



รายงานการศึกษา

# บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

Prominent Precedents on the Constitutional Adjudication



การประชุมทางวิชาการ

เนื่องในโอกาสศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยครบ 25 ปี

11 เมษายน 2566





**รายงานการศึกษา**

**บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ**

**Prominent Precedents on the Constitutional Adjudication**

**การประชุมทางวิชาการ**

**เนื่องในโอกาสศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยครบ 25 ปี**

**11 เมษายน 2566**

## ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

ศาลรัฐธรรมนูญ.

บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ = Prominent Precedents  
on the Constitutional Adjudication.-- กรุงเทพฯ :

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2566.

448 หน้า.

1. ศาลรัฐธรรมนูญ. I. ชื่อเรื่อง.

342.0269

ISBN 978-616-8033-90-6

### ชื่อหนังสือ

บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ  
Prominent Precedents on the  
Constitutional Adjudication

### พิมพ์ครั้งที่ 1

เมษายน 2566 จำนวน 350 เล่ม

### พิมพ์ครั้งที่ 2

ตุลาคม 2566 จำนวน 300 เล่ม

### เจ้าของ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ  
80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550  
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง  
เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210  
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9515  
[www.constitutionalcourt.or.th](http://www.constitutionalcourt.or.th)

### ดำเนินการจัดทำโดย

คณะกรรมการผู้สนับสนุนภารกิจทางวิชาการ  
ของศาลรัฐธรรมนูญ

### พิมพ์ที่

บริษัท แอคทีฟพรีนธ์ จำกัด  
โทรศัพท์ 0-2530-4114 โทรสาร 0-2108-8951

## คำนำ

รายงานการศึกษา เรื่อง “บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ” จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และคำพิพากษาของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด ที่ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ ตลอดจนเพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ ทั้งนี้ โครงการศึกษาดังกล่าวดำเนินการโดยคณะกรรมการผู้สนับสนุนภารกิจทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นหัวหน้าคณะผู้ศึกษา และมีคณะผู้ศึกษาประกอบด้วย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คณะผู้สนับสนุนการปฏิบัติงานของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในตำแหน่งที่ปรึกษาและผู้เชี่ยวชาญประจำคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก

เนื่องในโอกาสศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยครบ 25 ปี ในวันที่ 11 เมษายน 2566 นี้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในฐานะหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญได้มีการจัดประชุมทางวิชาการ ในหัวข้อ “ศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน” และได้คัดเลือกข้อเขียนบางส่วนที่เกี่ยวข้องตามโครงการศึกษา “บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ” มาจัดพิมพ์เป็นหนังสือเพื่อใช้สำหรับประกอบการประชุมทางวิชาการในคราวนี้ด้วย โดยจัดแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่

ส่วนแรก การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Part I : The Protection of Human Dignity, Rights and Liberties of the People) ประกอบด้วย เนื้อหาจำนวน 6 ข้อเขียน ได้แก่

- หลักนิติธรรม (The Rule of Law) จัดทำโดย ดร.ปัญญา อุชชาชน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Dr. Punya Udchachon, Justice of the Constitutional Court)

- การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิ เสรีภาพ (เงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ) (Legal Restrictions of Rights and Liberties) จัดทำโดย รองศาสตราจารย์ ดร.ปวริศร เลิศธรรมเทวี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (Associate Professor Dr. Pawarit Lertdhamtewe, Faculty of Law, Ramkhamhaeng University)

- การระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ (The Justification and Necessity for the Restriction of the Rights or Liberties) จัดทำโดย นายปรัชญา เจียสกุล (Ref. iur. Prachya Chiasakul) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

- หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว (ne bis in idem, double jeopardy) จัดทำโดย รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนธิ คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (Associate Professor Dr. Pokpong Srisanit, Dean of Faculty of Law, Thammasat University)

- เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) จัดทำโดย ดร.นันทชญาณ์ ชาญณรงค์ เนติบัณฑิตเยอรมันชั้นสูง (Dr. iur. Nanchaya Channarong (Ass. iur.)) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

- เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ (Freedom of Peaceful Assembly) จัดทำโดย ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Professor Dr. Prasit Pivavatnapanich, Faculty of Law, Thammasat University, an Expert to Justice of the Constitutional Court)

**ส่วนที่สอง การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Part II : Constitutional Review) ประกอบด้วยเนื้อหา จำนวน 2 ข้อเขียน ได้แก่**

- การส่งเรื่องมาโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร (Constitutionality of Law referred to the Constitutional Court by the Court of Justice, the Administrative Court, and the Military Court)

จัดทำโดย ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.จิรนิติ หะวานนท์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ  
(Professor Dr. Chiranit Havanond, Justice of the Constitutional Court  
- การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213  
(The Protection of Rights and Liberties by the Constitutional  
Court under Section 213) จัดทำโดย ดร.นันทชญา ชาญณรงค์  
เนติบัณฑิตเยอรมันชั้นสูง (Dr. iur. Nanchaya Channarong (Ass. iur.))  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหวังเป็นอย่างยิ่งว่าหนังสือเล่มนี้จะเป็น  
ประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้าทางวิชาการ และเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจ  
เกี่ยวกับบรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศต่อไป

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

เมษายน 2566

สารบัญ  
(Contents)

หน้า

คำนำ.....	(1)
(Preface)	
สารบัญ.....	(4)
บทสรุปผู้บริหาร.....	(7)
(Executive summary)	
ส่วนที่ 1 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Part I : The Protection of Human Dignity, Rights and Liberties of the People)	
1.1 หลักนิติธรรม.....	1
(The Rule of Law) ดร.ปัญญา อุตชาชน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Dr. Punya Udchachon, Justice of the Constitutional Court)	
1.2 การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ (เงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ).....	100
(Legal Restrictions of Rights and Liberties) รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีศร เลิศธรรมเทวี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (Associate Professor Dr. Pawarit Lertdhamtewe, Faculty of Law, Ramkhamhaeng University)	

สารบัญ (ต่อ)  
(Contents)

หน้า

- 1.3 การระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ.....199  
(The Justification and Necessity for the Restriction  
of the Rights or Liberties)  
นายปรัชญา เจียสกุล  
(Ref. iur. Prachya Chiasakul)
- 1.4 หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิด.....260  
เพียงครั้งเดียว  
(*ne bis in idem*, double jeopardy)  
รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท  
คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
(Associate Professor Dr. Pokpong Srisanit,  
Dean of Faculty of Law, Thammasat University)
- 1.5 เสรีภาพในการแสดงออก .....293  
(Freedom of Expression)  
ดร.นันทชญาณ์ ชาญณรงค์ เนติบัณฑิตเยอรมันชั้นสูง  
(Dr. iur. Nanchaya Channarong (Ass. iur.))
- 1.6 เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ.....325  
(Freedom of Peaceful Assembly)  
ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช  
คณบดีนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,  
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ  
(Professor Dr. Prasit Pivavatnapanich, Faculty of Law,  
Thammasat University, an Expert to Justice of the  
Constitutional Court)

สารบัญ (ต่อ)  
(Contents)

หน้า

ส่วนที่ 2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
(Part II : Constitutional Review)

- 2.1 การส่งเรื่องมาโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร.....345  
(Constitutionality of Law referred to the Constitutional Court by the Court of Justice, the Administrative Court, and the Military Court)  
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.จิรนิติ หะวานนท์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ  
(Professor Dr. Chiranit Havanond, Justice of the Constitutional Court)
- 2.2 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 ....380  
(The Protection of Rights and Liberties by the Constitutional Court under Section 213)  
ดร.นันทชญาณ์ ชาญณรงค์ เนติบัณฑิตเยอรมันชั้นสูง  
(Dr. iur. Nanchaya Channarong (Ass.iur.))

ภาคผนวก

- รายนามคณะผู้ศึกษา.....416

## บทสรุปผู้บริหาร

รายงานการศึกษา เรื่อง “**บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ**” โดยศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นหัวหน้าคณะผู้ศึกษา โครงการฯ จัดทำขึ้นเพื่อศึกษาบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด ที่ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ ตลอดจน เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยในคดี รัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ มีเนื้อหาแบ่งออกเป็นสองส่วน ได้แก่

**ส่วนแรก การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพ ของประชาชน** (Part I : The Protection of Human Dignity, Rights and Liberties of the People)

1. หลักนิติธรรม (The Rule of Law) จัดทำโดย ดร.ปัญญา อุตชาชน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Dr. Punya Udchachon, Justice of the Constitutional Court)

ถ้อยคำ “หลักนิติธรรม” ที่ปรากฏในเนื้อหาของมาตราในรัฐธรรมนูญ ปรากฏขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลัก นิติธรรม” ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงาน ของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ยึดหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันต้องขอบด้วย หลักนิติธรรม มี 2 ส่วนสำคัญ คือ 1. ด้านกระบวนการ (Process) ประกอบด้วย

กระบวนการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร กระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมของฝ่ายตุลาการ (Fair Trial) และความเป็นอิสระของศาล 2. ด้านเนื้อหา (Substance) ประกอบด้วยกฎหมายที่ต้องไม่มีผลย้อนหลัง ไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม บทสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ว่าผิดกฎหมายต้อง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรมและปราศจากอคติ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต้องทำหน้าที่ให้บรรลุมมาตรฐานสากล ตามตัวชี้วัดหลักนิติธรรมขององค์การสหประชาชาติ (The United Nations Rule of Law Indicators) เพื่อผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรม การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและการบริหารจัดการคดีรัฐธรรมนูญในระดับสากลเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับความเชื่อมั่นและศรัทธาของประชาชนได้ในที่สุดภายใต้หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

2. การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ (เงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ) (Legal Restrictions of Rights and Liberties) จัดทำโดยรองศาสตราจารย์ ดร.ปวาริต เลิศธรรมเทวี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (Associate Professor Dr. Pawarit Lertdhamtewe, Faculty of Law, Ramkhamhaeng University)

สิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญถูกจำกัดได้โดยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้โดยตรงและขึ้นอยู่กับลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นสิทธิเด็ดขาด การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพใด ๆ จะกระทำมิได้ โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญและมีข้อความต่าง ๆ แบ่งออกเป็น 5 กรณี ได้แก่ (1) ข้อยกเว้น โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อาทิ รัฐธรรมนูญ มาตรา 27 (2) ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมาย

บัญญัติ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม หรือมาตรา 33 มาตรา 36 มาตรา 41 มาตรา 43 มาตรา 45 มาตรา 46 มาตรา 47 และมาตรา 48 (3) ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็น ความผิดและกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ (4) ข้อยกเว้น โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 32 มาตรา 34 มาตรา 38 มาตรา 40 มาตรา 42 และมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ และ (5) ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 วรรคสาม

สำหรับกฎหมายลำดับรองอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนได้หากกฎหมายหลักซึ่งได้รับอำนาจโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บัญญัติให้อำนาจไว้ตามเงื่อนไขและโครงสร้างของลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย

นอกเหนือจากกฎหมายลำดับหลักและกฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับก่อนหน้ามีข้อความหรือบทบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ากฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือ ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าทุกฉบับ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจนกว่ามีผู้ร้องขอให้ศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดี ในศาล และศาลวินิจฉัยแล้วว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

3. การระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ (The Justification and Necessity for the Restriction of the Rights or Liberties) จัดทำโดย นายปรัชญา เจียสกุล (Ref. iur. Prachya Chiasakul)

เนื้อหาของบรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญส่วนนี้ ผู้เขียนได้ วิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญใน 5 ประเด็น

- 1) ความหมายของ “เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ พิจารณาเทียบเคียงกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 วรรคหนึ่ง

ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 แล้ว เงื่อนไขที่กำหนดให้ “ระบุเหตุผล ความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ” ย่อมต้องมีความหมายอื่นนอกเหนือ ไปจากเรื่องการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย โดยน่าจะมีความหมายตรงกับ “วัตถุประสงค์” หรือ “ความมุ่งหมาย” ของกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันใช้เพื่อวินิจฉัยตามหลักความ ได้สัดส่วน

2) วัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ “ระบุ” เหตุผลความจำเป็นในการ จำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ผู้เขียนวิเคราะห์ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการระบุ เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัด อำนาจรัฐมิให้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนตามอำเภอใจ นอกจากนั้น เห็นว่าการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพยังเป็น ประโยชน์สำหรับผู้ใช้กฎหมายซึ่งสามารถนำเหตุผลความจำเป็นดังกล่าวไปใช้ เป็นเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายให้ได้ตามหลักความได้สัดส่วน ตลอดจน เป็นประโยชน์สำหรับศาลที่ต้องพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายดังกล่าวอีกด้วย

3) ขอบเขตของการใช้บทบัญญัติในแง่เวลา

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 ศาลรัฐธรรมนูญระบุว่า พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้ “ระบุ เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิไว้แล้ว” โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ชี้แจง ในรายละเอียดว่าต้องนำเงื่อนไขดังกล่าวมาใช้กับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ใน วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด จึงดูเหมือนว่าศาลรัฐธรรมนูญ ประสงค์ที่จะให้นำเงื่อนไขเชิงรูปแบบดังกล่าวมาใช้กับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ ในวันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วย แต่ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ตรากฎหมายย่อมไม่อาจรู้ได้ว่าจะมีการกำหนดเงื่อนไข

รูปแบบดังกล่าวในอนาคต เจื่อนไซในเชิงรูปแบบจึงไม่ควรใช้ย้อนหลังได้ โดยสภาพ และความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิในคำวินิจฉัยดังกล่าว มีสถานะเป็นเพียงคำอธิบายประกอบเพื่อให้เหตุผลของคำวินิจฉัยมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นเท่านั้น

#### 4) ขอบเขตของการใช้บทบัญญัติในแง่เนื้อหา

เจื่อนไซในรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง เกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็น ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ใช้บังคับกับการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงว่ามีบทบัญญัติเฉพาะที่กำหนดเจื่อนไซพิเศษสำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้น ๆ ไว้แล้วหรือไม่

#### 5) รูปแบบของการเขียน

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 ศาลรัฐธรรมนูญระบุว่า พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้ “ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิไว้แล้ว” และศาลฯ ได้อ้างถึง “เหตุผลในการประกาศใช้ตามที่ระบุไว้ท้ายพระราชบัญญัติ” ซึ่งอาจทำให้เข้าใจได้ว่า สามารถระบุเหตุผลความจำเป็นไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติได้ อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่อาจตีความคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับรูปแบบการ “ระบุ” เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามนัยมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ เนื่องจากคดีนี้เป็น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แก้คดีตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้ร้องจึงไม่มีอำนาจโต้แย้งในประเด็นที่เกี่ยวกับการตรากฎหมาย ซึ่งเป็นกระบวนการนิติบัญญัติซึ่งย่อรวมรวมถึงประเด็นการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วย

4. หลักห้ามการถูกดำเนินคดีอาญาซ้ำจากการกระทำครั้งเดียวกัน (*ne bis in idem*, double jeopardy) จัดทำโดย รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (Associate Professor Dr. Pokpong Srisanit, Dean of Faculty of Law, Thammasat University)

หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว (*ne bis in idem*) มีคุณค่าเป็นสิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายอาญา และหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยผลของหลักการดังกล่าว ศาลไม่อาจพิจารณาคดีหรือลงโทษสองครั้งกับผู้กระทำความผิดเพียงครั้งเดียว โดยหลักการไม่ถูกดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว (*ne bis in idem*) เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (the rights to a fair trial) ซึ่งถือได้ว่าเป็นมาตรฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งได้รับการยอมรับในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หลักการดังกล่าวมีคุณค่าปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญในหลายๆ ประเทศ และปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา

ในประเทศไทย หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวได้รับการยอมรับในกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แม้ยังไม่ปรากฏชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ แต่น่าจะถือว่าหลักการดังกล่าวมีค่าเป็นรัฐธรรมนูญได้ผ่านการตีความว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักการตรากฎหมายที่กระทำได้เท่าที่จำเป็น (necessity) และได้สัดส่วน (proportionality) ซึ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การตีความดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (le Conseil Constitutionnel) ซึ่งคงต้องรอศาลรัฐธรรมนูญไทยในการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวต่อไป

5. เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) จัดทำโดย ดร.นันทชญาณ์ ชาญณรงค์ เนติบัณฑิตเยอรมันชั้นสูง (Dr. iur. Nanchaya Channarong (Ass. iur.))

ผู้เขียนได้วิเคราะห์คำวินิจฉัยที่น่าสนใจที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงออก ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 และคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 2747/2558 และได้วิเคราะห์ 1) เสรีภาพในการแสดงออกในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยและเยอรมัน 2) พื้นที่หรือบริเวณที่ได้รับความคุ้มครอง (Schutzbereich) 3) การเซนเซอร์

ทั้งประเทศไทยและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยทั้งคู่ ต่างก็ให้ความสำคัญต่อเสรีภาพในการแสดงออก ด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเสรีภาพในการแสดงออกกับกระบวนการการต่อสู้ทางความคิดในระบอบประชาธิปไตยนี้เองทำให้เสรีภาพในการแสดงออกตามหลักของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันและรัฐธรรมนูญไทยมิได้ให้อิสระแก่ในการคิด การพูด หรือการแสดงออกซึ่งความคิดหรือความเห็นเท่านั้น แต่ให้อิสระในการแสดงออกซึ่งข้อมูลที่มีลักษณะเป็นข้อมูลที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจริงหรือไม่จริง ซึ่งไม่ใช่ความคิดหรือความเห็น ในขณะที่ข้อมูลนั้นเป็นจุดตั้งต้นของการแสดงออกซึ่งความคิดหรือความเห็นอีกด้วย นอกจากนี้ทั้งรัฐธรรมนูญไทยและรัฐธรรมนูญเยอรมันยังเห็นพ้องกันว่าเสรีภาพในการแสดงออก ถึงแม้ว่าจะมีความสำคัญอย่างมากตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ก็มิได้กำหนดให้เป็นเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด มิอาจแตะต้องหรือก้าวล่วงได้ ในทางกลับกันทั้งรัฐธรรมนูญไทยและรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรา 5 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามลำดับ แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะสามารถจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ตามอำเภอใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีการพัฒนาทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungslehre) ขึ้นมา ซึ่งตามทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungslehre) การจะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญนั้น

จะต้องคำนึงถึงเนื้อหาและความสำคัญของตัวสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำลังจะถูกจำกัดด้วย สำหรับในเรื่องการเซ็นเซอร์เนื้อหา นั้น รัฐธรรมนูญเยอรมันและรัฐธรรมนูญไทยมีความแตกต่างกันชัดเจน คือ ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน มีการห้ามมิให้มีการเซ็นเซอร์ความคิดหรือผลงานทางความคิดที่เกิดจากการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพสำนักพิมพ์ เสรีภาพการรายงานข่าวผ่านสื่อวิทยุหรือภาพยนตร์ ก่อนการแสดงออกมหาหรือเผยแพร่ แต่สำหรับในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีแต่เพียงการกำหนดห้ามการเซ็นเซอร์ก่อนการเผยแพร่ในกรณีของการนำเสนอข่าวของสื่อมวลชนตามมาตรา 35 วรรคสามเท่านั้น

6. เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ (Freedom of Peaceful Assembly) จัดทำโดย ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Professor Dr. Prasit Pivavatnapanich, Faculty of Law, Thammasat University, an Expert to Justice of the Constitutional Court)

การชุมนุมเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย เนื่องจากว่าสิทธิการชุมนุมเป็นรูปแบบการรวมตัวของปัจเจกชนที่ต้องการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นหรือความต้องการในรูปแบบหนึ่งไปยังสาธารณชนหรือผู้ปกครอง สิทธิการชุมนุมนี้จึงมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสิทธิหรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (freedom of expression)

การพิจารณาว่าการชุมนุมเป็นไปโดยสงบหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศส่วนใหญ่จะพิจารณาภาพรวมของการชุมนุม การที่มีผู้ชุมนุมไม่กี่คนมีพฤติกรรมรุนแรง ไม่เหมาะสมนั้นไม่ทำให้การชุมนุมนั้นกลายเป็นการชุมนุมที่ไม่สงบ

สำหรับเงื่อนไขในการแจ้งล่วงหน้าให้เจ้าหน้าที่ทราบนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นค่อนข้างตีความผ่อนคลายความเคร่งครัดของกฎหมายการชุมนุม หรือตีความไปในทางส่งเสริมสิทธิ

การชุมนุมของประชาชน แม้ว่ากฎหมายการชุมนุมจะบัญญัติให้แกนนำจะต้องแจ้งการชุมนุมให้แก่เจ้าหน้าที่เป็นการล่วงหน้าแต่ศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศก็ตีความทำนองว่า การมีได้แจ้งการชุมนุมล่วงหน้าไม่ทำให้การชุมนุมไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการสลายการชุมนุม ส่วนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยค่อนข้างตีความตามตัวอักษรคือถือตามกฎหมายการชุมนุมที่บัญญัติว่า การชุมนุมที่มีได้แจ้งล่วงหน้าเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แม้ว่าสิทธิการชุมนุมจะได้รับการรับรองไว้ในตราสารระหว่างประเทศ ด้านสิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติการชุมนุมก็ตาม แต่สิทธิการชุมนุมจะบังเกิดผลสัมฤทธิ์ขึ้นจริงในทางปฏิบัติก็จะต้องอาศัยการใช้และการตีความของศาล (ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม) ฉะนั้น ศาลจึงมีบทบาทอย่างมากในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิการชุมนุมของประชาชนในสังคมประชาธิปไตยผ่านการตีความกฎหมายการชุมนุม โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายและบริบทของสังคมประชาธิปไตยและหลักนิติธรรม

## ส่วนที่สอง การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Part II : Constitutional Review)

1. การส่งเรื่องมาโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร (Constitutionality of Law referred to the Constitutional Court by the Court of Justice, the Administrative Court, and the Military Court) จัดทำโดย ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.จirinติ หะวานนท์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Professor Dr. Chiranit Havanond, Justice of the Constitutional Court)

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ กำหนดโครงสร้างองค์กรและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจปกครอง กำหนดสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชน และกำหนดกระบวนการตรากฎหมายมาใช้บังคับแก่ประชาชน บทบัญญัติใด ๆ ของกฎหมายจึงขัดหรือแย้งต่อ

รัฐธรรมนูญไม่ได้ ทำให้มีความจำเป็นต้องมีระบบควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 กำหนดวิธีการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระหว่างที่คดีอยู่ในศาล ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัยต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์เทียบเท่า เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลที่มีเขตอำนาจจะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงแห่งคดี โดยการส่งข้อโต้แย้งพร้อมด้วยความเห็นมายังศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องทำเป็นหนังสือ ปรากฏเหตุผลที่ขัดแย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างไร ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราใด แต่เรื่องที่จะส่งมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ต้องไม่เคยมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเดียวกันมาก่อน ผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ การปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเอง ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของปวงชนชาวไทยเป็นหลัก

2. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 (The Protection of Rights and Liberties by the Constitutional Court under Section 213) จัดทำโดย ดร.นันทชญา ชาญณรงค์ เนติบัณฑิตเยอรมันชั้นสูง (Dr. iur. Nanchaya Channarong (Ass. iur.))

ผู้เขียนสรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 จำนวน 3 คำวินิจฉัย ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 4/2563 เรื่อง นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ (ผู้ร้อง) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 7/2563 เรื่อง นายวิทเทอวิน จิบเบอ ยูลิชชีส ไมเคิล หรือ จิบเบอ ยูลิชชีส ไมเคิล วิทเทอวิน (ผู้ร้อง) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 5/2564 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดิน (ผู้ร้อง) โดยการร้องเรียนของกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย ขอให้

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบคดีรัฐธรรมนูญ เรื่อง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญ ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยและเยอรมัน จากการศึกษาเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีการวางบรรทัดฐานคดีรัฐธรรมนูญไว้สอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันในหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำวินิจฉัยที่ 4/2563 และ 7/2563 แต่ก็มีหลักบางประการที่มีความแตกต่างกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ การอนุญาตให้บุคคลที่สาม ซึ่งมีใช้ผู้ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพมีสิทธิในการยื่นคำร้องและการที่มีความเห็นเป็นเบื้องต้นว่านิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ เช่น กระทรวง สามารถถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้ ดังเช่นในคำวินิจฉัยที่ 5/2564

กล่าวโดยสรุปแล้ว 25 ปี ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้ทำหน้าที่ภายใต้หลักปรัชญาของศาลรัฐธรรมนูญที่ว่า “ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน” เพื่อสร้างความเชื่อมั่นและศรัทธาต่อประชาชน

\*\*\*\*\*

## Executive Summary

The study report on “Prominent Precedents on the Constitutional Adjudication” by Professor Emeritus Dr. Borwornsak Uwanno as Head of researchers aims to examine the precedents of the Constitutional Court rulings rendered by the Justices of the Constitutional Court, as well as the judgments of the Supreme Court and the Supreme Administrative Court, laying down the precedents regarding constitutional implementation and interpretation. The study also aims to comparatively investigate and analyze the precedents on Thai and foreign constitutional adjudication. It can be divided into two parts as follows.

### **Part I: The Protection of Human Dignity, Rights and Liberties of the People**

1. The Rule of Law by Dr. Punya Udchachon, Justice of the Constitutional Court

The term “rule of law” initially appeared in the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550 (2007). Section 3 paragraph two stated that “the performance of duties of the National Assembly, the Council of Ministers, the Courts, Constitutional organizations and State agencies shall be in accordance with rules of law”. Later, section 3 paragraph two of the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017), stipulates that “the National Assembly, the Council of Ministers, the Courts, the Independent Organs, and the State agencies shall perform duties in accordance

with the Constitution, laws and the rule of law for the common good of the nation and the happiness of the public at large”. In this connection, the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand has adhered so far to the rule of law for its constitutional adjudication based upon two vital essences -- process and substance. As for the first basis, the legislative process, the enactment of the executive, fair trials and independence of the judiciary shall be taken into account. Lastly, substance constitutes *ex post facto* law, unjust discrimination, the presumption of innocence, constitutionality of law, as well as fair and unprejudiced hearing. The Constitutional Court of the Kingdom of Thailand shall, hence, perform its duties to achieve international standards pursuant to the United Nations Rule of Law Indicators in order for justice administration, protection of people’s rights and liberties including public interests, and universally standardized management of constitutional cases to gain public confidence and faith under the rule of law eventually.

2. Legal Restrictions of Rights and Liberties by Associate Professor Dr. Pawarit Lertdhamtewe, Faculty of Law, Ramkhamhaeng University

Rights and liberties prescribed in the Constitution may be restricted by any legal power. Such restriction of people’s rights and liberties by legal provisions shall be consistent with constitutional ones providing such direct authorization and based on the guarantee of constitutional rights and liberties. That is to say, should absolute rights be guaranteed in the Constitution, the restriction of such rights and liberties shall not be permitted. The said limitation shall be

imposed by constitutional power, providing five different clauses: (1) exception not deemed as unjust discrimination, i.e. section 27 of the Constitution; (2) exception by an order or warrant issued by the Court or on other grounds as provided by law, i.e. sections 28 paragraph two and paragraph three or section 33, section 36, section 41, section 43, section 45, section 46, section 47 and section 48 of the Constitution; (3) exception of an act imposed as an offence and provided punishment by the law in force at the time of commission, i.e. section 29 of the Constitution; (4) exception by virtue of the provisions of law, i.e. section 32, section 34, section 38, section 40, section 42 and section 44 of the Constitution; and (5) exception during the time when the country is in a state of war according to section 35 paragraph three of the Constitution.

As for subordinate legislation, the restriction of people's rights and liberties may be applied if constitutionally authorized primary law imposes such limitation under conditions and hierarchy of laws.

In addition to primary and subordinate legislation placing the restriction of people's rights and liberties, laws having existed prior to the current Constitution or having been enacted under the provisions of the previous Constitutions consist of unconstitutional texts or provisions shall be deemed constitutional insofar as any person brings a lawsuit or defends himself or herself in court, and the court rules that they are contrary to or inconsistent with the Constitution.

### 3. The Justification and Necessity for Restrictions of Rights and Liberties by Ref. iur. Prachya Chiasakul

As for the precedents on the constitutional adjudication, the author analyzed a Constitutional Court ruling in five aspects as follows.

1) The meaning of “justification and necessity for restrictions of rights and liberties”

By comparison with the conditions stated in section 26 paragraph one of the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017), and Constitutional Court Ruling No. 8/2561 (2018), dated 26<sup>th</sup> December B.E. 2561 (2018), the conditions of “justification and necessity for restrictions of rights and liberties” vary in meanings beyond constitutional stipulation providing legislative power. On the other hand, they may conform to “purpose” or “intent” of the law as referred by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany for its rulings under the proportionality principle.

2) The purpose of “specification” of justification and necessity for restrictions of rights and liberties

As analyzed by the author, the Constitutional Court was of opinion that the specification of justification and necessity for such restrictions was intended to limit the exercise of state power in order not to arbitrarily pass any law governing the public. Furthermore, the above-mentioned specification positively enables law enforcers to apply such justification and necessity as a law enforcement basis under the proportionality principle, and also the court to decide on whether constitutionality of law.

### 3) Scope of application of provisions in terms of time

In its Ruling No. 8/2561 (2018), the Constitutional Court held that the Anti-Money Laundering Act, B.E. 2542 (1999), specified justification and necessity for restrictions of rights and liberties; however, it did not explain in detail whether and why such conditions shall be applied to the law on the date of promulgation of the Constitution. As a result, it seems that the Constitutional Court also intended to apply such formal conditions to the law in effect on the date of the promulgation of the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017). In the author's opinion, the legislator, nevertheless, would never anticipate that such formal conditions would be imposed in the future, so they should not be applied retroactively. Moreover, the Constitutional Court's consideration on this matter was merely an annotation to complete the reasoning of its ruling.

### 4) Scope of application of provisions in terms of substance

The conditions in section 26 paragraph one of the Constitution relating to the specification of justification and necessity for restrictions of rights and liberties can be applied to the enactment of a law resulting in restrictions of all categories of rights or liberties regardless of whether or not there is any specific provision prescribing special conditions for such restrictions.

### 5) Style of writing

In its Ruling No. 8/2561 (2018), the Constitutional Court held that the Anti-Money Laundering Act, B.E. 2542 (1999), specified justification and necessity for restrictions of rights and

liberties and referred to the reason for the pronouncement as specified at the end of such Act. This may be understood that reasons can be designated in remarks at the end of the act. However, the author is of opinion that a precedent for the form of “specifying” justification and necessity for restrictions of rights and liberties in line with section 26 paragraph one of the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017), could not be established by Constitutional Court Ruling No. 8/2561 (2018). Given that the case was relevant to the constitutionality of the legal provision the Court relied on pursuant to section 212 of the Constitution, the applicant had no power to object any issues related to the enactment under the legislative procedure as well as the specification of justification and necessity for restrictions of rights and liberties under section 26 paragraph one of the Constitution.

4. Double Jeopardy (*ne bis in idem*) by Associate Professor Dr.Pokpong Srisanit, Dean of Faculty of Law, Thammasat University

“Double jeopardy” or “not twice for the same” (*ne bis in idem*) is of value in terms of human rights, constitutionism, criminal law and criminal procedure law principles. In light of those concepts, a trial or punishment shall not be resumed to an offender of the same act. Such principle is a sub-dimension of the rights to a fair trial, universally regarded as criminal justice standard recognized in the International Covenant on Civil Rights and Political Rights (ICCPR). It is also prescribed in the constitutions of many countries as well as criminal law and criminal procedure law principles.

In Thailand, this principle is also recognized in its criminal law and criminal procedure law. Although it has not been explicitly stated in the Constitution, it may be deemed a constitutional value through interpretation as part of the principle of enacting laws under necessity and proportionality in the Constitution of the Kingdom of Thailand. The interpretation has been adopted by the Constitutional Council (*le Conseil Constitutionnel*) while it may await the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand to decide on this issue.

5. Freedom of Expression by Dr. iur. Nanchaya Channarong (Ass. iur.)

The author analyzed interesting rulings related to freedom of expression, i.e. Constitutional Court Ruling No. 30/2555 (2012) and Central Administrative Court Judgment *Red Case* No. 2747/2558 (2015). In addition to those judicial decisions, the author also took into account: 1) freedom of expression in the constitutional provisions of Thailand and Germany; 2) restricted areas (*Schutzbereich*); and 3) censorship.

As democratic countries, both Thailand and the Federal Republic of Germany emphasize freedom of expression. Given the relationship between freedom of expression and the process of ideological struggle in a democratic regime, both German and Thai Constitutions underline freedom of expression not only as freedom of thought, speeches or opinion expression, but also freedom to impart proven information. Such information shall not be an idea or opinion; it is a start of expression, indeed. In addition, both Thai

and German Constitutions agree that despite its significance, such freedom is not an absolutely protected condition which shall not be infringed. Legislative power to enact any law restricting freedom of expression is, on the other hand, recognized in both of the said Constitutions; to be more precise, section 34 paragraph one of the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017) and article 5 (2) of the Basic Law of the Federal Republic of Germany, respectively. However, the State is not allowed to arbitrarily restrict individual liberties. The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, in particular, has formulated the *Wechselswirkungslehre* theory, under which substance and significance of fundamental rights shall be taken into account in order for the restriction. As for censorship, the German Basic Law is essentially distinct from the Constitution of Thailand. In other words, censorship of ideas or conceptual works resulting from the exercise of fundamental rights to expression and press freedom to broadcast information prior to dissemination shall be prohibited in the German Basic Law. Nevertheless, censorship before publication of any media shall not be permitted in accordance with section 35 paragraph three of the Constitution of the Kingdom of Thailand.

6. Freedom of Peaceful Assembly by Professor Dr.Prasit Pivavatnapanich, Faculty of Law, Thammasart University, an Expert to Justice of the Constitutional Court.

Assembly is a fundamental right under a democratic regime. As it is a form of a gathering of individuals who want to express their opinions or desire in a certain way to the public or governor, such right closely involves freedom of expression.

To deliberate whether it is peaceful assembly or not, most of the foreign Constitutional Courts have taken into consideration such overall incident. An inappropriate or aggressive act of a few rally members is not deemed unrest.

As for the condition of advance notification, the aforementioned foreign Constitutional Court tended to moderately interpret the restrictiveness of the law on assembly or promote a right to public assembly. Although such law provides that an assembly shall be notified by a rally leader to an official in advance, a failure to do so, upon such foreign Constitutional Court's consideration, did not illegalize such gathering claimed by any officials to implement measures of assembly dissolution. Conversely, upon the ruling of the Thai Constitutional Court, plain interpretation of the law on assembly was applied: any assembly without advance notification shall be unlawful.

Despite the recognition of a right to assembly in the International Human Right Instruments, the Constitution and the Public Assembly Act, such right can be practically achieved by the exercise and interpretation of the judiciary (the Constitutional Court, the Administrative Court, and the Court of Justice). Therefore, it considerably plays a pivotal role in promoting and protecting a right to public assembly in a democratic society through statutory interpretation under the spirit and the rule of law.

## Part II: Constitutional Review

1. Constitutionality of Law referred to the Constitutional Court by the Court of Justice, the Administrative Court, and the Military Court by Professor Dr. Chiranit Havanond, Justice of the Constitutional Court.

The Constitution is the supreme law to govern a country, providing the institutional structure and relationships between authoritative institutions, establishing people's rights and liberties as well as stipulating legislative procedures to govern the public. Thus, any provisions of law shall not be contrary to or inconsistent with the Constitution and the mechanism for constitutionality of law is necessary. Section 212 of the Constitution prescribes the procedure of the objection of constitutionality of a provision of law during a trial which shall be an act or equivalent law and deemed as a legal problem that the court of jurisdiction shall apply to the factual background. Such written objection with an opinion submitted to the Constitutional Court shall include apparent reasons: to what extent such provision violates people's rights and liberties, and what section of the Constitution such provision is contrary to or inconsistent with. However, the matter shall not be the same issue as the Constitutional Court's precedents, and the decision of the Court shall be final and binding on sovereign polities, Independent Organs, and State agencies. For the sake of the Thai people's interests, the Constitutional Court shall, *vice versa*, perform its duties under the Constitution, law, and the rule of law.

2. The Protection of Rights and Liberties by the Constitutional Court under Section 213 by Dr.iur. Nanchaya Channarong (Ass. iur.)

By comparison between several landmark decisions of both the Thai and German Constitutional Courts on the protection of rights and liberties, the author summarized three interesting Constitutional Court rulings relevant to section 213 of the Constitution: Constitutional Court Ruling No. 4/2563 (2020) Re: Miss Srisamai Chueachat (applicant) requested for a Constitutional Court ruling under section 213 of the Constitution; Ruling No. 7/2563 (2020) Re: Mr.Witteveen Tjibbe Ulysses Michael, or Tjibbe Ulysses Michael Witteveen (applicant) requested for a Constitutional Court ruling under section 213; and Ruling No. 5/2564 (2021) Re: the Ombudsman (applicant), by complaints from the Ministry of Transport and the State Railway of Thailand, requested for a Constitutional Court ruling under section 213. It is found that the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand has established precedents on constitutional adjudication in line with a variety of German constitutional principles, especially on Rulings No. 4/2563 (2020) and No. 7/2563 (2020). By contrast, some markedly differ from the German principles. To be more specific, permission of a third party whose rights and liberties are not abused retains a right to complaint. In addition, constitutional rights and liberties of a juristic person under public law, i.e. any ministries, may be violated as in Ruling No. 5/2564 (2021).

In conclusion, along with its 25 years, the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand has performed its duties under its motto: “Adhere to the Rule of Law, Uphold Democracy, and Promote Rights and Liberties of the People” in order for public trust and confidence.

\*\*\*\*\*

ส่วนที่ 1 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์  
และสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(Part I : The Protection of Human Dignity,  
Rights and Liberties of the People)

# บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

## 1.1 หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

โดย  
ดร.ปัญญา อุดชาชน  
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

สารบัญ

หน้า

1. พัฒนาการของหลักนิติธรรม (ค.ศ. 1215).....	5
2. พัฒนาการของหลักนิติธรรมของอังกฤษ หลักศุนิติกกระบวนการของสหรัฐอเมริกา และหลักนิติรัฐในยุโรป : จากหลักในประเทศสู่หลักการสากลในโลก.....	6
2.1 กรณีหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ของอังกฤษ .....	6
2.2 กรณีหลักศุนิติกกระบวนการ (Due Process of Law) ของสหรัฐอเมริกา.....	6
2.3 กรณีหลักนิติรัฐ (Legal State) ในยุโรป .....	7
2.4 หลักในประเทศสู่หลักสากลของโลก.....	8
3. หลักนิติธรรมอันเกิดจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....	11
3.1 การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ.....	12
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	13
3.2 การกระทำความผิดอาญาต่อพระมหากษัตริย์ .....	14
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	17
3.3 หลักการสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ .....	17
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	19
3.4 หลักการจ่ายค่าทดแทน .....	19
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	21
3.5 กระบวนการเสนอขอจัดสรรงบประมาณประจำปี.....	21
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	25
3.6 การตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม .....	25
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	32
3.7 นายกรัฐมนตรีใช้ตำแหน่งก้าวก้าวหรือแทรกแซง.....	32
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	34
3.8 การสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา	
โดยอาศัยสถานะของบุคคล .....	34
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	36

## สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3.9	วาระการดำรงตำแหน่งขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ .....	36
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	38
3.10	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งและประกาศ ของหัวหน้าคณะปฏิวัติ .....	39
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	44
3.11	มาตรการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินให้ตกเป็นของแผ่นดิน .....	45
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	46
3.12	สิทธิในการต่อสู้ของจำเลยกรณีคดียังไม่ถึงที่สุด .....	47
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	48
3.13	การนำสำนวนคดีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มาเป็นหลัก ในกระบวนการพิจารณาของศาล .....	49
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	50
3.14	บุคคลอาจต้องร่วมรับผิดชอบแพ่งกับบริษัทที่ตนถือหุ้นในบริษัท .....	51
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	51
3.15	การคำนวณเงินบำเหน็จบำนาญกรณีกลับเข้ารับราชการ .....	52
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	54
3.16	การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา .....	54
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	55
3.17	การไม่ยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ .....	56
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	59
3.18	การปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทย ได้ให้สัตยาบันไว้ .....	60
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	62
3.19	การประชุมสาธารณะ .....	63
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	65
3.20	อายุความ .....	67
	บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	68

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.21 ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล.....	69
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	70
3.22 การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาในคดีอาญามีให้ถูกฟ้องเมื่อเกินกำหนด ระยะเวลาการฟ้องคดี .....	71
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	73
3.23 การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข .....	73
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	77
3.24 การสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน .....	79
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	81
3.25 การนำพยานหลักฐานในสำนวนมาเป็นหลัก .....	82
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	83
3.26 คดีให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่ภาระการพิสูจน์ .....	84
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	85
3.27 สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย .....	86
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	87
3.28 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ .....	87
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	88
3.29 โทษฐานประพาศติผิดมรรยาทนายความ.....	89
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ .....	90
4. สรุป .....	91
บรรณานุกรม .....	93
ดัชนีค้นคำ .....	94

# หลักนิติธรรม (The Rule of Law)\*

ปัญญา อุดชาชน\*\*

## 1. พัฒนาการของหลักนิติธรรม (ค.ศ. 1215)

มหาบัตรรัฐธรรมนูญ (The Magna Carta) ถือได้ว่าเป็นกฎบัตรที่มีอิทธิพลต่อประวัติศาสตร์ความเป็นมา อย่างยาวนานของหลักนิติธรรม โดยมหาบัตรรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อจำกัดอำนาจผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง ซึ่งเป็นรากฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ทั้งนี้ มหาบัตรรัฐธรรมนูญเกิดจากการต่อสู้ระหว่าง King John (1199 - 1216) กับ Baron และในที่สุด King John ได้ทรงยินยอมลงพระปรมาภิไธย เพื่อจำกัดอำนาจของพระองค์เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1215 ที่ Runnymede ท่งหญ้าริมฝั่งแม่น้ำเทมส์ ดังปรากฏหลักฐานในมหาบัตรรัฐธรรมนูญ clauses 39 และ 40 ดังนี้

“No free man is to be arrested, or imprisoned, or imprisoned or disseised [i.e. be deprived of his lands or possession], or outlawed, or exiled, or in any other way ruined, nor will we go against him or send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. To no-one shall we sell or deny or delay right or justice.”<sup>1</sup>

ดังนั้น ถ้อยคำในมหาบัตรรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นการยืนยันรากฐานของสิทธิในการพิจารณาอย่างเป็นธรรม (Right to Fair trial) ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรม ปราศจากอคติโดยเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม

---

\* ผู้เขียนกำหนดขอบเขตการศึกษาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ให้เหตุผลโดยมีถ้อยคำว่า “หลักนิติธรรม” เท่านั้น ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นต้นไป เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้บัญญัติถ้อยคำ “หลักนิติธรรม” ในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก

\*\* ตลกาการศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>1</sup> Nicholas Vincent. Magna Carta: Origins and Legacy. Bodleian Library, University of Oxford, London, 2015, P.9.

## 2. พัฒนาการของหลักนิติธรรมของอังกฤษ หลักศุนีติกระบวนการของสหรัฐอเมริกา และหลักนิติรัฐในยุโรป : จากหลักในประเทศสู่หลักการสากลในโลก

### 2.1 กรณีหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ของอังกฤษ

Albert Venn Dicey นักนิติปรัชญาที่ได้ชื่อว่า “บิดาของหลักนิติธรรม” ได้เขียนหนังสือชื่อ Introduction to the study of the Law of the Constitution ค.ศ. 1885 ได้สรุปลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษ โดยอธิบายหลักนิติธรรมว่าประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

2.1.1 บุคคลจะถูกลงโทษเมื่อเขาได้กระทำความผิดตามกฎหมายที่ถูกตราขึ้น โดยชอบ กล่าวคือ กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นต้องชอบด้วยทั้งกระบวนการตามกฎหมาย และเนื้อหาของกฎหมาย โดยบุคคลจะถูกลงโทษเมื่อได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายระบุลักษณะความผิดที่ใช้บังคับทั่วไป และโทษเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนที่พอเหมาะพอควรที่สมควรแก่เหตุ

2.1.2 บุคคลทุกคนเสมอภาคภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ การที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่สาระสำคัญที่เหมือนกันให้เท่าเทียมกันหรืออย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่สาระสำคัญที่ไม่เหมือนกันให้แตกต่างกันตามลักษณะเฉพาะของเรื่องนั้น ๆ ไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นรัฐมนตรีหรือประชาชนคนเดินถนน ก็ต้องขึ้นศาลเดียวกัน

2.1.3 รัฐธรรมนูญอังกฤษไม่ได้เกิดจากการบัญญัติขึ้นของมนุษย์อย่างในสหรัฐอเมริกา แต่เกิดจากการที่ศาลยุติธรรมคุ้มครองประชาชนมาเป็นเวลานาน

หลักนิติธรรมดังกล่าว เป็นการสรุปหลักการที่ Dicey เห็นว่าเป็นลักษณะเฉพาะของรัฐธรรมนูญอังกฤษในยุคปลายศตวรรษที่ 19 ไม่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์หรือจริยธรรมของกฎหมายแต่อย่างใด

### 2.2 กรณีหลักศุนีติกระบวนการ (Due Process of Law) ของสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ถือได้ว่าเป็นเอกสารลายลักษณ์อักษรของกฎหมายมหาชน ที่สำคัญที่สุดในโลกโดยเกิดขึ้นจากลัทธิเสรีนิยมสมัยใหม่ (Modern Liberalism) ซึ่งมีรากฐานมาจากแนวคิดของ John Lock หรือ Alexis de Tocqueville เกี่ยวกับประชาธิปไตยระบบผู้แทนและสิทธิเสมอภาคและความเสมอภาคของประชาชน นอกจากนั้น หลักอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ภายใต้อำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้รับ การยืนยันจากคำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดี Marbury V. Madison ค.ศ. 1803 เป็นบรรทัดฐานของศาลที่ได้รับการยอมรับมาจนถึงปัจจุบัน เป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงกระบวนการยุติธรรมที่ต้องยึดความเที่ยงธรรมในการพิจารณา พิพากษาคดีของศาล ด้วยความสำคัญดังกล่าว หลักนิติธรรมหรือหลักศุนิติกระบวนการ (due process of law) จึงปรากฏในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 ค.ศ. 1791 ซึ่งศาลฎีกาใช้หลักกฎหมายดังกล่าวควบคุมกฎหมายและการใช้อำนาจรัฐมาโดยตลอด เช่น คดี Miranda v. Arizona

พึงสังเกตว่า หลักศุนิติกระบวนการดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายสำคัญ ในรัฐธรรมนูญ มีสภาพบังคับทำให้กฎหมายที่ขัดหลักศุนิติกระบวนการใช้บังคับมิได้ รวมทั้งการใช้อำนาจที่ขัดต่อหลักดังกล่าวก็ทำให้การใช้อำนาจนั้นไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญดังเช่นคดี Miranda v. Arizona

### 2.3 กรณีหลักนิติรัฐ (Legal State) ในยุโรป

บุคคลที่สรุปแนวคิดไว้อย่างชัดเจนที่สุด คือ นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส ชื่อ กาเร เดอ มัลแบร์ (R. Carré de Malberg) ซึ่งแสดงให้เห็นข้อแตกต่างระหว่าง “รัฐตำรวจ” (Etat de Police หรือ Police State) ว่า

“ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนิน มาตรการอะไรก็ได้ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็น ในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ รัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่า วัตถุประสงค์สุดท้าย เป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้น จะทำอย่างไรก็ได้ (la fin justifie des moyens) ตรงกันข้ามกับ “นิติรัฐ” (Etat de droit หรือ Rechtsstat) ซึ่งเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และ เพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำ ของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชน และกฎหมายประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐ หรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎหมายสองชนิด ที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ ฝ่ายปกครอง ที่ไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนามาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น (loi) ให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรง หรือโดยปริยาย

ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เกิดอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้

เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบ และที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย”<sup>2</sup>

หลักนิติรัฐ (Legal State) ในยุโรปดังกล่าว เป็นเพียง “จริยธรรมของกฎหมาย” เพื่อเอาไว้ใช้วัดว่าระบบกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรม “ดี” หรือ “เลว” เป็น “นิติรัฐ” (ดี) หรือ “รัฐตำรวจ” (เลว) ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายดังที่ปรากฏในสหรัฐอเมริกา

## 2.4 หลักในประเทศคู่หลักสากลของโลก

หลักนิติธรรม หลักศุภนิติกระบวนการ และหลักนิติรัฐ เป็นหลักการเป็นหลักจริยธรรมหรือเป็นหลักรัฐธรรมนูญในประเทศที่กำเนิด แต่มีลักษณะคล้ายคลึงและใกล้เคียงกัน ต่อมานักกฎหมายทั่วโลกต่างเห็นพ้องต้องกันว่า

<sup>2</sup> บวรศักดิ์ อรรถมนเณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 2 : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550. หน้า 47-48 แปลจาก R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome I, (Paris : CNRS, 1920), p. 488.

หลักการนี้สำคัญมากจึงนำมาขยายผลไปในระดับระหว่างประเทศดังที่ปรากฏในนิยามต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

2.4.1 ศาสตราจารย์ Lon L.Fuller หนังสือ The Morality of Law (1964) ระบุว่า มาตรฐานทางจริยธรรม (Moral Standards) ซึ่งเป็นจริยธรรมภายในของกฎหมาย (inner morality of law) ซึ่งเรียกว่า (principal of legality) ที่จะทำให้สิ่งใดเป็นกฎหมาย โดยมี 8 หลัก คือ

- 1) มีความทั่วไป (sufficient generality)
- 2) ประกาศใช้อย่างเปิดเผย (publicly promulgated)
- 3) ใช้ไปในอนาคตไม่ย้อนหลัง (prospective)
- 4) อย่างน้อยต้องชัดเจนเข้าใจได้ (minimally clear and intelligible)
- 5) ปราศจากการขัดแย้งกัน (free of contradictions)
- 6) มีเสถียรภาพ ไม่เปลี่ยนแปลงวันต่อวัน (relatively constant)
- 7) มีความเป็นไปได้ที่จะปฏิบัติตาม (possible to obey)
- 8) บังคับใช้โดยไม่ต่างไปจากความหมายที่ชัดหรือปรากฏอย่างมาก

หลักทั้ง 8 นี้ จะเป็นหลักประกันว่ากฎหมายทุกฉบับจะมีมาตรฐานจริยธรรมที่สมควรเคารพ เป็นธรรม และคาดหมายได้ ซึ่ง Fuller ถูกจัดให้เป็น legal regularity คือ นิติธรรมปกติหรือขั้นต่ำ แต่หน่วยงานทางกฎหมายและนักนิติศาสตร์กลับเพิ่มหลักประชาธิปไตยและสิทธิมนุษยชนที่ตนเห็นว่า จะทำให้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมเป็นกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่ดีมีนิติธรรม

2.4.2 Declaration of Delhi (1959) ของ International Commission of Jurists ซึ่งมี 3 องค์ประกอบที่สำคัญ ได้แก่

- 1) บุคคลแต่ละคนมีสิทธิเสรีภาพที่รัฐต้องรับรองและคุ้มครอง
- 2) ต้องมีศาลที่เป็นอิสระและวิชาชีพกฎหมาย รวมทั้งกลไกที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่เที่ยงธรรมและมีประสิทธิภาพ
- 3) ต้องมีเงื่อนไขทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมที่เอื้อต่อการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์ และทำตามความใฝ่ฝัน

### 2.4.3 UN Secretary's report

The Secretary-General has described the rule of law as “a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.” (Report of the Secretary-General: The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies (S/2004/616))

2.4.4 ศาสตราจารย์ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร กล่าวถึงหลักนิติธรรมว่า “หลักนิติธรรม ก็คือหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตย ที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่ง ทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรม ตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม”

### 2.4.5 ร่างรัฐธรรมนูญฉบับสภาพปฏิรูปไม่เห็นชอบ

ร่างมาตรา 205 หลักนิติธรรมอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญ ในระบอบประชาธิปไตย อย่างน้อยมีหลักการพื้นฐานสำคัญดังต่อไปนี้

- 1) ความสูงสุดของรัฐธรรมนูญและกฎหมายเหนืออำนาจอใจของบุคคลและการเคารพรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ทั้งโดยรัฐและประชาชน
- 2) การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค
- 3) การแบ่งแยกการใช้อำนาจ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการป้องกันการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวม

4) นิติกระบวนการอันเป็นธรรม ซึ่งอย่างน้อยต้องไม่บังคับใช้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายย้อนหลังเป็นโทษทางอาญาแก่บุคคล ให้บุคคลมีสิทธิในการปกป้องตนเอง เมื่อสิทธิหรือเสรีภาพถูกระงับ ไม่บังคับให้บุคคลต้องให้ถ้อยคำ ซึ่งทำให้ต้องรับผิดทางอาญา ไม่ทำให้บุคคลต้องถูกดำเนินคดีอาญาในการกระทำ ความผิดเดียวกันมากกว่า 1 ครั้ง และมีข้อจำกัดให้สันนิษฐานว่า บุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีคำพิพากษาการกระทำผิด

5) ความเป็นอิสระของศาล และความสุจริตเที่ยงธรรมของ กระบวนการยุติธรรม

กล่าวโดยสรุป หลักนิติธรรมประกอบด้วย 3 ส่วนสำคัญ คือ<sup>3</sup>

1) ด้านกระบวนการ (Process) ประกอบด้วย กระบวนการตรากฎหมาย ของฝ่ายนิติบัญญัติ การบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหาร กระบวนการพิจารณาคดี ที่เป็นธรรมของฝ่ายตุลาการ และการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

2) ด้านเนื้อหา (Substance) ประกอบด้วย กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลัง การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม บทสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าพิสูจน์ได้ว่าผิด การใช้อำนาจรัฐไม่เกินขอบเขต (Ultra Vires) การใช้อำนาจรัฐต้องมีเหตุผล กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลพิจารณาคดี ด้วยความเที่ยงธรรมปราศจากอคติ

3) ด้านองค์กร (Organization) ต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ ต้องมีศาลที่อิสระเที่ยงธรรม และกระบวนการยุติธรรมที่เที่ยงธรรม

3. หลักนิติธรรมอันเกิดจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ถ้อยคำ “หลักนิติธรรม” ที่ปรากฏในเนื้อหาของมาตราในรัฐธรรมนูญ ปรากฏขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระและหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญกฎหมายและหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์

<sup>3</sup> ปัญหา อุดชาชน. หลักนิติธรรม : คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทย-เยอรมนี. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2564 หน้า 58.

ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” ด้วยเหตุนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ให้เหตุผลที่ปรากฏถ้อยคำในคำวินิจฉัยว่าขัดหรือ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จนถึงปัจจุบัน มีปรากฏดังต่อไปนี้

### 3.1 การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ

คณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ เป็นโจทก์ ได้ยื่นฟ้อง พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร จำเลยที่ 1 กับพวกรวม 47 คน เป็นจำเลยต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2551 เป็นคดีหมายเลขดำที่ อม.1/2551 ในฐานความผิดเป็นเจ้าพนักงาน และผู้สนับสนุนเจ้าพนักงานและพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ โดยมีขอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติและละเว้นการ ปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต เป็นเจ้าพนักงาน และพนักงานผู้สนับสนุนเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการ หรือรักษาทรัพย์สินใด เปียคบังทรัพย์สินนั้นเป็นของตน หรือของผู้อื่น โดยทุจริต เป็นพนักงานและผู้สนับสนุนเจ้าพนักงาน และพนักงานมีหน้าที่จ่ายทรัพย์สิน จ่ายทรัพย์สินนั้นเกินกว่าที่ควรจ่ายเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เป็นเจ้าพนักงาน และสนับสนุนเจ้าพนักงานมีหน้าที่ หรือแสดงว่าตนมีหน้าที่เรียกเก็บ หรือตรวจสอบ ภาษีอากร ค่าธรรมเนียมหรือเงินอื่นใด โดยทุจริต เรียกเก็บ หรือละเว้นไม่เรียกเก็บ ภาษีอากร ค่าธรรมเนียม หรือเงินนั้น หรือกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ เพื่อให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากร หรือค่าธรรมเนียมนั้น มิต้องเสียหรือเสียน้อยไป กว่าที่จะต้องเสีย เป็นพนักงานและผู้สนับสนุนพนักงานมีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการ หรือรักษาทรัพย์สินใด ใช้อำนาจหน้าที่โดยทุจริต อันเป็นการเสียหายแก่องค์กร บริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลหรือหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่น เป็นเจ้าพนักงาน และพนักงาน และผู้สนับสนุนเจ้าพนักงานและพนักงานมีหน้าที่จัดการ หรือดูแล กิจการใดเข้ามามีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นเนื่องด้วยกิจการนั้น

จำเลยโต้แย้งว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 และคณะกรรมการตรวจสอบ (คตส.) เป็นการจัดทำขึ้น หรือตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบเฉพาะการดำเนินงานหรือโครงการ ที่ได้รับอนุมัติ หรือเห็นชอบโดยบุคคลในคณะรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีเฉพาะคณะ ที่พ้นจากตำแหน่งโดยผลของการปฏิรูปการปกครอง ฯ เท่านั้น ไม่ใช้บังคับแก่กรณี

หรือบุคคลทั่ว ๆ ไป และ คตส. ปฏิบัติหน้าที่ได้ในเวลาที่กำหนดเท่านั้น กรณีจึงเป็นการออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเป็นการออกกฎหมายที่ให้ผลลัพธ์บังคับเป็นการเฉพาะ ไม่ใช่เป็นการทั่วไป โดยมุ่งหมายให้ใช้บังคับเฉพาะแก่กรณีและเฉพาะแก่บุคคลเพื่อคณะบุคคลดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น จึงขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 มาตรา 6

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิรูปการปกครองฯ ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีได้เป็นการจัดตั้งองค์กรตรวจสอบอื่นใดขึ้นมาใหม่ เป็นเพียงแต่การขยายระยะเวลาการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ (คตส.) ออกไปอีกระยะหนึ่งตามความจำเป็น เพื่อให้ คตส. สามารถทำหน้าที่ที่ค้างอยู่ให้เสร็จสิ้นไปได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้ คตส. ดำเนินการต่อไปได้เฉพาะ “การตรวจสอบหรือสอบสวนเรื่องที่ดำเนินการอยู่แล้ว (และ) ยังไม่แล้วเสร็จ” เท่านั้น จะรับเรื่องใหม่อื่นใดมาตรวจสอบหรือสอบสวนเพิ่มขึ้นอีกมิได้ ทั้งระยะเวลาในการดำเนินการของ คตส. ที่ขยายให้ก็จำกัดระหว่างวันที่ 1 ตุลาคม 2550 ถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2551 เป็นระยะเวลาเพียงเก้าเดือนเท่านั้น อันเป็นระยะเวลาที่มีได้เนิ่นนานจนเกินสมควรแก่กรณีแต่อย่างใด การตราพระราชบัญญัตินี้เป็นที่ประจักษ์ชัดแก่สุจริตชนทั่วไปว่า มิได้มีเจตนาซ่อนเร้นไปในทางมิชอบ หรือเพื่อกลั่นแกล้งบุคคลใด เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติที่อยู่ในกรอบแห่งความจำเป็นและพอเหมาะพอควรแก่กรณี ทั้งมิได้มีผลกระทบต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลแต่ประการใด พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงไม่มีส่วนใดที่ไปขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมหรือกระทบต่อสิทธิมนุษยชนจนกล่าวได้ว่าขัดหรือแย้งต่อบทมาตราใดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2551 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2551

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ประกาศคณะปฏิรูปฉบับดังกล่าวมุ่งเน้นที่การตรวจสอบในขั้นตอนก่อนการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น มิได้มีเนื้อหาส่วนใดก้าวท้าวหรือแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเลย ผู้ที่ถูกตรวจสอบและดำเนินคดีตามกฎหมายฉบับนี้ ยังคงมีสิทธิต่อสู้คดีในชั้นศาลได้อย่างเต็มที่ทั้งในการตรวจสอบ

การใช้อำนาจหรือการทุจริตประพฤติมิชอบของบุคคลตามประกาศนี้ จะกระทำได้ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยเท่านั้น กระบวนการตรวจสอบในขั้นก่อนฟ้องตามประกาศพระราชบัญญัติดังกล่าวหาได้จัดตั้งองค์กรตรวจสอบอื่นใดขึ้นใหม่ไม่ เป็นเพียงแต่ขยายระยะเวลาการปฏิบัติหน้าที่ของ คตส. ออกไปอีกระยะหนึ่งตามความจำเป็น เพื่อให้ คตส. สามารถทำหน้าที่ที่ค้างอยู่ให้เสร็จสิ้นไปได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้ คตส. ดำเนินการต่อไปได้เฉพาะ “การตรวจสอบหรือสอบสวนเรื่องที่ทำเนียบอยู่แล้ว (และ) ยังไม่แล้วเสร็จ” เท่านั้น จะรับเรื่องใหม่อื่นใดมาตรวจสอบหรือสอบสวนเพิ่มขึ้นอีกมิได้ ทั้งระยะเวลาที่ขยายให้ก็จำกัดเพียงแค่เก้าเดือน อันเป็นระยะเวลาที่มีได้เนิ่นนานจนเกินสมควรแก่กรณีแต่อย่างใด

### 3.2 การกระทำความผิดอาญาต่อพระมหากษัตริย์

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลอาญา จำนวน 2 คำร้อง ดังนี้

3.2.1 คำร้องที่หนึ่ง พนักงานอัยการ เป็นโจทก์ ยื่นฟ้องนายสมยศ พุกกาเกษมสุข เป็นจำเลยต่อศาลอาญา ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 มาตรา 91 และมาตรา 112 ในระหว่างการพิจารณาคดีจำเลยได้แย้งว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 เป็นกฎหมายที่กำหนดลักษณะของการกระทำความผิดคล้ายกับการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 ซึ่งให้ออกาสผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดสามารถพิสูจน์เหตุยกเว้นความผิดได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 แต่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 ไม่มีการบัญญัติเหตุยกเว้นความผิดไว้ และการที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 กำหนดโทษขั้นต่ำไว้สามปี ศาลจึงไม่อาจใช้ดุลพินิจในการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดน้อยกว่าสามปีได้ การบัญญัติกฎหมาย และการกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 จึงเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนไม่สอดคล้องกับหลักพอสมควรแก่เหตุ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง

3.2.2 คำร้องที่สอง พนักงานอัยการ เป็นโจทก์ ยื่นฟ้องนายเอกชัย หรือเอก หงส์กังวาน เป็นจำเลยต่อศาลอาญา ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น

หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และประกอบกิจการจำหน่ายวิดิทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้ประโยชน์ตอบแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มาตรา 91 และมาตรา 33 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 มาตรา 54 และมาตรา 82 และกฎกระทรวง ฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีสดูโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2542 ข้อ 1 ในระหว่างการพิจารณาคดีจำเลยโต้แย้งว่า ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ที่บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีนั้น เป็นการกำหนดบทลงโทษสูงเกินจำเป็นและไม่ได้สัดส่วนในการลงโทษ กระทบต่อสิทธิของประชาชน ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และอัตราโทษดังกล่าวยังกำหนดไว้เกินกว่าที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 8 มุ่งหมายที่จะคุ้มครองพระมหากษัตริย์เป็นกรณีพิเศษเพียงผู้เดียว นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ไม่ได้เป็นกฎหมายที่สามารถจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 ได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามีขั้วกฎหมายพิเศษตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 วรรคสอง จึงชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 45

ศาลอาญาเห็นว่า คำโต้แย้งของจำเลยทั้งสองคำร้องเป็นกรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 จึงส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสองหรือไม่นั้น เห็นว่า การที่ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้พระมหากษัตริย์เป็นสถาบันหนึ่งในรัฐธรรมนูญนั้น สืบเนื่องมาจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ โบราณราชประเพณี นิติประเพณี ซึ่งนอกจากจะมีลักษณะเป็นสถาบันหลักของประเทศแล้ว องค์พระมหากษัตริย์ยังทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะที่ผู้ใดจะละเมิดมิได้ จะกล่าวหาหรือฟ้องร้องในทางใด ๆ มิได้ และด้วยพระเกียรติคุณของสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นการผดุงไว้ซึ่งเกียรติยศของประเทศและรักษาคุณลักษณะประการสำคัญของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงมีความชอบธรรมที่ต้องมีกฎหมายคุ้มครอง มิให้มีการละเมิดพระมหากษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของรัฐ และสถาบันหลักของประเทศตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองและคุ้มครองไว้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดการกระทำความผิดเป็นความผิดและกำหนดอัตราโทษแก่ผู้กระทำความผิด หูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์หากผู้ใดกระทำความผิดมาตราดังกล่าวก็จะต้องได้รับโทษทางอาญา เพราะเหตุแห่งการกระทำนั้น หลักการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 จึงมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 ที่บัญญัติรับรองว่าประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมาตรา 8 ที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองสถานะของพระมหากษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของรัฐและเป็นสถาบันหลักของประเทศ การกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดจึงเป็นไปเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามหลักนิติธรรมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 จึงเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง

สำหรับประเด็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 45 วรรคหนึ่งและวรรคสอง หรือไม่นั้น เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 วรรคสอง อันเป็นเงื่อนไขแห่งการจำกัดเสรีภาพ ในการแสดงความคิดเห็นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้การกำหนดอัตราโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ก็เป็นการกำหนดเท่าที่จำเป็นและเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิด เพราะความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เป็นความผิดที่มีลักษณะของการกระทำร้ายแรงมากกว่าการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทต่อบุคคลธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ประกอบกับเพื่อพิทักษ์ ปกป้อง พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ มิให้ถูกล่วงละเมิด โดยการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายได้โดยง่าย จึงไม่มีการบัญญัติเหตุยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษไว้ในทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 329 และมาตรา 330

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 28-29/2555 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2555

## บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์จากการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย โดยบัญญัติลักษณะความผิดเป็นพิเศษแตกต่างจากความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดา และกำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิดไว้ ซึ่งการล่วงละเมิดด้วยกายกรรมหรือวจีกรรมต่อพระองค์ในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของรัฐที่ประชาชนเคารพนับถือ และเป็นสถาบันที่พึงเคารพสักการะ เป็นศูนย์รวมจิตใจและความสามัคคีของชนชาวไทย การล่วงละเมิดดังกล่าว ย่อมเป็นพฤติกรรมที่ทำร้ายจิตใจของชนชาวไทยอย่างกว้างขวางและรุนแรง ถึงขนาดเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศชาติและความสงบเรียบร้อยของประชาชน จำเป็นต้องป้องกันและปราบปรามอย่างจริงจัง ถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 จะเป็นกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลอยู่บ้าง แต่ก็เป็นไปตามเงื่อนไขและขอบเขตของรัฐธรรมนูญ สำหรับกรณีต่างประเทศล้วนมีกฎหมายคุ้มครองประมุขของรัฐเช่นเดียวกัน เช่น ประเทศสวีเดน ตามประมวลกฎหมายอาญา บทที่ 18 มาตรา 2 ประเทศเนเธอร์แลนด์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 111 ประเทศเยอรมนี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90(1) ประกอบ (3) ประเทศอิตาลี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และประเทศแคนาดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 และมาตรา 61 เป็นต้น

### 3.3 หลักการสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้อง จำนวน 5 คำร้อง ดังนี้

3.3.1 ศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของจำเลยว่าพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

3.3.2 ผู้ตรวจการแผ่นดิน ส่งคำร้องจากผู้ร้องว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

3.3.3 ศาลจังหวัดสระบุรี ส่งคำโต้แย้งของจำเลยว่า พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

3.3.4 ศาลอุทธรณ์ ภาค 5 ส่งคำโต้แย้งของจำเลยว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

3.3.5 ศาลจังหวัดสระแก้วและศาลจังหวัดมินบุรี ส่งคำโต้แย้งของจำเลยว่า พระราชบัญญัติปี พ.ศ. 2518 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อน เป็นการนำการกระทำ ความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากการสันนิษฐานว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ก็ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการหรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และจำเลย เป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเท่านั้น กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้แต่แรกแล้วว่า กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ได้กระทำความผิดด้วย เป็นการผลักระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ และบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติดังกล่าว จึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมที่ว่าโจทก์ในคดีอาญา ต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหา และจำเลย ทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิด ตามที่ถูกกล่าวหา บทบัญญัติดังกล่าวในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาและจำเลยโดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการ

หรือมีเจตนาประการใดเกี่ยวกับความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง

- หมายเหตุ
1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 วันที่ 28 มีนาคม 2555
  2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2556 วันที่ 16 พฤษภาคม 2556
  3. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2556 วันที่ 10 กรกฎาคม 2556
  4. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2556 วันที่ 31 กรกฎาคม 2556
  5. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19-20/2556 วันที่ 18 ธันวาคม 2556

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

การสันนิษฐานไว้ก่อนว่า กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงาน ของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดด้วย อันมีผลเป็นการผลักระงับการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติดังกล่าวจึงถือเป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่สันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อ หลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำบางอย่างบางประการของจำเลยแล้วเท่านั้น จึงขัดต่อหลัก Presumption of Innocence ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง เพราะมาตรา 39 วรรคสอง ได้วางหลักไว้ว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าบุคคลเหล่านั้นได้กระทำความผิด

### 3.4 หลักการจ่ายค่าทดแทน

ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีเพื่อขอให้การประปาส่วนภูมิภาคผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายจากการที่วางท่อน้ำรูกล้าแดนกรรมสิทธิ์ใต้ที่ดินของผู้ฟ้องคดี โดยการประปาส่วนภูมิภาค มีอำนาจใช้ทรัพย์สินของเอกชนในการวางท่อน้ำโดยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทน

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 วรรคสองและวรรคสาม ไม่มีการระบุในเรื่องค่าทดแทนไว้โดยชัดแจ้งในกรณีของการวางท่อน้ำที่ไม่เป็นไปตามวรรคสอง ในกรณีท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตร การบัญญัติไว้เช่นนี้จึงทำให้เกิดการตีความและยึดถือเป็นหลักกฎหมายว่า ถ้าท่อน้ำที่การประปาส่วนภูมิภาค

นำมาเดินในที่ดินนั้นมีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรแล้วการประปา ส่วนภูมิภาคก็ไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน ซึ่งเห็นว่า กรณีนี้ไม่เป็นธรรมแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน เพราะการที่รัฐเข้าไปใช้ประโยชน์ ในที่ดินของบุคคลแม้จะใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ก็เป็นการทำให้สิทธิในทรัพย์สิน ของบุคคลเสื่อมเสียไปอยู่ดี ไม่ว่าจะขนาดของท่อน้ำจะมีเส้นผ่าศูนย์กลางแปดสิบ เซนติเมตรขึ้นไปหรือต่ำกว่าแปดสิบเซนติเมตรลงมากก็ตาม ประกอบกับการเดินท่อน้ำ และติดตั้งอุปกรณ์นั้นก็ต้องมีการกำหนดบริเวณของที่ดิน ซึ่งเจ้าของหรือผู้ครอบครอง ไม่อาจใช้ประโยชน์ได้ อันเป็นการรบกวนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยไม่เป็นธรรม เมื่อพิจารณาสภาพการใช้สิทธิในที่ดินของประชาชนในปัจจุบัน บุคคลทั่วไปย่อมสามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ตนมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองได้ ทั้งพื้นที่เหนือพื้นดินและใต้ดินลงไปในระดับความลึกห้าถึงสิบเมตรแล้วแต่ลักษณะ ของการใช้สอย ในขณะที่กรณีดังกล่าวเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินกลับไม่สามารถ ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอื่น รวมทั้งการปลูกต้นไม้หรือกระทำการใด ในบริเวณที่ดินที่มีการเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ เนื่องจากอาจทำให้เกิดอันตราย หรือเป็นอุปสรรคต่อระบบการผลิต การส่ง หรือการจำหน่ายน้ำประปา ซึ่งกฎหมาย ได้บัญญัติห้ามการกระทำดังกล่าวไว้ตามพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 31

บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 เฉพาะในส่วน ที่มีได้กำหนดให้การประปาส่วนภูมิภาคมีการชดใช้ ค่าทดแทนในการใช้ที่ดินให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน ในกรณีที่มีการวาง ท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไว้ จึงเป็นบทบัญญัติแห่ง กฎหมายที่จำกัดหรือลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 ซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง เนื่องจากเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยเกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธินั้น ทั้งยังมีลักษณะ เป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควรแก่กรณี ไม่สอดคล้องกับหลักการ พื้นฐานของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยที่รัฐจะต้องคุ้มครองและ รับรองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนเป็นสำคัญ และหากมีกรณีใดที่เป็นข้อยกเว้น ให้รัฐก้าวล่วงเข้าไปลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐจะต้องรับผิดชอบ

ในการชดใช้ค่าทดแทนเสียหายที่เป็นธรรมตามควรแก่กรณี และชดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง อีกด้วย

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556 ลงวันที่ 2 ตุลาคม 2556

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

การที่การประปาส่วนภูมิภาคไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าทดแทนสำหรับกรณีที่เป็นการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรผ่านที่ดินของเอกชน อันเป็นการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินสำคัญของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยไม่จำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธินั้น ทั้งยังมีลักษณะเป็นการเอาเปรียบและสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินควรแก่กรณี ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยที่รัฐจะต้องรับรองคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนเป็นหลัก หากมีกรณีใดที่จะเป็นข้อยกเว้นให้รัฐก้าวล่วงเข้าไปลดรอนสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐจะต้องรับผิดชอบในการทดแทนเสียหายให้ตามสมควรแก่กรณี แต่เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคสาม มิได้กำหนดให้มีการชดใช้ค่าทดแทนให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินอย่างเป็นธรรม สำหรับกรณีที่เป็นปัญหาในคดีนี้ไว้แต่อย่างใด

### 3.5 กระบวนการเสนอขอจัดสรรงบประมาณประจำปี

3.5.1 ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากประธานรัฐสภา จำนวน 2 คำร้อง ดังนี้ ประธานรัฐสภา ผู้ร้องเสนอความเห็นของสมาชิกรัฐสภา จำนวน 112 คน เห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 168 วรรคแปด และวรรคเก้า มีเจตนารมณ์ให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอกับการบริหารงานโดยอิสระของรัฐสภา ศาลและองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยแต่ละหน่วยงานสามารถเสนอ คำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการได้โดยตรง เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระจากคณะรัฐมนตรี ในการบริหารงบประมาณให้เพียงพอกับการบริหารงานโดยอิสระ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคแปดบัญญัติว่า รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอกับการบริหารงานโดยอิสระของ

รัฐสภา ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครองและองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และพรรคเก่า บัญญัติว่า ในการพิจารณาจ่ายของรัฐบาล ศาล และองค์กรตามพรรคแปด หากหน่วยงานนั้นเห็นว่างบประมาณรายจ่ายที่ได้รับการจัดสรร ให้นำนั้นไม่เพียงพอให้สามารถเสนอคำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการได้โดยตรง ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการในการพิจารณาจ่ายของรัฐบาล ศาล และองค์กรตามพรรคแปด เพื่อเป็นหลักประกันแก่หน่วยงานดังกล่าวว่าการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีนั้นจะถูกตรวจสอบโดยคณะกรรมการซึ่งเป็นตัวแทนของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำในการจัดสรรงบประมาณของฝ่ายบริหารว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันเป็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่จะให้การจัดสรรงบประมาณของรัฐเพียงพอแก่การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล ศาล และองค์กรตามรัฐธรรมนูญให้เป็นไปโดยอิสระ และทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีต้องถูกครอบงำจากฝ่ายบริหารและหากหน่วยงานนั้นเห็นว่างบประมาณรายจ่ายที่ได้รับการจัดสรร ให้นำนั้นไม่เพียงพอ ให้สามารถเสนอคำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการได้โดยตรง โดยมีได้มีบทบังคับเด็ดขาดให้คณะกรรมการต้องเรียกบุคคลใดมาแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความเห็นในการแปรญัตติแต่อย่างใด แม้รัฐธรรมนูญ มาตรา 168 พรรคเก่า มิได้บัญญัติให้คณะกรรมการต้องรับฟังคำชี้แจงข้อเท็จจริงหรือความเห็นของรัฐสภา ศาล และองค์กร ตามพรรคแปดในชั้นการแปรญัตติก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ให้คณะกรรมการให้ความเป็นธรรมแก่หน่วยงานตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 168 พรรคแปด ดังนั้น จึงควรที่จะให้หน่วยงานดังกล่าว มีโอกาสแสดงเหตุผลและความจำเป็นต่อคณะกรรมการได้โดยตรง เพื่อให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรมและหลักธรรมาภิบาล แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ ปรากฏว่าหน่วยงานทั้งสามมีโอกาสได้ชี้แจงแสดงผลการของงบประมาณต่อ คณะอนุกรรมการซึ่งตั้งขึ้นโดยคณะกรรมการวิสามัญฯ แล้ว และ คณะกรรมการวิสามัญฯ ก็ได้รับรายงานของคณะอนุกรรมการฯ อีกทั้ง ได้รับทราบถึงเหตุผล และความจำเป็นดังกล่าวประกอบการพิจารณาแล้ว กรณีจึงยังไม่ถึงขนาดเป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยปราศจากหลักเกณฑ์และเหตุผล อันจะทำให้กระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมหรือการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

3.5.2 ประธานรัฐสภา ส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ว่าร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ข้อเท็จจริงในคำร้องปรากฏว่า ในการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ในวาระที่สอง วาระที่สาม และข้อสังเกตของคณะกรรมการธิการ เมื่อวันที่ 10 มกราคม 2563 เวลาประมาณ 19.30 นาฬิกา ถึงวันที่ 11 มกราคม 2563 มีการใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ แสดงตนและลงมติให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 แทนนายฉลอง เทตวีระพงศ์ การใช้สิทธิออกเสียงลงมติแทนผู้ที่ไม่ได้อยู่ร่วมประชุมด้วยนั้นเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต อันเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานของการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่อยู่ในอาณัติมอบหมายของผู้ใด และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 114 และขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริต ที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ปฏิญาณตนไว้ก่อนเข้ารับหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 115 ทั้งสมาชิกคนหนึ่งย่อมมีเสียงหนึ่งในการออกเสียงลงคะแนนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 120 วรรคสาม และการออกเสียงลงคะแนน จะกระทำแทนกันมิได้ ตามข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2562 ข้อ 80 วรรคสาม การที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีได้อยู่ในห้องประชุม แต่ปรากฏว่ามีการใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ แสดงตน และลงมติแทน ย่อมมีผลเป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ไม่สุจริต ทำให้ผลการลงมติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ในวันและเวลาดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม และไม่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ปัญหาว่า ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ตกไปทั้งฉบับเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557 หรือไม่ เห็นว่า ประเด็นข้อวินิจฉัย พดติการณณ์แห่งคดี และบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งสองฉบับ

ดังกล่าวแตกต่างจากคดีนี้อย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ คดีนี้ไม่มีประเด็นเกี่ยวกับข้อความอันเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด คงมีปัญหาที่กระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เท่านั้น ทั้งข้อเท็จจริงในคดีนี้ก็ปรากฏชัดว่าการพิจารณาออกเสียงลงมติของสภาผู้แทนราษฎรในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการ และการพิจารณาของคณะกรรมการธิการก่อนเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาเรียงตามลำดับมาตรา ในวาระที่สองได้ดำเนินการไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญทุกประการ ถือได้ว่าเป็นขั้นตอนที่เสร็จสิ้นไปโดยสมบูรณ์ก่อนแล้ว นอกจากนี้ ยังมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนที่ประเทศชาติจะต้องใช้กฎหมายฉบับนี้ไปช่วยแก้ปัญหาความล่าช้าและอุปสรรคในการเบิกจ่ายงบประมาณแผ่นดินอีกด้วย ประกอบกับในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดค่าบังคับไว้ในคำวินิจฉัยได้ด้วย ดังนั้น แม้ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 จะตราขึ้นโดยไม่ถูกต้อง ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แต่มีผลให้ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวตกไปเฉพาะการพิจารณาลงมติในวาระที่สอง วาระที่สาม และข้อสังเกตของคณะกรรมการ รวมทั้งการพิจารณาให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาเท่านั้น ส่วนการพิจารณาออกเสียงลงมติของสภาผู้แทนราษฎรในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการและการพิจารณาของคณะกรรมการธิการก่อนเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาเรียงตามลำดับมาตราในวาระที่สองได้ดำเนินการเสร็จสิ้นไปก่อนแล้วโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญทุกประการ จึงไม่เสียไป กรณีจึงมีเหตุจำเป็นและสมควรที่จะต้องกำหนดค่าบังคับให้สภาผู้แทนราษฎรดำเนินการพิจารณาลงมติในวาระที่สอง วาระที่สาม และข้อสังเกตของคณะกรรมการให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ แล้วเสนอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ เพื่อดำเนินการตามรัฐธรรมนูญต่อไป พร้อมทั้งให้สภาผู้แทนราษฎรรายงานผลการปฏิบัติตามค่าบังคับต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74

- หมายเหตุ 1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2556 วันที่ 4 ตุลาคม 2556  
2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-3/2563 วันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2563

## บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง และสำนักงาน ป.ป.ช. ได้ขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการไว้แล้ว แต่คณะกรรมการมิได้เรียกไปชี้แจงนั้น ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า หน่วยงานทั้งสามมีโอกาสชี้แจงแสดงเหตุผลเป็นหนังสือต่อคณะอนุกรรมการซึ่งตั้งขึ้นโดยคณะกรรมการ และคณะอนุกรรมการฯ ได้รายงานให้คณะกรรมการได้ทราบและใช้ประกอบการพิจารณาแล้ว กรณีจึงยังไม่ถึงขนาดเป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยปราศจากหลักเกณฑ์และเหตุผลสำหรับร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการและขับเคลื่อนภารกิจตามยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บทของประเทศ รวมถึงนโยบายสำคัญของรัฐบาลให้เป็นรูปธรรม ความล่าช้าในการตราร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ อาจส่งผลกระทบต่องบประมาณแผ่นดินและสร้างภาระผูกพันต้องงบประมาณแผ่นดินซึ่งมาจากภาษีของประชาชนได้ รวมถึงเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74 ดังกล่าว ศาลย่อมมีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนี้ โดยกำหนดคำสั่งให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาออกเสียงลงมติให้ความเห็นชอบเป็นรายมาตราในวาระที่ 2 และการลงมติในวาระที่ 3 รวมทั้งข้อสังเกตของคณะกรรมการให้เป็นไปโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยไม่กระทบต่อการออกเสียงลงมติรับหลักการในวาระที่ 1 และการพิจารณาของคณะกรรมการที่พิจารณาเสร็จสิ้นไปก่อนแล้ว

### 3.6 การตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องเพื่อพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จำนวน 2 คำร้อง ดังนี้

3.6.1 พลเอก สมเจตน์ บุญถนอม กับคณะ ผู้ร้องที่ 1 นายวิรัตน์ กัลยาศิริ ผู้ร้องที่ 2 นายสาย กังกเวดิน กับคณะ ผู้ร้องที่ 3 และนายพีระพันธ์ุ สาสีร์ฐิติภาค กับคณะ ผู้ร้องที่ 4 ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประธานรัฐสภา ผู้ถูกร้องที่ 1 รองประธานรัฐสภา ผู้ถูกร้องที่ 2 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ผู้ถูกร้องที่ 3 ถึงที่ 312 ได้กระทำการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 โดยผู้ถูกร้องที่ 3 ถึงที่ 312 ได้ร่วมกันเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมร่าง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และมาตรา 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และมาตรา 114) ต่อผู้ถูกร้องที่ 1 อันมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า

ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่ใช้ในการประชุมพิจารณาร่วมกันของรัฐสภาเป็นฉบับเดียวกันกับที่มีการยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรในฐานะสำนักงานเลขาธิการรัฐสภา หรือไม่

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... ที่เสนอให้สมาชิกวุฒิสภาพิจารณาในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการมิใช่ร่างเดิมที่นายอุดมเดช รัตนเสถียร ยื่นต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2556 และได้ส่งสำเนาให้สมาชิกวุฒิสภาใช้ประกอบการประชุม แต่เป็นร่างที่จัดพิมพ์ขึ้นใหม่ซึ่งมีข้อความที่แตกต่างจากร่างเดิมหลายประการ เช่น มีการเพิ่มเติมหลักการโดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 116 วรรคสอง และมาตรา 241 วรรคหนึ่ง และมีการดำเนินการในลักษณะที่มีเจตนาปกปิดข้อเท็จจริงไม่แจ้งข้อความจริงว่าได้มีการจัดทำร่างขึ้นใหม่ให้สมาชิกวุฒิสภาทราบ ดังนั้นเมื่อมีการนำร่างรัฐธรรมนูญที่มีการจัดทำขึ้นใหม่มาพิจารณา จึงมีผลเท่ากับว่า การดำเนินการในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภารับหลักการตามคำร้องนี้ เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 (1) วรรคหนึ่ง

(2) การกำหนดวันแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

แม้การปิดการอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธานและแม้เสียงข้างมากมีสิทธิที่จะลงมติ ให้ปิดการอภิปรายได้ก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจและการใช้เสียง

ข้างมากนั้น จะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภา หรือละเลยไม่ฟังความเห็นของฝ่ายข้างน้อย การรวบรัดปิดการอภิปรายและปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียงโดยปราศจากเหตุผลอันชอบธรรม จึงเป็นการใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม นอกจากนี้ ตามที่ผู้ร้องอ้างว่าการนับระยะเวลาในการแปรญัตติของผู้ถูกร้องที่ 1 ไม่ถูกต้อง เนื่องจากเมื่อที่ประชุมพิจารณารับหลักการในวาระที่หนึ่งแล้ว เมื่อวันที่ 4 เมษายน 2556 มีผู้เสนอกำหนดเวลาในการขอแปรญัตติ 15 วัน และ 60 วัน ซึ่งตามข้อบังคับการประชุมจะต้องให้ที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาลงมติว่า จะใช้กำหนดเวลาใด แต่ก่อนที่จะมีการลงมติเกิดปัญหาเรื่ององค์ประชุม ในขณะที่นั้นไม่ครบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด จึงยังมิได้มีการลงมติ ผู้ถูกร้องที่ 1 ได้สั่งให้กำหนดเวลายื่นคำแปรญัตติภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รัฐสภารับหลักการ แต่มีผู้ทักท้วง ผู้ถูกร้องที่ 1 จึงได้นัดประชุมอีกครั้งในวันที่ 18 เมษายน 2556 ในการประชุมครั้งนี้ ที่ประชุมได้ลงมติให้กำหนดเวลาแปรญัตติ 15 วัน แต่ผู้ถูกร้องที่ 1 ได้สรุปให้เริ่มต้นนับย้อนหลังไปโดยให้นับระยะเวลา 15 วัน ตั้งแต่วันที่ 4 เมษายน 2556 ทำให้ระยะเวลาการขอแปรญัตติไม่ครบ 15 วันตามมติที่ประชุม เพราะจะเหลือระยะเวลาให้สมาชิกรัฐสภาเสนอคำแปรญัตติเพียง 1 วัน เท่านั้น เห็นว่า การแปรญัตติเป็นสิทธิของสมาชิกรัฐสภาที่จะเสนอความคิดเห็น การแปรญัตติจึงต้องมีเวลาพอสมควรเพื่อให้สมาชิกผู้ประสงค์จะขอแปรญัตติได้ทราบระยะเวลาที่แน่นอนในการยื่นขอแปรญัตติอันเป็นสิทธิในการทำหน้าที่ของสมาชิก การนับระยะเวลาในการแปรญัตติ ย่อมไม่อาจนับเวลาย้อนหลังได้แต่ต้องนับตั้งแต่วันที่ที่ประชุมมีมติเป็นต้นไป การเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรญัตติเพียง 1 วัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ทั้งขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสองด้วย

(3) วิธีการในการแสดงตนและลงมติในการพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาขอด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ คดีนี้ผู้ร้องมีประจักษ์พยานผู้เห็นเหตุการณ์ คือ นางสาวรังสิมา รอดรัศมี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคประชาธิปัตย์ มาเบิกความ พร้อมทั้งมีพยานหลักฐานสำคัญมาแสดง คือ คลิปวีดิทัศน์ที่บ้านทึบภาพเหตุการณ์ขณะที่มีการกระทำของ

นายนิรศ ทองธีราช สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเพื่อไทยใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ แสดงตนและลงมติแทนผู้อื่น ในเครื่องออกเสียงลงคะแนนระหว่างที่มีการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา นอกจากนั้น นางอัจฉรา จุ้ยนิยม ผู้บังคับบัญชากลุ่มงานโสตทัศนอุปกรณ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ได้เบิกความว่า โดยปกติแล้วบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้ยืนยันหรือแสดงตนในการนับ องค์ประชุมและลงคะแนนของสมาชิกรัฐสภานั้นจะมีประจำตัวคนละหนึ่งใบ และมีบัตรสำรองอีกคนละหนึ่งใบซึ่งเก็บรักษาไว้ที่เจ้าหน้าที่ สำหรับให้สมาชิกขอรับไปใช้ในกรณีที่มาชิกรัฐสภาไม่ได้นำบัตรประจำตัวมา ประกอบกับเสียงที่ปรากฏในคลิป วิดีทัศน์ขณะกระทำการดังกล่าวก็สอดคล้องกับเสียงที่ปรากฏในแผ่นวีดีทัศน์บันทึก ถ่ายทอดสดการประชุมรัฐสภา และรายงานการประชุมรัฐสภา ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลา เดียวกันกับที่มีการประชุมร่วมกันของรัฐสภาเพื่อพิจารณาญัตติร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่ระบุไว้ในคำร้อง ซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่ เลขาธิการรัฐสภาส่งให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ อีกทั้งในทางใต้ส่วนพยานบุคคล เลขาธิการ รัฐสภาซึ่งได้ดูและฟังภาพและเสียงในคลิปวีดีทัศน์นั้นแล้ว ได้เบิกความว่า จำได้ว่า เป็นเสียงของรองประธานรัฐสภา ซึ่งทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุมในขณะนั้น เห็นได้ว่า การที่สมาชิกรัฐสภาใช้บัตรแสดงตนและออกเสียงลงคะแนนในระบอบ อิเล็กทรอนิกส์หลายใบเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดปกติวิสัย การกระทำดังกล่าว นอกจากจะเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานของการเป็นสมาชิกรัฐสภาซึ่งถือได้ว่าเป็น ผู้แทนปวงชนชาวไทย ซึ่งจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมายหรือการครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติด้วยความสุจริต เพื่อประโยชน์ ส่วนรวมของปวงชนชาวไทยโดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติ มาตรา 122 ของรัฐธรรมนูญ ยังขัดต่อข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา ขัดต่อหลัก ความซื่อสัตย์สุจริตที่สมาชิกรัฐสภาได้ปฏิญาณตนไว้ตามรัฐธรรมนูญ

**ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... เป็นการกระทำเพื่อให้ ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิธีทางที่ บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่**

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้ รัฐสภาประกอบด้วย 2 สภา คือ วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร ให้มีดุลยภาพระหว่างกัน

โดยได้กำหนดบทบาทของวุฒิสภาให้เป็นองค์กรตรวจทานกลั่นกรองการทำงานของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและถ่วงดุลอำนาจกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและให้อำนาจสมาชิกวุฒิสภาในการตรวจสอบถอดถอนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ ในกรณีที่ถูกกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานจริยธรรมอย่างร้ายแรง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 270 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำร้องนี้ จึงเป็นการทำลายสาระสำคัญของการมีสองสภานำพาไปสู่การผูกขาดอำนาจรัฐ ตัดการมีส่วนร่วมของปวงประชาหลากหลายสาขาหลายอาชีพ เป็นการเปิดช่องให้ผู้ร่วมกระทำการครั้งนี้มีโอกาสได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

3.6.2 นายวิรัตน์ กัลยาศิริ ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 ว่า ประธานรัฐสภา ผู้ถูกร้องที่ 1 รองประธานรัฐสภา ผู้ถูกร้องที่ 2 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา ผู้ถูกร้องที่ 3 ถึงที่ 381 กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า

ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190) ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

(1) การปิดการอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190) ในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

แม้การปิดการอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธานรัฐสภาและแม่เสียงข้างมาก มีสิทธิที่จะลงมติให้ปิดการอภิปรายก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจและการใช้เสียงข้างมากดังกล่าวจะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภา หรือละเลยไม่รับฟังความเห็นของฝ่ายข้างน้อย ทั้ง ๆ ที่เวลาซึ่งกำหนดไว้สำหรับการอภิปรายยังไม่ครบตามที่กำหนด ดังนั้น การรวบรัดปิดการอภิปรายและปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียง จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายเสียงข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม จึงเห็นว่า การปิด

อภิปรายร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง

(2) การกำหนดวันแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

โดยสภาพแห่งการแปรญัตติจำเป็นที่จะต้องใช้เวลาพอสมควรเพื่อให้สมาชิกผู้ประสงค์จะขอแปรญัตติได้ทราบระยะเวลาที่แน่นอนในการยื่นขอแปรญัตติอันเป็นเอกสิทธิ์ในการทำหน้าที่นิติบัญญัติ ของสมาชิกรัฐสภา การนับระยะเวลาในการแปรญัตติย่อมไม่อาจนับเวลาย้อนหลังได้ แต่ต้องนับตั้งแต่วันที่ที่ประชุมมีมติเป็นต้นไป การเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรญัตติเพียง 1 วัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อสภาพแห่งการทำหน้าที่และเอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐสภา ทั้งยังขัดแย้งต่อข้อบังคับการประชุมของรัฐสภาและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ทั้งขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง

(3) การพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ในวาระที่สองมาตรา 3 เป็นรายวรรค ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

การที่ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาพิจารณาลงมติรายวรรคในมาตราที่มีหลายวรรค โดยไม่ข้ามมาตรา นอกจากรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมของรัฐสภาไม่ได้บัญญัติและกำหนดห้ามไว้แล้ว ยังเห็นว่าย่อมเกิดผลดีต่อการพิจารณาในมาตราดังกล่าวให้เป็นไปด้วยความละเอียดรอบคอบมากยิ่งขึ้น ทำให้เนื้อหาของร่างและของมาตราดังกล่าวมีความเชื่อมโยงและไม่ขัดแย้งกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการพิจารณามาตราที่มีเนื้อหาหลายวรรค ดังเช่นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 การพิจารณาลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 3 เป็นรายวรรคไม่เป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 99 และข้อ 101 และไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 และคำชี้แจงของผู้ถูกร้องในประเด็นนี้ทั้งขึ้น

ประเด็นที่สองมีว่า การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ และมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่ง

## อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม

การที่ผู้ถูกร้องได้ร่วมกันแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหารัฐธรรมนูญโดยเพิ่มคำว่า “โดยชัดแจ้ง” ต่อท้ายประเภทหนังสือสัญญาต่าง ๆ ตามมาตรา 190 วรรคสอง ก่อให้เกิดอำนาจตีความแก่คณะรัฐมนตรีในการตีความอย่างแคบหรือตีความอย่างจำกัดความ เพื่อให้หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา และการมีส่วนร่วมรับรู้และแสดงความคิดเห็นของประชาชนนั้นมีจำนวนน้อยที่สุด ซึ่งเป็นการลิดรอนอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติให้ลดน้อยถอยลงไป และเป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีให้เพิ่มมากขึ้น การกระทำดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกตุลาการอำนาจ และการรักษาดุลยภาพระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และอาจก่อให้เกิดอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแก่คณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ รวมทั้งก็จะไม่เกิดผลในทางป้องกันให้รอบคอบรัดกุมตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่มุ่งตรวจสอบควบคุมการทำหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญยิ่งก่อนที่ฝ่ายบริหารจะไปลงนามให้มีผลผูกพันประเทศ ซึ่งจะเกิดปัญหาที่ไม่อาจแก้ไขตามมาภายหลังได้

การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหารัฐธรรมนูญโดยตัดคำว่า “หนังสือสัญญาใด ... มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ...” ออกไปเป็นการลดทอนอำนาจของรัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติ ให้เหลือเพียงอำนาจตรวจสอบหนังสือสัญญาใดที่มีบทให้เปิดเสรีด้านการค้า การลงทุน เท่านั้น และเพิ่มอำนาจให้คณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ เป็นการทำลายดุลยภาพในการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การกระทำดังกล่าวของผู้ถูกร้องจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง และการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190 วรรคสาม

หมายเหตุ 1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556  
2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557

## บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ และอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักแห่งการปกครองประเทศที่ดีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เป็นหลักการสำคัญที่ใช้ในการดำเนินการทั้งเนื้อหาและกระบวนการวิธีกร ฉะนั้นกระบวนการตรากฎหมาย จึงต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และกระบวนการซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติขึ้นตอนและรายละเอียดไว้ ทั้งนี้ ต้องเคารพหลักเคารพเสียงข้างมาก แต่ต้องต้องรับฟังเสียงข้างน้อย (The Majority Rule and Minority Rights)

สำหรับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 จึงต้องกระทำด้วยความโปร่งใส รอบคอบ ใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งเพื่อมิให้เกิดความผิดพลาดคลาดเคลื่อน ไปจากหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและหลักประชาธิปไตย อันเป็นการ ป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นกับประเทศชาติได้ ไม่ว่าจะ โดยตรงหรือโดยอ้อม โดยชัดแจ้งหรือแอบแฝงโดยปริยาย หรือโดยผลอันเกิดจาก การทำสัญญาผูกพันในเรื่องอื่นใดที่แม้มิใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตหรือ พื้นที่ที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือเขตอำนาจโดยตรง และไม่ว่าจะเกิดผล ในปัจจุบันหรือในอนาคตก็ตาม การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 จึงต้อง ดำเนินการให้ถูกต้องทั้งกระบวนการพิจารณาและเนื้อหาในการแก้ไข

### 3.7 นายกรัฐมนตรีใช้ตำแหน่งก้าวก้าวหรือแทรกแซง

ประธานวุฒิสภาส่งคำร้องของนายไพบูลย์ นิติตะวัน สมาชิกวุฒิสภา และคณะ รวม 28 คน ผู้ร้อง เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 91 ประกอบมาตรา 182 วรรคสาม ว่า ความเป็นรัฐมนตรีของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี ผู้ถูกร้อง สิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 268 และมาตรา 266 (2) และ (3) หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คำเบิกความด้วยวาจา บันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงเป็นหนังสือ รวมทั้งพยาน หลักฐานและพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี ประกอบกันแล้ว เห็นว่า ผู้ถูกร้องได้เข้าไป มีส่วนกระทำการเกี่ยวข้องกับการให้นายถวิล เปลี่ยนศรี พ้นจากตำแหน่งเลขาธิการ สภาความมั่นคงแห่งชาติ และไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการ ประจำ สำนักนายกรัฐมนตรี รวมทั้งเหตุผลตามข้ออ้างของผู้ถูกร้องยังไม่เพียงพอจะ

รับฟังได้ว่า การออกคำสั่งให้นายถวิล เปลี่ยนศรี ไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ราชการตามนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่แถลงไว้ต่อรัฐสภา ประกอบกับกระบวนการโอนนายถวิล เปลี่ยนศรี ก็ดำเนินการอย่างเร่งรีบไม่เป็นไปตามการปฏิบัติราชการตามปกติ จึงมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าปัจจัยอันเป็นที่มาของการโอน นายถวิล เปลี่ยนศรี จากการดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี ฝ่ายข้าราชการประจำ คือ ความประสงค์ให้ตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติว่างลงเพื่อโอนย้ายผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่พลตำรวจเอก วิเชียร พงชนโพธิ์ศรี ดำรงอยู่ในขณะนั้น มาดำรงตำแหน่งแทนอันจะทำให้ตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติว่างลง เปิดโอกาสให้สามารถแต่งตั้งเครือญาติของผู้ถูกร้องขึ้นดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติแทน การกระทำทั้งหมดของผู้ถูกร้องมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและของประชาชนแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำที่มีเจตนาอำพรางหรือแอบแฝงเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือพวกพ้อง อันเป็นการกระทำที่ขาดจริยธรรม คุณธรรม และความถูกต้องชอบธรรมในการใช้อำนาจหน้าที่ภายใต้วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้บริหารงานบุคคลภาครัฐไว้ ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่ชัดเจนว่า บริหารบุคคลโดยระบบคุณธรรม ราชการต้องปฏิบัติต่อข้าราชการด้วยระบบบริหารทรัพยากรบุคคลที่คำนึงถึงความรู้ ความสามารถ ความเสมอภาค ความเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ ปราศจากอคติและมีความเป็นกลางทางการเมือง การดำเนินการแต่งตั้ง โยกย้ายและให้นายถวิล เปลี่ยนศรี พ้นจากตำแหน่ง เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการเดียวกันและมีความเชื่อมโยงกันกับการบรรจุแต่งตั้ง พลตำรวจเอก เปรียวพันธ์ ดามาพงศ์ ขึ้นดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อันแสดงให้เห็นถึงการมีผลประโยชน์ทับซ้อนและมีวาระซ่อนเร้น โดยที่ผู้ถูกร้องได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้อง ถือได้ว่าเป็นการแทรกแซงและก้าวก่ายการแต่งตั้ง โยกย้าย หรือการให้พ้นจากตำแหน่งของข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำและมีใช้ข้าราชการการเมือง และเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น คือ พลตำรวจเอก เปรียวพันธ์ ดามาพงศ์ ซึ่งเป็นเครือญาติของผู้ถูกร้องอันเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 268 ประกอบมาตรา 266 (2) และ (3)

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีมติว่า ผู้ถูกร้องใช้สถานะหรือตำแหน่งการเป็นนายกรัฐมนตรีเข้าไปก้าวก่ายหรือแทรกแซงเพื่อประโยชน์ของตนเอง ของผู้อื่น หรือของพรรคการเมืองในเรื่องการบรรจุ แต่งตั้ง โยกย้าย โอน เลื่อนตำแหน่ง เลื่อนเงินเดือนหรือการพ้นจากตำแหน่งของข้าราชการ ซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำและมีใช้ข้าราชการการเมือง จึงต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (2) และ (3) และถือเป็นการกระทำตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 268 อันมีผลทำให้ความเป็นรัฐมนตรีของผู้กร้องสิ้นสุดลงเป็นการเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7)

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2557 วันที่ 7 พฤษภาคม 2557

### **บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ**

นายกรัฐมนตรีในฐานะผู้ถูกร้องใช้สถานะหรือตำแหน่งการเป็นนายกรัฐมนตรีเข้าไปก้าวก่ายหรือแทรกแซงเพื่อประโยชน์ของตนเอง ของผู้อื่น หรือของพรรคการเมืองในเรื่องการบรรจุ แต่งตั้ง โยกย้าย โอน เลื่อนตำแหน่ง เลื่อนเงินเดือนหรือการพ้นจากตำแหน่งของข้าราชการ ซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำและมีใช้ข้าราชการการเมือง จึงต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (2) และ (3) และถือเป็นการกระทำตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 268 อันมีผลทำให้ความเป็นรัฐมนตรีของผู้กร้องสิ้นสุดลงเป็นการเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7)

### **3.8 การสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคล**

ศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของจำเลยเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 และมาตรา 5 หรือไม่

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดทางอาญาของจำเลย โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นเลยว่ามีส่วนร่วม หรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นประการใด คงพิสูจน์เพียงว่า

มีผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และเป็นไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลใด และจำเลยเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานนิติบุคคลในเรื่องดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งเป็นการสันนิษฐานความผิดทางอาญาที่กว้างยิ่งกว่าการสันนิษฐานให้ต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลเสียอีก ทั้งยังเป็น การสันนิษฐานความผิดของบุคคลดังกล่าวโดยไม่มีความเกี่ยวพันกันอย่างมีเหตุผลอันชอบธรรมระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐานกับข้อเท็จจริงที่ถูกสันนิษฐาน อันเป็นหลักการพื้นฐานของการกำหนดข้อสันนิษฐานอีกประการหนึ่งด้วย ซึ่งมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นทั้งหมดทุกคน ประกอบกับหลักพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดทางอาญานั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 บัญญัติว่า “บุคคลที่จะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำ...” แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 บัญญัติให้หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้นหรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น ต้องเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าบุคคลเหล่านั้นซึ่งเป็นจำเลยได้มีการกระทำ หรือดเว้น หรือไม่กระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใดก่อน บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็น การนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหาแต่อย่างใด

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 วันที่ 1 มิถุนายน 2559

## บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน (Basic Facts) กับข้อเท็จจริงที่ถูกลสันนิษฐาน (Presumed Fact) อันเป็นหลักการพื้นฐานของการกำหนดข้อสันนิษฐานอีกประการหนึ่งด้วย ซึ่งมีผลเป็นการผลักรากการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติดังกล่าวจึงถือเป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่สันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อ หลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำบางอย่างบางประการของจำเลยแล้วเท่านั้น จึงขัดต่อหลัก Presumption of Innocence ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในคดีอาญา โจทก์มีภาระต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำความผิดของจำเลย โดยจำเลยไม่จำเป็นต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน

### 3.9 วาระการดำรงตำแหน่งขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้อง จำนวน 2 คำร้อง ดังนี้

3.9.1 ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 263 ว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. .... มาตรา 56 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. .... โดยร่างบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไป ออกเป็น 2 ส่วน คือ

(1) ระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งต่อไป ร่างบทบัญญัตินี้กำหนดให้ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน และผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552

(2) คุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญ ร่างบทบัญญัตินี้กำหนดมิให้นำคุณสมบัติบางประการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติมาใช้ โดยกำหนดให้ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดิน ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ พ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุตามมาตรา 18 แต่มีให้นำกรณีตาม (3) ในส่วนที่เกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติตามมาตรา 8 มาใช้บังคับ

เมื่อร่างมาตรา 56 เป็นเพียงร่างบทบัญญัติว่าด้วยการรับรองสถานะของประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน และผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับให้ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปในช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่างการบังคับใช้กฎหมายฉบับก่อนกับฉบับปัจจุบัน เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างราบรื่น รวมทั้งเพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง โดยมีให้เกิดช่องว่างอันจะส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ต้องหยุดชะงักการกำหนดในรูปแบบของบทเฉพาะกาลดังกล่าวจึงเป็นไปตามหลักนิติธรรมที่คำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น ความเหมาะสม และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแล้ว โดยการกำหนดรูปแบบดังกล่าวของผู้ตรวจการแผ่นดินก็อาจมีความแตกต่างจากรูปแบบขององค์กรอิสระอื่นได้

3.9.2 ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 263 ว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. .... มาตรา 185 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. .... เป็นร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญจัดทำขึ้น และสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาให้ความเห็นชอบตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 และมาตรา 273 วรรคหนึ่ง โดยร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. .... มาตรา 185 เป็นร่างบทเฉพาะกาลที่ว่าด้วยการดำรงตำแหน่งต่อไปในช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่างการบังคับใช้กฎหมายเดิมที่สิ้นผลกับกฎหมายใหม่ที่ใช้บังคับ ทั้งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2560 วินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 273 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้กำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดของผู้ดำรงตำแหน่งตามบทบัญญัติ

ของรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้พิจารณากำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ต่อไป หรือการพ้นจากตำแหน่ง รวมถึงเหตุยกเว้นคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น การที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 263 เป็นผู้พิจารณาและเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. .... มาตรา 185 โดยกำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่งในช่วงเปลี่ยนผ่านเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งเป็นไปอย่างต่อเนื่องตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ได้พิจารณาตามหลักนิติธรรมและคำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น และความเหมาะสม ทั้งในเรื่ององค์ประกอบ หน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและเป็นการสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอันมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

หมายเหตุ 1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 วันที่ 5 กันยายน 2560

2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561 วันที่ 9 มีนาคม 2561

### **บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ**

รัฐธรรมนูญ มาตรา 273 บัญญัติให้ ผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่ดำรงตำแหน่งอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ซึ่งเท่ากับยกเว้นทั้งคุณสมบัติและวาระการดำรงตำแหน่งในบทบัญญัติหลักของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องบังคับใช้แล้ว บุคคลดังกล่าวจะดำรงตำแหน่งต่อไปได้หรือไม่เพียงใด ให้เป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องที่จะได้ตราขึ้นตามมาตรา 267 การดำรงตำแหน่งต่อไปตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวบัญญัติ จึงเป็นข้อยกเว้นของบทบัญญัติหลักในรัฐธรรมนูญ อันเป็นข้อยกเว้นที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 273 วรรคหนึ่งบัญญัติให้กระทำได้ทั้งในส่วนของคุณสมบัติและวาระการดำรงตำแหน่ง

สำหรับลักษณะต้องห้ามตามร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ... มาตรา 11 (1) และ (18) ที่ห้ามผู้ที่เคยเป็นผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวไว้ด้วยนั้น เป็นลักษณะต้องห้ามที่เพิ่มเติมขึ้นมาใหม่ตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ซึ่งการเพิ่มเติมลักษณะต้องห้ามให้รวมถึงเคยเป็นผู้ดำรงตำแหน่งเหล่านั้นมาก่อนด้วย เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมุ่งจะห้ามเฉพาะผู้ที่เข้ามาเป็นผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญใหม่เท่านั้น ดังนั้น สถานิติบัญญัติแห่งชาติจึงมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 273 ที่จะตรากฎหมายกำหนดข้อยกเว้นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เพิ่มขึ้นใหม่นี้ได้ เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่เข้าดำรงตำแหน่งโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเดิมที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่เข้าสู่ตำแหน่งนั้น การยกเว้นมิให้นำมาใช้ตัดสิทธิอันชอบธรรมของบุคคลจึงสามารถกระทำได้

3.10 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งและประกาศของหัวหน้าคณะปฏิวัติ

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ จำนวน 3 คำร้อง ดังนี้

3.10.1 ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (1) ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 140 และมาตรา 141 วรรคหนึ่ง (5) และวรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 และมาตรา 45 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วกำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัย ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 140 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมาย

## ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 และมาตรา 45 หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 140 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง เป็นการรับรองเสรีภาพของบุคคลในการตัดสินใจเลือก และมอบความไว้วางใจของตนแก่พรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งโดยผ่านการเข้าร่วมเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองนั้น อันเป็นการรับรองเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 การกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการเป็นสมาชิกพรรคการเมือง ตลอดจนการกำหนดให้พรรคการเมืองต้องมีการจัดทำทะเบียนสมาชิกพรรคการเมืองให้ถูกต้องสมบูรณ์ ไม่ซ้ำซ้อนและเป็นปัจจุบัน จึงมีความสำคัญต่อการพัฒนาสถาบันพรรคการเมืองในเรื่องการดำรงอยู่ของสมาชิกพรรคการเมืองซึ่งเป็นการยืนยันถึงการสนับสนุนของประชาชนที่มีต่อการดำเนินงานของพรรคการเมืองนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงมีนัยสำคัญต่อการปฏิรูปการเมือง โดยเป็นการให้เสรีภาพแก่สมาชิกของพรรคการเมืองที่จัดตั้งและยังดำรงอยู่ในวันก่อนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใช้บังคับ ได้มีโอกาสทบทวนตนเองว่ายังคงมีเจตนารมณ์อันแน่วแน่ที่จะเป็นสมาชิกพรรคการเมืองนั้นต่อไปอย่างเป็นอิสระและสมัครใจ บทบัญญัติมาตรา 140 จึงไม่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของสมาชิกพรรคการเมืองและพรรคการเมือง แต่เป็นมาตรการที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 และยังคงให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 และมาตรา 45 ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 รวมทั้งไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27

ประเด็นที่สอง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 141 วรรคหนึ่ง (5) และวรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มีปัญหา

## เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 และมาตรา 45 หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 141 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง เป็นกระบวนการที่มีความจำเป็นสำหรับพรรคการเมือง เนื่องจากสาขาพรรคการเมืองและตัวแทนพรรคการเมืองประจำจังหวัดเป็นกลไกรองรับการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในพื้นที่ทั่วประเทศ โดยผ่านการสมัครเข้าเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง อันเป็นฐานมวลชนที่กระจายตัวอยู่ในพื้นที่ อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงหลักการความเป็นพรรคการเมืองของประชาชนตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เปิดโอกาสให้สมาชิกพรรคการเมืองมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวาง และสามารถดำเนินการโดยอิสระไม่ถูกรวบงำหรือชี้้นำโดยบุคคลซึ่งมิได้เป็นสมาชิกของพรรคการเมือง

3.10.2 ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับการยุติธรรมทางอาญา ลงวันที่ 29 กันยายน พุทธศักราช 2549 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้เป็นความผิดและโทษทางอาญา ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 26 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง และมาตรา 29 วรรคสี่ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยให้การรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 28 วรรคหนึ่ง และในคดีอาญาจะบังคับบุคคลให้การเป็นปฎิปักษ์ต่อตนเองมิได้ตามมาตรา 29 วรรคสี่ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองคุ้มครองไว้ต้องเป็นไปตามหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐจะต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม ตามมาตรา 3 วรรคสอง ด้วย อีกทั้งการกระทำอันฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศดังกล่าวมิใช่เป็นการกระทำอันเป็นการร้ายแรงหรือกระทบกระเทือนความสงบสุขของบ้านเมืองถึงขนาดต้องบัญญัติให้เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาที่มีระวางโทษจำคุกถึงหกเดือน ตามหลัก

ภัยอันตราย (the principle of harm) ซึ่งใช้เป็นกรอบในการกำหนดความผิดที่มีโทษทางอาญา นอกจากนี้ในปัจจุบันพบว่า มีมาตรการทางกฎหมายอื่นซึ่งให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์อันได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 368 วรรคหนึ่ง ที่เป็นมาตรการลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าพนักงานโดยไม่มีเหตุหรือข้อแก้ตัวอันสมควร โดยมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับอันเป็นความผิดลหุโทษที่เหมาะสมกับการกระทำฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าพนักงานดังกล่าว ประกอบกับการบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของผู้ต้องหาในคดีอาญาที่จะต้องพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า ตามคำสั่งของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของบุคคล เพื่อประโยชน์ในการสอบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดในคดีอาญา แต่การพิมพ์ลายนิ้วมือเป็นสิทธิพื้นฐานเฉพาะตัวของบุคคลไม่ต่างไปจากการลงลายมือชื่อ ซึ่งแม้จะเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยแล้วก็ตาม แต่ตราบใดที่ยังไม่มีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดย่อมถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิดังกล่าวจึงย่อมได้รับความคุ้มครองแม้กฎหมายจะบัญญัติให้เป็นหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม แต่ย่อมไม่อาจถือเป็นความผิดทางอาญาในฐานที่ไม่ยอมพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้าได้ รัฐชอบที่จะหาวิธีการที่เหมาะสมเพื่อบังคับการให้ผู้ต้องหาที่ไม่ยอมปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนต้องเกิดภาระหรือความรับผิดชอบได้เพียงเท่าที่จำเป็นและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเห็นได้ชัดว่ามีได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐ การรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองในปัจจุบันแต่อย่างไร ประกอบกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมและไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองคุ้มครองไว้เกินกว่าความจำเป็น กระทั่งต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และขัดต่อหลักนิติธรรม อันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 26 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 28 วรรคหนึ่ง และเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญดังวินิจฉัยแล้ว บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 5

3.10.3 ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 29/2557 เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ลงวันที่

24 พฤษภาคม 2557 และประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 41/2557 เรื่อง กำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัวเป็นความผิด ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2557 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 26 มาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรคสาม และมาตรา 29 วรรคหนึ่ง หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำตามที่กำหนดในประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับดังกล่าวยังมีใช่เป็นการกระทำอันมีผลร้ายแรงหรือกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองถึงขนาดต้องกำหนดโทษทางอาญาจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อีกทั้งยังมีมาตรการทางกฎหมายอื่นซึ่งให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่จะรักษาความสงบและการแก้ไขปัญหามันเมืองเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย ดังนั้น การที่ประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 29/2557 เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวตามคำสั่งของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2557 และประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 41/2557 เรื่อง กำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัวเป็นความผิด ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2557 เฉพาะในส่วนโทษทางอาญา โดยไม่ได้แจ้งสาเหตุแห่งการเรียกให้มารายงานตัว และนำมาเป็นเหตุในการกำหนดโทษทางอาญาเพียงการไม่มารายงานตัวตามคำสั่งของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ไม่มีความเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำผิดไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และขัดต่อหลักนิติธรรม จึงชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26

นอกจากนี้ การที่คณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติออกคำสั่งรักษาความสงบแห่งชาติที่ 5/2557 เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวเพิ่มเติม ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2557 กำหนดให้บุคคลมารายงานตัวในวันที่ 24 พฤษภาคม 2557 เวลา 13.00 นาฬิกา โดยคำสั่งดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้การไม่มารายงานตัวต้องรับโทษทางอาญา แต่ต่อมาในวันเดียวกันนั้น คณะรักษาความสงบแห่งชาติออกประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 29/2557 เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวตามคำสั่งของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2557 กำหนดให้บุคคลที่มีรายชื่อตามคำสั่งคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติที่ไม่มารายงานตัวภายในวันเวลาที่

กำหนด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ เป็นการออกคำสั่งเรียกให้มารายงานตัวก่อนแล้วออกประกาศกำหนดโทษ ของการกระทำดังกล่าวในภายหลัง จึงเป็นการกำหนดโทษทางอาญาให้มีผลย้อนหลัง แก่บุคคลผู้ไม่มารายงานตัวตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งเกิดขึ้น ก่อน ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรมที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง

- หมายเหตุ
1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2561 วันที่ 5 มิถุนายน 2561
  2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2562
  3. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2563 วันที่ 2 ธันวาคม 2563

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ประกาศหรือคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิวัติถือว่าเป็นกฎหมาย (Law) ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 326-327/2505 คำสั่งหัวหน้าคณะรักษา ความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมความในมาตรา 141 วรรคสาม จะสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางและวิธีการในลักษณะที่มีการยืดหยุ่น และผ่อนปรน ในกรณีที่พรรคการเมืองไม่สามารถดำเนินการตามวรรคหนึ่งได้ภายในระยะเวลา ที่กำหนด โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาความในมาตรา 141 วรรคสาม ซึ่งมีความสัมพันธ์ เชื่อมโยงกับความใน มาตรา 141 วรรคสอง จะเห็นได้ว่า นอกจากความยืดหยุ่น ในเรื่องเกี่ยวกับระยะเวลาในการดำเนินการแล้ว กรณียังได้กำหนดให้มีมาตรการ ตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรฝ่ายตุลาการอันเป็นกระบวนการสำคัญประการหนึ่งภายใต้ หลักนิติธรรม ในกรณีที่พรรคการเมืองได้รับผลกระทบและเห็นว่าไม่ได้รับความ เป็นธรรมจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ก็สามารถที่จะยื่นคำร้อง ต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความทราบคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการได้ด้วย

อนึ่ง กรณีการที่ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับการ ยุติธรรมทางอาญา ลงวันที่ 29 กันยายน พุทธศักราช 2549 บัญญัติใน วรรคสองให้ผู้ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีหน้าที่ต้องพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า ตามคำสั่งของพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดฐานกระทำความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ต้องระวางโทษ

จำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นบทบัญญัติที่เอาผิดเอาโทษทางอาญาแก่บุคคลเพราะเหตุที่เขาใช้สิทธิและเสรีภาพในร่างกายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคหนึ่ง โดยให้ใช้บังคับแก่บุคคลที่เพียงแต่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดทางอาญาเท่านั้น ถึงแม้จะยังไม่ถูกจับและยังมีผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน ทั้งยังไม่ปรากฏว่ามีพยานหลักฐานเบื้องต้นประการใดที่จะให้ขหมายจับหรือแจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ต้องหาได้ การเป็นผู้ถูกกล่าวหาในทางอาญานั้นมิได้มีความหมายและขอบเขตที่ชัดเจน เพียงมีคำร้องทุกข์ หรือกล่าวโทษว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา บุคคลนั้นก็ตกเป็น “ผู้ถูกกล่าวหา” แล้วไม่ว่าการร้องทุกข์หรือกล่าวโทษนั้นจะมีมูลหรือไม่ และไม่ว่าจะเป็นความผิดอาญารฐานใด มีโทษหนักเบาเท่าใด ผู้ที่ถูกกล่าวหาก็ต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายและต้องรับโทษทางอาญาตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว ทั้ง ๆ ที่ยังไม่ปรากฏความจำเป็นประการใดที่จะต้องให้เขาต้องรับโทษทัณฑ์ทางอาญาเช่นนั้นเลย

### 3.11 มาตรการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินให้ตกเป็นของแผ่นดิน

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลอุทธรณ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 51 วรรคสาม ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 หรือไม่

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มีเจตนารมณ์มุ่งประสงค์ตวงจรรยาการประกอบอาชญากรรมและทำลายแรงจูงใจสำคัญในการประกอบอาชญากรรมที่ให้ผลตอบแทนที่สูง จึงกำหนดให้มีมาตรการในการดำเนินการต่อการฟอกเงินให้มีประสิทธิภาพ สอดคล้องรองรับกับพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อประชาคมโลกที่ให้แยกมาตรการทางแพ่งออกจากทางอาญา โดยให้ใช้มาตรการ ทางอาญาสำหรับดำเนินคดีต่อบุคคล และมาตรการทางแพ่งสำหรับดำเนินคดีต่อทรัพย์สิน โดยในทางอาญาพระราชบัญญัตินี้กำหนดความผิดที่จะลงโทษทางอาญาโดยการจำคุก ปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนมาตรการทางแพ่งที่ดำเนินคดีต่อทรัพย์สินให้ยึดหรืออายัดไว้ และให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของแผ่นดิน นอกจากนี้พระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดให้มีมาตรการคุ้มครองบุคคลที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวที่ได้มาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน สามารถจะพิสูจน์การได้มาโดยชอบของทรัพย์สินนั้นต่อศาลแพ่งตามมาตรา 50 ทั้งยังมีมาตรการเยียวยาโดยศาลแพ่งอาจมีคำสั่งคุ้มครองสิทธิของผู้รับประโยชน์ตามมาตรา 52

วรรคหนึ่ง หรือการคืนทรัพย์สินก่อนศาลแพ่งมีคำสั่งหรือภายหลังศาลแพ่งมีคำสั่ง  
ริบทรัพย์สิน แล้วแต่กรณีตามมาตรา 53 อันเป็นการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของ  
บุคคลที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย และให้เจ้าของทรัพย์สินหรือผู้รับประโยชน์  
สามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของที่มาแห่งทรัพย์สินได้ อันแสดงให้เห็นถึงการกำหนด  
มาตรการทางกฎหมายที่เป็นธรรมเพื่อที่จะรักษาดุลยภาพระหว่างการปราบปราม  
อาชญากรรมบางประเภทที่มีความร้ายแรงเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับ  
การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลจากการใช้มาตรการดำเนินการเกี่ยวกับการ  
ทรัพย์สินให้ตกเป็นของแผ่นดิน บทบัญญัติมาตรา 51 วรรคสาม จึงไม่ขัดต่อหลัก  
นิติธรรม

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2561 วันที่ 26 ธันวาคม 2561

### **บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ**

เพื่อความเป็นธรรมในการต่อสู้คดีในศาลเสมอกันจึงมีความเหมาะสม  
และจำเป็นที่จะกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามกฎหมาย  
ฟอกเงิน เป็นผู้มีการพิจารณาพิสูจน์ตามหลักข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของคู่ความ  
ฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียว (Exclusive Knowledge) คู่ความฝ่ายนั้นควรมีหน้าที่นำสืบ  
ข้อเท็จจริงนั้น ทั้งนี้ ก่อนที่ศาลแพ่งจะมีคำสั่งให้ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำ  
ความผิดตกเป็นของแผ่นดิน ศาลแพ่งจะต้องทำการไต่สวนคำร้องของพนักงาน  
อัยการก่อน โดยพนักงานอัยการในฐานะผู้ร้องจะต้องมีการพิจารณาพิสูจน์ให้ศาลเชื่อ  
ก่อนว่า (1) มีการกระทำความผิดมูลฐานเกิดขึ้น (2) ทรัพย์สินที่ร้องขอให้ตก  
เป็นของแผ่นดินเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด และ (3) ผู้ซึ่งอ้างว่า  
เป็นเจ้าของหรือผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าว เป็นผู้ซึ่งเกี่ยวข้อง  
หรือเคยเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงิน  
มาก่อนแล้วตามมาตรา 51 วรรคสามและมาตรา 52 วรรคสอง แล้วแต่กรณี  
เมื่อพนักงานอัยการได้นำสืบดังกล่าวแล้ว การพิจารณาพิสูจน์จึงจะตกแก่ผู้ซึ่งอ้างว่า  
เป็นเจ้าของหรือผู้รับประโยชน์ในทรัพย์สินตามมาตรา 50 ที่จะต้องนำสืบหักล้าง  
ให้ศาลเห็นว่า ตนเป็นเจ้าของที่แท้จริงและทรัพย์สินนั้นไม่ใช่ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับ  
การกระทำความผิด หรือตนเป็นผู้รับโอนโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน หรือได้มา  
โดยสุจริตและตามสมควรในทางศีลธรรมอันดีหรือในทางกุตลสาธารณะ แล้วแต่  
กรณี อันเป็นการนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นตามมาตรา 51 วรรคสาม

### 3.12 สิทธิในการต่อสู้ของจำเลยกรณีคดียังไม่ถึงที่สุด

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลจังหวัดนครสวรรค์และศาลจังหวัดเพชรบูรณ์ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 มาตรา 8 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 29 และ มาตรา 279 วรรคสอง หรือไม่

พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้การปราบปรามและควบคุมยาเสพติดให้โทษเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยได้บัญญัติให้บุคคลซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ประเภท 2 ประเภท 4 และประเภท 5 ถ้ามียาเสพติดให้โทษเกินปริมาณที่กำหนดไว้ ให้ถือเป็นเด็ดขาดว่าผู้นั้นกระทำเพื่อจำหน่ายโดยไม่ได้เปิดโอกาสให้พิจารณาจากพฤติการณ์หรือค่านึงถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้กระทำความผิดและไม่ได้ให้สิทธิผู้ต้องหาหรือจำเลย ในการพิสูจน์ความจริงในคดี ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 โดยแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 15 วรรคสาม มาตรา 17 วรรคสอง และมาตรา 26 วรรคสอง ให้มีลักษณะเป็นเพียงข้อสันนิษฐาน เพื่อให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีโอกาสนำพยานหลักฐานมา พิสูจน์ความจริงต่อศาลว่าการกระทำของตนมิใช่การกระทำเพื่อจำหน่ายได้ แต่โดยที่พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสาม มาตรา 17 วรรคสอง และมาตรา 26 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมไปใช้บังคับแก่คดีที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และให้นำกฎหมายซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ บังคับแก่คดีดังกล่าวต่อไปจนกว่าคดีถึงที่สุด ซึ่งหมายความว่าเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้ว ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ แม้อคดียังไม่ถึงที่สุดโดยอาจอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา จำเลยก็ไม่อาจนำสืบพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์เจตนาของตนเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษว่าตนเองไม่ได้มีเจตนาเพื่อจำหน่าย จึงถือเป็นการขัดหรือแย้งต่อสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง ที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยไม่มีความผิด

สำหรับกรณีคดีถึงที่สุดแล้ว พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง ในส่วนที่มีให้นำบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสาม มาตรา 17 วรรคสอง และมาตรา 26 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 ใช้บังคับแก่คดีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดไปแล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ เป็นไปเพื่อคุ้มครองกระบวนการและคำพิพากษาในคดีถึงที่สุดไปแล้วโดยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาหรือลักษณะเด็ดขาดถึงที่สุดของคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ มิได้เป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หรือข้อสันนิษฐานที่ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) อันถือเป็นหลักสากลตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง และมีได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลโดยปราศจากเหตุผล และความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคสาม แต่อย่างไรก็ดี อีกทั้งเป็นการดำเนินการตามความเหมาะสมซึ่งได้คำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนเพื่อให้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องโทษเด็ดขาดในคดีตามกฎหมายยาเสพติดให้โทษ เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อการรักษาไว้ ซึ่งประโยชน์สาธารณะและความสงบเรียบร้อยในสังคม อันเป็นการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 26

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2561 วันที่ 28 พฤศจิกายน 2561

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายเป็นหลักการสำคัญในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในทางคดี เมื่อนำมาใช้ตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยทั่วไปแล้วจะใช้ในขั้นตอนการสืบพยานหลักฐานเพื่อหาข้อเท็จจริงซึ่งกระทำในศาลชั้นต้น การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามความในมาตรา 15 วรรคสาม มาตรา 17 วรรคสอง และมาตรา 26 วรรคสอง จึงเป็นการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความ ซึ่งตามหลักการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความที่แก้ไขใหม่ สามารถใช้กับกระบวนการพิจารณาคดีที่ค้าง

การพิจารณาอยู่หรือเป็นกระบวนการพิจารณาที่ยังไม่ได้ดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว เท่านั้นจะไม่นำไปใช้กับกระบวนการพิจารณาที่เสร็จสิ้นแล้ว หากกระบวนการพิจารณาใด ได้กระทำเสร็จสิ้นไปโดยชอบแล้ว จะไม่กลับไปเพิกถอนและเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาใหม่ อีกทั้งตามหลักการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาและหลักนิติธรรม ห้ามมิให้รัฐออกกฎหมายมาใช้บังคับย้อนหลังอันมีลักษณะเป็นโทษทางอาญา แก่บุคคล แต่รัฐสามารถออกกฎหมายมาใช้บังคับย้อนหลังให้เป็นคุณหรือบรรเทา ความเดือดร้อนแก่บุคคลได้

3.13 การนำสำนวนคดีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มาเป็นหลักในกระบวนการพิจารณาของศาล

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลอุทธรณ์แผนกคดีทุจริตและประพฤติมิชอบตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 98/1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 27 วรรคหนึ่ง และวรรคห้าหรือไม่

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 98/1 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ประกอบระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมิใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามมาตรา 275 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2556 แล้ว เห็นว่า จำเลยหรือผู้ถูกกล่าวหาย่อมมีสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่และได้รับการพิจารณาคดีจากศาลที่เป็นผู้มีหน้าที่ค้นหาความจริง และใช้บังคับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง บทบัญญัติมาตรา 98/1 วรรคหนึ่ง เพียงแต่บัญญัติให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนี้ารายงาน และสำนวนคดีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มาเป็นหลักในกระบวนการพิจารณานั้น ไม่ได้เป็นบทบังคับให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต้องรับฟังข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเป็นยุติตามที่ปรากฏในรายงานและสำนวนคดีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่ประการเดียว เนื่องจากกระบวนการในชั้นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อดำเนินคดีอาญาต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายนี้เป็นเพียงกระบวนการชั้นแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในเบื้องต้นก่อนยื่นฟ้องคดีอาญาต่อศาลเท่านั้น ซึ่งศาลยังคงมีอำนาจวินิจฉัยชี้แจงชี้แจงนำพยานหลักฐานแห่งคดีตามประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความอาญา มาตรา 227 และมาตรา 227/1 และมีอำนาจเรียกสำนวน การสอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบกรณีวินิจฉัยได้ตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 175 บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึง ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม เพราะการพิจารณาคดีกระทำโดยองค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กร ที่ใช้อำนาจตุลาการ และไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกิน สมควรแก่เหตุตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 แม้จะมีความแตกต่างไปจากวิธีพิจารณา คดีอาญาสำหรับบุคคลทั่วไปอยู่บ้าง แต่ก็มีผลจำเป็นต้องกระทำเพื่อปราบปราม การทุจริตในวงราชการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนรวม บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังกล่าวจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ในเรื่องสถานะของบุคคลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใด บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังกล่าว จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง และวรรคห้า

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2562 วันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2562

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 98/1 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ประกอบระเบียบ ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวน กับเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมิใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองแล้ว เห็นได้ว่า จำเลย หรือผู้ถูกกล่าวหาอย่างไม่มีสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่และได้รับการพิจารณาคดี จากศาลที่เป็นผู้มีหน้าที่ค้นหาความจริง วิเคราะห์ และบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง บทบัญญัติแห่งมาตรา 98/1 เพียงแต่บัญญัติให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา คดีนำรายงานและสำนวนคดีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มาเป็นหลักในกระบวนการ พิจารณาเท่านั้น ไม่ได้เป็นบทบังคับให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ต้องรับฟังข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเป็นยุติตามที่ปรากฏในรายงานและ สำนวนคดีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่ประการเดียว ศาลยังคงมีอำนาจวินิจฉัย ชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานแห่งคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 และมาตรา 227/1 และมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงาน อัยการมาเพื่อประกอบกรณีวินิจฉัยได้ ตามประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 175 ส่วนโจทก์ก็ยังคงต้องมีภาระการพิสูจน์การกระทำและเจตนาของจำเลย ให้ครบองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับความผิดอาญาทั่วไป และจำเลยยังคง

มีสิทธิในการต่อสู้คดี เสนอพยานหลักฐาน รวมทั้งโต้แย้งและนำสืบหักล้าง พยานหลักฐานของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 98/1 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง จึงไม่ได้จำกัดสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย อีกทั้งไม่ได้เป็น บทบัญญัติที่เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิด ของจำเลยแต่อย่างใด และไม่ได้เป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ให้ตก แก่จำเลย

### 3.14 บุคคลอาจต้องร่วมรับผิดชอบแพ่งกับบริษัทที่ตนถือหุ้นในบริษัท

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลจังหวัดพัทธสีมาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติวิธีพิจารณา คดี ผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 37 วรรคหนึ่งและวรรคสอง และมาตรา 26 หรือไม่

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจ เรียกหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของนิติบุคคลหรือ ผู้รับมอบทรัพย์สินจากนิติบุคคลดังกล่าวเข้ามาเป็นจำเลยร่วม และให้ศาลมีอำนาจ พิพากษาให้บุคคลเช่นว่านั้นร่วมรับผิดชอบในหนี้ที่นิติบุคคลมีต่อผู้บริโภคได้ด้วย แต่ถ้าผู้ันสามารถพิสูจน์ตนเองได้ว่ามิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำของนิติบุคคล ดังกล่าวก็หลุดพ้นความรับผิดไป ทั้งนี้การใช้อำนาจของศาลในการเรียกบุคคลดังกล่าว เข้ามาเป็นจำเลยร่วม หรือมีอำนาจพิพากษาให้ร่วมรับผิดชอบในหนี้ที่นิติบุคคลมีต่อ ผู้บริโภคได้ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจำเลยร่วมมีสิทธิในการต่อสู้คดีโดยกระทำต่อศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจ ตูลาการ หากตนไม่สามารถพิสูจน์ต่อศาลได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดการ พิพากษาให้บุคคลดังกล่าวร่วมรับผิดชอบในหนี้ที่นิติบุคคลมีต่อผู้บริโภคก็เป็นไป ตามหลักความรับผิดชอบต่อการดำเนินการของนิติบุคคล และยังเป็นบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่มีความเหมาะสมเพราะเป็นเครื่องมือสำคัญเพื่อให้กระบวนการ พิพากษาในคดีผู้บริโภคสามารถบรรลุวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ในการคุ้มครอง ผู้บริโภคซึ่งมีความสามารถในการต่อสู้คดีน้อยกว่าผู้ประกอบการ และเป็นกรณี จำเป็นเนื่องจากศาลจำเป็นต้องนำเครื่องมือดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาเพื่อ

ไม่ให้บุคคลใดอาศัยสถานะความเป็นนิติบุคคลปฏิเสธความรับผิดชอบในหนี้ของนิติบุคคลที่ตนควรต้องร่วมรับผิดชอบด้วย ประกอบกับเมื่อซึ่งนำหน้ากระหว่างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองไว้กับประโยชน์ส่วนรวมของสังคมตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้ ที่ต้องการคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว บทบัญญัติมาตรา 44 วรรคหนึ่ง จึงไม่เป็นบทบัญญัติที่กระทบสิทธิในการถือครองทรัพย์สินของบุคคลจนเกินความจำเป็น หรือเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ถูกสันนิษฐานจนเกินสมควรแก่เหตุ หากแต่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี ทั้งไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม มิได้กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 37 วรรคหนึ่งและวรรคสอง และมาตรา 26 แต่อย่างใด

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4 - 5/2562 วันที่ 10 เมษายน 2562

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจเรียกหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้น หรือบุคคลที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของนิติบุคคลหรือผู้รับมอบทรัพย์สินจากนิติบุคคลดังกล่าวเข้ามาเป็นจำเลยร่วม และให้ศาลมีอำนาจพิพากษาให้บุคคลเช่นว่านั้นร่วมรับผิดชอบในหนี้ที่นิติบุคคลมีต่อผู้บริโภคด้วย หากว่าผู้นั้นสามารถพิสูจน์ตนเองได้ว่ามิได้มีส่วนร่วมรู้เห็นในการกระทำดังกล่าวก็หลุดพ้นความรับผิดไป ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทบสิทธิในการถือครองทรัพย์สินของผู้ได้แย้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 37 วรรคหนึ่งและวรรคสอง จนเกินความจำเป็นหรือเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ถูกสันนิษฐานจนเกินสมควรแก่เหตุแต่ประการใดหากแต่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี

### 3.15 การคำนวณเงินบำเหน็จบำนาญกรณีกลับเข้ารับราชการ

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลจังหวัดสุโขทัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2500 มาตรา 4 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ

บำเหน็จบำนาญข้าราชการส่วนท้องถิ่น (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 4 และมาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรคสาม หรือไม่

เจตนารมณ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการส่วนท้องถิ่น (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 ก็เพื่อให้ข้าราชการที่มีสถานะเป็นพนักงานส่วนตำบล และอยู่ในสังกัดองค์การบริหารส่วนตำบลทุกคนสามารถได้รับสิทธิในการคำนวณเงินบำเหน็จบำนาญตามกฎหมายดังกล่าว พระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการส่วนท้องถิ่น (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 ที่ใช้บังคับจึงมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อตัดสิทธิการรับบำเหน็จบำนาญของข้าราชการ บทบัญญัติดังกล่าวจึงมิได้มีลักษณะกระทบกระเทือนสิทธิของจำเลย หากแต่เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเพื่อให้พนักงานส่วนตำบลมีความเสมอภาคในการรับบำเหน็จบำนาญเช่นเดียวกับข้าราชการส่วนท้องถิ่นอื่นซึ่งเป็นการเพิ่มสิทธิให้พนักงานส่วนตำบลทุกคนมีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญตามที่กฎหมายนี้กำหนด

ส่วนกรณีที่จำเลยโต้แย้งว่าตนเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินเบี้ยหวัด เงินบำนาญ เงินช่วยค่าครองชีพ ผู้รับเบี้ยหวัด บำนาญ และเงินบำเหน็จดำรงชีพมาก่อน และต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2500 มาตรา 4 โดยพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการส่วนท้องถิ่น (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 ทำให้จำเลยไม่มีสิทธิได้รับเงินเบี้ยหวัด เงินบำนาญและเงินช่วยค่าครองชีพผู้รับเบี้ยหวัดบำนาญอีกต่อไปนั้น เห็นว่า พระราชกฤษฎีกาเงินช่วยค่าครองชีพผู้รับเบี้ยหวัดบำนาญอีกต่อไปนั้น เห็นว่า พระราชกฤษฎีกาเงินช่วยค่าครองชีพผู้รับเบี้ยหวัดบำนาญ พ.ศ. 2521 มาตรา 5 (1) กำหนดให้ผู้ได้รับเบี้ยหวัดหรือมีสิทธิได้รับเบี้ยหวัด ไม่มีสิทธิได้รับเงินบำนาญ และเงินช่วยค่าครองชีพผู้รับเบี้ยหวัดบำนาญในกรณีกลับเข้ารับราชการ และข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยเงินเบี้ยหวัด พ.ศ. 2495 ข้อ 8 วรรคหนึ่ง (3) ที่ให้ตัดเบี้ยหวัดกรณีทหารซึ่งได้รับเบี้ยหวัดอยู่แล้วเข้ารับราชการในตำแหน่งซึ่งมีสิทธิจะได้รับบำเหน็จบำนาญ การที่กรมบัญชีกลางให้เรียกเงินที่จำเลยได้รับเกินสิทธิคืน ก็เพื่อไม่ให้มีการเบิกจ่ายงบประมาณรายจ่ายงบกลางในหมวดหรือประเภทของเงินเบี้ยหวัดบำเหน็จบำนาญ โดยถือเป็นเงินจากงบประมาณประเภทเดียวกันซึ่งจะทำให้เป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายที่ซ้ำซ้อนกัน ดังนั้น พระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2500 มาตรา 4 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ

ส่วนท้องถิ่น (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 จึงมิได้กระทบกระเทือนสิทธิของจำเลย มิได้ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมีได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 4 และมาตรา 27 วรรคหนึ่ง และวรรคสามแต่อย่างใด

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2562 ลงวันที่ 11 กันยายน 2562

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

การที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าวก็มีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันมิให้มีการเบิกจ่ายเงินงบประมาณรายจ่ายงบกลางในหมวดหรือประเภทของเงินเบี้ยหวัดบำเหน็จบำนาญให้แก่จำเลย เพราะเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายซ้ำซ้อนกัน ดังนี้ แม้ว่าสิทธิในการได้รับเงินเบี้ยหวัด เงินบำนาญ เงินช่วยค่าครองชีพ ผู้รับเบี้ยหวัดบำนาญ (เงิน ช.ค.บ.) และเงินบำเหน็จดำรงชีพ จะถูกงดตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยเงินเบี้ยหวัด พ.ศ. 2495 ข้อ 8 วรรคหนึ่ง (3) อันเนื่องมาจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการส่วนท้องถิ่น (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 มาตรา 3 และมาตรา 4 ก็ตาม แต่บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวก็มิได้มีลักษณะเป็นการกระทบหรือลดรอนสิทธิของจำเลย หากแต่เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเพื่อให้จำเลย ซึ่งมีฐานะเป็นพนักงานส่วนตำบลมีความเสมอภาคในการได้รับบำเหน็จบำนาญเช่นเดียวกับข้าราชการส่วนท้องถิ่นอื่น อันสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

### 3.16 การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลแขวงพระนครใต้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/3 มาตรา 227 และมาตรา 227/1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 4 และมาตรา 29 วรรคสอง หรือไม่

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีการปรับปรุงกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานในปี 2551 เพื่อให้การรับฟังพยานหลักฐานมีความยืดหยุ่นมากขึ้น ซึ่งในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญามีหลักการสำคัญว่าพยานหลักฐานทุกชนิดที่มีคุณสมบัติบ่งชี้ถึงข้อเท็จจริงในคดี ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีนั้นได้ พยานหลักฐานใดจะรับฟังได้เพียงใดขึ้นอยู่กับคุณค่าในเชิงพิสูจน์

ข้อเท็จจริงของพยานหลักฐานชนิดนั้น โดยศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิสูจน์ความจริงและมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการแสวงหาข้อเท็จจริงให้ได้ใกล้เคียงความจริงมากที่สุด การรับฟังพยานหลักฐานและบทคัดพยาน จึงมิได้เคร่งครัด ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานใด ๆ ก็ได้ที่สามารถพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยในคดีอาญา เพียงแต่ต้องไม่ใช่พยานหลักฐานที่เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญหลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นเท่านั้น สำหรับพยานบอกเล่า แม้โดยสภาพจะมีข้อบกพร่อง น้ำหนัก ไม่มั่นคงและคุณค่าเชิงพิสูจน์ข้อเท็จจริงน้อย มาตรา 226/3 จึงห้ามมิให้ศาลรับฟัง แต่ก็มิได้ห้ามอย่างเคร่งครัด ศาลมีดุลพินิจรับฟังพยานบอกเล่าได้ตามข้อยกเว้นในมาตรา 226/3 วรรคสอง โดยยังให้สิทธิคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องร้องคัดค้านการรับฟังพยานบอกเล่าได้ อีกทั้งเพื่อเป็นการคุ้มครองจำเลยในคดีอาญา มาตรา 227/1 จึงบัญญัติเน้นย้ำให้ศาลจะต้องรับฟังพยานบอกเล่าด้วยความระมัดระวัง และมาตรา 227 ที่บัญญัติว่าหากมีข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย ดังนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/3 มาตรา 227 และมาตรา 227/1 ที่วางหลักการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีอาญาไว้อย่างชัดเจน เป็นไปในทิศทางเดียวกันเพื่อประโยชน์ในกระบวนการค้นหาความจริงในคดีอาญา จึงเป็นไปตามหลักนิติธรรม ใช้บังคับแก่คู่ความทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน โดยให้ความคุ้มครองคู่ความในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่มิได้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล มิได้ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล อีกทั้งมิได้เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความผิดก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลได้กระทำความผิด

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2563 วันที่ 30 กันยายน 2563

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/3 มาตรา 227 มาตรา 227/1 เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นประโยชน์ในกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับการค้นหาความจริงในคดีอาญา เพื่อรองรับกรณีที่ศาลเห็นว่าพยานบอกเล่าใดเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคดีที่ศาลอาจรับฟังได้หรือกรณีที่ศาลเห็นว่าพยานบอกเล่าใดไม่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคดีที่ศาลไม่อาจรับฟังได้และก่อให้เกิดความชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรม รวมถึงเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติกรรับฟังพยานบอกเล่า การใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

อย่างมีเหตุผลหรือมีพยานหลักฐานอื่นประกอบในการพิจารณาพิพากษาขององค์คณะผู้พิพากษา ซึ่งสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1996 ข้อ 14 ที่ได้วางหลักเกี่ยวข้องกับพยานบอกเล่าที่สำคัญ 3 ประการ คือ หลักความเท่าเทียม ในการต่อสู้คดี หลักสิทธิที่จะซักถามพยาน และหลักที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์

### 3.17 การไม่ยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 82 วรรคหนึ่ง และมาตรา 170 วรรคสาม ประกอบมาตรา 82 ว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของร้อยเอก ธรรมนัส พรหมเผ่า สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 101 (6) ประกอบมาตรา 98 (10) และความเป็นรัฐมนตรีของร้อยเอก ธรรมนัส พรหมเผ่า รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ สิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 170 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบมาตรา 160 (6) และมาตรา 98 (10) หรือไม่

คดีนี้เอกสารประกอบคำร้องไม่ใช่สำเนาคำพิพากษาของศาลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลียและไม่ได้รับการรับรองสำเนาถูกต้อง ซึ่งคำพิพากษาของศาลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย จึงเป็นสาระสำคัญในการวินิจฉัยคดี แต่ไม่มีคู่มือฝ่ายใดเสนอสำเนาคำพิพากษาของศาลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลียต่อศาลรัฐธรรมนูญเลย จากนั้นศาลรัฐธรรมนูญตรวจพยานเอกสารทั้งหลายในสำนวนแล้วปรากฏว่าเป็นเพียงสำเนาคำร้องขออนุญาตอุทธรณ์ภายหลังจากพ้นระยะเวลาอันอุทธรณ์ของผู้ถูกร้อง ลงวันที่ 10 มีนาคม 2538 และสำเนาคำสั่งศาลอุทธรณ์รัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย ลงวันที่ 10 มีนาคม 2538 ที่ส่งไม่รับคำร้องขออนุญาตอุทธรณ์ดังกล่าว ซึ่งผู้รับรองสำเนาถูกต้องไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของศาลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย หรือเจ้าหน้าที่ของสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงแคนเบอร์รา เครือรัฐออสเตรเลีย พยานเอกสารเท่าที่มีในสำนวนรับฟังข้อเท็จจริงได้เพียงว่าผู้ถูกร้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งพรรคพลังประชาชน จังหวัดพะเยา เขตเลือกตั้งที่ 1 และดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ก่อนผู้ถูกร้องสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ผู้ถูกร้องรับว่าตนเคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดตามคำพิพากษาของศาลแขวงรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งศาลรัฐนิวเซาท์เวลส์

เครือข่ายรัฐออสเตรเลีย ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนี้จริง แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นอย่างไร วินิจฉัยพยานหลักฐานอย่างไร และมีคำพิพากษาในความผิดฐานใดจะตรงตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 98 (10) บัญญัติหรือไม่นั้น ยังไม่ชัดเจนอย่างใดก็ดี เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้วินิจฉัยแล้ว จึงมีปัญหาข้อกฎหมายสำคัญที่ต้องวินิจฉัยต่อไป

สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 101 (6) ประกอบมาตรา 98 (10) หรือไม่

มีข้อที่ต้องพิจารณาว่า คำว่า “เคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุด” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 98 (10) อันเป็นลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หมายความว่าถึง คำพิพากษาของศาลไทยเท่านั้นหรือไม่

เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคหนึ่งและวรรคสอง บัญญัติให้อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอธิปไตย ในการปกครองประเทศ ลักษณะสำคัญของอำนาจอธิปไตยคือมีความเด็ดขาดสมบูรณ์ไม่อยู่ในอาณัติ หรืออยู่ภายใต้อำนาจของรัฐอื่น โดยการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นการใช้อำนาจตุลาการอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตยย่อมต้องไม่ตกอยู่ในอาณัติหรืออยู่ภายใต้อำนาจตุลาการของรัฐอื่น ซึ่งหลักการและทางปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการใช้อำนาจตุลาการจะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศเพื่อยืนยันหลักความเป็นอิสระของตุลาการและความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา เมื่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มีการกล่าวถึงคำพิพากษา จึงต้องหมายถึงคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐหรือประเทศนั้นเท่านั้น ไม่รวมถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ อีกทั้งการตรากฎหมายอาญาของแต่ละประเทศกำหนดการกระทำที่เป็นความผิด องค์ประกอบของความผิด ฐานความผิด และเงื่อนไขการลงโทษไว้แตกต่างกัน หากตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 98 (10) ว่า “เคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุด” หมายความว่ารวมถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วยก็จะมีผลกว้างครอบคลุมถึงคำพิพากษาอันถึงที่สุดในความผิดตามกฎหมายอื่นอีกหลายฉบับ จะทำให้ขอบเขตการยอมรับอำนาจศาลของรัฐอื่นขยายออกไปอย่างกว้างขวางอีกด้วย ทั้งไม่อาจลั่นกรองหรือตรวจสอบความชอบด้วยหลักนิติธรรมของกระบวนการพิจารณาของศาลต่างประเทศ และขัดต่อหลักการต่างตอบแทนอันทำให้อำนาจอธิปไตยทางศาลของไทยถูกระทบกระเทือนอย่างมีนัยสำคัญ

ตามหลักอธิปไตยของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลรัฐใดก็จะมีผลในดินแดนของรัฐนั้น ซึ่งหลักการและทางปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางตุลาการจะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศเพื่อยืนยันหลักความเป็นอิสระของตุลาการและความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา เมื่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีการกล่าวถึงคำพิพากษา จึงต้องหมายถึงคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐหรือประเทศนั้นเท่านั้น

การตรากฎหมายอาญาของแต่ละประเทศกำหนดการกระทำอันเป็นความผิด องค์ประกอบของความผิด ฐานความผิด และเงื่อนไขการลงโทษไว้แตกต่างกัน การกระทำอย่างเดียวกัน กฎหมายของบางประเทศอาจกำหนดให้เป็นความผิด แต่กฎหมายของไทยอาจไม่ได้กำหนดให้เป็นความผิดก็ได้ อีกทั้งหากตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 98 (10) ว่า “เคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุด” หมายรวมถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย ก็จะมี ความหมายกว้างขวางครอบคลุมถึงคำพิพากษาอันถึงที่สุด ในความผิดตามกฎหมายอื่นอีกหลายฉบับตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 98 (10) จะทำให้ขอบเขตการยอมรับอำนาจของศาลรัฐอื่นขยายออกไปอย่างกว้างขวางอีกด้วย รวมถึงทำให้ไม่อาจกลั่นกรองหรือตรวจสอบความชอบด้วยหลักนิติธรรมของกระบวนการพิจารณาของศาลต่างประเทศดังกล่าว และขัดต่อหลักการต่างตอบแทนอันทำให้อำนาจอธิปไตยทางศาลของไทยถูกระทบกระเทือนอย่างมีนัยสำคัญ

แม้ข้อเท็จจริงในคดีฟังได้ว่าผู้ถูกร้องเคยต้องคำพิพากษาของศาลแขวงรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย ก่อนสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร แต่ไม่ใช่คำพิพากษาของศาลไทย ผู้ถูกร้องจึงไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 98 (10) สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ถูกร้องไม่สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 101 (6) ประกอบมาตรา 98 (10)

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ถูกร้องไม่สิ้นสุดลง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 101 (6) ประกอบมาตรา 98 (10) และความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องไม่สิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 170 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบมาตรา 160 (6) และมาตรา 98 (10)

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2564 วันที่ 5 พฤษภาคม 2564

## บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยเป็นรัฐเดี่ยวและเป็นราชอาณาจักร โดยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมีอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ผ่านสามองค์กรประกอบด้วย อำนาจนิติบัญญัติผ่านทางรัฐสภา อำนาจบริหารผ่านทางคณะรัฐมนตรี และอำนาจตุลาการผ่านทางศาล ดังนั้น โดยหลักการสำคัญแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อใช้บังคับภายในรัฐใด ย่อมต้องอยู่ในขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น สำหรับคำว่า “เคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุด” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 98 (10) หมายถึง คำพิพากษาของศาลไทยและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศหรือไม่นั้น พิจารณาได้ดังนี้

1. หลักการยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ กล่าวคือ เกิดจากความประสงค์ระหว่างประเทศของประเทศหนึ่งกับอีกประเทศหนึ่ง ภายใต้หลักการอัยยาศัยไมตรีและหลักการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติต่อกัน โดยวิธีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือมีสนธิสัญญาหรือมีข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996 มาตรา 47 (e) เป็นต้น ส่วนประเทศไทยไม่ปรากฏว่ามีรัฐธรรมนูญหรือสนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศแต่อย่างใด

2. อนุสัญญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ อนุสัญญาต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีที่ต้องปฏิบัติตาม เช่น อนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ ค.ศ. 1961 อนุสัญญาว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1971 และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1988 เป็นต้น การเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีดังกล่าวมีผลให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามเฉพาะในบทบัญญัติของอนุสัญญาเท่านั้น ส่วนพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 มีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดมาตรการให้ความช่วยเหลือและรับความช่วยเหลือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา ภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ รวมถึงการบังคับชำระเงินแทนการริบทรัพย์

นอกจากนั้น สำหรับถ้อยคำว่า “คำพิพากษาอันถึงที่สุด” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 98 (10) ย่อมหมายถึง คำพิพากษาของศาลไทยเท่านั้น ดังตัวอย่างปรากฏในคำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 10 โดยศาสตราจารย์จิติ ติงศัททีย์ พ.ศ. 2546 หรือข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 276/2525 เป็นต้น

### 3.18 การปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันไว้

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลจังหวัดนครราชสีมาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 151 วรรคสาม และมาตรา 166 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรคสาม มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 40 หรือไม่

ปี พ.ศ. 2554 ประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : UNCLOS 1982) ส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีในการปรับปรุงกฎหมายภายใน เพื่อปรับปรุงการบริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำและการประมงให้สอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาดังกล่าว โดยยกเลิกพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 และประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 แต่พระราชบัญญัตินี้ยังขาดความชัดเจนและไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากล ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปประกาศแจ้งเตือนอย่างเป็นทางการให้ประเทศไทยเป็นประเทศในกลุ่มที่ไม่ให้ความร่วมมือในการต่อต้านการทำประมงที่ผิดกฎหมายขาดการรายงาน และไร้การควบคุม (Illegal Unreported and Unregulated Fishing : IUU Fishing) ตามกฎระเบียบของสหภาพยุโรปที่ (EC) NO 1005/2008 ว่าด้วยการจัดตั้งระบบของประชาคมยุโรป เพื่อป้องกัน ยับยั้ง และจัดการทำการประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงานและไร้การควบคุม โดยแนะนำให้ประเทศไทยดำเนินการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีการตราพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 เพื่อปฏิรูปการบริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำและการทำการประมงให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล การกำหนดโทษปรับตามพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 151 วรรคสาม โดยใช้

เรือขนาดตั้งแต่หกสิบตันกรอสขึ้นไปแต่ไม่ถึงหนึ่งร้อยห้าสิบตันกรอส ต้องระวางโทษปรับหนึ่งล้านบาทนั้น แม้เป็นการกำหนดอัตราค่าปรับจำนวนสูงและมีลักษณะเป็นการกำหนดโทษปรับในอัตราเดียวโดยไม่มีระวางขั้นต่ำและขั้นสูงก็ตาม แต่เป็นไปตามหลักการกำหนดโทษหนักเบาตามขนาดเรือที่สอดคล้องกับมูลค่าของสัตว์น้ำที่ได้จากการกระทำผิด ทั้งยังเป็นการตัดแรงจูงใจที่จะกระทำผิดเพราะผู้กระทำจะไม่ได้รับผลประโยชน์จากการกระทำนั้น จึงมีความเหมาะสมได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำผิด และผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับ ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม และไม่เป็นการกำหนดโทษที่จะลงแก่บุคคลหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง แม้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลอยู่บ้าง แต่เป็นการจำกัดเสรีภาพเพื่อรักษาความมั่นคงทางทรัพยากรสัตว์น้ำอันเป็นความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 ดังนั้น พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 151 วรรคสาม จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรคสาม มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 40 มาตรา 166 เป็นมาตรการสำคัญทำให้บุคคลใดที่จะให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้อื่นในการทำการประมงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องระงับและยับยั้งการสนับสนุนการกระทำความผิด เพราะเมื่อคำนวณผลตอบแทนหรือประโยชน์ที่จะได้รับจากการกระทำความผิดเช่นเดียวกับตัวการแล้ว ผลร้ายที่ได้จากการทำความผิดมีมากกว่าประโยชน์ที่ได้รับ อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวหาใช่เป็นบทบัญญัติเด็ดขาด แต่บัญญัติให้ศาลมีอำนาจยกเว้นให้แก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นคนประจำเรือได้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นการกระทำไปตามคำสั่งการของเจ้าของเรือหรือผู้ควบคุมเรือ ศาลจะไม่ลงโทษหรือลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ อันเป็นการกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมกับพฤติการณ์และลักษณะของผู้กระทำความผิด เนื่องจากคนประจำเรือมีหน้าที่ประจำอยู่ในเรือ

ซึ่งแตกต่างกับผู้ควบคุมเรือที่มีหน้าที่บังคับเรือและรับผิดชอบในเรือประมงที่ต้องดูแลระบบติดตามเรือประมงให้สามารถใช้งานได้ตลอดเวลาทั้งขณะที่ออกทำการประมงและขณะที่จอดเทียบท่า พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 166 จึงมีความเหมาะสมได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับ ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค และไม่เป็นการกำหนดโทษที่จะลงแก่บุคคลหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ ในเวลากระทำความผิด ดังนั้น พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 166 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรคสาม มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 40 หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2564 วันที่ 30 มิถุนายน 2564

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยจำเป็นต้องปฏิรูปการบริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำและการทำการประมง เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทางทะเล ค.ศ. 1982 และประกาศแจ้งเตือนของคณะกรรมการสุขภาพยุโรป และบทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพ ไม่ส่งเสริมให้มีการกระทำความผิด และป้องปรามการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการป้องกัน ระวังและยับยั้งการทำการประมงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยที่ ผู้สนับสนุนหรือได้รับผลตอบแทนจากการกระทำความผิดตามพระราชกำหนดนี้ ล้วนเป็นผู้มีส่วนที่ก่อให้เกิดการทำการประมงที่ผิดกฎหมาย ถือเป็นมาตรการสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้บุคคลใดที่จะให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้อื่นในการทำการประมงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวังและยับยั้งการสนับสนุนการกระทำความผิดนั้น เพราะเมื่อคำนวณผลตอบแทนหรือประโยชน์ที่จะได้รับจากการกระทำความผิดเช่นเดียวกับตัวการแล้ว ผลร้ายที่ได้จากการกระทำความผิดมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวหาใช่บทบัญญัติเด็ดขาด โดยบัญญัติยกเว้นให้ผู้กระทำความผิดที่เป็น

คนประจำเรือ กรณีศาลเห็นว่าเป็นการกระทำไปตามคำสั่งการของเจ้าของเรือ หรือผู้ควบคุมเรือ ศาลจะไม่ลงโทษหรือลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ อันเป็นการกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมกับ พฤติการณ์และลักษณะของผู้กระทำความผิด เนื่องจากคนประจำเรือ มีหน้าที่ ประจำอยู่ในเรือ แตกต่างกับผู้ควบคุมเรือที่มีหน้าที่บังคับเรือและรับผิดชอบ ในเรือประมง ซึ่งต้องดูแลระบบติดตามเรือประมงให้สามารถใช้งานได้ตลอดเวลา ทั้งขณะที่ออกทำการประมงและขณะที่จอดเทียบท่า จึงกำหนดให้ผู้สนับสนุนหรือ ได้รับความตอบแทนจากการกระทำความผิดมีความผิดและได้รับโทษ โดยได้สัดส่วน กับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิด ได้รับจากการทำการประมง

### 3.19 การชุมนุมสาธารณะ

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลจังหวัดตะกั่วป่า ศาลจังหวัด นครพนม ศาลแขวงเชียงราย และศาลจังหวัดบุรีรัมย์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 4 บทนิยามคำว่า “การชุมนุมสาธารณะ” มาตรา 10 มาตรา 14 และมาตรา 28 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 34 และมาตรา 44 หรือไม่

เห็นว่า บทนิยามคำว่า “การชุมนุมสาธารณะ” เป็นการกำหนด หลักเกณฑ์เพื่อให้ทราบว่าการชุมนุมของบุคคลในลักษณะใดเป็นการชุมนุมสาธารณะ ที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ให้สอดคล้องกับ เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น มิใช่เป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไข เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แม้บทนิยามดังกล่าวไม่ได้กำหนดจำนวนของผู้ชุมนุมไว้ แต่โดยสภาพหรือลักษณะ ของการชุมนุมย่อมเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่า “การชุมนุม” หมายถึงการเข้ามารวมกัน ของบุคคล หรือมีความหมายโดยทั่วไปหมายถึงที่ประชุมของกลุ่มบุคคลที่มี จุดประสงค์เพื่อประโยชน์บางประการร่วมกัน ประกอบกับการชุมนุมมิได้ขึ้นอยู่กับ จำนวนบุคคลขั้นต่ำที่เข้าร่วมกันชุมนุม เพียงแต่เป็นการรวมกันของบุคคลในที่ สาธารณะโดยมีวัตถุประสงค์เดียวกันเพื่อเรียกร้อง สนับสนุน คัดค้าน หรือแสดง ความคิดเห็นในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยแสดงออกต่อประชาชนทั่วไป และบุคคลอื่น

สามารถร่วมการชุมนุมนั้นได้ มิใช่เป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะที่จะมีผลกระทบ ต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 4 ในส่วนบทนิยาม คำว่า “การชุมนุมสาธารณะ” ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 34 และมาตรา 44

สำหรับข้อโต้แย้งที่ว่าพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 14 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 34 และมาตรา 44 หรือไม่ เห็นว่า การที่มาตรา 14 กำหนดลักษณะการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการชุมนุมสาธารณะที่ไม่แจ้งการชุมนุม ตามมาตรา 10 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะสามารถดำเนินการตามมาตรา 21 โดยการประกาศให้ผู้ชุมนุมที่ชุมนุมสาธารณะโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 เลิกการชุมนุมภายในระยะเวลาที่กำหนด หากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามประกาศดังกล่าว ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมสาธารณะ บทบัญญัติมาตรา 14 ดังกล่าวมีความมุ่งหมายกำหนดลักษณะของการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามกฎหมายในการดูแลความสงบและความปลอดภัยของการชุมนุมดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของมาตรการต่าง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง นอกจากนี้ การที่ผู้จัดการชุมนุมไม่แจ้งการชุมนุม ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถจะเริ่มดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ในการคุ้มครองความสงบของประชาชน ไม่สามารถประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนรับทราบเพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่เกิดจากการชุมนุม รวมถึงเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องต้องมีระยะเวลาเพียงพอที่จะดำเนินการวางแผนหรือเตรียมความพร้อมเพื่อไม่ให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนเสียหายจนยากต่อการแก้ไขเยียวยาในภายหลัง การชุมนุมสาธารณะที่จัดขึ้นโดยปราศจากการรับรู้ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจก่อให้เกิดความไม่สะดวกแก่ประชาชนหรืออาจทำให้ผู้ชุมนุมได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากความไม่ปลอดภัยที่อาจเกิดขึ้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องกำหนดให้การชุมนุมสาธารณะที่ไม่แจ้งการชุมนุมตามมาตรา 10 เป็นการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนข้อโต้แย้งที่ว่าพระราชบัญญัติการประชุมสภาฯ พ.ศ. 2558 มาตรา 28 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 34 และมาตรา 44 หรือไม่ เห็นว่า การที่มาตรา 28 กำหนดบทลงโทษทางอาญาซึ่งรวมถึงกรณีการจัดการชุมนุม โดยไม่แจ้งตามมาตรา 10 ให้ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาโดยโทษปรับสำหรับผู้กระทำความผิดเป็นมาตรการเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นรวมถึงผู้ชุมนุมด้วย การกำหนดโทษปรับดังกล่าวเป็นมาตรการลงโทษที่พอเหมาะพอควรแก่กรณีสำหรับการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง ส่วนการที่ไม่กำหนดระวางโทษขั้นต่ำไว้ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้ตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์แต่ละคดี อัตราโทษดังกล่าวได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด แม้บทบัญญัติมาตรา 28 ในส่วนการลงโทษผู้ฝ่าฝืนมาตรา 10 จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธอยู่บ้าง แต่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นการเจาะจงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 34 และมาตรา 44

ดังนั้น พระราชบัญญัติการประชุมสภาฯ พ.ศ. 2558 มาตรา 4 บทนิยามคำว่า “การประชุมสภาฯ” มาตรา 10 มาตรา 14 และมาตรา 28 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 34 และมาตรา 44

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10-13/2564 วันที่ 7 กรกฎาคม 2564

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

1. พระราชบัญญัติการประชุมสภาฯ พ.ศ. 2558 มาตรา 4 บทนิยามคำว่า “การประชุมสภาฯ” เป็นบทนิยามศัพท์ แม้มิได้กำหนดจำนวนของผู้ชุมนุมไว้ก็ตาม แต่ย่อมมีความหมายถึงกลุ่มบุคคลที่มาชุมนุมภายใต้แนวคิดและวัตถุประสงค์ของการชุมนุมร่วมกัน ณ ที่สาธารณะต่าง ๆ โดยการแสดงออกต่อประชาชนทั่วไปและบุคคลอื่นที่เข้าร่วมการประชุม

2. พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 10 เป็นการกำหนดระยะเวลาให้แจ้งการชุมนุมต่อผู้รับแจ้งก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมง มีความมุ่งหมายเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจัดเตรียมความพร้อมและวางแผนในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชน และการดูแลการชุมนุมสาธารณะให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ลดความเสี่ยงที่อาจจะทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองหรือรักษาความมั่นคงของรัฐ คุ้มครองความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น และการประชาสัมพันธ์เพื่อให้ประชาชนทราบถึงสถานที่ที่ใช้ในการชุมนุมและช่วงเวลาที่มีการชุมนุม ดังเช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1978 มาตรา 14 และรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนของสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 2007 มาตรา 6 ที่บัญญัติให้บุคคลผู้ประสงค์ จะจัดการชุมนุมสาธารณะหรือเดินขบวน จะต้องแจ้งเจ้าหน้าที่ไม่น้อยกว่า 48 ชั่วโมง เป็นต้น

3. พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 14 เป็นการกำหนดลักษณะการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แจ้งการชุมนุม โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความชัดเจน ปราศจากการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ เนื่องจากมีบทลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายและขณะเดียวกัน เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของผู้ชุมนุมที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และขั้นตอนการปฏิบัติตามกฎหมายด้วย

4. พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 28 เป็นการกำหนดโทษผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรา 10 มาตรา 12 มาตรา 17 หรือมาตรา 18 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท โดยมีความมุ่งหมายเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดแต่อย่างใดก็ดี เป็นบทลงโทษปรับเท่านั้น และเป็นโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำความผิดที่ศาลมีอำนาจลงโทษตามพฤติการณ์แห่งคดี ทั้งนี้ เนื่องจากการชุมนุมสาธารณะเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ ดังเช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ และการเดินขบวนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1976 มาตรา 29 A ที่บัญญัติบทลงโทษปรับจำนวน 15,000 ยูโร และรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะและการเดิน

ขบวนของสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 2007 มาตรา 23 ที่บัญญัติบทลงโทษปรับตามประเภทของบุคคลที่กระทำผิด คือ ผู้จัดการชุมนุมปรับไม่เกิน 1 ล้านบาท ผู้ช่วยจัดการชุมนุม ปรับไม่เกิน 5 แสนwon และบุคคลใดแม้รู้อยู่แล้วว่าเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังเข้าร่วมในการชุมนุม ปรับไม่เกิน 5 แสนwon เป็นต้น

### 3.20 อายุความ

ศาลอุทธรณ์ภาค 6 ส่งคำโต้แย้งของโจทก์เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 วรรคหนึ่ง เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “ในคดีอาญา ถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลภายในกำหนดดังต่อไปนี้ นับแต่วันกระทำความผิดเป็นอันขาดอายุความ” ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 และมาตรา 27 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญากำหนดอายุความไว้ในหมวด 9 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงอย่างรวดเร็ว ไม่ให้ระยะเวลาล่วงเลยไปจนกระทั่งพยานหลักฐานเสื่อมสลายสูญหาย และไม่สามารถพิสูจน์ถึงความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลย การกำหนดอายุความในการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 95 วรรคหนึ่ง มีเงื่อนไขหรือองค์ประกอบคือ ต้องมีการฟ้องคดีและต้องได้ตัวผู้กระทำความผิดมาอยู่ในอำนาจศาลภายในกำหนดเวลาที่ระบุไว้ใน (1) ถึง (5) นับแต่วันกระทำความผิด ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเพื่อสร้างความสมดุลทั้งการควบคุมอาชญากรรมและการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการกำหนดให้ต้องได้ตัวผู้กระทำความผิดมาอยู่ในอำนาจศาล เพื่อให้ศาลเริ่มการพิจารณาคดีได้ตามหลักการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำต่อหน้าจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 วรรคหนึ่ง และไม่ว่าคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์หรือคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ต้องอยู่ในบังคับของกำหนดอายุความฟ้องคดีอาญาดังกล่าว และไม่ผิดพลาดให้อายุความใช้บังคับแตกต่างกัน เนื่องจากในคดีอาญาอายุความเริ่มนับแต่วันกระทำความผิดเหมือนกัน และการได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 วรรคหนึ่ง เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “ในคดีอาญา ถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำ

ความผิดมายังศาลภายในกำหนดดังต่อไปนี้ นับแต่วันกระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ” จึงไม่มีผลทำให้สิทธิในการฟ้องคดีอาญาที่ราษฎรเป็นโจทก์ที่กำหนดให้ศาลต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อนนั้นมีอายุความน้อยกว่าคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ซึ่งศาลไม่ต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อนดังคำโต้แย้งของโจทก์ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 และ มาตรา 27

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2564 ลงวันที่ 8 กันยายน 2564

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 วรรคหนึ่ง กำหนดอายุความฟ้องคดีอาญาภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ มีพัฒนาการมาจากการกำหนดอายุความฟ้องคดีอาญาตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 78 โดยการกำหนดอายุความจะมีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิดและโทษ กล่าวคือ หากเป็นการกระทำความผิดร้ายแรง ระยะเวลาจะบังคับที่จะยาวนานมากกว่าการกระทำความผิดเล็กน้อย ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 วรรคหนึ่งดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ ประการแรก ต้องฟ้องร้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาล หากมิได้มีการฟ้องร้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลภายในกำหนดอายุความคดีย่อมขาดอายุความตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1735/2514 (ประชุมใหญ่) และประการที่สอง การฟ้องคดีอาญาต้องกระทำภายในกำหนดเวลาที่ระบุไว้ โดยอายุความฟ้องคดีนับแต่วันกระทำความผิดหรือวันเกิดเหตุแห่งคดี ดังนั้น การนับอายุความให้เริ่มนับแต่วันกระทำความผิด

สำหรับผู้ฟ้องคดีแบ่งออกเป็นกรณีคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดี และคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดี ซึ่งกระบวนการดำเนินคดีอาญาทั้งสองกรณีแตกต่างกัน เนื่องจากกรณีคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ มีการดำเนินการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวน มีการกลั่นกรองสำนวนโดยพนักงานอัยการ ตามพยานหลักฐานเพื่อนำจำเลยมาศาลในวันฟ้องคดี แต่กรณีราษฎรเป็นโจทก์ไม่มีกระบวนการสอบสวนและกลั่นกรองสำนวนดังกล่าว ศาลจึงจำเป็นต้องไต่สวน

มูลฟ้องก่อนว่า คดีมีมูลพอที่จะประทับฟ้องหรือไม่ แต่อย่างไรก็ดี แม้กระบวนการดำเนินคดีอาญาแตกต่างกัน แต่อายุความในคดีอาญาจะเริ่มนับแต่วันกระทำความผิดถึงวันที่ได้ฟ้องและได้นำตัวผู้กระทำความผิดมาศาล จึงไม่มีผลทำให้อายุความแตกต่างกัน และมีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิของบุคคล

### 3.21 ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

ศาลอาญาส่งคำโต้แย้งผู้ถูกกล่าวหาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33 กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลได้โดยวิธีใดวิธีหนึ่ง หรือทั้งสองวิธี คือ ไล่ออกจากบริเวณศาล หรือให้ลงโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเลือกใช้วิธีการที่กฎหมายกำหนดนั้นได้ตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งกรณีตามหลักความจำเป็น บางกรณีใช้เพียงมาตรการสั่งลงโทษโดยการไล่ออกจากบริเวณศาลก็สามารถที่จะระงับยับยั้งการละเมิดอำนาจศาลและทำให้กระบวนการพิจารณาดำเนินต่อไปได้ แต่บางกรณีการกระทำนั้นไม่ได้เกิดขึ้นต่อหน้าศาลหรือในบริเวณศาล หรือเมื่อไล่ออกจากบริเวณศาลแล้วขัดขืนไม่ปฏิบัติตาม หรือไม่มีความเคารพยำเกรงต่อกฎหมาย หรือเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาล หรือส่งผลกระทบต่อความอำนาจอธิปไตยของศาลอย่างร้ายแรง ศาลอาจใช้ดุลพินิจสั่งลงโทษจำคุกหรือปรับผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล หรือจะสั่งลงโทษทั้งสองวิธีก็ได้ ให้ใช้บทบังคับให้ศาลต้องสั่งลงโทษผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลด้วยการจำคุกโดยทันทีแต่อย่างไร จึงเป็นมาตรการที่เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักความจำเป็นแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33 ที่กำหนดอัตราโทษจำคุกไว้สูงกว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 64 จึงเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล และแม้กฎหมายจะกำหนดให้ศาลสามารถสั่งลงโทษจำคุกได้ไม่เกินหกเดือนก็ตาม แต่ก็เป็นกำหนดอัตราโทษจำคุกขั้นสูงโดยไม่มีขั้นต่ำ ศาลสามารถใช้ดุลพินิจสั่งลงโทษน้อยกว่าอัตราโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือไม่ลงโทษก็ได้ ทั้งนี้ตามความจำเป็นและความเหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งคดี

การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33 กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือทั้งสองวิธี และกำหนดโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน แม้เป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอยู่บ้าง แต่ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ เป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำความผิดที่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน พอเหมาะพอควรแก่กรณี ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-16/2564 ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2564

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ศักดิ์ของกฎหมายหรือลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) และบทบัญญัติของกฎหมายมีความสำคัญอย่างยิ่งกับการบัญญัติหลักละเมิดอำนาจศาลว่า ควรจะบัญญัติไว้ในกฎหมายลำดับชั้นใดและการกระทบลีทิตซ์พื้นฐานของประชาชน ประเด็นดังกล่าวนี้พิจารณาได้ 2 ด้าน ดังนี้

1. ด้านรูปแบบ กล่าวคือ ศาลในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court) เช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี เป็นต้น และศาลสูงสุด (The Supreme Court) เช่น ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา และศาลสูงสุดของแคนาดา ล้วนบัญญัติหลักละเมิดอำนาจศาลไว้ในกฎหมายที่มีศักดิ์เป็นรัฐบัญญัติ คือ กฎหมายที่ผ่านกระบวนการตราของรัฐสภา เนื่องจากเป็นกระบวนการนิติบัญญัติที่มีความเชื่อมโยงกับประชาชน ส่วนกรณีของประเทศไทย ทั้งศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร แม้กระทั่งศาลรัฐธรรมนูญ ล้วนบัญญัติหลักการละเมิดอำนาจศาลไว้ในกฎหมายที่มีศักดิ์เป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

2. ด้านเนื้อหา กล่าวคือ บทลงโทษของผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลมีระดับจากน้อยไปมาก คือ ตักเตือน นำออกจากศาล กักขัง ปรับ และจำคุก ซึ่งระดับโทษดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกักขัง ปรับ และจำคุก เป็นโทษที่จำกัดสิทธิ เสรีภาพ และกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน การบัญญัติ

โทษที่จำกัดสิทธิ เสรีภาพ และกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนดังกล่าว นอกจากต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาและความเห็นชอบโดยตัวแทนของประชาชนแล้ว ต้องกระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33 ทั้งทางด้านรูปแบบและด้านเนื้อหา มีเจตนารมณ์ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในบริเวณศาล ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมและให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีดำเนินไปได้ด้วยความรวดเร็ว เทียบธรรม และเป็นธรรม รวมถึงการสร้างประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม การที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษผู้กระทำความผิด ฐานละเมิดอำนาจศาลโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง หรือทั้งสองวิธีคือ ไล่ออกจากบริเวณศาล หรือลงโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ และกรณีโทษจำคุกบัญญัติให้จำคุกได้ไม่เกินหกเดือน ถือเป็นหลักการพื้นฐานทั่วไปของกฎหมายและการใช้ดุลพินิจของศาล ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ตามพฤติการณ์แห่งคดีด้วยความระมัดระวังและมีกลไกควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ สำหรับการที่กฎหมายกำหนดอัตราโทษจำคุกชั้นสูงไม่เกินหกเดือนโดยไม่มีชั้นต่ำนั้น มีเจตนารมณ์เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้ตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งคดี อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งประกอบด้วยหลักความเหมาะสมและความจำเป็นเพื่อให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด

3.22 การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาในคดีอาญามีให้ถูกฟ้องเมื่อเกินกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี

ศาลอุทธรณ์ส่งคำโต้แย้งของจำเลยขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. 2499 มาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. 2499 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาในคดีอาญามีให้ถูกฟ้องเมื่อเกินกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดี เนื่องจากคดีอาญาส่งผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหา ส่วนระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 7 เป็นระยะเวลาเร่งรัดเพื่อให้คดีอาญาที่มี

ความผิดเล็กน้อยได้รับการพิจารณาด้วยความรวดเร็ว เป็นอำนาจควบคุมผู้ต้องหา ในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณาสิ่งฟ้องของพนักงานอัยการเมื่อมีการจับตัวผู้ต้องหา หากไม่สามารถยื่นฟ้องต่อศาลแขวงได้ทันภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 7 พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการย่อมไม่มีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหา แต่สิทธิในการดำเนินคดีกับผู้ต้องหายังคงมีอยู่ภายใต้อายุความฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 แม้คดีอาญาจะต้องพิจารณาด้วยความรวดเร็วแต่การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมรวมถึงการสั่งฟ้องคดีของพนักงานอัยการต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ รอบคอบ รัดกุม มีความถูกต้องและเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและวิธีปฏิบัติ การสั่งฟ้องคดีจึงไม่สามารถที่จะกระทำโดยรวดเร็วได้ในทุกคดีขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและความยุ่งยากซับซ้อนในแต่ละกรณีไป ในกรณีเกิดความจำเป็นไม่สามารถฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลให้ทันภายในกำหนดระยะเวลาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ.2499 มาตรา 7 พนักงานอัยการต้องขออนุญาตฟ้องต่ออัยการสูงสุดหรือพนักงานอัยการผู้มีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีอัยการหรืออธิบดีอัยการภาค ซึ่งอัยการสูงสุดมอบหมายมาตรา 9 โดยกฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการอย่างรอบคอบ พิจารณาพยานหลักฐานข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายประกอบเพื่อสั่งคดี ซึ่งหากสั่งฟ้องโดยพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดจะส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาในคดีอาญา การกำหนดให้พนักงานอัยการผู้ได้รับมอบหมายรายงานผลการอนุญาตฟ้องคดีให้อัยการสูงสุดทราบถือเป็นการตรวจสอบกลั่นกรองการใช้ดุลพินิจและถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการซึ่งเป็นระบบตรวจสอบในองค์กรอัยการ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาและรักษาความยุติธรรม ไม่ให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นเพราะเหตุสั่งฟ้องเกินกำหนดเวลา บทบัญญัติดังกล่าวมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายและผู้ต้องหาไปพร้อมกัน ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเจาะจง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2564 ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน 2564

## บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

กระบวนการยุติธรรมที่พึงประสงค์ต้องมีความโปร่งใสทุกขั้นตอนภายใต้การตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ปราศจากการผูกขาดการใช้อำนาจขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง ทั้งนี้ พนักงานอัยการมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 และระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 และข้อบังคับของอัยการสูงสุดว่าด้วยการขออนุญาตฟ้องและการอนุญาตฟ้องคดีอาญาที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลแขวง พ.ศ. 2559 เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบ ความถูกต้องรอบคอบ และความน่าเชื่อถือของสำนวนการสอบสวนก่อนยื่นฟ้องคดี สำหรับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. 2499 มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินคดีอาญาเป็นไปด้วยความรวดเร็วและเยียวยาความเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ การยื่นฟ้องคดีอาญาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. 2499 มาตรา 7 และมาตรา 9 มีความเชื่อมโยงกันเกี่ยวกับกระบวนการสอบสวนและการฟ้องคดีระหว่างพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ ดังนั้น ทั้งการขออนุญาตฟ้อง และการอนุญาตฟ้องมีกฎหมายบัญญัติให้พนักงานอัยการดำเนินการอย่างรอบคอบ โดยพิจารณาพยานหลักฐานที่เป็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายประกอบการพิจารณาเพื่อสั่งคดี มีการกลั่นกรองการใช้ดุลพินิจและถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการ ซึ่งเป็นระบบตรวจสอบภายในองค์กรอัยการ เพื่อผดุงความยุติธรรมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาที่ต้องได้รับการพิจารณาสั่งคดีอย่างรอบคอบและเป็นธรรม

3.23 การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

นายณัฐพร โตประยูร (ผู้ร้อง) ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 ว่า คณะบุคคลประกอบด้วยกลุ่มกิจกรรมของนักศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ร่วมกับสหภาพนักเรียนนิสิตนักศึกษาแห่งประเทศไทย กลุ่มแนวร่วมนิสิตมหาสารคามเพื่อประชาธิปไตย และกลุ่มเสรีไทยพลัส ได้ใช้สถานที่ต่าง ๆ ในการจัดเวทีชุมนุม อันเป็นการกระทำความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มาตรา 116 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ละเมิด

ต่อสถาบันพระมหากษัตริย์อันเป็นที่เคารพรักของปวงชนชาวไทย เป็นการกระทำ  
ที่เป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น  
ประมุข

ผู้ถูกร้องที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 ยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาและเอกสาร  
ประกอบสรุปว่า คำร้อง และข้อกล่าวหาคลุมเครือไม่ปรากฏสภาพแห่งข้อหาที่ชัดเจน  
ว่าผู้ถูกร้องทั้งสามใช้สิทธิหรือเสรีภาพล้มล้างการปกครองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49  
อย่างไร ผู้ถูกร้องทั้งสามใช้เสรีภาพในการชุมนุมหรือเสรีภาพในการแสดงความคิด  
เห็นโดยชอบตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 และมาตรา 44 โดยมีมูลเหตุสืบเนื่อง  
มาจากความไม่ไว้วางใจในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล และโครงสร้างของ  
รัฐธรรมนูญที่ไม่สอดคล้องกับการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์  
ทรงเป็นประมุข การกระทำของผู้ถูกร้องทั้งสามเป็นเพียงการเรียกร้องทางการเมือง  
ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวไม่ถือเป็นการ  
ล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข  
ทั้งข้อเสนอการปฏิรูปสถาบันพระมหากษัตริย์ไม่มีถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นการดูหมิ่น  
หรือจาบจ้วงต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น  
ประมุขแต่อย่างใด ข้อเรียกร้องทางการเมือง 3 ประการ ได้แก่ การยุบสภา การแก้ไข  
รัฐธรรมนูญ และการหยุดคุกคามประชาชน ล้วนมีวิธีดำเนินการอันสามารถกระทำ  
ได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งสิ้น ส่วนข้อเสนอ 10 ข้อ ในการปฏิรูปสถาบัน  
พระมหากษัตริย์ เป็นไปตามวิถีทางตามกลไกที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมด ไม่ใช่  
การล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข  
แต่เพื่อส่งเสริมการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น  
ประมุข ซึ่งสามารถดำเนินการได้ตามวิถีทางที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ นอกจากนี้  
ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจสั่งให้ผู้ถูกร้องทั้งสามยุติหรือสั่งให้เลิกกระทำ  
ได้ เนื่องจากการกระทำของผู้ถูกร้องทั้งสามได้สิ้นสุดลงแล้ว และเป็นการกระทำที่ห่างไกล  
เกินกว่าเหตุ ส่วนที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอส่งเอกสารเพิ่มเติม และบัญชีระบุยานเอกสาร  
นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้ ส่งสำเนาคำร้องดังกล่าวให้ผู้ถูกร้องที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 แล้ว  
แต่ผู้ถูกร้องทั้งสามมิได้ชี้แจงหรือโต้แย้งคัดค้านแต่อย่างใด

เพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญมีหนังสือให้อัยการ  
สูงสุดแจ้งผลการดำเนินการ และส่งเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้อง และมีหนังสือเรียก

ให้ผู้กำกับการณ์ตำรวจนครหลวง จังหวัดปทุมธานี ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ และผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติ ส่งข้อมูลและพยานหลักฐานทั้งปวงที่เกี่ยวข้อง และให้อธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ส่งสำเนาสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีการจัดเวทีชุมนุมเสนอข้อเรียกร้องว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ 10 ข้อ ในวันที่ 10 สิงหาคม 2563 ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต จังหวัดปทุมธานี ดังนั้นกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีได้ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งผู้ร้องและผู้ถูกร้อง กระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีจึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายและหลักนิติธรรม

ประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถูกร้องที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 เป็นการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 วรรคหนึ่ง หรือไม่ ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ผู้ถูกร้องทั้งสามปราศรัยในที่สาธารณะหลายครั้ง อันเป็นสถานที่ต่อเนื่องกันเรียกร้องให้ดำเนินการแก้ไขเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ โดยการชุมนุม ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต จังหวัดปทุมธานี เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2563 ผู้ถูกร้องทั้งสามปราศรัยเรียกร้องเพื่อให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญว่าด้วยพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ที่ทรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญและอยู่เหนือความรับผิดชอบทางการเมืองตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้ และให้มีการยกเลิกกฎหมายที่ห้ามผู้ใดล่วงละเมิด หมิ่นประมาท หมิ่นพระบรมเดชานุภาพสถาบันพระมหากษัตริย์ โดยมีข้อเรียกร้อง 10 ประการ เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 49 มีเจตนารมณ์ปกป้องคุ้มครองระบอบการปกครองของประเทศให้เป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยกำหนดให้ ผู้ที่ทราบว่ามีกระทำอันเป็นการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสามารถใช้อิทธิพิทักษ์ปกป้องรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นกลไกหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ โดยยื่นคำร้องต่ออัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริงตามคำร้องก่อนเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวแม้ว่าอัยการสูงสุดจะมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอ หรือไม่ดำเนินการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ รัฐธรรมนูญก็รับรองสิทธิของผู้ร้องในการยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

เป็นการการสร้างหลักประกันการอ้างไว้ซึ่งหลักการอันเป็นสาระสำคัญแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทั้งนี้เนื่องจากพระมหากษัตริย์กับชาติไทยดำรงอยู่คู่กันเป็นเนื้อเดียวกันนับแต่อดีตถึงปัจจุบัน และจะดำรงอยู่ด้วยกันต่อไปในอนาคต แม้ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยแล้ว ปวงชนชาวไทยยังเห็นพ้องร่วมกันอัญเชิญพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เพื่อทรงเป็นสถาบันหลักที่จะต้องคงอยู่คู่กับการปกครองระบอบประชาธิปไตยและทรงใช้อำนาจอธิปไตยนั้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยเรียกรูปแบบการปกครองนี้ว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และราชอาณาจักรไทยได้คงไว้ซึ่งการปกครองระบอบนี้ต่อเนื่องมาโดยตลอด

ข้อเรียกร้องที่หยกเลิกรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้การรับรองพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ว่าทรงเป็นประมุขของรัฐที่ทรงอยู่ใต้รัฐธรรมนูญและอยู่เหนือความรับผิดชอบทางการเมืองตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้ และการยกเลิกกฎหมายที่ห้ามผู้ใดล่วงละเมิดหมิ่นประมาท หมิ่นพระบรมเดชานุภาพสถาบันพระมหากษัตริย์ ซึ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญและกฎหมายดังกล่าวจะส่งผลให้สถาบันพระมหากษัตริย์ไม่อยู่ในสถานะที่เคารพสักการะ อันนำไปสู่การสร้างความปั่นป่วนและความกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชน มีผลกระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และจะนำไปสู่การบ่อนทำลายการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในที่สุด จึงเป็นการกระทำที่มีเจตนาทำลายล้างสถาบันพระมหากษัตริย์โดยชัดแจ้ง การกระทำของผู้ถูกร้องทั้งสามเป็นการอ้างสิทธิหรือเสรีภาพอย่างเดียว โดยไม่คำนึงถึงหลักความเสมอภาคและภราดรภาพ ใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยไม่รับฟังความเห็นของผู้อื่น ไม่ยอมรับความเห็นที่แตกต่างของบุคคลจนถึงกับล่วงละเมิดสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่นที่เห็นต่างด้วยการด่าทอ รบกววนพื้นที่ส่วนตัว ยุยงปลุกปั่นด้วยข้อเท็จจริงที่บิดเบือนจากความจริง เป็นการเซาะกร่อนบ่อนทำลายการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า มีการทำลายพระบรมฉายาลักษณ์ การแสดงออกโดยลบถ้อยคำสีน้ำเงินซึ่งหมายถึงองค์พระมหากษัตริย์ออกจากธงไตรรงค์ยิ่งกว่านั้น การกระทำของผู้ถูกร้อง

ทั้งสามมีการดำเนินงานอย่างเป็นขบวนการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และเป้าหมาย มีการจัดตั้งกลุ่มในลักษณะองค์กรเครือข่ายกระทำการใช้ความรุนแรงต่อเนื่อง ทั้งพฤติกรรมและเหตุการณ์ต่อเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกร้องทั้งสามแสดงให้เห็น มูลเหตุจูงใจว่าการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของผู้ถูกร้องทั้งสามมีเจตนาซ่อนเร้นเพื่อล้มล้าง การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ไม่ใช่ เป็นการปฏิรูป แม้เหตุการณ์ตามคำร้องผ่านพ้นไปแล้ว แต่หากยังคงให้ผู้ถูกร้อง ทั้งสามรวมทั้งกลุ่มในลักษณะองค์กรเครือข่ายกระทำการดังกล่าวต่อไป ย่อมไม่ไกล เกินเหตุที่จะนำไปสู่การล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข ดังนั้น การกระทำของผู้ถูกร้องทั้งสามจึงเป็นการใช้สิทธิหรือเสรีภาพ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 วรรคหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งการให้เลิก การกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 วรรคสอง

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถูกร้องที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 เป็นการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 วรรคหนึ่ง และมีมติ เป็นเอกฉันท์สั่งการให้ผู้ถูกร้องทั้งสาม รวมทั้งกลุ่มองค์กรเครือข่ายเลิกกระทำการ ดังกล่าวที่จะเกิดขึ้นต่อไปในอนาคตด้วย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 วรรคสอง

**หมายเหตุ** คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564 ลงวันที่ 10 พฤศจิกายน 2564

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

นับแต่ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญา สิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อปีพุทธศักราช 2475 จนถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญทุกฉบับได้มีบทบัญญัติ เกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ เนื่องจากเป็นสถาบันที่มีความสำคัญที่สุดของ ชาติ โดยพระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่เคารพสักการะของประชาชน เป็นศูนย์รวม จิตใจของประชาชนในชาติ และทรงเป็นประมุขของประเทศที่เป็นหลักแห่ง ความมั่นคง สถิตสถาพรของบ้านเมืองที่มีประวัติศาสตร์ความเป็นมาอันยาวนาน มาตั้งแต่สมัยอดีตกาล สำหรับการปราศรัยในเวทีต่าง ๆ ของผู้ถูกร้องที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 ในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2563 โดยวิเคราะห์จากบริบทของถ้อยคำ ปราศรัยและพฤติกรรมของผู้ถูกร้องทั้งสามมีลักษณะการกระทำ ประกอบด้วย 3 ประการ คือ

ประการแรก การล้มล้าง กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติลักษณะการกระทำ ที่ห้ามใช้สิทธิหรือเสรีภาพ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 49 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 ได้วางหลักคำว่า “ล้มล้าง” ว่าเป็นภัยร้ายแรงต่อรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญที่สุจริตที่สุดที่จะแก้ไข ใ้กลับคืนมาได้ นอกจากนั้น เป็นการกระทำที่มีเจตนาเพื่อทำลายหรือล้างผลาญให้สูญสลายหมดสิ้นไปไม่ให้ดำรงอยู่หรือมีอยู่อีกต่อไป

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวใช้คำว่า “เพื่อล้มล้าง” ย่อมมีเจตนารมณ์ถึงการกระทำที่มีวัตถุประสงค์และเป้าหมายเพื่อทำลายหรือล้างผลาญให้สูญสลายหมดสิ้นไปในอนาคต ตามข้อเท็จจริงการที่ผู้ถูกร้องทั้งสามขึ้นเวทีปราศรัยมีข้อเรียกร้องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสถาบันพระมหากษัตริย์ เช่น การยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 6 การยกเลิกประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และการยกเลิกพระราชบัญญัติจัดระเบียบทรัพย์สินพระมหากษัตริย์ พ.ศ. 2561 เป็นต้น ผู้ถูกร้องทั้งสาม จึงมีเจตนาเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และถือเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำโดยหวังผลให้บรรลู่วัตถุประสงค์และเป้าหมายในอนาคต

ประการที่สอง ขบวนการ กล่าวคือ การกระทำของผู้ถูกร้องทั้งสามมีการดำเนินอย่างเป็นขบวนการเพื่อให้บรรลู่วัตถุประสงค์และเป้าหมาย ตามข้อเท็จจริงในการปราศรัย เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2563 ณ เวทีธรรมศาสตร์ จะไม่ทน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต ผู้ถูกร้องทั้งสามได้วางแผนการปราศรัยโดยได้รับการสนับสนุนและช่วยเหลือกันอย่างเป็นระบบ โดยประกอบด้วยผู้ปราศรัย ผู้ให้การสนับสนุนและช่วยเหลือการจัดเวทีปราศรัย การจัดเครื่องกระจายเสียงและสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ และสื่อเผยแพร่ทุกประเภท ผู้ถูกร้องทั้งสามจึงมีการลงมือปฏิบัติตามแผนการที่ได้กำหนดไว้แล้ว

ประการที่สาม เจื่อนเวลา กล่าวคือ การกระทำของผู้ถูกร้องทั้งสาม ได้ปฏิบัติกรเมื่อปี พ.ศ. 2563 แม้เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2563 ในการเรียกร้องต่าง ๆ เกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงยังปรากฏข้อเรียกร้องดังกล่าวอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน โดยมีพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นแนวร่วมการชุมนุม โดยมีการแบ่งกลุ่ม แบ่งงานกันทำ รวมถึงการเรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าด้วยพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ซึ่งไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากผู้มีหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญต้องเคารพหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 28-29/2555 เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ตรารขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงสอดคล้องกับหลักนิติธรรม โดยมีได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงถือว่าเป็นการทำลายหรือล้างผลาญหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ดังนั้น การกระทำของผู้ถูกร้องที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 และแนวร่วมเครือข่ายการชุมนุม เป็นการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 วรรคหนึ่ง

### 3.24 การสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 27 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขของการสมรสไว้ 2 ประการ คือ เป็นการสมรสระหว่าง “ชายและหญิง” และต้องมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้ โดยความหมายของการสมรส หมายถึง การที่ชายและหญิงตกลงที่จะใช้ชีวิตร่วมกันด้วยความสมัครใจ มีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาเพื่อการสืบเผ่าพันธุ์ มีความผูกพันช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ภายใต้ศีลธรรม จารีตประเพณี หลักศาสนา และ

กฎหมายของแต่ละสังคม เป็นจุดเริ่มต้นของการก่อตั้งสถาบันครอบครัวที่ถือเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมเพื่อผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคมและเป็นจุดเริ่มต้นในการสร้างบทบาทที่เชื่อมโยงกับสถาบันอื่น ๆ ของสังคม การสมรสจึงสงวนไว้เฉพาะชายและหญิงตามเพศที่กำหนดให้สามารถเป็นคู่สมรส เป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ข้อโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองที่ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 นั้น เห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับสภาพธรรมชาติและจารีตประเพณีที่มีมาช้านาน วัตถุประสงค์ของการสมรส คือการที่ชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาเพื่อสร้างสถาบันครอบครัว มีบุตร ดำรงเผ่าพันธุ์ตามธรรมชาติ และมีการสืบทอดทรัพย์สิน มรดก มีการส่งต่อความผูกพันกันระหว่างพ่อ แม่ พี่ น้อง ลูก ป้า น้า อา ซึ่งการสมรสในระหว่างบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอาจไม่สามารถสร้างความผูกพันอันละเอียดอ่อนดังกล่าวได้ นอกจากนี้กฎหมายมิได้บังคับชายหญิงทุกคู่ต้องสมรสกัน บุคคลมีเสรีภาพที่จะเลือกอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่ต้องทำตามแบบของกฎหมาย ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 และมาตรา 26

สำหรับข้อโต้แย้งที่ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 นั้น เห็นว่า การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติให้ชายและหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิสมรสกันตามกฎหมาย แม้จะดูเหมือนเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระมิเหตุผลสอดคล้องตามธรรมชาติและเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของสังคมไทยและบัญญัติขึ้นโดยมีพื้นฐานบนหลักเหตุและผลทั้งสิ้น การให้ความเสมอภาคระหว่างชายหญิงจึงมิใช่การให้ถือว่าเหมือนกัน แต่ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องเหมาะสมกับเพศสภาพของบุคคลนั้น ๆ กฎหมายจะต้องรับรู้และแยกเพศชายและเพศหญิงเป็นหลักไว้ก่อน จึงจะให้ความเสมอภาคได้ การไม่กำหนดเพศในการสมรสอาจมีผู้ที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มของผู้มีความหลากหลายทางเพศมาจดทะเบียนสมรสเพื่อหวังผลประโยชน์ในสวัสดิการต่าง ๆ ของรัฐ หรือประโยชน์จากการลดหย่อนภาษี อันอาจส่งผลต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้ สิทธิในฐานะคู่สมรสมิได้เกิดจากสถานภาพการสมรสโดยตรง แต่เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติ ปัญหาดังกล่าวจึงสามารถแก้ไขได้โดย

บทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะ ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 27 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม โดยมีข้อแนะนำว่ารัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องสมควรพิจารณาดำเนินการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิและหน้าที่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอย่างเหมาะสมต่อไป

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2564

**บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ**

หลักความเสมอภาคตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของบุคคลกล่าวคือ บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกันบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน นอกจากนี้ หลักความเสมอภาคของสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวเกี่ยวกับเพศของคู่สมรสสามารถดำเนินการได้ โดยบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้นมาใหม่เพื่อไม่ให้เกิดกระทบกระเทือนถึงกฎหมายหลักที่ได้วางรากฐานความเป็นสถาบันครอบครัวมาตั้งแต่อดีตกาล การจดทะเบียนคู่ชีวิตถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการยอมรับบุคคลเพศเดียวกัน ที่สามารถอยู่ร่วมกันได้ตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ที่อยู่ระหว่างกระบวนการเสนอร่างกฎหมายของฝ่ายบริหารในขณะนี้และขณะเดียวกัน จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บางมาตราเพื่อให้สอดคล้องกับร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... ที่จะมิขึ้นในอนาคต

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวมีพัฒนาการมาจากกฎหมายลักษณะผัวเมีย พุทธศักราช 1904 ในสมัยรัชกาลพระมหาธรรมราชา ที่ 1 สมัยกรุงศรีอยุธยา กฎหมายลักษณะผัวเมียดังกล่าวมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ การแสดงออกโดยเปิดเผยว่าเป็นผัวเมียกัน หมายถึง การที่ชายหญิงอยู่กินกันและความสามารถที่จะเป็นผัวเมียกัน หมายถึง บุคคลที่จะเป็นผัวเมียกันย่อมเป็นบุคคลธรรมดาและ

มีความสามารถเพียงพอรวมถึงการมีวุฒิภาวะ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 บรรพ 5 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พุทธศักราช 2477 ในสมัยรัชการพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวและต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2478, 2486, 2519 และ 2533 เมื่อวิเคราะห์เจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 บรรพ 5 พบว่ากฎหมายยอมรับสิทธิการจัดตั้งครอบครัวเฉพาะชายและหญิงเท่านั้นเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ และความสมบูรณ์ของสถาบันครอบครัวของความเป็นบิดา มารดาและบุตรที่เกิดจากการร่วมประเวณีของชายและหญิง โดยคู่รักเพศเดียวกันไม่มีสิทธิที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน แต่อย่างไรก็ดี ฝ่ายบริหารต้องเร่งรัดกระบวนการเสนอร่างกฎหมาย ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ซึ่งมีความล่าช้าในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและฝ่ายนิติบัญญัติต้องให้ความสำคัญกระบวนการนิติบัญญัติเพื่อรับรองและคุ้มครองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลเพศเดียวกันในอนาคต

### 3.25 การนำพยานหลักฐานในสำนวนมาเป็นหลัก

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลอาญาแผนกคดีทุจริตและประพฤติมิชอบกลางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 21 วรรคสอง และมาตรา 22 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 29 วรรคสองหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 21 วรรคสอง กำหนดให้ในวันตรวจพยานหลักฐาน ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่ได้แย้งหรือโต้แย้งพยานหลักฐานไม่ขัดแย้ง ศาลจะมีคำสั่งรับฟังพยานหลักฐานของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเข้าสู่สำนวนโดยไม่ต้องไต่สวนก็ได้ เป็นเพียงการให้ดุลพินิจแก่ศาลเท่านั้น การพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบซึ่งใช้ระบบไต่สวนยังต้องอยู่ภายใต้หลักการฟังความสองฝ่าย ศาลมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงได้เองโดยไม่ยึดติดกับพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอต่อศาล และจำเลยมีโอกาสดูสอบพยานหลักฐานทั้งหมดก่อนการพิจารณาคดีทำให้มีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ บทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่ได้บังคับให้บุคคลให้การเป็น

ปฏิบัติกับตนเองจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 วรรคสาม มาตรา 26 วรรคหนึ่ง และมาตรา 29 วรรคสี่

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 22 กำหนดให้ศาลนำรายงานและสำนวนการสอบสวนหรือสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงของอัยการสูงสุด พนักงานอัยการประธานกรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในคดีที่เป็นโจทก์ มาเป็นหลักในการแสวงหาความจริงและอาจสืบพยานเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร ศาลเพียงนำคำไต่สวนเรื่องมาพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่คู่ความทั้งสองฝ่ายเสนอมีน้ำหนักน่าเชื่อถือหรือไม่ เนื่องจากเอกสารดังกล่าวผ่านกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงมาแล้วขั้นหนึ่ง จึงมีประโยชน์ต่อศาลในการพิจารณาคดี มิได้ผูกมัดศาลให้ถือข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานตามเอกสารเหล่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวมิได้เป็นการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยกระทำความผิดไม่ได้เป็นบทบังคับให้ศาลต้องรับฟังข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเป็นที่ยุติตามรายงานและสำนวนการสอบสวนหรือสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่ฝ่ายเดียว จึงไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 29 วรรคสอง

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 23/2564 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2564

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 21 วรรคสอง จึงเป็นบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวเนื่องกับมาตรา 21 วรรคหนึ่ง โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของคุณค่า ในการตรวจพยานหลักฐานและเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความในกระบวนการพิจารณาคดีระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 6 จึงเป็นการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล สอดคล้องกับหลักนิติธรรม คุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่ได้บังคับให้บุคคลให้การเป็นปฏิบัติกับตนเอง

สำหรับ มาตรา 22 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับให้ศาลนำรายงานและสำนวนการสอบสวนหรือสำนวนเดิมของร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและ

ประพฤติมิชอบ พ.ศ. .... มาตรา 19 ซึ่งเดิมใช้คำว่า ให้ศาลนำรายงานและสำนวนการสอบสวนหรือสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงของโจทก์มาเป็นแนวทางในการแสวงหาข้อเท็จจริง ... เห็นว่า มาตรา 22 บัญญัติความหมายของโจทก์หมายถึง อัยการสูงสุด พนักงานอัยการ ประธานกรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. เท่านั้น เนื่องจากเป็นบุคคล หรือองค์กรที่ทำหน้าที่สอบสวน คดีทุจริตและประพฤติมิชอบมาตั้งแต่ต้น รายงานหรือสำนวนการสอบสวนหรือสำนวนการไต่สวนย่อมมีประโยชน์ต่อศาลในการพิจารณาคดี โดยมีข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในเบื้องต้นเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นบทบังคับให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต้องรับฟังข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเป็นที่ยุติตามที่ปรากฏในรายงานและสำนวนคดีตามแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2562 ประกอบกับข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยวิธีการดำเนินคดีทุจริต และประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 ข้อ 15 ที่กำหนดว่า “ในการพิจารณาพิพากษาคดีให้ศาลนำรายงานและสำนวนการสอบสวนหรือสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงของโจทก์ มาเป็นหลักในการแสวงหาข้อเท็จจริง แต่ไม่ผูกพันศาลว่าจะต้องฟังข้อเท็จจริงเช่นนั้น ศาลมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ หรือพยานหลักฐานอื่นใดนอกเหนือจากพยานหลักฐานที่คู่ความอ้างอิงได้ตามที่ศาลเห็นสมควร”

### 3.26 คดีให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่มีการพิสูจน์

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลอุทธรณ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 81 วรรคสอง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรคสาม หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 81 วรรคสอง กำหนดว่าในคดีที่ร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่มีการพิสูจน์ที่ต้องแสดงให้เห็นให้ศาลเห็นว่าทรัพย์สินดังกล่าวมิได้เกิดจากการร่ำรวยผิดปกติ อันเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้พิสูจน์สิทธิต่อศาลได้อย่างเต็มที่ว่าทรัพย์สินที่ถูกยึดหรืออายัดมิได้เกิดจากการร่ำรวยผิดปกติ เนื่องจากการได้มาซึ่งทรัพย์สินเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของผู้ถูกกล่าวหาแต่เพียงฝ่ายเดียว บทบัญญัติ

ดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอย่างสมเหตุสมผล พอเหมาะพอควรตามความจำเป็น มีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิของบุคคลที่ถูกจำกัด โดยได้ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิไว้แล้ว ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ทั้งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ในกฎหมายระหว่างรัฐกับผู้ถูกกล่าวหาในการกำหนดมาตรการพิสูจน์ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรคสาม และเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 25 รับรองไว้

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2565 ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2565

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 81 วรรคสอง มีความเชื่อมโยงกับมาตรา 80 โดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งเป็นผู้กล่าวหาจะทำหน้าที่ไต่สวนข้อเท็จจริงเบื้องต้นก่อนในกรณีที่ป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 80 (4) โดยปกติจะดำเนินการในรูปแบบของคณะกรรมการไต่สวนที่เกิดขึ้น ตามมติของคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าผู้ถูกกล่าวหาร่ำรวย ผิดปกติ คำว่า ร่ำรวยผิดปกติ หมายถึง การมีทรัพย์สินมากผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นมากผิดปกติ หรือการมีหนี้สินลดลงมากผิดปกติ หรือได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควร สืบเนื่องมาจากการปฏิบัติตามหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ และเชื่อมโยงกับมาตรา 81 วรรคหนึ่ง โดยให้อัยการสูงสุด หรือประธานกรรมการ แล้วแต่กรณี ยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลสั่งให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน จึงถือว่าเป็นคดีรัฐธรรมนูญที่ยึดหลักประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ตามกฎหมายมหาชน สำหรับมาตรา 81 วรรคสอง เมื่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ไต่สวนข้อมูลแล้ว ภาระการพิสูจน์เพื่อพิสูจน์ความสุจริตของผู้ถูกกล่าวหาตามหลักสุจริต (Good Faith) ย่อมตกเป็นภาระของผู้ถูกกล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหาต้องพิสูจน์ตนเองเพื่อหักล้างการข้อมูลของผู้กล่าวหา หากพิสูจน์ตนเองไม่ได้ย่อมถือว่าไม่สุจริตและ

ร่ำรวยผิดปกติ ดังปรากฏตามรายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ ครั้งที่ 8/2542 วันพฤหัสบดีที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2542 สรุปว่า ภาวะการพิสูจน์กรณีการร่ำรวยผิดปกติเป็นหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหาที่ต้องพิสูจน์ว่าตนเองได้ทรัพย์สินมาโดยชอบ และสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2562 รวมถึงอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 อีกด้วย จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถือเป็นกลไกสำคัญตามมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

### 3.27 สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลจังหวัดกาญจนบุรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 368 วรรคหนึ่ง ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง และมาตรา 28 วรรคหนึ่ง หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 368 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ผู้ทราบคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งสั่งการตามอำนาจที่มีกฎหมายให้ไว้ ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น โดยไม่มีเหตุหรือข้อแก้ตัวอันสมควร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นกฎหมายที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุวัตถุประสงค์ได้ บทลงโทษกำหนดไว้เพียงอัตราโทษขั้นสูงเท่านั้น ศาลสามารถใช้ดุลพินิจสั่งลงโทษให้สอดคล้องและเหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งคดีได้ เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิได้เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ใช้บังคับเป็นการทั่วไปแก่ผู้ต้องหาทุกคน โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงเป็นบทบัญญัติ จำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายที่ไม่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง และมาตรา 28 วรรคหนึ่ง

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2565 ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2565

## บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ประมวลกฎหมายอาญามีเจตนารมณ์มุ่งที่จะควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคม คุ้มครองความปลอดภัย รักษาความสงบสุขให้แก่สมาชิกของสังคม รวมทั้งริบสร้าง ความมั่นคงให้แก่สังคม โดยกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือความมั่นคงของรัฐให้เป็นความผิดและกำหนดโทษทางอาญาไว้ โดยมาตรา 368 วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติที่เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสั่งการตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายที่กฎหมายให้อำนาจไว้ตามหลักการสั่งการของเจ้าพนักงานของรัฐต้องขอด้วยกฎหมาย ส่วนระดับความผิดเป็นความผิดลหุโทษ เพื่อสร้างความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมถึงประโยชน์สาธารณะและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนระหว่างการกระทำที่ฝ่าฝืนคำสั่งเจ้าพนักงาน และระดับโทษที่เหมาะสมที่ฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าวโดยไม่มีเหตุหรือข้อแก้ตัวอันสมควร โดยสอดคล้องกับหลัก Harm Principle ตามแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 4 ข้อ 5 และข้อ 8 และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ข้อ 11 (1) (2) และข้อ 29 (2) จึงสอดคล้องกับหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง และหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในชีวิตและร่างกายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคหนึ่ง

### 3.28 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 กำหนดให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเกิดขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อมีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้เมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ

ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและมีผลบังคับเพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมเข้าผูกพันเท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวตราขึ้นเพื่อรองรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนอกศาล โดยอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยให้สัตยาบัน อันแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยมิได้ยอมรับสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีมาใช้บังคับ ในฐานะกฎหมายภายในประเทศ แต่ต้องตรากฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญา เป็นกฎหมายภายในเสียก่อน มิได้เป็นการตรากฎหมายให้ยอมรับคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยสิ้นเชิง แต่เป็นการบัญญัติให้คู่พิพาทต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ใช้อำนาจตุลาการพิจารณาพิพากษาคำชี้ขาดและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลปฏิเสธไม่รับคำบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ อันแสดงการยอมรับคำชี้ขาดนั้น ต้องมีคำบังคับโดยการใช้อำนาจตุลาการอีกครั้งหนึ่ง การพิจารณาและการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจึงมิได้เป็นการใช้อำนาจตุลาการ แต่เป็นเพียงการยุติข้อพิพาททางเลือก การนำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการของประเทศหนึ่งที่มีสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีมาบังคับในประเทศไทยไม่ทำให้อำนาจอธิปไตยทางศาลของประเทศไทยถูกระทบกระเทือน ไม่ขัดต่อหลักการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล และหลักนิติธรรม จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2565 ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2565

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 41 อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 42 ว่าด้วยความประสงค์และความยินยอมของคู่พิพาทและเงื่อนไขการยื่นคำร้องต่อศาล มาตรา 43 ว่าด้วยศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติ และมาตรา 44 ว่าด้วยศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43

บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. กระบวนการระงับข้อพิพาท กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นตามหลักความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วยการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาท

ของตนโดยตกลงในสัญญาอนุญาตตุลาการ คู่กรณีมีอำนาจกำหนดการเลือกผู้ที่จะมาทำหน้าที่ จำนวนอนุญาตตุลาการ รวมถึงระบบและวิธีพิจารณาการสืบพยานและการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

2. สภาพบังคับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ แม้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเป็นที่สุดมีผลผูกพันกับคู่กรณี แต่หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดตามหลักอำนาจอธิปไตยของศาล แต่อย่างไรก็ดี ศาลจะไม่ลงไปวินิจฉัยในเนื้อหาของคดี แต่ศาลมีอำนาจปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ รวม 8 กรณี ตามมาตรา 43 และมาตรา 44 เช่น ถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น ทั้งนี้ หลักการตามมาตรา 43 และมาตรา 44 ดังกล่าวมาจากการหลักการสากลตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 มาตรา 5

### 3.29 โทษฐานประพฤติดิฉิมรรยาทนายความ

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำร้องจากศาลปกครองกลางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 52 วรรคหนึ่ง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 และมาตรา 29 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 52 วรรคหนึ่ง กำหนดโทษฐานประพฤติดิฉิมรรยาทนายความในบทลงโทษภาคทัณฑ์ เป็นโทษสำหรับกรณีประพฤติดิฉิมรรยาทนายความเล็กน้อยและเป็นการลงโทษเบาที่สุด เพื่อให้โอกาสผู้รับโทษประพฤติดินให้ถูกต้องและการกำหนดโทษดังกล่าวยังปรากฏในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และกฎหมายขององค์กรวิชาชีพอื่น การที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่า มาตรา 52 วรรคหนึ่ง (1) กำหนดโทษภาคทัณฑ์โดยไม่กำหนดระยะเวลาลงโทษและไม่ได้ให้อำนาจในการลงโทษ โดยกำหนดระยะเวลาทำให้ผู้ฟ้องคดีมีประวัติถูกลงโทษภาคทัณฑ์ตลอดระยะเวลาการเป็นทนายความ อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ขัดต่อหลักนิติธรรม เห็นว่าการลงโทษภาคทัณฑ์เป็นการลงโทษที่เสร็จสิ้นครั้งเดียวในลักษณะการตักเตือนอย่างเป็นทางการ เพื่อป้องปรามมิให้บุคคลนั้นกระทำ

ความผิดซ้ำในลักษณะเดิมขึ้นอีก จึงไม่กำหนดระยะเวลาของการได้รับโทษไว้ ผู้ถูกลงโทษภาคทัณฑ์สามารถประกอบวิชาชีพทนายความได้ตามปกติ หากมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามประการอื่นตามกฎหมาย โทษภาคทัณฑ์จึงมีความเหมาะสมได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและผลที่ผู้กระทำความผิดได้รับไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง นอกจากนี้ภาคทัณฑ์เป็นโทษทางปกครอง มิใช่โทษทางอาญา จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 และมาตรา 29

หมายเหตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2565 ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2565

### บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

สภาพทนายความเป็นองค์วิชาชีพทางกฎหมาย มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 6 มีวัตถุประสงค์คือ ส่งเสริมการศึกษาและการประกอบวิชาชีพทนายความ ควบคุมมรรยาทของทนายความ ส่งเสริมความสามัคคีและผดุงเกียรติของสมาชิกสภาทนายความ ส่งเสริมและจัดสวัสดิการให้แก่สมาชิกสภาทนายความ และส่งเสริม ช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และให้การศึกษาแก่ประชาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 7 และเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3

ประเด็นสำคัญเกี่ยวกับสภาพทนายความส่งลงโทษความผิดมรรยาททนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 52 มีสาระสำคัญ ดังนี้

1. การควบคุมการใช้อำนาจของสภาพทนายความ แบ่งเป็นการควบคุมภายในโดยการอุทธรณ์ กล่าวคือ ทนายความที่ถูกสภาพทนายความโดยคณะกรรมการสภาพทนายความมีคำสั่งลงโทษฐานประพฤติผิดมรรยาททนายความ สามารถอุทธรณ์ภายใน 30 วันนับแต่ได้รับคำสั่งต่อสภานายกพิเศษแห่งสภาพทนายความ หมายถึง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 10 ซึ่งมีอำนาจสั่ง ยิน แก่ หรือกลับคำสั่งของสภาพทนายความ โดยคำสั่งของสภานายกพิเศษแห่งสภาพทนายความให้เป็นที่สิ้นสุด และการควบคุม

ภายนอกโดยศาลปกครอง กล่าวคือ การกระทำของหน่วยงานทางปกครอง ต้องชอบด้วยกฎหมายหมายทนายความผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง เป็นผู้มิสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 ทั้งนี้ ทนายความต้องปฏิบัติตามข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ตรารึ้นเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2529 ประกอบด้วย ดังนี้

1. มรรยาทต่อศาลและในศาล
2. มรรยาทต่อตัวความ
3. มรรยาทต่อทนายความด้วยกัน ต่อประชาชนผู้มีอรรถคดี และอื่น ๆ
4. มรรยาทในการแต่งกาย
5. มรรยาทในการปฏิบัติตามคำสั่งตามกฎหมายและข้อบังคับ

2. การลงโทษภาคทัณฑ์ตามความผิดมรรยาททนายความ เป็นระดับการลงโทษกรณีความผิดเล็กน้อยและระดับโทษเบาที่สุด โดยเป็นระดับโทษทั่วไปที่ไม่มีการกำหนดกรอบระยะเวลาของการได้รับโทษไว้ ทั้งนี้ เพื่อควบคุมและส่งเสริมผู้ประกอบการอาชีพทนายความให้ประพฤติปฏิบัติตามข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 และการที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 52 บัญญัติโทษภาคทัณฑ์โดยไม่กำหนดระยะเวลาลงโทษ เป็นไปตามมาตรฐานทั่วไปของบทลงโทษในกรณีความผิดเล็กน้อยหรือมีเหตุอันควรลดหย่อน ดังเช่นปรากฏในพระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 42 วรรคสาม (3) และพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 มาตรา 79 (2) เป็นต้น

#### 4. สรุป

กล่าวโดยสรุปศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ยึดหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต้องทำหน้าที่ให้บรรลุมมาตรฐานสากลตามตัวชี้วัดหลักนิติธรรมขององค์การสหประชาชาติ (The United Nations Rule of Law Indicators) ของศาลที่ประกอบด้วยตัวชี้วัด 9 ประการ คือ

1. ความเชื่อมั่นจากสังคม (Trust)
2. การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Fair Trial)
3. ความสามารถในการบรรลุเป้าหมาย (Goal Achievement)
4. ความรับผิดชอบร่วมกัน (Accountability)
5. ความมีอิสระของศาล (Independence)
6. ความโปร่งใส (Transparency)
7. ความพร้อมด้านวัสดุและอุปกรณ์ (Material Supporting)
8. การพัฒนาทรัพยากรบุคคล (Personal Development)
9. การบริหารงานที่มีประสิทธิภาพ (Efficiency Administration)

ทั้งนี้ เพื่อผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรม การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและการบริหารจัดการคดีรัฐธรรมนูญในระดับสากลเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับความเชื่อมั่นและศรัทธาของประชาชนได้ในที่สุดภายใต้หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

บรรณานุกรม

หนังสือ

- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2544.
- บวรศักดิ์ อวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 2 : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและ  
พัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์  
แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- \_\_\_\_\_ . กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง  
เนติบัณฑิตยสภา, 2550.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน.  
กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- ปัญญา อุดชาชน. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในโลกสมัยใหม่. กรุงเทพมหานคร :  
วิญญูชน, 2562.
- \_\_\_\_\_ . หลักนิติธรรม : คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทย-เยอรมนี. กรุงเทพมหานคร :  
วิญญูชน, 2564.

Books

- Donald P. Kommers and Russell A Miller. The Constitutional Jurisprudence  
of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, Durham and  
London, 2012.
- Nicholas Vincent. Magna Carta : Origins and Legacy. Bodleian Library. University  
of Oxford, London, 2015.
- Pietro Costa and Danilo zolo. The Rule of Law : History, Theory and Criticism.  
Springer, The Netherlands, 2007.

## ดัชนีค้นค่า

	ก	การปฏิรูปการเมือง	26
กฎหมายมหาชน	2, 59	การปฏิรูปสถาบันพระมหากษัตริย์	50
กระบวนการค้นหาความจริง	37	การประชุมร่วมกันของรัฐสภา	17
กระบวนการดำเนินคดีอาญา	11, 23, 46	การประชุมสภาผู้แทนราษฎร	14
กระบวนการตรากฎหมาย	1, 5, 20	การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง	27, 57
กระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติ	13,-14	การแปรญัตติ	10, 17, 19
กระบวนการพิจารณา/กระบวนการพิจารณา	1, 5, 16, 18, 20, 32-34, 38-39, 47-48, 51, 57	การพิจารณาพิพากษา	7, 38, 57, 60
กระบวนการยุติธรรม	2-5, 27-28, 37, 48-49, 51, 59, 63	การพิจารณาลงมติ	15, 19
การกระทำโดยไม่สุจริต	14	การยุบสภา	50
การกระทำตามรัฐธรรมนูญ	22	การละเมิดหลักการพื้นฐาน	14, 18
การกระทำทางปกครอง	5	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม	5, 26, 32-33, 36, 41-42, 46, 58
การกระทำอันเป็นความผิด	8, 23, 36	การสั่งฟ้องคดี	49
การแก้ไขรัฐธรรมนูญ	20, 50-52	การหยุดคุกคามประชาชน	50
การจำกัดอำนาจของรัฐ	2	การออกเสียงลงคะแนน/ลงมติ	14-15
การประชุมสมัชชาฯ	42-45		
การใช้สิทธิ	12, 14, 36, 50-52, 47	ข้อโต้แย้ง	43-44, 54-55
การใช้อำนาจตุลาการ	38, 60	ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร	14
ใช้อำนาจนิติบัญญัติ	7	ข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา	19
ใช้อำนาจรัฐ	2, 29	ข้อเท็จจริง	10-11, 13-16, 21-23, 30, 32-33, 36-39, 45, 49-58
การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ	5	ข้อเรียกร้อง	50-54
การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	2, 25	ข้อสันนิษฐาน	10, 22-23, 31-32, 34
การทุจริตประพฤติมิชอบ	7	ชั้นรับหลักการ	14-19
การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี	13	ข้าราชการการเมือง	21-22
การบริหารราชการแผ่นดิน	50		
การแบ่งแยกการใช้อำนาจ	5	ค	
การปกครองประเทศ	16, 18-20, 38-39	คณะกรรมการการเลือกตั้ง	29
การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข	39, 50-54	คณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ (คตส.)	6-7
การปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย	12	คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.)	25, 58-59
การปฏิรูปการปกครอง	6	คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ	24
		คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน	13-15, 40, 42, 59

คณะบุคคล	6, 50	คำพิพากษา	2, 5, 11, 21, 27, 29, 31-32, 37-40, 46, 60
คณะรักษาความสงบแห่งชาติ	25-29		
คณะรัฐมนตรี	5-6, 13, 19-21, 39, 55	คำร้อง	7-8, 10, 13-18, 21, 23, 25, 29-32, 34-38
คณะอนุกรรมการ	13, 15		
คดีอาญา	5-6, 10-11, 22-23, 27 32-33, 45-46, 48-50, 57		40, 42, 50-54, 56, 58-61
ความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญ	32	คำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ	32
ความซื่อสัตย์สุจริต	14, 18	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	1, 5-7, 9, 11-12, 14-15, 20, 22-23, 25, 29-33, 35-37, 39, 42, 44, 46-47, 49, 53, 55, 57-62
ความเที่ยงธรรม	1-2, 5		
ความบริสุทธิ์	10-11, 22-23, 30, 34, 36, 45	คำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ	28-29
ความปลอดภัยของสาธารณะ	59	คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ	25-27, 29
ความผิดอาญา	7, 11, 29-30, 34		
ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล	47-48	ง	
ความผาสุกของประชาชน	6, 14, 32	งบประมาณ	13-15, 20, 36
ความมั่นคงของรัฐ	9, 28, 44, 52, 55, 59	เงินบำนาญ	35
ความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ	41	จ	
ความสงบเรียบร้อย	9, 28, 32, 43-45, 47-48, 52, 54-55, 59-61	เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ	13-15, 20, 36
ความสุจริตเที่ยงธรรม	5	โจทก์	6-8, 10-11, 22-23, 45-47, 57-58
ความเป็นธรรม	13, 21, 25, 29-30, 51, 57	จำกัดสิทธิและ/หรือเสรีภาพ	6, 11, 23, 26-28, 30, 33-35, 41-42, 46-47, 49, 55, 57, 59, 61-62
ความเป็นอิสระของศาล	5	จำเลย	6-8, 10-11, 22-23, 27, -31-37, 45-48, 56-57
ความเสมอภาค	21, 35-37, 41-42, 52, 55	เจ้าพนักงาน	6, 27-28, 43, 59-60
ค่าทดแทน	11-12	เจ้าหน้าที่ของรัฐ	3, 33, 43-44, 58
คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ	1, 26-27, 35-36, 45, 48-50, 58-59	ช	
คู่กรณี	38, 51, 61	ชอบด้วยกฎหมาย	5, 30, 32, 41-45, 49, 54, 60, 62
คู่ความ	30, 34, 37, 56-58	ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	2, 14-20, 25-26, 50-51
คู่พิพาท	60-61	ด	
โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ	50	ดินแดนของรัฐ	39
คำขอแปรญัตติ	13	ดูหมิ่น	7-9, 50
คำชี้ขาด	60-61		
คำโต้แย้ง	8, 10-11, 22, 45-48		
คำเบิกความด้วยวาจา	21		

	ด	ปฏิญาสากล	60
ตัวชี้วัดหลักนิติธรรม	63	ประเด็นข้อวินิจฉัย	14
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	25	ประเทศไทย	5, 8-9, 20, 30-39, 40-42, 48, 50-51, 53, 60
	ท	ประธานรัฐสภา	13-14, 16-18
ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน	58	ประธานวุฒิสภา	31
ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา	19	ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ	23-24
ที่ประชุมรัฐสภา	17	ประธานสภาผู้แทนราษฎร	37
โทษทางปกครอง	62	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	54-56
โทษทางอาญา	5, 9, 10, 27-30, 32, 44, 59, 62	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง	47-48
	น	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา	33, 36-37, 46
นักนิติปรัชญา	1	ประมวลกฎหมายอาญา	7-10, 22, 40, 45-46, 49-50, 53-54, 59
นายกรัฐมนตรี	21-22	ประมุขของรัฐ	8-9, 52
นิติบุคคล	6, 10-11, 22-23, 34-35, 62	ประโยชน์ส่วนรวม	5-6, 14, 18, 32-34
นิติประเพณี	8	ประโยชน์สาธารณะ	11, 30, 32, 46, 58-60, 63
	บ	ประวัติศาสตร์	1, 8, 53
บทลงโทษ	8-9, 44-45, 48, 59, 61, 63	ปวงชนชาวไทย	18, 50-51
บรรทัดฐานของศาล	2		
บรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	7, 9, 11-12, 15, 20, 22-23, 25, 29-33, 35-37, 39, 42, 44, 46-47, 49, 53, 55, 57-59, 61-62	ผลประโยชน์	14, 18, 21, 41-42, 55
บัตรอิเล็กทรอนิกส์แสดงตน	14, 17	ผู้กระทำความผิด	8-10, 22, 27, 30-31, 41-42, 44-48, 62
บันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริง	21	ผู้ชุมนุม	43-45
บิดาของหลักนิติธรรม	1	ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง	6, 33
บุคคลธรรมดา	7, 9, 56	ผู้ตรวจการแผ่นดิน	10, 23-24, 26
บุคคลเพศเดียวกัน	54-56	ผู้ต้องหา	10-11, 22-23, 27-29, 31-32, 37, 48-50, 57, 59
โบราณราชประเพณี	8	ผู้ถูกกล่าวหา	7, 29-30, 33, 58-59
	ป	ผู้ถูกฟ้องคดี	11
ประกาศคณะปฏิรูปการปกครอง	6, 25, 27, ในระบอบประชาธิปไตย	ผู้ถูกร้อง	16-22, 38-39, 50-54
อันมีพระมหากษัตริย์	29	ผู้บริสุทธิ์	5, 10-11, 27, 32, 37
ทรงเป็นประมุข		ผู้ฝ่าฝืน	44
ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ	25, 28		
ประชาธิปไตยระบบผู้แทน	2		

ผู้ฟ้องคดี	11, 46, 61	ม	
ผู้ร้อง	10, 13, 16-17, 21, 30-31, 54	มรรยาทนายความ	61-63
ผู้เสียหาย	49	มหาบัตรรัฐธรรมนูญ	1
ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์	7-9	มาตรการทางกฎหมาย	27-28, 30, 34-35, 59
ฝ		มาตรการลงโทษ	27, 44
ฝ่ายบริหาร	5, 13, 20, 56	มาตรฐานจริยธรรม	4, 18
ฝ่ายปกครอง	2-3	มาตรฐานสากล	40-42, 63
ฝ่ายนิติบัญญัติ	5, 20, 56	ไม่ชอบด้วยกฎหมาย	41-45
ฝ่ายตุลาการ	5, 29	ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	2, 16-17, 19-20
พ		ร	
พนักงานสอบสวน	28-29, 46, 49-50	ระบบไต่สวน	33, 56-57
พนักงานอัยการ	7-8, 29-31, 33-34, 46, 49-50, 57	ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์	53
พฤติการณ์แห่งคดี	14, 45, 47-48, 59	ระบอบเสรีประชาธิปไตย	12
พยานหลักฐาน	11, 17, 21, 23, 29-31-34, 36-38, 45-46, 49, 50-51, 56-58	ระยะเวลาการฟ้องคดี	48-49
พรรคการเมือง	22, 26-27, 29	รัชทายาท	7-9
พระมหากษัตริย์	6-9, 16, 26, 29, 39, 50-54	รัฐ	1-3,5-6, 8-10, 19-25, 29, 35-37, 40-42,48-49, 52, 55-56, 58-60
พระราชกำหนด	40-42	รัฐตำรวจ	2-3
พระราชบัญญัติ	6-8, 10-15, 21-27, 30-36, 40, 43, 47-50, 53-63	รัฐธรรมนูญ	1-63
พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ	14-15, 23-27, 32-34,48, 58-59	รัฐธรรมนูญนิยม	1
พระราชินี	7-9	รัฐบัญญัติ	44-45, 48
พันธกรณี	30, 40	รัฐบาล	15, 50
เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ	26, 33, 41-42, 46-47, 49, 57, 59, 62	รัฐภาคี	40
ภ		รัฐมนตรี	2, 5-6, 13, 19-22, 38-39,59, 62
ภาระการพิสูจน์	10-11, 22-23, 30-31, 34, 58-59	รัฐสภา	1, 3, 5, 13-14, 16-21, 39, 48
		ร่างพระราชบัญญัติ	13-15, 23-25, 55-57, 59
		ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ	23-25, 59
		ร่างรัฐธรรมนูญ	5, 15-19, 24
		ร่ำรวยผิดปกติ	18, 38, 59

	ล	สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ	23-24
ล้วงละเมิด	9, 51-52	สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร	14-18, 37-39
ลัทธิเสรีนิยมสมัยใหม่	2	สาธารณรัฐ	40, 45, 48
	ว	สิทธิของบุคคล	46, 58
วัตถุประสงค์ของกฎหมาย	7, 34, 43-44	สิทธิในการต่อสู้คดี	31, 33-34
วันแปรมุติตราจารีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	16, 19	สิทธิในการพิจารณาอย่างเป็นธรรม	1
วุฒิสภา	13, 15-16, 18, 21	สิทธิในทรัพย์สิน	11-12, 30, 58
	ศ	สิทธิมนุษยชน	4, 7, 60
ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	5, 28, 32, 34, 36-37, 41-42, 44, 46-47, 49, 57-59, 62	สิทธิและหน้าที่ของบุคคล	55
ศาลแขวง	36, 38-39, 42, 48-50	สิทธิและเสรีภาพ	1-2, 6, 11-12, 23, 26-30, 32, 34-36, 43, 47-50, 55, 58-61
ศาลจังหวัด	10, 31, 34-35, 40, 43, 59	สิทธิเสมอภาค	2
ศาลชั้นต้น	31-32	เสรีภาพในการชุมนุม	44, 50
ศาลฎีกา	2, 6, 10, 22, 29, 31-33, 46, 57	เสรีภาพในการประกอบอาชีพ	41
ศาลทหาร	48	เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น	9, 44, 50, 52
ศาลปกครอง	11, 13, 15, 21 47-48, 61-62		
ศาลแพ่ง	30, 43	ห	
ศาลยุติธรรม	2, 13, 15, 48	หน่วยงานของรัฐ	1, 5-6, 22-23, 35
ศาลรัฐธรรมนูญ	1-21, 30-63	หนังสือสัญญา	19-20
ศาลสูงสุด	2, 48	หมิ่นประมาท	7-9, 51-52
ศาลอาญา	7-8, 47, 56	หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ	51-52
ศาลอุทธรณ์	10, 30-32, 38, 45, 48, 58	หลักการต่างตอบแทน	39
	ส	หลักการแบ่งแยกอำนาจ	20
สถานะของบุคคล	10-11, 22-23, 33	หลักการฟังความสองฝ่าย	56
สถาบันพระมหากษัตริย์	5-6, 47-50	หลักความจำเป็น	47
สนธิสัญญา	40, 60	หลักความได้สัดส่วน	1, 28, 32, 34-35, 47-49, 59-60
สภาพนายความ	62-63	หลักความเหมาะสม	48
สภานิติบัญญัติแห่งชาติ	23-25	หลักจริยธรรม	3
สภาผู้แทนราษฎร	13-16, 18, 37-39	หลักธรรมาภิบาล	13
สมาชิกพรรคการเมือง	26-27	หลักนิติธรรม	1-14, 16-17, 19-20, 23-25, 27-30, 32-34, 39, 41-42, 44, 46-49, 51, 54, 57-58, 60-63
สมาชิกภาพ	37-39	หลักนิติรัฐ	1-3
สมาชิกวุฒิสภา	13, 16-19		
สมาชิกวุฒิสภา	16-18, 21		

หลักประกันความเป็นอิสระ	13
หลักประกันสิทธิและเสรีภาพ	34, 60
ของบุคคล	
หลักประชาธิปไตย	4, 20
หลักพอสมควรแก่เหตุ	8
หลักภัยอันตราย	27
หลักศุภนิตีกระบวน	1-3
หลักสุจริต	59
หลักอธิปไตยของรัฐ	39
หลักอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	2
เหตุยกเว้นความผิด	7-9

## อ

องค์กรตามรัฐธรรมนูญ	5, 13
องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ	19, 24
องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ	33-34
องค์กรอิสระ	23-25
องค์กรประกอบความผิด	10-11, 23, 34
อนุญาตตุลาการ	60-61
อนุสัญญา	40, 42, 59, 60-61
อัยการสูงสุด	49, 51, 57-58
อายุความ	45-46, 49
เอกสิทธิ์	19
อำนาจรัฐ	2, 5, 18, 27, 29
อำนาจผู้ปกครอง	1
อำนาจศาล	2, 34-35, 39, 45-48, 60
อำนาจอธิปไตย	38-39, 52, 60-61

## บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

### 1.2 การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ (เงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ) (Legal Restrictions of Rights and Liberties)

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีศร เลิศธรรมเทวี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ .....	103
1. บทนำ.....	104
2. รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจ .....	105
2.1 ข้อยกเว้นโดยไมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม .....	106
2.2 ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่น .....	109
ตามที่กฎหมายบัญญัติ	
2.3 ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิด.....	110
และกำหนดโทษไว้	
2.4 ข้อยกเว้นโดยอาศัยอำนาจบัญญัติแห่งกฎหมาย .....	112
2.5 ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม .....	113
3. “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน .....	114
3.1 กฎหมายที่ตราโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา.....	117
3.2 กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ.....	121
3.3 การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรอง.....	130
4. กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ และมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ .....	134
ของประชาชน	
4.1 กฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญ.....	134
4.2 กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน .....	136
หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อน	
5. หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ของกฎหมายที่มีผล.....	141
เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน	
5.1 กฎหมายต้องเข้าถึงได้โดยง่าย (Accessibility to Law) .....	150
5.2 กฎหมายต้องมีความชัดเจน (Clarity of Law).....	155
5.3 กฎหมายต้องมีความสอดคล้องกับการบังคับใช้ (Consistency) .....	161

## 16สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
6. ความได้สัดส่วน (Proportionality) ของกฎหมายที่มีผล .....	166
เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน	
6.1 ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ.....	169
6.2 ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล.....	180
6.3 เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ .....	184
7. การใช้บังคับเป็นการทั่วไป (Generality) ของกฎหมายที่มีผล .....	185
เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน	
7.1 การบังคับใช้เป็นการทั่วไป.....	186
7.2 ความเท่าเทียมกันทางกฎหมายและไม่เลือกปฏิบัติ .....	189
8. บทสรุป.....	190
บรรณานุกรม .....	196
ดัชนีค้นคำ .....	198

# การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (Legal Restrictions of Rights and Liberties)

ปวีศร เลิศธรรมเทวี\*

## บทคัดย่อ

สิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญถูกจำกัดได้โดยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยถือเป็นบทยกเว้นดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ บทยกเว้นดังกล่าวเรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” บทความนี้ได้ข้อสรุปที่สำคัญหลายประการ กล่าวคือ ประการแรก กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รัฐธรรมนูญต้องบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนหรือโดยปริยาย อำนาจดังกล่าวต้องเป็นไปตามโครงสร้างลำดับศักดิ์แห่งกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าจะเป็นกฎหมายในลำดับศักดิ์ใด ประการที่สอง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลส่วนใหญ่เกิดจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งถือเป็นบทกฎหมายหลักในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง ไม่มีประเด็นทางรัฐธรรมนูญหากกฎหมายดังกล่าวอ้างอิงหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่าระบบกฎหมายไทยตรารัฐธรรมนูญขึ้นในช่วงที่มีกฎหมายเกิดขึ้นหลายฉบับย่อมก่อให้เกิดคำถามว่ากฎหมายดังกล่าวที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือไม่ กฎหมายดังกล่าวจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

**คำสำคัญ:** สิทธิและเสรีภาพ, การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย, สิทธิทางรัฐธรรมนูญ

\* Ph.D. (London) (Herchel Smith Scholarship) ปัจจุบันเป็นรองศาสตราจารย์ประจำภาควิชากฎหมาย เพื่อการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. Email: p.lertdhamtewe@gmail.com.

## 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) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งตราขึ้นเพื่อขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญต้องอาศัยอำนาจบทบัญญัติ

แห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ (4) กฎหมายอื่น ๆ อาทิ กฎ หรือข้อบังคับอื่น ๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีผลจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้หรือไม่ หรือ (5) กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและใช้บังคับได้หรือไม่ บทความนี้วิเคราะห์เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

## 2. รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจ

การตรากฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ คำว่า “เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” หมายถึง การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ การให้อำนาจดังกล่าวขึ้นอยู่กับลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ

การใช้สิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือต่อประโยชน์สาธารณะ (Qualified Rights) สิทธิดังกล่าวย่อมได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ อาทิ มาตรา 31 เสรีภาพในการนับถือศาสนา<sup>1</sup>

หากเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้สิทธิหรือเสรีภาพเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) จะมีข้อจำกัดมิได้ ฉะนั้น การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การรับรองสิทธิเด็ดขาดปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหลายมาตรา อาทิ มาตรา 28 วรรคท้ายซึ่งเกี่ยวข้องกับ การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้<sup>2</sup> หรือบทสันนิษฐานในคดีอาญาว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ในมาตรา 29 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”<sup>3</sup> นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 39 บัญญัติว่า “การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำ

<sup>1</sup> มาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>2</sup> มาตรา 28 วรรคท้าย ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>3</sup> มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

มิได้” รวมตลอดทั้ง “การถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิด จะกระทำมิได้”<sup>4</sup> เป็นการแสดงให้เห็นการรับรองสิทธิเด็ดขาด และมาตรา 49 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้”<sup>5</sup>

นอกเหนือจากสิทธิเด็ดขาดและสิทธิที่ได้รับคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น สิทธิและเสรีภาพบางประการอาจมีขอบเขตจำกัด (Limited Rights) การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว อาจมีข้อความต่าง ๆ แบ่งออกเป็นกรณีได้ดังนี้

## 2.1 ข้อยกเว้นโดยไม่ได้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ข้อยกเว้นโดยไม่ได้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับบุคคลบางประเภทโดยให้ถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังที่ปรากฏในมาตรา 27 วรรคสาม วรรคสี่และวรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่า

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม<sup>6</sup>

<sup>4</sup> มาตรา 39 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>5</sup> มาตรา 49 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>6</sup> มาตรา 27 วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

รัฐธรรมนูญรับรองหลักความเสมอภาคกันของบุคคล ฉะนั้น คักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญเสมอกัน (Equality before Law) กรณีที่รัฐกำหนดมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นเพื่อบุคคลบางกลุ่ม อาทิ สตรี ดังที่ปรากฏในมาตรา 48 เรื่องสิทธิของมารดาเกี่ยวกับช่วงระหว่างก่อนและหลังการคลอดบุตร<sup>7</sup> การจำกัดสิทธิเสรีภาพของเด็กหรือผู้เยาว์ในการเดินทางหรือเลือกถิ่นที่อยู่ดังที่ปรากฏในมาตรา 38<sup>8</sup> สิทธิผู้สูงอายุที่มีรายได้ไม่เพียงพอแก่การยังชีพย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐ ดังที่ปรากฏในมาตรา 48 วรรคสอง หรือสิทธิของผู้ยากไร้ ที่จะได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตามมาตรา 47<sup>9</sup> แห่งรัฐธรรมนูญ การเลือกปฏิบัติเฉพาะกลุ่มบุคคลดังกล่าวถือเป็นข้อยกเว้นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตและข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยกฎหมายที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม แม้การเลือกปฏิบัติโดยกฎหมาย (*De Jure Discrimination*) อาจเกิดขึ้นได้และรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อ่านอาจไว้ หากเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีบทลงโทษแก่บุคคล หรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ จะถือว่าเข้าข้อยกเว้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ อาทิ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งบัญญัติให้ลงโทษแต่เฉพาะหญิงผู้ทำแท้งเท่านั้น ทั้งที่การตั้งครรภ์มิได้เกิดขึ้นจากการกระทำของหญิงเพียงฝ่ายเดียว จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ชายและหญิงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันตามมาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีดังกล่าวมีประเด็นเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563<sup>10</sup> ซึ่งวินิจฉัยว่า

<sup>7</sup> มาตรา 48 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>8</sup> มาตรา 38 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>9</sup> มาตรา 47 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>10</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

.... ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ซึ่งผู้ร้องกล่าวอ้างว่า บัญญัติให้หญิงฝ่ายเดียวที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา ไม่รวมถึงชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วยเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ได้บัญญัติรับรองความเสมอภาคของบุคคล การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลจะกระทำมิได้ หลักความเสมอภาคนี้มีสาระสำคัญที่เป็นหลักการพื้นฐาน คือ การปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันและจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เป็นกรณีที่จะเกิดขึ้นเฉพาะสำหรับบุคคลผู้เป็นหญิงเพราะโดยธรรมชาติของหญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรภ์และยุติการตั้งครรภ์ได้ เมื่อชายและหญิงมีสภาพร่างกายอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกัน การที่จะให้ชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งเป็นต้นเหตุที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์ต้องรับโทษและมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมและเป็นธรรมด้วยนั้น จะเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกัน ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อชาย ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 แต่อย่างใด<sup>11</sup>

จะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคใช้กับกฎหมายที่มีบทลงโทษด้วย ถ้ากฎหมายที่มีบทลงโทษมุ่งเน้นคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลต่อสิ่งที่เหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อย่างกรณีการทำแท้งซึ่งประมวลกฎหมายอาญามีบทลงโทษหญิงผู้ทำแท้งให้มีความผิดอย่างเท่าเทียมกัน การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือเข้าข่ายยกเว้นไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ คงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป นอกเหนือจากคำวินิจฉัยดังกล่าวยังมีอีกหลายคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความเสมอภาคกัน

<sup>11</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563, หน้า 6.

ของบุคคลในทางกฎหมาย อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546<sup>12</sup> และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 เป็นต้น<sup>13</sup>

## 2.2 ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติดังที่ปรากฏในมาตรา 28 วรรคสองและวรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า

.... การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตและร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>14</sup>

ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติยังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 33 และมาตรา 36 แห่งรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังอาจจะบัญญัติให้รายละเอียดหรือการจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นไป “ตามที่กฎหมายบัญญัติ”<sup>15</sup> ดังที่ปรากฏในมาตรา 37 ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินและการสืบมรดก ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>16</sup> หรือมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>17</sup>

<sup>12</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546.

<sup>13</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555.

<sup>14</sup> มาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>15</sup> ดูคำอธิบายเกี่ยวกับหลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มิชอบด้วยบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” ใน ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, *หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มิชอบด้วยบทบัญญัติ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547).

<sup>16</sup> มาตรา 37 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>17</sup> มาตรา 45 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

จะเห็นได้ว่า เสรีภาพในการรวมกันของบุคคลจัดตั้งพรรคการเมือง ต้องเป็นไปตามวิถีทางการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การจัดตั้งพรรคการเมือง รวมทั้งการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ลักษณะการบัญญัติให้การกำหนดสิทธิและการจำกัดสิทธิเสรีภาพยังปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 41<sup>18</sup> มาตรา 43<sup>19</sup> มาตรา 46<sup>20</sup> มาตรา 47<sup>21</sup> และมาตรา 48<sup>22</sup>

### 2.3 ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งปรากฏในมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติว่า

บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาทีกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้<sup>23</sup>

ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 29 เป็นการรับรองสิทธิในความยุติธรรม และเป็นหลักประกันว่าโทษทางอาญาไม่มีผลย้อนหลัง หลักการดังกล่าวปรากฏในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 ซึ่งเป็นการรับหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานมาจาก UDHR<sup>24</sup> และปรากฏในมาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย<sup>25</sup>

<sup>18</sup> มาตรา 41 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>19</sup> มาตรา 43 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>20</sup> มาตรา 46 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>21</sup> มาตรา 47 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>22</sup> มาตรา 48 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>23</sup> มาตรา 29 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>24</sup> UDHR, art. 11(2).

<sup>25</sup> มาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา.

อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องหลักการลงโทษทางอาญาไม่มีผลย้อนหลังปรากฏมาตั้งแต่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 หรือประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 โดยเฉพาะในคดีอาชญากรรมสงคราม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489<sup>26</sup> ซึ่งมีกรณีวินิจฉัยปรับหลักการลงโทษทางอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากล โดยในคดีนี้เกิดจากกรณีที่ว่า ในช่วงเวลาสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศไทยภายใต้จอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรี ได้ทำสัญญาร่วมกับฝ่ายญี่ปุ่น (ฝ่ายอักษะ) ประกาศสงครามกับอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา (ฝ่ายสัมพันธมิตร) เมื่อวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2485 และภายหลังสงครามสงบลง ประเทศไทยมีพระบรมราชโองการประกาศสันติภาพวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2488 ว่าการประกาศสงครามที่ผ่านมาเป็นโมฆะเพราะขัดต่อเจตนาที่แท้จริงของประชาชน

ภายหลังประเทศไทยมีการจัดตั้งรัฐบาล โดยม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช เป็นนายกรัฐมนตรี มีการตรากฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งบัญญัติให้ “การกระทำใด ๆ อันบุคคลได้กระทำไม่ว่าในฐานะเป็นตัวการ หรือผู้สมรู้ต้องตามที่บัญญัติไว้ .... ให้ถือว่าเป็นอาชญากรรม และผู้กระทำเป็นอาชญากรรม ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้”<sup>27</sup> พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 จึงมีผลย้อนหลังให้การกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติเป็นความผิด และศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 ตัดสินให้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ในส่วนที่บัญญัติย้อนหลังให้การกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติเป็นความผิด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และให้มีผลเป็นโมฆะ<sup>28</sup> ผลของคำพิพากษาก่อให้เกิดมรดกที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ (1) เกิดการสร้างหลักประกันว่าการลงโทษทางอาญาไม่มีผลย้อนหลัง และ (2) เป็นต้นกำเนิดขององค์รวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย<sup>29</sup>

<sup>26</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489.

<sup>27</sup> มาตรา 3 พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488.

<sup>28</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489.

<sup>29</sup> ดูคำอธิบายโดยละเอียดใน ปัญญา อุดชาชน, ‘พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม: รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ’ (2556) 61(8) รัฐสภาสาร, หน้า 89-138.

## 2.4 ข้อยกเว้นโดยอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ข้อยกเว้นโดยอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพไว้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และปรากฏในหลายมาตรา ได้แก่ มาตรา 30 มาตรา 32<sup>30</sup> มาตรา 34<sup>31</sup> มาตรา 38<sup>32</sup> มาตรา 40<sup>33</sup> มาตรา 42<sup>34</sup> และมาตรา 44<sup>35</sup> ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

การเกณฑ์แรงงานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือในขณะที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือการรบ<sup>36</sup>

จะเห็นได้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐธรรมนูญอาจระบุเหตุผลความจำเป็นไว้ อาทิ เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน เป็นต้น เหตุผลความจำเป็นดังกล่าวถือเป็นเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมาย ตัวอย่างเช่น การประกาศใช้กฎอัยการศึก (Martial Law)<sup>37</sup> ตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457<sup>38</sup> หรือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Emergency)<sup>39</sup> ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548<sup>40</sup> เป็นต้น

<sup>30</sup> มาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>31</sup> มาตรา 34 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>32</sup> มาตรา 38 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>33</sup> มาตรา 40 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>34</sup> มาตรา 42 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>35</sup> มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>36</sup> มาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>37</sup> ประกาศกองทัพบก ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง การประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ลงวันที่ 20 พฤษภาคม พ.ศ. 2557.

<sup>38</sup> มาตรา 4 พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457.

<sup>39</sup> ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ลงวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2563.

<sup>40</sup> มาตรา 5 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548.

## 2.5 ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม

ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม ปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า

.... การให้นำข่าวสารหรือข้อความใด ๆ ที่ผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนจัดทำขึ้นให้เจ้าหน้าที่ตรวจก่อนนำไปโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือสื่อใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะกระทำในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม ....<sup>41</sup>

ข้อยกเว้นดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 วรรคสาม ไปสัมพันธ์กับเรื่องการประกาศใช้กฎอัยการศึกตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 หรือประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ดังกล่าวข้างต้น

จะเห็นได้ว่า เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญสำหรับการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลคือรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ โดยอำนาจดังกล่าวไม่ว่าจะอยู่นคละมาตรา หรือหมวดอื่นใดของรัฐธรรมนูญ จะต้องอ้างอิงหรืออาศัยอำนาจจบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกันทั้งฉบับ ตัวอย่างเช่น บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 การบัญญัติกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญาจำเป็นต้องคำนึงส่วนอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญว่ามีเงื่อนไขและรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้หรือไม่ การกำหนดโทษทางอาญาที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายต้องคำนึงถึงมาตรา 28 ฉะนั้น การจับ การคุมขัง การค้นตัวบุคคล หรือการกระทำใดที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายต้องมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ และการลงโทษโดยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หากรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิหรือเสรีภาพไว้ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพโดยมิได้อาศัยหรืออ้างอิงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วย

<sup>41</sup> มาตรา 35 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

รัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะกฎหมายที่ตราขึ้นจะมีเนื้อหาดีมากน้อยเพียงใด หรือส่งเสริมและสอดคล้องกับหลักนิติธรรม กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>42</sup>

### 3. “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพก่อให้เกิดคำถามต่อไปว่า “กฎหมาย” ที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หมายถึงกฎหมายฉบับใด อาทิ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือประมวลกฎหมาย รวมตลอดทั้งมีนิยาม ลักษณะและขอบเขตอย่างไร ประเด็นดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับความหมายของกฎหมาย และลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย โดยทั่วไป นักกฎหมายจะอธิบายและแบ่งกฎหมายตามลำดับศักดิ์ (Hierarchy of Law)<sup>43</sup> ดังนี้

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

นอกเหนือจากกฎหมายดังกล่าว ยังมีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อาทิ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ถือว่ามีลำดับศักดิ์ที่รองลงมาจากกฎหมายดังกล่าวข้างต้น

<sup>42</sup> บทยกเว้นในรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 ของไทยเหมือนกับรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่ง Professor Aharon Barak ได้หยิบยกรณิรัฐธรรมนูญเยอรมันมาอธิบายไว้ว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ตามโครงสร้างของลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย หากไม่สามารถยึดโยงหรืออ้างอิงอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่ากฎหมายที่ตราขึ้นนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดู Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (New York: Cambridge University Press, 2012) 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.).

<sup>43</sup> ดู คำอธิบายใน รวินท์ สิลปะพัฒน, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562); วิจิตรา (ฟู๊ดลัดดา) วิเชียรชม, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561); และประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560) เป็นต้น.

การแบ่งลำดับศักดิ์กฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความเข้าใจเกี่ยวกับประเด็นปัญหาว่ากฎหมายคืออะไร หรือมีหลักเกณฑ์ใดใช้เป็นบรรทัดฐานในการกำหนดว่าข้อความใดเป็นกฎหมายซึ่งสะท้อนให้เห็นในหลายคำพิพากษาศาลฎีกา<sup>44</sup> โดยสรุปว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์ คณะรัฐประหารได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะรัฐประหารยอมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมืองและเป็นรัฏฐาธิปัตย์ ฉะนั้น “ข้อความใดที่หัวหน้าคณะรัฐประหารสั่งบังคับประชาชนถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม”<sup>45</sup> อันที่จริง ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร เป็นกฎหมายแต่ไม่ถือเป็นคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์ คำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์ที่แท้จริงไม่จำเป็นต้องขออนุญาตและผู้ใดจะละเมิดมิได้<sup>46</sup> หรือสถานะของพระราชกฤษฎีกาซึ่งถูกมองว่ามีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองจากพระราชบัญญัติ บางกรณีพระราชกฤษฎีกาอาจเป็นเรื่องที่ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญ<sup>47</sup> เช่น พระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั่วไป<sup>48</sup> หรือพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร<sup>49</sup> การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตั้งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540<sup>50</sup> หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557<sup>51</sup> แต่บางกรณีพระราชกฤษฎีกาอาจอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง อาทิ พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ ดังคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ พ. 20/2552<sup>52</sup> ปัญหาความเข้าใจเกี่ยวกับ

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

<sup>45</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505.

<sup>46</sup> ดู บทที่ 6 ซึ่งกล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำสั่ง หรือประกาศของคณะรัฐประหาร.

<sup>47</sup> มาตรา 102 และ 103 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>48</sup> มาตรา 102 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>49</sup> มาตรา 103 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>50</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540.

<sup>51</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557.

<sup>52</sup> คำพิพากษาศาลปกครองที่ พ. 20/2552. โดยหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาเป็นอำนาจของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง เว้นแต่พระราชกฤษฎีกาบางประเภท.

ความหมายของกฎหมาย และลำดับศักดิ์ของกฎหมายเป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักการทางกฎหมาย (Jurisprudence) หรือปรัชญากฎหมาย (Philosophy of Law) ที่สัมพันธ์กับรากฐานประวัติศาสตร์ทางกฎหมาย (Legal History)<sup>53</sup> ซึ่งเป็นปัญหาในปัจจุบันและกระทบกระเทือนต่อกระบวนการยุติธรรม และการปกครองประเทศตามหลักนิติธรรม

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

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้<sup>54</sup>

ประเด็นต่อมาคือ กฎหมายกับกฎหรือข้อบังคับถือว่ามีลำดับศักดิ์สูงกว่ากัน กรณีดังกล่าวรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจกฎหมายเท่านั้นที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ โดยที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัตินิยามคำว่า “กฎหมาย” ว่ามีความหมายอย่างไร เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะพบว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา<sup>55</sup> ฉะนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และรวมทั้งประมวลกฎหมาย จึงเป็นกฎหมายหลักที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ กฎหมายดังกล่าวยังรวมทั้งกฎหมายอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ อาทิ พระราชกำหนด<sup>56</sup> หรือการยุบสภาผู้แทนราษฎรซึ่งต้องตราเป็น

<sup>53</sup> จันตรี สินศุภฤกษ์, “ความหมายของกฎหมาย: ข้อพิจารณาจากแง่มุมนิติปรัชญา” (2563) 38(1) วารสารกฎหมาย.

<sup>54</sup> มาตรา 5 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>55</sup> มาตรา 81 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติ จะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา [...]”.

<sup>56</sup> มาตรา 172 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

พระราชกฤษฎีกา<sup>57</sup> เป็นต้น กฎหมายกลุ่มดังกล่าวเรียกว่า (Primary Legislations) ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่รัฐธรรมนุญให้อำนาจไว้โดยตรง ขณะที่กฎ หรือข้อบังคับอื่น ๆ ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายหลักถือเป็นลำดับรอง (Secondary Legislations) ไม่ว่าจะมิชื่อเรียกอย่างไร ฉะนั้น การจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย แบ่งออกเป็น 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 หรือข้อบังคับอื่น ๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหลักมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง

สำหรับกฎหมายนอกเหนือจากกลุ่มดังกล่าว เป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นกฎหมายที่ใช้เฉพาะเรื่อง อาทิ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือคำพิพากษาของศาลซึ่งไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย และผูกพันเฉพาะคู่กรณี ย่อมมีสถานะรองจากกฎหมายลำดับรองและใช้บังคับเฉพาะเรื่อง การแบ่งกลุ่มกฎหมายดังกล่าวใช้กล่าวถึงกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในบทความฉบับนี้

### 3.1 กฎหมายที่ตราโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา

การตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา (หมวด 7) ฉะนั้น กฎหมายตามความหมายในรัฐธรรมนูญจึงหมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา (Acts of Parliament) ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ<sup>58</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายในลำดับศักดิ์เดียวกันกับพระราชบัญญัติ ยังรวมถึงพระราชกำหนดซึ่งกระทำเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็น

<sup>57</sup> มาตรา 103 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>58</sup> มาตรา 81 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

รับถ้วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้<sup>59</sup> และรวมถึงประมวลกฎหมายด้วย เนื่องจากการใช้ประมวลกฎหมายต้องมีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมาย<sup>60</sup> กล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประมวลกฎหมาย ถือเป็นกฎหมายหลัก (Primary Legislations) ที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำหรือยินยอมจากรัฐสภา และเป็นกฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ตามความหมายมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ

ปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับ แม้ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้มีบรรทัดฐานคำวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับต่าง ๆ อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301<sup>61</sup> พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 ในส่วนที่เกี่ยวกับหญิงที่มีสามีและกฎหมายกำหนดให้ใช้นามสกุลสามีตามมาตรา 12<sup>62</sup> ประมวลรัษฎากร ในส่วนที่เกี่ยวกับ มาตรา 40(2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) ประกอบมาตรา 57ตรี และมาตรา 57เบญจ<sup>63</sup> พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19<sup>64</sup> พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 41<sup>65</sup> พระราชบัญญัติการเลือกตั้งเทศบาล พ.ศ. 2482 มาตรา 20(1)<sup>66</sup> พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26<sup>67</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10)<sup>68</sup> พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522

<sup>59</sup> มาตรา 172 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยวรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์อันอื่นที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยที่ภัยสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ ....”.

<sup>60</sup> อาทิ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น.

<sup>61</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

<sup>62</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546.

<sup>63</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555.

<sup>64</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546.

<sup>65</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2556.

<sup>66</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2546.

<sup>67</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547.

<sup>68</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555.

มาตรา 30<sup>69</sup> พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบขายตรง พ.ศ. 2545  
มาตรา 54<sup>70</sup> เป็นต้น

กล่าวได้ว่า การกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนส่วนใหญ่ เป็นการกระทำที่อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกรณีที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมิได้อาศัยอำนาจ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นไปตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 เกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติให้หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่น ทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงตั้งครรภ์ ที่ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ ต่อไปอีกด้วยซึ่งการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ ต้องเกิดความสมดุลกันโดยอาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ ในการพิจารณาการปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือ เงื่อนไขที่เหมาะสม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงเป็นการจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ซึ่งรับรองสิทธิ และเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย<sup>71</sup>

ประเด็นเรื่องสิทธิในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญก่อให้เกิด คำถามเกี่ยวกับบทกำหนดโทษประหารชีวิตซึ่งเป็นบทกำหนดโทษสำหรับลงแก่ ผู้กระทำความผิดตามที่บัญญัติในมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา<sup>72</sup> ว่าอาศัย อำนาจแห่งรัฐธรรมนูญในเรื่องใด โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 28 รับรองสิทธิในชีวิต และร่างกาย การจับ การคุมขัง การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดที่กระทบกระเทือน สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายต้องมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่สำหรับการ ทรมาณ ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการอันโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ ฉะนั้น รัฐธรรมนูญรับรองเป็นสิทธิเด็ดขาด กฎหมายจะจำกัดสิทธิ

<sup>69</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556.

<sup>70</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555.

<sup>71</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

<sup>72</sup> มาตรา 18 ประมวลกฎหมายอาญา.

และเสรีภาพดังกล่าวมิได้ องค์การนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International) และกลุ่มผู้สนับสนุนให้ยกเลิกการลงโทษประหารชีวิต มองว่าการลงโทษประหารชีวิตเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นร้ายแรงที่สุด เป็นการลงโทษที่ป่าเถื่อนและไร้มนุษยธรรม<sup>73</sup> แนวคิดเรื่องการลงโทษประหารชีวิต หรือชีวิตแลกด้วยชีวิต มีรากฐานทางประวัติศาสตร์กฎหมายมาอย่างยาวนาน และปรากฏเป็นบทลงโทษมาตั้งแต่สังคมบรรพกาล อาทิ The Code of Hammurabi (1754 ปีก่อนคริสตกาล) ซึ่งมีบทลงโทษที่รุนแรงโดยเฉพาะการใช้โทษประหารชีวิตกับความผิด หรือที่รู้จักกันว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (Eye for Eye, Tooth for Tooth) (*Lex Talionis*)<sup>74</sup> หรือในสมัยโบราณของไทย ที่มีวิธีการประหารชีวิตด้วยวิธีการบ้นคอ หรือวิธีการประหารชีวิตที่ต่างกันไปออกไปดังที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงซึ่งเป็นการรวบรวมกฎหมายในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชรัชกาลที่ 1 โปรดเกล้าให้รวบรวมกฎหมายโบราณครั้งกรุงศรีอยุธยาและกรุงธนบุรีมาประมวลไว้ด้วยกัน<sup>75</sup> การลงโทษตามกฎหมายตราสามดวงดังกล่าวยังคงมีอยู่เรื่อยมาจนกระทั่งประเทศไทยประสบปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritoriality) ที่ไทยจำต้องทำสัญญาเบาริ่ง (The Bowring Treaty) ในปี พ.ศ. 2398 (ค.ศ. 1855)<sup>76</sup> ส่งผลให้คนต่างชาติที่ทำความผิดในไทยได้รับยกเว้นไม่ต้องขึ้นศาล โดยความล้าหลังของกฎหมาย การกำหนดโทษที่รุนแรง รวมทั้งเรื่องโทษประหารชีวิตที่มีวิธีการที่ต่างกันไปมีความโหดร้าย ป่าเถื่อน และไร้มนุษยธรรม ถูกใช้เป็นข้ออ้างของชาวต่างชาติที่ไม่ยอมขึ้นศาลไทย<sup>77</sup> มีการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญาขึ้นใหม่ให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายสมัยใหม่ และต่อมาปี พ.ศ. 2477 มีการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา เกี่ยวกับการประหารชีวิตจากการตัดศีรษะเป็นการเอาตัวไปยิงเสียให้ตาย<sup>78</sup> โดยการลงโทษประหารชีวิตด้วยการยิงให้ตาย ถูกมองว่า

<sup>73</sup> ดู การรณรงค์ (Campaign) ขององค์การนิรโทษกรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ทุกประเทศยกเลิกโทษประหารชีวิตใน Amnesty International <<https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty/>>.

<sup>74</sup> *The Code of Hammurabi* (1754 BC).

<sup>75</sup> ดู โทษประหารชีวิต 21 สถานในกฎหมายตราสามดวง.

<sup>76</sup> *The Bowring Treaty* (1855) (Between the United Kingdom and the Kingdom of Siam).

<sup>77</sup> ดู แสง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), 170.

<sup>78</sup> ดู กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ว่าด้วยการประหารชีวิต.

เป็นการลงโทษที่รุนแรง ทารุณโหดร้าย และไร้มนุษยธรรมในสังคมไทยจึงมีการเปลี่ยนการลงโทษประหารชีวิตจากการใช้ปืนยิงเป็นการฉีดยาให้ตายเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม พ.ศ. 2546<sup>79</sup> จะเห็นได้ว่า แนวคิดเรื่องการลงโทษประหารชีวิตยังคงมีอยู่ในประเทศไทย เพียงแต่เปลี่ยนวิธีการลงโทษให้ดูไม่โหดร้ายทารุณ หรือไร้มนุษยธรรมจนเกินไป อาจกล่าวได้ว่า การพิจารณาว่าการลงโทษประหารชีวิตเป็นการลงโทษด้วยวิธีการอันโหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือไม่เป็นเรื่องละเอียดอ่อน ไม่มีคำตอบที่ชัดเจนตายตัวและคงขึ้นอยู่กับมุมมองของแต่ละสังคมว่าพิจารณาเรื่องดังกล่าวอย่างไร

ไม่ว่าการลงโทษประหารชีวิตจะถูกต้องชอบธรรม หรือมีขึ้นเพื่อความ เป็นธรรมในสังคมมากน้อยเพียงใด ประเด็นที่ชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดโทษประหารชีวิตตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น เป็นบทบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิตและร่างกาย และการแลกเปลี่ยนชีวิตกับชีวิตเป็นสิทธิเด็ดขาดที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขห้ามมิให้กระทำได้<sup>80</sup>

### 3.2 กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Law) ซึ่งตราขึ้นเพื่ออธิบาย ขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับสถานะและลำดับ ศักดิ์แห่งกฎหมาย (Hierarchy of Law) ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาตรา 81 แห่งรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงน่าจะมีลำดับศักดิ์เสมอกันกับพระราชบัญญัติ

การนำพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมาใช้ในประเทศไทยปรากฏ เป็นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติให้มีพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ 8 ฉบับ อย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่องพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญและการนำมาใช้ในระบอบรัฐธรรมนูญปรากฏในแวดวงนิติศาสตร์ไทย

<sup>79</sup> ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 245 ประกอบมาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการประหารชีวิตนักโทษ พ.ศ. 2546.

<sup>80</sup> ประเด็นเรื่องโทษประหารชีวิต (Capital Punishment) อยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาในครั้งนี้.

มาอยู่ก่อนแล้ว<sup>81</sup> สถานะและลำดับศักดิ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ได้กลายเป็นประเด็นในการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>82</sup> คำวินิจฉัยัย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550<sup>83</sup> ซึ่งวินิจฉัยว่าเมื่อกระบวนการตราพระราชบัญญัติและกระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเหมือนกัน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงมีศักดิ์เท่ากฎหมายธรรมดา ดังนี้

.... เมื่อได้พิจารณาลักษณะของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้ นำมาบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หาได้ปฏิบัติให้มีลักษณะเช่นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของ ต่างประเทศไม่ เพราะกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่จะเรียกว่า เป็นกฎหมายที่มีหลักการสำคัญเกี่ยวข้องโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปจะมีสิ่งที่สำคัญอย่างน้อยอีกหลายประการ เช่น จะกำหนด ให้เห็นว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมีฐานะที่สูงกว่ากฎหมาย ธรรมดาทั่วไป (แต่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ) รวมทั้งมีวิธีการร่างและแก้ไข กฎหมายนั้นยากกว่าการร่างและแก้ไขกฎหมายธรรมดาทั่วไป

<sup>81</sup> อาทิ ในงานเขียนของศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม ดูไพโรจน์ ชัยนาม, *รัฐธรรมนูญและการปกครอง ของอิตาลี* (กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2529); งานเขียนศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม ดู วิชาญ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530); งานเขียนของ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ซึ่งเสนอให้นำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมาใช้ในประเทศไทย ดู อมร จันทรมบูรณ์, *รวมบทความเกี่ยวกับโครงสร้างและกลไกทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญ ในทัศนะของ ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์* (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2539); ดูผลงานวิจัยของ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูริย์ใน สมคิด เลิศไพฑูริย์, *พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538); และผลงานวิจัยของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ซึ่งเสนอข้อคิดที่นำไปสู่การปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทยโดยนำ แนวคิดกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมาใช้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมาย ประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย* (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2541) เป็นต้น.

<sup>82</sup> ภายหลังการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2549 และก่อนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ในช่วงเวลาดังกล่าวประเทศไทยใช้ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรพิเศษรูปแบบหนึ่งที่ปรากฏในประเทศไทยดู ปวีศร เลิศธรรมเทวี, 'พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย' (2559) *วารสารกฎหมาย*, หน้า 165-186; และ ดูปวีศร เลิศธรรมเทวี, องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบ ในกลุ่มประเทศอาเซียน (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563).

ซึ่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญทั้งหลายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 หาได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมา ดังนั้นเมื่อคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทยที่ใช้กันตลอดก่อนหน้านั้นแล้ว ตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย การประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยคณะปฏิรูปาครั้งนี้ จึงมิได้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายอื่นทั้งหลาย ไม่ว่าจะกฎหมายเหล่านั้นจะเรียกว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ซึ่งมีสถานะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทั่วไป จึงยังมีผลใช้บังคับอยู่ตลอดไป ...<sup>84</sup>

ต่อมาในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ 9 ฉบับ<sup>85</sup> และมีการบัญญัติกระบวนการทำให้พิเศษกว่าพระราชบัญญัติธรรมดา โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะต้องถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญก่อนที่จะประกาศใช้ อาจกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 รับเอาแนวคิดหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาปรับใช้<sup>86</sup> และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 130 บัญญัติให้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ 10 ฉบับ ประกอบด้วย

- (1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
- (2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา
- (3) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง
- (4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง

<sup>83</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550.

<sup>84</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550, หน้า 196.

<sup>85</sup> มาตรา 138 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

<sup>86</sup> คำอธิบายการศึกษาแนวทางการนำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาใช้ในประเทศไทย ดู คำอธิบายใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย* (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2541).

- (5) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน
- (6) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต
- (7) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน
- (8) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ
- (9) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง
- (10) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ<sup>87</sup>

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นการเฉพาะและทำหน้าที่ขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดคำถามสำคัญว่าการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำเป็นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ และหากการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้อาศัยอำนาจเช่นนั้นจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

กรณีนี้ อาจมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้ ฉะนั้น กระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงมีกลไกบังคับให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้ก่อนแล้วและย่อมถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กรณีนี้กล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการตรากฎหมายและกลไกกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อนที่จะมีการประกาศใช้ มิได้เป็นสิ่งยืนยันว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอไป อาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญย่อมเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาตามหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยถือว่าร่างกฎหมายนั้นเป็นเจตจำนงของรัฐสภา การตรวจสอบดังกล่าวจึงเป็นการตรวจสอบในเชิงนามธรรม (Abstract Review) ก่อนที่พระราชบัญญัติดังกล่าวจะประกาศใช้ ฉะนั้น หากบุคคลใดได้รับผลกระทบ

<sup>87</sup> มาตรา 130 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ต่อสิทธิหรือเสรีภาพภายหลังที่กฎหมายใช้บังคับย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ตั้งข้อความที่ปรากฏในมาตรา 25 แห่งรัฐธรรมนูญ<sup>88</sup>

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้ง 10 ฉบับ จะพบว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ หรืออธิบาย ขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และในคำปรารภ หรืออารัมภบทของกฎหมาย แต่ละฉบับจะอ้างอิงและอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพที่เกี่ยวข้องทั้งสิ้น สรุปได้ว่า การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทาง รัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องจึงจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม จากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้ง 10 ฉบับ มีข้อสังเกต และข้อพิจารณาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560<sup>89</sup> เพียงฉบับเดียวที่แสดงให้เห็นถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองมีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชน ฉะนั้น ข้อความที่ปรากฏในคำปรารภหรืออารัมภบทแห่งพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 จึงบัญญัติว่า

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้มีบทบัญญัติบางประการ เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 26 ประกอบ มาตรา 34 และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

เหตุผลและความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ บุคคลตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อให้การจัดตั้ง การบริหารงาน และการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองเป็นไป โดยเปิดเผยและตรวจสอบได้ เปิดโอกาสให้สมาชิกมีส่วนร่วมอย่าง กว้างขวางในการกำหนดนโยบายและการส่งผู้สมัครรับเลือกตั้ง รวมทั้ง

<sup>88</sup> มาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>89</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560.

มีมาตรการกำกับให้พรรคการเมืองสามารถดำเนินการโดยอิสระ ไม่ถูกรวบงำหรือขึ้นำโดยบุคคลซึ่งมิใช่สมาชิกของพรรคการเมือง ซึ่งการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้สอดคล้องกับเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว

จึงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภา ดังต่อไปนี้ ....<sup>90</sup>

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 อาศัยบทยกเว้นในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 26 และอาศัยอำนาจตาม มาตรา 34 และ 37 จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 34 เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน<sup>91</sup>

การจัดตั้งพรรคการเมือง และการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของพรรคการเมืองเกี่ยวข้องกับอุดมการณ์ทางการเมือง และย่อมเกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองในแนวทางเดียวกันของกลุ่มบุคคล ซึ่งเป็นเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech) และเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิด (Freedom of Expression) และรัฐธรรมนูญให้การรับรองเมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560

<sup>90</sup> คำปรารภแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560.

<sup>91</sup> มาตรา 34 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

มีบทบัญญัติบางประการที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังที่ปรากฏในหมวด 1 และหมวด 2 เป็นต้น การตรากฎหมายจึงอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 ดังกล่าวในคำปรารภข้างต้น

ขณะที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 37 รับรองสิทธิในทรัพย์สินโดยบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด”<sup>92</sup> โดยบัญญัติให้ “ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”<sup>93</sup> การที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มีบทบัญญัติจำกัดสิทธิบางประการเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน ดังที่ปรากฏในเรื่องการเงินและการบัญชีของพรรคการเมือง รายได้ของพรรคการเมือง หรือการใช้จ่ายของพรรคการเมือง เป็นต้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจกระทำได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินและการเงินจึงสอดคล้องกับเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม สารสำคัญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 คือ การรวมกลุ่มเป็นพรรคการเมือง การรวมกลุ่มดังกล่าวต้องเป็นไปตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หากไม่เป็นไปตามวิถีทางดังกล่าวย่อมนำมาสู่การสิ้นสุดพรรคการเมือง ด้วยการยุบพรรคการเมือง และส่งผลต่อการเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น ฉะนั้น หมวด 8 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 จึงบัญญัติเกี่ยวกับการสิ้นสุดของพรรคการเมือง ในมาตรา 90-95 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่กฎหมายบัญญัติ

<sup>92</sup> มาตรา 37 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>93</sup> มาตรา 37 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

กฎหมายตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารพรรคการเมือง ซึ่งต้องกำหนดให้เป็นไปโดยเปิดเผยและตรวจสอบได้ เปิดโอกาสให้สมาชิกมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางในการกำหนดนโยบายและการส่งผู้สมัครรับเลือกตั้ง และกำหนดมาตรการให้สามารถดำเนินการโดยอิสระไม่ถูกครอบงำหรือชี้นำโดยบุคคลซึ่งมิได้เป็นสมาชิกของพรรคการเมืองนั้น รวมทั้งมาตรการกำกับดูแลมิให้สมาชิกของพรรคการเมืองกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง<sup>94</sup>

มาตรา 45 เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การจัดตั้งพรรคการเมืองจึงต้องนำรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 มาพิจารณาด้วย ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้ ....<sup>95</sup>

สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 เป็นสิทธิเด็ดขาด การที่หมวด 8 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 บัญญัติให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น

- (1) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
- (2) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข<sup>96</sup>

<sup>94</sup> มาตรา 45 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>95</sup> มาตรา 49 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>96</sup> มาตรา 92 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560.

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการไต่สวนแล้ว มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า พรรคการเมืองกระทำการดังกล่าว ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง และเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น<sup>97</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 จึงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นสอดคล้องกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการรวมกลุ่มเป็นพรรคการเมือง โดยการยุบพรรคการเมือง รัฐธรรมนูญ มาตรา 45 บัญญัติให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ การตรากฎหมายจึงต้องอาศัยอำนาจตามมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญ

กล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมิได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจ บทบัญญัติมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญ จึงมีประเด็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ในส่วนที่เกี่ยวกับ มาตรา 90, 91, 92, 93, 94 และ 95 ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และหากกฎหมายฉบับดังกล่าวตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญและส่งผลให้กฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อการที่ได้กระทำไปแล้ว อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 ซึ่งเกี่ยวกับการยุบพรรคไทยรักษาชาติ<sup>98</sup> หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2563 ซึ่งเกี่ยวกับการยุบพรรคอนาคตใหม่<sup>99</sup> ประเด็นเรื่อง ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 กับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการรับเอาแนวคิด ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายต้องอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญ อำนาจดังกล่าวต้องยึดโยงกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม และไม่มีรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยประเทศใดที่ขัดกับหลักการดังกล่าว หากการตรากฎหมายมิได้อาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาว่ากฎหมายนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ แม้ในข้อเท็จจริงการตรากฎหมายดังกล่าวจะออกมาเพื่อให้สิทธิหรือเสรีภาพบังเกิดผลในทางปฏิบัติที่สอดคล้อง

<sup>97</sup> มาตรา 92 วรรคท้าย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560.

<sup>98</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562.

<sup>99</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2563.

และเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ ก็ไม่ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional)<sup>100</sup>

### 3.3 การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรอง

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ก่อให้เกิดคำถามว่า การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรอง จะกระทำได้หรือไม่ ประเด็นดังกล่าวคงขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ บางประเทศการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำเป็นต้องอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายหลักเท่านั้น กรณีดังกล่าวอาจเรียกว่า “การให้อำนาจในกฎหมายหลัก” (Primary Arrangement) อาทิ สหรัฐอเมริกา<sup>101</sup> สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี<sup>102</sup> แคนาดา<sup>103</sup> สาธารณรัฐอินเดีย<sup>104</sup> และรัฐอิสราเอล<sup>105</sup> เว้นแต่ฝ่ายนิติบัญญัติ จะให้อนุญาตให้กระทำได้ในกฎหมายลำดับรอง หรืออาจเรียกว่า “การให้อำนาจในกฎหมายลำดับรอง” (Secondary Arrangement) ซึ่งสอดคล้องตามหลักการ แบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ อำนาจที่จะกำหนดว่ากฎหมายใดมีอำนาจในการจำกัด สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น หากฝ่าย นิติบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายลำดับรองเพื่อใช้กำหนด หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการปฏิบัติตามกฎหมาย อาทิ กฎกระทรวง ย่อมถือว่า กระทำได้ ฉะนั้น กฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนต้องอาศัยอำนาจกฎหมายหลักที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติ

<sup>100</sup> 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.).

<sup>101</sup> ดู คำอธิบายใน Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 2000), 977.

<sup>102</sup> ดู คำอธิบายใน David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago: The University of Chicago Press, 1994), 132.

<sup>103</sup> ดู คำอธิบายใน Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Thomson Carswell, 2007), 123.

<sup>104</sup> ดู คำอธิบายใน Mahabir Prashad Jain, *Indian Constitutional Law* (London: LexisNexis Butterworths, 2003), 139.

<sup>105</sup> ดู คำอธิบายใน Suzie Navot, *The Constitutional Law of Israel* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007), 73.

แห่งรัฐธรรมนูญตามลำดับศักดิ์โครงสร้างของกฎหมาย (Hierarchical Structure)<sup>106</sup> ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ซึ่งบัญญัติให้ผู้มีสัญชาติไทยต้องมีชื่อตัว หรือชื่อรอง และมีชื่อสกุล<sup>107</sup> โดยกำหนดหลักเกณฑ์การตั้งชื่อตัวและชื่อรองไว้ในมาตรา 6 และมาตรา 7 และชื่อสกุลบัญญัติไว้ในมาตรา 8 และมาตรา 9

มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 บัญญัติว่า “ชื่อตัวต้องไม่ฟ้องหรือมุ่งหมายให้คล้ายกับพระประมาภิไธย พระนามของพระราชินี หรือราชทินนาม และต้องไม่มีคำหรือความหมายหยาบคาย”<sup>108</sup> สำหรับการจดชื่อสกุลกำหนดไว้ในมาตรา 8 บัญญัติว่า

- (1) ไม่ฟ้องหรือมุ่งหมายให้คล้ายกับพระประมาภิไธย หรือพระนามของพระราชินี
- (2) ไม่ฟ้องหรือมุ่งหมายให้คล้ายกับราชทินนาม เว้นแต่ราชทินนามของตน ของผู้บุพการี หรือของผู้สืบสันดาน
- (3) ไม่ซ้ำกับชื่อสกุลที่ได้รับพระราชทานจากพระมหากษัตริย์ หรือชื่อสกุลที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว
- (4) ไม่มีคำหรือความหมายหยาบคาย
- (5) มีพยัญชนะไม่เกินกว่าสิบพยัญชนะ เว้นแต่กรณีใช้ราชทินนามเป็นชื่อสกุล<sup>109</sup>

การจดทะเบียนตั้งชื่อสกุลให้ปฏิบัติตามมาตรา 9 ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง<sup>110</sup> จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ให้อำนาจฝ่ายบริหาร (กระทรวงมหาดไทย) ในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตั้งชื่อสกุลให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง อำนาจดังกล่าวสอดคล้องตามโครงสร้างลำดับศักดิ์ของกฎหมายย่อมถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

<sup>106</sup> 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.).

<sup>107</sup> มาตรา 5 พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505.

<sup>108</sup> มาตรา 6 พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505.

<sup>109</sup> มาตรา 8 พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505.

<sup>110</sup> มาตรา 9 พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505.

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นเกี่ยวกับคำสั่งที่ใช้เป็นแนวปฏิบัติในการปฏิบัติตามกฎหมายหรือการใช้ดุลยพินิจของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตัวอย่างเช่น กระทรวงมหาดไทย และกรมการปกครองได้กำหนดแนวปฏิบัติตามพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การตั้งชื่อตัว ชื่อรอง และชื่อสกุล ว่าต้องไม่มีคำหยาบคาย โดยยึดถือคำแปลจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน เป็นหลักในการพิจารณาว่า คำใดมีความหมายหรือไม่ และนำมาประกอบกันแล้วมีความหมายเหมาะสมหรือไม่ หรือฉบับอื่น หรือที่หน่วยราชการกำหนดความหมายไว้<sup>111</sup> จะเห็นได้ว่า แนวปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทยและกรมการปกครองสร้างหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการตั้งชื่อของบุคคล หรือชื่อสกุลว่าต้องมีความหมาย และมีความหมายตามพจนานุกรมในภาษาไทย ก่อให้เกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า หากผู้ที่มีความประสงค์จะใช้หรือเปลี่ยนชื่อตัว ชื่อรอง และชื่อสกุลไม่เป็นภาษาไทย หรือการตั้งชื่อโดยการนำพยัญชนะ “ร” มาเรียงซ้อนกัน เช่น “รรร” “รรรร” หรือ “รรรรร” เป็นต้น<sup>112</sup> รวมทั้งกรณีผู้ที่เคร่งครัดต่อศาสนาบางศาสนา เช่น คนไทยมุสลิม กรมการปกครองไม่อนุญาตให้ผู้นั้นยื่นคำขอใช้หรือเปลี่ยนชื่อเป็นภาษาดังกล่าวได้ จะถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา (Freedom of Religion) ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

อาจกล่าวได้ว่า การกำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทยและกรมการปกครองในการตั้งชื่อของบุคคล หรือชื่อสกุลต้องมีความหมาย ไม่เป็นการปฏิเสธสิทธิของบุคคลโดยสิ้นเชิง การกำหนดแบบแผนให้ตั้งชื่อที่มีความหมายเป็นประเด็นเล็กน้อย (*De Minimis*) และไม่สำคัญ (Trivial) ที่ถึงขนาดปฏิเสธสิทธิในการใช้ชื่ออันเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัว อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมสิทธิในชีวิต เนื่องจากการตั้งชื่อเป็นสิทธิที่ทุกคนไม่อาจกำหนดเองได้ในตอนแรก การกำหนดให้ชื่อมีความหมายจึงเป็นการส่งเสริมให้ผู้ตั้งชื่อตระหนักถึงคุณค่าของ

<sup>111</sup> หนังสือกรมการปกครองที่ มท 0310.2/38063 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2538.

<sup>112</sup> ดู หนังสือที่ นศ 0017.1/ว4735 ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน พ.ศ. 2555.

ชีวิต หรือความหมายของการมีชีวิตสำหรับผู้ที่เกิดมาบนโลกนี้ ฉะนั้น ระเบียบแบบแผนของกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทยจึงมุ่งคุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกที่เกิดขึ้นมา สอดคล้องกับหลักการประกันสิทธิทางรัฐธรรมนูญ<sup>113</sup>

สำหรับกรณีกรมการปกครองไม่อนุญาตให้ผู้อพยพใช้หรือเปลี่ยนชื่อเป็นสำเนียงภาษาต่างประเทศ รวมทั้งผู้ที่เคร่งครัดต่อศาสนาย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพในการนับถือศาสนาในรัฐธรรมนูญ ปัจจุบันกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทยได้เปลี่ยนแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณา “คำแปล” หรือความหมายต้องไม่หยابคายในการเปลี่ยนชื่อตัว ชื่อรอง หรือชื่อสกุล เป็นสำเนียงภาษาต่างประเทศ หากไม่ขัดต่อมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ให้ถือว่ากระทำได้ เช่นเดียวกับกรณีผู้ที่เคร่งครัดต่อศาสนาขอตั้งชื่อหรือเปลี่ยนชื่อตัว ชื่อรอง หรือชื่อสกุลที่ไม่เป็นภาษาไทย หากสามารถยืนยันความหมายหรือคำแปลได้ว่าไม่มีคำหรือความหมายหยابคายก็ให้ดำเนินการได้<sup>114</sup>

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

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

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

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

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

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

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

โดยศาลสูงแคนาดาใช้หลักกฎหมาย (Jurisprudence) ในการพิจารณาว่ากฎหมายลำดับรองได้มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไข 3 ประการ กล่าวคือ (1) เป็นเรื่องเล็กน้อย (*De Minimis*) หรือไม่สำคัญ (Trivial) หรือไม่<sup>119</sup> และการพิจารณาว่าประเด็นใดเป็นเรื่องเล็กน้อยหรือไม่สำคัญ การกระทำดังกล่าวต้องไม่เป็น (2) การปฏิเสธสิทธิโดยสิ้นเชิง (Complete Denial)<sup>120</sup> และ (3) เป็นการสร้างระเบียบ แบบแผน หรือแนวปฏิบัติเพื่อบังคับใช้กฎหมายรวมทั้งเป็นคำสั่งหรือการใช้ดุลยพินิจเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น<sup>121</sup> หากเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าว ย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และไม่ก่อให้เกิดประเด็นการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

#### 4. กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ และมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

นอกเหนือจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Primary Legislations) และกฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislations) เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 26 ก่อให้เกิดข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ซึ่งแบ่งออกเป็นสองกรณีที่สำคัญ ได้แก่ (1) กฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มี การประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และ (2) กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจและเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญฉบับก่อน

##### 4.1 กฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญ

กฎหมายไทยหลายฉบับตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก อาทิ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ.2451) ซึ่งเป็นประมวลฉบับแรกของไทย<sup>122</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งร่างขึ้นเป็นครั้งแรกตั้งแต่ปี พ.ศ. 2451 และ

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

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

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

<sup>122</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ดันบุญเจริญ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), 235.

มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2468<sup>123</sup> หรือพระราชบัญญัติกฎหมายการศึกษา พระพุทธศักราช 2457<sup>124</sup> และพระราชบัญญัติศุลกากร พระพุทธศักราช 2469<sup>125</sup>

ปัจจุบันกฎหมายดังกล่าวมีการแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งผ่านกลไกและกระบวนการทางนิติบัญญัติเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันและถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2486 (กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2486)<sup>126</sup> และได้ใช้ต่อมาจนถึงปี พ.ศ. 2499 จนกระทั่งมีการปรับปรุงใหม่อีกครั้งเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน<sup>127</sup> หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมและใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน<sup>128</sup> หรือพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ซึ่งให้ยกเลิกพระราชบัญญัติศุลกากร พระพุทธศักราช 2469<sup>129</sup> หรือพระราชบัญญัติกฎหมายการศึกษา พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายที่ต่อมาเมื่อมีรัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ว่าเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์หรือในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารย่อมกระทำได้ตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก<sup>130</sup>

จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีผลเป็นจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้น และก่อให้เกิดคำถามว่ากฎหมายเช่นนั้นตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจใด กฎหมายดังกล่าวบัญญัติขึ้นตั้งแต่สมัยที่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นองค์อธิปัตย์หรือประมุขแห่งรัฐเท่านั้น แม้ปัจจุบันประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญร่างกฎหมายจะต้องนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและจะปรากฏข้อความว่า “มีพระบรมราชโองการให้ประกาศว่า ฯ”

<sup>123</sup> ดูประวัติการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ใน มุนินทร์ พงศาปาน, *ระบกกฏหมายชีวิตลอร์ด: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562) 235 (ให้ข้อมูลและประวัติการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยละเอียดและเป็นประโยชน์ต่อวงวิชาการไทยเป็นอย่างมาก).

<sup>124</sup> พระราชบัญญัติกฎหมายการศึกษา พระพุทธศักราช 2457.

<sup>125</sup> พระราชบัญญัติศุลกากร พระพุทธศักราช 2469.

<sup>126</sup> กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2486.

<sup>127</sup> ประมวลกฎหมายอาญา.

<sup>128</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

<sup>129</sup> พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560.

<sup>130</sup> มาตรา 176 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระพุทธศักราช 2560.

ในกฎหมายทุกฉบับ การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายจึงถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของไทย<sup>131</sup> และพระบรมราชโองการถือเป็นคำสั่งของรัฐอธิปไตย (Command of a Sovereign) ที่ชอบด้วยกฎหมาย แนวคิดเรื่องคำสั่งของรัฐอธิปไตย มีการกล่าวถึงในผลงานของ John Austin<sup>132</sup> ว่ากฎหมายคือคำสั่งซึ่งทำให้คนทั่วไปอยู่ใต้อำนาจขององค์อธิปัตย์ คำสั่งดังกล่าวจะต้องมีความประสงค์ มาตรการลงโทษกรณีไม่ปฏิบัติตาม วิธีการแสดงความประสงค์ สภาพการบังคับอันทั่วไป และมีผู้ออกคำสั่งที่สามารถระบุตัวได้ ซึ่ง Austin เรียกว่า “องค์อธิปัตย์” โดยคำสั่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ทุกคนต้องเชื่อฟัง ยกเว้นองค์อธิปัตย์เท่านั้นไม่จำเป็นต้องเชื่อฟังผู้ใด<sup>133</sup> แนวคิดของ Austin ทรงอิทธิพลและได้รับการยอมรับเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศไทยมีการแปลความแนวคิดของ Austin ไปสู่การใช้อำนาจของคณะรัฐประหารว่าเป็นคำสั่งของรัฐอธิปไตย<sup>134</sup> การปรับใช้แนวคิดกฎหมายคือคำสั่งของศาลไทยดังกล่าวอาจจะต้องมีการตรวจสอบว่าถูกต้องมากน้อยเพียงใด ประเด็นเรื่องคำสั่งหรือประกาศของคณะรัฐประหารเป็นคำสั่งของรัฐอธิปไตยหรือไม่ ควรมีการศึกษาเพิ่มเติมต่อไป ซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาในครั้งนี้

#### 4.2 กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อน

เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 26 ข้างต้น ยังก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าว่าจะใช้บังคับต่อไปได้หรือไม่ หรือมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับได้หรือไม่ การจะทราบถึงเหตุว่ามีบทบัญญัติในกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญคงจะต้องเป็นกรณีที่มีผู้ได้รับผลกระทบและใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล และหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วว่าขัด

<sup>131</sup> ดู ปวริศร เลิศธรรมเทวี, *การนำประเพณีในการปกครองประเทศไทยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561) 57.

<sup>132</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Richard Taylor, The University of London, 1832).

<sup>133</sup> Ibid.

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

หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้บทบัญญัติใดในกฎหมายฉบับนั้นเป็นอันตกไป และใช้ได้เท่าที่ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ<sup>135</sup> ฉะนั้น กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจนกว่าจะมีผู้ได้รับผลกระทบ

อาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันคงมีกฎหมายหลายฉบับที่ตราขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าและมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีผู้ร้องหรือใช้สิทธิทางศาล ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505<sup>136</sup> ซึ่งใช้บังคับมานานแล้ว และมีบทบัญญัติบางประการที่มีประเด็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในเรื่องบทสันนิษฐานในคดีอาญาว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492<sup>137</sup> แต่ไม่มีผู้ใดร้องเป็นคดีต่อศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล จึงยังไม่มีบรรทัดฐานของศาล สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะกฎหมายฉบับดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะสงฆ์จึงเป็นกฎหมายที่ไกลตัวสำหรับบุคคลทั่วไป มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 บัญญัติว่า

พระภิกษุรูปใดถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุมหรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุมหรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้<sup>138</sup>

นอกเหนือจากมาตรา 29 บทบัญญัติในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 บัญญัติต่อไปว่า

เมื่อจะต้องจำคุก กักขัง หรือขังพระภิกษุรูปใดตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการให้

<sup>135</sup> มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>136</sup> พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505.

<sup>137</sup> มาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492.

<sup>138</sup> มาตรา 29 พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505.

เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีอำนาจดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้ และให้รายงานให้ศาลทราบถึงการสละสมณเพศนั้น<sup>139</sup>

มาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 เกี่ยวข้องกับบทสันนิษฐานในคดีอาญาว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดว่าผู้นั้นกระทำความผิดซึ่งเป็นสิทธิในความยุติธรรมตามมาตรา 29 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

... ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ [...]<sup>140</sup>

กรณีดังกล่าวมีประเด็นต้องพิจารณาว่า หากพระภิกษุที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดรูปนั้นเชื่อว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์และไม่ประสงค์จะสละสมณเพศ และต้องการประพฤติปฏิบัติตนเป็นพระภิกษุสงฆ์ตามความเชื่อในศาสนาพุทธต่อไป จะกระทำได้หรือไม่ หรือจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายในเรื่องการแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นพระภิกษุสามเณรโดยมิชอบเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นบุคคลเช่นนั้นตามมาตรา 208 ประมวลกฎหมายอาญา<sup>141</sup> กรณีดังกล่าวมีมติมหาเถรสมาคมซึ่งเป็นมติที่ออกตามความในมาตรา 29 และ 30 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มติที่ 138/2563<sup>142</sup> เรื่อง การพ้นจากความเป็นพระภิกษุกรณีต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาว่า

ในการประชุมมหาเถรสมาคม ครั้งที่ 6/2563 เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2563 เลขาธิการมหาเถรสมาคมเสนอว่า จากกรณีที่มีพระภิกษุถูกจับกุม ต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เป็นที่ถกเถียงกันในหมู่ชาวพุทธเกี่ยวกับพระภิกษุที่ถูกจับกุมว่า เจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการ

<sup>139</sup> มาตรา 30 พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505.

<sup>140</sup> มาตรา 29 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>141</sup> มาตรา 208 ประมวลกฎหมายอาญา.

<sup>142</sup> มติมหาเถรสมาคมที่ 138/2563 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2563.

ให้พระภิกษุสละสมณเพศ โดยไม่ได้เปล่งวาจาจะถือว่าพ้นจากความเป็นพระภิกษุหรือไม่ และกรณีที่พระภิกษุรูปนั้นได้รับการประกันตัวออกมา หรือพ้นโทษออกมาจะกลับมานุ่งห่มจีวรโดยไม่ต้องอุปสมบทใหม่ได้หรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าวได้เผยแพร่ออกไปผ่านสื่อในหลายช่องทางอย่างกว้างขวาง โดยก่อให้เกิดความสับสนแก่ชาวพุทธและมีผู้แสดงทัศนคติต่าง ๆ นานา อันจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียกระทบต่อความมั่นคงของพระพุทธศาสนา จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจที่ถูกต้องในเรื่องดังกล่าวแก่คณะสงฆ์และสังคม [...]

กรณีจำเลยยอมสึกถอดจีวรเพราะถูกจับต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา และเจ้าพนักงานสอบสวนไม่ให้ประกันตัว ต่อมาได้รับการประกันตัว กลับมาแต่งกายเป็นพระภิกษุอีก โดยมีได้อุปสมบทใหม่ จะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 208 ฐานแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นพระภิกษุสามเณรโดยมิชอบเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นบุคคลเช่นนั้น<sup>143</sup>

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 29 และ 30 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ที่ให้พระสงฆ์ที่ถูกจับเพราะต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาสละสมณเพศเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดซึ่งขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อเสรีภาพในการถือศาสนา และการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 31 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 29 และมาตรา 30 สมควรที่จะมีการศึกษาเพิ่มเติมในเชิงลึกต่อไป ซึ่งอยู่นอกเหนือบทความฉบับนี้

กล่าวได้ว่า อาจมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่ใช้บังคับในปัจจุบันและมีบทบัญญัติบางประการที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีผู้ใดร้องขอใช้สิทธิทางศาล หรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล ทั้งนี้ จำเป็นต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ากฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

<sup>143</sup> มติมหาเถรสมาคมที่ 138/2563 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2563.

ฉบับก่อนหน้าทุกฉบับชอบด้วยรัฐธรรมนูญจนกว่ามีผู้ร้องขอใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล และศาลวินิจฉัยแล้วว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

การศึกษาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายก่อให้เกิดคำถามสำคัญว่าหากเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้จะใช้หลักใดในการพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับโดยเฉพาะกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ อาทิ กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้พิการ<sup>144</sup> คงไม่มีรัฐธรรมนูญประเทศใด รวมทั้งประเทศไทยที่ให้เงื่อนไขหรืออนุญาตให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพผู้พิการ หรือกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ซึ่งไม่อนุญาตให้เอกชนหรือบุคคลทั่วไปประกอบธุรกิจบางประเภทเพราะถือว่าเป็นบริการสาธารณะและห้ามแข่งขัน ทั้งที่จริงกลุ่มธุรกิจดังกล่าวเป็นธุรกิจแสวงหากำไร และเกิดผลกำไรอย่างมหาศาล อาทิ ไฟฟ้าและพลังงาน เป็นต้น การตรากฎหมายในลักษณะดังกล่าวอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 ซึ่งรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าว จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่อยงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น<sup>145</sup> การตรากฎหมายดังกล่าวรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 26 เพียงว่า

.... ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล

<sup>144</sup> ดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 ซึ่งวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 แต่ต่อมาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 วินิจฉัยให้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ขัดรัฐธรรมนูญ.

<sup>145</sup> มาตรา 40 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

มิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย<sup>146</sup>

การใช้กฎหมายดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง<sup>147</sup> ประเด็นเรื่องหลักนิติธรรมยังเป็นปัญหาในการตีความของนักกฎหมายในปัจจุบัน<sup>148</sup> และโดยที่รัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติวางหลักไว้ว่าหลักนิติธรรมมีหลักเกณฑ์ ขอบเขตและลักษณะอย่างไร แต่บัญญัติต่อไปว่ากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ แสดงให้เห็นถึงหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งหลักการใช้บังคับกฎหมายเป็นการทั่วไป (Principle of Generality) ทั้งสองหลักการเป็นการขยายความที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม บทนี้ศึกษาว่าหลักนิติธรรม (The Rule of Law) หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) และหลักการใช้บังคับเป็นการทั่วไป (Generality) ของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพิจารณาอย่างไร

## 5. หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม คำว่า “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) เป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัย

<sup>146</sup> มาตรา 26 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>147</sup> มาตรา 26 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>148</sup> ประเด็นเรื่องนิยามของหลักนิติธรรมยังเป็นที่ถกเถียงของนักวิชาการในปัจจุบัน ดู Robert Stein, ‘Rule of Law: What Does It mean?’ (2009) 18(2) *Minnesota Journal of International Law*, 293-303; Robert Stein, ‘Rule of law: What Does It Mean?’ (Remark present at the Minnesota Journal of International Law’s Rule of Law Symposium, 14 November 2008); and Judith N. Shklar, ‘Political Theory and the Rule of law’ in Allan C. Hutchinson and Patrick Monaghan (eds), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, 1 เป็นต้น.

ศาลรัฐธรรมนูญหลายคดี<sup>149</sup> แต่มิได้มีการตีความหรืออธิบายว่า “หลักนิติธรรม” มีลักษณะหรือขอบเขต ตลอดจนหลักเกณฑ์และเงื่อนไขอย่างไร รัฐธรรมนูญไทย ก็มีได้บัญญัตินิยาม “หลักนิติธรรม” ไว้เช่นเดียวกัน วางหลักไว้เพียงว่าการปฏิบัติหน้าที่ของทุกองค์กรต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม<sup>150</sup> ดังที่ปรากฏในมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า

รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม<sup>151</sup>

หลักนิติธรรมมีการกล่าวถึงอย่างกว้างขวาง และเป็นหลักการสำคัญที่องค์กรระหว่างประเทศโดยเฉพาะองค์การสหประชาชาติ (United Nations: UN)<sup>152</sup> ให้การสนับสนุน และจัดให้มีโครงการส่งเสริมหลักนิติธรรมสากล รวมตลอดทั้งรับหลักการภายใต้ปฏิญญาว่าด้วยการประชุมระดับสูงของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเกี่ยวกับหลักนิติธรรมในระดับชาติและระดับสากล (Declaration of the High-Level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels)<sup>153</sup> หรือสมาคมเนติบัณฑิตอเมริกัน (American Bar Association) ซึ่งมีการจัดทำโครงการภายใต้ “The World Justice Project” ในปี ค.ศ. 2006 สร้างตัวชี้วัดหลักนิติธรรมที่เป็นสากล (Rule of Law Index) เพื่อวัดระดับธรรมาภิบาลของการบริหารประเทศ<sup>154</sup> และสำหรับประเทศไทย

<sup>149</sup> อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 เป็นต้น.

<sup>150</sup> สำหรับหลักการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ดู สุรพล ศรีวิทยา, *การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558).

<sup>151</sup> มาตรา 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>152</sup> Report of the Secretary-General, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, UN Doc. S/2004/616 (2004), at para. 6.

<sup>153</sup> *Declaration of the High-Level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels*, adopted by General Assembly, A/RES/67/1 on 30 November 2012.

<sup>154</sup> ดู American Bar Association, ‘About ABA Rule of Law Initiative’ available through ABA’s website at <<http://www.abanet.org/rol/about.shtml>>.

มีการจัดทำคำอธิบาย “หลักนิติธรรม” โดยคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติเพื่อสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรมในประเทศไทย<sup>155</sup> ปัจจุบันไม่มีองค์กรหรือหน่วยงานใดทั้งองค์การระหว่างประเทศ และหน่วยงานภาครัฐของไทยที่จะให้ความหมายหลักนิติธรรมอันเป็นข้อยุติ นักวิชาการพยายามตีความและให้ความหมายหลักนิติธรรมไว้อย่างกว้างขวาง<sup>156</sup> ลอร์ดโทมัส บิงแฮม (Lord Thomas Bingham, Baron Bingham of Cornhill) ผู้เขียนหนังสือเรื่องหลักนิติธรรมอันโด่งดังอธิบายว่า

<sup>155</sup> คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรมในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, *หลักนิติธรรม* (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, 2557).

<sup>156</sup> Tom Bingham, *The Rule of Law* (London: Penguin Book, 2010); Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004); Joseph Raz, ‘The Rule of Law and its Virtue’ in Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Oxford University Press, 1979) 210; Randy Peerenboom, ‘The Future of Rule of law: Challenges and Prospects for the Field’ (2009) 1(1) *Hague Journal on the Rule of Law*, 5-14; Kenneth J. Keith, ‘The International Rule of Law’ (2015) 28 *Leiden Journal of International Law*, 403-417; Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1960) 162; Sandra Day O’Connor, ‘Vindicating the Rule of Law: The Role of the Judiciary’ (2003) 2 *Chinese Journal of International Law*, 1; Tom Bingham, ‘The Rule of Law’ (2007) 66(1) *Cambridge Law Journal*, 67-85; and Denise Meyerson, ‘The Rule of law and the Separation of Powers’ (2004) 4 *Macquarie Law Journal*, 1-6; Neil MacCormick, ‘Constitution and Democracy’ in Richard Bellamy (ed), *Theories and Concepts of Politics* (Manchester: Manchester University Press, 1993) 125; Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law* (London: Routledge, 2013) 43; Iain Stewart, ‘From Rule of Law’ to ‘Legal State’: A Time of Reincarnation?’ (Macquarie Law Working Paper No. 2007/12, 2007); Mark D. Walters, ‘Legality as Reason: Dicey, Rand, and the Rule of Law’ (2010) 55 *McGill Law Journal*, 563; James R. Sikenat et al (eds), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)* (Springer, 2014); Iain Stewart, ‘From Rule of Law’ to ‘Legal State’: A Time of Reincarnation?’ (Macquarie Law Working Paper No. 2007/12, 2007); Pornsakol Panikabutara, ‘The Evolution of the Rule of Law in Thailand: The Thai Constitutions’ (UNSW Faculty of Law Research Series No 45, 2008); and Thomas Carothers, ‘Promoting the Rule of Law Abroad?’ (Carnegie Endowment for International Peace, Rule of law Series, No. 34, January 2003) เป็นต้น.

หลักนิติธรรมมีบ่อเกิดมาจากหลักรัฐธรรมนูญอังกฤษ เป็นหลักที่คุ้นเคยในประเทศคอมมอนลอว์อย่าง สหรัฐอเมริกา แคนาดา เครือรัฐออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ และปรากฏในประเทศภาคพื้นยุโรป อาทิ เยอรมนี ซึ่งเรียกว่า “Rechtsstaat” หรือ “Etat de droit” ในฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึง “นิติรัฐ” หรือรัฐที่ปกครองด้วยหลักการของกฎหมาย (Law-Governed State)<sup>157</sup> แต่นักวิชาการบางกลุ่มโดยเฉพาะนักนิติศาสตร์ไทยอธิบายว่าหลักนิติธรรมแตกต่างกับหลักนิติรัฐ<sup>158</sup> ความแตกต่างระหว่างหลักนิติธรรมกับนิติรัฐอาจเป็นเพราะอิทธิพลของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์กับซีวิลลอว์ที่มีต่อนักกฎหมาย กล่าวคือ นักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์จะกล่าวว่าหลักนิติรัฐมีความใกล้เคียงกับหลักนิติธรรม<sup>159</sup> ส่วนนักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายภาคพื้นยุโรปโดยเฉพาะเยอรมนีและฝรั่งเศสจะอธิบายว่าหลักนิติรัฐไม่ใช่และแตกต่างจากหลักนิติธรรม<sup>160</sup>

กล่าวได้ว่า หลักนิติธรรมจะมีความหมาย ขอบเขตหรือลักษณะอย่างไร หรือแตกต่างกับหลักนิติรัฐหรือไม่คงเป็นประเด็นที่หาข้อสรุปได้ยาก บทความฉบับนี้มีได้ต้องการให้ความหมาย ขอบเขตหรือลักษณะของหลักนิติธรรม หรือจะสร้างนิยามเกี่ยวกับหลักนิติธรรมเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาในครั้งนี้

<sup>157</sup> Tom Bingham, *The Rule of Law* (London: Penguin Book, 2010) 7.

<sup>158</sup> ดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, นิติรัฐ (Rechtsstaat, Etat de droit) ไม่เหมือนกับ “นิติธรรม” ในเอกบุณยวงศ์สวัสตีกุล (บรรณาธิการ), *นิติรัฐ นิติธรรม* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553); และดูหนังสือรวมบทความเกี่ยวกับหลักนิติธรรมและนิติรัฐของปรมาจารย์ด้านกฎหมายมหาชนไทยใน เอกบุณยวงศ์สวัสตีกุล (บรรณาธิการ), *นิติรัฐ นิติธรรม* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553).

<sup>159</sup> James R. Sikenat et al (eds), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)* (Springer, 2014); Iain Stewart, ‘From Rule of Law’ to ‘Legal State’: A Time of Reincarnation?’ (Macquarie Law Working Paper No. 2007/12, 2007); ธาณิชกรชัย เวียง, “หลักนิติธรรม” (2554) 6(1) ยุติธรรมคู่ขนาน 1-64 (กล่าวว่าหลักที่ใกล้เคียงกับหลักนิติธรรมคือหลักนิติรัฐ) และเจริญ โฆษณานันท์, “บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ “หลักนิติธรรม” ในเอกบุณยวงศ์สวัสตีกุล (บรรณาธิการ), *นิติรัฐ นิติธรรม* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) 52 เป็นต้น.

<sup>160</sup> ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและนิติธรรม” ในเอกบุณยวงศ์สวัสตีกุล (บรรณาธิการ), *นิติรัฐ นิติธรรม* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) 318-342. และดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, “นิติรัฐ (Rechtsstaat, Etat de droit) ไม่เหมือนกับ “นิติธรรม” ในเอกบุณยวงศ์สวัสตีกุล (บรรณาธิการ), *นิติรัฐ นิติธรรม* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) เป็นต้น.

อย่างไรก็ตาม ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนนำไปสู่แนวทางปฏิบัติที่คลาดเคลื่อนไปจากหลักนิติธรรม<sup>161</sup> ฉะนั้น ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักนิติธรรมจึงเป็นประเด็นสำคัญซึ่งต้องเริ่มตั้งแต่บ่อเกิดและภูมิหลัง พัฒนาการและการปรับใช้กับกฎหมายในมิติต่าง ๆ เพื่อตระหนักถึงสาระสำคัญของหลักนิติธรรม

อาจกล่าวได้ว่า หลักนิติธรรมปรากฏอย่างเป็นรูปธรรมในผลงานของอัลเบิร์ต เวนน์ เดซี (Albert Venn Dicey) ปรมาจารย์กฎหมายของโลกว่าหลักนิติธรรมเป็นสาระสำคัญของหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษ<sup>162</sup> โดยศึกษาจากการปกครองและพัฒนาการของรัฐธรรมนูญอังกฤษ ตั้งแต่ Magna Carta 1215 จนถึงหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 19 อันที่จริงแนวคิดที่สะท้อนให้เห็นถึง “หลักนิติธรรม” ปรากฏมาก่อนหน้านั้นงานเขียนของ Dicey โดยเฉพาะผลงานอมตะของปราชญ์ในยุคโบราณ อาทิ เพลโต (Plato) เกี่ยวกับกษัตริย์นักปราชญ์ (Philosopher King)<sup>163</sup> หรืออริสโตเติล (Aristotle) ซึ่งกล่าวถึงเรื่องรูปแบบการปกครองที่ดี<sup>164</sup> อย่างไรก็ตาม แนวคิดของปราชญ์ดังกล่าวสนับสนุนการปกครองของบุคคลซึ่งอยู่เหนือกฎหมาย มากกว่าการปกครองภายใต้หลักการของกฎหมายอย่างในปัจจุบัน

ในสมัยพระเจ้าอัลเฟรดมหาราช (Alfred the Great) (ค.ศ. 849-899) กษัตริย์ซึ่งได้รับการเทิดพระเกียรติว่าเป็น “มหาราช” (The Great) เพียงพระองค์เดียวของอังกฤษ ทรงปฏิรูปกฎหมายและจัดทำประมวลกฎหมายฉบับหนึ่งเรียกว่า “The Doom Book” (ค.ศ. 893) กล่าวถึงเรื่องความชอบธรรม

<sup>161</sup> ธงชัย วินิจจะกุล, “นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม” (ปาฐกถา ณ อุทยานเรียนรู้ป่วย 100 ปี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 9 มีนาคม 2563) (อธิบายว่าความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับหลักนิติธรรมย่อมนำไปสู่การพัฒนาองค์ความรู้ต่อยอดเพื่อสนับสนุนหลักนิติธรรมไปสู่การสร้างบรรทัดทางกฎหมายของสังคมที่เห็นผลตรงกันข้าม หรือการพัฒนากฎหมายที่ขัดแย้งกับหลักนิติธรรมหรือ “หลักนิติธรรม” ซึ่งสำคัญผิดว่าได้กระทำชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรมแล้ว).

<sup>162</sup> หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ (1) อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และ (3) หลักนิติธรรม ดู Albert Venn Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1883) (reprinted in 1915, 8<sup>th</sup> edition, London: MacMillan) 181.

<sup>163</sup> Plato, *Book VI of the Republic* (375 BC).

<sup>164</sup> Aristotle, *Rhetoric* (4<sup>th</sup> Century BC).

<sup>165</sup> *The Doom Book* (893AD) (Kingdom of Wessex).

(Righteousness) ในการตัดสินบุคคลอื่น<sup>165</sup> ประมวลกฎหมายดังกล่าว สะท้อนแนวคิดเรื่องการปกครองด้วยหลักการของกฎหมายหรือหลักนิติธรรม ในปี ค.ศ. 1215 เกิดมหากฎบัตร Magna Carta การปฏิวัติของขุนนางระดับบารอนบังคับให้พระเจ้าจอห์น (John, King of England) จำต้องลงพระนามาภิไธยจำกัดอำนาจของพระองค์สะท้อนให้เห็นถึงหลักนิติธรรม ว่าพระองค์ต้องปกครองอังกฤษภายใต้หลักการของกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม แนวคิดที่ปรากฏในยุคสมัยดังกล่าวมิได้ใช้คำว่า “Rule of Law” หรือ “หลักนิติธรรม” โดยตรง จนกระทั่งศตวรรษที่ 16 ซึ่งตรงกับสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 1 (James I of England) (ค.ศ. 1603-1623) ทรงเป็นกษัตริย์อำนาจนิยมที่ย้ำถึงอำนาจอันศักดิ์สิทธิ์ของพระองค์ (Divine Rights of King)<sup>166</sup> ฝ่ายรัฐสภาโดยเฉพาะสภาสามัญคัดค้านอำนาจของพระองค์อย่างเต็มที่ และเรียกร้องให้พระองค์เคารพสิทธิและเสรีภาพของสมาชิกสภาสามัญ แต่พระองค์เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพจะพึงมีได้ขึ้นอยู่กับพระองค์ จึงทรงปฏิเสธ สภาสามัญตอบโต้ด้วยการไม่อนุมัติงบประมาณรายจ่าย<sup>167</sup> และถวายฎีกา (Petition of Rights) ในปี ค.ศ. 1610 มีข้อความว่า

ในบรรดาความสุขสบายทั้งหลายทั้งปวงที่ท่านมีอยู่ กษัตริย์และพระราชินีของบ้านเมืองนี้ไม่มีอำนาจใดเหนือไปกว่า *หลักกฎหมาย* .... (Amongst many other points of happiness and freedom which your majesty’s subject of this kingdom have enjoyed under your royal progenitors, kings and queens of this realm, there is none which they have accounted more dear and precious than this, to be guided and governed by the certain *rule of law* ....)

<sup>166</sup> Johann P. Sommerville (ed), *King James VI and I – Political Writings* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994) xxxiii.

<sup>167</sup> อำนาจในการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายเป็นอำนาจของสภาสามัญอังกฤษ ซึ่งเป็นผลพวงของการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1215 มีการจัดทำ Magna Carta และให้อำนาจเกี่ยวกับการเงิน และการทหารจากเดิมเป็นของพระมหากษัตริย์ไปอยู่กับรัฐสภาอังกฤษ ดู ปวีศร เลิศธรรมเทวี, *การจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอกับการปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระของรัฐสภา ศาล และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ: บทวิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 141 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560* (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย และสำนักงานคณะกรรมการอุมคศึกษาแห่งชาติ, 2563).

จะเห็นได้ว่า การใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ปรากฏเป็นครั้งแรกในยุคสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 1 ภายหลังจากพระองค์สวรรคต พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 (Charles I of England) (ค.ศ. 1623–1649) ได้ครองราชย์แทน พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ทรงพิพาทกับรัฐสภาหลายครั้ง แต่เนื่องจากทรงต้องการเงินเพื่อใช้ในสงคราม ในปี ค.ศ. 1646 รัฐสภาจึงขอให้พระองค์ลงพระนามาภิไธยในกฎหมายที่เรียกว่า “Petition of Rights” หรือคำขอสิทธิซึ่งมีสาระสำคัญจำกัดอำนาจกษัตริย์หลายประการ<sup>168</sup> กล่าวได้ว่าแนวคิดเรื่อง “หลักนิติธรรม” ได้รับการยอมรับเป็นอย่างมากในศตวรรษที่ 17 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่รัฐต่าง ๆ ในยุโรปเข้าสู่ยุคแสงสว่างทางปัญญา (Age of Enlightenment) (ศตวรรษที่ 17-19) และถูกใช้เป็นแนวคิดในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง หรืออธิบายรูปแบบการปกครองที่ดีจากการปกครองของบุคคลหรือคณะบุคคล (Rule of Men) เป็นการปกครองภายใต้หลักการของกฎหมาย (Rule of Law) ปรากฏในงานเขียนของนักปราชญ์หลาย ๆ ท่าน อาทิ ซามูเอล รูเธอร์ฟอร์ด (Samuel Rutherford)<sup>169</sup> เจมส์ แฮร์ริงตัน (James Harrington)<sup>170</sup> หรือในผลงานทฤษฎีว่าด้วยรัฐบาลของ Locke<sup>171</sup> ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu<sup>172</sup> หรือในผลงานของ Thomas Paine<sup>173</sup> ดังกล่าวในบทที่ 3 โดยมีหลักตรงกันว่า “ไม่มีใครโดยอยู่เหนือกฎหมาย” (No One Is Above the Law) ซึ่งมีอิทธิพลต่อการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมากและกลายเป็นวลีอันโด่งดังจนถึงปัจจุบัน<sup>174</sup>

“หลักนิติธรรม” ในภาษาไทยเป็นการแปลมาจากคำว่า “The Rule of Law” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งตามพจนานุกรมภาษาอังกฤษ (Oxford English Dictionary) แปลว่า “อำนาจหรืออิทธิพลของกฎหมายในสังคม โดยเฉพาะเมื่อถูกมองว่าเป็นการจำกัดกรอบพฤติกรรมของบุคคลและสถาบันทางสังคม (ฉะนั้น) หลักนิติธรรม

<sup>168</sup> ดู ปริศร เลิศธรรมเทวี, “ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และรัฐธรรมนูญของอังกฤษ” (2561) 66(5) รัฐสภาสาร, 9-56, หน้า 14.

<sup>169</sup> Samuel Rutherford, *Lex, Rex* (1644).

<sup>170</sup> James Harrington, *Oceana* (1656).

<sup>171</sup> John Locke, *Second Treatise of Government*, Ch 1 Of the State of Nature (1689).

<sup>172</sup> Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brede et de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748).

<sup>173</sup> Thomas Paine, *Common Sense* (Solomon Southwick, 1776).

<sup>174</sup> คำพูดของ Superman ตัวละครอันโด่งดังจากค่าย DC Comic (ค.ศ.1938 – ปัจจุบัน).

คือหลักการที่ทุกคนในสังคม รวมทั้งสถาบันทางการเมือง อยู่กันอย่างเสมอภาค เท่าเทียมกันภายใต้หลักการและกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย”<sup>175</sup> แม้นิยามและความหมายของหลักนิติธรรมจะยังไม่เป็นที่ยุติ แต่มีความเข้าใจที่ตรงกันและเป็นข้อสรุปที่เป็นสากลว่าการกระทำใดหรือสิ่งใดขัดต่อหลักนิติธรรม โดยพิจารณาจากการยอมรับของคนในสังคมว่าบุคคลหรือคณะบุคคลใดเป็นรัฐอธิปไตย (Sovereign) ซึ่งสำคัญกับกระบวนการและความชอบในการตรากฎหมาย ความชอบธรรมของผู้ร่างกฎหมาย และบทบาทของศาลในฐานะผู้พิทักษ์ความถูกต้องของหลักกฎหมาย (หลักนิติธรรม) ฉะนั้น หากสังคมโดยยอมรับให้บุคคลหรือคณะบุคคลใดซึ่งมีที่มาไม่ชอบธรรมเป็นรัฐอธิปไตย หรือบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นยังเป็นทีเคลือบแคลงสงสัยในความชอบธรรม กฎหมาย กระบวนการตรากฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนคำตัดสินที่เกี่ยวกับบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักนิติธรรม

ประเทศไทย โดยคำพิพากษาของศาลยอมรับว่าคณะรัฐประหารคือรัฐอธิปไตย ย่อมเป็นการสร้างความชอบธรรมให้บรรดากฎหมาย กระบวนการทางนิติบัญญัติ การบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและอำนาจของคณะรัฐประหารดังที่ธงชัย วินิจจะกุล<sup>176</sup> ได้กล่าวไว้ในการปาฐกถาเรื่อง “นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม”<sup>177</sup> มีข้อความบางประการว่า

.... ตุลาการของไทยให้ความชอบธรรมแก่การรัฐประหารและอำนาจในสถานะยกเว้น ถือว่าคณะรัฐประหารเป็นรัฐอธิปไตย หากทำสำเร็จ โดยไม่มีประชาชนลุกขึ้นต่อต้าน จึงมีอำนาจสูงสุดในการออกกฎหมายได้ คำวินิจฉัยแบบนี้เริ่มมาตั้งแต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496

<sup>175</sup> Oxford English Dictionary (1989) defines “The Rule of Law” as “the authority and influence of law in society, especially when viewed as a constraint on individual and institutional behaviour; (hence) the principle whereby all members of a society (including those in government) are considered equally subject to publicly disclosed legal codes and processes.”

<sup>176</sup> ศาสตราจารย์ ดร.ธงชัย วินิจจะกุล เป็นปรมาจารย์ด้านประวัติศาสตร์ของไทย.

<sup>177</sup> ธงชัย วินิจจะกุล, “นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม” (ปาฐกถา ณ อุทยานเรียนรู้บัว 100 ปี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 9 มีนาคม 2563).

และเป็นบรรทัดฐานแก้คำพิพากษาต่อมาจนถึงครั้งล่าสุด ทั้งยังปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบธรรมในเนื้อหาของคำสั่งต่าง ๆ และการใช้อำนาจของคณะรัฐประหาร ศาลยังมักดูเพียงว่ารัฐธรรมนูญของคณะรัฐประหารได้นิรโทษกรรมการทำรัฐประหารหรือไม่ ....<sup>178</sup>

คณะรัฐประหารถือเป็นรัฐอธิปไตยที่ชอบด้วยกฎหมายและหลักนิติธรรมหรือไม่อยู่นอกเหนือการศึกษาในครั้งนี ความเข้าใจที่เป็นข้อยุติว่าการกระทำใดขัดต่อหลักนิติธรรมนำมาสู่ข้อสรุปหลักนิติธรรมซึ่งมีสาระสำคัญหลาย ๆ ประการ<sup>179</sup> ดังนี้ (1) กฎหมายต้องเข้าถึงได้โดยง่าย มีการประกาศใช้และเข้าใจได้โดยง่ายต่อสาธารณชน (Accessibility to Law) (2) กฎหมายต้องมีความชัดเจน ไม่ขัดแย้งในตัวเอง และไม่มีผลย้อนหลัง (Clarity of Law) (3) การใช้กฎหมายมีความสอดคล้องกันระหว่างกฎเกณฑ์ที่วางไว้กับการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ และสามารถปฏิบัติได้ (Enforceability) (4) กฎหมายต้องมุ่งเน้นให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน (Human Rights) (5) สภาพเป็นการทั่วไป (Generality) ซึ่งหมายถึงการใช้กฎหมายต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป หากกฎหมายไม่สามารถใช้เป็นกฎเกณฑ์หรือกฎหมายทำให้ปัญหาทุกเรื่องต้องใช้ดุลยพินิจเป็นการเฉพาะไปทุกเรื่อง คือความลุ่มเหลว และขัดกับหลักนิติธรรม และ (6) ความเสมอภาคกันของบุคคลทางกฎหมาย (Equality Before Law)

<sup>178</sup> Ibid.

<sup>179</sup> Tom Bingham, *The Rule of Law* (London: Penguin Book, 2010) (อธิบายว่าหลักนิติธรรมมีสาระสำคัญ 7 ข้อ ได้แก่ (1) การเข้าถึงได้โดยง่ายของกฎหมาย (Accessibility of the Law) (2) ความเสมอภาคกันของบุคคลทางกฎหมาย (Equality Before Law) (3) กฎหมายไม่ใช่ดุลยพินิจ (Law Not Discretion) (4) การใช้อำนาจแห่งกฎหมาย (Exercise of Powers) (5) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Human Rights) (6) การระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution) และ (7) กระบวนการทางศาลอย่างเป็นธรรม (A Fair Trial)) และดู Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1964) (กล่าวถึงหลัก 8 ประการของกฎหมายที่ดี ได้แก่ (1) ใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป (Generality) (2) มีการประกาศใช้กฎหมาย (Promulgation) (3) กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลัง (Non-Retroactivity) (4) กฎหมายต้องมีความชัดเจน (Clarity) (5) กฎหมายต้องไม่ขัดแย้งในตัวเอง (Non-Contradiction) (6) กฎหมายต้องสามารถบังคับใช้ได้ ในทางภาคปฏิบัติ (Possibility of Compliance) (7) มีความสม่ำเสมอคงที่ (Constancy) และ (8) มีความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายกับการบังคับใช้กฎหมายในภาคปฏิบัติของเจ้าพนักงาน (Congruence between declared rule and official action).

ในส่วนนี้จะกล่าวเฉพาะประเด็นเรื่องกฎหมายต้องเข้าถึงได้ง่ายโดยสาธารณชน (Accessibility to Law) กฎหมายต้องมีความชัดเจน (Clarity of Law) และกฎหมายต้องมีความสอดคล้องกับการบังคับใช้ (Enforceability) สำหรับเรื่องกฎหมายต้องให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ใช้ได้เป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 จะกล่าวในส่วนที่เกี่ยวข้องต่อไป

### 5.1 กฎหมายต้องเข้าถึงได้โดยง่าย (Accessibility to Law)

สาระสำคัญของกฎหมายที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมคือกฎหมายต้องเข้าถึงได้ง่ายโดยสาธารณชน การเข้าถึงได้โดยง่ายหมายถึงการเข้าถึงข้อมูลตัวบทกฎหมายของประชาชนที่รัฐต้องจัดไว้ให้ และความเข้าใจต่อตัวบทกฎหมาย หลายประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยถือหลักว่ากฎหมายต้องมีการประกาศใช้ (Promulgation) และเผยแพร่ (Publication) ต่อสาธารณชนอย่างเป็นทางการและชัดเจน การประกาศใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการจึงมีการพิมพ์โฆษณาลงในประกาศของทางราชการ (Government Gazette) สำหรับประเทศไทย กฎหมายมีผลใช้บังคับได้เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาซึ่งคือหนังสือพิมพ์ของทางราชการ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 81 วรรคท้าย บัญญัติว่า

.... ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติ ที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯ ทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้<sup>180</sup>

ร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว<sup>181</sup> ยังมีพิธีการทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญว่าต้องนำร่างกฎหมายนั้นไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อน

<sup>180</sup> มาตรา 81 วรรคท้าย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>181</sup> ร่างพระราชบัญญัติใด พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยและพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษา ร่างพระราชบัญญัตินั้นใหม่ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่า

จึงจะบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ หากกฎหมายใดไม่ผ่านพิธีการดังกล่าวหรือถูกเก็บรักษาไว้เป็นความลับถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาจึงจะใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ก่อให้เกิดคำถามว่ากฎหมายลำดับรอง อาทิ กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบหรือข้อบังคับของฝ่ายบริหารจำเป็นต้องดำเนินการแบบเดียวกันหรือไม่ โดยที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้กฎหมายดังกล่าวต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อนจึงจะใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ แต่ในทางปฏิบัติซึ่งถือเป็นประเพณี กฎหมายดังกล่าวจะประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อนจึงจะใช้บังคับเป็นกฎหมาย กรณีดังกล่าวเรียกว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นเรื่องกระบวนการ (Administrative Conventions)<sup>182</sup> หรือระเบียบปฏิบัติทางธุรการ<sup>183</sup>

นอกเหนือจากกฎหมายดังกล่าว ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา<sup>184</sup> มาตรฐานทางจริยธรรมที่ใช้บังคับแก่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ<sup>185</sup> หรือยุทธศาสตร์ชาติ<sup>186</sup> เป็นต้น ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อนจึงจะใช้บังคับได้ สำหรับคำพิพากษาของศาล โดยเฉพาะคำพิพากษาศาลยุติธรรมและศาลปกครองซึ่งผูกพันเฉพาะคู่กรณี ไม่มีสถานะเป็นกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีอาญาสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และคำพิพากษาศาลปกครองอันถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ<sup>187</sup> แต่สำหรับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเด็ดขาด

---

พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ดู มาตรา 146 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่หมดยุคคณะราษฎร รัฐสภาไม่เคยมีการลงมติยืนยันร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบ จึงเกิดเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ว่า หากร่างกฎหมายใดพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบและไม่ลงพระปรมาภิไธย รัฐสภาจะไม่มีการลงมติยืนยันและให้ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวตกไป ดู ปริศร เลิศธรรมเทวี, *ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2561) 121.

<sup>182</sup> ดู ปริศร เลิศธรรมเทวี, *ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2561) 130.

<sup>183</sup> ดูระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประกาศเรื่องในราชกิจจานุเบกษา พ.ศ. 2547.

<sup>184</sup> มาตรา 149 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>185</sup> มาตรา 219 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>186</sup> มาตรา 65 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>187</sup> ข้อ(6) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประกาศเรื่องในราชกิจจานุเบกษา พ.ศ. 2547.

และมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ<sup>188</sup> จำเป็นต้องประกาศเผยแพร่ลงในราชกิจจานุเบกษา การประกาศในราชกิจจานุเบกษาดังกล่าวคือการถือหลักว่าทุกคนทราบโดยทั่วกัน

ในส่วนที่เกี่ยวกับ คำสั่งที่เป็นหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติของหน่วยงาน หรือคำสั่งที่ใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามกฎหมายของเจ้าพนักงานจำเป็นต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือไม่จึงจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้คำสั่งดังกล่าวต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อน จึงใช้บังคับได้ และไม่มีประเพณีที่หน่วยงานได้ประกาศคำสั่งเช่นนั้นให้ประชาชนทราบ คำสั่งที่เป็นหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติของหน่วยงาน หรือใช้ในการปฏิบัติตามกฎหมายจึงเป็นเรื่องกระบวนกรภายในของหน่วยงาน อย่างไรก็ตาม หน่วยงานภาครัฐยังจำเป็นต้องจัดให้ประชาชนทราบและเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 ซึ่งรับรองสิทธิของประชาชนในการทราบและเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร (Access to Information) ที่อยู่ในความครอบครองของทางราชการ<sup>189</sup>

การเข้าถึงกฎหมายได้โดยง่ายยังหมายถึงความรวมถึงความเข้าใจในจิตวิญญาณของกฎหมาย กฎหมายต้องเข้าใจได้ง่าย ไม่ซับซ้อนเกินกว่าที่บุคคลทั่วไปหรือวิญญูชนจะเข้าใจได้ หรือไม่เป็นเรื่องทางเทคนิคไปทุกเรื่องที่ต้องอาศัยเฉพาะนักกฎหมายในการพิจารณาและตีความ ตัวอย่างเช่น การกำหนดหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ส.ส.) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจำนวนห้าร้อยคน แบ่งเป็นสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตการเลือกตั้งจำนวนสามร้อยห้าสิบคน และสมาชิกซึ่งมาจากบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองจำนวนหนึ่งร้อยห้าสิบคน การคำนวณคะแนนสมาชิกสภาผู้ราษฎรแบบแบ่งเขตให้นับคะแนนผู้สมัครรับเลือกตั้งซึ่งได้รับคะแนนสูงสุด และมีคะแนนสูงกว่าคะแนนเสียงที่ไม่เลือกผู้ใดเป็นผู้ได้รับเลือกตั้ง<sup>190</sup> สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคือผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดจากการเลือกโดยประชาชนในแต่ละเขตเลือกตั้ง อย่างไรก็ตาม การคำนวณหาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อให้ดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 91 ดังต่อไปนี้

<sup>188</sup> มาตรา 211 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>189</sup> มาตรา 41 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>190</sup> มาตรา 85 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

(1) นำคะแนนรวมทั้งประเทศที่พรรคการเมืองทุกพรรคที่ส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อได้รับจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งหารด้วยหาร้อยอันเป็นจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร

(2) นำผลลัพธ์ตาม (1) ไปหารจำนวนคะแนนรวมทั้งประเทศของพรรคการเมืองแต่ละพรรคที่ได้รับจากการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งทุกเขต จำนวนที่ได้รับให้ถือเป็นจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พรรคการเมืองนั้นจะพึงมีได้

(3) นำจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พรรคการเมืองจะพึงมีได้ตาม (2) ลบด้วยจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งทั้งหมดที่พรรคการเมืองนั้นได้รับเลือกตั้งในทุกเขตเลือกตั้งผลลัพธ์คือจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อที่พรรคการเมืองนั้นจะได้รับ

(4) ถ้าพรรคการเมืองใดมีผู้ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งเท่ากับหรือสูงกว่าจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พรรคการเมืองนั้นจะพึงมีได้ตาม (2) ให้พรรคการเมืองนั้นมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามจำนวนที่ได้รับจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง และไม่มีสิทธิได้รับการจัดสรรสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อ และให้นำจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อทั้งหมดไปจัดสรรให้แก่พรรคการเมืองที่มีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งต่ำกว่าจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พรรคการเมืองนั้นจะพึงมีได้ตาม (2) ตามอัตราส่วน แต่ต้องไม่มีผลให้พรรคการเมืองใดดังกล่าวมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเกินจำนวนที่จะพึงมีได้ตาม (2)

(5) เมื่อได้จำนวนผู้ได้รับเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อของแต่ละพรรคการเมืองแล้ว ให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งตามลำดับหมายเลขในบัญชีรายชื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองนั้นเป็นผู้ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ....<sup>191</sup>

<sup>191</sup> มาตรา 91 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

จะเห็นได้ว่า จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อของแต่ละพรรคการเมืองไม่อาจทราบจำนวนได้อย่างแน่ชัด ประชาชนผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งไม่อาจคาดคะเนได้ว่าพรรคที่ตนเองเลือกจะได้รับจัดสรร ส.ส.แบบบัญชีรายชื่อหรือไม่ แม้จะได้รับคะแนนเสียงข้างมากจากการเลือกตั้ง ส.ส.แบบแบ่งเขต อาจมิได้รับจัดสรร ส.ส. แบบบัญชีรายชื่อตามนัยรัฐธรรมนูญ มาตรา 91<sup>192</sup>

**ตัวอย่างเช่น** พรรค ก. ได้รับคะแนนเสียงจากการเลือกตั้ง ส.ส. แบบแบ่งเขต จำนวน 10,000,000 คะแนนจากผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งทั้งหมด 35,500,000 คน จำนวนการลงคะแนนเลือกตั้งที่เป็นบัตรคิดเป็น 35,000,000 ใบ จำนวน ส.ส. ของพรรค ก. ที่จะพึงมีได้คือ จำนวน 142 ที่นั่ง หาก พรรค ก. ได้รับจำนวน ส.ส. แบบแบ่งเขตไปแล้ว 140 ที่นั่ง จำนวน ส.ส. แบบบัญชีรายชื่อของพรรค ก. จะพึงมีได้คือ 2 ที่นั่ง การคำนวณจำนวน ส.ส. ของพรรค ก. เป็นดังนี้

- (1)  $35,000,000$  (คะแนนรวมทั้งประเทศ)  $\div$   $500$  (จำนวนที่นั่ง ส.ส.)  
 $= 70,000$  คะแนน (คะแนน/ส.ส. หนึ่งคนของแต่ละพรรค)
- (2)  $10,000,000$  (คะแนน ส.ส.แบ่งเขตของพรรค ก.)  $\div$   $70,000$   
 (คะแนน/ส.ส. หนึ่งคนของแต่ละพรรค)  $= 142$  (ที่นั่งของจำนวน ส.ส. พึงมี)
- (3)  $142$  (จำนวน ส.ส. ที่พรรค ก. พึงมี)  $- 140$  (จำนวน ส.ส. แบบแบ่งเขตที่พรรค ก. ได้รับเลือก)  $= 2$  (จำนวน ส.ส. บัญชีรายชื่อของพรรค ก.)

การคำนวณจำนวน ส.ส. ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีรายละเอียดที่ซับซ้อนและเข้าใจได้ยาก ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญในการคำนวณหาสัดส่วนที่ชัดเจน คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญน่าจะมีเจตนาสร้างความเท่าเทียมของทุกคะแนนเสียงเพื่อสะท้อนความโปร่งใสของการเลือกตั้ง ทุกคะแนนเสียงของการเลือกตั้งถูกนำมาพิจารณาคำนวณสัดส่วน ส.ส. ของทั้งประเทศ เพื่อสนับสนุนให้มีการกระจายคะแนนเสียง อันที่จริง การสร้างความเท่าเทียมและความโปร่งใสกระทำได้หลายวิธี มีความชัดเจนและเข้าใจได้ง่ายกว่าวิธีการดังกล่าว เช่น การให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเป็นผู้ตัดสินใจ ผู้สมัครที่ได้รับคะแนนเสียงของประชาชนมากที่สุดคือผู้ได้รับเลือกเป็น ส.ส. ของประเทศ

<sup>192</sup> มาตรา 91 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ประเด็นหลักความเข้าใจได้ง่ายของรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันซึ่งมีความยุ่งยากและซับซ้อนมาตั้งแต่การลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559<sup>193</sup> กล่าวคือ การออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ... ทั้งฉบับ และประเด็นเพิ่มเติมมีรายละเอียดที่เข้าใจได้ยาก การให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ และประเด็นเพิ่มเติมมีรายละเอียดปลีกย่อยที่ยากจะเข้าถึงได้อย่างถ่องแท้

กล่าวได้ว่า หลักเกณฑ์การคำนวณหาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 เพื่อให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ... ทั้งฉบับ และประเด็นเพิ่มเติมไม่สอดคล้องกับการเป็นกฎหมายที่เข้าถึงได้โดยง่าย (Accessibility to Law) ซึ่งเป็นคุณสมบัติของหลักนิติธรรม

## 5.2 กฎหมายต้องมีความชัดเจน (Clarity of Law)

กฎหมายที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมต้องมีความชัดเจน (Clarity of Law) บางประเทศกำหนดให้ความชัดเจนของกฎหมายเป็นเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อาทิ สหภาพยุโรป<sup>194</sup> และสหราชอาณาจักร<sup>195</sup> สำหรับประเทศไทยหลักเกณฑ์ดังกล่าวสอดคล้องกับหลักนิติธรรม ความชัดเจนของกฎหมายยังหมายถึงความรวมถึงกฎหมายต้องมีความสม่ำเสมอคงที่ (Constancy) และไม่ขัดแย้งกันเอง (Non-Contradiction) และหากจำเป็นต้องอาศัยความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพ การให้ความเห็นต่อบทกฎหมายนั้น ๆ ต้องไปในทิศทางเดียวกันหรือมีการให้ความเห็นที่ใกล้เคียงกัน บางประเทศพัฒนาหลักที่เรียกว่า

<sup>193</sup> ดู พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559.

<sup>194</sup> *Sunday Time v United Kingdom*, App. No. 6538/74, 2 EHRR 245 (1980) (European Court of Human Rights) ดูคำอธิบายใน Gerhard Van der Schyff, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights* (Nijmegen, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2005), 140.

<sup>195</sup> *National Recruitment Ltd v. Attorney General*, HCJ 1023/03 [2007] (High Court of Justice) (England and Wales).

“ความคลุมเครือของกฎหมาย” (Doctrine of Vagueness) ถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>196</sup> กล่าวคือ บทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องเข้าใจได้ง่ายและชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้โดยมีเหตุผลหรือความจำเป็นใดในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว หากยังมีข้อสงสัยหรือไม่แน่ใจว่ากระทำได้หรือไม่ และต้องอาศัยการตีความ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวเข้าข่ายลักษณะกฎหมายที่มีความกำกวม ไม่ชัดเจนหรือคลุมเครือ (Vagueness) ย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>197</sup>

ความคลุมเครือของกฎหมายที่ส่งผลให้กฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ก่อให้เกิดคำถามว่า การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ว่ากระทำได้จำเป็นต้องอ้างอิงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายจึงจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แม้ในข้อเท็จจริงกฎหมายดังกล่าวจะมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นเพื่อขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560<sup>198</sup> ซึ่งเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพในมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญ ก่อให้เกิดคำถามว่าการจำกัดเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามกฎหมายดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยหรืออ้างอิงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 หรือไม่ กรณีดังกล่าวต้องพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขไว้ว่าอย่างไร มาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่กฎหมายบัญญัติ”<sup>199</sup> จะเห็นได้ว่า เสรีภาพ

<sup>196</sup> อาทิ แคนาดา ดู คำอธิบายใน Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Thomson Carswell, 2007) และสหรัฐอเมริกา ดู คำอธิบายใน Note, ‘The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court’ (1960) 109 *University of Pennsylvania Law Review*, 67 เป็นต้น.

<sup>197</sup> Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitation* (New York: Cambridge University Press, 2012) 117; and Jeremy Waldron, ‘Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues’ (1994) 82 *California Law Review*, 509.

<sup>198</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560.

<sup>199</sup> มาตรา 45 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 จึงเป็นการตรากฎหมายเพื่อขยายความบทบัญญัติมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 จะพบว่ามิมีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 26 ประกอบมาตรา 34 และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้อ้างอิงหรืออาศัยอำนาจในการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 ก่อให้เกิดคำถามว่าการจำกัดเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามกฎหมายดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยหรืออ้างอิงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 หรือไม่ และเป็นกฎหมายที่มีความคลุมเครือ ไม่ชัดเจนหรือกำกวมซึ่งจะถือว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่

หลักการตีความกฎหมายที่มีความคลุมเครือและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญยังไม่เคยปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทย หรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของไทย หากพิจารณาหลักการดังกล่าวต้องถือว่ากฎหมายต้องมีความชัดเจน มีความสม่ำเสมอและไม่ขัดแย้งกันเอง การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้ง 10 ฉบับ มีความเข้าใจไปในทิศทางเดียวกันว่าการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเรื่องใดก็ให้ปฏิบัติไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเงื่อนไขไว้ ฉะนั้น หากกฎหมายมีบทบัญญัติบางประการที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล จะต้องอ้างอิงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ซึ่งมีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การตรากฎหมายจึงอ้างอิงมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>200</sup> หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561<sup>201</sup> และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ข้อ 10 “ห้ามมิให้

<sup>200</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561.

<sup>201</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561.

ผู้ใดบิดเบือนข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายตามคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลหรือ  
 วิจารณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลโดยไม่สุจริตหรือใช้ถ้อยคำหรือมีความหมาย  
 หยาบคาย เสียดสี ปลุกปั่น ยุยง หรืออาฆาตมาดร้าย”<sup>202</sup> ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจ  
 ตามมาตรา 6 และมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธี  
 พิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มีบทบัญญัติบางประการที่จำกัดเสรีภาพ  
 ในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา หรือสื่อความหมาย  
 ด้วยวิธีการอื่นใด รวมทั้งเสรีภาพในทางวิชาการ การตราพระราชบัญญัติประกอบ  
 รัฐธรรมนูญและข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงอ้างอิงมาตรา 34 ของ  
 รัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>203</sup>  
 ดูเหมือนว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560  
 ซึ่งจำกัดเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง โดยมีบทบัญญัติว่าด้วยการสิ้นสุด  
 ของพรรคการเมือง (หมวด 8 มาตรา 90–95)<sup>204</sup> ตรารขึ้นโดยมิได้ยึดโยงหรืออ้างอิง  
 บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา 45 จึงมีลักษณะที่ขัดแย้งกัน

ความชัดเจนของกฎหมายยังหมายถึงกฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลัง  
 (Retroactive) ศาสตราจารย์ลอน เอล ฟูลเลอร์ (Lon L. Fuller)<sup>205</sup> นักปรัชญา  
 กฎหมายชื่อดังของโลกเรียกกฎหมายในลักษณะดังกล่าวว่าเป็นการใช้อำนาจ  
 นิติบัญญัติในทางที่มีขอบ โดยยกตัวอย่าง “การประกาศกฎหมายในวันอังคารให้  
 การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิด แต่ทั้ง ๆ ที่วันจันทร์ที่ผ่านมายังเป็น  
 การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย”<sup>206</sup> Fuller เรียกกฎหมายดังกล่าวว่าเป็นหนึ่งในลักษณะ  
 ที่ผิดพลาด 8 ประการตาม “หลักจริยธรรมภายในของกฎหมาย” (Inner Morality  
 of Law)<sup>207</sup> การตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังปรากฏในประเทศไทยหลายลักษณะ

<sup>202</sup> ข้อ 10 ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562.

<sup>203</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561.

<sup>204</sup> มาตรา 90-95 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560.

<sup>205</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1964).

<sup>206</sup> Ibid, cited in Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014) 14-15.

<sup>207</sup> Ibid. ดูคำอธิบายหลักจริยธรรมภายในของกฎหมายของ Lon L. Fuller ภาษาไทยใน พิเศษ สอาดเย็น และธงทอง จันทรางศุ, *ปรัชญากฎหมายความรู้ฉบับพกพา* (กรุงเทพฯ: บริษัท โอเพ่นเวิลด์ส พับลิชซิง เฮาส์ จำกัด, 2558), 41-43.

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พุทธศักราช 2488 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สงบลง และบัญญัติให้การกระทำที่บัญญัติในกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการกระทำก่อนหรือหลังวันใช้กฎหมายถือว่าเป็นอาชญากรรมและเป็นความผิดซึ่งเป็นการตรากฎหมายในลักษณะให้มีผลย้อนหลัง<sup>208</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พุทธศักราช 2488 บัญญัติว่า “การกระทำใด ๆ อันบุคคลได้กระทำไม่ว่าในฐานะเป็นตัวการหรือผู้สมรู้ต้องตามที่บัญญัติไว้ต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นอาชญากรรม และผู้กระทำเป็นอาชญากรรม ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้”<sup>209</sup> พระราชบัญญัติดังกล่าวยังให้อำนาจศาลฎีกาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามได้เป็นกรณีเฉพาะ ในการพิพากษาคดีดังกล่าว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489) ศาลฎีกาได้วางหลักการเกี่ยวกับกฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลังว่า พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พุทธศักราช 2488 เฉพาะที่บัญญัติให้ย้อนหลังให้การกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 มาตรา 14 และให้มีผลเป็นโมฆะตามความในมาตรา 61<sup>210</sup> รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2475 ไม่มีการบัญญัติหลักประกันว่าโทษทางอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ศาลฎีกาให้เหตุผลว่า ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 58 การที่จะจะดูว่าอะไรเป็นกฎหมายที่ใช้ได้หรือไม่ย่อมเป็นอำนาจของศาล และเมื่อมีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดแก่อำนาจของรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 สะท้อนให้เห็นถึงการเคารพหลักนิติธรรม และอำนาจของฝ่ายตุลาการในการควบคุมและตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติ (Judicial Review) ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ<sup>211</sup>

<sup>208</sup> ดู ประวัติในปัญญา อุดชาชน, “พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม: รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ” (2556) 61(8) รัฐสภาสาร, หน้า 89-138.

<sup>209</sup> มาตรา 3 พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พุทธศักราช 2488.

<sup>210</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489.

<sup>211</sup> ดู กล้า สมุทวณิช, “ศาลรัฐธรรมนูญไทย: ทบทวนก่อนการปฏิรูป” (2558) 13(1) วารสารสถาบันพระปกเกล้า, 125-148 (ให้ข้อสังเกตว่าศาลฎีกาในคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 เดินตามบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลสูงสหรัฐอเมริกาในคดี Marbury v Madison (1803)).

ลักษณะกฎหมายที่มีผลย้อนหลังหมายความรวมถึงกฎหมายที่เป็นการรับรองผลที่ได้กระทำไปแล้ว (Retrospective) ฉะนั้น การตรากฎหมายที่มีการรับรองผลของการกระทำที่ได้กระทำไปแล้วย่อมขัดต่อหลักนิติธรรม การรับรองผลของการที่ได้กระทำไปแล้วปรากฏในรัฐธรรมนูญและกฎหมายไทยหลายฉบับ ตัวอย่างเช่น มาตรา 279 ในบทเฉพาะกาลแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไป ตามมาตรา 265 วรรคสอง ไม่ว่าจะเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติที่ช่วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยช่วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี ...<sup>212</sup>

หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งรับรองให้บรรดาการกระทำทั้งหลายที่ได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง มาตรา 48 แห่งรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า

บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของหัวหน้าและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ รวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำดังกล่าวหรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย

<sup>212</sup> มาตรา 279 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

จากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ไม่จะเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางรัฐธรรมนูญ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้นหรือก่อนหรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง<sup>213</sup>

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย เรียกบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวว่า “การนิรโทษกรรม” ซึ่งเป็นการนิรโทษกรรมความผิดที่เกิดจากการรัฐประหาร ให้พ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง บทบัญญัติดังกล่าวปรากฏในรัฐธรรมนูญการปกครอง รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว หรือรัฐธรรมนูญที่เป็นผลพวงของการรัฐประหาร กล่าวได้ว่า อำนาจในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญยังไม่ปรากฏในขณะที่คณะรัฐประหารออกประกาศ ออกคำสั่ง หรือกระทำการ ฉะนั้น การบัญญัติรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวเป็นการรับรองผลของการที่ได้กระทำไปแล้วโดยไม่มีอำนาจ ให้ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม ปัจจุบันยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลที่ยกเลิก เพิกถอนหรือวินิจฉัยให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่มีลักษณะเป็นการรับรองผลของการที่ได้กระทำไปแล้วเป็นอันตกไป

### 5.3 กฎหมายต้องมีความสอดคล้องกับการบังคับใช้ (Consistency)

การตรากฎหมายที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมต้องมีความสอดคล้องกับการบังคับใช้ รวมทั้งเป็นกฎหมายที่สามารถปฏิบัติได้ บทบัญญัติกฎหมายไทยหลายฉบับมีลักษณะดังกล่าว ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542<sup>214</sup>

<sup>213</sup> มาตรา 48 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557.

<sup>214</sup> ดู คำอธิบายพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ใน เฉษฎี โทณะวนิก, *กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557).

ซึ่งเกี่ยวข้องกับคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ (Plant Breeders' Rights)<sup>215</sup> การรับรองสิทธิชุมชนด้วยการให้สิทธิเป็นเจ้าของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น<sup>216</sup> ซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 ที่รับรองสิทธิของบุคคลและชุมชนในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน<sup>217</sup> มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า

ผู้ใดเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่าหรือ ส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชดังกล่าว เพื่อการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยเพื่อประโยชน์ในทางการค้าจะต้องได้รับอนุญาตจาก พนักงานเจ้าหน้าที่ และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์โดยให้นำ เงินรายได้ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่งเข้ากองทุนคุ้มครอง พันธุ์พืช ....<sup>218</sup>

นิยามของพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่าครอบคลุมพืชทุกชนิด อาทิ พืชผักสวนครัว ที่พบในอาณาเขต (Public Domain) ประเทศไทยและไม่ใช่ พันธุ์พืชใหม่หรือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะ การบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าสอดคล้องตามหลักการทรัพยากรพันธุกรรมเป็นมรดกของ มวลมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind) ของ CBD<sup>219</sup> อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าการเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชใดที่จะ ถือว่าเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้าและต้องได้รับอนุญาตจากพนักงาน

<sup>215</sup> ธนิต ชังถาวร, “กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช” ใน เนติบัณฑิตยสภา (บรรณาธิการ), *ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา* (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์, 2555) 289–305.

<sup>216</sup> ดู คำอธิบายใน Pawarit Lertdhamtewe and David J. Jefferson, ‘A Fresh Look at the Protection of ‘Domestic’ and ‘Wild Plant Varieties’ in Thailand’ in Kamalesh Adhikari and David J. Jefferson (eds), *Intellectual Property Law and Plant Protection: Challenges and Developments in Asia* (Oxford: Routledge, 2020), 143-160.

<sup>217</sup> มาตรา 43 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>218</sup> มาตรา 53 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542.

<sup>219</sup> ดู คำอธิบายใน ปวีศร เลิศธรรมเทวี, *สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมกับรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559).

เจ้าหน้าที่ การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวครอบคลุมถึงการค้าขายพืชผักสวนครัวของเกษตรกรหรือพ่อค้ารายย่อย ซึ่งเป็นการค้าขายในครัวเรือนเพื่อการดำรงชีพ (Subsistence) มากกว่าจะเป็นการประกอบกิจการเพื่อแสวงหากำไร ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดตามมาตรา 66 ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 400,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งปรับทั้งจำ<sup>220</sup> กฎหมายกำหนดโทษไว้อย่างรุนแรงสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 53 โดยไม่มีข้อยกเว้น ผลการศึกษาในปัจจุบันและข้อมูลเชิงประจักษ์ (Empirical Evidences) พบว่ากระทรวงเกษตรและสหกรณ์ โดยกรมวิชาการเกษตร ไม่บังคับใช้มาตรา 53 เรื่องการขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายจะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อวิถีชีวิตของเกษตรกร ชวนา หรือผู้ค้าขายพืชผักสวนครัวย่อย<sup>221</sup> การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวไม่มีความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายที่ประกาศใช้กับการดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย

นอกเหนือจากพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายอีกฉบับที่สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาดังกล่าว มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า

ห้ามผู้ใดจัดตั้งหรือประกอบกิจการร้านวีดิทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน<sup>222</sup>

ผู้ใดฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 100,000 บาทถึง 500,000 บาท และปรับอีกไม่เกินวันละ 10,000 บาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืน ในปี พ.ศ. 2553 ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ นายสุรัตน์ มณีนพรัตน์สุดา (จำเลย) มีความผิดฐานเป็นผู้ได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์วีดิทัศน์ แม้เป็นผลิตภัณฑ์วีดิทัศน์ที่ถูกกฎหมาย (Copyrighted) แต่ผู้ได้รับประโยชน์ดังกล่าวต้องมีใบอนุญาตจากนายทะเบียน<sup>223</sup> คำพิพากษาดังกล่าวได้รับความสนใจจาก

<sup>220</sup> มาตรา 66 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542.

<sup>221</sup> Pawarit Lertdhamtewe, 'The Reformation of Legal Regime concerning Intellectual Property Protection of Plant Varieties in Thailand' (Ph.D. Thesis, The University of London, 2012) (Interview with Dr. Tanit Changtavorn).

<sup>222</sup> มาตรา 53 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551.

<sup>223</sup> คดีอาญาหมายเลขดำที่ 3060/2552.

ภาคสังคมเป็นอย่างมาก เนื่องจากจำเป็นพนักงานเก็บขยะ รู้เท่าไม่ถึงการณ์ กฎหมายเก็บแผ่นภาพยนตร์วีดิทัศน์ที่ถูกทิ้งแล้วนำไปขาย จึงมีความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นเรื่องเฉพาะตัวและซับซ้อนเกินกว่าที่บุคคลธรรมดาทั่วไปจะเข้าถึงได้ ฉะนั้น จึงเป็นประเด็นที่ไม่น่าประหลาดใจว่าจะเกิดการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติดังกล่าวอีกเป็นจำนวนมาก การบัญญัติเงื่อนไขที่ซับซ้อนไว้ในกฎหมายดังกล่าวไม่สะท้อนสภาพความเป็นจริงของผู้คนในสังคม และเป็นอีกตัวอย่างของกฎหมายที่ไม่มีความสอดคล้องกับการบังคับใช้ในทางภาคปฏิบัติ

กฎหมายที่มีความสอดคล้องกับการบังคับใช้ยังหมายถึงกฎหมายที่ประกาศใช้ต้องไม่เป็นการพันวิสัยที่จะบังคับใช้ได้ การตรากฎหมายและไม่สามารถปฏิบัติได้ย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับการบังคับใช้ หรือเป็นกฎหมายที่ขัดแย้งกันเองคลุมเครือและไม่ชัดเจน และส่งผลให้การตรากฎหมายคลาดเคลื่อนไปจากหลักนิติธรรม ตัวอย่างเช่น การเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม (Value Added Tax: VAT) ตามประมวลรัษฎากร<sup>224</sup> มาตรา 80 ซึ่งบัญญัติให้ใช้อัตราภาษีร้อยละ 10.0 ในการคำนวณ VAT สำหรับการประกอบกิจการขายสินค้า การให้บริการ และการนำเข้า อัตราภาษีดังกล่าวลดลงได้โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา แต่ต้องกำหนดอัตราภาษีให้เป็นอัตราภาษีเดียวกันสำหรับการขายสินค้า การให้บริการ และการนำเข้าทุกกรณี<sup>225</sup> ตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลรัษฎากรจนถึงปัจจุบัน รัฐบาลประกาศลดอัตรา VAT ตามมาตรา 80 แห่งประมวลรัษฎากร และให้จัดเก็บในอัตราที่ต่ำกว่าร้อยละ 10.0 อาทิ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการลดอัตราภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 684) พ.ศ. 2562<sup>226</sup>

จะเห็นได้ว่า แม้การประกาศลดอัตรา VAT ตามพระราชกฤษฎีกาจะมีลักษณะเป็นคุณและใช้บังคับได้ แต่การกำหนดอัตรา VAT ร้อยละ 10.0 ตามประมวลรัษฎากรเป็นเรื่องที่ใช้บังคับไม่ได้จริงในทางภาคปฏิบัติ การบัญญัติกฎหมายตามประมวลรัษฎากรกับพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงมีลักษณะขัดหรือแย้งกันเอง บทบัญญัติมาตรา 80 แห่งประมวลรัษฎากรควรแก้ไขให้ชัดเจน โดยบัญญัติให้มี

<sup>224</sup> ดู พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร พุทธศักราช 2481.

<sup>225</sup> มาตรา 80 ประมวลรัษฎากร.

<sup>226</sup> พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการลดอัตราภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 684) พ.ศ. 2562.

การเรียกเก็บ VAT แต่ไม่ต้องระบุดัตราไว้ ส่วนการกำหนดอัตรา VAT ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวคล้ายคลึงกับการคำนวณอัตราภาษีในเรื่องอื่น ๆ โดยเฉพาะการคำนวณพิกัดอัตราศุลกากรตามพระราชกำหนดพิกัดอัตราศุลกากร พ.ศ. 2530<sup>227</sup> ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาตามสภาพเศรษฐกิจและสังคม และระดับการพัฒนาและความเจริญของประเทศ ตลอดจนพันธกรณีของประเทศไทยภายใต้กรอบกติกาทางการค้าและการลงทุน การบัญญัติกฎหมายตามพระราชกำหนดพิกัดอัตราศุลกากร พ.ศ. 2530 มีความยืดหยุ่นที่สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงได้เป็นอย่างมาก<sup>228</sup>

นักกฎหมายบางท่านพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมกับความสอดคล้องของกฎหมายที่ประกาศใช้กับการบังคับใช้ไปถึงประเด็นการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล<sup>229</sup> กล่าวได้ว่า ศาลมีบทบาทสำคัญในฐานะผู้พิทักษ์ “หลักนิติธรรม” หากการบัญญัติกฎหมายเป็นเรื่องหนึ่ง แต่การตัดสินของศาลให้ผลเป็นอีกเรื่องหนึ่งย่อมถือว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวให้ผลประหลาดและขัดหลักนิติธรรม ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข .... มิได้” “... ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว ....”<sup>230</sup>

ถ้าตีความตามตัวอักษรหรือความหมายในทางภาษา ก็แปลว่าผู้ทราบการกระทำต้องเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง **และ** ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย คำว่า “และ” ในที่นี้ทำหน้าที่เป็นบุพบทเชื่อมคำว่า “ตรวจสอบ” กับ “ยื่นคำร้อง” ซึ่งเป็นหน้าที่ของอัยการสูงสุด<sup>231</sup> ตามเจตนารมณ์

<sup>227</sup> พระราชกำหนดพิกัดอัตราศุลกากร พ.ศ. 2530

<sup>228</sup> ดู คำอธิบายใน ปริศร เลิศธรรมเทวี, *ประชาคมอาเซียนกับการปรับปรุงกฎหมายเศรษฐกิจและการค้าของไทย* (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2560).

<sup>229</sup> Tom Bingham, *The Rule of Law* (London: Penguin Book, 2010), 60.

<sup>230</sup> มาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

<sup>231</sup> ดู คำอธิบายการตีความรัฐธรรมนูญ ใน ปริศร เลิศธรรมเทวี, “นิติวิธีว่าด้วยการตีความ: หลักการทั่วไป กรอบทฤษฎี และแนวปฏิบัติ” (2560) 46(3) *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, หน้า 727-748.

แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550<sup>232</sup> อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญมีความกำกวม คลุมเครือและไม่ชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 18/2555 ได้พิจารณามาตรา 68 แล้วว่าให้สิทธิผู้ที่ทราบการกระทำมีสิทธิยื่นเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง และมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการ<sup>233</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแตกต่างกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 อย่างชัดเจน แต่เป็นการให้สิทธิแก่บุคคลในการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ (Individual Complaint) ซึ่งถือเป็นต้นแบบของมาตรา 213 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

กล่าวโดยสรุป ปัจจุบันยังไม่มีบรรทัดฐานศาลรัฐธรรมนูญวางหลักว่าในกรณีที่รัฐธรรมนูญมีได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมมีลักษณะหรือหลักเกณฑ์อย่างไร กรณีดังกล่าวอาจเป็นเพราะพัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทยยังไม่ยาวนานเพียงพอ และคำตัดสินยังมีปริมาณไม่มากพอที่ถึงขนาดจะสร้างเป็นหลักกฎหมาย (Jurisprudence) กรณีนี้คงต้องเป็นเรื่องของอนาคตที่ต้องอาศัยกาลเวลาในการตกผลึกเป็นหลักการแห่งกฎหมายต่อไป

## 6. ความได้สัดส่วน (Proportionality) ของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินควร รวมทั้งระบุเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายเช่นนั้น แสดงให้เห็นถึงการอ้างอิงหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)<sup>234</sup> ซึ่งเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่

<sup>232</sup> ดู คำอธิบายในสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* (กรุงเทพฯ: สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550).

<sup>233</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2555.

<sup>234</sup> งานเขียนในวงวิชาการหลายผลงานกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วน (Principles of Proportionality) ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดู คำอธิบายหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักรัฐธรรมนูญพื้นฐานที่สำคัญใน Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (New York: Cambridge University Press, 2012); Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* (New York: Cambridge University Press, 2013); Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner and Andrej Lang (eds), *Proportionality in Action* (New York:

สำคัญ หลายประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยใช้ในการตีความรัฐธรรมนูญและการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประชาชน<sup>235</sup> ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญหลายคดี<sup>236</sup>

Cambridge University Press, 2020); Bernhard Schlink, 'Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?' (2012), 22 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 291-302; Aharon Barak, 'Proportional Effect: The Israel Experience' (2007) 57 *University of Toronto Law Journal*, 369; Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, 'American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins' (2010), 8 *International Journal of Constitutional Law*, 263; Alec Stone Sweet and Jud Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008), 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 72; Vicky C. Jackson, 'Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on "Proportionality," Rights and Federalism' (1999), 1 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 583; and Julian Rivers, 'Proportionality and Variable Intensity of Review' (2006), 65 *Cambridge Law Review*, 174 เป็นต้น.

<sup>235</sup> อาทิ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แคนาดา สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอล สาธารณรัฐโปแลนด์ และสาธารณรัฐอินเดีย ดูคำอธิบายใน Andrej Lang, 'Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court' in Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner and Andrej Lang (eds), *Proportionality in Action* (New York: Cambridge University Press, 2020), 22-133; Lorian Hardcastle, 'Proportionality Analysis by the Canadian Supreme Court' in Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner and Andrej Lang (eds), *Proportionality in Action* (New York: Cambridge University Press, 2020), 134-192; Richard Stacey, 'Proportionality Analysis by the South African Constitutional Court' in Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner and Andrej Lang (eds), *Proportionality in Action* (New York: Cambridge University Press, 2020), 193-284; Talya Steiner, 'Proportionality Analysis by Israeli Supreme Court' in Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner and Andrej Lang (eds), *Proportionality in Action* (New York: Cambridge University Press, 2020), 285-384; Anna Sledzinska-Simon, 'Proportionality Analysis by the Polish Constitutional Tribunal' in Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner and Andrej Lang (eds), *Proportionality in Action* (New York: Cambridge University Press, 2020), 385-457; and Aparna Chandra, 'Proportionality Analysis by the Indian Supreme Court' in Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner and Andrej Lang (eds), *Proportionality in Action* (New York: Cambridge University Press, 2020), 458-541.

<sup>236</sup> อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557 (คำวินิจฉัยดังกล่าวนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้วิเคราะห์ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ....) สำหรับคำอธิบายเกี่ยวกับหลักความ

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่สะท้อนให้เห็นแนวคิดที่ว่าด้วยความยุติธรรม กล่าวคือ เป็นหลักที่แสดงถึงการใช้เหตุผลอย่างรอบคอบระมัดระวัง หรือการใช้เหตุผลที่สมดุลและเที่ยงธรรมตั้งการชั่งน้ำหนักพยานของเทพีถือตราชั่ง (Lady Justice) สัญลักษณ์ความยุติธรรม<sup>237</sup> ที่การตัดสินปราศจากอคติใด ๆ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะนักกฎหมายเยอรมัน<sup>238</sup> ถือว่าหลักความได้สัดส่วนมีที่มาจากหลักกฎหมายเยอรมัน (German Jurisprudence) ที่ปรากฏในช่วงปลายศตวรรษที่ 19<sup>239</sup> อย่างไรก็ตาม หลักความได้สัดส่วนซึ่งสะท้อนแนวคิดที่ละเอียดถี่ถ้วน รอบคอบ และสมเหตุสมผล หลัก “ตาต่อตาฟันต่อฟัน” (Eye for Eye, Tooth for Tooth) ที่ปรากฏใน “The Code of Hammurabi” จึงถูกมองว่าเป็นการลงโทษที่สมเหตุสมผลแก่ความผิดในยุคสมัยนั้น<sup>240</sup> ฉะนั้น หลักความได้

ได้สัดส่วนในรัฐธรรมนูญไทย ดู บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558).

<sup>237</sup> ดู ประวัติเทพีแห่งความยุติธรรมในวโรจเนติ ภาศิริรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อ่าน, 2561), 26-31.

<sup>238</sup> ดู Bernhard Schlink, ‘Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?’ (2012) 22 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 291-302; Bodo Pieroth, Bernhard Schlink and Michael Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht Mit Versammlungsrecht* (6<sup>th</sup> ed, 2010); และดูบรรเจิด สิงคะเนติ และ คณะ, *หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), 80 (ในรายงานวิจัยดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ มีได้กล่าวว่า หลักความได้สัดส่วนมีที่มาจากหลักกฎหมายเยอรมัน แต่อธิบายว่า “นับตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญ นั้นเป็นการยอมรับหลักความได้สัดส่วนเข้าสู่ระบบกฎหมาย” และได้ยกตัวอย่างรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในการวิเคราะห์).

<sup>239</sup> Eric Engle, ‘The Historical of the General Principle of Proportionality: An Overview’ (2012) 10 *The Dartmouth Law Journal*, 1-11; and Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, ‘American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins’ (2010), 8 *International Journal of Constitutional Law*, 263.

<sup>240</sup> Morris J. Fish, ‘An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment’ (2008) 28 *Oxford Journal of Legal Studies*, 57-71.

สัดส่วนจึงปรากฏมาหลายชั่วอายุคนดังที่ Professor Barak ได้อธิบายภูมิหลังของหลักความได้สัดส่วนไว้โดยละเอียด<sup>241</sup>

หลักความได้สัดส่วนประกอบด้วยรายละเอียดและสาระสำคัญ 4 ประการ กล่าวคือ (1) เหตุผลที่เหมาะสม (Proper Purpose) (2) ความสัมพันธ์อย่างมีเหตุผล (Rational Connection) (3) ความจำเป็น (Necessary Means) และ (4) ความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับผลกระทบต่อสิทธิที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง หรือความสมดุล (Balancing) (Stricto Sensu) สาระสำคัญทั้ง 4 ประการ เป็นหลักการสำคัญของบทยกเว้นในรัฐธรรมนูญเพื่อตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>242</sup> และปรากฏในมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งบัญญัติเงื่อนไขไว้ว่า กฎหมายดังกล่าวต้องไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล รวมทั้งมีเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักความได้สัดส่วนของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประชาชนในรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 ยังเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมดังกล่าวข้างต้น

### 6.1 ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ

กฎหมายที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนต้องเป็นกฎหมายที่ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ หลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 29 และรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 29 ซึ่งเป็นหลักในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ และก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินควร บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นอันตกไปหลายคำวินิจฉัย อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546

<sup>241</sup> Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (New York: Cambridge University Press, 2012) ดู Chapter 7 “The Historical Origin of Proportionality”, หน้า 175-210.

<sup>242</sup> Ibid, 131 (arguing that the limiting law must uphold these four components in order to pass constitutional muster.).

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2546 หรือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547 เป็นต้น

การพิจารณาว่ากฎหมายฉบับใดจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล หรือเพิ่มภาระเกินสมควรแก่เหตุคงต้องพิจารณาเป็นรายกรณี และจำเป็นต้องพิจารณาควบคู่กับความสอดคล้องกับหลักนิติธรรม อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายที่ไม่ชัดเจนคลุมเครือหรือขัดแย้งกันเอง หรือกฎหมายที่เปิดช่องให้ใช้ดุลยพินิจมีโอกาสที่เข้าลักษณะการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ เช่น การเรียกเก็บ VAT ตามประมวลรัษฎากร ดังกล่าวข้างต้น การเรียกเก็บ VAT ของรัฐมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ไม่ชัดเจน คลุมเครือและขัดแย้งกันเองซึ่งขัดหลักนิติธรรมดังกล่าวข้างต้น การที่รัฐประกาศพระราชกฤษฎีกาลดอัตรา VAT จนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของทุกรัฐบาลในการลดอัตรา VAT ในอัตราเดียวเท่ากันทุกปี หากในอนาคตรัฐสภาต้องการปรับอัตรา VAT ให้เป็นไปตามประมวลรัษฎากรซึ่งกำหนดให้จัดเก็บในอัตราร้อยละ 10.0 การตรากฎหมายดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ ฉะนั้น ประมวลรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีมูลค่าเพิ่มควรมีการปรับปรุงแก้ไขให้มีความชัดเจน เพื่อให้การประกาศพระราชกฤษฎีกากำหนดอัตรา VAT ไม่ขัดแย้งกับประมวลรัษฎากรรวมตลอดทั้งไม่ทำให้การประกาศพระราชกฤษฎีกาปรับเปลี่ยนอัตรา VAT ในอนาคตเป็นการเพิ่มภาระแก่บุคคลเกินสมควรแก่เหตุ

อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายไทยหลายฉบับมีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะกฎหมายเศรษฐกิจซึ่งสัมพันธ์กับความมั่นคง เศรษฐกิจของประเทศและการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งถือว่าเป็นธรรมนูญทางเศรษฐกิจ (Economic Constitution)<sup>243</sup> ตราขึ้นเพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ด้วยการจัดการกีดกัน ป้องกันการผูกขาดและจัดระเบียบการประกอบอาชีพ<sup>244</sup> มีบทบัญญัติบางประการซึ่งเป็นการผูกขาดห้ามแข่งขันโดยถือเป็นข้อยกเว้น มาตรา 4 บัญญัติว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

<sup>243</sup> ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552); และศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายแข่งขันทางการค้า* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).

<sup>244</sup> พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.

รัฐวิสาหกิจ (State-Owned Enterprises: SOEs)<sup>245</sup> บทบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทำให้มีกลุ่มธุรกิจหลายประเภทได้รับการยกเว้นไม่ต้องแข่งขัน โดยเฉพาะการบริการด้านพลังงานหรือบริการขั้นพื้นฐานแห่งรัฐอย่างไฟฟ้าและประปา รัฐจึงทำหน้าที่เป็นผู้ผลิตและผู้ให้บริการในเวลาเดียวกัน โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องห้ามเอกชนแข่งขันกับรัฐ อาทิ พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 การผลิตไฟฟ้าโดยเอกชนต้องขายให้กับรัฐโดยรัฐเป็นผู้กำหนดราคาในนามของผู้รักษาประโยชน์สาธารณะ (Public Interests) กฎหมายดังกล่าวทำให้องค์กรธุรกิจที่แสวงหากำไรกลายเป็น SOEs และขอด้วยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

กฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจดังกล่าวก่อให้เกิดคำถามว่าขอด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลอย่างชัดเจน หรือจะถือว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ประเด็นเรื่องการผูกขาดในกลุ่มธุรกิจพลังงานไฟฟ้าและประปาได้กลายเป็นประเด็นเรื่องของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งขัดรัฐธรรมนูญในหลายประเทศ อาทิ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร หรือประเทศในสหภาพยุโรป นำไปสู่การอนุญาตให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน (Privatization)<sup>246</sup> อย่างไรก็ตาม มีบางประเทศโดยเฉพาะประเทศสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ (Communist) อย่างสาธารณรัฐประชาชนจีน กฎหมายไม่รับรองกรรมสิทธิ์ของเอกชน ฉะนั้น เอกชนที่ต้องการจะประกอบกิจการดังกล่าวต้องลงทุนร่วมกับรัฐในลักษณะ SOEs

การจะพิจารณาว่ากลุ่มธุรกิจใดควรให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนขึ้นอยู่กับบริบทของแต่ละประเทศโดยมีหลักที่สำคัญคือ (1) เป็นธุรกิจที่ผูกขาดหรือไม่ (2) การผูกขาดดังกล่าวส่งผลกระทบต่อภาคประชาชนหรือไม่ เช่น ประชาชนทราบถึงราคาค่าไฟฟ้าว่ามีราคาแพง แต่ไม่อาจต่อรองได้เนื่องจากมีผู้ให้บริการรายเดียว หรือการที่ประชาชนไม่รู้สึถึงผลกระทบของราคาค่าน้ำประปาแต่อย่างใด แม้รัฐเป็นผู้ให้บริการอยู่เพียง

<sup>245</sup> มาตรา 4 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.

<sup>246</sup> อาทิ การแปรรูป SOEs เกี่ยวกับการบริการน้ำประปา ดู Philippe Cullet, *Water Law, Poverty, and Development: Water Sector Reforms in India* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

รายเดียว “ราคา” เป็นตัวชี้วัดที่สำคัญที่ชี้ถึงผลกระทบของการผูกขาด และ (3) หากเปลี่ยนแปลงไปสู่การให้บริการโดยเอกชนจะก่อให้เกิดประโยชน์หรือเกิดผลกระทบแก่ประชาชนในภาพรวมอย่างใดมากกว่ากัน การอนุญาตให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมาย และการจะพิจารณาว่าต้องแก้ไขกฎหมายฉบับใดเพื่อให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนได้สัมพันธ์กับหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ หากรัฐอนุญาตให้เอกชนเข้าร่วมเป็นผู้ให้บริการไฟฟ้า ส่งผลให้ราคาค่าไฟฟ้าถูกลง หรือมีคุณภาพที่ดีขึ้น ย่อมถือว่าการแก้ไขกฎหมายเพื่ออนุญาตให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในกลุ่มธุรกิจไฟฟ้าก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน หรือการที่รัฐแก้ไขกฎหมายอนุญาตให้เอกชนเป็นผู้ให้บริการน้ำประปาซึ่งปัจจุบันมีราคาถูกลงแล้วและไม่มีความจำเป็นต้องให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน การที่เอกชนเข้าร่วมลงทุนอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อราคาน้ำประปาที่จะแพงขึ้น<sup>247</sup> กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าการตรากฎหมายเพื่อแปรรูปดังกล่าวส่งผลเสียต่อประชาชนไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน การพิจารณาว่า SOEs ใดควรให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนยังปรับใช้กับ SOEs ที่ขาดทุนและเป็นภาระทางการคลังของรัฐ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ารัฐไม่มีความสามารถหรือขาดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ อาทิ ธุรกิจการบิน การขนส่งรถไฟ เป็นต้น

ปัจจุบันมีแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522<sup>248</sup> เรื่องการชดเชยค่าเสียหายของการประปาส่วนภูมิภาคตามกฎหมายฉบับดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า

พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 เฉพาะในส่วนที่มีได้กำหนดให้การประปาส่วนภูมิภาคมีการชดเชยค่าทดแทนในการใช้ที่ดินให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไว้ จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดหรือลดทอนสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินตามรัฐธรรมนูญ .... เนื่องจาก

<sup>247</sup> Philippe Cullet, *Water Law, Poverty, and Development: Water Sector Reforms in India* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 7 (arguing against the privatization of water sectors).

<sup>248</sup> มาตรา 30 พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522.

เป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดย  
 เกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธินั้น  
 ทั้งยังมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควรแก่กรณี  
 ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบเสรี  
 ประชาธิปไตยที่รัฐจะต้องคุ้มครองและรับรองสิทธิในทรัพย์สินของ  
 ประชาชนเป็นสำคัญ และหากมีกรณีใดที่เป็นข้อยกเว้นให้รัฐก้าวล่วง  
 เข้าไปลดทอนสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐจะต้องรับผิดชอบ  
 ในการชดเชยค่าทดแทนเยียวยาที่เป็นธรรมตามควรแก่กรณี  
 บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค  
 พ.ศ. 2522 ในส่วนนี้ จึงขัดแย้งต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ....<sup>249</sup>

คำวินิจฉัยดังกล่าวมีการตีความประเด็นเรื่องกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัด  
 สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรหรือเป็นการเพิ่มภาระเกินสมควรแก่กรณี  
 รวมถึงการตีความว่ากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล  
 เกินสมควรแก่เหตุหรือเป็นการเพิ่มภาระให้แก่บุคคลขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม  
 ตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการจำกัดเสรีภาพ  
 ในการประกอบอาชีพ และปัจจุบันยังไม่มีบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ  
 ที่กล่าวถึงเรื่องการผูกขาดภาคการบริการของ SOEs ว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือ  
 แย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ การวินิจฉัยว่าการบัญญัติกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับ  
 เสรีภาพในการประกอบอาชีพปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547<sup>250</sup>  
 เกี่ยวกับพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 ซึ่งกล่าวถึง “เชื้อสุรา” โดยไม่มี  
 การบัญญัติความหมายเฉพาะไว้ ทำให้เชื้อสุรามีความหมายรวมถึงแป้งข้าวหมัก  
 ตามความหมายโดยทั่วไปของเชื้อสุราด้วย พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24  
 ห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา ซึ่งจะรวมถึงแป้งข้าวหมักด้วยจึงเป็นบทบัญญัติแห่ง  
 กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ และการแข่งขันอย่าง  
 เสรีภาพเป็นธรรม และขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ดังนี้

<sup>249</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556, หน้า 7.

<sup>250</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547.

.... พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติอยู่ในหมวด 5 ว่าด้วยเชื้อสุรา การมีถ้อยคำว่า “เชื้อสุรา” ปรากฏอยู่ในมาตราต่าง ๆ ในหมวด 5 ดังกล่าว โดยมีได้มีการบัญญัติความหมายเฉพาะไว้ การพิจารณาความหมายของคำว่า “เชื้อสุรา” จึงต้องใช้บทนิยามทั่วไปในมาตรา 4 ที่ว่า “เชื้อสุรา” หมายความว่า แป้งเชื้อสุรา แป้งข้าวหมัก หรือเชื้อใด ๆ ซึ่งเมื่อหมักกับวัตถุดิบหรือของเหลวอื่นแล้วสามารถทำให้เกิดแอลกอฮอล์ที่ใช้ทำสุราได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงแป้งข้าวหมักแล้ว เห็นว่า แป้งข้าวหมักมีลักษณะไม่ใช่เชื้อสุราในตัวเอง แต่เป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลในชุมชนท้องถิ่นต่าง ๆ นำไปใช้ประโยชน์ได้หลายอย่าง เช่น ทำเป็นอาหาร ยารักษาโรค เป็นต้น การที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุราซึ่งมีความหมายตามมาตรา 4 ว่า ความหมายรวมถึงแป้งข้าวหมักด้วยนั้น ในส่วนที่ห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา เฉพาะในความหมายที่หมายถึงแป้งข้าวหมัก จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ....<sup>251</sup>

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547 แสดงให้เห็นถึงตัวอย่างคำวินิจฉัยที่เป็นการประกันเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ โดยอ้างอิงหลักความได้สัดส่วน กฎหมายใดที่เกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนเสรีภาพของบุคคลที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

นอกเหนือจากคำวินิจฉัยดังกล่าว ยังมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง คำวินิจฉัยดังกล่าวยังก่อให้เกิดประเด็นคำถามเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร และประเด็นสำคัญว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารเป็นคำสั่งของรัฐบาลิบัติจริงหรือไม่ ? ประกาศหรือคำสั่ง

<sup>251</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547, หน้า 7.

ของคณะรัฐประหารถูกรับรองว่ามีสถานะทางกฎหมายดังที่ปรากฏมาตั้งแต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ซึ่งวางหลักไว้ว่า

ในปี พ.ศ. 2490 คณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจในการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขยกเลิกและออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิบัติ เพื่อบริหารประเทศชาติต่อไปได้ มิฉะนั้น ประเทศชาติจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ ....<sup>253</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวรับรองสถานะของคณะรัฐประหารว่าเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดของประเทศหรือ “รัฐอธิปไตย” (Sovereign) และกฎหมายคือคำสั่งบังคับบัญชาของรัฐอธิปไตย (Command of a Sovereign) และถูกถ่ายทอดผ่านตำราของปรมาจารย์ด้านกฎหมายหลายท่านโดยเฉพาะศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>254</sup> ซึ่งได้ให้ข้อสังเกตคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวไว้ว่า

.... เป็นตัวอย่างอันดีที่จะพิจารณาว่า ศาลยุติธรรมจำเป็นต้องยอมรับผลของการปฏิวัติ หรือ รัฐประหารซึ่งได้ทำสำเร็จ และผู้กระทำได้กลายเป็นผู้มีอำนาจแท้จริงในรัฐอย่างแน่นอน .... การปฏิวัติ หรือ รัฐประหารนั้น ในครั้งแรกเป็นการผิดกฎหมาย เมื่อใดผู้ทำการปฏิวัติ หรือ รัฐประหารจนสำเร็จบริบูรณ์ .... ก็เป็นรัฐอธิปไตยผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ฉะนั้น จึงอยู่ในฐานะที่จะให้รัฐธรรมนูญใหม่ และยกเลิกกฎหมายเดิม บัญญัติกฎหมายใหม่ตามชอบใจ ในคดีเรื่องนี้ ปรากฏว่า เมื่อมีการรัฐประหารสำเร็จแล้ว ก็มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

<sup>252</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496.

<sup>253</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496.

<sup>254</sup> ณรงค์เดช สรุโฆษิต, “กฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของรัฐอธิปไตย”, *มติชน* (ฉบับที่ 10433, 3 ตุลาคม 2549) (อธิบายว่า กฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของรัฐอธิปไตย เป็นคำสอนของจอห์น ออสติน (John Austin ค.ศ. 1790-1859) นักปรัชญากฎหมายชื่อดังชาวอังกฤษที่มีอิทธิพลอย่างมากต่อนักกฎหมายไทย ตามที่มีการบอกกล่าวถ่ายทอดผ่านตำรับตำราและคำสอนของปรมาจารย์กฎหมายหลายท่านโดยเฉพาะศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ส่งผลให้นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ถือคติสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ที่ยึดติดกับตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ จนกระทั่งขาดความชอบธรรมทั้งในแง่ที่มาและเนื้อหาของกฎหมายอันเป็นสิ่งที่สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ได้เรียกร้องมาโดยตลอด).

ฉบับชั่วคราว 2490 ขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวย่อมใช้ได้ในฐานะเป็น  
รัฐธรรมนูญอันแท้จริง<sup>255</sup>

ตั้งแต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 เป็นต้นมา ศาลไทยยืนยันทนและยอมรับ  
อำนาจคณะรัฐประหารและสถานะทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของ  
คณะรัฐประหาร คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ได้กลายเป็นบรรทัดฐานแก่  
คำตัดสินของศาลต่อมาจนถึงครั้งล่าสุด อาทิ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505  
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2513 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131/2536 ฉะนั้น  
“ข้อความใดที่หัวหน้าคณะรัฐประหารสั่งบังคับประชาชนถือว่าเป็นกฎหมาย  
แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภา  
ผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม”<sup>256</sup> เมื่อพิจารณาถึงลักษณะ  
ของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารซึ่งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน  
จะถือชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

อาจกล่าวได้ว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารเป็นการตราขึ้น  
โดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าว  
ข้างต้น และถือเป็นการใช้อำนาจในสภาวะยกเว้นยอมขัดต่อหลักนิติธรรม  
ในประวัติศาสตร์การเมืองไทย ศาลในฐานะผู้พิทักษ์หลักนิติธรรมไม่เคยยับยั้งอำนาจ  
ของคณะรัฐประหารในช่วงเวลาที่อยู่ในอำนาจ ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยคณะตุลาการ  
รัฐธรรมนูญที่ 1/2513 ซึ่งวินิจฉัย ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ที่ให้ผู้บัญชาการ  
ตำรวจนครบาลหรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจกำหนดให้มีการกักกันและให้ส่ง  
บุคคลอันธพาลไปกักกัน ซึ่งเท่ากับเป็นการตั้งบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ตุลาการให้มีอำนาจ  
ทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้อย่างศาล อันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่ง  
ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “ประกาศของ  
คณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย และหาได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่”<sup>257</sup> การวินิจฉัยว่า  
ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญคงต้องอาศัย  
กาลเวลาให้คณะรัฐประหารซึ่งอยู่ในอำนาจผ่านพ้นไปก่อนดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัย

<sup>255</sup> เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำพุทธศักราช 2496 (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา  
ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2496) 55.

<sup>256</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505.

<sup>257</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2513.

ศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 ซึ่งวินิจฉัยว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ข้อความหนึ่งที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีใจความว่า

.... การพิจารณาถึงกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชน ในขณะที่ตรากฎหมายนั้นแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชน ในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับประกอบด้วย ซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่า ในขณะที่ประกาศใช้บังคับกฎหมายนี้ เป็นช่วงที่คณะปฏิวัติกระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินสำเร็จเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 และได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบขององค์กรที่ใช้อำนาจ โดยให้ฝ่ายบริหารคือรัฐบาลใช้อำนาจทั้งในส่วนของอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติในขณะเดียวกัน เพื่อให้บ้านเมืองสงบเรียบร้อย เป็นปกติสุขจนกว่าจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญตามครรลองของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และในช่วงระหว่างเวลาที่คณะปฏิวัติยึดอำนาจนั้น คณะปฏิวัติซึ่งทำหน้าที่บริหารประเทศมีความต้องการให้ประชาชนอยู่ในความสงบ ไม่ก่อความวุ่นวายและส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ จึงได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะในกรณีตามประกาศของคณะปฏิวัติอันเป็นประเด็นแห่งคดีนี้ซึ่งมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพร้านอาหารหรือเครื่องดื่ม ทั้งยังได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เป็นผู้บริหารอีกด้วย เพราะไม่ต้องการให้ประชาชนออกจากบ้านในเวลากลางคืนซึ่งยากแก่การควบคุมตรวจตรา และอาจก่อให้เกิดการชกสุม ก่อเหตุความไม่สงบ อันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐและความสงบสุขของบ้านเมือง ซึ่งเป็นกรณีจำเป็นในขณะที่บ้านเมืองอยู่ใน

ช่วงการรัฐประหาร .... อย่างไรก็ตามที่ในบ้านเมืองปกติสุข การใช้ชีวิตของปัจเจกบุคคลย่อมแตกต่างไปจากสถานการณ์ดังกล่าว ประกอบกับปัจจุบันในยุคของโลกาภิวัตน์ สังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ภาวะเศรษฐกิจของประเทศมีความเจริญก้าวหน้า การคมนาคมของประเทศมีความสะดวกสบาย ประชาชนสามารถเดินทางสัญจรไปในสถานที่ต่าง ๆ ได้ตลอดเวลาทำให้วงจรการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชนเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมจนไม่สามารถกำหนดเวลาเป็นการแน่นอนได้ว่าช่วงเวลาใดเป็นเวลาทำงานและช่วงเวลาใดเป็นเวลาพักผ่อน การเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ ทำให้รัฐบาลไม่อาจควบคุมให้ประชาชนต้องอยู่แต่ในบ้านเฉพาะในเวลากลางคืนได้ เนื่องจากความจำเป็นของบุคคลที่จะต้องมีการเดินทางเพื่อการทำธุรกิจหรือมีการติดต่อเพื่อจุดประสงค์อื่นที่มีความแตกต่างกันไป รวมถึงผู้ประกอบการหรือประกอบอาชีพขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวด้วย<sup>258</sup>

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวทำให้เห็นถึงการวินิจฉัยว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงสภาพเหตุการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา โดยได้วินิจฉัยต่อไปว่า

การที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 บัญญัติห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ตั้งแต่เวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจ สำหรับนครหลวงกรุงเทพธนบุรี หรือผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่นก่อนนั้น ย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ .... ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจจำกัดเสรีภาพในการ

<sup>258</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552, หน้า 6-7.

ประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของประชาชนนั้นจะต้องมีขอบเขต “เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน” ตามรัฐธรรมนูญ .... ทั้งยังจะต้องเป็นไปเพียง “เท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้” อีกด้วย<sup>259</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาว่าเป็นกฎหมายที่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่ และสะท้อนในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งสรุปว่า

การจำกัดเสรีภาพในการขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา ของแต่ละวันนั้น นอกจากจะเป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขายโดยสุจริตของประชาชนจำนวนมากโดยไม่จำเป็นแล้ว ยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนผู้ประกอบการสุจริตอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นจะต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวของแต่ละวันโดยไม่มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนอีกด้วย ถึงแม้จะมีการผ่อนปรนให้ขอรับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ว่าราชการจังหวัดได้ ก็ยังคงเป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นอยู่เนื่อง เพราะการที่จะบังคับให้ประชาชนที่ประกอบอาชีพค้าขายหรือเครื่องดื่มทั่วทุกพื้นที่ของประเทศจะต้องไปขอใบอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่ยากต่อการปฏิบัติ ทั้งยังเป็นช่องทางให้ประชาชนผู้ประกอบการสัมมาชีพเหล่านั้นต้องตกอยู่ใต้อำนาจครอบงำของเจ้าหน้าที่โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรอีกด้วย

<sup>259</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552, หน้า 8.

การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเห็นได้ชัดว่ามีได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขโรค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือประโยชน์อื่น ๆ .... ประกอบกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินกว่าความจำเป็น และกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพนั้น อันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ<sup>260</sup>

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว แม้จะเห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลที่ผ่านมาซึ่งยอมรับอำนาจคณะรัฐประหารและสถานะของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารว่าเป็นกฎหมาย<sup>261</sup> แต่แสดงให้เห็นว่าคณะรัฐประหารมิใช่รัฐอธิปไตย รัฐอธิปไตยที่แท้จริง คำสั่งบังคับบัญชาไม่อาจเพิกถอนและผู้ใดจะละเมิดมิได้

## 6.2 ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล

หลักความได้สัดส่วนของกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล หลักความได้สัดส่วนดังกล่าวจึงเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน (Human Rights) ซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติธรรม

กล่าวได้ว่า การบัญญัติกฎหมายกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งในหน้าที่ราชการปรากฏตั้งแต่รัฐธรรมนูญและกฎหมายหลายฉบับ การที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้บุคคลซึ่งมีประวัติอาชญากรรม และต้องโทษจำคุกดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นข้าราชการหรือดำรงตำแหน่งหน้าที่ทางราชการ หรือการห้ามบุคคลเนื่องจากมีสภาพร่างกายและจิตใจไม่เหมาะสมต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการ จะถือว่ากระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ กฎหมายไทยหลายฉบับกำหนดคุณสมบัติเช่นนั้น การตีความว่ากฎหมายใดกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลคงต้องพิจารณาเป็นรายกรณี

<sup>260</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552, หน้า 8-9.

<sup>261</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552.

สำหรับกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติเรื่องสภาพร่างกายและจิตใจของบุคคล เคยปรากฏในมาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ ฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และไม่มีรัฐธรรมนูญของประเทศใดในโลก ที่บัญญัติหรือให้อนุญาตจำกัดสิทธิของบุคคลผู้ด้อยโอกาสในสังคม อาทิ ผู้พิการ การรับรองสิทธิของผู้พิการปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550<sup>262</sup> ฉะนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 แม้จะมีได้บัญญัติให้กฎหมายจำกัดสิทธิ ผู้พิการได้ แต่ก็มีได้รับการรับรองสิทธิของบุคคลดังกล่าวไว้แต่อย่างใด การไม่รับรองสิทธิ ของผู้พิการเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยไปว่าการกำหนดคุณสมบัติ เรื่องสภาพร่างกายและจิตใจไม่เหมาะสมซึ่งอยู่ในขอบข่ายของผู้พิการต้องห้าม ในการเป็นข้าราชการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545)<sup>263</sup> แต่ต่อมาในปี พ.ศ. 2555 ศาลรัฐธรรมนูญ เปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยที่ 15/2555<sup>264</sup> ซึ่งกล่าวว่า

ส่วนที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยที่ 16/2545 ว่า พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 นั้น เป็นการ วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เพิ่ม ข้อความในมาตรา 30 วรรคสาม ให้การเลือกปฏิบัติต่อผู้มีร่างกาย พิการจะกระทำมิได้ จึงเห็นว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ ฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ....<sup>265</sup>

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นมิได้กล่าวถึงผลกระทบของกฎหมายต่อ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ได้นำประเด็นเรื่องสิทธิคนพิการ และการปฏิบัติต่อ

<sup>262</sup> มาตรา 30 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

<sup>263</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545.

<sup>264</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555.

<sup>265</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555, หน้า 2-3.

คนพิการซึ่งเป็นการนำหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานมาพิจารณาด้วย โดยได้ให้ข้อวินิจฉัยต่อไปว่า

ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities: CRPD) ของสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม 2551 ซึ่งมีผลบังคับให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ระบุไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวตั้งแต่วันที่ 28 สิงหาคม 2551 เป็นต้นมาและอนุสัญญาดังกล่าวมีการกล่าวถึงลักษณะ “ความพิการ” และขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการ” ไว้ ประเทศไทยจึงต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีทั่วไปในอนุสัญญา ข้อ 4 ที่ต้องออกมาตรการทางกฎหมายและดำเนินการตามมาตรการที่เหมาะสมเพื่อแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมาย กฎระเบียบ จารีตประเพณีและทางปฏิบัติที่มีอยู่ซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ และในอนุสัญญาข้อ 5 ความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติ ได้กำหนดให้รัฐภาคีห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งปวงเพราะเหตุแห่งความพิการ และประกันให้คนพิการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมและมีประสิทธิภาพจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทั้งปวง และเพื่อเป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมและจัดการเลือกปฏิบัติ อนุสัญญาดังกล่าวยังกำหนดให้รัฐภาคีดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมทั้งปวงเพื่อประกันว่าจะจัดให้มีการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล ทั้งนี้ อนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดไว้ในข้อ 1 ว่าคนพิการ (persons with disabilities) หมายความว่าบุคคลที่มีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา หรือทางประสาทสัมผัสในระยะยาว ซึ่งเมื่อมีปฏิสัมพันธ์กับอุปสรรคนานัปการ จะกีดขวางการมีส่วนร่วมในสังคมอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น และอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการ” ไว้ว่า หมายถึงความแตกต่างการคิดกัน หรือการจำกัดบนพื้นฐานของความพิการซึ่งมีความมุ่งประสงค์หรือส่งผลให้เป็นการเสื่อมเสียหรือทำให้ไร้ผลซึ่งการยอมรับ การอุปถัมภ์หรือการใช้

สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ความเป็นพลเมืองหรือด้านอื่น รวมถึงการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ รวมทั้งการปฏิเสธการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล และได้กำหนดนิยามของคำว่า “การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล” ไว้ว่า หมายถึง การเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงที่จำเป็นและเหมาะสมโดยไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินสมควรหรือเกินสัดส่วน เฉพาะในกรณีที่เป็นเพื่อประกันว่าคนพิการได้อุปโภคและใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น เมื่อประเทศไทยเป็นรัฐภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติแล้ว หน่วยงานของรัฐจึงมีหน้าที่ตามพันธกรณี ข้อ 27 (เอ) ที่กำหนดว่า ห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการในทุกด้านที่เกี่ยวกับการจ้างงาน รวมถึงเงื่อนไขในการคัดเลือกบุคคล การว่าจ้าง และการจ้างงาน การจ้างงานอย่างต่อเนื่อง ความก้าวหน้าในอาชีพการงาน และสภาพการทำงานที่ถูกสุขอนามัยและปลอดภัยและ (จี) ที่กำหนดให้ว่าจ้างคนพิการเข้าทำงานในหน่วยงานภาครัฐ ดังนั้น การที่หน่วยงานของรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งใด ย่อมต้องคำนึงถึงพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าวด้วย<sup>266</sup>

การที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) มีบทบัญญัติให้ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการศึกษาเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้าม อาทิ มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ คำว่า “กายหรือจิตใจไม่เหมาะสม” อยู่ในขอบข่ายของ “คนพิการ” ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550<sup>267</sup> ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญา CRPD ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยว่า

<sup>266</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555, หน้า 5-6.

<sup>267</sup> พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550.

.... เป็นการกำหนดลักษณะทางกายและจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการไว้อย่างกว้างขวางไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนนำไปสู่การใช้ดุลพินิจที่ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้ ในที่สุด กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องมีขอบเขตชัดเจนแน่นอน เช่น อาจกำหนดว่า มีลักษณะทางกายและจิตใจที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นข้าราชการตุลาการได้เพียงใด เป็นต้น เพื่อให้ประชาชนทราบว่ากฎหมายดังกล่าวต้องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดบ้าง และต้องสอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี .... พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ในส่วนที่บัญญัติให้ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามว่า “มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จึงขัดต่อสิทธิของคณาพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคณาพิการของสหประชาชาติ และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ<sup>268</sup>

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555<sup>269</sup> เป็นการวางหลักว่ากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องสอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณีเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล

### 6.3 เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องระบุมเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวด้วย การระบุมเหตุผลความจำเป็นดังกล่าวก็เพื่อให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐธรรมนูญมีได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ชอบด้วยเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การระบุมเหตุผลความจำเป็นต้องคำนึงหลักแห่งความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี

ฉะนั้น แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ การระบุมเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายดังกล่าวจำเป็นต้องเป็นเหตุผลความจำเป็นที่สอดคล้องกับ

<sup>268</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555, หน้า 8-9.

<sup>269</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555.

เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การที่มาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ กำหนดให้การตรากฎหมายในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ให้ระบุเหตุผลความจำเป็นยังเป็นสาระสำคัญที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะในเรื่องเหตุผลที่เหมาะสม (Proper Purpose) ความสัมพันธ์อย่างมีเหตุผล (Rational Connection) และมีกรณีความจำเป็น (Necessary Means) ดังกล่าวข้างต้น

## 7. การใช้บังคับเป็นการทั่วไป (Generality) ของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง<sup>270</sup> ซึ่งเป็นหลักการใช้บังคับเป็นการทั่วไป (Principle of Generality) ของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนปรากฏมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 และในรัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะเดียวกันกับ มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญไทย อาทิ กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>271</sup> หรือรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแอฟริกาใต้<sup>272</sup> อาจกล่าวได้ว่า คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้นำหลักการใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 หรืออาจหยิบยืมหลักการของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ มาปรับใช้เป็นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทย

อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างของหลักการบังคับใช้เป็นการทั่วไประหว่างรัฐธรรมนูญไทยกับต่างประเทศอยู่ที่การยอมรับหลักดังกล่าว ในรัฐธรรมนูญต่างประเทศโดยเฉพาะเยอรมนี และแอฟริกาใต้ แม้รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติให้กฎหมายมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ศาลจำเป็นต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้พิจารณา<sup>273</sup> แต่สำหรับประเทศไทย หากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติหลักไว้ อาทิ

<sup>270</sup> มาตรา 26 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>271</sup> *The Basic Law for the Federal Republic of Germany* (1949) (Germany), s. 19(1).

<sup>272</sup> *Constitution of the Republic of South Africa* (1996) (South Africa), s. 36(1).

<sup>273</sup> A.C. Kiss, 'Permissible Limitations on Rights' in Louis Henkin (ed), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Cambridge University Press, 1981), 290.

รัฐธรรมนูญทุกฉบับก่อนหน้ารัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ศาลไม่จำเป็นต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

### 7.1 การบังคับใช้เป็นการทั่วไป

กฎหมายที่ใช้ได้เป็นการทั่วไป (Generality) เป็นลักษณะสำคัญที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม หากกฎหมายไม่สามารถวางกฎเกณฑ์ได้เป็นการทั่วไป ปัญหาทุกเรื่องต้องวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป ย่อมถือว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักนิติธรรม หลักการใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมายจึงถือว่า กฎหมายต้องไม่ใช่ดุลยพินิจ (Law Not Discretion) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งการจำกัดสิทธิเสรีภาพ และการลงโทษบุคคลต้องเป็นการปรับใช้ตัวบทกฎหมาย มิใช่การใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาหรือผู้บังคับใช้กฎหมาย<sup>274</sup> ตัวอย่างเช่น มาตรา 48 แห่งรัฐธรรมนูญเวิมาร์ (Weimar Constitution)<sup>275</sup> ในอดีตซึ่งให้อำนาจหัวหน้าฝ่ายบริหารใช้กำลังทหารเพื่อควบคุมความสงบของประเทศในกรณีให้เห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ระวังหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงของชาติและแจ้งให้รัฐสภา (*Reichstag*) ทราบโดยไม่ชักช้า<sup>276</sup> มาตรา 48 แห่งรัฐธรรมนูญเวิมาร์เป็นสัญลักษณ์ของความขัดแย้งในเยอรมนีช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 และถูกใช้เพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับการรัฐประหารโค่นล้มรัฐบาลปรัสเซีย เหตุการณ์โค่นล้มรัฐบาลปรัสเซียยังเป็นปัจจัยส่วนหนึ่งที่น่าไปสู่การเข้ามามีอำนาจของพรรคนาซีซึ่งมี Hitler จัดตั้งรัฐบาลเผด็จการขึ้นปกครองประเทศ<sup>277</sup>

สำหรับประเทศไทย มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่คล้ายคลึงกับมาตรา 48 แห่งรัฐธรรมนูญเวิมาร์ ปรากฏในมาตรา 17 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ซึ่งบัญญัติว่า

<sup>274</sup> Tom Bingham, *The Rule of Law* (London: Penguin House, 2010), 48.

<sup>275</sup> *The Constitution of German Reich* (1919) (Weimar) (Germany).

<sup>276</sup> *Ibid*, art. 48.

<sup>277</sup> ดู บทวิเคราะห์ใน Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (New York: Cambridge University Press, 2015), 3-4.

ในระหว่างที่ใช้รัฐธรรมนูญนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควร เพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการ บ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ หรือการ กระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อวิน หรือคุกคามความสงบ ที่เกิดขึ้น ภายในหรือจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรี โดยมติ ของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการ หรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่า คำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้น เป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วย กฎหมาย

เมื่อนายกรัฐมนตรีได้สั่งการหรือกระทำการใดไปตามความ ในวรรคก่อนแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีแจ้งให้สภาทราบ<sup>278</sup>

มาตรา 17 ดังกล่าว ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีใช้ดุลยพินิจในการสั่งการ หรือกระทำการใด ๆ ก็ได้และถือว่าการกระทำหรือคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 17 ถูกใช้เป็นอาวุธในการกำจัดคู่แข่งทางการเมืองและได้กลายเป็นแม่แบบ ของธรรมนูญการปกครองและรัฐธรรมนูญชั่วคราวต่อมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44 บัญญัติว่า

ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็น เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่างๆ การส่งเสริมความสามัคคี และความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบ เรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของ ประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอก ราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความ เห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการระงับ ยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะมีผลบังคับ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่า คำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่ง หรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้

<sup>278</sup> มาตรา 17 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502.

และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธาน  
สภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว<sup>279</sup>

อาจกล่าวได้ว่า มาตรา 48 แห่งรัฐธรรมนูญไว้มาร์เป็นต้นแบบของมาตรา 17  
ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร จนถึงมาตรา 44 ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว  
ครั้งล่าสุด บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจหัวหน้าคณะ  
รัฐประหารใช้ดุลยพินิจได้ในทุกเรื่อง และโดยเฉพาะมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่ง  
ราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่ให้คำสั่งหรือการกระทำ  
รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 44 เป็นคำสั่งหรือการกระทำ  
หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญและให้เป็นที่สุด บทบัญญัติ  
ดังกล่าวจะถือว่าเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ  
ประชาชนได้หรือไม่ ?

มาตรา 44 เป็นบทบัญญัติที่ไม่มีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน  
แต่เป็นบทบัญญัติที่อาจจำกัดอำนาจของฝ่ายตุลาการในการควบคุมและตรวจสอบ  
(Judicial Review) โดยให้ถือว่าเป็นคำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วย  
กฎหมายและรัฐธรรมนูญ และให้เป็นที่สุด (Finality) ประเด็นดังกล่าวก่อให้เกิด  
คำถามต่อไปว่าบทบัญญัติที่ให้ผลเป็นที่สุด และชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ  
(Ouster Clauses) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยตรวจสอบได้หรือไม่  
ในทางปฏิบัติศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยคำสั่งหรือการกระทำหรือ  
การปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 44  
มิได้ตัดอำนาจศาลในควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากอำนาจในการชี้ขาด  
ว่าการใดชอบด้วยกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของศาลซึ่งถือเป็นหลักการ  
พื้นฐานการปกครองว่าด้วย “การแบ่งแยกอำนาจ” และได้กลายเป็นประเพณี  
การปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็น  
ประมุข<sup>280</sup>

<sup>279</sup> มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557.

<sup>280</sup> อำนาจในการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการเป็นหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองภายใต้หลักการ  
แบ่งแยกอำนาจ และมีกรณีพิพาทกษัตริย์ที่ 912/2536 ดู บทวิเคราะห์ใน ปวีศร  
เลิศธรรมเทวี, “รัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมี  
พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” (2562), 37(1) วารสารกฎหมาย, 77-120.

การตีความในลักษณะดังกล่าวสอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอารยะประเทศ อาทิ สหราชอาณาจักร<sup>281</sup> หรือเครือรัฐออสเตรเลีย<sup>282</sup> ซึ่งถือว่าการบัญญัติกฎหมายที่ให้เป็นที่สุดและชอบด้วยกฎหมาย ไม่ตัดอำนาจของฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักการดังกล่าวเรียกว่าอำนาจในการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการของคำสั่ง หรือการกระทำของฝ่ายบริหารเป็นที่สุดแล้ว (*Certiorari*) ฉะนั้น คำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติตามคำสั่งมาตรา 44 ซึ่งมีลักษณะลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แม้จะให้คำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ และให้เป็นที่สุดก็ไม่ตัดอำนาจการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ การศึกษาบทบัญญัติที่ให้มีผลเป็นที่สุด และชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ (Ouster Clauses) และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยตรวจสอบควรที่จะมีการศึกษาโดยละเอียดในเชิงลึกเพิ่มเติมต่อไป อย่างไรก็ตาม การศึกษาดังกล่าวอยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาในครั้งนี้ กล่าวโดยสรุปได้ว่า คำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติตามคำสั่ง มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จะชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ และเป็นที่สุดหรือไม่ คำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติตามมาตรา 44 มีลักษณะลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เป็นการใช้ดุลยพินิจได้ในทุกเรื่อง และบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการรับรองผลของการกระทำในอนาคตที่คลาดเคลื่อนไปจากหลักการใช้บังคับเป็นการทั่วไปย่อมไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม

## 7.2 ความเท่าเทียมกันทางกฎหมายและไม่เลือกปฏิบัติ

หลักการใช้บังคับเป็นการทั่วไปมีความชัดเจนยิ่งขึ้นเมื่อพิจารณาถึงการใช้กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าต้องมีความเท่าเทียมกันและไม่เลือกปฏิบัติ หลักการพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติยังเป็นหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม ฉะนั้นกฎหมายใดที่มีลักษณะเป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลหรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

<sup>281</sup> *R. v Medical Appeal Tribunal, ex parte Gilmore* (1957) (Court of Appeal of England and Wales).

<sup>282</sup> *R. v Hickman, ex parte Fox* (1945) (High Court of Australia).

ปัจจุบันมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญหลายคดีซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน และไม่เลือกปฏิบัติของบุคคลในทางกฎหมาย อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 4/2563 ซึ่งวินิจฉัยเรื่องความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 บัญญัติให้หญิงฝ่ายเดียวที่ต้องรับผิดทางอาญา ไม่รวมถึงชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิง ซึ่งมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วยเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>283</sup> หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 ซึ่งวินิจฉัยเรื่องการกำหนดลักษณะทางกายและจิตใจที่ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) เป็นการจำกัดสิทธิของคณพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป และขัดรัฐธรรมนูญ<sup>284</sup> หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 ซึ่งวินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี ที่บัญญัติให้สามีและภริยาที่ได้อยู่ร่วมกันตลอดปักษีที่ล่วงมาแล้ว ต้องถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและเสียภาษีนั้น ทำให้สามีภริยาต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นจากกรณีที่ต่างฝ่ายต่างแยกยื่น เมื่อยังไม่มีกรมสรส และมาตรา 57 เบญจ บัญญัติให้แต่เฉพาะภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินสามารถแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามี โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามี จึงถือว่าไม่ส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคล<sup>285</sup> และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงที่มีสามีตามพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อสิทธิของบุคคลที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันทุกคน<sup>286</sup>

## 8. บทสรุป

บทความนี้กล่าวถึงการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งก่อให้เกิดคำถามที่ต้องพิจารณา 5 ประการที่สำคัญ กล่าวคือ (1) เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญมีหลักเกณฑ์ ขอบเขต

<sup>283</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

<sup>284</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555.

<sup>285</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555.

<sup>286</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546.

และวิธีอย่างไร (2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวหมายถึงกฎหมายฉบับใดหรือลำดับศักดิ์ใด (3) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งตราขึ้นโดยรัฐธรรมนูญเพื่อขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จำเป็นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ (4) กฎหมายลำดับรองจะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้หรือไม่ และ (5) กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ทั้งกฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มี การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก และกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า จะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญปัจจุบันหรือไม่

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้โดยตรง และขึ้นอยู่กับลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นสิทธิเด็ดขาด การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพใด ๆ จะกระทำมิได้ อาทิ การลงโทษประหารชีวิตตามประมวลกฎหมายอาญา ชัดหรือแย้งกับมาตรา 28 ซึ่งรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการอันโหดร้าย หรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ ในขณะที่เดียวกันการตรากฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเด็ดขาดเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งออกตามความในมาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือบางกรณีเป็นสิทธิที่มีขอบเขตจำกัด เนื่องจากการใช้สิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวอาจไปกระทบกระเทือนประโยชน์สาธารณะ หรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญและมีข้อความต่าง ๆ 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) ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ตาม มาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ (4) ข้อยกเว้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 32 มาตรา 34 มาตรา 38 มาตรา 40 มาตรา 42 และมาตรา 44

แห่งรัฐธรรมนูญ และ (5) ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 35 วรรคสาม

บทความนี้ยังได้วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรอง โดยได้ข้อสรุปว่ากฎหมายลำดับรองอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้หากกฎหมายหลักซึ่งได้รับอำนาจโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ตามเงื่อนไขและโครงสร้างของลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่พิจารณาต่อไปว่าหากเป็นคำสั่งทางปกครองหรือแนวปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองสร้างขึ้นเพื่อให้เจ้าพนักงานใช้ดุลยพินิจ หรือเป็นแนวปฏิบัติเพื่อการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งคำสั่งหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวส่วนใหญ่มิใช่เป็นการสร้างเงื่อนไข ระเบียบแบบแผน หรือแนวปฏิบัติและมีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตัวเอง คำสั่งหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวจะถือว่าการกระทำใดมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้หรือไม่หรือชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประเด็นดังกล่าวต้องพิจารณาลักษณะของคำสั่งหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวว่าเป็นเรื่องเล็กน้อย (De Minimis) หรือไม่สำคัญ (Trivial) หรือไม่ การจะพิจารณาว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยหรือไม่สำคัญต้องพิจารณาว่าคำสั่งหรือการสร้างระเบียบแบบแผน แนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิโดยสิ้นเชิง (Complete Denial) หรือไม่ หากเป็นกรณีที่ไม่เป็นการปฏิเสธสิทธิโดยสิ้นเชิง อาทิ คำสั่งกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทยเกี่ยวกับการตั้งชื่อบุคคล หรือชื่อสกุลของบุคคล ต้องมีความหมาย ย่อมไม่ถือเป็นการปฏิเสธสิทธิในการตั้งชื่ออันเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลโดยสิ้นเชิง แต่เป็นการส่งเสริมให้การตั้งชื่อแสดงให้เห็นถึงคุณค่าและความหมายของการมีชีวิต

นอกเหนือจากการศึกษากฎหมายลำดับหลักและกฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน บทความนี้ยังกล่าวถึงประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) กรณีกฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มี การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก กับ (2) กรณีกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า จะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญปัจจุบันหรือไม่ การตรากฎหมายในกรณีดังกล่าวต้องมีพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ให้ตรากฎหมายขึ้น แม้ปัจจุบันประเทศไทย

จะมีรัฐธรรมนูญ การตรากฎหมายจะต้องนำร่างกฎหมายขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย โดยจะปรากฏข้อความในกฎหมายทุกฉบับว่า “มีพระบรมราชโองการให้ประกาศว่า ฯ” ซึ่งเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

สำหรับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้ามีข้อความหรือบทบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ จะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและใช้บังคับต่อไปได้หรือไม่ กล่าวได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นอันตกไปและใช้บังคับไม่ได้เฉพาะบทบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการจะทราบว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นกรณีที่มีผู้ได้รับผลกระทบและใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล อาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันคงมีกฎหมายมากมายหลายฉบับมีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีผู้ร้องขอใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล อาทิ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 29 และมาตรา 30 ซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 31 หรือไม่ เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณา ทบทวนโดยละเอียดต่อไป กรณีดังกล่าวจึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ากฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าทุกฉบับชอบด้วยรัฐธรรมนูญจนกว่ามีผู้ร้องขอใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล และศาลวินิจฉัยแล้วว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรม หลักความได้สัดส่วนของกฎหมาย และหลักการใช้บังคับทั่วไปไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกรณีใด กรณีหนึ่งเป็นการเจาะจง การกำหนดหลักการดังกล่าวเพื่อให้การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรม (The Rule of Law) หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และหลักการใช้บังคับเป็นการทั่วไป (Principle of Generality) ของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำเป็นต้องพิจารณาสาระสำคัญแห่งหลักซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญหลาย ๆ ประการ กล่าวคือ

กฎหมายต้องเข้าถึงได้โดยง่าย (Accessibility to Law) การเข้าถึงดังกล่าว หมายความว่า การเข้าถึงทางกายภาพและจิตวิญญาณของกฎหมาย ฉะนั้น กฎหมายจึงต้องมีการประกาศใช้ มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชน การประกาศใช้ดังกล่าวถือหลักว่าประชาชนทุกคนทราบถึงการมีอยู่ของกฎหมาย การประกาศใช้กฎหมายยังไม่เพียงพอที่จะทำให้กฎหมายชอบด้วยหลักนิติธรรม กฎหมายยังต้องเข้าใจได้โดยง่าย ไม่ซับซ้อนเกินกว่าที่บุคคลทั่วไปจะเข้าใจได้ และหากต้องอาศัยนักกฎหมายในการตีความ การตีความต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน กฎหมายที่เข้าถึงได้โดยง่ายยังต้องมีความชัดเจน (Clarity of Law) ไม่กำกวม ไม่คลุมเครือหรือขัดแย้งกันเอง บางประเทศมีการพัฒนาหลักการทางรัฐธรรมนูญว่า หากกฎหมายมีลักษณะคลุมเครือย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Doctrine of Vagueness) สำหรับประเทศไทย ไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยหรือคำตัดสินของศาลที่วางหลักการดังกล่าว ความชัดเจนของกฎหมายยังหมายถึงกฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลัง (Retroactive) และไม่มีลักษณะเป็นการรับรองผลของการที่ได้กระทำไปแล้ว (Retrospective) นอกจากนี้ กฎหมายที่ตราขึ้นยังต้องมีความสอดคล้องกับการบังคับใช้ในทางภาคปฏิบัติ กล่าวคือ สามารถปฏิบัติได้ หรือไม่พันวิสัยที่จะบังคับได้ รวมตลอดทั้งมีความสอดคล้องกันระหว่างเจตนารมณ์การบัญญัติกฎหมายกับการตีความตัดสินของผู้พิพากษาศาล

นอกเหนือจากสาระสำคัญดังกล่าวข้างต้น กฎหมายยังต้องมุ่งเน้นให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นการประกันสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 26 บัญญัติให้การตรากฎหมายต้องไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล รวมทั้งมีเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในการพิจารณากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ หลักนิติธรรมและความได้สัดส่วนยังรวมถึงเรื่องการใช้กฎหมายให้มีผลเป็นการบังคับใช้ทั่วไป ไม่เลือกปฏิบัติหรือใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรือหลักการใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อรับรองว่ากฎหมายที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมต้องไม่เป็นการใช้ดุลยพินิจตาม

อ้าใจ และไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งบุคคล สาระสำคัญดังกล่าวเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ต้องคำนึงถึงในการพิจารณากฎหมายที่ตราขึ้นและมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และรัฐธรรมนูญมีได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ

### บรรณานุกรม

- Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (New York: Cambridge University Press, 2012).
- David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago: The University of Chicago Press, 1994).
- John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Richard Taylor, The University of London, 1832).
- Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 2000).
- Mahabir Prashad Jain, *Indian Constitutional Law* (London: LexisNexis Butterworths, 2003).
- Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Thomson Carswell, 2007) 123.
- Suzie Navot, *The Constitutional Law of Israel* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007).
- นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย* (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2541).
- นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย* (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2541).
- ปัญญา อุตาชาน, ‘พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม: รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ’ (2556) 61(8) *รัฐสภาสาร*.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560).
- ปวีตร เลิศธรรมเทวี, *การนำประเพณีในการปกครองประเทศไทยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561).
- ปวีตร เลิศธรรมเทวี, ‘พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย’ (2559) 34(1) *วารกฎหมาย*.
- ปวีตร เลิศธรรมเทวี, *องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบในกลุ่มประเทศอาเซียน* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563).
- ไพโรจน์ ชัยนาม, *รัฐธรรมนูญและการปกครองของอิตาลี* (กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2529).
- มุนินทร์ พงศาปาน, *ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).

- รวินท์ สีสะพัฒนะ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).
- วิจิตรา (ฟุ้งถัดดา) วิเชียรชม, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561).
- วิชณู เครื่องงาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530).
- ศุภลักษณ์ พิณจภูวาล, *หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มีบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547).
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, *พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538).
- แสง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ตันบุญเจริญ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).
- อมร จัทรสมบุรณ์, *รวมบทความเกี่ยวกับโครงสร้างและกลไกทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญในทัศนะของ ศ.ดร.อมร จัทรสมบุรณ์* (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2539).

### ดัชนีค้นคำ

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ	104, 121, 122, 191
การเลือกปฏิบัติ	181-183, 190, 191
คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	123, 136, 176
ความเสมอภาค	149, 190
โทษทางอาญาไม่มีผลย้อนหลัง	110, 111, 159
พรรคการเมือง	110, 123, 125-129, 152-154, 156-158, 191
รัฐอธิปไตย	115, 136, 148, 149, 174, 175
ลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย	103, 114, 121, 192
ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	107, 141, 169, 180, 181, 184, 194
ศาลรัฐธรรมนูญ	111, 115, 118, 119, 124, 128, 129, 133, 136, 140, 142, 151, 157-159, 165-170, 172-174, 176-181, 183, 184, 188, 189
สิทธิทางรัฐธรรมนูญ	133
สิทธิมนุษยชน	110, 111, 120, 124, 149, 150, 180, 182-183, 189, 194
สิทธิและเสรีภาพ	103, 105-107, 110-114, 116-120, 124-126, 129, 130, 132-135, 140, 141, 146, 149, 155-157, 165-167, 169-171, 176, 177, 179, 180, 184, 185, 186, 188, 189, 191-195
สิทธิเด็ดขาด	105, 106, 119, 121, 128, 191
หลักความได้สัดส่วน	141, 166-169, 172, 174, 179, 180, 184, 185, 193, 194
หลักนิติธรรม	114, 116, 140-150, 155, 159, 160, 161, 164-166, 169, 170, 173, 176, 180, 186, 189, 193, 194
อาชญากรรมสงคราม	111, 159

## บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

### 1.3 การระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ (The Justification and Necessity for the Restriction of the Rights or Liberties)

โดย  
นายปรัชญา เจียสกุล

สารบัญ

	หน้า
ก. ความนำ .....	202
ข. การระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ .....	204
1. หลักทฤษฎี .....	204
1.1 วัตถุประสงค์ของการระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ .....	204
1.2 ขอบเขตของการกำหนดให้ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ .....	206
1.3 รูปแบบของการเขียน .....	215
1.4 ผลของการไม่ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย จำกัดสิทธิและเสรีภาพ .....	220
2. สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง .....	223
2.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 13-14/2541 .....	223
2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9-10/2543 และ 8-11/2546 .....	224
2.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 35-36/2544 .....	229
3. บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ .....	231
3.1 วัตถุประสงค์ของการระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ .....	231
3.2 ขอบเขตของการกำหนดให้ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ .....	231
3.3 รูปแบบของการเขียน .....	233
3.4 ผลของการไม่ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย จำกัดสิทธิเสรีภาพ .....	234
ค. การระบุเหตุผลผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 26 .....	236
วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	
1. หลักทฤษฎี .....	236
1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 .....	236

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.2 วัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ “ระบุ” เหตุผลความจำเป็น .....237	237
ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ	
1.3 ผลของการไม่ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ.....239	239
2. สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 .....239	239
3. บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....241	241
3.1 ความหมายของ “เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ” .....241	241
3.2 วัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ “ระบุ” เหตุผลความจำเป็น .....245	245
ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ	
3.3 ขอบเขตของการใช้บทบัญญัติในแง่เวลา.....246	246
3.4 ขอบเขตของการใช้บทบัญญัติในแง่เนื้อหา .....247	247
3.5 รูปแบบของการเขียน .....249	249
บรรณานุกรม .....251	251
ดัชนีค้นคำ .....253	253

# การระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ (The Justification and Necessity for the Restriction of the Rights or Liberties)

ปรัชญา เจียสกุล\*

## บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

เกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

### ก. ความนำ

รัฐธรรมนูญตามแนวคิดแบบเสรีประชาธิปไตยได้ทำหน้าที่เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่วางรูปแบบ โครงสร้าง และวิธีการใช้อำนาจในการปกครอง แต่ยังทำหน้าที่เป็นเกราะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนมิให้ถูกละเมิดโดยอำนาจรัฐที่ถูกสถาปนาขึ้น<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญตามแนวคิดนี้จึงมิได้มีเพียงบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานในด้านต่าง ๆ ที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยตรง แต่ยังมีกรวางหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้วยการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกลไกการใช้อำนาจรัฐเพื่อป้องกันหรือลดโอกาสให้เกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพตั้งแต่ต้นอีกด้วย<sup>2</sup>

บทบัญญัติที่เป็นตัวอย่างของการวางหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่พบได้รูปแบบหนึ่งซึ่งมีต้นแบบมาจากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ

\* นิติศาสตรบัณฑิต มลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทิมแบร์ก (Ref. iur.) และนิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยม อันดับสอง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

<sup>1</sup> บรรเจิด สิงคนะดี, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), 237; ภัสวรรณ อุซุงค์อมร, *การจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 : ศึกษาเฉพาะกรณีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545) หน้า 93

<sup>2</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 1

เยอรมนี<sup>3</sup> (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland หรือ GG) ได้แก้บทบัญญัติที่กำหนดว่า ในกรณีที่มีการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิ กฎหมายดังกล่าวต้องระบубทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในแต่ละเรื่องนั้นไว้ด้วย (มาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)) ประเทศไทยเป็นหนึ่งในหลายประเทศที่ได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ให้ผู้ออกกฎหมายต้องระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ และบัญญัติไว้อีกครั้งในมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

อย่างไรก็ดี เมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฯ มิได้นำความข้างต้นมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ อีก แต่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ... ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” ซึ่งแม้ว่าจะมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างออกไปจากต้นแบบ บทบัญญัติในมาตรา 26 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ยังคงลักษณะเป็นการกำหนดรูปแบบในการตรากฎหมายสำหรับกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ อีกทั้งในทางปฏิบัติ หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่จัดทำร่างกฎหมายก็มิได้ยกเลิกการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพแต่อย่างใด แต่ได้กำหนดแนวทางให้ยังคงการระบубทบัญญัติฯ ที่ให้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิฯ ไว้ โดยให้เพิ่มเหตุผลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต่อจากการระบубทบัญญัติฯ ที่ให้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิฯ ด้วย<sup>4</sup> จึงพิจารณาได้ว่ามาตรา 26 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีความเชื่อมโยงและมีวิวัฒนาการมาจากเรื่องการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าว

<sup>3</sup> ต่อจากนี้ไป ใช้ “รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)”

<sup>4</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การกำหนดแนวทางการตรวจและการจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย-เรื่องเสรีที่ 479/2560

โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้มีคำวินิจฉัยบรรทัดฐานเกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิแล้วหลายกรณี ซึ่งยังคงใช้เป็นแนวทางสำหรับการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพได้ จึงสมควรจัดทำคำอธิบายบรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (ข.) และในส่วนที่เกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (ค.)

## ข. การระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

### 1. หลักทฤษฎี

การกำหนดให้ต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น เป็นกลไกที่ถอดแบบมาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)<sup>5</sup> ดังนั้น เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจแนวคิดซึ่งเป็นที่มาของการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้ต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ จึงสมควรกล่าวถึงหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งเป็นต้นแบบของข้อกำหนดดังกล่าว พร้อมไปกับการวิเคราะห์ถ้อยบัญญัติและเจตนารมณ์ของมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ มาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่ามีความสอดคล้องกับแนวทฤษฎีตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันเพียงใด

#### 1.1 วัตถุประสงค์ของการระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ

รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ว่า “ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพใด โดยการตราเป็นกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ กฎหมายนั้นต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการ

<sup>5</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5/2540 วันอังคารที่ 28 มกราคม 2540, หน้า 14 (วิชา 2/7)

เจาะจง นอกจากนั้น กฎหมายดังกล่าวต้องระบุมาตราซึ่งรับรองสิทธิเสรีภาพที่ถูกจำกัดนั้นด้วย”<sup>6</sup>

ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ได้บัญญัติเงื่อนไขดังกล่าวเพื่อรับประกันว่าผู้ที่ถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะผู้ตรากฎหมายจะเคารพและให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้<sup>7</sup> ในแง่นี้เงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ (Zitiergebot) จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อ “เตือน” (Warnfunktion) และ “สร้างความระลึกงู” (Besinnungsfunktion) ต่อฝ่ายนิติบัญญัติให้ทราบว่าการกฎหมายที่กำลังตราขึ้นนั้นมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ เพียงใด และจำกัดสิทธิในเรื่องใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เพื่อป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยมิได้ตั้งใจ นอกจากนั้น การระบุมาตราซึ่งรับรองสิทธิเสรีภาพที่ถูกจำกัดยังมีส่วนช่วยให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถตีความกฎหมายได้แม่นยำยิ่งขึ้น โดยหากผู้ใช้และตีความกฎหมายพบว่ากฎหมายใดมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ แต่ไม่ปรากฏว่าผู้ตรากฎหมายได้ระบุมาตราซึ่งรับรองสิทธิเสรีภาพที่ถูกจำกัดดังกล่าว ก็อาจเป็นเหตุให้พิจารณาได้ว่าผู้ตรากฎหมายมิได้มุ่งประสงค์ให้กฎหมายดังกล่าวส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งผู้ใช้กฎหมายย่อมต้องตีความและบังคับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์เช่นว่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรา 19 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) มีวัตถุประสงค์เพื่อ “สร้างความชัดเจน” (Hinweis-, Klarstellungsfunktion) ให้แก่ผู้ใช้และตีความกฎหมายด้วย<sup>9</sup>

ในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น หากพิจารณابันทึกรายงานการประชุมของคณะกรรมการการสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบเห็นได้ว่าคณะผู้กร่างได้ถอดแบบการกำหนดให้ต้องระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจ

<sup>6</sup> แปลโดยผู้เขียน, รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ฉบับภาษาเยอรมันและภาษาอังกฤษได้ที่ <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2565

<sup>7</sup> Remmert, Art. 19, Vorbemerkung, in: Dürig/Herzog/Scholz (ed.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 98. EL März 2022, marginal no. 1

<sup>8</sup> Remmert, Art. 19 Abs. 1, in : Dürig/Herzog/Scholz (ed.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 98. EL März 2022, marginal no. 41; บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), 252; ภัสวารณ อุซุงศ์อมร, อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 86

<sup>9</sup> Remmert, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 8

ในการจำกัดสิทธิมาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) โดยมีการบันทึกไว้เป็นหลักฐานว่า กรรมาธิการสภาร่างรัฐธรรมนูญชี้ให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของการระบุมাত্রาของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ “เพื่อที่จะให้ผู้ร่างกฎหมาย โดยเฉพาะรัฐสภานั้น ดูให้แน่ชัดว่าสิ่งที่ตัวกำลังจะจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นเกินขอบเขตรัฐธรรมนูญหรือไม่” ซึ่ง “เป็นหลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน”<sup>10</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่าคณะกรรมการประสงค์ที่จะนำกลไกของรัฐธรรมนูญเยอรมันดังกล่าว มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของไทยเพื่อให้ทำหน้าที่เตือนและสร้างความระลึกรู้ให้กับฝ่ายนิติบัญญัติของไทยด้วย นอกจากนี้ ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดทำคู่มือแบบการร่างกฎหมาย<sup>11</sup> ซึ่งอธิบายความมุ่งหมายประการหนึ่งของการระบุบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในร่างกฎหมายไว้ว่า “เพื่อประกาศหรือแสดงให้เห็นโดยทั่วไปว่าพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับนั้น มีบทบัญญัติบางมาตราที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฯลฯ”<sup>12,13</sup> ซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการสร้างความชัดเจนให้กับผู้ใช้และตีความกฎหมายเหมือนดังกรณีมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน<sup>14</sup>

## 1.2 ขอบเขตของการกำหนดให้ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ

### 1.2.1 ทฤษฎีตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)

การกำหนดให้ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธินั้น เป็นกลไกเชิงรูปแบบ<sup>15</sup> ซึ่งแม้ว่าการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวจะไม่ใช่เหตุให้

<sup>10</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5/2540 วันอังคารที่ 28 มกราคม 2540, หน้า 14 (วิไล 2/7), <https://library.parliament.go.th/rayngankarprachumkhnakr-mathikarykrangraththrrmnuuy-2540>, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2565

<sup>11</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือแบบการร่างกฎหมาย, (กรุงเทพฯ, 2551)

<sup>12</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือแบบการร่างกฎหมาย, (กรุงเทพฯ, 2551), หน้า 76

<sup>13</sup> ต่อมา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการปรับปรุงคู่มือแบบการร่างกฎหมาย โดยได้ปรับปรุงเนื้อหาและเปลี่ยนชื่อเอกสารเป็น “แนวทางในการจัดทำร่างกฎหมาย” ซึ่งเอกสารดังกล่าว ยังคงกล่าวถึงความมุ่งหมายของการกำหนดให้ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิไว้เช่นเดิม (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *แนวทางในการจัดทำร่างกฎหมาย*, (กรุงเทพฯ, 2563), หน้า 50

<sup>14</sup> ดู ภัสวรรณ อุซุงศ์อมร, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 109

<sup>15</sup> Remmert, Art. 19 Abs.1, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 8, marginal no. 40

ประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง แต่ก็อาจเป็นเหตุให้ผู้ซึ่งถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพยกความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวขึ้นอ้างในการใช้สิทธิเรียกร้องของตนได้<sup>16</sup> ดังนั้น เพื่อให้เงื่อนไขเชิงรูปแบบดังกล่าวมีความสมเหตุสมผล และฝ่ายนิติบัญญัติสามารถปฏิบัติตามได้โดยไม่เป็นภาระเกินความจำเป็น<sup>17</sup> ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จึงได้กำหนดขอบเขตของเงื่อนไขดังกล่าวไว้ อย่างเคร่งครัดด้วยการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอย่างแคบ โดยนอกจากจะจำกัดให้ใช้เงื่อนไขดังกล่าวเฉพาะกับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตราขึ้นตั้งที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว<sup>18</sup> ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ยังได้จำกัดขอบเขตการใช้เงื่อนไขดังกล่าวในแง่ของเวลา โดยอ้างถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าวว่า **เงื่อนไขที่กำหนดให้ระบอบบทบัญญัติฯ ที่ให้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้น**

<sup>16</sup> ในกรณีของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน ข้อกำหนดในรัฐธรรมนูญให้ระบอบบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิอื่น เป็นบทบัญญัติที่มีผลผูกพันให้ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งบุคคลทั่วไปอาจก่อให้เกิดสภาพบังคับได้โดยการใช้สิทธิเรียกร้องของตนเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในแต่ละกรณี (“subjektivrechtlich bewehrte Rechtsbindung”), ดู *Remmert*, Art. 19, Vorbemerkung, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7, marginal no. 4

<sup>17</sup> ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้ให้เหตุผลในทำนองเดียวกันนี้, ดู BVerfG NJW 1970, 1268

<sup>18</sup> รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ใช้คำว่า “กฎหมาย” หรือ “Gesetz” แตกต่างกันตามบริบท โดยในบริบทของการให้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวได้ “**โดยกฎหมาย**” (“**durch Gesetz**”) คำว่า “กฎหมาย” ตามความหมายนี้ หมายรวมถึงกฎหมายของฝ่ายบริหาร ได้แก่ กฎกระทรวง (Rechtsverordnung) และข้อบังคับ (Satzung) ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับรัฐบัญญัติด้วย (ดู BVerfG NJW 1972, 1504) ซึ่งแม้ต่อมาจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพให้ใช้คำว่า “**โดยกฎหมายหรือโดยที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้**” (“**durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes**”) ก็มีได้ส่งผลทำให้การใช้คำว่า “กฎหมาย” ในบริบทนี้เปลี่ยนไปแต่อย่างไร (ดู Scholz, Art. 12, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Werkstand: 98. EL März 2022, marginal no. 311) อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไป การใช้คำว่า “กฎหมาย” หรือ “Gesetz” ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) หมายถึงกฎหมายในเชิงรูปแบบ (formelles Gesetz) ซึ่งคือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น (Maurer, *Staatsrecht I*, 3. Auflage, München 2003, § 17, Rn.13)

อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) มิได้กำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจทางนิติบัญญัติในการตราพระราชกำหนดในกรณีฉุกเฉินได้ รวมทั้งมิได้บัญญัติให้มี “กฎหมาย” ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ารัฐบัญญัติดังเช่นกรณีของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของไทย ดังนั้น กฎหมายในเชิงรูปแบบ (formelles Gesetz) จึงหมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และมีลำดับศักดิ์ได้เพียงระดับเดียวเท่านั้น

เป็นเงื่อนไขเชิงรูปแบบที่ผู้ตรากฎหมายย่อมไม่อาจทราบได้ว่าจะมีก่อนที่จะมีรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ดังนั้น เงื่อนไขดังกล่าวจึงใช้บังคับได้เฉพาะกับกฎหมายที่ตราขึ้นภายหลังจากที่มีรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเท่านั้น<sup>19</sup>

นอกจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ยังได้จำกัดให้ใช้เงื่อนไขดังกล่าวเฉพาะในกรณีของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเพียงบางประเภท โดยศาลฯ เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวอ้างอิงเฉพาะกรณีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยการตราเป็นกฎหมาย (“ein Grundrecht durch Gesetz ... eingeschränkt werden”) หรืออำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ (“ein Grundrecht ... aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden”) เท่านั้น ดังนั้น กรณีที่จะต้องระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ย่อมหมายถึงเฉพาะบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่มีข้อความให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิตามกรณีข้างต้น และไม่ใช่กับบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่บัญญัติให้อำนาจตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพ<sup>20</sup> อาทิ

<sup>19</sup> รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) มิได้มีการบัญญัติบทเฉพาะกาลที่กำหนดขอบเขตของการใช้ในแง่เวลาสำหรับการระบุบทบัญญัติฯ ที่ให้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิไว้ตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้ายของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) แต่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางบรรทัดฐานในประเด็นนี้โดยอ้างอิงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าว, ดู BVerfG NJW 1970, 1268 (Remmert, Art. 19 Abs.1, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 8, marginal no. 48)

<sup>20</sup> บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) บางประการ บัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่จะกระทำการในสิ่งใดสิ่งหนึ่งซึ่งมิใช่การกระทำโดยธรรมชาติแต่เป็นการกระทำทางกฎหมาย (rechts- oder normgeprägten Schutzbereich) อาทิ การจัดตั้งนิติบุคคล หรือการสมรสระหว่างบุคคลตามกฎหมาย ดังนั้น ปวงชนจะใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อรัฐตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดเพื่ออำนวยความสะดวกให้ปวงชนกระทำการในเรื่องดังกล่าวได้ (Bedarf an Ausgestaltung und Konkretisierung des Grundrechts durch Gesetzgeber, ดู Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 18. Auflage, Heidelberg, 2002, marginal no. 209) อาทิ การตรากฎหมายกำหนดรูปแบบนิติบุคคลทางแพ่งเพื่อให้ปวงชนสามารถใช้เสรีภาพในการตั้งสมาคมหรือองค์การเอกชนตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ได้ ดังนั้น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ที่กำหนดคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประเภทดังกล่าว จึงมักกำหนดให้อำนาจตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ผู้ตรากฎหมายก็ได้มีอำนาจกำหนดขอบเขตของสิทธิเสรีภาพให้แคบไปกว่าที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองเสมือนเป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้เสียเอง โดยศาลรัฐธรรมนูญสงวนไว้ซึ่งอำนาจในการชี้ขาดว่ากฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อกำหนดรายละเอียด

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)<sup>21</sup> ตลอดจนไม่ใช้กับบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มีได้บัญญัติให้อำนาจตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ อาทิ เสรีภาพทางศิลปะ การวิจัย และวิชาการตามมาตรา 5 วรรคสาม ประโยคแรก ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)<sup>22</sup> โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ให้เหตุผลว่ามาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อป้องกันมิให้มีการตรากฎหมาย จำกัดสิทธิเสรีภาพ “เกินไปกว่าขอบเขตที่ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิเสรีภาพนั้น ๆ อยู่แล้ว”<sup>23</sup> ซึ่งกรณีบทบัญญัติที่ให้อำนาจตรากฎหมาย เพื่อกำหนดรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) มองว่าเป็นการตรากฎหมายภายในขอบเขตดังกล่าว จึงไม่มีความจำเป็นต้อง “เตือน” ฝ่ายนิติบัญญัติให้ระลึกถึงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในประการเหล่านี้อีก

### 1.2.2 ทฤษฎีตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น มิได้” และมาตรา 29 วรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ

---

ของสิทธิเสรีภาพนั้น มีความสอดคล้องกับขอบเขตของสิทธิเสรีภาพตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ และหากผู้ตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดของการใช้สิทธิเสรีภาพให้มีขอบเขตที่แคบไปกว่าที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครอง เนื้อหาในส่วนนั้นย่อมมิใช่การกำหนดขอบเขตของสิทธิเสรีภาพ แต่กลายเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพแทน (ดู Pieroth/Schlink, marginal no. 21; Sachs, in: Sachs (ed.) Grundgesetz Kommentar, Vorbemerkungen zu Abschnitt I, marginal no. 102)

<sup>21</sup> BVerfG NJW 1983, 2869

<sup>22</sup> BVerfG NJW 1991, 1471

<sup>23</sup> “Die Vorschriften des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG gilt also nur für Gesetze, die darauf abzielen, ein Grundrecht über die in ihm selbst angelegten Grenzen hinaus einzuschränken.” (ดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งได้กลายมาเป็นบรรทัดฐานสำคัญ BVerfG NJW 1958, 1035)

ในการตรากฎหมายนั้นด้วย” ซึ่งหากพิจารณาถ้อยบัญญัติตามที่ปรากฏในมาตรา 29 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แล้ว เห็นได้ว่าเงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น ใช้กับกรณีที่ 1) มีการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้และ 2) สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองดังกล่าว ต้องเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดไว้ด้วย

### (ก) การตรากฎหมาย

สำหรับเงื่อนไขประการแรกซึ่งกำหนดขอบเขตให้มีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจเฉพาะในกรณีที่มีการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ในภาพรวมถือได้ว่ามีความสอดคล้องกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ทั้งนี้ ในกรณีของไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจทางนิติบัญญัติได้ในบางกรณีโดยการตรากฎหมายในรูปแบบของพระราชกำหนด และได้บัญญัติไว้ชัดเจนให้ใช้บังคับพระราชกำหนด “ดังเช่นพระราชบัญญัติ”<sup>24</sup> ดังนั้นกฎหมายตามนัยของมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงย่อมหมายความรวมถึงพระราชกำหนดซึ่งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งให้อำนาจในการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นด้วย<sup>25</sup>

นอกจากพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ยังกำหนดให้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งในภาพรวมมีกระบวนการตราไม่ต่างจากพระราชบัญญัติ

<sup>24</sup> ดู มาตรา 218 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 184 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 172 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>25</sup> ข้อสรุปในทางทฤษฎีนี้ มีความสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของการจัดทำร่างพระราชกำหนดภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับ อาทิ พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ก็ได้มีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายซึ่งจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นไว้

ทั่วไป อย่างไรก็ตามก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดกระบวนการในการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้ต่างไปจากการตราพระราชบัญญัติ โดยกำหนดให้มีเงื่อนไขที่เพิ่มขึ้น ปัจจุบันจึงเป็นที่ยอมรับในทางวิชาการว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งตราขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด<sup>26</sup> ซึ่งหากพิจารณาว่าการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้ต้องกระทำ ประกอบกับรัฐธรรมนูญได้กำหนดกรอบเนื้อหาของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับไว้แล้ว จึงอาจมีประเด็นให้พิจารณาได้ว่าการระบอบบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ยังมีความจำเป็นและยังสอดคล้องกับความมุ่งหมายเดิมของมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อยู่หรือไม่ แต่โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้กำหนดให้ต้องระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายแล้ว ประเด็นดังกล่าวจึงเป็นเพียงประเด็นทางทฤษฎีเท่านั้น โดยในทางปฏิบัติได้มีการระบอบบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายฯ ไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเสมอมา ซึ่งอนุมานได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ตีความคำว่า “กฎหมาย” ตามนัยของมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้หมายความรวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วย

(ข) การให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

สำหรับเงื่อนไขในประการที่สองนั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีการใช้ถ้อยคำในส่วนที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ต่างกัน โดยมีทั้งการกำหนดเงื่อนไขกฎหมายพิเศษสำหรับ

<sup>26</sup> อภิวัฒน์ สุดสาว, ลำดับศักดิ์ทางกฎหมาย ระหว่าง “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” กับ “พระราชบัญญัติ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, จุลนิติ, มกราคม-กุมภาพันธ์ 2564, หน้า 97-106

<sup>27</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 56

การจำกัดสิทธิเสรีภาพ<sup>27,28</sup> และการกำหนดเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปสำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพ<sup>29,30</sup> อีกทั้งยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญที่มีได้ระบุให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิ แต่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพ<sup>31</sup> แต่ก็ไม่ปรากฏว่าได้มีการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายให้จำกัดขอบเขตอยู่เฉพาะการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญระบุให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิฯ เท่านั้น แต่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตีความขยายขอบเขตของมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ให้ใช้กับกรณีที่รัฐธรรมนูญระบุให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพด้วย<sup>32</sup> ซึ่งแนวทางของไทยดังกล่าวต่างไปจากแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางไว้<sup>33</sup> โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้ตีความมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)

<sup>28</sup> อาทิ มาตรา 36 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร โดยบัญญัติในวรรคสองว่า “การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์”

<sup>29</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 56

<sup>30</sup> อาทิ มาตรา 31 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย โดยบัญญัติในวรรคสามว่า “การจับกุม คุมขัง ตรวจค้นตัวบุคคล หรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หรือมาตรา 48 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน ซึ่งมีได้ใช้คำว่า “โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” แต่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

<sup>31</sup> อาทิ มาตรา 48 ซึ่งบัญญัติในวรรคหนึ่งว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” และบัญญัติไว้ในวรรคสองด้วยว่า “สิทธิในการสืบทอดของบุคคลย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

<sup>32</sup> พระราชบัญญัติที่มีการระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ อาทิ พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 (ระบุมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540) พระราชบัญญัติคุ้มครองซากดึกดำบรรพ์ พ.ศ. 2551 (ระบุมาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) และพระราชบัญญัติการควบคุมสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการแพร่ขยายอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง พ.ศ. 2562 (ระบุมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560)

<sup>33</sup> ภัสวรรณ อุซุงค์อมร, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 159

ไว้อย่างแคบ โดยให้ใช้เงื่อนไขดังกล่าวเฉพาะในกรณีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจกระทำได้โดยการตราเป็นกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น แต่มิได้ให้ใช้กับกรณีที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพด้วย<sup>34</sup>

ทั้งนี้ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้กำหนดขอบเขตของสิทธิหรือจำกัดสิทธิโดยตราเป็นกฎหมายหรือโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>35,36</sup> ได้นั้น เนื่องจากบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวมิได้มีข้อความที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิเสรีภาพหรือเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพก็ตาม กรณีจึงไม่เข้าข่ายที่จะอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้บังคับของมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อยู่แล้วโดยสภาพ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางการใช้และการตีความมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ที่ไม่อาจนำมาใช้กับการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายได้<sup>37,38</sup>

<sup>34</sup> กล่าวแล้วข้างต้น, หัวข้อ ข.1.2.1 (ดูหน้า 6 และเชิงอรรถที่ 23)

<sup>35</sup> อาจเรียกสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ว่า “สิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย”, ดู บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 57

<sup>36</sup> อาทิ สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวตามมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือเสรีภาพในทางวิชาการ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

<sup>37</sup> *Pieroth/Schlink*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 20, marginal no. 311, 259f., 318f.

<sup>38</sup> สิทธิและเสรีภาพบางประการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองไว้ อาทิ เสรีภาพในการถือศาสนา หรือเสรีภาพทางวิชาการ มิได้มีการกำหนดให้สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกำหนดให้ตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว โดยอาจเรียกสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ว่า “สิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย” (*Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt*) อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญมิได้ให้อำนาจตรากฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ไว้ ก็มิได้หมายความว่าเสรีภาพดังกล่าวมีอยู่โดยไร้ซึ่งขอบเขต แต่ย่อมถูกจำกัดโดยขอบเขตความคุ้มครอง (*Schutzbereich*) ของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประการนั้น ซึ่งจะถูกรักษาโดยขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพประการอื่นอีก, ดู *Pieroth/Schlink*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 20, marginal no. 257ff.

## (ค) ขอบเขตของการใช้บทบัญญัติในแง่ของเวลา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติไว้ในมาตรา 335 (1) มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้ ฯลฯ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้แล้วว่า<sup>39</sup> กรณีกฎหมายที่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (วันที่ 11 ตุลาคม 2540) เป็นกรณีที่ต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 335 (1) จึงไม่ต้องนำบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับ กล่าวคือ ไม่ต้องระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา และแม้ว่าในเวลาต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะมีได้มีการบัญญัติบทเฉพาะกาลไว้ดังเช่นมาตรา 335 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อีก แต่หากพิจารณาถึงความมุ่งหมายของมาตรา 29 วรรคสองดังกล่าวซึ่งเป็นเงื่อนไขเชิงรูปแบบ ย่อมเข้าใจได้ว่าเป็นเงื่อนไขที่ใช้บังคับได้เฉพาะกับกฎหมายที่ตราขึ้นภายหลังจากที่มีรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) วางเป็นบรรทัดฐานไว้<sup>40</sup>

อนึ่ง ในประเด็นนี้มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญไทยในประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในแง่รูปแบบนั้น สามารถกระทำได้เฉพาะก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมาย<sup>41</sup> ดังนั้นเมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานแล้วว่า คำร้องที่เกี่ยวกับการระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมาย<sup>42</sup> ในทางปฏิบัติจึงไม่อาจเกิดกรณีการยื่นคำร้องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบกับกฎหมายที่ตราขึ้นก่อนที่

<sup>39</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8-11/2546 (ดูสรุปย่อคำวินิจฉัยในหัวข้อ ข.2.2 ด้านล่าง)

<sup>40</sup> กล่าวแล้วข้างต้น, หัวข้อ ข.1.2.1

<sup>41</sup> การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่จะต้องดำเนินการก่อนที่จะร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้นจะประกาศใช้เป็นกฎหมาย (ดู มาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ มาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550)

<sup>42</sup> ดังจะได้อธิบายต่อไป, ดูด้านล่าง หัวข้อ ข.1.4

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะประกาศใช้ได้เลย ประเด็นขอบเขตการใช้บทบัญญัติในแง่เวลา จึงเป็นประเด็นในเชิงทฤษฎีเท่านั้น<sup>43</sup>

### 1.3 รูปแบบของการเขียน

#### 1.3.1 กรณีกฎหมายเยอรมัน

รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) มิได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับรูปแบบของการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ อย่างไรก็ตาม รัฐบาลแห่งสหพันธ์ได้ออกระเบียบภายในเกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจสำหรับหน่วยงานของสหพันธ์ในระดับกระทรวง (Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien หรือ GGO)<sup>44</sup> ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดทำร่างกฎหมายและการเสนอกฎหมายของกระทรวงต่อคณะรัฐมนตรี รวมทั้งบัญญัติ<sup>45</sup> ให้อำนาจกระทรวงยุติธรรมจัดทำคู่มือแบบการร่างกฎหมายเพื่อให้กระทรวงต่าง ๆ ใช้เป็นแนวทางเดียวกัน โดยคู่มือ<sup>46</sup> ดังกล่าวได้วางแนวทางสำหรับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ไว้ด้วยซึ่งมีคำแนะนำเกี่ยวกับรูปแบบการเขียนไว้ว่า *การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อเตือนและสร้างความระลึกรู้* ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว *ผู้ร่างกฎหมายจึงสมควรระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ ไว้ในมาตราที่มีบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ โดยตรง อย่างไรก็ตาม หากการระบุ*

<sup>43</sup> ดู บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 269-270

<sup>44</sup> [http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund\\_21072009\\_O11313012.htm](http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_21072009_O11313012.htm) สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2565

<sup>45</sup> ข้อ 42 วรรคสี่ แห่งระเบียบภายในเกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจสำหรับหน่วยงานของสหพันธ์ในระดับกระทรวง (Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien) บัญญัติไว้ว่า “ในการพิจารณาว่าร่างกฎหมายเป็นไปตามแบบการร่างกฎหมายหรือไม่ ให้พิจารณาให้สอดคล้องกับคำแนะนำที่ปรากฏในคู่มือแบบการร่างกฎหมายที่กระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์จัดทำขึ้นรายกรณี” (แปลโดยผู้เขียน, อ้างแหล่งสืบค้นตัวบทแล้วในเชิงอรรถที่ 44)

<sup>46</sup> คู่มือแบบการร่างกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Handbuch der Rechtsförmlichkeit), [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/RechtsdurchsetzungUndBuerokratieabbau/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit\\_eng.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/RechtsdurchsetzungUndBuerokratieabbau/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit_eng.html) (สืบค้นเมื่อวันที่ 24 ธันวาคม 2565)

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ไว้ในแต่ละมาตราที่เกี่ยวข้องจะเป็นอุปสรรคต่อการอ่านและทำความเข้าใจกฎหมาย หรือในกรณีที่มีบทบัญญัติหลายมาตราที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพเรื่องเดียวกัน ผู้ร่างกฎหมายอาจพิจารณาระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รวมไว้ในตอนท้ายของกฎหมายได้ โดยผู้ร่างกฎหมายพึงหลีกเลี่ยงวิธีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่มีได้มีการอ้างมาตราในร่างกฎหมายที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ แต่พึงอ้างมาตราในร่างกฎหมายที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นรายมาตราด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์การเตือนและการสร้างความระลึกของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งรัฐธรรมนูญ<sup>47</sup>

อย่างไรก็ดี รูปแบบการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังที่ปรากฏในคู่มือแบบการร่างกฎหมายที่กระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์ฯ จัดทำขึ้นดังกล่าว นั้น มิได้มีสถานะเป็นกฎหมาย และก็ได้ส่งผลทำให้ต้องแก้ไขกฎหมายเดิมให้เป็นไปตามรูปแบบดังที่ปรากฏในคู่มือ ที่ผ่านมาจึงยังพบรูปแบบการเขียนที่หลากหลาย โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ก็ไม่เคยวินิจฉัยเพื่อวางรูปแบบการเขียนไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่มีคำวินิจฉัยว่าการเขียนในรูปแบบใดบ้างที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อาทิ วินิจฉัยว่าการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพใน “เหตุผลของการตรากฎหมาย” (Gesetzesbegründung) ย่อมไม่เป็นไปตามที่มาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้ายของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) บัญญัติไว้<sup>48</sup> และในกรณีกฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติมแม้ว่ากฎหมายเดิมจะมีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิไว้แล้วก็ตาม แต่หากกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประสงค์ที่จะเพิ่มบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ ก็ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวอีกครั้ง เพื่อ “เตือน” ให้ฝ่ายนิติบัญญัติทราบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดบ้าง<sup>49</sup>

<sup>47</sup> แปลจากภาษาเยอรมันโดยผู้เขียน, คู่มือแบบการร่างกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (อ้างแล้วในเชิงอรรถก่อนหน้า) marginal no. 431-433

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2005, 2603

<sup>49</sup> เพิ่งอ้าง

### 1.3.2 กรณีกฎหมายไทย

ในกรณีของไทยนั้น ภายหลังจากที่ได้มีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ขึ้นแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจพิจารณาร่างกฎหมายซึ่งฝ่ายบริหารเป็นผู้เสนอ ได้วางแนวทางการร่างกฎหมาย<sup>50</sup> เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยกำหนดให้ระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย โดยกรายกร่างขึ้นเป็นอีกมาตราหนึ่งไว้ในส่วนต้นของกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ในคราวที่รัฐสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. .... วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรมีความเห็นที่แตกต่างกันเกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540<sup>51</sup> ว่าสมควรระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ในคำปรารภ หรือระบุไว้เป็นบทยุติมาตราหนึ่งในร่างกฎหมาย ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นเหตุให้ในเวลาต่อมาประธานรัฐสภามีคำสั่งรัฐสภาที่ 3/2542 ลงวันที่ 15 มกราคม 2542 แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อหาข้อยุติการกำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย โดยคณะกรรมการฯ ได้กำหนดรูปแบบให้ระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย โดยให้เขียนไว้ในวรรคสองของคำปรารภ

<sup>50</sup> บันทึกร เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (เรื่องเสร็จที่ 86/2541), ต่อจากนี้ ใช้ว่า “บันทึก เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29ฯ (ครั้งที่หนึ่ง)”

<sup>51</sup> ในกรณีนี้ สมาชิกวุฒิสภาได้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 262 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่เนื่องจากผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเฉพาะในประเด็นว่า การที่สภาผู้แทนราษฎรเพิ่มมาตราระบอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรมีมติยืนยันตามร่างฉบับเดิมซึ่งมิได้มีการระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายดังกล่าว จะทำให้ร่างพระราชบัญญัติตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทยุติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยเฉพาะในประเด็นดังกล่าว โดยมิได้วินิจฉัยเกี่ยวกับรูปแบบของการระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 13-14/2541)

ซึ่งคณะกรรมการมีมติเห็นชอบ และต่อมาคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ก็ได้ปรับเปลี่ยนแนวทางการร่างกฎหมายให้สอดคล้องไปกับมติดังกล่าวด้วย<sup>52</sup>

ทั้งนี้ แม้ว่ารูปแบบดังกล่าวจะทำให้เกิดเอกภาพของวิธีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ แต่หากพิจารณาแนวทางการร่างกฎหมายของเยอรมนีเทียบเคียงแล้วอาจเห็นได้ว่า แนวทางที่รัฐสภาไทยได้กำหนดขึ้นนั้นมีได้มุ่งเน้น “เตือน” หรือ “สร้างความระลึกรู้” ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่าที่ควร เนื่องจากการระบุบทบัญญัติฯ ไว้ในคำปรารภมีอาจแสดงให้เห็นได้ว่ามาตรการที่บัญญัติไว้ในมาตราใดเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และฝ่ายนิติบัญญัติได้ทราบถึงผลของมาตราดังกล่าวแล้วหรือไม่ นอกจากนี้ รูปแบบที่กำหนดไว้ดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติตามมาตรา 335 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อีกด้วย โดยมาตรา 335 (1) บัญญัติไว้ว่า “มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 29 วรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ แต่เมื่อมีการตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวขึ้นใหม่ หรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว การดำเนินการนั้นต้องเป็นไปตามมาตรา 29 ฯลฯ” ซึ่งในกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น มีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า ในกรณีที่กฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติมมีบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ผู้ตรากฎหมายจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเฉพาะในกฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติม หรือต้องระบุไว้ในกฎหมายฉบับเดิมที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมนั้นด้วย และหากกฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติมมิได้มีการเพิ่มเนื้อหาที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ผู้ตรากฎหมายต้องแก้ไขกฎหมายฉบับเดิมซึ่งตราขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญประกาศใช้ ให้มีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วยหรือไม่ และต้องระบุไว้เช่นไร

ในประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้เคยวางแนวทางในบันทึก เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29ฯ (ครั้งที่หนึ่ง) ไว้ว่า กรณี “ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่ใช้อยู่

<sup>52</sup> บันทึก เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่สอง) (เรื่องเสร็จที่ 554/2542)

ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยใช้บังคับ ฯลฯ เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเพิ่มเติม ต้องมีการดำเนินการตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย ซึ่งการจะบัญญัติร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมแต่ละฉบับไปจะไม่สะดวกแก่การใช้กฎหมายของประชาชน ฯลฯ จึงต้องเพิ่มมาตราเข้าไปในพระราชบัญญัติเดิมเป็นมาตรา 2 ทวิ (หรือมาตรา 3 ทวิ แล้วแต่กรณี)” แต่ต่อมา เมื่อรัฐสภาได้กำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย โดยให้เขียนไว้ในวรรคสองของคำปรารภ แนวทางการร่างกฎหมายกรณีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้วางไว้ข้างต้นจึงเป็นอันสิ้นผลไป เนื่องจากไม่มีแนวทางการร่างกฎหมายใด ที่ให้ตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อแก้ไขคำปรารภในพระราชบัญญัติเดิมได้ ดังนั้น ในบันทึก เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่สอง) คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงอ้างอิงถึงรูปแบบที่รัฐสภากำหนดไว้ว่า “การอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ขณะนี้จะกำหนดแยกเป็นรายฉบับอยู่แล้ว โดยกรณีของพระราชบัญญัติฉบับแรกจะอ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่ง ส่วนพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมก็จะอ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอีกอย่างหนึ่ง ตามสาระโดยเฉพาะของพระราชบัญญัติฉบับนั้น”

อนึ่ง ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9-10/2544<sup>53</sup> ศาลาวินิจฉัยว่า “ทั้งนี้ เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง กล่าวคือ ต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ฯลฯ ดังนั้น เมื่อมีการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ ในภายหลังที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 จึงต้องระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตราพระราชกำหนดฯ โดยบัญญัติว่า “มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น มาตรา 3 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505” ฯลฯ” ซึ่งวิเคราะห์ได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญ (ณ เวลานั้น) เห็นด้วยกับรูปแบบการระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายในกรณีที่มีกฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้วางแนวทางไว้ใน

<sup>53</sup> ดูสรุปย่อคำวินิจฉัยในหัวข้อ ข.2.2 ด้านล่าง

ครั้งหนึ่ง เนื่องจากเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับสิ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนั้นแม้ว่าจะได้มีการวางแนวทางการระบอบทบัญญัติฯ ในกรณีนี้ไว้ชัดเจนแล้ว แต่หากพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และเหตุผลที่คณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญได้เคยให้ไว้ในประเด็นนี้ เห็นได้ว่าแนวทางที่กำหนดให้ระบอบทบัญญัติฯ ไว้ในคำปรารภ อาจไม่สอดคล้องด้วยรัฐธรรมนูญ แต่โดยที่ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้แล้ว กรณีจึงเป็นเพียงประเด็นทางทฤษฎีเท่านั้น

## 1.4 ผลของการไม่ระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

### 1.4.1 ทฤษฎีตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)

ในส่วนของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 95 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์<sup>54</sup> ว่ากรณีที่มีผู้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde) ในประเด็นว่าสิทธิเสรีภาพของตนถูกละเมิดโดยกฎหมาย<sup>55</sup> และศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ และศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้มีคำวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญย่อมตกเป็นโมฆะ โดยมีผลย้อนหลังนับตั้งแต่วันที่กฎหมายนั้นถูกตราขึ้น<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) – รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfsg/index.html>, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 ธันวาคม 2565

<sup>55</sup> รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) เปิดช่องให้ประชาชนทั่วไปสามารถยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้โดยตรง (Verfassungsbeschwerde) หากเห็นว่าสิทธิเสรีภาพของตนถูกละเมิดโดยการใช้อำนาจของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติผ่านการตรากฎหมาย การใช้อำนาจบริหารหรืออำนาจปกครอง หรือการใช้อำนาจตุลาการผ่านคำพิพากษา โดยในกรณีที่เป็นการร้องทุกข์อันเนื่องมาจากถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ย่อมต้องวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับนั้น ทั้งในแง่รูปแบบ (อำนาจในการตรากฎหมาย กระบวนการตรากฎหมาย และรูปแบบกฎหมาย) และแง่เนื้อหา (อาทิ พิจารณาตามหลักความได้สัดส่วน) ดังนั้น รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) จึงมิได้จำกัดให้ยื่นคำร้องในประเด็นการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้เฉพาะก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายเหมือนอย่างกรณีรัฐธรรมนูญไทย แต่ประชาชนทั่วไปซึ่งยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญโดยตรงย่อมสามารถยกประเด็นเกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจการตรากฎหมายขึ้นโต้แย้งได้เสมอ

<sup>56</sup> BVerfG NJW 1958, 1035

ทั้งนี้ กฎหมายตามความหมายดังกล่าวมิได้หมายถึงกฎหมายทั้งฉบับ แต่หมายถึง เฉพาะบทบัญญัติในส่วนที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ร้องทุกข์ และเป็นส่วนที่ ผู้ร้องทุกข์โต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญ ที่จะต้องตกเป็นโมฆะไป<sup>57</sup> เว้นแต่ไม่อาจแยก บทบัญญัตินั้นออกจากกฎหมายทั้งฉบับได้โดยไม่กระทบต่อสาระสำคัญของกฎหมาย ซึ่งในกรณีดังกล่าว กฎหมายย่อมต้องตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ<sup>58</sup> นอกจากนี้ เพื่อมิให้ เกิดปัญหาช่องว่างทางกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ยังมีอำนาจในการ ออกบทบัญญัติขึ้นใช้ชั่วคราวแทนกฎหมายที่ตกเป็นโมฆะนั้นได้<sup>59</sup> ตลอดจนมีอำนาจ ที่จะวินิจฉัยโดยชี้เพียงว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>60</sup> โดยไม่ชี้ว่า บทบัญญัตินั้นเป็นโมฆะ แต่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) อาจสั่งให้ผู้มีอำนาจ ออกกฎหมายดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลฯ กำหนด ทั้งนี้ เพียงเท่าที่จะไม่เป็นการขัดกับหลักนิติรัฐ<sup>61</sup>

กรณีที่ผู้ร้องทุกข์โต้แย้งว่ากฎหมายที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพ ของตนนั้นตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบการตรากฎหมาย อันได้แก่ ตราขึ้นโดยไม่มีอำนาจ ตราขึ้นโดยกระบวนการตรากฎหมายที่บกพร่อง หรือตราขึ้น โดยผิดรูปแบบ ซึ่งย่อมรวมถึงกรณีผิดรูปแบบที่เกี่ยวกับการระบอบบทบัญญัติที่ให้อำนาจ ในการตรากฎหมายตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ด้วยนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) วินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าว ตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจริง กฎหมายนั้นย่อมเป็นโมฆะทั้งฉบับ เนื่องจาก ศาลฯ มีอาจจำกัดความบกพร่องในเชิงรูปแบบไว้เฉพาะบทบัญญัติส่วนใดส่วนหนึ่งของ กฎหมายฉบับนั้นได้ โดยในส่วนของกระบวนการระบอบบทบัญญัติที่ให้อำนาจตรากฎหมาย จำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น แม้ว่าอาจมีกรณีที่ได้ระบอบบทบัญญัติที่ให้อำนาจตรากฎหมาย ไว้แล้วแต่ระบอบไม่ครบถ้วน ซึ่งโดยหลักย่อมพิจารณาได้ว่าข้อบกพร่องดังกล่าว

<sup>57</sup> BVerfG NJW 1962, 1339

<sup>58</sup> BVerfG NJW 1984, 419

<sup>59</sup> BVerfG NJW 2001, 3253

<sup>60</sup> ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) สร้างหลักการ Unvereinbarkeitserklärung/Feststellung der Verfassungswidrigkeit ขึ้นเพิ่มเติมจากบทบัญญัติในกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาช่องว่างทางกฎหมาย ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ

<sup>61</sup> Hömig, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (ed.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2020, § 95, marginal no. 39

ส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้น ๆ แต่ในทางปฏิบัติก็ไม่อาจจำกัดกรอบของความบกพร่องดังกล่าวได้อย่างชัดเจนเพียงพอ เนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกัน ไม่อาจแบ่งบทบัญญัติในกฎหมายเป็นส่วน ๆ ตามสิทธิเสรีภาพที่ถูกจำกัดได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีได้ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย หรือระบุไม่ครบถ้วนในกฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติม เฉพาะกฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวที่จะตกเป็นโมฆะ โดยไม่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายฉบับเดิมก่อนที่จะถูกแก้ไขซึ่งย่อมมีผลใช้บังคับต่อไปเสมือนไม่มีการตรากฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นเลย<sup>62</sup>

อนึ่ง แม้ว่าโดยหลักการแล้ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมต้องตกเป็นโมฆะโดยมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่ต้น แต่มีหลายกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) มีคำวินิจฉัยในทางที่มีให้ความเป็นโมฆะของกฎหมายกระทบกับเรื่องที่ได้ดำเนินการไปแล้ว ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักนิติรัฐอื่น ๆ<sup>63</sup> โดยในกรณีกฎหมายที่มีได้มีการระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เคยวินิจฉัยให้กฎหมาย (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมนั้น) เป็นโมฆะนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย<sup>64</sup> ทั้งนี้ เพื่อมิให้ขัดกับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวก็ได้กลายเป็นบรรทัดฐานแต่อย่างใด

#### 1.4.2 ทฤษฎีตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญไทยในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในแง่รูปแบบนั้น สามารถกระทำได้เฉพาะก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายเท่านั้น<sup>65</sup> โดยในกรณีของมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่กำหนดให้ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญได้วาง

<sup>62</sup> BVerfG NJW 2001, 3253, ดู Sterzinger, DStR 2010, หน้า 474)

<sup>63</sup> BVerfG NJW 1966, 2351

<sup>64</sup> BVerfG NJW 2005, 2603

<sup>65</sup> ดู มาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

บรรทัดฐาน<sup>66</sup>ไว้แล้วว่า กรณีที่ผู้ตรากฎหมายมิได้ระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นประเด็นเกี่ยวกับการตรากฎหมายที่ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา หรือนายกรัฐมนตรี อาจส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมาตราดังกล่าว บัญญัติไว้ในวรรคสามว่า ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น เป็นอันตกไป

ทั้งนี้ ที่ผ่านมายังไม่เคยปรากฏกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัย ให้ร่างกฎหมายต้องตกไปเนื่องจากขัดกับมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือขัดกับมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และโดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้บัญญัติให้ต้องมีการระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพแล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายไทยนั้น เจื่อนไขเกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้กลายมาเป็นเพียงประเพณีปฏิบัติในการร่างกฎหมาย โดยการไม่ปฏิบัติตามก็ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแต่อย่างใด

## 2. สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

### 2.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 13-14/2541

คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. .... โดยในการพิจารณา ร่างกฎหมายทั้งสองฉบับนั้น วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรมีความเห็นที่แตกต่างกัน เกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยร่างฯ ฉบับที่สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาเห็นชอบก่อนส่งให้วุฒิสภานั้น ไม่มีการระบอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งเมื่อมีการส่งร่างฯ ไปยังวุฒิสภา วุฒิสภาจึงได้เสนอให้มีการระบอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ

<sup>66</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 35-36/2544, ดูสรุปย่อคำวินิจฉัยในหัวข้อ ข.2.3 ด้านล่าง

ในการตรากฎหมายไว้ในคำปรารภ แต่สภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นด้วย โดยแม้ว่าได้มีการตั้งคณะกรรมการร่วมกันเพื่อพิจารณาในประเด็นดังกล่าว และคณะกรรมการฯ ได้เสนอให้ระบอบบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นไว้ในคำปรารภ แต่สภาผู้แทนราษฎรก็ยังคงไม่เห็นชอบและมีมติยืนยันตามร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ เพื่อมิให้ร่างดังกล่าวมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สภาผู้แทนราษฎรจึงได้ลงมติในวันเดียวกันด้วยเสียงข้างมากให้เพิ่มบทบัญญัติอีกหนึ่งมาตราเพื่อระบอบบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น

สมาชิกวุฒิสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงได้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 262 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องไว้และวินิจฉัยสรุปความได้ว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ร่างพระราชบัญญัติต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา กล่าวคือต้องผ่านการพิจารณาของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา การที่สภาผู้แทนราษฎรเพิ่มมาตราเพื่อระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันร่างพระราชบัญญัติแล้ว ไม่อาจถือได้ว่าบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นนั้นได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับจึงต้องตกไปตามรัฐธรรมนูญ

## 2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9-10/2543 และ 8-11/2546

คดีในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9-10/2543 และ 8-11/2546 เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แก่คดีตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยข้อพิพาทที่เป็นเหตุให้ศาลยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยทั้งสองกรณีนั้น มีข้อเท็จจริงร่วมกัน กล่าวคือ เป็นคดีที่โจทก์ “สหธนาคารฯ” ซึ่งต่อมาจดทะเบียนเปลี่ยนชื่อเป็น “ธนาคารไทยธนาคารฯ” เข้าควรวรมกิจการกับบริษัทเงินทุน 13 บริษัท และรับโอนสิทธิเรียกร้องจากบริษัทที่ควรวรมกิจการด้วยดังกล่าว เป็นเจ้าหนี้ฟ้องจำเลยให้ชดใช้ค่าเสียหาย หรือฟ้องให้ชำระหนี้พร้อมดอกเบี้ย ตามสิทธิเรียกร้องที่โจทก์ได้มาพร้อมกับการควรวรมกิจการ จำเลยในคดีดังกล่าวต่างโต้แย้งว่า โจทก์ไม่อาจรับโอนทรัพย์สินและหนี้สิน ซึ่งรวมถึงสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้รายเดิมมีต่อลูกหนี้มาได้

เนื่องจากไม่ได้มีการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ของสถาบันการเงิน และการควมรวมกิจการของโจทก์ก็ไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้ เพราะไม่ได้ดำเนินการควมรวมกิจการให้เป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนการให้ความเห็นชอบให้ควมรวมที่กระทรวงการคลังออกให้นั้นก็มิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการให้ความเห็นชอบดังกล่าวกระทำผ่านประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ให้ความเห็นชอบโครงการรวมกิจการระหว่างธนาคารสหธนาคาร จำกัด (มหาชน) บริษัท เงินทุนหลักทรัพย์ กรุงเทพธนกิจ จำกัด (มหาชน) และบริษัทเงินทุน 12 บริษัท (รวมบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ ไอเอฟซีทีไฟแนนซ์ จำกัด (มหาชน)) ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540 มาตรา 67 จัตวา และพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 มาตรา 38 จัตวา

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9-10/2543 จำเลยในคดีพิพาทให้เหตุผลว่า พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 เป็นกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในทรัพย์สินของบุคคล และเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ แต่ไม่ได้รับบุทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง โดยไม่สำคัญว่าพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ จะกำหนดให้เพิ่มความ เป็น “มาตรา 3 ทวิ” ในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ เพื่อระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายแล้ว เพราะพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ และพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ เป็นกฎหมายคนละฉบับกัน นอกจากนั้น จำเลยโต้แย้งอีกว่าประกาศกระทรวงการคลังฯ ซึ่งเป็นกฎหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพฯ ก็มีได้มีการระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจออกประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวไว้เช่นกัน ประกาศกระทรวงการคลังฯ จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ด้วย และเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

ศาลรัฐธรรมนูญมีมติไม่เป็นเอกฉันท์รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ปรากฏในคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการเสียงข้างน้อยว่า คำโต้แย้งของผู้ร้องในกรณีนี้ เป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการตราพระราชกำหนด มิใช่การโต้แย้งว่า มีบทบัญญัติใดของพระราชกำหนดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งมาตรา 264 มิได้ให้สิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการตราพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยในสองประเด็น ดังนี้

**ประเด็นที่หนึ่ง** พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2502 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ที่เพิ่มความเป็นมาตรา 3 ทวิ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 335 (1) บัญญัติว่า “มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ แต่เมื่อมีการตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวขึ้นใหม่ หรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว การดำเนินการนั้นต้องเป็นไปตามมาตรา 29 ทั้งนี้ ให้นำไปใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายด้วย โดยอนุโลม” โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ในกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายซึ่งตราขึ้นก่อนที่รัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับต้องระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ซึ่งในกรณีนี้ เมื่อมีการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ ในภายหลังที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 จึงต้องระบубทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตราพระราชกำหนดฯ โดยบัญญัติว่า “มาตรา 3 ให้เพิ่มความเป็นไปนี้เป็นมาตรา 3 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ...” เท่ากับว่า พระราชกำหนดฉบับนี้เป็นกฎหมายที่บัญญัติให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ประกอบมาตรา 335 (1) กำหนดไว้แล้ว สำหรับกรณีผู้ร้องโต้แย้งว่า ความในมาตรา 3 ทวิ ใช้คำว่า “พระราชบัญญัตินี้” จึงไม่ได้หมายความว่าถึงพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ ด้วย ทำให้พระราชกำหนดดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ นั้น ศาลเห็นว่า ชื่อของพระราชกำหนดฯ บ่งชี้ว่า พระราชกำหนดฉบับนี้เป็นกฎหมาย

ที่แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2502 หมายถึงให้นำข้อความที่แก้ไขเพิ่มเติมเข้าไปใส่ไว้ในพระราชบัญญัติฉบับที่แก้ไข ดังนั้น จึงเป็นการถูกต้องที่ใช้คำว่า “พระราชบัญญัติ” เพราะมิใช่การตรากฎหมายขึ้นใหม่ แต่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายซึ่งเท่ากับว่าสาระของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ฯ นี้ จะไปปรากฏในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ แล้ว

**ประเด็นที่สอง** ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ให้ความเห็นชอบโครงการรวมกิจการระหว่างธนาคารสหธนาคาร จำกัด (มหาชน) บริษัท เงินทุนหลักทรัพย์ กรุงไทยธนกิจ จำกัด (มหาชน) และบริษัทเงินทุน 12 บริษัท ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2541 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 หรือไม่ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าว เป็นประกาศของฝ่ายบริหาร ที่มีได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 จึงไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้

**ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8-11/2546** จำเลยในคดีพิพาทให้เหตุผลว่าพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ซึ่งให้เพิ่มความเป็น หมวด 5 ทวิ การควบกิจการและการโอนกิจการ มาตรา 67 ทวิ มาตรา 67 ตริ และมาตรา 67 จัตวา เป็นผลให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนฯ เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล และสิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ แต่พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไม่ได้บัญญัติข้อความว่า “เป็นกฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าว” ไว้รวมทั้งไม่ได้บัญญัติข้อความว่า พระราชกำหนดดังกล่าวตราขึ้นโดยอาศัยมาตรา 35 มาตรา 48 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรคสอง แม้ภายหลังจะมีพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2541 เพิ่มเติมว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิก็ตาม ก็ไม่อาจทำให้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว กลายเป็นไม่ขัดรัฐธรรมนูญไปได้ นอกจากนั้น จำเลยโต้แย้งอีกว่า พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540 และ

มาตรา 38 จัตวา แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่งและวรรคสอง เพราะเป็นกฎหมายที่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเป็นการบังคับให้ประชาชนมาใช้บริการของสถาบันการเงินที่เกิดจากการควมรวมกิจการ อีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่ไม่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปอีกด้วย

ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ได้ โดยให้รวมคำร้องและวินิจฉัยไปพร้อมกัน

**ประเด็นที่หนึ่ง** การตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 มาตรา 35 มาตรา 48 และมาตรา 50 หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 264 มิได้ให้สิทธิคู่ความโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว

**ประเด็นที่สอง** พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 มาตรา 67 จัตวา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ผู้ร้องไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราใด ศาลจึงมีมติเป็นเอกฉันท์ว่า ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นนี้

**ประเด็นที่สาม** พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าพระราชกำหนดดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ จึงต้องด้วยมาตรา 335 (1) ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสองและวรรคสามมาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ฯ ดังนั้น พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29

**ประเด็นที่สี่** พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 35 วรรคสอง มาตรา 48 และมาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ให้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพในเคสสถาน สิทธิในทรัพย์สินของบุคคล และเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวก็ได้ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นแล้ว ประกอบกับพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมนี้ ตราขึ้นเพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับฐานะหรือการดำเนินงานของธนาคารพาณิชย์ทุกแห่ง มิได้มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง ดังนั้น พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ จึงไม่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29

### 2.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 35-36/2544

คดีนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แก้คดีตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยข้อพิพาททั้งสองคดีที่โจทก์ยื่นคำร้องต่อศาลล้มละลายกลางขอให้ยื่นเรื่องถึงศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นกรณีที่โจทก์ยื่นคำร้องต่อศาลล้มละลายกลางเพื่อคัดค้านแผนฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ โดยโจทก์ให้เหตุผลว่า ศาลฯ ไม่อาจมีคำสั่งเห็นชอบแผนฟื้นฟูกิจการที่จัดทำขึ้นภายใต้บทบัญญัติมาตรา 90/46 และมาตรา 90/58 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายได้ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยโจทก์ให้เหตุผลว่า บทบัญญัติดังกล่าวเปิดช่องให้ผู้ทำแผนเลือกปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ตามอำเภอใจโดยไม่สุจริต โดยไม่เป็นธรรม หรือโดยใช้ดุลยพินิจที่ไม่ชอบ โดยที่ศาลล้มละลายกลางหรือศาลฎีกาไม่อาจใช้ดุลยพินิจที่เที่ยงธรรมแก้ไขเยียวยาตามความเหมาะสม หรือตามพฤติการณ์แห่งคดี อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้ข้างน้อยที่มีมูลหนี้ต่ำกว่าร้อยละห้าสิบ เป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินเกินกว่าที่จำเป็น อีกทั้งยังทำให้เจ้าหนี้ได้รับการปฏิบัติในฐานะผู้ถูกกระทำหรือเป็นเพียงวัตถุแห่งหนี้ ซึ่งชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26, 29, 30 และ 48 นอกจากนั้น โจทก์ยังโต้แย้งอีกว่า พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ที่เพิ่มเติมหมวด 3/1 กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ไม่ได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) จึงชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 335 (1) และเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ ตามมาตรา 6

ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

**ประเด็นที่หนึ่ง** พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ซึ่งไม่ได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 335 (1) และเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 6 หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กรณีดังกล่าว เป็นประเด็นเกี่ยวกับการตรากฎหมายซึ่งเป็นกระบวนการนิติบัญญัติ โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 มิได้ให้สิทธิผู้ร้องที่จะโต้แย้งเกี่ยวกับการตรากฎหมายโดยไม่ถูกต้อง ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย ในประเด็นนี้

**ประเด็นที่สอง** พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 90/46 และมาตรา 90/58 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 48 และมาตรา 252 หรือไม่นั้น เห็นว่า มาตรการตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มิได้กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยในส่วนของ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 36 และมาตรา 48 นั้น มีความจำเป็นเพื่อแก้ไขปัญหาในการ ดำเนินธุรกิจ โดยมีหลักการสำคัญเป็นการให้โอกาสลูกหนี้ที่พ้นจากการ ต้องคำพิพากษาให้เป็นบุคคลล้มละลาย และเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งที่ทำให้เจ้าหนี้ มีโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้ไม่น้อยกว่ากรณีที่ถูกหนี้ถูกศาลพิพากษาให้เป็นบุคคล ล้มละลาย อีกทั้งศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลยพินิจพิจารณามีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน หรือไม่เห็นชอบด้วยแผนก็ได้ โดยหากเจ้าหนี้จัดอยู่ในกลุ่มเดียวกันก็ต้องได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกันอยู่แล้ว ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคล ดังนั้น พระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/46 และมาตรา 90/58 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 48 นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา 252 เป็นเรื่อง การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ก่อนที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการจะเข้ารับหน้าที่ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติล้มละลายฯ จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา 252 หรือไม่

### 3. บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

#### 3.1 วัตถุประสงค์ของการระบубทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ

แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีเคยได้วินิจฉัยโดยตรงว่าการกำหนดให้ต้องระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายเช่นไร แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในคำวินิจฉัย ที่ 35-36/2544<sup>67</sup> ว่าการยื่นคำร้อง ในประเด็นการระบубทบัญญัติฯ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการตรากฎหมายซึ่งเป็นกระบวนการนิติบัญญัติ โดยมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มิได้ให้สิทธิผู้ร้องที่จะโต้แย้งเกี่ยวกับการตรากฎหมายโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ โดยต่อมาศาลรัฐธรรมนูญก็ยกคำวินิจฉัยดังกล่าวขึ้นอ้างอีกหลายครั้ง<sup>68</sup> ซึ่งหากพิจารณามาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ประกอบแล้ว อาจสังเคราะห์เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการระบубทบัญญัติฯ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในเชิงนิเสธได้ว่า บทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับรูปแบบในการตรากฎหมายเพื่อสร้างหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ แต่ไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองประชาชนโดยตรง เนื่องจากประชาชนไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะโต้แย้งในชั้นศาลเพื่อให้ศาลยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ หรือยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้ได้เอง

#### 3.2 ขอบเขตของการกำหนดให้ระบубทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ

ในส่วนของขอบเขตการกำหนดให้ระบубทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9-10/2543<sup>69</sup> ว่ากฎหมายตามนัยของมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หมายถึงเฉพาะ

<sup>67</sup> ดูสรุปย่อคำวินิจฉัยในหัวข้อ ข.2.3 ข้างต้น

<sup>68</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 28/2547, 2/2552 และ 6/2553

<sup>69</sup> ดูสรุปย่อคำวินิจฉัยในหัวข้อ ข.2.2 ข้างต้น

กฎหมายที่ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติเท่านั้น ซึ่งไม่รวมถึงประกาศของฝ่ายบริหาร นอกจากนั้น ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9-10/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8-11/2546<sup>70</sup> ศาลฯ ได้นำเงื่อนไขในมาตรา 29 วรรคสองดังกล่าวมาใช้กับพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540 ซึ่งพิจารณาได้ว่าศาลฯ ยอมรับโดยปริยายว่า “พระราชกำหนด” เป็น “กฎหมาย” ตามมาตรา 29 วรรคสองดังกล่าว

อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยว่า เงื่อนไขตามมาตรา 29 วรรคสองฯ ใช้เฉพาะกับกรณีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจในการจำกัดสิทธิฯ ไว้เท่านั้น หรือใช้กับกรณีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจในการกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิฯ ด้วย โดยแม้ว่า ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8-11/2546 ผู้ร้องจะได้โต้แย้งว่าพระราชกำหนดฯ มิได้ระบุบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 35 มาตรา 48 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญฯ ก็มีได้มีข้อความว่า “การจำกัดสิทธิเสรีภาพจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” แต่ใช้ถ้อยคำว่า “ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” แต่เนื่องจากคดีดังกล่าว ศาลฯ ได้วินิจฉัยเพียงว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับการตรากฎหมายซึ่งคู่ความไม่มีสิทธิโต้แย้ง จึงมิได้มีการวินิจฉัยเพื่อวางบรรทัดฐานว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิฯ อาทิ มาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ต้องระบุในกฎหมายตามนัยของมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ ด้วยหรือไม่

นอกเหนือไปจากประเด็นข้างต้น คงเหลือเพียงประเด็นขอบเขตของการใช้บทบัญญัติในแง่ของเวลา ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานไว้ อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8-11/2546 โดยศาลฯ วินิจฉัยว่ากรณีกฎหมายที่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (วันที่ 11 ตุลาคม 2544) เป็นกรณีที่ต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 335 (1) จึงไม่ต้องนำบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ มาใช้บังคับ กล่าวคือไม่ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

<sup>70</sup> ดูสรุปย่อคำวินิจฉัยในหัวข้อ ข.2.2 ข้างต้น

ที่ให้อำนาจในการตรา อย่างไรก็ตามก็ดี เนื่องจากในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญมิได้วางหลักเป็นการทั่วไป แต่ยกบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญขึ้นอ้างโดยตรง กรณีจึงไม่อาจนำบรรทัดฐานดังกล่าวมาใช้กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งมีได้มีบทเฉพาะกาลในลักษณะเดียวกันนั้นได้ แต่โดยที่ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้กำหนดเงื่อนไขให้ระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพแล้ว ประเด็นดังกล่าวจึงไม่มีนัยในทางกฎหมายอีกต่อไป

### 3.3 รูปแบบของการเขียน

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 13-14/2541<sup>71</sup> ซึ่งเป็นคดีแรกที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย เป็นกรณีที่มีมูลเหตุมาจากความเห็นที่แตกต่างกันระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเกี่ยวกับรูปแบบการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย แต่โดยที่ผู้ร้องมิได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายได้ตราขึ้นโดยขัดกับมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือไม่ แต่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเฉพาะในประเด็นว่าการที่สภาผู้แทนราษฎรเพิ่มมาตรการระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรมีมติยืนยันตามร่างฉบับเดิม ซึ่งมีได้มีการระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายดังกล่าว จะทำให้ร่างพระราชบัญญัติตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น ในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงมิได้วางบรรทัดฐานในรูปแบบของการระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไว้ โดยต่อมาเมื่อรัฐสภาได้วางแนวทางสำหรับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย โดยให้ระบุเป็นวรรคสองของคำปรารภ และหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องก็เห็นชอบตามแนวทางดังกล่าว ประกอบกับมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการตรากฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เฉพาะประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา หรือนายกรัฐมนตรี อาจส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ตามมาตรา 262

<sup>71</sup> ดูสรุปย่อคำวินิจฉัยในหัวข้อ ข.2.1 ข้างต้น

ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังนั้น ที่ผ่านมาจึงไม่มีกรณีที่ยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเกี่ยวกับรูปแบบการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ อีก

### 3.4 ผลของการไม่ระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพ

แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะไม่เคยวางบรรทัดฐานไว้โดยตรงว่าการที่ผู้ตรากฎหมายมิได้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นจะมีผลเป็นเช่นไร แต่โดยที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติผลของการฝ่าฝืนบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไว้สำหรับแต่ละกรณี ดังนั้น จึงย่อมพิจารณาจากแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการวินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวกับมาตรา 29 วรรคสอง ได้ว่า ผลของการไม่ระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายควรจะเป็นเช่นไร โดยในกรณีที่ศาลฯ พิจารณาว่ามาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการตรากฎหมาย ผลของการฝ่าฝืนมาตราดังกล่าวย่อมต้องเป็นไปตามมาตรา 262 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540<sup>72</sup> กล่าวคือร่างพระราชบัญญัตินั้นย่อมเป็นอันตกไป แต่หากศาลพิจารณาว่าการที่ไม่ระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเป็นเรื่องที่กระทบเฉพาะมาตราที่มีเนื้อหาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเท่านั้น การไม่ระบอบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายอาจส่งผลทำให้เฉพาะบทบัญญัติที่มีเนื้อหาจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นตกไปได้<sup>73</sup>

ในประเด็นนี้ ดูเหมือนว่าศาลรัฐธรรมนูญจะยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในช่วงต้น โดยในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9-10/2544 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เสียงข้างมากยังเห็นว่า กรณีที่ผู้ร้องโต้แย้งในประเด็นที่เกี่ยวกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญฯ จึงเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 แล้ว มิได้เป็นเรื่องการตรากฎหมายตามความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย<sup>74</sup> แต่ต่อมา

<sup>72</sup> ดู มาตรา 210 (1), 148 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เทียบเคียง

<sup>73</sup> ดู มาตรา 6 และมาตรา 262 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

<sup>74</sup> ในส่วนของตุลาการเสียงข้างน้อย ดู คำวินิจฉัยของ ศาสตราจารย์ ดร.อมร รักษาสัตย์ ที่ 9-10/2544, คำวินิจฉัยของ นายจุมพล ณ สงขลา ที่ 9-10/2544, คำวินิจฉัยของ ศาสตราจารย์ ดร.กระมล ทองธรรมชาติ ที่ 9-10/2544

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 35-36/2544 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “การที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) มิได้ระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายล้มละลายดังกล่าว เป็นการโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 มิได้ให้สิทธิผู้ร้องที่จะโต้แย้งได้ ฯลฯ” ซึ่งไม่นานหลังจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็กลับไปใช้แนวทางเดิม โดยในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8-11/2546 ซึ่งผู้ร้องโต้แย้งว่ามิได้มีการระบубทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ นั้น ถึงแม้ผู้ร้องจะมีได้ระบุว่าบทบัญญัติมาตราใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ดังกล่าว แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็มิได้มองว่าประเด็นที่ผู้ร้องโต้แย้งเป็นประเด็นเกี่ยวกับการตรากฎหมาย โดยศาลฯ “อนุমান” ว่าผู้ร้องย่อมต้อง “หมายถึง มาตรา 4 ของพระราชกำหนดดังกล่าว” ซึ่งบัญญัติให้เพิ่มมาตราที่มีสาระกระทบกระเทือนสิทธิของลูกหนี้ ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวว่ามีการฝ่าฝืนมาตรา 29 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญก็อาจพิจารณามีคำวินิจฉัยให้เฉพาะบทบัญญัติมาตรา 4 ของพระราชกำหนดดังกล่าวตกไป อย่างไรก็ดี ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดดังกล่าวมีผลใช้ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ จึงต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 335 (1) ไม่ต้องนำบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ มาใช้บังคับ ดังนั้น พระราชกำหนดดังกล่าว จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29

แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในช่วงแรก แต่ในเวลาต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในหลายกรณี<sup>75</sup> โดยใช้แนวทางตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัย ที่ 35-36/2544 กล่าวคือ ศาลฯ พิจารณาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการระบубทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 29 วรรคสอง ว่าเป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการตรากฎหมาย จึงกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานในประเด็นนี้แล้วว่า กรณีที่ผู้ตรากฎหมายมิได้ระบубทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นประเด็นเกี่ยวกับการตรากฎหมายที่ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา หรือนายกรัฐมนตรี อาจส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ตามมาตรา

<sup>75</sup> ดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 28/2557, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 2/2552 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 6/2553

262 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยหากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ก็ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไปทั้งฉบับ

### ค. การระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

#### 1. หลักทฤษฎี

1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นบทบัญญัติในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือเป็นบทบัญญัติที่ทำหน้าที่วางหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>76</sup> ซึ่งต่างกำหนดเงื่อนไขสำหรับการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ อาทิ กำหนดว่ากฎหมายต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และกำหนดให้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน อย่างไรก็ตาม มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ตัดเงื่อนไขบางประการที่ปรากฏในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ออกและเพิ่มเงื่อนไขอื่นเข้าไปแทน อาทิ ตัดเงื่อนไขเกี่ยวกับการห้ามมิให้กฎหมายกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ และเงื่อนไขที่กำหนดให้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายออก และเพิ่มเงื่อนไขการห้ามมิให้กฎหมายขัดกับหลักนิติธรรม ห้ามมิให้เพิ่มภาระเกินสมควรแก่เหตุ ห้ามมิให้กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล และกำหนดให้ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วยแทน

ทั้งนี้ เมื่อได้พิจารณาความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว ไม่ปรากฏเหตุผลของการตัดเงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายฯ

<sup>76</sup> ดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561

แต่หากพิจารณาข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติประกอบ พบว่าหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการร่างกฎหมายได้วางแนวทางให้คงไว้ซึ่งการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ในคำปรารภเช่นเดิม โดยให้เหตุผลไว้ว่ามาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 “ยังคงมีหลักการและสาระสำคัญในการทำงานเดียวกัน”<sup>77</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่าเงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น มีความเชื่อมโยงและมีวิวัฒนาการมาจากเรื่องการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ “ระบุ” เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ในเอกสารเรื่องความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560<sup>78</sup> อธิบายความมุ่งหมายของการกำหนดให้ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้เพียงว่า “บทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักประกันมิให้รัฐบาลอาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภาที่จะตรากฎหมายตามอำเภอใจ จนอาจก่อให้เกิดความไม่สงบหรือเดือดร้อนแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็น” ซึ่งกล่าวได้ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้การระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ<sup>79</sup> ไม่ต่างไปจากเงื่อนไขการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>77</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การกำหนดแนวทางการตรวจและการจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย-เรื่องเสรีที่ 479/2560

<sup>78</sup> [https://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/download/article/article\\_20191021103453.pdf](https://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/download/article/article_20191021103453.pdf), สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2565

<sup>79</sup> ในสรุปผลการประชุมของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 10 วันจันทร์ที่ 19 ตุลาคม 2558 ได้บันทึกเหตุผลของการเพิ่มเติมหลักการว่ากฎหมายจะต้องมีการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ว่า “เพื่อความชัดเจนและเพื่อเป็นหลักประกันการจำกัดสิทธิของบุคคล”, [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/more\\_news.php?cid=9](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/more_news.php?cid=9), สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2565

พุทธศักราช 2540 และโดยที่เงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีลักษณะเป็นเงื่อนไขเชิงรูปแบบเช่นเดียวกับเงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงอาจพิจารณาได้ว่ามาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีวัตถุประสงค์ในการ “เตือน” และ “สร้างความระลึกรู้” ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเช่นเดียวกัน

อนึ่ง หากพิจารณาการร่างกฎหมายของเยอรมันเทียบเคียง เห็นได้ว่าแม้ว่าจะมีการกำหนดไว้ในมาตรา 76 วรรคสอง ของระเบียบแห่งสภาผู้แทนราษฎรเยอรมัน<sup>80</sup> ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งประสงค์จะเสนอร่างกฎหมายต่อสภาฯ ต้องมีการให้เหตุผลในการตรากฎหมายไว้อย่างสั้นด้วย รวมทั้งมีการกำหนดไว้ในระเบียบภายในเกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจสำหรับหน่วยงานของสหพันธ์ในระดับกระทรวง (GGO)<sup>81</sup> ว่า ในกรณีที่ฝ่ายบริหารจะเสนอร่างกฎหมาย ให้จัดทำ “เหตุผลในการตรากฎหมาย” อย่างละเอียดเพื่อใช้ประกอบการเสนอร่างกฎหมายด้วยอย่างไรก็ดี ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดทำเอกสารประกอบการพิจารณาเท่านั้น มิได้มีบทบัญญัติใด ไม่ว่าจะ เป็นบทบัญญัติในระดับรัฐธรรมนูญในระดับกฎหมายแม่บท หรือในระดับกฎหมายลูกบท ที่วางแนวทางให้ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น ในคู่มือแบบการร่างกฎหมายของสหพันธ์<sup>82</sup> ได้วางแนวทางไว้ว่า หน่วยงาน ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้เป็นการทั่วไป “เนื่องจากกฎหมายที่ร่างขึ้นต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่ผู้ใช้กฎหมายจะสามารถเข้าใจวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวจากบทบัญญัติต่าง ๆ หรือจากชื่อเต็มของกฎหมายดังกล่าวได้อยู่แล้ว” จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า ประเทศเยอรมนีมิได้กำหนดแนวทาง

<sup>80</sup> Geschäftsordnung des deutschen Bundestags, [https://www.gesetze-im-internet.de/btgo\\_1980/index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/btgo_1980/index.html), สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2565

<sup>81</sup> ระบุแหล่งสืบค้นแล้วในเชิงอรรถที่ 44

<sup>82</sup> คู่มือแบบการร่างกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Handbuch der Rechtsförmlichkeit), อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 46, marginal no. 362

การร่างกฎหมาย ให้ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งของกฎหมายด้วย

### 1.3 ผลของการไม่ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

เนื่องจากเงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีลักษณะเป็นเงื่อนไขเชิงรูปแบบเช่นเดียวกับเงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังนั้น จึงสามารถนำบรรทัดฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางไว้สำหรับการระบุทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย<sup>83</sup> มาใช้ได้ กล่าวคือ กรณีที่ผู้ตรากฎหมายมิได้ระบุเหตุผลในการตรากฎหมายตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นประเด็นเกี่ยวกับการตรากฎหมายที่ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา หรือนายกรัฐมนตรี อาจส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ตามมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยหากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ก็ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไปทั้งฉบับ

## 2. สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561

คดีนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แก่คดีตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยผู้คัดค้านในคดีโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 51 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า บรรดาทรัพย์สินซึ่งมีผู้อื่นอ้างว่าเป็นเจ้าของหรือรับโอนมา หากผู้นั้นมีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดมูลฐาน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดหรือได้รับโอนมาโดยไม่สุจริต แล้วแต่กรณี นั้น เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิของประชาชน ขัดต่อหลักนิติธรรมและเพิ่มภาระของประชาชนในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์เกินสมควรแก่เหตุ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 26

<sup>83</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 35-36/2544, อธิบายแล้วในหัวข้อ ข.1.4 และหัวข้อ ข.3.4

กรณีนี้ แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเคยวินิจฉัยไว้แล้วในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 40-41/2546 ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็มีมติรับคำร้องไว้พิจารณา โดยให้เหตุผลว่า กรณีเป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 ซึ่งมีเนื้อหาแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 และศาลรัฐธรรมนูญยังไม่เคยวินิจฉัยประเด็นตามมาตรา 26 ดังกล่าว

สำหรับประเด็นที่โต้แย้งมานั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 26 เป็นหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยบัญญัติไว้ว่า ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐจะต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี อันเป็นหลักการสำคัญที่มีขึ้นเพื่อควบคุม ตรวจสอบ หรือจำกัดการใช้อำนาจรัฐเพื่อมิให้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนตามอำเภอใจ โดยในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนตามหลักการดังกล่าวนี้จะต้องมีความเหมาะสม มีความจำเป็น และได้สัดส่วนหรือมีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับกับสิทธิหรือเสรีภาพที่ประชาชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากกฎหมายนั้น โดยเมื่อพิจารณาเหตุผลในการประกาศใช้ตามทีระบุนี้ไว้ท้ายพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 แล้ว เห็นว่า พระราชบัญญัติดังกล่าว โดยเฉพาะในส่วนของ การดำเนินการต่อทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด อันเป็นมาตรการทางแพ่ง ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องหรือเคยเกี่ยวข้องกับ ผู้กระทำความผิดมูลฐานหรือความผิดฐานฟอกเงินมาก่อน เป็นผู้มีการการพิสูจน์ นั้น เป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมและจำเป็นแล้ว เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่ดวงจรการประกอบอาชญากรรมและทำลายแรงจูงใจสำคัญในการประกอบอาชญากรรมที่ให้ผลตอบแทนที่สูง แต่การกระทำความผิดที่กฎหมายดังกล่าวมุ่งปราบปราม มีลักษณะสลับซับซ้อน ยากที่จะหาพยานหลักฐาน มาดำเนินคดีกับผู้บงการอยู่เบื้องหลังซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการกระทำความผิดดังกล่าว หากจะให้พนักงานอัยการในฐานะผู้ร้องมีภาระในการพิสูจน์ต่อศาลแพ่งตามหลักที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องมีการการพิสูจน์” ย่อมเป็นการยาก

ที่จะนำทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินให้ตกเป็นของแผ่นดินเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ นอกจากนี้ กฎหมายได้บัญญัติให้พนักงานอัยการต้องยื่นคำร้องโดยมีเหตุที่ปรากฏหลักฐานเป็นที่เชื่อได้ว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดด้วยแล้ว ศาลจึงต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานและจากการไต่สวนคำร้องของพนักงานอัยการก่อน ประกอบกับกฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ซึ่งอ้างว่าเป็นเจ้าของหรือผู้รับโอนมีสิทธินำสืบพยานโต้แย้งหรือหักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าวได้ จึงเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นธรรมเพื่อที่จะรักษาคุณประโยชน์ระหว่างการปราบปรามอาชญากรรมบางประเภทที่มีความร้ายแรงเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลจากการใช้มาตรการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินให้ตกเป็นของแผ่นดินแล้ว บทบัญญัติมาตรา 51 วรรคสาม จึงไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม เพราะแม้จะเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอยู่บ้าง แต่เป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอย่างสมเหตุสมผลพอเหมาะสมควรตามความจำเป็น และมีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวมกับสิทธิของบุคคลที่ถูกจำกัด โดยได้รับเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิไว้แล้ว ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่มีข้อที่ปรากฏให้เห็นได้ว่าการดำเนินการให้ทรัพย์สินเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตกเป็นของแผ่นดิน จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่อย่างใด อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26

### 3. บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

#### 3.1 ความหมายของ “เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ”

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 ศาลรัฐธรรมนูญชี้ชัดว่า มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีเนื้อหาที่แตกต่างไปจากมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยในส่วนของเงื่อนไขเกี่ยวกับการ “ระบุนเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ” นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยอีกว่า พระราชบัญญัติป้องกัน

และปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 “ได้ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิไว้แล้ว” โดยศาลฯ มิได้กล่าวถึงการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายแต่อย่างใด จึงพิจารณาได้ว่า เงื่อนไขที่กำหนดให้ “ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ” ย่อมต้องมีความหมายอื่นนอกเหนือไปจากเรื่องการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย

การที่ศาลรัฐธรรมนูญอ้างถึง “เหตุผลในการประกาศใช้ตามรัฐธรรมนูญที่ระบุนิติบัญญัติ” อาจทำให้เข้าใจได้ว่า “เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ” ตามความเข้าใจของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นสิ่งเดียวกับเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติตามที่ปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว เห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิงเฉพาะเหตุผลฯ ตามที่ระบุไว้ท้ายพระราชบัญญัติฯ เท่านั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญยังได้อ้างถึง “หลักของการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมหรือประโยชน์สาธารณะ หลักการป้องกันอาชญากรรมข้ามชาติ และหลักการติดตามและเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เคยรับรองไว้แล้วในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 40-41/2546” อีกด้วย<sup>84</sup> โดยศาลรัฐธรรมนูญกล่าวถึงเหตุผลความจำเป็นเหล่านี้ในบริบทของ “หลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี”<sup>85</sup> กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญได้ยกเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ ขึ้นอ้างเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติในกฎหมายที่กำหนดมาตรการที่กระทบสิทธิและเสรีภาพ

<sup>84</sup> ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 40-41/2546 ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาเพียงเจตนารมณ์ของกฎหมายตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ แต่ศาลรัฐธรรมนูญยังได้พิจารณาขอบเขตความจำเป็นเกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวโดยวิเคราะห์จากบทบัญญัติในหมวด 6 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ ด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า พระราชบัญญัตินี้ “มีเจตนารมณ์หรือมีความมุ่งหมาย คือ ผลประโยชน์ต่อส่วนรวมที่จะเกิดขึ้น ได้แก่ ความสงบเรียบร้อยของสังคม ความปลอดภัยมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สินของคนในสังคม” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 40-41/2546 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 121 ตอนที่ 45 ก หน้า 18)

<sup>85</sup> ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายความมุ่งหมายของมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในภาพรวมว่า “ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐจะต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี อันเป็นหลักการสำคัญที่มีขึ้นเพื่อควบคุม ตรวจสอบ หรือจำกัดการใช้อำนาจรัฐเพื่อมิให้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนตามอำเภอใจ”

ของผู้ร้องฯ ดังกล่าว มีความสมเหตุสมผลพอเหมาะพอควรตามเหตุผลความจำเป็นของพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ ดังนั้น เหตุผลความจำเป็นฯ ตามความเข้าใจของศาลรัฐธรรมนูญ จึงมิใช่ “เหตุ” หรือ “ความเป็นมา” ในการตรากฎหมาย แต่ย่อมนหมายถึง “วัตถุประสงค์” หรือ “ความมุ่งหมาย”<sup>86</sup> ของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับ “เหตุผลความจำเป็น” ที่ถูกบัญญัติไว้เป็นเงื่อนไขพิเศษ<sup>87</sup> ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในบางกรณี อาทิ เงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง มาตรา 38 วรรคสอง หรือมาตรา 40 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“หลักความได้สัดส่วน” ที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้วินิจฉัยนั้น มีที่มาจากระบบกฎหมายเยอรมัน โดยแม้ว่ารัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) จะมีได้บัญญัติ “หลักความได้สัดส่วน” (Verhältnismäßigkeitsprinzip) หรืออาจเรียกอีกอย่างว่า “หลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ” (Übermaßverbot) ไว้อย่างชัดเจนก็ตาม<sup>88</sup> แต่ “หลักความได้สัดส่วน” ก็เป็นหลักการสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) สังเคราะห์ขึ้นในฐานะหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>89</sup> โดยจัดให้เป็นหลักกฎหมายย่อยประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ<sup>90,91</sup> ที่มีผลผูกพันทุกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ “หลักความได้สัดส่วน” กำหนดให้การใช้อำนาจรัฐในทุกกรณีต้องมีความชอบธรรมทั้งในส่วนของวัตถุประสงค์และมาตรการที่เลือกใช้ (legitime Zwecke und Mittel)<sup>92</sup> และต้องมีความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการและวัตถุประสงค์ (Zweck-Mittel-Verhältnis) กล่าวคือ มาตรการที่มีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น ต้อง (1) มีความเหมาะสมที่จะ

<sup>86</sup> ดู บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 214

<sup>87</sup> ในที่นี้ หมายถึงเงื่อนไขในทางเนื้อหาของการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เฉพาะสำหรับสิทธิเสรีภาพในบางเรื่อง อาทิ มาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นฯ จะทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

<sup>88</sup> ดู คำแปล บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 277

<sup>89</sup> BVerfG NJW 1958, 1035

<sup>90</sup> หลักนิติรัฐ หรือ Rechtsstaatsprinzip ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 20 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)

<sup>91</sup> BVerfG NJW 1994, 1577

<sup>92</sup> BVerfG NJW 2016, 700; Klatt/Meister, JuS 2014, หน้า 194, 195

ทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ได้ (Geeignetheit) (2) มีความจำเป็นเนื่องจากไม่มีมาตรการอื่นใดที่มีผลกระทบน้อยกว่าที่จะทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ (Erforderlichkeit) และ (3) ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบที่ไร้ความสมเหตุสมผลจนทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในภาพรวม (Angemessenheit) โดยในการวินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ประกอบเพื่อกำหนดให้ได้เสียก่อนว่า “วัตถุประสงค์” (Zweck) หรือ “ความมุ่งหมาย” (Ziele) ของมาตรการที่มีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น ๆ คืออะไร เนื่องจากศาลฯ ต้องนำ “วัตถุประสงค์” ดังกล่าวมาใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาว่า มาตรการที่รัฐเลือกใช้นั้นได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายดังกล่าวหรือไม่ โดยในกรณีที่เป็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติในกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) มิได้พิจารณาเฉพาะข้อความที่บัญญัติไว้ โดยขัดแย้งว่าเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น แต่ศาลฯ จะพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องและเอกสารต่าง ๆ ที่ใช้ในการร่างกฎหมายประกอบกันไป<sup>93</sup> โดยเมื่อศาลฯ ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิ ศาลฯ ก็จะพิจารณาต่อไปว่า วัตถุประสงค์นั้นมีความชอบธรรมหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้แบ่งวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพออกเป็นสองส่วนใหญ่ ๆ ได้แก่ วัตถุประสงค์เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะสัมบูรณ์ (absolute Gemeinschaftswerte) ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว อาทิ วัตถุประสงค์เกี่ยวกับการปกป้องสิทธิที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ และวัตถุประสงค์เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะสัมพัทธ์ (relative Gemeinschaftswerte) ซึ่งผู้มีอำนาจในเชิงนโยบายมีดุลพินิจที่จะกำหนดขึ้นหรือไม่ก็ได้<sup>94</sup>

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของรัฐ อาทิ การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จะให้ความสำคัญกับ “วัตถุประสงค์” หรือ “ความมุ่งหมาย” ของการกระทำนั้น เนื่องจากศาลฯ ต้องใช้เป็นมาตรฐานวัดในการวินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วน สำหรับการกำหนดว่า “วัตถุประสงค์” หรือ “ความมุ่งหมาย” ของกฎหมายที่ศาลฯ ต้องวินิจฉัยนั้น ศาลฯ จะพิจารณาข้อมูล

<sup>93</sup> BVerfG NJW 1963, 157

<sup>94</sup> Klatt/Meister, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 92, หน้า 195

หลาย ๆ ส่วนประกอบกัน ทั้งนี้ หากพิจารณาเทียบเคียงกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน มาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 แล้ว เห็นได้ว่า “เหตุผล ความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ” ตามนัยของมาตรา 26 ดังกล่าว น่าจะมีความหมายตรงกับ “วัตถุประสงค์” หรือ “ความมุ่งหมาย” ของกฎหมายฯ ที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันฯ ใช้เพื่อวินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วนนั่นเอง

### 3.2 วัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ “ระบุงู” เหตุผลความจำเป็นในการ จำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบาย ความมุ่งหมายของมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในภาพรวมไว้ว่า “ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิรัฐจะต้องคำนึงถึง หลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควร แก่กรณี อันเป็นหลักการสำคัญที่มีขึ้นเพื่อควบคุม ตรวจสอบ หรือจำกัดการใช้อำนาจอธิรัฐ เพื่อมิให้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนตามอำเภอใจ” ในเบื้องต้น จึงพิจารณาได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการระบุงูเหตุผลความจำเป็น ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดอำนาจรัฐมิให้ตรากฎหมาย ขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนตามอำเภอใจ<sup>95</sup>

นอกจากนั้น หากพิจารณาเงื่อนไขที่กำหนดให้ “ระบุงูบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย” ตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 แล้ว เห็นได้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญเลือกใช้คำว่า “ระบุงู” เพื่อกำหนด “รูปแบบ” ในการตรากฎหมายเช่นเดียวกัน จึงอาจนำแนวคิด ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการระบุงูบทบัญญัติฯ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) มาพิจารณาเทียบเคียงได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

<sup>95</sup> สอดคล้องกับความเห็นของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ที่ระบุเหตุผลในส่วนของบทบัญญัติที่กำหนดให้ต้อง ระบุงูเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ว่า “บทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักประกันมิให้ รัฐบาลอาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภาที่จะตรากฎหมายตามอำเภอใจ จนอาจก่อให้เกิดความไม่สงบ หรือเดือดร้อนแก่ประชาชน โดยไม่จำเป็น” (ดู ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, หน้า 46)

(BVerfG) ได้วินิจฉัยแล้วว่ามาตรา 19 วรรคหนึ่ง ประโยคท้าย ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) มีวัตถุประสงค์เพื่อ “เตือน” (Warnfunktion) และ “สร้างความระลึกรู้” (Besinnungsfunktion) ต่อฝ่ายนิติบัญญัติให้ทราบว่กฎหมายที่กำลังตราขึ้นนั้นมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ เพียงใด และจำกัดสิทธิในเรื่องใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อป้องกันมิให้ตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยมิได้ตั้งใจ<sup>96</sup> ดังนั้น จึงพิจารณาได้ว่าเงื่อนไขที่กำหนดให้ “ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ” นั้น มีเพื่อ “เตือน” ฝ่ายนิติบัญญัติให้ตรากฎหมายโดยคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อประชาชนเช่นกัน โดยเฉพาะการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ต้องมีความเหมาะสม จำเป็น และสมเหตุสมผล (พอเหมาะพอควร) ในอันที่จะบรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ นอกจากนี้ การระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพยังเป็นประโยชน์สำหรับผู้ใช้อกฎหมายซึ่งสามารถนำเหตุผลความจำเป็นดังกล่าวไปใช้เป็นเกณฑ์ในการบังคับใช้อกฎหมายให้ได้ตามหลักความได้สัดส่วน ตลอดจนเป็นประโยชน์สำหรับศาลที่ต้องพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวอีกด้วย

### 3.3 ขอบเขตของการใช้บทบัญญัติในแง่เวลา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้กำหนดบทเฉพาะกาลสำหรับกรณีการใช้มาตรา 26 ซึ่งต่างไปจากกรณีของมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่มีกรณีบัญญัติไว้ในมาตรา 335 (1) มิให้นำมาตรา 29 วรรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นเงื่อนไขในเชิงรูปแบบในการตรากฎหมาย เช่นเดียวกับบทบัญญัติที่กำหนดให้ “ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย” ตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวางบรรทัดฐานในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 35-36/2544 ว่า ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย เป็นเรื่องเกี่ยวกับ

<sup>96</sup> ดู หัวข้อ ข.1.1 ข้างต้น

การตรากฎหมายซึ่งเป็นกระบวนการนิติบัญญัติซึ่งมีเพียงประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา หรือนายกรัฐมนตรี ที่อาจส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ กรณีจึงเห็นว่าการจะได้แย้งในประเด็นการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น ทำได้เฉพาะในรูปแบบของการโต้แย้งว่าร่างพระราชบัญญัติ ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามนัยมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เท่านั้น ดังนั้น ในทางปฏิบัติ จึงไม่อาจเกิดกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ากฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันที่ ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ขัดหรือแย้งกับเงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุเหตุผล ความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่งได้เลย

อนึ่ง ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 ศาลรัฐธรรมนูญระบุว่า พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้ “ระบุเหตุผล ความจำเป็นในการจำกัดสิทธิไว้แล้ว” โดยศาลรัฐธรรมนูญมิได้ชี้แจงในรายละเอียด ว่าต้องนำเงื่อนไขดังกล่าวมาใช้กับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้ รัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด จึงดูเหมือนว่าศาลรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้ นำเงื่อนไขเชิงรูปแบบดังกล่าวมาใช้กับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในวันที่ ประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ตรากฎหมายย่อมไม่อาจรู้ได้ว่าจะมีการกำหนดเงื่อนไขเชิงรูปแบบดังกล่าว ในอนาคต<sup>97</sup> เงื่อนไขในเชิงรูปแบบจึงไม่ควรใช้ย้อนหลังได้โดยสภาพ และความเห็น ของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิในคำวินิจฉัย ดังกล่าว มีสถานะเป็นเพียงคำอธิบายประกอบเพื่อให้เหตุผลของคำวินิจฉัย มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นเท่านั้น โดยมีได้เป็นการวางบรรทัดฐานว่าให้ใช้เงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับกฎหมายที่มีผล ใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

### 3.4 ขอบเขตของการใช้บทบัญญัติในแง่เนื้อหา

มาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ

<sup>97</sup> ดู หัวข้อ ข.1.2.2(ค) ข้างต้น

ของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ฯลฯ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญจะใช้เงื่อนไขที่เกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้โดยเฉพาะแล้วได้หรือไม่ อาทิ กรณีตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งบัญญัติเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลไว้โดยเฉพาะว่า “... การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน”

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ขอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 โดยมีได้แยกระหว่างการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในเรื่องที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนไขพิเศษของการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้โดยเฉพาะ กับการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้โดยเฉพาะ<sup>98</sup> จึงอนุมานได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญนำมาตรา 26 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขทั่วไปของการตรากฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพ รวมถึงเงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นเงื่อนไขเชิงรูปแบบ ไปใช้กับกฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ

<sup>98</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ว่า “พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 35 มาตรา 37 มาตรา 48 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” โดยบทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ขอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 37 และบทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามมาตรา 50 ได้กำหนดเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้โดยเฉพาะ ในขณะที่บทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในเคสถานตามมาตรา 35 และบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินตามมาตรา 50 มิได้มีการกำหนดเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้เป็นการเฉพาะ

ทุกประเภท สอดคล้องไปกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ)<sup>99</sup> ที่ได้วางแนวทางการร่างกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้สอดคล้องกับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไว้ว่า ให้ “เพิ่มความขึ้นเป็นวรรคสามของคำปรารภ เพื่อระบุถึงเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ก็ตาม ฯลฯ” ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าเงื่อนไขในมาตรา 26 วรรคหนึ่ง เกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ใช้บังคับกับการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงว่ามีบทบัญญัติเฉพาะที่กำหนดเงื่อนไขพิเศษสำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้น ๆ ไว้แล้วหรือไม่

### 3.5 รูปแบบของการเขียน

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 ศาลรัฐธรรมนูญระบุว่า พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ได้ “ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิไว้แล้ว” และศาลฯ ได้อ้างถึง “เหตุผลในการประกาศใช้ตามที่ระบุไว้ท้ายพระราชบัญญัติ” ซึ่งอาจทำให้เข้าใจได้ว่า สามารถระบุเหตุผลความจำเป็นไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติได้ อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่อาจตีความคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับรูปแบบการ “ระบุ” เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามนัยมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ เนื่องจากคดีนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แค่คดีตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้ร้องจึงไม่มีอำนาจโต้แย้งในประเด็นที่เกี่ยวกับการตรากฎหมาย ซึ่งเป็นกระบวนการนิติบัญญัติซึ่งย่อรวมถึงประเด็นการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วย<sup>100</sup> ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำอธิบาย

<sup>99</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การกำหนดแนวทางการตรวจและกรจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (เรื่องเสร็จที่ 479/2560)

<sup>100</sup> พิจารณาเทียบเคียงกรณีมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งกำหนดให้ “ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย” โดยศาลรัฐธรรมนูญ

ที่เกี่ยวกับการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของศาลรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 8/2561 นั้น มีขึ้นเพียงเพื่อใช้ประกอบเหตุผลของคำวินิจฉัยให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นเท่านั้น มิได้เป็นการวางบรรทัดฐานที่มีผลผูกพันกรณีอื่น ๆ แต่อย่างใด ประกอบกับศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ระบุชัดว่า การระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ให้ระบุไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ

อนึ่ง แม้ว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการร่างกฎหมายจะได้วางแนวทางการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ<sup>101</sup> โดยกำหนดให้บัญญัติเป็นวรรคที่สามของคำปรารภแล้วก็ตาม แต่แนวทางดังกล่าวก็มีผลผูกพันเฉพาะฝ่ายบริหาร มิได้มีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ ดังนั้น จึงสมควรติดตามต่อไปว่าจะมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับรูปแบบการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยและวางบรรทัดฐานต่อไปหรือไม่

---

ได้เคยวางบรรทัดฐานในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 35-36/2544 ว่า ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย เป็นเรื่องเกี่ยวกับการตรากฎหมายซึ่งเป็นกระบวนการนิติบัญญัติซึ่งมีเพียงประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา หรือนายกรัฐมนตรี ที่อาจสั่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีจึงเห็นว่ากรณนี้จะโต้แย้งในประเด็นการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น ทำได้เฉพาะในรูปแบบของการโต้แย้งว่าร่างพระราชบัญญัติตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามนัยมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เท่านั้น

<sup>101</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การกำหนดแนวทางการตรวจและการจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (เรื่องเสร็จที่ 479/2560)

## บรรณานุกรม

## ตำราและบทความวิชาการ

- บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 6, 2562  
 ภัสวรณ อุซุพงศ์อมร, *การจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*  
*พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 : ศึกษาเฉพาะกรณีการระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ*  
*ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ,*  
*สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545*
- อภิวัฒน์ สุดสาว, *ลำดับศักดิ์ทางกฎหมาย ระหว่าง “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” กับ*  
*“พระราชบัญญัติ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, จุลนิติ, มกราคม-กุมภาพันธ์*  
*2564, หน้า 97-106*
- Dürig, Günther/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (ed.), *Grundgesetz Kommentar*,  
 C.H.Beck
- Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert (ed.),  
*Bundes-verfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2020, C.H.Beck*
- Klatt, Matthias/Meister, Moritz, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Ein*  
*Strukturelement des globalen Konstitutionalismus, in: Juristische Schulung*  
*(JuS) 2014, 193-199*
- Maurer, Hartmut, *Staatsrecht I, 3. Auflage, München 2003*
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, *Grundrechte, Staatsrecht II, Heidelberg, 2002*
- Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar, C.H.Beck*
- Sterzinger, Christian, *Rechtsfolgen einer möglichen Verletzung des Zitiergebotes*  
*nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG durch die Regelung des § 27b UstG, in:*  
*Deutsches Steuerrecht 2010, 471-475*
- เอกสารอื่น ๆ**
- รายงานการประชุมคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2540, <https://library.parliament.go.th/rayngankarprachumkhnakrrmathikarykrangraththrrmnuuy-2540>
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *คู่มือแบบการร่างกฎหมาย*, (กรุงเทพฯ, 2551)
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *แนวทางในการจัดทำร่างกฎหมาย*, (กรุงเทพฯ 2563)
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfG)**
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958, *สำนวนเลขที่ 1 BvR*  
*596/56 = BVerfGE 7, 377-444 = BVerfG NJW 1958, 1035 (Apotheken-Urteil)*
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1962, *สำนวนเลขที่ 2 BvR*  
*15/62 = BVerfGE 14, 174-190 = BVerfG NJW 1962, 1339*

- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962, จำนวนเลขที่ 2 BvR 151/60 = BVerfGE 15, 46-77 = BVerfG NJW 1963, 157
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1966, จำนวนเลขที่ 1 BvR 178/64, 1 BvR 164/64 = BVerfGE 20, 230-238 = BVerfG NJW 1966, 2351
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1970, จำนวนเลขที่ 2 BvR 531/68 = BVerfGE 28, 36 = BVerfG NJW 1970, 1268
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1972, จำนวนเลขที่ 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64 = BVerfGE 33, 125-171 = BVerfG NJW 1972, 1504
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1983, จำนวนเลขที่ 1 BvL 46/80, 1 BvL 47/80 = BVerfGE 64, 72-86 = BVerfG NJW 1983, 2869
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1983, จำนวนเลขที่ 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, inter alia = BVerfGE 65, 1-71 = BVerfG NJW 1984, 419
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 1990, จำนวนเลขที่ 1 BvR 402/87 = BVerfGE 83, 130-150 = BVerfG NJW 1991, 1471
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1994, จำนวนเลขที่ 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92 inter alia = BVerfGE 90, 145-199 = BVerfG NJW 1994, 1577
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2000, จำนวนเลขที่ 1 BvR 539/96 = BVerfGE 102, 197-224 = BVerfG NJW 2001, 3253
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2005, จำนวนเลขที่ 1 BvR 668/04 = BVerfGE 113, 348-392 = BVerfG NJW 2005, 2603
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 12 มกราคม ค.ศ. 2016, จำนวนเลขที่ 1 BvL 6/13 = BVerfGE 141, 82-120 = BVerfG NJW 2016, 700

ดัชนีค้นคำ

	ก	การตรากฎหมาย	202-205, 208-239,
กฎ	225	240, 242-243, 245, 247-249	
กฎเกณฑ์	202	การไต่สวน	241
กฎหมาย	203-250	การถวายสัตย์ปฏิญาณ	230
กฎหมายจำกัดสิทธิ	203, 205, 208,	การบริหารรัฐกิจ	238
210, 216, 225, 227, 235-236,		การบอกกล่าวการโอน	225
239, 246, 248, 249		การประกาศใช้กฎหมาย	214, 222, 240,
กฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติม	216, 218, 222	242, 249	
กฎหมายฉบับเดิม	212, 218	การฝ่าฝืน	234, 235
กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติ	207, 232	การฝ่าฝืนบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ	234
เป็นผู้ตราขึ้น		การฟื้นฟูกิจการ	229
กฎหมายแม่บท	238	การยื่นคำร้อง	214, 222, 224,
กฎหมายลูกบท	238	226, 231, 241	
กรณีใดกรณีหนึ่ง	204, 209, 229, 236, 241	การระบอบบทบัญญัติ	202-206, 210,
กรณีพิพาท	249	214-223, 225, 231	
กรรมวิธีการ	205-206, 224	การละเมิดสิทธิและเสรีภาพ	202
กระทบกระเทือน	209, 228, 235, 236	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม	229-230
กระทรวง	215-216, 238	การวิเคราะห์	204
กระทรวงการคลัง	225, 227	การวิจัยและวิชาการ	209
กระทรวงยุติธรรม	215-216	การเสนอกฎหมาย	215, 238
กระทำ	209, 211, 214, 222, 225, 229,	กำหนด	202
232, 239, 240-242, 244, 248		เกินขอบเขต	206
กระบวนการตรา/	210, 214, 221,	เกินสมควรแก่เหตุ	236, 239, 241
กระบวนการตรากฎหมาย	226, 228	แก้ไขเยียวยา	229
กระบวนการนิติบัญญัติ	229, 247		
กลไก	202, 204, 206	ข	
กลไกการใช้อำนาจรัฐ	202	ขยายขอบเขต	212
การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย	218-219,	ข้อกำหนด	204, 238
226-227		ข้อเท็จจริง	224, 237, 244
การใช้และการตีความ	213	ข้อบกพร่อง	221
การใช้สิทธิเรียกร้อง	224	ขอบเขต	206-207, 209-210, 212-215,
ใช้อำนาจ	202, 210, 240, 243, 245	231-232, 246-247	
การดำเนินการ	211, 218-219,	ขอบเขตแห่งสิทธิ	232
226, 240-241		ข้อบังคับ	225-226
การตรวจสอบความชอบด้วย	224, 229,	ข้อพิพาท	224, 229
รัฐธรรมนูญของกฎหมาย	239, 249	ข้อยุติ	217
		ข้อสังเกต	214

ขัดหรือแย้ง	226-230, 235, 239, 240-241, 247	คำวินิจฉัย	204, 216, 219, 220, 222-227, 229, 231-233, 235, 239, 241-242, 245-250
เข้าข่าย	213	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	223-225, 227, 229, 231-233, 235, 239, 241-242, 245-250
<b>ค</b>			
คณะกรรมการกฤษฎีกา	206, 217	คำวินิจฉัยส่วนตัว	226
คณะกรรมการการ	205-206, 224	คำสั่ง	217, 229, 230
คณะรัฐมนตรี	215, 218	คำอธิบายประกอบประมวลตรา	236, 237
คดีพิพาท	225, 227	คุ้มครอง / ความคุ้มครอง	202
ควบคุม	244-245	คู่ความ	228, 232
ควรวรมกิจการ	224-225, 228	คู่มือแบบการร่างกฎหมาย	206, 215-216, 238
ความจำเป็น	203-204, 207, 209, 211, 230, 237, 238-239, 241-249	คู่มือแบบการร่างกฎหมายของสหพันธ์	238
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	214, 222, 224, 229, 239, 240, 243-244, 246, 249	เคร่งครัด	207
ความบริสุทธิ์	239	เคารพ	205
ความเป็นมา	226-227, 230, 236, 241, 243	แคบ	208, 213
ความผิดฐานฟอกเงิน	240	โครงการ	225, 227
ความผิดมูลฐาน	239, 241	โครงสร้าง	202
ความมุ่งหมาย	206, 211, 214, 231, 236, 237, 243-245	<b>ง</b>	
ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	207	เงื่อนไข	205-208, 210-214, 220, 223, 232, 233, 236-239, 241-243, 245-249
ความไม่สงบ	237	เงื่อนไขเชิงรูปแบบ	207-208, 238-239, 246-248
ความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ส่วนรวมกับ สิทธิของบุคคล	240, 241	เงื่อนไขพิเศษ	211, 243, 248-249
ความสมบูรณ์	250	<b>จ</b>	
ความสมเหตุสมผล	207	จดทะเบียน	224
ความสำคัญ	244	จำกัด	202
ความเห็นชอบ	218, 224-227	จำกัดการใช้อำนาจรัฐ	245
ความเหมาะสม	229, 240, 243, 246	จำกัดสิทธิและเสรีภาพ/ จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ/	203-206, 208- 209, 212-213,
คัดค้าน	229, 239	จำกัดสิทธิ	215-216, 218, 220, 222, 226, 232, 234, 236-239, 241-243, 245-250
คำโต้แย้ง	226, 235, 240, 246	จำเป็น	202-203, 236-239, 241-243, 245-250
คำแนะนำ	215	จำเป็น	202-203, 236-239, 241-243, 245-250
คำปรารภ	217-220, 224, 233, 237, 249, 250	จำเป็น	202-203, 236-239, 241-243, 245-250
คำพิพากษา	230	จำเป็น	202-203, 236-239, 241-243, 245-250
คำร้อง	214	จำเป็น	202-203, 236-239, 241-243, 245-250
คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ	220	เจตนา	224-225, 227
		เจตนา	204-205, 240-241

เจ้าของ	239, 241	ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	224,
เจ้าหน้าที่	224, 229-230		229, 239, 249
เจาะจง	205, 209, 216, 236, 241	ตรากฎหมาย	203
โจทก์	224-225, 229	ต้องด้วยรัฐธรรมนูญ	228, 232, 234-235
	ฉ	ตามอำเภอใจ	229, 237, 240, 245
เฉพาะ	205-210, 212-214, 216,	ตีความ	205-207, 211-213, 249
	218, 219, 221-222, 231-235,	ตุลาการ	226, 230, 234, 250
	240, 242, 244, 246-250	เตือน	205-206, 209, 215-216,
	ช		218, 238, 246
خذใช้ค่าเสียหาย	224	แต่งตั้ง	217
ช่องว่างทางกฎหมาย	221	โต้แย้ง	221, 224-232, 234-235,
ชัดเจน	205, 206, 220, 222, 228,		239-241, 246-247
	232, 234-235, 238	ฉ	
ชั่วคราว	221	ถอดแบบ	205
ชำระหนี้	224, 230	ถ้อยคำ	203, 211, 232
เชิงนิเสธ	231	ถ้อยบัญญัติ	210
เชื่อมโยง	203, 222, 237	ท	
ใช้บังคับ	204, 206, 208-210, 213-214,	ทฤษฎี	204, 206, 209, 211, 215,
	218-219, 222, 225-226, 228-230,		219, 222, 236
	232, 235-236, 240, 241, 245-247, 249	ทั่วไป	236, 241
	ฐ	ทำลาย	240
ฐานะ	222, 229, 231, 240, 243	เท่าเทียมกัน	230
	ค	เที่ยงธรรม	229
ดอกเบีย	224	เทียบเคียง	216, 238
ดำเนินคดี	240	น	
คุณภาพ	241	นโยบาย	244
เคือดร้อน	237	นายกรัฐมนตรี	223, 233, 235, 239, 247
โดยเฉพาะ	205-206, 216, 240, 246, 248	นิติบัญญัติ	212, 227, 230, 246-247
โดยใช้ดุลยพินิจที่ไม่ชอบ	229	เนื้อหา	240
โดยไม่จำเป็น	237	แนวคิด	202, 204, 245
โดยไม่เป็นธรรม	207, 229, 230	แนวทาง	203, 204, 212-215, 217-220,
โดยไม่สุจริต	229, 239		233-235, 237-238, 249-250
ได้สัดส่วน	236, 240, 242-246	บ	
	ด	บกพร่อง	221-222
ตกเป็นโมฆะ	220-222	บทเฉพาะกาล	214, 233, 246
ต้นแบบ	202-204	บทบัญญัติ	202, 242, 244-249
ตรวจสอบ	214, 224, 229, 239,	บทบัญญัติเฉพาะ	249
	240, 245-246, 249	บทบัญญัติแห่งกฎหมาย	204, 209, 213,
			226-227, 240, 242, 248

บทวิเคราะห์	204, 219, 231, 241	ป้องกันสุขภาพของประชาชน	248
บรรทัดฐาน	204, 214, 220, 222-223, 231-235, 239, 246-247, 249-250	ปัจจุบัน	208
บริษัทเงินทุน	225	ปัญหา	221, 224, 229, 230
บังคับใช้กฎหมาย	205	ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	224
บัญญัติ	202-204, 206-230, 232, 234-242, 244-250	เป็นอันตกไป	223, 234, 236, 239
บันทึก	206, 219	<b>ผ</b>	
บันทึกรายงานการประชุม	205	ผลกระทบ	216, 218, 222, 244
บุคคลใดบุคคลหนึ่ง	236, 241	ผลตอบแทน	240
บุคคลล้มละลาย	230	ผลทางกฎหมาย	223
เบื้องหลัง	240	ผลผูกพัน	243, 250
<b>ป</b>		ผูกพัน	203, 243, 250
ปฏิบัติ	203, 229, 237, 247	ผู้กระทำความผิดมูลฐาน	239, 241
ประกาศ	206, 214-215, 218, 222, 225-228, 232, 240, 242, 247, 249	ผู้ใช้กฎหมาย	205, 238, 246
ประกาศของฝ่ายบริหาร	227, 232	ผู้ใช้และตีความกฎหมาย	205-206
ประชาชน	205, 207, 218-219, 228, 231, 239-240, 245, 246, 248	ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องมีภาระการพิสูจน์	240
ประเด็น	211, 214, 215, 218, 220, 222-224, 226-234, 235-239, 240, 247-249	ผู้ตรากฎหมาย	205, 208, 218, 234, 235, 239, 247
ประเทศไทย	203	ผู้ถูกระทำ	229
ประธานรัฐสภา	217, 223, 235, 239, 247	ผู้ที่ได้รับประโยชน์โดยตรง	240
ประธานวุฒิสภา	223, 233, 235, 239, 247	ผู้บงการ	240
ประธานสภาผู้แทนราษฎร	233, 247	ผู้พิพากษา	230
ประเพณีปฏิบัติ	223	ผู้ยกเว้น	205
ประเภท	208, 241, 249	ผู้ร้อง	226, 228, 230-235, 240, 243, 249
ประโยชน์สาธารณะ	240-242, 244	ผู้ร้องทุกข์	221
ประโยชน์สาธารณะสัมบูรณ์	244	ผู้ร่างกฎหมาย	206, 215-216
ประโยชน์สาธารณะสัมพัทธ์	244	ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ	203, 205, 237, 245
ประสงค์	204-207, 209, 216, 231, 237-238, 241, 244-247	ผู้ออกกฎหมาย	201
ปรากฏ	212, 216, 223, 226-227, 236, 241-242	แผนฟื้นฟูกิจการ	229
ปราบปราม	239, 240-242, 247	<b>ผ</b>	
ปราศจาก	213	ฝ่ายตุลาการ	250
ปริยาย	232	ฝ่ายนิติบัญญัติ	205-207, 209-211, 218, 238, 240, 245-246
ป้องกัน	202, 209, 240-241	ฝ่ายบริหาร	210, 217, 227, 232, 238, 250
		<b>พ</b>	
		พนักงานอัยการ	240-241
		พยานหลักฐาน	240-241
		พระมหากษัตริย์	230

พระราชกำหนด	210, 211, 219, 225-229, 232, 235	มูลหนี้	229
พระราชบัญญัติ	206, 210-211, 217-219, 223-224, 226-227, 233-234, 236, 239, 242-243, 247, 249, 250	โมฆะ	220-222
พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505	219, 225-228	ไม่ปฏิบัติตาม	206, 223
พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522	225-227, 232	ไม่เป็นเหตุ	206
พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ	210, 211, 223	ย	
พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542	241, 247-248	ยกเลิก	203
พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483	229-230, 235	ย้อนหลัง	220, 222, 247
พฤติการณแห่งคดี	229	ยืนยัน	224
พิจารณา	203, 205, 210-211, 214, 216-218, 220-221, 223-224, 226-232, 234-242, 244-246, 248	ร	
พิเศษ	211, 218-219, 243, 248-249	ระบอบบัญญัติ	202-212, 214-226, 229, 231-239, 242, 245-246
พิสูจน์	239, 240	ระเบียบ	215, 238
เพิ่มทบัญญัติ	216	ระเบียบภายใน	215, 238
เพิ่มภาระ	236, 239, 241	ระเบียบแห่งสภาผู้แทนราษฎรเยอรมัน	238
เพิ่มภาระเกินสมควรแก่เหตุ	236	ระยะเวลา	221
เพียงพอ	222, 238	ระลึกรู้	205-206, 209, 215-216, 218, 238, 246
ฟ		รักษาความมั่นคงของรัฐ	248
ฟ้อง	207, 224	รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน	248
ภ		รัฐธรรมนูญเยอรมัน	202-203, 221- 222, 243, 245
ภาระ	205, 236, 239-240, 241	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	201, 203-204, 206, 209-214, 217-220, 222-224, 229-241, 243, 245-250
ภาระการพิสูจน์ / ภาระในการพิสูจน์	240	รัฐบาล	215, 237
ม		รัฐสภา	206, 214, 218-219, 223-224, 226, 233, 235, 237, 239, 247
มติ	218, 224, 226, 228, 233, 240	รับประกัน	205
มาตรการ	218, 230, 240-244	รับรอง	205, 209-210, 224, 240, 242
มาตรการทางแพ่ง	240	รับรองสิทธิเสรีภาพ	205
มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป	209, 236, 241	รับโอนทรัพย์สินและหนี้สิน	224
มุ่งประสงค์	205	รับโอนสิทธิเรียกร้อง	224
		ร่างกฎหมาย	206, 215-219, 223, 233, 237-239, 244, 249, 250
		ร่างพระราชบัญญัติ	217, 219, 223-224, 233-234, 236, 239, 247
		ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ	223

ร่างพระราชบัญญัติแรงงาน รัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. ....	217, 223	ศาลล้มละลายกลาง	229
ร่างพระราชบัญญัติสิทธิสหกรณ์ พ.ศ. ....	217, 223	สถานะ	216, 230, 247
รายละเอียด	208, 209, 212, 213, 215, 247	สถานะของบุคคล	230
รูปแบบ	202, 207, 217, 219, 221, 245, 247, 249	สถาบันการเงิน	228
แรงจูงใจ	240	สถาปนา	202
		สภาผู้แทนราษฎร	217, 223-224, 233, 235, 239, 247
	ล	สภาร่างรัฐธรรมนูญ	205-206
ลงมติ	224	สมบูรณ์	225, 247, 250
ละเมิด	202, 220-221	สมเหตุสมผล	207, 241, 243, 245, 246
ละเมิดสิทธิเสรีภาพ	202, 221	สมาชิกวุฒิสภา	224
ละเมิด	208, 209, 212-213, 215, 247	สร้างความชัดเจน	205-206
ลักษณะ	203, 206, 213, 233, 236, 238-240, 243	สร้างความระลึกรู้	205-206, 209, 215-216, 218, 238, 246
ลำดับศักดิ์	211	สลัซซ์ซ็อน	240
ลูกหนี้	224-225, 229, 230, 235	ส่วนต้นของกฎหมาย	217
	ว	สหพันธ์	202, 215-216, 220, 238
วัตถุประสงค์	215, 237, 245	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	202
วัตถุแห่งหนี้	229	สอดคล้อง	204-205, 210-211, 213-214, 216-220, 222, 249
วันประกาศใช้	214, 218, 226, 228, 232, 247	สังเคราะห์	231, 243
วิธีการ	202, 216, 218	สันนิษฐาน	239, 241
วินิจฉัย	204, 214, 216, 219, 229, 230-234, 235, 239-250	สาระ	209, 219, 227, 235
วิวัฒนาการ	203, 237	สาระสำคัญ	209, 221, 228, 236-237
วุฒิสภา	217, 223-224, 233, 235, 239, 247	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา	206, 217-220, 249
เวลา	207, 214-215, 217, 221, 232, 235, 246	สิทธิขั้นพื้นฐาน	202, 208-209
	ศ	สิทธิในทรัพย์สิน/สิทธิในทรัพย์สิน ของบุคคล/สิทธิในทรัพย์สิน	225, 227, 229, 241
ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	230, 236, 241	ส่วนบุคคล	
ศาลฎีกา	229	สิทธิเรียกร้อง	224
ศาลแพ่ง	240	สิทธิและเสรีภาพ/สิทธิหรือเสรีภาพ/ สิทธิเสรีภาพ	206-216, 218, 220-234, 236-250
ศาลรัฐธรรมนูญ/ศาลรัฐธรรมนูญไทย	204, 207, 214, 220, 222-223, 231-232, 235, 239, 241-242, 245-246, 248	สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน	208, 209
ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน	207-209, 212, 214, 216, 220-222, 243-245	สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน	225, 227, 229
		เสรีประชาธิปไตย	202

เสรีภาพทางศิลปะ	209	เหตุผลความจำเป็น	202-203, 236-239, 241-243, 245-250
เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ/สิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	225, 227, 229	เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ	202-230, 236-239, 241, 242, 245-250
เสียงข้างน้อย	234	เหตุผลในการตรากฎหมาย	238-239
เสียงข้างมาก	234, 237	เหมาะสม	229, 240, 243, 246
แสดง	206, 209, 218	ให้อำนาจ	202-226, 229-239, 242, 245, 246
<b>ห</b>			
หน่วยงาน	215, 238, 250		
หน่วยงานของรัฐ	203, 237	<b>อ</b>	
หน้าที่	202-203, 206, 217, 227, 230, 236, 244	องค์กร	217, 227, 232, 240, 243, 245
หมายความรวมถึง	210-211, 226	องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ	227
หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ	242, 249	องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ	227, 232, 240, 243, 245
หลักกฎหมาย	243	อธิปไตย	204, 206, 236, 237, 245, 247, 249
หลักการ	203, 206, 222, 230-237, 240, 242, 245	อนุมาน	211, 235, 248
หลักการติดตามและเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิด	242	อาชญากรรม	240-242
หลักการป้องกันอาชญากรรมข้ามชาติ	242	อาศัยอำนาจ	204, 208-209, 213, 225-226, 232, 248
หลักการพื้นฐาน	240, 245	อำนาจ	203-204, 206, 244, 248
หลักของการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมหรือประโยชน์สาธารณะ	241-242	อำนาจตรากฎหมาย	204, 208-210, 212-213, 217-219, 221, 223, 229-230, 235-237, 245-246
หลักความได้สัดส่วน / หลักความได้สัดส่วนพอเหมาะ	236, 240, 242-246	อำนาจในการปกครอง	202
พอควรแก่กรณี / สมเหตุสมผล		อำนาจรัฐ	202, 243, 245
พอเหมาะพอควรตามความจำเป็น / หลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ		อุปสรรค	216
หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ	222	เอกฉันท์	226, 228
หลักฐาน	206, 240-241	เอกภาพ	218
หลักทฤษฎี	204, 206, 209, 211, 215, 220, 222, 236	เอกสาร	237-238, 244
หลักนิติธรรม	236, 248		
หลักนิติรัฐ	222, 243		
หลักประกัน	202, 230-231, 236-237		
หลากหลาย	216		
หลักเสียง	216		
เหตุผล	202, 236-237, 241, 245		

## บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

1.4 หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้ง  
กับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว  
(ne bis in idem, double jeopardy)

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ .....	212
1. คุณค่าของหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิด .....	263
เพียงครั้งเดียว	
1.1 สิทธิมนุษยชน .....	264
1.2 รัฐธรรมนูญ .....	267
1.3 กฎหมายภายในประเทศ .....	269
2. สาระสำคัญของหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิด .....	269
เพียงครั้งเดียว	
2.1 หลัก ne bis in idem ในประเทศภาคพื้นยุโรป .....	270
2.2 หลัก double jeopardy ในสหรัฐอเมริกา .....	271
3. ประเด็นปัญหาของหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิด .....	273
เพียงครั้งเดียว	
3.1 คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (foreign judgment) .....	273
3.2 คำพิพากษาที่เกิดจากการพิจารณาที่ไม่แท้จริง .....	279
3.3 การพิจารณาคดีใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีเดิม .....	280
3.4 การดำเนินคดีปกครองกับการดำเนินคดีอาญา .....	285
3.5 การดำเนินคดีวินัยกับการดำเนินคดีอาญา .....	285
3.6 หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว .....	287
กับกระบวนการสอบสวนและการสั่งคดีอาญา	
4. บทสรุป .....	289
บรรณานุกรม .....	291
ดัชนีค้นคำ .....	292

# หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิด เพียงครั้งเดียว (ne bis in idem, double jeopardy)

ปกป้อง ศรีสนิท\*

## บทคัดย่อ

หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว (*ne bis in idem*) มีคุณค่าเป็นสิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายอาญา และ หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยผลของหลักการดังกล่าว ศาลไม่อาจพิจารณาคดีหรือลงโทษสองครั้งกับผู้กระทำความผิดเพียงครั้งเดียว ซึ่งหมายรวมถึงกรณีที่การลงโทษครั้งแรกเป็นการลงโทษทางปกครองและต่อมาเป็นการลงโทษทางอาญาด้วย หากการลงโทษทางปกครองและทางอาญานั้นมีลักษณะการคุ้มครองประโยชน์สังคมแบบเดียวกัน มีโทษแบบเดียวกัน และองค์ประกอบความผิดที่เหมือนกัน

อย่างไรก็ดี หลักการไม่ถูกดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว (*ne bis in idem*) นำไปใช้ในการพิจารณาในชั้นศาลเท่านั้น ไม่รวมขั้นตอนของการสอบสวนและสิ่งคดีที่สามารถดำเนินคดีใหม่ได้แม้จะได้มีการยุติการสอบสวนหรือสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาไปแล้วก็ตาม นอกจากนี้ ศาลสามารถพิจารณาพิพากษาซ้ำอีกได้ หากคดีแรกเป็นคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ คำพิพากษาที่เกิดจากการพิจารณาที่ไม่แท้จริง หรือการพิจารณาใหม่เป็นการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีเดิม ซึ่งได้แก่ การที่ศาลสูงยกคำพิพากษาของศาลล่างและย้อนสำนวนให้ศาลล่างพิจารณาใหม่ การที่จำเลยร้องขอให้มีการพิจารณาใหม่ (retrial) ภายหลังจากที่มีคำพิพากษาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย (trial in absentia) หรือกรณีที่คำพิพากษาถึงที่สุดลงโทษจำเลยแล้ว แต่จำเลยร้องขอให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ (revision)

หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวได้รับการยอมรับในประเทศภาคพื้นยุโรปภายใต้ชื่อว่า หลัก *ne bis in idem* ที่บัญญัติไว้

\* คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป และได้รับการยอมรับในประเทศสหรัฐอเมริกา ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 ภายใต้ชื่อ หลัก double jeopardy<sup>1</sup> บทความนี้จะกล่าวถึงคุณค่าของหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว สารสำคัญของหลักการดังกล่าว และประเด็นปัญหาของการใช้หลักการดังกล่าวผ่านมุมมองของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายอาญา และกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยเปรียบเทียบกับหลักการที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายยุโรป กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายสหรัฐอเมริกา

## 1. คุณค่าของหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว

หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวมีค่าใน 3 ระดับ คือ สิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญ และกฎหมายภายในประเทศ

### 1.1 สิทธิมนุษยชน

หลักการที่จะไม่ถูกดำเนินคดีซ้ำในการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว เป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชน<sup>2</sup> ที่ได้รับการรับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) ข้อ 14.7 ที่บัญญัติว่า “ไม่มีบุคคลใดจะถูกพิจารณาคดีหรือถูกลงโทษอีกครั้งหนึ่งสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นได้รับการพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษหรือปล่อยตัวมาแล้ว ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายและวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศ”<sup>3</sup>

สิทธิที่จะไม่ถูกดำเนินคดีซ้ำในการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว เป็นหนึ่งในสิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (the rights to a fair trial) ซึ่งประกอบด้วยหลายสิทธิ คือ 1) สิทธิที่จะได้รับความเสมอภาคต่อหน้าศาล 2) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย โดยศาลที่เป็นอิสระและเที่ยงธรรม

<sup>1</sup> Wayne R. LaFave, et al., *Criminal Procedure*, 4<sup>th</sup> edition, (St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004), pt. IV ch. 25.

<sup>2</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*, (กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2563), หมายเลข 206

<sup>3</sup> ICCPR, Article 14.7 “No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country”.

3) สิทธิที่จะรับการแจ้งข้อหา 4) สิทธิที่จะมีทนายความ 5) สิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีในเวลาที่เหมาะสม 6) สิทธิที่จะปรากฏตัวในการพิจารณาและตรวจสอบพยานหลักฐาน 7) สิทธิที่จะมีล่าม 8) สิทธิที่จะไม่ให้เกิดการปรับปรัตตนเอง 9) สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ 10) สิทธิอุทธรณ์ต่อศาลที่สูงกว่า 11) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากกระบวนการยุติธรรมที่ผิดพลาด และ 12) สิทธิที่จะไม่ถูกดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำผิดเพียงครั้งเดียว<sup>4</sup>

สิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีอย่างเป็นทางการ (the rights to a fair trial) ดังกล่าว ซึ่งรวมทั้งสิทธิที่จะไม่ถูกดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำผิดเพียงครั้งเดียว (ne bis in idem) ถือได้ว่าเป็นมาตรฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งสะท้อนได้จากการที่รัฐภาคี 173 ประเทศ<sup>5</sup> ได้ยอมรับและผูกพันในฐานะรัฐภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)

## 1.2 รัฐธรรมนูญ

ในประเทศฝรั่งเศส แม้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้มีบทบัญญัติรับรองหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำผิดเพียงครั้งเดียว แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ยอมรับหลัก *ne bis in idem* ให้มีคุณค่าเป็นรัฐธรรมนูญ โดยในคำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ในคำวินิจฉัยที่ 28 มกราคม ค.ศ. 2022 (Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022)<sup>6</sup> ตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยกหลัก *ne bis in idem* เป็นส่วนหนึ่งของหลักความผิดและโทษทางอาญาต้องมีเท่าที่จำเป็น (principe de nécessité des délits et des peines) ที่รับรองในคำประกาศสิทธิมนุษยชนฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ข้อ 8<sup>7</sup> โดยอธิบายว่า “โดยผลของหลักความผิดและโทษทางอาญาต้องมีเท่าที่จำเป็น (principe de nécessité des délits et des peines) บุคคลเดียวกันจะไม่ถูกดำเนินคดีสองครั้ง สำหรับการกระทำความผิดเดียวกัน

<sup>4</sup> ปกป้อง ศรีสนธิ, สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, อ้างแล้ว, หมายเลข 26.

<sup>5</sup> <https://treaties.un.org/>, retrieved 11 Oct. 2022.

<sup>6</sup> Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/2021965QPC.htm>, retrieved 11 Oct. 2022.

<sup>7</sup> La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, Article 8 « Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ».

ที่มีองค์ประกอบเหมือนกัน ด้วยโทษที่มีลักษณะเหมือนกัน เพื่อที่จะคุ้มครองประโยชน์สังคมแบบเดียวกัน”<sup>8</sup>

ในสหรัฐอเมริกา หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำ ความผิดเพียงครั้งเดียวได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญโดยการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 (Amendment V) ซึ่งบัญญัติว่า “ไม่มีบุคคลใดจะอยู่ภายใต้ความเดือดร้อนต่อชีวิต และร่างกายสองครั้งจากการกระทำ ความผิดเพียงครั้งเดียว”<sup>9</sup>

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่เคยบัญญัติ รับรองหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำ ความผิดเพียงครั้งเดียว แม้แต่ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่เป็นรัฐธรรมนูญที่บัญญัติ เรื่องสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้มากที่สุด ก็ไม่ได้กล่าวถึงหลักการ ดังกล่าว

อย่างไรก็ดี เราอาจกล่าวได้ว่าหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำ ความผิดเพียงครั้งเดียวเคยปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ช่วงสั้นๆ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2557 ด้วยเหตุว่า เมื่อหลัก *ne bis in idem* ได้รับการรับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 14.7 ซึ่งประเทศไทยเป็น รัฐภาคีและมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่ต้องปฏิบัติตาม และในรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 ได้กำหนดการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคแบบปลายเปิด (open-ended) ซึ่งไม่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะเจาะจง โดยรัฐธรรมนูญชั่วคราวกำหนดให้สิทธิและ เสรีภาพ บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ เป็นที่น่าเสียดายที่ บทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพแบบปลายเปิด (open-ended) แบบมาตรา 4 แห่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2557 ไม่มีอยู่อีกต่อไป

<sup>8</sup> Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, para 14, « Il découle du principe de nécessité des délits et des peines qu’une même personne ne peut faire l’objet de plusieurs poursuites tendant à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique, par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux »

<sup>9</sup> U.S. Constitution, Amendment V “... nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb...”

ในปัจจุบัน เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีประเด็นที่ควรพิจารณาสองประการ คือ หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวแฝงอยู่ในหลักการใดในรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไร

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 ได้บัญญัติเรื่องหลักความจำเป็นและได้สัดส่วนไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่กำหนดให้มีการลงโทษสองครั้งกับบุคคลผู้กระทำความผิดกรรมเดียวกันน่าจะถือได้ว่าเป็นการขัดกับหลักความจำเป็นและได้สัดส่วนตามบทบัญญัติดังกล่าว ดังที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่าการลงโทษสองครั้งกับการกระทำกรรมเดียวกันเป็นการขัดต่อหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนในการลงโทษ แม้ไม่มีถ้อยคำของหลักดังกล่าวปรากฏในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ตาม ซึ่งในประเด็นดังกล่าว ก็คงต้องรอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการตีความขยายหลักความจำเป็นและได้สัดส่วนในรัฐธรรมนูญไทยให้ครอบคลุมหลัก *ne bis in idem* แบบที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้เคยทำได้

นอกจากนี้ หากมองหลักนิติธรรม (Rule of Law)<sup>10</sup> อย่างขยายความ อาจมองได้ว่า หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว อาจแฝงอยู่ในหลักนิติธรรมที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ในส่วนที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights)<sup>11</sup>

หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว เคยถูกหยิบยกเป็นประเด็นในศาลรัฐธรรมนูญแล้วครั้งหนึ่ง ในคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2563 โดยในคดีดังกล่าว ผู้ร้องเรียนได้ยกประเด็นเรื่อง *ne bis in idem* ขึ้นให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดว่าการแยกดำเนินคดีอาญากับผู้ร้องเรียนสองครั้งในศาลแขวงครั้งหนึ่งและในศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบกลางเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญเรื่อง *ne bis in idem* ที่ถือเป็นสิทธิเสรีภาพโดยทั่วไปของปวงชนชาวไทยตาม

---

<sup>10</sup> <https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/what-rule-law>, retrieved 30/1/2023

<sup>11</sup> <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Fundamental%20Rights/>, retrieved 30/1/2023

มาตรา 25<sup>12</sup> แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หรือไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าวก็ไม่ได้วินิจฉัยว่าหลัก *ne bis in idem* เป็นหลักการในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้จำหน่ายคดีด้วยเหตุผลทางรูปแบบโดยไม่ได้วินิจฉัยในทางเนื้อหา โดยศาลรัฐธรรมนูญจำหน่ายคดีด้วยเหตุผลเพียงว่า เมื่อคดีอาญามีคำพิพากษาศาลฎีกาถึงที่สุดแล้ว จึงต้องห้ามมิให้ศาลรัฐธรรมนูญรับคดีนั้นไว้พิจารณา จึงเป็นเรื่องน่าเสียดายที่ในปัจจุบันยังไม่มีคำวินิจฉัยว่าหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว มีคุณค่าเป็นรัฐธรรมนูญไทยหรือไม่ เพียงใด

ดังนั้น ในมุมมองทางรัฐธรรมนูญ หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวเคยได้รับการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรในประเทศไทยโดยบทบัญญัติปลายเปิด (open-ended) ของรัฐธรรมนูญชั่วคราวในช่วงปี พ.ศ. 2557 ถึง พ.ศ. 2560 และในปัจจุบันคุณค่าของหลักการดังกล่าวในฐานะเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญอาจจะต้องตีความผ่านทางหลักความจำเป็นและได้สัดส่วนหรือตีความแบบขยายความผ่านทางหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักการในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

### 1.3 กฎหมายภายในประเทศ

หลักกฎหมายในประเทศที่แสดงหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

#### 1.3.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติเรื่องหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว คือ มาตรา 10<sup>13</sup> และมาตรา 11<sup>14</sup>

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 วรรค 1 “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำกรนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”

<sup>13</sup> ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 10 “ผู้ใดกระทำการนอกราชอาณาจักรซึ่งเป็นการผิดตามมาตราต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 7 (2) และ (3) มาตรา 8 และมาตรา 9 ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักรเพราะการกระทำนั้นอีก ถ้า

การที่ศาลในต่างประเทศมีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดจนได้รับโทษครบถ้วนแล้วหรือมีคำพิพากษายกฟ้องในการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 10 ได้บัญญัติห้ามมิให้ศาลไทยพิจารณาพิพากษาบุคคลดังกล่าวอีก เท่ากับว่าเป็นการที่ประมวลกฎหมายอาญาไทยยอมรับผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ พร้อมกับยอมรับหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ศาลในต่างประเทศมีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดจนได้รับโทษครบถ้วนแล้วหรือมีคำพิพากษายกฟ้องในการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรหรือที่ประมวลกฎหมายอาญาถือว่าได้กระทำในราชอาณาจักร ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 11 ไม่ได้ห้ามศาลไทยในการพิจารณาพิพากษาบุคคลดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง เพราะเหตุว่า การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรย่อมกระทบความสงบเรียบร้อยของประเทศไทยเป็นหลัก กฎหมายไทยจึงไม่ได้ยอมรับผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศแบบเต็มที่แบบกรณีการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร เพียงแต่กฎหมายไทยให้ศาลไทยคำนึงถึงผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเท่านั้น ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 11 จึงกำหนดให้ศาลไทยสามารถพิจารณาคดีใหม่ได้โดยคำนึงถึงโทษที่บุคคลนั้นได้รับ

(1) ได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น หรือ

(2) ศาลในต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษ และผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว

ถ้าผู้ต้องคำพิพากษาได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้วแต่ยังไม่พ้นโทษ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว”

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 11 “ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักร หรือกระทำความผิดที่ประมวลกฎหมายนี้ถือว่าได้กระทำในราชอาณาจักร ถ้าผู้นั้นได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้วทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักร หรือกระทำความผิดที่ประมวลกฎหมายนี้ถือว่าได้กระทำในราชอาณาจักรได้ถูกฟ้องต่อศาลในต่างประเทศโดยรัฐบาลไทยร้องขอ ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักรเพราะการกระทำนั้นอีก ถ้า

(1) ได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น หรือ

(2) ศาลในต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษ และผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว”

มาแล้ว ซึ่งก็ไม่ได้เป็นการขัดหรือแย้งกับหลักการเรื่องหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว<sup>15</sup>

### 1.3.2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39(4) ได้บัญญัติเรื่องหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวไว้ โดยมีหลักการสำคัญ 3 ข้อ คือ จำเลยในเป็นคนเดียวกัน การกระทำความผิดเดียวกัน และคดีใดคดีหนึ่งมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดของศาลชั้นต้นที่วินิจฉัยในเนื้อหาแล้ว<sup>16</sup>

### 2. สาระสำคัญของหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว

หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวมีหลักคิดที่ว่า ความยุติธรรมจะดำเนินการได้เพียงครั้งเดียว (la justice ne doit sévir qu'une seul fois)<sup>17</sup> ดังนั้นหากมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้ว สิทธิภาคีอาญามาฟ้องจะระงับลง<sup>18</sup> หรือคำฟ้องคดีอาญาจะยุติลง (l'action publique s'éteint)<sup>19</sup>

หลักการดังกล่าวจำกัดอยู่ที่การกระทำเป็นหลัก ดังนั้น เมื่อบุคคลใดได้รับคำวินิจฉัยยกฟ้องหรือลงโทษจากการกระทำใดแล้ว บุคคลนั้นจะไม่ถูกดำเนินคดีอาญาจากการกระทำเดียวกันนั้นอีก<sup>20</sup> ดังนั้น หากจำเลยถูกยกฟ้องจากการกระทำใดแล้ว จำเลยคนดังกล่าวจะไม่ถูกฟ้องคดีอาญาจากการกระทำเดียวกันนั้นอีก แม้ในการฟ้องคดีครั้งหลังจะตั้งข้อหาหรือข้อกฎหมายใหม่ก็ตาม<sup>21</sup> ตัวอย่างคดีในฝรั่งเศส จำเลยถูกฟ้องในข้อหาคุกคามทางเพศ (harcèlement sexuel) ศาลพิพากษายกฟ้อง

<sup>15</sup> ดู หัวข้อ 3.1

<sup>16</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์, 2551, หน้า 10; ธานิต เกศทวีพัทธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2 (มาตรา 1-156) เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพฯ: กรุงเทพฯ พับลิชชิ่ง, 2562), หน้า 645.

<sup>17</sup> Coralie Ambroise-Castérot et Philippe Bonfils, *Procédure pénale*, 2e édition, (Paris : PUF, 2018), n°154.

<sup>18</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39(4)

<sup>19</sup> Coralie Ambroise-Castérot et Philippe Bonfils, *Procédure pénale*, op.cit., n°154.

<sup>20</sup> A. Hedabou, « Contribution à l'éclaircissement de l'unité des faits en matière pénale », RPDP 2008, p.61 cité par Coralie Ambroise-Castérot et Philippe Bonfils, *Procédure pénale*, op.cit., n°154.

<sup>21</sup> Code procédure pénale, Article 368 « Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ».

ต่อมาจำเลยมาถูกฟ้องใหม่สำหรับการกระทำเดียวกัน (mêmes faits) และโดยผู้เสียหายคนเดียวกัน (même victime) แต่ครั้งหลังมีการตั้งข้อหาใหม่เป็นข้อหาอนาจาร (agression sexuelle) ศาลฎีกาพิพากษาว่าจำเลยไม่อาจถูกฟ้องคดีอาญาในครั้งหลังอีกได้ ไม่ว่าจะเป็ข้อหาใดก็ตาม เพราะมีคำพิพากษายกฟ้องในคดีแรกไปแล้ว<sup>22</sup>

หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำผิดเพียงครั้งเดียวใช้กับคำพิพากษาของศาลทั้งปวง แม้เป็นศาลต่างประเทศกัน ตัวอย่างเช่น หากจำเลยได้รับการพิจารณาพิพากษาสำหรับการกระทำผิดฐานหนึ่งโดยศาลพลเรือนมาแล้ว จำเลยจะไม่ถูกพิจารณาพิพากษาสำหรับการกระทำผิดฐานอื่นนั้นในศาลทหาร (militaire tribunal) หรือศาลพิเศษ (special tribunal) ที่ตั้งขึ้นโดยเฉพาะกิจอีก<sup>23</sup>

หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำผิดเพียงครั้งเดียวในยุโรปเรียกว่าหลัก *ne bis in idem* ในขณะที่สหรัฐอเมริกาเรียกหลักการดังกล่าวว่าหลัก double jeopardy

## 2.1 หลัก *ne bis in idem* ในประเทศภาคพื้นยุโรป

หลัก *ne bis in idem* เป็นหลักการพื้นฐานในประเทศภาคพื้นยุโรปได้รับการรับรองในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยมีความหมายสองประการ<sup>24</sup>

ประการที่หนึ่ง หลัก *ne bis in idem* สร้างความคุ้มกันทางกฎหมายให้กับปัจเจกชนจากการใช้อำนาจรัฐในการลงโทษผู้กระทำความผิด (jus puniendi) เพราะหากไม่มีหลักการดังกล่าว รัฐอาจอ้างอำนาจรัฐในการลงโทษผู้กระทำความผิดและดำเนินคดีหลายครั้งกับปัจเจกชน

<sup>22</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศส ลงวันที่ 19 มกราคม 2005, Bull. crim., n°25.

<sup>23</sup> Human Rights Committee, *General Comment No.32*, CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, para. 54.; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 937/2487 “ในกรณีที่เป็ความผิดกระทงเดียวแต่ละเมิดกฎหมายหลายบท บางบทขึ้นศาลทหาร บางบทขึ้นศาลพลเรือนนั้น ถ้าได้ฟ้องจำเลยต่อศาลทหาร และศาลทหารพิพากษาลงโทษบทที่ขึ้นศาลทหารแล้ว จะมาฟ้องต่อศาลพลเรือนไม่ได้ แม้ความผิดนี้จะมีโทษหนักกว่าก็ตาม” ใน ธาณิศ เกศวพิทักษ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2* (มาตรา 1-156) เล่ม 1, อ่างแล้ว, หน้า 689.

<sup>24</sup> Martin WASMEIER, “the principle of ne bis in idem”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 77, 2006/1, p. 121.

ประการที่สอง หลัก *ne bis in idem* สร้างความแน่นอนทางกฎหมาย (legal certainty) และสอดคล้องกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา (*res judicata*)

หลัก *ne bis in idem* โดยทั่วไปใช้เฉพาะคำพิพากษาในประเทศ หมายถึง หากศาลภายในประเทศมีคำพิพากษาแล้ว ศาลภายในประเทศเดียวกัน จะไม่อาจพิจารณาพิพากษาการกระทำเดียวกันอีกได้ ดังนั้น หากมีคำพิพากษาของ ศาลต่างประเทศไม่ว่าจะลงโทษหรือยกฟ้อง ศาลภายในประเทศก็ยังคงมีอำนาจ พิจารณาพิพากษาหรือลงโทษอีกครั้งได้ไม่ขัดกับหลัก *ne bis in idem*<sup>25</sup> อย่างไรก็ดี ภายในสหภาพยุโรปหลัก *ne bis in idem* ขยายไปใช้กับประเทศในสหภาพยุโรป ทั้งปวงด้วย โดยผลของอนุสัญญาอูว์ดีชข้อตกลงเซงเก้น (The Convention implementing the Schengen Agreement, CISA) ข้อ 54 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคล ซึ่งถูกพิจารณาคดีถึงที่สุดในรัฐภาคีใดรัฐภาคีหนึ่ง อาจจะไม่ถูกฟ้องคดีในรัฐภาคีอื่น สำหรับการกระทำเดียวกัน หากมีการกำหนดโทษแล้ว มีการบังคับโทษแล้ว หรือ อยู่ระหว่างการบังคับโทษ หรือไม่อาจบังคับโทษได้แล้วตามกฎหมายของรัฐภาคี ที่ลงโทษ

## 2.2 หลัก double jeopardy ในสหรัฐอเมริกา

หลัก double jeopardy เป็นหลักในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 (the Fifth Amendment to the US Constitution) ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักการดังกล่าวได้บัญญัติว่า “ไม่มีบุคคลใดจะอยู่ภายใต้ ความเดือดร้อนต่อชีวิตหรือร่างกายสองครั้งจากการกระทำผิดครั้งเดียว”<sup>26</sup>

หลัก double jeopardy เคยถูกใช้อย่างจำกัดในระดับรัฐบาลสหรัฐ (Federal government) อย่างไรก็ดี โดยผลของคดี *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 ในปี ค.ศ. 1969 ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้ขยายหลัก double jeopardy ไปใช้ในระดัมลรัฐอีกด้วย<sup>27</sup> ศาลฎีกาสหรัฐฯวินิจฉัยว่าหากจำเลยเคยถูกพิจารณาใน ศาลเยาวชนและต่อมาถูกพิจารณาโดยศาลผู้ใหญ่อีกครั้งสำหรับการกระทำเดียวกัน

<sup>25</sup> ดู หัวข้อ 3.1

<sup>26</sup> “No person shall . . . be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb . . .”

<sup>27</sup> [https://www.law.cornell.edu/wex/double\\_jeopardy](https://www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy), retrieved 11 Oct. 2022.

ถือว่าเป็นการละเมิดหลัก double jeopardy เพราะศาลเยาวชนมีอำนาจเลือกที่จะพิจารณาคดีเยาวชนที่กระทำความผิดแบบเดียวกับผู้ใหญ่กระทำความผิด<sup>28</sup>

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาขยายการใช้หลัก double jeopardy ไปถึงมาตรการทางแพ่ง (Civil sanctions) ที่มีลักษณะในการลงโทษ (punitive in nature) อีกด้วย<sup>29</sup> ดังนั้น หากจำเลยถูกลงโทษทางอาญาจำคุกและปรับสำหรับการกระทำ ความผิดฐานฉ้อโกงเงินรัฐมาแล้ว ต่อมาจำเลยมาถูกรัฐดำเนินคดีเรียกค่าเสียหาย ภายใต้ชื่อมาตรการทางแพ่ง (civil sanction) โดยคำสั่งให้จ่ายค่าเสียหายในการ ดำเนินคดีครั้งหลังเกินสัดส่วนอย่างมากกับความเสียหายที่รัฐได้รับ การเรียกค่าเสียหายด้วยมาตรการทางแพ่งที่เกินส่วนความเสียหายที่รัฐได้รับมีวัตถุประสงค์ เพื่อการป้องกันยับยั้งมิให้กระทำอีก (deterrent purpose) หรือตอบโต้การกระทำ ของผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย (retributive purpose) จึงถือว่าเป็นการดำเนินคดีลักษณะ ลงโทษอีกครั้งที่ขัดต่อหลัก double jeopardy<sup>30</sup> อย่างไรก็ตาม การที่จำเลยถูกลงโทษ ทางอาญาแล้ว ต่อมารัฐดำเนินคดีเรียกค่าเสียหายในภายหลังตามปกติเป็นเรื่อง การดำเนินคดีแพ่ง (a civil remedy) ซึ่งไม่ขัดกับหลัก double jeopardy<sup>31</sup> เพราะ เป็นการเยียวยาที่ได้รับอนุญาตให้ทำได้ (permissible remedy) ไม่ใช่การห้ามลงโทษ ซ้ำสองครั้งสำหรับการกระทำเพียงครั้งเดียว (prohibited punishment)<sup>32</sup>

อย่างไรก็ดี รัฐสภาสามารถกำหนดโทษทางอาญา (criminal sanction) และมาตรการทางแพ่ง (civil sanction) สำหรับการกระทำเดียวกันพร้อม ๆ กันได้ เพราะหลัก double jeopardy ห้ามเพียงการลงโทษที่มีลักษณะทางอาญาซ้ำสองครั้ง

---

<sup>28</sup> Breed v. Jones, 421 U.S. 519 (1975), [https://www.law.cornell.edu/wex/double\\_jeopardy](https://www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy), retrieved 11 Oct. 2022.

<sup>29</sup> United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354 (1984), [https://www.law.cornell.edu/wex/double\\_jeopardy](https://www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy), retrieved 11 Oct. 2022.

<sup>30</sup> United States v. Halper, 490 U.S. 435 (1989), [https://www.law.cornell.edu/wex/double\\_jeopardy](https://www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy), retrieved 11 Oct. 2022.

<sup>31</sup> Helvering v. Mitchell, 303 U.S. 391, United States ex rel. Marcus v. Hess, 317 U.S. 537, and Rex Trailer Co. v. United States, 350 U.S. 148, in [https://www.law.cornell.edu/wex/double\\_jeopardy](https://www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy), retrieved 11 Oct. 2022.

<sup>32</sup> United States v. Halper, 490 U.S. 446-451 (1989), [https://www.law.cornell.edu/wex/double\\_jeopardy](https://www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy), retrieved 11 Oct. 2022.

สำหรับการกระทำเดียวกัน<sup>33</sup> นอกจากนี้ การดำเนินการริบทรัพย์ทางแพ่ง (civil property forfeitures) มีลักษณะเป็นมาตรการเยียวยาทางแพ่ง (a remedial civil sanction) จึงไม่อยู่ในบังคับของหลักการดังกล่าว กล่าวคือ แม้จำเลยถูกลงโทษทางอาญา ก็ยังอาจถูกดำเนินคดีริบทรัพย์ทางแพ่งอีกได้<sup>34</sup>

### 3. ประเด็นปัญหาของหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำ ความผิดเพียงครั้งเดียว

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงประเด็นปัญหาของหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำ ความผิดเพียงครั้งเดียว โดยเปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัยของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ที่เป็นองค์รกรกำกับดูแล กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) คำวินิจฉัย ของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (The European Court of Justice, ECJ) คำพิพากษาศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทย และแนวคำพิพากษา ศาลฎีกาไทย โดยมีประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

- 1) คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ
- 2) คำพิพากษาที่เกิดจากการพิจารณาที่ไม่แท้จริง
- 3) การพิจารณาคดีใหม่ที่เกี่ยวเนื่องกับการพิจารณาเดิม
- 4) การดำเนินคดีปกครองกับการดำเนินคดีอาญา
- 5) การดำเนินคดีวินัยกับการดำเนินคดีอาญา
- 6) หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำ ความผิดเพียง

ครั้งเดียวกับการสอบสวนและการสั่งคดีอาญา

#### 3.1 คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (foreign judgment)

หากบุคคลหนึ่งได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาจากศาลในประเทศหนึ่งมาแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษ หรือยกฟ้องปล่อยตัว บุคคลดังกล่าว จะถูกดำเนินคดีซ้ำสำหรับการกระทำกรรมเดียวในศาลประเทศอื่นได้อีกหรือไม่ ในประเด็นปัญหาดังกล่าว หลักการของสิทธิมนุษยชนสากลใน ICCPR และแนวของ ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปใช้แนวทางที่ไม่เหมือนกัน

<sup>33</sup> One Lot Emerald Cut Stones v. United States, 409 U.S. 232 (1972), [https://www.law.cornell.edu/wex/double\\_jeopardy](https://www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy), retrieved 11 Oct. 2022.

<sup>34</sup> United States v. Ursery, 518 US 267 (1996), [https://www.law.cornell.edu/wex/double\\_jeopardy](https://www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy), retrieved 11 Oct. 2022.

### 3.1.1 แนวทางของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ให้แนวทางว่าหลัก *ne bis in idem* จำกัดเฉพาะคำพิพากษาของศาลภายในประเทศ ไม่หมายความว่ารวมถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย<sup>35</sup> ตัวอย่างเช่น หาก A ถูกศาลต่างประเทศพิจารณาคดีพิพากษาในคดีอาญามาแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นคำพิพากษายกฟ้องหรือลงโทษ ศาลไทยสามารถพิจารณาคดีพิพากษา A สำหรับการกระทำความผิดกรรมเดียวกันนั้นได้อีก ไม่เป็นการขัดต่อหลัก *ne bis in idem* และไม่ได้ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน

อย่างไรก็ดี คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็ยอมรับว่า หากมีอนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดห้ามมิให้มีการพิจารณาซ้ำในการกระทำความผิดเดียวกันไว้ การพิจารณาคดีซ้ำในการกระทำความผิดตามอนุสัญญาก็ไม่อาจทำได้ เช่น ในธรรมนูญกรุงโรมจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute) ข้อ 20<sup>36</sup> ได้กำหนดว่า บุคคลที่ถูกดำเนินคดีอาญาร้ายแรงสูงสุด (most serious crimes) มาแล้วในฐานความผิดใดฐานความผิดหนึ่ง คือ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (genocide)

---

<sup>35</sup> Communications No. 692/1996, A.R.J. v. Australia, para. 6.4; No. 204/1986, A.P. v. Italy, para. 7.3. in Human Rights Committee, *General Comment No.32*, CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, para. 57. ดู ปกป้อง ศรีสนิท, *สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*, อ้างแล้ว, หมายเลข 207.

<sup>36</sup> Rome Statute, Article 20 *Ne bis in idem*

1. Except as provided in this Statute, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court.

2. No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court.

3. No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7, 8 or 8 bis shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court:

(a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or

(b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice”.

อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (crimes against humanity) อาชญากรรมสงคราม (war crimes) หรืออาชญากรรมรุกราน (aggression) บุคคลนั้นจะไม่ถูกดำเนินคดีซ้ำอีกในศาลใดๆ เว้นแต่การดำเนินคดีครั้งแรกเป็นการดำเนินคดีที่ไม่แท้จริง เช่น เป็นการดำเนินคดีที่ไม่เป็นอิสระ หรือไม่เที่ยงธรรม หรือเป็นการดำเนินคดีที่ไม่สอดคล้องกับเจตนา นำบุคคลเข้าสู่ความยุติธรรม<sup>37</sup>

การห้ามดำเนินคดีซ้ำในความผิดอาญาร้ายแรงสูงสุด (most serious crimes) ในธรรมนูญกรุงโรมข้อ 20 มีความสอดคล้องกับหลักการห้ามดำเนินคดีซ้ำ (*ne bis in idem*) แม้เป็นคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยแยกพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ

กรณีที่ 1. หากผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงสูงสุด (most serious crimes) ได้ถูกพิพากษาโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ (The International Criminal Court) มาแล้ว ผู้นั้นจะไม่ถูกพิจารณาพิพากษาโดยศาลอาญาระหว่างประเทศซ้ำอีก (ธรรมนูญกรุงโรมข้อ 20.1) กรณีนี้สอดคล้องกับหลัก *ne bis in idem*

กรณีที่ 2. หากผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงสูงสุดได้ถูกพิพากษาโดยศาลอาญาระหว่างประเทศมาแล้ว ผู้นั้นจะไม่ถูกพิจารณาพิพากษาโดยศาลอาญาภายใน (domestic court) ของประเทศใดประเทศหนึ่งอีก (ธรรมนูญกรุงโรมข้อ 20.2) เพราะศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นศาลถาวรที่ตั้งขึ้นจากมติของรัฐภาคีธรรมนูญกรุงโรม จึงมีความเชื่อมั่นในวิธีพิจารณาและกระบวนการพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมและได้มาตรฐาน ดังนั้นเมื่อบุคคลใดก็ตามถูกพิจารณาพิพากษาโดยศาลอาญาระหว่างประเทศมาแล้ว ธรรมนูญกรุงโรมจึงตัดอำนาจมิให้ศาลอาญาภายในประเทศใดสามารถพิจารณาพิพากษาการกระทำความผิดกรรมเดียวกันนั้นได้อีก กล่าวคือ เป็นการยึดหลัก *ne bis in idem* ในอีกลักษณะหนึ่งนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ธรรมนูญกรุงโรมมีผลผูกพันรัฐภาคี 123 ประเทศ<sup>38</sup> ดังนั้น ศาลอาญาภายในรัฐภาคี 123 ประเทศเหล่านี้จะไม่อาจพิจารณาพิพากษาจำเลยที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีคำพิพากษามาแล้วได้ แต่ประเทศอื่น ๆ ที่ไม่ใช่รัฐภาคีธรรมนูญกรุงโรมก็จะไม่ผูกพันกับธรรมนูญกรุงโรมข้อ 20 ดังกล่าว ในกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีคำพิพากษามาแล้ว ประเทศ

<sup>37</sup> ปกป้อง ศรีสนธิ, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพ:วิญญูชน, 2564), หมายเลข 429.

<sup>38</sup> <https://asp.icc-cpi.int/states-parties>, retrieved 11 Oct. 2022.

ที่ไม่ใช่รัฐภาคีก็จะกลับไปใช้หลักกฎหมายของประเทศตนในการพิจารณาว่าจะดำเนินซ้ำกับจำเลยคนดังกล่าวได้อีกหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายภายในของประเทศตน เช่น ในประเทศไทย หากความผิดอาญาร้ายแรงสูงสุดเกิดในราชอาณาจักรหรือส่วนหนึ่งส่วนใดในราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 4 มาตรา 5 หรือมาตรา 6 ศาลไทยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาอีกได้ ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 11 แต่หากความผิดอาญาร้ายแรงสูงสุดเกิดนอกราชอาณาจักรที่ศาลไทยมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 7 มาตรา 8 หรือ มาตรา 9 และมีคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศมาแล้ว ศาลไทยก็ไม่อาจพิจารณาพิพากษาลงโทษอีกได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 10 ทั้งนี้ ประเด็นข้อหาที่ศาลไทยจะพิจารณาพิพากษาการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงสูงสุด หากศาลอาญาระหว่างประเทศมีคำพิพากษามาแล้ว คงเป็นประเด็นข้อหาความผิดอาญาสามัญ เช่น ฆ่าคนตายโดยเจตนา ฯลฯ เท่านั้น เพราะกฎหมายไทยไม่มีฐานความผิดอาญาร้ายแรงสูงสุด

กรณีที่ 3. หากผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงสูงสุดได้ถูกพิพากษาโดยศาลภายในประเทศใดประเทศหนึ่งมาแล้ว (domestic court) ผู้นั้นจะไม่ถูกดำเนินคดีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศอีก ซึ่งเท่ากับบรรรมญูญกรุโรมกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศยอมรับหลัก *ne bis in idem* และยอมรับอำนาจศาลอาญาภายในทุกประเทศด้วย อย่างไรก็ตาม หากการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาร้ายแรงสูงสุดในศาลภายในประเทศใดเป็นการดำเนินคดีที่ไม่แท้จริง กล่าวคือ เป็นการดำเนินคดีที่ไม่เป็นอิสระหรือไม่เที่ยงธรรมตามหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายระหว่างประเทศ (were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law) และเป็นการดำเนินคดีที่ไม่สอดคล้องกับเจตนาที่จะนำบุคคลที่เกี่ยวข้องเข้าสู่ความยุติธรรม (were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice”) ศาลอาญาระหว่างประเทศก็สามารถพิจารณาพิพากษาผู้กระทำความผิดอีกครั้งได้ เข้าข้อยกเว้นของหลัก *ne bis in idem* (ธรรมนูญญกรุโรมข้อ 20.3)<sup>39</sup>

<sup>39</sup> ดู หัวข้อ 3.2

### 3.1.2 แนวทางของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป

ประเทศยุโรปส่วนมากจำกัดหลัก *ne bis in idem* ไว้เฉพาะคำพิพากษาของศาลในประเทศของตน ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ยกเว้นเนเธอร์แลนด์กับสเปน<sup>40</sup> ยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย ซึ่งเท่ากับว่า หากมีคำพิพากษาคืออาญาของศาลต่างประเทศมาแล้ว เฉพาะศาลเนเธอร์แลนด์กับ ศาลสเปนเท่านั้นที่จะไม่ดำเนินคดีซ้ำกับผู้กระทำ ความผิดดังกล่าวอีก แต่ศาลในประเทศยุโรปอื่นๆยังคงดำเนินคดีซ้ำอีกได้

อย่างไรก็ดี ภายในสหภาพยุโรปเอง กฎหมายยุโรปโดยอนุสัญญาอนุวัติข้อตกลงเชงเก้น (The Convention implementing the Schengen Agreement, CISA) ข้อ 54<sup>41</sup> กำหนดยืนยันหลักเรื่อง *ne bis in idem* สำหรับทุกประเทศที่เข้าประชาคมยุโรป โดยกำหนดให้ให้ประเทศภายในประชาคม ยึดมั่นในหลัก *ne bis in idem* พร้อมกับการยอมรับคำพิพากษาของประเทศภายในประชาคม การที่ประเทศต่าง ๆ ในประชาคมยุโรปยอมรับคำพิพากษาคืออาญาของประเทศอื่นในประชาคมและยึดมั่นในหลัก *ne bis in idem* ย่อมเป็นการสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรป โดยการสร้างความมั่นใจให้ประชาชนในสหภาพยุโรปเกิดความมั่นใจในเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายระหว่างคนในประชาคม (the freedom of movement within the EU)<sup>42</sup>

ดังนั้น ประเด็นเรื่องคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (foreign judgment) กับหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวสรุปได้ว่า

<sup>40</sup> G. Dannecker, “Die Garantie des Grundsatzes ‘ne bis in idem’ in Europa”, in G. Hirsch and others (eds.), *Festschrift für Günter Kohlmann*, Cologne 2003, pp. 593-615, at p.598; and J. Vervaele, J. Vervaele, “The Transnational ne bis in idem Principle in the EU : Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights” [2005] 1 *Utrecht Law Review*, p.100. in Martin Wasmeier, “THE PRINCIPLE OF NE BIS IN IDEM”, *Revue Internationale de Droit Penal*, 2006/1-2 (Vol. 77), p. 121.

<sup>41</sup> The Convention implementing the Schengen Agreement<sup>7</sup> (CISA), Article 54 “a person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party”.

<sup>42</sup> Martin Wasmeier, “THE PRINCIPLE OF NE BIS IN IDEM”, *Revue Internationale de Droit Penal*, 2006/1-2 (Vol. 77), p. 123.

1) หลัก *ne bis in idem* ใช้แต่เฉพาะกรณีที่มีคำพิพากษาของศาลภายในประเทศมาแล้ว

2) หากมีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมา ศาลภายในประเทศสามารถพิจารณาพิพากษาซ้ำอีกได้ ไม่ขัดหลัก *ne bis in idem* เว้นแต่

2.1) กรณีที่มีอนุสัญญาาระหว่างประเทศกำหนดให้เคารพในหลัก *ne bis in idem* เช่น ในธรรมนูญกรุงโรม (Rome Statute) ข้อ 20 กรณีมีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาแล้ว ศาลภายในประเทศก็ต้องยอมรับหลัก *ne bis in idem* พร้อมกับยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

2.2) กรณีประเทศภายในสหภาพยุโรป ที่ปรัชญาของการรวมตัวกันเป็นสหภาพยุโรปประการหนึ่งคือเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายภายในสหภาพยุโรป (freedom of movement within the EU) เพื่อให้สอดคล้องกับเสรีภาพดังกล่าว กฎหมายยุโรปจึงกำหนดให้ยอมรับคำพิพากษาคืออาญาของประเทศอื่นที่อยู่ในสหภาพยุโรป พร้อมกับยอมรับหลัก *ne bis in idem* ด้วย

ในส่วนของประเทศไทยในกรณีที่มีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีอาญามาแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาไทยบัญญัติแนวทางไว้ในมาตรา 10 และมาตรา 11 โดยยึดมั่นในหลัก *ne bis in idem* และการยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในแนวทางกลาง ๆ ที่คำนึงถึงผลกระทบของการกระทำผิดกับประเทศไทยเป็นหลัก ดังนี้

1) หากเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักรหรือกฎหมายถือว่าเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักรตั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 4 มาตรา 5 หรือมาตรา 6 แม้จะมีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาแล้ว ศาลไทยยังคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาซ้ำอีกได้ โดยคำนึงถึงโทษที่ได้รับมาแล้ว ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 11 เพราะการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ผลกระทบกับประเทศไทยจะมีมาก ศาลไทยจึงยังคงอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาซ้ำอีกได้ เข้าช้อยกเว้นของหลัก *ne bis in idem* ที่ศาลไทยไม่จำเป็นต้องยึดถือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

2) หากเป็นการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรตั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 มาตรา 8 หรือ มาตรา 9 และมีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาแล้ว ศาลไทยก็ไม่อาจพิจารณาพิพากษาลงโทษซ้ำอีกได้ตาม

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 10 เพราะการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร ผลกระทบกับประเทศไทยจึงมีน้อยหรืออาจไม่มีเลย ศาลไทยจึงไม่จำเป็นต้องดำเนินคดี เท่ากับเป็นการยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ และยอมรับหลัก *ne bis in idem* ด้วยนั่นเอง

### 3.2 คำพิพากษาที่เกิดจากการพิจารณาที่ไม่แท้จริง

หากในการดำเนินคดีอาญาครั้งแรกเป็นการดำเนินคดีอาญาที่ไม่แท้จริง อันเนื่องมาจากการสมยอม หรือไม่มีความสามารถดำเนินคดีอย่างแท้จริง การดำเนินคดีอาญาครั้งหลังจะถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวหรือไม่

ในกรณีดังกล่าว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส ได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 6 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่าในกรณีที่การดำเนินคดีครั้งแรกเป็นการพิพากษาลงโทษที่ไม่แท้จริง คดีอาญาสามารถดำเนินคดีอีกครั้งหนึ่งได้<sup>43</sup>

หลักการที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสดังกล่าว สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute) ที่กำหนดว่าหากการดำเนินคดีอาญาครั้งแรกเป็นการดำเนินคดีที่ไม่แท้จริง (non genuine)<sup>44</sup> ศาลอาญาระหว่างประเทศย่อมมีเขตอำนาจดำเนินคดีกับจำเลยอีกครั้งหนึ่งได้ ไม่ขัดต่อหลัก *ne bis in idem*<sup>45</sup>

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทยสอดคล้องกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสและธรรมนูญกรุงโรม โดยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9334/2538 ได้วางหลักไว้ครั้งแรกและยืนยันหลักการดังกล่าวอีกครั้งในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6446/2547<sup>46</sup> เป็นกรณีที่ความผิดอาญาต่อแผ่นดิน จำเลยกับผู้เสียหาย

<sup>43</sup> Code procédure pénale, Article 6 alinéa 2 « Toutefois, si des poursuites ayant entraîné condamnation ont révélé la fausseté du jugement ou de l'arrêt qui a déclaré l'action publique éteinte, l'action publique pourra être reprise ; la prescription doit alors être considérée comme suspendue depuis le jour où le jugement ou arrêt était devenu définitif jusqu'à celui de la condamnation du coupable de faux ou usage de faux ».

<sup>44</sup> Rome Statute, Article 20 *Ne bis in idem*

<sup>45</sup> ดู หัวข้อ 3.1.1 กรณีที่ 3

<sup>46</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6446/2547 วินิจฉัยว่า “หลักการของ ป.วิ.อ. มาตรา 39 (4) ที่บัญญัติให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปเมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องอันเป็นหลักการห้าม

สมยอมกัน โดยผู้เสียหายฟ้องจำเลยเป็นคดีอาญาเพื่อต้องการให้ศาลมีคำพิพากษา ยกฟ้องในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง พนักงานอัยการมาฟ้องในภายหลัง โดยหลักแล้วก็จะ ถือว่าเป็นการต้องห้ามมิให้ดำเนินคดีซ้ำ แต่ศาลฎีกาให้เหตุผลในคำพิพากษาว่า หลักการห้ามดำเนินคดีซ้ำจะต้องปรากฏว่าคดีก่อนเป็นกรณีที่จำเลยถูกฟ้องร้อง ดำเนินคดีอย่างแท้จริง หากปรากฏว่าคดีก่อนเป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีอย่าง สมยอมกัน แม้ว่าจะเป็นการกระทำกรรมเดียวกันก็ถือไม่ได้ว่าการกระทำกรรมนั้น จำเลยเคยถูกฟ้องและศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด จึงถือว่าฟ้องของพนักงาน อัยการไม่เป็นฟ้องซ้ำ และศาลสามารถดำเนินคดีกับจำเลยได้

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9334/2538 และที่ 6446/2547 สอดคล้องกับหลักการของวิธีพิจารณาความอาญา เพราะในความผิดอาญาแผ่นดินนั้น ความเสียหายเกิดกับรัฐและผู้เสียหายพร้อมๆกัน แม้ผู้เสียหายไม่ตั้งใจดำเนินคดีแล้ว เพราะอาจได้รับความการเยียวความเสียหายจนเป็นที่พอใจ แต่รัฐโดยพนักงาน อัยการย่อมสามารถฟ้องและดำเนินคดีอาญาได้อยู่ตลอดเวลาที่พนักงานอัยการ พิจารณาเห็นว่าประโยชน์สาธารณะ (public interest) ยังได้รับความเสียหายจาก การกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด<sup>47</sup>

### 3.3 การพิจารณาคดีใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีเดิม

ในการพิจารณาคดีอาญา มีบางกรณีที่จำเป็นต้องมีการพิจารณาคดี ใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีเดิม เช่น การที่ศาลสูงยกคำพิพากษาของศาล ล่างและย้อนสำนวนให้ศาลล่างพิจารณาใหม่ การที่จำเลยร้องขอให้มีการพิจารณาใหม่ (retrial) ภายหลังจากที่มีคำพิพากษาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย (trial in absentia) หรือกรณีที่คำพิพากษาถึงที่สุดลงโทษจำเลยแล้ว แต่จำเลยร้องขอให้มีการรื้อฟื้น คดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ เพราะปรากฏหลักฐานใหม่ที่ไม่เคยมีในระหว่างพิจารณา ครั้งแรก กรณีดังกล่าว ล้วนแต่เป็นกรณีที่มีการพิจารณาและมีคำพิพากษาแล้ว และ

ดำเนินคดีซ้ำสองแก่จำเลยนั้น จะต้องปรากฏว่าคดีก่อนเป็นกรณีที่จำเลยถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอย่าง แท้จริง หากปรากฏว่าคดีก่อนเป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างสมยอมกัน แม้ว่าจะเป็นการกระทำ กรรมเดียวกันก็ถือไม่ได้ว่าการกระทำกรรมนั้นจำเลยเคยถูกฟ้องและศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จ เด็ดขาดอันจะมีผลทำให้สิทธิในคดีอาญามาฟ้องในความผิดกรรมนั้นระงับไปไม่”

<sup>47</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, “ปัญหาการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย”, *รวมบทความงานวิชาการประจำปี ครั้งที่ 3 พ.ศ. 2550 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, (ปทุมธานี : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 489.

มีความจำเป็นต้องดำเนินการพิจารณาใหม่ จึงเป็นประเด็นว่าการดำเนินการพิจารณาใหม่ดังกล่าวจะขัดหรือแย้งกับหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวหรือไม่

### 3.3.1 การยกคำพิพากษาของศาลล่างและย้อนสำนวนให้ศาลล่างพิจารณาใหม่

การยกคำพิพากษาของศาลล่างและย้อนสำนวนให้ศาลล่างพิจารณาใหม่ (quashing a conviction and order a retrial) เป็นหนึ่งในอำนาจของศาลสูงในการแก้ไขความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้น<sup>48</sup> เมื่อศาลสูงพบว่าศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาผิดพลาด ศาลสูงสามารถยกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและย้อนสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ถูกต้องใหม่ได้ แม้จะเป็นการดำเนินการพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง แต่ก็ไม่ต้องห้ามตามหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว<sup>49</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) เคยวินิจฉัยว่า จำเลยถูกศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำคุก ต่อมาศาลอุทธรณ์พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและสั่งให้พิจารณาใหม่ การพิจารณาใหม่ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ไม่ถือว่าเป็นการดำเนินคดีซ้ำ เพราะเหตุว่าจำเลยไม่ได้ถูกพิจารณาพิพากษาเป็นครั้งที่สอง แต่เป็นเพียงการปฏิบัติตามคำสั่งศาลอุทธรณ์ที่ให้ย้อนไปดำเนินการที่เกิดขึ้นในคดีเดียวกัน<sup>50</sup>

กรณีที่ศาลสูงมีคำพิพากษายกคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและย้อนสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ให้ถูกต้องและมีคำพิพากษาต่อไปตามรูปคดี ไม่ได้ขัดหลัก *ne bis in idem* น่าจะถือได้ว่าการพิจารณาใหม่ตามคำพิพากษาของศาลสูงยังคงเป็นส่วนหนึ่งของคดีแรกที่มิขาดตอน ไม่ใช่การเริ่มการดำเนินคดีใหม่ที่แยกเป็นเอกเทศ

<sup>48</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา 208 “ในการพิจารณาคดีอุทธรณ์ตามหมวดนี้ ... (2) ถ้าศาลอุทธรณ์เห็นเป็นการจำเป็นเนื่องจากศาลชั้นต้นมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา ก็ให้พิพากษาสั่งให้ศาลชั้นต้นทำการพิจารณาและพิพากษาหรือสั่งใหม่ตามรูปคดี”

<sup>49</sup> Communication No. 277/1988, Marieta Terán Jijón v. Ecuador, CCPR/C/44/D/277/1988, para. 5.4.

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

### 3.3.2 การขอให้พิจารณาใหม่ (retrial) ภายหลังจากที่มีคำพิพากษา โดยไม่ปรากฏตัวจำเลย (trial in absentia)

จำเลยมีสิทธิปรากฏตัวในการพิจารณาคดีในศาล<sup>51</sup> อย่างไรก็ตามหากจำเลยปฏิเสธอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายที่ไม่มาพิจารณาคดีในศาล ในบางประเทศกำหนดให้ศาลมีอำนาจดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีฝ่ายเดียวโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย (trial in absentia) เพราะการที่จำเลยตั้งใจหลบหนีไม่มาศาล และศาลไม่อาจดำเนินคดีได้ ทำให้เกิดผลเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหลายประการ เช่น พยานหลักฐานสูญหาย คดีขาดอายุความ หรือแม้แต่กระบวนการยุติธรรมที่ผิดพลาด (miscarriage of justice)<sup>52</sup> เช่นเดียวกับประเทศไทย ได้มีบทบัญญัติเรื่องการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย (trial in absentia) เช่นกัน ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ทวิ/1<sup>53</sup>

ในการพิจารณาคดีฝ่ายเดียวโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยและศาลมีคำพิพากษาลงโทษจำเลย หากจำเลยปรากฏตัวภายหลัง จำเลยสามารถขอพิจารณาใหม่ได้ (retrial)<sup>54</sup> ซึ่งการขอให้พิจารณาคดีใหม่นี้แม้จะเป็นการดำเนินการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งสำหรับการกระทำเดิม แต่ก็ไม่เป็นการขัดต่อหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว เพราะเหตุว่า การพิจารณาคดีใหม่ครั้งนี้เป็นเรื่องที่จำเลยขอศาลเอง และไม่ใช่ว่าการดำเนินคดีใหม่ที่แยกเป็นเอกเทศอีกครั้งหนึ่ง แต่ยังคงเป็นการพิจารณาเรื่องที่ยังเกี่ยวข้องกับคดีเดิมว่า คำพิพากษาลงโทษจำเลยเป็นไปโดยถูกต้องหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเรื่องการให้สิทธิจำเลยในการขอพิจารณาคดีใหม่ (retrial) ภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 ทวิ/1

<sup>51</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172

<sup>52</sup> Colozza v. Italy, § 29 in European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb), 31 December 2019, para. 261 ใน ปกป้องศรีสนิท, สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, อ้างแล้ว, หมายเลข 160.

<sup>53</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ทวิ/1

<sup>54</sup> Human Rights Committee, *General Comment No.32*, CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, para 56.

### 3.3.3 การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญา อาจเกิดเหตุการณ์ “กระบวนการยุติธรรมที่ผิดพลาด” (miscarriage of justice) ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ศาลพิพากษาลงโทษผู้บริสุทธิ์ หรือกรณีที่ศาลยกฟ้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิด ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14.6 กำหนดให้บุคคลที่ถูกศาลพิพากษาจำคุกและได้รับความเสียหายจากการถูกจำคุก หากต่อมา มีการกลับคำพิพากษาหรืออภัยโทษ โดยมีพยานหลักฐานใหม่พิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ บุคคลนั้นจะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากรัฐ ซึ่งกระบวนการก่อนที่จะได้รับการเยียวยาจากรัฐจำเป็นต้องเข้าสู่การพิจารณาคดีใหม่เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย

พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 กำหนดให้สิทธิผู้ที่ถูกคำพิพากษาถึงที่สุดสามารถร้องขอให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ได้ โดยกระบวนการร้องขอให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่แม้จะต้องผ่านกระบวนการทางศาล (revision) ก็ไม่ถือว่าเป็นการขัดแย้งกับหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว เพราะเป็นเรื่องที่จำเลยร้องขอเพื่อความเป็นธรรมของตนเอง และยังเป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนที่จำเลยที่เป็นผู้บริสุทธิ์จะได้เข้ากระบวนการพิสูจน์ความจริงครั้งใหม่เพื่อยกเลิกคำพิพากษาที่ผิดพลาดและเยียวยาความเสียหายให้กับผู้บริสุทธิ์ ซึ่งเป็นการพิจารณาที่เกี่ยวข้องเนื่องจากคดีเดิมที่เป็นกระบวนการยุติธรรมที่ผิดพลาด

ในบางประเทศมีการอนุญาตให้ฝ่ายโจทก์สามารถรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ได้ (resumption of a criminal trial) เฉพาะแต่ในกรณีสถานการณ์จำเป็นอย่างยิ่ง เช่น การพบหลักฐานใหม่ที่ไม่เป็นที่รับทราบในขณะพิพากษาปล่อยตัวจำเลย ซึ่งการดำเนินคดีใหม่นี้ก็ไม่ได้ขัดต่อหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว<sup>55</sup> เช่นกัน

กล่าวโดยสรุป แม้จะมีการพิจารณาคดีอีกครั้งหนึ่งสำหรับการกระทำความผิดเดิม แต่หากเป็นการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการพิจารณาคดีเดิม เช่น เพื่อแก้ไขกระบวนการพิจารณาที่ผิดพลาดในศาลชั้นต้น โดยศาลสูงยกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและย้อนสำนวนกลับไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่ เพื่อให้สิทธิจำเลยในการ

<sup>55</sup> *Ibid.*

ต่อผู้คดีกรณีที่ไม่ปรากฏตัวในการพิจารณาคดีครั้งแรก (trial in absentia) หรือเพื่อแก้ไขคำพิพากษาที่ผิดพลาดที่ไปลงโทษผู้บริสุทธิ์ (miscarriage of justice) ก็ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลัก *ne bis in idem*

### 3.4 การดำเนินคดีปกครองกับการดำเนินคดีอาญา

ในประเด็นดังกล่าวแยกพิจารณาเป็นกรณีการถูกลงโทษทางปกครองซ้ำสองครั้งกับกรณีการถูกลงโทษทางปกครองและถูกลงโทษทางอาญา

#### 3.4.1 กรณีการถูกลงโทษทางปกครองซ้ำสองครั้ง

ในกรณีที่มีการลงโทษทางปกครองไปแล้ว บุคคลดังกล่าวจะถูกลงโทษทางปกครองซ้ำสำหรับการกระทำความผิดกรรมเดียวกันได้หรือไม่ ในกรณีนี้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสวางหลักไว้ว่า หากมีการกระทำความผิดที่ผู้กระทำถูกลงโทษทางปกครองไปแล้ว ผู้กระทำดังกล่าวก็ไม่อาจถูกลงโทษทางปกครองซ้ำอีกได้ เพราะเป็นไปตามกฎหมายทั่วไป (principe général du droit)<sup>56</sup> แม้หลัก *ne bis in idem* ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในกฎหมายปกครองก็ตาม<sup>57</sup>

#### 3.4.2 กรณีการถูกลงโทษทางปกครองและถูกลงโทษทางอาญา

ในการกระทำความผิดเดียวกัน หากมีการลงโทษทางปกครองไปแล้ว บุคคลดังกล่าวจะถูกลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดกรรมเดียวกันได้หรือไม่ หรือในทำนองตรงกันข้าม หากมีการลงโทษทางอาญาไปแล้ว บุคคลดังกล่าวจะถูกลงโทษทางปกครองได้อีกหรือไม่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในคำวินิจฉัยที่ 28 มกราคม ค.ศ. 2022 วินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่มีโทษทางปกครองที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองสั่งปรับทางปกครองกับผู้ขัดขวางการสอบสวนของคณะกรรมการซ้ำกับความผิดอาญา (délit)ฐานขัดขวางการสอบสวนของคณะกรรมการ บทบัญญัติที่มีโทษทางปกครองดังกล่าวจึงขัดรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุว่าทั้งสองบทบัญญัติมีวัตถุประสงค์จะคุ้มครองประโยชน์สังคม (intérêt sociaux) แบบเดียวกัน กล่าวคือ การป้องกันมิให้ประชาชนขัดขวางการทำงานของฝ่ายปกครอง และโทษที่ลงกับผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติทั้งสองก็

<sup>56</sup> CE, 30 juin 1993, in Premier Ministre et Conseil d'Etat, *Guide de légistique*, 3e édition, 2017, La documentation Française, p. 620.

<sup>57</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2563), หมายเลข 33/3.

แบบเดียวกันคือโทษปรับ โดยเฉพาะหากผู้ฝ่าฝืนเป็นนิติบุคคลก็จะต้องรับโทษปรับทางปกครองและปรับทางอาญา<sup>58</sup>

การดำเนินคดีอาญากับการดำเนินคดีที่มีโทษทางปกครองสำหรับผู้กระทำความผิดกรณีเดียวกันนั้นตามแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส และศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสนั้น วางแนวทางว่า ถ้าเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้ จะถือว่าต้องห้ามลงโทษซ้ำและขัดกับหลัก *ne bis in idem*<sup>59</sup>

1) ความผิดอาญากับความผิดที่มีโทษทางปกครองเป็นลักษณะการคุ้มครองประโยชน์สังคมแบบเดียวกัน (*intérêt sociaux*)<sup>60</sup> เช่น ทั้งอาญาและปกครองล้วนแต่ห้ามมิให้มีการขัดขวางเจ้าพนักงานเหมือนกัน

2) โทษทางอาญากับโทษทางปกครองมีลักษณะแบบเดียวกันหรือไม่ เช่น เป็นโทษปรับเหมือนกัน

3) องค์ประกอบความผิดที่มีโทษทางปกครองกับองค์ประกอบความผิดที่มีโทษทางอาญาเหมือนกัน

ถ้าไม่เข้าเกณฑ์ทั้ง 3 ข้อ การลงโทษทางปกครองและการลงโทษทางอาญาอาจเกิดขึ้นได้ซ้ำกันได้สำหรับการกระทำความผิดไม่ต้องห้ามตามหลัก *ne bis in idem* เช่น กรณีที่โทษทางปกครองมีองค์ประกอบทั่วไป แต่องค์ประกอบความผิดอาญาต้องการเจตนาทุจริต หรือ กรณีที่โทษทางปกครองฐานระงับใบขับชื้อชั่วคราวมีขึ้นเพื่อรอการดำเนินคดีอาญาที่มีโทษจำคุกและปรับเป็นต้น<sup>61</sup>

### 3.5 การดำเนินคดีวินัยกับการดำเนินคดีอาญา

การลงโทษทางวินัย (*disciplinary measures*) เป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ใช่คดีอาญา อย่างไรก็ตาม การลงโทษทางวินัยมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวสองประการคือ

<sup>58</sup> Conseil Constitutionnel, Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022

<sup>59</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง*, อ้างแล้ว, หมายเลข 33/4

<sup>60</sup> เช่น โทษทางปกครองมีขึ้นเพื่อคุ้มครองชั่วคราวเพื่อรอการลงโทษทางอาญา ในกรณีออกคำสั่งระงับใบอนุญาตขับขี่ที่เป็นโทษทางปกครอง เพื่อรอการดำเนินคดีอาญา เช่นนี้ถือว่าเป็นการคุ้มครองประโยชน์สังคมที่ต่างกัน

<sup>61</sup> Premier Ministre et Conseil d'Etat, *Guide de légistique*, op.cit., p. 619.

ประเด็นที่ 1. บุคคลถูกลงโทษทางวินัยแล้วต่อมาถูกลงโทษทางวินัยซ้ำอีกได้หรือไม่

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) เคยวินิจฉัยว่า หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว ใช้เฉพาะการดำเนินคดีอาญา (criminal offence, criminal charge) เท่านั้น ปัญหาที่ว่าบุคคลที่เคยถูกลงโทษทางวินัยมาแล้วจะถูกลงโทษทางวินัยได้อีกหรือไม่จึงไม่ใช่ประเด็นที่จะวินิจฉัยภายใต้กรอบของหลัก *ne bis in idem*<sup>62</sup> อย่างไรก็ดี ประเด็นที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ชี้ขาดเป็นการชี้ขาดในเรื่องของเขตอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ ข้อพิพาทเป็นเรื่องการลงโทษทางวินัย จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่มีอำนาจวินิจฉัยการลงโทษซ้ำสองครั้งในคดีอาญา แต่หากนำแนวทางของศาลปกครองฝรั่งเศสมาพิจารณาว่าหลัก *ne bis in idem* เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principe général de droit) การลงโทษทางวินัยซ้ำสองครั้งกับการกระทำความผิดวินัยเพียงครั้งเดียวก็น่าจะต้องห้ามตามหลักกฎหมายทั่วไป<sup>63</sup>

ประเด็นที่ 2. บุคคลถูกลงโทษทางวินัยแล้วต่อมาถูกลงโทษทางอาญาได้อีกหรือไม่

หากเทียบหลัก *ne bis in idem* จากแนวทางการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ประกอบกับแนวทางการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส<sup>64</sup> น่าจะถือได้ว่า บุคคลใดเคยถูกลงโทษทางวินัยมาแล้ว ต่อมาย่อมถูกพิจารณาพิพากษาคดีอาญาอีกได้ ไม่ต้องห้ามตามหลัก *ne bis in idem* เนื่องจากคดีแรกที่ถูกลงโทษ คือ คดีวินัยไม่ใช่คดีอาญา ซึ่งวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีและโทษทางวินัยและอาญามีลักษณะต่างกัน โทษทางวินัยและโทษทางอาญาก็มีลักษณะแตกต่างกัน

<sup>62</sup> Communication No. 1001/2001, *Jacobus Gerardus Strik v. The Netherlands*, CCPR/C/76/D/1001/2001, 29 June 1999, para. 7.3.

<sup>63</sup> ดู หัวข้อ 3.4.1

<sup>64</sup> ดู หัวข้อ 3.4.2

### 3.6 หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวเกี่ยวกับกระบวนการสอบสวนและการสั่งคดีอาญา

หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวนำไปใช้กับการสอบสวนของพนักงานสอบสวนและการสั่งคดีของพนักงานอัยการหรือไม่ กล่าวคือ ในกรณีที่พนักงานสอบสวนสั่งงดสอบสวน พนักงานสอบสวนจะดำเนินการสอบสวนใหม่ได้หรือไม่ หรือในกรณีที่พนักงานอัยการสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีอาญา ต่อมาพนักงานอัยการจะมาสั่งฟ้องคดีอาญาเรื่องเดิมอีกได้หรือไม่

#### 3.6.1 การงดการสอบสวนไม่เป็นเหตุให้คดีอาญาระงับ

เมื่อพนักงานสอบสวนสอบสวนเสร็จสิ้นแล้วพบว่าไม่ปรากฏว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำความผิด พนักงานสอบสวนสามารถทำการงดการสอบสวนได้ในคดีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 3 ปี แล้วเสนอสำนวนให้พนักงานอัยการ หรือเสนอความเห็นพนักงานอัยการสั่งงดการสอบสวนได้ในคดีอื่น<sup>65</sup> การงดการสอบสวนของพนักงานสอบสวนหรือการสั่งงดสอบสวนของพนักงานอัยการไม่มีผลทำให้คดีอาญายุติหรือสิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับ ดังนั้น แม้จะมีการงดการสอบสวนแล้ว พนักงานสอบสวนมีอำนาจที่จะทำการสอบสวนใหม่ในคดีเดิมได้ ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลัก *ne bis in idem* เพราะการงดการสอบสวนหรือคำสั่งงดการสอบสวนไม่ใช่คำพิพากษาของศาล

#### 3.6.2 คำสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาไม่เป็นเหตุให้คดีอาญาระงับ

เมื่อพนักงานอัยการมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีอาญา ผู้เสียหายยังคงมีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 34 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการ แม้เป็นคำสั่งของอัยการสูงสุด ก็ไม่ทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับ ผู้ต้องหาที่ได้รับคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีย่อมอาจถูกฟ้องและดำเนินคดีใหม่ได้ ไม่ขัดกับหลัก *ne bis in idem*

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 147 บัญญัติว่าเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีแล้ว ห้ามมิให้มีการสอบสวนเกี่ยวกับบุคคลนั้นในเรื่องเดียวกันนั้นอีก เว้นแต่จะได้พยานหลักฐานใหม่อันสำคัญแก่คดี ซึ่งน่าจะทำให้ศาลลงโทษผู้ต้องหานั้นได้ บทบัญญัติในมาตรา 147 ดังกล่าว

<sup>65</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 140 (1)

เป็นการยืนยันหลักที่ว่าคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการไม่มีผลเป็นคำพิพากษา (res judicata) จึงไม่ต้องห้ามที่พนักงานสอบสวนจะสอบสวนคดีนั้นใหม่หรือไม่ต้องห้ามที่พนักงานอัยการจะฟ้องคดีเรื่องเดิมอีก เมื่อปรากฏหลักฐานใหม่ที่อาจดำเนินคดีกับผู้ต้องหาได้

ในประเทศไทย เมื่อพนักงานอัยการมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีแล้ว การสอบสวนและการฟ้องคดีเรื่องเดิมอีกครั้งสามารถทำได้เพียงกรณีเดียวคือ เมื่อปรากฏหลักฐานใหม่ที่อาจดำเนินคดีกับผู้ต้องหาได้ ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และสหราชอาณาจักร กำหนดให้มีการสอบสวนและสั่งฟ้องใหม่ได้ในหลายกรณี ซึ่งล้วนแต่ไม่มีปัญหาในเรื่องการขัดกับหลัก *ne bis in idem*<sup>66</sup>

ในประเทศฝรั่งเศส อัยการสามารถแก้ไข “คำสั่งไม่ฟ้องคดี” ให้เป็น “คำสั่งฟ้องคดี” ได้อย่างกว้างขวาง แม้อัยการจะมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาเรื่องใดไว้แล้ว อัยการก็สามารถสั่งฟ้องผู้ต้องหาคนเดียวกันในการกระทำเรื่องเดียวกันนั้นใหม่ได้ ภายในอายุความ แม้ไม่ปรากฏพยานหลักฐานใหม่ อีกทั้งไม่ต้องอธิบายถึงเหตุผลในการแก้ไขคำสั่ง<sup>67</sup> ตัวอย่างที่เกิดขึ้นเป็นคดีในประเทศฝรั่งเศส คือ ในกรณีที่พนักงานอัยการฝรั่งเศสประจำเมืองหนึ่งได้ทำคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีอาญาผู้ต้องหาไปแล้ว ต่อมาพนักงานอัยการฝรั่งเศสในอีกเมืองหนึ่งทำคำสั่งฟ้องผู้ต้องหาคนเดียวกันสำหรับการกระทำความผิดเดียวกันได้ ศาลฎีกาฝรั่งเศสให้เหตุผล<sup>68</sup> ดังนี้

- 1) คำสั่งไม่ฟ้องของอัยการ ไม่ใช่คำพิพากษาของศาล (jurisdictional act)
- 2) หากคดียังไม่ขาดอายุความ อัยการสามารถกลับมาพิจารณาคำสั่งใหม่ และเปลี่ยนเป็นคำสั่งฟ้องคดีได้ แม้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใหม่หรือพยานหลักฐานใหม่ และไม่ต้องอธิบายถึงเหตุผลของการแก้ไขคำสั่งดังกล่าว

<sup>66</sup> ดู ปกป้อง ศรีสนธิ, “ทางออกกรณีคำสั่งไม่ฟ้องคดีของอัยการที่ผิดพลาด”, *the101world*, 21 Sep 2020, <https://www.the101.world/reconsidering-prosecution-decision/>, retrieved 11 Oct. 2022.

<sup>67</sup> Serge Guinchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 2e édition, (Paris : Litec, 2002), no. 889, p.723. ; Coralie Ambroise-Castérot et Philippe Bonfils, *Procédure pénale*, 2e édition, (Paris : PUF, 2018), no. 101, p.79. และ ศาลฎีกาฝรั่งเศส Cass. Crim. 5 dec 1972, Cass. Crim. 12 mai 1992.

<sup>68</sup> ศาลฎีกาฝรั่งเศส Cass. Crim. 5 dec 1972

ศาลฎีกาฝรั่งเศสได้ยืนยันหลักดังกล่าวอีกครั้งหนึ่งว่า “คำสั่งไม่ฟ้องคดีของอัยการไม่ใช่คำพิพากษาของศาล (jurisdictional decision) แต่เป็นคำสั่งทางฝ่ายบริหาร (administrative decision) คำสั่งไม่ฟ้องคดีของอัยการจึงไม่มีความเป็นที่สุดของคำพิพากษา (autorité de la chose jugée หรือ res judicata) อัยการหรืออัยการสูงสุดจึงสามารถแก้ไขคำสั่งได้ แม้ไม่มีข้อเท็จจริงใหม่หรือพยานหลักฐานใหม่<sup>69</sup>

ในสหราชอาณาจักร ประมวลสำหรับพนักงานอัยการ (The Code for Crown Prosecutors) ข้อ 10.1 และ 10.2 ได้กล่าวว่าถ้าอัยการสั่งไม่ฟ้องโดยหลักแล้วคดีจะไม่อาจถูกนำมาพิจารณาเพื่อฟ้องร้องได้อีก ไม่ใช่เป็นเพราะการขัดกับหลัก *ne bis in idem* แต่เป็นเพราะคำสั่งอัยการควรได้รับความเชื่อถือจากประชาชน (certainty to the public in decision-making) ดังนั้น แม้จะมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาไปแล้ว การสอบสวนคดีก็สามารถดำเนินการใหม่ได้ ไม่ขัดกับหลัก *ne bis in idem* และอัยการอังกฤษก็สามารถแก้ไขคำสั่งให้เป็นคำสั่งฟ้องคดีได้ใน 4 กรณี คือ คำสั่งไม่ฟ้องเป็นคำสั่งที่ผิดพลาด (original decision was wrong) หรือมีพยานหลักฐานที่ปรากฏใหม่ หรือที่จะได้รับในอนาคตอันใกล้ ทำให้เชื่อว่าจำเลยควรถูกดำเนินคดี หรือ มีการชั้นสูตรพลิกศพพบข้อเท็จจริงใหม่<sup>70</sup>

ในประเทศเยอรมนี อัยการสั่งไม่ฟ้องแล้วต่อมากลับมาฟ้องคดีเรื่องเดียวกันนั้นอีกไม่ใช่กรณีของการทำให้บุคคลได้รับความเดือดร้อนสองครั้ง (double jeopardy) ตามกฎหมายเยอรมัน<sup>71</sup>

#### 4. บทสรุป

หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว (*ne bis in idem*) เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (the rights to a fair trial) ซึ่งถือได้ว่าเป็นมาตรฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งได้รับการยอมรับในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทาง

<sup>69</sup> ศาลฎีกาฝรั่งเศส Cass. Crim. 12 mai 1992

<sup>70</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, “ทางออกกรณีคำสั่งไม่ฟ้องคดีของอัยการที่ผิดพลาด”, อ้างแล้ว, <https://www.the101.world/reconsidering-prosecution-decision/>, retrieved 11 Oct. 2022.

<sup>71</sup> Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Procedure*, (Oxford: Hart Publishing, 2012,) p. 104.

การเมือง หลักการดังกล่าวมีคุณค่าปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญในหลาย ๆ ประเทศ และปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา

ในประเทศไทย หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวได้รับการยอมรับในกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แม้ยังไม่ปรากฏชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ แต่น่าจะถือว่า หลักการดังกล่าวมีค่าเป็นรัฐธรรมนูญได้ผ่านการตีความว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักการ ตราบกฎหมายที่กระทำได้เท่าที่จำเป็น (necessity) และได้สัดส่วน (proportionality) ซึ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การตีความดังกล่าวได้ถูกนำมา ใช้โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (le Conseil Constitutionnel) ซึ่งคงต้อง รอศาลรัฐธรรมนูญไทยในการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวต่อไป

## บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา*, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ : จริยสารพิมพ์, 2551.
- ธานีศ เกศพิทักษ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2 (มาตรา 1-156) เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 15, กรุงเทพฯ: กรุงสยาม พับลิชชิง, 2562.
- ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง*, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ :วิญญูชน, 2563.
- ปกป้อง ศรีสนิท, *คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564.
- ปกป้อง ศรีสนิท, *สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563.
- ปกป้อง ศรีสนิท, “ทางออกกรณีคำสั่งไม่ฟ้องคดีของอัยการที่ผิดพลาด”, *the101world*, 21 Sep 2020, <https://www.the101.world/reconsidering-prosecution-decision/>.
- ปกป้อง ศรีสนิท, “ปัญหาการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย”, *รวมบทความงานวิชาการประจำปี ครั้งที่ 3 พ.ศ. 2550 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ปทุมธานี : โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- Ambroise-Castérot Coralie et Bonfils Philippe, *Procédure pénale*, 2e édition, Paris : PUF, 2018.
- Bohlander Michael, *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford: Hart Publishing, 2012.
- European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)*, 31 December 2019.
- Guinchart Serge et Buisson Jacques, *Procédure pénale*, 2e édition, Paris : Litec, 2002.
- Human Rights Committee, *General Comment No.32*, CCPR/C/GC/32, 23 August 2007.
- LaFave Wayne R., et al., *Criminal Procedure*, 4<sup>th</sup> edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004.
- Premier Ministre et Conseil d’Etat, *Guide de légistique*, 3e edition, 2017, La documentation Française.
- WASMEIER Martin, “the principle of ne bis in idem”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 77, 2006/1.
- <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Fundamental%20Rights/>, retrieved 30/1/2023
- <https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/what-rule-law>, retrieved 30/1/2023

### ดัชนีค้นคำ

กระบวนการยุติธรรมที่ผิดพลาด (miscarriage of justice)	282-283
การพิจารณาพิพากษาคดีฝ่ายเดียวโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย (trial in absentia)	282
การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (genocide)	274
การพิจารณาใหม่ (retrial)	280, 282
การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ (revision)	283
คดีอาญาร้ายแรงสูงสุด (most serious crimes)	274-275
คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee)	273-274, 286
คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (foreign judgment)	273
ได้สัดส่วน (proportionality)	290
เท่าที่จำเป็น (necessity)	290
สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights)	266
สิทธิมนุษยชน	263
สิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (the rights to a fair trial)	264
หลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา (res judicata)	271
หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว (ne bis in idem)	262, 270
หลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งกับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว (double jeopardy)	271
หลักความผิดและโทษทางอาญาต้องมีเท่าที่จำเป็น (principe de nécessité des délits et des peines)	264
หลักนิติธรรม (Rule of Law)	266, 267
อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (crimes against humanity)	275
อาชญากรรมสงคราม (war crimes)	275
อาชญากรรมรุกราน (aggression)	275

# บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

## 1.5 เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression)

โดย

ดร.นันทชฎานันท์ ชาญณรงค์

สารบัญ

	หน้า
1. บทนำ .....	295
2. คำวินิจฉัยที่น่าสนใจที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงออก .....	297
(คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ) ที่ 30/2555 และคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 2747/2558)	
3. บทวิเคราะห์ .....	304
1) เสรีภาพในการแสดงออกในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยและเยอรมัน .....	304
2) พื้นที่หรือบริเวณที่ได้รับความคุ้มครอง (Schutzbereich) .....	306
(1) ผู้ที่ได้รับความคุ้มครอง (Persönlicher Schutzbereich) .....	306
(2) สิ่งที่ได้รับความคุ้มครอง (Sachlicher Schutzbereich) .....	307
3) การเซ็นเซอร์ .....	312
(1) ขอบเขตของเสรีภาพหรือสิ่งที่จะมาถ่วงน้ำหนัก .....	312
หรือบริเวณที่สิทธิขั้นพื้นฐานให้ความคุ้มครอง (Grundrechtsschranke)	
(2) ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungslehre) .....	313
(3) การห้ามไม่ให้มีการเซ็นเซอร์ (Zensurverbot) .....	315
4. สรุป .....	319
5. หมายเหตุ .....	321
บรรณานุกรม .....	322
ดัชนีค้นคำ .....	324

## เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression)

นันทชญา ชาญณรงค์\*

### 1. บทนำ

“เสรีภาพในการแสดงออก” เป็นคำที่ไม่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ก่อนที่จะนำเสนอคดีรัฐธรรมนูญและบทวิเคราะหที่เกี่ยวกับเสรีภาพดังกล่าว จึงต้องจำกัดขอบเขตความเข้าใจของ “เสรีภาพในการแสดงออก” เสียก่อน เมื่อพิเคราะห์ตามถ้อยคำ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “เสรีภาพ” ไว้ว่า “ความสามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง”<sup>1</sup> และ “แสดงออก” ว่าเป็นการ “แสดงความรู้สึก ความคิดเห็น หรือความสามารถเป็นต้นให้ปรากฏ...”<sup>2</sup> โดยมีที่มาจากแม่คำว่า “แสดง” ซึ่งแปลว่า “(1) ชี้แจง, อธิบาย, บอกข้อความให้รู้ เช่น แสดงธรรม แสดงปาฐกถา, ทำให้ปรากฏออกมา เช่น แสดงตัว แสดงหลักฐาน”<sup>3</sup> ดังนั้น จากการพิเคราะห์ตามถ้อยคำ “เสรีภาพในการแสดงออก” จึงอาจหมายถึง “ความสามารถที่จะแสดงความรู้สึก ความคิดเห็น หรือความสามารถเป็นต้นให้ปรากฏได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง” และเมื่อนำผลการพิเคราะห์ตามถ้อยคำดังกล่าวมาพิจารณาร่วมกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) และกฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental Rights of the European Union) ที่มีการบัญญัติขอบเขตของ Freedom of Expression หรือเสรีภาพในการแสดงออก ไว้อย่างเป็นทางการลักษณะอักษร

\* Dr. iur. Nanchaya Channarong (Ass. iur.) เนติบัณฑิตเยอรมันชั้นสูง

<sup>1</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>

<sup>2</sup> เพิ่งอ้าง

<sup>3</sup> เพิ่งอ้าง

ในมาตรา 10 วรรคหนึ่ง<sup>4</sup> และมาตรา 11 วรรคหนึ่ง<sup>5</sup> ตามลำดับ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตของคำว่า Freedom of Expression คล้ายคลึงกัน แปลความได้ว่า “สิทธิที่หมายความรวมถึงเสรีภาพในการมีซึ่งความคิดเห็นและรับหรือบอกให้ทราบซึ่งข้อมูลหรือไอเดียโดยปราศจากการแทรกแซงจากผู้มีอำนาจสาธารณะและโดยไม่คำนึงถึงขอบเขต” (This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.) จะเห็นได้ว่า ถึงแม้จะไม่ปรากฏคำว่า “เสรีภาพในการแสดงออก” ในรัฐธรรมนูญไทย แต่เสรีภาพดังกล่าวเป็นคำใหญ่ที่หมายความรวมถึงเสรีภาพทั้งหลายตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติรับรองให้บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น ซึ่งเสรีภาพในการแสดงออกนี้ ถือเป็นเสรีภาพที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง สำหรับประเทศไทย ซึ่งเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข เพราะ “เสรีภาพในการแสดงออก” ไม่เพียงแต่จะเป็นเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาตัวตนของปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่ยังเป็นรากฐานของการสร้างและการดำรงอยู่ของระบอบประชาธิปไตยอีกด้วย<sup>6</sup> โดยบทความนี้จะขอناقคิรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงออก ที่ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้มาเสนอโดยสรุปและวิเคราะห์เปรียบเทียบกับเสรีภาพดังกล่าวในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังนี้

<sup>4</sup> European Convention on Human Rights

Article 10 Freedom of expression

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

<sup>5</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union

Article 11 Freedom of expression and information

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.

<sup>6</sup> เปรียบเทียบเฉพาะ Bethge, 2021, marginal no. 15 ff.; Grabenwarter, 2021, marginal no. 6.

## 2. คำวินิจฉัยที่น่าสนใจที่เกี่ยวข้อกับเสรีภาพในการแสดงออก

### คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555

คดีนี้เป็นคดีที่ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดี เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (รัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน มาตรา 112) โดยเรื่องราวแห่งคดีมีอยู่ว่า<sup>7</sup> ผู้ฟ้องคดี<sup>8</sup> เป็นผู้กำกับ ผู้ผลิตและเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ได้ยื่นคำขออนุญาตต่อกรมส่งเสริมวัฒนธรรม เพื่อให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ คณะที่ 2 ดำเนินการพิจารณาอนุญาตให้นำภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายในราชอาณาจักรตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 โดยขอให้จัดให้เป็นภาพยนตร์ประเภทห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดูตามนัยข้อ 6 ของกฎกระทรวงกำหนดลักษณะของประเภทภาพยนตร์ พ.ศ. 2552 แต่ไม่ได้รับอนุญาตเนื่องจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ คณะที่ 2 เห็นว่าภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวมีเนื้อหาขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ฟ้องคดีจึงได้อุทธรณ์คำสั่งต่อคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ คณะกรรมการชุดนี้ได้มีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการพิจารณาและให้ความเห็นด้านกฎหมายและด้านวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ขึ้นมา เพื่อพิจารณาคำอุทธรณ์ดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาแล้ว คณะอนุกรรมการฯ มีความเห็นว่า อุทธรณ์ฟังไม่ขึ้น จากนั้นคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติได้มีมติตามความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ และได้แจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์แก่ผู้ฟ้องคดีโดยให้เหตุผลของการยกอุทธรณ์ว่า เนื้อหาสาระสำคัญของภาพยนตร์เรื่องนี้เป็นการถ่ายทอดเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่เหมาะสมกับสังคมไทย อาจทำให้สังคมและผู้ชมแม้จะมีอายุเกิน 20 ปีก็ตาม เกิดความเข้าใจผิดและเกิดการเลียนแบบในพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศหรือการขายบริการทางเพศ รวมทั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมอื่น ๆ

<sup>7</sup> สรุปรายคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 671/2554 คดีหมายเลขแดงที่ 2747/2558 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 ประกอบกัน

<sup>8</sup> เนื่องจากบทความนี้มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อที่จะนำเสนอบทวิเคราะห์ที่เกี่ยวข้องกับ “เสรีภาพในการแสดงออก” เท่านั้น ผู้เขียนจึงขอที่จะกล่าวถึงตัวแทนของสมาชิกเครือข่ายคนดูหนัง ซึ่งอ้างเพียงว่ามีการละเมิด “สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร” ของตนมาใช้เป็นเหตุผลในการรวมฟ้องคดีเป็นผู้ฟ้องคดีที่ 2 ในคดีนี้

จึงเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อรับทราบคำสั่งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวมิชอบด้วยกฎหมายหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เป็นการละเมิดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการประกอบอาชีพของตน จึงได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนมติไม่อนุญาตของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ คณะที่ 2 และมติยกอุทธรณ์ของคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ อีกทั้งยังขอให้พิพากษาหรือมีคำสั่งให้คณะกรรมการทั้งสองคณะนี้ร่วมกันหรือแทนกันชดใช้ค่าเสียหายจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อผู้ฟ้องคดีด้วย นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดียังได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 26 (7) และมาตรา 29 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 29 และมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น โดยให้เหตุผลว่า แม้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวจะให้อำนาจฝ่ายปกครองมีอำนาจจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นผ่านทางภาพยนตร์ด้วยการไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์โดยมีความมุ่งหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในบ้านเมืองก็ตาม แต่เป็นมาตรการที่เกินกรณีแห่งความจำเป็นขัดต่อหลักพอสมควรแก่เหตุและหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 3 กล่าวคือ ฝ่ายปกครองยังมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ เช่น การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา การจำกัดอายุในการรับชม การตัดทอนเนื้อหาบางส่วน การขึ้นค่าเตือน เป็นต้น ซึ่งการใช้มาตรการมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์ ไม่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ เนื่องจากเป็นการกระตุ้นให้ประชาชนต้องการดูภาพยนตร์มากยิ่งขึ้น และยังเป็นการผลักดันให้ผู้สร้างภาพยนตร์ทำการเผยแพร่ทางสังคมออนไลน์โดยไม่ผ่านการพิจารณาจากฝ่ายปกครองซึ่งเป็นสิ่งที่อันตรายยิ่งกว่าการควบคุมให้มีการฉายภาพยนตร์ อีกทั้งถ้อยคำที่บัญญัติในมาตรา 26 (7) และมาตรา 29 ก็บัญญัติไว้อย่างกว้างไม่ชัดเจน ทำให้ผู้สร้างภาพยนตร์ไม่ทราบถึงความแน่นอนในการได้รับอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์ ทำให้เสี่ยงต่อการขาดทุนได้ อันเป็นกฎหมายที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่จะออกสู่สาธารณะได้เฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครองเห็นชอบเท่านั้น จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 45 รับรองไว้

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งรับคำร้องเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ด้วยกรณีต้องตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 211 วรรคหนึ่ง และได้พิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาสาระสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 26 (7) และ มาตรา 29 ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 มาตรา 29 และ มาตรา 45 โดยให้ความเห็นว่ารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทย และการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ผู้เป็นองค์พระประมุขผ่านทางอำนาจทั้งสามฝ่าย ไม่ใช่บทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง จึงไม่มีบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว สำหรับรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสองที่บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมนั้น เห็นว่า พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีเหตุผลเพื่อปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ที่มีอยู่เดิมให้มีความทันสมัยสอดคล้องกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว โดยมีการกำหนดให้มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการสร้าง ออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ในราชอาณาจักร และมีการปรับปรุงระบบการตรวจพิจารณาให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรเดียว ซึ่งเมื่อพิจารณาจากรายละเอียดของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคำร้องพบว่า พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 25 บัญญัติให้ภาพยนตร์ที่จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักรต้องผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เสียก่อน ซึ่งในการตรวจพิจารณาดังกล่าวนั้น คณะกรรมการฯ จะต้องกำหนดด้วยว่าภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวจัดอยู่ในประเภทใด ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 อันได้แก่ (1) ภาพยนตร์ที่ส่งเสริมการเรียนรู้และควรส่งเสริมให้มีการดู (2) ภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้ดูทั่วไป (3) ภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้มียูตั้งแต่สิบสามปีขึ้นไป (4) ภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้มียูตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไป (5) ภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้มียูตั้งแต่สิบแปดปีขึ้นไป (6) ภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มียูต่ำกว่ายี่สิบปีดู และ (7) ภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร ซึ่งการกำหนดว่าภาพยนตร์ลักษณะใดควรจัดอยู่ในภาพยนตร์ประเภทใดให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวงและสำหรับมาตรา 29 นั้น เป็นการบัญญัติให้อำนาจแก่คณะกรรมการพิจารณา

ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ในการสั่งให้ผู้ขออนุญาตแก้ไขหรือตัดทอนก่อนอนุญาต หรือจะไม่อนุญาตก็ได้ หากพิจารณาเห็นว่าภาพยนตร์ใดมีเนื้อหาที่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือน ต่อความมั่นคงของรัฐและเกียรติภูมิของประเทศไทย บทบัญญัติ มาตรา 26 (7) และมาตรา 29 จึงมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจและขอบเขตการใช้อำนาจ ของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ซึ่งมีผลให้คณะกรรมการดังกล่าว ต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติ จึงเป็นการใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐ ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ภายในขอบเขตการใช้ดุลพินิจเพื่อรักษาความมั่นคง ของรัฐ และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของสังคมโดยรวม อันเป็น การสอดคล้องกับหลักนิติธรรมแล้ว ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 3 วรรคสอง ในส่วนประเด็นที่ว่าพระราชบัญญัติฯ มาตราดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อเสรีภาพ ในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ 2550 ให้การรับรองไว้ในมาตรา 45 หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า *“การสร้างภาพยนตร์เป็นการแสดงความคิดเห็น ของผู้สร้างภาพยนตร์ เพื่อนำเสนอความคิด ความเห็น สะท้อนปัญหาสังคม ในแง่มุมต่าง ๆ โดยถ่ายทอดเป็นเรื่องราวเป็นภาพและเสียงอันเป็นวิธีการสื่อ ความหมายโดยวิธีอื่น ซึ่งเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลที่ รัฐธรรมนูญ มาตรา 45 รับรองไว้ แต่การใช้เสรีภาพดังกล่าว ผู้สร้างภาพยนตร์ จะต้องตระหนักถึงขอบเขตแห่งเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรอง ไว้ด้วย”* ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่า *“มาตรา 26 (7) และมาตรา 29 เป็นมาตรการทางกฎหมายที่ให้อำนาจ หน่วยงานของรัฐในการพิจารณาความเหมาะสมของเนื้อหาของภาพยนตร์ ก่อนที่จะนำออกสู่สาธารณะ ทั้งนี้ เพื่อมิให้ผู้สร้างภาพยนตร์ใช้เสรีภาพในการ แสดงความคิดเห็นตามอำเภอใจโดยไม่มีขอบเขตซึ่งอาจทำให้ส่งผลกระทบต่อ สิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น หรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรือมาตรฐาน ทางศีลธรรมอันดีของสังคมโดยรวมได้ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มิได้ห้ามการสร้างภาพยนตร์ แต่ผู้สร้างภาพยนตร์ที่ประสงค์จะนำ ออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายในราชอาณาจักรต้องผ่านการตรวจ พิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ตามกฎหมายก่อน ซึ่งการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพเช่นนี้ย่อมกระทำได้ตามที่บัญญัติไว้ใน*

**รัฐธรรมนุญ มาตรา 45 วรรคสอง และไมเป็นการขัดหรือแยงตอรัฐธรรมนุญ มาตรา 45 วรรคหนึ่ง** นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนุญยังเห็นวา มาตราทั้งสองแหง พระราชบัญญัติภาพยนตรและวดิทศน พ.ศ. 2551 ไมขัดตอรัฐธรรมนุญ มาตรา 29 และ 45 เนื่องจากมาตราทั้งสอง **“เป็นบทบัญญัติแหงกฎหมายที่ใชบังคับเป็นการทั่วไป ไมมุ่งหมายใชบังคับแกกรณีใดกรณีหนึ่งหรือแกบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นการเจาะจง และมีไดจำกัดเสรีภาพเกินกวากรณีแหงความจำเป็นตออยางใด ทั้งมิไดกระทบกระเทือนสาระสำคัญแหงสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนุญรับรองไว”**

**คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 2747/2558**

หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนุญไดมีคำวินิจฉัยข้างต้น ศาลปกครองกลางได ดำเนินการพิจารณาคดีตอและทำยที่สุดไดมีการตัดสินพิพากษายกฟ้อง โดยศาล เห็นวาคำสั่งที่ไมอนุญาตใหผู้ฟ้องคดีนำภาพยนตรเรื่อง Insects in the Backyard ออกฉาย ใหเช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร และค้ายกอุทธรม ในเรื่องดังกล่าว นั้น ชอบด้วยกฎหมายแลว อยางไรก็ตาม เมื่อศึกษารายละเอียดเหตุผล แหงคำพิพากษาแลว จะพบวา ศาลมิไดเห็นพองกับเหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องใช้ในการวินิจฉัย วาเนื้อหาของภาพยนตรเรื่องดังกล่าว “ขัดตอศีลธรรมอันดีของประชาชน” อันเป็น เหตุผลที่นำไปสู่การออกคำสั่งไมอนุญาต ตามมาตรา 29 แหงพระราชบัญญัติ ภาพยนตรและวดิทศน พ.ศ. 2551 แตศาลไดทำการพิจารณาในเนื้อหาสาระของ ภาพยนตรเรื่อง Insects in the Backyard ใหม่ด้วยตนเอง และมีการเน้นย้ำถึงหน้าที่ ของคณะกรรมการฯ ผู้มีอำนาจในการพิจารณาว่า การพิจารณาวินิจฉัยเนื้อหาของ ภาพยนตรที่จะถือเป็นการตองห้ามการเผยแพร่ หรือการวินิจฉัยเนื้อหาในภาพยนตร ว่าเป็นเนื้อหาที่ “ขัดตอศีลธรรมอันดีของประชาชน” **“จะต้องทำด้วยความรอบคอบ และเคร่งครัดตอหลักเกณฑ์แหงกฎหมาย”** ถึงแม้วาพระราชบัญญัติดังกล่าวจะ มิได้บัญญัติความหมายและลักษณะของเนื้อหาในภาพยนตรที่จะถือเป็นการ “ขัดตอ ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เพื่อเป็นกรอบกำกับการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจ ในการพิจารณาก็ตาม เนื่องจาก **“การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าวสั่ง ไมอนุญาตให้นำภาพยนตรออกฉายในราชอาณาจักรเป็นกรณีทีกระทบตอ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการสื่อความหมายตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนุญแหงราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รวมตลอดถึงสิทธิรอน สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชนอยางรุนแรง”**

สำหรับการพิจารณาว่าภาพยนตร์เรื่องดังกล่าว “ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” หรือไม่นั้น ศาลได้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดไว้ใน ข้อ 7 (5) และ ข้อ 7 (6) แห่งกฎกระทรวงกำหนดลักษณะของประเภทภาพยนตร์ พ.ศ. 2552 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เพื่อวัตถุประสงค์ในการจำกัดดุลพินิจของผู้มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตการเผยแพร่ภาพยนตร์ โดยกฎกระทรวงฯ ข้อ 7 (5) เป็นการกำหนดภาพยนตร์ที่มีสาระสำคัญของเรื่องเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ และ ข้อ 7 (6) เป็นการกำหนดภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่แสดงการมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศ ให้เป็นลักษณะภาพยนตร์ที่ต้องห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร ซึ่งในการพิจารณาว่าภาพยนตร์เรื่องที่เป็นข้อพิพาทมีสาระสำคัญของเรื่องเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ อันจะเป็นการ “ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” หรือไม่นั้น ศาลเห็นว่า “เป็นกรณีที่ไม่อาจนำแต่เฉพาะฉากใดฉากหนึ่งหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของภาพยนตร์มาพิจารณาแบบแยกส่วนได้ เพราะภาพยนตร์สื่อความหมายและเล่าเรื่องตามโครงเรื่องที่เป็นเหตุการณ์อันเกิดขึ้นโดยมีจุดเริ่มต้นพัฒนาและดำเนินการไปจนถึงจุดสิ้นสุดหรือบทสรุปของเรื่อง และมีตัวละครแสดงบทบาทพฤติกรรมตามปมความขัดแย้งที่มีการเฉลยและคลี่คลายหรือทิ้งท้ายให้ขบคิดการวินิจฉัยสาระสำคัญของเรื่องจึงต้องพิเคราะห์เนื้อหาทั้งหมดของภาพยนตร์ไม่ว่าจะเป็นโครงเรื่อง แก่นของเรื่อง บทสนทนา บทสรุป ฯลฯ อย่างเชื่อมโยงร้อยเรียงเป็นเนื้อเดียวกัน” ซึ่งเมื่อได้พิจารณาตามแนวทางดังกล่าวแล้วศาลเห็นพ้องกับข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีว่า ภาพยนตร์เรื่องพิพาท มิได้มีลักษณะเป็นภาพยนตร์ที่มีสาระสำคัญของเรื่องเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งต้องห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 7 (5) ของกฎกระทรวงฯ เนื่องจาก “แม้ภาพยนตร์เรื่องนี้จะมีฉากหลายฉากที่แสดงเนื้อหาการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง และชายกับหญิงก็ตาม แต่ฉากเหล่านั้นก็เป็นส่วนหนึ่งในการสนับสนุนโครงเรื่อง และสร้างจุดหักเหที่ทำให้ตัวละครมีการตั้งคำถามกับตัวเองและเรียนรู้อันนำไปสู่บทสรุป และแม้ในฉากเหล่านั้นจะมีการเปิดเผยเรือนร่างของตัวละครอยู่บ้าง แต่ส่วนใหญ่ก็ไม่ได้โจ่งแจ้งเน้นนานวนเวียน หรือตั้งใจแสดงการร่วมเพศอย่างชัดเจนที่แสดงออกถึงเจตนากระตุนกำหนดหรือปลุกเร้าให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์แต่ประการเดียว โดยไม่คำนึงถึงแก่นของเรื่อง ส่วนการที่เนื้อหารอง

ของภาพยนตร์เรื่องนี้ก็เกี่ยวข้องกับการขายบริการทางเพศของวัยรุ่นก็เป็นการสร้างเรื่องราวเพื่อสะท้อนปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมผ่านตัวละคร ให้เป็นวิกฤตการณ์ที่ตัวละครต้องเผชิญและหาทางออก โดยภาพยนตร์เรื่องนี้ไม่ได้ปิดวงแคบเพียงการนำเสนอฉากหรือเนื้อหาการมีเพศสัมพันธ์เป็นความคิดสำคัญของเรื่อง แต่ได้มีการถ่ายทอดเนื้อหาเรื่องราวความสัมพันธ์และปมขัดแย้งในครอบครัวเป็นสารัตถะหรือแก่นของสารที่สื่อไปยังผู้ชม” นอกจากนี้ศาลยังไม่รับฟังข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องที่ว่าภาพยนตร์เรื่องนี้มีการแสดงออกไปในทางที่ไม่ถูกต้อง เช่น มีฉากให้เด็กขายบริการทางเพศในชุดนักเรียน มีการสอนให้เด็กสูบบุหรี่ ดื่มสุรา และสอนวิธีการเล่าโลม รวมทั้งนำเสนอพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ ตลอดจนฉากการฆ่าพ่อ ซึ่งผู้ถูกฟ้องอ้างว่าฉากทั้งหลายดังกล่าวอาจทำให้สังคมและผู้ชมเข้าใจผิดและเกิดการเลียนแบบพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมในภาพยนตร์ได้ ด้วยศาลเห็นว่า การบัญญัติให้กำหนดภาพยนตร์เป็น 7 ประเภทตามมาตรา 26 วรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 แสดงให้เห็นว่า ปัจจุบัน “ระบบกฎหมายในเรื่องนี้ ได้ยอมรับวุฒิภาวะของผู้มีอายุตั้งแต่ยี่สิบปีขึ้นไปที่จะใช้สิทธิเลือกชมภาพยนตร์เรื่องใดเรื่องหนึ่งและสามารถตัดสินใจคุณค่าของหนังด้วยวิจารณญาณของตนโดยเสรี เว้นแต่ในกรณีภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร ซึ่งถือเป็นการจำกัดการชมทุกช่วงวัย” อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในภาพยนตร์ดังกล่าวมีฉากที่ตัวละครกำลังดูหนังไปเปลี่ยนที่แสดงการร่วมเพศอย่างโจ่งแจ้ง ซึ่งผู้ชมสามารถเห็นหนังดังกล่าวได้อย่างชัดเจน และหนังดังกล่าวเป็นหนังที่ผลิตขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยั่วและกระตุ้นกำหนดของผู้ชม อันจัดเป็นสื่อลามกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ซึ่งศาลเห็นว่า การที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้สื่อลามกเป็นสิ่งผิดกฎหมายก็ด้วยเห็นว่าเป็นสิ่งที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ประกอบกับศาลเห็นว่า ถึงแม้ว่าในการนำเสนอฉากดังกล่าว ผู้ฟ้องจะมีเจตนาเพื่อสร้างจุดเปลี่ยนทางอารมณ์ของตัวละคร ก็ไม่จำเป็นต้องใช้การฉายหนังดังกล่าวเข้าไปในฉาก แต่สามารถกระทำโดยช่องทางอื่น ๆ ในเชิงศิลปะภาพยนตร์ได้ โดยไม่ทำให้อรรถรสของภาพยนตร์เสียไป จึงต้องกรณี ข้อ 7 (6) ของกฎกระทรวงฯ ศาลจึงเห็นว่าภาพยนตร์เรื่องนี้มีเนื้อหาขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน คำสั่งไม่อนุญาตของผู้ถูกฟ้องจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลจึงยกฟ้องอย่างไรก็ดี ศาลได้มีข้อสังเกตท้ายคำพิพากษา ซึ่งเป็นการย้ำถึงความเห็นของศาล

ที่ขัดแย้งกับความเห็นของหน่วยงานรัฐผู้ถูกฟ้อง สรุปได้ว่า ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าว มิได้ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนเพราะเป็นภาพยนตร์ที่มีสาระสำคัญของเรื่องเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ แต่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนเพราะมีการนำเสนอฉากที่มีเนื้อหาแสดงการมีเพศสัมพันธ์อย่างโจ่งแจ้งตามที่ได้อธิบายไว้ก่อน ซึ่งหากตัดทอนเนื้อหาดังกล่าวออกก็ชอบที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะพิจารณาให้ภาพยนตร์เรื่องนี้เผยแพร่ในราชอาณาจักร โดยจัดให้อยู่ในประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่า ยี่สิบปีดูตามที่ผู้ฟ้องได้ขอไว้ตั้งแต่แรกแล้วได้

### 3. บทวิเคราะห์

#### 1) เสรีภาพในการแสดงออกในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยและเยอรมัน

เสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลถือเป็นเสรีภาพที่มีความสำคัญยิ่ง และเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาอย่างช้านาน เริ่มตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามที่มีการประกาศใช้ในพระราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 มาตรา 14 หมวดที่ 2 สิทธิและหน้าที่ของชนชาวสยาม ได้มีการบัญญัติให้ “เสรีภาพในการพูด การเขียน การโฆษณา” เป็นหนึ่งในเสรีภาพซึ่งบุคคลย่อมมีโดยปริบูรณ์ ทั้งนี้ ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ได้มีการบัญญัติรับรอง “เสรีภาพในการพิมพ์” เพิ่มเติมเข้ามาในมาตรา 14 โดยบัญญัติไว้ระหว่าง “เสรีภาพในการเขียน” และ “เสรีภาพในการโฆษณา” และเริ่มตั้งแต่ พ.ศ. 2492 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีการปรับปรุงรูปแบบของการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญใหม่ โดยแยกสิทธิเสรีภาพทั้งหลายที่บัญญัติรวมกันไว้ในมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 และ 2489 นั้น ออกมาบัญญัติไว้เป็นหนึ่งสิทธิหรือเสรีภาพต่อหนึ่งมาตรา หรือหนึ่งกลุ่มสิทธิหรือเสรีภาพต่อหนึ่งมาตรา ทั้งนี้ ในแต่ละมาตรานั้น นอกจากจะมีการบัญญัติรับรองสิทธิหรือเสรีภาพแล้ว ยังมีการกำหนดขอบเขตและ/หรือเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ อีกด้วย ซึ่งรายละเอียดเนื้อหาของขอบเขตและ/หรือเงื่อนไขของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ถูกเปลี่ยนแปลงปรับปรุงเรื่อยมา จนกระทั่งถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้รับรอง “เสรีภาพในการแสดงออก” ไว้ในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง โดยบัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา

และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน”

เมื่อมาดูรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG) จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ก็ให้ความสำคัญต่อ “เสรีภาพในการแสดงออก” ไม่แพ้กัน โดยมีการบัญญัติรับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้ในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ซึ่งแปลความได้ว่า “แต่แต่ละคนย่อมมีสิทธิที่จะแสดงออกและเผยแพร่ซึ่งความคิดเห็นของตน ด้วยถ้อยคำ, ตัวอักษร หรือรูปภาพ และมีสิทธิที่จะทำให้ตนได้รับรู้โดยไม่ถูกขัดขวาง ซึ่งข้อมูลจากแหล่งที่มาซึ่งสามารถเข้าถึงได้โดยทั่วไป เสรีภาพการพิมพ์และเสรีภาพในการรายงานผ่านวิทยุหรือภาพยนตร์เป็นสิ่งที่ได้รับการรับรอง ต้องไม่มีการเซนเซอร์เกิดขึ้น” (Art 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.) และมีการกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิตามวรรคหนึ่งไว้ในวรรคสอง ที่แปลความได้ว่า “สิทธิทั้งหลายเหล่านี้จะพบกับขอบเขตของตนในกฎหมายทั่วไป บทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเยาวชน และสิทธิในเกียรติส่วนบุคคล” (Art 5 (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.) ซึ่งหากพิจารณามาตรา 5 วรรคหนึ่งอย่างถี่ถ้วนแล้ว จะพบว่ามาตราดังกล่าวให้การรับรองกลุ่มเสรีภาพในการสื่อสาร อันประกอบด้วยเสรีภาพ 5 ประการ ได้แก่ (1) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (2) เสรีภาพในการได้รับข้อมูลข่าวสาร (3) เสรีภาพการพิมพ์ (4) เสรีภาพในการรายงานผ่านวิทยุ และ (5) ภาพยนตร์<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Jarass, 2020, marginal no. 1 f.; Grabenwarter, 2021, marginal no. 1 ff.; Schemmer, 2022, before marginal no. 1.

## 2) พื้นที่หรือบริเวณที่ได้รับความคุ้มครอง (Schutzbereich)

### (1) ผู้ที่ได้รับความคุ้มครอง (Persönlicher Schutzbereich)

เมื่อพิจารณาเฉพาะถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญข้างต้น จะพบว่า ทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ให้การรับรองเสรีภาพต่อ “บุคคล” ซึ่งสำหรับกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมันแล้ว อาจเป็นได้ทั้ง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล<sup>10</sup> แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้มีการจำกัดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไทยไว้ให้เฉพาะปวงชนชาวไทยเท่านั้น ทั้งนี้ พิจารณาได้จากการใช้หัวข้อเรื่องของหมวด 3 ซึ่งเป็นหมวดที่มีการบัญญัติเสรีภาพในมาตรา 34 วรรคหนึ่งไว้ว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” อีกทั้งยังมีการใช้ถ้อยคำว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” ในมาตรา 25 ซึ่งเป็นมาตราเริ่มต้นของหมวด 3 อันเป็นการต่อยอดการจำกัดข้างต้นอีกด้วย ดังนั้น บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เข้าข่ายได้รับการคุ้มครองเสรีภาพตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จึงต้องเป็น บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสัญชาติไทยเท่านั้น<sup>11</sup> ในขณะที่เสรีภาพตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ นั้น อยู่ในหมวด 1 มีหัวข้อเรื่องว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Grundrechte) ซึ่งไม่มีการจำกัดว่าต้องเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของคนชนชาติใดแบบในรัฐธรรมนูญไทย นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ในหมวด 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ จะพบว่า มีเพียงบางมาตราที่มีการใช้คำกำหนดเฉพาะเจาะจงไว้ชัดเจนว่าให้สิทธิหรือเสรีภาพเฉพาะแก่คนเยอรมันเท่านั้น

<sup>10</sup> กรุณาเปรียบเทียบ ขาณณรงค์, บรรทัดฐานคดีรัฐธรรมนูญ เรื่อง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213, หน้า 6-7.

<sup>11</sup> ประเด็นเรื่องคำว่า “บุคคล” หรือผู้ที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญนี้ ได้มีการถกเถียงกันในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยในขณะนั้นมีการเสนอให้ใช้คำว่า “สิทธิและเสรีภาพของบุคคล” เป็นหัวข้อของหมวด 3 อย่างไรก็ดี ได้มีการเปลี่ยนมาใช้คำว่า “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยการเปลี่ยนมาใช้คำว่า “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” มีจุดมุ่งหมายที่จะจำกัดการรับรองสิทธิและเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญให้แก่บุคคล ซึ่งเป็นชนชาวไทยเท่านั้น แต่ก็มิได้หมายความว่าบุคคลชนชาติอื่นจะไม่มีสิทธิ เพียงแต่สิทธิที่บุคคลเหล่านั้นพึงมี จะไม่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถจำกัดสิทธิของบุคคลผู้ที่มีได้เป็นชนชาวไทยได้มากกว่าที่สิทธิที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง - กรุณาเปรียบเทียบ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 ในวันที่อังคารที่ 8 กรกฎาคม พุทธศักราช 2540 ณ ตึกรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หน้า 199-200.

อันได้แก่ สิทธิในการชุมนุมตามมาตรา 8 สิทธิในการสร้างสมาคมและหมู่คณะตามมาตรา 9 เสรีภาพในการเลือกไปหรืออาศัยอยู่ที่ใดก็ได้ภายในสหพันธ์ตามมาตรา 11 สิทธิในอาชีพตามมาตรา 12 สิทธิในการห้ามถอดสัญชาติเยอรมันตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง และสิทธิของชาวเยอรมันในการที่จะไม่ถูกส่งมอบตัวไปยังต่างประเทศตามมาตรา 16 วรรคสอง ดังนั้น เมื่อมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ไม่ได้มีการกำหนดเพื่อจำกัดขอบเขตของผู้ที่จะได้รับการคุ้มครองในลักษณะดังกล่าวจึงสามารถสรุปได้ว่ามาตรา 5 วรรคหนึ่งนั้น คุ้มครองกับบุคคลทุกคนโดยไม่มีการจำกัดสัญชาติเหมือนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(2) สิ่งที่ได้รับ ความคุ้มครอง (Sachlicher Schutzbereich)

สิ่งที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง ให้ความคุ้มครอง คือ “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น” ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำเดียวกันกับที่ใช้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 45 วรรคหนึ่ง อันเป็นมาตราสำคัญในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “การสร้างภาพยนตร์เป็นการแสดงความคิดเห็นของผู้สร้างภาพยนตร์ เพื่อนำเสนอความคิดเห็น ความเห็นสะท้อนปัญหาสังคมในแง่มุมต่าง ๆ โดยถ่ายทอดเป็นเรื่องราวเป็นภาพและเสียง อันเป็นวิธีการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น ซึ่งเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 45 รับรองไว้” หากพิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (หรือมาตรา 45 วรรคหนึ่งรัฐธรรมนูญ 2550 จะพบว่า นอกจากจะรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแล้ว ยังรับรองเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น ซึ่งสำหรับการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นนั้น ถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรานี้ไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นการพูด เขียน พิมพ์ โฆษณา หรือสื่อความหมายซึ่ง “ความคิดหรือความเห็น” เท่านั้น แต่อาจเป็นการพูด เขียน พิมพ์ โฆษณา หรือสื่อความหมายของ “สิ่งใดก็ได้” นั่นก็หมายความว่า “สิ่งใดก็ได้” นี้ อาจจะเป็นข้อเท็จจริงหรือความเท็จหรือข้อมูลอื่นใดที่สามารถสื่อความหมายได้ก็ได้ และเมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่อ้างไว้ข้างต้นประกอบกัน จะพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญต่อ “การแสดง

ความคิดเห็น” โดยเห็นว่าการสร้างภาพยนตร์ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 34 วรรคหนึ่ง) เนื่องจาก “การแสดงความคิดเห็นของผู้สร้างภาพยนตร์ เพื่อนำเสนอความคิด ความเห็น สะท้อนปัญหาสังคมในแง่มุมต่าง ๆ” แต่เมื่อพิจารณาแยกส่วนประกอบของเนื้อหาภาพยนตร์ตามคำวินิจฉัยออกมา จะพบว่ามีส่วนที่เป็น (1) ความคิด (2) ความเห็น และ (3) ส่วนที่สะท้อนปัญหาสังคมในแง่มุมต่าง ๆ ซึ่งในส่วนของความคิดและความเห็นนั้น เป็นส่วนที่เป็นผลของการไตร่ตรอง ประเมินหรือตัดสินของบุคคล (ในที่นี้คือผู้สร้างภาพยนตร์) แต่ส่วนที่สะท้อนปัญหาสังคมในแง่มุมต่าง ๆ นั้น มีส่วนประกอบของข้อเท็จจริงอยู่ กล่าวคือ ปัญหาสังคมในแง่มุมต่าง ๆ ที่ผู้สร้างอ้างว่ามีอยู่จริงและนำมาสะท้อนนั้น เป็นสิ่งที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจริงหรือไม่จริง ดังนั้น ถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะพิกัดไปยังเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยการสรุปว่าเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคล แต่จากคำวินิจฉัยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยตัดสินให้ การแสดงข้อมูลซึ่งไม่ใช่ความคิดหรือความเห็นเฉพาะของบุคคล หรือก็คือข้อมูลซึ่งสามารถพิสูจน์ว่าจริงหรือไม่จริงได้นั้น ก็เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองโดยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากปัญหาสังคมที่ผู้สร้างกล่าวอ้างและต้องการที่จะสะท้อนนั้น เป็นจุดตั้งต้นของความคิดและความเห็นของผู้สร้างภาพยนตร์ได้ จึงสามารถสรุปได้เพียงแค่ว่า “เสรีภาพในการแสดงออก” ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (ปัจจุบัน มาตรา 34 วรรคหนึ่ง) นอกจากจะคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิดและความเห็นแล้ว ยังคุ้มครองการแสดงออกซึ่งข้อมูลที่มีลักษณะเป็นข้อมูลที่สามารถพิสูจน์ว่าจริงหรือไม่จริงได้ เมื่อข้อมูลนั้นเป็นจุดตั้งต้นของการแสดงออกซึ่งความคิดหรือความเห็นอีกด้วย

สำหรับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้น รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ครั้งประโยคแรก ว่า “แต่ละคนย่อมมีสิทธิที่จะแสดงออกและเผยแพร่ซึ่งความคิดเห็นของตน ด้วยถ้อยคำ, ตัวอักษร หรือรูปภาพ ...” (Art 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. ...) ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำแล้ว จะเห็นว่าเป็นการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกหรือเผยแพร่ซึ่งความคิดเห็น (Meinung) และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้ให้หลักในการจะดูว่าสิ่งใดจัดเป็น “ความคิดเห็น”



แล้วว่าไม่เป็นความจริงจึงเป็นสิ่งที่ไม่มีค่าอันควรที่จะได้รับการคุ้มครอง<sup>15</sup> นอกจากนี้ มาตรา 5 วรรคหนึ่งประโยคที่ 1 ครั้งประโยคแรก ยังจำกัดอีกว่า “ความคิดเห็น” ต้องเป็นความคิดเห็นของบุคคลผู้แสดงออกหรือเผยแพร่เท่านั้นอีกด้วย

จากการวิเคราะห์ข้างต้นจะพบว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีการวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับสิ่งที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง ให้ความคุ้มครองไว้ คล้ายคลึงกับกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน กล่าวคือ เสรีภาพในการแสดงออกคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิดและความเห็น รวมถึงข้อมูลที่มีลักษณะเป็นข้อมูลที่สามารถพิสูจน์ว่าจริงหรือไม่จริงได้ เมื่อข้อมูลนั้น เป็นจุดตั้งต้นหรือถูกใช้เป็นส่วนสนับสนุนการแสดงออกซึ่งความคิดหรือความเห็น อย่างไรก็ตาม ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังไม่ได้มีการพูดถึงเรื่องของคุณค่าของความคิดหรือความเห็น ความผิดหรือถูกของข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้าง ว่ามีความสำคัญต่อการกำหนดให้เป็นที่ได้รับความคุ้มครองโดยเสรีภาพในการแสดงออกหรือไม่ อย่างไร นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (หรือมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน) ก็ไม่ได้มีการจำกัดว่าความคิดความเห็นนั้นต้องเป็นของผู้แสดงออกเท่านั้น ซึ่งเป็นสิ่งที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ แต่เนื่องจากในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 เป็นกรณีการแสดงความคิดเห็นของผู้สร้างภาพยนตร์ ซึ่งเป็นผู้ร้องที่อ้างเสรีภาพในการแสดงออกของตนเองอยู่แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงยังไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นที่ว่าเสรีภาพในการแสดงออก ตามมาตราดังกล่าวจะให้ความคุ้มครองอยู่หรือไม่ หากเป็นการแสดงความคิดเห็นที่ไม่ใช่ความคิดเห็นของผู้แสดงความคิดเห็นเอง

อีกประการหนึ่ง เมื่อพิจารณาอรรถคดีของคดีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 พบว่า เป็นกรณีผู้สร้างภาพยนตร์อ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของตนผ่านทางภาพยนตร์ ซึ่งตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันแล้ว นอกจากจะเข้าข่ายกรณีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่งประโยคที่ 1 ครั้งประโยคแรก แล้ว ยังเข้ากรณีเสรีภาพในการ

<sup>15</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 185/77 เมื่อวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1980; คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1531-96 เมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998; Jarass, 2020, marginal no. 7 สำหรับความเห็นแย้ง เช่น Grabenwarter, 2021, marginal no. 51.

รายงานผ่านภาพยนตร์หรือเรียกสั้น ๆ ว่า เสรีภาพภาพยนตร์ (Filmfreiheit) ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 2 ตัวเลือกที่ 3 อีกด้วย โดยเสรีภาพภาพยนตร์ (Filmfreiheit) ให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการสร้างและการเผยแพร่ภาพยนตร์ ทั้งกระบวนการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การผลิต การถ่ายภาพ การนำเข้าภาพยนตร์ การเล่นภาพยนตร์ การให้เข้าภาพยนตร์ รวมถึงเนื้อหาและโฆษณาด้วย<sup>16</sup> แต่โดยที่ ภาพยนตร์เองก็เป็นหรือมีการแสดงความคิดเห็นอยู่ด้วย การที่จะตัดสินว่าการ แสดงความคิดเห็นใดเข้าข่ายสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิใด เมื่อพิจารณาตามกฎหมาย รัฐธรรมนูญเยอรมันแล้ว สามารถแยกเป็น 2 กรณี คือ (1) กรณีที่บุคคลใดในภาพยนตร์ แสดงความคิดเห็นออกมาในภาพยนตร์และ (2) กรณีที่ผู้สร้างภาพยนตร์แสดง ความคิดเห็นของตนผ่านทางภาพยนตร์ ซึ่งการแสดงความคิดเห็นกรณีที่ 1 ผู้แสดง ความคิดเห็นจะได้รับความคุ้มครองโดยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ครั้งประโยคแรก ส่วนกรณีที่ 2 เข้าข่ายการได้รับความคุ้มครองจากเสรีภาพ 2 ประการ คือ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ครั้งประโยคแรก และเนื่องจากเป็นการที่ผู้สร้างภาพยนตร์แสดงความคิดเห็นของตนผ่านทางภาพยนตร์ จึงจัดเป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ (Filmfreiheit) ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 2 ตัวเลือกที่ 3 ด้วย แต่เมื่อพิจารณาตามหลักการ การจัดการกับกรณีกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานหลายบท (Grundrechtskonkurrenz) กรณีนี้ถือว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้ถูกกลืนรวมเข้าไปอยู่ในเสรีภาพ ภาพยนตร์ของผู้สร้างภาพยนตร์แล้ว ส่งผลให้ผู้สร้างภาพยนตร์สามารถอ้างเฉพาะ แต่เสรีภาพของตนในการสร้างและเผยแพร่ภาพยนตร์เท่านั้น ไม่สามารถอ้างเสรีภาพ ในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) ของตนเพิ่มเติมเข้ามาได้อีก<sup>17</sup>

อนึ่ง ภาพยนตร์ อาจถูกจัดเป็น ศิลปะ ซึ่งอาจส่งผลให้เข้าข่ายกรณี เสรีภาพทางศิลปะ (Kunstfreiheit) ที่รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ให้การรับรองไว้ ในมาตรา 5 วรรคสาม ประโยคที่ 1 ตัวเลือกที่ 1 ได้อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทความนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์บรรทัดฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย วางไว้ในเรื่อง “เสรีภาพในการแสดงออก” และจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>16</sup> Jarass, 2020, marginal no. 62.

<sup>17</sup> Bethge, 2021, marginal no. 127; Grabenwarter, 2021, marginal no. 972.

และศาลปกครองไทยที่นำมาวิเคราะห์ เมื่อดูตามเนื้อหาแล้วเป็นการวินิจฉัยเสรีภาพในการแสดงออกผ่านภาพยนตร์รวมถึงประเด็นการเซนเซอร์ภาพยนตร์เป็นสำคัญ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับเสรีภาพทางศิลปะของเยอรมัน จะทำให้บทความมีเนื้อหาหนักเกินไป อาจทำให้เกิดความสับสน โดยไม่ได้เกิดประโยชน์อันใดเพิ่มเติมมากนัก จึงขอละไว้ที่จะไม่วิเคราะห์ซึ่งเสรีภาพทางศิลปะในบทความนี้

### 3) การเซนเซอร์

(1) ขอบเขตของเสรีภาพหรือสิ่งที่จะมากขึ้นขวางพื้นที่หรือบริเวณที่สิทธิขั้นพื้นฐานให้ความคุ้มครอง (Grundrechtsschranke)

นอกจากการกำหนดพื้นที่หรือบริเวณที่เสรีภาพในการแสดงออกให้ความคุ้มครอง (Schutzbereich) แล้ว เรื่องที่สำคัญอีกเรื่องหนึ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 คือ เรื่องเกี่ยวกับขอบเขตแห่งเสรีภาพ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยหลังจากทำการวินิจฉัยว่าการสร้างภาพยนตร์เป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ ต่อไปว่า “แต่การใช้เสรีภาพดังกล่าว ผู้สร้างภาพยนตร์จะต้องตระหนักถึงขอบเขตแห่งเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ด้วย” โดยศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นสรุปได้ว่าการตรากฎหมายดังเช่นในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ที่มีมาตรการทางกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการพิจารณาความเหมาะสมของเนื้อหาของภาพยนตร์ก่อนที่จะนำออกสู่สาธารณะ เพื่อมิให้ผู้สร้างภาพยนตร์ใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามอำเภอใจ โดยไม่มีขอบเขตซึ่งอาจทำให้ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น หรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรือมาตรฐานทางศีลธรรมอันดีของสังคมโดยรวมได้ มิได้ห้ามการสร้างภาพยนตร์แต่ผู้สร้างภาพยนตร์ที่ประสงค์จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายในราชอาณาจักรต้องผ่านการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ตามกฎหมายก่อนหรือก็คือการเซนเซอร์ภาพยนตร์ สามารถกระทำได้ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 45 วรรคสอง และไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 45 วรรคหนึ่ง

สำหรับในส่วนกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) เสรีภาพภาพยนตร์และเสรีภาพอื่น ๆ ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ก็เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่ได้รับการคุ้มครองโดยเด็ดขาด แต่อยู่ภายใต้

“Grundrechtsschranke” ซึ่งอาจแปลง่าย ๆ ว่าสิ่งที่จะมาถักั้นขวางพื้นที่หรือบริเวณที่สิทธิขั้นพื้นฐานให้ความคุ้มครอง เช่นกัน โดยมีการบัญญัติขอบเขตไว้ในมาตรา 5 วรรคสอง ที่สามารถแปลความสรุปได้ว่า สิทธิเหล่านี้ (หมายถึงสิทธิที่อ้างในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง) จะพบกับขอบเขตของตนในกฎหมายทั่วไป บทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเยาวชน และสิทธิในเกียรติส่วนบุคคล ((2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.)

(2) ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungslehre)

อย่างไรก็ตาม ตามหลักรัฐธรรมนูญเยอรมัน ถึงแม้ว่าจะมีการกำหนดให้อำนาจแก่รัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ฝ่ายนิติบัญญัติ ในการออกกฎหมายเพื่อที่จะจำกัดขอบเขตหรือจำกัดการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่นั่นก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐสามารถออกกฎหมายหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้ตามอำเภอใจ เพราะมิเช่นนั้นแล้วการกำหนดรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญก็จะไร้ความหมาย<sup>18</sup> และเนื่องจากการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของเยอรมันในรัฐธรรมนูญ ทั้ง 19 มาตรา มีเพียง “ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์” (Menschenwürde) ตามมาตรา 1 เท่านั้น ที่ได้รับการคุ้มครองอย่างเด็ดขาด ส่วนสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตราอื่น ๆ นั้น ส่วนอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่อาจถูกจำกัดขอบเขตได้ทั้งสิ้น ดังนั้น เพื่อไม่ให้รัฐอ้างบทอาศัยอำนาจที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องไว้มาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามอำเภอใจ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ จึงได้พัฒนา Wechselwirkungslehre ขึ้นมา ซึ่งผู้เขียนขอแปลง่าย ๆ ว่า “ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์” โดยทฤษฎีนี้กำหนดว่า “การจะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น จะต้องคำนึงถึงปฏิสัมพันธ์ระหว่าง พื้นที่หรือบริเวณที่สิทธิขั้นพื้นฐานให้ความคุ้มครอง หรือพูดง่าย ๆ ก็คือ สิ่งที่ได้รับคุ้มครอง (Schutzbereich) และ สิ่งที่จะมาถักั้นขวางพื้นที่หรือบริเวณที่สิทธิขั้นพื้นฐานให้ความคุ้มครอง (Grundrechtsschranke) ในลักษณะที่ว่า ถึงแม้ว่าตามถ้อยคำของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้สามารถจำกัดขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวจะต้องได้รับการตีความโดยเข้าใจถึงความสำคัญของสิทธิ

<sup>18</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 400/51 เมื่อวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1958 (คำตัดสินคดี Lüth); Schemmer, 2022, marginal no. 100.

ขั้นพื้นฐานนี้ ที่เป็นรากฐานในรัฐที่เป็นเสรีประชาธิปไตย (ในที่นี้หมายถึงเสรีภาพตามมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ)<sup>19</sup> และด้วยเหตุนี้เอง สิ่งที่จะมาจำกัดขอบเขตสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น เมื่อพิจารณาถึงผลของมันที่จะกระทบและเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว ก็ต้องถูกจำกัดด้วยเช่นกัน<sup>20</sup> สรุปง่าย ๆ ก็คือ การจะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ว่าจะเป็นการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือการตีความและการใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่ออกตามบทอาศัยอำนาจดังกล่าว จะต้องคำนึงถึงเนื้อหาและความสำคัญของตัวสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำลังจะถูกจำกัดด้วย<sup>21</sup> นั้นหมายความว่า “ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungslehre)” นี้ ครอบคลุมทั้ง (1) ชั้นตัวบทกฎหมาย อันหมายความว่ารวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญเองและกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจบทบัญญัติรัฐธรรมนูญด้วย และ (2) ชั้นของการใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ซึ่งการใช้ “ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungslehre)” ในชั้นของตัวบทกฎหมายนั้น จะสามารถใช้ได้โดยตีความตัวบทกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์ประกอบของกฎหมาย โดยคำนึงถึง หรือที่เยอรมันใช้คำว่า “ภายใต้แสงสว่าง (im Lichte)” ของสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำลังจะถูกจำกัดนั้นด้วย สำหรับการ “ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungslehre)” ในชั้นของการใช้กฎหมายนั้น ผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งหลัก ๆ ก็คือฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะถูกจำกัด โดยต้องชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำลังจะถูกจำกัดนั้นกับสิทธิพื้นฐานและ/หรือประโยชน์อันชอบธรรมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ที่เป็นเหตุผลในการที่จะต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว<sup>22</sup>

จาก “ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungslehre)” นี้ ทำให้การวิเคราะห์สิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน ไม่สามารถกระทำ

<sup>19</sup> ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungslehre) เป็นทฤษฎีที่ได้รับการพัฒนาขึ้นเป็นสำคัญในคำตัดสินคดี Lüth ที่ตัดสินข้อพิพาทเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ แต่ทฤษฎีนี้มีเจตจำนงการใช้เพียงแค่ว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเท่านั้น แต่ยังไม่เป็นการทั่วไปกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ด้วย เนื่องจากเป็นทฤษฎีที่เป็นรูปแบบเฉพาะของหลักแห่งความได้สัดส่วน กรณีดูเพิ่มเติมต่อไป ใน 3 (3) ของบทความนี้

<sup>20</sup> คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 400/51 เมื่อวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1958 (คำตัดสินคดี Lüth); Grabenwarter, 2021, marginal no. 139; Schemmer, 2022, marginal no. 100.

<sup>21</sup> Bethge, 2021, marginal no. 145; Grabenwarter, 2021, marginal no. 139.

<sup>22</sup> Schemmer, 2022, marginal no. 104.

ได้เพียงแคพิจารณาถึง “พื้นที่หรือบริเวณที่ได้รับความคุ้มครอง (Schutzbereich)” และขอบเขตของเสรีภาพหรือสิ่งที่จะมากขึ้นขวางพื้นที่หรือบริเวณที่สิทธิขั้นพื้นฐานให้ความคุ้มครอง (Grundrechtsschranke) เท่านั้น แต่ยงต้องพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นตัวกั้นขวางของสิ่งที่จะมากขึ้นขวางพื้นที่หรือบริเวณที่สิทธิขั้นพื้นฐานให้ความคุ้มครองอีกต่อหนึ่งด้วย ซึ่งในภาษาเยอรมันเรียกว่า Schrankenschanke หมายถึงสิ่งกั้นขวางของสิ่งกั้นขวาง หรือก็คือขอบเขตของขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญนั่นเอง

(3) การห้ามไม่ให้มีการเซนเซอร์ (Zensurverbot)

“ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungslehre)” ที่อธิบายไว้ข้างต้นนั้น เป็นทฤษฎีที่เมื่อพิจารณาตามเนื้อหาแล้วจริง ๆ ก็คือรูปแบบเฉพาะรูปแบบหนึ่งของหลักแห่งความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeits-grundsatz)<sup>23</sup> ซึ่งเป็นหลักที่มีที่มาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatlichkeit) และสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ อันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมากในรัฐธรรมนูญเยอรมันอยู่แล้ว ดังนั้น ถึงแม้จะไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิ่งกั้นขวางของสิ่งกั้นขวางหรือก็คือขอบเขตของขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ (Schrankenschanke) ไว้เป็นการเฉพาะ ในการใช้อำนาจรัฐกำหนดขอบเขตของสิทธิพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญนั้น รัฐก็ต้องคำนึงถึงขอบเขตของขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ (Schrankenschanke) ด้วยเสมอ แต่สำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้น รัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดขอบเขตของขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ (Schrankenschanke) โดยเฉพาะไว้ด้วยแล้ว กล่าวคือในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 3 มีบทบัญญัติไว้แปลความได้ว่า “ต้องไม่มีการเซนเซอร์เกิดขึ้น” (Art. 5 (1) S. 3: Die Zensur findet nicht statt.)<sup>25</sup> ซึ่งคำว่า การเซนเซอร์ในที่นี้ ถึงแม้รัฐธรรมนูญจะใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ว่าเซนเซอร์ ถึงกระนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ รวมถึงเสียงส่วนใหญ่ในวงวิชาการกฎหมายของเยอรมันก็ได้ตีความคำว่า “เซนเซอร์” (Zensur) ว่าหมายคามถึงแค่

<sup>23</sup> Grabenwarter, 2021, marginal no. 139 f.

<sup>24</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 513/65 เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1965; Voßkuhle, 2007, p. 429; Grzeszick, 2021, marginal no. 49.

<sup>25</sup> Jarass, 2020, marginal no. 77; Grabenwarter, 2021, marginal no. 128.

**การเซนเซอร์ก่อน** (Vorzensur) เท่านั้น ไม่ได้รวมถึงการเซนเซอร์ภายหลัง (Nachzensur) ด้วย แต่อย่างใด<sup>26</sup>

สำหรับการเซนเซอร์ก่อน (Vorzensur) นั้น หมายถึง มาตรการทั้งหลายที่มีลักษณะเป็นไปในทางที่จะจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิอื่น ๆ ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ก่อนการผลิตหรือการเผยแพร่ผลงานทางความคิด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องนำผลงานทางความคิดนั้นไปผ่านกระบวนการคัดกรองของทางราชการและต้องให้มีการอนุญาตในเนื้อหาเสียก่อน จึงจะผลิตหรือเผยแพร่ได้<sup>27</sup> เป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญเยอรมันห้ามโดยเด็ดขาด ไม่สามารถอ้างมาตรา 5 วรรคสอง มาใช้เป็นเหตุผลของการเซนเซอร์นี้ได้ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าเพียงแค่การมีอยู่ของกระบวนการดังกล่าวก็จะเป็นการยับยั้งหรือเป็นการขัดขวางกระบวนการหรือวงจรชีวิตของความคิดได้ ซึ่งเป็นอันตรายมาก แต่เมื่อใดก็ตามที่ผลงานทางความคิดได้ถูกผลิตขึ้นและเผยแพร่ไปแล้ว การที่จะควบคุมหรือปราบปรามหรือก็คือการเซนเซอร์ภายหลัง (Nachzensur) ก็อาจกระทำได้ ภายใต้เงื่อนไขของการกำหนดขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ (Grundrechtsschranke) ตามมาตรา 5 วรรคสอง<sup>28</sup> ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าการเซนเซอร์ภายหลัง (Nachzensur) อาจจะมีผลทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ต้องการฉายภาพยนตร์ไม่กล้าที่จะผลิตหรือฉายภาพยนตร์ตั้งแต่ต้น ซึ่งเท่ากับเป็นการบังคับให้บุคคลจำกัดเสรีภาพของตนเองทางอ้อม (Chilling Effect) แต่การเซนเซอร์ภายหลัง (Nachzensur) ก็ให้อิสระต่อบุคคลมากกว่าการเซนเซอร์ก่อน (Vorzensur) อย่างพอควรแล้ว กล่าวคือ ให้อิสระต่อบุคคลในแง่ที่ว่าให้โอกาสแก่บุคคลให้สามารถตัดสินใจเองว่าตนจะรับความเสี่ยงในการถูกควบคุมหรือปราบปรามภายหลังจากการแสดงหรือเผยแพร่ความคิดหรือผลงานความคิดของตนหรือไม่ เพียงใด แต่การเซนเซอร์ก่อน (Vorzensur) เป็นการขัดขวางมิให้แม้แต่จะคิดถึงการที่ตนจะต้องตัดสินใจว่าจะรับหรือไม่รับความเสี่ยงนั้นด้วยซ้ำ<sup>29</sup>

<sup>26</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvL 13/67 เมื่อวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 1972; คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 698/89 เมื่อวันที่ 20 สิงหาคม ค.ศ. 1992; Jarass, 2020, marginal no. 77; Bethge, 2021, marginal no. 131; Schemmer, 2022, marginal no. 114.

<sup>27</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvL 13/67 เมื่อวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 1972

<sup>28</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, เฟ็งอ้าง.

<sup>29</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, เฟ็งอ้าง.

เมื่อมาพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะพบว่า มีการห้ามในลักษณะเดียวกับการกำหนดการห้ามการเซนเซอร์ก่อน (Vorzensur) ของรัฐธรรมนูญเยอรมันเช่นกัน แต่กำหนดไว้เฉพาะเพียงแค่ว่าสำหรับการเผยแพร่ข่าวหรือข้อความของสื่อมวลชนเท่านั้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) มาตรา 35 วรรคสามได้บัญญัติไว้ว่า “การให้นำข่าวสารหรือข้อความใด ๆ ที่ผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนจัดทำขึ้นไปให้เจ้าหน้าที่ตรวจก่อนนำไปโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือสื่อใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะกระทำในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม แต่ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อตีความโดยดูจากระบบของบทบัญญัติในกฎหมาย (Systematische Auslegung) แล้ว การเซนเซอร์ก่อน (Vorzensur) เป็นสิ่งต้องห้ามสำหรับการผลิตหรือเผยแพร่ความคิด ไม่ว่าจะเป็ความคิดหรือผลงานทางความคิดที่เกิดจากการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) ตามบทบัญญัติไว้ในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ครั้งประโยคแรก หรือเกิดจากเสรีภาพอื่น ๆ ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง เช่น เสรีภาพสำนักพิมพ์ เสรีภาพการรายงานข่าวผ่านสื่อวิทยุหรือภาพยนตร์ ก็ตาม ดังนั้น หากลองพิจารณาเรื่องราวแห่งคดีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 25 ที่บัญญัติให้ภาพยนตร์ที่จะนำออกฉายให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักรต้องผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เสียก่อนนั้น จะขัดต่อ การเซนเซอร์ก่อน (Vorzensur) ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ แน่นนอน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีแล้วข้างต้นว่าการห้ามการเซนเซอร์ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 3 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน มิได้ห้ามการเซนเซอร์ภายหลัง (Nachzensur) ดังนั้น หากพิจารณาเรื่องราวแห่งคดีของคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 2747/2558 ตามกฎหมายเยอรมันแล้ว จะพบว่า ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch) มาตรา 184<sup>30</sup> วรรคหนึ่ง ข้อ 7 และ/หรือ ข้อ 8 ตัวเลือกที่ 1 ประกอบกับข้อ 7 บัญญัติให้

<sup>30</sup> Strafgesetzbuch (StGB)

§ 184 Verbreitung pornographischer Inhalte

(1) Wer einen pornographischen Inhalt (§ 11 Absatz 3)

การฉายภาพยนตร์ซึ่งมีเนื้อหาเป็นหนังสือต่อสาธารณะหรือผลิตเนื้อหาหนังสือเพื่อนำไปขายต่อสาธารณะหรือให้ผู้อื่นนำไปขายต่อสาธารณะเป็นความผิดทางอาญา และเนื่องจากภาพยนตร์เรื่องที่พิพาทในคดีดังกล่าวมีการนำเสนอฉากหนังสือ การผลิตหรือ นำภาพยนตร์เรื่องที่พิพาทออกฉายต่อสาธารณะนั้น จึงอาจเข้าข่ายการกระทำผิดประมวลกฎหมายอาญามาตราดังกล่าว นั่นก็หมายความว่า ถึงแม้ว่าตามกฎหมาย

- 
1. einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überläßt oder zugänglich macht,
  2. an einem Ort, der Personen unter achtzehn Jahren zugänglich ist oder von ihnen eingesehen werden kann, zugänglich macht,
  3. im Einzelhandel außerhalb von Geschäftsräumen, in Kiosken oder anderen Verkaufsstellen, die der Kunde nicht zu betreten pflegt, im Versandhandel oder in gewerblichen Leihbüchereien oder Lesezirkeln einem anderen anbietet oder überläßt,
  - 3a. im Wege gewerblicher Vermietung oder vergleichbarer gewerblicher Gewährung des Gebrauchs, ausgenommen in Ladengeschäften, die Personen unter achtzehn Jahren nicht zugänglich sind und von ihnen nicht eingesehen werden können, einem anderen anbietet oder überläßt,
  4. im Wege des Versandhandels einzuführen unternimmt,
  5. öffentlich an einem Ort, der Personen unter achtzehn Jahren zugänglich ist oder von ihnen eingesehen werden kann, oder durch Verbreiten von Schriften außerhalb des Geschäftsverkehrs mit dem einschlägigen Handel anbietet oder bewirbt,
  6. an einen anderen gelangen läßt, ohne von diesem hierzu aufgefordert zu sein,
  7. in einer öffentlichen Filmvorführung gegen ein Entgelt zeigt, das ganz oder überwiegend für diese Vorführung verlangt wird,
  8. herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält oder einzuführen unternimmt, um diesen im Sinne der Nummern 1 bis 7 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder
  9. auszuführen unternimmt, um diesen im Ausland unter Verstoß gegen die dort geltenden Strafvorschriften zu verbreiten oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen oder eine solche Verwendung zu ermöglichen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Absatz 1 Nummer 1 und 2 ist nicht anzuwenden, wenn der zur Sorge für die Person Berechtigte handelt; dies gilt nicht, wenn der Sorgeberechtigte durch das Anbieten, Überlassen oder Zugänglichmachen seine Erziehungspflicht gröblich verletzt. Absatz 1 Nr. 3a gilt nicht, wenn die Handlung im Geschäftsverkehr mit gewerblichen Entleihern erfolgt.
- (3) bis (7) (weggefallen).

เยอรมันจะไม่มีกระบวนการการเซนเซอร์ก่อนดังเช่นในไทย แต่หากมีการนำภาพยนตร์ดังกล่าวออกฉายต่อสาธารณะ ผู้ผลิตและผู้นำภาพยนตร์ดังกล่าวออกฉายก็อาจจะถูกดำเนินคดีอาญาในภายหลังได้เช่นกัน

#### 4. สรุป

การมีอิสระในการคิด การพูด หรือการแสดงความคิดเห็นของตนผ่านการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นมีความสำคัญอย่างยิ่งในการที่จะสร้างและดำรงซึ่งการเมืองการปกครองการปกครองในลักษณะจากล่างขึ้นบน อันเป็นเส้นทางอำนาจที่ควรจะเป็นในกระบวนการตามหลักประชาธิปไตย จะเห็นได้ว่า ทั้งประเทศไทยและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย ทั้งคู่ต่างก็ให้ความสำคัญต่อเสรีภาพในการแสดงออก โดยประเทศไทยได้มีการรับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรก ตั้งแต่สมัยเริ่มเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข ในปี พ.ศ. 2475<sup>31</sup> เป็นต้นมา ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้มีการให้เน้นย้ำให้เห็นถึงความสำคัญของเสรีภาพในการแสดงออกอยู่เสมอ กล่าวคือ เน้นย้ำว่าเสรีภาพดังกล่าวไม่เพียงแต่จะเป็นเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาตัวตนของปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่ยังเป็นรากฐานของการสร้างและการดำรงอยู่ของระบอบเสรีประชาธิปไตยอีกด้วย เนื่องจากเป็นเสรีภาพที่ทำให้การต่อสู้ทางความคิดความเห็นเป็นไปได้อย่างสม่ำเสมอ และการต่อสู้ทางความคิดที่ว่านี้ก็เป็นส่วนประกอบสำคัญของการมีอยู่ของระบอบเสรีประชาธิปไตย<sup>32</sup> ด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเสรีภาพในการแสดงออกกับกระบวนการการต่อสู้ทางความคิดในระบอบประชาธิปไตยนี้เองทำให้เสรีภาพในการแสดงออกตามหลักของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันและรัฐธรรมนูญไทย มิได้ให้อิสระแค่ในการคิด การพูด หรือการแสดงออกซึ่งความคิดหรือความเห็นเท่านั้น แต่ให้อิสระในการแสดงออกซึ่งข้อมูลที่มีลักษณะเป็นข้อมูลที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจริงหรือไม่จริง ซึ่งไม่ใช่ความคิดหรือความเห็นในกรณีที่ข้อมูลนั้นเป็นจุดตั้งต้นของการแสดงออกซึ่งความคิดหรือความเห็นอีกด้วย

<sup>31</sup> มาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 หน้า 534 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475.

<sup>32</sup> คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 400/51 เมื่อวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1958 (คำตัดสินคดี Lüth).

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำโกหกหรือข้อมูลที่ไม่เป็นความจริงนั้นไม่เป็นประโยชน์ต่อกระบวนการการต่อสู้ทางความคิดในระบอบประชาธิปไตย ไม่ควรค่าที่จะได้รับการคุ้มครอง รัฐธรรมนูญเยอรมันจึงไม่ยอมรับซึ่งคำโกหก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่ให้ความคุ้มครองในการแสดงออกซึ่งคำโกหกหรือข้อมูลที่ไม่เป็นความจริง ทั้ง ๆ ที่รัฐอยู่แล้วและไม่จริงหรือได้รับการพิสูจน์แล้วว่าไม่จริง นอกจากนี้ ทั้งรัฐธรรมนูญไทยและรัฐธรรมนูญเยอรมันยังเห็นพ้องกันว่าเสรีภาพในการแสดงออก ถึงแม้ว่าจะมีความสำคัญอย่างมากตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ก็มีได้กำหนดให้เป็นเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด มีอาจแต่ต้องหรือก้าวล่วงได้ ในทางกลับกัน ทั้งรัฐธรรมนูญไทยและรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และมาตรา 5 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ตามลำดับ ถึงกระนั้น ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะสามารถจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ตามอำเภอใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีการพัฒนาทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungstheorie) ขึ้นมา ซึ่งตามทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkungstheorie) การจะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องคำนึงถึงเนื้อหาและความสำคัญของตัวสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำลังจะถูกจำกัดด้วย ทั้งนี้ ทฤษฎีดังกล่าวไม่ได้หมายถึงเพียงแค่การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยการใช้อำนาจฝ่ายบริหารหรือตุลาการในแต่ละกรณีเท่านั้น แต่ยังหมายถึงการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยการตรากฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญเองได้ให้อำนาจไว้อีกด้วย กล่าวคือ ถึงแม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะได้รับมอบอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพจากรัฐธรรมนูญเองก็ตาม แต่ในการตรากฎหมายนั้น ก็จะต้องคำนึงถึงสิทธิหรือเสรีภาพที่กำลังจะจำกัดนั้นด้วย สำหรับในเรื่องการเซ็นเซอร์เนื้อหา นั้น รัฐธรรมนูญเยอรมันและรัฐธรรมนูญไทยมีความแตกต่างกันชัดเจน คือ ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน มีการห้ามมิให้มีการเซ็นเซอร์ความคิดหรือผลงานทางความคิด ทั้งที่เกิดจากการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพสำนักพิมพ์ เสรีภาพการรายงานข่าวผ่านสื่อวิทยุหรือภาพยนตร์ ก่อนการแสดงออกมาหรือเผยแพร่ แต่สำหรับในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีแต่เพียงการกำหนดห้ามการเซ็นเซอร์ก่อนการเผยแพร่ในกรณีของการนำเสนอข่าวของสื่อมวลชน ตามมาตรา 35 วรรคสองเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณา

ถึงเงื่อนไขในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพัฒนาอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยี การสื่อสาร ที่มีผลเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการสื่อสารให้แก่บุคคลธรรมดาทั่วไปอย่างมาก จนทำให้ความสามารถของสื่อมวลชนในการที่จะนำเสนอ เผยแพร่ กระจายข่าวสาร ข้อมูลและความคิดเห็นไม่ได้แตกต่างไปจากความสามารถของผู้สร้างภาพยนตร์และบุคคลธรรมดาอื่น ๆ มากนักดังเช่นแต่ก่อน ก็เป็นที่น่าสนใจว่าการให้ “สิทธิพิเศษ” ในการที่จะไม่ต้องถูกเซนเซอร์แก่สื่อมวลชนแต่เพียงผู้เดียว ดังเช่นที่เป็นอยู่ในรัฐธรรมนูญไทยนั้น ยังถูกต้อง เหมาะสม และทันต่อกาลสมัย อยู่หรือไม่

## 5. หมายเหตุ

ในบทความนี้ ผู้เขียนได้มีการแปลตัวบทกฎหมายจากภาษาเยอรมันเป็นไทย โดยได้แปลตัวบทกฎหมายที่มีความจำเป็นต่อผู้อ่านในการทำความเข้าใจบทความนี้เรียบร้อยแล้ว หากผู้อ่านท่านใดมีความสนใจที่จะศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับตัวบทกฎหมายเยอรมัน ผู้เขียนขอแนะนำให้เข้าไปค้นหาได้ในเว็บไซต์ [https://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste\\_translations.html](https://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_translations.html) ที่กระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการแปลกฎหมายสำคัญ ๆ ซึ่งรวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และประมวลกฎหมายอาญาที่มีการอ้างถึงในบทความนี้เป็นภาษาอังกฤษสำหรับการใช้ส่วนบุคคลไว้

### บรรณานุกรม

- ชาญณรงค์, น. บรรทัดฐานคดีรัฐธรรมนูญ เรื่อง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 213. (หมายเหตุ: บทความยังไม่ได้รับการเผยแพร่ แต่ได้ส่งให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว)
- สภาาร่างรัฐธรรมนูญ. (2540). รายงานการประชุมสภาาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 ในวันอังคารที่ 8 กรกฎาคม พุทธศักราช 2540 ณ ตึกรัฐสภา. สืบค้นเมื่อ 14 มกราคม 2566, จาก <https://www.senate.go.th/view/93/%E0%B9%80%E0%B8%88%E0%B8%95%E0%B8%99%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%93%E0%B9%8C%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%90%E0%B8%98%E0%B8%A3%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%99%E0%B8%B9%E0%B8%8D%E0%B9%81%E0%B8%AB%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B2%E0%B8%8A%E0%B8%AD%E0%B8%B2%E0%B8%93%E0%B8%B2%E0%B8%88%E0%B8%B1%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B9%84%E0%B8%97%E0%B8%A22540/TH-TH>.
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2554). พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>.
- Bethge, H. (2021). GG Art. 5 [Meinungs-, Pressefreiheit, Rundfunk, Freiheit der Kunst und Wissenschaft]. In M. Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar (9<sup>th</sup> edition, marginal no. 1-233). C.H.Beck.
- Grabenwarter, C. (2021). GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2. In R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen & H. H. Klein (eds.), Grundgesetz Kommentar (Maunz/Dürig) (95rd supplement, volume 1, marginal no. 1-1037). C.H.Beck.
- Grzeszick, B. (2021). GG Art. 20: VII. Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit. In R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen & H. H. Klein (eds.), Grundgesetz Kommentar (Maunz/Dürig) (95rd supplement, volume 1, marginal no. 1-165). C.H.Beck.
- Jarass, H. D. (2020). GG Art. 5 [Kommunikationsfreiheiten sowie Kunst- und Wissenschaftsfreiheit]. In H. D. Jarass & M. Kment (eds.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Jarass/Pieroth) (16<sup>th</sup> edition, marginal no. 1-158).
- Schemmer, F. (2022). GG Art. 5 [Recht der freien Meinungsäußerung]. In V. Epping & C. Hillgruber (eds.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz (50<sup>th</sup> edition, Status: 15.02.2022, marginal no. 1-201.3). C.H.Beck.

Schwarz, K-A. (2017). 'Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz', Juristische Arbeitsblätter, issue 4, p. 241-244.

Voßkuhle, A. (2007). 'Grundwissen - Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit', Juristische Schulung, issue 5, p. 429-431.

**ศาลปกครอง (ไทย)**

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 2747/2558

**ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี**

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 400/51 เมื่อวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1958 (คำตัดสินคดี Lüth)

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 513/65 เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1965

คำวินิจฉัยที่ 1 BvL 25/61, 3/62 เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1971

คำวินิจฉัยที่ 1 BvL 13/67 เมื่อวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 1972

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 185/77 เมื่อวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1980

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1376/79 เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 1982

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 698/89 เมื่อวันที่ 20 สิงหาคม ค.ศ. 1992

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92 และ 1 BvR 221/92 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 1995

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 262/91 เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1996

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1531/96 เมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 2397/19 เมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 2020

## ดัชนีค้นค่า

กฎกระทรวงกำหนดลักษณะของประเภทภาพยนตร์	297, 302
พ.ศ. 2552	
การเซ็นเซอร์	305, 312, 315-317, 319-321
การเซ็นเซอร์ก่อน	316, 317, 319, 320
การเซ็นเซอร์ภายหลัง	316, 317
การต่อสู้กันทางสติปัญญา	302
ข้อเท็จจริง	307, 308-310
ข้อเท็จจริงที่ไม่เป็นความจริง	305
ขอบเขตของเสรีภาพ	312, 315
คดีรัฐธรรมนูญ	295, 296
คดีอาญา	310
ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของสังคม	300
ความเห็น	297-300, 303, 304, 307-310, 312, 319
คำโกหก	309, 320
จำกัดเสรีภาพ	298, 300, 301, 305, 316, 320
ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์	313, 314, 315, 320
ประชาธิปไตย	296, 314, 319, 320
ประมวลกฎหมายอาญา	303, 317, 318, 321
ผู้ที่ได้รับความคุ้มครอง	306
พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551	297-299, 301-303, 312, 317
รัฐธรรมนูญเยอรมัน	308, 310-317, 320
ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์	313
ศาลปกครอง	296-298, 301, 312, 317
ศาลรัฐธรรมนูญ	296-301, 307-313, 315, 317, 320
ศีลธรรมอันดีของประชาชน	297, 298, 300-305
สิ่งที่ได้รับความคุ้มครอง	307, 308, 310, 313
สิทธิขั้นพื้นฐาน	295, 306, 311-316, 320
สื่อมวลชน	317, 320, 321
เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น	296, 298, 301, 304, 305, 307-312
เสรีภาพในการแสดงออก	295, 296, 304, 305, 308, 310-312, 319, 320
หลักความพอสมควรแก่เหตุ	298
หลักนิติธรรม	298-300
หลักนิติรัฐ	315
หลักแห่งความได้สัดส่วน	315
Chilling Effect	316

# บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

## 1.6 เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ (Freedom of Peaceful Assembly)

โดย  
ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช

## สารบัญ

	หน้า
1. แนวคิดและหลักกฎหมาย.....	327
2. คำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติ ชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558.....	329
3. คำวินิจฉัยของศาลหลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัติ การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558.....	335
4. กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการชุมนุม.....	337
5. คำพิพากษาของศาลต่างประเทศเกี่ยวกับการชุมนุม.....	337
6. บทสรุป.....	340
<b>บรรณานุกรม</b> .....	342
<b>ดัชนีค้นคำ</b> .....	343

# เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ (Freedom of Peaceful Assembly)

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช\*

## 1. แนวคิดและหลักกฎหมาย

เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าการชุมนุมเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย เนื่องจากว่าสิทธิการชุมนุมเป็นรูปแบบการรวมตัวของปัจเจกชนที่ต้องการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นหรือความต้องการในรูปแบบหนึ่งไปยังสาธารณชนหรือผู้ปกครอง สิทธิการชุมนุมนี้จึงมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสิทธิหรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (freedom of expression)<sup>1</sup> เนื่องจากสภาพของการชุมนุมนั้น ผู้ชุมนุมมักจะแสดงความคิดเห็นหรือเจตนาธรรมณ์ โดยผ่านการพูดหรือการแสดงสัญลักษณ์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นป้ายข้อความ รูปภาพ หรือกริยาท่าทาง

งานเขียนของนักวิชาการและแนวคำวินิจฉัยของศาลต่างยอมรับว่า สิทธิการชุมนุมสาธารณะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของสังคมในระบอบประชาธิปไตย สิทธิการชุมนุมเป็นวิธีการแสดงออก (ไม่ว่าจะโดยวาจา กริยาท่าทาง หรือสัญลักษณ์อื่นใด) ของความคิดเห็น เจตนาธรรมณ์ ความต้องการของประชาชน หากปราศจากซึ่งสิทธิการชุมนุมเสียแล้ว การปกครองระบอบประชาธิปไตยก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง เนื่องจากประชาชนไม่สามารถแสดงออกถึงความต้องการ (ทั้งสนับสนุนและคัดค้าน) ในเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้ สังคมประชาธิปไตยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการรวมตัวของปัจเจกชน ในแง่นี้ สิทธิการชุมนุมจึงเป็น

\* ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

<sup>1</sup> Tsega Andualem Gelaye, Protection of the Right to Freedom of Assembly under Ethiopian Law: Gaps and the Way Forward, MIZAN LAW REVIEW, Vol. 10, No.2, 2016, หน้า 300-301

วิธีการหนึ่งในการคุ้มครองเสียงของคนข้างน้อย (minority view) อย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมในสังคมให้สามารถแสดงออกซึ่งข้อเรียกร้องหรือความคิดเห็นของฝ่ายตนได้

สิทธิการชุมนุมสาธารณะได้รับการรับรองทั้งในระดับอนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งในระดับสากลและภูมิภาค<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญ<sup>3</sup> และกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ นอกจากนี้แล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลสูงสุดก็มีบทบาทสำคัญในการตีความถ้อยคำต่าง ๆ ตามกฎหมายดังกล่าวด้วย ดังจะได้กล่าวต่อไป

สำหรับรูปแบบการรับรองสิทธิการชุมนุมนั้นอาจกล่าวได้อย่างกว้าง ๆ ว่า มีอยู่สองรูปแบบ คือ ระบบการแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบล่วงหน้า (notification) กับระบบขออนุญาต (permission)<sup>4</sup> ระบบแจ้งล่วงหน้า ตั้งอยู่บนแนวคิดหลักการที่ว่า การชุมนุม (หรือการรวมตัวเพื่อแสดงออกถึงความคิดเห็นหรือข้อเรียกร้อง) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในสังคมประชาธิปไตยของปัจเจกชน ไม่ว่าจะเป็นพลเมืองหรือคนต่างด้าวก็ตาม โดยที่รัฐจะต้องเคารพหรือไม่มาแทรกแซงโดยมิชอบ ยิ่งกว่านั้น รัฐจะต้องอำนวยความสะดวกในการชุมนุมด้วย<sup>5</sup> ระบบนี้จึงเป็นระบบที่แกนนำผู้ชุมนุมมีหน้าที่เพียงแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการชุมนุมให้เจ้าหน้าที่ทราบ โดยไม่ขึ้นอยู่กับอำนาจอนุมัติหรือไม่อนุมัติของเจ้าหน้าที่ ส่วนระยะเวลาในการแจ้งล่วงหน้าเท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมาย

<sup>2</sup> เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อที่ 20 (1); กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ข้อที่ 21 ในอนุสัญญา The European Convention for Human Rights ข้อ 11 และ; American Convention of Human Rights ข้อที่ 15; African Charter on Human Rights and People's Rights ข้อที่ 11

<sup>3</sup> โปรตุเกส กฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน มาตรา 8; รัฐธรรมนูญของสเปน มาตรา 21; รัฐธรรมนูญอิตาลี มาตรา 17; รัฐธรรมนูญโปรตุเกส มาตรา 45; รัฐธรรมนูญของเกาหลีใต้ มาตรา 21 (1), รัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ บรรพ 2 ข้อที่ 17; รัฐธรรมนูญ มาเลเซีย มาตรา 10 (1) (b) เป็นต้น

<sup>4</sup> ประเทศที่ใช้ระบบขออนุญาตจากรัฐได้แก่ กฎหมายการชุมนุมของประเทศอินเดีย โปรตุเกส Vrinda Grover, Assessing India's Legal Framework on the Right to Peaceful Assembly, Resource paper for the International Center for Not-Profit Law (ICNL), 2021, หน้า 21-22 นอกจากนี้ประเทศอินเดียแล้ว กฎหมายการชุมนุมของยูเครนก็ใช้ระบบอนุญาต อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2016 ศาลรัฐธรรมนูญของยูเครนวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โปรตุเกส Galyna Mykhailiuk and Larry DiMatteo, Creating a comprehensive peaceful assembly law for Ukraine: Idea and ideal, New Perspectives 2021, Vol. 29(1), หน้า 46

<sup>5</sup> General comment No. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21), CCPR/C/GC/37 Human Rights Committee on ICCPR, 17 September 2020, para.1-4

ภายในของแต่ละประเทศ<sup>6</sup> ส่วนระบบขออนุญาตนั้น เป็นระบบที่การชุมนุมจะเกิดขึ้นได้จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่รัฐก่อน ผู้ชุมนุมถึงจะชุมนุมได้

## 2. คำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

### 1) ศาลรัฐธรรมนูญ

ก. คำวินิจฉัยที่ 11/2549 เกี่ยวกับร่าง พ.ร.บ. ทางหลวง (ฉบับที่...) พ.ศ. ... มาตรา 20 ที่ให้คํานิยามคำว่า “ทางหลวง” ใหม่ซึ่งตามร่าง พ.ร.บ. ใหม่นี้ คํานิยามของคำว่า “ทางหลวง” มีขอบเขตกว้างขวางมาก โดยกินความรวมถึงพื้นที่สาธารณะอย่างกว้างขวางและร่าง พ.ร.บ. นี้มีการใช้ถ้อยคำว่า “ในลักษณะที่เป็นการขัดขวางการจราจร หรืออาจเป็นอันตรายหรือเสียหายแก่ยานพาหนะหรือผู้ใช้ทางหลวง” ซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจอย่างกว้าง นอกจากนี้แล้ว ร่าง พ.ร.บ. นี้ มีเจตนารมณ์หลักคือห้ามการชุมนุม ส่วนข้อยกเว้นนั้น คือการชุมนุมจะมีได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่หรือเป็นการชุมนุมตามประเพณี วัฒนธรรม หรือกิจกรรมอันเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ รัฐสภาจึงส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่าง พ.ร.บ. ทางหลวงดังกล่าวขัดต่อสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่า บทบัญญัติของคำจำกัดความคำว่า “ทางหลวง” ของร่าง พ.ร.บ. ทางหลวง (ฉบับที่...) ขัดต่อมาตรา 29 และมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 โดยศาลให้เหตุผลว่า ความหมายของคำว่า “ทางหลวง” ที่ถูกแก้ไขใหม่นั้น มีขอบเขตที่กว้างมากเกินไปจนกระทบสิทธิของผู้ชุมนุม นอกจากนี้แล้ว การขออนุญาตชุมนุมจากเจ้าหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงเป็นการให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่รัฐมากเกินไปที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาต ฉะนั้น การเพิ่มบทบัญญัติดังกล่าวในร่าง พ.ร.บ. ทางหลวงจึงกระทบสิทธิการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธของประชาชนซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้

### ข้อสังเกต

ประการแรก คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้ เป็นคำวินิจฉัยแรกที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพในการชุมนุม อย่างไรก็ตาม ในคำวินิจฉัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้อ้างหลักกฎหมายอย่างเช่น หลักแห่งความได้สัดส่วน หลักความจำเป็น หรืออธิบายความสำคัญ

<sup>6</sup> กฎหมายการชุมนุมของแต่ละประเทศอาจกำหนดระยะเวลาเป็น 48 ชั่วโมง หรือ 7 วัน ล่วงหน้า

ของสิทธิการชุมนุมของประชาชนว่ามีความสำคัญอย่างไรกับระบอบประชาธิปไตย ศาลกล่าวแต่เพียงว่า คำนิยามของคำว่า “ทางหลวง” มีมากเกินไปและร่าง พ.ร.บ. นี้ ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐมากเกินไป ศาลควรวิเคราะห์ว่า ตามคำนิยามใหม่นี้ คำว่า “ทางหลวง” กั้นความมาถึงพื้นที่สาธารณะ ซึ่งศาลควรอธิบายด้วยว่าพื้นที่สาธารณะ มีความสัมพันธ์อย่างไรกับสิทธิการชุมนุมในระบอบประชาธิปไตย

ประการที่สอง ในคำวินิจฉัยนี้ไม่ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญอ้างปฎิญาสาฎก ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนรวมถึงกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)<sup>7</sup> ซึ่งได้รับรองสิทธิการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธไว้ อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตุว่าในคำวินิจฉัยส่วนตนของ ศาสตราจารย์ เสาวนีย์ อัครโรจน์ ได้อ้างปฎิญาสาฎกว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และหลักความได้ สดส่วน และคำวินิจฉัยส่วนตนของท่านพดล เสงเจริญ ได้อ้างหลักความได้สดส่วน สนับสนุนความเห็นไว้

ประการที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญควรเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลสูงสุดของต่างประเทศที่ได้วินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับการ ขออนุญาตชุมนุมและผลกระทบของการชุมนุมที่มีต่อการจราจร โดยประเด็นแรกนั้น ศาลของต่างประเทศมักจะตัดสินใจไปในแนวทางเดียวกันว่า แม้กฎหมายระดับ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองจะกำหนดเงื่อนไขให้มีการแจ้งล่วงหน้าหรือ การขออนุญาตก็ตาม แต่หากการชุมนุมนั้นมีลักษณะสงบ ปราศจากอาวุธแล้ว ก็ยัง ถือว่าเป็นการชุมนุมที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอยู่ เจ้าหน้าที่รัฐจะยุติ ห้ามการชุมนุมหรือใช้มาตรการสลายการชุมนุมมิได้ ซึ่งตามคำวินิจฉัยที่ 11/2549 ศาลรัฐธรรมนูญมีได้อธิบายประเด็นนี้แต่อย่างใด

ส่วนประเด็นเรื่องผลกระทบของการชุมนุมต่อการจราจรหรือผู้ใช้ถนนนั้น ศาลของต่างประเทศมักจะตีความว่า การชุมนุมสาธารณะย่อมส่งผลกระทบต่อสภาพ การจราจร ซึ่งเป็นเรื่องปกติธรรมดา คนอื่น ๆ จะต้องอดทนในความไม่สะดวกในการ สัจจรบ้าง<sup>8</sup> ฉะนั้น เจ้าหน้าที่รัฐจะใช้เหตุผลที่ว่า การชุมนุมก่อให้เกิดปัญหาหรือ ความไม่สะดวกต่อการสัญจรมาเป็นเหตุในการจำกัดการชุมนุมไม่ได้

<sup>7</sup> ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลใช้บังคับกับไทย เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540

<sup>8</sup> โปรดดูคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดี Brodorf และศาลสูงสุดของอิสราเอลได้พิจารณาความ สมดุลระหว่างสิทธิการชุมนุมกับสิทธิการใช้ที่สาธารณะของบุคคลอื่น ๆ ที่ได้รับผลกระทบจากการ

ข. คำสั่งเกี่ยวกับการชุมนุมของกลุ่ม กปปส.

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งเกี่ยวกับการชุมนุมของกลุ่ม กปปส. อยู่หลายคำสั่ง เช่น คำสั่งที่ 54/2556 58/2556 59/2556, 61/2556 และ 63/ 2556 กรณีมีคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการชุมนุมของกลุ่ม กปปส. ผู้ถูกร้อง มีการใช้อาวุธ ปิดล้อม สถานที่ที่รับสมัครเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 68<sup>9</sup> แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 หรือไม่ กรณีนี้มีสองประเด็นใหญ่ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ประเด็นแรกคือ การชุมนุมของผู้ถูกร้องเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ศาลเห็นว่า เป็นการใช้สิทธิชุมนุมตามรัฐธรรมนูญ ส่วนข้ออ้างที่ว่าผู้ถูกร้องกระทำความผิดอาญาเป็นเรื่องที่จะต้องมีการพิสูจน์ตามกระบวนการยุติธรรม ประเด็นที่สอง การชุมนุมของผู้ถูกร้องเข้าข่ายเป็นไปเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่ ประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การชุมนุมของผู้ถูกร้องไม่เข้าข่ายเนื่องจากการชุมนุมดังกล่าวเป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง มีวัตถุประสงค์เพื่อปฏิรูปการเมือง เป็นเพียงการแสดงออกซึ่งแนวทางการแก้ไขปัญหา

### หมายเหตุ

มีข้อสังเกตดังนี้

ประการแรก กรณีนี้ ผู้ร้องได้ร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญออกคำสั่งให้ผู้ถูกร้องยุติการกระทำและให้ศาลมีคำสั่งไต่สวนฉุกเฉินเพื่อออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

---

ใช้สิทธิชุมนุมแล้ว เห็นว่า ประชาชนย่อมสังเกตเห็นหรือคาดการณ์ถึงความไม่สะดวก (inconvenience) ที่อาจเกิดขึ้นกับตนเองอันเป็นผลมาจากการชุมนุม และความไม่สะดวกนี้ไม่สามารถใช้เป็นเหตุผลในการจำกัดสิทธิการชุมนุมได้ ศาลสูงสุดอธิบายอีกกล่าวต่อไปว่า หากเรายอมรับข้อพิจารณาว่าการจรรยาความเป็นเหตุอันชอบธรรมในการจำกัดสิทธิการชุมนุม จะมีผลทำให้ในทางปฏิบัติ การชุมนุมบนถนนไม่สามารถกระทำได้เลย เพราะการชุมนุมหรือเดินขบวนย่อมส่งผลกระทบต่อชาติการจราจร โปรดดู Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002) หน้า 732-733

<sup>9</sup> มาตรา 68 บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้”

ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญควรพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการรับคำร้องหรือไม่ แต่ศาลมิได้พิจารณาปัญหาเขตอำนาจศาล

ประการที่สอง กรณีนี้แม้ศาลรัฐธรรมนูญอ้างว่า ประเด็นผู้ถูกร้องทำผิดกฎหมายอาญา (มาตรา 112) และกฎหมายเลือกตั้งนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม แต่ศาลควรพิจารณาด้วยว่า การชุมนุมของผู้ร้องเข้าเงื่อนไขการใช้สิทธิชุมนุมตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 ได้วางเงื่อนไขสำคัญอยู่สองประการคือ “โดยสงบ” (peaceful) และ “ปราศจากอาวุธ” (unarmed) ศาลรัฐธรรมนูญควรอธิบายวางหลักว่า คำว่า “โดยสงบ” และ “ปราศจากอาวุธ” ว่ามีความหมายครอบคลุมกว้างอย่างไร เงื่อนไขส่วนนี้เป็นเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญไม่เกี่ยวกับความผิดอาญา นักวิชาการอย่าง Manfred Nowak เห็นว่า คำว่า “โดยสงบ” (peaceful) ควรพิจารณาจาก “การกระทำ” ของผู้ชุมนุม ไม่ใช่ “ความคิดเห็นที่แสดงออก” และหากผู้ชุมนุมพกพาอาวุธแล้ว การชุมนุมนั้นจะกลายเป็นการชุมนุมที่ไม่สงบโดยทันที แม้ว่าผู้ชุมนุมจะมีได้ใช้อาวุธนั้นก็ตาม<sup>10</sup> หรือศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรปเคยตีความว่า การชุมนุมโดยสงบจะเปลี่ยนสภาพไม่ได้รับการคุ้มครองอีกต่อไป หากแกนนำหรือผู้ชุมนุมมีเจตนาที่จะใช้ความรุนแรง<sup>11</sup> ฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงควรถือโอกาสวิเคราะห์ตีความวางหลักขอบเขตความหมายของคำว่า “โดยสงบ” และ “ปราศจากอาวุธ” ว่ามีความหมายอย่างไร

ประการที่สาม ในคำสั่งนี้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการขัดขวางมิให้ประชาชนเข้าไปในคูหาเลือกตั้งเพื่อใช้สิทธิเลือกตั้ง การเข้าไปในสถานที่ราชการ อย่างรัฐสภา ฯลฯ ข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นปัจจัยสำคัญที่สมควรนำมาพิจารณาประกอบกัน

ค) คำวินิจฉัยที่ 10-13/ 2564

ข้อเท็จจริงมีว่า ผู้ร้องหลายคนได้เชิญชวนให้ประชาชนมาร่วมชุมนุมทางการเมืองโดยโพสต์ข้อความทางเฟซบุ๊ก ผู้ร้องมิได้แจ้งการชุมนุมต่อเจ้าหน้าที่แต่ประการใด เจ้าหน้าที่จึงดำเนินคดีเนื่องจากตามพระราชบัญญัติการชุมนุม

<sup>10</sup> Manfred Nowack, UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, (2005), p.487

<sup>11</sup> Orsolya Salat, Comparative Freedom of Assembly and the Fragmentation of International Human Rights, Nordic Journal of Human Rights, vol.32 2014, pp.145-146

สาธารณะ พ.ศ. 2558 บัญญัติว่า การชุมนุมที่แกนนำมิได้แจ้งการชุมนุมล่วงหน้า ไม่น้อยกว่า 24 ชั่วโมง ถือว่าเป็นการชุมนุมที่มีชอบ แต่มีโทษทางอาญาคือปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท ผู้ร้องจึงร้องว่าบทบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะเป็นการละเมิดสิทธิการชุมนุมซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่า บทบัญญัติเรื่องการให้แจ้งการชุมนุมล่วงหน้า และผลของการที่ไม่แจ้งล่วงหน้าทำให้การชุมนุมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากบทบัญญัติเรื่องการแจ้งการชุมนุมล่วงหน้านั้นเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ให้เจ้าหน้าที่รัฐดำเนินการเพื่ออำนวยความสะดวกและความปลอดภัยของผู้ชุมนุม ศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวต่อไปว่า “การที่ผู้จัดการชุมนุมไม่แจ้งการชุมนุม ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถจะดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชน รวมถึงเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องต้องมียุทธศาสตร์เพียงพอ ที่จะดำเนินการวางแผนหรือเตรียมความพร้อมเพื่อไม่ให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนเสียหาย...การชุมนุมสาธารณะที่จัดขึ้นโดยปราศจากการรับรู้ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจก่อให้เกิดความไม่สะดวกแก่ประชาชน... จึงมีความจำเป็นที่ต้องกำหนดให้การชุมนุมสาธารณะที่ไม่แจ้งการชุมนุมตามมาตรา 10 เป็นการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบ” ศาลรัฐธรรมนูญ จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 4 บทนิยาม คำว่า “ การชุมนุมสาธารณะ” มาตรา 10 มาตรา 14 และมาตรา 28 ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 26 มาตรา 34 และมาตรา 44

### หมายเหตุ

มีข้อสังเกตว่า หากเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญและศาลสูงสุดของบางประเทศจะพบว่า การที่ผู้ชุมนุมมิได้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ให้ทราบล่วงหน้าแม้ว่ากฎหมายการชุมนุม (ซึ่งเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ) จะกำหนดให้แกนนำแจ้งการชุมนุมต่อเจ้าหน้าที่รัฐทราบล่วงหน้า (notification) แต่ศาลก็ตีความกฎหมายการชุมนุมอย่างเคร่งครัดเพื่อมิให้สิทธิการชุมนุมซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ถูกทำให้เสียไป โดยศาลเห็นว่า การที่ผู้ชุมนุมมิได้แจ้งการชุมนุมล่วงหน้าไม่เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งห้ามการชุมนุมหรือใช้มาตรการสลายการชุมนุมได้ แต่จะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ประกอบกัน หากพิจารณาเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศแล้ว จะเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญของบางประเทศ

ยอมรับว่าโดยสภาพของการชุมนุมในที่สาธารณะย่อมก่อให้เกิดปัญหาการจลาจลหรือความไม่สะดวกต่อบุคคลอื่น แต่รัฐจะอ้างความไม่สะดวกมาเป็นเหตุในการยุติหรือสลายการชุมนุมมิได้ หากว่าการชุมนุมนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นหรือทรัพย์สิน<sup>12</sup>

นอกจากนี้แล้ว คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Human Rights Committee) ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การไม่แจ้งล่วงหน้าไม่มีผลทำให้การชุมนุมสาธารณะกลายเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการไม่แจ้งการชุมนุมโดยตัวมันเองจะต้องไม่ถูกใช้เป็นเหตุในการสลายการชุมนุมหรือจับกุมแกนนำหรือผู้เข้าร่วมการชุมนุมหรือใช้เป็นข้อหาให้รับผิดชอบและโทษทางอาญา<sup>13</sup>

## 2) ศาลปกครอง

ก. คำพิพากษาศาลปกครองสงขลาที่ 51/2549 เกี่ยวกับการชุมนุมต่อที่ท่าอากาศยาน-มาเลเซีย และ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด 711/2555

ตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ 711/2555 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการชุมนุมของประชาชนที่คัดค้านโครงการก่อสร้างท่าส่งก๊าซและโรงแยกก๊าซธรรมชาติไทย-มาเลเซีย บริเวณเชิงสะพานจุติบุญสูงอุทิศ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา โดยมีประเด็นว่า การชุมนุมดังกล่าวเป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดได้เริ่มวินิจฉัยว่า การชุมนุมดังกล่าวเป็นการชุมนุม “โดยสงบ” หรือไม่ ศาลพิเคราะห์จากข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ผู้ชุมนุมไม่ได้กระทำการใด ๆ หรือมีพฤติการณ์ที่จะแสดงให้เห็นว่าใช้ความรุนแรงและไม่ปรากฏว่ามีกรรมากรรมส่งเสริมให้เกิดความรุนแรงหรือก่อจลาจลรวมถึงก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายของประชาชนแต่อย่างใด ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การชุมนุมดังกล่าวเป็นการชุมนุมโดยสงบ ประเด็นต่อไปคือ การชุมนุมนี้เป็นการชุมนุมที่ปราศจากอาวุธหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาคำว่า “อาวุธ” ว่ามีความหมายแคบกว้างเพียงไร โดยศาลเห็นว่า ของกลางที่ตำรวจยึดได้จากกลุ่มผู้ชุมนุมได้แก่ หนังสืกักต้ามไม้พร้อมลูกตะกั่ว มีดสปาด้า 1 เล่ม โดยศาลตีความคำว่า “อาวุธ” มีได้ทั้ง อาวุธโดยสภาพ (เช่น มีดสปาด้า) และสิ่งที่ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ (เช่น ไม้ไผ่คั่นธง) หมายถึง

<sup>12</sup> โปรดดูคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน สเปนในหน้า 9-10 ของงานเขียนนี้ และคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดอิสราเอล

<sup>13</sup> General Comment No. 37, Human Rights Committee, September 17, 20120, CCPR/C/GC/37

สิ่งที่ใช้เป็นอาวุธโดยสภาพและไม่ใช้โดยสภาพ ในคดีนี้มีการพบ มีดสปาด้า 1 เล่ม ซึ่งถือว่าเป็นอาวุธโดยสภาพและเสารงซึ่งไม่ถือว่าเป็นอาวุธ จากนั้นศาลปกครองสูงสุด ได้พิจารณาความได้สัดส่วนอาวุธกับจำนวนผู้ชุมนุมว่า อาวุธที่พบอย่างมีดสปาด้า นั้น มีเพียง 1 เล่มซึ่งเป็นจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบจำนวนผู้ชุมนุม อีกทั้งไม่ไค้คนธงจำนวน 175 อันนั้น กลุ่มผู้ชุมนุมมีเจตนาที่จะใช้ถือนำขบวนการชุมนุม มิได้มีเจตนาใช้เป็นอาวุธมาตั้งแต่แรก การชุมนุมดังกล่าวจึงเป็นการชุมนุมที่ปราศจากอาวุธ

ข. คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1605/2551

กรณีนี้เป็นกรณีผู้ชุมนุมได้ชุมนุมบริเวณหน้ารัฐสภา โดยขัดขวางมิให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสมาชิกเข้าไปในรัฐสภาเพื่อรับฟังการแถลงนโยบาย คณะรัฐมนตรี ศาลปกครองกลางเห็นว่า การชุมนุมดังกล่าวเป็นการชุมนุมที่ไม่สงบ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 63 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 แต่ขณะเดียวกัน ศาลก็เห็นว่า การปฏิบัติต่อผู้ชุมนุมก็ต้องเป็นไปตามมาตรฐานในการสลาย การชุมนุมด้วย

### 3. คำวินิจฉัยของศาลหลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

ก. คำสั่ง กรณีการร่วมชุมนุมและจัดกิจกรรม “We walk เดินมิตรภาพ” จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต มุ่งสู่จังหวัดขอนแก่น

ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญประการหนึ่งของประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้ แต่จะถูกจำกัดได้เฉพาะแต่กรณีเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิชุมนุมสาธารณะไว้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ ได้มีหนังสือแจ้งการชุมนุมต่อผู้กำกับสถานีตำรวจภูธรคลองหลวงแล้ว ซึ่งผู้กำกับการสถานีตำรวจภูธรคลองหลวงไม่ได้มีคำสั่งให้แก้ไขหรือคำสั่งห้ามการชุมนุมแต่อย่างใด และจากพยานหลักฐานมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในสังกัดของผู้ฟ้องคดีที่ 1 มีการปิดกั้น ขัดขวาง และทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และผู้เข้าร่วมชุมนุมรู้สึกหวาดกลัว ซึ่งอาจมีการกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปในเหตุที่ถูกฟ้องร้อง อันกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพในการชุมนุม การมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการ

คุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของศาลไม่ทำให้เกิดปัญหาและอุปสรรคแก่การบริหารงานของสำนักงานตำรวจแห่งชาติแต่อย่างใด แต่ระหว่างที่มีการชุมนุม หากเจ้าพนักงานตำรวจเห็นว่ามีกรกระทำใด ๆ อันนำไปสู่การชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าพนักงานตำรวจก็ชอบที่จะพิจารณากำหนดเงื่อนไข หรือมีคำสั่งหรือประกาศให้มีการแก้ไขหรือร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเลิกชุมนุมหรือสั่งให้ยุติการกระทำนั้น หรือดำเนินการตามอำนาจหน้าที่เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะหรือกฎหมายอื่นได้

### 3. ศาลยุติธรรม

คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเห็นว่า การที่ผู้ชุมนุมปิดล้อมทางเข้าออกทุกด้านของอาคารรัฐสภาเป็นการชุมนุมที่ไม่สงบ ส่วนประเด็นเรื่องอาชุนั้น ศาลเห็นว่า มีการพบระเบิดปิงปองและผู้ชุมนุมพกพาอาวุธ ดังนั้น การชุมนุมดังกล่าวจึงเป็นการชุมนุมที่ไม่สงบและไม่ได้ปราศจากอาวุธ การชุมนุมดังกล่าวมิได้เป็นการชุมนุมที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

#### หมายเหตุ

ประการแรก ศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้พิจารณาเงื่อนไขสำคัญสองประการของการชุมนุมสาธารณะตามรัฐธรรมนูญ คือ “โดยสงบ” และ “ปราศจากอาวุธ” โดยทั้งศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงประกอบกรณีความถ้อยคำคำว่า “โดยสงบ” และ “ปราศจากอาวุธ” แล้วจึงตัดสินว่า การชุมนุมนั้นเป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธหรือไม่ โดยการชุมนุมที่จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านเงื่อนไขทั้งสองประการนี้มีข้อสังเกตว่า หากเทียบกับคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญกรณีการชุมนุมของ กปปส. แล้วศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้พิจารณาเงื่อนไขเรื่อง “โดยสงบ” และ “ปราศจากอาวุธ” แต่ประการใด

ประการที่สอง ศาลปกครองสูงสุดในคดี We walk ได้อ้างติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ประกอบในการให้เหตุผลด้วย

#### 4. กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการชุมนุม

ตราสารระหว่างประเทศทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาคได้รับรองสิทธิการชุมนุมไว้อย่างชัดเจน ดังปรากฏใน ข้อ 20 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 21 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ได้รับรองสิทธิการชุมนุมสาธารณะโดยสงบไว้ ส่วนในระดับภูมิภาคนั้น อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับรองไว้ในข้อ 11 ธรรมนูญว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชนของแอฟริกันข้อ 11 มีข้อสังเกตว่า ตราสารระหว่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นกำหนดเงื่อนไขแต่เพียง การชุมนุมโดยสงบ (peaceful) เท่านั้น แต่ไม่มีคำว่า ปราศจากอาวุธ (unarmed) แต่อย่างใด มีแต่เพียงอนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 15 เท่านั้นที่กำหนดเงื่อนไขการชุมนุมว่า ต้องปราศจากอาวุธ (without arms)

#### 5. คำพิพากษาของศาลต่างประเทศเกี่ยวกับการชุมนุม

##### 1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

##### ก) คดีการนั่งชุมนุม (sit-in)

คดีนี้ผู้ชุมนุมได้นั่งอยู่กับที่ประท้วงการเคลื่อนกำลังพลในเยอรมันซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการรณรงค์เคลื่อนไหวสันติภาพ การนั่งอยู่กับที่เพื่อประท้วงได้สร้างผลกระทบต่อการสัญจรของบุคคลอื่นๆ ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นความผิดอาญา ในคดีนี้ผู้ชุมนุมประท้วงถูกสั่งปรับเป็นจำนวนเงินประมาณ 40 และ 30 ยูโร และตำรวจได้ออกคำสั่งให้ยุติการชุมนุม อย่างไรก็ตาม ผู้ชุมนุมยังคงนั่งชุมนุมต่อไปโดยไม่สนใจคำสั่งดังกล่าว ต่อมา ผู้ร้องได้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลได้ยกเลิกโทษปรับ โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า ศาลยุติธรรมไม่อาจเชื่อฟังข้อเท็จจริงตามเจ้าหน้าที่ตำรวจว่า ผู้ชุมนุมได้ละเมิดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ยุติการชุมนุม แต่ศาลยุติธรรมจะต้องพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย (legality) ก่อนที่จะลงโทษทางอาญาด้วยการปรับ การอนุญาตให้มีการดำเนินคดีอาญาโดยข้อหาการละเมิดคำสั่งให้ยุติการชุมนุมตามพระราชบัญญัติการชุมนุมโดยไม่พิจารณาประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งสลายการชุมนุมดังกล่าวถือว่าขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน (the Basic Law)<sup>14</sup>

<sup>14</sup> โปรดดูรายละเอียดใน Jürgen Bröhmer, Editor-in-Chief, 70 Years German Basic Law The German Constitution and its Court: Landmark Decisions of the Federal Constitutional

## ข) คดีชุมนุมประท้วงโรงไฟฟ้านิวเคลียร์

ผู้ชุมนุมราวห้าหมื่นคนได้รวมตัวชุมนุมประท้วงต่อต้านการสร้างโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ที่เมือง Brokdorf เจ้าหน้าที่รัฐได้ประกาศให้ยุติการชุมนุมเพราะเกรงว่าจะเกิดความรุนแรง ผู้ชุมนุมได้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลตัดสินว่า คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยคดีนี้สำคัญมาก เพราะศาลรัฐธรรมนูญได้มีโอกาสอธิบายหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายพื้นฐานกับพระราชบัญญัติการชุมนุม โดยกฎหมายพื้นฐานรับรองว่าสิทธิการชุมนุมสามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาตหรือแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ล่วงหน้า ในขณะที่กฎหมายการชุมนุมกำหนดให้แกนนำแจ้งล่วงหน้า 48 ชั่วโมง ศาลได้กล่าวว่า เพื่อหลีกเลี่ยงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าว ควรตีความอย่างแคบ กล่าวคือ การแจ้งให้ทราบล่วงหน้า (notification) ควรใช้เมื่อการแจ้งนั้นเป็นไปเพื่ออำนวยความสะดวกในการชุมนุมหรือเพื่อลดผลกระทบที่มีต่อบุคคลที่สาม วัตถุประสงค์ของการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเตรียมความพร้อมในการลดปัญหาการจลาจลรวมทั้งการจำกัดมาตรการความปลอดภัยต่อผู้ชุมนุม แต่หากว่าการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าไม่อาจทำได้ เช่น การชุมนุมแบบฉับพลันทันทีที่ไม่มีการวางแผนมาก่อน (spontaneous assembly) การแจ้งล่วงหน้าให้ทราบก่อนก็ไม่จำเป็นโดยสภาพ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน เห็นว่า คำพิพากษาไม่จดทะเบียนแจ้งให้ทราบล่วงหน้าเกี่ยวกับการชุมนุมไม่ทำให้การชุมนุมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นเหตุโดยอัตโนมัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจสั่งห้ามการชุมนุมหรือสลายการชุมนุม (dispersal of an assembly) ได้ ศาลกล่าวต่อไปอีกว่ามาตรการห้ามการชุมนุมและสลายการชุมนุมเป็นมาตรการสุดท้ายที่จำเป็นซึ่งต้องพิจารณาภายใต้หลักแห่งความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) ด้วย ประการที่สอง แกนนำจะต้องประสานงานกับเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างใกล้ชิด เป็นระยะ ยิ่งแกนนำติดต่oprสานงานกับเจ้าหน้าที่ตำรวจมากเท่าใด ข้ออ้างที่เจ้าหน้าที่จะแทรกแซงด้วยเหตุมาจากการชุมนุมจะเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยสาธารณะก็ลดน้อยลงเท่านั้น ประการที่สาม หากพบว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความรุนแรงหรือความวุ่นวายของคนบางคนหรือเกิดความวุ่นวายแล้วของ

Court of Germany in the Area of Fundamental Rights, Published by The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, 2019, pp.665-671

บางคน จะมีการยุติการชุมนุมหรือสลายการชุมนุมได้<sup>15</sup>

## 2) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสเปน<sup>16</sup>

### ก) คำวินิจฉัยที่ 66/1995

ศาลรัฐธรรมนูญสเปนได้อธิบายความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อย สาธารณะ” (public order) ว่าหมายถึง สถานการณ์ที่การดำรงชีวิตที่เป็นปกติของผู้คนถูกขัดขวางหรือมีอุปสรรค อันกระทบต่อทางกายภาพ ศีลธรรม หรือทรัพย์สิน ไม่ว่าของรัฐหรือของเอกชน ฉะนั้น ไม่ใช่ทุกการกระทำที่เป็นการบุกรุก (invasion) หรือเดินตัดถนนในช่วงการชุมนุมจะถูกรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญ (หรือถือว่าเป็นละเมิดความสงบเรียบร้อยหรือเป็นอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน)

### ข) คำวินิจฉัยที่ 195/2003

ศาลรัฐธรรมนูญสเปน ตัดสินว่า การติดขัดด้านการจราจรและการจำกัดสิทธิของประชาชนในการเดินทาง ไม่สามารถเป็นเหตุในการห้ามหรือยุติการชุมนุมได้ หากว่าการชุมนุมนั้นไม่เป็นอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น

### ค) คำวินิจฉัยที่ 96/2010

ศาลรัฐธรรมนูญสเปนวินิจฉัยว่า คำสั่งห้ามการชุมนุม ควรจะต้องมีเหตุผลรองรับว่าการใช้สิทธิชุมนุมดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือสิทธิของผู้อื่นที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ คำสั่งห้ามการชุมนุมจะต้องให้เหตุผลด้วยซึ่งได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญมาตรา 21.2 ของรัฐธรรมนูญสเปน

## 3) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจอร์เจีย

ก) คดีเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือไม่รับรองการแจ้งการชุมนุมล่วงหน้าของผู้ชุมนุม

ตามกฎหมายการชุมนุมและการแสดงออกของประเทศจอร์เจีย (the Law of Georgia on Assemblies and Manifestations) รัฐบาลท้องถิ่นมีอำนาจที่จะไม่รับรองการเตือนหรือแจ้งล่วงหน้า (non-acceptance of warning/notification) ของผู้ชุมนุมหากว่า การชุมนุมนั้น ไม่ผ่านเกณฑ์หรือข้อกำหนดตามที่กฎหมายกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญจอร์เจียวินิจฉัยว่า ข้อกำหนดดังกล่าวของกฎหมายการชุมนุมและ

<sup>15</sup> โปรดดูรายละเอียดใน Jürgen Bröhmer, อ้างแล้ว, 672-687

<sup>16</sup> โปรดดูรายละเอียดใน Present problems to the Right to Peaceful Public Assembly in Spain, with the support of Open Society Justice Initiative, 2016, หน้า 11-12

การแสดงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้กำหนดว่า ผลในทางกฎหมายของการไม่รับรองการแจ้งล่วงหน้าของผู้ชุมนุม การที่ยอมให้เจ้าหน้าที่รัฐมีสิทธิที่จะปฏิเสธการแจ้งล่วงหน้าของผู้ชุมนุมเท่ากับเป็นการปฏิเสธสิทธิการชุมนุมในทางปฏิบัติ ฉะนั้น บทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือไม่รับรองการเตือนหรือแจ้งล่วงหน้า จึงไม่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>17</sup>

ข) คดีเกี่ยวกับความหมายคำว่า “ บ่อนทำลาย ” (subversion)

กฎหมายการชุมนุมของจอร์เจียได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยเพิ่มข้อความว่า *“In organizing or holding an assembly or manifestation, it is prohibited to make calls for subversion or violent change of the constitutional order of Georgia, infringement of independence or violation of the territorial integrity of the country, or to make calls which constitute propaganda of war and violence and trigger a national, ethnic, religious or social confrontation and which create clear, direct and substantial danger of such acts”* ศาลรัฐธรรมนูญจอร์เจีย ได้ตีความข้อความว่า *“subversion or violent change of the constitutional order of Georgia”* โดยอธิบายว่า *“การบ่อนทำลายรัฐธรรมนูญมักจะเกี่ยวข้องกับการใช้ความรุนแรง การบ่อนทำลายเป็นการกระทำที่มีเจตนาบ่อนทำลาย constitutional order ด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและผิดกฎหมาย ดังนั้น การบ่อนทำลายจึงรวมองค์ประกอบของความรุนแรง (violence) ไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม การบ่อนทำลายไม่ควรรวมถึงการเปลี่ยนแปลงซึ่งอาจเป็นผลมาจากการชุมนุมที่สงบ ประชาชนมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันตามรัฐธรรมนูญที่จะชุมนุมและแสดงเจตจำนงของตนไปยังรัฐบาล ซึ่งจะมีผลต่อกระบวนการทางการเมือง การลาออกของรัฐบาลหรือรัฐมนตรี หรือการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐบาล แต่จะไม่เป็นการถูกต้องที่จะเทียบกระบวนการเหล่านั้นให้เท่ากับการบ่อนทำลายรัฐบาล”*

## 6. บทสรุป

ในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาว่าการชุมนุมเป็นไปโดยสงบหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศส่วนใหญ่จะพิจารณาภาพรวมของการชุมนุม การที่มี

<sup>17</sup> โปรดดู Nino Tsagareishvili, Right of Peaceful Assembly and Manifestation in Georgia, 2012, หน้า 8

ผู้ชุมนุมไม่ก็คนมีพฤติกรรมรุนแรง ไม่เหมาะสมนั้นไม่ทำให้การชุมนุมนั้นกลายเป็น การชุมนุมที่ไม่สงบ ซึ่งประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด กรณีเกี่ยวกับการชุมนุมท่อก๊าซไทย-มาเลเซียที่เห็นว่า การพบอาวุธมีด 1 เล่ม ของผู้ชุมนุมเมื่อเทียบการผู้ชุมนุมส่วนใหญ่ที่ไม่มีอาวุธถือว่ามีน้อยมาก การชุมนุมนี้จึงยังคงเป็นการชุมนุมที่สงบอยู่

ในส่วนของที่เกี่ยวกับเงื่อนไขในการแจ้งล่วงหน้าให้เจ้าหน้าที่ทราบนั้น คำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นค่อนข้างตีความผ่อนคลายเป็น ความเคร่งครัดของกฎหมายการชุมนุม หรือตีความไปในทางส่งเสริมสิทธิการชุมนุม ของประชาชน แม้ว่ากฎหมายการชุมนุมจะบัญญัติให้แกนนำจะต้องแจ้งการชุมนุม ให้แก่เจ้าหน้าที่เป็นการล่วงหน้าแต่ศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศก็ตีความทำนองว่า การมีได้แจ้งการชุมนุมล่วงหน้าไม่ทำให้การชุมนุมไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็น เหตุให้เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการสลายการชุมนุม ส่วนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย ค่อนข้างตีความตามตัวอักษรคือถือตามกฎหมายการชุมนุมที่บัญญัติว่า การชุมนุม ที่มีได้แจ้งล่วงหน้าเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ อาจพิจารณาองค์ประกอบปัจจัยอื่น ๆ ประกอบกันในการพิจารณาเรื่องการแจ้ง ล่วงหน้า นอกจากนี้แล้ว การชุมนุมแบบฉับพลันทันทีที่ไม่มีแกนนำ (spontaneous assembly) กฎหมายการชุมนุมของไทยมิได้รับรอง หากในอนาคตมีประเด็นนี้เกิดขึ้น ศาลก็ควรตีความว่าการชุมนุมแบบ spontaneous assembly สามารถทำได้ซึ่งโดย สภาพแล้วเป็นการชุมนุมที่ไม่มีแกนนำหรือการมีแผนเตรียมการมาก่อน ซึ่งการชุมนุม แบบนี้ไม่ต้องแจ้งเจ้าหน้าที่รัฐล่วงหน้า

กล่าวโดยสรุปแล้ว แม้ว่าสิทธิการชุมนุมจะได้รับการรับรองไว้ทั้งในตราสาร ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติการชุมนุม ก็ตาม แต่สิทธิการชุมนุมจะบังเกิดผลสัมฤทธิ์ขึ้นจริงในทางปฏิบัติก็จะต้องอาศัย การใช้และการตีความของศาล (ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม) ฉะนั้น ศาลจึงมีบทบาทอย่างมากในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิการชุมนุมของ ประชาชนในสังคมประชาธิปไตยโดยผ่านการตีความกฎหมายการชุมนุม โดยคำนึงถึง เจตนารมณ์ของกฎหมายและบริบทของสังคมประชาธิปไตยและหลักนิติธรรม

<sup>18</sup> ไม่ว่าจะคำว่า “การชุมนุม” “แกนนำ” “ความสงบ” “ปราศจากอาวุธ” “การแจ้งล่วงหน้า” ฯลฯ

## บรรณานุกรม

### Books

Jürgen Bröhmer, Editor-in-Chief, 70 Years German Basic Law The German Constitution and its Court:

Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights, Published by The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd,2019,

Manfred Nowack, UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2005

Nihal Jayawickrama, The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence, Cambridge: Cambridge University Press,2002

### Articles

Galyna Mykhailiuk and Larry DiMatteo, Creating a comprehensive peaceful assembly law for Ukraine: Idea and ideal, New Perspectives, 2021, Vol. 29(1),

Orsolya Salat, Comparative Freedom of Assembly and the Fragmentation of International Human Rights, Nordic Journal of Human Rights, vol.32 2014

### Reports

Vrinda Grover, Assessing India's Legal Framework on the Right to Peaceful Assembly, Resource paper for the International Center for Not-Profit Law (ICNL),2021,

Nino Tsagareishvili, Right of Peaceful Assembly and Manifestation in Georgia, 2012

Present problems to the Right to Peaceful Public Assembly in Spain, with the support of Open Society Justice Initiative, 2016,

## ดัชนีค้นคำ

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง	330, 336
และสิทธิทางการเมือง	
การขออนุญาต	329, 330
การแจ้งล่วงหน้า	328, 330, 333, 338, 340
การประชุมแบบฉบับพลันทันที	338, 341
การประชุมโดยสงบ	336, 337
การประชุมสาธารณะ	327, 328, 330, 333-336, 338
คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ	334
ความปลอดภัยสาธารณะ	338
ธรรมนูญว่าด้วยสิทธิของมนุษย์	337
และประชาชนของแอฟริกัน	
ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948	330, 337
ปราศจากอาวุธ	330, 332, 334, 336
ผลกระทบของการชุมนุม	330
ยุติการประชุม	337, 339
ศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรป	332
สลายการประชุม	330, 333, 334, 337, 338
สิทธิในการชุมนุม	327, 328, 330, 331-333, 337, 339
สิทธิขั้นพื้นฐาน	327, 328
เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น	327
อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	337
อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	337

ส่วนที่ 2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
(Part II : Constitutional Review)

## บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

2.1 การส่งเรื่องมาโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร  
(Constitutionality of Law referred to the  
Constitutional Court by the Court of Justice,  
the Administrative Court, and the Military Court)

โดย

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.จirinติ หะวานนท์  
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

## สารบัญ

	หน้า
1. บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ต้องด้วยมาตรา 5 .....	350
2. การที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดี.....	359
3. การอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ.....	366
ต้องชี้แจงว่าขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตราใด อย่างไร	
4. เป็นกรณีที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ .....	369
ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น	
5. ผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ .....	374
6. การกระทำขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีต่างจากมาตรา 212.....	376
7. บทสรุป.....	378
ดัชนีค้นค่า .....	379

## การส่งเรื่องมาโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร

จิรนิติ หะวานนท์\*

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ กำหนดโครงสร้างองค์กรและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจปกครอง กำหนดสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชน และกำหนดกระบวนการตรากฎหมายมาใช้บังคับแก่ประชาชน บทบัญญัติใด ๆ ของกฎหมายจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ทำให้มีความจำเป็นต้องมีระบบควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งแตกต่างกันตามบริบทของแต่ละประเทศ จำแนกเป็น 3 ประเภท กล่าวคือ

1. **รัฐสภา** มีสิทธิและอำนาจเด็ดขาดที่จะตัดสินใจว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ มาจากแนวคิดที่ว่า รัฐสภาเป็นผู้แทนประชาชน ไม่มีบุคคลอื่นใดมีอำนาจตัดสินว่าประชาชนผิด ตัวอย่างเช่น รัฐสภาแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

2. **ศาลยุติธรรม** เป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจตีความและตัดสินปัญหากฎหมายทั้งปวง ตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศในเครือจักรภพ และญี่ปุ่น

3. **องค์กรพิเศษ** อาจเรียกว่า *คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ* ตัวอย่างเช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือ *ศาลรัฐธรรมนูญ* ตัวอย่างเช่น สาธารณรัฐออสเตรเลีย และประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย คดีแรกที่มีการพิจารณาพิพากษาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 ศาลฎีกาพิพากษาว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พุทธศักราช 2488<sup>1</sup> เป็นบทบัญญัติที่ใช้กฎหมายย้อนหลังลงโทษทางอาญาต่อบุคคลที่ยอมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งถูกวิพากษ์วิจารณ์โต้แย้งอย่างมากจากสมาชิกรัฐสภา ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 จึงก่อตั้งคณะตุลาการ

\* ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>1</sup> ยกเลิกทั้งฉบับแล้วตามพระราชบัญญัติยกเลิกพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พุทธศักราช 2488 พ.ศ. 2510

รัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>2</sup> อย่างไรก็ตามก็ตี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมือง ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อวินิจฉัยปัญหานี้<sup>3</sup> และยังคงสถานะเรื่อยมาตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังคงหลักการควบคุม กฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้เป็นหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งการนำปัญหากฎหมายสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ เกิดขึ้นได้ทั้งกรณีก่อนการประกาศใช้บังคับกฎหมายนั้น ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 และ*กรณีกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว*ตามมาตรา 212 มาตรา 213 และ มาตรา 231 (1) แต่ ณ ที่นี้ จะกล่าวถึงการนำปัญหากฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว สู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 เท่านั้น

รัฐธรรมนูญ มาตรา 212<sup>4</sup> บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่ง กฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่า

<sup>2</sup> หมวด 7 บทสุดท้าย มาตรา 88 และมาตรา 89

<sup>3</sup> หมวด 8 ศาล ส่วนที่ 2 ศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

<sup>4</sup> มาตรา 212 ยังคงหลักการตามรัฐธรรมนูญ 2540 มาตรา 264 และรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 211 ซึ่งผู้เขียนได้นำแนวคำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับมาประกอบด้วย จึงต้องกล่าวถึงไว้ด้วย

**รัฐธรรมนูญ 2540 มาตรา 264** ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มี คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ ชั่วคราว และส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับ การวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของ ศาลอันถึงที่สุดแล้ว

**รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 211** ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาล เห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้น ตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณา ต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้น ต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็น สาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบ ต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่ในคดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาล พิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ไม่ชอบด้วยมาตรา 5 นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าวหรือถ้าผู้นั้น ยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือ ค่าเสียหายใด ๆ”

บทบัญญัตินี้ได้กำหนดวิธีการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระหว่างที่คดีอยู่ในศาล ผู้ใช้สิทธิยื่นคำร้อง ตามบทบัญญัตินี้ ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร

สำหรับแนวทางการส่งเรื่องมาโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ที่ผ่านมานั้น มีแนวทางการพิจารณาที่นำมาเป็นหลักคิด ข้อพิจารณา และเป็น บรรทัดฐานในการส่งเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้เขียนได้รวบรวมแยกไว้ในแต่ละ ประเด็น ดังที่จะได้นำเสนอพร้อมด้วยตัวอย่างคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง ของแต่ละศาล ต่อไปนี้

1. บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ต้องด้วยมาตรา 5
2. การที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดี
3. การอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ต้องขัดแย้ง ว่าขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตราใด อย่างไร

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของ ศาลอันถึงที่สุดแล้ว

<sup>5</sup> แต่ในการดำเนินการใช้สิทธินั้น ให้ศาลผู้ใช้สิทธิทำเป็นหนังสือไปยังสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงาน ศาลปกครอง หรือกรมพระธรรมนูญ แล้วแต่กรณี เพื่อนำส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต่อไป ตาม พรบ. ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 41

4. เป็นกรณีที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินี้

5. ผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

6. การกระทำขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีต่างจากมาตรา 212

### 1. บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ต้องด้วยมาตรา 5

มาตรา 212 “...ด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 5...” บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หมายถึง กฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์เทียบเท่า เท่านั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

**บรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะรับวินิจฉัย**

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2542** ประกาศนาคารถวายพยานชี้ จำกัด (มหาชน) เป็นประกาศที่ออกโดยธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) เพื่อให้เป็นไปตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องอัตราดอกเบี้ยและส่วนลด ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2536 ที่ออกโดยผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 ดังนั้น *ประกาศของธนาคารไทยพาณิชย์ฉบับดังกล่าวนี้จึงมิใช่ประกาศของทางราชการและไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยให้ได้*

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2542<sup>6</sup>** *ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง อัตราดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดได้จากผู้กู้ยืม ลงวันที่ 11 พฤษภาคม 2535 ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง ดอกเบี้ยหรือส่วนลดที่บริษัทเงินทุนอาจจ่ายหรืออาจเรียกได้ ลงวันที่ 19 เมษายน 2538 ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้บริษัทเงินทุนปฏิบัติในการกู้ยืมเงินหรือรับเงินจากประชาชน และการกำหนดอัตราดอกเบี้ยหรือส่วนลดที่บริษัทเงินทุนอาจจ่ายหรืออาจเรียกได้ ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน 2533 และประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนด*

<sup>6</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9 - 10/2544 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

ให้บริษัทเงินทุนปฏิบัติในการกู้ยืมเงินหรือรับเงินจากประชาชนและการกำหนดอัตราดอกเบี้ยหรือส่วนลดที่บริษัทเงินทุนอาจจ่ายหรืออาจเรียกไว้ ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2535 ประกาศทั้งสามฉบับ ออกโดยผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทยด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่อาศัยอำนาจตามความใน มาตรา 27 และมาตรา 30 (1) และ (2) ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติฉบับนี้และพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมฯ ต่างก็เป็นพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการออกประกาศกระทรวงการคลังและประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่มีผลใช้บังคับได้เท่าที่อยู่ในขอบเขตอำนาจที่พระราชบัญญัตินั้น ๆ ให้อำนาจไว้ แต่ประกาศดังกล่าวนี้มีได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-35/2542** ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2536 เป็นประกาศที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 และมีผลใช้บังคับเท่าที่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัตินั้น ๆ แต่มีได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 สำหรับปัญหาที่ว่า ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยฉบับดังกล่าวที่ออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 เป็นประกาศที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535 หรือไม่ เป็นประเด็นที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัย

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2543** ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยระเบียบการดำเนินคดีอาญา พ.ศ. 2523 คำสั่งแต่งตั้งพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตามคำสั่งกรมตำรวจที่ 861/2536 ลงวันที่ 31 พฤษภาคม 2536 และการกระทำของพนักงานสอบสวนที่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นการปฏิบัติตามข้อบังคับกระทรวง

มหาดไทยฯ ประกอบกับข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยและคำสั่งดังกล่าวมิได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14 - 15/2543<sup>7</sup>** คำสั่งนายกรัฐมนตรีและคำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัดพระนครศรีอยุธยา มิได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544** การแบ่งแยกความหมายของ “กฎหมาย” ออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ได้แก่ พระราชกำหนดตามมาตรา 218 มาตรา 220 และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 230 วรรคห้า โดยที่กฎหมายเหล่านั้นตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายลำดับรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ประเภทที่สอง กฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกานอกจากที่จัดอยู่ในประเภทที่หนึ่ง ที่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรของรัฐออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เป็นต้น และเนื่องจากกฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงต้องอยู่ภายในขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกานั้น จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท และจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย

รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์จำกัดขอบเขตของมาตรา 264 ไว้เฉพาะกรณีที่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มีปัญหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เท่านั้น ฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยได้ตามมาตรา 264 จะต้องเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เพียงอย่างเดียว กล่าวคือ เป็นกฎหมายประเภทที่หนึ่งตามที่กล่าวข้างต้น

<sup>7</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16 - 19/2543 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

มาตรา 264 มิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่า “กฎ” “ข้อบังคับ” หรือ “พระราชกฤษฎีกา” ซึ่งเป็นกฎหมายประเภทที่สอง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

กฎและคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย เป็นการออกเกินขอบเขตที่พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทรายฯ ให้อำนาจไว้ นั้น เป็นกฎและคำสั่งทางปกครอง มิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของ รัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง อีกทั้งเป็นกรณีที่ขอให้วินิจฉัยว่าขัดกับ กฎหมายแม่บท จึงมิได้เป็นการขอให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ระเบียบ ประกาศ และข้อกำหนดดังกล่าวออกโดยคณะกรรมการอ้อยและ น้ำตาลทราย ซึ่งมีช่องกึ่งที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บทบัญญัติดังกล่าวมิใช่บทบัญญัติ แห่งกฎหมาย ที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามนัยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2542

**บรรทัดฐานของศาลยุติธรรม : กรณีมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาล จะส่งวินิจฉัย**

**คำสั่งศาลฎีกาที่ 511 - 512/2541** คำร้องของจำเลยกล่าวอ้างเพียงว่า คำวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายของศาลอุทธรณ์ไม่ถูกต้อง โดยจำเลยมิได้โต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนที่จำเลยขอให้ศาลฎีกาส่งคำร้อง ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าคดีนี้เป็นความผิดต่อส่วนตัว เมื่อผู้เสียหายหรือโจทก์รวมไม่ได้ร้องทุกข์ไว้ พนักงานสอบสวนจะสอบสวนได้หรือไม่ โจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่ ศาลฎีกามีอำนาจไม่รับวินิจฉัยฎีกาข้อนี้หรือไม่ และถ้า เป็นกรณีที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ศาลฎีกาจะใช้ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120, 121 บังคับแก่จำเลยได้หรือไม่ ก็มีใช้เป็นการโต้แย้งว่าบทกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงมิใช่กรณีที่ศาลฎีกาจะต้องรอ การพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นของจำเลยเช่นว่านั้นตามทางการ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131 - 1132/2544** แม้จะได้โอนคดีและที่ดินไปแล้ว จำเลยยังเป็นผู้จัดการดูแลครอบครองตึกพิพาทอยู่ จำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้

ตามคำพิพากษาหรือนาย ส. ผู้ซื้อตึกและที่ดินยังจะต้องปฏิบัติตามคำบังคับให้รื้อถอน  
ขนย้ายชิ้นวางของที่ก่อสร้างรुकล้ำเข้ามาในที่ดินของโจทก์ที่ 1 ถึงที่ 3 คำบังคับ  
ของศาลชั้นต้นที่ออกเป็นการขอด้วยกฎหมาย ที่จำเลยขอให้ส่งสำนวนไปให้  
ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในเรื่องการออกคำบังคับใหม่ มิใช่ข้อโต้แย้งกล่าวอ้างว่า  
บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่ต้องส่งให้  
ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10889/2546** พระราชกฤษฎีกามีใช้กฎหมายที่ออก  
โดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เป็นเพียงกฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายบริหารซึ่งอาศัยอำนาจ  
แห่งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท ดังนั้น บทบัญญัติของ  
พระราชกฤษฎีกาจึงไม่ใช่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ  
มาตรา 6 และ 264 วรรคหนึ่ง ศาลจึงไม่ต้องส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า  
พระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการขายอสังหาริมทรัพย์  
ที่เป็นทางค้าหรือหากำไร (ฉบับที่ 244) พ.ศ. 2534 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่  
ตามที่คู่ความร้องขอ

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15873/2553** การที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า การส่ง  
คำโต้แย้งของคู่ความเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย คู่ความขอให้ส่งไปได้เฉพาะ  
ในประเด็นว่า บทบัญญัติหรือเนื้อหาของกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้น  
ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ตามคำร้องของจำเลยเป็นการโต้แย้งกระบวนการ  
ตรากฎหมายว่าไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 154  
ซึ่งมาตราดังกล่าวมิได้ให้สิทธิแก่จำเลยหยิบยกเป็นประเด็นโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้  
ศาลอุทธรณ์ภาค 6 จึงไม่ต้องส่งคำโต้แย้งของจำเลยเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย  
จึงมีคำสั่งให้ยกคำร้องของจำเลยนั้น คำสั่งของศาลอุทธรณ์ภาค 6 ดังกล่าวเป็นคำสั่ง  
ก่อนที่ศาลอุทธรณ์ภาค 6 จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดคดี แม้เป็นคำสั่ง  
เกี่ยวกับคำร้องขอตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 211  
ก็เป็นคำสั่งในขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรม ต้องถือว่าเป็น  
คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ภาค 6 จึงต้องห้ามมิให้ฎีกาคำสั่งนั้น  
ในระหว่างพิจารณาตาม ป.วิ.อ. มาตรา 196 ประกอบมาตรา 225

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1 - 3/2563** การดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สิน  
ตาม พ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 48 ถึงมาตรา 59

หาได้บัญญัติเรื่องอายุความไว้ คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ว่าผู้ร้องอาจดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินตามบทบัญญัติดังกล่าวได้โดยไม่มีอายุความจึงเป็นการแปลความกฎหมายของศาล มิใช่กรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่ต้องส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 212

**บรรทัดฐานของศาลปกครอง : กรณีไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะส่งวินิจฉัย**

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.32/2554 คดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้มีหนังสือที่ ศป 0001/3589 ลงวันที่ 3 กันยายน 2551 ส่งความเห็นโต้แย้งของคู่ความเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ความว่า ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 2 กันยายน 2551 เป็นการกระทำทางปกครอง ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากประกาศดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบกับมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อำนาจในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเป็นอำนาจขององค์กรตุลาการตามหลักกฎหมายทั่วไปและหลักการแบ่งแยกอำนาจ การที่มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กำหนดไว้เช่นนั้น จึงเป็นการขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปและเป็นการจำกัดอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองตามที่มาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดและยังเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมตามมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 จึงไม่ชอบ และไม่มีผลใช้บังคับตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินี้ จึงส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามนัยมาตรา 211 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ แต่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยต่อไปว่า พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 ขัดหรือแย้งต่อ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 และมาตรา 223 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ปัจจุบันได้มีประกาศ เรื่อง ยกเลิกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 14 กันยายน 2551 โดยได้ยกเลิกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 2 กันยายน 2551 ออกมาใช้บังคับ จึงมีผลทำให้ประกาศฉบับดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับอีกต่อไป ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าเหตุในการที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด ขอให้เพิกถอนประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้หมดไปแล้ว มิได้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดจะต้องพิจารณาเพิกถอนประกาศดังกล่าวอีก กรณีจึงไม่เป็นประโยชน์แก่คดีตามข้อ 23 ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัยต่อไป จึงให้มีคำสั่งจำหน่ายคำร้องทั้งนี้ ตามคำสั่งที่ 15/2552 ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2552

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 143/2559** ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า ข้อ 100 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และขัดหรือแย้งต่อมาตรา 29 ประกอบมาตรา 26 มาตรา 27 และมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว จึงเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และขัดหรือแย้งต่อมาตรา 4 มาตรา 14 ประกอบมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ข้อ 100 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ นั้น เห็นว่า มาตรา 5 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 บัญญัติว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ประเพณีการปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด หรือเมื่อมีกรณีเกิดขึ้นนอกวงงานของสภานิติบัญญัติ

แห่งชาติ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา หรือศาลปกครองสูงสุด จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้ แต่สำหรับศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี มาตรา 45 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 5 และมาตรา 44 ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ ...” นอกจากนี้ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าข้อ 100 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2543 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มิใช่การอ้างว่าบทบัญญัติแห่ง กฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ จึงมิใช่หน้าที่ศาลปกครองสูงสุดจะส่งให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดได้

ส่วนกรณีที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ฉบับลงวันที่ 19 สิงหาคม 2558 ขัดต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 15 - 18/2556 และ ที่ 9/2557 นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังกล่าวแล้วปรากฏว่า คำวินิจฉัยที่ 15 - 18/2556 เป็นกรณีวินิจฉัยเกี่ยวกับการพิจารณา และลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ของผู้ถูกร้อง คือ ประธานรัฐสภา รองประธานรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และ สมาชิกวุฒิสภา ส่วนคำวินิจฉัยที่ 9/2557 เป็นกรณีที่ประธานวุฒิสภาส่งคำร้อง ของสมาชิกวุฒิสภาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีของ นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี สิ้นสุดลงเฉพาะตัวหรือไม่ จึงไม่มีเนื้อหา เกี่ยวข้องกับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีอ้างถึงหรือการพิจารณาคดี ของศาลปกครองแต่อย่างใด

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1830/2559** ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องโต้แย้งว่า การใช้ข้อบังคับกระทรวงกลาโหม ว่าด้วยเงินเบี้ยหวัด พ.ศ. 2495 ข้อ 8 วรรคหนึ่ง (3) ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น จึงให้ส่งคำร้องโต้แย้งให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยนั้น **ข้อบังคับ กระทรวงกลาโหม ว่าด้วยเงินเบี้ยหวัด พ.ศ. 2495 เป็นกฎหมายที่มีระดับต่ำกว่า พระราชบัญญัติ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนี้** กรณีจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ ตามมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่จำเป็นต้องส่งคำร้องโต้แย้งผู้ฟ้องคดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัยที่ศาลปกครองชั้นพิพากษายกฟ้องนั้น ชอบแล้ว

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร.45/2563** คดีนี้ ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้อง เห็นว่า เป็นเรื่องความสัมพันธ์ในทางบังคับบัญชาระหว่างข้าราชการผู้นั้นกับผู้ถูกฟ้องคดีเท่านั้น ไม่มีผลโดยตรงให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายไปด้วยแต่อย่างใด กรณีจึงยังไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และหากเป็นกรณีที่การปฏิบัติราชการของเทศบาลเป็นไปในทางที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เทศบาลหรือเสียหายแก่ราชการแล้วตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งหากเกิดความเสียหายผู้ที่ได้รับความเสียหายคือเทศบาลหรือทางราชการ ไม่ใช่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายที่จะมาใช้สิทธิทางศาลต่อกรณีนี้ได้ ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองสูงสุดส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้น กรณีดังกล่าวมิใช่การที่คู่กรณีโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนี้ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ศาลต้องส่งความเห็นของผู้ฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามมาตรา 212 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่อย่างใด ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามคำขอของผู้ฟ้องคดีในประเด็นนี้

**หลักเกณฑ์ กรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย**

ในทางพิจารณาของแต่ละศาลเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ พิจารณาสถานะบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์เทียบเท่า ส่วนกฎหมายอื่น เช่น ประกาศกระทรวง ข้อบังคับกระทรวง คำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นต้น เหล่านี้เป็นกฎหมายลำดับรองที่ไม่ได้ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และไม่ได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตราบทกฎหมาย จึงไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะรับวินิจฉัย และในการพิจารณาสถานะบทบัญญัติแห่งกฎหมาย นั้น เป็นดุลพินิจทั้งของศาลที่จะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และศาลรัฐธรรมนูญ

## 2. การที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดี

บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ต้องเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลจะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงแห่งคดีที่ศาลรับไว้พิจารณาด้วย

**บรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีไม่ใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะบังคับใช้**

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2544 ตามที่กรมราชทัณฑ์แจ้งต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า จำเลยไม่ได้อยู่ในประเทศไทยและส่งตัวกลับไปประเทศญี่ปุ่นแล้ว จึงไม่เป็นประโยชน์ต่อจำเลย (ผู้ร้อง) ส่วนคำร้องที่เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2475 มาตรา 4 (2) และมาตรา 14 (1) ถึง (5) ขัดต่อรัฐธรรมนูญ นั้น จำเลย (ผู้ร้อง) ได้ถูกฟ้องในข้อหาร่วมกันมิไว้เพื่อนำออกใช้ ซึ่งธนบัตรต่างประเทศปลอมฯ ดังนั้น เมื่อศาลยุติธรรมมิได้ใช้พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ฯ มาบังคับแก่คดีตามคำร้องนี้แล้ว จึงมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีตามคำร้องนี้ จึงไม่ต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 63/2565 พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณา โดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. 2493 มาตรา 3 บทนิยามคำว่า “โฆษณา” เป็นการให้ความหมายของถ้อยคำสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อการควบคุมวิธีการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงให้เป็นระเบียบเรียบร้อยและเหมาะสม ความหมายของคำว่า “โฆษณา” แม้หมายถึงการแสดงความคิดเห็นด้วยก็มีใช้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับวิธีการโฆษณาที่กฎหมายกำหนดห้ามกระทำ บทนิยามตามมาตรา 3 จึงมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีที่จำเลยจะยกขึ้นโต้แย้งว่า ขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 และในประเด็นปัญหากฎหมายล้ำสมัยนั้น เป็นหน้าที่และอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ใช่หน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ คำร้องนี้ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 วรรคหนึ่ง ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัย จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

**บรรทัดฐานของศาลยุติธรรม : กรณีไม่ใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะบังคับใช้**

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7391/2547 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ที่จำเลยฎีกาคำสั่งของศาลอุทธรณ์ภาค 3 ว่า พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544

เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จำเลยยกเป็นข้อต่อสู้คดีได้ทุกขณะ ศาลจึงนำบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดดังกล่าวมาใช้บังคับแก่คดีเรื่องนี้ได้ คำร้องของจำเลยต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง แล้วนั้น เห็นว่า ข้อโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่จะส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264 วรรคหนึ่ง นั้น จะต้องเป็นข้อโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญกรณีตามคำร้องของจำเลยที่อ้างว่า พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 30 และ 31 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 29, 30, 48, 50, 87 และ 272 นั้น ข้อเท็จจริงปรากฏตามเอกสารท้ายคำร้องของจำเลยเองว่า คณะกรรมการบริษัทบริหารสินทรัพย์ไทยได้รับโอนสินทรัพย์ในคดีนี้ของจำเลย เพราะเหตุสินทรัพย์ของจำเลยมีลักษณะไม่ครบถ้วนตามที่พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 31 บัญญัติไว้ การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการบริษัทบริหารสินทรัพย์ไทยดังกล่าวจะชอบหรือไม่ เป็นเรื่องที่จำเลยจะต้องไปว่ากล่าวกับคณะกรรมการดังกล่าวเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ไม่เกี่ยวกับโจทก์ในคดีนี้ คดีนี้จึงไม่มีประเด็นที่จะต้องนำพระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 30 และ 31 มาใช้ในการวินิจฉัยคดี บทบัญญัติดังกล่าวจึงมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี คำร้องของจำเลยไม่ต้องด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264 วรรคหนึ่งที่ศาลอุทธรณ์ภาค 3 ยกคำร้องของจำเลยชอบแล้ว ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น

**บรรทัดฐานของศาลปกครอง : กรณีไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะบังคับใช้**

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 505/2546 (ประชุมใหญ่)** ศาลปกครองสูงสุด โดยที่ประชุมใหญ่พิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่จะวินิจฉัยว่าข้อพิพาทในคดีนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ นั้น มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยเบื้องต้นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามบทนิยามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ และมีกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ในลักษณะใด ซึ่งหากกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคลไว้

เป็นการเฉพาะแล้ว ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองในข้อหานี้ ศาลปกครองจึงไม่อาจรับคดีไว้พิจารณาพิพากษาได้

ส่วนคำขอที่ว่า หากศาลปกครองเห็นว่าคำขอของผู้ฟ้องคดีไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ก็ขอให้ศาลปกครองส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต่อไปนั้น เห็นว่า คดีนี้เมื่อศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเพระเหตุที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองแล้ว จึงไม่มีกรณีที่ศาลปกครองจะต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไปตามนัยมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งให้ยกคำขอดังกล่าวจึงชอบแล้ว

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 76/2547** ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และขอให้ส่งข้อโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าการดำเนินการของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีใช้คดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เท่ากับเป็นการตีความให้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นั้น เห็นว่า การที่ศาลวินิจฉัยว่าคดีได้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ นั้น มิใช่กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญที่จะต้องส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด อีกทั้งกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามมาตรา 248 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 บัญญัติให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ดังนั้น จึงไม่มีเหตุที่ศาลจะรอการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราวและส่งข้อโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 460/2554 คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) จัดทำบันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาว่าด้วยการสำรวจและจัดทำหลักเขตแดนทางบก พ.ศ. 2543 ที่เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) เพื่อทราบ ก่อนเสนอรัฐสภาให้ความเห็นชอบ ทั้งที่เป็นวาระที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ควรจะต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน การจัดทำข้อกำหนดและแผนแม่บทสำหรับการสำรวจและจัดทำหลักเขตแดนทางบกพร้อมระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักรกัมพูชา (TOR 2546) มติของรัฐสภาที่เห็นชอบตามกรอบการเจรจาสำรวจและจัดทำหลักเขตแดนทางบกไทย - กัมพูชา ตลอดแนวในกรอบของคณะกรรมการธิการเขตแดนร่วมไทย-กัมพูชา และกลไกอื่น ๆ ภายใต้กรอบนี้ การนำบันทึกการประชุมคณะกรรมการธิการเขตแดนร่วมไทย - กัมพูชา ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้ความเห็นชอบ รวม 3 ฉบับ เพื่อให้รัฐสภาเห็นชอบ เป็นการกระทำที่เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ สร้างภาระให้เกิดแก่ประเทศชาติ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและปวงชนชาวไทยทุกคน และเป็นผลให้การดำเนินการต่อมาตามเงื่อนไขและข้อตกลงดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนการกระทำดังกล่าว และร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไว้เป็นการชั่วคราว การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามกระบวนการขั้นตอนดังกล่าวถือว่าเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐโดยฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และเมื่อบทบัญญัติมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องดังกล่าวต้องผ่านการตรวจสอบและให้ความเห็นชอบของรัฐสภาในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติก่อน อันเป็นการควบคุมทางการเมือง ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นกรณีการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ เมื่อศาลไม่รับคดีนี้ไว้

พิจารณาแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาของผู้ฟ้องคดีทั้งสอง

การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองขอให้ศาลปกครองสูงสุดส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 หรือไม่ นั้น เมื่อศาลปกครองมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความแล้ว จึงไม่มีเหตุที่ต้องส่งข้อโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีทั้งสองไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามบทบัญญัติมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 257/2555 คดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา โดยเห็นว่ามิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวตามข้อ 49/1 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 โดยขอยื่นยันตามคำขอท้ายฟ้องและขอให้ศาลปกครองสูงสุดยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่า พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้น ขัดหรือแย้งกับมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่ โดยผู้ฟ้องคดีมีได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าประสงค์จะได้แย้งคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นอย่างไร คำร้องดังกล่าวจึงเป็นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งที่ไม่ระบุข้อคัดค้านคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นตามข้อ 101 วรรคหนึ่ง (2) แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 จึงเป็นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งที่ไม่มีความขัดแจ้ง อันเป็นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งที่ไม่สมบูรณ์ครบถ้วนและข้อที่ไม่สมบูรณ์ครบถ้วนเช่นว่านี้เป็นกรณีที่ไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ตามข้อ 37 วรรคสอง ประกอบด้วยข้อ 116 แห่งระเบียบเดียวกัน สำหรับคำขอให้ศาลปกครองสูงสุดส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่า พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ขัดแย้งกับมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่นั้น เมื่อคดีนี้มีใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ และศาลปกครองสูงสุดไม่อาจรับคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาได้ จึงไม่มีประเด็นที่ศาลจะใช้บทบัญญัติ

แห่ง พ.ร.บ.ระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ซึ่งผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อบังคับแก้คดีนี้ กรณีจึงไม่อยู่ในเงื่อนไขที่ศาลปกครองสูงสุดจะส่งความเห็นตามคำขอของผู้ฟ้องคดีไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามมาตรา 211 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 173/2556** ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย) จัดทำบันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาว่าด้วยการสำรวจและจัดทำหลักเขตแดนทางบก ลงวันที่ 14 มิถุนายน 2543 (MOU พ.ศ. 2543) และลงวันที่ 18 มิถุนายน 2544 ว่าด้วยเขตแดนไทย - กัมพูชา ทางทะเล ค.ศ. 2001 (MOU พ.ศ. 2544) และข้อกำหนดและแผนแม่บทสำหรับการสำรวจและจัดทำหลักเขตแดนทางบกพร้อมระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักรกัมพูชา ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2546 (TOR พ.ศ. 2546) โดยมีได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นำบันทึกการประชุมคณะกรรมการเขตแดนร่วมไทย - กัมพูชา (Joint Boundary Commission : JBC) ตามที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบ รวม 3 ฉบับ คือ บันทึกการประชุมสมัยวิสามัญ ที่เมืองเสียมราฐ วันที่ 10 ถึงวันที่ 12 พฤศจิกายน 2551 บันทึกการประชุมครั้งที่ 4 ที่กรุงเทพมหานคร วันที่ 3 ถึงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2552 และบันทึกการประชุมสมัยวิสามัญ ที่กรุงพนมเปญ วันที่ 6 ถึงวันที่ 7 เมษายน 2552 เพื่อให้รัฐสภาเห็นชอบ ตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่ออาณาเขตดินแดนและอำนาจอธิปไตยของประเทศไทย เนื่องจากบันทึกการประชุมดังกล่าวได้ดำเนินการตามกรอบการเจรจาสำรวจและจัดทำหลักเขตทางบกไทย - กัมพูชา ตามบันทึกความเข้าใจ ค.ศ. 2000 (MOU พ.ศ. 2543) ข้อกำหนดอำนาจหน้าที่และแผนแม่บทสำหรับการสำรวจและจัดทำหลักเขตแดนทางบกระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักรกัมพูชา (TOR พ.ศ. 2546) ที่เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะสมาชิกรัฐสภาไม่มาหรือมาแต่ไม่ยอมเสียบบัตรแสดงตน อันมีผลทำให้การประชุมดังกล่าวมีสมาชิกไม่ครบองค์ประชุมและมีการถอนร่างผลการเจรจาออกจากระเบียบวาระการประชุม การประชุมจึงดำเนินการต่อไปได้ นอกจากนี้ มีการนำแผนที่

มาตราส่วน 1 : 200,000 ที่ประเทศฝรั่งเศสจัดทำขึ้นฝ่ายเดียวมากแล้วอ้าง ซึ่งมีผลต่ออาณาเขตและอำนาจอธิปไตยของไทยทั้งทางบกและทางทะเล และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในบริเวณดังกล่าวของประชาชนไทย เห็นว่าการดำเนินการดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐโดยฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และเมื่อบทบัญญัติมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลต้องผ่านการตรวจสอบและให้ความเห็นชอบของรัฐสภาในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติก่อน อันเป็นการควบคุมทางการเมืองตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นกรณีการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ

สำหรับคำร้องของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ที่ขอให้ศาลปกครองสูงสุดส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ได้ดำเนินการเกี่ยวกับการจัดทำบันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลกัมพูชา เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2543 ถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ขอให้รัฐสภาเห็นชอบตามกรอบการเจรจาสำรวจและจัดทำหลักเขตแดนทางบกไทย - กัมพูชาตลอดแนว ในกรอบของคณะกรรมการธิการเขตแดนร่วมไทย - กัมพูชา และกลไกอื่นๆ ภายใต้กรอบนี้ โดยการกำหนดกรอบการเจรจาในความหมายเดียวกับข้อความของบันทึกความเข้าใจดังกล่าวข้างต้น เป็นการขัดต่อมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่ นั้น เห็นว่า เมื่อศาลปกครองมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความแล้ว จึงไม่มีเหตุที่ต้องส่งข้อโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามบทบัญญัติมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

**หลักเกณฑ์ กรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะนำมาบังคับใช้แก่คดี**

ในทางพิจารณาของแต่ละศาลเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ ต้องเป็นบทบัญญัติ

แห่งกฎหมายที่ศาลผู้ใช้สิทธิจะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงแห่งคดี มีข้อสังเกตสำหรับศาลปกครอง ต้องเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก่อน จึงพิจารณาต่อไปว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะนำมาปรับใช้แก่คดีหรือไม่ และในการพิจารณาว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แก่คดีใดหรือไม่ นั้น เป็นดุลพินิจทั้งของศาลผู้ใช้สิทธิและศาลรัฐธรรมนูญ

### 3. การอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ต้องชี้แจงว่าขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตราใด อย่างไร

**บรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีไม่เป็นที่ชี้แจง**

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26-34/2545** รัฐธรรมนูญ มาตรา 264 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่คู่ความโต้แย้งหรือศาลเห็นเองว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อปรากฏว่าจำเลยโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการตราพระราชกำหนดการปฏิรูปสถาบันการเงิน พ.ศ. 2540 แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 โดยไม่ได้โต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 264 ส่วนกรณีพระราชกำหนดดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 และมาตรา 48 หรือไม่ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 24/2545 ไว้แล้วว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว จึงไม่จำต้องวินิจฉัยซ้ำอีก

**บรรทัดฐานของศาลยุติธรรม : กรณีไม่เป็นที่ชี้แจง**

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10660/2553** อำนาจในการวินิจฉัยว่า คำโต้แย้งของคู่ความเข้าหลักเกณฑ์ที่จะต้องส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยหรือไม่ นั้น เป็นอำนาจของศาลยุติธรรม หาใช่ว่าเมื่อคู่ความมีคำโต้แย้งอย่างไรแล้ว ศาลยุติธรรมจะต้องส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยทุกกรณีไม่ คดีนี้จำเลยฎีกาว่า ป.วิ.พ. มาตรา 293 วรรคหนึ่งและวรรคสาม ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2549 มาตรา 3 บังคับใช้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264, 272 ประกอบมาตรา 2, 4, 29, 30, 233 ใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 6 ซึ่งข้อฎีกาของจำเลยล้วนแต่อ้างว่า การตีความของศาลอุทธรณ์ภาค 7 ที่ยกคำร้องของจำเลยที่ขอให้งดการบังคับคดีตามคำสั่งศาลชั้นต้น เนื่องจากยังไม่มี การบังคับคดี

และจำเลยมิได้ยื่นฟ้องโจทก์ เป็นคดีเรื่องอื่นในศาลเดียวกัน ไม่ต้องด้วย ป.วิ.พ. มาตรา 293 ไม่เป็นธรรมแก่คู่ความ เป็นการตีความที่คับแคบขัดต่อพระราชดำริ การตีความและการใช้กฎหมายที่ประสงค์จะให้ตีความอย่างอะลุ่มอล่วย ให้เกิดความสุภาพในบ้านเมือง ทั้งการอ้างว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 2, 4, 29, 30, 233 ก็ไม่ขัดแย้งว่าขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตราต่าง ๆ ดังกล่าวอย่างไร บทบัญญัติดังกล่าว ก่อให้เกิดผลทำให้บุคคลไม่มีความเสมอกันในกฎหมายหรือได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายไม่เท่าเทียมกัน ขัดต่อหลักสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ มีการเลือกปฏิบัติอย่างไร ป.วิ.พ. มาตรา 293 เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการงด การบังคับคดีเพิ่มเติมจากหลักทั่วไปตาม ป.วิ.พ. มาตรา 292 โดยมาตรา 293 เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่จะงดการบังคับคดีโดยมีสิทธิ หักกลบบทหนี้กับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา และแม้จะได้รับความตามหลักเกณฑ์ ในมาตรา 293 วรรคหนึ่ง กฎหมายก็ให้อำนาจศาลที่จะให้งดการบังคับคดีหรือไม่ เมื่อกรณีไม่เข้าหลักเกณฑ์ในมาตรา 293 ดังกล่าว ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์จึงได้ ยกคำร้องของจำเลย คำโต้แย้งของจำเลยไม่ต้องด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 6 ประกอบมาตรา 264 แม้ขณะที่ ศาลอุทธรณ์ภาค 7 วินิจฉัยคดีนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะได้ยกเลิกและไม่มีศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยก็ตาม ก็ไม่มีเหตุที่จะต้องส่งไปให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและต้องรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว

#### บรรทัดฐานของศาลปกครอง : กรณีไม่เป็นที่ขัดแย้ง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 596/2545 คำร้องอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีที่ว่า ศาลปกครองชั้นต้นตีความมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขัดต่อมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย และให้ส่งคำร้องอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ตามบทบัญญัติในมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นการตีความ ที่ไม่เป็นคุณต่อผู้ฟ้องคดี ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้นั้น เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ชี้แจงให้เป็นที่ประจักษ์ชัดว่า มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญประการใด ประกอบกับเรื่องและผู้ฟ้องคดีโต้แย้งก็เป็นเรื่องข้อเท็จจริง

ที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งลงโทษต่ออนุกรรมการร้องทุกข์และอุทธรณ์ประจำมหาวิทยาลัยเพื่อเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีตามกฎหมายฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2539) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2507 อันเป็นนโยบายกฎหมายเพื่อให้มีการแก้ไขความเดือดร้อนของผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายภายในฝ่ายบริหารด้วยตนเองก่อน ซึ่งอาจทำให้ความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้รับการเยียวยาได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ต่อเมื่อได้ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวตามที่กฎหมายกำหนดแล้วไม่ได้รับการแก้ไขเยียวยาหรือไม่เป็นที่พอใจ ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีคดีของผู้ฟ้องคดีที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อน เป็นเรื่องข้อเท็จจริงและเป็นการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งไม่มีบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันจะเป็นเหตุให้ศาลปกครองต้องรอการพิจารณาไว้ชั่วคราวและสั่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 730/2555** การที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าบทบัญญัติมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ต้องด้วยมาตรา 6 เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 223 ถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ โดยมีโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากเหตุผลใด ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยกรณีนี้ไว้แล้วว่าเป็นการต้องห้ามมิให้โต้แย้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 26 - 34/2545 นอกจากนี้ การที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งโดยมีเงื่อนไขว่าหากศาลปกครองสูงสุดใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวแก่คดีนี้ในทางที่ไม่เป็นคุณแก่ผู้ฟ้องคดี ก็ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย เห็นว่า การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะต้องด้วยมาตรา 6

ของรัฐธรรมนูญ หรือไม่มีได้อยู่ที่ศาลจะวินิจฉัยเป็นคุณหรือโทษแก่คู่กรณี แต่อยู่ที่เนื้อหาของตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเองว่าต้องด้วยมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ด้วยเหตุผลอย่างไร ดังนั้น คำขอของผู้ฟ้องคดีดังกล่าว จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลจะต้องดำเนินการตามมาตรา 211 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกทั้ง ในส่วนที่ผู้ฟ้องคดีได้แย้งว่ามาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 40 มาตรา 41 มาตรา 43 มาตรา 60 มาตรา 61 มาตรา 62 และมาตรา 223 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 35 - 41/2554 วินิจฉัยแล้วว่า มาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงให้ยกคำขอของผู้ฟ้องคดีในส่วนนี้

**หลักเกณฑ์ กรณีต้องขัดแย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ**

จากแนวบรรทัดฐานของศาลที่ผ่านมา เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 212 กำหนดว่า "...ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 5..." นั้น ในการส่งเรื่องจะต้องจัดทำเป็นหนังสือ ไม่ใช่คำร้อง และเหตุผลที่มาสสนับสนุนข้อโต้แย้ง จะต้องขัดแย้งและครบถ้วน ระบุมาตราของรัฐธรรมนูญ บทกฎหมายที่จะโต้แย้ง ศาลจึงจะส่งเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยต่อไป และศาลรัฐธรรมนูญเมื่อรับพิจารณาแล้ว เห็นว่ายังไม่เป็นที่ขัดแย้งในรายละเอียด จะเป็นดุลพินิจของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่จะไม่รับวินิจฉัยได้

**4. เป็นกรณีที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น**

**บรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ**

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2542** พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535 ในส่วนที่เกี่ยวกับการเรียกอัตราดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปี ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 5/2542 ว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 จึงไม่จำต้องวินิจฉัยซ้ำอีก

**บรรทัดฐานของศาลยุติธรรม : กรณีมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ**

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6569/2548** รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 วรรคท้าย บัญญัติว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว ดังนั้น ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยไว้แล้ว ศาลยุติธรรมย่อมยกขึ้นอ้างในคดีได้โดยไม่ต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยซ้ำอีก

**คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ อม. 4/2551** เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 5/2551 ว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 (ประกาศ คปค. ฉบับที่ 30) เรื่องการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ฉบับลงวันที่ 30 กันยายน 2549 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่องการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ (ลงวันที่ 30 กันยายน 2549) พ.ศ. 2550 เป็นการตรวจสอบกระบวนการก่อนฟ้องโดยไม่ใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีอันเป็นอำนาจทางตุลาการแต่อย่างใด ไม่มีเนื้อหาส่วนใดก้าวก่ายหรือแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล กระบวนการตรวจสอบก่อนฟ้องตามประกาศ คปค. จึงมิได้ขัดหรือฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรมหรือสิทธิมนุษยชนแต่ประการใด ทั้งประกาศดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และมีได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 มาตรา 36 ได้บัญญัติรับรองให้ประกาศ คปค. ฉบับที่ 30 มีผลใช้บังคับได้โดยชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ชั้นหนึ่งแล้ว และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังมีบทเฉพาะกาล ตามมาตรา 309 บัญญัติให้ถือว่า การกระทำของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกชั้นหนึ่งด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ระบบตรวจสอบการทุจริตตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 ดำเนินไปอย่างต่อเนื่องในช่วงเปลี่ยนผ่านระบบบริหารราชการแผ่นดิน บทกฎหมายดังกล่าวไม่ขัดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติมาตราใด จึงเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยรับรองเนื้อหาของบทกฎหมายดังกล่าวทั้งหมดแล้วและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวใช้ได้ในคดีทั้งปวงเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันศาล ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 216 วรรคห้า ข้อโต้แย้งข้อนี้ของจำเลยจึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ที่ศาลจะต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในปัญหาดังกล่าวซ้ำอีก

**บรรทัดฐานของศาลปกครอง<sup>8</sup> : กรณีมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ**

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 760/2548<sup>9</sup>** คดีนี้ ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับอุทธรณ์ไว้พิจารณา พร้อมทั้งอ้างว่าระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 104 และข้อ 108 ที่กำหนดให้ตุลาการเจ้าของสำนวนทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าธรรมเนียมศาลได้เช่นกัน ย่อมเกิดกระบวนการพิจารณาที่ซ้ำซ้อนทำให้การพิจารณาคดีล่าช้า ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 มาตรา 241 เห็นว่า ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวเป็นเพียงกฎหมายในลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งไม่อยู่ในความหมายของคำว่าบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่มีค่าบังคับในระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือกฎหมายในลำดับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>8</sup> นอกจากนี้ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 397/2563, ที่ 451/2563, ที่ 452/2563, ที่ 471/2563, ที่ 477/2563, ที่ 494/2563, ที่ 512/2563, ที่ 514/2563, ที่ 521/2563, ที่ 527/2563, ที่ 528/2563 แนวเดียวกันคือ ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองสูงสุดส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่า มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 58/2548 ลงวันที่ 13 ตุลาคม 2548 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 49 ไม่มีกรณีที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 29 ซึ่งมีหลักการเช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงเป็นกรณีที่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งแล้ว ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่จำเป็นต้องส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>9</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1830/2559 วินิจฉัยประเด็นกฎหมายลำดับรองไว้เช่นเดียวกัน

กับการฟ้องคดีที่ขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ตามมาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันนั้น ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 84/2547 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 45 วรรคสี่ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในเรื่องเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 26 และไม่ได้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างเรื่องฐานะทางเศรษฐกิจตามมาตรา 30 แต่ประการใด ดังนี้แล้ว การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ชำระค่าธรรมเนียมศาลให้ครบถ้วนภายในระยะเวลาที่กำหนดนั้น ชอบแล้ว

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 542/2555** ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ในประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า มาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติมาตรา 6 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 40 มาตรา 60 มาตรา 62 และมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และยังไม่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น เห็นว่า การที่ศาลจะส่งข้อโต้แย้งของคู่กรณีให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่ จะต้องเป็นกรณีที่ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น แต่กรณีตามคำขอของผู้ฟ้องคดี ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยแล้วตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35 - 41/2554 ว่า มาตรา 42 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 40 มาตรา 41 มาตรา 43 มาตรา 60 มาตรา 62 และมาตรา 223 จึงเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวแล้ว ศาลจึงไม่จำเป็นต้องส่งคำร้องของผู้ฟ้องคดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอีก

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 1359/2559** ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องเพิ่มเติมไว้พิจารณา ประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า บทบัญญัติมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีปัญหาขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 และมาตรา 40 และขอให้ส่งเรื่องดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 29 อยู่ในหมวด 3 สิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 1 บททั่วไป และมาตรา 40 อยู่ในหมวด 3 สิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีในการฟ้องคดีเช่นเดียวกับที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 11/2550 ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองส่งคำร้องดังกล่าวไปยังศาลรัฐธรรมนูญเอง ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีในอุทธรณ์ส่วนนี้ จึงเป็นกรณีที่ไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ส่วนมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติสิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม รับรองสิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ก็ไม่ขัดหรือแย้งกับความในมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด ดังนั้น ศาลจึงไม่จำเป็นต้องส่งความเห็นเช่นนั้น เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยอีก ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ประกอบกับมาตรา 211 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1688/2559** ผู้ฟ้องคดีมีคำขอทำอุทธรณ์โดยขอให้ศาลปกครองสูงสุดส่งความเห็นไปตามทางการเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่ เห็นว่า กรณีตามคำขอของผู้ฟ้องคดีศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2548 ลงวันที่ 8 ธันวาคม

2548 วินิจฉัยไว้แล้วว่า มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมีหลักการอย่างเดียวกันกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยพิจารณาวินิจฉัยแล้ว กรณีไม่เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 211 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่ต้องส่งคำโต้แย้งเฉพาะส่วนที่ว่ามาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่จำเป็นต้องส่งคำร้องของผู้ฟ้องคดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอีก

**หลักเกณฑ์ ต้องเป็นกรณีที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น**

การใช้สิทธิโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่ว่าจะศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งก็ตาม จะต้องไม่เคยมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้นมาก่อน ทั้งเพื่อเป็นการถ่วงดุลที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลในเบื้องต้น และเป็นไปตามหลักการที่ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง ซึ่งไม่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะได้รับการวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฉบับใดก็ตาม คงเป็นแนวบรรทัดฐานต่อไปได้

## 5. ผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ภายหลังจากองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาและมีคำวินิจฉัยแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันทุกองค์กร ทั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานอื่นของรัฐ และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว มีแนวทางการพิจารณาส่งเรื่องที่น่าสนใจ ดังนี้

**บรรทัดฐานของศาลยุติธรรม : กรณีคำวินิจฉัยไม่มีผลผูกพัน**

**คำสั่งศาลฎีกาที่ 630/2561<sup>10</sup>** การที่จำเลยที่ 3 ที่ 5 ที่ 7 และที่ 9 ยื่นคำร้องขอให้เลื่อนการอ่านคำพิพากษาศาลฎีกาโดยอ้างเหตุว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71 ให้พิจารณารอการพิพากษาคดีของศาลฎีกาไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะหากศาลชั้นต้นอ่านคำพิพากษาศาลฎีกาผลแห่งคำพิพากษายกแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังนั้น เห็นว่า คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสามคน ไม่ใช่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าเจ็ดคน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 52 วรรคหนึ่งและวรรคสอง จึงยังไม่เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลองค์กรอิสระและหน่วยงานของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 วรรคท้าย คำสั่งดังกล่าวไม่ผูกพันศาล ตามคำร้องของจำเลยที่ 3 ที่ 5 ที่ 7 และที่ 9 ไม่มีเหตุที่จะเลื่อนการอ่านคำพิพากษาของศาลฎีกา ให้ยกคำร้อง ให้ศาลชั้นต้นดำเนินการอ่านคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไป

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 947/2563** ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยที่ 5/2557 ว่า พ.ร.ฎ.ยุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 มิได้จัดการให้มีการเลือกตั้งวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร เป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสองนั้น การดำเนินงานของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ได้มีการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปขึ้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ยังชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้ การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งจัดให้มีการเลือกตั้งล่วงหน้าและเลือกตั้งนอกเขตในวันที่ 26 มกราคม 2557 และการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 จึงเป็นการดำเนินการตามกฎหมายเมื่อจำเลยกระทำความผิดในวันที่ 26 มกราคม 2557 ซึ่งเป็นวันที่มีการเลือกตั้ง

<sup>10</sup> กรณีดังกล่าวยังอยู่ในชั้นพิจารณาคำร้องว่าเข้าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ศาลจะรับไว้พิจารณาหรือไม่ ผลการพิจารณายังไม่ถือเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ตาม พรบ.ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 49 วรรคหนึ่ง “เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่ ศาลจะแต่งตั้งตุลาการไม่น้อยกว่าสามคนเป็นผู้พิจารณาก็ได้ ทั้งนี้ จะแต่งตั้งให้มีมากกว่าหนึ่งคณะก็ได้”

ล่วงหน้าก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยที่ 5/2557 แล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงไม่มีผลให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานร่วมกันกระทำการโดยไม่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อมิให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งใช้สิทธิได้หรือขัดขวางมิให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเข้าไป ณ ที่ลงคะแนนเลือกตั้ง

## 6. การกระทำขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีต่างจากมาตรา 212

เดิมศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัย แต่รัฐธรรมนูญ 2560 ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ โดยมีกระบวนการส่งโดยเฉพาะตามมาตรา 213 ซึ่งมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่างจากมาตรา 212

**บรรทัดฐานของศาลยุติธรรม : กรณีไม่ใช้การกระทำที่จะส่งเรื่องไปยัง...**

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9500/2542** คำโต้แย้งของโจทก์ที่กล่าวอ้างว่า คำสั่งศาลชั้นต้นที่สั่งโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นั้น เป็นคำสั่งที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพในการดำเนินคดีของโจทก์ เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 26, 27, 28, 233 และ 249 นั้น มิใช่เป็นคำโต้แย้งว่า ต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ศาลยุติธรรมจะใช้บังคับแก่คดีขัดต่อรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 6 บัญญัติไว้คำร้องของโจทก์จึงไม่ต้องด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง แม้อำนาจในการสั่งรับหรือไม่รับคำโต้แย้งของคุณความตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง ไว้พิจารณา จะเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 วรรคสอง แต่อำนาจในการวินิจฉัยว่า คำโต้แย้งของคุณความเข้าหลักเกณฑ์ที่จะต้องส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่นั้นเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง มิใช่ว่าโจทก์มีคำโต้แย้งอย่างไรแล้ว ศาลยุติธรรมจะต้องส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยเสมอไป

**คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ อม. 4/2551** จำเลยโต้แย้งว่า การตั้งบุคคลที่มีแนวคิดเป็นปฏิปักษ์กับจำเลยมาเป็นกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐเป็นการละเมิดสิทธิในกระบวนการยุติธรรมของจำเลย จึงเป็นการกระทำที่ขัดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น ปัญหานี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือ

เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้เห็นได้ว่า แม้จะเป็นกรณีอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ยังคงกำหนดหลักเกณฑ์การส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะข้อโต้แย้งในปัญหาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เท่านั้น หากได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิให้ไปถึงการยกปัญหาว่าการกระทำขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ขึ้นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยดังที่จำเลยยื่นคำร้องไม่ *แต่ต่อมามีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560* ซึ่งตามมาตรา 213 บัญญัติว่า *บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ* ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 บัญญัติว่า *ให้ศาลมีหน้าที่และอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีดังต่อไปนี้... (1) คดีที่ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ร้องขอว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ* ตามมาตรา 46 บัญญัติว่า *บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรงและได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยคดีตามมาตรา 7 (1) ได้โดยจะต้องยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเสียก่อน* ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่อยู่หรือควรรู้ถึงการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว เว้นแต่การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่ก็ให้ยื่นคำร้องได้ตราบที่การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่และให้นำความในมาตรา 48 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม... ซึ่งมาตรา 48 บัญญัติว่า *ภายใต้บังคับมาตรา 47 ผู้ใดถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ถ้าผู้นั้นเห็นว่าการละเมิดนั้นเป็นผลจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินและให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณายื่นคำร้องต่อศาล* พร้อมด้วยความเห็นภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องจากผู้ร้อง บทบัญญัติ

ดังกล่าวได้กำหนดวิธีการโต้แย้งเรื่องการกระทำขัดรัฐธรรมนูญไว้ว่า ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพจะต้องยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินให้พิจารณาและให้ความเห็นเสียก่อน การจะใช้สิทธิดังกล่าวจำเลยย่อมมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าว *คดีนี้จำเลยเพียงยื่นคำร้องต่อศาลอ้างว่ามีกรกระทำขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งเมื่อต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีผลใช้บังคับและเมื่อศาลยกคดีนี้ขึ้นพิจารณาแล้ว* จำเลยก็ได้ดำเนินการยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินให้พิจารณายื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญต่อไปตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213 บัญญัติไว้ กรณีเช่นนี้ไม่มีเหตุที่ศาลจะต้องส่งปัญหาตามคำร้องของจำเลยที่อ้างว่าการกระทำขัดรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย นอกจากนั้น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 212 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า การที่ศาลจะส่งความเห็นโดยไม่มีความโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น มิได้เฉพาะกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้น ไม่ว่าศาลจะเห็นว่ากรกระทำใดขัดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หรือไม่ ก็ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลจะส่งความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้อีกเช่นกัน

## 7. บทสรุป

รัฐธรรมนูญสร้างระบบควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้เป็นหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 212 กำหนดวิธีการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระหว่างที่คดีอยู่ในศาล ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัย ต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์เทียบเท่า เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลที่มีเขตอำนาจจะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงแห่งคดี โดยการส่งข้อโต้แย้งพร้อมด้วยความเห็นมายังศาลรัฐธรรมนูญจะต้องทำเป็นหนังสือ ปรากฏเหตุผลที่ชัดเจนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างไร ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตราใด แต่เรื่องที่จะส่งมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ต้องไม่เคยมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเดียวกันมาก่อน ผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ การปฏิบัติหน้าที่ของ

ศาลรัฐธรรมนูญเอง ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของปวงชนชาวไทยเป็นหลักด้วย

### ดัชนีค้นคำ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	349, 358, 370, 378
ใช้บังคับแก่คดีหรือที่ศาลจะบังคับใช้	346, 348, 349, 354, 358-360, 365, 366, 376
บทบัญญัติแห่งกฎหมาย	346, 348-355, 357-361, 365, 366, 368-369, 371-372, 374, 376-378
ระบบควบคุมกฎหมาย	347, 378
หลักนิติธรรม	370, 379

## บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

### 2.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญ

#### ตามมาตรา 213

(The Protection of Rights and Liberties  
by the Constitutional Court under Section 213)

โดย

ดร.นันทชัย ชญาณ์ ชาลยณรงค์

สารบัญ

	หน้า
<b>1. บทนำ</b> .....	382
สรุปคำวินิจฉัยที่น่าสนใจที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 213.....	384
(คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 4/2563 7/2563 และ 5/2564)	
<b>2 บทวิเคราะห์</b> .....	386
1) ความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit).....	386
2) สิ่งหรือการกระทำที่ถูกร้อง (Beschwerdegegenstand) .....	396
3) สิทธิในการร้อง (Beschwerdebefugnis).....	398
4) ความจำเป็นทั่วไปที่จะต้องได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย.....	409
(Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis)	
<b>3. สรุป</b> .....	410
<b>บรรณานุกรม</b> .....	412
<b>ดัชนีค้นคำ</b> .....	414

# การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 (The Protection of Rights and Liberties by the Constitutional Court under Section 213)

นันทชญา นานรงค์\*

## 1. บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” บทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรานี้ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หมวด 11 เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ และได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในมาตรา 7 (11) มาตรา 46 มาตรา 47 และมาตรา 48 ในทำนองเดียวกัน รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG) มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยคำร้องทางรัฐธรรมนูญซึ่งสามารถถูกยื่นโดยบุคคลในทุก ๆ คน ที่อ้างว่าตนถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามมาตรา 20 วรรค 4 มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104 ของตน โดยอำนาจรัฐ (Art. 93 (1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: ... 4a über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein; ...) โดยมีการกำหนดรายละเอียดในการยื่นคำร้องดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Gesetz Über das Bundesverfassungsgericht: BVerfGG) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในมาตรา 13 ข้อ 8a และมาตรา 90–95

หากพิจารณาเฉพาะตัวบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศดังกล่าวแบบคร่าว ๆ จะเห็นว่ามีความคล้ายคลึงกันในวัตถุประสงค์ กล่าวคือ เป็นบทที่บัญญัติไว้

\* Dr. iur. Nanchaya Channarong (Ass. iur.) เนติบัณฑิตเยอรมันชั้นสูง

เพื่อจะให้สิทธิแก่บุคคลในการร้องว่าถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญและให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยคำร้องนั้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายรัฐธรรมนูญมิใช่กฎหมายที่หยุดนิ่งคงที่ (statisch) แต่มีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลา (dynamisch) โดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยและในกระบวนการการบังคับใช้และการควบคุมการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งไม่ต่างไปจากกฎหมายประเภทอื่น ๆ ดังนั้น การศึกษาเพื่อทำความเข้าใจ และ/หรือ เพื่อวางบรรทัดฐานจึงไม่สามารถกระทำได้ด้วยการอ่านพิจารณาตัวบทบัญญัติแต่เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องพิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติที่ได้รับการพัฒนาขึ้นมาในบริบทของการที่บทบัญญัติดังกล่าวถูกนำไปใช้ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพิจารณาวินิจฉัยคดีทางรัฐธรรมนูญจากศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดขั้นสุดท้ายในคดีรัฐธรรมนูญและมีอำนาจในการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายแบบเด็ดขาดในคดีรัฐธรรมนูญนั้น ๆ (Kompetenz zur autoritativen Auslegung)<sup>1</sup>

เพื่อความเป็นระบบในการศึกษาบรรทัดฐานและเพื่อความง่ายในการทำ ความเข้าใจ บทความนี้จะขอเสนอสรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 213 เป็นลำดับแรก ต่อจากนั้นจะเป็นการนำเสนอบทวิเคราะห์ทางกฎหมาย โดยแยกวิเคราะห์หัวข้อในการศึกษาเปรียบเทียบกับบรรทัดฐานคดีรัฐธรรมนูญออกตามองค์ประกอบของบทบัญญัติ เรื่อง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้ จะวิเคราะห์เฉพาะหัวข้อซึ่งเป็นหัวข้อที่มีปัญหามาสนใจและเป็นหัวข้อที่เกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัยทั้ง 3 ที่ได้สรุปไว้ในตอนต้นของบทความ ดังนี้ 1) ความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit) 2) สิ่งหรือการกระทำที่ถูกร้อง (Beschwerdegegenstand) 3) สิทธิในการร้อง (Beschwerdebefugnis) และ 4) ความจำเป็นทั่วไปที่จะต้องได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย (Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis) ในส่วนบทสรุปท้ายบทความจะเป็นการวิจารณ์คำวินิจฉัยที่ได้นำเสนอในบทแรกบนพื้นฐานของการวิเคราะห์ที่เกิดขึ้นในบทที่สองของบทความนี้

<sup>1</sup> Bethge, 2020, marginal no. 44 ff.

## สรุปคำวินิจฉัยที่น่าสนใจที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 213

ปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ โดยศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่น่าสนใจไว้ 3 คดี ได้แก่ คำวินิจฉัยที่ 4/2563 7/2563 และ 5/2564 โดยคำวินิจฉัยดังกล่าว มีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 4/2563 เรื่อง นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ (ผู้ร้อง) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213**

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และ มาตรา 305 พร้อมทั้งมีการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าว ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณามีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 213 ด้วยเห็นว่า เป็นกรณีที่ไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 48 วรรคหนึ่งและวรรคสอง เนื่องจากเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า *“การที่เจ้าพนักงานตำรวจดำเนินคดีแก่ผู้ร้องตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 มีสาเหตุโดยตรงมาจากการที่ผู้ร้องทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอม อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ผู้ร้องจึงกล่าวอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ที่ประสงค์จะลงโทษแต่เฉพาะหญิงผู้ทำแท้งแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่ชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิงกลับไม่ต้องรับผิดและถูกลงโทษด้วย จึงไม่เสมอภาคกันในทางกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และ 28 และยังคงกล่าวอ้างว่าผู้ร้องไม่ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 เนื่องจากไม่ได้รับการยกเว้นการกระทำของนายแพทย์ กรณีการใช้สิทธิของหญิงในการยุติการตั้งครรภ์โดยปลอดภัย บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และ มาตรา 77 ในคดีนี้ผู้ร้องจึงเป็นบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ โดยผู้ร้องเห็นว่า การละเมิดดังกล่าวเป็นผลจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และ มาตรา 305 ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ”*

คาวินจณยศาลรฐธรรมนนญ ที่ 7/2563 เรอง นายวทเทอวรน จบเบอ ยลลชชลส ไมเคิล หรอ จบเบอ ยลลชชลส ไมเคิล วทเทอวรน (ผอรอง) ขอใหศาลรฐธรรมนนญ พิจารณาวินจณยตามรฐธรรมนนญ มาตรา 213

คาวินจณยนี้เปบนกรณที่ผอรองขอใหศาลรฐธรรมนนญพิจารณาวินจณยคาสั่ง กรทรวงมหาดไทยที่ 115/2546 และหนังสือคาสั่งของผบบัญชาการสํานักงานตรวง คนเขาเมอง ลงวันที่ 2 พฤษภาคม 2561 ที่ไมอนุมติใหบันทึกขอมูลเพมเติมเพออนุญาต ใหผอรองเดนทางเขามาในราชอาณาจักร วาขัดหรือแยงตรฐธรรมนนญ มาตรา 39 นอกจากนี้ ผอรองยงขอใหศาลรฐธรรมนนญวินจณยใหผอรองเดนทางเขามาใน ราชอาณาจักรไทยไดในฐานะที่เปบนผบมีสัญชาติไทยโดยการเกด เพอมาเพมชื่อใน ทะเบียนราษฎรและทําบัตรประจําตัวประชาชนในฐานะที่เปบนคนไทยได ตาม รฐธรรมนนญ มาตรา 39 คดนี้ศาลรฐธรรมนนญพิจารณาวินจณยวาตนมีอํานาจรบ คํารองนี้ไดตามรฐธรรมนนญ มาตรา 213 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรฐธรรมนนญ วาดวยวิธีพิจารณาของศาลรฐธรรมนนญ พ.ศ. 2561 มาตรา 46 วรรคหนึ่ง ดวยเหตุที่วา **“ผอรองเปบนบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรฐธรรมนนญโดยตรงและ ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากคาสั่งและการกระทำดังกล่าว ทั้งการละเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่”** ในคดนี้ ระหว่างการพิจารณาคด หนวยงานรฐที่เกยวของได้มีการเพิกถอนคาสั่งทั้งสอง อันมีผลทําใหเหตุที่ผอรองอ้างวา ตนถูกรทบสิทธิและเสรีภาพสิ้นสุดไป อิกทั้งยงมีการเหยียวยาความเดือดร้อนหรือ เสียหาย โดยการจกทําบัตรประจําตัวประชาชนและหนังสือเดนทางไทยใหแกผอรอง อิกด้วย อยางไรก็ตามการกระทำดังกล่าวก็มิได้ส่งผลใหศาลรฐธรรมนนญพิจารณา จําหนายคดแตอยางใด ในทางตรงกันข้าม ศาลรฐธรรมนนญได้ใชดุลพินจใหมีการ พิจารณาวินจณยคดในเนื่อหาตอไป โดยอาศัยอํานาจตามความในพระราชบัญญัติ ประกอบรฐธรรมนนญวาดวยวิธีพิจารณาของศาลรฐธรรมนนญ พ.ศ. 2561 มาตรา 51 เนื่อจากเห็นวา **“การพิจารณาคดนี้ตอไปจะเปบนประโยชน์ต่อสาธารณะ”** และ **“เพื่อเปบนหลักปฏิบัติของทางราชการในภายหน้า”**

คาวินจณยศาลรฐธรรมนนญ ที่ 5/2564 เรอง ผบตรวงการแพนดิน (ผอรอง) โดยการรองเรียนของกรทรวงคมนาคมและการรถไฟแพนประเทศไทย ขอให ศาลรฐธรรมนนญพิจารณาวินจณยตามรฐธรรมนนญ มาตรา 213

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่ามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 18/2545 วันพุธที่ 27 พฤศจิกายน 2545 ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของผู้ร้องเรียนที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ และขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 25 วรรคสาม มาตรา 188 และมาตรา 197 กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยเนื่องจาก เห็นว่า “ผู้ร้องเรียนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเกิดจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 18/2545 วันพุธที่ 27 พฤศจิกายน 2545 และขอให้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ว่ามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 25 วรรคสาม มาตรา 188 และมาตรา 197” นอกจากนี้ ยังมีปัญหาอีกด้วยว่า “มติดังกล่าวของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองมีลักษณะเป็นการออกกระเบียบบำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการฟ้องหรือไม่” กรณีนี้จึง “เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213”

## 2. บทวิเคราะห์

### 1) ความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit)

ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญเยอรมัน ความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit) เป็นเงื่อนไขแรกທີ່ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาเพื่อคัดกรองเบื้องต้นว่าตนสามารถวินิจฉัยรับคำร้องเข้าพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาสาระของคำร้องต่อไปได้หรือไม่ ซึ่งผู้ที่มีความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit) คือ บุคคลที่สามารถที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsfähigkeit) และสิทธิทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>2</sup> โดยการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวเป็นผลของการพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a ซึ่งกำหนดให้บุคคลใด ทุก ๆ คน (Jedermann) ที่อ้างว่าตนถูกละเมิดในสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามมาตรา 20 วรรค 4 มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104 ของตน สามารถยื่นคำร้องทางรัฐธรรมนูญ

<sup>2</sup> Kment, 2020, marginal no. 14; Detterbeck, 2021, marginal no. 82.

(Verfassungsbeschwerde) โดยจะเห็นว่า มาตราดังกล่าวกำหนดจำกัดให้บุคคลสามารถร้องว่ามีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ที่มีสถานะเท่ากับสิทธิขั้นพื้นฐานเฉพาะกรณีที่เป็นการละเมิดสิทธิที่เป็นสิทธิของตนเองเท่านั้น ดังนั้น หากบุคคลใดไม่เข้าข่ายเป็นผู้ที่มีความสามารถที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ในมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a บุคคลผู้นั้นก็ไม่สามารถที่จะอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิทางรัฐธรรมนูญของตนได้ และเมื่อไม่สามารถอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิทางรัฐธรรมนูญของตนได้ ก็ไม่สามารถที่จะยื่นคำร้องตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a ได้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 213 จะเห็นว่ามีการบัญญัติในส่วนของผู้ร้องไว้ไม่ต่างจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมากนัก โดยมาตรา 213 กำหนดให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ผู้ที่สามารถยื่นคำร้องได้ต้องเป็นบุคคลและบุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้ที่สามารถมีสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองได้ หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยที่ 3 ของศาลรัฐธรรมนูญที่สรุปย่อไว้ข้างต้น จะเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้วินิจฉัยสอดคล้องกับเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยที่ 4/2563 และคำวินิจฉัยที่ 7/2563 โดยในคำวินิจฉัยที่ 4/2563 เป็นคดีที่มีการร้องและยื่นคำร้องโดยนางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ซึ่งมีสภาพเป็นบุคคลธรรมดา สัญชาติไทย จึงเข้าข่ายบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 3 เรื่อง สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย เช่นเดียวกับ คำวินิจฉัยที่ 7/2563 ที่มีผู้ร้องคือนายวิทเตอวิน จิบเบอ ยูลิซซีส ไมเคิล หรือ จิบเบอ ยูลิซซีส ไมเคิล วิทเตอวิน ซึ่งมีสภาพเป็นบุคคลธรรมดาและได้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอ้างว่าตนเป็นบุคคลสัญชาติไทยโดยกำเนิด ดังนั้น นายวิทเตอวินฯ จึงเข้าข่ายบุคคลที่สามารถได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามหมวด 3 เรื่อง สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สำหรับปัญหาที่ว่า ข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องที่อ้างว่าตนเป็นบุคคลสัญชาติไทยนั้นจะเป็นความจริงหรือไม่ อันเป็นเงื่อนไขที่จะส่งผลให้เขามีสิทธิเสรีภาพของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 3 ได้จริงหรือไม่ นั้น เป็นปัญหาในทางเนื้อหาซึ่งศาลจะได้วินิจฉัยพิจารณาต่อไปหลังจากมีคำสั่งรับคำร้องแล้ว

จากคำวินิจฉัยทั้งสองจะสังเกตได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีการตีความคำว่า “บุคคล” ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213 ให้มีความหมายรวมถึงบุคคลธรรมดา อย่างไรก็ตาม นั่นก็ไม่ได้หมายความว่าคำว่า “บุคคล” ในมาตราดังกล่าวจะถูกจำกัดให้หมายถึง เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น ในทางกลับกันหากพิจารณาจากถ้อยคำ (Grammatische Auslegung) จะพบว่า มาตรา 213 มีการใช้คำว่า “บุคคล” ซึ่งคำ ๆ นี้ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายไว้ 2 ประการ คือ หมายถึง คน (เฉพาะตัว) หรือบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล<sup>3</sup> นั่นก็หมายความว่าถ้อยคำ เปิดกว้างให้คำว่า “บุคคล” สามารถหมายความรวมถึงนิติบุคคลได้ด้วย ประกอบกับ เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ (Teleologische Auslegung) ของมาตรา 213 ที่มุ่ง ประสงค์ที่จะให้สิทธิแก่ประชาชนในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยการกระทำอันไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>4</sup> ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นการสร้างกลไกการต่อสู้ทางศาลเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพที่ได้รับรองคุ้มครองไว้แล้วในหมวด 3 อีกชั้นหนึ่ง และเนื่องจากมีสิทธิเสรีภาพ หลากอย่างในรัฐธรรมนูญซึ่งเมื่อพิจารณาจากตัวเนื้อหาแล้ว เปิดกว้างให้คนสามารถ รวมตัวกันเป็นกลุ่ม และ/หรือ จัดตั้งนิติบุคคลเพื่อใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ เช่น เสรีภาพของกิจการหนังสือพิมพ์และสื่อมวลชนตามมาตรา 35 สิทธิในทรัพย์สิน ตามมาตรา 37 เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 40 และเสรีภาพในการ รวมกันเป็นสมาคม สหกรณ์ สหภาพ องค์กร ชุมชน หรือหมู่คณะอื่นตามมาตรา 42 เป็นต้น โดยสิทธิหรือเสรีภาพของกลุ่มหรือนิติบุคคลดังกล่าวก็อาจจะถูกละเมิดได้ไม่ต่างจากสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลธรรมดา ตัวอย่างเช่น ที่ดินของบริษัท ก อาจถูกเวนคืนได้ ไม่ต่างจากที่ดินของนาย ง ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา การไม่ให้ความ คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของนิติบุคคลนั้น ท้ายที่สุดก็จะส่งผลต่อสิทธิเสรีภาพของ บุคคลธรรมดาที่ได้ใช้สิทธิเสรีภาพก่อตั้งกลุ่มหรือนิติบุคคลนั้นขึ้นมาเพื่อที่จะใช้สิทธิ หรือเสรีภาพในด้านต่าง ๆ ผ่านกลุ่มหรือนิติบุคคลนั้นต่อไป ดังนั้น เพื่อให้กลไกการ คุ้มครองโดยศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการที่จะ

<sup>3</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>.

<sup>4</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562, หน้า 366.

เพิ่มประสิทธิภาพการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้คุ้มครองไว้แล้วในหมวด 3 ได้อย่างเต็มที่และครอบคลุมทุกมิติ การตีความคำว่า “บุคคล” ในมาตรา 213 จึงน่าจะตีความให้ครอบคลุมถึงกลุ่มและนิติบุคคลด้วย ซึ่งการตีความดังกล่าวนี้สอดคล้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยจากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะพิจารณาความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit) ของบุคคลจากความสามารถในการเป็นผู้มีสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsfähigkeit) ของบุคคลนั้น ดังนั้น จึงต้องมาพิจารณาว่านิติบุคคลเข้าข่ายบุคคลที่สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะพบว่า ในบทบัญญัติมาตรา 19 วรรคสาม มีการกำหนดให้ “สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับใช้กับนิติบุคคลในประเทศได้ด้วย เท่าที่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้น โดยตัวของมันเองแล้ว สามารถใช้บังคับกับนิติบุคคลดังกล่าวได้” (Art. 19 (3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.) ซึ่งบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญของเยอรมันมองว่านิติบุคคลก็เป็นบุคคลที่จำเป็นที่จะต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน ดังนั้น นิติบุคคลจึงเข้าข่ายบุคคลที่มีความสามารถที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsfähigkeit) และด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้นิติบุคคลมีความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit) ตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีด้วย โดยความหมายของคำว่า “นิติบุคคล” ตามมาตรา 19 วรรคสาม นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ต่อไปจะเรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์”) ได้ตีความไว้วางมาก คือมิใช่หมายถึงเพียงแค่นิติบุคคลที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB) เท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงกลุ่มคนซึ่งมีได้รวมตัวกันก่อตั้งเป็นนิติบุคคล แต่เป็นการรวมตัวกันเป็นกลุ่มในลักษณะที่ทำให้กลุ่มนั้นมีความเป็นตัวของตัวเอง มีความเป็นอิสระทางกฎหมายจากสมาชิกของกลุ่ม (Rechtliche Verselbständigung) และมีการจัดระเบียบภายในกลุ่มอย่างมั่นคง (Gefestigte innere Organisation) ในระดับหนึ่ง จนสามารถที่จะสร้างและแสดงเจตนารมณ์อันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันออกมาภายนอกได้ เช่น บริษัทที่มีรูปแบบเป็น Offene Handelsgesellschaft ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน

(Handelsgesetzbuch: HGB) และพรรคการเมือง ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มในรูปแบบสมาคมที่ไม่สามารถมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายได้ (Nicht rechtsfähiger Verein) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB) มาตรา 54 ด้วย<sup>5</sup>

คำวินิจฉัยที่ 5/2564 เป็นคำวินิจฉัยที่น่าสนใจเพราะมีความแตกต่างจากสองคำวินิจฉัยที่วิเคราะห์ไว้แล้วข้างต้นตรงที่คำวินิจฉัยนี้เป็นการยื่นคำร้องโดยผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งไม่ได้ร้องว่ามีการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของตนเองแต่เป็นการร้องว่ามี การละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น จึงไม่น่าที่จะเข้าข่ายเป็นผู้ร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ได้ ซึ่งหากนำพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 46 วรรคหนึ่ง และมาตรา 48 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลพร้อมด้วยความเห็นภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องจากผู้ร้อง มาพิจารณาประกอบโดยถี่ถ้วน จะเห็นว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสถานะเป็นผู้ร้องแต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณายื่นคำร้องจากที่ได้รับมาจากผู้ร้องซึ่งก็คือผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง โดยให้ยื่นคำร้องดังกล่าวพร้อมความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินเอง ซึ่งการตีความเช่นนี้สอดคล้องกับการใช้ถ้อยคำในมาตราดังกล่าว ที่มีการใช้ถ้อยคำว่า “คำร้อง” เหมือนกันถึง 2 ครั้งในประโยคเดียวกัน ครั้งแรก คือคำว่า “คำร้อง” ในวลีที่ว่า “ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณายื่นคำร้องพร้อมความเห็น” และครั้งที่สอง คือ คำว่า “คำร้อง” ในวลีที่ว่า “นับแต่วันที่ได้รับคำร้องจากผู้ร้อง” หากบทบัญญัติดังกล่าวต้องการให้คำว่า “คำร้อง” ที่ใช้ในครั้งแรกหมายถึงคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดินเอง ก็ไม่น่าจะใส่คำว่าพร้อมความเห็นมาเพิ่มเติมอีก เนื่องจากในคำร้องนั้น ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง (4) จะต้อง มีเหตุผลสนับสนุน ซึ่งในเหตุผลนั้นโดยปกติก็รวมถึงความเห็นด้วยอยู่แล้ว ดังนั้น การใช้ถ้อยคำในคำวินิจฉัยที่ 5/2564 ที่ระบุว่าผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้ร้อง จึงอาจคลาดเคลื่อนจากการใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมายทั้งในกฎหมายรัฐธรรมนูญเองและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ด้วย ดังนั้น การพิจารณาความสามารถ

<sup>5</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 459/52 เมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 1954; คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 241/56 เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1957; Papier, Krönke, 2020, p. 48.

ในการร้อง (Beschwerdefähigkeit) จึงต้องพิจารณาจากผู้ที่มีสถานะผู้ร้องตัวจริง ในคดีนี้ ซึ่งก็คือกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ซึ่งคำวินิจฉัย ระบุว่าเป็นผู้ร้องเรียน ทั้งนี้ จะขอแยกพิจารณา ดังนี้

### ก. กระทรวงคมนาคม

จากที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วข้างต้นว่า คำว่า “บุคคล” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 นั้น มีความหมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย ส่งผลให้กระทรวงคมนาคมซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 7 (2) เข้าข่ายเป็น “บุคคล” ตามมาตรา 213 อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกระทรวงคมนาคม เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน จึงมีปัญหามาว่ากระทรวงคมนาคมเข้าข่าย เป็นบุคคลที่สามารถที่จะมีสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองที่อาจจะถูกละเมิดได้ ด้วยหรือไม่

นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หากพิจารณาจากมุมมองของกฎหมาย รัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยปกติไม่จัดว่าเป็นบุคคลที่สามารถที่จะได้รับความคุ้มครอง สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsfähigkeit) ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ถึงแม้รัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 19 วรรคสาม จะกำหนดให้บทบัญญัติเกี่ยวกับ สิทธิขั้นพื้นฐานใช้บังคับกับนิติบุคคลได้ด้วยก็จริง แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้วินิจฉัยเป็นหลักไว้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน ด้วยความเป็นตัวตนของมันเองแล้ว ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนได้<sup>6</sup> โดยให้เหตุผล ซึ่งสามารถสรุปเป็นสาระสำคัญได้ 3 ข้อ ดังนี้

<sup>6</sup> อาทิ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 578/63 เมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 1967; คำวินิจฉัย ที่ 1 BvR 775/84 เมื่อวันที่ 14 เมษายน ค.ศ. 1987 ทั้งนี้ ยกเว้นในกรณีที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ที่เมื่อพิจารณาจากภาระหน้าที่ที่กฎหมายมอบหมายให้นิติบุคคลดังกล่าวดำเนินการแล้ว จัดอยู่ใน บริบทของการดำเนินชีวิตที่ได้รับการคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งใน บริบทดังกล่าว นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนจะมีความเป็นอิสระจากรัฐ เช่น มหาวิทยาลัยซึ่งตาม กฎหมายเยอรมันมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน สามารถได้รับความคุ้มครองเสรีภาพ ในความรู้ การวิจัย และการสอนได้ ตามมาตรา 5 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมัน หรือ สถานีโทรทัศน์บางช่องซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน สามารถได้รับ ความคุ้มครองเสรีภาพทางวิทยุโทรทัศน์ ตามมาตรา 5 วรรคสอง ประโยคที่ 2 ของรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ (เปรียบเทียบ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvF 1/68, คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 702/68 เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1971)

(1) สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองนั้นล้วนมีศักดิ์ศรีของความ เป็นมนุษย์ (Menschenwürde) เป็นแก่น<sup>7</sup> มนุษย์บุคคลธรรมดาจึงเข้าข่าย บุคคลที่สามารถที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsfähigkeit) ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ การที่กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 19 วรรคสาม กำหนดให้ขยายความสามารถในการได้รับความคุ้มครอง สิทธิขั้นพื้นฐานไปยังนิติบุคคลด้วยนั้น มีเหตุผลที่สำคัญเหตุผลหนึ่ง คือ ต้องการที่จะ ขยายการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้ครอบคลุมทั่วถึง กล่าวคือ มิเพียงแคให้ ความคุ้มครองในกรณีที่บุคคลธรรมดาแต่ละคนใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของตนเองเท่านั้น แต่ยัง รวมถึงกรณีที่บุคคลธรรมดาใช้สิทธิเสรีภาพรวมตัวกันและใช้สิทธิเสรีภาพของตนผ่าน กลุ่มหรือนิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นมาด้วย สำหรับนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้น มีความแตกต่างจากนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนตรงที่มีใช่เป็นกลุ่มที่บุคคลธรรมดา รวมตัวกันก่อตั้งขึ้นมาโดยการใช้สิทธิเสรีภาพของตนและการกระทำของนิติบุคคล ตามกฎหมายมหาชนไม่ได้เป็นการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลธรรมดาผ่านนิติบุคคล ซึ่งการขาดบุคคลธรรมดาที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคลนั้นเป็นเสมือนการขาดรากฐาน ของการได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ (Lehre vom personalen Substrat/ “Durchgriff”- Argument)<sup>8</sup>

(2) นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ และตามกฎหมาย รัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 1 วรรคสาม รัฐ ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เป็นผู้มีหน้าที่ต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งผู้ที่มีหน้าที่ต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtspflichtigkeit) จะเป็นผู้ที่สามารถที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้น พื้นฐาน(Grundrechtsfähigkeit) ในเวลาเดียวกันไม่ได้ (Konfusionsargument)<sup>9</sup>

(3) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญมีรากฐานมาจากการที่ บุคคลถูกรัฐจำกัดและละเมิดสิทธิเสรีภาพในอดีต โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีการละเมิด สิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างรุนแรงและกว้างขวางในสมัยที่เยอรมันถูกปกครอง โดยระบอบชาติสังคมนิยม (Nationalsozialismus) หรือระบอบ Nazi โดยมี

<sup>7</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 426/02 เมื่อวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 2003; Dürig, 1956, pp. 119 ff.; สำหรับความเห็นต่างโปรดดู Herdegen, 2020, marginal no. 21 ff.

<sup>8</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 578/63 เมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 1967.

<sup>9</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 578/63 เมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 1967.

Adolf Hitler เป็นผู้นำ การที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ การกระทำของนิติบุคคลดังกล่าวจึงเกิดขึ้นเพราะเป็นหน้าที่หรืองานของรัฐและ เป็นไปเพียงเพื่อทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในหน้าที่หรืองานของรัฐเท่านั้น มิได้เกิดขึ้น เพราะการใช้สิทธิเสรีภาพของตน ทำให้นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่ตกอยู่ใน สภาพที่จะโดนรัฐจำกัดและละเมิดเสรีภาพเช่นเดียวกับเอกชน (Fehlen einer grundrechtsspezifischen Gefährdungslage)<sup>10</sup> กล่าวโดยสรุป คือ การบัญญัติ สิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นในรัฐธรรมนูญเพื่อต้องการจัดการปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ กับประชาชนเท่านั้น สำหรับปัญหาความขัดแย้งภายในฝ่ายรัฐเอง ต้องไปพิจารณา ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งอำนาจหน้าที่ (Kompetenzverteilung)<sup>11</sup>

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยวิเคราะห์จาก ถ้อยคำ ระบบ และเจตนารมณ์ จะเห็นว่า น่าจะได้ผลลัพธ์ที่ไม่ต่างจากกฎหมาย รัฐธรรมนูญเยอรมัน กล่าวคือ ถึงแม้ว่าในบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ในหมวดที่ 3 จะมีการใช้ถ้อยคำว่า “บุคคล” ซึ่งอาจหมายรวมถึงนิติบุคคลตามกฎหมาย มหาชนด้วยก็ได้ แต่ในมาตรา 25 ซึ่งเป็นมาตราแรกของหมวดที่ 3 ได้ใช้ถ้อยคำ ขึ้นต้นมาตราในวรรคที่หนึ่งระบุอย่างชัดเจนว่ากำลังกล่าวถึง “สิทธิเสรีภาพของ ปวงชนชาวไทย” และมีการขยายความไว้อีกว่า “นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่ไม่ได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตาม รัฐธรรมนูญ” จากรูปประโยคดังกล่าว จะเห็นว่าคำว่า “บุคคล” ทำหน้าที่เป็น คำสรรพนามแทนคำว่า “ปวงชนชาวไทย” และหากพิจารณาจากระบบของ รัฐธรรมนูญจะเห็นว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 25 ถึง 49 นั้น จัดอยู่ในหมวดที่ 3 ซึ่งเป็นหมวดที่ว่าด้วยเรื่อง “สิทธิเสรีภาพของ ปวงชนชาวไทย” ในจุดนี้อาจมีความเห็นแย้งขึ้นมาได้ว่ารัฐก็มีความเป็นไทยเช่นกัน แต่เมื่อพิจารณาต่อไปจะเห็นว่า รัฐธรรมนูญแยกคำว่า “ปวงชนชาวไทย” และ “รัฐ” ออกจากกัน อันจะเห็นได้จากการกำหนดหน้าที่ของปวงชนชาวไทยไว้ในหมวดที่ 4 แยกออกจากหน้าที่ของรัฐในหมวดที่ 5 ดังนั้น หากรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้สิทธิ

<sup>10</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 108/73 1 BvR 424/73 และ 1 BvR 226/74 เมื่อวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 1977.

<sup>11</sup> Sachs, 2021, marginal no. 91.

เสรีภาพแก่รัฐด้วย ก็น่าจะกำหนดหัวข้อหมวดที่ 3 ว่า “สิทธิเสรีภาพ” โดยไม่ใช้คำว่า “ของปวงชนชาวไทย” มาขยาย หรือหากจะขยายก็น่าจะเพิ่มถ้อยคำว่า “และของรัฐ” ต่อข้างท้ายคำว่า “สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” ไว้ด้วย การที่ระบบของรัฐธรรมนูญรู้จักความแตกต่างระหว่างคำว่า “ปวงชนชาวไทย” และคำว่า “รัฐ” แต่ก็ยังกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ โดยระบุหัวข้อว่า “สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” การกระทำเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยเท่านั้น มิได้รวมถึงสิทธิเสรีภาพของรัฐด้วย ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญได้แสดงไว้ในคำปรารภซึ่งกล่าวถึง “การรับรอง ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” อย่างไรก็ตาม ในคำปรารภนั้นก็ยังมี การแสดงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ประสงค์ที่จะ “จัดระเบียบและสร้างความเข้มแข็งแก่การปกครองประเทศขึ้นใหม่โดยการจัดโครงสร้างของหน้าที่และอำนาจขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ และสัมพันธภาพระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารให้เหมาะสม” และกำหนดให้องค์กรอิสระและศาลมีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ จากการใช้ถ้อยคำในการแสดงเจตนารมณ์เหล่านี้แสดงให้เห็นว่าสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรหรือฝ่ายต่าง ๆ ในภาครัฐนั้น รัฐธรรมนูญได้จัดระเบียบไว้ในบทบัญญัติซึ่งเกี่ยวกับโครงสร้างหน้าที่และอำนาจ ซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมัน ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่าตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานมุ่งจัดการปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับรัฐ ส่วนปัญหาความสัมพันธ์ภายในภาครัฐเอง รัฐธรรมนูญได้วางระเบียบไว้ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งอำนาจหน้าที่แล้ว

จากการวิเคราะห์ข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่เข้าข่ายบุคคลที่มีความสามารถที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งสอดคล้องกับหลักการตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน ดังนั้นกระทรวงคมนาคม ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและเป็นส่วนหนึ่งของภาครัฐ จึงไม่เข้าข่ายบุคคลที่มีความสามารถที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และด้วยเหตุนี้ จึงไม่มีความสามารถในการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 ซึ่งหากพิจารณาคำวินิจฉัยที่ 5/2564 ให้ถ้อยคำจะพบว่า ถึงแม้ว่ากระทรวงคมนาคม (และการรถไฟแห่งประเทศไทย) ได้ร้องว่าตนถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ แต่ก็ได้

กล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญข้อใด เพียงแต่อ้างว่ามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่เป็นปัญหาในคดี ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 25 วรรคสาม มาตรา 188 และมาตรา 197 ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อกล่าวอ้างดังกล่าวให้ตี จะพบว่า มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 188 และ มาตรา 197 เพียงแต่กล่าวถึงเรื่องของการที่ภาครัฐ ซึ่งรวมถึงศาลปกครอง ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายหลักของประเทศ มิได้กำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแต่อย่างใด ส่วนมาตรา 25 วรรคสาม ก็กล่าวถึงเฉพาะสิทธิในการยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล ของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐมิได้จัดเป็นบุคคลที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองดังกล่าว ตามที่ได้วิเคราะห์ไว้ข้างต้น ดังนั้น ถึงแม้ว่ามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจะชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญก็ตาม กระทรวงคมนาคมก็ไม่สามารถร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 ได้

#### ข. การรถไฟแห่งประเทศไทย

พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 7 บัญญัติให้การรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นนิติบุคคล ดังนั้น การรถไฟแห่งประเทศไทยจึงเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกับกระทรวงคมนาคม ทำให้ไม่เข้าข่ายบุคคลที่สามารถที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและไม่สามารถร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 ได้ อย่างไรก็ตาม การที่พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 9 (10) ได้ให้อำนาจแก่การรถไฟแห่งประเทศไทยในการจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับกิจการรถไฟและธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องกับกิจการรถไฟได้ อาจเกิดปัญหาตามมาในอนาคตได้ว่าบริษัทที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเหล่านี้สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยรัฐธรรมนูญและสามารถเป็นผู้ร้องว่าถูกละเมิดตามรัฐธรรมนูญมาตรา 213 ได้หรือไม่ กรณีดังกล่าวอาจเทียบเคียงได้กับกรณีการรถไฟเยอรมัน (Deutsche Bahn AG) ซึ่งถูกแปลงสภาพให้เป็นบริษัทมหาชน (Aktiengesellschaft: AG) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1994 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีความเห็นในคำวินิจฉัยที่ 2 BvE 2/11 เมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 2017 สรุปได้ว่า ถึงแม้ว่าในปัจจุบันการรถไฟเยอรมันจะเป็นบริษัทจำกัดซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน แต่เนื่องจาก

ปัจจุบันรัฐบาลแห่งสหพันธ์เป็นผู้ถือหุ้น 100% ของบริษัทดังกล่าว ส่งผลให้การกระทำใด ๆ ของบริษัทดังกล่าว มิใช่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นและเป็นไปเนื่องจากการใช้สิทธิเสรีภาพ แต่เป็นการกระทำที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่หรืองานของรัฐ บริษัทการรถไฟเยอรมันจึงไม่จัดเป็นบุคคลที่สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ในทางตรงกันข้าม บริษัทดังกล่าวจัดเป็นผู้มีหน้าที่ต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรง (Unmittelbare Grundrechtsbindung) เช่นเดียวกันกับรัฐซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าว สำหรับบริษัทที่มีทั้งรัฐและเอกชนเป็นผู้ถือหุ้น (Gemischtwirtschaftliches Unternehmen) เช่น บริษัท Fraport AG ที่จัดการดูแลท่าอากาศยานแฟรงก์เฟิร์ต อัม ไมน์ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 699/06 เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 สรุปได้ว่า หากรัฐเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ และเมื่อพิจารณาจากความรับผิดชอบโดยรวมสำหรับบริษัทแล้ว พบว่า รัฐมีอำนาจควบคุมบริษัทนั้น การกระทำใด ๆ ของบริษัทดังกล่าว จะไม่จัดเป็นการกระทำของเอกชนที่เกิดขึ้นและเป็นไปด้วยการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนเองโดยมีรัฐเข้าร่วม แต่จะจัดเป็นการกระทำของรัฐที่มีเอกชนเข้าร่วม ดังนั้น บริษัทดังกล่าวจึงจัดเป็นผู้มีหน้าที่ต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรงเช่นเดียวกันกับรัฐ และด้วยเหตุนี้ จึงทำให้บริษัทดังกล่าวไม่สามารถอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานของตนใช้ต่อสู้กับประชาชนได้

## 2) สิ่งหรือการกระทำที่ถูกร้อง (Beschwerdegegenstand)

จากคำวินิจฉัยที่ 4/2563 7/2563 และ 5/2564 จะเห็นว่าผู้ร้องในทั้งสามคดีได้ร้องการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่เกิดจากการใช้อำนาจทั้งสามของรัฐทั้งสิ้น โดยในคำวินิจฉัยที่ 4/2563 นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ได้ร้องว่าถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ซึ่งเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ในคำวินิจฉัยที่ 7/2563 นายวิทเทอวิน จิบเบอ ยูลิชชีส ไมเคิล หรือ จิบเบอ ยูลิชชีส ไมเคิล วิทเทอวิน ได้ร้องว่าถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากคำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ 115/2546 และหนังสือคำสั่งของผู้บัญชาการสำนักตรวจคนเข้าเมือง ลงวันที่ 2 พฤษภาคม 2561 ซึ่งคำสั่งทั้งสองเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร และในคำวินิจฉัยที่ 5/2564 กระทรวงคมนาคม และการรถไฟยื่นร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินว่าถูกละเมิดสิทธิจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นการร้องการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและมีคำสั่งให้รับคำร้องดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า

ศาลรัฐธรรมนูญตีความคำว่า “การกระทำ” ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ให้หมายความรวมถึงการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ด้วย ซึ่งการตีความในส่วนนี้สอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมัน โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a จะเห็นว่า มีการกำหนดให้ร้องได้เฉพาะการละเมิดสิทธิที่เกิดจากอำนาจของรัฐ ซึ่งหมายถึงการกระทำใด ๆ ของอำนาจทั้งสาม คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ทั้งนี้ ศาลและเสียงส่วนใหญ่ในวงวิชาการกฎหมายเห็นว่า อำนาจรัฐดังกล่าวโดยปกติแล้ว จะต้องเป็นอำนาจรัฐของเยอรมันเท่านั้น<sup>12</sup> เนื่องจาก รัฐธรรมนูญเยอรมันมีผลผูกพันเฉพาะเพียงแค่อำนาจรัฐของเยอรมัน นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 1 วรรคสาม ยังกำหนดให้ สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันเฉพาะต่ออำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เท่านั้น ดังนั้น ผู้ที่สามารถจะกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวได้จึงต้องเป็นผู้ที่มีหน้าที่ผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวด้วย<sup>13</sup>

สำหรับกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย รัฐธรรมนูญ มาตรา 213 มิได้มีการจำกัดว่าการละเมิดสิทธิขั้นจะต้องเกิดจากการกระทำซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐ อย่างไรก็ตาม มาตรา 213 ได้มอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการร้องละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ได้ และในพระราชบัญญัติดังกล่าว มีการกำหนดไว้ในมาตรา 47 จำกัดให้มีการร้องได้เฉพาะกรณีที่เกิดจากการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพเกิดจากการกระทำของหน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐ เท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีกรณียกเว้นมิให้มีการร้องในบางกรณี ถึงแม้ว่ากรณีนั้นจะเป็นกรณีที่เข้าข่ายการใช้อำนาจรัฐโดยหน่วยงานของรัฐด้วยก็ตาม เช่น กรณีที่เกิดจากการกระทำของรัฐบาล (มาตรา 47 (1)) เป็นต้น ซึ่งการยกเว้นการกระทำดังกล่าวมิให้เป็นกรณียกเว้นที่สามารถถูกร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา

<sup>12</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยขยายขอบเขตของการกระทำที่สามารถร้องได้นี้ โดยให้สามารถร้องการกระทำใด ๆ ของสหภาพยุโรป ได้ด้วย เนื่องจากการกระทำเหล่านั้นกระทบต่อผู้สิทธิขั้นพื้นฐานในประเทศเยอรมัน-กรณาดู ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 2134/92 และ 2 BvR 2159/92 เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1993; Wieland, 2018, margin no. 92.

<sup>13</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 95/51 เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1951; Walter, 2020, margin no. 343.

213 ได้ หากพิจารณาเฉพาะถ้อยคำในตัวมาตรา 213 โดยผิวเผิน ก็อาจจะสรุปได้ว่าไม่มีปัญหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากพิจารณาถ้อยคำจากเจตนารมณ์ของมาตรา 213 ประกอบกับความสัมพันธ์ของมาตรา 213 มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตราทั้งหลายในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญ อาจจะได้ผลสรุปในทางตรงกันข้ามก็เป็นได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากยังไม่มีคำวินิจฉัยปัญหาความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญของมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 การวิเคราะห์ในเรื่องดังกล่าวจึงอยู่นอกเหนือจุดประสงค์ในการจัดทำบรรทัดฐานคดีรัฐธรรมนูญของบทความนี้ ดังนั้นจึงขอที่จะไม่วิเคราะห์เรื่องดังกล่าว ณ ที่นี้

### 3) สิทธิในการร้อง (Beschwerdebefugnis)

สิทธิในการร้อง (Beschwerdebefugnis) เป็นเงื่อนไขที่มีความคล้ายคลึงกับความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit) กล่าวคือ เป็นเงื่อนไขที่พิจารณาจากตัวบุคคลผู้ยื่นคำร้อง แต่มีความแตกต่างกันตรงที่ความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit) เป็นเงื่อนไขเบื้องต้นที่พิจารณาความสามารถทั่วไปในการร้องเท่านั้น โดยจะพิจารณาว่าผู้ร้องเข้าข่ายบุคคลที่มีความสามารถที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่อาจจะถูกละเมิดหรือไม่ สำหรับสิทธิในการร้อง จะต้องนำสิ่งหรือการกระทำที่ถูกร้อง (Beschwerdegegenstand) ที่พิจารณาไปแล้วข้างต้นว่าเป็นสิ่งที่สามารถร้องได้ มาพิจารณาด้วย ว่าการกระทำดังกล่าวจัดเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพ อันจะทำให้เกิดสิทธิในการร้อง (Beschwerdebefugnis) หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a จะเห็นว่า มาตราดังกล่าวได้จำกัดสิทธิในการร้องไว้เฉพาะแก่บุคคลที่อ้างว่าตนถูกละเมิดในสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามมาตรา 20 วรรค 4 มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104 ของตนโดยอำนาจรัฐเท่านั้น ซึ่งหมายความว่า สิทธิในการร้องขึ้นอยู่กับ การอ้างว่ามีการละเมิดสิทธิของผู้ร้องจากสิ่งหรือการกระทำที่ถูกร้อง (Beschwerdegegenstand) โดยการอ้างนั้นจะต้องไม่ได้เป็นเพียงแต่การอ้างอย่างลอย ๆ แต่ผู้ร้องจะต้องให้การอย่างละเอียดพร้อมด้วยหลักฐานยืนยันค่าให้การดังกล่าวให้เพียงพอให้ผู้พิจารณาจะสามารถสรุปจากค่าให้การนั้นได้ว่า มีความเป็นไปได้ว่ามีการละเมิดสิทธิเกิดขึ้น (Möglichkeit der Grundrechtsverletzung) ซึ่งการละเมิดสิทธิดังกล่าวจะต้องเป็นการละเมิด

สิทธิของผู้ร้องเอง (Selbstbetroffenheit) เป็นการละเมิดสิทธิที่ยังคงเป็นปัจจุบัน (Gegenwärtige Betroffenheit) และเป็นการละเมิดสิทธิโดยตรง (Unmittelbare Betroffenheit) จากสิ่งหรือการกระทำที่ถูกร้อง (Beschwerdegegenstand)<sup>14</sup>

หากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 213 จะเห็นว่า มีการเขียนไว้แคบกว่า โดยกำหนดให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้เท่านั้นที่สามารถเป็นบุคคลที่มีสิทธิยื่นคำร้องต่อ ศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งต่างจากในรัฐธรรมนูญเยอรมันที่กำหนดให้การที่บุคคลอ้างว่า มีการละเมิดสิทธิของตนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลนั้นมีสิทธิในการร้องได้ แต่อย่างไร ก็ก็ตาม หากตีความมาตรา 213 ตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดเกินไปว่าผู้ถูกละเมิด เท่านั้นที่มีสิทธิที่จะร้องได้ จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาในเนื้อหาของทุก ๆ คดีที่มีการยื่นต่อศาลว่าท้ายที่สุดแล้วมีการละเมิดเกิดขึ้นจริงหรือไม่ก่อนที่จะสามารถ วินิจฉัยได้ว่าศาลจะพิจารณารับคำร้องไว้ได้หรือไม่ อันจะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญต้อง เสียพลังงาน ความสามารถ และเวลาไปกับทุก ๆ คดีที่เข้ามา แทนที่จะได้ใช้สิ่งเหล่านั้น อย่างคุ้มค่าให้เป็นไปเพื่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ ตาม มาตรา 213 และเพื่อแก้ไขความขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญในเรื่องอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้อย่างแท้จริง การตีความในลักษณะดังกล่าวจึงอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อ ประสิทธิภาพการทำงานของศาลรัฐธรรมนูญทั้งระบบ และท้ายที่สุดก็จะเป็นการ ขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ที่ประสงค์จะสร้างกลไกการพิจารณาคดี โดยศาลรัฐธรรมนูญเพื่อรองรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้คุ้มครอง ไว้แล้วในหมวดที่ 3 ซึ่งหากกลไกดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพก็ไม่สามารถให้การ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วยเช่นกัน ดังนั้น ถึงแม้ว่าบทบัญญัติ มาตรา 213 จะใช้ถ้อยคำที่เข้มงวดกว่าในรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่เมื่อพิจารณาจากระบบของรัฐธรรมนูญและเจตนารมณ์ของมาตรา 213 แล้ว อาจตีความได้ในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ การกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ เพียงพอที่จะก่อให้เกิดสิทธิในการร้องได้ ซึ่งในคำวินิจฉัยที่ 4/2563 7/2563 และ 5/2564 ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้มีคำวินิจฉัยที่สอดคล้องกับตีความในลักษณะนี้เช่นกัน โดยศาลจะพิจารณาในเบื้องต้นจากคำกล่าวอ้างในคำร้องก่อนว่าผู้ร้องเป็นบุคคล

<sup>14</sup> อาทิ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1170/90, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1174/90, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1175/90 เมื่อวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1991; Detterbeck, 2021, marginal no. 88 ff.

ซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพจากสิ่งหรือการกระทำที่ร้องหรือไม่ ก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาในเนื้อหาว่ามีถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพเกิดขึ้นจริงหรือไม่

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยทั้ง 3 ของศาลรัฐธรรมนูญต่อไปในส่วนของ การพิจารณาเบื้องต้นว่าจะมีการรับคำร้องเข้ามาพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาต่อไปหรือไม่ นั้น จะพบว่า ในคำวินิจฉัยที่ 7/2563 ศาลได้พิจารณาว่าตนมีอำนาจรับ คำร้องไว้ เพราะเห็นว่า “ผู้ร้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรง และได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากคำสั่งหรือการกระทำดังกล่าว ทั้งการละเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่ กรณีจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ประกอบ[กับ]พระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 46 วรรคหนึ่ง” เมื่อพิจารณาจากคำร้องจะเห็นว่า นายวิทเทอวิน จิบเบอ ยูลิชชีส ไมเคิล หรือ จิบเบอ ยูลิชชีส ไมเคิล วิทเทอวิน ผู้ร้อง กล่าวอ้างว่าตนเป็นคนสัญชาติไทยโดยการเกิด และ คำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ 115/2546 และหนังสือคำสั่งของผู้บัญชาการสำนักงาน ตรวจคนเข้าเมืองที่ไม่อนุญาติให้บันทึกข้อมูลเพิ่มเติมเพื่ออนุญาตให้ตนเข้ามาใน ราชอาณาจักร ชัดหรือแย้งต่อมาตรา 39 การกล่าวอ้างดังกล่าวเป็นการกล่าวอ้างว่า มีการละเมิดสิทธิตามมาตรา 39 ของตัวผู้ร้องเอง เนื่องจากหากกล่าวอ้างเรื่อง สัญชาติของผู้ร้องเป็นความจริง ผู้ร้องก็มีสิทธิตามมาตรา 39 และโดยที่คำสั่งทั้งสอง ซึ่งเมื่อพิจารณาโดยเนื้อหาแล้ว เป็นการห้ามไม่อนุญาติให้ผู้ร้องเดินทางเข้ามา ในประเทศไทย ดังนั้น จากการอ้างนี้ จึงมีความเป็นไปได้ที่ผู้ร้องจะถูกละเมิดสิทธิ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 39 วรรคหนึ่ง ที่ห้ามมิให้ห้ามผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาใน ราชอาณาจักร ดังนั้น การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้จึงสอดคล้องกับ หลักการในกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน ที่กำหนดให้ผู้ร้องมีสิทธิร้องได้เฉพาะกรณี ที่เป็นการละเมิดสิทธิของตนเท่านั้น (Selbstbetroffenheit) ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวนี้ ถูกกำหนดอยู่ในตัวบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จากถ้อยคำ ในมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a ที่ว่า “...คำร้องทางรัฐธรรมนูญ ที่สามารถถูกยื่น โดยบุคคลใดๆ คน ที่อ้างว่าตนถูกละเมิดในสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตาม มาตรา 20 วรรค 4 มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104 ของตน...” โดยการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีความประสงค์ที่จะสร้างคำร้องทางรัฐธรรมนูญตาม

มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a ให้เป็นกลไกหรือเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเฉพาะบุคคลอย่างแท้จริงเท่านั้น และมีประสงค์ที่จะสร้างคำร้องดังกล่าวให้เป็นกลไกหรือเครื่องมือทั่วไปในการตรวจสอบว่าการกระทำใด ๆ ของรัฐเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>15</sup> กล่าวคือ หากมิใช่บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ ถึงแม้ว่าจะมีการกระทำซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่คุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ บุคคลนั้นก็ไม่มีสิทธิที่จะร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a ซึ่งต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งรัฐบาวาเรีย (Verfassung des Freistaates Bayern) มาตรา 98 ประโยคที่ 4 ประกอบกับ มาตรา 55 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของพระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งรัฐบาวาเรีย (Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof: VfGHG) ที่กำหนดให้บุคคลใด ๆ คน (Jedermann) ในความหมายว่าผู้ใดก็ได้ (quavis ex populo) สามารถร้องว่ากฎหมายของรัฐบาวาเรียมีการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งรัฐบาวาเรียได้ (Art. 55 Popularklage (1) 1Die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsvorschrift des bayerischen Landesrechts kann jedermann durch Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof geltend machen. ...) นอกจากนี้ คำวินิจฉัยที่ 7/2563 ยังสอดคล้องกับหลักการตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ว่า การละเมิดสิทธิจะต้องเป็นการละเมิดสิทธิโดยตรง (Unmittelbare Betroffenheit) จากสิ่งหรือการกระทำที่ถูกร้อง (Beschwerdegegenstand) เพราะจากคำกล่าวอ้างในคำร้องของผู้ร้อง นายวิทเตอีนฯ ผู้ร้องมิได้รับอนุญาตให้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเนื่องจากคำสั่งทั้งสอง การถูกละเมิดสิทธิ มาตรา 39 ที่ผู้ร้องได้กล่าวอ้าง จึงเป็นผลโดยตรงจากคำสั่งทั้งสอง อีกประการหนึ่ง คำวินิจฉัยที่ 7/2563 มีความสอดคล้องกับหลักการที่ว่า การละเมิดสิทธิจะต้องเป็นการละเมิดสิทธิที่ยังคงเป็นปัจจุบัน (Gegenwärtige Betroffenheit) ซึ่งหมายความว่า การละเมิดสิทธิโดยการกระทำที่ถูกร้องนั้น ต้องเกิดขึ้นแล้วและยังคงมีอยู่ เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยที่ 7/2563 จะพบว่า ในขณะที่มีการยื่นคำร้องนั้น คำสั่งทั้งสองมีผลแล้วและยังคงมีผลอยู่ ส่งผลให้การถูกละเมิดนั้นเกิดขึ้นแล้วและยังคงมีผลอยู่เช่นกัน

<sup>15</sup> Walter, 2020, marginal no. 350; Kluckert, 2022, marginal no. 52 f.

สำหรับคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณา วินิจฉัย ซึ่งก็หมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง มีสิทธิในการร้อง (Beschwerdebefugnis) โดยในคดีนี้ นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง มีคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีการร้องขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า (1) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และมาตรา 28 และ (2) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77 ซึ่งหากพิจารณาจากการใช้ถ้อยคำในการเขียนคำร้องรวมถึงเหตุผลที่ผู้ร้องกล่าวอ้างในคำร้อง จะสังเกตได้ว่ามีความแตกต่างกับ คำร้องในคำวินิจฉัยที่ 7/2563 กล่าวคือ นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง ต้องการให้มีการตรวจสอบความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีการอ้างว่ามีการละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพของตนแต่อย่างใด กรณีนี้จึงน่าจะจะไม่เข้าข่ายการร้องการละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพของผู้ร้องเอง (Keine Selbstbetroffenheit) อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงตามคำร้องโดยไม่ยึดติดกับถ้อยคำ<sup>16</sup> รวมถึงเหตุผลที่ผู้ร้อง

<sup>16</sup> การพิจารณาตีความ (Auslegung) หรือ แปลความ (Umdeutung) คำร้องโดยไม่ยึดติดกับถ้อยคำ เป็นหลักทั่วไปในกฎหมายวิธีพิจารณาของเยอรมัน ทั้งที่มีการบัญญัติไว้ เช่น มาตรา 88 แห่งกฎหมายว่าด้วยระเบียบศาลปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung) และได้มีการบัญญัติไว้ อย่างชัดเจน ในกรณีหลังจะมีการนำหลักการตีความในกฎหมายแพ่งมาใช้แทน ตัวอย่างเช่น การพิจารณาตีความ (Auslegung) หรือ แปลความ (Umdeutung) คำร้องในคดีแรงงาน ศาลแรงงาน แห่งสหพันธ์ในคำพิพากษาที่ 7 AZR 459/10 เมื่อวันที่ 13 มิถุนายน ค.ศ. 2012 ได้มีวินิจฉัยเป็นหลักไว้ว่า “สำหรับคำร้องทั้งหลายในคำฟ้อง ในกรณีที่ยังมีข้อสงสัย ให้ตีความว่าผู้ฟ้องต้องการ ในสิ่งที่ เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายแล้ว เป็นสิ่งที่ เป็นเหตุเป็นผล และเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับ สถานการณ์แห่งผลประโยชน์ที่พิจารณาด้วยความเข้าใจที่ถูกต้องแล้ว ดังนั้น การทำความเข้าใจใน คำร้องจึงต้องไม่ยึดติดกับถ้อยคำตัวหนังสือที่ใช้ ศาลจะต้องเป็นผู้เสาะหาเจตนารมณ์ที่ได้แสดงไว้ ซึ่งพบได้ในเหตุผลประกอบคำฟ้อง เป้าหมายของกระบวนการ และสถานการณ์แห่งผลประโยชน์ โดยให้นำหลักการตีความ (มาตรา 133, 157 ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) สำหรับการแสดง เจตนารมณ์ตามกฎหมายมาใช้ในการตีความคำร้องทั้งหลายในคำฟ้อง” (“... Klageanträge sind so auszulegen, dass im Zweifel das gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der richtig verstandenen Interessenlage entspricht. Für das Verständnis eines Klageantrags ist deshalb nicht am buchstäblichen Wortlaut des Antrags zu haften. Das Gericht hat den erklärten Willen zu erforschen, wie er aus der Klagebegründung, dem Prozessziel und der Interessenlage hervorgeht. Die für Willenserklärungen geltenden Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) sind für die

ให้ประกอบคำร้องในเรื่องของความไม่ชอบธรรมของมาตราดังกล่าว จะพบว่า ตัวผู้ร้องเอง เข้าข่ายผู้ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และ 28 จากมาตรา 301 และ 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเช่นกัน เนื่องจากผู้ร้องเป็น บุคคลธรรมดาเพศหญิง และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 กำหนดโทษอาญา เฉพาะแก่ผู้หญิง ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้ที่มาตราดังกล่าวจะละเมิดสิทธิของผู้ร้อง ในเรื่องความเสมอภาคของหญิงและชาย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคสอง และเนื่องจากมาตราดังกล่าวมีการกำหนดระวางโทษจำคุกด้วย จึงมีความเป็นไปได้ ที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของผู้ร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 สำหรับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 นั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นการให้คุณแก่ ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เช่นตัวผู้ร้องเอง แต่ก็มีกำหนดเงื่อนไขของการกระทำ ที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีความผิด (ใน (1) และ (2) ของมาตราดังกล่าว) ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้ที่มาตราดังกล่าวจะละเมิดสิทธิของผู้ร้องในเรื่องความเสมอภาค ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความเสมอภาคระหว่าง ผู้ร้องกับแพทย์คนอื่น ๆ นอกจากนี้ เนื่องจากได้มีการจับกุมผู้ร้องตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 302 ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับมาตรา 301 และในการดังกล่าวมิได้มีการใช้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ต่อผู้ร้อง จึงมีความเป็นไปได้ว่าการกระทำ ดังกล่าวจะเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของผู้ร้องตาม มาตรา 27 วรรคหนึ่ง อีกด้วย ซึ่งข้อสรุปจากการพิจารณาข้อเท็จจริงในคำร้อง โดยไม่ยึดติดกับถ้อยคำและเหตุผลของผู้ร้องเหล่านี้ เพียงพอที่จะสามารถพิจารณา ได้ว่า มีความเป็นไปได้ที่ผู้ร้องจะถูกละเมิดในสิทธิหรือเสรีภาพของตัวเอง (Selbstbetroffenheit) นอกจากนี้ การกล่าวอ้างตามคำร้องยังเป็นการอ้างว่า การละเมิดสิทธิดังกล่าวยังคงเป็นปัจจุบันอยู่ (Gegenwärtige Betroffenheit) เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และ 305 ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ ณ วันที่มีการยื่นคำร้อง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสิ่งที่ผู้ร้องร้องว่าเป็นสิ่งที่ละเมิดสิทธิ ของตนนั้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงมีปัญหาคือตามมาว่า การละเมิดสิทธิที่

---

Auslegung von Klageanträgen heranzuziehen. ...”) ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญแห่งรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์เองก็ได้มีการวางหลักการตีความคำร้องในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ในการตีความ คำร้องนั้น ต้องไม่ยึดติดกับคำร้องที่เขียนขึ้นมา แต่ที่สำคัญจะต้องหาเป้าหมายของการยื่นร้องขอ ความคุ้มครองทางกฎหมายนั้น โดยพิจารณาจากคำให้การทั้งหมดในคำร้องนั้น (ศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1126/11 เมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 2014).

กล่าวอ้างว่าเกิดขึ้นและยังคงมีอยู่นั้น เป็นการละเมิดสิทธิโดยตรง (Unmittelbare Betroffenheit) จากสิ่งหรือการกระทำที่ถูกร้อง (Beschwerdegegenstand) หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาตามหลักการในกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน บุคคลจะสามารถถูกละเมิดสิทธิโดยตรง (Unmittelbare Betroffenheit) โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ต่อเมื่อการถูกละเมิดที่กล่าวอ้างนั้น เป็นผลโดยตรงจากกฎหมายโดยไม่ต้องมีการกระทำใด ๆ ที่เป็นการใช้บังคับกฎหมายมาคั่นกลาง มิเช่นนั้นบุคคลจะต้องรอให้มีการกระทำที่เป็นการบังคับใช้กฎหมายนั้นเกิดขึ้นกับตนเสียก่อน จึงค่อยมาร้องขอความคุ้มครองตามกฎหมายต่อไป โดยจะเป็นการร้องว่าถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากการกระทำที่เป็นการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว มิใช่เป็นการร้องว่าถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยตัวบทบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ ยกเว้นในกรณีที่มีการก่อให้เกิดการกระทำ ซึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายนั้นไม่สามารถเป็นสิ่งที่จะมาบังคับให้ผู้ร้องต้องทนรอได้ หรือในกรณีที่ในความเป็นจริงแล้ว บุคคลไม่สามารถร้องการกระทำซึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายนั้นได้<sup>17</sup> หากนำหลักการนี้มาใช้กับข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยที่ 4/2563 จะเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 หรือ มาตรา 302 และ มาตรา 305 นั้น ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผู้ร้อง กล่าวคือ ผู้ร้องจะต้องทำให้ผู้หญิงแท้งลูกโดยยินยอมและรอให้ตำรวจใช้บังคับประมวลกฎหมายอาญามาตราดังกล่าวด้วยการดำเนินคดีกับผู้ร้องเสียก่อน และการที่ตำรวจดำเนินคดีนั้นจะกลายเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของผู้ร้อง ซึ่งผู้ร้องจะต้องร้องว่าถูกละเมิดด้วยการดำเนินคดีของตำรวจ และไม่สามารถร้องว่าถูกละเมิดโดยบทบัญญัติกฎหมายโดยตรงได้ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยในส่วนของบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาไว้ว่า สำหรับบทบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาถือเป็นการกระทบต่อบุคคลโดยตรง เนื่องจากไม่สามารถบังคับให้บุคคลกระทำการใด ซึ่งเป็นความผิดอาญาเสียก่อนและรอให้มีการบังคับใช้กฎหมายโดยการดำเนินคดีได้ เนื่องจากการบังคับดังกล่าวจะทำให้บุคคลต้องเอาตัวเข้าไปเสี่ยงกับการถูกลงโทษ ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้ร้องจึงสามารถร้องว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายละเมิดสิทธิทางรัฐธรรมนูญของตนโดยตรงได้<sup>18</sup> ซึ่งหากนำมาพิจารณาใช้กับข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยที่

<sup>17</sup> Walter, 2020, marginal no. 356 f.; Voßkuhle, 2018, marginal no. 185.

<sup>18</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 386/63 และ 2 BvR 478/63 เมื่อวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1966; Walter, 2020, margin no. 357. ; Voßkuhle, 2018, marginal no. 185.

4/2563 จะเห็นว่า ผู้ร้องสามารถร้องว่าประมวลกฎหมาย มาตรา 301 และ 305 ละเมิดสิทธิของตนโดยตรงได้ ซึ่งตรงกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยในคดีดังกล่าว อนึ่ง การกำหนดเงื่อนไขว่าการละเมิดสิทธิจะต้องเป็นการละเมิดสิทธิโดยตรง (Unmittelbare Betroffenheit) ของเยอรมันนั้น มีเหตุผลเนื่องมาจากหลัก Subsidiarität ที่กล่าวว่า โดยปกติแล้ว ก่อนที่จะนำเรื่องขึ้นร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ บุคคลที่คิดว่าตนถูกละเมิดจะต้องพยายามต่อสู้ในทุก ๆ ช่องทางเพื่อที่จะให้การถูกละเมิดสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นสุดลงเสียก่อน<sup>19</sup> ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดจำนวนคดีของศาลรัฐธรรมนูญลง เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 48 วรรคหนึ่งและวรรคสอง จะเห็นว่า มีการให้สิทธิแก่บุคคลในการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ในกรณีที่บุคคลดังกล่าว เห็นว่าการละเมิดนั้นเป็นผลจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเสียก่อน แต่ไม่จำเป็นต้องพยายามต่อสู้ด้วยช่องทางอื่น ๆ ด้วย ซึ่งต่างจากหลัก Subsidiarität ในกฎหมายเยอรมัน ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย โดยปกติแล้ว บุคคลสามารถร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าตนถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากกฎหมายโดยตรงได้ทันที หลังจากที่มีการยื่นต่อผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งว่าจะไม่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว โดยไม่ต้องรอให้มีการกระทำอันเป็นการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก่อนแต่อย่างใด

ในส่วนการร้องของนางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง ที่ร้องว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 77 นั้น เนื่องจากมาตรา 77 อยู่ในหมวด 6 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการบัญญัติแนวนโยบายของรัฐ มิใช่หมวดที่บัญญัติเรื่องสิทธิเสรีภาพ ประกอบกับการใช้คำว่า “พึง” ในมาตรา 77 ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 มีหน้าที่เป็น “คำช่วยกริยาอื่น หมายความยอมตาม แปลว่า ควร”<sup>20</sup> หรือมีความหมายในแง่ของความจำเป็น แปลว่า “ต้อง เช่น กิจที่สงฆ์จะพึงทำ”<sup>21</sup> แต่การใช้คำดังกล่าวมิได้แสดงถึงการให้สิทธิต่อบุคคล

<sup>19</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 843/18 เมื่อวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 2020.

<sup>20</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>.

<sup>21</sup> เพิ่งอ้าง.

แต่อย่างไรก็ดี ส่งผลให้ความขัดหรือแย้งต่อมาตรา 77 มีอาจเป็นเหตุให้บุคคลนำมากล่าวอ้างว่ามีการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของตนตามมาตรา 213 ได้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน เมื่อผู้ร้องมีสิทธิในการนำเรื่องของตนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะพิจารณาส่งหรือการกระทำที่ร้องนั้นว่ามีความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในทุกแง่ทุกมุม ซึ่งรวมถึงการพิจารณาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งมิได้ส่งผลให้เกิดสิทธิในการร้องของผู้ร้องด้วย เนื่องจากสิทธิในการร้องเป็นเพียงเงื่อนไขในการรับคำร้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหา โดยเงื่อนไขดังกล่าวมีหน้าที่จำกัดคุ้มครองบุคคลที่จะนำเรื่องขึ้นร้องต่อศาลได้ แต่มิได้มีหน้าที่ในการจำกัดขอบเขตในการที่ศาลจะใช้อำนาจเพื่อพิจารณาคดี สำหรับสิ่งที่มีหน้าที่ในการจำกัดขอบเขตการพิจารณาคดีของศาลนั้นคือสิ่งหรือการกระทำที่ถูกร้อง (Beschwerdegegenstand) เท่านั้น<sup>22</sup>

สำหรับคำวินิจฉัยที่ 5/2564 จากที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วข้างต้น จะเห็นว่ากระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยไม่จัดเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit) เนื่องจากเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์ในส่วนของสิทธิในการร้อง (Beschwerdebefugnis) ต่อไปอีก อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในคดีนี้มีผู้ตรวจการแผ่นดินเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีการระบุว่าผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้ร้องในคดี ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 46 วรรคหนึ่ง ประกอบกับ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง มีการใช้ถ้อยคำว่า “*ให้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน และให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลพร้อมด้วยความเห็นภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องจากผู้ร้อง*” ซึ่งเป็นการบัญญัติในลักษณะที่อาจตีความได้ว่าเป็นการให้สิทธิในการร้องแก่ผู้ตรวจการแผ่นดินด้วย ดังนั้น จึงเป็นประโยชน์ที่จะวิเคราะห์ต่อไปสำหรับคดีที่อาจเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต ในกรณีที่บุคคลที่มีความสามารถในการร้อง (Beschwerdefähigkeit) ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินว่า ในกรณีดังกล่าว หากผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาว่าสมควรยื่นต่อศาลแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินจะมีสิทธิในการยื่นคำร้องตามมาตรา 213 ได้หรือไม่

<sup>22</sup> Walter, 2020, marginal no. 401.

ตั้งแต่ได้กล่าวมาแล้ว เมื่ออ่านบทบัญญัติ มาตรา 46 วรรคหนึ่ง ประกอบกับ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ผู้ตรวจการแผ่นดินน่าจะจะมีสิทธิในการร้อง (Beschwerdebefugnis) แต่หากพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญให้ถี่แล้ว จะเห็นว่าจริงอยู่ที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 213 มอบอำนาจให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับกระบวนการตามมาตรา 213 ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ตามข้อความที่ว่า “ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขดังกล่าว ต้องเป็นการกำหนดภายในกรอบที่มาตรา 213 ได้บัญญัติไว้ โดยในประโยคแรกของรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นการบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี ที่กำหนดให้บุคคลผู้ซึ่งถูกกระทบสิทธิของตนเท่านั้น (Selbstbetroffenheit) ที่จะเป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำร้อง การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 เช่น การกำหนดให้บุคคลผู้ซึ่งถูกกระทบสิทธิของตนต้องยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินก่อน ดังเช่นใน มาตรา 46 และ 48 หรือการกำหนดว่าให้มีสิทธิยื่นคำร้องได้เฉพาะการละเมิดที่เกิดจากการกระทำของรัฐ ตามมาตรา 47 นั้น สามารถกระทำได้ เพราะยังอยู่ในกรอบที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 213 กำหนดไว้ แต่การที่จะกำหนดให้บุคคลอื่นซึ่งมิได้เป็นบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้อง เป็นการเปลี่ยนแปลงกรอบของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการออกพระราชบัญญัติเกินอำนาจซึ่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทได้ให้ไว้ โดยเมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งรัฐบาวาเรีย (VfGHG) จะเห็นว่ามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งรัฐบาวาเรีย (VfGHG) มาตรา 55 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง กำหนดให้บุคคลใดทุก ๆ คน (Jedermann) ในความหมายว่าผู้ใดก็ได้ (quivis ex populo) สามารถร้องว่ากฎหมายของรัฐบาวาเรียมีการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งรัฐบาวาเรีย (Art. 55 Popularklage (1) 1Die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsvorschrift des bayerischen Landesrechts kann jedermann durch Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof geltend machen. ...) ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นการกำหนดเงื่อนไขภายในกรอบของรัฐธรรมนูญแห่งรัฐบาวาเรีย (Verfassung des Freistaates Bayern) ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 98 ประโยคที่ 4 ซึ่งมีความว่า “ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องประกาศให้พระราชบัญญัติและกฎหมายลูกที่ออกโดยฝ่ายบริหารโดยอาศัยอำนาจตามความในบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นโมฆะ” (Art. 98 ...<sup>4</sup>Der Verfassungsgerichtshof hat Gesetze und Verordnungen für nichtig zu erklären, die ein Grundrecht verfassungswidrig einschränken.)

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากระบบของรัฐธรรมนูญ (Systematische Auslegung) จะเห็นว่าจะได้ข้อสรุปที่ไม่ต่างกัน โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติในเรื่องอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินไว้ในหมวดที่ 12 ส่วนที่ 3 ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เพียงแคในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 231 (1) เท่านั้น แต่ในกรณีที่กฎหมายหรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (2) ให้อำนาจผู้ตรวจการแผ่นดินในการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองเท่านั้น ซึ่งต่างจากที่เคยกำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 198 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งรัฐสภาสามารถเลือกเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้ หากเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในปัจจุบัน ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงมีสิทธิในการร้องได้เฉพาะกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยต้องร้องโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (1) มิใช่ร้องภายใต้รัฐธรรมนูญ มาตรา 213 และในกรณีที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง โดยกฎหมาย คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือ

เจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังเช่นในกรณีของคำวินิจฉัยที่ 5/2564 ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการยื่นภายใต้รัฐธรรมนูญ มาตรา 213 หรือ 231 ก็ตาม

#### 4) ความจำเป็นทั่วไปที่จะต้องได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย (Allgemeines Rechtsschutz-bedürfnis)

คดีที่มีการร้องละเมิดสิทธิที่ยังคงเป็นปัจจุบันอยู่นั้น (Gegenwärtigkeit) โดยปกติแล้ว ผู้ร้องยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอยู่ (Rechtsschutzbedürfnis) แต่ในกรณีที่การละเมิดดังกล่าวได้สิ้นสุดไปแล้ว และ/หรือ ผู้ร้องได้รับการเยียวยาหลังจากการร้อง ในช่วงก่อนหรือระหว่างการพิจารณาคดี ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของเยอรมัน ศาลจะพิจารณาต่อไปว่า การพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาต่อไปนั้น ยังคงเป็นประโยชน์ต่อผู้ร้องหรือสอดคล้องกับประโยชน์อันควรได้รับความคุ้มครองของผู้ร้องอยู่อีกหรือไม่ (Fortbestehen des schutzwürdigen Rechtsschutzinteresses an einer Sachentscheidung) ซึ่งศาลได้พิจารณาว่าการวินิจฉัยต่อไปในเนื้อหายังคงเป็นประโยชน์ต่อผู้ร้องหรือสอดคล้องกับประโยชน์อันควรได้รับความคุ้มครองของผู้ร้องในหลายคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีที่เป็นกรณีที่มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดเหตุการณ์ละเมิดขึ้นอีก (Wiederholungsgefahr) ในคดีที่การวินิจฉัยต่อไปจะเป็นประโยชน์ต่อการฟื้นฟูสภาพ กอบกู้ชื่อเสียงของผู้ร้อง (Rehabilitierungsinteresse) ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างลึกซึ้ง (Tiefgreifende Grundrechtseingriffe) และในคดีที่หากไม่มีการพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาต่อไปแล้ว ปัญหากฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญจะไม่ได้รับการตอบให้กระจ่างชัด (Unterbleiben der Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von erheblicher Bedeutung)<sup>23</sup>

เมื่อมาพิจารณาจากคำวินิจฉัยทั้ง 3 ของศาลรัฐธรรมนูญไทย จะพบว่า ในคำวินิจฉัยที่ 7/2563 ระหว่างการพิจารณาคดี กระทรวงมหาดไทยได้มีคำสั่งยกเลิกการไม่อนุญาตให้ผู้ร้องเข้ามาในราชอาณาจักร และสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้บันทึกข้อมูลในระบบสารสนเทศว่าผู้ร้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย พร้อมทั้งลบบรายชื่อผู้ร้องออกจากบัญชีบุคคลต้องห้ามเข้ามาในอาณาจักร ซึ่งก็หมายความว่า การละเมิด

<sup>23</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 620/07 เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 2007; คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 3080/09 เมื่อวันที่ 11 เมษายน ค.ศ. 2018.

ที่ถูกร้องนั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยให้พิจารณาวินิจฉัยคำร้องในเนื้อหาต่อไป โดยให้เหตุผลว่า “แต่โดยที่ข้อเท็จจริงตามคำร้องเป็นกรณีที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งมีสิทธิความเป็นพลเมืองไทยได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของรัฐ และเป็นเหตุที่มีความเกี่ยวข้องกับสถานภาพของบุคคลผู้มีสัญชาติไทยที่ไม่อาจถูกเนรเทศออกนอกราชอาณาจักร หรือไม่อาจถูกห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรได้ตามที่รับรองไว้ มีผลให้การพิจารณาคดีนี้ต่อไปจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ... และเพื่อเป็นหลักปฏิบัติของทางราชการในภายหน้า” การให้เหตุผลในลักษณะนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่มีการกระทำที่ถูกร้องเป็นการละเมิดสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพความเป็นบุคคลสัญชาติไทยที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองไว้ในมาตรา 39 และเป็นกรณีที่เป็นปัญหาทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญ อันสมควรที่จะได้รับการตอบให้กระจ่างชัดเพื่อเป็นประโยชน์ในทางปฏิบัติต่อไปในอนาคต ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของเหตุผล จะเห็นว่ามีความคล้ายคลึงกับกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างลึกซึ้ง (Tiefgreifende Grundrechtseingriffe) และกรณีหากไม่มีการพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาต่อไปแล้ว ปัญหาทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญจะไม่ได้รับการตอบให้กระจ่างชัด (Unterbleiben der Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von erheblicher Bedeutung) ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยไว้ในคดีรัฐธรรมนูญตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน

### 3. สรุป

จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบคดีรัฐธรรมนูญ เรื่อง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยและเยอรมันข้างต้น จะเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีการวางบรรทัดฐานคดีรัฐธรรมนูญไว้สอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันในหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคำวินิจฉัยที่ 4/2563 และ 7/2563 แต่ก็มีหลักบางประการที่มีความแตกต่างกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ การอนุญาตให้บุคคลที่สามซึ่งมิใช่ผู้ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพมีสิทธิในการยื่นคำร้อง และการที่มีความเห็นเป็นเบื้องต้นว่านิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ เช่น กระทรวง สามารถถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้

ดังเช่นในคำวินิจฉัยที่ 5/2564 อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องแล้ว หลักที่มีการวางไว้ในคำวินิจฉัยที่ 5/2564 ดังกล่าวนั้น น่าจะไม่สอดคล้องกับถ้อยคำและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมากนัก

### บรรณานุกรม

- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2562). ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1042&filename=index](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=1042&filename=index).
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2554). พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>.
- Bethge, H. (2020). BVerfGG § 1 [Stellung und Sitz des Gerichts]. In T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein & H. Bethge (eds.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar (60<sup>th</sup> edition, marginal no. 1-80). C.H.Beck.
- Detterbeck, S. (2021). GG Art. 93 [Bundesverfassungsgericht, Zuständigkeiten]. In M. Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar (9<sup>th</sup> edition, marginal no.1-113). C.H. Beck.
- Dürig, G. (1956). Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1, Abs. I in Verbindung mit 19 II des Grundgesetzes. Archiv des öffentlichen Rechts, 81, 117-157. Mohr Siebeck.
- Herdegen, M. (2020). GG Art. 1 Abs. 1. In R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen & H. H. Klein (eds.), Grundgesetz Kommentar (93rd supplement, volume 1, marginal no. 1-121). C.H.Beck.
- Kment, M. (2020). GG Art. 93 [Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts]. In H. D. Jarass & M. Kment (eds.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar (16th edition, marginal no. 1-140). C.H.Beck.
- Kluckert, S. (2022). § 95 Verfassungsgerichtlicher Schutz für die Grundrechte. In K. Stern, H. Sodan & M. Möstle (eds.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund (2nd Edition, volume 3, marginal no. 1-111), C.H.Beck.
- Papier, H-J., Krönke, C. (2020). Grundkurs Öffentliches Recht 2: Grundrechte. (4<sup>th</sup> edition). C.F. Müller.
- Sachs, M. (2021). GG Art. 19 [Einzelfallgesetzverbot, Zitiergebot; Wesensgehaltsgarantie; Geltung für juristische Personen; Rechtsweggarantie] In M. Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar (9<sup>th</sup> edition, marginal no. 1-153). C.H.Beck.

- Voßkuhle, A. (2018). GG Art. 93. In H. v. Mangoldt, F. Klein & C. Starck, Grundgesetz Kommentar (7th Edition, volume 3, marginal no. 1-218). C.H.Beck.
- Walter, C. (2020). GG Art. 93. In R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen & H. H. Klein (eds.), Grundgesetz Kommentar (93rd supplement, volume 1, marginal no. 1-466). C.H.Beck.
- Wieland, J. (2018). GG Art. 93 [Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts]. In H. Dreier (ed.), Grundgesetz-Kommentar (3rd Edition, volume 3, marginal no. 1-102). Mohr Siebeck.

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี**

- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 95/51 เมื่อวันที่ 11 ต.ค. ค.ศ. 1951
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 459/52 เมื่อวันที่ 20 ก.ค. ค.ศ. 1954
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 241/56 เมื่อวันที่ 21 ก.พ. ค.ศ. 1957
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 386/63 และ 2 BvR 478/63 เมื่อวันที่ 18 ต.ค. ค.ศ. 1966
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 578/63 เมื่อวันที่ 2 พ.ค. ค.ศ. 1967
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvF 1/68 และ คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 702/68 เมื่อวันที่ 27 ก.ค. ค.ศ. 1971
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 108/73 1 BvR 424/73 และ 1 BvR 226/74 เมื่อวันที่ 7 มิ.ย. ค.ศ. 1977
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 775/84 เมื่อวันที่ 14 เม.ย. ค.ศ. 1987
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1170/90, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1174/90, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1175/90  
เมื่อวันที่ 23 เม.ย. ค.ศ. 1991
- ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 2134/92 และ 2 BvR 2159/92 เมื่อวันที่  
12 ต.ค. ค.ศ. 1993
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 426/02 เมื่อวันที่ 11 มี.ค. ค.ศ. 2003
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 620/07 เมื่อวันที่ 19 ธ.ค. ค.ศ. 2007
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 699/06 เมื่อวันที่ 22 ก.พ. ค.ศ. 2011
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 1126/11 เมื่อวันที่ 25 ม.ค. ค.ศ. 2014
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvE 2/11 เมื่อวันที่ 7 พ.ย. ค.ศ. 2017
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 3080/09 เมื่อวันที่ 11 เม.ย. ค.ศ. 2018
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 843/18 เมื่อวันที่ 30 มี.ค. ค.ศ. 2020
- ศาลแรงงานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี**
- คำพิพากษาที่ 7 AZR 459/10 เมื่อวันที่ 13 มิ.ย. ค.ศ. 2012

ดัชนีค้นค่า

การกระทำที่ถูกร้อง	383, 396, 398, 399, 401, 404, 406, 410
การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญ	382-384, 410
ความสามารถในการร้อง	383, 386, 389-390, 394, 398, 406
ความจำเป็นทั่วไปที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง	383, 409
ทางกฎหมาย	
คำร้องทางรัฐธรรมนูญ	382, 386, 400
นิติบุคคล	388-389, 391-392, 395
นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน	391-395, 406, 410
นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน	392, 395
บุคคล	382-389, 391-396, 398-491, 403-410
บุคคลธรรมดา	387-388, 392, 403
ละเมิดสิทธิเสรีภาพ	382-383
ผู้ตรวจการแผ่นดิน	385, 390, 396, 405-409
ผู้ที่มีหน้าที่ต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน	396
ผู้ที่สามารถที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน	386-387, 389, 391-392, 394-395, 398
รัฐมีอำนาจควบคุมบริษัท	396
สิ่งที่ถูกร้อง	383, 396, 398-399, 404, 406
สิทธิในการร้อง	383

ภาคผนวก

รายนามคณะผู้ศึกษา  
โครงการศึกษา “บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ”

1. ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ                      หัวหน้าคณะ  
ที่ปรึกษาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
2. ดร.ปัญญา อุดชาชน  
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
3. ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช  
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โสภณ เจริญ  
ที่ปรึกษาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
5. นางสุกัญญา รัตนนาคินทร์  
ผู้เชี่ยวชาญประจำประธานศาลรัฐธรรมนูญ
6. นายบุญเสริม นาคสาร  
รองเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ





## สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550  
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ  
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210



โทรศัพท์ : 0-2141-7777 สายด่วน : 1201



[www.constitutionalcourt.or.th](http://www.constitutionalcourt.or.th)



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

