

บทที่ 2

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

รัฐที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย ประชาชนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายมาจำกัด ในขณะเดียวกัน รัฐมีหน้าที่ในการดำเนินการกิจอันเกี่ยวกับการบริการสาธารณะให้บรรลุวัตถุประสงค์ รัฐจึงต้องมีอำนาจที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพราะหากรัฐไม่มีอำนาจดังกล่าว การดำเนินการกิจของรัฐย่อมไม่อาจเป็นไปได้เพื่อสนองประโยชน์สาธารณะได้เลย อย่างไรก็ตาม อำนาจของรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นเป็นอำนาจภายใต้นิติรัฐ กล่าวคือ เป็นอำนาจที่รัฐได้รับมาจากกฎหมาย และกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็คือกฎหมายที่มาจากประชาชนโดยผ่านทางผู้แทนของตน ดังนั้น แท้ที่จริงแล้วผู้ที่มีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็คือประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอันนั้นเอง

1. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพไว้มากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่าน ๆ มา อย่างไรก็ตาม การรับรองสิทธิและเสรีภาพแต่เพียงอย่างเดียวคงไม่สามารถทำให้สิทธิและเสรีภาพมีผลในทางปฏิบัติได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดฐานะของสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ตลอดจนกำหนดให้มีหลักประกันในการใช้สิทธิทางศาลด้วย

1.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ในทางใดทางหนึ่ง ทั้งที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม ถ้ากฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญคุ้มครองและรับรองสิทธิใด ย่อมจะก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายปกครองที่จะต้องเคารพสิทธินั้น ๆ และก่อให้เกิดหน้าที่แก่ประชาชนที่จะต้องเคารพสิทธิซึ่งกันและกันด้วย

เสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เมื่อรัฐธรรมนูญคุ้มครองเสรีภาพใด ก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายปกครองที่จะต้องไม่ละเมิดเสรีภาพนั้น ซึ่งความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการนี้เป็นประโยชน์อย่างหนึ่ง ดังนั้น เสรีภาพจึงเป็นสิทธิประเภทหนึ่ง หากกล่าวถึงสิทธิโดยไม่เจาะจงจึงหมายความว่ารวมถึงเสรีภาพด้วย

สิทธิที่เป็นเสรีภาพแตกต่างจากสิทธิประเภทอื่น กล่าวคือ สิทธิที่เป็นเสรีภาพไม่ต้องอาศัยการดำเนินการบางอย่างจากรัฐก็สามารถกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ เพราะเสรีภาพดังกล่าวเป็นเสรีภาพที่ประชาชนทุกคนมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ เช่น เสรีภาพในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในการพูด ส่วนสิทธิประเภทอื่นที่ไม่ใช่เสรีภาพนั้นจะต้องอาศัยการดำเนินการบางอย่างจากรัฐ เช่น สิทธิในการเลือกตั้งจะต้องมีการดำเนินการจัดการเลือกตั้งโดยรัฐ เป็นต้น¹

1.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพสามารถแบ่งเป็นประเภทได้หลายลักษณะ ในที่นี้จะขอแบ่งตามลักษณะของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้²

(1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยไม่กำหนดการใดเป็นการเฉพาะ

กรณีนี้เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพอาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายในเรื่องการจับ คุมขัง ตรวจค้น ตัวบุคคล หรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 31 วรรคท้าย

(2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเฉพาะการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ในกรณีนี้ นอกจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกระทำโดยกฎหมายแล้ว ยังต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งหรือวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น เช่น การจำกัดเสรีภาพในการแสดง

¹ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดสิทธิเสรีภาพ เรื่อง 6. สิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน (กรุงเทพมหานคร: องค์การค่าของคุรุสภา, 2544), น. 7-8.

² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 64-66.

ความคิดเห็นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ตามมาตรา 39 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ

(3) สิทธิและเสรีภาพที่จำกัดไม่ได้

สำหรับกรณีนี้ รัฐธรรมนูญได้กำหนดว่าสิทธิและเสรีภาพใดบ้างที่ไม่อยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายใด ๆ ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวยังต้องอยู่ภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ จะต้องใช้ภายในขอบเขตที่ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนเสรีภาพในทางวิชาการนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าขอบเขตในการใช้เสรีภาพดังกล่าวต้องใช้เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 42 ของรัฐธรรมนูญ

1.3 ฐานะของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” เป็นบทบัญญัติที่แสดงถึงการกำหนดฐานะของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ อันเป็นฐานะที่ผูกพันองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้เสมอ โดยการคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ แสดงออกได้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก องค์กรของรัฐจะไม่กระทำการใด ๆ ในลักษณะที่จะเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล หรือละเว้นการกระทำใด ๆ ที่จะเป็นการละเมิดต่อสิ่งดังกล่าว ลักษณะที่ 2 รัฐต้องมีภาระหน้าที่ดำเนินการใด ๆ ในทางที่จะทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเอื้อต่อการดำรงชีวิตอยู่ของมนุษย์อย่างมีศักดิ์ศรี หรือเอื้อต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้³

³ เฟื่องอ้าง, น. 138.

นอกเหนือไปจากการที่องค์กรของรัฐจะต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว สิทธิและเสรีภาพยังผูกพันต่อองค์กรของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายตามมาตรา 27⁴ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่ใช้บังคับโดยตรงโดยไม่ต้องมีกฎหมายลูกตามมาตรา 27 นี้ อาจแบ่งได้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปริยาย และสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

และเพื่อให้หลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงกำหนดหลักประกันการใช้สิทธิทางศาลไว้ในมาตรา 28 วรรคสอง⁵ เพื่อให้องค์กรศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐที่อาจจะเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ซึ่งหลักประกันการใช้สิทธิทางศาลดังกล่าว เป็นหลักการที่ได้รับมาจากหลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการตามมาตรา 19 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งบัญญัติว่า “หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิทางศาลได้ ในกรณีที่ไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม” อันถือได้ว่าเป็นหลักการที่เป็นหัวใจของหลักนิติรัฐหรือเป็นมงกุฎของหลักนิติรัฐ เพราะเป็นการที่รัฐได้แสดงว่ารัฐยอมที่จะให้ความเป็นอิสระแก่อำนาจศาลในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำต่าง ๆ ของรัฐว่าเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหรือไม่⁶

1.4 การรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นมีพื้นฐานโดยตรงมาจากธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติอันมีอยู่โดยธรรมชาติและมีลักษณะเป็นเอกเทศแยกออกมาจากกฎหมาย ในสมัยกรีกและโรมันโบราณนั้น ได้มีการเริ่มต้นความคิดทางปรัชญาที่สามารถจะ

⁴ มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง

⁵ มาตรา 28 วรรคสอง บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 2, น. 328-329.

พัฒนาต่อไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ได้ แต่สิ่งที่ขาดไปในสมัยนั้นก็คือ การแปลงสิ่งเหล่านั้นให้มาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้ ต่อมาในสมัยกลาง ได้เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างฝ่ายอาณาจักรกับฝ่ายศาสนจักร และท่ามกลางความขัดแย้งนี้เอง ก็ได้กลายเป็นโอกาสสำหรับการพัฒนาสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นมาได้ ซึ่งนักวิชาการรุ่นต่อมาได้พัฒนาจนกลายเป็นกฎหมายธรรมชาติที่เรียกร้องว่าผู้ปกครองต้องปกครองด้วยความเป็นธรรม⁷

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรกที่สามารถนำเอาแนวความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมาปฏิบัติได้จริง ซึ่งประวัติความเป็นมาของการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิและเสรีภาพในประเทศอังกฤษนั้น เริ่มตั้งแต่ Magna Carta ในปี ค.ศ. 1215 อันเป็นข้อเรียกร้องที่เกิดมาจากการที่พวกขุนนางไม่พอใจพระเจ้าจอห์นที่มักจะเก็บภาษีตามใจชอบเพื่อนำไปใช้ในการสงคราม ซึ่งใน Magna Carta มีสาระสำคัญในเรื่องการจัดเก็บภาษีบางอย่างที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากพวกขุนนาง และมีบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันในการคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของพระมหากษัตริย์ หลังจากนั้นเป็นต้นมา วิวัฒนาการในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประเทศอังกฤษก็ได้ปรากฏต่อมาเป็นลำดับ นับตั้งแต่ Petition of Right ค.ศ. 1628 Agreements of the People ค.ศ. 1647 Habeas-Corpus Act ค.ศ. 1679 จนกระทั่งถึง Bill of Right ค.ศ. 1689

ในสหรัฐอเมริกา สิทธิและเสรีภาพได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ แทนที่จะเป็นเพียงแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ปรากฏว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ สิทธิตามธรรมชาติหรือสิทธิโดยกำเนิด ประชาชนทุกคนเข้าใจถึงสถานะของสิทธิและเสรีภาพและสามารถใช้สิทธิดังกล่าวขึ้นต่อสู้กับฝ่ายอำนาจรัฐได้ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้จริง เท่ากับเป็นการทำให้สิทธิต่าง ๆ กลายมาเป็นสถาบันทางกฎหมาย (legal institutions)⁸ และคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (Declaration of Independence) ลงวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 ก็เป็นคำประกาศอิสรภาพที่เป็นแม่แบบแรก ๆ ของการรับรองสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อกล่าวถึงแนวความคิดในเรื่องการรับรองสิทธิและเสรีภาพในประเทศฝรั่งเศสจำต้องกล่าวถึงคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 (Déclaration des

⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2549), น. 396-397.

⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, "หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ," (รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546), น.71 (อัดสำเนา).

droits de l'homme et du citoyen) ซึ่งคำประกาศดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา โดยเนื้อหาในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ประกอบด้วย การรับรองสิทธิมนุษยชน การรับรองสิทธิของพลเมือง และการรับรองหลักการขององค์กรทางการเมือง⁹ ต่อมาในภายหลัง คำประกาศดังกล่าวก็ได้รับการบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1791 และในรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา กล่าวคือ ฉบับปี ค.ศ. 1793 และฉบับปี ค.ศ. 1795 ก็บรรจุการประกันสิทธิต่าง ๆ ไว้ โดยมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบ้าง¹⁰

ประวัติความเป็นมาของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการตรากันอย่างเป็นทางการในเยอรมันนั้น เริ่มอย่างเป็นทางการในลักษณะในปี ค.ศ. 1848 หลังจากการปฏิวัติของปัญญาชน และมีการตั้งสภาแห่งชาติ (Nationalversammlung) อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่มีผลในทางกฎหมาย หลังจากที่สภาแห่งชาติได้เลือกพระเจ้า Friedrich Wilhelm ที่ 4 แห่งปรัสเซียให้ทรงเข้ารับตำแหน่งเป็นพระเจ้าจักรพรรดิแห่งเยอรมัน¹¹

รัฐธรรมนูญฉบับแรกของเยอรมันที่มีการบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ และวางหลักประกันในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ด้วย ได้แก่ รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 สิงหาคม ค.ศ. 1919 ต่อมาในภายหลัง รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ได้ถูกยกเลิกภายใต้การปกครองแบบเผด็จการนาซี และจากบทเรียนดังกล่าว ทำให้ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมันต้องให้ความสำคัญแก่บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นพิเศษ โดยกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยตรง ประชาชนสามารถร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ เป็นผลให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในเยอรมันยุคใหม่เป็นความจริงขึ้นมาได้ในทางปฏิบัติ¹²

จากประวัติศาสตร์การต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนการเรียกร้องให้บรรจุสิทธิและเสรีภาพลงในตัวบทของรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการจำกัดอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของกษัตริย์ลงนั้น จะเห็นได้ว่าการที่ประเทศต่าง ๆ ให้การรับรองสิทธิและ

⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 63.

¹⁰ บุญศรี มีวงศ์โสมษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), น. 47.

¹¹ เฟิงอ้าง, น. 49-50.

¹² เฟิงอ้าง, น. 50-51.

เสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นการทำให้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นซึ่งเดิมเป็นเพียงสมมติฐานที่ตั้งขึ้นมา หรือเป็นเพียงคำประกาศ หรือข้อเรียกร้องทางปรัชญา แปรสภาพจากสิทธิตามธรรมชาติ (natural right) มาเป็นสิทธิตามกฎหมาย (juristic right) ที่มีนัยสำคัญทางนิติศาสตร์¹³ ทั้งนี้ การรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นการทำให้สิทธิและเสรีภาพมีฐานะเป็นสิทธิเรียกร้องตามรัฐธรรมนูญที่ประชาชนสามารถเรียกร้องเอากับรัฐ ในขณะที่เดียวกันก็ได้รับการประกันจากรัฐไปพร้อมกันด้วย และเพื่อให้รัฐต้องเคารพในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงต้องจัดวางสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ไว้ในตำแหน่งที่อยู่ส่วนบนสุดของระบบกฎหมาย ซึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญนั่นเอง นอกจากนี้ การนำสิทธิและเสรีภาพมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญยังผลให้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นรัฐ อันเป็นการเปิดช่องให้มนุษย์สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างเสรีภายในประชาคม¹⁴

2. หลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

แม้ว่ารัฐสามารถที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ตาม แต่เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐและเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับการล่วงละเมิดในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากรัฐว่าจะต้องดำเนินการภายใต้หลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขอย่างไร และนอกจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐแล้ว หากพิจารณาที่ตัวของสิทธิและเสรีภาพเองก็จะพบว่า มีข้อจำกัดหรือขอบเขตการใช้ในตัวของมันเองอยู่ด้วย ซึ่งขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เป็นคนละเรื่องกัน

2.1 ความหมายของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ก่อนที่จะพิจารณาว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่นั้น จะต้องกำหนดขอบเขตหรือแดนของสิทธิและเสรีภาพให้ได้ว่ามีแค่ไหน เพียงไร หากการ

¹³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 41.

¹⁴ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), น. 127.

กระทำของรัฐดังกล่าวก้าวล่วงเข้าไปในแดนของสิทธิและเสรีภาพ จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ เช่น รัฐธรรมนูญคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ตามมาตรา 44 หากมีการชุมนุมโดยก่อความวุ่นวายหรือมีอาวุธ ย่อมไม่อยู่ในขอบเขตของเสรีภาพดังกล่าวและรัฐธรรมนูญไม่คุ้มครอง เมื่อรัฐใช้มาตรการขัดขวางการชุมนุมจึงไม่เป็นการละเมิดเสรีภาพในการชุมนุมเช่นนั้น

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นกรณีที่รัฐทำการกีดกัน ขัดขวาง หรือปฏิเสธ การกระทำที่อยู่ภายในขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญของปัจเจกบุคคล ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดขึ้นเฉพาะราย (คำสั่งทางปกครอง) หรือเกิดขึ้นในลักษณะทั่วไป (กฎหมาย) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการ¹⁵ กล่าวคือ ประการแรก การกระทำนั้นต้องเกิดจากความมุ่งประสงค์ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประการที่สอง การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นก่อให้เกิดผลโดยตรงต่อการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ประการที่สาม การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องเป็นการกระทำในทางกฎหมาย และประการสุดท้าย การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นมีลักษณะเป็นการบังคับหรือเป็นคำสั่ง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนฝ่ายเดียว

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้มีการขยายความหมายออกไปกว้างขึ้น โดยเห็นว่าการกระทำของรัฐไม่ว่าจะเกิดจากความมุ่งประสงค์ของรัฐหรือไม่ หรือไม่ว่าจะมีผลโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือไม่ว่าจะเป็นการกระทำในทางกฎหมายหรือในทางข้อเท็จจริง และไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการบังคับหรือเป็นคำสั่งหรือไม่ก็ตาม ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพทั้งสิ้น แต่การกระทำของรัฐนั้นต้องเป็นการกระทำโดยอำนาจมหาชนที่ก่อให้เกิดผลดังกล่าว ซึ่งการขยายความหมายนี้ก่อให้เกิดปัญหาอยู่หลายประการ เช่น การกำหนดขอบเขตของการกระทำของรัฐ เป็นต้น¹⁶

2.2 ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย

ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพเป็นการมองในด้านของผู้ใช้สิทธิและเสรีภาพว่าจะใช้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้แค่ไหนเพียงใด ส่วนการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดย

¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 215-218.

¹⁶ เฟิงอ้าง.

กฎหมายคือการมองในด้านของรัฐว่า ถ้าต้องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้น จะทำได้หรือไม่ เพียงใด¹⁷

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้ในมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพประกอบด้วย

(1) การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ตัวอย่างเช่น การใช้โทรศัพท์มือถือนั้นเป็นการสื่อสารถึงกันของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันรับรองเสรีภาพนี้ไว้ในมาตรา 37 โดยบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย” โทรศัพท์มือถือนั้นเป็นการสื่อสารที่ชอบด้วยกฎหมาย เสรีภาพในการใช้โทรศัพท์มือถือจึงเป็นเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง แต่การใช้โทรศัพท์มือถือในห้องเรียนระหว่างอาจารย์บรรยายเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพของตนในทางที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นและเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบ ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่ให้กระทำและไม่คุ้มครอง ผู้กระทำก็ไม่อาจอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิเหล่านั้นขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้กับใครได้¹⁸

(2) การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หมายถึง การห้ามการใช้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้กระทำในสิ่งที่ถือว่าเป็นปฏิปักษ์หรือเป็นศัตรูต่อรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกไม่ได้” เราก็มีอาจที่จะใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อดำเนินการให้มีการแบ่งแยกดินแดนได้ สำหรับเรื่องการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือการกระทำที่ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีทางที่มิได้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญก็เป็นเรื่องถือว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติห้ามไว้เฉพาะต่างหากในมาตรา 63 วรรคหนึ่ง¹⁹

¹⁷ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, “การใช้โทรศัพท์มือถือในห้องเรียนกับขอบเขตการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” รพี 42 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 63 (7 สิงหาคม 2542).

¹⁸ เพ็ญอ้าง, น. 60, 63.

¹⁹ เพ็ญอ้าง, น. 61.

(3) การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน การนิยามคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นเรื่องยากจึงต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป แต่พอจะนิยามได้ว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ ทศนะโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม ซึ่งประชาชนในสังคมมีความรู้สึกร่วมกันว่าสิ่งใดถูกหรือผิดจริยธรรม และศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจแปรเปลี่ยนไปตามยุคและสมัยได้ ทั้งนี้ การใช้สิทธิและเสรีภาพที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเพศหรือเรื่องครอบครัว

นอกจากขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพเป็นการทั่วไปสำหรับการใช้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ทุกมาตราตามมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแล้ว ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพในบางประเภทยังถูกกำหนดไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ เช่น บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการถือศาสนาและการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน แต่ขอบเขตการใช้เสรีภาพดังกล่าวคือ ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมือง และไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ) หรือกรณีของเสรีภาพในทางวิชาการตามมาตรา 42 ของรัฐธรรมนูญ ก็ได้กำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้ว่าต้องไม่เป็นการขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น นอกจากเสรีภาพในการถือศาสนาและเสรีภาพในทางวิชาการจะมีขอบเขตการใช้เสรีภาพเป็นการเฉพาะตามที่กำหนดในแต่ละบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว การใช้เสรีภาพทั้งสองประเภทดังกล่าวต้องอยู่ภายในขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพเป็นการทั่วไปตามมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญด้วย

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ซึ่งกำหนดไว้เป็นการทั่วไปว่าต้องกระทำโดยกฎหมาย แต่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายจะกระทำได้อหรือไม่ เพียงใด ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น ๆ ว่าให้อำนาจกระทำได้อหรือไม่ เพียงใด เช่น หากเจ้าหน้าที่ของรัฐจะจับกุมคุมขัง ตรวจค้นตัวบุคคลหรือกระทำการใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย (มาตรา 31 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ) ต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่นที่ให้อำนาจกระทำการในลักษณะดังกล่าวได้ หรือกรณีสิทธิในการสืบมรดก (มาตรา 48 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ) ก็ต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

3. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดข้อยกเว้นให้รัฐสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขทั่วไปของการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ กฎหมายที่ตราขึ้นจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีความแน่นอนชัดเจน และไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง ส่วนการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 29 ได้แก่ (1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด (2) กฎหมายนั้นต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น (3) กฎหมายนั้นต้องไม่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจนกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ (4) กฎหมายนั้นต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป และ (5) กฎหมายนั้นต้องระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายตามลำดับดังนี้

3.1 เงื่อนไขทั่วไปของการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

นอกเหนือไปจากเงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แล้ว การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนยังต้องมีความแน่นอนชัดเจน กล่าวคือ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องบัญญัติกำหนดไว้ให้ชัดแจ้งว่าบังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใด กระทำการใด ในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร หรือให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารกระทำการใด ในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร ให้มีความแน่นอนชัดเจนเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย อันจะส่งผลให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้อย่างเต็มที่ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด ส่วนการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังนั้น หมายความว่า จะต้องมีการประกาศกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในราชกิจจานุเบกษา ก่อนที่จะมีผลบังคับใช้ และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงก่อนประกาศใช้บังคับกฎหมายนั้นมิได้

3.1.1 ความแน่นอนชัดเจนของการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

การบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีความแน่นอนชัดเจนเพื่อที่ประชาชนจะสามารถกำหนดการกระทำของตนเองภายในขอบเขตเงื่อนไขของกฎหมาย และทราบว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายในอันที่จะเกิดข้อเรียกร้องหรือต้องอยู่ในบังคับอย่างไร

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิพากษาว่ากฎหมายของมลรัฐวอชิงตันที่บังคับให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นเจ้าพนักงานของมลรัฐกล่าวยืนยันว่าตนเองมิใช่ “Subversive Person” ขัดต่อรัฐธรรมนูญและใช้บังคับมิได้ เนื่องจาก “Subversive Person” หมายความว่า “บุคคลใด ๆ ที่กระทำ พยายามกระทำ หรือช่วยกระทำ หรือสนับสนุน ยุยง แนะนำ หรือสั่งสอนด้วยวิธีใด ๆ ให้ผู้อื่นกระทำ พยายามกระทำ หรือช่วยกระทำการอันมุ่งหมายจะล้มล้าง ทำลาย หรือเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือแห่งมลรัฐวอชิงตัน หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของระบอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยวิธีปฏิบัติด้วยกำลังหรือด้วยความรุนแรง” ซึ่งเป็นคำนิยามที่ขาดความแน่นอนชัดเจน และยังมีข้อสงสัยว่าคำนิยามนี้ครอบคลุมถึงทนายความที่ช่วยแก้ต่างให้พรรคคอมมิวนิสต์หรือสมาชิกของพรรคนี้ หรือนักหนังสือพิมพ์ที่ปกป้องสิทธิตามรัฐธรรมนูญของพรรคคอมมิวนิสต์หรือสมาชิกของพรรคนี้ หรือบุคคลใด ๆ ที่สนับสนุนความคิดเห็นซึ่งได้รับการสนับสนุนจากพรรคคอมมิวนิสต์หรือจากสมาชิกพรรคนี้ด้วยหรือไม่²⁰

ในทำนองเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้พิพากษาว่ากฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจในการอนุญาตให้จัดชุมนุมหรือไม่ก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควร ซึ่งตราขึ้นใช้บังคับในสมัยที่ประเทศตกอยู่ภายใต้การปกครองระบอบนาซีขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะรัฐสภาจะต้องกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตไว้ให้แน่นอนชัดเจนด้วย จะปล่อยให้การอนุญาตหรือไม่อนุญาตเป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงานตำรวจโดยสิ้นเชิงหาได้ไม่²¹

²⁰ Frede Castberg, Modern Problems of the Rule of Law, in *Mélanges offerts a Polys Modinos*, Paris, A. Pédone, 1968, p. 116, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 121-122.

²¹ Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin Heidelberg, New York, Tokyo, Springer-Verlag, 1985, p. 84, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เพื่้ออ้าง, น. 122.

อย่างไรก็ตาม การเรียกร้องให้องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีความแน่นอนชัดเจนย่อมเป็นไปได้ยากเพราะความเปลี่ยนแปลงของปัจจัยหลายประการประกอบกัน ดังนั้น กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตราขึ้นจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะเป็นกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญก็แต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายนั้นให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดเท่านั้น

3.1.2 การห้ามกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพมีผลใช้บังคับย้อนหลัง

เหตุผลของการห้ามตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 ซึ่งพิพากษาว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 มาตรา 3 เฉพาะที่บัญญัติลงโทษการกระทำก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 14 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ” และเป็นโมฆะตามมาตรา 61 ที่ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดแก่อำนาจรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ”²²

3.2 เจื่อนไขตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 บัญญัติว่า

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เพิ่งอ้าง, น. 125-128; ผู้เสนอกฎหมายอาชญากรรมสงครามฉบับดังกล่าวคือ หม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช ซึ่งเหตุผลที่ท่านเสนอทั้ง ๆ ที่รู้ชัดรัฐธรรมนูญก็เพื่อประโยชน์ของบ้านเมือง เนื่องจากขณะนั้นสัมพันธมิตรจะขอตัวจอมพล ป. ไปดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามที่สิงคโปร์ซึ่งจะต้องถูกตัดสินว่าผิดแน่นอน อันจะทำให้สถานะของประเทศไทยตกอยู่ในฐานะผู้แพ้สงคราม แต่ถ้าศาลไทยพิพากษาแล้วสัมพันธมิตรจะมาขอตัวจอมพล ป. ไปอีกไม่ได้ตามหลักห้ามฟ้องซ้ำในคดีเดียวกัน (Double Jeopardy) (โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 55 วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 8 วันศุกร์ที่ 2 สิงหาคม 2545 ณ สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา)

โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่า โดยหลักแล้วรัฐไม่สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ แต่มีข้อยกเว้นว่ากระทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดและบทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญนี้ เรารับแนวความคิดมาจากรัฐธรรมนูญของเยอรมัน มาตรา 19²³ ซึ่งหลักการดังกล่าวเกิดขึ้นมาได้ก็ด้วยประสบการณ์ในสมัยฮิตเลอร์ ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญไว้มาร์กได้มีการพูดถึงการประกันสิทธิและเสรีภาพ แต่เป็นเพียงคำประกาศที่ไม่มีผลในทางปฏิบัติ การกำหนดหลักการในมาตรา 19 จึงเป็นการหาจุดสมดุลระหว่างสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐ เพราะสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้มีลักษณะที่บริบูรณ์ รัฐสามารถจำกัดได้แต่ต้องมีหลักเกณฑ์เพื่อไม่ให้เป็นการจำกัดตามอำเภอใจ

²³ มาตรา 19 การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

(1) ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย กฎหมายในกรณีนี้จะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป และจะใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้ นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวจะต้องอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย

(2) ไม่ว่ากรณีใด การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานมิได้

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นให้นำมาใช้บังคับกับนิติบุคคลภายในประเทศด้วยเท่าที่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นสามารถนำมาใช้ได้กับนิติบุคคล

(4) หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิทางศาลได้ ในกรณีที่ไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม

(แปลโดย บรรณเจต สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 60.)

3.2.1 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่ รัฐธรรมนูญกำหนด

กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย กฎหมายที่จำกัด สิทธิและเสรีภาพนั้นจึงจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นการแสดงถึงลักษณะร่วมกัน ของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ หรือหากพิจารณาจากหลักเงื่อนไขของรัฐสภา ซึ่งหมายความว่า องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องที่มีความสำคัญโดยองค์กรนิติบัญญัติเอง ไม่อาจมอบอำนาจในการกำหนดเรื่องดังกล่าวให้องค์กรอื่นเป็นผู้กำหนดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่องค์กรนิติ บัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดเอง จะมอบอำนาจให้องค์กรอื่นออกกฎหมายลำดับรองจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนไม่ได้²⁴ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 34 ที่บัญญัติว่า “รัฐสภาเป็นผู้ตราบัญญัติ รัฐบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิแห่งพลเมือง และหลักประกันขั้นพื้นฐานของประชาชนในการใช้เสรีภาพ...” อันเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจตรากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชน ไม่ว่าจะในทางรับรองหรือในทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพก็ตาม

นอกจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกระทำโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประเภทต้องกระทำภายใต้เงื่อนไข เฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้นด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายตามลำดับดังนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 วรรคแรก บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย . . .” ปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” คืออะไร

ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วางหลักในเรื่อง “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 29 ของ รัฐธรรมนูญไว้ แต่มีนักวิชาการบางท่าน²⁵ เห็นว่า กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้นั้น ได้แก่ รัฐธรรมนูญ กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467

²⁴ เฟื่องอ้าง, น. 258.

²⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รัฐธรรมนูญน่ารู้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2542), น. 235-236.

พระราชบัญญัติและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ น่าจะหมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และยังรวมไปถึงประกาศคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหาเป็นพระราชบัญญัติเท่านั้น โดยมีเหตุผลดังต่อไปนี้

รัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์การปกครองประเทศที่มีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด หากพิจารณาจากอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญและอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่าแตกต่างจากอำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมาย เพราะอำนาจของรัฐสภาเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญก็จะกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจดังกล่าวด้วย นอกจากนี้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญก็แตกต่างกับกระบวนการนิติบัญญัติ รวมทั้งรัฐธรรมนูญก็แก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ตลอดจนรัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในขณะเดียวกันก็กำหนดหลักประกันสิทธิและเสรีภาพด้วย หากกรณีรัฐธรรมนูญจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือกรณีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันเองนั้น ย่อมไม่มีปัญหาในเรื่องการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพราะเป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน และเป็นเรื่องของบททั่วไปกับบทยกเว้น (บทเฉพาะ) เช่น การที่รัฐธรรมนูญกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งว่าต้องสำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่า เว้นแต่เคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา (มาตรา 107 (3) ของรัฐธรรมนูญ) นั้น เป็นกรณีบทเฉพาะยกเว้นบททั่วไป จึงไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

ส่วนกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งประมุขของประเทศและการสืบราชสมบัติ แบ่งเป็น 8 หมวด หมวดที่ 1 ว่าด้วยนามและการกำหนดใช้กฎมณเฑียรบาล หมวดที่ 2 ว่าด้วยการบรรยายศัพท์ หมวดที่ 3 ว่าด้วยการทรงสมมติและทรงถอนพระราชทายาท หมวดที่ 4 ว่าด้วยลำดับชั้นผู้ควรสืบราชสันตติวงศ์ หมวดที่ 5 ว่าด้วยผู้ที่ต้องยกเว้นจากการสืบราชสันตติวงศ์ หมวดที่ 6 ว่าด้วยเวลาที่สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวยังทรงพระเยาว์ หมวดที่ 7 ว่าด้วยการแก้กฎมณเฑียรบาล และหมวดที่ 8 ว่าด้วยการกำหนดให้เสนาบดีกระทรวงวังเป็นผู้มีหน้าที่รักษากฎมณเฑียรบาลนี้²⁶

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 22 วรรคสอง บัญญัติว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็น

²⁶ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530), น. 358.

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ เมื่อมีพระราชดำริประการใดให้คณะองคมนตรีจัดทำร่างกฎหมายเทียบบาลแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบบาลเดิมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย เพื่อมีพระราชวินิจฉัย เมื่อทรงเห็นชอบและทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประธานองคมนตรีดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อให้ประธานรัฐสภาแจ้งให้รัฐสภาทราบ และให้ประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้”

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐและการสืบราชสมบัติ ประกอบกับการแก้ไขเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ รัฐสภาไม่มีอำนาจพิจารณาหรือให้ความเห็นชอบกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ฉบับดังกล่าวจึงไม่น่าจะเข้าพบบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

สำหรับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น แม้ว่าประเทศไทยจะรับแนวคิดในการจัดทำพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมาจากประเทศฝรั่งเศสก็ตาม แต่ในประเทศฝรั่งเศสนั้นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดา เพราะมีกระบวนการตราการแก้ไขเพิ่มเติม และการตรวจสอบแตกต่างจากกฎหมายธรรมดา ขณะที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีกระบวนการตราและแก้ไขเพิ่มเติมไม่แตกต่างจากพระราชบัญญัติ เพียงแต่กำหนดให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทำได้ง่ายกว่ากฎหมายธรรมดาเท่านั้น²⁷ ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจึงอยู่ในลำดับศักดิ์เดียวกันกับพระราชบัญญัติทั่วไปที่สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

พระราชกำหนด คือ กฎเกณฑ์ที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี และแม้พระราชกำหนดจะมีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ตาม แต่หากพระราชกำหนดมีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ต่อมาพระราช

²⁷ โปรดดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส : ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สุขุมและบุตร จำกัด, 2541); สมคิด เลิศไพฑูรย์, รายงานการวิจัย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เสนอ คณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538) และ สราวุธ ปิตุเตชะ, “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545).

กำหนดฉบับดังกล่าวไม่ผ่านการพิจารณาอนุมัติของรัฐสภาจึงตกไป ย่อมไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ไซ้พระราชกำหนดนั้น ส่งผลให้ไม่สามารถตรวจสอบพระราชกำหนดที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปแล้วในระหว่างที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับได้ นอกจากนี้ยังขัดกับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องได้รับความยินยอมจากองค์กรซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตยและหลักเจอนไซ้ของรัฐสภา พระราชกำหนดจึงไม่ควรเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

กรณีประกาศคณะปฏิวัติ แม้ว่าประกาศคณะปฏิวัติมีไซ้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผ่านกระบวนการตามระบบปกติ แต่ก็ต้องถือว่าคณะปฏิวัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการออกกฎหมายซึ่งเท่ากับทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติไปด้วยในขณะเดียวกัน ทั้งนี้ ประกาศคณะปฏิวัติแบ่งเป็น 3 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่มีเนื้อหาเป็นรัฐธรรมนูญ²⁸ ประเภทที่มีเนื้อหาเป็นพระราชบัญญัติ²⁹ และประเภทที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมายลำดับรอง³⁰ ดังนั้น กรณีของประกาศคณะปฏิวัติย่อมจำกัดเฉพาะประกาศคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหาเป็นพระราชบัญญัติเท่านั้น

²⁸ ตัวอย่างเช่น ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 กำหนดให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นสุดลง ประกาศฯ ฉบับดังกล่าวจึงมีเนื้อหาเป็นรัฐธรรมนูญ (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 95 ก, 20 กันยายน 2549, น. 5)

²⁹ ตัวอย่างเช่น ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 18 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยตำรวจแห่งชาติ ซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 จึงเป็นประกาศฯ ที่มีเนื้อหาเป็นพระราชบัญญัติ (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 98 ก, 24 กันยายน 2549, น. 7)

³⁰ ตัวอย่างเช่น ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 33 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันเป็นที่เชิดชูยิ่งช้างเผือกและเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันมีเกียรติยศยิ่งมงกุฎไทย พ.ศ. 2536 ซึ่งมีผลเป็นการปรับปรุงการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันเป็นที่เชิดชูยิ่งช้างเผือกและเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันมีเกียรติยศยิ่งมงกุฎไทย อันเป็นประกาศฯ ที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมายลำดับรอง (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 105 ก, 3 ตุลาคม 2549, น. 28)

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้หมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและประกาศคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหาเป็นพระราชบัญญัติ ส่วนรัฐธรรมนูญ กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 และพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา ไม่น่าจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

(2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเฉพาะการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

บทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายไว้เป็นการทั่วไป แต่หากพิจารณาถึงบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญก็จะพบว่ามีสิทธิและเสรีภาพบางประเภทที่นอกจากจะจำกัดโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว ยังต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขหรือ “การ” ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วย เช่น การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ เพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ตามมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญ หรือการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ตามมาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญ หรือการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสงบของประชาชนซึ่งจะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก ตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

3.2.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น

องค์กรณีบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นหมายความว่า จะต้องเลือกมาตรการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะได้และมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หากเลือกมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะได้เช่นเดียวกันแต่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากกว่าก็เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่เกินจำเป็น อันแสดงให้เห็นถึงการให้หลักความจำเป็นซึ่งเป็นหลักการย่อยประการหนึ่งของหลักความได้สัดส่วนหรือหลัก

ความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality)³¹ มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นกระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่

ตัวอย่างของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่เกินจำเป็น เช่น พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องกระจายเสียง พ.ศ. 2493 มาตรา 7 บัญญัติว่า “การโฆษณาโดยใช้เครื่องกระจายเสียงจะต้องโฆษณาเป็นภาษาไทย” ซึ่งการโฆษณานี้หมายรวมถึงการแสดงความคิดเห็นด้วย หากการประชุมสัมมนาที่มีชาวต่างประเทศซึ่งใช้ภาษาต่างประเทศย่อมมีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และโดยมาตรา 9 ของพระราชบัญญัตินี้กำหนดโทษผู้ฝ่าฝืนมาตรา 7 ว่าต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ดังนั้น การจำกัดเสรีภาพถึงขนาดห้ามพูดโดยเครื่องกระจายเสียงเป็นภาษาต่างประเทศ และหากฝ่าฝืนอาจถูกจำคุกได้ถึงหนึ่งเดือนนั้น เป็นการจำกัดเสรีภาพเกินจำเป็น³²

³¹ หลักความได้สัดส่วน ประกอบด้วยหลักการย่อย 3 หลักการ คือ

(1) หลักความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสม (Principle of Appropriateness) หมายความว่า มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะเกิดขึ้นได้จริง ๆ ในทางปฏิบัติ

(2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายความว่า มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality strito sensu) หมายความว่า มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าที่ก่อความเสียหายให้แก่เอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยรวม

(โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 32-33, 299-313 และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เพิ่งอ้าง, น. 128-131)

³² ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 98.

3.2.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและ

เสรีภาพ

หากพิจารณาถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 29 ที่ว่า “และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้” แล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง “แก่น” (core) ของสิทธิและเสรีภาพแต่ละชนิด ปัญหาว่าอะไรคือสาระสำคัญหรือแก่นของสิทธิและเสรีภาพ และจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพถึงขั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยที่กำหนดว่าอะไรคือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ และมีขอบเขตเพียงไร ซึ่งเรื่องดังกล่าวก็ยังคงเป็นข้อถกเถียงกันในหมู่นักวิชาการโดยมีความเห็นเป็นสองแนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรก³³ ใช้เกณฑ์ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการแทรกแซงที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพด้วย แนวทางที่สองเห็นว่า³⁴ สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมีความหมายต่างจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะถ้าหากมีความหมายเหมือนกันแล้วก็ไม่มีเหตุผลที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขึ้นมาอีก ซึ่งสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่องเฉพาะสำหรับสิทธิและเสรีภาพแต่ละเรื่อง ในขณะที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเรื่องทั่วไปที่ครอบคลุมทุกสิทธิและเสรีภาพ ส่วนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพใดที่ถึงขั้นกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพนั้น เนื่องจากการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพเป็นการคุ้มครองอย่างสัมบูรณ์ไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี ดังนั้น จึงไม่อาจนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากฎหมายนั้น ๆ จำกัดสิทธิและเสรีภาพจนกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพหรือไม่

ตัวอย่างของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ กำหนดให้การยึดทรัพย์ย้อนหลังไปได้จนก่อนถึงวันประกาศใช้กฎหมายย่อมกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนตามมาตรา

³³ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 2, น. 293.

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย,” *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 30 เล่มที่ 2, น. 190 (มิถุนายน 2543).

48 เพราะถึงแม้ว่ามาตรา 48 จะบัญญัติว่า ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งเท่ากับว่ามาตรา 48 อนุญาตให้สิทธิในทรัพย์สินถูกจำกัดได้ แต่การจำกัดสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักการของมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ การยึดทรัพย์นั้นกระทำต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยตรง จึงเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิในทรัพย์สินเพราะรัฐไปยึดกรรมสิทธิ์มาจากเจ้าของทรัพย์ การยึดทรัพย์ที่จะทำได้โดยไม่ขัดรัฐธรรมนูญมีกรณีเดียวคือ เจ้าของทรัพย์ต้องกระทำความผิด โดยศาลต้องพิพากษาก่อนว่าเจ้าของทรัพย์เป็นผู้กระทำความผิด เว้นแต่ว่าตัวทรัพย์เป็นความผิดโดยตัวของมันเอง (contraband per se)³⁵ แต่กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญกลับวินิจฉัยว่า ไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแต่อย่างใด³⁶

3.2.4 การมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ

การห้ามออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงนั้น เพื่อต้องการหลีกเลี่ยงการออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมาย เพราะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องหลักความเสมอภาคและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ กฎหมายที่มีลักษณะทั่วไป หมายถึง จำนวนบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่อาจกำหนดได้แน่นอนเพียงแต่กำหนดไว้เป็นประเภท และข้อเท็จจริงก็มีลักษณะเป็นนามธรรมไม่อาจกำหนดได้เช่นเดียวกัน นอกจากกฎหมายจะต้องมีลักษณะทั่วไปในแง่ของบุคคลและข้อเท็จจริงแล้ว กฎหมายยังต้องมีลักษณะทั่วไปในแง่ของเวลา กล่าวคือ กฎหมายจะมีผลใช้บังคับตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายฉบับอื่นยกเลิกเพิกถอน

3.2.5 การระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

หลักการนี้มีความมุ่งหมายเพื่อเตือนฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้เข้าไปแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครอง และยังทำให้การใช้และการตีความกฎหมายชัดเจนขึ้น

³⁵ ปริญญญา เทวานฤมิตรกุล, "การยึดทรัพย์ตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเป็นมาตรการทางแพ่งและย้อนหลังได้จริงหรือไม่?", รฟพ 2548 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 84-85 (7 สิงหาคม 2548).

³⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 40-41/2546

ตลอดจนประชาชนสามารถตรวจสอบได้ว่าการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นอาศัยอำนาจตามความในมาตราใดของรัฐธรรมนูญ และเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่

สำหรับขอบเขตของการใช้หลักการนี้จะไม่ใช้บังคับกับกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ตราขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีผลใช้บังคับ แต่กรณีที่ยังเป็นปัญหาคือ กรณีกฎหมายที่มีการบัญญัติซ้ำกฎหมายฉบับเดิมที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพอยู่แล้ว หรือกรณีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่มีข้อแตกต่างจากเดิมเพียงเล็กน้อย จะต้องนำหลักการระบอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพมาใช้บังคับหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้วินิจฉัยว่า หลักการระบอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพควรใช้เฉพาะกับกรณีที่มีการบัญญัติขึ้นใหม่ ซึ่งมีใช้เป็นการกล่าวซ้ำของเดิมอย่างใดก็ดี แม้จะมีการบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นซ้ำในกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง ก็ต้องนำหลักดังกล่าวมาใช้เช่นกัน เพราะกรณีเช่นนั้นไม่แตกต่างไปจากการบัญญัติใหม่ และฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรวจสอบเช่นเดียวกับการบัญญัติครั้งแรก เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายผู้ใช้อกฎหมาย รวมทั้งประชาชนทราบถึงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว³⁷

ในส่วนของผลจากการละเมิดหลักการระบอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ในทางปฏิบัติของเยอรมัน ยังไม่มีการละเมิดหลักดังกล่าว จึงยังไม่มีคำพิพากษาของศาลในเรื่องนี้ แต่ในทางตำรา การไม่อ้างบทมาตราที่ถูกจำกัดสิทธินั้นมีผลทำให้กฎหมายเป็นโมฆะ และการเป็นโมฆะควรมีผลนับจากปัจจุบัน มิใช่กรณีทั่วไปที่การเป็นโมฆะนั้นจะมีผลเป็นการย้อนหลัง³⁸

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 268-269.

³⁸ เพิ่งอ้าง, น. 271-272.