

หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน*

State's duty to protect the fundamental rights

Received: 27 มิถุนายน 2564

Revised: 13 กรกฎาคม 2564

Accepted: 14 กรกฎาคม 2564

ปติวรรดา บุญนำมา**

Padiwaradda Boonnamma

บทคัดย่อ

ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดจากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีมุมมองในทางทฤษฎีที่เชื่อมโยงอยู่กับระบบคุณค่าที่ต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับให้ได้มากที่สุดทั้งในทางกฎหมายและความเป็นจริง การกำหนดให้รัฐทำหน้าที่คุ้มครองในกรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่เรื่องที่กำหนดเอาไว้เป็นรายมาตราในรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นหน้าที่ซึ่งมาจากบทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นมุมมองในทางทฤษฎี โดยหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการเรียกร้องให้รัฐโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากภัยอันตรายต่าง ๆ ที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากรัฐ เช่น ภัยธรรมชาติ ภัยก่อการร้าย ภัยที่เกิดขึ้นจากเอกชนด้วยกัน เป็นต้น ทั้งนี้ ความยุ่งยากจะเกิดขึ้นเมื่อในความเป็นจริงนั้นมักจะมีกรณีที่เอกชนฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิของตนเองแต่ไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้อื่น โดยที่เอกชนแต่ละฝ่ายต่างได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วยกันทั้งหมด สถานการณ์ดังกล่าวนี้ในทางวิชาการเรียกว่า การปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน เมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชนทุกฝ่าย

* ส่วนหนึ่งจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

** นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

โดยวิธีการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานว่าในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรายนี้นั้นจะให้การคุ้มครองฝ่ายใดมากกว่ากัน และต้องไม่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่มีน้ำหนักน้อยกว่าสิ้นผลบังคับลง ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติหมวดหน้าที่ของรัฐไว้เป็นการเฉพาะโดยกำหนดให้รัฐทำภารกิจต่าง ๆ เช่นกัน แต่เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติเป็นรายมาตราแล้วกลับไม่มีส่วนใดเลยที่เป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล อีกทั้ง หน้าที่ต่าง ๆ ที่กำหนดนั้นมีลักษณะเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐและเป็นการเรียกร้องเอาจากทรัพยากรของรัฐ ด้วยเหตุนี้ หน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญไทยจึงมีความแตกต่างจากทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

คำสำคัญ : สิทธิขั้นพื้นฐาน, หน้าที่ของรัฐ, หน้าที่คุ้มครอง, การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

Abstract

The theory of state duty to protect fundamental rights derives from interpretations by the German Constitutional Court that fundamental rights possess objective viewpoints connected to the order of values, requiring fundamental rights to be enforced as much as possible in law and the everyday world. Assigning the state to act as protection for such cases is not a matter specified in each section of the constitution. Instead, it is a duty arising from objectively viewed fundamental human rights provisions. The duty of the state to protect fundamental rights calls upon the state, especially the legislature, to enact laws protecting fundamental rights from dangers not caused by the state, including natural disasters, terrorism, and problems arising from the private sector. Difficulties often arise when de facto cases occur in which by exercising its own rights, one private sector fundamentally affects the rights of others. The issue is that all private sectors should be collectively protected under the constitution. Researchers have termed this situation a collision of fundamental rights. In such cases, the legislature is responsible for enacting laws to protect rights of all private parties. Seen in terms of a model of weighing interests, fundamental rights are weighed to ascertain which particular case provides increased protection, while not nullifying fundamental rights enforceability for less weighty cases. By comparison, the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017) stipulated specific categories of state duties and required the state to perform different tasks, but a

section-by- section consideration of its provisions reveals an apparent lack of individual fundamental rights protection. In addition, functions set forth comprise fundamental state tasks and demands on state resources. Therefore, state duties under the Thai constitution differ from the theory of state duties to protect fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights, State duties, Protection duties, Protection of fundamental rights.

1. บทนำ

ความเข้าใจโดยทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิทางรัฐธรรมนูญ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในลักษณะที่ปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องให้รัฐดเว้นกระทำการ หรือกระทำการในลักษณะที่เป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนโดยจะเรียกกันว่า “สิทธิในทางกฎหมาย” (Subjective right) หรือสิทธิเรียกร้องของบุคคล อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการมีการเสนอว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีมุมมองอีกด้านหนึ่งที่เรียกว่า “กฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย” (Objective Norm) โดยมีมุมมองด้านนี้ไม่ได้พิจารณาถึงเนื้อหาของบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังเป็นการค้นหาเหตุผลที่แท้จริงของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว โดยเฉพาะเมื่อเกิดปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน มุมมองทางทฤษฎีคือความพยายามในการหาคำตอบที่ควรต้องเป็นโดยมีหลักเหตุผลรองรับ จึงทำให้กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่จะเป็นผลผลิตจากการใช้การตีความของศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง

ในประเทศเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้สร้างหลักการใหม่ ๆ จากการใช้การตีความหลายหลักการด้วยกันซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือ “หลักหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” โดยหลักการดังกล่าวเป็นการขยายผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานไปยังความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนซึ่งนับว่าเป็นความก้าวหน้าอย่างมากในวงการกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยหน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้ปรากฏในกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐโดยตรง แต่เป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความสิทธิขั้นพื้นฐานว่ารัฐไม่ได้มีเพียงหน้าที่ต้องเคารพสิทธิเท่านั้น หากยังต้องมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองด้วย หลักการดังกล่าวนี้ได้เพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลจากภัยอันตรายต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นกับสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะการละเมิดที่มาจากเอกชนด้วยกัน ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องประสานประโยชน์ของเอกชนทุกฝ่ายเพื่อไม่ให้สิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายใดถูกทำลายหรือใช้บังคับไม่ได้โดยสิ้นเชิง จึงเห็นได้ว่า การเพิ่มผลบังคับให้แก่สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวนี้ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานได้รับความคุ้มครองมากขึ้นกว่าเดิม

2. ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

2.1 ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

สิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิทางรัฐธรรมนูญ (Fundamental right/ Constitutional right) หมายถึง สิทธิและเสรีภาพที่ถูกรับประกันไว้ในรัฐธรรมนูญ¹ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นอำนาจของปัจเจกบุคคลในการป้องกันตนจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ และปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้ทรงสิทธิจะได้รับการประกันว่าสิทธิดังกล่าวนี้มีความมั่นคงยืนยาวตลอดจนสามารถที่จะได้รับการบังคับได้² ด้วยลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความแตกต่างจากบทบัญญัติกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดในระบบกฎหมาย บทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานมีการใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือ และเมื่อมีปัญหาเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวก็มักจะเป็นประเด็นทางการเมืองที่มีการถกเถียงอย่างมาก³ ดังนั้น เมื่อมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน การวิเคราะห์เชิงโครงสร้างจึงเป็นวิธีการหนึ่งที่จะหาหนทางแก้ปัญหอย่างเป็นระบบและมีเหตุผลรองรับ

ในทางวิชาการมีการเสนอว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นทั้งกฎเกณฑ์และหลักการในเวลาเดียวกัน⁴ กล่าวคือ บรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นกฎเกณฑ์ คือ บทบัญญัติที่รับรองสิทธิ ข้อจำกัดการใช้สิทธิ และเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ ซึ่งการใช้บรรทัดฐานประเภทนี้จะ เป็นลักษณะการตีความตามตัวอักษร โดยการปรับข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วเข้ากับข้อกฎหมายและกำหนดผลทางกฎหมาย จึงทำให้บรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์มีสภาพบังคับที่แน่นอนและเด็ดขาด ส่วนบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นหลักการนั้น คือ สิ่งที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองโดยมุ่งให้เกิดผลบังคับที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดทั้งทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย การใช้บรรทัดฐานประเภทนี้จะทำโดยวิธีการ

¹ Robert Alexy, “The dual nature of law,” HeinOnline, Retrieved on 12 March 2019, https://heinonline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/lwukrn2011&div=10&start_page=39&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults.

² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 226.

³ Mattias Kumm, “Constitutional rights as principle: On the structure and domain of constitutional justice.” ResearchGate, Retrieved on February 19 2019, <https://www.researchgate.net/publication/31415651>, p.574.

⁴ Robert Alexy, “Constitutional right and Proportionality,” Revus, Retrieved on 30 March 2019, <http://journals.openedition.org/revus/2783>.

ซึ่งน้ำหนักกฎเกณฑ์หรือหลักการอื่น ๆ มาประกอบกัน หากกฎเกณฑ์หรือหลักการใดมีน้ำหนักมากกว่าก็ จะได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ ผลทางกฎหมายของหลักการจึงมีลักษณะไม่เด็ดขาด เพราะการซึ่ง น้ำหนักจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงหลายอย่างประกอบกัน นั้นหมายความว่าผลทางกฎหมายย่อมแตกต่าง ออกไปตามแต่ละกรณีนั่นเอง นอกจากนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานยังเป็นระบบแห่งคุณค่าในทางภาวะวิสัย ซึ่ง คุณค่านี้เองได้กลายมาเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้นแล้วคุณค่าจึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการ บังคับให้มีผลได้มากที่สุดด้วยเช่นกัน

เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วจึงนำมาสู่ความคิดที่ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะการรับรองอยู่สองด้าน ด้วยกัน คือ ในด้านแรก สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิในทางกฎหมายที่ปัจเจกบุคคลสามารถเรียกร้องต่อรัฐได้ โดยตรง (Subjective right) ส่วนในด้านที่สองนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (Objective Norm) ที่เรียกร้องให้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีผลใช้บังคับได้มากที่สุด โดยมุมมองด้านที่สองนี้เป็น การขยายเนื้อหาและเพิ่มหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญเยอรมันที่มีการพัฒนาข้อความคิดในเรื่องดังกล่าว ตั้งแต่การรับรองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งที่ เชื่อมโยงกับคุณค่า โดยคุณค่านี้เองที่ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลไปในทุกพรมแดนของกฎหมาย นั้น หมายความว่า แม้สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญจะเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชนที่มีผลผูกพันเฉพาะ ปัจเจกบุคคลกับรัฐ แต่การเชื่อมโยงกับคุณค่าดังกล่าวทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานได้แผ่รังสีมายังแดนของ กฎหมายเอกชน ดังนั้น ในการใช้การตีความของศาลยุติธรรมจึงต้องตีความกฎหมายเอกชนให้สอดคล้อง กับสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเสมอ

นอกจากนี้แล้วยังมีหลักการที่มาจากการขยายเนื้อหาการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอีกประการ หนึ่งที่น่าสนใจและเป็นประเด็นสำคัญของบทความนี้ ซึ่งในทางวิชาการเรียกว่า “หน้าที่ของรัฐในการ คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” โดยเรื่องดังกล่าวจะไม่ใช่ว่าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐานตาม ความหมายดั้งเดิม หากแต่เป็นหน้าที่อันเกิดขึ้นจากความเป็นภาวะวิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทำให้รัฐต้อง ริเริ่มดำเนินการบางอย่างเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย โดยองค์กรของรัฐที่มีบทบาทสำคัญในเรื่องนี้ ก็คือ องค์กรนิติบัญญัติ ส่วนรายละเอียดจะมีประการใดบ้างก็จะได้อธิบายกันในส่วนถัดไป

2.2 พัฒนาการของทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมีรากฐานมาจากทฤษฎีที่เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน มีลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์และหลักการในเวลาเดียวกัน ในด้านที่เป็นกฎเกณฑ์สิทธิขั้นพื้นฐานได้กำหนดให้ แก่รัฐในการเคารพโดยไม่กระทำการที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งหากรัฐฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว

บุคคลผู้ทรงสิทธิก็สามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อรัฐได้ แต่ในอีกด้านหนึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นหลักการที่เป็นคุณค่าในทางทฤษฎีที่เรียกร้องสิ่งที่ควรจะต้องเป็นในทางอุดมคติซึ่งก็คือการทำให้บทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดประสิทธิภาพมากที่สุด วิธีคิดดังกล่าวจึงทำให้เกิดทฤษฎีผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เข้าไปมีความสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายเอกชนทางอ้อมผ่านการใช้และตีความกฎหมายของศาลยุติธรรม

เมื่อพิจารณาพัฒนาการของรัฐธรรมนูญเยอรมันจะพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ขยายข้อความคิดทางรัฐธรรมนูญไปมากกว่าสิ่งที่ปรากฏในกฎหมายพื้นฐานหลายประการ โดยตัวอย่างสำคัญจะเห็นได้จากข้อความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายผลผูกพันไปเกินกว่าความเข้าใจดั้งเดิม ซึ่งคดีสำคัญที่ถูกกล่าวถึงอยู่บ่อยครั้งก็คือคดี L^{üth} ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความสิทธิขั้นพื้นฐานว่าเป็นระบบแห่งคุณค่าในทางทฤษฎี จึงทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้เป็นแค่สิทธิป้องกันจากรัฐเท่านั้น แต่ยังเข้าไปมีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนผ่านบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนด้วย คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นว่า กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญไม่ได้ทำหน้าที่เป็นเพียงกรอบในการดำเนินงานของรัฐตามกระบวนการประชาธิปไตยเพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นรากฐานทางความคิดของสังคมด้วย (Grundordnung)⁵ ผลจากการยืนยันเนื้อหาในทางทฤษฎีของสิทธิขั้นพื้นฐานได้ทำให้เกิดข้อความคิดอื่น ๆ ตามมา เช่น ทฤษฎีผลผูกพันทางอ้อมของสิทธิขั้นพื้นฐาน การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานผ่านกระบวนการและการจัดรูปแบบองค์กร (Verfahren) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากภัยอื่นที่ไม่ใช่รัฐ (Staatliche Schutzpflicht) เป็นต้น

สำหรับต้นกำเนิดข้อความคิดเกี่ยวกับหน้าที่คุ้มครองเป็นผลมาจากคำตัดสินในเรื่องหลักการหรือคุณค่าทางรัฐธรรมนูญในด้านที่เป็นทฤษฎีซึ่งเป็นการขยายผลผูกพันไปถึงองค์กรนิติบัญญัติให้มี

⁵ E-W Bockenforde, "Grundrechte als Grundsatznormen" [Constitutional Rights as Principles], in E-W Bockenforde, Staat, Verfassung, Demokratie (Frankfurt, Suhrkamp, 1991), 198. Quoted in Robert Alexy, "On Constitutional Rights to Protection," Heinonline, Retrieved on 2 July 2019, <https://heinonline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/legisp3&collection=journals§ion=3&id=&print=section§ioncount=1&ext=.pdf&nocover=>, p.2.

หน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน⁶ โดยคดีแรกที่มีการกล่าวถึงหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองคือ คดีทำแท้ง ในปี 1975⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้ปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการทำแท้ง โดยเฉพาะมาตรา 218 a ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีการเพิ่มขึ้นใหม่ ได้กำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์ในช่วง 12 สัปดาห์แรกที่ทำโดยแพทย์ และหญิงนั้นยินยอมสามารถกระทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลัก “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” ในคดีนี้ว่า รัฐไม่ได้มีหน้าที่เพียงงดเว้นการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น แต่รัฐยังมีหน้าที่คุ้มครองและสนับสนุนการใช้สิทธิด้วย โดยศาลได้กำหนดให้หน้าที่คุ้มครองมาจากความเป็นกฎหมายพื้นฐาน (Objective Law) และมาจากการรับรองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

แม้ว่าคดีทำแท้ง ในปี 1975 ดังที่กล่าวมาข้างต้นจะเป็นคดีแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กล่าวถึง “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครอง” แต่ในคำวินิจฉัยของศาลก็ยังไม่ได้อธิบายอย่างชัดเจนว่า รัฐจะต้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างไรบ้าง⁸ และคำถามที่จะเกิดขึ้นหลังจากนี้ก็คือ การคุ้มครองเช่นนั้น รัฐจะต้องคุ้มครองเรื่องอะไร ซึ่งคำวินิจฉัยในเวลาต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายความคุ้มครองไปยังอันตรายต่าง ๆ ที่อาจกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น อันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ การก่อการร้าย นอกจากนี้ยังขยายไปถึงการคุ้มครองจากการละเมิดสิทธิของเอกชนด้วยตนเองซึ่งเป็นการสัมพันธ์ในชีวิตประจำวัน เช่น กฎหมายแรงงาน กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น⁹

2.3 แหล่งที่มาของทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

คำว่า “คุ้มครอง” เป็นถ้อยคำที่ปรากฏอยู่หลายที่ในกฎหมายพื้นฐาน และหากพิจารณาเฉพาะลงไปในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐานแล้วก็จะพบบางมาตราที่มีคำว่า “คุ้มครอง” ปรากฏอยู่ด้วย อย่างไรก็ตาม

⁶ ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), หน้า 177.

⁷ BVerfGE 39, 1 Translation in English by John D. Gorby and Robert E. Jonas, “West German abortion decision: a contrast to Roe v Wade”, John Marshall, Retrieved on 25 June 2019, From <https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=lawreview>

⁸ John D. Gorby and Robert E. Jonas, *supra* note 7, p.663.

⁹ Peter M. Humber, “Risk decision in German Constitutional and Administrative law,” Retrieved on 25 July 2019, <https://epub.ub.uni-muenchen.de/13872/1/riskdecisions.pdf>, p.12.

ดี สิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านี้ไม่ได้แสดงถึงข้อความคิดเรื่องหน้าที่คุ้มครองทั้งหมดสักทีเดียว ประกอบกับข้อความคิดดังกล่าวถูกพัฒนาและปรุงแต่งขึ้นโดยนักนิติศาสตร์ การตีความตามตัวอักษรจึงไม่สามารถนำไปสู่การคุ้มครองตามข้อความคิดทั้งหมดได้ ดังนั้น การอธิบายตำแหน่งของหน้าที่คุ้มครองจึงต้องพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักว่า ศาลให้เหตุผลในการกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างไร

การค้นหาแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครอง เราอาจจะเริ่มต้นจากการค้นหาเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในคดีทำแท้งซึ่งเป็นคดีแรกที่กล่าวถึงหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลอันเป็นที่มาของหน้าที่คุ้มครองอยู่สองประการด้วยกัน คือ (1) หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองชีวิตมาจากกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 2(2) ประโยคแรกโดยตรง เพราะสิทธิในชีวิตตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ไม่ได้เป็นเพียงสิทธิป้องกันที่เป็นการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐหรือเรียกร้องให้รัฐต้องเคารพต่อชีวิตของมนุษย์เท่านั้น แต่ยังเป็นบทบัญญัติที่มอบหมายหน้าที่ให้แก่รัฐในการคุ้มครองชีวิตของมนุษย์จากการละเมิดของบุคคลอื่นด้วย และ (2) ชีวิตมีความเชื่อมโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เมื่อกฎหมายพื้นฐานมาตรา 1(1) ประโยคที่สอง บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐต้องเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่คุ้มครองชีวิตของมนุษย์ด้วย¹⁰

การให้เหตุผลในลักษณะข้างต้นส่งผลต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา ซึ่งในคดีหลังจากนั้นศาลอาจจะไม่ได้ใช้เหตุผลแบบเดียวกับคดีทำแท้งทั้งหมด และในบางคดีก็มีการขยายข้อความคิดออกไปจากเดิมที่อาจไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันบ้าง แต่ในส่วนในเรื่องแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองนั้น เราสามารถสรุปได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญใช้ 2 วิธี คือ (1) การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างกว้าง และ (2) การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างแคบ

(1) การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างกว้าง การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าหน้าที่คุ้มครองมาจากกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหรือมิติในทางภาววิสัยของสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานมีเนื้อหาอีกด้านหนึ่งที่เป็นเรื่องของคุณค่าหรือหลักการ ซึ่งคุณค่าหรือหลักการนั้นก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐที่จะต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับใช้ได้มากที่สุด นั่นก็คือ การที่รัฐต้องกระทำการบางประการเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหรือมิติในทางภาววิสัย หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองจึงสามารถมาจากสิทธิขั้นพื้นฐานทุก

¹⁰ John D. Gorby and Robert E. Jonas, *supra* note 7, p.641.

สิทธิได้โดยตรง¹¹ ยกตัวอย่างเช่น คดีตัวแทนทางการค้า (Handelsvertreter) ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับข้อสัญญาห้ามค้าแข่งขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 12 (1) แห่งกฎหมายพื้นฐานหรือไม่¹² ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างถึงคำวินิจฉัยในคดี Lüth ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นระบบแห่งคุณค่าที่มีผลไปถึงกฎหมายเอกชน แม้ว่าข้อตกลงในสัญญาจะเป็นเรื่องของเอกชนตามหลักอิสระในการแสดงเจตนา แต่เมื่อสถานะของคู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ คู่สัญญาอีกฝ่ายอยู่ในสถานะที่เหนือกว่าที่จะกำหนดข้อสัญญาเองได้และทำให้ไม่มีความเสมอภาคในการต่อรองอย่างแท้จริง กฎหมายว่าด้วยสัญญาแต่เพียงอย่างเดียวจึงไม่สามารถประสานประโยชน์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ ดังนั้น เพื่อทำให้เกิดความเท่าเทียมกันและเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน¹³ เพราะ มาตรา 12(1) กฎหมายพื้นฐาน สามารถเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพจากการละเมิดตามสัญญาได้ หรือเมื่อเกิดกรณีที่ไม่อำนาจต่อรองอย่างเท่าเทียมกัน¹⁴

(2) การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองอย่างแคบ วิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยวิธีอย่างแคบ คือ การที่ศาลกำหนดให้หน้าที่คุ้มครองมาจากถ้อยคำของบทบัญญัติซึ่งมีอยู่ 2 มาตรา คือ (1) การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1(1) ประโยคที่สอง และ (2) การคุ้มครองสถาบันครอบครัวตามมาตรา 6¹⁵ ถึงแม้การกำหนดแหล่งที่มาของหน้าที่คุ้มครองตามวิธีนี้จะแบบเคร่งครัดเพราะเป็นการตีความที่มาจากตัวอักษรโดยตรง แต่อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ตีความขยายในวิธีนี้ไปอีก โดยเฉพาะการใช้เหตุผลเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

¹¹ Christian Starck, “State duties of protection and fundamental rights,” Researchgate, Retrieved on 10 August 2019, https://www.researchgate.net/publication/318_396349_State_duties_of_protection_and_fundamental_rights, p.20.

¹² สุรศักดิ์ บุญญานุกลกิจ, “ความผูกพันขององค์กรของรัฐและเอกชนต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 51.

¹³ Olha Cherednychenko, “Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions,” Retrieved on 10 August 2019, <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/20945/full.pdf>, pp.80-81.

¹⁴ BVerfGE 81, 242, 254 f. in Christian Starck, *supra note 11*, p.20

¹⁵ Christian Starck, *supra note 11*, p.29.

เพราะ นอกจากการคุ้มครองสถาบันครอบครัวตามมาตรา 6 แล้ว ในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐานแทบจะไม่ปรากฏคำว่า “คุ้มครอง” เลยนอกจากมาตรา 1(1) ประโยคที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญจึงใช้วิธีการให้เหตุผลโดยนำศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาเป็นตัวเชื่อมกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิในเรื่องนั้น เช่น ในคดีทำแท้งที่ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า สิทธิในชีวิตเป็นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ เมื่อรัฐต้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐจึงต้องคุ้มครองชีวิตของมนุษย์ด้วย

วิธีการให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองวิธีต่างได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก โดยวิธีการแรกศาลอ้างว่าหน้าที่ของรัฐสามารถมาจากเนื้อหาในทางทฤษฎีของสิทธิขั้นพื้นฐานได้โดยตรง ก็ถูกวิจารณ์ในมุมมองปัญหาของการกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายหรือมีมิติในทางทฤษฎี¹⁶ กล่าวคือ การวินิจฉัยว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีมิติในทางทฤษฎีหรือมิติในทางคุณค่าเป็นการขยายเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานให้ออกมาเป็นรูปธรรม ซึ่งมีผลเป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ¹⁷ ส่วนวิธีการที่สองที่ศาลอ้างจากถ้อยคำของบทบัญญัติ นั้น มีข้อโต้แย้งในกรณีศาลอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ขึ้นมาเพื่อเป็นตัวเชื่อมกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น เพราะ การอ้างเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดคำถามสำคัญว่า เหตุใดการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานถึงมาจากบทบัญญัติเพียงมาตราเดียว¹⁸ ตัวอย่างของการให้เหตุผลเรื่องสิทธิในชีวิตอาจจะพอรับฟังได้ เนื่องจากชีวิตมีความเกี่ยวพันกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ในบางกรณีที่สิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้มีเนื้อหาเกี่ยวพันกับความเป็นมนุษย์เลย วิธีการให้เหตุผลดังกล่าวจะเป็นการทำลายหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลงในที่สุด¹⁹

2.4 ตัวอย่างการปรับใช้ทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

¹⁶ Christian Calliess, “Dimensions of fundamental rights- Duty to respect versus Duty to protect,” in Debate in German public law, Hermann Pünder and Christian Waldhoff, (Oxford: Hart, 2014), p.34.

¹⁷ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, หน้า 201.

¹⁸ Christian Starck, *supra* note 11, p.30.

¹⁹ Robert Alexy, Theory of constitutional rights, trans. Julian Rivers, (Oxford: Oxford university), p.303.

เนื่องจากทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีหน้าที่ในเชิงริเริ่มโดยการตรากฎหมายเพื่อเป็นคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลด้วย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัตินั้นจะต้องผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยมีเงื่อนไขทั่วไปที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ เช่น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายพื้นฐานกำหนด การตรากฎหมายจะต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไปไม่มีผลเป็นการบังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง กฎหมายที่ตราขึ้นนั้นจะต้องระบุบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิด้วย นอกจากนี้ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิจะต้องไม่กระทบถึงสาระสำคัญของสิทธิ²⁰ และต้องกระทำเท่าที่จำเป็นตามหลักความได้สัดส่วนด้วย

ในส่วนของการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน องค์กรนิติบัญญัติยังคงผูกพันตามเงื่อนไขที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น แต่การตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมีความยุ่งยากซับซ้อนมากกว่านั้น เพราะเมื่อพิจารณาถึงภัยที่อาจจะเกิดขึ้นกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่ได้มาจากการกระทำของรัฐนั้นมีอยู่หลากหลายไม่ว่าจะเป็นภัยจากธรรมชาติ ภัยจากเอกชนด้วยตนเอง รัฐจึงต้องพิจารณาไปอีกชั้นว่ารัฐจะให้คุ้มครองบุคคลจากภัยเหล่านั้นอย่างไร โดยเฉพาะปัญหาการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างเอกชนด้วยกันซึ่งมีความยุ่งยากตรงที่เอกชนแต่ละฝ่ายมีสถานะเท่าเทียมกัน และต่างก็เป็นผู้ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายพื้นฐานทั้งหมด การที่รัฐตรากฎหมายโดยเลือกที่จะคุ้มครองเอกชนฝ่ายใดนั้นในอีกด้านหนึ่งก็คือการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเช่นกัน รัฐจึงต้องประสานประโยชน์ของเอกชนทุกฝ่ายโดยเฉพาะการตรากฎหมายที่เป็นการจัดการความสัมพันธ์เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนเกิดการปะทะหรือขัดแย้งกัน ในเรื่องนี้รัฐจะต้องคำนึงไว้เสมอว่ารัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองเอกชนทุกฝ่าย และจะไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนฝ่ายใดที่จะถูกจำกัดจนทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนฝ่ายนั้นถูกทำลายลง

²⁰ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 19

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

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

(English translation from German Bundestag, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>)

ดังนั้น องค์กฤษฎบัญญัติจะต้องใช้ดุลพินิจเพื่อประสานประโยชน์ของเอกชนโดยนำหลักความได้สัดส่วนเข้ามาในการตรากฎหมาย

การตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งมี 3 หลักการย่อยที่รัฐจะต้องพิจารณาดังนี้²¹

1) หลักความเหมาะสม รัฐจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน หากมาตรการใดไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐย่อมไม่สามารถนำมาใช้ได้

2) หลักความจำเป็น หากมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมีอยู่หลายมาตรการ รัฐจะต้องเลือกมาตรการที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้ายที่จะต้องนำมาพิจารณาที่เลือกมาซึ่งน้ำหนักกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นหรือคุณค่าอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในทางกฎหมายของผลบังคับในมาตรการที่เลือก²² กล่าวคือ มาตรการที่ถูกเลือกเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหนึ่ง หากเป็นการลดผลบังคับหรือกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอีกอันหนึ่ง การเลือกมาตรการนั้นจะต้องมีผลโดยตรงต่อผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานอีกอันหนึ่งหรือบรรลุผลแห่งสิ่งที่ควรต้องเป็นมากที่สุด²³ และต้องไม่เป็นการทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนอื่นลงโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ เมื่อองค์กฤษฎบัญญัติได้ชี้แจงน้ำหนักแล้วว่าจะคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานใดมากกว่ากันนั้น มาตรการที่ถูกเลือกนำมาใช้ย่อมเป็นดุลพินิจขององค์กฤษฎบัญญัติซึ่งโดยหลักแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะไม่เข้าไปตรวจสอบ²⁴

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ยืนยันหลักความได้สัดส่วนที่เข้ามามีบทบาทในการทำหน้าที่คุ้มครอง โดยการวางหลักมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้ คือ หลักการต้องมีความคุ้มครองอย่างเพียงพอ (Untermaßverbot)²⁵ โดยศาลได้กล่าวถึงหลักการดังกล่าวในคดีทำแท้ง ปี 1993²⁶ ว่า แม้กฎหมายพื้นฐานจะมีเป้าหมายในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ก็ไม่ได้กล่าวถึงรายละเอียดว่ารัฐจะต้องทำหน้าที่คุ้มครองอย่างไร ถึงกระนั้น องค์กฤษฎบัญญัติก็ต้องห้ามจากการ

²¹ Robert Alexy, *supra* note 5, p.6.

²² ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, หน้า 244.

²³ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, หน้า 245.

²⁴ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, หน้า 184.

²⁵ Christian Calliess, *supra* note 16, p.37.

²⁶ BverfGE 88, 203

ใช้มาตรการที่ไม่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครอง หากแต่มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติเลือกใช้นั้นจะต้องอยู่ในระดับที่สามารถให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการคุ้มครอง ทั้งนี้ การพิจารณาว่าจะใช้มาตรการใดนั้นต้องตั้งอยู่บนการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างระมัดระวังและการคาดการณ์อย่างมีเหตุผล²⁷ โดยหลักการนี้เป็นหลักการที่ต้องพิจารณาร่วมกันกับหลักการห้ามจำกัดสิทธิเกินสมควร (Übermaßverbot)²⁸ ซึ่งเป็นการพิจารณาในมุมมองของเอกชนที่ได้รับผลกระทบจากการคุ้มครองของรัฐนั่นเอง

การดำเนินการของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐสามารถกระทำการได้หลายรูปแบบด้วยกัน ยกตัวอย่างเช่น การคุ้มครองจากภัยที่คุกคามชีวิตและสุขภาพของประชาชน เช่น การก่อการร้าย ภัยธรรมชาติ การคุ้มครองเอกชนในนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนจากความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันในทางความเป็นจริง การคุ้มครองจากอันตรายที่อาจเกิดจากการพัฒนาเทคโนโลยี เป็นต้น²⁹ นอกจากนี้แล้ว ในทางพิจารณาคดีของศาลและทางวิชาการยังได้สร้างการคุ้มครองผ่านกระบวนการและขั้นตอน³⁰ กล่าวคือ รัฐจะต้องมีกระบวนการทางกฎหมายที่สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น รัฐต้องให้การคุ้มครองประชาชนโดยการให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองในการออกใบอนุญาตตั้งโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ เป็นต้น อีกทั้ง รัฐยังต้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานผ่านทาง การจัดองค์กรด้วย กล่าวคือ ในการจัดองค์กรที่มีการรวมตัวกันของบุคคลที่มีความหลากหลายโดยมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน³¹ โดยเฉพาะองค์กรนั้นมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือมีความสำคัญต่อระบอบประชาธิปไตย ในการ

²⁷ Christian Bumke and Andreas Voßkuhle, German constitutional law: Introduction, Cases, and Principles, (Oxford: Oxford University, 2019), p.78.

²⁸ Dieter Grimm, "The protective function of the state," in European and US Constitutionalism, ed. George Nolte, (Cambridge: Cambridge university, 2005), p.151.

²⁹ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, หน้า 62-64.

³⁰ Bernhard Schlink, "German constitutional culture in transition," in Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives, ed. Michel Rosenfeld, (Durham and London: Duke university, 1994), p.214.

³¹ Robert Alexy, *supra* note 19, p.328.

จัดองค์กรรัฐจึงต้องเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย³² ยกตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัยซึ่งมีภารกิจหรือจุดมุ่งหมายในการให้บริการทางด้านวิชาการ โดยมีบุคลากรอันประกอบไปด้วยนักศึกษา อาจารย์ และบุคลากรอื่น ดังนั้น ในการออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับกับมหาวิทยาลัย รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลดังกล่าวด้วย เช่น การที่รัฐออกกฎเกณฑ์ในการบริหารงานภายในของมหาวิทยาลัย กฎเกณฑ์ที่รัฐออกมานั้นจะต้องให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางวิชาการของอาจารย์ด้วย เป็นต้น จากความหลากหลายของรูปแบบในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ทำให้เห็นว่าองค์กรนิติบัญญัติมีขอบข่ายงานที่กว้างขวางมาก เพราะจะต้องคอยตรวจสอบปัญหาหรืออุปสรรคที่เกิดขึ้นกับการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล และค้นหามาตรการในการจัดการกับปัญหาหรืออุปสรรคเหล่านั้นเพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลได้มากที่สุดทั้งทางกฎหมายและทางความเป็นจริง

สำหรับตัวอย่างการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น ในการจ้างงาน นายจ้างมักกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครงานตามที่นายจ้างมีความประสงค์ หากลูกจ้างที่ต้องการทำงานกับนายจ้างคนดังกล่าวเห็นว่าลูกจ้างไม่สามารถสมัครงานนี้ได้เพราะเงื่อนไขที่นายจ้างกำหนดเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม เช่น นายจ้างประกาศว่าจะไม่รับบุคคลที่ไม่มีศาสนาเข้าทำงาน ในกรณีเช่นนี้ ลูกจ้างย่อมไม่สามารถอ้างหลักความเสมอภาคตามกฎหมายพื้นฐานขึ้นมาไต่สวนกับนายจ้างได้โดยตรง เพราะโดยหลักแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชน หากยอมให้มีการกล่าวอ้างได้แล้วย่อมเป็นการทำลายเสรีภาพในการทำสัญญาของนายจ้างลง แต่ในเมื่อความเป็นจริงลูกจ้างได้รับผลกระทบจากประกาศดังกล่าวและทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้างไม่มีผลในทางความเป็นจริง ดังนั้น องค์กรนิติบัญญัติจึงต้องเข้ามาแก้ปัญหา การที่ออกรัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยมีสาระสำคัญในการจัดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในการจ้างแรงงานจากเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ ชาติกำเนิด เพศ ศาสนา โลกทัศน์ อายุ หรือสภาพร่างกาย หากนายจ้างไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวมีผลให้นายจ้างต้องชดเชยค่าเสียหาย แต่ไม่ได้มีผลทำให้สัญญาเป็นโมฆะหรือนายจ้างมีโทษทางอาญา จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของนายจ้างและเป็นการคุ้มครองลูกจ้างที่สามารถอ้างหลักความเสมอภาคตามกฎหมายดังกล่าวได้ อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ยังเห็นถึงการประสานประโยชน์สิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างนายจ้างและลูกจ้างอีกด้วย กล่าวคือ ในความสัมพันธ์การจ้างงาน องค์กรนิติบัญญัติเลือกที่จะคุ้มครองลูกจ้างมากกว่า โดยมาตรการที่เลือกใช้(การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา) เป็น

³² Dieter Grimm, Constitutionalism: Past, Present, and Future, (Oxford: Oxford University, 2016), p.179.

การลดผลบังคับสิทธิขั้นพื้นฐานของนายจ้างลงแต่ไม่ได้ถึงขั้นทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานจนสิ้นเชิงดังจะเห็นได้จากการกำหนดผลของการฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ แต่ในขณะเดียวกันลูกจ้างที่ได้รับการคุ้มครองสามารถอ้างหลักความเสมอภาคจากรัฐบัญญัตินี้ได้โดยตรง และกรณีที่นายจ้างฝ่าฝืนลูกจ้างก็สามารถเรียกให้นายจ้างชดเชยค่าเสียหายให้แก่ตนได้³³

หรือในตัวอย่างการตรากฎหมายคุ้มครองผู้ที่ไม่สูบบุหรี่³⁴ ก็จะได้เห็นว่า ถึงแม้การสูบบุหรี่ไม่ได้ถูกรับรองเป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครองจากเสรีภาพทั่วไปในการกระทำการตามมาตรา 2(1) ของกฎหมายพื้นฐาน จึงทำให้การสูบบุหรี่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วย³⁵ โดยหลักแล้วผู้ที่ไม่สูบบุหรี่ไม่มีสิทธิอ้างต่อรัฐเพื่อห้ามการสูบบุหรี่ของผู้อื่นได้ แต่จากข้อมูลทางการแพทย์พบว่า ควันบุหรืเป็นอันตรายต่อผู้สูดดมเสมือนเป็นการสูบบุหรี่ด้วยตัวเอง การปล่อยให้มีการสูบบุหรี่อย่างเสรีในที่สาธารณะจึงเป็นการทำลายสุขภาพของผู้อื่นซึ่งกระทบต่อสิทธิในชีวิตร่างกายของผู้ไม่สูบบุหรี่โดยปริยาย ด้วยเหตุนี้ การสูบบุหรี่ในที่สาธารณะจึงมีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับสังคมเสรีภาพทั่วไปในเรื่องนี้จึงอยู่ในพรมแดนในทางสังคมของปัจเจกบุคคลที่รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้³⁶ ในการชั่งน้ำหนักกับเสรีภาพทั่วไปและประโยชน์สาธารณะ องค์กฤษฎีบัญญัติจึงเข้ามาแก้ปัญหาด้วยการตรากฎหมายห้ามสูบบุหรี่ในที่สาธารณะ เช่น สถานที่ทำการต่าง ๆ ของรัฐ ระบบขนส่งสาธารณะ³⁷ เป็นต้น ถ้าหากบุคคลฝ่าฝืนสูบบุหรี่ในพื้นที่ดังกล่าวก็จะถูกลงโทษด้วยการ

³³ ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 6, หน้า 184-185.

³⁴ Gesetz zur Einführung eines Rauchverbotes in Einrichtungen des Bundes und öffentlichen Verkehrsmitteln (Bundesnichtraucherschutzgesetz - BNichtrSchG) - Law to Protect Against the Dangers of Passive Smoking [Federal Non-Smoker's Protection Act], English translation from <https://www.tobaccocontrolaws.org/files/live/Germany/Germany%20-%20Law%20on%20Smoke-Free.pdf>.

³⁵ ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 6, หน้า 286.

³⁶ ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 6, หน้า 316-317.

³⁷ §1 (1) In accordance with paragraphs 2 and 3, smoking is prohibited

1. In federal facilities and constitutional offices,
2. In public passenger transport,
3. In public train stations for passengers.

ปรับ³⁸ อย่างไรก็ดี การจำกัดสิทธิดังกล่าวไม่ได้ทำลายเสรีภาพของผู้สูบบุหรี่ลงจนสิ้นเชิง เพราะ ฝ่ายนิติบัญญัติเพียงจำกัดพื้นที่ในการสูบซึ่งส่วนใหญ่เป็นพื้นที่สาธารณะที่ประชาชนใช้ร่วมกันเพื่อคุ้มครองสุขภาพของเอกชนคนอื่น ประกอบกับผู้ที่ต้องการสูบบุหรี่ยังสามารถสูบบุหรี่ในพื้นที่ที่ถูกจัดไว้ให้³⁹ หรือในสถานที่อันเป็นที่พักอาศัยโดยเฉพาะได้⁴⁰ ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการลดผลบังคับของเสรีภาพทั่วไปในการกระทำการลง เพื่อเป็นการคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ นอกจากนี้ การกำหนดให้ผู้สูบบุหรี่ที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวจะได้รับโทษปรับทางปกครองโดยไม่ใช้การกำหนดโทษทางอาญาก็เป็นมาตรการที่ไม่กระทบต่อเสรีภาพของผู้สูบบุหรี่จนเกินไปด้วย

3. แนวคิดการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประเทศไทย

3.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศไทย

ในช่วงแรกที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญจะมีไม่กี่มาตรา⁴¹ แต่หากพิจารณาเนื้อหาของแต่ละมาตราแล้ว จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้อย่างครบถ้วน ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ที่ให้การรับรองทั้งเรื่องความเสมอภาค สิทธิส่วนบุคคล เสรีภาพในความคิดและการ

³⁸ §5 (1) An administrative offense shall be deemed to have been committed by anyone who smokes in violation/contravention of §1 para. 1.

(2) The administrative offense can be punished with a fine.

³⁹ §1 (3) In deviation from paragraph 1 and 2 first clause, separate and accordingly marked rooms in which smoking is permitted, can be reserved, if there is a sufficient number of rooms available. Clause 1 does not apply for the means of transport mentioned in § 2 no. 2(b).

⁴⁰ §1 (2) The smoking ban pursuant to paragraph 1 applies in buildings and other completely enclosed rooms; it does not apply for rooms are used for housing or overnight accommodation purposes and are ceded for the exclusive use of the residents.

⁴¹ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

แสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการรวมกลุ่ม สิทธิทางการเมือง สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ และสิทธิในการร้องทุกข์ แต่หลังจากนั้นลักษณะการบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญก็เปลี่ยนแปลงไป เพราะนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมา สิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญไทยจะมีรายการสิทธิเป็นจำนวนมาก เนื่องจากในช่วงที่มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ประเทศไทยซึ่งเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้รับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงได้นำแนวคิดที่ปรากฏในปฏิญญาฯ เข้ามาใส่ไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย สภาร่างรัฐธรรมนูญยังเห็นอีกว่ารัฐธรรมนูญที่เคยใช้ในอดีตไม่ได้สร้างหลักประกันที่เพียงพอให้แก่ประชาชน⁴² และเพื่อไม่ให้มีการออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพซึ่งเป็นการล่วงละเมิดรัฐธรรมนูญ⁴³ จึงต้องบัญญัติโดยการจำแนกเป็นรายสิทธิไปโดยนัยนี้เอง สำหรับสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว หากมีการบัญญัติสิทธิไว้เป็นจำนวนมาก ก็จะทำให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองมากกว่า ลักษณะของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ได้กลายเป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญหลายฉบับในเวลาต่อมา แต่พอมาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, 2550 ได้ปรากฏหลักการใหม่เพิ่มขึ้นมาอย่างที่ไม่เคยพบมาก่อนในรัฐธรรมนูญในอดีต เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อองค์กรของรัฐ เจื่อนไขทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ และการรับรองสิทธิใหม่ ๆ อย่างเช่น สิทธิชุมชน เป็นต้น

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับกันในปัจจุบันก็ยังคงลักษณะการบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพเช่นเดิมเอาไว้ อีกทั้งยังปรากฏบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพเพิ่มเติมขึ้นอีกด้วย โดยในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังเพิ่มหมวดใหม่ขึ้นมาอีกหมวดหนึ่งชื่อว่า “หมวดหน้าที่ของรัฐ” ที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต่าง ๆ ซึ่งผู้ร่างประสงฆ์ให้มีการคุ้มครองสิทธิมากขึ้นกว่าเดิมโดยที่ประชาชนไม่ต้องเรียกร้องเลย⁴⁴ ประกอบกับมีความเห็นในทางวิชาการว่าหมวดหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล โดยให้เหตุผลว่าเมื่อ

⁴² รายงานการประชุมรัฐสภา ครั้งที่ 16, วันที่ 18 มกราคม พ.ศ.2492, หน้า 271-272.

⁴³ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 7/2491, วันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ.2491, หน้า 329.

⁴⁴ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “สรุปรายงานผลการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 วันจันทร์ที่ 26 ตุลาคม 2558,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มกราคม 2564 จาก https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=106&filename=index, หน้า 3.

รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐมีหน้าที่กระทำการเพื่อประโยชน์แก่ราษฎรแล้วก็เท่ากับว่ามีผลเป็นการรับรองสิทธิแก่ราษฎรที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการนั้น⁴⁵ นอกจากนี้ ยังมีความเห็นอีกทางหนึ่งที่มองว่าหน้าที่ของรัฐเป็นนวัตกรรมใหม่ของรัฐธรรมนูญไทย ที่ไม่ใช่ทั้งสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและนโยบายแห่งรัฐ แต่ในการอธิบายสถานะทางกฎหมายของหมวดหน้าที่ของรัฐ กลับอธิบายหลักเกณฑ์ตามมาตรา 51 โดยใช้องค์ประกอบของสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า ผู้ทรงสิทธิ คือ ประชาชนหรือชุมชนที่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการดำเนินการตามหมวดหน้าที่ของรัฐ วัตถุประสงค์ คือ สิทธิที่เกิดขึ้นจากเนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐ และผู้ผูกพันต่อสิทธิ คือ รัฐและหน่วยงานของรัฐผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของรัฐที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ⁴⁶ แม้ว่าทั้งสองความเห็นข้างต้นจะมีความแตกต่างกัน แต่สาระสำคัญของทั้งสองความเห็นมีความเหมือนกันตรงที่การอธิบายว่าหมวดหน้าที่ของรัฐนี้มีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายเหมือนกัน

ในการตอบคำถามว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายใดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องกลับไปหาคำความคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐานเสียก่อน กล่าวคือ บรรทัดฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นบรรทัดฐานหรือกฎเกณฑ์ที่ถูกรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญมาตราใดมาตราหนึ่งที่ได้กล่าวถึงหรือมีการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วรัฐธรรมนูญในหลายประเทศรวมถึงประเทศไทยจะมีการจัดหมวดสำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานไว้โดยเฉพาะ แต่การจัดหมวดหมู่ดังกล่าวนี้ก็อาจจะยังไม่เพียงพอที่จะบอกว่าบทบัญญัติทุกมาตราในอยู่ในหมวดนั้นเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานได้ เพราะสิ่งสำคัญของการเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน คือ บทบัญญัตินั้นจะต้องก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อปกป้องสิทธิของตนจากการใช้อำนาจรัฐ และอาจจะกล่าวได้ว่าแม้บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวจะอยู่นอกหมวดสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่หากเป็นการรับรองสิทธิของบุคคลแล้วบทบัญญัตินั้นก็จะมีลักษณะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 97 ที่กำหนดว่า บุคคลผู้มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้เป็นผู้มี

⁴⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เอกสารวิชาการส่วนบุคคล สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ), หน้า 6-7.

⁴⁶ สำนักงานศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สิทธิของประชาชนและชุมชนในการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐให้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 51 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 45, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563), หน้า 46-47.

สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จากบทบัญญัติดังกล่าวแม้จะอยู่นอกหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย แต่เมื่อได้มีการรับรองสิทธิให้แก่ปัจเจกบุคคลอย่างชัดเจน บทบัญญัติดังกล่าวจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเช่นกัน⁴⁷ หรืออาจจะกล่าวโดยสรุปได้ว่า หน้าที่ใดที่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต้องการให้รัฐเคารพในความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคล ผู้มีอำนาจสถาปนาจะบัญญัติกฎเกณฑ์นั้นเอาไว้ในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือระบุอย่างชัดเจนว่าปัจเจกบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธินั้นเอง⁴⁸

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะมาตรา 51 แล้ว จึงเห็นว่า การกำหนดให้เป็นสิทธิของประชาชนหรือชุมชนในการฟ้องร้องรัฐให้ดำเนินการตามหมวดหน้าที่ของรัฐ ไม่ใช่การรับรองหรือก่อตั้งสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่ปัจเจกบุคคลแต่ละคน เนื่องจากบทบัญญัติในหมวดนี้ไม่ได้ใช้ข้อความที่ระบุถึงการเป็นผู้ทรงสิทธิ และเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากข้อความในมาตรา 51 ที่ระบุว่า การใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐตามหมวดนี้ ถ้าการนั้นเป็นการทำเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ย่อมเป็นสิทธิของประชาชนและชุมชน... ตามข้อความข้างต้นนี้ ผู้ใช้และตีความรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่า อะไรคือหน้าที่ที่เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ซึ่งจะต้องพิจารณาร่วมกับเนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐที่ได้บัญญัติแยกเอาไว้ในแต่ละมาตราว่าหน้าที่ดังกล่าวเกิดประโยชน์กับประชาชนหรือชุมชนโดยตรงหรือไม่ เพื่อจะนำมาสู่การพิจารณาว่าใครเป็นผู้มีสิทธิฟ้องตามมาตรา 51 ซึ่งประเด็นนี้เองที่ผู้เขียนเห็นว่ามาตราดังกล่าวไม่ได้ระบุถึงการเป็นผู้ทรงสิทธิและเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างชัดเจน และเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์การร่างรัฐธรรมนูญประกอบกันแล้ว ก็จะได้เห็นว่าหมวดหน้าที่ของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่กำหนดให้รัฐทำให้แก่ประชาชนหรือชุมชนเป็นการ “ทั่วไป” จึงยังเป็นการตอกย้ำว่าบทบัญญัติในหมวดนี้ไม่ได้มีเจตนารมณ์ในการก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคลเลย นอกจากนี้ คุณสมบัติประการหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐาน คือ การเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ผูกพันทุกองค์กรของรัฐและนิติบุคคลมหาชนที่จะต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐาน การอธิบายว่าผู้ผูกพันต่อสิทธิตามมาตรา 51 ได้แก่ รัฐและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยที่เนื้อหาในหมวดหน้าที่ของรัฐส่วนใหญ่จะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายบริหาร จึงไม่ใช่คุณสมบัติของสิทธิขั้นพื้นฐาน ด้วยความเคารพต่อความเห็นทั้งสองข้างต้น ผู้เขียนไม่อาจเห็นพ้องด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐไม่ได้มีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือก่อตั้งสิทธิ

⁴⁷ ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, หน้า 47-49.

⁴⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลผูกพันสิทธิทางรัฐธรรมนูญ,” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ฉบับที่ 4, ปีที่ 42, น.997, (ธันวาคม 2556)

เรียกร้องให้แก่บุคคลเลย และหากบทบัญญัติในหมวดนี้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่บุคคลก็อาจจะเกิดปัญหาในทางกฎหมายหลายประการ

จากการพิจารณารัฐธรรมนูญไทยที่ผ่านมาทั้งหมดนั้น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถูกยกขึ้นมาเป็นเจตนารมณ์ในรัฐธรรมนูญหรือกรอบในการร่างรัฐธรรมนูญเกือบทุกครั้ง โดยการคุ้มครองสิทธิของรัฐธรรมนูญไทยจะสะท้อนออกมาในลักษณะที่ยังบัญญัติสิทธิไว้เป็นจำนวนมากก็จะได้ยังได้รับความคุ้มครองมาก หรือการมีหมวดมาตราที่กำหนดให้รัฐทำหน้าที่ต่าง ๆ เพื่อช่วยเหลือ หรือสนับสนุนการใช้สิทธิของประชาชน อย่างเช่น หมวดหน้าที่ของรัฐ และหมวดนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ และแม้ว่าในทางวิชาการจะมีการอธิบายถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งรวมไปถึงการกำหนดหน้าที่ให้รัฐจะต้องดูแลเอกชนจากการละเมิดของเอกชนด้วยก็ตาม แต่การทำหน้าที่คุ้มครองกลับมุ่งเน้นไปที่องค์กรตุลาการในการเยียวยาความเสียหายและลงโทษผู้ที่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ⁴⁹ กรอบคำอธิบายดังกล่าวจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของภารกิจสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทำหน้าที่ป้องกันภัยจากรัฐเท่านั้น ซึ่งท้ายที่สุดแล้วแนวคิดการคุ้มครองนี้ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตภารกิจป้องกันอยู่นั่นเอง นอกจากนี้แล้ว ยังไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ดีความขยายผลผูกพันสิทธิขั้นพื้นฐานให้เข้าไปมีผลในพรมแดนกฎหมายเอกชน หรือก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเลย

3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศไทย

ถึงแม้การเมืองไทยจะเปลี่ยนแปลงการปกครองมาสู่ระบอบประชาธิปไตยแล้ว แต่ไม่อาจบ่งบอกได้ทันทีว่าประชาชนจะมีสิทธิหรือได้รับความคุ้มครองสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เพราะยังมีเหตุปัจจัยหลายอย่างที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เช่น การทำรัฐประหารและล้มล้างรัฐธรรมนูญอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งเป็นการทำลายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ส่งผลต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย การตรากฎหมายของรัฐเองก็มีกฎหมายจำนวนมากที่เป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น พระราชบัญญัติคอมมิวนิสต์ การให้จัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมาพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรือแม้กระทั่งการตีความของศาลในบางครั้งก็ไม่ได้ตีความเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้น

⁴⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), หน้า 194-195.

พื้นฐานของบุคคลเลย⁵⁰ และเมื่อพิจารณาลักษณะของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทยจะมี เป็นการคุ้มครองบุคคลจากรัฐเท่านั้น แต่ก็พบว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติที่อาจส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และทำให้บุคคลไม่สามารถใช้สิทธิ ของตนตามรัฐธรรมนูญได้ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิอย่างกว้างขวาง การบังคับ การให้เป็นไปตามสิทธิ และการมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่มีแนวคิดเรื่องหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเหมือนกับ ประเทศเยอรมนี แต่การคุ้มครองสิทธิของเอกชนจากภัยอันตรายอื่นที่ไม่ใช่รัฐก็สามารถปรากฏให้เห็นจาก กฎหมายต่าง ๆ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมีการอธิบายเรื่องการชั่ง น้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่น้อยมาก จึงทำให้กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมุ่งเน้นไปที่บุคคลหรือ กลุ่มบุคคลที่รัฐมุ่งคุ้มครองเป็นสำคัญ โดยละเลยการพิจารณาสิทธิของบุคคลที่อาจจะได้รับการ กระทบกระเทือนจากการคุ้มครองของรัฐด้วย จึงทำให้กฎหมายหรือมาตรการที่รัฐมุ่งคุ้มครองไม่อาจ สัมฤทธิ์ผลได้อย่างแท้จริง ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก กล่าวคือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า มาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมาย อาญาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้แก้ไขกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ดังกล่าว ตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 ซึ่ง ได้แก้ไขมาตรา 301 ใหม่ว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์ เกิน 12 สัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญที่กล่าวว่า “การคุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดา และสิทธิในชีวิตร่างกายของ หญิงจะต้องมีความสมดุลกัน” แต่เนื่องจากในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเลือกที่จะให้ความสำคัญคุ้มครอง สิทธิของหญิงมากกว่าทารกในครรภ์มารดา และเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติ บัญญัติจึงได้เลือกที่จะให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของหญิง โดยการให้หญิงสามารถทำแท้งได้อย่างเสรีในอายุ ครรภ์ 12 สัปดาห์ โดยไม่มีความผิดตามกฎหมาย

⁵⁰ ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลจังหวัดระยอง คดีหมายเลขแดงที่ อ.265/2563 จำเลยถูกศาล ตัดสินว่ากระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116 เนื่องจากโปรยใบปลิวที่ระบุข้อความว่า “ตื่น!!! และลุกขึ้นสู้ได้แล้ว... ผู้รักประชาธิปไตยทุกคน...เผด็จการจงพินาศ ประชาธิปไตยจงเจริญ” และมี รูปสัญลักษณ์ชูสามนิ้วที่มีข้อความว่า “เสรีภาพ เสมอภาค ภราดรภาพต่อต้านรัฐประหาร”

ปัญหาว่ารัฐจะอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรภ์ได้แค่เพียงไหนเพียงใดนั้น เป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ หากรัฐตรากฎหมายห้ามหญิงทำแท้งในทุกกรณี สิทธิของหญิงในชีวิตร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตตนเองของหญิงก็จะได้รับความกระทบกระเทือนในทางกลับกัน หากรัฐอนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้อย่างเสรี สิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์จะได้รับผลกระทบเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ การยุติการตั้งครรภ์จึงเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของหญิงที่ตั้งครรภ์ และสิทธิของทารกในครรภ์มารดา การใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิทั้งสองจึงขัดแย้งกัน ดังนั้น การที่รัฐออกมาตรการใดในเรื่องการยุติการตั้งครรภ์ รัฐจึงต้องประสานประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิที่มีการขัดแย้งกันให้มีผลใช้บังคับได้ทั้งคู่ โดยใช้วิธีการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในเรื่องการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการทำแท้ง มีข้อเสนอรูปแบบการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานออกเป็น 3 แนวทาง คือ⁵¹

รูปแบบแรก หญิงสามารถทำแท้งได้ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ต้องแสดงเหตุผลในการทำแท้ง และการทำแท้งของหญิงไม่เป็นความผิดทางอาญา รูปแบบดังกล่าวจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์มากกว่าสิทธิของทารกในครรภ์มารดา

รูปแบบที่สอง หญิงสามารถทำแท้งได้ในกรณีจำเป็นฉุกเฉิน และภายใต้สถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งศาลและแพทย์จะเป็นผู้มิตบหาทในการตัดสินใจว่าหญิงมีสิทธิที่จะทำแท้งได้หรือไม่ รูปแบบดังกล่าวสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดาจะมีน้ำหนักมากกว่าหญิงที่ตั้งครรภ์ และเป็นรูปแบบตามมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเดิม

รูปแบบที่สาม หญิงสามารถทำแท้งได้ในกรณีจำเป็นฉุกเฉินภายใต้สถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น และกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น โดยหญิงมีอำนาจตัดสินใจสุดท้ายว่าตนเองตกอยู่ในสถานการณ์จำเป็นฉุกเฉินนั้นหรือไม่ รูปแบบดังกล่าวเป็นความพยายามที่จะคุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตตัวเองของหญิง และสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์ไปพร้อม ๆ กัน

การที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้หญิงสามารถทำแท้งได้อย่างเสรีภายในอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ โดยที่ไม่มีความผิดตามกฎหมาย เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกที่จะคุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตของหญิงมากกว่าสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์ อย่างไรก็ตาม การที่บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวครอบคลุมไปถึงการอนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้ด้วยตนเองโดยที่ไม่มีความผิดนั้น

⁵¹ ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6, หน้า 136-137.

ผู้เขียนเห็นว่าไม่ได้เป็นการคุ้มครองหญิงที่ตั้งครรภ์จนถึงที่สุด เพราะ การปล่อยให้หญิงทำแท้งด้วยตนเอง โดยไม่ผ่านกระบวนการทางการแพทย์ที่เหมาะสม ย่อมมีผลอันตรายต่อสุขภาพของหญิงได้⁵²

สำหรับสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดาที่ต้องทำการชั่งน้ำหนักกับสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการยุติการตั้งครรภ์ต้องกระทำภายใน 12 สัปดาห์โดยมีเหตุผลมาจากการทำแท้งในอายุครรภ์ที่มากกว่านี้จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิง และตัวอ่อนในครรภ์เริ่มมีอวัยวะ ซึ่งมีความสามารถที่จะอยู่รอดเป็นทารกภายนอกครรภ์มารดาได้⁵³ ผู้เขียนเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้คุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์อย่างสมดุล กล่าวคือ ในการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน หากเลือกที่จะคุ้มครองสิทธิของหญิงแล้ว การคุ้มครองดังกล่าวย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของทารกในครรภ์โดยปริยาย เมื่อทารกในครรภ์ถูกจำกัดสิทธิแล้ว การจำกัดสิทธิก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนด้วย ดังนั้น แม้ว่าการอนุญาตให้หญิงทำแท้งโดยไม่ผิดกฎหมายจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกายและการกำหนดวิถีชีวิตตนเองของหญิงได้ก็ตาม แต่การอนุญาตดังกล่าวเป็นการยินยอมให้หญิงทำลายชีวิตของทารกในครรภ์โดยที่ไม่มีความผิดตามกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้สิทธิในชีวิตของทารกไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้ จึงเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์เพียงอย่างเดียว โดยที่ไม่ได้คุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดาเลย เพราะมาตรการทางกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกใช้ทำให้สิทธิในชีวิตของทารกซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสั่นคลอนโดยสิ้นเชิง

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

⁵² ในประเด็นนี้ คณะกรรมการวิสามัญได้ให้ข้อสังเกตว่า ตามมาตรา 301 หญิงอาจทำให้ตนเองแท้งลูกด้วยวิธีการใด ๆ ซึ่งไม่ได้อยู่ภายใต้การดูแลรักษาสุขภาพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม อันอาจเป็นช่องทางให้มีการซื้อขายที่ผิดกฎหมายมาใช้เองหรือทำแท้งเถื่อน ... โปรดดูเพิ่มเติมในกลุ่มงาน คณะกรรมาธิการกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการ กลุ่มชาติพันธุ์ และผู้มีความหลากหลายทางเพศ สำนักกรรมาธิการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงาน ของ คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... สภาผู้แทนราษฎร, หน้า 12.

⁵³ บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ ... พ.ศ. ... สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 2 วันที่ 25 ธันวาคม 2563, หน้า 6-7.

การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทยยังจำกัดอยู่ในความเข้าใจแบบเดิมที่สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเครื่องป้องกันภัยที่มาจากรัฐ โดยมีองค์กรตุลาการเป็นกลไกในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะกำหนดให้มีหมวดหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่แนวความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของไทยก็ไม่ได้มีลักษณะเช่นเดียวกันกับทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งการจำกัดอยู่ในแนวความคิดดั้งเดิมนี้ต้องประสบปัญหาว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับได้อย่างแท้จริง ผู้เขียนจึงเห็นว่า ถึงแม้ประเทศไทยจะไม่มีแนวคิดสิทธิขั้นพื้นฐานในมุมมองที่เป็นคุณค่าหรือหลักการ แต่ในความเป็นจริงแล้วเราไม่สามารถปฏิเสธได้เลยว่าบทบัญญัติเหล่านี้มีคุณค่าหรือหลักการบางประการอยู่ ซึ่งการตีความโดยมีคุณค่าหรือหลักการกำกับอยู่นั้นจะเป็นผลดีกับสิทธิขั้นพื้นฐานมากกว่าการตีความให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นแต่เพียงสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายเท่านั้น เมื่อเรามองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีมิติในทางภาววิสัยซึ่งประกอบไปด้วยคุณค่าและหลักการแล้ว ด้วยคุณค่าและหลักการดังกล่าวได้เรียกร้องให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับได้จริงมากที่สุด ซึ่งหมายความว่า รัฐต้องทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากภัยอันตรายอื่น ๆ ด้วย โดยเฉพาะการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มาจากเอกชนด้วยกัน บทบัญญัติแห่งสิทธิทุกมาตราจึงมีมิติในทางภาววิสัยที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ อีกทั้ง มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้บัญญัติว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวสามารถสนับสนุนการตีความตามทฤษฎีหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ผู้เขียนจึงขอเสนอว่า หากมีการนำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้แล้ว การอธิบายถึงหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการทำหน้าที่ส่งเสริมหรือสนับสนุนการใช้สิทธิของบุคคล สามารถตีความให้เกิดหน้าที่แก่รัฐจากบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานได้เลยโดยไม่ต้องบัญญัติเรื่องหน้าที่ของรัฐเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในการใช้ทฤษฎีนี้จะต้องคำนึงอยู่เสมอว่าบุคคลทุกคนต่างได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยกันทั้งหมด และในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรานั้น หากการใช้สิทธิของบุคคลเกิดปะทะกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นหรือคุณค่าอื่นในรัฐธรรมนูญ จะต้องทำการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าที่เกิดการปะทะกัน โดยไม่ทำให้สิ่งที่ถูกนำมาชั่งน้ำหนักสิ้นผลไปจากระบบกฎหมาย ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ก็จะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนและหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือ

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547).
- ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).
- สำนักงานศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สิทธิของประชาชนและชุมชนในการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐให้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 51 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 45, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563).
- Bernhard Schlink, “German constitutional culture in transition,” in Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives, ed. Michel Rosenfeld, (Durham and London: Duke university, 1994).
- Christian Bumke and Andreas Voßkuhle, German constitutional law: Introduction, Cases, and Principles, (Oxford: Oxford University, 2019).
- Christian Calliess, “Dimensions of fundamental rights- Duty to respect versus Duty to protect,” in Debate in German public law, Hermann PÜnder and Christian Waldhoff, (Oxford: Hart, 2014).
- Dieter Grimm, “The protective function of the state,” in European and US Constitutionalism, ed. George Nolte, (Cambridge: Cambridge university, 2005).
- _____, Constitutionalism: Past, Present, and Future, (Oxford: Oxford University, 2016).
- Robert Alexy, Theory of constitutional rights, trans. Julian Rivers, (Oxford: Oxford university).

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “สรุปรายงานผลการประชุม
คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 วันจันทร์ที่ 26 ตุลาคม 2558,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16
มกราคม 2564 จาก [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.
php?nid=106&filename=index](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=106&filename=index)

Olha Cherednychenko, “Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the
Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law
with Emphasis on Risky Financial Transactions,” Retrieved on 10 August 2019,
<https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/20945/full.pdf>, pp.80-81.

John D. Gorby and Robert E. Jonas, “West German abortion decision: a contrast to Roe v
Wade”, John Marshall, Retrieved on 25 June 2019, From [https://repository.jmls.
edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=lawreview](https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=lawreview)

Christian Starck, “State duties of protection and fundamental rights,” Researchgate,
Retrieved on 10 August 2019, [https://www.researchgate.net/publication/31839
6349_State_duties_of_protection_and_fundamental_rights](https://www.researchgate.net/publication/318396349_State_duties_of_protection_and_fundamental_rights), p.20.

Mattias Kumm, “Constitutional rights as principle: On the structure and domain of
constitutional justice.” ResearchGate, Retrieved on February 19 2019, [https://www.
researchgate.net/publication/31415651](https://www.researchgate.net/publication/31415651), p.574.

Peter M. Humber, “Risk decision in German Constitutional and Administrative law,”
Retrieved on 25 July 2019, [https://epub.ub.uni-muenchen.de/13872/1/
riskdecisions.pdf](https://epub.ub.uni-muenchen.de/13872/1/riskdecisions.pdf), p.12.

Robert Alexy, “Constitutional right and Proportionality,” Revus, Retrieved on 30 March
2019, <http://journals.openedition.org/revus/2783>.

_____, “On Constitutional Rights to Protection,” Heinonline, Retrieved on 2 July 2019,
[https://heinonline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/PDFsearchable?handle=hein.
journals/legisp3&collection=journals§ion=3&id=&print=section§ioncoun
t=1&ext=.pdf&nocover=](https://heinonline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/legisp3&collection=journals§ion=3&id=&print=section§ioncount=1&ext=.pdf&nocover=)

_____, “The dual nature of law,” HeinOnline, Retrieved on 12 March 2019,
<https://heinonline-org.ezproxy.tulibs.net/HOL/Page?public=true&handle=hein>.

journals/lwukm2011&div=10&start_page=39&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults.

อื่น ๆ

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลผูกพันสิทธิทางรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 42, น.997, (ธันวาคม 2556)

วรพจน์ วิศวพิชญ์, “เอกสารวิชาการส่วนบุคคล สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ).

สุรศักดิ์ บุญญานุภูลกิจ, “ความผูกพันขององค์กรของรัฐและเอกชนต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).

กลุ่มงานคณะกรรมการกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการ กลุ่มชาติพันธุ์ และผู้มีความหลากหลายทางเพศ สำนักกรรมการธิการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงาน ของคณะกรรมการวิสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... สภาผู้แทนราษฎร,

รายงานการประชุม

บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ ... พ.ศ. ... สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 2 วันที่ 25 ธันวาคม 2563, หน้า 6-7.

รายงานการประชุมรัฐสภา ครั้งที่ 16, วันที่ 18 มกราคม พ.ศ.2492, หน้า 271-272.

รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 7/2491, วันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ.2491, หน้า 329

คำพิพากษา

BVerfGE 81, 242, 254 f.

BverfGE 88, 203

BVerfGE 39, 1

กฎหมาย

พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

Basic Law for the Federal Republic of Germany

Law to Protect Against the Dangers of Passive Smoking [Federal Non-Smoker's Protection Act]