสตร์ต่างๆ ซึ่งส่วนใหญ่มาจากบิดา ต่อมาได้เข้าเรียนที่สำนักอะคาเดมี (Academy) กรุงเอเธนส์.

³⁶ พจนานุกรม ฉบับประมวลสมัย. (2555). กรุงเทพฯ: พีเอ็นเอ็น กรุ๊ป. หน้า 349.

(Misconduct) การใช้ดุลพินิจจะเป็นการบรรเทาความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นได้ ซึ่งในหลักการพื้นฐานต้องยึดไว้ในหลักความยุติธรรม

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา หรือระบบงานยุติธรรมทางอาญา เป็นคำที่แปลมาจากคำว่า Criminal Justice Process หรือ Criminal Justice System ซึ่งถือว่าเป็นเครื่องมือที่สังคมใช้เพื่อควบคุมมาตรฐานความประพฤติที่จำเป็นในการปกป้องบุคคลและชุมชน ระบบงานนี้เกี่ยวกับการปฏิบัติการจับกุม ฟ้องร้อง พิจารณา และพิพากษาสมาชิกในชุมชนที่ละเมิดกฎหมายเบื้องต้นที่บัญญัติไว้³⁷ ดังนั้นกระบวนการยุติธรรม จึงหมายถึง แบบแผนของการดำเนินงานเพื่อให้ความยุติธรรมแก่ผู้กระทำผิดต่อกฎหมายและให้ความยุติธรรมแก่สังคม ซึ่งหน้าที่หลักของกระบวนการยุติธรรม คือ การป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมและปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดกฎหมายอย่างเป็นธรรม

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice Process) หมายถึง การดำเนินกิจการของหน่วยงานต่างๆ ในการปรับใช้กฎหมายทางอาญา เช่น ตำรวจ (Police) อัยการ (Public Prosecutor) ศาล (Court) และราชทัณฑ์ (Penitentiary) อำนาจความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในการปฏิบัติตามกฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการวินิจฉัยชี้ขาดให้เป็นไปตามกฎหมายและมีการลงโทษผู้กระทำผิดอย่างเฉียบขาด ทำให้การปราบปรามอาชญากรรมมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการชั้นสืบสวน (Inquiry) สอบสวน (Investigate) พิจารณา (Consider) พิพากษา (Judge) หรือบังคับคดี (Execution) หรือกระบวนการอื่นใด (Other Processes) นั้น จะต้องดำเนินการให้เกิดความยุติธรรมในสังคม³⁸

2.2.1 รูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ในสังคมประชาธิปไตยนั้น ประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรมมิใช่เป้าหมายเพียงประการเดียวของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากแต่มีสิ่งสำคัญอย่างเท่าเทียมกัน คือ การให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาอย่างเพียงพอ คำกล่าวนี้ แม้จะได้รับการยอมรับในทางวิชาการ แต่ก็มักก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเสมอ เนื่องจากเกิดความขัดแย้งของค่าอันเป็นพื้นฐานของระบบความยุติธรรมทางอาญา 2 ประการ อันได้แก่

- 1) ค่าของสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล
- 2) ค่าประสิทธิภาพในการใช้บังคับกฎหมาย

ทั้งนี้ ผู้ถูกกล่าวหาในอารยประเทศจะต้องได้รับปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและโดยยุติธรรม ในขณะที่เดียวกันสังคมก็มีสิทธิอันชอบธรรมที่จะจับกุมและนำผู้กระทำผิดมาลงโทษ

³⁷ The President's Crime Commission, 1967 อ้างใน ประชัช เปี่ยมสมบูรณ์. (2535). *การพัฒนากระบวนการยุติธรรม*. NIDA

³⁸ ประชัช เปี่ยมสมบูรณ์ และคณะ. (2531). *อาชญากรรมพื้นฐานและกระบวนการยุติธรรม*. กรุงเทพฯ: พระนคร. หน้า 99.

ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นการยากสำหรับผู้บัญญัติกฎหมายและกำหนดนโยบายที่จะสร้างความสมดุลอย่างเหมาะสมระหว่างค่า 2 ประการดังกล่าว

นักอาชญาวิทยาชาวอเมริกัน (American Criminologist) ได้ให้คำจำกัดความถึงรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่แตกต่างกันอย่างตรงข้ามไว้ว่า มีอยู่ 2 รูปแบบ³⁹ คือ

1) รูปแบบที่มุ่งการควบคุมอาชญากรรมเป็นสำคัญ (The Crime Control Model)

รูปแบบนี้ถือว่าการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหน้าที่อันสำคัญที่สุดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การที่จะรักษาความสงบสุขเรียบร้อยของสังคมไว้ได้จะต้องมีการควบคุมอาชญากรรมอย่างเคร่งครัด กระบวนการดำเนินการต้องเป็นไปอย่างรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ แนวคิดรูปแบบนี้เน้นหลักการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมอย่างเต็มที่ ส่วนเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นถือว่าเป็นเรื่องรองลงไป

2) รูปแบบที่ยึดถือกฎหมายเป็นสำคัญ (The Due Process Model)

รูปแบบนี้ยึดถือกฎหมายเป็นสำคัญ บางครั้งก็เรียกว่ารูปแบบที่ยึดถือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม ซึ่งความหมายแห่งถ้อยคำต่างก็ใกล้เคียงกัน รูปแบบกระบวนการนิติธรรมนี้เป็นรูปแบบที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ ดังนั้น อำนาจของเจ้าพนักงานและกระบวนการของรัฐจะถูกควบคุมและต่อต้านการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ แต่ต้องมีการจำกัดอำนาจของรัฐ (Limitation of State Power) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ารูปแบบนี้มีค่านิยมในเรื่องความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมที่ตรงข้ามกับรูปแบบแรก

เมื่อพิจารณาแนวคิดของรูปแบบทั้งสองแล้วจะเห็นได้ว่าต่างก็มีเป้าหมายหลักที่ตรงกัน คือ มุ่งที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคมส่วนรวม แต่วิถีทางที่จะนำไปสู่เป้าหมายหลักนั้นแตกต่างกัน ซึ่งความแตกต่างระหว่างความคิดของทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมและการควบคุมอาชญากรรมอยู่ที่วิธีปฏิบัติหรือวิธีพิจารณาความ (Procedure) ในทางทฤษฎีความคิดทางด้านการควบคุมอาชญากรรมอาจเป็นผลทำให้สังคมยอมรับการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่บางประการ เช่น การจับกุมโดยมิชอบ การค้นโดยมิชอบ การสอบสวนโดยใช้กำลังบังคับขู่เข็ญ ล่อลวงหรืออื่นๆ ส่วนกระบวนการนิติธรรมจะเน้นทางด้านข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้ในกรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือละเมิดกฎหมาย ศาลอาจใช้ดุลพินิจให้ปล่อยตัวจำเลยหรือให้พิจารณาคดีใหม่ได้ ในการแยกรูปแบบของกระบวนการทางอาชญากรรมออกเป็น 2 รูปแบบดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่า ไม่มีระบบกฎหมายของประเทศใดที่ปฏิบัติตามแนวความคิดของรูปแบบทั้งสองนี้เพียงแต่อย่างหนึ่งอย่างเดียว

³⁹ Herbert Packe, 1968, pp. 149-173. อ้างใน สุรนาท วงศ์พรหมชัย. (2551). *การตรวจทางนิติวิทยาศาสตร์กับพยานหลักฐานในคดีอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 47.

2.2.2 การสอบสวนคดีอาญาตามกระบวนการยุติธรรม

การสอบสวน (Investigate) เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเป็นกระบวนการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม และมีวัตถุประสงค์เพื่อนำตัวบุคคลที่กระทำผิดกฎหมายอาญามาพิจารณาลงโทษ หรือแก้ไข บำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี โดยมีการเยียวยาเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายใน และมีระบบการคุ้มครองพยานเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมก็จะต้องมีการดำเนินการสอบสวน ซึ่งการสอบสวนโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจะเริ่มขึ้นก็ต่อเมื่อได้มีการสืบสวนข้อเท็จจริงเสียก่อน การสืบสวน (Inquiry) กฎหมายให้คำนิยามไว้ว่า คือ การแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติตามอำนาจและหน้าที่เพื่อรักษาความสงบและเรียบร้อยของประชาชนและเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งการกระทำผิด⁴⁰ ดังนั้น เมื่อการสอบสวนได้ความมีมูลว่ามีผู้กระทำความผิด หน้าที่ของพนักงานสอบสวนจะเริ่มทำการสอบสวน ซึ่งกฎหมายให้อำนาจที่จะทำการในที่ใด เวลาใด แล้วแต่จะเห็นสมควร โดยผู้ต้องหาไม่จำเป็นจะต้องอยู่ด้วย⁴¹ ทั้งนี้ พนักงานสอบสวนต้องรวบรวมหลักฐานทุกชนิดที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติกรรมต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่มีการกล่าวหา เพื่อที่จะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา⁴² ตามกรอบกระบวนการยุติธรรมและกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าวไว้ ไม่ว่าจะเป็นพนักงานอัยการซึ่งอาจจะมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินคดีดังกล่าวหรืออาจจะมีอำนาจสืบสวนและสั่งฟ้องคดีเองได้ ซึ่งปรากฏอยู่ในบางประเทศหรืออาจมีเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีอำนาจสืบสวนสอบสวนและเสนอความเห็นควรสั่งฟ้องคดีต่อพนักงานอัยการ โดยการค้นหาความจริงนั้นอยู่ภายใต้หลักการใน 2 ทฤษฎี ดังนี้

1) ทฤษฎีหลักค้นหาความจริง (Truth Finding Theory)

การดำเนินคดีอาญาในชั้นสอบสวนมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อระบบการดำเนินการยุติธรรมทางอาญา เพราะว่าเป็นขั้นตอนแรกที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาได้

⁴⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 2 (10) การสืบสวน หมายความว่า การแสวงหาข้อเท็จจริงและ หลักฐานซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจ และหน้าที่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด

⁴¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 130 ให้เริ่มการสอบสวนโดยมิชักช้า จะทำการในที่ใด เวลาใดแล้วแต่จะเห็นสมควร โดยผู้ต้องหาไม่จำเป็นต้องอยู่ด้วย

⁴² มารุต บุญนาค. (2550). *สิทธิขั้นพื้นฐานในคดีอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 45-46.

ดังนั้น ทุกองกรณ์ของรัฐที่เกี่ยวข้องในขั้นนี้ ซึ่งประกอบด้วย พนักงานสอบสวน (Inquiry official) และพนักงานอัยการ (Prosecutor) จะต้องร่วมมือในการค้นหาความจริง หรือกลับกรองข้อมูลคดีเบื้องต้นให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยจะต้องไม่มุ่งหวังที่จะไปค้นหาความจริงแต่เพียงในชั้นพิจารณาของศาลเท่านั้น เพราะหากว่าในชั้นก่อนการพิจารณาของศาลนี้มีการดำเนินการมาอย่างบกพร่องแล้ว ในชั้นพิจารณาของศาลก็อาจแก้ไขอะไรได้ไม่มากนัก ผลที่ตามมาก็คือ ความเป็นธรรมในกระบวนการยุติธรรมอาจไม่เกิดขึ้น เพราะเหตุว่าแม้ศาลเองเมื่อทำการพิจารณาพิพากษาคดีก็ต้องอาศัยพยานหลักฐานที่ได้จากกระบวนการในชั้นสอบสวนเป็นข้อเท็จจริงประกอบด้วยเสมอ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากระบวนการในชั้นสอบสวนมีความสำคัญเป็นอย่างมากในอันที่จะรักษาความบริสุทธิ์ยุติธรรมให้เกิดขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้ การดำเนินคดีอาญาในชั้นสอบสวนหรือในชั้นก่อนการพิจารณาคดีของศาลจึงจะต้องทำการค้นหาความจริงของคดีที่มีความถูกต้องและชอบธรรมเป็นอย่างดีที่สุดเสมอ เพราะหากว่าการดำเนินกระบวนการของเจ้าพนักงานได้กระทำโดยมิได้ปฏิบัติหรือละเลยต่อหลักค้นหาความจริงแล้ว สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหา (the Accused) ก็อาจถูกกระทบกระเทือนได้และผู้กระทำความผิดที่แท้จริงอาจหลุดรอดพ้นจากการถูกลงโทษตามกฎหมาย ผลสุดท้ายที่จะตามมาก็คือความล้มเหลวในการใช้บังคับกฎหมายอาญา ซึ่งจะไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพ (Efficiency) ต่อระบบการดำเนินคดีอาญาในกระบวนการยุติธรรม ทฤษฎีหลักค้นหาความจริง จึงหมายความว่าถึงการค้นหาข้อเท็จจริงหรือหลักฐานของคดี เพื่อให้ได้ข้อยุติตามความเป็นจริง แม้ข้อเท็จจริงหรือหลักฐานนั้นจะเป็นผลดีหรือผลร้ายแก่ผู้ถูกกล่าวหาก็ตาม เจ้าพนักงานนั้นก็ต้องนำเข้ามาในคดีเพื่อพิสูจน์ความจริง

2) ทฤษฎีหลักเหตุผล (Rational Theory)

เมื่อพนักงานสอบสวน⁴³ ได้ทำการสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดซึ่งเป็นพยานหลักฐาน (Evidence) ที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นประโยชน์ต่อคดี โดยสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลได้แล้ว ไม่ว่าจะ เป็นพยานหลักฐานที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหา กล่าวได้อ้างเข้ามาในคดี หรือเจ้าพนักงานสืบค้นเข้ามาในคดีอาญาเอง หรือเป็นพยานหลักฐานที่บุคคลภายนอกส่งเข้ามาในคดีก็ตาม พนักงานสอบสวนก็ต้องคำนึงถึงความเป็นเหตุเป็นผลของพยานหลักฐานที่ได้มานั้นด้วยว่าเป็นพยานหลักฐานที่ถูกต้อง (Proper Evidence) หรือสามารถค้นหาความจริงของคดีได้ โดยจะต้องนำพยานหลักฐานต่างๆ นั้น มาพิจารณาถึงผลแห่งรูปคดีว่าที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วนั้น มีความสอดคล้องหรือเชื่อมโยงและสมเหตุสมผลต่อกันและกันมากน้อยเพียงไร ถึงแม้พยานทุกปากจะให้การสอดคล้องกันก็ตาม จะต้องพิจารณาว่ามีความสอดคล้องกับเหตุและผล และจะต้องทำ การไต่ตรองอย่างละเอียดรอบคอบ โดยต้องพิจารณาถึงเหตุผลประกอบด้วยเสมอ

⁴³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

2.2.3 การรวบรวมพยานหลักฐานกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) อาจถือได้ว่าเป็นมูลฐานหนึ่งของสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ซึ่งหมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนย่อมได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา คุณวุฒิ อายุ หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล ในความหมายนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น จึงหมายถึง ลักษณะบางประการที่สร้างออกมาเป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ในการกำหนด ความรับผิดชอบของตนเองและที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น⁴⁴ นอกจากนี้ ยังมีผู้ให้ความเห็นไว้อีกว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง สิ่งที่เป็นคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มี อยู่ในตัวของบุคคลทุกคน⁴⁵ และในทางทฤษฎีกฎหมายของประเทศหรือรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesrepublik Deutschland) หรือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส (République Française) ต่างก็ถือว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เป็นรากฐานอันเป็นที่มาของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงและเป็นแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐ ไม่อาจใช้อำนาจล่วงละเมิดเข้าไปในขอบเขตดังกล่าวได้ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี หรือที่เรียกกันว่า กฎหมายพื้นฐานสำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ลงวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1949 (Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23 May 1949) ซึ่งได้บัญญัติหลักกฎหมาย ในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 1 (1) ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจถูกล่วงละเมิด การให้ความเคารพและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ถือเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁴⁶ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์แห่งสาธารณรัฐเยอรมนีได้มีคำวินิจฉัยยอมรับว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึง เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทหนึ่ง แม้ว่าจะมิได้บัญญัติเนื้อหาไว้อย่างชัดเจนเหมือนสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานของ สิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญใหม่*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 85.

⁴⁵ มานิตย์ จุมปา. (2547). *คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540* (แก้ไขครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 57.

⁴⁶ Article 1 Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights

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

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.

แต่เจ้าหน้าที่รัฐทั้งหลายต้องผูกพัน โดยให้ความเคารพและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น เพราะเป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนุญ จากการยอมรับสถานะดังกล่าวนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิโดยตัวเอง อยู่ในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทหนึ่งที่ใช้อำนาจของรัฐจะล่วงละเมิดมิได้ และประการที่สอง คือ มาตรการในการวินิจฉัย เชงคุณค่าอันแสดงถึงการกระทำอื่นๆ เพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการบัญญัติรับรองไว้แล้วนั้นสามารถบรรลุถึงเป้าหมายได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ อันเป็นการเพิ่มหลักประกันที่จะมิให้มีการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว⁴⁷ ดังจะพิจารณาได้จากหลักสากลในเรื่องของมาตรฐานองค์การสหประชาชาติว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ได้ถือเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งสำคัญสูงสุดที่รัฐจะต้องคำนึงถึงก่อนเสมอซึ่งการแสวงหาพยานหลักฐานในหลักสากลเองก็เป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไปที่การดำเนินการทั้งหลายของเจ้าพนักงานของรัฐ โดยเฉพาะการใช้อำนาจของรัฐ (Exercise of State Power) เป็นสิ่งสำคัญที่สุดที่รัฐจะต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย ในการใช้วิธีการใดๆ ซึ่งรวมถึงการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการทรมาน (Torture) การขู่เข็ญ (Threaten) หรือการกระทำใดๆ ที่เป็นการลดคุณค่าของความเป็นมนุษย์ เช่น การทรมานผู้ต้องหา ขู่เข็ญบังคับล่อลวงให้จำยอมเพื่อให้รับสารภาพ หรือเพื่อให้ผู้ต้องหาบอกที่ซ่อนของกลาง หรือเพื่อที่จะขยายผลของคดี⁴⁸ เหล่านี้เป็นสิ่งที่องค์กรของรัฐจะต้องงดเว้น โดยเด็ดขาด

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น เป็นคุณค่าที่มีอยู่ในมนุษย์ทุกคน โดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไข ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ ศาสนาใด ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายภายในของประเทศไทยที่ได้วางหลักการดังกล่าวนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ใช้บังคับในขณะนี้ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง และมาตรา 26 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า การใช้อำนาจของรัฐ โดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ รวมทั้งมาตรา 29 ยังได้บัญญัติว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

⁴⁷ อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด ถึงคะเนติ. (2544). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ. 2540*. กรุงเทพฯ: นานา. หน้า 11-12.

⁴⁸ สุโรจน์ จันทรพิทักษ์. (2550). *จับ คั่น ขัง และการปล่อยชั่วคราว*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 11.

เมื่อกล่าวถึงสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองแก่นุคคลทุกคนโดยมิได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ใด เชื้อชาติใด ศาสนาใด หากบุคคลดังกล่าวได้อยู่ในอำนาจแห่งพื้นที่ที่มีการใช้บังคับรัฐธรรมนูญนั้น บุคคลทุกคนก็ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญด้วยเสมอ จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ เป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ และด้วยเหตุผลเดียว คือ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่เสมอ เมื่อเกิดขึ้นมาในโลกโดยไม่ขึ้นอยู่กับเชื้อชาติ หรือศาสนาใด ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงมีลักษณะคล้ายกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)

หากพิจารณาในแง่ที่ว่า ประชาชนนั้นเป็นที่มาของอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ซึ่งหมายถึงอำนาจที่ไม่อาจจำกัดได้ (Pouvoir sans Limite) แต่อำนาจของประชาชน (Pouvoir du Peuple) เช่นว่านี้หาใช่จะใช้ อำนาจดังกล่าวโดยไม่มีขอบเขตจำกัดไม่ และในทางตรงกันข้าม ประชาชนทั้งหลายนั้นจะต้องให้ความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐาน (Les Droits de l'homme et les Libertés fondamentales) ทั้งนี้ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดหลักสิทธิมนุษยชนนั้นย่อมถือเป็นหลักประกันที่ทุกคนจะต้องให้ความเคารพด้วยเช่นกัน⁴⁹

เมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ (Rights) และเสรีภาพ (Liberties) ของบุคคล ได้มีผู้ให้ความเห็นว่า สิทธิ (Rights) หมายถึง อำนาจที่มีกฎหมายได้รับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตและร่างกาย กล่าวคือ สิทธิเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลคนหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือหลายคนกระทำการหรือละเว้นกระทำการบางอย่างหรือบางประการเพื่อให้เกิดประโยชน์⁵⁰ นอกจากนี้ยังมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน (Public Law) อย่างหนึ่งที่หมายถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Constitution) ในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้ การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด ซึ่งการให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐ ต้องมิให้มีการแทรกแซงในขอบเขตแห่งสิทธิของตน และบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงอาจจะกล่าวได้ว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Rights under the Constitution) เป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคล (Individual) กับรัฐ (State) ซึ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจจะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง คุ้มครอง

⁴⁹ V. Michel Troper. (1990). "Justice constitutionnelle et démocratie". *Revue française de droit constitutionnel*. n° 1. p. 31 et s.

⁵⁰ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21.

เสรีภาพ (Liberties) หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นอันเป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยว ชัดขวาง เสรีภาพจึงหมายถึง อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง ซึ่งอำนาจนี้บุคคลย่อมสามารถเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเองตามปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นประโยชน์ที่บุคคลได้มาโดยปราศจากหน้าที่ในทางกฎหมายใดๆ ต่อตนเอง เป็นสิ่งที่บุคคลอาจกระทำได้โดยจะไม่ถูกป้องกันและขัดขวางโดยกฎหมาย⁵¹

การที่รัฐจะใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น รัฐจะต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ซึ่งถือได้ว่าเป็นพื้นฐานอย่างหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ ซึ่งได้ผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนที่มาจากประชาชนตามหลักความชอบธรรมในระบบประชาธิปไตย จึงสามารถที่จะกระทำได้ ดังนั้น การใช้อำนาจแสวงหาพยานหลักฐาน โดยเจ้าหน้าที่รัฐจึงจำเป็นที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวอย่างรอบคอบอยู่เสมอ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามขอบเขตและกฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจนั้นไว้ โดยเคร่งครัด เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมไม่มีสิทธิหรืออำนาจใดต่อการก้าวล่วงไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล หากไม่มีกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ โดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่อาจจะถูกกระทบจากการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานรัฐ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย (Freedom of the Body) เคหสถาน (Habitat) การสื่อสาร (Communication) หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Privacy)⁵²

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) หลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ตลอดจนถึงหลักในเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากที่สุดในการบวนยุติธรรมทางอาญา หรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าสิทธิมนุษยชนในการกระบวนยุติธรรมทางอาญานั้น ถือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับ

⁵¹ ปัญญา ดาวจรัสแสงชัย. (2546). *กฎหมายกับสังคม*. ภาคสังคมศาสตร์ สถาบันเทคโนโลยีราชมงคล. (ม.ป.ท.) หน้า 90.

⁵² ปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ข้อ 12 การเข้าไปสอดแทรกโดยพลการในกิจส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน การส่งข่าวสาร ตลอดจนการโจมตีต่อเกียรติยศและชื่อเสียงของบุคคลนั้นจะทำได้ ทุกๆ คนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการแทรกสอดและโจมตีดังกล่าว

Universal Declaration of Human Rights

Article 12 No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy family home or correspondence nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยหากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศใดหรือที่ใดก็ตาม หากปราศจากการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นแล้ว ย่อมไม่อาจเรียกได้ว่า เป็นกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่จะเป็นได้ก็แค่เพียงกระบวนการดำเนินคดีทางอาญา หรือกระบวนการลงโทษทางอาญาเท่านั้น⁵³ เพราะหากเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมนั้นได้แสวงหา พยานหลักฐานที่มีลักษณะเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพบุคคล โดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ หรือกระทำการเกินขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดให้อำนาจไว้ เช่น การที่เจ้าพนักงานได้ทำการสืบค้น เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในเคหสถานของบุคคล โดยไม่มีหมายของศาล (Interpretation of the court) หรือการเข้าตรวจค้นบุคคล โดยที่ไม่มีเหตุอันควรสงสัย (Reasonable Doubt) หรือการดักฟังโทรศัพท์ ของบุคคลอื่น โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ (Legal Authority) หรือการบังคับให้บุคคลใดให้การ หรือให้ ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อรูปคดีด้วยวิธีการทรมานหรือบังคับโดยวิธีอื่นใด หรือการบังคับให้บุคคลเข้า เครื่องจับเท็จ การกระทำความดังกล่าวย่อมได้ชื่อว่าเป็นการที่รัฐได้กระทำละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิมนุษยชนของบุคคล โดยผลจากการกระทำความดังกล่าวนั้น สิ่งก็ตามมาก็คือ ปัญหาในเรื่องของ การรับฟังพยานหลักฐาน หรือสิ่งที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นตัวแทนรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการได้มาเพราะมีการแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพใน ร่างกาย ทรัพย์สิน เคหสถาน การติดต่อสื่อสาร หรือสิทธิของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำโดยไม่สมัครใจ ในเอกสิทธิ์ของบุคคลที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็น คดีอาญา⁵⁴ หรือสิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารในอันที่จะไม่ถูกกักหรือดักฟังโดยมิชอบ⁵⁵

⁵³ ชาติ ชัยเดชสุริยะ. (2549). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทาง อาญา*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 1.

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

๑๓๑

๑๓๑

4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่ เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง

⁵⁵ ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน

ข้อ 17

1) บุคคลจะถูกแทรกสอดในความเป็นอยู่ส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสาร โดย พลังการหรือมิชอบด้วยกฎหมายหาได้ไม่ และจะถูกกลบเกลี่ยรศและชื่อเสียงเกียรติคุณ โดยมิชอบด้วยกฎหมาย หาได้ไม่เช่นกัน

2.3 หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา

The Exclusionary of Evidence หรือหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบอันเป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาหลักการนี้ขึ้นมาจากบรรทัดฐานของคำพิพากษา (Case Law) โดยการอ้างอิงกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองและประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงาน ศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานใดๆ ที่ได้มาจากการที่เจ้าพนักงานนั้นได้ละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญ⁶⁶

2.3.1 ความเป็นมาของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) บัญญัติว่า สิทธิของบุคคลที่จะมีความปลอดภัยมั่นคงในร่างกาย เภสัชสถาน เอกสาร และวัตถุสิ่งของ ต่อการค้น การยึด และการจับที่ไม่มีเหตุอันควรจะถูกล่วงละเมิดมิได้ และห้ามมิให้มีการออกหมายนั้น เว้นแต่จะมีเหตุอันควรซึ่งได้มาโดยการสาบานหรือปฏิญาณตน และหมายนั้นจะต้องระบุเฉพาะเจาะจงถึงสถานที่ซึ่งจะถูกค้น ตัวบุคคลที่จะถูกจับ และสิ่งของที่จะถูกยึด ซึ่งมาตรา 4 นี้ ได้บัญญัติขึ้นตั้งแต่ ค.ศ. 1791 โดยมีได้มีบทบัญญัติใดที่แสดงให้เห็นได้ว่า ถ้ามีการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลตามที่มาตรานี้บัญญัติห้ามไว้ พยานหลักฐานที่ได้มาจะรับฟังไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ ในระยะแรกๆ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ได้ยึดตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่ว่า พยานวัตถุหรือพยานเอกสารนั้นรับฟังได้ ถ้าหากสามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ ไม่ต้องคำนึงถึงวิธีการได้มาซึ่งพยานนั้นๆ แม้ว่าจะได้มาโดยวิธีการค้นและการยึดอันมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 4 ข้างต้นก็ตาม⁶⁷ โดยศาลจะอนุญาตให้นำพยานหลักฐานดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของคณะลูกขุน (Jury) ส่วนพยานหลักฐานนั้นจะมีน้ำหนักเพียงใดขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะลูกขุน

2) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการแทรกสอดหรือการลบล้าง เช่นว่านั้น

Universal Declaration of Human Rights

Article 17

1) No one shall be subjected to arbitrary to arbitrary unlawful interference with his privacy family ,home or correspondence nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2) Everyone has the right to the protection to the law against such interference or attacks.

⁶⁶ จิรนิติ หะวานนท์. (2527). *หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน*. คุณภาพ,3 (3). หน้า 35.

⁶⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2521). *หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา*. วารสารนิติศาสตร์,9 (3). หน้า 121-122.

ต่อมาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแปลงแนวทางการพิจารณาคดีใหม่ใน ค.ศ. 1914 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี Weeks v. United State ค.ศ. 1914 โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า เจ้าพนักงานได้พยานหลักฐานซึ่งเป็นบรรดาจดหมายและเอกสารโต้ตอบต่างๆ ของจำเลยจากการค้นบ้านของจำเลย โดยไม่มีหมายและได้ยึดเอกสารส่วนตัวบางชิ้นของจำเลยมาเป็นพยานหลักฐานในการฟ้องร้องคดีอาญานั้นว่าจำเลยเล่นการพนันทางไปรษณีย์ ศาลได้วินิจฉัยว่า พยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นอันมิชอบด้วยมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญ จะใช้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีไม่ได้ โดยศาลได้วินิจฉัยว่าหากยอมให้รับฟังได้บทบัญญัติมาตรา 4 ที่ห้ามเรื่องการค้น หรือการยึดโดยไม่มีเหตุอันควรจะไร้ผลหลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่ได้มาโดยวิธีการจับ ค้น หรือยึดอันมิชอบนั้นได้เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาดังแต่ ค.ศ. 1914 เป็นต้นมา

อย่างไรก็ตามหลัก Exclusionary Rule ก็มีข้อจำกัดในเรื่องของการใช้บังคับ โดยเฉพาะผลของการตีความของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี Wolf v. People of the State of Colorado ที่วางหลักไว้ว่าหลัก Exclusionary Rule คงใช้บังคับเฉพาะคดีที่ขึ้นสู่ศาลสหรัฐอเมริกา และเฉพาะในกรณีที่เจ้าพนักงานผู้ละเมิดสิทธิของประชาชนเป็นเจ้าพนักงานของรัฐเท่านั้น ส่วนมลรัฐต่างๆ มีสิทธิที่จะเลือกยึดถือตามหลัก Common Law เดิม คือ สามารถรับฟังพยานหลักฐานที่แม้ว่าจะได้มาโดยวิธีการที่ไม่ถูกต้อง หรือศาลมลรัฐอื่นๆ อาจจะยึดถือตามหลักในคดี Weeks v. United State คือ ไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบก็ได้⁵⁸ เนื่องจากเหตุผลของศาลที่เห็นว่า หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หรือหลัก Exclusionary Rule นั้น มิใช่เป็นหลักการที่รวมอยู่ในสิทธิขั้นมูลฐานตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) ซึ่งเป็นผลที่ทำให้ศาลของมลรัฐไม่จำเป็นต้องยึดถือหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้จึงเกิดความลักลั่นในทางปฏิบัติ เพราะหากว่าจำเลยได้ละเมิดต่อกฎหมายสหรัฐอเมริกาและขึ้นศาลสหรัฐอเมริกา จำเลยย่อมมีสิทธิที่จะขอให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบได้ แต่ในขณะที่ เดียวกันกับจำเลยซึ่งละเมิดกฎหมายมลรัฐและต้องขึ้นศาลมลรัฐอาจจะไม่มีสิทธิเช่นนั้นอย่างเดียวกันหากมลรัฐนั้นๆ ได้ยึดถือตามหลัก Common Law ดังนั้น เพื่อให้หลักการดังกล่าวเป็นไปอย่างเดียวกัน ทั้งศาลสหรัฐอเมริกาและศาลมลรัฐทุกแห่งในสหรัฐอเมริกา ต่อมาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแปลงหลักการตามคดี Wolf v. People of the State of Colorado และได้วางหลักไว้อีกครั้งหนึ่งใน ค.ศ. 1961 ในคดี Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) โดยได้วางหลักการสำคัญและมีผลใช้บังคับจนตราប់ถึงทุกวันนี้ ซึ่งมีเหตุผลประการสำคัญที่สุดที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยไว้ คือ ศาลได้ตีความขยายว่า หลัก Exclusionary Rule เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่แก้ไข

⁵⁸ ฐานิสร์ วรรณสุข. (2550). *ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา: ศึกษากรณีสิ่งซึ่งได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 41.

เพิ่มเติมครั้งที่ 4 และเหตุผลประการต่อมาที่ศาลได้ให้ไว้ คือ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่าเป็นหลักประกันในการให้ประชาชนได้รับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอย่างจริงจังก่อบกับหลักกระบวนการนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ได้วางหลักไว้ว่า มลรัฐต่างๆ ไม่อาจทำให้นุคคลต้องสูญเสียซึ่งชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากกระบวนการที่ชอบด้วยหลักนิติธรรม ที่ได้รับรองหลักประกันทุกประการ ในรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการจับ การค้น หรือการยึดโดยมิชอบโดยเด็ดขาด ไม่ว่าจะเป็นศาลสหรัฐอเมริกาหรือศาลมลรัฐ ด้วยเหตุนี้ หลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวจึงได้เริ่มใช้ทั่วทุกแห่งตั้งแต่ ค.ศ. 1961 เรื่อยมา

2.3.2 เหตุผลของหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ

ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาห้ามมิให้รับฟังพยานวัตถุหรือพยานเอกสารที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ ทั้งๆ ที่ความน่าเชื่อถือของพยานนั้นมิได้แปรเปลี่ยนไปเพราะการจับ การค้น หรือการยึดที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด เหตุผลแห่งการไม่ยอมรับฟัง 3 ประการ คือ

1) เหตุผลในแง่ของการยับยั้ง (Deterrent) มิให้เจ้าพนักงานกระทำการเช่นนั้นอีก โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาคดีต่างๆ นั้นอยู่เสมอว่า เหตุผลสำคัญที่สุดในการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ ก็เพื่อที่จะยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการโดยมิชอบเช่นนั้นต่อไปอีก ในกรณีเช่นนี้ก็อาจเป็นการยับยั้งเจ้าพนักงานผู้นั้น โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Deterrent) หรือยับยั้งเจ้าพนักงานอื่นๆ โดยทั่วไป (General Deterrent) ก็ได้ เช่น ถ้าหากเจ้าพนักงานผู้ทำการค้นโดยไม่มีหมายค้นตระหนักดีว่าศาลจะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นนั้นแล้ว เจ้าพนักงานผู้นั้นอาจไม่กล้ากระทำการค้นโดยไม่มีหมายค้นนั้นต่อไปอีก หลักการเดียวกันนี้ก็มุ่งหวังว่าจะมีผลเป็นการยับยั้งต่อเจ้าพนักงานรายอื่นๆ โดยทั่วไปด้วย

2) เหตุผลในแง่ของความบริสุทธิ์ยุติธรรม (Justice) ของศาล นอกจากเหตุผลในแง่ของการยับยั้งแล้ว ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้อ้างอยู่เสมอว่า ความบริสุทธิ์ยุติธรรมของศาลจะเสื่อมเสียไปถ้ายอมให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบนั้น ถ้าหากว่าศาลรับฟังและใช้พยานหลักฐานดังกล่าวลงโทษจำเลยแล้ว ก็เท่ากับศาลนั้นไร้ความบริสุทธิ์และจะกลายเป็นหุ้นส่วนในการล่วงละเมิดกฎหมาย (Partnership in the Breach of Law) ของเจ้าพนักงาน หลักในเรื่องความยุติธรรมเป็นกลางของศาลที่จะไม่เอนเอียงหรือเข้ากับฝ่ายใด มีผลเป็นการบังคับให้ศาลต้องไม่รับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ ซึ่งก็เท่ากับเป็นการเตือนให้ฝ่ายบริหาร ซึ่งถือว่าเป็นผู้ควบคุมเจ้าพนักงานได้ตระหนักว่า ศาลจะไม่ยอมให้ฝ่ายบริหารได้รับผลประโยชน์ใดจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าพนักงานของฝ่ายบริหารนั้น

3) เหตุผลในแง่ของสิทธิส่วนบุคคล (Personal Rights) ของผู้ซึ่งถูกเจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบ ในระยะแรก ศาลสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่าเหตุผลที่ไม่ให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบก็เพราะเป็นสิทธิของจำเลยผู้ถูกเจ้าพนักงานกระทำการโดยมิชอบ จะขอให้ศาลไม่รับฟังพยานนั้นๆ และการที่ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานตามที่จำเลยร้องขอก็เสมือนหนึ่งว่าศาลได้ให้ค่าสินไหมทดแทนแก่จำเลยในกรณีที่มีการค้น ยึด หรือจับกุมโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อจำเลยนั้น เช่นเดียวกับที่ศาลบังคับให้ผู้กระทำละเมิดกรณีต่างๆ ไปใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกล่วงละเมิดนั่นเอง

2.3.3 หลักผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐาน (Evidence) ที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ของสหรัฐอเมริกา นั้น ต่อมาได้มีการพัฒนาก้าวไกล ไปถึงการขยายขอบเขตที่ศาลจะไม่รับฟังดอกผลที่ได้มาจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นด้วย หากศาลวินิจฉัยว่าเจ้าพนักงานได้กระทำการจับ ค้น หรือยึดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา เช่น เจ้าพนักงานค้นบ้าน A โดยไม่มีหมายในกรณีที่ต้องมีหมาย และได้พบหรือยึดบันทึกรหัสลับซึ่งระบุว่า A ทำร้าย B และเอาปืนของกลางไปซ่อนไว้ในที่กลางทุ่งนา ศาลจะรับฟังบันทึกรหัสลับดังกล่าวเป็นพยานเอกสารยื่นต่อ A มิได้ ส่วนปืนของกลางก็จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานมิได้เช่นเดียวกัน เพราะถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากพยานชั้นแรก (Derivative Evidence) ที่เสียไป ตรงตามหลักที่ศาลสหรัฐอเมริกาเรียกว่า ผลไม้ของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree)⁵⁹ กล่าวคือ เมื่อดต้นไม้เกิดเป็นพิษขึ้น ผลของต้นไม้นั้นก็ย่อมจะเป็นพิษ (Poison) ตามไปด้วย⁶⁰

การที่ศาลสูงสุดได้วางหลักขยายขอบเขตของพยานหลักฐานที่ศาลจะไม่รับฟังดอกผลที่ได้มาจากพยานหลักฐานชั้นแรกที่ได้มาโดยมิชอบ ปรากฏในคดี Silverthorne Lumber Co. v. United State, 251 U.S. 385 (1920)⁶¹ ในคดีนี้จำเลยถูกจับ เนื่องจากถูกสงสัยว่าฝ่าฝืนกฎหมายสหรัฐเกี่ยวกับธุรกิจไม้ท่อน เจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจค้นสำนักงานของจำเลยโดยปราศจากหมายและมิชอบด้วย

⁵⁹ จรัญ ภัคศิรนากุล. (2548). *กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*. กรุงเทพฯ: จีริรัช. หน้า 258.

⁶⁰ Silverthorne Lumber Co.v.United State และ Nardone v. United States

⁶¹ Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920), was a U.S. Supreme Court Case in which Silverthorne attempted to evade paying taxes. Federal agents illegally seized tax books from Silverthorne and created copies of the records. The issue in this case is whether or not derivatives of illegal evidence are permissible in court. The ruling was that to permit derivatives would encourage police to circumvent the Fourth Amendment, so the illegal copied evidence was held tainted and inadmissible. This precedent later became known as the "fruit of the poisonous tree", and is an extension of the exclusionary rule. อ้างใน ปิติกุล จีระมงคลพานิชย์. *สิทธิของจำเลยกับการอำนวยความสะดวกของรัฐ*. งานวิจัยเสริมหลักสูตร เรื่องสิทธิของจำเลยกับการอำนวยความสะดวกของรัฐ วิชากฎหมายลักษณะพยาน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15-17.

กฎหมาย อาศัยพยานหลักฐานที่พบในการตรวจค้นนี้ พนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลขอให้จำเลย แสดงเอกสารอื่นอีก ศาลก็ส่งอนุญาตตามคำขอสั่งให้จำเลยแสดงเอกสารดังกล่าว จำเลยปฏิเสธเลยถูก ศาลสั่งจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาล ศาลสูงสุดสหรัฐกลับคำสั่งศาลที่จำคุกจำเลยฐานละเมิดอำนาจศาล โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยไว้ว่า นอกจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยตรงจากการค้น โดยมีขอบจะรับฟังไม่ได้แล้ว พยานหลักฐานอื่นๆ ที่สืบเนื่องมาจากพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้น ก็จะไม่รับฟังไม่ได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ศาลได้อธิบายขยายหลักการที่ไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มา โดยมีขอบนี้ออกไปครอบคลุมถึงดอกผลของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมีขอบนั้นด้วย โดยถือว่าพยาน ชั้นหลังเป็นผลไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก็คือ พยานชั้นแรก ถือได้ว่าเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน อย่างหนึ่งอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือในคดี *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266, 84 L. Ed. 307 (1939) ในคดีนี้จำเลยถูกพิพากษาว่ามีความผิดหลายข้อหา คือ ข้อหาลักลอบ ขนย้าย ปกปิดซ่อนเร้นแอลกอฮอล์ และข้อหาสมคบการลักลอบขนย้ายและการปกปิดซ่อนเร้น ดังกล่าว การที่ศาลได้ให้เหตุผลว่า เหตุที่ไม่ยอมรับฟังป็นของกลางเป็นพยานหลักฐานก็เพื่อมุ่งหวังที่จะยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบ เพราะหากเจ้าพนักงานตระหนักว่าการกระทำโดยมิชอบ ของตนจะมีผลให้พยานหลักฐานต่างๆ ชั้นที่ได้มารับฟังไม่ได้หมดแล้ว เจ้าพนักงานอาจไม่กล้ากระทำการเช่นนั้นอีก ถ้าจะไม่รับฟังเฉพาะพยานชั้นแรกแต่ยอมให้รับฟังพยานชั้นต่อ ๆ มาได้ ก็อาจจะไม่มีผล เป็นการยับยั้งอย่างเต็มที่ เพื่อมิให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบได้ เช่นในคดี *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963) สายลับซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกรณการสืบสวนผู้กระทำความผิดคดียาเสพติด จำนวน 6 คน ได้เข้าไปในร้านให้บริการซักเสื้อผ้าของ Toy เพื่อหาตัว Toy โดยเข้าไปภายในเขตซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยด้านหลังของร้าน และเป็นที่พักนอนของภริยาและลูกของ Toy เจ้าหน้าที่พบตัว Toy และได้ ใ้กุญแจมือ จากนั้น Toy จึงได้บอกกับเจ้าหน้าที่ว่า Yee เป็นผู้ค้ายาเสพติด เจ้าหน้าที่จึงไปพบ Yee ในทันที โดย Yee ยอมมอบเฮโรอีนให้กับเจ้าหน้าที่และให้การนำไปสู่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าเฮโรอีน อื่นด้วย คือ Wong Sun ซึ่งเป็นบุคคลที่สาม ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่าคำให้การของ Toy ที่อยู่ ระหว่างการใ้กุญแจมือในห้องนอน และยาเสพติดที่ได้จาก Yee ซึ่งได้เพราะคำให้การของ Toy นั้น ต้องเป็นพยานหลักฐานที่ถูกตัดออกไป ไม่สามารถรับฟังได้ เนื่องจากถือเป็นผลที่ได้มาจากการเข้าไป ในห้องนอนของ Toy โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งในคดี *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977) ที่รับฟังไม่ได้ในคดี โดยพนักงานสอบสวนปฏิเสธไม่ให้ผู้ต้องหาพบกับทนายความ ซึ่งต่อมาผู้ต้องหา ให้การรับสารภาพ การรับสารภาพนั้นนำไปสู่การค้นพบศพผู้ตาย ทั้งคำรับสารภาพและศพผู้ตายล้วน เป็นพยานหลักฐาน⁶²

⁶² ฐานิสร์ วรรณสุข. อ้างแล้ว. หน้า 50.

2.4 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absoluted Monarchy) คือ ระบอบการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นผู้ปกครองและมีสิทธิ์ขาดในการบริหารประเทศ ในระบอบการปกครองนี้ กษัตริย์ก็คือกฎหมาย กล่าวคือ ที่มาของกฎหมายทั้งปวงอยู่ที่กษัตริย์ คำสั่ง ความต้องการต่างๆ ล้วนมีผลเป็นกฎหมาย กษัตริย์มีอำนาจในการปกครองแผ่นดินและพลเมือง โดยอิสระเป็นระบอบประชาธิปไตย (Democracy) เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 และได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มาอีกจำนวนหลายฉบับ จนกระทั่งถึงในปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน เคหสถาน ชื่อเสียงของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญหลายมาตรา

2.4.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิ (Rights) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งสิทธิย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย⁶³

สิทธิตามที่ระบุข้างต้นเป็นเพียงสิทธิตามความหมายทั่วไป แต่สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้น ถือเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้มีการรับรองและคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าว ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะการเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง

สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงควรเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลต่อรัฐและสิทธิตามรัฐธรรมนูญ สิ่งที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลในทางปฏิบัติ

เสรีภาพ (Liberties) หมายถึง สถานการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงหมายถึง อำนาจอิสระของบุคคล

ความแตกต่างของสิทธิและเสรีภาพอยู่ที่ว่า สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอันใดอันหนึ่ง แต่ในขณะที่เสรีภาพนั้น เป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจาก

⁶³ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแก้ว. หน้า 47.

การแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น แต่กรณีที่น่าจะทำให้เกิดความสับสน คือ กรณีของสิทธิที่ต้องคำนึงถึงเสรีภาพ กล่าวคือ โดยลำพังของเสรีภาพนั้น ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนาใดก็ได้ เช่นนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลใด แต่หากกล่าวหาว่า สิทธิที่ต้องคำนึงถึงเสรีภาพนั้น ย่อมหมายความว่า บุคคลนั้นมีสิทธิที่ใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองในความหมายนี้ แต่จะมีความผูกพันแก่บุคคลอื่นด้วย กล่าวคือ บุคคลย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลอื่น ดังนั้น เสรีภาพย่อมก่อให้เกิดหน้าที่เชิงปฏิเสธ (Negative) แก่บุคคลอื่นที่จะไม่เข้ามารบกวนการใช้อำนาจกระทำการหรือไม่กระทำการของบุคคลนั้น

เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ⁶⁴ หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลในการกำหนดตนเองโดยอิสระที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยตนเอง โดยไม่ต้องให้รัฐหรือบุคคลอื่นดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยให้การใช้เสรีภาพของตนบรรลุผลหรือสะดวกขึ้น รัฐหรือบุคคลอื่นมีหน้าที่เพียงว่าต้องไม่เข้าไปรบกวนการใช้เสรีภาพของบุคคลนั้น เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) เสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Liberties in Occupation) เสรีภาพในการชุมนุม (Rally) เป็นต้น

2.4.2 การจำแนกสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 บัญญัติว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเพียงพอเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้กับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอนุโลม

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งมาตรา 29 ไม่เพียงแต่ชี้ให้เห็นถึงรากฐานทางความคิดของหลักนิติรัฐ (État de droit) เท่านั้น แต่ยังเป็นมาตรการที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาความชอบของกฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิของประชาชนว่ามีความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่อีกด้วย

⁶⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2555). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 182-183.

โดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายหรือให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็เฉพาะเพียงบางกรณี หรือบางสถานการณ์เท่านั้น เพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นไม่ให้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่งไปกระทบกระเทือนสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรคนอื่นๆ ทั้งนี้เพื่อรักษาไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

นิติรัฐ (État de droit) เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับองค์กรของรัฐ โดยนิติรัฐเป็นรัฐซึ่งฝ่ายปกครอง (Administration) อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ดังนั้น ประชาชนจึงมีสิทธิที่จะเสนอข้อพิพาทหรือโต้แย้งคำวินิจฉัยและดุลพินิจของฝ่ายปกครองต่อองค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยคดีความระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองนั้นได้ นิติรัฐจึงเป็นหลักการที่คัดค้านและต่อต้านรัฐตำรวจ (État de police)⁶⁵ โดยระบบนิติรัฐ (Régime de l'État de droit) ได้ถูกออกแบบมาเพื่อประโยชน์แห่งพลเมือง (Intérêt des Citoyens) และมีขึ้นเพื่อเป้าหมายพิเศษในการคุ้มครองและปกป้องสิทธิของพลเมืองต่อการใช้อำนาจตามอำเภอใจของบรรดาผู้มีอำนาจแห่งรัฐ (Arbitraire des Autorités Étatiques)⁶⁶

การบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นการตัดสินใจของผู้ร่างหรือผู้จัดทำรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวกับสถานะของมนุษย์ภายในสังคม (Status of Humanity) โดยการพยายามประนีประนอมระหว่างเสรีภาพอย่างกว้างขวางของปัจเจกชนกับความจำเป็นของประชาคมที่จะต้องมีระเบียบแบบแผน ปัจเจกบุคคลจะต้องมีความสัมพันธ์กับประชาคม (Community) และมีความผูกพันต่อประชาคม แต่ในขณะเดียวกันประชาคมก็ไม่อาจล่วงล้ำเข้าไปในส่วนที่เป็นคุณค่าในตัวของปัจเจกบุคคล หรืออาจกล่าวได้ว่าบุคคลย่อมอยู่ในสังคมอย่างเป็นตัวของตัวเอง⁶⁷

⁶⁵ รัฐตำรวจ เป็นรัฐที่มีการดำเนินการหรือปล่อยให้อำนาจฝ่ายปกครองสามารถใช้กำลังและอำนาจบังคับต่อประชาชน โดยเลือกใช้มาตรการซึ่งฝ่ายปกครองจะทำการตัดสินใจโดยยึดตัวเองหรือคำบัญชาจากผู้ปกครองเป็นหลัก มุ่งใช้อำนาจตัดสินใจด้วยตนเอง (Discretionnaire) บังคับต่อประชาชน โดยการเลือกใช้อิสระแห่งการตัดสินใจตามอำเภอใจ (Arbitraire) เลือกดำเนินการปฏิบัติมากหรือน้อยได้ แล้วแต่สถานการณ์ตามความคิดเห็นที่เป็นใหญ่ของฝ่ายปกครองเองหรือตามคำสั่งการของผู้ปกครอง โดยไม่พิจารณาและปฏิบัติตามหลักกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ รัฐตำรวจนี้ทำให้ประชาชนขาดสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากการใช้อำนาจที่ไม่มีการเคารพต่อหลักประกันของมหาชนตามระบบกฎหมายที่ควรเป็น รวมทั้ง ความคิดและการดำเนินการไปในทางที่ตรงกันข้ามกับนิติรัฐ

⁶⁶ Raymond Carré de Malberg. (1920). *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Tome premier. Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey. p. 488.

⁶⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2549). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 382.

การจำกัดอำนาจทางการเมืองของรัฐ (Pouvoir politique de l'État) นั้นหาใช่เป็นแต่เพียงการกำหนดหลักการพื้นฐาน (Principes Fondamentaux) ที่รัฐจะต้องดำเนินการในด้านปกครองเท่านั้น แต่รัฐยังมีหน้าที่ดำเนินการทางปกครองอื่นๆ อีกหลายประการ ซึ่งอาจต้องมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการอันถือเป็นความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ซึ่งนับเป็นเวลาอันยาวนานแล้วที่หลักกฎหมายทั้งหลายจะต้องเคารพต่อคำประกาศที่ยึดมั่นต่อสิทธิต่างๆ (Les Déclarations solennelles des Droits) ที่มีการบัญญัติไว้และเป็นบรรทัดฐานแห่งรัฐธรรมนูญ (Précédent dans les Constitutions) ซึ่งสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นสิทธิอันมีคุณค่าตามรัฐธรรมนูญ (Valeur constitutionnelle) อย่างไรก็ตามเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ (L'esprit des Constituants) ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพนั้น ย่อมถือได้ว่าอยู่นเหนือรัฐธรรมนูญ (Supra-constitutionnelle)⁶⁸

ประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ ทั้งโดยชัดแจ้ง (Expressly) และโดยปริยาย (Implicitly) อาจจำแนกประเภทโดยอาศัยหลักเกณฑ์ต่างๆ กัน เช่น

1) สิทธิและเสรีภาพที่จำแนกตามเนื้อหา โดยอาศัยการพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกเป็น 6 ประเภท คือ

(1) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล (Rights and Personal Freedom)

(2) สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออก (Rights and Freedom of Thought and Expression)

(3) สิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจและสังคม (Rights and Freedoms in the Economic and Social)

(4) สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม (Rights and Freedom of Association)

(5) สิทธิและเสรีภาพในทางการเมือง (Rights and Political Freedom)

(6) สิทธิและเสรีภาพในการที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐ (Rights and Freedoms in Order to be treated by the State)

2) สิทธิและเสรีภาพซึ่งจำแนกตามการเกิด โดยการพิจารณาจากการเกิดของสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองแล้ว โดยสามารถแยกออกได้ 2 ประเภท คือ

(1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights)⁶⁹ เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด ตามปรัชญาเชิงอุดมคติของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School)

⁶⁸ Joël Mekhantar. (1998). *Droit politique et constitutionnel*. 2^e édition. Paris : Éditions ESKA. Coll. "Droit public et sciences politiques". p. 115.

⁶⁹ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) เป็นเอกสารสำคัญซึ่งเกิดขึ้นในสมัยการปฏิวัติฝรั่งเศส โดยกำหนดให้สิทธิของปัจเจกชนและสิทธิมวลชนเป็นสิทธิ

(2) สิทธิพลเมือง (Citizen Rights) ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ สิทธิพลเมืองจะมีได้เฉพาะภายหลังเวลาที่เกิดรัฐขึ้นแล้ว และถือกันว่าสิทธิพลเมืองเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชน เนื่องจากว่าสิทธิพลเมืองเป็นวิธีการที่ราษฎรจะได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของตนได้อย่างมั่นใจวิธีหนึ่ง

3) สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามอาการที่ใช้ สามารถแยกได้ 2 ประเภท คือ

(1) สิทธิและเสรีภาพในทางความคิด (Rights and Freedom of Thought)

(2) สิทธิและเสรีภาพในการกระทำ (Rights and Freedom of Action)

สิทธิและเสรีภาพในทางความคิด ถือได้ว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะสมบูรณ์ (Absolute) และเป็นคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ (Humanity) หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ดังนั้น การกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐประการใดๆ อันจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมไม่สามารถกระทำได้ ส่วนสิทธิและเสรีภาพในการกระทำ เป็นสิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเคลื่อนไหวส่วนต่างๆ ของร่างกายตามที่ได้คิดและตกลงใจไว้ ดังนั้น สิทธิดังกล่าวจึงได้แก่บรรดาสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายประการอื่นนอกเหนือไปจากสิทธิและเสรีภาพในทางความคิดนั่นเอง ซึ่งการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวอาจจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของผู้อื่นหรือสังคมได้ไม่มากนักน้อย ดังนั้น รัฐจึงต้องจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิประเภทนี้ของราษฎร เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ไปในทางที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนรวม⁷⁰

สากล คำประกาศฉบับนี้ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีสัจธรรมชาติ ซึ่งหมายความว่า สิทธิดังกล่าวมีอยู่ไม่ว่าจะเมื่อใดและที่ใด เนื่องจากเป็นสิทธิที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานธรรมชาติของมนุษย์ ร่างสุดท้ายของคำประกาศ ได้รับการรับรองในวันที่ 26 สิงหาคม พ.ศ. 2332 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ (Assemblée Nationale Constituante) โดยมีเนื้อความของมาตรา 1 ดังนี้

Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

(Men are born and remain free and equal in rights. Social distinctions can be founded only on the common utility).

มนุษย์เกิด และยังคงมีอิสรภาพและความเสมอภาคในด้านสิทธิ การแยกแยะทางสังคมจะสามารถทำได้เพียงบนพื้นฐานของประโยชน์ส่วนรวม

ประกาศนี้ได้วางขอบเขตรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไว้ในกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งสามารถยกขึ้นอ้างได้ในการโต้แย้งระหว่างการศึกษาอรรถคดีในศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง

⁷⁰ อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (2542). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: นานา. หน้า 88-90.

2.4.3 ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอาจจำแนกตามการกำเนิดเป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ สิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมือง⁷¹

1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights)⁷² สิทธิประเภทนี้ เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ทุกคน โดยมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น และอำนาจรัฐเข้าไปถึงบุคคลนั้น ก็ย่อมจะได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นด้วย⁷³

2) สิทธิพลเมือง (Citizen Rights) สิทธิประเภทนี้ เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่อยู่ในฐานะพลเมืองของรัฐเท่านั้น ถือเป็นสิทธิของคนในชาติที่จะได้รับประโยชน์จากสิทธิที่รัฐดังกล่าวรับรองไว้ ซึ่งจะมากหรือน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับว่ารัฐนั้นจะกำหนดกรอบที่จะให้ความคุ้มครองหรือมอบสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวให้แก่พลเมืองในรัฐเท่าไร ตัวอย่างเช่น

(1) สิทธิทางสังคม (Social Rights) เป็นสิทธิของประชาชนทางสังคมที่จะได้รับบริการจากสังคม ในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคม เช่น สิทธิการเข้าถึงการบริการสาธารณะ เป็นต้น

(2) สิทธิทางสวัสดิการสังคม (Social Welfare Rights) เป็นสิทธิของประชาชนทุกคนที่จะได้รับสวัสดิการทางสังคม เช่น สิทธิการได้รับการศึกษา ฯลฯ

(3) สิทธิทางวัฒนธรรม (Cultural Rights) ได้แก่ สิทธิเข้าร่วมในพิธีกรรม ประเพณี วัฒนธรรม ของประชาคมในด้านศิลปะต่างๆ เป็นต้น

การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงนี้ โดยแท้จริงแล้วเป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิว่า สิทธิใดควรจะให้กับบุคคลทุกคน และสิทธิใดควรจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาตินั้นเท่านั้น ซึ่งการแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพนี้จะนำไปสู่การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองของชาติออกจากสิทธิมนุษยชน หรือการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละประเภทนั่นเอง

⁷¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 76.

⁷² คำประกาศว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง (La Declaration des Droits de L'Homme et du citoyen) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งมีเนื้อหาที่มุ่งเน้นถึงเสรีภาพและความเท่าเทียมกัน และสิทธิที่มีอยู่โดยธรรมชาติ ซึ่งได้แก่สิทธิในชีวิต สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิที่จะมีความปลอดภัย และสิทธิที่จะต่อต้านการกดขี่ สิทธิตามธรรมชาติเหล่านี้จะต้องไม่ถูกกลืนรอง และเสรีภาพมีขอบเขตที่กว้างขวางตราบเท่าที่ไม่เป็นการรบกวนสิทธิของผู้อื่น อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ. (ม.ป.ป.). *ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy)*. รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เสนอต่อสำนักงานคณะ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หน้า 2.

⁷³ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 50.

2.5 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷⁴

กฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างกว้างขวาง และเป็นที่ยอมรับทั่วโลก ซึ่งประเทศไทยได้นำบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อยู่หลายมาตราด้วยกัน ทั้งในส่วนของรูปแบบและลักษณะเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งบทบัญญัติมาตรา 29 ก็ได้ต้นแบบมาจากกฎหมายพื้นฐานนี้ด้วย โดยสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายต่างๆ ซึ่งถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นกฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายหลัก⁷⁵

2.5.1 ที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

หลังจาก ฟรีดริช เอแบร์ท (Friedrich Ebert) อดีตผู้นำของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพ้นจากอำนาจ (ค.ศ. 1919-1925) ก็ได้เกิดเหตุการณ์โกลาหลขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอยู่เป็นระยะ จนกระทั่งพรรคนาซี (Nazi Party หรือ Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei: NSDAP) ภายใต้การนำของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler)⁷⁶ ซึ่งเป็นพรรคการเมืองที่มีอิทธิพลและมีขุมกำลังทางทหารที่แข็งแกร่งในขณะนั้น ได้เข้ามามีบทบาทในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สามารถจัดการปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นได้ ทำให้พรรคนาซี ของฮิตเลอร์ ได้รับความนิยมนิยมจากประชาชนเป็นจำนวนมาก และสามารถกุมอำนาจอย่างเบ็ดเสร็จทั้งในสภาและกองทัพบก จนกระทั่งเมื่อมีการเลือกตั้งใน ค.ศ. 1933 สมาชิกพรรคนาซีได้รับการเลือกตั้งเข้ามาในสภาผู้แทนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกินกึ่งหนึ่ง ทำให้ฮิตเลอร์ได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี ฮิตเลอร์ก็ได้อาศัยฐานอำนาจที่มีอยู่ในสภาผู้แทนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตรากฎหมายเพื่ออนุมัติอำนาจพิเศษให้แก่ตนเอง เรียกกฎหมายฉบับนั้นว่า รัฐบัญญัติมอบอำนาจ (ภาษาอังกฤษ คือ Enabling Act; ภาษาเยอรมัน คือ Ermächtigungsgesetz)

กฎหมายดังกล่าวให้อำนาจแก่ฮิตเลอร์เป็นอย่างมาก ส่งผลให้ฮิตเลอร์เปรียบเสมือนองค์กรที่รวมศูนย์อำนาจรัฐไว้ทั้ง 3 ประการ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจบริหาร (Executive Power) อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) หรืออำนาจตุลาการ (Judicial Power) โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจนิติบัญญัติที่ได้

⁷⁴ เกลิมพงส์ เอกเผ่าพันธุ์. (2548). *การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 73-81.

⁷⁵ Sabine Michalowski and Lorna Woods. *German Constitutional Law the Protection of Civil Liberties* (London: Ashgate, 1999). pp. 97-349.

⁷⁶ อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (20 เมษายน ค.ศ. 1889 – 30 เมษายน ค.ศ. 1945) เป็นนักการเมืองเยอรมันสัญชาติออสเตรีย โดยกำเนิด หัวหน้าพรรคแรงงานสังคมนิยมแห่งชาติเยอรมัน หรือที่รู้จักกันทั่วไปในชื่อพรรคนาซี ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ระหว่าง ค.ศ. 1933-1945

เปิดโอกาสให้ฮิตเลอร์สามารถออกกฎหมายต่างๆ เพื่อให้อำนาจแก่ตนเองบริหารจัดการประเทศอย่างเบ็ดเสร็จ โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบหรือฟังความเห็นจากสภาผู้แทนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งพฤติกรรมของฮิตเลอร์นั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นการทำให้บทบัญญัติต่างๆ ที่ตราไว้ในรัฐธรรมนูญไวมา (Weimar Constitution) เช่น การเปลี่ยนรูปแบบการปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจากรูปแบบสหพันธ์เปลี่ยนไปเป็นหลักการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ตนเองทั้งหมด นอกจากนี้ฮิตเลอร์ยังได้แต่งตั้งบุคคลที่ตนเองไว้วางใจไปปกครองรัฐต่างๆ โดยส่วนใหญ่เป็นบุคคลที่อยู่ในพรรคนาซีแทบทั้งสิ้น

การปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีของฮิตเลอร์ แม้จะสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้ใช้อำนาจ หากแต่เป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญไวมา (Weimar Constitution)⁷⁷ เคยบัญญัติรับรองไว้ โดยทำให้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวสูญสิ้นไป ซึ่งนอกจากสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะถูกจำกัดอย่างเด็ดขาดแล้ว ฮิตเลอร์ยังดำเนินนโยบายที่เป็นการทำลายหลักสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อย่างสิ้นเชิงด้วยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชนชาติยิวโดยวิธีการที่ทารุณโหดร้ายทุกรูปแบบอีกด้วย ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าในยุคภายใต้การนำของพรรคนาซีและฮิตเลอร์ เป็นยุคมืดของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของประชาชนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประชาคมโลก

ภายหลังสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 การปกครองประเทศภายใต้การนำของฮิตเลอร์ก็จบสิ้นลง ฝ่ายสัมพันธมิตรได้ร่วมกันกำหนดนโยบายเกี่ยวกับอนาคตของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สถาปนาและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นใน ค.ศ. 1949 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งเรียกรัฐธรรมนูญฉบับนี้เรียกว่ากฎหมายพื้นฐานสำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Basic Law for the Federal Republic of Germany) โดยภายในกฎหมายพื้นฐานนี้ ได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างกว้างขวาง และเป็นที่ยอมรับกันทั่วโลก การตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะต้องคำนึงถึงหลักประกันในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 1 (3) และมาตรา 19 แห่งกฎหมายพื้นฐานนี้ด้วย หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายหนึ่งกฎหมายใดมีการบัญญัติในลักษณะที่เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่อาจใช้บังคับได้เลย

⁷⁷ รัฐธรรมนูญไวมา (ค.ศ. 1919) เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลกที่ยอมรับสถานะของกฎหมายประเพณีเป็นครั้งแรก โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า “The Generally recognized rules of international law are deemed to form part of German federal law and, as such, have binding force” อ้างใน ประติบัติ ปิวาวัฒนพานิช. (2552). *การต่างประเทศและความมั่นคงไทย: มุมมองรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: สแควร์ ปริ้นซ์ 93. หน้า 24.

มาตรา 1 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐานสำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้บัญญัติไว้ว่า สิทธิพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ย่อมผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายที่ผลใช้บังคับโดยตรง⁷⁸

มาตรา 19 บัญญัติว่า

1) ภายใต้กฎหมายพื้นฐานนี้ หากว่าสิทธิพื้นฐานอาจถูกจำกัดโดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย กฎหมายนั้นต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่เฉพาะเจาะจงใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่ง นอกจากนี้ กฎหมายนั้นยังต้องระบุบทบัญญัติของสิทธิพื้นฐานนั้นด้วย

2) ไม่ว่ากรณีใด จะทำให้สิทธิพื้นฐานนั้นถูกระทบกระเทือนสาระสำคัญไม่ได้

3) สิทธิขั้นพื้นฐานนี้ย่อมใช้บังคับมีแก่นิติบุคคลภายในประเทศ ตามขอบเขตที่ลักษณะของสิทธิเช่นว่านี้จะยินยอมได้

4) หากสิทธิของบุคคลใดถูกละเมิดโดยอำนาจรัฐบุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องต่อศาลได้ หากไม่มีบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรม⁷⁹

⁷⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

Article 1

3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

Translation in English: Basic Law for the Federal Republic of Germany

Article 1

3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.

⁷⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

Article 19

1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

Translation in English:

2.5.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁸⁰ กำหนดให้ต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วยนั้น มีวัตถุประสงค์ประการแรกเพื่อเตือนและให้เหตุผล กล่าวคือ เตือนไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติแทรกเข้าไปแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครอง โดยฝ่ายนิติบัญญัติต้องไตร่ตรองชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสียของการแทรกแซงกับผลที่ได้รับจากการแทรกแซง และประการที่สอง เพื่อช่วยให้การใช้และตีความกฎหมายเกิดความชัดเจนขึ้น และทำให้ประชาชนสามารถตรวจสอบได้ว่าการแทรกแซงจำกัดสิทธินั้นอาศัยอำนาจตามตราใดของรัฐธรรมนูญ และการจำกัดนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่เพียงใด ซึ่งทำให้ปรากฏเป็นหลักการทางกฎหมาย ดังนี้

1) การจำกัดสิทธิพื้นฐานจะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิของประชาชนจะต้องมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิของประชาชน โดยป้องกันมิให้การใช้สิทธิพื้นฐานของประชาชนคนหนึ่งไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิประชาชนคนอื่น หรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ดังความในปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 29 (2) ที่กำหนดว่าในการใช้สิทธิและอิสรภาพของตน ทุกคนต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเพียงเท่าที่มีบัญญัติไว้ตามกฎหมายเท่านั้น เพื่อ

Article 19

1) Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case. In addition, the law must specify the basic right affected and the Article in which it appears.

2) In no case may the essence of a basic right be affected.

3) The basic rights shall also apply to domestic artificial persons to the extent that the nature of such rights permits.

4) Should any person's rights be violated by public authority, he may have recourse to the courts. If no other jurisdiction has been established, recourse shall be to the ordinary courts. The second sentence of paragraph 2) of Article 10 shall not be affected by this paragraph.

แปลโดยปริญญา เทวานฤมิตรกุล. อ้างในมูรี จางริส. (2550). *การจำกัดสิทธิ และเสรีภาพเท่าที่จำเป็น และการไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 70-71.

⁸⁰ มานิตย์ จุมปา. (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 52.

วัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพสิทธิและอิสรภาพอันควรของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการอันสมควรทางด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และความผาสุกทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย⁸¹

2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หรือหลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) เป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหลักเท่าที่จำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้น ถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง มิใช่เฉพาะแต่ในเยอรมัน จะเห็นได้ว่าหลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักในทางกฎหมายที่สำคัญ เป็นหลักซึ่งอาจกล่าวได้ว่า เป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐอย่างพอเหมาะและพอประมาณ (Moderation)⁸² เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรมอันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวม เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันก็ดี รวมทั้ง ผลประโยชน์ของมหาชนก็ดี ย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ การคลี่คลายความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ดังกล่าวของประเทศตะวันตก อาศัยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งดังกล่าว

หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) นั้น จึงเป็นหลักการที่ถือได้ว่ามีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht) เรียกโดยย่อว่า BVerfG หรือที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า Federal Constitutional Court of Germany นับตั้งแต่

⁸¹ Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948

Article 29

1) Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible.

2) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.

3) These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations.

⁸² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 85.

ทศวรรษ 1950 โดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมันได้นำหลักดังกล่าวมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่นำมาใช้เป็นการทั่วไป โดยถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่นำมาใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทุกประเภท นักนิติศาสตร์สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างมีความเห็นสอดคล้องกันว่า หลักความได้สัดส่วนหรือหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุเป็นหลักที่มีผลมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง ใน ค.ศ. 1968 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยไว้ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)⁸³ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงมีลำดับชั้นในระดับของศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายประการสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐ และเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁸⁴

อย่างไรก็ตาม หลักความได้สัดส่วนนั้นมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะการจำกัดการแทรกแซงของอำนาจรัฐเท่านั้น แต่หากตีความหลักความได้สัดส่วนอย่างถูกต้องแล้ว หลักความได้สัดส่วนนั้นนอกเหนือจากเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) แล้ว หลักความได้สัดส่วนถือว่าเป็นเกณฑ์มาตรฐานที่เป็นสาระสำคัญในการควบคุมและตรวจสอบของรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักเกณฑ์สำคัญประการหนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบของศาล หลักความได้สัดส่วนยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำในการปกครองทั้งหลายด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำในทางปกครองที่เป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบของการกระทำในทางปกครองมาเป็นเวลายาวนาน โดยหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็นหรือเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนนั้น โดยหลักการสำคัญที่ใช้ในการตรวจสอบนี้มีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล หลักแห่งความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน

ความหมายของคำว่า เท่าที่จำเป็นนั้น เป็นกรณีที่หากจะมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น อันเป็นหลักในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประการหนึ่ง ซึ่งหมายถึง การใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพประชาชนจะต้องดำเนินการอย่างพอเหมาะและสมควรที่จะ

⁸³ คำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” คำว่า “Rechtsstaat” ประกอบขึ้นจากคำสองคำคือ คำว่า Recht ที่แปลว่า กฎหมาย (ในภาษาเยอรมันสามารถแปลว่าสิทธิได้ด้วย) และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ เป็นหลักที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 20 ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในระบบกฎหมายอังกฤษ คำว่า Rechtsstaat แปลว่า Legal State หรือ state-under-law ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แปลว่า Etat de droit

⁸⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแก้ว. หน้า 195.

จำกัดสิทธิและเสรีภาพเช่นนั้นได้ โดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนนั่นเอง โดยหลักความได้สัดส่วนประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

2.1) หลักความสัมฤทธิ์ผล โดยหลักนี้หมายความว่า การใช้บังคับอำนาจโดยฝ่ายปกครองจะกระทำได้ โดยการเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายสำเร็จ ลุล่วงไปได้เท่านั้น คือ การเรียกร้องความเป็นเหตุเป็นผลของมาตรการที่ออกมาใช้บังคับกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้เกิดขึ้น ดังนั้น หลักความสัมฤทธิ์ผลจึงเป็นสิ่งเดียวกับสามัญสำนึกนั่นเอง

2.2) หลักแห่งความจำเป็น กล่าวคือ การที่ฝ่ายปกครองมีมาตรการหลายมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ เนื่องจากมาตรการเหล่านั้นกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองจำเป็นที่จะต้องเลือกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดสำหรับการบังคับใช้ต่อประชาชน ด้วยเหตุนี้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงสามารถกระทำได้โดยอาศัยกฎหมายที่บัญญัติไว้ และจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

2.3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นการเรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือสังคมโดยส่วนรวมกับประโยชน์อันมหาชนพึงจะได้รับจากมาตรการที่ฝ่ายปกครองได้ออกหลักเกณฑ์มาบังคับต่อประชาชน ซึ่งมาตรการอันใดอันหนึ่งที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจนั้น แม้จะเป็นการกระทบกระเทือนที่น้อยที่สุด แต่ผลอันเกิดจากการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวก็จะต้องเกิดประโยชน์แก่มหาชนมากกว่าความเสียหายอันเกิดแก่เอกชนหรือสังคมด้วย จึงเป็นจุดที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาซึ่งผลได้กับผลเสีย หรือผลดีและผลร้าย อันเกิดจากการใช้บังคับมาตรการเหล่านั้นด้วย ดังนั้น แม้ว่ามาตรการใดก็ตามจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจได้โดยเป็นมาตรการที่มีความรุนแรง หรือส่งผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุด แต่มาตรการที่เรียกว่าเป็นมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดนั้นกลับสร้างภาระ หรือส่งผลร้ายมากกว่าผลดีที่จะได้รับการใช้มาตรการเช่นนั้น มาตรการดังกล่าวก็มิอาจบังคับใช้ได้เลยทีเดียว

3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้

การไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ หมายถึง การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในลักษณะที่ว่า แม้การตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ก็ไม่ถึงกับจะมีอำนาจที่ทำให้สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพต้องสิ้นคลอนได้ ซึ่งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีทฤษฎีที่เกี่ยวกับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้ มีอยู่ 2 ทฤษฎีด้วยกัน ดังนี้⁸⁵

⁸⁵ มยุรี จำรัส. อ้างแล้ว. หน้า 73-74.

3.1) ทฤษฎีการคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ (Theory of absolute protection) เห็นว่าไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็ไม่อาจที่จะทำการละเมิดต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิได้ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการคุ้มครองขั้นต่ำสุดต่อแก่นของสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหัวใจของสิทธินั้นๆ ตามแนวคิดนี้ ได้แยกเขตแดนของสิทธิออกเป็น 2 ส่วนด้วยกัน คือ

(1) ขอบเขตที่รัฐอาจเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นได้

(2) ขอบเขตที่รัฐไม่อาจจะก้าวล่วงเข้าไปได้อันถือว่าเป็นขอบเขตที่ได้รับคุ้มครองอย่างสมบูรณ์

การคุ้มครองตามทฤษฎีนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากการแทรกแซง หรือมิได้ขึ้น อยู่กับการใช้เหตุผลของการแทรกแซง เช่น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่าการแทรกแซงในชีวิตหรือร่างกายอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็ตาม สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวถือว่าอยู่ในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ การล่วงละเมิดใดในสาระสำคัญหรือในแก่นของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิดังกล่าว ทฤษฎีนี้เห็นว่า ไม่มีวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองอื่นใดที่จะมีคุณค่าสูงกว่าสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น ในการคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพจึงต้องคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตาม ความเห็นของทฤษฎีแรกนั้นยังมีความเห็นในรายละเอียดที่แตกต่างกัน

3.2) ทฤษฎีการคุ้มครองสาระสำคัญสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพันธ์ (Relational theory secured) เห็นว่า ไม่ควรมีสิ่งใดที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ ในกรณีที่มีเหตุผลที่เหนือกว่าที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่ง ภายใต้พฤติกรรมดังกล่าวนี้ จึงควรที่จะอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ ตามทฤษฎีคุ้มครองอย่างสัมพันธ์ เห็นว่า มิได้มีการกล่าวอ้างว่าไม่ให้กระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ในทางตรงกันข้ามกับบทบัญญัติมาตรา 19 วรรคสองของรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น เป็นบทบัญญัติที่เพียงแต่เปิดโอกาสให้พิจารณาว่าอะไรที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งตามความเห็นของแนวคิดนี้เป็นกรณีที่น่าหลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) มาพิจารณา โดยแนวคิดนี้ได้ตีความมาตรา 19 วรรคสอง ว่า ไม่ว่าในกรณีใด ไม่อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิพื้นฐานโดยไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือโดยปราศจากการไตร่ตรองซึ่งน้ำหนักถึงประโยชน์ได้เสียกับต่อวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอื่นมิได้

4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นการทั่วไป ไม่ใช่กับกรณีหนึ่งกรณีใดเป็นการเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 19 (1) แห่งกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) ซึ่งบัญญัติว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ สิทธิพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดย

กฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย กฎหมายนั้นจะต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่ใช้บังคับเฉพาะเจาะจงใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่ง นอกจากนี้ กฎหมายนั้นจะต้องระบุบทบัญญัติของสิทธิพื้นฐานด้วย จากพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ และความมุ่งหมายของหลักดังกล่าวของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยกฎหมาย และความมุ่งหมายอีกประการหนึ่งก็เพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาแทรกแซงในด้านขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง เพราะการกระทำในรูปของกฎหมายกับกรณีที่เป็นกรณีเฉพาะเจาะจงกับกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นมีความแตกต่างกัน โดยกรณีที่กำหนดโดยเฉพาะเจาะจงจะเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องของฝ่ายปกครอง

5) การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเช่นนั้น

2.5.3 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ⁸⁶

ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีพัฒนาการอันยาวนานนับตั้งแต่ ค.ศ. 1819 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญหรือที่เรียกกันว่ากฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG หรือ Basic Law) มาตรา 94 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการจำนวน 16 คน โดยตุลาการจำนวนกึ่งหนึ่งซึ่งได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และอีกครึ่งหนึ่งได้รับเลือกจากสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะมีวาระการดำรงตำแหน่ง 12 ปี ส่วนอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG หรือ Basic Law)⁸⁷ และในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐ (Gesetz über BundesverfassungsgerichtBverfGG) โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยคดี เช่น

⁸⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). *บทความเรื่องการให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ กรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net>. [2556, เมษายน 3]

⁸⁷ Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz, GG)

Article 94 (Federal Constitutional Court: composition)

1) The Federal Constitutional Court shall consist of federal judges and other members. Half the members of the Federal Constitutional Court shall be elected by the Bundestag and half by the Bundesrat. They may not be members of the Bundestag, of the Bundesrat, of the Federal Government, or of any of the corresponding bodies of a Land.

2) The organization and procedure of the Federal Constitutional Court shall be regulated by a federal law, which shall specify in which instances its decisions shall have the force of law. The law may require that all other legal remedies be exhausted before a constitutional complaint may be filed, and may provide for a separate proceeding to determine whether the complaint will be accepted for decision.

1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามมาตรา 18 แห่งกฎหมายพื้นฐาน และมาตรา 13 ข้อ 1 แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

2) การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชนตามมาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4 a และ 4 b แห่งกฎหมายพื้นฐาน และมาตรา 13 ข้อ 8 a แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เป็นต้น

อำนาจหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาข้อร้องเรียนของประชาชนซึ่งมีชื่อเรียกในภาษาเยอรมันว่า Verfassungsbeschwerde ซึ่งคำว่า Verfassungsbeschwerde เป็นชื่อที่กฎหมายพื้นฐานใช้เรียกการฟ้องคดีของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (La Cour Constitutionnelle Federale) ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายปกครอง (Offentliche Gewalt) ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 93 แห่งกฎหมายพื้นฐาน การฟ้องคดีในมาตราดังกล่าวเป็นการฟ้องคดีพิเศษที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ เพื่อเป็นการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติรับรองไว้ไม่ให้ถูกละเมิดจากอำนาจรัฐ (La Puissance Publique)

รัฐธรรมนูญเยอรมันบัญญัติไว้ในมาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4a⁸⁸ แห่งกฎหมายพื้นฐานว่า บุคคลใดก็ตาม (Quiconque) ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของอำนาจรัฐต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดเอาไว้ เป็นผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีหลักเกณฑ์ในการรับฟ้องคดีไว้พิจารณา ซึ่งกฎหมายพื้นฐานและกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการรับฟ้องของประชาชนไว้ ดังต่อไปนี้

1) ผู้มีสิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4a เพื่อร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญอาจเป็นบุคคลธรรมดา (Personne Physique) หรือนิติบุคคล (Personne Morale) ก็ได้

บุคคลธรรมดาที่ประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นบุคคลชาวเยอรมันเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐานเป็นสิ่งที่กำหนดขึ้นสำหรับชาวเยอรมัน นอกจากนี้ บุคคลธรรมดาที่จะฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้นนอกจากจะต้องเป็นชาวสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว ยังต้องมีสภาพบุคคลอีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติไว้นั้น เป็นสิทธิของประชาชนที่เริ่มตั้งแต่เกิดจนถึงตาย เช่น สิทธิใน

⁸⁸ Article 93 (Federal Constitutional Court: jurisdiction).

(1) The Federal Constitutional Court shall rule:

4a. on constitutional complaints, which may be filed by any person alleging that one of his basic rights or one of his rights under paragraph (4) of Article 20 or under Article 33, 38, 101, 103, or 104 has been infringed by public authority; อ้างใน บรรเจิด สิงคนดิ. (2555). *บทบาทศาลรัฐธรรมนูญกับสังคมเยอรมัน: หลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับองค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน*. (ม.ป.ท.). หน้า 18.

เรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (La Dignite Humaine) ตามมาตรา 1 วรรคหนึ่ง⁸⁹ แห่งกฎหมายพื้นฐาน สิทธิในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 2 วรรคสอง ย่อหน้าหนึ่ง⁹⁰ และสิทธิในเรื่องทรัพย์สินตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง เป็นต้น ซึ่งเรื่องสิทธิในทรัพย์สินนี้เองที่อาจครอบคลุมไปถึงทารกในครรภ์ที่ยังไม่มีสภาพ บุคคลที่อาจเป็นผู้ฟ้องคดีได้โดยบิดามารดาของตนหากมีการกระทำใดๆ ที่จะมีผลไปกระทบต่อสิทธิ ในทรัพย์สินของทารกสาธารณรัฐเยอรมนีผู้นั้น นอกจากนี้ การฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญยังอาจเป็น เครื่องมือสำคัญในการป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการทดลองต่างๆ ที่อาจเกิดผลกระทบต่อเด็กที่ จะเกิดมา

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมาตรา 19 วรรคสาม แห่งกฎหมายพื้นฐานได้กำหนดให้บรรดา สิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ใช้กับนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายภายในตามสภาพที่อาจใช้ได้ด้วย ดังนั้น นิติบุคคลจึงอาจเป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยนิติบุคคลที่จะฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ได้นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายเอกชน คือ เป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนเท่านั้น แต่ยัง หมายรวมถึงกลุ่มบุคคลที่เป็นนิติบุคคลหรือนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น เทศบาล วิชากิจ กองทุนต่างๆ ของรัฐ เป็นต้น ตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัยของรัฐสามารถเป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ หากเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางด้านวิชาการได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของฝ่ายปกครอง หรือกรณี วิชากิจมหาชน (Entreprise Publique) ด้านวิทยุโทรทัศน์ถูกจำกัดเสรีภาพด้านข่าวสาร เป็นต้น

2) วัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดี วัตถุประสงค์ของการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ ประชาชนสามารถฟ้องคดีได้โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญก็เพื่อเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐานของประชาชนนั่นเอง โดยการฟ้องคดีจะต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐและมี ผลเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจะต้องใช้โดย ฝ่ายปกครองของเยอรมันที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายภายใน หรืออาจเป็นเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจรัฐ จากฝ่ายปกครองก็ได้ ส่วนสิ่งที่จะนำมาฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น อาจเป็นรัฐบัญญัติหรือ กฎระเบียบของฝ่ายปกครอง หรือคำพิพากษาศาลก็ได้ โดยในปัจจุบันประชาชนชาวเยอรมัน สามารถฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงในกรณี ดังต่อไปนี้

⁸⁹ I. Basic Rights Article 1 (Human dignity)

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

⁹⁰ Article 2 (Personal freedoms)

(2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law.

(1) ฟ้องร้องการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ อันได้แก่ รัฐบัญญัติทั้งหลายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแห่งสหพันธ์ฯ หรือรัฐสภาแห่งมลรัฐ (Länder) หรือรัฐบัญญัติที่รับรองสนธิสัญญา ระหว่างประเทศ เป็นต้น โดยประชาชนสามารถฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงหากเห็นว่ากฎหมายเหล่านั้นกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้รัฐธรรมนูญ โดยจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ เป็นการกระทบโดยตรง (En Personne) ทันที (Immédiatement) และเป็นผลกระทบที่ยังมีอยู่ (Actuellement)

(2) ฟ้องร้องการกระทำของฝ่ายบริหาร ประชาชนสามารถฟ้องทางอ้อมต่อกฎหมายได้โดยการฟ้องว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้ตามกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนผู้นั้น นอกจากนี้ ประชาชนยังสามารถฟ้องศาลรัฐธรรมนูญต่อการดำเนินงานต่างๆ ของรัฐบาลหรือฝ่ายปกครองได้หากสิ่งเหล่านั้นไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ

(3) ฟ้องร้องการกระทำของฝ่ายตุลาการ การกระทำของฝ่ายตุลาการ (Les actes des Organes Judiciaires) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ อาจจะถูกนำมาฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้ใน 3 กรณี คือ การฟ้องคำพิพากษาที่เกิดจากกระบวนการพิจารณาของศาลที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การฟ้องคำพิพากษาที่เกิดจากกฎหมายที่ใช้ในการตัดสินคดีเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการฟ้องคำพิพากษาที่ตัวคำพิพากษาเองมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวเพิ่มเติม คือ การกระทำที่จะนำมาฟ้องร้องได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบ (Leser) ต่อผู้ฟ้องคดีโดยตรง (En Personne) โดยผลกระทบโดยตรงนี้จะต้องเป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นทันที (Immédiatement) และเป็นผลกระทบที่ยังมีอยู่ (Actuellement) ในขณะที่มาฟ้องคดี ซึ่งเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะพิจารณาถึงเงื่อนไขเหล่านี้อย่างเคร่งครัด ดังนี้

1) การดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของตนไม่สามารถที่จะมาฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้หากยังไม่ดำเนินการตามขั้นตอนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 90 วรรคสอง⁹¹ แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ เสียก่อน กล่าวคือ เรื่องที่จะนำมาฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องไม่มีทางอื่นที่จะไปดำเนินการได้อีกแล้วไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีต่อศาลธรรมดาหรือการร้องทุกข์ต่อฝ่ายปกครอง หรือ

⁹¹ Article 90 (Federal highways)

(2) The Länder, or such self-governing corporate bodies as are competent under Land law, shall administer the federal superhighways and other federal highways used by long-distance traffic on federal commission

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องคำพิพากษาของศาล ก็จะต้องมีการฟ้องศาลและได้รับการพิจารณาจากศาลสุดท้ายเสียก่อนจึงจะสามารถนำคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นมาฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตาม หลักเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการตามขั้นตอนก่อนก็มีข้อยกเว้นอยู่สองประการที่มีผลทำให้ไม่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวมาแล้วก่อน กล่าวคือ ในกรณีที่มีการฟ้องคดีที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Interêt General) และในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีนั้นได้รับความเดือดร้อนเสียหายอย่างร้ายแรงและไม่อาจแก้ไขได้หากให้ศาลธรรมดาเป็นผู้ตัดสิน ในกรณีทั้งสองนี้ ผู้ฟ้องคดีสามารถฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง อนึ่ง การขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงรัฐบัญญัติที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่อาจใช้ข้อยกเว้นทั้งสองได้ หากรัฐบัญญัตินั้นมิได้ถูกนำไปใช้ในการตัดสินคดีของศาล

2) อายุความในการฟ้องคดี อายุความในการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยทั่วไป คือหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ประชาชนผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพจากการกระทำของอำนาจรัฐ แต่ถ้าหากเป็นการฟ้องร้องต่อรัฐบัญญัติ ระยะเวลาในการฟ้องร้องจะขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐบัญญัตินั้น ส่วนคำฟ้องก็ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมทั้งมีการกำหนดประเด็นและให้เหตุผลในการโต้แย้งคัดค้านการกระทำของอำนาจรัฐไว้ด้วย อนึ่ง ในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้กำหนดไว้ว่าผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องมีทนายก็ได้ในขั้นตอนนี้

การร้องต่อรัฐธรรมนูญได้โดยตรงเป็นกระบวนการที่ได้รับความสนใจจากประชาชนเป็นอันมาก เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีภาระงานอันอยู่ในอำนาจหน้าที่เป็นจำนวนมาก และประชาชนก็เข้ามาฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมากเช่นกัน ดังนั้น จึงมีการสร้างกลไกในการตรวจสอบและถ่วงกรองเรื่องฟ้องร้องของประชาชน โดยเมื่อองค์คณะถ่วงกรองพิจารณาแล้วเห็นว่าคำฟ้องใดเป็นคำฟ้องที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาได้ ก็จะส่งเรื่องดังกล่าวไปยังองค์คณะที่เกี่ยวข้องต่อไป ส่วนคำสั่งรับหรือไม่รับคำฟ้องขององค์คณะถ่วงกรองถือเป็นที่สุด ไม่อาจนำมาฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้อีก