



มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ : ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมาย  
และการปรับใช้ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและ  
ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

โดย

นายเกื้อ เจริญราษฎร์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ : ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมาย  
และการปรับใช้ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและ  
ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

โดย

นายเกื้อ เจริญราษฎร์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

THE CONCEPT OF PROPORTIONALITY : A STUDY OF  
DEVELOPMENT OF LEGAL PRINCIPLE AND APPLICATIONS  
BY U.S. SUPREME COURT AND GERMAN CONSTITUTIONAL COURT

BY

MR. KUEA CHAROENRAS



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2017

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์  
วิทยานิพนธ์

ของ  
นายเกื้อ เจริญราษฎร์


เรื่อง

มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ: ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมายและการปรับใช้ในศาล  
รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

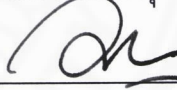
ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2561


ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
\_\_\_\_\_  
(รองศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ วรรณุญ)


กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

  
\_\_\_\_\_  
(ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
\_\_\_\_\_  
(รองศาสตราจารย์ ดร. ณรงค์เดช สรุโฆษิต)

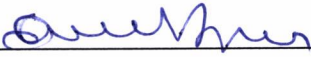
กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
\_\_\_\_\_  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
\_\_\_\_\_  
(อาจารย์ ดร. นพดล เดชสมบูรณ์รัตน์)

คณบดี

  
\_\_\_\_\_  
(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	มนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ: ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมายและการปรับใช้ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา
ชื่อผู้เขียน	นายเกื้อ เจริญราษฎร์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์
ปีการศึกษา	2560

### บทคัดย่อ

หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Proportionality principle) เป็นหลักการที่สำคัญที่สุดหลักการหนึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของรัฐที่ละเมิดสิทธิ ในรัฐที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยนั้น โดยทั่วไปหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กระทบสิทธิ แม้หลักความพอสมควรแก่เหตุจะเป็นแนวคิดที่ถือกำเนิดขึ้นในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอันเป็นประเทศที่ระบบกฎหมายเป็น Civil Law แต่แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ปรากฏตัวในประเทศระบบกฎหมาย Common Law ด้วย โดยในสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ระบบกฎหมายเป็น Common Law ได้มีการนำแนวคิดที่คล้ายคลึงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุไปปรับใช้โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในคดีที่เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการของรัฐต่างๆ เพื่อรักษาความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ (Supremacy of Constitution)

วัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือการศึกษามโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ (Concept of Proportionality) ตั้งแต่เนื้อหาของมโนทัศน์ พัฒนาการทางประวัติศาสตร์สถานะของความพอสมควรแก่เหตุ ตลอดจนการปรับใช้โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ด้วยการค้นคว้าและวิจัยทางเอกสารเป็นหลัก ซึ่งผลจากการศึกษาพบว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุนี้ได้มีพัฒนาการอย่างเข้มข้นในรัฐปรัสเซียซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปัจจุบัน หลักความพอสมควรแก่เหตุมีบทบาทในการตรวจสอบ

การใช้อำนาจรัฐในกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายตำรวจ (Police Law) ซึ่งพัฒนาการดังกล่าวมาสะดุดหยุดลงในช่วงการเถลิงอำนาจของพรรคนาซีในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แม้ในระยะแรกหลังจากกฎหมายพื้นฐานใช้บังคับศาลจะมีความลังเลในการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบแต่ภายหลังหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบกลายเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่ของศาลอย่างหนึ่งในการวินิจฉัยว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดรัฐธรรมนูญ และนอกจากนี้ศาลได้ใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะที่หลากหลาย เช่น การตรวจสอบความมีเหตุผลของมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติ การแก้ไขภาวะที่ปัจเจกชนที่ปัจเจกชนต้องแบกรับจากมาตรการของรัฐ รวมไปถึงการชี้แจงน้ำหนักคุณค่าทางรัฐธรรมนูญในบางกรณี

ในสหรัฐอเมริกา แนวคิดที่ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุไม่ได้ถูกสถาปนาในฐานะหลักกฎหมายที่มีหลักการย่อยสามประการเช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่มีข้อค้นว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ปรากฏตัวขึ้นจากการปรับใช้ของศาล เราอาจพบแนวคิดที่คล้ายคลึงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในการพิจารณาคดีประเภทต่างๆ เช่น คดีที่มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ Due Process หรือ ความเสมอภาค หรือ กฎหมายที่มีประเด็นขัดต่อบทบัญญัติเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง (First Amendment cases) นอกจากนี้เราอาจพบแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในเนื้อหาของมาตรฐานการวินิจฉัยคดีแบบต่างๆ เช่น การตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict scrutiny test) การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational basis test) หรือการตรวจสอบกฎหมายที่บัญญัติกว้างเกินกว่าเหตุ (Overbreadth doctrine)

จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า นอกจากแนวคิดหลักความพอสมควรแก่เหตุจะมีความสำคัญในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ยังมีบทบาทในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกาด้วย เนื่องจากมีข้อค้นว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุนั้นมีแก่นกลางคือเหตุผล และการเรียกร้องให้การกระทำของรัฐต้องชอบด้วยเหตุผลนั้นมีความเป็นสากลในรัฐที่ยอมรับการปกครองแบบระบอบประชาธิปไตยนั่นเอง

**คำสำคัญ:** ความพอสมควรแก่เหตุ, หลักความพอสมควรแก่เหตุ, ศาลสูงสุด, ศาลรัฐธรรมนูญ, สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, สหรัฐอเมริกา

Thesis Title	THE CONCEPT OF PROPORTIONALITY : A STUDY OF DEVELOPMENT OF LEGAL PRINCIPLE AND APPLICATIONS BY U.S. SUPREME COURT AND GERMAN CONSTITUTIONAL COURT
Author	Mr. Kuea Charoenras
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Worachet Pakeerut, Ph.D.
Academic Years	2017

## ABSTRACT

Proportionality is one of the most important legal principles of constitutional right adjudications. In many states where democratic values have been rooted, Proportionality became the crucial part for constitutional review. Even Proportionality was shaped and established in Romano-Germanic legal system, especially German legal system, but the concept Proportionality has also appeared in USA which has Common Law legal system. Not only Proportionality is the important mechanism for right adjudications by Federal Constitutional Court of Germany but also the Supreme court of USA. The concept of Proportionality has the role as protective shield for Constitution Supremacy.

The purpose of this study is to examine the concept of Proportionality in constitutional review of the German constitutional court and Supreme court of USA. This study consists of the contents of Proportionality, Historical development of Proportionality and the applications by the courts. It was found that Proportionality was shaped and formed in Prussia. Proportionality had been appeared by the applications from Prussian Administrative court in various Police law cases. When the World war II occurred, the doctrinal move of Proportionality was frozen. After WWII

Proportionality rose again as a legal doctrine. According to this study, the first two decades since the Basic Law's promulgation, Constitutional Court of Germany had reluctantly applied Proportionality *stricto sensu* to review constitutionality of legislation but after the constitutional court gained strength as a constitutional organ and Proportionality was formed as an institution, it became the most important reasons for the court to strike down legislative acts. Nowadays Proportionality plays the crucial roles for constitutional rights adjudications and the court used them in various ways such as balancing the constitutional values or to adjust the severity of constitutional rights from state measures.

In United States, the concept of proportionality has not been formed as a legal principle with three sub-tests but we can identify the conceptual proportionality in many constitutional cases. In the light of various cases, it was found that Proportionality's paradigm has appeared in Due Process cases, Equal Protection cases or First Amendment cases. Furthermore, the conceptual elements of Proportionality was found in many standards of constitutional scrutiny such as Strict scrutiny test, Rational basis test or Overbreadth doctrine.

According to this study, the concept of proportionality not only plays as a crucial role in German constitutional rights adjudications but also in American constitutional scrutiny because the core idea of proportionality is not only limiting excessive government acts but also justifications of the violations of rights which is the universal idea in Democracy.

**Keywords:** Proportionality, the concept of Proportionality, Supreme Court of USA, German Constitutional Court.



## กิตติกรรมประกาศ

งานชิ้นนี้คงไม่อาจสำเร็จได้ หากปราศจากผู้อยู่เบื้องหลังทุกท่าน ผู้เขียนขอขอบคุณบิดามารดาผู้สนับสนุนสิ่งที่ผู้เขียนทำมาโดยตลอด ที่สำคัญที่สุดขอขอบคุณอาจารย์วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาและเป็นแรงบันดาลใจในแนวคิดหลายๆเรื่อง ขอขอบคุณคณะกรรมการทุกท่านสำหรับคำชี้แนะ ขอขอบคุณเพื่อนๆและผู้สนับสนุนให้คำปรึกษาทุกท่าน ขอขอบคุณพิชชาพรในคำแนะนำและการช่วยเหลือในทุกๆเรื่อง ขอขอบคุณหลักการประชาธิปไตยที่ทำให้ผู้เขียนเลือกเรียนกฎหมายมหาชน ท้ายที่สุดหากมีข้อผิดพลาดประการใดขออภัยมา ณ ที่นี้ และผู้เขียนขอน้อมรับความผิดพลาดที่เกิดจากงานชิ้นนี้แต่เพียงผู้เดียว

นายเกื้อ เจริญราษฎร์

## สารบัญ

บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 ขอบเขตของการศึกษา	4
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.4 วิธีการศึกษา	5
1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับ	5
1.6 ถ้อยคำที่ใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์	6
บทที่ 2 มโนทัศน์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุ	7
2.1 การพิจารณาวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมของกฎหมาย (proper purpose)	7
2.1.1. ความหมายของวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (legitimate purpose) ของกฎหมายที่กระทบสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ	8
2.1.2. ข้อพิจารณาเรื่องวัตถุประสงค์ที่ควรเป็นวัตถุประสงค์แห่งการพิจารณา	10
2.2 หลักความเหมาะสม (appropriateness, Suitability)	11
2.2.1. เนื้อหาของหลักความเหมาะสม (Appropriateness, Suitability)	11
2.2.2. ข้อพิจารณาในแง่เวลาของความเหมาะสมในความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและวัตถุประสงค์	12
2.3 หลักความจำเป็น (necessity test)	13
2.3.1. เนื้อหาและองค์ประกอบของหลักความจำเป็น (meaning and elements of necessity test)	14

2.3.1.1	ข้อพิจารณาประการแรก: การพิจารณาถึงมาตรการอื่นที่อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในประสิทธิผล (equally effective)	15
2.3.1.2	ข้อพิจารณาประการที่สอง: มาตรการที่นำมาเปรียบเทียบกับนั้นจะต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า (Least restrictive alternative)	15
2.3.1.3	ข้อพิจารณาประการสุดท้าย: ข้อพิจารณาในแง่เวลาของความชอบด้วยหลักความจำเป็น	16
2.3.2.	บทบาทของหลักความจำเป็นและภารกิจในหลักความพอสมควรแก่เหตุ (tasks of necessity test)	17
2.3.2.1.	การสร้างมาตรการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพน้อยที่สุดโดยคงประสิทธิภาพในการดำเนินงานของรัฐที่ดีที่สุดไว้	
2.3.2.2	การคัดเลือกมาตรการโดยปราศจากการประเมินคุณค่าความชอบธรรมของวัตถุประสงค์หรือมาตรการนั้น	17
2.4	หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Proportionality in Strict sense)	18
2.4.1	เนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ	18
2.4.2	การดำเนินความคิดตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ	20
2.4.2.1	หลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการทำให้คุณค่าต่าง ๆ บรรลุผลได้มากที่สุด (Maximization Account)	22
2.4.2.2	หลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการใช้เหตุผลอย่างปราศจากข้อจำกัดโดยองค์กรตุลาการ (Unconstrained moral reasoning account)	23
2.4.3	วิธีวินิจฉัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบจากนักวิชาการต่าง ๆ	24
2.4.3.1	หลักความพอสมควรแก่เหตุในมุมมองทางทฤษฎีของ Kai Moeller	24
2.4.3.2	หลักความพอสมควรแก่เหตุในทัศนะของ Mattias Kumm	25
2.4.3.3	ทฤษฎีหลักความพอสมควรแก่เหตุในมุมมองของ Aharon Barak	26

2.4.4	ปัจจัยในการวินิจฉัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ	29
2.4.4.1	ความสำคัญของวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย	29
2.4.4.4	ความรุนแรงของการกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญ อันเกิดจากมาตรการทางกฎหมาย	31
บทที่ 3	พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุ	32
3.1	รากฐานแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุกับแนวคิดในยุคพุทธิปัญญา	32
3.2	พัฒนาการและการกำเนิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี	33
3.3.1	พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในยุคก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2	33
3.3.2	พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง	35
3.3	การเดินทางของหลักความพอสมควรแก่เหตุจากภาคพื้นยุโรปไปยังแคนาดา ไอร์แลนด์และสหราชอาณาจักร	37
3.4	หลักความพอสมควรแก่เหตุจากการปรับใช้ในแคนาดาสู่ประเทศนิวซีแลนด์ และออสเตรเลีย	40
3.5	พัฒนาการหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศแอฟริกาใต้และยุโรป ตะวันออก	41
3.6	การแพร่ขยายของหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศภาคพื้นเอเชีย และอเมริกาใต้	42
บทที่ 4	หลักความพอสมควรแก่เหตุในพรมแดนกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี	44
4.1	พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี	44
4.1.1	พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีในยุคก่อนการปรับใช้การสร้างดุลยภาพ	46

4.1.2 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีในยุคหลังการปรับใช้หลักดุลยภาพ	50
4.1.3 บทสรุปของพัฒนาการหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี	54
4.2 สถานะและขอบเขตการปรับใช้ของหลักความพอสมควรแก่เหตุใน สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	54
4.2.1 สถานะทางกฎหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี	55
4.2.1.1 สถานะในเชิงลำดับชั้นของบ่อเกิดของกฎหมายในสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี	56
4.2.1.2 สถานะในกระบวนการวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของมาตรการที่ล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน	57
4.2.2 ขอบเขตหลักความพอสมควรแก่เหตุกับการปรับใช้ในการวินิจฉัย ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในสิทธิขั้นพื้นฐาน	58
4.3 การปรับใช้หลักการย่อยต่างๆของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีพิจารณาในเชิงหลักการย่อยในหลักความพอสมควรแก่เหตุ	60
4.3.1 หลักความเหมาะสม	61
4.3.2 หลักความจำเป็น	64
4.3.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ	66
4.4 ลักษณะการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	70
4.4.1. ลักษณะการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะ การตรวจสอบเหตุผลของการนิติบัญญัติ	71
4.4.1.1. หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในฐานะเครื่องมือ จัดสรรภาระทางการเงินของปัจเจกชนจากมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติ	71
4.4.1.2. หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบใน ฐานะเครื่องมือทบทวนความเหมาะสมของมาตรการและผล	74
4.4.1.3. หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในฐานะเครื่องมือ ในการพิจารณาความสมเหตุสมผลของมาตรการจากฝ่ายนิติบัญญัติ	78

4.4.1.4	หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในฐานะเครื่องมือ แก้ไขการอันเกินสมควรแก่เหตุของปัจเจกชน (Correcting individual hardship)	80
4.4.2	การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในเชิงเปรียบเทียบคุณค่าพื้นฐานในทาง รัฐธรรมนูญโดยตรง (explicit quantitative comparison)	81
บทที่ 5	แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุกับการปรับใช้ในศาลสูงสุดในพรมแดนกฎหมาย รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา	84
5.1	ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับแนวคิดความพอสมควรแก่เหตุในคดีรัฐธรรมนูญ	84
5.2	บทบัญญัติความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional Clause) ของ สหรัฐอเมริกากับมาตรฐานการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ (Tiers of Scrutiny)	86
5.2.1	ความหมายโดยสังเขปของการคุ้มครองตามบทบัญญัติเรื่อง Due Process และการคุ้มครองตามบทบัญญัติเรื่องความเสมอภาค	86
5.2.2	ความหมายโดยสังเขปของระดับการตรวจสอบโดยองค์การตุลาการ (Tiers of Scrutiny)	90
5.3	ตัวอย่างคำพิพากษาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการ ของรัฐที่กระทบสิทธิที่ปรากฏในบทบัญญัติว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ	94
5.3.1	แนวคิดของหลักความเหมาะสมกับการปรับใช้ในศาลสูงสุดแห่ง สหรัฐอเมริกา	95
5.3.2	แนวคิดของหลักความจำเป็นกับการปรับใช้ในศาลสูงสุดของ สหรัฐอเมริกา	100
5.3.3	แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ในคดีของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา	110
5.4	การปรากฏตัวของมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุในสหรัฐอเมริกา ผ่านการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา	123
5.4.1	การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis Test) กับแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุ	123
5.4.2	การปรากฏตัวของมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุในการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny)	126

	(11)
5.4.2.1 ความเป็นมาของการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) กับมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ	126
5.4.2.2 การตรวจสอบแบบเคร่งครัด (strict scrutiny) กับมโนทัศน์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ	129
5.4.3 การห้ามบัญญัติกฎหมายที่กว้างเกินกว่าเหตุ (Overbreadth Doctrine) กับมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ	131
5.4.4 หลักเสรีภาพในการพูดเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (Commercial Speech Doctrine) กับมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ	132
5.4.5. การวินิจฉัยกฎหมายที่ขัดกับบทบัญญัติเรื่อง Dormant Commerce Clause กับมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ	134
บทที่ 6 ข้อสรุปเรื่องแนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหรัฐอเมริกา	138
6.1 ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุกับหลักการอื่นๆในระบบกฎหมาย	138
6.1.1 ความหมายโดยสังเขปของหลักนิติรัฐ	139
6.1.2 สถานะและความสัมพันธ์ของแนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุกับการจำกัดสิทธิ	140
6.1.3. ความสัมพันธ์ของการคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคกับมโนทัศน์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ	142
6.2 ปัญหาของการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแต่ละระบบกับแนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุ	144
6.2.1 ปัญหาของแนวคิดของความพอสมควรแก่เหตุกับการคุ้มครองสิทธิในสหรัฐอเมริกา	144
6.2.2 ความแตกต่างระหว่างการชั่งน้ำหนักของคุณค่าต่างๆในทางรัฐธรรมนูญ	145
6.3 บทสรุป : มโนทัศน์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและแนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหรัฐอเมริกา	146
บรรณานุกรม	150

	(12)
ภาคผนวก	155
ภาคผนวก ก คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา	156
ภาคผนวก ข คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	159
ประวัติผู้เขียน	16162





## บทที่ 1

### บทนำ

ในสังคมปัจจุบันที่รัฐจำนวนมากปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย รัฐใดก็ตามที่ยอมรับ การปกครองระบอบประชาธิปไตย รัฐนั้นๆย่อมให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่ว่าจะ เป็นในฝั่งภาคพื้นยุโรปที่การปกครองระบอบประชาธิปไตยต้องมีหลักนิติรัฐเป็นเหมือนเสาอัน ค้ำจุนระบอบก็ดีหรือในฝั่งประเทศคอมมอนลอร์ที่ประกันสิทธิเสรีภาพโดยอาศัยหลักนิติธรรมก็ดี เรา ไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่าประเทศใดก็ตามที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย ผู้ปกครองต้องได้รับ อำนาจอันชอบธรรมมาจากประชาชนและการใช้อำนาจของผู้ปกครองจะต้องเป็นไปโดยคำนึงถึงสิทธิ เสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตามสิทธิเสรีภาพของประชาชนอาจจะถูกจำกัดได้เนื่องจากประโยชน์ สาธารณะ ภารกิจของรัฐต่างๆนั้นในบางครั้งแล้วเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นยอมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะ ละเมิดหรือกระทบสิทธิเสรีภาพประชาชนผู้ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่ในประเทศที่ปกครอง โดยระบอบประชาธิปไตยนั้นการใช้อำนาจของรัฐย่อมไม่สามารถใช้อย่างกระทบสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนได้อย่างตามอำเภอใจ โดยหลักแล้วการใช้อำนาจของรัฐจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็น กฎหมายสูงสุดอันกำหนดคุณค่าพื้นฐานที่รัฐนั้นจะต้องเคารพเอาไว้ และหลักการที่สำคัญซึ่งมีบทบาท ต่อระบบกฎหมายของหลายรัฐในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจของรัฐที่ จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ก็คือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeit, Proportionality principle)

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกันเองหรือระหว่างมนุษย์กับสังคมนั้น ความ พอสมควรแก่เหตุเปรียบเสมือนกับศูนย์กลางของกฎเกณฑ์ต่างๆในความสัมพันธ์ของมนุษย์ ในทาง ปรัชญานั้น ความพอสมควรแก่เหตุเปรียบเสมือนคุณค่าที่สำคัญในการใช้ชีวิตประจำวันทั่วไป ความ พอสมควรแก่เหตุเปรียบเสมือนกระจกสะท้อนการให้เหตุผลอย่างระมัดระวังในการกระทำต่างๆ มนุษย์ทุกคนต่างคาดหวังให้ตัวเองและผู้อื่นกระทำอย่างพอสมควรแก่เหตุ ระบบกฎหมายที่ สมเหตุสมผลย่อมคาดหวังให้ผู้ที่จะเมตกฎเกณฑ์นั้นได้รับโทษหรือผลร้ายอย่างพอสมควรแก่เหตุกับ เหตุผลของเรื่อง ในท้ายที่สุดเราอาจกล่าวได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้มีรากฐานมาจากความ ยุติธรรมตามธรรมชาติอันมีจุดกำเนิดทางปรัชญามาตั้งแต่โบราณกาลและในปัจจุบันได้กลายเป็น เครื่องมือสำคัญในการจำกัดอำนาจรัฐและปกป้องสิทธิทางรัฐธรรมนูญ การดำรงอยู่ของมโนทัศน์ว่า

ด้วยเรื่องความพอสมควรแก่เหตุเป็นเวลายาวนานผ่านประวัติศาสตร์และภารกิจของหลักการนี้ซึ่งโดยหลักคือการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน สิ่งเหล่านี้ทำให้หลักการนี้มีความน่าสนใจเป็นอย่างมาก

ในปัจจุบันหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยประเทศที่พัฒนาหลักการนี้ให้กำเนิดเป็นรูปเป็นร่างนั้นคือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในปัจจุบันหลักความพอสมควรแก่เหตุมีหลักการย่อยอยู่ 3 ประการ นั่นคือ

1. หลักความเหมาะสม หลักการนี้ได้เรียกร้องให้ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐใช้จำกัดสิทธิของประชาชนกับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้นมีความสัมพันธ์กัน เมื่อองค์กรณีบัญญัติจะตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งมีผลเป็นการล่วงละเมิดแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชน มาตรการเหล่านั้นจะต้องอยู่ในวิสัยที่สามารถบรรลุผลได้ กฎหมายใดก็ตามที่กำหนดมาตรการซึ่งประจักษ์ชัดว่าไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อหลักการนี้

2. หลักความจำเป็น มาตรการที่องค์กรณีบัญญัติตราขึ้นนั้นหากมีมาตรการที่อยู่ในวิสัยที่จะสามารถบรรลุผลได้หลายประการ หลักการนี้ได้เรียกร้องให้มีการเปรียบเทียบมาตรการต่างๆ เหล่านั้นและให้รัฐใช้มาตรการที่มีผลกระทบหรือจำกัดสิทธิประชาชนน้อยที่สุด โดยมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนน้อยที่สุดและมีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันย่อมเป็นมาตรการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

3. หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้เราอาจเรียกได้ว่าเป็นแก่นของหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้ ได้เรียกร้องให้รัฐหรือองค์กรณีบัญญัติซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์เอกชนที่สูญเสียไปกับผลประโยชน์มหาชนที่จะได้รับว่ามีความได้สัดส่วนกันหรือไม่ ในที่นี้การชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบที่เกิดกับเอกชนกับประโยชน์สาธารณะนั้นอาจแตกต่างกันไปตามเหตุผลของเรื่อง

แม้เนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุจะมีลักษณะเป็นขั้นตอนและมีวิธีพิจารณาอย่างเป็นระบบในการปรับใช้รวมไปถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้เป็นหลักการที่เป็นที่ยอมรับในวงการนิติศาสตร์หลายประเทศเป็นจำนวนมาก และแม้หลักการนี้จะพัฒนาเป็นระบบระเบียบและมีความสัมพันธ์กับหลักนิติรัฐอันมาจากประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้นคือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ตาม แต่จากที่กล่าวไปข้างต้นหลักการนี้มีต้นกำเนิดมาจากความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) การสร้างความชอบธรรมโดยอาศัยเหตุผล (Justification) การสร้างดุลยภาพระหว่างคุณค่าสองประการที่เผชิญหน้ากันอยู่ (Balancing) ดังนั้นแนวคิดของหลักการนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนจึงมีความเป็นสากลและถูกปรับใช้โดยวงการนิติศาสตร์หลายประเทศซึ่งไม่เพียงแต่เฉพาะประเทศที่เป็นระบบประมวลกฎหมายเท่านั้น หากแต่รวมไปถึงประเทศที่ใช้ระบบ

กฎหมายคอมมอนลอว์อีกด้วย ทั้งนี้เพราะเนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นเป็นเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะการเรียกร้องให้มีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างมาตรการและผลลัพธ์รวมไปถึงการพิจารณาถึงตัวเนื้อหาของมาตรการว่ามีความจำเป็นหรือไม่ อีกทั้งการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าสองประการที่เผชิญหน้ากันอยู่ ทั้งหมดนี้ล้วนแล้วแต่เป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการประกันสิทธิของประชาชนและทำให้ภารกิจของรัฐนั้นสามารถดำเนินควบคู่กันไปได้อย่างมีเหตุผล รวมไปถึงในกฎหมายมหาชน นักวิชาการหลายๆท่านได้เห็นตรงกันว่าหลักการนี้เป็นหลักการที่เป็นกุญแจสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและมาตรการของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรื่องสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน

ด้วยเหตุที่กล่าวข้างต้นเมื่อแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุมีความสำคัญในการพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงตั้งสมมติฐานว่าไม่ว่าจะในประเทศที่ระบบกฎหมายเป็นระบบประมวลกฎหมายหรือในประเทศที่ระบบกฎหมายเป็นระบบคอมมอนลอว์บางประเทศก็อาจมีแนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุปรากฏอยู่เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน

ในสหรัฐอเมริกาอันเป็นประเทศในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นรัฐที่ยอมรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยรวมไปถึงเป็นประเทศที่ให้คุณค่าความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยหลักแล้วการพิจารณาวินิจฉัยมาตรการต่างๆของรัฐนั้นไม่ว่าจะเป็นกฎหมายหรือคำสั่งของฝ่ายบริหารโดยหลักจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอาจจะมีแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุอยู่ แต่การปรากฏตัวของแนวคิดหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอันเป็นประเทศที่ใช้สกุลกฎหมาย Common Law อาจจะมีแตกต่างกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนมีความประสงค์ในการศึกษาการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศเยอรมนีและการใช้แนวคิดต่างๆที่แสดงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้แม้ทั้งสองประเทศจะมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็จริงแต่ด้วยความแตกต่างของสกุลระบบกฎหมายระหว่าง Civil Law กับ Common Law และความแตกต่างในพัฒนาการเรื่องข้อความคิดในเรื่องสิทธิและนิติรัฐ เราอาจค้นพบว่าแนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุมีความแตกต่างออกไปในสองประเทศนี้

วิทยานิพนธ์นี้จัดทำขึ้นเพื่อศึกษาหลักความพอสมควรแก่เหตุทั้งในแง่มนทัศน์ จุดกำเนิดทางประวัติศาสตร์และพัฒนาการเชิงประวัติศาสตร์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุ รวมไปถึงการศึกษาการปรับใช้ของหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศเยอรมนีอันเป็นประเทศที่ถือได้ว่าเป็นต้นกำเนิดของหลักการนี้และสหรัฐอเมริกาอันเป็นประเทศที่แม้จะอยู่ในระบบสกุลกฎหมายคอม

มอนลอว์ แต่เนื้อหาของหลักการนี้ได้ถูกนำไปปรับใช้อย่างในเรื่องต่างๆในพรมแดนกฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อรักษาความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้อย่างน่าสนใจ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือการคุ้มครองหลักความเสมอภาครวมถึงวิเคราะห์ถึงข้อดีข้อเสียและประสิทธิภาพของระบบในการทำงานของหลักพอสมควรแก่เหตุในประเทศดังกล่าว

## 1.2 ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษามโนทัศน์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ ศึกษาการปรับใช้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสหรัฐอเมริกา นั้น ผู้เขียนได้จำกัดขอบเขตการศึกษาไว้ที่การศึกษาเชิงมโนทัศน์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความเข้าใจที่เป็นสากล รวมถึงการเดินทางผ่านประวัติศาสตร์และพัฒนาการของหลักการดังกล่าวรวมถึงการรับเอาหลักการดังกล่าวเข้าไปในวงการกฎหมายมหาชนประเทศต่างๆทั่วโลก นอกจากนี้การศึกษารูปแบบปรับใช้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสหรัฐอเมริกานั้น ผู้เขียนได้จำกัดการศึกษาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลทั่วไปเป็นหลัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ผู้เขียนได้นำบทความทางวิชาการ ตำรานิติศาสตร์ รวมไปถึงคำพิพากษาของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาหรือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาศึกษาเพื่อบ่งชี้ถึงลักษณะการปรับใช้และเข้าใจถึงแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้ผู้เขียนได้ศึกษาเชิงพัฒนาการทางประวัติศาสตร์และมโนทัศน์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุในทางวิชาการเพื่อเข้าใจธรรมชาติและลักษณะเฉพาะของหลักการได้ดียิ่งขึ้น อันจะนำไปสู่ความเข้าใจในข้อดีข้อเสียและประสิทธิภาพในระบบที่ทำให้เกิดกลไกการทำงานของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระหว่างสองประเทศ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาระบบกฎหมายไทยให้ดียิ่งขึ้นต่อไป

## 1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

ในการศึกษารูปแบบนี้ผู้เขียนมุ่งหมายศึกษามโนทัศน์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุตลอดจนต้นกำเนิดในทางปรัชญาและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ นอกจากนี้ยังมีความมุ่งหมายในการศึกษารูปแบบปรับใช้แนวคิดของหลักการดังกล่าวโดยองค์กรตุลาการในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้เพื่อความเข้าใจในความแตกต่างและข้อดีข้อเสียของการนำเนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้ในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ การศึกษามุ่ง

หมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักพหุสมควรแก่เหตุกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการตรวจสอบกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม ทั้งนี้ผู้เขียนได้ศึกษาลงไปถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักความพหุสมควรแก่เหตุกับหลักกฎหมายต่างๆ เพื่อบ่งชี้ภาพรวมและกลไกการทำงานตลอดจนภารกิจของหลักความพหุสมควรแก่เหตุ รวมถึงการศึกษาการปรับใช้โดยองค์กรตุลาการทั้งสองประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์ และขยายพรมแดนความรู้ความเข้าใจที่มีต่อหลักความพหุสมควรแก่เหตุ

#### 1.4 วิธีการศึกษา

ในการศึกษาเรื่องนี้ โดยหลักเป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร โดยเน้นไปที่คำวินิจฉัยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศึกษาค้นคว้าจากบทความวิชาการต่างประเทศและในประเทศ ตลอดจนตำราทางวิชาการต่างๆ รวมทั้งวิทยานิพนธ์และเอกสารทางวิชาการอื่นๆที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้เพื่อนำมาวิเคราะห์ให้เห็นถึงการนำหลักความพหุสมควรแก่เหตุมาปรับใช้และเปรียบเทียบในระหว่างสองประเทศ

#### 1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับ

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ ผู้เขียนคาดหวังผลในเรื่องความรู้และความเข้าใจว่าด้วยมโนทัศน์ของหลักความพหุสมควรแก่เหตุ ทั้งรากฐานทางความคิดเชิงปรัชญาตลอดจนพัฒนาการทางประวัติศาสตร์อันยาวนาน นอกจากนี้ผู้เขียนคาดหวังความเข้าใจเบื้องต้นในหลักความพหุสมควรแก่เหตุที่ปรากฏตัวผ่านการปรับใช้ในองค์กรตุลาการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสหรัฐอเมริกา ที่สำคัญที่สุดนั้นคือการได้วิเคราะห์ถึงกลไกการทำงานและปรากฏตัวของแนวคิดของหลักความพหุสมควรแก่เหตุในทั้งสองประเทศดังกล่าว อีกทั้งยังก่อให้เกิดความเข้าใจในพรมแดนความรู้เรื่องแนวคิดของหลักความพหุสมควรแก่เหตุ ในระบบกฎหมายที่เป็นคอมมอนลอว์รวมถึงการตั้งข้อสังเกตเพื่อพิจารณาถึงประสิทธิภาพประสิทธิผลของความแตกต่างของทั้งสองประเทศ เพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาและพัฒนากฎหมายในประเทศไทยต่อไป

## 1.6 ถ้อยคำที่ใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์

หลักความพอสมควรแก่เหตุมีการเรียกอีกอย่างหนึ่งในวงวิชาการนิติศาสตร์ไทยว่า “หลักความได้สัดส่วน” เพื่อมิให้เกิดความสับสน ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนจะใช้คำว่า “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ทั้งนี้หากผู้เขียนใช้คำว่า “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ย่อมหมายถึงความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะที่เป็น “หลักกฎหมาย” อันประกอบด้วยองค์ประกอบสามประการดังอธิบายไปข้างต้น หากผู้เขียนอ้างอิงถึง “มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “แนวคิดว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ” ย่อมหมายถึงความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะที่เป็นแนวคิดที่เป็นรากฐานของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือข้อความคิดในทางวิชาการ ไม่ใช่หลักกฎหมายดังเช่นที่ปรากฏในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแต่อย่างใด หากผู้เขียนกล่าวถึง “แนวคิด” หรือ “มโนทัศน์” ย่อมหมายถึงข้อความคิดรากฐานที่ไม่ได้ดำรงอยู่ในลักษณะของหลักกฎหมาย และคำว่า “ซึ่งน้ำหนัก” หรือ “สร้างดุลยภาพ” มีความหมายอย่างอย่างเดียวกันแต่ผู้เขียนอาจใช้แตกต่างกันออกไปตามบริบทของเนื้อหา

ในส่วนของมาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์การตุลาการ (Tiers of scrutiny) อันเป็นวิธีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในสหรัฐอเมริกาและเป็นช่องทางการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุโดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกานั้นยังไม่มีคำแปลทั่วไปเป็นภาษาไทยในทางวิชาการมาก่อน ผู้เขียนจึงตั้งใจใช้คำว่า “มาตรฐาน” เพื่อแสดงถึงสถานะที่ไม่เหมือนกับ “หลักการ” และผู้เขียนอาจอ้างถึงมาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์การตุลาการโดยใช้คำว่า “ระดับการตรวจสอบโดยองค์การตุลาการ” หรือ “การตรวจสอบโดยองค์การตุลาการ (Tiers of scrutiny)” ทั้งนี้ตามความเหมาะสมของบริบทของเนื้อหาเว้นเสียแต่ว่าผู้เขียนได้อ้างอิงถึงหนังสือหรือบทความที่ผู้แต่งได้ใช้ถ้อยคำอื่นเป็นการเฉพาะ



## บทที่ 2

### มโนทัศน์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>1</sup>นั้นเป็นหลักการที่สำคัญในการควบคุมการกระทำที่จำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญและโดยทั่วไปในรัฐที่ยอมรับหลักนิติรัฐ มาตรการใดๆก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางปกครอง หรือการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีความสอดคล้องและไม่ขัดกับมาตรฐานของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้แม้หลักการดังกล่าวจะมีชื่อเรียกว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุก็ตาม แต่หลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>2</sup>นั้นประกอบด้วยหลักการย่อย (sub-tests) 3 ประการ ทั้งนี้ในทางวิชาการบางประเทศอาจจะแบ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุออกเป็นหลักการย่อย 4 ประการ<sup>1</sup> โดยประเทศที่แบ่งเป็น 3 ประการนั้นอาจแยกการพิจารณาเรื่องความชอบธรรมของวัตถุประสงค์ (proper purpose) ออกมาเป็นเพียงแค่การวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้น (preliminary question) เท่านั้น<sup>2</sup>

#### 2.1 การพิจารณาวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมของกฎหมาย (proper purpose)

วัตถุประสงค์อันชอบธรรมของกฎหมายนั้น (Legitimate purpose) แม้ในบางประเทศเช่นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอาจแยกการพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายออกไปในการพิจารณาปัญหาเบื้องต้นข้อกฎหมาย แต่อย่างไรเสียเราไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะพูดถึงความหมายและความสำคัญของกระบวนการนี้ได้ เนื่องจากโดยสภาพนั้นหลักความพอสมควรแก่เหตุมีลักษณะที่เป็น การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการกับวัตถุประสงค์ (mean-ends test) ดังนั้นหากกฎหมายหรือมาตรการต่างๆของรัฐที่กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนถูกตราขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์อันไม่ชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยเสียแล้ว การจะพิจารณาต่อไปว่าเนื้อหาของมาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นมีความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ย่อมเป็นเรื่องที่สูญเปล่า ดังนั้นในแง่

<sup>1</sup> Robert Alexy, “Proportionality and Rationality,” in *Proportionality New Frontiers, New Challenge*, (New York : Cambridge University Press, 2017), p.14.

<sup>2</sup> Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence,” 57 *University of Toronto Law Journal* 383, p.385 (2007).

การตั้งคำถามเบื้องต้นโดยการพิจารณาเรื่องวัตถุประสงค์อันชอบธรรมของกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง

### 2.1.1. ความหมายของวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (legitimate purpose) ของกฎหมายที่กระทบสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การให้นิยามวัตถุประสงค์อันชอบธรรมในการพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของรัฐนั้นมีความหลากหลาย ในระบบกฎหมายที่แตกต่างกันและในทางวิชาการมีคำอธิบายวัตถุประสงค์อันชอบธรรมที่แตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์อันชอบธรรมจะมีความหมายอย่างไรนั้น เราจำเป็นต้องคำนึงถึงเนื้อหา (content) ของวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนควบคู่กันไปกับคุณค่าในเชิงระบอบประชาธิปไตย (democratic values) ความชอบธรรมของวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมนั้นสามารถสืบสาวกลับไปได้ถึงคุณค่าเชิงประชาธิปไตยของรัฐนั้น<sup>3</sup> แม้ระบอบประชาธิปไตยจะเป็นปรากฏการณ์ที่ซับซ้อน<sup>4</sup> แต่สิ่งที่ขาดเสียไม่ได้ในระบอบประชาธิปไตยคือความมุ่งหมายของรัฐในการประกันสิทธิในแก่ประชาชน ดังนั้นในแง่หนึ่งในทางวิชาการเราอาจกล่าวได้ว่าหากวัตถุประสงค์ของกฎหมายใดเป็นวัตถุประสงค์ในเชิงการมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเราอาจกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ เป็นวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมหรือชอบธรรมเสมอ<sup>5</sup>

อย่างไรก็ตามในรัฐสมัยใหม่ภารกิจของรัฐนั้นมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงสิทธิของปัจเจกชนเพียงอย่างเดียว หากแต่รัฐสมัยใหม่นั้นมีภารกิจของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะที่หลากหลายกว่าอดีตซึ่งรัฐได้ถูกเรียกร้องให้จำกัดบทบาทตัวเองเป็นเพียงแต่รัฐเฝ้ายามซึ่งจัดทำเพียงภารกิจพื้นฐานของรัฐเท่านั้นและกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติย่อมเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง กล่าวคือเป็นทั้งแหล่งอำนาจและข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้นนอกเหนือไปจากการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนแล้ว องค์กรนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายขึ้นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะอันหลากหลาย แม้ประโยชน์สาธารณะนั้นเราอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นมโนทัศน์อย่างหนึ่งที่ทำให้รัฐมีความชอบธรรมในการใช้อำนาจก็ตาม แต่ก็

<sup>3</sup> Aharon Barak, *Proportionality Constitutional right and their limitation*, (New York : Cambridge University Press, 2012), p.251.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*



มิใช่ว่าประโยชน์สาธารณะทุกประเภทจะถูกค่านึงว่าเป็นวัตถุประสงค์อันชอบธรรมหรือวัตถุประสงค์อันเหมาะสมของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสมอไป

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นจากที่กล่าวไปข้างต้นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมนั้นเป็นเพียงปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นหรือข้อพิจารณาเบื้องต้นก่อนที่จะพิจารณาหลักความพอสมควรแก่เหตุในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าในแง่หนึ่งความเคร่งครัดของการตรวจสอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นอาจจะผ่อนคลายกว่าประเทศที่ถือเอาวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสาระสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการจำกัดสิทธิเช่นสหรัฐอเมริกา หรือ แคนาดา ดังนั้นโดยทั่วไปแล้วในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นจะต้องตรวจสอบว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (ที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยอาศัยหลักความพอสมควรแก่เหตุ) เป็นวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>6</sup> และโดยเหตุที่การพิจารณาวัตถุประสงค์ในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักความพอสมควรแก่เหตุแต่อย่างใด จึงไม่มีองค์ประกอบหรือข้อเรียกร้องอื่น ๆ ในการพิจารณาวัตถุประสงค์ ยกตัวอย่างเช่น วัตถุประสงค์อันแสดงถึงประโยชน์ที่สำคัญ (Importance interest) หรือประโยชน์ที่อันจำเป็นอย่างยิ่งของรัฐ (Compelling interest) อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าองค์การตุลาการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นละทิ้งการประเมินค่าของวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ก้าวล่วงแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน แต่องค์การตุลาการในระบบกฎหมายเยอรมันจะประเมินคุณค่าดังกล่าวในขั้นตอนสุดท้ายของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือการพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอันจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป<sup>7</sup>

ถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะมีได้ให้คำอธิบายไว้ว่าอย่างไรเรียกว่าวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม<sup>8</sup> แต่การพิจารณาวัตถุประสงค์อันชอบธรรมนั้นสามารถพิจารณาได้จากเหตุผลทางกฎหมายสองประการ ประการแรก ศาลยอมรับว่าองค์การนิติบัญญัติในระบอบประชาธิปไตยมีความชอบธรรมในการตัดสินใจว่าจัดทำภารกิจของรัฐไปภายใต้วัตถุประสงค์ใด ทั้งนี้ราบเท่าที่รัฐธรรมนูญไม่บัญญัติห้าม ความสำคัญของวัตถุประสงค์นั้นไม่ใช่เงื่อนไขโดยทั่วไปในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หากแต่เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ควรตรวจสอบหรือตั้งคำถามในทางการเมือง

<sup>6</sup> Dieter Grimm, *supra note 2*, p.388.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

(political question) ผ่านกระบวนการประชาธิปไตย (Democratic Process) มากกว่าการตั้งคำถามต่อหน้าศาลเป็นหลัก<sup>9</sup>

เหตุผลประการที่สองคือการประเมินคุณค่าของวัตถุประสงค์นั้นหากพิจารณาแบบนามธรรมย่อมไม่สามารถพิจารณาถึงความเชื่อมโยงของคุณค่าบางประการได้ ดังนั้นในแง่ศาลจึงปล่อยให้การพิจารณาในเชิงการประเมินคุณค่านั้นถูกวินิจฉัยในหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอันเป็นหลักการสุดท้ายของหลักความพอสมควรแก่เหตุนั่นเอง

### 2.1.2. ข้อพิจารณาเรื่องวัตถุประสงค์ที่ควรเป็นวัตถุประสงค์แห่งการพิจารณา

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือวัตถุประสงค์ใดจะถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ซึ่งจะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมหรือเหมาะสมหรือไม่ เมื่อพิจารณาการตรากฎหมายในทางปฏิบัติแล้ว เราจะพบว่าในการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรองค์กรณีบัญญัติจะระบุเหตุผลหรือวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายไว้เสมอ (purpose clause) อย่างไรก็ตาม Aharon Barak เห็นว่าวัตถุประสงค์ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่จะนำมาพิจารณา<sup>10</sup>

โดยทั่วไปแล้ววัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายนั้นเราอาจแยกพิจารณาในทางทฤษฎีได้เป็นสองทฤษฎี กล่าวคือวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายขององค์กรผู้ให้กฎหมาย (intention of creator of the law) ในขณะช่วงเวลาที่ตรากฎเกณฑ์นั้น ๆ ขึ้น หรือเราอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การพิจารณาวัตถุประสงค์เชิงอัตวิสัย (subjective test) ในขณะเดียวกันกฎหมายนั้นเมื่อได้ถูกตราขึ้นมาแล้ว เราอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายเป็นอิสระจากองค์กรผู้ให้กฎหมาย องค์กรผู้ให้กฎหมายเองย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายที่ตนตราขึ้นด้วย ดังนั้นการตีความกฎหมายในขณะเวลาที่เกิดข้อพิพาทหรือใช้บังคับขึ้นนั้น อาจมีการตีความวัตถุประสงค์ที่แตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ในขณะเวลาที่ตรากฎหมาย (original meaning) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กฎหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายควรถูกตีความในเชิงที่เหมาะสมที่สุดในเวลาที่กฎหมายนั้นใช้บังคับ โดย Aharon Barak ได้เสนอแนวทางการตีความแบบภาวะวิสัย (objective test) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ดังคำกล่าวที่ว่า “The interpretation is dynamic and the law is always speaking” และในท้ายที่สุด Aharon Barak ได้เสนอให้ใช้ทั้งสองทฤษฎีควบคู่กันไป

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Aharon Barak, *supra* note 3, p.286.

## 2.2 หลักความเหมาะสม (appropriateness, Suitability)

หลักความเหมาะสมนั้นเป็นหลักการอันเป็นขั้นตอนการพิจารณาแรกในหลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการนี้โดยสภาพของเนื้อหาเป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการกับวัตถุประสงค์ว่ามีความเชื่อมโยงกันหรือไม่ (mean-ends test) อย่างไรก็ตามหลักการนี้เปรียบเสมือนกับเครื่องกลั่นกรองในหลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักความเหมาะสมใช้ในการกลั่นกรองกฎหมายที่ผิดพลาดโดยประจักษ์ชัดออกไป ดังนั้นในแง่หนึ่งกฎหมายหรือมาตรการใดที่ไม่ผ่านการตรวจสอบโดยหลักการนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายหรือมาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกใช้แบบผิดวิธี (wrong legislative tools)<sup>11</sup> และเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว พบว่ามีกฎหมายจำนวนน้อยที่ไม่ผ่านการตรวจสอบโดยใช้หลักความเหมาะสม<sup>12</sup>

### 2.2.1. เนื้อหาของหลักความเหมาะสม(Appropriateness, Suitability)

จากที่กล่าวไปข้างต้นหลักความเหมาะสมนี้มุ่งพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและวัตถุประสงค์ (mean-end test) โดยหลักความเหมาะสมนี้ได้เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติพิจารณาว่ามาตรการต่าง ๆ ที่ได้รับกำหนดและตราขึ้นไว้ในกฎหมายนั้นอยู่ในวิสัยที่จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้หรือไม่<sup>13</sup> หลักการนี้มุ่งหมายในการกำจัดมาตรการที่ก่อให้เกิดภาระแก่หลักการหนึ่งโดยมิได้ส่งเสริมหรือก่อให้เกิดการบรรลุผลในอีกหลักการหนึ่ง<sup>14</sup> โดย Robert Alexy กล่าวว่า หลักการนี้แสดงถึงทฤษฎีตามหลักพาเรโต (Pareto-Optimality)<sup>15</sup> โดยพาเรโตนั้นเป็นสภาวะการณ์ที่ไม่สามารถทำให้สิ่งใดดีขึ้นได้ โดยไม่ทำให้อีกสิ่งแย่ลง หลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นเป็นหลักที่ต้องการสร้างความสมดุลระหว่างสิ่งที่ดีขึ้นกับสิ่งที่แย่ลงตามสภาวะการณ์พาเรโตในมุมมองของ Robert Alexy<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Patrick Quirk, “An Australian look at German ‘Proportionality’”, 1 University of Notre Dame Australia Law Review 39, Vol.1, p.43 (1999).

<sup>12</sup> Dieter Grimm, *supra note 2*, p.389

<sup>13</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.163.

<sup>14</sup> Robert Alexy, “Constitutional Right and Proportionality,” 22 Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law 51, p.52 (2014).

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid*, p.53.

ในความเห็นของผู้เขียน นอกจากหลักการนี้จะแสดงให้เห็นถึงทฤษฎีตามหลักพาเรโตแล้ว ผู้เขียนยังเห็นว่าหลักการนี้มุ่งกลั่นกรองไม่เพียงแต่การก่อให้เกิดประโยชน์ที่ดีที่สุดในภาพรวมเท่านั้น แต่ยังมีมุ่งกลั่นกรองกฎหมายที่ผิดพลาดโดยประจักษ์ชัดด้วย ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายที่ไม่ส่งเสริมหรือนำไปสู่วัตถุประสงค์และสร้างภาระให้แก่วัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่องค์กรณีบัญญัติมุ่งหมาย<sup>17</sup>

## 2.2.2. ข้อพิจารณาในแง่เวลาของความเหมาะสมในความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและวัตถุประสงค์

ข้อพิจารณาที่สำคัญประการถัดมาคือ เราจะพิจารณาอย่างไรว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อยู่ในวิสัยที่บรรลุวัตถุประสงค์ได้จริง และหากมาตรการนั้น ๆ เป็นเรื่องการค้าคະเนกการพัฒนาการหรือการวางแนวทางในอนาคตทางด้านเศรษฐกิจเราจะวินิจฉัยอย่างไร แม้เนื้อหาของหลักความเหมาะสมคือการเรียกร้องให้มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อยู่ในวิสัยที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์กล่าวคือหากมาตรการนั้นบรรลุผลได้เพียงในทางทฤษฎีก็เพียงพอแล้วและแม้ในความเป็นจริงมาตรการตามกฎหมายจะบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ก็ตามก็ถือว่าชอบด้วยหลักความเหมาะสม<sup>18</sup> แต่มีบางกรณีที่มีกฎหมายจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ในทางทฤษฎีก็ตามแต่กฎหมายก็อาจถือว่าขัดหลักความเหมาะสมได้หากปรากฏว่าองค์กรณีบัญญัติใช้ดุลพินิจที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคาดคะเนพัฒนาการในอนาคตและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกฎหมายนั้นผิดพลาดโดยชัดแจ้ง<sup>19</sup> ดังนั้นในแง่หนึ่งกฎหมายที่เป็นเรื่องการค้าคະเนกการพัฒนาการในอนาคตนั้นอาจจะต้องพิจารณาจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในขณะเวลาที่ตรากฎหมายควบคู่กันไป

ประเด็นต่อมาคือ เราจะถือเอาเวลาใดเป็นเวลาในการพิจารณาความชอบด้วยความเหมาะสม หากกฎหมายนั้นในขณะที่ยกขึ้นชอบด้วยหลักความเหมาะสม มีความเชื่อมโยงและส่งเสริมวัตถุประสงค์ของกฎหมาย กล่าวคืออยู่ในวิสัยที่จะทำให้วัตถุประสงค์กฎหมายบรรลุผลได้ แต่ในขณะที่นำกฎหมายนั้นมาใช้พิจารณาคดี มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความเหมาะสม หรือในทางกลับกันหากพิจารณาจากเวลาที่กฎหมายนั้นได้รับการตราขึ้น ปรากฏว่ามาตรการในกฎหมายนั้นขัดต่อหลักความเหมาะสม แต่ แต่ในเวลาต่อมาขณะพิจารณาคดีมาตรการ

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> K.S. Park, “Mysteries of American Constitutional Law Explained by Comparison to the Korean Principle of Proportionality,” 7 *Journal of Korean Law* 52, Vol. 2, p.56 (2007).

<sup>19</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น.163.

ดังกล่าวกลับกลายเป็นมาตรการที่เหมาะสม เราจะถือเอาช่วงเวลาใดเป็นช่วงเวลาที่จะใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการนั้น ๆ ระหว่างช่วงเวลาในการพิจารณาคดีกับช่วงเวลาในการตรากฎหมาย<sup>20</sup>

ในทางวิชาการ Aharon Barak เห็นว่าความเหมาะสมนั้นควรดำรงอยู่กับกฎหมายตั้งแต่เมื่อกฎหมายได้ถูกตราขึ้นตราจนกระทั่งชั่วอายุขัยของกฎหมาย โดยในเวลานั้น มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีความเหมาะสมตั้งแต่เวลาที่กฎหมายได้ถูกตราขึ้น จวบจนไปถึงแม้มีการพิจารณาคดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ๆ โดยหลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักความเหมาะสมก็ยังคงต้องดำรงอยู่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณาโดยอาศัยหลักความเหมาะสมนั้นโดยนัยหนึ่งเป็นหลักการที่เปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือกลั่นกรองกฎหมายในการตรวจสอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการนี้เป็นเครื่องมือในการกลั่นกรองมาตรการขององค์กรนิติบัญญัติที่ผิดพลาดประจักษ์ชัด ข้อพิจารณาสำคัญตามหลักนี้คือความเชื่อมโยงของมาตรการทางกฎหมายกับวัตถุประสงค์ หากกฎหมายใดสถาปนามาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้แม้ในทางทฤษฎีในขณะที่ยกกฎหมายก็ถือว่าเพียงพอแล้วที่จะถือว่าชอบด้วยหลักความเหมาะสม (appropriateness) หลักการนี้เป็นการศึกษาในเชิงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการกับวัตถุประสงค์ซึ่งโดยทั่วไปนั้นไม่มีการประเมินคุณค่าเหมือนกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ดังนั้นหากกฎหมายหรือมาตรการดังกล่าวในขณะตราขึ้นชอบด้วยหลักความเหมาะสม แต่ในภายหลังเกิดสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้ไม่ชอบด้วยหลักการนี้ องค์กรตุลาการก็ยังคงสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยหลักการอื่นในหลักความพอสมควรแก่เหตุได้อีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบที่มีการพิจารณาถึงการสร้างดุลยภาพอย่างละเอียดมากกว่าหลักการนี้

### 2.3 หลักความจำเป็น (necessity test)

หลักความจำเป็นเรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมหลายๆมาตรการ และองค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกเอามาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย<sup>21</sup> หลักการนี้มีอีกชื่อเรียกว่าหลักวิถีทางที่น้อยที่สุด (least restrictive test) นักวิชาการท่านหนึ่งเห็นว่าหลักการนี้เปรียบเสมือน “หัวใจ” ของหลักความ

<sup>20</sup> Aharon Barak, *supra note 3*, pp.286-287.

<sup>21</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น.163.

พอสมควรแก่เหตุ<sup>22</sup> ในขณะที่หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเปรียบเสมือน “แก่นแท้” ของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

### 2.3.1. เนื้อหาและองค์ประกอบของหลักความจำเป็น (meaning and elements of necessity test)

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น หากมีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในอันที่จะบรรลุวัตถุประสงค์หลายมาตรการ หลักความจำเป็นเรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกมาตรการที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ดังนั้นโดยสภาพหลักการนี้มีความแตกต่างกับคำถามเบื้องต้นในการตรวจสอบวัตถุประสงค์อันชอบธรรมของกฎหมายที่จำกัดสิทธิอันเป็นการมุ่งพิจารณาตัววัตถุประสงค์ และหลักความเหมาะสมที่มุ่งพิจารณาความสัมพันธ์อย่างผ่อนคลายระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์ ในหลักความจำเป็นนี้เอง โดยหลักวัตถุประสงค์แห่งการพิจารณาที่สำคัญที่สุดคือตัววิธีการ โดยองค์กรนิติบัญญัติจะต้องมุ่งแสวงหามาตรการที่จำกัดสิทธิอันน้อยที่สุดแต่ยังคงส่งเสริมหรือมีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้อย่างเท่าเทียมกับมาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกเป็นอย่างแรก (equally advancing purpose) อย่างไรก็ตามลักษณะของหลักการนี้อาจกล่าวได้สองประการ ประการแรกคือการสร้างมาตรการของรัฐที่มีการจำกัดสิทธิที่น้อยที่สุดและมีประสิทธิภาพมากที่สุด และประการถัดมาคือ หลักการนี้โดยทั่วไปไม่มีลักษณะเป็นการประเมินคุณค่าหรือมีองค์ประกอบทางศีลธรรม (moral element) โดยการประเมินคุณค่าหรือการเปิดช่องให้ความยุติธรรมทางธรรมชาติเข้ามามีส่วนร่วมนั้นโดยหลักแล้วเป็นกลไกของหลักความพอสมควรแก่เหตุในขั้นสุดท้ายหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ในส่วนขั้นตอนพิจารณานั้น เราอาจกล่าวได้ว่าการวินิจฉัยว่ากฎหมายชอบด้วยหลักความจำเป็นหรือไม่มีข้อพิจารณาสองประการ ประการแรกนั้นคือการพิจารณาว่ามีมาตรการอื่นที่อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างเท่าเทียมอยู่หรือไม่ ประการที่สองคือการพิจารณาเชิงเปรียบเทียบระหว่างมาตรการนั้นๆ กับมาตรการอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบว่ามาตรการใดมีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า (Least restrictive alternative)

<sup>22</sup> Aharon Barak, *supra* note 3, p.337.



### 2.3.1.1 ข้อพิจารณาประการแรก: การพิจารณาถึงมาตรการอื่นที่อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในประสิทธิผล (equally effective)

ในข้อพิจารณาประการแรกนั้นคือการพิจารณาหามาตรการที่ส่งเสริมวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้อย่างเท่าเทียมกัน (equally effective) ว่ามีมาตรการอื่นดำรงอยู่หรือไม่ โดยมาตรการอื่น ๆ นั้นจะต้องเป็นมาตรการที่ส่งเสริมหรือนำไปสู่วัตถุประสงค์เช่นเดียวกับกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบในระดับที่เท่ากันและมีประสิทธิผลที่เท่ากัน ถ้าปรากฏว่ามีมาตรการเช่นว่านั้นอยู่จึงพิจารณาในขั้นต่อไปว่า มาตรการดังกล่าวมีสถานะที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่าหรือไม่ Aharon Barak มีความเห็นว่า มาตรการอื่นที่จะนำมาใช้เปรียบเทียบกับมาตรการอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบจะต้องเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าตัวชี้วัดหรือปัจจัยอื่นๆจะต้องเหมือนเดิม ดังนั้นแม้มาตรการอื่นที่นำมาใช้เปรียบเทียบจะมีลักษณะเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า แต่หากตัวชี้วัดหรือปัจจัยอื่นๆต่างไปจากเดิมแล้ว จะถือว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่ามาตรการอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบไม่ได้ และด้วยเหตุดังกล่าวจึงไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบตามหลักความจำเป็นได้ ยกตัวอย่างเช่น มาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดภาระทางการเงินด้านงบประมาณเพิ่มเติม หรือ เป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิประเภทอื่นตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

### 2.3.1.2 ข้อพิจารณาประการที่สอง: มาตรการที่นำมาเปรียบเทียบนั้นจะต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า (Least restrictive alternative)

ในการพิจารณาตามหลักความจำเป็นประการถัดมานั้น คือการพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างมาตรการของกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกับมาตรการที่ถูกสมมติขึ้น (Hypothetical Alternative) โดยพิจารณาในเชิงเปรียบเทียบมาตรการทั้งสองว่ามาตรการใดที่มีลักษณะที่เป็นผลกระทบกับสิทธิน้อยกว่า

อย่างไรก็ตามในการพิจารณาว่ามาตรการใดมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิที่น้อยกว่านั้น Aharon Barak มีความเห็นเรื่องนี้ว่า การพิจารณาจำเป็นต้องพิจารณาในแง่ของภาวะวิสัย (objective test) โดยอาศัยมาตรฐานของสามัญสำนึก (standard of common sense) เป็นหลัก โดยการพิจารณานั้นอาจจะแยกพิจารณาได้หลายแง่มุมทั้งในแง่ของ ระยะเวลาที่กฎหมายมีผลอาณาเขตที่กฎหมายใช้บังคับ ยกตัวอย่างเช่น มาตรการที่ใช้บังคับทั่วราชอาณาจักรย่อมมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิที่มากกว่ามาตรการที่ใช้บังคับบางพื้นที่ มาตรการที่มีระยะเวลาบังคับสั้นกว่าย่อมมีผลเป็นการจำกัดสิทธิมากกว่ามาตรการที่มีผลเป็นระยะเวลายาวกว่า มาตรการที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือเพิกถอนสิทธิโดยสิ้นเชิงย่อมมีผลเป็นการจำกัดสิทธิมากกว่ามาตรการที่ระงับการใช้สิทธิเป็นการ

ชั่วคราว ที่สำคัญคือมาตรการที่นำมาพิจารณาเปรียบเทียบกันจะต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม (suitable) และไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงตัวชีวิตตามกฎหมายทั้งหมด เช่น ต้องไม่มีการสร้างภาระให้แก่สิทธิอื่นเพิ่มหรือรัฐสภาจำต้องเปลี่ยนแปลงจุดประสงค์หลักของกฎหมายนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายดังกล่าวจะผ่านความชอบด้วยหลักความจำเป็นก็ตาม แต่มาตรการตามกฎหมายดังกล่าวย่อมถูกนำไปประเมินคุณค่าอีกครั้งหนึ่งตามการตรวจสอบขั้นสุดท้ายกล่าวคือการตรวจสอบตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั่นเอง

### 2.3.1.3 ข้อพิจารณาประการสุดท้าย: ข้อพิจารณาในแง่เวลาของความชอบด้วยหลักความจำเป็น

ประเด็นสุดท้ายที่ควรพิจารณาเช่นเดียวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในการตรวจสอบขั้นแรก ก็คือมาตรการที่จำเป็นนั้นควรพิจารณาถึงความจำเป็นในช่วงเวลาใดระหว่างการตรากฎหมายหรือการพิจารณาคดี ยกตัวอย่างเช่น ในขณะที่ออกกฎหมายเรื่องหนึ่ง ในขณะนั้นมาตรการตามกฎหมายอาจพิจารณาได้ว่าชอบด้วยหลักความจำเป็นเนื่องจากเทคโนโลยียังไม่พัฒนา ในขณะที่เวลาผ่านไปเกิดเทคโนโลยีพัฒนาขึ้นในเรื่อง ๆ นั้นที่สามารถส่งเสริมและตอบสนองกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ โดยมีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิน้อยกว่า Aharon Barak เห็นว่าการพิจารณาตามหลักความจำเป็นนั้นต้องพิจารณาในขณะที่พิจารณาคดีประกอบกับในขณะตรากฎหมายเช่นเดียวกับหลักความเหมาะสม เหตุผลเนื่องมาจากการพิจารณาถึงความชอบด้วยการจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องพิจารณาตลอดชั่วการดำรงอยู่ของกฎหมาย (through out the law life)<sup>23</sup> แต่ผู้เขียนนั้นยังคงมีความเห็นว่าการพิจารณาถึงหลักความจำเป็นนั้น ย่อมต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในขณะที่ยังตรากฎหมาย แม้ในภายหลังจะเกิดการเปลี่ยนแปลงในปัจจัยที่ส่งผลต่อความจำเป็น เช่น สภาพสังคมมีการเปลี่ยนแปลงหรือเกิดเทคโนโลยีใหม่ๆที่ทำให้เกิดมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า ปัจจัยดังกล่าวไม่ควรส่งผลต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการพิจารณาในหลักการนี้ ทั้งนี้โดยเหตุผลที่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่สูงที่สุดในการตัดสินใจกำหนดนโยบายของรัฐบาล อีกทั้งการดำเนินงานตามภารกิจของรัฐที่หลากหลายนั้น เหตุที่องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่ต่ำกว่าองค์กรตุลาการจำต้องหลีกเลี่ยงในการตัดสินใจกำหนดมาตรการให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องที่มีลักษณะต้องการการคาดคะเนในการตัดสินใจสูงเช่น เรื่องเศรษฐกิจ แต่ทั้งนี้องค์กรตุลาการยังสามารถพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยอาศัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบได้อยู่

<sup>23</sup> Aharon Barak, *supra* note 3, p.327.



### 2.3.2. บทบาทของหลักความจำเป็นและภารกิจในหลักความพอสมควรแก่เหตุ (tasks of necessity test)

ในการวินิจฉัยตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้น โดยทั่วไปการพิจารณาตามหลักความจำเป็นเป็นการพิจารณาที่มีความสำคัญ หลักการนี้มีประโยชน์ในแง่การทำให้มาตรการของรัฐที่จะมีผลกระทบกับสิทธิเสรีภาพประชาชนเป็นไปในวิถีทางที่จำกัดสิทธิให้น้อยที่สุดโดยรักษาประสิทธิภาพที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการไว้

#### 2.3.2.1. การสร้างมาตรการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพน้อยที่สุดโดยคงประสิทธิภาพในการดำเนินงานของรัฐที่ดีที่สุดไว้

หลักความจำเป็นเป็นหลักการที่กล่าวได้ว่ามีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยเฉพาะในแง่การควบคุมการกระทำของรัฐที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในแง่นี้นักวิชาการหลายท่าน<sup>24</sup> ต่างมองว่าหลักการนี้มิใช่สิ่งอื่นใดนอกเหนือไปจากกระจกเงาที่สะท้อนสภาวะการณ์พาเรโต (Pareto-Optimality) กล่าวคือ สภาพที่ไม่สามารถปรับเปลี่ยนเพื่อที่จะทำให้สิ่งใดดีขึ้นโดยไม่ทำให้สิ่งใดแย่ลง ในเมื่อวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์มหาชนไม่อาจบรรลุได้หากไม่สร้างมาตรการของรัฐที่จำกัดสิทธิขึ้น ดังนั้นมาตรการของรัฐจึงควรมีการจำกัดสิทธิให้น้อยที่สุดโดยมาตรการมีประสิทธิภาพตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ ซึ่งหลักความจำเป็นได้เข้ามาจัดการสภาวะการณ์ดังกล่าวโดยเรียกร้องให้สิ่งที่แย่ลงไม่เสียหายเกินความจำเป็น

#### 2.3.2.2 การคัดเลือกมาตรการโดยปราศจากการประเมินคุณค่าความชอบธรรมของวัตถุประสงค์หรือมาตรการนั้น<sup>25</sup>

มาตรการตามหลักความจำเป็นนั้น แม้นัยยะหนึ่งหลักความจำเป็นจะมีความคิดที่เป็นรากฐานว่า “ในระหว่างสิ่งเลวร้ายสองสิ่งที่จะต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งทีเลวร้ายน้อยกว่า”<sup>26</sup> แต่อย่างไรก็ดีลักษณะการตรวจสอบโดยหลักความจำเป็นนั้น โดยหลักเป็นการพิจารณาที่ปราศจากการประเมินคุณค่าในลักษณะที่ยืดหยุ่น (Flexibility) จากที่กล่าวไปข้างต้นเมื่อหลักความจำเป็นเป็นหลักการที่ใช้เพื่อเปรียบเทียบมาตรการที่เหมาะสมหลาย ๆ มาตรการว่ามาตรการใดมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิให้น้อยกว่า โดยตัวชี้วัดทุกอย่างยังคงเหมือนเดิมกับมาตรการทางกฎหมายที่

<sup>24</sup> Aharon Barak, *supra note 3*, p.337 see also Robert Alexy, *supra note 1*, pp.15-16.

<sup>25</sup> Aharon Barak, *supra note 3*, pp.320-321.

<sup>26</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2556), น. 151.

ถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักความจำเป็นนั้นเป็นการเปรียบเทียบระหว่างมาตรการต่าง ๆ หลาย ๆ มาตรการด้วยกันโดยอาศัยมาตรวัดในเชิงตรรกะว่ามาตรการใดมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิน้อยกว่า ซึ่งโดยหลักการตรวจสอบตามหลักความจำเป็นไม่มีการตั้งคำถามเชิงศีลธรรมถึงมาตรการเหล่านั้น ไม่มีการประเมินคุณค่าในเชิงสร้างความชอบธรรมให้กับมาตรการที่นำมาเปรียบเทียบ ไม่มีการชั่งน้ำหนักผลดีหรือผลเสียซึ่งการชั่งน้ำหนักดังกล่าวเป็นหน้าที่ของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

## 2.4 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Proportionality in Strict sense)

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น เป็นเสมือนแก่นของหลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการนี้ได้เรียกร้องให้สร้างดุลยภาพ(Balancing) ระหว่างคุณค่าสองประการโดยการพิจารณาให้ความสัมพันธ์ระหว่างผลประโยชน์และผลเสีย และเรียกร้องให้องค์กรตุลาการชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญและประโยชน์ที่ได้รับจากมาตรการตามกฎหมายนั้น โดยในประเทศแอฟริกาใต้ แคนาดา สหราชอาณาจักร ไอร์แลนด์ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อิสราเอล หลักการนี้แสดงให้เห็นว่าเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการต่างๆที่เผชิญหน้ากันอยู่<sup>27</sup> นอกจากนี้หลักการนี้เป็นหลักการที่มีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากหลักการย่อยอื่นในหลักความพอสมควรแก่เหตุอันจะได้กล่าวต่อไปอีกด้วย

### 2.4.1 เนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้นเราอาจกล่าวได้ว่าเป็นแก่นของหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบได้เรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์มหาชนที่จะได้รับกับประโยชน์ของเอกชนที่สูงสูญเสียไปเนื่องจากการปฏิบัติตามมาตรการณ์นั้น ๆ มาตรการตามกฎหมายนั้นย่อมขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ หากมาตรการณ์นั้นไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการ อย่างไรก็ตามปัญหาสำคัญในเชิงเนื้อหาของหลักการนี้คือวิธีการพิจารณาซึ่งอาศัยการชั่งน้ำหนัก (Weighing)<sup>28</sup> หรือการประเมินคุณค่าซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมสูง มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าการชั่งน้ำหนักดังกล่าวเป็น

<sup>27</sup> Aharon Barak, *supra* note 3, p.343.

การพิจารณาถึงความสำคัญทางสังคม (Social Importance) ของประโยชน์ที่ได้รับจากการกฎหมายที่จำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญกับ ความสำคัญทางสังคมของผลร้ายที่เกิดขึ้น โดยการพิจารณาความสำคัญเหล่านี้นำไปสู่การชั่งน้ำหนักคุณค่าทางรัฐธรรมนูญต่างๆ โดยการพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้นอาจกล่าวได้ว่าไม่ได้มีลักษณะเป็นวิทยาศาสตร์หรือแม่นยำทุกกรณีเสมอไป

ในส่วนของวิธีการพิจารณาเรื่องความสำคัญทางสังคมนั้นเราอาจสืบสาวกลับไปได้จากอุดมการณ์ที่สำคัญของระบอบการเมืองการปกครองหรือระบอบเศรษฐกิจหรือเราอาจสืบสาวความพอสมควรแก่เหตุจากประวัติศาสตร์ความเป็นมาของแต่ละรัฐที่แตกต่างกัน รวมไปถึงการวิเคราะห์ระบบกฎหมายในลักษณะทั้งหมดทั้งมวลและนำคุณค่าต่าง ๆ มาชั่งน้ำหนัก แม้ปกติปัจจัยในแง่ลำดับชั้นของคุณค่าหรือหลักการต่างๆจะมีส่วนช่วยในการวิเคราะห์เพื่อชั่งน้ำหนักก็ตาม แต่ลำดับชั้นของคุณค่าต่าง ๆ เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะพิจารณาว่ามาตรการตามกฎหมายดังกล่าวมีความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ การพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้นจึงเป็นการพิจารณาที่มีลักษณะการประเมินค่าสูง (Strongly Evaluative) อันแตกต่างจากหลักความจำเป็นขั้นต้น และมีลักษณะที่ไม่เป็นวิทยาศาสตร์หรือแม่นยำแต่อย่างใด (Non Scientific)

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น จากที่อธิบายถึงเนื้อหาข้างต้นเมื่อแก่นของหลักการนี้คือการชั่งน้ำหนักและสร้างดุลยภาพระหว่างคุณค่าต่างๆ ในแง่หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือที่ทำให้การจัดบริการสาธารณะหรือการจัดทำภารกิจของรัฐดำเนินไปได้เคียงคู่กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบแสดงให้เห็นถึงการดำรงอยู่ของกฎหมายในมิติที่คุณค่าต่าง ๆ ดำรงอยู่ด้วยกัน ที่สำคัญหลักการนี้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของมาตรการของรัฐกับสิทธิปัจเจกชนว่าไม่ใช่เป็นสิ่งที่ได้ทั้งหมดหรือเสียทั้งหมด รวมไปถึงหลักการนี้ได้สร้างทางแก้ปัญหาให้กับการเผชิญหน้าของคุณค่าหรือหลักการต่างๆในระบอบประชาธิปไตย

กล่าวโดยสรุป หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบได้เรียกร้องให้มีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบของประโยชน์ที่ได้รับจากการตรากฎหมายนั้นกับผลกระทบที่เกิดจากความเสียหายต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามปัญหาที่สำคัญที่สุดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้ คือปัญหาในแง่ความเป็นอัตวิสัยในการปรับใช้หลักการดังกล่าว รวมไปถึงความไม่ชัดเจนของการประเมินคุณค่าและข้อพิจารณาอันหลากหลายในการชั่งน้ำหนัก ซึ่งนักวิชาการด้านกฎหมายหลายๆท่านได้นำเสนอวิธีการในการพิจารณาชั่งน้ำหนักเพื่อแก้ปัญหาที่ ซึ่งตัวอย่างการพิจารณาหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น Dieter

Grimm อดีตผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายได้กล่าวยกตัวอย่างไว้อย่างน่าสนใจดังนี้<sup>29</sup>

สมมติว่ามีกฎหมายฉบับหนึ่งอนุญาตให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้ปืนยิงบุคคลได้ (โดยไม่คำนึงถึงว่าจะจะเป็นเหตุให้บุคคลนั้นถึงแก่ความตายหรือไม่) ในกรณีที่เป็นวิถีทางเดียวที่เจ้าพนักงานจำเป็นต้องทำเพื่อปกป้องทรัพย์สินของเอกชน กฎหมายนี้ถูกบัญญัติขึ้นด้วยเหตุผลและวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมนั้นคือการปกป้องสิทธิของปัจเจกชนซึ่งได้แก่สิทธิในทรัพย์สิน ดังนั้นกรณีดังกล่าวจึงถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ และมาตรการดังกล่าวย่อมสามารถนำไปสู่วัตถุประสงค์ได้จริง นั่นคือการคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนโดยให้เจ้าพนักงานตำรวจใช้อาวุธปืนยิงผู้ที่ละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของผู้อื่น ดังนั้นมาตรการดังกล่าวจึงชอบด้วยหลักความเหมาะสม นอกจากนี้มาตรการดังกล่าวยังเป็นวิถีทางที่น้อยที่สุดเนื่องจากมาตรการดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับเฉพาะกรณีที่ไม่มีวิถีทางอื่นใดแล้วที่เจ้าพนักงานตำรวจจะปกป้องทรัพย์สินของเอกชน แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวยังคงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการปกป้องทรัพย์สินของเอกชนนั้นไม่สามารถสร้างความชอบธรรมให้กับการพรากชีวิตมนุษย์ได้

ในกรณีตัวอย่างข้างต้นนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องที่สามารถรับรู้ได้ด้วยมโนสำนึกว่าการพรากชีวิตมนุษย์นั้นไม่สามารถสร้างความชอบธรรมให้กับการปกป้องทรัพย์สินได้ โดยนัยหนึ่งหลักการนี้ได้เปิดให้กฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) เข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมาย อย่างไรก็ตามการเปรียบเทียบตามตัวอย่างข้างต้นนั้นเป็นการเปรียบเทียบที่สามารถอาศัยสามัญสำนึก (Common sense) ได้อย่างชัดเจน แต่ด้วยความเป็นพลวัตของกฎหมายมหาชนและความหลากหลายของภารกิจของรัฐในปัจจุบันทำให้ข้อเท็จจริงและมาตรการทางกฎหมายนั้นมีหลากหลายและในหลายครั้งไม่สามารถเปรียบเทียบได้อย่างชัดเจน ทั้งนี้นักวิชาการบางท่านนั้นได้พยายามนำเสนอวิธีการในการวินิจฉัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในทางทฤษฎีโดยการแยกขั้นตอนการวินิจฉัย ทั้งนี้เพื่อให้มีประสิทธิภาพในการวินิจฉัยที่มากขึ้น

#### 2.4.2 การดำเนินความคิดตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่าง

##### แคบ

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้นแม้ในทางวิชาการจะมีการให้ความหมายของเนื้อหาไว้โดยใช้ถ้อยคำที่หลากหลายในรายละเอียด ยกตัวอย่างเช่น มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่

<sup>29</sup> Ibid.

กำหนดไว้<sup>30</sup> หรือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยวินิจฉัยไว้ว่า มาตราการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับผลกระทบจนเกินกว่าขอบเขตและผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุมีผล<sup>31</sup> แต่การอธิบายเนื้อหาของหลักการนี้มีจุดร่วมซึ่งมีลักษณะเหมือนกัน นั่นคือ การชั่งน้ำหนักหรือการสร้างดุลยภาพระหว่างคุณค่าสองประการ กล่าวคือหลักความพอสมควรแก่เหตุหนึ่งเรียกร่องให้องค์การของรัฐชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์มหาชนที่จะได้รับกับประโยชน์เอกชนที่จะสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการตามกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งมาตรการตามกฎหมายย่อมขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหากมาตรการนั้นไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการ<sup>32</sup> ทั้งนี้การชั่งน้ำหนักหรือการสร้างดุลยภาพดังกล่าวจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่เหมาะสมมีเหตุมีผลระหว่างผลกระทบและผลประโยชน์ที่ได้รับ

การชั่งน้ำหนักหรือการสร้างดุลยภาพนั้นถือเป็นกุญแจสำคัญในการพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ การชั่งน้ำหนักนั้นมีเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นนามธรรมสูงและโดยทั่วไปการพิจารณาว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมีข้อเรียกร้องเช่นไรนั้นไม่สามารถตอบได้อย่างชัดเจนจากการพิจารณาจากหลักกฎหมาย (doctrine) เพียงอย่างเดียว หากแต่ต้องพิจารณาในเชิงทฤษฎีเพื่อความเข้าใจในหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>33</sup> การพิจารณาทฤษฎีมุมมองที่มีต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุช่วยให้เข้าใจหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบได้ดีขึ้น

ในทางวิชาการนักกฎหมายจำนวนมากมีทัศนะต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุแตกต่างกัน (proportionality accounts) Francisco Urbina ได้แยกทัศนะของนักกฎหมายที่มีต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกมองหลักความพอสมควรแก่เหตุว่าเป็นเครื่องมือในการสร้างประโยชน์ คุณค่า หรือหลักการทางกฎหมายให้เกิดผลมากที่สุด (Maximization Account)<sup>34</sup> ทฤษฎีของนักกฎหมายที่อยู่ในกลุ่มนี้ มีลักษณะสำคัญคือการอธิบายเนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุในแง่โครงสร้าง มีระบบพิจารณาที่เป็นขั้นเป็นตอน และเป็น

<sup>30</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น.279.

<sup>31</sup> BverfGE 9, cited in เพ็งอ้วง, น.279.

<sup>32</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.164.

<sup>33</sup> Francisco Urbina, A Critique of Proportionality and Balancing, (New York : Cambridge University Press, 2017), p.9.

<sup>34</sup> *Ibid.*

เรื่องทางเทคนิคที่มีข้อพิจารณาเชิงเปรียบเทียบคุณค่าต่างๆ ในขณะที่นักวิชาการอีกกลุ่มหนึ่งมองหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะเครื่องมือที่เปิดโอกาสให้องค์กรตุลาการหรือผู้พิพากษานำเหตุผลทางศีลธรรมมาใช้โดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายหรือแนวคิดที่อยู่ในระบบกฎหมายอย่างสิ้นเชิง กลุ่มหลังนี้เราอาจเรียกว่าเป็นการมองหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะเครื่องมือในการให้เหตุผลขององค์กรตุลาการ (Unconstrained moral reasoning account)<sup>35</sup>

กล่าวโดยสรุปนักวิชาการในกลุ่ม Maximization account นั้น มองหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นเครื่องมือในการสร้างดุลยภาพให้ได้สัดส่วนกัน (commensuration) ระหว่างสิทธิ ประโยชน์มหาชนหรือคุณค่าหลักการต่างๆ ในขณะที่นักวิชาการในกลุ่ม Unconstrained moral reasoning account นั้นมองหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นเครื่องมือในการประเมินคุณค่าของเหตุผลต่อมาตรการของรัฐ

#### 2.4.2.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการทำให้คุณค่าต่าง ๆ บรรลุผลได้มากที่สุด (Maximization Account)

หลักความพอสมควรแก่เหตุอาจถูกมองในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการทำให้คุณค่า ประโยชน์ หรือหลักการต่าง ๆ บรรลุผลได้มากที่สุด แนวคิดแบบนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นการทำความเข้าใจหลักความพอสมควรแก่เหตุที่เป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลาย<sup>36</sup> การทำความเข้าใจหลักความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะนี้ เป็นการพิจารณาหลักความพอสมควรแก่เหตุผ่านมโนทัศน์ว่าด้วยการทำให้หลักการ ประโยชน์ หรือคุณค่าบางอย่างมีผลสูงสุด (Maximizing conception of proportionality) โดยหลักความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะนี้ส่วนใหญ่มักจะมีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาเปรียบเทียบในเชิงปริมาณ (a quantitative comparison) กล่าวคือจะมีการเปรียบเทียบในเชิงมากกว่า น้อยกว่า หรือเทียบเท่ากันระหว่างผลเสียหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประโยชน์ที่ได้รับ โดยการเปรียบเทียบท้ายที่สุดนำไปสู่การทำให้ผลประโยชน์ คุณค่า หรือ หลักการต่างๆสัมฤทธิ์ผลสูงสุด โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญย่อมถือว่ามีความชอบธรรมหากประโยชน์ที่ได้รับนั้นพอสมควรแก่เหตุหรือได้สัดส่วนกับความเสียหายนั้น ทฤษฎีของนักวิชาการสองท่านที่สำคัญที่อยู่ในกลุ่มนี้คือ Robert Alexy และ Aharon Barak

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Francisco Urbina, *supra note 33*, p.17.



#### 2.4.2.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการใช้เหตุผล อย่างปราศจากข้อจำกัดโดยองค์การตุลาการ (Unconstrained moral reasoning account)

หลักความพอสมควรแก่เหตุนี้นี้อาจถูกมองในอีกฐานะหนึ่ง นั่นคือ เครื่องมือสำคัญขององค์การตุลาการในการให้เหตุผล โดยเหตุผลดังกล่าวไม่ถูกจำกัดโดยหลักการหรือคุณค่าต่างๆที่ดำรงอยู่ในระบบกฎหมาย โดยนักกฎหมายคนสำคัญที่อยู่ในกลุ่มทฤษฎีนี้ได้แก่ Mattias Kumm และ Kai Moeller เราอาจสรุปได้ว่าความคิดที่ว่าด้วยการสร้างความชอบธรรม (Justification) ให้กับการกระทำของรัฐนั้นเป็นความคิดที่เป็นศูนย์กลางและเป็นพื้นฐานของนักกฎหมายกลุ่มนี้<sup>37</sup> นักทฤษฎีบางท่านได้กล่าวถึงประโยชน์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุว่าเป็นการเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องให้เหตุผลประกอบการกระทำของตนเองเสมอ การเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องให้เหตุผลหรือสร้างความชอบธรรมให้กับการกระทำของตนนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างมหาศาลในพรมแดนกฎหมายรัฐธรรมนูญของนานาประเทศในระดับสากล โดยการเปลี่ยนแปลงครั้งนี้เป็นการเปลี่ยนแปลงจาก วัฒนธรรมแห่งการนิยามอำนาจ (Culture of Authority) ไปสู่วัฒนธรรมเชิงการใช้เหตุผล (Culture of Justification ) โดยวัฒนธรรมแห่งการนิยามอำนาจนั้น เป็นวัฒนธรรมที่มุ่งถึงความเด็ดขาด (Finality) ของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Authority) ในขณะที่วัฒนธรรมแห่งการใช้เหตุผลนั้นมีลักษณะเป็นวัฒนธรรมที่เรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐให้เหตุผลแก่การกระทำของรัฐ โดยมีหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นจุดศูนย์กลาง โดยรัฐจะต้องให้เหตุผลเพื่อสร้างความชอบธรรมของการกระทำของรัฐ (decision of authority) เสมอในขณะที่วัฒนธรรมแห่งอำนาจ เน้นย้ำความเด็ดขาดของการกระทำของรัฐ<sup>38</sup>

ในส่วนวิธีการพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น ไม่ว่าจะเป็นมุมมองของ Mattias Kumm หรือมุมมองของ Kai Moeller ก็ตาม หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมีสาระสำคัญคือการใช้เหตุผลขององค์การตุลาการไม่ถูกจำกัดโดยเหตุผลในระบบกฎหมาย การชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าต่างๆไม่ได้มีลักษณะเป็นการเปรียบเทียบ การชั่งน้ำหนักคุณค่าต่างๆนั้นควรเป็นการชั่งน้ำหนักเชิงให้เหตุผล (balancing as reasoning)

<sup>37</sup> *Ibid.*, p.126.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p.127.

### 2.4.3 วิธีวินิจฉัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบจาก

#### นักวิชาการต่าง ๆ

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น แม้คำอธิบายของหลักการนี้จะมีลักษณะร่วมคือการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าต่างๆ (Balancing) อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น มีวิธีการอธิบายที่แตกต่างกันในรายละเอียด ทั้งนี้ความแตกต่างอาจเกิดจากมุมมองต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ต่างกัน นักวิชาการที่มองหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะเครื่องมือสร้างคุณค่าต่าง ๆ ให้เกิดผลสูงที่สุดนั้น อาจจะมีวิธีการอธิบายที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างมากกว่า ในขณะที่กลุ่มนักวิชาการที่มองหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะเครื่องมือในการให้เหตุผลขององค์กรตุลาการนั้น วิธีการอธิบายของกลุ่มนี้อาจจะมีความซับซ้อนน้อยกว่าแต่เน้นไปทางการให้เหตุผลเพื่อพิจารณาความชอบธรรมของการกระทำของรัฐนั้นๆ

#### 2.4.3.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุในมุมมองทางทฤษฎีของ Kai Moeller

Kai Moeller ได้กล่าวถึงคำอธิบายของหลักความพอสมควรแก่เหตุในเชิงวิพากษ์แนวคิดของ Robert Alexy<sup>39</sup> และเสนอทัศนะหรือมุมมองต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะเครื่องมือในการให้เหตุผลขององค์กรตุลาการไว้อย่างน่าสนใจ โดยในทัศนะของ Kai Moeller นั้นเริ่มจากการตั้งฐานถึงการชั่งน้ำหนักหรือการสร้างดุลยภาพ (weighing, balancing) ไว้เป็นสองลักษณะนั่นคือ การสร้างดุลยภาพในเชิงผลประโยชน์ (Interest Balancing) และการสร้างดุลยภาพในเชิงการให้เหตุผล (balancing as reasoning) โดย Kai Moeller ได้กล่าวไว้อย่างน่าสนใจดังนี้<sup>40</sup>

“...ในประเภทแรกเราอาจจะเรียกการสร้างดุลยภาพแบบนี้ว่า การสร้างดุลยภาพในเชิงผลประโยชน์ โดยในกรณีนี้เป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงราคาที่ต้องจ่ายเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้รับ (Cost-Benefit Analysis) โดยสิทธิหรือประโยชน์ต่างๆย่อมถูกชั่งน้ำหนัก (measured) โดยเปรียบเทียบกันเสมือนตราชั่ง แต่ประเภทที่สองนั้นเราอาจเรียกได้ว่าเป็นการสร้างดุลยภาพเชิงการให้เหตุผล (Balancing as reasoning) โดยในการสร้างดุลยภาพประเภทนี้ เป็นการสร้างดุลยภาพที่เกิดขึ้นได้อย่างทั่วไปในชีวิตประจำวัน โดยเป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงข้อควรพิจารณาที่รอบด้าน...”

<sup>39</sup> Robert Alexy เป็นนักวิชาการที่อธิบายหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในลักษณะของสมการทางคณิตศาสตร์ โปรดดู Robert Alexy, *supra note 1*, pp.16-17.

<sup>40</sup> Kai Möller, “Proportionality : Challenging the critics,” 3 *International Journal of Constitutional Law* 709, Vol. 10, p.715 (2012).



สำหรับ Kai Moeller นั้นการพิจารณาเรื่องการชั่งน้ำหนักไม่จำเป็นต้องเป็นการสร้างดุลยภาพในเชิงผลประโยชน์เท่านั้นหากแต่สามารถตีความว่าเป็นการสร้างดุลยภาพเชิงให้เหตุผลได้ โดยในทัศนะของ Moeller นั้น การสร้างดุลยภาพในหลักความพอสมควรแก่เหตุไม่ควรถูกจำกัดด้วยวิธีการเปรียบเทียบในเชิงปริมาณหลักความพอสมควรแก่เหตุและการชั่งน้ำหนักนั้นควรจะถูกมองในลักษณะเป็นเครื่องมือในการสร้างชอบธรรมหรือให้เหตุผลกับการกระทำของรัฐที่ละเมิดสิทธิ หลักความพอสมควรแก่เหตุมีวิธีการวินิจฉัยที่เป็นนามธรรมสูงและไม่มีวิธีที่ตายตัวอันเป็นกลางในการสร้างมาตรวัดเพื่อวินิจฉัยชั่งน้ำหนัก<sup>41</sup>

#### 2.4.3.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุในทัศนะของ Mattias Kumm

ในมุมมองของ Mattias Kumm นั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุเปรียบเสมือนสมรภูมิกฎหมายแห่งเหตุผล Mattias Kumm ได้อธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุว่า ท้ายที่สุดแล้วหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นการเปลี่ยนแปลงจากการใช้การตีความในทางกฎหมายเป็นการให้เหตุผลในเชิงทำให้ชอบธรรม โดยการให้เหตุผลในหลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นจำเป็นต้องให้เหตุผลว่าคุณค่าในกรณีนั้นมีความเชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างไร<sup>42</sup> และ Mattias Kumm ได้กล่าวถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในภาพรวมไว้ดังนี้

ในขั้นตอนการทดสอบ 4 ประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุนั้น ได้สร้างโครงสร้างที่เปรียบเสมือนเซลล์ิสต์ในเรื่องความจำเป็นและเงื่อนไขที่เพียงพอในการที่จะพิจารณาว่าเหตุผลของการล่วงละเมิดสิทธิอยู่ในระดับสูงและเหตุผลดังกล่าวสามารถนำไปพิจารณาในเรื่องการสร้างความชอบธรรมในการล่วงละเมิดสิทธิได้ และการชั่งน้ำหนักโดยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบย่อมเป็นการให้เหตุผลโดยปราศจากข้อผูกมัดทางกฎหมาย กล่าวโดยสรุป Mattias Kumm มองว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุแม้จะมีโครงสร้างในการพิจารณาก็ตาม แต่ขั้นตอนสุดท้ายของหลักการมีลักษณะปลายเปิด (open-ended structure) โดยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเปิดโอกาสให้มีการประเมินความชอบธรรมของการกระทำขององค์กรของรัฐโดยตรงนั่นเอง

<sup>41</sup> Francisco Urbina, *supra note 33*, p.128.

<sup>42</sup> Mattias Kumm, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification : The Point of Rights-Based Proportionality,” 2 *Law & Ethics of Human Rights(online)* 142, Vol. 4, p.147 (2010).

### 2.4.3.3 ทฤษฎีหลักความพอสมควรแก่เหตุในมุมมองของ Aharon Barak

ทัศนะหรือมุมมองของนักวิชาการอีกท่านหนึ่งที่น่าสนใจคือ อดีตผู้พิพากษาศาลสูงสุดประเทศอิสราเอล Aharon Barak โดยในทัศนะของ Aharon Barak นั้น ในกระบวนการวินิจฉัยตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ ขั้นตอนที่สำคัญที่สุดคือการวินิจฉัยตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (proportionality stricto sensu) และนอกจากนี้ยังมีผู้กล่าวว่า คำอธิบายของ Aharon Barak นั้น ยังมีลักษณะเฉพาะตัวในบรรดาคำอธิบายทั้งหลายอีกด้วย<sup>43</sup> ซึ่ง Aharon Barak จัดเป็นนักวิชาการคนหนึ่งที่อยู่ในกลุ่มนักวิชาการที่มองว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุเปรียบเสมือนเครื่องมือในการสร้างคุณค่าต่างๆ ให้บรรลุผลได้มากที่สุด

ในความเห็นของ Aharon Barak การชั่งน้ำหนักหรือการสร้างดุลยภาพตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้นมีลักษณะเป็นการเปรียบเทียบผลกระทบระหว่างผลดีหรือผลกระทบเชิงบวก (positive effects) ที่เกิดขึ้นจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายเทียบกับผลเสียหรือผลกระทบเชิงลบ (negative effects) ที่เกิดขึ้นกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ<sup>44</sup> โดยการสร้างดุลยภาพหรือการชั่งน้ำหนักนั้นมุ่งพิจารณาถึงความสัมพันธ์ที่เหมาะสม (proper relation) ระหว่างผลกระทบสองประการ Aharon Barak เห็นว่าการชั่งน้ำหนักต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎเกณฑ์บางอย่าง โดยพื้นฐานแนวคิดสำคัญที่ Aharon Barak ใช้ในการพิจารณาชั่งน้ำหนักนั้นคือความสำคัญทางสังคม ความสำคัญทางสังคมอาจแสวงหาได้โดยการพิจารณาจากระบบกฎหมายโดยรวม คุณค่าของระบอบการเมืองเศรษฐกิจ หรือสืบสาวความสำคัญทางสังคมจากประวัติศาสตร์ของภูมุนั้น ๆ

การพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบจะต้องเปรียบเทียบความสำคัญทางสังคมระหว่างผลกระทบของผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิกับประโยชน์ที่ได้รับจากการละเมิดสิทธินั้น หากผลกระทบเชิงบวกหรือประโยชน์ที่ได้รับนั้นมากกว่าผลกระทบทางลบต่อสิทธิหรือผลเสีย กฎหมายนั้นย่อมถือว่าชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ ในขณะเดียวกันหากกฎหมายนั้นมีมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายน้อยกว่าผลเสียนั้น กฎหมายนั้นย่อมถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ปัญหาสำคัญคือหากกรณีที่เกิดขึ้นนั้นมีความสำคัญทางสังคมเท่ากัน การพิจารณาว่ากฎหมายนั้นชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ จะกระทำกันในลักษณะใด Aharon Barak แยกการพิจารณาออกเป็นสองกรณี กรณีแรกคือกฎหมายที่วัตถุประสงค์ตามกฎหมายนั้นนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิอื่นตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ Aharon Barak เห็นว่าโดยหลัก

<sup>43</sup> Francisco Urbina, *supra note 33*, p.29.

<sup>44</sup> Aharon Barak, *supra note 3*, p.343.

แล้วองค์กรตุลาการผู้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญควรหลีกเลี่ยงให้กับฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีดังกล่าว กล่าวคือเมื่อความสำคัญทางสังคมทั้งสองฝั่งมีน้ำหนักเทียบเท่ากันและเป็นกรณีที่มีคุณค่าของหลักการเรื่องสิทธิทางรัฐธรรมนูญอยู่เหมือนกันในทั้งสองฝั่ง องค์กรตุลาการควรวินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าวชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ในขณะที่กรณีที่สองนั้นหากเป็นกรณีที่มาตรการตามกฎหมายนำไปสู่วัตถุประสงค์ของกฎหมายอันเป็นเรื่องที่ไม่ใช่การคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นเรื่องประโยชน์มหาชน (public interest) นั้น หากปรากฏว่าน้ำหนักความสำคัญทางสังคมเท่ากันขององค์กรตุลาการควรตัดสินใจในทางที่เป็นประโยชน์แก่เรื่องสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

ในส่วนขั้นตอนของการพิจารณาซึ่งน้ำหนักนั้น Aharon Barak ได้แบ่งการวินิจฉัยออกเป็นสองส่วน ในส่วนแรกคือการวินิจฉัยโดยการเปรียบเทียบระหว่างความสำคัญทางสังคมของผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากมาตรการทางกฎหมายกับการกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่สองคือการพิจารณาเปรียบเทียบถึงมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะพอสมควรแก่เหตุหากมีมาตรการนั้นดำรงอยู่

#### (1) ขั้นตอนแรก : การพิจารณาเปรียบเทียบ ระหว่างประโยชน์ที่ได้รับ

##### จากมาตรการตามกฎหมายและผลร้ายที่เกิดขึ้นกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

การพิจารณาเปรียบเทียบในแง่นี้เป็นกรณียุติการวินิจฉัยที่จำเป็นต้องมีในทุกการซึ่งน้ำหนักตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ การพิจารณาในขั้นตอนนี้เราอาจกล่าวได้ว่าเป็นการมุ่งพิจารณาถึงสภาวะการณ์ (state of affairs) ซึ่งเกิดขึ้นในกรณีที่กฎหมายถูกบัญญัติเปรียบเทียบกับสภาวะการณ์ที่เกิดขึ้นหากกฎหมายไม่ถูกบัญญัติ โดยหลักการเปรียบเทียบนั้นไม่ใช่การเปรียบเทียบระหว่างความสำคัญทางสังคมในเชิงทั่วไป (general social importance) ของวัตถุประสงค์ตามกฎหมายกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นการเปรียบเทียบที่มีลักษณะที่เป็นรูปธรรมยิ่งกว่านั้น กล่าวคือจะต้องคำนึงถึงสภาวะการณ์ระหว่างก่อนกฎหมายนั้นได้ถูกบัญญัติขึ้นและภายหลังกฎหมายนั้นได้ถูกบัญญัติขึ้น คำถามที่สำคัญในการวินิจฉัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบคือสิ่งใดมีน้ำหนักมากกว่ากันระหว่างสองสิ่งดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มาตรการตามกฎหมายจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญในเสรีภาพในการประกอบโดยการสั่งห้ามจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่อาจเป็นอันตรายต่ออนามัยของประชาชน คำถามในการใช้วินิจฉัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมิใช่คำถามว่า ความสำคัญทางสังคมของสุขอนามัยของประชาชนกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพสิ่งใดมีน้ำหนักมากกว่า แต่คำถามคือ สิ่งใดมีน้ำหนักมากกว่าระหว่างประโยชน์ที่ได้รับจากการปกป้องสุขอนามัยของประชาชนกับผลร้ายที่เกิดกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยต้องคำนึงถึงความสำคัญทางสังคมของกรณีที่มีกฎหมายดังกล่าวบังคับใช้และสภาวะการณ์ที่ไม่มีกฎหมายดังกล่าวประกอบกัน

## (2) ขั้นตอนที่สอง: การพิจารณาเปรียบเทียบถึงมาตรการที่ชอบด้วยหลัก

### ความพอสมควรแก่เหตุกับมาตรการอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ

จากที่กล่าวไปข้างต้น การพิจารณาถึงขอบเขตผลกระทบระหว่างประโยชน์ที่ได้รับจากกฎหมายอันจำกัดสิทธิและความเสียหายซึ่งเกิดกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ อาจจะไม่เพียงพอต่อการพิจารณาความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบของกฎหมาย ดังนั้นในขั้นตอนที่สององค์กรตุลาการควรพิจารณาถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในเชิงที่กว้างกว่าขั้นตอนแรก กล่าวคือองค์กรตุลาการนั้นอาจตั้งสมมติฐานถึงมาตรการตามกฎหมายอีกมาตรการหนึ่ง และนำมาตรการสมมุตินี้มาเปรียบเทียบกับมาตรการตามกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ยกตัวอย่างเช่น องค์กรนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายฉบับหนึ่งซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรการตามกฎหมายดังกล่าวมีประสิทธิภาพมากที่สุดและมีผลในแง่การประหยัดงบประมาณรายจ่ายประจำปี อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่ามีมาตรการอีกชนิดหนึ่งซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญน้อยกว่าแต่มาตรการดังกล่าวนี้มีผลเป็นการเพิ่มภาระการใช้จ่ายเงินคงคลังอย่างมีนัยสำคัญหรือมาตรการสมมุติที่ไม่มีประสิทธิภาพเท่ากับมาตรการตามกฎหมายอันฝ่ายนิติบัญญัติต้องการ มาตรการสมมุติดังกล่าวแม้จะจำกัดสิทธิน้อยกว่า แต่มาตรการนั้นย่อมไม่สามารถนำมาวินิจฉัยเปรียบเทียบในหลักความจำเป็นได้ (necessity test) เนื่องจากมาตรการดังกล่าว มีผลเป็นเปลี่ยนแปลงปัจจัยหรือตัวชี้วัดต่าง ๆ ตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวอาจถูกนำมาทดสอบอีกครั้งในหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ทั้งนี้มาตรการสมมุติเหล่านั้นที่มีผลเป็นการกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญน้อยกว่าแต่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงปัจจัยบางอย่าง ได้ถูกนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในขั้นตอนนี้

ความสำคัญของการแบ่งการวินิจฉัยหลักพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบออกเป็นสองขั้นตอนนี้จากกล่าวได้ว่าช่วยให้การวินิจฉัยโดยใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้นเป็นระบบระเบียบยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังช่วยให้การวินิจฉัยในขั้นสุดท้ายของหลักความพอสมควรแก่เหตุมีความเป็นรูปธรรมมากขึ้นรวมไปการสร้างขอบเขตที่ชัดเจนมากขึ้นให้กับองค์กรตุลาการในการใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยเรื่องความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้อีกด้วย

การพิจารณาหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในทัศนะของ Aharon Barak คือการพิจารณาถึงความสำคัญทางสังคมโดยมุ่งพิจารณาถึงสภาวะการณ์ในขณะก่อนกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบก่อนได้รับการตราขึ้นกับหลังการตราขึ้นว่ามี

ความสำคัญทางสังคมของผลดีและผลเสียแตกต่างกันอย่างไร และเปรียบเทียบกันในลักษณะที่เป็น การชั่งน้ำหนักว่าฝั่งใดมากกว่ากัน ทศนคติของ Aharon ต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุอยู่บน พื้นฐานของการทำให้เกิดผลสูงสุด (Maximization)<sup>45</sup> เนื่องจากวิธีวินิจฉัยหลักความพอสมควรแก่เหตุ ดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเปรียบเทียบเชิงปริมาณ กล่าวคือการเปรียบเทียบชั่งน้ำหนักว่าฝั่งใด ในการพิจารณามีความสำคัญทางสังคมมากกว่า และในวิธีการวินิจฉัยได้ใช้วิธีการชั่งน้ำหนักบน พื้นฐานของการทำให้ความสำคัญทางสังคมสูงสุดซึ่งมีลักษณะเป็นโครงสร้าง<sup>46</sup> รวมถึงในทัศนะของ Aharon Barak เองได้มองว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นโครงสร้างที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานวิธี วินิจฉัยของความคิดที่เป็นระบบระเบียบ หลักความพอสมควรแก่เหตุจะช่วยให้องค์กรตุลาการเห็นถึง ปัจจัยที่ควรนำมาพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ประโยชน์ของหลักความ พอสมควรแก่เหตุนอกจากจะเป็นการสร้างระบบระเบียบให้การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แล้ว ยังช่วยให้ผู้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ตระหนักถึงปัจจัยสำคัญโดยไม่มองข้ามบางสิ่งไป สิ่งเหล่านี้จะไม่สามารถเกิดขึ้นหาก หลักความพอสมควรแก่เหตุปราศจากความแน่นอนหรือความเป็น ระบบระเบียบ โดยทัศนะเช่นนี้จึงมีนักวิชาการจัดมุมมองและทฤษฎีของ Aharon Barak ว่าอยู่ในกลุ่ม หลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะเครื่องมือสร้างคุณค่า หลักการ หรือผลประโยชน์ให้เกิดผลมาก ที่สุด (Maximization Account)<sup>47</sup>

#### 2.4.4 ปัจจัยในการวินิจฉัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

แม้เราจะสรุปได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเรียกร้อง ให้เกิดดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์อันพึงได้รับ จากมาตรการตามกฎหมายก็ตาม อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาที่สำคัญประการต่อมาคือสิ่งใดบ้างที่ ควรนำมาเป็นข้อพิจารณาในการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นโดยมาตรการตามกฎหมาย กับผลร้ายที่เกิดขึ้นกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เราอาจแยกพิจารณาเรื่องปัจจัยดังกล่าวได้เป็นหลาย ประการ ดังนี้

##### 2.4.4.1 ความสำคัญของวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย

ในประเด็นเรื่องวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นอาจจะถูกพิจารณาถึง ความชอบธรรมมาแล้วในกระบวนการพิจารณาเบื้องต้นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในการ พิจารณาปัญหาเบื้องต้นข้อกฎหมายก่อนเข้าสู่หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นการประเมินเพียงว่า

<sup>45</sup> Aharon Barak, *supra* note 3, p.321.

<sup>46</sup> Francisco, *supra* note 33, p.32.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p.29



วัตถุประสงค์ของรัฐดังกล่าวมีความชอบธรรมหรือไม่ ซึ่งโดยหลักในประเทศที่ระบบกฎหมายยอมรับหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การประเมินดังกล่าวจะพิจารณาเพียงว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบนั้น ไม่ต้องห้ามด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามการพิจารณาความสำคัญของวัตถุประสงค์นั้นโดยหลักไม่ถูกนำมาพิจารณาในการพิจารณาวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมของกฎหมายในขั้นตอนแรกแต่อย่างใด แต่ในขั้นการพิจารณาถึงการชั่งน้ำหนักหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้เอง การพิจารณาถึงความสำคัญของวัตถุประสงค์นั้นย่อมเป็นสิ่งจำเป็นในการพิจารณาต่อไปว่าสิ่งใดมีน้ำหนักมากกว่ากันระหว่างผลประโยชน์ของมาตรการตามกฎหมายที่เกิดขึ้นกับความเสียหายที่เกิดกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ในแง่การพิจารณาความสำคัญของวัตถุประสงค์จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอีกสิ่งในหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้ด้วย

ทั้งนี้ตามที่กล่าวไปข้างต้น การพิจารณาความสำคัญทางสังคมในหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น ไม่มีเครื่องบ่งชี้ที่ตายตัวหรือเป็นวิทยาศาสตร์ หากแต่อาศัยการประเมินคุณค่าอย่างเข้มข้น ดังนั้นการพิจารณาถึงความสำคัญของวัตถุประสงค์นั้น อาจพิจารณาได้โดยอาศัยความรู้ของระบบกฎหมายในลักษณะทั้งหมด หรือการพิจารณาความสำคัญโดยอาศัยระบอบการเมืองหรือระบอบเศรษฐกิจที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายนั้น ยกตัวอย่างเช่น ในระบอบเสรีประชาธิปไตยซึ่งกอบประด้วยหลักนิติรัฐนั้น กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนย่อมต้องถือว่ามีความสำคัญทางสังคมสูง ในขณะที่น้ำหนักของความสำคัญทางสังคมในกรณีกฎหมายมุ่งประโยชน์สาธารณะอันเป็นบริการสาธารณะเชิงสังคมวัฒนธรรม ย่อมมีความสำคัญด้อยกว่า เป็นต้น

#### 2.4.4.2 บริบทของความสำคัญในการบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย

ในการชั่งน้ำหนักเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น สิ่งจำเป็นอีกประการหนึ่งที่เป็นปัจจัยในการพิจารณาการสร้างดุลยภาพดังกล่าวคือพิจารณาถึงความสำคัญในการบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายนั้น เช่น มาตรการที่นำไปสู่วัตถุประสงค์ที่มีความจำเป็นเร่งด่วนมากย่อมมีความสำคัญทางสังคมมากกว่ามาตรการที่นำไปสู่วัตถุประสงค์ที่มีความจำเป็นเร่งด่วนน้อย เป็นต้น

#### 2.4.4.3 ความสำคัญทางสังคมของสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

เรื่องความสำคัญทางสังคมของสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นเราอาจกล่าวได้ว่าเป็นประเด็นที่เป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดประเด็นหนึ่งในการพิจารณาเรื่องการชั่งน้ำหนักตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ แม้ในเชิงปทัสสถานนั้นสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าถูกรับรองในเชิงลำดับชั้นของกฎหมายกล่าวคือมีสถานะอยู่ในระดับชั้นของรัฐธรรมนูญ

อันเป็นกฎหมายสูงสุดอันอยู่บนยอดพีระมิดของระบบกฎหมายในรัฐก็ตาม แม้กระนั้นสิทธิทั้งหลายตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นอาจมีความสำคัญทางสังคมไม่เท่ากัน ทั้งนี้เนื่องจากเนื้อหาและธรรมชาติของสิทธิที่ต่างกัน เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาขององค์กรตุลาการในประเทศต่าง ๆ แล้ว เราอาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาขององค์กรตุลาการในเรื่องนี้แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศแอฟริกาใต้ยอมรับว่าสิทธิในศักดิ์ศรีและความเสมอภาคนั้นเป็นแก่นกลางของสังคมแอฟริกาใต้ ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น แม้จะมีความเห็นเรื่องสิทธิทางรัฐธรรมนูญทั้งหมดมีความสำคัญทางสังคมที่เทียบเท่ากันทั้งหมด<sup>48</sup> แม้ในทางวิชาการก็ยังคงมีผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับเรื่องดังกล่าวทั้งนี้หากพิจารณาในเชิงตัวระบบกฎหมายแล้ว ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นหากเปรียบเทียบขอบเขตและความสำคัญของสิทธิ เราอาจกล่าวได้ว่ายังมีสิทธิบางประเภทที่มีความสำคัญทางสังคมสูงกว่าสิทธิประเภทอื่น ๆ ยกตัวอย่างเช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นหัวใจของระบบกฎหมายแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นยอมรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่าเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute right) กล่าวคือเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกจำกัดโดยสิ้นเชิงซึ่งต่างจากสิทธิตามรัฐธรรมนูญประเภทอื่น ๆ ที่อาจถูกจำกัดได้โดยอำนาจของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐธรรมนูญของเยอรมนีได้รับรองถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในลักษณะที่ไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ (inviolable) เราอาจกล่าวได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีความสำคัญทางสังคมมากกว่าสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิในชีวิตร่างกายอันอาจถูกจำกัดได้โดยอำนาจของกฎหมายนั่นเอง

#### 2.4.4.4 ความรุนแรงของการกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญอันเกิดจากมาตรการทางกฎหมาย

ปัจจัยที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการชั่งน้ำหนักตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ คือการพิจารณาถึงความรุนแรงของการกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญ โดยความรุนแรงของการกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นเราอาจพิจารณาได้โดยคำนึงถึงมาตรการทางกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นว่ามาตรการทางกฎหมายนั้น ๆ มีความเข้มข้นในการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญมากน้อยเพียงใด ในกรณีนี้การพิจารณาดังกล่าวอาจพิจารณาโดยคำนึงถึงเวลา สถานที่ หรือเนื้อหาของการจำกัดสิทธิ กฎหมายอันมีมาตรการจำกัดสิทธิเพียงชั่วคราวย่อมส่งผลเสียน้อยกว่ากฎหมายอันมีมาตรการจำกัดสิทธิถาวร กฎหมายอันมีมาตรการจำกัดสิทธิโดยส่งผลให้ไม่อาจใช้สิทธิได้เกือบสิ้นเชิง ย่อมก่อให้เกิดผลเสียมากกว่ากฎหมายอันจำกัดสิทธิและวิธีการใช้สิทธิบางประเภทเป็นต้น

<sup>48</sup> Aharon Barak, *supra* note 3, p.360.

### บทที่ 3

#### พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ความพอสมควรแก่เหตุ (Proportionality) นั้นเป็นคุณค่าพื้นฐานในชีวิตประจำวันในสังคมมนุษย์ หลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นเปรียบเสมือนกระจกสะท้อนประสบการณ์ชีวิตและการให้เหตุผลอย่างระมัดระวังในความสัมพันธ์ของเรื่องต่างๆ<sup>1</sup> ด้วยเนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ที่มีแก่นกลางคือเหตุผล การเรียกร้องให้การกระทำใดๆ ต้องพอสมควรแก่เหตุระหว่างการกระทำและเป้าประสงค์ ดังนั้นเราอาจกล่าวได้ว่าความพอสมควรแก่เหตุแสดงถึงภาพลักษณ์ของเทพีเอมิสแห่งความยุติธรรมที่ถือตราชู<sup>2</sup> หลักการนี้ได้เป็นแรงบันดาลใจแก่เหล่านักคิดในทุกยุคทุกสมัย เราอาจกล่าวได้ว่าหลักการนี้เดินทางผ่านประวัติศาสตร์มายาวนานโดยอาจสืบสาวความคิดนี้ได้ไปตั้งแต่ยุคสมัยกรีกโบราณผ่านแนวคิดทางปรัชญา แต่อย่างไรก็ดีแนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุในฐานะเครื่องมือในการจำกัดอำนาจรัฐได้ปรากฏตัวออกมาอย่างมีนัยสำคัญในยุคพุทธิปัญญา

#### 3.1 รากฐานแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุกับแนวคิดในยุคพุทธิปัญญา

พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นมีความเชื่อมโยงอย่างมีนัยสำคัญกับยุคพุทธิปัญญา โดยในยุคพุทธิปัญญาหรือยุครู้แจ้งนั้น (Enlightenment) มโนทัศน์ที่สำคัญที่มีความเกี่ยวข้องและส่งผลกับหลักความพอสมควรแก่เหตุก็คือ แนวคิดเรื่องสัญญาประชาคม (Social Contract) โดยแนวคิดเรื่องนี้เป็นการแสวงหาคำอธิบายเรื่องความชอบธรรมเชิงอำนาจของผู้ปกครอง โดยในยุคแสงสว่างแห่งปัญหานี้แนวคิดเรื่องสัญญาประชาคมได้อธิบายถึงความชอบธรรมของผู้ปกครองอย่างเชื่อมโยงกับมนุษย์ แตกต่างกับแนวคิดดั้งเดิมในอดีตที่ความชอบธรรมของผู้ปกครองที่เชื่อมโยงกับสิ่งศักดิ์สิทธิ์ โดยในสัญญาประชาคมนั้นอำนาจของผู้ปกครองมิได้มาจากฟ้าผ่าหรือสรรงสรรค์หากแต่มาจากผู้ใต้ปกครอง ดังนั้นผู้ปกครองต้องใช้อำนาจของตนเพื่อประโยชน์แก่ผู้ใต้ปกครองมิใช่เพื่อของตน แนวคิดเหล่านี้ได้สะท้อนอยู่ในกฎหมายต่างๆ ยกตัวอย่างเช่นความเห็นที่โด่งดังของ Sir William Blackstone ที่ได้กล่าวถึงเสรีภาพของประชาชน ว่าจะมีได้ก็

<sup>1</sup> E.M.Thomas, *The Judicial Process : Realism Pragmatism, Practical reasoning and Principles*, (New York : Cambridge University Press, 2005), p.337.

<sup>2</sup> Aharon Barak, *Proportionality Constitutional right and their limitation*, (New York : Cambridge University Press, 2012), p.175.



ต่อเมื่อเสรีภาพตามธรรมชาติถูกจำกัดโดยกฎหมายของมนุษย์ (human law) เพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น<sup>3</sup> ในแง่ที่เราอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดที่ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นไม่ว่าจะมากหรือน้อยแล้วแต่เชื่อมโยงกับแนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาตินั่นเอง

### 3.2 พัฒนาการและการกำเนิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้น ความพอสมควรแก่เหตุ นั้นแม้จะเดินทางผ่านสายธารแห่งประวัติศาสตร์ตั้งแต่โบราณกาลแต่หลักการนี้ได้ถูกกำเนิดอย่างแท้จริงและถูกทำให้เป็นระบบระเบียบในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เราอาจกล่าวได้ว่าประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นดินแดนที่เป็นที่กำเนิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายสากลที่ระบบกฎหมายของประเทศจำนวนมากในโลกรับไปใช้ในปัจจุบัน แม้ในปัจจุบันหลักการนี้จะเป็เครื่องมือสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชนก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามหลักการนี้ได้ก่อกำเนิดขึ้นโดยหลักในพรมแดนกฎหมายปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายตำรวจของรัฐปรัสเซียในอดีตนั่นเอง

#### 3.3.1 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในยุคก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2

ในครึ่งหลังของศตวรรษที่ 18 รัฐปรัสเซียนั้นเดิมเป็นรัฐที่ปกครองแบบอำนาจนิยม (Authoritarian state) โดยพระมหากษัตริย์นั้นเป็นที่มาของอำนาจอันสูงสุด อย่างไรก็ตามในปรัสเซียนั้น การปกครองได้มีพัฒนาการจากการปกครองแบบที่เป็นรัฐอำนาจนิยมมาเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายโดยพระเจ้าฟรีดริคมหาราช (Friedrich the Great) ในขณะนั้นประเทศปรัสเซียถูกรายล้อมไปด้วยกระแสความคิดที่ส่งอิทธิพลต่อพระเจ้าฟรีดริคมหาราช โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคิดเรื่องสัญญาประชาคมและลัทธิเสรีนิยมทางการเมืองจากการปฏิวัติฝรั่งเศสและการสถาปนาสหรัฐอเมริกา พระเจ้าฟรีดริคมหาราชนั้นเชื่อว่าอำนาจของกษัตริย์มีอย่างจำกัด เขาเชื่อว่าพระมหากษัตริย์นั้นเป็นข้ารับใช้คนแรกของรัฐ (first servant of state) ด้วยความเชื่อเหล่านี้เองเขาจึงดำเนินการสถาปนาระบบกฎหมายปรัสเซียบนรากฐานของเหตุผลนิยม (rationalism) ขันติธรรมทางศาสนา (religious tolerance) และเสรีภาพของปัจเจกชน

<sup>3</sup> W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (Oxford : Clarendon Press, 1765), p.125, cited in Aaron Barak, *supra note 2*, p.177.

แนวคิดเรื่องการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปรากฏในประมวลกฎหมายปรัสเซีย บทบัญญัติมาตราที่ 10 (2) ของประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซียได้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจในการรักษาความสงบเรียบร้อย (ensure public peace) โดยในดับบทบัญญัติได้กำหนดไว้ว่า “เจ้าพนักงานตำรวจต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นระเบียบ ความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของมหาชน”<sup>4</sup>นี่คือบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรบทแรกในกฎหมายมหาชนของปรัสเซียที่กล่าวถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุแม้จะไม่ได้กล่าวถึงเนื้อหาทั้งหมด อันประกอบด้วยหลักการย่อยสามประการก็ตาม แต่แสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยแนวคิดเรื่องการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่าที่ “จำเป็น” เพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นแนวคิดแบบใหม่ซึ่งแตกต่างกับระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในยุคก่อน

หลักความพอสมควรแก่เหตุในยุคสมัยนั้น ได้มีภารกิจหลักในการเป็นโครงสร้างกลไกการทำงานส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครองของรัฐปรัสเซียโดยผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุก็คือ Otto Mayer และ Gunther Heinrich von Berg และในทางปฏิบัติหลักการนี้ได้ถูกพัฒนาขึ้นจากศาลปกครองสูงสุดแห่งรัฐปรัสเซีย (Oberverwaltungsgericht) ในคดีปกครองจำนวนมากนั้น ศาลปกครองสูงสุดแห่งรัฐปรัสเซียได้พิพากษาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่ชอบด้วยความพอสมควรแก่เหตุ ในคดีหนึ่งศาลได้พิพากษาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งออกคำสั่งปิดร้านขายของนั้นไม่ชอบ โดยข้อเท็จจริงในคดีนั้นตำรวจสั่งปิดร้านเนื่องจากเจ้าของร้านซึ่งเป็นเอกชนนั้นฝ่าฝืนข้อกำหนดในใบอนุญาตขายสุราหลายครั้ง ศาลพิพากษาว่าคำสั่งของเจ้าพนักงานตำรวจไม่ชอบ เนื่องจาก การสั่งปิดร้านที่จำหน่ายสุราโดยฝ่าฝืนข้อกำหนดในใบอนุญาต เป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วน (disproportional sanction) เนื่องจากในกรณีนี้เจ้าพนักงานตำรวจยังมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกมาตรการเพียงแค่เพิกถอนใบอนุญาตได้ เนื่องจากร้านนั้นมีได้ขายสุราเพียงอย่างเดียว ดังนั้น มาตรการในการสั่งปิดร้านทั้งร้านย่อมกระทบสิทธิมากกว่าการเพิกถอนสิทธิในการจำหน่ายสุราเท่านั้น

ในอีกคดีหนึ่ง เจ้าของที่ดินแห่งหนึ่งสร้างรั้วขึ้นบนพื้นที่ของอสังหาริมทรัพย์ตน อย่างไรก็ตามรั้วนั้นในเวลากลางคืนไม่สามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้เดินสัญจรผ่านไปมาได้ พนักงานตำรวจจึงได้ออกคำสั่งให้เจ้าของรั้วนั้นรื้อรั้วออกเสียให้หมด ในคดีนี้ศาลตัดสินว่าคำสั่งดังกล่าวของเจ้าพนักงานตำรวจไม่ชอบ ทั้งยังกล่าวต่อไปว่าในกรณีนี้สมควรใช้

<sup>4</sup> Bernhard Schlink, “Proportionality in constitutional law : why everywhere but here? ,” 2 *Duke Journal of comparative and international law* 291, Vol 22, p.294 (2012).

มาตรการที่รุนแรงน้อยกว่า เช่นการเรียกร้องให้เจ้าของรั้วติดไฟในยามค่ำคืนเพื่อให้ผู้สัญจรผ่านไปมาเห็นและหลีกเลี่ยงอันตรายได้ เช่นเดียวกันการพิพากษาคดีของศาลปกครองในยุคสมัยนั้นแสดงให้เห็นถึงการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและจุดมุ่งหมายที่เหมาะสมอันเป็นลักษณะโดยสภาพของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ดังคำกล่าวของ Fleiner ที่กล่าวไว้ว่า “คุณไม่ควรที่จะพยายามจับนกกระจอกโดยอาศัยปืนใหญ่” ซึ่งอาจเทียบเคียงกับสำนวนไทยได้ว่า “ชี้ข้างจับตักแตน” นั่นเอง หลักความพอสมควรแก่เหตุนี้ได้นำมาพัฒนาการอย่างต่อเนื่องในช่วงสาธารณรัฐไวมาร์ (ค.ศ. 1919-1933) แต่ท้ายที่สุดในการพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุก็สะดุดหยุดลงเนื่องจากการเถลิงอำนาจของพรรคนาซี (ค.ศ. 1933-1945)

### 3.3.2 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นครั้งแรกที่หลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏขึ้นในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ต่างจากในอดีตที่หลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏในพรมแดนกฎหมายปกครองเท่านั้น<sup>5</sup> หลังจากผ่านประสบการณ์เลวร้ายของการกระทำที่ขัดต่อสิทธิมนุษยชนโดยการนำของพรรคนาซีและภาวะสงครามโลกครั้งที่สองแล้ว ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วางหลักการสำคัญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเรื่องสิทธิตามธรรมชาติหรือสิทธิมนุษยชนไว้ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ นั่นคือกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ภายใต้กฎหมายพื้นฐานนี้แม้จะมีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ และมีการกำหนดกฎเกณฑ์ตลอดจนเงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ แต่รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความพอสมควรแก่เหตุเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด โดยหลักแล้ว สิทธิตามรัฐธรรมนูญในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นเป็นสิทธิที่อาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย<sup>6</sup> เว้นเสียแต่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นสิทธิเด็ดขาดที่ไม่อาจถูกจำกัดได้อย่างสิ้นเชิง บทบัญญัติว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราที่หนึ่งแห่งกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การบัญญัติไว้ในมาตราแรกนั้นแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหัวใจสำคัญของระบบกฎหมายเยอรมัน<sup>7</sup> และในแง่นี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นคุณค่าที่

<sup>5</sup> Moshe-Cohen Eliya and Iddo Porat, “Proportionality and the culture of justification” 59 *American Journal of Comparative Law* 463, p.464 (2011).

<sup>6</sup> Aharon Barak, *supra* note 2, p.179.

<sup>7</sup> Nigel Foster and Satish Sule, *Introduction to German Legal System and Laws*, (New York : Oxford University Press, 2010), p.178.

ไม่สามารถนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปเป็นมาตรฐานในการชั่งน้ำหนักเพื่อเทียบกับคุณค่าอื่นๆ แต่อย่างใด

ดังที่กล่าวไปข้างต้น เว้นเสียแต่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ อาจจะถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้ แม้กระนั้นเราอาจกล่าวได้ว่าเมื่อมีการปกครองแบบระบอบประชาธิปไตย สิ่งที่ไม่อาจขาดเสียได้เลยคือการที่รัฐมีอำนาจจำกัด รัฐไม่สามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจดังนั้นสิทธิตามรัฐธรรมนูญแม้ว่าจะถูกจำกัดได้ตามกฎหมาย (durch Gesetz) ก็ตาม ก็มีได้หมายความว่ากฎหมายจะสามารถจำกัดสิทธิได้โดยไม่มีข้อจำกัด กฎหมายหรือการกระทำของรัฐที่จำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญย่อมต้องถูกผูกพันตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ มีผู้กล่าวว่าหลักพอสมควรแก่เหตุนี้เป็นกระบวนทัศน์ (paradigm) ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่แสดงถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยองค์กรตุลาการผู้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำอื่นโดยรัฐนั้นจะต้องแสวงหาวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมและความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและเป้าประสงค์นั้น ๆ โดยมาตรการจะต้องเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิของประชาชนโดยวิธีทางที่น้อยที่สุด และสุดท้ายนั้นศาลจะต้องพิจารณาถึงดุลยภาพอันเหมาะสมระหว่างสิทธิที่ถูกจำกัดกับผลประโยชน์ที่ได้รับจากการจำกัดสิทธินั้น ตัวอย่างเช่น คดีที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคู่สนทนาในปี 1973 โดยกฎหมายบัญญัติได้อนุญาตให้การบันทึกเสียงนี้เองสามารถใช้เป็นหลักฐานในชั้นศาลได้ อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตัดสินว่า กฎหมายดังกล่าวนั้นละเมิดสิทธิในเสรีภาพในการพัฒนาตนเอง (free development of personality) อันเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ โดยศาลได้ให้เหตุผลต่อไปว่า มิใช่ว่าอิสระทั้งหมดของชีวิตปัจเจกชนจะตกอยู่ภายใต้การคุ้มครองอย่างเด็ดขาดภายใต้มาตรา 2 (1) ประกอบกับมาตรา 1(1) ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์รัฐ อย่างไรก็ตามเอกชนผู้ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของชุมชนย่อมต้องยอมรับการแทรกแซงของรัฐบนพื้นฐานของประโยชน์มหาชนที่เหนือกว่า โดยการแทรกแซงนั้นจะต้องอยู่ภายใต้การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างเคร่งครัด<sup>8</sup>

ในคดีแรกเริ่มอันเป็นคดีที่สำคัญที่แท้จริงที่องค์กรศาลรัฐธรรมนูญได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุโดยได้อธิบายรายละเอียดของกลไกการทำงานรวมถึงองค์ประกอบของหลักการนั้นเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 12 ของกฎหมาย

<sup>8</sup> Aharon Barak, *supra* note 2, pp.179-180.

พื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวคือคดี Pharmacy โดยการวินิจฉัยในคดีนี้ได้ถูกพิเคราะห์ว่าเป็นการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุโดยเคร่งครัด<sup>9</sup> ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เน้นย้ำความสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุอยู่เสมอ โดยหลักความพอสมควรแก่เหตุได้แผ่ขยาย (migration) และถูกนำไปประยุกต์ใช้ (implantation) ไม่เพียงแต่ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุได้อยู่ในโครงสร้างรัฐธรรมนูญ (constitutional model) ในหลากหลายประเทศอีกด้วย นอกจากนี้จะมีนักวิชาการกล่าวว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุคือกระบวนทัศน์ (paradigm) ที่เป็นผลสะท้อนจากสงครามโลกครั้งที่สอง หลักความพอสมควรแก่เหตุยังถือเป็น Generic constitutional law กล่าวคือกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะร่วม (commonality) ที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ หลากหลายประเทศที่เหมือนกัน แม้กระทั่งนักวิชาการบางท่านยังเห็นว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็น The ultimate rule of law อีกด้วย<sup>10</sup> และในที่สุดแล้วการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นได้แผ่ขยายไปยังภาคพื้นยุโรปจากการปรับใช้ของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ขยายไปยังภาคพื้นอื่น ๆ ทั่วโลกในเวลาต่อมา

### 3.3 การเดินทางของหลักความพอสมควรแก่เหตุจากภาคพื้นยุโรปไปยังแคนาดา ไอร์แลนด์และสหราชอาณาจักร

ในยุคก่อนกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ 1982 นั้น ในประเทศแคนาดา ศาลสูงสุดแห่งประเทศแคนาดาได้ตระหนักถึงแนวคิดที่ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะส่วนหนึ่งของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด<sup>11</sup> และในขณะที่กฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ถูกบัญญัติขึ้นในปี 1960 ในช่วงแรกกฎหมายฉบับนี้มีเพียงสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติธรรมดา กฎหมายฉบับนี้มิได้มีสถานะเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญและการตีความกฎหมายฉบับนี้ได้มีการผนวกหรือใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในการคุ้มครองสิทธิ แต่อย่างไรก็ตามในปี 1982 กฎหมายฉบับนี้ได้

<sup>9</sup> Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence,” 57 *University of Toronto Law Journal* 383, p.385 (2007).

<sup>10</sup> David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, (New York : Oxford University Press, 2004), p.34.

<sup>11</sup> Aharon Barak, *supra note 3*, p.188.

ถูกตีความว่ามีคุณค่าและสถานะเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญและกฎหมายใดก็ตามที่รัฐสภาได้ตราขึ้นขัดกับกฎหมายนี้ย่อมไม่มีผลใช้บังคับหากขัดกับกฎหมาย โดยในมาตรา 1 แห่งกฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชน<sup>12</sup> ได้บัญญัติไว้ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นจะกระทำต่อเมื่อสมเหตุสมผล (reasonable) และโดยอำนาจของกฎหมาย (prescribed by law) กล่าวคือสิทธิมนุษยชนอาจถูกจำกัดได้ก็ต่อเมื่อการจำกัดนั้นสมเหตุสมผลและเป็นที่ยอมรับในสังคมเสรีประชาธิปไตย (justified in a free and democratic society) โดยนักกฎหมายชาวแคนาดา Peter Wardell Hogg ได้อ้างถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของประชาคมยุโรปในการตีความกฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งแคนาดาโดยกล่าวว่า คำว่าสมเหตุสมผล (reasonable) ในกฎบัตรประกอบด้วยมโนทัศน์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุอยู่ หลังจาก Hogg ให้ความเห็นทางกฎหมาย ศาลสูงสุดแห่งแคนาดาได้วินิจฉัยในคดี Oakes หัวหน้าผู้พิพากษา Dickson ได้วินิจฉัยมาตรา 1 แห่งกฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฯ โดยได้อ้างอิงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้พิพากษา Dickson ได้ตัดสินว่าคำว่าสมเหตุสมผล (reasonable) นั้นย่อมหมายถึงประการแรกวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จำกัดสิทธินั้นๆ จะต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญ (significant objective) นอกจากนั้นมาตรการทางกฎหมายนั้นจะต้องมีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์และอีกทั้งมาตรการนั้นจะต้องสร้างภาระให้น้อยที่สุดเท่าที่จะสามารถกระทำได้ (impair as little as possible) และสุดท้ายนั้นมาตรการจะต้องมีความได้สัดส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและสิทธิที่ถูกจำกัด<sup>13</sup> ดังนั้นในแง่นี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุจากศาลสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคยุโรปได้มีอิทธิพลศาลสูงสุดแคนาดา โดยมีหลักการในเชิงเนื้อหาที่แทบจะเหมือนกันเช่นกัน<sup>14</sup>

ในส่วนของประเทศไอร์แลนด์นั้นรัฐธรรมนูญแห่งไอร์แลนด์เองก็ประกอบด้วยบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งไอร์แลนด์นั้นมิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเรื่องเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิไว้ รวมไปถึงรัฐธรรมนูญแห่งไอร์แลนด์เองก็มิได้มีบทบัญญัติที่วางหลักการเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 40 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งไอร์แลนด์นั้นได้วางหลักการในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไว้ผ่านการตีความ โดยในบทบัญญัติได้วางหลักการไว้ว่า “รัฐจะประกันสิทธิของพลเมืองให้มากที่สุดเท่าที่จะสามารถกระทำได้โดยกฎหมาย”

<sup>12</sup> Canadian Charter of Rights and Freedom.

<sup>13</sup> P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada, 2nd ed., (Toronto : Casswell, 1985), p.687, cited in Aharon, *supra note 2*, p. 189.

<sup>14</sup> Aharon Barak ,*supra note 2*, p. 190.



หลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศไอร์แลนด์นั้น ได้ถูกรับมาโดยศาลแห่งไอร์แลนด์ในช่วงต้นทศวรรษ 1990 โดยในระยะแรกหลักการนี้แม้ถูกปรับใช้ในคดีโดยศาลก็จริงแต่ไม่ได้ถูกปรับใช้อย่างชัดเจน แต่ในภายหลังศาลสูงสุดแห่งไอร์แลนด์ได้อ้างถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างชัดเจน โดยอิงถึงการปรับใช้ในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสูงสุดของแคนาดา และในที่สุดในปี 1994 ในคดี Heaney ผู้พิพากษา Costello แห่งศาลสูงสุดของไอร์แลนด์ได้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะเดียวกับหัวหน้าผู้พิพากษา Dickson ของศาลสูงสุดแห่งแคนาดา ไว้โดยวางหลักการที่ประการเช่นกัน<sup>15</sup> ประการแรกวัตถุประสงค์ของมาตรการที่จำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญ (important objective) และประการถัดมามาตรการเหล่านั้นจะต้อง เชื่อมโยงอย่างสมเหตุสมผลกับวัตถุประสงค์และไม่ใช้การใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจ และการสร้างภาระให้สิทธิจะต้องเป็นไปโดยวิธีทางที่น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รวมไปถึงผลกระทบต่อสิทธิที่ถูกจำกัดต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นๆ ผู้พิพากษา Costello ได้ผนวกแนวทางการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุระหว่างการปรับใช้ในแคนาดาและการปรับใช้โดย ECHR และตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาองค์กรตุลาการในไอร์แลนด์ก็ได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในพรมแดนกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง และหลักความพอสมควรแก่เหตุได้เป็นส่วนหนึ่งในระบบกฎหมายของไอร์แลนด์จนกระทั่งปัจจุบัน

ในสหภาพยุโรปหลักความพอสมควรแก่เหตุมีบทบาทเป็นอย่างมากในระบบกฎหมายแต่ในสหราชอาณาจักรนั้นโดยทั่วไปหลักการที่องค์กรตุลาการใช้ในการควบคุมการกระทำของรัฐนั้นคือหลักความสมเหตุสมผล (reasonableness) โดยหลักการนี้ได้ถูกปรับใช้โดยศาลในสหราชอาณาจักรคดีแรกคือ คดี Wednesbury แม้ในช่วงระหว่างปี 1970-1980 จะมีการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุโดยองค์กรตุลาการในสหราชอาณาจักรก็ตาม อย่างไรก็ตาม หลักความพอสมควรแก่เหตุได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก Lord Diplock ผู้พิพากษาในสหราชอาณาจักรได้เคยตั้งคำถามเรื่องการรับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุจากประเทศภาคพื้นยุโรปเข้ามาใช้<sup>16</sup> ส่วนผู้พิพากษา Millet นั้นได้เคยแสดงความเห็นในคดี Allied Dunbar Ltd. V. Frank Weisinger ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นอันตรายอย่างยิ่ง (dangerous option)<sup>17</sup> เราอาจจะกล่าวได้ว่าใน

<sup>15</sup> Heaney V. Ireland (1994), cited in Aharon Barak, *supra note 2*, p.191.

<sup>16</sup> Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service (1985), cited in Aaron Barak, *supra note 2*, p.192.

<sup>17</sup> Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd. v. Frank Weisinger, cited in Aaron Barak, *supra note 2*, p.192.



ระยะแรกหลักความพอสมควรแก่เหตุไม่เป็นที่ยอมรับในสหราชอาณาจักร แต่หลังจากสหราชอาณาจักรได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Human Right Act) ในปี 1998 หลักความพอสมควรแก่เหตุมีบทบาทมากขึ้น กฎหมายนี้ส่งผลกระทบต่ออย่างยิ่งกับการคุ้มครองสิทธิในสหราชอาณาจักร กล่าวคือกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้องค์กรตุลาการแห่งสหราชอาณาจักรมีอำนาจในการประกาศว่าพระราชบัญญัติใดหรือกฎหมายลำดับรองใดในสหราชอาณาจักรขัดกับสิทธิตามอนุสัญญาว่าสิทธิมนุษยชน ยุโรป (European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental freedoms) โดยกฎหมายฉบับนี้เองส่งผลให้การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุเข้ามามีอิทธิพลในสหราชอาณาจักร<sup>18</sup> และในปัจจุบันการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในสหราชอาณาจักรก็ได้แพร่ขยายไปเรื่องอื่นนอกเหนือจากเรื่องในพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอีกด้วย

### 3.4 หลักความพอสมควรแก่เหตุจากการปรับใช้ในแคนาดา ญี่ปุ่น และออสเตรเลีย

ประเทศนิวซีแลนด์นั้นเป็นประเทศที่ระบบกฎหมายให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมาอย่างยาวนานประเทศหนึ่ง โดยสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นส่วนหนึ่งของ Common Law ในระบบกฎหมายนิวซีแลนด์ อย่างไรก็ตามประเทศนิวซีแลนด์มีความคล้ายคลึงกับสหราชอาณาจักร ประเทศนิวซีแลนด์นั้นมีระบบกฎหมายที่มีได้รับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุมาแต่ดั้งเดิมแต่อย่างใด<sup>19</sup> โดยทั่วไปแล้วมุมมองทางกฎหมายของระบบกฎหมายนิวซีแลนด์มีความคล้ายกับประเทศสหราชอาณาจักรในแง่ของอำนาจสูงสุดของรัฐสภา

ในเวลาต่อมาผู้พิพากษา Cooke ซึ่งเป็นประธานศาลอุทธรณ์ได้เขียนบทความหนึ่งซึ่งมีเนื้อหาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน<sup>20</sup> โดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติทั่วไปที่รัฐสภาตราขึ้นนั้นหากเป็นการก้าวล่วงเข้ามาในแดนของสิทธิมนุษยชนแล้ว ศาลอาจพิพากษาให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลบังคับใช้ได้ อย่างไรก็ตาม ความคิดเห็นของ Cooke มิได้ถูกนำไปใช้ในทางปฏิบัติ แต่การเปลี่ยนแปลงได้เกิดขึ้นหลังจากนั้นในปี 1990 โดยประเทศนิวซีแลนด์ได้บัญญัติกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Bill of rights) โดยกฎหมายฉบับนี้เองประเทศนิวซีแลนด์ได้รับเอา

<sup>18</sup> Adam Tomkins, Public Law, (New York : Oxford University press, 2003), p.197.

<sup>19</sup> Aaron Barak, *supra note 2*, p.194.

<sup>20</sup> R. Cooke, “Fundamentals,” New Zealand Law Journal 158, (1988), cited in Aaron Barak, *supra note 2*, p.194.

เนื้อหาของบทบัญญัติมาจากประเทศแคนาดา รวมไปถึงบทบัญญัติที่ว่าด้วยเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเป็นการทั่วไป<sup>21</sup> โดยบทบัญญัตินี้ได้วางหลักการเช่นเดียวกับเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิเหมือนประเทศแคนาดาว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นอาจจะถูกจำกัดได้โดยมาตรการที่สมเหตุสมผลโดยบัญญัติเป็นกฎหมายและการจำกัดสิทธิเหล่านั้นมีความชอบธรรมในสังคมเสรีประชาธิปไตย โดยการรับเอาบทบัญญัติว่าด้วยเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิโดยทั่วไปของประเทศแคนาดามานี้เอง เป็นช่องทางให้หลักความพอสมควรแก่เหตุเข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมายนิวซีแลนด์และหลักความพอสมควรแก่เหตุได้กลายมาเป็นเครื่องมือหลักในการวินิจฉัยการจำกัดสิทธิในพรมแดนสิทธิมนุษยชนในนิวซีแลนด์ในปัจจุบัน<sup>22</sup>

ส่วนในประเทศออสเตรเลียนั้น แม้แต่เดิมรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรเลียจะมีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญแห่งออสเตรเลียนี้ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแยกออกมาเป็นหมวดต่างหาก แม้กระนั้นศาลสูงสุดแห่งออสเตรเลียได้ตระหนักถึงความสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยในคดี *New Pty Ltd. V. Wills* ศาลสูงสุดแห่งออสเตรเลียได้วางหลักการว่าเสรีภาพในการแสดงออกทางการเมืองเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญและสิทธินี้ไม่ใช่สิทธิเด็ดขาดแต่อาจถูกจำกัดได้ตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยศาลแห่งออสเตรเลียได้รับเอาหลักการนี้มาจากคำพิพากษาคดี *Oakes*<sup>23</sup> ในประเทศแคนาดา

หลังจากนั้นในปี 2006 รัฐวิคตอเรียตราพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฯ โดยพระราชบัญญัตินี้มีเนื้อหาที่มีพื้นฐานมาจาก ICCPR ดังนั้นในแง่นี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงประกอบไปด้วยเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิ โดยเงื่อนไขดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับเงื่อนไขการจำกัดสิทธิโดยทั่วไปในประเทศแคนาดา โดยมีนักวิชาการกล่าวว่าการรับเอาเงื่อนไขการจำกัดสิทธิโดยทั่วไปที่มีเนื้อหาเช่นนี้มานี้เอง ย่อมสันนิษฐานว่าเป็นการผนวกหลักความพอสมควรแก่เหตุเข้ามาด้วย<sup>24</sup>

### 3.5 พัฒนาการหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศแอฟริกาใต้และยุโรปตะวันออก

เงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้นปรากฏชัดอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศแอฟริกาใต้ โดยเงื่อนไขการจำกัดสิทธิโดยทั่วไปดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากประเทศแคนาดา

<sup>21</sup> New Zealand Bill of Right Acts 1990, section 4.

<sup>22</sup> Aaron Barak, *supra note 2*, p.195.

<sup>23</sup> Dieter Grimm, *supra note 9*, p.383.

<sup>24</sup> Aaron Barak, *supra note 2*, pp.195-196.

ดังนั้นการตีความบทบัญญัติดังกล่าวโดยศาลสูงสุดแห่งแอฟริกาใต้จึงได้รับอิทธิพลมาจากศาลสูงสุดของแคนาดา โดยได้มีนักกฎหมายได้กล่าวถึงความคล้ายคลึงกันระหว่างเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิระหว่างประเทศแคนาดาและแอฟริกาใต้ไว้ อย่างไรก็ตามแม้ในภายหลังในปี 1996 รัฐธรรมนูญแห่งแอฟริกาใต้ได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุโดยศาลสูงสุดแห่งแอฟริกาใต้นั้นมีโครงสร้างที่หละหลวมกว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยการปรับใช้นั้นมีการเปิดช่องให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติที่กว้างกว่ามาก<sup>25</sup>

ในส่วนของประเทศในภาคพื้นยุโรปกลางและยุโรปตะวันออกนั้น ตั้งแต่แนวคิดเรื่องคอมมิวนิสต์ในยุโรปกลางและยุโรปตะวันออกสิ้นสุดลงและพังทลายลง ก็เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมากในรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้น<sup>26</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การตุลาการแบบใหม่ที่คุ้นเคยกันในนามของ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยได้รับอิทธิพลจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่ว่าจะในแง่ของโครงสร้างองค์กรและเขตอำนาจศาลก็ตาม รวมไปถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเรื่องสิทธิทางรัฐธรรมนูญก็เช่นกัน รัฐธรรมนูญในประเทศยุโรปกลางและยุโรปตะวันออกได้มีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่อง เงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิเช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และหลักความพอสมควรแก่เหตุได้มีการพัฒนาอย่างมากในประเทศเหล่านี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฮังการี โปแลนด์ และ สโลเวเนีย ได้รับอิทธิพลในการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุจาก ECHR อย่างมีนัยสำคัญ<sup>27</sup>

### 3.6 การแพร่ขยายของหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศภาคพื้นเอเชียและอเมริกาใต้

ในส่วนของประเทศในภูมิภาคอเมริกาใต้นั้น แม้รัฐธรรมนูญของบางประเทศในภูมิภาคนี้ จะได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของเยอรมนีก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศเปรู ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยได้สถาปนาไว้ในมาตราแรกของรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>28</sup> อย่างไรก็ตามอีกประเทศหนึ่งที่มีอิทธิพลสำคัญในการพัฒนาการวางวิชาการนิติศาสตร์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญก็คือประเทศสเปน ซึ่งต่างก็เป็นประเทศที่หลักความพอสมควรแก่เหตุมีบทบาทอย่างมากในการประกันสิทธิปัจเจกชน

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp.197-198.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.198.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.199.

<sup>28</sup> Constitution of Peru, Article 1.

ในส่วนของประเทศในภูมิภาคเอเชีย นั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุได้เข้ามามีบทบาทในแง่ของการคุ้มครองการกระทำของรัฐที่กระทบสิทธิของประชาชน อย่างไรก็ตามแม้จะมีบางประเทศเช่นสิงคโปร์ไม่ยอมรับหลักการนี้ไปปรับใช้ในปฏิบัติ แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้เลยว่าการที่หลักความพอสมควรแก่เหตุมีลักษณะเป็นมโนทัศน์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะทั่วไป (generic constitution) ทำให้หลักการนี้ได้เข้ามามีบทบาทในประเทศส่วนใหญ่ที่ยอมรับการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย โดยในประเทศเกาหลีใต้นั้นรัฐธรรมนูญปี 1987 ได้มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยเงื่อนไขการจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยทั่วไป<sup>29</sup> เคียงคู่ไปกับเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเฉพาะเรื่องและศาลรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีใต้ได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุโดยเป็นเครื่องมือสำคัญในการวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>30</sup>

ในประเทศญี่ปุ่นเองก็เช่นกัน อย่างไรก็ตามภายหลังจากพ่ายแพ้สงครามโลก รัฐธรรมนูญแห่งญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก แม้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นจะใช้ระบบคล้ายคลึงกับสหรัฐอเมริกา กล่าวคือมีระดับมาตรฐานของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ แต่อย่างไรก็ดีหลักความพอสมควรแก่เหตุเข้ามามีบทบาทอย่างยิ่งโดยเฉพาะในเรื่องกฎหมายปกครอง

---

<sup>29</sup> Constitution of South Korea, Article 37.

<sup>30</sup> Aharon Barak, *supra* note 2, p.200.

## บทที่ 4

### หลักความพอสมควรแก่เหตุในพรมแดนกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นเป็นหลักการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเนื่องจากเป็นเครื่องมือสำคัญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กระทบสิทธิของปัจเจกชน ซึ่งพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นในทางวิชาการนั้นได้เกิดขึ้นในรัฐปรัสเซียซึ่งต่อมากลายเป็นส่วนหนึ่งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปัจจุบัน ดังนั้นหากกล่าวถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะศึกษาการปรับใช้ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่ถือว่าเป็นต้นกำเนิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

#### 4.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุในเยอรมนีได้มีการพัฒนาขึ้นช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สองในพรมแดนกฎหมายปกครองแต่พัฒนาการดังกล่าวมาสะดุดหยุดลงในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง และภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองหลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาปรับใช้อีกครั้ง ทั้งนี้เราอาจแบ่งช่วงเวลาของการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุได้สองช่วง คือ ช่วงก่อนทศวรรษที่ 80 และหลังช่วงทศวรรษที่ 80 เนื่องจากเป็นช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยยะสำคัญ โดยเฉพาะการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (proportionality in strict sense) โดยอาจกล่าวได้ว่าจากข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ ในระยะแรกนับแต่มีกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ศาลรัฐธรรมนูญมีความยับยั้งชั่งใจ (restraint) ในการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบซึ่งเป็นการชั่งน้ำหนักในเรื่องคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ แต่ภายหลังการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในคำพิพากษาของศาล

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญในช่วงทศวรรษที่ 80 โดยอ้างอิงจากแผนภูมิสถิติซึ่งนักวิชาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีท่านหนึ่งได้รวบรวมไว้<sup>1</sup>

ปี (ทศวรรษ)	จำนวน	LEG (%)	LRM (%)	BAL (%)	EQU (%)	CON (%)	EXP (%)	PRC (%)	DET (%)	DED (%)	CAT (%)
1950s	12	0	25	0	8.3	16.7	8.3	33.3	16.7	0	0
1960s	39	10.3	20.5	5.1	18	2.6	12.8	20.5	5.1	5.1	2.6
1970s	37	5.4	21.6	16.2	16.2	5.4	21.6	8.1	10.8	5.4	0
1980s	48	4.2	20.8	33.3	14.6	8.3	10.4	12.5	8.3	4.2	0
1990s	37	5.4	27	32.4	8.1	13.5	10.8	13.5	2.7	18.9	0
2000s	46	0	15.2	37	4.4	26.1	4.4	30.4	17.4	13	4.4
2010s	31	0	6.5	25.8	6.5	22.6	22.6	29	29	9.7	3.2
รวม	250	4	19.4	24.4	11.2	13.4	12.8	19.6	12	8.8	1.6

ข้อมูลสถิติข้างต้นแสดงประเด็นในคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นสัดส่วนร้อยละของคดีทั้งหมด โดยตัวอย่างต่าง ๆ แสดงถึงประเด็นในคำพิพากษาดังนี้ LEG คือคดีที่ศาลตัดสินโดยมีประเด็นเรื่องวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (Legitimate Purpose) ส่วน LRM คือคดีที่ศาลตัดสินโดยมีประเด็นเรื่องหลักความจำเป็นหรือความเหมาะสม (Least Restrictive Method) และ BAL คือคดีที่มีประเด็นเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Balancing) ดังนั้นจะเห็นว่าในยุคก่อนทศวรรษที่ 70 นั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบแทบไม่มีบทบาทในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเลย ในขณะที่ยุคหลังจากทศวรรษที่ 70 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบได้ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในคดีที่มีการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้เราจึงแบ่งพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในเยอรมนีได้เป็นอีกสองยุค นั่นคือยุคก่อนการปรับใช้การสร้างดุลยภาพและยุคหลังการปรับใช้การสร้างดุลยภาพ

<sup>1</sup> Niel Petersen, Proportionality and Judicial Activism : Fundamental Rights adjudication in Canada, Germany and South Africa, (UK : Cambridge University Press, 2017), p.83.

#### 4.1.1 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใน ยุคก่อนการปรับใช้การสร้างดุลยภาพ

แม้ในปัจจุบันการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุจะเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ และเป็นหลักการในพรมแดนกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ตาม แต่ในช่วงสามทศวรรษแรกตั้งแต่มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลมิได้พึงพาหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการวินิจฉัยว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญมากนัก<sup>2</sup> นักวิชาการบางท่านเห็นว่าโดยทั่วไปการสร้างดุลยภาพหรือการชั่งน้ำหนักที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลเป็นเพียงวาทศิลป์เท่านั้นหรือในบางกรณีศาลจะใช้การสร้างดุลยภาพในการพิจารณาถึงคำพิพากษาที่ถูกโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้ในคดีเกี่ยวกับการเปิดสถานที่ขายยา (Pharmacy case) อันเป็นคดีที่เป็นจุดกำเนิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุจะมีการพูดถึงการสร้างดุลยภาพหรือการชั่งน้ำหนักก็ตาม แต่เหตุผลสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้ในการตัดสินว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นคือกระบวนการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล (Mean-end analysis) ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

คดีร้านขายยา (Apotheken Urteil, Pharmacy Case)<sup>3</sup> เป็นเรื่องการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของมลรัฐบาวาเรียที่มุ่งควบคุมการเปิดร้านขายยาขึ้นใหม่ จากข้อเท็จจริงการจะได้รับอนุญาตนั้นต้องพิจารณาเรื่องเงื่อนไขเชิงพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ประกอบด้วยโดยกฎหมายกำหนดให้ร้านขายยาซึ่งเปิดกิจการใหม่จะต้องไม่อยู่ในพื้นที่ใกล้เคียงกับร้านขายยาอื่น ๆ ในคดีนี้รัฐบาวาเรียได้ให้เหตุผลว่าหากปล่อยให้ร้านขายยาเปิดอยู่ในพื้นที่ใกล้เคียงกันอาจทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้า สภาพการแข่งขันกันประกอบธุรกิจย่อมส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ขายยาหลบเลี่ยงกฎหมายในเรื่องการควบคุมยาเนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจย่อมมุ่งแสวงหากำไรเป็นสำคัญ ศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิเสธเหตุผลเหล่านี้โดยกล่าวว่ามาตรการดังกล่าวไม่ได้มีความจำเป็นในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและไม่ใช่วิถีทางที่กระทบสิทธิทางรัฐธรรมนูญน้อยที่สุด นอกจากนี้ศาลยังให้เหตุผลต่อไปว่า โดยธรรมชาติธุรกิจร้านขายยาหรือการขายยานั้นเป็นธุรกิจที่ต้องใช้ทรัพยากรจำนวนมากในการลงทุน เกษีษกรผู้มุ่งประสงค์จะประกอบธุรกิจประเภทนี้ย่อมต้องคำนึงถึงผลกำไรจากธุรกิจว่าจะคุ้มทุนหรือไม่ก่อนที่จะเปิดร้านขายยาใหม่อยู่แล้วรวมถึงปัจจัยเรื่องทำเลที่ตั้งด้วย กล่าวคือ ร้านเปิดใหม่อาจจะเลือกทำเลที่ไม่ติดกับร้านขายยาอื่นเนื่องจากอาจจะมีการแข่งขันกันและทำให้การประกอบธุรกิจไม่คุ้มทุน ดังนั้นเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องธรรมชาติที่กลไกทางตลาดจะเข้ามาจัดการ ด้วยเหตุนี้

<sup>2</sup> Niel Petersen, *supra note 1*, p.86.

<sup>3</sup> BverfGE 7, 377 cited in Niel Petersen, *supra note 1*, p.115.



ท้ายที่สุดศาลจึงปฏิเสธข้อโต้แย้งของฝั่งรัฐ โดยศาลยังได้อ้างอิงถึงสถานการณ์ในประเทศ สวิตเซอร์แลนด์ซึ่งไม่มีการควบคุมร้านขายยาเปิดใหม่แต่อย่างใดแต่ระบบกลไกทางเศรษฐกิจก็ดำเนินไปได้ด้วยดี<sup>4</sup>

ในคดีนี้มีข้อน่าสนใจที่ควรพิจารณาสองประการ ประการแรก ศาลได้ยกประเด็น อย่างระมัดระวังเรื่องเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์เรื่องความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และมีการพิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและมาตรการทางกฎหมายในสถานะข้อเท็จจริงนั้นๆ โดยศาลได้กล่าวในคำพิพากษาว่า “...หากการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติเกิดขึ้นจากเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วย่อมเป็นสิ่งที่อันตรายอย่างยิ่ง...” โดย Niel Petersen เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ลากเส้นแบ่งในการตรวจสอบด้วยรัฐธรรมนูญของวัตถุประสงค์หรือมูลเหตุจูงใจในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างชัดเจน แต่ศาลกลับมุ่งพิจารณาโดยแสวงหาเหตุผลอันชอบธรรมในการจำกัดสิทธิของประชาชนของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างเคร่งครัดโดยมุ่งพิจารณาเหตุผลในกระบวนการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>5</sup>

ประการที่สอง ศาลได้ใช้การสร้างดุลยภาพหรือการชั่งน้ำหนักเชิงวาทศิลป์ (Rhetoric balancing) โดยคำพิพากษานั้นมีประเด็นว่า แม้เสรีภาพในการประกอบอาชีพสมควรที่จะได้รับการคุ้มครองแต่ในขณะเดียวกันมาตรการทางกฎหมายที่จำกัดสิทธินั้นก็เกินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยศาลเห็นว่าคุณค่าทั้งสองอย่างมีความชอบธรรมเท่ากันและศาลได้กล่าวในคำพิพากษาดังนี้

“..เมื่อเราพิจารณาถึงจุดมุ่งหมายทั้งสองประการเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด (มาตรการทางกฎหมายที่จำกัดสิทธิและบทบัญญัติเรื่องเสรีภาพตามกฎหมายพื้นฐาน) เมื่อจุดหมายทั้งสองประการนั้นมีความชอบธรรมในระบอบเสรีประชาธิปไตยเท่าเทียมกัน ทางแก้ปัญหามีเพียงหนึ่งเดียวคือการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนผ่านการชั่งน้ำหนัก (balancing) ของความสำคัญของผลประโยชน์ที่เผชิญหน้ากันนั้นๆ..”

อย่างไรก็ตาม แม้ถ้อยคำในคำพิพากษาของศาลจะแสดงให้เห็นถึงข้อพิจารณา เรื่องการสร้างดุลยภาพหรือการชั่งน้ำหนัก แต่ศาลกลับพิจารณาพิพากษาว่ากฎหมายขัดต่อ

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p.87.

รัฐธรรมนูญ โดยอิงจากฐานเรื่องวิธีทางที่น้อยที่สุดกับการพิจารณาเรื่องความสมเหตุสมผลใน  
มาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติ (Folgerichtigkeit)<sup>6</sup>

อีกคดีหนึ่งที่น่าสนใจ คือคดีเกี่ยวกับการห้ามเรียกเก็บเงินปลายทางในการขนส่ง  
(Cash on Delivery case)<sup>7</sup> กฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในคดี  
นี้กำหนดห้ามเรียกเก็บเงินปลายทางในกรณีที่สินค้าเป็นสัตว์ โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครอง  
สุขภาพสัตว์ (animal health) เนื่องจากการขนส่งโดยมีการชำระเงินปลายทางนั้นหากเกิดการปฏิเสธ  
ไม่ชำระหนี้โดยฝ่ายผู้ซื้อ ผู้นำส่งย่อมต้องนำสินค้ากลับ การส่งสินค้ากลับจะทำให้สัตว์ต้องอยู่ใน  
สภาพแวดล้อมของการขนส่งเป็นเวลานานและมีผลต่อสุขภาพ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์  
สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยคดีนี้โดยอาศัยฐานแห่งเหตุผลสองประการดังนี้

ประการแรก ศาลได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวเกินความกว้างเกินกว่าเหตุ  
(overbroad) เพราะว่าการขนส่งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นรวมไปถึงกรณีที่การขนส่งที่ไม่เป็น  
อันตรายต่อสัตว์ด้วย จากหลักฐานในคดีปรากฏว่ากรณีที่มีการส่งคืนสัตว์นั้นเกิดขึ้นน้อยและไม่ใช่การ  
ส่งคืนทั้งหมดจะเกิดจากการที่ผู้ซื้อไม่ชำระเงิน ยกตัวอย่างเช่น การระบุที่อยู่ผู้รับผิดหรือไม่พบผู้รับก็  
เป็นกรณีที่ทำให้สัตว์ถูกส่งคืนเช่นกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าวเหล่านี้ ศาลจึงกล่าวต่อไปว่ามาตรการ  
ดังกล่าวไม่มีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุมีผลกับวัตถุประสงค์นอกจากนี้ศาลยังกล่าวถึงความไม่  
สมเหตุสมผลของฝ่ายนิติบัญญัติอีกด้วย

สุดท้ายศาลได้ให้เหตุผลสนับสนุนคำพิพากษาของตนโดยการไปตรวจสอบใน  
กระบวนการนิติบัญญัติ โดยศาลได้กล่าวว่ามาตรการเรื่องนี้ได้ถูกริเริ่มในฝ่ายนิติบัญญัติโดยปราศจาก  
คำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญและยังปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าเหตุผลที่ถูกกล่าวอ้างใน  
กระบวนการบัญญัติกฎหมายนั้นผิด ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจพิจารณาถึงตัวแปรและข้อมูลได้อย่าง  
ครบถ้วน และศาลได้เน้นย้ำว่าฝ่ายนิติบัญญัติขาดเหตุผลในกระบวนการนิติบัญญัติและสิ่งเหล่านี้  
ชี้ให้เห็นถึงความผิดพลาดในกระบวนการนิติบัญญัติ โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้พิจารณาถึงปัจจัยที่  
เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ โดยนัยยะนี้ศาลพยายามกล่าวว่า ความกว้างเกินกว่าเหตุ (overbroad) และ  
ความไม่สมเหตุสมผลของวิธีการและวัตถุประสงค์นั้นเป็นผลมาจากกระบวนการนิติบัญญัติที่ผิดพลาด

<sup>6</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht) เคยกล่าวไว้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติ  
มีหน้าที่ (constitutional obligation) ที่จะต้องตรากฎหมายโดยคำนึงถึงความถูกต้องของวิธีการและ  
ผล (Folgerichtigkeit) ซึ่งหลักการนี้มีความสัมพันธ์กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ  
การกระทำของรัฐที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐาน

<sup>7</sup> BverfGE 36,47, cited in Niel Petersen, *supra* note 1, p.90.

โดยคดีนี้เป็นคดีที่แสดงให้เห็นถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานในลักษณะที่ศาลไม่ได้พึ่งพาหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ อันเป็นช่วงแรกเริ่มของยุคหลักความพอสมควรแก่เหตุหลังสงครามโลกครั้งที่สองนั่นเอง

ในช่วง 25 ปีแรกของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลมักอาศัยการตัดสินในลักษณะการชั่งน้ำหนักเชิงวาทศิลป์ คำพิพากษาเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอันเป็นการชั่งน้ำหนักมีน้อยมาก<sup>8</sup> การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเกิดขึ้นอีกครั้งในปี 1962 ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับเครื่องขายของอัตโนมัติ<sup>9</sup> ในคดีนี้กฎหมายได้เข้ามาจำกัดชั่วโมงในการขายของโดยเครื่องขายของอัตโนมัติ และศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวสร้างภาระกับเจ้าของเครื่องขายของอัตโนมัติโดยไม่ชอบด้วยความปลอดภัย (disproportionate burden)

ในช่วงก่อนปี 1978 มีเพียงคดีสามคดีเท่านั้นที่ศาลได้ตัดสินว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยพิจารณาจากการชั่งน้ำหนัก (balancing) และการเปลี่ยนแปลงในประเด็นนี้ได้เกิดขึ้นในปี 1978 -1979 ซึ่งในระยะเวลาอันสั้นนั้นศาลได้ใช้การชั่งน้ำหนักเข้ามาพิพากษาว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญถึงสี่คดีด้วยกัน<sup>10</sup> แต่เดิมศาลรัฐธรรมนูญมักจะปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในคดีที่เป็นการชั่งน้ำหนักกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและมีการตัดสินว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือใช้หลักความปลอดภัยในความหมายอย่างแคบในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่น<sup>11</sup>

เราอาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุโดยมีลักษณะที่เกรงใจฝ่ายอำนาจการเมือง แต่ในกรณีที่ไม่ต้องเผชิญหน้ากับฝ่ายการเมืองนั้น ศาลได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอันมีลักษณะเป็นการชั่งน้ำหนักในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่นอย่างเข้มข้นอย่างเช่นในคดี Lüth<sup>12</sup> ศาลได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในคดีที่ตรวจสอบถึงคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลในเรื่องการคุ้มครองชั่วคราว โดยในคดีนี้เป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพ

<sup>8</sup> Niel Petersen, *supra note 1*, p.91.

<sup>9</sup> BverfGE 14, 19, cited in Niel Petersen, *supra note 1*, p.91.

<sup>10</sup> Niel Petersen, *supra note 1*, p.91.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p.92

<sup>12</sup> BverfGE 7, 198 สืบค้นจาก < <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>>.

ในการแสดงความคิดเห็นกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวซึ่งศาลได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะที่เป็นการตัดสินว่าคำสั่งดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างข้างต้นแสดงให้เห็นถึงภาพของการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวโดยสรุป คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในยุคนี้ได้ปรากฏตัวสามลักษณะด้วยกัน ประการแรกปรากฏตัวในลักษณะวาทศิลป์ในคดีที่ศาลตัดสินว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ประการที่สองปรากฏในลักษณะการยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติ และประการสุดท้ายปรากฏในลักษณะการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่นๆ ทั้งนี้การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุเปลี่ยนไปอย่างมีนัยสำคัญตั้งแต่ปีทศวรรษที่ 1970 จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นเวลาเกือบสามทศวรรษที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอย่างลังเลและเกรงใจฝ่ายการเมืองนับตั้งแต่ระบอบนาซีสิ้นอำนาจลง แต่ในช่วงทศวรรษที่ 1970 ศาลได้อาศัยการชั่งน้ำหนักในหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเป็นเหตุผลสำคัญในการวินิจฉัยว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดกับรัฐธรรมนูญมากขึ้น โดยมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าปัจจัยที่สำคัญในแง่ข้อเท็จจริงคือ สถานะเชิงสถาบันของหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>13</sup> โดยหลังจากสถานะนั้นได้รับการรับรองอย่างแน่ชัดแล้ว (solidified its own institutional position) ศาลได้มีการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในขั้นตอนสุดท้ายต่อกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมากขึ้น

#### 4.1.2 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในยุคหลังการปรับใช้หลักดุลยภาพ

ตั้งแต่ปี 1978 เป็นต้นมาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้อาศัยการชั่งน้ำหนักตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการตัดสินว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญมากขึ้น ซึ่งหากพิจารณาโดยคร่าวๆจะพบว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ใช้เหตุผลดังกล่าวบ่อยกว่าเหตุผลทางกฎหมายอื่นๆ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะปัจจัยสำคัญ นั่นคือความสัมพันธ์ระหว่างความเข้มแข็งของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากในยุคแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ถูกสถาปนาขึ้นในปีทศวรรษ 1950 นั้น เกิดกระแสต่อต้านจากฝ่ายการเมืองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคของ Chancellor Konrad Adenauer และมีรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมคือ Thomas Dehler ในยุคนี้เองศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรนั้นยังไม่เข้มแข็งนัก Thomas Dehler กังวลว่าศาลรัฐธรรมนูญอาจเป็นอุปสรรคในการก่อตั้งองค์การป้องกัน

<sup>13</sup> Ibid.

ประชาคมยุโรป (European Defense Community)<sup>14</sup> และในหลายๆครั้ง Thomas Dehler มักจะคัดค้านศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตัดสินด้วยเหตุผลว่าเรื่องนั้นเป็นเรื่องทางการเมือง ในยุครัฐบาลชุดนี้ได้มีแผนการที่จะปฏิรูปศาลรัฐธรรมนูญโดยการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของผู้พิพากษา ด้วยการกำหนดให้ผู้ที่มิใช่คุณสมบัตินั้นจะต้องได้รับเสียงข้างมากสองในสาม โดยข้อเสนอดังกล่าวนั้นก็เพื่อเสริมอำนาจของฝ่ายการเมืองในการเข้ามามีอิทธิพลในการแต่งตั้งผู้พิพากษา โดยคำนึงถึงทัศนคติทางการเมืองของตัวผู้พิพากษานั้น ๆ รวมไปถึงการรวมองค์คณะทั้งสององค์คณะเข้าด้วยกันเพื่อลดจำนวนผู้พิพากษา อย่างไรก็ตามแผนการดังกล่าวได้ล้มเลิกไปเพราะฝ่ายค้านปฏิเสธที่จะสนับสนุนเรื่องดังกล่าว<sup>15</sup>

ข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์และตัวระบบกฎหมายนั้นได้แสดงให้เห็นถึงปัจจัยสำคัญที่ทำให้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายศาลจำเป็นต้องได้รับความร่วมมือ (Cooperation) จากฝ่ายการเมือง<sup>16</sup> ในเชิงองค์กรนั้นฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกแบบหรือแก้ไขเพิ่มเติมที่มาของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ยังรวมไปถึงการตรวจสอบทางอ้อมโดยการพิจารณาเรื่องในทางงบประมาณของศาลรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้คำพิพากษาเองยังต้องการฝ่ายการเมืองในการที่จะบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษา โดย Niel Petersen ได้กล่าวเปรียบเทียบอย่างน่าสนใจว่า “พวกผู้พิพากษานั้นไม่มีดาบที่จะบังคับให้ฝ่ายการเมืองกระทำตามการตัดสินของตน”<sup>17</sup> และเขาได้ยกตัวอย่างถึงคำพิพากษาที่น่าสนใจในคดีไม้กางเขน (Crucifix case) ในคดีนี้ศาลตัดสินว่ากฎหมายที่บังคับให้โรงเรียนในมลรัฐบาวาเรียต้องติดไม้กางเขนในห้องเรียนนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ คดีดังกล่าวเป็นคดีที่บรรยายภาพลักษณ์เรื่องนี้ได้ดียิ่ง เนื่องจากคดีดังกล่าวเป็นคดีที่ไม่มีการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาอย่างเพียงพอ แม้กระทั่งสำนักข่าวต่างประเทศซึ่งเป็นสำนักหนังสือพิมพ์ที่สำคัญที่สุดในสวิตเซอร์แลนด์ยังรายงานข่าวว่าคำพิพากษาในคดีนี้ไม่มีผลต่อชีวิตประจำวันในโรงเรียนของรัฐบาวาเรียแม้แต่น้อย<sup>18</sup>

ปัจจัยสำคัญที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญปรับใช้การซึ่งน้ำหนักในการวินิจฉัยว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมากขึ้นคือความเข้มแข็งของสถาบันศาล

<sup>14</sup> Niel Petersen, *supra* note 1, pp.61-62.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Neue Zuercher Zeitung (16 December 1995) cited in Niel Petersen, *supra* note 1, p.63.

รัฐธรรมนูญ โฉมหน้าของศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันนั้นแตกต่างจากอดีตเนื่องจากเป็นองค์กรทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับความไว้วางใจมากที่สุดองค์กรหนึ่ง เราอาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีเป็นศาลรัฐธรรมนูญที่เข้มแข็งมากที่สุดในยุโรป ความไว้วางใจและการขยายอำนาจนี้ไม่ได้เกิดขึ้นชั่วข้ามคืนทันทีทันใด หากเกิดจากการพัฒนาและการบ่มเพาะและพัฒนาหลากหลายทศวรรษแม้ในยุคของรัฐบาล Adenauer ศาลจะต้องเผชิญหน้ากับความกดดันอย่างยิ่งยวดจากฝ่ายรัฐบาล และแม้ในปลายทศวรรษที่ 1950 นั้น ศาลจะได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุมา แต่หลักการดังกล่าวก็ไม่ได้อยู่ในสถานะที่เข้มแข็งและเป็นเครื่องมือที่ทรงอำนาจภาพที่สุดในการตรวจสอบการจำกัดสิทธิอย่างปัจจุบัน แต่ต่อมาในปีทศวรรษ 1970 โดยเฉพาะอย่างยิ่งช่วงปลายทศวรรษนั้นศาลถึงได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุและใช้การชั่งน้ำหนัก (balancing) ในหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นเครื่องมือหลักในการตัดสินว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ในยุคนี้ศาลได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเพื่อ “คว่ำ” หรือตัดสินว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างที่น่าสนใจคดีหนึ่งคือคดีเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศในปี 2008<sup>19</sup> โดยในคดีนี้เราอาจกล่าวได้ว่าเป็นคดีที่ไม่จำเป็นต้องปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบหรือการสร้างดุลยภาพ ซึ่งนักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่าเป็นตัวอย่างตามตำราของการแสดงให้เห็นถึงการตรวจสอบโดยหลักความจำเป็นหรือวิธีทางที่น้อยที่สุด (textbook example for less restrictive mean test)<sup>20</sup>

แม้ในคดีนี้การวินิจฉัยอาจจบลงที่หลักความจำเป็นได้แต่ศาลได้ปรับใช้การชั่งน้ำหนักอันเป็นหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเป็นฐานในการตัดสิน ในคดีนี้ปัจเจกชนผู้ซึ่งถูกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้ร้องในคดี โดยผู้ร้องคดีเกิดเมื่อปี 1929 และได้สมรสตามกฎหมายเมื่อปี 1952 และในช่วงชีวิตของเขา เขามีความรู้สึกว่าตัวตนของเขาเป็นเพศหญิงมานานมาก ดังนั้นเมื่อปี 2002 เขาจึงได้ทำการผ่าตัดศัลยกรรมเพื่อแปลงเพศ แต่กลับถูกปฏิเสธไม่สามารถเปลี่ยนสถานะทางเพศของเขาตามกฎหมายมหาชนได้เนื่องจากตามกฎหมายดังกล่าว การเปลี่ยนแปลงสถานะจะต้องกระทำภายหลังจากการหย่าเท่านั้น โดยวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันล้ำสมัยดังกล่าวมาจากความต้องการจะจำกัดสิทธิของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อไม่ให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ แม้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะมีกฎหมายในปี 2001 ที่อนุญาตให้เพศเดียวกันจดทะเบียนเพื่อเป็นคู่ชีวิต (same-sex couples) ได้ก็ตามแต่บุคคลผู้ร้องไม่สามารถเปลี่ยนแปลงสถานะในเรื่องครอบครัวของเขาได้เนื่องจากติดสถานะสมรสในเวลาที่เขาเป็นเพศชายอยู่

<sup>19</sup> BverfGE 121,175.

<sup>20</sup> Niel Petersen, *supra* note 77, p.92.



ในกรณีนี้ในทางวิชาการอาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถที่จะสร้างมาตรการที่จำกัดสิทธิหรือสร้างภาระแก่เอกชนน้อยกว่าที่กำหนดได้ นั่นคือกำหนดให้มีมาตรการเปลี่ยนแปลงสถานะจากการสมรสชายหญิงมาเป็นสถานะคู่ชีวิต (civil union) ในการตัดสินคดีนี้ของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลวินิจฉัยโดยอาศัยเรื่องการชั่งน้ำหนักเป็นเหตุผลในการตัดสินว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยศาลกล่าวว่า การเรียกร้องให้เอกชนต้องทำการหย่าก่อนนั้นเป็นการสร้างภาระเกินสมควรแก่เหตุต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว และนอกจากนี้ศาลยังแนะนำฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแข็งขันต่อไปว่าวิถีทางที่จำกัดสิทธิให้น้อยกว่านั้นคือการอนุญาตให้เปลี่ยนสถานะจากคู่สมรสมาเป็นคู่ชีวิต

ปรากฏการณ์ดังกล่าวไม่ใช่เรื่องแปลกใหม่แต่อย่างใด ในประเทศอื่นปรากฏการณ์ที่ศาลพัฒนาหลักการทางกฎหมายและกระบวนการวินิจฉัยในข้อเท็จจริงของอรรถคดีที่คู่ความมีอำนาจหรือมีอิทธิพลน้อยกว่าองค์กรของตนก่อนที่จะก้าวไปวินิจฉัยโดยอาศัยหลักการที่พัฒนาแล้วกับคู่ความที่ทรงอิทธิพลหรือมีอำนาจมากนั้นเป็นเรื่องปกติ ยกตัวอย่างเช่น ผลการศึกษาของ Erin Delaney และ Barry Friedman<sup>21</sup> ก็แสดงให้เห็นว่าศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเองได้พัฒนาหลักกฎหมายในการตรวจสอบการกระทำของรัฐโดยอาศัยการปรับใช้ในมลรัฐก่อนก่อนที่จะก้าวเข้ามาปรับใช้กับกรณีที่การกระทำของรัฐที่ขัดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>22</sup> ซึ่งศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ไม่แตกต่างกัน แม้ในระยะแรกนั้น (1950-1960) จะมีการถกเถียงกันอย่างมากว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุควรจะเป็นเครื่องมือของศาลในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองเท่านั้นหรือควรจะไปถึงกรณีการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย แต่ในหลังปีทศวรรษ 1970 เรื่องดังกล่าวเปลี่ยนไปอย่างมาก แม้การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุกับการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติจะมีการต่อต้านจากฝ่ายนักวิชาการอยู่บ้างก็ตาม แต่หลักความพอสมควรแก่เหตุก็ได้ฝังรากลึกในฐานะเครื่องมือการตรวจสอบการกระทำที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่ต้องคำนึงว่าเป็นการกระทำขององค์กรใด และหลักความพอสมควรแก่เหตุได้เป็นเครื่องมือสำคัญในการประกันสิทธิปัจเจกชนสืบมาจนถึงปัจจุบัน

<sup>21</sup> Friedman, Barry, and Erin F. Delaney. "Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy," 2 Columbia Law Review 1137, Vol.111, pp.1188-1192 (2011).

<sup>22</sup> Niel Petersen, *supra* note 1, p.96.



### 4.1.3 บทสรุปของพัฒนาการหลักความพอสสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐ

#### เยอรมนี

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นเราอาจกล่าวได้ว่าหลักความพอสสมควรแก่เหตุได้พัฒนาขึ้นในกฎหมายปกครอง โดยศาลปกครองของปรัสเซียพัฒนาหลักการนี้ขึ้นเพื่อตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองในเรื่องกฎหมายตำรวจ หลังจากนั้นหลักการนี้ได้พัฒนาเรื่อยมาจนมาสะดุดหยุดลงในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ภายหลังจากการเถลิงอำนาจของเหล่าพรรคนาซีด้วยเหตุที่หลักความพอสสมควรแก่เหตุมีเนื้อหาที่โดยสภาพเป็นการจำกัดอำนาจรัฐ ดังนั้นเมื่อระบอบอันกอปรไปด้วยรัฐตำรวจและอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดเกิดขึ้น หลักการดังกล่าวย่อมถูกทำให้เงียบลง อย่างไรก็ตามหลักความพอสสมควรแก่เหตุมาเริ่มมีพัฒนาการอีกครั้งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีภายหลังสงครามโลกสิ้นสุดลง

ในช่วงระยะแรกหลังการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานและมีการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญขึ้นนั้น ศาลได้ปรับใช้หลักความพอสสมควรแก่เหตุในลักษณะถ้อยที่ถ้อยอาศัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า ศาลปรับใช้หลักความพอสสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในลักษณะที่สนับสนุนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ หากเป็นคำตัดสินที่พิพากษาว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น ศาลมักจะยกหลักความพอสสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในลักษณะที่เป็นวาทศิลป์เท่านั้น และตัดสินคว่ำกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเหตุผลอื่น ในขณะเดียวกันหากเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาศาลอื่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกลับไม่ลังเลที่จะชี้ว่าหน้าหนักตามหลักความพอสสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเพื่อตรวจสอบแต่อย่างใด

พัฒนาการดังกล่าวมาแปรเปลี่ยนอย่างมีนัยยะสำคัญในทศวรรษ 1970 เนื่องด้วยความมั่นคงในเชิงสถาบันของศาลรัฐธรรมนูญและหลักความพอสสมควรแก่เหตุได้ถูกสถาปนาขึ้นอย่างเข้มแข็งและหลักความพอสสมควรแก่เหตุโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความพอสสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบกลายมาเป็นเครื่องมือหลักในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน

### 4.2 สถานะและขอบเขตการปรับใช้ของหลักความพอสสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

แม้หลักความพอสสมควรแก่เหตุจะถูกทำให้เป็นการวินิจฉัยที่เป็นขั้นเป็นตอนโดยการปรับใช้ขององค์กรตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ตามแต่หลักการนี้มีได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายพื้นฐาน ในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีได้นำหลักการนี้ไปปรับใช้ในคดี

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการที่ล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ<sup>23</sup> เราอาจกล่าวได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหัวใจของการพิจารณาเรื่องมาตรการที่ล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แม้ในระยะแรกศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างแคบโดยไม่ได้ระบุถึงสถานะทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง แต่ในภายหลังศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้อย่างชัดแจ้งว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการระดับรัฐธรรมนูญโดยมีรากฐานจากหลักนิติรัฐ<sup>24</sup> แม้ในปัจจุบันหลักความพอสมควรแก่เหตุจะเป็นหลักกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่หลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นมิได้ปรับใช้กับสิทธิทางรัฐธรรมนูญในทุกประเภท สิทธิซึ่งไม่อาจสร้างความชอบธรรมในการล่วงละเมิดได้เลยนั้นคือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>25</sup> โดยในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 1 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ไม่สามารถล่วงละเมิดได้ (Inviolable)<sup>26</sup> เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นมโนทัศน์ที่เกิดจากการขับเคลื่อนทางประวัติศาสตร์เพื่อตอบโต้กับระบอบเผด็จการโดยลัทธินาซีและเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดในกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมนีนั่นเอง

#### 4.2.1 สถานะทางกฎหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นหากพิจารณาในมุมทางกฎหมายเราอาจกล่าวได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุได้มีลักษณะในระบบกฎหมายอยู่สองด้าน ในประการแรกในเชิงลำดับชั้นของกฎหมาย หลักความพอสมควรแก่เหตุได้เป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐอันได้กล่าวไปข้างต้น ในขณะที่ในเชิงกระบวนการพิจารณาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุได้ถูกนำไปใช้ในฐานะข้อจำกัดของข้อจำกัดสิทธิ (Schranken-Schranken)<sup>27</sup> อันเป็นกระบวนการวินิจฉัยขั้นสุดท้ายในการพิจารณา

<sup>23</sup> Moshe Eliya and Iddo Porat, “Administrative Origins of Constitutional Rights,” in *Proportionality New Frontier New Challenge*, (US : Cambridge University Press, 2017), p.121.

<sup>24</sup> Niel Petersen, *supra note 1*, p.49.

<sup>25</sup> Nigel Foster and Satish Sule, *Introduction to German Legal System and Laws*, (New York : Oxford University Press, 2010), p.238.

<sup>26</sup> Basic Law, Article 1.

<sup>27</sup> Nigel Foster and Satish Sule, *supra note 25*, p.99.

เรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจำกัดสิทธิ ซึ่งลักษณะสองอย่างนี้เป็นสถานะที่มีความสำคัญในกระบวนการพิจารณาเรื่องสิทธิรัฐธรรมนูญ (rights adjudication) อีกด้วย

#### 4.2.1.1 สถานะในเชิงลำดับชั้นของบ่อเกิดของกฎหมายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายที่มีสถานะเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญโดยเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ<sup>28</sup> อันเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ตามหากพูดถึงเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายเราไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะกล่าวถึงความเข้าใจเบื้องต้นในบ่อเกิดของกฎหมายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยในเบื้องต้นบ่อเกิดของกฎหมายนั้นหากพูดในเชิงเปรียบเทียบคือรูปแบบหรือภาชนะอันเป็นที่บรรจุกฎหมาย หากพ่อครัวนำวัตถุดิบมาปรุงอาหารได้ฉับไฉน นักกฎหมายย่อมนำบ่อเกิดของกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยคดีได้ฉับไฉน บ่อเกิดของกฎหมายนั้นไม่ได้มีแค่รูปแบบเดียวหากแต่อยู่ในระบบที่เป็นลำดับชั้นลดหลั่นกันไปตามความสำคัญ

บ่อเกิดของกฎหมายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่สำคัญและโดยทั่วไปเป็นฐานรากของกฎหมายทั้งหมดคือกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวหากพิจารณาในเชิงเนื้อหาแล้วเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องอำนาจทางการเมืองอันเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ รวมไปถึงบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน กฎหมายพื้นฐานแสดงถึงรูปแบบของรัฐ ระบบการเมือง ในแง่ลำดับชั้นของกฎหมาย กฎหมายพื้นฐานนั้นอยู่สูงสุดในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายพื้นฐานจะไม่สามารถใช้บังคับได้ แต่ในแง่เนื้อหาของบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานอาจจะมีความสำคัญที่แตกต่างกัน เช่นเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นเรื่องที่เป็นหัวใจของระบบกฎหมายแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีย่อมมีความสำคัญกว่าบทบัญญัติอื่นๆหลายเรื่อง

ในลำดับชั้นที่ถัดมาก็คือกฎหมายที่เราอาจเรียกได้ว่า กฎหมายบทบัญญัติหรือกฎหมายนิติบัญญัติ ซึ่งโดยสถานะกฎหมายนิติบัญญัติย่อมไม่อาจขัดกับกฎหมายพื้นฐานได้ หลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นได้ดำรงอยู่ในสถานะลำดับชั้นที่เทียบเท่ากับกฎหมายพื้นฐาน โดยเป็นส่วนหนึ่งที่ก่อปรเป็นหลักนิติรัฐ ตั้งแต่บังคับใช้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานปี 1949 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ใช้ระยะเวลาพอสมควรก่อนที่จะประกาศถึงหลักความพอสมควรแก่

<sup>28</sup> Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence,” 57 *University of Toronto Law Journal* 383, p.386 (2007).

เหตุว่าเป็นหลักการที่มีพื้นฐานมาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ<sup>29</sup> โดยคำพิพากษาที่กล่าวถึงแนวคิดดังกล่าวได้วางหลักว่า<sup>30</sup> “เนื่องจากหลักนิติรัฐซึ่งได้ถูกประกันไว้ตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 20 ... สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยอำนาจมหาชนเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ” ต่อมาภายหลังหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ถูกศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีประกาศว่าเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญและได้เป็นเครื่องมือสำคัญในการคุ้มครองสิทธิในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นเวลาต่อมา<sup>31</sup> ด้วยสถานะอันเทียบเท่ากฎหมายรัฐธรรมนูญนี้เอง ที่ทำให้หลักความพอสมควรแก่เหตุมีความเข้มแข็งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และด้วยเหตุนี้หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่เพียงแต่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่การตรวจสอบความชอบด้วยการกระทำทางปกครองที่กระทบสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมต้องเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>32</sup> ผลิตผลขององค์กรตุลาการที่กระทบสิทธิย่อมต้องเป็นไปตามหลักการนี้เช่นกัน

#### 4.2.1.2 สถานะในกระบวนการวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการที่ล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในกระบวนการพิจารณาเรื่องสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ถูกกระทบนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุได้ถูกวางบทบาทอยู่ในฐานะเครื่องจำกัดข้อจำกัดสิทธิ (Schranken-Schranken) ทั้งนี้หลักการดังกล่าวได้วางอยู่ในลำดับสุดท้ายในการพิจารณาเรื่องสิทธิทางรัฐธรรมนูญในทางวิชาการนั้นการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นอาจแบ่งได้เป็นสามขั้นตอน<sup>33</sup>

ประการแรกในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ถูกล่วงละเมิดนั้นจำเป็นต้องพิจารณาว่าเอกชนนั้นได้รับผลกระทบซึ่งอยู่ในขอบข่ายหรือปริมณฑลที่สิทธิขั้นคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้เราจำเป็นต้องพิจารณาถึงธรรมชาติของสิทธิและเนื้อหาขอบข่ายของสิทธิที่ได้รับความคุ้มครอง

ประการที่สองคือการพิจารณาวินิจฉัยในแง่การกระทำของรัฐว่าเป็นการล่วงละเมิดหรือส่งผลกระทบต่อขอบข่ายปริมณฑลของสิทธิขั้นนั้นหรือไม่

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> BVerfGE 19,342

<sup>31</sup> D. Grimm, *supra note 28*, p.386.

<sup>32</sup> Mahendra Singh, German Administrative Law in Common Law perspective, (Germany : Springer, 2001), p.160.

<sup>33</sup> Foster and Sule, *supra note 25*, pp.231-232.

ประการสุดท้ายคือการพิจารณาเหตุผล เป็นการพิจารณาว่าการกระทำของรัฐต่างๆที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้นชอบธรรมหรือไม่ โดยในขั้นตอนสุดท้ายนี้จะเริ่มจากการพิจารณาจากเงื่อนไขความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อน เช่น สิทธิขั้นพื้นฐานโดยทั่วไปอาจถูกจำกัดได้โดยอำนาจแห่งกฎหมาย (parliamentary law) แต่การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างสมบูรณ์นั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำของรัฐดังกล่าวจะต้องชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุอีกด้วย ซึ่งในแง่ที่หลักความพอสมควรแก่เหตุทำหน้าที่เป็นการเครื่องมือตรวจสอบขั้นสุดท้ายของการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

#### 4.2.2 ขอบเขตหลักความพอสมควรแก่เหตุกับการปรับใช้ในการวินิจฉัยตรวจสอบ

##### ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในสิทธิขั้นพื้นฐาน

เมื่อหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายรัฐธรรมนูญและเป็นข้อพิจารณาขั้นสุดท้ายของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องการล่วงละเมิดสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยการกระทำของรัฐ ทั้งการกระทำทางปกครองที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิของราษฎรก็ดี การกระทำทางนิติบัญญัติอันมีผลเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนก็ดี ทุกอย่างนี้ล้วนแล้วแต่อยู่ภายใต้ความพอสมควรแก่เหตุ

อย่างไรก็ตามแม้โดยทั่วไปในกฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักความพอสมควรแก่เหตุจะมีผลใช้ในการพิจารณาการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานเกือบทุกประเภทแต่อย่างไรก็ตามหลักการนี้มีข้อจำกัดในการใช้ต่อสิทธิประเภทหนึ่งอันเป็นสิทธิซึ่งเป็นสาระหรือแก่นของระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และนอกจากนี้สิทธินี้ยังเป็นคุณค่าที่มีลักษณะสากลอันอาจสืบสาวได้ไปถึงมนทัศน์ในอดีตกาล นั่นคือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเราอาจกล่าวได้ว่าเป็นมนทัศน์ที่ดำรงอยู่พร้อมกับความเป็นมนุษย์มาช้านาน แม้ในอดีตกาลบุคคลบางจำพวก เช่น ผู้หญิง หรือ ทาสจะถูกปฏิบัติอย่างเป็นทรัพย์สิน แต่เราอาจกล่าวได้ว่าไม่ว่าจะมากหรือน้อยความคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้อาจสืบสาวได้มาจากพวกสโตอิก (Stoicism) ในสมัยกรีกโบราณ โดยกลุ่มทางความคิดที่เป็นพวกสโตอิกนั้นเชื่อว่าจักรวาลล้วนแต่ดำรงอยู่ด้วยระบบระเบียบที่เป็นเหตุผลสากลที่เรียกว่า Logos รวมไปถึงเชื่อว่ามนุษย์ทุกคนได้รับประกายแห่งเหตุผลจาก Logos<sup>34</sup> ดังนั้นมนุษย์ทุกคนจึงมีศักดิ์ศรีที่เท่าเทียมกัน การเอามนุษย์ลงเป็นทาสนั้นเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง และความคิดเชิงนี้ที่ได้รับการสืบสานต่อมา

<sup>34</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561), น.104-105.

จนถึงปัจจุบัน รวมถึงระบบกฎหมายในทั่วโลก รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ได้รับบัญญัติหลักการเรื่องสิทธิในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้

ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีปัจจุบันนั้นได้บัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 1 อย่างชัดเจนรวมถึงการใช้ถ้อยคำที่ว่า “ล่วงละเมิดมิได้” (Inviolable) โดยทั้งนี้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ผู้ทรงสิทธิคือมนุษย์ทั้งนี้สิทธิดังกล่าวไม่ถูกจำกัดลงด้วยความตายของผู้ทรงสิทธิ<sup>35</sup> และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังคุ้มครองไปกระทั่งถึงทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาอีกด้วย และด้วยเหตุที่สิทธินี้มีลักษณะพิเศษ ในทางทฤษฎีหลักความพอสมควรแก่เหตุจึงไม่ถูกนำมาปรับใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กล่าวคือไม่มีเหตุผลอันชอบธรรมใดๆมารองรับการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้

ในคดีที่สำคัญที่ศาลวางหลักว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุไม่อาจปรับใช้ได้ ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์คือคดี Luftsicherheitsgesetz<sup>36</sup> ในคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับสภาวะการณ์ที่มีแรงจูงใจมาจากการตอบโต้กับเหตุการณ์ก่อการร้ายที่สหรัฐอเมริกาหรือเหตุการณ์ 911 โดยรัฐสภาได้ตรากฎหมายสร้างมาตรการที่อนุญาตให้ทหารนั้นสามารถยิงอากาศยานที่ถูกใช้เป็นอาวุธได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าอากาศยานนั้นจะมีผู้บริสุทธิ์หรือไม่ ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ประกาศว่าเป็นการขัดต่อมาตรา 1 แห่งบทบัญญัติกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์ในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การกระทำดังกล่าวไม่ถูกนำมาซึ่งน้ำหนักหรือนำหลักพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมาใช้แต่อย่างใด โดยเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นข้อยกเว้นของการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอันเป็นข้อยกเว้นที่น่าสนใจเป็นอย่างมาก เนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นแม้จะได้รับการคุ้มครองอย่างเข้มงวดตามระบบกฎหมาย แต่เนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นยากที่จะนิยามถึง เนื่องด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะนามธรรมสูง นักวิชาการบางท่านให้คำนิยามเชิงปฏิเสธว่าเราไม่สามารถนิยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ แต่เราจะสามารถรับรู้ได้ถ้ามีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่

<sup>35</sup> BVerfGE 30, 173, Retrieved from <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1478>>.

<sup>36</sup> BVerfGE 115,118 (1BvR 357/05), Retrived from <[www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/02/rs20060215\\_1bvr035705en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/02/rs20060215_1bvr035705en.html)>.



### 4.3 การปรับใช้หลักการย่อยต่างๆของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พิจารณาในเชิงหลักการย่อยในหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุมีบทบาทอย่างมากในฐานะหลักการที่ทำหน้าที่เป็นมาตรวัดมาตรการของรัฐที่ละเมิดสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้วางหลักการในการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างเป็นขั้นตอนอันมีลักษณะเป็นโครงสร้าง (structural analysis) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการพิจารณาสามขั้นตอนนั่นคือ การพิจารณาตามหลักความเหมาะสม (suitability) การพิจารณาตามหลักความจำเป็น (necessity) และการพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (proportionality in strict sense) ซึ่งในส่วนนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงการใช้อำนาจของหลักการย่อยดังกล่าวโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนี

จากที่กล่าวไปข้างต้นตั้งแต่ประกาศใช้กฎหมายพื้นฐาน ศาลรัฐธรรมนูญในช่วงเริ่มแรกแม้จะมีการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุ แต่ศาลมิได้ให้คำอธิบายไว้ว่าเพราะเหตุใดการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญจะต้องมีความพอสมควรแก่เหตุหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลมิได้อธิบายถึงโครงสร้างเชิงปฏิบัติการของหลักความพอสมควรแก่เหตุแต่อย่างใด<sup>37</sup> ในคดีแรกที่มีการอธิบายหลักความพอสมควรแก่เหตุและการทำงานอย่างเป็นระบบของหลักการนี้ คือคดี Apotheken<sup>38</sup> คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับเรื่องการล่งละเมิดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยในกฎหมายของมลรัฐบาวาเรียนได้บังคับให้ผู้ที่ต้องการประกอบธุรกิจร้านขายยาใหม่ต้องขออนุญาต เงื่อนไขในการอนุญาตนั้นคือการเปิดร้านขายเภสัชภัณฑ์ใหม่จะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อทางเศรษฐกิจกับผู้ประกอบการเดิม เงื่อนไขดังกล่าวจะต้องพิจารณาในเชิงสถานที่ตั้งของร้านว่าอยู่ติดกับร้านขายยาอื่นซึ่งก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ โดยในปี 1955 มลรัฐบาวาเรียได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ในการปฏิเสธการให้อนุญาตกับบุคคลที่ในอดีตเคยได้รับอนุญาตประกอบอาชีพเป็นเภสัชกรตามกฎหมายของรัฐเยอรมันตะวันออก ปัจเจกชนผู้เสียหายได้ฟ้องเป็นคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ คดีนี้ถือว่าเป็นคดีที่เป็นหมุดหมายสำคัญ (Landmark case) ในการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในเวลาต่อมา

<sup>37</sup> Dieter Grimm, *supra note 28*, p.385.

<sup>38</sup> BVerfGE 7, 377, Retrieved from < <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>>.



ประเด็นสำคัญสองประการในคดีนี้คือ ประการแรกศาลได้สร้างเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้นคือหลักความพอสมควรแก่เหตุ และประเด็นที่สองศาลได้วินิจฉัยถึงเนื้อหาของสิทธิในเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

ในประเด็นเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มองเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพว่าเป็นสิทธิที่ถูกจัดเป็น “พื้นฐาน (Fundamental)” ทั้งนี้ศาลมิได้มองว่าการประกอบอาชีพเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งรายได้ หากแต่เป็นเรื่องของคุณค่าทางศีลธรรม กล่าวคือการประกอบอาชีพนั้นเป็นการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ (development of human personality)<sup>39</sup> ซึ่งเป็นมุมมองที่น่าสนใจอย่างยิ่ง

ในเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นศาลได้วางหลักการในการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ โดยในประการแรก กฎหมายใดก็ตามที่จำกัดสิทธิในเสรีภาพในการเลือกอาชีพจะต้องนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (compelling public purpose) โดยในกรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องมีเหตุผลมากกว่าเหตุผลที่ดีในการจำกัดสิทธิรวมไปถึงมาตรการตามกฎหมายต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น กล่าวอีกนัยหนึ่งไม่มีมาตรการที่กระทบสิทธิน้อยกว่าดำรงอยู่อีกต่อไป และสุดท้ายกฎหมายดังกล่าวต้องไม่เกินสมควรแก่เหตุในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้น<sup>40</sup> โดยในคำพิพากษานี้ศาลได้อธิบายการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างเป็นระบบ อย่างไรก็ตามการพิจารณาโดยใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในคดีนี้ได้ถูกนักวิชาการบางคนกล่าวถึงในฐานะการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างเคร่งครัด (strict application of proportionality)<sup>41</sup> เนื่องจาก การเรียกร้องความสำคัญของวัตถุประสงค์ที่สูงกล่าวคือต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (compelling public purpose) รวมไปถึงศาลมิได้อาศัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการตัดสินว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดดังที่ได้กล่าวไปใน 4.1.2

#### 4.3.1 หลักความเหมาะสม

หลักความเหมาะสมโดยหลักแล้วนั้น เป็นหลักการที่เรียกร้องให้การกระทำของรัฐ ต้องสามารถนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่บรรลุผลได้จริง โดยนัยหนึ่งหลักการนี้ได้เรียกร้องความมี

<sup>39</sup> Donald P. Kommers, and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the federal republic of Germany, (US : Duke University Press, 2012), p.667.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p.670.

<sup>41</sup> D. Grimm, *supra note 27*, p.385.

ประสิทธิภาพ<sup>42</sup> ของมาตรการตามกฎหมายในการบรรลุวัตถุประสงค์ หลักการนี้มีได้เรียกร้องให้พิจารณาถึงวิถีทางที่จำกัดสิทธิประโยชน์ที่สุดของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นการวินิจฉัยในหลักความจำเป็นอันเป็นการวินิจฉัยขั้นต่อไป<sup>43</sup> คดีที่สำคัญซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้เป็นมาตรฐานในการศึกษาได้แก่คดีผู้ใช้เหยี่ยวในการจับสัตว์อื่น (Falconer Case)<sup>44</sup> ในคดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการล่าสัตว์ (Hunting Law Provision) โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ผู้ใช้เหยี่ยวจับสัตว์อื่นนั้นต้องเข้ารับการทดสอบพิสูจน์ความรู้ความสามารถทางด้านปืนเพื่อที่จะได้รับใบอนุญาตการเป็นผู้ใช้เหยี่ยวจับสัตว์อื่น (Falconer License) คดีดังกล่าวมีประเด็นเรื่องการล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 2 ของกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิในเสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพของบุคคล<sup>45</sup> ในคดีนี้ ศาลได้ตัดสินโดยการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยศาลได้เริ่มพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติ โดยวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายนั้น กฎหมายมุ่งประสงค์ให้เหยี่ยวอันเป็นสัตว์ที่ถูกใช้ในการล่าสัตว์ถูกดูแลอย่างเหมาะสมโดยผู้ใช้เหยี่ยว ในกรณีดังกล่าวเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมแล้ว แต่อย่างไรก็ดีการตั้งข้อเรียกร้องให้ผู้ใช้เหยี่ยวจับสัตว์อื่นต้องมีความรู้เรื่องการใช้อาวุธปืนนั้นไม่เหมาะสมในการบรรลุวัตถุประสงค์นี้แต่อย่างใด ดังนั้นบทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่พอสมควรแก่เหตุและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อีกคดีหนึ่งที่เป็นตัวอย่างในการปรับใช้หลักความเหมาะสมได้ดีคือคดี Individual Trade License<sup>46</sup> ในคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายที่กระทบกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยกฎหมายได้บัญญัติบังคับผู้ที่ทำการค้าปลีก (individual trader) ต้องผ่านการทดสอบความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับสินค้าที่ตนขาย โดยผู้ที่มีความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับสินค้าที่ตนขายนั้นจึงจะสามารถได้รับอนุญาตในการเป็นผู้ค้าปลีกได้ (Individual Trader License) กรณีดังกล่าวเป็นคดีขึ้นสู่ศาลในแง่ของการละเมิดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ<sup>47</sup> ซึ่งผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายคือผู้ค้าปลีกที่ใช้เครื่องขายของ

<sup>42</sup> Nigel Foster and Satish Sule, *supra note 25*, p.185.

<sup>43</sup> Patrick Quirk, “An Australian look at German ‘Proportionality’,” 1 *University of Notre Dame Australia Law Review* 39, p.42 (1999).

<sup>44</sup> Robert Alexy, *supra note 1*, pp.14-15 see also BVerfGE 55,159, cited in Nigel Foster and Satish Sule, *supra note 25*, p.186.

<sup>45</sup> Nigel and Satish, *supra note 24*, p.240.

<sup>46</sup> Patrick Quirk, *supra note 43*, pp.43-44.

<sup>47</sup> Basic Law of Germany, Article 12.

อัตโนมัติ โดยเป้าประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากความเสียหายในเรื่องสุขภาพและความเสียหายอันอาจคำนวณเป็นตัวเงินได้อื่นๆ

ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่ากฎหมายเรื่องนี้ไม่เหมาะสมในการบรรลุวัตถุประสงค์ ศาลพิจารณว่าการซื้อขายสินค้าต่างๆไปย่อมไม่กระทบต่อสุขภาพของประชาชน เฉพาะการซื้อสินค้าบางประเภทเท่านั้นที่อาจเกิดผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชน ยกตัวอย่างเช่น เวชภัณฑ์หรืออาหาร ซึ่งในกรณีดังกล่าวก็มีกฎหมายที่คุ้มครองในเรื่องนั้นๆอยู่แล้ว ส่วนกฎหมายฉบับนี้ไม่เพียงแต่ครอบคลุมการซื้อขายสินค้าทุกประเภทแล้วนั้น กฎหมายฉบับนี้ยังถูกบังคับใช้กับเจ้าของเครื่องขายของอัตโนมัติ ซึ่งโดยสภาพแล้วไม่อาจรู้ถึงผลิตภัณฑ์ที่ตนขายได้เนื่องจากเป็นผลิตภัณฑ์ที่ถูกผนึกมา ศาลได้ตัดสินให้บทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยมีนักวิชาการเห็นว่าเป็นการขัดหลักความพอสมควรแก่เหตุในการวินิจฉัยเรื่องหลักความเหมาะสม (Appropriateness)<sup>48</sup>

คำพิพากษาที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่งอันเป็นคดีที่ศาลได้ปรับใช้หลักความเหมาะสมโดยแสดงถึงแง่มุมเรื่องเวลานั้นคือคดีที่ว่าด้วยการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายควบคุมการพนันของมลรัฐบาวาเรียนั้นคือคดี Bavarian State Lottery (BverfGE 115,118 (1 BvR 1054/01))<sup>49</sup> คดีนี้ศาลได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ The Bavarian State Lottery Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจกับมลรัฐบาวาเรียในการควบคุมการพนันเกือบทุกประเภท ทั้งนี้แม้ท้ายที่สุดศาลจะตัดสินว่าหลักการนี้ขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ แต่ในคดีนี้ได้แสดงถึงแง่มุมที่น่าสนใจในการปรับใช้หลักความเหมาะสมอันเป็นหลักการแรกในการพิจารณา

ศาลได้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นคือการป้องกันมิให้คนติดการพนัน ศาลได้กล่าวว่า การตัดสินใจดังกล่าวตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า หากปล่อยให้ธุรกิจการพนันเป็นไปโดยกลไกตลาดเสรีซึ่งมีการแข่งขัน ก็จะทำให้ธุรกิจการพนันแพร่หลาย ในประเด็นแรกศาลได้กล่าวว่าการผูกขาดธุรกิจการพนันนั้นเป็นมาตรการที่เหมาะสมแล้ว และในประเด็นถัดมาศาลได้ตัดสินว่าแม้มาตรการดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดการป้องกันการแพร่หลายของการพนันได้อย่างสมบูรณ์ก็ไม่ได้ทำให้มาตรการดังกล่าวไม่ชอบด้วยหลักความเหมาะสมแต่อย่างใด ซึ่งการวินิจฉัยนี้แสดงให้เห็นว่าการบรรลุวัตถุประสงค์โดยหลักความเหมาะสมนั้น ไม่จำเป็นต้องบรรลุวัตถุประสงค์ทั้งหมด หากแต่

<sup>48</sup> Patrick Quirk, *supra* note 43, p.44.

<sup>49</sup> BverfGE 115,118, Retrieved from <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/03/rs20060328\\_1bvr105401en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/03/rs20060328_1bvr105401en.html)>.

บรรลุตฤตประสงค์แค่บางส่วนก็ถือว่าชอบด้วยหลักความเหมาะสมแล้ว ทั้งนี้ในแง่มุมอื่น ๆ เกี่ยวกับการบรรลุตฤตประสงค์ ศาลได้ยกไปพิจารณาในหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอันเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการวินิจฉัย

จากข้อเท็จจริงนั้น สภาพการพนันในปัจจุบันไม่ได้อยู่ที่การเล่นกันแบบต่อหน้าอย่างเดียว หากแต่การพนันได้อยู่ในรูปแบบที่หลากหลายในอินเทอร์เน็ตซึ่งกฎหมายของมลรัฐบาวาเรียไม่สามารถควบคุมเรื่องดังกล่าวได้ ไม่ว่าจะเป็นการพนันผลฟุตบอลในเว็บไซต์ที่อยู่นอกประเทศหรือการพนันโดยวิธีอื่นๆ และศาลได้กล่าวดังนี้

“เพียงเพราะว่าพัฒนาการทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีได้สร้างอุปสรรคในการป้องกันมิให้การพนันแพร่หลาย ไม่ได้หมายความว่ามาตรการที่ชอบด้วยความเหมาะสมจะกลายเป็นไม่ชอบด้วยความเหมาะสมแต่อย่างใด”<sup>50</sup>

ในคดีนี้เราจะเห็นว่าศาลได้ให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติพอสมควรในการตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมาย ทั้งนี้แม้มาตรการดังกล่าวจะไม่สามารถบรรลุตฤตประสงค์ได้ทั้งหมดหรือมีการพัฒนาในเรื่องเทคโนโลยีและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนไปทำให้เกิดอุปสรรคในการบรรลุตฤตประสงค์ ก็ไม่ได้ทำให้มาตรการที่ชอบด้วยความเหมาะสมแล้วเปลี่ยนเป็นไม่ชอบด้วยความเหมาะสม

#### 4.3.2 หลักความจำเป็น

หากกฎหมายนั้นชอบด้วยหลักความเหมาะสม ประเด็นต่อมาที่ศาลต้องพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุคือหลักความจำเป็น ซึ่งหลักการนี้ได้เรียกร้องให้มาตรการตามกฎหมายนั้นต้องเป็นทางเลือกที่กระทบสิทธิของประชาชนน้อยที่สุดโดย หลักการนี้ได้ถูกเรียกชื่ออย่างหลากหลาย ยกตัวอย่างเช่น หลักวิถีทางที่น้อยที่สุด (principle of lightest means) หลักการแทรกแซงที่น้อยที่สุด (Principle of the smallest possible interference) หลักการนี้ได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติเปรียบเทียบมาตรการหลายๆมาตรการที่เหมาะสมและเลือกใช้มาตรการที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่น้อยที่สุด อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวจะต้องไม่เกิดผลกระทบในเชิงลบนอกการจำกัด<sup>51</sup> หากกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลย่อมไม่นำมาตรการดังกล่าวมาพิจารณาเชิงเปรียบเทียบกับมาตรการอันเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบแต่อย่างใด

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

คดีที่เป็นตัวอย่างได้ดีในการปรับใช้หลักความจำเป็นคือคดี Consensus 1982<sup>52</sup> ในคดีนี้เป็นเรื่องกฎหมายที่ให้เจ้าหน้าที่ของสหพันธรัฐ (federal agents) ในระดับสูงสุดทั้งหมด เข้าถึงข้อมูลส่วนตัวของประชาชนเพื่อบรรลุผลในการปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้นเจ้าหน้าที่สามารถระดับสูงสุดสามารถเข้าถึงข้อมูลเหล่านี้และส่งต่อไปให้เจ้าหน้าที่ระดับล่างในการปฏิบัติภารกิจได้ อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายดังกล่าวได้ถูกตั้งคำถามเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีว่าชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ โดยในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้ ตัดสินว่า การที่เจ้าหน้าที่ระดับสูงสุดของสหพันธรัฐนั้นมิอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลโดยทั่วไปนั้นเป็น มาตรการที่ไม่จำเป็น เนื่องจากยังมีมาตรการที่กระทบการจำกัดสิทธิน้อยกว่า เช่นการให้เจ้าหน้าที่ บางคนโดยระบุตำแหน่งโดยเฉพาะเจาะจงไม่ใช่เจ้าหน้าที่สูงสุดทั้งหมด เข้าถึงข้อมูลส่วนตัวของ ประชาชนรวมถึงการเข้าถึงประเภทของข้อมูลส่วนตัวที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติภารกิจเท่านั้นมิใช่ ข้อมูลส่วนตัวโดยทั่วไปของประชาชน ดังนั้นเมื่อมีวิถีทางที่น้อยกว่าดำรงอยู่โดยไม่กระทบกับเครื่องชี้ วัดอื่น ๆ นอกการจำกัดสิทธิ กรณีดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยหลักความจำเป็นนั่นเอง

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการปรับใช้หลักความจำเป็น อย่างเคร่งครัด<sup>53</sup> ทั้งนี้ศาลจะไม่นำมาตราการสมมติมาพิจารณาเปรียบเทียบตามหลักความจำเป็นหาก มาตรการนั้นมีตัวแปรที่แตกต่างออกไป ยกตัวอย่างเช่น การเพิ่มงบประมาณในการดำเนินการตาม มาตรการดังกล่าว หรือ การเกิดผลกระทบต่อสิทธิอื่นๆ ทั้งนี้คดีตัวอย่างที่น่าสนใจคือ คดี The Act on the Protection of the Constitution (BVerfGE 120,274 (1 BvR 370/07))<sup>54</sup> คดีนี้เป็นคดีที่ เกี่ยวกับรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองรัฐธรรมนูญของมลรัฐ North Rhine-Westphalia โดยกฎหมาย นี้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ด้านความมั่นคงเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลของปัจเจกชนบนระบบอินเทอร์เน็ตได้ โดยการมีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงรัฐ และเหตุผลในการตรากฎหมายฉบับนี้คือการป้องกันการก่อ การร้าย โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลที่เป็นข้อความ หรือภาพ แม้กระทั่งข้อมูลที่ถูกเข้ารหัสซึ่งถูกเก็บไว้ที่ฐานข้อมูลออนไลน์ โดยในประเด็นเรื่องหลัก ความจำเป็นศาลได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่ามาตรการดังกล่าวไม่ขัดกับหลักความจำเป็นและได้วินิจฉัย ไว้ว่ากรณีดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติอาจจะสันนิษฐานไว้ว่าไม่มีวิถีทางที่กระทบสิทธิปัจเจกชนน้อยกว่า

<sup>52</sup> BVerfGE 65,1, cited in Foster and Sule, *supra* note 25, p.186.

<sup>53</sup> Dieter Grimm, *supra* note 28, pp.389-390.

<sup>54</sup> BVerfGE 120,274, Retrieved from < [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227\\_1bvr037007en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227_1bvr037007en.html)>.

และได้ผลลัพธ์ที่เทียบเท่ากับการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเข้าสู่ข้อมูลทั้งหมดในฐานข้อมูลออนไลน์ของปัจเจกชน ศาลได้กล่าวเพิ่มเติมว่าไม่มีหลักฐานชี้ว่า วิธีการที่กระทบสิทธิอื่นน้อยกว่าจะให้ประสิทธิผลเท่ากับวิธีการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือก

ในคดีนี้ศาลได้ปรับใช้หลักความจำเป็นอย่างเคร่งครัด แม้กฎหมายจะชอบด้วยหลักความจำเป็นแต่ศาลได้พิพากษาว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ โดยปกติแล้วหลักความจำเป็นและหลักความเหมาะสมในการปรับใช้นั้นมีเนื้อหาที่ชัดเจนและการวินิจฉัยที่เคร่งครัดของศาล อย่างไรก็ตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเป็นไปในทางตรงกันข้าม เนื่องจากศาลสามารถนำปัจจัยที่หลากหลายมาพิจารณาเพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะที่ได้รับเทียบกับสภาวะการณของสิทธิปัจเจกชนที่เสียหาย

#### 4.3.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

ในความเห็นของผู้เขียนหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้นเป็นหลักการที่ซับซ้อนที่สุด ไม่เพียงแต่จะเกิดจากทัศนคติ (accounts) ของการมองหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ต่างกัน แต่คำอธิบายในทางวิชาการยังมีคำอธิบายที่หลากหลาย<sup>55</sup> อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัตินั้นหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้นได้ถูกใช้เพื่อทำให้เกิดประโยชน์สูงสุด (Maximization) ควบคู่ไปกับการให้เหตุผล (Justification) ทั้งนี้เนื่องจากการทำคำพิพากษาโดยองค์กรตุลาการนั้นสิ่งที่ทำให้การใช้การตีความกฎหมายเป็นที่ยอมรับคือการให้เหตุผล ทั้งนี้การให้เหตุผลดังกล่าวในเชิงสังคมนอกจากจะเป็นการเปลี่ยนผ่านจากวัฒนธรรมที่นิยมอำนาจมาสู่วัฒนธรรมแห่งการให้เหตุผลแล้ว<sup>56</sup>ยังเป็นผลพวงจากหลักนิติรัฐ ทั้งนี้มีไชนิติรัฐในเชิงรูปแบบตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเพียงอย่างเดียว หากแต่เป็นรัฐที่มีเป้าประสงค์สุดท้ายคือมุ่งรับรองและคุ้มครองซึ่งสิทธิของประชาชนอันเป็นสิ่งสำคัญที่สุดในรัฐอีกด้วย

ในการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบดังกล่าวมีหลายคดีที่น่าสนใจ หนึ่งในคดีสำคัญในการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุโดยองค์กรตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีคือคดี Lebach อันเป็นคดีที่วางแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับวิธีการชั่งน้ำหนักหรือสร้างดุลยภาพตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบดังกล่าว จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ ได้มีเหตุการณ์การจับกุมกลุ่มอาชญากรในหมู่บ้านเลบัค (Lebach) เจ้าหน้าที่ได้เสียชีวิต ในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ 4 ราย รวมไปถึงอาวุธยุทโธปกรณ์ในการของเจ้าหน้าที่ได้สูญหายและถูกขโมยไป

<sup>55</sup> คุบที่ 3

<sup>56</sup> Mohen Eliya and Iddo Porat, *supra* note 23, pp.469-470.



เหล่าอาชญากรในคดีดังกล่าวได้ถูกจับกุมตัวและต้องคำพิพากษาลงโทษ หนึ่งในผู้ต้องหาดังกล่าวซึ่งเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดทางอาญาดังกล่าวต้องโทษเพียง 6 ปีเท่านั้น ก่อนการพ้นกำหนดโทษจำคุกของบุคคลนั้นสิ้นสุด สถานีโทรทัศน์ช่อง ZDF กำลังจะออกอากาศสารคดีเกี่ยวกับเหตุการณ์ดังกล่าวรวมไปถึงเปิดเผยชื่อบุคคลผู้เกี่ยวข้องทั้งหมด บุคคลดังกล่าวได้ยื่นคำร้องขอคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจากศาลแพ่งและศาลแพ่งได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว เพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ร้อง โดยสถานีได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นของการล่วงละเมิดสิทธิในเสรีภาพของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวโดยอาศัยการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิส่วนบุคคลกับสิทธิในเสรีภาพของสื่อโดยศาลได้ให้เหตุผลว่า เสรีภาพของสื่อตามมาตรา 5 นั้นได้รับผลกระทบน้อยกว่า ศาลวินิจฉัยว่าถ้าเกิดการฉายสารคดีดังกล่าวขึ้นในช่วงเวลาที่ชายนักโทษคนดังกล่าวกำลังจะพ้นโทษ การเข้าสู่สังคมของบุคคลดังกล่าวย่อมเกิดปัญหาเนื่องจากการกระทำความผิดในอดีตที่ผ่านมาซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่อาจรับได้ในแง่ของการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่หากเวลาผ่านจากการพ้นโทษของชายผู้ต้องหาดังกล่าวสิทธิส่วนบุคคลของชายผู้ต้องหาดังกล่าวจึงต้องยอมหลีกเลี่ยงให้กับเสรีภาพของสื่อ เราจะเห็นได้ว่าในคดีนี้ศาลได้พิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิทธิของปัจเจกชน (severity) และชั่งน้ำหนักเชิงเปรียบเทียบความเสียหายดังกล่าวกับประโยชน์ที่จะได้รับอันเป็นหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

ตัวอย่างคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการชั่งน้ำหนักของศาลรัฐธรรมนูญโดยพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและคุณค่าต่าง ๆ โดยรอบ โดยในการพิจารณาคดีโดยอาศัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พิจารณาในเชิงรูปธรรมมากกว่าอาศัยการชั่งน้ำหนักเชิงนามธรรม<sup>57</sup> โดยหลักแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมักจะชั่งน้ำหนักจากความเข้มข้นของการละเมิดสิทธิเปรียบเทียบกับความสำคัญและความจำเป็นเร่งด่วนตามบริบทที่เป็นรูปธรรม<sup>58</sup> โดยปกติศาลมักจะเปรียบเทียบความเสียหายอันเกิดจากการกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญในด้านหนึ่งในกรณีที่กฎหมายดังกล่าวได้ถูกพิจารณาว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญเทียบกับคุณค่าที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในกรณีที่กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้<sup>59</sup> ในกรณีนี้เราอาจกล่าวได้ว่า การพิจารณาดังกล่าวมีความสอดคล้องกับการพิจารณาเชิงทฤษฎีในแง่การทำให้เกิดผลสูงสุด (Maximization account) เนื่องด้วยการพิจารณาดังกล่าวนั้นเป็นการพิจารณาที่มี

<sup>57</sup> Dieter Grimm, *supra* note 28, p.394.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p.393.

<sup>59</sup> *Ibid.*



ลักษณะเปรียบเทียบในเชิงมากกว่า น้อยกว่า หรือเท่ากับ การพิจารณาได้ถูกสร้างขึ้นในลักษณะที่เป็น การสร้างดุลยภาพโดยซึ่งน้ำหนักกว่าฝั่งใดมีคุณค่ามากกว่า อย่างไรก็ตามการปรับใช้หลักความ พอสสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่ ตัดสินและชี้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติว่ามาตรการใดได้ดุลยภาพ (balanced) หรือพอสสมควรแก่เหตุ (in proportion) แต่ศาลมักจะตัดสินเพียงว่ามาตรการใดที่ไม่พอสสมควรแก่เหตุ (disproportionate)<sup>60</sup> และในแง่นี้ยังมีนักวิชาการเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการไม่ก้าวก่ายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเนื่องจาก ศาลไม่ได้มีความชอบธรรมเชิงประชาธิปไตยสูงเหมือนฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>61</sup> นอกจากนี้ศาลยังเคยเน้นย้ำ อีกด้วยว่า ในการพิจารณาเรื่องการชั่งน้ำหนักนั้นโดยหลักควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติมิใช่ขององค์กร ตุลาการแต่อย่างใด

อีกคดีหนึ่งที่อาจเป็นตัวอย่างได้ดีในการปรับใช้หลักความพอสสมควรแก่เหตุใน ความหมายอย่างแคบคือคดีที่ว่าด้วย Animal Protection Act (BverfGE 140,337 (1BvR 1783/99))<sup>62</sup> ซึ่งศาลได้พิจารณาถึงหลักความพอสสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบโดยการชั่ง น้ำหนักถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกับผลประโยชน์มหาชนที่ได้รับ อย่างรอบด้าน รวมถึงในคดีดังกล่าวศาลได้เข้าไปตรวจสอบเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรา กฎหมายอีกด้วย

คดีดังกล่าวเป็นคดีที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ Animal Protection Act โดยรัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การฆ่าสัตว์เพื่อใช้เป็นอาหารนั้นต้องทำให้สัตว์มีนงง (stunned) หรือหมดความรู้สึกก่อนฆ่าโดยกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสัตว์ ทั้งนี้รัฐบัญญัติ ดังกล่าวได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า การฆ่าสัตว์โดยไม่ทำให้สัตว์หมดความรู้สึกก่อนก็อาจกระทำได้หาก ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานของรัฐในกรณีที่เป็นการฆ่าเพื่อพิธีกรรมทางศาสนา ในคดีนี้ผู้ร้องคดีคือ มุสลิมชาวตุรกีในกายซุนนีที่ซึ่งสืบทอดธุรกิจร้านขายเนื้อต่อจากบิดา ผู้ร้องคดีนี้ได้รับผลกระทบ เนื่องจากการฆ่าสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมเพื่อบริโภคของชาวมุสลิมนั้นจะต้องกระทำในนามของพระเจ้า และมีการเชือดในขณะที่สัตว์นั้นยังมีสติอยู่ หากสัตว์ที่ไม่ผ่านการเชือดโดยพิธีกรรมดังกล่าวชาวมุสลิมย่อมไม่สามารถบริโภคได้ (Haram) ซึ่งมาตรการตามกฎหมายดังกล่าวห้ามฆ่าสัตว์ทั้ง ๆ สัตว์นั้น

<sup>60</sup> Patrick Quirk, *supra note 43*, p.47.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> BverfGE 140,337, Retrieved from <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2002/01/rs20020115\\_1bvr178399en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2002/01/rs20020115_1bvr178399en.html)>.

ยังมีความรู้สึกอยู่ ดังนั้นธุรกิจการขายเนื้อจึงเสียหาย เนื่องจากธุรกิจของผู้ร้องดังกล่าวมีลูกค้าหลักคือชาวมุสลิมซึ่งต้องบริโภคเนื้อที่ถูกต้องตามหลักศาสนา (Halal)

ในคดีนี้ศาลได้นำมาตรการดังกล่าวมาพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ โดยศาลได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองสัตว์อันเป็นประโยชน์มหาชนที่ได้รับควบคู่กับผลกระทบต่อสิทธิในการประกอบอาชีพที่คนขายเนื้อชาวมุสลิมได้รับ<sup>63</sup> โดยในคดีนี้แสดงให้เห็นถึงการพิจารณาความเสียหาย (Severity) ที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนเปรียบเทียบกับผลประโยชน์มหาชนที่จะได้รับอันแสดงถึงแก่นของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ศาลได้ตัดสินว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นพอสมควรแก่เหตุกับประโยชน์มหาชนที่ได้รับ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวแม้สร้างความเสียหายก็จริงแต่ไม่ได้จำกัดสิทธิทั้งหมด ชาวมุสลิมที่ได้รับผลกระทบอาจอาศัยข้อยกเว้นขออนุญาตต่อเจ้าพนักงานในการเชือดสัตว์หรือชาวมุสลิมผู้ขายเนื้ออาจจะต้องขายเนื้อดังกล่าวให้กับบุคคลที่ไม่ยึดหลักศาสนาในการบริโภคแทน

นอกจากนี้ในคดีนี้ศาลได้เข้าไปพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายดังกล่าว ศาลได้อ้างอิงถึงบันทึกการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ (Records of the Bundestag 10/5259)<sup>64</sup> โดยจากบันทึกการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นได้แสดงให้เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายดังกล่าวโดยคำนึงถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะได้รับผลกระทบกล่าวคือกลุ่มมุสลิม นอกจากนี้มาตรการดังกล่าวยังมีข้อยกเว้น ในกรณีที่เป็นการฆ่าสัตว์ตามพิธีกรรมทางศาสนาสามารถกระทำได้หากขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่ ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ประชาชนบางกลุ่มไม่ต้องฝ่าฝืนข้อห้ามในทางศาสนา ดังนั้นมาตรการดังกล่าวได้ถือว่าพอสมควรแก่เหตุแล้ว

จากคดีดังกล่าวเราจะเห็นได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุมีการพิจารณาอย่างรอบด้านทั้งในแง่ความรุนแรงจากการกระทบสิทธิของปัจเจกชนรวมไปถึงความมีเหตุผลของการตรากฎหมาย ทั้งนี้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมีความสำคัญยิ่งในการพิจารณาเหตุผลของการจำกัดสิทธิโดยอำนาจมหาชนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

<sup>63</sup> “These consequences for pious Muslim butchers and their pious customers must be weighed against the fact that the protection of animals constitutes a public interest” *Ibid.*, p.45.

<sup>64</sup> *Ibid.* p.50.

#### 4.4 ลักษณะการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบของศาลรัฐธรรมนูญ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ส่วนที่มีความเปลี่ยนแปลงอย่างมากคือหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ หากพิจารณาเชิงประวัติศาสตร์ถึงความสม่ำเสมอในการปรับใช้ตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมาจะเห็นได้ว่าการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบได้เปลี่ยนไปในเชิงปริมาณอย่างมีนัยสำคัญ<sup>65</sup> ซึ่งในบทย่อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบซึ่งถือได้ว่าเป็นแก่นของหลักความพอสมควรแก่เหตุและลักษณะการปรับใช้ใน สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้เนื่องจากหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบไม่เพียงแต่เป็นแก่นของหลักความพอสมควรแก่เหตุเท่านั้น แต่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเราอาจพิจารณาได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบได้ถูกนำไปปรับใช้ในลักษณะที่แตกต่างกันในคดีรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เราอาจแบ่งกรณีที่สำคัญได้เป็นสองกรณีนั่นคือ การใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในลักษณะที่เป็นการชั่งน้ำหนักในเชิงเปรียบเทียบคุณค่าพื้นฐานโดยตรงและหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในเชิงการตรวจสอบความมีเหตุผลของมาตรการทางกฎหมาย (rationalize balancing)<sup>66</sup> ทั้งนี้ในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจำนวนมาก การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบโดยอาศัยการสร้างดุลยภาพนั้น (balancing) โดยส่วนใหญ่มีลักษณะเป็นการให้เหตุผล (reasoning) โดยการตรวจสอบความเหตุผลของการนิติบัญญัติแต่ในขณะเดียวกันยังมีคดีบางคดีซึ่งเป็นจำนวนส่วนน้อยที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้อาศัยการชั่งน้ำหนักในหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในลักษณะที่เปรียบเทียบคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Values) ที่เป็นนามธรรม

เราอาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยหลักไม่ได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในลักษณะมีสูตรการสร้างดุลยภาพที่ตายตัว แต่ศาลปรับใช้การชั่งน้ำหนักดังกล่าวในลักษณะที่สร้างเหตุผลอันชอบธรรม (justified) หรือให้เหตุผล (reasoning) ในการตรวจสอบกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญเสียมากกว่า ซึ่ง Niel Petersen ได้สรุปว่าการปรับใช้การชั่งน้ำหนักในหลักความพอสมควรแก่เหตุในพรมแดนกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์

<sup>65</sup> โปรดดู 4.1

<sup>66</sup> Niel Petersen, *supra* note 1, p.163.

สาธารณรัฐเยอรมนีส่วนมากมีลักษณะเป็นการตรวจสอบความมีเหตุผลของการนิติบัญญัติ (review the rationality of legislative process) มากไปกว่าการเข้าไปแก้ไขคุณค่าพื้นฐานของมาตรการจากฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง<sup>67</sup>

เราอาจกล่าวได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมีความสำคัญมากที่สุดในการพิจารณาเรื่องคดีที่กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากในทางสถิติศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะอาศัยหลักการนี้เป็นจำนวนมากในการพิพากษาว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญและหลักการนี้ยังถือได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุและถูกวิพากษ์วิจารณ์มากที่สุดในแง่ของการให้ดุลพินิจแก่องค์กรตุลาการในการขยายอำนาจของตน ทั้งนี้ หลักการนี้จึงควรค่าแก่การศึกษาอย่างยิ่ง

#### 4.4.1. ลักษณะการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะการตรวจสอบเหตุผลของการนิติบัญญัติ

การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น โดยทั่วไปศาลไม่ได้พิจารณาในลักษณะที่อาศัยสูตรคณิตศาสตร์ที่ตายตัว ดังเช่นที่นักวิชาการบางท่านเสนอ ในคดีประเภทนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมิได้ชี้แจงน้ำหนักในเชิงคุณค่าพื้นฐานในการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในคดีจำนวนมากศาลเข้าไปตรวจสอบความมีเหตุผลมีผลของกฎหมาย ซึ่งคดีในลักษณะนี้อาจแบ่งได้เป็นสี่ลักษณะด้วยกัน ตามภารกิจของหลักความพอสมควรแก่เหตุ (functions) ที่ศาลมุ่งปรับใช้ แต่อย่างไรก็ตามการแบ่งประเภทดังกล่าวเป็นการแบ่งโดยอาศัยการตั้งลักษณะเด่นของคำพิพากษาออกมาตามลักษณะภารกิจของการปรับใช้เท่านั้นดังนั้นคำพิพากษาในบางคดีอาจต้องตรงกับประเภทมากกว่าหนึ่งประเภทก็เป็นได้

##### 4.4.1.1. หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในฐานะเครื่องมือจัดสรรภาระทางการเงินของปัจเจกชนจากมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติ

มาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติโดยทั่วไปไม่ว่าจะมากหรือน้อย มาตรการดังกล่าวย่อมมีภาระค่าใช้จ่ายที่ต้องแบกรับเสมอ และในบางกรณีค่าใช้จ่ายดังกล่าวอาจเกิดแก่เอกชนจากมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ ศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ โดยอาศัยการชั่งน้ำหนักเพื่อเข้ามาประเมินภาระค่าใช้จ่าย

<sup>67</sup> Niel Petersen, *supra* note 1, p.163.

ที่เกิดแก่เอกชนจากมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพ โดยศาลนั้นได้ใช้การสร้างดุลยภาพ จากหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการเปลี่ยน (shift) ภาระทางการเงินอัน เกิดจากมาตรการนั้นๆ<sup>68</sup> โดยในคดีประเภทนี้ศาลได้ตระหนักถึงเป้าประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ใน คำพิพากษาของศาลนั้นศาลได้แสดงเหตุผลและเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติเปลี่ยนแปลงมาตรการอันมี ผลกระทบเรื่องภาระทางการเงินที่กระทบปัจเจกชน และโดยสภาพคดีลักษณะนี้ศาลไม่ได้ เปรียบเทียบคุณค่าอันมีลักษณะประเมินไม่ได้ แต่ได้พยายามเรียกร้องให้มีการชดเชยในทางการเงินแก่ เอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการนั้น

คดีที่มีชื่อเสียงโด่งดังนั้นเป็นคดีที่เกิดจากกฎหมายของมลรัฐ Hesse โดย สำนักพิมพ์หรือผู้ที่พิมพ์หนังสือตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องส่งสำเนาหนังสือของตนให้แก่ ห้องสมุด สาธารณะที่รัฐกำหนด โดยศาลได้ตระหนักถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้ ประชาชนทั่วไปได้เข้าถึงสิ่งพิมพ์ที่ถูกพิมพ์ขึ้นในอาณาเขตของมลรัฐ Hesse<sup>69</sup> อย่างไรก็ตาม กฎหมาย ฉบับนี้มีลักษณะขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติ นั้นไม่ได้กำหนดมาตรการในการชดเชยในทางการเงินไว้อย่างใด โดยผู้ร้องคดีนั้นเป็นผู้ที่พิมพ์หนังสือ ขายโดยหนังสือดังกล่าวเป็นหนังสือที่มีราคาสูงมากเนื่องจากการออกแบบศิลป์ และหนังสือดังกล่าวผู้ พิมพ์ยังได้พิมพ์เพียงจำนวนไม่ถึง 100 เล่ม โดยศาลรัฐธรรมนูญว่ากรณีดังกล่าว การที่กฎหมาย กำหนดให้ผู้พิมพ์ต้องส่งสำเนาหนังสือจำนวนหนึ่งให้กับห้องสมุดสาธารณะซึ่งดูแลโดยรัฐนั้น เป็นการ กระทำที่สร้างความยากลำบากอย่างยิ่งให้แก่ปัจเจกชนผู้ร้อง ดังนั้นศาลจึงได้เรียกร้องให้ฝ่ายรัฐต้องมี มาตรการชดเชยในทางการเงินให้กับเอกชนในกรณีที่น่าที่ในการส่งมอบหนังสือนั้นก่อให้เกิดภาระ ทางการเงินอย่างยิ่งแก่เอกชน

นอกจากกรณีดังกล่าวแล้ว เราอาจพบกรณีที่ศาลใช้หลักความ พอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเป็นเครื่องมือเปลี่ยนแปลงภาระทางการเงินในกรณีอื่น กฎหมายแรงงานหรือกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดภาระค่าใช้จ่ายบางอย่างแก่เอกชน เช่นในคดีหนึ่ง ฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายที่กำหนดภาระให้นายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างแก่ลูกจ้างในกรณีที่ลูกจ้างลา ไปทำกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ โดยศาลได้พิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวขัดกับ รัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวสร้างภาระเกินสมควรแก่เหตุแก่นายจ้าง โดยศาลให้เหตุผลว่าเมื่อ พิจารณาจากประโยชน์ที่เกิดจากกิจกรรมที่ลูกจ้างขาดงานไปนั้นเป็นผลประโยชน์ที่ตกแก่สาธารณะ ดังนั้นการจ่ายค่าจ้างแก่ลูกจ้างที่ลาไปเพื่อกรณีดังกล่าว จึงควรแบ่งสรรปันส่วนเป็นภาระแก่รัฐด้วยมิ

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> BVerfGE 58, 149, cited in Petersen *supra* note 1, p.166.

ใช้ตกเป็นภาระแก่นายจ้างผู้เดียว<sup>70</sup> หรือในกรณีกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับให้ผู้ประกอบอาชีพโนตารี ต้องยกเว้นค่าธรรมเนียมในการกระทำบางอย่างของตน โดยศาลตัดสินว่าโนตารีนั้นควรได้ ค่าธรรมเนียมในการกระทำของตนอย่างน้อยที่สุดที่ต้องครอบคลุมค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการงานหน้าที่ ของการกระทำนั้นๆ<sup>71</sup>

หากเราวิเคราะห์ถึงกรณีตัวอย่างทั้งหมดที่กล่าวมาดังกล่าว กฎหมาย ทั้งหมดนั้นมีลักษณะสำคัญคือเป็นกฎหมายที่มาตรการนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะโดย มาตรการดังกล่าวได้สร้างภาระทางการเงินแก่เอกชน ไม่ว่าจะเป็นการเข้าถึงหนังสือในห้องสมุดของรัฐ การประกอบกิจกรรมของลูกจ้างในช่วงการลาหยุด หรือการกระทำของโนตารี ทุกกรณีล้วนแล้วแต่ เป็นกรณีที่เอกชนต้องรับภาระทางการเงินโดยเสียผลประโยชน์ของเอกชนเองเพื่อประโยชน์สาธารณะ ที่ตกแก่ทุกคน ดังนั้นในกรณีดังกล่าว ศาลจึงเข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการกำหนดภาระค่าใช้จ่าย เสียใหม่ โดยมีหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเป็นเครื่องมือในการประเมินดุลย ภาพดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตามยังมีคดีจำนวนหนึ่งซึ่งเป็นจำนวนน้อย ซึ่งศาล รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้เปลี่ยนแปลงภาระค่าใช้จ่ายจากเอกชนมายังฝ่ายรัฐ หากแต่เปลี่ยนแปลงภาระทางการเงินหรือค่าใช้จ่ายดังกล่าวไปที่กลุ่มอื่นในสังคม (different societal group) ยกตัวอย่างคดีดังกล่าวคือคดี Textbook Privilege<sup>72</sup> อันเกิดในปี 1971 โดยบทบัญญัติแห่ง กฎหมายได้อนุญาตให้ผู้พิมพ์หรือสำนักพิมพ์ปลอดจากการโดนฟ้องในทางกฎหมาย ในการนำตำรา เรียนหรือโน้ตเพลงไปพิมพ์ซ้ำโดยปราศจากความยินยอมของผู้แต่ง แม้ว่าในทางลิขสิทธิ์ผู้แต่งยังคง ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายก็ตาม ศาลได้ตระหนักถึงเป้าประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าวโดย เป้าประสงค์ดังกล่าวคือการให้นักเรียนเข้าถึงมรดกทางวัฒนธรรมของบทประพันธ์ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้พิจารณาด้วยว่าผู้ประพันธ์ โน้ตเพลงหรือตำราเรียนนั้นย่อมมีสิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์ทาง เศรษฐกิจของผลงานของตน และนอกจากนั้นยังไม่มีเหตุผลอื่นๆในการสร้างความชอบธรรมแก่ มาตรการดังกล่าว ท้ายที่สุดศาลได้ตัดสินว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากการห้ามมิ ให้ผู้ประพันธ์ได้รับค่าชดเชยในกรณีที่งานประพันธ์ดังกล่าวถูกพิมพ์ซ้ำ

<sup>70</sup> BVerfGE 77, 308, cited in Niel Petersen *supra* note 1, p.167.

<sup>71</sup> BVerfGE 77, 308, cited in Niel Petersen *supra* note 1, p.166.

<sup>72</sup> BVerfGE 31, 229, cited in Niel Petersen *supra* note 1, p.168.



#### 4.4.1.2. หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในฐานะเครื่องมือ

##### ทบทวนความเหมาะสมของมาตรการและผล

ในกรณีที่สองนั้นเป็นกรณีที่ศาลมุ่งหมายใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการประเมินความเหมาะสมของมาตรการและผลอย่างไรก็ตามเราอาจกล่าวได้ว่า เราอาจคุ้นเคยกับวิธีการตรวจสอบแบบนี้ในขั้นตอนช่วงแรกของหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั่นคือการประเมินวัตถุประสงค์อันชอบธรรม การประเมินความเหมาะสม และการประเมินความจำเป็นของวัตถุประสงค์นั้น ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีการพิจารณาเรื่องวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมรวมถึงการพิจารณาตามหลักความเหมาะสมและหลักความจำเป็นนั้น เราอาจกล่าวได้ว่าสามขั้นตอนแรกดังกล่าวไม่มีการประเมินค่าอย่างเข้มข้น (strongly evaluative) เนื่องจากหากโดยหลักวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ วัตถุประสงค์นั้นย่อมถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติมีความชอบธรรมในการที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ในระบอบประชาธิปไตย ในส่วนหลักความเหมาะสมและหลักความจำเป็นนั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้แม้จะในทางทฤษฎีและมาตรการนั้นเป็นวิถีทางที่น้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้โดยไม่ทำให้เครื่องบ่งชี้ในแง่ความมีประสิทธิภาพลดลง มาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวย่อมผ่านการตรวจสอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสองขั้นตอนแรก

อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวย่อมถูกประเมินค่าอีกครั้งโดยอาศัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ยกตัวอย่างเช่นในหลักความจำเป็นแม้จะมีมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าแต่มาตรการนั้นส่งผลในเรื่องประสิทธิภาพน้อยกว่า ศาลย่อมไม่นำมาตรการนั้นมาพิจารณาเปรียบเทียบในหลักความจำเป็น แต่ในการพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ศาลได้นำมาตรการดังกล่าวมาประเมินคุณค่าอันเป็นการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้เราอาจกล่าวได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเป็นเครื่องมือสำคัญในการพิจารณาความเหมาะสมระหว่างมาตรการและผลของศาลในลักษณะที่ปลายเปิดและปราศจากข้อจำกัดอย่างเช่นในหลักความพอสมควรแก่เหตุในขั้นตอนแรก ๆ

ในกรณีแรกเราอาจกล่าวได้ว่า เราพบลักษณะการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบกับมาตรการที่ศาลตั้งคำถามในเรื่องความมีประสิทธิภาพของมาตรการนั้น ยกตัวอย่างเช่นในคดีที่เกี่ยวข้องกับการเช่าที่ดินเพื่อทำการเกษตร (Allotments case)<sup>73</sup> โดยกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับการเช่าที่ดินทำการเกษตรนั้นได้กำหนดราคาเช่าขั้นต่ำ ซึ่งราคาตามกฎหมายดังกล่าวได้ต่ำกว่าราคาตลาดเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ฝ่ายนิติบัญญัติได้เหตุผลว่ากรณี

<sup>73</sup> BVerfGE 87, 114, cited in Niel Petersen *supra* note 1, p.169.



ดังกล่าวเพื่อความเป็นธรรมและปกป้องกลุ่มทางสังคมที่มีกำลังทางเศรษฐกิจน้อยกว่า แต่อย่างไรก็ตามศาลได้กล่าวว่าจากข้อเท็จจริงนั้น การเข้าที่ดินเพื่อทำการเกษตรดังกล่าวผู้เช่าส่วนใหญ่เป็นชนชั้นกลาง ศาลได้ตั้งคำถามถึงประสิทธิภาพของมาตรการดังกล่าว ศาลกล่าวว่าหากกรณีดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติต้องการสนับสนุนผู้ที่มีกำลังทางเศรษฐกิจที่เสียเปรียบ การตรากฎหมายยอมมอบนิติมาตรการที่มุ่งไปที่ผู้ที่มีกำลังทางเศรษฐกิจน้อยอย่างเฉพาะเจาะจง ดังนั้น มาตรการดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์อย่างมีเหตุผลในการตรวจสอบตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ ศาลได้ตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในชั้นการชั่งน้ำหนักหรือสร้างดุลยภาพ

ในกรณีถัดมาศาลรัฐธรรมนูญใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการประเมินมาตรการที่ผ่านการตรวจสอบตามหลักความจำเป็นมาได้ ยกตัวอย่างเช่นมาตรการที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิของปัจเจกชนน้อยกว่าแต่ไม่มีประสิทธิภาพ เท่ากับมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติหรือมีผลเป็นการเพิ่มภาระทางงบประมาณแก่รัฐอย่างมีนัยสำคัญ มาตรการเหล่านี้ได้ถูกพิจารณาตามหลักการสร้างดุลยภาพในชั้นของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอีกครั้ง

ยกตัวอย่างเช่นในคดี Hoof care<sup>74</sup> ในกรกฎาคมปี 2007 โดยคดีนี้เป็นเรื่องราวเกี่ยวกับกฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติที่บังคับให้ผู้ที่ประกอบอาชีพคนดูแลเกือกม้า (hoof care taker) และผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคเรื่องเกือกม้า (hoof technician) ต้องมีคุณสมบัติในการเป็นช่างซ่อมเกือกม้า (farrier) ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้การประกอบอาชีพช่างซ่อมเกือกม้านั้นจำเป็นต้องได้รับการอบรมและศึกษาในเรื่องการดูแลเกือกม้าอย่างกว้างขวางกว่าเพื่อให้สามารถระบุวิธีการรักษาของเกือกม้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามศาลได้ตระหนักถึงความรู้ความสามารถที่แตกต่างกันของอาชีพทั้งหมดในคดี และอย่างไรก็ตามศาลได้กล่าวว่า ความรู้ในทางทฤษฎีของผู้ดูแลเกือกม้าที่ดีหรือผู้เชี่ยวชาญในการเทคนิคเกือกม้าก็ดี หากเป็นกรณีที่บุคคลที่ประกอบอาชีพเหล่านี้ขาดความรู้ในเชิงปฏิบัติว่าจะรักษาเกือกม้าอย่างไร บุคคลที่ประกอบเหล่านี้สามารถอ้างถึงการรักษาจากผู้ประกอบอาชีพช่างซ่อมเกือกม้าได้โดยศาลได้เปรียบเทียบกรณีดังกล่าว กับแพทย์และผู้ประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับการแพทย์อื่นๆ เช่น นักเทคนิคการแพทย์หรือพยาบาลก็ไม่ได้ถูกเรียกร้องให้ต้องจบการศึกษาอย่างแพทย์แต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีที่การบำบัดหรือรักษาต้องอาศัยความรู้ทางการแพทย์ ผู้ประกอบอาชีพเหล่านี้สามารถส่งต่อกรณีดังกล่าวหรือคนไข้ไปให้แพทย์ได้ ในคดีดังกล่าวก็เช่นกัน การกำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพเกี่ยวกับเกือกม้าอื่น ๆ ต้องได้รับการศึกษาอบรมเฉพาะเรื่องการรักษาเกือกม้าแม้จะส่งผลให้มีประสิทธิภาพที่มากกว่าการได้รับการศึกษาเฉพาะเรื่องการดูแลเกือกม้า

<sup>74</sup> BVerfGE 119, 59, cited in Niel Petersen *supra* note 1, p.169.

หรือการเทคนิคเกือบอย่างเดียว แต่ประสิทธิภาพดังกล่าวย่อมมีมากกว่าเพียงเล็กน้อย (slightly effective) ในขณะที่มาตรการในเรื่องดังกล่าวยังมีมาตรการที่กระทบสิทธิเล็กน้อยกว่าแต่ให้ผลในแง่ประสิทธิภาพไม่แตกต่างกันมาก ดังนั้นกฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งหลักการตามคำพิพากษานี้คือหากมีมาตรการที่ก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพน้อยกว่าเพียงเล็กน้อยแต่ก่อให้เกิดการแทรกแซงสิทธิของปัจเจกชนที่น้อยกว่ามาก (far less restrictive) มาตรการนั้นย่อมถือว่าขัดหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในกรณีสุดท้ายศาลได้ใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการพิจารณาว่ากฎหมายที่มีลักษณะครอบคลุมกว้างเกิน (overbroad) ทั้งนี้ในแง่ที่เราอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายในลักษณะนี้โดยทั่วไปมักจะเป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถแก้ไขความไม่ชอบได้ด้วยการตีกรอบหรือระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้เฉพาะเจาะจงมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่นคดีเกี่ยวกับ เงินค่าช่วยเหลือกรณีว่างงานในคำพิพากษาเดือนกุมภาพันธ์ปี 1987 โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเป็นวัตถุแห่งคดีนั้น ได้กำหนดว่าหากกรณีที่บุคคลผู้ว่างงานมิได้ยื่นคำขอรับเงินตามกฎหมายดังกล่าวภายในเวลาสองอาทิตย์นับแต่เลิกจ้าง ย่อมถูกตัดสิทธิมิให้รับประโยชน์ตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติต้องการใช้มาตรการนี้ในการป้องกันการยื่นคำขอโดยทุจริต อย่างไรก็ตามศาลตัดสินว่ากรณีดังกล่าวนั้นไม่เพียงพอที่จะป้องกันการทุจริตที่เกิดจากการยื่นคำขอล่าช้า ปัจเจกชนอาจมีเหตุฉุกเฉินหรือมีข้อผิดพลาดเกิดขึ้นจนไม่สามารถยื่นคำขอภายในเงื่อนไขบังคับสองสัปดาห์นั้นจากหลากหลายสาเหตุโดยศาลกล่าวว่ามาตรการดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการไม่ยื่นคำขอภายในระยะเวลาที่กำหนดกับการยื่นคำขอล่าช้าโดยทุจริต ดังนั้นศาลจึงตัดสินว่าหลักการดังกล่าวไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>75</sup>

อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวมานั้นเป็นกรณีที่กฎหมายอาจถูกบัญญัติให้ชัดเจนยิ่งขึ้นได้ เช่นการสร้างข้อยกเว้นในเรื่องการยื่นคำขอที่เกินระยะเวลาโดยมีเหตุฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วนไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ แต่อย่างไรก็ดี การบัญญัติกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยเกินความกว้างเกินนั้นในบางกรณีซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแก่มาตรการทั้งหมดได้ ยกตัวอย่างเช่น คดีสถานะของบุคคลข้ามเพศซึ่งตัดสินโดยศาลรัฐธรรมนูญในปี 2005<sup>76</sup>

กรณีดังกล่าวเกี่ยวกับกฎหมายที่ว่าด้วยสถานะของบุคคลข้ามเพศ (transsexuals) โดยในเบื้องต้นกฎหมายฉบับนี้ได้แบ่งแยกบุคคลข้ามเพศเป็นสองประเภท ประเภทแรกคือการเปลี่ยนแปลงทางกายภาพ เช่น การเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ หรือ การรับฮอร์โมนในการ

<sup>75</sup> BVerfGE 74, 203, cited in Niel Petersen, *supra note 1*, p.170.

<sup>76</sup> BVerfGE 115, 1, cited in Niel Petersen, *supra note 1*, p.170.

เปลี่ยนเพศสภาพ อีกประเภทหนึ่งคือบุคคลที่ขอเปลี่ยนคำนำหน้านาม แต่ยังมีลักษณะทางกายตรงกับเพศโดยธรรมชาติ ซึ่งตามกฎหมายนั้นบุคคลข้ามเพศจะมีสถานะว่าเป็นเพศชายหรือหญิงนั้นก็ต่อเมื่อมีการผ่าตัดแปลงเพศหรือเข้ารับฮอร์โมนทางเพศเพื่อแปลงเพศ ดังนั้นบุคคลข้ามเพศซึ่งตัดสินใจเปลี่ยนแปลงเพศแค่สถานะคำนำหน้านาม จึงมีสถานะในทางกฎหมายตรงกับเพศทางธรรมชาติของตนตาม ดังนั้นในกรณีที่ผู้ชายที่ต้องการเปลี่ยนเพศเป็นเพศหญิงหากรับคำนำหน้านามเพศหญิงมาอย่างเดียว ในทางทะเบียนราษฎรบุคคลเหล่านี้ยังคงสถานะเป็นเพศชายตามกฎหมาย และบุคคลเหล่านี้หากต้องการสมรสสามารถกระทำได้ในลักษณะการสมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น นอกจากนี้สถานะสมรสดังกล่าวยังก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโดยอัตโนมัติในเรื่องคำนำหน้าชื่อ เช่นผู้ชายที่เปลี่ยนคำนำหน้านามเป็น “นางสาว” ย่อมถูกเพิกถอนคำนำหน้านามโดยอัตโนมัติและกลับไปใช้คำนำหน้านามว่า “นาย” ชายตามกฎหมายฉบับนี้

ผู้ร้องคดีเป็นบุคคลที่เปลี่ยนเพศจากชายเป็นหญิงโดยอาศัยการเปลี่ยนคำนำหน้านาม ทั้งนี้บุคคลผู้นี้ได้สมรสกับเพศหญิง บุคคลผู้นี้เป็นบุคคลข้ามเพศที่ต้องการเป็นเพศหญิงแต่มีรสนิยมทางเพศแบบนิยมชมชอบเพศเดียวกันกล่าวคือเป็น Lesbian ซึ่งบุคคลผู้ร้องคดีได้ถูกกระทบบสิทธิเนื่องจากบุคคลดังกล่าวได้แต่งงานกับเพศหญิงและโดยกฎหมายนั้น ผู้ร้องคดีได้ถูกยกเลิกคำนำหน้าเพศในฐานะเพศหญิงโดยอัตโนมัติ และในคำพิพากษานั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพิพากษาว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้แม้ศาลจะตระหนักถึงมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวว่าตั้งอยู่บนการสันนิษฐานว่า บุคคลผู้เปลี่ยนเพศโดยอาศัยวิธีเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อนั้น เป็นบุคคลที่อยู่ในภาวะเปลี่ยนผ่านอันนำไปสู่การบำบัดโรคจิตเพศเท่านั้น ซึ่งการแต่งงานนั้นแสดงให้เห็นว่าบุคคลดังกล่าวย่อมประสงค์ที่จะกลับไปเป็นเพศสภาพเดิมโดยกำเนิด ซึ่งศาลชี้ให้เห็นว่าเป็นการคาดเดาผิดพลาด เนื่องจากประการแรกนั้นการเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อเพื่อเปลี่ยนเพศนั้นเป็นสถานะที่เตรียมเข้าสู่การบำบัดการจิตเพศของตนไม่ได้มีวิจัยหรืองานทางวิทยาศาสตร์บ่งชี้ ประการต่อมาในเรื่องเพศนั้น บุคคลที่เปลี่ยนเพศ (transsexuals) มีเป็นจำนวนมากที่มีความรู้สึกกว่าพวกเขาเป็นเพศอื่นโดยที่ไม่จำเป็นต้องเข้ารับการผ่าตัดหรือการเปลี่ยนแปลงทางกายภาพแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้นศาลได้กล่าวว่าการตั้งสมมุติฐานว่าการแต่งงานเป็นการกลับไปหาเพศสภาพโดยกำเนิดเป็นเรื่องที่ไม่น่าเชื่อถือ เนื่องจากบุคคลข้ามเพศจำนวนมากมีรสนิยมทางเพศในลักษณะที่ชื่นชอบเพศเดียวกัน (Homosexual) และการแต่งงานก็เป็นเพียงทางเดียวที่บุคคลจะสร้างความสัมพันธ์ในทางกฎหมายขึ้นมาในขณะนั้นดังนั้น กรณีดังกล่าวการยกเลิกคำนำหน้านามแก่บุคคลข้ามเพศที่แต่งงานแล้วเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ

#### 4.4.1.3. หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในฐานะเครื่องมือในการพิจารณาความสมเหตุสมผลของมาตรการจากฝ่ายนิติบัญญัติ

ในหลาย ๆ กรณีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเพื่อเป็นเครื่องมือในการพิจารณาความสมเหตุสมผลของมาตรการจากฝ่ายนิติบัญญัติ การพิจารณาว่ากฎหมายหรือมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติใดนั้นสมเหตุสมผลหรือไม่อาจเกิดได้หลายกรณี ในกรณีแรกกฎหมายนั้นกฎหมายอาจขาดความสมเหตุสมผลจากปัจจัยภายใน ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มุ่งหมายวัตถุประสงค์บางอย่างแน่นอน แต่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดมาตรการถึงบางส่วนที่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์นี้หรือกำหนดมาตรการโดยมีลักษณะครอบคลุมไปถึงกรณีที่ไม่จำเป็นต้องครอบคลุมหรือตัดกรณีที่จะควรจะถูกครอบคลุมให้บรรลุวัตถุประสงค์ออกไป (over/under-inclusiveness)<sup>77</sup>

กรณีถัดมากฎหมายอาจขาดความสมเหตุสมผลเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดมาตรการใหม่ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิปัจเจกชนอย่างร้ายแรงกว่ามาตรการเดิม โดยมาตรการดังกล่าวปราศจากความจำเป็นอย่างเพียงพอเมื่อเทียบกับมาตรการเก่า<sup>78</sup> โดยในกรณีดังกล่าวศาลมักจะยกภาระการพิสูจน์ให้ฝ่ายนิติบัญญัติว่าในการให้เหตุผลอันชอบธรรมว่าเหตุใดมาตรการเก่าจึงไม่เพียงพอ

โดยคดีตัวอย่างในกรณีนี้ได้ปรากฏในคดีการเช่าที่ดินเพื่อทำการเกษตร<sup>79</sup> โดยในคดีนี้มีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิในทรัพย์สินของผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าสามารถยกเลิกสัญญาเช่าได้เฉพาะในสองกรณีประการแรกคือการละเมิดหน้าที่ตามข้อสัญญาอย่างจงใจของผู้เช่า<sup>80</sup> หรือกรณีที่ดินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าไม่ว่าจะโดยทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นสาระสำคัญเพื่อนำไปสู่ประโยชน์สาธารณะ<sup>81</sup> โดยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันจำกัดตรอนสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยในขั้นตอนสุดท้ายของหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั่นคือการ

<sup>77</sup> Niel Petersen, *supra note 1*, p.134.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p.75.

<sup>79</sup> BverfGE 52, 1, cited in Niel Petersen, *supra note 1*, p.171.

<sup>80</sup> ‘Grossly violated contractual obligations’ see also Niel Petersen, *supra note 1*, p.171 อ้างอิงคำตามกฎหมายเอกชนจาก Black Law’s dictionary

<sup>81</sup> ทั้งนี้ตามความเข้าใจของผู้เขียนอาจไม่ได้หมายถึงการเวนคืนที่ดินอย่างเดียวยังอาจหมายถึงภาระผูกพันตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินอื่นๆ เช่น ทางจำเป็น, สภาวะที่เกิดจากการรอนสิทธิในการสร้างสาธารณูปโภคเช่นภาระจำยอมตามกฎหมาย เป็นต้น

สร้างดุลยภาพหรือการชั่งน้ำหนัก ศาลได้ตรวจสอบความสมเหตุสมผลในมาตรการตามกฎหมายดังกล่าว ศาลกล่าวว่าการคุ้มครองผู้เช่าอย่างยิ่งยวดในมาตรการตามกฎหมายนี้เกิดจากเป้าประสงค์ที่ต้องการคุ้มครองปัจเจกปัจเจกชนแก่ประชากรในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง โดยการเช่าที่ดินทำการเกษตรนั้นในปัจจุบันได้มีวัตถุประสงค์เปลี่ยนไป เนื่องด้วยปัจจุบันผู้เช่าส่วนใหญ่ไม่มีได้เช่าเพื่อทำการเกษตรยังชีพหากแต่ใช้ที่ดินโดยวัตถุประสงค์ในความบันเทิงหรือถือเป็นงานอดิเรก ดังนั้นหากเปรียบเทียบดังกล่าวกับกรณีกฎหมายที่คุ้มครองเกี่ยวกับการเช่าแฟลตแต่อย่างใด ดังนั้นศาลสรุปว่า มาตรการตามกฎหมายนี้ได้ปฏิเสธผลประโยชน์ของผู้ให้เช่าที่ดินอย่างสิ้นเชิงดังนั้นมาตรการดังกล่าวจึงขาดความพอสมควรแก่เหตุ

อย่างไรก็ตามการชั่งน้ำหนัก (balancing) ในลักษณะของเครื่องในการตรวจสอบความสมเหตุสมผลของกฎหมายนั้นได้มีบทบาทสำคัญในคดีหนึ่งซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>82</sup> ซึ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บังคับให้ต้องประกาศความเป็นบุคคลเสมือนไร้ความสามารถ (incapacitations) ในลักษณะที่ทำให้สาธารณะชนได้รับรู้ในกรณีเหตุแห่งความเสมือนไร้ความสามารถนั้นมาจากเหตุแห่งการประพฤตีสຸຣຸຍສຸຣຸຍເສເພລເປັນອາຈິณ (dissipation) หรือการติดสุรายาเมา (alcoholism)<sup>83</sup>

ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินให้บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุเนื่องจากเป็นการทำให้ปัจเจกชนผู้ถูกประกาศเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถด้วยเหตุดังกล่าวเสื่อมเสียเกียรติ แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะให้เหตุผลว่ามาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อความเชื่อมั่นของสาธารณะชนในการก่อนิติสัมพันธ์ อย่างไรก็ตามศาลได้กล่าวว่าการกฎหมายดังกล่าวขาดความสมเหตุสมผล นั่นคือการเป็นบุคคลที่สุรຸຍສຸຣຸຍເສເພລເປັນອາຈິณกับการติดสุรายาเมานั้นเป็นเหตุแห่งการเสมือนไร้ความสามารถเพียงส่วนหนึ่ง ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีบุคคลเป็นบุคคลเสมือนไร้ความสามารถจากเหตุดังกล่าวต่ำกว่าร้อยละ 10 ดังนั้นผู้ที่เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถที่เป็นจำนวนมากส่วนใหญ่ที่มาจากสาเหตุอื่นกลับไม่จำเป็นต้องได้รับการประกาศให้สาธารณะชนรับรู้เหตุแห่งความเสมือนไร้ความสามารถแต่อย่างใด ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวชี้ให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่มีความจำเป็นใดๆในการคุ้มครองความเชื่อถือว่าว่างใจของสาธารณะชน

<sup>82</sup> BverfGE 78, 77 cited in, Niel Petersen, *supra note 1*, p.171.

<sup>83</sup> ผู้เขียนเทียบเคียงและนำคำจากประมวลกฎหมายแพ่งละพาดิษย์ของไทยมาใช้ โปรดดูมาตรา 32

#### 4.4.1.4 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในฐานะเครื่องมือแก้ไขการอันเกินสมควรแก่เหตุของปัจเจกชน (Correcting individual hardship)

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น อาจมีการปรับใช้อีกประเภทหนึ่งนั่นคือการชั่งน้ำหนักเพื่อแก้ไขการอันเกินสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้ลักษณะของการชั่งน้ำหนักและการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในประเภทนี้เราอาจกล่าวได้ว่าเป็นประเภท (category) ที่โดยมากนั้นอาจจัดอยู่ในการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบประเภทอื่นได้ด้วย ทั้งนี้ลักษณะที่สำคัญของการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเพื่อแก้ไขการอันเกินสมควรแก่ปัจเจกชนนั้น มีลักษณะสำคัญตามที่ Niel Petersen ได้กล่าวไว้คือ ศาลได้มุ่งพิจารณาเชิงเปรียบเทียบถึงความสำคัญระหว่างภาระที่ปัจเจกชนต้องแบกรับกับความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบประเภทนี้เป็นกรณีที่มาตราการของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นไม่ถูกฝ่ายตุลาการพิจารณาว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเสียทั้งหมดและไม่กระทบกับสาระสำคัญของมาตรการของกฎหมายนั้นๆ<sup>84</sup> ทั้งนี้เราอาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในคดีประเภทนี้ได้ยอมรับคุณค่าหรือความชอบธรรมของเป้าประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติและเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติสร้างมาตรการบางอย่างเพิ่มเติม เช่นการสร้างข้อยกเว้นให้กับกลุ่มที่ต้องรับภาระโดยเฉพาะเจาะจงจากมาตรานั้น หรือการสร้างบทเฉพาะกาลขึ้นในกรณีที่กฎหมายใหม่นั้นมีผลเป็นการจำกัดสิทธิมากกว่ากฎหมายเก่า เพื่อเป็นประโยชน์แก่เอกชนที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายใหม่นั้น

ในตัวอย่างคดีดังกล่าวประเภทดังกล่าวนี้เราอาจกล่าวได้ว่ามีการยกตัวอย่างไปแล้ว เฉกเช่นการพิจารณาคดีในเรื่องมาตรการตามกฎหมายที่บังคับให้ผู้พิมพ์หรือสำนักพิมพ์ ต้องส่งต้นฉบับให้ห้องสมุดของรัฐที่ระบุไว้ อย่างไรก็ตามคดีลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นในลักษณะการประเมินผลหรือการคาดการณ์ล่วงหน้าที่ผิดพลาดของฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>85</sup>ซึ่งหากกล่าวตาม James Rogers นั้นเราอาจกล่าวได้ว่า ศาลมีคุณค่าในเชิงการประเมินข้อมูลสำหรับการเมือง โดยการประเมินค่าจากฝ่ายองค์กรตุลาการนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นวงเสียงตอบรับต่อภาคการเมือง (feedback loop for politics)

คดีตัวอย่างได้แก่การแก้ไขภาระแก่เอกชนในเรื่องที่มาจากประเมินสถานการณ์ล่วงหน้าผิดพลาดของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นคือคดีเกี่ยวกับค่าตอบแทนในสัญญาการจัดให้มี

<sup>84</sup> Niel Petersen, *supra note 1*, p.173.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p.174.



การขนส่งสาธารณะ<sup>86</sup> โดยตามกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องของการให้รัฐจ่ายค่าบริการแก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะเรื่องการรับขนคนโดยสารนั้น ข้อกำหนดในการจ่ายค่าตอบแทนดังกล่าวมิได้กำหนดให้นำตัวแปรในเรื่องอื่น ๆ มาคิดด้วยนอกจากค่าเฉลี่ยจำนวนบุคคลผู้ใช้บริการในรัฐเท่านั้น ซึ่งจากข้อเท็จจริงบางท้องถิ่นหรือบางเขตจำนวนผู้โดยสารที่เป็นผู้พิการมีจำนวนมากกว่าเขตอื่น รวมถึงในช่วงวันหยุดหรือบริเวณสถานที่พักผ่อนหย่อนใจในการอาบน้ำนั้นก็มีผู้ใช้บริการจำนวนเพิ่มมากขึ้นเกินค่าเฉลี่ยตอบแทนที่เอกชนได้รับจากรัฐ เราอาจกล่าวได้ว่ามาตรการบางส่วนขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้ความไม่สมเหตุสมผลของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวเกิดจากการประเมินข้อมูลระหว่างการร่างกฎหมายที่คลาดเคลื่อนในเรื่องการขาดนำตัวแปรที่สำคัญมาพิจารณา อย่างไรก็ตามก่อนศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีคำพิพากษาในคดีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติได้มีที่ทำกับกรณีดังกล่าวโดยบัญญัติเพิ่มข้อยกเว้นในมาตรการดังกล่าว ให้ผู้ให้บริการบางส่วนได้ค่าตอบแทนเพิ่มเติมด้วยเหตุแห่งการขนส่งที่ต้องแบกรับจำนวนผู้โดยสารเกินค่าเฉลี่ยโดยรวมนั่นเอง

#### 4.4.2 การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในเชิงเปรียบเทียบคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญโดยตรง (explicit quantitative comparison)

การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะนี้เป็น คดีที่เกิดขึ้นเป็นส่วนใหญ่ซึ่งอยู่ในกลุ่มนี้ ศาลไม่ได้มุ่งหมายในการตรวจสอบความมีเหตุผลของการนิติบัญญัติเป็นหลัก (rationality review) หากแต่ศาลมุ่งประเมินคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญในคดีนั้นๆ โดยตรงยกตัวอย่างคดีสำคัญซึ่งเป็นคดีสำคัญในลักษณะการปรับใช้ประเภทนี้ คือ Crucifix และคดี Advent Sundays ซึ่งในคดี Crucifix นั้น<sup>87</sup> เป็นคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของรัฐบาวาเรีย (Ordinance of Bavarian Government) อันบังคับให้โรงเรียนในรัฐบาวาเรียต้องติดไม้กางเขนในห้องเรียน โดยในคดีนี้แก่นของการพิจารณาคือการพิจารณาถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพในการนับถือศาสนาของเสียงส่วนน้อยและเสรีภาพในการนับถือศาสนาของเสียงส่วนใหญ่ แม้ศาลจะตระหนักถึงว่าการพิจารณาคุณค่าที่เผชิญหน้ากันในมาตรการตามกฎหมายจะเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติแต่ฝ่ายนิติบัญญัตินั้นย่อมต้องมีหน้าที่ในการจัดสรรความสัมพันธ์ของคุณค่าที่เผชิญหน้ากันอยู่อย่างเหมาะสม ซึ่งในคดีนี้ศาลได้พยายามทำให้

<sup>86</sup> BVerfGE 68, 155 cited in Niel Petersen, *supra* note 1, p.174.

<sup>87</sup> BVerfGE 93, 1 (1 BvR 1087/91), Retrieved from <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=615>>.



ความขัดแย้งในการเผชิญหน้ากันระหว่างสองหลักการน้อยที่สุด (minimalize the conflict)<sup>88</sup> โดยการตีความหลักธรรมทางศาสนาคริสต์ โดยศาลกล่าวว่า ข้อความคิดเรื่องชั้นดีธรรมต่อศรัทธาที่แตกต่างกันเป็นศูนย์กลางของคริสต์ศาสนา ดังนั้นการตีความไม่ทางตรงตามมาตรการดังกล่าวมีผลกับความเชื่อของคนส่วนใหญ่อันเป็นคริสตชนบางส่วน แต่กระทบกับแก่นของเสรีภาพของชนกลุ่มน้อยซึ่งไม่ได้เป็นชาวคริสต์เนื่องจากสัญลักษณ์ไม่ทางตรงเป็นสัญลักษณ์ของศาสนาคริสต์ ศาลได้ตัดสินว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ และในคดีนี้ศาลได้วางหลักต่อไปว่าการแสดงออกซึ่งความเชื่อโดยเสียงส่วนใหญ่ไม่เพียงพอต่อการทำให้การละเมิดสิทธิเสรีภาพในทางศาสนาของเสียงส่วนน้อยชอบธรรม

คดีที่สำคัญในลักษณะนี้เกิดขึ้นอีกครั้งในปี 2007 อันเป็นคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยมาตรการห้ามร้านขายของเปิดในวันอาทิตย์ โดยสภาพสังคมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมีผู้กล่าวว่าเรื่องการหยุดวันอาทิตย์นั้นเป็นสิ่งที่ต้องกระทำ ซึ่งแตกต่างกับประเทศอื่นในสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งวันอาทิตย์สัปดาห์ก่อนวันคริสต์มาสหรือที่เรียกว่า Sundays in Advent<sup>89</sup> ดังนั้นโดยทั่วไปในสภาพสังคมเยอรมันร้านขายของส่วนใหญ่จะถูกบังคับให้หยุดวันอาทิตย์และมีกฎหมายที่ห้ามร้านขายของเปิดวันอาทิตย์ในทุกรัฐ<sup>90</sup> อย่างไรก็ตาม ในปี 2007 มลรัฐเบอร์ลิน (state of Berlin) อันเป็นเมืองหลวงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เปลี่ยนมาตรการดังกล่าว โดยอนุญาตให้ร้านค้าในรัฐเปิดในวัน Sundays in Advent ได้

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกฝ่ายศาสนจักรทั้งคาทอลิกและโปรเตสแตนต์กล่าวหาว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายนิติบัญญัติให้เหตุผลเรื่องเศรษฐกิจว่ามาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้ปัจเจกชนแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในช่วงก่อนเทศกาลคริสต์มาสได้ แต่อย่างไรเสียก็ตีศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดสินโดยชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจกับคุณค่าเรื่องวันหยุดในทางศาสนาอันเป็นคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญ<sup>91</sup> และศาลได้ตัดสินว่าผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจไม่สามารถทำให้การลดระดับการคุ้มครองวันหยุดในวันอาทิตย์นั้นชอบธรรมได้ มาตรการดังกล่าวที่อนุญาตให้เปิดในวันอาทิตย์สำคัญทางศาสนาคริสต์ได้ทั้งหมดเป็นมาตรการที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามผู้ตั้งข้อสังเกตว่าในคำพิพากษาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ตรากฎหมายที่อนุญาตให้ร้านขายของเปิดขายในวันอาทิตย์ธรรมดา ศาลเพียงแต่ห้าม

<sup>88</sup> Niel Petersen, *supra note 1*, p.177.

<sup>89</sup> BVerfGE 125, 39, cited in *ibid*.

<sup>90</sup> Shop closing law (Ladenschlussgesetz)

<sup>91</sup> Basic law, Article 4 see also Weimar constitution, Article 139.

มาตรการที่อนุญาตให้เปิดขายของในวันอาทิตย์ก่อนคริสต์มาสทั้งสี่วันเท่านั้น (all four Advent Sundays) นอกจากนี้ศาลไม่ได้ห้ามไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรามาตรการที่อนุญาตให้เปิดใน Sundays in Advent บางวันแต่อย่างใด<sup>92</sup>

จากตัวอย่างข้างต้น คดีดังกล่าวทั้งสองคดีแสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในลักษณะการพิจารณาคุณค่าโดยแท้ กล่าวคือการพิจารณาเรื่องคุณค่าในทางศาสนาเปรียบเทียบกับเสรีภาพในทางเศรษฐกิจในคดี Advent Sunday หรือการพิจารณาถึงเสรีภาพในทางศาสนาระหว่างคนกลุ่มน้อยกับเสียงส่วนมากในคดี Crucifix ทั้งนี้คดีประเภทนี้เป็นคดีส่วนน้อยที่เกิดขึ้น จากที่กล่าวไปข้างต้นในการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยส่วนใหญ่มักจะมีลักษณะเป็นการตรวจสอบความมีเหตุผลของมาตรการฝ่ายนิติบัญญัติเสียมากกว่า

---

<sup>92</sup> BVerfGE 125,39, cited in Niel Petersen, *supra* note 1, p.177.

## บทที่ 5

### แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุกับการปรับใช้ในศาลสูงสุดในพรมแดน กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มโนทัศน์ว่าความพอสมควรแก่เหตุไม่ได้ถูกทำให้เป็นรูปร่างโดยมีกระบวนการวินิจฉัยที่ปรากฏเป็นกิจจะลักษณะเป็นขั้นเป็นตอน อีกทั้งหลักการนี้ยังไม่ได้ปรากฏในรูปแบบของหลักการทางกฎหมายที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Principle of Law) อันเป็นส่วนหนึ่งของนิติรัฐเหมือนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หากแต่องค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหรัฐอเมริกานั้นได้ปรากฏตัวผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในหลายๆเรื่อง<sup>1</sup> ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปใน 5.4

#### 5.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับแนวคิดความพอสมควรแก่เหตุในคดีรัฐธรรมนูญ

แม้ในทางวิชาการจะมีการตั้งคำถามว่าในสหรัฐอเมริกานั้นมีหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่? แม้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจะเคยใช้คำว่าพอสมควรแก่เหตุหรือได้สัดส่วน (proportionate) ในคำพิพากษาต่างๆอันเป็นคดีที่เป็นบรรทัดฐาน (precedent) ก็ตาม แต่แนวคิดของความพอสมควรแก่เหตุไม่ได้ปรากฏตัวอยู่ในรูปแบบของหลักกฎหมายทั่วไป โดยในสหรัฐอเมริกานั้นองค์กรตุลาการไม่ได้ใช้แนวคิดของความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะเป็นองค์รวมที่เป็นระบบระเบียบ องค์กรตุลาการไม่มีการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะการทดสอบที่มีสามขั้นตอนดังเช่นที่ปรากฏในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตามแนวคิดขององค์ประกอบในหลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏตัวขึ้นโดยปริยายในคดีรัฐธรรมนูญผ่านการวินิจฉัยโดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา การจะเข้าใจแนวคิดต่างๆของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏตัวอยู่ในคดีรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้น จึงไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะทำความเข้าใจเบื้องต้นต่อระบบการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการของรัฐที่กระทบสิทธิปัจเจกชน

<sup>1</sup> Thomas E. Sullivan and Richard Frase, Proportionality principles in American law controlling excessive government actions, (Oxford, U.K. : Oxford university press, 2009), pp.53-54.

สาเหตุที่มันโหมกโหมกว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุไม่ปรากฏในฐานะหลักกฎหมายแบบเดียวกับเยอรมนี อาจเนื่องมาจากปัจจัยหลายประการ หนึ่งในนั้นคือพัฒนาการในเรื่องรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในสหรัฐอเมริกานั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากระบบสากลที่ใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นเครื่องมือหลัก ระบบกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิจากการกระทำของรัฐในสหรัฐอเมริกามีพัฒนาการที่แปลกแยกไปจากระบบสากลโดยมีระบบที่มีลักษณะเฉพาะเป็นของตัวเอง จนถึงขั้นมีผู้กล่าวว่าสหรัฐอเมริกานั้นมีระบบกฎหมายที่แปลกแยกและพิทักษ์คุณค่าในเชิงระบบของตัวเองอย่างหยิ่งยโส (arrogantly protect system value)<sup>2</sup>

นอกจากนี้อีกปัจจัยหนึ่งคือการใช้การตีความรัฐธรรมนูญในวงการนิติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีความแข็งกระด้างเนื่องจากมีแนวคิดเรื่องการใช้การตีความที่ผูกติดอยู่กับบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรและเจตนารมณ์ของผู้ร่างอย่างยิ่ง การใช้การตีความดังกล่าวแตกต่างจากรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นที่ยืดหยุ่นกว่าและใหม่กว่า ปัจจัยทั้งหมดอาจสืบสาวไปได้จากประวัติศาสตร์ของชาติสหรัฐอเมริกาโดยนักวิชาการเห็นว่าสาเหตุที่หลักความพอสมควรแก่เหตุไม่เป็นศูนย์กลางของการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่ได้รับความเลวร้ายจากสงครามโลกครั้งที่สองถึงขนาดเช่นประเทศในสหภาพยุโรปได้รับ<sup>3</sup>

กล่าวโดยสรุปแนวคิดของความพอสมควรแก่เหตุในฐานะหลักกฎหมายรูปแบบเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีในสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนเห็นว่า ในสหรัฐอเมริกามีเพียงการปรับใช้แนวคิดบางอย่างของความพอสมควรแก่เหตุ ในลักษณะที่กระจัดกระจายอยู่ในหลักการต่างๆของกฎหมายรัฐธรรมนูญและมาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ยกตัวอย่างเช่น เราอาจพบแนวคิดของหลักความจำเป็นในคดีที่ศาลปรับใช้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเคร่งครัด (Strict scrutiny test) เราอาจพบแนวคิดที่ใกล้เคียงกับหลักความเหมาะสมในคดีที่เกี่ยวกับการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis test) ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในบทต่อไป

---

<sup>2</sup> Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, “The Administrative origin of constitutional right and global constitutionalism,” Proportionality New Frontier New Challenge, (Massachusetts : Cambridge University Press (2017), p.104.

<sup>3</sup> *Ibid.*

## 5.2 บทบัญญัติความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional Clause) ของสหรัฐอเมริกา กับ มาตรฐานการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ (Tiers of Scrutiny)

ก่อนที่จะกล่าวถึงการปรับใช้เนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา นั้นเราไม่อาจเลี่ยงได้เลยที่จะอธิบายถึงการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเบื้องต้น ในการพิจารณาคดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของรัฐ ปัจจัยสำคัญที่เป็นประเด็นในการพิจารณานั้นคือการพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวของรัฐนั้นขัดกับบทบัญญัติ (Clause) ใดในรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น หากเป็นคดีที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่มีเชื้อสายแอฟริกันได้รับค่าจ้างขั้นต่ำน้อยกว่าบุคคลที่มีเชื้อชาติอื่น กฎหมายนี้ย่อมมีประเด็นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองความเสมอภาค หากเป็นคดีที่กฎหมายนั้นจำกัดสิทธิในการทำแท้งแก่บุคคลโดยสร้างมาตรการที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายนี้ย่อมมีประเด็นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติที่ว่าด้วยหลัก Due Process ซึ่งเงื่อนไขความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งสองอย่างนี้เอง ในทางวิชาการหากมองผ่านแนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้สกุลกฎหมาย Civil Law เราอาจกล่าวได้ว่าสิทธิในหลัก Due Process กับสิทธิในการคุ้มครองตามความเสมอภาคเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง<sup>4</sup> และในการวินิจฉัยคดีเหล่านี้ ปกติมักจะมีความคิดที่คล้ายคลึงกับองค์ประกอบต่างๆของหลักความพอสมควรแก่เหตุในเยอรมนีปรากฏขึ้นเสมอ

### 5.2.1 ความหมายโดยสังเขปของการคุ้มครองตามบทบัญญัติเรื่อง Due Process และการคุ้มครองตามบทบัญญัติเรื่องความเสมอภาค

หลัก Due Process นั้น เป็นหลักการที่ปรากฏตัวอยู่ในรูปแบบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยปรากฏตัวในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14<sup>6</sup> และมีนักวิชาการเห็นว่าหลักการดังกล่าวปรากฏตัวผ่านรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 9 ด้วยผ่านการใช้การตีความ โดยหลักการนี้มีเนื้อหาสาระที่สำคัญสองมิติ มิติแรกอาจกล่าวได้ว่าหลักการนี้คือหลักการ Due Process เชิงกระบวนการ (Procedural Due Process) กล่าวคือกระบวนการที่รัฐจะ

<sup>4</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี (กรุงเทพมหานคร : บริษัทมิสเตอร์ก๊อปปี, 2550), น.45

<sup>5</sup> Constitutional of USA, Amendment V.

<sup>6</sup> Constitution of USA, Amendment XIV, section 1.

ทำให้บุคคลใด สูญเสียชีวิต เสรีภาพ สิทธิประโยชน์ในทรัพย์สิน กระบวนการนั้นต้องเป็นไปอย่าง ยุติธรรม รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมเพื่อเป็นการปกป้องสิทธิ ของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ<sup>7</sup> ยกตัวอย่างเช่น กระบวนการที่จำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของ ประชาชนจะต้องมีการแจ้งให้ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิได้รับทราบรวมไปถึงการรับฟังความคิดเห็น ของประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิก่อนที่รัฐจะกระทำการกระทบสิทธิประชาชนนั้นๆ<sup>8</sup>

ประการที่สองหลักการนี้มีอีกมิติที่เรียกว่าหลักการ Due Process เชิงเนื้อหา (Substantive due process) โดยหลักการนี้เรียกร้องให้บุคคลมีสิทธิที่จะใช้สิทธิเสรีภาพพื้นฐาน ต่างๆ โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐอันปราศจากเหตุผลที่เหมาะสมและยุติธรรม<sup>9</sup> หลักการนี้ เรียกร้องให้รัฐต้องให้เหตุผลอย่างเพียงพอในการล่วงละเมิดชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของประชาชน ส่วนเหตุผลแค่นั้นเรียกว่าเหมาะสมหรือเพียงพอในการกระทำของรัฐนั้นการพิจารณาขึ้นอยู่กับ มาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Tiers of scrutiny)<sup>10</sup>

ในแง่นี้เองที่มาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์กรที่ตุลาการ (Tiers of Scrutiny) ซึ่งมีแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นมาบรรจบกับหลัก Due Process กล่าวคือหลัก Due Process เชิงเนื้อหานั้นแม้จะเรียกร้องว่าการกระทำของรัฐที่ล่วงละเมิดชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สินจะต้อง ให้เหตุผลอย่างเพียงพอก็จริง แต่หลักการนี้ไม่ได้บ่งชี้อย่างเฉพาะเจาะจงว่าแค่นั้นเรียกว่าเพียงพอ ใน ขณะเดียวกันองค์กรตุลาการได้พัฒนามาตรฐานตรวจสอบขององค์กรตุลาการขึ้นมาและตอบคำถามนี้ โดยจะได้อธิบายในบทย่อถัดไป

ยกตัวอย่างเช่น ในคดีหนึ่งรัฐได้ออกกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพในการเดินทางอัน เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) หลัก Due Process เชิงกระบวนการ (procedural Due Process) ได้เรียกร้องให้รัฐต้องบอกกล่าวและเปิดโอกาสให้ได้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนที่จะ นำไปสู่ข้อสรุปว่ารัฐจะทำการยกเลิกหรือล่วงละเมิดสิทธินั้นหรือไม่ ในขณะที่หลัก Due Process เชิง เนื้อหา (substantive Due Process) ได้เรียกร้องให้การกระทำของรัฐต้องมีเหตุผลเพียงพอ เมื่อกรณี ดังกล่าวเป็นกรณีที่กระทบกับสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยทั่วไปการพิจารณาว่ามาตรการของรัฐมีเหตุผล

<sup>7</sup> มานิตย์ จุมปา, และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบาย เรียงมาตรา, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น.167.

<sup>8</sup> Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, (New York : Wolters and Kluwer Law and Business, 2011), p.557.

<sup>9</sup> มานิตย์ จุมปา, และ พรสันต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.167.

<sup>10</sup> Erwin Chemerinsky, *supra note 8*, p.558.



เพียงพอหรือไม่ต้องเป็นไปตามมาตรฐานการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) ซึ่งตามมาตรฐานการตรวจสอบแบบเคร่งครัดการกระทำที่จะสามารถเรียกได้ว่ามีเหตุผลเพียงพอจะต้องเป็นการกระทำที่จำเป็น กล่าวคือใช้วิถีทางที่จำกัดสิทธิขั้นน้อยที่สุด (Narrowly tailored) และเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของรัฐอันจำเป็นอย่างยิ่ง (Compelling interest) นั้นเอง<sup>11</sup>

ในกรณีการคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคนั้นก็เช่นกัน หลักการคุ้มครองตามความเสมอภาคนี้ได้ปรากฏตัวอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 โดยบัญญัติบังคับมิให้มลรัฐนั้นปฏิบัติขัดกับหลักความเสมอภาค<sup>12</sup> แม้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะไม่มีเงื่อนไขใดๆ ที่บังคับโดยตรงให้สหพันธรัฐห้ามปฏิบัติขัดกับหลักความเสมอภาคก็ตาม แต่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้ตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 ผ่านหลัก Due Process ว่าหลักการคุ้มครองตามความเสมอภาคนั้นผูกพันสหพันธรัฐด้วย ด้วยเหตุนี้การปรับใช้หลักการนี้ของศาลในทางเทคนิคจึงทำให้เงื่อนไขการคุ้มครองหลักความเสมอภาคบังคับกับทั้งสหพันธรัฐผ่านการตีความหลัก Due Process ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 และบังคับกับมลรัฐรวมไปถึงองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นผ่านทางรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14<sup>13</sup>

การคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นการคุ้มครองการแบ่งแยกประเภทของคนตามลักษณะเฉพาะ (Characteristics) บางอย่างและปฏิบัติกับคนเหล่านั้นอย่างแตกต่างกันอย่างไม่เป็นธรรม ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายของมลรัฐที่ห้ามคนผิวสีทำหน้าที่เป็นคณะลูกขุนเป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติกับประชาชนโดยอาศัยสีผิว กฎหมายที่ตั้งเงื่อนไขว่าบุคคลที่มีอายุ 16 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปจึงจะสามารถได้ใบขับขี่ได้ เป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุทางอายุ แต่อย่างไรก็ดีการจะพิจารณาว่ากฎหมายเหล่านี้เป็นธรรมหรือไม่ อาจจะต้องพิจารณาในขั้นต่อไปซึ่งอาจมีการอาศัยแนวคิดที่มีองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้

อย่างไรก็ตามกฎหมายบางประเภทแม้จะมีได้มีการเลือกปฏิบัติโดยสภาพเนื้อหาของกฎหมายแต่การบังคับใช้และการดำเนินการตามกฎหมายอาจก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้ เช่นกฎหมายฉบับหนึ่งกำหนดความสูงของบุคคลที่จะเข้ารับราชการเป็นตำรวจ โดยกำหนดว่าบุคคลจะต้องมีความสูง 180 เซนติเมตรขึ้นไป แม้โดยสภาพเนื้อหาของกฎหมายจะไม่ใช้การจัดประเภทโดยอาศัยลักษณะที่เฉพาะเจาะจง (Classification by characteristics) แต่อย่างไรก็ตามในสภาพความเป็นจริงมีผู้หญิงจำนวนน้อยมากที่สูงเกิน 180 เซนติเมตรขึ้นไป เช่นนี้กฎหมายฉบับนั้นอาจถือว่าเป็น

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Amendment XIV, section 1.

<sup>13</sup> Erwin Chemerinsky, *supra* note 8, p.685.

การเลือกปฏิบัติได้หากสามารถพิสูจน์ได้ว่า วัตถุประสงค์ของรัฐบาลในการออกกฎหมายนั้นมี วัตถุประสงค์ในการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเรื่องเพศสภาพเป็นเกณฑ์<sup>14</sup>

การเลือกปฏิบัตินี้มีระดับความเข้มข้นของการตรวจสอบที่แตกต่างกันในแต่ละ เรื่อง ในเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว หรือความเป็นคนต่างด้าวย่อมถือว่าเป็น การเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบธรรมเว้นเสียแต่รัฐบาลจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นไปโดย อาศัยมาตรการที่เลือกปฏิบัติที่น้อยที่สุดและเพื่อนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) ในแง่ระดับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการที่เข้ามามีบทบาทคือการตรวจสอบแบบ เคร่งครัด (Strict Scrutiny) ในขณะที่การเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุผลทางเพศสภาพและการเลือก ปฏิบัติต่อเด็กที่เป็นลูกนอกสมรสนั้นย่อมถูกตรวจสอบโดยมาตรฐานระดับกลาง (Intermediate Scrutiny) การเลือกปฏิบัติแบบนี้จะถือว่าเป็นธรรมก็ต่อเมื่อมาตรการทางกฎหมายนั้นเป็นเครื่องมือที่ เป็นสาระสำคัญในการนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่สำคัญของรัฐบาล ส่วนการเลือกปฏิบัติโดยเหตุอื่นๆโดย หลักแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติที่ต้องผ่านการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis Test) อันเป็นระดับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการที่เบาบางที่สุดมาปรับใช้ กล่าวคือการเลือก ปฏิบัติจะถือว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญเป็นหลักหากการเลือกปฏิบัตินั้นมีความสัมพันธ์ (rationally related) ในการนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมของรัฐบาล (Legitimate purpose)

กล่าวโดยสรุปการเลือกปฏิบัตินั้นจะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดกับเงื่อนไข ความชอบด้วยการคุ้มครองหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการ เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม การจะพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัติใดเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมจำต้อง วินิจฉัยผ่านมาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Tiers of scrutiny)

จากที่กล่าวไปข้างต้น ปัจเจกชนผู้ถูกระทบสิทธิหรือเดือดร้อนเสียหายอาจยก สิทธิในหลัก Due Process หรือสิทธิในการคุ้มครองตามความเสมอภาคขึ้นต่อสู้ได้ว่ามาตรการของรัฐ หรือกฎหมายดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ความเคร่งครัดในการวินิจฉัยจะเป็นเช่นไรนั้นย่อมขึ้นอยู่กับ มาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการอันจะได้กล่าวต่อไป ซึ่งการวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของมาตรการของรัฐที่ขัดกับหลัก Due Process หรือขัดกับการคุ้มครองตามความเสมอ ภาคแล้วแต่มีองค์ประกอบบางอย่างของหลักความพอสมควรแก่เหตุอยู่

<sup>14</sup> *Ibid.*, p.686.

## 5.2.2 ความหมายโดยสังเขปของระดับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Tiers of Scrutiny)

ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อบทบัญญัติเรื่องความเสมอภาคหรือหรือ บทบัญญัติเรื่อง Due Process หรือไม่ ศาลได้พัฒนาวิธีการในการวินิจฉัยขึ้นมาโดยการวินิจฉัยนี้เอง ไม่ได้มีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (rules) หากแต่เป็นมาตรฐาน (Standard)<sup>15</sup> กล่าวคือ เป็นเครื่องมือในการช่วยพิจารณาว่ากฎหมายหรือมาตรการของรัฐใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งมาตรฐานเหล่านี้เราอาจเรียกว่าระดับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Tiers of Scrutiny) โดยมาตรฐานดังกล่าวอาจแบ่งแยกออกได้เป็นสามระดับ มาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้มีความสำคัญมาก จนนักกฎหมายบางคนถึงขั้นกล่าวว่า หากการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ เป็นกีฬาประเภทหนึ่ง หลักการนี้ก็เปรียบเสมือนคู่มือ (Playbook) ของกีฬาที่เรียกว่าคดีรัฐธรรมนูญ เลยทีเดียว<sup>16</sup> มาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการที่มีหลายระดับนั้นอาจสับสนไปได้จากคดี Carolene Products<sup>17</sup> โดยในหมายเหตุท้ายคำพิพากษา ศาลได้กล่าวว่าแม้ข้อสันนิษฐานความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น (presumption of constitutionality) ควรปรับใช้เป็นการทั่วไปก็จริง แต่มีคดีบางประเภทที่องค์กรตุลาการควรเข้าไปตรวจสอบอย่างเข้มข้นกว่านี้ ซึ่งคดีนี้ถือว่าเป็น หมายเหตุของการสร้างมาตรฐานการตรวจสอบแบบต่างๆ<sup>18</sup>

โดยทั่วไปแล้วมาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการมีบทบาทในการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยสหพันธรัฐหรือมลรัฐในคดีที่มีประเด็นว่า กฎหมายขัดกับบทบัญญัติเรื่อง Due Process หรือบทบัญญัติเรื่องความเสมอภาค<sup>19</sup> ในกรณีที่ กฎหมายใดมีประเด็นที่เป็นเรื่องที่เข้มข้นและให้ความสำคัญมาก เช่น การล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายนั้นจะถูกตรวจสอบด้วย Strict Scrutiny และรัฐบาลผู้ให้กฎหมายย่อมมีภาระการพิสูจน์ถึง ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างหนักในคดีรัฐธรรมนูญดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันถ้ากฎหมายใดมีเป็น

<sup>15</sup> Thomas E Sullivan, and Richard S. Frase, *supra note 1*, p.53.

<sup>16</sup> Maxwell L. Stearns, "Scrutinizing Tiers," Retrieved from <[https://www.imbs.uci.edu/files/scrutinizing\\_tiers\\_feb\\_20\\_2014\\_final\\_send\\_0.pdf](https://www.imbs.uci.edu/files/scrutinizing_tiers_feb_20_2014_final_send_0.pdf)>.

<sup>17</sup> Erwin Chemerinsky, *supra note 8*, p.552.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Thomas E. Sullivan, and Richard S. Frase, *supra note 1*, p.53.

กฎหมายที่เป็นเรื่องราวทั่วไปในภารกิจของวงงานนิติบัญญัติ รัฐบาลผู้ให้กฎหมายย่อมพบกับการตรวจสอบที่เบาบางลงมา<sup>20</sup>

ระดับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาจแบ่งได้เป็นสามระดับ ได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด (Strict Scrutiny) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างกลาง (Intermediate Scrutiny) และการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis Test) ซึ่งแต่ละระดับนั้นมีเนื้อหาต่างกันและใช้ในการตรวจสอบกฎหมายแต่ละประเภทที่มีเนื้อหาแตกต่างกันออกไป โดยระดับที่เบาที่สุด คือ การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย โดยกฎหมายทุกประเภทในคดีรัฐธรรมนูญที่ถูกกล่าวอ้างความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งบทบัญญัติเรื่อง Due Process หรือเรื่องความเสมอภาค อย่างน้อยที่สุดจะต้องพบกับการตรวจสอบประเภทนี้<sup>21</sup>

กล่าวโดยสรุปแนวคิดขององค์ประกอบต่างๆในหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ถูกปรับใช้โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาโดยหลักมักจะปรากฏตัวผ่านระดับการตรวจสอบโดยองค์การตุลาการ(Tiers of Scrutiny) เหล่านี้ ยกตัวอย่างเช่นในการวินิจฉัยว่าการกระทำของรัฐมีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์อย่างเป็นสาระสำคัญหรือไม่ (Substantially related) ในบางครั้งศาลสูงสุดได้อาศัยการชั่งน้ำหนัก (balancing) ระหว่างผลดีหรือและผลเสียของมาตรการของรัฐเข้ามาพิจารณาประกอบ หรือในการพิจารณาว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายใดเป็นวัตถุประสงค์ที่เป็นผลประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่ง (Compelling interest) หรือไม่ ศาลได้ใช้การชั่งน้ำหนักเข้ามาตีความว่าวัตถุประสงค์ใดมีน้ำหนักที่จะทำให้มาตรการของรัฐมีเหตุผลเพียงพอ (justification)

#### 5.2.2.1 การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย

การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลกฎหมายนั้นสาระสำคัญคือ กฎหมายย่อมถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากเนื้อหาของกฎหมายนั้นเกี่ยวพันอย่างมีเหตุมีผล (Rationally related) กับวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimate government purpose) วัตถุประสงค์ของรัฐบาลในการตรากฎหมายที่ศาลจะพิจารณาว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมหรือไม่นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่เกิดขึ้นจริงในกระบวนการบัญญัติกฎหมายก็ได้เพียงแค่เป็นวัตถุประสงค์ที่คาดเห็นได้หรือเป็นไปได้ก็เพียงพอแล้ว ส่วนมาตรการทางกฎหมายนั้นศาลจะพิจารณาว่าเป็นวิธีการที่มีเหตุมีผลในการนำไปสู่วัตถุประสงค์หรือไม่ ศาลไม่เรียกร้องว่าจะต้องเป็นวิธีการที่กระทบสิทธิของประชาชน

<sup>20</sup> Erwin Chemerinsky, *supra* note 8, p.552.

<sup>21</sup> *Ibid.*

น้อยที่สุดแต่อย่างใด<sup>22</sup> ภายใต้การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย ผู้กล่าวอ้างว่ากฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมมีภาระการพิสูจน์ โดยหลักศาลย่อมพิพากษายืนยันถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเว้นเสียแต่ว่า คู่ความฝ่ายที่ได้แย้งสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าวัตถุประสงค์นั้นเป็นวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบธรรมและไม่อาจคาดเห็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมได้อย่างสิ้นเชิง<sup>23</sup> หรือวิธีการในกฎหมายนั้นไม่มีความสมเหตุสมผลอย่างสิ้นเชิงในการนำไปสู่วัตถุประสงค์

โดยทั่วไปกฎหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ผ่านการตรวจสอบประเภทนี้ มักจะได้รับการพิพากษายืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มีคดีจำนวนน้อยมากที่ศาลพิพากษาว่ากฎหมายที่เป็นวัตถุประสงค์นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ จนถึงขั้นมีผู้เขียนบทความว่า “ไม่มีการฟ้องคดีทางรัฐธรรมนูญภายใต้การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย” (No such Thing Litigating under the Rational basis test)<sup>24</sup> หรือแม้กระทั่งมีผู้กล่าวว่า “ศาลได้ทำให้การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายไม่เป็นการตรวจสอบโดยสิ้นเชิง”<sup>25</sup>

#### 5.2.2.2 การตรวจสอบระดับกลาง

การตรวจสอบในระดับที่เข้มข้นขึ้นถัดมา คือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญระดับกลาง (Intermediate Scrutiny) ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มีความเข้มข้นมากขึ้นมาจากการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (rational basis test) สาระสำคัญของการตรวจสอบระดับกลางคือกฎหมายนั้นจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ที่สำคัญของรัฐบาลอย่างมีนัยสำคัญ (“substantially related to an important government purpose”) กล่าวคือวัตถุประสงค์ของรัฐบาลภายใต้การตรวจสอบแบบนี้จะต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญมากกว่าวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (Legitimate Purpose) นั่นคือต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญของรัฐบาล (important government purpose) และวิธีการที่ใช้ในการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นก็ต้องเป็นวิธีการที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์อย่างเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ยังมีความเห็นทางวิชาการถกเถียงอยู่ว่า วิธีการที่เป็นสาระสำคัญตามการตรวจสอบแบบนี้จำเป็นต้องเป็น

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.552.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p.553.

<sup>24</sup> Clark Nelly, “No Such Thing Litigating Under The Rational Basis Test,” 1 *NYU Journal of Law and Liberty* 897, p.897 (2005).

<sup>25</sup> Jeffrey D. Jackson, “Putting rationality back into rational basis test : saving substantive due process and redeeming the promise of ninth amendment”, 45, *University of Richmond Law Review*, 491, p.493 (2011).

วิถีทางที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดหรือเลือกปฏิบัติอย่างน้อยที่สุดด้วยหรือไม่ซึ่งยังไม่มีการสรุปที่ชัดเจน<sup>26</sup>

การตรวจสอบแบบนี้ โดยปกติมักปรากฏตัวในเรื่องที่มีความสำคัญไม่เข้มข้นมาก แต่เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีผลประโยชน์ในทางรัฐธรรมนูญเมื่อเปรียบเทียบแล้วมีน้ำหนักสำคัญพอกัน (constitutional interests have relatively equal constitutional standing) เช่น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องเงื่อนไขอำนาจในการตรากฎหมายกำกับการค้าพาณิชย์ (Dormant Commerce Clause) เนื่องด้วยการกระทำเรื่องการค้าพาณิชย์นั้น เป็นเรื่องที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ระหว่างมลรัฐกับสหพันธรัฐ<sup>27</sup> รวมไปถึงการคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคในบางเรื่อง เช่น การเลือกปฏิบัติโดยคำนึงถึงเพศสภาพ การเลือกปฏิบัติต่อเด็กที่เป็นบุตรนอกสมรส การเลือกปฏิบัติต่อเด็กต่างด้าวในเรื่องการศึกษา การกำกับดูแลเรื่องเสรีภาพในการพูดเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ (Commercial Speech case) รวมไปถึงการออกกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการพูดที่ไม่ได้คำนึงถึงเนื้อหาของการแสดงความคิดเห็น (content-neutral)

อย่างไรก็ตามจากที่กล่าวไปข้างต้นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบที่มีความเข้มข้นเพิ่มมาจากการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญระดับนี้จึงเรียกร้องให้คู่ความฝ่ายที่ยืนยันว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์<sup>28</sup>

### 5.2.2.3. การตรวจสอบแบบเคร่งครัด

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเคร่งครัดมีสาระสำคัญคือกฎหมายจะถูกพิพากษาขึ้นกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อกฎหมายมีความจำเป็นในการนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (necessary to achieve the compelling government interest)<sup>29</sup> ศาลต้องเห็นว่าวัตถุประสงค์ของรัฐบาลนั้นมีความสำคัญถึงขั้นที่ “ผูกพัน” รัฐบาลให้ต้องกระทำอีกทั้งกฎหมายนั้นยังต้องเป็นมาตรการอันจำเป็นในการนำไปสู่วัตถุประสงค์กล่าวคือกฎหมายนั้นต้องเป็นวิถีทางที่น้อยที่สุดในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือเป็นวิถีทางที่เลือกปฏิบัติที่น้อยที่สุด (least restrictive or least discriminatory alternative) ถ้าวิถีทางนั้นไม่ใช่วิถีทางที่น้อยที่สุด

<sup>26</sup> Erwin Chemerinsky, *supra note 8*, pp.553-554.

<sup>27</sup> Thomas Sullivan, and Richard Frase, *supra note 1*, p.58.

<sup>28</sup> Erwin Chemerinsky, *supra note 8*, p.553.

<sup>29</sup> *Ibid.*



ย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือหากวัตถุประสงค์นั้นเป็นวัตถุประสงค์ที่ไม่สำคัญขนาดผูกพันรัฐบาลให้ต้องกระทำวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบนั้นย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน โดยศาลได้ใช้คำว่าวิธีการในการนำไปสู่จุดหมายนั้นต้องเป็นวิธีการที่ “ถูกสร้างขึ้นอย่างแคบที่สุด (narrowly tailored)”<sup>30</sup>

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเคร่งครัดนั้น กฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นโดยหลักย่อมถือว่ากฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ เว้นเสียแต่ว่า คู่ความสามารถพิสูจน์ถึงความจำเป็นของกฎหมายนั้นๆ และความสำคัญวัตถุประสงค์ของรัฐบาลได้และในกรณีนี้คู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์คือฝ่ายรัฐบาล<sup>31</sup> ด้วยธรรมชาติของการตรวจสอบที่มีความเข้มข้นมากที่สุดนี้เอง จึงมีคดีจำนวนน้อยมากที่ศาลพิพากษายืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นวัตถุประสงค์นี้ ระดับการตรวจสอบแบบนี้จึงถูกใช้ในกฎหมายเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง เช่น กฎหมายที่เลือกปฏิบัติที่คำนึงถึงเชื้อชาติหรือต้นกำเนิดทางเผ่าพันธุ์ (Race or national origin) ซึ่งปกติเรื่องนี้มักปรากฏในการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างด้าว (alienage) รวมไปถึงการตรวจสอบการล่วงละเมิดสิทธิที่สำคัญที่ศาลเห็นว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง สิทธิในการเดินทาง สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในความเป็นส่วนตัว เป็นต้น<sup>32</sup>

### 5.3 ตัวอย่างคำพิพากษาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการของรัฐที่กระทบสิทธิที่ปรากฏในทศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ

จากที่กล่าวไปข้างต้น แม้ในสหรัฐอเมริกาจะไม่มีโมทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปเฉกเช่นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่แนวคิดขององค์ประกอบต่าง ๆ ของหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ปรากฏตัวโดยปริยายผ่านคำพิพากษาของศาลสูงสุด ทั้งนี้ผู้เขียนจะแยกวิเคราะห์โดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุเพื่อแสดงให้เห็นถึงตัวอย่างของการคำพิพากษาศาลสูงสุดที่มีแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏตัวขึ้น

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

### 5.3.1 แนวคิดของหลักความเหมาะสมกับการปรับใช้ในศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

หลักความเหมาะสมนั้นเป็นหลักการที่โดยสภาพแล้วมีลักษณะเป็นการตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์กับมาตรการทางกฎหมาย ซึ่งโดยหลักแล้วหลักการนี้ได้เรียกร้องให้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวอยู่ในวิสัยที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ ทั้งนี้หลักการดังกล่าวเป็นเสมือนฐานในการพิจารณาหลักความพอสมควรแก่เหตุ เนื่องจากกฎหมายที่ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หรือเป็นมาตรการตามกฎหมายที่ตราขึ้นแล้วขัดขวางวัตถุประสงค์นั้นย่อมถือว่าเป็นกฎหมายที่ไม่มีความชอบด้วยเหตุผลในการละเมิดสิทธิของปัจเจกชนนั่นเอง

แนวคิดที่มีลักษณะใกล้เคียงกับหลักความเหมาะสมนั้นมักปรากฏอยู่ในคดีที่ศาลใช้การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย ในการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายนั้น ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาว่าความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการของรัฐที่กระทบสิทธิปัจเจกชนกับผลประโยชน์หรือวัตถุประสงค์ที่รัฐมุ่งหมายนั้นมีความสัมพันธ์กันอย่างไรมีเหตุผลหรือไม่ (rationally related) มาตรการทางกฎหมายนั้นจะต้องไม่ใช่มาตรการตามอำเภอใจ (arbitrary) ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าแม้การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้นจะดำรงอยู่ในทุกมาตรฐานของการตรวจสอบแต่การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับหลักความเหมาะสมมากที่สุด เนื่องจากมาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์การตุลาการแบบอื่นๆได้เรียกร้องให้ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและผลมีความเข้มข้นมากกว่าแค่เหมาะสมในการบรรลุวัตถุประสงค์ ทั้งนี้หากพิจารณาในรายละเอียดแล้ว แนวคิดของหลักความเหมาะสมเรียกร้องเพียงแค่ว่ามาตรการของรัฐจะต้องบรรลุวัตถุประสงค์ได้โดยไม่คำนึงว่ามาตรการนั้นจะต้องเป็นสาระสำคัญในการบรรลุวัตถุประสงค์หรือเป็นวิถีทางที่น้อยที่สุดแต่อย่างไรซึ่งมีความคล้ายกับ “การเชื่อมโยงอย่างมีเหตุมีผล” ในการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจะเน้นย้ำเสมอว่า การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายนั้นเป็นการตรวจสอบโดยองค์การตุลาการระดับที่มีการตรวจสอบน้อยที่สุด ดังนั้นกฎหมายจะถูกยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอเว้นเสียแต่ว่า กฎหมายนั้นผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัดและเป็นภาพที่แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (arbitrary power) ไม่ใช่การตัดสินใจด้วยเหตุผล (judgement)<sup>33</sup> เราอาจพบมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุในคดีต่อไปนี้

<sup>33</sup> Erwin Chemerinsky, *supra* note 8, p.702.

(1) Railway Express Agency Inc. v. New York (1949) <sup>34</sup>

ในคดีนี้เอกชนผู้เป็นคู่ความในคดีคือบริษัทฯขนส่ง บริษัทฯขนส่งดังกล่าวต้องเสียค่าปรับตามกฎหมายของมลรัฐ New York ที่มีบทบัญญัติห้ามโฆษณาบนยานพาหนะโดยเหตุผลเรื่องความปลอดภัย เนื่องจากการติดโฆษณาตามยานพาหนะอาจทำให้ผู้ขับขี่ยานพาหนะเสียสมาธิและเกิดอุบัติเหตุได้ อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้มีข้อยกเว้นกำหนดให้ยานพาหนะที่ใช้ในกิจการธุรกิจนั้น เช่น ยานพาหนะของลูกจ้างที่ใช้ในการขนส่งสินค้า หรือยานพาหนะของเจ้าของธุรกิจนั้นสามารถติดโฆษณาเกี่ยวกับธุรกิจของตนได้ กฎหมายฉบับนี้มีประเด็นเรื่องขัดหลักการคุ้มครองตามความเสมอภาค เนื่องจากกฎหมายห้ามบุคคลโดยทั่วไปมิให้ติดโฆษณาตามยานยนต์อันซับซ้อนบนท้องถนน เว้นเสียแต่เจ้าของธุรกิจนั้นๆติดโฆษณาธุรกิจตัวเองบนยานพาหนะของตนหรือยานพาหนะอันใช้ในธุรกิจของตน

ศาลได้นำเนื้อหาที่แสดงแนวคิดของหลักความเหมาะสม (Suitability) มาพิจารณามาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลได้กล่าวถึงมาตรการดังกล่าวว่า ฝ่ายนิติบัญญัติอาจจะเล็งเห็นว่าการติดโฆษณาของธุรกิจตนเองเกี่ยวข้องกับยานพาหนะนั้น ไม่ก่อให้เกิดการเสียสมาธิหรือปัญหาการจราจรมากเท่ากับการที่ยานยนต์ทั่วไปติดโฆษณา ศาลกล่าวว่าการจะวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวจำเป็นต้องใช้ศาสตร์หลายอย่างประกอบกัน (omniscience) ซึ่งเป็นปัจจัยที่ขาดอยู่ในคดีนี้ แต่หากการคาดการณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติถูกต้อง ย่อมหมายความว่า การติดโฆษณาก็บรรเทาเจ้าของธุรกิจหรือรถยนต์ที่ใช้ในธุรกิจนั้นก่อให้เกิดอุบัติเหตุบนท้องถนนน้อยกว่ายานยนต์หรือรถโดยทั่วไปที่ซับซ้อนบนท้องถนนและติดโฆษณาของบุคคลอื่น

ศาลได้กล่าวต่อไปว่า “..การเลือกปฏิบัติดังกล่าวจะสามารถกระทำได้ ก็ต่อเมื่อมีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุมีผลกับวัตถุประสงค์..” และศาลได้วินิจฉัยต่อไปว่าการจะพิจารณาว่ามีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์หรือไม่ต้องพิจารณาจากทางปฏิบัติ มิใช่พิจารณาจากทฤษฎีที่มีความไม่มั่นคงแน่นอน ซึ่งศาลได้วินิจฉัยโดยสรุปว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวของเมืองนิวยอร์กชอบด้วยเหตุผลแล้ว จึงพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลล่าง

คดีนี้มีความน่าสนใจในแง่จำนวนคะแนนเสียงของการลงมติ เนื่องจากคดีนี้เป็นคดีในจำนวนน้อยที่ไม่มีความเห็นแย้ง (dissent) ของผู้พิพากษาศาลสูงสุดเลยแม้แต่คนเดียว ทั้งนี้ในคดีนี้ศาลได้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์กับมาตรการตามกฎหมายที่เลือกปฏิบัติซึ่งคดีนี้ได้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดที่คล้ายคลึงกับหลักความเหมาะสมซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรฐานการ

<sup>34</sup> 336 U.S. 106 (1949), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/336/106/case.html>>.

ตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย ว่ามาตรการใดก็ตามที่จะเลือกปฏิบัติ จะต้องมีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุมีผลกับวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นๆ

(2) Williamson v. Lee Optical (1955) <sup>35</sup>

ในคดีนี้ รัฐ Oklahoma ได้ออกกฎหมายซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดห้ามมิให้บุคคลทั่วไปนอกเสียจากจักษุแพทย์หรือผู้จบปริญญาบัตรเกี่ยวกับเรื่องทางสายตา (licensed optometrist or ophthalmologist) ใส่เลนส์แว่นหรือเปลี่ยนเลนส์แว่นแว่นเสียแต่บุคคลผู้นั้นได้รับใบรับรอง (Prescription) จากจักษุแพทย์หรือผู้จบปริญญาบัตรเกี่ยวกับเรื่องทางสายตาเป็นกรณีๆไป กฎหมายนี้จึงกระทบกับการค้าขายของผู้ขายอุปกรณ์เกี่ยวกับสายตาที่ไม่สามารถใส่เลนส์หรือเปลี่ยนเลนส์ให้กับลูกค้าเองได้ และศาลได้อาศัยมาตรฐานการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (rational basis test) ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวมีความน่าสนใจในประเด็นดังนี้

ประเด็นแรกซึ่งเป็นประเด็นที่มีความเชื่อมโยงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบหรือการสร้างดุลยภาพ (balancing) ศาลได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาอย่างน่าสนใจว่า “กฎหมายของรัฐโอคลาโฮมาในหลายๆกรณีมักจะมีข้อเรียกร้องที่ไร้ความจำเป็นหรือไร้ประโยชน์ แต่อย่างไรก็ตาม เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ใช่ศาลที่จะสร้างดุลยภาพระหว่างข้อดีและข้อเสียที่เกิดจากเงื่อนไขทางกฎหมายเหล่านั้น” คำกล่าวของศาลดังกล่าวได้แสดงให้เห็นในเบื้องต้นอย่างชัดเจนว่าศาลไม่มุ่งหมายใช้การสร้างดุลยภาพ (balancing) อันเป็นสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในกรณีนี้

ประเด็นหลักที่ศาลใช้ตัดสินคดีนี้มาจากการพิจารณาวัตถุประสงค์ว่าวัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็นวัตถุประสงค์อันชอบธรรมหรือไม่ (Legitimate purpose) และบทบัญญัติของกฎหมายรัฐโอคลาโฮมาที่ห้ามมิให้ผู้มีความชำนาญทางด้านสายตาดังกล่าวประกอบแว่นตามีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์อย่างมีเหตุมีผลหรือไม่ (reasonably related) ซึ่งในประเด็นแรกศาลได้ตัดสินว่ากฎหมายฉบับนี้มีเหตุผลอันชอบธรรมแล้วโดยศาลได้กล่าวว่า

---

<sup>35</sup> 348 U.S. 483 (1955), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/348/483/case.html>>.

“..ฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลพินิจที่จะคำนึงว่าการตรวจวัดสายตานั้นเป็นเรื่องสำคัญ การตรวจวัดสายตาไม่เพียงแต่เป็นการคำนึงถึงการมองเห็นเท่านั้นแต่สายตายังมีผลกระทบกับโรค หรือความเจ็บป่วยได้ด้วย..”

จากคำกล่าวข้างต้นคำพิพากษานี้ยืนยันว่าวัตถุประสงค์เรื่อง Public Health เป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimate Purpose) อย่างหนึ่ง และในประเด็นถัดมาศาลได้เข้าไปวินิจฉัยในเนื้อหาของมาตรการที่จำกัดสิทธิของปัจเจกชนในเรื่องการห้ามมิให้บุคคลทั่วไป ประกอบ เล่นสกีกับแว่นตา เว้นเสียแต่ผู้จบการศึกษาด้านเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญทางสายตาเท่านั้น

ศาลได้เริ่มจากการพิจารณาเหตุผลในชั้นของศาลชั้นต้นแห่งสหพันธ์ (District Court) ซึ่งวินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติเรื่อง Due Process โดยกล่าวถึง ความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์เรื่องสุขภาพของประชาชนว่า แม้จากข้อเท็จจริงการประกอบ แว่นสายตาใหม่หรือทำเลนส์ใหม่ใส่แว่นตาเดิม ผู้ประกอบวิชาชีพจะสามารถอาศัยช่องโหว่ทาง กฎหมายในการอาศัยใบรับรองจากจักษุแพทย์ (Prescription) เก่าได้ก็ตาม แต่ศาลสูงสุดได้พิจารณา ว่ามาตรการตามกฎหมายใดจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น มาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ จำเป็นต้องถูกต้องแม่นยำตามหลักตรรกะทุกแง่มุม (every respect logically consistent with its aims) แม้มาตรการดังกล่าวจะมีทั้งส่วนที่ถูกและผิดก็ถือว่าเพียงพอแล้วที่จะถือว่ามีฐานแห่งเหตุผล ซึ่งการเชื่อมโยงอย่างมีเหตุมีผลนั้นมีความคล้ายกับการปรับใช้หลักความเหมาะสม (Suitability) ใน คดี Bavarian Lottery case ซึ่งมีแง่มุมที่เหมือนกันคือมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติไม่จำเป็นต้อง บรรลุวัตถุประสงค์ทั้งหมดแม้จะมีบางส่วนที่กฎหมายไม่ครอบคลุมถึงแต่ศาลก็ยังยอมรับความ บกพร่องนั้นๆ

### (3) Vance v. Bradley (1979) <sup>36</sup>

ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่บังคับให้ผู้ที่ทำงาน ในการกงสุลหรือสถานทูตต่างประเทศ (Foreign service) ต้องออกจากงานโดยการเกษียณอายุ เมื่อ อายุ 60 ปี โดยในคดีนี้ศาลได้พิจารณาถึงการเลือกปฏิบัติ ศาลได้ตรวจสอบฐานแห่งเหตุผล (Rational

<sup>36</sup> 440 U.S. 93 (1979), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/440/93/case.html>>.

Basis test) ทางกฎหมายภายใต้เงื่อนไขการคุ้มครองหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญและพิพากษายืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกฎหมายฉบับนี้

ประเด็นสำคัญของคดีคือ มาตรการตามกฎหมายที่บังคับให้ข้าราชการที่ทำงานด้านการต่างประเทศ (Foreign) ต้องเกษียณอายุเมื่ออายุ 60 ปี โดยไม่บังคับถึงข้าราชการประเภทอื่นด้วยขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ซึ่งในตอนต้นของคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักชัดเจนในการพิจารณาว่า การจะพิจารณาว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุมีผลกับวัตถุประสงค์อันชอบธรรมหรือไม่<sup>37</sup> โดยในคดีข้างต้นศาลชั้นต้นแห่งสหพันธ์ (District Court) ได้ตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดกับหลักการคุ้มครองตามความเสมอภาค ฝ่ายรัฐซึ่งแพ็คดีในศาลดังกล่าวจึงยื่นคำร้องเพื่อสู้คดีในศาลสูงสุด ซึ่งในฝ่ายผู้ร้องคดีให้เหตุผลว่า มาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สำคัญในการสร้างประสิทธิภาพในการทำงานเรื่องการระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่ทำงานเรื่องการต่างประเทศที่ต้องอาศัยอยู่ต่างแดน ทั้งนี้ปัจจัยเรื่องอายุมีผลต่อปัญหาทั้งในแง่สุขภาพและความเสี่ยงด้านต่างๆ โดยเฉพาะงานด้านการต่างประเทศที่ต้องการความพร้อมในการปฏิบัติการตลอดเวลาปัจจัยเรื่องอายุจึงส่งผลต่อประสิทธิภาพอย่างยิ่ง นอกจากนี้ฝ่ายรัฐยังได้กล่าวต่อไปถึงเหตุผลที่มาตรการนี้มีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลเนื่องจาก มาตรการนี้จะเป็นการเพิ่มขวัญกำลังใจในการทำงานในแง่ของการเลื่อนตำแหน่ง เนื่องจากมีตำแหน่งในขั้นสูงที่ว่างเพิ่มมากขึ้นและเป็นการนำบุคคลที่มีอายุมากพอสมควรซึ่งมีความพร้อมในการปฏิบัติการน้อยกว่าบุคคลที่มีอายุน้อยออก

ศาลสูงสุดได้พิจารณาในคดีนี้ว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติมีความเห็นว่าการให้บุคคลอายุ 60 ปีออกจากการทำงานจะส่งผลต่อการรักษาประสิทธิภาพของการปฏิบัติงานในวงงานต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างการปฏิบัติการในต่างแดน มาตรการดังกล่าวก็ยังไม่ถือเป็นการขัดกับการคุ้มครองตามหลักความเสมอภาค ทั้งนี้ศาลพิจารณาโดยเคารพดุลยพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลยพินิจที่จะสามารถกำหนดช่วงอายุในการเกษียณได้โดยคำนึงถึงลักษณะของวงงานที่แตกต่างกัน ดังนั้นเหตุผลดังกล่าวจึงไม่เพียงพอที่จะถือว่าการกระทำดังกล่าวขัดกับหลักการคุ้มครองตามความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญ

ศาลได้กล่าวในคำพิพากษาว่าแม้มาตรการดังกล่าวจะไม่สมบูรณ์แบบ แต่ มาตรการดังกล่าวก็มีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างมีเหตุมีผล ในกรณีนี้การที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกที่จะหลีกเลี่ยงความเสี่ยงในวงงานระหว่างประเทศโดยการตัดบุคคลที่มีอายุมาก

<sup>37</sup> "rationally related to furthering a legitimate state interest."



ออกไปเป็นมาตรการที่เชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์อย่างมีเหตุมีผลแล้ว แม้มาตรการดังกล่าวจะไม่รวมไปถึงวงงานอื่น แต่เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาถึงความสำคัญของงานที่แตกต่างกัน ไม่ใช่หน้าที่ของศาล

ประเด็นต่อมาคือความสัมพันธ์ระหว่างการกำหนดอายุ 60 ปีกับวัตถุประสงค์ในการเพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินงานต่างประเทศ ทั้งนี้ฝ่ายเอกชนซึ่งเป็นผู้ถูกร้องได้ให้เหตุผลว่าการกำหนดอายุ 60 ปีนั้นไม่สามารถส่งเสริมเป้าหมายได้และฝ่ายเอกชนได้กล่าวถึงการปฏิบัติงานในต่างแดนว่า อายุไม่ใช่สาระสำคัญซึ่งส่งผลต่อสุขภาพในการปฏิบัติงานในต่างแดนโดยมีบุคคลจำนวนมากในต่างแดนที่ปฏิบัติงานด้านระหว่างประเทศที่มีอายุมากและสุขภาพดี ในขณะเดียวกันบุคคลที่มีอายุน้อยกลับสุขภาพแย่มากและปฏิบัติงานได้ไม่มีประสิทธิภาพมากกว่า ฝ่ายนิติบัญญัติอาจควรกำหนดอายุเกณฑ์ที่ 70 ปีบริบูรณ์เสียมากกว่า ซึ่งศาลได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ว่าในข้อเท็จจริงทั่วไปนั้นไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่า การที่บุคคลมีอายุมากขึ้นนั้นเป็นธรรมดาที่สุขภาพจะเสื่อมลง ทั้งนี้ข้อต่อสู้ของฝ่ายผู้ถูกร้องคดีซึ่งเป็นเอกชนนั้นอาจสรุปได้ว่า การทำงานของบุคคลอายุ 60-70 ปี “อาจจะ” มีประสิทธิภาพเท่ากับบุคคลที่อายุน้อยกว่า 60 ปีลงไป ซึ่งจากการกล่าวอ้างของเอกชนในคดีดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะฟังขึ้นว่ามาตรการดังกล่าวไม่มีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุมีผลกับวัตถุประสงค์ ซึ่งศาลได้กล่าวในคำพิพากษาอีกด้วยว่า ในกรณีนี้ศาลจึงพิพากษากลับ โดยยืนยันว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ซึ่งในคำพิพากษานี้ศาลได้พิจารณาโดยอาศัยแนวคิดที่คล้ายคลึงกับหลักความเหมาะสม ศาลได้วิเคราะห์คดีดังกล่าวโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงว่า มาตรการดังกล่าวสามารถบรรลุผลได้จริงหรือไม่ การพิจารณาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยมีการวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวบรรลุวัตถุประสงค์ได้จริงหรือไม่ผ่านการเชื่อมโยงอย่างมีเหตุมีผล (reasonably related) กับวัตถุประสงค์นั่นเอง

### 5.3.2 แนวคิดของหลักความจำเป็นกับการปรับใช้ในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

หลักความจำเป็นนั้น โดยสภาพจากที่กล่าวไปข้างต้น เราอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ไม่เพียงแคในหลักกฎหมายมหาชนเท่านั้น หากแต่การพิจารณาถึงวิถีทางที่เกิดความเสียหายที่น้อยที่สุดมีอยู่ในกฎหมายอื่นๆ ด้วย เช่นในหลักการกระทำโดยจำเป็นของกฎหมายอาญา ทั้งนี้ในสหรัฐอเมริกาหลักความจำเป็นกลายเป็นเครื่องมือหนึ่งที่สำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่กระทบกับสิทธิในความเสมอภาค และสิทธิในหลัก Due Process ทั้งนี้หลักความจำเป็นนั้นปรากฏตัวอย่างชัดเจนในมาตรฐานการตรวจสอบทางตุลาการแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) ซึ่งตามหลักการตรวจสอบแบบเคร่งครัดมาตรการของรัฐจะต้องเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิที่น้อยที่สุด (Least restrictive mean) และมาตรการดังกล่าวต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อ

บรรลุลผลประโยชน์ที่จำเป็นอย่างยิ่งของรัฐ (Compelling interest) ซึ่งโดยทั่วไปหลักความจำเป็นได้ปรากฏตัวอย่างชัดเจนในคำพิพากษาที่ใช้การตรวจสอบประเภทนี้

(1) Sable Communications v. FCC (1989)<sup>38</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ควบคุมเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับแรก (First Amendment Case) ผู้ฟ้องคดีคือบริษัท Sable Communications ซึ่งเป็นบริษัทที่ให้บริการโทรศัพท์เพื่อความบันเทิง โดยจัดทำธุรกิจที่เรียกว่า Dial-a-porn ซึ่งธุรกิจนี้ได้ให้บริการการเล่น Sex-Phone ผ่านเสียงที่ถูกบันทึกเตรียมไว้ บริษัทนี้ได้ให้บริการการเล่น Sex-Phone ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นหลัก แต่อย่างไรก็ตาม ปัจเจกชนซึ่งอาศัยอยู่ภายนอกมลรัฐแคลิฟอร์เนียก็สามารถใช้บริการได้ด้วยการกดรหัสของมลรัฐ ธุรกิจดังกล่าวจึงมีลักษณะที่เป็นการค้าพาณิชย์ในระดับหลายรัฐ (interstate commerce)

อย่างไรก็ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการสื่อสาร<sup>39</sup> ได้บัญญัติห้ามการใช้โทรศัพท์ระหว่างรัฐเพื่อกิจกรรมทางเพศ โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้รวมถึงกรณีที่เป็นการลามกอนาจาร (obscenity)<sup>40</sup> และเนื้อหาที่มีความไม่เหมาะสมทางเพศ (Indecency) ไว้ด้วยกันทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวได้ห้ามการกระทำทั้งสองประเภททั้งหมดโดยไม่คำนึงว่าการโทรจะมีเนื้อหาประเภทใด

ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (First Amendment) ที่ว่าด้วยการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น หากเป็นคดีที่ปัจเจกชนอ้างสิทธิในเรื่องดังกล่าวประเด็นสำคัญอย่างหนึ่งที่ศาลจะต้องพิจารณาก็คือ การแสดงความคิดเห็น (Speech) ดังกล่าวอยู่ในขอบข่ายที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองหรือไม่ ทั้งนี้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งเกี่ยวกับเรื่องเพศนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองทุกกรณี หากเป็นกรณีที่การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวเป็นการแสดงความคิดเห็นที่มี

<sup>38</sup> 492 U.S. 115 (1989), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/115/>>.

<sup>39</sup> Section 223 (b) of the Communications Act of 1934 as amended

<sup>40</sup> ความแตกต่างระหว่าง Obscenity กับ Indecency นั้น แม้ทั้งคู่จะเป็นลักษณะกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศเหมือนกัน แต่ศาลเคยตีความว่ากรณีที่ไม่คุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (Obscenity) นั้นจะต้องขาดคุณค่าทางด้านศาสตร์ต่างๆ (ศิลปะ วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม ฯลฯ) อย่างสิ้นเชิง โปรดดู Erwin Chemerinsky, *supra note 8*, pp.1052-1054.

ลักษณะลามกอนาจาร การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่หากการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวเป็นการแสดงความคิดเห็นเพียงแค่นี้เนื้อหาทางเพศที่ไม่เหมาะสม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวจะยังอยู่ในขอบข่ายที่คุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอยู่

ในคดีนี้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้แยกบทบัญญัติดังกล่าวออกไปสองกรณี นั่นคือกรณีที่กฎหมายได้ห้ามการใช้โทรศัพท์ในการสื่อสารอันมีลักษณะในทางลามกอนาจาร (obscenity) ศาลได้พิจารณาว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในเรื่องลามกอนาจาร (obscenity) ไม่ถูกคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามในส่วนของการห้ามใช้โทรศัพท์ระหว่างรัฐในลักษณะที่มีเนื้อหาทางเพศที่ไม่เหมาะสมนั้น (indecentcy) ศาลได้พิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าว โดยเริ่มจากการพิจารณาว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวนั้นได้ถูกคุ้มครองทางรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลได้วางหลักว่ารัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอันถูกคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ได้หากการดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) และมาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยที่สุด (least restrictive means) <sup>41</sup> แนวคิดเรื่องความจำเป็นปรากฏในการเรียกร้องให้มาตรการใดๆของรัฐก็ตามต้องมีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญน้อยที่สุด

ฝ่ายรัฐได้ยกข้อต่อสู้ว่ามาตรการดังกล่าวนี้เป็นวิธีทางน้อยที่สุดที่จะนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยั้งนั้นคือการคุ้มครองเยาวชนจากเนื้อหาทางเพศที่ไม่เหมาะสม อย่างไรก็ตามศาลได้ตัดสินในประเด็นนี้ว่านอกเสียจากการห้ามทั้งหมด (total ban) ยังคงมีมาตรการต่างๆที่สามารถจำกัดมิให้เยาวชนเข้ามาใช้บริการ Sex Phone ได้โดยจำกัดสิทธิน้อยกว่า เช่นการบังคับให้ลงทะเบียนโดยบัตรเครดิตการ์ดเพื่อรับรหัสเข้าใช้งาน เป็นต้น

อย่างไรก็ดีในประเด็นเรื่องประสิทธิภาพ (effective) นั้นฝ่ายรัฐก็ได้โต้แย้งว่ามาตรการอื่นๆที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าการห้ามทั้งหมดย่อมให้ประสิทธิภาพไม่เท่ากับการห้ามทั้งหมด เนื่องจากเยาวชนสามารถหลีกเลี่ยงกฎเกณฑ์ดังกล่าวและหาช่องทางในการใช้บริการได้ ศาลได้พิจารณาข้อต่อสู้ดังกล่าวว่าไม่มีหลักฐานที่บ่งชี้ว่าเป็นตามที่ฝ่ายรัฐกล่าวอ้าง นอกจากนี้ศาลได้หยิบยกข้อเท็จจริงในชั้นอนุกรรมการร่างกฎหมายดังกล่าวมาประกอบการพิจารณา โดยศาลได้พิจารณาในเบื้องต้นว่าการประชุมในกระบวนการตรากฎหมายโดยรัฐสภานั้น ประวัติบันทึกการประชุมแสดงให้เห็นว่ามีมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าที่อาจใช้ได้อยู่ อนุกรรมการได้มีข้อถกเถียงกันเรื่องมาตรการเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวว่า มาตรการจะได้ผลหรือไม่หากเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยใช้

<sup>41</sup> 492 U. S. 126.

มาตรการที่กระทบสิทธิน้อยกว่าเช่น การใช้รหัสเข้าใช้งาน (access code) หรือการผูกบัญชีการใช้งานกับบัตรเครดิต (credit card) ซึ่งตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมอันมาจาก คณะกรรมการกำกับกิจการกระจายเสียงและโทรคมนาคมแห่งสหพันธ์ (Federal Communications Committee) ได้ยืนยันว่าเป็นมาตรการที่ได้ผลเป็นอย่างมากและจะลดปริมาณผู้ใช้งาน Sex Phone ที่เป็นเยาวชนออกไปเกือบทั้งหมด

ศาลได้สรุปในตอนท้ายว่าในกรณีดังกล่าว จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ มาตรการดังกล่าวไม่ต่างอะไรกับการ “เผาบ้านทิ้งหลังเพื่ออย่างหมูตัวเดียว "burning up the house to roast the pig.””<sup>42</sup> และด้วยเหตุที่มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวได้ห้ามการใช้บริการ Dial-a-Porn ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นผู้ใหญ่ (adult) หรือเยาวชน (minors) ทั้งข้อความอันมีลักษณะลามกอนาจาร (obscenity) และรวมไปถึงข้อความซึ่งมีลักษณะทางเพศที่ไม่เหมาะสม (indecent) ศาลจึงตัดสินว่า มาตรการดังกล่าวไม่ผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional Scrutiny) และพิพากษายืนตามศาลล่างกล่าวคือยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในส่วนของการจำกัดการแสดงความคิดเห็นที่ลามกอนาจาร (obscenity) แต่พิพากษาว่ามาตรการในส่วนของการห้ามการโทรศัพท์ระหว่างรัฐที่มีเนื้อหาทางเพศไม่เหมาะสม (indecent) นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เราอาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดของหลักความจำเป็นที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาปรับใช้ ซึ่งศาลได้พิจารณาหามาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าและการมีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันระหว่าง มาตรการที่ถูกตรวจสอบกับมาตรการอื่นนั่นเอง

## (2) Schaumburg v. Citizens for Better Environment (1980)<sup>43</sup>

ในคดีนี้เป็นอีกคดีหนึ่งที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ปรับใช้แนวคิดของหลักความจำเป็นประเด็นหลักของคดีเป็นเรื่องการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (Municipality) โดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอันเป็นผู้ถูกร้อง นั่นคือ หมู่บ้าน Schaumburg อยู่ทางตอนเหนือจากมลรัฐชิคาโกประมาณ 25 ไมล์ โดยท้องถิ่นนี้ได้ออกกฎ (ordinance) ควบคุมองค์การการกุศลเรื่องการรับเงินบริจาคเรียไรรายสัปดาห์ โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ห้ามมิให้มีการเดินเรียไรรับความช่วยเหลือ (ทางการเงิน) ไม่ว่าจะ เป็นลักษณะเดินไปตาม

<sup>42</sup> ศาลได้อ้างอิงถ้อยคำดังกล่าวจากคดี Butler v. Michigan

<sup>43</sup> 444 U.S. 620 (1980), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/620/case.html>>.

บ้านแต่ละบ้าน (door-to-door solicitation) หรือใช้ถนนสาธารณะ ทั้งนี้โดยหลักองค์กรการกุศลที่ประสงค์จะเดินทวงเรียกเงินบริจาคตามบ้านจะต้องขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่ก่อนล่วงหน้า โดยเงื่อนไข (requirements) ในการที่จะได้รับอนุญาตนั้น คือองค์กรต่างๆต้องมีหลักฐานพิสูจน์ให้เจ้าหน้าที่เห็นว่า องค์กรผู้ยื่นคำขออนุญาตจะนำรายได้จำนวนไม่ต่ำกว่าร้อยละ 75 ของเงินที่ได้จากการเรียก ไปใช้ในวัตถุประสงค์เพื่อการกุศลโดยตรง (charitable purpose) ทั้งนี้กฎดังกล่าวได้กำหนดให้เงินจำนวนร้อยละ 75 นั้น ไม่รวมถึงบรรดาค่าใช้จ่ายอื่นๆขององค์กร ยกตัวอย่างเช่น ค่าโฆษณา ค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการขององค์กร ค่าตอบแทนบุคลากรในการเรียกเงิน เป็นต้น

องค์กรพลเมืองเพื่อสิ่งแวดล้อมที่ดีขึ้น (Citizens for Better Environment) เป็นองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรและมีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาสิ่งแวดล้อม องค์กรนี้ได้ยื่นคำขออนุญาตทำกิจกรรมเรียกโรสารณะ (solicitation) กับท้องถิ่น Schaumburg โดยทางท้องถิ่นไม่อนุญาตเนื่องจากองค์กรนี้ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า จะนำเงินที่ได้รับร้อยละ 75 ไปใช้เพื่อการกุศลโดยตรง ฝ่ายองค์กรพลเมืองเพื่อสิ่งแวดล้อมที่ดีขึ้นจึงฟ้องท้องถิ่นเป็นคดีความตามกฎหมาย ประเด็นหลักอย่างหนึ่งในคดีคือการโต้แย้งว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นนี้ขัดกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรการที่ว่าห้ามมิให้มีการทำกิจกรรมขอความช่วยเหลือโดยองค์กรการกุศลทั้งหมด เว้นเสียแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่

ศาลเริ่มต้นจากการพิจารณาก่อนว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ถูกคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งหรือไม่ ซึ่งจากคำพิพากษานั้นศาลได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า กิจกรรมการเรียกเงินไม่ว่าจะเป็นการเรียกเงินตามบ้านหรือการเรียกเงินบนถนนสาธารณะนั้นได้มีความเกี่ยวข้องกับการแสดงความคิดเห็นในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการสื่อสารเพื่อให้ข้อมูลหรือการแลกเปลี่ยนถกเถียงไม่ว่าจะเป็นความคิดเห็นทางด้านสังคม การเมือง หรือเศรษฐกิจ ศาลได้ตระหนักว่ากรณีดังกล่าวเป็นกิจกรรมที่ถูกคุ้มครองอยู่ในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง<sup>44</sup>

ในการพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ในคดีนี้ศาลได้นำแนวคิดที่คล้ายกับหลักความจำเป็นมาปรับใช้ ศาลได้วินิจฉัยในเบื้องต้นว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์คือการป้องกันการฉ้อโกงและสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประชาชน วัตถุประสงค์ดังกล่าวถือเป็นประโยชน์ที่สำคัญ แต่ศาลเห็นว่าการจำกัดสิทธินั้นสามารถกระทำได้โดยวิธีทางที่ละเมิดเสรีภาพน้อยกว่า

<sup>44</sup> 444 U. S. 632.

เรื่องวัตถุประสงค์ในการป้องกันการฉ้อโกงนั้น ศาลเห็นว่าท้องถิ่นสามารถกระทำ ได้โดยการห้ามและกำหนดโทษทางอาญาในการฉ้อโกงโดยตรง<sup>45</sup> มิใช่ห้ามการเรียไ้เงินโดยองค์กร การกุศลที่ไม่สามารถบรรลุเจือใจทั้งหมดอันเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตาม รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับแรกที่ร้ายแรงกว่า<sup>46</sup> และในส่วนของกำรป้องกันการสิทธิในความเป็น ส่วนตัวของประชาชนจากการถูกผู้เรียไ้เงินมารบกวนที่บ้านนั้น ศาลได้วินิจฉัยถึงวิถีทางที่กระทบ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่น้อยกว่า<sup>47</sup> ข้อบัญญัติอาจกำหนดกฎหมายมิให้ผู้เรียไ้เงินมีสิทธิ เข้าไปในบริเวณของที่อยู่อาศัยของปัจเจกชนที่ติดป้ายแสดงชัดว่าไม่ต้องการถูกรบกวนจากกิจกรรม เหล่านี้ ศาลเห็นว่ามาตรการนี้มีประสิทธิภาพมากกว่าในแง่การคุ้มครองความเป็นส่วนตัว และ มาตรการตามที่ศาลกล่าวว้เป็นมาตรการที่มีอยู่แล้วในบทบัญญัติอื่นของข้อบัญญัติท้องถิ่นเดียวกัน<sup>48</sup>

บทบัญญัติที่ศาลเห็นว่าเป็นวิธีที่กระทบสิทธิน้อยกว่านั้นกำหนดว่า แม้ผู้ทำ กิจกรรมเรียไ้เงินต่างๆจะมีสิทธิสามารถเดินเรียไ้เงินบริจาคตามบ้านได้ตามที่ขออนุญาตก็จริงแต่ ไม่รวมถึงบ้านที่ติดป้ายห้ามผู้เรียไ้เงินเข้าไปรบกวน เช่น “ห้ามมิให้ผู้เรียไ้เงินหรือผู้รับบริจาคเงิน เข้า” และในคดีนี้นอกจากศาลจะมีการปรับใช้แนวคิดของหลักความจำเป็นแล้ว แนวคิดที่สำคัญใน หลักความพอสมควรแก่เหตุที่ถูกหยิบยกมาใช้คือหลักความเหมาะสม (Suitability) ความเหมาะสมนี้ ได้ถูกศาลนำไปปรับใช้ในการพิจารณาเรื่องข้อเรียกร้องที่ให้องค์กรการกุศลต้องนำรายไ้ที่ได้จากการ เรียไ้ร้อยละ 75 ไปใช้ในการกุศลจริงๆ ซึ่งศาลได้พิจารณาว่าข้อกำหนดดังกล่าวไม่มีหลักฐานเชิง ประจักษ์ที่แสดงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ไ้รายไ้ได้อย่างถูกต้องกับความปลอดภัยของประชาชน หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวแต่อย่างใด ศาลได้ตระหนักว่ากรณีดังกล่าวมีมาตรการอื่นที่คุ้มครองเรื่อง ดังกล่าวอยู่แล้ว นั่นคือโทษทางอาญาที่กำหนดห้ามมิให้บุคคลที่อาศัยโอกาสจากกิจกรรมการเรียไ้เงิน เพื่อก่ออาชญากรรมนั่นเอง

ในคดีนี้ท้ายที่สุดศาลพิพากษายืนยันว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญโดย มีการนำแนวคิดเรื่องหลักความจำเป็นมาใช้ ศาลได้บ่งชี้ถึงมาตรการที่มีลักษณะจำกัดสิทธิน้อยกว่าโดย

<sup>45</sup> “The Village's legitimate interest in preventing fraud can be better served by measures less intrusive than a direct prohibition on solicitation. Fraudulent misrepresentations can be prohibited and the penal laws used to punish such conduct directly.”

<sup>46</sup> 444 U. S. 637.

<sup>47</sup> 444 U. S. 639.

<sup>48</sup> § 22-24 of the ordinance.



การนำมาตรการในบทบัญญัติอื่นๆในกฎหมายเดียวกันมาพิจารณาประกอบ ทั้งนี้การปรับใช้ดังกล่าวได้บ่งชี้ว่า มาตรการอันจำกัดสิทธิน้อยกว่านั้นอาจเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็นต้องสมมติขึ้นมาเสมอไป แต่เป็นมาตรการที่มีอยู่แล้วก็ย่อมนำมาใช้ประกอบการพิจารณาได้

(3) United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.<sup>49</sup>

ในคดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวกับเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการในกฎหมายสื่อสารและโทรคมนาคมของสหรัฐ โดยในมาตรา 505<sup>50</sup> ของกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการเคเบิลทีวีจะต้องปิดกั้นสัญญาณของช่อง (fully scramble) หรือระงับ (block) ช่องทางการรับชม ในกรณีที่ช่องนั้นเป็นช่องที่โดยหลักเผยแพร่เนื้อหาเกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศ โดยการเข้ารหัสสัญญาณหรือระงับสัญญาณนั้นจะต้องกระทำในช่วงเวลา 6 นาฬิกาถึง 22 นาฬิกา เนื่องจากเวลาดังกล่าวมีความเป็นไปได้ที่เยาวชนหรือเด็กจะรับชมสูง ซึ่งในคดีนี้บริษัท Playboy Entertainment Group ได้ยื่นฟ้องเป็นคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนี้

บริษัท Playboy Entertainment Group เป็นบริษัทผู้ประกอบการที่ผลิตสื่อโทรทัศน์สำหรับผู้ใหญ่ โดยเกือบทุกรายการของ Playboy เป็นรายการที่มีเนื้อหากิจกรรมทางเพศ โดยปัจเจกชนที่ต้องการรับชมรายการของบริษัท Playboy นั้นจะต้องจ่ายค่าบริการเป็นรายเดือน โดยปกติสัญญาณช่องดังกล่าวจะถูกเข้ารหัสไว้ เมื่อลูกค้าชำระค่าบริการทางผู้ให้บริการสัญญาณเคเบิลก็จะส่งมอบกล่องแปลงสัญญาณให้กับลูกค้า ซึ่งลูกค้าก็จะนำกล่องสัญญาณดังกล่าวไปใช้ในการรับชมรายการโทรทัศน์ของ Playboy ได้ ทั้งนี้เนื่องจากระบบการกระจายสัญญาณโทรทัศน์ในสมัยก่อนเป็นระบบ Analog การเข้ารหัสสัญญาณนั้นในบางครั้งจึงมีช่องว่าง ทำให้ภาพจากรายการที่มีเนื้อหาทางเพศบางช่องได้หลุดจากการเข้ารหัสสัญญาณเป็นครั้งคราวและปรากฏที่โทรทัศน์ ดังนั้นจึงเป็นที่มาและเหตุผลของมาตรการตามกฎหมายนี้ที่บังคับให้ผู้ให้บริการเคเบิล (Cable Operator) ทำการปิดกั้นสัญญาณโดยสิ้นเชิง (fully scramble or block) ในช่วงเวลาที่กำหนดเพื่อปกป้องเด็กและเยาวชนจากการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้เริ่มต้นจากการวิเคราะห์ถึงประเด็นที่สำคัญสองประการ ในประการแรกศาลได้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิ ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีนี้

<sup>49</sup> 529 U.S. 803 (2000), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/803/>>.

<sup>50</sup> Telecommunications Act 1996, Section 505.

การควบคุมมิให้เยาวชนได้รับสื่อที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว ศาลได้ตระหนักว่าเป็นเหตุผลอันชอบธรรมแล้ว แต่อย่างไรก็ดี ศาลได้วิเคราะห์ต่อไปถึงการคุ้มครองสิทธิในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง ศาลได้กล่าวว่าจากข้อเท็จจริงดังกล่าวรายการทั้งหลายของช่อง Playboy ไม่ได้อยู่ในขอบข่ายลามกอนาจาร (Obscene) อันอยู่นอกความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แม้รายการจะมีเนื้อหาเกี่ยวกับกิจกรรมเพศก็ตามแต่ศาลได้กล่าวว่าผู้ใหญ่ย่อมมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะดูรายการดังกล่าว (“Adults have a constitutional right to view it”)<sup>51</sup>

ต่อมาศาลได้วินิจฉัยถึงบทบัญญัติดังกล่าวว่ามีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิโดยคำนึงถึงเนื้อหา (content-based) เนื่องจากการจะปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวที่จำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับแรกนั้นจะต้องพิจารณาจากช่องรายการโทรทัศน์ว่ามีลักษณะแสดงถึงเนื้อหาทางเพศอย่างชัดแจ้งหรือมีเนื้อหาทางเพศที่ไม่เหมาะสมหรือไม่<sup>52</sup> และศาลได้บ่งชี้ถึงมาตรฐานที่จะนำมาใช้ในการตรวจสอบบทบัญญัติดังกล่าว โดยศาลกล่าวชัดเจนว่ามาตรฐานที่นำมาใช้ในการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญคือการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (strict scrutiny)<sup>53</sup> ซึ่งโดยหลักหากมีการใช้การตรวจสอบโดยมาตรฐานการตรวจสอบแบบเคร่งครัด ศาลจะมีการนำแนวคิดของหลักความจำเป็นมาใช้ทุกครั้ง เนื่องจากหลักการของการตรวจสอบแบบเคร่งครัดนั้น มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่ถูกสร้างขึ้นอย่างแคบที่สุด (Narrowly Tailored) เพื่อประโยชน์ที่จำเป็นอย่างยิ่งของรัฐ (Compelling interest) กล่าวคือต้องเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิทางรัฐธรรมนูญน้อยที่สุดซึ่งเป็นแนวคิดของหลักความจำเป็นนั่นเอง

ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยโดยนำหลักความจำเป็นมาปรับใช้ โดยศาลสูงสุดได้พิเคราะห์จากข้อโต้แย้งในคำพิพากษาของศาลล่างที่วินิจฉัยไว้ว่า วิธีทางที่น้อยที่สุดนั้นยังคงดำรงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน นั่นคือมาตรา 504 ซึ่งกำหนดให้ ผู้ให้บริการเคเบิลทีวีจะต้องทำการปิดกั้นสัญญาณในบางช่องหากเป็นกรณีที่มีผู้ร้องขอ ซึ่งในคดีดังกล่าวไม่มีข้อโต้แย้งกันในประเด็นที่ว่า มาตรการตามมาตรา 504 เป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่ามาตรการตามมาตรา 505 หากแต่ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปนั้นคือความมีประสิทธิภาพของมาตรา 504

ในคำพิพากษาศาลได้กล่าวอย่างชัดเจนว่า ฝ่ายรัฐบาลย่อมมีภาระการพิสูจน์ว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในคดีฝ่ายรัฐได้โต้แย้งเรื่องความมีประสิทธิภาพของมาตรการ

<sup>51</sup> 529 U.S. 811.

<sup>52</sup> "sexually explicit adult programming or other programming that is indecent."

<sup>53</sup> 529 U.S. 814.

ตามมาตรา 504 เนื่องจากผู้ใช้บริการเคเบิ้ลอาจจะไม่รับรู้ถึงมาตรการดังกล่าวหรือไม่ทราบว่ามีมาตรการดังกล่าวสามารถแก้ปัญหาสัญญาณรบกวนได้ ศาลได้ปฏิเสธข้อต่อสู้ดังกล่าว ในคำพิพากษาศาลได้กล่าวว่าไม่มีหลักฐานที่แสดงว่า หากมาตรการดังกล่าวนั้นได้ถูกเผยแพร่เป็นที่รับรู้กันอย่างต่อเนื่องต่อบรรดาผู้ใช้บริการแล้ว ผู้ใช้บริการจะไม่รับทราบปัญหาเรื่องสัญญาณรบกวนหรือไม่รู้ว่าตนมีสิทธิในการบล็อกสัญญาณที่รบกวนแต่อย่างใด

นอกจากนี้ฝ่ายรัฐบาลยังโต้แย้งว่ามาตรการตามมาตรา 504 ที่ให้บล็อกสัญญาณเป็นกรณี กับมาตรการตามมาตรา 505 ที่ห้ามมิให้ขายทั้งหมดในช่วงเวลาหนึ่งมีการจำกัดสิทธิที่มีความรุนแรงเท่าเทียมกัน เนื่องจากมาตรการที่ให้บล็อกสัญญาณเป็นการทำให้ฝ่ายผู้ให้บริการโทรทัศนหรือตัวผู้ผลิตรายการโทรทัศนนั้นต้องเสียค่าใช้จ่ายในการสร้างกล่องปิดกั้นสัญญาณอันจะส่งผลกระทบต่อรายได้ของบริษัท Playboy และอาจเกิดการยกเลิกการสมัครสมาชิกช่อง Playboy ในอนาคต ในประเด็นนี้ศาลได้วินิจฉัยไว้โดยกล่าวว่า แม้ว่ามาตรการตามมาตรา 504 จะไม่สมบูรณ์แบบ ไม่สะดวกสบาย หรือผลกระทบบังคับให้ผู้บริโภคต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ศาลไม่ควรที่จะสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามันไม่มีประสิทธิภาพ เราไม่ควรที่จะกล่าวว่าพ่อแม่ผู้ปกครองที่ได้รับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวจะไม่ตัดสินใจทำอะไรและผลกระทบจะไปให้ฝ่ายผู้ให้บริการโทรทัศน

ท้ายที่สุดศาลได้สรุปว่าฝ่ายรัฐนั้นไม่สามารถพิสูจน์ได้ถึงว่ามีประสิทธิภาพที่น้อยกว่าของมาตรการตามมาตรา 504 เนื่องจากไม่มีหลักฐานที่ชัดเจน ดังนั้นกรณีดังกล่าวศาลจึงพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลล่าง และยืนยันว่าบทบัญญัตินี้ไม่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญ ขัดต่อหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง

#### (4) Ashcroft v. American Civil Liberties Union (2004)<sup>54</sup>

ในคดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายที่คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กในโลกออนไลน์ (Child Online Protection Act (COPA)) โดยในคดีนี้มีประเด็นเรื่องการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการในกฎหมายฉบับนี้

จากข้อเท็จจริงคดีนี้เป็นความพยายามครั้งที่สองของฝ่ายนิติบัญญัติของสหรัฐในการสร้างกฎหมายกำหนดโทษทางอาญาและจำกัดเสรีภาพในโลกอินเทอร์เน็ต โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองเยาวชน โดยกฎหมายฉบับแรกที่พยายามควบคุมเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในโลกออนไลน์นั้นคือกฎหมายว่าด้วยความเหมาะสมในการสื่อสาร (Communications

<sup>54</sup> 542 U.S. 656 (2004), Retrieved from < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/656/>>.

Decency Act of 1996) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้ถูกศาลพิพากษาว่าขัดรัฐธรรมนูญไปแล้วในคดี Reno โดยเพื่อเป็นการตอบโต้กับคำพิพากษาของศาลในคดี Reno นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายฉบับใหม่ นั่นคือ Child Online Protection Act โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดโทษทางอาญาแก่บุคคลที่เผยแพร่เว็บไซต์ที่มีเนื้อหาที่เป็นอันตรายกับเยาวชนโดยมาตรการดังกล่าวมีโทษปรับจำนวน 50,000 เหรียญและจำคุก 6 เดือน ซึ่งนับว่าเป็นโทษที่ร้ายแรงพอสมควร

ในการพิจารณาว่าการกระทำใดครอบคลุมของความผิดตาม Child Online Protection act หรือไม่ การกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำที่กระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการเผยแพร่เว็บไซต์เพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์และกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดรายละเอียดของคำว่าเนื้อหาที่อาจเป็นอันตรายต่อเยาวชนไว้อย่างชัดเจน ตามกฎหมายฉบับนี้เว็บไซต์ที่มีเนื้อหาเป็นข้อความหรือรูปภาพอันแสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมที่ยั่ววนหรือกิจกรรมทางเพศ ไม่ว่าจะภาพเสมือนหรือการถ่ายทอดโดยการใช้คนจริงก็ตาม ล้วนแล้วแต่เป็นเว็บไซต์ที่ถือว่าเป็นอันตรายต่อเยาวชนทั้งสิ้น ในคดีนี้ประเด็นหลักอย่างหนึ่งที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาใช้ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่คือประเด็นว่ามาตรการตามกฎหมายฉบับนี้มีลักษณะจำกัดสิทธิน้อยที่สุดหรือไม่ ทั้งนี้จะต้องพิจารณาถึงเรื่องประสิทธิภาพของมาตรการประกอบด้วย

ในคดีนี้คู่ความในคดีซึ่งเป็นฝ่ายเอกชน (American Civil Liberties Union) ได้ยกข้อต่อสู้ว่ามาตรการดังกล่าวมีมาตรการที่จำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็น (free speech) น้อยกว่านั้นคือการกำหนดให้ใช้โปรแกรมในการกลั่นกรองเว็บไซต์ (Web Filtering) ในประเด็นแรก ศาลได้วินิจฉัยว่าการใช้โปรแกรมกลั่นกรองเว็บไซต์นั้นมีลักษณะที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าหรือไม่ ศาลกล่าวว่า การใช้โปรแกรมกลั่นกรองเว็บไซต์นั้นมีลักษณะที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าเนื่องจากไม่ใช่การกำหนดในลักษณะที่ห้ามทั้งหมด โปรแกรมกลั่นกรองเว็บไซต์นั้นไม่ได้จำกัดสิทธิของผู้ที่เป็นผู้ใหญ่แล้วในการเข้าชมเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาทางเพศที่ไม่เหมาะสม หรือแม้กระทั่งผู้ใหญ่ที่อาศัยอยู่ด้วยกันกับเยาวชนก็สามารถเข้าชมได้โดยตั้งรหัสผ่านหรือบล็อกเว็บไซต์ที่ไม่ประสงค์จะให้เยาวชนบุตรหลานของตนเข้าไปเข้าชมได้

ประเด็นต่อมาศาลได้พิจารณาถึงควมมีประสิทธิภาพของมาตรการที่กระทบสิทธิน้อยกว่า ศาลได้กล่าวว่าการใช้โปรแกรมป้องกันการเข้าเว็บไซต์ที่ไม่พึงประสงค์นั้น สามารถป้องกันมิให้เยาวชนได้ดูภาพโป๊ (pornography) ได้ทั้งหมด เนื่องจากข้อเท็จจริงนั้นบ่งชี้ว่า ประมาณร้อยละ 40 ของเว็บไซต์ที่อาจมีความไม่เหมาะสมกับเยาวชนนั้นมาจากต่างประเทศ ในแง่นี้การกำหนดโทษทางอาญาแก่เฉพาะคนในประเทศนั้นเป็นวิธีการที่ให้ประสิทธิภาพน้อยกว่าในการปกป้องเยาวชนเนื่องจากเยาวชนก็ยังสามารถเข้าชมเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาทางเพศจากต่างประเทศได้อยู่ดี

นอกจากนี้ศาลได้กล่าวว่าการใช้โปรแกรมกลั่นกรองเว็บไซต์นั้นยังมีประสิทธิผลมากกว่าในแง่ที่โปรแกรมเหล่านี้มีได้กลั่นกรองเฉพาะเว็บไซต์ หากแต่มีฟังก์ชันที่สามารถป้องกันทั้งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์และการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตอื่นๆอีกด้วย และในท้ายที่สุดศาลได้พิพากษาว่าฝ่ายรัฐไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าวิธีการที่จำกัดสิทธินี้ต่ำกว่าจะส่งประสิทธิภาพที่น้อยกว่า ศาลได้ยืนยันว่ามาตรการตามกฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรการดังกล่าวไม่อาจผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional Scrutiny) ได้

### 5.3.3 แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในคดีของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกาองค์กรตุลาการมีการชั่งน้ำหนักเพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างผลดีและผลเสีย มีนักวิชาการเห็นว่าแนวคิดดังกล่าวในสหรัฐอเมริกามีพัฒนาการที่ตรงกันข้ามกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอย่างสิ้นเชิง<sup>55</sup> หลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ในแง่ของการถือกำเนิดขึ้นเพื่อประกันสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยมุ่งจำกัดอำนาจรัฐ แต่แต่นักวิชาการเห็นว่าในสหรัฐอเมริกาสถาปัตยกรรมอันมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นถูกปรับใช้โดยมีวัตถุประสงค์ให้มาตรการของรัฐที่กระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชนนั้นสามารถดำรงอยู่ได้<sup>56</sup> ในทางวิชาการจึงอาจกล่าวได้ว่าการชั่งน้ำหนัก (Balancing) เป็นเครื่องมือสำคัญในการป้องกันมิให้การคุ้มครองสิทธิของประชาชนนั้นมีลักษณะเด็ดขาด<sup>57</sup> สาเหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากในสหรัฐอเมริกาแนวคิดเรื่องสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ถูกพัฒนาขึ้นมาอย่างเข้มข้นโดยมีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องประกันสิทธิ<sup>58</sup>

แก่นของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (proportionality in strict sense) คือการชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายของสิทธิปัจเจกชนที่ถูกล่วงละเมิดกับประโยชน์สาธารณะที่ได้รับ ซึ่งวิธีการวินิจฉัยแบบนี้อาจปรากฏได้ในสองลักษณะ

<sup>55</sup> Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat, “American balancing and German proportionality : The historical origins,” 8 *International Journal of Constitutional Law*, 263, p.290 (2010).

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

การชั่งน้ำหนักในลักษณะแรกเป็นการสร้างชั่งน้ำหนักผ่านการตรวจสอบวัตถุประสงค์ เช่นในกรณีที่เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการของรัฐที่กระทบสิทธิที่ศาลเห็นว่าเป็นสิทธิที่สำคัญ (fundamental) มาตรการของรัฐจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (Compelling state interest) ทั้งนี้ศาลได้อาศัยการพิจารณาความจำเป็นอย่างยิ่งมาเป็นเครื่องมือช่วยในการวินิจฉัยและสร้างดุลยภาพให้แก่คุณค่าทางรัฐธรรมนูญที่เผชิญหน้ากันอยู่ เราอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดเรื่องผลประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่งนั้นเกิดขึ้นครั้งแรกในคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (First Amendment case) ในยุค 1940 และการพิจารณาแบบชั่งน้ำหนัก (balancing test) ได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากในการปรับใช้โดยศาลสูงสุดในปีทศวรรษที่ 1950<sup>59</sup> ในประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปใน 4.4

ในลักษณะต่อมาแนวคิดของความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอาจปรากฏตัวผ่านหลักกฎหมายต่างๆในสหรัฐอเมริกา เช่นการวินิจฉัยกฎหมายที่กว้างเกินกว่าเหตุ (Overbreadth doctrine) การห้ามสร้างภาระเกินกว่าเหตุ (Undue Burden Test) ซึ่งหลักการเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอันจะได้กล่าวต่อไปใน 4.4 ทั้งนี้คดีที่น่าสนใจซึ่งแสดงถึงแนวคิดที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมีดังนี้

(1) Planned Parenthood of Southeastern Pa.v. Casey (1992)<sup>60</sup>

ในคดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายอันจำกัดสิทธิในการทำแท้ง (Abortion Rights) คดีนี้เป็นคดีที่มีความสำคัญเนื่องจากก่อนหน้าคดีนี้การวินิจฉัยในคดีที่มีมาตรการทางกฎหมายจำกัดสิทธิในการนำแท้งถูกวินิจฉัยไว้ใน Roe v. Wade ซึ่งศาลได้สูงสุดได้ตัดสินในคดีดังกล่าวไว้ว่า รัฐธรรมนูญได้คุ้มครองสิทธิในการทำแท้งและในส่วนมาตรฐานที่ใช้ในการตัดสินคดีนั้นคือมาตรฐานการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny)<sup>61</sup> และศาลได้วางหลักไว้ใน Roe v.

<sup>59</sup> Alec S. Sweet, “All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing,” Yale Law School Faculty Scholarship Series 30, p.34 (2010).

<sup>60</sup> 505 U.S. 833 (1992), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.html>>.

<sup>61</sup> Erwin Chemerinsky, *supra note 8*, p.841.



Wade ว่ารัฐไม่อาจจำกัดสิทธิในการทำแท้งได้ในช่วงระยะเวลาเริ่มแรกของการตั้งครรภ์ (trimester) แม้ในคำพิพากษาคดี Roe v. Wade ศาลจะมีการกล่าวถึงการสร้างดุลยภาพ (Balancing) อันเป็นสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบก็ตามแต่เป็นการใช้การสร้างดุลยภาพเชิงวาทศิลป์ (Rhetoric Balancing) เท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามในคดี Casey นั้นศาลได้วางหลักการใหม่ว่า รัฐอาจจำกัดสิทธิในการทำแท้งได้แม้เป็นช่วงเวลาเริ่มแรกของการตั้งครรภ์ แต่รัฐจะต้องไม่สร้างภาระเกินสมควรกว่าเหตุ (Undue Burden) ให้แก่ปัจเจกชน ซึ่งในคดีนี้เป็นคดีที่ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการทำแท้งของมลรัฐเพนซิลเวเนีย (Pennsylvania Abortion Control Act of 1982) กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีการแสดงความยินยอมในการทำแท้ง ทั้งนี้กฎหมายได้กำหนดถึงมาตรการดังกล่าวไว้หลายกรณี ในกรณีทั่วไปผู้หญิงที่ต้องการทำแท้งจะต้องให้ความยินยอมต่อแพทย์ผู้ทำแท้งเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 24 ชั่วโมงก่อนการทำแท้ง ทั้งนี้ผู้ที่ประสงค์จะทำแท้งจะต้องได้รับข้อมูลเพียงพอก่อนแสดงความยินยอมดังกล่าว ซึ่งมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการตามกฎหมายที่ใช้รวมไปถึงกรณีแรกเริ่มของการตั้งครรภ์ด้วย

ศาลสูงสุดในคดีนี้ได้เริ่มวินิจฉัยโดยพิจารณาถึงหลักการในคดี Roe v. Wade ก่อน โดยสาระสำคัญของคดี Roe v. Wade นั้นอยู่ที่ “สิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ในช่วงระยะครรภ์เริ่มแรก” ซึ่งศาลได้กล่าวว่า ผู้หญิงนั้นมีเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะยุติการตั้งครรภ์ของตนเอง ทั้งนี้ศาลยังได้วางหลักการต่อไปอีกว่าในคดีที่เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในการทำแท้งนั้น มาตรการจะต้องถูกสร้างขึ้นอย่างแคบที่สุดเพื่อผลประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่งของรัฐ<sup>62</sup> ศาลได้กล่าวต่อไปว่าแม้ปัจเจกชนจะมีสิทธิในการตัดสินใจในการที่จะอุ้มท้องต่อหรือยุติการตั้งครรภ์ก็จริง แต่รัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้ห้ามรัฐจากการสร้างมาตรการจำกัดสิทธิเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมจากกระบวนการประชาธิปไตย ดังนั้นรัฐจะมีอำนาจที่จะตรากฎหมายเพื่อสร้างมาตรการที่มีเหตุมีผล

ท้ายที่สุดศาลได้ปฏิเสธการนำหลักการของ Roe v. Wade ในแง่การห้ามจำกัดสิทธิในการตั้งครรภ์ในช่วงระยะแรกมาใช้<sup>63</sup> ศาลได้กล่าวว่าคดี Roe v. Wade นั้นไม่ได้สร้างสิทธิ

<sup>62</sup> Those cases decided that any regulation touching upon the abortion decision must survive strict scrutiny, to be sustained only if drawn in narrow terms to further a compelling state interest., 505 U.S. 871.

<sup>63</sup> Erwin Chemerinsky, *supra note 8*, p.873.

เด็ดขาดในการยุติการตั้งครรภ์แก่หญิง หากแต่วางหลักว่าสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์นั้นจะไม่สามารถถูกจำกัดได้ก็เฉพาะกรณีที่มาตรการสร้างภาระเกินสมควรแก่เหตุแก่หญิงที่ตั้งครรภ์<sup>64</sup>

ในคดีนี้ศาลได้นำแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมาใช้ประกอบการพิจารณาว่าภาระใดบ้างเป็นภาระที่เกินสมควรกว่าเหตุ (Undue Burden) โดยคำว่า “ภาระเกินสมควรกว่าเหตุ” นี้เองซึ่งแสดงถึงการดำรงอยู่ของภาระที่มีเหตุผลหรือมาตรการที่สร้างภาระพอสมควรแก่เหตุ<sup>65</sup> ตามหลักการนี้ภาระที่มาตรการของรัฐสร้างแก่ปัจเจกชนจะต้องพอสมควรแก่เหตุแก่ผู้ทรงสิทธิ หากภาระที่มาตรการของรัฐสร้างแก่ปัจเจกชนนั้นก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า (outweight) ประโยชน์ที่รัฐจะได้รับ มาตรการนั้นย่อมถือว่าสร้างภาระเกินสมควรแก่เหตุ และย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>66</sup>

ซึ่งในประเด็นแรก มาตรการที่บังคับให้แพทย์ให้ข้อมูลแก่ผู้หญิงที่ประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ก่อนดำเนินการทำแท้งเป็นเวลา 24 ชั่วโมง ข้อมูลที่กฎหมายกำหนดนั้นประกอบไปด้วยปัจจัยเสี่ยงทางสุขภาพที่อาจเกิดจากการทำแท้ง ข้อมูลทางด้านการดำเนินการหรือวิธีการทำแท้ง ศาลได้นำผลดีผลเสียของมาตรการดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาและตัดสินว่ากรณีดังกล่าวไม่เป็นภาระที่เกินสมควรแก่เหตุ ศาลได้มองว่ามาตรการดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญที่ขัดขวางสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของผู้หญิง ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลโดยนำกรณีอื่นๆมาเปรียบเทียบประกอบ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดให้แพทย์ต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพหรือปัจจัยเสี่ยงต่อผู้ประสงค์ที่จะบริจาคนไขไตที่เคยมีคดีที่ถูกตัดสินไว้ว่ามาตรการดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้มาตรการในคดีนี้ยังส่งเสริมผลประโยชน์ของรัฐนั่นคือคุณค่าในชีวิตหรือการคุ้มครองทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาและยังเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์แก่หญิงที่ประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์เนื่องจากมีข้อมูลครบถ้วนประกอบการตัดสินใจ

ในส่วนของมาตรการที่กำหนดให้หญิงที่มีคู่สมรสนั้นจะสามารถทำแท้งอย่างถูกกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อการยืนยันว่าสามีรับรู้แล้ว (notify her husband) ศาลได้พิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวมีลักษณะสร้างภาระเกินสมควรกว่าเหตุ (undue burden) โดยศาลได้นำประโยชน์ที่กฎหมายจะได้รับกับความเสียหายต่อสิทธิในการทำแท้งที่จะเกิดขึ้นมาพิจารณา โดยศาลได้อ้างอิงจากข้อมูลการวิจัยและพยานหลักฐานที่ปรากฏในศาลล่าง ทั้งนี้จากงานวิจัยได้บ่งชี้ว่ามีผู้หญิงชาวอเมริกันจำนวนมากที่เป็นเหยื่อความรุนแรงในครอบครัว หากกฎหมายกำหนดให้ผู้หญิงที่ประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ต้องแจ้งสามีก่อน อาจส่งผลอย่างร้ายแรงกับการตัดสินใจในการยุติการตั้งครรภ์ของผู้หญิง

<sup>64</sup> *Ibid.*, p.884.

<sup>65</sup> Thomas Sullivan, and Richard Frase, *supra note 1*, p.56.

<sup>66</sup> *Ibid.*

ยกตัวอย่างเช่น สามีอาจข่มขู่ว่าจะเปิดเผยเรื่องที่ภรรยาจะไปทำแท้งกับผู้อื่นเพื่อไม่ให้ทำแท้งหรือสามีอาจทำร้ายร่างกายภรรยาเพื่อไม่ให้ภรรยาใช้สิทธิในการทำแท้ง ศาลได้นำข้อเท็จจริงทั้งหมดมาพิจารณาและสรุปว่า มาตรการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการสร้างภาระเกินสมควรกว่าเหตุ

คดีนี้เป็นหนึ่งในตัวอย่างคดีที่แสดงให้เห็นถึงแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบที่ชัดเจนที่สุดคดีหนึ่งในการปรับใช้โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ศาลได้นำข้อเท็จจริง ผลดีผลเสียและสภาวะการณ์ที่เกิดขึ้นจากมาตรการตามกฎหมายมาพิจารณาโดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่รัฐจะได้รับกับสิทธิที่ปัจเจกชนจะสูญเสียไปผ่านการพิจารณาว่าเป็นภาระเกินสมควรหรือไม่ (undue burden)

(2) United States Dept. of Agriculture v. Moreno (1973)<sup>67</sup>

คดีนี้มีข้อพิพาทเกี่ยวกับบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยโปรแกรมคูปองอาหาร (Food Stamp Act) ซึ่งคูปองอาหารนี้เป็นคูปองที่มีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนผู้มีรายได้น้อยหรือไม่มีรายได้อาหาร (purchasing food) โดยโปรแกรมนี้บริหารจัดการโดยกระทรวงเกษตรของสหรัฐ คูปองอาหารนี้จะถูกแจกจ่ายตามครัวเรือน (household) เพื่อใช้คูปองในการซื้ออาหารที่ร้านค้าปลีก (retail shop) แทนเงิน ซึ่งในขั้นตอนการริเริ่มร่างกฎหมาย มาตรา 3(e) ในกฎหมายว่าด้วยคูปองอาหาร<sup>68</sup>ได้นิยามครัวเรือนไว้ดังนี้

“...กลุ่มของบุคคลที่ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติหรือไม่ก็ตาม แต่อยู่อาศัยในบ้านอันเป็นที่อยู่อาศัยหรือสถาบันอันเป็นที่อยู่อาศัย และบุคคลกลุ่มดังกล่าวได้อาศัยร่วมกันในฐานะหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน มีการแบ่งครัวเรือนร่วมกันใช้ (sharing common cooking facilities) และมีการซื้ออาหารเพื่อบริโภคร่วมกัน (whom food is purchased in common)...”

อย่างไรก็ตามในกฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนิยามความหมายของครัวเรือน โดยปฏิเสธรมิให้ครัวเรือนที่มีผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกันทางเครือญาติที่อาศัยอยู่ด้วยกันได้รับคูปองอาหาร โดยบทบัญญัติ มาตรา 3(e) ได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงและนิยามใหม่กล่าวคือ กลุ่มของบุคคลที่เป็นครัวเรือนนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กันทางครอบครัว

จากข้อเท็จจริงในคดีกลุ่มผู้ฟ้องคดีเป็นกลุ่มบุคคลผู้ได้รับความเสียหายโดยอาศัยอยู่ด้วยกันในที่พักอาศัยเดียวกันแต่ไม่ได้มีความเกี่ยวพันกันทางสายโลหิต ตัวอย่างเช่น ผู้เสียหายคน

<sup>67</sup> 413 U.S. 528 (1973), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/528/case.html>>.

<sup>68</sup> Food Stamp Act of 1964, Section 3(e).

หนึ่งอาศัยอยู่กับบุตรสาวที่เป็นโรคหูหนวก บุตรสาวของเธอต้องเข้าโรงเรียนที่เป็นโรงเรียนพิเศษสำหรับผู้พิการทางการได้ยิน เพื่อประหยัดค่าใช้จ่ายผู้เสียหายคนนี้จะตัดสินใจเช่าอพาร์ทเมนต์ที่ใกล้โรงเรียนกับผู้หญิงอีกคนหนึ่งที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกันทางครอบครัว ในขณะที่ผู้เสียหายอีกคนหนึ่งนั้นก็คือ Moreno เป็นหญิงอายุ 56 ปี Moreno มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ลำบากและยังป่วยเป็นโรคเบาหวานอีกด้วย เธอได้อาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกันกับหญิงอีกคนหนึ่งที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันทางครอบครัวแต่อย่างใด

จากข้อเท็จจริงผู้เสียหายเหล่านี้ถูกตัดสิทธิมิให้เข้าร่วมในโครงการคูปองอาหารเนื่องจากไม่ใช่ “ครัวเรือน” ทั้งๆที่ผู้เสียหายเหล่านี้เป็นกลุ่มบุคคลที่มีรายได้น้อยและต้องการความช่วยเหลือมากกว่ากลุ่มอื่น<sup>69</sup> ในคดีนี้ศาลได้มีคำพิพากษาโดยแสดงถึงแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุ และศาลได้ใช้มาตรฐานการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในคดีนี้

ในคำพิพากษาศาลได้พิจารณาในประเด็นสำคัญกล่าวคือมาตรการของรัฐดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติเรื่องหลักความเสมอภาคหรือไม่ โดยในคำพิพากษาศาลได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนถึงมาตรฐานการตรวจสอบอันเป็นการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย โดยศาลได้กล่าวในคำพิพากษาว่า “การตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดกับรัฐธรรมนูญในเรื่องหลักความเสมอภาคหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาว่าเส้นแบ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ลากขึ้นนั้น มีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุมีผลกับวัตถุประสงค์อันชอบธรรมหรือไม่”<sup>70</sup> ซึ่งเป็นหลักการที่มีความคล้ายคลึงกับหลักความเหมาะสมอย่างยิ่ง

จากข้อเท็จจริงในคดี กฎหมายว่าด้วยคูปองโปรแกรมอาหารมีวัตถุประสงค์ทางการ<sup>71</sup>เพื่อใช้ประโยชน์จากผลผลิตที่เป็นส่วนเกินจากทางเกษตรกรรมให้เกิดประโยชน์และเป็น การเพิ่มสารอาหารทางโภชนาการที่ประชาชนในประเทศจะได้รับ แม้ศาลจะกล่าวถึงวัตถุประสงค์

<sup>69</sup> “Those person who are desperately in need of aid that they cannot even afford to alter their living arrangements so as to retain their eligibility.”

<sup>70</sup> The test of equal protection is whether the legislative line that is drawn bears "some rational relationship to a legitimate" governmental purpose., 413 U. S. 539.

<sup>71</sup> increased utilization of food in establishing and maintaining adequate national levels of nutrition will promote the distribution in a beneficial manner of our agricultural abundances

ดังกล่าวก็จริง แต่วัตถุประสงค์อีกอย่างที่ศาลนำมามุ่งในคดีนี้คือวัตถุประสงค์ที่ปรากฏในกระบวนการ ตรากฎหมาย การแก้ไขบทบัญญัติเรื่องนิยามของครัวเรือนเป็นการแก้ไขนิยามโดยมีวัตถุประสงค์กีดกันกลุ่มบุคคลที่เป็น “ฮิปปี” ไม่ให้มีสิทธิในการแลกอาหารจากคูปองอาหาร โดยศาลได้พิจารณา วัตถุประสงค์ดังกล่าวว่า “ความปรารถนาของฝ่ายนิติบัญญัติในการที่จะทำร้ายกลุ่มในทางการเมืองที่ไม่เป็นที่นิยมไม่สามารถยอมรับได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (Legitimate government interest)” ในคดีปรากฏหลักฐานแสดงว่าฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งหมายสร้างความเสียหายให้กับกลุ่มคนที่เป็นฮิปปี ท้ายที่สุดศาลได้ตัดสินว่าวัตถุประสงค์ดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimate purpose) แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาคูณค่าของวัตถุประสงค์ตามกฎหมายนั้นถือว่าเป็นวิธีพิจารณาที่มีเนื้อหาคล้ายกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอย่างหนึ่ง

ในประเด็นต่อมาฝ่ายรัฐบาลได้ยกข้อต่อสู้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินิยาม เรื่องครัวเรือนดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อีกอย่างคือการป้องกันการทุจริตในโครงการนี้ เนื่องจากครัวเรือนที่ประกอบไปด้วยกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกันทางครอบครัวมีความเป็นไปได้สูงที่จะแสวงหาประโยชน์จากคูปองโปรแกรมอาหารโดยมิชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ครัวเรือนที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันทางครอบครัวนั้นมักจะไม่แน่นอนซึ่งส่งผลทำให้ยากต่อการตรวจสอบการทุจริตที่เกิดขึ้น โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้นำวัตถุประสงค์นี้มาพิจารณาประกอบการตัดสินเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย จะเห็นได้ว่าการปรับใช้แนวคิดของหลักความเหมาะสมในสหรัฐอเมริกานั้นมีการนำวัตถุประสงค์ที่เป็นไปได้ (plausible purpose) ของฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาร่วมในการพิจารณาด้วย แม้ว่าจะไม่ใช้วัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างเป็นทางการก็ตาม

ในการพิจารณาในเรื่องความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุมีผลกับวัตถุประสงค์เรื่องการป้องกันการทุจริตนั้น ในคำพิพากษาศาลได้กล่าวว่า กลไกการป้องกันการทุจริตซึ่งมีอยู่ในกฎหมายว่าด้วยโครงการคูปองอาหารนั้นเพียงพอแล้วต่อการต่อต้านการทุจริตในโปรแกรมนี การตัดครัวเรือนที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันทางสายโลหิตออกจากกรเป็นผู้เข้าร่วมในโปรแกรมคูปองอาหารไม่สามารถลดการทุจริตในโครงการอาหารได้ เนื่องจากในทางข้อเท็จจริง หากเป็นกรณีที่บุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันทางครอบครัวสองคนอาศัยอยู่ร่วมกันในสถานที่เดียวกันก็สามารถเข้าร่วมในโครงการคูปองอาหารได้เนื่องจากบุคคลดังกล่าวอาจแบ่งแยกครัวกันใช้หรือไม่ใช้จ่ายในการซื้ออาหารร่วมกันอันส่งผลให้บุคคลดังกล่าวกลายเป็นสองครัวเรือน (two households) และมีสิทธิในการเข้าร่วมโปรแกรมคูปองอาหารอยู่ดี อีกทั้งมาตรการดังกล่าวยังสร้างความเสียหายให้กับบุคคลที่ควรจะได้ประโยชน์ในโปรแกรมคูปองอาหาร ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้กล่าวเน้นย้ำในตอนสรุปอีกว่า

“ดังนั้นในเชิงปฏิบัติ การแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยโปรแกรมคูปองอาหาร 1971 ไม่เพียงแต่ตัดมิให้บุคคลที่มีแนวโน้มที่จะทุจริตโปรแกรมอาหารเข้าร่วมโครงการเท่านั้น หากแต่รวมไป

ถึงผู้ที่ต้องการความช่วยเหลืออย่างยิ่งยวดด้วย ...การพิจารณาเรื่องการคุ้มครองหลักความเสมอภาคแบบดั้งเดิมนั้นไม่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องสร้างมาตรการที่ถูกต้องในทางคณิตศาสตร์อย่างแม่นยำ...แต่มาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติในคดีนี้ไม่เพียงแต่ไม่แม่นยำเพียงอย่างเดียว แต่ยังตรำขึ้นโดยปราศจากฐานแห่งเหตุผลอย่างสิ้นเชิง"

เราอาจกล่าวได้ว่า การพิจารณาถึงความเสียหาย (Severity) ที่เกิดขึ้นกับสิทธิของปัจเจกชนเทียบกับประโยชน์มหาชนที่รัฐจะได้รับนั้นเป็นแก่นของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ซึ่งศาลได้มีการพิจารณาที่แสดงถึงแนวคิดเรื่องนี้ คำพิพากษาศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่ามาตรการดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญในประเด็นเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย ทั้งนี้คำพิพากษานี้เป็นตัวอย่งที่ทำให้เห็นการปรับใช้แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบโดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา นั่นคือประการแรกศาลได้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ และพิจารณาถึงเจตนา (illicit motive) ของฝ่ายนิติบัญญัติในการสร้างมาตรการดังกล่าว รวมไปถึงการพิจารณาถึงผลดีผลเสียที่เกิดขึ้นจากมาตรการนั้นๆ ซึ่งโดยปกติแล้วในสหรัฐอเมริกานั้น ในคดีที่ศาลใช้การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายมักจะถูกตัดสินว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอ หากแต่ในคดีนี้เป็นคดีจำนวนน้อยที่เกิดขึ้น ซึ่งแนวคิดที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยคดีนี้ไม่ว่าจะมากจะน้อยแสดงถึงแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในการพิจารณาถึงความเสียหายที่ปัจเจกชนจะได้รับเปรียบเทียบกับประโยชน์สาธารณะ

### (3) United States v. O'Brien (1967)<sup>72</sup>

ในคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการประท้วงสงครามเวียดนาม โดยในคดีนี้ นาย David O'Brien กับเพื่อนอีกสามคนถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา โดยนาย O'Brien ได้เผาบัตรประจำตัว Draft Card<sup>73</sup> เพื่อเป็นสัญลักษณ์ในการประท้วงสงครามเวียดนามในที่สาธารณะ ต่อหน้าเจ้าหน้าที่ของรัฐ อย่างไรก็ตามกฎหมายรัฐบัญญัติว่าด้วยการทำหน้าที่เป็นทหาร (Universal military training and service act) ได้กำหนดให้การทำลาย Draft Card เป็นความผิดทางอาญา นาย O'Brien ซึ่งถูกดำเนินคดีเนื่องจากกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ได้โต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว ในที่สุดเรื่องดังกล่าวเป็นคดีขึ้นสู่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา โดย

<sup>72</sup> 386 U.S. 345 (1967), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/367/case.html>>.

<sup>73</sup> บัตรประจำตัวชายอเมริกัน ใช้ในการเรียกกำลังพลทหาร



ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางข้อพิจารณาในคดีดังกล่าวไว้ซึ่งแสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่สอดคล้องกับยุโรปหลายประการ

ศาลเริ่มต้นจากการพิจารณาว่ารัฐสภาออกกฎหมายดังกล่าวชอบด้วยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยกฎหมายดังกล่าวรัฐสภาได้ตราออกมาภายใต้บทบัญญัติในหมวดที่หนึ่งแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่ว่าด้วยเรื่องอำนาจของรัฐสภาในการจัดระเบียบกองกำลังทหารดังนั้นจึงถือว่ากฎหมายดังกล่าวอยู่ในอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ข้อพิจารณาประการต่อมาคือ การกระทำดังกล่าวเป็นการส่งเสริมประโยชน์ที่สำคัญของรัฐหรือไม่ โดยข้อพิจารณาประการนี้ได้สะท้อนแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในเยอรมนีซึ่งก็คือหลักความเหมาะสม (Suitability)

ต่อมาศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ต้องวิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์หรือผลประโยชน์ของมาตรการนั้นว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่ “สำคัญ (Important Interest)” หรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาหรือการตีความว่าข้อเท็จจริงเช่นไรจึงเป็นวัตถุประสงค์สำคัญนี้เองที่สะท้อนแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Proportionality in narrow sense) การพิจารณาถึงน้ำหนักของวัตถุประสงค์หรือผลประโยชน์นั้นเป็นวิธีการพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบวิธีหนึ่งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แล้วท้ายที่สุดศาลได้กล่าวว่ามาตรการของรัฐนั้นจะต้องไม่จำกัดสิทธิมากเกินไปกว่าการที่สำคัญในการส่งเสริมผลประโยชน์อันชอบธรรมของรัฐ

ในคดีนี้ศาลก็ได้ตัดสินว่ามาตรการตามกฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้ระบบการเรียกกำลังพลทหารนั้นสามารถดำเนินไปได้ วัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญและมาตรการการห้ามทำลาย Draft card ดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อสนับสนุนวัตถุประสงค์นั้น แม้มาตรการนั้นๆจะมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแต่ไม่มีวิธีการอื่นใดที่จะสามารถสนับสนุนประโยชน์ของรัฐในเรื่องความสะดวกและมีประสิทธิภาพในการเรียกกำลังพลทหารได้ การวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยที่แสดงแนวคิดที่คล้ายคลึงกับหลักความจำเป็นอย่างมาก ท้ายที่สุดศาลกล่าวว่าหากไม่ตรากฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ถือ Draft Card ทำลายเอกสารสำคัญของตนลงอย่างตั้งใจประโยชน์ของรัฐคงไม่อาจบรรลุผล ท้ายที่สุดคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

เราอาจกล่าวได้ว่าในคดีนี้มีการปรับใช้แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในทุกองค์ประกอบ นอกจากนี้เนื้อหาในคำพิพากษายังแสดงให้เห็นอีกว่าการพิจารณาข้อเท็จจริงของศาลนั้นมีการคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ได้รับจากมาตรการและผลเสียที่เกิดขึ้นกับเสรีภาพของราษฎร<sup>74</sup>

<sup>74</sup> Alec S. Sweet, *supra* note 59, p.53.

โดยศาลได้พิจารณาไปถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในสภาวะการณ์ที่ไม่มีกฎหมายนี้ ซึ่งศาลพิจารณาว่า หากไม่มีกฎหมายนี้จะก่อให้เกิดการส่งเสริมให้มีการประท้วงโดยทำลาย Draft Card และในท้ายที่สุด ความราบรื่นในการเรียกกำลังพลทหารก็จะถูกทำลาย ซึ่งการพิจารณาถึงสภาวะการณ์ที่กฎหมายถูกพิพากษาว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการประเมินคุณค่าอย่างหนึ่งตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

(4) Broadrick v. Oklahoma (1973)<sup>75</sup>

ในคดีนี้เป็นคดีที่ว่าด้วยเรื่องของกฎหมายที่จำกัดการแสดงความคิดเห็นหรือการทำการกิจกรรมทางการเมืองของลูกจ้างของรัฐ (state employees) ซึ่งในคดีนี้นาย Broadrick ซึ่งเป็นลูกจ้างของรัฐได้ถูกดำเนินคดีเนื่องจากรัฐบัญญัติว่าด้วยระบบคุณธรรมของเจ้าหน้าที่รัฐ (The state merit system act) ได้กำหนดห้ามลูกจ้างของรัฐไม่ว่าจะโดยทางตรง (directly) หรือโดยอ้อม (indirectly) แสดงพฤติกรรมใดๆ (any manner) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมกับองค์กรทางการเมือง (contribution for any political organization) ซึ่ง Broadrick ได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามมาตรานี้ Broadrick ได้ต่อสู้คดีในประเด็นว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวกว้างเกินกว่าเหตุ (Overbreadth)

ในคดีนี้หลักการสำคัญในระบบกฎหมายอเมริกันที่ศาลได้นำมาปรับใช้คือ Overbreadth Doctrine โดยหลักกฎหมายที่มีความกว้างเกินสมควรกว่าเหตุจะต้องมีลักษณะที่พิจารณาจากการปรับใช้ของกฎหมายว่า กฎหมายนั้นมีเนื้อความจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นที่ถูกคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งหรือไม่ โดยการจำกัดสิทธินั้นจะต้องมีจำนวนมากอย่างเป็นสาระสำคัญอันจะก่อให้เกิดผลคือปัจเจกชนผู้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายไม่กล้าที่จะใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (chilling effects) ซึ่งการพิจารณาตามหลัก Overbreadth นี้มีลักษณะที่คล้ายกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเนื่องจากต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบที่เกิดต่อสิทธิของปัจเจกชนควบคู่ไปกับประโยชน์ที่กฎหมายได้รับ ทั้งนี้ในคดีนี้ ศาลได้พิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ได้กว้างเกินกว่าเหตุอย่างเป็นสาระสำคัญ โดยศาลได้นำปัจจัยต่างๆ มาพิจารณาและกล่าวว่าการนี้ที่อาจจะกว้างเกินกว่าเหตุในคดีนี้อาจแก้ไขได้โดยการวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป

<sup>75</sup> 413 U.S. 601 (1973), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.html>>.

(5) Central Hudson Gas & Elec. v. Public Svc. Comm'n<sup>76</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่มีความสำคัญคดีหนึ่ง เนื่องจากเป็นคดีที่มีการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างชัดเจนในคดี โดยในคดีนี้กฎหมายอันเป็นวัตถุแห่งคดีคือกฎของคณะกรรมการกำกับกิจการบริการสาธารณะ (New York Public Service Commission) กฎเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดห้ามบริษัทที่ทำกิจการในเรื่องไฟฟ้าทำการโฆษณาธุรกิจของตนโดยวัตถุประสงค์ของมาตรการนี้คือการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน ซึ่งบริษัท Central Hudson Gas ได้ยกข้อต่อสู้ว่ามาตรการดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ในเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและมาตรการดังกล่าวขัดกับหลัก Due Process ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14

จากข้อเท็จจริงในเดือนธันวาคมปี 1971 คณะกรรมการได้สั่งห้ามบริษัทกิจการไฟฟ้าในนิวยอร์กทำการโฆษณาที่อาจส่งเสริมการใช้ไฟฟ้าให้เพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้ได้ให้เหตุผลหลักคือเรื่องการประหยัดพลังงาน โดยศาลได้วิเคราะห์ว่าคำสั่งของคณะกรรมการฉบับนี้บังคับใช้เฉพาะเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (Commercial Speech) และศาลได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฉบับนี้ว่าแม้กรณีดังกล่าวจะเป็นกรณีที่ขัดกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง แต่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวเป็นเสรีภาพการแสดงความคิดเห็นโดยมีวัตถุประสงค์เรื่องการค้าพาณิชย์ ซึ่งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นประเภทนี้จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในระดับที่น้อยกว่าการแสดงความคิดเห็นในเรื่องอื่นๆ เช่นการเมือง สังคม เศรษฐกิจ<sup>77</sup> แต่อย่างไรก็ตามในคดีนี้ศาลได้วางหลักในการวิเคราะห์ไว้ว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำได้อีกต่อเมื่อการจำกัดเสรีภาพนั้นมีความได้สัดส่วน (proportionate) กับผลประโยชน์ที่จะได้รับรวมไปถึงมาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่ถูกสร้างขึ้นมาอย่างรอบคอบเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้น<sup>78</sup> ซึ่งศาลได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาคดีนี้ที่สำคัญๆ อันแสดงถึงองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุหลายประการดังนี้

“ในคดีที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่เกี่ยวกับเรื่องพาณิชย์นั้น.... เราจะต้องพิจารณาก่อนว่าการแสดงความคิดเห็นนั้นถูกคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งหรือไม่ ในกรณีของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์นั้น อย่างน้อยที่สุดจะต้องชอบด้วยกฎหมายและไม่ก่อให้เกิดการเข้าใจผิด ขึ้นต่อมาเราต้องพิจารณาว่าผลประโยชน์

<sup>76</sup> 447 U.S. 557 (1980), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/557/>>.

<sup>77</sup> 447 U. S. 563.

<sup>78</sup> 447 U. S. 564.

ตามมาตรการนั้นเป็นผลประโยชน์ที่สำคัญหรือไม่ เมื่อผ่านการพิจารณาเบื้องต้นทั้งสองชั้นที่กล่าวมา เราต้องพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดผลโดยตรงในการส่งเสริมผลประโยชน์นั้นหรือไม่และสุดท้ายมาตรการนั้นจะต้องไม่เกินความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์นั้น”

เราจะเห็นว่าหลักการที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางไว้ในคดีนี้มีความคล้ายคลึงกับองค์ประกอบต่างๆของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาก ไม่ว่าจะเป็นในแง่การกระทำนั้น จะต้องส่งเสริมวัตถุประสงค์ (Suitability) การจำกัดสิทธิต้องไม่มากเกินไปเกินความจำเป็น (Necessity) และในตอนต้นของคำพิพากษาศาลได้กล่าวว่า “มาตรการการจำกัดสิทธินั้นจะต้องมีความได้สัดส่วน (Proportion) กับผลประโยชน์ที่ได้รับ”<sup>79</sup> โดยในคดีนี้เราอาจกล่าวได้ว่าศาลปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในแง่ของการตีความคำว่า ผลประโยชน์อย่างใดเป็นผลประโยชน์ที่สำคัญ โดยในคดีนี้ศาลได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงรวมถึงสภาวะการณ์โดยรวมของพลังงานของสหรัฐอเมริกาและได้กล่าวว่า

“ในมุมมองของศาล การพึ่งพาพลังงานของชาติเรานั้นอยู่นอกเหนือการควบคุม (beyond our control) ไม่ต้องสงสัยเลยว่าการประหยัดพลังงานเป็นเรื่องสำคัญ ดังนั้นการประหยัดพลังงานจึงเป็นผลประโยชน์ของรัฐที่สำคัญยิ่ง”

การประเมินถึงความสำคัญของผลประโยชน์ของรัฐจากมาตรการทางกฎหมาย เป็นการวินิจฉัยรูปแบบหนึ่งของมโนทัศน์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ซึ่งในคดีนี้ศาลได้ประเมินค่าว่าการอนุรักษ์พลังงานเป็นเรื่องที่สำคัญยิ่ง นอกจากนี้ศาลได้ประเมินถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลของมาตรการดังกล่าว โดยการสั่งห้ามมิให้บริษัทเอกชนโฆษณาอันจะก่อให้เกิดการอุปโภคพลังงานของผู้ค้าเพิ่มขึ้น แม้อาจจะมีผลส่งเสริมวัตถุประสงค์คือการอนุรักษ์พลังงานบางส่วน แต่การโฆษณาบางอย่างแม้จะกระตุ้นให้ผู้บริโภคซื้อพลังงานแต่อาจมีประสิทธิภาพในการอนุรักษ์พลังงานมากกว่า เช่นการโฆษณาถึงข้อดีของเครื่องทำความร้อนโดยใช้ไฟฟ้า (Electric Heat Pump) ซึ่งสามารถใช้แทนเครื่องทำความร้อนโดยอาศัยแก๊สที่สิ้นเปลือง ท้ายที่สุดศาลได้สรุปว่าการห้ามโฆษณาทั้งหมดที่อาจกระตุ้นการใช้พลังงานเพิ่มรวมไปถึงการห้ามโฆษณาที่นำเสนอทางเลือกหรือบริการที่ประหยัดพลังงานมากกว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลได้กล่าวว่าฝ่ายรัฐไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าตนไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้อย่างเพียงพอโดยวิถีทางที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าที่ฝ่ายเอกชนได้นำเสนอ มาตรการดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งและฉบับที่สิบสี่<sup>80</sup>

<sup>79</sup> “the regulatory technique must be in proportion to that interest.” 447 U. S. 564

<sup>80</sup> 447 U. S. 561-566.

(6) United Haulers Assn., Inc. v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority (2007)<sup>81</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเด็นที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างมลรัฐ ซึ่งโดยหลักการตามรัฐธรรมนูญในเรื่องอำนาจในการพาณิชย์ (Dormant Commerce Clause) โดยหลักมลรัฐย่อมมีอำนาจออกกฎหมายกำกับดูแลเกี่ยวกับเรื่องทางการค้าและเศรษฐกิจภายในมลรัฐ แต่จะต้องไม่เป็นการสร้างภาระหรือเลือกปฏิบัติแก่มลรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว ซึ่งเอกชนบริษัท United Hauler ได้ต่อสู้คดีต่อศาลว่าข้อบัญญัติของท้องถิ่นที่กำกับดูแลบริการสาธารณะเรื่องการเก็บขยะขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยข้อบัญญัติท้องถิ่นดังกล่าวกำหนดให้การกำจัดขยะนั้นจะต้องกระทำโดยหน่วยงานที่รัฐกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจง<sup>82</sup> ซึ่งบริษัทเอกชนดังกล่าวได้ยกข้อต่อสู้ว่าข้อบัญญัติ (Ordinance) นี้ขัดกับรัฐธรรมนูญในเรื่อง Dormant Commerce Clause เนื่องจากตนต้องนำขยะไปส่งที่สถานที่กำจัดขยะที่รัฐกำหนดในมลรัฐซึ่งส่งผลให้ต้องเสียค่าใช้จ่าย 86 ดอลลาร์สหรัฐในแต่ละครั้ง หากตนขนส่งขยะไปกำจัดที่อื่นซึ่งอยู่นอกรัฐ ค่าใช้จ่ายจะอยู่แค่ 37-55 ดอลลาร์สหรัฐในแต่ละครั้งซึ่งจำนวนดังกล่าวรวมค่าขนส่งแล้วด้วย ประเด็นสำคัญในคดีนี้คือการที่ข้อบัญญัติท้องถิ่นกำหนดให้เอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะในเรื่องการขนส่งและเก็บขยะจะต้องนำขยะไปกำจัดในที่ๆอยู่ในท้องถิ่นของตนสร้างภาระเกินสมควรแก่เหตุต่อเอกชนหรือไม่

ในคดีนี้ปรากฏแนวความคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างแคบโดยศาลได้ซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์ของกฎหมายเปรียบเทียบกับเสรีภาพของปัจเจกชนที่ถูกล่วงละเมิด ในกรณีนี้คือประโยชน์ที่ท้องถิ่นจะได้รับจากการกำจัดขยะที่โรงงานกำจัดขยะของตนกับภาระทางเศรษฐกิจที่ปัจเจกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะเรื่องการเก็บขยะต้องแบกรับ ศาลได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงโดยรวม โดยก่อนหน้าที่จะเกิดข้อบัญญัติฉบับนี้ขึ้น เขตดังกล่าวได้มีปัญหามองการจัดการขยะอย่างย่ำแย่ แม้ว่าบริการของโรงงานกำจัดขยะที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐนั้นจะมีราคาแพงก็จริง แต่เป็นเฉพาะในกรณีของขยะมูลฝอย ในกรณีของขยะอันตรายนั้นโรงงานดังกล่าวได้ปฏิบัติตามนโยบายส่งเสริมการแยกขยะโดยกำจัดขยะที่เป็นขยะอันตรายหลายประเภทโดยไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียม มาตรการดังกล่าวส่งเสริมให้ประชาชนแยกขยะและทำให้นำขยะมาใช้ใหม่มี

<sup>81</sup> 550 U.S. 330 (2007), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/330/>>.

<sup>82</sup> Oneida's flow control ordinance and Herkimer's flow control ordinance

ประสิทธิภาพ (recycle) นอกจากนี้มาตรการดังกล่าวยังเป็นไปเพื่อการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการรีไซเคิล หากปล่อยให้เอกชนผู้รับขนขยะนำขยะไปกำจัดที่อื่นก็จะไม่สามารถบังคับการตามกฎหมายรีไซเคิลได้อย่างเพียงพอเนื่องจากฝ่ายเจ้าหน้าที่ไม่สามารถตรวจเช็คได้ ดังนั้นในแง่นี้ศาลได้สรุปว่าผลประโยชน์มหาชนที่จะได้รับนั้นมากกว่าผลเสียที่เกิดกับเสรีภาพของปัจเจกชน และตัดสินว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

#### 5.4 การปรากฏตัวของมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุในสหรัฐอเมริกาผ่านการวินิจฉัย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

ใน 5.3 นั้นได้กล่าวไปแล้วว่าแนวคิดที่ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุปรากฏตัวในคำพิพากษาของศาลดังที่ได้ยกตัวอย่างไปข้างต้น ส่วนในทางวิชาการนั้นเราอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดที่ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ นั้นแม้จะไม่มีสถานะเป็นกฎหมายในสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่แนวคิดที่ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุได้ปรากฏตัวโดยปริยายผ่านมาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ<sup>83</sup> หรือหลักการทางรัฐธรรมนูญต่างๆ ซึ่งในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏโดยปริยายในมาตรฐานการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุด

##### 5.4.1 การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis Test) กับ แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis test) นั้นเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแบบที่เบาบางที่สุดในวงการนิติศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายทุกฉบับที่ถูกกล่าวอ้างความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องผ่านการทดสอบขั้นต้นนี้เสมอ<sup>84</sup> ด้วยความเข้มข้นในระดับการตรวจสอบที่ต่ำ ดังนั้นเรื่องที่ถูกตรวจสอบด้วยการตรวจสอบระดับนี้โดยทั่วไปจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญไม่มากเท่ากับเรื่องที่ต้องพบกับการตรวจสอบระดับสูงขึ้นไป ยกตัวอย่างเช่น คดีที่กฎหมายกระทบกับสิทธิที่เป็นสิทธิที่สำคัญที่ศาลเห็นว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น (Fundamental Right) ไม่ว่าจะเป็สิทธิที่ถูกบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม ศาลย่อมเข้ามาตรวจสอบวัตถุแห่งคดี โดยอาศัยการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny)

<sup>83</sup> Thomas Sullivan, and Richard Frase, *supra note 1*, pp.51-52.

<sup>84</sup> Erwin Chemerinsky, *supra note 8*, p.552.



ในขณะที่กฎหมายใดที่เป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิที่ไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐานโดยหลักกฎหมายนั้นย่อมถูกตรวจสอบโดยการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย โดยทั่วไปการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายนั้นอาจพบเจอได้ในสองลักษณะนั่นคือ การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายในคดีที่เกี่ยวข้องกับหลัก Due Process เชิงเนื้อหา หรือการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายเรื่องการคุ้มครองตามหลักความเสมอภาค โดยปกติทางปฏิบัติเวลาฟ้องคดีรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ฟ้องคดีมักจะตั้งประเด็นทั้งสองอย่างนั่นคือกฎหมายขัดกับหลัก Due Process เชิงเนื้อหาและขัดกับหลักความเสมอภาคควบคู่กันไป เพราะโดยสภาพกฎหมายส่วนใหญ่ๆนั้น มักจะมีลักษณะในการกำหนดลักษณะเฉพาะที่เป็นนามธรรมบางอย่าง โดยมาตรการทางกฎหมายนั้นย่อมมีทั้งมิติที่มีมีการกระทบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายนั้นและมิติที่อาศัยลักษณะเฉพาะกำหนดเป็นเกณฑ์ในเนื้อหาของกฎหมายซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่อง Due Process และการคุ้มครองตามความเสมอภาคยังอยู่ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเดียวกัน<sup>85</sup> ดังนั้นในทางปฏิบัติผู้ฟ้องคดีมักจะต่อสู้ว่ากฎหมายอันเป็นวัตถุแห่งคดีขัดทั้งหลัก Due Process เชิงเนื้อหาและหลักการคุ้มครองตามความเสมอภาคควบคู่กันไป ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายฉบับหนึ่งกำหนดห้ามบุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ให้ดื่มสุรา หากฝ่าฝืนย่อมต้องระวางโทษ กฎหมายฉบับนี้มีมิติที่เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดกับหลักความเสมอภาคนั้นคือการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันโดยอาศัยเกณฑ์เรื่องอายุซึ่งอาจขัดกับบทบัญญัติเรื่องความเสมอภาคและกฎหมายดังกล่าวยังจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้นคือการห้ามดื่มสุราซึ่งอาจขัดกับบทบัญญัติเรื่อง Due Process

การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis test) นั้น เป็นมาตรฐานหนึ่งของการตรวจสอบโดยองค์การตุลาการซึ่งเป็นวิธีการในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายวิธีหนึ่ง ซึ่งมาตรฐานนี้้นำความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์มาพิจารณารวมไปถึงความชอบธรรมของวัตถุประสงค์นั้นๆด้วย หลักการนี้ได้เรียกร้องให้ มาตรการทางกฎหมายนั้นมีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์อย่างมีเหตุมีผล (Reasonably related) และวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายนั้นต้องชอบธรรม (Legitimate Purpose) โดยในการพิจารณาความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์นั้น (Reasonably related) ด้วยเหตุที่การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายมีลักษณะเป็นการตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและผลลัพธ์ (mean-end analysis) แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุจึงปรากฏตัวขึ้นในคดีที่ศาลปรับใช้มาตรฐานการตรวจสอบแบบนี้

<sup>85</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา,แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 และ ฉบับที่ 5

ในคดี Agriculture v. Moreno ที่ได้อธิบายไปข้างต้น ศาลได้พิจารณาถึงผลดี และผลเสียที่เกิดขึ้นจากมาตรการที่เลือกปฏิบัติมิให้บุคคลที่มีลักษณะเป็น “ฮิปปี” ได้รับความช่วยเหลือจากโปรแกรมคูปองอาหาร โดยศาลได้มีการพิจารณาถึงจำนวนประเภทของบุคคลผู้ที่ได้รับ ร้ายของมาตรการนั้นเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับ รวมไปถึงการพิจารณาวัตถุประสงค์อันชอบธรรมโดยดูจากเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลได้นำบันทึกการประชุมในชั้นการพิจารณาตรากฎหมาย ของฝ่ายนิติบัญญัติมาและกล่าวว่าเจตนาในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อเสียงส่วนน้อยที่ไม่เป็นที่ นิยมในทางการเมืองนั้นเป็นเจตนาที่ไม่ชอบธรรม การวินิจฉัยนี้มีลักษณะที่คล้ายกับหลักความ พอสสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบกล่าวคือนอกจากจะมีการชั่งน้ำหนักผลดีและผลเสียที่ได้รับ แล้ว ศาลยังประเมินความชอบธรรมของวัตถุประสงค์ผ่านเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย

ในการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายนั้น (Rational basis test) คดีที่ น่าสนใจอีกคดีหนึ่ง Lochner v. New York (1950)<sup>86</sup> โดย Sullivan และ Frase เห็นว่าคดีดังกล่าว แสดงแนวคิดที่คล้ายคลึงกับความพอสสมควรแก่เหตุ<sup>87</sup> ในคดีนี้ศาลได้ตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กำหนดชั่วโมงการทำงานของผู้ประกอบอาชีพทำขนม (bakers) กฎหมาย ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างที่ทำงานในร้านขนมจากการเอาเปรียบของนายจ้าง เนื่องจากนายจ้างอาจกำหนดชั่วโมงการทำงานต่อวันที่สูงซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพ ศาลได้พิจารณาว่า กฎหมายดังกล่าวมีความสัมพันธ์อย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์หรือไม่ ศาลได้กล่าวว่า “กฎหมายที่ ตราบขึ้นจะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์ และวัตถุประสงค์นั้นจะต้อง เหมาะสมและชอบธรรม (appropriate and legitimate)” ทั้งนี้ศาลได้วินิจฉัยต่อไปในวัตถุประสงค์ ของกฎหมายในคดีดังกล่าว วัตถุประสงค์ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติกล่าวอ้างคือเพื่อคุ้มครองความ ปลอดภัยและสวัสดิภาพของประชาชน ศาลได้วินิจฉัยว่าการปล่อยให้ปัจเจกชนมีเสรีภาพในการ กำหนดชั่วโมงการทำงานในร้านเบเกอรี่ไม่ใช่เรื่องอันตรายแต่อย่างใด มาตรการดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์อย่างมีเหตุผลระหว่างมาตรการและผลลัพธ์ (rational relation)

ศาลในคดีนี้มองว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกำหนดชั่วโมงการทำงานกับ เรื่องสุขภาพของลูกจ้างร้านเบเกอรี่ การวินิจฉัยดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตรวจสอบความสัมพันธ์ ระหว่างมาตรการและผลลัพธ์ที่สะท้อนแนวคิดบางอย่างของหลักความพอสสมควรแก่เหตุ นอกจากนั้น ศาลได้พิจารณาถึงสภาวะการณ์หากมาตรการนี้ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยศาลกล่าวในคำพิพากษา

<sup>86</sup> 198 U.S. 45 (1905), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>>.

<sup>87</sup> Thomas Sullivan, and Richard Frase, *supra note 1*, p.62.

โดยมีลักษณะที่ประชิดกันว่า<sup>88</sup> ทุกอาชีพล้วนสามารถมีโรคภัยไข้เจ็บได้ทั้งสิ้นและหากสมมุติฐานของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นจริงกฎหมายที่กำหนดชั่วโมงการทำงานขั้นสูงในทุกอาชีพย่อมถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งก่อให้เกิดอุปสรรคแก่ปัจเจกชนในการทำงานและแสวงหารายได้เลี้ยงตนเป็นอย่างมากซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคดีนี้และคำพิพากษาดังกล่าวเป็นการตอบโต้จากความพยายามของโปรแกรม New Deal ที่รัฐสภาเริ่มออกกฎหมายเข้ามาแทรกแซงทางเศรษฐกิจตามโครงการนี้<sup>89</sup>

#### 5.4.2 การปรากฏตัวของมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny)

การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการแบบเคร่งครัดนั้นเป็นการตรวจสอบที่เรียกว่าเป็นการตรวจสอบที่เข้มข้นและรุนแรงที่สุดในบรรดามาตรฐานการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review) การตรวจสอบแบบนี้เรียกร้องให้การกระทำใดๆหรือกฎหมายใดๆที่รัฐออกนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อันเป็นผลประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) และรวมไปถึงมาตรการที่ใช้จำเป็นจะต้องเป็นมาตรการที่ใช้วิถีทางที่กระทบสิทธิของประชาชนน้อยที่สุดในการนำไปสู่เป้าหมายนั้น (least restrictive alternative)<sup>90</sup> รวมไปถึงรัฐบาลนั้นมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ว่ามาตรการที่ใช้จำเป็นจะต้องเป็นมาตรการอันจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยี่งกล่าวคือรัฐบาลต้องแสดงเหตุผลที่สำคัญอย่างยิ่งยวด (extremely important reason) มิเช่นนั้นแล้วกฎหมายย่อมถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากด้วยเหตุที่การตรวจสอบแบบเคร่งครัดเรียกร้องมาตรฐานของการตรวจสอบที่สูงมาก เรื่องที่ใช้การตรวจสอบแบบนี้จะมีไม่มากเท่ากับการตรวจสอบเรื่องอื่นๆ ในขณะที่การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมายนั้นสามารถใช้กับมาตรการทุกอย่างที่ไม่มีมาตรฐานการตรวจสอบอื่นมาปรับใช้ นอกจากนี้การตรวจสอบอย่างเคร่งครัดนั้นกฎหมายหรือมาตรการของรัฐที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ โดยส่วนมากมักจะถูกตัดสินว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

##### 5.4.2.1 ความเป็นมาของการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) กับมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ

การตรวจสอบแบบเคร่งครัดนี้เราอาจกล่าวได้ว่ามีฐานรากมาจากหมายเหตุท้ายคำพิพากษาคดี Carolene Product<sup>91</sup> ซึ่งกล่าวว่า “ข้อสันนิษฐานความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

<sup>88</sup> 198 U.S. 59.

<sup>89</sup> Moshe-Cohen Eliya, and Iddo Porat, *supra note 55*, pp.279-280.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p.54.

<sup>91</sup> 323 U.S. 214 (1944), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases>

นั้นอาจจะต้องมีการปรับใช้ที่แคบลง ในกรณีที่มาตราการนั้นเกิดจากการใช้ดุลยพินิจโดยอคติ (prejudice against discrete) หรือมีความพยายามในการทำให้กลุ่มเสียงส่วนน้อยเสียหาย (insular minority) รวมไปถึงกรณีที่ว่าละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน” หลังจากนั้นเป็นเวลาพอสมควรศาลได้พัฒนาความคิดดังกล่าวจนกลายเป็นการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (strict scrutiny) ขึ้นมา

แม้จะมีนักวิชาการเห็นว่าการตรวจสอบแบบเคร่งครัดเกิดจากคดี Korematsu v. United States และคดี Skinner v. Oklahoma (1942)<sup>92</sup> อย่างไรก็ตามศาลมิได้ปรับใช้การตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) อย่างแท้จริงในคดีดังกล่าว<sup>93</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดี Korematsu เป็นคดีที่ข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับสงครามโลกครั้งที่สอง ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งฝ่ายบริหาร (executive order) คำสั่งดังกล่าวกำหนดให้ประชาชนอเมริกันที่มีเชื้อชาติญี่ปุ่นต้องย้ายไปอยู่ในค่ายกักกัน (internment camps) ศาลตัดสินว่าคำสั่งดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญแม้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวไม่อาจใช้เป็นบรรทัดฐานได้เนื่องจากการตัดสินในบริบทของสงครามโลกครั้งที่สอง และศาลไม่ได้มีการปรับใช้การตรวจสอบที่เคร่งครัดอย่างแท้จริง (actually) แต่อย่างใด

Stephen Siegel เห็นว่า การตรวจสอบแบบเคร่งครัดนั้น (Strict Scrutiny) เกิดขึ้นครั้งแรกในคดีที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง (First Amendment case) โดยในยุคปีทศวรรษที่ 50 ไปถึงต้นทศวรรษที่ 60 Alec S. Sweet เห็นว่าการตรวจสอบแบบเคร่งครัดนั้นแต่เดิม มีใช้เครื่องมือที่กระต้างในการคว่ำกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เป็นเครื่องมือที่ยืดหยุ่นในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและความเสียหายของการล่วงละเมิดสิทธิซึ่งการตรวจสอบแบบเคร่งครัดมีรากฐานของแนวคิดที่ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุอยู่

---

/federal/us/323/214/>.

<sup>92</sup> คดี Skinner v. Oklahoma เป็นคดีที่ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กำหนดให้ทำหมันอาชญากรที่กระทำความผิดร้ายแรงตั้งแต่สองครั้งขึ้นไปอาจถูกทำหมัน โดยกฎหมายดังกล่าวเกิดขึ้นในยุคที่มีความเชื่อว่าการเป็นอาชญากรนั้นสามารถส่งผ่านพันธุกรรมได้ ศาลได้ตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดหลักความเสมอภาค (Equal Protection clause) Alec Stone Sweet เห็นว่าคดีดังกล่าวศาลไม่ได้ใช้การตรวจสอบแบบเคร่งครัดจริงๆ (actually applied strict scrutiny) แต่อย่างใด

<sup>93</sup> Alec S. Sweet, *supra* note 59, p.33

แนวคิดของการพอสมควรแก่เหตุแสดงในความหมายอย่างแคบหรือการชั่งน้ำหนัก (balancing) ได้มีบทบาทอย่างมากในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (First Amendment cases) ในยุคทศวรรษที่ 40 โดยผู้พิพากษาฝ่ายเสรีนิยมได้นำหลักการชั่งน้ำหนักมาใช้ในการตัดสินคดีที่มาตรการของรัฐจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็น แต่ต่อมาในทศวรรษที่ 50 การชั่งน้ำหนักหรือการสร้างดุลยภาพนั้นได้กลายเป็น เครื่องมือของศาลในการยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการของรัฐที่กระทบสิทธิในการแสดงความคิดเห็น Alec S. Sweet เห็นว่าในยุคดังกล่าวการสร้างชั่งน้ำหนักในคดีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นหลักการที่ไม่นิยมชมชอบอย่างมาก (bad name)<sup>94</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดี United States v. Dennis (1951) เป็นคดีที่สร้างชื่อเสียงให้กับการสร้างดุลยภาพมากที่สุด<sup>95</sup>

ในคดี Dennis<sup>96</sup> นั้นเป็นคดีที่ Smith Act จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น กฎหมายดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้บุคคลแสดงความคิดเห็นเชิงสนับสนุนในเรื่องการล้มล้างระบอบการปกครองโดยใช้กำลัง ทั้งนี้ปัจเจกชนในคดีเป็นหัวหน้าพรรคคอมมิวนิสต์ซึ่งถูกดำเนินคดีเนื่องจากเจตนาสอน (teach) และสนับสนุนการล้มล้างการปกครองของสหรัฐโดยใช้กำลังเป็นที่รู้กันว่าแนวคิดคอมมิวนิสต์โดยปกติย่อมนำไปสู่การปฏิวัติกรรมาชีพเพื่อควบคุมทรัพยากรของสังคม กรณีดังกล่าวศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ประเด็นเรื่องว่ากฎหมายดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาแนวความคิดมาร์กซ์หรือเลนินในมหาวิทยาลัยเป็นปัญหาเรื่องการปรับใช้ซึ่งสามารถแก้ไขได้เป็นกรณีๆไป ผู้เขียนเห็นว่าคดีนี้มีความคล้ายคลึงในการให้เหตุผลในทางวิชาการเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญาไทยเป็นอย่างยิ่ง

แนวคิดที่สำคัญเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักในการตรวจสอบแบบเคร่งครัดนั้นปรากฏในการพิจารณาว่าผลประโยชน์นั้นเป็นผลประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่งหรือไม่ ซึ่ง Alec S. Sweet เห็นว่าผลประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) ได้ปรากฏตัวขึ้นครั้งแรกในคดี Sweezy v. New Hampshire ในคำพิพากษาส่วนตนซึ่งเห็นแย้งบางส่วน (concurrency) ผู้พิพากษา Frankfurter กล่าวว่าว่ารัฐนั้นอาจกระทำการที่ล่วงละเมิดเสรีภาพของประชาชนได้ หากเหตุผลในการล่วงละเมิดเสรีภาพนั้นเป็นเหตุผลที่จำเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งภายในเวลาต่อมา ผู้พิพากษา

<sup>94</sup> Alec S. Sweet, *supra* note 59, p.35.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> 354 U.S. 234 (1957)

Brennan ได้กล่าวถึงแนวคิดการซึ่งนำหน้าต่อไปในคดี *Braunfeld v. Brown* อันเป็นคดีที่ผู้พิพากษา Brennan ได้ทำความเห็นแย้ง (dissent) ไว้

คดี *Braunfeld v. Brown*<sup>97</sup> เป็นคดีที่ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมลรัฐ Pennsylvania กฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์ได้กำหนดห้ามการขายสินค้าในวันอาทิตย์เนื่องจากเหตุผลทางคริสตศาสนา ศาลได้วินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ผู้พิพากษา Brennan ไม่เห็นด้วยและได้ทำความเห็นแย้งในคดีนี้ Brennan พิจารณาถึงประโยชน์ของรัฐอันจำเป็นอย่างยิ่งในเชิงซึ่งนำหน้า เขาตั้งคำถามต่อผลประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่งของรัฐในลักษณะประเมินคุณค่าและกล่าวโดยสรุปว่า มาตรการที่บังคับให้ประชาชนทุกคนหยุดวันเดียวกันไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อรัฐใดๆอย่างสิ้นเชิง หลังจากนั้นใน 1963 ในคดี *Sherbert v. Verner*<sup>98</sup> ผู้พิพากษา Brennan ได้ใช้การตรวจสอบแบบเคร่งครัดในลักษณะที่พิจารณาผลประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่งของรัฐ (compelling state interest) ประกอบกับการตรวจสอบวิถีทางที่กระทบสิทธิที่น้อยที่สุด<sup>99</sup> ซึ่งองค์ประกอบทั้งสองอย่างดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของกาตรวจสอบแบบเคร่งครัดมาจนถึงปัจจุบัน

#### 5.4.2.2 การตรวจสอบแบบเคร่งครัด (strict scrutiny) กับมโนทัศน์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ

โดยทั่วไปการตรวจสอบแบบนี้เป็นการตรวจสอบที่เคร่งครัดมาก ศาลจึงมักจะใช้การตรวจสอบแบบนี้ใช้กับเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่งเท่านั้น เช่นการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยปัจจัยเรื่องเชื้อชาติ หรือการละเมิดสิทธิที่เป็นศาลเห็นว่าสำคัญถึงขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) แม้การตรวจสอบแบบนี้จะเคร่งครัดแต่ในทางวิชาการ Alec Stone Sweet เห็นว่าการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) เป็นรากฐานอย่างหนึ่งของแนวคิดความพอสมควรแก่เหตุในกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

การตรวจสอบแบบเคร่งครัดแสดงแนวคิดที่คล้ายคลึงกับหลักความจำเป็น ศาลมักจะตรวจสอบเสมอว่ามาตรการที่ใช้เป็นวิถีทางที่จำกัดสิทธิที่น้อยที่สุดหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่ามาตรการที่จำกัดสิทธิที่น้อยกว่าแต่ให้ประสิทธิภาพเท่ากัน มาตรการของรัฐที่เป็นวัตถุประสงค์การตรวจสอบนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เราจะเห็นว่าการตรวจสอบแบบนี้มีองค์ประกอบบางอย่าง

<sup>97</sup> 366 U.S. 599 (1961)

<sup>98</sup> 374 U.S. 398 (1963)

<sup>99</sup> Alec S. Sweet, *supra* note 59, p.38



ของหลักความจำเป็นอยู่นั้นคือการพิจารณาถึงวิธีการที่จำกัดสิทธิน้อยที่สุดแต่ให้ประสิทธิภาพเท่ากัน ซึ่งเป็นลักษณะของหลักความจำเป็น<sup>100</sup>

การตรวจสอบแบบเคร่งครัดได้แสดงแนวคิดที่คล้ายคลึงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในเรื่องการชั่งน้ำหนักซึ่งได้ปรากฏตัวผ่านการวินิจฉัยว่าผลประโยชน์ของรัฐจึงจะเป็นผลประโยชน์ที่จำเป็นอย่างยิ่งมีลักษณะอย่างไร (compelling state interest)<sup>101</sup> ในบางกรณีศาลได้นำหลักการตรวจสอบที่คล้ายคลึงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุเข้ามาวินิจฉัยเพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์ของการตรวจสอบแบบเคร่งครัดอีกด้วย เช่น การวินิจฉัยว่ามาตรการสร้างภาระเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่ (Undue Burden Test) อันปรากฏในคดี Casey ซึ่งในคดีนี้ ศาลได้ปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในลักษณะเพื่อผ่อนปรนความเคร่งครัดของการตรวจสอบแบบเคร่งครัด

ใน คดี Grutter v. Bolinger<sup>102</sup> จากข้อเท็จจริง Barbara Grutter ประชาชนชาว Michigan ผู้มีผลการเรียนที่ดี (GPA 3.8) ได้ฟ้องคดีต่อศาลกล่าวอ้างว่ามหาวิทยาลัย Michigan เลือกปฏิบัติเนื่องจากมหาวิทยาลัยได้มีกฎเกณฑ์ในการรับเข้าศึกษาต่อซึ่งกำหนดเรื่องเชื้อชาติเป็นปัจจัยในการพิจารณา Grutter ได้ถูกมหาวิทยาลัย Michigan ปฏิเสธในการเข้าเรียนในโรงเรียนกฎหมาย (Law school) มหาวิทยาลัย Michigan ได้ให้เหตุผลว่ามาตรการดังกล่าวสร้างขึ้นเพื่อความหลากหลายของสังคมในมหาวิทยาลัย ซึ่งศาลได้พิจารณาว่า ความหลากหลายของนักศึกษา (student diversity) ถือได้ว่าเป็นประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) อันจะทำให้การเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเชื้อชาติเป็นเกณฑ์นั้นถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ศาลได้พิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้นจากมาตรการดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยว่านักศึกษาที่ประสงค์จะสมัครเรียนนั้นไม่ได้ถูกตัดสิทธิโดยสิ้นเชิงเพียงแต่เชื้อชาติ (race) เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาเท่านั้น การพิจารณารับเข้าเรียนในมหาวิทยาลัยนั้นจะต้องพิจารณาประกอบกับผลการเรียนและปัจจัยอื่นๆอีกด้วย มาตรการดังกล่าวถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว Sullivan และ Frase เห็นว่าในคดี Grutter เป็นคดีหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นถึงแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบผ่านการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ในทางรัฐธรรมนูญ<sup>103</sup>

<sup>100</sup> *Ibid.*, p.76

<sup>101</sup> Alec S. Sweet, *supra* note 59, p.36.

<sup>102</sup> 539 U.S. 306 (2003), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/>>.

<sup>103</sup> Thomas Sullivan, and Richard Frase, *supra* note 1, p.55.

### 5.4.3 การห้ามบัญญัติกฎหมายที่กว้างเกินกว่าเหตุ (Overbreadth Doctrine)

#### กับมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ

Overbreadth Doctrine นั้นเป็นหลักการที่เรียกร้องให้การจำกัดสิทธิในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งนั้นต้องกระทำโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้การแสดงความคิดเห็นบางประเภท เป็นการแสดงความคิดเห็นที่ถูกจำกัดเสรีภาพได้ตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ (unprotected speech) แต่รัฐสภาก็ไม่อาจออกกฎหมายกว้างเกินไปกว่าที่รัฐธรรมนูญอนุญาตไว้อย่างเป็นสาระสำคัญได้ กล่าวคือ แม้ในพรมแดนที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้ เช่นในเรื่องลามกอนาจาร (Obscenity) คำพูดที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท (Fighting word) การหมิ่นประมาท (Defamation) หรือการพูดด้วยความเกลียดชัง (Hate speech) รวมไปถึงการพูดที่เป็นกระดุ้นให้มีการกระทำความผิด โดยรัฐสามารถเข้ามาจำกัด (regulate) ได้ในทางกฎหมายเนื่องจากคำพูด (speech) เหล่านี้ เป็นคำพูดที่ไม่ถูกคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับแรก<sup>104</sup> อย่างไรก็ตามรัฐไม่อาจออกกฎหมายในเรื่องดังกล่าวกว้างเกินอย่างเป็นสาระสำคัญจนกินความไปถึงเรื่องซึ่งรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองด้วย (substantially amount of protected speech) หากรัฐออกกฎหมายเช่นนั้น ถือว่ากฎหมายดังกล่าวกว้างเกิน (overbreadth) และไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เอกชนผู้ถูกจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วยเหตุที่กฎหมายกว้างเกินไปหากปรับใช้กับบุคคลภายนอกกรณีอื่นเพื่อที่จะได้สามารถหลบเลี่ยงผลของการบังคับการตามกฎหมายนั้นๆได้ (Facial challenge)

หลักการนี้ประการแรกกฎหมายจะต้องครอบคลุมไปถึงการแสดงความคิดเห็นที่รัฐธรรมนูญนั้นคุ้มครอง และประการที่สองกฎหมายจะต้องกว้างกินความไปถึงการแสดงความคิดเห็นที่ถูกคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมากอย่างเป็นสาระสำคัญด้วย (substantially amount of protected speech) ศาลจะตัดสินว่าเป็นสาระสำคัญหรือไม่ โดยการพิจารณาจากการครอบคลุมของบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร (plainly legitimate sweep)<sup>105</sup>

Overbreadth Doctrine นี้ได้เรียกร้องให้องค์กรตุลาการนำแนวคิดที่คล้ายคลึงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในแง่การวิเคราะห์ผลกระทบที่เกิดกับสิทธิในการแสดงความคิดเห็นเข้ามาพิจารณา โดยทั่วไปศาลมักจะเข้าไปสำรวจการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงในบริบทต่างๆที่หลากหลาย ซึ่งในการวินิจฉัยศาลจะพิจารณาผลของกฎหมายประกอบว่ามีกรณีที่กฎหมายอาจถูก

<sup>104</sup> รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง (สหรัฐอเมริกา).

<sup>105</sup> Erwin Chemerinsky, *supra* note 8, p.972.

ปรับใช้แล้วเป็นการก้าวล่วงเข้าไปจำกัดสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับแรกอยู่เป็นจำนวนมากจนถึงขนาดทำให้บุคคลอื่นไม่กล้าหรือลังเลที่จะใช้สิทธิหรือไม่ (Chilling effect)<sup>106</sup>

ซึ่งในแง่หนึ่งการพิจารณาแบบนี้มีลักษณะของแนวคิดหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอยู่ นั่นคือการพิจารณาคำนี้ถึงความเสียหาย (severity) ที่จะเกิดขึ้นต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นตาม Overbreadth doctrine หากศาลพบว่ามีความชัดเจนที่การปรับใช้กฎหมายฉบับนั้นเป็นไปโดยขัดรัฐธรรมนูญมากพอจนถือว่าจำนวนนั้นเป็นสาระสำคัญ ศาลจะตัดสินให้กฎหมายฉบับนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญเพราะถือว่ากฎหมายนั้นจำกัดสิทธิกว้างเกินสมควรกว่าเหตุ (overbreadth) การวินิจฉัยโดยการชั่งน้ำหนักระหว่างข้อเท็จจริงในบริบทต่างๆที่เกิดขึ้นจากความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิทธิและการพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะที่ได้รับ สิ่งนี้แสดงให้เห็นถึงแก่นของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ<sup>107</sup> ซึ่งถูกรับมาปรับใช้ในบริบทของ Overbreadth doctrine ในสหรัฐอเมริกา

#### 5.4.4 หลักเสรีภาพในการพูดเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (Commercial Speech Doctrine) กับมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ

เราอาจพบแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ใน Commercial Speech Doctrine<sup>108</sup> โดย Commercial Speech Doctrine เป็นหลักการที่เรียกร้องให้การกระทำใดๆของรัฐก็ตามที่เป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการพูดเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์นั้น (commercial speech) จะต้องกระทำโดยมีขอบเขต โดยทั่วไปแล้วเสรีภาพในการพูด (free speech) นั้นจะถูกคุ้มครองอยู่แล้วภายใต้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง แต่คำพูด (speech) บางอย่างที่เกี่ยวกับการค้าพาณิชย์นั้น แม้โดยทั่วไปศาลจะรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นให้ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งก็ตามแต่เสรีภาพในการพูดเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์นั้น รัฐมีขอบเขตในการแทรกแซงได้มากกว่าเสรีภาพในการพูดเรื่องการเมือง สังคม และศาสนา<sup>109</sup> โดยทั่วไปการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจำกัดเสรีภาพในทางการพูดโดยคำนึงถึงเนื้อหานี้

<sup>106</sup> *Ibid.*, pp.975-976.

<sup>107</sup> Thomas E. Sullivan, and Richard Frase, *supra* note 1, p.59.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p.60

<sup>109</sup> Emma K. Wertz, “A little clarity please : A lackluster commercial speech definition leads to wishy washy First Amendment protection and sporadic legal decision,” 4 *American Communication Journal*, Vol. 11 (Winter 2009).

(content-based) มักจะใช้มาตรฐานการตรวจสอบระดับสูง (Strict Scrutiny) อย่างไรก็ตามหากเป็นเสรีภาพในการพูดเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์นั้น หลัก Commercial speech ได้ลดระดับการตรวจสอบลงมา โดย Erwin Chemerinsky เห็นว่าการพิจารณาเรื่อง Commercial speech doctrine ศาลได้ใช้การตรวจสอบระดับกลาง (intermediate scrutiny) ในการตรวจสอบ<sup>110</sup>

โดยคดีสำคัญที่เป็นตัวอย่างการปรับใช้ของศาล ได้แก่คดี Central Hudson โดยในคดีนี้ศาลได้ตัดสินให้การจำกัดเสรีภาพการโฆษณาของบริษัทที่บริการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าขัดรัฐธรรมนูญ เนื่องด้วยเหตุผลเรื่องประโยชน์ของรัฐในการประหยัดพลังงาน ศาลได้พิจารณาโดยตัดสินว่าการจำกัดเสรีภาพในการพูดนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากฝ่ายรัฐไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าการจำกัดสิทธิโดยวิธีทางที่น้อยกว่าไม่มีประสิทธิภาพโดยสิ้นเชิง (completely ineffective) เท่ากับวิธีที่รัฐเลือกใช้

โดยในหลัก Commercial speech doctrine นั้นศาลจะต้องพิจารณาเสียก่อนเบื้องต้นว่าการแสดงออกเพื่อการค้าพาณิชย์นั้น เป็นการแสดงออกที่ถูกคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (Protected speech) หลังจากนั้นศาลจึงจะพิจารณาว่าผลประโยชน์ที่อยู่เบื้องหลังการจำกัดสิทธิโดยรัฐนั้นเป็นผลประโยชน์ที่สำคัญ (substantial) หรือไม่ โดยผลประโยชน์ใดก็ตามที่มีลักษณะที่ไม่สามารถเรียกได้ว่าสำคัญ (substantial) ย่อมทำให้การจำกัดสิทธินั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มีนักวิชาการเห็นว่าการพิจารณาว่าผลประโยชน์ใดเป็นผลประโยชน์ที่สำคัญนี้เองเป็นการแสดงออกถึงองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุความหมายอย่างแคบในทางอ้อม (explicitly) เนื่องด้วยศาลจำต้องพิจารณาถึงน้ำหนักของผลประโยชน์ และผลประโยชน์ที่ไม่สำคัญย่อมไม่สามารถทำให้การจำกัดสิทธิของรัฐชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในขั้นตอนการพิจารณาต่อมาศาลได้พิจารณาว่า การจำกัดสิทธินั้นมีผลเป็นการส่งเสริมผลประโยชน์นั้นๆของรัฐโดยตรงหรือไม่และการจำกัดสิทธินั้นต้องไม่มากเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐ ซึ่งในขั้นตอนการพิจารณาขั้นสุดท้ายของ Commercial speech doctrine นี้เองที่แสดงให้เห็นอีกองค์ประกอบหนึ่งของหลักความพอสมควรแก่เหตุกล่าวคือการพิจารณาถึงความเหมาะสมของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและผลรวมไปถึงหลักความจำเป็นที่เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยวิธีทางน้อยที่สุดอีกด้วย<sup>111</sup>

<sup>110</sup> Erwin Chemerinsky, *supra note 8*, p.553.

<sup>111</sup> Thomas Sullivan, and Richard Frase, *supra note 1*, pp.60-61.

#### 5.4.5. การวินิจฉัยกฎหมายที่ขัดกับบทบัญญัติเรื่อง Dormant Commerce Clause กับมโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ

Alec Stone Sweet เห็นว่าส่วนหนึ่งของรากฐานแนวคิดหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นได้ปรากฏตัวในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติเรื่อง Dormant Commerce Clause<sup>112</sup> ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา นั้นได้มีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องอำนาจในการควบคุมการค้าพาณิชย์ (Commerce clause) ไว้ในมาตรา 1 ข้อ 8<sup>113</sup> Dormant Commerce clause นั้นเป็นหลักการที่เรียกร้องให้กฎหมายของมลรัฐหรือของท้องถิ่นนั้นจะต้องไม่สร้างภาระแก่การค้าพาณิชย์ในระดับระหว่างรัฐเกินสมควรแก่เหตุ (undue burden on interstate commerce) หากกฎหมายใดสร้างภาระเกินสมควรแก่เหตุแก่การค้าระดับระหว่างรัฐ กฎเกณฑ์นั้นย่อมถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ<sup>114</sup>

ในช่วงปี 1875-1902 มีเอกชนจำนวนมากฟ้องคดีต่อศาลโดยอ้างว่ามาตรการที่ควบคุมการค้าพาณิชย์ซึ่งกำหนดโดยมลรัฐสร้างภาระต่อการค้าพาณิชย์ในระดับหลายรัฐ (interstates commerce) และ Alec Stone Sweet เห็นว่าศาลได้อาศัยการวิเคราะห์แบบหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>115</sup> เข้ามาเพื่อพิจารณาเรื่อง Dormant Commerce Clause ในยุคดังกล่าวศาลได้เริ่มจากการพิจารณาคดีต่างๆในประเด็นว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นมีความสำคัญหรือชอบธรรม (legitimacy and importance of state purposes) หรือไม่ จากนั้นจึงไปวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวเป็นวิธินาน้อยที่สุดหรือไม่ (least restrictive mean test) และสุดท้ายศาลได้วินิจฉัยถึงภาระที่ปัจเจกชนต้องแบกรับว่ามีเหตุมีผลหรือไม่ (unreasonable burden standard)<sup>116</sup> ซึ่งการวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นอย่างมาก

การวินิจฉัยเรื่อง Dormant Commerce clause นั้นแนวคิดของหลักความจำเป็น (necessity) ได้ปรากฏตัวขึ้นก่อนในคดีดังกล่าว โดยการพิจารณาเรื่องวิธินาน้อยที่สุดซึ่งมีความคล้ายคลึงกับหลักความจำเป็นนั้นได้ปรากฏตัวขึ้นครั้งแรกในคดี Chy Lung v. Freeman (1875)<sup>117</sup> โดย Alec Stone Sweet เห็นว่าเป็นคดีแรกที่มีการกล่าวถึงการพิจารณาโดยวิธินาน้อย

<sup>112</sup> Alec S. Sweet, *supra note 59*, pp.19-20.

<sup>113</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 1 ข้อ 8

<sup>114</sup> Erwin Chemerinsky, *supra note 8*, p.430.

<sup>115</sup> Alec S. Sweet, *supra note 59*, p.20.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> 92 U.S. 275 (1875), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/275/>>.

ที่สุด แม้ในคดีดังกล่าวหากพิจารณาถึงข้อเท็จจริงแล้วจะเป็นคดีที่ไม่ตรงกับเรื่อง Dormant Commerce clause เสียทีเดียว แต่ศาลได้มีการกล่าวไว้ในคดีนี้ถึงการสร้างภาระโดยบทบัญญัติของมลรัฐจะต้องไม่กระทำเกินความจำเป็น หลังจากนั้นสองปีแนวคิดที่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นได้ปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งในคดี Railroad Co. v. Husen<sup>118</sup> หลังจากนั้นไม่นาน คดีแรกที่แสดงมโนทัศน์เรื่องนี้อย่างชัดเจนคือคดี Minnesota v. Barber (1890)<sup>119</sup> ในคดีนี้ประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งคือการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของรัฐ Minnesota บทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐ Minnesota ได้กำหนดให้ห้ามขายเนื้อที่ถูกฆ่าจากโรงฆ่าสัตว์ในมลรัฐอื่น เว้นเสียแต่ได้รับการตรวจสอบจากในรัฐ Minnesota ว่าปลอดภัยและวางขายภายในไม่เกิน 24 ชั่วโมงนับแต่ได้รับการตรวจสอบ

การตรวจสอบเนื้อดังกล่าวจะต้องกระทำโดยการส่งผู้ส่งสัตว์ไปในรัฐ Minnesota เพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญตรวจสอบ หลังจากนั้นจึงส่งผู้ส่งสัตว์กลับไปโรงฆ่าสัตว์เพื่อปฏิบัติการชำแหละและผ่านกระบวนการในการเตรียมขาย หลังจากนั้นจึงส่งกลับมาที่ Minnesota เพื่อขาย ซึ่งมาตรการดังกล่าวสร้างภาระเป็นอย่างมากแก่บรรดาผู้ค้าเนื้อ ศาลได้วินิจฉัยในคดีดังกล่าวโดยพิจารณาจากวิถีทางที่น้อยที่สุด (Least restrictive mean test) โดยศาลได้กล่าวว่ากฎหมายดังกล่าวได้ถูกบัญญัติขึ้นด้วยเจตนาที่ดี (Good faith) กฎหมายดังกล่าวมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนของรัฐ Minnesota แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวเพิกเฉยต่อสิทธิของประชาชนรัฐอื่นในการค้าขายระหว่างรัฐและสิทธิของประชาชนรัฐ Minnesota เองในการนำเข้าเนื้อจากมลรัฐเพื่อขายใน Minnesota ศาลได้ตัดสินว่าบทบัญญัตินี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากยังมีวิถีทางที่กระทบสิทธิประชาชนน้อยกว่าอยู่ นั่นคือการอนุญาตให้เนื้อที่ผ่านการตรวจสอบโดยผู้เชี่ยวชาญในมลรัฐอื่นก็สามารถนำมาขายได้ ไม่จำเป็นต้องตรวจสอบในรัฐ Minnesota อย่างเดียว

ในคดีที่คล้ายกันอันเป็นคดีสำคัญที่แสดงแนวคิดของความพอสมควรแก่เหตุอีกคดีหนึ่งคือคดี Pike v. Bruce Church Inc. (1970)<sup>120</sup> ในคดีดังกล่าววัตถุประสงค์คือรัฐบัญญัติว่าด้วยมาตรฐานผักและผลไม้ของรัฐ Arizona ซึ่งกำหนดให้แคนตาลูปที่จะวางขายในมลรัฐ Arizona นั้นจะต้องถูกแพ็คโดยผู้ดูแลการบรรจุที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามบริษัท Bruce Church ได้

<sup>118</sup> 95 U.S. 465 (1877), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/95/465/>>.

<sup>119</sup> 136 U.S. 313 (1890), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/136/313/>>.

<sup>120</sup> 397 U.S. 137 (1970), Retrieved from <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/137/>>.



ปลูกแคนตาลูปและส่งไปแพ็คเกจที่ California ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นคดีชั้นสู่ศาลสูงสุด โดยศาลได้ตัดสินโดยการวางหลักการซึ่งนำหนักในการวินิจฉัย

“ แม้ว่าการตัดสินว่ากฎหมายที่สร้างภาระแก่การค้าระหว่างรัฐ (inter state commerce) จะมีคำอธิบายที่หลากหลาย แต่กฎเกณฑ์โดยทั่วไปในการใช้ตัดสินนั้นอาจกล่าวได้ดังนี้ : ในกรณีที่กฎหมายที่ก่อให้เกิดประโยชน์ที่ชอบธรรมของมลรัฐหรือท้องถิ่นและมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐด้วย กฎหมายดังกล่าวย่อมถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญเว้นเสียแต่ว่าสร้างภาระแก่การค้าเกินกว่าเหตุเมื่อเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ที่มลรัฐหรือท้องถิ่นจะได้รับ”

หลักการดังกล่าวที่ศาลวางไว้แสดงถึงแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุ นักวิชาการบางท่านถึงขั้นกล่าวว่า หลักการในคำพิพากษาดังกล่าวคือ “American Rendition of Principle of Proportionality”<sup>121</sup> และองค์ประกอบต่างๆของหลักความพอสมควรแก่เหตุของเยอรมนีได้ปรากฏครบถ้วนในคดีนี้<sup>122</sup>

Thomas E. Sullivan และ Richard Frase ได้อธิบายว่า หลักความเหมาะสมได้ปรากฏชัดโดยปริยายในการวินิจฉัยของศาล เนื่องจากในคำอธิบายศาลได้วางองค์ประกอบแรกในการพิจารณาไว้ว่า “กฎเกณฑ์ที่ก่อให้เกิดประโยชน์ที่ชอบธรรมของมลรัฐหรือท้องถิ่น (the statute regulates... to effectuate a legitimate local public interest)” ถ้อยคำดังกล่าวแสดงว่าอย่างน้อยที่สุดศาลจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายนั้นอยู่วิสัยที่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์แก่มลรัฐหรือท้องถิ่นได้<sup>123</sup> ซึ่งเป็นการพิจารณาที่สอดคล้องกับหลักความเหมาะสม และในคดีนี้ศาลได้พิจารณาว่า “ภาระที่กระทบต่อเอกชนนั้นจะถือว่ารับได้ (tolerated) หาก...ผลประโยชน์นั้นไม่สามารถส่งเสริมได้ด้วยวิธีการที่กระทบกิจกรรมการค้าระหว่างรัฐน้อยกว่า (lesser impact on interstate activities)” ซึ่งการพิจารณาว่ามีมาตรการที่ส่งผลเสียต่อเอกชนน้อยกว่าดำรงอยู่หรือไม่เป็นสาระสำคัญของหลักความจำเป็น และท้ายที่สุดหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบได้ปรากฏจากคำกล่าวของศาลที่ว่าภาระที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เกินกว่าเหตุเมื่อพิจารณาจากความสัมพันธ์กับประโยชน์ที่ได้รับ (clearly excessive to the putative local benefits) ซึ่งการเปรียบเทียบความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประโยชน์ที่จะได้รับจากมาตรการของรัฐเป็นลักษณะเฉพาะอย่างหนึ่งของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

<sup>121</sup> Thomas Sullivan, and Richard Frase, *supra note 1*, p.57.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*

คดีอีกคดีหนึ่งที่เป็นตัวอย่างที่แสดงรากฐานแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ดีคือ คดี United Haulers<sup>124</sup> ตามที่ได้อธิบายไปใน 4.3.3. คดีดังกล่าวหัวหน้าผู้พิพากษา Robert ได้วางหลักการชั่งน้ำหนักไว้ที่แก่นของการให้เหตุผล<sup>125</sup> โดยชั่งน้ำหนักถึงผลประโยชน์ในเรื่องการจัดการของเสียที่จะได้รับพิจารณาเทียบกับภาระของเอกชนที่ต้องแบกรับค่าใช้จ่ายสูงขึ้น การพิจารณาระหว่างการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์มหาชนที่จะได้รับเปรียบเทียบกับภาระที่ปัจเจกชนจะต้องแบกรับเป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลได้พิจารณาโดยมีแนวคิดที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ แม้ในคดีนี้ผู้พิพากษา Scalia จะไม่เห็นด้วยในเรื่องการใช้การชั่งน้ำหนัก (Balancing) โดย Scalia ได้กล่าวในคำพิพากษาส่วนตนซึ่งโต้แย้งบางส่วนของ การตัดสิน (Concurrence) ว่าการสร้างดุลยภาพของคุณค่าต่างๆที่หลากหลายควรเป็นอำนาจของรัฐสภา (Congress) แต่อย่างไรก็ตาม เราไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่า มโนทัศน์ที่สำคัญต่างๆของความพอสมควรแก่เหตุ นั้นได้เคยปรากฏตัวในบริบทของคดีที่ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ Dormant Commerce clause

---

<sup>124</sup> Alec S. Sweet, *supra* note 59, p.29.

<sup>125</sup> *Ibid.*

## บทที่ 6

### ข้อสรุปเรื่องแนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและ แนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหรัฐอเมริกา

หลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้น เป็นหลักการที่ผ่านพัฒนาการทางประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนานและในปัจจุบันมีความสำคัญในแง่กลไกการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากการกระทำโดยมิชอบของรัฐ ในเยอรมนีหลักการนี้ได้ถือเป็นหัวใจสำคัญในการวินิจฉัยเนื้อหาของมาตรการของรัฐที่กระทบสิทธิของปัจเจกชน ในขณะที่ในสหรัฐอเมริกาแม้จะไม่มีหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับเยอรมนี แต่แนวคิดต่างๆของหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ปรากฏตัวทั้งในคำพิพากษาของศาลและหลักการทางรัฐธรรมนูญต่างๆ แม้ในสองประเทศจะมีแนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏอยู่ในระบบกฎหมาย แต่การปรากฏตัวของแนวคิดว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุทั้งสองประเทศนั้นมีความแตกต่างกันพอสมควร ซึ่งจะได้สรุปในบทนี้

#### 6.1 ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุกับหลักการอื่นๆในระบบ กฎหมาย

หลักความพอสมควรแก่เหตุมีความสัมพันธ์กับหลักการอื่นในระบบกฎหมายเนื่องจากแก่นกลางของความพอสมควรแก่เหตุคือเหตุผล ในเยอรมนีหลักความพอสมควรแก่เหตุแม้จะไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรแสดงโดยชัดแจ้ง แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยถึงหลักการดังกล่าวว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้หากพิจารณาในภาพรวมแล้วหลักความพอสมควรแก่เหตุมีความสัมพันธ์กับระบอบประชาธิปไตยอย่างยิ่งยวด ระบอบประชาธิปไตยนั้นเป็นระบอบการปกครองที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล เนื่องจากโดยธรรมชาติของตัวระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยนั้นเป็นการปกครองที่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน รวมไปถึงเป็นการปกครองที่ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุด โดยวาทกรรมอมตะในความเห็นของผู้เขียนที่สามารถอธิบายให้ภาพพจน์ของการปกครองระบอบนี้ที่ดีที่สุดคือคำกล่าวของ Abraham Lincoln ว่า “การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน” ในคำอธิบายของวงการนิติศาสตร์มีการกล่าวถึงองค์ประกอบของการพิจารณาว่าระบอบการปกครองใดเป็นระบอบประชาธิปไตยได้ โดยมุ่งพิจารณาว่ารัฐบาลได้อำนาจมา

อย่างไร และใช้อำนาจนั้นอย่างไร<sup>1</sup> หากรัฐบาลได้อำนาจมาโดยมีจุดยึดโยงกับประชาชนและประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจนั้น เราอาจกล่าวได้ว่าการปกครองนั้นชอบด้วยหลักประชาธิปไตย และหากรัฐบาลนั้นใช้อำนาจอย่างจำกัดโดยมีการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว เราอาจกล่าวได้ว่าการปกครองนั้นเป็นการปกครองโดยหลักนิติรัฐ<sup>2</sup> หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเปรียบเสมือนเสาที่ค้ำจุนระบอบ (Regime) ที่เรียกว่าประชาธิปไตยอยู่นั่นเอง

### 6.1.1 ความหมายโดยสังเขปของหลักนิติรัฐ

นิติรัฐ (Rechtsstaat) คือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย โดยคำว่านิติรัฐนั้นเป็นคำที่หากำแปลได้ตรงตามภาษาต่างประเทศอย่างแท้จริงยาก<sup>3</sup> ในวงการวิชาการของประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษมักจะเรียกทับศัพท์หรือในบางครั้งอาจจะใช้คำว่า “The Rule of Law” ซึ่งแท้จริงแล้วคำๆนี้ไม่ได้มีความหมายที่ตรงกันกับหลักนิติรัฐอย่างสอดคล้องทุกประการเนื่องด้วยพัฒนาการทางประวัติศาสตร์และข้อความคิดที่แตกต่างกัน คำว่า The Rule of Law เป็นคำในภาษาอังกฤษที่โดยหลักใช้แปลเป็นคำวาณิชธรรม ซึ่งหลักนิติธรรมนี้มีพัฒนาการในระบบกฎหมายอังกฤษ แม้สาระสำคัญของหลักนิติธรรมคือการทำมุ่งจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรก็ตาม อย่างไรก็ตามอย่างไรเสียก็ตีหลักนิติธรรมนั้นพัฒนามาเคียงคู่กับหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of parliament) มิได้พัฒนาการมาโดยอิงกับหลักความเป็นสูงสุดของกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Constitution) แต่อย่างไรก็ตามและเนื้อหาในรายละเอียดบางประการของหลักการทั้งสองหลักนี้แตกต่างกัน แต่ท้ายที่สุดเราอาจกล่าวได้ว่าหลักการทั้งสองมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรเหมือนกันนั่นเอง

หลักนิติรัฐนั้นตามที่กล่าวไปข้างต้นคือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (state under law) หลักนิติรัฐเป็นส่วนหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หากกล่าววาระบอบประชาธิปไตยย่อมเป็นระบอบการปกครองที่เรียกร้องความเชื่อมโยงระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับประชาชนและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจอำเภอใจของรัฐ นิติรัฐย่อมเป็นหลักการที่เปรียบเสมือนเสาที่ค้ำยันในมิติของการใช้อำนาจของรัฐที่จะต้องไม่ใช่ตามอำเภอใจและ

<sup>1</sup> สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554), น.149-151.

<sup>2</sup> เฟิงอ้าง.

<sup>3</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.144-145.

มุ่งหมายเรียกร้องให้การใช้อำนาจพอสมควรแก่เหตุ โดยหลักนิติรัฐนั้นประกอบด้วยหลักการย่อยหลายประการ ทั้งนี้อาจแบ่งคร่าวๆได้เป็นองค์ประกอบเชิงรูปแบบและองค์ประกอบเชิงเนื้อหา

องค์ประกอบเชิงรูปแบบนั้น คือรัฐที่ผู้ปกครองมีอำนาจจำกัดโดยกฎหมาย เพื่อให้หลักการนี้สามารถเกิดขึ้นจริงได้ ในเชิงรูปแบบหลักนิติรัฐจึงประกอบด้วยหลักการย่อยๆหลายประการ<sup>4</sup> ยกตัวอย่างเช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) หลักการนี้เรียกร้องให้มีการแบ่งแยกอำนาจเป็นนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจในการตรา กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรมบังคับใช้ในบ้านเมือง อำนาจบริหารอาจแบ่งเป็นอำนาจปกครองและอำนาจทางการเมือง อำนาจปกครองคือบังคับการหรือปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย อำนาจการเมืองคืออำนาจในเชิงการชี้้นำความเป็นไปของรัฐในทางการเมืองอาจเป็นการกำหนดนโยบายต่างๆหรือการดำเนินการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และท้ายที่สุดอำนาจตุลาการคืออำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี โดยองค์กรที่มีลักษณะเป็นอิสระและผลผลิตหรือคำพิพากษาขององค์กรตุลาการนั้นย่อมเป็นที่สุด (res judicata)

องค์ประกอบในเชิงเนื้อหานั้นหลักนิติรัฐได้เรียกร้องให้มีการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยการประกันสิทธิดังกล่าวย่อมถูกบัญญัติในกฎหมายสูงสุดนั้นคือรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมถูกควบคุมการตรากฎหมายที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐธรรมนูญ ในส่วนของฝ่ายปกครองที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น ย่อมถูกควบคุมการกระทำทางปกครองด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติ รวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญอีกด้วย ดังนั้นในแง่นี้เราจะเห็นได้ว่าระบบที่นิติรัฐสถาปนาขึ้นมานั้นได้ถูกสรรสร้างให้กฎหมายเป็นผู้ปกครองมวลมนุษย์ มิใช่มนุษย์ปกครองกันเองตามอำเภอใจแต่อย่างใด หลักความพอสมควรแก่เหตุจากที่กล่าวไปนั้นเป็นหลักการที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ หลักการนี้ได้ถูกองค์กรตุลาการนำมาใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์หรือการกระทำของรัฐที่กระทบสิทธิประชาชนอย่างกว้างขวางนั่นเอง

### 6.1.2 สถานะและความสัมพันธ์ของแนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุกับการจำกัดสิทธิ

ในเยอรมนี พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่มีความสัมพันธ์อย่างชัดเจนกับการจำกัดอำนาจของรัฐ กล่าวคือหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นเชื่อมโยงกับนิติรัฐในแง่เครื่องมืออย่างหนึ่งในการจำกัดอำนาจรัฐ หลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นมีความสอดคล้องกับนิติรัฐ

<sup>4</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.124-125.

ซึ่งมีองค์ประกอบรากฐานของแนวความคิดเสรีนิยม เราอาจกล่าวได้ว่านี่หนึ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นมีความสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติและนิติรัฐอย่างไม่อาจแยกจากกันได้ เนื่องจากสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุคือการเรียกร้องเหตุผลในการใช้อำนาจรัฐ ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะทางกฎหมายและความสัมพันธ์กับหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ชัดเจนนั้นคือเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐและมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ

ในสหรัฐอเมริกาแนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุตามที่ได้อธิบายไปข้างต้น ไม่มีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจน แนวคิดของหลักการดังกล่าวปรากฏตัวขึ้นในหลักการทางรัฐธรรมนูญต่างๆ แนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุได้ถูกนำไปใช้อย่างกระจัดกระจายและไม่เป็นระบบ ทั้งนี้เราอาจกล่าวได้ว่า สหรัฐอเมริกาไม่มีหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Proportionality principle) มีเพียงแต่แนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุซึ่งเกิดจากการวินิจฉัยของศาลหรืออาศัยอยู่ในหลักการตามรัฐธรรมนูญต่างๆ เท่านั้น

อย่างไรก็ตามแม้แนวคิดหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหรัฐอเมริกาก็จะไม่มีสถานะทางกฎหมายเฉกเช่นเยอรมนีก็ตาม แต่เราอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุมีความสัมพันธ์กับหลัก Due Process และหลักการคุ้มครองตามความเสมอภาค (Equal Protection) โดยเนื้อหาตามที่ได้อธิบายไปข้างต้น หลัก Due Process ในเชิงเนื้อหา นั้น เป็นหลักการที่เรียกร้องให้การกระทำของรัฐที่ละเมิดในสิทธิของปัจเจกชนจะต้องกระทำโดยมีเหตุผลที่เพียงพอ ซึ่งการเรียกร้องเหตุผลที่เพียงพอ (Justify) ของมาตรการของรัฐนี้เองที่ปรากฏแนวคิดที่สอดคล้องกับความพอสมควรแก่เหตุ แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ปรากฏตัวผ่านการวินิจฉัยคดีของศาล ยกตัวอย่างเช่นคดี Casey โดยคดีดังกล่าวศาลได้นำหลัก Undue Burden มาใช้ โดยวิธีวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในแง่การสร้างภาระแก่สิทธิในการทำแท้งของปัจเจกชนต้องมีความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งนักวิชาการเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นมีความยืดหยุ่นมากขึ้นและแสดงถึงแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอีกด้วย<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Thomas E. Sullivan, and Richard Frase, Proportionality principles in American law controlling excessive government actions (Oxford, U.K. : Oxford university press, 2009), pp.56-57.



### 6.1.3. ความสัมพันธ์ของการคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคกับโมทัศน์ว่าด้วย หลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น หลักความเสมอภาคได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ใน มาตรา 3 ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>6</sup> แต่เดิมในการวินิจฉัยคดีที่มีประเด็นเรื่องการคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะใช้วิธีการให้เหตุผลที่แยกต่างหากจากหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>7</sup> โดยทั่วไปศาลไม่ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะที่เป็นขั้นเป็นตอนมาวินิจฉัย โดยในคดีศาลจะต้องพิจารณาว่าสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันต้องถูกปฏิบัติเหมือนกันในขณะที่สิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันต้องถูกปฏิบัติต่างกัน<sup>8</sup> อย่างไรก็ตามนักวิชาการบางท่านเห็นว่าข้อพิจารณาดังกล่าวเป็นข้อพิจารณาที่เก่า (early case law or old formula)<sup>9</sup> ซึ่งข้อพิจารณาดังกล่าวก่อให้เกิดแนวทางการวินิจฉัยที่คลุมเครือ (vague guideline)<sup>10</sup> นักวิชาการบางกลุ่มเห็นว่าตั้งแต่ทศวรรษที่ 1980 เป็นต้นมาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ใช้ข้อพิจารณาใหม่ (new formula) ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับหลักความพอสมควรแก่เหตุมาช่วยพิจารณาด้วย โดย Nigel Foster และ Satish Sule เห็นว่าการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคนั้น ในขั้นแรกศาลจะต้องพิจารณาว่ามีการเลือกปฏิบัติหรือไม่ หลังจากนั้นจึงพิจารณาว่ามาตรการที่เลือกปฏิบัติดังกล่าวมุ่งหมายวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมหรือไม่ (legitimate aim) หากมาตรการนั้นมุ่งหมายวัตถุประสงค์อันชอบธรรมประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาคือมาตรการนั้นเป็นวิถีทางที่จำเป็นหรือไม่ และท้ายที่สุดมาตรการที่เลือกปฏิบัตินั้นต้องพอสมควรแก่เหตุ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เคยนำข้อพิจารณาเรื่องความเสมอภาคเข้ามาใช้ในคดีที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐาน Niel Petersen เห็นว่าในบางครั้งข้อพิจารณาเรื่องหลักความเสมอภาคได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักความพอสมควรแก่เหตุ กฎหมายที่เลือกปฏิบัติอาจถือว่าขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุเพราะเลือกปฏิบัติโดยปราศจากการให้เหตุผลอย่างเพียงพอ

<sup>6</sup> Basic Law of Germany, Article 3.

<sup>7</sup> Niel Petersen, Proportionality and Judicial Activism : Fundamental Rights adjudication in Canada, Germany and South Africa, (UK : Cambridge University Press, 2017), p.77

<sup>8</sup> Nigel Foster and Satish Sule, Introduction to German Legal System and Laws, (New York : Oxford University Press, 2010), p.246.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

(discriminates without justification)<sup>11</sup> แต่ในคดีทั่วไปที่ไม่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นศาลได้ใช้การพิจารณาที่มีการวินิจฉัยที่เป็นเอกเทศแยกต่างหากจากหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>12</sup>

ยกตัวอย่างเช่นในคดี Laborers<sup>13</sup> จากข้อเท็จจริงผู้ร้องคดีได้ทำงานเป็นลูกจ้างซึ่งมีหน้าที่ในการซ่อมแซมเสื้อผ้า (tailor) โดยได้ทำงานมา 15 ปี และท้ายที่สุดได้ถูกเลิกจ้างโดยนายจ้างได้ปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกล่าวคือ นายจ้างได้บอกกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 8 อาทิตย์ อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้นั้นได้เลือกปฏิบัติโดยการกำหนดให้ลูกจ้างประเภท blue collars ต้องบอกกล่าวเป็นเวลาเพียงไม่ต่ำกว่า 8 สัปดาห์ ในขณะที่หากลูกจ้างเป็นลูกจ้างประเภท white collars ต้องบอกกล่าวไม่ต่ำกว่า 6 เดือน ลูกจ้างคนดังกล่าวฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อเรียกร้องการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน Suzanne Baer เห็นว่าในคดีดังกล่าวศาลได้ปรับใช้แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในการวินิจฉัยเรื่องความเสมอภาคด้วย<sup>14</sup>

ในสหรัฐอเมริกาบทสนทนาว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏบ่อยครั้งในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติความเสมอภาค (Equal Protection clause) โดยศาลได้นำมาตรฐานการตรวจสอบต่างๆ (Tiers of Scrutiny) มาใช้ มาตรฐานการตรวจสอบเหล่านี้ได้แสดงแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุตามที่ได้อธิบายไปข้างต้น ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุที่มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุเข้ามามีผลกับการวินิจฉัยเรื่องความเสมอภาคนั้น เป็นเพราะมโนทัศน์หลักความพอสมควรแก่เหตุมีความเป็นสากล (universal) และสาระสำคัญของแนวคิดความพอสมควรแก่เหตุคือการพิจารณาถึงเหตุผลของการกระทำของรัฐ ในระบอบประชาธิปไตยนั้น การล่วงละเมิดสิทธิของราษฎรจะต้องกระทำโดยมีเหตุผลอย่างเพียงพอมิใช่การกระทำตามอำเภอใจ ซึ่งแนวคิดของการพิจารณาด้วยเหตุผลดังกล่าวอาจนำมาใช้กับการพิจารณาเรื่องการเลือกปฏิบัติได้อีกด้วย

<sup>11</sup> Niel Petersen, *supra* note 7, pp.77-78.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> BverfGE 82,126 cited in Suzanne Baer, “Equality : The Jurisprudence of the German Constitutional Court,” *infra* note 14, p.250.

<sup>14</sup> Suzanne Baer, “Equality : The Jurisprudence of the German Constitutional Court,” 5 *Columbia Journal of European Law* 249, p.267 (1999).

## 6.2 ปัญหาของการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแต่ละระบบกับแนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุ

แม้ในระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศจะมีแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุดำรงอยู่ แต่อย่างไรก็ตามการปรับใช้แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในบางประเทศอาจมีปัญหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหรัฐอเมริกาที่มันทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุกระจัดกระจายไม่เป็นระบบ ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนจะลงรายละเอียดปัญหาที่สำคัญของแนวคิดหลักความพอสมควรแก่เหตุที่เกิดจากการปรับใช้ในแต่ละประเทศ

### 6.2.1 ปัญหาของแนวคิดของความพอสมควรแก่เหตุกับการคุ้มครองสิทธิในสหรัฐอเมริกา

ทั้งในสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น รัฐธรรมนูญทั้งสองประเทศล้วนแล้วแต่รับรองและคุ้มครองตามสิทธิปัจเจกชนจากมาตรการของรัฐ แม้การคุ้มครองดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายสูงสุดของประเทศนั้นคือรัฐธรรมนูญทั้งคู่ ในสหรัฐอเมริกา มาตรการของรัฐจะต้องไม่ขัดกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Constitutional Clause) ซึ่งมาตรการที่กระทบสิทธิของปัจเจกชนจะต้องไม่ฝ่าฝืนหลัก Due Process กับหลักความเสมอภาค แต่ทั้งนี้ในสหรัฐอเมริกานั้นข้อแตกต่างที่สำคัญกับเยอรมนีนั้นประการคือการปรับใช้แนวคิดของหลักความจำเป็น (necessity test)

ในสหรัฐอเมริกานั้นศาลไม่ได้ปรับใช้หลักวิถีทางที่น้อยที่สุดในทุกๆประเภทของการกระทำของรัฐที่ละเมิดสิทธิปัจเจกชน โดยหลักแล้วศาลจะพิจารณาเรื่องวิถีทางที่น้อยที่สุด มาตรการที่กระทบกับสิทธิที่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) หรือกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติอาศัยปัจจัยเรื่องเชื้อชาติ หากเป็นมาตรการอื่นที่ไม่ใช่มาตรการที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยทั่วไปศาลมักจะวินิจฉัยจากการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis test) การตรวจสอบตามหลักนี้ไม่ได้เรียกร้องให้มาตรการดังกล่าวต้องเป็นวิถีทางที่น้อยที่สุดแต่อย่างใด ในขณะที่หลักความจำเป็นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมาตรการของรัฐที่ละเมิดสิทธิไม่ว่าจะสิทธิในเกือบทุกประเภทจะต้องผ่านการตรวจสอบตามหลักความจำเป็นด้วย ซึ่งในแง่คำอธิบายเราไม่อาจวินิจฉัยได้ว่า เหตุใดมาตรการของรัฐที่สร้างผลกระทบต่อสิทธิปัจเจกชนในสหรัฐอเมริกบางประเภทจึงต้องเป็นวิถีทางที่น้อยที่สุด ในขณะที่มาตรการของรัฐที่กระทบสิทธิบางประเภทเป็นมาตรการที่เป็นวิถีทางที่น้อยที่สุดหรือไม่หรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ปัญหาดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่าเป็นความไม่สม่ำเสมอในการ

ปรับใช้หลักความจำเป็น ซึ่งเป็นปัญหาอย่างหนึ่งในการตรวจสอบมาตรการที่กระทบสิทธิปัจเจกชนในสหรัฐอเมริกา

### 6.2.2 ความแตกต่างระหว่างการชั่งน้ำหนักของคุณค่าต่างๆในทางรัฐธรรมนูญ

ในสหรัฐอเมริกานั้นเป็นที่แน่นอนว่าแนวคิดหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้นไม่มีสถานะเป็นหลักกฎหมายที่แน่นอน และเป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักนิติรัฐอย่างเช่นในเยอรมนี แต่อย่างไรก็ตาม การชั่งน้ำหนัก (balancing) คุณค่าทางรัฐธรรมนูญนั้นได้ถูกใช้ทางปฏิบัติ โดยการชั่งน้ำหนักดังกล่าวอาจเกิดได้สองประเภทดังที่อธิบายไปข้างต้น นั่นคือประการแรก การชั่งน้ำหนักโดยลักษณะพิจารณาผลเสียที่เกิดขึ้นกับสิทธิของปัจเจกชนเปรียบเทียบกับประโยชน์สาธารณะที่ได้รับ เช่นการพิจารณา Chilling Effect ใน Overbreadth Doctrine หรือการพิจารณาว่ามาตรการนั้นสร้างภาระเกินสมควรแก่สิทธิในการทำแท้งหรือไม่ (undue burden test) และการชั่งน้ำหนักลักษณะที่สองนั้นเกิดขึ้นจากการตีความวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามเราอาจกล่าวได้ว่า การชั่งน้ำหนักนั้นได้มีกระบวนทัศน์ที่ตายตัว (Fixed Paradigm) เนื่องจากมาตรฐานการตรวจสอบทางรัฐธรรมนูญ (Tiers of Scrutiny) ได้กำหนดวิธีการประเมินกฎหมายแต่ละประเภทโดยเฉพาะเจาะจง<sup>15</sup> ยกตัวอย่างเช่นกฎหมายที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐาน ย่อมต้องใช้การตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) กฎหมายนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่งของรัฐ (compelling state interest) และศาลได้ใช้การประเมินค่าอันแสดงถึงแนวคิดหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ มาวินิจฉัยว่าวัตถุประสงค์เช่นไรที่จำเป็นอย่างยิ่ง (compelling)

แต่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมาตรการของรัฐในทุกๆประเภทที่มีลักษณะจำกัดสิทธิของประชาชน มาตรการนั้นจะต้องชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ซึ่งในการวินิจฉัยตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น ในการวินิจฉัยความสำคัญของวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ศาลมีความสามารถในการพิจารณาได้อย่างยืดหยุ่นกว่า ทั้งนี้แตกต่างกับสหรัฐอเมริกาที่แนวคิดเรื่องการชั่งน้ำหนักได้ถูกกำหนดไว้เป็นกระบวนทัศน์ที่ตายตัว (Fixed Paradigm) หากศาลใช้การตรวจสอบแบบเคร่งครัด โดยทั่วไปศาลจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้ได้ว่าเหตุใดจึงเรียกว่าจำเป็นอย่างยิ่ง ในขณะที่ในเยอรมนีศาลมีดุลยพินิจที่พิจารณาได้อย่างยืดหยุ่นมากกว่า

<sup>15</sup> Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, (New York : Wolters and Kluwer Law and Business, 2011), p.551.

### 6.3 บทสรุป : มโนทัศน์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและแนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุในสหรัฐอเมริกา

เนื่องด้วยแนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุเป็นแนวคิดที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิปัจเจกชนของจากมาตรการของรัฐที่จำกัดสิทธิ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการที่ท้ายที่สุดแล้วแสดงถึงความพอเหมาะพอควรของการใช้อำนาจอรัฐ แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางกฎหมายกับผลลัพธ์ของมาตรการนั้นรวมไปถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุยังมีลักษณะเป็นโครงสร้างซึ่งช่วยให้องค์กรตุลาการสามารถปรับใช้และพิจารณาวินิจฉัยอย่างเป็นขั้นเป็นตอน ทั้งนี้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หลักการนี้ได้ถูกปรับใช้อย่างเป็นขั้นเป็นตอนเสมอโดยเริ่มจากหลักความเหมาะสม หลังจากนั้นจึงพิจารณาเรื่องความจำเป็น และพิจารณาถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ซึ่งหลักการนี้ได้มีสถานะเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญและผูกพันทุกองค์กรของรัฐ เราอาจกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายเยอรมนี มาตรการใดๆก็ตามของรัฐไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางปกครอง การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ล้วนแล้วแต่ตกอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นยังมีสิทธิในทางรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่งที่เราอาจกล่าวได้ว่าไม่สามารถนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ นั่นคือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และศาลได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี Aviation Security Case อย่างชัดเจนว่าสิทธิดังกล่าวไม่อาจนำมาซึ่งน้ำหนักคู่กับคุณค่าใดๆได้ เราอาจกล่าวได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีความสำคัญที่สุดในเยอรมนี แนวคิดดังกล่าวแสดงออกผ่านการถูกสถาปนาไว้ในมาตราแรกของกฎหมายพื้นฐาน รวมถึงถ้อยคำที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะล่วงละเมิดมิได้ (Inviolable) ซึ่งในทางวิชาการมักจะมีคำกล่าวอยู่เสมอว่า ไม่อาจมีเหตุผลใดๆสร้างความชอบธรรม (justify) ให้กับการล่วงละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้

ในส่วนของสหรัฐอเมริกา โดยทั่วไปหลักความพอสมควรแก่เหตุมิได้อยู่ในรูปของหลักกฎหมาย แต่แนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ปรากฏตัวในคดีรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาผ่านหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญบางประการและผ่านการตีความโดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้แนวคิดที่แสดงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุไม่ได้ปรากฏตัวขึ้นอย่างเป็นระบบระเบียบที่มีการพิจารณาอย่างเป็นขั้นเป็นตอน เราอาจพบกับเนื้อหาของหลักความจำเป็นได้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) เราอาจพบการตรวจสอบที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักความเหมาะสมได้ในการตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis

Test) ซึ่งเรียกร้องให้มาตรการของรัฐนั้นต้องเกี่ยวพันอย่างมีเหตุมีผลกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และในส่วนหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น เราอาจพบแนวคิดดังกล่าวผ่านการตรวจสอบความสำคัญของวัตถุประสงค์โดยศาลสูงสุด รวมไปถึงการปรับใช้หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญบางประการโดยศาล ทั้งนี้แนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุได้กระจัดกระจายอยู่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาโดยไม่ได้มีลักษณะที่แน่นอนแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามสาเหตุที่แนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุมีบทบาทในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้น เราอาจกล่าวได้ว่าเป็นเพราะเนื้อหาของหลักการนี้ที่มีลักษณะยืดหยุ่นและเปิดช่องให้ศาลเข้ามาวินิจฉัยคดีโดยคำนึงถึงเหตุผล ในแง่หนึ่งหลักการนี้ได้เข้ามาผ่อนคลายการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) ศาลสูงสุดได้อาศัยแนวคิดเรื่องความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการตีความความสำคัญของวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพื่อพิจารณาถึงความสำคัญของประโยชน์มหาชนที่ได้รับ เพื่อให้หลักการดังกล่าวได้ดุลยภาพกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกล่วงละเมิด ซึ่งในแง่นี้แนวคิดเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมีประโยชน์ต่อการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

ในแง่การพิจารณาเชิงเปรียบเทียบระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น เราอาจกล่าวได้ว่าความแตกต่างที่สำคัญคือในเยอรมนี มาตรการใดก็ตามของรัฐที่จำกัดสิทธิจะต้องผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุเสมอ ขณะที่ในสหรัฐอเมริกานั้น การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการของรัฐที่จำกัดสิทธิไม่จำเป็นที่จะต้องผ่านแนวคิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในทุกกรณี ในบางกรณีมาตรการของรัฐไม่จำเป็นต้องเป็นวิถีทางที่กระทบสิทธิที่น้อยที่สุดแต่เพียงมีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์ ทั้งนี้ตามที่กล่าวไปข้างต้น ระบบการพิจารณามาตรการของรัฐที่กระทบสิทธิในสหรัฐอเมริกามีลักษณะเฉพาะตัว ต่างกับระบบสากล (Global Model) ซึ่งอาศัยหลักความพอสมควรแก่เหตุในการวินิจฉัย

ปัญหาสำคัญหลักๆของระบบการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการของรัฐในสหรัฐอเมริกาคือการพิจารณามาตรการบางอย่างโดยไม่นำแนวคิดเรื่องหลักความจำเป็น (necessity test) มาพิจารณา หากเราพิจารณาพัฒนาการเชิงมโนทัศน์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว เราอาจกล่าวได้ว่าหลักความจำเป็น เป็นหลักการที่มีบทบาทหลักในการจำกัดอำนาจรัฐ หลักความจำเป็นได้ถูกนำไปใช้ในกฎเกณฑ์นอกกฎหมายรัฐธรรมนูญหลายๆเรื่อง หลักการนี้แสดงถึงการจำกัดความเสียหายให้น้อยที่สุดโดยที่ยังบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายได้ นักวิชาการบางท่านได้กล่าวว่า หลักการนี้เปรียบเสมือนการทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดในสภาวะการณ์ที่ไม่อาจทำให้สิ่งใดดีขึ้น



ได้โดยไม่ทำให้อีกสิ่งเสียหาย หลักความจำเป็นนักวิชาการบางท่านถึงขั้นกล่าวว่าหลักความจำเป็นเป็นหัวใจอย่างหนึ่งของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งการพิจารณามาตรการทางกฎหมายที่กระทบสิทธิในสหรัฐอเมริกาบางเรื่องขาดแง่มุมนี้

ความแตกต่างที่สำคัญของระบบการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการที่กระทบสิทธิที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งคือ ความแตกต่างในหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในเยอรมนีนั้นศาลมีกระบวนการที่ซับซ้อนมากกว่าในการพิจารณาสืบเนื่องมาจากการที่หลักความพอสมควรแก่เหตุจะต้องถูกปรับใช้กับสิทธิทุกประเภท และโดยเนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นได้เปิดโอกาสให้ศาลสร้างดุลยภาพของคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาจากความเสียหายจากการจำกัดสิทธิเทียบกับประโยชน์มหาชนที่ได้รับ จะเห็นได้ว่าโดยเนื้อหาการพิจารณานั้น ศาลอาจจะดึงเอาความสำคัญของวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย ความสำคัญของสิทธิ ความเสียหายที่ปัจเจกชนได้รับ รวมไปถึงการพิจารณาถึงความจำเป็นเร่งด่วนของมาตรการตามกฎหมายมาพิจารณาได้ ในขณะที่สหรัฐอเมริกา การพิจารณาแบบเชิงน้ำหนัก (Balancing test) มีขอบเขตที่แคบกว่า ในแง่หนึ่งศาลอาจจะต้องพิจารณาโดยการชั่งน้ำหนักผ่านการตีความความสำคัญของวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ในส่วนการเปรียบเทียบความเสียหายของสิทธิปัจเจกชนที่ได้รับกับประโยชน์สาธารณะนั้น อาจพบได้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบางประเภทเท่านั้น เช่น สิทธิในการทำแท้งที่ใช้ undue burden test หรือการวินิจฉัยกฎหมายที่ตรากว้างเกินกว่าเหตุ (Overbreadth) ซึ่งโดยทั่วไประบบการพิจารณาความชอบของมาตรการของรัฐที่ล่วงละเมิดสิทธินั้นไม่เปิดโอกาสให้ศาลสูงสุดใช้การชั่งน้ำหนักได้อย่างกว้างขวางเช่นในเยอรมนี ระบบการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของรัฐที่กระทบสิทธิในสหรัฐอเมริกาเป็นระบบที่มีกระบวนการชั่งน้ำหนักที่ตายตัวตามระดับของการตรวจสอบ (multi-tiered standards of review)<sup>16</sup> ซึ่งในแง่นี้การพิจารณาด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในเยอรมนีนั้นทำให้องค์กรตุลาการสามารถวินิจฉัยคดีได้อย่างยืดหยุ่นกว่า

ท้ายที่สุดการจะกล่าววาระระบบใดดีกว่ากัน ระหว่างระบบที่ใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุเฉกเช่นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับระบบที่ไม่มีหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างในสหรัฐอเมริกาเป็นเรื่องยาก แม้ในเยอรมนีจะเป็นระบบที่เป็นระบบระเบียบมากกว่า ศาลมีความยืดหยุ่นในการพิจารณามากกว่า แต่ในบางคดีเราไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่าทัศนคติส่วนตัวของตุลาการผู้

<sup>16</sup> K.S. Park, “Mysteries of American Constitutional Law Explained by Comparison to the Korean Principle of Proportionality,” 2 *Journal of Korean Law* 52, p.62 (2007).

ตัดสินคดีมีผลอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ซึ่งการจะวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้จะต้องตอบคำถามต่อไปว่าองค์กรของรัฐฝ่ายใดกันแน่ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายตุลาการที่ควรมีสติซึ่งน้ำหนักคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งกรณีดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการศึกษาของงานชิ้นนี้ แต่อย่างไรก็ตามแม้ในประเทศที่ไม่มีหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยังปรากฏแนวคิดหลักความพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้เนื่องจากความเป็นสากลของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่มีสาระสำคัญคือการพิจารณาถึงเหตุผลของมาตรการของรัฐนั่นเอง



## บรรณานุกรม

### หนังสือ

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักการพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- บุญศรี มีวงศ์ไชยะ. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- มานิตย์ จุมปา. และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- \_\_\_\_\_. ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561.
- สมยศ เชื้อไทย. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554.
- \_\_\_\_\_. การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสาธารณรัฐเยอรมนี. กรุงเทพมหานคร : บริษัทมิสเตอร์ก๊อปปี้, 2550.

### BOOKS

- Adam Tomkins. Public Law. New York : Oxford University press, 2003.
- Aharon Barak. Proportionality Constitutional right and their limitation. New York : Cambridge University Press, 2012.
- David Beatty. The Ultimate Rule of Law. New York : Oxford University Press, 2004.

- Donald P. Kommers. and Russell A. Miller. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd. ed. London : Duke University Press, 2012.
- Emma K. Wertz. "A little clarity please : A lackluster commercial speech definition leads to wishy washy First Amendment protection and sporadic legal decision." 4 American Communication Journal, Vol. 11 (Winter 2009)
- E.M.Thomas. The Judicial Process : Realism Pragmatism, Practical reasoning and Principles. New York : Cambridge University Press, 2005.
- Erwin Chemerisky. Constitutional Law: Principles and Policies. 4th ed. NY : Walters Kluwer, 2011.
- Francisco Urbina. A Critique of Proportionality and Balancing. New York : Cambridge University Press, 2017.
- Mahendra P. Singh. German Administrative Law in Common Law Perspective. Heidelberg : Springer, 2001.
- Niel Petersen. Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights adjudication in Canada, Germany and South Africa. UK: Cambridge University Press, 2017.
- Nigel Foster. and Satish Sule. Introduction to German Legal System and Laws. 4th ed. New York : Oxford University Press, 2010.
- Proportionality New Frontiers, New Challenges, ed. Vicki C. Jackson and Mark Tushnet. New York, US : Cambridge University Press. 2017.
- Proportionality and Judicial Activism : Fundamental Rights adjudication in Canada, Germany and South Africa. UK : Cambridge University Press, 2017, p.77.
- Thomas E. Sullivan and Richard Frase. Proportionality principles in American law controlling excessive government actions. Oxford, U.K. : Oxford University press, 2009.
- W. Blackstone. Commentaries on the Laws of England. Oxford : Clarendon Press, 1765.

## ARTICLES

- Alec Sweets. "All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing." Yale Law School Faculty Scholarship Series 30. (2010) : 34.
- Alexy Robert. "Constitutional Right and Proportionality." 22 Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law 51. (2014) : 52.
- Bernhard Schlink. "Proportionality in Constitutional Law : Why Everywhere But Here?." Duke Journal of comparative and international law 291. Vol. 22. (2012) : 294.
- Dieter Grimm. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence." 57 University of Toronto Law Journal 383. (2007) : 383, 385.
- Friedman, Barry, and Erin F. Delaney. "Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy," 2 Columbia Law Review 1137. Vol.111. (2011) : 1188-1192.
- Kai Möller. "Proportionality : Challenging the critics." 3 International Journal of Constitutional law 709. Vol. 10. (2012) : 715.
- K.S. Park. "Mysteries of American Constitutional Law Explained by Comparison to the Korean Principle of Proportionality." 2 Journal of Korean Law 52 (2007) : 56, 62.
- Mattias Kumm. "Socratic The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality." 4 Law & Ethics of Human Rights 142. (2010) : 147.
- Moshe-Cohen Eliya. and Iddo Porat. "Proportionality and the culture of justification." 59 American Journal of Comparative Law 463. (2011) : 464.
- \_\_\_\_\_. "Administrative Origins of Constitutional Rights." Proportionality New Frontier New Challenge. (US : Cambridge University Press, 2017) : 121.
- Patrick Quirk. "An Australian look at German 'Proportionality'." 1 University of Notre Dame Australia Law Review. Vol.1. (1999) : 42-44, 47.
- Robert Alexy. "Proportionality and Rationality." Proportionality New Frontiers, New Challenge. New York : Cambridge University Press, 2017.

## สื่ออิเล็กทรอนิกส์

BverfGE 7, 198 , <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>

BVerfG 7, 377, <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=657>

BVerfGE 30, 173, <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1478>

BverfGE 115,118 (1 BvR 1054/01),  
[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/03/rs20060328\\_1bvr105401en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/03/rs20060328_1bvr105401en.html)

BVerfGE 120,274 (1 BvR 370/07),  
[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227\\_1bvr037007en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227_1bvr037007en.html)

BVerfGE 104, 337 (1BvR 1783/99) , [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2002/01/rs20020115\\_1bvr178399en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2002/01/rs20020115_1bvr178399en.html)

BVerfGE 93, (1 BvR 1087/91), <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=615>

Railway Express Agency Inc. V. New York,  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/336/106/case.html>

Williamson v. Lee Optical,  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/348/483/case.html>

Vance v. Bradley,  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/440/93/case.html>

First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti,  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/765/case.html>

Sable Communications v. FCC ,  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/115/case.html>



Schaumburg v. Citizens for Better Environment,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/620/case.html>

United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/803/case.html>

Ashcroft v. American Civil Liberties Union,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/656/case.html>

Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.html>

United States Dept. of Agriculture v. Moreno,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/528/case.html>

United States v. O'Brien,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/367/case.html>

Broadrick v. Oklahoma,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/601/case.html>

Central Hudson Gas & Elec. v. Public Svc. Comm'n,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/530/case.html>

United Haulers Assn., Inc. v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/330/opinion.html>

## **OTHER MATERIALS**

Basic Law for Federal Republic of Germany (1949)

Canadian Charter of Rights and Freedom (1982)

Constitution of Peru (1993)

Constitution of South Korea (1948)

Constitution of South Korea (1948)

Constitution of the German Reich (1919)

New Zealand Bill of Right Acts (1990)

The United States Constitution



## ภาคผนวก ก

## คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 542 U.S. 656 (2004)	108
Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599 (1961)	129
Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601 (1973)	119
Central Hudson Gas & Elec. v. Public Svc. Comm'n, 447 U.S. 557 (1980)	120, 133
Chy Lung v. Freeman, 92 U.S. 275 (1875)	134
Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)	128
Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003)	130
Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)	127

	157
Minnesota v. Barber, 136 U.S. 313 (1890)	135
O'Brien v. United States, 386 U.S. 345 (1967)	117
Pike v. Bruce Church, Inc., 397 U.S. 137 (1970)	135
Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)	111,112,130,141
Railroad Company v. Husen, 95 U.S. 465 (1877)	135
Railway Express Agency, Inc. v. New York, 336 U.S. 106 (1949)	96,97
Sable Communications v. FCC, 492 U.S. 115 (1989)	101-103
Schaumburg v. Citizens for Better Environment, 444 U.S. 620 (1980)	103-106
Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)	129
Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942)	127

	158
Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957)	128
United Haulers Assn., Inc. v. Oneida-Herkimer - Solid Waste Management Authority, 550 U.S. 330 (2007)	122,137
United States Dept. of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973)	114-117
United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)	90,126
United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U.S. 803 (2000)	106-108
Vance v. Bradley, 440 U.S. 93 (1979)	99-100
Williamson v. Lee Optical, Inc., 348 U.S. 483 (1955)	97-98

## ภาคผนวก ข

## คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

BVerfGE 31, 229	73
BverfGE 52, 1	78
BverfGE 68, 155	81
BVerfGE 77, 308	73
BverfGE 78, 77	79
BVerfGE 74, 203	76
BVerfGE 87, 114	74
BVerfGE 93, 1 (1 BvR 1087/91)	81
BVerfGE 140, 337 (1BvR 1783/99)	68
BVerfGE 115, 1	76
BverfGE 115, 118 (1 BvR 1054/01)	63
BVerfGE 119, 59	75
BVerfGE 120, 274 (1 BvR 370/07)	65



BverfGE 125, 39

82



## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นาย เกื้อ เจริญราษฎร์
วันเดือนปีเกิด	5 มิถุนายน พ.ศ.2533
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2555: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

### ผลงานทางวิชาการ

เกื้อ เจริญราษฎร์. “มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ: ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมาย และการปรับใช้ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.