

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไข
ปัญหาการใช้การตีความสิทธิขั้นพื้นฐานในระบบกฎหมายไทย

LIMITING UNCONDITIONAL CONSTITUTIONAL FUNDAMENTAL RIGHTS:
PROBLEMS WITH APPLICATION AND INTERPRETATION IN THE THAI LEGAL SYSTEM

ศิริสิทธิ์ ภูศรีทอง

Sirasit Phusrithong

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : อีเมลที่ติดต่อได้ mr.right3058@gmail.com

Graduate student of Master of Law Program in Public Law
Faculty of Law, Thammasat University Email address: mr.right3058@gmail.com

Received: June 21, 2022

Revised: August 3, 2022

Accepted: September 15, 2022

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาของการใช้และการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในระบบกฎหมายไทยว่า รัฐจะสามารถจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวได้โดยตรงหรือไม่ และหากต้องมีการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นนั้นขึ้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีขอบเขตของการใช้ดุลพินิจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใด โดยศึกษาข้อความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน และเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญฉบับถาวรของไทยตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน รวมถึงรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ศึกษาแนวคำพิพากษาของศาล และความเห็นทางวิชาการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจากการศึกษาพบว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเป็นรูปแบบหนึ่งของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรงจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ โดยสิทธิขั้นพื้นฐานในประเภทนี้ไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้อย่างเด็ดขาดและไม่สามารถจำกัดได้เลย แต่หากบุคคลหรือรัฐสามารถอ้างขอบเขตการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ ได้โดยตรง อาจส่งผลให้การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นนั้นสามารถกระทำได้โดยง่ายตายยิ่งกว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงมีข้อเสนอแนะให้ต้องมีการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นเสียก่อนที่รัฐจะสามารถจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ และควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้และการตีความวิธีการในการจำกัด

สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและขอบเขตของการใช้
เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว

คำสำคัญ

สิทธิขั้นพื้นฐาน, เสรีภาพ, รัฐธรรมนูญ, การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

ABSTRACT

This article studies problems with application and interpretation of unconditional constitutional fundamental rights in enacting laws that restrict rights in the Thai legal system; whether states can directly restrict such fundamental rights; and if legislation to limit such fundamental rights is enacted, how much scope should legislatures have for discretion to limit fundamental rights. Data was gathered by studying the historical and present concept of basic rights and conditions for enacting laws restricting fundamental rights under the permanent constitution of Thailand, as well as an international comparative legal examination of constitutions of foreign countries, court judgment guidelines and relevant academic opinions. Results were that the unconditional fundamental constitutional right to enact laws restricting rights is a form of direct restriction of fundamental rights from constitutional provisions. Fundamental rights in this category are not strictly guaranteed by the Constitution as impossible to restrict in any way. However, if a person or state can claim the scope of exercising such fundamental rights to directly limit the fundamental right in a specific matter, it may result in such restrictions on fundamental rights being carried out more easily than other types of restrictions on fundamental rights for which the Constitution stipulates conditions and empowers the legislature to enact laws limiting fundamental rights. These findings suggest that legislation at the statutory level should be enacted before the state can exercise limitation of unconditional fundamental constitutional rights in enacting laws restricting rights. In addition, provisions of the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017) should be amended to clarify use and interpretation of methods for limiting unconditional fundamental constitutional rights by enacting laws restricting rights and the scope of application of conditions for enacting laws restricting such fundamental rights.

Keywords

Fundamental right, Freedom, Constitution, Limitation of fundamental right

1. บทนำ

นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรกของไทยได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนชาวไทยเอาไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก อีกทั้งยังได้บัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้อีกด้วยว่า กรณีใดบ้างที่สิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องถูกจำกัด และในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นว่านั้นจะต้องเป็นไปโดยมีเงื่อนไขเช่นใด¹ ซึ่งเป็นครั้งแรกที่ระบบกฎหมายไทยมองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการคุ้มครองเป็นหลัก และการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถทำได้แต่ในกรณีที่ต้องตามเงื่อนไขหรือวิธีการที่กำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญเท่านั้นโดยมีทั้งสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยมิได้มอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลพินิจในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ และสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ปัจจุบันการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ถูกบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และได้มีการบัญญัติขอบเขตของการใช้เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน² ซึ่งหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานและเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้ถูกบัญญัติขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้มีการเปลี่ยนแปลงวิธีการบัญญัติเนื้อหาแห่งบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล และเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสียใหม่ให้มีเนื้อหาแตกต่างกับบทบัญญัติในเรื่องเดียวกันของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540³ และ 2550⁴ จึงก่อให้เกิดประเด็นปัญหาขึ้นว่า ในกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพในการถือศาสนาและเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนา ตามมาตรา 31 และบทบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพทางวิชาการตามมาตรา 34 วรรคท้าย ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในลักษณะดังกล่าว จะถือได้ว่าต้องตามกรณีที่ “รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้” จึงสามารถตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นว่านั้นได้ โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดตามมาตรา 26 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว หรือการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ จะต้องถือตามเงื่อนไขการจำกัดสิทธิที่กำหนดในตัวของบทบัญญัตินั้น ๆ เอง โดยไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวอีก จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ตลอดจนการใช้การตีความสิทธิขั้นพื้นฐานในระบบกฎหมายไทย โดยเปรียบเทียบกับ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในระบบกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อให้สามารถนำไปปรับใช้เป็นแนวทางในการใช้และการตีความบทบัญญัติว่าด้วยเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญได้อย่างชัดเจนและเป็นบรรทัดฐานในการใช้และการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวต่อไป

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 13 และมาตรา 14.

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 26 – มาตรา 29.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 – มาตรา 29.

2. สิทธิขั้นพื้นฐานและการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

การจะสามารถเข้าใจถึงหลักของสิทธิขั้นพื้นฐานและการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้นจะต้องทำความเข้าใจข้อความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเสียก่อน ในหัวข้อนี้จึงมุ่งศึกษาว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีความหมายอย่างไร มีพัฒนาการอย่างไร และการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถกระทำได้หรือไม่ หากสามารถกระทำได้จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขใด

2.1 ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในการทำความเข้าใจถึงหลักของสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิและเสรีภาพนั้น จะต้องศึกษาเสียก่อนว่าสิทธิและเสรีภาพมีความหมายว่าอย่างไร โดยศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิศวตพิชญ์ ได้อธิบาย ความหมายของ “สิทธิ” (Right) เอาไว้ว่า สิทธิ คือ “อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็ สิทธิทางนี้ กรรมสิทธิ์ หรือสิทธิชนิดอื่น ๆ ในลักษณะที่กฎหมายรับรองให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน อาทิ การเรียกร้องให้บุคคลอื่นชำระหนี้เงินหรือการเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำการบางอย่างเพื่อประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิเรียกร้อง เป็นต้น”⁵

ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายความหมายของ “สิทธิ” เอาไว้ว่า สิทธิ หมายถึง “อำนาจที่ระบบกฎหมายให้ไว้แก่บุคคลอย่างเป็นรูปธรรม ในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการ งดเว้นการกระทำการ หรือยอมให้กระทำการโดยไม่เข้าขัดขวาง เพื่อประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิ โดยในประเทศที่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชน เช่น ในประเทศเยอรมนี ได้มีการแบ่งแยกสิทธิออกเป็นสองประเภท ได้แก่ สิทธิทางเอกชนและสิทธิทางมหาชน โดยสิทธิทางเอกชนเป็นสิทธิที่บุคคลผู้ทรงสิทธิใช้เพื่อยันบุคคลอื่นในแดนของกฎหมายเอกชน ส่วนสิทธิทางมหาชนเป็นอำนาจที่ระบบกฎหมายให้ไว้แก่บุคคลเพื่อเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นการกระทำเพื่อประโยชน์แก่บุคคลที่เป็นผู้ทรงสิทธิ นั้น ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิในแดนของกฎหมายมหาชน”⁶

ในส่วนของเสรีภาพนั้น ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิศวตพิชญ์ ได้อธิบายเอาไว้ว่า เสรีภาพ คือ “ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น”⁷ “ภาวะที่ปราศจากการหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง”⁸ กล่าวคือบุคคลจะมีเสรีภาพอยู่ตราบที่บุคคลนั้นไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ และไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้ทำในสิ่งที่บุคคลนั้นประสงค์จะกระทำ หรือเป็นการที่บุคคลมีอำนาจในการกำหนดตนเอง (Self-determination) ซึ่งเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง ผู้ทรงเสรีภาพจึงมีอำนาจตามกฎหมายแต่เพียงที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเองเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดอำนาจตามกฎหมายที่บุคคล

⁵ วรพจน์ วิศวตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543) 21–22.

⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557) 223.

⁷ LITTRÉ อ้างโดย Jean RIVERO, *Les Libertés publiques Tome 1 : Les droits de l'homme* (6e edition, PUF 1991) 20 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศวตพิชญ์ (เชิงอรรถ 1) 22.

⁸ D.D. RAFAEL, *Problem of Political Philosophy* (The Macmillan Press Ltd. 1976) 115 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศวตพิชญ์, *เชิงอรรถ* 22.

จะสามารถใช้เรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นแต่อย่างใด⁹

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อธิบายความหมายของเสรีภาพเอาไว้ว่า เสรีภาพ หมายถึง “สภาพการณ์หรือสภาวะของบุคคลที่มีอิสระในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยความประสงค์ของตนเอง และไม่อยู่ภายใต้ความครอบงำหรือแทรกแซงของบุคคลอื่น”¹⁰

สิทธิและเสรีภาพเป็นถ้อยคำที่มักถูกใช้ปะปนกันเนื่องจากมีความหมายที่คล้ายคลึงกันอย่างมาก ทั้ง ๆ ที่แท้จริงแล้ว “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” นั้น มีลักษณะที่แตกต่างกัน เนื่องจากสิทธิเป็นอำนาจซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้บุคคลสามารถนำมาใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น แต่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในการกำหนดตนเองว่ามีความประสงค์ที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ภายใต้เจตจำนงของตนเอง รัฐหรือบุคคลอื่นมีหน้าที่เพียงจะต้องไม่เข้าไปรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของบุคคลเท่านั้น โดยที่ตัวผู้ทรงเสรีภาพไม่มีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะเรียกร้องให้รัฐหรือบุคคลอื่นดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่ออำนวยความสะดวกหรือเอื้อให้การใช้เสรีภาพของตนบรรลุผลหรือสะดวกขึ้น¹¹ เมื่อแนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพเป็นที่ยอมรับและมีพัฒนาการเรื่อยมา ก็กำเนิดแนวคิดที่ว่า มนุษย์ทุกคนถือกำเนิดขึ้นมาพร้อมกับสิทธิที่เท่าเทียมกัน เป็นสิทธิแห่งความเป็นมนุษย์ที่เป็นสิ่งสากล ไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนหรือแบ่งแยกได้ เป็นสิทธิที่บุคคลใช้ในการป้องกันแดนแห่งเสรีภาพของตนเองจากอำนาจรัฐ¹² จึงเกิดเป็นแนวคิดที่ว่าด้วย “สิทธิมนุษยชน” (Human Right) ขึ้น และเมื่อสิทธิมนุษยชนได้ถูกบัญญัติรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็ได้มีการเรียกสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองเป็นถ้อยคำรวมว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte : Basic Rights/Fundamental Constitutional Rights)¹³ หรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญ หมายถึง “สิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีต่ออำนาจอมาหาชนแห่งรัฐ”¹⁴ กล่าวคือ เป็นสิทธิที่ประชาชนได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยมีลักษณะเป็นสิทธิที่ประชาชนใช้ยื่นรัฐ เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยสิทธิที่ได้รับการรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ โดยส่วนใหญ่จะเป็น “สิทธิในเสรีภาพ” ซึ่งหมายถึงการที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้รับการรับรองหรืออนุญาตให้ปัจเจกบุคคลมีอิสระที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายก็ได้กำหนดหน้าที่หรือความผูกพันต่อรัฐหรือต่อบุคคลอื่นในการที่จะต้องหลีกเลี่ยงการใช้กำลัง อำนาจหรือการบังคับที่มีลักษณะเป็นการขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคต่อการใช้เสรีภาพของผู้ทรงเสรีภาพนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายจะกำหนดข้อพึงปฏิบัติและข้อห้ามไปยังรัฐและบุคคลอื่นเพื่อให้เสรีภาพของบรรดา

⁹ เพิ่งอ้าง.

¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 9, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 186.

¹¹ เพิ่งอ้าง 187.

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 2) 226-227.

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ.1949 หมวด 1 ตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 19.

¹⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 2) 226.

ผู้ทรงเสรีภาพไม่ถูกละเมิดหรือก้าวล่วงซึ่งเป็นการรับรองสิทธิให้แก่ผู้ทรงเสรีภาพ ส่งผลให้ผู้ทรงเสรีภาพสามารถยกสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้รับรองไว้ดังกล่าวขึ้นใช้ยื่นรัฐหรือบุคคลอื่นอันมีลักษณะเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องให้รัฐหรือบุคคลอื่น ๆ เคารพและงดเว้นจากการกระทำทั้งหลายที่เป็นการกระทบหรือละเมิดต่อการใช้เสรีภาพของตน รวมถึงยังสามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้รัฐหรือบุคคลอื่น ๆ กระทำการบางอย่างบางประการ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเสรีภาพเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติได้มากที่สุดหรือเกิดผลตามที่จะต้องเป็นได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้¹⁵

สำหรับรัฐที่เป็น “นิติรัฐ” ซึ่งการใช้อำนาจของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากหลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องเพียงให้รัฐต้องใช้อำนาจของตนไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ยังเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐเป็นไปด้วยความยุติธรรม และสามารถทำให้ความยุติธรรมปรากฏขึ้นเป็นที่ประจักษ์ในความเป็นจริงด้วย¹⁶ หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร และเป็นหลักที่ช่วยในการตีความบทกฎหมายต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนแต่ละคนสามารถเป็นประธานแห่งสิทธิ ไม่ใช่วัตถุแห่งสิทธิที่รัฐจะใช้อำนาจกระทำอย่างใดก็ได้ อีกทั้งหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานยังสามารถทำให้ประชาชนแต่ละคนสามารถพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้อย่างเต็มที่¹⁷ โดยหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานนี้กำหนดให้รัฐไม่อาจใช้อำนาจไปตามอำเภอใจได้ ทั้งยังต้องผูกพันกับหลักต่าง ๆ ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักในทางรัฐธรรมนูญที่เรียกร้องให้รัฐใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่ออารักขาหรือส่งเสริมให้เกิดประโยชน์สาธารณะ¹⁸ หลักการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นหลักการที่เรียกร้องให้การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นไปตามเงื่อนไขซึ่งกำหนดในรัฐธรรมนูญ มีเนื้อหาในลักษณะที่ไม่ถึงขนาดเป็นการยกเลิกความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไปทั้งหมด หรือกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการมีผลบังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมาย ซึ่งได้แก่หลักการที่เรียกร้องว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน กฎหมายนั้นต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายที่จะใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง และหลักการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งเป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้ด้วย

2.2 เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

เงื่อนไขในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็นสองประการ ได้แก่ “เงื่อนไขในทางรูปแบบ” และ “เงื่อนไขในทางเนื้อหา”¹⁹ โดยเงื่อนไขในทางรูปแบบ หมายถึง การที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าองค์กรใดเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

¹⁵ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 274-276.

¹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรธ 2) 159.

¹⁷ เพิ่งอ้าง 181.

¹⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 49.

¹⁹ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1 Aufl, Baden-Baden 1994), 264 อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, เพิ่งอ้าง 230.

ของประชาชน และกำหนดว่ากระบวนการรวมถึงแบบพิธีในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นว่านั้น เป็นเช่นไรและมีขั้นตอนอย่างไร²⁰ ส่วนเงื่อนไขในทางเนื้อหา หมายถึง การที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องหนึ่ง ๆ เอาไว้ ได้กำหนดว่าการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกรับรองไว้นั้น จะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เช่นไร อย่างไร และเพื่อคุ้มครองประโยชน์ใดเป็นการเฉพาะ²¹ ซึ่งนอกจากเงื่อนไขในทางเนื้อหาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนยังต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนด้วย²²

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในกรณีที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยมีการกำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ ประเภทแรก คือ สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขธรรมดาในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญเพียงรับรองว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถทำได้ด้วยการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ส่วนกฎหมายดังกล่าวจะมีวัตถุประสงค์อย่างไร หรือมุ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์ในเรื่องใดก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ²³ และประเภทที่สอง คือ สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานในประเภทนี้เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญรับรองว่า ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ แต่จะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์หรือเพื่อประโยชน์บางประการที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ²⁴

2.3 สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิหมายถึงการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเอาไว้โดยมิได้มอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลพินิจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้ ซึ่งแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่อาจมีดุลพินิจในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในลักษณะดังกล่าว แต่สิทธิขั้นพื้นฐานประเภทนี้ก็ไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้อย่างเด็ดขาด หรือไม่สามารถถูกจำกัดได้เลย เพราะว่าในทางวิชาการนั้น เป็นที่ยอมรับกันว่าไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานใดที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเด็ดขาดและไม่สามารถจะถูกจำกัดได้ จะมีก็เพียงสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขในการให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิเท่านั้น²⁵ เช่น มาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติ หรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” และมาตรา 34 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันบัญญัติว่า “เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของ ปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพ

²⁰ เพิ่งอ้าง 230.

²¹ เพิ่งอ้าง 230-231.

²² เพิ่งอ้าง 231.

²³ เพิ่งอ้าง 99.

²⁴ เพิ่งอ้าง.

²⁵ เพิ่งอ้าง 95.

และไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น” ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าแม้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 31 และมาตรา 34 วรรคสอง ดังกล่าว แต่ก็มิได้หมายความว่าไม่มีขอบเขตการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานเช่นนั้นเอาเสียเลย เนื่องจากบทบัญญัติที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเองได้บัญญัติขอบเขตการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้ อย่างไรก็ตาม แม้ไม่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าว แต่สิทธิขั้นพื้นฐานก็ย่อมต้องมีข้อจำกัดอย่างใดอย่างหนึ่งเสมอ เพราะอาจมีสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ หรือคุณค่าอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญมาเป็นข้อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้²⁶

3. การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

การทำความเข้าใจเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาแนวคิดของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ซึ่งในที่นี้จะทำการศึกษารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 และรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958 ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศดังกล่าว

3.1 รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หรือ กฎหมายพื้นฐานมีรูปแบบในการบัญญัติบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในลักษณะของการแบ่งหมวดว่าด้วย “สิทธิขั้นพื้นฐาน” แยกออกมาเป็นหมวดเฉพาะ โดยมาตรา 1 อนุมาตรา 3 ของ กฎหมายพื้นฐาน บัญญัติรับรองให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีฐานะเป็นกฎหมายที่สามารถนำไปใช้บังคับได้โดยตรง²⁷ กล่าวคือ ประชาชนสามารถอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานเรื่องใดเรื่องหนึ่งขึ้นยันรัฐเพื่อเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อคุ้มครองหรือยับยั้งการกระทำละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานได้ แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะยังมิได้ตรากฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ขึ้นบังคับใช้ก็ตาม อีกทั้งรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันอำนาจรัฐทุกอำนาจ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ และบัญญัติให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกฝ่ายต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานเสมือนว่าเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้²⁸ โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่ว่า ในฝ่ายผู้ใช้อำนาจรัฐไม่ควรจะมีอำนาจในส่วนใดที่ไม่ผูกพันกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน²⁹

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้ตามมาตรา 1 ถึงมาตรา 18 และได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้ตามมาตรา 19³⁰ อย่างไรก็ตาม

²⁶ เฟ็งอ้าง.

²⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, ‘หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2549) 140.

²⁸ เฟ็งอ้าง.

²⁹ เฟ็งอ้าง.

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 19 บัญญัติว่า

ในบทบัญญัติทั้งหลายที่บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้แล้ว ก็ได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้เช่นเดียวกัน โดยมีลักษณะเป็นการกำหนดเงื่อนไขเป็นการเฉพาะเอาไว้เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายขึ้นจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในลักษณะนี้อยู่ในประเภทของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอ้อมจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หรือเรียกได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

กรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติรับรองเสรีภาพในความเชื่อและการนับถือศาสนา และมาตรา 5 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติรับรองเสรีภาพทางวิชาการ อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวไว้ แต่ในระบบกฎหมายของเยอรมัน ฝ่ายนิติบัญญัติยังคงมีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทนั้น ๆ ได้ ทั้งนี้เนื่องมาจากหลักการที่ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองไว้ย่อมถูกจำกัดได้เสมอ ไม่มีผู้ใดสามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานได้โดยเด็ดขาด โดยเฉพาะหากสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อคุณค่าอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญประสงค์จะคุ้มครอง หรือกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่น เช่นนี้ ปัญหาต่อมาคือ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวสามารถทำได้โดยอาศัยเพียงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นฐานของอำนาจโดยตรง หรือจำเป็นที่จะต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นนั้นเสียก่อน ซึ่งในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน จะสามารถทำได้ก็ต่อเมื่อรัฐสภาได้ตรากฎหมายขึ้นโดยชัดแจ้งว่าให้กระทำได้³¹ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ Josef Isensee ที่เห็นว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติยังคงมีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทนั้น ๆ ได้ เพียงแต่ฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่มีดุลพินิจในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใด นอกเหนือไปจากเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น หรือคุ้มครองคุณค่าอื่น ๆ ที่ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งในการตรากฎหมายดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชี้แจงน้ำหนักบรรดาสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะหรือขัดแย้งกัน โดยผลของการชี้แจงน้ำหนักจะถูกนำไปบัญญัติเป็นเนื้อหาของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ต่อไป³²

3.2 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958 ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมิได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ได้มีการบัญญัติให้นำเอาคำประกาศสิทธิมนุษยชน

“1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ออกโดย รัฐสภาและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้เจาะจงใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือกับบุคคลใดคนหนึ่ง เท่านั้น”

2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานพึงต้องอ้างอิงถึงมาตราในกฎหมายพื้นฐานที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

3) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานกระทำได้แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นและห้าม “แต่ต้อง” สาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น

4) ให้สิทธิประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานจากการใช้อำนาจรัฐ “เข้าถึง” กระบวนการยุติธรรมทางศาล”

³¹ BVerfGE 108, 282, 297 อ้างถึงใน ต่อพงษ์ กิตติยานพงศ์ (เชิงอรรถ 15) 226.

³² เพิ่งอ้าง 226.

และพลเมือง ค.ศ. 1789 และส่วนอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1946 มาใช้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ³³ การพิจารณาถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และส่วนอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1946 มาใช้ประกอบกันไป

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการรับรองเสรีภาพในทางความคิด (la liberté de pensée) ซึ่งเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายในจิตใจของมนุษย์และเป็นเสรีภาพเพียงประเภทเดียวที่มีความเด็ดขาด (absolute) ไม่อาจมีข้อจำกัดใด ๆ มาปิดกั้นได้³⁴ เสรีภาพในทางความคิดที่สำคัญ ได้แก่ เสรีภาพในการนับถือศาสนา นิยายของศาสนา หรือลัทธินิยมทางศาสนา ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการไม่นับถือศาสนา นิยายของศาสนา หรือลัทธินิยมทางศาสนา นอกจากนี้เสรีภาพในทางความคิดยังรวมถึงเสรีภาพในการเชื่อถือหรือไม่เชื่อถือลัทธิการเมือง คำสอน หรือศีลธรรมต่าง ๆ ด้วย³⁵ เสรีภาพอีกประเภทหนึ่งซึ่งเป็นหมวดหมู่ที่แบ่งแยกออกมาจากเสรีภาพในทางความคิด คือ เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิด (la liberté d'expression)³⁶ ซึ่งเป็นการนำความคิดมาแสดงออกเป็นการกระทำต่างๆ ทางกายภาพภายนอกจิตใจ เช่น การเขียน การพิมพ์ การประกอบพิธีกรรมทางศาสนา เมื่อการแสดงออกซึ่งความคิดก่อให้เกิดการกระทำทางกายภาพที่เป็นรูปธรรมขึ้น การกระทำดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้อื่น หรือสังคม เสรีภาพประเภทนี้จึงไม่อาจถูกคุ้มครองโดยเด็ดขาด รัฐมีความจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตในการใช้เสรีภาพ³⁷

ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส “เสรีภาพในทางความคิด” จึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ตัวอย่างของเสรีภาพในทางความคิดที่สำคัญ คือ “เสรีภาพในการนับถือศาสนา” ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองว่า รัฐจะให้ความเคารพในความเชื่อทุกรูปแบบของประชาชน³⁸ โดยไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเอาไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม ปัญหาสำคัญของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการอย่างเด็ดขาด คือ การใช้สิทธิขั้นพื้นฐานเช่นว่านั้น อาจกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่น หรือกระทบต่อคุณค่าอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญได้ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจึงแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการบัญญัติให้การใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด อันมีลักษณะเป็นการกระทำในทางกายภาพที่บุคคลแสดงออกมาในโลกภายนอกจิตใจ³⁹ นั้น สามารถกระทำได้ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามการกระทำเช่นว่านั้น

³³ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 อารัมภบท

³⁴ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, ‘ศาสนา - ความเชื่อ : การแสดงออก และการยอมรับในมุมมองกฎหมายฝรั่งเศส’ (เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย, 16 พฤษภาคม 2548) <<http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=765>> สืบค้นเมื่อ 8 สิงหาคม 2564.

³⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (เชิงอรรถ 5) 45.

³⁶ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์ (เชิงอรรถ 34).

³⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (เชิงอรรถ 5) 46.

³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 มาตรา 1.

³⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ‘สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ’ ใน *รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมาย*

เอาไว้ โดยการที่กฎหมายที่จะกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการแสดงออกซึ่งความคิดหรือการกระทำทางกายภาพต่าง ๆ ได้นั้น จะต้องมียุติประสงค์เพื่อจำกัดขอบเขตของการกระทำที่จะเป็นอันตรายต่อสังคมเท่านั้น⁴⁰ ซึ่งมีลักษณะเป็นการที่ตัวรัฐธรรมนูญเองได้บัญญัติเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเอาไว้แตกต่างจากในกรณีของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่มีได้บัญญัติถึงเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นว่านั้นอย่างชัดเจนเหมือนกับในกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวเอาไว้เป็นบรรทัดฐาน ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.1

4. การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในระบอบกฎหมายไทย

ในระบอบกฎหมายไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรกของไทย ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยมิได้กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเอาไว้เป็นครั้งแรกในมาตรา 13 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาหรือลัทธิใด ๆ และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน” ซึ่งเป็นการกำหนดขอบเขตของการใช้เสรีภาพในการนับถือศาสนาและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาเอาไว้โดยตรงในตัวบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเองโดยกำหนดให้การใช้เสรีภาพเช่นว่านั้น จะต้องอยู่ในขอบเขตที่ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน โดยไม่มีการกำหนดเงื่อนไขในการให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด นับจากนั้นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรของไทยฉบับต่อ ๆ มา ล้วนใช้รูปแบบของบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 13 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว กระทั่งเมื่อได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เสรีภาพทางวิชาการก็ได้รับการบัญญัติคุ้มครองเพิ่มเข้ามาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิอีกประเภทหนึ่ง โดยบัญญัติให้ใช้เสรีภาพดังกล่าวได้ทราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมือง⁴¹

ในเวลาต่อมา หลังจากเกิดแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิรูปการเมืองและการส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในด้านต่าง ๆ และได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ขึ้น เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2540⁴² รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ยังคงบัญญัติรับรองและกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานสองประเภท ได้แก่ เสรีภาพในการนับถือศาสนาและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา⁴³ และเสรีภาพทางวิชาการ⁴⁴ โดยไม่มีการกำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ซึ่งการรับรองและการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยปราศจากเงื่อนไข

⁴⁰ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 5.

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 40 วรรคสาม

⁴² สมคิด เลิศไพฑูรย์, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548) 23-30.

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 38

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 42

ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในรูปแบบดังกล่าวได้ถูกใช้ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วยเนื้อหาของบทบัญญัติที่เหมือนกันกับที่ปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ทุกประการ⁴⁵ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 25 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ ในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิ และเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ トラบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพ เช่นว่านั้น ไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” มาตรา 31 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติ หรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็น ปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” และมาตรา 34 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น”

5. ปัญหาการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในระบบกฎหมายไทย

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเอาไว้ ได้แก่ เสรีภาพทั่วไป ตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง เสรีภาพในการนับถือศาสนา และการประกอบพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน ตามมาตรา 31 และเสรีภาพทางวิชาการ ตามมาตรา 34 วรรคสอง โดยมีได้บัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว แต่ได้บัญญัติเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ เอาไว้ในบทบัญญัติที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง โดยตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ ในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิ และเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นการรับรองเสรีภาพทั่วไปเอาไว้ แต่ก็ได้บัญญัติเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิ คือ บุคคลจะได้รับการคุ้มครองเสรีภาพทั่วไป “...ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพ เช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” ส่วนมาตรา 31 ได้บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติ หรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน...” ซึ่งเป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องของเสรีภาพในการนับถือศาสนาและการประกอบพิธีกรรมตามความเชื่อของศาสนานั้น ๆ แต่ก็ได้บัญญัติเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิ คือ “...แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” และมาตรา 34 วรรคสอง บัญญัติว่า “เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง...” ซึ่งเป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องของเสรีภาพทางวิชาการ

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 37 และมาตรา 50

แต่ก็ได้บัญญัติเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิว่า “...การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น” การบัญญัติเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติว่า ในระบบกฎหมายไทย การที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ จะสามารถกระทำได้เมื่อใด จำต้องตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นหรือไม่ หรือสามารถอ้างตัวบทรัฐธรรมนูญเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวได้โดยตรง ซึ่งปัญหานี้ศาลไทยยังไม่เคยมีการวินิจฉัยวางแนวทางการในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิจะต้องดำเนินการในลักษณะใด และจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตเช่นไร

ผู้เขียนเห็นว่า หากบุคคลหรือรัฐสามารถอ้างขอบเขตการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ ได้โดยตรง อาจส่งผลให้การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นว่านั้นสามารถกระทำได้โดยง่ายยิ่งกว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเสียอีก เนื่องจากไม่จำเป็นจะต้องตราเป็นกฎหมายและผ่านการพิจารณาของรัฐสภาซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแต่อย่างใด จึงเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้มีสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขึ้น เนื่องจากเห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญและควรได้รับการคุ้มครองในลักษณะที่รัดกุมกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทอื่น ซึ่งในกรณีของประเทศไทยสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองในลักษณะดังกล่าวก็คือเสรีภาพทั่วไป เสรีภาพในการนับถือศาสนาและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา และเสรีภาพทางวิชาการ

อย่างไรก็ตาม เมื่อมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าว ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุมเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพไว้ด้วย” จึงอาจพิจารณาได้ว่า ตัวรัฐธรรมนูญเองได้บัญญัติเงื่อนไขในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิอยู่แล้วในตัว โดยฝ่ายนิติบัญญัติสามารถอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นว่านั้นได้ทันที ดังเช่นที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้อธิบายความมุ่งหมายของการตราบทบัญญัติมาตรา 26 เอาไว้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลไว้ให้ชัดเจน กล่าวคือ ถ้าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ จะกำหนดได้แต่เฉพาะตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้โดยเฉพาะ มาตรา 26 ได้กำหนดเงื่อนไขเอาไว้ คือ ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม

ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ และต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย⁴⁶

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 26 วรรคหนึ่งแล้วจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การตรากฎหมายขึ้น “ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้” ซึ่งในที่นี้หมายถึงการที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้ นั่นจะต้องเป็นไปโดย “ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้” ซึ่งการใช้ถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเมื่อปรากฏว่าบทบัญญัติมาตรา 25 วรรคหนึ่ง มาตรา 31 และมาตรา 34 วรรคสอง ได้กำหนดข้อจำกัดในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานที่บทบัญญัติทั้งสามมาตราดังกล่าวรับรองเอาไว้โดยตรงแล้ว จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาว่า ขอบเขตของการที่บุคคลจะใช้เสรีภาพทั่วไป เสรีภาพในการนับถือศาสนาและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา รวมถึงการใช้เสรีภาพทางวิชาการ จะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 26 คือต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลด้วยหรือไม่ หรืออยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง มาตรา 31 และมาตรา 34 วรรคสองเท่านั้น

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเอาไว้ในมาตรา 25 วรรคหนึ่งซึ่งรับรองเสรีภาพทั่วไป มาตรา 31 ซึ่งรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนาและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา และมาตรา 34 วรรคสองซึ่งรับรองเสรีภาพทางวิชาการ โดยบัญญัติเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวเอาไว้โดยตรงในบทบัญญัติทั้งสามมาตราข้างต้น จึงก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติว่า ในระบบกฎหมายไทย การที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ จะสามารถกระทำได้เมื่อใด จำต้องตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ หากบุคคลหรือรัฐสามารถอ้างขอบเขตการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ ได้โดยตรง อาจส่งผลให้การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นนั้นสามารถกระทำได้โดยง่ายยิ่งกว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเสียอีก เนื่องจากไม่จำเป็นที่จะต้องตราเป็นกฎหมายและผ่านการพิจารณาของรัฐสภาที่ประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแต่อย่างใด จึงเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้มีสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขึ้น เนื่องจากเห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญและควรได้รับการคุ้มครองในลักษณะที่รัดกุมกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทอื่น นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 26 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตของการใช้เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานแล้วพบว่า มาตราดังกล่าว

⁴⁶ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบปรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560* (สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2562) 38-40.

มีการบัญญัติถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนและก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย นั้น จะนำมาใช้เฉพาะเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการตรากฎหมายในส่วนที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเท่านั้น ไม่ใช่ในกรณีที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเอาไว้แล้ว หรือจะต้องนำมาใช้พิจารณาประกอบการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายตามเงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในระบบกฎหมายไทย ควรจะต้องมีการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นเสียก่อนที่รัฐจะสามารถจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นนั้นได้ โดยในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตราขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ หรือคุณค่าอื่น ๆ ที่ได้ถูกรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อกำจัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ เนื่องจากการตราภาษาลักษณะดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดข้อจำกัดในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้โดยตรงในบทบัญญัติที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ และผู้เขียนเห็นว่ามีอีกแนวทางหนึ่งซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาค่าการใช้และการตีความบทบัญญัติว่าด้วยการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในระบบกฎหมายไทยได้ คือ การแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 วรรคหนึ่ง มาตรา 31 และมาตรา 34 วรรคสอง โดยเปลี่ยนถ้อยคำของบทบัญญัติที่ว่าด้วยขอบเขตการใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน จากเดิมที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติทั้งสามมาตราดังกล่าวมีลักษณะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจตรากฎหมายเช่นนั้นได้เพียงภายในวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่งหรือเพื่อประโยชน์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น ทั้งนี้ ก็เพื่อให้รัฐธรรมนูญยังคงสามารถรับรองและคุ้มครองเสรีภาพทั่วไป เสรีภาพในการนับถือศาสนาและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา และเสรีภาพในทางวิชาการ ในลักษณะที่รัดกุมและพิเศษยิ่งกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องอื่น ๆ ได้ดังเดิม แต่มีความชัดเจนมากขึ้นในส่วนของเงื่อนไขและขอบเขตในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เพื่อแก้ไขปัญหาในการใช้และการตีความบทบัญญัติทั้งสามมาตราดังกล่าว

ในส่วนของปัญหาการใช้และการตีความมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตราดังกล่าว โดยนำเนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่ง

สิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้” มาบัญญัติเป็นขอบเขตของการใช้เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามมาตรา 26 วรรคหนึ่งเดิม เพื่อให้บทบัญญัติเรื่องดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยมีความเข้าใจง่าย ชัดเจน และ มีการรับรองหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเอาไว้โดยตรง ดังเช่นที่เคยเป็นมาแต่เดิม

บรรณานุกรม

หนังสือ และงานวิจัย

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 9, สำนักพิมพ์ วิญญูชน 2561)
- คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560* (สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2562)
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *'หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ'* (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2549)
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *ทฤษฎีสหสิทธิขั้นพื้นฐาน* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562)
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557)
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543)
- *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562)
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548)

บทความ

- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *'สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ'* ใน *รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565) 33

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

- ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, *'ศาสนา - ความเชื่อ : การแสดงออก และการยอมรับในมุมมองกฎหมายฝรั่งเศส'* (เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย, 16 พฤษภาคม 2548) <<http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=765>>
สืบค้นเมื่อ 8 สิงหาคม 2564.