

สิทธิมนุษยชนกับกฎหมายปกครอง : การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน์ *

□ บทนำ

สิทธิมนุษยชน เป็นเรื่องที่มีความสำคัญกับนานาประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ปกครองโดยระบบเสรีประชาธิปไตย เนื่องจากเกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของมนุษย์ในฐานะที่เป็นสมาชิกในสังคมที่ต้องมีสิทธิบางประการที่จำเป็นโดยไม่คำนึงถึงสถานะทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง เชื้อชาติ เพศ สีผิว ถิ่นกำเนิด ความเชื่อ ศาสนา และวัฒนธรรม อันทำให้มนุษย์มีศักดิ์ศรี มีความมั่นคงและเสรีภาพที่จะอยู่ได้อย่างเป็นปกติในสังคมที่ตนเป็นสมาชิก เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย และทรัพย์สิน การศึกษา การนับถือศาสนาและสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นอย่างเสรี ¹

หากบุคคลใดไม่มีสิทธิในฐานะเป็นมนุษย์หรือได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและอาจก่อให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคมได้ รัฐจึงต้องรับรองการมีสิทธิหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความมั่นคงและเสรีภาพของประชาชน

นอกจากบุคคลมีสิทธิหรือศักดิ์ศรีในฐานะที่เป็นมนุษย์แล้วบุคคลเหล่านั้นจะต้องไม่ถูกบุคคลอื่นกระทำการละเมิดสิทธิของตนและต้องไม่ถูกรัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิของตนด้วย เว้นแต่รัฐมีความจำเป็นที่ต้องกระทำการใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชน โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ มิฉะนั้นรัฐจะต้องรับผิดชอบการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

* อดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ,

- นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมดี) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
- เนติบัณฑิตไทย, LL.M. (International Legal Studies, N.Y.U.),
- นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M. (General Studies, N.Y.U.),
- นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
- ศิลปศาสตรดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์ มหาวิทยาลัยรังสิต,

¹ กรณาดู ความสำคัญของสิทธิมนุษยชนใน อารัมภบทของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948, retrieved from <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>, 30 June 2009.

การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็น การละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นอาจเกี่ยวข้องกับ กฎหมายทั้งในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศ ที่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

สำหรับกฎหมายภายในนั้นมักเกี่ยวข้องกับกฎหมาย ปกครอง เนื่องจากกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่วาง หลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน และอาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญหากการกระทำ หรือกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกระทำ การนั้นขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน

ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันมีสนธิ สัญญาต่าง ๆ ทั้งระดับภูมิภาคและระดับโลกที่วาง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และ ประเทศต่าง ๆ ก็ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาต่าง ๆ นั้น

อย่างไรก็ตามการมีเพียงกฎหมายที่คุ้มครอง สิทธิมนุษยชนย่อมไม่เกิดผลในทางปฏิบัติได้ แต่จำต้อง มีกลไกในการคุ้มครองและบังคับใช้กฎหมายหากมี การฝ่าฝืนกฎหมายเหล่านั้น และกลไกหนึ่งก็คือ ศาล เพื่อให้ผู้ถูกละเมิดดำเนินการฟ้องคดีรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางปกครอง เนื่องจากศาลเป็นกลไกการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน อย่างหนึ่งเพราะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ ซึ่งรวมทั้งคดีที่เกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครองระหว่าง หน่วยงานราชการหรือหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ หรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐกับเอกชนด้วย

ในปัจจุบันกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทย และกฎหมายระหว่างประเทศ มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมิให้มีการ กระทำที่มิชอบเกิดขึ้นและประเทศต่าง ๆ ก็มีองค์กร ต่าง ๆ รวมทั้งศาลปกครองหรือศาลอื่นที่มีอำนาจ พิจารณาคดีทางปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ที่เกิดจากการกระทำละเมิดต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ศาลจะทำหน้าที่คุ้มครอง

สิทธิมนุษยชนจากการกระทำละเมิดของรัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐได้มาน้อยเพียงใดนั้นอาจมีความ แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

เนื่องจากปัญหาเรื่องสิทธิมนุษยชนที่เกิดจาก การกระทำละเมิดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ในบทความนี้จึงมีเนื้อหา เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว โดยจะกล่าวถึงความหมายของ คำว่าสิทธิมนุษยชน กฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้ง ภายใน ประเทศและระหว่างประเทศการกระทำของรัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐในการจำกัดสิทธิมนุษยชนหลักกฎหมาย ปกครองที่เกี่ยวข้อง ศาลปกครองหรือศาลที่มีเขตอำนาจ ทางปกครอง และคดีที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีการละเอียด ดังจะกล่าวต่อไป

1. ความหมายของสิทธิมนุษยชน

คำว่าสิทธิมนุษยชน (Human Rights) นั้นมีผู้ให้ ความหมายไว้ดังนี้

สิทธิมนุษยชนคือ สิทธิซึ่งมีอยู่เป็นปกติวิสัย ของมนุษย์ ไม่ว่าจะมิลล์ชาติ ถิ่นที่อยู่ เพศ ถิ่นกำเนิด สัญชาติหรือเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษาใด ๆ หรือ สถานะอื่นใด มนุษย์ทุกคนมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน ในสิทธิมนุษยชนโดยปราศจากการกีดกัน สิทธิเหล่านี้ เกี่ยวข้องกัน ขึ้นอยู่ต่อกันและกันและไม่สามารถ แยกแยกได้²

สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐานซึ่งมนุษย์มีสิทธิ ตัวอย่างของสิทธิและ เสรีภาพซึ่งเห็นกันทั่วไปว่าเป็นสิทธิมนุษยชนรวมทั้งสิทธิ ในความเป็นพลเมืองและทางการเมือง เช่น สิทธิต่อชีวิต และเสรีภาพ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และความเสมอภาคในกฎหมายและสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รวมทั้งสิทธิในการมีส่วนร่วมทาง วัฒนธรรม สิทธิในการได้รับอาหาร การทำงานและการศึกษา และมนุษย์ทุกคนเกิดมาโดยมีเสรีภาพและมีความ เท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีและสิทธิทุกคนมีเหตุผลและ

² Retrieved from <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>>, 30 June 2009.

จิตสำนึกและควรกระทำต่อบุคคลอื่นด้วยความคิดในทาง
ภราดรภาพ³

ในประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติคณะกรรมการ
สิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2542 มาตรา 3 ให้คำนิยาม
ไว้ว่า “สิทธิมนุษยชน” หมายความว่า คักดิ์ศรีความเป็น
มนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล
ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทยหรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิ
สัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม⁴

จากคำนิยามต่าง ๆ ดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า
สิทธิมนุษยชน หมายถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอยู่เป็น
ปกติวิสัยโดยเกิดมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์และม
ีความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยไม่
คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา
ความเชื่อทางการเมือง หรือความเชื่ออื่น ๆ สถานภาพ
ทางกายและอื่น ๆ เช่น สิทธิในชีวิตร่างกายและทรัพย์สิน
การศึกษาการนับถือศาสนาและสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็น
อย่างเสรี

ดังนั้น สิทธิมนุษยชน จึงเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับ
ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่ทุกคนมีอย่างเท่าเทียมกัน
และมนุษย์ต้องเคารพในสิทธิของกันและกัน อันเป็น
พื้นฐานของทุกอย่างและมีคุณค่าเหนือกว่าสิ่งอื่น ๆ
และถ้าในสังคมใดไม่มีหรือละเลยหรือทำลายสิทธิมนุษยชน
สังคมนั้นจะไม่มีคุณธรรมซึ่งไม่ถูกต้อง นอกจาก
นั้นกฎหมายของสังคมใดมีแต่หลักการโดยไม่คำนึงถึง
ความถูกต้องตามหลักสิทธิมนุษยชน กฎหมายของ
สังคมนั้นย่อมละเมิดสิทธิของประชาชน และสมควร
ต้องมีการแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการของสิทธิมนุษยชน
หรือสังคมใดมีแต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน

แต่ไม่มีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือประชาชน
ที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยไม่ได้รับการแก้ไขก็ต้องมี
การดำเนินการแก้ไขเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและ
ความสงบสุขในสังคม

2. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

ในปัจจุบันสถานการณ์ทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน
นั้นยังมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่ทั่วโลก
โดยเฉพาะปัญหาการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน
โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ปัญหาดังกล่าวมีหลายเรื่อง
ทั้งในการออกกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ การบังคับใช้
การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และการตีความกฎหมาย
ที่คำนึงถึงความมั่นคงของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ
มากกว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการกระทำ
ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเป็นปัญหาในหลายประเทศ
แต่อาจมีลักษณะแตกต่างกันไป แม้กระทั่งในประเทศ
สหรัฐอเมริกาซึ่งมีชื่อเสียงว่าเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพ
ของประชาชนและรัฐให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
ของประชาชนมานานแล้ว ก็ยังมีปัญหาในเรื่องนี้
โดยได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำ
การที่ฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะในเรื่องระบบ
ความยุติธรรมทางอาญา เช่น ตำรวจ ทำร้ายผู้ต้องหา
เพื่อให้รับสารภาพ หรือเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ทำร้าย
นักโทษ⁵ และในลัทธิที่มีเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ
ก็ได้รับการกล่าวอ้างว่ารัฐบาลสหรัฐให้การสนับสนุน
การละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่น การทรมาน และการลอบ
สังหารศัตรู⁶ หรือยังคงมีการละเมิดสิทธิของชาวพื้นเมือง
อินเดียนแดงโดยการที่รัฐอ้างสิทธิในที่ดินของกลุ่มชน

³ Retrieved from <http://en.wikipedia.org/wiki/Human_rights>,30 June 2009.

⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 118 ก หน้า 1 วันที่ 25 พฤศจิกายน 2542

⁵ Human Rights Record of the United States in 2001, retrieved from < <http://www.china-embassy.org/eng/ztfpzt36544.htm>>, May 29, 2009.

⁶ Wikipedia, Human Rights in the United States, retrieved < http://en.wikipedia.org/wiki/Human_rights_in_the_United_States>, May 29, 2009.

เหล่านั้นว่าเป็นของรัฐ⁷

ในประเทศไทยนั้นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและสถานการณ์ละเมิดสิทธิมนุษยชนของสังคมไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนี้มีหลายเรื่อง เช่น สิทธิทางแพ่ง ทางอาญาและทางการเมือง ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องต่าง ๆ มากมาย ตั้งแต่การละเมิดสิทธิในชีวิต ร่างกายและการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมโดยตำรวจ ช้อมผู้ต้องหาได้รับสารภาพ สิ่งแวดล้อม โดยโรงงานปล่อยน้ำเสียแต่เจ้าหน้าที่จากกรมโรงงานไม่ดำเนินการจับกุม ป่าไม้ที่ดิน โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมมือกับผู้ลักลอบตัดไม้ทำลายป่า สัญชาติ โดยเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานตรวจคนเข้าเมืองปฏิบัติมิชอบต่อชาวต่างชาติและอื่น ๆ

สำหรับการปฏิบัติที่มีขอบข่ายก็มีปัญหาเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ คือ อาจมีการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนตั้งแต่การออกกฎหมาย กฎ ระเบียบ ขอบบังคับ การบังคับใช้ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและการตีความกฎหมาย ซึ่งรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปเกี่ยวข้อง

นอกจากนั้นปัจจุบันประเทศไทยปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีเพิ่มขึ้น เนื่องจากสังคมไทยปัจจุบันก็เป็นเช่นเดียวกับที่อื่น ๆ ในโลกที่เน้นความสำคัญของภาคเศรษฐกิจและสังคมที่เน้นการผลิตสินค้าให้ได้ปริมาณมากเพื่อส่งออกต่างประเทศ และได้ทำให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน แม้แต่การกระทำของภาครัฐ โดยรัฐบาลได้ใช้กฎหมายที่อาจมีผลกระทบต่อประชาชนหรือชุมชน เช่น การประกาศเขตวนอุทยานทับที่ดินของประชาชน การให้สัมปทานป่าแก่บุคคลภายนอกชุมชน และการสร้าง

เขื่อนต่าง ๆ ที่หลังจากการสร้างเขื่อนได้ทำให้วิถีชีวิตของชาวบ้านเปลี่ยนแปลงไปในการประกอบอาชีพ เนื่องจากชาวบ้านบางส่วนต้องอพยพไปใช้แรงงานนอกชุมชน เพราะจำนวนป่าลดน้อยลง และชาวบ้านจับปลาไม่ได้เพียงพอแก่การยังชีพ⁸

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนนั้นมีที่มาและหลักการต่าง ๆ ตลอดจนประเภทของกฎหมายหลายชนิดด้วยกัน ดังต่อไปนี้

3.1 ที่มาและหลักการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน

แนวความคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนนั้นมีที่มาจากโลกตะวันตกที่เชื่อว่า มนุษย์มีสิทธิโดยธรรมชาติและเป็นสิทธิที่มีมาโดยกำเนิด และเป็นคุณค่าหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่จะมีอำนาจเหนือชีวิต ร่างกายของตน โดยไม่คำนึงถึงตำแหน่งหรือสถานภาพแต่อย่างใดและไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้

แนวความคิดนี้เป็นการขยายแนวความคิดเดิมที่มีอยู่ในยุคโรมันที่บุคคลจะมีสิทธิตามตำแหน่งของตน⁹ ซึ่งปรากฏอย่างชัดเจนในยุคกลางของประเทศในทวีปยุโรปในศตวรรษที่ 16-17 โดยเป็นผลจากการต่อสู้ทางความคิดในเรื่องของความขัดแย้งทางชนชั้น เนื่องจากการเติบโตของชนชั้นกลาง อันเป็นผลมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม และทำให้กลุ่มชนชั้นกลางมีพลังทางเศรษฐกิจในการเคลื่อนไหวเรียกร้องอำนาจในสังคม เพื่อแบ่งอำนาจกับชนชั้นสูง เช่น กลุ่มกษัตริย์ กลุ่มเจ้าขุนนาง และพระหรือนักบวช โดยมีนักปรัชญา

⁷ Vemellia R. Randall, "Violation of Human Rights of Native Americans", retrieved from <<http://academic.udayton.edu/race/02rights/Soverign02.htm>>, May 29, 2009.

⁸ ปาฐกถาพิเศษ "เชื้อมกับสิทธิชุมชน" โดย ศ.เสน่ห์ จามริก ประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ 30 ส.ค. 2547, retrieved from <<http://www.thaingo.org/cgi-bin/content/content1/show.pl?0198>>, 29 พ.ค. 2552; ปาฐกถา ศ.เสน่ห์ จามริก ณ วัดเกาะแก้ว ต.จอมทอง อ.เมือง จ.พิษณุโลก/ธรรมชาติยาศตราเพื่อป่าชุมชนคนทั้งประเทศ 1 ธันวาคม 2548, retrieved from http://www.prachatai.com/05web/th/home/page2.php?mod=mod_ptcms&ID=1814&Key=HighlightNews >, 29 พ.ค. 2552;

⁹ นพนิติ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537), หน้า 11

ที่สำคัญหลายท่าน เช่น จอห์น ล็อค นักปราชญ์ชาวอังกฤษ ได้ให้ความเห็นว่ามนุษย์ต้องมีสิทธิในลักษณะดังกล่าว โดยได้สร้าง “ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ” ซึ่งเชื่อว่ากฎธรรมชาติมีอำนาจเหนือมนุษย์ และถ้ามนุษย์ใช้เหตุผล ก็จะสามารถเห็นได้ นอกจากนั้น มนุษย์เป็นผู้มีเหตุผล มีความเสมอภาค และมีสิทธิโดยธรรมชาติที่จะมีชีวิตอยู่ มีเสรีภาพ มีทรัพย์สิน และไม่มีสิทธิละเมิดสิทธิของผู้อื่น¹⁰

ด้วยเหตุดังกล่าว สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิที่แสดงว่ามนุษย์ มีเสรีภาพมาตั้งแต่เกิด และสิทธิเสรีภาพนี้ไม่มีผู้ใดเพิกถอนได้ เช่น สิทธิที่จะมีชีวิตปลอดภัย และมีทรัพย์สิน มีสิทธิในการปกครองและเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามความเสมอภาคไม่ว่ามนุษย์จะมีความแตกต่างกันในเรื่องต่าง ๆ เช่น ถิ่นกำเนิด สถานะ สีผิว เพศ ภาษา และศาสนา แต่มนุษย์อาจยินยอมเสียสิทธิบางประการ เพื่อผลประโยชน์ของสังคมหรือส่วนรวมได้¹¹

อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงอุดมการณ์ในเรื่องสิทธิมนุษยชน โดยได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของฝ่ายสังคมนิยมต่อสิทธิมนุษยชน ทำให้ความหมายเดิมของสิทธิมนุษยชนที่มุ่งเพียงการจำกัดอำนาจรัฐ ขยายขอบเขตไปสู่สิทธิที่เรียกร้องต่อรัฐให้ดำเนินการให้ประชาชนมีสิทธิในทางเศรษฐกิจและสังคม เพราะตระหนักดีว่าโครงสร้างสังคมยังทำให้ความไม่เสมอภาคยังคงมีอยู่ ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะยังคงมีอยู่ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องสร้างความเสมอภาคทางเศรษฐกิจขึ้นเสียก่อน เพื่อทำให้เรื่องของเสรีภาพเป็นจริงขึ้นมาได้ ซึ่งทำให้ขอบเขตของสิทธิมนุษยชนตามปฏิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในปี ค.ศ. 1948 แบ่งได้เป็น

สองด้าน คือ สิทธิทางการเมืองและทางแพ่ง จากฝ่ายเสรีนิยม และสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม จากฝ่ายสังคมนิยม¹²

หลังจากที่แนวความคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับจากนักปรัชญาและนักกฎหมายแล้ว สิ่งที่สำคัญที่ทำให้มนุษย์มีสิทธิและบังคับตามสิทธิได้ก็คือ การมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รับรองสิทธิเหล่านั้น ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนนั้นมีทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ นั้น อาจมีทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและกฎหมายอื่น ๆ ที่อยู่ในระดับต่ำกว่า เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเรื่องสิทธิที่สำคัญของประชาชน และเป็นเรื่องสำคัญตั้งแต่การต่อสู้กับอังกฤษจนได้ประกาศอิสรภาพในปี 1776 และในประเทศฝรั่งเศสก็มีกฎหมายที่รับรองสิทธิมนุษยชนเช่นกัน

ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศ ก็มีกฎหมายหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในปี ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights, 1948) ซึ่งเป็นการประกาศเจตนารมณ์ในการร่วมมือระหว่างประเทศในการวางกรอบเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และเป็นสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนฉบับแรก ซึ่งที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ให้การรับรองตามข้อมติที่ 217 A (III) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 หรือพ.ศ. 2491

ปฏิญา ฯ นี้มีหลักการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ 30 ประการ ดังนี้

มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาโดยมีอิสระเสรี และเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ มีสิทธิและเสรีภาพ

¹⁰ Jack Mahoney, *The Challenge of Human Rights: Origin, Development, and Significance*. (Malden, Oxford, Carlton: Blackwell Publishing, 2007), pp. 5-20.

¹¹ นพนิติ สุริยะ, *สิทธิมนุษยชน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 14; Louis Henkin, Gerald L. Neuman, Diane F. Orentlicher, David W. Leebron, *Human Rights*, (New York: Foundation Press, 1999), pp.7-8.

¹² Jack Mahoney, *The Challenge of Human Rights: Origin, Development, and Significance*, supra note 10, at pp. 33-41.

ที่ระบุไว้ในกฎหมาย โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใด สิทธิในการดำรงชีวิตอย่างเสรี และในความมั่นคงแห่งร่างกาย ห้ามการบังคับบุคคลให้เป็นทาส หรืออยู่ในภาวะจำยอมใด ๆ ห้ามการทรมาน หรือการปฏิบัติ หรือการลงทัณฑ์ซึ่งทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือหยาบกระด้างต่อบุคคล สิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลในกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด มีสิทธิเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างได้ผลโดยศาลแห่งชาติ ซึ่งมีอำนาจเนื่องจากการกระทำใดๆ อันละเมิดต่อสิทธิขั้นมูลฐานตามกฎหมาย ห้ามการจับ กักขัง หรือเนรเทศบุคคลใด ๆ โดยพลการ สิทธิที่เท่าเทียมกันอย่างบริบูรณ์ในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยโดยศาลซึ่งเป็นอิสระและไร้อคติ สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผย จะมีความผิดต่อเมื่อกระทำการอันมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่ใช้อยู่ในขณะที่การกระทำผิดมิได้ ได้รับการคุ้มครองในกิจส่วนตัว ครอบครัวเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย สิทธิมีถิ่นที่อยู่ภายในขอบเขตดินแดนของแต่ละรัฐและสิทธิที่จะเดินทางออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งมีสิทธิที่จะกลับคืนในถิ่นกำเนิดของตน สิทธิที่จะแสวงหาและพักพิงในประเทศอื่น ๆ เพื่อลี้ภัยจากการกดขี่ข่มเหงที่ไม่เป็นธรรม สิทธิในการถือสัญชาติ สิทธิในครอบครัว เช่น สิทธิที่จะสมรสและที่จะสร้างครอบครัวโดยไม่มีการจำกัดใดๆ เนื่องจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนา สิทธิในการ

เป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพแห่งความคิด มโนธรรมที่เกี่ยวกับ ความเชื่อ ศาสนาและการปฏิบัติกิจที่เกี่ยวข้อง สิทธิในเสรีภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก สิทธิในเสรีภาพแห่งการชุมนุมและการสมาคมโดยสงบ สิทธิที่จะเข้าร่วมในรัฐบาลแห่งประเทศของตนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยผู้แทน สิทธิเข้าถึงอย่างเท่าเทียมกันในบริการสาธารณะ สิทธิได้รับความมั่นคงทางสังคม ทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม สิทธิที่จะทำงานเลือกงานอย่างเสรีและได้รับความคุ้มครอง สิทธิในการพักผ่อนและมีวันหยุดโดยได้รับค่าตอบแทน สิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของตนและครอบครัว สิทธิในการศึกษาขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นการให้เปล่า และสิทธิที่จะเข้าร่วมการใช้ชีวิตทางด้านวัฒนธรรมในประชาคมอย่างเสรี¹³

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กำหนดโดยกฎหมายเฉพาะ เพื่อความมุ่งประสงค์ให้ได้มาซึ่งการยอมรับ และการเคารพโดยชอบในสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันยุติธรรมของศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชาติและสวัสดิการโดยทั่วไป ในสังคมประชาธิปไตย¹⁴

ในประเทศไทยนั้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนนั้นก็เหมือนกับนานาประเทศ คือ มีอยู่ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในอื่น ๆ รวมทั้งการเป็นภาคีสถิติสัญญาต่าง ๆ อันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่ได้กลายเป็นกฎหมายภายในแล้ว

3.2 กฎหมายมหาชนกับสิทธิมนุษยชน

นักกฎหมายบางส่วนคิดว่ากฎหมายมหาชนไม่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน แต่ในความ

¹³ A Summary of United Nations Agreements on Human Rights, retrieved from <<http://www.hrweb.org/legal/undocs.html>>, 30 June 2009.

¹⁴ Ibid.

เป็นจริงสิทธิมนุษยชนมีความเกี่ยวข้องกับทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง เนื่องจากรัฐธรรมนูญต้องให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและกฎหมายปกครองก็มีพื้นฐานมาจากรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้นกฎหมายทั้งสองก็มีหลักการบางอย่างเป็นอย่างเดียวกัน เช่น ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

สิทธิมนุษยชนนั้นเป็นเรื่องสำคัญในรัฐธรรมนูญโดยเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของนิติรัฐ คือ รัฐที่มีการปกครองด้วยกฎหมายและหลักแห่งกฎหมายที่เป็นธรรมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์บนพื้นฐานที่เคารพสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ รัฐต้องปกครองด้วยระบบกฎหมายที่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เคารพในคุณค่า ความเสมอภาค การมีส่วนร่วมทางการเมือง และการปกครองของประชาชน เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

มาตรา 26 บัญญัติว่า

“การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

นอกจากนั้นสิทธิมนุษยชนมีความเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายปกครอง เนื่องจากรัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยต้องมีกฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายที่วางระเบียบในการบริหารราชการและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน โดยต้องมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อไม่ให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการที่จะเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

สำหรับหลักการที่สำคัญในกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีดังนี้

3.2.1 หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม

1) นิติรัฐ (Legal State)

นิติรัฐเป็นถ้อยคำที่ใช้กันในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ ซึ่งมีต้นกำเนิดมากจากประเทศเยอรมันและได้เผยแพร่ไปยังประเทศอื่น ๆ ในทวีปยุโรปและต่อมาได้ขยายไปทั่วโลกในปัจจุบัน

ในประเทศเยอรมัน ใช้คำว่า “Rechtsstat” ส่วนในประเทศฝรั่งเศสใช้คำว่า “Etat de Droit” ซึ่งหมายความว่ารัฐที่มีการปกครองโดยระบบกฎหมายที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และรัฐยอมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเช่นเดียวกับประชาชนอย่างเคร่งครัด¹⁵

แนวความคิดเรื่องนิติรัฐนี้มีที่มาจากแนวคิดของอริสโตเติล (Aristotle)¹⁶ ที่ว่า การปกครองที่ดีไม่ใช่ว่าการปกครองโดยมนุษย์ แต่เป็นการปกครองโดยกฎหมาย เพราะการปกครองโดยมนุษย์ย่อมเสี่ยงต่อการปกครองตามอำเภอใจ ในขณะที่การปกครองโดยกฎหมายนั้นเอื้ออำนวยต่อการที่จะมีความเสมอภาค (equality) และเสรีภาพ (liberty) มากกว่า เพราะหากมีการปกครองโดยหลักนิติรัฐมีอยู่จริง ทุกคนก็จะมีเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย และมีเสรีภาพ คือ ปราศจากความหวาดกลัวว่าจะมีการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยผู้ปกครอง

ในแนวความคิดนี้รัฐมีสภาพที่ต้องรับใช้สังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด แต่จะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎรได้นั้นย่อมมีอยู่วิธีเดียว ก็คือ การที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบไต่กฎหมายยังใช้บังคับอยู่ รัฐก็ผูกพันที่ต้องปฏิบัติตาม

¹⁵ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 127

¹⁶ Jill Frank, “Aristotle on Constitutionalism and the Rule of Law” 8 Theoretical Inquiries in Law, 37, 39-42 (January 2007).

กฎหมายนั้น และแนวความคิดนี้จึงเป็นที่มาของลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ซึ่งในอีกแง่หนึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า Law and Order รัฐธรรมนูญของรัฐที่จะเป็นนิติรัฐได้นั้น จำต้องมีบทบัญญัติในประการสำคัญกล่าวถึงหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรด้วย เช่น เสรีภาพในร่างกายทรัพย์สิน การทำสัญญา และการประกอบอาชีพ¹⁷

2) นิติธรรม (Rule of Law)

บางครั้งก็มีการใช้คำว่าหลักนิติธรรมแทนคำว่านิติรัฐ ซึ่งเป็นคำที่ใช้กันในระบบคอมมอนลอว์ โดยหมายถึงรัฐที่ใช้หลักนิติธรรม คือใช้กฎหมายเป็นหลักในการบริหารงานของรัฐ

Albert Venn Dicey นักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีชื่อเสียงมากของประเทศอังกฤษได้สรุปหลักนิติธรรมซึ่งมีรายละเอียดเพิ่มขึ้นว่าประกอบด้วยลักษณะ 3 ประการดังนี้¹⁸

(1) กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดของรัฐซึ่งตรงกันข้ามกับอำนาจตามอำเภอใจ รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่สามารถกระทำตามใจชอบหรือใช้อำนาจอย่างกว้างขวาง และประชาชนอังกฤษถูกปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งในทางอาญาหมายถึงบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษนั้นต้องเป็นโทษตามกฎหมาย อันแสดงให้เห็นว่าบุคคลจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายเท่านั้น

(2) บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกันจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาซึ่งหมายถึง บุคคลทุกคนต้องถูกกฎหมายบังคับโดยเท่าเทียมกันไม่เลือกฐานะและตำแหน่งหน้าที่ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างเอกชน หรือเอกชนกับรัฐทั้งตามกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ศาลยุติธรรมก็มีอำนาจ

หน้าที่พิจารณาคดีเหล่านี้ได้ และการพิจารณาพิพากษานี้ต้องเป็นไปโดยอิสระปราศจากการแทรกแซงใด ๆ

(3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดา ของประเทศหรือจากหลักกฎหมายเอกชน ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการใช้โดยศาลที่พิพากษาคดีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของเอกชน และอาจเกิดขึ้นจากการบัญญัติโดยรัฐสภา

ในทางการปกครอง การปกครองโดยหลักนิติธรรมก็คือ หลักการที่ว่า บรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเป็นโดยการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งต้องกระทำการภายใต้กฎหมาย และรัฐธรรมนูญ และต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ให้ ดังนั้นการปกครองโดยหลักนิติธรรมในนัยที่จะให้เกิดความเป็นธรรมนั้น จะต้องมีการออกกฎหมายที่เป็นธรรมด้วยอย่างใดก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงหลักนิติรัฐหรือนิติธรรมนี้ไม่ว่าจะใช้ถ้อยคำใดก็มีหลักการเป็นอย่างเดียวกัน คือ รัฐที่มีการปกครองโดยกฎหมายหรือใช้กฎหมายเป็นหลักสำคัญในการปกครอง ซึ่งมีหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ ความชอบด้วยกฎหมาย (legality) คือ การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น และ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (constitutionality) คือ การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการต่าง ๆ ต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย และสรุปได้ว่าหลักดังกล่าวนี้เมื่อใช้บังคับกับการปกครองนั้น มีหลักการที่สำคัญ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย คือ รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกับเอกชน และกฎหมายต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและต้องเป็นธรรม

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Tenth Edition*, (London: Macmillan & Co. Ltd., 1959), pp. 188-203.

สำหรับประเทศไทยนั้นก็มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสองว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

3.2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

แม้ว่าโดยหลักการรัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่อาจมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องมีกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐหรือฝ่ายปกครอง โดยจะต้องมีความมุ่งหมายหรือมีเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์สาธารณะ อันเป็นประโยชน์มหาชน เนื่องจากเป็นข้อยกเว้น เช่น เพื่อประโยชน์ความมั่นคงในด้านต่าง ๆ และความสงบเรียบร้อยของประชาชน กฎหมายที่ตราออกมาใช้บังคับเพื่อประโยชน์อย่างอื่นนอกจากนี้ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ และเป็นผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้

ตัวอย่างจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณะมีตัวอย่างเช่น บทบัญญัติดังต่อไปนี้

มาตรา 35 บัญญัติว่า

“สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับ

ความคุ้มครอง

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่ในกรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ”

นอกจากนั้น ในการที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใดที่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนแม้จะกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่สำคัญ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน¹⁹ ซึ่งอาจสรุปได้ ดังนี้

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (The Principle of Legality of the Administration)

หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองนั้นเป็นหลักที่ยอมรับกันมานานในประเทศว่าฝ่ายปกครอง ซึ่งหมายถึงรัฐ องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้และจะกระทำได้เฉพาะแต่ที่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น²⁰

ตามหลักนี้กฎหมายจึงเป็นแหล่งที่มาของอำนาจที่ให้ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ และขณะเดียวกัน และกฎหมายก็เป็นข้อจำกัดของอำนาจ หรือหลักเงื่อนไขของกฎหมายที่กำหนดว่าฝ่ายปกครองต้องดำเนินการอย่างไรในการจะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้การกระทำทางปกครองเป็นการบังคับการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้นอันเป็นการสอดคล้องกับเรื่องหลักนิติรัฐ ที่รัฐเองยอมตกอยู่ภายใต้

¹⁹ Rene Seerden, F.A.M. Stricint (ed.), *Administrative Law of European Union, its member states and the United States: A Comparative Analysis*, Second Edition, (Antwerpen: Intersentia, Heringa, A.W., 2007), pp. 118-119.

²⁰ Lionel Neville Brown, John Bell, Jean-Michel Galabert, *French Administrative Law*, (London: Clarendon Press, 1992), p. 214-215.

ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับเอกชน เป็นการจำกัดอำนาจของรัฐนั่นเอง และทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่น นอกไปจากระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับเอกชน ฝ่ายปกครองก็ไม้อาจจะกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืน หรือเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นได้ และฝ่ายปกครองไม้อาจจะกระทำการใด ๆ อันเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยบุคคลเหล่านั้นไม่สมัครใจมิได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาให้อำนาจไว้

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นพื้นฐานที่มาของการกระทำทางปกครอง ขอบเขตของการกระทำทางปกครอง และกระบวนการขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม หลักการนี้ได้รับการยอมรับในนานาประเทศ และในประเทศไทยก็มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 บัญญัติไว้ตามหลักการดังกล่าวว่า

“การจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

นอกจากนี้ก็มีบทบัญญัติอื่น ๆ เช่น มาตรา 43 ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณูปโภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ล้วนสิทธิของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

2) หลักความเสมอภาค (The Principle of Equality or Equal Treatment)

หลักความเสมอภาคมีแนวความคิดมาจากแนวคิดของของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ว่า ต้องใช้กฎเกณฑ์เดียวกันกับบุคคลทุกคน เว้นแต่เป็นกรณีที่มีสถานการณ์แตกต่างกันจึงจะใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันได้ หรือเป็นกรณีที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลที่มีความบกพร่องหรือเสียเปรียบ²¹

ดังนั้นองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการต่าง ๆ หรือทำคำสั่งใด ๆ จะดำเนินการดังกล่าวเพื่อบังคับหรือใช้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือดำเนินการเฉพาะกรณีเป็นรายๆ ไปมิได้ แต่ต้องใช้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือเหมือนกัน และใช้เป็นการทั่วไป และฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อหลักเสมอภาคแม้แต่ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะใช้ดุลพินิจได้ก็ตาม เพราะหากมีการเลือกปฏิบัติการใช้ดุลพินิจดังกล่าวก็เป็นดุลพินิจที่ขาดความชอบธรรมได้ เว้นแต่เป็นกรณีการส่งเสริมผู้ที่เสียเปรียบในสังคม

²¹ Shadrack B. O. Gutto, *Equality and Non-Discrimination in South Africa: The Political Economy of Law and Law Making* (Cape Town: New Africa Books, 2005), p. 132.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคไว้ใน มาตรา 5 ว่า “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

นอกจากนั้นก็มีบทบัญญัติอื่น ๆ เช่น มาตรา 30 ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรค หรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพ ได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

3) หลักความได้สัดส่วน (The Principle of Proportionality)

หลักความได้สัดส่วนซึ่งใช้ในการตรวจสอบ การกระทำของฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนนั้นมีที่มาจากประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์

ในทวีปยุโรป โดยเฉพาะในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส และเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ²² รวมทั้งประเทศไทย ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชน โดยไม่ให้อำนาจหรือองค์กรของรัฐกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชน เว้นแต่มีกรณีที่น่าจำเป็นและต้องได้สัดส่วน กับผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น แต่อาจมีคำอธิบาย ที่แตกต่างกันไป

ในระบบของประเทศเยอรมันนั้นหลัก ดังกล่าวหมายความว่ารัฐต้องไม่กระทำการใดที่เกิน ขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ ของรัฐบาล โดยต้องมีการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนักระหว่าง ความเสียหายต่อปัจเจกชนและผลที่ได้รับต่อรัฐหรือชุมชน จากการกระทำของฝ่ายปกครอง²³

ส่วนในระบบของประเทศฝรั่งเศส หมายถึง หลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างใช้อำนาจ กับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิ เสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะ พอประมาณ²⁴

นอกจากนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป และศาลยุติธรรมแห่งยุโรปก็ได้ยอมรับหลักนี้ว่ามีความสำคัญ ในฐานะเป็นหลักพื้นฐาน²⁵

แม้หลักความได้สัดส่วนจะมีที่มาจาก ประเทศในระบบซีวิลลอว์ แต่หลักนี้ก็มิอยู่ในกลุ่มประเทศ คอมมอนลอว์ด้วย เช่น ในอังกฤษ ในสมัยเดิมมักใช้กับการลงโทษทางอาญาว่าการลงโทษต้องได้สัดส่วนหรือ

²² Benny Y. T. Tai, “The Principle of Minimum Legislation for Implementing Article 23 of the Basic Law”, 32 Hong Kong Law Journal, 579, 589-590 (2002).

²³ Wikipedia, retrieved from <[http://74.125.153.132/search?q=cache:R4c5RpTraZsJ:en.wikipedia.org/wiki/Proportionality_\(political_maxim\)+principle+of+proportionality&cd=1&hl=th&ct=clnk&gl=th](http://74.125.153.132/search?q=cache:R4c5RpTraZsJ:en.wikipedia.org/wiki/Proportionality_(political_maxim)+principle+of+proportionality&cd=1&hl=th&ct=clnk&gl=th)>, 26 May 20009; Andrea Bortoluzzi, “The Principle of Proportionality. A Comparative Approach from the Italian Perspective”, <http://works.bepress.com/andrea_bortoluzzi/1/>, May 26 2009; Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, (Heidelberg: Max Planck Institut, 2001), p. 165.

²⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543), หน้า 85

²⁵ Nicholas Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, (Hague, the Netherlands : Kluwer Law International, 1996).

เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำหรือการกระทำที่เป็น การป้องกันต้องได้สัดส่วนกับอันตรายที่เผชิญหน้าอยู่ และความได้สัดส่วนเมื่อใช้กับหลักกฎหมายปกครองก็คือ หลักความมีเหตุผลหรือสมเหตุสมผล (rationality) ²⁶ ส่วนในสหรัฐอเมริกา นั้นมักใช้คำว่า การถ่วงดุล (balancing) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของระบบ ความยุติธรรมในการชั่งน้ำหนักระหว่างการจำกัดสิทธิ ของประชาชนกับการคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะ ²⁷ โดยในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะมีการ ระบุนปัญหา ประเมินข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายในคดี และเปรียบเทียบระหว่างสิทธิของประชาชนกับผลประโยชน์ ของรัฐหรือสาธารณะ ²⁸ ดังนั้น หลักการนี้จึงมีอยู่ ในนานาประเทศ เพียงแต่อาจใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันไป โดยได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายต่าง ๆ ที่สำคัญ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของ มนุษยชนด้วย และศาลในประเทศต่าง ๆ ก็ได้นำไปใช้เป็น ส่วนสำคัญในการตรวจสอบการกระทำของฝ่าย บริหารหรือฝ่ายปกครองเมื่อการกระทำของกลุ่มบุคคล ดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐาน

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า หลักความได้สัดส่วน หรือการห้ามการกระทำที่เกินความจำเป็น ซึ่งต้องมีการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนักอย่างเหมาะสมระหว่าง ความเสียหายต่อบุคคลชนกับการได้รับผลประโยชน์ ของชุมชนหรือสาธารณะจากการกระทำหรือมาตรการของ ฝ่ายปกครอง ²⁹ และหลักนี้ห้ามใช้มาตรการที่เกิดผล เสียหายต่อบุคคลชนมากกว่าผลประโยชน์ที่ชุมชนหรือ

สาธารณชนจะได้รับ แต่ในการตัดสินใจคดีศาลในหลาย ๆ ประเทศมักเห็นตามหรือสนับสนุนฝ่ายปกครองมากกว่า โดยจะไม่เข้าไปตรวจสอบหรือแทรกแซงการกระทำของ ฝ่ายปกครองเว้นแต่เห็นว่าการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจน ซึ่งการทดสอบเรื่องความได้ สัดส่วนหรือไม่เช่นนั้นประกอบด้วยหลัก 3 ประการ คือ ³⁰

(1) ความมีเหตุผล (rationality or reasonableness) อำนาจทางปกครองหรือกฎหมาย ต้องใช้ในทางซึ่งมีเหตุผลเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งใจ และเพื่ออำนาจซึ่งได้รับ โดยหลักนี้ต้องการให้รัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐแสดงให้เห็นว่ามาตรการที่กำหนดนั้น กระทำเพื่อให้บรรลุถึงเป้าหมายที่มีเหตุผลหรือสมเหตุสมผล

(2) ความจำเป็น (necessity) การใช้อำนาจ ต้องเป็นกรณีจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้อง และต้องมีความสำคัญเพียงพอที่จะเป็นเหตุของการ จำกัดสิทธิ

(3) ต้องมีการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนัก (balancing) ระหว่างการจำกัดสิทธิของบุคคลกับ ผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณะ กล่าวคือ การใช้ อำนาจต้องไม่ทำให้เกิดภาระหรือทำความเสียหายต่อ ผลประโยชน์ทางกฎหมายของบุคคลซึ่งไม่ได้สัดส่วน ต่อวัตถุประสงค์ที่จะบรรลุเพื่อคุ้มครองรัฐหรือสาธารณชน

4. บทบาทของศาลกับการใช้ การตีความหลัก สิทธิมนุษยชน

ศาลเป็นกลไกสำคัญในกระบวนการยุติธรรม ที่ใช้ควบคุมความประพฤติหรือการกระทำรวมทั้งการ

²⁶ Jeffrey Jowell and Anthony Lester, *Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous* in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds.) *New Directions in Judicial Review* (London: CRC Press, 1988), p. 91.

²⁷ Alec Stone Sweet and Jude Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", 72 *Columbia Journal of Transnational Law*, 72, 87-88 (2008).

²⁸ Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", 96 *Yale Law Journal* 943, (1987).

²⁹ Mahendra P. Singh, *German administrative law in common law perspective*, supra note 23, at p.165.

³⁰ Jason Varuhas, "Keeping Things in Proportion: The Judiciary, Executive Action and Human Rights" 22(2) *New Zealand Universities Law Review*, 300, 301-302(December 2006); Raymond Youngs, *English, French and German comparative law*, (London: Cavendish Publishing Ltd, 1998), pp. 104-105.

ระจับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เนื่องจากในกรณีที่ประชาชนถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากนโยบายหรือการดำเนินงานของรัฐบาล เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประชาชนกับรัฐ นั้นประชาชนผู้ถูกละเมิดมีสิทธิฟ้องคดีรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อศาล

ในหลักกฎหมายมหาชนจึงมีหลักการหนึ่งว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำทางปกครองนั้นกระทำโดยศาลเพื่อตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย เนื่องจากศาลมีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญที่ต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย³¹

การตรวจสอบของศาลนั้นเป็นการตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองดำเนินการตามกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการหรือไม่ และแม้กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการตลอดจนมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการกระทำของตน ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจในกรอบแห่งกฎหมาย และ ศาลมีอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบว่าการกระทำทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลนั้น ศาลต้องมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปโดยเปิดเผย และศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาเสมอ³²

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่สำคัญคือ ต้องพิจารณาว่าศาลจะตีความสิทธิมนุษยชนอย่างไร เนื่องจากศาลมีบทบาทสำคัญในการใช้และตีความกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ประเด็นเรื่องนี้นั้นบทบาทของศาลในนานาประเทศได้รับความสนใจกันมาก เช่น ในสหรัฐอเมริกาศาลสหรัฐได้รับการวิพากษ์วิจารณ์

ในการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากมีความขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยในขณะนั้นฝ่ายบริหารคือ ประธานาธิบดีแฟรงกลิน ดี. รูสเวลต์ (Franklin D. Roosevelt) ได้ออกกฎหมายที่ก้าวหน้านามากโดยประสงค์จะปกป้องคนยากจน ช่วยเหลือผู้ไร้แรงงาน เนื่องจากในขณะนั้นได้ออกกฎหมายนั้นเป็นช่วงที่เกิดวิกฤตเศรษฐกิจ แต่ศาลซึ่งมีความคิดอนุรักษ์นิยมตีความกฎหมายของฝ่ายบริหารว่าเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ โดยเฉพาะสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการตีความสิทธิมนุษยชนเชิงปัจเจกมากกว่าเชิงสังคม คือ คุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนมากกว่าคุ้มครองรัฐหรือผลประโยชน์ของสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องส่วนรวมและทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์เรื่องการใช้อำนาจตุลาการอย่างกว้างขวาง

สำหรับประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้ เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมาย บัญญัติ บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิ ตามความในหมวดนี้”

³¹ Mahendra P. Singh, *German administrative law in common law perspective*, supra note 23, at pp. 122-125.

³² Ibid pp. 127-128.

ศาลที่มีเขตอำนาจก็คือ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าในประเทศต่าง ๆ มีระบบศาลเดี่ยวหรือศาลคู่ หากมีระบบศาลเดี่ยวเช่น สหรัฐอเมริกา ประชาชนก็ต้องฟ้องคดีในศาลยุติธรรม เพราะมีศาลเพียงศาลเดี่ยว ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีทุกประเภทรวมทั้งคดีทางปกครอง แต่หากประเทศใดมีระบบศาลคู่ คดีทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองประชาชนผู้ถูกระงับละเมิดในคดีปกครองก็ต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

สำหรับประเทศไทยปัจจุบันใช้ระบบศาลคู่และมีศาลปกครอง ซึ่งเป็นกลไกหนึ่งในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของประชาชน เนื่องจากศาลปกครองมีอำนาจควบคุม ตรวจสอบ การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น การมีคำสั่งปิดสถานบริการ โรงแรม โรงงานอุตสาหกรรม ซึ่งการมีคำสั่งทำให้เกิดความเสียหายแก่กิจการ เป็นการควบคุม ตรวจสอบว่าการกระทำเหล่านั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยศาลปกครอง จะรับวินิจฉัยเฉพาะคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐ ดังนี้

(1) เป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน

(2) เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

(3) เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

(4) แต่ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กร

ตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฯ มาตรา 223 วรรคหนึ่งและวรรคสอง)

(5) เป็นเรื่องที่ ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอความเห็นว่างฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใด ตามมาตรา 244 (1) (ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฯ มาตรา 245 (2))

(6) เป็นคดีที่พิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลังในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการที่เกี่ยวกับวินัยทางการเงินการคลัง และการงบประมาณ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฯ มาตรา 243 วรรคหนึ่ง)

(7) เป็นเรื่องที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอความเห็น ว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครอง กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฯ มาตรา 257 (3))

ดังนั้น ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดจากทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จึงเป็นเรื่องที่มีข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชน ซึ่งประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลฟ้องคดีปกครองต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ดีให้เกิดขึ้นได้ เพื่อเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

สำหรับทางปฏิบัติของศาลในประเทศต่าง ๆ ในเรื่องการตรวจสอบการทำทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนมีตัวอย่าง ดังต่อไปนี้

4.1 ประเทศเยอรมัน

ศาลในประเทศเยอรมันได้ใช้หลักในเรื่องความได้สัดส่วนในการพิจารณาพิพากษาเพื่อตรวจสอบการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่น ตัวอย่างดังต่อไปนี้

ศาลปกครองของสหพันธ์รัฐในคดีลงวันที่ 3 พ.ค. 1973 เกี่ยวกับการให้ชาวต่างชาติออกจากประเทศ โดยเหตุผลว่าถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษในคดีอาญานั้นสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลนั้นได้สมรสกับหญิงชาวเยอรมัน ซึ่งเธอมีสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะปกป้องชีวิตสมรสและครอบครัวตามมาตรา 6 (1) แห่งกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) และต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบระหว่างการให้ชาวต่างชาติออกไปนอกประเทศกับสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่สมรสของบุคคลต่างชาติที่เป็นชาวเยอรมันดังกล่าว³³

แม้ในกรณีที่ชาวต่างชาติซึ่งถูกให้ออกนอกประเทศนั้นไม่มีคู่สมรสเป็นชาวเยอรมัน การที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะดำเนินการดังกล่าวก็ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลดังกล่าวประกอบด้วย เช่นในกรณีที่ชาวต่างชาติที่ถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดลหุโทษและถูกปรับเป็นจำนวนเงิน 200 มาร์คนั้น ศาลพิพากษาว่าทางการไม่ควรใช้ดุลพินิจพิจารณาล่งตัวออกนอกประเทศโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงอื่น ๆ เช่น ช่วงระยะเวลายาวนานที่บุคคลนั้นอยู่ในประเทศเยอรมัน การทำงานของภริยาของบุคคลดังกล่าว ความเป็นไปได้ที่บุคคลนั้นจะกลับไปอยู่ในถิ่นกำเนิด การปรับเปลี่ยนบุคลิกภาพและข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่สนับสนุนและต่อต้านการให้ออกนอกประเทศ³⁴

ในคดี ออชโช (Osho)³⁵ นั้นรัฐบาลกลางของเยอรมันได้ทำการรณรงค์เตือนประชาชนในเรื่อง

ลัทธิศาสนาซึ่งเรียกว่าขบวนการภควัน ว่าอาจเป็นอันตรายต่อประชาชน ซึ่งมีปัญหาว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของลัทธิดังกล่าวโดยมีเหตุผลที่ได้สัดส่วนกับการปกป้องคุ้มครองสาธารณชนหรือไม่

ลีลา ฟอร์ดเดอร์เกิส และคณะ (Leela Forderkreise.V. and Others) ฟ้องรัฐบาลเยอรมันว่ารัฐบาลได้รณรงค์ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1979 เพื่อเตือนประชาชนถึงอันตรายของลัทธิที่เป็นการทำลายและยุยง จัดการสมาธิ ในคดีนี้ผู้ร้องเป็นสมาชิกขององค์กรที่ปฏิบัติตามรอยของออชโช³⁶ หรือที่เคยรู้จักกันในขบวนการภควัน ซึ่งมีบทบาทมากในเยอรมันจาก ค.ศ. 1960-1970 และได้ดำเนินการต่อต้านรัฐบาลในปี ค.ศ. 1984

ผู้ร้องอ้างว่าข้อมูลที่รัฐบาลเผยแพร่ต่อประชาชนผ่านสื่อภาพในการนับถือศาสนาที่ได้รับรองโดยมาตรา 4 ของกฎหมายพื้นฐาน (GG-Basic Law) ซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญ โดยรัฐบาลใช้ถ้อยคำต่าง ๆ รวมทั้ง ลัทธิ (sect) ลัทธิของเยาวชน (youth sect) ศาสนาเยาวชน (youth religion) ลัทธิจิตวิญญาณ (psycho sect) รัฐบาลได้บรรยายการปฏิบัติและการกระทำของกลุ่มตามที่ปรากฏว่าเป็นการทำลาย ศาสนาที่หลอกลวง และดำเนินการให้สมาชิกแยกตัวออกจากสังคม

ในการตัดสินคดีในศาลชั้นต้นนั้นศาลชั้นต้นให้การสนับสนุนบางส่วน แต่ศาลสูงและศาลปกครองของสหพันธ์รัฐ เบต 9 ยกฟ้อง

คดีนี้จึงได้มีการดำเนินการต่อในศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งวินิจฉัยว่าหลักความเป็นกลางทางศาสนาของรัฐเป็น

³³ 42 BVerfGE 133 cited in Mahendra P. Singh, *German administrative law in common law perspective*, supra note 23, at pp. 169-170.

³⁴ 35 BVerfGE 291 cited in Mahendra P. Singh, *German administrative law in common law perspective*, ibid at p. 170.

³⁵ Reinhard Ruge, "Between Law and Necessity: The Federal Constitutional Court Confirms the Right of the Federal Government to Warn the Public (In Reply to Marion Albers)" 3 *German Law Journal* No. 12 (01 December 2002) - Public Law, <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=213#fuss5>>, 9 June 2009.

³⁶ Rajneesh Chandra Mohan Jain เป็นศาสตราจารย์ด้านปรัชญาของประเทศอินเดีย และสร้างลัทธิที่ให้ความสำคัญเกี่ยวกับเพศและเผยแพร่คำสอนไปในโลกตะวันตกและได้สร้างอาศรมในหลายประเทศ ซึ่งได้สอน และรักษาโรค

หลักสำคัญของเสรีภาพในการนับถือศาสนาที่ได้รับการรับรองโดยมาตรา 4 ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปการเตือนสาธารณชนของรัฐบาลสหพันธรัฐไม่เป็นการฝ่าฝืนหลักนี้ ถึงแม้ว่าไม่มีกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐบาลสหพันธรัฐ แต่รัฐบาลสามารถอ้างแนวความคิดเรื่องหน้าที่ของรัฐที่ต้องให้ข้อมูลต่อสาธารณชน

เรื่องนี้ไม่ใช่การกระทำทางปกครองของรัฐบาลสหพันธรัฐเยอรมันแต่เป็นเรื่องในฐานะที่เป็นรัฐบาลแต่การกระทำของรัฐบาลและการจำกัดอำนาจของรัฐบาลนั้นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน ศาลเห็นว่าการเตือนสาธารณชนเป็นการฝ่าฝืนหลักดังกล่าว เนื่องจากอ้างว่ากลุ่มดังกล่าว ทำลาย เป็นศาสนาหลอกลวง และกระทำการเปลี่ยนแปลง ศาลจึงเห็นด้วยกับผู้ร้องในบางส่วน

ในคดี กลีคอลล-เวิน (Glykol-Wein)³⁷ ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับคดี ออลโซ นั้นรัฐบาลกลางของเยอรมันได้ออกคำเตือนสาธารณชนให้รับรู้เรื่องไวน์ที่เป็นพิษซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองประชาชนและผู้บริโภค แต่ในทางตรงข้ามเป็นการก่อความเสียหายกับผู้ผลิตสินค้าซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ การกระทำของรัฐนั้นเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ที่ผู้ถูกกล่าวถึงหรือไม่ และการกระทำนั้นสามารถทำได้ คือ มีข้ออ้างหรือเหตุผลตามกฎหมายที่ได้สัดส่วนกันหรือไม่

ในปี ค.ศ. 1985 มีการค้นพบกลีคอลลในไวน์ของออสเตรีย ซึ่งสารดังกล่าวนั้นตามปกติใช้ในฐานะ

เป็นตัวต้านความเย็นและไม่ปลอดภัยต่อสุขภาพ ซึ่งเป็นที่สนใจของสาธารณชนอย่างมากและก่อให้เกิดความสูญเสียทางการเงินต่ออุตสาหกรรมไวน์ของเยอรมันและออสเตรีย เพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมดังกล่าวจากการล้มเลิกกิจการและสร้างความรู้สึกลดภัยขึ้นใหม่ รัฐบาลสหพันธรัฐจึงได้ให้มีการตีพิมพ์ระบรายชื่อไวน์และเจ้าของกิจการไวน์นั้น เจ้าของกิจการสองราย ซึ่งมีชื่ออยู่ในรายการดังกล่าวอ้างว่ามีกรรมฝ่าฝืนเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 12 และเสรีภาพอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญ คดีเหล่านี้ถูกยกฟ้องตั้งแต่ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองของสหพันธรัฐเขต 3 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเสรีภาพของการประกอบอาชีพ ในมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐานครอบคลุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาดรวมทั้งสิทธิที่จะเสนอตนต่อผู้มีส่วนร่วมในตลาด อย่างไรก็ตามศาลสรุปว่า สิทธิดังกล่าวไม่ได้ขัดขวางบุคคลอื่นจากการบรรยายภาพที่แตกต่างออกไป และศาลเห็นว่าการให้ข้อมูลเป็นกลางอย่างเข้มงวดและไม่ได้ใส่ร้ายจึงเป็นการให้คำเตือนที่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและจึงยกฟ้อง

4.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้นศาลยุติธรรมซึ่งมีเขตอำนาจในคดีทางปกครอง³⁸ มีหลักในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทำการต่าง ๆ รวมทั้ง

³⁷ Reinhard Ruge, "Between Law and Necessity: The Federal Constitutional Court Confirms the Right of the Federal Government to Warn the Public (In Reply to Marion Albers), supra note 35.

³⁸ ศาลมีเขตอำนาจในคดีทางปกครองของประเทศอังกฤษนั้นเป็นส่วนหนึ่งของ High Court ซึ่งเป็นศาลที่ตามปกติพิจารณาพิพากษาคดีส่วนแพ่ง โดยในคดีแพ่งแบ่งเป็นแผนก Queen's Bench, Chancery, และ Divorce, Probate and Admiralty กฎหมายบัญญัติ สุชีวะ, การฟ้องคดีอาญาในศาลอังกฤษ, retrieved from <www.panyathai.or.th/wiki/index.php>, 11 มิถุนายน 2552 เช่นเดียวกับศาลของประเทศอื่น ๆ ศาลของอังกฤษตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่น รัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐบาล หน่วยงานท้องถิ่น และหน่วยงานมหาชนอื่น ๆ เพื่อให้ปัจเจกชน องค์กรธุรกิจและกลุ่มอื่น ๆ ได้มีโอกาสโต้แย้งคัดค้านการกระทำของหน่วยงานทางปกครองว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การตรวจสอบโดยศาล (Judicial Review) เป็นวิธีพิจารณาของศาล High Court เพื่อคัดค้านโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองและอาจโต้แย้งกฎหมายที่มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองด้วย กฎหมายอนุญาตให้ปัจเจกชน องค์กรธุรกิจ หรือกลุ่มบุคคลที่จะคัดค้านโต้แย้งต่อศาลเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ของการกระทำของรัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐบาลหรือหน่วยงานมหาชนอื่น ๆ รวมทั้งหน่วยงานท้องถิ่น หน่วยงานตรวจคนเข้าเมือง และหน่วยงานที่ออกกฎข้อบังคับต่าง ๆ

การละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยใช้หลักการต่าง ๆ ในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ เนื่องจากกฎหมายปกครอง เป็นกฎหมายที่ควบคุมการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานมหาชนให้กระทำการโดยอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายเพื่อคุ้มครองประชาชนจากการกระทำที่มีขอบของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในสมัยเดิมนั้นมักมีความเห็นโดยเฉพาะจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษว่า การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ศาลจะไม่ตรวจสอบในรายละเอียดหรือเนื้อหาของการตัดสินใจหรือวินิจฉัยขององค์กรว่าได้ตัดสินใจโดยถูกต้องหรือไม่ แต่จะตรวจสอบว่าองค์กรได้กระทำการตามกฎหมายหรือถูกกฎหมายหรือไม่ (มีกฎหมายให้อำนาจกระทำไว้หรือไม่หรือกระทำเกินขอบอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่)³⁹

อย่างไรก็ตาม ต่อมาก็ได้มีการผ่อนคลายจากหลักการดังกล่าว โดยพิจารณาถึงเรื่องอื่น ๆ ด้วย คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความไม่มีเหตุผลหรือไม่สมเหตุผล และความไม่ยุติธรรมในเรื่องวิธีพิจารณา⁴⁰ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

มีการกระทำที่ แสดงถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality) ซึ่งหมายความว่า ผู้ที่กระทำการต้องเข้าใจอย่างถูกต้องถึงกฎหมายให้อำนาจตนกระทำการ และปฏิบัติตามกฎหมายนั้น สำหรับตัวอย่างของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น มีการกระทำที่เกินขอบเขตของกฎหมายที่กำหนดไว้ (ultra vires) หรือมีการมอบอำนาจโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่สนใจพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องหรือพิจารณาข้อเท็จจริง

ที่ไม่เกี่ยวข้องเมื่อตัดสิน⁴¹

มีการกระทำที่แสดงความไม่มีเหตุผล หรือ ไม่สมเหตุผล (irrationality or unreasonableness) แต่ก็เป็นกรยากที่จะกล่าวว่าการกระทำหรือไม่กระทำการใดมีเหตุผลหรือไม่ อย่างไรก็ตามในคดีที่เกิดขึ้นมักมีข้อเท็จจริงในเรื่องต่าง ๆ เช่น มีการกระทำตามอำเภอใจ มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม หรืออาศัยข้อพิจารณาที่ไม่มีเหตุผล⁴² นอกจากนั้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองตัดสินหรือลงมติหรือเมื่อต้องมีการทำโครงการที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องให้เหตุผล ซึ่งเหมาะสม เพียงพอ และสามารถทำให้ผู้ได้รับผลกระทบรู้ว่าทำไมบุคคลเหล่านั้นได้รับประโยชน์หรือสูญเสียประโยชน์ หากไม่มีการให้เหตุผลตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็เป็นการกระทำที่มีขอบ (R. v. Brent London Borough Council, ex p Baruwa (1997) 29 HLR 915)

มีความผิดพลาดในเรื่องวิธีพิจารณา หรือความไม่เหมาะสมในเรื่องวิธีพิจารณา กล่าวคือ มีพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่ามีพฤติกรรมต่าง ๆ ที่ผิดปกติในวิธีพิจารณาของฝ่ายปกครองในการตัดสินหรือทำคำสั่งที่ต้องมีการรับฟังพยานหลักฐานของผู้เรียกร้องการตัดสินใจ เช่น การละเลยไม่ให้อีกฝ่ายผู้เรียกร้องในการต่อสู้ในข้อพิพาทหรือได้เสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ (R v. Deputy Industrial Injuries Commissioner ex p Moore [1965] 1 QB 456) หรือมีความลำเอียง (Magill v. Porter [2001] UK HL67)

³⁹ Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corp. [1948] 1 KB 223.

⁴⁰ Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service v[1985] AC 375; Congreve v Home Office [1976] QB 629, R v Lord Saville of Newdigate, ex p A [1999] 4 All ER 860, R v Parliamentary Commissioner for Administration, ex p Balchin [1997] C.O.D. 146.

⁴¹ R. Alconbury Development Ltd v. Secretary of State for the Environment and the Regions [2001] UKHL 23.

⁴² The Judge Over Your Shoulder, A Guide to Judicial Review for UK Government Administrators, Fourth Edition 2006, Treasury Solicitors, paras 2.22-2.23.

นอกจากนั้นเมื่อประเทศอังกฤษได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวรรตการอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เนื่องจากอังกฤษได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว⁴³ แล้ว ก็ถูกผูกพันที่ต้องใช้หลักในกฎหมายดังกล่าวปรับกับคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบของศาล และเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครอง เพราะใช้บังคับกับการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง⁴⁴ โดยกฎหมายนี้ได้กำหนดสาเหตุที่เพิ่มขึ้น คือ มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสำหรับองค์กรมหาชนที่ไม่ปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป และมีหลักกฎหมายของยุโรปบางอย่างในการที่ฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นต้องใช้หลักความได้สัดส่วนมาบังคับ เนื่องจากตามหลักของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้น การจำกัดเสรีภาพที่ได้รับการรับรองโดยอนุสัญญา ๓ ต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งได้ดำเนินการกล่าวคือ ถ้าจะจำกัดสิทธิที่รับรองโดยอนุสัญญา ๓ มาตราการที่จำกัดสิทธิต้องได้มาตรฐานดังนี้⁴⁵

วัตถุประสงค์เกี่ยวกับกฎหมายต้องมีความสำคัญเพียงพอที่จะสนับสนุนความถูกต้องของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

มาตรการกำหนดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายต้องเกี่ยวข้องอย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์นั้น ต้องไม่เป็นไปตามอำเภอใจ ต้องไม่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมหรืออาศัยข้อพิจารณาที่ไม่มีเหตุผล

วิธีการที่ใช้เพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องไม่เกินกว่าความจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับตัวอย่างคดีในประเทศอังกฤษที่มีหลักการเช่นเดียวกับหลักความได้สัดส่วนมีดังนี้

Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation⁴⁶

Associated Provincial Picture Houses ซึ่งเป็นผู้ร้องได้รับอนุญาตจากองค์กรส่วนท้องถิ่นให้ประกอบธุรกิจโรงภาพยนตร์ โดยมีเงื่อนไขว่าห้ามเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าชมภาพยนตร์ในวันอาทิตย์ ผู้ร้องจึงขอให้ศาลสั่งว่าเงื่อนไขดังกล่าวใช้บังคับมิได้ และเกินขอบอำนาจที่ Wednesbury Corporation จะกำหนด

ศาลพิพากษาว่าในการที่ศาลจะเข้าแทรกแซงการตัดสินใจของ Wednesbury Corporation ก็ต่อเมื่อการตัดสินใจดังกล่าวของ Wednesbury Corporation พิจารณาถึงปัจจัยที่ไม่ควรพิจารณา หรือไม่พิจารณาปัจจัยที่ควรพิจารณา หรือการตัดสินใจนั้นไม่มีเหตุผล แต่ในคดีนี้ไม่มีสภาพการณ์ที่เข้าองค์ประกอบดังกล่าวขอเรียกร้องจึงฟังไม่ขึ้น

ในคดี Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ออกคำสั่งให้สถานีโทรทัศน์ บีบีซี และไอบีเอ ห้ามออกอากาศคำแถลงการณ์ของผู้แทนองค์การก่อการร้าย นักหนังสือพิมพ์ส่วนหนึ่งได้ยื่นคำร้องต่อศาลโต้แย้งคำสั่งของรัฐมนตรี้ ๓ ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการกระจายเสียงหรือการออกอากาศ ค.ศ. 1991 (Broadcasting Act 1991) และอนุสัญญาแห่งยุโรปที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ๓ (European Convention on Human Rights) และเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนเนื่องจากไม่มีเหตุผล ศาลพิพากษาว่าอนุสัญญาดังกล่าว

⁴³ Sophie Boyron, "Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?", 2 (2) Oxford Journal of Legal Studies, 237(1992).

⁴⁴ Treasury Solicitor, The Judge Over Your Shoulder, A Guide to Judicial Review for UK Government Administrator, 4 th Edition, 2006.

⁴⁵ Richard Clayton, Proportionality and the HLR 1998: Implications for Substantive Review [2002] JR 124.

⁴⁶ [1948] 1 KB 223.

(ในขณะนั้น) ยังไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอังกฤษ และการจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะในการต่อต้านการก่อการร้าย⁴⁷

ในคดี *R v East Sussex CC, ex parte Tandy* ซึ่งเกี่ยวข้องกับหน้าที่ขององค์กรการศึกษาท้องถิ่นที่ต้องจัดการศึกษาสำหรับการศึกษาระดับมัธยมศึกษา ซึ่งไม่สามารถเข้ารับการศึกษานี้ในโรงเรียนได้เพราะความจำเป็นบางประการ ในกรณีนี้คือ ความเจ็บป่วยทางการได้ตัดสินใจในทางนโยบายให้ลดจำนวนชั่วโมงในการเรียนและค่าเล่าเรียนลงเนื่องจากต้องการลดเงินสนับสนุนของรัฐบาล แต่การตัดสินใจดังกล่าวนี้ถูกโต้แย้งและขอให้ตรวจสอบ เนื่องจากผู้ร้องซึ่งได้รับผลกระทบเห็นว่าการให้บริการหรือจัดสรรทรัพยากรของรัฐไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ศาลสูงเห็นด้วยกับผู้ร้องโดยพิพากษาว่า บทบัญญัติของกฎหมายแสดงเป็นนัยว่าการกำหนดมาตรฐานนั้นต้องพิจารณาถึงการศึกษาเพียงอย่างเดียวและไม่มีอะไรในกฎหมายที่แสดงว่าต้องพิจารณาถึงเรื่องทรัพยากร (เงิน) ที่มีอยู่ ดังนั้นการกระทำขององค์กรดังกล่าวจึงไม่ชอบ⁴⁸

ในคดี *R v North & East Devon HA, ex parte Coughlan* ผู้ร้องโต้แย้งคำตัดสินขององค์กรทางสาธารณสุขที่หยุดการให้บริการศูนย์ที่เลี้ยงดูรักษาพยาบาลคนชราในชุมชนที่อาศัยอยู่ เนื่องจากไม่ค่อยมีผู้ให้บริการ มีค่าใช้จ่ายสูงและไม่ได้มีส่วนร่วมในการใช้ทรัพยากรที่มีสำหรับผู้ให้บริการในถิ่นนั้น ทำให้มีทรัพยากรเหลือน้อยสำหรับการให้บริการอื่น ๆ ศาลพิพากษาว่าการที่ทางการตัดสินใจปิดการให้บริการเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้เหตุผลหลายประการรวมทั้งเป็นการทำลายความคาดหวังของ

ผู้ร้องซึ่งทางการเคยสัญญาว่าจะจัดบริการที่อยู่อาศัยตลอดชีวิตและเป็นการไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ ถึงขั้นเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ รวมทั้งเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลที่จะมีบ้านตาม มาตรา 8 ของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 ยังไม่มีผลบังคับก็ตาม⁴⁹

4.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นศาลได้ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยพิจารณาว่ามีการกระทำโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่ เป็นการกระทำที่มีเหตุผล ความจำเป็นและศาลจะถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนัก (balancing) ระหว่างการจำกัดสิทธิของประชาชนกับผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณะ เนื่องจากในทางปฏิบัติศาลมักให้ความสำคัญของสิทธิของปัจเจกชนมากกว่ารัฐหรือสาธารณะ จึงต้องมีหลักการดังกล่าวเพื่อให้เกิดความเหมาะสม ที่จะคุ้มครองทั้งรัฐและประชาชน⁵⁰ ซึ่งมีตัวอย่าง ดังนี้

ในคดี *Schneider v. New Jersey* ซึ่งเป็นคดีแรกที่มีการใช้หลักการถ่วงดุล ในกรณีที่มีการฟ้องคดีว่าการที่เทศบาลห้ามแจกใบปลิวเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลฎีกาสหรัฐได้พิพากษาคดีโดยถ่วงดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างเสรี กับผลประโยชน์ของเทศบาลในการรักษาความสะอาดของถนน และพิพากษาว่าในสถานการณ์ของคดีดังกล่าวนี้การห้ามแจกใบปลิวเป็นการขัดต่อสิทธิในการแสดงความคิดเห็นอย่างเสรี⁵¹ เนื่องจากการที่ถนนสกปรกนั้นเพราะมีใบปลิวนั้นไม่ได้ก่อความเสียหายเท่ากับการที่ประชาชนถูกห้ามการแสดงความคิดเห็นอย่างเสรี ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพ

⁴⁷ [1991] 1 AC 696; [1991] 2 WLR 588; [1991] UKHL 4; [1991] 1 All ER 720.

⁴⁸ [1998] AC 714, 749 (HL).

⁴⁹ [1999] Lloyds Rep Med 306 (CA).

⁵⁰ Iddo Porat and Moshe Cohen-Eliya, "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins", retrieved from <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1272763>, 30 June 2009.

⁵¹ 308 US 147 (1939).

ที่สำคัญในสังคมที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย ในคดี *Rochin v. California* ศาลฎีกาสหรัฐพิพากษาว่าการใช้วิธีการที่รุนแรง เช่น ช้อนผู้ต้องหาเพื่อหาพยานหลักฐานนั้นเป็นการฝ่าฝืนหลักมนุษยธรรมและฝ่าฝืนหลักวิธีพิจารณาที่ต้องมีกระบวนการที่เป็นธรรม (Due Process) ที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) อย่างชัดเจน อันทำให้พยานหลักฐานที่ได้รับมาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ใช้บังคับไม่ได้^{๕๒}

คดี *Matthews v. Eldridge*

คดีนี้วางหลักการถ่วงดุลไว้ 3 ประการที่ศาลต้องพิจารณา คือ สิทธิของประชาชนได้รับผลกระทบจากการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผลกระทบจากการกระทำนั้นที่เกิดจากวิธีพิจารณาที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ และผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชน

ในคดีนี้ แมททีวส์ ได้กล่าวหาว่ารัฐบาลสหรัฐในการหยุดให้ผลประโยชน์ในประกันสังคมกับตนโดยไม่มี การบอกกล่าวล่วงหน้า ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรม ซึ่งศาลเห็นด้วยว่าการได้รับผลประโยชน์เป็นเรื่องสำคัญ ของเอกชนและทำให้มีความเสี่ยงในเรื่องผลประโยชน์ ที่จะถูกกระทบ แต่ไม่มีการฝ่าฝืนหลักการคุ้มครอง โดยกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม เพราะไม่มีการพิจารณา ที่ทำตามอำเภอใจหรือกีดกัน เนื่องจากโจทก์ได้รับการ เสนอหลายวิธีการในการบอกกล่าวถึงการยุติการให้ ผลประโยชน์แต่โจทก์ไม่ยอมรับ และในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณะ นั้นศาลพิพากษาว่าไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการพิจารณาก่อน ยุติการให้ผลประโยชน์ ดังนั้น วิธีพิจารณาของฝ่าย

ปกครองที่ได้กระทำไปจึงไม่ฝ่าฝืนสิทธิในการได้รับการ พิจารณาโดยชอบแต่อย่างใด^{๕๓}

คดี *Central Hudson Gas Electric Corp. v. Public Service Commission*^{๕๔}

เพื่อประหยัดพลังงานคณะกรรมการบริการ สาธารณะของนิวยอร์กได้ออกระเบียบห้ามการโฆษณา เพื่อสนับสนุนการใช้ไฟฟ้าแต่ไม่ห้ามการโฆษณาเพื่อให้ ข้อมูล บริษัท *Central Hudson Gas Electric* ได้แย้งระเบียบดังกล่าวในศาลฎีกานิวยอร์กว่าไม่ชอบ แต่ศาลยืนตามระเบียบดังกล่าว

คดีนี้ขึ้นสู่ศาลฎีกาของสหรัฐ ซึ่งมีปัญหาว่า ระเบียบของคณะกรรมการบริการสาธารณะของรัฐ นิวยอร์กฝ่าฝืนบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 1 และ 14 (The First Amendment and the Fourteenth Amendment)^{๕๕} หรือไม่ เพราะห้าม การโฆษณาเพื่อส่งเสริมการใช้ไฟฟ้าอย่างสิ้นเชิง

ในการพิพากษาคดีนี้ศาลได้วางหลักเกณฑ์ 4 ประการสำหรับการวิเคราะห์การมีเสรีภาพในการพูด หรือการแสดงความคิดเห็นทางการพาณิชย์กับข้ออ้าง ของคณะกรรมการว่ามีอำนาจห้ามการโฆษณา ดังนี้

1) การแสดงความคิดเห็นได้รับการคุ้มครอง โดยบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 หรือไม่ สำหรับการแสดงความคิดเห็น ที่อยู่ภายใต้บังคับ บทบัญญัติดังกล่าวต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่เป็นการหลอกลวง

2) ผลประโยชน์ของรัฐบาลที่กล่าวอ้างเป็น สาธารณะสำคัญหรือไม่

3) ระเบียบนั้นมีลักษณะเกินไปกว่าผลประโยชน์ ของรัฐบาลที่กล่าวอ้างหรือไม่

^{๕๒} 342 U.S. 165 (1952).

^{๕๓} 424 U.S. 319 (1976).

^{๕๔} 447 U.S. 557 (1980).

^{๕๕} บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 เป็นบทบัญญัติที่ห้ามรัฐสภาออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพต่าง ๆ รวมทั้งเสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการพิมพ์ และการชุมนุมอย่างสงบ ส่วนบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิของพลเมือง การเข้าเมือง และเสรีภาพส่วนบุคคล

4) ระเบียบกว้างครอบคลุมมากเกินไปจนจำเป็นที่จะส่งเสริมผลประโยชน์นั้นหรือไม่

หลังจากการพิจารณาและพิเคราะห์พยานหลักฐานต่าง ๆ แล้ว ศาลฎีกาสหรัฐพิพากษาว่าการห้ามโฆษณาเพื่อสนับสนุนการใช้ไฟฟ้าอย่างสิ้นเชิงนั้นฝ่าฝืนบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 และ 14 (The First Amendment and the Fourteenth Amendment)

4.4 ประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยนั้นศาลไทยก็ได้ใช้หลักกฎหมายต่าง ๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่หน่วยงานของรัฐกระทำการที่ล่วงละเมิดสิทธิหรือกระทบสิทธิของประชาชนเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวมนั้นมีหลักการเช่นเดียวกับนานาประเทศโดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ เช่น เยอรมัน และฝรั่งเศส กล่าวคือ ต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย มีความเสมอภาค และต้องเป็นไปตามหลักความจำเป็นและได้สัดส่วน คือ ไม่ได้กระทบกระเทือนสิทธิของประชาชนมากเกินไปแล้ว การกระทำดังกล่าวจึงจะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

การออก กฎกระทรวง ขอบังคับ ประกาศ ต้องกระทำโดยมีกฎหมายให้อำนาจและอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 9/2546

การที่ สภามหาวิทยาลัยมหิดลออกข้อบังคับมหาวิทยาลัยมหิดลว่าด้วยการศึกษาระดับบัณฑิตศึกษา พ.ศ. 2543 โดยมีข้อกำหนดให้นักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาต้องทำวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์เป็นภาษาอังกฤษนั้น เป็นการกระทำคือการออกกฎที่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยมหิดล พ.ศ. 2530 มาตรา 16 (1) และ (2) ที่บัญญัติให้สภามหาวิทยาลัยมีอำนาจหน้าที่ดูแลควบคุมกิจการทั่วไปของมหาวิทยาลัย วางนโยบายเกี่ยวกับการศึกษา การวิจัย การให้บริการทางวิชาการและสังคม การทำนุบำรุงศิลปะและวัฒนธรรม

และการวางระเบียบและออกข้อบังคับของมหาวิทยาลัย และข้อบังคับดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับนโยบายในการวางแผนการศึกษาเพื่อให้นักศึกษามีความรู้ภาษาอังกฤษในระดับที่ได้มาตรฐานและใช้บังคับกับนักศึกษาทุกคนในการศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาของมหาวิทยาลัยมหิดลโดยเสมอภาคกัน และผู้เข้าศึกษาทุกคนได้รับทราบข้อกำหนดนี้ก่อนเข้าศึกษาจึงมีโอกาสในการเตรียมตัวปรับปรุงความรู้ภาษาอังกฤษ ดังนั้นข้อกำหนดดังกล่าวจึงมิได้สร้างภาระแก่นักศึกษาที่เกินสมควรและอยู่ในอำนาจของสภามหาวิทยาลัยโดยเป็นไปตามกฎหมายแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 16/2546

เมื่อผู้อำนวยการเขตพระนครซึ่งเป็นเจ้าพนักงานท้องถิ่นและกรุงเทพมหานครซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าวในการดูแลรักษาที่หรือทางสาธารณะ รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ป้องกันและห้ามมิให้ผู้ใดบุกรุกครอบครองที่หรือทางสาธารณะและสั่งห้ามบุคคลใด ๆ มิให้วางและจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะในบริเวณที่ยังไม่ได้รับอนุญาตหรือผ่อนผันให้ค้าขายได้และอำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ในทางปกครองโดยทั่วไปตามกฎหมายจึงสามารถใช้อำนาจในการวินิจฉัยสั่งการเพื่อแก้ไขปัญหาทางการบริหารที่เกิดขึ้นได้ตามความเหมาะสมและจำเป็นภายในกรอบอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2547

การที่ กระทรวงคมนาคมออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2524 ซึ่งเป็นการกำหนดลักษณะ ชนิด ประเภทที่ใช้ในการขนส่ง ประเภทใบอนุญาตหลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาต และการอนุญาต ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก

พ.ศ. 2522 มาตรา 23 วรรคสอง และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการต่ออายุใบอนุญาตและการอนุญาตซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 28 วรรคสี่ จึงเป็นการดำเนินการตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของ พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 อันทำให้กฎกระทรวงดังกล่าวเป็นกฎกระทรวงที่สอดคล้องกับกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 51/2547

การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ได้ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อน ในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานีภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งเป็นการออกประกาศโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 50 วรรคสอง และพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 มาตรา 32 ทั้งนี้เพื่อการอนุรักษ์สัตว์น้ำอันเป็นการแก้ปัญหการทำลายสัตว์น้ำที่เกิดจากการใช้เครื่องมือประมงบางชนิดที่ส่งผลให้ลูกสัตว์น้ำและพ่อแม่พันธุ์ปลาถูกจับเป็นจำนวนมากนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืนตลอดไปแม้จะกระทบต่อเสรีภาพในการทำประมงของประชาชนอยู่บ้าง แต่ก็เป็นการดำเนินการที่จำเป็นอันก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณชนมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายของผู้ฟ้องคดีที่ได้รับและมีได้กระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับกฎหมาย และประกาศดังกล่าวจึงเป็นประกาศที่สอดคล้องกับกฎหมาย เพราะเป็นประกาศที่ออกโดยมีอำนาจตามกฎหมายและเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ

ถ้าฝ่ายปกครองไม่กระทำการตามกฎหมายหรือภายในกรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้การกระทำนั้นย่อมไม่สอดคล้องกับกฎหมายไม่ได้รับความคุ้มครอง เช่น

ตัวอย่างดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 25/2547

การให้ความเห็นชอบให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษเป็นอำนาจดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งจะต้องใช้ภายในกรอบของกฎหมายและต้องไม่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ มิฉะนั้นจะเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อผู้ฟ้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาต การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งไม่เห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษจึงเป็นคำสั่งที่เนื่องมาจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 104/2547

การใช้อำนาจของนายอำเภอเมืองปทุมธานีในการเรียกประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบลในกรณีที่ประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลไม่เรียกประชุมตามมาตรา 54 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 นั้นต้องเป็นกรณีที่ได้มีการกำหนดให้มีสมัยประชุมแล้ว ดังนั้น การที่นายอำเภอเรียกประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบลโดยไม่ปรากฏว่าเป็นการประชุมในสมัยสามัญหรือวิสามัญจึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย จึงขัดต่อกฎหมายและเป็นเหตุให้เพิกถอนคำสั่งเรียกประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบล และคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารชุดใหม่ตามมติของที่ประชุม ฯ ได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 207/2550

การที่ปลัดอำเภอรักษาราชการแทนนายอำเภอทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองให้กับผู้ร้องโดยที่ผู้ร้องยังมิได้ลงลายมือชื่อในพินัยกรรมอันทำให้พินัยกรรมเป็นโมฆะและเก็บรักษาพินัยกรรมไว้ ถือได้ว่าเป็นการประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นเหตุให้

ผู้มีชื่อรับมรดกตามพินัยกรรมได้รับความเสียหาย เนื่องจากไม่ได้รับที่ดินตามที่ระบุไว้ในพินัยกรรม จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้มีชื่อรับมรดกตามพินัยกรรมจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติในการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นแม้จะมีกฎหมายให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจ แต่การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นก็ต้องกระทำโดยชอบด้วย หากใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ การกระทำทางปกครองนั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้ เช่น ในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามอำนาจหน้าที่ของตนนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมาย มีความเสมอภาคและมีเหตุผลอันสมควร

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 142/2547 การที่คณะกรรมการอัยการไม่รับสมัครบุคคลในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ เพราะมีร่างกายพิการ แต่ความพิการดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดที่ไม่อาจช่วยเหลือตนเองหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ที่ทำงานตามปกติได้ และบุคคลดังกล่าวเคยเป็นทนายความซึ่งมีลักษณะงานทำนองเดียวกันกับข้าราชการอัยการการใช้ดุลพินิจไม่รับสมัครบุคคลดังกล่าวในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 30 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งวางหลักเรื่องความเสมอภาคไว้ว่าองค์กรต่าง ๆ ของรัฐรวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน ดังนั้น การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันหรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันจึงขัดต่อหลักความเสมอภาค และขัดต่อมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 ซึ่งบัญญัติว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ต้องมีคุณสมบัติ คือ ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง การกระทำดังกล่าวของคณะกรรมการอัยการจึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วย มาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็น การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 79/2549

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีมติให้ยุติเรื่องร้องเรียนของผู้บริโภคซึ่งร้องเรียนว่าบ้านที่ซื้อมาจากบริษัท ล. มีความชำรุดบกพร่องทั้งที่ผู้ประกอบการยังมิได้ทำการแก้ไขความชำรุดบกพร่องให้หมดสิ้นไป แม้จะมีการตกลงให้มีการดำเนินการดังกล่าว และไม่ได้ออกโอกาสผู้บริโภคที่ฟ้องคดีรับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและไม่มีโอกาสโต้แย้งตลอดจนแสดงพยานหลักฐานของผู้ฟ้องคดีก่อนลงมติให้ยุติเรื่อง จึงเป็นการที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคปฏิบัติหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้บริโภคที่ฟ้องคดี ซึ่งไม่เป็นไปตาม มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และทำให้เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 452/2551

การที่ คณะกรรมการแพทยสภาพิจารณาจำนวนการสอบสวนของคณะอนุกรรมการจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 34 ประกอบกับมาตรา 35(3) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานายกพิเศษ จึงไม่ต้องทำเป็นคำสั่งของแพทยสภา และถึงแม้ระเบียบจะกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพพยาบาลทำการประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ แต่ก็ต้องอยู่ในความควบคุมของแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามข้อ 6 ของระเบียบกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ดังนั้น การมี

มติของคณะกรรมการแพทย์สภาว่าแพทย์ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการตรวจรักษาผู้ป่วย คงมีเพียงพยาบาลเท่านั้น ที่ทำการรักษาผู้ป่วยคงดีโดยไม่ใช้อำนาจสั่งให้แสงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าวว่าในขณะที่พยาบาลทำการตรวจรักษาบาดแผลให้ผู้ป่วยคงดีมีแพทย์เวรประจำโรงพยาบาลคอยควบคุมให้คำปรึกษาหรือไม่ จึงเป็นการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อเท็จจริงหรือเหตุผลอันสมควร

5. สรุป

สิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้รับการรับรองและคุ้มครองในประเทศต่าง ๆ ที่มีการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยมีบทบัญญัติในกฎหมายภายใน เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายสิทธิมนุษยชน และในกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ

สำหรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำละเมิดของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น นอกจากมีกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ให้การคุ้มครองแล้วยังมีหลักกฎหมายปกครองเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย เพราะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครอง

อย่างไรก็ตามสิทธิของประชาชนแม้จะเป็นสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานจะได้รับความคุ้มครองมากน้อยแค่ไหนนั้นส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และกลไกหนึ่งที่มีความสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายก็คือ ศาล

ศาลของนานาประเทศได้ให้ความคุ้มครองกับประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเกิดจากการกระทำของบุคคลธรรมดาและรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยประชาชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมในประเทศที่มีระบบศาลเดี่ยว หรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ แต่อาจมีปัญหาในการตีความของศาลเมื่อมีการพิจารณาพิพากษาคดีอยู่บ้างว่าจะใช้หลักกฎหมายใดในการตีความเพื่อคุ้มครอง

สิทธิเสรีภาพของประชาชนและจะใช้อย่างไรจึงจะเหมาะสมซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละระบบและแต่ละประเทศ เช่น ในระบบซีวิลลอว์มักใช้หลักต่าง ๆ โดยให้ความสำคัญกับหลักความได้สัดส่วนระหว่างการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชนซึ่งประเทศไทยก็ใช้หลักนี้เช่นเดียวกับประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ แต่ในประเทศคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษและสหรัฐอเมริกา ยังไม่ใช้หลักดังกล่าวอย่างชัดเจนแต่ได้ใช้หลักการของตน ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกัน เช่น ในอังกฤษใช้หลักความมีเหตุผลในการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งก็ต้องมีความจำเป็นและเหมาะสม ส่วนในสหรัฐอเมริกาศาลใช้หลักการถ่วงดุลระหว่างการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชน ซึ่งก็ต้องมีการชั่งน้ำหนักถ่วงได้เสียของทั้งสองฝ่ายว่ามีเหตุผลความจำเป็นมากน้อยเพียงใด ซึ่งในผลของคำพิพากษาก็อาจไม่แตกต่างกันเพียงแต่ใช้หลักในการตัดสินแตกต่างกันไปเท่านั้น

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลในประเทศต่าง ๆ ในเรื่องการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นแสดงให้เห็นว่าศาลในประเทศต่าง ๆ ที่ใช้เป็นตัวอย่าง คือ เยอรมัน อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และไทยนั้น ศาลได้พยายามคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยใช้หลักกฎหมายต่าง ๆ ที่เห็นว่าเหมาะสมกับประเทศของตน

ถึงแม้ว่าประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์จะใช้หลักที่แตกต่างกัน เช่น ในระบบซีวิลลอว์ใช้หลักความได้สัดส่วนกับการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชน ในขณะที่ในระบบคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษใช้หลักความสมเหตุสมผล และในสหรัฐอเมริกาใช้หลักการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนักระหว่างการสูญเสียสิทธิหรือผลประโยชน์ของปัจเจกชนกับผลประโยชน์ที่รัฐหรือสาธารณชนจะได้รับโดยมีเหตุผลเพื่อจำกัดอำนาจ

ของศาลที่ให้การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนค่อนข้างมาก
เกินไป แต่หลักการต่าง ๆ ของประเทศเหล่านี้
 ก็มีลักษณะที่ใกล้เคียงกันและให้ผลที่เป็นการคุ้มครอง
 สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเหมาะสมและดีเช่นกัน

สำหรับประเทศไทยนั้นได้นำหลักการต่าง ๆ
 ของประเทศในระบบซีวิลลอว์มาใช้กับคดีในทางปกครอง
 เมื่อไม่นานมานี้ และแม้จะเริ่มไม่นานนักแต่ก็ใช้ได้
 ค่อนข้างดีและเหมาะสมสำหรับการให้ความคุ้มครอง
 สิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน
 และอาจกล่าวได้ว่าศาลปกครองของประเทศไทย
 ได้ใช้หลักกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ
 ประชาชนได้ดีมากเช่นเดียวกับประเทศที่มีหลักกฎหมาย
 เหล่านี้มาก่อน



