

บทที่ 3

หลักประกันการจำกัดสิทธิและการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในประเทศเยอรมัน

ในบทที่ 3 นี้จะได้กล่าวถึงหลักประกันการจำกัดสิทธิในประเทศเยอรมัน โดยที่บทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศสและรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับไวมา (ค.ศ. 1918-1919) ประชาชนเยอรมันยังอ้างสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งการกระทำของรัฐ โดยนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาหรือตีความในชั้นศาลได้ ซึ่งต่อมาหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมันนั้น ได้มีการประกาศใช้ในวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 มีชื่อเรียกว่า Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland Von ชาวเยอรมันจะเรียกว่า กฎหมายพื้นฐาน แต่มีความหมายอย่างเดียวกับรัฐธรรมนูญ ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้เปลี่ยนหลักการใหม่โดยถือว่าสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้นมีผลบังคับใช้ได้โดยตรง (unmittelbare Wirkung) มีลักษณะของสิทธิในเชิงข้อเท็จจริงเป็นทั้งสิทธิในภาวะวิสัย (objektiv Grundelement) ของการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตย โดยยึดถือหลักนิติรัฐและเป็นสิทธิของปัจเจกชนด้วย (subjektiv Recht)¹ โดยหลักประกันการจำกัดสิทธิในเยอรมันนั้น เริ่มต้นจากในสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่สองประเทศเยอรมันได้รับการประณามจากชาวโลกว่า ได้ทำลายล้างชาวยิวไปเป็นจำนวนมาก ทำให้ในรัฐธรรมนูญของเยอรมันต้องบัญญัติรับรองในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยจะต้องปฏิบัติต่อมนุษย์โดยเสมอกันและเท่าเทียมกันในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง โดยสิทธิดังกล่าวได้รับการคุ้มครองอย่างเด็ดขาดสมบูรณ์ หรือเป็นสิทธิที่รัฐไม่อาจตรากฎหมายมากระทบกระเทือนต่อสิทธินั้นได้ และสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้รับการบัญญัติรับรองไว้ใน มาตรา 1-19 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งได้พัฒนาการสิทธิมาจากการคุ้มครองระหว่างรัฐกับประชาชน โดยที่รัฐคดีเสรีภาพของประชาชนจึงทำให้เกิดการต่อต้าน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานในเยอรมันเป็นเรื่องที่รัฐ

¹Konrad Hesse, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 12. Aufl., Heidelberg Karlsruhe. S. 118-119. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “รัฐธรรมนูญประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน : ประเด็นสำคัญ”, วารสารกฎหมาย 18 (2541) : 166.

มีหน้าที่จะต้องผูกพันปฏิบัติให้แก่ประชาชน และศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐเยอรมันยอมรับว่าหากเป็นการขัดกับสิทธิขั้นพื้นฐานแล้วศาลย่อมตัดสินให้เป็นโมฆะ เพราะศาลถือว่า ย่อมเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้ว่าหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศเยอรมันได้ เปลี่ยนปรัชญาและหลักกฎหมายใหม่ กล่าวคือแม้ว่าจะไม่มีพระราชบัญญัติรองรับสิทธิและ เสรีภาพขั้นพื้นฐานไว้ก็ตาม ประชาชนก็สามารถอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ทันที แสดงให้ เห็นว่าบทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพมีผลโดยตรงไม่ต้องผ่านกฎหมายระดับพระราชบัญญัติก็ สามารถนำคดีไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งสรุปได้ว่าในเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของ ประชาชนตามรัฐธรรมนูญเยอรมันมีลักษณะที่สำคัญคือ เป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับใช้โดยตรง และประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมันได้²

3.1 หลักประกันการจำกัดสิทธิ

ภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ได้มีการเผยแพร่แนวความคิดเสรีเข้ามาใน ประเทศเยอรมัน ซึ่งจะเน้นถึงการคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยในการออกกฎหมายของรัฐจะต้องมีเหตุมีผลตามแนวความคิดในเรื่องนิติรัฐ และหากรัฐจำเป็นต้องออกกฎหมายที่เป็นการจำกัด สิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว กฎหมายดังกล่าวจะต้องประกอบไปด้วยหลักประกันการ จำกัดสิทธิ ได้แก่ 3.1.1 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องมีผลทั่วไป และไม่มุ่ง หมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง 3.1.2 การจำกัด สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ 3.1.3 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น และ 3.1.4 การระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้ อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ จากหลักประกันการจำกัดสิทธิดังกล่าวช่วยก่อให้เกิด ความมั่นคงในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.1 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับ แก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

หลักในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง เป็นหลักที่บัญญัติใน มาตรา 19 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเยอรมัน มีหลักว่า “ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ สิทธิขั้นพื้นฐาน

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 168

อาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย กฎหมายในกรณีนี้จะต้องมีผล บังคับเป็นการทั่วไปและจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้ นอกจากนี้กฎหมาย ดังกล่าวจะต้องอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการออก กฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว มิอาจจะออกตามอำเภอใจของตนได้ ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงต้องมีผลเป็นการทั่วไป และจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการ เฉพาะมิได้

ความหมายของกฎหมายที่มี “ลักษณะเป็นการทั่วไป” นั้น H. Hofmann ได้สรุป สารสำคัญไว้ดังนี้³

1. ลักษณะทั่วไปในแง่ของเวลา (die tempemporale Allgemeinheit) หมายถึง กฎหมายย่อมมีผลบังคับใช้ตราบเท่าที่กฎหมายที่ออกมาภายหลัง มิได้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมาย ดังกล่าว

2. ลักษณะทั่วไปในแง่ของบุคคลและเนื้อหาของกฎหมาย (die personale und sachliche Allgemeinheit) หมายถึง การที่ไม่อาจจะกำหนดจำนวนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ ดังกล่าวได้ ดังนั้น กฎหมายจึงต้องมีลักษณะนามธรรมทั่วไป (abstrakt – generell) ไม่ใช่ ลักษณะของรูปธรรม- เฉพาะราย (konkret – individuell) แต่อย่างไรก็ตาม ในการบัญญัติ กฎหมายโดยอาศัยหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้เกิด การผสมผสานลักษณะดังกล่าวเข้าด้วยกัน⁴

ดังนั้นในกรณีนี้ ลักษณะเป็นการทั่วไป หมายถึง การออกกฎหมายจำกัดสิทธิขั้น พื้นฐานของประชาชนที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นจะต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณี หนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน แต่มิได้หมายความว่า กฎหมายนั้นจะต้องใช้บังคับแก่ประชาชนทุกคนเหมือนกันหมด โดยที่

³Klaus Stern, Staatsrecht Band III/2. S.735. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 175.

⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 175.

บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน ในขณะที่บุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญจะได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นไปตามหลักความเสมอภาค

ส่วนในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน กฎหมายที่ขัดกับมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ในเรื่องของกฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไปนั้นจะเป็นในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายโดยมุ่งประสงค์ที่จะใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือกลุ่มของข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง โดยที่บทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไป และเป็นนามธรรมในทางองค์ประกอบของกฎหมายนั้นเป็นเพียงการอำพรางเจตนาที่แท้จริง⁵

ขอบเขตของการใช้หลักการห้ามจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยความเห็นของเสียงส่วนใหญ่ในทางดำราชของเยอรมันเห็นว่า มีขอบเขตเฉพาะกรณีของสิทธิประเภท “สิทธิในเสรีภาพ” (Freiheitsrechte) โดยที่สิทธิในเสรีภาพ หมายถึง การที่บุคคลมีสิทธิใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง ทำให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่นหรืออาจกล่าวได้ว่า บุคคลย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น⁶ เพราะสิทธิประเภทนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายอันเป็นเงื่อนไขของมาตรา 19 วรรค 1 GG⁷ และกฎหมายที่เกี่ยวกับกลุ่มบุคคลของรัฐสมัยใหม่ซึ่งขอบเขตการใช้ของกฎหมายตามปกติจะมุ่งหมายที่จะใช้กับกลุ่มของประชากรที่แตกต่างกันไป เช่น ผู้เกษียณอายุ ผู้ลี้ภัย คนงาน หรือผู้ว่างงาน กลุ่มบุคคลเหล่านี้จากเหตุผลในทางปฏิบัติไม่อาจที่จะกำหนดเฉพาะเจาะจงได้ หากแต่อาจกำหนดขอบเขตได้โดยองค์ประกอบที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม การบรรลุเงื่อนไขขององค์ประกอบตามกฎหมายดังกล่าวนี้บุคคลทุกคนหรือเกือบทุกคนอาจจะเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายดังกล่าวได้ ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับกลุ่มบุคคลจึงไม่ขัดกับมาตรา 19 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ

⁵BVerfGE. 10, 234 ff. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 175.

⁶บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 48.

⁷Herzog, in : Maunz/ Duerig. Grundgesetz – Kommentar, Art. 19, Abs.1 Rdnr.15. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 173.

ในกรณีกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ตราขึ้นโดยไม่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และเป็นการมุ่งหมายเพื่อให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงย่อมถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับมิได้

ตามที่กล่าวมาแล้ว จากหลักในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ นอกจากจะมีจุดมุ่งหมายที่จะจำกัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว หลักดังกล่าวยังเป็นการกระทำในรูปของกฎหมายกับกรณีที่เป็นกรณีเฉพาะเจาะจงกับกรณีใดกรณีหนึ่งซึ่งถือว่าเป็นเรื่องของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ รัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมาย เพราะคำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองซึ่งทำให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครองสำเร็จลุล่วงไปได้ และในกรณีนี้กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเป็นการมุ่งใช้บังคับเป็นการทั่วไป ในขณะที่คำสั่งทางปกครองนั้นใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลที่ระบุจำนวนได้แน่นอน ดังนั้นหลักนี้จะเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาแทรกแซงในขอบเขตของฝ่ายปกครอง เพราะนอกจากจะทำให้เกิดปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับความเสมอภาคแล้วยังทำให้เป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจด้วย

3.1.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิ และเสรีภาพมิได้ หลักดังกล่าวนี้ภาษาเยอรมันเรียกว่า Wesengehaltsgarantie ในการบัญญัติหลักนี้รัฐธรรมนูญของเยอรมันมีจุดมุ่งหมายเช่นเดียวกับการบัญญัติในเรื่องหลักในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ กล่าวคือรัฐธรรมนูญต้องการให้หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ ซึ่งให้ถือเป็นหลักประกันว่าฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจในการออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่อาจจะออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ อันเป็นการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการทั่วไปในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ทฤษฎีในเรื่องหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ที่จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้นั้น ในเยอรมันมี 2 ทฤษฎีที่สำคัญ⁸ คือ

1. ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ (Die absolute Wesensgehaltstheorie) ตามทฤษฎีนี้เห็นว่า ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นประการใดไม่ว่าจะทำอะไรก็ตามการละเมิดสาระสำคัญของสิทธิได้ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการคุ้มครองขั้นต่ำสุดต่อแก่นของสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหัวใจของสิทธินั้น ๆ ตามแนวคิดนี้ได้แยกเขตแดนของสิทธิออกเป็น 2 ส่วน คือ ขอบเขตในส่วนแรก จะเป็นส่วนที่รัฐอาจเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ แต่ในขอบเขตอีกส่วนหนึ่ง เป็นขอบเขตที่รัฐไม่อาจจะก้าวล่วงเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพได้เลย อันถือว่าเป็นขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ ดังนั้นการคุ้มครองตามทฤษฎีนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากการแทรกแซงเป็นกรณี ๆ ไป หรือไม่ได้ขึ้นอยู่กับการให้เหตุผลของการแทรกแซงเป็นกรณี ๆ ไป เช่น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน ได้เคยวินิจฉัยว่าการแทรกแซงในชีวิตร่างกายอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคสองของรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นประการใดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวถือว่าอยู่ในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ การล่วงละเมิดใดๆในสาระสำคัญหรือในแก่นของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิดังกล่าว⁹

2. ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์ (die relative Wesengehaltstheorie) ตามทฤษฎีนี้ เห็นว่า ไม่ควรมีสิ่งใดที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ในกรณีที่มีเหตุผลที่เป็นความจำเป็นเหนือกว่า ภายใต้พฤติกรรมดังกล่าวจึงควรที่จะอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ ตามทฤษฎีนี้เห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 19 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญนั้น เป็นบทบัญญัติที่เพียงแค่เปิดโอกาสให้พิจารณาว่าอะไรที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งตามความเห็นของแนวคิดนี้เห็นว่า ต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา โดยแนวคิดนี้ได้ตีความมาตรา 19 วรรค 2 ว่า ไม่ว่าจะกรณีใดๆ ไม่อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

⁸K. Stern, Staatsrecht Band III/2, S. 865. อ้างถึงใน บรรณเจติ สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 192.

⁹BVerfGE 16, 194. อ้างถึงใน บรรณเจติ สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 192.

อนึ่ง สาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามมาตรา 19 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ทางนิติศาสตร์ของเยอรมันในปัจจุบันนี้ ได้ใช้ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยถือว่าเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้นการแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย

3.1.3 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หรือหลักพอสมควรแก่เหตุ (Uebermassverbot) หรือหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า หลักมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ (Uebermassverbbt) หลักดังกล่าวตามกฎหมายเยอรมันเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักที่นำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตามกฎหมายเยอรมันถือว่าหลักดังกล่าวเป็นกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับของรัฐธรรมนูญ เพราะมีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรม หรือมีจุดมุ่งหมายเพื่อความยุติธรรมจึงทำให้หลักความได้สัดส่วนเป็นที่ยอมรับในทางกฎหมาย โดยที่หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย ทั้งนี้เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันก็ดี รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชนก็ดีย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ โดยหลักนี้เป็นหลักที่บังคับให้ผู้ที่ออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องทำให้อยู่ในความเหมาะสมและพอดีในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว หลักนี้จึงเป็นหลักที่มีความสำคัญในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และยังก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย นอกจากนี้แล้ว หลักความได้สัดส่วนยังเป็นเกณฑ์มาตรฐานที่เป็นสาระสำคัญในการควบคุมตรวจสอบของรัฐธรรมนูญ โดยจะเห็นได้จากการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน ซึ่งไม่มีครั้งใดที่มีได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ไม่เพียงแต่ศาลรัฐธรรมนูญที่นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา หากแต่หลักความได้สัดส่วนยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำในการปกครองทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำในทางปกครองที่เป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบของการกระทำ

ในการปกครองมาเป็นเวลายาวนานแล้ว¹⁰ ในปัจจุบันนี้หลักความได้สัดส่วนยังได้นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนด้วย¹¹ และขอบเขตที่สำคัญที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้คือ ในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งในปัจจุบันนี้ถือว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีหน้าที่สำคัญสำหรับขอบเขตเรื่องสิทธิและเสรีภาพ¹² โดยหลักนี้ประกอบด้วยหลักการย่อยสามประการที่มีผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ดังนี้คือ

1. หลักแห่งความเหมาะสม (Geeignetheit หรือ Tauglichkeit) ในหลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการอันใดอันหนึ่งนั้น ตามความหมายเดิมที่ปรากฏในทางตำราและคำพิพากษานั้นได้อธิบายความหมายของมาตรการที่เหมาะสม คือมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ ส่วนมาตรการใดจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก¹³ ส่วนความหมายของหลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการอันใดอันหนึ่ง ตามแนวใหม่ได้อธิบายถึง วัตถุประสงค์ – วิธีการ - ความสัมพันธ์ (Zweck – Mittel – Relation) ซึ่ง Pieroth และ Schlink ได้อธิบายว่า ความเหมาะสมหมายความว่า สภาพการณ์ที่รัฐได้ทำการแทรกแซงและภายในสภาพการณ์นั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่จะสามารถดำเนินการให้เจตนาธรรมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย

¹⁰ K. Stern, Staatsrecht Band III/2, S. 764. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 .หน้า 196.

¹¹E. Dahlinger, DoV 1966, S. 818 ff. . อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 . หน้า 196.

¹²E. Grabling, AoR, Bd 98 (1973), S. 570; Jarass – Pieroth, Grundgesetz – Kommentar, 3. Aufl. 1995, Art, 20. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 . หน้า 196.

¹³บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 . หน้า 201.

สำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น¹⁴

หลักความเหมาะสมเพียงใดจึงจะเป็นการเพียงพอ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยว่า ความเหมาะสมเพียงบางส่วนนั้นก็เป็นการเพียงพอ ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความเหมาะสมอย่างสมบูรณ์¹⁵ โดยในความหมายนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ตั้งคำถามในการตรวจสอบว่าการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวนั้นสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้หรือไม่

ส่วนหลักความเหมาะสม ในเรื่องอื่น ๆ มีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. ปัญหาเรื่องหลักความเหมาะสม จะต้องไม่สับสนกับปัญหาในเรื่องความชอบด้วยวัตถุประสงค์ (Zweckmaessigkeit) เพราะปัญหาเรื่องความเหมาะสมนั้นเป็นปัญหาที่ศาลอาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ แต่เรื่องความชอบด้วยวัตถุประสงค์นั้นเป็นปัญหาเรื่องการประเมินค่า โดยศาลจะตรวจสอบว่า มาตรการและเป้าหมายนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากมาตรการหรือเป้าหมายอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ก็ไม่ต้องตรวจสอบความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าว มาตรการหรือเป้าหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญย่อมเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม¹⁶ การตรวจสอบดังกล่าวจึงเป็นการทำหน้าที่ในการกลั่นกรองสำหรับการควบคุมตามหลักความเหมาะสม¹⁷

¹⁴Pieroth/ Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 9. Aufl., S.72. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 201.

¹⁵BVerfGE 16, 147(183); 30, 250(063); 39, 201(230); 47, 109(117) และ M.Gents, NJW 1968, S. 1600. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 201.

¹⁶ Pieroth/ Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 9. Aufl. 1993, Rdnr. 318 f. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 202.

¹⁷R. Dechsling, Das Verhaeltnismaessigkeitsgebot, 1989, S. 79. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 202.

ข. การตรวจสอบตามหลักความเหมาะสมของมาตรการอันใดอันหนึ่ง ซึ่งยังไม่เสร็จสิ้นการดำเนินการ หากแต่เป็นมาตรการที่ขึ้นอยู่กับภาวะคาดคะเน (Prognose) ปัญหาในเรื่องดังกล่าวนี้ยังมีความยุ่งยากมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นการประเมินมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเข้าไปเกี่ยวข้องกับขอบเขตของการประเมินค่าทางการเมือง ในเรื่องดังกล่าวมีปัญหาที่เกี่ยวข้องกันสองประการ คือ ขอบเขตแคไหนเพียงใดที่มอบหมายอำนาจในการคาดคะเนให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติสำหรับการเลือกมาตรการอันใดอันหนึ่ง และการคาดคะเนของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลแคไหนเพียงใด ซึ่งในขอบเขตทั้งสองประการนี้เป็นการลงลึกเข้าไปในปัญหาเรื่องขอบเขตของความอิสระในทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติ และปัญหาเรื่องอำนาจในการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับปัญหาเรื่องขอบเขตในกรณีของการกระทำที่เป็นไปในลักษณะของการคาดคะเนนั้นยังคงมีปัญหาอยู่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ยอมรับว่าการควบคุมการคาดคะเนจะต้องมีความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับขอบเขตของแต่ละเรื่อง โดยจะต้องให้โอกาสแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการทำการคาดคะเนดังกล่าวได้ รวมทั้งจะต้องให้ความสำคัญกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (Rechtsgüter) ในเรื่องนั้น ๆ ด้วย การให้โอกาสแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการคาดคะเนดังกล่าวนี้ จะต้องยอมรับถึงการคาดคะเนของฝ่ายนิติบัญญัติอาจเป็นไปได้อย่างผิดพลาดได้ แต่อย่างไรก็ตามได้มีการเรียกร้องให้สามารถตรวจสอบเรื่องดังกล่าวได้ในภายหลัง¹⁸

ในการตรวจสอบความเหมาะสมของกฎหมาย ซึ่งเป็นมาตรการของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการคาดคะเนนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วเป็นที่ยอมรับกันว่าฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอำนาจที่จะทำการคาดคะเนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกฎหมายที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ กฎหมายที่มีการคาดคะเนเหล่านี้จะไม่สอดคล้องกับหลักความเหมาะสมแล้วจะเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ เมื่อการเลือกมาตรการอันมีลักษณะเป็นการคาดคะเนโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ปรากฏอย่างชัดเจนว่าการคาดคะเนนั้นเป็นการคาดคะเนที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อนกับพัฒนาการที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และความผิดพลาดของการคาดคะเนนั้นมีผลต่อมาตรการในทางกฎหมายนั้น ดังนั้นศาลจะถือว่ามาตรการดังกล่าว เป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมเฉพาะกรณีที่ศาลสามารถวินิจฉัยโดยอาศัยพื้นฐานของข้อเท็จจริงทั้งหมดที่มีอยู่ในขณะนั้น แสดงให้เห็นได้ว่า มาตรการที่มีลักษณะเป็นการ

¹⁸BVerfGE 7., 40 (125). อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 202.

คาดคะเนนั้นมีความไม่เหมาะสม¹⁹

ค. การตรวจสอบตามหลักความเหมาะสมนั้น หากพบว่ามาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้นไม่อาจเป็นไปได้อย่างชัดเจนหรือมาตรการที่เป็นการคาดคะเนนั้นไม่อาจเป็นไปได้อย่างชัดเจน ซึ่งกรณีเช่นนี้นาน ๆ ถึงจะเกิดขึ้นสักครั้ง ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นนี้มาตรการหรือวิธีการดังกล่าวก็จะเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ ในทางปฏิบัติมาตรการหรือวิธีการที่มีความผิดพลาดอย่างชัดเจนเท่านั้นที่จะได้รับการปฏิเสธจากศาล ตัวอย่างที่ได้รับการกล่าวถึงกันอยู่เสมอและเป็นตัวอย่างอันดีที่ชี้ให้เห็นว่าอย่างไรจะเรียกว่าเหมาะสมนั้นถือเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดความเร็วสำหรับการขับขีรถยนต์บน Autobahn ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบรรเทาความเสียหายของป่าไม้ กรณีนี้แม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 2 (1) ก็ตาม แต่การคาดคะเนว่าการจำกัดความเร็วจะส่งผลให้ปริมาณมลพิษน้อยลงและจะมีผลสืบเนื่องเป็นการชะลอการทำลายป่าลงไปด้วยนั้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้กระทำผิดพลาดอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงต้องถือว่าการตรากฎหมายจำกัดความเร็วบน Autobahn เป็นมาตรการที่เหมาะสมในการชะลอการทำลายป่าไม้ลง ซึ่ง Pieroth และ Schlink เห็นว่าการจำกัดความเร็วของรถเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ ในแง่ของความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสมเมื่อสมมุติฐาน หรือวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้สามารถแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการลดลงของก๊าซไอเสียจากรถยนต์กับการฟื้นฟูสภาพที่ดีขึ้นของป่า²⁰

2. หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit) หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายลุล่วงไปได้ นั้น ผู้ออกกฎหมายจะต้องเป็นผู้เลือกมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด โดยจะมีอำนาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปได้ตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น

¹⁹BVerfGE 39, 210(230) ; 47, 89(131). อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ,หน้า 203.

²⁰Pieroth/ Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II. 9 . Aufl. 1993, Rdnr. 323. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ,หน้า 203.

ส่วนศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน ได้อธิบายว่าหลักความจำเป็นนั้นจะเป็นมาตรการตามหลักความจำเป็น ก็ต่อเมื่อไม่สามารถที่จะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ อีกทั้งมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด²¹

การตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการอันใดอันหนึ่งนั้นมีเงื่อนไขพื้นฐานอยู่ที่การพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการนั้น เฉพาะมาตรการที่มีความเหมาะสมเท่านั้นถึงจะนำไปสู่การตรวจสอบตามหลักความจำเป็น ถ้าหากมีมาตรการที่เหมาะสมเพียงมาตรการเดียวมาตรการดังกล่าวนี้ จะได้รับการเลือกเมื่อมาตรการดังกล่าวนี้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของหลักความจำเป็น แต่ตามความเห็นของ M.Ch. Jakobs กลับเห็นว่า จะมีเพียงมาตรการเดียวเท่านั้นที่จะเป็นมาตรการที่จำเป็น โดยหลักความจำเป็นจะนำมาใช้เมื่อมีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการเท่านั้น ถึงจะมาพิจารณาหลักความจำเป็น และจะต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด²²

หลักความจำเป็นมีความสำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมการใช้อำนาจมหาชนที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเคยมีกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นในปี 1968 ที่กรุงเบอร์ลิน ในระหว่างนั้นได้มีการเดินขบวนของชาวเวียดนาม เจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีการห้ามมิให้มีการเดินขบวน แต่ก็ยังมีบุคคลกลุ่มหนึ่งได้นำไปสเตอร์แผ่นเล็ก ๆ ติดที่โคมไฟตามถนนและสถานที่อื่น ๆ เพื่อเชิญชวนให้ประชาชนมาร่วมเดินขบวน โดยสถานที่ชุมนุมนั้นได้มีการระบุไว้ในแผ่นประกาศแผ่นเล็ก ๆ นั้น ตำรวจได้ทำการจับกุมบุคคลหนึ่งซึ่งทำการติดแผ่นประกาศนั้นและได้ถูกควบคุมตัวในคืนนั้นและในวันต่อมา จนกระทั่งได้มีการเดินขบวนและต่อมาได้มีการร้องไปยังศาลปกครองชั้นสูงของเบอร์ลิน โดยศาลได้วินิจฉัยว่าการจับกุมบุคคลดังกล่าวนี้ไม่มีความจำเป็นสำหรับการรักษาความสงบของสังคม เพราะการริบแผ่นประกาศดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นการเพียงพอแล้ว²³

อย่างไรก็ตามในปัญหาของหลักความจำเป็นที่ก่อให้เกิดความยุ่งยากในการพิจารณา คือในกรณีที่มีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลได้รับผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรการอันใด

²¹BVerfGE 30, 292(316); 63, 88(115); 70, 278(286). อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 204.

²²M. Ch. Jakobs, Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit, 1981, S. 66. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 204.

²³เรื่องเดียวกัน, หน้า 205.

อันหนึ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่ในขณะที่เดียวกันก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของคนอีกกลุ่มหนึ่ง การพิจารณาสำหรับในกรณีนี้ก็คือ จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบหรือผลเสียหายที่เกิดต่อกลุ่มบุคคลหนึ่งซึ่งอยู่ในระดับที่มีความสำคัญกว่า²⁴

3. หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) เมื่อหลักความได้สัดส่วนได้ถูกยกระดับไปสู่การเป็นหลักการระดับรัฐธรรมนูญแล้วซึ่งถือว่าเป็นเกณฑ์ในการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยที่หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้นเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ โดยมีหลักว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้

ในขอบเขตที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้น ต้องอยู่ที่การได้รับผลกระทบอันเกิดจากการแทรกแซงในเสรีภาพของปัจเจกบุคคล จะต้องไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ โดยประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรการนั้นจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการดังกล่าว ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับผลกระทบจนเกินกว่าขอบเขต และผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล²⁵

จะเห็นได้ว่าหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นหลักที่ต้องการสร้างดุลยภาพให้เกิดขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่ปัจเจกบุคคล กับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ผู้ออกกฎหมายออกมาใช้บังคับ โดยผู้ออกกฎหมายจะต้องทำการชั่งผลดีและผลเสียของมาตรการที่จะออกใช้บังคับและจะต้องเลือกมาตรการที่ดีที่สุด โดยถ้าเห็นว่ามาตรการใดที่จะเกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ปัจเจกบุคคลแล้ว ผู้ออกกฎหมายต้องห้ามมิให้ออกมาใช้บังคับ

²⁴ เรื่องเดียวกัน

²⁵ BVerfGE 9, 338;(349); 13, 97(113); 13, 230(275); 15, 226(234); 16, 286 (297). อ้างถึงใน บรรณเจ็ด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. หน้า 206.

แม้ว่ามาตรการดังกล่าวนั้นจะมีความเหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปก็ตาม

ในการจะนำหลักความได้สัดส่วน มาเป็นเกณฑ์ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น มีหลักการพิจารณาดังนี้

ก. หลักความได้สัดส่วน กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเงื่อนไขในทางกฎหมายที่กำหนดไว้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้พัฒนาလာมาเป็นเงื่อนไขของกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

ข. ขอบเขตของการบัญญัติกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยการใช้หลักความได้สัดส่วนในขั้นแรกจะเป็นเรื่องของความจำเป็นเพื่อการเปรียบเทียบ โดยจะต้องประเมินค่าความสัมพันธ์ระหว่างผลประโยชน์มหาชนกับการสูญเสียเสรีภาพของปัจเจกชน ดังนั้นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจำเป็นจะต้องให้เหตุผลที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับการพิจารณาว่าผลประโยชน์มหาชนหรือผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลมีความสำคัญมากกว่า โดยมีขั้นตอนการตรวจสอบ คือ

ขั้นที่หนึ่ง การตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานว่าสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่นั้น จะต้องทำการตรวจสอบขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครอง

ขั้นที่สอง เมื่อทราบขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว ต่อมาต้องทำการตีความขอบเขตของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว ซึ่งตามหลักทั่วไปแล้วการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชนและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล การที่จะทำให้ประโยชน์มหาชนบรรลุความมุ่งหมายได้นั้น จำเป็นจะต้องมีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล โดยรูปแบบของบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติอนุญาตให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้นั้น มีการบัญญัติในรูปแบบที่ต่างกันออกไป ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้²⁶

²⁶Klaus Stern, Das Staatsrecht, Band III/2, S.792 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 208.

(1) รูปแบบของบทบัญญัติที่อนุญาตให้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่กำหนดไว้โดยตรงจากรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดไว้ในสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ

(2) รูปแบบของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการกำหนดไว้ โดยทางอ้อมจากรัฐธรรมนูญ กรณีนี้เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติอาจจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้ หรือที่เรียกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งแยกออกได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป และสิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานบางประเภทได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ได้รับคุ้มครองโดยปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติข้อจำกัดของการใช้สิทธิไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามจากเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้อาจจะนำมาเป็นเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้

ขั้นที่สาม หลังจากทราบขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว จึงดำเนินการตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายเมื่อการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นเป็นไปอย่างได้สัดส่วน

อย่างไรก็ตาม หลักความได้สัดส่วนนั้นถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป และมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ โดยมีที่มาจากหลักนิติรัฐและจากระบบของสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้นหลักดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับกับการกระทำของรัฐทุกประเภท โดยถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้หลักการดังกล่าวยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อีกประการหนึ่ง

3.1.4 การระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

หลักการระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธินั้น เป็นหลักที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดสาระสำคัญของหลักดังกล่าวต่อไปในข้อ 3.2

3.2 การระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

สำหรับเรื่อง การระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ จะได้กล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับ 3.2.1 ความหมายของหลักการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ 3.2.2 ขอบเขตการใช้ของหลักการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ 3.2.3 สถานะของหลักการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ และ 3.2.4 ผลของกฎหมายในการละเมิดหลักการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

3.2.1 ความมุ่งหมายของหลักการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

หลักการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ หรือที่ในเยอรมันเรียกว่า หลัก Zitiergebot นั้น มาจากความมุ่งหมายเพื่อต้องการให้หลักดังกล่าวทำหน้าที่เตือนและทำหน้าที่ในการให้เหตุผล โดยหลักนี้ได้ทำหน้าที่ในการเตือนให้ฝ่ายนิติบัญญัติมิให้เข้าไปแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ตั้งใจ และโดยปราศจากการไตร่ตรองในการชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสียของการแทรกแซงดังกล่าวกับผลที่จะได้รับจากการแทรกแซงดังกล่าว หลักการนี้จึงเป็นหลักการเพื่อให้เกิดการไตร่ตรองของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติควรจะต้องไตร่ตรองอย่างรอบคอบและจะต้องตรวจสอบอย่างละเอียดถึงผลดังกล่าว เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ส่งลำเข้าไปในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้หลักการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้นยังเป็นการทำให้การใช้และการตีความกฎหมายเกิดความชัดเจนขึ้น โดยที่ประชาชนสามารถตรวจสอบได้ว่าการตรากฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าวของฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยความในมาตราใดของรัฐธรรมนูญ และการจำกัดนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ เช่น ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง โดยที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้จำกัดได้โดยอาศัยพื้นฐานของเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือภายใต้เงื่อนไขพิเศษเท่านั้น ดังนั้นในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีนี้จะต้องระบุมตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายดังกล่าวในกฎหมายด้วย โดยหลักนี้ถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องอ้างมาตราที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในกฎหมาย โดยรูปแบบในการอ้างมาตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ทางปฏิบัติในเยอรมันได้มีการบัญญัติอ้างมาตราไว้หลายรูปแบบ

ที่แตกต่างกัน อย่างเช่น ในกฎหมายบางฉบับได้บัญญัติอ้างมาตราดังกล่าวในมาตราที่มีการจำกัดสิทธิพื้นฐาน ซึ่งตามความเห็นของ Stern เห็นว่าการบัญญัติดังกล่าวน่าจะมีความสอดคล้องกับความมุ่งหมายของหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมากกว่าการบัญญัติไว้ในส่วนอื่นของกฎหมาย หรือกฎหมายบางฉบับได้เขียนไว้ตอนท้ายของบทบัญญัติของกฎหมายนั้น โดยในกรณีนี้ Stern ก็ได้ให้ความเห็นว่า เป็นการทำให้บรรลุถึงความมุ่งหมายของหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเช่นเดียวกัน เพราะอาจมีบางกรณีที่มีการบัญญัติไว้ในแต่ละมาตราไม่อาจจะกระทำได้ และที่พบได้เสมอเช่นกันคือ กฎหมายนั้นได้บัญญัติอ้างมาตราดังกล่าวไว้ในคำปรารภของกฎหมาย โดยที่การกล่าวอ้างไว้ในคำปรารภนั้นจะทำได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายนั้นทั้งฉบับมีลักษณะที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น²⁷ แต่อย่างไรก็ตามหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธินี้ ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องบัญญัติถึงการจำกัดสิทธิที่เป็นรูปธรรมมากที่สุดเท่าที่จะทำได้²⁸ ไม่ว่าการกล่าวอ้างบทบัญญัติดังกล่าวจะถูกบัญญัติไว้ในส่วนใดของกฎหมายก็ตาม

3.2.2 ขอบเขตการใช้ของหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

ในเรื่องของขอบเขตการใช้หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้น ซึ่งตามความเห็นของ Roehl²⁹ เห็นว่า

1. หลักนี้ไม่ใช่บังคับกับกฎหมายเก่า กล่าวคือจะไม่นำหลักนี้มาใช้บังคับกับกฎหมายที่ใช้ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันประกาศใช้ เพราะหลักนี้ถือว่าเป็นเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิในแง่ของรูปแบบ แต่การออกกฎหมายเก่านั้นได้พิจารณาการออกกฎหมายภายใต้เงื่อนไขอื่น ๆ โดยผู้ออกกฎหมายก็ไม่สามารถทราบผลผูกพันตามหลักนี้ได้

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 181.

²⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 181.

²⁹ Klaus Stern, Staatsrecht Band III/2, S.749. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 178.

2. หลักนี้ไม่นำมาใช้บังคับในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติมอบหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปบัญญัติรายละเอียดในเรื่องนั้น ๆ เช่น เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามมาตรา 12 (1) ซึ่งบัญญัติว่า “ชาวเยอรมันมีสิทธิในเสรีในการเลือกประกอบอาชีพ สถานที่ทำงาน และสถานที่ในการศึกษาอบรม การควบคุมการประกอบอาชีพอาจกำหนดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย”

3. หลักนี้ไม่ใช่ในกรณีที่ไม่ถือว่ามี การจำกัดสิทธิ เช่น ตามมาตรา 6 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า “การแยกเด็กออกจากครอบครัวโดยขัดกับเจตนาของผู้มีสิทธิในการอบรมดูแลจะกระทำได้เฉพาะโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น”

4. หลักนี้ไม่ใช่กับกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดของสิทธิพื้นฐาน เช่น สิทธิในเสรีภาพ ตามมาตรา 2 วรรค 1 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในการพัฒนาบุคลิกส่วนบุคคลโดยอิสระเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดต่อศีลธรรมอันดี...”

จากความเห็นของ Roehl ซึ่งเป็นความเห็นที่สอดคล้องกับความเห็นส่วนใหญ่ โดย Herzog ก็มีความเห็นว่า หลักการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ จะนำมาใช้กับสิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งได้แก่สิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขทั่วไป หรือกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การออกกฎหมายที่เป็น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นอาจจะกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย และสิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษ หรือกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การออกกฎหมายที่ เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องผูกพันอยู่กับสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง หรือต้องผูกพันอยู่กับวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น³⁰

ส่วนตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ให้การยอมรับมาตั้งแต่ต้นแล้วว่า หลักการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ นั้นมีการจำกัดขอบเขตของการใช้หลักนี้ กล่าวคือ จะใช้ในกรณีที่มีการแทรกแซงในสิทธิขั้นพื้นฐานที่เพิ่มขึ้น

³⁰ Herzog, in : Maunz/ Duerig. Grundgesetz – Kommentar, Art. 19, Abs.1 Rdnr.57. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. หน้า 178.

ใหม่เท่านั้น โดยจะไม่นำมาใช้กับกรณีที่กฎหมายนั้นได้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่แล้วและต่อมาได้บัญญัติซ้ำในกรณีเดิมอีก หรือในกรณีที่การบัญญัติใหม่มีข้อแตกต่างจากการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเดิมอยู่แต่เพียงเล็กน้อย³¹

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น โดยในความเห็นของ Mangoldt กลับมีความเห็นว่า หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเป็นหลักที่ทำหน้าที่ในการเตือนฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องไตร่ตรองให้รอบคอบ กรณีที่มีการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังนั้น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กระทำการภายใต้รัฐธรรมนูญถึงแม้ว่าจะได้มีการบัญญัติจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นซ้ำในกฎหมายอีกครั้งหนึ่งก็ตาม ก็จะต้องนำหลักดังกล่าวมาใช้เช่นกัน เพราะมีผลเท่ากับเป็นการบัญญัติขึ้นมาใหม่ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติ ก็จะต้องมีการตรวจสอบอย่างรอบคอบเช่นเดียวกับกรณีที่มีการบัญญัติจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นครั้งแรก เพื่อที่จะทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติเอง ฝ่ายผู้ใช้กฎหมาย หรือประชาชน จะทราบถึงการจำกัดสิทธิดังกล่าวได้³²

สำหรับขอบเขตของกฎหมายที่ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิกับเงื่อนไขของกฎหมายในประเทศเยอรมันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมันได้วางหลักไว้ว่า ไม่นำหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมาใช้กับกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้กระทำการออกกฎหมายดังกล่าวอันเกิดจากข้อผูกพันที่มีต่อกฎหมาย หรือเป็นการออกกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ³³ ซึ่งจากหลักการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญไม่นำหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ มาใช้ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ตามมาตรา 2 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญ

³¹BVerfGE 5, 13(16); 15, 288(293); 16, 194(199); 35, 185(189f); 61, 82(113).

อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 178.

³²Klaus Stern, Das Staatsrecht, S.751 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 179.

³³BVerfGE 64, 72(79f); 83, 130(154).

เพราะการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปอยู่แล้ว

(2) สิทธิในการแสดงความคิดเห็นโดยวิธีการต่าง ๆ ตามมาตรา 5 (2) ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายทั่วไป

(3) สิทธิในการประกอบอาชีพตามมาตรา 12 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญซึ่งได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปกำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียดโดยกฎหมาย

(4) กรรมสิทธิ์และสิทธิในการรับมรดกตามมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้กำหนดให้มีรายละเอียดและข้อจำกัดได้โดยกฎหมาย

(5) การเวนคืนตามมาตรา 14 วรรค 3 ของรัฐธรรมนูญ

โดยในกรณีดังกล่าวข้างต้น การทำหน้าที่ของหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมีความสำคัญค่อนข้างน้อยในการเตือนฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะโดยปกติแล้วในกรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติ ย่อมรู้ว่าตนได้ทำการอยู่ภายในขอบเขตที่เกี่ยวข้องอยู่กับสิทธิขั้นพื้นฐาน

3.2.3 สถานะของหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายจำกัดสิทธิ

ในส่วน of สถานะของหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจการ ตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ในประโยคที่สอง ซึ่งตามความเห็นส่วนใหญ่ของเยอรมันมีความเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มี ลักษณะบังคับซึ่งจะทำให้เป็นการสอดคล้องกับหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ โดยจะเห็นได้จากการที่บทบัญญัตินี้ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปว่าการไม่อ้างบทมาตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิจะทำให้บทกฎหมาย นั้นเป็นโมฆะ³⁴ แต่เฉพาะในความเห็นของ F. Klein ที่เห็นว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็น บทบัญญัติในเชิงรูปแบบที่ไม่ได้มีผลเป็นการบังคับ แต่เป็นเรื่องที่ควรจะทำ เพราะหากบทบัญญัติ ดังกล่าวเป็นลักษณะในเชิงบังคับแล้ว อาจจะทำให้เป็นการขัดขวางการบัญญัติกฎหมายของ ฝ่ายนิติบัญญัติได้

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 181.

3.2.4 ผลของกฎหมายในการละเมิดหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เป็นหลักที่ยอมรับกันในเยอรมันว่าเป็นหลักที่มีลักษณะในเชิงบังคับแล้วนั้น จึงทำให้กฎหมายที่มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รับรองโดยรัฐธรรมนูญ แต่มิได้อ้างบทมาตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ย่อมมีผลทำให้กฎหมายนั้นเป็นโมฆะ แต่ในทางปฏิบัติของเยอรมันนั้นยังไม่มีกรณีการละเมิดหลักการดังกล่าว ดังนั้นจึงยังไม่มีคำพิพากษาของศาลในเรื่องดังกล่าว ส่วนในทางตำราของเยอรมันยอมรับการไม่อ้างมาตราที่ถูกจำกัดนั้น มีผลทำให้กฎหมายฉบับนั้นเป็นโมฆะ โดยให้เหตุผลว่ามาจากลำดับชั้นของกฎหมาย เพราะการที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ทำตามรัฐธรรมนูญกำหนดในมาตรา 19 วรรคหนึ่งในประโยคที่สอง ย่อมถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้น ในกรณีที่กฎหมายนั้นเป็นโมฆะจะควรมีผลย้อนหลังหรือไม่ ซึ่งกำหนดเวลาที่มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายมีผลนั้น อาจกำหนดให้มีผลนับตั้งแต่มีการออกกฎหมายฉบับนั้น (ex tunc) หรือให้มีผลตั้งแต่เมื่อวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว (ex nunc) หรืออาจให้มีผลในอนาคต (ex futuro) นั้น โดยมีหลักในการกำหนดเวลาในการมีผลของคำวินิจฉัยอยู่ 2 หลักคือ หลักความเป็นโมฆะ (Nichtigkeit) ตามหลักนี้ถือว่ากรณีที่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นโมฆะนั้น กฎหมายฉบับนั้นย่อมเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้นโดยไม่มีผลในทางกฎหมายใดๆ³⁵ ส่วนอีกหลักหนึ่งคือหลักความลบล้างได้ (Vernichtbarkeit) โดยหลักนี้ถือว่า เมื่อกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือขัดกับกฎหมายที่อยู่ในระดับสูงกว่า อาจกำหนดให้มีผลย้อนหลัง หรือให้มีผลนับจากปัจจุบัน หรือให้มีผลในอนาคต

อนึ่ง ในประเทศเยอรมันนั้นได้ใช้หลักความเป็นโมฆะที่มีผลมาตั้งแต่เริ่มต้น โดยการกระทำใดๆ ที่เป็นผลจากกฎหมายอันขัดกับรัฐธรรมนูญดังกล่าว อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ หากเป็นคำพิพากษาในคดีอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้เป็นพื้นฐานในการวินิจฉัยคดีดังกล่าวแล้ว แต่ต่อมาได้ถูกวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้มีผลให้มีการพิจารณาคดีใหม่ได้

³⁵Benda / Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, S.468. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2544), หน้า 294.

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ส่วนในคดีอื่น ๆ นอกเหนือจากคดีอาญานั้นให้มีผลเป็นที่สุด³⁶ แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ แต่ในขณะที่ตามความเห็นของ R. Herzog กลับมีความเห็นในเรื่องดังกล่าวว่า กฎหมายที่เป็นโมฆะในกรณีของการละเมิดหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ นั้นควรจะต้องมีผลนับจากปัจจุบัน³⁷

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักประกันการจำกัดสิทธิในประเทศเยอรมันนั้น รัฐธรรมนูญเยอรมันได้ให้ความสำคัญอย่างยิ่งในกรณีการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงหลักที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ไม่ว่าจะเป็นหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมิใช่เป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น และหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัด โดยหลักต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแต่เป็นหลักที่รัฐธรรมนูญมีจุดมุ่งหมายที่จะให้เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยให้ทำหน้าที่ในการเตือนฝ่ายนิติบัญญัติกรณีที่จะออกกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนว่าต้องมีการไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเสมอ มิเช่นนั้นแล้วจะทำให้กฎหมายดังกล่าวเป็นโมฆะ มีอาจมีผลบังคับใช้ได้ เพราะหมายถึงเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

³⁶Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., S. 312. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 295.

³⁷Herzog, in : Maunz / Duerig. Grundgesetz – Kommentar, Art. 19, Abs.1 Rdnr. 60. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 181.