

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพการคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคล

เพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งถือเป็นสิทธิประเภทหนึ่งที่เกิดด้วยมนุษย์มาตั้งแต่แรกเกิด หรืออีกนัยหนึ่งคือสิทธิมนุษยชนที่รัฐในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยจะให้ความสำคัญและการคุ้มครองเป็นพิเศษ บทนี้ผู้เขียนจะนำเสนอแนวคิดทฤษฎีและหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยเริ่มจากแนวคิดของการปกครองระบอบประชาธิปไตย หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และทฤษฎีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามลำดับ ดังนี้

2.1 แนวคิดและหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ก่อนที่มนุษย์จะมีการรวมตัวกันจนเป็นสังคมนั้น มนุษย์ยังมีความเป็นอยู่ที่เป็นเอกเทศ ต่อมาภายหลังได้มีการรวมตัวกันขึ้นจึงได้ก่อกำเนิดรัฐหรือสังคมนั้นขึ้น โดยมีการอธิบายแนวคิดหรือทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำเนิดรัฐไว้ว่ารัฐหรือสังคมนั้นเกิดขึ้นโดยเจตจำนงของมนุษย์หรือจากปรากฏการณ์ตามธรรมชาติ แนวคิดหรือทฤษฎีดังกล่าวมี 4 ทฤษฎีด้วยกัน ประกอบด้วยทฤษฎีเทวสิทธิ์ ทฤษฎีพลละกำลัง ทฤษฎีสัญญาประชาคมและทฤษฎีวิวัฒนาการ¹ การกำเนิดขึ้นของรัฐหรือสังคมนั้น ไม่ว่าจะมีการอธิบายถึงการเกิดขึ้นโดยเจตจำนงของมนุษย์เอง หรือจากปรากฏการณ์ตามธรรมชาติก็ตาม มนุษย์รวมตัวอยู่ด้วยกันเป็นรัฐก็เพราะมนุษย์คำนึงถึงประโยชน์ที่จะมีขึ้นจากการอยู่ร่วมกันนั่นเอง เหมือนกับนักปราชญ์ในสมัยโบราณ คือ อริสโตเติล ที่กล่าวไว้ว่า มนุษย์เป็นสัตว์สังคม โดยเชื่อว่ามนุษย์โดยธรรมชาติจะต้องมีชีวิตอยู่ร่วมกันกับบุคคลอื่นๆ ติดต่อกันสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ไม่สามารถดำรงชีวิตอยู่อย่างอิสระตามลำพังแต่เพียงผู้เดียวได้

¹ จาก *หลักกฎหมายมหาชน* (น. 41), โดย ผจกญ คงเมือง, 2550, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

สังคมจึงเกิดขึ้น² ในยุคแรกของการปกครองของสังคมรัฐ มีการปกครองโดยบุคคลที่ถูกแต่งตั้ง หรืออาจจะเป็นผู้ที่มีความเข้มแข็งมากที่สุดก็ได้ บุคคลที่เข้ามาทำหน้าที่ผู้นำอาจมีชื่อเรียกขานแตกต่างกันไป เช่น ผู้นำชนเผ่า กษัตริย์ ฮองเต้ จักรพรรดิ เป็นต้น ขึ้นอยู่กับสังคมและวัฒนธรรมของชุมชนนั้น ๆ แต่ไม่ว่าจะเรียกบุคคลที่เป็นผู้นำของสังคมรัฐว่าอะไรก็ตาม ในทางวิชาการเรียก รูปแบบการปกครองนั้นว่า การปกครองในระบอบเผด็จการ

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเกิดขึ้นครั้งแรกในกรุงเอเธนส์ ในสมัยของ Cleisthenes (ช่วง 507 ปีก่อนคริสตกาล) ซึ่งขึ้นเป็นผู้ปกครองเอเธนส์ต่อมาจาก Peisistratos โดย Cleisthenes ได้มีการปฏิรูปการปกครองของเอเธนส์เสียใหม่ ตามหลักความเชื่อที่ว่าทุกคนต้องมีสิทธิและเสรีภาพที่เท่าเทียมกัน ต่อมาภายหลังจากที่ Cleisthenes ตายลงมีการเปลี่ยนแปลงในเอเธนส์ จนทำให้ชนชั้นต่ำซึ่งไร้สมบัติแห่งเอเธนส์เริ่มมีความมั่นใจในตนเองและในที่สุดโดยการนำของ Ephialtes และ Pericles สามารถนำการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาสู่เอเธนส์ได้ในปี 462 ก่อนคริสตกาล³

Ephialtes และ Pericles ได้จัดให้มีสภาประชาชน หรือ Ekklesia ที่ประกอบไปด้วยพลเมืองทุกคนที่เป็นเพศชายและบรรลุนิติภาวะแล้ว โดยสมาชิกทุกคนจะมีสิทธิในการพูดสิทธิในการเสนอญัตติและมีสิทธิในการลงคะแนน มีการกำหนดให้ในแต่ละปีจะต้องมีการประชุมไม่น้อยกว่า 40 ครั้งต่อปี ส่วนตุลาการนั้นในสมัยของ Ephialtes และ Pericles ก็จัดให้มีการเลือกบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่ตุลาการด้วยวิธีการจับสลากกัน โดยกำหนดให้พลเมืองของเอเธนส์ที่จะสามารถทำหน้าที่ตุลาการและมีสิทธิจับสลากได้นั้นต้องมีอายุเกินกว่า 30 ปีขึ้นไป โดยเรียกศาลที่เกิดจากการจับสลากนี้ว่าศาลประชาชนหรือ Heliaia ตุลาการในศาลประชาชนจะมีจำนวนที่แตกต่างกันไปตั้งแต่ 201 คน จนถึง 1,501 คน⁴

ต่อมาทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตยได้พัฒนามากขึ้นด้วยแนวความคิดของนักทฤษฎีหรือนักปรัชญาทางการเมือง เช่น จอห์น ล็อก (John Locke) ฌองฌัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) และมองเตสกีเออ (Montesquieu) เป็นต้น จอห์น ล็อก ปฏิเสธลัทธิเทวสิทธิ์และเชื่อว่า โดยธรรมชาติมนุษย์จะมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ กล่าวคือ ทุกคนมีเสรีภาพจะทำอะไรก็ได้ภายในขอบเขตของ

² จาก หลักนิติธรรมสากลกับวิชาชีพทนายความ, โดย ภัทระ ลิ้มปิติระ, 2557 (กันยายน – ธันวาคม), 2557, หลักนิติธรรมสากลกับวิชาชีพทนายความ, *วารสารกระบวนการยุติธรรม*, น. 35.

³ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (น. 9), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ก, 2553, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴ แหล่งเดิม.

กฎหมายธรรมชาติ เช่น สิทธิในทรัพย์สินและมีความเสมอกัน จากสิทธิเสรีภาพที่แต่ละคนมีอยู่ตามธรรมชาติและแต่ละคนจะสละสิทธิและเสรีภาพของตนเองเพื่ออยู่ภายใต้อำนาจรัฐโดยลักษณะสัญญาประชาคม (Social Contract) และขณะเดียวกันรัฐจะต้องปกครองด้วยความชอบธรรมเคารพในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามธรรมชาติ ดังนั้นหากรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขตตามที่ได้กำหนดไว้ ประชาชนก็มีสิทธิที่จะขัดขืนการใช้อำนาจรัฐได้ แนวความคิดของล๊อคคิงกล่าวได้มีอิทธิพลต่อการปฏิวัติในอเมริกาและฝรั่งเศสต่อมา และเป็นการส่งเสริมการปกครองในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตย ฌองฌาค รูสโซ มองว่าประชาชนทุกคนได้มอบสิทธิและเสรีภาพของตนให้อยู่ภายใต้เจตจำนงทั่วไป (General Will) กล่าวคือ อยู่ภายใต้ประโยชน์สาธารณะของส่วนรวม และแต่ละคนจะมีภาระผูกพันกันทั้งหมดในประชาคมความเสมอภาคกัน ฌองฌาค รูสโซ จะให้ความสำคัญกับเจตจำนงร่วมกันของประชาชน จึงส่งผลให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพโดยตรง ในรูปลักษณะการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยตรง ส่วนมองเตสกีเออเชื่อว่าเสรีภาพในการกระทำการใดที่ปราศจากความรับผิดชอบมิใช่เสรีภาพที่แท้จริง เสรีภาพในความหมายที่แท้จริง คือ เสรีภาพภายใต้กฎหมายที่อนุญาตให้กระทำในสิ่งที่ควรกระทำและห้ามกระทำในสิ่งที่ไม่ควรกระทำ ดังนั้น รัฐจึงสามารถออกกฎหมายที่ลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ แต่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นกรณีจำเป็นและเหมาะสมเท่านั้น เขาจึงเชื่อมั่นในทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย⁵

เมื่อพิจารณาถึงความหมายของคำว่าประชาธิปไตย ซึ่งมาจากคำ 2 คำที่นำมารวมกัน คือ คำว่า “ประชาชน” และคำว่า “อริปไตย” ซึ่งแปลว่าอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ เมื่อคำ 2 คำนี้มารวมกันเข้าจึงมีความหมายถึง การปกครองที่อำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนนั่นเอง⁶

นักกฎหมายประเทศต่าง ๆ ให้คำนิยามความหมายของประชาธิปไตยไว้แตกต่างกัน เช่น Prof. Carl Schmitt ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ในช่วงปลายสมัยของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ของเยอรมัน กล่าวว่า ประชาธิปไตย คือ การที่ผู้ปกครองกับผู้ที่ถูกปกครองหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ผู้ออกคำสั่งกับผู้รับคำสั่งกลายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันหรือเป็นคน ๆ เดียวกันนั่นเอง⁷

⁵ จาก สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย, โดย ปัญญา อุดชาชน, 2558, รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 13 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม, น. 380-381.

⁶ จาก กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 103), โดย พรชัย เลื่อนฉวี, 2555, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

⁷ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 330). เล่มเดิม.

ชาลส์ อี.เมอริยม ได้อธิบายว่า ประชาธิปไตยเป็นแนวความคิดและการปฏิบัติที่มุ่งไปสู่ความผาสุกร่วมกันของปวงชน โดยมีเจตนาร่วมกันของปวงชนเป็นเครื่องนำทาง⁸

กมล สมวิเชียร เห็นว่าระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยมีหลักเกณฑ์ขั้นต่ำสุด 3 ประการ คือ ผู้ปกครองจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใต้ปกครอง ผู้ใต้ปกครองมีสิทธิที่จะเปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้เป็นครั้งคราว และสิทธิมนุษยชนขั้นมูลฐานของประชาชนจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครอง⁹

ชัยอนันต์ สมุทวณิช เห็นว่าระบอบประชาธิปไตยในฐานะที่เป็นระบบการเมือง คือ การจัดรูปแบบการปกครอง กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันทางการเมือง บทบาท อำนาจ และหน้าที่ของสถาบันการเมือง ตลอดจนวิธีที่ใช้ในการตัดสินใจหาข้อขัดแย้งในทางปฏิบัติตามแนวความคิดประชาธิปไตย¹⁰

นอกจากความหมายโดยทั่วไปดังกล่าวแล้ว ประชาธิปไตยยังมีการแบ่งความหมายได้เป็น ประชาธิปไตยในความหมายอย่างกว้าง และประชาธิปไตยในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ ประชาธิปไตยในความหมายอย่างกว้าง เป็นการมองลักษณะของประชาธิปไตยในลักษณะของกิจกรรมสัมพันธ์ภาพและความเกี่ยวข้องกัน ในระหว่างประชาชนด้วยกันในลักษณะ 3 ประการคือ การเคารพสิทธิของกันและกัน การตกลงกันโดยสันติวิธี และความยุติธรรมในสังคม ส่วนประชาธิปไตยในความหมายอย่างแคบ เป็นการมองประชาธิปไตยในฐานะที่เป็นระบบการเมืองหรือในฐานะที่เป็นรูปแบบของการปกครองเท่านั้น¹¹

ระบอบประชาธิปไตยมีรูปแบบของการแสดงสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการปกครองหรือมีส่วนร่วมในการปกครองในอดีตนั้นแบ่งเป็น 2 รูปแบบ¹² คือ รูปแบบประชาธิปไตยโดยตรงและรูปแบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน สำหรับรูปแบบประชาธิปไตยโดยตรงนั้น หมายความว่าประชาชนทุกคนจะต้องร่วมกันตัดสินใจปัญหาที่เกิดขึ้นทุกปัญหา เมื่อฝ่ายเสียงข้างมากตัดสินใจไปในทิศทางใดก็ต้องเป็นไปตามนั้นหรืออาจทำในรูปแบบของสภาโซเวียต กล่าวคือ จะมีการแบ่งประชาชนออกเป็นกลุ่มย่อย ๆ แต่ละกลุ่มย่อยก็จะส่งผู้แทนเข้าไปทำหน้าที่ในสภาโซเวียต โดยที่ผู้แทนเหล่านั้นต้องผูกพันกับการตัดสินใจภายในกลุ่มย่อยที่ตนเป็นผู้แทน ส่วนรูปแบบประชาธิปไตย

⁸ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 103). เล่มเดิม.

⁹ จาก เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน (น. 192-193), โดย วีระ โลจายะ, 2531, กรุงเทพฯ.

¹⁰ แหล่งเดิม.

¹¹ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 104). เล่มเดิม.

¹² กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 343-346). เล่มเดิม.

โดยทางผู้แทนนั้น ประชาชนในรัฐยังคงต้องมีการทำมาหากินเพื่อเลี้ยงชีพในชีวิตประจำวันทั้งของตนเองและของครอบครัว เมื่อประชาชนมีภารกิจอื่น ๆ ที่ต้องกระทำจนไม่อาจที่จะเข้าร่วมการตัดสินใจในระดับชาติด้วยตนเองตลอดเวลาจึงอาจมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้าไปดำเนินการแทนตน โดยการเลือกตัวแทนเข้าไปตัดสินใจแทน รูปแบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนนั้นมีขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1265 แม้ว่าจะไม่ได้เป็นรูปแบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนที่มาจากหลักการคัดเลือกโดยประชาชนโดยตรงหรือประชาชนเป็นผู้เลือกผู้แทนโดยตรงก็ตาม แต่ก็เทียบเคียงได้กับการที่ประชาชนเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดงานในการบริหารประเทศ โดย ซิมอง เดอ มงฟอร์ด (Simon de Montfort) ได้ทำการเรียกตัวอัศวิน 2 คน จากแต่ละชายรั¹³ และผู้แทน 2 คนจากแต่ละมณฑลให้มาร่วมประชุมกับพวกชนชั้นขุนนางเพื่อทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินด้วย เรียกการประชุมในครั้งนี่ว่า พาเลียเมนต์ (Parliament) ซึ่งถือเป็นครั้งแรกภายหลังที่มีการประกาศใช้ Magna Carta ที่ให้ตัวแทนจากประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารราชการแผ่นดิน¹⁴ แต่ในยุคปัจจุบันได้มีการควมรวมรูปแบบประชาธิปไตยทั้ง 2 รูปแบบเข้าด้วยกัน เรียกว่า ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (Participatory Democracy) คือ การมีส่วนร่วมในทางการเมืองการปกครอง ตลอดจนการกำหนดวิถีชีวิตที่สอดคล้องกับการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตย ทั้งนี้ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิเสรีภาพ หน้าที่ตามระบอบการเมืองการปกครองที่ไม่ไปก้าวท้าวหรือก่อความเดือดร้อนแก่ผู้อื่นหรือสังคมส่วนรวม การมีส่วนร่วมในทางการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ดังนั้นหลักเกณฑ์ของการปกครองในระบบประชาธิปไตย จึงมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ¹⁵ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้ คือ

(1) ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ถือว่า ประชาชนเป็นเจ้าของประเทศหรือเป็นเจ้าของรัฐและเป็นเจ้าของการปกครอง ดังนั้น อำนาจของรัฐบาลจึงมาจากการเห็นชอบของราษฎรทั่วไป อำนาจอธิปไตยในระบบประชาธิปไตยนั้นไม่ได้มาจากอำนาจแบบเทวสิทธิ์หรือมาจากบุคคลหนึ่งบุคคลใด หลักนี้ถือตามทฤษฎีของอริสโตเติลที่ว่า ประชาชนเป็นที่มาหรือเป็นเจ้าของอำนาจในการปกครอง ผู้ปกครอง

¹³ ชายรั คือ เขตการปกครองที่ใหญ่ที่สุด โดยการปกครองในสมัยนั้นมีการแบ่งการปกครองออกเป็น 4 ส่วนด้วยกันคือ ชายรั (Shire) ฮันเดรด (Hundred) ทาวน์ชิพ (Township) และวิล (Vill).

¹⁴ จาก *ระบบกฎหมายอังกฤษ* (น. 79), โดย สุนัย มโนมัยอุดม, 2555, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁵ โดยในส่วนนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเนื้อหาจากอาจารย์ทางกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียง 2 ท่าน คือ ผศ.ดร.พรชัย เลื่อนฉวี และ ศ.ดร. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ โดยในข้อที่ 1-4 นั้น ปรากฏจากตำรากฎหมายของ ผศ.ดร. พรชัย เลื่อนฉวี และในข้อที่ 5 นั้นปรากฏจากตำรากฎหมายของ ศ.ดร. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ.

เป็นเพียงตัวแทนของปวงชน ที่ประชาชนส่วนใหญ่ให้ความยินยอมไปทำหน้าที่บริหารแทนตนเท่านั้น

(2) ประชาธิปไตยจะต้องมีการเปิดโอกาสให้มีการเลือกตั้งผู้นำโดยเสรี กล่าวคือ การเลือกตั้งผู้นำนั้นประชาชนทุกคนที่มีสิทธิและคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดสามารถที่จะไปใช้สิทธิของตนในการเลือกตั้งผู้นำได้โดยเสรี ไม่ได้เกิดจากการบังคับขู่เข็ญแต่อย่างใด นอกจากการใช้สิทธิเลือกตั้งผู้นำแล้วประชาชนที่มีสิทธิและคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดยังสามารถที่จะลงรับสมัครเพื่อเป็นผู้นำได้อีกด้วย

(3) ผู้ปกครองจะต้องมีวาระการดำรงตำแหน่งที่แน่นอน ผู้ปกครองที่ได้รับเลือกตั้งให้เข้ามาเป็นตัวแทนของปวงชนนั้นเป็นการเข้ามาเป็นตัวแทนเพียงชั่วคราว หาได้เป็นผู้แทนโดยถาวรแต่อย่างใดไม่ เมื่อวาระดังกล่าวสิ้นสุดลงผู้ปกครองก็ต้องพ้นออกจากตำแหน่ง

(4) สิทธิขั้นมูลฐานของประชาชนจะต้องได้รับการปกป้อง แม้ว่าประชาชนจะมีสิทธิเลือกผู้ปกครองโดยเสรีแล้วก็ตาม แต่ถ้าหากผู้ปกครองยังคงล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน แม้ว่าจะในช่วงระยะเวลาอันสั้นก็ตาม การปกครองนั้นก็ไม้อาจถือได้ว่าเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย สิทธิขั้นมูลฐานนี้เป็นสิ่งที่องค์การสหประชาชาติเรียกว่า “สิทธิมนุษยชนขั้นมูลฐาน” ซึ่งได้แก่สิทธิในร่างกาย ในเคหสถาน ในการเลือกประกอบอาชีพ ในการพูด เขียนและพิมพ์โฆษณา เป็นต้น

(5) การถือเสียงข้างมาก ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยสิ่งที่ไม่ได้ก็คือ ความหลากหลายในด้านความคิดเห็นในหมู่ประชาชน ผิดกับการปกครองแบบสังคมนิยมหรือเผด็จการซึ่งจะมีการผูกขาดความคิดเพียงด้านเดียวเท่านั้น การต่อสู้ด้านความคิดตามครรลองประชาธิปไตยนั้นถือว่าเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้สำหรับระบอบประชาธิปไตย แต่ในระบอบการปกครองนี้ยังต้องมีการตัดสินใจท่ามกลางความหลากหลายทางความคิดจึงต้องใช้หลักเสียงข้างมากมาตัดสินใจว่าการถือเสียงข้างมากนี้ต้องเคารพเสียงส่วนน้อยไปในทิศทางใด

2.2 หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นสิ่งที่นำมาใช้ควบคุมความประพฤติของมนุษย์ให้อยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างสงบสุข โดยผู้มีอำนาจปกครองมีหน้าที่ออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับกับมนุษย์ในสังคม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการปกครองด้วยกฎหมาย ผู้ปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่ขัดต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายไม่ได้ ซึ่งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมเป็นหลักการที่ได้รับการพัฒนามาจากโลกตะวันตกที่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.2.1 หลักนิติรัฐ

นิติรัฐ (Legal State) เป็นคำที่นักประวัติศาสตร์และนักปรัชญาการเมืองทางตะวันตกใช้เรียกรัฐประเภทหนึ่ง ซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามแต่ละคนเห็นสมควร¹⁶ นิติรัฐ มีการศึกษาทางวิชาการในปลายศตวรรษที่ 19 โดยในช่วงนั้นนิติรัฐ หมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุมีผล มิได้หมายถึงเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐแต่หมายถึงวิธีการหรือลักษณะของการกระทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม¹⁷

การ์เร่ เดอ มาลแบร์ นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส อธิบายว่า “นิติรัฐในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนนั้น หมายถึงรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใด ๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายซึ่งส่วนหนึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพต่างๆของประชาชนเอาไว้ อีกส่วนหนึ่งได้บัญญัติไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อจำกัดต่างๆ เกี่ยวกับวิธีการซึ่งฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย” คำอธิบายลักษณะนี้ “นิติรัฐ” จึงหมายถึงรัฐที่ปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่หรือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายมิใช่โดยมนุษย์ (Government of law, not of men) เพราะแม้แต่องค์กรผู้ตรากฎหมายและใช้บังคับกฎหมายก็ต้องถูกผูกพันอยู่ภายใต้อำนาจแห่งกฎหมายที่ตนได้ตราขึ้นด้วย¹⁸

ดังนั้น ใน “นิติรัฐ” การกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนจึงมีอยู่สองนัย คือ¹⁹ รัฐกำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และรัฐกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานของรัฐสามารถใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด กฎเกณฑ์ทั้งสองประการนี้จึงทำให้เกิดผล คือ “การจำกัดอำนาจรัฐ” หมายความว่า การใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนดเท่านั้น

กฎหมายมหาชนจึงมีหลักทั่วไปว่า “หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ย่อมกระทำไม่ได้” ในขณะที่กฎหมายเอกชนมีหลักว่า “หากไม่มีกฎหมายห้ามไว้ย่อมกระทำได้” ด้วยเหตุนี้เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับประชาชน ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถจะฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยง

¹⁶ จาก ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, โดย วรพจน์ วิสริตพิชญ์ ก, 2540, รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, น. 1.

¹⁷ จาก หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 107), จาก กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ก, 2537, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

¹⁸ จาก “หลักนิติธรรม” เรื่อง มุมมองหลักนิติธรรมในสังคมไทย (หลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 2) (รายงานผลการวิจัย), โดย อนันต์ อริยะชัยพาณิชย์, 2557, กรุงเทพฯ: วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

¹⁹ อังกูร วัฒนรุ่ง. (ม.ป.ป.). สืบค้นจาก <http://www.bpp.go.th>

กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นได้ ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าเป็นนิติรัฐที่มีการพัฒนาก้าวหน้าอย่างสมบูรณ์แล้ว กรณีก็จะเข้มงวดถึงกับว่าถ้าไม่มีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้ ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจจะกระทำการใด ๆ อันเป็นการบังคับประชาชนได้เลย ถ้าประชาชนไม่สมัครใจ กล่าวคือ ถ้าไม่มีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ฝ่ายปกครองก็จะไม่สามารถใช้มาตรการอย่างใด ๆ ต่อประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครองได้

ผลอีกประการหนึ่งที่เกิดตามมาก็คือใน “นิติรัฐ” แม้จะมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้ ฝ่ายปกครองก็จะต้องดำเนินการตาม “รูปแบบ” “ขั้นตอน” และ “วิธีการ” ที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจนั้นกำหนดไว้อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้นิยามของนิติรัฐไว้หลายประการ เช่น นิติรัฐหมายความว่า รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้น พัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้นรัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเคร่งครัด²⁰ ความคิดเรื่องนิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ฝึกฝนในลัทธิปัจเจกนิยมและรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมีบทบัญญัติบางประการที่ให้ความสำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็น คนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้มีอยู่วิธีเดียว คือ ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้นและตราใบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็จะผูกมัดเสมอ และการที่มีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กรของรัฐ ในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็โดยความยินยอมของราษฎร ให้จำกัดสิทธิเสรีภาพเอง ฉะนั้นกรณีของรัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร²¹ หรือนิติรัฐเป็นรัฐที่กำหนดเป็นเป้าหมายที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประกันความเป็นธรรมภายในรัฐ และในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้าไปถึงได้ ในรัฐดังกล่าวนี้ การใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัย

²⁰ จาก คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น. 127), โดย สมยศ เชื้อไทย ก, 2535, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²¹ จาก หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น. 123-124), โดย หยุด แสงอุทัย ก, 2538, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อำนาจตามกฎหมายเท่านั้น²² หรือนิติรัฐหมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุมีผลหรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม หมายถึงวิธีการหรือลักษณะของการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม คือ รูปแบบที่ทำให้เกิดความมั่นคงในเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐหรือล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยกฎหมาย²³

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า นิติรัฐ คือ รัฐที่อยู่ภายใต้กฎหมาย องค์การของรัฐทุกองค์การจะกระทำการใด ๆ ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทำได้เท่านั้น เมื่อพิจารณาหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐพบว่าประกอบด้วยหลักสำคัญหลายประการ อันได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ²⁴ จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดขอบเขตอำนาจรัฐ หรือเพื่อถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ

ส่วนหลักการปกครองโดยกฎหมายในประเทศอื่นนอกจากประเทศอังกฤษนั้น เกิดขึ้นภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ได้มีการเผยแพร่แนวความคิดเสรีนิยมโดยเน้นในหลักเรื่องของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทำให้เกิดแนวความคิดว่ากฎหมายที่ถูกร่างขึ้นโดยรัฐหรือองค์การภายในของรัฐจะต้องมีเหตุผล ในประเทศเยอรมันจะเรียกหลักการปกครองโดยกฎหมายนี้ว่า หลักนิติรัฐ ในช่วงต้นของศตวรรษที่ 19 หลักนิติรัฐจะหมายถึงรัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผลหรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม ต่อมาภายหลังหลักนิติรัฐจะไม่ได้หมายถึงเฉพาะถึงเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐ แต่หมายถึงวิธีการหรือลักษณะของการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรมหรือก็คือรูปแบบที่จะทำให้เกิดความมั่นคงในสิทธิและ

²² จาก คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน (น. 157), โดย บุญศรี มีวงศ์โหมษ ข, 2535, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²³ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (หน้าเดิม). เล่มเดิม.

²⁴ จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 25-36), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ก, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐหรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยตัวบทกฎหมาย²⁵

พัฒนาการแนวคิดในการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐจากอดีตจนถึงปัจจุบัน มีอิทธิพลต่อการปกครองในทุกประเทศทั่วโลก ปัจจุบันไม่มีประเทศใดหรือรัฐใดในโลกที่ไม่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง และการจำกัดอำนาจของรัฐ²⁶ รัฐแม้ว่าจะมีอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดก็ตาม แต่ก็เชื่อว่ารัฐจะมีอำนาจสูงสุดเด็ดขาดอย่างไรขอบเขตเพราะว่ารัฐเองก็ถูกจำกัดอำนาจด้วยกฎหมายที่ถูกตราขึ้นโดยรัฐเช่นกัน ซึ่งการที่รัฐต้องถูกจำกัดอำนาจนั้นสามารถอธิบายได้จากทฤษฎี 2 ทฤษฎีด้วยกัน คือ ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจรัฐด้วยความสมัครใจ และหลักนิติรัฐ

ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจรัฐด้วยความสมัครใจ (Auto-limitation) มีหลักว่ารัฐไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้นและกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นก็คือ รัฐธรรมนูญที่กำหนดสถานะของอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่ที่องค์กรใด ต้องใช้อย่างไรและมีข้อจำกัดเพียงไร ส่วนหลักนิติรัฐนั้นมีหลักว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าหน่วยงานเอกชนมีอำนาจก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่ต้องสมัครใจก็ได้ กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายกำหนด²⁷

หลักนิติรัฐ มีหลักว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่ต้องสมัครใจก็ได้²⁸

²⁵ จาก *พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น. 72), โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ข, 2537, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

²⁶ แม้จะมีการอธิบายในตอนต้นว่าเป็นการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองหรือกษัตริย์ แต่ไม่ว่ากษัตริย์หรือผู้ปกครองก็ดีล้วนแล้วแต่ต้องใช้อำนาจของรัฐหรืออำนาจรัฐทั้งสิ้นในการปกครอง.

²⁷ จาก *รัฐประศาสนศาสตร์: ว่าด้วยกฎหมายปกครอง* (น. 68-69), โดย จักษ์ พันธ์ชูเพชร, 2551, ปทุมธานี: Punch Group.

²⁸ แหล่งเดิม.

หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายหลักนิติรัฐ ไว้ว่า รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ย่อมเป็นนิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมบังคับใช้กฎหมายประเทศที่ใช้การปกครองโดยใช้หลักนิติรัฐนั้นจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้²⁹

1. ประเทศนั้นจะต้องกำหนดให้กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและอยู่เหนืออำนาจอื่นใด การกระทำต่าง ๆ ในทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของตำรวจจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและชอบด้วยกฎหมาย หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรอยู่ที่กฎหมาย ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามากล้ำกรายสิทธิและเสรีภาพของราษฎรโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็จะต้องมีความผิดกฎหมายอาญา

2. ในประเทศที่เป็นนิติรัฐนั้น ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐย่อมกำหนดไว้แน่นอน เริ่มตั้งแต่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ อีกทั้งยังต้องมีกรอบหรือขอบเขตของการใช้อำนาจทั้ง 3 นี้อีกด้วย นอกจากนี้ยังต้องมีการจำกัดการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่จะต้องมีความหมายกำหนดกรอบหรือขอบเขตของเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างชัดเจน บุคคลหรือประชาชนในรัฐต้องทราบว่าตำรวจมีหน้าที่เพียงใด

3. ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระภาพในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยจะต้องมีการประกันหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ ความสำคัญของหลักความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษานั้นอยู่ที่จะต้องให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ควบคุมฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ต้องให้อำนาจผู้พิพากษาที่จะวินิจฉัยการกระทำของเจ้าหน้าที่ได้ โดยนัยนี้นิติรัฐจึงเป็นรัฐยุติธรรม

ส่วนบุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้อธิบายว่าประเทศที่ใช้การปกครองโดยใช้หลักนิติรัฐนั้นจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้³⁰

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ การที่จะไม่ยอมให้อำนาจรัฐทั้งหมดแก่ผู้ใดผู้หนึ่งใช้อำนาจแต่เพียงผู้เดียว โดยจะต้องมีการแยกอำนาจรัฐออกไปยังองค์กรต่างๆ เช่น องค์กรบริหาร องค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรตุลาการ เป็นต้น เพื่อให้แต่ละองค์กรมีอำนาจตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน

2. หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ คือ การดำเนินการของฝ่ายปกครองหรือรัฐนั้นหากจะดำเนินการใด ๆ จะต้องมีความหมายให้การรับรองหรืออำนาจให้ดำเนินการได้

²⁹ จาก คำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไป (น. 96-97), โดย หยุด แสงอุทัย ข, 2520, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁰ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 419-428). เล่มเดิม.

3. ต้องมีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและต้องมีการกำหนดให้สิทธิแก่ประชาชนที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดชอบได้ กล่าวคือ ต้องมีมาตรการในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งจะต้องมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ

4. กฎหมายจะต้องมีลักษณะที่แน่นอนชัดเจน กล่าวคือ กฎหมายต้องมีความแน่นอนและความน่าเชื่อถือ โดยอาศัยการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะผูกมัดสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนในรัฐด้วยกันเอง ความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง

จากคำอธิบายของความหมายของหลักนิติรัฐของหยุด แสงอุทัย และบุญศรี มีวงศ์อุโฆษสรุปได้ว่าหลักนิติรัฐควรมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. รัฐต้องกำหนดให้กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและอยู่เหนืออำนาจอื่นใดและกฎหมายนั้นจะต้องมีลักษณะที่แน่นอนชัดเจนอีกด้วย

2. รัฐต้องปกครองโดยยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจ

3. การใช้อำนาจของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องมีกรอบหรือขอบเขตของการใช้อำนาจของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

4. ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสรภาพในการพิจารณาพิพากษาคดี

5. ต้องมีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและต้องมีการกำหนดให้สิทธิแก่ประชาชนที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดชอบได้

2.2.2 หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรมมีพัฒนาการมาจากการปกครองของอังกฤษภายหลังจากปี ค.ศ. 1215 ซึ่งเป็นปี ค.ศ. ที่มีการประกาศใช้แมกนาคาร์ตา (Magna Carta) และถูกพัฒนาจนเป็นหลักกฎหมายที่มีความชัดเจน โดย Dicey (มีชีวิตในช่วง ค.ศ. 1835 ถึง 1922) Dicey เป็นนักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษได้อธิบายหลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law ไว้ในตำราที่มีชื่อว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution (พิมพ์ครั้งแรก ค.ศ. 1885) ว่าจะต้องประกอบด้วยลักษณะ 3 ประการที่สำคัญ³¹ คือ

1. ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งหมายถึงบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษนั้นจะต้องเป็น

³¹ จาก เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน (น. 73-74), โดย วิษณุ เครืองาม, 2531, กรุงเทพฯ.

โทษตามกฎหมาย อันแสดงให้เห็นว่าบุคคลจะถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพก็แต่โดยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ได้

2. บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกันจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษา ซึ่งหมายถึง บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน ไม่เลือกฐานะและตำแหน่งหน้าที่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือเอกชนกับรัฐ ทั้งตามกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นๆ

3. หลักทั่วไปของรัฐธรรมนุญต้องเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดาของประเทศ กล่าวคือ ศาลนั่นเองเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของเอกชน

กล่าวโดยรวมแล้ว Dicey เห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษใด ๆ เหนือกว่าราษฎรไม่ได้ จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวความคิดของ Dicey นี้มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมาย

การที่ Dicey อธิบายเนื้อหาของหลักนิติธรรมในแง่ที่คนทุกคนต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและภายใต้ศาลเดียวกันตามหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ส่งผลให้ Dicey ปฏิเสธการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเคียงคู่ขนานกันไปศาลยุติธรรม หรือศาลธรรมดา โดย Dicey เห็นว่าหากจัดให้มีศาลปกครองหรือองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่ศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาทำหน้าที่ตัดสินคดีปกครอง (ดังที่ปรากฏอยู่ในประเทศฝรั่งเศสในเวลานั้น) แล้วบรรดาข้าราชการต่างๆ ที่ถูกฟ้องในศาลปกครองว่ากระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าราษฎรทั่วไป ซึ่ง Dicey เห็นว่าไม่ถูกต้อง แนวความคิดนี้ได้รับการยึดถือและเดินตามในบรรดาประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายอังกฤษจนถึงปัจจุบัน

นอกจากนี้แล้ว บรรดาสิทธิทั้งหลายทั้งปวงของราษฎรนั้นย่อมเกิดจากกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นและเกิดจากกฎหมายประเพณีที่พัฒนามาโดยศาล อาจกล่าวได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรอังกฤษไม่ได้รับการคุ้มครองและปกป้องโดยรัฐธรรมนุญ แต่ได้รับการปกป้องและคุ้มครองโดยรัฐสภาและศาล โดยเหตุที่ในระบบกฎหมายอังกฤษ รัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดผลที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ศาลของอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นชอบด้วยรัฐธรรมนุญหรือชอบด้วยกฎหมายใดๆ หรือไม่ กล่าวในทางทฤษฎีแล้ว รัฐสภาอังกฤษสามารถตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิพลเมืองไม่ได้มีฐานะ

เป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายอื่นใดที่จะผูกพันรัฐสภาอังกฤษได้ ระบบการประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในอังกฤษจึงแตกต่างจากหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ และยอมผูกพันรัฐสภาในการตรากฎหมายด้วย อย่างไรก็ตามไม่เพียงเข้าใจว่าระบบกฎหมายอังกฤษไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ในทางปฏิบัติสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายของรัฐสภาและโดย Common Law ที่พัฒนามาโดยศาลในมาตรฐานที่ไม่ต่ำกว่าประเทศอื่น ๆ ในภาคพื้นยุโรปเลย³²

ปัจจุบันได้มีการอธิบายความหมายของหลักนิติธรรมไว้ โดยนักนิติศาสตร์เป็นจำนวนมาก ในส่วนนี้ผู้เขียนจะขอหยิบยกเอาคำอธิบายของนักกฎหมายที่มีชื่อเสียง 4 ท่าน คือ Lon L. Fuller, Rachel Kleinfeld Belton ซึ่งทั้ง 2 ท่านนี้เป็นนักกฎหมายชาวสหรัฐอเมริกา Joseph Raz นักกฎหมายเชื้อสายอิสราเอลและวิษณุ เครืองาม นักกฎหมายชาวไทย

Lon L. Fuller นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกันเห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญ คือ³³

1. กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ
2. กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย
3. กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต
4. กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม
5. กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง
6. กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้
7. กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้
8. กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือ ต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น

Rachel Kleinfeld Belton นักกฎหมายชาวสหรัฐอเมริกาให้คำจำกัดความว่า หลักนิติธรรมจะต้องมีองค์ประกอบดังนี้³⁴

³² จาก หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2555 (มกราคม-กุมภาพันธ์), *อุทธรณ์*, น. 60.

³³ แหล่งเดิม.

1. รัฐบาลผูกพันภายใต้กฎหมาย
 2. มีความเสมอภาคทางกฎหมาย
 3. มีการออกกฎหมายและคำสั่งที่ชัดเจน
 4. ความมีประสิทธิภาพและความคาดหมายได้ของความยุติธรรม
 5. ปกป้องสิทธิมนุษยชน
 6. กฎหมายหรือรัฐธรรมนูญต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความยินยอมของประชาชน
 7. มีสถาบันตุลาการที่เป็นระบบ
 8. มีการจัดตั้งหน่วยงานทางกฎหมายและมีเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพ
- Joseph Raz นักกฎหมายเชื้อสายอิสราเอลเห็นว่า หลักนิติธรรมนั้นจะต้องมีองค์ประกอบ

ดังนี้³⁵

1. หลักการกฎหมายต้องไม่ใช่บังคับย้อนหลังและต้องเปิดเผยและชัดเจน
2. หลักการกฎหมายจะต้องมีความมั่นคงตามควร
3. บทกฎหมายจะต้องเป็นไปตามแนวทางของหลักการทั่วไปที่เปิดเผยมั่นคงและชัดเจน
4. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
5. มีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม
6. ศาลจะต้องมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นและมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง
7. บุคคลต้องสามารถนำคดีเข้าสู่ศาลได้โดยง่าย (ขั้นตอนไม่ยุ่งยากค่าใช้จ่ายไม่สูงระยะเวลาพิจารณาคดีไม่นานเกินไป)

8. องค์กรป้องกันอาชญากรรมไม่ควรมีดุลพินิจที่บิดเบือนกฎหมาย

ส่วนวิชญ์ เครื่องาม นักกฎหมายชาวไทยได้อธิบายหลักนิติธรรมของอังกฤษไว้ว่าเป็นการปกครองประเทศโดยกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลเสมอกันโดยกฎหมายและบุคคลจะต้องรับโทษเพื่อการกระทำผิดอันใดต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและ

³⁴ จาก *หลักนิติธรรมสากลกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน* (รายงานผลการวิจัย) (น. 17), โดย ภาควิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์, 2556, ชลบุรี: มหาวิทยาลัยบูรพา.

³⁵ จาก *หลักนิติธรรม (Rule of Law)*, โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2541, *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์*, น. 32.

ได้กำหนดโทษไว้ อีกทั้งจะต้องได้รับการพิจารณาจากศาลยุติธรรม ที่มีความเป็นอิสระซึ่งขาดอคติสินคดียังไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเองหรือเอกชนกับรัฐ³⁶

เมื่อยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุดในทางทฤษฎี กรณีจึงอาจเป็นไปได้ที่รัฐสภานั้นเอง จะกระทำการอันก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยตรากฎหมายจำกัดคัตตอนสิทธิของบุคคลเสีย โดยไม่เป็นธรรม และเมื่อหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอยู่เหนือกว่าหลักนิติธรรมเสียแล้ว ก็ไม่มีอะไรเป็นเครื่องประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการคุกคามโดยรัฐสภาได้ แต่ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในอังกฤษ ไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะตามจารีตประเพณีแล้วรัฐสภาจะไม่ตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม ยิ่งไปกว่านั้น โดยเหตุที่การตรากฎหมายของรัฐสภาย่อมขึ้นอยู่กับ การสนับสนุนของรัฐบาล และพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลย่อมเป็นพรรคการเมืองที่ครองเสียงข้างมาก ในสภาผู้แทนราษฎร หากพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลซึ่งครองเสียงข้างมากสนับสนุนให้ตรากฎหมาย ที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรงแล้ว ผลที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกตั้งครั้งถัดมา ย่อมเป็นที่คาดหมายได้ ในที่สุดแล้ว การตรากฎหมายของรัฐสภาจึงขึ้นอยู่กับเจตจำนงของประชาชน กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วประชาชนอังกฤษนั่นเองที่จะเป็นผู้กำหนดทิศทางหลัก ๆ ของการตรากฎหมาย และเมื่อกล่าวว่ารรัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบอบประชาธิปไตยที่พัฒนามาในอังกฤษ ย่อมต้องเข้าใจว่ารัฐสภาย่อมทรงอำนาจสูงสุดในหมู่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ แต่ในที่สุดแล้ว ในทาง การเมืองก็อยู่ได้ประชาชน ดังนั้น ในประเทศอังกฤษ การจำกัดอำนาจของรัฐสภาจึงไม่ได้เกิดจาก กฎหมายเหมือนกับในภาคพื้นยุโรป แต่เกิดจากธรรมชาติทางการเมืองและจารีตประเพณีที่รับสืบทอด กันมา ในประเทศที่สิทธิเสรีภาพฝังลึกอยู่ในจิตวิญญาณประชาชาติเช่นประเทศอังกฤษนี้ ย่อมไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดเลยที่จะต้องบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความเป็นนิติธรรม หรือบัญญัติ รัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิเสรีภาพเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นมาตราๆ ไป³⁷

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

แนวคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีจุดเริ่มต้นในศตวรรษ ที่ 16 ซึ่งเป็นยุคของอำนาจนิยม ซึ่งเป็นที่เชื่อกันว่ารัฐมีความสำคัญกว่าปัจเจกชน ประชาชนจึงต้อง ยินยอมให้รัฐใช้อำนาจในการออกกฎหมาย กฎเกณฑ์ คำสั่ง เพื่อให้รัฐได้เข้ามาจัดระเบียบทางสังคม เพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐในยุคอำนาจนิยมนี้ ใช้อำนาจทางการเมืองเข้ามา กำกับดูแลประชาชนของรัฐ โดยนักปรัชญาที่มีอิทธิพลในยุคนี้ได้สนับสนุนให้รัฐมีอำนาจเด็ดขาด

³⁶ เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน (น. 74). เล่มเดิม.

³⁷ หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม (น. 61-62). เล่มเดิม.

ที่จะให้เสรีภาพกับประชาชนในรัฐหรือที่เรียกว่าหลักการอำนาจอธิปไตย ซึ่งหมายถึงรัฐต้องมั่นคงที่จะกำหนดยุทธศาสตร์ให้ได้มาซึ่งอำนาจทางการเมือง รักษาไว้ซึ่งอำนาจทางการเมืองและมุ่งที่จะขยายอำนาจโดยแยกหลักการแบ่งแยกอำนาจและความเชื่อในเรื่องคุณธรรมออกจากกัน กล่าวคือ รัฐต้องมีความปลอดภัยที่จะรักษาชีวิตของผู้ปกครองและเสรีภาพของรัฐให้ยั่งยืน เสรีภาพของประชาชนจึงเป็นเรื่องที่ไม่ได้ถูกหยิบยกมากล่าวถึง³⁸ ดังนั้นในยุคของอำนาจอธิปไตยนี้รัฐจะไม่คำนึงถึงเรื่องคุณธรรมและจริยธรรม เพราะรัฐจะทำทุกวิถีทางเพื่อรักษาอำนาจและขยายอำนาจของรัฐไปพร้อม ๆ กัน

ต่อมาในศตวรรษที่ 17 และศตวรรษที่ 18 ได้มีกลุ่มชนชั้นกลางซึ่งเป็นประชาชนส่วนใหญ่ที่มีความไม่พอใจต่อการใช้อำนาจรัฐของผู้มีอำนาจปกครองและเริ่มมีการต่อต้านการใช้อำนาจรัฐของผู้มีอำนาจปกครองที่ใช้อำนาจดังกล่าวมากระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดและทฤษฎีใหม่ ๆ ที่นำมาใช้กับผู้ที่มีอำนาจปกครองหรือผู้ที่ใช้อำนาจรัฐในการปกครองรัฐด้วย ทฤษฎีใหม่ ๆ ที่นำมาใช้ในการปกครองรัฐ ได้แก่ ทฤษฎีอิสราฟานิยมหรือทฤษฎีเสรีนิยม ด้วยเหตุผลพื้นฐานที่เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนที่อยู่รวมตัวกันเป็นสังคมย่อมมีเหตุผลในการแสดงความคิดเห็นบนพื้นฐานของความรับผิดชอบต่อสังคม สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นวิพากษ์วิจารณ์รัฐเป็นสิทธิของประชาชนที่รัฐจะต้องให้ความเคารพและให้ความสำคัญในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เพราะเป็นสิทธิเสรีภาพพื้นฐานที่รัฐไม่อาจจะลิดรอนได้ หรืออาจกล่าวได้ว่า ทฤษฎีเสรีนิยมหมายถึงความต้องการของมนุษย์ที่จะมีอิสระในการแสดงความคิดเห็นโดยปราศจากอำนาจรัฐที่เป็นอำนาจภายนอกเข้ามาควบคุมเป็นความต้องการสิทธิของมนุษย์ที่จะมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือการแสดงออก³⁹

การเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีจุดเริ่มต้นจากสมัยของพระเจ้าจอห์น (King John) ของอังกฤษที่มีการปกครองที่อ่อนแอต้องเสียดินแดนหลายแห่ง พระเจ้าจอห์นมีเรื่องบาดหมางกับพระสันตะปาปาแห่งกรุงโรม ทรงทำสงครามกับฝรั่งเศส มีการริบทรัพย์สินของชาวแอร์แมน มีการเรียกเก็บภาษีจากประชาชนเป็นจำนวนมาก ทำให้เกิดการต่อสู้เรียกร้องของชนชั้นกลางในประเทศอังกฤษ จนนำไปสู่การจัดทำ “มหากฎบัตรที่ยิ่งใหญ่” หรือที่เรียกว่า Magna Carta ในปี ค.ศ. 1215 มีการเรียกร้องให้พระเจ้าจอห์นลงนามในเอกสารที่เรียกว่า Magna Carta โดยมีสาระสำคัญประการหนึ่งที่ว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้รับความเห็นชอบ

³⁸ จาก *กฎหมายและจริยธรรมสื่อมวลชน* (น. 19), โดย พิเศษฐ์ ขวลาธวัช, 2547, กรุงเทพฯ: โกสินทร์.

³⁹ จาก *ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 9), โดย วิทวัส อรรถนชัย, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

จากสภานางไม่ได้ นอกจากนี้เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ จึงได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 39 ว่า “อิสระชนไม่อาจถูกจับกุม คမ်းขัง ถูกประหารหรือถูกเนรเทศหรือถูกกระทำด้วยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่จะอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย”⁴⁰ (“No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.”)

นอกจากมาตรา 39 ที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในด้านของกระบวนการยุติธรรมแล้วยังมีมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการพิจารณาคดีโดยศาลและการเก็บภาษีจากรัฐอีกด้วย⁴¹ เช่น มาตรา 17 กำหนดให้มีศาลคอมมอนพลีสต์ตั้งอยู่ ณ ที่หนึ่งใดโดยเฉพาะแทนที่จะติดตามกษัตริย์ไป มาตรา 18 ผู้พิพากษาจากศาลหลวงต้องเดินทางไปพิจารณาคดี Possessory Assize ทุก 4 เดือน มาตรา 34 กษัตริย์จะไม่ออก Writ of Praecipe ลิดรอนอำนาจศาลพิวคัล เป็นต้น

ปี ค.ศ. 1628 สภานางและสภาสามัญของประเทศอังกฤษได้ร่วมกันยื่นเอกสารต่อกษัตริย์อังกฤษ โดยบังคับให้พระองค์ทรงยอมรับเอกสารที่เรียกว่า “Petition of Right” ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ (1) บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใดๆ โดยปราศจากความยินยอมโดยพระราชบัญญัติของสภา (2) บุคคลจะไม่ถูกจำคุกหรือคุมขังเว้นไว้จะเป็นไปตามกฎหมายหรือพระราชบัญญัติของราชอาณาจักร (3) การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูแก่ทหารบกทหารเรือจะต้องถูกยกเลิก (4) การสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอาศัยกฎอัยการศึกจะต้องถูกเพิกถอนและแสดงว่าเป็นโมฆะ⁴²

ต่อมาในสมัยของพระเจ้าเฮนรีที่ 3 พระองค์ทรงพยายามที่จะแย่งชิงอำนาจของกษัตริย์กลับคืนมา โดยมีการประกาศยกเลิก Magna Carta แต่ไม่เป็นผลสำเร็จ ผลจากการกระทำการเพื่อประกาศยกเลิก Magna Carta ของพระเจ้าเฮนรีที่ 3 ในครั้งนั้นทำให้พระองค์ถูกขุนนางบังคับให้พระองค์ทรงออกบทบัญญัติออกซ์ฟอร์ด (Provisions of Oxford) เพื่อทำการแก้ไข Magna Carta โดยเป็นการจำกัดอำนาจของกษัตริย์เพิ่มมากขึ้น จากแต่เดิมอำนาจบริหารประเทศเป็นของกษัตริย์เพียงพระองค์เดียวเท่านั้นแต่บทบัญญัติออกซ์ฟอร์ดนั้นกำหนดให้มีสภาประกอบด้วยขุนนาง

⁴⁰ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 40). เล่มเดิม.

⁴¹ ระบบกฎหมายอังกฤษ (น. 46). เล่มเดิม.

⁴² จาก คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตรา (น. 134), โดย หยุด แสงอุทัย ค, 2511, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

15 คน โดยให้มีส่วนร่วมในการบริหารราชการแผ่นดินด้วย⁴³ ซึ่งผู้ที่เป็นหัวหน้าสภาในสมัยนั้น คือ ซีมอง เดอ มงฟอร์ต (Simon de Montfort)

ในปี ค.ศ. 1265 ซีมอง เดอ มงฟอร์ต (Simon de Montfort) ได้ทำการเรียกตัวอัศวิน 2 คนจากแต่ละชายร์และผู้แทน 2 คนจากแต่ละมณฑลให้มาร่วมประชุมกับพวกชนชั้นขุนนาง เพื่อทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินด้วย เรียกการประชุมในครั้งนี้นี้ว่า พาเลียเมนต์ (Parliament)⁴⁴ ซึ่งถือเป็นครั้งแรกภายหลังที่มีการประกาศใช้ Magna Carta ที่ให้ตัวแทนจากประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารราชการแผ่นดิน⁴⁵

แนวคิดของความต้องการของประชาชนในการได้รับการคุ้มครองตามสิทธิและเสรีภาพของตนจากรัฐนั้น ได้ขยายวงกว้างและมีอิทธิพลต่อนานาประเทศในสมัยต่อ ๆ มา เช่น ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น ประเทศอังกฤษได้มีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิเสรีภาพมาเป็นลำดับที่สืบเนื่องมาจาก Magna Carta ค.ศ. 1215 และ Petition of Right ค.ศ. 1628 หลายฉบับ เช่น Bill of Right ค.ศ. 1689, Act of Settlement ค.ศ. 1701 เป็นต้น เอกสารต่าง ๆ เหล่านี้คือหลักประกันในการได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำตามอำเภอใจของกษัตริย์ แต่การคุ้มครองดังกล่าวต้องเป็นไปตามสภาพและเงื่อนไขแห่งยุคสมัยของเอกสารแต่ละฉบับด้วย ด้วยเหตุนี้ อำนาจของกษัตริย์จึงลดน้อยลงและอำนาจของรัฐสภาได้เข้ามาแทนที่อำนาจของกษัตริย์ เอกสารเหล่านี้ได้แสดงรูปธรรมที่ชัดเจนถึงการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนอังกฤษ หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีเอกสารสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ ซึ่งเรียกเอกสารนี้ว่า “คำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา” The Declaration of Independence ซึ่งร่างโดย นายโทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) และได้ประกาศเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 คำประกาศอิสรภาพนี้ได้ยืนยันถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะที่เป็นการสากล ซึ่งได้ฝังรากลึกในชีวิตจิตใจของประชาชนชาวอเมริกันตลอดมา ดังนี้

“เราถือความจริงซึ่งได้แจ้งประจักษ์โดยตัวของมันเองแล้วว่า มนุษย์เราเกิดมามีอรรถเท่าเทียมกัน พระผู้เป็นเจ้าผู้สร้างมนุษย์ได้ทรงประทานสิทธิติดตัวบางประการ อันไม่อาจพรากจากมนุษย์ไปได้ สิทธิเหล่านี้ก็คือ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุข และเพื่อที่จะป้องกันสิทธิดังกล่าวนี้ มนุษย์จึงได้จัดตั้งรัฐบาลที่ได้รับมอบอำนาจอันชอบธรรม โดยความยินยอมของประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่รัฐบาลดำเนินการปกครอง

⁴³ ระบบกฎหมายอังกฤษ (น. 48). เล่มเดิม.

⁴⁴ แหล่งเดิม.

⁴⁵ แหล่งเดิม.

ไปในทางที่ทำลายจุดมุ่งหมายดังกล่าวก็เป็นสิทธิของประชาชนที่จะเปลี่ยนหรือล้มเลิกรัฐบาลนั้นเสียได้ และก่อตั้งรัฐบาลใหม่ให้ดำเนินการตามหลักการเช่นว่า และให้มีอำนาจที่จะบันดาลความปลอดภัยและความผาสุกให้ได้มากที่สุด”

สำหรับการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 17 กันยายน ค.ศ. 1787 นั้น ไม่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ อาจเป็นด้วยผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีแนวความคิดว่า “ผู้มีอำนาจปกครอง” ในระดับสหรัฐ ไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับประชาชน พลเมืองของสหรัฐ จนต่อมาในปี ค.ศ. 1789 ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ตั้งแต่บทที่ 1 ถึงบทที่ 10 แต่ได้รับสัตยาบันใน ค.ศ. 1791 บทแก้ไขเพิ่มเติมเหล่านี้ ได้บัญญัติรับรองสิทธิของประชาชนอย่างชัดเจนและกว้างขวาง มีการเรียกบทแก้ไขทั้ง 10 บท นี้ว่าเป็น อเมริกัน “Bill of Right” นอกจากนี้ ก็ยังมีบทแก้ไขที่ 15 (ค.ศ. 1868) ที่ห้ามมลรัฐต่าง ๆ ออกกฎหมายพรากชีวิต เสรีภาพหรือทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจาก Due Process of Law” เป็นต้น

สำหรับประเทศฝรั่งเศสภายหลังที่ได้มีการปฏิวัติใหญ่ของชาวฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1789 ได้มีการตั้งสมัชชาแห่งชาติขึ้น ทำหน้าที่เป็นสภานิติบัญญัติและสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่พอวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 สมัชชาแห่งชาติได้ประกาศใช้ “คำประกาศสิทธิของมนุษย์ชนและพลเมือง” ซึ่งมีอยู่ทั้งหมด 17 มาตราด้วยกัน คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ได้วางหลักการสำคัญไว้ดังนี้

1. หลักว่าด้วยเสรีภาพถือว่าเป็นสิทธิประการแรกของมนุษย์ มาตรา 4 อธิบายเสรีภาพว่าหมายถึง “อำนาจที่จะกระทำในสิ่งที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น” และมาตรา 5 “...สิ่งที่ยกกฎหมายไม่ได้ห้ามไว้ไม่อาจถูกขัดขวางไม่ให้กระทำได้...” จะเห็นว่าเป็นการวางหลักเรื่อง เสรีภาพไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งถ้าพิจารณาโดยเจาะจงแล้ว ย่อมหมายความว่าครอบคลุมถึงเสรีภาพบุคคล เสรีภาพในความคิด เสรีภาพในการประท้วง เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการรวมกลุ่ม ฯลฯ

2. หลักว่าด้วยความถูกต้องตามกฎหมาย ในมาตรา 6 กฎหมาย คือ การแสดงออกของเจตจำนงทั่วไป และคำว่ากฎหมายนี้ คำประกาศฯ ใช้ทั่วไปในเกือบทุกมาตรา (มีทั้งหมด 17 มาตรา นั่นคือยอมรับว่า การจำกัดขอบเขตของเสรีภาพต้องกระทำโดยกฎหมาย แต่ขณะเดียวกันผู้ร่างฯ ก็มีความวิตกว่า กฎหมายอาจก้าวเข้าไปล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพอย่างไม่ถูกต้องได้ ด้วยเหตุนี้ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องถึงสิทธิเสรีภาพที่สำคัญที่สุดคือ เสรีภาพในร่างกาย มาตรา 8 แห่งคำประกาศฯ จึงต้องกำหนดว่า “กฎหมายพึงกำหนดโทษไว้อย่างเคร่งครัดและจำเป็นเท่านั้น และบุคคลจะถูกลงโทษก็โดยอาศัย

กฎหมายที่มีอยู่แล้วได้ประกาศใช้ก่อนการกระทำความคิด ทั้งต้องบังคับใช้อย่างถูกต้อง” หรือ มาตรา 9 “บุคคลทุกคนได้รับการสันนิษฐานว่า บริสุทธิ์จนกว่าจะถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิด...”

หลักข้างต้นได้กลายมาเป็นหลักที่ปรากฏในกฎหมายอาญา และในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศต่อมา

3. หลักว่าด้วยความเสมอภาค มาตรา 1 บัญญัติไว้ว่า “มนุษย์ทั้งปวงเกิดมาอิสระและเสมอภาคกันในทางสิทธิ...” มาตรา 6 รับรองความเสมอภาคในการเข้ามาทำงานในภาครัฐ และมาตรา 13 รับรองความเสมอภาคในการเสียภาษี ความเสมอภาคที่นักปฏิวัติฝรั่งเศสมองในที่นี้หมายถึงความเสมอภาคในทางกฎหมาย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในสังคมมีการเรียกร้องหลักประกันที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากการถูกล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการกระทำหรือใช้อำนาจของรัฐหรือกษัตริย์ในฐานะผู้ปกครองรัฐเรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบันการเรียกร้องให้มีหลักประกันการรับรองคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้รับการยอมรับในหลาย ๆ ประเทศทั่วโลก ดังจะเห็นได้จากบัญญัติของกฎหมายที่มีผลบังคับในรัฐต่างๆ นั่นเอง

2.3.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

การให้ความหมายของสิทธิและเสรีภาพมีการให้ความหมายหรือคำจำกัดความของคำว่า “สิทธิและเสรีภาพ” อยู่เป็นจำนวนมาก ทั้งนักกฎหมายในต่างประเทศและประเทศไทย ดังนี้ สิทธิ (Right) ในทางกฎหมายนั้น มีผู้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

Thomas Aquinas ได้ให้ความหมายว่า สิทธิเป็นบางสิ่งที่เป็นผลประโยชน์ที่บุคคลพึงมี และเป็นคุณค่าในทางศีลธรรม สิทธิมีความเป็นพิเศษในตัวเอง⁴⁶

Thomas Hobbes ได้ให้ความหมายว่า สิทธิเป็นเรื่องธรรมชาติของมนุษย์ที่มนุษย์ทุกคนพึงมีสิทธิในการกระทำทุกเรื่องและเห็นว่าสิทธินั้นมีความใกล้เคียงกับเสรีภาพ⁴⁷

Michael S. Berliner ได้ให้ความหมายว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองไว้ให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำได้ตามสิทธิที่บัญญัติไว้⁴⁸

⁴⁶ จาก ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในความเสมอภาค: ศึกษาเฉพาะกรณีสิทธิในความเสมอภาคของผู้พัน โทษในการศึกษาและทำงาน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 28), โดย ศรีธนา กลิ่นสุคนธ์, 2554, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁴⁷ แหล่งเดิม.

⁴⁸ จาก ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 10), โดย นิสารัตน์ ท้าวโสม, 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายว่า สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้และเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ประโยชน์แก่บุคคลไว้โดยเจาะจงและกฎหมายได้คุ้มครองประโยชน์นี้ โดยบุคคลผู้ได้รับประโยชน์สามารถใช้สิทธิทางศาล⁴⁹

โกคิน พลกุล ได้ให้ความหมายว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้⁵⁰

วิญญู เครื่องงาม ได้ให้ความหมายว่า สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ กล่าวคือ สิทธิของประชาชนได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น สิทธิในครอบครัว สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการรับมรดก สิทธิในชีวิตร่างกาย เป็นต้น⁵¹

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้ความหมายว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจที่จะให้ผู้อื่นต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิอันเป็นการบังคับให้คนอื่นต้องกระทำการตามสิทธิของเรา⁵²

วรพจน์ วิศรุดพิชญ์ ได้ให้ความหมายว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใดที่เกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของตนหรือบุคคลอื่น (เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ) เป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน หรือให้ละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง⁵³

คณิน บุญสุวรรณ ได้ให้ความหมายว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมที่บุคคลสามารถที่จะมีหรือทำอะไรก็ได้ที่มีกฎหมายรองรับ แต่คำว่าทำอะไรก็ได้ในที่นี้ มิได้หมายความว่าทำอะไรได้ตามใจ เพราะหากทำอะไรลงไปแล้วเกิดไปกระทบสิทธิของคนอื่น หรือทำให้คนอื่นต้องเดือดร้อนเสียหาย หรือสูญเสียอะไรบางอย่าง การกระทำดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่ต้องห้าม เช่น สิทธิในการมีทรัพย์สินส่วนตัว สิทธิในที่ดิน สิทธิในการป้องกันตัวเอง หรือสิทธิในการใช้รถใช้ถนน สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น⁵⁴

⁴⁹ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (น. 23), โดย หยุด แสงอุทัย ง, 2518, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵⁰ จาก *หลักกฎหมายมหาชน* (น. 138-139), โดย โกคิน พลกุล, 2539, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵¹ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (น. 640), โดย วิญญู เครื่องงาม, 2530, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

⁵² จาก *กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (น. 348), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁵³ จาก *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (น. 21), โดย วรพจน์ วิศรุดพิชญ์ ข, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵⁴ จาก *คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน* (น. 20 – 21), โดย คณิน บุญสุวรรณ, 2547, กรุงเทพฯ: สุขภาพใจ.

บรรเจิด สิงคะเนติ ได้แบ่งแยก “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” ออกจากความหมายของคำว่า “สิทธิตามความหมายทั่วไป” โดยสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรอง ค้ำครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด ซึ่งการให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายรวมถึง การให้หลักประกันในทางหลักการ ซึ่งหมายถึงการมุ่งคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ⁵⁵

หากนำหลักการและความคิดเกี่ยวกับสิทธิมาประมวลแล้วก็จะเห็นได้ว่าสิทธิมีลักษณะสำคัญที่ตรงกันอยู่หลายประการ ได้แก่⁵⁶

1. สิทธินั้นจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิ สิทธิจะเป็นการรับรองให้เจ้าของสิทธิมี “อำนาจ” สามารถ “ใช้” สิทธินั้นได้ หรืออาจจะไม่ใช้สิทธินั้นก็ได้ตามเจตจำนงของเจ้าของสิทธิ ในบางกรณีก็อาจจะให้ผู้อื่นใช้สิทธิแทนได้ ซึ่งการให้ผู้อื่นใช้สิทธิแทนนี้มักพบในกฎหมายแพ่ง

2. สิทธินั้นเรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของตน กล่าวคือ ถ้าเป็นสิทธิในทางแพ่งจะสามารถเรียกร้องต่อทรัพย์ (ทรัพย์สิน) บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องยอมรับและไม่ละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์อันผู้อื่นมีสิทธิอยู่นั้น หรือเรียกร้องให้บุคคลดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ (บุคคลสิทธิ) หรือในทางกฎหมายมหาชน สิทธินั้นจะเรียกร้องให้รัฐโดยหน่วยงานของรัฐกระทำการ หรือไม่กระทำการใด ๆ เพื่อตนได้ ทุกกรณีนั้นแสดงถึง “หน้าที่” ที่ผู้อื่นจะกระทำต่อสิทธินั้น

3. สิทธิจะเกิดขึ้นก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น เนื่องจากสิทธิเป็นเรื่องของอำนาจและหน้าที่ที่จะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐ โดยปัจเจกชนทั่วไปจะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิของตน และกำหนดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นเท่านั้น ทั้งนี้แม้ในทางแพ่งบุคคลมีสิทธิจะทำนิติกรรมผูกพันได้โดยเสรี แต่การที่บุคคลสามารถทำนิติกรรมกันได้นั้นก็ต้องชอบด้วยเงื่อนไขที่

⁵⁵ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 58). เล่มเดิม.

⁵⁶ จาก การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานผลการวิจัย) (น. 7), โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมทวนิช, 2546, กรุงเทพฯ: ศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น โดยกฎหมาย อาจกำหนดสิทธิไว้โดยชัดเจน หรือให้อำนาจแก่ปัจเจกชนไปก่อตั้งสิทธิระหว่างกันและกันได้ โดยเสรี ตราบใดที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน สำหรับสิทธิต่อรัฐจะต้อง เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติเท่านั้น

จากความหมายของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า “สิทธิ” (Right) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะ ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลอื่นบุกรุกใดแทรกแซงสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นสิทธิที่จะเรียกร้องต่อรัฐหรือองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตแห่ง สิทธิของตนได้

เสรีภาพ (Liberty) ในทางกฎหมายนั้น มีผู้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

Michael S. Berliner ได้ให้ความหมายว่า เสรีภาพ หมายถึง บุคคลที่ไม่อยู่ในภาวะ ถูกควบคุม หรือครอบงำจากผู้หนึ่งผู้ใด⁵⁷

Horace M. Kallen ได้ให้ความหมายว่า เสรีภาพ หมายถึง ความเคลื่อนไหวหรือกระทำสิ่งต่าง ๆ ตามใจปรารถนา โดยปราศจากการยับยั้งหรือการจำกัดคัดตอน⁵⁸

Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายว่า เสรีภาพ หมายถึง ความอิสระที่จะกระทำการ ใด ๆ⁵⁹

โกลิน พลกุล ได้ให้ความหมายว่า “เสรีภาพ” หมายถึง สถานภาพของมนุษย์ที่จะไม่ตก อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใคร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นอำนาจที่จะกระทำการอย่างหนึ่ง อย่างใด หรือที่จะไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด⁶⁰

วิษณุ เครืองาม ได้ให้ความหมายว่า เสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรือ งดเว้นกระทำการ เสรีภาพจึงมีความหมายต่างจากสิทธิ แต่ถ้าเสรีภาพใดมีกฎหมายรับรองและ คุ้มครอง เสรีภาพนั้นก็อาจเป็นสิทธิด้วย จึงมักเรียกรวม ๆ กันว่าสิทธิและเสรีภาพ หรือสิทธิ ในเสรีภาพ⁶¹

⁵⁷ ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 10). เล่มเดิม.

⁵⁸ จาก การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ, โดย สาโรช โชติพันธุ์, 2549, รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 6, น. 287.

⁵⁹ แหล่งเดิม.

⁶⁰ หลักกฎหมายมหาชน (น. 138-139). เล่มเดิม.

⁶¹ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 641). เล่มเดิม.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้ความหมายว่า เสรีภาพ หมายถึง อำนาจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (มีอำนาจที่จะเลือกปฏิบัติ) ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่เชิงปฏิเสธแก่ผู้อื่นที่จะได้เข้ามารบกวนการใช้อำนาจเลือกปฏิบัติของเรา และในทำนองเดียวกันก็ก่อให้เกิดหน้าที่ให้เราไม่สามารถเข้าไปรบกวนการใช้อำนาจเลือกประพฤติปฏิบัติของผู้อื่น⁶²

วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายว่า เสรีภาพ หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น เป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตรงเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำและไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ โดยสรุปแล้ว เสรีภาพ คือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง⁶³

พิชัย พืชมงคล อธิบายว่า เสรีภาพ หมายถึง “ความมีเสรีหรือสภาพที่ทำได้โดยปลอดอุปสรรค สภาพที่มีสิทธิที่จะทำ จะพูดได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น” กล่าวคือ เสรีภาพเป็นอำนาจอันชอบธรรมที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ ตามที่เขาต้องการได้โดยอิสระ หรือโดยปลอดจากอุปสรรคหรือการบังคับขัดขวาง เสรีภาพจึงก่อให้เกิดหน้าที่ตามกฎหมายให้รัฐและบุคคลอื่นในการที่จะต้องเคารพและไม่ไปรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขา⁶⁴

จากความหมายของเสรีภาพดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า “เสรีภาพ” (Liberty) หมายถึง อำนาจของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดตนเอง และภายใต้อำนาจนี้บุคคลย่อมสามารถเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ตามความต้องการ หรืออีกนัยหนึ่งคือการที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ตามความประสงค์ของตนเอง โดยบุคคลจะมีเสรีภาพได้นั้นจะต้องไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์ และจะต้องไม่ถูกขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่ตนประสงค์ ด้วยเหตุนี้การที่กฎหมายกำหนดรับรองเสรีภาพอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่บุคคลก็ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะต้องเคารพเสรีภาพดังกล่าว โดยผู้ทรงเสรีภาพย่อมสามารถเรียกร้องให้บุคคลอื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตน แต่ผู้ทรงเสรีภาพไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องบุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตนแต่ประการใด

⁶² กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี (น. 348). เล่มเดิม.

⁶³ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 22). เล่มเดิม.

⁶⁴ พิชัย พืชมงคล. (ม.ป.ป.). การปฏิรูปทางการเมืองกับรัฐธรรมนูญใหม่ (ตอนที่ 2). สืบค้นจาก,

สิทธิกับเสรีภาพมีความคล้ายคลึงกันในข้อที่ว่าต่างก็เป็นอำนาจอันชอบธรรมที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล และยังมีความเกี่ยวพันอีกหลายประการ กล่าวคือ สิทธินั้นหมายความรวมถึงสิทธิที่จะมีเสรีภาพต่าง ๆ ตามควรแก่สภาพและฐานะของบุคคลด้วย และเสรีภาพที่สำคัญคือเสรีภาพที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ ได้ตามสิทธิของตน สิทธิยังเป็นตัวบังคับสำคัญถึงระดับความมีเสรีภาพ เนื่องจากความหมายของสิทธิและเสรีภาพใกล้เคียงกัน และสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด ปัจจุบันจึงมีการใช้ปะปนกัน บางครั้งก็ใช้สลับกันหรือแทนกัน อาทิคำว่า สิทธิมนุษยชน (Human Right) นั้น หมายความรวมถึงบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์ทุกคนมีในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ มิได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่สิทธิเท่านั้น เป็นต้น แต่คนส่วนใหญ่มักจะใช้ควบคู่กันไปโดยเรียกรวม ๆ ว่า “สิทธิเสรีภาพ” ซึ่งหมายถึง อำนาจอันชอบธรรมตามกฎหมายของบุคคลที่จะกระทำหรือไม่กระทำการต่าง ๆ โดยปลอดจากการรบกวนขัดขวางของรัฐหรือบุคคลอื่น⁶⁵

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพมีความแตกต่างจากสิทธิ เนื่องจากสิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในการความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน แม้ว่ากรณีที่กฎหมายรับรองเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่บุคคล ย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยก็ตาม แต่หน้าที่ที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นอันเนื่องมาจากกฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลคนหนึ่ง เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของเขา ผู้ทรงเสรีภาพคงมีอำนาจแต่เพียงที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่

สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญถือเป็นสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายมหาชนหรือเป็นสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดได้ โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงมิใช่เพียงทำหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองปัจเจกชนจากรัฐเท่านั้น หากแต่ยังสามารถสร้างอำนาจในการเรียกร้องต่อรัฐให้กระทำการใดหรือไม่กระทำการใดได้อีกด้วย ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงก่อให้เกิดความสัมพันธ์หรือความผูกพันระหว่างปัจเจกชนกับรัฐขึ้น ส่งผลให้รัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต้องให้ความเคารพ ปกป้องและคุ้มครองสิทธิและ

⁶⁵ จาก *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ* (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ อย่างเหมาะสม) (รายงานผลการวิจัย) (น. 39), โดย วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ ค, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.

เสรีภาพของปัจเจกชน ให้มีผลในทางปฏิบัติ ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงมีภาระในการก่อความผูกพันต่อฝ่ายต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญเดียวกัน ดังนี้⁶⁶

1. สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่ทำหน้าที่ในการปกป้องปัจเจกชนให้ปลอดภัยจากการแทรกแซงของอำนาจมหาชน เพื่อคงความมั่นคงหรือสร้างหลักประกันให้แก่ปัจเจกชนในอันที่จะไม่ถูกบังคับหรือแทรกแซงจากรัฐหรือองค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งปวง

2. สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่ทำหน้าที่คุ้มครองปัจเจกชนมิให้ถูกเลือกปฏิบัติโดยพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพแล้วนั้น ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติหรือต้องได้รับความเสมอภาคโดยเท่าเทียมกันต่อการใช้อำนาจของฝ่ายมหาชน สิทธิและเสรีภาพในประการดังกล่าวนี้ เช่น สิทธิและเสรีภาพในการเรียกร้องต่อรัฐให้กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดให้เหมือนกันในสิ่งที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และแตกต่างกันในสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน โดยรัฐต้องให้เหตุผลด้วยว่าการปฏิบัติเช่นนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และมีกฎหมายรับรองคุ้มครองให้กระทำเช่นนั้นหรือไม่ เป็นต้น

3. สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่ทำหน้าที่เรียกร้องให้รัฐกระทำการ สิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวกับการเรียกร้องให้รัฐกระทำการนี้มักจำกัดอยู่กับสิทธิและเสรีภาพที่เรียกว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางสังคม” อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่คุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชนในเรื่องที่เกี่ยวกับความจำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์

4. สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่ทำหน้าที่คุ้มครองบุคคลให้พ้นจากการแทรกแซงของบุคคลที่สาม แม้ว่าตามหลักทั่วไปแล้วจะมีสิทธิและเสรีภาพบางอย่างที่มีผลผูกพันต่อบุคคลที่สามโดยทางอ้อม ซึ่งในกรณีนี้ย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในประการดังกล่าวแก่บุคคลด้วยมาตรการคุ้มครองของรัฐอาจกระทำได้ทั้งในรูปของการออกกฎหมายเพื่อรับรองคุ้มครองสถานะของบุคคลเป็นการเฉพาะ หรืออยู่ในรูปแบบของข้อห้ามมิให้สาธารณะกระทำการอันเป็นการรบกวนปัจเจกชนที่เรียกว่า “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพความเป็นอยู่ส่วนบุคคลนั่นเอง”

5. สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นหลักประกันในเชิงสถาบัน หมายถึง หลักประกันที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองหลักกฎหมายทั่วไปในทางหลักการต่อการเปลี่ยนแปลงที่อาจเกิดขึ้นจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งจะมีลักษณะที่แตกต่างจากสิทธิและเสรีภาพที่ให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคล และยังมีลักษณะที่มุ่งหมายในการคุ้มครองต่อสิ่งที่เป็นหลักเกณฑ์หรือหลักการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่ไม่เกี่ยวกับปัจเจกบุคคลคนใดคนหนึ่งเป็นการเฉพาะด้วย ซึ่งสิทธิและ

⁶⁶ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 66-72). เล่มเดิม.

เสรีภาพในฐานะที่เป็นหลักประกันเชิงสถาบัน ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในการเป็นครอบครัวของ การสมรส เสรีภาพในการแสดงออกโดยสื่อทางวิทยุ โทรทัศน์ หรือสื่อสารมวลชนอื่น ๆ เป็นต้น

6. สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพ ประเภทนี้มักเกิดขึ้นจากเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดภาระผูกพันให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการ เฉพาะ เช่น การกำหนดให้ผู้สูงวัยได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นต้น เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญจะผูกพันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายนอกเหนือไปจากหลักการ ดังกล่าว หากฝ่ายนิติบัญญัติละเมิดหรือฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวปัจเจกชนหรือมหาชนย่อมยกสิทธิ และเสรีภาพในกรณีเช่นนี้ขึ้นต่อสู้และเรียกร้องจากรัฐได้

7. สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นหลักประกันในทางศาล ถือเป็นเรื่องที่มีสาระสำคัญ สำหรับการใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้ทรงสิทธิ เพราะหากมีเพียงการรับรองคุ้มครองว่าปัจเจกบุคคล หรือสาธารณชนมีสิทธิและเสรีภาพกว้างขวางมากน้อยเพียงใด แต่ถ้าไม่มีหลักประกันในกระบวนการ ทางศาล ที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปได้ในทางปฏิบัติแล้ว สิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ใน รัฐธรรมนูญก็จะไม่มีความหมายหรือประโยชน์อันใดทั้งสิ้น การรับรองให้สิทธิและเสรีภาพเป็น หลักประกันในทางศาล จึงเท่ากับเป็นการยอมรับว่าสิทธิและเสรีภาพมีฐานะเป็นสิทธิเรียกร้อง และเป็นสิทธิเรียกร้องของมหาชนอันเป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง

2.3.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งดำเนินการโดย สภาร่างรัฐธรรมนูญ มีการพิจารณาอย่างเป็นระบบและมีการกล่าวถึงสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ โดย การเปิดโอกาสให้มีการอภิปรายอย่างกว้างขวาง จนถือได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญที่ให้สิทธิและเสรีภาพประชาชนชาวไทยมากที่สุดฉบับหนึ่ง โดยในการยกร่างรัฐธรรมนูญได้แยกประเภทของสิทธิเสรีภาพโดยพิจารณาจากภารกิจของสิทธิ เสรีภาพได้ 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก “สิทธิขั้นมูลฐาน” หรือสิทธิที่มีมาแต่กำเนิด เป็นสิทธิที่สำคัญยิ่งซึ่งบุคคล มีมาตั้งแต่เกิด เช่น สิทธิเสรีภาพในร่างกาย ชีวิต การนับถือศาสนา และสิทธิในความเป็นส่วนตัว เป็นต้น

ประเภทที่สอง “สิทธิเสรีภาพของพลเมือง” เป็นสิทธิที่ได้มาเพราะการเป็นพลเมืองของรัฐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพไว้ในมาตรา 27 ว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา

คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง”

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้การรับรอง และคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายนี้ อาจจำแนกออกเป็นประเภทต่าง ๆ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป เช่น จำแนกตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน จำแนกตามวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพ จำแนกจากกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพ และจำแนกตามอาการที่ใช้ ดังนี้

1) การจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน⁶⁷

Georg Jellinek เป็นผู้เสนอแนวคิดในการแบ่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว โดย Jellinek ได้แบ่งแยกสิทธิออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

1. สิทธิปฏิเสธ (Status negativus) หมายถึงสิทธิที่จะป้องกันแดนสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลจากการใช้อำนาจอรัฐ ซึ่งโดยสิทธินี้ ราษฎรย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐและเจ้าพนักงานของรัฐ ละเว้นที่จะไม่กล้ากรายหรือล่วงสิทธินี้ สิทธิดังกล่าวนี้ ได้แก่ สิทธิตามรัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชน (Human Right)

สิทธิประเภทนี้ สมยศ เชื้อไทย ยกตัวอย่างคือ สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญประเภทเสรีภาพของพลเมือง⁶⁸ หยุต แสงอุทัย ยกตัวอย่างสิทธิประเภทนี้ คือ สิทธิตามรัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชน⁶⁹

2. สิทธิกระทำการ (Status actives) หมายถึง สิทธิที่จะเข้ามามีส่วนช่วยในการปกครองประเทศซึ่งเป็นสิทธิที่ราษฎรที่จะมีต่อรัฐ สิทธิประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปของ “สิทธิของพลเมือง” เช่น สิทธิเลือกตั้ง ซึ่งเป็นสิทธิที่ให้ไว้แก่ราษฎรในการที่จะก่อตั้งชีวิตในทางการเมืองของรัฐ

3. สิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการ (Status positivus) หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่ใช้สิทธิของปัจเจกบุคคลมีอาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ สิทธิประเภทนี้แสดงออกมาในรูปของสิทธิประเภท “สิทธิเรียกร้อง” สิทธิเรียกร้องให้

⁶⁷ แหล่งเดิม.

⁶⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป (น. 60), โดย สมยศ เชื้อไทย ข, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶⁹ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (น. 37), โดย หยุต แสงอุทัย จ, 2545, กรุงเทพฯ: ปรกาศพริก.

กระทำการ สิทธิในการดำเนินคดี ตามทศนะของ Jellinek เห็นว่าสิทธิที่เป็นศูนย์กลางของสิทธิประเภทนี้คือสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

2) การจำแนกสิทธิและเสรีภาพ โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพ⁷⁰

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพแล้วอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ออกได้เป็น 7 ประเภท คือ

1. สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ได้แก่ สิทธิในความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ความคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดทางอาญา เช่น บทบัญญัติที่ว่าบุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ ซึ่งเป็นการรับรองหลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” บทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาไม่มีความผิด ก่อนที่จะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ บทบัญญัติที่ห้ามจับกุม คุมขัง หรือตรวจค้นตัวบุคคล เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน ในทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

2. สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงความคิดเห็น ได้แก่ เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สิทธิในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย เสรีภาพในทางวิชาการ การศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการเท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่พลเมือง หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

3. สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ เช่น สิทธิในทรัพย์สินและสิทธิในการสืบทอด สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรมในกรณีที่อยู่อาศัยถูกเวนคืน เสรีภาพในการทำสัญญาก่อนนิติสัมพันธ์กับผู้อื่น สิทธิในการประกอบกิจการหรืออาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม สิทธิที่จะได้รับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และสิทธิที่จะได้รับการ

⁷⁰ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 33-39). เล่มเดิม.

รักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายในกรณีที่เป็นผู้ยากไร้ สิทธิของเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวในอันที่จะได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม สิทธิของเด็กและเยาวชนซึ่งไม่มีผู้ดูแลในอันที่จะได้รับ การเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐ สิทธิของบุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีบริบูรณ์และไม่มีรายได้ เพียงพอแก่การยังชีพในอันที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ สิทธิของบุคคลซึ่งพิการหรือทุพพลภาพ ในอันที่จะได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ

4. สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม ได้แก่ เสรีภาพในการรวมกันเป็นสหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น

5. สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง ได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งเป็น พรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน และเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมืองให้ เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น ตามวิถีทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ สิทธิของผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนในอันที่จะเข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาเพื่อให้ รัฐสภาพิจารณากฎหมาย สิทธิของผู้มีสิทธิเลือกตั้งในอันที่จะออกเสียงประชามติเพื่อประโยชน์ใน การให้คำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรีว่าจะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกิจการเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่จะอาจ กระทบถึงประโยชน์ได้เสียของประเทศ สิทธิของผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนในอันที่จะ เข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภา เพื่อให้วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน ตุลาการศาล รัฐธรรมนูญ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ฯลฯ

6. สิทธิที่จะตรวจสอบการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้แก่ สิทธิของ บุคคลในอันที่จะได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น สิทธิของบุคคลในอันที่จะได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นก่อนการอนุญาต หรือดำเนิน โครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น ตลอดจนสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว สิทธิของบุคคลในอันที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของ เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและ เสรีภาพของตน สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วน

ท้องถิ่นหรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคลให้รับผิดจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น

7. สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ได้แก่ บทบัญญัติที่รับรองว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน บทบัญญัติที่รับรองว่า ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน บทบัญญัติที่ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง บทบัญญัติที่คุ้มครองบุคคลมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิ หรือทำให้เสียประโยชน์อันควรมีควรได้เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อที่แตกต่างจากบุคคลอื่น

3) การจำแนกสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพ⁷¹

การจำแนกสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพ สามารถจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้เป็น 2 ประเภท คือสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง

1. สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ตามสภาพธรรมชาติที่คิดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่กำเนิด เป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์แต่ละคน และมนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพนี้อยู่ก่อนแล้วก่อนที่จะเกิดรัฐขึ้น โดยรัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครองสิทธินี้แก่คนทุกคน โดยเท่าเทียมกัน และมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญ บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นด้วย เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทาง และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร เสรีภาพในการสื่อสารถึงกันในทางที่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตนเอง เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญาก่อนนิติสัมพันธ์กับผู้อื่น

2. สิทธิพลเมือง (Citizen Rights) หมายถึง สิทธิและเสรีภาพที่บุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐนั้น ๆ เท่านั้น จึงจะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ โดยเป็นสิทธิที่ประชาชนสามารถเรียกร้องจากรัฐในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐ ซึ่งรัฐมีหน้าที่ให้การสนองตอบในรูปของบริการสาธารณะ

⁷¹ แหล่งเดิม.

และไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบหรือความช่วยเหลือด้วยการละเลยเพิกเฉย ไม่กระทำการตอบสนองตามความเรียกร้องต้องการของประชาชนได้ ทั้งนี้ สิทธิของพลเมืองจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ “รัฐ” เกิดขึ้นแล้วและสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมักจะเป็นสิทธิในทางการเมือง เช่น สิทธิในการเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุม โดยสงบและปราศจากอาวุธ สิทธิในการรวมตัวจัดตั้งพรรคการเมือง เป็นต้น

นอกจากนั้น หลักเกณฑ์การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพอาจแบ่งได้ตามแนวคิดด้านเนื้อหาสามารถที่จะแบ่งแยกได้ดังนี้

1. สิทธิตามธรรมชาติกับสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ การพิจารณาประเภทนี้ ต้องพิจารณาว่าสิทธิที่ปัจเจกชนในรัฐพึงได้รับการคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิทธิที่มีอยู่ติดตัวของปัจเจกชนแล้วตั้งแต่แรกเกิดของความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิดังกล่าวนั้นมีอยู่หลังจากที่มีความเป็นมนุษย์แล้วตามอำนาจของกฎหมาย สิทธิที่มนุษย์มีอยู่และติดตัวมนุษย์มาไม่มีอำนาจใดที่จะสามารถพรากสิทธิดังกล่าวไปจากมนุษย์ผู้ทรงสิทธิได้แม้จะเป็นอำนาจรัฐก็ตาม สิ่งที่สามารถพรากสิทธิดังกล่าวไปจากมนุษย์ได้นั้นมีเพียงธรรมชาติเท่านั้น เช่น ความตาย หรืออาการป่วย เป็นต้น สิทธิประเภทนี้เรียกว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เช่น สิทธิในความคิด สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่หรือสิทธิในการกินอาหาร เป็นต้น ส่วนสิทธิที่มีขึ้นภายหลังจากที่มีความเป็นมนุษย์แล้วนั้นอาจเรียกได้ว่า “สิทธิที่ได้รับจากกฎหมาย” สิทธิดังกล่าวไม่ได้มีอยู่คู่กับความเป็นมนุษย์ สิทธิดังกล่าวไม่ได้เกิดจากรธรรมชาติเป็นผู้กำหนดแต่หากเป็นสิทธิที่กฎหมายเป็นผู้กำหนด ดังนั้นกฎหมายจึงสามารถที่จะพรากหรือทำลายสิทธิดังกล่าวได้ เช่น สิทธิในการรับมรดก แม้ว่าผู้ทรงสิทธิจะอยู่กับผู้ตายอย่างเปิดเผยเป็นที่รับรู้กันในสังคมว่าเป็นสามีภริยากัน แต่เมื่อใดที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสทั้งคู่ก็หาได้เป็นสามีภริยากันในทางกฎหมายแต่อย่างใด เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายสิทธิในการรับมรดกก็หาได้เกิดขึ้นแต่ประการใดไม่ สิทธิในการรับมรดกนี้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือสิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ในที่ดินที่มีโฉนดก็เป็นสิทธิในทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่มีขึ้นก็แต่ด้วยอำนาจของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การที่รัฐจะพรากสิทธิดังกล่าวไปจากปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิก็สามารถทำได้ ด้วยอาศัยอำนาจของบทบัญญัติของกฎหมายเช่นกัน เป็นต้น

2. สิทธิในเสรีภาพกับสิทธิในความเสมอภาค สิทธิดังกล่าวถือได้ว่าเป็นรากฐานสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” สิทธิทั้งสองประการนี้เป็นส่วนสำคัญของสิทธิและเสรีภาพในระบอบประชาธิปไตย เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในเสรีภาพไว้ในมาตรา 2 โดยในวรรคหนึ่งเป็น “เสรีภาพทั่วไปในการกระทำการ” โดยถือว่า “เสรีภาพทั่วไปในการกระทำการ” เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหลัก (Muttergrundrecht) ซึ่งจากสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิและเสรีภาพเฉพาะเรื่องอื่น ๆ ตามมามากมาย แต่ในมาตรา 3 วรรคที่หนึ่งของ

รัฐธรรมนูญประเทศไทยได้บัญญัติถึง “หลักความเสมอภาคทั่วไป” ถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป จากหลักความเสมอภาคทั่วไป ยังแบ่งแยกออกเป็นความเสมอภาคเฉพาะเรื่องต่าง ๆ อีกหลายเรื่องด้วยกัน เช่น ความเสมอภาคระหว่างชายหญิง ความเสมอภาคของชาวเยอรมนีในการรับราชการ เป็นต้น⁷² กล่าวได้ว่าสิทธิในเสรีภาพนั้นเป็นการเรียกร้องให้ยึดถือตามสิทธิที่มีการรับรองไว้ แต่สิทธิในความเสมอภาคนั้นเป็นสิทธิที่จะเรียกร้องให้ทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสังคมให้เกิดความเท่าเทียมกันเท่านั้น

ในทางกฎหมายมหาชนอาจแบ่งแยกย่อยได้อีก โดยเฉพาะเจาะจงที่จะเป็นบ่อเกิดแห่งสิทธิได้ การให้ความยอมรับสิทธิทางกฎหมายมหาชนนั้นเริ่มตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ทั้งนี้นับได้ว่าเป็นชัยชนะของเอกชนที่มีต่อรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิที่เกิดจากกฎหมายมหาชนนี้จึงเกิดการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นให้แตกต่างหากจากศาลยุติธรรมทั่วไป⁷³ สิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดด้านประเภทสิทธิมหาชนมีดังต่อไปนี้⁷⁴

1. สิทธิเกี่ยวกับสถานะของบุคคลในทางปฏิเสธ (Negative Status) ซึ่งได้แก่สิทธิที่จะปกป้องและสิทธิในเสรีภาพที่มีต่อรัฐ ซึ่งสิทธินี้ราษฎรย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐละเว้นที่จะไม่กล่าวร้ายสิทธินี้ สิทธิดังกล่าวนี้ได้แก่สิทธิมนุษยชน เป็นต้น
2. สิทธิเกี่ยวกับสถานะของบุคคลในทางที่จะดำเนินการ (Active Status) เป็นสิทธิที่ราษฎรที่จะมีต่อรัฐ เช่น สิทธิเลือกตั้ง ซึ่งเป็นสิทธิที่ให้ไว้แก่ราษฎรในการที่จะก่อตั้งชีวิตในทางการเมืองของรัฐ เป็นต้น
3. สิทธิที่จะเรียกร้องการปฏิบัติการบางประการจากรัฐ (Positive Status) เป็นสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองสิทธิของบุคคล สิทธิที่จะให้คุ้มครองตนจากการกระทำของรัฐต่างประเทศ และสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติการเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการ เช่น สิทธิเรียกร้องให้รัฐจ่ายเงินเดือน เป็นต้น

⁷² หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 56). เล่มเดิม.

⁷³ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย (น. 175), โดย หยุด แสงอุทัย ฉ. 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷⁴ แหล่งเดิม.

2.4 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล

สิทธิส่วนบุคคล (Right to Privacy) เป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับสังคมที่บุคคลนั้นอาศัยอยู่ จากการที่มนุษย์มีความจำเป็นที่จะต้องรวมกันเป็นสังคม ย่อมเกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างสังคมกับสมาชิกของสังคม โดยฐานะของสังคมจะอยู่สูงกว่าสมาชิกของสังคม สังคมจะเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์มาใช้บังคับแก่สมาชิกของสังคมและสมาชิกของสังคมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์นั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม โดยธรรมชาติของความเป็น “บุคคล” ของสมาชิกของสังคมนั้นย่อมมีกิจกรรมบางอย่างที่โดยธรรมชาติแล้วบุคคลอื่นรวมทั้งสังคมไม่สมควรก้าวล่วงเข้าไปบงการ นั่นคือ ความเป็นส่วนตัว (Privacy) ของบุคคล อันประกอบด้วยเสรีภาพในร่างกาย การดำรงชีวิต ความเป็นส่วนตัว ซึ่งได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย มิให้ผู้อื่นมาล่วงเกินความเป็นส่วนตัว คือ สถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่าง ๆ และมีความสันโดษไม่ติดสัมพันธ์กับสังคม

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวได้ให้ความหมายของสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นคำที่มีความหมายกว้างและครอบคลุมในหลายเรื่อง ซึ่งได้มีผู้ให้คำอธิบายไว้หลายความหมายดังต่อไปนี้⁷⁵

Alan Westin ให้ความหมายว่า สิทธิในชีวิตส่วนตัวเป็นเรื่องความสมัครใจของบุคคลที่จะเลือกถอนตนเองจากสังคมส่วนร่วมไม่ว่าโดยการแสดงออกทางด้านร่างกายหรือจิตใจ รวมถึงเรื่องที่ต้องการจะอยู่อย่างสันโดษหรือเฉพาะกลุ่มภายใต้เงื่อนไขว่าจะไม่ถูกรบกวนหรือขัดขวาง

Arthur Miller ได้ให้คำนิยามโดยสรุปสาระสำคัญของสิทธิส่วนบุคคลว่า หมายถึงความสามารถของบุคคลในการควบคุมการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับตน

Blacks Law Dictionary ได้ให้ความหมายของสิทธิในชีวิตส่วนตัวไว้ว่า หมายถึงสิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพังเสรี ปราศจากการรบกวนจากบุคคลภายนอก กล่าวโดยทั่วไปสิทธิในชีวิตส่วนตัวเป็นสิทธิที่ปลอดจากการแทรกแซงจากรัฐในกิจกรรมของแต่ละบุคคล โดยเป็นเสรีภาพขั้นมูลฐานของแต่ละบุคคลที่จะเลือกในการดำเนินชีวิตของตนไม่ว่าในเรื่องครอบครัวหรือเรื่องความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น หรือเป็นเสรีภาพส่วนบุคคลที่จะถอนตนเองจากการที่จะถูกพิจารณาโดยสังคมถ้าเขาเลือกที่จะทำเช่นนั้น

Richard A. Spinello ได้ให้ความหมายของสิทธิความเป็นส่วนตัวว่าหมายถึง⁷⁶ การจำกัดการเข้าถึงตัวปัจเจกชนโดยบุคคลอื่น (The limitation of others access to an individual) ซึ่งประกอบด้วยปัจจัยที่สำคัญ 3 ประการ คือ

⁷⁵ จาก การละเมิดสิทธิส่วนบุคคล (น. 14-15), โดย ชูชีพ ปิณฑะศิริ, 2525, กรุงเทพฯ.

1. การเก็บรักษาความลับ (Secrecy) ซึ่งหมายถึง การจำกัดมิให้บุคคลอื่นทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตนเอง (Limiting the dissemination of knowledge about oneself)
2. การปิดบังชื่อหรือไม่เปิดเผยตัว (Anonymity) ซึ่งหมายถึง การป้องกันมิให้คนอื่นทราบว่าตนเองเป็นใคร (Protection from undesired attention)
3. การอยู่ตามลำพัง (Solitude) ซึ่งหมายถึงการที่ไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาอยู่ใกล้ชิดในทางกายภาพ (Lack of physical proximity of others)

ความหมายของที่ประชุม ICJ (International Commission of Jurists) ได้ให้ความหมายของสิทธิส่วนบุคคลในการประชุมเมื่อปี ค.ศ. 1967 ที่กรุงสต็อกโฮล์มสวีเดน ว่าเป็น “สิทธิที่จะอยู่โดยลำพังโดยมีการรบกวนการแทรกแซงในระดับที่น้อยที่สุด ซึ่งมีการขยายความว่า หมายถึง สิทธิของปัจเจกชนที่จะดำเนินชีวิตโดยได้รับการคุ้มครองจากสิ่งเหล่านี้คือ⁷⁶

1. การแทรกแซงในชีวิตความเป็นส่วนตัว ครอบครัว และสถาน
2. การแทรกแซงในทางกายภาพ หรือในทางจิตใจ หรือศีลธรรมและเสรีภาพในทางความคิด
3. การกระทำต่อเกียรติยศและชื่อเสียง
4. การไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนความจริง ซึ่งทำให้เป็นที่เสื่อมเสียในสายตาของสาธารณชน
5. การเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องอันเป็นที่น่าอับอายเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัว
6. การใช้ชื่อ หรือเครื่องหมายชี้เฉพาะหรือภาพ โดยไม่มีอำนาจ
7. การสืบความลับ การสอดครุ้สอดเห็น การติดตามเฝ้าดูและการรบกวน
8. การแทรกแซงการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน
9. การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นความลับ ซึ่งผู้กระทำได้รับมาอันเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพนั้น
10. การใช้ในทางที่มีขอบซึ่งการติดต่อสื่อสารส่วนบุคคล

การให้ความหมายสิทธิความเป็นส่วนตัวของ ICJ นี้เป็นการให้ความหมายภายใต้ทฤษฎีการจำกัดการเข้าถึง (Restricted Access Theory) ซึ่งมีหลักการสำคัญว่า ความเป็นอยู่ส่วนตัว คือ

⁷⁶ จาก ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการ โอนข้อมูลระหว่างประเทศ (น. 9), โดย ปฎิวัติ อุ้นเรื่อน, 2547, กรุงเทพฯ.

⁷⁷ จาก การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 19), โดย วีรพงษ์ บึงไกร, 2543, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์แห่งประเทศไทย.

การจำกัดการเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งอย่างแน่แท้ (Privacy amounts to restricting access to information about oneself contexts) ในส่วนนี้จะได้แบ่งแยกแนวคิดการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์และประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ เพื่อแสดงให้เห็นพัฒนาการทางแนวคิดได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

2.4.1 แนวความคิดและทฤษฎีการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศนิวซีแลนด์ เป็นต้น ประเทศเหล่านี้ไม่มีหลักการทั่วไปในการรับรองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว⁷⁸ อย่างไรก็ตาม สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งในบรรดาสีทธิขั้นพื้นฐานที่มีกำเนิดมาจากแนวทางปฏิบัติในรัฐธรรมนูญ การให้ความคุ้มครองและให้การเยียวยาความเสียหาย เป็นการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยละเมิดประกอบกับการให้เหตุผลโดยยึดถือ คำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานเป็นสำคัญ

หลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการกระทำอันเป็นละเมิดในระบบคอมมอนลอว์ประกอบไปด้วยหลักสำคัญ ดังนี้

1. ความรับผิดชอบบุกรุก ความรับผิดชอบบุกรุกมีลักษณะสำคัญ คือ ต้องเป็นการบุกรุกทางกายภาพ ได้แก่ การบุกรุกเข้าไปในที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง และการเข้าไปรบกวนทางกายภาพต่อบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต กรณีบุคคลภายนอกหรือเพื่อนบ้านบุกรุกเข้ามาในบ้าน การบุกรุกเข้ามาจะทำร้ายหรือเพื่อเข้าพบหรือรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวก็ตาม การบุกรุกเข้ามานี้ต้องเป็นการกระทำในทางกายภาพต่อบุคคลหรือต่อทรัพย์สินโดยตรง หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่า บุคคลภายนอกได้ใช้กล้องส่องทางไกลสอดแนมดูบริเวณบ้าน ดูทรัพย์สิน หรือสอดส่องพฤติกรรมของบุคคล หรือใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ เพื่อสอดแนมจากภายนอก ลักษณะนี้ไม่มีการกระทำในทางกายภาพต่อบุคคล การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบนี้ แต่หากมีการลักลอบเข้าไปติดตั้งโทรศัพท์สนับวงจรปิด ไมโครโฟน หรือเครื่องมือเครื่องมือนานาชนิดที่ใช้ในการสอดแนม แม้จะไม่เกิดการทำลายหรือฉกฉวยของหรือทรัพย์สิน กรณีนี้ย่อมเกิดความรับผิดชอบบุกรุกได้

⁷⁸ From *Privacy and the Law* (p. 8), by Mark Lifman and Peter Carter-Ruck, 1970. (อ้างถึงในการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยธนาคารไทยพาณิชย์กับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 30), โดย ปิยะพร วงศ์เบ็ญสัจจ์, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต).

เพราะมีการกระทำทางกายภาพแม้เพียงเล็กน้อยก็ตาม ด้วยเหตุผลว่าความรับผิดชอบนี้ไม่ได้มีขึ้นมาเพื่อคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยตรง ดังนั้น ความรับผิดชอบในฐานความผิดนี้จึงไม่ประสบความสำเร็จในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในปัจจุบัน เพราะความเจริญทางเทคโนโลยีในปัจจุบันทำให้การสอดแนมการลักลอบบันทึกภาพหรือเสียงหรือการดักฟัง ทำได้ง่ายและมีพัฒนาการไปมาก ขนาดที่ว่าเครื่องมือบางอย่างไม่ต้องอาศัยการยึดติดในทางกายภาพ ก็สามารถใช้ได้ ดังนั้น เมื่อไม่มีการกระทำก็ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายได้เลย

ปัญหาที่เพิ่มขึ้นอีกเนื่องจากเครื่องดักฟังหรือเครื่องมือสอดแนมในปัจจุบันไม่สามารถปรับในฐานความผิดตามกฎหมายได้เลย และการนำความรับผิดชอบตามกฎหมายไปปรับใช้กับบุคคลนั้น ต้องปรากฏว่ามีการเข้าไปจู่โจมและลักษณะที่เป็นการปะทะกัน เช่น การตรวจค้นสินค้าที่ตัวลูกค้าหากสงสัยว่าลูกค้าได้ขโมยของ ผู้จัดการร้านไม่สามารถทำการค้นได้สิ่งที่จะต้องกระทำคือให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการตรวจค้นจึงจะไม่มี ความผิดฐานบุกรุก ท้ายที่สุดพบว่าหากจะนำความรับผิดชอบตามกฎหมายไปปรับใช้ในการให้การเยียวยาความเสียหายในการละเมิดซึ่งปัจจุบันนี้ ด้วยสถานการณ์ที่ซับซ้อนเนื่องจากข้อจำกัดทางกายภาพที่นับวันการพัฒนาเทคโนโลยีสมัยใหม่ ทำให้ความรับผิดชอบตามกฎหมายทางกายภาพมีน้อยลง ทำให้ความรับผิดชอบตามกฎหมายไม่เหมาะสมกับการปรับใช้เยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดในสถานการณ์ใหม่ ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2. การก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ เป็นลักษณะการทำให้เกิดมลภาวะทางเสียงทางกลิ่นหรือมลภาวะที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อน หรือการก่อให้เกิดความเดือดร้อน รำคาญโดยการสอดส่องเห็นหรือรบกวนความเป็นส่วนตัวโดยเพื่อนบ้าน ในกรณีนี้ศาลได้เคยวางบรรทัดฐานไว้ว่า ความรับผิดชอบก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญมิได้แม้ว่าผู้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญอาจต่อสู่ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังถึงที่สุดแต่ก็เหลือความสามารถที่จะระงับได้ก็ยังคงรับผิดชอบกรณีให้เห็นบ่อยครั้ง เช่น การที่บริษัท ห้างร้าน โทรศัพท์ชักชวนให้ซื้อสินค้าและบริการบ่อยครั้งจนเกินความจำเป็น สร้างความอึดอัดใจหรือรำคาญหรือแม้กระทั่งการที่เพื่อนบ้านโทรศัพท์มาที่บ้านเพื่อพูดคุยในเวลากลางดึกโดยที่ไม่ได้มีเหตุด่วนเหตุร้ายหรือมีความจำเป็นใด ๆ ซึ่งนอกจากจะเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแล้วยังเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวของบุคคลด้วย

3. หมิ่นประมาท เป็นการแสดงข้อความหรือความหมายใด ๆ ต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด ให้เขาได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือถูกประเมินคุณค่าให้ต่ำลง หรือ ถูกดูหมิ่นเกลียดชังในสายตาของคนทั่วไป ในการกระทำหมิ่นประมาทเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง เนื่องจากส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการเผยแพร่ความเป็นส่วนตัวของบุคคลต่อสาธารณะ เช่น การกล่าวข้อความอันเป็นเท็จ การพูดจาเยาะเย้ย ถากถาง หรือการกระทำที่เป็นสาเหตุทำให้เขาต้องอับอายขายหน้าหรือต้องหลีกหนีจากผู้คน เช่น การกล่าวร้ายว่า

เป็นคนไม่มีความรู้สึกเป็นคนไม่มีศักดิ์ศรี เป็นตัวสำรอง ซึ่งเป็นสาระสำคัญทำให้ชีวิตแต่งงาน ล้มเหลวเนื่องจากคำกล่าวนั้น ในกรณีนี้นอกจากจะเป็นการหมิ่นประมาทแล้ว ยังเป็นการละเมิด ข้อมูลข่าวสารอันเป็นความลับ และละเมิดชีวิตความเป็นอยู่ในครอบครัวด้วย ในบางกรณี เช่น การให้บริการข้อมูลข่าวสารการเงินขององค์กร Credit Reference หรือเครดิตบูโรอาจเป็นการลดฐานะ ความน่าเชื่อถือทางการเงินของบุคคล หรือเป็นการทำให้บุคคลได้ความไม่ไว้วางใจในฐานะทางการเงิน แต่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์การให้ข้อมูลข่าวสารอันอาจเป็นการทำให้เขาได้รับความเสียหาย หรืออับอายจากการถูกประเมินฐานะทางการเงินไม่ถือว่าเป็นหมิ่นประมาทเนื่องจากการกล่าวนั้น เป็นการกล่าวข้อความจริง ซึ่งความรับผิดชอบหมิ่นประมาทไม่ได้มีความหมายรวมถึงการเปิดเผย ข้อเท็จจริงส่วนตัว แม้ว่าการเปิดเผยดังกล่าวเป็นการเปิดเผยโดยไม่จำเป็นหรือไม่มีเหตุผลอันควร และเป็นการที่มุ่งประสังข์ร้ายต่อบุคคลอื่นก็ตาม

4. ความรับผิดชอบต่อความไว้วางใจต่อกัน โดยหลักเมื่อมีการถ่ายทอดข้อมูลข่าวสารแก่ อีกคนหนึ่งที่เป็นผู้รับข้อมูล ผู้รับข้อมูลมีหน้าที่ต้องก่อให้เกิดความไว้วางใจในการรักษาข้อมูล โดย ไม่เปิดเผยต่อบุคคลอื่น หากข้อมูลข่าวสารนั้นเป็นข้อมูลที่เป็นความลับและบุคคลภายนอก เกิดรู้ข้อมูลข่าวสารนั้นภายในเวลาที่ผู้รับข้อมูลนั้นได้รับรู้เช่นกัน และโดยที่ผู้ต่อบอกเล่านั้น ไม่ได้ อนุญาต ถือว่าผู้รับข้อมูลข่าวสารทำให้เกิดการไม่ไว้วางใจต่อภาระหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งภาระหน้าที่นี้ จะเกิดขึ้นทันทีเมื่อข้อมูลข่าวสารได้ถูกบอกหรือแจ้งให้ทราบและในการกล่าวอ้างนั้นผู้กล่าวอ้าง ต้องแสดงให้เห็นว่าผู้รับข้อมูลข่าวสารมีหน้าที่เนื่องจากมีการรับรู้เรื่องที่เป็นความลับนั้น⁷⁹ ภาระหน้าที่นี้อาจเกิดขึ้นหรืออาจเรียกว่าเป็นหน้าที่ตามศีลธรรม เป็นความผูกพันที่บุคคลพึงปฏิบัติ ต่อกันหรือเป็นหน้าที่ตามสัญญาคือมีการทำเป็นลายลักษณ์อักษร

5. การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายในกฎหมายลักษณะ ละเมิดการเสียหายความเสียหายในความรับผิดชอบประมาทเป็นมาตรการทั่วไป ในการเสียหายความ เสียหาย องค์ประกอบความรับผิดชอบประมาทนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ได้เกิดจากการจงใจเป็นการ ขาดความระมัดระวัง จริงอยู่ที่การละเมิดความเป็นส่วนตัวส่วนมากเกิดจากความจงใจแต่ในบางกรณี ความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้ผู้กระทำจะไม่ได้ตั้งใจ แต่หากเกิดจากการประมาทเลินเล่อทำให้เกิดการ ละเมิดความเป็นส่วนตัวผู้กระทำก็มีโอกาสที่จะต้องถูกฟ้องในความรับผิดชอบประมาทเลินเล่อ ทำให้เขาได้รับความเสียหายได้

⁷⁹ จาก Personal Information: Privacy and the Law (p. 51), by Raymond Wacks, 1993. (อ้างถึงใน การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยธนาคารไทยพาณิชย์กับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 32). เล่มเดิม).

6. การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในเรื่องการค้นและการยึดทรัพย์สิน การคุ้มครองสิทธิส่วนตัวที่สำคัญอีกประการหนึ่งถูกตีความให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของ The Fourth Amendment จากการศึกษาของศาลเห็นพ้องตรงกันว่าห้ามมิให้มีการตรวจค้นและยึดทรัพย์สินของประชาชน ความคุ้มครองนี้ได้แก่ ในบ้าน เอกสาร และต่อตัวบุคคลเอง โดยไม่มีเหตุอันควรหรือตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ สิทธิส่วนบุคคลในการค้นและยึดนี้มีความเกี่ยวข้องกับ Due Process of Law หรือวิธีการที่ถูกต้องตามกฎหมาย เพราะกระบวนการการ Due Process of Law คือ กระบวนการคุ้มครองสิทธิของจำเลยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ตกเป็นจำเลยในคดีอาญา การปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในฐานะที่เขาเป็นส่วนหนึ่งในสังคม⁸⁰ ผู้ต้องหาไม่สามารถถูกบังคับให้ตอบคำถามเพื่อเป็นพยานหลักฐานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง และไม่สามารถถูกค้นและยึดสิ่งของเพื่อนำไปเป็นหลักฐานโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร การค้นสื่อลามกในบ้านของจำเลยโดยไม่ได้รับอนุญาตแม้ว่าจะไม่เป็นการบังคับขู่เข็ญในทางกายภาพ แต่ศาลมองว่าการครอบครองและควบคุมสื่อลามกเป็นความผิดอาญา แต่การตรวจค้น ต้องชอบด้วยวิธีการเพื่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคลด้วย การค้นและยึดโดยไม่ได้รับอนุญาต จึงเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการพูดและเสรีภาพในการอ่าน

กระบวนการ Due Process of Law มีพื้นฐานความคิดมาจากกระบวนการคุ้มครองสิทธิของจำเลย มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในฐานะที่เขาเป็นส่วนหนึ่งในสังคม ผู้ต้องหาไม่สามารถถูกบังคับให้ตอบคำถามเพื่อเป็นพยานหลักฐานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง และไม่สามารถถูกค้นและยึดสิ่งของเพื่อนำไปเป็นหลักฐาน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งหลักการดังกล่าวศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Gliswold V. Connecticut* ในกรณีที่เจ้าพนักงานได้ตรวจค้นในห้องนอนของคู่สามีภรรยา เพื่อตรวจค้นเครื่องมือ หรือยาที่ใช้ในการคุมกำเนิด ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วย⁸¹

⁸⁰ จาก ละเมิดอำนาจศาล: โทษที่ขัดต่อกระบวนการ Due Process, โดย นริศ ชำนาญชานันท์, 2539 (มกราคม), *วารสารอัยการ*, 19(215), น. 138-139.

⁸¹ จากคดีนี้ ศาลพิจารณาว่าสิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิที่มีมาก่อน The Bill of Right มีมาก่อนสถาบันทางการเมือง และมีมาก่อนโรงเรียนสอนกฎหมายเสียอีก ชีวิตแต่งงานเป็นการก้าวต่อไปด้วยกันเพื่อความดีขึ้นหรือเลวลง เป็นการคงอยู่ซึ่งความหวัง และเป็นส่วนตัวอย่างมากอันเป็นเรื่องที่ไม่สามารถล่วงเกินได้ การส่งเสริมความสัมพันธ์ในการดำเนินชีวิต ไม่เป็นเรื่องที่เป็นความกันใจในโรงในศาล ไม่ใช่การยึดมั่นในนโยบายทางการเมือง การแต่งงานเป็นความจริงรักภักดีของบุคคลสองฝ่าย ไม่ใช่การค้าขายหรือเป็นการวางแผนการอยู่ร่วมกันในสังคม.

หลักว่าด้วยวิธีการที่เหมาะสมนี้ศาลได้นำมาใช้ในกรณีที่มีการนำพยานหลักฐานมา โดยการใช้เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยในการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ เช่น ในคดี Katz V United States การติดเครื่องดักฟังโทรศัพท์ ซึ่งกรณีนี้เครื่องดักฟังไม่ได้ติดอยู่กับเครื่องโทรศัพท์บ้าน หรือภายในบริเวณบ้านอันเป็นที่ส่วนบุคคล การกระทำดังกล่าวนี้นอกจากจะเป็นการไม่ชอบด้วย หลักว่าด้วยวิธีการที่เหมาะสมแล้ว ยังเป็นการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลอีกด้วย แต่ปัญหาคือ เครื่องดักฟังดังกล่าวติดอยู่กับตู้โทรศัพท์สาธารณะ กรณีนี้จะคาดหวังความเป็นส่วนตัวได้หรือไม่ ซึ่งผู้พิพากษาได้ให้เหตุผลว่าการคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลเป็นสิทธิที่ติดไปกับตัวของบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในที่ส่วนตัวหรืออยู่ในพื้นที่สาธารณะก็ย่อมต้องได้รับความคุ้มครองด้วยเช่นเดียวกัน และภายใต้ The Fourth Amendment ฉบับนี้ยังขยายขอบเขตการคุ้มครองไปถึงสิทธิในความมั่นคงปลอดภัยของบุคคลในบ้าน ดังนั้นการติดเครื่องดักฟังกับตู้โทรศัพท์สาธารณะจึงเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวและละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

2.4.2 แนวความคิดและทฤษฎีการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในประเทศที่ใช้ระบบ ซีวิตลอร์

สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวในระบบกฎหมายชีวิตลอร์นั้น ได้แก่ สิทธิในชีวิตร่างกาย เหนือสถาน การเดินทาง การติดต่อสื่อสาร เกียรติยศ ชื่อเสียงและความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล ฯลฯ แนวความคิดเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้รับการพัฒนามาจากทฤษฎีทางกฎหมาย ในศตวรรษ ที่ 19⁸² ซึ่งเป็นทฤษฎีที่อยู่ภายใต้หลักนิติศาสตร์เชิงคุณค่าที่เป็นผลผลิตทางความคิด และมีพื้นฐาน ความคิดของนักปรัชญาชาวเยอรมันแทบทั้งสิ้น โดยเริ่มจากการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็น ส่วนตัวบนพื้นฐานความรับผิดชอบละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และความคุ้มครอง สิทธิในความเป็นส่วนตัวในกฎหมายอาญาว่าด้วยความรับผิดชอบฐานหมิ่นประมาท จากแนวความคิด เกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวของเยอรมันมีอิทธิพลและถือได้ว่าเป็นต้นแบบแก่ประเทศชีวิตลอร์อื่น ๆ ในการให้ความคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลในระดับของข้อมูลส่วนบุคคล

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของประเทศสหพันธรัฐเยอรมันนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการ คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน (Basic Law) เพื่อใช้เป็นการป้องกันการกระทำของรัฐในการละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ในมาตรา 1 และมาตรา 2 บัญญัติให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นหลักการพื้นฐาน คือ

⁸² *Privacy and the Law* (p. 21). Op.cit. (อ้างถึงใน การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยธนาคารไทย พาณิชย์กับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 33). เล่มเดิม).

รัฐต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์⁸³ ที่ปรากฏในกฎหมายพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของมนุษย์ที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนโดยเสรี⁸⁴ ทั้งสองมาตรานี้ ก่อให้เกิดการรับรองสิทธิในความมีตัวตนของบุคคล ภายใต้สิทธิดังกล่าวปัจเจกชนมีอำนาจในการควบคุม พัฒนาและแสวงหาประโยชน์ในสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของตน และสิทธิในการได้รับความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ได้แก่ จดหมาย หรือวัสดุไปรษณีย์ และการติดต่อสื่อสาร จากการกระทำใดที่เป็นการแทรกแซงใด ๆ

ในปี ค.ศ. 1954 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันได้วินิจฉัยไว้ว่าสิทธิในความมีตัวตนของบุคคลประกอบไปด้วยสิทธิ 2 ประการ คือ สิทธิในความเป็นส่วนตัวและสิทธิในการใช้ประโยชน์ในชื่อเสียง รูปพรรณหรือเรียกว่าสิทธิในความมีตัวตนของตนเอง โดยสิทธิในส่วนหลังนี้มีความสำคัญเพราะไม่เพียงแต่เป็นสิ่งที่พิสูจน์หรือจำแนกตัวบุคคลได้เท่านั้น แต่ยังเป็นสิ่งที่แสดงออกถึงความเป็นตัวตนของบุคคลด้วย ดังนั้น ชื่อของบุคคล จึงพึงได้รับความคุ้มครองในฐานะที่ชื่อเป็นวัตถุแห่งสิทธิตามสภาพบุคคลประการหนึ่ง⁸⁵ ซึ่งนอกจากชื่อตัว ชื่อรอง และชื่อสกุลแล้ว กฎหมายให้ความคุ้มครองไปถึงชื่อที่ใช้เรียกขานบุคคลอื่นๆ เช่น นามแฝง ฉายา บรรดาศักดิ์ หรือราชทินนามที่กษัตริย์พระราชทานให้ตามราชประเพณี โบราณ ธรรมเนียมเดียวกันนี้รูปภาพของบุคคล บุคคลย่อมมีสิทธิในรูปภาพในทำนองเดียวกันกับชื่อ บุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้มีผู้ใดจำลองภาพของตนไปทำงานเขียน หรือแสดงละคร หรือถ่ายภาพยนตร์ ซึ่งในความเห็นทางกฎหมายเยอรมันถือว่าการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว และนอกจากนี้ยังได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งภายใต้ชื่อหลักการคุ้มครอง “สิทธิอื่นๆ” (Other right) มาตรา 823(1) ในการรับรองสิทธิและความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพหรือความมีตัวตนของบุคคลในรูปภาพและสิทธิในการใช้นามของบุคคล รวมถึงสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล (Personal data) และข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลทั่วไป บนพื้นฐานของมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง บุคคลใดจงใจทำให้คนอื่นได้รับความเสียหายในการละเมิดศีลธรรมอันดี ต้องชดใช้ค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าว

⁸³ จาก หลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่, โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ข, 2541 (สิงหาคม), *วารสารปกครอง*, 17(2), น. 31.

⁸⁴ จาก ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญ, โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ค, 2542 (กันยายน-ธันวาคม), *วารสารรัฐธรรมนูญ*, 1(3), น. 29-30.

⁸⁵ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (น. 28), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, 2529, กรุงเทพฯ.

เมื่อพิจารณาถึงหลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของประเทศที่ใช้ระบบชีวิตล่อวี่ในภาคพื้นเอเชีย เช่น ประเทศญี่ปุ่น ที่มีการพัฒนาของการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากปัญหาการใช้เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในเรื่องการใช้และการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้น ในระหว่างช่วงปี ค.ศ. 1980 และเป็นปัญหาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจึงเกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีเป็นสำคัญ เช่น กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการประมวลผลด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ของหน่วยงานฝ่ายปกครอง (Act for the Protection of Computer Processed Personal Data Held by Administrative Organ, Act No. 95, 16 December 88) และในภาคเอกชนกระทรวงพาณิชย์และอุตสาหกรรมระหว่างประเทศของญี่ปุ่นได้กำหนดกฎเกณฑ์มาตรฐานในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ผ่านการประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์สำหรับเป็นแนวทางแก่องค์กรภาคเอกชนนำไปปฏิบัติ ส่วนในประเทศชีวิตล่อวี่อื่น ๆ เช่น ประเทศอิตาลี การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอยู่ภายใต้พื้นฐานของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และยังมีการอ้างอิงถึงการรักษาความลับอีกด้วย⁸⁶

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงต่อมาในปัจจุบันเนื่องด้วยพัฒนาการและความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีต่าง ๆ ได้มีส่วนพัฒนาและเพิ่มมุมมองเกี่ยวกับแนวความคิดของสิทธิความเป็นส่วนตัวให้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยแต่เดิมจะเน้นในเรื่องของการเก็บรักษาความลับของข้อมูลส่วนบุคคล แต่ปัจจุบันได้พัฒนามาสู่ความสามารถในการควบคุมการเปิดเผยและการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหลัก ซึ่งน่าจะเป็นวิธีการที่สามารถคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนบุคคลได้ดีกว่า ซึ่งทฤษฎีการควบคุม มีหลักการสำคัญว่า “บุคคลจะมีความเป็นอยู่ส่วนตัวได้ต่อเมื่อสามารถควบคุมข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับตนเองได้” หรือการควบคุมการเผยแพร่และใช้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับชีวิตตนเองโดยบุคคลอื่น ซึ่งจากพื้นฐานของทฤษฎีสิทธิความเป็นส่วนตัวที่มุ่งเน้นถึงการควบคุมการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของบุคคลแต่ละคน จะนำไปสู่การให้คำจำกัดความของสิทธิความเป็นส่วนตัวที่ได้รับการยอมรับทั่วไป

⁸⁶ From “ITALY : Data Protection,” by Valentina Ranno and Elisabetta Racca, 1998, *International Company and Commercial Law Review*, 5(13), pp. 3-4. (อ้างถึงใน การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยธนาคารไทยพาณิชย์กับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 37). เล่มเดิม.

2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ในเรื่องนี้จำเป็นต้องกล่าวถึงความหมายของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” (Personal Information) ซึ่งมีความหมายกว้าง และยังมีความเห็นที่หลากหลายที่ได้แย้งกันอยู่ว่าอะไรบ้างคือข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งกฎหมายของแต่ละประเทศก็ได้มีการบัญญัติให้คำนิยามที่แตกต่างกันไป ซึ่งจะขอยกตัวอย่างนิยามของข้อมูลส่วนบุคคลที่ปรากฏในกฎหมายบางประเทศและนักกฎหมายที่น่าสนใจ ดังนี้

ความหมายตาม EU Directive “ข้อมูลส่วนบุคคล (Personal Information)” หมายถึง “ข้อความใด ๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดา (Natural Person) อันระบุตัว (Identified) หรืออาจระบุตัว (Identifiable) บุคคลนั้นได้ ซึ่งบุคคลที่อาจถูกระบุตัวได้ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมนี้อาจทำได้ โดยการอ้างอิงจากหมายเลขเฉพาะของบุคคล (Identification Number) หรือจากปัจจัยอื่น ๆ ที่มีลักษณะเฉพาะในทางร่างกาย จิตใจ ฐานะทางเศรษฐกิจ เอกลักษณะทางวัฒนธรรมและสังคมของบุคคลนั้นเป็นต้น”⁸⁷

ความหมายตามแนวทางของ OECD “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า “ข้อความใด ๆ อันระบุตัวหรืออาจระบุตัวบุคคลได้”⁸⁸

Privacy Act 2000 ของประเทศออสเตรเลียให้ความหมายของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลหรือความเห็นไม่ว่าจะจริงหรือเท็จ และไม่ว่าจะบันทึกไว้ในสื่อประเภทใด โดยข้อมูลดังกล่าวเกี่ยวข้องกับปัจเจกบุคคลอันปรากฏลักษณะเฉพาะตัวอย่างชัดเจนหรืออาจสืบหาตัวบุคคลได้ (Ascertain) จากข้อมูลหรือความเห็นดังกล่าว⁸⁹

Protection of individuals and other subjects with regard to the processing of personal data Act no. 675 of 31 December 1996 ของประเทศอิตาลีให้ความหมายของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล องค์กร สมาคม และ

⁸⁷ Person data shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person (data subject); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity).

⁸⁸ Personal Data means any information relating to an identified or identifiable individual (data subject).

⁸⁹ Personal Information means information or an opinion (Including information or an opinion forming part of a database), whether true or not, and whether recorded in a material form or not, about an individual whose identity is apparent, or can reasonably be ascertained, from the information or opinion.

สามารถระบุถึงบุคคลหรือหน่วยงานเหล่านั้นได้ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม เช่น การอ้างอิงข้อความอื่นๆ กับหมายเลขบัตรสำคัญประจำตัว⁹⁰

Data Protection Act 1998 ของประเทศอังกฤษได้ให้ความหมายของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของบุคคลซึ่งสามารถระบุตัวบุคคลได้จากข้อมูลนั่นเอง หรือจากข้อมูลหรือจากข่าวสารจากการควบคุมของผู้ควบคุมข้อมูลและรวมถึงการ แสดงความคิดเห็น คำบอกเล่าใด ๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลที่บุคคลอื่นหรือบุคคลที่สามได้กล่าวถึงเจ้าของข้อมูล⁹¹

Federal Data Protection Act 2001 ของสหพันธรัฐเยอรมันให้ความหมายของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายถึง ข้อมูลข่าวสารใด ๆ เกี่ยวกับบุคคล หรือข้อความแวดล้อมใด ๆ ที่บ่งชี้ หรือสามารถชี้เฉพาะถึงตัวบุคคล (บุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูล) ได้⁹²

Privacy Act 1974 ของสหรัฐอเมริกาได้ให้ความหมายของบันทึกข้อมูลส่วนบุคคลว่า หมายถึง การบันทึกใด ๆ การจัดเก็บรวบรวมหรือการจัดกลุ่มข้อมูลเกี่ยวกับบุคคล ซึ่งเก็บรักษาไว้ โดยหน่วยงานรัฐบาลกลาง โดยรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับการศึกษา ข้อมูลเกี่ยวกับธุรกรรมทางการเงิน ประวัติการแพทย์ และประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน และข้อมูลนั้นได้ระบุชื่อ หรือหมายเลขประจำตัว สัญลักษณ์ หรือรหัสบ่งชี้อื่น ๆ ซึ่งสามารถแสดงได้ว่าหมายถึงบุคคลใด เช่น ลายนิ้วมือ หรือแผ่นบันทึกเสียง หรือภาพถ่าย

Alan F. Westin อธิบายว่าภายในขอบเขต “ส่วนตัว” สามารถพิจารณาได้ใน 3 ลักษณะ คือ⁹³

⁹⁰ Personal data shall mean any information relating to natural or legal persons, bodies or associations that are or can be identified, even indirectly, by reference to any other information including a personal identification number.

⁹¹ Personal data means data which relate to a living individual who can be identified (a) from those data or (b) from those data and other information which is in the possession of, the data controller, And includes any expression of opinion about the individual and any indication of the intentions of the data controller or any other person in respect of the individual.

⁹² Federal Data Protection Act 2001. Section 3 Further Definitions

(1) “Personal Data” means any information concerning the personal or material circumstances of an identified or identifiable individual (the data subject).

⁹³ จาก *ความเป็นส่วนตัว: ความคิด ความรู้ ความจริง และพัฒนาการเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทย* (น. 65), โดย นคร เสรีรักษ์, 2557, กรุงเทพฯ ๑: พี.เพรส.

1. เป็นเรื่องของการอยู่อย่างสันโดษ ซึ่งเป็นการมองในทางกายภาพ คือเป็นการจำกัดการเข้าถึงโดยบุคคลภายนอก

2. เป็นความลับเฉพาะตัวบุคคล คือ ข้อเท็จจริงที่สามารถรู้เห็นได้เฉพาะบุคคลบุคคลภายนอกหรือสาธารณชนไม่สามารถเข้าร่วมรู้เห็นได้

3. การมีอิสระในการปกครองตนเอง คือ บุคคลมีความสามารถในการคิดและตัดสินใจเกี่ยวกับกิจกรรมต่าง ๆ ของตน การมีชีวิตที่เป็นอิสระปราศจากการควบคุมโดยรัฐ ถือว่าเป็นสถานะที่บุคคลอื่นหรือแม้กระทั่งรัฐก็ไม่สามารถเข้าไปก้าวก่ายรู้เห็นในการกระทำหรือความสัมพันธ์กับบุคคลในเรื่องส่วนตัวของบุคคลได้

จากการให้ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้นำเสนอมาข้างต้น จึงอาจสรุปการให้ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง การให้ความหมายข้อมูลส่วนบุคคลในความหมายกว้าง ในกรณีเป็นการบัญญัติตามแนวทางของ EU Directive 95/46/EC ซึ่งได้แก่ ประเทศสมาชิก EU และประเทศที่ไม่ได้เป็น สมาชิกแต่ต้องการมีกฎหมายที่ได้มาตรฐานทัดเทียมกันในระดับสากล เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

ประเภทที่สอง การให้ความหมายข้อมูลส่วนบุคคลในความหมายแคบ ในกรณีนี้มักจะพบในประเทศที่ไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้ในลักษณะที่เป็นกฎหมายกลาง แต่จะมีการตราบทบัญญัติเฉพาะขึ้นเป็นเรื่อง ๆ ซึ่งได้แก่ สหรัฐอเมริกา

การที่จะถือว่าข้อมูลใดเป็นข้อมูลส่วนบุคคลนั้นตามการให้ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลอย่างกว้างซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในนานาประเทศว่าจะสามารถคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลได้มากกว่านั้น จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการสำคัญ กล่าวคือ

1) ข้อมูลนั้นจะต้องเป็นข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล คือ ข้อมูลข่าวสารที่เป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคลและมีผลเฉพาะตัวไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก ได้แก่

1. คุณสมบัติติดตัวบุคคล ซึ่งอาจเป็นคุณสมบัติที่ติดตัวบุคคลไปตลอดชีวิตหรือลักษณะทางพันธุกรรมของบุคคล เช่น เชื้อชาติ กลุ่มเลือด สีผิว สีตา ลายพิมพ์นิ้วมือ ความพิการของร่างกายที่มีมาแต่กำเนิดอันมีลักษณะติดตัวของบุคคลไปจนตาย หรือเป็นสิ่งเฉพาะตัวของบุคคลที่เป็นคุณสมบัติที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา เช่น น้ำหนัก อายุ ส่วนสูง วุฒิการศึกษา ความสามารถ ตำแหน่งหน้าที่การงาน ประวัติการทำงาน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม ฯลฯ บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้น

2. การประเมินคุณค่าในตัวบุคคล เช่น ทักษะคติ การประเมินความประพฤติ และ ความเห็นเกี่ยวกับการกระทำต่าง ๆ ของบุคคล เนื่องจากข้อมูลข่าวสารเหล่านี้เป็นสิ่งที่สื่อให้เห็นถึง ความคิด ความสามารถและการแสดงออกถึงความมีตัวตนของบุคคลได้

3. แนวความคิด ความเชื่อ พฤติกรรมซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปตามวัยและเวลา เช่น ความสนใจทางการเมือง ความสนใจทางเพศ ความรักหรือความชอบ ความสามารถ

2) ข้อมูลนั้นจะต้องเป็นข้อมูลข่าวสารที่สามารถพิสูจน์ตัวบุคคลได้ กล่าวคือ สิ่งที่บอก ลักษณะที่ทำให้รู้จักบุคคลจากข้อมูลข่าวสารนั้นได้ หรือเรียกได้ว่าเป็นข้อมูลที่บอกถึงความเป็น ตัวตนของบุคคล หรือเป็นข้อมูลที่แสดงถึงลักษณะเฉพาะตัวที่แตกต่างไปจากบุคคลอื่น ได้แก่

1. เครื่องหมายบ่งชี้ตัวบุคคล เช่น ชื่อ นามสกุล ฉายาหรือนามแฝงหรือเลขรหัส กล่าวคือ หมายเลขประจำตัวประชาชน หมายเลขในใบอนุญาตขับขี่ หมายเลขประกันสังคม หมายเลขบัญชีสมุดฝากธนาคาร หมายเลขบัตรเครดิต หมายเลขโทรศัพท์

2. ลักษณะทางกายภาพของบุคคลภายนอก เช่น ความสูงต่ำ ดำขาว ความสมบูรณ์ หรือความพิการของบุคคลในทางกายภาพ

3. ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่สามารถแสดงได้ว่าเป็นบุคคลหรือข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับบุคคล เช่น ยศ ตำแหน่งหน้าที่การงาน ซึ่งเป็นสถานะที่สามารถแสดงออกได้ชัดว่าหมายถึงผู้ที่ดำรงตำแหน่ง ดังกล่าวในขณะนั้น เช่น นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น

4. ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นการประเมินคุณค่าของบุคคล ทักษะคติต่อบุคคล การประพฤติ ปฏิบัติและการกระทำต่าง ๆ ของบุคคล ซึ่งข้อมูลข่าวสารเหล่านี้เป็นสิ่งที่สื่อให้เห็นถึงความคิด ของบุคคลสามารถแสดงออกถึงความมีตัวตนของบุคคลได้ทั้งสิ้น เช่น ผลการสอบ การประเมินผลงาน หรือการให้ความเห็นเกี่ยวกับความประพฤติและการกระทำของบุคคลเป็นการแสดงให้เห็นถึง คุณค่า คุณสมบัติที่จะแสดงถึงความเป็นตัวตนของบุคคลได้

แนวคิดเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลได้มีการจัดแบ่งประเภทของข้อมูลส่วนบุคคลออกตาม ความสำคัญหรือความอ่อนไหวของข้อมูล เพื่อให้การกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม การใช้ และการเปิดเผยที่เหมาะสมสำหรับข้อมูลส่วนบุคคลแต่ละประเภท ซึ่งมีความแตกต่างกันไป หลายประการ ข้อมูลส่วนบุคคลสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ข้อมูลทั่วไป (Non-sensitive Data) และข้อมูลประเภทที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Information) โดยข้อมูลทั้งสองประเภท มีความแตกต่างกันดังนี้⁹⁴

⁹⁴ จาก *ข้อคิดคิดว่าด้วยข้อมูลส่วนบุคคล* (น. 83), โดย ศิริกุล ภูพันธ์, 2548, กรุงเทพฯ.

1. ข้อมูลทั่วไป (Non-sensitive Data) เป็นข้อมูลข่าวสารใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบุคคล ซึ่งสามารถบ่งชี้เฉพาะตัวบุคคล⁹⁵ ได้แก่ ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ อายุ วุฒิการศึกษา ตำแหน่งหน้าที่การงาน สถานภาพสมรส และลักษณะทางกายภาพของบุคคล ข้อมูลใด ๆ ดังกล่าว สามารถนำมาประมวลกันเป็นข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ลักษณะเฉพาะตัวบุคคลได้ โดยสภาพของข้อมูล เหล่านี้เป็นข้อมูลที่สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้เป็นเรื่องปกติธรรมดา

ข้อมูลทั่วไปแตกต่างจากข้อมูลที่มีความอ่อนไหวซึ่งเป็นข้อมูลที่มีลักษณะพิเศษกว่า คือ ข้อมูลประเภทที่มีความอ่อนไหวหากมีการเปิดเผยจะกระทบถึงความรู้สึกของประชาชนทั่วไป ในทางลบต่อชื่อเสียงเกียรติคุณ และการเปิดเผยอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลได้ เช่น การเปิดเผย เชื้อชาติบางเชื้อชาติอาจนำมาซึ่งความไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลได้ ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแทบทุกประเทศจึงเคร่งครัด กับข้อมูล ประเภทนี้มากกว่าข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป โดยกำหนดห้ามมิให้มีการเก็บรวบรวมข้อมูล ห้ามใช้และ ห้ามประมวลผลข้อมูลประเภทนี้ไม่ว่ากรณีใด ๆ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ

การให้คำนิยามข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ศึกษาเห็นว่าข้อมูลประเภทที่มีความอ่อนไหวทำให้ เป็นนัยที่แท้จริงของข้อมูลส่วนบุคคลที่กฎหมายมุ่งหมายจะคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ดี หากกฎหมาย คุ้มครองเพียงข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวจะทำให้ข้อมูลทั่วไปบางลักษณะที่ควรได้รับความ คุ้มครองตามกฎหมายไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็น และเมื่อศึกษาจากคำนิยาม “ข้อมูลส่วนบุคคล” และการคุ้มครองของกฎหมายของประเทศต่าง ๆ พบว่าได้กำหนดขอบเขตการ คุ้มครองไว้อย่างกว้างขวางมากกว่าที่จะมีความหมายเฉพาะข้อมูลประเภทที่มีความอ่อนไหวเท่านั้น กล่าวคือ ข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองนั้นมีทั้งข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลและข้อมูล ส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวด้วย

2. ข้อมูลประเภทที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Information) ได้แก่ข้อมูลที่ถือว่าเป็น เรื่องเฉพาะตัวของบุคคลโดยเฉพาะเป็นข้อมูลที่เป็นความลับหรือไม่พึงประสงค์ที่จะให้มีการ เปิดเผย ข้อมูลประเภทนี้ ได้แก่ การนับถือลัทธิความเชื่อทางศาสนา ปรัชญาชีวิต การดำเนินชีวิต ส่วนตัว ลัทธิทางการเมือง เพศสัมพันธ์ ข้อมูลสุขภาพ ข้อมูลที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีทางอาญา เช่น

⁹⁵ From Propose reform of the law relation to information privacy in Hong Kong, by Donna Nicholls, 1994, *European Intellectual Property Review*, pp. 42-43. (อ้างถึงใน การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยธนาคาร ไทยพาณิชย์กับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 17). เล่มเดิม.

คำพิพากษาในคดีอาญา มาตรการในการดำเนินการทางอาญาหรือการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็น การจำกัดเสรีภาพ⁹⁶ เป็นต้น

จากความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจทำให้เห็นว่าข้อมูล ส่วนบุคคลที่มีอยู่มากมาย แต่ข้อมูลเหล่านั้นก็มีความสำคัญหรือความอ่อนไหวที่แตกต่างกัน การใช้หรือการเปิดเผยข้อมูลในแต่ละข้อมูลก็ส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูลที่แตกต่างกันไปตามแต่ ประเภทของข้อมูล จึงทำให้มีการศึกษาและจัดแบ่งประเภทของข้อมูลให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่ง กล่าวโดยกว้าง ๆ ได้ว่าการแบ่งประเภทของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนั้น หลักการทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจะขึ้นอยู่กับการประเมินประเภทของข้อมูลในประเด็นความอ่อนไหว ที่จะส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูลหากมีการเปิดเผยหรือล่วงรู้ข้อมูลนั้น โดยสามารถแบ่งได้ออกเป็น 3 ระดับ⁹⁷ ดังนี้

1. ข้อมูลข่าวสารประเภทที่มีความอ่อนไหวระดับต่ำ (Low Sensitivity)

ข้อมูลที่มีความอ่อนไหวระดับต่ำ ข้อมูลประเภทนี้เป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบุคคล เป็นข้อมูลที่มีความอ่อนไหวเนื่องด้วยข้อมูลเหล่านี้อาจช่วยทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่มีระดับความ อ่อนไหวสูงขึ้น ดังนั้นข้อมูลเกี่ยวกับนายจ้างคนเก่าช่วยปูทางให้เข้าถึงข้อมูลที่มีความอ่อนไหว ระดับสูงยิ่งขึ้นไป

2. ข้อมูลข่าวสารประเภทที่มีความอ่อนไหวระดับกลาง (Moderate Sensitivity)

ข้อมูลที่มีความอ่อนไหวปานระดับกลาง เป็นข้อมูลที่มีความอ่อนไหวมากในแง่ที่มี โอกาสที่จะก่อให้เกิดความเสียหายเมื่อข้อมูลถูกนำเอาไปใช้ในทางที่ผิดอยู่ในระดับสูง ข้อมูล ประเภทนี้ครอบคลุมข้อมูลประเภทที่เกี่ยวกับความคิดเห็นของบุคคล ซึ่งมีความครอบคลุมทุกเรื่อง ของชีวิต ข้อมูลที่มีความอ่อนไหวระดับปานกลางนี้ก็เช่นเดียวกับข้อมูลที่มีความอ่อนไหวระดับสูง คือไม่ควรถูกเก็บรวบรวมโดยสิ้นเชิง

3. ข้อมูลข่าวสารประเภทที่มีความอ่อนไหวระดับสูง (High Sensitivity)

ข้อมูลที่มีความอ่อนไหวระดับสูง ข้อมูลประเภทนี้ได้แก่ ข้อมูลรายละเอียดส่วนตัว ของบุคคลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประวัติทางการแพทย์ พฤติกรรมทางเพศ หรือข้อเท็จจริงด้านอื่น ๆ

⁹⁶ From The changing face of privacy protection in the European union and the United State, by Fred H. cate, 1999, *Indiana Law Review*, 33, pp. 193-194. (อ้างถึงใน การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยธนาคารไทย พาณิชย์กับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 18). เล่มเดิม.

⁹⁷ From Personal Information, by Raymond Wacks, 1993, *Privacy and the Law*, pp. 229-230. (อ้างถึงใน การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยธนาคารไทยพาณิชย์กับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 19). เล่มเดิม.

ในชีวิตของบุคคลซึ่งสามารถกล่าวได้ว่าเป็นเรื่อง “ส่วนตัว” หรือ “ลับเฉพาะ” สำหรับข้อมูลประเภทความอ่อนไหวระดับสูงนี้ เหตุผลความจำเป็นที่จะต้องปกปิดข้อมูลก็มีความเหมาะสมมากที่สุด และเป็นข้อมูลที่ไม่ควรมีการเก็บโดยสิ้นเชิง

2.6 ทฤษฎีและหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อมิให้รัฐกระทำการแทรกแซงโดยมิชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรณีบัญญัติและกฎหมายนั้นมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นไปตามหลักนิติรัฐ หากรัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้สิทธิและเสรีภาพโดยไปกระทบกระเทือนต่อปัจเจกชนอื่นหรือไปกระทบต่อประโยชน์ของมหาชนส่วนรวมแล้ว รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนได้ ทั้งนี้เป็นไปตามปณิญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 29.2 “ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน แต่ละคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อประกันให้มีการยอมรับและเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อตอบสนองความเรียกร้องต้องการอันชอบธรรมของศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อย และความผาสุกของทุกคนในสังคมประชาธิปไตย” ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่รัฐจะต้องสร้างหลักประกันให้แก่ปัจเจกชนเพื่อให้ปัจเจกชนมั่นใจว่ารัฐจะไม่กระทำการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น

หัวใจสำคัญแห่งการสร้างหลักประกันในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติหลักการใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการให้หลักประกันในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้อย่างสมบูรณ์สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตามบทบัญญัติมาตรา 29 ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 29 สามารถแยกพิจารณาถึงหลักประกันในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นเงื่อนไขไว้มีพื้นฐานทางทฤษฎีที่ประกอบด้วย หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ และหลักการให้ระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

2.6.1 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป (Allgemeinheit und Einzelfallverbot)

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคสอง “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง...” มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน มาตรา 19 วรรคหนึ่ง “ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจตามแห่งกฎหมาย กฎหมายในกรณีนี้จะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้ นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวจะต้องกล่าวอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย” ที่มีจุดมุ่งหมายเช่นนี้ก็เพื่อคุ้มครองมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย⁹⁸ ทั้งนี้ ข้อจำกัดอำนาจนิติบัญญัติประการนี้มีที่มาจากหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่ผูกพันรัฐสภาโดยตรงในการตรากฎหมายโดยบังคับว่า “บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกันและบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน” ประกอบกับคำกล่าวของรูสโซที่ว่า “กฎหมายอาจกำหนดให้มีเอกสิทธิ์ต่าง ๆ ขึ้น แต่จะต้องไม่ระบุตัวบุคคลผู้ซึ่งจะทรงเอกสิทธิ์เหล่านั้น กฎหมายอาจจะแบ่งแยกพลเมืองออกเป็นชนชั้นต่าง ๆ และนอกจากนั้นแล้วยังอาจกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะให้อยู่ในแต่ละชนชั้น แต่จะต้องไม่กำหนดให้บุคคลนั้นอยู่ในชนชั้นนี้บุคคลนี้อยู่ในชนชั้นโน้น กล่าวโดยสรุปการตรากฎหมายขึ้นใช้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะย่อมไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ” ดังนั้น ที่กล่าวว่า กฎหมายต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคสอง หรือตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมันมาตรา 19 วรรคหนึ่งนั้น มีความหมายว่า กฎหมายต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด

⁹⁸ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 260). เล่มเดิม.

กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง คงมิได้หมายความว่า กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน⁹⁹

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 19 วรรคหนึ่ง มีความเห็นของนักนิติศาสตร์เยอรมันส่วนใหญ่เห็นว่าให้นำมาใช้เฉพาะกับ “สิทธิในเสรีภาพ” เท่านั้น เพราะสิทธิประเภทนี้ได้กำหนดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายอันเป็นเงื่อนไขสำคัญ¹⁰⁰ โดยความหมายของสิทธิในเสรีภาพหมายความว่า บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือ บุคคลย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น¹⁰¹ ซึ่งความเห็นเช่นนี้สอดคล้องต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 29 วรรคสอง

2.6.2 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้

หลักการนี้ได้รับการบัญญัติไว้ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช มาตรา 29 วรรคหนึ่ง “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ กล่าวคือฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถที่จะตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยให้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการทั่วไปในการจะตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ในเรื่องนี้มีทฤษฎีพื้นฐานของเยอรมันเกี่ยวกับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น มีได้ 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์ และทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์¹⁰²

⁹⁹ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 118). เล่มเดิม.

¹⁰⁰ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 260). เล่มเดิม.

¹⁰¹ แหล่งเดิม.

¹⁰² หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 290-293). เล่มเดิม.

1. ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์ ตามทฤษฎีนี้เห็นว่าไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด ไม่อาจที่จะทำการละเมิดสาระสำคัญแห่งสิทธิได้ การเห็นเช่นนี้เป็นการคุ้มครองขั้นต่ำสุดต่อแก่นของสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหัวใจของสิทธินั้น ๆ ที่รัฐไม่อาจจะก้าวล่วงเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ ถือว่าเป็นขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองอย่างสัมบูรณ์ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามทฤษฎีนี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากการแทรกแซง หรือมิได้ขึ้นอยู่กับ การให้เหตุผลของการแทรกแซงเป็นกรณี ๆ ไป เช่น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันเคยวินิจฉัยว่า การแทรกแซงในชีวิตร่างกายอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวถือว่าอยู่ในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองอย่างสัมบูรณ์ การล่วงละเมิดใด ๆ ในสาระสำคัญหรือในแก่นของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิที่ได้ให้การคุ้มครองไว้อย่างสัมบูรณ์แล้ว

2. ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์ ตามทฤษฎีนี้เห็นว่าไม่ควรจะมีสิ่งใดที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างสัมบูรณ์ ในกรณีซึ่งมีเหตุผลหรือความจำเป็นอย่างยิ่งสมควรที่จะอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ อันเป็นการนำหลักความได้สัดส่วน หรือหลักห้ามกระทำเกินกว่าเหตุ มาใช้ให้เกิดความสอดคล้องต่อการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อให้เกิดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ อันเป็นทิศทางที่ได้รับการสนับสนุนจากศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์เยอรมันด้วย

2.6.3 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

หลักนี้ได้รับการบัญญัติไว้ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น...”

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วน หรือหลักมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ เป็นหลักที่นำมาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะในเรื่องของหลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้น เป็นหลักของกฎหมายมหาชนทั่วไปไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้รับการยอมรับให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป และได้รับการยอมรับให้เป็นหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย การที่หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับให้เป็นหลักในทางกฎหมายที่สำคัญ เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรมอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายทั่วไป ที่คำนึงถึงความยุติธรรมของทุกฝ่ายที่อยู่ร่วมกันในสังคม ทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและต่อสังคมโดยรวมประกอบกัน อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1968 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้วินิจฉัยว่า

หลักความได้สัดส่วนมีผลมาจากหลักนิติรัฐ ซึ่งหลักนิติรัฐเป็นหลักที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน มาตรา 20 ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงมีลำดับชั้นในระดับของรัฐธรรมนูญ เป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายประการสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ และเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹⁰³ จากนั้น L. Hirschberg และ M.Ch. Jakobs ได้ทำการศึกษาเนื้อหาของถ้อยคำในเรื่องแห่งหลักความได้สัดส่วนเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้หลักดังกล่าว มีรายละเอียดดังนี้¹⁰⁴

1. หลักความเหมาะสม

ความเหมาะสม หมายความว่า มาตรการที่รัฐใช้ในการแทรกแซงโดยคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐได้กำหนดไว้ ซึ่งมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมุติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือแสดงให้เห็นว่า มีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้วินิจฉัยในเรื่องความเหมาะสมว่า ความเหมาะสมเพียงบางส่วนนั้นก็เป็นการเพียงพอไม่จำเป็นต้องมีความเหมาะสมอย่างสมบูรณ์

2. หลักความจำเป็น ในทางตำราและคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน

ถือกันว่าหลักความจำเป็นนั้นจะต้องได้รับการแทรกแซงที่น้อยที่สุด

การอธิบายในเชิงบอกเล่า มาตรการที่จำเป็น หมายถึง เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมโดยก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด

การอธิบายในเชิงปฏิเสธ ความจำเป็นของมาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้นไม่มีอยู่หากการบรรลุเป้าหมายเดียวกัน หรือผลสำเร็จที่ดีกว่านั้นสามารถจะกระทำได้โดยวิธีการหรือมาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่น้อยกว่า

หลักความจำเป็นมีความสำคัญต่อการควบคุมการใช้อำนาจมหาชนที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ศาลปกครองชั้นสูงของเบอร์ลิน ได้วินิจฉัยว่าการจับกุมบุคคลซึ่งทำการคิดแผนประกาศเล็ก ๆ ตามกำแพงบ้านในเขตพื้นที่อันเป็นที่อยู่อาศัยของเมือง เพื่อเชิญชวนให้ประชาชนมาร่วมเดินขบวน โดยได้ระบุดานที่ชุมนุมไว้ในแผ่นประกาศโปสเตอร์เล็ก ๆ นั้น ไม่มีความจำเป็นสำหรับการรักษาความสงบของสังคมเพราะการริบแผ่นประกาศดังกล่าวนี้ถือว่าการเพียงพอแล้ว

¹⁰³ แหล่งเดิม.

¹⁰⁴ แหล่งเดิม.

3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักนี้เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ โดยมีหลักการว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการตาม มาตรการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ หรืออาจจะกล่าวในเชิงบอกเล่าได้ว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่ง จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบในขอบเขตเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น อยู่ที่การได้รับผลกระทบซึ่งเกิดจากการแทรกแซงในเสรีภาพของปัจเจกบุคคล จะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตแห่งประโยชน์อันเป็นเป้าหมายสาธารณะที่กำหนดไว้ และประโยชน์ที่ได้รับจาก มาตรการนั้นจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ของเยอรมันวินิจฉัยไว้ว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับผลกระทบ จนเกินกว่าขอบเขตและผลกระทบที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล ดังนั้นหลักความ ได้สัดส่วนจึงเป็นการยืนยันถึงความสมควรหรือความสมเหตุสมผล ซึ่งมีความใกล้เคียงอย่างยิ่ง กับความหมายของหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

โดยสรุปของหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็น หรือหลักไม่ให้ กระทำเกินกว่าเหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน ได้รับการยอมรับว่ามีผลมาจากหลักนิติรัฐที่มุ่งจำกัด การใช้อำนาจของรัฐ และก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ มาตรการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็นนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่ได้รับการยอมรับหากมีการแทรกแซง สิทธิและเสรีภาพโดยรัฐแล้วจะต้องสมเหตุสมผลและเกิด ผลกระทบจากการแทรกแซงที่น้อยที่สุด

2.6.4 หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและ เสรีภาพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคสอง “...ทั้งต้อง ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย...” สอดคล้องกับ รัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน มาตรา 19 วรรคหนึ่ง “...สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย... นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวจะต้องกล่าวอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย” หลักการ ดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญเยอรมันมีความเป็นมา ดังนี้¹⁰⁵

¹⁰⁵ แหล่งเดิม.

1. ความมุ่งหมายของหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เพื่อเป็นการเตือนให้ฝ่ายนิติบัญญัติมิให้เข้าไปแทรกแซง ในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้คุ้มครองไว้แล้วโดยไม่ตั้งใจและโดยปราศจากการไตร่ตรอง หลักนี้จึงเป็นหลักเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้การไตร่ตรองอย่างรอบคอบและการตรวจสอบอย่าง ละเอียด หากจะใช้อำนาจในการตรากฎหมายล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ การกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ต้องอ้างถึงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้ถือกันว่าเป็นข้อจำกัด ในทางรูปแบบโดยฝ่ายนิติบัญญัติต้องแสดงให้ปรากฏ นอกจากความมุ่งหมายเป็นการเตือนมิให้ ฝ่ายนิติบัญญัติเกิดความพลั้งเผลอในการตรากฎหมายแล้ว ยังเป็นการทำให้การใช้และการตีความ กฎหมายมีความชัดเจนขึ้นอีกด้วย โดยประชาชนสามารถตรวจสอบได้ว่า การตรากฎหมายขึ้น จำกัดสิทธิและเสรีภาพอาศัยอำนาจตามความในมาตราใดของรัฐธรรมนูญและเป็นเงื่อนไขตามที่ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่

2. ขอบเขตของหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย จำกัดสิทธิและเสรีภาพ มีข้อพิจารณา ดังนี้

ประการแรก หลักดังกล่าวไม่นำมาใช้บังคับกับกฎหมายที่ได้บังคับใช้ก่อนรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบันประกาศใช้ เนื่องจากหลักนี้มีเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในแง่รูปแบบ ซึ่งการ ตรากฎหมายก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันประกาศใช้นั้น อาจอยู่ภายใต้เงื่อนไขอื่น ๆ และ ผู้ตรากฎหมายไม่อาจทราบผลผูกพันตามหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้

ประการที่สอง หลักดังกล่าวไม่นำมาใช้บังคับแก่กรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติ มอบหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปตรากฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เช่น เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน มาตรา 12 (1) “ชาวเยอรมันมีสิทธิโดยเสรีในการเลือกอาชีพ สถานที่ทำงาน และสถานที่ในการศึกษาอบรม การควบคุมการประกอบอาชีพอาจกำหนดได้โดย กฎหมายหรืออำนาจแห่งกฎหมาย” บัญญัติให้การออกกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบอาชีพนั้น อาจกำหนดโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจของกฎหมายได้ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจสามารถออก กฎหมายได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 12 (1) แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องนำหลักดังกล่าวมาใช้ อย่างไรก็ตาม หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ จะนำมาใช้กับสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายอย่างแท้จริง ทั้งที่อยู่ภายใต้เงื่อนไข ทั่วไป และที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษ

ประการที่สาม ตามคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน (BVerfGE) วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักดังกล่าวว่า มีขอบเขตการใช้ มิใช่ใช้ในทุกๆ กรณี จะไม่นำมาใช้กับกรณีที่กฎหมายนั้นได้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่แล้ว การใช้หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพควรที่จะใช้เฉพาะกับการแทรกแซงในสิทธิขั้นพื้นฐานที่เพิ่มขึ้น มิใช่เป็นเพียงการกล่าวซ้ำของเดิม

3. การจำแนกสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมาย

หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะไม่นำมาใช้กับกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายอย่างแท้จริง ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรากฎหมายได้นั้น เกิดจากข้อผูกพันที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ หรือเป็นการตรากฎหมายตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันจึงไม่นำหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพไปใช้กับสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย สิทธิในการประกอบอาชีพ สิทธิในการแสดงความคิดเห็นโดยวิธีการต่าง ๆ กรรมสิทธิ์และสิทธิในการรับมรดก เนื่องจากจากสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนั้นอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายทั่วไปอยู่แล้ว การทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการติดตามหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพมีความสำคัญค่อนข้างน้อย เพราะฝ่ายนิติบัญญัติย่อมรู้ดีว่าได้ทำการอยู่ในขอบเขตที่เกี่ยวกันอยู่กับสิทธิขั้นพื้นฐาน

4. รูปแบบในการอ้าง การอ้างบทมาตรารองรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ทางปฏิบัติของเยอรมันมีการอ้างบทมาตรารองรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในรูปแบบที่แตกต่างกันไป โดย

- 1) บัญญัติอ้างมาตราดังกล่าวในมาตราที่มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน
- 2) บัญญัติไว้ตอนท้ายของบทบัญญัติกฎหมายนั้น
- 3) บัญญัติไว้ในคำปรารภที่กฎหมายนั้นทั้งฉบับมีลักษณะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น

แต่หลักการระบอบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติถึงการจำกัดสิทธิที่เป็นรูปธรรมมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ สำหรับการกล่าวอ้างไว้ในคำปรารภก็ดี หรือในตอนท้ายของบทบัญญัติกฎหมายก็ดี อาจกระทำได้เฉพาะในบางกรณีเท่านั้น

5. ผลของกฎหมายในการละเมิดหลักการระบอบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การไม่อ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธินั้น มีผลทำให้บทกฎหมายนั้นเป็นโมฆะ ในทางปฏิบัติของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันยังไม่มีกรณีละเมิดต่อหลักดังกล่าว จึงยังไม่มีคำพิพากษาของศาลในเรื่องนี้ แต่ในทางคำราของเยอรมันยอมรับว่า การไม่อ้างบทมาตราที่ได้จำกัดสิทธิมีผลทำให้กฎหมายฉบับนั้นเป็นโมฆะ โดยให้เหตุผลจากลำดับชั้นของกฎหมายเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ทำตามรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ จึงเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

โดยสรุปหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเยอรมัน เป็นการเตือนฝ่ายนิติบัญญัติให้ไตร่ตรองอย่างรอบคอบหากจะใช้อำนาจในการตรากฎหมายล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นเงื่อนไขข้อจำกัดในทางรูปแบบที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องแสดงให้เห็นปรากฏ และได้นำหลักนี้มาใช้แต่เฉพาะกับสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย ทั้งเงื่อนไขทั่วไปและเงื่อนไขพิเศษโดยไม่นำไปใช้กับกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติมอบหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปตรากฎหมายในเรื่องนั้น ๆ และไม่นำไปใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลบังคับอยู่ก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ประกาศใช้

ส่วนกรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 วรรคสอง “...ทั้งต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย...” เช่น การตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรของบุคคลจะต้องระบุไว้ในกฎหมายนั้นว่าอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นการวางข้อจำกัดอำนาจนิติบัญญัติข้อนี้ไว้เพื่อให้ราษฎรสามารถตรวจสอบได้โดยสะดวกว่า ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของตนโดยเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือไม่ การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรโดยไม่ระบอบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น ย่อมมีผลทำให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตาม อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติกรณีนี้มีให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ แต่เมื่อมีการตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวขึ้นใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว การดำเนินการนั้นก็ต่อระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมายดังกล่าวด้วย¹⁰⁶

¹⁰⁶ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 133-134). เล่มเดิม.

อาจสรุปได้ว่าการปกครองในระบบประชาธิปไตยนั้น นอกจากในทางรูปแบบที่กำหนดให้ประชาชนสามารถที่จะมีส่วนร่วมในการเลือกผู้ปกครองได้แล้ว ยังมีความหมายของระบอบประชาธิปไตยในทางเนื้อหาด้วยที่จะต้องมีการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายด้วย แต่การปกครองในระบบประชาธิปไตยก็ไม่ได้หมายความว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะสามารถใช้ได้อย่างเสรีหรือไม่มีการจำกัดโดยกฎหมายแต่อย่างใด รัฐที่มีการปกครองในระบบประชาธิปไตยสามารถที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ก็โดยเงื่อนไขของกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ นอกจากนี้แล้วการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและไม่ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร อีกทั้งยังต้องมีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลเป็นสิทธิที่อยู่ติดตัวมนุษย์มาแต่แรกเกิด ดังนั้นสิทธิส่วนบุคคลนี้จึงเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนนั่นเอง รัฐมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวแก่พลเมืองในรัฐของตน แต่การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิส่วนบุคคลนั้นรัฐก็จำเป็นที่จะต้องทราบในส่วนของทฤษฎีและหลักการต่าง ๆ ทางกฎหมายประกอบด้วย ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงได้ทำการเขียนอธิบายเพื่อให้ทราบถึงทฤษฎีและหลักการต่าง ๆ ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการปกครองในระบบประชาธิปไตย สิทธิและเสรีภาพ พร้อมทั้งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังที่ได้นำเสนอไปข้างต้น ในเนื้อหาบทที่ 2