

เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ *

1. ข้อความทั่วไป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติหลักการใหม่ ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในบทบัญญัติต่าง ๆ หลายบทบัญญัติ ในบรรดาบทบัญญัติต่าง ๆ เหล่านั้น นับว่าบทบัญญัติมาตรา 29¹ น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เนื่องจากบทบัญญัตินี้ไม่เพียงแต่ชี้ให้เห็นถึงรากฐานความคิดของหลักนิติรัฐเท่านั้น แต่ยังเป็น “มาตร” ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายอีกด้วย

หากพิจารณาที่วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติมาตรา 29 แล้ว เราจะพบว่าบทบัญญัตินี้ มีขึ้นเพื่อจำกัดมิให้องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรอื่นที่ได้มอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติ ตรากฎหมาย, กฎ หรือข้อบังคับอื่นใดอันมีผลล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยอำเภอใจ ข้อพิจารณาดังกล่าวนี้มีน้ำหนักเพิ่มขึ้นอย่างสำคัญหากคำนึงถึงข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์ประกอบกับเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิทธิของปัจเจกชน สอททิพลเมืองและสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นการคุ้มครองปัจเจกชนให้พ้นจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐ บทบัญญัติแห่งมาตรา 29 จึงเป็นบทบัญญัติที่เรียกร้ององค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้ต้องเคลื่อนไหวอยู่ภายในกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้น

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นย่อมไม่อาจกระทำได้โดยการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเฉพาะกรณี หากมีการตรากฎหมายล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญอนุญาต กฎหมายนั้นจะต้องอ้างอิงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจด้วย นอกจากนี้แล้วการตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องพอสมควรแก่เหตุ และไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม รัฐจะตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนถึงแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิไม่ได้ เงื่อนไขต่างๆ ที่กล่าวมานี้เป็นเงื่อนไขที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

* น.บ (เกียรตินิยมอันดับ 2 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.บ.ท. Magister Juris (M.Jur) Germany. Dr.Jur. (summa cum laude) (Goettingen, Germany) อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตาม บัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

บทความนี้มุ่งอธิบายความหมายของบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ฯ มาตรา 29 โดยสังเขป ทั้งนี้โดยจำกัดเฉพาะแง่มุมในทางสารบัญญัติเป็นสำคัญ

2. ระบบการประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้ว จะพบว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทไว้ในระดับที่แตกต่างกันไป² ดังนี้

1) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้โดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษสำหรับการออกกฎหมายฉบับนั้น ซึ่งหมายความว่า แม้รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นหลักแต่องค์กรนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควรตัวอย่างสำหรับการประกันสิทธิและเสรีภาพในลักษณะนี้ เช่น มาตรา 48 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ “ ในกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติเห็นสมควรจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอย่างไร ก็อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิในทรัพย์สินนี้ได้ อย่างไรก็ตามองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายมาลบล้างสิทธินี้ได้ ได้แต่จำกัดเท่านั้น อนึ่ง การออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น แม้จะเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้ตามที่เห็นสมควร องค์กรนิติบัญญัติก็ต้องตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ตามมาตรา 29 นี้จึงจะได้อธิบายต่อไปด้วย

2) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้ก็แต่โดยการปฏิบัติตามเงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อาจเป็นสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือ วัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น มาตรา 44 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสงบของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขพิเศษไว้เช่นนี้ องค์กรนิติบัญญัติย่อมตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาต ซึ่งตรงกับเงื่อนไขในมาตรา 29 วรรคหนึ่งที่ว่า “เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด” นอกจากนี้องค์กรนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขอื่นๆ ตามมาตรา 29 ที่จะได้กล่าวต่อไปอีกด้วย

3) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเด็ดขาด ไม่อนุญาตให้องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดจำกัดสิทธิได้ ตัวอย่างของบทบัญญัติประเภทนี้ เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา ตามมาตรา 38 เป็นต้น

เมื่อพิจารณาลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า ในระบบการรับรองสิทธิเสรีภาพประเภทแรกนั้น รัฐมีอิสระและดุลพินิจมากที่สุดในการที่จะเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล ในขณะที่ระบบที่สองนั้นรัฐอิสระและดุลพินิจลดลงส่วนในระบบที่สามนั้นรัฐไม่อาจเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้เลยทำได้เฉพาะการกำหนดกรอบหรือเขตแห่งสิทธิที่รัฐจะคุ้มครองให้เท่านั้น เช่น เสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา ย่อมได้รับความคุ้มครองครบเท่าที่ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีล

² เปรียบเทียบ หุศต แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ พ.ศ. 2511, หน้า 137 – 143.

³ ดู ชีระ สุธีรวงศ์, การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง , วารสารนิติศาสตร์ปีที่ 29 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2542) , หน้า 583.

ธรรมชาติของประชาชนเท่านั้นที่ครอบหรือขอบเขตแดนแห่ง สิทธินั้น มิได้มีเฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หากแต่อาจเกิดขึ้นจากการขัดกันของบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้ด้วย

3. เงื่อนไขในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

ในกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจ องค์กรนิติบัญญัติต้องดำเนินการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ตามมาตรา 29 ดังต่อไปนี้

1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลนั้น รัฐธรรมนูญเรียกร้องให้ “กระทำได้เท่าที่จำเป็น” “การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหลักในเรื่องความจำเป็นไว้นี้แสดงให้เห็นถึงร่องรอยของหลักนิติรัฐและการยอมรับหลักพอสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้ไปเกินไปโดยอำเภอใจ ถือเป็นหลักธรรมนุญทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากันกับบทบัญญัติอื่นแห่งรัฐธรรมนูญ องค์กรนิติบัญญัติแม้ว่าโดยสภาพไม่ใช่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจปกครองล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง แต่องค์กรนิติบัญญัติก็อาจใช้อำนาจรัฐตรากฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน⁴ ด้วยเหตุดังกล่าว เมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นจึงต้องสอดคล้องกับหลักความสมควรแก่เหตุ ดังนี้

ก) มาตราการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้อง “เหมาะสม” ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ หลักความเหมาะสมนี้เรียกร้องความสัมพันธ์ระหว่างมาตราการที่รัฐใช้จำกัดหรือลดสิทธิของประชาชนกับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตราการนั้น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งมีผลล่วงละเมิดแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คำถามแรกที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องถามตนเองก็คือ มาตราการต่าง ๆ ที่ได้รับการกำหนดขึ้นและตราไว้ในกฎหมายนั้นอยู่ในวิสัยที่จะทำให้ผลที่ตนต้องการบรรลุได้หรือไม่กฎหมายใดก็ตามที่กำหนดมาตราการซึ่งเห็นประจักษ์ชัดว่าไม่อาจบรรลุที่ต้องการได้อย่างแท้จริงถือว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสม ดังนั้นจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณา กฎหมายใดเหมาะสมหรือไม่ พึงคำนึงอยู่เสมอว่าองค์กรนิติบัญญัติมีดุลพินิจเฉพาะในการคำนวณหรือคาดคะเนพัฒนาการในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วยที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแลหรือกำหนดทิศทางเศรษฐกิจของประเทศ กฎหมายที่จะถือได้ว่าขัดต่อหลักความเหมาะสมและด้วยเหตุดังกล่าวจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องปรากฏว่าองค์กรนิติบัญญัติใช้ดุลพินิจซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคาดคะเนพัฒนาการในอนาคตและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกฎหมายนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจน⁵ ถ้าพึงเฉพาะข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายนั้นเมื่อใช้ไปแล้วไม่เหมาะสม

⁴ ด้วยเหตุที่องค์กรนิติบัญญัติอาจล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ได้มีบทบาทเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยอ้อมด้วย

⁵ รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุและตัวอย่างการปรับใช้ในสหภาพยุโรป ดู Juergen Schwarze , European Administrative Law, 1992, pp. 677 – 866.

⁶ ตัวอย่างสำคัญตัวอย่างหนึ่งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และเป็นตัวอย่างอันดีที่ชี้ให้เห็นว่าอย่างไรจะเรียกว่าเหมาะสมนั้นถือเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติได้แก่การที่ฝ่ายนิติบัญญัติกฎหมายจำกัดความเร็วสำหรับการขับขีรถยนต์บน Autovahn ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะลดการทำลายป่าไม้ลง กรณีนี้แม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 2 (1) ก็ตามแต่การคาดคะเนว่าการจำกัดความเร็วจะส่งผลให้ปริมาณมลพิษน้อยลงและจะมีผลสืบเนื่องการชะลอการทำลายป่าลงไปด้วยนั้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้กระทำผิดพลาดอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงต้องถือว่าการตรากฎหมายจำกัดความเร็วบน Autovahn เป็นมาตราการที่เหมาะสมในการชะลอการทำลายป่าไม้ลง ดู Kay Windhorst , Verfassungsrecht I Grundlagen , Muenchen 1994 , S . 250.

สมในอันที่จะบรรลุผลที่ต้องการ ไม่เป็นเหตุที่จะพอฟังได้ว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามหากเกิดกรณี เช่นว่านี้ขึ้นองค์กรนิติบัญญัติอาจมีหน้าที่ที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนั้น หากว่ากฎหมายฉบับนั้นยังมีผลใช้บังคับ อยู่

กล่าวสำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญพึงระลึกลู่เสมอว่าตน ไม่ใช่องค์กรนิติบัญญัติและไม่มี ความชอบธรรมในการแสดงออกซึ่งดุลพินิจในการตรากฎหมายได้เอง ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้มาตร ในทางรัฐธรรมนูญตรวจสอบกฎหมายนั้นเท่านั้น แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายที่ศาลอาจจะไม่เห็นชอบด้วย แต่ถ้ากฎหมายนั้นพิจารณาในทางภาวะวิสัยแล้วอาจบรรลุผลที่ต้องการได้ในทางนโยบาย ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัย ให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

ข) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ หลักความจำเป็นนี้เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติเปรียบเทียบมาตรการต่างๆ ที่จะบัญญัติลงไว้ในกฎหมายซึ่งเป็นมาตรการที่เหมาะสมในอันที่จะดำเนินการให้เกิดผลได้ตามที่องค์กรนิติบัญญัติต้องการ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกเอามาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากองค์กรนิติบัญญัติเลือกเอามาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมายต่างๆ ที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้แล้ว ย่อมถือว่ากฎหมายฉบับนั้น ขัดต่อหลักความจำเป็น ดังนั้นจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ค) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติขึ้นในกฎหมายเพื่อใช้บังคับนั้น นอกจากจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้ว จะต้องเป็นมาตรการที่พอเหมาะสมควรแก่เหตุอีกด้วย หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้ เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งนำหน้าปกครอง โฆษน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรการตามกฎหมายตามกฎหมายย่อมขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ หากมาตรการนั้นไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการ ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้หรือไม่ ให้เริ่มพิจารณาสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะคุ้มครองปัจเจกชนก่อน เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ ๓ มาตรา 39 หลังจากนั้นจึงพิจารณาระดับความเข้มข้นรุนแรงของมาตรการตามกฎหมาย ที่ล่วงละเมิดสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง นั้น เช่น การจำกัดมิให้แจกใบปลิวในที่สาธารณะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของถนนหนทางเมื่อพิจารณาสิ่งที่รัฐธรรมนูญจะคุ้มครองปัจเจกชนและระดับความเข้มข้นรุนแรงของมาตรการตามกฎหมายแล้ว จึงวินิจฉัยว่า ความเข้มข้นรุนแรงของมาตรการนั้นยังคงพอสมควรแก่เหตุ องค์กรบัญญัติย่อมตรากฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับได้

2) หลักการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

ในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ บทบัญญัติในส่วนนี้ไม่ใช่เป็นการประกาศเจตจำนงที่ไร้สาระหรือฟุ่มเฟือย แต่เป็นบทบัญญัติที่เรียกร้ององค์กรนิติบัญญัติให้ต้องปฏิบัติและมีค่าบังคับในทางรัฐธรรมนูญ กฎหมายใดที่ตราขึ้นกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิ กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับมิได้ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือ การคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพเป็นการคุ้มครองโดยเด็ดขาดหรือมี และอย่างไรเรียกว่ากระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ⁷

⁷ ในส่วนของกฎหมายเยอรมันซึ่งมีบทบัญญัติทำนองเดียวกัน ดู Krueger, in : Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Muenchen 1996, Art. 19 Rdnr. 27 – 41.; Herzog, in : Maunz – Duerig, Grundgesetz Kommentar, Muenchen 1996, Art. Abs. 2 Rdnr. 1 - 29.

ในประเด็นที่ว่า การคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ๓ มาตรา 29⁸ นี้เป็นการคุ้มครองโดยเด็ดขาดหรือไม่ นั้น อาจมีข้อพิจารณาได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติกล่าวไว้ ก็มีได้หมายความว่า รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์ (absolute) แต่มุ่งคุ้มครองอย่างสัมพัทธ์ (relative) มากกว่า ดังนั้น การพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นจะมีผลทำให้สาระสำคัญของสิทธิได้รับความกระทบกระเทือนหรือไม่ จึงต้องดูข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป เมื่อได้ชี้แจงน้ำหนักของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนแล้ว จึงจะตอบได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ถึงแม้ว่าองค์กรของรัฐจะตรากฎหมายอันมีผลกระทบกระเทือนแก่นของสิทธิก็ตาม แต่ถ้าการกระทบกระเทือนแก่นของสิทธินั้นยังสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุอยู่ และกฎหมายนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อผลประโยชน์สาธารณะ ย่อมไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามความหมายของมาตรา 29 อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถ้อยคำของบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ๓ มาตรา 29 ที่ว่า “และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้” “แล้ว” นำที่จะลงความเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์คุ้มครอง แก่น (core) ของสิทธิและเสรีภาพแต่ละชนิด ซึ่งการคุ้มครองนี้เป็นการคุ้มครองโดยสัมบูรณ์ ไม่มุ่งประสงค์ให้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป ดังนั้น การพิจารณาว่ากฎหมายใดกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิจะนำเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุมาร่วมพิจารณาและใช้เป็นเครื่องช่วยในการวินิจฉัยไม่ได้

การตรากฎหมายในลักษณะใด จะถึงขนาดที่เรียกว่ากระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ นั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไป ไม่อาจกำหนดเป็นนิยามเพื่อใช้ทั่วไปกับสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทได้⁸ ทั้งนี้ โดยจะต้องพิจารณาระดับความเข้มข้นรุนแรงของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพกับลักษณะของสิทธิและเสรีภาพนั้นเอง ประกอบกันสาระสำคัญของเสรีภาพในร่างกายตามรัฐธรรมนูญ ๓ มาตรา 31 ย่อมได้รับความกระทบกระเทือนหากองค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีการลงโทษโดยการทรมาน การขังคุกมืด การตัดหรือทำลายอวัยวะสืบพันธุ์ เสรีภาพในทางวิชาการตามรัฐธรรมนูญ ๓ มาตรา 42 ย่อมถูกกระทบกระเทือนจนถึงแก่น ถ้าหากมีการตรากฎหมายห้ามมิให้มีการวิจัยหรือเผยแพร่ผลงานวิจัย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญอาจบัญญัติโดยชัดแจ้งยกเว้นมาตรการที่อาจถือได้ว่ากระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิให้เป็นมาตรการที่ใช้บังคับได้เพื่อตัดปัญหาการตีความเช่นการลงโทษประหารชีวิตซึ่งรัฐธรรมนูญ ๓ มาตรา 31 วรรค 2 บัญญัติไว้ให้ทำได้ เป็นต้น

3) หลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมายและหลักการห้ามตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณีและเฉพาะบุคคล

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ๓ มาตรา 29 วรรค 2 เรียกร้องกรณีบัญญัติในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลว่าจะต้องตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง บทบัญญัติมาตรานี้มีด้วยเหตุผลอย่างน้อย 2 ประการ ประการแรก เหตุผลในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ และประการที่สอง เหตุผลในการป้องกันมิให้เกิดเอกสิทธิ์และการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

⁸ มีข้อสังเกตว่า สาระสำคัญของสิทธิตามมาตรา 29 ย่อมมีความหมายต่างจาก ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 26 เพราะหาก สาระสำคัญของสิทธิมีความหมายเหมือนกับ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ก็ไม่มีเหตุผลอันใดที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติคุ้มครอง สาระสำคัญของสิทธิ ขึ้นมาอีก ความแตกต่างประการสำคัญของ สาระสำคัญของสิทธิ และ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ที่ สาระสำคัญของสิทธิ เป็นเรื่องเฉพาะสำหรับสิทธิเสรีภาพแต่ละเรื่อง ในขณะที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นั้นเป็นเรื่องทั่วไปที่ครอบคลุมทุกสิทธิและเสรีภาพ

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายซึ่งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป นั้น ก็เนื่องมาจากไม่ต้องการให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครอง⁹ เองในรูปของกฎหมาย เพราะเหตุผลว่าคำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือหลักที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองให้สำเร็จลุล่วงไปได้ ถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง หากพิจารณากระบวนการกระทำของรัฐแล้ว จะพบว่ากฎหมาย¹⁰ และคำสั่งทางปกครองมีจุดที่เหมือนกัน คือ เป็นการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนในรัฐ กฎหมายและคำสั่งทางปกครองมุ่งใช้บังคับกับประชาชนเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามกฎหมายแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองในสาระสำคัญ คือ กฎหมายนั้นมุ่งใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่จำกัดจำนวนและกับบุคคลไม่จำกัดจำนวน ส่วนคำสั่งทางปกครองนั้นใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลที่ระบุจำนวนได้แน่นอนกลุ่มหนึ่งและกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี กล่าวโดยสรุปกฎหมายเป็นเรื่องที่ใช้บังคับทั่วไป มีลักษณะเป็นนามธรรม (general – abstract) ในขณะที่คำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องที่ใช้บังคับเฉพาะรายมีลักษณะเป็นรูปธรรม (individual – concrete) ในกรณีที่มีการออกกฎหมายที่ใช้บังคับกับกลุ่มคนที่ไม่สามารถระบุจำนวนให้ชัดเจนแน่นอนไปได้ แต่เป็นกลุ่มบุคคลเฉพาะ เช่น กลุ่มผู้ที่จะมาชุมนุมประท้วงบริเวณท้องสนามหลวง ฟิงอนุโลมให้ถือว่าเป็นเรื่องคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นภาระหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครอง ไม่ใช่ขององค์กรนิติบัญญัติ

นอกจากหลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมายและการห้ามตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะบุคคลและเฉพาะกรณีจะมีผลเป็นการคุ้มครองมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติล่วงล้ำเข้ามาในเขตอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารแล้ว หลักการดังกล่าวยังช่วยคุ้มครองปัจเจกชนมิให้รัฐเลือกปฏิบัติโดยการตรากฎหมายเฉพาะกรณีขึ้นใช้บังคับด้วยกฎหมายที่มีผลทั่วไปเป็นเครื่องประกันความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันในผลทางกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เหมือนกัน การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันนี้ถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความยุติธรรม บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 29 วรรค 2 นี้ จึงมีผลเป็นการต่อยอดหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 30 วรรค 1 และทำให้หลักความเสมอภาคปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมอีกทางหนึ่ง

กฎหมายที่จะถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ไม่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่เป็นกฎหมายเฉพาะบุคคลและเฉพาะกรณีซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 29 วรรค 2 อาจเกิดขึ้นได้ดังนี้ คือ กรณีแรก เป็นกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลจำนวนแน่นอนจำนวนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลที่อาจคำนวณจำนวนได้กลุ่มหนึ่ง กรณีที่สอง เป็นกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ไม่มีลักษณะเป็นนามธรรม ใช้บังคับบุคคลทั่วไป แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้วมุ่งประสงค์ให้ใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะรายหรือเฉพาะกลุ่ม

ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น และองค์กรนิติบัญญัติเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องมีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล องค์กรนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายลักษณะนี้ขึ้นใช้บังคับได้โดยไม่

⁹ คำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติราชการปกครอง พ.ศ. 2539 หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

¹⁰ คำว่า กฎหมาย ในที่นี้ ผู้เขียนใช้ในความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ หมายถึง กฎหมายที่องค์กรของรัฐอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญตราขึ้นและกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติให้ตราขึ้นใช้บังคับประชาชนเป็นการทั่วไปด้วย เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น

ถือว่าขัดต่อหลักการห้ามมิให้ตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณี ถ้าหากว่ากฎหมายที่ตราขึ้นนั้น ไม่ได้มีผลเฉพาะเหตุการณ์นั้น แต่ได้รับการบัญญัติให้ครอบคลุมเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและมีผลใช้บังคับกับบุคคลไม่จำกัดจำนวนด้วย

กฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับการตราขึ้น โดยไม่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงย่อมถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับมิได้

4) หลักการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย

ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจองค์กรนิติบัญญัติจะต้องอ้างหรือระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้ในกฎหมายฉบับนั้นด้วย หลักการดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อเตือนให้องค์กรนิติบัญญัติตระหนักว่าตนกำลังตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนอยู่ เพื่อที่องค์กรนิติบัญญัติจะได้ตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเฉพาะที่ตนต้องการจริงๆ เท่านั้น และเพื่อเป็นเครื่องช่วยในการใช้และการตีความกฎหมายด้วย

เพื่อไม่ให้การระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายซึ่งเป็นข้อเรียกร้องในทางรูปแบบมีผลเป็นการจำกัดหรือเป็นอุปสรรคต่อการทำงานขององค์กรนิติบัญญัติโดยไม่จำเป็น จึงสมควรตีความการใช้บังคับบทบัญญัติมาตรานี้อย่างแคบ บทบัญญัติในมาตรานี้มีใช้บังคับกับกฎหมายที่ล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งตราขึ้นก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับ เหตุผลสำหรับการจำกัดการใช้บังคับบทบัญญัติมาตรานี้เฉพาะกับกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้บังคับแล้วย่อมปรากฏชัดอยู่ในตัว ทั้งนี้เพราะเหตุว่าก่อนหน้าที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะใช้บังคับ องค์กรที่ตรากฎหมายยังไม่ทราบว่าตนมีหน้าที่จะต้องอ้างอิงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตนตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ถ้าหากไม่จำกัดการตีความการใช้บทบัญญัติมาตรานี้แล้ว แน่แน่นอนว่าความปั่นป่วนในระบบกฎหมายจะตามมาเพราะกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่ตราขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้บังคับซึ่งไม่อ้างอิงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะขัดกับรัฐธรรมนูญทันที

อย่างไรก็ตามในการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องระบุเฉพาะบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องและที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายจะระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจทุกมาตราไว้ในกฎหมายโดยมีมูลเหตุจูงใจที่จะป้องกัน มิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหาได้ไม่

การฝ่าฝืนไม่ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลส่งผลให้กฎหมายฉบับนั้นขัดรัฐธรรมนูญ โดยเหตุนี้ย่อมต้องถือว่ากฎหมายที่ได้รับการตราขึ้น โดยไม่ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจใช้บังคับไม่ได้ทั้งฉบับ

4. บทส่งท้าย

แม้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน จะได้นำหลักการย่อยต่างๆ ของหลักนิติรัฐมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้เพื่อเห็นวรั้งไม่ให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจไปในทางล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอำเภอใจดังมีตัวอย่างปรากฏให้เห็นในมาตรา 29 ก็ตาม ก็หาได้หมายความว่าองค์กรของรัฐจะผูกพันเฉพาะสิ่งที่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่ กล่าวเฉพาะการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลนอกเหนือจากหลักเกณฑ์ต่างๆ ตามมาตรา 29 ซึ่งเป็น กรอบ สำหรับองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรอื่นที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน และในขณะเดียวกันก็ถือเป็น มาตรฐาน ที่องค์กรตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ยังคงมีหลักเกณฑ์อีก

จำนวนหนึ่งที่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายที่ตราขึ้นจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจะต้องชัดเจนแน่นอน¹¹ เป็นต้น หลักการเช่นนี้เป็นหลักการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงด้วยในเวลา que ตรากฎหมาย มิฉะนั้นกฎหมายที่ตราขึ้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลใช้บังคับที่สุด

¹¹ ดู วรพจน์ วิสชุดพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, พ.ศ. 2538, หน้า 91 .