

นอกจากบุคคลมีสิทธิหรือศักดิ์ศรีในฐานะที่เป็นมนุษย์แล้วบุคคลเหล่านั้นจะต้องไม่ถูกบุคคลอื่นกระทำการละเมิดสิทธิของตนและต้องไม่ถูกรัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิของตนด้วย เว้นแต่รัฐมีความจำเป็นที่ต้องกระทำการใด ๆ อันเป็นการล่วงสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชน โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ มิฉะนั้นรัฐจะต้องรับผิดชอบการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นอาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายทั้งในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศที่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

สำหรับกฎหมายภายในนั้นมักเกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง เนื่องจากกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน และอาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญหากการกระทำหรือกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกระทำการนั้นขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันมีสนธิสัญญาต่าง ๆ ทั้งระดับภูมิภาคและระดับโลกที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และประเทศต่าง ๆ ก็ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาต่าง ๆ นั้น อย่างไรก็ตามการมีเพียงกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนย่อมไม่เกิดผลในทางปฏิบัติได้ แต่จำต้องมีการกลไกในการคุ้มครองและบังคับใช้กฎหมายหากมีการฝ่าฝืนกฎหมายเหล่านั้น และกลไกหนึ่งก็คือ ศาลเพื่อให้ผู้ถูกละเมิดดำเนินการฟ้องคดีรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางปกครอง เนื่องจากศาลเป็นกลไกการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง เพราะมี

อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ ซึ่งรวมทั้งคดีที่เกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครองระหว่างหน่วยราชการหรือหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนด้วย

ในปัจจุบันกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยและกฎหมายระหว่างประเทศมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมิให้มีการกระทำที่มีขอบเกิดขึ้นและประเทศต่าง ๆ ก็มีองค์กรต่าง ๆ รวมทั้งศาลปกครองหรือศาลอื่นที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เกิดจากการกระทำละเมิดต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ศาลจะทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการกระทำละเมิดของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้มากน้อยเพียงใดนั้นอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

เนื่องจากปัญหาเรื่องสิทธิมนุษยชนที่เกิดจากการกระทำละเมิดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในบทความนี้จึงมีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวโดยจะกล่าวถึงความหมายของคำว่าสิทธิมนุษยชนกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการจำกัดสิทธิมนุษยชน หลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้อง ศาลปกครองหรือศาลที่มีเขตอำนาจทางปกครอง และคดีที่เกี่ยวข้องซึ่งมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไป

■ ความหมายของสิทธิมนุษยชน

คำว่าสิทธิมนุษยชน (Human Rights) นั้นมีผู้ให้ความหมายไว้ดังนี้

สิทธิมนุษยชนคือ สิทธิซึ่งมีอยู่เป็นปกติวิสัยของมนุษย์ ไม่ว่าจะมิสัญชาติ ถิ่นที่อยู่ เพศ

ถิ่นกำเนิดสัญชาติหรือเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา ใดๆ หรือสถานะอื่นใด มนุษย์ทุกคนมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันในสิทธิมนุษยชนโดยปราศจากการกีดกัน สิทธิเหล่านี้เกี่ยวข้องกัน ขึ้นอยู่ต่อกันและกันและไม่สามารถแบ่งแยกได้³

สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งมนุษย์มีสิทธิ ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพซึ่งเห็นกันทั่วไปว่าเป็นสิทธิมนุษยชนรวมทั้งสิทธิในความเป็นพลเมืองและทางการเมือง เช่น สิทธิต่อชีวิตและเสรีภาพ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และความเสมอภาคในกฎหมายและสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รวมทั้งสิทธิในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรม สิทธิในการได้รับอาหาร การทำงานและการศึกษา และมนุษย์ทุกคนเกิดมาโดยมีเสรีภาพและมีความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ทุกคนมีเหตุผลและจิตสำนึกและควรกระทำต่อบุคคลอื่นด้วยความคิดในทางภราดรภาพ⁴

ในประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2542 มาตรา 3 ให้คำนิยามไว้ว่า “สิทธิมนุษยชน” หมายความว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม⁵

จากคำนิยามต่างๆ ดังกล่าวอาจสรุปได้ว่าสิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอยู่เป็นปกติวิสัยโดยเกิดมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์

และมีความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา ความเชื่อทางการเมือง หรือความเชื่ออื่น ๆ สถานภาพทางกายและอื่น ๆ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน การศึกษา การนับถือศาสนาและสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นอย่างเสรี

ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ทุกคนมีอย่างเท่าเทียมกัน และมนุษย์ต้องเคารพในสิทธิของกันและกัน อันเป็นพื้นฐานของทุกอย่างและมีคุณค่าเหนือกว่าสิ่งอื่น ๆ และถ้าในสังคมใดไม่มีหรือละเลยหรือทำลายสิทธิมนุษยชน สังคมนั้นจะไม่มีความยุติธรรมซึ่งไม่ถูกต้อง นอกจากนั้นกฎหมายของสังคมใดมีแต่หลักการโดยไม่คำนึงถึงความถูกต้องตามหลักสิทธิมนุษยชน กฎหมายของสังคมนั้นย่อมละเมิดสิทธิของประชาชน และสมควรต้องมีการแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการของสิทธิมนุษยชน หรือสังคมใดมีแต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนแต่ไม่มีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยไม่ได้รับการแก้ไขก็ต้องมีการดำเนินการแก้ไขเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและความสงบสุขในสังคม

■ ปัญหาที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

ในปัจจุบันสถานการณ์ทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนนั้นยังมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่ทั่วโลก โดยเฉพาะปัญหาการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐหรือ

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

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

5 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 88 ก หน้า 1 วันที่ 25 พฤศจิกายน 2542

เจ้าหน้าที่รัฐ ปัญหาดังกล่าวมีหลายเรื่อง ทั้งในการออกกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ การบังคับใช้ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และการตีความกฎหมาย ที่คำนึงถึงความมั่นคงของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะมากกว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเป็นปัญหาในหลายประเทศแต่อาจมีลักษณะแตกต่างกันไป แม้กระทั่งในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีชื่อเสียงว่าเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและรัฐให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมานานแล้วก็ยังมีปัญหาในเรื่องนี้ โดยได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการที่ฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะในเรื่องระบบความยุติธรรมทางอาญา เช่น ตำรวจ ทำร้ายผู้ต้องหาเพื่อให้รับสารภาพ หรือเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ทำร้ายนักโทษ⁶ และในส่วนที่มีเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐก็ได้รับการกล่าวอ้างว่ารัฐบาลสหรัฐให้การสนับสนุนการละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่น การทรมาน และการลอบสังหารศัตรู⁷ หรือยังคงมีการละเมิดสิทธิของชาวพื้นเมืองอินเดียนแดงโดยการที่รัฐอ้างสิทธิในที่ดินของกลุ่มชนเหล่านั้นว่าเป็นของรัฐ⁸

ในประเทศไทยนั้นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและสถานการณ์ละเมิดสิทธิมนุษยชนของสังคมไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนั้นมีหลายเรื่อง เช่น สิทธิทางแพ่ง ทางอาญาและทางการเมือง จึงเกี่ยวข้องกับเรื่องต่างๆ มากมาย ตั้งแต่การละเมิดสิทธิในชีวิต ร่างกายและการเข้าถึง

กระบวนการยุติธรรมโดยตำรวจซ้อมผู้ต้องหาให้รับสารภาพ สิ่งแวดล้อม โดยโรงงานปล่อยน้ำเสียแต่เจ้าหน้าที่จากกรมโรงงานไม่ดำเนินการจับกุม ป่าไม้ที่ผิด โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมมือกับผู้ลักลอบตัดไม้ทำลายป่า สัตว์ชาติ โดยเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานตรวจคนเข้าเมืองปฏิบัติมิชอบต่อชาวต่างชาติ และอื่น ๆ

สำหรับการปฏิบัติที่มิชอบนั้นก็มีปัญหาเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ คือ อาจมีการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนตั้งแต่การออกกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ การบังคับใช้ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และการตีความกฎหมาย ซึ่งรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปเกี่ยวข้อง

นอกจากนั้นปัจจุบันประเทศไทยปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีเพิ่มขึ้น เนื่องจากสังคมไทยปัจจุบันก็เป็นเช่นเดียวกับที่อื่น ๆ ในโลกที่เน้นความสำคัญของภาคเศรษฐกิจและสังคมที่เน้นการผลิตสินค้าให้ได้ปริมาณมากเพื่อส่งออกไปต่างประเทศ และได้ทำให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนแม้แต่การกระทำของภาครัฐ โดยรัฐบาลได้ใช้กฎหมายที่อาจมีผลกระทบต่อประชาชนหรือชุมชน เช่น การประกาศเขตวนอุทยานทับที่ดินของประชาชน การให้สัมปทานป่าแก่บุคคลภายนอกชุมชน และการสร้างเขื่อนต่าง ๆ ที่หลังจากการสร้างเขื่อนได้ทำให้วิถีชีวิตของชาวบ้านเปลี่ยนแปลงไปในการประกอบอาชีพ เนื่องจากชาวบ้านบางส่วนต้องอพยพไปใช้แรงงานนอกชุมชน เพราะจำนวนป่าลดน้อยลง และชาวบ้านจับปลาไม่ได้เพียงพอแก่การยังชีพ⁹

6 Human Rights Record of the United States in 2001, retrieved from < <http://www.china-embassy.org/eng/zt/zfbps/t36544.htm> >, May 29, 2008.

7 Wikipedia, Human Rights in the United States, retrieved < http://en.wikipedia.org/wiki/Human_rights_in_the_United_States >, May 29, 2008.

8 Vernellia R. Randall, "Violation of Human Rights of Native Americans", retrieved from <<http://academic.udayton.edu/race/02rights/Sovereignty02.htm>>, May 29, 2008.

9 ปาฐกถาพิเศษ "เยือนกับสิทธิชุมชน" โดย ศ.เสกสรรค์ ชามวีก ประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ 30 ส.ค. 2547, retrieved from < <http://www.thaingo.org/cgi-bin/content/content/show.pl?0198> >, 29 พ.ค. 2552;

ปาฐกถา ศ.เสกสรรค์ ชามวีก ณ วัดเกาะแก้ว ต.จอมทอง อ.เมือง จ.พิษณุโลก/ธรรมชาตินาถาเพื่อปวงชนคนที่ประเทศไทย 1 ธันวาคม 2548, retrieved from http://www.prachatai.com/osweb/th/home/page2.php?mod=mod_ptcms&ID=181&Key=HighlightNews >, 29 พ.ค. 2552;

■ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนนั้นมีที่มาและหลักการต่าง ๆ ตลอดจนประเภทของกฎหมายหลายชนิดด้วยกัน ดังต่อไปนี้

1. ที่มาและหลักการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน

แนวความคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนนั้นมีที่มาจากโลกตะวันตกที่เชื่อว่า มนุษย์มีสิทธิโดยธรรมชาติและเป็นสิทธิที่มีมาโดยกำเนิด และเป็นคุณค่าหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่จะมีอำนาจเหนือ ชีวิต ร่างกาย ของตนโดยไม่คำนึงถึงตำแหน่งหรือสถานภาพแต่อย่างใด และไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ แนวความคิดนี้เป็นการขยายแนวความคิดเดิมที่มีอยู่ในยุคโรมันที่บุคคลจะมีสิทธิตามตำแหน่งของตน¹⁰ ซึ่งปรากฏอย่างชัดเจนในยุคกลางของประเทศในทวีปยุโรปในศตวรรษที่ 16-17 โดยเป็นผลจากการต่อสู้ทางความคิดในเรื่องของความขัดแย้งทางชนชั้น เนื่องจากการเติบโตของชนชั้นกลาง อันเป็นผลมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม และทำให้กลุ่มชนชั้นกลางมีพลังทางเศรษฐกิจในการเคลื่อนไหวเรียกร้องอำนาจในสังคม เพื่อแบ่งอำนาจกับชนชั้นสูง เช่น กลุ่มศักดินา กลุ่มเจ้าขุนนาง และพระหรือนักบวช โดยมีนักปรัชญาที่สำคัญหลายท่าน เช่น จอห์น ล็อก นักปรัชญาชาวอังกฤษ ได้ให้ความเห็นว่ามนุษย์ต้องมีสิทธิในลักษณะดังกล่าว โดยได้สร้าง“ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ” ซึ่งเชื่อว่า

กฎธรรมชาติมีอำนาจเหนือมนุษย์ และห้ามมนุษย์ใช้เหตุผลที่จะมองเห็นได้ นอกจากนั้นมนุษย์เป็นผู้มีเหตุผล มีความเสมอภาค และมีสิทธิโดยธรรมชาติที่จะมีชีวิตอยู่ มีเสรีภาพ มีทรัพย์สิน และไม่มีสิทธิละเมิดสิทธิของผู้อื่น¹¹

ด้วยเหตุดังกล่าว สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิที่แสดงว่ามนุษย์มีเสรีภาพมาตั้งแต่เกิดและสิทธิเสรีภาพนี้ไม่มีผู้ใดเพิกถอนได้ เช่น สิทธิที่จะมีชีวิตปลอดภัยและมีทรัพย์สิน มีสิทธิในการปกครองและเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามความเสมอภาค ไม่ว่ามนุษย์จะมีความแตกต่างกันในเรื่องต่าง ๆ เช่น ถิ่นกำเนิด สถานะ สีผิว เพศ ภาษา และศาสนา แต่มนุษย์อาญินยอมเสียสิทธิบางประการเพื่อผลประโยชน์ของสังคมหรือส่วนรวมได้¹²

อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงอุดมการณ์ในเรื่องสิทธิมนุษยชน โดยได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของฝ่ายสังคมนิยมต่อสิทธิมนุษยชน ทำให้ความหมายเดิมของสิทธิมนุษยชนที่มุ่งเพียงการจำกัดอำนาจรัฐ ขยายขอบเขตไปสู่สิทธิที่เรียกร้องต่อรัฐให้ดำเนินการให้ประชาชนมีสิทธิในทางเศรษฐกิจและสังคม เพราะตราบไคที่โครงสร้างสังคมยังทำให้ความไม่เสมอภาคยังคงมีอยู่ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะยังคงมีอยู่ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องสร้างความเสมอภาคทางเศรษฐกิจขึ้นเสียก่อน เพื่อทำให้เรื่องของเสรีภาพเป็นจริงขึ้นมาได้ ซึ่งทำให้ขอบเขตของสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในปี ค.ศ. 1948 แบ่งได้เป็นสองด้าน คือ สิทธิทางการเมืองและทางแพ่ง จากฝ่าย

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

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

12 นพนิติ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน.อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑, หน้า 14;

Louis Henkin, Gerald L. Neuman, Diane F. Orentlicher, David W. Leeborn, *Human Rights*. (New York: Foundation Press, 1999), pp.7-8.

เสรีนิยม และสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม จากฝ่ายสังคมนิยม¹³

หลังจากที่แนวความคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับจากนักปรัชญาและนักกฎหมายแล้วสิ่งที่จำเป็นที่ทำให้มนุษย์มีสิทธิและบังคับตามสิทธิได้ก็คือการมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รับรองสิทธิเหล่านั้น ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนนั้นมีทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ นั้นอาจมีทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและกฎหมายอื่น ๆ ที่อยู่ในระดับต่ำกว่า เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเรื่องสิทธิที่สำคัญของประชาชน และเป็นเรื่องสำคัญตั้งแต่การต่อสู้กับอังกฤษจนได้ประกาศอิสรภาพในปี 1776 และในประเทศฝรั่งเศสก็มีกฎหมายที่รับรองสิทธิมนุษยชนเช่นกัน

ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศ ก็มีกฎหมายหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในปี ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights, 1948) ซึ่งเป็นการประกาศเจตนารมณ์ในการร่วมมือระหว่างประเทศในการวางกรอบเบื้องต้นเกี่ยวกับ “สิทธิมนุษยชน” และเป็นสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนฉบับแรก ซึ่งที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติให้การรับรองตามข้อมติที่ 217 A (III) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 หรือพ.ศ. 2491

ปฏิญญาฯ นี้มีหลักการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ 30 ประการ ดังนี้

มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาโดยมีอิสระเสรีและเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ มีสิทธิและเสรีภาพที่ระบุไว้ในปฏิญญาฯ โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือทางอื่นใด สิทธิในการดำรงชีวิตอย่างเสรีและในความมั่นคงแห่งร่างกาย ห้ามการบังคับบุคคลให้เป็นทาส หรืออยู่ในภาวะจำยอมใด ๆ ห้ามการทรมาน หรือการปฏิบัติ หรือการลงทัณฑ์ ซึ่งทารุณโหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือหยาบเถื่อนต่อบุคคล สิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลในกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด มีสิทธิเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ สิทธิที่จะได้รับการเยียวอย่างได้ผลโดยศาลแห่งชาติ ซึ่งมีอำนาจเนื่องจากการกระทำใด ๆ อันละเมิดต่อสิทธิขั้นมูลฐานตามกฎหมายห้ามการจับ กักขัง หรือเนรเทศบุคคลใด ๆ โดยพลการ สิทธิที่เท่าเทียมกันอย่างบริบูรณ์ในคดีอาญาในอันที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยโดยศาลซึ่งเป็นอิสระและไร้อคติ สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผยจะมีความผิดต่อเมื่อกระทำการอันมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่ใช้อยู่ในขณะที่การกระทำ ความผิดมิได้ ได้รับการคุ้มครองในกิจส่วนตัว

¹³ Jack Mahoney, *The Challenge of Human Rights: Origin, Development, and Significance*, supra note 10, at pp. 33-41.

ครอบครัว เศรษฐกิจ สิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย สิทธิมีถิ่นที่อยู่ภายในขอบเขตดินแดนของแต่ละรัฐและสิทธิที่จะเดินทางออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งมีสิทธิที่จะกลับคืนในถิ่นกำเนิดของตน สิทธิที่จะแสวงหาและพักพิงในประเทศอื่น ๆ เพื่อลี้ภัยจากการกดขี่ข่มเหงที่ไม่เป็นธรรม สิทธิในการถือสัญชาติ สิทธิในครอบครัว เช่น สิทธิที่จะสมรสและที่จะสร้างครอบครัวโดยไม่มีการจำกัดใด ๆ เนื่องจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนา สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพแห่งความคิด มโนธรรม ที่เกี่ยวกับ ความเชื่อ ศาสนาและการปฏิบัติกิจที่เกี่ยวข้อง สิทธิในเสรีภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก สิทธิในเสรีภาพแห่งการชุมนุม และการสมาคมโดยสงบ สิทธิที่จะเข้าร่วมในรัฐบาลแห่งประเทศของตนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยผู้แทน สิทธิเข้าถึงอย่างเท่าเทียมกันในบริการสาธารณะ สิทธิได้รับความมั่นคงทางสังคม ทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม สิทธิที่จะทำงาน เลือกรงานอย่างเสรีและได้รับความคุ้มครอง สิทธิในการพักผ่อนและมีวันหยุดโดยได้รับค่าตอบแทน สิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับสุขภาพ และความเป็นอยู่ที่ดีของตนและครอบครัว สิทธิในการศึกษาขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการให้เปล่า และสิทธิที่จะเข้าร่วมการใช้ชีวิตทางด้านวัฒนธรรมในประชาคมอย่างเสรี¹⁴

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กำหนดโดยกฎหมายเฉพาะเพื่อความมุ่งประสงค์ให้ได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพโดยชอบในสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันยุติธรรม

ของศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการโดยทั่ว ๆ ไป ในสังคมประชาธิปไตย¹⁵

ในประเทศไทยนั้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนนั้นก็เหมือนกับนานาประเทศ คือ มีอยู่ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในอื่น ๆ รวมทั้งการเป็นภาคีสถิติสัญญาต่าง ๆ อันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ได้กลายเป็นกฎหมายภายในแล้ว

2. กฎหมายมหาชนกับสิทธิมนุษยชน

นักกฎหมายบางส่วนคิดว่ากฎหมายมหาชนไม่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน แต่ในความเป็นจริง สิทธิมนุษยชนมีความเกี่ยวข้องกับทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง เนื่องจากรัฐธรรมนูญต้องให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และกฎหมายปกครองก็มีพื้นฐานมาจากรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้นกฎหมายทั้งสองก็มีหลักการบางอย่างเป็นอย่างเดียวกัน เช่น ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

สิทธิมนุษยชนนั้นเป็นเรื่องสำคัญในรัฐธรรมนูญ โดยเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของนิติรัฐ คือ รัฐที่มีการปกครองด้วยกฎหมายและหลักแห่งกฎหมายที่เป็นธรรม ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์บนพื้นฐานที่เคารพสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ รัฐต้องปกครองด้วยระบบกฎหมายที่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เคารพในคุณค่า ความเสมอภาค การมีส่วนร่วมทางการเมือง และการปกครองของประชาชน เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวดังนี้

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

15 Ibid.

มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

มาตรา 26 บัญญัติว่า

“การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

นอกจากนั้นสิทธิมนุษยชนมีความเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายปกครอง เนื่องจากรัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยต้องมีกฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายที่วางระเบียบในการบริหารราชการ และกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน โดยต้องมิทาบบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อไม่ให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการที่จะเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

สำหรับหลักการที่สำคัญในกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีดังนี้

2.1 หลักนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม

1) นิติรัฐ (Legal State)

นิติรัฐเป็นถ้อยคำที่ใช้กันในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมันและได้เผยแพร่ไปยังประเทศอื่นๆ ในทวีปยุโรป และต่อมาได้ขยายไปทั่วโลกในปัจจุบัน ในประเทศเยอรมันใช้คำว่า “Rechtsstat” ส่วนในประเทศฝรั่งเศส

ใช้คำว่า “Eat de Droit” ซึ่งหมายความว่ารัฐที่มีการปกครองโดยระบบกฎหมายที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และรัฐยอมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเช่นเดียวกับประชาชนอย่างเคร่งครัด¹⁶

แนวความคิดเรื่องนิติรัฐนี้มีที่มาจากแนวคิดของอริสโตเติล (Aristotle)¹⁷ ที่ว่า การปกครองที่ดีไม่ใช่การปกครองโดยมนุษย์ แต่เป็นการปกครองโดยกฎหมาย เพราะการปกครองโดยมนุษย์ย่อมเสี่ยงต่อการปกครองตามอำเภอใจ ในขณะที่การปกครองโดยกฎหมายนั้นเอื้ออำนวยต่อการที่จะมีความเสมอภาค (equality) และเสรีภาพ (liberty) มากกว่า เพราะหากมีการปกครองโดยหลักนิติธรรมอยู่จริง ทุกคนก็จะมีเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย และมีเสรีภาพ คือ ปราศจากความหวาดกลัวว่าจะมีการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยผู้ปกครอง

ในแนวความคิดนี้รัฐมีสภาพที่ต้องรับใช้สังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด แต่จะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎรได้นั้นย่อมมีอยู่วิธีเดียวก็คือ การที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบทที่กฎหมายยังใช้บังคับอยู่รัฐก็ผูกพันที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น และแนวความคิดนี้จึงเป็นที่มาของลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) ซึ่งในอีกแง่หนึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า Law and Order รัฐธรรมนูญของรัฐที่จะเป็นนิติรัฐได้นั้นจำต้องมีบทบัญญัติในประการสำคัญกล่าวถึง

¹⁶ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 127

¹⁷ Jill Frank, “Aristotle on Constitutionalism and the Rule of Law” 8 Theoretical Inquiries in Law, 37, 39-42 (January 2007).

หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรด้วย เช่น เสรีภาพในร่างกาย ทรัพย์สิน การทำสัญญา และการประกอบอาชีพ¹⁸

2) นิติธรรม (Rule of Law)

บางครั้งก็มีการใช้คำว่าหลักนิติธรรม แทนคำว่านิติรัฐ ซึ่งเป็นคำที่ใช้กันในระบบคอมมอนลอว์ (Common law) โดยหมายถึงรัฐที่ใช้หลักนิติธรรม คือใช้กฎหมายเป็นหลักในการบริหารงานของรัฐ Albert Venn Dicey นักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีชื่อเสียงมากของประเทศอังกฤษได้สรุปหลักนิติธรรมซึ่งมีรายละเอียดเพิ่มขึ้นว่าประกอบด้วยลักษณะ 3 ประการดังนี้¹⁹

(1) กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดของรัฐซึ่งตรงกันข้ามกับอำนาจตามอำเภอใจ รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่สามารถกระทำตามใจชอบหรือใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง และประชาชนอังกฤษถูกปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งในทางอาญามายังบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษนั้นต้องเป็นโทษตามกฎหมายอันแสดงให้เห็นว่าบุคคลจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายเท่านั้น

(2) บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกันจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาซึ่งหมายถึง บุคคลทุกคนต้องถูกกฎหมายบังคับโดยเท่าเทียมกันไม่เลือกฐานะและตำแหน่งหน้าที่ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างเอกชนหรือเอกชนกับรัฐทั้งตามกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ศาลยุติธรรมก็มีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดี

เหล่านี้ได้ และการพิจารณาพิพากษานี้ต้องเป็นไปโดยอิสระปราศจากการแทรกแซงใด ๆ

(3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดา ของประเทศหรือจากหลักกฎหมายเอกชน ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการใช้โดยศาลที่พิพากษาคดีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนและอาจเกิดขึ้นจากการบัญญัติโดยรัฐสภา

ในทางการปกครอง การปกครองโดยหลักนิติธรรมก็คือ หลักการที่ว่าบรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเป็นโดยการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งต้องกระทำการภายใต้กฎหมายและรัฐธรรมนูญ และต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ให้ ดังนั้น การปกครองโดยหลักนิติธรรมในนัยที่จะให้เกิดความเป็นธรรมนั้นจะต้องมีการออกกฎหมายที่เป็นธรรมด้วย

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงหลักนิติรัฐหรือนิติธรรมนี้ไม่ว่าจะใช้ถ้อยคำใดก็มีหลักการเป็นอย่างเดียวกัน คือ รัฐที่มีการปกครองโดยกฎหมายหรือใช้กฎหมายเป็นหลักสำคัญในการปกครอง ซึ่งมีหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ ความชอบด้วยกฎหมาย (legality) คือ การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (constitutionality) คือ การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการต่าง ๆ ต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย และสรุปได้ว่าหลักดังกล่าวนี้เมื่อใช้บังคับกับการปกครองนั้น

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Tenth Edition, (London: Macmillan & Co. Ltd., 1959), pp. 188-203.

มีหลักการที่สำคัญ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย คือ รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกับเอกชน และกฎหมายต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและต้องเป็นธรรม

สำหรับประเทศไทยนั้นก็มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสองว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

แม้ว่าโดยหลักการรัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่อาจมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องมีกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐหรือฝ่ายปกครองโดยจะต้องมีความมุ่งหมาย หรือมีเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นประโยชน์มหาชน เนื่องจากเป็นข้อยกเว้น เช่น เพื่อประโยชน์ความมั่นคงในด้านต่างๆ และความสงบเรียบร้อยของประชาชน กฎหมายที่ตราออกมาใช้บังคับเพื่อประโยชน์อย่างอื่นนอกจากนี้ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ และเป็นผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้

ตัวอย่างจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในเรื่อง

การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ มีตัวอย่างเช่น บทบัญญัติดังต่อไปนี้

มาตรา 35 บัญญัติว่า

“สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง การกล่าวหาหรือใส่ร้ายผู้อื่นซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่ในกรณีที่จำเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ”

นอกจากนั้น ในการที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำการใดที่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนแม้จะกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายต่างๆ ที่สำคัญ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน²⁰ ซึ่งอาจสรุปได้ ดังนี้

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

หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองนั้นเป็นหลักที่ยอมรับกันมานานในประเทศว่าฝ่ายปกครอง ซึ่งหมายถึงรัฐองค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้และจะกระทำได้เฉพาะแต่ที่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น²¹ ตามหลักนี้กฎหมายจึงเป็นแหล่งที่มาของอำนาจที่ให้อยู่ฝ่ายปกครอง

²⁰ Rene Seerden, F.A.M. Stricth (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.

²¹ Lionel Neville Brown, John Bell, Jean-Michel Galabert, *French Administrative Law*, (London: Clarendon Press, 1992), p. 214-215.

กระทำการต่างๆ และขณะเดียวกัน และกฎหมาย ก็เป็นข้อจำกัดของอำนาจ หรือหลักเงื่อนไขของ กฎหมายที่กำหนดว่าฝ่ายปกครองต้องดำเนินการ อย่างไรในการจะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของ ประชาชน เพื่อให้การกระทำทางปกครองเป็นการ บังคับการต่างๆ ให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น อันเป็นการสอดคล้องกับเรื่องหลักนิติรัฐ ที่รัฐเอง ยอมตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์ กับเอกชน เป็นการจำกัดอำนาจของรัฐนั่นเอง และทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่น นอกไปจากระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์ กับเอกชน ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถจะกระทำการ อันเป็นการฝ่าฝืน หรือเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย ที่ใช้บังคับอยู่นั้นได้ และฝ่ายปกครองไม่อาจจะ กระทำการใด ๆ อันเป็นการบังคับปัจเจกชนโดย บุคคลเหล่านั้นไม่สมัครใจมิได้ เว้นแต่จะมีกฎหมาย ที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาให้อำนาจไว้

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ทางปกครอง จึงเป็นทั้งฐานที่มาของการกระทำ ทางปกครอง ขอบเขตของการกระทำทางปกครอง และกระบวนการขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองต้อง ปฏิบัติตาม หลักการนี้ได้รับการยอมรับในนานา ประเทศและในประเทศไทยก็มีบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 บัญญัติไว้ตามหลักการ ดังกล่าวไว้

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และ

เท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญ แห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” กฎหมายตาม วรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และ ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือ แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้อง ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจใน การตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้ นามาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

นอกจากนั้นก็ยังมีบทบัญญัติอื่น ๆ เช่น มาตรา 43 ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำ มิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษา ความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษา ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพ ของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือ ขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

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

หลักความเสมอภาคมีแนวความคิดมา จากแนวคิดของของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ ว่าต้องใช้กฎเกณฑ์เดียวกันกับบุคคลทุกคน

เว้นแต่เป็นกรณีที่มีสถานการณ์แตกต่างกันจึงจะใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันได้ หรือเป็นกรณีที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลที่มีความบกพร่องหรือเสียเปรียบ²²

ดังนั้นองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการต่าง ๆ หรือทำคำสั่งใด ๆ จะดำเนินการดังกล่าวเพื่อบังคับหรือใช้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือดำเนินการเฉพาะกรณีเป็นราย ๆ ไปไม่ได้ แต่ต้องใช้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือเหมือนกัน และใช้เป็นการทั่วไป และฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อหลักเสมอภาค แม้แต่ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะใช้ดุลพินิจได้ก็ตาม เพราะหากมีการเลือกปฏิบัติการใช้ดุลพินิจดังกล่าวก็เป็นดุลพินิจที่ขาดความชอบธรรมได้ เว้นแต่เป็นกรณีการส่งเสริมผู้ที่เสียเปรียบในสังคม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคไว้ใน มาตรา 5 ว่า “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความ ค้ำครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เสมอกัน”

นอกจากนั้นก็มีบทบัญญัติอื่น ๆ เช่น มาตรา ๓๐ ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน”

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา

การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

3) หลักความได้สัดส่วน (The Principle of Proportionality)

หลักความได้สัดส่วนซึ่งใช้ในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นมีที่มาจากประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ในทวีปยุโรป โดยเฉพาะในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส และเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ²³ รวมทั้งประเทศไทย ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยไม่ให้รัฐหรือองค์กรของรัฐกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เว้นแต่มีกรณีที่ต้องจำเป็นและต้องได้สัดส่วนกับผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น แต่อาจมีคำอธิบายที่ต่างกันไป

ในระบบของประเทศเยอรมันนั้นหลักดังกล่าวหมายความว่ารัฐต้องไม่กระทำการใดที่เกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐบาล โดยต้องมีการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายต่อปัจเจกชนและผลที่ได้รับต่อรัฐหรือชุมชนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง²⁴ ส่วนในระบบของประเทศฝรั่งเศส หมายถึง หลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้

²² 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.

²³ 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).

²⁴ Wikipedia, retrieved from <[http://74.125.133.132/search?q=cache:R4csRpTraZsJ:en.wikipedia.org/wiki/Proportionality_\(political_maxim\)+principle+of+proportionality&cd=1&hl=th&ct=clink&gl=th](http://74.125.133.132/search?q=cache:R4csRpTraZsJ:en.wikipedia.org/wiki/Proportionality_(political_maxim)+principle+of+proportionality&cd=1&hl=th&ct=clink&gl=th)>, 28 May 2009;

Andrea Bortoluzzi, “The Principle of Proportionality, A Comparative Approach from the Italian Perspective”, <http://works.bepress.com/andrea_bortoluzzi/>, May 28 2009;

Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, (Heidelberg: Max Planck Institut, 2001), p. 165.

อำนาจบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ²⁵

นอกจากนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปและศาลยุติธรรมแห่งยุโรปก็ได้ยอมรับหลักนี้ว่ามีความสำคัญในฐานะเป็นหลักพื้นฐาน²⁶

แม้หลักความได้สัดส่วนจะมีที่มาจากประเทศในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) แต่หลักนี้ก็มีอยู่ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common law) ด้วย เช่น ในอังกฤษ ในสมัยเดิมมักใช้กับการลงโทษทางอาญาว่าการลงโทษต้องได้สัดส่วนหรือเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำหรือการกระทำที่เป็นการป้องกันต้องได้สัดส่วนกับอันตรายที่เผชิญหน้าอยู่ และความได้สัดส่วนเมื่อใช้กับหลักกฎหมายปกครองก็คือหลักความมีเหตุผลหรือสมเหตุสมผล (rationality)²⁷ ส่วนในสหรัฐอเมริกา นั้นมักใช้คำว่า การถ่วงดุล (balancing) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของระบบความยุติธรรมในการชั่งน้ำหนักระหว่างการจำกัดสิทธิของประชาชนกับการคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะ²⁸ โดยในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะมีการระบุปัญหา ประเมินข้อเท็จจริง และหลักกฎหมายในคดี และเปรียบเทียบระหว่างสิทธิของประชาชนกับผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณะ²⁹

ดังนั้น หลักการนี้จึงมีอยู่ในนานาประเทศ เพียงแต่อาจใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันไป โดยได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายต่างๆ ที่สำคัญ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของมนุษยชนด้วย และศาลในประเทศต่างๆ ก็ได้นำไปใช้เป็นส่วนสำคัญในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง เมื่อการกระทำของกลุ่มบุคคลดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า หลักความได้สัดส่วนหรือการห้ามการกระทำที่เกินความจำเป็น ซึ่งต้องมีการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนักอย่างเหมาะสมระหว่างความเสียหายต่อปัจเจกชนกับการได้รับผลประโยชน์ของชุมชนหรือสาธารณะจากการกระทำหรือมาตรการของฝ่ายปกครอง³⁰ และหลักนี้ห้ามใช้มาตรการที่เกิดผลเสียหายต่อปัจเจกชนมากกว่าผลประโยชน์ที่ชุมชนหรือสาธารณชนจะได้รับ แต่ในการตัดสินใจตัดสินคดีศาลในหลาย ๆ ประเทศมักเห็นตามหรือสนับสนุนฝ่ายปกครองมากกว่าโดยจะไม่เข้าไปตรวจสอบหรือแทรกแซงการกระทำของฝ่ายปกครองเว้นแต่เห็นว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจน ซึ่งการทดสอบเรื่องความได้สัดส่วนหรือไม่ นั้นประกอบด้วยหลัก 3 ประการคือ³¹

²⁵ วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543), หน้า 85

²⁶ Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, (Hague, the Netherlands: Kluwer Law International, 1996).

²⁷ 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.

²⁸ Alec Stone Sweet and Jude Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", 72 *Columbia Journal of Transnational Law*, 72, 87-88 (2006).

²⁹ Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", 96 *Yale Law Journal* 943, (1987).

³⁰ Mahendra P. Singh, *German administrative law in common law perspective*, supra note 23, at p.165.

³¹ 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.

(1) ความมีเหตุผล (rationality or reasonableness) อำนาจทางปกครองหรือกฎหมายต้องใช้ในทางซึ่งมีเหตุผลเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งใจและเพื่ออำนาจซึ่งได้รับโดยหลักนี้ต้องการให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแสดงให้เห็นว่ามาตรการที่กำหนดนั้นกระทำเพื่อให้บรรลุถึงเป้าหมายที่มีเหตุผลหรือสมเหตุสมผล

(2) ความจำเป็น (necessity) การใช้อำนาจต้องเป็นกรณีจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้อง และต้องมีความสำคัญเพียงพอที่จะเป็นเหตุของการจำกัดสิทธิ

(3) ต้องมีการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนัก (balancing) ระหว่างการจำกัดสิทธิของบุคคลกับผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณะ กล่าวคือ การใช้อำนาจต้องไม่ทำให้เกิดภาระหรือความเสียหายต่อผลประโยชน์ทางกฎหมายของบุคคลซึ่งไม่ได้มีส่วนต่อวัตถุประสงค์ที่จะบรรลุเพื่อคุ้มครองรัฐหรือสาธารณชน

■ บทบาทของศาลกับการใช้การตีความหลักสิทธิมนุษยชน

ศาลเป็นกลไกสำคัญในกระบวนการยุติธรรมที่ใช้ควบคุมความประพฤติหรือการกระทำรวมทั้งการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เนื่องจากในกรณีที่ประชาชนถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากนโยบายหรือการดำเนินงานของรัฐบาล เจ้าหน้าที่

ของรัฐ หรือมีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประชาชนกับรัฐนั้น ประชาชนผู้ถูกระงับจะเมิดมีสิทธิฟ้องคดีรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อศาล

ในหลักกฎหมายมหาชนจึงมีหลักการประการหนึ่งว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นกระทำโดยศาลเพื่อตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย เนื่องจากศาลมีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญที่ต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย³²

การตรวจสอบของศาลนั้นเป็นการตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองดำเนินการตามกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการหรือไม่ และแม้มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการตลอดจนมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการกระทำของตน ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจในกรอบแห่งกฎหมาย และศาลมีอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบว่าการกระทำทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลนั้นศาลต้องมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปโดยเปิดเผยและศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาเสมอ³³

อย่างไรก็ตามสิ่งที่สำคัญคือ ต้องพิจารณาว่าศาลจะตีความสิทธิมนุษยชนอย่างไร เนื่องจากศาลมีบทบาทสำคัญในการใช้และตีความกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน

³² Mahendra P. Singh, *German administrative law in common law perspective*, supra note 22, at pp. 122-125.

³³ Ibid pp. 127-128.

ประเด็นเรื่องนี้นั้นศาลของนานาประเทศได้ รับความสนใจกันมาก เช่น ในสหรัฐอเมริกา ศาลสหรัฐได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากมีความขัดแย้งกันระหว่าง ฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะสมัยหลัง สงครามโลกครั้งที่ 2 โดยในขณะนั้นฝ่ายบริหาร คือประธานาธิบดีแฟรงกลิน ดี. โรสเวลต์ (Franklin D. Roosevelt) ได้ออกกฎหมายที่ ก้าวหน้ามากโดยประสงค์จะปกป้องคนยากจน ช่วยเหลือผู้ไร้แรงงาน เนื่องจากในขณะที่ยกกฎหมายนั้นเป็นช่วงที่เกิดวิกฤตเศรษฐกิจ แต่ศาลซึ่งมีความคิดอนุรักษนิยมตีความกฎหมาย ของฝ่ายบริหารว่าเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ โดยเฉพาะสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการตีความสิทธิมนุษยชนเชิงปัจเจกมากกว่าเชิงสังคม คือ คุ่มครองสิทธิของปัจเจกชน มากกว่าคุ่มครองรัฐหรือผลประโยชน์ของสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องส่วนรวมและทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์เรื่องการใช้อำนาจตุลาการอย่างกว้างขวาง

สำหรับประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้ เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน”

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อ บังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพใน

เรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมาย บัญญัติ บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิ ตามความในหมวดนี้

ศาลที่มีเขตอำนาจก็คือ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าในประเทศต่าง ๆ มีระบบศาลเดี่ยวหรือศาลคู่ หากมีระบบศาลเดี่ยวเช่น สหรัฐอเมริกา ประชาชนก็ต้องฟ้องคดีในศาลยุติธรรม เพราะมีศาลเพียงศาลเดียวซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีทุกประเภทรวมทั้งคดีทางปกครอง แต่หากประเทศใดมีระบบศาลคู่ คดีทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองประชาชน ผู้ถูกระงับจะละเมิดในคดีปกครองก็ต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

สำหรับประเทศไทยปัจจุบันใช้ระบบศาลคู่ และมีศาลปกครอง ซึ่งเป็นกลไกหนึ่งในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของประชาชน เนื่องจากศาลปกครองมีอำนาจควบคุม ตรวจสอบ การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดจากการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น การมีคำสั่งปิดสถานบริการ โรงแรม โรงงานอุตสาหกรรม ซึ่งการมีคำสั่งทำให้เกิดความเสียหายแก่กิจการ เป็นการควบคุม ตรวจสอบว่าการกระทำเหล่านั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยศาลปกครองจะรับวินิจฉัยเฉพาะคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐ ดังนี้

(1) เป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์การ

ปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน

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

(3) เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

(4) แต่ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 223 วรรคหนึ่งและวรรคสอง)

(5) เป็นเรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอความเห็น ว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใด ตามมาตรา 244 (1) (ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 245 (2))

(6) เป็นคดีที่พิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลังในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินการที่เกี่ยวกับวินัยทางการเงิน การคลัง และการงบประมาณ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 243 วรรคหนึ่ง)

(7) เป็นเรื่องที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอความเห็น ว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 257 (3))

ดังนั้น ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดจากทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จึงเป็นเรื่องที่มีข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชน ซึ่งประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลฟ้องคดีปกครองต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ดีให้เกิดขึ้นได้ เพื่อเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

สำหรับทางปฏิบัติของศาลในประเทศต่างๆ ในเรื่องการตรวจสอบการทำทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนมีตัวอย่าง ดังต่อไปนี้

1. ประเทศเยอรมัน

ศาลในประเทศเยอรมันได้ใช้หลักในเรื่องความได้สัดส่วนในการพิจารณาพิพากษาเพื่อตรวจสอบการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่น ตัวอย่างดังต่อไปนี้

ศาลปกครองของสหพันธ์รัฐในคดีลงวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1973 เกี่ยวกับการให้ชาวต่างชาติออกจากประเทศ โดยเหตุผลว่าถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษในคดีอาญานั้นสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลนั้นได้สมรสกับหญิงชาวเยอรมัน ซึ่งเธอมีสิทธิขึ้นพื้นฐานที่จะปกป้องชีวิตสมรสและครอบครัว ตามมาตรา 6 (1) แห่งกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) และต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบระหว่างการให้ชาวต่างชาติออกไปนอกประเทศกับสิทธิขึ้นพื้นฐานของคู่สมรสของคนต่างชาติที่เป็นชาวเยอรมันดังกล่าว^{3 4}

^{3 4} 42 BVerfGE 133 cited in Mahendra P. Singh, German administrative law in common law perspective, supra note 23, at pp. 169-170.

แม้ในกรณีที่ชาวต่างชาติซึ่งถูกให้ออกนอกประเทศนั้นไม่มีคู่สมรสเป็นชาวเยอรมัน การที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะดำเนินการดังกล่าวก็ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลดังกล่าวประกอบด้วย เช่น ในกรณีที่ชาวต่างชาติถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดลหุโทษและถูกปรับเป็นจำนวนเงิน 200 มาร์คนั้น ศาลพิพากษาว่าทางการไม่ควรใช้ดุลพินิจพิจารณาส่งตัวออกนอกประเทศโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงอื่นๆ เช่น ช่วงระยะเวลายาวนานที่บุคคลนั้นอยู่ในประเทศเยอรมัน การทำงานของภริยาของบุคคลดังกล่าว ความเป็นไปได้ที่บุคคลนั้นจะกลับไปอยู่ในถิ่นกำเนิด การปรับเปลี่ยนบุคลิกภาพ และข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่สนับสนุนและต่อต้านการให้ออกนอกประเทศ³⁵

ในคดี Osho³⁶ นั้นรัฐบาลกลางของเยอรมันได้ทำการรณรงค์เตือนประชาชนในเรื่องลัทธิศาสนาซึ่งเรียกว่าขบวนการภควันว่า อาจเป็นอันตรายต่อประชาชน ซึ่งมีปัญหาว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของลัทธิดังกล่าวโดยมีเหตุผลที่ได้สัดส่วนกับการปกป้องคุ้มครองสาธารณชนหรือไม่ ลีลา ฟอร์ดเคอริกส์ และคณะ (Leela Forderkreis e.V. and Others) ฟ้องรัฐบาลเยอรมันว่ารัฐบาลได้รณรงค์ตั้งแต่ปีค.ศ. 1979 เพื่อเตือนประชาชนถึงอันตรายของลัทธิที่เป็นการทำลายและยุยงจัดการสมาชิก ในคดีนี้ผู้ร้องเป็นสมาชิกขององค์กรที่ปฏิบัติตามรอยของอชโฮ³⁷ หรือที่เคยรู้จักกันในขบวนการภควัน ซึ่งมีบทบาทมากในเยอรมันจาก ค.ศ. 1960-1970 และได้ดำเนินการต่อต้านรัฐบาลในปี ค.ศ. 1984

ผู้ร้องอ้างว่าข้อมูลที่รัฐบาลเผยแพร่ต่อประชาชนฝ่าฝืนเสรีภาพในการนับถือศาสนาที่ได้รับรองโดยมาตรา 4 ของกฎหมายพื้นฐาน (GG-Basic Law) ซึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญ โดยรัฐบาลใช้ถ้อยคำต่างๆรวมทั้งลัทธิ (sect) ลัทธิของเยาวชน (youth sect) ศาสนาเยาวชน (youth religion) ลัทธิจิตวิญญาณ (Psycho Sect) รัฐบาลได้บรรยายการปฏิบัติและการกระทำของกลุ่มตามที่ปรากฏว่าเป็นการทำลาย ศาสนาที่หลอกลวงและดำเนินการให้สมาชิกแยกตัวออกจากสังคม

ในการตัดสินคดีในศาลชั้นต้นนั้น ศาลชั้นต้นให้การสนับสนุนบางส่วน แต่ศาลสูงและศาลปกครองของสหพันธ์รัฐ เขต 9 ยกฟ้อง

คดีนี้จึงได้มีการดำเนินการต่อในศาลรัฐธรรมนูญซึ่งวินิจฉัยว่าหลักความเป็นกลางทางศาสนาของรัฐเป็นหลักสำคัญของเสรีภาพในการนับถือศาสนาที่ได้รับการรับรองโดยมาตรา 4 ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไป การเตือนสาธารณชนของรัฐบาลสหพันธ์รัฐไม่เป็นการฝ่าฝืนหลักนี้ ถึงแม้ว่าไม่มีกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐบาลสหพันธ์รัฐ แต่รัฐบาลสามารถอ้างแนวความคิดเรื่องหน้าที่ของรัฐที่ต้องให้ข้อมูลต่อสาธารณชน

เรื่องนี้ไม่ใช่การกระทำทางปกครองของรัฐบาลสหพันธ์รัฐเยอรมัน แต่เป็นเรื่องในฐานะเป็นรัฐบาลแต่การกระทำของรัฐบาลและการจำกัดอำนาจของรัฐบาลนั้นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน ศาลเห็นว่าการเตือนสาธารณชนเป็นการฝ่าฝืนหลักดังกล่าว เนื่องจากอ้างว่ากลุ่มดังกล่าวทำลาย เป็นศาสนาหลอกลวง และกระทำการ

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

³⁶ 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#fuss55>>, 9 June 2009.

³⁷ Rajneesh* Chandra Mohan Jain เป็นศาสตราจารย์ด้านปรัชญาของประเทศอินเดีย และสร้างลัทธิที่มีความสำคัญเกี่ยวกับเพศและเนยพรคำสอนไปในโลกตะวันตกและได้สร้างอาศรมในหลายประเทศ ซึ่งได้สอน และรักษาไว้

เปลี่ยนแปลง ศาลจึงเห็นด้วยกับผู้ร้องในบางส่วน ในคดี กลีคอล์-เวน (Glykol-Wein)^{๑๑} ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับคดี Osho นั้นรัฐบาลกลางของเยอรมันได้ออกคำเตือนสาธารณะชนให้รับรู้เรื่องไวน์ที่เป็นพิษซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองประชาชนและผู้บริโภค แต่ในทางตรงข้ามเป็นการก่อความเสียหายกับผู้ผลิตสินค้า ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ การกระทำของรัฐนั้นเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ที่ถูกกล่าวถึงหรือไม่ และการกระทำนั้นสามารถทำได้ คือ มีข้ออ้างหรือเหตุผลตามกฎหมายที่ได้สัดส่วนกันหรือไม่

ในปี ค.ศ. 1985 มีการค้นพบกลีคอล์ในไวน์ของออสเตรีย ซึ่งสารดังกล่าวนั้นตามปกติใช้ในฐานะเป็นตัวต้านความเย็นและไม่ปลอดภัยต่อสุขภาพ ซึ่งเป็นที่สนใจของสาธารณชนอย่างมาก และก่อให้เกิดความสูญเสียทางการเงินต่ออุตสาหกรรมไวน์ของเยอรมันและออสเตรีย เพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมดังกล่าวจากการล้มเลิกกิจการและสร้างความรู้สึกปลอดภัยขึ้นใหม่รัฐบาลสหพันธ์จึงได้ให้มีการตีพิมพ์ระบุรายชื่อไวน์และเจ้าของกิจการไวน์นั้น เจ้าของกิจการสองรายซึ่งมีชื่ออยู่ในรายการดังกล่าวอ้างว่ามีการฝ่าฝืนเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 12 และเสรีภาพอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญ คดีเหล่านี้ถูกยกฟ้องตั้งแต่

ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองของสหพันธ์รัฐเขต 3 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเสรีภาพของการประกอบอาชีพ ในมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐานครอบคลุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาด รวมทั้งสิทธิที่จะเสนอตนต่อผู้มีส่วนร่วมในตลาด อย่างไรก็ตามศาลสรุปว่าสิทธิดังกล่าวไม่ได้ขัดขวางบุคคลอื่นจากการบรรยายภาพที่แตกต่างออกไป และศาลเห็นว่าการให้ข้อมูลเป็นกลางอย่างเข้มงวดและไม่ได้ใส่ร้ายจึงเป็นการให้คำเตือนที่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและจึงยกฟ้อง

2. ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้นศาลยุติธรรมซึ่งมีเขตอำนาจในคดีทางปกครอง^{๑๒} มีหลักในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทำการต่างๆ รวมทั้งการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยใช้หลักการต่างๆ ในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ เนื่องจากกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่ควบคุมการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานมหาชนให้กระทำการโดยอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายเพื่อคุ้มครองประชาชนจากการกระทำที่มีขอบของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในสมัยเดิมนั้นมักมีความเห็นโดยเฉพาะจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษว่า การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ศาลจะไม่ตรวจสอบในรายละเอียดหรือเนื้อหาของการตัดสินใจหรือวินิจฉัยขององค์กรว่าได้ตัดสินใจ

^{๑๑} 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.

^{๑๒} ศาลมีเขตอำนาจในคดีทางปกครองของประเทศอังกฤษนั้นเป็นส่วนหนึ่งของ High Court ซึ่งเป็นศาลที่ตามปกติพิจารณาพิพากษาคดีส่วนตัว โดยในคดีแพ่งแบ่งเป็นแผนก Queen's Bench, Chancery, และ Divorce, Probate and Admiralty กฎหมาย บัญญัติ สุวัธน์, การฟ้องคดีอาญาในศาลอังกฤษ, retrieved from < www.panyathai.or.th/wiki/index.php>, 11 มิถุนายน 2552 เช่นเดียวกับศาลของประเทศอื่น ๆ ศาลของอังกฤษตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่น รัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐบาล หน่วยงานท้องถิ่น และหน่วยงานมหาชนอื่นๆ เพื่อให้ปัจเจกชน องค์กรธุรกิจและกลุ่มอื่นๆ ได้มีโอกาสโต้แย้งคัดค้านการกระทำของหน่วยงานทางปกครองว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การตรวจสอบโดยศาล (Judicial Review) เป็นวิธีพิจารณาของศาล High Court เพื่อคัดค้านโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองและอาจได้แย้งกฎหมายที่มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองด้วย กฎหมายอนุญาตให้ปัจเจกชน องค์กรธุรกิจ หรือกลุ่มบุคคลที่จะคัดค้านโต้แย้งต่อศาลเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ของการกระทำของรัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐบาลหรือหน่วยงานมหาชนอื่นๆ รวมทั้งหน่วยงานท้องถิ่น หน่วยงานตรวจคนเข้าเมือง และหน่วยงานที่ออกกฎข้อบังคับต่างๆ

โดยถูกต้องหรือไม่ แต่จะตรวจสอบว่าองค์กรได้กระทำการตามกฎหมายหรือถูกกฎหมายหรือไม่ (มีกฎหมายให้อำนาจกระทำไว้หรือไม่หรือกระทำเกินขอบอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่)⁴⁰

อย่างไรก็ตามต่อมาก็ได้มีการผ่อนคลายจากหลักการดังกล่าว โดยพิจารณาถึงเรื่องอื่นๆ ด้วย คือความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความไม่มีเหตุผลหรือไม่สมเหตุผล และความไม่ยุติธรรมในเรื่องวิธีพิจารณา⁴¹ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

มีการกระทำที่แสดงถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality) ซึ่งหมายความว่า ผู้ที่กระทำการต้องเข้าใจอย่างถูกต้องถึงกฎหมายที่ให้อำนาจตนกระทำการและปฏิบัติตามกฎหมายนั้น สำหรับตัวอย่างของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น มีการกระทำที่เกินขอบเขตของกฎหมายที่กำหนดไว้ (Ultra Vires) หรือมีการมอบอำนาจโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่สนใจพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องหรือพิจารณาข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องเมื่อตัดสิน⁴²

มีการกระทำที่แสดงความไม่มีเหตุผลหรือไม่สมเหตุผล (irrationality or unreasonableness) แต่ก็เป็นกรยากที่จะกล่าวว่าการกระทำหรือไม่กระทำการใดมีเหตุผลหรือไม่ อย่างไรก็ตามในคดีที่เกิดขึ้นมักมีข้อเท็จจริงในเรื่องต่างๆ เช่น มีการกระทำตามอำเภอใจ มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม หรืออาศัยข้อพิจารณาที่ไม่เหมาะสม⁴³ นอกจากนี้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองตัดสินหรือลงมติหรือเมื่อต้องมีการทำโครงการ

ที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องให้เหตุผล ซึ่งเหมาะสมเพียงพอ และสามารถทำให้ผู้ได้รับผลกระทบรู้ว่าทำไมบุคคลเหล่านั้นได้รับประโยชน์หรือสูญเสียประโยชน์ หากไม่มีการให้เหตุผลตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็เป็นการกระทำที่มิชอบ (R. v. Brent London Borough Council, ex p Barua (1997) 29 HLR 915)

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

นอกจากนั้นเมื่อประเทศอังกฤษได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เนื่องจากอังกฤษได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว⁴⁴ แล้ว ก็ถูกผูกพันที่ต้องใช้หลักในกฎหมายดังกล่าวปรับกับคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบของศาล และเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครอง เพราะใช้บังคับกับการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง⁴⁵ โดยกฎหมายนี้ได้กำหนดสาเหตุที่

⁴⁰ Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corp. [1948] 1 KB 223.

⁴¹ Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] AC 375; Congreve v Home Office [1976] QB 629, R v Lord Saville of Newdigate, ex p A [1989] 4 All ER 860, R v Parliamentary Commissioner for Administration, ex p Balchin [1997] C.O.D. 146.

⁴² R. Alconbury Development Ltd v. Secretary of State for the Environment and the Regions [2001] UKHL 23.

⁴³ The Judge Over Your Shoulder, A Guide to Judicial Review for UK Government Administrators, Fourth Edition 2006, Treasury Solicitors, paras 2.22-2.23.

⁴⁴ Sophie Boyron, "Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?," 2 (2) Oxford Journal of Legal Studies, 237 (1992).

⁴⁵ Treasury Solicitor, The Judge Over Your Shoulder, A Guide to Judicial Review for UK Government Administrator, 4th Edition, 2006.

เพิ่มขึ้น คือ มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับองค์กรมหาชนที่ไม่ปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป และมีหลักกฎหมายของยุโรปบางอย่างในการที่ฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นต้องใช้หลักความได้สัดส่วนมาบังคับ เนื่องจากตามหลักของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้น การจำกัดเสรีภาพที่ได้รับการรับรองโดยอนุสัญญาฯ ต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งได้ดำเนินการกล่าวคือ ถ้าจะจำกัดสิทธิที่รับรองโดยอนุสัญญาฯ มาตรการที่จำกัดสิทธิต้องได้มาตรฐานดังนี้^{4*}

วัตถุประสงค์เกี่ยวกับกฎหมายต้องมีความสำคัญเพียงพอที่จะสนับสนุนความถูกต้องของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน มาตรการกำหนดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายต้องเกี่ยวข้องอย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์นั้น ต้องไม่เป็นไปตามอำเภอใจ ต้องไม่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม หรืออาศัยข้อพิจารณาที่ไม่มีเหตุผล วิธีการที่ใช้เพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องไม่เกินกว่าความจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับตัวอย่างคดีในประเทศอังกฤษที่มีหลักการเช่นเดียวกับหลักความได้สัดส่วนมีดังนี้ *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation*^{4*}

Associated Provincial Picture Houses ซึ่งเป็นผู้ร้องได้รับอนุญาตจากองค์กรส่วนท้องถิ่นให้ประกอบธุรกิจโรงภาพยนตร์ โดยมีเงื่อนไขว่าห้ามเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าชมภาพยนตร์ในวันอาทิตย์ ผู้ร้องจึงขอให้ศาลสั่งว่าเงื่อนไขดังกล่าวใช้บังคับมิได้และเกินขอบอำนาจที่

Wednesbury Corporation จะกำหนด

ศาลพิพากษาว่าในการที่ศาลจะเข้าแทรกแซงการตัดสินใจของ *Wednesbury Corporation* ก็ต่อเมื่อการตัดสินใจดังกล่าวของ *Wednesbury Corporation* พิจารณาถึงปัจจัยที่ไม่ควรพิจารณาหรือไม่พิจารณาปัจจัยที่ควรพิจารณา หรือการตัดสินใจนั้นไม่มีเหตุผล แต่ในคดีนี้ไม่มีสภาพการณ์ที่เข้าองค์ประกอบดังกล่าว ข้อเรียกร้องจึงฟังไม่ขึ้น

ในคดี *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ออกคำสั่งให้สถานีโทรทัศน์ บีบีซี และไอบีเอ ห้ามออกอากาศคำแถลงการณ์ของผู้แทนองค์การก่อการร้าย นักหนังสือพิมพ์ส่วนหนึ่งได้ยื่นคำร้องต่อศาลโต้แย้งคำสั่งของรัฐมนตรีว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการกระจายเสียงหรือการออกอากาศ ค.ศ. 1991 (*Broadcasting Act 1991*) และอนุสัญญาแห่งยุโรปที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฯ (*European Convention on Human Rights*) และเป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนเนื่องจากไม่มีเหตุผล ศาลพิพากษาว่าอนุสัญญาดังกล่าว (ในขณะนั้น) ยังไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอังกฤษ และการจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะในการต่อต้านการก่อการร้าย^{4*} ในคดี *R v East Sussex CC, ex parte Tandy* ซึ่งเกี่ยวข้องกับหน้าที่ขององค์กรการศึกษาท้องถิ่น ที่ต้องจัดการศึกษาสำหรับการศึกษาภาคบังคับของเด็ก ซึ่งไม่สามารถเข้ารับการศึกษานในโรงเรียนได้ เพราะความจำเป็นบางประการ ในกรณีนี้คือ

^{4*} *Richard Clayton, Proportionality and the HLR 1998: Implications for Substantive Review [2002] JR 124.*

^{4*} [1948] 1 KB 223.

^{4*} [1991] 1 AC 696; [1991] 2 WLR 588; [1991] UKHL 4; [1991] 1 All ER 720.

ความเจ็บป่วย ทาง การ ได้ ตัด สิน ใน ทาง นโยบาย ให้ ลด จำนวน ชั่วโมง ใน การ เรียน และ ค่าเล่าเรียน ลง เนื่องจาก ต้องการ ลด เงิน สนับสนุน ของ รัฐบาล แต่ การ ตัด สิน ใจ ดัง กล่าว นี้ ถูก โต้แย้ง และ ขอให้ ตรวจสอบ เนื่องจาก ผู้ร้อง ซึ่ง ได้รับ ผลกระทบ เห็น ว่า การ ให้ บริการ หรือ จัดสรร ทรัพยากร ของ รัฐ ไม่ เกี่ยว กับ การ ปฏิบัติ หน้า ที่

ศาล สูง เห็น ด้วย กับ ผู้ร้อง โดย พิพากษา ว่า บทบัญญัติ ของ กฎหมาย แสดง เป็น นัย ว่า การ กำหนด มาตรฐาน นั้น ต้อง พิจารณา ถึง การ ศึกษา เพียง อย่าง เดียว และ ไม่มี อะไร ใน กฎหมาย ที่ แสดง ว่า ต้อง พิจารณา ถึง เรื่อง ทรัพยากร (เงิน) ที่มี อยู่ ดังนั้น การ กระทำ ของ องค์ กร ดัง กล่าว จึง ไม่ ขอบ^{4*}

ใน คดี R v North & East Devon HA, ex parte Coughlan ผู้ร้อง โต้แย้ง คำ ตัด สิน ของ องค์ กร ทาง สาธารณ สุข ที่ หยุด การ ให้ บริการ ศูนย์ ที่ เลี้ยง ดู รักษา พยาบาล คน ชรา ใน ชุมชน ที่ อาศัย อยู่ เนื่องจาก ไม่ ค่อย มี ผู้ ใช้ บริการ มี ค่า ใช้ จ่าย สูง และ ไม่ได้ สัดส่วน ใน การ ใช้ ทรัพยากร ที่ มี สำหรับ ผู้ ที่ ใช้ บริการ ใน ถิ่น นั้น ทำให้ มี ทรัพยากร เหลือ น้อย สำหรับ การ ให้ บริการ อื่น ๆ ศาล พิพากษา ว่า การ ที่ ทาง การ ตัด สิน ใจ ปิด การ ให้ บริการ เป็น การ กระทำ ที่ ไม่ ขอบ ด้วย กฎหมาย โดย ให้ เหตุผล หลาย ประการ รวมทั้ง เป็น การ ทำลาย ความ คาดหวัง ของ ผู้ร้อง ซึ่ง ทาง การ เคย สัญญา ว่า จะ จัด บริการ ที่ อยู่ อาศัย ตลอด ชีวิต และ เป็น การ ไม่ เป็น ธรรม ตาม รัฐ ธรรมนูญ ถึง ขึ้น เป็น การ ใช้ อำนาจ โดย มิชอบ รวมทั้ง เป็น การ ละเมิด สิทธิ ของ บุคคล ที่ จะ มี บ้าน ตาม มาตรา 8 ของ อนุสัญญา แห่ง ยุโรป ว่า ด้วย สิทธิ มนุษยชน ถึง แม้ ว่า

พระ ราช บัญญัติ สิทธิ มนุษยชน ค.ศ. 1998 ยัง ไม่มี ผล บังคับ ก็ ตาม^{5*}

3. ประเทศ สหรัฐ อเมริกา

ใน ประเทศ สหรัฐ อเมริกา นั้น ศาล ได้ ตรวจสอบ การ กระทำ ของ ฝ่าย ปกครอง โดย พิจารณา ว่า มี การ กระทำ โดย มิ กฎหมาย ให้ อำนาจ ไว้ หรือ ไม่ เป็น การ กระทำ ที่ มี เหตุผล ความ จำเป็น และ ศาล จะ ถ่วงดุล หรือ ชั่ง น้ำหนัก (balancing) ระหว่าง การ จำกัด สิทธิ ของ ประชาชน กับ ผล ประโยชน์ ของ รัฐ หรือ สาธารณะ เนื่องจาก ใน ทาง ปฏิบัติ ศาล มัก ให้ ความ ค้ำ ครอง สิทธิ ของ ปัจเจกชน มากกว่า รัฐ หรือ สาธารณะ จึง ต้อง มี หลักการ ดัง กล่าว เพื่อ ให้ เกิด ความ เหมาะสม ที่ จะ ค้ำ ครอง ทั้ง รัฐ และ ประชาชน^{6*} ซึ่งมี ตัวอย่าง ดังนี้

ใน คดี Schneider v. New Jersey ซึ่งเป็น คดี แรก ที่ มีการ ใช้ หลักการ ถ่วงดุล ใน กรณี ที่ มีการ พ้อง คดี ว่า การ ที่ เทศบาล ห้าม แจก ใบ ปลิว เป็น การ กระทำ ที่ ขัด ต่อ รัฐ ธรรมนูญ ซึ่ง ศาล พิพากษา ได้ พิพากษา คดี โดย ถ่วงดุล ระหว่าง สิทธิ เสรีภาพ ใน การ แสดง ความคิดเห็น อย่าง เสรี กับ ผล ประโยชน์ ของ เทศบาล ใน การ รักษา ความ สะอาด ของ ถนน และ พิพากษา ว่า ใน สถานการณ์ ของ คดี ดัง กล่าว นี้ การ ห้าม แจก ใบ ปลิว เป็น การ ขัด ต่อ สิทธิ ใน การ แสดง ความคิดเห็น อย่าง เสรี เนื่อง จาก การ ที่ ถนน สกปรก นั้น เพราะ มี ใบ ปลิว นั้น ไม่ได้ ก่อ ความ เสียหาย เท่า กับ การ ที่ ประชาชน ถูก ห้าม การ แสดง ความคิดเห็น อย่าง เสรี^{7*} ซึ่งเป็น สิทธิ เสรีภาพ ที่ สำคัญ ใน สังคม ที่ มีการ ปกครอง ระบอบ ประชาธิปไตย

^{4*} [1998] AC 714, 749 (HL).

^{5*} [1999] Lloyd's Rep. Med 306 (CA).

^{6*} Iddo Porat and Moshé 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.

^{7*} 308 US 147 (1939).

ในคดี Rochin v. California ศาลฎีกาสหรัฐพิพากษาว่าการใช้วิธีการที่รุนแรง เช่น ช้อนผู้ต้องหาเพื่อหาพยานหลักฐานนั้นเป็นการฝ่าฝืนหลักมโนธรรมและฝ่าฝืนหลักวิธีพิจารณาที่ต้องมีกระบวนการที่เป็นธรรม (Due Process) ที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) อย่างชัดเจน อันทำให้พยานหลักฐานที่ได้รับมาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ใช้บังคับไม่ได้⁵³ คดี Matthews v. Eldridge

คดีนี้วางหลักการอย่างชัดเจนไว้ 3 ประการที่ศาลต้องพิจารณา คือ สิทธิของประชาชนได้รับผลกระทบจากการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผลกระทบจากการกระทำนั้นที่เกิดจากวิธีพิจารณาที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ และผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชน

ในคดีนี้ แมททิวส์ ได้กล่าวหาว่ารัฐบาลสหรัฐในการหยุดให้ผลประโยชน์ในประกันสังคมกับตนโดยไม่มีการบอกกล่าวล่วงหน้า ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรม ซึ่งศาลเห็นด้วยว่าการได้รับผลประโยชน์เป็นเรื่องสำคัญของเอกชนและทำให้มีความเสี่ยงในเรื่องผลประโยชน์ที่จะถูกกระทบ แต่ไม่มีการฝ่าฝืนหลักการคุ้มครองโดยกระบวนการที่เป็นธรรม เพราะไม่มีการพิจารณาที่ทำตามอำเภอใจหรือกีดกัน เนื่องจากโจทก์ได้รับการเสนอหลายวิธีการในการบอกกล่าวถึงการยุติการให้ผลประโยชน์ แต่โจทก์ไม่ยอมรับ และในส่วนที่เกี่ยวกับส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณะนั้น

ศาลพิพากษาว่าไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการก่อนยุติการให้ผลประโยชน์ ดังนั้น วิธีพิจารณาของฝ่ายปกครองที่ได้กระทำไปจึงไม่ฝ่าฝืนสิทธิในการได้รับการพิจารณาโดยชอบแต่อย่างใด⁵⁴ คดี Central Hudson Gas Electric Corp. v. Public Service Commission⁵⁵

เพื่อประหยัดพลังงานคณะกรรมการบริการสาธารณะของนิวยอร์กได้ออกระเบียบห้ามการโฆษณาเพื่อสนับสนุนการใช้ไฟฟ้าแต่ไม่ห้ามการโฆษณาเพื่อให้ข้อมูล บริษัท Central Hudson Gas Electric ได้แย้งระเบียบดังกล่าวในศาลฎีกานิวยอร์กว่าไม่ชอบ แต่ศาลยืนตามระเบียบดังกล่าว

คดีนี้ขึ้นสู่ศาลฎีกาของสหรัฐ ซึ่งมีปัญหาว่าระเบียบของคณะกรรมการบริการสาธารณะของรัฐนิวยอร์กฝ่าฝืนบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 และ 14 (The First Amendment and the Fourteenth Amendment) หรือไม่ เพราะห้ามการโฆษณาเพื่อส่งเสริมการใช้ไฟฟ้าอย่างสิ้นเชิง

ในการพิพากษาคดีนี้ศาลได้วางหลักเกณฑ์ 4 ประการสำหรับการวิเคราะห์การมีเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง พาดพิงกับข้ออ้างของคณะกรรมการว่ามีอำนาจห้ามการโฆษณา ดังนี้

1) การแสดงความคิดเห็นได้รับการคุ้มครองโดยบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 หรือไม่ สำหรับการแสดงความคิดเห็นที่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติดังกล่าวต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นการหลอกลวง

⁵³ 342 U.S. 185 (1952).

⁵⁴ 424 U.S. 319 (1976).

⁵⁵ 447 U.S. 557 (1980).

บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 เป็นบทบัญญัติที่ห้ามรัฐบาลออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพต่างๆ รวมทั้งเสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการพิมพ์ และการชุมนุมอย่างสงบ

2) ผลประโยชน์ของรัฐบาลที่กล่าวอ้างเป็นสาระสำคัญหรือไม่

3) ระเบียบนั้นมีลักษณะเกินไปกว่าผลประโยชน์ของรัฐบาลที่กล่าวอ้างหรือไม่

4) ระเบียบกว้างครอบคลุมมากเกินไปจนความจำเป็นที่จะส่งเสริมผลประโยชน์นั้นหรือไม่

หลังจากการพิจารณาและพิเคราะห์พยานหลักฐานต่างๆ แล้ว ศาลฎีกาสหรัฐพิพากษาว่าการห้ามโฆษณาเพื่อสนับสนุนการใช้ไฟฟ้าอย่างสิ้นเชิงนั้นฝ่าฝืนบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 1 และ 14 (The First Amendment and the Fourteenth Amendment)

4. ประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยนั้นศาลไทยก็ได้ใช้หลักกฎหมายต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่หน่วยงานของรัฐกระทำการที่ล่วงละเมิดสิทธิหรือกระทบสิทธิของประชาชนเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวมนั้นมีหลักการเช่นเดียวกับนานาประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ เช่น เยอรมัน และฝรั่งเศส กล่าวคือต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย มีความเสมอภาคและต้องเป็นตามหลักความจำเป็นและได้สัดส่วนคือ ไม่ได้กระทบกระเทือนสิทธิของประชาชนมากเกินไปแล้ว การกระทำได้กล่าวจึงจะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

การออก กฎกระทรวง ข้อบังคับ ประกาศ ต้องกระทำโดยมีกฎหมายให้อำนาจและอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 9/2546

การที่สภามหาวิทยาลัยมหิดล ออกข้อบังคับ

มหาวิทยาลัยมหิดลว่าด้วยการศึกษาระดับบัณฑิตศึกษา พ.ศ. 2543 โดยมีข้อกำหนดให้นักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาต้องทำวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์เป็นภาษาอังกฤษนั้นเป็นการกระทำคือการออกกฎที่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยมหิดล พ.ศ. 2530 มาตรา 16 (1) และ (2) ที่บัญญัติให้สภามหาวิทยาลัยมีอำนาจหน้าที่ดูแลควบคุมกิจการทั่วไปของมหาวิทยาลัย วางนโยบายเกี่ยวกับการศึกษา การวิจัย การให้บริการทางวิชาการ และสังคม การทำนุบำรุงศิลปะและวัฒนธรรม และการวางระเบียบและออกข้อบังคับของมหาวิทยาลัย และข้อบังคับดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับนโยบายในการวางแผนการศึกษาเพื่อให้นักศึกษามีความรู้ภาษาอังกฤษในระดับที่ได้มาตรฐานและใช้บังคับกับนักศึกษาทุกคนในการศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาของมหาวิทยาลัยมหิดลโดยเสมอภาคกัน และผู้เข้าศึกษาทุกคนได้รับทราบข้อกำหนดนี้ก่อนเข้าศึกษาจึงมีโอกาสนในการเตรียมตัวปรับปรุงความรู้ภาษาอังกฤษ ดังนั้นข้อกำหนดดังกล่าวจึงมิได้สร้างภาระแก่นักศึกษาที่เกินสมควรและอยู่ในอำนาจของสภามหาวิทยาลัยโดยเป็นไปตามกฎหมายแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 16/2546

เมื่อผู้อำนวยการเขตพระนครซึ่งเป็นเจ้าพนักงานท้องถิ่นและกรุงเทพมหานครซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายต่างๆ ดังกล่าวในการดูแลรักษาที่หรือทางสาธารณะ รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ป้องกันและห้ามมิให้ผู้ใดบุกรุกครอบครองที่หรือทางสาธารณะและสั่งห้ามบุคคลใด ๆ มิให้วางและจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะในบริเวณที่ยังไม่ได้รับอนุญาตหรือผ่อนผันให้ค้าขายได้และอำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ในทางปกครองโดยทั่วไปตามกฎหมายจึงสามารถใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยสั่งการเพื่อแก้ไขปัญหาทางการบริหารที่เกิดขึ้นได้ตามความเหมาะสมและจำเป็นภายในกรอบอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2547

การที่กระทรวงคมนาคมออกกฎกระทรวงฉบับที่ 4 พ.ศ. 2524 ซึ่งเป็นการกำหนดลักษณะ ชนิด ประเภทที่ใช้ในการขนส่งประเภทใบอนุญาต หลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาต และการอนุญาต ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 23 วรรคสอง และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการต่ออายุใบอนุญาตและการอนุญาต ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 28 วรรคสี่ จึงเป็นการดำเนินการตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของ พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 อันทำให้กฎกระทรวงดังกล่าวเป็นกฎกระทรวงที่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่

อ. 51/2547

การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ได้ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่และเลี้ยงตัวในวัยอ่อน ในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งเป็นการออกประกาศโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 50 วรรคสอง และพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 มาตรา 32 ทั้งนี้เพื่อการอนุรักษ์สัตว์น้ำอันเป็นการแก้ปัญหาการทำลายสัตว์น้ำที่เกิดจากการใช้เครื่องมือประมงบางชนิดที่ส่งผลให้ลูกสัตว์น้ำและพ่อแม่พันธุ์ปลาถูกจับเป็นจำนวนมากนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืนตลอดไปแม้จะกระทบต่อเสรีภาพในการทำประมงของประชาชนอยู่บ้าง แต่ก็เป็นมาตรการที่จำเป็นอันก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณชนมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายของผู้ฟ้องคดีที่ได้รับและมีได้กระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และประกาศดังกล่าวจึงเป็นประกาศที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นประกาศที่ออกโดยมีอำนาจตามกฎหมายและเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ

ถ้าฝ่ายปกครองไม่กระทำการตามกฎหมายหรือภายในกรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้รับความคุ้มครอง เช่น ตัวอย่างดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่
อ. 25/2547

การให้ความเห็นชอบให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษเป็นอำนาจดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งจะต้องใช้ภายในกรอบของกฎหมายและต้องไม่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ มิฉะนั้นจะเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อผู้ฟ้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาต การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งไม่เห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษ จึงเป็นคำสั่งที่เนื่องมาจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่
อ. 104/2547

การใช้อำนาจของนายอำเภอเมืองปทุมธานี ในการเรียกประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบลในกรณีที่ประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลไม่เรียกประชุมตามมาตรา 54 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 นั้นต้องเป็นกรณีที่ได้มีการกำหนดให้มีสมัยประชุมแล้ว ดังนั้น การที่นายอำเภอเรียกประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบลโดยไม่ปรากฏว่าเป็นการประชุมในสมัยสามัญหรือวิสามัญจึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย จึงขัดต่อกฎหมายและเป็นเหตุให้เพิกถอนคำสั่งเรียกประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารชุดใหม่ตามมติของที่ประชุมฯ ได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่
อ. 207/2550

การที่ปลัดอำเภอรักษาราชการแทนนายอำเภอทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองให้กับผู้ร้องโดยที่ผู้ร้องยังมีได้ลงลายมือชื่อในพินัยกรรมอันทำให้พินัยกรรมเป็นโมฆะและเก็บรักษาพินัยกรรมไว้ ถือได้ว่าเป็นการประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นเหตุให้ผู้มีชื่อรับมรดกตามพินัยกรรมได้รับความเสียหายเนื่องจากไม่ได้รับที่ดินตามที่ระบุไว้ในพินัยกรรม จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้มีชื่อรับมรดกตามพินัยกรรมจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ในการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นแม้จะมีกฎหมายให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจ แต่การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นก็ต้องกระทำโดยชอบด้วย หากใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ การกระทำทางปกครองนั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้ เช่น ในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามอำนาจหน้าที่ของตนนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมาย มีความเสมอภาค และมีเหตุผลอันสมควร

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่
อ. 142/2547

การที่คณะกรรมการอัยการไม่รับสมัครบุคคลในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการเพราะมีร่างกายพิการ แต่ความพิการดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดที่ไม่อาจช่วยเหลือตนเองหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การงานตามปกติได้ และบุคคลดังกล่าวเคยเป็นทนายความซึ่งมีลักษณะงานทำนองเดียวกันกับข้าราชการอัยการ การใช้ดุลพินิจไม่รับสมัครบุคคลดังกล่าวในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งวางหลัก

เรื่องความเสมอภาคไว้ว่าองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่ต่างกันตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน ดังนั้น การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่ต่างกันหรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่ต่างกันโดยสิ้นเชิงขัดต่อหลักความเสมอภาค และขัดต่อมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 ซึ่งบัญญัติว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ต้องมีคุณสมบัติ คือ ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง การกระทำความผิดกล่าวของคณะกรรมการอัยการจึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 79/2549

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีมติให้ยุติเรื่องร้องเรียนของผู้บริโภคซึ่งร้องเรียนว่าบ้านที่ซื้อมาจากบริษัท ล. มีความชำรุดบกพร่องทั้งที่ผู้ประกอบการยังมิได้ทำการแก้ไขความชำรุดบกพร่องให้หมดสิ้นไป แม้จะมีการตกลงให้มีการดำเนินการดังกล่าว และไม่ได้ให้โอกาสผู้บริโภคที่ฟ้องคดีรับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและไม่มีโอกาสโต้แย้งตลอดจนแสดงพยานหลักฐานของผู้ฟ้องคดีก่อนลงมติให้ยุติเรื่อง

จึงเป็นการที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคปฏิบัติหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้บริโภคที่ฟ้องคดี ซึ่งไม่เป็นไปตาม มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และทำให้เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่
อ. 452/2551

การที่คณะกรรมการแพทยสภาพิจารณาสำนวนการสอบสวนของคณะกรรมการจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 34 ประกอบกับมาตรา 35(3) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานายกพิเศษ จึงไม่ต้องทำเป็นคำสั่งของแพทยสภา และถึงแม้จะระเบียบจะกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพพยาบาลทำการประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ แต่ก็ต้องอยู่ในความควบคุมของแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามข้อ 6 ของระเบียบกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ดังนั้น การมีมติของคณะกรรมการแพทยสภาว่าแพทย์ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการตรวจรักษาผู้ป่วย คงมีเพียงพยาบาลเท่านั้นที่ทำการรักษาผู้ป่วยฟ้องคดีโดยไม่ใช้อำนาจสั่งให้แสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าวว่าในขณะที่พยาบาลทำการตรวจรักษาบาดแผลให้ผู้ฟ้องคดีมีแพทย์เวรประจำโรงพยาบาลคอยควบคุมให้คำปรึกษาหรือไม่ จึงเป็นการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อเท็จจริงหรือเหตุผลอันสมควร

■ unasku

สิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ได้รับการรับรองและคุ้มครองในประเทศต่างๆ ที่มีการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยมีบทบัญญัติในกฎหมายภายใน เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายสิทธิมนุษยชน และในกฎหมายระหว่างประเทศต่างๆ

สำหรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำละเมิดของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น นอกจากมีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ที่ให้การคุ้มครองแล้วยังมีหลักกฎหมายปกครอง เข้าไปเกี่ยวข้องด้วย เพราะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชน ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางปกครอง

อย่างไรก็ตามสิทธิของประชาชนแม้จะเป็นสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานจะได้รับความคุ้มครองมากน้อยแค่ไหนนั้นส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับ การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และกลไกหนึ่งที่มีความสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายก็คือ ศาล

ศาลของนานาประเทศได้ให้ความคุ้มครองกับประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเกิดจากการกระทำของบุคคลธรรมดาและรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยประชาชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมในประเทศที่มีระบบศาลเดี่ยว หรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ แต่อาจมีปัญหาในการตีความของศาลเมื่อมีการพิจารณาพิพากษาคดีอยู่บ้างว่าจะใช้หลักกฎหมายใดในการตีความเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและจะใช้

อย่างไรจึงจะเหมาะสม ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละระบบและแต่ละประเทศ เช่น ในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) มักใช้หลักต่างๆ โดยให้ความสำคัญกับหลักความได้สัดส่วนระหว่างการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชน ซึ่งประเทศไทยก็ใช้หลักนี้เช่นเดียวกับประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ (Civil law) แต่ในประเทศคอมมอนลอว์ (Common law) เช่น อังกฤษและสหรัฐอเมริกา ยังไม่ใช้หลักดังกล่าวอย่างชัดเจนแต่ได้ใช้หลักการของตน ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกัน เช่น ในอังกฤษใช้หลักความมีเหตุผลในการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งก็ต้องมีความจำเป็นและเหมาะสม ส่วนในสหรัฐอเมริกาใช้หลักการถ่วงดุลระหว่างการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชน ซึ่งก็ต้องมีการชั่งน้ำหนักส่วนได้เสียของทั้งสองฝ่ายว่ามีเหตุผลความจำเป็นมากน้อยเพียงใด ซึ่งในผลของคำพิพากษาก็อาจไม่แตกต่างกันเพียงแต่ใช้หลักในการตัดสินแตกต่างกันไปเท่านั้น

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลในประเทศต่างๆ ในเรื่องการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นแสดงให้เห็นว่าศาลในประเทศต่างๆ ที่ใช้เป็นตัวอย่าง คือ เยอรมัน อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และไทยนั้น ศาลได้พยายามคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยใช้หลักกฎหมายต่างๆ ที่เห็นว่าเหมาะสมกับประเทศของตน

ถึงแม้ว่าประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common law) และซีวิลลอว์ (Civil law) จะใช้หลักที่แตกต่างกัน เช่น ในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ใช้หลักความได้สัดส่วนกับการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณะ ในขณะที่ในระบบคอมมอนลอว์ (Common law) เช่น อังกฤษใช้หลักความสมเหตุสมผล และในสหรัฐอเมริกาใช้หลักการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนักระหว่างการสูญเสียสิทธิหรือผลประโยชน์ของปัจเจกชนกับผลประโยชน์ที่รัฐหรือสาธารณชนจะได้รับโดยมีเหตุผลเพื่อจำกัดอำนาจของศาลที่ใช้การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนค่อนข้างมากเกินไป แต่หลักการต่างๆ ของประเทศเหล่านี้ก็มีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน และให้ผลที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเหมาะสมและดีเช่นกัน

สำหรับประเทศไทยนั้นได้นำหลักการต่างๆ ของประเทศในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) มาใช้กับคดีในทางปกครองเมื่อไม่นานมานี้ และแม้จะเริ่มไม่นานนักแต่ก็ใช้ได้ค่อนข้างดีและเหมาะสมสำหรับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และอาจกล่าวได้ว่าศาลปกครองของประเทศไทยได้ใช้หลักกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ดีมากเช่นเดียวกับประเทศที่มีหลักกฎหมายเหล่านี้มาก่อน



