

บทที่ 5

ปัญหาเกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ในบทที่ 5 นี้จะเป็นการกล่าวถึงปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่เป็นปัญหาเกิดขึ้นอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งได้แก่ 5.1 ขอบเขตของกฎหมายที่จะต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย 5.2 หลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย 5.3 ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบเรื่องของการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ 5.4 กรณีการไม่ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามมาตรา 29 ผลจะเป็นอย่างไร ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 ขอบเขตของกฎหมายที่จะต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับ ขอบเขตของกฎหมายที่จะต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ การใช้หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิจะใช้กับเงื่อนไขของกฎหมายประเภทใด โดยจากการศึกษาในตอนต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า ในประเทศเยอรมันนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เยอรมันได้วางหลักการนี้ว่าจะใช้เป็นหลักที่ก่อให้เกิดหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งอาจถูกจำกัดได้โดยอาศัยพื้นฐานของเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ แต่ในประเทศไทยซึ่งได้นำหลักการดังกล่าวนี้มาจากประเทศเยอรมัน เพื่อให้เป็นหลักในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยให้หลักนี้เป็นการเตือนฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะต้องควรมีมาตราใดในรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจในการออกกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ และจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดด้วย ซึ่งในการตรากฎหมายของไทยจะมีการระบอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ทั้งในขอบเขตของเงื่อนไขกฎหมายทั่วไป และเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ เช่น

(1) ในคำปรารภของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

ที่มีการระบุนาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญ¹ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้จำกัดเสรีภาพในเคหสถาน และในมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญ² การจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้จำกัดได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปและในพระราชบัญญัตินี้ยังได้มีการระบุนาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญ³ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้จำกัดเสรีภาพในการสื่อสารได้ แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และในมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ⁴ ที่กำหนดให้จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม จะจำกัดได้โดยอาศัยอำนาจตามบท

¹ มาตรา 35 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

² มาตรา 48 สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครองขอบเขตแห่งสิทธิ และการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การสืบมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง สิทธิของบุคคลในการสืบมรดกย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

³ มาตรา 37 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อถึงกันรวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁴ มาตรา 50 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

บัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ... ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำการจำกัดได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ

(2) ในคำปรารภของพระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 ได้ระบุมตรา 48 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป ประกอบกับระบุมตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ

(3) ในคำปรารภของพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้ระบุมตรา 48 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป ประกอบกับระบุมตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ

(4) ในคำปรารภของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ได้ระบุมตรา 31 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย มาตรา 35 และมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กระทำได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป ประกอบกับระบุมตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ

มาตรา 31 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษประหารชีวิตตามที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับ คမ်းขัง ตรวจค้นตัวบุคคล หรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไป

จะเห็นว่าจากพระราชบัญญัติข้างต้น ในการอ้างมาตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ มีทั้งในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กระทำการจำกัดได้ทั้งภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปและกฎหมายของกฎหมายพิเศษ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการตรากฎหมายของไทยมีความแตกต่างไปจากหลักการของประเทศเยอรมันซึ่งเป็นแม่แบบ ซึ่งในเยอรมันได้ให้เหตุผลว่าการระบุมารตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นไปภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปนั้น ในการใช้หลักการระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเพื่อทำหน้าที่ในการเตือนฝ่ายนิติบัญญัติจะมีความสำคัญน้อย เพราะในกรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมรู้ว่าตนได้ทำการอยู่ภายในขอบเขตที่เกี่ยวพันกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอยู่แล้ว จึงทำให้ไม่เกิดประโยชน์และไม่มีความจำเป็นในการที่จะต้องอ้างมาตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิไว้ในกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามในการระบุมารตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิที่มีการระบุทั้งในกรณีภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปและภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษอย่างเช่นในประเทศไทยนั้น อาจเป็นผลดีที่ทำให้ขอบเขตของกฎหมายที่จะต้องระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมีขอบเขตที่กว้างขึ้น

สรุปได้ว่า ในการนำหลักการระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ประเทศไทยได้นำหลักการดังกล่าวมาจากประเทศเยอรมัน แต่ในการนำมาใช้มีความแตกต่างจากประเทศเยอรมัน

5.2 หลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะต้องระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายจำกัดสิทธิ

สำหรับปัญหาในเรื่องหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะต้องระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้น จากการศึกษาวเคราะห์กลุ่มตัวอย่างกฎหมายในตอนต้น ได้พบว่ามีปัญหา ในการอ้างมาตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตราจำกัดสิทธิที่ระบุอยู่ในคำปรารภของกฎหมายนั้นมักจะไม่ได้กระทำตามหลักเกณฑ์ของหลักการระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย กล่าวคือ มีกฎหมายหลายฉบับที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน และเป็นกฎหมายที่ได้ตราขึ้น หรือมีการแก้ไขภายหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่ในการระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายของกฎหมายเหล่านั้น มักจะพบว่า

- มีบางกลุ่มของกฎหมายมิได้มีการแทรกแซงเข้าไปในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง แต่ในคำปรารภของกฎหมายเหล่านั้นกลับมีการระบุมตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ทำให้เห็นได้ว่า การที่ระบุมตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิที่ไม่ได้เกี่ยวข้องดังกล่าวเป็นเพียงการป้องกันของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ เช่น

- (1) พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542
- (2) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542
- (3) พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

ซึ่งไม่ได้ทำให้เกิดประโยชน์กับประชาชนในการตรวจสอบว่าในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ได้มีการออกกฎหมายที่มีการจำกัดสิทธิในเรื่องใด

- มีบางกลุ่มของกฎหมายที่ในคำปรารภของกฎหมายมิได้มีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิแต่ในเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น

- (1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541
- (2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542
- (3) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542
- (4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542
- (5) พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542
- (6) พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

กรณีนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่า ในการตรากฎหมายนั้นฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ตระหนักถึงการกระทบต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่าใดนัก ซึ่งหากเป็นกรณีเช่นนี้ก็จะทำให้ประชาชนไม่สามารถตรวจสอบได้ว่ากฎหมายดังกล่าวได้กระทำตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ กล่าวคือ ในเนื้อหาของกฎหมายที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นรัฐธรรมนูญได้บัญญัติคุ้มครองในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไว้ โดยหากไม่อยู่ในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการจำกัดได้แล้ว เช่น บทบัญญัติ

ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 38 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการนับถือศาสนา⁶ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองอย่างเด็ดขาด ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่สามารถที่จะออกกฎหมายใด ๆ มาจำกัดเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวได้

ดังนั้น ในการออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งจะไปตามหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้น หากในกฎหมายมิได้มีเนื้อหาที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในคำปรารภของกฎหมายก็ไม่จำเป็นจะต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย แต่หากเนื้อหาของกฎหมายได้มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ในการตรากฎหมายฉบับดังกล่าวจะต้องอ้างมาตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิ และควรจะต้องอ้างเฉพาะมาตราที่เป็นการจำกัดสิทธิที่เกี่ยวข้องเท่านั้น จะระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจทุกมาตราไว้ในกฎหมายเพื่อป้องกันไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

5.3 ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบเรื่องการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบเรื่องการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ในการพิจารณาแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ 5.3.1 การตรวจสอบตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญ 5.3.2 การตรวจสอบตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญ และ 5.3.3 การตรวจสอบตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียดดังนี้

⁶ มาตรา 38 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการนับถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพดังกล่าวตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของตน ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือ แตกต่างจากบุคคลอื่น

5.3.1 การตรวจสอบตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเกี่ยวกับการตรวจสอบกฎหมายที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่มิได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายดังกล่าว ตามมาตรา 29 วรรคสองนั้นเป็นเรื่องของกระบวนการตรากฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36 / 2544 ที่ได้เคยกล่าวไว้ในบทที่แล้ว ซึ่งในกรณีนี้ตามความเห็นของผู้เขียน เห็นว่า ถ้าหากหลักดังกล่าวเป็นเรื่องของกระบวนการตรากฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอาจจะทำให้เกิดปัญหาในการโต้แย้งกฎหมายที่มีได้อำนาจบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยนั้นจะต้องกระทำก่อนการประกาศใช้กฎหมายเท่านั้น จึงทำให้ระยะเวลาในการที่จะใช้สิทธิโต้แย้งกฎหมายในกรณีดังกล่าวมีอยู่เพียงในขั้นตอนของกระบวนการตรากฎหมายและผู้มีสิทธิโต้แย้งก็จะถูกจำกัดอยู่เพียงตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งหากมีการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวแล้วจะทำให้เกิดปัญหาว่าไม่สามารถจะใช้สิทธิโต้แย้งตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 ได้

ขอบเขตในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 262 อาจแบ่งขอบเขตในการตรวจสอบได้ 2 ขอบเขตดังนี้

(1) ร่างกฎหมายนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

(2) ร่างกฎหมายนั้นตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งพิจารณาจำแนกรายละเอียดได้ดังนี้⁷

(ก) ตราไม่ถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องของกระบวนการทางนิติบัญญัติ ย่อมทำให้กฎหมายนั้นตกไปทั้งฉบับ

(ข) ตราไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (ไม่ใช่

⁷บรรเจิด สิงคะเนติ, “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540”. วารสารนิติศาสตร์ 32 (กันยายน) : 538-539.

กระบวนการขั้นตอน เช่น การระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เป็นต้น) ซึ่งเป็นเรื่องการบกร่องในรูปแบบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ผลไม่น่าจะต้องถึงกับทำให้กฎหมายนั้นต้องตกไปทั้งฉบับ

ดังนั้น ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 (1) ได้กำหนดให้เป็นสิทธิของสมาชิกรัฐสภา มิได้กำหนดให้เป็นสิทธิของกลุ่มความในคดี เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงนำไปสู่ปัญหาการไม่สามารถแยกระหว่าง“กระบวนการตรา” กับ “รูปแบบ” ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้ ซึ่งนำไปสู่ผลของการตกไปของกฎหมายที่ต่างกัน⁸

5.3.2 การตรวจสอบตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญ

จากขอบเขตการตรวจสอบตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญเป็นการตรวจสอบในเรื่องของบทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การพิจารณาในประเด็นเรื่องการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ จึงไม่ควรเป็นเรื่องที่ต้องห้ามตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญโดยสิ้นเชิง เพราะเรื่องดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับความไม่ถูกต้องตามเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพียงแต่ต้องไปตรวจสอบในรายละเอียดของการใช้สิทธิของกลุ่มความ ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้⁹

1) หากกลุ่มความในคดีตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญอ้างแต่เพียงว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีของตนเป็นกฎหมายที่ไม่ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมเห็นได้ว่า การใช้สิทธิของกลุ่มความไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่จำเป็นต้องเข้าไปพิจารณาในเนื้อหาของเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

2) หากกลุ่มความในคดีตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญ อ้างว่า

(ก) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาวินิจฉัยในคดีของตนไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา กับทั้งกลุ่มความยังมีการอ้างด้วยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไม่ชอบ

⁸ เรื่องเดียวกัน

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 539-540.

ด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบหรือไม่ได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายจำกัดสิทธิด้วย กรณีจึงย่อมถือได้ว่าเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 264 และจากการวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นในทางเนื้อหาขัดกับรัฐธรรมนูญศาล รัฐธรรมนูญก็ชอบที่จะวินิจฉัยว่าเป็นบทบัญญัตินั้นขัดกับรัฐธรรมนูญเป็นใช้บังคับไม่ได้

(ข) หากเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วเห็นว่า เนื้อหาของบทบัญญัติ แห่งกฎหมายนั้นไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่มีปัญหาเฉพาะการไม่ระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้ อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่านั้นที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเรื่องนี้ เห็นว่าไม่ใช่เรื่องของกระบวนการตราดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงไม่มีผลทำให้กฎหมายตกไปทั้งฉบับ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยให้องค์กฤษฎีกาไปดำเนินการให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เพื่อยืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมมีผลผูกพันต่อองค์กฤษฎีกาด้วย ศาลรัฐธรรมนูญก็อาจวินิจฉัยให้องค์กฤษฎีกาดำเนินการให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติได้

5.3.3 ตรวจสอบตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญ

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 198¹⁰ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญ กำหนดว่า จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ ดังนั้น ผู้มีสิทธิเสนอความเห็นในกรณีนี้ คือ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เป็นผู้ เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครอง เพื่อพิจารณาวินิจฉัย และจากบท บัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติถึงกรณีที่มีปัญหา “เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งน่าจะมี ความหมายเท่ากับกรณีของการมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และกรณีของการตราขึ้นโดย ไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ใน ความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้หลักการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา

¹⁰มาตรา 198 ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับ ความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือ ศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครอง แล้วแต่กรณี

ให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง แล้วแต่กรณี พิจารณาวินิจฉัยเรื่องและผู้ตรวจการ แผ่นดินของรัฐสภาเสนอตามวรรคหนึ่ง โดยไม่ชักช้า

กฎหมายจำกัดสิทธิ สามารถอยู่ภายใต้การตรวจสอบตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแล้ว ควรจะตีความให้ปัญหาเกี่ยวกับ “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ตามมาตรา 198 นั้น มีความหมายรวมถึงการตราไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพราะ รูปแบบก็จัดเป็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่งเช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเช่นกัน แต่โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการไม่ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เป็นเรื่องของการตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งสามารถโต้แย้งปัญหาดังกล่าวได้เฉพาะก่อนที่จะนำร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีนี้จึงไม่อาจจะโต้แย้งได้ตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญ¹¹ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เอง จึงเหลือเพียงช่องทางเดียวที่จะสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิภายหลังจากที่ประกาศใช้กฎหมายแล้วได้โดยอาศัยมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น

จากเหตุผลที่กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่มิได้อำนาจบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสอง ในการตรวจสอบกฎหมายในเรื่องการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญควรนำมาตรา 264 หรือ มาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญมาใช้ในการวินิจฉัยตามกรณีนี้ จึงน่าจะมีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีบทบาทในการคุ้มครองและป้องกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

5.4 กรณีการไม่ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามมาตรา 29 ผลจะเป็นอย่างไร

สำหรับปัญหาในกรณีการไม่ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามมาตรา 29 แล้วนั้น ผลของกฎหมายจะเป็นอย่างไรนั้น เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเรื่องการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเป็นเรื่องของกระบวนการตรากฎหมาย เช่น คำวินิจฉัยของศาล

¹¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544

รัฐธรรมนูญที่ 35-36/44 จึงทำให้ผลของกฎหมายที่ไม่อ้างมาตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้นจะต้องเป็นอันตกไปเท่านั้นตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญ

อนึ่ง ในความเห็นของผู้เขียนเกี่ยวกับเรื่องนี้ มีความเห็นในเรื่องผลของกฎหมายที่ไม่ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิอยู่สองความเห็น กล่าวคือ ความเห็นแรกเห็นว่ากฎหมายที่ละเมิดเงื่อนไขดังกล่าวมีผลใช้บังคับไม่ได้ ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่าจะให้กฎหมายดังกล่าวไม่มีผลกระทบบใด ๆ แต่การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้นเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่จะต้องกระทำเมื่อต้องมีการออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งจะเห็นได้จากถ้อยคำในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสองที่ว่า “ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย” จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งที่บังคับให้องค์กรนิติบัญญัติจะต้องกระทำ ดังนั้น หากองค์กรนิติบัญญัติละเมิดเงื่อนไขดังกล่าวย่อมทำให้กฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติมีผลใช้บังคับไม่ได้ ดังในบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

จากการศึกษาในบทนี้ จะเห็นได้ว่า ปัญหาเกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนั้น ประการแรกซึ่งเป็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของกฎหมายที่จะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ที่มีปัญหาว่าขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างไปตามหลักการของประเทศเยอรมัน ซึ่งไทยได้รับอิทธิพลในเรื่องดังกล่าว ประการที่สองปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ โดยในประเทศไทยปัญหาที่เกิดขึ้นจะเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ระบุมติตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ แต่ในเนื้อหาของกฎหมายฉบับดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิ หรือในกรณีกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติระบุมติตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ โดยที่ในเนื้อหาของกฎหมายฉบับดังกล่าว มิได้มีมาตราใดที่บ่งบอกว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติระบุมติตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ ประการที่สามปัญหาเรื่องการตรวจสอบการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ซึ่งจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36 / 2544 แสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบเรื่องดังกล่าวว่าเป็นเรื่องของกระบวนการตรากฎหมาย ทำให้การโต้แย้งกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่มิได้ระบุบทบัญญัติแห่ง

รัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย มีอยู่เพียงในขั้นตอนของกระบวนการตรากฎหมาย และผู้ใช้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น และประการสุดท้ายปัญหาในเรื่องของกฎหมายที่ไม่ระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิแล้วผลจะเป็นอย่างไร เพราะในรัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติของมาตราใดที่มีบัญญัติอย่างชัดเจนถึงผลของกฎหมายที่ละเมิดต่อหลักดังกล่าว ดังนั้นจึงทำให้ต้องมีการตีความในเรื่องดังกล่าวเกิดขึ้น โดยการตีความในเรื่องนี้จะเป็นประการใดก็ตาม แต่ด้วยวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญต้องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การตีความจึงควรจะเป็นไปในลักษณะที่มีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ