

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ
ของประชาชนตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

รองศาสตราจารย์ ดร.ปวิศร เลิศธรรมเทวี

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ*

Limiting Constitutional Rights by Law

รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีตร เลิศธรรมเทวี**

Associate Professor Dr.Pawarit Lertdhamtewe

บทคัดย่อ

สิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญถูกจำกัดได้โดยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยถือเป็นบทยกเว้นดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ บทยกเว้นดังกล่าวเรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” บทความนี้ได้ข้อสรุปที่สำคัญหลายประการ กล่าวคือ ประการแรก กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รัฐธรรมนูญต้องบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยาย อำนาจดังกล่าวต้องเป็นไปตามโครงสร้างลำดับศักดิ์แห่งกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าจะเป็นกฎหมายในลำดับศักดิ์ใด ประการที่สอง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลส่วนใหญ่เกิดจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งถือเป็นบทกฎหมายหลัก ในส่วนที่

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง “การคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม สำนักงานการวิจัยแห่งชาติ ประจำปี พ.ศ. 2562.

This article is part of research title “The Protection of Constitutional Rights against the Violations of Rights and Liberties of the Thai Citizens”. This research is funded by Thailand Science Research and Innovations (TSRI) through National Research Council of Thailand’s Targeted Research Initiatives Year B.E. 2562 (AD 2019).

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; LL.M. Macquarie University, Australia; LL.M. Sydney Law School, The University of Sydney, Australia; Ph.D. The University of London, UK. Email: p.lertdhamtewe@gmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. Macquarie University, Australia; LL.M. Sydney Law School, The University of Sydney, Australia; Ph.D. The University of London, UK.

วันที่รับบทความ (received) 1 กุมภาพันธ์ 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 22 มิถุนายน 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 26 สิงหาคม 2564.

เกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง ไม่มีประเด็นทางรัฐธรรมนูญหากกฎหมายดังกล่าวอ้างอิงหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายไทยตรารัฐธรรมนูญขึ้นในช่วงที่มีกฎหมายเกิดขึ้นหลายฉบับ ย่อมก่อให้เกิดคำถามว่ากฎหมายดังกล่าวที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือไม่ กฎหมายดังกล่าวจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

คำสำคัญ: สิทธิและเสรีภาพ, การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย, สิทธิทางรัฐธรรมนูญ

Abstract

Constitutional right cannot be limited unless a limitation is authorized by law. This can be found in the constitution's limitation clauses. It is the principle of legality. This article demonstrates the following results. Firstly, every provision limiting a constitutional right must derive from a legal norm whose authority can be traced back – either directly or indirectly – to the constitution itself. A legal provision limiting constitutional right must constitute a part of the legal system's hierarchical structure. Regardless of its distance from the constitution, it must always be connected to an authorization found therein. Secondly, limitations on constitutional rights are based largely on statutes enacted by the Parliament. No constitutional issue arises when some of the element required to execute a limitation on a constitutional right are found in a sub-statutory law. The Thai legal system draft its constitution within the context of an existing mixed legal regime. It is possible, this article argues, that questions can be raised as to the relation between the existing law – developed prior to the constitution – and the constitution itself. Legislation limiting constitutional rights is constitutional if it abides by the requirements of the constitution's limitation clause.

Keywords: rights and liberties, limitation by law, constitutional rights

1. บทนำ

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังที่ปรากฏในมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวก่อให้เกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาหลายประการตั้งแต่ 1) เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญมีหลักเกณฑ์และสาระสำคัญอย่างไร 2) กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหมายถึงกฎหมายใด 3) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งตราขึ้นเพื่อขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญต้องอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ 4) กฎหมายอื่นๆ อาทิ กฎ หรือข้อบังคับอื่นๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีผลจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้หรือไม่ หรือ 5) กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและใช้บังคับได้หรือไม่ บทความนี้วิเคราะห์เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2. รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจ

การตรากฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ คำว่า “เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” หมายถึง การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ การให้อำนาจดังกล่าวขึ้นอยู่กับลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ

การใช้สิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือต่อประโยชน์สาธารณะ (Qualified Rights) สิทธิดังกล่าวย่อมได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ อาทิ มาตรา 31 เสรีภาพในการนับถือศาสนา¹

หากเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้สิทธิหรือเสรีภาพเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) จะมีข้อจำกัดมิได้ ฉะนั้น การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การรับรองสิทธิเด็ดขาดปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหลายมาตรา อาทิ มาตรา 28 วรรคท้าย ซึ่งเกี่ยวข้องกับการทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้² หรือบทสันนิษฐานในคดีอาญาว่า

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 31.

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 28 วรรคท้าย.

ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ในมาตรา 29 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุด แสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”³ นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 39 บัญญัติว่า “การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้” รวมตลอดทั้ง “การถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิด จะกระทำมิได้”⁴ เป็นการแสดงให้เห็นการรับรองสิทธิเด็ดขาด และมาตรา 49 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้”⁵

นอกเหนือจากสิทธิเด็ดขาดและสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่การใช้สิทธิไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น สิทธิและเสรีภาพบางประการอาจมีขอบเขตจำกัด (Limited Rights) การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว อาจมีข้อความต่างๆ แบ่งออกเป็นกรณีได้ดังนี้

2.1 ข้อยกเว้นโดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ข้อยกเว้นโดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับบุคคลบางประเภทโดยให้ถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังที่ปรากฏในมาตรา 27 วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่า

...การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายภาพหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามวรรคสาม

³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 29 วรรคสอง.

⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 39.

⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 49.

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และ
พนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับ
บุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง
สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม⁶

รัฐธรรมนูญรับรองหลักความเสมอภาคกันของบุคคล ฉะนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญเหมือนกัน
(Equality before Law) กรณีที่รัฐกำหนดมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นเพื่อบุคคลบางกลุ่ม อาทิ
สตรีดังที่ปรากฏในมาตรา 48 เรื่องสิทธิของมารดาเกี่ยวกับช่วงระหว่างก่อนและหลังการคลอดบุตร⁷
การจำกัดสิทธิเสรีภาพของเด็กหรือผู้เยาว์ในการเดินทางหรือเลือกถิ่นที่อยู่ดังที่ปรากฏในมาตรา 38⁸
สิทธิผู้สูงอายุที่มีรายได้ไม่เพียงพอแก่การยังชีพย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐดังที่
ปรากฏในมาตรา 48 วรรคสอง หรือสิทธิของผู้ยากไร้ ที่จะได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสีย
ค่าใช้จ่ายตามมาตรา 47⁹ แห่งรัฐธรรมนูญ การเลือกปฏิบัติเฉพาะกลุ่มบุคคลดังกล่าวถือเป็น
ข้อยกเว้นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตและข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดย
กฎหมายที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม แม้การเลือกปฏิบัติโดยกฎหมาย (*De Jure*
Discrimination) อาจเกิดขึ้นได้และรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ หากเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีบทลงโทษ
แก่บุคคล หรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ จะถือว่าเข้าข้อยกเว้น
ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301
ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ซึ่งบัญญัติให้ลงโทษแต่เฉพาะหญิงผู้ทำเท่านั้น ทั้งที่การตั้งกรรมมิได้
เกิดขึ้นจากการกระทำของหญิงเพียงฝ่ายเดียว จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติดังกล่าว
จึงทำให้ชายและหญิงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันตามมาตรา 27 แห่ง
รัฐธรรมนูญ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีดังกล่าวมีประเด็นเข้าสู่การพิจารณาของศาล
รัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563¹⁰ ซึ่งวินิจฉัยว่า

⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 27 วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า.

⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 48.

⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 38.

⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 47.

¹⁰คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

.... ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ซึ่งผู้ร้องกล่าวอ้างว่า บัญญัติให้หญิงฝ่ายเดียวที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา ไม่รวมถึงชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วยเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ได้บัญญัติรับรองความเสมอภาคของบุคคล การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลจะกระทำมิได้ หลักความเสมอภาคนี้มีสาระสำคัญที่เป็นหลักการพื้นฐาน คือ การปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันและจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เป็นกรณีที่จะเกิดขึ้นเฉพาะสำหรับบุคคลผู้เป็นหญิง เพราะโดยธรรมชาติของหญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรภ์และยุติการตั้งครรภ์ได้ เมื่อชายและหญิงมีสภาพร่างกายอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกัน การที่จะให้ชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งเป็นต้นเหตุที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์ต้องรับโทษและมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมและเป็นธรรมด้วยนั้น จะเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกัน ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อชาย ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 แต่อย่างใด¹¹

จะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคใช้กับกฎหมายที่มีบทลงโทษด้วย ถ้ากฎหมายที่มีบทลงโทษมุ่งเน้นคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลต่อสิ่งที่เหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อย่างกรณีการทำแท้งซึ่งประมวลกฎหมายอาญามีบทลงโทษหญิงผู้ทำแท้งให้มีความผิดอย่างเท่าเทียมกัน การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือเข้าข่ายยกเว้นไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ คงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป นอกเหนือจากคำวินิจฉัยดังกล่าว ยังมีอีกหลายคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความเสมอภาคกันของบุคคลในทางกฎหมาย อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546¹² และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 เป็นต้น¹³

¹¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563, หน้า 6.

¹² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546.

¹³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555.

2.2 ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติดังที่ปรากฏในมาตรา 28 วรรคสองและวรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

.... การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่งหรือ
หมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือ
เสรีภาพในชีวิตและร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมาย
บัญญัติ¹⁴

ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติยังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 33 และมาตรา 36 แห่งรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังอาจจะบัญญัติให้รายละเอียดหรือการจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นไป “ตามที่กฎหมายบัญญัติ”¹⁵ ดังที่ปรากฏในมาตรา 37 ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินและการสืบมรดก ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ¹⁶ หรือมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการ
ปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่
กฎหมายบัญญัติ¹⁷

จะเห็นได้ว่า เสรีภาพในการรวมกันของบุคคลจัดตั้งพรรคการเมือง ต้องเป็นไปตามวิถีทางการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม.

¹⁵ ดูคำอธิบายเกี่ยวกับหลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มิบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” ใน ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มิบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547), หน้า 15-16.

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 37.

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 45.

การจัดตั้งพรรคการเมือง รวมทั้งการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ลักษณะการบัญญัติให้การกำหนดสิทธิและการจำกัดสิทธิเสรีภาพยังปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 41¹⁸ มาตรา 43¹⁹ มาตรา 46²⁰ มาตรา 47²¹ และมาตรา 48²²

2.3 ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งปรากฏในมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติว่า

บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่
ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลง
แก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำ
ความผิดมิได้²³

ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ตาม มาตรา 29 เป็นการรับรองสิทธิในความยุติธรรม และเป็นหลักประกันว่าโทษทางอาญาไม่มีผล ย้อนหลัง หลักการดังกล่าวปรากฏในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 ซึ่งเป็นการรับหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขึ้นพื้นฐานมาจาก UDHR²⁴ และปรากฏในมาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้
ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำ
ความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย²⁵

¹⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 41.

¹⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 43.

²⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 46.

²¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 47.

²²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 48.

²³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 29 วรรคแรก.

²⁴Universal Declaration of Human Rights, Article 11 (2).

²⁵ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, มาตรา 2.

อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องหลักการลงโทษทางอาญาไม่มีผลย้อนหลังปรากฏมาตั้งแต่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 หรือประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 โดยเฉพาะในคดีอาชญากรรมสงคราม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489²⁶ ซึ่งมีการวินิจฉัยปรับหลักการลงโทษทางอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากล โดยในคดีนี้เกิดจากกรณีที่ว่า ในช่วงเวลาสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศไทยภายใต้จอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรี ได้ทำสัญญาร่วมมือกับฝ่ายญี่ปุ่น (ฝ่ายอักษะ) ประกาศสงครามกับอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา (ฝ่ายสัมพันธมิตร) เมื่อวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2485 และภายหลังสงครามสงบลง ประเทศไทยมีพระบรมราชโองการประกาศสันติภาพวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2488 ว่าการประกาศสงครามที่ผ่านมาเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อเจตนาที่แท้จริงของประชาชน

ภายหลังประเทศไทยมีการจัดตั้งรัฐบาล โดย ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เป็นนายกรัฐมนตรี มีการตรากฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งบัญญัติให้ “การกระทำใดๆ อันบุคคลได้กระทำไม่ว่าในฐานะเป็นตัวการหรือผู้สมรู้ต้องตามที่บัญญัติไว้ ... ให้ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม และผู้กระทำเป็นอาชญากรรมสงคราม ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้”²⁷ พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 จึงมีผลย้อนหลังให้การกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติเป็นความผิด และศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 ตัดสินให้ พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ในส่วนที่บัญญัติย้อนหลังให้การกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติเป็นความผิด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และให้มีผลเป็นโมฆะ²⁸ ผลของคำพิพากษาก่อให้เกิดมรดกที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ 1) เกิดการสร้างหลักประกันว่าการลงโทษทางอาญาไม่มีผลย้อนหลัง และ 2) เป็นต้นกำเนิดขององค์การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย²⁹

2.4 ข้อยกเว้นโดยอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ข้อยกเว้นโดยอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพไว้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และปรากฏในหลายมาตรา

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489.

²⁷ พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488, มาตรา 3.

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489.

²⁹ ดูคำอธิบายโดยละเอียดใน ปัญญา อุดชาชน, “พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม: รากฐานการกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ,” รัฐศาสตร์ 61, 8 (2556): 89-138.

ได้แก่ มาตรา 30 มาตรา 32³⁰ มาตรา 34³¹ มาตรา 38³² มาตรา 40³³ มาตรา 42³⁴ และมาตรา 44³⁵ ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

การเกณฑ์แรงงานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตาม
บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือในกรณีที่
มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือใน
ระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ³⁶

จะเห็นได้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐธรรมนูญอาจจะบุเหตุผลความจำเป็นไว้ อาทิ เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน เป็นต้น เหตุผลความจำเป็นดังกล่าวถือเป็นเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมาย ตัวอย่างเช่น การประกาศใช้กฎอัยการศึก (Martial Law)³⁷ ตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457³⁸ หรือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Emergency)³⁹ ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548⁴⁰ เป็นต้น

2.5 ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม

ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม ปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 32.

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 34.

³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 38.

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 40.

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 42.

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 44.

³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 30.

³⁷ ประกาศกองทัพบก ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง การประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ลงวันที่ 20 พฤษภาคม พ.ศ. 2557.

³⁸ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457, มาตรา 4.

³⁹ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ลงวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2563.

⁴⁰ มาตรา 5 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548.

.... การให้นำข่าวสารหรือข้อความใดๆ ที่ผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน
จัดทำขึ้นให้เจ้าหน้าที่ตรวจก่อนนำไปโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือสื่อใดๆ จะ
กระทำมิได้ เว้นแต่จะกระทำในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม

⁴¹

....

ข้อยกเว้นดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 วรรคสาม ไปสัมพันธ์กับเรื่องการ
ประกาศใช้กฎอัยการศึกตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 หรือประกาศ
สถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ดังกล่าว
ข้างต้น

จะเห็นได้ว่า เจเนอไซทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญสำหรับการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการ
จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล คือ รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ โดยอำนาจดังกล่าวไม่ว่าจะอยู่
คนละมาตรา หรือหมวดอื่นใดของรัฐธรรมนูญ จะต้องอ้างอิงหรืออาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่ง
รัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกันทั้งฉบับ ตัวอย่างเช่น บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอัน
กฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29
การบัญญัติกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญาจำเป็นต้องคำนึงส่วนอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญว่ามีเจเนอไซ
และรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้หรือไม่ การกำหนดโทษทางอาญาที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต
และร่างกายต้องคำนึงถึงมาตรา 28 ฉะนั้น การจับ การคุมขัง การค้นตัวบุคคล หรือการกระทำใด
ที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายต้องมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ และ
การลงโทษโดยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หากรัฐธรรมนูญกำหนดเจเนอไซเกี่ยวกับสิทธิหรือเสรีภาพไว้ การ
ตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพโดยมิได้อาศัยหรืออ้างอิงบทบัญญัติแห่ง
รัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ว่ากฎหมายที่ตราขึ้นจะมี
เนื้อหาดีมาน้อยเพียงใด หรือส่งเสริมและสอดคล้องกับหลักนิติธรรม กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ชอบ
ด้วยรัฐธรรมนูญ⁴²

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 35.

⁴² บทยกเว้นในรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 ของไทยเหมือนกับรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่ง Professor Aharon Barak ได้หยิบยกกรณีรัฐธรรมนูญเยอรมันมาอธิบายไว้ว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติและมีผลเป็นการ
จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ตามโครงสร้างของลำดับศักดิ์
แห่งกฎหมาย หากไม่สามารถยึดโยงหรืออ้างอิงอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่ากฎหมายที่ตราขึ้น
นั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดู Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their

3. “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพก่อให้เกิดคำถามต่อไปว่า “กฎหมาย” ที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หมายถึงกฎหมายฉบับใด อาทิ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือประมวลกฎหมาย รวมตลอดทั้งมีนัยาม ลักษณะ และขอบเขตอย่างไร ประเด็นดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับความหมายของกฎหมาย และลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย โดยทั่วไป นักกฎหมายจะอธิบายและแบ่งกฎหมายตามลำดับศักดิ์ (Hierarchy of Law)⁴³ ดังนี้

- 1) รัฐธรรมนูญ
- 2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ
- 3) พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย
- 4) พระราชกฤษฎีกา
- 5) กฎกระทรวง
- 6) ประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งของกระทรวง

นอกเหนือจากกฎหมายดังกล่าว ยังมีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อาทิ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ถือว่ามีลำดับศักดิ์ที่รองลงมาจากกฎหมายดังกล่าวข้างต้น

การแบ่งลำดับศักดิ์กฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความเข้าใจเกี่ยวกับประเด็นปัญหาว่า กฎหมายคืออะไร หรือมีหลักเกณฑ์ใดใช้เป็นบรรทัดฐานในการกำหนดว่าข้อความใดเป็นกฎหมายซึ่งสะท้อนให้เห็นในหลายคำพิพากษาศาลฎีกา⁴⁴ โดยสรุปว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐสภาซึ่งคณะรัฐประหารได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะรัฐประหารย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมืองและเป็นรัฐสภาธิปไตย ฉะนั้น “ข้อความใดที่หัวหน้า

Limitations (New York: Cambridge University Press, 2012), p. 109 (arguing that a legal provision limiting a constitutional right must constitute a part of the legal system’s hierarchical structure. Regardless of its distance from the constitution, it must ultimately be connected to an authorization found therein).

⁴³ ดูคำอธิบายใน รวินท์ สิลปะพัฒน, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 36; วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 55; และประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 16 เป็นต้น.

⁴⁴ อาทิ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131/2536 และคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2513.

คณะรัฐประหารสั่งบังคับประชาชนถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม”⁴⁵ อันที่จริงประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร เป็นกฎหมายแต่ไม่ถือเป็นคำสั่งของรัฐธรรมนูญ คำสั่งของรัฐธรรมนูญที่แท้จริงไม่จำเป็นต้องขออนุญาตและผู้นั้นจะละเมิดมิได้⁴⁶ หรือสถานะของพระราชกฤษฎีกาซึ่งถูกมองว่ามีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองจากพระราชบัญญัติ บางกรณีพระราชกฤษฎีกาอาจเป็นเรื่องที่ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญ⁴⁷ เช่น พระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั่วไป⁴⁸ หรือพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร⁴⁹ การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ดังคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540⁵⁰ หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557⁵¹ แต่บางกรณีพระราชกฤษฎีกาอาจอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง อาทิ พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ ดังคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ พ. 20/2552⁵² ปัญหาความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของกฎหมาย และลำดับศักดิ์ของกฎหมายเป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักการทางกฎหมาย (Jurisprudence) หรือปรัชญากฎหมาย (Philosophy of Law) ที่สัมพันธ์กับรากฐานประวัติศาสตร์ทางกฎหมาย (Legal History)⁵³ ซึ่งเป็นปัญหาในปัจจุบันและกระทบกระเทือนต่อกระบวนการยุติธรรมและการปกครองประเทศตามหลักนิติธรรม

อันที่จริง การพิจารณาว่ากฎหมายมีลำดับศักดิ์อย่างไร เป็นประเด็นที่ยังไม่เคยมีการให้คำตอบที่ชัดเจนว่ามีจุดเริ่มต้นและภูมิหลังอย่างไร เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะพบหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of Law) ของรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น มาตรา 5 วรรคแรกจึงบัญญัติว่า

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505.

⁴⁶ คุบที่ 6 ซึ่งกล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำสั่ง หรือประกาศของคณะรัฐประหาร.

⁴⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 102 และมาตรา 103.

⁴⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 102.

⁴⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 103 วรรคสอง.

⁵⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540.

⁵¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557.

⁵² คำพิพากษาศาลปกครองที่ พ. 20/2552.

⁵³ จันตรี สิ้นสุภฤกษ์, “ความหมายของกฎหมาย: ข้อพิจารณาจากแง่มุมนิติปรัชญา,” วารสารกฎหมาย 38, 1 (2563): 65-80.

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้⁵⁴

ประเด็นต่อมา คือ กฎหมายกับกฎหรือข้อบังคับถือว่ามีลำดับศักดิ์สูงกว่ากัน กรณีดังกล่าว รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจกฎหมายเท่านั้นที่มีจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ โดยที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัตินิยามคำว่า “กฎหมาย” ว่ามีความหมายอย่างไร เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะพบว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา⁵⁵ ฉะนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และรวมทั้งประมวลกฎหมาย จึงเป็นกฎหมายหลักที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ กฎหมายดังกล่าวยังรวมทั้งกฎหมายอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ อาทิ พระราชกำหนด⁵⁶ หรือการยุบสภาผู้แทนราษฎรซึ่งต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา⁵⁷ เป็นต้น กฎหมายกลุ่มดังกล่าวเรียกว่า (Primary Legislations) ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้โดยตรง ขณะที่กฎหรือข้อบังคับอื่นๆ ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายหลักถือเป็นลำดับรอง (Secondary Legislations) ไม่ว่าจะมิชื่อเรียกอย่างไร ฉะนั้น การจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มที่สำคัญ ได้แก่

- 1) กฎหมายสูงสุด (Supreme Law) คือ รัฐธรรมนูญ
- 2) กฎหมายหลัก (Primary Legislations) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจกฎหมายสูงสุด ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย และพระราชกฤษฎีกาบางประเภท อาทิ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น
- 3) กฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislations) หมายถึง กฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายหลัก อาทิ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมาย กฎกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ เป็นต้น และรวมทั้งประกาศ กฎ หรือข้อบังคับอื่นๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหลักมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง

สำหรับกฎหมายนอกเหนือจากกลุ่มดังกล่าว เป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นกฎหมายที่ใช้เฉพาะเรื่อง อาทิ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือคำพิพากษาของศาลซึ่งไม่มีสถานะเป็น

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 5 วรรคแรก.

⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 81.

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 172.

⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 103 วรรคสอง.

กฎหมาย และผูกพันเฉพาะคู่กรณี ย่อมมีสถานะรองจากกฎหมายลำดับรองและใช้บังคับเฉพาะเรื่อง การแบ่งกลุ่มกฎหมายดังกล่าว ใช้กล่าวถึงกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนในบทความวิจัยฉบับนี้

3.1 กฎหมายที่ตราโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา

การตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา (หมวด 7) ฉะนั้น กฎหมาย ตามความหมายในรัฐธรรมนูญจึงหมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา (Acts of Parliament) ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ⁵⁸

นอกจากนี้ กฎหมายในลำดับศักดิ์เดียวกันกับพระราชบัญญัติ ยังรวมถึงพระราชกำหนด ซึ่งกระทำเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้⁵⁹ และรวมถึงประมวลกฎหมายด้วย เนื่องจากการใช้ประมวลกฎหมายต้องมีพระราชบัญญัติให้ใช้ ประมวลกฎหมาย⁶⁰ กล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประมวลกฎหมาย ถือเป็นกฎหมายหลัก (Primary Legislations) ที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำหรือ ยินยอมจากรัฐสภา และเป็นกฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ตามความหมาย มาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ

ปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับ แม้ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาที่ขัดหรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้มีบรรทัดฐานคำวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายฉบับต่างๆ อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกตาม มาตรา 301⁶¹ พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 ในส่วนที่เกี่ยวกับหญิงที่มีสามีและกฎหมาย กำหนดให้ใช้นามสกุลสามีตามมาตรา 12⁶² ประมวลกฎหมายรัษฎากร ในส่วนที่เกี่ยวกับ มาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) ประกอบมาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ⁶³ พระราชบัญญัติ-

⁵⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 81.

⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 172 บัญญัติว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้....”.

⁶⁰ อาทิ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 เป็นต้น.

⁶¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

⁶² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546.

⁶³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555.

ธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19⁶⁴ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 41⁶⁵ พระราชบัญญัติการเลือกตั้งเทศบาล พ.ศ. 2482 มาตรา 20 (1)⁶⁶ พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26⁶⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10)⁶⁸ พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30⁶⁹ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบขายตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54⁷⁰ เป็นต้น

กล่าวได้ว่า การกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนส่วนใหญ่เป็นการกระทำที่อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกรณีที่ปรากฏในศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมิได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นไปตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 เกี่ยวกับความผิดว่าฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติให้หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่งผลกระทบถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงตั้งครรภ์ที่ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไปอีกด้วย ซึ่งการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ต้องเกิดความสมดุลกันโดยอาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ซึ่งรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย⁷¹

ประเด็นเรื่องสิทธิในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับบทกำหนดโทษประหารชีวิตซึ่งเป็นบทกำหนดโทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดตามที่บัญญัติในมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁷² ว่าอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญในเรื่องใด โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 28 รับรองสิทธิในชีวิตและร่างกาย การจับ การคุมขัง การค้นตัวบุคคลหรือการ

⁶⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546.

⁶⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2556.

⁶⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2546.

⁶⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547.

⁶⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555.

⁶⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556.

⁷⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555.

⁷¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

⁷² ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, มาตรา 18.

กระทำใดที่กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายต้องมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่สำหรับการทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการอันโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ ฉะนั้น รัฐธรรมนูญรับรองเป็นสิทธิเด็ดขาด กฎหมายจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมิได้ องค์การนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International) และกลุ่มผู้สนับสนุนให้ยกเลิกการลงโทษประหารชีวิต มองว่าการลงโทษประหารชีวิตเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นร้ายแรงที่สุด เป็นการลงโทษที่ป่าเถื่อนและไร้มนุษยธรรม⁷³ แนวคิดเรื่องการลงโทษประหารชีวิต หรือชีวิตแลกด้วยชีวิตมีรากฐานทางประวัติศาสตร์กฎหมายมาอย่างยาวนาน และปรากฏเป็นบทลงโทษมาตั้งแต่สังคมบรรพกาล อาทิ The Code of Hammurabi (1754 ปีก่อนคริสตกาล) ซึ่งมีบทลงโทษที่รุนแรงโดยเฉพาะการใช้โทษประหารชีวิตกับความผิด หรือที่รู้จักกันว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (Eye for Eye, Tooth for Tooth) (*Lex Talionis*)⁷⁴ หรือในสมัยโบราณของไทย ที่มีวิธีการประหารชีวิตด้วยวิธีการบั่นคอ หรือวิธีการประหารชีวิตที่แตกต่างกันออกไปดังที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงซึ่งเป็นการรวบรวมกฎหมายในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 โปรดเกล้าให้รวบรวมกฎหมายโบราณครั้งกรุงศรีอยุธยาและกรุงธนบุรีมาประมวลไว้ด้วยกัน⁷⁵ การลงโทษตามกฎหมายตราสามดวงกล่าวยังคงมีอยู่เรื่อยมาจนกระทั่งประเทศไทยประสบปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritoriality) ที่ไทยจำต้องทำสัญญาเบาริง (The Bowring Treaty) ในปี พ.ศ. 2398 (ค.ศ. 1855)⁷⁶ ส่งผลให้คนต่างชาติที่ทำผิดในไทยได้รับยกเว้นไม่ต้องขึ้นศาล โดยความล้าหลังของกฎหมาย การกำหนดโทษที่รุนแรง รวมทั้งเรื่องโทษประหารชีวิตที่มีวิธีการที่ต่างกันออกไปมีความโหดร้าย ป่าเถื่อน และไร้มนุษยธรรม ถูกใช้เป็นข้ออ้างของชาวต่างชาติที่ไม่ยอมขึ้นศาลไทย⁷⁷ มีการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญาขึ้นใหม่ให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายสมัยใหม่ และต่อมาปี พ.ศ. 2477 มีการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา เกี่ยวกับการประหารชีวิตจากการตัดศีรษะเป็นการเอาตัวไปยิงเสียให้ตาย⁷⁸ โดยการลงโทษประหารชีวิตด้วยการยิงให้ตาย ถูกมองว่าเป็นการลงโทษที่รุนแรง ทารุณ

⁷³ Amnesty International, การรณรงค์ (Campaign) ขององค์การนิรโทษกรรมระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการให้ทุกประเทศยกเลิกโทษประหารชีวิต [Online], available URL: <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty/>, 2563 (ตุลาคม, 29).

⁷⁴ The Code of Hammurabi (1754 BC).

⁷⁵ โทษประหารชีวิต 21 สถานในกฎหมายตราสามดวง.

⁷⁶ The Bowring Treaty (1855) (Between the United Kingdom and the Kingdom of Siam).

⁷⁷ ดูแสง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 170.

⁷⁸ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ว่าด้วยการประหารชีวิต.

โหดร้าย และไร้มนุษยธรรมในสังคมไทยจึงมีการเปลี่ยนการลงโทษประหารชีวิตจากการใช้ปืนยิงเป็นการฉีดยาให้ตายเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม พ.ศ. 2546⁷⁹ จะเห็นได้ว่า แนวคิดเรื่องการลงโทษประหารชีวิตยังคงมีอยู่ในประเทศไทย เพียงแต่เปลี่ยนวิธีการลงโทษให้ดูไม่โหดร้ายทารุณ หรือไร้มนุษยธรรมจนเกินไป อาจกล่าวได้ว่า การพิจารณาว่าการลงโทษประหารชีวิตเป็นการลงโทษด้วยวิธีการอันโหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือไม่เป็นเรื่องละเอียดอ่อน ไม่มีคำตอบที่ชัดเจนตายตัวและคงขึ้นอยู่กับมุมมองของแต่ละสังคมว่าพิจารณาเรื่องดังกล่าวอย่างไร

ไม่ว่าการลงโทษประหารชีวิตจะถูกต้องชอบธรรม หรือมีขึ้นเพื่อความเป็นธรรมในสังคมมากน้อยเพียงใด ประเด็นที่ชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดโทษประหารชีวิตตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายซึ่งเป็นโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น เป็นบทบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิตและร่างกาย และการแลกชีวิตด้วยชีวิตเป็นสิทธิเด็ดขาดที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขห้ามมิให้กระทำได้⁸⁰

3.2 กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Law) ซึ่งตราขึ้นเพื่ออธิบายขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับสถานะและลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย (Hierarchy of Law) ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณามาตรา 81 แห่งรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงน่าจะมีความลำดับศักดิ์เสมอกันกับพระราชบัญญัติ

การนำพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมาใช้ในประเทศไทยปรากฏเป็นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ 8 ฉบับ อย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่องพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและการนำมาใช้ในระบอบรัฐธรรมนูญปรากฏในแวดวงนิติศาสตร์ไทยมาอยู่ก่อนแล้ว⁸¹ สถานะและลำดับศักดิ์ของพระราชบัญญัติประกอบ

⁷⁹ ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 245 ประกอบมาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการประหารชีวิตนักโทษ พ.ศ. 2546.

⁸⁰ ประเด็นเรื่องโทษประหารชีวิต (Capital Punishment) อยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาในครั้งนี้.

⁸¹ อาทิ ในงานเขียนของศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ดูไพโรจน์ ชัยนาม, รัฐธรรมนูญและการปกครองของอิตาลี (กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2529); งานเขียนของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ดูวิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530); งานเขียนของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ซึ่งเสนอให้นำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมาใช้ในประเทศไทยดู อมร จันทรมบูรณ์, รวมบทความเกี่ยวกับโครงสร้างและกลไกทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญในทัศนะของ ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2539); ดูผลงานวิจัยของศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ใน สมคิด

รัฐธรรมนูญได้กลายเป็นประเด็นในการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁸² คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550⁸³ ซึ่งวินิจฉัยว่า เมื่อกระบวนการตราพระราชบัญญัติและกระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเหมือนกัน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงมีศักดิ์เท่ากฎหมายธรรมดา ดังนี้

.... เมื่อได้พิจารณาลักษณะของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้นำมาบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หาได้ปฏิบัติให้มีลักษณะเช่นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของต่างประเทศไม่ เพราะกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่จะเรียกว่าเป็นกฎหมายที่มีหลักการสำคัญเกี่ยวข้องโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปจะมีสิ่งที่สำคัญอย่างน้อยอีกหลายประการ เช่น จะกำหนดให้เห็นว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมีฐานะที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป (แต่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ) รวมทั้งมีวิธีการร่างและแก้ไขกฎหมายนั้นยากกว่าการร่างและแก้ไขกฎหมายธรรมดาทั่วไป ซึ่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญทั้งหลายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 หาได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวไม่ ดังนั้น เมื่อคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทยที่ใช้กันตลอดก่อนหน้านี้แล้ว ตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย การประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยคณะปฏิรูปฯ ครั้งนี้ จึงมิได้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายอื่นทั้งหลาย ไม่ว่ากฎหมายเหล่านั้นจะเรียกว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

เลิศไพฑูรย์, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538); และผลงานวิจัยของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ซึ่งเสนอข้อคิดที่นำไปสู่การปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทยโดยนำแนวคิดกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมาใช้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, **กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย** (กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2541) เป็นต้น.

⁸² ภายหลังการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2549 และก่อนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2550 ในช่วงเวลาดังกล่าวประเทศไทยใช้ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรพิเศษรูปแบบหนึ่งที่ปรากฏในประเทศไทย ดู ปวรศิร เลิศธรรมเทวี, “พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย,” **วารสารกฎหมาย** 34, 1(2559): 165-186; และดู ปวรศิร เลิศธรรมเทวี, **องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบในกลุ่มประเทศอาเซียน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563), หน้า 55.

⁸³ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550.

หรือไม่ ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ซึ่งมีสถานะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทั่วไป จึงยังมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป⁸⁴

ต่อมาในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ 9 ฉบับ⁸⁵ และมีการบัญญัติกระบวนการทำให้พิเศษกว่าพระราชบัญญัติธรรมดา โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะต้องถูกตรวจสอบโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนที่จะประกาศใช้ อาจกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 รับเอาแนวคิดหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาใช้⁸⁶ และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 130 บัญญัติให้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ 10 ฉบับ ประกอบด้วย

- 1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
- 2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา
- 3) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง
- 4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง
- 5) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน
- 6) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต
- 7) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน
- 8) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ
- 9) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรง

ตำแหน่งทางการเมือง

- 10) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ⁸⁷

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นการเฉพาะและทำหน้าที่ขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดคำถามสำคัญว่า การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำเป็นต้องเป็นไปตาม

⁸⁴ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550, หน้า 196.

⁸⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 138.

⁸⁶ คำอธิบายการศึกษาแนวทางการนำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาใช้ในประเทศไทย ดูคำอธิบายใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดิม.

⁸⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 130.

เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ และหากการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้อาศัยอำนาจ เช่นว่านั้นจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

กรณีนี้อาจมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้ ฉะนั้น กระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จึงมีกลไกบังคับให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้ก่อนแล้วและย่อมถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กรณีนี้กล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการตรากฎหมายและกลไกกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อนที่จะมีการประกาศใช้ มิได้เป็นที่ยืนยันว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอไป อาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญย่อมเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาตามหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยถือว่าร่างกฎหมายนั้นเป็นเจตจำนงของรัฐสภา การตรวจสอบดังกล่าวจึงเป็นการตรวจสอบในเชิงนามธรรม (Abstract Review) ก่อนที่พระราชบัญญัติดังกล่าวจะประกาศใช้ ฉะนั้น หากบุคคลใดได้รับผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพภายหลังที่กฎหมายใช้บังคับย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ดังข้อความที่ปรากฏในมาตรา 25 แห่งรัฐธรรมนูญ⁸⁸

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้ง 10 ฉบับ จะพบว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ หรืออธิบายขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และในคำปรารภ หรืออารัมภบทของกฎหมายแต่ละฉบับจะอ้างอิงและอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวข้องทั้งสิ้น สรุปได้ว่า การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องจึงจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม จากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้ง 10 ฉบับ มีข้อสังเกตและข้อพิจารณาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560⁸⁹ เพียงฉบับเดียวที่แสดงให้เห็นถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ตรารขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองมีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้น ข้อความที่ปรากฏในคำปรารภหรืออารัมภบทแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติว่า

⁸⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 25.

⁸⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560.

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 26 ประกอบมาตรา 34 และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

เหตุผลและความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อให้การจัดตั้ง การบริหารงาน และการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองเป็นไปโดยเปิดเผยและตรวจสอบได้ เปิดโอกาสให้สมาชิกมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางในการกำหนดนโยบายและการส่งผู้สมัครรับเลือกตั้ง รวมทั้งมีมาตรการกำกับให้พรรคการเมืองสามารถดำเนินการโดยอิสระไม่ถูกครอบงำหรือชี้นำโดยบุคคลซึ่งมิใช่สมาชิกของพรรคการเมือง ซึ่งการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้สอดคล้องกับเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว

จึงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภาดังต่อไปนี้⁹⁰

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 อาศัยบทยกเว้นในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 26 และอาศัยอำนาจตามมาตรา 34 และ 37 จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับ มาตรา 34 เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน⁹¹

⁹⁰ คำปรารภแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560.

⁹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 34.

การจัดตั้งพรรคการเมือง และการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของพรรคการเมือง เกี่ยวข้องกับอุดมการณ์ทางการเมือง และย่อมเกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองใน แนวทางเดียวกันของกลุ่มบุคคล ซึ่งเป็นเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech) และเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิด (Freedom of Expression) และรัฐธรรมนูญให้การ รับรอง เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มีบทบัญญัติ บางประการที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังที่ปรากฏในหมวด 1 และ หมวด 2 เป็นต้น การตรากฎหมายจึงอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 ดังกล่าวในคำปราชญ์ข้างต้น

ขณะที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 37 รับรองสิทธิในทรัพย์สินโดยบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิ ในทรัพย์สินและการสืบทอด”⁹² โดยบัญญัติให้ “ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”⁹³ การที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มีบทบัญญัติจำกัดสิทธิบางประการเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน ดังที่ปรากฏในเรื่อง การเงินและการบัญชีของพรรคการเมือง รายได้ของพรรคการเมือง หรือการใช้จ่ายของพรรค การเมือง เป็นต้น บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจกระทำได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรค การเมือง พ.ศ. 2560 ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินและเงินจึงสอดคล้องกับเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม สารสำคัญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรค การเมือง พ.ศ. 2560 คือ การรวมกลุ่มเป็นพรรคการเมือง การรวมกลุ่มดังกล่าวต้องเป็นไปตาม วิธีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หากไม่เป็นไปตาม วิธีทางดังกล่าวย่อมนำมาสู่การสิ้นสุดพรรคการเมือง ด้วยการยุบพรรคการเมือง และส่งผลต่อการ เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น ฉะนั้น หมวด 8 แห่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 จึงบัญญัติเกี่ยวกับการสิ้นสุด ของพรรคการเมือง ในมาตรา 90-95 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการรวมกัน จัดตั้งพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิธีทาง การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่ กฎหมายบัญญัติ

⁹²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 37 วรรคแรก.

⁹³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 37 วรรคสอง.

กฎหมายตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหาร
พรรคการเมือง ซึ่งต้องกำหนดให้เป็นไปโดยเปิดเผยและตรวจสอบได้ เปิด
โอกาสให้สมาชิกมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางในการกำหนดนโยบายและการส่ง
ผู้สมัครรับเลือกตั้ง และกำหนดมาตรการให้สามารถดำเนินการโดยอิสระไม่ถูก
ครอบงำหรือชี้นำโดยบุคคลซึ่งมิได้เป็นสมาชิกของพรรคการเมืองนั้น รวมทั้ง
มาตรการกำกับดูแลมิให้สมาชิกของพรรคการเมืองกระทำการอันเป็นการฝ่า
ฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง⁹⁴

มาตรา 45 เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการ
ปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การจัดตั้งพรรคการเมืองจึงต้อง
นำรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 มาพิจารณาด้วย ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้⁹⁵

สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 เป็นสิทธิเด็ดขาด การที่หมวด 8 แห่ง
พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 บัญญัติให้การกระทำอย่างใด
อย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น

- (1) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมี
พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการ
ปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ใน
รัฐธรรมนูญ
- (2) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย
อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁹⁶

⁹⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 45.

⁹⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 49.

⁹⁶พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560, มาตรา 92.

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการไต่สวนแล้ว มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองกระทำการดังกล่าว ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง และเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น⁹⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 จึงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นสอดคล้องกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการรวมกลุ่มเป็นพรรคการเมือง โดยการยุบพรรคการเมือง รัฐธรรมนูญ มาตรา 45 บัญญัติให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ การตรากฎหมายจึงต้องอาศัยอำนาจตามมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญ

กล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจบทบัญญัติมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญจึงมีประเด็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ในส่วนที่เกี่ยวกับ มาตรา 90, 91, 92, 93, 94 และ 95 ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และหากกฎหมายฉบับดังกล่าวตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญและส่งผลให้กฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวย่อมส่งผลต่อการที่ได้กระทำไปแล้ว อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 ซึ่งเกี่ยวกับการยุบพรรคไทยรักษาชาติ⁹⁸ หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2563 ซึ่งเกี่ยวกับการยุบพรรคอนาคตใหม่⁹⁹ ประเด็นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 กับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการรับเอาแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายต้องอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญ อำนาจดังกล่าวต้องยึดโยงกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยทางอ้อม และไม่มีรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยประเทศใดที่ขัดกับหลักการดังกล่าว หากการตรากฎหมายมิได้อาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาว่ากฎหมายนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ แม้ในข้อเท็จจริงการตรากฎหมายดังกล่าวจะออกมาเพื่อให้สิทธิหรือเสรีภาพบังเกิดผลในทางปฏิบัติที่สอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ ก็ไม่ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional)¹⁰⁰

⁹⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560, มาตรา 92 วรรคท้าย.

⁹⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562.

⁹⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2563.

¹⁰⁰ Barak, above n 41, at 107 (stating that Every provision limiting a constitutional right must derive from a legal norm whose authority can be traced back – either directly or indirectly – to the constitution itself. If this authority cannot be found, the limitation is unconstitutional.).

3.3 การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรอง

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก่อให้เกิดคำถามว่า การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรองจะกระทำได้หรือไม่ ประเด็นดังกล่าวคงขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ บางประเทศการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำเป็นต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลักเท่านั้น กรณีดังกล่าวอาจเรียกว่า “การให้อำนาจในกฎหมายหลัก” (Primary Arrangement) อาทิ สหรัฐอเมริกา¹⁰¹ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁰² แคนาดา¹⁰³ สาธารณรัฐอินเดีย¹⁰⁴ และรัฐอิสราเอล¹⁰⁵ เว้นแต่ฝ่ายนิติบัญญัติจะให้อนุญาตให้กระทำได้ในกฎหมายลำดับรอง หรืออาจเรียกว่า “การให้อำนาจในกฎหมายลำดับรอง” (Secondary Arrangement) ซึ่งสอดคล้องตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ อำนาจที่จะกำหนดว่ากฎหมายใดมีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการปฏิบัติตามกฎหมาย อาทิ กฎกระทรวง ย่อมถือว่ากระทำได้นั้น กฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องอาศัยอำนาจกฎหมายหลักที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามลำดับศักดิ์โครงสร้างของกฎหมาย (Hierarchical Structure)¹⁰⁶ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ซึ่งบัญญัติให้ผู้มีสัญชาติไทยต้องมีชื่อตัวหรือชื่อรอง และมีชื่อสกุล¹⁰⁷ โดยกำหนดหลักเกณฑ์การตั้งชื่อตัวและชื่อรองไว้ในมาตรา 6 และมาตรา 7 และชื่อสกุลบัญญัติไว้ในมาตรา 8 และมาตรา 9

¹⁰¹ ดูคำอธิบายใน Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 2000), p. 977.

¹⁰² ดูคำอธิบายใน David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago: The University of Chicago Press, 1994), p. 132.

¹⁰³ ดูคำอธิบายใน Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Thomson Carswell, 2007), p. 123.

¹⁰⁴ ดูคำอธิบายใน Mahabir Prashad Jain, *Indian Constitutional Law* (London: LexisNexis Butterworths, 2003), p. 139.

¹⁰⁵ ดูคำอธิบายใน Suzie Navot, *The Constitutional Law of Israel* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007), p. 73.

¹⁰⁶ Barak, above 41, at 109 (arguing that a legal provision limiting a constitutional right must constitute a part of the legal system's hierarchical structure).

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505, มาตรา 5.

มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 บัญญัติว่า “ชื่อตัวต้องไม่ฟ้องหรือมุ่งหมายให้คล้ายกับพระปรมาภิไธย พระนามของพระราชินี หรือราชทินนาม และต้องไม่มีคำหรือความหมายหยาบคาย”¹⁰⁸ สำหรับการจดทะเบียนชื่อสกุลกำหนดไว้ในมาตรา 8 บัญญัติว่า

- (1) ไม่ฟ้องหรือมุ่งหมายให้คล้ายกับพระปรมาภิไธย หรือพระนามของพระราชินี
- (2) ไม่ฟ้องหรือมุ่งหมายให้คล้ายกับราชทินนาม เว้นแต่ราชทินนามของตน ของผู้บุพการี หรือของผู้สืบสันดาน
- (3) ไม่ซ้ำกับชื่อสกุลที่ได้รับพระราชทานจากพระมหากษัตริย์ หรือชื่อสกุลที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว
- (4) ไม่มีคำหรือความหมายหยาบคาย
- (5) มีพยัญชนะไม่เกินกว่าสิบพยัญชนะ เว้นแต่กรณีใช้ราชทินนามเป็นชื่อสกุล¹⁰⁹

การจดทะเบียนตั้งชื่อสกุลให้ปฏิบัติตามมาตรา 9 ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง¹¹⁰ จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 ให้อำนาจฝ่ายบริหาร (กระทรวงมหาดไทย) ในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตั้งชื่อสกุลให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง อำนาจดังกล่าวสอดคล้องตามโครงสร้างลำดับศักดิ์ของกฎหมายย่อมถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นเกี่ยวกับคำสั่งที่ใช้เป็นแนวปฏิบัติในการปฏิบัติตามกฎหมายหรือการใช้ดุลยพินิจของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตัวอย่างเช่น กระทรวงมหาดไทย และกรมการปกครองได้กำหนดแนวปฏิบัติตามพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การตั้งชื่อตัว ชื่อรอง และชื่อสกุล ว่าต้องไม่มีคำหยาบคาย โดยยึดถือคำแปลจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน เป็นหลักในการพิจารณาว่า คำใดมีความหมายหรือไม่ และนำมาประกอบกันแล้วมีความหมายเหมาะสมหรือไม่ หรือฉบับอื่น หรือที่หน่วยราชการกำหนดความหมาย

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505, มาตรา 6.

¹⁰⁹ พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505, มาตรา 8.

¹¹⁰ พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505, มาตรา 9.

ไว้¹¹¹ จะเห็นได้ว่า แนวปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทยและกรมการปกครองสร้างหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการตั้งชื่อของบุคคล หรือชื่อสกุลว่าต้องมีความหมาย และมีความหมายตามพจนานุกรมในภาษาไทยก่อให้เกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า หากผู้ที่มีความประสงค์จะใช้หรือเปลี่ยนชื่อตัว ชื่อรอง และชื่อสกุลไม่เป็นภาษาไทย หรือการตั้งชื่อโดยการนำพยัญชนะ “ร” มาเรียงซ้อนกัน เช่น “รรร” “รรรร” หรือ “รรรรร” เป็นต้น¹¹² รวมทั้งกรณีผู้ที่เคร่งครัดต่อศาสนาบางศาสนา เช่น คนไทยมุสลิม กรมการปกครองไม่อนุญาตให้ผู้นั้นยื่นคำขอใช้หรือเปลี่ยนชื่อเป็นภาษาดังกล่าวได้ จะถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา (Freedom of Religion) ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

อาจกล่าวได้ว่า การกำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทยและกรมการปกครองในการตั้งชื่อของบุคคล หรือชื่อสกุลต้องมีความหมายไม่เป็นการปฏิเสธสิทธิของบุคคลโดยสิ้นเชิง การกำหนดแบบแผนให้ตั้งชื่อที่มีความหมายเป็นประเด็นเล็กน้อย (*De Minimis*) และไม่สำคัญ (Trivial) ที่ถึงขนาดปฏิเสธสิทธิในการใช้ชื่ออันเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัว อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมสิทธิในชีวิต เนื่องจากการตั้งชื่อเป็นสิทธิที่ทุกคนไม่อาจกำหนดเองได้ในตอนแรก การกำหนดให้ชื่อมีความหมายจึงเป็นการส่งเสริมให้ผู้ตั้งชื่อตระหนักถึงคุณค่าของชีวิต หรือความหมายของการมีชีวิตสำหรับผู้ที่เกิดมาบนโลกนี้ ฉะนั้น ระเบียบแบบแผนของกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทยจึงมุ่งคุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกที่เกิดขึ้นมา สอดคล้องกับหลักการประกันสิทธิทางรัฐธรรมนูญ¹¹³

สำหรับกรณีกรมการปกครองไม่อนุญาตให้ผู้ขอใช้หรือเปลี่ยนชื่อเป็นสำเนียงภาษาต่างประเทศ รวมทั้งผู้ที่เคร่งครัดต่อศาสนาย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการนับถือศาสนาในรัฐธรรมนูญ ปัจจุบันกรมการปกครองกระทรวงมหาดไทยได้เปลี่ยนแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณา “คำแปล” หรือความหมายต้องไม่หยابคายในการเปลี่ยนชื่อตัว ชื่อรอง หรือชื่อสกุล เป็นสำเนียงภาษาต่างประเทศ หากไม่ขัดต่อมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ให้ถือว่ากระทำได้ เช่นเดียวกับกรณีผู้ที่เคร่งครัดต่อศาสนาขอตั้งชื่อหรือเปลี่ยนชื่อตัว ชื่อรอง หรือชื่อสกุลที่ไม่เป็นภาษาไทย หากสามารถยืนยันความหมายหรือคำแปลได้ว่าไม่มีคำหรือความหมายหยابคายก็ให้ดำเนินการได้¹¹⁴

¹¹¹ หนังสือกรมการปกครองที่ มท 0310.2/38063 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2538.

¹¹² ดูหนังสือที่ นศ 0017.1/ว4735 ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน พ.ศ. 2555.

¹¹³ ปัจจุบันการจดทะเบียนชื่อบุคคลของกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทยกำหนดให้การตั้งชื่อต้องมีความหมายตามหนังสือสั่งการกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0310.2/ว1481 ลงวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2544.

¹¹⁴ หนังสือกรมการปกครองที่ มท 0310.2/ว1481 ลงวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2544.

กรณีดังกล่าวแม้ยังไม่มีบรรทัดฐานคำตัดสินของศาลไทย แต่เป็นการกระทำที่สอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญต่างประเทศ โดยเฉพาะแคนาดาซึ่งมีคดีการตีความการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของกฎหมายลำดับรองโดยศาลสูงแคนาดา (Supreme Court of Canada) หลายคดี อาทิ คดี *Attorney General of Quebec v. Quebec Protestant School Boards* (1984)¹¹⁵ หรือ *The Queen v Jones* (1986)¹¹⁶ เป็นต้น นอกเหนือจากศาลสูงแคนาดา ศาลสูงรัฐอิสราเอล (Supreme Court of Israel)¹¹⁷ และศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ (Constitutional Court of South Africa)¹¹⁸ ใช้หลักกฎหมายในทำนองเดียวกัน

โดยศาลสูงแคนาดาใช้หลักกฎหมาย (Jurisprudence) ในการพิจารณาว่ากฎหมายลำดับรองใดมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไข 3 ประการ กล่าวคือ 1) เป็นเรื่องเล็กน้อย (*De Minimis*) หรือไม่สำคัญ (Trivial) หรือไม่¹¹⁹ และการพิจารณาว่าประเด็นใดเป็นเรื่องเล็กน้อยหรือไม่สำคัญการกระทำดังกล่าวต้องไม่เป็น 2) การปฏิเสธสิทธิโดยสิ้นเชิง (Complete Denial)¹²⁰ และ 3) เป็นการสร้างระเบียบ แบบแผน หรือแนวปฏิบัติเพื่อบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งเป็นการคำสั่งหรือการใช้ดุลยพินิจเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น¹²¹ หากเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าว ย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และไม่ก่อให้เกิดประเด็นการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

¹¹⁵ *Attorney General of Quebec v Quebec Association of Protestant School Boards et al.* [1984] 2 SCR 66 (Supreme Court of Canada).

¹¹⁶ *The Queen v Jones* [1986] 2 SCR 284 (Supreme Court of Canada).

¹¹⁷ อาทิ *United Mizrahi Bank Ltd. V Migdal Cooperative Village*, CA 6821/93 [1995] IsrLR 1 at 237 (Supreme Court of Israel).

¹¹⁸ อาทิ *Hoffman v South African Airways*, 2001 (1) SA 1 (Constitutional Court of South Africa).

¹¹⁹ *Attorney General of Quebec v Quebec Association of Protestant School Boards et al.* [1984] 2 SCR 66 (Supreme Court of Canada), 88.

¹²⁰ *The Queen v Jones* [1986] 2 SCR 284 (Supreme Court of Canada), 313.

¹²¹ *Committee for the Commonwealth of Canada v Canada* [1991] 1 SCR 139 (Supreme Court of Canada).

4. กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ และมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

นอกเหนือจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Primary Legislations) และกฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislations) เจื่อนไขทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 26 ก่อให้เกิดข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ซึ่งแบ่งออกเป็นสองกรณีที่สำคัญ ได้แก่ 1) กฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และ 2) กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจและเจื่อนไขทางรัฐธรรมนูญฉบับก่อน

4.1 กฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญ

กฎหมายไทยหลายฉบับตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก อาทิ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ซึ่งเป็นประมวลฉบับแรกของไทย¹²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งร่างขึ้นเป็นครั้งแรกตั้งแต่ปี พ.ศ. 2451 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2468¹²³ หรือพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457¹²⁴ และพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469¹²⁵

ปัจจุบันกฎหมายดังกล่าวมีการแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งผ่านกลไกและกระบวนการทางนิติบัญญัติเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันและถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2486 (กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2486)¹²⁶ และได้ใช้ต่อมาจนถึงปี พ.ศ. 2499 จนกระทั่งมีการปรับปรุงใหม่อีกครั้งเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน¹²⁷ หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมและใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน¹²⁸ หรือ

¹²² แสง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 235.

¹²³ ดูประวัติการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 235 (ให้ข้อมูลและประวัติการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยละเอียดและเป็นประโยชน์ต่อวงวิชาการไทยเป็นอย่างมาก).

¹²⁴ พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457.

¹²⁵ พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469.

¹²⁶ กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2486.

¹²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

¹²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ซึ่งให้ยกเลิกพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469¹²⁹ หรือพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายที่ต่อมาเมื่อมีรัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ว่าเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หรือในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฏอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วน เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารย่อมกระทำได้ตามกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึก¹³⁰

จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีผลเป็นจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้น และก่อให้เกิดคำถามว่ากฎหมายเช่นนั้นตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจใด กฎหมายดังกล่าวบัญญัติขึ้นตั้งแต่สมัยที่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นองค์อธิปัตย์หรือประมุขแห่งรัฐเท่านั้น แม้ปัจจุบันประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายจะต้องนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและจะปรากฏข้อความว่า “มีพระบรมราชโองการให้ประกาศว่าฯ” ในกฎหมายทุกฉบับ การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายจึงถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของไทย¹³¹ และพระบรมราชโองการถือเป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ (Command of a Sovereign) ที่ชอบด้วยกฎหมาย แนวคิดเรื่องคำสั่งของรัฐาธิปัตย์มีการกล่าวถึงในผลงานของ John Austin¹³² ว่ากฎหมาย คือ คำสั่งซึ่งทำให้คนทั่วไปอยู่ใต้อาณัติขององค์อธิปัตย์ คำสั่งดังกล่าวจะต้องมีความประสงค์ มาตราการลงโทษกรณีไม่ปฏิบัติตาม วิธีการแสดงความประสงค์ สภาพการบังคับอันทั่วไป และมีผู้ออกคำสั่งที่สามารถระบุดำเนินได้ ซึ่ง Austin เรียกว่า “องค์อธิปัตย์” โดยคำสั่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ทุกคนต้องเชื่อฟัง ยกเว้นองค์อธิปัตย์เท่านั้นไม่จำเป็นต้องเชื่อฟังผู้ใด¹³³ แนวคิดของ Austin ทรงอิทธิพลและได้รับการยอมรับเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศไทยมีการแปลความแนวคิดของ Austin ไปสู่การใช้อำนาจของคณะรัฐประหารว่าเป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์¹³⁴ การปรับใช้แนวคิดกฎหมาย คือ คำสั่งของศาลไทยดังกล่าวอาจจะต้องมีการตรวจสอบว่าถูกต้องมากน้อย

¹²⁹ พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560.

¹³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 176.

¹³¹ ดูปวิศร เลิศธรรมเทวี, การนำประเพณีในการปกครองประเทศไทยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561), หน้า 57.

¹³² John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Richard Taylor, The University of London, 1832), pp. 1-2.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131/2536 หรือคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2513 เป็นต้น.

เพียงใด ประเด็นเรื่องคำสั่งหรือประกาศของคณะรัฐประหารเป็นคำสั่งของรัฐบาลิปัตย์หรือไม่ ควรมีการศึกษาวิจัยเพิ่มเติมต่อไป ซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

4.2 กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อน

เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 26 ข้างต้น ยังก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าว่าจะใช้บังคับต่อไปได้หรือไม่ หรือมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับได้หรือไม่ การจะทราบถึงเหตุว่ามีบทบัญญัติในกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นกรณีที่มีผู้ได้รับผลกระทบ และใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล และหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้บทบัญญัติใดในกฎหมายฉบับนั้นเป็นอันตกไป และใช้ได้เท่าที่ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ¹³⁵ ฉะนั้น กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจนกว่าจะมีผู้ได้รับผลกระทบ

อาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันคงมีกฎหมายหลายฉบับที่ตราขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าและมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีผู้ร้องหรือใช้สิทธิทางศาล ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505¹³⁶ ซึ่งใช้บังคับมานานแล้ว และมีบทบัญญัติบางประการที่มีประเด็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในเรื่องบทสันนิษฐานในคดีอาญาว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492¹³⁷ แต่ไม่มีผู้ใดร้องเป็นคดีต่อศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล จึงยังไม่มีบรรทัดฐานของศาล สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะกฎหมายฉบับดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะสงฆ์จึงเป็นกฎหมายที่ใกล้ชิดสำหรับบุคคลทั่วไป มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 บัญญัติว่า

พระภิกษุรูปใดถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมีได้

¹³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 5.

¹³⁶ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505.

¹³⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, มาตรา 30.

สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้¹³⁸

นอกเหนือจากมาตรา 29 บทบัญญัติในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 บัญญัติต่อไปว่า

เมื่อจะต้องจำคุก กักขัง หรือขังพระภิกษุรูปใดตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีอำนาจดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้ และให้รายงานให้ศาลทราบถึงการสละสมณเพศนั้น¹³⁹

มาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 เกี่ยวข้องกับบทสันนิษฐานในคดีอาญาว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดว่าผู้นั้นกระทำความผิดซึ่งเป็นสิทธิในความยุติธรรมตามมาตรา 29 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

.... ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มี
ความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะ
ปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้
[...]¹⁴⁰

กรณีดังกล่าวมีประเด็นต้องพิจารณาว่า หากพระภิกษุที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดรูปนั้นเชื่อว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์และไม่ประสงค์จะสละสมณเพศ และต้องการประพฤติดุปฏิบัติตนเป็นพระภิกษุสงฆ์ตามความเชื่อในศาสนาพุทธต่อไป จะกระทำได้อหรือไม่ หรือจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายในเรื่องการแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นพระภิกษุสามเณรโดยมิชอบเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นบุคคลเช่นนั้นนั้นตามมาตรา 208 ประมวลกฎหมายอาญา¹⁴¹ กรณีดังกล่าวนี้มีมติมหาเถรสมาคมซึ่งเป็นมติที่ออกตามความในมาตรา 29 และ 30 แห่งพระราชบัญญัติ

¹³⁸ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505, มาตรา 29.

¹³⁹ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505, มาตรา 30.

¹⁴⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 29 วรรคสอง.

¹⁴¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 208.

คณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มติที่ 138/2563¹⁴² เรื่อง การพ้นจากความเป็นพระภิกษุ กรณีต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาว่า

ในการประชุมมหาเถรสมาคม ครั้งที่ 6/2563 เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2563 เลขาธิการมหาเถรสมาคม เสนอว่า จากกรณีที่มีพระภิกษุถูกจับกุม ต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เป็นที่ถกเถียงกันในหมู่ชาวพุทธเกี่ยวกับพระภิกษุที่ถูกจับกุมว่า เจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการให้พระภิกษุสละสมณเพศ โดยไม่ได้เปลี่ยนวาจาจะถือว่าพ้นจากความเป็นพระภิกษุหรือไม่ และกรณีที่พระภิกษุรูปนั้นได้รับการประกันตัวออกมา หรือพ้นโทษออกมาจะกลับมาบวชใหม่หรือไม่โดยไม่ต้องอุปสมบทใหม่ได้หรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าวได้เผยแพร่ออกไปผ่านสื่อในหลายช่องทางอย่างกว้างขวาง โดยก่อให้เกิดความสับสนแก่ชาวพุทธ และมีผู้แสดงทัศนคติต่าง ๆ นานา อันจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียกระทบต่อความมั่นคงของพระพุทธศาสนา จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจที่ถูกต้องในเรื่องดังกล่าวแก่คณะสงฆ์และสังคม

[...]

กรณีจำเลยยอมสึกถอดจีวรเพราะถูกจับต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา และเจ้าพนักงานสอบสวนไม่ให้ประกันตัว ต่อมาได้รับการประกันตัวกลับมาแต่งกายเป็นพระภิกษุอีก โดยมีได้อุปสมบทใหม่จะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 208 ฐานแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นพระภิกษุสามเณรโดยมิชอบเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นบุคคลเช่นนั้น¹⁴³

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 29 และ 30 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ที่ให้พระสงฆ์ที่ถูกจับเพราะต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาสละสมณเพศเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดซึ่งขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อเสรีภาพในการถือศาสนา และการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 31 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ในส่วน

¹⁴² มติมหาเถรสมาคมที่ 138/2563 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2563.

¹⁴³ มติมหาเถรสมาคมที่ 138/2563 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2563.

ที่เกี่ยวกับมาตรา 29 และมาตรา 30 สมควรที่จะมีการศึกษาเพิ่มเติมในเชิงลึกต่อไป ซึ่งอยู่นอกเหนือบทความวิจัยฉบับนี้

กล่าวได้ว่า อาจมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่ใช้บังคับในปัจจุบันและมีบทบัญญัติบางประการที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีผู้ใดร้องขอใช้สิทธิทางศาล หรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล กรณีดังกล่าวควรจะมีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง ทั้งนี้ จำเป็นต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าทุกฉบับชอบด้วยรัฐธรรมนูญจนกว่ามีผู้ร้องขอใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล และศาลวินิจฉัยแล้วว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

5. บทสรุป

บทความนี้กล่าวถึงการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งก่อให้เกิดคำถามที่ต้องพิจารณา 5 ประการที่สำคัญ กล่าวคือ 1) เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญมีหลักเกณฑ์ ขอบเขตและวิธีอย่างไร 2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวหมายถึงกฎหมายฉบับใดหรือลำดับศักดิ์ใด 3) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งตราขึ้นโดยรัฐธรรมนูญเพื่อขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จำเป็นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ 4) กฎหมายลำดับรองจะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้หรือไม่ และ 5) กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ทั้งกฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก และกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญปัจจุบันหรือไม่

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้โดยตรง และขึ้นอยู่กับลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นสิทธิเด็ดขาด การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพใดๆ จะกระทำมิได้ อาทิ การลงโทษประหารชีวิตตามประมวลกฎหมายอาญา ขัดหรือแย้งกับมาตรา 28 ซึ่งรับสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการอันโหด หรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ ในขณะที่เดียวกันการตรากฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเด็ดขาดเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งออกตามความในมาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือบางกรณีเป็นสิทธิที่มีขอบเขตจำกัด

เนื่องจากการใช้สิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวอาจไปกระทบกระเทือนประโยชน์สาธารณะ หรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญและมีข้อความต่างๆ แบ่งออกเป็น 5 กรณี ได้แก่ 1) ข้อยกเว้นโดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อาทิ รัฐธรรมนูญ มาตรา 27 2) ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม หรือมาตรา 33 มาตรา 36 มาตรา 41 มาตรา 43 มาตรา 45 มาตรา 46 มาตรา 47 และมาตรา 48 3) ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ 4) ข้อยกเว้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 32 มาตรา 34 มาตรา 38 มาตรา 40 มาตรา 42 และมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ และ 5) ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามตามรัฐธรรมนูญมาตรา 35 วรรคสาม

บทความนี้ยังได้วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรอง โดยได้ข้อสรุปว่า กฎหมายลำดับรองอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้หากกฎหมายหลักซึ่งได้รับอำนาจโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ตามเงื่อนไขและโครงสร้างของลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่พิจารณาต่อไปว่าหากเป็นคำสั่งทางปกครองหรือแนวปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองสร้างขึ้นเพื่อให้เจ้าพนักงานใช้ดุลยพินิจ หรือเป็นแนวปฏิบัติเพื่อการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งคำสั่งหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวส่วนใหญ่มักลักษณะเป็นการสร้างเงื่อนไข ระเบียบแบบแผน หรือแนวปฏิบัติและมีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตัวเอง คำสั่งหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวจะถือว่าการกระทำใดมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้หรือไม่ หรือชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประเด็นดังกล่าวต้องพิจารณาลักษณะของคำสั่งหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวว่าเป็นเรื่องเล็กน้อย (*De Minimis*) หรือไม่สำคัญ (*Trivial*) หรือไม่ การจะพิจารณาว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยหรือไม่สำคัญต้องพิจารณาว่า คำสั่งหรือการสร้างระเบียบแบบแผน แนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิโดยสิ้นเชิง (*Complete Denial*) หรือไม่ หากเป็นกรณีที่มิเป็นการปฏิเสธสิทธิโดยสิ้นเชิง อาทิ คำสั่งกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย เกี่ยวกับการตั้งชื่อบุคคล หรือชื่อสกุลของบุคคลต้องมีความหมาย ย่อมไม่ถือเป็นการปฏิเสธสิทธิในการตั้งชื่ออันเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลโดยสิ้นเชิง แต่เป็นการส่งเสริมให้การตั้งชื่อแสดงให้เห็นถึงคุณค่าและความหมายของการมีชีวิต

นอกเหนือจากการศึกษากฎหมายลำดับหลักและกฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน บทความนี้ยังกล่าวถึงประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ 1) กรณีกฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีการใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก กับ 2) กรณีกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า

จะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญปัจจุบันหรือไม่ การตรากฎหมายในกรณีดังกล่าวต้องมีพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ให้ตรากฎหมายขึ้น แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะมีรัฐธรรมนูญ การตรากฎหมายจะต้องนำร่างกฎหมายขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย โดยจะปรากฏข้อความในกฎหมายทุกฉบับว่า “มีพระบรมราชโองการให้ประกาศว่าฯ” ซึ่งเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ หรือประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

สำหรับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้ามีข้อความหรือบทบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ จะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและใช้บังคับต่อไปได้หรือไม่ กล่าวได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นอันตกไปและใช้บังคับไม่ได้เฉพาะบทบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการจะทราบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นกรณีที่มีผู้ได้รับผลกระทบและใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล อาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันคงมีกฎหมายมากมายหลายฉบับที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่ไม่มีผู้ร้องขอใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล อาทิ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 29 และมาตรา 30 ซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 31 หรือไม่ เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาทบทวนโดยละเอียดต่อไป กรณีดังกล่าวจึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ากฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าทุกฉบับชอบด้วยรัฐธรรมนูญจนกว่ามีผู้ร้องขอใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล และศาลวินิจฉัยแล้วว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

บรรณานุกรม

- นันทวัฒน์ บรมานันท์. **กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2541.
- ปัญญา อุดชาชน. “พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม: รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ.” **รัฐสภาสาร** 61, 8 (2556): 89-138.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- ปวีตร เลิศธรรมเทวี. **การนำประเพณีในการปกครองประเทศไทยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561.
- _____. “พัฒนาการขององค์การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย.” **วารสารกฎหมาย** 34, 1 (2559): 165-186.
- _____. **องค์การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบในกลุ่มประเทศอาเซียน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. **รัฐธรรมนูญและการปกครองของอิตาลี**. กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2529.
- มนินทร์ พงศาปาน. **ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- รวินท์ ลีละพัฒนะ. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- วิชณุ เครืองาม. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530.
- ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล. **หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มีบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ.”** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. **พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ตันบุญเจริญ. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- อมร จันทรสมบุรณ์. **รวมบทความเกี่ยวกับโครงสร้างและกลไกทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญในทัศนะของ ศ.ดร.อมร จันทรสมบุรณ์**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2539.

- Austin, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. London: Richard Taylor, The University of London, 1832.
- Barak, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations**. New York: Cambridge University Press, 2012.
- Currie, David P. **The Constitution of the Federal Republic of Germany**. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.
- Hogg, Peter W. **Constitutional Law of Canada**. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Jain, Mahabir Prashad. **Indian Constitutional Law**. London: Lexis Nexis Butterworths, 2003.
- Navot, Suzie. **The Constitutional Law of Israel**. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.
- Tribe, Laurence H. **American Constitutional Law**. New York: Foundation Press, 2000.