บทที่ 2
แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพในรัฐเสรีประชาธิปไตย

ปัญหารากฐานของมนุษย์ไม่ว่าในสมัยโบราณหรือปัจจุบันย่อมมีสาระสำคัญเหมือนกันทั้งสิ้น รัฐเสรีประชาธิปไตยที่รับเอาวิชากฎหมายมาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปจึงต้องศึกษาแนวความคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานทางปรัชญากฎหมายของนักปราชญ์ในประเทศภาคพื้นยุโรปให้เข้าใจและนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศของตน โดยมิใช่การลอกเลียนแบบแต่เป็นการยอมรับโดยผ่านการไตร่ตรองและจัดระเบียบความคิดให้เป็นวิชาการ เพื่อผสมผสานความคิดของชาติตะวันตกให้กลมกลืนเป็นเนื้อหนึ่งนัยเดียวกันกับประเทศของตน[1]

ระบอบประชาธิปไตยยุคปัจจุบันมีรากฐานสำคัญและวิวัฒนาการมาจากระบอบประชาธิปไตยโดยตรงของนครรัฐเอเธนส์เมื่อสมัย 200 ปีก่อนคริสตกาล ต่อมาได้รับการพัฒนาให้สอดคล้องกับสังคมการเมืองในแต่ละยุคสมัย ผ่านการผสมผสานแนวความคิดของนักปรัชญาทางการเมืองในยุคต่างๆ ประกอบกับอิทธิพลแนวความคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ที่มุ่งเน้นการให้ความเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน จนกลายเป็นปรัชญาและหลักการสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แพร่หลายมากที่สุดในปัจจุบัน[2]

การปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยประกอบด้วยหลักการสำคัญ 4 ประการ ได้แก่ หลักประชาธิปไตย หลักการปกครองโดยกฎหมาย หรือ “หลักนิติรัฐ” หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และหลักความเสมอภาค

---

[1] ปรีดี เกษมทรัพย์. (2550). **นิติปรัชญา.** หน้า 83-85.

[2] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก (2538). **สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม.** หน้า 3.

2.1 หลักประชาธิปไตย

ประชาธิปไตยอิงอยู่บนรากฐานของหลักพื้นฐานสามประการ คือเป็นการปกครองของประชาชน (rule of people) โดยประชาชน (rule by people) และเพื่อประชาชน (rule for people)[3] การปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองตนเองของผู้อยู่ภายใต้การปกครอง หรือการมีรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมาจากประชาชนหรือโดยความยินยอมของประชาชน และเป็นการปกครองที่ประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง มีรากฐานอยู่บนความคิดของเสรีภาพและความเสมอภาค[4] การปกครองแบบประชาธิปไตยอาจแบ่งสาระสำคัญได้ดังนี้[5]

2.1.1 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

อำนาจอธิปไตย คืออำนาจซึ่งแสดงความเป็นใหญ่ ความอิสระ ความไม่ขึ้นแก่ใครหรือต้องเชื่อฟังคำสั่งบัญชาผู้ใดที่อยู่เหนือตนโดยปราศจากความยินยอมของตน คำว่าอำนาจอธิปไตยในทางกฎหมายมหาชนนั้นถือว่าเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ หรืออำนาจที่แสดงความเป็นเจ้าของประเทศนั่นเอง อย่างไรก็ตาม คำว่า “อำนาจอธิปไตย” (Sovereignty) เพิ่งจะเรียกกันในสมัยศตวรรษที่ 16 แต่เดิมเรียกกันว่า “อำนาจสูงสุด” (Supremacy) เช่น มีการกล่าวถึงความมีอำนาจสูงสุดของพระผู้เป็นเจ้า ความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตะปาปา ความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์[6]

นักปราชญ์คนสำคัญ รุสโซ (Jean Jacques Rousseau) ได้เรียบเรียงวรรณกรรมสำคัญ “Le Contrat Social” หรือ “Social Contract” มีสาระสำคัญว่าอำนาจอธิปไตยมีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกรูปทุกนาม เมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นหมู่เหล่าจนเกิดเป็นสังคมขึ้น มนุษย์ได้ทำสัญญาหรือก่อพันธะผูกพันกันโดยชัดแจ้งหรือปริยาย ว่าจะมอบอำนาจที่ตนมีอยู่ให้แก่สังคมร่วมกัน เรียกว่า “สัญญาประชาคม” สังคมจึงเกิดจากความยินยอมพร้อมใจกันของมนุษย์ การที่มนุษย์ทุกคนยินยอมมาร่วมเป็นสังคมนั้นก่อให้เกิดสัญญาประชาคมขึ้น สัญญานี้เป็นสัญญาที่สมาชิกแต่ละคนทำสัญญากับคนอื่นๆ ทุกคนว่า “เราทุกคนจะยอมมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม และเราก็จะได้รับส่วนในฐานะที่เป็นสมาชิกที่แยกจากกันมิได้

---

[3] เชาวนะ ไตรมาศ. (2547, 11 เมษายน). “ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ.” **รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 3 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ.** หน้า 86.

[4] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 17.

[5] แหล่งเดิม. หน้า 19-20.

[6] วิษณุ เครืองาม. (2530). **กฎหมายรัฐธรรมนูญ.** หน้า 8, 212-213.

ของส่วนรวม ผู้เข้าร่วมแต่ละคนจะรวมกับทุกคน ไม่ใช่กับใครคนใดคนหนึ่ง โดยนัยนี้ผู้นั้นไม่ต้องเชื่อฟังใครนอกจากตัวเองและยังคงมีเสรีภาพเหมือนเมื่อก่อน"[7]

รุสโซอธิบายว่า "สมมติว่ารัฐประกอบด้วยประชาชน 10,000 คน... ประชาชนแต่ละคนของรัฐย่อมมีส่วนร่วมเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยคนละ 1 ใน 10,000 ส่วน" บุคคลแต่ละคนในรัฐหนึ่งเป็นทั้งราษฎรที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้อยู่ใต้อำนาจอธิปไตยซึ่งมอบไว้ให้แก่สังคม ตามทฤษฎีนี้สังคมอาจมอบให้ใครเป็นผู้แทนและใช้อำนาจนี้ก็ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้ความควบคุมของสมาชิกในสังคม ทฤษฎีนี้เน้นความเสมอภาคเพราะไม่มีใครเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยมากกว่ากัน และเน้นการปกครองแทนประชาชน ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยมีส่วนร่วมเป็นเจ้าของอำนาจนี้เท่ากับราษฎรอื่น เพียงแต่ใช้อำนาจนี้จากความยินยอมพร้อมใจของราษฎรทั้งหลายที่ให้ทำการแทนชั่วคราวเท่านั้น ทฤษฎีนี้เรียกกันว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

2.1.1.1 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย การปกครองจึงยึดพื้นฐานในการแสวงหาสิ่งที่เป็น "เป้าหมายสูงสุดของการเมืองการปกครอง" ซึ่งคือการกำหนดให้อำนาจสูงสุดในการเมืองการปกครองเป็นของประชาชน ไม่ใช่ของรัฐบาล ผู้ปกครองจึงต้องมาจากการเลือกตั้งโดยการเปิดให้ประชาชนใช้สิทธิออกเสียงเป็นการทั่วไป กำหนดให้ผู้ปกครองใช้อำนาจอยู่บนพื้นฐานความยินยอมของประชาชน และกำหนดให้ประชาชนเป็นผู้ตกลงใจในการปกครอง การเปลี่ยนแปลง และการยกเลิกสัญญาประชาคมได้[8] อำนาจรัฐทั้งหลายจึงมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน เพราะประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐโดยตรงในการเลือกตั้งและเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐโดยอ้อมผ่านองค์กรต่างๆ ของรัฐ[9] ศาสตราจารย์อังเดร โอริอู นักกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส อธิบายว่าทฤษฎีนี้สนับสนุนให้มีการจัดการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยตรง คือให้ประชาชนทุกคนใช้อำนาจอธิปไตยเองในกิจกรรมทั้งปวงดังที่เคยปฏิบัติในกรีกสมัยโบราณ หรืออาจจัดการปกครองเป็นแบบประชาธิปไตยโดยอ้อม คือให้ประชาชนเลือกผู้แทนราษฎรขึ้นมาดำเนินการแทนตนก็ได้ ซึ่งถ้าเป็นดังกรณีหลังแล้วผลที่ตามมาจะเป็นดังนี้

1) การออกเสียงเลือกตั้งเป็นสิทธิซึ่งประชาชนจะใช้สิทธิหรือไม่ก็ได้

2) ทฤษฎีนี้เหมาะกับการจัดรูปแบบการปกครองที่มีประธานาธิบดีเป็นประมุขมากกว่าการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เพราะถ้าประชาชนไม่พอใจการมอบอำนาจให้กับประมุข

---

[7] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก (2548). **กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ.** หน้า 52-53.

[8] เชาวนะ ไตรมาศ. เล่มเดิม. หน้า 86.

[9] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 18.

หรือผู้แทน ก็อาจเรียกอำนาจกลับคืนหรือยุติได้โดยการไม่เลือกผู้นั้นเป็นประมุข (ประธานาธิบดี) หรือผู้แทนอีกในสมัยเลือกตั้งต่อไป แต่ถ้าเป็นพระมหากษัตริย์แล้วจะยุติหรือเรียกอำนาจที่มอบให้ไปแล้วกลับคืนไม่ได้

3) แม้การจัดรูปแบบการปกครองเป็นแบบประชาธิปไตยโดยอ้อม แต่ต้องจัดให้ประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรงในบางกิจการเท่าที่จะทำได้ เช่น การเข้าชื่อกันเสนอร่างกฎหมายหรือการให้ประชาชนออกเสียงแสดงมติ[10]

2.1.1.2 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

นอกจากทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนแล้ว รัฐเสรีประชาธิปไตยอาจอธิบายอำนาจอธิปไตยของรัฐตามทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ แม้รุสโซจะเสนอหลักการว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่ทฤษฎีนี้ก็เปิดทางให้คิดเป็นอย่างอื่นได้ว่า ประชาชนหลายๆ คนรวมกันเข้าก็ย่อมเป็นชาติ (Nation) และเมื่อรุสโซพูดถึงการทำสัญญาประชาคม คำว่า “ประชาคม” ในที่นี้อาจเรียกว่าชาติก็ได้ สุดแท้แต่ว่าจะมองเป็นคนคนหรือปัจเจกชน หรือว่าจะพิจารณารวมๆ กันไปเป็นกลุ่ม ด้วยเหตุนี้เอง ในเวลาต่อมาจึงมีการตีความว่าทฤษฎีสัญญาประชาคมของรุสโซ ไม่ได้นำไปสู่ข้อสรุปว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน “แต่ละคน” หากแต่นำไปสู่ข้อสรุปว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาคมหรือเป็นของชาติ บุคคลสำคัญที่ขยายทฤษฎีของรุสโซออกไป คือนักปฏิวัติและนักการเมืองชาวฝรั่งเศสชื่อ ซีเอเยส์ ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากในสมัยหลังปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสใน ค.ศ 1789 เสนอความคิดว่าแม้ประเทศหรือรัฐจะประกอบด้วยประชาชน แต่แท้จริงแล้วการที่ประชาชนมาอยู่ร่วมกันเช่นนั้นทำให้เกิด “สภาวะชาติ” ขึ้นเป็นเอกเทศจากประชาชนแต่ละคน ชาตินี้เองที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติเป็นที่ยอมรับของนักปฏิวัติฝรั่งเศสภายหลังการปฏิวัติ ดังปรากฏในข้อ 3 ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส ซึ่งประกาศใช้ในปีเดียวกับที่มีการปฏิวัติว่า “อำนาจอธิปไตยทุกชนิดเป็นของชาติ องค์กรใดหรือบุคคลจะใช้อำนาจหน้าที่ที่มิได้มาจากชาติหาได้ไม่” รัฐธรรมนูญฉบับแรกของฝรั่งเศสซึ่งประกาศใช้ใน พ.ศ. 2334 (ค.ศ. 1791) ได้บัญญัติไว้ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันไม่อาจแบ่งแยกได้ ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้ และไม่อาจอ้างอายุความครอบงำได้ อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ส่วนหนึ่งส่วนใดของประชาชนหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่อาจนำเอาอำนาจอธิปไตยไปใช้เอง ชาติเท่านั้นที่เป็นบ่อเกิดของอำนาจทั้งปวง”

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติเป็นทฤษฎีที่อธิบายได้ยากและยอกย้อนเหมือนงูกินหาง เช่น แม้จะบอกว่าผู้แทนราษฎรเป็นผู้แทนของชาติเหมือนผู้แทนนิติบุคคล แต่ชาติก็คือประชาชนทั้งหลาย และประชาชนทั้งหลายนี้เองคือผู้ออกเสียงเลือกตั้งผู้แทนราษฎรตามความเป็น

---

[10] วิษณุ เครืองาม. เล่มเดิม. หน้า 218-219.

จริง การอ้างทฤษฎีนี้แข่งขันกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนก็เพียงเพื่อไม่ต้องการให้ประชาชนอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เรียกร้องหรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเสรีเกินไป ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญที่ยึดถือทฤษฎีนี้จึงระบุว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่อาจแบ่งแยกได้ ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้ ไม่อาจอ้างอายุความเข้าครอบงำได้ ใครจะแยกเอาไปใช้ไม่ได้” ซึ่งผู้เสนอทฤษฎีนี้เกรงว่าถ้ายอมรับว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนแล้ว ประชาชนส่วนใหญ่ในหมื่นคนตามทฤษฎีของรุสโซ อาจอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของ อาจโอนให้องค์กรอื่นเปลี่ยนไปเรื่อยๆ หรืออาจมีผู้อื่นอ้างเวลาหรืออายุความครอบครองได้ การที่บัญญัติรองรับทฤษฎีดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ศาสตราจารย์โอริอู สรุปว่าทำให้เกิดผลตามมาดังนี้

1) เมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ หากชาติได้มอบให้ผู้ใดใช้อำนาจแทน เช่น มอบให้กษัตริย์หรือประธานาธิบดี ชาติย่อมเรียกอำนาจอธิปไตยกลับคืนได้

2) อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติไม่ใช่ของประชาชน ชาติมีสภาพบุคคลต่างหากจากประชาชน ฉะนั้นประชาชนจะเสนอร่างกฎหมาย ออกเสียงแสดงมติ หรืออ้างว่าเป็นเจ้าของประเทศไม่ได้

3) การเลือกตั้งผู้แทนราษฎรเป็นหน้าที่ ไม่ใช่สิทธิ

4) แม้ประชาชนจะเป็นผู้เลือกผู้แทนราษฎร แต่เมื่อเลือกได้แล้วก็จะเป็นผู้แทนของชาติ ไม่ใช่ผู้แทนของประชาชน การกระทำเช่นการออกกฎหมายถือว่าเป็นของชาติ ผู้แทนราษฎรจะไม่อยู่ในอาณัติของประชาชนหรือพรรคการเมืองใด[11]

2.1.1.3 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติแนวใหม่

ในระยะหลังได้มีผู้พยายามผสมผสานทฤษฎีพี่ทฤษฎีน้องทั้งสองเข้าด้วยกันเรียกว่าทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติแนวใหม่ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส สาธารณรัฐที่ 4 และ 5 รัฐธรรมนูญเบลเยี่ยม รัฐธรรมนูญไวมาร์ของเยอรมัน รัฐธรรมนูญเชโกสโลวะเกีย พ.ศ. 2463 (ค.ศ. 1920) รัฐธรรมนูญโปแลนด์ พ.ศ. 2464 (ค.ศ. 1921) รัฐธรรมนูญกรีก พ.ศ. 2467 (ค.ศ. 1924) และรัฐธรรมนูญรูมาเนีย พ.ศ. 2481 (ค.ศ. 1938) บางประเทศที่ใช้ทฤษฎีนี้ระบุว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน” หรือ “มาจากประชาชน” โดยไม่มีคำว่า “ชาติ” เข้ามาเกี่ยวข้อง

การผสมผสานตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติแนวใหม่อาจกระทำดังนี้

1) ไม่ระบุว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติหรือประชาชน แต่มีวิธีใช้ถ้อยคำพิเศษ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบัน มาตรา 3 บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชนชาวฝรั่งเศส”

---

[11] แหล่งเดิม. หน้า 220-221.

2) การเลือกตั้งเป็นกลไกสำคัญในการให้ประชาชนได้แสดงสิทธิความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

3) ผู้แทนราษฎรไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของประชาชนแห่งเขตเลือกตั้งของตน และไม่ถือว่าเป็นผู้แทนของเขตเลือกตั้งนั้น แต่ถือว่าเมื่อได้รับเลือกแล้วก็เป็นผู้แทนของประชาชนทั้งประเทศหรือทั้งชาติ

4) การออกเสียงเลือกตั้งทุกระดับทุกตำแหน่งเป็นสิทธิของประชาชน ไม่ใช่หน้าที่[12]

2.1.1.4 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประเทศไทยไม่ได้ใช้ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนหรือเป็นของชาติทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งตายตัว หากแต่ผสมผสานลักษณะของทั้งสองทฤษฎีเข้าด้วยกันตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติแนวใหม่ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

1) มาตรา 3 บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

อำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ คืออำนาจสูงสุดในทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการซึ่งมาจากปวงชน มิใช่มาจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นอำนาจที่มาจากชาติคือคนไทยรวมกัน แต่อำนาจนี้คนไทยรวมกันทุกคนจะต่างคนต่างใช้ไม่ได้ จึงเอาอำนาจนั้นมารวมกันเป็นอันหนึ่ง แล้วพระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้น[13]

2) เมื่อผู้แทนราษฎรได้รับเลือกแล้วถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนทั้งประเทศ ดังที่บัญญัติในมาตรา 122 “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมาย หรือครอบงำใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์”

3) การเลือกตั้งเป็นสิทธิ แต่บุคคลที่มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาท้องถิ่น มีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ดังที่บัญญัติในมาตรา 72 ว่า “บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง วรรคสอง บุคคลซึ่งไปใช้สิทธิหรือไม่ไปใช้สิทธิโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิได้ ย่อมได้รับสิทธิหรือเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ วรรค

---

[12] แหล่งเดิม. หน้า 221-223.

[13] รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 35/2475. หน้า 373.

สาม การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งและการอำนวยความสะดวกในการไปเลือกตั้งให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ"

ผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควร หรือแจ้งเหตุที่ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งแล้ว แต่เหตุนั้นมิใช่เหตุอันสมควร ผู้นั้นย่อมเสียสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา เสียสิทธิสมัครรับเลือกตั้งและสิทธิได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการสรรหาเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น และเสียสิทธิสมัครรับเลือกเป็นกำนันและผู้ใหญ่บ้าน[14]

2.1.2 หลักประชาธิปไตยแบบเสรี

สังคมประชาธิปไตยเป็นลักษณะของสังคมที่ยอมรับความหลากหลาย กล่าวคือ เป็นสังคมที่ยอมรับความหลากหลายทางความคิดต่อการนำเสนอเพื่อแก้ปัญหา ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีการถกเถียงกันในทางความคิดเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่สังคมยอมรับ ลักษณะของประชาธิปไตยแบบเสรีรองรับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็น การชุมนุม การรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือกลุ่มบุคคลหรือรวมตัวเป็นพรรคการเมือง สังคมประชาธิปไตยแบบเสรีจึงเป็นสังคมที่ยอมรับความแตกต่างและยอมรับความขัดแย้งบนพื้นฐานของสันติวิธี[15] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติหลักประชาธิปไตยแบบเสรีไว้ เช่น

"มาตรา 43 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันอย่างเป็นธรรม...

มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น... วรรคสาม การสั่งปิดกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นเพื่อลิดรอนเสรีภาพตามมาตรานี้ จะกระทำมิได้ วรรคสี่ การห้ามหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นเสนอข่าวหรือแสดงความคิดเห็นทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการแทรกแซงด้วยวิธีการใดๆ เพื่อลิดรอนเสรีภาพตามมาตรานี้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งได้ตามขึ้น...

มาตรา 63 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

มาตรา 64 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน องค์การพัฒนาเอกชน หรือหมู่คณะอื่น...

---

[14] พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550. (2550, 7 ตุลาคม). **ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 124, ตอนที่ 64 ก. หน้า 79-80.

[15] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 18-19.

มาตรา 65 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน และเพื่อดำเนินกิจการในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตย...”

2.1.3 หลักเสียงข้างมาก

รัฐธรรมนูญไม่สามารถกำหนดให้สมาชิกของรัฐทุกคนมีส่วนร่วมในการสร้างเจตนารมณ์ในทางการเมือง เช่น ในการออกเสียงเลือกตั้ง ต้องยกเว้นเด็กซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ ผู้ใหญ่ซึ่งเป็นคนไร้ความสามารถ ไม่ให้มีสิทธิในทางการเมือง ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครองจึงไม่อาจเป็นจริงได้ถ้าผู้มีสิทธิในทางการเมืองมีความคิดเห็นที่แตกต่างกัน ดังนั้นจึงต้องให้เสียงข้างมากเป็นฝ่ายตัดสินใจ เมื่อไม่สามารถบรรลุถึงอุดมคติในความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้การปกครองได้ ก็ต้องพยายามให้มีระบบที่ใกล้เคียงที่สุดกับอุดมคติที่มีอยู่ จึงต้องปกครองตามเจตนารมณ์ของประชาชนจำนวนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ จากหลักการอันนี้จึงต้องยอมให้เสียงข้างมากปกครองเสียงข้างน้อย การที่เสียงข้างมากบังคับเสียงข้างน้อยได้ในอุดมคติของประชาธิปไตยแล้วนับว่ามีข้อตำหนิได้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องยอมให้เสียงข้างน้อยมีสิทธิคัดค้านและวิพากษ์วิจารณ์เสียงข้างมากได้ นั่นคือเสียงข้างมากต้องเคารพเสียงข้างน้อย จึงจะถือว่าเป็นการปกครองโดยเสียงข้างมากที่วางอยู่บนพื้นฐานหลักความเสมอภาค

การปกครองโดยเสียงข้างมากมีความจำกัด คือจะต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายข้างน้อยได้มีโอกาสพัฒนาไปเป็นฝ่ายเสียงข้างมากได้ด้วย ดังนั้นในระบอบประชาธิปไตยต้องมีการสับเปลี่ยนกันเข้ามาใช้อำนาจปกครอง กล่าวคือประชาชนสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงรัฐบาลได้ตามที่ตนต้องการ การเปลี่ยนแปลงรัฐบาลได้ทำให้เจตนารมณ์ของประชาชนเป็นความจริง และทุกฝ่ายต้องมีโอกาสเท่าเทียมกันในกระบวนการทางการเมืองและการเข้าไปบริหารประเทศ เสียงข้างน้อยในปัจจุบันจะได้รับการปฏิบัติในฐานะที่จะกลายเป็นเสียงข้างมาก คือเป็นรัฐบาลได้ในอนาคต นั่นหมายความว่าเสียงข้างมากจะกดขี่ข่มเหงเสียงข้างน้อยไม่ได้ เสียงข้างมากจึงต้องให้สิทธิแก่เสียงข้างน้อยที่แน่นอนและชัดเจน อาทิเช่น จะต้องอนุญาตให้เสียงข้างน้อยมีสิทธิแสดงความคิดเห็นในรัฐสภาได้ ในรัฐธรรมนูญจะต้องมีบทบัญญัติให้มีความคุ้มกันสมาชิกรัฐสภา เปิดโอกาสให้พรรคการเมืองที่มีเสียงข้างน้อยเข้าร่วมในคณะกรรมาธิการได้ การลงคะแนนเสียงในปัญหาที่สำคัญๆ พรรคการเมืองเสียงข้างน้อยจะต้องร่วมลงคะแนนเสียงหรืออย่างน้อยก็ต้องมีเสียงฝ่ายข้างน้อยร่วมอยู่ด้วย ดังนั้นการออกคะแนนเสียงสำหรับการตัดสินใจทุกครั้งจึงเป็นการรับรองคุ้มครองสิทธิของฝ่ายเสียงข้างน้อยตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง หลักประกันในการคุ้มครองเสียงข้างน้อยนี้อยู่บนพื้นฐานของความอดทนของฝ่ายเสียงข้างมากต่อความคิดเห็นที่แตกต่างจากฝ่ายตน นั่นคือความเชื่อที่ใช้หลักเสียงข้างมากที่วางอยู่บนหลักสิทธิที่เท่าเทียมกันของทุกฝ่าย

การปกครองโดยเสียงข้างมากเป็นเครื่องสะท้อนว่าการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่สิ่งที่สะท้อนจากการตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก อย่างน้อยที่สุดคือการไม่มีการบังคับให้เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ เพราะเสียงส่วนใหญ่เห็นชอบด้วยกับวิธีการดังกล่าวและพร้อมที่จะรับผิดชอบต่อตนเอง ดังนั้น หลักเสียงข้างมากจึงเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานการตัดสินใจในระบอบประชาธิปไตย ระบบการสร้างเจตจำนงของรัฐโดยวิธีการประชาธิปไตย จึงจำเป็นที่จะต้องอาศัยพื้นฐานของเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ ดังนั้น การตัดสินใจใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดตัวผู้ปกครองหรือการเลือกตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน จะต้องถือเอาเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์เพื่อให้มั่นใจว่าการตัดสินใจนั้นสะท้อนถึงความต้องการของคนส่วนใหญ่อย่างแท้จริง[16] หลักเสียงข้างมากจึงเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานการตัดสินใจในระบอบประชาธิปไตย[17]

หลักการของประชาธิปไตย ประการหนึ่งคือการยอมรับความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันบนความขัดแย้ง กล่าวคือ เสียงข้างมากและเสียงข้างน้อยต้องประกอบเข้าด้วยกันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อีกประการหนึ่งคือการยอมรับในปรัชญาและความคิดเห็นทางการเมืองแบบสัมพัทธ์นิยม มิใช่แบบสัมบูรณ์นิยม ซึ่งตามแนวความคิดนี้วางอยู่บนพื้นฐานที่มีความเชื่อเป็นของตนเองแต่สงสัยในความถูกต้อง ในรัฐประชาธิปไตยทั้งหลายจึงต้องให้มีหลักประกันในการแข่งขันโดยเสรีระหว่างกลุ่มที่มีอุดมการณ์แตกต่างกัน เสรีภาพในการสร้างเจตนารมณ์ในทางการเมือง เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การโต้เถียง เสรีภาพในชุมชน การรวมตัวกันเป็นสมาคม เสรีภาพเกี่ยวกับหนังสือพิมพ์ด้วยเหตุนี้สื่อมวลชนทุกชนิด โดยหลักการจะต้องให้ทุกฝ่ายทุกกลุ่มที่มีความคิดเห็นแตกต่างกันมีสิทธิเท่าเทียมกันในการใช้สื่อเหล่านั้น มิใช่ผูกขาดโดยรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายเสียงข้างมากแต่เพียงผู้เดียว[18]

2.1.4 หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน

ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองไม่อาจเป็นไปได้อย่างสมบูรณ์ แม้ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยตรง เสียงข้างมากก็ตัดสินใจแทนเสียงข้างน้อยและมีขอบเขตจำกัด ประชาชนจำนวนมากไม่สามารถปรึกษาหารือและตัดสินใจได้อย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้เอง การใช้อำนาจทางการเมืองจึงจำเป็นต้องตกอยู่ในมือของกลุ่มบุคคลที่มีจำนวนน้อยพอที่จะมีความสามารถกระทำการได้ นั่นคือความจำเป็นที่จะต้องมีระบบผู้แทน (Representation) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย

---

[16] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 4-5.

[17] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 19.

[18] สมยศ เชื้อไทย และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (กันยายน, 2528). "แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย." **วารสารนิติศาสตร์, 14, 3.** หน้า 46-47.

เมื่อพิจารณาตามประวัติศาสตร์การปกครอง ระบบผู้แทนในระยะแรกปรากฏในลักษณะเป็นระบบผู้แทนของประชาชนตามฐานันดร เฉพาะเจ้าของที่ดินและผู้มีการศึกษาเท่านั้น ผู้แทนจึงเป็นตัวแทนของประชาชนในขอบเขตจำกัด รัฐสภาของผู้แทนแบบนี้เรียกว่ารัฐสภาของผู้แทนฐานันดร ตัวอย่างเช่น รัฐสภาของเยอรมนีใน ค.ศ. 1848 รัฐสภาของอังกฤษที่มีอยู่ถึงปลายศตวรรษที่ 19 ระบบผู้แทนในระยะหลังพัฒนามาเป็นระบบผู้แทนของประชาชนโดยทั่วไปไม่คำนึงถึงฐานันดรของราษฎร ในรูปแบบนี้บุคคลที่จะเข้าดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐจะต้องมาจากการเลือกตั้งทั่วไป ประชาชนมีความเสมอภาคในการออกเสียงลงคะแนนเลือกผู้แทนของตน และในขณะเดียวกันประชาชนก็มีความเสมอภาคที่จะมีสิทธิได้รับเลือกให้เข้าไปเป็นองค์กรของรัฐ ระบบผู้แทนสมัยใหม่จึงอยู่ในสถานะประชาธิปไตยแบบเสมอภาค ไม่ใช่ระบบผู้แทนตามฐานันดร เหตุนี้จึงถือว่าองค์กรของรัฐโดยเฉพาะรัฐสภา มีเจตนารมณ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครอง ประชาธิปไตยเป็นระเบียบทางการเมืองที่อ้างถึงเจตนารมณ์ของประชาชนในฐานะเป็นความชอบธรรมของอำนาจ ในระบบผู้แทนองค์กรของรัฐจึงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแทนประชาชนที่ต้องมาจากประชาชนโดยการเลือกตั้ง[19]

การปกครองระบอบประชาธิปไตยอาจแยกออกเป็นประชาธิปไตยโดยตรง ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน และประชาธิปไตยแบบผสม[20]

2.1.4.1 ประชาธิปไตยโดยตรง

เน้นการมีส่วนร่วมโดยตรงของพลเมืองทุกคนในการใช้อำนาจทางการเมือง[21] ราษฎรจะมาลงคะแนนเสียงได้โดยตรงโดยการประชุมกันออกกฎหมายเอง ลงมติในกิจการของรัฐเอง ประชาธิปไตยโดยตรงจึงไม่มีการเลือกตั้ง การปกครองแบบนี้ใช้ได้กับรัฐที่มีขนาดเล็กและมีภารกิจไม่ยุ่งยาก อุปสรรคของการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยตรงคือรัฐในปัจจุบันมีภารกิจที่ยุ่งยาก ไม่เหมาะสมที่จะให้ราษฎรออกเสียงเป็นประชามติ อีกทั้งมีรัฐกิจบางอย่างที่จะต้องดำเนินการไปโดยรวดเร็วไม่อาจรอประชามติได้[22]

ประชาธิปไตยโดยตรงมีที่มาย้อนหลังไปได้ถึงสมัยกรีกโบราณเมื่อประมาณ 200 ปีก่อนคริสตกาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในนครเอเธนส์และรัฐอื่นๆ ของกรีก เนื่องจากแต่ละรัฐของกรีกเป็นรัฐ

---

[19] แหล่งเดิม. หน้า 47-49.

[20] หยุด แสงอุทัย ก (2512). **คำอธิบายหลักเกณฑ์ทั่วไปของการเลือกตั้ง.** หน้า 4.

[21] นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547, 11 เมษายน). "การออกเสียงประชามติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)." **รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 3 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ.** หน้า 115.

[22] หยุด แสงอุทัย ก เล่มเดิม. หน้า 4.

ขนาดเล็ก มีประชาชนไม่มาก ประชาชนจึงสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมืองในการปกครองตนเองได้ ประชาชนของแต่ละรัฐจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยตรงด้วยการประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาตัดสินแก้ปัญหาต่างๆ รูปแบบประชาธิปไตยโดยตรงนี้ใกล้เคียงกับทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนมากที่สุด เพราะเป็นรูปแบบการปกครองที่ไม่มีการเลือกตั้งตัวแทนประชาชน ไม่มีรัฐสภา ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและเป็นผู้จัดทำกฎหมายต่างๆ ด้วยตนเอง ในนครเอเธนส์สมัยกรีกโบราณจะใช้ประชาธิปไตยโดยตรง โดยมีสภาประชาชน ได้แก่ พลเมืองชายโสดอายุตั้งแต่ 20 ปีขึ้นไป เป็นผู้ลงมติในการพิจารณากฎหมายหรือสามารถแต่งตั้งผู้พิพากษาได้ แนวความคิดนี้เป็นแนวคิดสำคัญที่ทำให้เกิดระบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนขึ้นในเวลาต่อมา[23]

2.1.4.2 ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน

ราษฎรไม่ได้ออกเสียงโดยตรงแต่จะลงคะแนนเสียงเลือกผู้แทนมาแสดงเจตนาแทนตน อำนาจทางการเมืองถูกมอบหมายให้ใช้โดยตัวแทนที่ได้รับการเลือกจากพลเมือง และตัวแทนดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในการดำเนินการของตนต่อพลเมืองโดยตรง[24] การปกครองนี้เหมาะกับรัฐที่มีอาณาเขตกว้างใหญ่ มีพลเมืองและภารกิจมาก ไม่สามารถจะให้ราษฎรทุกคนมาประชุมตัดสินใจกันได้ เพราะเป็นไปไม่ได้ที่ราษฎรจะมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ในการจะให้ผู้ใดผู้หนึ่งมาเป็นตัวแทนตน ฉะนั้นจึงต้องมีการเลือกตั้งเพื่อให้ได้ผู้แทนราษฎรมาทำหน้าที่แทนตน[25] รุสโซ มีความเห็นว่าประชาธิปไตยโดยตรงไม่สามารถนำมาปฏิบัติได้ในยุคปัจจุบัน โดยให้ลองจินตนาการถึงความวุ่นวายที่จะเกิดขึ้นหากให้พลเมืองจำนวนมากมาประชุมเพื่อปรึกษาหารือกันตลอดเวลาถึงการดูแลรักษาประโยชน์ร่วมกันของพลเมือง ในการนี้ รุสโซ ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับประชาธิปไตยทางตรงไว้ว่า ควรหมายถึงระบบรัฐบาลซึ่งประชาชนมีอำนาจนิติบัญญัติหรือมีบางส่วนที่สำคัญของอำนาจนิติบัญญัติ ในตอนปลายศตวรรษที่ 17 ผู้ร่างรัฐธรรมนูญทั้งในฝรั่งเศสและในสหรัฐอเมริกาต่างก็นำเอาระบบประชาธิปไตยโดยผู้แทนมาใช้[26] ประชาธิปไตยในปัจจุบันถือว่าระบบผู้แทนเป็นระบบที่ดีที่สุดเท่าที่จะคิดกันได้ในเวลานี้ จึงเกิดเป็นทฤษฎียึดถือกันว่า ประชาชนจะควบคุมรัฐบาลได้ด้วยการเลือกตั้งหัวหน้ารัฐบาล และเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติหรือรัฐสภา ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นผู้สอดส่องดูแลการทำงานของรัฐบาลอย่างต่อเนื่องแทนประชาชน ด้วยการมีอำนาจในการอนุมัติหรือไม่อนุมัติกฎหมายและการจัดเก็บภาษี[27]

---

[23] นันทวัฒน์ บรมานันท์. เล่มเดิม. หน้า 117.

[24] แหล่งเดิม. หน้า 115.

[25] หยุด แสงอุทัย ก เล่มเดิม. หน้า 4-5.

[26] นันทวัฒน์ บรมานันท์. เล่มเดิม. หน้า 117.

[27] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก (2543). **ปรัชญาและพัฒนาการกฎหมายมหาชน.** หน้า 219-220.

ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน อาจเป็นประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภา ระบบประธานาธิบดี หรือระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดีก็ได้ กล่าวเฉพาะการปกครองในระบบรัฐสภา รัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน รัฐสภาจึงเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยยิ่งกว่าองค์กรอื่นๆ ก่อให้เกิดหลักการสำคัญสองประการ คือ หลักเงื่อนไขของรัฐสภาและหลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย

หลักเงื่อนไขของรัฐสภา หมายความว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญต่างๆ จะต้องได้รับการกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติ ส่วนหลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสายเรียกร้องว่าการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดไม่เพียงแต่จะถูกใช้เพื่อประชาชนและมุ่งหมายเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนเท่านั้น แต่ยังมีความหมายว่าการใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรต่างๆ นั้น จะต้องมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชนด้วย องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการภารกิจของรัฐจึงจำเป็นต้องอาศัยหลักความสัมพันธ์ที่ไม่ขาดสายมาเป็นจุดเชื่อมโยงองค์กรของรัฐกับประชาชน เพื่อเป็นหลักประกันว่า การใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรต่างๆ นั้นมีพื้นฐานมาจากประชาชนและดำรงอยู่ในลักษณะที่เชื่อมโยงถึงประชาชนได้[28]

การปกครองโดยประชาชนผ่านการเลือกตั้ง เป็นหลักยึดพื้นฐานในการแสวงหากระบวนวิถีทางการเมืองการปกครองให้รองรับกับการควบคุมของประชาชน โดยการใช้สิทธิเข้ามีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน คู่ขนานไปกับวิถีในการใช้อำนาจของผู้ปกครองที่จะต้องรับผิดชอบและตอบสนองต่อประชาชนพร้อมกันไปด้วย อันเป็นการสร้างหลักประกันขั้นพื้นฐานให้เกิดความเชื่อมั่นในการใช้อำนาจของรัฐบาล โดยเฉพาะการที่รัฐบาลจะต้องทำหน้าที่ในการรักษาและสนองตอบความต้องการของประชาชนตามสัญญาประชาคมนั่นเอง[29]

2.1.4.3 ประชาธิปไตยแบบผสม

ได้แก่ การจัดให้ราษฎรมาออกเสียงโดยตรงบ้างในภารกิจที่สำคัญๆ เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญ และให้ราษฎรเลือกตั้งผู้แทนมาปฏิบัติภารกิจในสภาผู้แทนราษฎร การให้ราษฎรออกเสียงอาจเป็นโดยวิธีใดวิธีหนึ่งใน 3 วิธี หรือโดยใช้ทั้ง 3 วิธีต่อไปนี้ควบคู่กันไป วิธีแรกให้ราษฎรจำนวนหนึ่งมีสิทธิริเริ่มขอให้ออกเสียงเป็นประชามติ (Initiative) วิธีที่สองให้ประมุขของรัฐสภาหรือผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่งหรือรัฐบาลส่งญัตติไปให้ราษฎรออกเสียงเป็นประชามติได้ (Referendum) ซึ่งอาจเป็นโดยบุคคลหรือสถาบันดังกล่าวเลือกให้มีประชามติแทนหรือโดยรัฐธรรมนูญบังคับให้เสนอญัตติต่อราษฎรแล้วให้ราษฎรออกเสียงเป็นประชามติ ซึ่งเรียกว่าประชามติโดยบังคับ หรือวิธีที่สามบังคับว่ากิจการที่สำคัญบางอย่าง ฝ่ายบริหารต้องนำไปให้ราษฎร

---

[28] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 19-20.

[29] เชาวนะ ไตรมาศ. เล่มเดิม. หน้า 86-87.

ออกเสียงเป็นประชามติเสียก่อนจึงจะใช้ได้ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือการบัญญัติกฎหมายที่สำคัญ[30]

ประชาธิปไตยในระบบรัฐสภาจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเป็นประชาธิปไตยแบบมีพรรคการเมือง เจตจำนงของประชาชนจะต้องถูกปลุกเร้า จะต้องชักจูง และจะต้องรวบรวมประมวลความคิดเห็นที่คล้ายคลึงให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวจึงจะก่อให้เกิดการกระทำในทางการเมืองได้ หน้าที่อันนี้ในระบอบประชาธิปไตยจะต้องเป็นหน้าที่ของพรรคการเมือง มิใช่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ นับตั้งแต่มีการขยายสิทธิเลือกตั้งให้ประชาชนโดยทั่วไปให้มีสิทธิลงคะแนนเลือกตั้ง การใช้สิทธิในการเลือกตั้งจึงกลายเป็นการกระทำของมวลชนจำนวนมาก ในขณะเดียวกันก็เกิดการแข่งขันทางความคิดและอุดมการณ์ในทางการเมืองในการเลือกตั้งเพื่อจะเข้าไปเป็นผู้ใช้อำนาจในฐานะเป็นองค์กรของรัฐ ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องมีระบบความสัมพันธ์ระหว่างผู้แทนและประชาชน ระหว่างผู้ถืออำนาจและผู้อยู่ภายใต้อำนาจพรรคการเมืองจึงค่อยๆ พัฒนาขึ้นมาทำหน้าที่ดังกล่าว หากปราศจากพรรคการเมืองแล้ว การทำหน้าที่ในระบบรัฐธรรมนูญแบบประชาธิปไตยย่อมเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ดังจะเห็นได้จากการเลือกตั้ง พรรคการเมืองทำหน้าที่เสนอทั้งตัวบุคคลและนโยบายให้ประชาชนพิจารณา แม้ว่าประชาชนจะเป็นผู้เลือกผู้แทนและนโยบาย แต่ความเป็นจริงพรรคการเมืองเป็นผู้ตั้งผู้แทนและกำหนดนโยบายให้ประชาชนเลือก หลังการเลือกตั้งพรรคการเมืองก็มีบทบาทในการจัดตั้งรัฐบาลและคอยควบคุมดูแลรัฐบาล แม้พรรคการเมืองจะไม่ได้อยู่ในฐานะเป็นองค์กรของรัฐ แต่เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นองค์การที่ทำหน้าที่สำคัญในระบอบประธิปไตย

ความสำคัญของพรรคการเมืองในฐานะที่เป็นสถาบันทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตย ได้แก่ พรรคการเมืองช่วยให้การเลือกตั้งบรรลุเป้าหมาย คือได้ผู้แทนไปทำหน้าที่ในองค์กรของรัฐแทนประชาชน โดยพรรคการเมืองทำหน้าที่เป็นผู้คัดเลือกผู้รับสมัครเลือกตั้งให้ประชาชนเลือก และโดยการแข่งขันในการเลือกตั้ง พรรคการเมืองจะช่วยเสริมสร้างความพร้อมให้กับประชาชนในการใช้สิทธิเลือกตั้ง ในขณะเดียวกันก็ขยายฐานการตัดสินโดยเสียงข้างมากของประชาชนและสร้างความชอบธรรมในการปกครองระบอบประชาธิปไตย , พรรคการเมืองอยู่ในฐานะเป็นพาหนะนำความคิดเห็นและข้อเรียกร้องจากประชาชนไปสู่องค์กรผู้ถืออำนาจ พรรคการเมืองช่วยให้การตัดสินใจในทางการเมืองเป็นประชาธิปไตย คือมีรากฐานอยู่บนความคิดของประชาชน พรรคการเมืองอยู่ในฐานะเป็นองค์กรโฆษณาแนวความคิดและวิธีการในการแก้ปัญหาต่างๆ ของสังคม พรรคการเมืองจึงช่วยเหลือให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจในทางการเมือง ซึ่งจะมีผลให้ประชาชนมีความสามารถในการตัดสินใจทางการเมืองได้สูงขึ้น[31]

---

[30] หยุด แสงอุทัย ก เล่มเดิม. หน้า 4-5.

[31] สมยศ เชื้อไทย และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 51-52.

2.2 หลักนิติรัฐ

หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันและสนับสนุนซึ่งกันและกันจนอาจกล่าวได้ว่า หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้เกิดหลักนิติรัฐ และขณะเดียวกันหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมต่อหลักประชาธิปไตย รัฐจึงไม่อาจสถาปนาความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยขึ้นมาได้หากขาดหลักการใดหลักการหนึ่งข้างต้น[32]

ศาสตรจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายว่าตามแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตย แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมาย ซึ่งมีอยู่สองทฤษฎีหลัก คือ

ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจตนเองด้วยความสมัครใจ ซึ่งเยียริ่ง (Ihering) และเจลลิเนค (Jellinek) เป็นผู้เสนอ มีหลักว่ารัฐไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้นและกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นก็คือรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดสถานะของอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่ที่องค์กรใด ต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร

ทฤษฎีที่สองคือทฤษฎีนิติรัฐ ซึ่งรุสโซและมงเตสกิเยอ ได้เสนอแนวความคิดไว้เป็นคนแรกๆ สรุปได้ว่ารัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้ กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ ผลที่ตามมาคือ จะมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย ควบคุมการกระทำและนิติกรรมทางปกครอง การกระทำขององค์ตุลาการซึ่งได้แก่คำพิพากษาและคำสั่งศาลให้ชอบด้วยกฎหมาย[33]

2.2.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ” หรือ “Rechtsstaat” เป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน ประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือคำว่า Recht ที่แปลว่ากฎหมาย และคำว่า Staat ที่แปลว่ารัฐ นักคิดคนสำคัญของเยอรมัน Robert von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Frisherr von Aretin ได้กล่าวว่านิติรัฐหมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรูปที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวม และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอยู่รวมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข[34]

---

[32] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 17.

[33] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข (2537). **กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย.** หน้า 48-55.

[34] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 21.

แนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐเริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 ในฐานะที่เป็นปฏิกิริยาที่มีต่อการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครอง แนวความคิดนี้สอดคล้องต้องกันกับพัฒนาการและความเชื่อที่มีมาตั้งแต่ยุคกลาง ว่าสันติสุขและความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้ย่อมต้องอาศัยกฎหมาย เชื่อกันว่า Robert von Mohl เป็นคนแรกที่นำเอาความคิดที่ว่าการดำรงอยู่ของรัฐไม่ควรจะขึ้นอยู่กับกำลังอำนาจ แต่ควรขึ้นอยู่กับเหตุผลมาอธิบายอย่างเป็นระบบในตำรากฎหมาย

พัฒนาการของนิติรัฐในช่วงศตวรรษที่ 18 อยู่ที่การฟื้นตัวของความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) โดยเฉพาะในปรัชญาของสำนักสโตอิคส์ (Stoicim) ที่เชื่อว่ามนุษย์ได้รับประกายแห่งเหตุผลและเกิดมามีศักดิ์ศรีเหมือนกัน ไม่มีใครเกิดมาในฐานะที่เป็นทาส มนุษย์ทุกผู้ทุกนาม มีความสามารถที่จะรู้ว่าอะไรถูกอะไรผิดได้ด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม แนวความคิดที่นิยมยกย่องเหตุผลของมนุษย์อ่อนแรงลงในสมัยกลาง ซึ่งเป็นสมัยที่นิติปรัชญาแนวคริสต์ครอบงำยุโรป จวบจนกระทั่งนักคิดอย่าง Samuel Pufendorf และ Christian Wolff ได้รื้อฟื้นแนวความคิดดังกล่าวขึ้นมาพัฒนาต่อ ความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติจึงกลับฟื้นตัวขึ้นโดยการเชื่อมโยงความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติกับสิทธิตามธรรมชาติเข้าด้วยกัน ตามคำสอนของนักคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติในยุคฟื้นตัวนี้ สิทธิตามธรรมชาติคือสิทธิที่มนุษย์แต่ละคนมีติดตัวมาตามธรรมชาติ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิดังกล่าวนี้มนุษย์แต่ละคนมีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับรัฐและไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายบ้านเมือง กล่าวคือ เป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนมีรัฐ

ต่อมาในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 ต่อเนื่องมาจนถึงต้นศตวรรษที่ 19 ราษฎรได้เรียกร้องให้รัฐปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินตลอดจนเสรีภาพของตนมากขึ้น โดยต่างเห็นว่าการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะปรากฏเป็นจริงได้ก็ต่อเมื่อมีรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้อำนาจของรัฐต้องผูกพันอยู่กับกฎหมาย กฎหมายย่อมจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดขอบเขตภารกิจของรัฐ กฎหมายจะต้องสร้างกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ และกฎหมายจะต้องประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 เยอรมนีอยู่ภายใต้การปกครองของพระจักรพรรดิ์ พัฒนาการเกี่ยวกับความคิดว่าด้วยนิติรัฐเกิดการเปลี่ยนแปลงหักเห เนื่องจากในเวลานั้นคำสอนทางปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) เจริญงอกงามเฟื่องฟูขึ้น แนวคิดหลักของสำนักคิดดังกล่าวต้องการสร้างความชัดเจน ความมั่นคง และความแน่นอนให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย สำนักคิดนี้ปฏิเสธคำสอนว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติ เพราะเห็นว่าเป็นสิ่งที่เลื่อนลอยจับต้องไม่ได้ ทำให้กฎหมายไม่มีความแน่นอน สำหรับสำนักกฎหมายบ้านเมืองแล้ว กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยผู้ที่ทรงอำนาจตรากฎหมายต้องถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรม

ดังนั้นหลักใหญ่ใจความของนิติรัฐจึงอยู่ที่ความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในบ้านเมือง และการปกป้องคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนจากการล่วงละเมิดของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น แม้ว่ารัฐชนิดนี้จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง แต่โดยที่ไม่มีการพูดถึงองค์ประกอบในทางเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรม ตำรากฎหมายจำนวนหนึ่งจึงเรียกรัฐชนิดนี้ว่า Gesetzesstaat ในภาษาเยอรมันแปลว่า กฎหมาย แต่มุ่งหมายถึงกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นสำคัญ รัฐที่สนใจแต่เพียงกฎหมายในทางรูปแบบนี้เองที่ทำให้ในที่สุดเกิดรัฐตำรวจ (Polizeistaat) ขึ้น ในรัฐชนิดนี้ฝ่ายปกครองก็ผูกพันตนต่อกฎหมาย แต่ไม่ต้องสนใจว่ากฎหมายนั้นถูกต้องเป็นธรรมหรือไม่ โดยปรากฏการณ์เช่นนี้ คำว่า “รัฐตำรวจ” จึงได้กลายเป็นคำตรงกันข้ามกับคำว่า “นิติรัฐ”

ในปัจจุบันนิติรัฐก็ได้รับการพัฒนาให้เป็นนิติรัฐที่เป็นเสรีนิยม คำนึงถึงความยุติธรรม และทำให้เมื่อกล่าวถึงนิติรัฐจะต้องพูดถึงองค์ประกอบทั้งสองด้าน คือทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา[35]

2.2.2 องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าหลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา

2.2.2.1 องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ

พิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการ ที่สำคัญเช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

Aristotle นักปราชญ์ชาวกรีก (384 - 322 ปีก่อนคริสตศักราช) เป็นนักปราชญ์การเมืองคนแรกที่ได้พยายามจัดแบ่งองค์กรของรัฐบาล โดยเขียนไว้ในหนังสือ “Politics” ว่ารัฐทุกรัฐมีองค์ประกอบสามประการ ประการแรกคือองค์ประกอบที่ดำเนินกิจการสาธารณะ การผูกสัมพันธไมตรี การออกกฎหมาย และการตรวจตราดูแลค่าใช้จ่ายสาธารณะ ซึ่งอริสโตเติลเห็นว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดและอยู่เหนือองค์ประกอบอีกสองประการ ประการที่สอง องค์ประกอบที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ อริสโตเติลอธิบายว่าเป็นอำนาจเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่และการแบ่งแยกหน่วยงาน ซึ่ง

---

[35] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). หลักนิติรัฐและนิติธรรม. สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2554, จาก **http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431**

รวมถึงการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐ การกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ และการแต่งตั้งหน่วยงานของรัฐ อำนาจนี้เป็นอำนาจในการกำหนดนโยบายและออกคำสั่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีและการป้องกันประเทศ ประการที่สาม องค์ประกอบเกี่ยวกับอำนาจตุลาการ เป็นอำนาจเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาและกำหนดเขตอำนาจของศาล

Puffendorf ชาวเยอรมนี (ค.ศ. 1632 - 1694) กล่าวไว้ในหนังสือ “De Jure Naturae et Gentium” ว่าอำนาจอธิปไตยแบ่งออกเป็นเจ็ดอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจที่จะลงโทษเพราะฝ่าฝืนกฎหมาย อำนาจที่จะทำสงครามและสงบศึก อำนาจการทำสนธิสัญญา อำนาจแต่งตั้งข้าราชการ อำนาจเก็บภาษีและอำนาจจัดการศึกษา

John Locke ชาวอังกฤษ (ค.ศ. 1632-1704) กล่าวไว้ในหนังสือ “Second Treatise of Civil Government” ว่าอำนาจอธิปไตยแยกออกได้เป็นสามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจเกี่ยวกับการทำสงครามการทำสนธิสัญญาและการแลกเปลี่ยนฑูต จอห์น ลอค เห็นว่าอำนาจที่สำคัญที่สุดคืออำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ อันได้แก่ ชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน ส่วนอำนาจบริหารซึ่งหมายถึงอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยการลงโทษผู้ฝ่าฝืน จอห์น ลอค ถือว่าเป็นอำนาจที่มีความสำคัญน้อยกว่าอำนาจนิติบัญญัติ แต่เป็นอำนาจที่ขาดเสียมิได้[36]

Montesquieu ชาวฝรั่งเศส ได้รับการยกย่องเด่นยิ่งกว่าผู้อื่น เพราะสามารถนำเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจมาเผยแพร่ได้ดีที่สุด โดยใช้เวลาศึกษาและค้นคว้าถึง 20 ปี จึงได้เขียนหนังสือชื่อ “De l'esprit des lois” ที่ไม่ได้กล่าวถึงการแบ่งแยกอำนาจเป็นการเฉพาะ แต่กล่าวถึงกฎข้อบังคับที่ใช้อยู่ในโลกมนุษย์นี้เป็นการทั่วไป ทั้งในสมัยที่ผ่านพ้นมาแล้ว สมัยปัจจุบัน และความคิดเห็นในสิ่งที่ควรเป็นสำหรับสมัยต่อไป หนังสือนี้แยกออกเป็น 31 บรรพ บรรพหนึ่งๆ แยกออกเป็นหมวด เป็นหนังสือทั้งสิ้นเกือบ 700 หน้า เรื่องการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยนั้นเป็นเรื่องที่มงเตสกิเอออธิบายไว้ในบรรพ 11 “ว่าด้วยความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดเสรีภาพในทางการเมืองกับธรรมนูญการปกครอง” หมวด 6 ว่าด้วยธรรมนูญการปกครองของประเทศอังกฤษ มงเตสกิเออกล่าวว่า “ในรัฐทุกรัฐมีอำนาจอยู่ 3 อย่าง คืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจปฏิบัติการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน และอำนาจปฏิบัติการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง ในอำนาจนิติบัญญัติ กษัตริย์หรือข้าราชการตรากฎหมายที่จะให้ใช้เฉพาะระยะเวลาหรือตลอดไป หรือแก้หรือยกเลิกกฎหมายที่ตราขึ้น ในอำนาจชนิดที่สอง เรียกว่าอำนาจบริหารของรัฐ กษัตริย์หรือข้าราชการทำสัญญาสันติภาพหรือประกาศสงคราม หรือส่งหรือรับฑูต หรือรักษาความสงบเรียบร้อย หรือป้องกันมิให้มีการรุกราน

---

[36] อมร จันทรสมบูรณ์. (2525). **กฎหมายการปกครอง.** หน้า 60-62.

อำนาจชนิดที่สาม เรียกว่าอำนาจพิพากษา กษัตริย์หรือข้าราชการลงโทษผู้กระทำความผิดหรือวินิจฉัยข้อผิดพลาดระหว่างเอกชน

เมื่อกำหนดอำนาจออกเป็นสามชนิดดังนี้แล้ว มงเตสกิเออให้ความเห็นว่าอำนาจแต่ละชนิดต้องแยกกัน มีผู้ใช้ต่างกันและเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อกัน มงเตสกิเออชี้แจงเหตุผลของการแยกอำนาจทั้งสามชนิดนี้ได้เป็นสองประการ

(1) ถ้าไม่มีการแยกอำนาจโดยมีองค์กรใช้อำนาจเป็นอิสระต่างกันแล้ว เสรีภาพของมนุษย์ก็มีไม่ได้ เพราะถ้าองค์กรเดียวใช้อำนาจทุกชนิดแล้ว องค์กรนั้นก็จะใช้อำนาจจนเต็มขอบเขตและจะใช้จนเกินขอบเขต เพราะเป็นนิสัยของมนุษย์ทุกคนเมื่อมีอำนาจขึ้นมาและเมื่อมีทางที่จะใช้อำนาจกว้างขวาง มนุษย์ผู้นั้นก็จะใช้อำนาจตามใจชอบ ถ้อยคำของมงเตสกิเออมีดังนี้ “ประชาธิปไตยและอภิชนาธิปไตย มิใช่รัฐเสรีโดยธรรมชาติ เสรีภาพในทางการเมืองจะมีได้ก็แต่เฉพาะในรัฐชนิดที่ผ่อนปรนไม่ตึงเครียด แต่ก็มิใช่จะมีในรัฐชนิดนี้ทุกรัฐไป จะมีก็ต่อเมื่อไม่มีการเมาอำนาจจนใช้อำนาจเกินไป แต่ก็ย่อมรู้และเห็นกันอยู่เป็นนิจว่าบุคคลผู้ใช้อำนาจทุกคนย่อมใช้อำนาจเกินเลยเสมอ เขามักจะใช้อำนาจจนถึงขอบเขตสุด ดังนั้นเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขตจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องจัดและต้องกำหนดให้อำนาจหยุดอำนาจ

(2) กฎหมายจะใช้บังคับตามวัตถุประสงค์ที่ได้ตราขึ้น และประชาชนจะเคารพในกฎหมายนั้นๆ ก็เฉพาะในกรณีที่มีการแยกอำนาจ ถ้าไม่มีการแยกอำนาจแล้ว การใช้กฎหมายก็เลื่อนลอย ใช้กันตามอำเภอใจ ข้อความของมงเตสกิเออมีดังนี้ “ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารมารวมกันอยู่ในตัวบุคคลเดียวกันหรือในองค์กรข้าราชการเดียวกัน เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าเกรงว่าบุคคลหรือองค์กรผู้มีอำนาจทั้งสองประการนั้น จะตรากฎหมายกดขี่ออกมาใช้ และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับอย่างกดขี่ ถ้าอำนาจพิพากษามิได้แยกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร เสรีภาพก็ไม่มีเช่นเดียวกัน ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติแล้ว ชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะมีความเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสอง เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมายด้วย ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจบริหารแล้ว ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจกระทำการบีบคั้นได้เต็มที่ และไม่มีอะไรเหลือเลย จะสูญสิ้นไปหมดถ้าบุคคลคนเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม คืออำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจให้มีการปฏิบัติตามมติสาธารณะ อำนาจพิพากษาความคิดหรือข้อพิพาทระหว่างเอกชน ถ้าผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารและอำนาจพิพากษา กฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้กฎหมายจะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้มีอำนาจบริหาร และถ้าใครไม่กระทำตามความประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อยลอย บ้านเมืองก็จะไม่มีความสงบ”[37]

---

[37] เดือน บุนนาค. (2524, ธันวาคม). “การแยกอำนาจ.” **วารสารนิติศาสตร์, 9, 3.** หน้า 19-22.

ประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองได้แสดงให้เห็นอยู่เสมอว่า เมื่อใดก็ตามที่การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่คนๆ เดียวหรือคณะเดียว ไม่ว่าคนๆ นั้นหรือคณะนั้นจะได้อำนาจมาโดยการแต่งตั้งหรือการเลือกตั้งจากพลเมืองก็ตาม พลเมืองจะไม่มีสิทธิเสรีภาพในอันที่จะกระทำการต่างๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตน ทั้งนี้เพราะ “อำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลง อำนาจเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลงอย่างถึงที่สุด” คนเราเมื่อมีอำนาจแล้วมักจะมัวเมาในอำนาจและมักจะใช้อำนาจอย่างสุดโต่งเสมอ[38] เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงได้บัญญัติจัดระเบียบการใช้อำนาจอธิปไตยโดยวางอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจ มีการกระจายการใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน แต่ละองค์กรต่างใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายอย่างเป็นอิสระ ไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่น และเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในปัจจุบันว่า “สังคมใดไม่มีการประกันเสรีภาพของปัจเจกชน อีกทั้งไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ในสังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ” คำว่า “รัฐธรรมนูญ” ในที่นี้หมายความถึงรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยหรือรัฐธรรมนูญตามลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม อันเป็นรัฐธรรมนูญที่จำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ไม่ให้ผู้ปกครองมีอำนาจมากเกินไปจนเป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั่นเอง อย่างไรก็ดี การแบ่งแยกอำนาจนั้นไม่ได้หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แต่คำว่า “อำนาจ” ในวลีไทยที่ว่า “การแบ่งแยกอำนาจ” และ “Powers” ในวลีอังกฤษที่ว่า “Seperation of Powers” หมายถึง “องค์กร” หรือ “Organs” ผู้ใช้อำนาจอธิปไตย[39]

หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักการนิติรัฐไม่สามารถสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ อำนาจทั้งสามไม่ได้แบ่งแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกันเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่มีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบ อาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตภาระหน้าที่ที่แตกต่าง

---

[38] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข (2537). “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ.” **วารสารปกครอง, 3, 2.** หน้า 42-54.

[39] โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2541). **หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1.** หน้า 140-144.

กัน หรือเรียกว่า “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล” ซึ่งเรียกร้องให้ภาระหน้าที่ของรัฐที่มีการแบ่งแยกนั้น ต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเองอันมิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นด้วย วิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่นๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจนั้นหรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจและในแง่ของตัวบุคคลแล้ว จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่างๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจ ไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง สภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายสำคัญของนิติรัฐ[40]

2) หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

นิติรัฐนั้นมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิเสรีภาพและสิทธิในความเสมอภาคของบุคคล สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพโดยอำนาจรัฐ จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยบัญญัติให้กระทำได้เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงมีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ โดยมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วยังมีการบัญญัติหลักการต่างๆ อีกหลายประการเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพไม่ได้ และหลักประกันที่สำคัญคือหลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ เพราะการคุ้มครองและหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ด้วยเหตุนี้ สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ[41]

---

[40] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 22-23.

[41] แหล่งเดิม. หน้า 23-24.

สิทธิเสรีภาพของราษฎรที่รัฐรับรองและให้ความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ จำแนกออกได้เป็นสามประเภท คือ

(1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในครอบครัว

(2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

(3) สิทธิเสรีภาพในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐที่สำคัญ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในอันที่จะแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในอันที่จะรวมตัวกันเป็นกลุ่ม เป็นสมาคม หรือเป็นพรรคการเมืองเพื่อดำเนินการทางการเมืองให้เป็นไปตามความคิดเห็นทางการเมืองของตน รวมตลอดถึงสิทธิเสรีภาพในอันที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง และสมัครเข้ารับเลือกตั้ง

การที่รัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้หมายความว่ารัฐจะยอมให้ราษฎรใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทำการต่างๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ จากองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ รัฐมีผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะต้องธำรงรักษาไว้ ดังนั้นในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้บ้าง แต่รัฐจะกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติอย่างชัดแจ้งเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายจะให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็แต่เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การธำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐในอันที่จะล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพไว้อย่างคลุมเครือก็ดี ที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเกินเลยกว่าความจำเป็นแก่การธำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะก็ดี ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ[42]

3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ

หลักการนี้เรียกร้องให้การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการ และองค์การฝ่ายบริหาร ต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ

---

[42] สมยศ เชื้อไทย และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 56-57.

(1) ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้[43] เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้น จะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ เป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน รูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคมีสามรูปแบบดังนี้

ฝ่ายตุลาการต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งมีความหมายว่าบุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ

ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง ในกรณีนี้หมายความว่าบุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจ โดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆ ทั้งสิ้น

(3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง แบ่งเป็นหลักย่อยได้สองหลัก คือหลักความมาก่อนของกฎหมาย และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย

หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่างๆ ของรัฐทั้งหลายรวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้นการกระทำของรัฐรวมทั้งการกระทำความฝ่ายปกครองทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่าย

---

[43] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). หลักนิติรัฐและนิติธรรม. สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2554, จาก **http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431**

ปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้องในทางปฏิเสธมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการใดที่เป็นการขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว[44]

4) หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาล

รวมทั้งหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เรียกร้องให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่างๆ ของรัฐได้อย่างเต็มที่ องค์กรของรัฐต้องรับฟังบุคคล เปิดโอกาสให้บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่างๆ ก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น อนึ่งในกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรของรัฐ รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนต่อศาลได้ นอกจากนี้ยังเรียกร้องให้รัฐกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพ กำหนดให้คำพิพากษามีผลผูกพันเป็นยุติเพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย[45]

5) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักกฎหมายนี้เกิดจากคำพิพากษาสำคัญของศาลสูงสุดในสหรัฐอเมริกา ในคดีระหว่าง Marbury V. Madison ค.ศ. 1803 ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า เมื่อต้น ค.ศ. 1801 สหรัฐอเมริกาเกิดการเปลี่ยนขั้วอำนาจทางการเมืองเนื่องจากพรรคเฟเดอราลิสต์ ซึ่งครองอำนาจมาตั้งแต่มีการก่อตั้งสหพันธรัฐพ่ายแพ้การเลือกตั้งประธานาธิบดี เป็นผลให้ประธานาธิบดี John Adams ต้องพ้นจากตำแหน่ง ในวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 1801 John Adams ได้เข้าไปสร้างฐานที่มั่นในฝ่ายตุลาการโดยการผ่านร่างกฎหมายชื่อ Circuit Court Act ซึ่งกำหนดตำแหน่งผู้พิพากษาเพิ่มใหม่ 16 ตำแหน่ง และยกเลิกหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลสูงที่จะต้องไปนั่งพิจารณาคดีในศาลล่างเป็นครั้งคราว ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่นอกเหนือจากหน้าที่ปกติในศาลสูง กฎหมายนี้ยังลดตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูง

---

[44] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 24-25.

[45] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). หลักนิติรัฐและนิติธรรม. สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2554, จาก **http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431**

จากหกตำแหน่งเหลือเพียงห้าตำแหน่ง โดยมีความมุ่งหมายที่จะขัดขวางมิให้ประธานาธิบดีคนใหม่ใช้อำนาจแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงคนใหม่เข้ามาแทนที่ผู้พิพากษาศาลสูงคนหนึ่งที่ขอเกษียณด้วยเหตุผลเกี่ยวกับสุขภาพ

สองสัปดาห์ต่อมาสภาคองเกรสลงมติผ่านร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ Organic Act of The District of Columbia ซึ่งกำหนดให้มีตำแหน่งผู้พิพากษาเพิ่มใหม่ 42 ตำแหน่งสำหรับ District of Columbia ประธานาธาบดี John Adams รีบแต่งตั้งบุคคลที่ฝักใฝ่ในพรรคของตนเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดตำแหน่งขึ้นมาใหม่จนครบ และสภาซีเนทก็รีบเร่งให้สัตยาบันต่อผู้พิพากษาซึ่งได้รับแต่งตั้งใหม่ในวันที่ 2 และวันที่ 3 มีนาคม ซึ่งเป็นระยะเวลาเพียงวันเดียวก่อนที่ประธานาธิบดีคนใหม่ Thomas Jefferson จะเข้ารับตำแหน่ง ในขณะนั้นผู้พิพากษา John Marshall ยังดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีต่างประเทศอยู่ในคณะรัฐบาลของประธานาธิบดี John Adams แม้ได้สาบานเข้ารับตำแหน่งประธานศาลสูงสุดตั้งแต่วันที่ 4 กุมภาพันธ์ 1801 แต่ได้ขอผัดผ่อนเพื่อปฏิบัติหน้าที่ของรัฐมนตรีต่อไปจนถึงวันที่ 3 มีนาคม 1801 (ซึ่งเป็นวันสุดท้ายในการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของ John Adams) ในวันที่ 3 มีนาคม นั้นเอง ประธานาธิบดี John Adams ได้ลงนามในคำสั่งแต่งตั้งการเข้าดำรงตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาใหม่ ตามประเพณีปฏิบัติ คำสั่งให้ผู้พิพากษาเข้าดำรงตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ต้องเสนอต่อ John Marshall ซึ่งยังดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีต่างประเทศและมีอำนาจหน้าที่ในการประทับตราตำแหน่งรัฐสำหรับตำแหน่งผู้พิพากษา ซึ่งเมื่อประทับตราแล้วก็ต้องมีการจัดส่งประกาศแต่งตั้งการเข้าดำรงตำแหน่งที่มีการประทับตราแล้วให้แก่ผู้พิพากษาที่เข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าวทุกคน การจัดส่งประกาศแต่งตั้งกระทำกันอย่างรีบร้อนจนนาทีสุดท้ายของการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของ John Adams (ผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งในประกาศดังกล่าวนี้ ต่อมาได้รับการขนานนามว่า “ผู้พิพากษาเที่ยงคืน Midnight Judges” แต่ถึงกระนั้นก็จัดส่งประกาศแต่งตั้งได้ไม่ครบถ้วน ผู้พิพากษาที่ไม่ได้รับประกาศแต่งตั้งและคำสั่งให้เข้าดำรงตำแหน่งได้แก่ William Marbury และผู้พิพากษาอีกสองถึงสามคน แม้ว่าตราสารจะได้รับการลงนาม , สภาซีเนทให้ความยินยอม และ John Adams (ซึ่งก่อนหน้านี้ได้รับการแต่งตั้งเป็นประธานศาลสูงสุด แต่ยังคงทำหน้าที่เป็นรัฐมนตรีที่รับผิดชอบเรื่องดังกล่าวอยู่) จะได้ประทับตราเรียบร้อยแล้วก็ตาม Thomas Jefferson ประธานาธิบดีคนใหม่ เห็นว่าการแต่งตั้งดังกล่าวไม่สมบูรณ์และไม่มีผลในทางกฎหมาย จึงได้ออกคำสั่งแก่รัฐมนตรีต่างประเทศคนใหม่ (James Madison) ที่มีหน้าที่รักษาตราแห่งรัฐ มิให้มอบประกาศแต่งตั้งและคำสั่งให้เข้ารับตำแหน่งหน้าที่แก่ William Marbury และพวก โดยการแถลงให้สาธารณชนทราบว่าการแต่งตั้ง William Marbury และพวกเป็นโมฆะ

จนกระทั้งสิ้น ค.ศ. 1801 หลังจากที่ William Marbury และพวกได้พยายามติดต่อร้องขอเข้ารับตำแหน่งแต่ก็ปราศจากผล จึงตัดสินใจนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลสูง โดยร้องขอให้ศาลสูงสุดชี้ขาดโดยมีคำสั่งและบังคับให้ James Madison ส่งมอบตราสารแต่งตั้งให้แก่ตน โดยอาศัยอำนาจการออกหมายบังคับตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการดำเนินคดีในศาล (Judiciary Act 1789) ซึ่งให้อำนาจศาลสูงสุดสั่งให้รัฐมนตรีปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายได้ ประธานศาลสูงสุด John Marshall วินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยว่า “รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลสูงสุดสหรัฐเป็นศาลอุทธรณ์จากคดีต่างๆ เท่านั้น แต่กรณีที่จะให้ศาลสูงสหรัฐทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นในบางกรณีนั้นระบุไว้ชัดแจ้งแล้วตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการที่กฎหมายดังกล่าว (Judiciary Act 1789) ให้อำนาจศาลสูงสหรัฐปฏิบัติหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นเพื่อออกหมายบังคับคดีตามที่อ้างในฟ้อง จึงเป็นการเกินจากหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กฎหมายนั้นจึงเป็นโมฆะ ศาลสูงแห่งสหรัฐจะอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้นออกหมายบังคับให้ James Madison ส่งคำสั่งไปให้ William Marbury ไม่ได้” รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา Article 3 section 2 บัญญัติให้ศาลสูงสุดพิจารณาคดีเป็นศาลแรกได้เฉพาะคดีที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ฑูตเป็นคู่ความเท่านั้น ไม่ใช่คดีที่บุคคลธรรมดา (คดีนี้คือ William Marbury) เป็นคู่ความ Judiciary Act 1759 ที่สภาซีเนทมอบอำนาจให้ศาลสูงสุดพิจารณาพิพากษาคดีในลักษณะดังกล่าว จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่มีผลบังคับใช้[46] John Marshall ยังได้แสดงความเห็นอีกว่า “องค์กรตุลาการนั้นเป็นองค์กรที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงจำเป็นอยู่เองที่จะต้องมีอำนาจและเป็นหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาว่าอะไรบ้างที่มีฐานะเป็นกฎหมาย อันจะนำมาใช้เป็นหลักฐานในการทำคำวินิจฉัย และถ้ามีความขัดแย้งกันในระหว่างบทบัญญัติทั้งหลายที่ใช้ในเรื่องเดียวกันแล้ว ตุลาการจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะใช้บทกฎหมายใดบังคับ ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้นในระหว่างรัฐบัญญัติซึ่งจะใช้บังคับในกรณีเดียวกันแล้ว ศาลจะต้องตัดสินใจเลือกเอาทางใดทางหนึ่งระหว่างการที่จะต้องตัดสินไปตามรัฐบัญญัติ โดยไม่ต้องคำนึงถึงรัฐธรรมนูญ หรือจะยึดถือไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญโดยละเลยรัฐบัญญัติ” แม้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ไม่ได้บัญญัติชัดแจ้งให้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ผู้พิพากษา John Marshall ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุดยืนยันอำนาจผู้พิพากษาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และยืนยันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายซึ่งอยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายอื่น ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการนิติบัญญัติสามัญ จากเหตุผลดังกล่าว John Marshall จึง

---

[46] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก (2551). **ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ เอกสารประกอบการบรรยายวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.** หน้า 6-7.

สรุปว่าเนื่องจากสหรัฐอเมริกายึดถือรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้นกฎหมายใดก็ตามที่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญจึงไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายที่ศาลจะต้องนำมาใช้ตัดสินคดี

คำวินิจฉัยชี้ขาดคดีของ John Marshall ได้รับยกย่องอย่างมากในการประกาศถึงอำนาจขององค์กรตุลาการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คดี Marbury V. Madison ถือว่าเป็นคดีต้นแบบที่แสดงถึงอำนาจขององค์กรตุลาการในการควบคุมตรวจสอบกฎหมาย ไม่เพียงแต่ในสหรัฐอเมริกาที่นักกฎหมายทุกคนต้องรู้จักคดีนี้ แต่รวมไปถึงนักกฎหมายในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักกฎหมายมหาชน[47] หลังจากคดีนี้แล้ว ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาให้กฎหมายของมลรัฐซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้เป็นจำนวนกว่าหนึ่งร้อยฉบับ อาจกล่าวได้ว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้หยั่งรากลงในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริงนับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 6 ความว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล ได้อธิบายว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการวางระเบียบการปกครองรัฐในทางการเมือง โดยกำหนดโครงสร้างของรัฐ ระบอบการปกครอง การใช้อำนาจอธิปไตยและการดำเนินงานของสถาบันสูงสุดของรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตย กล่าวย่อๆ คือกำหนดวิธีการปกครองหรือระบอบการเมืองของรัฐ”[48]

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญจะกำหนดการจัดอำนาจและองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายรัฐธรรมนูญจะครอบคลุมถึงการจัดองค์กร การดำเนินการ อำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรดังกล่าวต่อกันและต่อประชาชน[49]

เราอาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญคือบรรดากฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในรัฐ หรือบรรดากฎเกณฑ์แบบแผนสถาปนาองค์กรผู้ทำหน้าที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในนามของรัฐ กำหนดกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรผู้ทำหน้าที่

---

[47] วีระ โลจายะ ก (2551). **การควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกา เอกสารประกอบการบรรยายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญชั้นสูงและสถาบันการเมือง 1 บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.** หน้า 2-5.

[48] ประยูร กาญจนดุล. (2523**). คำบรรยายกฎหมายปกครอง.** หน้า 1.

[49] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 20.

ใช้อำนาจปกครองในนามของรัฐ รวมตลอดถึงกำหนดหลักการทั่วไปว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร บรรดากฎเกณฑ์แบบแผนที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญนี้ อาจแยกกันอยู่อย่างกระจัดกระจายในรูปของจารีตประเพณีบ้าง ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรบ้าง เราเรียกรัฐธรรมนูญของรัฐนั้นว่า “รัฐธรรมนูญไม่เป็นลายลักษณ์อักษร” ส่วนรัฐธรรมนูญของรัฐที่ถูกนำมารวบรวมไว้อย่างเป็นระบบในเอกสารฉบับเดียวกัน เราเรียกว่า “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร” ปัจจุบันรัฐต่างๆ นิยมนำเอาบรรดากฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองมารวมไว้อย่างเป็นระเบียบในเอกสารฉบับเดียว

แม้รัฐจะมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร แต่มีเฉพาะบางรัฐเท่านั้นที่จะมีรัฐธรรมนูญแห่งระบอบประชาธิปไตย ซึ่งหมายถึงรัฐธรรมนูญในลัทธิรัฐธรรมมนูญนิยม ที่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของพลเมือง ลักษณะของรัฐธรรมนูญนี้จึงต้องมีหลักการของระบบนิติรัฐ คือ หลักการที่รัฐจะต้องเคารพสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของพลเมือง เพื่อป้องกันสิทธิเสรีภาพจากการใช้อำนาจบาตรใหญ่หรือตามอำเภอใจของรัฐ รัฐต้องมีอำนาจจำกัดต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเคร่งครัด นอกจากนั้นจะต้องกำหนดให้ประชาชนเลือกตั้งผู้แทนของตนมาเป็นองค์กรของรัฐในการบัญญัติกฎหมาย รัฐจะล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้[50]

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นส่วนยอดสุดของหลักนิติรัฐ รัฐธรรมนูญจึงได้รับการรับรองให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ ระบบกฎหมายเยอรมนียอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญว่าเป็นสาระสำคัญของนิติรัฐ โดยมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอย่างน้อยสองมาตราที่รับรองถึงหลักการดังกล่าว คือมาตรา 20 วรรคสาม รับรองอย่างชัดเจนถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ความว่า “อำนาจนิติบัญญัติผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการผูกพันต่อกฎหมาย” มาตรา 79 วรรคสาม รับรองว่าบทบัญญัติมาตรา 20 ของรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ความว่า “การแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลกระทบกับการแบ่งเขตพื้นที่ของมลรัฐซึ่งโดยหลักการแล้ว มลรัฐจะต้องมีส่วนร่วมในการออกกฎหมายนั้นหรือหากการแก้ไขนั้นกระทบต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 ไม่อาจจะกระทำได้” หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นการยืนยันหรือทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นต่อหลักนิติรัฐ[51]

---

[50] สมยศ เชื้อไทย และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 43-44.

[51] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 31-32.

ใน ค.ศ. 1920 ออสเตรียเป็นประเทศยุโรปประเทศแรกที่ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ จากนั้นประเทศอื่นๆ ก็ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในระบบของตน จึงถือกันว่า ไม่เพียงแต่ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องเคารพความชอบด้วยกฎหมาย แต่องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการ และองค์กรอื่นในรัฐจะต้องเคารพกฎหมายด้วยโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ การกระทำใดที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็จะถูกศาลพิพากษาว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้[52]

2.2.2.2 องค์ประกอบในทางเนื้อหาของนิติรัฐ

1) หลักความแน่นอนของกฎหมาย

หลักนิติรัฐเรียกร้องต่อไปอีกว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้นต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ บุคคลจึงสามารถกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย และทำให้เกิดความแน่ใจว่าการกระทำของตนจะไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย หลักความแน่นอนของกฎหมายประกอบด้วยหลักย่อยสองประการ

(1) หลักความชัดเจนของกฎหมาย เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายว่าจะต้องมีความชัดเจนอย่างพอเพียงเพื่อให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเอง

(2) หลักคุ้มครองความสุจริต เรียกร้องต่อฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยหลักแล้วการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง หากผู้รับคำสั่งเชื่อโดยสุจริตว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อได้ชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะในเรื่องนั้นๆ แล้ว กรณีที่เห็นควรให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครอง ให้นำหลักความคุ้มครองความสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองมาใช้เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

2) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง เรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่สิ้นสุดลงแล้ว การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลจึงไม่อาจกระทำได้ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่บังคับใช้โดยไม่มีข้อยกเว้นในกรณีของกฎหมายอาญาสารบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าหากผลร้ายที่เกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลไม่ใช่โทษทางอาญาแล้ว รัฐสามารถตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลได้ทุกกรณี การวินิจฉัยว่าการตรากฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลจะกระทำได้หรือไม่ ต้องพิจารณาองค์ประกอบในแง่ความไว้เนื้อเชื่อใจที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมาย ตลอดจนการคาดหมายความคุ้มครองจากระบบกฎหมายของบุคคลประกอบกัน ในกรณีที่

---

[52] โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสวงศักดิ์. เล่มเดิม. หน้า 155.

บุคคลได้กระทำการจบสิ้นไปแล้วในอดีต ไม่สามารถหวนกลับไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำของตนได้แล้ว การตรากฎหมายไปกำหนดองค์ประกอบความผิดขึ้นใหม่ กำหนดโทษขึ้นใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงโทษที่มีอยู่ในกฎหมายในขณะที่ได้กระทำการ แม้โทษนั้นจะไม่ใช่โทษทางอาญาก็ไม่อาจกระทำได้[53]

3) หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “หลักความได้สัดส่วน” เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอเหมาะพอประมาณ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ในนิติรัฐรัฐไม่อาจใช้มาตรการใดๆ ก็ได้เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้อง พอเหมาะพอประมาณเท่านั้น

ตามกฎหมายเยอรมันหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีค่าบังคับเสมอกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ[54] และได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางมิใช่เฉพาะแต่ในเยอรมันเท่านั้น ยังรวมถึงฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์และประเทศอื่นๆ นอกจากนี้ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้รับการยอมรับจากสหภาพยุโรป[55] หลักการนี้ใช้จำกัดการใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ ของรัฐให้อยู่ในกรอบที่เหมาะสม สามารถรักษาประโยชน์มหาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจนเกินความจำเป็น[56] เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี ผลประโยชน์ของมหาชนก็ดี ย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ

นับตั้งแต่ทศวรรษที่ 1950 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมนีได้นำหลักดังกล่าวมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ใน ค.ศ. 1968 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมนีได้เคยวินิจฉัยว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงมีลำดับชั้นในระดับรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายประการสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ และเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน[57]

---

[53] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). หลักนิติรัฐและนิติธรรม. สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2554, จาก **http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431**

[54] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 56.

[55] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 268.

[56] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 15.

[57] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 269.

หลักความได้สัดส่วนนั้นมีความผูกพันต่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและนำไปใช้กับฝ่ายนิติบัญญัติด้วย โดยสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนมีอยู่สามประการ คือ

(1) หลักความเหมาะสม บังคับว่าบรรดามาตรการที่กฎหมายเปิดช่องให้ใช้บังคับราษฎรนั้น ฝ่ายบริหารต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินให้ความมุ่งหมายของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น มาตรการใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว หลักความเหมาะสมนี้เรียกร้องความสัมพันธ์เชิงเหตุ (cause) และผล (effect) ระหว่างมาตรการที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับ กับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้น ทั้งนี้โดยให้มาตรการที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับเป็นเหตุ และสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผลนั่นเอง

(2) หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลายๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ โดยแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายบริหารต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้น ฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม[58]

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและหรือแก่สังคมโดยรวม กับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับ ดังนั้น องค์ประกอบข้อนี้แห่งหลักความได้สัดส่วนจึงบังคับให้ฝ่ายบริหารต้องทำการชั่งน้ำหนักผลดีและผลเสียของแต่ละมาตรการที่ตนตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร มาตรการใดที่เห็นได้ชัดว่าหากลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชนและหรือแก่ส่วนรวม ฝ่ายบริหารต้องห้ามมิให้ออกมาใช้บังคับ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะเหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตาม กล่าวโดยสรุป หลักความได้สัดส่วน บังคับให้ฝ่ายบริหารออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อความเสียหายแก่ราษฎรน้อยที่สุด และห้ามมิให้ฝ่ายบริหารออกมาตรการใดๆ ซึ่งหากได้ลงมือ

---

[58] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 56, 58-59.

ดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรและหรือสังคมโดยรวม[59]

หลักนิติรัฐมีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ[60] ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติหลักการของนิติรัฐไว้หลายมาตราด้วยกัน[61] เช่น การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล (มาตรา 4) การรับรองว่ารัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายสูงสุด กฎหมายที่ละเมิดรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับไม่ได้ (มาตรา 6) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามกฎหมาย (มาตรา 29) บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ขณะนั้น (มาตรา 39) การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นี้ จะต้องกระทำโดยกฎหมาย (ปรากฏในหลายมาตรา เช่น มาตรา 31 มาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37) การบริหารราชการแผ่นดิน รัฐมนตรีต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงต่อสภา (มาตรา 178) เป็นต้น

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะบัญญัติหลักการของนิติรัฐไว้ แต่ในมาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” นับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญทั้งๆ ที่ในชั้นร่างรัฐธรรมนูญใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” และไม่ปรากฏเหตุผลในการเปลี่ยนแปลงคำว่า “หลักนิติรัฐ” เป็นคำว่า “หลักนิติธรรม”[62]

2.3 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

รัฐเสรีประชาธิปไตยล้วนแต่ยึดมั่นอยู่ในลัทธิปัจเจกชนนิยมที่สอนว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) มีลักษณะเป็นนามธรรมซึ่งจะปรากฏออกมาให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมในรูปของความสามารถของมนุษย์ ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนเองได้ อนึ่ง มนุษย์แต่ละคนจะมีความสามารถเช่นว่านี้ได้อย่างแท้จริง ก็ต่อเมื่อแต่ละคนมี “แดนแห่งเสรีภาพ” ภายในแดนแห่งเสรีภาพนี้ แต่ละคนจะคิดหรือกระทำการใดๆ อย่างอิสระปราศจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากผู้ปกครอง ด้วยเหตุนี้

---

[59] แหล่งเดิม. หน้า 60,62.

[60] แหล่งเดิม. หน้า 40.

[61] กล้า สมุทวณิช. (2547). หลักนิติรัฐและรัฐธรรมนูญ. สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2554, จาก **http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=615**

[62] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). หลักนิติรัฐและนิติธรรม. สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2554, จาก **http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431**

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพด้านต่างๆ ที่มนุษย์แต่ละคนจำต้องมี และนำไปใช้พัฒนาบุคลิกภาพของตนเอง รวมแล้วนิยมเรียกกันว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights and Liberties)[63]

สังคมตะวันตกให้ความสำคัญต่อตัวบุคคลเหนือสังคมและรัฐ ปัจเจกชนนิยมจึงเน้นเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและเน้นเรื่องความสำเร็จของบุคคล โดยเห็นว่าผลประโยชน์ของส่วนรวมคือผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลแต่ละคนรวมกัน ด้วยเหตุนี้ผลประโยชน์ของรัฐจริงๆ จึงไม่มี หรือถ้ามีจะอยู่เหนือผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลไม่ได้ รัฐมีหน้าที่และบทบาทคอยส่งเสริมให้แต่ละบุคคลสามารถดำเนินชีวิตไปตามที่ตนปรารถนาและให้แต่ละคนแสวงหาความสำเร็จในชีวิตได้ สังคมตะวันตกจึงได้รับการขนานนามว่า “สังคมแห่งความสำเร็จ” ค่านิยมนี้สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตยที่ให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล[64]

2.3.1 พัฒนาการทางด้านความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

นักปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติมีความเชื่อว่ามนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติและจักรวาล ซึ่งมีกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นเองโดยไม่มีผู้ใดบงการ และสิ่งเดียวกันนี้ก็มีอยู่ในตัวของมนุษย์ด้วยเช่นกัน ทำให้มนุษย์สามารถที่จะใช้เหตุผลดังกล่าวในการเรียนรู้ศึกษาธรรมชาติ เพื่อเข้าใจตัวมนุษย์เองและสังคมของมนุษย์ ดังที่อริสโตเติล (Aristotle) กล่าวไว้ว่า “มนุษย์เป็นสัตว์ที่มีเหตุผล ย่อมมีเสรีภาพในการเลือก และด้วยเหตุผลที่ถูกต้องย่อมช่วยให้เขาเข้าถึงกฎธรรมชาติได้ และ ณ จุดนี้เองคือเสรีภาพที่ยิ่งใหญ่ของมนุษย์”

ในทางตรงกันข้าม คำอธิบายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของสำนักกฎหมายบ้านเมืองได้อธิบายว่า การที่มนุษย์มีสิทธิหรือไม่นั้นจะต้องอยู่ที่ “กฎหมายบ้านเมือง” (positive law) บัญญัติถึงเรื่องนั้นๆ ไว้อย่างไร กล่าวคือ การที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะมีสิทธิกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่นั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ การกระทำการนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้อาจเป็นความผิดได้ การอธิบายดังกล่าวมีแนวคิดบนพื้นฐานของเรื่อง “อำนาจ” ระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง ดังนั้น การได้มาซึ่งสิทธิจึงขึ้นอยู่กับผู้ปกครองที่จะกำหนด ซึ่งเป็นแนวคิดที่สนับสนุนการปกครองแบบรวมศูนย์อำนาจ เช่น การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์[65]

---

[63] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 13.

[64] สุจิต บุญบงการ. (2547, 11 เมษายน). “ความชัดเจนในสิทธิและเสรีภาพ : ค่านิยมกับการพัฒนาประชาธิปไตย.” **รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 3 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ.** หน้า 105.

[65] ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ. (2547). **สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.** หน้า 6-7.

ในอังกฤษชนชั้นกลางได้บังคับให้กษัตริย์ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพบางประการแก่พวกของตน โดยการให้หลักประกันมักกระทำในรูปของเอกสารต่างๆ เช่น Magna Carta ใน ค.ศ. 1215 เป็นข้อเรียกร้องซึ่งเกิดจากการที่พวกขุนนางไม่พอใจพระเจ้าจอห์นซึ่งปกครองประเทศอังกฤษ เหตุเพราะพระเจ้าจอห์นมักจะเก็บภาษีตามใจชอบเพื่อนำไปใช้การในสงคราม Magna Carta มีสาระสำคัญประการหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ จึงได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 39 ว่า “อิสรชนไม่อาจจะถูกจับกุม คุมขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย” ใน ค.ศ. 1628 สภาขุนนางและสภาสามัญของอังกฤษได้ร่วมกันยื่นเอกสารต่อพระเจ้าชาร์ล โดยบังคับให้พระเจ้าชาร์ลยอมรับเอกสารที่เรียกว่า “The Petition of Right” ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้ “(1) บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใดๆ โดยปราศจากความยินยอมโดยพระราชบัญญัติของสภา (2) บุคคลจะไม่ถูกจำคุกหรือคุมขัง เว้นแต่จะเป็นไปตามกฎหมายหรือพระราชบัญญัติของราชอาณาจักร (3) การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูแก่ทหารบก ทหารเรือจะต้องถูกยกเลิก (4) การสั่งให้ดำเนินกระบวนพิจารณาโดยกฎอัยการศึกจะต้องถูกเพิกถอนและแสดงว่าเป็นโมฆะ” The Petition of Right ได้กำหนดสถานะแห่งสิทธิตามกฎหมายระหว่างองค์พระมหากษัตริย์กับรัฐสภา ทำให้ความหมายของเสรีภาพที่มีมาตั้งแต่เดิมนั้นเปลี่ยนแปลงไป เพราะนับแต่นั้นเป็นต้นมาไพร่ฟ้าข้าแผ่นดินก็สามารถอ้างสิทธิต่างๆ ได้ โดยอ้างพระบรมราชโองการที่ยืนยันความมีอยู่แห่งสิทธินั่นเอง ต่อมาใน ค.ศ. 1689 รัฐสภาของอังกฤษได้ร่างเอกสารขึ้นฉบับหนึ่งชื่อว่า Bill of Right ซึ่งพระเจ้าวิลเลี่ยมและพระนางแมรี่ได้ให้ความเห็นชอบ เอกสารฉบับนี้มีข้อความสำคัญๆ ดังนี้ “(1) อำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะระงับกฎหมายหรือการใช้บังคับแห่งกฎหมายโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย (2) พระมหากษัตริย์จะเลิกกฎหมายหรือเลิกการใช้บังคับแห่งกฎหมายก็ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน (3) พระมหากษัตริย์ย่อมไม่มีอำนาจที่จะเรียกเก็บเงินโดยรัฐสภาไม่อนุมัติในเวลาบ้านเมืองสงบเรียบร้อย (4) การเกณฑ์และการดำรงไว้ซึ่งกองทหารประจำการ โดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาย่อมกระทำไม่ได้ (5) เสรีภาพในการพูดและอภิปรายหรือการดำเนินการในรัฐสภาจะนำมาฟ้องร้องหรือสอบสวนในศาลหรือในสถานที่อื่นใดนอกรัฐสภาไม่ได้ (6) การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาจะต้องเป็นไปโดยเสรี”[66]

---

[66] หยุด แสงอุทัย ข (2511). **คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ.** หน้า 134, 137.

บุคคลที่มีบทบาทสำคัญบุคคลหนึ่งในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ คือ จอห์น ลอค (ค.ศ. 1632 - 1704)[67] นักปราชญ์สำนักกฎหมายธรรมชาติที่มีความเห็นว่ารัฐมิใช่สังคมที่เกิดขึ้นและวิวัฒนาการผันแปรไปโดยตนเองตามธรรมชาติเหมือนครอบครัว หากแต่เป็นสังคมที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงอันร่วมกันของมนุษย์ กล่าวคือ มนุษย์ร่วมกันทำสัญญาประชาคมขึ้น (Social Contract) ก่อนที่มนุษย์จะร่วมกันทำสัญญาเช่นว่านี้ มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาติ ปราศจากผู้ปกครองหรือรัฐบาล ในสภาวะธรรมชาติมนุษย์แต่ละคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดวิถีของตนได้ตามตามแต่ตนจะเห็นสมควร ทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่ละคนไม่ควรทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของผู้อื่น ตราบเท่าที่มนุษย์ยังคงดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาติ แต่ละคนย่อมมีอำนาจที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติและลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ด้วยตนเอง ซึ่งการปฏิบัติดังกล่าวจะก่อให้เกิดความไม่สะดวกและความไม่เหมาะสม เกิดการแก้แค้นและความไม่เป็นระเบียบในสังคม จึงเป็นมูลเหตุจูงใจให้มนุษย์หันหน้าเข้ามาตกลงทำสัญญาประชาคมจัดตั้งสังคมการเมืองและรัฐบาลขึ้นมา และต่างยอมสละอำนาจของตนในอันที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติให้แก่รัฐบาล แต่สิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดยังคงมีอยู่ และไม่อาจจะถูกยกเลิกได้โดยสัญญาประชาคม[68]

รุสโซ (ค.ศ. 1712 - 1778) ปรัชญาเมธีซึ่งอยู่สายเดียวกับ จอห์น ลอค ผู้เขียนหนังสือชื่อ “สัญญาประชาคม” อธิบายว่ามนุษย์เกิดมาโดยอิสระและเท่าเทียมกัน สภาพธรรมชาติจึงเป็นสภาพที่มนุษย์คล้ายสัตว์และมีความต้องการน้อยมาก ในยุคนั้นกรรมสิทธิ์ยังไม่เกิดขึ้น เมื่อเกิดกรรมสิทธิ์ของมนุษย์แต่ละคนขึ้น จึงเกิดความชั่วร้าย เพราะกรรมสิทธิ์นำมาซึ่งความไม่เสมอภาคของมนุษย์ ความจำเป็นที่ต้องคุ้มครองกรรมสิทธิ์นี้ทำให้มนุษย์ยุคโบราณจัดตั้งรูปแบบการปกครองขึ้นเพื่อป้องกันตนเองจากความยากจน รัฐบาลในยุคนี้จึงกลายเป็นรัฐบาลที่นำมาซึ่งความไม่เสมอภาคและไม่เป็นธรรมมากขึ้น มนุษย์จึงต้องหาการปกครองใหม่ ต้องตั้งสมาคมขึ้นใหม่ สังคมใหม่ที่ว่านี้ รุสโซ เห็นว่าเกิดจากการยินยอมพร้อมใจกันของมนุษย์ การที่มนุษย์ทุกคนยินยอมมารวมเป็นสังคมนั้นก่อให้เกิดสัญญาประชาคมขึ้น สัญญานี้เป็นสัญญาที่สมาชิกแต่ละคนทำสัญญากับคนอื่นๆ ทุกคน สังคมภายหลังที่มีสัญญาประชาคมจะเป็นสังคมที่มีอิสระเสรีภาพ เพราะแต่ละคนยอมสละเสรีภาพให้ทุกคนและมีผลเท่ากับตนเองเชื่อฟังตนเองโดยยอมอยู่ใต้เจตนารมณ์ร่วมกัน เป็นสังคมที่เสมอภาคเท่าเทียมกันหมด เพราะแต่ละคนสละสิทธิเสรีภาพให้ทุกคน จึงเท่ากับตนได้รับเท่ากับสิ่งที่ตนสละ[69]

---

[67] ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 7.

[68] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 25-26.

[69] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 52-54.

แนวความคิดดังกล่าวได้นำไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศสในศตวรรษที่ 18 ดังจะเห็นได้จากประกาศ “Bills of Rights” ของรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Bill Von Virginia ใน ค.ศ. 1776 ข้อแรกว่า “โดยธรรมชาติแล้ว มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพและอิสรภาพเท่าเทียมกัน และมีสิทธิบางประการติดตัวมาแต่กำเนิด แม้เมื่อได้ตกลงดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมโดยสัญญาประชาคมใดๆ แล้วก็ตาม มนุษย์ก็ไม่อาจพรากสิทธิเหล่านี้ไปจากอนุชนรุ่นหลังได้...” และการประกาศความเป็นอิสระของสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 “ถือว่าความจริงต่อไปนี้มีความชัดแจ้งในตัวเอง มนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาให้เท่าเทียมกัน พระผู้เป็นเจ้าทรงประทานสิทธิอันมิอาจสละละทิ้งได้บางประการให้แก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน”[70] ฝรั่งเศสมีการประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองในช่วงของการปฏิวัติเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 สภาแห่งชาติได้กล่าวถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อสิทธิและเสรีภาพว่า สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่ออำนาจของรัฐทั้งหมด ประกาศดังกล่าวได้กล่าวถึงเสรีภาพและหลักการที่สำคัญ เช่น การคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล, หลักไม่มีความผิดไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย เสรีภาพในทางศาสนา, สิทธิ์ในกรรมสิทธิ์, หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักอธิปไตยเป็นของประชาชน รวมทั้งแนวความคิดเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของมหาชน คำประกาศอิสรภาพและปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และสิทธิพลเมืองดังกล่าวมีอิทธิพลต่อหลักสิทธิและเสรีภาพอย่างสำคัญ ในศตวรรษที่ 19 และ 20 หลักการดังกล่าวมีอิทธิพลต่อประเทศในยุโรปเกือบทั้งหมดและมีอิทธิพลต่อประเทศต่างๆ เกือบทั่วโลก[71]

2.3.2 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

“สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เกิดประโยชน์แก่ตน[72] แต่ความหมายของ “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” นั้น ถือเป็น “สิทธิตามกฎหมายมหาชน” หมายถึง อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคล ในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงขอบเขตสิทธิของตน สิทธิตาม

---

[70] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 26-27.

[71] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 37.

[72] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 21.

รัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิดังกล่าว

"เสรีภาพ" หมายถึง ภาวะของบุคคลที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น เป็นสภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง

ปัจจุบันมีการใช้คำว่า "สิทธิ" และคำว่า "เสรีภาพ" ปนกันไป เช่น เรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงจะมีในฐานที่เกิดมาเป็นมนุษย์รวมๆ กันไปว่า "สิทธิมนุษยชน" (Human Rights) ในเยอรมันเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่บุคคลรวมๆ กันว่า "สิทธิขั้นพื้นฐาน" (Basic Rights หรือ Fundamental Constitutional Rights)[73]

2.3.3 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

2.3.3.1 การจำแนกประเภทของสิทธิเสรีภาพตามแนวคลาสสิคของเยอรมัน Georg Jellinek ได้จำแนกออกเป็น 3 ประเภท[74] คือ

1) Status negativus หมายถึง กลุ่มของสิทธิและเสรีภาพที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใดๆ ของรัฐ สิทธิเสรีภาพกลุ่มนี้แสดงออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน อันเป็นการคุ้มครองปัจเจกบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐ และให้ปัจเจกบุคคลอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาจากรัฐได้ในกรณีที่มีการแทรกแซงจากรัฐ หรืออาจเรียกร้องให้รัฐละเว้นการกระทำดังกล่าวได้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการสื่อสาร เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36 , 37 และ 45 เป็นต้น

2) Status positives หมายถึง กลุ่มของสิทธิและเสรีภาพที่ไม่อาจบรรลุความมุ่งหมายได้หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้แสดงออกมาในรูป "สิทธิเรียกร้อง" ตามทัศนะของ Jellinek เห็นว่าสิทธิที่เป็นศูนย์กลางของสิทธิประเภทนี้คือสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

3) Status actives หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่ปัจเจกบุคคลใช้สิทธิของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับองค์กรของรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรับรองในรูปของ "สิทธิพลเมือง" อันได้แก่ สิทธิของผู้

---

[73] แหล่งเดิม. หน้า 17-18.

[74] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 52-53.

เลือกตั้ง สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ รวมทั้งสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองอื่นๆ สิทธิประเภทนี้มักจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของรัฐนั้น

2.3.3.2 การจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามการเกิด

เมื่อพิจารณาจากการกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้บัญญัติรับรองไว้แล้ว เราอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพออกเป็น 2 ประเภท คือสิทธิมนุษยชน (Human Rights) และสิทธิพลเมือง (Citizen's Rights)

1) สิทธิมนุษยชน ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิดและไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น[75] สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่เกิดมาจากแนวความคิดในเรื่อง "สิทธิตามธรรมชาติ" ศ.ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร เห็นว่าสิทธิมนุษยชนพบได้จากเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่างๆ ที่มีอยู่อย่างซับซ้อนและจากหลักประกันต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของแต่ละรัฐ หรืออาจเป็นข้อความคิดที่ได้ริเริ่มจากการปรากฏขึ้นมาของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ซึ่งมีการจัดทำขึ้นในรูปของตราสารระหว่างประเทศที่ให้หลักประกันการใช้สิทธิ และใช้จำกัดการใช้อำนาจของรัฐที่มีเหนือพลเมืองของตน[76] ส่วน รศ.ดร.วีระ โลจายะ ได้ให้ความหมายของสิทธิมนุษยชนว่า เป็นสิทธิทั้งหลายซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่มีอารยธรรม เป็นสิทธิพื้นฐานที่จำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์และในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ เป็นสิทธิที่มีการคุ้มครองป้องกันในทางกฎหมายเป็นพิเศษสมกับความสำคัญของสิทธินั้น[77]

2) สิทธิของพลเมือง คือสิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งคือบรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง อันได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อดำเนินกิจการทางการเมือง สิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ฯลฯ แม้สิทธิของพลเมืองจะมีได้ก็เฉพาะแต่ภายหลังเวลาที่รัฐเกิดขึ้นแล้ว แต่สิทธิของพลเมืองก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุผลที่ว่า การที่ราษฎรเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐเป็นวิธีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนวิธีหนึ่งในหลายๆ วิธี[78] แม้แต่องค์กรที่ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนก็ให้การคุ้มครองสิทธิของพลเมืองด้วยเช่นกัน โดยทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญจะบัญญัติ

---

[75] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 24.

[76] ประสิทธิ์ เอกบุตร. (2540, ธันวาคม). "กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับสิทธิมนุษยชน." **วารสารนิติศาสตร์, 27, 4.** หน้า 1161-1177.

[77] วีระ โลจายะ ข (2524). **กฎหมายสิทธิมนุษยชน.** หน้า 53-54.

[78] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 28.

รวมกันทั้งสิทธิและเสรีภาพ สิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง โดยไม่มีการแยกออกจากกัน เพราะสิทธิพลเมืองซึ่งได้แก่เสรีภาพทางการเมืองจะดำเนินไปได้อย่างดีก็ต่อเมื่อสิทธิมนุษยชนได้รับการค้ำประกันเช่นเดียวกับสิทธิเสรีภาพทั่วๆ ไป[79]

2.3.4 ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมืองย่อมเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าผู้ที่จะทรงสิทธิของพลเมืองหรือสิทธิทางการเมืองได้ ต้องเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐเท่านั้น ไม่มีรัฐใดในโลกที่ยอมให้คนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในอาณาจักรของตนไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร มีสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองได้ อย่างไรก็ดี คนสัญชาติของรัฐใช่ว่าจะมีสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองเสียทุกคนไป เป็นต้นว่า เฉพาะแต่บุคคลที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามบางประการเท่านั้น จึงจะมีสิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง คนสัญชาติของรัฐที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามอย่างใดอย่างหนึ่ง หามีสิทธิเช่นว่านั้นไม่ แต่โดยหลักทั่วไปแล้ว คนสัญชาติของรัฐทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐได้ การจำกัดสิทธิทางการเมืองโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิเลือกตั้งและสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ถือว่าเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป และจะกระทำได้เฉพาะแต่ในกรณีมีเหตุผลหนักแน่นจริงๆ เท่านั้น[80]

2.3.5 การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

คำประกาศอิสรภาพสหรัฐอเมริกาเป็นคำสำนวนโวหารของพื้นฐานความคิดของสิทธิและเสรีภาพที่ยืนยันว่ามนุษย์แต่ละคนมีสิทธิเสรีภาพในการดำรงชีวิตอย่างมีอิสรภาพ อีกทั้งมีสิทธิเสรีภาพทางการเมืองเท่าที่จำเป็น ไม่มีสิ่งใดที่มีอำนาจอยู่เหนือสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนและครอบงำความคิดของมนุษย์ได้ ดังนั้นรัฐบาลที่จัดตั้งโดยประชาชนมีหน้าที่ต้องปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และเพื่อการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพมิให้ถูกทำลายจำต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ สิทธิและเสรีภาพพลเมืองจึงเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญในการจำกัดอำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต และเป็นพื้นฐานความคิดปัจจุบันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ทั่วโลก

การบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามความคิดรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย มีพื้นฐานความคิดจากกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ในกรณีนี้ได้ถือหลักการรับรองสิทธิและเสรีภาพจากกฎหมาย Bill of Rights ของประเทศอังกฤษ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส (The Declaration of Rights of

---

[79] ภูริชญา วัฒเนรุ่ง ข (2545). **หลักกฎหมายมหาชน.** หน้า 367.

[80] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 30.

man and of the Citizen) และความตื่นตัวของประเทศต่างๆ ทั่วโลกภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มีอิทธิพลต่อการประกาศสิทธิมนุษยชนสากลของสหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1748 (International Institutions , 2002) เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของมนุษยชาติเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประเทศต่างๆ ทั่วโลก สาระสำคัญตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนสิ่งแรก ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 มนุษยชาติทั้งปวงที่เกิดมามีสิทธิเท่าเทียมกันและมีเสรีภาพมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มาตรา 2 ทุกๆ คนมีสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงโดยเกิด โดยไม่มีการแบ่งเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา มีสิทธิทางการเมือง ทรัพย์สิน เป็นต้น และสิทธิอื่นๆ อันได้แก่สิทธิทางสังคม สิทธิทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม สิทธิต่างๆ เหล่านี้ได้บัญญัติไว้ในสิทธิขั้นพื้นฐานในคำประกาศสิทธิมนุษยชนสากล และประเทศต่างๆ ได้นำสิทธิขั้นพื้นฐานตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนสากลไปบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ[81]

2.3.5.1 ประเภทของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาค้นคว้าของ Dr.A. E. Dick Howard นักกฎหมายมหาชน พบว่าสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในประเทศต่างๆ ได้แบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ สิทธิในทางลบ (Negative Rights) และสิทธิในทางบวก (Affirmative Rights) ที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเรียกว่า “Positive Rights”

สิทธิในทางลบ เป็นสิทธิที่มีเสรีภาพปราศจากการครอบงำบังคับ เป็นสิทธิที่ชี้ให้รัฐบาลรู้ว่าสิทธิใดที่รัฐบาลกระทำไม่ได้ ได้แก่ สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิทางการเมือง สิทธิพลเมือง สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิการได้รับการพิจารณาคดีที่ยุติธรรมเมื่อถูกจับกุม สิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย สิทธิในความเสมอภาคเท่าเทียมกันไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งสิทธิเหล่านี้ส่วนใหญ่เป็นสิทธิปัจเจกชนที่ได้แสดงออกเป็นคุณค่าของความเป็นมนุษย์อันมีพื้นฐานที่มาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่รัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ ได้รับรองคุ้มครองไว้

สิทธิในทางบวก หมายถึง สิทธิใดที่รัฐบาลต้องกระทำตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ สิทธิดังกล่าวมีความหมายตรงกันข้ามกับสิทธิในทางลบ ได้แก่ สิทธิทางสังคมเศรษฐกิจการศึกษา สาธารณสุข สุขภาพพลานามัย ภาษาพูดและวัฒนธรรม เป็นต้น สิทธิเหล่านี้ถือเป็นหน้าที่ของรัฐต้องดำเนินจัดการให้ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าเป็นสิทธิประเภทที่ต้องรับการตอบสนองจากรัฐ มีความสำคัญต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย และเพื่อคุ้มครองสิทธิประเภทดังกล่าวจำต้องบัญญัติสิทธิในทางบวกไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นนโยบายแห่งรัฐเพื่อให้รัฐต้องกระทำตามสิทธิที่นโยบายได้บัญญัติไว้

---

[81] วุฒิชัย จิตตานุ. (2546, พฤษภาคม-สิงหาคม). “สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก.” **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 5, 14.** หน้า 75-77.

สิทธิในทางลบและสิทธิในทางบวกเหล่านี้ นิยมเรียกกันรวมๆ ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ซึ่งประเทศต่างๆ ได้นำไปปรับใช้ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หมวด 1 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 19[82] ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ตั้งแต่มาตรา 26 ถึงมาตรา 69 และสอดแทรกไว้ในหมวดอื่นๆ ว่าด้วยนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ตั้งแต่มาตรา 75 ถึงมาตรา 87 เป็นต้น

นอกเหนือจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐให้การคุ้มครองทั่วๆ ไปแล้ว รัฐธรรมนูญรัฐเสรีประชาธิปไตยยังบัญญัติถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ควบคู่ไปด้วย เนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพทั้งปวงและเป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย หลักประชาธิปไตยและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นหลักการที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้[83]

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง “ความมีค่าของมนุษย์แต่ละคน ทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวของผู้นั้นเองและในสถานภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคน โดยไม่คำนึงถึงเพศ วัย สีผิว สัญชาติ หรือศาสนา และได้กลายมาเป็นแก่นสารสำคัญตามธรรมชาติของความเป็นมนุษย์อย่างปฏิเสธไม่ได้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจถูกพรากหรือทำให้สูญเสียไปด้วยวิธีการใดๆ ได้ เรียกได้ว่าเพียงความเป็นมนุษย์เท่านั้นที่เป็นเงื่อนไขที่นำไปสู่ความมีศักดิ์ศรีดังกล่าว[84] และมนุษย์จะดำรงอยู่อย่างมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หากมนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกับมนุษย์คนอื่นๆ ในสังคม ประเทศไทยมีการบัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540[85] ในมาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

---

[82] แหล่งเดิม. หน้า 77-78.

[83] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2549). **หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. หน้า 51-52.

[84] แหล่งเดิม. หน้า 22-23.

[85] วนิดา ไชยชเนตรดี. (2547, 11 เมษายน). “ข้อความคิดเกี่ยวกับมาตรการควบคุมผู้ต้องขังกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.” **รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 3 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ.** หน้า 533.

ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (2550) มีการบัญญัติหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ดังนี้

“มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

ในคำปรารภของกฎบัตรสหประชาชาติมีการบัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความว่า “ความเชื่อในสิทธิมนุษยชนอันเป็นพื้นฐานสำคัญ ความเชื่อในศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นบุคคลของมนุษย์” และเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ที่ประชุมใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งในคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน บัญญัติข้อความว่า “การยอมรับในศักดิ์ศรีซึ่งมีอยู่ในสมาชิกทุกคนของครอบครัวมนุษย์” นอกจากนี้ ในข้อ 1 ของปฏิญญายังได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “มนุษย์ทุกคนย่อมเกิดมาอย่างเสรีและมีความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่างๆ กอปรเหตุผลและสำนึกและควรพบปะสังสันทน์กันด้วยจิตวิญญาณแห่งความเป็นพี่น้องกัน”

2.3.5.2 ระบบประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพแล้ว พบว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทไว้ในระดับที่แตกต่างกันไป ดังนี้

1) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้โดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษสำหรับการออกกฎหมายฉบับนั้น หมายความว่า แม้รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นหลัก แต่องค์กรนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควร ตัวอย่างการประกันสิทธิและเสรีภาพในลักษณะนี้ เช่น มาตรา 41 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” ในกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติเห็นสมควรจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอย่างไร ก็อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิในทรัพย์สินนี้ได้ อย่างไรก็ตาม องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายมาลบล้างสิทธินี้ได้ ได้เพียงแต่จำกัดเท่านั้น อนึ่งการออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น แม้จะเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้ตามที่เห็นสมควร องค์กรนิติบัญญัติก็จะต้อง

ตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ตามมาตรา 29 ด้วย กล่าวคือ ต้องกระทำเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

2) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้โดยการปฏิบัติตามเงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อาจเป็นสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น มาตรา 63 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ วรรคสอง การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะและเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎหมายอัยการศึก” ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขพิเศษไว้เช่นนี้ องค์กรนิติบัญญัติย่อมตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาต ซึ่งตรงกับเงื่อนไขในมาตรา 29 วรรคหนึ่งที่ว่า “...เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้”

3) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเด็ดขาด ไม่อนุญาตให้องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ ตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาตามมาตรา 37 เป็นต้น

เมื่อพิจารณาลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ในระบบการรับรองสิทธิเสรีภาพประเภทแรกนั้น รัฐมีอิสระและดุลพินิจมากที่สุดในการเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล ในขณะที่ระบบที่สอง รัฐมีอิสระและดุลพินิจลดลง ส่วนในระบบที่สามนั้น รัฐไม่อาจเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้เลย ทำได้เฉพาะการกำหนดกรอบหรือเขตแดนแห่งสิทธิที่รัฐจะคุ้มครองให้เท่านั้น เช่น เสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาย่อมได้รับความคุ้มครองตราบเท่าที่ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น[86]

2.3.6 การรับรองและคุ้มครองสิทธิทางการเมืองในเอกสารระหว่างประเทศ

2.3.6.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีของสหประชาชาติเมื่อวันที่ 16

---

[86] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข (2551). **เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : มาตรในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เอกสารประกอบการบรรยายวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.** หน้า 2-3.

ธันวาคม พ.ศ. 2489[87] ได้รับรองสิทธิการแสดงออกทางการเมืองโดยการเลือกตั้ง ปรากฏตามบทบัญญัติข้อ 21 อย่างไรก็ดี ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ใช่กฎหมาย จึงไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแก่รัฐสมาชิกสหประชาชาติ

ข้อ 21 (1) "ทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนในรัฐบาลของประเทศตน จะเป็นไปโดยตรงหรือโดยผ่านผู้แทนซึ่งได้เลือกตั้งโดยอิสระ (2) ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าถึงบริการสาธารณะในประเทศของตนโดยเสมอภาค (3) เจตจำนงของประชาชนจะต้องเป็นมูลฐานแห่งอำนาจของรัฐบาล เจตจำนงนี้จะต้องแสดงออกทางการเลือกตั้งตามกำหนดเวลาและอย่างแท้จริง ซึ่งอาศัยการออกเสียงโดยทั่วไปและเสมอภาค และการลงคะแนนลับหรือวิธีลงคะแนนโดยอิสระทำนองเดียวกัน"[88]

2.3.6.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (the International Convenant on Civil and Political Rights 1966) เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างภาคีสมาชิก โดยการนำหลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาบัญญัติให้เป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ มีระบบตรวจสอบโดยองค์การสหประชาชาติ[89] และยอมให้เอกชนที่ถูกละเมิดสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกติกาสามารถยื่นคำร้องต่อองค์การระหว่างประเทศได้ ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศฉบับนี้เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540[90]

"ข้อ 25 พลเมืองทุกคนย่อมมีสิทธิและโอกาสโดยปราศจากความแตกต่างในเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ และโดยปราศจากข้อจำกัดอันไม่สมควร

(ก) ในการที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารรัฐกิจโดยตรง หรือผ่านทางผู้แทนซึ่งได้รับเลือกมาอย่างเสรี

(ข) ในการที่จะออกเสียงหรือได้รับเลือกตั้งในการเลือกตั้งอันแท้จริงตามวาระ ซึ่งมีการออกเสียงโดยทั่วไปและเสมอภาค และโดยการลงคะแนนลับ เพื่อประกันการแสดงเจตนาโดยเสรีของผู้เลือก

---

[87] คลังปัญญาไทย. (2548). สหประชาชาติ. สืบค้นเมื่อ 15 มิถุนายน 2554, จาก **http://www.panyathai.or.th/wiki/index.php/สหประชาชาติ**

[88] หยุด แสงอุทัย ก เล่มเดิม. หน้า 10.

[89] กุลพล พลวัน ก (2538). **พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน.** หน้า 112.

[90] กุลพล พลวัน ข (2544). **การบริหารกระบวนการยุติธรรม.** หน้า 242.

(ค) ในการที่จะเข้าถึงการบริการสาธารณะในประเทศของตน ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งความเสมอภาค"[91]

"ข้อ 26 บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในการนี้พึงมีกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และให้หลักประกันคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและมีผลจริงจังเพื่อให้ปลอดจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจาก เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ความคิดเห็นทางการเมือง หรืออื่นๆ เผ่าพันธุ์ชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด"

กติกาข้อ 25 ยอมรับและคุ้มครองสิทธิของพลเมืองทุกคนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารรัฐกิจ การออกเสียงหรือได้รับการเลือกตั้ง และในการที่จะเข้าถึงบริการสาธารณะในประเทศของตน ซึ่งเป็นหัวใจหลักของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย การบังคับใช้เงื่อนไขใดๆ ในการใช้สิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามข้อ 25 จะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ที่เป็นกลางและมีเหตุผลที่สมควร เช่น การกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับสิทธิในการเลือกตั้ง การจำกัดสิทธิเลือกตั้งบนพื้นฐานของการไร้สมรรถภาพทางกายนั้นไม่มีเหตุผลสมควร รวมทั้งการตั้งข้อกำหนดเรื่องการอ่านออกเขียนได้ การศึกษา หรือทรัพย์สิน รัฐภาคีกติกาจึงต้องดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อจะประกันว่าบุคคลทุกคนที่มีสิทธิเลือกตั้งจะต้องได้รับการอำนวยความสะดวกและต้องไม่มีการสร้างอุปสรรคใดๆ การกำหนดให้ผู้ที่ต้องลงทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งต้องมีถิ่นที่อยู่ในเขตที่จะมีการเลือกตั้ง จะต้องไปเป็นอย่างมีเหตุผลและต้องไม่ถูกนำไปใช้ในลักษณะที่จะกีดกันผู้ไร้ที่อยู่ไม่ให้ได้รับสิทธิในการออกเสียง นอกจากนี้ รัฐจะต้องดำเนินมาตรการในทางบวกเพื่อขจัดความยากลำบากบางเรื่อง เช่น การไม่รู้หนังสือ อุปสรรคทางด้านภาษา ความยากจน และข้อกีดขวางต่อเสรีภาพในการเดินทางซึ่งขัดขวางไม่ให้บุคคลผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งได้ใช้สิทธินั้นอย่างมีประสิทธิภาพ

รัฐภาคีจะต้องอธิบายถึงกฎเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมในการออกเสียงเลือกตั้ง อธิบายถึงปัจจัยที่ขัดขวางพลเมืองจากการใช้สิทธินั้น และจะต้องอธิบายถึงบทบัญญัติทางกฎหมายซึ่งอาจจะเป็นการลิดรอนสิทธิเลือกตั้งของพลเมือง พื้นฐานของการลิดรอนเช่นว่านี้จะต้องเป็นกลางและมีเหตุผล การระงับสิทธิเลือกตั้งด้วยเหตุผลของการถูกตัดสินโทษจะต้องอยู่ในระยะเวลาที่สมควรแก่การกระทำ

---

[91] ศราวุฒิ ประทุมราช. (2544). **สิทธิมนุษยชน รวบรวมสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่สำคัญ.** หน้า 63, 67.

ผิด และบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพแต่ยังไม่ได้ถูกตัดสินคดี จะต้องไม่ถูกกีดกันจากการใช้สิทธิเลือกตั้ง[92]

2.3.6.3 พิธีสารของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Optional Protocol to the International Convenant on Civil and Political Rights 1966) ยินยอมให้เอกชนมีสิทธิร้องเรียนกล่าวหากรณีตนเองถูกละเมิดสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

2.3.6.4 อนุสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งสภายุโรป (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950) เนื่องจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติไม่มีบทบังคับรัฐสมาชิก 27 ประเทศให้ต้องปฏิบัติตามปฏิญญา สภายุโรป (Council of Europe) จึงได้พยายามนำหลักการในปฏิญญาสากลดังกล่าวมาปฏิบัติให้มีประสิทธิภาพภายในบรรดารัฐสมาชิกของตน โดยการจัดทำอนุสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ขึ้น ผลงานของสภายุโรปเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าได้กระทำอย่างมีประสิทธิภาพ ในการประชุมคณะกรรมาธิการนิติศาสตร์สากลที่กรุงเดลฮี ค.ศ. 1959 ได้มีการเรียกร้องให้รัฐบาลประเทศต่างๆ ร่วมกันดำเนินการตามแบบอย่างของสภายุโรป อนุสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1953 ในคำปรารภได้อ้างถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติไว้ในอันดับแรก โดยคำนึงถึงว่าปฏิญญาดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อประกันโดยสากลและมีประสิทธิภาพซึ่งการยอมรับและรักษาไว้ซึ่งสิทธิต่างๆ ที่ระบุไว้ สภายุโรปเป็นการบรรลุถึงการร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิก และวิธีการอันหนึ่งซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายที่ต้องดำเนินการนั้น คือการธำรงและทำให้ประจักษ์ผลซึ่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน[93]

2.3.6.5 พิธีสารแนบท้ายอนุสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and the Fundamental Freedoms) มาตรา 3[94] บัญญัติว่า

---

[92] สหประชาชาติ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน. (2545). **ความเห็นทั่วไปว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่รับรองโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน สำนักข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ.** หน้า 108-113.

[93] กุลพล พลวัน ก เล่มเดิม. หน้า 89, 92.

[94] European Court of Human Rights. (2011). Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and the Fundamental Freedoms. Retrived June 15, 2011, from

"รัฐภาคีอนุสัญญารับรองที่จะจัดการเลือกตั้งในทุกช่วงระยะเวลาที่เหมาะสม โดยการลงคะแนนที่เป็นความลับ ภายใต้เงื่อนไขที่รับประกันการแสดงออกโดยเสรีซึ่งความคิดเห็นของประชาชนตามที่กฎหมายบัญญัติ"

2.4 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคที่เรียกว่าหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (Equality before the law) หรืออีกนัยหนึ่งคือสิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกันนี้[95] มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพ เนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอกันทุกผู้ทุกคน หากเสรีภาพสามารถใช้ได้เพียงบุคคลบางคนเท่านั้นในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามีเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันให้การทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้นหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือปราศจากการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้[96] หลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันมิได้เรียกร้องว่าจะต้องกระทำให้เท่าเทียมกันทุกๆประการ เนื่องจากการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมาย หมายถึง กรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันย่อมได้รับผลในทางกฎหมายอย่างเดียวกัน จึงต้องนำลักษณะที่เป็นสาระสำคัญในเรื่องนั้นๆ เป็นจุดยึดโยงในการเปรียบเทียบความเหมือนหรือความแตกต่างในสาระสำคัญดังกล่าวนั้นเองที่จะเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาอันนำไปสู่การปฏิบัติให้เหมือนหรือแตกต่างกัน โดยพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคสามว่า เหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความ

---

http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/

[95] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ค (2538). **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง.** หน้า 34.

[96] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). หลักความเสมอภาค. สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2554, จาก **www.pub-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=657**

คิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ สิ่งเหล่านี้ไม่ใช่สาระสำคัญที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างกัน[97]

2.4.1 ที่มาและแนวคิดของหลักความเสมอภาค

แนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคตั้งอยู่บนพื้นฐานว่าตามธรรมชาติมนุษย์ทุกคนเกิดมามีความเสมอภาคเท่าเทียมกันและทุกคนจะต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน ซึ่งเป็นมุมมองของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่มองว่าสิ่งเหล่านี้มีและติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด และถึงแม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมารับรอง สิ่งเหล่านี้ก็มีผลบังคับใช้ได้เพราะเป็นสิ่งที่เป็นธรรมชาติที่รัฐและทุกคนมิอาจปฏิเสธได้[98]

ในประวัติศาสตร์การต่อสู้เพื่อความเสมอภาค มนุษยชาติได้ต่อสู้เพื่อความเสมอภาคมาช้านาน เมื่อใดก็ตามที่มนุษย์ในสังคมนั้นรู้สึกว่าเกิดความไม่เสมอภาค ไม่เท่าเทียมกันในสังคม ก็จะมีการดิ้นรนต่อสู้เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงไปสู่สิ่งที่ดีกว่า ในนครรัฐของกรีกโดยเฉพาะกรุงเอเธนส์ประชาชนมีส่วนออกเสียงในการปกครองและการบริหารทุกอย่างโดยตรง แต่ประชาธิปไตยของเอเธนส์เป็นประชาธิปไตยที่ให้สิทธิและเสรีภาพแก่ชาวเอเธนส์ผู้ชายที่เป็นพลเมืองและเป็นเสรีชน ซึ่งมีจำนวนหนึ่งในสามของพลเมืองทั้งหมดเท่านั้น[99] มิได้ให้สิทธิแก่พ่อค้า คนต่างด้าว สตรี และทาสซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก ความเสมอภาคในกรณีนี้จึงไม่ใช่ความเสมอภาคของผู้ที่เกิดมาเป็นมนุษย์ทั้งมวล ระบอบประชาธิปไตยแบบนี้กำหนดให้คนประเทศหนึ่งเป็นทาสที่จะต้องทำงานต่างๆ เพื่อให้คนที่เป็นไทและเป็นพลเมืองมีเวลาว่างไปดูแลกิจการการปกครองประเทศ ดังนั้นประชาธิปไตยแบบนี้จึงเป็นประชาธิปไตยแบบเชื้อชาติเผ่าพันธุ์นิยมในระหว่างชนชั้นกลางชั้นสูงซึ่งไม่ตรงกับความหมายของประชาธิปไตยในปัจจุบัน[100]

ในคริสต์ศตวรรษที่ 16 - 17 ยุโรปปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์กันทั้งสิ้นยกเว้นแต่อังกฤษ ซึ่งขุนนางเจ้าของที่ดินมีส่วนใช้อำนาจปกครองร่วมกับกษัตริย์ ช่วงระยะเวลา 200 ปีนี้นักประวัติศาสตร์เรียกว่า “ยุคมืด” เป็นยุคแห่งความมืดมนทางวิทยาการและภูมิปัญญา บรรดานักปราชญ์และผู้มีฐานะในยุโรปพากันหนีไปอยู่ที่กรุงคอนสแตนติโนเปิล ซึ่งเป็นเมืองหลวงของจักรวรรดิโรมันตะวันออก ทางยุโรปภาคตะวันตกไม่มีศูนย์กลางอำนาจปกครองที่เข้มแข็ง จึงตกอยู่

---

[97] สถาบันพระปกเกล้า. (2543). **สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค.** หน้า 7-8.

[98] สมยศ เชื้อไทย ก (2535). **คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.** หน้า 138.

[99] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก เล่มเดิม. หน้า 99-105.

[100] อมร รักษาสัตย์ ก (2543). **ประชาธิปไตย : อุดมการณ์ หลักการ และแบบอย่างการปกครองหลายประเทศ.** หน้า 10-11.

ในสภาพระส่ำระสาย ไม่มีความสงบ เนื่องจากมีสงครามระหว่างอนารายชนเผ่าต่างๆ[101] เป็นสมัยแห่งการปิดกั้นเสรีภาพที่จะพัฒนาปัญญา เป็นยุคแห่งความหลงศาสนาจนถึงกับมีสงครามครูเสดระหว่างศาสนาคริสต์กับอิสลาม (The Crusades ค.ศ. 1096 - 1270) ผลของสงครามครูเสดประการหนึ่ง คือพวกอัศวินและขุนนาง เจ้าของที่ดินที่ออกไปรบได้เสียชีวิตเป็นจำนวนมาก พวกที่เหลือรอดก็ยากจนลง ผลที่เกิดตามมาก็คืออำนาจที่ลดน้อยถอยลงของบรรดาขุนนาง เจ้าผู้ครองที่ดินและอัศวิน สถานการณ์เช่นนี้เป็นการเปิดโอกาสให้บรรดาพ่อค้าและเสรีชนเรียกร้องต่อรองเพื่ออิสระและเสรีภาพในการปกครองตนเองบางประการโดยแลกเปลี่ยนกับการช่วยเหลือทางการเงิน[102]

ในยุโรปตะวันตก คริสตจักรได้กลายเป็นแหล่งหลี้ภัยและเก็บรวบรวมความรู้ของโรมันเอาไว้ คริสตจักรจึงเป็นองค์กรที่มีอิทธิพลมากที่สุดในสมัยกลาง เพราะนอกจากศาสนาจะเป็นที่พึ่งทางใจแล้วยังได้รักษาวิทยาการต่างๆ รวมทั้งรูปแบบการปกครองและระเบียบการบริหารของโรมันเอาไว้ด้วย นักปราชย์ตะวันตกในยุคศตวรรษที่ 16 - 17 ได้นำหลักศาสนาของพระเจ้า (Law of God) และหลักกฎหมายธรรมชาติ (Law of Nature) คือความเชื่อที่ว่าอำนาจสูงสุดในการปกครองสังคมของมนุษย์นั้นยังคงมีเหตุผลตามธรรมชาติอยู่เหนือขึ้นไปอีก[103] มนุษย์ทุกคนเป็นบุตรของพระเจ้าจึงเท่าเทียมกัน[104] และมีสิทธิเสรีภาพเป็นธรรมชาติของมนุษย์ทุกคน จึงไม่ควรจะมีใครมาใช้อำนาจลบล้างสิทธิเสรีภาพนี้ได้ การใช้อำนาจของผู้ปกครองต้องยึดอยู่บนหลักการของเหตุผลตามธรรมชาติอันได้แก่ความเป็นธรรมและประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคม[105] ก่อให้เกิดแนวความคิดว่าจะต้องจัดการปกครองในระบอบประชาธิปไตยขึ้นเพื่อพิทักษ์สิทธิเหล่านี้[106]

2.4.1.1 การปฏิวัติในฝรั่งเศสจุดเริ่มต้นแห่งหลักความเสมอภาค

การเผยแพร่แนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบรรดานักปราชญ์และมหาวิทยาลัยของฝรั่งเศส ได้มีส่วนกระตุ้นให้ชนชั้นสามัญในฝรั่งเศสตื่นตัวและเกิดสำนึกทางการเมืองขึ้น ขณะเดียวกันก็เกิดความไม่พอใจในความไม่เสมอภาคของสังคมขณะนั้นเป็นอย่างมาก จึงได้มีการเรียกร้องให้กษัตริย์ยกเลิกอภิสิทธิ์ต่างๆ ของชนชั้นขุนนางและชนชั้นพระ หรืออย่างน้อยก็จำกัดอภิสิทธิ์ดังกล่าวให้น้อยลง รวมทั้งให้ยกเลิกระบบข้าติดแผ่นดินที่ยังหลงเหลืออยู่ในภูมิภาคของฝรั่งเศส รวมทั้งขอให้ยกเลิกหรือจำกัด

---

[101] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก เล่มเดิม. หน้า 63.

[102] แหล่งเดิม. หน้า 66.

[103] แหล่งเดิม. หน้า 105.

[104] อมร รักษาสัตย์ ก เล่มเดิม. หน้า 19.

[105] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก เล่มเดิม. หน้า 105.

[106] นภดล ช.สรพงษ์. (2548, กันยายน-ธันวาคม). “ประวัติศาสตร์การต่อสู้เพื่อความเสมอภาคหน้า.” **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 7, 21.** หน้า 77-79.

ภาษีอากรและค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่มีอยู่มากมายหลายประเภท สถานการณ์ทางการเมืองเกิดความตึงเครียดมากขึ้นจนพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ต้องทรงเรียกประชุมสภาผู้แทนที่เรียกว่า “les Etats Généraux” ในวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1789 หลังจากมิได้เรียกประชุมสภาผู้แทนดังกล่าวมาเป็นเวลา 175 ปี สภาผู้แทนดังกล่าวก็ได้พิจารณาคำร้องทุกข์และข้อเรียกร้องของราษฎรชาวฝรั่งเศสจากหัวเมืองต่างๆ แล้ว มีความเห็นสมควรจะยกเลิกสิทธิพิเศษต่างๆ[107] ต่อมาในวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1789 สภาผู้แทนดังกล่าวได้สถาปนาตนเองเป็น “สภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ” เพื่อร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับ ในระหว่างที่กำลังร่างรัฐธรรมนูญอยู่นั้นราษฎรในกรุงปารีสได้ก่อการปฏิวัติขึ้นโดยบุกเข้าโจมตีเรือนจำกลาง “ลาบาสตีย์” (la Bastille) ในคืนวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1789 เนื่องจากใช้เป็นสถานที่กักขังนักโทษทางการเมืองและคนบริสุทธิ์ที่ถูกกลั่นแกล้ง จึงเป็นสัญลักษณ์ของความไม่เป็นธรรมของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ถือว่าการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของฝรั่งเศสได้เกิดขึ้นตั้งแต่บัดนั้น การปฏิวัติในฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1789 ได้ยกเลิกระบอบกษัตริย์ที่ปกครองด้วยระบบศักดินาที่บุคคลขึ้นอยู่กับฐานันดรและชนชั้นที่ตนสังกัด ผู้ปฏิวัติได้ยกความสำคัญของปัจเจกชนขึ้นแทนที่ โดยคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 ได้ให้ความสำคัญกับคนแต่ละคน รวมทั้งสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นถือว่าเป็นหัวใจของสังคม ตามทฤษฎีนี้ถือว่าหัวใจของสังคมอยู่ที่การยอมรับคุณค่าของทุกคนแต่ละคนรวมกันเป็นสังคม รัฐหรือสังคมไม่อาจก้าวก่ายสิทธิของเขาได้เว้นแต่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม[108] ในเวลาต่อมาได้มีการประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง” โดยรับรองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของมนุษย์ตามที่นักปราชญ์ได้เผยแพร่แนวความคิดเอาไว้ มีดังนี้[109]

“...สภานิติบัญญัติแห่งชาตินี้ จึงรับรองและประกาศสิทธิดังต่อไปนี้ของมนุษย์และพลเมืองแต่ละคนภายใต้การคุ้มครองของพระผู้เป็นเจ้า

มาตรา 1 มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมาย การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้ก็แต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม

มาตรา 2 วัตถุประสงค์ของสังคมการเมืองทุกสังคมย่อมเป็นไปเพื่อการคุ้มครองรักษาสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งไม่มีอายุความของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความมั่นคงปลอดภัยและการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง

---

[107] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก เล่มเดิม. หน้า 117-118.

[108] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ค (2538). **คำอธิบายกฎหมายมหาชนเล่ม 1.** หน้า 70.

[109] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก (2546). **รัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็ปไซค์ www.pub-law.net. เล่ม 2.** หน้า 99-101.

มาตรา 6 ...กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับคนทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย..."

ดังนั้น จึงถือได้ว่าความคิดที่เป็นรากฐานของหลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญและหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายนั้นเป็นเรื่องเดียวกัน คือเรื่องหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นรากฐานของระบอบประชาธิปไตย

การประกาศรับรองหลักแห่งความเสมอภาคที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 เป็นต้นแบบของกฎหมายฝรั่งเศสที่ตามมาภายหลังว่า การบัญญัติกฎหมายใดนั้นจะต้องคำนึงถึงและเคารพต่อหลักความเสมอภาคในคำประกาศดังกล่าวด้วย ดังปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 วรรค 3 ที่บัญญัติว่า "กฎหมายให้หลักประกันว่าสิทธิของผู้หญิงเท่าเทียมกับสิทธิของผู้ชาย" และในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 วรรค 3 บัญญัติว่า "อาศัยอำนาจตามหลักการดังกล่าวและหลักเสรีภาพในการตัดสินใจของประชาชนสาธารณรัฐได้มอบดินแดนโพ้นทะเลแสดงเจตจำนงที่จะเข้าร่วมกับสาธารณรัฐสถาบันใหม่ที่จัดตั้งขึ้นบนพื้นฐานของอุดมคติร่วมกันแห่งเสรีภาพเสมอภาคและภราดรภาพ..." และในมาตรา 1 บัญญัติหลักความเสมอภาคอีกว่า "ฝรั่งเศส... รับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชนโดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติหรือศาสนา..."[110] อันเป็นหลักสำคัญในการปกครองประเทศ ต่อมาประเทศต่างๆ ก็ได้นำแนวคิดดังกล่าวไประบุในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามหลักความเสมอภาคอย่างเป็นรูปธรรม[111]

ด้วยเหตุนี้หลักแห่งความเสมอภาคจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญอันหนึ่งของกฎหมายมหาชน เช่น ความเสมอภาคทางกฎหมาย ความเสมอภาคในการได้รับการบริการจากรัฐ ความเสมอภาคในการรับเข้าทำงานจากรัฐ[112]

คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของฝรั่งเศสได้แสดงให้เห็นถึงที่มาในส่วนที่เกี่ยวกับหลักแห่งความเสมอภาคอยู่สองประการ ประการแรกนั้นมาจากแนวคิดทางปรัชญาแห่งสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติประกอบแนวคิดปัจเจกชนนิยม ประการที่สอง มาจากสภาพความกดดันของสังคมในยุคนั้นอันนำไปสู่ความจำเป็นที่ต้องมีการรับรองสิทธิมนุษยชนดังกล่าวเป็นลาย

---

[110] สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ. (2541). **รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958.** หน้า 2.

[111] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). หลักความเสมอภาค. สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2554, จาก **www.pub-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=657**

[112] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 99-101.

ลักษณ์อักษรขึ้น จนถึงทุกวันนี้คำประกาศดังกล่าวเป็นเอกสารและหลักการทางเมืองสำคัญที่สุดชิ้นหนึ่งของการปฏิวัติฝรั่งเศสและของโลก[113]

2.4.1.2 ที่มาแห่งความเสมอภาคในประเทศอังกฤษ

การปฏิวัติฝรั่งเศสมีส่วนสำคัญในการกระตุ้นความตื่นตัวเกี่ยวกับการปฏิรูปการปกครองในประเทศอังกฤษซึ่งทำให้อำนาจของพระมหากษัตริย์ลดลงอย่างมาก การตัดสินใจทางการเมืองและการบริหารเปลี่ยนมาอยู่ที่คณะรัฐมนตรีและรัฐสภามากขึ้น ภาวะเศรษฐกิจตกต่ำอันเนื่องมาจากสงครามกับประเทศเพื่อนบ้านและการเพิ่มขึ้นของประชากรก่อให้เกิดปัญหาการว่างงานอย่างรุนแรง ความยากจนแผ่ขยายไปทั่วประเทศก่อให้เกิดความไม่สงบและจราจลไปทั่วทุกเมือง ขณะเดียวกันแนวคิดเสรีนิยมและทุนนิยมก็เริ่มแพร่หลายมากขึ้น ในอังกฤษมีการประชุมสภาขุนนางและสภาสามัญอยู่เป็นประจำอันเนื่องมาจากผู้แทนท้องถิ่นต่างๆ ต้องการนำภาษีส่งกษัตริย์ ทำให้การเกิด “รัฐ” ในอังกฤษเป็นไปอย่างรวดเร็ว แต่อำนาจอธิปไตยของกษัตริย์ในอังกฤษนั้นถูกจำกัดโดยสภาขุนนางและสภาสามัญมาแต่ต้น หากเมื่อใดที่กษัตริย์ใช้อำนาจแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่ยอมเรียกประชุมสภา ก็มักจะเกิดการต่อสู้เพื่อต้านอำนาจของกษัตริย์ทุกครั้ง เช่น Magna Carta (ค.ศ. 1215) , The Provisions of Oxford , The Petition of Rights (ใน ค.ศ. 1646 มีการขอให้พระเจ้าชาร์ล ลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งเป็นการจำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์มิให้ทรงใช้พระราชอำนาจโดยปราศจากความยินยอมจากรัฐสภา) และ Bill of Rights (พระราชบัญญัติสิทธิเสรีภาพของประชาชน) เป็นต้น และตั้งแต่ ค.ศ. 1688 หลังการปฏิวัติที่เรียกว่า “The Glorious Revolution” เป็นต้นมา ก็ถือว่ารัฐสภาอังกฤษเป็นสถาบันที่มีอำนาจอธิปไตยแต่ผู้เดียว มิใช่เป็นอำนาจของกษัตริย์อีกต่อไป[114] (ตั้งแต่ ค.ศ. 1660 เกิดความไม่ลงรอยระหว่างกษัตริย์อังกฤษกับรัฐสภาอย่างต่อเนื่อง พระเจ้าเจมส์ที่ 2 ถูกรัฐสภากล่าวหาว่าจะนำประเทศอังกฤษกลับไปขึ้นกับคริสตจักรคาทอลิคที่กรุงโรม จึงมีการจัดทัพโดยผู้นำฝ่ายรัฐสภาได้ชักนำ William of Orange จากยุโรปเพื่อช่วงชิงบัลลังก์อังกฤษ พระเจ้าเจมส์ที่ 2 ไม่ทรงต่อสู้และทรงลี้ภัยจากอังกฤษ เหตุการณ์นี้เรียกว่า การปฏิวัติอันยิ่งใหญ่แห่ง ค.ศ. 1688 กษัตริย์วิลเลี่ยมได้ทำให้อำนาจรัฐสภาอังกฤษเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเป็นฐานสนับสนุนให้ระบอบกษัตริย์อังกฤษอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญตั้งแต่ ค.ศ. 1689 เป็นต้นมา) ระบบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) มีการตกลงเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Settlement of 1689) เป็นหลักประกันมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งเป็นผลเนื่องมาจากความพยายามอย่างยาวนานที่จะสร้างกลไกตรวจสอบและถ่วงดุลกับการปกครองของกษัตริย์อังกฤษ โดยกษัตริย์ต้อง

---

[113] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ข (2545). “หลักแห่งความเสมอภาคตามกฎหมายฝรั่งเศส.” **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net.** หน้า 99-101.

[114] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก เล่มเดิม. หน้า 93.

ฟังเสียงรัฐสภา การจัดเก็บภาษีหรือการมีกองทัพจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภา บรรดาสิทธิเสรีภาพต่างๆ ก็เริ่มได้รับความคุ้มครองเช่นกัน[115]

แรงผลักดันอีกประการหนึ่งที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการทางเมือง คือระบบเลือกตั้งแบบเดิม ซึ่งไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนส่วนมากของประเทศมีส่วนร่วมในการปกครอง ถึงแม้ว่ากษัตริย์จะมีบทบาทและอิทธิพลในการปกครองประเทศน้อยลง และศูนย์กลางแห่งอำนาจได้มาอยู่ที่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีแล้วก็ตาม แต่สถาบันดังกล่าวยังไม่มีลักษณะเป็นตัวแทนของประชาชนส่วนรวม สภาขุนนางซึ่งประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากการสืบสายโลหิตยังมีอำนาจและอิทธิพลอยู่มาก ส่วนสภาสามัญก็ไม่ได้เป็นตัวแทนของประชาชนอย่างแท้จริง เมืองอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ที่มีประชากรมาก เช่น Manchester , Leeds , Bermingham และ Sheffield ไม่มีตัวแทนในสภาสามัญเลย เจ้าที่ดินที่มั่งคั่งสามารถใช้อิทธิพลให้ตนหรือพรรคพวกได้รับเลือกเป็นตัวแทน ดังนั้นสภาสามัญจึงประกอบไปด้วยขุนนางและเจ้าที่ดินที่มั่งคั่งเป็นส่วนใหญ่ ด้วยเหตุนี้ชนชั้นกลางที่มีจำนวนมากในเมืองอุตสาหกรรมจึงเรียกร้องให้มีการปฏิรูประบบการเลือกตั้งใหม่ เพื่อให้พวกของตนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมและปกป้องผลประโยชน์ของตนในสภาสามัญ จนเป็นที่มาของพระราชบัญญัติการปฏิรูปการเมือง ค.ศ. 1832 (Reform Act 1832) หรือที่เรียกกันว่าพระราชบัญญัติผู้แทนราษฎร ค.ศ. 1832 (Representation of The People Act 1832) มีสาระสำคัญสองประการคือ การจัดระบบการจัดสรรจำนวนผู้แทนใหม่ในเมืองที่ยังไม่มีผู้แทนในสภาสามัญ โดยเฉพาะเมืองที่มีประชากรหนาแน่นให้มีจำนวนผู้แทนที่เหมาะสม ทำให้เกิดความเป็นธรรมมากกว่าระบบเดิม และการเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติผู้มีสิทธิสมัครและออกเสียงเลือกตั้ง ก่อนการปฏิรูปใน ค.ศ. 1832 ผู้มีสิทธิดังกล่าวต้องเป็นเจ้าของที่ดิน การปฏิรูปทางการเมือง ค.ศ. 1832 ได้ขยายสิทธิเลือกตั้งให้ผู้เช่าที่ดินและลดคุณค่าทรัพย์สินที่ใช้ในการกำหนดสิทธิเลือกตั้ง ทำให้ชนชั้นกลางและชนชั้นล่างสามารถมีสิทธิทางการเมืองได้ ส่งผลให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเพิ่มขึ้นจากร้อยละ 5 เป็นร้อยละ 7 จากจำนวนประชากรประมาณ 700,000 คน[116]

การปฏิรูปการเมือง ค.ศ. 1832 ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหลายประการ ได้แก่

1) การขยายสิทธิเลือกตั้ง เปิดโอกาสให้ชนชั้นกลาง (นักธุรกิจและนักอุตสาหกรรม) ได้มีส่วนในการใช้อำนาจทางการเมืองร่วมกับเจ้าของที่ดิน ในระยะต่อมาชนชั้นกลางมีอิทธิพลมากขึ้น ขณะที่เจ้าของที่ดินกลับมีอิทธิพลและอำนาจทางการเมืองลดลง เพราะไม่อาจใช้อำนาจผูกขาดได้เหมือนในอดีต

---

[115] พฤทธิสาณ ชุมพล. (2544). **ประชาธิปไตยแบบรัฐสภาในอังกฤษ BRITISH PARLIAMENTARY DEMOCRACY.** หน้า 25.

[116] นภดล ช.สรพงษ์. เล่มเดิม. หน้า 83-85.

2) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถใช้สิทธิของตนได้โดยเสรี ไม่มีอิทธิพลหรืออำนาจผูกขาดมาแทรกแซง

3) พระมหากษัตริย์และชนชั้นปกครองถูกทอนอำนาจลง สภาสามัญเป็นอิสระและเป็นตัวแทนประชาชนได้มากขึ้น ในส่วนของคณะรัฐมมนตรีก็ไม่ต้องขึ้นกับพระมหากษัตริย์อีกต่อไป แต่ขึ้นตรงต่อสภาสามัญ

4) การปฏิรูปการเมือง ค.ศ. 1832 เป็นแรงผลักดันสำคัญให้กลุ่มทางการเมืองเปลี่ยนรูปเป็นพรรคการเมืองที่มีการจัดองค์กรทั้งในระดับท้องถิ่นและระดับชาติ เป็นกลไกนำประชาชนให้มีส่วนร่วมในทางการเมืองมากขึ้น เกิดกลุ่มการเมืองที่เรียกตัวเองว่า เสรีนิยม (Liberal) และอนุรักษ์นิยม (Conservative) และกระตุ้นให้เกิดการต่อสู้ทางการเมืองระบบพรรคในรัฐสภาในศตวรรษต่อมา

5) การปฏิรูปการเมือง ค.ศ. 1832 ได้เปลี่ยนโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันการเมืองอย่างสำคัญ กล่าวคือ ภายหลัง ค.ศ. 1832 สภาสามัญเป็นสถาบันที่มีอำนาจมาก ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาสามัญและอยู่ได้ตราบเท่าที่สภาสามัญให้ความไว้วางใจ คณะรัฐมนตรีจึงต้องเป็นกลุ่มการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในสภา พระมหากษัตริย์ไม่อาจแต่งตั้งหรือถอดถอนนายกรัฐมนตรีได้ตามใจชอบอีกต่อไป

หลังจากที่ได้มีการปฏิรูประบบเลือกตั้ง ค.ศ. 1832 แล้ว ได้มีการปรับปรุงแก้ไขระบบการเลือกตั้งอีกหลายครั้ง การปฏิรูปการเมืองครั้งใหญ่อีกสองครั้งที่สำเร็จคือ การปฏิรูปการเมือง ค.ศ. 1918 และ 1948 ซึ่งเป็นความพยายามอย่างต่อเนื่องของพรรคการเมืองทุกฝ่ายที่ต้องการให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมือง ก่อน ค.ศ. 1832 มีเพียงร้อยละ 5 ของผู้ชายที่มีสิทธิทางการเมือง ใน ค.ศ. 1832 กฎหมายปฏิรูปกำหนดให้ชนชั้นกลางได้รับสิทธิเลือกตั้งภายใต้เงื่อนไขการมีทรัพย์สิน ใน ค.ศ. 1867 กฎหมายปฏิรูปขยายสิทธิเลือกตั้งให้แรงงานมีฝีมือที่อาศัยอยู่ในเขตเมือง ใน ค.ศ. 1918 มีการออกกฎหมายการมีตัวแทนประชาชน (The Representation of the People Act) ให้ชายอายุ 21 ปีขึ้นไป และหญิงอายุ 30 ปีขึ้นไป มีสิทธิเลือกตั้ง ใน ค.ศ. 1926 กฎหมายการมีตัวแทนของประชาชนบัญญัติให้หญิงอายุ 21 ปีขึ้นไปมีสิทธิเลือกตั้ง ใน ค.ศ. 1969 กฎหมายการมีตัวแทนประชาชน บัญญัติให้ชายและหญิงที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไปมีสิทธิเลือกตั้ง[117] โดยผ่านกระบวนการเลือกตั้งที่ให้สิทธิแก่ประชาชนทั่วไปโดยไม่คำนึงถึงเรื่องเพศ เศรษฐกิจ ชนชั้นและอาชีพ การปฏิรูปการเมือง ค.ศ. 1918 ปรากฏเป็นกฎหมายชื่อ พระราชบัญญัติผู้แทนราษฎร ค.ศ. 1918 (The Representation of the People Act 1918) มีสาระสำคัญ ได้แก่ การยกเลิกคุณสมบัติเรื่องทรัพย์สินและอัตราภาษีที่เสีย โดยให้สิทธิแก่บุคคลที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตเลือกตั้งไม่น้อยกว่า 6 เดือน และได้

[117] พฤทธิสาณ ชุมพล. เล่มเดิม. หน้า 27.

ลงทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิเอาไว้ , คงให้ถือว่ามหาวิทยาลัยเป็นเขตเลือกตั้ง ผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากมหาวิทยาลัยจะได้สิทธิมีตัวแทนในรัฐสภาโดยอัตโนมัติ ให้สิทธิเลือกตั้งแก่สตรีที่มีอายุ 30 ปีขึ้นไป ต่อมาใน ค.ศ. 1926 ได้ลดลงเป็น 21 ปี และกำหนดเงินที่ใช้จ่ายในการเลือกตั้ง

กฎหมาย The Representation of the People Act 1918 ได้ใช้มาจนถึง ค.ศ. 1948 โดยมีการเปลี่ยนแปลงบ้าง จนใน ค.ศ. 1948 ได้เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญหลายประการ ได้แก่ ให้ยกเลิกหลักการมีตัวแทนของมหาวิทยาลัยในสภาสามัญ ให้ยกเลิกการกำหนดมูลค่าทรัพย์สินขององค์กรธุรกิจ และการให้สิทธิเลือกตั้งแก่องค์กรธุรกิจ ให้มีการจัดสรรจำนวนผู้แทนให้สอดคล้องกับจำนวนประชากร และให้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งทางไปรษณีย์แก่ผู้ที่เดินทางไปปฏิบัติหน้าที่นอกเขตเลือกตั้ง ไม่ว่าจะเป็นทหาร พลเรือน หรือผู้ทุพพลภาพที่ไม่สามารถออกเสียงในเขตเลือกตั้งได้ กล่าวได้ว่าระบบการเลือกตั้งเพื่อให้ได้มาซึ่งตัวแทนของประชาชนในสภาสามัญของอังกฤษมีวิวัฒนาการและการเปลี่ยนแปลงมาสู่หลักแห่งความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของประชาชนในที่สุด ซึ่งเป็นบรรทัดฐานสากลของระบบประชาธิปไตยในปัจจุบัน[118]

2.4.1.3 การต่อสู้เพื่อความเสมอภาคในสหรัฐอเมริกา

การส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาคในสังคมเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อรัฐบาลในศตวรรษนี้ ผู้นำทางการเมืองในประเทศยุโรปพยายามทำโครงการเพื่อพัฒนาชีวิตของคนยากจน มีการนำนโยบายรัฐสวัสดิการมาใช้ เช่น การจัดการศึกษา สาธารณสุข การให้หลักประกันการมีรายได้พร้อมๆ กับการลดความไม่เท่าเทียมกันในสังคม ความประสงค์ของรัฐบาลเช่นนี้ได้นำมาซึ่งความขัดแย้งวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เช่น การที่รัฐบาลเพิ่มภาษีเพื่อนำเงินมาสร้างถนน โรงเรียน ส่งเสริมความเท่าเทียมกันในสังคม นำเอาบางส่วนจากคนร่ำรวยเพื่อมาให้คนยากจน และถูกโต้แย้งว่านโยบายลักษณะนี้เป็นเรื่องการกุศล ซึ่งเป็นประเพณีทางศาสนามากกว่าการใช้อำนาจรัฐ

การใช้อำนาจรัฐมาเป็นเครื่องมือในการกระจายรายได้ เดิมเป็นความคิดของกลุ่มหัวรุนแรง เริ่มต้นจาก Marx เจ้าของลัทธิคอมนิวมิสต์ที่กล่าวว่า “ทำตามความสามารถแต่ให้ตามความจำเป็นของแต่ละคน” ต่อมานโยบายการนำเอาบางส่วนจากคนร่ำรวยมาให้แก่ผู้ที่ขาดแคลนได้กลายมาเป็นภารกิจอันชอบธรรมของรัฐบาลทั้งหลาย ตั้งแต่การตกต่ำทางเศรษฐกิจในยุค ค.ศ. 1930 บทบาทของรัฐในการกระจายรายได้ ส่งเสริมความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ ได้นำมาซึ่งความขัดแย้ง ถกเถียงวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางโดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา[119]

การที่รัฐส่งเสริมความเสมอภาคและรักษากฎหมายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ สิ่งที่รัฐบาลพยายามทำก็คือ การรักษากฎหมาย ส่งเสริมความเสมอภาค และในขณะเดียวกันก็รักษาสิทธิ

---

[118] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก เล่มเดิม. หน้า 66.

[119] นภดล ช.สรพงษ์. เล่มเดิม. หน้า 87-88.

เสรีภาพของประชาชน โดยรัฐบาลต้องทำทั้งสองอย่างพร้อมกัน[120] คือรักษาความสงบเรียบร้อย (Law and Order) โดยไม่ขัดกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน[121] และการให้โอกาสที่เท่าเทียมกัน

ความเสมอภาคในโอกาสที่เท่าเทียมกัน หมายถึงการมีโอกาสที่เท่าเทียมกันที่จะได้รับความสำเร็จในชีวิต ความคิดนี้ได้หยั่งรากลึกในวัฒนธรรมของชาวอเมริกัน ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีระบบขุนนาง การเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่ทำให้มีหน้าที่การงานดีกว่าคนอื่น โรงเรียนของรัฐและห้องสมุดเปิดให้ทุกคนได้ใช้อย่างเท่าเทียมกัน การให้โอกาสที่เท่าเทียมกันจะเปิดโอกาสให้ประชาชนได้พัฒนาตนเองไปสู่ความสำเร็จได้และคงไม่เพียงพอที่รัฐบาลจะให้โอกาสอย่างเท่าเทียมกันแก่ประชาชนเท่านั้น แต่รัฐบาลต้องกำหนดนโยบายที่จะกระจายความร่ำรวยและโอกาสเพื่อให้ความเสมอภาคทางเศรษฐกิจและความเท่าเทียมกันในสังคมบรรลุผล รวมถึงการให้คนกลุ่มน้อย ได้แก่ สตรี คนผิวสี คนเชื้อสายสเปน ได้รับการจ้างงาน และการให้ชายและหญิงได้รับค่าจ้างที่เท่ากัน ซึ่งจะต้องมีการออกกฎหมายของสหพันธ์มารับรอง ความเท่าเทียมกันที่กล่าวมายังรวมไปถึงการได้รับหลักประกันจากรัฐบาลในการได้รับการรักษาพยาบาลและที่อยู่อาศัย สิ่งเหล่านี้ถือเป็นสาระสำคัญของสิทธิของพลเมืองที่จะต้องได้รับจากรัฐตามกฎหมาย

รัฐบาลในยุคแรกจัดตั้งขึ้นเพื่อปกป้องชีวิตและทรัพย์สินของพลเมือง ในทศวรรษที่ 1960 สภาคองเกรสสหรัฐได้ผ่านกฎหมาย Equal pay Act ซึ่งกำหนดให้นายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างสำหรับชายและหญิงในอัตราเดียวกันสำหรับงานที่เท่ากัน ในทศวรรษที่ 1970 ศาลสหรัฐออกคำสั่งให้รถรับส่งนักเรียนของรัฐต้องจัดสัดส่วนอย่างเท่าเทียมกันระหว่างคนผิวสีและคนผิวขาว สิ่งเหล่านี้เป็นตัวอย่างของการที่รัฐใช้อำนาจบังคับเพื่อให้เกิดความเสมอภาคในสังคม

สงครามกลางเมืองของสหรัฐได้ก่อให้เกิดการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 ใน ค.ศ. 1865 “มาตรา 1 ห้ามการมีทาสและการเกณฑ์แรงงานภายในเขตอำนาจสหรัฐ เว้นแต่เป็นการลงโทษอาชญากรตามกฎหมายเท่านั้น[122] เพื่อให้สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคแก่คนผิวสีอเมริกัน การแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 ใน ค.ศ. 1868 เป็นการปลดปล่อยทาสเพื่อให้ได้รับสิทธิพลเมือง ซึ่งเป็นการเพิ่มมาตรการความเสมอภาคทางการเมือง ส่งผลให้ประชาชนอเมริกันผิวสีมีอิสระและความเท่าเทียมทางการเมืองเช่นเดียวกับชาวอเมริกันทั่วไป[123]

---

[120] อมร รักษาสัตย์ ข (2543). **ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คู่มือการเรียนการสอนเผยแพร่และการมีส่วนร่วมสำหรับครูอาจารย์และผู้นำชุมชน.** หน้า 98.

[121] Kenneth Jeffrey M. Berry Jerry Goldman. (1989). **The Challenge of Democracy.** p.8-10.

[122] โกวิท วงศ์สุรวัฒน์. (2544). **รัฐธรรมนูญและการเมืองการปกครองสหรัฐอเมริกา.** หน้า 89.

[123] Kenneth Jeffrey M. Berry Jerry Goldman. Op.cit. p.11-12.

1) การต่อสู้เพื่อความเสมอภาคของคนผิวสี

ก่อนสงครามกลางเมืองสหรัฐ การแบ่งแยกผิวเป็นวิถีชีวิตของรัฐทางใต้ คนผิวสีจะใช้ชีวิตและทำงานแยกจากคนผิวขาว ภายหลังสงครามกลางเมืองรัฐทางใต้ได้เริ่มใช้กฎหมายแบ่งแยกผิว เมื่อศาลสูงสุดสหรัฐวินิจฉัยว่า กฎหมาย Civil Right Act 1875 ไม่มีผลบังคับ คนผิวสีจึงต้องใช้ชีวิตอย่างต่ำต้อย ถูกจำกัดให้อยู่ในพื้นที่จำกัดแยกจากคนผิวขาว แม้แต่ในโรงพยาบาล สุสานและห้องน้ำ รวมถึงรถประจำทาง ที่จอดรถ และห้องขัง

ใน ค.ศ. 1896 ในคดี Plessy v. Ferguson ศาลสูงสุดสหรัฐได้พิจารณาคดีที่มีการฟ้องว่ากฎหมายของมลรัฐ Louisiana ซึ่งมีลักษณะเป็นการแบ่งแยกผิว ขัดกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจากการแก้ไขครั้งที่ 14 เรื่องการคุ้มครองความเสมอภาค ศาลสูงสุดสหรัฐโดยเสียงข้างมากวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามหลักที่ว่าแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกัน จนกระทั่งตอนปลายศตวรรษที่ 19 แม้จะมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญและกฎหมายในระดับชาติเพื่อปกป้องความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย แต่การแปลความกฎหมายของศาลสูงสุดเป็นไปในทำนองจำกัดการบังคับใช้กฎหมายนั้น ต้องใช้ระยะเวลาหลายสิบปีกว่าจะมีการเปลี่ยนแปลง

ใน ค.ศ. 1938 ศาลสูงสุดสหรัฐได้ตัดสินว่า มหาวิทยาลัย Missouri ต้องยอมให้คนผิวสีเข้าเรียนในคณะนิติศาสตร์ และศาลของสหพันธ์ได้มีคำสั่งให้รัฐ Texas จัดที่ในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของคนผิวขาวให้คนผิวสีด้วย ทัศนคติสาธารณะต่อปัญหาเรื่องการแบ่งแยกผิวเริ่มเปลี่ยนแปลง ทหารซึ่งเป็นคนผิวสีเข้าร่วมรบในสงครามโลกครั้งที่ 2 คนผิวสีและคนผิวขาวร่วมกันทำงานในหน่วยงานทางศาสนาและการให้บริการต่างๆ สังคมเริ่มเกิดการเปลี่ยนแปลงและคำพิพากษาศาลยอมรับความเสมอภาคในสิทธิคนผิวสีมากขึ้น

ในสมัยประธานาธิบดี Harry S Truman ได้จัดตั้งคณะกรรมสิทธิพลเมืองขึ้น คณะกรรมการชุดนี้ได้เสนอรายงานซึ่งก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับสิทธิของพลเมืองในเวลา 20 ปีต่อมา รายงานดังกล่าวเรียกร้องให้มีการออกกฎหมายของสหพันธ์ห้ามการจูงใจให้เกิดการแบ่งแยกผิวและให้การรับรองสิทธิเลือกตั้งและความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน ใน ค.ศ. 1948 ประธานาธิบดี Truman ได้ออกคำสั่งให้ยุติการแบ่งแยกผิวในกองทัพสหรัฐ

ใน ค.ศ. 1952 มีคดีเรื่องการแบ่งแยกผิวขึ้นมาสู่ศาลสูงสุดสหรัฐหลายคดี ซึ่งเป็นเรื่องที่ท้าทายต่อหลักการแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกัน ผู้พิพากษา Warren พิพากษาว่าหลักการแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกันใช้ไม่ได้กับการจัดการศึกษา การที่รัฐกำหนดให้แบ่งแยกสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับคนผิวสีก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคซึ่งกระทบต่อจิตใจของเด็กนักเรียนผิวสี และยังขัดต่อบทบัญญัติ

ของรัฐธรรมนูญจากการแก้ไขครั้งที่ 14 เรื่องการปกป้องความเสมอภาคด้วย ใน ค.ศ. 1955 ศาลได้ออกคำสั่งว่าระบบการศึกษาต้องลดการกีดกันผิวลง[124]

กลางทศวรรษที่ 1940 ศาลสูงสุดสหรัฐมีคำพิพากษาว่ากฎหมายของรัฐทางใต้ที่ให้สิทธิเลือกตั้งขั้นต้นเฉพาะคนผิวขาวขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจากการแก้ไขครั้งที่ 15 “มาตรา 1 สหรัฐหรือมลรัฐใดจะปฏิเสธหรือตัดสิทธิที่จะออกเสียงเลือกตั้งของพลเมืองสหรัฐ เนื่องจากเชื้อชาติ สีผิว หรือความที่เคยเป็นข้าช่วงใช้มาก่อนไม่ได้”[125] ศาลยังได้พิพากษาด้วยว่าการกีดกันผิวในรถโดยสารระหว่างรัฐ ร้านอาหารและโรงแรม ขัดต่อรัฐธรรมนูญ[126]

2) กฎหมายสิทธิของพลเมือง ค.ศ. 1964

ใน ค.ศ. 1963 ประธานาธิบดี Kennedy ได้ขอให้สภาคองเกรสตรากฎหมายขจัดการกีดกันผิวในสิ่งอำนวยความสะดวกที่เป็นสาธารณะ ต่อมา Martin Luther King ได้จัดการเดินขบวนในกรุงวอชิงตันเพื่อสนับสนุนการเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิของพลเมือง มีประชาชนทั้งคนผิวสีและคนผิวขาวเข้าร่วมมากกว่า 250,000 คน ภายหลังการถึงแก่อสัญกรรมของประธานาธิบดี Kennedy สภาคองเกรสได้ออกกฎหมายรับรองสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act 1964) โดยห้ามการกีดกันผิวในสิ่งอำนวยความสะดวกที่จัดไว้เป็นบริการสาธารณะทุกชนิด กฎหมายฉบับนี้พยายามที่จะขจัดการเลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติให้หมดไปจากสหรัฐอเมริกา

บทบัญญัติบางส่วนใน Civil Rights Act 1964 ได้แก่ กำหนดสิทธิที่จะได้รับโอกาสในการทำงานอย่างเท่าเทียมกัน , กำหนดให้มีการออกกฎหมายรับรองสิทธิในการออกเสียง , จัดตั้งกองทุนที่สามารถหักเงินช่วยเหลือจากโครงการที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลกลางที่มีการจัดการอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ , จัดตั้งคณะกรรมการสร้างโอกาสที่เท่าเทียมกันในการจ้างงานเพื่อสอบสวนคำร้องเรื่องการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน และให้สิทธิประชาชนทุกคนที่จะได้รับความผาสุกอย่างเท่าเทียมกันในสินค้า บริการ สิทธิพิเศษ ในสถานที่และสิ่งอำนวยความสะดวกของรัฐโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา และถิ่นกำเนิด บทบัญญัติดังกล่าวมีผลกระทบอย่างมากต่อการลดการแบ่งแยกผิวในโรงเรียน ต่อมาสภาคองเกรสได้ผ่านกฎหมายการศึกษาขั้นพื้นฐานและการศึกษาระดับกลาง ใน ค.ศ. 1965 กฎหมายฉบับนี้ได้มีการจัดสรรงบประมาณจากรัฐบาลกลางจำนวนมากเพื่ออุดหนุนโรงเรียนซึ่งมีส่วนทำให้คณะกรรมการบริหารโรงเรียนกำหนดแผนในการลดการกีดกันผิวในโรงเรียน[127]

---

[124] นภดล ช.สรพงษ์. เล่มเดิม. หน้า 93-94.

[125] โกวิท วงศ์สุรวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 93.

[126] Kenneth Jeffrey M. Berry Jerry Goldman. Op.cit. p.661-667.

[127] นภดล ช.สรพงษ์. เล่มเดิม. หน้า 94-96.

ในสมัยประธานาธิบดี Johnson ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญและมีการออกกฎหมายรับรองสิทธิของประชาชนหลายฉบับ ดังนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 24 มีสาระสำคัญว่าสหรัฐและมลรัฐใดจะปฏิเสธหรือรอนสิทธิประชาชนแห่งสหรัฐในอันที่จะออกเสียงเลือกตั้งขั้นต้นหรือการเลือกตั้งเพื่อเลือกประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดี หรือเพื่อเลือกผู้มีหน้าที่เลือกตั้งประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดี หรือเพื่อเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในรัฐสภา ด้วยเหตุที่ผู้นั้นไม่ชำระภาษีเลือกตั้งหรือภาษีอื่นมิได้[128] นอกจากนี้ยังมีการออกกฎหมายให้โอกาสทางเศรษฐกิจ (The Economic Opportunity Act 1964) กฎหมายสิทธิในการลงคะแนนเลือกตั้ง (The Voting Rights Act 1965) ให้อำนาจอัยการของรัฐส่งผู้ตรวจสอบการลงทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ในพื้นที่ที่มีการลงทะเบียนของชนกลุ่มน้อยต่ำกว่าจำนวนผู้มีสิทธิ และกฎหมายความเป็นธรรมในที่อยู่อาศัย (The Fair Housing Act 1968) ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในการให้เช่าหรือขายที่อยู่อาศัย[129]

2.4.2 วิวัฒนาการของหลักความเสมอภาค

แนวความคิดเรื่องความเสมอภาคในสมัยดั้งเดิมนั้นเกิดจากคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคโรมัน และต่อมาในสมัยกลางระบบศักดินาได้ยกเลิกแนวคิดเรื่องความเสมอภาค โดยสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้นซึ่งแปรผันตามจำนวนที่ดิน อย่างไรก็ตาม ความไม่เสมอภาคในสมัยกลางค่อยๆ เปลี่ยนแปลงไป เมื่อเกิดชนชั้นกลางที่เข้มแข็งขึ้นจนนำไปสู่การเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงความไม่เสมอภาคทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ฝรั่งเศสในยุคนั้นได้ตระหนักถึงหลักสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชนและนำมาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมาย ในช่วงนั้นของฝรั่งเศสเป็นยุคของการปฏิวัติครั้งใหญ่อันเกิดมาจากความไม่พึงพอใจในการปกครองของผู้ปกครองประเทศที่กดขี่ข่มเหงเอาเปรียบประชาชนและไม่สนใจความเป็นอยู่ของประชาชน เมื่อมีการปฏิวัติเกิดขึ้นใน ค.ศ. 1789 ผู้ก่อการปฏิวัติจึงต้องการประกาศเป็นลายลักษณ์อักษรรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงและรับประกันแก่ปัจเจกชนว่าจะไม่ได้รับการข่มเหงจากชนชั้นปกครองอีกต่อไป ดังที่ Robespierre กล่าวไว้ว่า “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้ถูกทำลายลงแล้ว ชนชั้นขุนนาง ชนชั้นพระได้ปลาสการไปแล้ว ยุคแห่งความเสมอภาคได้เริ่มต้นขึ้นแล้ว” การประกาศรับรองดังกล่าวเป็นการยกเลิกกลุ่มอภิสิทธิ์ชนตั้งแต่ระดับล่างไปจนถึงประมุขแห่งประเทศ และเป็นการประกาศรับรองความเสมอภาคของปัจเจกชนโดยกฎหมายซึ่งหมายความว่าทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน เสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย ผู้ปกครองและผู้ใช้กฎหมายต้องปฏิบัติและใช้กฎหมายแก่ประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน

---

[128] โกวิท วงศ์สุรวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 101.

[129] Kenneth Jeffrey M. Berry Jerry Goldman. Op.cit. p.668-672.

2.4.2.1 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 เป็นเอกสารที่แสดงออกถึงหลักความเสมอภาคที่ดีที่สุด โดยบัญญัติรับรองไว้ถึงสามมาตรา ได้แก่

"มาตรา 1 มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมาย การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้ก็แต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม

มาตรา 6 กฎหมายคือการแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกัน... กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับคนทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมายและได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องศักดิ์ศรี สถานะและงานภาครัฐตามความสามารถ โดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพลังและพรสวรรค์ของแต่ละคน

มาตรา 13 เพื่อธำนุบำรุงกองทัพและเพื่อรายจ่ายในการดำเนินงานของรัฐ จำเป็นที่จะต้องเก็บภาษีซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกันสำหรับพลเมืองทุกคนโดยคำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน"[130]

ในภายหลังความคิดของหลักความเสมอภาคดังกล่าวได้ถูกนำไปบัญญัติในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

2.4.2.2 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน 1958 ได้บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ในมาตราแรก ความว่า "มาตรา 1 ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่แบ่งแยกมิได้ เป็นกลางทางศาสนา เป็นประชาธิปไตย และเป็นของสังคม สาธารณรัฐรับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของพลเมืองโดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย โครงสร้างของสาธารณรัฐเป็นการกระจายอำนาจการปกครอง"

2.4.2.3 รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐเยอรมนี ฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ใน มาตรา 3 โดยใช้คำว่าความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย[131] ความว่า "มาตรา 3 ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (1) บุคคลทุกคนย่อมเสมอกันเบื้องหน้ากฎหมาย (2) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน รัฐพึงส่งเสริมการดำเนินการเพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง และพึงดำเนินการเพื่อขจัดความเสียเปรียบที่มีอยู่ (3) บุคคลไม่พึงได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าหรือด้อยกว่าเพราะเหตุแห่งเพศ ชาติกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ภูมิลำเนาและถิ่น

---

[130] สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2542, มิถุนายน). "หลักความเสมอภาค." **วารสารนิติศาสตร์, 30, 2.** หน้า 161-162.

[131] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ก (ผู้แปล). (2551). **กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.** หน้า 3-4.

กำเนิด ความเชื่อหรือความเห็นทางศาสนาหรือทางการเมือง บุคคลไม่พึงได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเพราะเหตุแห่งความพิการ”

2.4.2.4 รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลี ฉบับลงวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 1947 บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ใน มาตรา 3 ความว่า “ มาตรา 3 พลเมืองทุกคนมีศักดิ์ศรีทางสังคมอย่างเดียวกันและเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย โดยปราศจากการแบ่งแยกเพราะเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สภาพร่างกายหรือสภาพทางสังคม เป็นหน้าที่ของสาธารณรัฐที่จะต้องขจัดอุปสรรคทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคมที่ขัดขวางต่อการพัฒนาของความเป็นมนุษย์ หรือขัดขวางต่อการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงของผู้ใช้แรงงานในองค์กรทางการเมือง เศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ ทั้งนี้ภายใต้ข้อจำกัดที่ไม่กระทบต่อเสรีภาพและความเสมอภาคของพลเมือง”

2.4.2.5 รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐออสเตรีย ฉบับลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1920 บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ใน มาตรา 7 ความว่า “ 1. พลเมืองของสหพันธ์ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย อภิสิทธิ์จากการเกิด เพศ สภาพร่างกาย ชนชั้น ศาสนา ไม่อาจมีได้ บุคคลย่อมไม่ถูกกีดกันเพราะความพิการ สาธารณรัฐผูกพันที่จะคุ้มครองความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อคนพิการและบุคคลธรรมดาทั่วไปในทุกแง่มุมของชีวิตประจำวัน 2. สหพันธรัฐ มลรัฐ และเทศบาลรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง มาตรการที่มุ่งส่งเสริมความเสมอภาคดังกล่าวย่อมได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามาตรการเหล่านั้นต้องการขจัดความไม่เสมอภาคที่ดำรงอยู่...”[132]

2.4.2.6 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กำหนดไว้ในหลายมาตรา เช่น

“ข้อ 1 มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสรเสรีและเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ ทุกคนได้รับการประสิทธิประสาทเหตุผลและมโนธรรม และความปฏิบัติต่อกันอย่างฉันท์พี่น้อง

ข้อ 2 บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพบรรดาที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาแต่เดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด นอกจากนี้ การจำแนกข้อแตกต่างโดยอาศัยมูลฐานแห่งสถานะทางการเมือง ทางดุลอาณาเขตหรือทางเรื่องระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนซึ่งบุคคลสังกัดจะทำมิได้ ทั้งนี้ไม่ว่าดินแดนดังกล่าวจะเป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้การจำกัดแห่งอธิปไตยอื่นใด…

ข้อ 7 คนต่างเสมอกันในกฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และต่อการยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น...

---

[132] สมคิด เลิศไพฑูรย์. เล่มเดิม. หน้า 162-163.

ข้อ 21 (1) บุคคล... มีสิทธิที่จะเข้าร่วมในรัฐบาลแห่งประเทศของตน ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยผู้แทนซึ่งผ่านการเลือกอย่างเสรี (2) บุคคลมีสิทธิเข้าถึงอย่างเท่าเทียมกันในบริการสาธารณะในประเทศของตน (3) เจตจำนงของประชาชนจะเป็นฐานแห่งอำนาจของรัฐบาลเจตจำนงนี้จะแสดงออกโดยการเลือกตั้งเป็นครั้งคราวอย่างแท้จริง ด้วยการให้สิทธิออกเสียงอย่างทั่วถึงและเท่าเทียมกันและโดยการลงคะแนนลับหรือวิธีการลงคะแนนอย่างเสรีที่คล้ายคลึงกัน..."

2.4.2.7 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant of Civil and Political Rights) ได้บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ดังนี้

"ข้อ 2 (1) รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะเคารพและให้ความมั่นใจแก่บรรดาบุคคลทั้งปวงภายในอาณาเขตของตน และภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่ยอมรับแล้วในกติกาฉบับนี้ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใดๆ เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรืออื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ (2) ในกรณีที่ยังไม่มีมาตรการทางนิติบัญญัติหรืออื่นใดในขณะนี้ รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐ รับที่จะดำเนินการเป็นขั้นเป็นตอนอย่างสอดคล้องกับกระบวนการทางรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกติกาฉบับนี้ เพื่อให้มีมาตรการทางนิติบัญญัติหรืออื่นใดอันจำเป็นแก่การให้ได้สมดั่งสิทธิตามที่ยอมรับไว้ในกติกาฉบับนี้"

2.4.2.8 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development) บัญญัติไว้ใน

"ข้อ 6 (1) รัฐทั้งมวล ควรร่วมมือกันส่งเสริม สนับสนุน และเสริมพลังให้มีการเคารพและถือปฏิบัติเป็นสากลต่อสิทธิมนุษยชน และสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งมวลเพื่อทุกคน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา ศาสนา

(2) สิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งมวล แบ่งแยกไม่ได้และพึ่งพากันและกัน นอกจากนี้เป็นการสมควรเช่นกันที่จะต้องพิจารณาอย่างตั้งใจและเร่งด่วนในเรื่องการปฏิบัติตามส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

(3) รัฐทั้งมวล ควรดำเนินมาตรการขจัดอุปสรรคการพัฒนาที่เป็นผลมาจากความล้มเหลวที่จะปฏิบัติตามสิทธิทางแพ่งและการเมือง รวมทั้งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม"[133]

[133] แหล่งเดิม. หน้า 161-164.

2.4.3 หลักเกณฑ์ของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคได้ปรากฏเป็นที่ยอมรับและนำไปปฏิบัติซึ่งมีผลเป็นการผูกพันองค์กรของรัฐที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตาม โดยในการปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

2.4.3.1 ต้องใช้กฎเกณฑ์อันเดียวกันกับทุกคนเว้นแต่ว่าสถานการณ์แตกต่างกันไป

หลักเกณฑ์ทั่วไปของการปฏิบัติ คือต้องใช้กฎเกณฑ์เดียวกันในสถานการณ์เดียวกันเว้นแต่ว่าสถานการณ์นั้นแตกต่างกันออกไป จึงเป็นการต้องห้ามแก่ผู้บัญญัติกฎเกณฑ์ที่จะต้องไม่ออกกฎเกณฑ์ให้มีผลไม่เสมอภาคแก่บุคคล กล่าวคือ เหตุการณ์ที่เหมือนกันหรือเหมือนกันในสาระสำคัญนั้นต้องได้รับการปฏิบัติในกฎเกณฑ์เช่นเดียวกัน แต่หากมิใช่เรื่องที่มีสภาพการณ์อย่างเดียวกันก็สามารถปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่มาบังคับใช้แก่บุคคลซึ่งออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารย่อมมีเนื้อหาหรือรายละเอียด และผลบังคับที่แตกต่างกันไปได้ เช่น ความเสมอภาคในการได้รับบริการสาธารณะจากรัฐ ประชาชนทุกคนสามารถใช้บริการรถเมล์ของรัฐอย่างเสมอภาคทุกคนซึ่งเป็นหลักความเสมอภาคอย่างกว้าง อีกตัวอย่างหนึ่ง การที่รัฐกำหนดราคาตั๋วรถไฟเป็นชั้นหนึ่ง ชั้นสอง และชั้นสามตามปัจจัยทางเศรษฐกิจของแต่ละคนที่แตกต่างกันไปตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองว่า บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

2.4.3.2 การใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้น

การใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นต้องคำนึงถึงสาระสำคัญของกฎเกณฑ์ คือกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้นถึงแม้จะอยู่ในสถานการณ์ที่เหมือนกัน แต่ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญนั้นแตกต่างกันแล้ว กฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับนั้นต้องแตกต่างกันไปด้วย แต่ถ้าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เป็นสาระสำคัญและอยู่ในสถานะที่เหมือนกันแล้ว กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับนั้นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์เดียวกัน เช่น กฎหมายบำเหน็จบำนาญกำหนดให้ข้าราชการต้องรับราชการสิบปีขึ้นไปจึงจะมีสิทธิรับบำเหน็จบำนาญ ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายบัญญัติให้ข้าราชการซึ่งรับราชการเพียงสองปีที่ผู้บังคับบัญชาเห็นควรยกย่องให้ได้รับบำเหน็จบำนาญเท่ากับข้าราชการซึ่งได้บำนาญสิบปีเช่นนี้หาได้ไม่ เพราะเมื่อเหตุไม่เหมือนกันคือเวลาราชการไม่เท่ากัน ก็ควรได้รับผลปฏิบัติแตกต่างกัน ไม่ควรให้ได้รับผลปฏิบัติเสมอกันแม้ว่าจะเป็นข้าราชการเหมือนกันก็ตาม[134]

---

[134] สมยศ เชื้อไทย ก เล่มเดิม. หน้า 139.

2.4.3.3 การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน

การปฏิบัติต่อบุคคลตามหลักความเสมอภาคนั้นย่อมต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเหนือประโยชน์ส่วนบุคคล ดังนั้นจะอ้างหลักความเสมอภาคในการใช้กฎเกณฑ์เพื่อมาคุ้มครองปัจเจกชนนั้นหาได้ไม่ เช่น ในกรณีที่มีความไม่สงบเกิดขึ้นในบ้านเมือง ทางการจำเป็นต้องใช้มาตรการบางอันเพื่อให้เกิดความสงบสุขกลับมาสู่บ้านเมืองอย่างเร็วที่สุดและการใช้มาตรการดังกล่าวนั้นสะท้อนให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติและการเคารพต่อหลักความเสมอภาค ผู้ที่เดือดร้อนจากการกระทำดังกล่าวจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคต่อรัฐหาได้ไม่

2.4.3.4 การอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อไม่ต้องเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาคนั้นจะต้องไม่เป็นการก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้

การอ้างประโยชน์สาธารณะในการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นแม้จะถือว่าเป็นการกระทบต่อหลักความเสมอภาคและก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติก็ตามที การกระทำดังกล่าวนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ ถ้าเป็นเช่นนี้แล้วก็ไม่สามารถใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ การแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้นั้น ที่เห็นได้ชัดก็คือการแบ่งแยกที่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เช่น การแบ่งแยกในเรื่องแหล่งกำเนิด เชื้อชาติศาสนา เพศ เป็นต้น[135]

2.4.4 การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

2.4.4.1 ความหมายของการเลือกปฏิบัติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติว่า “เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียงซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ผิว เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นๆ สัญชาติ หรือที่มาในสังคม ความยากดีมีจน สถานะของแหล่งกำเนิด หรือสถานะอื่นๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบหรือทำให้สูญเปล่าหรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป...”[136]

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติในทุกรูปแบบให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ว่า การแบ่งแยก การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยวหรือการลำเอียงโดยมีที่มาจากเชื้อชาติ ผิว การสืบสายโลหิต หรือสัญชาติ หรือชาติพันธุ์ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลทำให้เกิดการเป็นโมฆะหรือทำให้เสื่อมทรามลงซึ่งการยอมรับนับถือ การเสวยสิทธิหรือการใช้สิทธิตรงจุดยืนที่เท่าเทียมซึ่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม หรือการใช้ชีวิตในสังคมที่คล้ายคลึงกัน

---

[135] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). หลักความเสมอภาค. สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2554, จาก **www.pub-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=657**

[136] กุลพล พลวัน ค (2543). **สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย.** หน้า 381-382.

Black's law Dictionary ให้ความหมายของคำว่า การเลือกปฏิบัติ ว่าหมายถึงการปฏิบัติใดๆ ต่อบุคคลหรือกลุ่มคนโดยไม่เท่าเทียมกันและไร้เหตุผล หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติ เนื่องจากเชื้อชาติ อายุ สัญชาติ หรือศาสนา หรือการปฏิบัติที่แตกต่างเนื่องจากความชอบหรือไม่ชอบที่ปราศจากเหตุผลที่สามารถรับฟังได้[137]

2.4.4.2 การคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในเอกสารระหว่างประเทศ

1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน บัญญัติถึงแนวทางขจัดการเลือกปฏิบัติไว้

"ข้อที่ 2 บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพบรรดาที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ ทั้งนี้โดยไม่มีการจำแนกถึงความแตกต่างในเรื่องใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใด ชาติ หรือสังคมอันเป็นที่มาดั่งเดิม กำเนิด หรือสถานะอื่นใด...

ข้อที่ 7 ทุกๆ คนต่างเสมอภาคในกฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ทุกๆ คนชอบที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอหน้าจากการเลือกปฏิบัติใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญาฯนี้ และต่อการยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น"

2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

"ข้อ 2 รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะเคารพและให้ความมั่นใจแก่บรรดาบุคคลทั้งปวงภายในอาณาเขตของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่ยอมรับแล้วในกติกาฉบับนี้ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใดๆ เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรืออื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด[138]

ข้อ 26 บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในการนี้พึงมีกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และให้หลักประกันคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและมีผลจริงจังเพื่อให้ปลอดจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจาก เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ความคิดเห็นทางการเมือง หรืออื่นๆ เผ่าพันธุ์ชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด"

ภายใต้พันธกรณีแห่งกติกาฉบับนี้ มิได้จำกัดขอบเขตเฉพาะการให้ความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนเท่านั้น แต่รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นได้ว่า ประชาชนทุกคนจะสามารถ

---

[137] Henry Campbell Black. (1979). **Black's law Dictionary.** p.420.

[138] ศราวุฒิ ประทุมราช. เล่มเดิม. หน้า 63,67.

เสวยสิทธิทั้งหลายได้ภายในเขตแดนของรัฐนั้นๆ[139] ในรัฐภาคีที่กำหนดเงื่อนไขต่างๆ ที่ก่อให้เกิดหรือสนับสนุนการเลือกปฏิบัติซึ่งเป็นสิ่งต้องห้ามตามกติกา ทำให้ประชาชนบางส่วนถูกกีดกันหรือถูกทำให้เสื่อมเสียไปซึ่งสิทธิมนุษยชน รัฐภาคีนั้นๆ ควรดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะแก้ไขหรือยกเลิกเงื่อนไขนั้นๆ เสีย โดยอาจอนุญาตให้ประชากรจำนวนหนึ่งที่ถูกเลือกปฏิบัติได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษในเรื่องบางเรื่องชั่วระยะเวลาหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประชากรส่วนที่เหลือ[140]

2.4.5 ความผูกพันต่อหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นหลักซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลในการที่จะได้รับผลปฏิบัติอย่างเสมอภาคจากรัฐ โดยองค์กรของรัฐเป็นผู้ถูกผูกพันที่จะต้องไม่กระทำการอันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค แต่หากมีการกระทำอันส่งผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคแล้ว ผู้ได้รับการกระทบสิทธิย่อมมีสิทธิฟ้องร้องต่อหน่วยงานของรัฐเพื่อเยียวยาสิทธิได้ ดังนั้นความผูกพันต่อหลักความเสมอภาคจึงมีผู้เกี่ยวข้อง คือผู้กล่าวอ้างให้ได้รับการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค อันได้แก่ ผู้ทรงสิทธิซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และผู้ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตามหลักความเสมอภาค อันได้แก่องค์กรของรัฐนั่นเอง

2.4.5.1 ผู้ทรงสิทธิต่อหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในระบอบเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ ดังคติพจน์ของ เจเรอมี เบนแธม นักทฤษฎีกฎหมายชาวอังกฤษ ที่ถือว่าประชาธิปไตยเป็นระบอบการปกครองที่มุ่งปฏิบัติต่อพลเมืองทุกคนโดยเท่าเทียม เพราะ “แต่ละคนถูกนับเป็นหนึ่งและไม่มีใครถูกนับให้เป็นมากกว่าหนึ่ง”[141] และเป็นระบอบการปกครองที่รับรู้ว่ามนุษย์เป็น “ตัวการของกฎหมาย” หรือ “ผู้ทรงสิทธิ” มนุษย์ที่เกิดมาในระบบกฎหมายสมัยใหม่จึงมีศักดิ์ศรีเป็นบุคคลตามกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน หลักความเสมอภาคของคนในสมัยใหม่นี้เป็นเครื่องแสดงให้เห็นถึงจิตวิญญาณของกฎหมายสมัยใหม่[142] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย ได้กำหนดถึงสิทธิประเภทต่างๆ ที่บุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพได้ สิทธิที่จะกล่าวในที่นี้คือ “สิทธิในความเสมอภาค” ตามมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญที่บุคคลผู้ทรงสิทธิจะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งตามหมวด 3 ได้บัญญัติว่า เป็นสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากชื่อหมวดดังกล่าวจะพบว่าเป็นสิทธิหน้าที่ของบุคคลธรรมดา แม้ตามหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญไทยมิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า นิติบุคคล

---

[139] กุลพล พลวัน ง (2547). **สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก.** หน้า 240.

[140] แหล่งเดิม. หน้า 243.

[141] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก เล่มเดิม. หน้า 219.

[142] ปรีดี เกษมทรัพย์. เล่มเดิม. หน้า 181-182.

และกลุ่มบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายไทยแล้วพบว่านิติบุคคลย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงใช้แก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น ดังนั้นผู้ที่จะเป็นผู้อ้างถึงความเสมอภาคที่จะได้รับการปฏิบัติจากองค์กรของรัฐอย่างเท่าเทียมกันจึงประกอบด้วยบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

สำหรับบุคคลธรรมดา โดยทั่วไปสิทธิและเสรีภาพของบุคคลธรรมดาจะเป็นผู้ทรงสิทธิได้นั้น ย่อมต้องเป็นสิทธิของบุคคลที่มีชีวิต ดังนั้นสิทธิเสรีภาพของบุคคลจึงเป็นไปตามความสามารถของบุคคลซึ่งต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 วรรคแรก ที่ได้บัญญัติว่า “สภาพของบุคคลเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก...” ถือว่าทารกที่คลอดมาต้องมีสภาพเป็นบุคคลเสียก่อนจึงจะมีสิทธิบางประการตามกฎหมาย จึงกล่าวได้ว่าการอ้างหลักความเสมอภาคในสิทธิต่างๆ นั้น ต้องพิจารณาประกอบกับความสามารถของบุคคลด้วย แม้ปกติพลเมืองของรัฐย่อมใช้สิทธิเสรีภาพต่างๆ อย่างเท่าเทียมกัน แต่การทรงสิทธิเสรีภาพของพลเมืองบางประการ ย่อมได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันและไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ เพราะการใช้สิทธิและเสรีภาพบางประการมีความเกี่ยวพันกับความสามารถของบุคคลซึ่งพิจารณาตามเกณฑ์อายุในการใช้สิทธิเสรีภาพ เช่น สิทธิในการเลือกตั้งตามมาตรา 99 ได้บัญญัติให้บุคคลอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์มีสิทธิในการเลือกตั้ง หรือมาตรา 53 บุคคลที่มีอายุเกิน 60 ปีบริบูรณ์ ย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ เป็นต้น จึงถือได้ว่าโดยหลักประชาชนทุกคนย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพอย่างเสมอกัน แต่การทรงสิทธิบางประการอาจถูกจำกัดหรือปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากเงื่อนไขของความสามารถหรือเกณฑ์อายุที่ใช้พิจารณาความสามารถในการใช้สิทธิของบุคคลได้

โดยหลักบุคคลธรรมดาทั่วไปย่อมอ้างหลักความเสมอภาคได้ซึ่งเป็นผลมาจากลักษณะสิทธิตามมาตรา 30 ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน...” และจากชื่อหมวดที่บัญญัติให้เป็นหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย จึงทำให้บทบัญญัติของสิทธิเสรีภาพตามหมวด 3 บังคับใช้กับชนชาวไทยหรือคนสัญชาติ ดังนั้นบุคคลต่างด้าวไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ แม้หลักแห่งความเสมอภาคจะเป็นหลักแห่งสิทธิมนุษยชนก็ตาม ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพแล้วจะพบว่าเป็นเรื่องของการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการแสดงเจตจำนงทางการเมืองซึ่งโดยหลักก็เป็นเรื่องของคนในรัฐนั้นๆ เอง จึงถือเป็นเหตุผลอันอาจยกขึ้นอ้างของการปฏิบัติต่อบุคคลอันมิใช่บุคคลสัญชาติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้ หากรัฐธรรมนูญจะให้สิทธิเสรีภาพแก่บุคคลต่างด้าวประการใด ก็ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ในกรณีที่

รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ คนต่างด้าวจะมีสิทธิเพียงใดย่อมเป็นไปตามสนธิสัญญาและกฎหมายอื่นซึ่งไม่ใช่รัฐธรรมนูญ[143]

2.4.5.2 องค์กรของรัฐผู้ต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาค

โดยหลักทั่วไปแล้วหลักความเสมอภาคย่อมผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหมดหรือผูกมัดทั้งทางนิติบัญญัติ ทางบริหารและทางตุลาการในการให้สิทธิบุคคลได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาค

1) ความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติต่อหลักความเสมอภาค

เป็นเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายที่ต้องบัญญัติกฎหมายให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตาม แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่มีผลเป็นการทั่วไปก็ตาม แต่ก็อาจนำไปสู่การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้ เนื่องจากการที่จะต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันนั้นไม่อาจพิจารณาได้อย่างแน่นอนในหลายๆ กรณีที่เกิดขึ้น ดังนั้นจึงต้องมีการตรวจสอบว่ากฎหมายบัญญัติขึ้นโดยเคารพหลักความเสมอภาคและถูกนำไปปฏิบัติอย่างเสมอภาคกัน ทั้งนี้ต้องให้ความอิสระแก่การใช้ดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยมีการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดลักษณะสำคัญของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยการเปรียบเทียบสาระสำคัญของแต่ละกรณี ในการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันเหมือนกัน และปฏิบัติต่างกันในสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกัน จึงเป็นผลให้การตรวจสอบจะทำได้เฉพาะกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจดุลพินิจเกินขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ยังมีหลักสำคัญประการหนึ่งในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องตระหนักเป็นพิเศษคือระบบกฎหมาย กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานในเรื่องนั้นๆ โดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นมาใหม่ว่าต้องมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้แล้ว

(1) ในกรณีที่มีการละเมิดหลักความเสมอภาคโดยฝ่ายนิติบัญญัติ สามารถแยกได้สามกรณีคือ

ก) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันซึ่งมีทั้งการให้ประโยชน์แก่บุคคลหนึ่งและก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลหนึ่ง การแก้ปัญหาการปฏิบัติไม่เท่าเทียมกันในกรณีนี้ อาจทำได้โดยการขยายประโยชน์ให้กับบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งหรือการขยายภาระให้กับบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง หรือการทำให้ประโยชน์และภาระมีความเท่าเทียมกันระหว่างบุคคลทั้งสองกลุ่ม

ข) การปฏิบัติที่เป็นการให้ประโยชน์อย่างไม่เท่าเทียมกัน การแก้ปัญหาอาจทำได้โดยขยายประโยชน์แก่กลุ่มบุคคลอื่นด้วย ทั้งนี้ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย

---

[143] วิษณุ เครืองาม. เล่มเดิม. หน้า 654.

ค) การปฏิบัติที่เป็นการให้ประโยชน์ที่เท่าเทียมกัน บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดภาระอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนีได้มีความเห็นว่าโดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติดังกล่าวเป็นโมฆะหากขาดเหตุผลจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายอื่นสนับสนุนบทบัญญัติดังกล่าว[144]

(2) กฎหมายที่ขัดกับหลักความเสมอภาคนั้นอาจสรุปผลการละเมิดหลักความเสมอภาคได้ดังนี้

ก) ในกรณีที่กฎหมายนั้นก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนโดยขัดกับหลักความเสมอภาค กฎเกณฑ์ที่ขัดกับหลักความเสมอภาคนั้นอาจเป็นโมฆะเพียงบางส่วนหรืออาจเป็นโมฆะทั้งฉบับ ทั้งนี้แล้วแต่ความเกี่ยวพันของเนื้อหากฎหมายนั้นๆ

ข) ในกรณีที่เป็นการให้ประโยชน์ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาค หลักความเสมอภาคจะเข้าไปมีผลในกรณีดังกล่าว เมื่อหลักตามรัฐธรรมนูญก็ดีหรือเมื่อพิจารณาอย่างเป็นระบบในทางเนื้อหาของหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวก็ดี หรือจากเจตนารมณ์ของกฎเกณฑ์ดังกล่าวก็ดีเรียกร้องให้การให้ประโยชน์ดังกล่าวต้องเป็นไปอย่างเสมอภาค

ค) ในกรณีที่เป็นการให้ประโยชน์ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาค แต่การขยายการให้ประโยชน์ดังกล่าวนั้นไม่ได้ถูกเรียกร้องจากหลักตามรัฐธรรมนูญก็ดี หรือจากระบบกฎหมายนั้นก็ดี หรือจากเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นก็ดี ในกรณีนี้ให้ยกเลิกการกระทำที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือการยกเลิกการวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวที่ได้กระทำไปแล้วหรือให้หยุดการดำเนินคดีในเรื่องดังกล่าวไว้ก่อน[145]

2) ความผูกพันของฝ่ายบริหารต่อหลักความเสมอภาค

การกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในลักษณะการออกกฎหมายลำดับรองซึ่งได้แก่ การออกกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศต่างๆ ต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจและอยู่ภายในกรอบของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ หากการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บท ย่อมถือว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค เว้นแต่กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจนั้นเองที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ส่วนการกระทำของฝ่ายปกครองในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายนั้น โดยหลักการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่มีผลเป็นการเฉพาะบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเท่านั้น ดังนั้นการกระทำของฝ่ายปกครองจะละเมิดหลักความเสมอภาคได้ก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติต่อกรณีเฉพาะที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกันให้แตกต่างกันโดยการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนี้อาจเกิดขึ้นได้สองกรณี กรณีแรกเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจ

---

[144] บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 145-147.

[145] แหล่งเดิม. หน้า 147.

ฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจในการเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่ง หรือในกรณีที่สองเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดอำนาจดุลพินิจให้เจ้าหน้าที่เลือกปฏิบัติ กล่าวคือ มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติไว้อย่างชัดแจ้งผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหรือไม่มีอำนาจดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติ หากไม่ได้มีการดำเนินการตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งก็จะเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาคในลักษณะที่เป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่

ขอบเขตดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักความเสมอภาคนั้นถือเป็นข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยการใช้ดุลพินิจนั้นต้องผูกพันต่อการปฏิบัติที่ผ่านมาซึ่งเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกัน เว้นแต่จะมีเหตุผลที่สามารถแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องใช้ดุลพินิจแตกต่างจากที่เคยปฏิบัติมา[146]

3) ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อหลักความเสมอภาค

อาจแยกพิจารณาได้เป็นสามประการคือ

(1) ความเสมอภาคของประชาชนต่อการฟ้องศาล โดยประชาชนมีสิทธิที่จะโต้แย้งและฟ้องร้องการกระทำของรัฐอันเป็นสิทธิที่รับรองคุ้มครองให้ประชาชนสามารถฟ้องศาลได้ นอกจากนี้ยังรวมถึงการนำบรรดาข้อพิพาทระหว่างประชาชนด้วยกันขึ้นสู่ศาลได้โดยไม่มีข้อจำกัด ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายวิธีพิจารณาความของเรื่องนั้นๆ

(2) ความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาล โดยประชาชนมีความเท่าเทียมกันในการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อหน้าศาลซึ่งเป็นไปตาม “หลักการรับฟังคู่ความ” โดยในการดำเนินกระบวนพิจารณานั้นต้องเปิดโอกาสให้แก่คู่กรณียกข้อต่อสู้ของตนขึ้นกล่าวอ้างในคดีได้ และศาลต้องเปิดโอกาสอย่างเท่าเทียมกันในการรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่าย และต้องให้ความสำคัญแก่บุคคลผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยว่าเป็นประธานแห่งคดีหรือบุคคลสำคัญในคดี หากกระบวนการพิจารณาคดีดำเนินการโดยไม่คำนึงถึงหลักการดังกล่าว จะถือเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาอันขัดกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และขัดแย้งกับความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาลด้วย

(3) ความเสมอภาคโดยการใช้กฎหมายในศาล เป็นความผูกพันของผู้พิพากษาต่อกฎหมายต่างๆ อย่างเท่าเทียมกันในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยหลักดังกล่าวเป็นข้อห้ามมิให้ศาลใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ หลักความเสมอภาคในการใช้กฎหมายโดยศาลนั้นอาจจำแนกเป็นสามรูปแบบคือ

ก) บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการไม่ให้ใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย

---

[146] แหล่งเดิม. หน้า 147-148.

ข) บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการให้ใช้บทบัญญัติของกฎหมายกับคดีของตนอย่างเคร่งครัด

ค) บุคคลย่อมมีสิทธิในการเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง[147]

2.4.6 การตรวจสอบกฎหมายตามหลักความเสมอภาค

การตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งละเมิดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ พิจารณาว่า

2.4.6.1 กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันสำหรับข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนกันหรือไม่

2.4.6.2 การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นอาจให้เหตุผลตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ โดยมีข้อพิจารณาในการตรวจสอบดังนี้

1) การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวนั้นเป็นไปตามขั้นตอนกระบวนการของการบัญญัติกฎหมายหรือไม่

2) กฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับเงื่อนไขการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาหรือไม่ กล่าวคือ กฎหมายฉบับนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดสิ่งอันเป็นสาระสำคัญเองโดยไม่ได้มอบให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง

3) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

(1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(2) ในกรณีของเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ หรือไม่ เช่น การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ หรือการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์หรือตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

4) การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค มีการตรวจสอบสี่ระดับดังนี้

(1) ประการแรกฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีความชัดเจนต่อความแตกต่างที่ปรากฏในข้อเท็จจริงอย่างสมบูรณ์และปราศจากความผิดพลาด และจะต้องประเมินพื้นฐานที่ถูกต้องเป็นจริงนั้นโดยเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติเองในการที่กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในขณะเดียวกัน

---

[147] แหล่งเดิม. หน้า 150-152.

การกำหนดกลุ่มบุคคลที่จะใช้ในการเปรียบเทียบก็ดี หรือการกำหนดลักษณะขององค์ประกอบก็ดี ย่อมขึ้นกับความมุ่งหมายของกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ

(2) ความเหมือนกันหรือความแตกต่างกันของเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่นำไปสู่การบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องมีการประเมินภายในขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไป และหากมีการกำหนดให้แตกต่าง ความแตกต่างนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้แล้ว ในกรณีเป็นไปตาม “หลักความสอดคล้องกับกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญต่อการประเมินตามความเสมอภาคคือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังรวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่ได้รับหลักการมาจากรัฐธรรมนูญ

(3) นอกเหนือจาก “หลักความสอดคล้องกับกฎหมายทั่วไป” แล้ว กฎเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เฉพาะของกฎหมายในขอบเขตเรื่องนั้นๆ ด้วย หรือที่เรียกว่า “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายเฉพาะเรื่อง”

(4) ในการบัญญัติกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง การตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติบทพื้นฐานของความสอดคล้องกันของระบบกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความคิดพื้นฐานและทำให้แต่ละองค์ประกอบของกฎหมายนั้นมีผลในทางปฏิบัติ

5) องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือไม่

จากหลักเกณฑ์ของความเสมอภาคที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์อันสำคัญยิ่งประการหนึ่ง จะทำให้การใช้สิทธิเสรีภาพบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายได้รับรองและคุ้มครอง โดยจะก่อให้เกิดการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันของประชาชนทุกผู้ทุกคน และเกิดความยุติธรรมแก่ทุกกรณีจากการที่รัฐมีความผูกพันต้องออกกฎเกณฑ์มาใช้กับประชาชน การบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่ออกมานั้นแก่ประชาชน และการเยียวยาสิทธิให้แก่ประชาชน ทั้งนี้การที่จะบรรลุผลตามหลักความเสมอภาคได้นั้นย่อมต้องอาศัยความเข้าใจและตระหนักในสิทธิของประชาชนในการกล่าวอ้างถึงหลักความเสมอภาคต่อรัฐ และขณะเดียวกันองค์กรของรัฐก็ต้องปฏิบัติต่อประชาชนโดยเคารพหลักความเสมอภาคเป็นสำคัญ จึงจะทำให้หลักความเสมอภาคเกิดผลในทางปฏิบัติได้[148]

2.4.7 หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย

หลักความเสมอภาคปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในระบบกฎหมายไทย ในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 แม้จะไม่ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้เป็นการเฉพาะ แต่ก็ได้บัญญัติให้ชายและหญิงมีความเสมอภาคในการ

[148] แหล่งเดิม. หน้า 152-154.

เลือกตั้ง โดยบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 14 ความว่า “ราษฎรไม่ว่าเพศใด ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้...” ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของการนำหลักความเสมอภาคมาบัญญัติในรัฐธรรมนูญ[149] หลังจากนั้นก็มีการบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มาจนถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ดังนี้

“มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 30 วรรคหนึ่ง บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

วรรคสอง ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

วรรคสาม การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานของบุคคล ฐานะทางเศรฐกิจและสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

วรรคสี่ มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

บทบัญญัติในมาตรา 30 ดังกล่าว เป็นการนำมาจากมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมนีฉบับปัจจุบัน ที่วรรคแรกรับรองหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย วรรสองรับรองความเสมอภาคระหว่างเพศ และวรรคสามกำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้ไปไกลกว่าของสหพันธรัฐเยอรมนีโดยได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคท้าย รับรองให้รัฐสามารถเลือกปฏิบัติอันเป็นการลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ได้ดังเช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลี และสหพันธรัฐออสเตรีย

รัฐธรรมนูญของไทยฉบับปัจจุบันยังได้กำหนดสิทธิเสรีภาพต่างๆ ที่รัฐต้องเคารพหลักความเสมอภาคด้วย[150] เช่น มาตรา 49 “สิทธิเสมอกันในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย” มาตรา 51 “สิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน” มาตรา 81 “รัฐต้องอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน” มาตรา 84 “ต้อง... พัฒนาเศรษฐกิจท้องถิ่นและระบบสาธารณูปโภค

---

[149] โภคิน พลกุล ก (2525). **เอกสารเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญไทย.** หน้า 6.

[150] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). หลักความเสมอภาค. สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2554, จาก **www.pub-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=657**

และสาธารณูปการตลอดทั้งโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศในท้องถิ่นให้ทั่วถึงและเท่าเทียมกันทั่วประเทศ" มาตรา 80 "ต้อง... ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย..." เป็นต้น

2.5 สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขัง

2.5.1 ความหมายของผู้ต้องคุมขังตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 100 บัญญัติว่า "บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ในวันเลือกตั้ง เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้ง... (3) ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย..."

2.5.1.1 ผู้ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาลตามมาตรา 100 (3) ได้แก่ บุคคลที่ถูกขังอยู่ในเรือนจำ คือ นักโทษเด็ดขาด คนต้องขัง และคนฝาก[151]

"นักโทษเด็ดขาด" หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามหมายจำคุกภายหลังคำพิพากษาถึงที่สุด และหมายความรวมถึงบุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้ลงโทษด้วย[152]

"คนต้องขัง" หมายความว่า บุคคลที่ถูกขังไว้ตามหมายขัง (อันได้แก่ บุคคลที่ถูกขังตามหมายขังในระหว่างการพิจารณาคดี , ผู้ถูกกักกัน[153] ซึ่งถูกศาลพิพากษาให้กักกัน คือให้ควบคุมตัวไว้ภายในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อดัดนิสัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ[154] และผู้ต้องกักขัง[155]ตามหมายกักขังของศาล)

"คนฝาก" หมายความว่า บุคคลที่ถูกฝากให้ควบคุมไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่นโดยไม่มีหมายอาญา"

ผู้ที่ถูกควบคุมตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เนื่องจากเป็นบุคคลที่สงสัยว่าจะเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือเป็นผู้ใช้ ผู้โฆษณา ผู้สนับสนุนการกระทำเช่นว่านั้น หรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวได้ไม่เกินเจ็ดวันและต้องควบคุมไว้ใน

---

[151] ศูนย์สารสนเทศ ราชบัณฑิตยสถาน. (2554). พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2554, จาก **http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp**

[152] พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479. (2479, 29 พฤศจิกายน). **ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 53, หน้า 777.

[153] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2510. (2510, 29 ธันวาคม). **ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 84, ตอนที่ 127. หน้า 7.

[154] ประมวลกฎหมายอาญา. (2499, 15 พฤษภาคม). **ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 73, ตอนที่ 95. หน้า 33.

[155] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักขังตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2506. (2506, 12 พฤศจิกายน). **ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 80, ตอนที่ 109. หน้า 710.

สถานที่ที่กำหนดซึ่งไม่ใช่สถานีตำรวจ ที่คุมขัง ทัณฑสถาน หรือเรือนจำ แต่รวมระยะเวลาควบคุมตัวทั้งหมดต้องไม่เกินกว่าสามสิบวัน เมื่อครบกำหนดแล้ว หากจะต้องควบคุมตัวต่อไปต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยนำวิธีการขอออกหมายอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม[156]

2.5.1.2 ผู้ต้องคุมขังอยู่โดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 100 (3) ได้แก่

ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่อยู่ในความควบคุมของพนักงานสอบสวนระหว่างการสอบสวนโดยยังไม่มีการขอต่อศาลเพื่อออกหมายขัง

ผู้ที่ถูกควบคุมตามพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ. 2545 เพื่อเข้ารับการบำบัดการติดยาเสพติดและฟื้นฟูสภาพร่างกายและจิตใจ[157]

ผู้ที่ถูกควบคุมหรือถูกขังยังสถานสงเคราะห์ตามพระราชบัญญัติควบคุมขอทาน พุทธศักราช 2484[158] (ผู้ที่ทำการขอทาน คือขอทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมิได้ทำการงานอย่างใดหรือให้ทรัพย์สินอื่นใดตอบแทน และผู้นั้นเป็นคนชราภาพหรือเป็นคนวิกลจริต พิการ หรือเป็นคนมีโรค ซึ่งไม่สามารถประกอบการอาชีพอย่างใดและไม่มีทางเลี้ยงชีพอย่างอื่น รวมทั้งไม่มีญาติมิตรอุปการะเลี้ยงดู เจ้าพนักงานมีอำนาจนำตัวผู้นั้นไปยังสถานสงเคราะห์ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการควบคุมจนกว่าจะปรากฏว่าผู้นั้นมีที่อาศัยและทางดำรงชีพ หรือในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นโรคเรื้อน วัณโรค หรือโรคติดต่ออันตราย จะควบคุมไว้จนเป็นที่พอใจว่าพ้นเขตระยะติดต่อแพร่หลายแล้ว)

นอกจากนี้ ยังมีผู้ที่ถูกคุมขังยังสถานบำบัดรักษาตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 ทั้งผู้ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาล (“ผู้ป่วยคดี” ที่อยู่ระหว่างการสอบสวน ไต่สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณาในคดีอาญา รวมทั้งผู้ป่วยที่ศาลมีคำสั่งให้ได้รับการบำบัดรักษาภายหลังมีคำพิพากษาในคดีอาญา) และผู้ต้องคุมขังอยู่โดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (“ผู้ป่วย” ที่มีความผิดปกติทางจิตซึ่งควรได้รับการบำบัดรักษา)[159]

---

[156] พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. (2548, 16 กรกฎาคม). **ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 122, ตอนที่ 58ก. หน้า 1.

[157] พระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ. 2545. (2545, 30 กันยายน). **ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 119, ตอนที่ 96ก. หน้า 26.

[158] พระราชบัญญัติควบคุมการขอทาน พุทธศักราช 2484. (2484, 4 ตุลาคม). **ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 58. หน้า 1324.

[159] พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551. (2551, 20 กุมภาพันธ์). **ราชกิจจานุเบกษา.** เล่มที่ 125, ตอนที่ 36ก. หน้า 37.

วิทยานิพนธ์นี้จะกล่าวถึงเฉพาะผู้ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาล ซึ่งอยู่ในความควบคุมของเรือนจำและทัณฑสถานในความรับผิดชอบของกรมราชทัณฑ์เท่านั้น ปัจจุบันเรือนจำและทัณฑสถานในสังกัดกรมราชทัณฑ์ทั่วประเทศ 186 แห่ง มีผู้ต้องขังจำนวน 221,858 คน (1 มีนาคม 2555)

ตารางที่ 2.1 สถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ (ข้อมูลวันที่ 1 มีนาคม 2555)

ประเภท	คดีอาญาทั่วไป	คดียาเสพติด	จำนวนรวม
1. นักโทษเด็ดขาด	64,456	98,483	162,939
2. ผู้ต้องขังระหว่าง			
2.1 อุทธรณ์-ฎีกา	10,171	19,594	29,765
2.2 ไต่สวน-พิจารณา	4,232	6,309	10,541
2.3 สอบสวน	5,243	11,651	16,894
3. เยาวชนที่ฝากขัง	224	32	256
4. ผู้ถูกกักกัน	16	4	20
5. ผู้ต้องกักขัง	615	828	1,443
รวมผู้ต้องราชทัณฑ์ทั้งสิ้น	84,957	136,901	221,858

ที่มา: รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ รท.102 (ก) ของกรมราชทัณฑ์ สำรวจ ณ วันที่ 1 มีนาคม 2555

2.5.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพผู้ต้องขัง

ในอดีตนักโทษมักไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับคนทั่วไป ใน ค.ศ. 1871 ผู้พิพากษาในมลรัฐเวอร์จิเนียแห่งสหรัฐอเมริกา ได้พิพากษาไว้อย่างชัดเจนว่า "...เพราะเหตุที่ได้กระทำความผิดอาญา ดังนั้นนอกจากเขาจะหมดเสรีภาพแล้วเขายังหมดสิทธิส่วนตัวทั้งสิ้นนอกจากที่คุกอนุญาตให้ และเขาจะต้องตกเป็นทาสของรัฐบาลระยะเวลาหนึ่ง..." นักโทษจะไม่มีสิทธิใดๆ อันต่างไปจากทาส เมื่อนักโทษร้องขอความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายต่อศาล ศาลมักจะไม่ให้ความคุ้มครองและไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว เพราะถือว่าเป็นเรื่องภายในของฝ่ายบริหาร ผู้บริหารงานเรือนจำจะเอาใจใส่กับเรื่องความมั่นคงปลอดภัยของเรือนจำและของสังคมส่วนรวมเท่านั้น ตามคำแถลงการณ์ของสมาคมการราชทัณฑ์แห่งสหรัฐอเมริกา (American Correctional Association) ที่ว่า "ความรับผิดชอบหลักของผู้บริหารงานเรือนจำ คือการรักษาความปลอดภัยและการควบคุมตัวนักโทษเอาไว้" สิทธิของนักโทษในสหรัฐอเมริกาเริ่มขึ้นใน ค.ศ. 1950 - 1960 โดยการผลักดันจาก Warrent Court ซึ่งสนับสนุนแนวความคิดสิทธิมนุษยชน โดยเห็นว่าควรขยายสิทธิตามกฎหมายมาสู่หน่วยย่อยของสังคม เช่น ผู้กระทำความผิดหรือนักโทษด้วย และศาลสูงเริ่มมีการแทรกแซงการทำงานของเรือนจำในรัฐต่างๆ โดยถือเป็นหน้าที่ที่จะป้องกันสิทธิของนักโทษตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ การดำเนินงานของมลรัฐจะต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ดี การรักษาสิทธิของนักโทษจะต้องกระทำให้เกิดความสมดุลย์ระหว่างการคุ้มครองสิทธิกับเป้าหมายของการคุมขังด้วย นับว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดสำคัญโดยการให้นักโทษสามารถนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล เป็นการแสดงถึงพัฒนาการทางด้านการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของนักโทษ[160]

ในสหพันธรัฐเยอรมนีถือกันว่าเรือนจำเป็นบริการสาธารณะ ซึ่งผู้ใช้บริการอาจถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพได้หลายประการเพื่อประโยชน์ของความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้รับคำร้องจากผู้ต้องขังซึ่งถูกสั่งขังไว้ในระหว่างการดำเนินคดีและเพิ่งถูกศาลพิพากษาลงโทษให้จำคุกเป็นเวลา 4 ปี นักโทษผู้นี้ได้ร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้กลับคำพิพากษาของศาลสูงแห่งมลรัฐที่ยืนตามคำสั่งของหัวหน้าศาลอาญาแห่งรัฐ ที่ยืนตามคำสั่งของหัวหน้าศาลอาญาแห่งมลรัฐ ซึ่งได้มีคำสั่งให้อายัดจดหมายที่นักโทษผู้นี้เขียนถึงบิดามารดาของตน ด้วยเหตุผลที่ว่าในจดหมายนั้นนักโทษได้ด่าว่าผู้พิพากษาที่ตัดสินลงโทษตน ศาลรัฐธรรมนูญได้กลับคำพิพากษาดังกล่าวเพราะเหตุที่ได้ละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 2 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐที่ว่า "ประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้โดยเสรี" โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลไว้สั้นๆ ว่าการจำกัดเสรีภาพของนักโทษนั้นจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นจริงๆ

---

[160] วรางคณา สุจริตกุล. (2539). **นักโทษเด็ดขาดกับสิทธิตามกฎหมาย.** หน้า 29-33.

เท่านั้น แต่ในคดีนี้คำสั่งของหัวหน้าศาลอาญานั้นเป็นคำสั่งที่ไม่จำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของเรือนจำแต่อย่างใด[161]

2.5.2.1 ผลกระทบของการถูกลงโทษจำคุกขณะที่ต้องรับโทษอยู่

Gresham Sykes ได้กล่าวว่าผู้ต้องโทษจำต้องถูกจำกัดสิทธิในด้านต่างๆ โดยเป็นผลมาจากการถูกตัดสินให้ลงโทษจำคุกดังนี้

1) การถูกจำกัดสิทธิด้านเสรีภาพ กล่าวคือ ถูกจำกัดการเคลื่อนไหวไม่ให้ออกไปนอกเรือนจำ ถูกตัดจากครอบครัวและญาติมิตร

2) การถูกจำกัดสิทธิด้านเครื่องอุปโภคบริโภคและการบริการ กล่าวคือ ถูกจำกัดสิทธิในการเลือก เช่น ไม่มีสิทธิดื่มสุรา ไม่มีสิทธิกระทำอะไรก็ได้ตามใจชอบ ไม่มีที่ผักผ่อนเป็นส่วนตัว

3) การถูกจำกัดสิทธิด้านความสัมพันธ์ทางเพศ เพราะถูกตัดขาดจากเพศตรงข้าม

4) การถูกจำกัดสิทธิด้านอิสรภาพ เนื่องจากต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และคำสั่งของพนักงานที่ควบคุม เช่น การตรวจตราเฝ้าดู การกำหนดให้กินเป็นเวลา นอนเป็นเวลา การเข้าแถวไปทำงาน การห้ามนำอาหารเข้าไปในห้องนอน เป็นต้น

5) การถูกจำกัดสิทธิด้านความปลอดภัย เนื่องจากต้องอยู่รวมกับผู้ต้องขังอื่นและไม่มีสิทธิพกอาวุธ ทำให้เกิดความวิตกว่าเจ้าหน้าที่อาจดูแลไม่ทั่วถึง[162]

2.5.2.2 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังตามกฎหมายไทย

การคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลทั่วไป ย่อมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังด้วย

“มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

---

[161] ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2531, เมษายน). “การคุ้มครองบุคลิกภาพและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของนักเรียนและนักโทษในประเทศเยอรมันตะวันตก.” **วารสารกฎหมายปกครอง, 7, 1.** หน้า 290-292.

[162] กิตติบดี ใยพลู. (2544). **ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พ้นโทษในการเข้าทำงาน.** หน้า 128-129.

มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 39 บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ วรรคสอง ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด วรรคสาม ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

(2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเผิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจสอบเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง

(3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม

(4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง...”

2.5.2.3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังตามหลักการของสหประชาชาติ

นอกจากผู้ต้องขังจะได้รับการคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับพลเมืองทั่วไปแล้ว ยังได้รับการคุ้มครองตามหลักการเฉพาะดังนี้

1) หลักการเพื่อการคุ้มครองบุคคลที่ถูกคุมขังหรือจำคุก (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Foem of Detention or Imprisonment)

หลักการนี้รับรองโดยที่ประชุมสมัชชาทั่วไปแห่งสหประชาชาติ โดยมติที่ 43/173 ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1988 เพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุก

“ข้อ 1 บุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุกพึงได้รับการปฏิบัติในฐานะมนุษย์และอย่างเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น

ข้อ 3 การสร้างข้อจำกัดหรือลดทอนสิทธิมนุษยชนที่เป็นของผู้ที่ถูกคุมขังหรือจำคุกนั้น โดยการออกเป็นกฎหมาย อนุสัญญา กฎระเบียบ หรือประเพณีปฏิบัติใดๆ โดยอ้างว่าสิทธิชนิดนั้นไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในหลักการฉบับนี้หรือมีการกล่าวถึงในหลักการฉบับนี้น้อยกว่านั้น จะกระทำมิได้

ข้อ 5 (1) หลักการฉบับนี้ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนในประเทศนั้น โดยจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติตามความแตกต่างใดๆ ในระหว่างบุคคล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา การนับถือหรือความเชื่อทางศาสนา ความคิดทางการเมืองหรือความคิดเห็นทางอื่น สัญชาติ แหล่งกำเนิดทางเผ่าพันธุ์หรือสังคม สถานะทางทรัพย์สิน ทางกำเนิด หรือทางอื่น..."

2) หลักการพื้นฐานว่าด้วยการปฏิบัติต่อนักโทษ (Basic Principles for the Treatment of Prisoners)

หลักการฉบับนี้ได้มีการรับรองและประกาศโดยที่ประชุมสมัชชาทั่วไปแห่งสหประชาชาติ โดยมติที่ 45/111 เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1990

"1. นักโทษทุกคนพึงได้รับการปฏิบัติอย่างเคารพต่อศักดิ์ศรีและคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์

2. การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นๆ แหล่งกำเนิดทางชาติหรือสังคม สถานภาพทางทรัพย์สิน กำเนิดหรือทางอื่นใดนั้นจะกระทำมิได้...

4. ความรับผิดชอบของเรือนจำในการคุมขังนักโทษและในการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมนั้น จะต้องเป็นไปอย่างสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เชิงสังคมในด้านอื่นๆ ของรัฐ และความรับผิดชอบขั้นพื้นฐานของรัฐในการส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีและการพัฒนาของสมาชิกทั้งหมดของสังคม

5. เว้นแต่ข้อจำกัดซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่ามีความจำเป็นอันสืบเนื่องจากข้อเท็จจริงว่า จะต้องจำกัดอิสรภาพของนักโทษนั้น นักโทษทุกคนพึงได้รับความคุ้มครองในเรื่องของสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งกำหนดโดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ตลอดจนกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิความเป็นพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และพิธีสารตามสิทธิฉบับอื่นๆ ซึ่งประเทศนั้นๆ ได้ตกลงเป็นภาคี อีกทั้งนักโทษทุกคนพึงได้รับการคุ้มครองสิทธิอื่นๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับอื่นขององค์การสหประชาชาติด้วย..."[163]

[163] กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ชาติ ชัยเดชสุริยะ และณัฐวสา ฉัตรไพฑูรย์. เล่มเดิม. ไม่มีเลขหน้า.

2.6 การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาในรัฐเสรีประชาธิปไตย

2.6.1 ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

นับแต่เมื่อมนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคมซึ่งมีการจัดการปกครองเป็นระบบระเบียบ มนุษย์ได้พยายามสรรหาวิธีการต่างๆ ในอันที่จะให้ได้มาซึ่งตัวผู้ปกครอง เราพบรูปแบบและวิธีการสรรหาตัวผู้ปกครองหลายรูปแบบในประวัติศาสตร์ เช่น การกำหนดตัวผู้ปกครองโดยการสืบราชสันตติวงศ์ หรือการใช้กระบวนการจับฉลากคัดเลือกตัวผู้ปกครอง ส่วนกระบวนการสรรหาตัวผู้ปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้นใช้วิธีการเลือกตั้ง เป็นกระบวนการสรรหาผู้ซึ่งจะเข้าไปดำรงตำแหน่งทางการเมืองโดยผู้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนซึ่งถือว่าเป็นองค์กรผู้แต่งตั้ง แสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้ง คะแนนเสียงดังกล่าวจะได้รับการนับและนำมาคำนวณเพื่อให้ได้ผลว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง การเลือกตั้งเป็นวิธีการหนึ่งในหลายวิธีการในการที่จะให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจทางการเมือง เคียงคู่ไปกับวิธีการอื่นๆ เช่น การให้ประชาชนมาออกเสียงแสดงประชามติในการตัดสินใจทางการเมืองที่สำคัญ เป็นต้น

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย การเลือกตั้งนับว่าเป็นเงื่อนไขพื้นฐานอันอาจเสียมิได้ ประชาธิปไตยกับการเลือกตั้งมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างแน่นแฟ้น การเลือกตั้งมีผลทำให้อำนาจรัฐมีความชอบธรรม อย่างไรก็ตาม การเลือกตั้งในรัฐเสรีประชาธิปไตยจะประสบความสำเร็จได้ก็แต่โดยพื้นฐานความเชื่อมั่นของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ในสังคม ซึ่งจะต้องยอมรับหลักเสียงข้างมาก ซึ่งเป็นหลักการเบื้องแรกที่ใช้ในการตัดสินใจเรื่องราวต่างๆ ในสังคมการเมือง กลุ่มผลประโยชน์ที่เป็นเสียงข้างน้อยจะต้องยอมรับการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากนั้น ในขณะเดียวกันเพื่อไม่ให้การเลือกตั้งนำไปสู่ความเป็นเผด็จการเสียงข้างมาก จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีหลักคุ้มครองเสียงข้างน้อยด้วย เช่น กลุ่มเสียงข้างน้อยต้องได้รับการประกันในการที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจทางการเมือง จะถูกตัดออกไปจากกระบวนการดังกล่าวไม่ได้[164]

การเลือกตั้งเป็นเครื่องแสดงออกซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน ซึ่งเป็นการปกครองที่ได้รับความยินยอมจากประชาชน ที่ว่าเป็นการปกครองที่ได้รับความยินยอมจากประชาชน ก็เนื่องมาจากประชาชนไม่ได้เข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจรัฐโดยตรง แต่ประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจแห่งรัฐให้ความยินยอมผู้แทนของตนใช้อำนาจรัฐได้ตามระยะเวลาหรือตามวาระที่กำหนดไว้ล่วงหน้าในรัฐธรรมนูญ โดยเหตุที่การเลือกตั้งในรัฐเสรีประชาธิปไตยเป็นเครื่องแสดงออกซึ่งการปกครองแบบมีผู้แทน การเลือกตั้งจึงมีความหมายและความสำคัญยิ่ง การเลือกตั้ง

---

[164] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค (2542, กันยายน-ธันวาคม). “การเลือกตั้งในรัฐเสรีประชาธิปไตย.” **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 1, 3.** หน้า 95.

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักการสำคัญๆ อันแตกต่างไปจากการเลือกตั้งในรัฐรูปแบบอื่น เช่น จะต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเสรีระหว่างผู้สมัครรับเลือกตั้งและพรรคการเมือง ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนผู้เลือกตั้งได้ใช้สิทธิ “เลือกสรร” ผู้สมัครหรือพรรคการเมืองที่ตนเห็นว่ามีแนวคิดทางการเมืองคล้ายคลึงกับตนหรือมีนโยบายที่สามารถช่วยแก้ปัญหาของตนและของประเทศได้ ต้องเปิดโอกาสให้มีการแสดงความเห็น เผยแพร่ข่าวสารข้อมูลเพื่อให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถสร้างเจตจำนงทางการเมืองของตนได้ ในแง่ของผู้เลือกตั้งรัฐต้องกำหนดให้การเลือกตั้งเป็นการใช้สิทธิอย่างทั่วถึงในประชาชนทุกกลุ่ม ไม่เลือกศาสนา ฐานันดร เพศ ภาษา ถิ่นกำเนิด อาชีพหรือความเชื่อทางการเมือง การใช้สิทธิต้องเป็นไปอย่างเสมอภาค ซึ่งหมายความว่าผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งต้องมีคะแนนเสียงเท่ากัน ไม่ใช่กำหนดให้ผู้มีรายได้สูง ผู้เสียภาษาให้รัฐมากหรือผู้มีการศึกษาดี มีคะแนนเสียงมากกว่าบุคคลอื่น รัฐจะต้องประกันให้การใช้สิทธิเลือกตั้งเป็นไปอย่างเสรี กล่าวคือต้องไม่ยอมให้มีการใช้อิทธิพลข่มขู่ บังคับขู่เข็ญโดยผิดกฎหมาย นอกจากนี้การใช้สิทธิเลือกตั้งในรัฐเสรีประชาธิปไตยจะต้องเป็นไปโดยลับ ซึ่งหมายความว่า การตัดสินใจของผู้ลงคะแนนเสียงต้องไม่สามารถถูกตรวจสอบได้โดยบุคคลอื่น หลักการใช้สิทธิเลือกตั้งที่ต้องเป็นไปโดยลับนี้ ย่อมมีผลเป็นการสนับสนุนหลักการใช้สิทธิเลือกตั้งโดยเสรีด้วย[165]

2.6.2 วัตถุประสงค์ของการเลือกตั้ง

การเลือกตั้งในรัฐเสรีประชาธิปไตยมีขึ้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ต่างๆ เช่น เพื่อให้มีการแข่งขันกันในทางนโยบายระหว่างกลุ่มหรือพรรคการเมืองต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งผู้แทนทางการเมืองที่ดี เพื่อให้มีการโอนความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนไปยังบุคคลผู้ได้รับเลือกตั้งและพรรคการเมืองต่างๆ อย่างไรก็ตาม เราอาจสรุปหรือจัดกลุ่มวัตถุประสงค์ของการเลือกตั้งให้เป็นระบบออกเป็นสี่กลุ่มด้วยกันคือ

2.6.2.1 วัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งผู้แทนของประชาชน สังคมและการเมืองในสมัยใหม่ประกอบด้วยสมาชิกจำนวนมากและมีลักษณะเป็นสังคมพหุลักษณ์ (สังคมซึ่งมีความหลากหลายในแง่ของกลุ่มผลประโยชน์ ความต้องการ ความเชื่อ ความคิด ฯลฯ) ไม่อาจขาดซึ่งผู้ที่ทำหน้าที่แทนตนได้ ดังนั้นกลุ่มของสังคมทุกกลุ่มต้องสามารถที่จะมีส่วนร่วมทางการเมืองได้ เพื่อที่ตนจะได้มีผู้แทน

2.6.2.2 วัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการหล่อหลอมเจตจำนงและความคิดเห็นทางการเมืองของประชาชน การเลือกตั้งคือการลงคะแนนเสียงของผู้มีสิทธิเลือกตั้งแต่ละคนซึ่งมีเจตจำนงมีความเห็นทางการเมืองแตกต่างกันออกไป การเลือกตั้งจะมีผลช่วยในการหล่อหลอมความเป็นพหุลักษณ์ของสังคมไม่ให้แตกต่างกันมากนัก และจะมีส่วนร่วมในการสร้าง “เจตจำนงร่วม” ทางการ

---

[165] แหล่งเดิม. หน้า 95.

เมืองขึ้น การเลือกตั้งจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์นี้ได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าประชาชนมาร่วมออกเสียงใช้สิทธิเลือกตั้งมากน้อยเท่าใด และยอมรับผลการเลือกตั้งหรือไม่

2.6.2.3 วัตถุประสงค์เพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้ปกครอง ในรัฐเสรีประชาธิปไตยถือว่าอำนาจรัฐมีที่มาจากประชาชน ประชาชนแสดงออกซึ่งอำนาจดังกล่าวโดยการเลือกตั้ง การเลือกตั้งจะสามารถสร้างความชอบธรรมให้แก่รัฐหรือผู้ปกครองได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขพื้นฐานในการเลือกตั้ง กล่าวคือ ประชาชนต้องมีโอกาส “เลือกสรร” ผู้สมัครรับเลือกตั้งซึ่งแข่งขันกันอย่างเสรีโดยแท้จริง ในรัฐที่ปกครองระบอบเผด็จการหรือในระบบที่มีพรรคการเมืองพรรคเดียว แม้ว่าจะมีการเลือกตั้งแต่ผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องถูกกำหนดโดยพรรคการเมืองที่คุมอำนาจรัฐเท่านั้น ในทางพฤตินัยประชาชนถูก “บังคับ” ให้ไปเลือกตั้ง การเลือกตั้งในลักษณะเช่นนี้ ย่อมจะถือว่าเป็นการเลือกตั้งเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งความชอบธรรมของผู้ปกครองไม่ได้

2.6.2.4 วัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการใช้อำนาจรัฐ การควบคุมการใช้อำนาจรัฐในระบอบประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนจะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อประชาชนมีโอกาสไปใช้สิทธิเลือกตั้งภายในระยะเวลาอันสมควรที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เช่น ภายใน 4 ปีหรือ 5 ปี ในกรณีนี้การเลือกตั้งย่อมเป็นเทคนิคประการหนึ่งในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ เนื่องจากประชาชนได้รับโอกาสในการลงคะแนนเสียงเพื่อเปลี่ยนแปลงตัวผู้แทน ซึ่งมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลที่บริหารประเทศ ถึงแม้ว่าคะแนนเสียงของผู้ไปใช้สิทธิเลือกตั้งเพียงคะแนนเดียวอาจไม่มีผลต่อการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยตรง แต่คะแนนเสียงของผู้ไปใช้สิทธิร่วมกันย่อมเป็นปัจจัยชี้ขาดในการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองได้[166]

2.6.3 สภาพของการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง

อาจแยกพิจารณาได้สองแง่ คือ การพิจารณาในแง่กฎหมายและการพิจารณาในแง่ความคิดเห็นทางปรัชญา

2.6.3.1 เมื่อพิจารณาในแง่กฎหมาย แยกความเห็นสามประการ คือการเลือกตั้งมีสภาพเป็นสิทธิ (Right) การเลือกตั้งมีสภาพเป็นเอกสิทธิ์ (Privilege) และการเลือกตั้งมีสภาพเป็นหน้าที่ (Duty)

1) ความเห็นที่ว่าการเลือกตั้งเป็นสิทธิ สิทธิคือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและป้องกันให้ ประโยชน์ที่จะถือว่าเป็นสิทธินั้นต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์สองประการ คือกฎหมายรับรองว่าประโยชน์นั้นมีอยู่ และถ้ามีการละเมิดประโยชน์นั้นกฎหมายก็ป้องกันให้ ถ้าพิจารณาในแง่ผลประโยชน์ การที่กฎหมายให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งลงคะแนนเสียงเลือกตั้งได้ย่อมเป็นประโยชน์ของบุคคลนั้น เพราะคะแนนเสียงของเขาอาจทำให้ผู้สมัครได้รับเลือกเป็นผู้แทน ถ้าหากคะแนน

---

[166] แหล่งเดิม. หน้า 97-98.

เสียงรวมเข้ากับคะแนนเสียงของบุคคลอื่นจนเป็นเสียงข้างมาก ซึ่งในกรณีนี้ผู้สมัครนั้นจะได้เป็นผู้แทนราษฎร เป็นผู้แทนประโยชน์ได้เสียของเขาหรือซึ่งมีความคิดเห็นทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมในแนวทางตรงกับความคิดเห็นของเขา และประโยชน์ดังกล่าวนี้กฎหมายได้ป้องกันให้ ฉะนั้นในความเห็นนี้การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งจึงมีสภาพเป็นสิทธิ และโดยเหตุนี้จึงเรียกกันว่า “สิทธิเลือกตั้ง” เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ใช้ถ้อยคำว่า “มาตรา 51 บุคคลมีหน้าที่ที่จะใช้สิทธิในการเลือกตั้งโดยสุจริต” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ใช้ถ้อยคำว่า “มาตรา 58 ในการใช้สิทธิเลือกตั้งและสิทธิออกเสียงประชามติ บุคคลมีหน้าที่ต้องกระทำโดยสุจริต” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ใช้ถ้อยคำว่า “มาตรา 49 ในการใช้สิทธิเลือกตั้งและออกเสียงประชามติ บุคคลมีหน้าที่ต้องกระทำโดยสุจริต และมุ่งถึงประโยชน์ส่วนรวม”

2) ความเห็นที่ว่าการลงคะแนนเสียงเป็นเอกสิทธิ์ เอกสิทธิ์คือการที่บุคคลได้รับมาซึ่งเสรีภาพที่จะไม่ให้บุคคลอื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้อง การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งมีสภาพเป็นเอกสิทธิ์เพราะผู้ที่มีสิทธิเลือกตั้งย่อมมีเสรีภาพหรือความเป็นอิสระจากการที่บุคคลอื่นจะสอดเข้ามาเกี่ยวข้อง เมื่อเขาได้เลือกตั้งไปแล้ว ผู้ใดจะยกขึ้นเป็นเหตุว่ากล่าวในคดีแพ่ง คดีอาญาหรือกรณีอย่างใดๆ เช่น การลงโทษในทางวินัย ไม่ได้ทั้งสิ้น

3) ความเห็นที่ว่าการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเป็นหน้าที่ หน้าที่หมายความว่าการที่บุคคลจำต้องกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งจะมีสภาพเป็นหน้าที่หรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งบังคับให้บุคคลต้องไปเลือกตั้งหรือไม่ ถ้ากฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งบังคับว่าต้องเลือกตั้ง การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งก็เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย แต่ถ้ากฎหมายไม่บังคับให้เป็นหน้าที่ การเลือกตั้งก็ไม่ใช่หน้าที่ ถ้าจะถือว่าการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเป็นหน้าที่ ก็เป็นเพียงหน้าที่ในทางการเมืองหรือหน้าที่ในทางศีลธรรมเท่านั้น หาใช่หน้าที่ในทางกฎหมายไม่

2.6.3.2 เมื่อพิจารณาในแง่ความคิดเห็นทางทฤษฎี แยกความเห็นเป็นสามประการ คือ

1) การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งมีสภาพเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ กล่าวคือสิทธินี้เกิดมาพร้อมกับบุคคลในฐานที่เป็นหน่วยหนึ่งของรัฐ ถ้าบุคคลมีอายุตามเกณฑ์และไม่มีลักษณะต้องห้ามแล้วย่อมมีสิทธิเลือกตั้งได้ การดำเนินการตามความคิดนี้จึงต้องพยายามให้สิทธิเลือกตั้งแก่บุคคลให้มากที่สุด เพราะตามกฎหมายธรรมชาติ เมื่อมนุษย์เกิดมาย่อมมีฐานะเสมอภาคกัน

2) การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งมีสภาพเป็นอำนาจหน้าที่สาธารณะที่ให้แก่เอกชนแต่ละคน เพื่อปฏิบัติการให้เป็นประโยชน์ต่อสังคม โดยที่สวัสดิภาพของสังคมย่อมขึ้นอยู่กับ

การปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่อย่างชาญฉลาด ฉะนั้น การที่จะให้สิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งแก่บุคคลจึงจำกัดเฉพาะบุคคลที่เหมาะสมและสามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่นี้ด้วยดีเท่านั้น ถ้าดำเนินตามความคิดนี้ย่อมจะจำกัดการเลือกตั้งได้เสมอ เมื่อปรากฏว่าบุคคลนั้นๆ เข้าลักษณะที่ไม่สามารถใช้สิทธิเลือกตั้งได้โดยถูกต้อง

3) การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งมีสภาพเป็นสิทธิที่จะคัดค้านการกระทำ กล่าวคือ เมื่อถึงเวลาลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ถ้าบุคคลไม่เห็นด้วยกับการกระทำของรัฐบาลหรือเจ้าพนักงานใด ก็ไม่ลงคะแนนเสียงสนับสนุนพรรคการเมืองหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งซึ่งเป็นฝ่ายรัฐบาลหรือเจ้าพนักงานนั้น[167]

2.6.4 ระบบการเลือกตั้ง

ระบบการเลือกตั้งที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน อาจแยกได้เป็นสองระบบใหญ่ๆ คือการเลือกตั้งระบบเสียงข้างมาก และการเลือกตั้งระบบสัดส่วน

2.6.4.1 การเลือกตั้งระบบเสียงข้างมาก

โดยหลักการแล้วรัฐใดใช้ระบบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมาก รัฐนั้นจะมีการแบ่งเขตการเลือกตั้งออกเป็นหลายเขตโดยแต่ละเขตการเลือกตั้งมีขนาดใกล้เคียงกัน ผู้ที่ได้รับการเลือกตั้งได้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ได้คะแนนสูงสุดในเขตการเลือกตั้งที่ตนลงสมัคร ในกรณีที่ในเขตการเลือกตั้งนั้นมีผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งหลายคน ผู้สมัครที่ได้รับเลือกตั้งอาจได้คะแนนเสียงไม่ถึงครึ่งหนึ่งของคะแนนเสียงทั้งหมดของผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้ง เช่น ได้คะแนนเสียงเพียงร้อยละ 35 ของจำนวนผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้ง เป็นต้น การเลือกตั้งในระบบนี้เรียกว่า “การเลือกตั้งแบบเสียงข้างมากสัมพัทธ์” มีผลในการสร้างระบบสองพรรคการเมืองขึ้นมา ตัวอย่างของประเทศที่ใช้การเลือกตั้งในระบบนี้ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ซึ่งมีพรรคการเมืองใหญ่สองพรรค คือพรรคแรงงาน (Labour) และพรรคอนุรักษ์นิยม (Conservative)

นอกจากการเลือกตั้งระบบเสียงข้างมากสัมพัทธ์แล้ว ยังมีการเลือกตั้งอีกแบบหนึ่งซึ่งถือว่าอยู่ในประเภทของการเสียงตั้งแบบเสียงข้างมากเช่นกัน ได้แก่ การเลือกตั้งระบบเสียงข้างมากเด็ดขาด ในการเลือกตั้งระบบนี้ รัฐอาจใช้เทคนิคการเลือกตั้งได้สองวิธีด้วยกัน วิธีแรก รัฐแบ่งเขตการเลือกตั้งออกเป็นหลายเขตขนาดใกล้เคียงกัน แต่ละเขตมีผู้แทนได้หนึ่งคน ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งมีคะแนนเสียงคนละสองคะแนน คะแนนเสียงที่หนึ่งเป็นคะแนนเสียงแท้ ส่วนคะแนนเสียงที่สองเป็นคะแนนเสียงสำรอง ซึ่งจะนำมาใช้คำนวณในกรณีที่นับคะแนนเสียงหนึ่งแล้ว ยังไม่มีผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใดได้คะแนนเสียงข้างมากเด็ดขาด คือเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้ง เราเรียกวิธีนี้ว่า “Alternative Vote System” วิธีที่สอง รัฐอาจกำหนดให้มีการเลือกตั้งรอบที่

---

[167] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ค เล่มเดิม. หน้า 7-9.

สอง ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่ามีผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใดได้คะแนนเสียงข้างมากเด็ดขาดในการเลือกตั้งรอบแรก การเลือกตั้งในรอบที่สองนี้ รัฐจะกำหนดให้เฉพาะผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดสองอันดับแรกในการเลือกตั้งรอบแรก เป็นผู้มีสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งรอบที่สอง โดยเหตุดังกล่าวการเลือกตั้งในรอบที่สองจะนำไปสู่การแบ่งกลุ่มและการต่อสู้ทางการเมืองเฉพาะผู้สมัครรับเลือกตั้งสองคนเท่านั้น ในกรณีนี้ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ได้คะแนนเสียงไม่มากพอที่จะแข่งขันได้ในรอบที่สอง อาจจะหันไปสนับสนุนผู้สมัครรับเลือกตั้งในรอบที่สองคนใดคนหนึ่ง และเป็นปัจจัยสำคัญในการชี้ขาดชัยชนะของผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้นั้นได้ นอกจากที่กล่าวมานี้ รัฐอาจกำหนดให้การเลือกตั้งรอบที่สองเป็นการแข่งขันระหว่างผู้สมัครรับเลือกตั้งมากกว่าสองคนก็ได้ เช่น กำหนดว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใดที่คะแนนเสียงในรอบแรกเกินกว่าร้อยละ 15 ของจำนวนผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งย่อมมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งในการเลือกตั้งรอบที่สองได้ ในกรณีนี้การเลือกตั้งในรอบที่สองย่อมใช้ระบบเสียงข้างมากสัมพัทธ์ ผู้ที่ได้คะแนนเสียงมากที่สุดในการเลือกตั้งรอบที่สองถือว่าเป็นผู้ชนะการเลือกตั้ง

การเลือกตั้งในระบบเสียงข้างมากมีผลเป็นการสร้างความเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของท้องถิ่นยิ่งกว่าความเป็นผู้แทนในระดับประเทศ ในการรณรงค์หาเสียงเลือกตั้ง ผู้สมัครรับเลือกตั้งย่อมมุ่งหาเสียงกับคนในพื้นที่ที่ตนลงสมัครเป็นสำคัญ โดยเหตุดังกล่าวผู้สมัครรับเลือกตั้งในระบบนี้จะมุ่งพิจารณาผลประโยชน์ในระดับท้องถิ่นเป็นหลักยิ่งกว่าผลประโยชน์ในระดับประเทศ ผู้ได้รับการเลือกตั้งย่อมผูกพันกับคนในพื้นที่ยิ่งกว่าผูกพันกับพรรคการเมืองที่ส่งตนลงสมัครรับเลือกตั้ง ในระบบนี้พรรคการเมืองที่เกิดขึ้นใหม่ซึ่งไม่มีผู้ที่เคยเป็นผู้แทนราษฎรอยู่ในสังกัด มีโอกาสไม่มากนักในการที่จะชนะการเลือกตั้ง นอกจากนี้หากพิจารณาในแง่ของน้ำหนักคะแนนเสียงที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเสียงให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งซึ่งในที่สุดพ่ายแพ้การเลือกตั้งนั้น จะพบว่าคะแนนเสียงดังกล่าวเป็นคะแนนเสียงที่ไม่ได้ถูกนำมาพิจารณาแม้แต่น้อย เราอาจกล่าวได้ว่าในการเลือกตั้งระบบเสียงข้างมาก เฉพาะคะแนนเสียงที่ลงให้แก่ผู้ชนะการเลือกตั้งเท่านั้นถือว่าเป็นคะแนนเสียงแทนคะแนนอื่นๆ ในเขตเลือกตั้งนั้นทั้งหมด อย่างไรก็ตาม การเลือกตั้งในระบบเสียงข้างมากมีผลทำให้วัตถุประสงค์ในการหล่อหลอมเจตจำนงและความเห็นทางการเมืองของประชาชนในเขตเลือกตั้งนั้นสำเร็จลงดียิ่งกว่าการเลือกตั้งในระบบสัดส่วน[168]

นับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยเมื่อ พ.ศ. 2475 จนถึงการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม 2554 ประเทศไทยได้จัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในระบบเสียงข้างมากสัมพัทธ์มาโดยตลอด จะ

[168] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค เล่มเดิม. หน้า 98-100.

แตกต่างกันไปในแต่ละครั้งก็เพียงการกำหนดจำนวนเขตเลือกตั้ง หรือจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่จะมีได้ในแต่ละเขตเลือกตั้งเท่านั้น[169]

2.6.4.2 การเลือกตั้งระบบสัดส่วน

ในการเลือกตั้งระบบสัดส่วน พรรคการเมืองต้องทำบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งเรียงตามลำดับเสนอแก่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เพื่อให้ประชาชนพิจารณาลงคะแนนเสียงเลือกพรรคการเมืองนั้น เมื่อมีการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งแล้วจะมีการคำนวณที่นั่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พรรคการเมืองแต่ละพรรคจะได้รับ ทั้งนี้ตามสัดส่วนของคะแนนเสียงที่ประชาชนออกเสียงลงคะแนนให้แก่พรรคการเมืองนั้นๆ โดยกระบวนการนี้สภาผู้แทนราษฎรจึงเป็นเสมือน “กระจก” สะท้อนภาพของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ในสังคม ในการจัดการเลือกตั้งระบบสัดส่วนนี้รัฐอาจกำหนดให้พรรคการเมืองทำบัญชีรายชื่อเพียงบัญชีเดียว ทั้งนี้โดยใช้ประเทศเป็นเขตเลือกตั้ง หรืออาจกำหนดให้มีเขตการเลือกตั้งหลายเขตและให้พรรคการเมืองทำบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งตามจำนวนเขตเลือกตั้งที่กำหนดก็ได้

การเลือกตั้งในระบบสัดส่วนเป็นวิธีที่เป็นธรรมที่สุด เพราะจะทำให้พรรคที่ได้รับคะแนนเสียงถึงระดับคะแนนมาตรฐานสามารถมีที่นั่งได้ จึงเป็นการส่งเสริมพรรคการเมืองขนาดเล็ก นั่นคือทุกกระแสความคิดสามารถมีโอกาสมีผู้แทนของตนในสภา แต่ก็มีจุดอ่อนที่โอกาสจัดตั้งรัฐบาลเสียงข้างมากเป็นเรื่องยาก เพราะนั่นหมายถึงพรรคใดพรรคหนึ่งจะต้องได้รับเสียงสนับสนุนอย่างท่วมท้น วิธีเลือกตั้งแบบสัดส่วนจะไม่ก่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างพรรคการเมืองต่างๆ แต่ต่างคนจะต่างหาเสียงเพราะมีโอกาสมีที่นั่งในสภาซึ่งทำให้เกิดผลในแง่การสร้างวินัยให้แก่สมาชิกพรรค เพราะสมาชิกไม่ต้องกลัวว่าตนจะไม่มีโอกาสได้ที่นั่งเลย และหาทางไปอยู่พรรคการเมืองอื่นแต่ละพรรคจึงโฆษณาถึงอุดมการณ์ของตนได้อย่างเต็มที่ บางประเทศที่ใช้ระบบนี้ก็แก้จุดอ่อนในเรื่องความไม่มีเสถียรภาพของรัฐบาลเนื่องจากไม่มีเสียงพอสมควรหรือข้างมากในสภา เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้งสภายุโรปของฝรั่งเศสกำหนดว่า แต่ละพรรคต้องได้เสียงถึงร้อยละ 5 ของจำนวนผู้ไปใช้สิทธิที่เป็นบัตรดี อันเป็นผลให้พรรคนิเวศน์ (Ecologiste) ซึ่งได้คะแนนร้อยละ 4.38 ไม่มีโอกาสมีที่นั่งในสภายุโรป หรืออาจจะใช้วิธีแบ่งที่นั่งออกเป็นสองส่วน ส่วนหนึ่งใช้คะแนนมาตรฐานของเขตเลือกตั้ง อีกส่วนหนึ่งใช้คะแนนมาตรฐานทั้งประเทศ ดังเช่นกรณีของประเทศสวีเดนก็ได้ ซึ่งก็ได้รับผลที่น่าพอใจ ทำให้รัฐบาลมีเสียงข้างมากได้ ประเทศที่ใช้ระบบสัดส่วนในการเลือกสมาชิกสภาผู้แทนมีจำนวนไม่น้อย ได้แก่ เบลเยี่ยม เนเธอร์แลนด์ ลักเซมเบอร์ก อิตาลี นอร์เวย์ สวีเดนฟินแลนด์ สเปน โปรตุเกส ออสเตรีย อิสราเอล เซเนกัล ไอร์แลนด์ แต่สำหรับไอร์แลนด์ใช้ระบบสัดส่วน (แบบ Hare) ที่ผู้เลือกตั้งมีสิทธิเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งได้ 1 คน คือออก

---

[169] แหล่งเดิม. หน้า 101-102.

เสียงจริง 1 เสียง และเสียงที่เหลือจะแสดงถึง preference ต่อผู้สมัคร กล่าวคือถ้าผู้สมัครคนหนึ่งได้คะแนนถึงมาตรฐานแล้ว คะแนนที่ไม่ได้ใช้ที่เหลืออยู่ของผู้สมัครคนนี้จะโอนไปให้ผู้สมัครคนที่ได้คะแนนเป็นที่สองในบัญชีรายชื่อ และทำเช่นนี้ไปเรื่อยๆ[170]

การเลือกตั้งในระบบสัดส่วนนี้อาจมีผลนำไปสู่การมีพรรคการเมืองหลายพรรคในสภา และอาจส่งผลกระทบในทางลบต่อการจัดตั้งรัฐบาลหรือเสถียรภาพของรัฐบาลได้ แม้กระนั้นก็ตาม ยังมีผู้เห็นว่าการเลือกตั้งในระบบสัดส่วนนี้ถือเป็นการเลือกตั้งในระบบประชาธิปไตยโดยแท้จริง เพราะนอกจากคะแนนเสียงทุกคะแนนที่ผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งออกเสียงให้แก่พรรคการเมืองจะได้รับการนำมาคำนวณแล้ว สภาผู้แทนราษฎรยังสะท้อนภาพความคิดทางการเมืองของประชาชนที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งอย่างตรงต่อความจริงที่สุดอีกด้วย หากการเลือกตั้งในระบบเสียงข้างมากเป็นการเลือกตั้งที่มีผลให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องผูกพันตนอยู่กับประชาชนในเขตเลือกตั้งของตนยิ่งกว่าพรรคการเมืองแล้ว การเลือกตั้งในระบบสัดส่วนจะมีผลต่อเรื่องดังกล่าวในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ การเลือกตั้งในระบบสัดส่วนจะทำให้พรรคการเมืองมีความเข้มแข็ง นอกจากนี้ ผู้แทนราษฎรจะคำนึงถึงผลประโยชน์ในระดับประเทศยิ่งกว่าผลประโยชน์ท้องถิ่น

2.6.4.3 การเลือกตั้งระบบผสม

เป็นวิธีเลือกตั้งแบบเสียงข้างมากผสมกับวิธีเลือกตั้งแบบสัดส่วนเพื่อรวมข้อดีของทั้งสองระบบไว้ด้วยกัน เยอรมันตะวันตกเป็นประเทศแรกที่ใช้วิธีผสมนี้โดยแบ่งที่นั่งในสภาผู้แทนออกเป็นสองส่วนเท่าๆ กัน ที่นั่งครึ่งหนึ่งใช้วิธีเลือกตั้งแบบเสียงข้างมาก ที่นั่งอีกครึ่งหนึ่งใช้วิธีเลือกแบบสัดส่วน ดังนั้นประชาชนหนึ่งคนจึงมีเสียงเลือกตั้งสองเสียง เสียงแรกเป็นการเลือกบุคคล เสียงที่สองเป็นการเลือกพรรคการเมือง และเพื่อไม่ให้ที่นั่งกระจายไปสู่พรรคเล็กมากเกินไป กฎหมายเลือกตั้ง ค.ศ. 1956 ได้กำหนดคะแนนขั้นต่ำของพรรคการเมืองที่จะได้รับการแบ่งที่นั่งตามระบบสัดส่วนว่า ต้องได้เสียงอย่างน้อยร้อยละ 5 ของจำนวนผู้ไปใช้สิทธิที่เป็นบัตรดีทั้งประเทศ[171]

2.6.4.4 ระบบเลือกตั้งในประเทศไทย

ประเทศไทยมีกฎหมายเลือกตั้งฉบับแรกเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2475 ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในระหว่างเวลาที่ใช้บทบัญญัติฉะเพาะกาลในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 วิธีการเลือกตั้งที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นการเลือกตั้งทางอ้อม ราษฎรไปเลือกตั้งผู้แทนตำบล ตำบลละหนึ่งคนก่อน จากนั้นผู้แทนตำบลในแต่ละจังหวัดจึงไปเลือกผู้แทนจังหวัด จังหวัดละหนึ่งคนเป็นอย่างน้อย ดังที่มาตรา 3 บัญญัติว่า “การเลือกตั้งผู้แทนราษฎรนั้นให้ดำเนินการตามลำดับคือ ราษฎรผู้มีสิทธิ

---

[170] โภคิน พลกุล ข (2527). “ระบบเลือกตั้ง.” **วารสารนิติศาสตร์, 13, 3.** หน้า 56-57.

[171] แหล่งเดิม. หน้า 57-58.

ออกเสียงในตำบลเลือกตั้งผู้แทนตำบลๆ ละหนึ่งคน แล้วผู้แทนตำบลในจังหวัดเลือกตั้งผู้แทนราษฎรจังหวัดละหนึ่งคน ถ้าจังหวัดใดมีพลเมืองเกินกว่าหนึ่งแสนคน ให้เลือกผู้แทนราษฎรเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งคนทุกๆ หนึ่งแสน ถ้าต่ำกว่าครึ่งให้ปัดเศษ"

กฎหมายฉบับนี้ไม่มีโอกาสได้ใช้เพราะมีการออกพระราชกฤษฎีกาปิดสภาผู้แทนเสียก่อนเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2476 และได้รับการแก้ไขใหม่โดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้ง พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2476 (14 มิถุนายน 2476) ซึ่งก็ไม่ได้ใช้อีกจนมีการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ ชื่อว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้ง พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2476 (ฉบับที่ 2) (10 สิงหาคม 2476)

การเลือกตั้งผู้แทนราษฎรครั้งแรกของประเทศไทยดำเนินไปตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งฯ ฉบับวันที่ 10 สิงหาคม 2476 โดยคงเป็นการเลือกตั้งทางอ้อมเช่นเดิม ดังที่มาตรา 4 บัญญัติว่า "การเลือกตั้งผู้แทนราษฎรนั้นให้ดำเนินการตามลำดับดังนี้ (1) ราษฎรผู้มีสิทธิออกเสียงในตำบลเลือกตั้งผู้แทนตำบลๆ ละหนึ่งคน (2) ผู้แทนตำบลในจังหวัดเลือกตั้งผู้แทนราษฎรจังหวัดละหนึ่งคน ถ้าจังหวัดใดมีพลเมืองเกินกว่าสองแสนคนให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรเพิ่มขึ้นหนึ่งคนทุกๆ สองแสน" และมาตรา 30 วรรคแรก บัญญัติว่า "ในจังหวัดซึ่งตามความในมาตรา 4 (2) จะมีผู้แทนราษฎรได้แต่เพียงคนเดียวเท่านั้น ให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีคะแนนสูงสุดเป็นผู้แทนราษฎรจนครบตามจำนวน"

จะเห็นได้ว่าในการเลือกตั้งครั้งแรกของประเทศไทย มีเขตเลือกตั้งตั้งแต่เขตละหนึ่งคนไปเรื่อยๆ ตามจำนวนของประชาชนที่พึงมีในแต่ละจังหวัด จึงเป็นการผสมระหว่างการแบ่งเขตแบบเขตละหนึ่งคนกับเขตละหลายคน ซึ่งเราเรียกว่า "รวมเขต" เพียงแต่กฎหมายฉบับนี้เป็นการเลือกตั้งทางอ้อมแบบรวมเขต การเลือกตั้งตามระบบนี้มีขึ้นครั้งแรกและครั้งเดียวเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2476[172]

ประเทศไทยได้นำการเลือกตั้งระบบสัดส่วนมาใช้ครั้งแรกในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งกำหนดระบบการเลือกตั้งไว้ในมาตรา 98 วรรคหนึ่ง ว่า "สภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 500 คน โดยเป็นสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อตามมาตรา 99 จำนวน 100 คน และสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งตามมาตรา 102 จำนวน 400 คน"

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรานี้ ประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 99 วรรคหนึ่ง[173] และมาตรา 102 วรรหนึ่ง[174] จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้นำเอาการเลือกตั้งระบบสัดส่วนมาผสมกับการ

---

[172] แหล่งเดิม. หน้า 58-59.

[173] มาตรา 99 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า "การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อ ให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งมีสิทธิออกคะแนนเสียงลงคะแนนเลือกบัญชีรายชื่อ

เลือกตั้งระบบเสียงข้างมาก ทั้งนี้โดยกำหนดที่มาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนที่มาจากบัญชีรายชื่อพรรคการเมืองและส่วนที่มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง สำหรับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งนั้นแต่ละคนจะได้รับสิทธิในการออกเสียงเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสองคะแนนเสียง คะแนนเสียงที่หนึ่งเป็นคะแนนเสียงสำหรับผู้สมัครรับเลือกตั้งในเขตของตน อีกคะแนนเสียงหนึ่งเป็นคะแนนเสียงสำหรับบัญชีรายชื่อที่พรรคการเมืองจัดทำขึ้น ในการออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งนั้น รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้คะแนนเสียงทั้งสองต้องสัมพันธ์กันแต่อย่างใด กล่าวคือ ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งอาจใช้สิทธิเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งสังกัดพรรคการเมือง ก ในเขตเลือกตั้งของตน และขณะเดียวกันก็อาจใช้สิทธิลงคะแนนเสียงให้แก่บัญชีรายชื่อพรรคการเมือง ข ก็ได้ ส่วนการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้การเลือกตั้งระบบสัดส่วนมาผสมกับการเลือกตั้งระบบเสียงข้างมากเช่นเดียวกับ พ.ศ. 2540 แต่กำหนดให้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตจำนวน 125 คน และแบบบัญชีรายชื่อจำนวน 375 คน

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดที่มาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรประเภทที่มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและประเภทบัญชีรายชื่อพรรคการเมืองแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด แสดงให้เห็นว่า การเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2550 เป็นการเลือกตั้งในระบบผสมโดยแท้ กล่าวคือ ผสมระหว่างการเลือกตั้งในระบบสัดส่วนและการเลือกตั้งในระบบเสียงข้างมาก แต่เนื่องจากสัดส่วนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งสองประเภทแตกต่างกันมาก การเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับจึงเป็นการเลือกตั้งในระบบผสมที่เน้นระบบเสียงข้างมากสัมพัทธ์[175]

ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่พรรคการเมืองจัดทำขึ้น โดยให้เลือกบัญชีรายชื่อใดบัญชีรายชื่อหนึ่งบัญชีเดียว และให้ถือเขตประเทศเป็นเขตเลือกตั้ง”

[174] มาตรา 102 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า “การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง ให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งผู้สมัครรับเลือกตั้งได้เขตละหนึ่งคน”

[175] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค เล่มเดิม. หน้า 100-104.