



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล  
(Individual Study)

การปกครองระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ

จัดทำโดย นายวรพจน์ วิศรุตพิชญ์

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม  
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๕  
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# การปกครองระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ

โดย นายวราภรณ์ วิศรุตพิชญ์<sup>1</sup>

## ข้อความเบื้องต้น

ระบอบการปกครองของรัฐ คือรูปแบบของการใช้อำนาจรัฐหรืออำนาจอธิปไตยบังคับบัญชาราษฎร โดยการสั่งให้ราษฎรกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ และใช้กำลังทางกายภาพบังคับให้ราษฎรกระทำหรืองดเว้นการกระทำตามที่สั่ง

อนึ่ง ในทางนิติศาสตร์นั้น รัฐเป็นนิติบุคคล กล่าวคือเป็นบุคคลในทางนามธรรม ไม่มีตัวตน และชีวิตจิตใจเหมือนดังเช่นบุคคลธรรมดา ดังนั้น แม้จะเป็นเจ้าของหรือผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจรัฐหรืออำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ไม่อาจใช้อำนาจอธิปไตยบังคับบัญชาราษฎรด้วยตนเองได้ รัฐก็เหมือนกับนิติบุคคลทั้งหลายอื่น กล่าวคือ ต้องใช้อำนาจอธิปไตยโดยทางบุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่ง บุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐบังคับบัญชาราษฎรแทนรัฐและในนามของรัฐเรียกว่า “องค์กรของรัฐ”

การศึกษาการปกครองของรัฐ แท้ที่จริงแล้วก็คือการศึกษาเพื่อแสวงหาคำตอบในปัญหาว่า สถาบันหรือองค์กรใดบ้างที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐบังคับบัญชาราษฎรแทนรัฐและในนามของรัฐ การแต่งตั้งบุคคลธรรมดาให้ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐเป็นไปตามกระบวนการเช่นไร และในกรณีที่มีองค์กรของรัฐหลายองค์กร องค์กรของรัฐเหล่านั้นมีความสัมพันธ์กันอย่างไร คำตอบปัญหานี้พบได้ในรัฐธรรมนูญของรัฐแต่ละรัฐ รัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ ได้กำหนดข้อยุติปัญหาดังกล่าวไว้แตกต่างกัน มากบ้าง น้อยบ้าง แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็ตาม เราอาจจำแนกการปกครองซึ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ ออกได้เป็นสองประเภท คือ การปกครองระบอบประชาธิปไตย (Democracy) ประเภทหนึ่ง กับ การปกครองระบอบเอกราธิปไตย (Autocracy) อีกประเภทหนึ่ง การปกครองทั้งสองระบอบนี้มีความแตกต่างกันในข้อที่ว่า ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น ราษฎรมีโอกาสเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐบังคับบัญชาตนเอง ส่วนในการปกครองระบอบเอกราธิปไตย ราษฎรไม่มีโอกาสเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐบังคับบัญชาตนเองแต่อย่างใดเลย บทความนี้จะกล่าวถึงแต่เฉพาะการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น และจะแบ่งออกเป็นสามส่วน คือ

ส่วนที่หนึ่ง ความหมายของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ส่วนที่สอง ประเภทของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ส่วนที่สาม เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยกระบวนการประชาธิปไตย

<sup>1</sup> รองประธานศาลปกครองสูงสุด, ศาสตราจารย์พิเศษ ในสาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

## ส่วนที่หนึ่ง

### ความหมายและรากฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

#### 1 ความหมายของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

Abraham Lincoln ได้นิยาม “การปกครองระบอบประชาธิปไตย” ไว้มีความว่า “การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน” (Government of the people, by the people, for the people)

ที่ว่า การปกครองระบอบประชาธิปไตย คือ “การปกครองของประชาชน” หมายความว่า เป็นการปกครองซึ่งผู้ปกครองได้รับความเคารพเชื่อฟังจากประชาชน ที่ว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตย คือ “การปกครองโดยประชาชน” หมายความว่า เป็นการปกครองซึ่งประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการปกครองนั้น และที่ว่า การปกครองระบอบประชาธิปไตย คือ “การปกครองเพื่อประชาชน” หมายความว่า เป็นการปกครองซึ่งดำเนินไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน

อย่างไรก็ตาม หากได้พิเคราะห์ระบอบการปกครองของรัฐต่าง ๆ ทั้งในอดีตและปัจจุบันกัน อย่างถ่องแท้แล้ว จะพบว่า ผู้ปกครองทั้งหลายที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐบังคับบัญชาราษฎรต่างก็พยายามแสวงหาและได้รับความเคารพเชื่อฟังจากราษฎรด้วยกันทั้งสิ้น มิฉะนั้น ผู้ปกครองคนนั้น หรือคณะนั้นก็ไม้อาจจะเป็นผู้ปกครองได้อย่างมั่นคงและถาวร ทำนองเดียวกัน ผู้ปกครองทั้งหลายที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐบังคับบัญชาราษฎรต่างก็ดำเนินการหรืออ้างว่าดำเนินการปกครองเพื่อประโยชน์สุขของราษฎรด้วยกันทั้งสิ้น และกรณีอาจเป็นไปได้ว่าผู้ปกครองในระบอบเอกราชประชาธิปไตยที่ทรงภูมิธรรมใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐบังคับบัญชาราษฎรเพื่อประโยชน์สุขของราษฎรเช่นเดียวกับผู้ปกครองในการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ดังนั้น ถ้อยคำที่ว่า “การปกครองของประชาชน” ก็ดี ถ้อยคำที่ว่า “การปกครองเพื่อประชาชน” ก็ดี จึงไม่อาจใช้เป็นคำนิยามของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นเพียงการปกครองระบอบหนึ่งในบรรดาการปกครองหลายๆ ระบอบได้ ถ้อยคำที่แสดงออกซึ่งความหมายที่แท้จริงของการปกครองระบอบประชาธิปไตย และซึ่งแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการปกครองระบอบประชาธิปไตยกับการปกครองระบอบอื่น คือ “การปกครองโดยประชาชน” หรืออีกนัยหนึ่งคือ การปกครองซึ่งประชาชนมีโอกาสเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐบังคับบัญชาตนเอง ดังเช่นที่เรียกกันสั้น ๆ ว่า (Self – Government)

#### 2 รากฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

การปกครองระบอบประชาธิปไตยมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่เป็นราษฎรของรัฐ เช่นเดียวกับหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม ย่อมเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมนั้นมีสาระสำคัญประกอบด้วย “หลักแดน

แห่งเสรีภาพของปัจเจกบุคคล” (Sphere of Individual Liberty) กับ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers)

เพื่อให้ปัจเจกบุคคลที่เป็นราษฎรของรัฐมีแดนแห่งเสรีภาพ ภายในแดนแห่งเสรีภาพของตนนี้ ราษฎรแต่ละคนจะคิดหรือกระทำการใด ๆ ก็ได้ ปลอดภัยจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งปลอดภัยจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้ปกครอง รัฐธรรมนูญได้รับรองและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในเรื่องต่าง ๆ แก่ราษฎรไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เพื่อให้ราษฎรแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นพัฒนาตนเองทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจ อันจะยังผลให้แต่ละคนดำรงชีวิตในสังคมได้อย่างมีเกียรติภูมิหรืออย่างสมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่รัฐธรรมนูญหาได้รับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการกระทำแก่ราษฎรไว้อย่างบริบูรณ์ คือปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัดใดๆ เหมือนดังเช่นที่รับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในทางความคิดหรือเสรีภาพในมโนธรรมไม่ ตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญจะรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไว้อย่างมีเงื่อนไข มีข้อจำกัด หรือข้อสงวนเสมอ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่รัฐในอันที่จะจัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำของราษฎร ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำของราษฎร โดยการบังคับให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างหรือห้ามมิให้แต่ละคนกระทำการบางอย่าง ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลคนหนึ่งใช้สิทธิหรือเสรีภาพของตนกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะด้านต่าง ๆ เพียงแต่รัฐธรรมนูญให้หลักประกันแก่ราษฎรว่า องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรคนใดคนหนึ่งได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งได้ประกาศใช้และโฆษณาให้ราษฎรทราบล่วงหน้าว่า องค์กรต่างๆ ของรัฐจะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในเรื่องใด ในกรณีใด โดยมาตรการใด ภายในขอบเขตเช่นไร

ราษฎรจึงมีทั้งสิทธิและเสรีภาพและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายบริหารหรือคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ทาลงโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังคำกล่าวของ Rousseau ที่ว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาเสรี แต่ทุกหนทุกแห่งมนุษย์ถูกพันธนาการด้วยโซ่ตรวน” คำกล่าวนี้หมายความว่า มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด และเสรีภาพเช่นว่านี้มีมนุษย์มีอย่างบริบูรณ์ ไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ แต่เนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์สังคม มีความโน้มเอียงตามธรรมชาติที่จะอยู่ร่วมกับผู้อื่นเป็นสังคม การดำรงชีวิตร่วมกับผู้อื่นในสังคมมนุษย์แต่ละคนมีหน้าที่ต่าง ๆ เป็นเครื่องเหนี่ยวรั้งไม่ให้กระทำการต่าง ๆ ตามความพอใจของตนแต่ฝ่ายเดียว หน้าที่ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้มนุษย์ต้องปฏิบัติต่อรัฐที่ดี ต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันที่ดีนี้เองที่ Rousseau เรียกว่า “โซ่ตรวน”

ปัญหาที่สำคัญมีว่า มีวิธีการใดหรือไม่ที่จะทำให้ราษฎรซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการหรืองดเว้นการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติบังคับให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำ เกิดความรู้สึกว่าตนยังคงมีเสรีภาพบริบูรณ์อยู่ดังเดิม ไม่ได้สูญเสียเสรีภาพแม้เพียงบางส่วนไปแต่อย่างใด Rousseau ซึ่งเป็นผู้ตั้งปัญหานี้ได้ให้คำตอบปัญหานี้ไว้ว่า การที่จะทำให้ราษฎรแต่ละคนซึ่งถูกกฎหมายบังคับให้กระทำการหรือห้ามมิให้กระทำการรู้สึกที่ตนเองยังคงมีเสรีภาพบริบูรณ์อยู่ดังเดิมมีอยู่เพียงวิธีเดียวเท่านั้น นั่นคือ การให้ราษฎรแต่ละคนร่วมกันตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับตนเอง หรืออย่างน้อย ๆ ก็ให้ราษฎรให้ความยินยอมให้มีการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ

กับตน ถ้ามนุษย์คนใดคนหนึ่งกำหนดหน้าที่ต่างๆ ให้ตนเองปฏิบัติหรือยินยอมให้ผู้อื่นกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ให้ตนปฏิบัติแล้ว ในการปฏิบัติหน้าที่เหล่านั้นมนุษย์คนนั้นจะรู้สึกว่าคุณบังคับหรือถูกข่มขืนใจ แต่จะรู้สึกว่าคุณปฏิบัติหน้าที่เหล่านั้นด้วยใจสมัคร ดังนั้น ถ้าหน้าที่ต่างๆ ที่ราษฎรจะต้องปฏิบัติเป็นหน้าที่ที่เกิดจากความยินยอมของราษฎรเองแล้ว ราษฎรก็จะไม่รู้สึกว่าคุณได้สูญเสียเสรีภาพไป แม้แต่เพียงบางส่วนก็ตาม

ประชาธิปไตยจึงเป็นคำสอนให้ “ตัดสินใจกระทำการต่างๆ ด้วยตนเอง และแม้จะมีบ่อยครั้งที่การตัดสินใจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งด้วยตนเองจะก่อให้เกิดความรู้สึกเสียใจในการกระทำของตัวเอง นักประชาธิปไตยก็พร้อมที่จะยอมรับเคราะห์กรรมที่เกิดจากการเลือกกระทำการที่ผิดพลาด ยิ่งกว่าที่จะยอมรับการชี้หน้าหรือค้ำบังการของผู้อื่น แม้ว่าผู้ชี้หน้าหรือผู้บังการจะมีสติปัญญาเฉลียวฉลาดและมีความสุขค้ำบังภาพยิ่งกว่าตนก็ตาม

## ส่วนที่สอง

### ประเภทของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

การที่ราษฎรหรือประชาชนให้ความยินยอมให้มีการตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของตนนั้น มีได้ 2 ลักษณะ คือ การให้ความยินยอมโดยทางตรงกับ การให้ความยินยอมโดยทางอ้อม และดังนั้น ในทางทฤษฎีจึงเกิดการปกครองระบอบประชาธิปไตย 2 ประเภท คือ การปกครองระบอบประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) กับ การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน (Representative Democracy)

#### 1 การปกครองระบอบประชาธิปไตยทางตรง

ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยทางตรงนั้น ราษฎรหรือประชาชนจะเป็นผู้ให้ความยินยอมให้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับตนด้วยตนเอง และในรัฐสมัยใหม่ ราษฎรหรือประชาชนให้ความยินยอมเช่นว่านี้โดยกระบวนการที่เรียกว่า “การออกเสียงประชามติ” (Referendum) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยทางตรงนี้อาจจะมีสถานการณ์บัญญัติ และสมาชิกสถานการณ์บัญญัติอาจจะมาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือทางอ้อมของประชาชน แต่สถานการณ์บัญญัติคงมีแต่เพียงอำนาจหน้าที่ในการจัดทำร่างกฎหมายเท่านั้น เมื่อร่างกฎหมายผ่านความเห็นชอบของสถานการณ์บัญญัติแล้ว จะต้องนำร่างกฎหมายนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงลงคะแนนว่า จะเห็นชอบให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายหรือไม่ หากผลการลงคะแนนปรากฏว่าคะแนนเสียงที่เห็นชอบมีมากกว่าคะแนนเสียงที่ไม่เห็นชอบก็ต้องนำร่างกฎหมายนั้นไปประกาศใช้เป็นกฎหมาย แต่หากผลการลงคะแนนออกมาในทางตรงกันข้ามร่างกฎหมายนั้นก็ตกไป ประชาชนจึงเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับตนเองด้วยตนเองทุกฉบับ

## 2 การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน

ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ราษฎรหรือประชาชนจะเป็นผู้ออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งบุคคลจำนวนหนึ่งเป็นสมาชิกสภาิติบัญญัติ เรียกว่า “ผู้แทนปวงชน” แล้วผู้แทนปวงชนจะเป็นผู้ให้ความยินยอมในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับประชาชนอีกทอดหนึ่ง ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนจึงเป็นกรณีที่ประชาชนยินยอมให้บุคคลจำนวนหนึ่งไปแสดงความยินยอมให้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับตนแทนตนอีกทอดหนึ่ง ในการปกครองระบอบนี้ สภาิติบัญญัติซึ่งสมาชิกมาจากการเลือกตั้งของประชาชน จะมีอำนาจตรากฎหมายที่แท้จริง เมื่อในการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กฎหมายมิได้ถูกตราขึ้นโดยความยินยอมของราษฎรเอง แต่ถูกตราขึ้นโดยความยินยอมของบรรดาผู้แทนปวงชน ผู้แทนปวงชนจึงต้องมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับราษฎร และวิธีการประกันความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันระหว่างผู้แทนปวงชนกับราษฎรก็คือ การกำหนดให้ผู้แทนปวงชนดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกของสภาิติบัญญัติเพียงชั่วระยะเวลาอันจำกัด ซึ่งไม่ยาวนานเกินไปนัก เมื่อครบกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้แล้ว ความเป็นสมาชิกสภาิติบัญญัติของบรรดาผู้แทนปวงชนย่อมสิ้นสุดลง และดังนั้น บุคคลเหล่านี้ต้องสมัครรับเลือกตั้งใหม่ ซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่า ราษฎรจะเลือกตั้งสมาชิกสภาิติบัญญัติคนเดิมอีกก็ต่อเมื่อปรากฏว่า ความคิดเห็นทางการเมืองของบุคคลเหล่านี้ยังคงสอดคล้องต้องกันอยู่กับความคิดเห็นทางการเมืองของราษฎร แต่ก่อนที่อายุของสภาิติบัญญัติจะสิ้นสุดลง ราษฎรหาได้มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของบรรดาผู้แทนปวงชนอย่างเป็นทางการจะลักษณะไม่

จะเห็นได้ว่า ในทางปฏิบัติแล้ว การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนก็เป็น การปกครองโดยคนจำนวนน้อยเช่นเดียวกันกับการปกครองระบอบเอกราธิปไตยรูปแบบต่าง ๆ (ราชาธิปไตย อภิชนาธิปไตย คณาธิปไตย ฯลฯ) นั่นเอง ข้อแตกต่างระหว่างการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนกับการปกครองระบอบเอกราธิปไตยคงมีอยู่เพียงว่า ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนนั้น คนจำนวนน้อยที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ได้รับเลือกตั้งจากราษฎรให้เป็นสมาชิกสภาิติบัญญัติ แต่ในการปกครองระบอบเอกราธิปไตยคนจำนวนน้อยที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกของสภาิติบัญญัติหรือองค์กรอื่นใดที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายโดยวิธีอื่นที่มีใช้การเลือกตั้งของราษฎร

การปกครองระบอบประชาธิปไตยในโลกปัจจุบัน ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนเป็นหลัก การปกครองระบอบประชาธิปไตยทางตรงเป็นเพียงส่วนประกอบ และจะใช้ก็เฉพาะแต่กับการตรากฎหมายที่มีความสำคัญจริง ๆ เท่านั้น เพราะการปกครองระบอบประชาธิปไตยทางตรง คือการให้ราษฎรหรือประชาชนออกเสียงลงคะแนนว่าจะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของตนทุกฉบับ ต้องเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายมากเกินไป

แต่ไม่ว่าประชาชนจะออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบให้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ หรือออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาิติบัญญัติ แล้วให้บรรดาสมาชิกสภาิติบัญญัติ

เป็นผู้ยินยอมหรือไม่ยินยอมให้มีการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับก็ตาม การออกเสียงลงคะแนนในทั้งสองกรณี จะต้องเป็นไปโดยทั่วถึง กล่าวคือ ผู้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนต้องเป็นไปอย่างกว้างขวาง จำกัดราษฎรไม่ให้ออกเสียงลงคะแนนให้น้อยที่สุด ทั้งการออกเสียงลงคะแนนต้องเป็นไปโดยเสรี ปราศจากการข่มขู่บังคับหรือชักจูงด้วยอำมิสสินจ้าง ซึ่งการออกเสียงลงคะแนนจะเป็นไปโดยเสรีก็ต่อเมื่อการลงคะแนนเป็นไปโดยลับ ดังนั้นการจัดคูหาลงคะแนนจึงต้องจัดให้บุคคลสามารถลงคะแนนได้โดยไม่ต้องหวั่นเกรงว่าผู้อื่นจะล่วงรู้ว่าตนเองลงคะแนนอย่างไร และประการสุดท้ายจะต้องมีความบริสุทธิ์ยุติธรรมในผลการลงคะแนนเหมือน ๆ กัน

### ส่วนที่สาม

#### เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยกระบวนการประชาธิปไตย

ตามอุดมคติของการปกครองระบอบประชาธิปไตย กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ต้องตราขึ้นโดยความยินยอมอย่างเป็นทางการ หรืออย่างน้อยๆ ก็โดยความยินยอมอย่างเป็นทางการของสมาชิกสภานิติบัญญัติซึ่งมาจากการเลือกตั้งของราษฎรและเป็น “ผู้แทนปวงชน” แต่ในทางปฏิบัติ เป็นไปได้ยากที่กฎหมายจะตราขึ้นโดยความยินยอมอย่างเป็นทางการของราษฎรหรือของผู้แทนปวงชน กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรส่วนใหญ่หรือทั้งหมด ตราขึ้นโดยมติอันประกอบด้วยเสียงข้างมากของราษฎรหรือของสมาชิกสภานิติบัญญัติเท่านั้น แต่การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่พอใจอยู่กับการตรากฎหมายโดยเสียงข้างมากแต่อย่างเดียว มีแนวโน้มที่จะผันแปรเป็นการปกครองระบอบเผด็จการโดยฝ่ายข้างมากไปในที่สุด เหตุนี้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในทางปฏิบัติ แท้ที่จริงแล้วต้องเป็นการปกครองโดยเสียงข้างมาก แต่ในขณะเดียวกันก็เคารพสิทธิของฝ่ายข้างน้อย (The Rule of Majority and the respect of the Right of Minority) เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายข้างมากย่ำยีฝ่ายข้างน้อยได้ตามอำเภอใจ รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่จัดทำขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่าง ๆ ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงได้มีบทบัญญัติวางข้อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรไว้หลายประการ และกำหนดให้บทบัญญัติใดของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันใช้บังคับมิได้ ข้อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนี้อาจเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพ” ซึ่งอาจจำแนกออกได้เป็นสามประเภท ได้แก่ เงื่อนไขเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เงื่อนไขเกี่ยวกับลักษณะของกฎหมาย และเงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมาย

## 1 เงื่อนไขเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร

กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร จะต้องมิเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อจัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎร ป้องกันมิให้การใช้สิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรคนหนึ่งละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น หรือต่อประโยชน์สาธารณะ ดังความในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 29.2 ที่ว่า “ในการใช้สิทธิและเสรีภาพแห่งตน บุคคลแต่ละคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความมุ่งหมาย (เจตนารมณ์) เฉพาะเพื่อประกันให้มีการยอมรับและเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เพื่อตอบสนองข้อเรียกร้องอันชอบธรรมของศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อย และความผาสุกของทุกคนในสังคมเสรีประชาธิปไตย”

เป็นความจริงว่า ความข้อนี้มีได้มีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตราใด แต่ก็คงไม่มีผู้ใดปฏิเสธว่านี่ไม่ใช่หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กล่าวไว้อย่างน่าฟังว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญมิได้ประกอบด้วยบรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงหลักการและความคิดพื้นฐานบางประการซึ่งผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย เนื่องจากเห็นว่าหลักการและความคิดพื้นฐานเหล่านี้มีความชัดเจนในตัวเองและเป็นมูลบทเบื้องต้นของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับอยู่แล้ว”

ดังนั้น การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเพื่อประโยชน์อย่างอื่น นอกเหนือจากเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของราษฎร และหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ คือเพื่อป้องกันมิให้การใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรคนหนึ่งละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนตัวของสมาชิกรัฐสภาหรือของสมัครพรรคพวกของสมาชิกรัฐสภา ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่งเป็น “การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ” (Abuse of Legislative Power) ซึ่งยังผลให้พระราชบัญญัตินั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับมิได้

นอกจากนั้น สมควรตั้งไว้เป็นข้อสังเกตด้วยว่า โดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรได้ก็เฉพาะแต่เพื่อการบางอย่างและหรือเฉพาะแต่ในบางสถานการณ์เท่านั้น เช่น

- ยอมให้ตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรได้ก็เฉพาะแต่เพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย หรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ (มาตรา 36 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 34 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่ง



ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรา 38 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560)

- ยอมให้ตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นก็เฉพาะแต่เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน (มาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560)

- ยอมให้ตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธได้ก็เฉพาะแต่เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น (มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560)

- ยอมให้ตรากฎหมายให้อำนาจองค์กรของรัฐเกณฑ์แรงงาน (ซึ่งเป็นการจำกัดเสรีภาพในร่างกาย) ได้ก็เฉพาะแต่เพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉินหรือในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการสงครามหรือการรบ หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึกเท่านั้น (มาตรา 51 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560)

ฯลฯ

กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ต้องตราขึ้นใช้บังคับเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้เท่านั้น (มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) ดังนั้น หากได้มีการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรเพื่อการอย่างอื่น นอกเหนือจากการอันรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แม้การนั้นจะเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะก็ตาม ก็เท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเป็น “การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ” ซึ่งยังผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับมิได้เช่นเดียวกัน

กล่าวโดยสรุป กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ และหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ในกรณีที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์สาธารณะนั้นต้องเป็นประโยชน์สาธารณะที่รัฐธรรมนูญกำหนดด้วย

## 2 เงื่อนไขเกี่ยวกับลักษณะของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร

กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องมีลักษณะ ห้าประการ ดังต่อไปนี้

### ประการที่หนึ่ง กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป

ข้อจำกัดอำนาจนิติบัญญัติข้อนี้ที่มาจากหลักความเสมอภาคหรือหลักการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมอันเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่ผูกพันผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ และองค์กรอื่นของรัฐให้ต้องเคารพและปฏิบัติตามนั่นเอง และเนื่องจากหลักรัฐธรรมนูญหลักนี้บังคับว่า “บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน และบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน” ดังนั้น ที่กล่าวว่ากฎหมายต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปจึงไม่ได้หมายความว่า “กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคนและในทุกกรณี” (La loi doit être la même pour tous) คงหมายความว่า แต่เพียงว่า “กฎหมายนั้นต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง” เท่านั้น (มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 26 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560) ดังคำกล่าวของ Rousseau ที่ว่า “กฎหมายอาจกำหนดให้มีเอกสิทธิ์ต่างๆ ขึ้น แต่จะต้องไม่ระบุตัวบุคคลผู้ซึ่งจะทรงเอกสิทธิ์เหล่านั้น กฎหมายอาจแบ่งแยกพลเมืองออกเป็นชนชั้นต่างๆ และนอกจากนั้นแล้วยังอาจกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะให้อยู่ในแต่ละชนชั้น แต่จะต้องไม่กำหนดให้บุคคลนั้นอยู่ในชนชั้นนี้บุคคลนี้อยู่ในชนชั้นโน้น กฎหมายอาจกำหนดให้ประเทศมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งขึ้นครองราชย์โดยการสืบสันตติวงศ์ แต่จะต้องไม่ระบุพระนามาภิไธยของพระมหากษัตริย์หรือราชวงศ์ กล่าวโดยสรุป การตรากฎหมายขึ้นใช้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ” ดังนั้น กฎหมายที่บังคับให้บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น จึงถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปได้แล้ว ตัวอย่างเช่น

- พระราชบัญญัติกำหนดเวลาเปิด - ปิด ร้านขายยาที่ตั้งอยู่ในสถานีรถไฟ ปรากฏว่าในขณะที่ตรากฎหมายดังกล่าวมีร้านขายยาที่ตั้งอยู่ในสถานีรถไฟเพียงรายเดียวเท่านั้น กฎหมายนี้มีลักษณะทั่วไปหรือไม่ ปัญหานี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า กฎหมายนี้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปแล้ว เพราะในอนาคตหากมีร้านขายยามาเปิดอยู่ในสถานีรถไฟเพิ่มอีกก็ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้เช่นกัน กรณีของผู้ร้องเป็นแต่เพียงแรงบันดาลใจให้ตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นใช้บังคับ กฎหมายฉบับนี้หาได้มุ่งหมายจะให้ใช้บังคับกับร้านขายยาของผู้ร้องแต่เพียงร้านเดียวเท่านั้นไม่ (Pharmacy in Railway Station Case 1961)

อย่างไรก็ตาม การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งแตกต่างไปจากที่ให้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทอื่นๆ นั้น อาจจะขัดต่อหลักความเสมอภาคและใช้บังคับมิได้ก็ได้ ถ้าหากว่าปราศจากเหตุผลอัน “วิญญูชน” (reasonable man) พึงรับฟังได้ เข้าข่ายเป็น “การเลือกที่รักมักที่ชัง” หรืออีกนัยหนึ่งเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือ

สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด” (มาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 27 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560) ตัวอย่างเช่น

- กฎหมายสัญชาติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1913 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1963 มาตราหนึ่งบัญญัติว่า บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายเยอรมันที่เกิดจากหญิงต่างด้าวยอมได้สัญชาติเยอรมันโดยกำเนิดเสมอ แต่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายต่างด้าวที่เกิดจากหญิงเยอรมันจะได้สัญชาติเยอรมันโดยกำเนิดก็เฉพาะแต่ในกรณีที่เขาไม่ได้สัญชาติเยอรมันโดยกำเนิดแล้ว เด็กจะกลายเป็นคนไร้สัญชาติ (Apatride) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพิพากษาว่าการที่บทบัญญัติดังกล่าวปฏิบัติต่อบุตรของหญิงเยอรมันแตกต่างไปจากที่ปฏิบัติต่อบุตรของชายเยอรมัน เช่นนี้ นอกจากจะขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 มาตรา 3 ข้อ 2 ที่บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” แล้ว ยังขัดต่อข้อ 3 ของมาตราเดียวกันที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย” อีกด้วย

- ทำนองเดียวกันศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้พิพากษาว่า การที่กฎหมายบัญญัติยกเว้นภาษีเงินได้แก่เงินเดือนสมาชิกสภานั้นเป็นการให้อภิสิทธิ์แก่บุคคลเหล่านี้ และดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงขัดต่อหลักแห่งความเสมอภาค

- พระราชบัญญัติฉบับหนึ่งมีบทบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดจ้างผู้หญิงทำงานระหว่างเวลา 20 นาฬิกา ถึง 6 นาฬิกา ของวันรุ่งขึ้น ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวต้องระวางโทษปรับ โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้มีว่า ผู้หญิงเป็นเพศที่อ่อนแอ การให้ทำงานในเวลากลางคืนจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ประกอบกับการเดินทางไปและกลับจากที่ทำงานยามวิกาลของผู้หญิงเป็นการไม่ปลอดภัยจากการประทุษร้ายของเหล่ามิจฉาชีพ เพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยและสวัสดิภาพในชีวิตร่างกายของผู้หญิง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ

- กฎหมายของมลรัฐแห่งหนึ่งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติว่า พนักงานหรือลูกจ้างหญิงที่เป็นโสดในภาคเอกชน หรือภาครัฐที่ทำงานสัปดาห์ละไม่น้อยกว่า 40 ชั่วโมง มีสิทธิหยุดงาน 1 วัน ในแต่ละเดือนเพื่อทำงานบ้าน แต่ไม่ให้สิทธิเช่นว่านี้แก่พนักงานหรือลูกจ้างที่เป็นชาย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า กฎหมายฉบับนี้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ

- ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ว่า บทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ที่บัญญัติว่า “หญิงมีสามี ให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” มีลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น อันเป็นการลิดรอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกันเกิดความไม่เสมอภาคกัน

ทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากการบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานะ การสมรสนั้น มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพ หรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและ หญิงที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน ดังนั้น พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 จึงมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 6 (หมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540)

### **ประการที่สอง กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของราษฎรจะต้องมีความชัดเจน**

ที่ว่ากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องมีความชัดเจน หมายความว่ากฎหมายนั้นต้องบัญญัติกำหนดไว้ชัดแจ้งว่าบังคับหรือห้ามมิให้บุคคล ประเภทใดกระทำการอะไร ในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร หรือให้อำนาจองค์กรของรัฐออกคำสั่ง บังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใด กระทำการอะไร ในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร

ความชัดเจนของกฎหมายนี้เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นและขาดเสียมิได้แก่การที่ราษฎรจะสามารถ ใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการต่างๆ บุคคลย่อมไม่กล้าตัดสินใจใช้สิทธิหรือเสรีภาพกระทำการใด ๆ ลงไป ถ้าหากไม่สามารถคาดคะเนได้ล่วงหน้าว่าการกระทำนั้นๆ ของตนจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร และผลทางกฎหมายอันจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ จะทำให้ตนได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์ มากน้อยเพียงใด เพื่อประกัน “ความมั่นคงในนิติฐานะ” (Legal Security) เช่นว่านี้ของราษฎร ศาลของประเทศเสรีประชาธิปไตยที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงต่าง พากันพิพากษาว่า กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร เป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ถ้าหากว่ากฎหมายนั้นไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ตัวอย่างเช่น

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พิพากษาว่า กฎหมายควบคุมการชุมนุม สาธารณะซึ่งตราขึ้นใช้บังคับตั้งแต่ในสมัยที่ประเทศตกอยู่ภายใต้การปกครองระบอบนาซีขัดต่อ รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพราะกฎหมายนี้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจอนุญาตให้จัดชุมนุมสาธารณะ หรือไม่ได้ ตามแต่จะเห็นสมควร ศาลกล่าวไว้ในคำพิพากษาว่า ถ้ารัฐสภาเห็นว่ามี ความจำเป็น ต้องห้ามมิให้บุคคลใช้เสรีภาพขั้นพื้นฐาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เสียก่อน รัฐสภาจะต้องกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตไว้ให้ชัดเจนด้วย จะปล่อยให้การอนุญาต หรือไม่อนุญาตอยู่ในดุลพินิจของเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่โดยสิ้นเชิงหาได้ไม่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็เคยตัดสินว่า ร่างรัฐบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม (Officier de police judiciaire) หรือเจ้าหน้าที่ ตำรวจยุติธรรม (Agent de police judiciaire) ซึ่งกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม ทำการตรวจค้นยานพาหนะที่มีได้ใช้เป็นที่อยู่อาศัย บนทางสาธารณะ ต่อหน้าเจ้าของหรือผู้ขับขี่ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า ร่างรัฐบัญญัติฉบับนี้มิได้กำหนดกรณี ที่ เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมและเจ้าหน้าที่ตำรวจยุติธรรมซึ่งกระทำการตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ตำรวจยุติธรรมจะใช้อำนาจตรวจค้นยานพาหนะได้ไว้ให้ชัดเจน

อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีความชัดเจนถึงขนาดสามารถจัดดุลพินิจให้หมดสิ้นไปจากการบังคับใช้กฎหมายนั้น เท่ากับว่า “เป็นการสร้างวิมานในอากาศ” (Visionary) ทั้งนี้ เพราะรัฐเสรีประชาธิปไตยได้มีความมุ่งหมายเพียงเพื่อประกันความมั่นคงในนิติฐานะของราษฎรเท่านั้น แต่ยังมีความมุ่งหมายที่จะอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ราษฎรทุกคนในทุกกรณีอีกด้วย มาตรการของฝ่ายบริหารที่ยุติธรรมได้แก่ มาตรการที่สามารถตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนหรืออีกนัยหนึ่ง “ประโยชน์สาธารณะ” ได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด (Proportionality)

ความต้องการส่วนรวมของประชาชนนั้นมิได้คงที่ หากแต่ผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพการณ์ทางสังคมในแต่ละกาลเทศะ เหลือวิธีที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายทั้งสองประการได้อย่างสมบูรณ์ ความแตกต่างในพื้นจิตใจของมนุษย์แต่ละคนก็ดี ความหลากหลายของพฤติกรรมของมนุษย์และสรรพสิ่งก็ดี ย่อมเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งแก่การบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นการทั่วไปและชัดเจนว่า ในกรณีใด อะไรคือความยุติธรรม การตรากฎหมายให้มีลักษณะทั่วไปและชัดเจน จำต้องจำแนกบุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์ไว้เป็นประเภท แล้วปฏิบัติต่อบุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์ประเภทเดียวกันตามหลักการเดียวกัน บุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์ แม้จะมีลักษณะร่วมกันอยู่พอที่จะจัดเป็นประเภทเดียวกันได้ แต่ก็หาได้เหมือนกันหมดในทุกแง่ทุกมุมไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องคำนึงถึงแต่ลักษณะร่วมกัน และละเลยไม่คำนึงถึงลักษณะที่บุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์มีแตกต่างกันออกไป ดังนั้น เมื่อนำกฎหมายซึ่งกำหนดบังคับให้บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งเกิดขึ้น ไปใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ในกรณีเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งแล้ว อาจก่อให้เกิดความอยุติธรรมอย่างยิ่งแก่บุคคลนั้น ในกรณีเฉพาะกรณีนั้นก็เป็นที่ เพื่อป้องกันมิให้เกิด “ความอยุติธรรมเฉพาะกรณี” ขึ้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเปิดช่องให้องค์กรของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ใช้บังคับกฎหมายซึ่งได้แก่ฝ่ายบริหารหรือศาลใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายได้บ้าง กล่าวกันว่า แม้ดุลพินิจจะเป็น “สิ่งชั่วร้าย” (Evil) แต่ก็เป็น “สิ่งชั่วร้ายที่จำเป็น” (Necessary Evil) ทั้งนี้ เพราะการให้ดุลพินิจแก่องค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารหรือศาลก็ตามเป็นวิธีการแต่เพียงวิธีเดียวที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายดำเนินไปได้อย่างยุติธรรม

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลของประเทศเสรีประชาธิปไตยที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะวินิจฉัยว่า กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็เฉพาะแต่ในกรณีที่กฎหมายนั้นให้ดุลพินิจแก่องค์กรของรัฐอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ทำนองเดียวกันกับการออกเช็คให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งไปโดยมิได้ระบุจำนวนเงินไว้ ปล่อยให้ผู้ทรงเช็คนั้นระบุจำนวนเงินเอาตามใจชอบ (blank cheque) เท่านั้น

แต่โดยทั่วไปแล้วถ้าตีความได้ก็จะไม่วินิจฉัยเช่นนี้ เช่น มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530<sup>2</sup> บัญญัติไว้แต่เพียงว่า “เทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่ผู้รับ

<sup>2</sup> พระราชบัญญัตินี้ถูกยกเลิกแล้วโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

อนุญาตตามมาตรา 6<sup>3</sup> จะมีไว้ในสถานที่ประกอบกิจการของตนได้ จะต้องเป็นเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่ภาพและเสียงของเรื่องได้ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากเจ้าพนักงานผู้ตรวจตามมาตรา 11 หรือมาตรา 14 หรือต้องเป็นเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่มีผู้รับรองสำเนาตามมาตรา 17 แล้วเท่านั้น และเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ดังกล่าวจะต้องมีการแสดงตรา หมายเลขรหัส และรายละเอียดตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง” การให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบให้ผู้รับอนุญาตมีเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ใดไว้ในสถานประกอบกิจการของตนเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมิได้ระบุว่า เทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่ภาพหรือเสียงของเรื่องมีลักษณะเช่นไร เจ้าพนักงานผู้ตรวจจึงให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบ ดูประหนึ่งว่าเจ้าพนักงานผู้ตรวจมีดุลพินิจที่จะให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบให้ผู้รับอนุญาตมีเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ใดไว้ในสถานประกอบกิจการของตนได้ตามแต่จะเห็นสมควร แต่หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ได้ระบุไว้ว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ปรากฏว่าในปัจจุบันนี้ได้มีการบริการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์ กะมีการจัดฉายหรือให้บริการเกี่ยวกับเทปหรือวัสดุโทรทัศน์แพร่หลายทั้งในกรุงเทพมหานครและในต่างจังหวัด ซึ่งเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้นไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไม่ใช่ภาพยนตร์ ตามความหมายของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พุทธศักราช 2473 การที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมกิจการดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายแก่เยาวชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งยังอาจกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของรัฐอีกด้วย ในการนี้จำเป็นต้องมีกฎหมายควบคุมการค้าเนนกิจการเกี่ยวกับเทปและวัสดุโทรทัศน์ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” เป็นที่เห็นได้จากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ว่า พระราชบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์ที่จะควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์เพื่อป้องกันมิให้เกิดผลเสียหายแก่เยาวชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของรัฐ และจากเจตนารมณ์ดังกล่าวของกฎหมายก็อาจอนุมานได้ว่า เทปและวัสดุโทรทัศน์ที่เจ้าพนักงานผู้ตรวจมีอำนาจไม่ให้ความเห็นชอบให้ผู้รับอนุญาตมีไว้ในสถานประกอบกิจการของตนได้ ต้องเป็นเทปและวัสดุโทรทัศน์ที่ภาพหรือเสียงของเรื่องมีลักษณะเป็นอันตรายต่อจิตใจของเยาวชน เป็นการบ่อนทำลายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติเท่านั้น และโดยที่เทปและวัสดุโทรทัศน์เป็นสื่อในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของชนชาวไทยอย่างหนึ่ง ดังนั้น หากเทปและวัสดุโทรทัศน์ใดภาพและเสียงของเรื่องไม่มีลักษณะดังกล่าวเจ้าพนักงานผู้ตรวจจะไม่ให้ความเห็นชอบไม่ได้ เมื่อตีความได้เช่นนี้ก็ย่อมเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมิได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่อย่างไม่มีขอบเขตจำกัดแต่อย่างใด

<sup>3</sup> หมายถึง ผู้รับอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ซึ่งเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด

**ประการที่สาม กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะต้องไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง**

ที่ว่ากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง หมายความว่าจะต้องมีการประกาศโฆษณากฎหมายนั้นให้ราษฎรทราบเป็นการล่วงหน้าในราชกิจจานุเบกษาหรือโดยวิธีอื่นก่อนที่จะใช้บังคับแก่ราษฎร และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ได้มีการประกาศโฆษณากฎหมายนั้นไม่ได้ ข้อห้ามตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังนี้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในกรณีของกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษทางอาญา โดยมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” แต่แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้ห้ามมิให้ตรากฎหมายกำหนดความผิดและโทษอย่างอื่นโดยให้กฎหมายนั้นใช้บังคับย้อนหลังไว้อย่างชัดเจน ก็ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามไว้โดยปริยาย ดังที่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ในคำวินิจฉัยครั้งที่ 82 – 155 ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1982 เกี่ยวกับโทษทางภาษีว่า “หลักความไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังของกฎหมายดังมีนัยดังกล่าวหาได้ใช้บังคับแต่เฉพาะกับกฎหมายที่บัญญัติกำหนดความผิดและโทษทางอาญาซึ่งศาลที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาเป็นผู้ลงแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้นไม่หากแต่ยังขยายไปใช้บังคับกับกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษทุกประเภท แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะเห็นสมควรมอบหมายให้องค์กรอื่นซึ่งมีองค์กรตุลาการเป็นผู้ลงแก่ผู้กระทำความผิดด้วย” ถ้าหากความเห็นนี้ได้รับการยอมรับว่าถูกต้อง การตรากฎหมายกำหนดความผิดและโทษทุกประเภท โดยให้กฎหมายนั้นใช้บังคับย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ

**ประการที่สี่ กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ)**

ที่ว่ากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หมายความว่า มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะเกิดขึ้นได้จริงๆ ในทางปฏิบัติ (หลักความสัมฤทธิ์ผล) ต้องเป็นมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด (หลักความจำเป็น) และต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าที่ก่อความเสียหายให้แก่เอกชนและหรือแก่สังคมโดยส่วนรวม (หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ) กฎหมายที่กำหนดมาตรการซึ่งไม่สามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะเกิดขึ้นได้เลย ก็ดี กฎหมายที่กำหนดมาตรการซึ่งมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะเกิดขึ้นก็ดี กฎหมายที่กำหนดมาตรการซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากเมื่อเทียบกับที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่

เอกชนและหรือแก่สังคมโดยส่วนรวมก็ดี ถือว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและใช้บังคับมิได้ ตัวอย่างเช่น

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2517 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่มระหว่างเวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจสำหรับกรุงเทพมหานครหรือผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 ว่า การจำกัดเสรีภาพในการขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกาของแต่ละวันนั้น นอกจากจะเป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขายโดยสุจริตของประชาชนจำนวนมากโดยไม่จำเป็นแล้วยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนผู้ประกอบการอาชีพสุจริตอื่นๆ ที่มีความจำเป็นจะต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวของแต่ละวันโดยไม่มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนอีกด้วย ถึงแม้จะมีการผ่อนปรนให้ขอรับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ว่าราชการจังหวัดได้ ก็ยังคงเป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นอยู่ดี เพราะการที่จะบังคับให้ประชาชนที่ประกอบอาชีพค้าขายอาหารหรือเครื่องดื่มทั่วทุกพื้นที่ของประเทศจะต้องไปขอใบอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่ยากต่อการปฏิบัติ ทั้งยังเป็นช่องทางให้ประชาชนผู้ประกอบการค้าขายเหล่านั้นต้องตกอยู่ใต้อำนาจครอบงำของเจ้าหน้าที่โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรอีกด้วย การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเห็นได้ชัดว่ามีได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภชนา การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือประโยชน์อื่นๆ ตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคสอง แต่อย่างไรก็ตาม ประกอบกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินกว่าความจำเป็น และกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพนั้น อันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ด้วย

ในบรรดาหลักการที่เป็นสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน (หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ) ทั้งสามหลักข้างต้น คงมีแต่เพียงหลักความจำเป็นเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้อย่างชัดเจน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งสองฉบับดังกล่าวว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะแต่เพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเพียงเท่าที่จำเป็น .....” ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาบัญญัติไว้ในมาตรา 26 วรรคหนึ่ง มีความว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ .....



**ประการที่ห้า กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้**

กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรจนกระทั่งล้ำเข้าไปกระทบถึง “แก่น” หรือ “สารัตถะ” ของสิทธิและเสรีภาพนั้น มีผลไม่ต่างกับกฎหมายที่ตัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นเลย เช่น กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือการละเว้นไม่กระทำการใดเป็นความผิดทางอาญา และกำหนดพระราชโทษทางอาญาไว้อย่างโหดร้าย ทารุณ เป็นต้นว่า ตัดแขน ตัดขา หรือคุมขังไว้ในห้องมืดปราศจากแสงสว่าง ฯลฯ และดังนั้นจึงต้องถือว่ากฎหมายนั้นมีข้อความชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับมิได้

เป็นที่เห็นได้ว่ากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจนกระทั่งล้ำเข้าไปกระทบสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ ย่อมเป็นกฎหมายที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุอยู่ในตัว ข้อห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพจนกระทั่งกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นจึงแทบจะไม่มีที่ใช้ และน่าจะเป็นด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงไม่ได้บัญญัติข้อห้ามนี้ไว้เหมือนดังเช่นมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

### **3 เงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร**

มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะ **“ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”** เช่น การตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรของบุคคล จะต้องระบุไว้ในกฎหมายนั้นว่าอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งนี้ เพื่อให้ราษฎรสามารถตรวจสอบได้โดยสะดวกว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของตนโดยเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งในแง่เงื่อนไขเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและเงื่อนไขเกี่ยวกับลักษณะของกฎหมายข้างต้นหรือไม่ การตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรโดยไม่ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น ย่อมมีผลทำให้กฎหมายนั้นขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และดังนั้นจึงใช้บังคับมิได้ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่มีบทบัญญัติบังคับว่ากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วยแต่อย่างใด แต่ได้บัญญัติบังคับไว้ในมาตรา 26 วรรคหนึ่งว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้อง...ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” แต่มีได้บังคับไว้ว่าให้ระบุเหตุผลความจำเป็นดังกล่าวไว้ในที่ใด หากให้ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด และถือว่าการระบุเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดไว้ในหมายเหตุท้ายกฎหมายเหล่านี้ตามที่เคยปฏิบัติกันมา คือ การ “ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล” แล้ว ข้อบังคับดังกล่าวก็จะไร้ความหมายโดยสิ้นเชิง เนื่องจากจะแม้จะไม่บังคับไว้เช่นนี้ก็มีการปฏิบัติกันมาจนเป็นประเพณีอยู่แล้ว

ย่อมเป็นการขัดแย้งกันในตัวเอง ถ้ารัฐธรรมนูญบัญญัติวางข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรไว้ แต่ในขณะที่เดียวกันรัฐธรรมนูญก็ปล่อยให้ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติวินิจฉัยปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้อย่างอิสระ ปราศจากการควบคุมตรวจสอบอย่างใด ๆ กรณีจึงต้องมีการสถาปนาระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้น และระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่แพร่หลายอยู่ในรัฐเสรีประชาธิปไตยในปัจจุบันคือ ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาล ซึ่งอาจเป็นศาลธรรมดาที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครองอยู่แล้วก็ได้ หรืออาจเป็นศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ แต่ศาลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ศาลธรรมดาหรือศาลรัฐธรรมนูญก็ตาม ต้องจำกัดตนเองอยู่แต่เฉพาะการวินิจฉัยปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็น “ปัญหาทางกฎหมาย” เท่านั้น ไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ “ดี” หรือ “เลว” ซึ่งเป็น “ปัญหาทางการเมือง” และอยู่ในดุลพินิจโดยแท้ของผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ มิฉะนั้น จะเกิดปรากฏการณ์ที่ไม่พึงปรารถนาขึ้น ปรากฏการณ์ดังกล่าวเรียกกันว่า “การปกครองโดยตุลาการ” (Government by Judges)

## บทสรุป

ประชาธิปไตย เป็นรูปแบบการปกครองของรัฐที่เปิดโอกาสให้ราษฎรเข้าไปมีส่วนร่วมในการตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของตน การเข้าไปมีส่วนร่วมในการตรากฎหมายของราษฎรมีได้สองลักษณะ กล่าวคือ ราษฎรหรือประชาชนเป็นผู้ให้ความยินยอมให้มีการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับตนด้วยตนเอง โดยกระบวนการออกเสียงประชามติ (การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางตรง) ลักษณะหนึ่ง กับการที่ราษฎรหรือประชาชนออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งบุคคลเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติและมีฐานะเป็นผู้แทนปวงชน แล้วให้สมาชิกสภา

นิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนเป็นผู้ให้ความเห็นชอบให้มีการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับตน อีกทอดหนึ่ง (การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน) อีกลักษณะหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎร หาได้ ตราบขึ้นโดยความยินยอมอย่างเป็นทางการหรือของสมาชิกสภานิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทน ปวงชนไม่ หากแต่ตราขึ้นโดยความยินยอมของราษฎรฝ่ายข้างมากหรือของผู้แทนปวงชนฝ่ายข้างมาก เท่านั้น แต่การปกครองระบอบประชาธิปไตยต่างกับการปกครองเผด็จการโดยฝ่ายข้างมากตรงที่ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้นฝ่ายข้างมากจะต้องเคารพสิทธิของฝ่ายข้างน้อยด้วย และเพื่อ ป้องกันมิให้ฝ่ายข้างมากย่ำยีฝ่ายข้างน้อยได้ตามอำเภอใจ รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงได้มี บทบัญญัติวางข้อจำกัดการใช้อำนาจตรากฎหมายของฝ่ายข้างมากไว้หลายประการ ประการแรก กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องมี เจตนารมณ์ที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนด ประการที่สอง กฎหมาย ดังกล่าวต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกรณีใด กรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะ เหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องต่าง ๆ เช่น ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทาง ภายหรือสุขภาพ ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ฯลฯ มีความ ชัดเจน ไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง และต้องไม่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ สาธารณะที่กฎหมายนั้นมีเจตนารมณ์ที่จะรักษา ทั้งยังจะต้องไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ของบุคคล