



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล  
(Individual Study)

หัวข้อ : หลักสิทธิมนุษยชน  
เรื่อง : การระบอบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

จัดทำโดย  
นางสาวจารุวรรณ เสงตระกุล  
รหัส ๕๗๐๒๐๔

เอกสารวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม  
หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ ๒  
วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ  
สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# การระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

จากรุวรรณ เสงตระกุล\*

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ได้ก่อให้เกิดผลประการหนึ่งต่อแวดวงการร่างกฎหมายและการพิจารณากฎหมายของประเทศ คือ การที่กฎหมายหรือกฎที่จะใช้บังคับ ต้องมีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เป็น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองและรับรองไว้ ซึ่งเป็นเรื่อง ที่การร่างกฎหมายและการพิจารณาร่างกฎหมายหรือดำราทางวิชาการก็ไม่เคยมีการกล่าวถึงมาก่อน และหากนำพระราชบัญญัติสักหนึ่งฉบับขึ้นมาเปิดอ่านดู ถ้าเป็นพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นก่อน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ใช้บังคับ ก็คงไม่พบเรื่องนี้ในกฎหมายใดเลย แต่ถ้าเป็นพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับนับแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๓ เป็นต้นมา ก็จะมีพบได้เกือบเป็นส่วนใหญ่ โดยปรากฏในส่วนของวรรคที่สองของคำปรารภของพระราชบัญญัติก่อนถึงส่วนเนื้อหาของกฎหมาย แต่ก็คงจะมีผู้คนอีกไม่น้อยโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่มิได้เป็นนักกฎหมายที่ไม่ทราบว่าการระบุ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองและรับรองไว้เป็นอย่างไร หรืออยู่ในส่วนใดของตัวกฎหมายหรือกฎ หรือมีที่มา จากไหน

บทความนี้จึงมีความประสงค์ที่จะถ่ายทอดข้อมูลในการกำหนดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองและ รับรองไว้ ซึ่งอาจจะเรียกสั้น ๆ ได้ว่า “บทจำกัดสิทธิและเสรีภาพ” เนื่องจากเป็นเรื่องตัวอย่างในการ กำหนดแบบกฎหมายมาตรฐานที่มีการพิจารณาโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการร่างกฎหมายและ การพิจารณากฎหมายของประเทศ ซึ่งมีแง่คิดทางกฎหมายในประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับการร่าง กฎหมายที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง แม้ว่าจะมีการวางแบบกฎหมายเป็นที่ยุติแล้วก็ตาม

## ที่มาของการระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

การระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกฎหมายและกฎเกิดขึ้นเนื่องมาจากมาตรา ๒๙<sup>๑</sup> ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ บัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ

\* กรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>๑</sup> มาตรา ๒๙ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และ จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือ แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม

บุคคลกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายและกฎหมายนี้ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ด้วย และให้นำหลักการดังกล่าวมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

บทบัญญัติมาตรา ๒๙ ดังกล่าว มีแนวความคิดมาจากมาตรา ๑๙<sup>๒</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Basic Law

---

<sup>๒</sup> Article 19

(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

(3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

**คำแปลภาษาอังกฤษ** (จาก World Intellectual Property Organization (WIPO) - [www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=9482](http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=9482))

**Article 19 [Restriction of basic rights]**

(1) Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case. In addition, the law must specify the basic right affected and the Article in which it appears.

(2) In no case may the essence of a basic right be affected.

(3) The basic rights shall also apply to domestic artificial persons to the extent that the nature of such rights permits.

(4) Should any person's rights be violated by public authority, he may have recourse to the courts. If no other jurisdiction has been established, recourse shall be to the ordinary courts. The second sentence of paragraph (2) of Article 10 shall not be affected by this paragraph.

**คำแปลภาษาไทย** (จากสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ – [www.nrct.go.th/th/Portraits/0/data/etranslatedbook](http://www.nrct.go.th/th/Portraits/0/data/etranslatedbook))

**มาตรา ๑๙**

๑) ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ การจำกัดสิทธิมูลฐานจะกระทำได้ก็แต่โดยบทบัญญัติของกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะ กฎหมายนั้นจะต้องใช้ได้กับทุกคนเป็นการทั่วไปและจะใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้ เพื่อประโยชน์ดังกล่าวกฎหมายจะต้องบัญญัติถึงสิทธิมูลฐานที่ถูกจำกัดรวมทั้งมาตราของสิทธิมูลฐานนั้นด้วย

๒) ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ห้ามจำกัดสาระสำคัญของสิทธิมูลฐาน

๓) สิทธิมูลฐานย่อมมีผลบังคับถึงบรรดาองค์กรที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชนเยอรมัน เท่าที่สภาพของสิทธินั้นจะอำนวย

๔) หากหน่วยราชการละเมิดสิทธิของบุคคล บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมได้ หากศาลอื่นไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาให้เป็นอำนาจของศาลธรรมดาที่มีอยู่ตามกฎหมายที่จะพิจารณาพิพากษา

for the Federal Republic of Germany) โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในวรรคสองนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นการคัดลอกมาจากมาตรา ๑๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมาโดยตรง

บทบัญญัติวรรคสองและวรรคสามของมาตรา ๒๙ ดังกล่าวมีผลทำให้ต้องมีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายหรือกฎที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองและรับรองไว้ โดยต้องกำหนดไว้ในกฎหมายและกฎที่ตราขึ้นใช้บังคับภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. ๒๕๔๐ ใช้บังคับ ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบของโครงสร้างของกฎหมายและกฎที่เคยมีมาก่อนหน้านั้น อย่างไรก็ตาม โดยผลของบทเฉพาะกาล มาตรา ๓๓๕ (๑)<sup>๓</sup> มาตรา ๒๙ วรรคสองและวรรคสาม จึงไม่นำมาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญหรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญรวมทั้งกฎด้วยโดยอนุโลม

ต่อมา เมื่อมีการใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ปรากฏว่ายังคงมีการบัญญัติมาตราที่มีความทำนองเดียวกันโดยกำหนดเป็นมาตรา ๒๙ เช่นกัน บทจำกัดสิทธิและเสรีภาพจึงยังคงต้องมีการกำหนดไว้ในกฎหมายและกฎ โดยยึดถือตามรูปแบบและแนวทางเดียวกันกับที่กำหนดไว้สำหรับกรณีของมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐

มาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๔๐ มีขึ้นก็โดยมีเจตนารมณ์เพื่อจำกัดมิให้องค์กรที่ให้อำนาจตรากฎหมายหรือกฎ ใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจ โดยได้กำหนดให้องค์กรดังกล่าวจะตรากฎหมายหรือกฎที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ เฉพาะภายในกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเปิดช่องให้กระทำได้นั้น<sup>๔</sup> และมีความมุ่งหมายเพื่อประกาศหรือแสดงให้ทราบโดยทั่วไปว่าพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับนั้นมีบทบัญญัติบางมาตราที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ โดยให้ระบุอย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้และให้อำนาจในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวในมาตราใด<sup>๕</sup>

## การกำหนดแบบกฎหมายมาตรฐานในกฎหมาย

การกำหนดแบบกฎหมายมาตรฐานในเรื่องนี้ได้มีการพิจารณาโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตรากฎหมายทั้งในฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งสมควรนำมากล่าวโดยสรุป ดังนี้

<sup>๓</sup> มาตรา ๓๓๕ ในวาระเริ่มแรก มิให้นำบทบัญญัติดังต่อไปนี้ มาใช้บังคับกับกรณีต่างๆ ภายใต้ง่อนไขดังต่อไปนี้

(๑) มิให้นำบทบัญญัติมาตรา ๒๙ วรรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ แต่เมื่อมีการตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวขึ้นใหม่ หรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว การดำเนินการนั้นต้องเป็นไปตามมาตรา ๒๙ ทั้งนี้ ให้นำไปใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายด้วย โดยอนุโลม

<sup>๔</sup> กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, “สิทธิและเสรีภาพของประชาชน : ความคุ้มครองที่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายและกฎ” ใน ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ, (สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ๒๕๕๗), หน้า ๖

<sup>๕</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือแบบการร่างกฎหมาย, ๒๕๕๑, หน้า ๗๕

## ๑. ความเป็นมาในการกำหนดแบบกฎหมาย

ในระยะแรกก่อนที่จะมีการกำหนดแบบกฎหมายมาตรฐานเพื่อใช้ในการระบบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ปรากฏว่าได้มีการระบุไปบ้างแล้วในร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาบางฉบับ โดยกำหนดไว้ใน “คำปรารภ” ของร่างพระราชบัญญัติ เพราะเห็นว่า “คำปรารภ” เป็นส่วนสำคัญส่วนแรกของกฎหมายที่แสดงหรือบอกให้ทราบถึงเจตนารมณ์ ความเป็นมาหรือสาเหตุที่ต้องตรากฎหมายนั้น ๆ เช่น พระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต่าง ๆ<sup>๖</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๑<sup>๗</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๑<sup>๘</sup> แต่เนื้อความที่ระบุไว้ก็ยังมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันไป มิได้เป็นไปในทางเดียวกันหรือมีข้อยุติที่ตรงกัน ขึ้นอยู่กับความเห็นของคณะกรรมการที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้น ๆ

ใน พ.ศ. ๒๕๔๑ นั้นเอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการตั้งกรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ ซึ่งประกอบด้วย ประธานกรรมการร่างกฎหมาย ๑๐ คณะ (ตามจำนวนคณะที่มีอยู่ในเวลานั้น)<sup>๙</sup> และเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (นายอักรินทร์ จุฬารัตน) เพื่อประชุมปรึกษาหารือกำหนดแบบการร่างกฎหมายในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันและสอดคล้องกับมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ดังกล่าวได้พิจารณาแล้วเห็นว่า “แนวทางที่เหมาะสมในการอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญควรกว้างเป็นอีกมาตราหนึ่งในพระราชบัญญัติเพื่อระบุว่าพระราชบัญญัตินั้นเป็นเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเรื่องใดบ้าง ซึ่งวิธีการนั้นนอกจากจะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ คือ ประชาชนยังคงรับรู้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพได้โดยทราบที่มาของบทบัญญัติมาตราในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นที่มาของตราพระราชบัญญัติอันเป็นการจำกัดสิทธิและ

<sup>๖</sup> ความเป็นมาดังนี้

“โดยที่เป็นการสมควรให้เวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ในท้องที่... ประกอบกับมาตรา ๔๙ วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

<sup>๗</sup> ความเป็นมาดังนี้

“โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค อันเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ซึ่งมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

<sup>๘</sup> ความเป็นมาดังนี้

“โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล อันจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ซึ่งมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

<sup>๙</sup> ประกอบด้วย นายประพจน์ ธิระวัฒน์ นายประยูร กาญจนกุล นายปรีชา สุมาวงศ์ นายปลั่ง มีจุล นายวัฒนา รัตนวิจิตร นายสรรเสริญ ไกรจิตติ นายอมร จันทรสุมบุรณ์ พล.ต.อ.อรรถสิทธิ์ สิทธิสุนทร นายอรุณ ภาณุพงศ์ และนายโฮสโก โกคิน

เสรีภาพแล้ว ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพหลายเรื่อง ก็ยังสามารถระบุไว้ในมาตราเดียวกันนี้ได้ทั้งหมดโดยไม่กระทบต่อบทบัญญัติมาตราอื่นของกฎหมายด้วย” โดยมีความเห็นต่อไปว่า เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ใช้กฎหมาย สมควรกำหนดมาตราที่จะต้องยกเว้นขึ้นใหม่ไว้ในส่วนต้นของร่างกฎหมาย โดยอยู่ถัดจากมาตราเกี่ยวกับวันใช้บังคับกฎหมาย และในกรณีที่พระราชบัญญัติซึ่งมีการยกเลิกพระราชบัญญัติก่อน ๆ ก็จะอยู่ถัดจากมาตรายกเลิกพระราชบัญญัติอื่น ๆ นั้น

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ไม่เห็นด้วยกับการอ้างไว้ในส่วนอื่นของพระราชบัญญัติ ด้วยเหตุผลดังนี้

(๑) หากจะมีการอ้างไว้ในเหตุผลประกอบร่างกฎหมายแล้ว อาจจะมีปัญหาโต้แย้งได้ว่าเป็นการไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้องได้ เนื่องจากเหตุผลประกอบร่างกฎหมาย (ส่วนที่เป็นหมายเหตุท้ายกฎหมาย) นั้น มิได้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย

(๒) การอ้างไว้ใน “คำปรารภ” ของพระราชบัญญัตินั้น เห็นว่ายังไม่เหมาะสมสมอยู่บ้างบางประการ ดังนี้

(ก) เนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น รัฐธรรมนูญให้อำนาจนิติบัญญัติ (การตราพระราชบัญญัติ) เป็นอำนาจของรัฐสภา การตราพระราชบัญญัติจึงไม่จำเป็นต้องอ้างบทอาศัยอำนาจได้อีก ส่วนการที่มาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติให้ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น เป็นหลักเกณฑ์จำกัดการใช้อำนาจของรัฐสภาว่าในการตรากฎหมายจะต้องอยู่ในกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้น การอ้างในคำปรารภว่าอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญจึงไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายดังกล่าว

(ข) การอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไว้ในคำปรารภอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับเนื้อหาสาระของพระราชบัญญัติว่า ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่อ้างไว้เท่านั้น ซึ่งแท้จริงแล้วมิได้เป็นเช่นนั้นทุกกรณีไป เพราะพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งๆ ปกติจะมีเนื้อหาปนกันระหว่างบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และที่มีได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

**สำหรับเนื้อหาของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลควรระบุให้ชัดเจนว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใด ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจมาตราใดของรัฐธรรมนูญ**

ทั้งนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) มีข้อสังเกตด้วยว่า บทบัญญัติมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญฯ มีแนวทางมาจากมาตรา ๑๙ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งกฎหมายต่างๆ ของเยอรมันที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะบัญญัติอ้างถึงข้อจำกัดในการใช้อำนาจนิติบัญญัติดังกล่าวไว้ในมาตราที่แยกต่างหากอันตรงกับแนวทางที่กล่าวข้างต้น<sup>๑๐</sup>

<sup>๑๐</sup> บันทึก เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (เรื่องเสร็จที่ ๘๖/๒๕๔๑) ส่งพร้อมกับหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๖๐๑/๑๗๔ ลงวันที่ ๓ มีนาคม ๒๕๔๑ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รายงานความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้รับทราบและให้แจ้งเวียนส่วนราชการทราบและถือปฏิบัติ และในช่วงเวลานั้น ก็ได้มีการออกพระราชกำหนดจำนวน ๓ ฉบับโดยมีรูปแบบการระบุตามแนวทางที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาวางไว้ ได้แก่ พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๑<sup>๑๑</sup> พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๑<sup>๑๒</sup> และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. ๒๕๒๒ (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๔๑<sup>๑๓</sup>

แต่ในเวลาต่อมา ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. .... ของคณะกรรมการธิการร่วมกันของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ปรากฏว่าคณะกรรมการฯ มีความเห็นแตกต่างกันในการที่จะระบุตามมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญฯ ว่า “ควรระบุไว้ในส่วนใดของร่างพระราชบัญญัติ” ประธานคณะกรรมการฯ จึงได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๔๑ กราบเรียนประธานรัฐสภา เรื่อง ขออนุเคราะห์ตั้งคณะกรรมการร่วมกันของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา และประธานรัฐสภาได้มีคำสั่งรัฐสภาที่ ๑๘/๒๕๔๑ ลงวันที่ ๒๗ สิงหาคม ๒๕๔๑ แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณากำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย

คณะกรรมการพิจารณากำหนดรูปแบบฯ ดังกล่าวได้เสนอรายงานผลคณะกรรมการพิจารณากำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย โดยมีความเห็นสรุปได้ดังนี้

(๑) คณะกรรมการฯ เห็นด้วยกับคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่ว่า ไม่เป็นการสมควรที่จะบัญญัติไว้ในเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติ เพราะเหตุผลนั้นเป็นเหตุผลของการเสนอกฎหมายและมีใช่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย

<sup>๑๑</sup> มาตรา ๓ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๒ ทวิ แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ. ๒๕๔๑

“มาตรา ๒ ทวิ พระราชกำหนดนี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๔๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

<sup>๑๒</sup> มาตรา ๓ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๓ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕

“มาตรา ๓ ทวิ พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในทรัพย์สินของบุคคล และเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๓๕ วรรคสอง มาตรา ๔๘ และมาตรา ๕๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

<sup>๑๓</sup> มาตรา ๓ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๓ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. ๒๕๒๒

“มาตรา ๓ ทวิ พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในทรัพย์สินของบุคคล และเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๓๕ วรรคสอง มาตรา ๔๘ และมาตรา ๕๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

(๒) ต่อความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่ให้มีการบัญญัติไว้ในคำปรารภมีความไม่เหมาะสมบางประการนั้น คณะกรรมการฯ มีความเห็นดังนี้

- ในประเด็นที่ว่า “โดยที่อำนาจในการตราพระราชบัญญัติเป็นอำนาจของรัฐสภา การตราพระราชบัญญัติจึงไม่จำเป็นต้องอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” นั้น เป็นความจริงเฉพาะเมื่อประเทศอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ซึ่งไม่มีบทบัญญัติในลักษณะของมาตรา ๒๙ แต่ตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นการบังคับไว้ในมาตรา ๒๙ ให้ต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จึงต้องหมายความว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญปัจจุบัน อำนาจในการตราพระราชบัญญัติของรัฐสภาถูกจำกัดลงกว่าที่เคยมีมา ข้อจำกัดดังกล่าวคือการบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องระบุมাত্রาของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในวรรคสองของมาตรา ๒๙ ว่า “ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย” หลักกฎหมายที่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตราพระราชบัญญัติได้โดยไม่ต้องอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจึงเป็นอันใช้ไม่ได้ภายใต้รัฐธรรมนูญปัจจุบัน

ตามแบบแห่งการตรากฎหมาย ระเบียบ กฎ ข้อบังคับ หรือแม้แต่ประกาศนั้น เมื่อใดที่จะต้องอ้างถึงที่มาแห่งอำนาจ จะเขียนไว้ในคำปรารภทั้งสิ้น และไม่เพียงแต่กฎหมายของฝ่ายบริหารเท่านั้น แม้แต่ระเบียบ กฎ ข้อบังคับ ของฝ่ายนิติบัญญัติ ก็เขียนไว้ในคำปรารภเช่นกัน (ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และกฎ หรือระเบียบที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกใช้บังคับ)

- ในประเด็นที่ว่า “การอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไว้ในคำปรารภอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่อ้างไว้เท่านั้น ซึ่งแท้จริงแล้วมิได้เป็นเช่นนั้นทุกกรณีไป” นั้น คณะกรรมการฯ เห็นว่าการที่จะเกิดความเข้าใจผิดดังเช่นว่านั้นได้หรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับถ้อยคำแห่งการเขียนคำปรารภซึ่งไม่ว่าจะเขียนไว้ในคำปรารภหรือมาตราหนึ่งมาตราใด ถ้าไม่ระมัดระวังถ้อยคำให้ดี ก็ย่อมเกิดความเข้าใจผิดได้เช่นเดียวกัน ดังเห็นได้ในพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๑ ซึ่งให้เพิ่มความเป็นมาตรา ๒ ทวิ ว่า “พระราชกำหนดนี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๔๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” ถ้อยคำดังกล่าวแม้จะบัญญัติเป็นมาตราหนึ่ง ก็ย่อมอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดได้เช่นเดียวกันว่า กฎหมายทั้งฉบับเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ทั้ง ๆ ที่ในพระราชกำหนดดังกล่าวมีหลายส่วนมิได้เป็นการจำกัดสิทธิเช่นว่านั้น

๓) คณะกรรมการฯ มีความเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะบัญญัติไว้ในคำปรารภ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

- โดยหลักการตรากฎหมายของไทยนั้น บทบัญญัติต่าง ๆ ที่กำหนดไว้เป็นมาตราต่างๆ ล้วนแต่มีสภาพบังคับแห่งกฎหมาย และเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับสาระแห่งกฎหมายนั้น ๆ การนำถ้อยคำที่อ้างถึงที่มาแห่งอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาบัญญัติเป็นมาตราหนึ่ง ย่อมจะขัดกับหลักดังกล่าว

- การอ้างที่มาแห่งอำนาจเพื่อจะกระทำการใดการหนึ่ง ย่อมเป็นการสมควรที่จะอ้างเสียให้เสร็จสิ้นก่อนที่จะกระทำการนั้น มิใช่กระทำไปบางส่วนแล้วจึงมาอ้างที่มาแห่งอำนาจ



เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติว่าการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ จะต้องระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ย่อมหมายความว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเงื่อนไขที่จะต้องปฏิบัติ ดังนั้น ผู้มีหน้าที่ปฏิบัติจึงต้องปฏิบัติให้ครบถ้วนตามเงื่อนไขนั้นเสียก่อนจึงจะดำเนินการต่อไปได้ การเขียนไว้ในคำปรารภจึงเป็นการสอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ตรงกันข้าม หากไปบัญญัติไว้ในมาตราหนึ่งมาตราใด ที่มีชื่อมาตราหนึ่ง ย่อมขัดกับหลักดังกล่าว (จะบัญญัติไว้ในมาตรา ๑ ซึ่งเป็นเรื่องชื่อพระราชบัญญัติ ก็ย่อมทำไม่ได้ เพราะการกำหนดให้เรียกกฎหมายนั้นว่าอย่างไรย่อมต้องมาก่อน มิฉะนั้นจะเรียกกฎหมายนั้นว่าอย่างไร)

- โดยวัตถุประสงค์แห่งคำปรารภนั้น เป็นเรื่องที่จะประสงค์จะบอกกล่าวให้ประชาชนทราบถึงที่มา ความจำเป็น และเป้าหมายแห่งการตราพระราชบัญญัตินั้น ในทางปฏิบัติ เมื่อมีความจำเป็นต้องอ้างที่มาแห่งอำนาจ ก็จะมีบัญญัติไว้เสียทีเดียวในคำปรารภนั้น ซึ่งบังเอิญที่ผ่านมาเป็นเรื่องของฝ่ายบริหารเสียทั้งสิ้น ส่วนการตราพระราชบัญญัติไม่มีความจำเป็นต้องอ้างที่มาแห่งอำนาจ มาบัดนี้เมื่อเกิดความจำเป็นที่จะต้องอ้างถึงที่มาแห่งอำนาจ ทำนองเดียวกัน จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องทำให้แตกต่างกันออกไป

- บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ วรรคสอง มิได้ใช้เฉพาะกับการตราพระราชบัญญัติเท่านั้น หากแต่ใช้กับกฎหมายทุกชนิดรวมทั้งพระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา และกฎหรือข้อบังคับด้วย หากนำมาบัญญัติไว้เป็นมาตราหนึ่งต่างหาก ย่อมจะเกิดความลักลั่น และเป็นการกล่าวถึงเรื่องเดียวกันในสองแห่งในลักษณะที่แตกต่างกัน ดังตัวอย่างที่เห็นได้ในพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามรูปแบบที่คณะกรรมการร่างกฎหมายกำหนดขึ้นซึ่งข้อความที่อ้างถึงที่มาแห่งอำนาจถึง ๒ แห่ง กล่าวคือ ในคำปรารภ ได้บัญญัติว่า **“อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๑๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกำหนดขึ้นไว้ ดังต่อไปนี้”** และไปบัญญัติไว้เป็นมาตรา ๓ ทวิ ความว่า **“พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในทรัพย์สินของบุคคล และเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๓๕ วรรคสอง ฯลฯ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”** (พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๑)

- เมื่อนำความดังกล่าวไปบัญญัติไว้เป็นมาตราหนึ่งต่างหาก เมื่อเป็นกรณีกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่า (ซึ่งออกมามีภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับเก่า ซึ่งไม่มีบทบัญญัติให้ต้องอ้างที่มาแห่งอำนาจในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ) เมื่อกำหนดขึ้นเป็นเอกเทศจึงเกิดปัญหาว่ามาตราเอกเทศนั้นมีฐานอย่างไรเมื่อรวมกับกฎหมายแม่ ทางออกที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาทำก็คือ สร้างเป็นมาตราสอดแทรกเข้าไปในกฎหมายแม่ (ดังเช่นพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๑ ซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นมาตรา ๓ ทวิ ของพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕ ) จึงกลายเป็นว่าพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕ ทั้งฉบับ ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๓๕ วรรคสอง มาตรา ๔๘ และมาตรา ๕๐ วรรคสอง ซึ่งในขณะนั้น คือปี ๒๕๐๕ มาตราต่างๆ ดังกล่าวในรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องที่อ้างถึงแต่อย่างใด ความสับสนย่อมจะเกิดขึ้นว่ากฎหมายอ้างรัฐธรรมนูญผิด และผู้ใช้กฎหมายคงจะสงสัยว่าเหตุใดจึงต้องมีมาตรา ๓ ทวิ ตรงกันข้ามถ้านำความดังกล่าวเขียน

ไว้เสียในคำปรารภ ปัญหาดังกล่าวย่อมจะไม่เกิดขึ้น และไม่เป็นการไปกระทบถึงกฎหมายแม่ที่ออกมาใช้ก่อนหน้านั้น

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการพิจารณากำหนดรูปแบบฯ จึงมีความเห็นว่า การอ้างที่มาแห่งอำนาจในการตรากฎหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สมควรที่จะอ้างไว้ในคำปรารภดังที่รัฐสภาได้เคยพิจารณาให้ความเห็นชอบพระราชบัญญัติไปก่อนหน้านั้นหลายฉบับแล้ว

เมื่อสภาผู้แทนราษฎรพิจารณารายงานของคณะกรรมการฯ แล้วเห็นแตกต่างว่าการอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญควรยกอ้างเป็นอีกมาตราหนึ่งในพระราชบัญญัติเพื่อระบุว่าพระราชบัญญัตินั้นเป็นเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเรื่องใดบ้าง แต่วุฒิสภาพิจารณาแล้วกลับเห็นว่า การอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญควรที่จะอ้างไว้ในคำปรารภ ดังนั้น ประธานรัฐสภาจึงได้มีคำสั่งรัฐสภาที่ ๓/๒๕๔๒ ลงวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๔๒ แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อหาข้อยุติการกำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติ ในส่วนที่เกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกของทั้งสองสภา และคณะกรรมการเพื่อหาข้อยุติการกำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติ ในส่วนที่เกี่ยวกับการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย เห็นชอบให้ระบุการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในวรรคสองของคำปรารภ

ในส่วนของฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๒ เห็นชอบกับแนวทางดังกล่าว และให้กระทรวง ทบวง กรม ถือปฏิบัติในการเสนอร่างพระราชบัญญัติทำนองนี้ต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

ดังนั้น นับแต่นั้นมาจึงได้ข้อยุติและมีการกำหนดบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกฎหมายเป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยปรากฏอยู่ในส่วนของวรรคที่สองของคำปรารภก่อนถึงในส่วนเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติ และใช้ถ้อยคำตามที่รัฐสภากำหนด ดังนี้

“พระราชบัญญัติ/พระราชกำหนด/พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา .. และมาตรา .. ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

## ๒. ปัญหาในการระบุเนื้อหาของบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพ<sup>๑๔</sup>

แม้ว่าจะมีข้อยุติดังกล่าวข้างต้นว่า ให้ระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพในส่วนของวรรคสองในคำปรารภของพระราชบัญญัติ โดยใช้ถ้อยคำตามที่รัฐสภาวางแนวทางไว้ก็ตาม แต่ใน

<sup>๑๔</sup> สรุปความและเรียบเรียงจาก “คู่มือร่างกฎหมาย” ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า ๗๕ - ๘๗”

ชั้นการร่างกฎหมายก็ยังมีประเด็นปัญหาในรายละเอียดบางประการที่รัฐสภามีได้กล่าวถึงหรือให้แนวทางไว้ กล่าวคือ

### ๒.๑ การอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะต้องอ้างมาตราใดบ้าง

ในประเด็นปัญหานี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ได้มีการพิจารณาวางแนวทางในเวลาต่อมา<sup>๕</sup> ในคราวที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ดำเนินการจัดให้มีการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ซึ่งประกอบด้วยประธานกรรมการร่างกฎหมาย ทั้ง ๑๐ คณะ เพื่อประชุมปรึกษาหารือกำหนดแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกครั้งหนึ่งในปี พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยได้วางแนวทางเพิ่มเติมภายในกรอบของรัฐสภาที่วางไว้ว่า จะต้องอ้างเฉพาะมาตรา ในหมวด ๓ ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. ๒๕๔๐ เท่านั้น เช่น มาตรา ๓๑ วรรคสาม มาตรา ๓๕ วรรคสอง มาตรา ๓๖ วรรคสอง มาตรา ๓๗ วรรคสอง มาตรา ๓๙ วรรคสองและวรรคสี่ มาตรา ๔๔ วรรคสอง มาตรา ๔๕ มาตรา ๔๙ มาตรา ๕๐ วรรคสอง มาตรา ๕๑ มาตรา ๖๔ เป็นต้น และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ยึดถือปฏิบัติแนวทางนี้มา โดยตลอดสำหรับร่างกฎหมายที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานฯ

### ๒.๒ การอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม

ในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติขึ้นนั้น อาจมีกรณีที่จะดำเนินการได้เป็น ๓ รูปแบบ คือ

- ๑) ร่างพระราชบัญญัติฉบับแรก เพื่อกำหนดเรื่องหนึ่งเรื่องใดขึ้นใหม่ หรือปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องหนึ่งๆ โดยยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เดิมนั้น
- ๒) ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ และ
- ๓) ร่างพระราชบัญญัติยกเลิก เพื่อยกเลิกพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่โดยไม่มีการตรากฎหมายใดขึ้นใหม่

กรณีตาม ๑) และ ๓) นั้น การอ้างบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างพระราชบัญญัติ เมื่อนำกรอบที่รัฐสภาวางไว้ประกอบกับแนวทางของคณะกรรมการกฤษฎีกา เกิดปัญหาในการยกร่างกฎหมายค่อนข้างน้อยมาก กล่าวคือ กรณีร่างพระราชบัญญัติฉบับแรก จะต้องพิจารณาว่าเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัตินั้นทั้งฉบับว่า มีบทบัญญัติใดที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือไม่ และเป็นสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติมาตราใดของรัฐธรรมนูญ แล้วจึงอ้างบทบัญญัติมาตรานั้นในบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในวรรคสองของคำปรารภใน

<sup>๕</sup> บันทึก เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่สอง) (เรื่องเสร็จที่ ๕๕๔/๒๕๔๒) ส่งพร้อมกับหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๖๐๑/๑๗๔ ลงวันที่ ๑๗ กันยายน ๒๕๔๒ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ร่างพระราชบัญญัติที่ยกร่าง ส่วนกรณีร่างพระราชบัญญัติยกเลิกไม่จำเป็นต้องมีบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากเป็นการยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายเดิมที่ใช้บังคับอยู่ โดยทั่วไปจึงไม่มีการกำหนดเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

**แต่กรณีตาม ๒) ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมนั้น** เนื่องจากบทเฉพาะกาลตามมาตรา ๓๓๕ (๑) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ได้บัญญัติให้กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (วันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๐) ไม่ต้องมีบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญในร่างพระราชบัญญัติด้วย เว้นแต่เป็นการตรากฎหมายขึ้นใหม่ หรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย การดำเนินการนั้นต้องเป็นไปตามมาตรา ๒๙ ด้วย ดังนั้นร่างพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมจึงต้องมีบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพด้วย

ต่อมา ในทางปฏิบัติได้มีปัญหาเกี่ยวกับรายละเอียดที่จะกำหนดเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกรอบที่รัฐสภาวางไว้ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการได้กำหนดแนวปฏิบัติในการร่างกฎหมายไว้ว่า จะต้องพิจารณาว่าเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับว่า มีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้ามีก็ต้องระบุมอบบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในคำปรารภของพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติม โดย

- **พิจารณาแต่เฉพาะเนื้อหาของพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น** ว่ามีมาตราใดจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ และไม่ต้องกลับไปพิจารณาพระราชบัญญัติฉบับเดิมหรือฉบับแรกว่ามีการอ้างไว้แล้วหรือไม่

- หากพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมจะแก้ไขเพิ่มเติมในมาตราใดของพระราชบัญญัติฉบับเดิมที่มีการอ้างบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญไว้แล้ว ให้นำบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญที่ได้เคยอ้างไว้เดิมทั้งหมดมาบัญญัติในฉบับแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้ง

- หากพระราชบัญญัติเดิมยังไม่มีการอ้างไว้เลย เพราะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้เมื่อวันที่ ๑๑ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๐ ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า **เนื้อหาของพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมจำเป็นต้องอ้างบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญมาตราใดบ้างหรือไม่** ถ้ามีความจำเป็นต้องอ้างให้นำมาบัญญัติไว้ทุกมาตรา โดยไม่ต้องพิจารณาเนื้อหาของพระราชบัญญัติเดิมอีก

ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลว่า ถ้อยคำที่ใช้ (ตามที่รัฐสภาวางไว้) ว่า **“พระราชบัญญัตินี้ มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา .. และมาตรา .. ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”** นั้น คำว่า **“พระราชบัญญัตินี้..”** ของคำปรารภอันเป็นที่มาของอำนาจในการตราพระราชบัญญัติแต่ละฉบับนั้น หมายถึง **“พระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมนี้..”** เท่านั้น การอ้างมาตราของรัฐธรรมนูญในคำปรารภของพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติม จึงต้องพิจารณาแต่เฉพาะเนื้อหาของพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนั้นเท่านั้น ว่ามีมาตราใด

จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ และไม่ต้องกลับไปพิจารณาพระราชบัญญัติฉบับเดิม

## การกำหนดแบบกฎหมายมาตรฐานในกฎ

เดิมในการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อวางแบบมาตรฐานในการระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. ๒๕๔๑ นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้มีการพิจารณาวางแบบมาตรฐานสำหรับกฎและข้อบังคับตามมาตรา ๒๙ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ ในคราวเดียวกันด้วย แต่หลังจากที่รัฐสภาได้กำหนดแนวทางการระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างพระราชบัญญัติแล้ว จึงต้องมีการพิจารณาวางแบบกฎหมายสำหรับกฎและข้อบังคับให้สอดคล้องกับแนวทางของรัฐสภา อีกครั้ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้ดำเนินการจัดให้มีการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ซึ่งประกอบด้วยประธานกรรมการร่างกฎหมาย ทั้ง ๑๐ คณะ<sup>๑๖</sup> เพื่อประชุมปรึกษาหารือกำหนดแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกครั้งหนึ่งในปี พ.ศ. ๒๕๔๒

ในครั้งนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้วมีความเห็น<sup>๑๗</sup> สรุปได้ว่า สำหรับร่างกฎหรือข้อบังคับ (กฎหมายลำดับรอง) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อันจะต้องปฏิบัติตามมาตรา ๒๓ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น สมควรกำหนดแบบโดยให้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องทุกมาตราที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายแม่บทไว้ในบทอาศัยอำนาจในการออกกฎหรือข้อบังคับ โดยไม่ต้องพิเคราะห์เนื้อหาของกฎหรือข้อบังคับฉบับนั้นว่าจะเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่อ้างทุกมาตราหรือไม่ ซึ่งแบบร่างกฎหรือข้อบังคับที่กำหนดไว้ดังกล่าวจะสอดคล้องกับการอ้างกฎหมายแม่บทที่ถือปฏิบัติอยู่แล้วในขณะนี้ โดยความที่อ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะมีสภาพเป็นส่วนขยายการอ้างกฎหมายแม่บทแต่ละฉบับในตัวโดยให้เหตุผลดังนี้

“เนื่องจากกฎหรือข้อบังคับอาจมีที่มาจากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎหรือข้อบังคับเพียงมาตราเดียวหรือหลายมาตราก็ได้ นอกจากนั้น บทบัญญัติเพียงมาตราเดียวหรือหลายมาตราของกฎหมายแม่บทดังกล่าวก็อาจมีที่มาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพียงมาตราเดียวหรือหลายมาตราก็ได้อีกชั้นหนึ่ง ... ฯลฯ ... และโดยที่เจตนารมณ์การให้อำนาจบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นไปเพื่อให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการทำความเข้าใจกฎหมายเท่านั้น จึงสมควรให้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องทุกมาตราที่ให้อำนาจ

<sup>๑๖</sup> ประกอบด้วย นายประพจน์ ธีระวัฒน์ นายประยูร กาญจนกุล นายปรีชา สุมาวงศ์ นายปลั่ง มีจุล นายมีชัย ฤชุพันธุ์ นายวัฒนา รัตน์วิจิตร นายสรรเสริญ ไกรจิตติ นายอมร จันทรมบูรณ์ นายอรุณ ภาณุพงศ์ และ นายโอสภ โกศิน (คำสั่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ ๖๐/๒๕๔๒ เรื่อง การแต่งตั้งกรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ ลงวันที่ ๒๕ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๔๒)

<sup>๑๗</sup> บันทึก เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่สอง) (เรื่องเสร็จที่ ๕๕๔/๒๕๔๒) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๖๐๑/๘๐๕ ลงวันที่ ๑๗ กันยายน ๒๕๔๒ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ในการตรากฎหมายแม่บทฉบับนั้นไว้ในบทอาศัยอำนาจในการออกกฎหรือข้อบังคับ โดยไม่ต้องพิเคราะห์เนื้อหาของกฎหรือข้อบังคับฉบับนั้นว่าจะเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่อ้างทุกมาตราหรือไม่ ..... โดยความที่อ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะมีสภาพเป็นส่วนขยายการอ้างพระราชบัญญัติแต่ละฉบับในตัว...”

ในกรณีที่กฎหมายแม่บทได้ใช้บังคับอยู่แล้วในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญหรือได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ซึ่งต้องเป็นไปตามบทเฉพาะกาลตามมาตรา ๓๑๕ (๑) ของรัฐธรรมนูญฯ นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้มีความเห็นว่า การวางรูปแบบของกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทดังกล่าว ก็สมควรปฏิบัติเช่นเดียวกับวิธีการดังกล่าวข้างต้น โดยผู้จัดทำร่างกฎหรือข้อบังคับต้องพิจารณาว่ากฎหมายแม่บทนั้นสมควรมีที่มาตามบทบัญญัติมาตราใดในรัฐธรรมนูญ แล้วระบุบทบัญญัติมาตราดังกล่าวลงไว้ตามนั้น

ทั้งนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการวางแบบมาตรฐานในการอ้างบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพสำหรับพระราชกฤษฎีกาไว้ สำหรับกฎหมายลำดับรองอื่น ไม่ว่าจะเป็นกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ก็ให้ปฏิบัติในแนวทางเดียวกัน ซึ่งในการตรวจพิจารณากฎหมายลำดับรองของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งโดยทั่วไปได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และรวมทั้งประกาศหรือระเบียบบางประเภท จึงได้ดำเนินการโดยระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกฎหรือข้อบังคับตาม ๒๙ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ ตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกาวางไว้ในรูปแบบดังนี้

“อาศัยอำนาจตามความในมาตรา .. ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา .. แห่งพระราชบัญญัติ..... พ.ศ. .... อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา .. มาตรา .. และมาตรา .. ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นไว้ ดังต่อไปนี้”

ต่อมา เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ความในมาตรา ๒๙ ที่บัญญัติเรื่องนี้ไว้ก็ยังกำหนดแนวทางเดียวกัน เพียงแต่ไม่มีการระบุ “ข้อบังคับ” ไว้ในวรรคสาม ซึ่งก็มิได้มีผลเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญในการระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกฎหรือแบบมาตรฐานที่ยึดถือปฏิบัติแต่ประการใด ดังนั้น แบบของกฎในเรื่องนี้จึงยังนำมาใช้ต่อไป

อย่างไรก็ดี สมควรมีข้อสังเกต ณ ที่นี้ด้วยว่า โดยหลักแล้วสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะตรวจพิจารณาเฉพาะร่างกฎในระดับพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และรวมทั้งประกาศหรือระเบียบบางประเภทเฉพาะที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบในหลักการและมีมติมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาเท่านั้น สำหรับร่างกฎหรือข้อบังคับอื่น ๆ ที่มีมติคณะรัฐมนตรีมิได้มีมติมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา หรือที่ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรับออกใช้บังคับ ซึ่งถือได้ว่ามีสภาพเป็น “กฎ” ด้วยนั้น ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา ๒๙ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญฯ ด้วยเช่นกัน แต่ก็เป็นเรื่องในส่วนราชการหรือ

หน่วยงานผู้ออกกฎหมายหรือข้อบังคับนั้นจะต้องพิจารณาดำเนินการระบุงบจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้เป็นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

## สรุปและข้อเสนอแนะ

จากข้อมูลที่ได้นำเสนอข้างต้น จะเห็นได้ว่า ที่ผ่านมานับแต่มีบทบัญญัติมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ต้องระบุงบจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกฎหมายและกฎเกิดขึ้น การถกเถียงปัญหาเกี่ยวกับมาตรา ๒๙ นั้น อยู่กับประเด็นของรูปแบบการเขียนในกฎหมายเป็นสำคัญแต่การพิจารณาในทางเนื้อหาสาระและผลทางกฎหมาย กลับได้รับความสนใจในทางวิชาการค่อนข้างน้อยมาก และยังคงเป็นประเด็นถกเถียงทางวิชาการกันต่อไป ซึ่งผู้เขียนเองมีความเห็นจากสภาพปัญหาและการหาข้อยุติในเรื่องนี้เป็นตัวอย่างที่ดีประการหนึ่งของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการร่างกฎหมายในการพัฒนาแนวความคิดด้านนิติบัญญัติของประเทศไทยต่อไป โดยมีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

๑. การระบุงบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายหรือกฎที่มีบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ด้วยนั้น เป็น “รูปแบบ” ประการหนึ่งที่พึงมีสำหรับกฎหมายหรือกฎที่มีลักษณะดังกล่าว<sup>๑๘</sup> ซึ่งจะต้องมาพิจารณาประกอบกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือของกฎด้วย แต่ที่ผ่านมาก็ยังไม่เคยมีการวินิจฉัยที่ชัดเจนว่า หากกฎหมายหรือกฎขาดรูปแบบดังกล่าวไม่มีการกำหนดไว้ หรือกำหนดไว้แต่ระบุงบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไม่ครบถ้วนจะมีผลทางกฎหมายเป็นเช่นไร ศาลที่มีอำนาจหน้าที่ให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือของกฎ ก็ยังมิได้มีการวินิจฉัยวางหลักที่ชัดเจนแน่นอน

แต่ในประเด็นนี้ก็มีความเห็นทางวิชาการไปในแนวทางว่า การฝ่าฝืนไม่ระบุงบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในระบบกฎหมายที่หลักการดังกล่าวปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร (เช่นกรณีตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๒๙) ย่อมส่งผลให้กฎหมายฉบับนั้นขัดรัฐธรรมนูญ โดยเหตุนี้ย่อมต้องถือว่ากฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยไม่ระบุงบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจใช้บังคับไม่ได้ทั้งฉบับ<sup>๑๙</sup> ในส่วนของกฎ หากไม่ได้ระบุไว้ก็จะเป็นกฎที่ตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๙<sup>๒๐</sup>

กรณีจึงเป็นปัญหาที่ผู้ร่างกฎหมายหรือกฎจะต้องพิจารณาโดยรอบคอบและระบุงบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้ครบถ้วน แต่ในบางครั้งหากเกิดความไม่แน่ใจว่าระบุไว้ครบถ้วนหรือไม่แล้ว ก็มักเกิดคำพูดว่า “ใส่เกินไว้ดีกว่าขาด” ให้ได้ยินได้ฟังอยู่เสมอ

<sup>๑๘</sup> กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, อ้างแล้ว, หน้า ๓๓

<sup>๑๙</sup> รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕), หน้า ๑๖๗

<sup>๒๐</sup> กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, อ้างแล้ว, หน้า ๑๗

๒. เนื้อหาในการระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ได้ถูกวางกำหนดเป็นบรรทัดฐาน โดยรัฐสภาแล้วว่า ต้องอ้างไว้ในคำปรารภโดยระบุให้ชัดเจนว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งตราขึ้นโดยอำนาจมาตราใดของรัฐธรรมนูญ จึงมิได้มีการระบุว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดดังเช่นที่คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นไว้ ดังนั้น ประชาชนทั่วไปซึ่งอ่านกฎหมายที่บังคับแก่ตนก็จะต้องพิจารณาตรวจสอบด้วยตนเองว่า กฎหมายนั้นจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดบ้าง เพราะโดยการอ่านลำดับเลขมาตราที่มีการระบุไว้ก็คงไม่สามารถทราบในทันทีได้ว่า เลขมาตราที่อ้างถึงเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดซึ่งผู้เขียนก็ยังคงมีความเห็นไปในทางที่ว่าการระบุโดยละเอียดเพื่อให้ประชาชนได้ทราบว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใด น่าจะก่อให้เกิดข้อคำนึงและผลในทางจิตวิทยาแก่ผู้อ่านบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพในทุกครั้งว่า รัฐมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของตนโดยกฎหมายฉบับนั้นในเรื่องใดบ้าง มิใช่แต่เพียงการอ้างเลขมาตราของบทบัญญัติ ซึ่งเมื่ออ่านแล้วผู้อ่านก็จะผ่านไปโดยมิให้ความสำคัญเท่าใดนัก เสมือนเป็นรูปแบบของกฎหมายทั่ว ๆ ไปที่ต้องมีเท่านั้น

๓. เมื่อใดที่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุอันเนื่องจากการปฏิวัติหรือรัฐประหารหรือยึดอำนาจการปกครอง ดังเช่นที่เกิดขึ้นเมื่อเดือนกันยายน ๒๕๔๙ รัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลบังคับอีกต่อไป และได้มีรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่ใช้บังคับในช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวก็จะมีบทบัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา ๒๙ ไว้ จึงทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวไม่ผูกมัดว่าต้องมีการระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพ และรวมตลอดถึงกฎหมายที่ออกใช้บังคับในช่วงระยะเวลาดังกล่าวด้วย ทั้ง ๆ ที่โดยเนื้อหาของกฎหมายที่ตราขึ้นเองก็มีการกำหนดข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ หากผู้ใดอ่านกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในช่วงระยะเวลาดังกล่าวก็จะเกิดข้อสงสัยได้ว่า เมื่อไม่มีการกำหนดรูปแบบบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในคำปรารภของกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับ องค์กฤษฎีกาย่อมสามารถตามกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพอย่างไรก็ได้เช่นนั้นหรือ ซึ่งคำตอบก็คงเป็นว่า รัฐยังมีหน้าที่ต้องรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานย่อมล่วงละเมิดมิได้ แม้ว่าจะเป็นช่วงระยะเวลาที่มีรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว (ซึ่งไม่มีบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา ๒๙) ใช้บังคับอยู่ก็ตาม เพียงแต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บังคับให้มีการระบุบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกฎหมายและกฎไม่มีอยู่เท่านั้น กฎหมายและกฎจึงยังคงยังอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

๔. กรณีมีข้อที่ควรพิจารณาว่า การนำรูปแบบและถ้อยคำของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมาเขียนกำหนดในรัฐธรรมนูญของไทยในลักษณะเกือบคำต่อคำอย่างเช่นมาตรา ๒๙ นี้ เป็นการเหมาะสมแล้วหรือไม่ เพราะในเมื่อเงื่อนไขทางการเมืองการปกครองของประเทศไทยแตกต่างจากประเทศเยอรมันเป็นอันมาก และรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมักจะมีได้ใช้บังคับยาวนานดังเช่นประเทศพัฒนาแล้วหากมีการเปลี่ยนแปลงยกเลิกอยู่บ่อยครั้ง อีกทั้งรูปแบบของกฎหมายและกฎในแต่ละประเทศก็แตกต่างกัน ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญยังเห็นความสำคัญและเห็นว่าสมควรต้องบัญญัติเรื่องนี้ต่อไปเพื่อให้ทราบถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และที่มาแห่งการตรากฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว ก็อาจมีความจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนการเขียนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ รวมทั้งแนวทางหรือวิธีการที่จะ



นำมากำหนดในกฎหมายและกฎ โดยให้สอดคล้องกับวิธีการเมืองการปกครองและรูปแบบ  
กระบวนการนิติบัญญัติของประเทศไทยต่อไป

---