



Constitutional Court Journal

ISSN 1513-1246

วารสาร

# ศาลรัฐธรรมนูญ

ปีที่ 13 เล่มที่ 39 เดือนกันยายน-ธันวาคม พ.ศ.2554

ยึดหลักนิติธรรม คำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
Office of the Constitutional Court  
<http://www.constitutionalcourt.or.th>

ภาพปก : รางวัลเกียรติบัตร

ระดับมัธยมศึกษา

โดย เด็กหญิงปาริชาติ กองเพชร

โครงการประกวดภาพวาดเพื่อเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2554

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ  
Constitutional Court Journal

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
Office of The Constitutional Court



วารสารศาลรัฐธรรมนูญ  
Constitutional Court Journal

ปีที่ 13 เล่มที่ 39 เดือนกันยายน - ธันวาคม 2554

ISSN 1513 - 1246

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

Office of the Constitutional Court

พิมพ์ครั้งที่ 1

จำนวนพิมพ์ 1,000 เล่ม

ธันวาคม 2554

ราคา 120 บาท

พิมพ์ที่ : บริษัท พี. เพรส จำกัด

129 ซอยแยกซอยศิริพงษ์ แขวงสวนหลวง เขตสวนหลวง กรุงเทพฯ 10250

โทร. 0-2742-4754-5

## บทบรรณาธิการ

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 13 เล่มที่ 39 เดือนกันยายน - ธันวาคม 2554 นี้ อยู่ในห้วงเวลาเฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 ซึ่งรัฐบาลและภาคเอกชนได้จัดงานเฉลิมฉลองถวายราชสักการะอย่างยิ่งใหญ่นอกจากนี้ยังมีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งนายวสันติ สร้อยพิสุทธ์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2554 และประธานศาลรัฐธรรมนูญ ได้มอบบทอาเศียรวาทถวายราชสักการะสำนึกในพระมหากรุณาธิคุณ เพื่อให้จัดพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ รวมทั้งได้รับความอนุเคราะห์บทปาฐกถาพิเศษ เรื่อง “พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวกับการทรงใช้พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554” โดย ศาสตราจารย์พิเศษ อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ องคมนตรี

เนื้อหาสาระในวารสารศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้คัดสรรบทความวิชาการที่เป็นผลงานการศึกษา ค้นคว้าของนักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิ ที่ได้ให้เกียรตินำเสนอบทความที่ให้ความรู้ แนวคิดเชิงวิชาการ ด้านกฎหมายมหาชน และกฎหมายรัฐธรรมนูญ อันมีคุณค่าทางวิชาการที่เกี่ยวข้องทั้งภายในประเทศ และองค์ความรู้ของต่างประเทศในการต่อยอดแนวคิดและบริบททางวิชาการที่ลึกซึ้งในแวดวงนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วยบทความเรื่อง “ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญภายใต้ประชาคมอาเซียน ปี พ.ศ. 2558” โดย นายปัญญา อุดชาชน บทความเรื่อง “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” โดย นายกมล โสทธิโกคา บทความเรื่อง “สหรัฐอเมริกา : เสรีภาพทางศาสนาบนทางแพร่ง ตอน การสวดมนต์ (Prayer) ส่วนที่ 1 ความเป็นมาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 เรื่องศาสนา และคำพิพากษาศาลสูงสุดที่เกี่ยวข้องกับการสวดมนต์” โดย นางสาววรรณมา สุพรรณธนะริตา บทความเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” โดย นายปฐมพงษ์ คำเชียว และ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 เรื่อง “ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่”

กองบรรณาธิการขอขอบคุณทุกท่านที่ได้กรุณาติดตามวารสารศาลรัฐธรรมนูญเสมอมา หากมีข้อเสนอแนะประการใดอันจะเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวารสารฯ แล้ว กองบรรณาธิการขอน้อมรับด้วยความยินดียิ่ง

บรรณาธิการ

# สารบัญ

หน้า

พระบรมราชโองการ.....	1
ประวัติประธานศาลรัฐธรรมนูญ .....	3
• “บทอาเศียรวาท” .....	5
<i>วสันต์ สร้อยพิสุทธิ์ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ</i>	
• ปาฐกถาพิเศษ เรื่อง “พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวกับการทรงใช้พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554” .....	7
<i>ศาสตราจารย์พิเศษ อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ องคมนตรี</i>	
• ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญภายใต้ประชาคมอาเซียน ปี พ.ศ. 2558 .....	20
<i>ปัญญา อุดชาชน</i>	
• การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย .....	49
<i>กมล ไสยติโกคา</i>	
• สหรัฐอเมริกา: เสรีภาพทางศาสนาบนทางแพร่ง ตอน การสวดมนต์ (Prayer) ส่วนที่ 1 ความเป็นมาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 เรื่องศาสนา และคำพิพากษาศาลสูงสุดที่เกี่ยวกับการสวดมนต์ .....	105
<i>วรรณภา สุพรรณฉะริตา</i>	
• ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	160
<i>ปฐมพงษ์ คำเขียว</i>	
• คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 เรื่อง “ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ .....	190



ประกาศ  
แต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ



พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม ให้ประกาศว่า ตามที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้ง นายชัช ชลวร เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตามประกาศลงวันที่ ๒๘ พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๕๑ แล้วนั้น

บัดนี้ นายชัช ชลวร ได้ขอลาออกจากตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม ให้พ้นจากตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๐๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม แต่งตั้งนายสันต์ สร้อยพิสุทธิ์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตามคำแนะนำของวุฒิสภา ตั้งแต่วันที่ เป็นต้นไป



ประกาศ ณ วันที่ ๒๖ ตุลาคม พุทธศักราช ๒๕๕๔

เป็นปีที่ ๖๖ ในรัชกาลปัจจุบัน

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

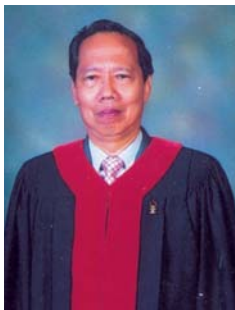
พลเอก

(ธีรเดช มีเพียร)

ประธานวุฒิสภา







**ประวัติ**  
**นายวสันต์ สร้อยพิสุทธิ์**  
**ประธานศาลรัฐธรรมนูญ**

---

- การศึกษา**
- นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมดี) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2509
  - เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 20 ปีการศึกษา 2510 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- การทำงาน**
- ทนายความ ปี พ.ศ. 2510 - 2516
  - ข้าราชการตุลาการ ปี พ.ศ. 2516 - 2551
  - ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 28 พฤษภาคม 2551
  - ประธานศาลรัฐธรรมนูญ 26 ตุลาคม 2554
- เคยดำรงตำแหน่งสำคัญ**
- ผู้ช่วยพิพากษาศาลฎีกา
  - อธิบดีผู้พิพากษา ภาค 8
  - ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา
  - ประธานศาลอุทธรณ์ ภาค 7
  - ประธานแผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา
  - ประธานแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลฎีกา
- ราชการพิเศษ**
- เป็นอาจารย์พิเศษโรงเรียนนายร้อยตำรวจ ปี พ.ศ. 2531 - 2536
  - เป็นวิทยากรผู้บรรยายและอภิปราย ในการอบรมผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมตั้งแต่ 2539 - ปัจจุบัน



## ทรงพระเจริญ

วสันตดิถีฉัตร 14

สรวมชีพประชุมชนประนม	พระบรมราชา
กายยฉัตรประพันธ์พจนอา	ศิรพาทพระภูธร
สมเด็จพระจอมจุฬาลงกรณ์	คุณปกประชากกร
พูนแผ่พระบารมีบวร	กรุณาประชาไทย
ทรงช่วยชโลงชลประทาน	ทิพญาณลุกรณเวิล
การเกิดมหาอุทกภัย	เพราะมีฟังพระบัญชา

ฉบัง 16

วันเฉลิมพระชนมพรรษา	ราชฎร์เปรมปรีดา
ครบรอบแปดสิบสี่ฉนำ	ด้วยจิตจดจำ
น้อมถวายพระพรทรงธรรม	ด้วยจิตจดจำ
ในพระคุณอันไพบุลย์	
จงรักภักดีทิวคูน	ศาลรัฐธรรมนูญ
น้อมเกล้าน้อมกระหม่อมจอมไผท	
อัญเชิญคุณพระรัตนตรัย	สิ่งศักดิ์สิทธิ์ใน
สากลพิภพโลกา	
พิทักษ์รักษ้องค์พระราชา	อยู่คู่นครา
พูนเพิ่มจตุพิธพรชัย โสถถ์เทอญ	

ด้วยเกล้าด้วยกระหม่อม ขอเดชะ

ข้าพระพุทธเจ้า

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและข้าราชการในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ





# ปาฐกถาพิเศษ

เรื่อง พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวกับการทรงใช้พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญ  
เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ  
5 ธันวาคม 2554

โดย ศาสตราจารย์พิเศษ อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ องคมนตรี  
วันจันทร์ ที่ 26 กันยายน 2554

ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คณะผู้อภิปราย ผู้แทนองค์กรภาครัฐ  
นักวิชาการ สื่อมวลชนและผู้มีเกียรติทุกท่าน

ผมรู้สึกเป็นเกียรติอย่างยิ่งที่ได้มาปาฐกถาพิเศษเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิม  
พระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 ในหัวข้อเรื่อง พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวกับการทรงใช้  
พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้จัดเพื่อเป็นการเทิดพระเกียรติและแสดงความจงรัก  
ภักดีต่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวที่ทรงมีพระมหากรุณาธิคุณต่อปวงชนชาวไทย ตลอดจนเผยแพร่  
พระราชกรณียกิจของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รวมทั้งเพื่อให้เกิดความภาคภูมิใจและหวงแหนใน  
ผืนแผ่นดินไทยและให้เกิดความปรองดองสมานฉันท์ของคนในชาติ

ประเทศไทยมีการปกครองโดยพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาช้านาน ซึ่งในอดีตเป็นการ  
ปกครองแบบ “สมบูรณาญาสิทธิราชย์” โดยพระมหากษัตริย์ทรงพระราชอำนาจสูงสุดแต่เพียงพระองค์  
เดียว แต่หลังจากวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เป็นการปกครองใน  
ระบอบประชาธิปไตยโดยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อาจเรียกได้ว่าเป็นการปกครองแบบ  
“พระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ” โดยพระมหากษัตริย์ทรงจำกัดพระราชอำนาจของพระองค์เอง  
โดยการพระราชทานรัฐธรรมนูญ ในอดีตรัฐธรรมนูญทุกฉบับไม่ว่าจะเป็นฉบับถาวรหรือฉบับชั่วคราว  
พระมหากษัตริย์เป็นผู้พระราชทานให้ พระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจของพระองค์ภายใต้  
รัฐธรรมนูญ และพระราชทานพระราชอำนาจสูงสุดไปสู่ปวงชนชาวไทย ซึ่งรัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับ  
บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจ  
นั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” แสดงให้เห็นว่าตามกฎหมาย  
นั้น อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศชาติอยู่ที่พระมหากษัตริย์และประชาชน

โดยพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้นผ่านทางฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งแต่ละฝ่ายเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตามรัฐธรรมนูญ

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงใช้พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอย่างเคร่งครัดเสมอ เคยมีพระราชดำรัสในโอกาสที่ประธานศาลฎีกา นำผู้พิพากษาประจำศาล สำนักงานศาลยุติธรรม ฝ้าฯ ถวายสัตย์ปฏิญาณก่อนเข้ารับหน้าที่ ณ พระตำหนักเปี่ยมสุข วังไกลกังวล วันอังคาร ที่ 25 เมษายน 2549 ความตอนหนึ่งว่า

“...มาตรา 7 มี 2 บรรทัดว่า อะไรที่ไม่มีในรัฐธรรมนูญ ก็ให้ปฏิบัติตามประเพณีหรือตามที่เคยทำมา...แต่ว่า ในมาตรา 7 นั้น ไม่ได้บอกว่าพระมหากษัตริย์สั่งได้ ไม่มี ลองไปดู มาตรา 7 เขาเขียนว่า ไม่มีบทบัญญัติแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ไม่ได้บอกว่ามีพระมหากษัตริย์ที่จะมาสั่งการได้ แล้วก็ขอยืนยันว่าไม่เคยสั่งการอะไรที่ไม่มีกฎหมายของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพระราชบัญญัติต่างๆ ทำถูกต้องตามรัฐธรรมนูญทุกอย่าง...พระมหากษัตริย์รัชกาลที่ 9...ไม่เคยทำอะไรตามใจชอบ ตั้งแต่เป็นมา มีรัฐธรรมนูญหลายฉบับแล้วก็ทำมาหลายสิบปี ไม่เคยทำอะไรตามใจชอบ ถ้าทำไปตามใจชอบ ก็เข้าใจว่าบ้านเมืองล่มจมมานานแล้ว...”

การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้นจะได้นำมาพิจารณา ดังนี้

## พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศ

**มาตรา 2** ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

**มาตรา 3** อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทยพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

**มาตรา 8** องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดๆ มิได้

พระมหากษัตริย์ทรงเป็นศูนย์รวมจิตใจของคนไทย เป็นพระประมุข เป็นที่เคารพสักการะยิ่งของประชาชนชาวไทย พระองค์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นของปวงชนชาวไทยผ่านองค์กรต่างๆ คือทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล จะเห็นได้ว่าความเชื่อมโยงเกี่ยวพันในระบอบประชาธิปไตยโดยมีพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขนั้น อำนาจทั้งหมดพระองค์พระราชทานให้เป็นของปวงชนชาวไทยคือให้ประชาชนเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจังหวัดมาทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชนโดยผ่านทางรัฐสภา ซึ่งการเข้าดำรงตำแหน่งนั้นมีจำเป็นต้องมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ

แต่งตั้งเพราะถือว่ามาจากการที่ประชาชนใช้อำนาจเลือกตั้งเข้ามา แต่สำหรับคณะรัฐมนตรีและศาลนั้น ไม่ได้มาจากการใช้อำนาจของประชาชนโดยตรงจึงจำเป็นต้องมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งในฐานะที่ทรงเป็นประมุขและเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย

ตามรัฐธรรมนูญพระองค์ทรงอยู่ในฐานะที่เคารพยิ่ง ผู้ใดจะทำละเมิดหรือฟ้องร้องมิได้ เพื่อให้พระราชฐานะนั้นได้รับการปกป้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ บรรดาพระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการต่างๆ อันเกี่ยวกับราชการหรือการปกครองแผ่นดินจึงจำเป็นต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เพราะพระมหากษัตริย์มิได้ทรงกระทำผิดการใดโดยพระองค์เอง ล้วนมีองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบกระทำการนั้น แล้วทูลเกล้า ฯ ถวายขอให้ทรงลงพระปรมาภิไธย

## พระมหากษัตริย์ทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก

มาตรา 9 พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพุทธมามกะ และทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก

ในรัฐธรรมนูญกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพุทธมามกะและทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภกแก่ทุกศาสนา ซึ่งประเทศไทยมีกฎหมายรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเสรีภาพในการนับถือศาสนา โดยเปิดกว้างให้ประชาชนเลือกที่จะเคารพนับถือศาสนาใดก็ได้ตามแต่ศรัทธา ในขณะเดียวกันพระมหากษัตริย์ก็จะทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภกให้แก่ทุกศาสนานั้น ดังพระราชดำรัส ในโอกาสที่เอกอัครราชทูตแห่งวาติกัน เข้าเฝ้า ฯ ถวายพระราชสาส์นตราตั้ง ณ พระที่นั่งจักรีมหาปราสาท วันพฤหัสบดี ที่ 16 ตุลาคม 2512 ความตอนหนึ่งว่า

“...ประเทศไทยได้ถือเป็นนโยบายเสมอมาในการให้ประชาชนพลเมืองมีเสรีภาพในการนับถือศาสนา ชาวไทยทุกคนมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการเลือกนับถือศาสนาใดๆ ตลอดทั้งการปฏิบัติบูชาตามความเชื่อถือของตน... ผู้ที่นับถือศาสนาต่างๆ กันในประเทศไทย จึงมีชีวิตอยู่ร่วมกันด้วยความผาสุก...”

มีพระราชดำรัสอีกองค์หนึ่งพระราชทานแก่ผู้แทนองค์การศาสนาและผู้แทนสถาบันการศึกษาต่างๆ ที่เข้าเฝ้าฯ ถวายพระพรชัยมงคล เนื่องในการเฉลิมพระชนมพรรษา ณ ศาลาผกาภิรมย์ วันพฤหัสบดี ที่ 4 ธันวาคม พ.ศ. 2512 ความตอนหนึ่งว่า

“ในเมืองไทยนี้ใครจะถือปฏิบัติตามศาสนาใดก็ได้ทั้งนั้น เคยชี้แจงอยู่เสมอว่าเมืองไทยนี้ที่อยู่ได้ก็เพราะไม่มีการกีดกันว่าคนไหนศาสนาไหนคนไหนศาสนาไหน แต่ว่าเป็นที่ทราบกันดีว่าทุกคนปฏิบัติศาสนากิจของตนๆด้วยความมุ่งดีหวังดี ตั้งใจที่จะให้เกิดประโยชน์ตนและประโยชน์ส่วนรวม”

## พระมหากษัตริย์ทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพไทย

### มาตรา 10 พระมหากษัตริย์ทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพไทย

พระราชฐานนี้มีไม่ใช่เป็นเพียงตำแหน่งเกียรติยศหรือทำตามประเพณีเท่านั้น แต่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกองทัพไทย ทั้งกองทัพบก กองทัพเรือ และกองทัพอากาศ ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯพระราชทานยศ พระราชทานพระบรมราโชวาทและคำแนะนำต่างๆ โดยใช้พระราชอำนาจทางนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ซึ่งเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ มีผลเท่ากับทรงสั่งการตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี

## พระมหากษัตริย์กับพระราชอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจนิติบัญญัติ

(มาตรา 90 ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา และเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยหรือถือเสมือนว่าได้ทรงลงพระปรมาภิไธยตามรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป

มาตรา 150 ร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภาเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

มาตรา 151 ร่างพระราชบัญญัติใด พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยและพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัตินั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวันให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว )

พระราชอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจนิติบัญญัตินี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติไว้ในมาตรา 90 มาตรา 150 และมาตรา 151 ให้ร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายใน 20 วัน นับแต่ที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภา เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อ



ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วจึงมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ แต่หากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติใด ก็ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะทรงยับยั้งได้ตามรัฐธรรมนูญคือ โดยพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้น 90 วันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องนำร่างพระราชบัญญัตินั้นมาปรึกษาพิจารณาใหม่ การใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เคยอธิบายไว้ว่า<sup>1</sup>

“ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยร่างพระราชบัญญัตินั้น พระมหากษัตริย์อาจแจ้งให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติทราบว่าจะไม่ทรงเห็นชอบด้วยนั้นเป็นเพราะเหตุใดก็ได้หรืออาจจะแจ้งให้ทราบเพียงว่าไม่ทรงเห็นด้วยโดยไม่ให้เหตุผลอะไรเลยก็ได้ ซึ่งทั้งนี้แล้วแต่พระราชอัธยาศัย และสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีหน้าที่จะต้องนำมาปรึกษากันใหม่ คำว่า “ไม่ทรงเห็นชอบด้วยร่างพระราชบัญญัติ” หมายความว่าไม่ทรงเห็นชอบด้วยในรูปลักษณะที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติถวายคำแนะนำและยินยอมให้ตราขึ้นเป็นกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นว่าไม่ทรงเห็นด้วยในหลักการแห่งพระราชบัญญัติทั้งหมด หรือทรงเห็นด้วยในหลักการนั้นเพียงบางส่วนหรือทรงเห็นด้วยในหลักการนั้นทั้งหมด แต่ไม่ทรงเห็นด้วยในวิธีดำเนินการที่จะให้เป็นไปตามหลักการนั้นๆ”

มีข้อพิจารณาว่าพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินี้มิได้มีลักษณะเป็นการยับยั้งเด็ดขาด แต่เป็นการยับยั้งเพื่อให้รัฐสภาได้ใคร่ครวญอีกครั้ง เพราะในขั้นตอนสุดท้ายหากรัฐสภายังยืนยันมติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ก็สามารถประกาศร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมอว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว

อย่างไรก็ดี พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจนี้ในการยับยั้งการตรากฎหมาย ถ้ากฎหมายนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์และความสุขของประเทศชาติและประชาชน เท่าที่ผ่านมา ทรงใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งกฎหมายดังจะเห็นได้จากครั้งที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติผ่านร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยให้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญนั้น ในมาตรา 107 วรรคสอง บัญญัติว่า ให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวไม่ทรงเห็นด้วยแต่ก็ไม่ได้ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งโดยตรง หากแต่ได้มีบันทึกพระราชกระแสทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า

“ตามมาตรา 107 วรรคสอง แห่งร่างรัฐธรรมนูญนี้ บัญญัติให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภานั้น ไม่ทรงเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่ง เพราะประธานองคมนตรีเป็นผู้ที่พระมหากษัตริย์ทรงเลือกและแต่งตั้งตามพระราชอัธยาศัย ตามความในมาตรา 16

<sup>1</sup> หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515. นครหลวงการพิมพ์, 2516, หน้า 29.

เป็นการขัดกับหลักที่ว่า พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือทางการเมือง(ในระบอบประชาธิปไตย) ทั้งจะทำให้ประธานองคมนตรีอยู่ในสภาพเสมือนเป็นองค์กรการเมือง ซึ่งขัดกับมาตรา 17 ด้วย”

ในเวลาต่อมาสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ก็ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามแนวพระราชกระแสที่พระราชทานลงมา คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2518 มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 107 แล้วให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 107 วรรคสอง ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา”

ในส่วนของการใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้น มีกรณีเกิดขึ้นใน พ.ศ.2535 ในคราวนั้นสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535 อันเกี่ยวข้องกับค่าเสียหายเพื่อละเมิดที่สื่อมวลชนผู้กระทำความผิดจะต้องชดเชยให้แก่ผู้เสียหายในคดีหมิ่นประมาท โดยพิจารณาสามวาระในวันเดียวกัน คือ วันที่ 24 มกราคม 2535 ซึ่งบัญญัติให้ศาลกำหนดค่าเสียหายให้เท่ากับจำนวนเงิน 20 เท่าของอัตราโทษปรับขั้นสูงที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา คือเท่ากับเพิ่มจาก 200,000 บาทเป็น 4,000,000 บาท เว้นแต่มีการพิสูจน์ความเสียหายได้มากกว่านั้น อันเป็นการกำหนดค่าเสียหายขั้นต่ำไว้ล่วงหน้าอย่างสูงมากในทุกกรณีโดยไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจ แต่ระหว่างที่ร่างพระราชบัญญัตินี้อยู่ในขั้นตอนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ก็ได้มีพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2535 ออกมา และมีได้พระราชทานร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้คืนมายังรัฐสภาแต่อย่างใด ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 144 บัญญัติให้บรรดาร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภายังมิได้ให้ความเห็นชอบ หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา ให้เป็นอันตกไป และหลังจากนั้นก็มิได้มีการนำร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาอีก

อีกกรณีที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ.2547 นายกรัฐมนตรีได้ทูลเกล้าฯ ถวายร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. .... เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย พระองค์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยหากแต่พระราชทานคืนมายังรัฐสภา โดยมีพระราชกระแสรับสั่งว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อบกพร่องในถ้อยคำและในการอ้างอิงบทกฎหมายหลายบท จากนั้นรัฐสภาก็ทำการตรวจสอบและแก้ไขแล้วนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงพิจารณาลงพระปรมาภิไธยอีกครั้ง

## พระมหากษัตริย์กับพระราชอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจบริหาร

( มาตรา 171 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน

นายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งได้รับแต่งตั้งตามมาตรา 172

ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี

นายกรัฐมนตรีจะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินกว่าแปดปีมิได้

**มาตรา 175** ก่อนเข้ารับหน้าที่ รัฐมนตรีต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพระพุทธเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอลถวายสัตย์ปฏิญาณว่า ข้าพระพุทธเจ้าจะจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ และจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของประเทศและประชาชน ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

**มาตรา 183** พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำ )

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 171 มาตรา 175 และมาตรา 183 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี โดยนายกรัฐมนตรีต้องแต่งตั้งจากสมาชิกสภาผู้แทนสภาผู้แทนราษฎร การเข้าสู่ตำแหน่งของนายกรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี และให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอบุคคลที่สมควรแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีร่วมคณะต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงแต่งตั้ง ก่อนเข้ารับตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรีต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ด้วยถ้อยคำดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ทรงแต่งตั้งรัฐมนตรีแล้ว พระมหากษัตริย์ยังทรงให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งได้ ตามคำกราบบังคมทูลพระกรุณาของนายกรัฐมนตรี ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องปรับปรุงคณะรัฐมนตรีใหม่

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่เกี่ยวกับอำนาจบริหารตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีให้มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินรวมทั้งพระราชอำนาจอื่นๆ เช่น พระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การตราพระราชกำหนด พระราชอำนาจในการประกาศสงคราม พระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ พระราชอำนาจในการแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือนระดับสูง เป็นต้น การที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินดังกล่าว พระองค์มิได้ทรงก้าวล่วงมาใช้พระราชอำนาจในทางเนื้อหาแต่ประการใด เพราะพระมหากษัตริย์ทรงดำรงความเป็นกลางทางการเมือง ทรงอยู่เหนือความขัดแย้งทางการเมืองไม่เข้ายุ่งเกี่ยวกับการเมือง ไม่ทรงมีพระราชดำริด้านการเมืองและไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมือง ดังนั้นพระราชอำนาจทางด้าน

บริหารตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจึงเป็นเพียงรูปแบบ และในการใช้พระราชอำนาจทางบริหารดังกล่าวจะต้องมีผู้ถวายคำแนะนำและรับสนองพระบรมราชโองการเสมอ ซึ่งผู้รับสนองพระบรมราชโองการจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบทั้งทางกฎหมายและทางการเมือง

มีข้อสังเกตว่าพระราชอำนาจที่เกี่ยวกับอำนาจบริหารนั้นนอกจากพระราชอำนาจที่ระบุไว้โดยชัดแจ้งตามรัฐธรรมนูญแล้วพระมหากษัตริย์ยังทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจทั่วไป ซึ่งเป็นไปตามประเพณีการปกครองในฐานะที่พระองค์ทรงเป็นประมุขของประเทศและในรัฐธรรมนูญก็บัญญัติรับรองพระราชอำนาจนี้ไว้อันได้แก่ พระราชอำนาจที่จะทรงรับคำปรึกษาหารือและพระราชทานคำแนะนำแก่รัฐบาล (The right to be consulted) พระราชอำนาจในการส่งเสริมนโยบายและกิจการของรัฐบาล (The right to encourage) และพระราชอำนาจในการตักเตือนรัฐบาล (The right to warn)

## พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ

พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษเป็นพระราชอำนาจตามนิติราชประเพณีมาแต่ดั้งเดิมและเป็นพระราชอำนาจเฉพาะของพระมหากษัตริย์ที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ ซึ่งเป็นพระราชอำนาจอิสระและเด็ดขาดของพระมหากษัตริย์ เป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงความผูกพันและพระมหากรุณาของพระมหากษัตริย์ที่มีต่อพสกนิกรผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมและนับเป็นทางออกสุดท้ายที่เขาเหล่านั้นจะได้รับความยุติธรรมจากการลงโทษที่ไม่เป็นธรรม การพระราชทานอภัยโทษนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะโทษในคดีอาญาเท่านั้นแต่รวมถึงโทษทางวินัยและโทษทางปกครองด้วย เช่นกรณีที่มีพระมหากรุณาธิคุณลดหย่อนผ่อนโทษให้กับผู้ถวายฎีกาสำหรับโทษทางวินัยเมื่อครั้งเกิดวิกฤตการณ์ตุลาการช่วงพ.ศ. 2534 - 2535 การพระราชทานอภัยโทษอาจเป็นการพระราชทานอภัยโทษเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไขหรือการพระราชทานอภัยโทษเปลี่ยนโทษหนักเป็นเบาก็ได้ การพระราชทานอภัยโทษแบ่งออกเป็นสองประเภท คือ การพระราชทานอภัยโทษเป็นรายบุคคลที่ทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาขอพระราชทานอภัยโทษ และการพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไปซึ่งมักจะกระทำในโอกาสสำคัญของบ้านเมืองโดยคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์

ในการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวพระองค์ทรงใคร่ครวญอย่างรอบคอบทุกเรื่องเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ดังคำบรรยายพิเศษโดยนายสัญญา ธรรมศักดิ์ ประธานองคมนตรี ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ เมื่อวันที่ 24 กันยายน 2530 ความว่า

“...เรื่องทูลเกล้าฯ ถวายฎีกานั้น มีสำนวนประกอบด้วยคำพิพากษาศาลชั้นต้น คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คำพิพากษาศาลฎีกา คำร้องของนักโทษ และคำรับรองความประพฤติ บางสำนวนก็ไม่ใหญ่ แต่บางกรณีต้องยืมสำนวน...ทำให้สำนวนใหญ่ขึ้นมีคำพยานมาก ระเบียบปฏิบัติทรงกรุณาโปรดเกล้าฯ



พระราชทานเป็นพระราชกระแสว่า เมื่อทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาของนักโทษให้ผ่านความเห็นของคณะองคมนตรี...พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงทอดพระเนตรตรวจสำนวนเองแทบทุกเรื่อง เรารู้เพราะบางครั้งก็ทำนย่นสำนวนมาให้ห้องคมนตรีพิจารณาอีกครั้งโดยตรง ทรงถามมาว่าข้อนั้นๆ อยู่ตรงไหน...พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงละเอียด ทรงใช้เวลาวินิจฉัยฎีกานักโทษด้วยพระองค์เอง บางเรื่องก็ง่าย เช่นยาเสพติดให้โทษ แต่คดียากที่ทรงทักท้วงให้พิจารณาอีกครั้งบ่อยๆ คือคดีประหารชีวิต...”

พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษนี้ถือเป็นบทบาทสำคัญยิ่งของพระมหากษัตริย์ในการผดุงความยุติธรรมให้แก่พสกนิกรผู้ต้องคดีอาญา เพราะการบังคับใช้กฎหมายนั้นบางกรณีก็มีข้อบกพร่องมิได้สอดคล้องกับความยุติธรรมทางศีลธรรม หรือความรู้สึกนึกคิดของประชาชนทั่วไป โดยเฉพาะกรณีที่กฎหมายลงโทษรุนแรงเกินสมควรและไม่เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ แต่ด้วยพระมหากรุณา อาศัยพระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ความไม่ยุติธรรมจึงได้รับการแก้ไขเยียวยาและคลี่คลายในที่สุด

## พระมหากษัตริย์กับพระราชอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจตุลาการ

( มาตรา 197 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

มาตรา 200 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้พิพากษาและตุลาการ และทรงให้พ้นจากตำแหน่งเว้นแต่กรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย

มาตรา 201 ก่อนเข้ารับหน้าที่ ผู้พิพากษาและตุลาการต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพระพุทธเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอถวายสัตย์ปฏิญาณว่า ข้าพระพุทธเจ้าจะจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ และจะปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยปราศจากอคติทั้งปวง เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ประชาชน และความสงบสุขแห่งราชอาณาจักร ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายทุกประการ” )

พระราชอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจตุลาการนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติ ไว้ในมาตรา 197 มาตรา 200 และมาตรา 201 พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจตุลาการทางศาล โดยการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้อง

ดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ทางด้านการใช้อำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เริ่มตั้งแต่ทรงแต่งตั้งผู้พิพากษาและตุลาการ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาและตุลาการ ต้องกระทำในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ โดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ผู้พิพากษา และตุลาการต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ก่อนเข้ารับหน้าที่

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีความใกล้ชิดกับสถาบันตุลาการ ได้พระราชทาน พระบรมราโชวาท พระราชดำรัส และพระราชกระแสแนะนำและเตือนใจแก่ผู้พิพากษาตุลาการ ตลอดมาทรงเน้นย้ำให้ยึดถือความเป็นธรรมเป็นที่ตั้ง สอดคล้องกับพระปฐมบรมราชโองการ ที่ได้พระราชทานในการพระราชพิธีบรมราชาภิเษกว่า “เราจะครองแผ่นดินโดยธรรม เพื่อประโยชน์สุข แห่งมหาชนชาวสยาม” และทศพิธราชธรรมข้อ 10 “อวิโรธนัง” คือความเที่ยงธรรม ความหนักแน่น ถือความถูกต้องเที่ยงธรรมเป็นหลัก ไม่เอนเอียงหันไหวด้วยคำพูด อารมณ์ หรือลาภสักการะใดๆ โดยทรงตั้งมั่นอยู่ในประเพณี ไม่ประพฤติผิดจรรยาวัตร ทั้งด้านนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ และทรงธำรง รักษาหลักนิติธรรมโดยเสมอมา

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงยึดมั่นในพระปฐมบรมราชโองการและทศพิธราชธรรมใน ส่วนที่เกี่ยวกับความเที่ยงธรรมอย่างเคร่งครัดในการทรงงาน หลักดังกล่าวอยู่ในพระราชหฤทัยเสมอมา ไม่ว่าจะในพระราชจริยาวัตร หรือพระบรมราโชวาท พระราชดำรัส และพระราชกระแสที่พระราชทาน แก่นักกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นทนายความ อัยการ ผู้พิพากษาตุลาการ อาจารย์สอนกฎหมาย หรือ เป็นผู้ใช้กฎหมายในหน้าที่ต่างๆ ดังปรากฏในพระราชดำรัสในโอกาสที่ประธานศาลฎีกานำผู้พิพากษา ประจำกระทรวงเผ่าฯ ถวายสัตย์ปฏิญาณก่อนเข้ารับหน้าที่ ณ ศาลาดุสิตาลัย วันเสาร์ ที่ 21 ธันวาคม 2535 ความตอนหนึ่งว่า

“...สถาบันตุลาการนั้นก็ถือว่าเป็นสถาบันหนึ่งในสามสถาบันการปกครอง คือสถาบันนิติบัญญัติ บริหาร และยุติธรรม ท่านก็เป็นส่วนหนึ่งในสามสถาบัน ซึ่งเป็นรากฐานของการปกครองประเทศในระบอบ ประชาธิปไตย ถ้าท่านได้ทำด้วยดี ก็หมายความว่าประเทศชาติจะไปรอด เป็นที่น่าสังเกตว่าสถาบันบริหาร นั้นต่อเนื่องมาจากสถาบันนิติบัญญัติ ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน ส่วนสถาบันตุลาการ นั้นเป็นสถาบันเอกเทศ และเป็นสถาบันที่ควรจะรักษาความเป็นเอกเทศนั้น เพื่อที่จะให้ความยุติธรรมแก่ ประชาชน ในกรณีนี้ก็จะต้องทำงานหลายด้าน ผู้พิพากษานั้นจะต้องเข้าไปตัดสินความต่างๆ ในศาลทุก ศาล และให้ความยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย จึงเป็นสถาบันที่เป็นที่พึ่งของประชาชน สามารถที่จะคิดว่าประเทศ เรามีชื่อมีแป ทำให้สบายใจว่า ถ้ามีเหตุการณ์ใดๆเกิดขึ้นจะมีผู้ที่จะช่วยให้ได้รับความยุติธรรม ฉะนั้น หน้าที่ของผู้พิพากษาทุกคนมีความสำคัญอย่างยิ่ง และจะไม่มีใครบังคับให้ทำอะไรได้ เพราะว่าแต่ละคน

มีความรู้และมีความสุจริต ดังที่ได้กล่าวคำสัตย์...”

ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้พิพากษาตุลาการ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้มีพระราชดำรัสในโอกาสที่ประธานศาลฎีกานำผู้พิพากษาประจำศาลเฝ้า ฯ เพื่อถวายสัตย์ปฏิญาณก่อนเข้ารับหน้าที่ ณ ท้องพระโรงศาลาแดง วังไกลกังวล วันพุธ ที่ 9 กรกฎาคม 2546 มีความสำคัญตอนหนึ่งว่า

“...ท่านได้เปล่งคำปฏิญาณด้วยความเข้มแข็ง ก็เข้าใจว่าท่านตั้งใจที่จะทำตามคำพูดที่เปล่งออกมา นี้ที่มีความสำคัญที่สุดสำหรับข้าพเจ้าคือ ท่านได้บอกว่าจะปฏิบัติในพระปรมาภิไธย หมายความว่า ข้าพเจ้าถ้าได้เห็นท่านทั้งหลายปฏิบัติดีชอบจริงๆ ก็สบายใจ แต่ถ้าสงสัยว่าท่านจะทำอะไรที่ไม่ถูกต้อง ข้าพเจ้าเดือดร้อน ที่เดือดร้อนเพราะว่าเมื่อปฏิบัติอะไรในพระปรมาภิไธย พุดงายๆ ในนามของพระเจ้าอยู่หัว ถ้าทำอะไรที่มีดีมีชอบ พระเจ้าอยู่หัวก็เป็นคนที่ทำดีมีชอบ ฉะนั้น จะต้องขอคำขบถอย่างหนักแน่นว่าให้ทำตามคำปฏิญาณ เพราะว่าจะทำให้ข้าพเจ้าเองในส่วนตัวและในหน้าที่เดือดร้อน แล้วก็ถ้าข้าพเจ้าเดือดร้อน ก็จะทำให้คนเดือดร้อนมากเหมือนกัน ก็ทำให้ประชาชนไม่ได้รับความยุติธรรม...”

ความยุติธรรมที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงถือว่าเป็นเรื่องสำคัญนี้ ปรากฏอยู่ในพระราชดำรัสหลายองค์ ในที่นี้ขอนำพระราชดำรัสที่พระราชทานในโอกาสที่ประธานศาลฎีกานำผู้พิพากษาประจำศาล สำนักงานศาลยุติธรรม เข้าเฝ้า ฯ เพื่อถวายสัตย์ปฏิญาณก่อนเข้ารับหน้าที่ ณ พระตำหนักจิตรลดารโหฐาน วันพฤหัสบดี ที่ 15 พฤษภาคม 2551 ความตอนหนึ่งว่า

“...บ้านเมืองต้องมีผู้พิพากษา บ้านเมืองต้องมีผู้ที่รักษาความยุติธรรม ต้องมีศาลเพื่อที่จะรักษาความยุติธรรมนี้ ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญ เพราะว่าในบ้านเมืองถ้าไม่มีความยุติธรรม บ้านเมืองก็จะล่มจม...”

ในคราวที่เกิดวิกฤตการณ์ในบ้านเมืองเมื่อพ.ศ. 2549 เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงตั้งเตือนให้ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยอีกส่วนหนึ่งที่เหลืออยู่ได้ใช้กฎหมายในอำนาจหน้าที่ของตนระคับระคองบ้านเมืองไว้เพื่อให้บ้านเมืองสามารถปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้ต่อไป

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงตั้งเตือนผู้ใช้กฎหมายอยู่เสมอว่าต้องใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรม และได้พระราชทานพระราชดำรัสอีกหลายองค์แก่นักกฎหมายให้ตระหนักถึงความยุติธรรมอันเป็นอุดมคติสูงสุดของกระบวนการยุติธรรม ส่วนกฎหมายเป็นเพียงวิถีทางหรือเครื่องมือที่จะนำไปสู่ความยุติธรรมเท่านั้น ดังนั้นจึงต้องรักษาความยุติธรรมเป็นสำคัญมิใช่รักษาตัวเครื่องมือ ความยุติธรรมจึงต้องมาก่อนและอยู่เหนือกฎหมาย การรักษาความยุติธรรมก็มีได้จำกัดอยู่เพียงแค่ขอบเขตของกฎหมาย หากต้องขยายไปถึงศีลธรรมจรยาตลอดจนเหตุและผลตามความเป็นจริงด้วย

## พระบารมีปกเกล้าฯ ทวยราษฎร์

ตามโบราณราชประเพณีการปกครองอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พระมหากษัตริย์ทรงเป็นบ่อเกิดแห่งความสุขสวัสดิ์ของอาณาประชาราษฎร์ พสกนิกรที่ประสบความทุกข์ยากด้านต่างๆ อาจขอพึ่งพระบารมี ซึ่งพระองค์ทรงแผ่พระมหากรุณาธิคุณไปสู่ทวยราษฎร์ ไม่ว่าจะเป็ความทุกข์ยากจากความแห้งแล้ง อุทกภัย ว่างภัย พิบัติภัย พื้นดินขาดความอุดมสมบูรณ์ สุขภาพอนามัย รวมไปถึงความยากลำบากในการทำมาหากิน พระองค์ก็ทรงพระราชทานพระบรมราโชวาทให้แก่ประชาชนทรงใช้พระวิริยะอุตสาหะและพระปรีชาญาณค้นหาหนทางแก้ไขให้เสมอ โดยพระราชทานแนวพระราชดำริอันก่อให้เกิดโครงการอันเนื่องมาจากพระราชดำรินานมา ตลอดจนการพระราชทานพระบรมราโชวาทแก่ประชาชนเพื่อเป็นแนวทางในการดำรงชีวิต อาทิเช่น ทฤษฎีเศรษฐกิจพอเพียงเพื่อให้ประชาชนมีความเป็นอยู่อย่างร่มเย็นเป็นสุข พระราชกรณียกิจเหล่านี้ล้วนเป็นภารกิจของรัฐในการทำประโยชน์สาธารณะซึ่งพระองค์ทรงชี้แนะและแสดงตัวอย่างให้ผู้มีหน้าที่รับไปปฏิบัติต่อไป

ตลอดเวลาที่ผ่านมาพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเป็นพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอย่างแท้จริง พระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอย่างเคร่งครัด ทรงตั้งมั่นอยู่ในทศพิธราชธรรมซึ่งเป็นคุณธรรมของพระราชาในการปกครองแผ่นดิน ทรงปฏิบัติพระราชกรณียกิจด้วยพระสุเมกข์มีภีรภาพ ด้วยทรงห่วงใยต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชน แสดงให้เห็นถึงพระราชหฤทัยที่ทรงเชื่อมั่นและทรงจรรโลงระบอบประชาธิปไตย ให้มีความมั่นคงถาวร ด้วยพระปรีชาสามารถและพระบารมีของพระองค์อันเป็นที่ประจักษ์แก่ชาวไทยทั้งปวง โดยทรงยึดหลักความเป็นธรรม ความสามัคคี ความไม่มีอคติ และทางสายกลาง ในการแก้ไขวิกฤตการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่ผ่านมา โดยมีพระบรมราชวินิจฉัยตามกรอบแห่งเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและการปกครองระบอบประชาธิปไตย ทำให้ประเทศไทยผ่านพ้นช่วงเวลาดังกล่าวมาด้วยความสงบสุขเรียบร้อย

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงครองแผ่นดินมายาวนาน 65 ปี และจะทรงเจริญพระชนมพรรษา 7 รอบ ในวันที่ 5 ธันวาคม พุทธศักราช 2554 พระองค์เป็นพระมหากษัตริย์ที่ทรงครองราชย์ยาวนานที่สุดเท่าที่เคยปรากฏมาในประวัติศาสตร์ชาติไทย มีพระปรีชาสามารถและพระประสบการณ์สูงกว่าบุคคลใดๆ ในแผ่นดิน พระวิสัยทัศน์ปกแผ่ไปในทุกหย่อมหญ้าและพสกนิกรทุกคน ทรงเห็นปัญหาทั้งในรายละเอียดและองค์รวม จึงทรงพร่ำเตือนทุกคน ทั้งรัฐบาล ข้าราชการ ศาล และประชาชน ให้เห็นปัญหาต่างๆ ทรงชี้ปัญหาและทรงแนะนำทั้งแนวคิดและวิธีการแก้ปัญหาเหล่านั้นด้วย ซึ่งเมื่อนำมาปรับใช้ตามพระราชดำริ ก็เกิดผลสัมฤทธิ์เป็นประโยชน์แก่ปวงชนชาวไทย โดยส่วนรวม สมดังพระราชปณิธานของพระองค์ ทรงเป็นศูนย์รวมจิตใจของประชาชนชาวไทย ในยามที่



เกิดเภทภัย ก็ทรงแก้ไขด้วยพระปรีชาและพระบารมี ยามที่บ้านเมืองเป็นปรกติสุข ก็ทรงพระวิริยะอุตสาหะ  
ทุ่มเทพระวรกายแก้ไขปัญหาเพื่อประโยชน์สุขแก่พสกนิกรและประเทศชาติเป็นสำคัญ ทั้งนี้ปวงชน  
ชาวไทยต่างประจักษ์ในพระราชกรณียกิจและพระมหากรุณาอันเปี่ยมล้นที่ได้ทรงพระราชทานแก่  
พสกนิกร นับตั้งแต่เถลิงถวัลย์ราชสมบัติจนถึงปัจจุบัน

- ขอให้พระองค์ทรงพระเจริญและมีพระชนมพรรษาที่ยืนนาน

# ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญ ภายใต้ประชาคมอาเซียน ปี พ.ศ. 2558

ดร.ปัญญา อุดชาชน\*

รองเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

บทความนี้ ผู้เขียนได้แบ่งการนำเสนอออกเป็น 5 ส่วนคือ ส่วนแรก คำนำ ส่วนที่สอง พัฒนาการของความยุติธรรม ส่วนที่สาม ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญ ส่วนที่สี่ สหประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และรัฐธรรมนูญต่างประเทศในกลุ่มอาเซียน ส่วนที่ห้า บทวิเคราะห์ และส่วนสุดท้าย บทสรุปและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับทิศทางความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญภายใต้ประชาคมอาเซียน

## ส่วนแรก คำนำ

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ทรงมีพระบรมราโชวาทเกี่ยวกับความยุติธรรมเป็นจำนวนมาก ผู้เขียนขออัญเชิญพระบรมราโชวาทในเรื่องนี้มานำเสนอเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติตนของนักกฎหมายจำนวนสององค์ ดังนี้

1.1 พระบรมราโชวาทในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่นักศึกษาของสำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2515 ณ เนติบัณฑิตยสภา ดังนี้

“..กฎหมายทั้งปวง เราบัญญัติขึ้นเพื่อใช้เป็นปัจจัยสำหรับรักษาความยุติธรรม กล่าวโดยสรุปคือ ใช้เป็นแบบแผนแห่งความประพฤติปฏิบัติของมหาชนสถานหนึ่งกับใช้เป็นแม่บทในการพิจารณาตัดสินความประพฤตินั้นๆ ให้เป็นไปโดยถูกต้องเที่ยงตรงอีกสถานหนึ่ง

โดยที่กฎหมายเป็นแค่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าวจึงไม่ควรถือว่ามีความสำคัญยิ่งไปกว่าความยุติธรรม หากควรจะต้องถือความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายละอยู่เหนือกฎหมาย

\* ศศ.บ. (รัฐศาสตร์), น.บ., น.ม. (กฎหมายมหาชน), M.P.A. (Detroit), Ph.D.(Public Administration), น.ด. (Doctor of Laws), ป.ปร. รุ่นที่ 8 สถาบันพระปกเกล้า, วปอ. รุ่นที่ 2550 สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ และ นายปส. รุ่นที่ 2 สถาบันการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ สัญญา ธรรมศักดิ์

การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีใดๆ โดยคำนึงถึงความถูกต้องกฎหมายเท่านั้นจะไม่เป็นการเพียงพอ จำต้องคำนึงถึงความยุติธรรม ซึ่งเป็นจุดประสงค์ด้วยเสมอ...”

**1.2 พระบรมราชโองการในพิธีถวายสัตย์ปฏิญาณก่อนเข้ารับหน้าที่ของอัยการประจำกองและอัยการผู้ช่วย เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2554 ณ ห้องประชุมสมเด็จพระพี่นางเธอ เจ้าฟ้ากัลยาณิวัฒนา กรมหลวงนราธิวาสราชนครินทร์ ชั้น 14 อาคารเฉลิมพระเกียรติ โรงพยาบาลศิริราช ดังนี้**

“...ตามที่ท่านทั้งหลายได้กล่าวคำปฏิญาณตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และด้วยความตั้งใจดีในการรักษาความยุติธรรมในฐานะอัยการนั้นท่านต้องนึกถึงว่าจะต้องรักษาคำปฏิญาณนี้ด้วยความเคร่งครัด ซึ่งจะทำให้ท่านมีส่วนสำคัญในการรักษาความสงบ ความยุติธรรมในประเทศ เรามีความต้องการ เพราะว่าประเทศชาติจะอยู่เย็นเป็นสุขต้องรักษาความยุติธรรมในหมู่ชนทุกหมู่เหล่า ถ้าท่านทำตามสัตย์ปฏิญาณนี้ด้วยความเคร่งครัด หมายความว่า ท่านได้ปฏิบัติหน้าที่ของท่านในฐานะข้าราชการชั้นสูงในประเทศ และมีส่วนในการรักษาความเจริญ ความสุขของประเทศ ในประเทศที่ต้องมีความขัดแย้งอยู่บ้างมากหรือน้อยก็แล้วแต่สถานการณ์ มีอยู่เสมอไม่ใช่ไม่มี แต่ถ้ามีเจ้าหน้าที่ที่รักษาความยุติธรรม รักษาความสงบได้อย่างเคร่งครัด ก็จะทำให้ประเทศอยู่เย็นเป็นสุขได้ ท่านมีหน้าที่สำคัญจึงต้องรักษาในคำปฏิญาณอย่างเคร่งครัดตลอดชีวิตและท่านจะได้ชื่อว่าช่วยประเทศชาติให้อยู่เย็นเป็นสุข ขอให้ท่านสามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเคร่งครัดเพื่อเป็นผู้รักษาความสงบร่มเย็นของประเทศชาติ ในเวลาเดียวกันขอให้ท่านสามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ ด้วยความเข้มแข็ง มานะจะได้ทำหน้าที่ เมื่อทำหน้าที่แล้วท่านจะมีความสุข ความเจริญในส่วนตัวด้วย ขอให้ท่านสำเร็จในการปฏิบัติหน้าที่ทุกคน อย่างเคร่งครัดทุกคน”

## ส่วนที่สอง พัฒนาการของความยุติธรรม

**2.1 ความหมายของคำว่า “ยุติธรรม”** กล่าวคือ ความยุติธรรมเป็นคำสำคัญในทางนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์ โดยได้มีเอกสารสำคัญและแนวความคิดของนักนิติปรัชญาหรือนักทฤษฎีการเมืองได้ให้ความหมายไว้ โดยปรากฏเป็นหลักฐานสำคัญ ดังนี้

**2.1.1 พระคัมภีร์ไบเบิล<sup>1</sup>** พระคัมภีร์ไบเบิลภาคแรกกล่าวว่า “เจ้าอย่าบิดเบือนคำพิพากษาให้ผิดไปจากความยุติธรรม” “ท่านทั้งหลายจงเลือกตั้งผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ตามหัวเมืองของท่าน ให้เขาพิพากษาประชาชนตามความยุติธรรม ท่านอย่ากระทำให้เสียความยุติธรรม”

**2.2.2 เพลโต** เป็นนักปรัชญาเมธีชาวเอเธนส์ ได้ตั้งสำนักศึกษา Academy ซึ่งเป็นสำนัก

<sup>1</sup> พระคริสตธรรมคัมภีร์ภาคพันธสัญญาเดิม, ฉบับ 1971, จัดพิมพ์โดยสำนักพิมพ์พระคริสตธรรมในประเทศไทย, พระนคร, หน้า 361

ปรัชญาถาวรแห่งแรกของโลกและเป็นบ่อเกิดของมหาวิทยาลัยในเวลาต่อมา โดยได้อธิบายความหมายของความยุติธรรมไว้ในหนังสืออูตมรัฐ (Republic) ว่า ความยุติธรรม คือ การทำกรรมดี (Doing well in justice) จึงถือว่า ความยุติธรรมเป็นหลักธรรมที่สูงที่สุดในโลก เป็นหลักธรรมะที่บริสุทธิ์ผุดผ่องสมบูรณ์ครบถ้วนเป็นที่สุด ทำนองเดียวกับนิพพานในพุทธศาสนา หรือพระเจ้าในศาสนาอื่น<sup>2</sup> นอกจากนี้ เพลโตยังเห็นว่า การทำหน้าที่ของตนเองให้ดีที่สุดตามความสามารถและฐานะถือเป็นความยุติธรรมแล้ว เช่น หมอที่มีหน้าที่รักษาคนไข้ ช่างไม้มีฐานะที่เหมาะสมในการเป็นช่างไม้ เป็นต้น

**2.1.3 อริสโตเติล** เป็นนักปรัชญาเมธีชาวเมืองสตาگیرา เป็นศิษย์เอกของเพลโตและได้ชื่อว่าเป็นบิดาแห่งรัฐศาสตร์ โดยได้อธิบายความหมายของความยุติธรรมไว้ในหนังสือ จริยธรรม (Ethics) ว่าความ อยุติธรรมเกิดขึ้นเมื่อคนที่เท่ากันได้รับการปฏิบัติไม่เท่าเทียมกัน และเมื่อคนที่ไม่เท่ากันได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน (Injustice arises when equals are treated unequally, and also when unequals are treated equally)<sup>3</sup> ความยุติธรรมดังกล่าว อริสโตเติลได้แบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

1) ความยุติธรรมในการแบ่งสรรปันส่วน (Distributive Justice) คือความยุติธรรมทางฐานะานุรูปซึ่งรัฐ จะต้องจัดให้ตามสัดส่วนของแต่ละคน (proportionate equality) ได้แก่ การให้เกียรติยศ ความร่ำรวย ตำแหน่ง ยศถาบรรดาศักดิ์ ตำแหน่ง และความดีความชอบแก่ใครรัฐจะต้องคำนึงถึงความแตกต่างของแต่ละบุคคล

2) ความยุติธรรมในการชดเชย (Corrective Justice) คือความยุติธรรมที่ต้องคำนึงถึงความเสียหายเป็นสำคัญ และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น สัญญา หรือละเมิด เป็นต้น ทั้งนี้ การให้ค่าเสียหายตามที่เสียหาย ไม่ใช่ให้ค่าเสียหายเพื่อการลงโทษอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ต้องใช้หลักความเสมอภาคตามตัวเลข (arithmetical equality) โดยถือว่าคนมีความเสมอภาคกัน แต่ต้องคำนึงเฉพาะความแตกต่างของความเสียหาย

3) ความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยน (Commutative Justice) คือ ความเป็นธรรมในการแลกเปลี่ยนสิ่งของซึ่งกันและกัน โดยการแลกเปลี่ยนสิ่งของดังกล่าว ฝีมือการผลิตและคุณค่าของวัตถุที่ผลิตขึ้นนั้นเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาว่าการแลกเปลี่ยนนั้นเป็นธรรมแก่คู่กรณีหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ ความยุติธรรมตามแนวความคิดของอริสโตเติลที่ว่าต้องเหมือนกัน จะต้องได้รับการตัดสินคดีที่เหมือนกัน โดยถือว่าเป็นความยุติธรรมในแง่ของรูปแบบ ที่มีหลักกฎหมายสำหรับใช้ตัดสินคดีอยู่แล้ว

<sup>2</sup> โสภณ รัตนกร. (2511). ความยุติธรรม, บทบัณฑิตย เล่ม 25 ตอน 2, กรุงเทพฯ, หน้า 376.

<sup>3</sup> วิษณุ เครืองาม. (2530). ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ, หน้า 237.

**2.1.4 ประมวลกฎหมายของพระเจ้าจักรพรรดิจัสติเนียน** The Institute of Justinian ในภาคแรก ได้ให้ความหมายของความยุติธรรมในอารัมภบทว่า ความยุติธรรมคือ เจตจำนงอันแน่วแน่ตลอดกาลที่จะให้แก่ทุกคนตามสัดส่วนที่เขาควรจะได้ (Justice is the constant and perpetual wish to render everyone his due)

**2.1.5 ลอร์ด เดนนิ่ง** อติตอธิตีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ของอังกฤษได้ให้ความหมายของความยุติธรรมในหนังสือ The road to Justice ว่าความยุติธรรม คือ เรื่องที่บุคคลในสังคมที่มีจิตใจที่ถูกต้องที่ชอบ เชื่อว่าเป็นเรื่องที่ชอบธรรม (Justice is what the right - minded members of the community - those who have the right spirit within them - believe to be fair.)<sup>4</sup>

**2.1.6 จอห์น โรลส์** นักปรัชญาเมธีชาวอเมริกัน ได้ให้ความหมายของความยุติธรรมว่า ความยุติธรรม คือ เรื่องที่บุคคลซึ่งมีเหตุผลคิดว่าเป็นเรื่องที่ชอบธรรมถ้าพวกเขาต้องวินิจฉัยในคำถามโดยพวกเขามีอาจรู้ได้ว่าตนเองมีส่วนเกี่ยวข้องในเรื่องนั้นอย่างไร (Justice is what rational people would regard as fair, if they had to decide that question with no knowledge whatever of what their position would be)<sup>5</sup>

**2.1.7 ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศักดิ์ทิพย์** ได้ให้ความหมายของความยุติธรรมว่า ความยุติธรรมมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “Equity” ซึ่งใช้สำหรับนักกฎหมายอังกฤษเพื่อใช้แก้ความเคร่งครัดของระบบ Common Law ที่ในบางกรณีในระบบ Common Law ไม่เปิดโอกาสให้ทำได้<sup>6</sup>

**2.1.8 พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงพิชิตปรีชากร** (พระองค์เจ้าคัคณางค์ยุคล) อธิบดีศาลฎีกาท่านแรกและเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมในเวลาต่อมา ได้ให้ความหมายของความยุติธรรมโดยทรงพิจารณาเรื่องความยุติธรรมอีกแห่งหนึ่งว่า “ตุลาการ คือ ผู้ที่ไม่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง เป็นผู้ซึ่งความผิดความชอบ และวิพากษ์ตัดคำเถียงของคู่ความที่เถียงว่า ใครจะเป็นผู้ทำลายล้าง และทำตามธรรมอันนี้เมื่อตุลาการตั้งตนให้ควรต่อหน้าที่ กล่าวคือ ปราศจากอคติ 4 ประการ อันมีความพิสดาร แจ่มในหลักอินทภาษโพนแล้ว และตัดคดีข้อความให้ถูกต้องตามพระราชกำหนดกฎหมายและความจริง เป็นเครื่องแก้กอลุดหนุ่นแก่หลักธรรมสารดังกล่าวมานี้ จึงได้ชื่อว่าเป็น “ยุติธรรม” คือถูกต้องตามธรรมดังนี้”<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Lord Denning. (1995). The Road to Justice, London : Stevens and Sons, p.4.

<sup>5</sup> John Rawls. (1972). A Theory of Justice อ้างถึงใน Sir Norman Anderson (1978) Liberty, Law, and Justice, London : Stevens and Sons, p.140.

<sup>6</sup> วิษณุ เครืองาม. (2530). ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ, หน้า 239.

<sup>7</sup> ชานินทร์ กรัยวิเชียร. (2547). กฎหมายกับความยุติธรรม, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์, กรุงเทพฯ, หน้า 7-8.

### 2.1.9 คำพิพากษาศาลฎีกาที่สำคัญ ๆ เช่น

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 114/2459 วินิจฉัยว่า ความยุติธรรม แปลว่า ความประพฤติอันชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายเท่านั้น ความเห็นส่วนตัวบุคคลย่อมแปรปรวนไปต่าง ๆ ไม่มียุติ เป็นยุติธรรม ไม่ได้เลย

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 114/2505 วินิจฉัยว่า แม้ผู้ร้องจะยื่นบัญชีระบุพยานไม่ทันกำหนด แต่เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลอาจรับบัญชีระบุพยานที่ยื่นภายหลังกำหนดไว้

3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 251-252/2508 วินิจฉัยว่า หากพยานฝ่ายหนึ่งที่น่าสืบภายหลังเบิกความแตกต่างกับที่เคยเบิกความไว้ในคดีอาญา และฝ่ายที่น่าสืบก่อนเพิ่งทราบ เช่นนี้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลอนุญาตให้ฝ่ายที่น่าสืบก่อนอ้างสำนวนคดีอาญาเป็นพยานได้

**2.2 กำเนิดของความยุติธรรม** กล่าวคือ หากแบ่งความยุติธรรมตามลักษณะการเกิด อาจแบ่งได้ 2 ลักษณะคือ ความยุติธรรมเกิดจากธรรมชาติ หรือที่เรียกว่า กฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และความยุติธรรมเกิดจากกฎหมาย หรือที่เรียกว่า กฎหมายบ้านเมือง (Positive Law)

**2.2.1 ความยุติธรรมเกิดจากธรรมชาติ** แนวความคิดนี้เริ่มต้นตั้งแต่สมัยกรีก เชื่อว่าทุกสิ่งทุกอย่างในโลกนี้เป็นไปตามกฎธรรมชาติหรือกฎหมายธรรมชาติ โดยเป็นสิ่งที่สมบูรณ์ คงทนและมีอยู่ทั่วไปตลอดกาลและที่สำคัญคือ ความเสมอภาคของบุคคลซึ่งเป็นหลักใหญ่ของแนวความคิดนี้ เพราะถือว่า ความเสมอภาคคือหัวใจของความยุติธรรม พัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติมาจากแนวความคิดเรื่อง สิทธิธรรมชาติ (Natural rights) เพลโตเป็นนักปรัชญาเมธีคนแรกที่อ้างถึงสิทธิธรรมชาติซึ่งได้กล่าวว่า สิทธิธรรมชาติ หมายความว่า สิ่งที่ถูกต้องเป็นธรรมหรือควบคุมความประพฤติและการปฏิบัติกิจของมนุษย์ ให้เป็นระเบียบและเรียบร้อย ต่อมาอริสโตเติลได้อธิบายเพิ่มเติมว่าสิทธิตามธรรมชาตินั้นมีอยู่จริง และเป็นสิ่งที่สถิตอยู่ทุกแห่งหน ทั้งปรากฏอยู่โดยไม่ต้องมีโองการหรือประกาศใด ๆ (Natural rights is that rights which has everywhere the same power and does not owe its validity to human enactment) นอกจากนั้น ไคอุส นักปรัชญาเมธีคนต่อมาได้อธิบายว่ากฎหมายธรรมชาติ หมายถึง กฎหมายอันเป็นสากล (Jus gentium) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่นานาประเทศยอมรับว่าเป็นธรรมและตรงกับหลัก "Equity" ของอังกฤษ คำว่า กฎหมายอันเป็นสากล (Jus gentium) จะแตกต่างจาก คำว่า กฎหมายที่ใช้บังคับแก่พลเมืองภายในรัฐ (Jus civile) เนื่องจากขอบเขตการบังคับใช้มีลักษณะแตกต่างกันซึ่งตรงกับคำอธิบายของเซนต์โทมัส อควไนัส นักปรัชญาเมธีทางกฎหมายธรรมชาติที่ได้อธิบายว่า กฎหมายของมนุษย์ที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายธรรมชาติ ย่อมไม่มีสภาพบังคับอย่างกฎหมาย (A human law that disagrees with natural law does not have the force of law.)



กล่าวโดยสรุปแล้ว กฎหมายธรรมชาติหมายถึง กฎหมายซึ่งเกิดขึ้นจากธรรมชาติที่มีอยู่แล้วในธรรมชาติ และมีอำนาจบังคับตามธรรมชาติ และด้วยเหตุที่ธรรมชาติดีเยี่ยมเป็นสิ่งสากลและอยู่เหนือมนุษย์ กฎหมายธรรมชาติดีจึงอยู่เหนือกฎหมายของมนุษย์และใช้ได้ไม่จำกัดเวลาหรือสถานที่ ดังนั้นตามความหมายของกฎหมายธรรมชาติดังกล่าว กฎหมายธรรมชาติดีจึงมีลักษณะสำคัญ 3 ประการคือ

1) กฎหมายธรรมชาติดีใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลา

2) กฎหมายธรรมชาติดีใช้ได้โดยไม่จำกัดสถานที่

3) กฎหมายธรรมชาติดีมีอยู่เหนือกฎหมายของรัฐ ถ้ารัฐออกกฎหมายขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้

ด้วยเหตุนี้ จึงถือว่า ธรรมชาติเป็นบ่อเกิดแห่งความยุติธรรมและถือได้ว่าอยู่สูงกว่ากฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้น ทางฝ่ายศาสนาจึงได้ใช้เป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายบ้านเมือง โดยอ้างว่า กฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นไม่เป็นธรรมและขัดกับหลักกฎหมายของพระเจ้า ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อให้พ้นจากการถูกกดขี่จากผู้ปกครอง หลักความยุติธรรมเกิดจากธรรมชาติดังกล่าว ได้มีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงการเมืองการปกครองที่สำคัญของโลก เช่น การประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 และการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เป็นต้น

2.2.2 ความยุติธรรมเกิดจากกฎหมายบ้านเมือง แนวคิดนี้ถือว่า ไม่มีกฎหมายหรือหลักความยุติธรรมอื่นใดนอกจากกฎหมาย กฎหมายจะบัญญัติสิทธิและหน้าที่ของบุคคล กฎหมายจะสมบูรณ์หรือไม่อยู่ที่ว่าผู้บัญญัติกฎหมายมีอำนาจบัญญัติขึ้นหรือไม่ และกฎหมายมีความยุติธรรมหรือไม่ แนวความคิดกฎหมายบ้านเมืองเกิดขึ้นเพื่อต้องการให้กฎหมายมีความแน่นอนตายตัว เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน บุคคลที่ประกอบกิจการต่างๆ จะได้รู้ล่วงหน้าว่าผลแห่งกิจการของตนในทางกฎหมายเป็นอย่างไร ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายฝ่ายนี้จึงถือว่ากฎหมายของรัฐที่บังคับใช้จึงเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ใช้การได้จริง โดยไม่ต้องพิจารณาว่าขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติหรือไม่ โธมัส ฮอบส์ นักปรัชญาเมธีชาวอังกฤษถือว่า กฎหมายสำคัญกว่าคุณธรรมและจริยธรรมโดยรัฐอธิปไตย (Sovereignty) เป็นบุคคลสำคัญซึ่งสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือการปราบปรามผู้แข็งข้อหรือทำลายความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้ รวมถึง จอห์น ออสติน นักปรัชญาเมธีชาวอังกฤษอีกท่านหนึ่งก็ไม่ยอมเชื่อในกฎหมายธรรมชาติและลัทธิธรรมชาติดู โดยเห็นว่า กฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของรัฐบาลอธิปไตยซึ่งสั่งแก่ราษฎรทั้งหลายถ้าผู้ใดไม่ปฏิบัติตาม ผู้นั้นต้องรับโทษ นอกจากนี้ ยังมีพระเจ้าจักรพรรดิจัสติเนียนแห่งโรมได้ทรงจัดทำประมวลกฎหมายเรียกว่า “Corpus Juris Civilis” ขึ้นเพื่อจะให้เป็นกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองที่ยิ่งใหญ่กว่ากฎหมายใดๆ และ แฮนส์ เคนส์

นักปรัชญาเมธีชาวปรัสเซีย ประเทศเช็กโกสโลวาเกียในสมัยนั้น ปัจจุบันเรียกว่าประเทศสาธารณรัฐเช็ก เป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 และได้ริเริ่มระบบศาลรัฐธรรมนูญขึ้นจนได้รับสมญานามว่า “บิดาแห่งศาลรัฐธรรมนูญ” แฮนส์ เคนส์ เป็นเจ้าของทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Pure Law Theory) โดยเห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรฝ่ายบ้านเมืองย่อมสมบูรณ์ในตัวเอง สำหรับความยุติธรรมนั้น เห็นว่า ความยุติธรรมอาจมีอยู่แต่ไม่ถึงกับเป็นสิ่งจำเป็น สำหรับสังคมสมาชิกของสังคมได้ชื่อว่า เป็นผู้มีความยุติธรรมถ้าเขาประพฤติชอบด้วยกฎเกณฑ์และระเบียบแบบแผนที่สังคมถือว่าเป็นธรรม และกฎเกณฑ์ระเบียบแบบแผนนี้จะเป็ธรรมก็ต่อเมื่อนำมาสู่ขมาสู่ส่วนรวมได้ ดังนั้น ความยุติธรรมคือ ความสุขในสังคม

ด้วยเหตุนี้ จึงถือว่า กฎหมายเป็นบ่อเกิดแห่งความยุติธรรม กฎหมายคือความยุติธรรม อะไรที่กฎหมายบัญญัติ จะมีความยุติธรรมในตัวเอง ส่วนกฎหมายจะยุติธรรมหรือไม่จะอยู่ที่การบังคับใช้กฎหมายตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มีประสิทธิภาพแค่ไหนเพียงใด ตามแนวคิดของนักกฎหมายบ้านเมืองเห็นว่า กฎหมายกับความยุติธรรมนั้นสามารถแยกออกจากกันได้ อย่างสิ้นเชิงและเป็นแนวคิดที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของนานาประเทศในปัจจุบัน

### ส่วนที่สาม ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญ

3.1 รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เป็นกระแสความคิดที่ให้ความสำคัญกับการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ในลักษณะที่เป็นสัญญาประชาคม โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ ดังนี้<sup>8</sup> ประการแรก จำกัดอำนาจของผู้ใช้อำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่เกิดขึ้นก่อน และยังคงดำรงอยู่จนทุกวันนี้ ประการที่สอง สร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคม โดยเฉพาะสังคมที่ถึงแม้จะมีความเสมอภาคกันในกฎหมาย แต่มีความไม่เท่าเทียมกันในความเป็นจริงเพราะเหตุจากสถานะทางเศรษฐกิจและสังคม จึงจำเป็นที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด เป็นกติกาลักษณ์ของสังคมต้องลงไปมีบทบาทในการสถาปนาความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นโดยให้ความคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่า และประการที่สาม สร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาลในระบบการเมือง เป็นกระแสที่เกิดขึ้นมาเมื่อประมาณ 50 มาปีนี้ คือจะต้องใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐบาลซึ่งมีหน้าที่บริหารบ้านเมืองมีเสถียรภาพเพียงพอที่จะทำงานบริหารบ้านเมืองให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย มีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาของคนในสังคมได้

คำว่า รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) คือ แนวความคิดที่จะใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรให้เป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการปกครองและกำหนดกลไกอันเป็น

<sup>8</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2550). คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ. หน้า 20.

โครงสร้างพื้นฐานในการจัดองค์กรบริหารของรัฐ<sup>9</sup> ดังนั้น การเขียนรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ในแนวทางของรัฐธรรมนูญนิยามนั้น ต้องพัฒนาขึ้นมาจาก “วิถีคิด” ที่อยู่บนพื้นฐานของวิชาตรรกวิทยา

รัฐธรรมนูญนิยม เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างรัฐธรรมนูญ เช่น

**3.1.1 รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787** ที่ได้ยึดหลักการปกครองโดยความยินยอมของประชาชน โดยองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชน เช่น รัฐสภา ประธานาธิบดี เป็นต้น หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนา การแสดงความคิดเห็น สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐ ในกระบวนการยุติธรรมเมื่อถูกกล่าวหาและสิทธิของประชาชนในการถอดถอนประธานาธิบดี (Impeachment) โดยผ่านองค์กรทางวุฒิสภา เป็นต้น

**3.1.2 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ. 1958** ของฝรั่งเศสเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม สาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศสเป็นการผสมผสานระหว่างระบอบประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาและระบอบรัฐสภาของอังกฤษเข้าด้วยกัน

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยอำนาจอธิปไตยเป็นของพลเมืองฝรั่งเศส การใช้อำนาจอธิปไตยของพลเมืองฝรั่งเศสดังกล่าวโดยผ่านทางสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน นอกจากนั้นประชาชนยังมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นโดยผ่านกระบวนการลงประชามติ (Referendum) ได้ด้วย ดังจะเห็นได้จากหมวด 1 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยในมาตรา 3 ไว้ว่า อำนาจอธิปไตยแห่งชาติเป็นของปวงชน ปวงชนใช้อำนาจอธิปไตยโดยทางผู้แทนและโดยวิธีการออกเสียงประชามติ...<sup>10</sup> และหมวด 16 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 89 วรรคสองไว้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐบาลหรือของสมาชิกรัฐสภาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาทั้งสองในเนื้อความอย่างเดียวกัน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับได้ภายหลังจากได้รับความเห็นชอบจากประชาชนด้วยวิธีการออกเสียงประชามติ... ดังนั้น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศสจึงให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างมากโดยได้ยึดหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ตามคำขวัญปรากฏในรัฐธรรมนูญคือ ความเสมอภาค เสรีภาพ และภราดรภาพ

**3.1.3 รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949** ได้บัญญัติรูปแบบการปกครองของเยอรมันในลักษณะของสหพันธ์สาธารณรัฐ โดยได้รวมหลายมลรัฐเข้าด้วยกัน มีประธานาธิบดี

<sup>9</sup> อมร จันทสมบุรณ์. (2541). คอนสติติวชันแนลลิสม์. (Constitutionalism): ทางออกของประเทศไทย. กรุงเทพฯ. หน้า 9.

<sup>10</sup> สภาวิจัยแห่งชาติ. (2516). รัฐธรรมนูญนานาชาติ. หน้า 2.

เป็นประมุขและนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาล รัฐสภาประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์รัฐ (Bundestag) และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของชาวเยอรมันมาก ดังจะเห็นได้จากหมวดที่ 1 เรื่องสิทธิมูลฐาน ได้บัญญัติไว้ถึง 19 มาตรา เช่น มาตรา 1 วรรค 1 ได้บัญญัติว่า เกียรติภูมิของมนุษย์จะละเมิดมิได้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งหมดของรัฐจะต้องเคารพและปกป้องเกียรติของมนุษย์ เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้บัญญัติให้ประชาชนมีสิทธิในการลงประชามติเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศส กล่าวคือ เมื่อได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการโอนดินแดน ส่วนใดส่วนหนึ่งของมลรัฐหนึ่งไปให้อีกมลรัฐหนึ่ง และจะต้องนำกฎหมายนั้นไปให้ประชาชนที่อาศัยอยู่ มลรัฐเดิมออกเสียงประชามติเพื่อขอความเห็นชอบและสนับสนุนกรณีดังกล่าวด้วย

### 3.2 แนวคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญนิยมมีพัฒนาการสำคัญแบ่งออกเป็น 4 ยุค คือ

**3.2.1 ยุคแรก** กล่าวคือ เป็นยุคที่ประเทศต่างๆ ยังไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร จึงเป็นระบอบการปกครองที่ใช้จารีตประเพณีเป็นหลักซึ่งปราศจากการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ต่อมาเมื่อผู้ปกครองได้ประพฤติดิตจารีตประเพณี จึงมีความเพียรพยายามที่จะจำกัดอำนาจผู้ปกครอง โดยมีวิธีการให้ลงนามในเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ผู้ปกครองได้ปฏิบัติตามเอกสารที่ได้ลงนามไว้ เช่น ปี ค.ศ. 1215 พระเจ้าจอห์น กษัตริย์ประเทศอังกฤษได้ประพฤติดิตประเพณีการปกครองอังกฤษ ขุนนางในขณะนั้นได้รวบรวมกำลังและรบชนะพระเจ้าจอห์นโดยบังคับให้พระเจ้าจอห์นลงนามในเอกสารที่เรียกว่า มหาบัตรรัฐธรรมนูญ (Magna Carta) ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกที่พยายามจำกัดอำนาจกษัตริย์ และปี ค.ศ. 1688 ขุนนางร่วมกับสามัญชนอังกฤษร่วมกันตั้งกองกำลังและต่อสู้กับพระเจ้าเจมส์ที่ 2 จนชนะ แล้วมีการตราพระราชบัญญัติสิทธิเสรีภาพของประชาชน ค.ศ. 1688 (Bill of Rights 1688) ซึ่งใช้มาจนถึงปัจจุบัน

**3.2.2 ยุคที่สอง** กล่าวคือ เป็นยุคที่มีกระแสหลักประกอบด้วยกฎหมายธรรมชาติ ทฤษฎีประชาธิปไตยเสรีนิยมและทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ โดยกฎหมายธรรมชาติถือว่าพระเจ้าเป็นผู้กำหนด มีความศักดิ์สิทธิ์ถาวรตลอดไปและเป็นกฎหมายที่อยู่เหนืออำนาจของผู้ปกครอง ส่วนทฤษฎีประชาธิปไตยเสรีนิยมถือว่ามนุษย์โดยธรรมชาติมีอิสระเสรีภาพเต็มที่และมีความเสมอภาคกันและต่อมามนุษย์เห็นว่าการเข้ามาเป็นสังคมจะได้รับประโยชน์มากกว่า จึงมีการทำข้อตกลงว่าจะยอมสละสิทธิเสรีภาพที่เคยมีอยู่ให้เป็นของสังคมส่วนหนึ่งซึ่งเรียกว่าสัญญาประชาคม สำหรับทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจถือว่าอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการต้องมีการแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจและมีการถ่วงดุลและคานอำนาจกันระหว่างองค์กร

**3.2.3 ยุคที่สาม** กล่าวคือ เป็นยุคของการมีรัฐธรรมนูญที่สร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นใน

สังคม โดยมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันถึงแม้ว่าจะมีความแตกต่างเกี่ยวกับเพศ สถานะทางเศรษฐกิจ หรือสถานะทางสังคมก็ตาม เช่น คำปรารภรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสาธารณรัฐที่ 4 ที่ว่า “ประชาชนชาวฝรั่งเศสขอยืนยันอย่างเป็นทางการถึงความเคารพในสิทธิเสรีภาพของมนุษย์และพลเมืองแต่ละคนที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองแต่ละคนในปี ค.ศ. 1789 และหลักการพื้นฐานที่กฎหมายสาธารณรัฐยึดมั่น นอกจากนี้ประชาชนชาวฝรั่งเศสยังขอประกาศหลักการทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม ดังจะกล่าวต่อไปนี้เพิ่มขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นอย่างยิ่งที่เกิดขึ้นในยุคนี้”

**3.2.4 ยุคที่สี่** กล่าวคือ เป็นยุคของรัฐธรรมนูญที่ต้องทำหน้าที่สร้างระบบการเมืองให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพ เนื่องจากในปัจจุบันประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่จะมีพรรคการเมืองหลายพรรค จึงส่งผลให้เกิดรัฐบาลผสมตลอดมา ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญในยุคนี้จะเน้นการจัดระบบโครงสร้างของสถาบันทางการเมืองให้มีความมั่นคงและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ดังนั้น หลักรัฐธรรมนูญนิยมจึงเป็นหลักที่ป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐ เป็นการให้ประชาชนมีส่วนร่วมและตรวจสอบเพื่อไม่ให้ผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต เป็นการยอมรับและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยถือว่ารัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดจากความตกลงร่วมกันในลักษณะของสัญญาประชาคม แนวคิดนี้ได้มีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยได้รับความนิยแพร่หลายอย่างกว้างขวาง ดังจะเห็นได้จากทุกครั้งที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง หรือมีการประกาศเอกราชประเทศใหม่ จะมีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครอง จึงถือได้ว่าหลักรัฐธรรมนูญนิยมเป็นรากฐานแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

### 3.3 ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมดังกล่าว จึงส่งผลให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น และทุกครั้งที่มีการจัดทำรัฐธรรมนูญ หลักความยุติธรรมจะถูกบัญญัติไว้ในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะมีมากหรือน้อยย่อมขึ้นอยู่กับความเป็นประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นๆ หลักความยุติธรรมที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมีมากมายเช่น หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due process of law) หลักนิติธรรม (Rule of law) หลักสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของบุคคลในทางอาญา (presumption of innocence) หลักความสุจริตในทางแพ่ง (good faith) หลักการเสนอพยานหลักฐาน (fair opportunity to collect and present evidence) สิทธิของจำเลยในการมีทนาย (the right to counsel) และหลักการ ชักค้ำและเผชิญหน้ากับโจทก์ (the right to cross examination and confrontation) เป็นต้น

**3.3.1 หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน** กล่าวคือ เมื่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิ่งสำคัญ สิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องได้รับการคุ้มครองและมีหลักประกันที่มั่นคงถาวร มาตรการที่ถือว่าเป็นหลักประกันสูงสุดคือ มาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญเนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด แก้ไขยากและกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มีดังนี้

**3.3.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 12** บัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์ โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกลิทธิอย่างใดเลย”

**3.3.1.2 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามข้อ 3.2.1.1** ดังกล่าว มีปรากฏต่อมาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 12 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มาตรา 21 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 23 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 3 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30

**3.3.2 หลักนิติธรรมและหลักสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของบุคคลในทางอาญา** กล่าวคือ A.V. Dicey นักนิติปรัชญาชาวอังกฤษ เห็นว่าหลักนิติธรรมต้องประกอบด้วยลักษณะ 3 ประการ คือ ประการแรก ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งหมายถึง บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ประการที่สอง บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกัน และประการสุดท้าย ศาลเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีโดยอิสระ และปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายใด หลักนิติธรรมและหลักสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของบุคคลในทางอาญาดังกล่าวที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ดังนี้

**3.3.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 29** บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่ง



ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” และมาตรา 30 บัญญัติว่า “ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด”

**3.3.2.2** หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามข้อ 3.3.2.1 ดังกล่าว มีปรากฏต่อมาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 27 และมาตรา 28 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 31 และมาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 25121 มาตรา 26 และมาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 28 และมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 28 และมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 32 และมาตรา 33 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39

**3.3.3 หลักสิทธิของจำเลยในการมีทนาย** กล่าวคือ รากฐานมาจากหลัก Miranda Warning ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยตำรวจจะแจ้งสิทธิตามรัฐธรรมนูญต่อผู้ถูกจับกุมในการควบคุมตัวของตำรวจหรือก่อนที่จะสอบปากคำว่า “คุณมีสิทธิที่จะมีทนาย” โดยมีหลักการคือ ประการแรก สิทธิที่จะพูดคุยกับทนายก่อนตัดสินใจจะพูดกับตำรวจ ประการที่สอง สิทธิที่จะพูดผ่านทนาย ประการสุดท้าย สิทธิที่จะนั่งอยู่กับทนาย และหากไม่มีทนาย รัฐต้องจัดหาทนายให้ หลักสิทธิของจำเลยในการมีทนายดังกล่าวที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ดังนี้

**3.3.3.1** รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 34 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในศาลอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม” วรรคท้าย บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้ยากไร้ ไม่มีทุนทรัพย์พอที่จะจัดหาทนายความสำหรับตนเองได้ บุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

**3.3.3.2** หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามข้อ 3.3.3.1 ดังกล่าว มีปรากฏต่อมาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 31 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 75 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 (7)

## ส่วนที่สี่ สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และรัฐธรรมนูญต่างประเทศในกลุ่มอาเซียน

### 4.1 สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

4.1.1 ความเป็นมา เดิมสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เริ่มก่อตั้งเมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ.2504 โดยประเทศไทย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ ได้ร่วมกันจัดตั้งขึ้น เพื่อให้เกิดความร่วมมือกันทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม แต่ดำเนินการได้เพียง 2 ปี ก็ต้องหยุดชะงักลงเนื่องจากความผกผันทางการเมืองระหว่างประเทศอินโดนีเซียและมาเลเซีย ต่อมาสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of South East Asian Nations หรืออาเซียน ASEAN) จึงได้ก่อตั้งขึ้นอีกครั้งหนึ่งเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2510 โดยปฏิญญากรุงเทพ (The Bangkok Declaration) มีสมาชิกผู้ก่อตั้งจำนวน 5 ประเทศ คือ ไทย อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ และมาเลเซีย ต่อมาได้มีประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นสมาชิกเพิ่มเติมคือ บรูไนดารุสซาราม เมื่อวันที่ 8 มกราคม 2527 เวียดนาม เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2538 ลาวและพม่า เมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2540 และกัมพูชา เมื่อวันที่ 30 เมษายน 2542 รวมทั้งสิ้นจำนวน 10 ประเทศ มีวัตถุประสงค์ เพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม เพื่อส่งเสริมความร่วมมือระหว่างอาเซียนกับต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ

4.1.2 **สัญลักษณ์** มีสัญลักษณ์เป็นรูปวงข้าวสีเหลืองบนพื้นสีแดง ล้อมรอบด้วยวงกลมสีขาวและสีน้ำเงิน โดยมีความหมายดังนี้ วงข้าว 10 ต้น หมายถึง ประเทศสมาชิก 10 ประเทศ สีเหลืองหมายถึง ความเจริญรุ่งเรือง สีแดง หมายถึง ความกล้าหาญและการมีพลวัติ และสีน้ำเงิน หมายถึง สันติภาพและความมั่นคง

4.1.3 **วิสัยทัศน์** อาเซียนปี ค.ศ. 2020 เป็นหุ้นส่วนร่วมกันในการพัฒนาอย่างมีพลวัต (ASEAN 2020 : Partnership in Dynamic Development)

4.1.4 **โครงสร้าง** ในปี พ.ศ. 2546 ได้มีการประชุมสุดยอดอาเซียน ที่เมืองบาหลี ประเทศอินโดนีเซีย ได้แสดงเจตนาร่วมกันในการสร้างประชาคมอาเซียน จึงได้มีการจัดทำกฎบัตรอาเซียน (Charter of the Association of South East Asian Nations – ASEAN CHARTER) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2551 โดยมีจำนวน 55 ข้อ ซึ่งมีสาระสำคัญประกอบด้วย การจัดตั้งคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน การให้อำนาจเลขาธิการอาเซียน การจัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิก การให้ผู้นำเป็นผู้ตัดสินใจกรณีมีการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายอย่างร้ายแรง และการกำหนดโครงสร้างองค์กรอาเซียน เช่น

4.1.4.1 การประชุมผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียน หรือการประชุมสุดยอดอาเซียน ทำหน้าที่กำหนดนโยบาย เป้าหมาย และแผนการดำเนินงานของอาเซียน

**4.1.4.2** คณะมนตรีประสานงานอาเซียน ประกอบด้วยรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียน ทำหน้าที่เป็นองค์กรประสานการดำเนินงานตามนโยบาย

**4.1.4.3** คณะมนตรีประชาคมอาเซียน ประกอบด้วย คณะมนตรีประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียน คณะมนตรีประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และคณะมนตรีประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน

**4.1.4.4** เลขาธิการอาเซียน เป็นหัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารของอาเซียน ทำหน้าที่ตามกฎบัตรและการอนุวัติการตามความตกลงและการตัดสินใจของอาเซียน

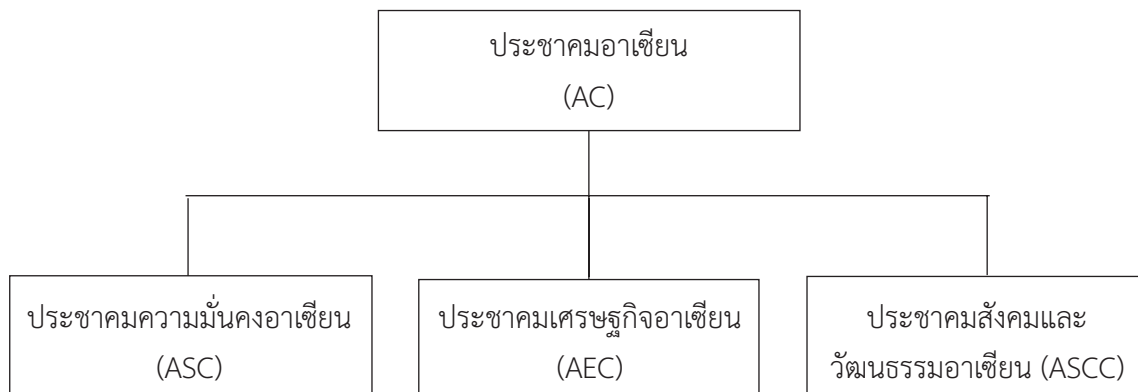
**4.1.4.5** คณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียน ประกอบด้วย เอกอัครราชทูตที่ประเทศสมาชิกแต่งตั้งไปพำนัก ณ กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย ทำหน้าที่ประสานงานและสนับสนุนการทำงาน

#### ตารางแสดงโครงสร้างสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

	องค์กร	องค์ประกอบ	อำนาจหน้าที่
1	ที่ประชุมสุดยอด (ASEAN Summit)	ผู้นำ	กำหนดนโยบายและตัดสินใจในเรื่องสำคัญ รวมถึงกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีตามกฎบัตรอย่างรุนแรง
2	คณะมนตรีประสานงานอาเซียน (ACCs : ASEAN Coordinating Councils)	รัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียน	- เตรียมการประชุมผู้นำ - ประสานงานระหว่าง 3 เส้าหลัก
3	คณะมนตรีประชาคมอาเซียน (ASEAN Community Council)	ผู้แทนที่ประเทศสมาชิกแต่งตั้งให้เป็นผู้รับผิดชอบในแต่ละเสาหลัก (เศรษฐกิจ การเมือง สังคม/วัฒนธรรม)	ประสานงานและติดตามการทำงานตามนโยบาย ผู้นำ โดยเสนอรายงานและข้อเสนอแนะต่อผู้นำ
4	องค์กรมนตรีเฉพาะสาขา (ASEAN Sectoral Ministerial Bodies)	รัฐมนตรีเฉพาะสาขา	- นำความตกลง/มติของผู้นำไปปฏิบัติ - ให้ข้อเสนอแนะต่อคณะมนตรี AC

	องค์กร	องค์ประกอบ	อำนาจหน้าที่
5	สำนักเลขาธิการอาเซียน (ASEAN Secretariat)	มีเลขาธิการอาเซียนเป็นผู้บริหาร	- เป็น Chief Administrative Officer ของอาเซียน - ติดตามการปฏิบัติตามคำตัดสินของกลไกระงับข้อพิพาท
6	คณะผู้แทนถาวรประจำอาเซียน (Committee of Permanent Representative : PR)	ผู้แทนระดับเอกอัครราชทูตที่แต่งตั้งจากประเทศสมาชิกให้ประจำที่สำนักงานใหญ่อาเซียน ณ กรุงจาการ์ตา	เป็นตัวแทนของประเทศสมาชิก
7	สำนักงานเลขาธิการอาเซียนแห่งชาติ	ตั้งอยู่ที่ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ	ศูนย์รวมในการประสานงานและสนับสนุนภารกิจของอาเซียนในประเทศนั้นๆ
8	องค์กรสิทธิมนุษยชนของอาเซียน (AHBR : ASEAN Human rights Body)	คณะทำงานระดับสูงจะยกร่าง TOR ขององค์กรต่อไป	- ส่งเสริม/คุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภูมิภาค ทั้งให้คำปรึกษา ติดตาม และประเมินสถานะสิทธิมนุษยชน - ส่งเสริมการศึกษาและความตื่นตัวของหน่วยงานของรัฐและประชาชน
9	มูลนิธิอาเซียน (ASEAN Foundation)	ตั้งขึ้นเพื่อให้ความช่วยเหลือทางด้านการเงินและด้านวิชาการ	เผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับอาเซียนและปฏิสัมพันธ์กับประชาชน
10	องค์กรที่มีความสัมพันธ์กับอาเซียน (Entities Associated with ASEAN)	ได้แก่องค์กรต่างๆ ที่อาเซียนมีปฏิสัมพันธ์ มี 5 ประเภทคือ องค์กรรัฐสภา ภาคธุรกิจ ภาคประชาสังคม กลุ่ม think-tank และภาคการศึกษา	

**4.1.5 เสาหลักของประชาคมอาเซียน** เสาหลักของประชาคมอาเซียนประกอบด้วยประชาคมความมั่นคงอาเซียน (ASEAN SECURITY Community : ASC) ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community : AEC) และประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (ASEAN Social – Cultural Community : ASCC) โดยมีกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) เป็นกฎหมายรองรับ



**4.1.5.1** ประชาคมความมั่นคงอาเซียน มีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้ประเทศในภูมิภาคอยู่อย่างสันติสุขโดยการแก้ไขปัญหาในภูมิภาคโดยสันติวิธีและยึดมั่นในหลักความมั่นคงรอบด้าน โดยดำเนินการดังนี้

(1) ใช้ข้อตกลงของกลไกอาเซียนที่มีอยู่แล้วในการเพิ่มศักยภาพในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทภายในภูมิภาค รวมทั้งการเผชิญหน้ากับภัยคุกคามรูปแบบใหม่ เช่น การก่อการร้าย การลักลอบค้ายาเสพติด การค้ามนุษย์ อาชญากรรมข้ามชาติอื่นๆ และการขจัดอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง

(2) ริเริ่มกลไกใหม่ๆ ในการเสริมสร้างความมั่นคงและกำหนดรูปแบบใหม่สำหรับความร่วมมือด้านนี้ ซึ่งรวมถึงการกำหนดมาตรฐานการป้องกันการเกิดข้อพิพาท การแก้ไขข้อพิพาท และการสร้างเสริมสันติภาพภายหลังการยุติข้อพิพาท

(3) ส่งเสริมความร่วมมือทางทะเล ทั้งนี้ ความร่วมมือข้างต้นจะไม่กระทบต่อความเป็นอิสระของประเทศสมาชิกในการดำเนินนโยบายการต่างประเทศและความร่วมมือทางทหารกับประเทศนอกภูมิภาค และไม่นำไปสู่การสร้างพันธมิตรทางการทหาร

**4.1.5.2** ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน มีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มีความมั่นคง มั่งคั่ง และสามารถแข่งขันกับภูมิภาคอื่นๆ ได้ โดยดำเนินการดังนี้

(1) มุ่งให้เกิดการไหลเวียนอย่างเสรีของสินค้า บริการ การลงทุน เงินทุน การพัฒนาทางเศรษฐกิจ และการลดปัญหาความยากจนและความเหลื่อมล้ำทางสังคมภายในปี 2558

(2) ทำให้อาเซียนเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียว โดยจะริเริ่มกลไกและมาตรการใหม่ๆ ในการปฏิบัติตามข้อริเริ่มทางเศรษฐกิจที่มีอยู่แล้ว

(3) ให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศสมาชิกใหม่ของอาเซียนเพื่อลดช่องว่างการพัฒนาและช่วยให้ประเทศเหล่านี้เข้าร่วมกระบวนการรวมตัวทางเศรษฐกิจของอาเซียน

(4) ส่งเสริมความร่วมมือในนโยบายการเงินและเศรษฐกิจมหภาค ตลาดการเงินและตลาดทุน การประกันภัยและภาษีอากร การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและการคมนาคม พัฒนาคือความร่วมมือด้านกฎหมาย การเกษตร พลังงาน การท่องเที่ยว การพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ โดยยกระดับการศึกษาและการพัฒนาฝีมือแรงงาน

4.1.5.3 ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน มีจุดมุ่งหมายในการยกระดับ คุณภาพชีวิตของประชาชน ส่งเสริมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน และเสริมสร้างอัตลักษณ์ทาง วัฒนธรรมของอาเซียน โดยมีแผนปฏิบัติการประชาสังคมและวัฒนธรรมอาเซียนซึ่งครอบคลุมความ ร่วมมือในหลายสาขาเช่น ความร่วมมือด้านการปราบปรามยาเสพติด การพัฒนาชนบท การขจัดความ ยากจน สิ่งแวดล้อม การศึกษา วัฒนธรรม สตรี สาธารณสุข โรคเอดส์ และเยาวชน เป็นต้น เป็นกลไก สำคัญเพื่อการบรรลุจุดมุ่งหมายของประชาคมนี้ และรองรับการเป็นประชาคมซึ่งเน้นใน 4 ด้าน คือ

- (1) การสร้างประชาคมแห่งสังคมที่เอื้ออาทร
- (2) แก้ไขผลกระทบต่อสังคมอันเนื่องมาจากการรวมตัวทางเศรษฐกิจ
- (3) ส่งเสริมความยั่งยืนของสิ่งแวดล้อมและการจัดการดูแลสิ่งแวดล้อม

อย่างถูกต้อง

(4) ส่งเสริมความเข้าใจระหว่างประชาชนในระดับรากหญ้า การเรียนรู้ ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรม รวมทั้งการรับรู้ข่าวสารซึ่งเป็นรากฐานที่จะนำไปสู่การเป็นประชาคมอาเซียน

#### 4.1.6 กฎบัตรอาเซียน กฎบัตรอาเซียนมีสาระสำคัญ ดังนี้

##### 4.1.6.1 ความจำเป็นของการมีกฎบัตรอาเซียน

กฎบัตรอาเซียนเป็นเสมือนพระธรรมนูญของอาเซียน เนื่องจากการรวมตัว ของอาเซียนให้เป็นประชาคมอาเซียน จำเป็นที่จะต้องมีกรอบหรือพื้นฐานทางกฎหมายรองรับ เพื่อเป็น กฎเกณฑ์สำหรับประเทศสมาชิกที่จะต้องถือเป็นพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม (Legal Binding) หากฝ่าฝืนก็ จะมีการลงโทษ

##### 4.1.6.2 สาระโดยสรุปของกฎบัตรอาเซียน

- (1) กำหนดให้อาเซียนมีฐานะเป็นนิติบุคคล
- (2) กฎเกณฑ์และกระบวนการรับสมาชิก กำหนดให้ต้องเป็นประเทศใน ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และจะต้องได้รับรองจากสมาชิกอาเซียนทั้งหมด
- (3) สมาชิกต้องยินยอมที่จะผูกพันตามกฎบัตรและปฏิบัติตามพันธกรณี และมีหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรและความตกลงต่างๆ ของอาเซียน รวมถึงหน้าที่การออกกฎหมาย ภายในเพื่อรองรับพันธกรณี



(4) องค์กร จะประกอบด้วยองค์กรต่างๆ ตามโครงสร้างที่ได้กล่าวแล้ว  
ตามข้อ 4.1.4

(5) กระบวนการตัดสินใจ

(5.1) กรณีที่ไม่มีฉันทามติ อาจส่งเรื่องให้ผู้นำตกลงกันว่าจะใช้วิธีใด  
ตัดสิน

(5.2) กรณีที่มีข้อตกลงอื่นๆ ของอาเซียน อนุญาตให้ใช้วิธีการอื่น  
ตามที่กำหนดนั้นๆ ในการตัดสินใจ

(5.3) กรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายอย่างร้ายแรง ผู้นำมี  
อำนาจตัดสินใจด้วยวิธีการใดๆ ตามที่จะตกลงกันเพื่อกำหนดมาตรการลงโทษ

(6) มีการให้ความยืดหยุ่นในการผูกพันตามข้อตกลงต่างๆ โดยใช้สูตร  
ASEAN minus X ซึ่งอนุญาตให้ประเทศที่ยังไม่พร้อมยังไม่ต้องเข้าร่วมความตกลงทางเศรษฐกิจได้

(7) การบริหารงานและกระบวนการ

(7.1) กำหนดให้มีการมีประธานที่มาจากประเทศเดียว (Single  
Chairmanship) ครอบคลุม ASEAN Summit, ACCs, Committee of Permanent Representative

(7.2) การเพิ่มบทบาทประธานในการเป็นผู้ส่งเสริมผลประโยชน์  
อาเซียนของอาเซียนและผลักดันการสร้างประชาคมอาเซียน (AC) รวมทั้ง ส่งเสริมความเป็นศูนย์กลาง  
ของอาเซียนในแง่การนำนโยบายไปผนวกในนโยบายระดับชาติของรัฐสมาชิก ฯลฯ

## 4.2 รัฐธรรมนูญต่างประเทศในกลุ่มอาเซียน

รัฐธรรมนูญของประเทศในกลุ่มอาเซียนที่นำมาศึกษาจะเน้นเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับ  
ความยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (To be equal before the law)  
ที่พลเมืองของประเทศนั้นๆ ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ  
ทั้งนี้ เพื่อชี้ให้เห็นว่าประเทศในกลุ่มอาเซียนได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับความยุติธรรมซึ่งถือว่าเป็นสิทธิ  
ขั้นพื้นฐานเพียงใด โดยอาจนำไปสู่ความเป็นมาตรฐานอย่างเดียวกันหรือรัฐธรรมนูญอาเซียนในอนาคต

**4.2.1 ประเทศไทย** กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ให้  
ความสำคัญกับความเสมอภาคและสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังนี้

**4.2.1.1 มาตรา 30** บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตาม  
กฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างใน

เรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

#### 4.2.1.2 มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็วและทั่วถึง
- (2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณาซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษาหรือคำสั่ง
- (3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม
- (4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสียหรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรมและการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง
- (5) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญามีสิทธิได้รับความคุ้มครอง และความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ส่วนค่าตอบแทน ค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายที่จำเป็น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ
- (6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้พิการหรือทุพพลภาพย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม และย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ
- (7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความและการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว
- (8) ในคดีแพ่ง บุคคลมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสมจากรัฐ

**4.2.2 ประเทศอินโดนีเซีย** กล่าวคือ The Constitution of the Republic of Indonesia ค.ศ. 1945 ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายใน Article 27 ดังนี้

(1) พลเมืองทั้งหลายต้องมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมายและรัฐบาลต้องเคารพต่อกฎหมายโดยปราศจากข้อยกเว้น (All citizens shall be equal before the law and the government and shall be required to respect the law and the government, with no exceptions.)

(2) พลเมืองแต่ละคนมีสิทธิในการประกอบอาชีพ และได้รับการดำรงชีพอย่างมีมนุษยธรรม (Every citizen shall have the right to work and to earn a humane livelihood.)

(3) พลเมืองแต่ละคนมีสิทธิและหน้าที่ในการมีส่วนร่วมในการป้องกันประเทศ (Each citizen shall have the right and duty to participate in the effort of defending the state.)

**4.2.3 ประเทศสิงคโปร์** กล่าวคือ The Constitution of the Republic of Singapore ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายใน Article 12 ดังนี้

(1) บุคคลทั้งหลายมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย และได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (All persons are equal before the law and entitled to the equal protection of the law.)

(2) เว้นแต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้ง พลเมืองสิงคโปร์จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องศาสนา เชื้อชาติ ชาติกำเนิด หรือสถานที่กำเนิดโดยกฎหมาย หรือการบรรจุแต่งตั้งหรือการจ้างงานภายใต้อำนาจรัฐ หรือ การบังคับใช้กฎหมายใดๆที่เกี่ยวข้องกับการครอบครองการถือครองหรือการจัดระเบียบทรัพย์สิน หรือการก่อตั้งหรือดำเนินการในทางการค้า ธุรกิจ วิชาชีพ อาชีพ หรือ การจ้างงาน (Except as expressly authorized by this Constitution, there shall be no discrimination against citizens of Singapore on the ground only of religion, race, descent or place of birth in any law or in the appointment to any office or employment under a public authority or in the administration of any law relating to the acquisition, holding or disposition of property or the establishing or carrying on of any trade, business, profession, vocation or employment.)

**4.2.4 ประเทศฟิลิปปินส์** กล่าวคือ The Constitution of the Republic of the Philippines ค.ศ. 1987 ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายใน Article III Bill of Rights ดังนี้

**4.2.4.1** มาตรา 1 บุคคลที่จะไม่ถูกกีดกันในการดำเนินชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สิน

โดยปราศจากหลักนิติธรรม และต้องไม่ถูกปฏิเสธการคุ้มครองด้วยความเสมอภาคของกฎหมาย (No person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law, nor shall any person be denied the equal protection of the laws.)

**4.2.4.2** มาตรา 2 สิทธิของประชาชนต้องได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับตัวบุคคลที่อยู่อาศัย เอกสาร และการค้นและยึดโดยปราศจากเหตุผลไม่ว่าโดยธรรมชาติและมีวัตถุประสงค์อะไรก็ตามต้องล่วงล้ำไม่ได้ และหมายค้นหรือหมายจับต้องอยู่บนพื้นฐานการตัดสินใจของผู้พิพากษาภายหลังจากการไต่สวนภายใต้การสาบานตนหรือการยอมรับว่าเป็นจริงของผู้ร้องและพยานโดยเฉพาะอย่างยิ่งการบรรยายสถานที่จับกุม บุคคลหรือสิ่งของที่ถูกล่ามจับ (The rights of the people to be secured in their persons, houses, papers, and effects against unreasonable searches and seizures of whatever nature and for any purpose shall be inviolable, and no search warrant or warrant of arrest shall issue except upon probable cause to be determined personally by the judge after examination under oath or affirmation of the complainant and the witnesses he may produce, and particularly describing the place to be searched and the persons or things to be seized.)

**4.2.5 ประเทศเวียดนาม** กล่าวคือ The Constitution of the Socialist Republic of Vietnam ค.ศ. 1992 (as amended 25 December 2001) ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับสิทธิพลเมืองดังนี้

**4.2.5.1** มาตรา 3 รัฐต้องประกันและส่งเสริมสิทธิของบุคคลอย่างมั่นคงและกว้างขวาง ตระหนักโดยวางเป้าหมายการสร้างความสำเร็จรุ่งเรืองในชีวิตของประชาชนมีความเข้มแข็งและเสมอภาค เป็นสังคมประชาธิปไตยและมีความเจริญ ประกันความเป็นอยู่ ความมีอิสระและความสุขของพลเมืองทั้งหมดเช่นเดียวกับเงื่อนไขการพัฒนา และการฝ่าฝืนการลงโทษทั้งหลายบนพื้นฐานของประโยชน์ของชาติและประโยชน์สาธารณะ (The State ensures and constantly fosters the people's rights as masters in all spheres, realizes the targets of building a prosperous life for its people, a strong country and an equitable, democratic and civilized society, ensuring the well-being, freedom and happiness of all citizens as well as conditions for their all round development, and severely punishes all infringements on the interests of the nation and of the people.)

**4.2.5.2** มาตรา 11 พลเมืองทั้งหลายใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของพวกเขาโดยรัฐและหน่วยงานของรัฐ พวกเขามีข้อบังคับเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของแผ่นดิน สิทธิตามกฎหมายและ

ประโยชน์สาธารณะเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ระเบียบของสังคม ความปลอดภัยและการดำรงคงอยู่ขององค์กร (Citizens exercise their rights as masters at the grass-roots level by taking part in state and social affairs. They have the obligation to protect public property and legitimate rights and interests of citizens, to preserve national security and social order and safety and the organization of public life.)

**4.2.5.3** มาตรา 12 ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมและกฎหมาย หน่วยงานของรัฐทั้งหลายทั้งองค์กรด้านเศรษฐกิจและสังคม กองกำลังประชาชนและพลเมืองต้องยึดมั่นในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ทั้งนี้รวมถึงการป้องกันและต่อต้านอาชญากรรม การฝ่าฝืนประโยชน์ของชาติ สิทธิตามกฎหมายและประโยชน์สาธารณะต้องถูกบังคับปฏิบัติโดยกฎหมาย (The State administers society by rule of law and constantly strengthens the socialist legislation. All state agencies, all economic and social organisations, the people's armed forces units and all citizens shall strictly abide by the Constitution and the law and take part in crime prevention and in the fight against crime and violations of the Constitution and the law. All infringements on the interests of the State and on the lawful rights and interest of collectives and citizens shall be sanctioned according to law.)

**4.2.6 ประเทศพม่า** กล่าวคือ The Constitution of the Republic of the Union of Myanmar ค.ศ. 2008 ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่ของพลเมือง ใน Chapter VIII ดังนี้

**4.2.6.1** มาตรา 345. บุคคลทั้งหลายผู้ซึ่งมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ เป็นพลเมืองสาธารณรัฐเมียนมา (All persons who have either one of the following qualifications are citizens of the Republic of the Union of Myanmar:

(a) บุคคลที่เกิดโดยบิดามารดามีเชื้อชาติเมียนมา (person born of parents both of whom are nationals of the Republic of the Union of Myanmar;)

(b) บุคคลผู้ซึ่งเป็นพลเมืองโดยกฎหมายที่รัฐธรรมนูญประกาศใช้บังคับ (person who is already a citizen according to law on the day this Constitution comes into operation.)

**4.2.6.2** มาตรา 346. ความเป็นพลเมือง การแปลงสัญชาติและการยกเลิกความเป็นพลเมืองต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ (Citizenship, naturalization and revocation of citizenship shall be as prescribed by law.)

4.2.6.3 มาตรา 347. สหภาพพม่าต้องประกันว่าบุคคลมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมายและได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (The Union shall guarantee any person to enjoy equal rights before the law and shall equally provide legal protection.)

4.2.7 ประเทศมาเลเซีย กล่าวคือ The Constitution of the Federation of Malaysia ค.ศ. 1963 ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับเสรีภาพของบุคคลและความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ใน Part II Fundamental liberties ดังนี้

4.2.7.1 มาตรา 5. (1) ไม่มีบุคคลใดถูกกีดกันในการดำรงชีวิตของเขาและเสรีภาพส่วนบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมาย (No person shall be deprived of his life or personal liberty save in accordance with law.)

4.2.7.2 มาตรา 8. (1) บุคคลทั้งหลายมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมายและได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (All persons are equal before the law and entitled to the equal protection of the law.)

4.2.8 ประเทศกัมพูชา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ. 1993 ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของชนชาวกัมพูชา ในหมวด 3 ดังนี้

4.2.8.1 มาตรา 31 ราชอาณาจักรกัมพูชาตระหนักและเคารพสิทธิมนุษยชนตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อตกลงและอนุสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน สิทธิสตรี และสิทธิเด็ก

ประชาชนกัมพูชาย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิเสรีภาพ และภาระหน้าที่เท่าเทียมกัน โดยไม่แบ่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ความเชื่อทางศาสนา ความคิดทางการเมือง ถิ่นกำเนิด ฐานะทางสังคมทางทรัพย์สินหรือฐานะอื่น การใช้สิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคลจะต้องไม่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น และต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

4.2.8.2 มาตรา 32 ประชาชนกัมพูชามีสิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพส่วนบุคคล และความปลอดภัย กัมพูชาไม่มีบหลงโทษประหารชีวิต

4.2.9 ประเทศลาว กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว พ.ศ. 2546 ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสังคมด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายตลอดจนความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ดังนี้

4.2.9.1 มาตรา 10 รัฐคุ้มครองสังคมด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย องค์การจัดตั้งของพรรค รัฐแนวลาสร้างชาติ องค์การจัดตั้งมหาชน องค์การจัดตั้งสังคม และพลเมืองทุกคนต้องเคารพ



และปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอย่างเคร่งครัด

4.2.9.2 มาตรา 35 พลเมืองลาวล้วนมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมายโดยไม่จำแนกเพศ ฐานะทางสังคม ระดับการศึกษา การนับถือศาสนาและเผ่าชน

4.2.10 ประเทศบรูไนดารุสซาราม กล่าวคือ The Constitution of Brunei Darussalam ค.ศ. 1959 ประกอบด้วย 12 Parts จำนวน 86 มาตรา โดยยังไม่มีส่วนที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานและความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายของพลเมืองโดยตรง

## ส่วนที่ห้า บทวิเคราะห์

เมื่ออาเซียนรวมเป็นหนึ่ง ประเทศไทยย่อมหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะเตรียมความพร้อมเข้าสู่ประชาคมอาเซียนไม่ว่าจะเป็นด้านกฎหมาย ด้านเศรษฐกิจ ด้านการศึกษา ด้านความมั่นคง และด้านสังคมและวัฒนธรรม เพื่อให้สอดคล้องกับบทความเรื่อง ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญภายใต้ประชาคมอาเซียน ปี พ.ศ. 2558 ผู้เขียนจะวิเคราะห์ในขอบเขตประเด็นด้านกฎหมายเท่านั้น โดยแบ่งเป็นสองส่วนคือ กฎหมายภายในของประเทศไทย และกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เมื่ออาเซียนเป็นองค์การระหว่างประเทศที่ต้องจัดทำความตกลงระหว่างประเทศกับนานาประเทศและมีความผูกพันกับข้อตกลงที่ได้จัดทำขึ้นซึ่งเป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) และตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986

### 5.1 กฎหมายภายในของประเทศไทย ประกอบด้วย

5.1.1 ความหลากหลายและล้าสมัยของกฎหมาย กล่าวคือประเทศไทยมีกฎหมายมากมาย มีความซ้ำซ้อนกัน ล้าสมัยโดยไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันซึ่งจะนำไปสู่ปัญหาในทางปฏิบัติเมื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การล้าสมัยของวิชาชีพต่างๆ และลูกจ้างที่จะเข้าสู่ประเทศไทยจากอาเซียนใน 7 สาขาวิชาชีพ ได้แก่ แพทย์ ทันตแพทย์ พยาบาล สถาปนิก วิศวกร ช่างสำรวจ และนักบัญชี เป็นต้น ประเทศไทยต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงการจ้างแรงงานในประเทศไทยจากเดิมที่สถานประกอบการจ้างลูกจ้างชาวต่างชาติตามสัญญาจ้างเป็นรายปีตามเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาเป็นการมีลูกจ้างเป็นชาวต่างชาติจากประเทศภายใต้ประชาคมอาเซียน นอกจากนั้น ประเทศไทยต้องเตรียมการรองรับเกณฑ์มาตรฐานวิชาชีพเดียวกันของลูกจ้างไทยและลูกจ้างชาวต่างชาติซึ่งอาจนำไปสู่ “สหภาพแรงงานประชาคมอาเซียน” ในอนาคต

5.1.2 การบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ ปัญหาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย ปัญหา

กระบวนการยุติธรรมที่ปราศจากการแทรกแซง ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และปัญหาการที่ประชาชนไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ประเทศไทยต้องมีแผนการทบทวนการปฏิบัติโดยใช้มาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวดและจริงจัง ทั้งนี้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายอยู่ในเกณฑ์มาตรฐานสากลของประชาคมอาเซียน เช่น การปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจราจร พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พระราชบัญญัติอสังหาริมทรัพย์ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2554) เป็นต้น และเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาดังกล่าวและเข้าเป็นรัฐภาคีอย่างสมบูรณ์เมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2554 โดยข้อ 46 ของอนุสัญญานี้ได้กำหนดความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมาย (Mutual Legal Assistance) ที่ว่า “รัฐภาคี มีพันธกรณีที่จะต้องให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมายในเรื่องการสืบสวนสอบสวน (Investigations) กับการฟ้องคดี (Prosecutions) และกระบวนการทางศาลใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับความผิดภายใต้อนุสัญญานี้ซึ่งเป็นพันธกรณีที่รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตาม แต่ถึงแม้จะกำหนดให้ต้องทำในขอบเขตที่กว้างขวางที่สุดที่จะทำได้ ก็ยอมให้เป็นไปตามกฎหมายในประเทศของรัฐภาคี สนธิสัญญา ความตกลงและข้อตกลงที่เกี่ยวข้องซึ่งมีอยู่แล้ว”

**5.1.3 ความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมาย** กล่าวคือ ประชาชนขาดความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายภายในประเทศ ไม่เข้าใจในบทบาทและหน้าที่ของตนเองในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมอาเซียน ตลอดจนประชาชนเห็นว่าเรื่องประชาคมอาเซียนเป็นเรื่องไกลตัวเองที่จะเข้าไปมีส่วนร่วม จึงส่งผลให้ประชาชนมองไม่เห็นถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมไทยในอนาคต

## 5.2 กฎหมายระหว่างประเทศ ประกอบด้วย

**5.2.1 ความแตกต่างด้านภูมิรัฐศาสตร์และระบบกฎหมาย** กล่าวคือ ประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนจำนวน 10 ประเทศมีความหลากหลายทางด้านภูมิศาสตร์ ด้านการปกครอง ด้านเชื้อชาติ ศาสนา ประเพณีและวัฒนธรรม รวมทั้งระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน บางประเทศใช้ระบบ Civil Law บางประเทศใช้ระบบ Common Law บางประเทศใช้กฎหมายอิสลาม ซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีลักษณะแตกต่างกัน ระดับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่แตกต่างกัน และสภาพบังคับรวมถึงเงื่อนไขตามบทบัญญัติของกฎหมายมีความแตกต่างกัน เช่น ฐานความผิดและระดับอัตราโทษ เป็นต้น

**5.2.2 ความแตกต่างด้านความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ** กล่าวคือ ด้วยเหตุแห่งความแตกต่างตามข้อ 5.2.1 ดังกล่าว จึงส่งผลให้ความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนมีความแตกต่างกันด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (To be equal before the law) ที่แต่ละประเทศได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น จากการศึกษา

รัฐธรรมนูญต่างประเทศในกลุ่มอาเซียนจำนวน 10 ประเทศ จะเห็นได้ว่า ทุกประเทศส่วนใหญ่ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย แต่จะมีความแตกต่างกันในประเด็นระดับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน บางประเทศได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาก โดยมีขอบเขตครอบคลุมอย่างกว้างขวาง บางประเทศได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญน้อยโดยมีขอบเขตแคบ และที่สำคัญมี 2 ประเทศที่มีลักษณะแตกต่างจากประเทศอื่นอย่างมากคือ ประเทศกัมพูชาไม่มีบทลงโทษประหารชีวิต และประเทศบรูไนดารุสซารามซึ่งรัฐธรรมนูญยังไม่มีส่วนที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานและความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายของพลเมืองโดยตรง

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ประชาคมอาเซียนได้วางแผนดำเนินงานเพื่อรองรับประชาคมอาเซียน ปี พ.ศ. 2558 ดังตัวอย่างเช่น ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียนได้ใช้การศึกษาเป็นกลไกสำคัญในการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ เพื่อสร้างมิตรภาพและความร่วมมือ ดังนี้

1. การบรรลุเป้าหมายในการจัดการศึกษาอย่างทั่วถึงและเท่าเทียมในอาเซียนภายในปี 2558 พร้อมทั้งกำหนดให้ประเทศต่างๆ ในอาเซียนจัดการศึกษาให้ได้จำนวนร้อยละ 70 ภายในปี 2554 ระยะเวลาที่ 1 ปี 2553-2555 และระยะที่ 2 ปี 2556-2558

2. การพัฒนาคุณภาพและจัดการศึกษาตามความต้องการของสังคม ประกอบด้วย การอาชีวศึกษา การศึกษาด้านการอบรมทักษะในอาเซียน โดยดำเนินโครงการความช่วยเหลือด้านเทคนิค เช่น การฝึกอบรมครูและโครงการแลกเปลี่ยนบุคลากรในระดับอุดมศึกษา ระยะเวลาที่ 1 ปี 2553-2555

3. การทบทวนโครงการทุนอาเซียน

4. การนำ ICT มาใช้ในการส่งเสริมการจัดการศึกษาและการศึกษาตลอดชีวิต ครอบคลุมระยะที่ 1 ปี 2553-2555

5. การส่งเสริมเครือข่ายการศึกษาในสถาบันการศึกษาต่างๆ เพื่อส่งเสริมสนับสนุนการแลกเปลี่ยนนักเรียนและเจ้าหน้าที่ เช่น การดำเนินการวิจัยในสถาบันอุดมศึกษาของอาเซียน ซีมีโอ และเครือข่ายมหาวิทยาลัยอาเซียน ครอบคลุมระยะที่ 1 ปี 2553-2555 และระยะที่ 2 ปี 2556-2558

6. การส่งเสริมความเสมอภาคด้านการศึกษาแก่สตรีและเด็กผู้หญิงและการแลกเปลี่ยนแนวปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับการจัดการศึกษาเกี่ยวกับหลักสูตรความเสมอภาคทางเพศในโรงเรียน

7. การส่งเสริมความร่วมมือกับองค์กรด้านการศึกษาในระดับภูมิภาคและนานาชาติ เพื่อพัฒนาคุณภาพการศึกษาในภูมิภาค ครอบคลุมระยะที่ 1 ปี 2553-2555 และระยะที่ 2 ปี 2556-2558

8. การสอนด้านค่านิยมและมรดกวัฒนธรรมในหลักสูตรโรงเรียนและการพัฒนาหลักสูตรการสอนและศักยภาพในเรื่องดังกล่าว ครอบคลุมระยะที่ 1 ปี 2553-2555 และระยะที่ 2 ปี 2556-2558

9. การพัฒนาหลักสูตรอาเซียนศึกษาในโรงเรียนระดับประถมศึกษา มัธยมศึกษา และอุดมศึกษา ครอบคลุมระยะที่ 1 ปี 2553-2555

10. การสนับสนุนการเรียนภาษาอาเซียนและส่งเสริมการแลกเปลี่ยนนักภาษาศาสตร์ ครอบคลุมระยะที่ 1 ปี 2553-2555 และระยะที่ 2 ปี 2556-2558

11. การดำเนินโครงการกีฬามหาวิทยาลัยอาเซียน โครงการแข่งขันวิทยาศาสตร์โอลิมปิก โครงการคอมพิวเตอร์อาเซียน ฯลฯ เพื่อเสริมสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างเยาวชนในอาเซียน ครอบคลุมระยะที่ 1 ปี 2553-2555

12. การดำเนินงานเพื่อนำไปสู่การจัดตั้งกองทุนโครงการเยาวชนอาเซียน

13. การจัดตั้งเวทีหารือและเครือข่ายเพื่อแลกเปลี่ยนแนวปฏิบัติที่ดีเพื่อพัฒนาเด็กและเยาวชนอาเซียน

14. การสนับสนุนให้มีทางเลือกในการศึกษาต่อในสถาบันอุดมศึกษาแห่งที่สองในอาเซียน ระยะเวลา 1 ภาคการศึกษา หรือ 1 ปีการศึกษา

15. การส่งเสริมประชากรอาเซียนให้มีความสามารถในการใช้ภาษาอังกฤษเพื่อสามารถติดต่อสื่อสารระหว่างกันในกลุ่มภาคและนอกภูมิภาค ครอบคลุมระยะที่ 1 ปี 2553-2555

16. การดำเนินการจัดทำตรรชนิการพัฒนาเยาวชนอาเซียนในกลุ่มภาคและช่วยเหลือสมาชิกในการวางแผนการกิจกรรมด้านเยาวชน

17. การส่งเสริมการพัฒนาและการดูแลเด็กด้วยการแลกเปลี่ยนแนวปฏิบัติที่ดี ประสบการณ์ และการพัฒนาศักยภาพการเรียนรู้

แผนการดำเนินงานดังกล่าวคือตัวอย่างความมุ่งมั่นและข้อผูกพันของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนในการเสริมสร้างความเข้มแข็งด้านการศึกษาเพื่อให้ประชาคมอาเซียนมีความร่วมมือซึ่งกันและกันอันจะนำมาสู่ประชาคมของคนอาเซียนโดยคนไทยและเพื่อคนไทยอย่างแท้จริง

## ส่วนสุดท้าย บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 6.1 บทสรุป

ขณะนี้ทุกประเทศทั่วโลกต่างเฝ้าจับตามองการรวมตัวเป็นประชาคมอาเซียนในปี พ.ศ. 2558 ของสมาชิกจำนวน 10 ประเทศ ได้แก่ ไทย อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ มาเลเซีย บรูไนดารุสซาราม เวียดนาม ลาว พม่า และกัมพูชา ซึ่งหากมองในแง่ที่ตั้งทางภูมิศาสตร์แล้วถือว่าประเทศไทยเป็นศูนย์กลาง

ของประเทศทั้งหลาย ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยยังต้องกำหนดทำที่และเตรียมการให้พร้อมหรืออาจเป็นเจ้าของภาพหลักในประเด็นการปฏิรูปกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องความยุติธรรมของพลเมืองซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic Rights) ที่ต้องถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ความยุติธรรมดังกล่าวอย่างน้อยหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (To be equal before the law) หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Due process of law) และหลักนิติธรรม (Rule of law) จะต้องมีปรากฏในรัฐธรรมนูญ แต่ผลจากการวิเคราะห์รัฐธรรมนูญของประเทศสมาชิกทั้ง 10 ประเทศ ดังกล่าว พบว่าแต่ละประเทศให้ความสำคัญมากน้อยแตกต่างกัน ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2558 ประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนจะต้องมีมาตรฐานขั้นต่ำอยู่ในระดับเดียวกันถึงแม้ว่าแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างทางด้านรัฐศาสตร์หรือด้านระบบกฎหมาย หรือระบบศาลก็ตาม นอกจากนี้ กฎหมายภายในของแต่ละประเทศต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อรองรับการเคลื่อนย้ายทางเศรษฐกิจ การจ้างงาน การศึกษา เทคโนโลยี สังคมและวัฒนธรรม

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้ประชาคมอาเซียน (Asean Community) มีความเป็นหนึ่งเดียวและเป็นเอกภาพในการอำนวยความสะดวกให้กับพลเมืองของประเทศสมาชิกในกลุ่มประชาคมอาเซียน เห็นควรดำเนินการ ดังนี้

6.2.1 ประเทศประชาคมอาเซียนควรมีรัฐธรรมนูญอาเซียน (The Asean Constitution) โดยมีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญกลางภายใต้กฎบัตรอาเซียน (Asean Charter) ซึ่งรัฐธรรมนูญอาเซียนดังกล่าวจะบัญญัติเฉพาะความยุติธรรมของพลเมืองซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้นและตามข้อตกลงของประเทศสมาชิกสมาคมอาเซียน

6.2.2 ประเทศประชาคมอาเซียนควรมีสถาบันศาลรัฐธรรมนูญอาเซียน (The Asean Constitutional Court) โดยมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาเซียนมาจากตุลาการหรือผู้พิพากษาของแต่ละประเทศสมาชิกและมีอำนาจหน้าที่ตีความว่ารัฐธรรมนูญของประเทศสมาชิกว่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอาเซียนมิได้ ทั้งนี้ โดยประเทศไทยเป็นสถานที่ตั้งศาลรัฐธรรมนูญอาเซียน

ด้วยข้อเสนอแนะดังกล่าว ประชาคมอาเซียนจะมีศักยภาพและประสิทธิภาพเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกลุ่มประเทศอาเซียนภายใต้มาตรฐานอย่างเดียวกันที่ประชาชนในกลุ่มประเทศอาเซียนพึงได้รับการปฏิบัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม

## บรรณานุกรม

- พระคริสตธรรมคัมภีร์ ภาคพันธสัญญาเดิม. ฉบับ 1971, สำนักพิมพ์พระคริสตธรรมในประเทศไทย, พระนคร.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. *กฎหมายกับความยุติธรรม*, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์, กรุงเทพฯ, 2547.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, กรุงเทพฯ, 2550.
- สภาวิจัยแห่งชาติ. *รัฐธรรมนูญนานาชาติ*, กรุงเทพฯ, 2516.
- โสภณ รัตนการ. *ความยุติธรรม*, บทบัณฑิตย เล่ม 25 ตอน 2, กรุงเทพฯ, 2511.
- วิชญ์ เครื่องงาม. *ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา*, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ, 2530.
- อมร จันทรสุมบุญ. *คอนสติติวชั่นแนลลิสต์ : ทางออกของประเทศไทย*, กรุงเทพฯ, 2541.
- John Rawls. *A Theory of Justice*, London 1972.
- Lord Denning. *The Road to Justice*, London 1995.
- สำนักความสัมพันธ์ต่างประเทศ สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ. *การศึกษา: การสร้างประชาคมอาเซียน 2558*, กรุงเทพฯ, 2554.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ. 1993.
- รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว พ.ศ. 2546.
- The Constitution of the Republic of Indonesia ค.ศ. 1945.
- The Constitution of the Republic of Singapore.
- The Constitution of the Republic of the Philippines ค.ศ. 1987.
- The Constitution of the Socialist Republic of Vietnam ค.ศ. 1992 (as amended 25 December 2001).
- The Constitution of the Republic of the Union of Myanmar ค.ศ. 2008.
- The Constitution of the Federation of Malaysia ค.ศ. 1963.
- The Constitution of Brunei Darussalam ค.ศ. 1959.



# การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

กมล ไสทธิโกศา\*

## 1. บทนำ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักนิติรัฐ ที่มุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยการตรากฎหมายของ ฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ เพราะในระบบกฎหมายซึ่งเป็นที่รวมของกฎเกณฑ์ทั้งหลายตามลำดับศักดิ์ของ กฎหมาย<sup>1</sup> ของรัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งยอมรับและรับรองให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญ จะกำหนดหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใช้อำนาจ ปกครองกระทำการใดอันเป็นการลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญนี้ ได้รับการกำหนดให้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศจึงมีผลผูกพันกับองค์กรหรือสถาบันการเมืองให้ต้อง ปฏิบัติตาม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่ารัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่า เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐและในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมาย กับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นตก เป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับใช้ได้<sup>2</sup> สำหรับองค์กรที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มิให้มีการล่วงละเมิดโดยการตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาตามหลักนิติรัฐซึ่งยึด หลักการปกครองโดยกฎหมาย อันประกอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหารและ ฝ่ายตุลาการ รวมทั้งหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักการขั้นต่ำที่สุดที่มีต่อการ ควบคุมในทางกฎหมายอันเป็นหลักการที่แฝงอยู่ในหลักนิติรัฐนั้นเรียกร่องว่าการควบคุมตรวจสอบ ดังกล่าวจะต้องกระทำโดยองค์กรอื่นที่มีความเป็นกลางและการควบคุมตนเองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ถือว่า

\* เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 9 ขช. ผู้อำนวยการกลุ่มงานคดี 4 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ นิติธรรม, 2538) หน้า 7.

<sup>2</sup> รายงานผลการศึกษาระดับสมบูรณสำหรับการศึกษาระดับปริญญาตรี เรื่องศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544) หน้า 3-13.



เป็นการควบคุมที่เป็นหลักประกันอย่างเพียงพอ ด้วยเหตุนี้เองรัฐสภาจึงไม่อาจเป็นผู้พิพากษาในเรื่องของตนเองได้ ตามความเห็นของ Hans Kelsen เห็นว่าวัตถุประสงค์ของการแบ่งแยกอำนาจมิได้มีความมุ่งหมายเพียงขจัดการรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อหลักประชาธิปไตย โดยแท้จริงแล้ว หลักการแบ่งแยกอำนาจมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการวางหลักประกันในด้านความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำภาระหน้าที่ขององค์กรของรัฐต่างๆ ดังนั้น การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่เพียงแต่จะไม่ขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจเท่านั้น หากแต่เป็นองค์กรที่ยืนยันในหลักการแบ่งแยกอำนาจด้วย และองค์กรศาลเป็นองค์กรที่เป็นอิสระจากรัฐสภาและฝ่ายบริหารและเพราะรัฐสภาและฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการออกกฎหมาย ดังนั้น การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงต้องอยู่ที่องค์กรศาล จากพื้นฐานดังกล่าวนี้เอง การก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญจึงมีเหตุผลสอดคล้องกับพัฒนาการของรัฐธรรมนูญ<sup>3</sup>

## 2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศไทย

ประเทศไทยภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญโดยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ได้กำหนดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ และรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มาล้วนบัญญัติความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” แม้มิได้มีการบัญญัติข้อความให้ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด แต่โดยนัยย่อมหมายความว่าระบอบกฎหมายไทยรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นฉบับแรกที่บัญญัติข้อความดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติมาตรา 6 ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” บทบัญญัตินี้ยังคงบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สำหรับองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นฉบับแรกที่กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ดังกล่าว โดยกำหนดอำนาจหน้าที่ให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ศาลขอให้พิจารณาวินิจฉัย กรณีที่ศาล

<sup>3</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2544) หน้า 34-35.

เห็นว่าบทกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาด และให้ศาลปฏิบัติตามนั้น<sup>4</sup> อำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นดังกล่าวเป็นบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับกับประชาชน ซึ่งย่อมมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ภายหลังเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีการบัญญัติเพิ่มช่องทางในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอีก 1 ช่องทาง คือ อำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>5</sup> และเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้มีการเพิ่มช่องทางในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวขึ้นอีก 2 ช่องทาง คือ กรณีประชาชนร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกรณีประชาชนใช้สิทธิยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่กฎหมายละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของตนและประชาชนเห็นว่า เป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>6</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวเป็นการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว

ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนจะมีผลใช้บังคับเริ่มบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 โดยกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย แต่ต้องเป็นกรณีที่ประธานแห่งสภาใดสภาหนึ่งส่งความเห็นของสมาชิกหรือนายกรัฐมนตรีส่งความเห็นให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายดังกล่าว<sup>7</sup> ดังนั้น นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เป็นต้นมา การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นการตรวจสอบทั้งกรณีร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับและกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว

<sup>4</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 87 และมาตรา 88.

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198.

<sup>6</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) และมาตรา 212.

<sup>7</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 224.

สำหรับองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย นอกจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญในยุคเริ่มแรกจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้องค์กรตุลาการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ดังกล่าว การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไข ดังจะได้กล่าวต่อไป

## 2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ เพิ่งจะปรากฏขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ภายหลังจากที่ระบบกฎหมายของไทยที่ยึดถือรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดให้การรับรองการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วมาเป็นเวลาถึง 28 ปี แนวความคิดในการเพิ่มเติมการตรวจสอบในลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในคำชี้แจงของนายประกอบ หุตะสิงห์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมซึ่งชี้แจงต่อที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ 3 เมษายน 2517 ว่า “...เราเพิ่มความคิดขึ้นอีกอย่างหนึ่งว่า กฎหมายที่ออกมานั้นอาจจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เราควรจะต้องตัดไฟเสียแต่ต้นลม ไม่ควรปล่อยให้กฎหมายเช่นนี้ออกมา อาจจะทำให้ความเดือดร้อนให้ประชาชนได้ เพราะฉะนั้นจึงมีอีกชั้นหนึ่งที่ว่า ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อให้ทรงลงพระปรมาภิไธยนั้น ก็อาจจะส่งให้ตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยสภาเองเป็นผู้ส่งก็ได้ตามจำนวนที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือว่านายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้ส่งก็ได้ในนามของรัฐบาล เพื่อให้ชี้ขาดเสียก่อนว่า กฎหมายนี้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ นี่ก็เป็นก้าวใหม่ที่รัฐธรรมนูญนี้ได้คิดขึ้น เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องนั้นออกไปใช้บังคับประชาชนเสียแต่ต้นมือ...”<sup>8</sup>

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายดังกล่าว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้มีการตรวจสอบทั้งร่างพระราชบัญญัติทั่วไปและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

### 2.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติทั่วไป

2.1.1.1 **วัตถุประสงค์การตรวจสอบ** คือ ร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย

<sup>8</sup> รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 20 วันพุธที่ 3 เมษายน พุทธศักราช 2517 หน้า 108-109.

**2.1.1.2 ผู้มีสิทธิขอให้ตรวจสอบ** มี 2 กรณี คือ กรณีที่หนึ่ง สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน สำหรับจำนวนของสมาชิกตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดนั้นมีความแตกต่างกันตามยุคสมัย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 กำหนดไว้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 กำหนดไว้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดไว้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา<sup>9</sup> สำหรับความหมายของถ้อยคำว่า “ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่” นั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 98 วรรคสอง บัญญัติกรณีดังกล่าวไว้ว่า “ในกรณีที่ตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่างลงไม่ว่าด้วยเหตุใดและยังมิได้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นแทนตำแหน่งที่ว่างให้สภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเท่าที่มีอยู่” ซึ่งหมายความว่าในการนับองค์ประชุมหรือการนับจำนวนสมาชิกในกรณียื่นคำร้องต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดกรณีจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ก็นำบทบัญญัติในมาตรา 98 วรรคสองไปใช้บังคับ หลักเกณฑ์ดังกล่าวนำไปใช้กับกรณีของวุฒิสภาด้วยและเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้นำหลักเกณฑ์เดียวกันนี้ไปบัญญัติไว้ด้วย<sup>10</sup> กรณีที่สอง นายกรัฐมนตรีส่งความเห็นเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ

**2.1.1.3 ประเด็นที่ขอให้ตรวจสอบ** รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 บัญญัติประเด็นที่ขอให้ตรวจสอบเพียงประเด็นเดียว คือ ร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต่อมาเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จึงได้มีการบัญญัติประเด็นที่ขอให้มีการตรวจสอบเพิ่มเติม คือ ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวตรารขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 224.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 190.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 205.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154.

<sup>10</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 98 วรรคสอง และมาตรา 121 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 93 วรรคสี่และวรรคห้าและมาตรา 111 วรรคสาม.

เป็นต้นมา การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติทั่วไป จึงมีประเด็นตรวจสอบทั้งกรณีร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และกรณีร่างพระราชบัญญัติตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่

**2.1.1.4 ผลของคำวินิจฉัย** เมื่อพิจารณาผลของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณีตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยที่แตกต่างกัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 224 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 190 บัญญัติว่า “... ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้น มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้นายกรัฐมนตรีส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นคืนไปยังรัฐสภาต่อไป” ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 205 บัญญัติว่า “... ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป” สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 บัญญัติไว้มีสาระสำคัญสรุปได้ว่า ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ แต่มิใช่ข้อความที่เป็นสาระสำคัญให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามกระบวนการเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป

นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติทั่วไป ไม่มีการเสนอคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่เมื่อมีการกำหนดให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแล้วได้มีการเสนอคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยและศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยนับถึงเดือนมิถุนายน 2554 จำนวน 14 คำวินิจฉัย คือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1) จำนวน 10 คำวินิจฉัย และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 จำนวน 4 คำวินิจฉัย โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติทั่วไป ทั้งกรณีการตรวจสอบในประเด็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ และในประเด็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

มีสาระสำคัญสรุปได้ ดังต่อไปนี้

### (1) ผลการตรวจสอบกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติ

ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติตามที่มีสิทธิขอให้ตรวจสอบเสนอให้พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและเป็นผลให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป จำนวน 5 คำวินิจฉัย ซึ่งแยกเป็นกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรเพิ่มเติมบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติ ภายหลังจากที่ลงมติยืนยันร่างเดิมโดยยังไม่ได้ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภา และกรณีองค์ประชุมในการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มีรายละเอียดโดยสรุป ดังนี้

#### (1.1) กรณีที่สภาผู้แทนราษฎรเพิ่มเติมบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติ ภายหลังจากที่ลงมติยืนยันร่างเดิมโดยยังไม่ได้ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภา

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 13-14/2541 ลงวันที่ 12 พฤศจิกายน 2541

ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 127 คน ซึ่งเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. .... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 66 คน ซึ่งเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. .... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1)

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. .... สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ต่อมาวุฒิสภาพิจารณาแล้วลงมติให้แก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 วรรคหนึ่ง (3) และเพิ่มเติมคำปรารภเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง สภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่เห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภา และตั้งคณะกรรมการร่วมกันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 วรรคหนึ่ง (3) ผลการพิจารณาของคณะกรรมการร่วมกันเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภา และแก้ไขเพิ่มเติมคำปรารภเป็นดังนี้ “โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์อันมีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในเคหสถานและการจำกัดเสรีภาพในการรวมกันเป็นสหกรณ์หรือกลุ่มเกษตรกร ซึ่งมาตรา 35 และมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ต่อมาวุฒิสภาลงมติเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันเสนอ แต่สภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่เห็นชอบด้วย เป็นผลให้ร่างดังกล่าวถูกยับยั้งไว้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 วรรคหนึ่ง (3) ภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรอาศัยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 176 วรรคสอง



ยกร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นพิจารณาใหม่และลงมติยืนยันตามร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรโดยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร แต่โดยที่ร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรมีได้มีข้อความที่ระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สภาผู้แทนราษฎรจึงลงมติในวันเดียวกันด้วยเสียงข้างมากให้เพิ่มบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเป็นอีก 1 มาตรา สำหรับกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. .... มีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันกับกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. ....

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่ากระบวนการตราพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 บัญญัติว่า ร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา มาตรา 90 บัญญัติว่า รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา มาตรา 169 บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือคณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติ ถ้าเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอได้ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี มาตรา 172 บัญญัติให้การเสนอร่างพระราชบัญญัติต้องเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อนเมื่อสภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบแล้วให้สภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อวุฒิสภา และวุฒิสภาจะต้องพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้นให้เสร็จภายในกำหนดเวลา ตามมาตรา 174 ถ้าพิจารณาไม่เสร็จ ให้ถือว่า วุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัตินั้น และให้ดำเนินการต่อไปตาม มาตรา 93 คือ ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภา เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย แต่ถ้าวุฒิสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรเสนอมาเสร็จภายในกำหนดเวลา จะต้องพิจารณาตามมาตรา 175 คือ

(1) ถ้าเห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93

(2) ถ้าไม่เห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร ให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน และส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร

(3) ถ้าแก้ไขเพิ่มเติม ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติตามที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปยังสภาผู้แทนราษฎร ถ้าสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติม ให้ดำเนินการต่อไปตาม มาตรา 93 ถ้าเป็นกรณีอื่นให้แต่ละสภาตั้งบุคคลซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกแห่งสภานั้นๆ มีจำนวนเท่ากันตามที่สภาผู้แทนราษฎรกำหนด ประกอบเป็นคณะกรรมการร่วมกันเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้น และให้คณะกรรมการร่วมกันรายงานและเสนอร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้วต่อสภาทั้งสอง ถ้าสภาทั้งสองต่างเห็นชอบด้วยร่างพระราช



บัญญัติที่คณะกรรมการธิการร่วมกันได้พิจารณาแล้ว ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93 ถ้าสภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน

ร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งไว้ตามมาตรา 175 สภาผู้แทนราษฎรจะยกขึ้นพิจารณาใหม่ได้ตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง ต่อเมื่อล่วงพ้นหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่วุฒิสภาส่งร่างพระราชบัญญัติคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 175 (2) และนับแต่วันที่สภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วย สำหรับกรณียับยั้งตามมาตรา 175 (3) แต่ถ้าร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งนั้นเป็นร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเงิน สภาผู้แทนราษฎรออาจยกร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นพิจารณาใหม่ได้ทันที ตามมาตรา 176 วรรคสอง ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรยกร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งขึ้นพิจารณาใหม่ตามมาตรา 176 นี้ ไม่ว่าจะเป็กร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเงินหรือไม่ ถ้าสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันร่างเดิมหรือร่างที่คณะกรรมการธิการร่วมกันพิจารณาด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ให้ถือว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาและให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 176 ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรยกร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งขึ้นพิจารณาใหม่นั้น สภาผู้แทนราษฎรลงมติได้เพียงอย่างเดียวหนึ่ง คือ ยืนยันร่างเดิมหรือยืนยันร่างที่คณะกรรมการธิการร่วมกันพิจารณา การยืนยันร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรหมายถึง การยืนยันร่างพระราชบัญญัติเดิมที่สภาผู้แทนราษฎรได้เสนอไปยังวุฒิสภาทุกประการ ซึ่งมีผลตามมาตรา 176 ที่ให้ถือว่า ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ซึ่งจะต้องดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93

การที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. .... ซึ่งเป็นร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรและลงมติด้วยคะแนนเสียงข้างมากในวันเดียวกันให้เพิ่มบทบัญญัติมาตรา 3 ทวิ ซึ่งภายหลังได้ปรับปรุงเลขมาตราเป็นมาตรา 4 เพื่อระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ตามมาตรา 29 วรรคสอง ด้วยนั้น เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นโดยยังไม่ได้ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภา จึงถือไม่ได้ว่า ร่างพระราชบัญญัตินั้นได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เพราะตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 90 รัฐสภาต้องประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

การที่สภาผู้แทนราษฎรดำเนินการเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 4 ภายหลังที่ลงมติยืนยันร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว เป็นการตรากฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 176 ประกอบมาตรา 93 มาตรา 92 และมาตรา 90 เมื่อร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. .... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติ

แห่งรัฐธรรมนูญ ร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. ....และร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. .... จึงตกไปทั้งฉบับตามมาตรา 262 วรรคสาม

### (1.2) กรณีองค์ประชุมในการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

สภานิติบัญญัติแห่งชาติจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ภายหลังจากปฏิรูปการปกครองโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาและรัฐสภา รัฐธรรมนูญบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติโดยคำแนะนำและยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และบัญญัติให้การประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม<sup>11</sup> ต่อมาเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญดังกล่าวบัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติยังคงทำหน้าที่รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา จนกว่าจะมีการประชุมรัฐสภาเป็นครั้งแรก ซึ่งในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญที่ตราขึ้นใหม่ต้องมีองค์ประชุมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 126 วรรคหนึ่งว่า “การประชุมสภาผู้แทนราษฎรและการประชุมวุฒิสภาต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาจึงจะเป็นองค์ประชุม....” ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยชี้ว่าร่างพระราชบัญญัติ จำนวน 4 ฉบับ ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติในการพิจารณาพระราชบัญญัติดังกล่าวในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการและหรือในวาระที่สองและหรือในวาระที่สามมีสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติเข้าร่วมประชุมในวาระต่างๆ นั้นน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จึงไม่เป็นองค์ประชุมเป็นผลให้ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 4 ฉบับนั้น เป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคสาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้แก่

#### คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2551 ลงวันที่ 8 กรกฎาคม 2551 กรณี

นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (2) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการตราพระราชบัญญัติสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. .... ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการประชุมสภานิติบัญญัติ

<sup>11</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 5 มาตรา 9 และมาตรา 10.

แห่งชาติอันเป็นการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. .... มีสมาชิกเข้าประชุมเพียง 50 คน ไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้น คือ 121 คน จึงมีจำนวนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่ครบองค์ประชุม ย่อมมีผลให้กระบวนการในการตราร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่สามารถนำไปสู่การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวในวาระที่สองและวาระที่สามต่อไปได้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. .... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและเป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคสาม

### **คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2551 ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน 2551**

กรณีประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 30 คน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ. 2550 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวในวาระที่หนึ่ง วาระที่สองและวาระที่สาม มีสมาชิกเข้าประชุมไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้น จึงไม่ครบองค์ประชุมและไม่อาจถือการออกเสียงลงคะแนนที่ไม่ครบองค์ประชุมดังกล่าว เป็นการลงมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 126 วรรคหนึ่งได้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและเป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคสาม กรณีคำขออื่นไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยเพราะไม่อาจทำให้ผลของคำวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไป

### **คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2551 ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน 2551**

กรณีประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 51 คน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม พ.ศ. .... ตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการและในวาระที่สามมีสมาชิกเข้าประชุมไม่ถึง

กึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดหรือของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในขณะนั้น จึงไม่ครบองค์ประชุมและไม่อาจถือการออกเสียงลงคะแนนที่ไม่ครบองค์ประชุมดังกล่าว เป็นการลงมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 126 วรรคหนึ่งได้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม พ.ศ. .... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและเป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคสาม กรณีคำขออื่น ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยเพราะไม่อาจทำให้ผลของคำวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไป

### คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2552 ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน 2552

กรณีประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 29 คน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. .... มาตรา 25 และมาตรา 35 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 66 หรือไม่ แม้ตามความเห็นที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ผู้ร้องจะมีได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติว่าตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติได้ ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติทั้งในประเด็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ และในประเด็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวในวาระที่หนึ่ง วาระที่สองและวาระที่สามมีสมาชิกเข้าประชุมไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติทั้งหมดหรือของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้น จึงไม่ครบองค์ประชุม และไม่อาจถือการออกเสียงลงคะแนนที่ไม่ครบองค์ประชุมดังกล่าวเป็นการลงมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 126 วรรคหนึ่งได้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. .... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและเป็นอันตกไป ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคสาม สำหรับประเด็นว่าร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชนฯ มาตรา 25 และมาตรา 35 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยเพราะไม่อาจทำให้ผลของคำวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไป

## (2) ผลการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติในประเด็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ผลการตรวจสอบส่วนใหญ่ไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คือ ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. .... (คำวินิจฉัยที่ 50/2542) ร่างพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. .... (คำวินิจฉัยที่ 48/2542) ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. .... (คำวินิจฉัยที่ 21/2543) ร่างพระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. .... (คำวินิจฉัยที่ 22/2543) ร่างพระราชบัญญัติแร่ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (คำวินิจฉัยที่ 59/2545) แต่มีร่างพระราชบัญญัติ จำนวน 2 ฉบับ ที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบแล้วมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติบางมาตรามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ข้อความดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินั้น จึงมีผลเพียงข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป มีรายละเอียดโดยสรุป ดังนี้

### คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2548 ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2548

ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 77 คน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. .... มาตรา 38 วรรคหนึ่ง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 มาตรา 32 และมาตรา 48 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. .... มาตรา 38 วรรคหนึ่งที่บัญญัติว่า “ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืน มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 7 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง มาตรา 11 มาตรา 13 มาตรา 15 มาตรา 16 หรือมาตรา 17 ให้ศาลสั่งริบเครื่องจักรนั้น” แล้ว เห็นว่า “มาตรา 38 วรรคหนึ่ง บัญญัติถึงเรื่องเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี กรณีไม่แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อจะเริ่มทำการผลิต ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง หรือกรณีไม่แจ้งสถานที่ผลิตและการย้ายสถานที่ผลิต ตามมาตรา 7 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง หรือกรณีไม่ทำและแสดงเครื่องหมายรับรองการผลิตและแสดงเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ตามมาตรา 11 หรือกรณีการใช้เครื่องหมายรับรองการผลิตและเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ตามมาตรา 13 หรือกรณีการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายรับรองการผลิตหรือเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ตามมาตรา 15 หรือกรณีการไม่แจ้งการได้มาหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งเครื่องจักรตามมาตรา 16 หรือกรณีการไม่แจ้งการจำหน่าย จ่าย โอนเครื่องจักร หรือเครื่องจักรที่พันการครอบครอง ตามมาตรา 17 ให้ศาลมีคำสั่งริบเครื่องจักรได้ เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมาตรการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ การริบทรัพย์สินเป็นโทษอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 การริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ กรณีที่หนึ่งทรัพย์สินที่ศาลจะต้องริบเสมอไม่ว่าจะเป็นของบุคคลใดก็ตาม ตามมาตรา 32 กรณีที่สอง ทรัพย์สินที่ศาลจะต้องริบเสมอ เว้นแต่เป็นของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิด ตามมาตรา 34 กรณีที่สาม

ทรัพย์สินที่อยู่ในดุลพินิจของศาลว่าจะริบทรัพย์สินก็ได้ เว้นแต่เป็นของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิดตามมาตรา 33 เห็นว่าการริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญามีความมุ่งหมายที่ลงโทษกับผู้กระทำหรือมีทรัพย์สินนั้นไว้เป็นความผิด กรณีตามร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. .... มาตรา 38 วรรคหนึ่ง เครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีไม่ได้เป็นทรัพย์สินที่ผู้ใดทำหรือมีไว้เป็นความผิด หรือเป็นทรัพย์สินซึ่งได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มาโดยได้กระทำความผิด เป็นเรื่องที่ไม่แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อจะเริ่มทำการผลิต ไม่แจ้งสถานที่ผลิตและการย้ายสถานที่ผลิต ไม่ทำและแสดงเครื่องหมายรับรองการผลิตและแสดงเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ไม่ทำและแสดงเครื่องหมายรับรองการผลิตและแสดงเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ไม่ใช่เครื่องหมายรับรองการผลิต ไม่แจ้งการได้มาหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งเครื่องจักร ไม่แจ้งการจำหน่าย จ่าย โอน เครื่องจักรหรือเครื่องจักรที่พ้นการครอบครองก็ให้ศาลสั่งริบเครื่องจักรนั้น โดยศาลไม่มีดุลพินิจว่าจะริบเครื่องจักรหรือไม่ ไม่คำนึงว่าเจ้าของจะรู้เห็นเป็นใจด้วยหรือไม่ และไม่ให้อีกโอกาสเจ้าของได้พิสูจน์ว่ารู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดด้วยหรือไม่ ซึ่งเป็นการริบโดยเด็ดขาด ไม่ได้พิจารณาถึงความผิดและความเหมาะสมในการลงโทษ เป็นการใช้มาตรการลงโทษที่รุนแรงแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินเกินกว่าความจำเป็นและกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน” ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. .... มาตรา 38 วรรคหนึ่ง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 มาตรา 32 และมาตรา 48 แต่ข้อความดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติจึงไม่เป็นผลให้ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. .... เป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคสาม แต่เป็นอันตกไปตามมาตรา 262 วรรคสี่ และเมื่อวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา 38 วรรคหนึ่ง เป็นอันตกไปแล้ว ข้อความตามร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา 38 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “เครื่องจักรที่ศาลสั่งริบ ให้นำไปใช้ประโยชน์ในทางราชการ หรือจำหน่ายให้แก่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ หรือทำลาย ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด” เป็นข้อความที่เชื่อมโยงให้ดำเนินการต่อเครื่องจักรที่ศาลสั่งริบตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง อันมีผลให้ข้อความตาม มาตรา 38 วรรคสอง ต้องตกไปด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. .... เฉพาะมาตรา 38 เป็นอันตกไป

### **คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2549 ลงวันที่ 23 พฤษภาคม 2549**

ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 95 คน และสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 79 คน รวม 174 คน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 20 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช



2540 มาตรา 29 และมาตรา 44 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 20 ที่ให้เพิ่มความเป็นมาตรา 46/1 ในพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 โดยห้ามมิให้ผู้ใดชุมนุมกันในเขตทางหลวงในลักษณะเป็นการกีดขวางการจราจร หรืออาจเป็นอันตรายหรือเสียหายแก่ยานพาหนะหรือผู้ใช้ทางหลวง เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวง หรือเป็นการเดินแถว ขบวนแห่ หรือชุมนุมกันตามประเพณีหรือวัฒนธรรม หรือเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะหรืออยู่ในเขตที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด การขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง เป็นบทบัญญัติวางหลักห้ามมิให้ผู้ใดชุมนุมในเขตทางหลวง ส่วนการอนุญาตให้ชุมนุมในเขตทางหลวงได้เป็นข้อยกเว้น เมื่อพิจารณาประกอบกับความหมายของคำว่า “ทางหลวง” ตามมาตรา 3 ของร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... แล้วเห็นว่ามี ความหมายกว้างขวางและมีขอบเขตเกินไปกว่าทางหรือถนนที่จัดไว้เพื่อประโยชน์ในการใช้สัญจรไปมาของประชาชน ทำให้กระทบต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธของประชาชน การที่ร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 20 ที่บัญญัติให้เพิ่มความเป็นมาตรา 46/1 บัญญัติให้อำนาจการอนุญาตให้มีการชุมนุมในเขตทางหลวงได้ เป็นอำนาจของผู้บริหารทางหลวงหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวง และการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ชุมนุมในเขตทางหลวงประกอบกับในปัจจุบันในเรื่องการชุมนุมดังกล่าว มีกฎหมายอื่นบัญญัติห้ามไว้อยู่แล้ว เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 372 บัญญัติว่า “ผู้ใดทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในทางสาธารณะหรือสาธารณสถาน หรือกระทำโดยประการอื่นใดให้เสียความสงบเรียบร้อยในทางสาธารณะหรือสาธารณสถาน ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท” พระราชบัญญัติการจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 108 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใด เดินแถว เดินเป็นขบวนแห่หรือเดินเป็นขบวนใดๆ ในลักษณะเป็นการกีดขวางการจราจรเว้นแต่ (1) เป็นแถวทหารหรือตำรวจที่มีผู้ควบคุมตามระเบียบแบบแผน (2) แถวหรือขบวนแห่หรือขบวนใดๆ ที่เจ้าพนักงานจราจรได้อนุญาตและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เจ้าพนักงานจราจรกำหนด” และมาตรา 109 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำด้วยประการใดๆ บนทางเท้าหรือทางใดๆ ซึ่งจัดไว้สำหรับคนเดินเท้าในลักษณะที่เป็นการกีดขวางผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร” และพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 มาตรา 39 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการปิดกั้นทางหลวง หรือวางวัตถุที่แหลมหรือมีคม หรือนำสิ่งใดมาขวางหรือวางบนทางหลวงหรือกระทำด้วยประการใดๆ บนทางหลวงในลักษณะที่อาจเกิดอันตรายหรือเสียหายแก่ยานพาหนะหรือบุคคล” เป็นต้น ดังนั้นร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 20 ที่บัญญัติให้เพิ่มความเป็นมาตรา 46/1 จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเกินความจำเป็น



และกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เพราะการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 44 บัญญัติไว้” ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 20 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 44 แต่ข้อความดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ จึงไม่เป็นผลให้ร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เป็นอันตกไป ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคสาม แต่เป็นอันตกไปเฉพาะมาตรา 20 ที่บัญญัติให้เพิ่มความเป็นมาตรา 46/1 ของร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคสี่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 20 ที่บัญญัติให้เพิ่มความเป็นมาตรา 46/1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 44 จึงเป็นอันตกไป และข้อความในมาตรา 30 ที่บัญญัติให้เพิ่มความเป็นมาตรา 73/1 ซึ่งเป็นบทกำหนดโทษเฉพาะข้อความ “มาตรา 46/1” ในมาตรา 73/1 ซึ่งเชื่อมโยงกับมาตรา 20 ที่บัญญัติให้เพิ่มความเป็นมาตรา 46/1 เป็นอันตกไปด้วย

### 2.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเริ่มมีบัญญัติขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยกำหนดให้มีการเสนอความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเช่นเดียวกันกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติทั่วไปเพียงแต่จำนวนสมาชิกที่ร่วมกันเข้าชื่อเสนอความเห็น รัฐธรรมนูญกำหนดไว้น้อยกว่า คือมีจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน ความเป็นมาของหลักเกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อาจศึกษาได้จากการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 22 (เป็นพิเศษ) วันศุกร์ที่ 18 กรกฎาคม 2540 คณะกรรมาธิการฯ ได้เสนอร่างมาตรา 192<sup>12</sup> ต่อที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ สาระสำคัญของมาตราดังกล่าว คือ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดแล้วให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยเป็นบทบังคับให้ต้องส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาโดยไม่จำเป็นต้องมีสมาชิกร่วมกันเข้าชื่อเสนอความเห็น เหตุผลของคณะกรรมาธิการที่เสนอร่างมาตรา 192 สรุปได้ดังนี้

<sup>12</sup> มาตรา 192 “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย หรือก่อนประกาศในราชกิจจานุเบกษา แล้วแต่กรณี .....”

ประการที่หนึ่ง เพื่อมิให้รัฐบาลอาศัยเสียงข้างมากในสภาออกกฎหมายที่เป็นประโยชน์กับฝ่ายตน

ประการที่สอง กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญอาจจะบิดเบือนหลักการหรือขัดกับหลักการที่รัฐธรรมนูญนี้ต้องการวางขึ้นเพื่อปฏิรูปการเมือง เพราะผู้มีส่วนได้เสียมาเขียนกฎหมายเลือกตั้งเพื่อเอาไปเลือกตั้งเอง ถ้าไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบเสียก่อนว่ากฎหมายเลือกตั้งนั้นจะสอดคล้องกับสิ่งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์และรัฐธรรมนูญประสงค์หรือไม่นั้นก็จะมีปัญหาในภายหลัง

ประการที่สาม กฎหมายเหล่านี้ถ้านำไปใช้แล้ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดกับรัฐธรรมนูญในภายหลัง ปัญหาจะเกิดขึ้นทันทีว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ 8 ฉบับซึ่งก่อตั้งองค์กรและกระบวนการในรัฐธรรมนูญนี้สิ้นสุดไปจะกระทบถึงการทำหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ว่าชอบหรือไม่ชอบ

อย่างไรก็ตาม ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติให้ตัดมาตรา 192 ออกเหตุผลโดยรวมเพราะเกรงจะทำให้เห็นว่าอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญอยู่เหนืออำนาจรัฐสภาต่อมาในการพิจารณาร่างมาตรา 262 ซึ่งร่างเดิมไม่มีการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มีเพียงการขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติทั่วไป คณะกรรมาธิการฯ ได้ขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างเดิม โดยเพิ่มอนุมาตรา (1 ทวิ)<sup>13</sup> เพื่อให้มีการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ สำหรับเหตุผลที่คณะกรรมาธิการฯ ขอแก้ไขเพิ่มเติมคือ เนื่องจากสภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติให้ตัดมาตรา 192 และกรรมาธิการบางท่านรวมทั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญบางท่านมีความเห็นสอดคล้องกัน 2 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง เห็นว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญยังมีความสำคัญเป็นพิเศษกว่ากฎหมายธรรมดาหรือพระราชบัญญัติทั่วไปและมีเพียง 8 ฉบับ ประการที่สอง เห็นว่ายังคงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้มีการร้องขอจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และนายกรัฐมนตรี แต่การร้องขอนั้นน่าจะกระทำได้โดยง่ายกว่า พระราชบัญญัติทั่วไป จึงกำหนดจำนวนไม่น้อยกว่าห้าคน ต่อมาจึงมีการแก้ไข

<sup>13</sup> “หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าห้าคน เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาแล้วแต่กรณีแล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า”.

จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ที่ร้องขอเป็นไม่น้อยกว่ายี่สิบคนและ สภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติรับร่างที่คณะกรรมการฯ ขอแก้ไขเพิ่มเติม<sup>14</sup>

แนวความคิดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาจากหลักเกณฑ์ที่บัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบัน ปี ค.ศ. 1958 ซึ่งมีการบัญญัติถึงการที่จะต้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้ การตรวจสอบนี้เป็นลักษณะพิเศษที่สำคัญอีกประการหนึ่งของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่แตกต่างจากกฎหมายธรรมดา เพราะรัฐธรรมนูญได้ “บังคับ” เอาไว้ว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ “ต้อง” ได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้ในขณะที่ยกกฎหมายธรรมดา “อาจ” ถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้<sup>15</sup> เพราะรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสบัญญัติให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาต้องมีการร้องขอจากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐหรือนายกรัฐมนตรีหรือประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนด แล้วแต่กรณี จะเห็นได้ว่าการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กรรมการร่างรัฐธรรมนูญพยายามที่จะนำหลักการที่สำคัญของกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามแนวทางของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาใช้ในประเทศไทย แต่ไม่ได้รับการยอมรับจากสมาชิกเสียงข้างมากจำนวนหนึ่งของสภาร่างรัฐธรรมนูญ จึงเป็นผลให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ต้องมีการร้องขอจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บทบัญญัติ มาตรา 141<sup>16</sup> จึงเป็นบทบังคับให้ต้องส่งศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว

<sup>14</sup> รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 23 (เป็นพิเศษ) วันจันทร์ที่ 21 กรกฎาคม 2540, หน้า 179-188.

<sup>15</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. “ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย” รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law-net](http://www.pub-law-net) สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ : มีนาคม 2545, หน้า 148.

<sup>16</sup> มาตรา 141 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้วก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับเรื่อง”.

ก่อนนำทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย การตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

**2.1.2.1 วัตถุประสงค์การตรวจสอบ** คือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนนำทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

**2.1.2.2 ผู้มีสิทธิขอให้ตรวจสอบ** เป็นบทบังคับให้ต้องส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องขอ แต่ปัญหาในทางปฏิบัติในระยะแรกของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ก็คือ ผู้ใดจะเป็นผู้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยระหว่างประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทนราษฎรและในฐานะประธานรัฐสภาหรือนายกรัฐมนตรี เพราะบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิได้ระบุไว้ ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดปัญหาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 300 วรรคห้า จึงกำหนดหลักเกณฑ์การส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามมาตราดังกล่าวไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 20 วรรคสอง ให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ยื่นคำร้องพร้อมเอกสารประกอบ

### 2.1.2.3 ประเด็นที่ขอให้ตรวจสอบ

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องตรวจสอบ ก็คือ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่

### 2.1.2.4 ผลของคำวินิจฉัย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 141 วรรคสอง บัญญัติถึงผลการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป แต่ในกรณีที่วินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไป สำหรับกรณีที่ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งไม่เป็นสาระสำคัญ และเป็นอันตกไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 วรรคสาม บัญญัติทางแก้ไขโดยให้ส่งร่างนั้นกลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณา โดยให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมติในการแก้ไขเพิ่มเติมให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา แล้วให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการต่อไปเพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบ

รัฐธรรมนูญนั้นประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป ซึ่งหมายความว่าเมื่อสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติมแล้วก็ไม่ต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาอีก ผลของคำวินิจฉัยกรณีนี้แตกต่างจากผลของคำวินิจฉัยของร่างพระราชบัญญัติทั่วไป เพราะกรณีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติทั่วไปมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่เป็นสาระสำคัญและข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไปก็ให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการต่อไป เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป โดยไม่ต้องส่งร่างนั้นกลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเหมือนดังเช่นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีการเสนอคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยและศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยนับถึงเดือนมิถุนายน 2554 จำนวน 13 คำวินิจฉัย คือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (2) จำนวน 4 คำวินิจฉัย และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 141 จำนวน 9 คำวินิจฉัย มีรายละเอียดโดยสรุป ดังนี้

(1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (2) จำนวน 4 คำวินิจฉัย ดังนี้

(1.1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2542 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2542

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าข้อความในมาตรา 39 วรรคสองของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. .... ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 มาตรา 45 และมาตรา 86

(1.2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54-55/2543 ลงวันที่ 31 ตุลาคม 2543

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 17 ที่เพิ่มความเป็นมาตรา 85/1 มาตรา 85/3 และมาตรา 85/9 ไม่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 3 และไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 233 มาตรา 234 และมาตรา 271 และที่เพิ่มความเป็นมาตรา 85/8 ไม่เป็นการล่วงสิทธิของประชาชนผู้ใช้สิทธิเลือกตั้ง ของพรรคการเมืองและของผู้สมัครรับเลือกตั้งและไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29

(1.3) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 56/2543 ลงวันที่ 31 ตุลาคม 2543

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภา

ผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 22 ที่เพิ่มความเป็นมาตรา 113/1  
วรรคสามและวรรคสี่ไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540  
มาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 32

**(2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
พุทธศักราช 2550 มาตรา 141 จำนวน 9 คำวินิจฉัย ดังนี้**

(2.1) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไม่มี  
ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือได้ตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและ  
ไม่มีข้อความใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จำนวน 5 คำวินิจฉัย โดยมีร่างพระราชบัญญัติประกอบ  
รัฐธรรมนูญที่ผ่านการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ดังนี้

- ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน  
พ.ศ. .... (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2552 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2552)

- ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ  
พ.ศ. .... (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2552 ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2552)

- ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิก  
สภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ร่างพระราชบัญญัติประกอบ  
รัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติประกอบ  
รัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบ  
รัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภา  
ผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย  
คณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง  
พ.ศ. 2550 ในบางมาตรา คือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27-29/2554 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2554)

(2.2) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตรา  
ขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วเพียงแต่มีข้อความ 1 มาตรา  
ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จำนวน 1 คำวินิจฉัย คือ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ  
ป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบ  
รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ในบางมาตรา (คำวินิจฉัยศาล  
รัฐธรรมนูญที่ 1/2554 ลงวันที่ 5 มกราคม 2554) โดยข้อความที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้ง  
ต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากบทบัญญัติของร่างฯ มาตรา 64 ที่ให้ยกเลิกความในมาตรา 111 และใช้ความ  
ใหม่โดยกำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจในการกำหนดอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่ง



ให้กับข้าราชการสำนักงาน ป.ป.ช. ได้ โดยให้มีการจัดทำบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการสำนักงาน ป.ป.ช. ตามพื้นความรู้ ประสบการณ์ ภาระหน้าที่ ตามคุณภาพงานและการดำรงตนอยู่ในความยุติธรรม สำหรับตำแหน่งข้าราชการในสาขากระบวนการยุติธรรมในแต่ละชั้นตำแหน่งให้จัดทำบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งโดยมีอัตราไม่สูงกว่าบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการอัยการ ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นและให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยให้มีผลใช้บังคับได้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติเรื่องระบบบัญชีเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และประโยชน์ตอบแทนอื่นของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะพนักงานอัยการไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติและจะนำระบบบัญชีเงินเดือนหรือเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับมิได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แต่ในส่วนหน่วยงานที่เป็นหน่วยธุรการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่า ให้สำนักงานขององค์กรเหล่านี้เป็นหน่วยงานที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งรวมถึงสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 251 วรรคสามด้วย อันเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แต่มีได้บัญญัติห้ามมิให้นำระบบบัญชีเงินเดือนหรือเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับเช่นเดียวกับผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด นอกจากนี้ การกำหนดบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการไม่ว่าเป็นฝ่ายใด มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ ให้กำหนดโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติซึ่งออกโดยรัฐสภาเสียก่อนและหากจะมีการปรับอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งเพื่อให้สอดคล้องกับภาวะเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปก็ให้กระทำได้ด้วยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกโดยคณะรัฐมนตรี แต่ก็ต้องเป็นกรณีที่มีบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอยู่ก่อนแล้ว แม้แต่บัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของพนักงานอัยการก็เช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่ร่างมาตรา 64 กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งมีฐานะเป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของสำนักงาน ป.ป.ช. เป็นผู้ที่มีอำนาจกำหนดและจัดทำบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการสำนักงาน ป.ป.ช. โดยในส่วนข้าราชการประเภทอื่นให้นำบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับโดยอนุโลมและในส่วนข้าราชการในสาขากระบวนการยุติธรรมมีอัตราไม่สูงกว่าบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการอัยการได้ โดยไม่ต้องได้รับการพิจารณาจากรัฐสภานั้น จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างข้าราชการสำนักงาน ป.ป.ช. และข้าราชการฝ่ายอื่น นอกจากนี้การกำหนดตำแหน่งหรือคุณสมบัติต่างๆ ของข้าราชการในสาขากระบวนการยุติธรรมได้กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานแห่งการ



กำหนดบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งไว้ในร่างมาตรา 63 ที่ให้เพิ่มความเป็นมาตรา 110/1 วรรคหนึ่งว่า “ในการกำหนดตำแหน่งข้าราชการสำนักงาน ป.ป.ช. ให้ดำรงตำแหน่งในสาขากระบวนการยุติธรรมนั้น จะต้องเป็นผู้ที่มีพื้นความรู้ในระดับเนติบัณฑิต หรือเป็นผู้สำเร็จปริญญาทางกฎหมาย และเป็นผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ในการไต่สวนและวินิจฉัยคดีหรือการให้ความเห็นทางกฎหมาย ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ประกาศกำหนด” ก็เป็นเพียงการกำหนดคุณสมบัติอย่างกว้างเท่านั้น เมื่อไม่ปรากฏว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้มีข้อความใดกำหนดให้ข้าราชการในสาขากระบวนการยุติธรรมมีความแตกต่างจากข้าราชการฝ่ายอื่นหรือมีคุณสมบัติทำนองเดียวกันกับพนักงานอัยการ จึงมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ ดังนั้น ร่างมาตรา 64 ที่ให้ยกเลิกความในมาตรา 111 และให้ใช้ความแทนดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 251 วรรคสาม ประกอบมาตรา 202 และมาตรา 255 วรรคเจ็ด และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคลที่เป็นข้าราชการฝ่ายอื่น อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีมติเป็นเอกฉันท์ว่าร่างมาตรา 64 ที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ไม่เป็นสาระสำคัญ และเป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 วรรคสอง

(2.3) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 ฉบับ ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และเป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 วรรคสอง จำนวน 3 คำวินิจฉัย คือ **คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2551** กรณีพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. .... **คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2551 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2551** กรณีพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... **คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2551 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2551** กรณีพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าองค์ประชุมในการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงไม่ครบองค์ประชุมและเป็นการประชุมโดยไม่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคหนึ่ง โดยศาลรัฐธรรมนูญวางหลักการพิจารณาวินิจฉัยไว้ว่าสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคหนึ่ง คือ กำหนดจำนวนของสมาชิกสภาที่มีจำนวนมากเพียงพอที่จะมาร่วมกันแสดงความคิดเห็นและแสดงเจตนาในรูปของมติที่ประชุมในการพิจารณาร่างกฎหมายและปฏิบัติหน้าที่อื่นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักการประชุมสภาที่ใช้อยู่ในนานาประเทศ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตล้วนมีบทบัญญัติว่าด้วยองค์ประชุมของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยกำหนดองค์ประชุมไว้ตามที่ผู้ร่างเห็นสมควร เช่น รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2475 ฉบับปี

พ.ศ. 2489 ฉบับปี พ.ศ. 2490 ฉบับปี พ.ศ. 2511 และฉบับปี พ.ศ. 2517 กำหนดให้มีสมาชิกมาประชุม ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาจึงจะเป็นองค์ประชุม ส่วน รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2521 ฉบับปี พ.ศ. 2534 และฉบับปี พ.ศ. 2540 กำหนดให้มีสมาชิกมาประชุม ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา จึงจะเป็นองค์ประชุม เช่นเดียวกับ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน การที่รัฐธรรมนูญทุกฉบับกำหนดจำนวนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและ สมาชิกวุฒิสภาที่ประกอบกันเป็นองค์ประชุมไว้ด้วยก็เพื่อให้การประชุมพิจารณาเรื่องต่างๆ ของทั้งสอง สภาเป็นไปด้วยความรอบคอบ มีมุมมองที่หลากหลายและมีการอภิปรายแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกันอย่าง กว้างขวาง โดยเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในส่วนที่เกี่ยวกับการตรา กฎหมายนั้น กฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ย่อมมีผลใช้บังคับกับประชาชนทุกคนในประเทศ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะ ต้องได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบในการพิจารณาทุกวาระ และเมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดองค์ประชุมไว้ ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ย่อมมีความหมายว่า การประชุม สภาผู้แทนราษฎรและการประชุมวุฒิสภาที่มีจำนวนสมาชิกเข้าร่วมประชุมไม่ครบองค์ประชุมจะถือว่าเป็น การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาไม่ได้ และหากมีการออกเสียง ลงคะแนนในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรและที่ประชุมวุฒิสภาที่ไม่ครบองค์ประชุม จะถือว่าเป็นการ ออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกในสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาที่ขอด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ได้

การประชุมของสภานั้นเมื่อมีสมาชิกมาลงชื่อเข้าประชุมและเป็นองค์ประชุม แล้วภายหลังเปิดการประชุม ในขั้นตอนของการลงมติซึ่งเป็นผลมาจากการประชุมปรึกษาหารือและแสดง เจตนาออกมาในรูปของมติที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ องค์ประชุมจะต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ จะต้องมิมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพราะองค์ประชุมมิได้มีความหมายแต่เพียงว่า เมื่อมีสมาชิกมา ลงชื่อเข้าประชุมครบและเปิดการประชุมแล้ว หลังจากนั้นสมาชิกจะอยู่ร่วมประชุมหรือไม่ก็ได้ โดยไม่ต้อง คำนึงถึงจำนวนสมาชิกในที่ประชุมอีกต่อไป หากเป็นเช่นนั้นแล้ว ผลก็จะเป็นว่าหลังจากเปิดประชุม แม้ จะมีสมาชิกอยู่ประชุมเพียงไม่กี่คนก็อาจลงมติและมีเสียงข้างมากได้ ซึ่งมีใช้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และแม้สมาชิกมีเอกสิทธิ์ที่จะออกเสียงเห็นด้วย ไม่เห็นด้วย งดออกเสียงหรือไม่ลงคะแนน แต่สมาชิกที่ไม่ ประสงค์ออกเสียงต้องอยู่ในที่ประชุมเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏความเห็นของตนในที่ประชุมด้วย

### 2.1.3 การขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับ กระบวนการตรา กระทำได้ในกรณีการตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักเกณฑ์การตรวจสอบตามหัวข้อนี้ไว้ตามคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2544 สรุปได้ดังนี้

“คดีนี้ ศาลล้มละลายกลางส่งคำโต้แย้งของเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย (ฟื้นฟูกิจการ) รวม 2 คำร้อง เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ประเด็นหนึ่งที่มีผู้ร้องโต้แย้ง คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ที่เพิ่มเติม หมวด 3/1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 วรรคสอง ประกอบมาตรา 335 (1) ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 335(1) ที่บัญญัติว่า “มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสองและวรรคสามมาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้” หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ แต่เมื่อมีการตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวขึ้นใหม่ หรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว การดำเนินการนั้นต้องเป็นไปตามมาตรา 29 ทั้งนี้ให้นำไปใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายด้วยโดยอนุโลม” หมายความว่า มาตรา 335(1) เป็นบทเฉพาะกาลที่เป็นข้อยกเว้นของการนำมาตรา 29 วรรคสองและวรรคสามมาใช้บังคับกับกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (11 ตุลาคม 2540) หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง กล่าวคือ ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยล้มละลายประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2541 ซึ่งเป็นวันหลังจากวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ การดำเนินการตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสอง คือ ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายล้มละลายดังกล่าวด้วย แต่ด้วยเหตุที่การตรากฎหมายเป็นกระบวนการทางนิติบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 (1) บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ที่เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี เพื่อส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย จึงเห็นได้ว่ากรณีที่ผู้ร้องโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) มิได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายล้มละลายดังกล่าว เป็นการโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 มิได้ให้สิทธิผู้ร้องที่จะโต้แย้งได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ซึ่งเพิ่มเติมหมวด 3/1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง ประกอบมาตรา 335(1) หรือไม่”

โปรดดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26-34/2545 ลงวันที่ 4 มิถุนายน 2545 ซึ่งวินิจฉัยในแนวเดียวกัน

ว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่คู่ความหรือศาลอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ผู้ร้องโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ โดยไม่ได้โต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในประเด็นนี้ ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ได้”

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551 ที่ 3/2551 และที่ 4/2551 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2551 ได้วินิจฉัยในแนวทางเดียวกันว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักการตรวจสอบก่อนการประกาศใช้เป็นกฎหมายในมาตรา 141 และมาตรา 154 ซึ่งเป็นการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และร่างพระราชบัญญัติอื่นที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วว่า ตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่และมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และตามหลักการตรวจสอบภายหลังการประกาศใช้เป็นกฎหมาย ตามมาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245 และมาตรา 257 ที่บัญญัติให้ศาลที่พิจารณาคดี บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ ผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยไม่อาจหยิบยกประเด็นความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตรากฎหมายฉบับนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้อีก” ดังนั้น การตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น จึงจำกัดขอบเขตเพียงการตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนจะมีผลใช้บังคับเท่านั้น หากกฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับแล้วก็ไม่ว่าจะยื่นความเห็นเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระบวนการตรากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้อีก

## 2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว

### 2.2.1 การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน บัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติให้มีการส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย จำนวน 4 ช่องทาง คือ โดยศาลที่พิจารณาคดีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 โดยผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) โดยคณะกรรมการ

สิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) และโดยบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

### 2.2.1.1 การเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยศาลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211

รัฐธรรมนูญ มาตรา 211 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไป แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรานี้ หมายความว่า เป็นกรณีที่มีคดีอยู่ในศาล ไม่ว่าจะ เป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร และคู่ความในคดีอาจเป็นโจทก์หรือผู้ฟ้องคดี หรือ เป็นจำเลย หรือผู้ถูกฟ้องคดี โต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี นั้นขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติหรือเป็นกรณีที่ศาลเห็นเอง ถ้าศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีความวินิจฉัยเกี่ยวกับ บทบัญญัตินั้น ก็ให้ศาลส่งความเห็นนั้น เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย สำหรับวิธีการส่ง ความเห็นนั้น ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 20 วรรคสาม กำหนดให้ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร ส่งความเห็นหรือคำโต้แย้งของคู่ความ พร้อมด้วยเหตุผลไปยังสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง หรือกรมพระธรรมนูญ แล้วแต่กรณี เพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย เหตุผลของการกำหนดวิธีการดังกล่าว ก็เพื่อให้หน่วยธุรการ ของศาลนั้นๆ ช่วยกลั่นกรองในเบื้องต้นก่อนโดยเฉพาะในประเด็นที่ว่ามีความขัดแย้งของศาลรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นแล้วหรือไม่

หากพิจารณาบทบัญญัติที่ให้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 จะเห็นได้ว่า การให้สิทธิคู่ความในคดีโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติ เริ่มบัญญัติขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 206 และรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 และฉบับปัจจุบัน แต่รัฐธรรมนูญฉบับก่อนปี พ.ศ. 2534 ไม่มีบทบัญญัติให้คู่ความในคดีมีสิทธิโต้แย้งดังกล่าว คงกำหนดให้เป็นอำนาจของศาล เมื่อ ศาลเห็นเอง

ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเกี่ยวกับผู้มีสิทธิส่งความเห็นตามทางการเพื่อ ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2541 ลงวันที่ 4 สิงหาคม 2551 สรุปได้ว่า “คดีนี้จำเลยถูกพนักงานอัยการฟ้องเป็นคดีอาญา ทนายจำเลยได้ขอให้ศาลจังหวัดนนทบุรี

ออกหมายเรียกพยานหลักฐานให้ฝ่ายโจทก์คือพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการส่งศาล แต่โจทก์แจ้งเหตุขัดข้อง นายจำเลยได้ยื่นคำร้องต่อศาลให้บังคับโจทก์ส่งเอกสาร หากศาลเห็นด้วยกับโจทก์ก็ขอศาลส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตีความ ศาลจังหวัดนนทบุรีมีคำสั่งว่า โจทก์มีสิทธิไม่ส่งเอกสาร โดยเห็นว่าจะเกิดความเสียหายแก่โจทก์ และศาลไม่ต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความด้วย จำเลยจึงยื่นคำร้องด้วยตนเอง เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 241 วรรคสี่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเรื่องนี้แล้วเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติ มาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย” ซึ่งหมายความว่าให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้ส่งความเห็นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย มิได้ให้สิทธิผู้ร้องหรือคู่กรณีเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ เมื่อผู้ร้องไม่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จึงไม่มีเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับเรื่องคดีนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งมาตรา 241 วรรคสี่ ประกอบมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ อาศัยเหตุดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่รับคำร้องไว้พิจารณา”

นอกจากจะกำหนดให้ศาลเป็นผู้ส่งความเห็นตามทางการแล้ว หากภายหลังคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ คู่ความในคดีมีการแก้ไขเพิ่มเติมคำร้องหรือส่งเอกสารเพิ่มเติม จะต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้น เพื่อให้ส่งคำร้องแก้ไขเพิ่มเติมหรือส่งเอกสารเพิ่มเติมนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญ คู่ความในคดีนั้นจะยื่นคำร้องแก้ไขเพิ่มเติมหรือส่งเอกสารเพิ่มเติมโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2550 ลงวันที่ 26 กันยายน 2550

### 2.2.1.2 การเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยผู้ตรวจการแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1)

รัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) บัญญัติว่า “ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครองได้ เมื่อเห็นว่ามีการผิดดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญและให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”



การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยรัฐธรรมนูญมาตรา 244 บัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาและสอบสวนข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณีที่ข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือการปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรมไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ และหากปรากฏว่ามีกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นเอง หรือผู้ร้องเรียนเสนอความเห็นต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้

### 2.2.1.3 การเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2)

รัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติว่า “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(2) เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะนี้ เช่นเดียวกับกรณีผู้ตรวจการแผ่นดิน เพราะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเกิดจากการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยรัฐธรรมนูญมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคีและเสนอมาตรการการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคลหรือหน่วยงานที่กระทำหรือละเลยการกระทำดังกล่าวเพื่อดำเนินการ ในกรณีที่ปรากฏว่าไม่มีการดำเนินการตามที่เสนอให้รายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป ในกรณีดังกล่าวหากผู้ร้องเรียนเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นชอบด้วยกับผู้ร้องเรียนคณะกรรมการ



สิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้ สำหรับความหมายของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” นั้น พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 กำหนดนิยามให้หมายความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทยหรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”

#### 2.2.1.4 การเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

รัฐธรรมนูญ มาตรา 212 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้” และวรรคสองบัญญัติว่า “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติให้ประชาชนสามารถเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงในกรณีที่มีกฎหมายละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของตนและประชาชนเห็นว่าเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อประกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เอง ซึ่งเป็นมิติใหม่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองไว้ แต่การเสนอคดีในลักษณะนี้ย่อมต้องมีข้อจำกัด เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญมากเกินไป โดยกำหนดให้การเสนอคดีจะทำได้ก็เฉพาะในกรณีที่ไม่มีวิธีการอื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วเท่านั้น กล่าวคือเมื่อบุคคลดังกล่าวใช้สิทธิทางศาลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 แล้วศาลไม่ส่งเรื่องทางผู้ตรวจการแผ่นดินแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ส่งเรื่องและทางคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่ส่งเรื่องเช่นนี้จึงจะมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212<sup>17</sup> ตามเจตนารมณ์ดังกล่าว แม้ว่าจะให้สิทธิประชาชนยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ยังคำนึงว่าคดีความจะขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญมากเกินไปจึงได้กำหนดให้ไปใช้สิทธิโดยวิธีการอื่น ซึ่งเป็นช่องทางที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิที่จะดำเนินการผ่าน

<sup>17</sup> คณะกรรมาธิการวิสามัญบับที่กเจตนาธรรมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนาธรรมณ์ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. (สำนักกรรมาธิการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550) หน้า 205 และ โปรดดูรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 33/2550 วันจันทร์ที่ 25 มิถุนายน 2550 หน้า 186-193.

องค์กรดังกล่าว เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อยู่แล้ว ทั้งนี้ ก็เพื่อให้องค์กรเหล่านั้นได้กลับรอก่อนที่จะนำไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญ และการใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะต้องโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลหรือร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ต้องด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 6 หรือมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อองค์กรเหล่านั้น และขอให้ส่งความเห็นเช่นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งเมื่อไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว เนื่องจากศาลและผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติไม่ส่งความเห็นเช่นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพนั้นจึงจะมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 วรรคสอง บัญญัติให้การใช้สิทธิ ดังกล่าวให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญ และมาตรา 300 วรรคห้า บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกข้อกำหนด เกี่ยวกับวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยในระหว่างที่ยังมิได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ออกข้อกำหนดขึ้นใช้บังคับ คือ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2550 มีผลใช้บังคับในวันถัดจากวันประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา ข้อกำหนดดังกล่าวยังคงใช้บังคับเนื่องจากร่างพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของสภา ผู้แทนราษฎร ข้อกำหนดนี้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 อยู่ในข้อ 21 และข้อ 22 ดังนี้

ข้อ 21 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มี สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่มิอาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่น ได้แล้ว ทั้งนี้ ตามมาตรา 211 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญ

ข้อ 22 การยื่นคำร้องของบุคคลตามข้อ 21 นอกจากต้องดำเนินการ ตามข้อ 18 แล้ว ให้ระบุเหตุที่มิอาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้วด้วย

โดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและข้อกำหนดดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาและวางหลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาว่าจะรับคำร้องของ

ประชาชนที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ไว้พิจารณาวินิจฉัย หรือไม่ ดังนี้

- (1) ต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
- (2) บุคคลนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และ
- (3) ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

การให้สิทธิประชาชนยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงจะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย **หลักเกณฑ์ประการที่หนึ่ง** ต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการกล่าวอ้างว่าละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ละเมิดหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 เท่ากับเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ดังนั้น หลักเกณฑ์และวิธีการที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดในการพิจารณาว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ในหลักเกณฑ์ประการที่หนึ่งจึงต้องเป็นกรณีที่บุคคลถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย สำหรับบทบัญญัติแห่งกฎหมายศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเกี่ยวกับความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 ไว้ว่า เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาได้แก่ พระราชกำหนด ส่วนกฎ ข้อบังคับหรือพระราชกฤษฎีกา รัฐธรรมนูญ มาตรา 264 มิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>18</sup> นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วางหลักสำคัญไว้ในหลักเกณฑ์ประการที่หนึ่งนี้ คือ การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่อบุคคลนั้นจะต้องเป็นการละเมิดโดยตรงและ

<sup>18</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 27/2544 ลงวันที่ 4 กันยายน 2544.

เป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นแล้ว มิใช่เป็นเพียงความรู้สึกของบุคคลหรือมีความเห็นว่ากฎหมายนั้นอาจกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของตน<sup>19</sup> **หลักเกณฑ์ประการที่สอง** บุคคลนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือต้องกล่าวอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราใด และต้องระบุเรื่องอันเป็นเหตุให้ต้องใช้สิทธิพร้อมทั้งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง โดยต้องระบุให้ชัดเจนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของตนอย่างไร เพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้นำข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องนั้นมาพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้หรือไม่ หรือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจรัฐสภาตรากฎหมายจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ และถ้าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเป็นกรณีเท่าที่จำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นหรือไม่ กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงหรือไม่ ซึ่งการกล่าวอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราใด พร้อมทั้งข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น **หลักเกณฑ์ประการที่สาม** ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ก่อนที่จะพิจารณาว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ประการที่สามหรือไม่ คำร้องของผู้ร้องจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ประการที่หนึ่งและที่สองเสียก่อน กล่าวคือ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายและบุคคลนั้นต้องยื่นคำร้องพร้อมด้วยเหตุผลต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ประการที่หนึ่งและประการที่สองแล้ว ต้องถือว่าบุคคลนั้นมีผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ และไม่มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ประการที่สามนี้อีก การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นก่อนยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ด้วยเหตุผลมิให้มีคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญมากเกินไป และเพื่อให้ศาล ผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติช่วยกันกรองก่อนยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรืออาจเป็นกรณีที่การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นอยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านั้นที่จะแก้ไขหรือเยียวยาได้ ซึ่งเมื่อองค์กรเหล่านั้นได้แก้ไขและเยียวยาและบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพพอใจกับการแก้ไขเยียวยานั้น

<sup>19</sup> คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2551 ลงวันที่ 7 ตุลาคม 2551 และคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2552 ลงวันที่ 7 ตุลาคม 2552.

ก็ไม่จำเป็นต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว จึงหมายความว่า บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ใช้สิทธิยื่นฟ้องคดีต่อศาลไม่ว่าจะเป็น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหารและขอให้ศาลส่งความเห็นว่าจะทบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่ศาลไม่ส่งความเห็นเช่นนั้น บุคคลนั้นจะต้องใช้สิทธิโดยร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินแล้วเสนอความเห็นต่อผู้ตรวจการแผ่นดินว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและขอให้ส่งความเห็นเช่นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ส่งความเห็นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย บุคคลนั้นจะต้องใช้สิทธิโดยร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแล้วเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและขอให้ส่งความเห็นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่ส่งความเห็นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย กรณีเช่นนี้ จึงจะถือว่าบุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว จึงมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

## 2.2.2 ผลของคำวินิจฉัย

ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว เริ่มมีผลตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากมีคำร้องยื่นเพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยน้อยมาก ดังนั้น คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงมีเพียง 5 คำวินิจฉัย อย่างไรก็ตามในจำนวนนี้มี 2 คำวินิจฉัยที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป สำหรับผลการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว โดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีจำนวน 276 คำวินิจฉัย โดยแยกเป็นคำวินิจฉัยตามคำร้องที่ศาลส่งให้พิจารณาวินิจฉัยจำนวน 265 คำวินิจฉัย และคำวินิจฉัยตามคำร้องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาส่งให้พิจารณาวินิจฉัย จำนวน 11 คำวินิจฉัย ในจำนวนนี้ มี 4 คำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ผลการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มีจำนวน 5 คำวินิจฉัย และผลการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วโดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นับถึงเดือนกันยายน 2554 มีจำนวน 53 คำวินิจฉัยในจำนวนนี้มี 1 คำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ



ไม่ว่าจะโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ ซึ่งเท่ากับว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นแล้ว

คำวินิจฉัยที่ให้ความคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน โดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้ง 7 ฉบับมีดังต่อไปนี้

**(1) คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ ต.3/2494 ลงวันที่ 29 มกราคม 2494**

เรื่อง ศาลฎีกาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 มาตรา 13 ทวิ (1) แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2489 มาตรา 6 เฉพาะที่ให้ริบทรัพย์ของบุคคลอื่นที่มีรู้เห็นในการกระทำความผิดด้วยนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 29 สรุปได้ว่า ปลัดกระทรวงยุติธรรมส่งความเห็นของศาลฎีกาในคดีอาญา เรื่องโจทก์หาว่าจำเลยทำผิดพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 จำเลยเตรียมขนย้ายข้าวสาร 944 กระสอบ บรรทุกลงเรือยนต์เดินทะเลโตเจริญนาวา เพื่อไปทางทะเลอันเป็นการเตรียมที่จะนำข้าวสารออกนอกราชอาณาจักรไปยังต่างประเทศ โดยมีได้รับหนังสืออนุญาตจากพนักงาน เจ้าพนักงานตำรวจจับจำเลยได้พร้อมด้วยข้าวสาร 944 กระสอบ ขณะกำลังขนขึ้นจากเรือฉลอม 3 ลำ บรรทุกเรือยนต์เดินทะเลโตเจริญนาวา จึงได้ยึดข้าวสาร 944 กระสอบ เรือยนต์โตเจริญนาวา 1 ลำ กับเรือฉลอม 3 ลำ ซึ่งใช้ในการกระทำความผิดมาเป็นของกลาง ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 มาตรา 10, 13 พระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2489 มาตรา 5,6 และขอให้ศาลสั่งริบของกลางทั้งหมดกับจำเลยสินบนและรางวัล นายสง โตเจริญ ร้องขอให้ศาลคืนเรือโตเจริญนาวา และนายเส่ง แซ่อึ้ง ร้องขอให้ศาลคืนเรือฉลอม 3 ลำ ให้แก่ผู้ร้องซึ่งเป็นเจ้าของเรือเหล่านี้ และมีรู้เห็นในการกระทำความผิดด้วย ศาลฎีกามีความเห็นว่าเป็นบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 มาตรา 13 ทวิ(1) แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2489 มาตรา 6 เฉพาะที่ให้ริบทรัพย์ของบุคคลอื่นที่มีรู้เห็นในการกระทำความผิดด้วยนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 จึงรอกการพิพากษาไว้และขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

มาตรา 13 ทวิ (1) แห่งพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2489 มาตรา 6 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 10 มีความผิดดังต่อไปนี้



(1) ถ้าเป็นการขนย้ายข้าวออกนอกเขต ซึ่งคณะกรรมการประกาศกำหนดไปทางทะเลหรือเพื่อออกนอกราชอาณาจักร ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่ห้าพันบาทขึ้นไปจนถึงห้าหมื่นบาทกับให้ริบข้าวรวมทั้งสิ่งที่ใช้บรรจุ และพาหนะใดๆ ที่ใช้ในการบรรทุกข้าวรวมถึงพาหนะที่ใช้ลากจูงพาหนะบรรทุกข้าวนั้นเสีย โดยมีต้องค้ำประกันว่าจะเป็นคนใดและเจ้าของจะรู้เห็นในการกระทำผิดนั้นด้วยหรือไม่

ผู้ใดพยายามหรือเตรียมกระทำความผิดฐานขนย้ายข้าวออกนอกเขต ซึ่งคณะกรรมการประกาศกำหนดเพื่อไปทางทะเลหรือเพื่อออกนอกราชอาณาจักร หรือเป็นผู้สมรู้ในการกระทำผิดนั้น มีความผิดต้องระวางโทษดุจเดียวกับที่บัญญัติไว้สำหรับผู้กระทำความผิด

ฯลฯ

ฯลฯ”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่ลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาเรื่องนี้โดยละเอียดแล้วเห็นว่าประเด็นข้อแรกที่จะต้องพิจารณาคือ การริบเรือตามความในมาตรา 13 ทวิ (1) แห่งพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. 2489 มาตรา 6 นั้น เป็นโทษอาญาตามกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้นหรือไม่ ในขณะนี้มีกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งต้องถือว่าเป็นกฎหมายที่วางรากฐานของการลงโทษอาญา มาตรา 12 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาบัญญัติว่า อาญาสำหรับลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ท่านกำหนดไว้เป็น 6 สถาน และสถานที่หนึ่งก็คือให้ริบทรัพย์ การริบทรัพย์หมายถึงการตรอนกรรมสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของและให้ทรัพย์ที่ริบนั้นตกเป็นของแผ่นดิน ลักษณะและผลของการริบทรัพย์จึงเป็นการลงโทษแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์

เมื่อวินิจฉัยว่าการริบทรัพย์ในคดีนี้เป็น การลงโทษอาญาแล้วประเด็นต่อไปคือการริบทรัพย์ตามความในมาตรา 13 ทวิ (1) แห่งพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2489 มาตรา 6 ที่ให้ริบทรัพย์โดยมีต้องค้ำประกันว่าจะเป็นคนใดและเจ้าของจะรู้เห็นในการกระทำผิดนั้นด้วยหรือไม่ นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 หรือไม่ ในข้อนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้คำนึงถึงอำนาจอันกว้างขวางของสภานิติบัญญัติที่จะออกกฎหมาย แต่สำหรับประเทศที่บัญญัติรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นการออกกฎหมายก็ต้องอยู่ภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดขอบเขตของการออกกฎหมายลงโทษบุคคลทางอาญาไว้ว่า

“บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้” ตามถ้อยคำที่ใช้นี้อย่อมเห็นได้ชัดว่าผู้ที่ถูกลงโทษอาญาได้จะต้องกระทำการอันใดอันหนึ่ง (บางกรณีรวมถึงการละเว้นซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นการกระทำด้วย) ซึ่งในขณะที่กระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด สำหรับคดีนี้ปัญหาที่ว่ากรณีที่เจ้าของเรือให้เช่าเรือของตนไป และผู้เช่าเอาเรือไปใช้บรรทุกข้าวอันเป็นของต้องห้ามตามกฎหมาย โดยเจ้าของเรือไม่มีส่วนรู้เห็นด้วยอย่างไรเลยนั้น มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ความจริงไม่มีกฎหมายใดบัญญัติไว้ว่า การกระทำความผิดกล่าวของเจ้าของเรือเป็นความผิดอาญา และเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญาแล้ว การรับเรือซึ่งเป็นการลงโทษเจ้าของเรือ จึงเป็นการกระทำที่อาศัยบทบัญญัติอันขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงให้คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติในมาตรา 13 ทวิ (1) แห่งพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2489 มาตรา 6 เฉพาะที่ให้รับทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่มีได้รู้เห็นในการกระทำความผิดด้วยนั้น เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 และบทบัญญัติ โดยเฉพาะดังกล่าวนี้ จึงใช้บังคับมิได้ตามความในมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(2) คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2501 เรื่อง มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ หรือไม่ สรุปได้ว่า ปลัดกระทรวงยุติธรรมส่งความเห็นของศาลอุทธรณ์โดยมติที่ประชุมใหญ่มีความเห็นว่า บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 มาตรา 9 ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 มาตรา 99 มาตรา 101 และมาตรา 102

รัฐธรรมนูญ มาตรา 99 มีว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ท่านว่าเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะซึ่งจะต้องดำเนินตามกฎหมายและในนามพระมหากษัตริย์” มาตรา 101 มีว่า “การตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งหรือที่มีข้อหาฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลธรรมดาที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะกระทำมิได้” มาตรา 102 มีว่า “การบัญญัติกฎหมายให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลหรือวิธีพิจารณาเพื่อใช้แก่คดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะจะกระทำมิได้”

มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 ซึ่งศาลอุทธรณ์เห็นว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 99 มาตรา 101 และมาตรา 102 ดังกล่าวข้างต้นมีว่า “คำสั่งของคณะกรรมการจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม ตามความในมาตรา 4 หรือมาตรา 8 ให้ถือเป็นเด็ดขาดผู้ใดจะนำไปฟ้องคดีเป็นอย่างอื่นมิได้

ที่ดินแปลงใด อยู่ในระหว่างพิจารณาของคณะกรรมการจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคมและมีกรณีพิพาทขึ้นที่ศาลเกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้น คณะกรรมการจะรายงานให้ศาลทราบก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ก่อน จนกว่าคณะกรรมการจะได้วินิจฉัยเกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้นแล้ว”

มาตรา 4 และมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 ซึ่งมาตรา 9 ดังกล่าวข้างต้นอ้างถึงนั้น มีความบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคมไว้ว่า ที่ดินที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองแสดงความจำนงต่อทางราชการสละที่ดินนั้นก็ดี หรือเจ้าของหรือผู้ครอบครอง ต้องสละการครอบครองไปเพราะเกรงกลัวอิทธิพล หรือไม่รู้เท่าถึงการณก็ดีหรือที่ปรากฏแก่คณะกรรมการว่าเจ้าของ หรือผู้ครอบครองได้ที่ดินมาด้วยความไม่เป็นธรรมก็ดี ให้คณะกรรมการเอาที่ดินนั้นจัดให้ราษฎรตามความเป็นธรรม หรือจะสงวนไว้ให้ราษฎรใช้ร่วมกันก็ได้ และเมื่อคณะกรรมการได้มีคำสั่งจัดที่ดินแปลงใดให้แก่ราษฎรแล้ว คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้บุคคลที่คณะกรรมการเห็นว่าไม่มีสิทธิในที่ดินออกไปเสียจากที่ดินนั้นได้

จะได้วินิจฉัยว่า มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติที่กล่าวนั้นจะแย้งหรือขัดต่อ มาตรา 99 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ตามความเห็นของศาลอุทธรณ์หรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 99 มีว่า “การพิจารณาพิพากษา อรรถคดี ท่านว่าเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ ซึ่งจะต้องดำเนินตามกฎหมายและในนามพระมหากษัตริย์”

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า คณะกรรมการจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม ซึ่งมีอำนาจตามมาตรา 4 และมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 นั้น แม้โดยชื่อจะเรียกว่า “คณะกรรมการฯ” และแม้ว่าการพิจารณาของคณะกรรมการจะเรียกว่า “การสอบสวน” และคำชี้ขาดของคณะกรรมการจะเรียกว่า “คำสั่ง” ก็ตาม แต่เมื่อได้พิจารณา ลักษณะของกรรมการคณะนั้นแล้ว ก็อาจกล่าวได้ว่า นอกจากมีอำนาจบริหารแล้วยังเป็นคณะบุคคล ที่ก่อตั้งขึ้นให้มีอำนาจกระทำการได้อย่างศาลอีก กล่าวคือ ในกรณีที่มาตรา 4 บัญญัติว่า เมื่อเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินเดิมต้องสละที่ดินไปเพราะเกรงกลัวอิทธิพล หรือไม่รู้เท่าถึงการณ หรือผู้ครอบครองที่ดินอยู่ได้ที่ดินมาด้วยความไม่เป็นธรรม ก็ให้คณะกรรมการมีอำนาจจัดที่ดินนั้นให้แก่ราษฎรตามความเป็นธรรม หรือให้ใช้ประโยชน์ร่วมกันได้ และในกรณีที่มาตรา 8 บัญญัติให้คณะกรรมการฯ ไล่ให้ผู้ใช้ซึ่ง คณะกรรมการฯ เห็นว่าเป็นผู้ไม่มีสิทธิในที่ดินออกไปนั้น ไม่ต้องสงสัยเลยว่าในกรณีดังว่านี้จะมีใช้เป็นการณ ที่ราษฎรคนหนึ่งหรือฝ่ายหนึ่งพิพาทโต้แย้งกับราษฎรอีกคนหนึ่งหรืออีกฝ่ายหนึ่ง การที่กรรมการคณะนี้มีอำนาจทำการสอบสวนและมีคำสั่งจัดที่ดินในมาตรา 4 และมาตรา 8 ตามที่ได้กล่าวมา จึงย่อมจะเห็น ได้โดยแจ้งชัดว่าคณะกรรมการจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคมมีรูปลักษณะทำนองศาลซึ่งมีอำนาจ

พิจารณาพิพากษาอรรถคดีนั้นเอง เป็นแต่เรียกชื่อไปเสียเป็นอย่างอื่นเท่านั้น อนึ่ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เห็นว่าอำนาจทำการสอบสวนของกรรมการคณะนี้ ซึ่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความ เป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 ได้บัญญัติให้ไว้ โดยมีได้บัญญัติให้ต้องดำเนินตามกฎหมายว่าด้วยวิธี พิจารณาความนั้น ก็ย่อมจะมีผลเป็นการบัญญัติกฎหมายกำหนดวิธีพิจารณาขึ้นใหม่ ใช้แก่กรณีพิพาทใน เรื่องกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินนั้นด้วย

นอกจากนี้พึงสังเกตว่า มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความ เป็นธรรมแก่ สังคมนั้น เป็นบทบัญญัติแสดงผลบังคับมาตรา 4 และมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ คำสั่งของคณะกรรมการจัดที่ดินให้กรรมสิทธิ์ หรือให้สิทธิครอบครองแก่ราษฎรคนใด และสั่งให้ขับไล่ ราษฎรอีกคนหนึ่งออกไปตามมาตรา 4 และมาตรา 8 ย่อมต้องถือเป็นเด็ดขาด ผู้ใดจะนำไปฟ้องคดีให้ เป็นอย่างอื่นไม่ได้ ยิ่งกว่านั้นแม้จะมีคดีพิพาทกันแล้วในศาล ถ้าคณะกรรมการแจ้งไปให้ศาลทราบ ศาลก็จักต้องรอการพิจารณาคดีไว้ ซึ่งมีความหมายว่าต้องรอฟังคำชี้ขาดของคณะกรรมการฯ เมื่อ คณะกรรมการฯ ชี้ขาดประการใดศาลก็ไม่มีอำนาจพิพากษาชี้ขาดคดีพิพาทนั้นเป็นอย่างอื่นได้ รวมความ ก็คือ มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความ เป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 นี้ ไม่เพียงแต่ให้อำนาจการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเกี่ยวแก่กรรมสิทธิ์ และสิทธิครอบครองที่ดินไว้แก่คณะกรรมการ จัดที่ดินเพื่อความ เป็นธรรมแก่สังคมนั้น แต่ยังได้ให้อำนาจเหนือและยิ่งกว่าศาลเสียอีก

การจัดตั้งศาลขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาอรรถคดีบางประเภทนั้นย่อมกระทำได้โดย ไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่ที่จัดตั้งขึ้นนั้นต้องเป็น “ศาล” มีตุลาการเป็นผู้กระทำการใน พระปรมาภิไธย การจัดตั้งคณะกรรมการจัดที่ดินเพื่อความ เป็นธรรมแก่สังคมนั้น คณะกรรมการฯ ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร มีอำนาจหน้าที่ชี้ขาดเกี่ยวแก่กรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองอันเป็น กรณีพิพาทระหว่างบุคคล มีผลเป็นการตั้งบุคคลอื่นที่มีใช่ศาลให้อำนาจทำการพิจารณาพิพากษา อรรถคดี จึงไม่อาจกล่าวได้เป็นอย่างอื่นนอกจากว่าเป็นการแย้งและขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย มาตรา 99 ซึ่งบัญญัติว่า การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ

เมื่อได้วินิจฉัยว่ามาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความ เป็นธรรมแก่สังคมน พ.ศ. 2497 ขัดต่อมาตรา 99 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ดังนี้แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย ถึงมาตรา 101 และมาตรา 102 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ต่อไป

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีมติเป็นเอกฉันท์ให้คำวินิจฉัยไว้ว่า มาตรา 9 แห่ง พระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความ เป็นธรรมแก่สังคมน พ.ศ. 2497 เป็นบทบัญญัติมีข้อความขัดต่อ รัฐธรรมนูญ ต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 113 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ใช้บังคับมิได้

(3) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ลงวันที่ 5 มิถุนายน 2546 เรื่องผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ผู้ร้อง) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198 กรณีพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สรุปได้ว่าพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ที่บัญญัติว่า “หญิงมีสามีให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” เป็นบทบัญญัติที่บังคับให้หญิงมีสามีที่ได้สมรสกันตามกฎหมายต้องเปลี่ยนชื่อสกุลของหญิงนั้นมาเป็นชื่อสกุลของชายผู้เป็นสามี และเป็นการบัญญัติที่เป็นการบังคับเฉพาะหญิงที่มีสามีฝ่ายเดียวอันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ที่เป็นบทบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลให้ได้รับความคุ้มครองและให้เกิดความเสมอภาคกันในทางกฎหมายระหว่างชายและหญิง อีกทั้งได้บัญญัติมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศฯ ดังนั้น การที่บทบัญญัติดังกล่าวบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น ทำให้หญิงถูกลิดรอนสิทธิและเสรีภาพในการใช้ชื่อสกุลหลังจากสมรสกันตามกฎหมายแล้ว เป็นการบังคับเฉพาะหญิงที่มีสามีเท่านั้น ทำให้หญิงมีสามีไม่มีสิทธิและเสรีภาพในการเลือกใช้ชื่อสกุลได้อย่างอิสระ ซึ่งแตกต่างกับชายที่ไม่ได้ถูกจำกัดสิทธิในการใช้ชื่อสกุลแต่อย่างใด

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยให้ทุกคนมีความเสมอภาคในกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะการรับรองสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ ทั้งนี้ หลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 มีพื้นฐานมาจากหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามธรรมชาติที่เป็นการยอมรับว่าสิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกชนนั้น เป็นสิทธิที่มีความเสมอภาคเท่าเทียมกันทุกคน ซึ่งจะเป็นสิทธิที่มีมาตั้งแต่เกิดที่ทุกคนจะมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน และห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติอันทำให้เกิดความไม่เสมอภาคแก่บุคคลที่เรียกว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม แต่ก็ได้เป็นการห้ามโดยเด็ดขาด หากการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นมาตรการเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาค โดยทำให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมตามมาตรา 30 วรรคสี่

การใช้ชื่อสกุลเป็นมาตรการของรัฐในการจำแนกตัวบุคคลเพื่อแสดงถึงแหล่งกำเนิดว่ามาจากวงศ์ตระกูลใดอันเป็นการแสดงเผ่าพันธุ์ เทือกเถาเหล่ากอของบุคคล โดยการใช้ชื่อสกุล ถือว่าเป็นเรื่องสิทธิของบุคคลที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันทุกคน ทั้งนี้รัฐยังคงมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองบุคคลตามกฎหมายเพื่อมิให้การใช้ชื่อสกุลของบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเสื่อมเสียแก่บุคคลอื่นได้และถือ

เป็นหน้าที่ของบุคคลทุกคนที่จะต้องไม่ให้การใช้สิทธิในการใช้ชื่อสกุลไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลอื่นเช่นกัน ประเทศไทยได้นำระบบการใช้ชื่อสกุลมาใช้ครั้งแรกในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 โดยหญิงมีสามียังคงใช้ชื่อสกุลเดิมของตนได้ ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติขนานนามสกุล พระพุทธศักราช 2456 มาตรา 6 ที่บัญญัติว่า "หญิงได้ทำงานสมรสมีสามีแล้วให้ใช้ชื่อสกุลของสามี แลคงใช้ชื่อตัวแลชื่อสกุลเดิมของตนได้" ต่อมาได้มีการแก้ไขเรื่องการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีโดยพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พุทธศักราช 2484 บัญญัติไว้ในมาตรา 13 ว่า "หญิงมีสามีให้ใช้ชื่อสกุลของสามี" และ พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ยังคงถือหลักการเรื่องการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พุทธศักราช 2484 โดยนำถ้อยคำเดียวกัน บัญญัติไว้ในมาตรา 12 ข้อที่ต้องพิจารณามีว่า ถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคลฯ นั้น มีความหมายในลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น หรือ เป็นการให้สิทธิแก่หญิงมีสามีสามารถใช้ชื่อสกุลของสามีได้ พิจารณาแล้วถ้อยคำที่เป็นสาระสำคัญของมาตรา 12 คือ คำว่า "ให้ใช้" ซึ่งมีลักษณะเป็นบทบังคับโดยชัดแจ้ง โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติขนานนามสกุล ฯ แล้ว เห็นได้ว่า ถ้อยคำมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 6 ใช้คำว่า "...แลคงใช้ชื่อตัวแลชื่อสกุลเดิมของตนได้" ย่อมแสดงเจตนารมณ์ชัดเจนว่า หญิงเมื่อทำการสมรสแล้วยังคงมีสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลเดิมของตนได้ เมื่อพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พุทธศักราช 2484 และพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มีการแก้ไขหลักการดังกล่าว โดยใช้ถ้อยคำเดียวกัน ในลักษณะเป็นบทบังคับ ย่อมแสดงว่า พระราชบัญญัติชื่อบุคคล ฯ มีเจตนารมณ์ไม่ประสงค์ให้หญิงมีสามีมีสิทธิใช้ชื่อสกุลเดิมของตนต่อไป โดยเปลี่ยนแปลงหลักการจากเดิมที่ให้หญิงมีสามีมีสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลเดิมของตนได้เปลี่ยนมาเป็นการบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียว เมื่อบทบัญญัติมาตรา 12 มีลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น อันเป็นการลิดรอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน เกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ และ สถานะของบุคคล เนื่องจากสิทธิการใช้ชื่อสกุลนั้น เป็นสิทธิของบุคคลที่จะแสดงเผ่าพันธุ์ เพื่อเกลาเหล่ากอของตน และเป็นสิทธิที่ทุกคนมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน โดยมีได้มีการแบ่งแยกว่า เป็นสิทธิของชายหรือของหญิง อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากการบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานะการสมรสนั้น มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพ หรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิงที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน จึงไม่เป็นเหตุที่ทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันในเรื่องเพศ และสถานะของบุคคลได้ สำหรับข้ออ้างที่ว่า การเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีเหตุผลทางสังคมที่ว่า เพื่อความเป็นเอกภาพ และความสงบสุขของครอบครัว อีกทั้งสอดคล้องกับวัฒนธรรมและวิถีชีวิตของชนชาวไทยนั้น พิจารณาแล้ว เห็นว่า ข้ออ้างดังกล่าว รับฟังไม่ได้ เนื่องจากความเป็นเอกภาพ



และความสงบสุขของครอบครัวเกิดขึ้นจากความเข้าใจ การยอมรับ และการให้เกียรติซึ่งกันและกัน ระหว่างสามีและภรรยา ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการใช้ชื่อสกุลฉบับแรกของประเทศไทย เพิ่งตราขึ้นเมื่อปี 2456 โดยก่อนหน้านั้น ประเทศไทยไม่มีระบบการใช้ชื่อสกุล จึงไม่น่าจะเป็นเรื่องของวัฒนธรรม และวิถีชีวิตที่มีมาช้านาน อีกทั้ง การให้หญิงมีสามีมีสิทธิใช้ชื่อสกุลเดิมของตนได้นั้น เป็นเพียงการส่งเสริมให้ชายและหญิงมีสิทธิอย่างเสมอภาคกันทางกฎหมายเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

#### (4) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546 ลงวันที่ 26 มิถุนายน 2546

เรื่องผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ผู้ร้อง) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198 กรณีพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สรุปได้ว่า ผู้ร้องเสนอความเห็นว่า พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า “คดีที่ศาลจังหวัดทหาร ไม่มีอำนาจพิพากษาให้ศาลจังหวัดทหารทำความเห็นส่งสำนวนไปให้ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพพิพากษาแล้วแต่กรณี” หมายความว่าบางคดีที่ศาลจังหวัดทหารมีแต่อำนาจพิจารณาแต่ไม่มีอำนาจพิพากษา ศาลจังหวัดทหารนั้นก็ต้องส่งสำนวนไปให้ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพเป็นผู้พิพากษาคดี ซึ่งก็เท่ากับว่าศาลจังหวัดทหารซึ่งเป็นศาลที่นั่งพิจารณาคดีได้เป็นผู้ทำคำพิพากษา แต่ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพซึ่งไม่ได้นั่งพิจารณาคดีกลับเป็นศาลที่ทำคำพิพากษาแทนศาลจังหวัดทหาร จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจผู้พิพากษาหรือตุลาการที่มีได้เป็นผู้นั่งพิจารณาคดีเป็นผู้ทำคำพิพากษาได้อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 236 ทั้ง มาตรา 19 ดังกล่าว ก็มีได้บัญญัติไว้ว่าแต่เฉพาะในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้แต่อย่างใด

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา 236 ได้บัญญัติเป็นหลักการประกันสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลโดยการนั่งพิจารณาต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ และผู้ทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีต้องเป็นผู้ที่นั่งพิจารณาคดีนั้น ผู้ที่มีได้นั่งพิจารณาคดีเป็นองค์คณะไม่อาจทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยได้ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติในข้อยกเว้นนี้ หมายความว่าผู้ที่มีได้นั่งพิจารณาคดีใดจะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้นมิได้ นอกจากจะมีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้แล้ว ยังจะต้องเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นด้วย เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 แล้วเห็นว่า ตามมาตรา 6 บัญญัติให้ศาลทหารแบ่งออกเป็นสามชั้น คือ ศาลทหารชั้นต้น ศาลทหารกลาง ศาลทหารสูงสุด

มาตรา 7 บัญญัติให้ศาลทหารชั้นต้น ได้แก่ ศาลจังหวัดทหาร ศาลมณฑลทหาร ศาลทหารกรุงเทพ ศาลทหารประจำหน่วยทหาร สำหรับอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาของศาลทหารชั้นต้น แตกต่างกันออกไปโดยมาตรา 19 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ศาลจังหวัดทหารมีอำนาจพิจารณาคดีอาญาได้ ทุกบทกฎหมาย เว้นแต่คดีที่จำเลยมีศทหารชั้นสัญญาบัตร วรรคสอง บัญญัติให้คดีที่กฎหมาย มิได้กำหนดอัตราโทษอย่างต่ำหรือกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกิน สองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ไม่เกินกำหนดนี้ ถ้าศาลจังหวัดทหารเห็นควรยกฟ้องโจทก์หรือเห็นควร ลงโทษจำเลยแต่ละกระทงจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับไม่เกินกำหนด นี้ก็ให้พิพากษาได้ และวรรคสามบัญญัติให้คดีที่ศาลจังหวัดทหารไม่มีอำนาจพิพากษาให้ศาลจังหวัดทหาร ทำความเห็นส่งสำนวนไปให้ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพพิพากษาแล้วแต่กรณี ส่วน มาตรา 21 บัญญัติให้ศาลมณฑลทหารและศาลประจำหน่วยทหาร มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ได้ทุกบทกฎหมาย เว้นแต่คดีที่จำเลยมีศทหารชั้นนายพล หรือเทียบเท่า และมาตรา 22 บัญญัติให้ ศาลทหารกรุงเทพ มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ทุกบทกฎหมายโดยไม่จำกัดยศของจำเลย ดังนั้น อำนาจในการพิจารณาและพิพากษาคดีอาญา ซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ชั้นต้นในขณะกระทำความผิดศาลใดศาลหนึ่งใน 4 ประเภทศาลนั้น มีความแตกต่างกันที่ชั้นยศของทหารที่ กระทำความผิดเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ยกเว้นเฉพาะศาลจังหวัดทหาร ซึ่งนอกจากจะมีอำนาจในการพิจารณา คดีได้ทุกบทกฎหมาย เฉพาะนายทหารประทวนต่ำกว่าชั้นสัญญาบัตร ตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง แล้ว ยังถูกจำกัดอำนาจในการที่จะพิพากษาคดี ตามมาตรา 19 วรรคสอง สำหรับคดีที่ศาลจังหวัดทหารไม่มี อำนาจพิพากษาแต่ได้ทำการพิจารณาคดีมาแล้ว ให้ศาลจังหวัดทหารทำความเห็นส่งสำนวนไปให้ศาล มณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพพิพากษาแล้วแต่กรณี ตามมาตรา 19 วรรคสาม

ประเด็นที่ว่า พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 236 หรือไม่นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่าศาลจังหวัดทหาร ศาลมณฑล ทหาร ศาลทหารกรุงเทพ และศาลทหารประจำหน่วยทหาร ต่างก็เป็นศาลชั้นต้นด้วยกัน แต่เมื่อ ศาลจังหวัดทหารได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาใดตามอำนาจที่ระบุไว้โดยกฎหมายแล้ว หาก จะพิพากษาคดีลงโทษเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้กลับไม่มีอำนาจพิพากษา ต้องทำความเห็นส่ง สำนวนไปให้ศาลชั้นต้นประเภทเดียวกัน ได้แก่ ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพแล้วแต่กรณี เป็นศาลที่ทำคำพิพากษา ตามมาตรา 19 วรรคสาม ซึ่งศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพดังกล่าว ก็มีได้ดำเนินการออกนั่งพิจารณาคดีมาแต่เริ่มแรกแต่ประการใด ทั้งคำชี้แจงจากกรมพระธรรมนูญและ ผู้แทนซึ่งกรมพระธรรมนูญมอบหมายให้มาชี้แจงต่อศาลรัฐธรรมนูญ รับฟังสรุปได้ว่า “คดีที่ศาลจังหวัด ทหารมีแต่อำนาจพิจารณาแต่ไม่มีอำนาจพิพากษานี้ เรียกกันว่า คดีเกินอำนาจฯ โดยข้อเท็จจริงแล้ว คดีเช่นนี้ศาลจังหวัดทหารจะมีกระบวนการพิจารณาที่มีองค์คณะ พิจารณาครบตามที่กฎหมายรับรอง

กำหนดไว้ฯ และองค์คณะตุลาการทั้งสามนี้เองจะเป็นผู้ทำการวินิจฉัยคดี โดยทำเป็นความเห็นที่มีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษา เพียงแต่ใช้ถ้อยคำว่าความเห็น ระบุไว้ที่หัวกระดาษกำกับแทนคำพิพากษา อนึ่ง การทำคำพิพากษาของตุลาการศาลมณฑลทหาร ในคดีเกินอำนาจนี้ในทางปฏิบัติแล้ว ตุลาการศาลมณฑลทหารจะไม่ก้าวล่วงไปถึงการรับฟังข้อเท็จจริงของตุลาการศาลจังหวัดทหารที่รับรู้ ได้เห็น และได้รับทราบมาขณะนั่งพิจารณา เว้นแต่จะปรากฏให้เห็นชัดเจนว่ามีการรับฟังข้อเท็จจริงที่บกพร่องหรือผิดพลาดจากที่ปรากฏในสำนวนจึงจะแก้ไข ส่วนใหญ่จะเป็นกระบวนการในการตรวจสอบและปรับข้อกฎหมายที่ต้องใช้บังคับกับข้อเท็จจริงนั้นๆ เพื่อให้คดีเป็นไปโดยถูกต้องเป็นธรรมที่สุดเท่านั้น” ประกอบกับพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม นี้ มิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติถึงเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมีอาจก้าวล่วงได้ ยกเว้นไว้แต่ประการใด ดังนั้น มาตรา 19 วรรคสามนี้ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 236

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับ บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 335 (5) ที่บัญญัติมิให้นำบทบัญญัติมาตรา 236 มาใช้บังคับกับการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ในระยะเวลาไม่เกินห้าปี นับแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ การพิจารณาคดีของศาลทหารจะได้รับการยกเว้นด้วยหรือไม่นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 335 (5) ได้บัญญัติว่า มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 236 มาใช้บังคับกับการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมในระยะเวลาไม่เกินห้าปีสำหรับประเด็นเกี่ยวกับบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 335 (5) ที่บัญญัติมิให้นำบทบัญญัติ มาตรา 236 มาใช้บังคับกับการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ในระยะเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ การพิจารณาคดีของศาลทหารจะได้รับการยกเว้นด้วยหรือไม่นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 335 (5) ได้บัญญัติว่ามีให้นำบทบัญญัติมาตรา 236 มาใช้บังคับกับการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมในระยะเวลาไม่เกินห้าปี

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 236 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

**(5) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2546 ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2546**

เรื่องผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ผู้ร้อง) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198 กรณีพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 มาตรา 20 (1) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2538 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สรุปได้ว่า ผู้ร้องเสนอความเห็นว่ พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา 20 (1) ที่บัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลว่า “มีสัญชาติไทยโดยการเกิด แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดา

เป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อีกด้วย” เป็นบทบัญญัติบังคับเฉพาะผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลที่มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวเท่านั้นที่ต้องมีคุณสมบัติเพิ่มขึ้น จึงเป็นการบัญญัติถึงคุณสมบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน ถือเป็น การเพิ่มเงื่อนไขให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล ซึ่งมีสัญชาติไทยแต่บิดาเป็นคนต่างด้าวให้มีคุณสมบัติมากกว่าผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิด ก่อให้เกิดความไม่เสมอกันในกฎหมายของบุคคลและเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งมีบิดาเป็นคนต่างด้าว ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อีกด้วย” นั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยให้ทุกคนมีความเสมอกันในกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหลักความเสมอภาค และห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ หลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 มีพื้นฐานมาจากหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามธรรมชาติของปัจเจกชน เป็นสิทธิที่มีความเสมอภาคเท่าเทียมกันทุกคน ซึ่งจะ เป็นสิทธิที่มีมาตั้งแต่เกิดที่ทุกคนจะมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน และห้ามมิให้เลือกปฏิบัติอันทำให้เกิดความไม่เสมอภาคแก่บุคคลที่เรียกว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม แต่ก็มีได้เป็นการห้ามโดยเด็ดขาด หาก การเลือกปฏิบัตินั้นเป็นมาตรการเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาคโดยทำให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ก็อาจเลือกปฏิบัติได้ตามมาตรา 30 พรรคสี่

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา 20 (1) แล้ว เห็นว่า เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล โดยผู้สมัคร ต้องมีสัญชาติไทยโดยการเกิด และผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อีกด้วย ซึ่งในขณะตราพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ นั้น กฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคือ พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2522 มาตรา 19 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2523 บัญญัติว่า “บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าว จะเป็นผู้สมัครได้ต้องมีคุณสมบัติตามมาตรา 18 และมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ด้วย คือ (1) เป็นผู้ได้เข้าเรียนอยู่ในโรงเรียนตามกำหนดเวลาและสอบไล่ได้ไม่ต่ำกว่าระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย ตามหลักสูตรของกระทรวงศึกษาธิการ หรือตามแผนการศึกษาของชาติหรือได้เข้าเรียนอยู่ในโรงเรียนหรือ

สถาบันการศึกษาอื่นในประเทศตามกำหนดเวลามาโดยตลอดจนมีความรู้ตามที่กระทรวงศึกษาธิการเทียบเท่า หรือรับรองว่าเทียบได้ไม่ต่ำกว่าระดับมัธยมศึกษาตอนปลายตามหลักสูตรของกระทรวงศึกษาธิการหรือตามแผนการศึกษาของชาติ (2) ได้เข้าศึกษาในมหาวิทยาลัยหรือสถาบันการศึกษาชั้นสูงในประเทศตามหลักสูตรจนเป็นผู้สอบไล่ได้ไม่ต่ำกว่าชั้นปริญญาตรีหรือเทียบเท่า” ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 ได้บัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้ในมาตรา 111 ว่า “บุคคลผู้มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ เป็นผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง (1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าว ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย” อันเป็นการกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติทางการศึกษาเพิ่มมากขึ้น และเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งให้แตกต่างกันโดยพิจารณาจากความแตกต่างด้านเชื้อชาติของผู้สมัครรับเลือกตั้ง แต่ในขณะศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องนี้ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นใช้บังคับใหม่ คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในมาตรา 29 โดยบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งจะมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง หรือจะมีสิทธิได้รับการเสนอชื่อในบัญชีรายชื่อของพรรคการเมือง ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเป็นผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ” อันเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคและหลักห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างเรื่องเชื้อชาติและสถานะของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 107 ได้บัญญัติคุณสมบัติเรื่องสัญชาติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่า “(๑) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด” โดยไม่มีการกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่บิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติทางการศึกษาเพิ่มขึ้นดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับก่อนแต่อย่างใด จึงถือว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ได้ยกเลิกหลักการดังกล่าวแล้ว

การที่พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา 20 (1) เฉพาะในส่วนคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลที่มีสัญชาติไทยแต่บิดาเป็นคนต่างด้าว ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วยนั้น เป็นการกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลต้องมีคุณสมบัติทางการศึกษาอันเป็นเงื่อนไขที่เพิ่มขึ้นตามเชื้อชาติของบุคคล กล่าวคือ ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีสัญชาติไทยแต่บิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมี



คุณสมบัติแตกต่างกับผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีสัญชาติไทยโดยการเกิด ทั้งที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งดังกล่าว ไม่มีสถานะของบุคคลแตกต่างกันแต่อย่างใด ทำให้เกิดความไม่เสมอกันในกฎหมาย อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ก็มีได้กำหนด หลักการดังกล่าวไว้แล้ว คงบัญญัติคุณสมบัติเรื่องสัญชาติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภา ผู้แทนราษฎรเพียงว่าต้องมีสัญชาติไทยโดยการเกิดอย่างเดียวนั้น ทำให้คุณสมบัติเพิ่มเติมของผู้สมัคร รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลที่มีสัญชาติไทยแต่บิดาเป็นคนต่างด้าว จึงไม่มีที่ใช้บังคับแล้ว

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 มาตรา 20 (1) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2538 ที่กำหนดคุณสมบัติเรื่องสัญชาติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลว่า “มีสัญชาติไทยโดยการเกิด” นั้น ไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ยังคงใช้บังคับต่อไปได้ แต่เฉพาะ ในส่วนที่บัญญัติว่า “...แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าว ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย” มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

#### (6) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547 ลงวันที่ 15 มกราคม 2547

เรื่องศาลปกครองสูงสุดส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดี เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และมาตรา 50 หรือไม่ สรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตให้ทำและขายแบ่งข้าวหมัก ซึ่งเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ การที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใดทำหรือขายเชื้อสุรา เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานสรรพสามิต มาตรา 26 บัญญัติ ว่า ใบอนุญาตซึ่งออกตามความในมาตรา 5 มาตรา 12 มาตรา 17 และมาตรา 24 ให้ใช้ได้เฉพาะใน สถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตและผู้ได้รับใบอนุญาตจะต้องแสดงใบอนุญาตนั้นไว้ในที่เปิดเผยเห็นได้ง่าย จึงขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลปกครองสูงสุดจะต้องใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 มาบังคับ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และ มาตรา 50 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินี้มาก่อน จึงส่ง ข้อโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264



ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว รัฐธรรมนูญ มาตรา 46 เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ชุมชนท้องถิ่นดังกล่าวย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณีภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ มีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ สำหรับรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และวรรคสอง บัญญัติรับรองว่า การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขัดขวางการแข่งขัน ส่วนพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดทำหรือขายเชื้อสุรา เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานสรรพสามิต และมาตรา 26 บัญญัติให้ใบอนุญาตซึ่งออกตามความในมาตรา 24 ให้ใช้ได้เฉพาะในสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตและผู้ได้รับใบอนุญาตจะต้องแสดงใบอนุญาตนั้นไว้ในที่เปิดเผยเห็นได้ง่าย

กรณีตามคำร้อง ผู้ร้องได้รับอนุญาตให้ทำและขายแป้งข้าวหมัก แต่ต้องค้าแป้งข้าวหมักในสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาต คือ ที่ตั้งสำนักงานของผู้ร้องเท่านั้น ไม่อาจทำธุรกิจค้าแป้งข้าวหมักได้โดยเสรีทั่วประเทศ ที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา ซึ่งรวมถึงแป้งข้าวหมักด้วย เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเพื่อการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับแป้งข้าวหมักไว้ ผู้ร้องจึงไม่อาจโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ได้

ส่วนพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 หรือไม่ นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติอยู่ในหมวด 5 ว่าด้วยเชื้อสุรา การมีถ้อยคำว่า “เชื้อสุรา” ปรากฏอยู่ในมาตราต่างๆ ในหมวด 5 ดังกล่าว โดยมีได้มีการบัญญัติความหมายเฉพาะไว้ การพิจารณาความหมายของคำว่า “เชื้อสุรา” จึงต้องใช้บทนิยามทั่วไปในมาตรา 4 ที่ว่า “เชื้อสุรา” หมายความว่า แป้งเชื้อสุรา แป้งข้าวหมัก หรือเชื้อใดๆ ซึ่งเมื่อหมักกับวัตถุดิบหรือของเหลวอื่นแล้ว สามารถทำให้เกิดแอลกอฮอล์ที่ใช้ทำสุราได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงแป้งข้าวหมักแล้ว เห็นว่า แป้งข้าวหมักมีลักษณะไม่ใช่เชื้อสุราในตัวเอง แต่เป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลในชุมชนท้องถิ่นต่างๆ นำไปใช้ประโยชน์ได้หลายอย่าง เช่น ทำเป็นอาหาร ยารักษาโรค

เป็นต้น การที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา ซึ่งมีความหมายตามมาตรา 4 ว่า หมายความว่ารวมถึงแป้งข้าวหมักด้วยนั้น ในส่วนที่ห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา เฉพาะในความหมายที่หมายถึงแป้งข้าวหมัก จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการ หรือการประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ อีกทั้งกรณีไม่เป็นไปตามข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคสอง ข้างต้น มาตรา 24 เฉพาะในความหมายดังกล่าว จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 และใช้บังคับไม่ได้ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 26 ที่บัญญัติให้ใบอนุญาตซึ่งออกตามความในมาตรา 24 ให้ใช้ได้เฉพาะในสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตนั้น เป็นมาตราต่อเนื่องเกี่ยวข้องกับมาตรา 24 ซึ่งเมื่อวินิจฉัยแล้วว่า มาตรา 24 ในส่วนที่ห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา เฉพาะในความหมายที่หมายถึงแป้งข้าวหมักขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 บทบัญญัติมาตรา 26 ในส่วนของการบังคับใช้ใบอนุญาตตามมาตรา 24 เฉพาะการขออนุญาตให้ทำหรือขายเชื้อสุราที่เป็นแป้งข้าวหมัก จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 และใช้บังคับไม่ได้ด้วย ดังนั้น พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 เฉพาะความในส่วนที่หมายถึงแป้งข้าวหมัก จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และ มาตรา 26 เฉพาะความหมายของ “เชื้อสุรา” ในส่วนที่หมายความว่า “แป้งข้าวหมัก” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

### (7) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 ลงวันที่ 19 สิงหาคม 2552 เรื่อง

ศาลจังหวัดสระบุรีส่งคำโต้แย้งของจำเลย (นายธนรัตน์ แก้ววารี) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 กรณีประกาศของ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และ มาตรา 50 หรือไม่ สรุปได้ว่าจำเลยถูกเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมและต่อมา พนักงานอัยการจังหวัดสระบุรีเป็นโจทก์ยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลจังหวัดสระบุรีฐานความผิดขายอาหารและ เครื่องดื่มในเวลาห้ามขายโดยไม่ได้รับอนุญาต ขอให้ศาลพิพากษาลงโทษตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 และข้อ 2 จำเลยยื่นคำร้องโต้แย้งว่าได้จดทะเบียน พาณิชยจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่ม แต่ไม่ได้จำหน่ายสุรา ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวใช้มา นานกว่า 30 ปี โดยมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันมิให้มีฉ้อฉลใช้เป็นแหล่งนัดพบและมั่วสุมเพื่อประกอบ อาชญากรรมโดยมุ่งจำกัดเวลาเฉพาะบางสถานที่ เช่น สถานโบว์ลิ่ง สถานเล่นสเก็ต โรงแรม สถานิชนสง

หรือสถานที่อื่นในลักษณะเดียวกัน ประกอบกับปัจจุบันมีร้านอาหารและเครื่องดื่มที่เปิดบริการตลอด ยี่สิบสี่ชั่วโมงเป็นจำนวนมากเพราะประชาชนมีการเดินทางทั้งเวลากลางวันและกลางคืนเปลี่ยนแปลงไป จากอดีต นอกจากนี้ การห้ามตามประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าวเป็นการขัดต่อการใช้ชีวิตประจำวัน ของประชาชน จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่า ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้อง นี้ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว การตรวจสอบความ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ จะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยหรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และมาตรา 50 ที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไปขัดหรือแย้งนั้น มีหลักการอย่างเดียวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 34 และมาตรา 43 ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญ จึงวินิจฉัยคำร้องนี้ได้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 34 และมาตรา 43

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยจึงมีว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 34 และมาตรา 43 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 นั้น วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหาร หรือเครื่องดื่มขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ตั้งแต่เวลา 01.00 นาฬิกาถึง 05.00 นาฬิกา เว้นแต่จะได้รับ ใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจ สำหรับนครหลวงกรุงเทพธนบุรี หรือผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับ จังหวัดอื่น” วรรคสอง บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ได้รับประทานอาหารหรือเครื่องดื่มในสถานที่ขายอาหาร หรือเครื่องดื่มในกำหนดเวลาห้ามขาย เว้นแต่สถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่มนั้นได้รับใบอนุญาตตาม วรรคหนึ่ง” วรรคสาม บัญญัติว่า “ความในวรรคสองมิให้ใช้บังคับแก่เจ้าของผู้ครอบครอง บริวาร หรือ ผู้ทำงานในสถานที่นั้น” วรรคสี่ บัญญัติว่า “หลักเกณฑ์ เงื่อนไข หรือวิธีการเกี่ยวกับการขออนุญาต การอนุญาต การออกใบอนุญาต การแสดงใบอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาต การขายอาหารหรือ เครื่องดื่มของผู้รับใบอนุญาต ค่าธรรมเนียมการออกและการต่ออายุใบอนุญาต ให้เป็นไปตามที่กำหนด ในกฎกระทรวง” และวรรคห้า บัญญัติว่า “ความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมิใช้บังคับแก่การขาย

การรับประทาน หรือการดื่ม ในสถานบริการตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ” โดยมีเจตนารมณ์ตามคำปรารภว่า “สถานโบว์ลิ่ง สถานเล่นสเก็ต ร้านอาหารหรือเครื่องดื่ม ได้เปิดให้ประชาชนเข้าเล่นหรือเปิดจำหน่ายแก่ประชาชนได้จนค่าคืนดีกดินเป็นการบั่นทอนสุขภาพและไม่ประหยัด ทั้งปรากฏว่าพวกมิฉฉาชีพถือโอกาสใช้สถานที่เหล่านี้เป็นแหล่งนัดพบและมั่วสุมชุมนุมกันประกอบอาชญากรรมสมควรจำกัดเวลาสำหรับการเล่นและการจำหน่ายในสถานที่ดังกล่าว เพื่อให้เกิดการประหยัดและรักษาสุขภาพอนามัยของประชาชน และเพื่อป้องกันเหตุร้ายที่อาจจะเกิดขึ้น”

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไว้ในมาตรา 43 วรรคหนึ่ง โดยมีข้อยกเว้นให้ออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ตามมาตรา 43 วรรคสอง ซึ่งการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ต้องเป็นไปตามหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 ด้วย การพิจารณาถึงกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิธีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะที่ตรากฎหมายนั้นแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิธีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับประกอบด้วย ซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่าในขณะที่ประกาศใช้บังคับกฎหมายนี้ เป็นช่วงที่คณะปฏิวัติกระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินสำเร็จ เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 และได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบขององค์กรที่ใช้อำนาจ โดยให้ฝ่ายบริหารคือรัฐบาลใช้อำนาจทั้งในส่วนของอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติในขณะเดียวกันเพื่อให้บ้านเมืองสงบเรียบร้อยเป็นปกติสุข จนกว่าจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญตามครรลองของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และในช่วงระหว่างเวลาที่คณะปฏิวัติยึดอำนาจนั้น คณะปฏิวัติซึ่งทำหน้าที่บริหารประเทศมีความต้องการให้ประชาชนอยู่ในความสงบ ไม่ก่อความวุ่นวายและส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ จึงได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะในกรณีตามประกาศของคณะปฏิวัติอันเป็นประเด็นแห่งคดีนี้ซึ่งมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพร้านอาหารหรือเครื่องดื่ม ทั้งยังได้จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนที่เป็นผู้บริโภคอีกด้วย เพราะไม่ต้องการให้ประชาชนออกจากบ้านในเวลากลางคืนซึ่งยากแก่การควบคุมตรวจตรา และอาจก่อให้เกิดการชงชุม ก่อเหตุความไม่สงบ อันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐและความสงบสุขของบ้านเมือง ซึ่งเป็นกรณีจำเป็นในขณะที่บ้านเมืองอยู่ในช่วงการรัฐประหาร ดังปรากฏในคำปรารภของประกาศของคณะปฏิวัติทั้งสองฉบับดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในยามที่บ้านเมืองปกติสุข การใช้ชีวิตของปัจเจกบุคคลย่อมแตกต่างไปจากสถานการณ์ดังกล่าว ประกอบกับปัจจุบันในยุคของโลกาภิวัตน์ สังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ภาวะเศรษฐกิจของประเทศมีความเจริญก้าวหน้า การคมนาคมของประเทศมีความสะดวกสบาย ประชาชน

สามารถเดินทางสัญจรไปในสถานที่ต่างๆ ได้ตลอดเวลา ทำให้วงจรการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชนเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมจนไม่สามารถกำหนดเวลาเป็นการแน่นอนได้ว่าช่วงเวลาใดเป็นเวลาทำงานและช่วงเวลาใดเป็นเวลาพักผ่อน การเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ ทำให้รัฐบาลไม่อาจควบคุมให้ประชาชนต้องอยู่แต่ในบ้านเฉพาะในเวลากลางคืนได้ เนื่องจากความจำเป็นของบุคคลที่จะต้องมีการเดินทางเพื่อการทำธุรกิจหรือมีการติดต่อเพื่อจุดประสงค์อื่นที่มีความแตกต่างกันไป รวมถึงผู้ประกอบการหรือประกอบอาชีพขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวด้วย

การที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 บัญญัติห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ตั้งแต่เวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจ สำหรับนครหลวงกรุงเทพมหานครบุรี หรือผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่นก่อนนั้น ย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคหนึ่ง โดยตรง คงมีปัญหาเพียงว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะเข้าข่ายกเว้นให้กระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความในวรรคสองหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของประชาชนนั้น จะต้องมีขอบเขต “เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคสอง ทั้งยังจะต้องเป็นไปเพียง “เท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้” อีกด้วยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง

การจำกัดเสรีภาพในการขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา ของแต่ละวันนั้น นอกจากจะเป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขายโดยสุจริตของประชาชนจำนวนมากโดยไม่จำเป็นแล้ว ยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนผู้ประกอบอาชีพสุจริตอื่นๆ ที่มีความจำเป็นจะต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวของแต่ละวันโดยไม่มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนอีกด้วย ถึงแม้จะมีการผ่อนปรนให้ขอรับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ว่าราชการจังหวัดได้ ก็ยังคงเป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นอยู่นั่นเอง เพราะการที่จะบังคับให้ประชาชนที่ประกอบอาชีพค้าขายอาหารหรือเครื่องดื่มทั่วทุกพื้นที่ของประเทศจะต้องไปขอใบอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่ยากต่อการปฏิบัติ ทั้งยังเป็นทางให้ประชาชนผู้ประกอบสัมมาชีพเหล่านั้นต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจครอบงำของเจ้าหน้าที่โดยปราศจาก

เหตุผลอันสมควรอีกด้วย การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเห็นได้ชัดว่ามีได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขโรค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือประโยชน์อื่นๆ ตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคสอง แต่อย่างไรก็ดี ประกอบกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินกว่าความจำเป็น และกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพนั้น อันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ด้วย

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 43 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 กรณีไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตราอื่นๆ หรือไม่ อีกต่อไป

### 3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นกระบวนการของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มิให้ถูกล่วงละเมิดโดยการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเพราะกฎหมายเมื่อประกาศใช้บังคับแล้ว ย่อมมีผลบังคับโดยทั่วไปแก่ประชาชน และโดยเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่ปรารถนาที่จะตรากฎหมายที่มีลักษณะลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่ในขณะตรากฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่อาจคาดหมายได้ว่ากฎหมายนั้นเมื่อใช้บังคับไปในระยะเวลาหนึ่งจะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ แต่หากเมื่อกฎหมายนั้นได้ใช้บังคับแล้ว ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องต่างๆ อาจมีผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนขึ้นได้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นวิธีการที่จะให้ความคุ้มครองประชาชนจากการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้เป็นอย่างดีรวมทั้งการให้ความคุ้มครองในลักษณะของการตัดไฟตั้งแต่ต้นลมด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับก็เป็นขั้นตอนการตรวจสอบเสียก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับแล้วไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในภายหลัง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งกรณีการตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วไม่ว่าโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือโดยศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข



ในการตรวจสอบไว้อย่างชัดเจน ทั้งกรณีวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ ผู้มีสิทธิขอให้ตรวจสอบ และประเด็นที่ขอให้ตรวจสอบ รวมทั้งผลของการวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญกรณีร่างพระราชบัญญัติทั้งร่างพระราชบัญญัติทั่วไปและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่ตรวจสอบทั้งกรณีร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วตลอดมานับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2494 จนถึงปัจจุบัน มีคำร้องที่ผู้มีสิทธิขอให้ตรวจสอบขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยจำนวนมาก แม้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีผลการปฏิบัติงานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่มากนักอาจนับได้เพียง 5 คำวินิจฉัย แต่ในจำนวนนี้มี 2 คำวินิจฉัยที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติโดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและใช้บังคับมิได้อันเป็นการให้ความคุ้มครองประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้อีกต่อไป สำหรับคำร้องที่ผู้มีสิทธิขอให้ตรวจสอบยื่นภายหลังรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นองค์กรตุลาการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ มีเป็นจำนวนมาก ทั้งกรณีขอให้ตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับมีบทบัญญัติที่เป็นการใช้มาตรการลงโทษที่รุนแรงแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินเกินกว่าความจำเป็นและกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน บทบัญญัติดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและมีผลให้ข้อความของบทบัญญัติดังกล่าวต้องตกไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยที่ 30/2548) และวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับมีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เพราะการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน บทบัญญัติดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและมีผลให้ข้อความของบทบัญญัติดังกล่าวต้องตกไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยที่ 11/2549) อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับแล้วไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในภายหลัง อันเป็นการตัดไฟตั้งแต่ต้นลม ส่วนการวินิจฉัยให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและใช้บังคับมิได้อันเป็นการให้ความคุ้มครองประชาชน มิให้ถูกล่วงละเมิด โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้อีกต่อไป มีจำนวน 5 คำวินิจฉัย นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วาง

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับองค์ประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ ว่าต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 126 วรรคหนึ่ง คือต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา และองค์ประชุมจะต้องมีอยู่ในขั้นตอนของการลงมติซึ่งเป็นผลมาจากการประชุมปรึกษาหารือและแสดงเจตนาออกมาในรูปของมติที่ประชุม มิใช่หมายความว่าเมื่อมีสมาชิกลงชื่อเข้าประชุมครบและเปิดการประชุมแล้ว หลังจากนั้นสมาชิกจะอยู่ร่วมประชุมหรือไม่ก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนสมาชิกในที่ประชุมอีกต่อไป และแม้สมาชิกมีเอกสิทธิ์ที่จะออกเสียงเห็นด้วยไม่เห็นด้วย งดออกเสียง หรือไม่ลงคะแนน แต่สมาชิกที่ไม่ประสงค์ออกเสียงต้องอยู่ในที่ประชุมเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏความเห็นของตนในที่ประชุมด้วย หลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางไว้ดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้ให้เป็นประโยชน์ในการพิจารณาร่างกฎหมายฉบับต่างๆ ของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 ฉบับ ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพราะมีองค์ประชุมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคหนึ่ง และเป็นผลให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวเป็นอันตกไป และมีส่วนทำให้รัฐสภาต้องให้ความสำคัญกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติก่อนที่จะให้ความเห็นชอบเป็นกฎหมายออกมาใช้บังคับกับประชาชน

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แม้ว่าผลของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมหมายความว่ากฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นส่วนมากมิได้ละเมิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ในการบริหารราชการแผ่นดินที่องค์กรฝ่ายบริหารจำเป็นที่จะต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองหรือกรณีที่รัฐมีภารกิจเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ การผังเมือง การส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การพัฒนาการเกษตรหรือการอุตสาหกรรม การปฏิรูปที่ดิน การอนุรักษ์โบราณสถานและแหล่งทางประวัติศาสตร์ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นอันมีผลให้ต้องมีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของบุคคล ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น แต่การตรากฎหมายในลักษณะดังกล่าวอาจมีผลกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและเกินกว่าความจำเป็น หรือเป็นกรณีที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ซึ่งเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงจำเป็นต้องมีองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือ ศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ การมีศาลรัฐธรรมนูญย่อมจะทำให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องตระหนกอยู่เสมอในการตรากฎหมายว่าจะต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของ

ประชาชน เพราะมีเช่นนั้น ผลการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ดังที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น เมื่อมีรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเมื่อมีการตรากฎหมายโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และรัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยมีหลักประกันคือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จึงต้องมีศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าวตลอดไป



# สหรัฐอเมริกา : เสรีภาพทางศาสนาบนทางแพ่ง

## ตอน การสวดมนต์ (Prayer)

วรรณมา สุพรรณธะริตา\*

ส่วนที่ 1 ความเป็นมาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 เรื่องศาสนา และคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการสวดมนต์

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion,  
Or prohibiting the free exercise thereof, ...”

*United States Constitution, Amendment 1 (1791)*

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา เริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อ ค.ศ. 1789 และต่อมาได้มีการตรา รัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 เมื่อ ค.ศ. 1791 บัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองสหรัฐ หลายเรื่อง รวมถึง สิทธิและเสรีภาพทางศาสนา บทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพทางศาสนาดังกล่าว มีข้อความสำคัญสองส่วน คือ ส่วนที่ 1 บัญญัติห้ามรัฐสถาปนาศาสนา (Religious Establishment Clause) ส่วนที่ 2 บัญญัติห้ามรัฐสถาปนาศาสนาเพื่อขัดขวาง การปฏิบัติศาสนาโดยเสรี (Free Exercise Clause) ผู้พิพากษาและนักวิชาการที่เกี่ยวข้องพยายาม หาความสัมพันธ์และความสมดุลระหว่างบทบัญญัติทั้งสองว่าสอดคล้องส่งเสริมหรือขัดแย้งกันประการใด อาทิ ข้อสรุปที่ว่า “การห้ามสถาปนาศาสนา” หมายถึง การห้ามการกระทำใดๆ ของรัฐที่เป็นประโยชน์ ต่อศาสนา ส่วน “การห้ามการปฏิบัติศาสนาโดยเสรี” หรือเสรีภาพทางศาสนา หมายถึง การห้าม รัฐกระทำการใดๆ ที่เป็นการสร้างภาระกับประชาชนทำให้เกิดอุปสรรคหรือไม่สามารถปฏิบัติศาสนาได้ โดยเสรี

ขอบเขตของคำว่า “การสถาปนาศาสนา” (establishment clause) กินความหมาย มากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับการตีความของศาลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นศาลมลรัฐหรือศาลสหรัฐเอง

---

\* เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 5

ที่มีอำนาจวินิจฉัยรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเช่นกัน ซึ่งในปัจจุบันแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตีความหมายของคำว่า “การสถาปนาศาสนา” ไม่ได้หมายรวมเฉพาะการกำหนดให้ศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นศาสนาประจำชาติ แต่ยังหมายรวมถึง การห้ามรัฐให้ความช่วยเหลือต่อศาสนาใดเป็นพิเศษด้วย เช่น ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาห้ามมิให้มลรัฐเพนซิลเวเนียและนครรัฐบัลติมอร์จัดให้นักเรียนกล่าวบทสวดมนต์อ้อนวอนพระเจ้าหรืออ่านคัมภีร์ไบเบิลในโรงเรียนของรัฐ เพราะรัฐจะส่งเสริมศาสนาบางศาสนาได้<sup>1</sup> แต่ในขณะเดียวกัน ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาถืออนุญาตให้มีการสวดมนต์ในสถานศึกษาภายใต้บทบัญญัติแห่งมลรัฐเนแบรสกาได้ เพราะศาลสูงสุดเห็นว่าการสวดมนต์ดังกล่าวเป็นกิจกรรมที่ถือเป็นจารีตประเพณีที่มีมาอย่างต่อเนื่องยาวนาน<sup>2</sup> หรือในการที่ศาลสูงสุดมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องการสถาปนาศาสนาในคดี Lynch v. Donnelly<sup>3</sup> และคดี County of Allegheny v. American Civil Liberties Union<sup>4</sup> ซึ่งคดีทั้งสองมีความคล้ายคลึงกันในส่วนข้อเท็จจริงว่า องค์กรของรัฐเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดแสดงฉากเกี่ยวกับการประสูติของพระเยซูเจ้าทางศาสนาคริสต์ในช่วงเทศกาลวันคริสตมาสในอาคารของรัฐ ซึ่งในปี ค.ศ. 1984 ในคดี Lynch ศาลสูงสุด ได้มีมติ 5 ต่อ 4 เห็นว่าการจัดแสดงฉากดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักการห้ามสถาปนาศาสนาในการที่รัฐให้การสนับสนุนความเชื่อของศาสนาใดศาสนาหนึ่ง เพราะเป็นการแสดงถึงเหตุการณ์สำคัญในวันคริสตมาสที่เป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมตะวันตกเช่นเดียวกับกรณีที่รัฐได้จ่ายเงินค่าจ้างให้กับพระสอนศาสนาสำหรับกิจกรรมทางศาสนาในสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา หรือการที่กำหนดให้วันขอบคุณพระเจ้าและวันคริสตมาสเป็นวันหยุดทางราชการ แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1989 ในคดี Allegheny ศาลสูงสุดกลับวินิจฉัยว่า การจัดฉากแสดงการกำเนิดของพระเยซูเจ้า ในวันคริสต์มาสเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญในหลักการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะเป็นการจัดแสดงที่แสดงถึงการเอื้อประโยชน์ต่อความเชื่อทางศาสนาใดศาสนาหนึ่ง โดยศาลเห็นว่าสถานที่จัดแสดงในคดีนี้จัดในส่วนอาคารของรัฐบริเวณโถงบันได ซึ่งเป็นสถานที่โดดเด่นสวยงามที่สุดของอาคาร และโดยปกติบริเวณนั้นไม่ใช่สถานที่สาธารณะที่มีไว้เพื่อจัดแสดงงานใด ๆ จึงทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจไปว่า รัฐต้องการสนับสนุนศาสนาใดเป็นพิเศษ ซึ่งแตกต่างจากสถานที่จัดแสดงในคดี Lynch และอุปกรณ์ส่วนประกอบการจัดแสดงมีความแตกต่างกัน ในคดี Allegheny มีป้ายแสดงถ้อยคำสรรเสริญพระเจ้า แต่ในคดี Lynch ไม่มีป้ายถ้อยคำดังกล่าว มีเพียงป้ายแสดงถ้อยคำอวยพรในเทศกาลคริสตมาสเท่านั้น ซึ่งคดีทั้งสองต่างได้รับการพิจารณาถึงเหตุผลในการวินิจฉัยคดีในทางใดทางหนึ่งเช่นกัน

<sup>1</sup> Abington Township School District v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

<sup>2</sup> Marsh v. Chamber, 463 U.S. 783 (1983).

<sup>3</sup> 465 U.S. 668 (1984).

<sup>4</sup> 492 U.S. 573 (1989).

ส่วนขอบเขตของคำว่า “เสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา” ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐตีความไว้ในหลายคดี บางคดีอาจดูเหมือนไม่สอดคล้องกัน อาทิ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิพากษาว่า รัฐจะบังคับให้กลุ่มชนที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโบรานที่มีรากฐานมาจากทวีปยุโรปที่เรียกกลุ่มตนเองว่า Amish ส่งบุตรของตนไปยังโรงเรียนของรัฐไม่ได้ เป็นการละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา เพราะขัดกับหลักความเชื่อทางศาสนาที่คัดค้านการส่งเด็กเข้ารับการศึกษารวมในโรงเรียนซึ่งเน้นความสำเร็จเฉพาะในด้านสติปัญญาและวิทยาศาสตร์ การแข่งขันเพื่อความสำเร็จทางโลกและทางสังคมกับนักเรียนคนอื่น ๆ แต่ความเชื่อทางศาสนาของชาว Amish จะเน้นการใช้ชีวิตด้วยความดี ความรอบรู้ และสวัสดิภาพของชุมชน และการแยกตัวออกจากโลกสมัยใหม่ และใช้ชีวิตที่เกี่ยวข้องกับการการทำกรการกสิกรรม<sup>5</sup> แต่ในขณะเดียวกัน ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐก็ปฏิเสธการขอยกเว้นของนายจ้างชาว Amish ที่จะไม่เข้าสู่ระบบภาษีประกันสังคม (Social Security Taxes) โดยศาลเห็นว่า รัฐสภาได้ตรากฎหมายยกเว้น “บุคคลที่ไม่เป็นลูกจ้าง” (self employed) ให้ไม่ต้องเข้าสู่ระบบประกันสังคมเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลที่เป็นนายจ้างหรือลูกจ้างทั่วไป แม้จะเป็นนายจ้างและลูกจ้างชาว Amish ที่เห็นว่า การเข้าสู่ระบบภาษีประกันสังคมเป็นสิ่งที่ขัดแย้งต่อความเชื่อทางศาสนา เพราะตามหลักศาสนากำหนดให้การดูแลคนป่วยและคนสูงอายุเป็นหน้าที่ทางศาสนา การเสียภาษีประกันสังคมจึงเสมือนได้ให้หน้าที่ในการดูแลคนป่วยและคนสูงอายุดังกล่าวแก่รัฐบาลแทน ซึ่งศาลสูงสุดเห็นว่า การบังคับให้ชำระภาษีประกันสังคมไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องเสรีภาพทางศาสนา เพราะหากรัฐบาลสามารถแสดงถึงประโยชน์ที่เมื่อหลีกเลี่ยงได้ของรัฐก็สามารถจำกัดเสรีภาพทางศาสนาได้ เช่นในคดีนี้ ศาลสูงสุดเห็นว่าเพื่อประโยชน์ทางด้านความมั่นคงทางสังคมที่รัฐจะต้องจัดเก็บภาษีนั้นมีความสำคัญกับคนหลายกลุ่มที่อยู่ในระบบประกันสังคม หากคนหลายกลุ่มเลือกที่จะเสียภาษีตามความเชื่อทางศาสนาจะก่อให้เกิดความวุ่นวายกับระบบภาษีของรัฐได้ ดังนั้น แม้จะขัดกับหลักความเชื่อทางศาสนา รัฐก็เรียกเก็บภาษีได้ โดยศาลสูงสุดเห็นว่า บุคคลสมัครใจเกี่ยวข้องกับระบบการทำให้ต้องถูกผูกพันกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมดังกล่าวด้วย<sup>6</sup> หรือกรณีที่ศาลสูงสุดพิพากษาว่า การที่รัฐบังคับให้ทุกคนฉีดวัคซีนแม้จะขัดกับหลักความเชื่อทางศาสนาสามารถกระทำได้นี้ เพื่อประโยชน์ของรัฐและบุคคลอื่นในการป้องกันโรคติดต่อร้ายแรงที่กำลังแพร่กระจายอยู่<sup>7</sup> หรือกรณีที่ท้องถิ่นออกข้อบังคับให้มีการฉีดวัคซีน อันเป็นเงื่อนไขในการรับเด็กเข้าโรงเรียนของรัฐและเอกชนได้<sup>8</sup> หรือกรณีอนุญาตให้มีการถ่ายเลือด (Blood Transfusion) ให้แก่เด็กได้ แม้จะขัดกับความเชื่อ

<sup>5</sup> Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

<sup>6</sup> United States v. Lee, 455 U.S. 252 (1982).

<sup>7</sup> Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905).

<sup>8</sup> Zucht v. King, 260 U.S. 174 (1922).



ทางศาสนาของบิตามารดา<sup>9</sup> หรือในเรื่องการแต่งกายตามความเชื่อทางศาสนา กรณีการที่รัฐห้ามสวมหมวกทางศาสนาวิว ที่เรียกว่า ยาโมกคา (yarmulke) ซึ่งถือว่าการแต่งกายตามความเชื่อทางศาสนา หากเห็นว่าไม่สอดคล้องกับเครื่องแบบทางทหารอากาศได้ โดยศาลสูงสุดเห็นว่า ทหารเป็นองค์กรพิเศษแตกต่างจากองค์กรพลเรือน เพื่อประโยชน์การปฏิบัติหน้าที่ให้บรรลุวัตถุประสงค์ การเชื่อฟังคำสั่งและความเป็นหนึ่งเดียวถือเป็นสิ่งสำคัญ การแสดงความเป็นหนึ่งเดียวกันประการหนึ่งคือ การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องสวมใส่เครื่องแบบให้เป็นที่ปรากฏ<sup>10</sup> หรือกรณีที่กฎหมายต่อต้านการมีภรรยาหรือสามีสองคนในเวลาเดียวกัน (anti bigamy law) ที่ขัดแย้งต่อความเชื่อทางศาสนาของบุคคลบางกลุ่ม ศาลสูงสุดเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา ศาลให้ความเห็นว่า การมีสามีภรรยาหลายคนเป็นสิ่งที่ไม่ยอมรับของชาติต่าง ๆ ในยุโรป การแต่งงานต้องถูกควบคุมโดยกฎหมาย สิทธิเสรีภาพทางศาสนาไม่อาจอยู่เหนือหน้าที่ทางสังคมหรือความเป็นระเบียบเรียบร้อยอันดี<sup>11</sup>

จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ในส่วนที่เกี่ยวกับศาสนาแม้มีเพียงข้อความสั้น ๆ เพียง 16 คำ แต่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตีความบทบัญญัติทั้งสองไว้อย่างกว้างขวาง จนถึงปัจจุบันนับคดีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวได้ประมาณกว่า 300 คดี คำพิพากษาของศาลสูงสุดมีประเด็นเกี่ยวข้องกับศาสนาและสังคมในหลายมิติ ไม่ว่าจะเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา แรงงาน สาธารณสุข วัฒนธรรม ความเชื่อ รวมทั้งแนวทางที่ชุมชนปฏิบัติกันอยู่ในสังคมอเมริกามาช้านาน เช่น การปฏิญาณตนต่อธงชาติเพื่อแสดงความภักดีต่อชาติ การสวดมนต์อ่อนนวยพระเจ้า การแต่งกายตามความเชื่อทางศาสนา หรือการบริโภคอาหารตามความเชื่อทางศาสนา

การตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับศาสนามีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากสหรัฐอเมริกามักถูกยกเป็นแม่แบบในเรื่องการปกครองที่แยกระหว่างรัฐและศาสนาอย่างชัดเจน (Separation of Church and State) บทความนี้เขียนขึ้นเพื่อศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของ

<sup>9</sup> Jehovah's Witnesses v. King County Hosp., 390 U.S. 598 (1968). ในคดีนี้ศาลได้พิพากษายืนตามหลักในคดี Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944). ที่ว่า บิตามารดาไม่มีอำนาจปกครองบุตรโดยเด็ดขาด หากกิจกรรมใดที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก รัฐย่อมสามารถออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กได้ ซึ่งในคดี Prince ศาลห้ามผู้ปกครองพาเด็กไปเดินขานนิตยสารทางศาสนา เพราะขัดกับกฎหมายแรงงานเด็กของมลรัฐ.

<sup>10</sup> Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986). คดีดังกล่าวเกี่ยวกับบุคคลที่นับถือศาสนา Orthodox Jew และเป็น ordained Rabbi เข้ารับราชการในฐานะที่พ้ออากาศของสหรัฐในตำแหน่งนักจิตวิทยา (clinical psychologist) โดยมีกฎระเบียบทางทหารห้ามสวมใส่สิ่งคลุมศีรษะ (headgear) ในขณะที่อยู่ในอาคาร (indoors) ซึ่งกฎระเบียบดังกล่าวกระทบต่อการแต่งกายตามความเชื่อทางศาสนาของบุคคล โดยคดีดังกล่าวศาลสูงสุดมีมติ 5 - 4 เสียง.

<sup>11</sup> Reynold v. United States, 98 U.S. 145 (1879). และคดี Davis v. Beason, 133 U.S. 333 (1890).

สหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ในเรื่องศาสนา เพื่อทำความเข้าใจในรูปแบบการปกครองที่รัฐและศาสนาแยกออกจากกันตามแบบของประเทศสหรัฐอเมริกาว่ามีลักษณะประการใดบ้าง โดยบทความในตอนนี้จะศึกษาความเป็นมาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับศาสนา และโดยเฉพาะคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง “การสวดมนต์” เพื่อประโยชน์ในการศึกษาทำความเข้าใจความสัมพันธ์ของรัฐและศาสนาว่ามีความซับซ้อนอยู่ในหลายสถานการณ์ประการใด

## บทความนี้แบ่งเป็น 2 ส่วน

ส่วนที่ 1 ความเป็นมาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 เรื่องศาสนาและคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการสวดมนต์

ส่วนที่ 2 คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการสวดมนต์เป็นรายคดีที่สำคัญ

## ส่วนที่ 1 ความเป็นมาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 เรื่องศาสนาและคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการสวดมนต์

### 1. ความเป็นมาของบทบัญญัติเกี่ยวกับศาสนาตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีคำถามต่อเนื่องมายาวนานว่า รัฐควรจะปฏิบัติต่อความเชื่อทางศาสนาและองค์กรศาสนาอย่างไร ในประวัติศาสตร์พบคำตอบที่หลากหลาย นับตั้งแต่อาณาจักรโบราณที่ผู้ปกครองถูกปฏิบัติเสมอเป็นพระเจ้า และยุคกลางและยุคปฏิรูปที่รัฐแยกตัวออกจากศาสนาคริสเตียน โดยที่แต่ละรัฐยังคงสถาปนาและสนับสนุนนิกายทางศาสนาคริสเตียนนิกายใดนิกายหนึ่ง และในตะวันตกยุคใหม่ที่รัฐให้ระดับความสำคัญและความเสมอภาคต่อเสรีภาพของทุกศาสนาเสมอกัน โดยใน 3 - 4 ศตวรรษที่ผ่านมาพบว่า ตะวันตกได้พัฒนาจากการที่รัฐบังคับให้เป็นหนึ่งเดียวกันในเรื่องศาสนาไปสู่การให้เสรีภาพที่มากขึ้นต่อศาสนา เนื่องจากเหตุผลที่การบังคับให้เกิดความเป็นหนึ่งเดียวกันทางศาสนาได้ก่อให้เกิดผลลัพธ์อันน่ากลัวเกิดเป็นสงครามศาสนา เช่น ในปี ค.ศ. 1618 - 1648 สงครามสามสิบปีที่รัฐที่นับถือโปรเตสแตนต์มีการต่อสู้กับรัฐที่นับถือคาทอลิก ทำให้เกิดความเสียหายอย่างมาก หนึ่งในสี่ของประชาชนตายในสงครามมีผู้คนอดอยากเกิดโรคระบาด ประชาชนส่วนหนึ่งอพยพจากประเทศอังกฤษมายังประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อแสวงหาเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาตามความเชื่อและวิถีทางของตน<sup>12</sup> ในปัจจุบันมีรายงานว่าปัญหาเสรีภาพที่ถูกละเมิดมากสำหรับสมาชิกในสังคมสืบเนื่อง

<sup>12</sup> Michael W. McConnell, John H. Garvey, Thomas C. Berg. Religion and the Constitution, Aspen Publishers, INC. New York. หน้า 21.

มาจาก 3 สิ่ง คือ เชื้อชาติ (racial) ศาสนา (religious) และชาติพันธุ์ที่เป็นชนกลุ่มน้อย (ethnic minorities)<sup>13</sup>

สภาพความขัดแย้งทางศาสนาดังกล่าวสร้างความกังวลใจต่อผู้ก่อตั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ในเวลาที่ได้มีการให้สัตยาบันต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่ง James Madison หนึ่งในผู้ก่อตั้งประเทศ ได้เขียนบันทึกไว้ในเรื่อง ความทรงจำและการคัดค้านการจัดเก็บภาษีทางศาสนา (Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments 1785) ว่า เหตุของเลือดที่เกิดขึ้นในโลกเก่า (ประเทศในยุโรป) เกิดจากความล้มเหลวของความพยายามที่จะแยกรัฐออกจากศาสนา เพื่อลดความบาดหมางทางศาสนา และการแสดงความคิดเห็นที่แตกต่างทางศาสนา การสร้างขนบธรรมเนียมในความแตกต่างทางศาสนา การยอมรับการเพิ่มขึ้นของความหลากหลายทางศาสนา โดยเฉพาะการห้ามบังคับความเชื่อ และท้ายที่สุด การสร้างทฤษฎีเกี่ยวกับการลดอิทธิพลทางศาสนา (Secularization) โดยประชาชนที่มีชื่อเสียงส่วนหนึ่งประกาศตนเป็นผู้ไม่นับถือศาสนา

Thomas Jefferson และ James Madison หนึ่งในผู้ก่อตั้งประเทศ เห็นว่าการไม่มีการแบ่งแยกโบสถ์ออกจากรัฐ ไม่มีทางจะเกิดเสรีภาพทางศาสนาที่แท้จริงจึงมีการร่างรัฐธรรมนูญในเรื่อง “ไม่สถาปนาศาสนา” (no establishment) ซึ่งปัญหาของถ้อยคำดังกล่าวยังต้องมีการตีความว่า หมายถึง สิ่งใดบ้าง แต่ในความเข้าใจของคนทั่วไป ถ้อยคำดังกล่าวหมายถึงการที่รัฐไม่เข้าแทรกแซงศาสนา ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของเสรีภาพทางศาสนา และผู้ก่อตั้งประเทศส่วนใหญ่เข้าใจว่า ถ้อยคำดังกล่าว หมายถึงการไม่มีโบสถ์ของรัฐและรัฐบาลไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องศาสนา โดยมีการใช้คำว่า “กำแพงแบ่งแยก” (wall of separation) ทางศาสนาอย่างแพร่หลาย ซึ่งเป็นถ้อยคำการอุปมาที่ใช้ครั้งแรกโดย Roger Williams ผู้ก่อตั้งมลรัฐโรดไอแลนด์ ในปี ค.ศ. 1635 และในปี ค.ศ. 1802 Thomas Jefferson ได้นำถ้อยคำดังกล่าวมาใช้ในการเขียนจดหมายโต้ตอบกับองค์กรทางศาสนาแห่งหนึ่งที่มีสาระสำคัญว่า ข้อความตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดห้ามฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการสถาปนาศาสนา หรือการห้ามการกระทำโดยเสรีในเรื่องดังกล่าวนั้น เพื่อเป็นการสร้างกำแพงแบ่งแยกระหว่างโบสถ์และรัฐ และต่อมาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้นำจดหมายฉบับดังกล่าวมาเขียนไว้ในคำวินิจฉัยของศาลสูงสุด ถ้อยคำดังกล่าวจึงแพร่หลายต่อมาว่ารัฐและศาสนาต้องแยกออกจากกัน แม้ไม่ได้มีถ้อยคำลักษณะนั้นในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดก็ตาม<sup>14</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม นักวิจารณ์หลายคนกลับเห็นว่า เสรีภาพทางศาสนาในสังคมอเมริกาสมัยใหม่ต้อง แลกกับการกำหนดให้ศาสนาเป็นเรื่องเฉพาะส่วนบุคคล “Privatizing” ตัดออกจากชีวิตของบุคคลที่

<sup>13</sup> Charles C. Haynes, Freedom goes viral : trouble for dictators, April 22, 2011, <http://www.firstamendmentcenter.org/freedom-goes-viral-trouble-for-dictators>, 7/6/2554.

<sup>14</sup> <http://www.firstamendmentcenter.org/faq/frequently-asked-questions-religious-liberty>, 9/1/2555.

ปรากฏต่อสาธารณะ เป็นการแบ่งแยกระหว่างรัฐและศาสนาอย่างแข็งแรง (healthy) ไปสู่การแบ่งแยกอย่างที่ไม่อ่อนแอ (unhealthy) ของรัฐ โดยรัฐตีตนออกจากคุณค่าและจารีตประเพณีทางศาสนา อาทิ การขาดหลักสูตรทางศาสนาในโรงเรียนของรัฐ ซึ่งเห็นว่า กรณีดังกล่าวมีความจำเป็นต่อการปกป้องเด็กจากความเชื่อที่หลากหลาย ซึ่งทำให้บุคคลทั้งหลายคิดไปว่าโรงเรียนเห็นว่าศาสนาเป็นเรื่องไม่สำคัญ<sup>15</sup>

### 1.1 รูปแบบการสถาปนาศาสนาของประเทศอังกฤษ<sup>16</sup>

การสถาปนาศาสนา (religious establishment) ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริการับรู้ในสมัยนั้นคือ การสถาปนาศาสนาประจำรัฐตามแนวทางของประเทศอังกฤษ ศาสนาที่ได้รับการสถาปนาหรือจัดตั้งโดยกฎหมายในอาณาจักรของอังกฤษ เรียกว่า “ศาสนานิกายอังกฤษ” The Church of England หรือ The Anglican Church ซึ่งศาสนาดังกล่าวไม่เพียงแต่เป็นศาสนาทางราชการในประเทศแม่ แต่ยังเป็นศาสนาที่ได้รับการสถาปนาขึ้นตามกฎหมายในรัฐอาณานิคมทางตอนใต้ของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐแมริแลนด์ มลรัฐนอร์ทแคโรไลนา มลรัฐเซาท์แคโรไลนา มลรัฐจอร์เจีย และเขตการปกครองท้องถิ่น 4 แห่ง ของมลรัฐนิวยอร์ก ในส่วนอาณานิคมตอนกลาง ได้แก่ มลรัฐเพนซิลเวเนีย มลรัฐเดลาแวร์ ตอนเหนือของมลรัฐนิวยอร์ก และมลรัฐโรดไอแลนด์ ไม่มีการสถาปนาศาสนาทางราชการ ส่วนอาณานิคมในเขตนิวอิงแลนด์ นอกเขตมลรัฐโรดไอแลนด์มีการสถาปนาศาสนาที่ต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับนิกายทางศาสนาที่ประชาชนนับถือในเขตนั้น ส่วนมลรัฐแมสซาชูเซตส์ นิวแฮมป์เชียร์ และคอนเนตทิคัต สถาปนาศาสนาของกรีกออร์ทอดอกซ์ โดยระบบการสถาปนาศาสนา ของประเทศอังกฤษ มีผลทางกฎหมาย 4 ลักษณะ คือ

#### (1) รัฐบาลควบคุมความเชื่อทางศาสนาของบุคคล

พระราชบัญญัติอำนาจสูงสุด (The Act Supremacy 1534) กำหนดให้พระราชอาและพระราชินีของอังกฤษเป็นผู้นำทางการของโบสถ์หรือศาสนาจักร (Church) มีอำนาจแก้ไขเรื่องเกี่ยวกับศาสนาคริสเตียนและบุคคล อาทิ แก้ไขความเห็นนอกรีตทางศาสนา ความไม่ลงรอยทางศาสนาในเรื่องต่าง ๆ ในรัชสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 6 รัฐสภาได้ตรากฎหมาย 39 มาตรา เป็นข้อบัญญัติเกี่ยวกับศาสนาของอังกฤษรวมถึงพิธีสวดมนต์ในการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา กฎหมายเพื่อความเป็นเอกภาพ (The Uniformity Act) กำหนดให้ผู้สอนศาสนาทั้งหมดปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าว ยกเว้นโปเตสแตนท์ นิกายตรีนิทาเลียน ที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว ตามกฎหมายขันติธรรม (Toleration Act of 1689) ผู้นำทางศาสนาสูงสุด (Archbishop of Canterbury)

<sup>15</sup> อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12 หน้า 63.

<sup>16</sup> อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12 หน้า 21-24.

และผู้มีระดับสูงอื่น ๆ ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐบาล

## (2) การขจัดความเชื่อที่แตกต่าง

นอกจากที่รัฐบาลจะแต่งตั้งผู้นำทางศาสนาจักรแล้ว รัฐบาลยังห้ามการเทศน์สอนต่อสาธารณชนของลัทธิศาสนาอื่นที่แตกต่างจากศาสนาทางการ เว้นแต่ผู้สอนศาสนาตามนิกายศาสนาที่มีความเชื่อร่วมกันกับศาสนาของทางการเท่านั้น ที่ได้รับอนุญาตให้เทศน์สอนศาสนาได้ภายใต้กฎหมายขันติธรรม (The Act of Toleration) ทั้งยังมีการกำหนดโทษขั้นรุนแรงโดยเฉพาะสำหรับศาสนาคาทอลิก ส่วนหนึ่งเนื่องมาจากการที่คาทอลิกยอมรับพระเจ้าสจ๊วต เป็นพระมหากษัตริย์ที่ชอบด้วยกฎหมายของอังกฤษ ระหว่าง ค.ศ. 1688 และ ค.ศ. 1745 ก่อนสงครามกลางเมืองของอังกฤษ พวกโบเพตสแตนท์นิกายพิวริตันได้ถูกห้ามประกอบพิธีกรรมทางศาสนาในที่สาธารณะ ซึ่งต่อมาเป็นเหตุผลให้ผู้ถือนิกายดังกล่าวอพยพไปยังเนเธอร์แลนด์และอเมริกาในที่สุด

ในอาณานิคมของอังกฤษรัฐบาลที่ปกครองอาณานิคมมีสิทธิในการออกใบอนุญาตสอนศาสนา กำหนดคุณสมบัติของผู้สอนศาสนา และมีข้อห้ามการเดินทางสอนศาสนาในรัฐอาณานิคมซึ่งเหตุผลประการหนึ่งอาจเพื่อป้องกันการแทรกแซงในเรื่องความคิดทางการเมืองต่อรัฐในอาณานิคมด้วย ในส่วนมลรัฐเวอร์จิเนีย ผู้สอนศาสนานิกายแบบติสต์ ถูกคุมขังเนื่องจากการสอนศาสนาโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวกระทบจิตใจของบุคคลในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาเป็นอย่างมาก

## (3) การเชื่อมโยงกับการเมือง

บิชอปของศาสนาทางการของอังกฤษ โดยตำแหน่งเป็นสมาชิกของ House of Lord (ซึ่งมีตำแหน่งคล้ายวุฒิสภาและศาลสูงสุดในขณะนั้น) ตามกฎหมายการตรวจสอบคุณสมบัติ (Test Act) กำหนดให้เฉพาะบุคคลที่เป็นสมาชิกของศาสนาทางการของอังกฤษอย่างน้อย 1 ปี และสาบานตนว่าไม่มีความเชื่อตามศาสนาคาทอลิกในเรื่องการเปลี่ยนสถานะภาพ (transubstantiation) ในแนวความคิดที่ว่าขนมปังและเหล้าองุ่นเมื่อรวมกันเป็นเนื้อและเลือดของพระคริสต์ สามารถดำรงตำแหน่งในรัฐบาล รวมถึง องค์กรมหาชน ตำแหน่งทางทหาร ตำแหน่งทางการศึกษา หลังจากอเมริกาประกาศเอกราช รัฐต่าง ๆ ในอเมริกาเกือบทั้งหมดยังคงกำหนดให้มีการตรวจสอบในเรื่องศาสนาเพื่อการเข้าดำรงตำแหน่ง ซึ่งในบางรัฐไม่ยอมรับ คาทอลิก ยิว หรือผู้ที่ไม่นับถือพระเจ้า ให้เข้าดำรงตำแหน่ง

สภาพปัญหาการตรวจสอบความเชื่อทางศาสนา ก่อนเข้าดำรงตำแหน่งทางราชการดังกล่าว ต่อมาได้รับการแก้ไขโดยบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 ที่ได้บัญญัติห้ามการตรวจสอบทางศาสนา (religious test) ของบุคคลก่อนเข้ารับตำแหน่งทางราชการ ซึ่งถือเป็นก้าวแรกในการให้เสรีภาพทางศาสนา โดยบุคคลได้รับความไว้วางใจในการเข้ารับราชการ โดยไม่เกี่ยวข้องกับความเชื่อทางศาสนา ยกเลิกการกดขี่ผู้นับถือศาสนาแตกต่างจากผู้นับถือศาสนาประจำรัฐ ในขณะนั้น

หลายมลรัฐได้นำแนวทางของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปใช้ โดยมลรัฐนอร์ทแคโรไลนา ได้ยกเลิกการตรวจสอบทางศาสนา เมื่อ ค.ศ. 1868 มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ ได้ยกเลิกเมื่อ ค.ศ. 1946 และมลรัฐแมริแลนด์ ได้ยกเลิกเมื่อ ค.ศ. 1961 ตามคำพิพากษาในคดี *Torcaso v. Watkins*<sup>17</sup> ที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิพากษาว่า คำประกาศสิทธิพลเมืองตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐแมริแลนด์ ที่กำหนดให้บุคคลผู้เข้าดำรงตำแหน่งในหน่วยงานภาครัฐ ต้องประกาศความเชื่อในพระเจ้าก่อนเข้ารับตำแหน่งนั้นละเมิดรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 และ ครั้งที่ 14 เพราะขัดกับหลักการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะมีผลเท่ากับรัฐสนับสนุนความเชื่อในพระเจ้าและขัดต่อหลักเสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา

#### (4) การบังคับให้เข้าร่วมและสนับสนุนศาสนา

ในรัชสมัยของพระนางเจ้าเอลิซาเบทที่ 1 ผู้อยู่ใต้ปกครองถูกกำหนดให้ไปโบสถ์และถูกปรับถ้าไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งกฎหมายคงสภาพบังคับจนถึง ปี ค.ศ. 1846 การสนับสนุนทางการเงินแก่ศาสนาที่ได้รับการสถาปนา มาจากที่ดินที่อุทิศให้ศาสนาเก็บเกี่ยวประโยชน์เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายของผู้สอนศาสนาที่เรียกว่า Glebe Land และเงินที่ต้องจ่ายให้แก่ศาสนาโดยตรง ที่เรียกว่า mandatory tithes ซึ่งหักจากรายได้ของประชาชนเพื่อจ่ายให้แก่ศาสนา ปัจจุบันบางประเทศในยุโรป บุคคลยังคงถูกเรียกเก็บภาษีเพื่อสนับสนุนศาสนา ซึ่งในรัฐธรรมนูญของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ค.ศ. 1780 ได้บัญญัติให้มีการสนับสนุนแก่ศาสนาหลักในมลรัฐ โดยที่คุ้มครองการปฏิบัติโดยเสรีของศาสนาอื่น ๆ และกำหนดให้บุคคลที่ไปโบสถ์ใดเป็นประจำให้จ่ายเงินสนับสนุนให้แก่โบสถ์นั้นได้โดยตรง ไม่มีการบังคับให้ต้องเข้าร่วมในพิธีกรรมทางศาสนา หรือลงโทษแก่บุคคลที่เข้าร่วมในนิกายศาสนาที่มีความเห็นแตกต่าง

### 1.2 แนวความคิดที่มีอิทธิพลต่อการร่างบทบัญญัติศาสนาตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

ในศตวรรษที่ 17 ผู้อพยพชาวยุโรปได้อพยพมาทวีปอเมริกาตอนเหนือส่วนใหญ่มาจากอังกฤษ ฝรั่งเศส และสเปน ซึ่งเป็นประเทศที่มีศาสนาประจำรัฐ ความเป็นหนึ่งเดียวของชุมชนและศีลธรรม ถูกเชื่อว่าขึ้นอยู่กับอำนาจศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้า อำนาจทางการเมืองต้องสอดคล้องกับความเชื่อทางศาสนาหลัก พวกเขาพิริวิตันอพยพมาจากอังกฤษเพื่อแสวงหาเสรีภาพทางศาสนา โดยมาตั้งหลักอยู่ที่มลรัฐแมสซาชูเซตส์ มาแสวงหาการปฏิบัติศาสนาโดยเสรีเฉพาะกลุ่มของตนเองมิใช่เพื่อกลุ่มอื่น พิริวิตันรู้สึกว่าคุณได้รับเสียงเรียกจากพระเจ้าในการจัดตั้งดินแดนใหม่ที่เรียกว่า “นิว อิสราเอล” (New Israel) เป็นดินแดนอันศักดิ์สิทธิ์ในดินแดนทวีปอเมริกาตอนเหนือภายใต้การดูแลของพระเจ้า และตนเป็นประชากรของพระเจ้า ได้รับการปกครองโดยกฎหมายของพระเจ้า ต่อมา Roger William

<sup>17</sup> 367 U.S. 488 (1961).



เป็นพระสอนศาสนาของพิวริตันเป็นบุคคลแรกที่มีความคิดแปลกแยกจากพวกพิวริตัน Roger ต้องการแสวงหาเสรีภาพทางมโนธรรมซึ่งแตกต่างไปจากพวกพิวริตันในส่วนที่เกี่ยวกับแนวความคิดเรื่องสังคมศักดิ์สิทธิ์ (Holy Society) และเรื่องแผนการของพระเจ้าบนสังคมมนุษย์

ในความเห็นของ Roger เห็นว่า อำนาจของพลเมืองไม่เกี่ยวข้องกับความเชื่อทางศาสนา การที่รัฐเป็นผู้ประกอบพิธีกรรมทางศาสนาต่อพระเจ้าขัดแย้งต่อเจตจำนงของพระเจ้าและนำความเสื่อมเสียมายังโบสถ์หรือศาสนจักรได้ โดยเห็นว่าเสรีภาพทางมโนธรรมเป็นเสรีภาพทางจิตวิญญาณเป็นความเชื่อส่วนบุคคลที่จะรับหรือปฏิเสธถ้อยคำของพระเจ้า Roger ถูกขับไล่ออกจากมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ในปี ค.ศ. 1635 และได้อพยพไปก่อตั้งมลรัฐโรดไอแลนด์ ซึ่งถือเป็นอาณานิคมแห่งแรกที่ไม่มีศาสนาประจำรัฐ และให้เสรีภาพทางมโนธรรมแก่ทุกคน ไม่ว่าจะเป็นยิว แควกเกอร์ และศาสนาอื่นๆ ซึ่งต่อมาความคิดของ Roger ได้แพร่กระจายไปอย่างกว้างขวาง สนับสนุนการยกเลิกการสถาปนาศาสนา (Disestablishment) และการให้เสรีภาพทางมโนธรรม (Freedom of Conscience)<sup>18</sup>

ในระยะเวลาก่อนการร่างรัฐธรรมนูญ ในศตวรรษที่ 18 แนวความคิดสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องเสรีภาพทางศาสนา<sup>19</sup> ที่สำคัญ 4 ประการ ได้แก่

### (1) แนวความคิดของพิวริตัน (Puritan Views)

ผู้ที่นับถือนิกายพิวริตันในเขตนิวอิงแลนด์ได้รับอิทธิพลแนวการสอนเรื่องเสรีภาพทางศาสนาจากแคลวานิสต์ (Calvanists) พิวริตันมีแนวความคิดว่าโบสถ์หรือศาสนจักร (Church) และรัฐเป็นองค์กรที่แยกออกจากกัน โดยทั้งสองล้วนมีหน้าที่ต่อพระเจ้าในชุมชนของตน แต่มีรูปแบบการปกครองและหน้าที่ต่างกันเท่านั้น โบสถ์หรือศาสนจักรได้รับการดูแลจากพระ พระมีหน้าที่สอนและบริหารจัดการประกอบพิธีกรรม สอนผู้เยาว์ ดูแลคนยากจน และดูแลคนที่มีความขาดแคลน ส่วนรัฐบริหารโดยแบ่งเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย ลงโทษอาชญากรรม และคุ้มครองความสงบเรียบร้อย พร้อมทั้งปลูกฝังคุณธรรมให้แก่ประชาชน

พิวริตันกำหนดมาตรการสำคัญเพื่อให้เกิดการแบ่งแยกระหว่างโบสถ์และรัฐ โดยพระสอนศาสนาห้ามดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นลูกขุน และห้ามการแทรกแซงในกิจการของรัฐ ห้ามการรับรองผู้สมัครทางการเมือง หรือตรวจสอบพฤติกรรมของรัฐบุรุษ ในส่วนของเจ้าหน้าที่

<sup>18</sup> Charles C. Haynes, *History of religious liberty in America*, <http://www.firstamendment.org/rel-liberty/history/overview.aspx>. 7/6/2554.

<sup>19</sup> John Witte, Jr. 71 *Notre Dame L. Rev.* 371, 377 - 388 (1996), *The Essential Rights and Liberties of Religion in the American Constitutional Experiment*, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12 หน้า 39.

ทางการเมืองห้ามเป็นพระสอนศาสนา แทรกแซงการบริหารการปกครองทางศาสนา หรือทำหน้าที่ของพระสอนศาสนา ตรวจสอบหน้าที่ของพระสอนศาสนา

ในแนวความคิดของพิวริตัน แม้ศาสนาและรัฐไม่เกี่ยวข้องกันแต่ก็มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดและอยู่ร่วมกัน ซึ่งทั้งสองสถาบันมีความเกี่ยวพันตามสภาพการณ์และหน้าที่ โดยต่างเป็นผู้แทนของพระเจ้าที่มีส่วนในการตั้งและรักษาชุมชน พวกพิวริตันจึงยินยอมให้มีความร่วมมือกันระหว่างรัฐและศาสนา เจ้าหน้าที่ของรัฐให้ความช่วยเหลือในรูปแบบต่าง ๆ กับโบสถ์และเจ้าหน้าที่ทางศาสนา ทรัพย์สินของรัฐได้มีการอุทิศให้ศาสนาเพื่อเป็นที่พบปะทางศาสนา ที่พักอาศัย โรงเรียน และสถานเลี้ยงเด็กกำพร้า และมีการเก็บภาษี หรือเก็บเงินเพื่อสนับสนุนโบสถ์ มีการลดหย่อนภาษีและให้เอกสิทธิ์ความคุ้มครองบางประการ แก่องค์กรทางศาสนา องค์กรทางการศึกษา และองค์กรการกุศล มีการให้เงินช่วยเหลือและการคุ้มครองทางทหารแก่ผู้สอนศาสนา กฎหมายอาญาคຸ້ມครองทรัพย์สินทางศาสนาและกิจกรรมทางศาสนา โบสถ์วันหยุดทางศาสนาเป็นวันหยุดทางราชการและกำหนดให้บุคคลเข้าร่วมในพิธีกรรมทางศาสนา

ในส่วนของเจ้าหน้าที่ทางศาสนา ได้ให้ความช่วยเหลือแก่รัฐ ศาสนสถานนำมาใช้เพื่อประโยชน์ทางการเมือง เช่น เป็นที่ประชุมของท้องถิ่น ชุมชนทางการเมือง เป็นที่จัดการขายทอดตลาด เป็นสถานศึกษา เป็นห้องสมุด เป็นที่พักของผู้ยากไร้ เด็กกำพร้า ฯลฯ และมีการเทศน์สอนเพื่อให้ปฏิบัติตามเจ้าหน้าที่ของรัฐ และให้ประชาชนอยู่ภายใต้กฎระเบียบ และให้การสนับสนุนให้พระสอนศาสนาเข้าเกี่ยวข้องกับการเมือง โดยให้มีการเทศน์ในวันเลือกตั้งในหลักการทางการเมืองของคริสเตียน (election day sermons) และให้คำแนะนำเกี่ยวกับกฎหมายและการพิพากษาคดีแก่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ

พิวริตันไม่ได้เปิดโอกาสให้แก่บุคคลในนิกายของตนแสวงหาความเชื่ออื่นใดนอกนิกายของตน โดยให้ยึดอยู่เฉพาะกับแนวคำสอนของพิวริตัน ในระหว่างปี ค.ศ. 1630 ผู้ที่มีความเห็นแตกต่างจากความเชื่อของพิวริตันถูกขับไล่ออกจากรัฐ และห้ามการเข้าเมืองสำหรับพวกควอกเกอร์ ยิว แม้ต่อมาในศตวรรษที่ 18 พิวริตันจะเริ่มเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีความเชื่อแตกต่างเข้าอยู่อาศัยในนิวอิงแลนด์ได้ แต่คงมีข้อจำกัดในสิทธิทางการเมืองและโอกาสทางสังคม และมีข้อจำกัดจากรัฐ รวมถึงเรื่องภาษี ผู้สนับสนุนแนวคิดนี้ที่สำคัญ อาทิ John Winthrop, John Cotton, Cotton Mather

## (2) แนวความคิดของอิวองจีลิสต์ (Evangelical View)

อิวองจีลิสต์เนื่องจากเคยเป็นศาสนาของชนกลุ่มน้อยในทวีปยุโรปและอเมริกาอยู่นาน จึงได้รับแรงกดดันจากศาสนานิกายหลักในดินแดนที่ตนเองอาศัยอยู่ อิวองจีลิสต์สนับสนุนให้มีการสร้างกำแพงแบ่งระหว่างศาสนาจักรและรัฐให้ชัดเจน ทั้งนี้ สนับสนุนให้มีการคุ้มครองเสรีภาพทางมโนธรรมของบุคคลและเสรีภาพในการรวมกลุ่มทางศาสนาของศาสนาต่าง ๆ และกำหนดห้ามการสถาปนาศาสนา

ทางกฎหมาย รวมถึงการผสมประสานระหว่างศาสนาและการเมือง สนับสนุนให้เกิดความสมัครใจเกี่ยวกับเรื่องศาสนา บุคคลสามารถเลือกและเปลี่ยนศาสนาได้โดยเสรี

โดยเห็นว่าไม่มีศาสนาที่ถูกต้องแท้จริงเว้นแต่การเชื่อฟังพระเจ้าโดยความสมัครใจตามความประสงค์ของพระองค์ รัฐไม่อาจกระทำการโดยการลงโทษ หรือการบังคับเก็บเงินเพื่อการบำรุงศาสนาใดศาสนาหนึ่ง และจำกัดสิทธิของชนกลุ่มน้อยโดยจำกัดสิทธิพลเมืองหรือสิทธิประโยชน์อื่นใดได้ ทุกนิกายศาสนามีเสรีไม่อาจถูกรัฐบังคับในเรื่องการชุมนุมและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา การควบคุมทรัพย์สิน กฎและการปกครองทางศาสนา อีวองจิลิคอลเห็นว่า เสรีภาพทางศาสนาเป็นสิทธิอันศักดิ์สิทธิ์ซึ่งบุคคลได้รับมาจากพระเจ้าเท่านั้น ไม่อาจถูกแทรกแซงโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ความสนใจของพวกอีวองจิลิคัลคือเรื่องศาสนามากกว่าเรื่องการเมือง เนื่องจากเคยประสบปัญหาอย่างมากในการเป็นศาสนาของชนกลุ่มน้อย พวกนี้จึงเห็นว่ารัฐธรรมนูญจะเป็นตัวช่วยให้เกิดเสรีภาพทางศาสนาอย่างแท้จริง ทำให้ศาสนจักรพ้นจากการกำกับดูแลของรัฐหรืออาณาจักร โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อก่อให้เกิดความหลากหลายทางศาสนาและให้การสนับสนุนทุกความเชื่อทางศาสนา และองค์กรทางศาสนาโดยไม่มี การบังคับ ผู้สนับสนุนแนวคิดนี้ที่สำคัญ อาทิ Roger Williams, William Penn

### (3) แนวความคิดของพวกู้แจ้ง (Enlightenment Views)

วัตถุประสงค์หลักของแนวความคิดนี้ คือการเมือง ไม่ใช่เรื่องศาสนา โดยสนับสนุนแนวความคิดเรื่องเสรีภาพทางศาสนาเช่นเดียวกันกับอีวองจิลิคัล กับศาสนาจักรที่ปลอดจากการแทรกแซงทางการเมืองและรัฐ และให้เสรีภาพแก่การเมืองและรัฐโดยปลอดจากการถูกแทรกแซงของศาสนาจักร โดยเห็นว่ารัฐไม่ควรให้เงินช่วยเหลือพิเศษ สนับสนุน สิทธิพิเศษ หรือการคุ้มครองแก่ศาสนาในรูปแบบของการยกเว้นภาษี การคุ้มครองทางอาญาเป็นพิเศษ การให้เงินช่วยเหลือในการบริหารจัดการ หรือการรวมตัวกันขององค์กรศาสนา และรัฐไม่ควรตรากฎหมายหรือนโยบายเกี่ยวกับเรื่องศาสนาเป็นการเฉพาะ หรือให้เจ้าหน้าที่ทางศาสนาเข้าไปเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยให้มีการแบ่งแยกกันอย่างชัดเจนเด็ดขาด แนวความคิดนี้ได้รับแรงสนับสนุนจากพวกอีวองจิลิคัล ผู้สนับสนุนแนวคิดที่สำคัญนี้ อาทิ John Locke, David Hume, Thomas Jefferson, Benjamin Franklin, James Madison

### (4) แนวความคิดของพวกนิยมสาธารณรัฐพลเมืองหรือศาสนาพลเมือง (Civic Republican view, Publick Religion, Civil Religion)

แนวความคิดดังกล่าวได้รับแรงสนับสนุนจากพิวริตัน โดยมีแนวคิดพื้นฐานคล้ายคลึงกับอีวองจิลิคอล และพวกู้แจ้ง กล่าวคือ แนวความคิดนี้สนับสนุนเสรีภาพทางมโนธรรมและรัฐ

สนับสนุนความหลากหลายทางศาสนาในชุมชน ต่อต้านการแทรกแซงการเมืองของศาสนาโดยกลายเป็นรัฐและศาสนา และการแทรกแซงศาสนาของฝ่ายการเมืองจนถึงขั้นเป็นการสถาปนาศาสนา แต่ที่แตกต่างจากพวกอิวองจิลลิคัล และพวกู้แจ๊ส แต่สอดคล้องกับพิวริตัน คือ แนวความคิดนี้เห็นว่าศาสนาและศีลธรรมเป็นส่วนสำคัญของสังคม ซึ่งไม่มีรัฐบาลใดที่มีกำลังเพียงพอที่จะควบคุมมนุษย์นอกจากศีลธรรมและศาสนา ศาสนาของพลเมืองสอนเรื่องความสุจริต ความขยัน การอุทิศตน การมีจิตสาธารณะ ความรักชาติ ความเชื่อฟัง ความรักพระเจ้าและเพื่อนบ้านและตนเอง ซึ่งสอนโดยกลุ่มต่าง ๆ ทางศาสนา สัญลักษณ์ คือ คัมภีร์ไบเบิล คำประกาศอิสรภาพ ระฆังแห่งสันติภาพ และรัฐธรรมนูญ รัฐบาลแต่งตั้งพระสำหรับสวดในฝ่ายนิติบัญญัติและอนุศาสนาจารย์ทางทหาร รัฐบาลสนับสนุนการศึกษาศาสนาและองค์กรศาสนา

แนวความคิดนี้เห็นชอบให้รัฐสนับสนุนองค์กรทางศาสนา โดยเห็นว่าองค์กรทางศาสนาเป็นมิตรและเป็นตัวแทนของรัฐบาลที่ดี โดยมีการยกเว้นภาษีสำหรับทรัพย์สินของศาสนา และโรงเรียนทางศาสนา องค์กรการกุศล และการเผยแพร่ศาสนา การอุทิศที่ดินสาธารณะแก่องค์กรทางศาสนา และมีการลงโทษหากเกิดการดูหมิ่นศาสนา หรือการรบกวนการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา ผู้สนับสนุนแนวคิดนี้ที่สำคัญ อาทิ John Adams, Samuel Adams, George Washington

ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 1 ในปี ค.ศ. 1791 เกิดเหตุการณ์ที่สำคัญประการหนึ่ง คือ George Mason ได้ยกร่างคำประกาศสิทธิของเวอร์จิเนีย (The Virginia Declaration of Rights) ในปี ค.ศ. 1776 ซึ่งให้เสรีภาพในทางศาสนา ให้มีขันติธรรมในการปฏิบัติศาสนาอย่างเต็มที่ (“fullest toleration in the exercise of religion according to the dictates of conscience”) ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากงานเขียนของ John Locke และการเคลื่อนไหวภายในประเทศอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับขันติธรรม (Toleration) อย่างไรก็ตาม James Madison คัดค้านการใช้คำว่า “ขันติธรรม” (Toleration) แต่ให้ใช้คำว่า “การกระทำโดยเสรี” (Free Exercise) แทน ซึ่งได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของกลุ่ม Enlightenment เนื่องจากเห็นว่า “เสรีภาพทางศาสนา” ไม่ใช่สิ่งที่ได้รับจากรัฐหรือจากศาสนาประจำรัฐ จึงไม่ใช่เรื่องขันติธรรมที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องอดทนหรือยอมรับสภาพแต่ “เสรีภาพทางศาสนา” เป็นสิทธิโดยธรรมชาติและสิทธิที่ไม่อาจถูกพรากไปได้จากบุคคล บุคคลจึงมีเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาเต็มที่ มลรัฐเวอร์จิเนียในขณะนั้นมีศาสนาประจำรัฐ คือ Anglican Church ซึ่ง James Madison และ Thomas Jefferson ต่อสู้เพื่อให้มีการยกเลิกศาสนาประจำรัฐดังกล่าวที่รัฐให้การสนับสนุนโดยเรียกเก็บเงินภาษีจากประชาชนที่ไม่เกี่ยวข้องับศาสนาดังกล่าวด้วย โดยมีผู้ร่วมสนับสนุน คือ แบบติสต์ เพรสไบทีเรียน และควakers จึงเกิดปรากฏการณ์การตื่นตัวครั้งใหญ่ที่เรียกว่า Great Awakening (1728 - 1790) ซึ่งมีอิทธิพลต่อการพัฒนาการเรื่องเสรีภาพทาง

ศาสนา โดยที่กลุ่มอิวองจิลิกอลสนับสนุนให้มีเสรีภาพในการเลือกศาสนา และโบสถ์มีหน้าที่ปกครองตนเอง ในขณะนั้นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและศาสนาถูกมองว่าจะก่อให้เกิดภัยอันตราย ผู้นำในมลรัฐเวอร์จิเนียขณะนั้น คือ John Leland เป็นผู้สนับสนุนกายแบบติสต์ เป็นผู้สนับสนุนแนวความคิดของ James Madison การต่อสู้ในมลรัฐเวอร์จิเนียนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงในเรื่องเสรีภาพทางศาสนา เมื่อถึงปี ค.ศ. 1791 รัฐที่มีศาสนาประจำรัฐเป็น Anglican Church ก็ถูกยกเลิกไปทั้งหมด ยกเว้นมลรัฐแมริแลนด์ ส่วนในนิวอิงแลนด์ยังคงมีศาสนาประจำรัฐอยู่ จนกระทั่งยกเลิกไปทั้งหมดในภายหลัง โดยมลรัฐคอนเนตทิคัตยกเลิกในปี ค.ศ. 1818 มลรัฐแมสซาชูเซตส์ยกเลิกในปี ค.ศ. 1833<sup>20</sup>

การสถาปนาศาสนาของอังกฤษในรัฐอาณานิคมทางตอนใต้และในนิวยอร์กของอเมริกา ภายหลังต้องยกเลิกไปหลังการปฏิวัติอเมริกา เนื่องจากศาสนาของอังกฤษสนับสนุนระบบกษัตริย์ ส่วนพิวริตันในนิวอิงแลนด์สนับสนุนการแยกตัวเป็นอิสระของอเมริกา ซึ่งในที่สุดเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศอเมริกาก็มีการบัญญัติห้ามอย่างชัดเจนในเรื่องการสถาปนาศาสนา ห้ามการกำหนดศาสนาประจำชาติ และแนวคำพิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเองก็ได้ระบุว่ารัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ซึ่งรวมถึง หลักการห้ามการสถาปนาศาสนาตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ใช้บังคับกับมลรัฐด้วย โดยอาศัยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14<sup>21</sup> ในที่สุดทุกมลรัฐจึงได้ยกเลิกการสถาปนาศาสนาประจำมลรัฐไปจนหมดสิ้น

## 2. แนวทางการตีความของบทบัญญัติทางศาสนาตามรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ที่บัญญัติว่า Congress shall make no law respecting an establishment of religion, Or prohibiting the free exercise thereof, ถือเป็นบทบัญญัติที่สมบูรณ์ในการรับรองเสรีภาพทางศาสนา โดยบัญญัติห้ามรัฐสภาตรากฎหมายเพื่อสถาปนาศาสนาหรือขัดขวางเสรีภาพทางศาสนา มีผู้กล่าวว่า เสรีภาพทางศาสนาถือเป็นเสรีภาพแรก (first liberty) ที่ผู้ก่อตั้งประเทศให้ความสนใจมากที่สุด อาจเป็นเพราะเป็นบทบัญญัติและประโยคแรกในรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ที่กำหนดรับรองสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองสหรัฐอเมริกา ในขณะนั้น บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา มากมายเพื่อให้ตีความ โดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในส่วนเรื่องศาสนามีคำสำคัญ 3 คำ ที่มีนัยยะสมควรทำความเข้าใจ คือ 2.1 ความหมายของคำว่า “ศาสนา” (religion) 2.2 ความหมายของ

<sup>20</sup> Charles C. Haynes, History of Religious Liberty in America, [http://www.firstamendmentcenter.org/rel\\_liberty/history/overview.aspx](http://www.firstamendmentcenter.org/rel_liberty/history/overview.aspx) 4/2/2554.

<sup>21</sup> Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940).

คำว่า “สถาปนาศาสนา” (religious establishment clause) 2.3 ความหมายของคำว่า “เสรีภาพทางศาสนา” (free exercise clause) ที่ศาลสูงสุดได้ตีความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้อย่างน่าสนใจ

## 2.1 ความหมายของคำว่า “ศาสนา”

ความหมายของคำว่า “ศาสนา” ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกายังไม่ได้วางกรอบการตีความไว้โดยตรงว่า “ศาสนา” ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 จะหมายถึงสิ่งใดบ้าง จะรวมถึงปรัชญา ความเชื่อส่วนบุคคล หรือจะหมายถึงเฉพาะ “ศาสนา” ที่นับถือพระเจ้าเท่านั้น ในประวัติศาสตร์สมัยก่อตั้งประเทศ ผู้ก่อตั้งประเทศคงไม่ได้คาดคิดว่าคำว่า “ศาสนา” จะมีปัญหาว่าหมายถึงอะไรบ้าง เพราะคนรุ่นก่อตั้งประเทศนั้นรู้จักศาสนาเพียงอย่างเดียวว่า ศาสนาคือหน้าที่ที่คนมีต่อพระเจ้า ซึ่งเป็นแนวความเข้าใจของทั้งโปแตสแตนต์และศาสนาユดา แต่ในครึ่งหลังของศตวรรษที่ 20 ความเข้าใจในศาสนาและคุณค่าทางศาสนาภายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนไป ศาสนามีความหลากหลายเพิ่มขึ้น มีผู้นับถือศาสนาพุทธที่ถือเป็นศาสนาที่ไม่มีความเชื่อเรื่องพระเจ้าได้หลั่งไหลเข้าไปอยู่ในสหรัฐอเมริกามากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นชาวจีน ชาวญี่ปุ่น และชาวเวียดนาม ซึ่งแนวความเชื่อทางศาสนาของคนเหล่านั้นค่อนข้างจะแตกต่างจากความเชื่อทาง “ศาสนา” แบบดั้งเดิมของประเทศสหรัฐอเมริกา จนถึงปัจจุบัน ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องที่ให้กรอบความหมายของคำว่า “ศาสนา” ในสองแนวทาง<sup>22</sup> ได้แก่

### (1) ความหมายของคำว่า “ศาสนา” ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

ในประเด็นเรื่องกรอบความหมายของคำว่า “ศาสนา” ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้น ในปี ค.ศ. 1890 ในคดี **Davis v. Beason**<sup>23</sup> ศาลได้วินิจฉัยว่า “ศาสนา” หมายถึงความเห็นของบุคคลในเรื่องความสัมพันธ์ต่อผู้สร้าง (Creator) และหน้าที่ที่แสดงความภักดีต่อผู้สร้างและการเคารพเชื่อฟัง และต่อมาในปี ค.ศ. 1931 ในคดี **United States v. Macintosh**<sup>24</sup> ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย (ประธานศาลสูงสุด Hughes) เขียนแสดงความเห็นว่า หลักความสำคัญของศาสนา คือ ความเชื่อในความสัมพันธ์ระหว่างพระเจ้าและมนุษย์ ซึ่งทำให้เห็นได้ว่า แนวคำพิพากษาในยุคนั้น ยังมีความเห็นว่า “ศาสนา” หมายถึง ศาสนาที่เชื่อในความมีอยู่ของพระเจ้าเท่านั้น

<sup>22</sup> โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม จาก Daniel O’Conkle Robert H. McKinney Professor of Law, Constitutional Law The Religion Clause, Foundation Press, New York, 2003, หน้า 60 - 71.

<sup>23</sup> 133 U.S. 333 (1890).

<sup>24</sup> 283 U.S. 605 (1931).



แต่ต่อมา ในปี ค.ศ. 1961 ในคดี *Torcaso v. Watkinson*<sup>25</sup> ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐได้วินิจฉัยวางแนวกรอบคำว่า “ศาสนา” เปลี่ยนแปลงไป โดยศาลอธิบายคำว่า “ศาสนา” หมายถึง ศาสนาที่เชื่อในการมีอยู่จริงของพระเจ้าและการไม่เชื่อในพระเจ้าเช่นกัน โดยศาลวินิจฉัยว่า รัฐบาลมลรัฐหรือรัฐบาลสหรัฐไม่สามารถบังคับบุคคลโดยอาศัยรัฐธรรมนูญในเรื่องการนับถือความเชื่อหรือให้ไม่เชื่อในศาสนาใด ไม่สามารถตรากฎหมายหรือกำหนดเงื่อนไขที่จะช่วยศาสนาเหนือกว่าผู้ที่ไม่มีความเชื่อ และไม่สามารถช่วยเฉพาะศาสนาที่มีความเชื่อว่ามีพระเจ้าเหนือศาสนาที่มีความเห็นแตกต่าง ซึ่งศาลเห็นว่า ศาสนาในประเทศนี้ยังมีที่ไม่ได้สอนในเรื่องการมีอยู่ของพระเจ้า เช่น ศาสนาพุทธ และเต๋า รวมถึง จริยธรรมและการรักเพื่อนมนุษย์ ซึ่งในคดีดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญของมลรัฐแมริแลนด์ที่กำหนดให้มีการสาบานตนว่ามีความเชื่อในพระเจ้านั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14

และต่อมา ในคดี *Wisconsin v. Yoder*<sup>26</sup> ศาลวางแนวเพิ่มเติมว่า “ศาสนา” ต้องมีลักษณะเป็นการปฏิบัติร่วมกันในชุมชน โดยศาลวินิจฉัยว่า การปฏิบัติศาสนาของ Amish ที่มีลักษณะเป็นพื้นฐานมาจากคัมภีร์ไบเบิล (biblically based) เป็นไปตามจารีตประเพณี (traditional) และมีลักษณะเป็นชุมชน (communal) เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา โดยศาลสูงสุดได้กล่าวต่อไปว่า ความคุ้มครองศาสนาตามรัฐธรรมนูญนี้ ไม่รวมถึง การปฏิบัติที่มีพื้นฐานมาจากปรัชญาและเรื่องส่วนบุคคล (philosophical and personal) ที่มีพื้นฐานมาจากการประเมินเฉพาะบุคคล (subjective evaluation) และปฏิเสธคุณค่าทางโลกร่วมสมัย (contemporary secular value) ที่ได้รับความเห็นชอบจากคนส่วนใหญ่ ศาลเห็นว่าจะเป็นศาสนาได้ต้องมีชุมชนหรือสถาบันสนับสนุน (communal or institutional support) ด้วย ในคดี *Yoder* นั้น ศาลเห็นว่า ชาว Amish เป็นผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์ แต่การดำเนินชีวิตของชาว Amish นั้น เกิดจากการตีความของกลุ่มชาว Amish เองจากคัมภีร์ไบเบิลศาลยอมรับในการตีความไบเบิลของชาว Amish ที่แตกต่างจากศาสนาคริสต์นิกายอื่นได้

เช่นเดียวกันกับคดี *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*<sup>27</sup> ซึ่งศาลคุ้มครองการปฏิบัติศาสนาโดยจริงจังของบุคคลที่เห็นว่า วันอาทิตย์เป็นวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath) ต้องไม่ทำงานใด ๆ ถึงแม้ความเชื่อของบุคคลนั้นจะไม่มีหลักศาสนาหรือคำสอนของศาสนาหรือองค์กรศาสนาใดรับรอง ถึงแม้ *Frazee* จะนับถือศาสนาคริสต์เถียน แต่ความเชื่อดังกล่าวมาจากการตีความคัมภีร์ไบเบิลด้วยตนเอง

<sup>25</sup> 367 U.S. 488 495 (1961).

<sup>26</sup> 406 U.S. 205 (1972).

<sup>27</sup> 489 U.S. 829 (1989).

แต่อย่างไรก็ตาม ศาสนาคริสต์นิกายก็เป็น “ศาสนา” ในความหมายทั่วไปอยู่แล้ว (conventional religion) ที่เป็นศาสนาที่นับถือพระเจ้า เพียงแต่ในคดีนี้ศาลรับรองว่าบุคคลสามารถตีความศาสนาเพื่อมาเป็นหลักปฏิบัติส่วนตัวได้ โดยในคดี Frazee นั้น ปรากฏว่า Frazee ได้ระบุว่า ตนนับถือศาสนาคริสต์นิกาย แต่ไม่ได้เป็นสมาชิกนิกายศาสนาใด และไม่ได้อ้างว่าการที่ไม่สามารถทำงานในวันอาทิตย์นั้นมาจากความเชื่อทางศาสนาใด ศาลก็รับรองการปฏิบัติศาสนาดังกล่าวโดยการตีความไบเบิลของ Frazee ที่ให้หยุดงานในวันอาทิตย์

ซึ่งในส่วนของวันหยุดทางศาสนานั้น มีข้อสังเกตว่าที่มาในเรื่องวันหยุดทางศาสนาคริสต์นั้น ในพระคัมภีร์ไบเบิลไม่ได้ระบุไว้ชัดว่าต้องเป็นวันใด วันหยุดทางศาสนาในกรณีนี้เกี่ยวกับความเชื่อเรื่องพระเจ้าสร้างโลกของ 3 ศาสนา โดยตามคัมภีร์ศาสนายูดาห์ บัญญัติว่าวันที่ 1 พระเจ้าทรงสร้างกลางวันและกลางคืน วันที่ 2 ทรงสร้างฟ้า วันที่ 3 ทรงสร้างแผ่นดิน วันที่ 4 ทรงสร้างดวงอาทิตย์ ดวงจันทร์และดวงดาวต่าง ๆ วันที่ 5 ทรงสร้างสัตว์ นก และปลานานาพันธุ์ วันที่ 6 ทรงสร้างมนุษย์ทั้งชายและหญิง วันที่ 7 ทรงหยุดสร้างและตั้งให้เป็นวันศักดิ์สิทธิ์และบริสุทธิ์ ในศาสนาคริสต์ก็เชื่อเช่นเดียวกับศาสนายูดาห์ เพราะศาสนาคริสต์ยอมรับคัมภีร์ในศาสนายูดาห์มาเป็นของตนด้วย จะต่างกันตรงที่วันศักดิ์สิทธิ์ในศาสนายูดาห์เป็นวันเสาร์ แต่ในศาสนาคริสต์เป็นวันอาทิตย์ ส่วนในศาสนาอิสลามมีกล่าวไว้ในคัมภีร์มิสกาท ของนิกายสุนนีวว่า พระอัลเลาะห์ทรงสร้างแผ่นดินในวันเสาร์ ทรงสร้างภูเขาในวันอาทิตย์ ทรงสร้างต้นไม้ในวันจันทร์ ทรงสร้างสิ่งที่ไม่ดีในวันอังคาร ทรงสร้างสิ่งที่ดีในวันพุธ ทรงสร้างสัตว์ต่าง ๆ ในวันพฤหัสบดี และทรงสร้างมนุษย์ในวันศุกร์ วันศุกร์จึงนิยมเป็นวันหยุดของประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามเพื่อไปละหมาดพร้อมกันในมัสยิด<sup>28</sup> ดังนั้น จึงเห็นว่าในหลายคดีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาต้องตีความเรื่องวันหยุดทางศาสนานั้น ศาลจึงยังไม่ตีความไปว่าวันอาทิตย์เกิดจากวันหยุดทางศาสนาเท่านั้น เช่น

(1) ในปี ค.ศ. 1961 ในคดี McGowan v. Maryland<sup>29</sup> ที่ศาลวินิจฉัยว่า กฎหมายห้ามหรือการจำกัดการค้าขายในวันอาทิตย์ (Sunday Closing Law) ไม่ละเมิดรัฐธรรมนูญในหลักการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะกฎหมายมีวัตถุประสงค์ทางโลกไม่เกี่ยวข้องกับศาสนาและเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ กฎหมายดังกล่าวเป็นสวัสดิการสังคมที่มีวัตถุประสงค์ชัดเจน ในการกำหนดวันหยุดของประชาชนอย่างพร้อมเพรียงกัน เพื่อการสร้างบรรยากาศของการสันตนาการ ความสดใสร การปล่อยวาง ความสนุกสนาน และพัฒนาสุขภาพของประชาชน ซึ่งผลประโยชน์ของรัฐเหล่านี้ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ถ้ารัฐอนุญาตให้ประชาชนเลือกวันหยุดหนึ่งวันในแต่ละอาทิตย์เพื่อพักผ่อนจากงาน ซึ่งแม้จุดกำเนิด

<sup>28</sup> ฟีน ดอกบัว, ศาสนาเปรียบเทียบ, หน้า 72.

<sup>29</sup> 366 U.S. 420 (1961).

เหล่านั้นเกิดจากความพยายามส่งเสริมประชาชนเข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนา แต่ผลประโยชน์ที่ได้รับกลับเป็นไปเพื่อเรื่องทางโลก

(2) ในปี ค.ศ. 1961 ในคดี **Braunfeld v. Brown**<sup>30</sup> ที่ศาลวินิจฉัยว่า กฎหมายมลรัฐเพนซิลวาเนียที่ห้ามเปิดร้านขายของในวันอาทิตย์ยังใช้บังคับได้ ไม่ขัดรัฐธรรมนูญในเรื่องเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา เพราะการกำหนดให้หยุดวันอาทิตย์เป็นเรื่องทางโลก ไม่เกี่ยวกับศาสนา แม้ผู้ร้องในคดีนี้จะเสียประโยชน์ในการเปิดร้านขายของในวันอาทิตย์เพราะเป็นผู้นับถือศาสนายิว (Orthodox Jewish) ที่กำหนดห้ามทำงานในวันเสาร์แล้วก็ตาม โดยศาลระบุว่าบุคคลไม่ได้มีเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาโดยเด็ดขาด หากการปฏิบัติศาสนานั้นขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย ซึ่งศาลเห็นว่ารัฐมีอำนาจในการกำหนดวันหยุดพักผ่อนสำหรับผู้ใช้แรงงานทุกคนในช่วงเวลาเดียวกัน เพื่อสมาชิกครอบครัวและชุมชนจะได้มีโอกาสใช้เวลาร่วมกันและเพื่อพัฒนาตนเอง โดยศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ได้ห้ามผู้ร้องในการปฏิบัติศาสนา เพราะผู้ร้องยังสามารถหยุดงานได้ในวันเสาร์ เพียงแต่ผู้ร้องต้องมีค่าใช้จ่ายที่แพงขึ้นหากต้องการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาของตน เพราะต้องปิดร้านค้าของตนในวันอาทิตย์ด้วย

(3) ในปี ค.ศ. 1963 ในคดี **Sherbert v. Verner**<sup>31</sup> ศาลยังคงรับรองสิทธิของบุคคลในการเลือกที่จะไม่รับทำงานในวันหยุดทางศาสนา (Sabbath) ของตนได้ โดยศาลเห็นว่า กฎหมายของมลรัฐเซาท์แคโรไลนาละเมิดสิทธิเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา ในการกำหนดคุณสมบัติบุคคลที่ไม่สามารถขอรับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน เนื่องจากบุคคลปฏิเสธที่จะรับงานที่กรมจัดหางานเสนอให้ เพราะบุคคลอ้างข้อบัญญัติศาสนาในการห้ามทำงานในวันเสาร์ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อกำหนดของรัฐเป็นการสร้างภาระอย่างยิ่งในการปฏิบัติศาสนาของบุคคล โดยศาลเห็นว่ากฎหมายมลรัฐได้คุ้มครองห้ามนายจ้างเรียกลูกจ้างทำงานวันอาทิตย์ หากลูกจ้างปฏิเสธทำงานในวันอาทิตย์ยังคงได้รับเงินชดเชยการว่างงานได้ การที่รัฐปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์จากการชดเชยการว่างงานแก่กลุ่มชาวยิวที่ประสงค์จะหยุดพักผ่อนในวันเสาร์ซึ่งถือเป็นวันศักดิ์สิทธิ์ จึงเป็นการกีดกันทางศาสนา ซึ่งรัฐอ้างประโยชน์ของรัฐอย่างเดียวว่าเป็นการคุ้มครองเงินกองทุนชดเชยการว่างงานของรัฐและเป็นอุปสรรคในการวางแผนของนายจ้างที่การทำงานในวันเสาร์เป็นสิ่งจำเป็น ศาลเห็นว่าข้ออ้างของรัฐนั้นขาดหลักฐานที่เพียงพอที่ศาลจะเห็นความจำเป็นในการที่รัฐจะละเมิดเสรีภาพทางศาสนาของบุคคล เช่นเดียวกับ ในปี ค.ศ. 1981 คดี **Thomas v. Review Board**<sup>32</sup> วินิจฉัยว่าการที่รัฐปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยการว่างงาน เนื่องจากบุคคลปฏิเสธที่จะทำงานในสถานที่ผลิตอุปกรณ์สงครามที่ขัดแย้งต่อความเชื่อทางศาสนานั้น เป็นสิ่งที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญในหลักการเรื่องเสรีภาพ

<sup>30</sup> 366 U.S. 599 (1961).

<sup>31</sup> 374 U.S. 398 (1963).

<sup>32</sup> 450 U.S. 707 (1981).

ในการปฏิบัติศาสนา และในปี ค.ศ. 1987 ในคดี *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida*<sup>33</sup> ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่รัฐปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยการว่างงาน เนื่องจากบุคคลปฏิเสธที่จะทำงานในวันหยุดศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนานั้น เป็นการกีดกันอย่างสำคัญต่อผู้นับถือศาสนาที่ต้องเปลี่ยนแปลงความประพฤติและเป็นการขัดต่อความเชื่อทางศาสนาของเขา รัฐต้องผ่านการทดสอบที่เคร่งครัด (strict scrutiny) และต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงประโยชน์ของรัฐที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (compelling state interest) ในการออกข้อห้ามที่ขัดแย้งต่อหลักการปฏิบัติทางศาสนาดังกล่าวของรัฐ

(4) แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นเรื่องวันหยุดงานของบริษัทเอกชน นั้น แนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดยังเน้นไปที่การทำงานตามข้อตกลงของเอกชนอยู่ เช่น ในคดี *Trans World Airlines v. Hardison*<sup>34</sup> ที่ศาลวินิจฉัยว่า TWA ไม่ได้ละเมิดกฎหมายที่กำหนดให้อำนวยความสะดวกต่อลูกจ้างตามเหตุผลอันสมควร (reasonable accommodation) ในการจัดเปลี่ยนวันหยุดงานให้แก่ลูกจ้างเพื่อไม่ให้ตรงกับวันหยุดทางศาสนาของลูกจ้าง โดยศาลเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงเวลาการทำงานของลูกจ้างในคดีนี้จะกระทบกับระบบการจัดงานตามอาวุโสซึ่งบริษัทได้ทำข้อตกลงไว้กับสหภาพแรงงาน และการทำงานในวันเสาร์และอาทิตย์เป็นสาระสำคัญของการทำงานของบริษัทในการให้บริการ หากจัดให้บุคคลหยุดงานในวันเสาร์อาทิตย์ตามเหตุผลทางศาสนาก็จะกระทบกับลูกจ้างรายอื่น ทำให้ไม่สามารถหยุดงานในวันเสาร์อาทิตย์ได้เลย อีกทั้งหากต้องไปจ้างแรงงานมาทำงานแทนเพิ่มเติม ทั้งสองประการล้วนเป็นภาระอย่างยิ่งสำหรับบริษัทและลูกจ้างรายอื่น ๆ หรือในคดี *Estate of Thornton v. Caldor*<sup>35</sup> ที่ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า กฎหมายมลรัฐคอนเนกติกัตที่กำหนดให้ลูกจ้างมีสิทธิอย่างสมบูรณ์ที่จะไม่ทำงานในวันหยุดทางศาสนา (Sabbath) นั้น ละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะกฎหมายให้น้ำหนักไปยังกลุ่มผู้นับถือศาสนาอยู่เหนือกลุ่มผลประโยชน์ของนายจ้างและลูกจ้างคนอื่นในสถานที่ทำงานนั้น เป็นต้น

ในเรื่องขอบเขตของคำว่า “ศาสนา” นั้น ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตีความถ้อยคำดังกล่าวโดยเคารพแนวการตีความของบุคคลในเรื่องความเชื่อและมโนธรรมดังกล่าวด้วย เช่น ในคดี *Planned Parenthood v. Casey*<sup>36</sup> ศาลสูงสุดได้พิพากษาว่า สิทธิในการเลือกทำแท้งเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในเรื่องของมโนธรรมและความเชื่อ ซึ่งทางเลือกเป็นสิ่งสำคัญในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในการปกครองตนเอง เป็นคำสั่งจาก

<sup>33</sup> 480 U.S. 136 (1987).

<sup>34</sup> 432 U.S. 63 (1977).

<sup>35</sup> 472 U.S. 703 (1985).

<sup>36</sup> 505 U.S. 833 (1992).

จิตวิญญาณและสิทธิในการให้ความหมายของความคิดในการเกิดขึ้นและความหมายในการมีชีวิตอยู่ รวมทั้งจักรวาลและความลึกลับของชีวิตมนุษย์ ซึ่งมีนัยยะว่าศาลคุ้มครองในเรื่อง คุณธรรมและการแสดงเจตจำนงของบุคคล ซึ่งอาจจะไม่ใช่ศาสนาตามจารีตประเพณี แต่หากพิจารณาในแง่ของคดี Yoder และคดี Frazee ว่าบทบัญญัติศาสนา ศาสนาอาจหมายถึงเรื่องที่เป็นส่วนบุคคล แต่ต้องเป็นศาสนาที่เชื่อในพระเจ้า หรือศาสนาอาจจะเป็นสิ่งที่เป็นตามจารีตประเพณี ซึ่งศาสนาพุทธแม้จะไม่ใช่ศาสนาที่เชื่อในพระเจ้า แต่ก็อาจเข้าใจว่าเป็นศาสนาตามจารีตประเพณี (conventional religion) เช่นกัน

อนึ่ง ในเรื่องความเชื่อทางศาสนานั้น ในปี ค.ศ. 1944 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยวางแนวไว้ว่า บทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องศาสนา ห้ามรัฐและตุลาการเข้าไปยอมรับหรือปฏิเสธความเชื่อทางศาสนาใดๆ ไม่ว่าความเชื่อทางศาสนาหรือลัทธินั้นจะดูเหลือเชื่อ หรือ ประหลาด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความมหัศจรรย์ของคัมภีร์ศักดิ์สิทธิ์ พลังของการสวดมนต์ โดยศาลสูงสุดเห็นว่า มนุษย์สามารถเชื่อในสิ่งที่ตนเองไม่สามารถพิสูจน์ได้ และไม่จำเป็นต้องถูกบังคับให้พิสูจน์ความเชื่อของตนดังกล่าว<sup>37</sup> แต่สามารถเข้าไปตรวจสอบว่า เป็นการเชื่อโดยบริสุทธิ์ใจ (sincerely believed) ว่าคำกล่าวของตนในเรื่องศาสนานั้น เป็นความจริง และในปี ค.ศ. 1981 ศาลสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยเพิ่มเติมว่า ความเชื่อทางศาสนาไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับ หรือเป็นเหตุเป็นผล หรือเป็นสิ่งที่เข้าใจได้สำหรับบุคคลอื่น<sup>38</sup>

## (2) ความหมายของคำว่า “ศาสนา” ตามบทบัญญัติกฎหมายทั่วไป

ในคดี *United States v. Seeger*<sup>39</sup> ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตีความบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนา ในส่วนของคำนิยามคำว่า “ความเชื่อทางศาสนา” ตามกฎหมาย ไม่ใช่คำว่า “ศาสนา” ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 ซึ่งศาลสูงสุดได้วินิจฉัยนิยามคำว่า “ความเชื่อทางศาสนา” ตามกฎหมายเกี่ยวกับการฝึกอบรมทางทหารและการเข้าเป็นทหาร (The Universal Military Training and Service Act) โดยที่กฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้บุคคลที่คัดค้านการเข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่ทางทหารเนื่องจากขัดแย้งต่อความเชื่อทางมโนธรรม (conscientious objectors) ไม่ต้องเข้าเป็นทหารได้ แต่ให้ไปปฏิบัติหน้าที่อื่นแทน โดยในกฎหมายดังกล่าวให้ความหมายของคำว่า “ศาสนา” ว่าเป็นความเชื่อของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับอำนาจสูงสุด (Supreme Being) ที่เกี่ยวข้องกัหน้าที่ความสัมพันธ์ที่เหนือไปกว่าความสัมพันธ์ของมนุษย์ แต่ไม่รวมถึงความเชื่อของบุคคลในเรื่องการเมือง สังคม และปรัชญา หรือ

<sup>37</sup> *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78 (1944).

<sup>38</sup> *Thomas v. Review Board*, 450 U.S. 707 (1981).

<sup>39</sup> 380 U.S. 163 (1965).

เป็นเพียงคุณธรรมส่วนบุคคล (political, sociological, philosophical views or merely personal moral code)<sup>40</sup> และศาลตีความขยายต่อไปด้วยว่า “ศาสนา” รวมถึงความเชื่อที่จริงจังและมีความหมายในชีวิตของบุคคล ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึง (parallel) เช่นเดียวกับผู้ที่มีความเชื่อดั้งเดิมในพระเจ้าว่าเข้าเงื่อนไขได้รับยกเว้นด้วย<sup>41</sup>

ซึ่งจากความหมายดังกล่าว “ศาสนา” รวมถึงการปฏิเสธที่จะปฏิบัติต่อสิ่งที่ขัดกับความเชื่อทางมโนธรรมของบุคคล (conscientious objector) ที่บางคนอาจยังมีความสงสัยเกี่ยวกับการมีอยู่จริงของพระเจ้า แต่อ้างว่ามีความเชื่อในเรื่องความดี หากพิจารณาดังกล่าวจะพบว่าศาลรับรองความเชื่อที่ไม่เกี่ยวกับพระเจ้าด้วยว่ามีลักษณะเป็นศาสนาด้วย เนื่องจากศาลเห็นว่า รัฐสภาได้ใช้คำว่า Supreme Being แทนคำว่า God แล้ว คงต้องการตีความหมายที่แตกต่างจากคำว่า “God” ตามที่เข้าใจกันเท่านั้น โดยมีข้อสังเกตว่าแต่เดิมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศาสนามักจะใช้คำว่า “God” แต่ต่อมารัฐสภาใช้คำอื่นแทนคำว่า God เพื่อให้ขยายความไปครอบคลุมศาสนาอื่น ๆ ที่ไม่เชื่อในพระเจ้าด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีการพยายามอธิบายคำว่า “พระเจ้า” แตกต่างไปจากเดิมด้วยที่ว่าหมายถึงบุคคลที่เมื่อเราตายแล้วจะไปพบในสวรรค์ แต่ให้หมายรวมถึงว่าพระเจ้าอยู่ในเราตลอดเวลา และในคำพิพากษาของศาลในคดี Seeger ก็ได้อธิบายว่า หากอธิบายความหมายขยายขอบเขตออกไป ความเชื่อเรื่องนิพพานของศาสนาพุทธก็จะอยู่ในกรอบความหมายนั้นด้วย เพราะศาสนาพุทธเป็นศาสนาที่ปฏิรูปมาจากศาสนาฮินดูที่มีความเชื่อเรื่องพระเจ้าเช่นกัน

หรือในคดี *Welsh v. United States*<sup>42</sup> ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยความหมายของ “ศาสนา” ตามกฎหมายเกี่ยวกับการฝึกรบและเข้าร่วมทางทหารเช่นกัน โดยศาลเห็นว่าผู้ที่มีสิทธิปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามการทางทหารตามกฎหมายนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นศาสนาที่มีความเชื่อเรื่องพระเจ้าเท่านั้น โดยศาลยังเดินตามแนวความเห็นของศาลในคดี Seeger แต่ศาลได้ขยายการตีความว่า ผู้ที่มีสิทธิขอไม่เข้าร่วมปฏิบัติการทางทหาร (conscientious objector) ตามกฎหมายนี้ ไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้นับถือศาสนาตามจารีตประเพณีหรือกลุ่มศาสนาเทวนิยมเท่านั้น แต่รวมถึงการคัดค้านการเข้าร่วมเนื่องจากความเชื่ออย่างจริงจังทางจริยธรรม ศีลธรรม ศาสนา (deeply held moral, ethical, or religious belief) ด้วย ที่กำหนดว่าสิ่งใดถูก สิ่งใดผิด

<sup>40</sup> “religious training and belief, “i.e., belief in an individual’s relation to a Supreme Being involving duties beyond a human relationship but not essentially political, sociological, or philosophical views or a merely personal moral code.

<sup>41</sup> “... sincere and meaningful believe occupying in the life of its possessor a place parallel to that filled by the God of those admittedly qualified for the exemption.

<sup>42</sup> 398 U.S. 816 (1969).



แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยในคดี Seeger และ คดี Welsh กับเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้นับถือศาสนาและผู้ไม่นับถือศาสนา เพราะไม่คุ้มครองความเชื่อหรือคุณธรรมของบุคคลในเรื่องการไม่เข้าร่วมในกิจกรรมทางทหาร เป็นการขัดต่อหลักการสถาปนาศาสนาที่ให้ประโยชน์ต่อผู้นับถือศาสนามากกว่าผู้ไม่นับถือศาสนา

อย่างไรก็ดี มีผู้เห็นว่าความหมายของคำว่า “ศาสนา” หากให้ความหมายกว้างแคบย่อมมีผลในการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 เพราะหากความหมายกว้างเกินไปก็อาจจะเกิดอุปสรรคในการรับความช่วยเหลือจากรัฐ เนื่องจากหากถูกตีความว่าเป็น “ศาสนา” แล้ว รัฐให้การสนับสนุนก็จะเป็นการสถาปนาศาสนาได้ ถ้าให้ความหมายแคบไป ก็อาจทำให้กลุ่มความเชื่อบางแห่งได้รับอุปสรรคเพราะอาจไม่ได้รับความคุ้มครองในเรื่องเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาได้ แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นคำนิยามว่า “ศาสนา” คงต้องรอศึกษาแนวทางคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาต่อไปว่าจะพัฒนาการกำหนดความชัดเจนในความหมายของคำว่า “ศาสนา” มากขึ้นหรือไม่ประการใด

สำหรับในการศึกษาเรื่อง “ศาสนา” ในประเทศไทย นักวิชาการด้านศาสนา ได้มีการให้องค์ประกอบของ “ศาสนา” หมายถึง มีศาสดาผู้ก่อตั้งศาสนา มีคัมภีร์ทางศาสนาของตนโดยเฉพาะ มีนิกบวชผู้สืบทอดศาสนา มีสถานที่อยู่เป็นเอกเทศสำหรับผู้สืบทอดศาสนาหรือสถานที่เฉพาะสำหรับการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา มีปูชนียวัตถุหรือปูชนียสถานทางศาสนา ซึ่งหากมีองค์ประกอบน้อยกว่านั้นก็จะเป็นเพียงลัทธิไปได้ โดยศาสนาต้องมีสิ่งเคารพสูงสุด เช่น ผู้นับถือศาสนาพุทธนับถือพระพุทธเจ้าอย่างสูงสุด ผู้นับถือศาสนาคริสต์นับถือพระเยซูพระเจ้าอย่างสูงสุด และศาสนาจะมีหลักคำสอนซึ่งมีทั้งระดับศีลธรรมและปรมัตถธรรม เพื่อประโยชน์ในชาตินี้และชาติหน้า คำสอนมีลักษณะเป็นคำสั่งที่จะต้องทำตามใครฝ่าฝืนมีโทษ เช่น วินัยในทางพุทธศาสนา หรือศีล บางประเภทเป็นคำสอนเพื่อชักชวนให้ทำตาม ใครปฏิบัติตามก็เกิดผลดีต่อบุคคลนั้น<sup>43</sup> ซึ่งตามองค์ประกอบของศาสนาที่ใช้ในประเทศไทยนั้น ก็ครอบคลุมทั้งศาสนาที่มีพระเจ้าและไม่มีพระเจ้าด้วย ซึ่งก็ดูจะสอดคล้องกับความหมายของคำว่า “ศาสนา” ในคดี Yoder ที่ศาลวางหลักไว้ประการหนึ่งว่า ศาสนาต้องเป็นเรื่องของชุมชนและมีสถาบัน ไม่ใช่เป็นความเชื่อของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะหรือเป็นเรื่องทางปรัชญาเท่านั้น หรือในคดี Seeger ที่รัฐสภาสหรัฐได้ให้คำนิยามของ “ศาสนา” ตามกฎหมายว่าไม่รวมถึงความเชื่อทางการเมือง ทางสังคม หรือทางปรัชญา หรือเป็นเพียงคุณธรรมส่วนบุคคล ซึ่งก็คงต้องใช้เวลาพัฒนาหลักและกรอบความคิดในเรื่องกรอบของความหมายของคำว่า “ศาสนา” นี้ต่อไป

<sup>43</sup> พิน ดอกบัว. ศาสนาเปรียบเทียบ. หน้า 2 - 3.

## 2.2 ความหมายของคำว่า “สถาปนาศาสนา” (Religious Establishment Clause)

คำว่า “สถาปนาศาสนา” ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 มีความหมายมากกว่า “การห้ามรัฐตรากฎหมายเพื่อสถาปนาศาสนา” เท่านั้น แต่ยังคงห้ามกฎหมายที่มี “ผลเป็นการสถาปนาศาสนา” บทบัญญัติการห้ามสถาปนาศาสนาเป็นการกำหนดเขตแดนระหว่างหน้าที่และการดำเนินการขององค์กรศาสนาและรัฐบาล ในช่วง 150 ปี แรกภายหลังจากตรารบบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีโอกาสน้อยมากที่จะได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวยังคงไม่ได้บังคับกับมลรัฐ แต่ภายหลังสงครามกลางเมือง (civil war) ได้มีการตรารบบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (1868) และในปี ค.ศ. 1940 ในคดี **Cantwell v. Connecticut** ศาลสูงสุดได้ตีความว่า บทบัญญัติการห้ามสถาปนาศาสนาเป็นส่วนหนึ่งของเรื่อง “เสรีภาพ” ซึ่งได้รับความคุ้มครองจากบทบัญญัติคุ้มครองกระบวนการยุติธรรมที่ชอบ (Due Process Clause) ภายใต้อำนาจบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ดังนั้น การกระทำของรัฐบาลทั้งหมดไม่ว่าจะระดับรัฐบาลกลาง รัฐบาลมลรัฐ และท้องถิ่น ต้องถูกผูกพันภายใต้อำนาจบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ด้วย ภายหลังจากนั้นจึงเริ่มมีคดีเกี่ยวข้องกับเรื่องศาสนาเข้าสู่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาให้ได้ตีความมากมายหลายคดี

ความหมายของคำว่า “Establishment” เป็นประเด็นถกเถียงกันว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์ห้ามเฉพาะการสถาปนาศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นศาสนาประจำรัฐ หรือการเลือกปฏิบัติต่อศาสนาหนึ่งเหนือศาสนาอื่น เท่านั้น แต่บางความเชื่อกลับเห็นว่า บทบัญญัติการห้ามสถาปนาศาสนาเป็นการห้ามรัฐบาลจากการส่งเสริมศาสนาโดยทั่วไป รวมทั้ง การเลือกปฏิบัติต่อศาสนาหนึ่งเหนือศาสนาอื่นด้วย ในส่วนคำพิพากษาศาลสูงสุดในคดี **Everson v. Board of Education**<sup>44</sup> ให้ความหมายของคำว่า “Establishment” ว่า

ความหมายของคำว่า “สถาปนาศาสนา” อย่างน้อยที่สุด คือ ไม่ว่ารัฐบาลมลรัฐหรือรัฐบาลกลางไม่อาจจัดตั้งโบสถ์ใดโบสถ์หนึ่ง ไม่สามารถผ่านกฎหมายเพื่อช่วยเหลือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือช่วยเหลือศาสนาทั้งหมด หรือเลือกปฏิบัติต่อศาสนาหนึ่งเหนือศาสนาอื่น ไม่สามารถบังคับบุคคลให้ไปโบสถ์หรือให้ไม่ไปโบสถ์ โดยขัดแย้งต่อเจตจำนงของบุคคลดังกล่าว หรือบังคับบุคคลให้ถือความเชื่อ หรือไม่เชื่อในศาสนาใด ๆ บุคคลไม่อาจถูกลงโทษเพราะเข้าร่วมหรือถือความเชื่อทางศาสนาหรือไม่เชื่อในศาสนา เพื่อไปโบสถ์หรือไม่ไปโบสถ์ ห้ามเก็บภาษีในจำนวนใด ๆ ไม่ว่ามากหรือน้อย เพื่อสนับสนุนกิจกรรมทางศาสนาหรือองค์กรศาสนา ไม่ว่าจะเรียกว่าอะไรก็ตาม หรือไม่ว่าอะไรก็ตาม ที่บุคคลรับเพื่อที่จะสอนหรือปฏิบัติศาสนา ไม่ว่ารัฐบาลมลรัฐหรือรัฐบาลกลาง จะโดยเปิดเผย

<sup>44</sup> 330 U.S. 1 (1947).

หรือไม่เปิดเผย เข้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมขององค์กรศาสนาใด ๆ หรือกลุ่ม และในทางกลับกันด้วย โดยถ้อยคำของ Jefferson บทบัญญัติต่อต้านการสถาปนาศาสนาโดยกฎหมายมีเจตจำนงที่จะสร้างกำแพงเพื่อแบ่งแยกระหว่างโบสถ์และรัฐ<sup>45</sup>

การตีความบทบัญญัติห้ามสถาปนาศาสนา ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางบททดสอบในการวิเคราะห์ว่าการกระทำของรัฐหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องหลักการห้ามสถาปนาศาสนา (Establishment Clause) ดังกล่าวไว้หลายประการ เช่น

### (1) บททดสอบเลมอน (Lemon Test)

ศาลสูงสุดได้วางหลักเพื่อการตรวจสอบการละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนาหรือไม่ไว้ในคดี *Lemon v. Kurtzman*<sup>46</sup> ว่า ศาลจะพิจารณาว่า กฎหมายหรือการกระทำของรัฐจะละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนา ให้พิจารณาเงื่อนไขดังต่อไปนี้ (ก) กฎหมายหรือการกระทำของรัฐบาลนั้นมีเจตนาโดยสุจริตที่จะไม่เกี่ยวข้องกับศาสนาหรือไม่ (bone fide secular purpose) (ข) การกระทำของรัฐมีผลกระทบเบื้องต้น (primary effect) เป็นการให้ประโยชน์หรือขัดขวางศาสนาหรือไม่ (advancing or inhibiting religion) (ค) การกระทำของรัฐก่อให้เกิดความพันพัวระหว่างศาสนาและรัฐมากเกินไปหรือไม่ (excessive entanglement) ศาสนาและรัฐต้องมีความเกี่ยวข้องกันในบางสถานการณ์ของสังคมที่ต้องอยู่ร่วมกัน แต่ไม่ควรจะเกี่ยวข้องกันจนประชาชนไม่สามารถแยกองค์กรทั้งสองออกจากกันได้

### (2) บททดสอบอาโกสทินี (Agostini Test)

ในคดี *Agostini v. Felton*<sup>47</sup> ศาลสูงสุดได้เพิ่มเติมบททดสอบเกี่ยวกับหลักการห้ามสถาปนาศาสนาจากคดี *Lemon* โดยรวมข้อ 2 และข้อ 3 ของบททดสอบ *Lemon* ไว้ในหลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์และผลกระทบ (purpose prong and effects prong) โดยกำหนดเงื่อนไข 3 ประการเพื่อตรวจสอบว่าการกระทำของรัฐบาลก่อให้เกิดผลกระทบเบื้องต้นต่อการเอื้อประโยชน์ให้ศาสนาหรือไม่ คือ (ก) รัฐบาลปลูกฝังความเชื่อเกี่ยวกับศาสนาหรือไม่ (government indoctrination) (ข) กำหนดผู้รับประโยชน์ของรัฐจากความเชื่อทางศาสนาหรือไม่ (ค) ก่อให้เกิดการพันพัวที่มากเกินไปจนเป็นระหว่างรัฐและศาสนาหรือไม่ (excessive entanglement)

### (3) บททดสอบเกี่ยวกับการช่วยเหลือโดยตรง (direct aid test) และการบังคับ (Coercion Test)

<sup>45</sup> 330 U.S. 15 - 16 (1947).

<sup>46</sup> 403 U.S. 602, 612 - 613 (1971).

<sup>47</sup> 114 U.S. 2481 (1997).

ผู้พิพากษาบางท่านเสนอให้มีการอนุญาตให้รัฐบาลสนับสนุนศาสนามากกว่าที่บททดสอบ Lemon Test อนุญาตไว้ โดยไม่ถือว่ารัฐบาลละเมิดบทบัญญัติห้ามสถาปนาศาสนา เว้นแต่ (ก) รัฐจัดการช่วยเหลือโดยตรง (direct aid) ให้แก่ศาสนาที่มีแนวโน้มที่จะสถาปนาศาสนาประจำรัฐ หรือ (ข) บังคับบุคคลให้สนับสนุนช่วยเหลือหรือเข้าร่วมในศาสนาที่เป็นการขัดแย้งต่อความต้องการของบุคคลดังกล่าว

สำหรับบททดสอบเกี่ยวกับการช่วยเหลือโดยตรง (direct aid) นั้น คดีที่ศาลสูงสุดมีคำวินิจฉัยมักมาในรูปแบบของการให้เงินอุดหนุนของรัฐสำหรับโรงเรียนศาสนาสามัญ ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลสูงสุดในส่วนนี้ยังคงมีความแตกต่างกันมาก บางยุคสมัยศาลก็เห็นว่า การให้เงินอุดหนุนโรงเรียนศาสนาสามัญไม่เป็นการสถาปนาศาสนา เพราะเป็นการให้ประโยชน์แก่เด็กและเป็นการเลือกโดยสมัครใจของเด็ก แต่ในบางคดีศาลก็เห็นว่า การที่รัฐให้เงินอุดหนุนโรงเรียนเป็นการขัดต่อหลักการห้ามสถาปนาศาสนา เช่น คดี *Meek v. Pittenger*<sup>48</sup> ศาลพิพากษาว่าโครงการของรัฐในการให้ยืมตำราเรียนแก่นักเรียนที่ไม่ใช่โรงเรียนของรัฐ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นโรงเรียนศาสนาสามัญไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเรื่องการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะนักเรียนเป็นผู้รับประโยชน์โดยตรง แต่ในคดีเดียวกันศาลสูงสุดกลับพิพากษาว่า โครงการให้ยืมสื่อการเรียนการสอนโดยตรงแก่โรงเรียนเอกชนและโครงการบริการพิเศษต่าง ๆ ขัดต่อหลักการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะเป็นการช่วยเหลือโรงเรียนศาสนาสามัญโดยตรงและการที่รัฐต้องเข้าไปตรวจสอบโครงการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือไม่นั้น ทำให้รัฐต้องเข้าไปพัวพันกับโรงเรียนศาสนาสามัญมากเกินไป

สำหรับบททดสอบเกี่ยวกับการบังคับ (coercion test) นั้น ศาลมักใช้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการที่รัฐกำหนดให้บุคคลกระทำการใด ๆ อาทิ กำหนดให้บุคคลเข้าร่วมในกิจกรรมทางศาสนา โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาให้มีการบังคับบุคคลให้เข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนา ทั้งโดยทางตรงและโดยทางอ้อม เช่น ในคดี *Lee v. Weisman*<sup>49</sup> ซึ่งศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่โรงเรียนสนับสนุนให้มีการนำสวดมนต์ โดยพระสอนศาสนาที่ไม่มีลักษณะแบ่งแยกนิกาย (Clergy led, nonsectarian prayer) ในโรงเรียนของรัฐนั้น ขัดต่อหลักการห้ามสถาปนาศาสนา ศาลเห็นว่า การที่โรงเรียนจัดให้มีการสวดมนต์ดังกล่าวนี้ เด็กนักเรียนจะมีความรู้สึกโดยนัยยะว่าตนถูกบังคับ (subtle coercive pressure) ให้เข้าร่วมในพิธีดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการบังคับโดยสังคมหรือโดยเพื่อนนักเรียน (public or peer pressure) ก็ถือเป็น “การบังคับโดยอ้อม” (indirect pressure) ให้ต้องเข้าร่วมในกิจกรรมทางศาสนาดังกล่าว ซึ่งความเห็นของผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยกลับเห็นว่า การบังคับควรจะหมายถึงการบังคับที่เป็นสิ่งที่จับต้องได้ เช่น เงินหรือการลงโทษทางอาญา เท่านั้น ไม่ใช่การบังคับทางจิตใจ (psychological pressure) หรือ

<sup>48</sup> 421 U.S. 349 (1975).

<sup>49</sup> 505 U.S. 777 (1992).

ในคดี *Santa Fe Independent School District v. Doe*<sup>50</sup> ที่ศาลพิพากษาว่า นโยบายของโรงเรียนที่กำหนดให้นักเรียนลงมติว่าควรจะมีการกำหนดให้นักเรียนเป็นผู้นำกล่าวสวดดีและข้อความก่อนการแข่งขันกีฬาในระดับมัธยมปลายหรือไม่ ศาลเห็นว่านโยบายของโรงเรียนมีนัยยะของการบังคับ (indirect and subtle coercion) แม้จะไม่มี การบังคับให้เข้าร่วมพิธี แต่โรงเรียนเป็นผู้ริเริ่มในการออกกฎดังกล่าว ถือว่ารัฐเป็นผู้สนับสนุนในกิจกรรมดังกล่าว

#### (4) บททดสอบการรับรอง (Endorsement Test)

บททดสอบการรับรองนั้น ผู้พิพากษา Sandra O'Connor วางหลักว่า การกระทำของรัฐที่เป็นการรับรองนั้นถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มีลักษณะ คือ การกระทำที่ทำให้บุคคลที่มีเหตุผล (reasonable observer) เห็นว่า รัฐได้รับรอง (endorsing) หรือไม่รับรอง (disapproving) ศาสนา ศาลให้ความหมายของการรับรองว่า ความพยายามของรัฐที่จะสื่อข้อความว่าศาสนาหรือความเชื่อทางศาสนาใดได้รับความนิยมนจากรัฐ หรือให้ความสำคัญจากรัฐหรือให้อยู่ในสถานที่สูงกว่าในชุมชนนั้น เช่น ในคดี *Lynch v. Donnelly*<sup>51</sup> ผู้พิพากษา O'Connor ระบุว่า บทบัญญัติห้ามสถาปนาศาสนา คือ การกระทำของรัฐที่เป็นการส่งสารว่าผู้ที่ไม่ใช่สมาชิกศาสนาที่รัฐรับรองเป็นบุคคลภายนอกไม่ใช่สมาชิกโดยสมบูรณ์ของสังคมเมืองนั้นและส่งข้อความว่าบุคคลที่เป็นสมาชิกของศาสนานั้นจึงเป็นสมาชิกของสังคมเท่านั้น บททดสอบดังกล่าวศาลจะนำเข้าไปพิจารณาพร้อมๆ กับบททดสอบเลมอน จะใช้กับสถานการณ์ที่รัฐบาลเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมแสดงออกในรูปกิจกรรมต่าง ๆ ว่าเป็นการที่รัฐแสดงการรับรองหรือไม่ เช่น การสวดมนต์ในพิธีสำเร็จการศึกษา การใช้สัญลักษณ์เกี่ยวกับศาสนาบนพื้นที่หรือสถานที่ของรัฐ การจัดหลักสูตรการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับศาสนา เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม เริ่มมีคำที่ศาลใช้คู่กับคำว่า “การรับรอง” (endorsement) คือ “การรับทราบ” หรือ “การรับในความเป็นอยู่” (acknowledgement) โดยศาลเห็นว่า หากเป็นกิจกรรมที่แสดงว่าเป็นการรับทราบหรือยอมรับในสถานะความเป็นอยู่ว่า เป็นศาสนาที่มีคนนับถืออยู่เท่านั้น การกระทำดังกล่าวก็ไม่ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ เช่น ในคดี *Lynch*<sup>52</sup> ศาลพิพากษาว่า การจัดแสดงฉากวันคริสตมาสการกำเนิดของพระเยซู ไว้ในสวนขององค์ครที่ไมแสวงหากำไร และอยู่ในบริเวณใจกลางเขตด้านการค้าที่จัดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ไม่ถือเป็นการขัดรัฐธรรมนูญในหลักการห้ามสถาปนาศาสนา ศาลระบุว่า การดำเนินการดังกล่าวเป็นประวัติศาสตร์ที่ไม่ขาดตอนในการรับทราบอย่างเป็นทางการ (official acknowledgement)

<sup>50</sup> 530 U.S. 290 (2000).

<sup>51</sup> 466 U.S. 688 (1984).

<sup>52</sup> เชิงอรรถก่อนหน้า, หน้า 674.

จากการปกครองทั้งสามฝ่าย คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ในบทบาทของศาสนา ในชีวิตของชาวอเมริกัน เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 หรือในคดี **Wallace v. Jaffree**<sup>53</sup> ในความเห็นพ้องของผู้พิพากษา O'Connor ที่เห็นว่า บททดสอบเรื่องการรับรองไม่ได้ห้ามรัฐในการรับทราบเรื่องศาสนา (acknowledgment religion)

ซึ่งในกรณี “การรับทราบ” นั้น ในแนวทางปัจจุบันที่ศาลเห็นว่าไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ คือ เรื่องราวของศาสนาที่ประกอบไปด้วยเรื่องราวทางโลกเป็นส่วนหลัก เช่น ในคดี Lynch ที่มีการจัดแสดงเรื่องราวกำเนิดของพระเยซู ที่จัดเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการเฉลิมฉลองเทศกาลวันหยุด คริสตมาสดังกล่าว หรือในคดี **Van Orden v. Perry**<sup>54</sup> ซึ่งศาลพิพากษาว่า การจัดแสดงบทบัญญัติ 10 ประการ เป็นส่วนย่อยส่วนหนึ่งของอนุสาวรีย์ที่ต้องการแสดงประวัติของผู้เข้ามาตั้งถิ่นฐานในมลรัฐ เท็กซัสในเวลานั้นมากกว่า เพื่อให้คนทราบประวัติศาสตร์ที่มาของมลรัฐ ไม่เป็นการกระทำของรัฐที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องการสถาปนาศาสนา เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม หากศึกษาคดี Lynch แล้ว ก็คงต้องศึกษาควบคู่ไปกับคดี **County of Allegheny v. ACLU**<sup>55</sup> และศึกษาคดี **Van Orden v. Perry** ควบคู่ไปกับการศึกษาคดี **Stone v. Graham**<sup>56</sup> และคดี **McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky**<sup>57</sup> เพราะเป็นคดีมีเนื้อหาที่ใกล้เคียงกันมาก แต่ผลของคำพิพากษากลับแตกต่างกัน โดยคำพิพากษาคดี Allegheny ศาลกลับเห็นว่า การจัดแสดงพระเยซูนอนในรางหญ้าโดยลำพังในเทศกาลคริสต์มาส และมีป้ายแสดงข้อความทางศาสนาในหมู่เทวดาเพื่อสรรเสริญพระเจ้าว่า “Glory to God in the Highest” เป็นการสรรเสริญพระเจ้า ในความหมายของศาสนาคริสตนิยายโรมันคาทอลิก การจัดแสดงฉากพระเยซูในลักษณะดังกล่าว เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญในหลักการห้ามสถาปนาศาสนา นอกจากนั้น ตำแหน่งการจัดวางฉากดังกล่าวอยู่บนบันไดโถงใหญ่ Grand Staircase ซึ่งเป็นจุดหลักและส่วนที่สวยงามที่สุดของอาคารที่ทำการของรัฐ พื้นที่ดังกล่าวไม่ใช่พื้นที่สาธารณะที่มีไว้เพื่อการจัดแสดงต่าง ๆ (Public Forum) ซึ่งเท่ากับเป็นการสื่อว่ารัฐบาลส่วนท้องถิ่นนั้น ให้การสนับสนุน และการส่งเสริมการสรรเสริญพระเจ้า ซึ่งศาลเห็นว่าแตกต่างจากในคดี Lynch ที่การแสดงฉากพระเยซูนอนในรางหญ้าท่ามกลางสิ่งประดับอื่น ๆ ที่สื่อเทศกาลคริสต์มาส เช่น ซานตราครอส กวางเรนเดียร์ ต้นคริสต์มาส กลุ่มเด็กร้องเพลงและดวงไฟหลากสี รวมถึงแผ่นป้ายเขียนเฉลิมฉลอง

<sup>53</sup> 472 U.S. 38, 70 (1985).

<sup>54</sup> 545 U.S. 677, 704 (2005).

<sup>55</sup> 492 U.S. 573 (1989).

<sup>56</sup> 449 U.S. 39 (1980).

<sup>57</sup> 545 U.S. 844 (2005).



เทศกาลว่า “Seasons Greetings” นั้น ไม่เป็นข้อความทางศาสนา แต่เป็นข้อความที่สื่อเทศกาลคริสต์มาสและแสดงประวัติศาสตร์ความเป็นมาของชาติอเมริกา ซึ่งศาลเห็นว่าไม่ส่งผลให้เกิดการส่งเสริมหรือกีดกันทางศาสนาหรือทำให้เกิดการพิพาทระหว่างศาสนาและรัฐมากเกินไป แต่ถ้าผลประโยชน์จากการจัดแสดงจะเกิดขึ้นกับศาสนาหรือความเชื่อใดก็เป็นเพียงโดยอ้อม (indirect) ไกลเกินคาด (remote) และโดยบังเอิญ (incidental) เท่านั้น

สำหรับกรณีความแตกต่างระหว่างคดี Van Orden คบคู่ไปกับการศึกษาคดี Stone และคดี McCreary นั้น โดยคดีทั้งสามเป็นเรื่องของการนำบทบัญญัติ 10 ประการ (Ten Commandments) ซึ่งเป็นถ้อยคำในคัมภีร์ศักดิ์สิทธิ์ตามความเชื่อของศาสนายิวและคริสต์ มาติดตั้งไว้ในที่ต่าง ๆ โดยในคดี Stone เป็นการติดตั้งบทบัญญัติ 10 ประการ ไว้ในชั้นเรียนในโรงเรียนของรัฐ แต่ในคดี McCreary เป็นการติดตั้งบทบัญญัติ 10 ประการ ไว้ในที่ทำการศาล ซึ่งศาลสูงสุดได้พิพากษาว่าคดีทั้งสองขัดรัฐธรรมนูญในเรื่องการห้ามสถาปนาศาสนา แม้จะมีการกล่าวอ้างว่า บทบัญญัติ 10 ประการ เป็นเพียงส่วนหนึ่งของประวัติศาสตร์ที่เป็นที่มาของกฎหมายตะวันตก ซึ่งพระผู้เป็นเจ้าเป็นผู้ให้อิสรภาพแก่มนุษย์ เป็นเรื่องทางโลกไม่เกี่ยวกับศาสนาก็ตาม ซึ่งในคดี Van Orden เป็นการแสดงบทบัญญัติ 10 ประการ ไว้ในสวนหน้าอาคารของรัฐ ในลักษณะเหมือนแผ่นป้ายหินขนาดไม่ใหญ่มาก ซึ่งคดี Van Orden เป็นคดีที่ตัดสินวันเดียวกันกับคดี McCreary และผู้พิพากษาศาลสูงสุดชุดเดียวกัน ก็เห็นว่าการแสดงบทบัญญัติ 10 ประการ ในสวนหน้าอาคารที่ทำการของรัฐ ไม่เป็นการขัดต่อหลักการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะเป็นการแสดงถึงประวัติศาสตร์ที่มาของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อตั้งเรียงรายประกอบกับอนุสาวรีย์อื่นด้วย เช่น อนุสาวรีย์ทหารผ่านศึก เป็นต้น ซึ่งมีผู้พิพากษาท่านเดียวกันนั้น ที่มีความเห็นแตกต่างกันใน 2 คดีนี้ ซึ่งทำให้ผลของคำพิพากษาออกมาแตกต่างกัน โดยคดีทั้งสองมีมติการออกเสียง 5 ต่อ 4 ทั้งสองคดี

ดังนั้น จึงเห็นว่า เส้นแบ่งระหว่าง “การรับรอง” และ “การรับทราบ” นั้น ค่อนข้างบางมาก ซึ่งต้องรอแนวคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าว เพื่อความชัดเจนในการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบในอนาคตต่อไป โดยทัศนคติของผู้พิพากษาศาลสูงสุดแต่ละนายก็มีผลอย่างมากในการกำหนดแนวทางคำพิพากษา ผลของคำพิพากษาจึงออกมาแตกต่างกันได้ในแต่ละยุคสมัยของศาล

### (5) บททดสอบความเป็นกลาง (Neutrality Test)

“บททดสอบความเป็นกลาง” ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐมักนำมาใช้ตรวจสอบกรณีที่รัฐใช้งบประมาณของรัฐ โดยศาลเห็นว่า “หลักความเป็นกลาง” หมายถึง รัฐต้องปฏิบัติต่อกลุ่มศาสนาให้เสมอกันในสถานการณ์เดียวกัน โดยศาลอนุญาตให้โรงเรียนศาสนาผู้ลัทธิได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลเสมอกับโรงเรียนของรัฐ ซึ่งมีการกล่าวถึงหลักความเป็นกลางครั้งแรกในคดี *Everson v. Board of Education*<sup>58</sup>

<sup>58</sup> 330 U.S. 116 (1947).

โดยศาลให้ความหมายของคำว่า “ความเป็นกลาง” ว่าหมายถึง รัฐจะต้องไม่เป็นมิตรหรือเป็นศัตรูต่อศาสนา เช่น เงินทุนของรัฐที่จ่ายให้แก่บิดามารดาของเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา เช่น ค่ารถเดินทาง (busing) จากบ้านไปยังโรงเรียนของเด็ก โดยมีเหตุผลคือให้ประโยชน์ต่อเด็กและผู้ปกครองเด็กไม่ใช่โรงเรียนศาสนาสามัญ เป็นการบรรเทาภาระรับผิดชอบของโรงเรียนและเด็กในการจัดการรับส่งนักเรียนโดยเสมอภาคกันระหว่างเด็กในโรงเรียนของรัฐและโรงเรียนศาสนาสามัญ ไม่เป็นการกระทำที่ขัดรัฐธรรมนูญ

แต่อย่างไรก็ตาม หากศึกษาผลคำวินิจฉัยในคดี **Lemon v. Kurtzman**<sup>59</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐเข้าทำสัญญาจัดซื้อ “การบริการทางการศึกษาที่ไม่เกี่ยวกับศาสนา” จากโรงเรียนเอกชน โดยรัฐได้จัดเตรียมเงินชดเชยให้แก่โรงเรียนเอกชนในระดับประถมต้นและมัธยมในค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจริงโดยตรง เช่น เงินเดือนครู ตำราเรียนและสื่อการเรียนการสอน โดยการชดเชยนั้นจำกัดเฉพาะหลักสูตรที่มีอยู่ตามหลักสูตรในโรงเรียนของรัฐและเฉพาะวิชาที่ไม่เกี่ยวกับศาสนา เช่น เลข ภาษาต่างประเทศ วิทยาศาสตร์กายภาพ และวิชาฟิสิกส์ ซึ่งตำราเรียนดังกล่าวต้องได้รับอนุมัติจากผู้อำนวยการศึกษาของรัฐ โดยเนื้อหาวิชาต้องไม่มีการสอนศาสนาหรือจริยธรรมหรือรูปแบบใด ๆ ของการสักการบูชา หรือนิกายทางศาสนา ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐกลับเห็นว่า การดำเนินการดังกล่าวของรัฐขัดต่อรัฐธรรมนูญในหลักการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะรัฐต้องเข้าไปพัวพันตรวจสอบการใช้เงินของโรงเรียนศาสนาสามัญ ที่ได้รับเงินจากรัฐว่าโรงเรียนศาสนาสามัญนำเงินที่ได้จากรัฐไปทำอะไรบ้าง แต่อย่างไรก็ตาม มีคดีที่ศาลพิจารณาแตกต่างจากหลักในคดี **Lemon** อาทิ คดี **Meek v. Pittenger**<sup>60</sup> คดี **Wolman v. Walter**<sup>61</sup> คดี **Muller v. Allen**<sup>62</sup> ที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่าการที่รัฐบาลกลางสนับสนุนตำราเรียนทั้งโดยตรง หรือการขอลดภาษีจากการซื้อตำราเรียนนั้น ในภายหลังนั้น ไม่ขัดรัฐธรรมนูญเพราะตำราเรียนดังกล่าวมีความเป็นกลางและไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา

## (6) บททดสอบจารีตประเพณี (Tradition)

ศาลสูงสุดได้ยกเว้นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติในการจัดให้มีการนำสวดมนต์โดยพระสอนศาสนา ก่อนการเริ่มประชุมสภาในแต่ละครั้ง ในคดี **Marsh v. Chambers**<sup>63</sup> ว่าไม่เป็นการสถาปนาศาสนา หากเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้ (ก) การกระทำของรัฐต้องได้รับการยอมรับและเป็นจารีตประเพณีของอเมริกันที่มีมาอย่างยาวนานเก่าแก่และลึกซึ้ง และ (ข) การส่งเสริมศาสนาของรัฐต้อง

<sup>59</sup> 403 U.S. 602 (1971).

<sup>60</sup> 421 U.S. 349 (1975).

<sup>61</sup> 433 U.S. 229 (1977).

<sup>62</sup> 436 U.S. 388 (1983).

<sup>63</sup> 463 U.S. 783 (1983).

ไม่เป็นการแบ่งแยกนิกาย ไม่ให้ประโยชน์ศาสนาหนึ่งเหนือกว่าอีกศาสนาหนึ่ง (ค) การสนับสนุนของรัฐสำหรับศาสนาต้องเป็นเพียงสัญลักษณ์มากกว่าสิ่งที่สัมผัสได้หรือเป็นการบังคับ และต้องไม่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนด้วยเงินจำนวนมากสำหรับศาสนาหรือองค์กรทางศาสนา

### (7) บททดสอบการช่วยเหลืออำนวยความสะดวก (accommodation)

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐได้ยกเว้นการกระทำของรัฐบาลที่มุ่งหมายเพียงช่วยเหลืออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติศาสนาโดยเสรีของประชาชน (free exercise right) เท่านั้น ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น ในคดี *Cutter v. Wilkinson*<sup>64</sup> ศาลพิพากษาว่า กฎหมายเกี่ยวกับการใช้ที่ดินทางศาสนาและบุคคลที่อยู่ในสถานกักกัน (Religious Land Use and Institutionalized Persons Act) ที่ห้ามรัฐบาลก่อให้เกิดภาระอันสำคัญแก่ผู้ต้องขังในการปฏิบัติศาสนา เว้นแต่ในสถานการณ์ที่จำกัด ถือเป็นเพียงการช่วยเหลืออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติศาสนา หรือในคดี *Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saint v. Amos*<sup>65</sup> ศาลพิพากษาว่า เป็นเพียงการอำนวยความสะดวกสำหรับศาสนาในการยกเว้นองค์กรทางศาสนาจาก กฎหมาย ในหมวด VII ที่กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติทางศาสนา

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐให้ผลประโยชน์ต่อศาสนาก็มีข้อจำกัด การอำนวยความสะดวกต่อศาสนาถือว่าเป็นเรื่องที่เหมาะสมเมื่อมีความจำเป็นเพื่อการบรรเทาภาระหน้าที่ที่รัฐกำหนดต่อศาสนา และรัฐไม่ได้มีเป้าประสงค์ในการเอื้อประโยชน์ (advance) หรือรับรอง (endrose) ศาสนา แต่ต้องการลดภาระหน้าที่ที่ศาสนาอื่นไม่ต้องประสบในการบังคับใช้กฎหมายหรือการกระทำของรัฐในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง<sup>66</sup> การนำ “การช่วยเหลืออำนวยความสะดวก” มาใช้เพื่อลดปัญหาการตีความที่เข้มงวดเกินไปของบทบัญญัติห้ามการสถาปนาศาสนา ทำให้รัฐสามารถให้ความช่วยเหลือหรือเอื้อประโยชน์แก่ศาสนาใดศาสนาหนึ่งได้ในบางสถานการณ์ ซึ่งมีผู้อธิบายว่าเป็นอำนาจของรัฐในการช่วยเหลือเพื่อให้เกิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (free exercise) ไม่ใช่การช่วยเหลือศาสนา (religion) เป็นการยกเว้นให้สามารถปฏิบัติศาสนาโดยเสรี โดยไม่ต้องถูกบังคับให้ปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติศาสนาตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะขัดแย้งกับบททดสอบเลมอน และบททดสอบการรับรอง

<sup>64</sup> 544 U.S. 709 (2005).

<sup>65</sup> 483 U.S. 327 (1987).

<sup>66</sup> *Freedom From Religion Foundation, Inc., v. Obama*, 705 F.Supp. 2d 1039 (W.D. Wis 2010) หน้า 35.

## 2.3 บทบัญญัติเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (Free Excersie C lause)

### 2.3.1 การปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา

ความเชื่อและการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนามีความหลากหลายกันไปในแต่ละศาสนา ในบางศาสนามีข้อบัญญัติ ในเรื่องการห้ามรับประทานอาหารบางประเภท หรือมีการกำหนดให้ต้องแต่งกายตามศาสนบัญญัติ บางศาสนามีข้อห้ามการแต่งงานหรือรับประทานอาหารปะปนระหว่างคนต่างวรรณะกัน โดยคนวรรณะสูงไม่สามารถกินของที่คนวรรณะต่ำปรุงหรือไม่ใช่ของร่วมกัน การปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาบางอย่าง หากไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่ละเมิดกฎหมายบ้านเมืองหรือความสงบเรียบร้อย เป็นเรื่องเฉพาะส่วนบุคคลในครัวเรือนไม่กระทบสังคมเลย ปัญหาจากการปฏิบัติตามความเชื่อดังกล่าวก็น้อย แต่การปฏิบัติศาสนาบางเรื่องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะ มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ทั้งประโยชน์สุขและความเสมอภาคของสังคม จึงปรากฏว่าหลายครั้งที่กฎหมายบ้านเมืองพยายามเข้าแทรกแซงการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาบางประการ

การปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาบางครั้งนอกจากก่อให้เกิดความขัดแย้งทางศาสนาแล้ว ยังทำให้เกิดอุปสรรคในการพัฒนาสังคมได้ ความขัดแย้งทางศาสนาหลายครั้งเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาระหว่างศาสนิกชน 2 ศาสนา ซึ่งมีปัญหาการกระทบกระทั่งถึงขั้นทำลายร้างกันได้ เช่น เหตุการณ์ในประเทศอินเดียระหว่างศาสนาฮินดูที่เป็นพหุเทวนิยม แต่มุสลิมเป็นเอกเทวนิยม ฮินดูสร้างรูปเคารพ มุสลิมทำลายรูปเคารพ ฮินดูนับถือโคถือว่าการฆ่าโคเป็นบาปหนักเพราะเป็นพาหนะของพระศิวะ แต่มุสลิมกลับฆ่าโคโดยเฉพาะในช่วงเทศกาลถือศีลอด หรือกรณีความเชื่อเกี่ยวกับการมีบุตรชายของชาวฮินดูเพื่อช่วยบิดามารดาไม่ให้ตกนรกขุมปุตตะ ทำให้การรณรงค์การคุมกำเนิดไม่ได้ผล ความเชื่อที่หลากหลายทำให้ขาดเอกภาพในชาติ การพัฒนาประเทศเป็นไปได้อย่างเชื่องช้า<sup>67</sup>

ในปัจจุบันพบว่า ความเชื่อทางศาสนาและการปฏิบัติศาสนาในหลายศาสนามีการเปลี่ยนแปลงได้ โดยผู้นับถือศาสนาได้ทำการปฏิรูปคำสอนของตนเอง เช่น ศาสนายูดาห์หรือศาสนายิว แต่เดิมเมื่อถึงวันพระหญิงชายจะไปวัด และต่างแยกกันประกอบศาสนกิจไม่ปะปนกัน โดยทั้งสองเพศจะคลุมศรีษะ ใช้ภาษาฮีบรูในการสวดมนต์ แต่นักายปฏิรูปส่วนใหญ่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและยุโรปจะไปวัดเย็นวันศุกร์ ชายหญิงนั่งสวดมนต์ด้วยกัน โดยไม่คลุมศรีษะ และใช้ภาษาท้องถิ่นในการสวดมนต์ มีเครื่องดนตรีและการร้องเพลงประสานเสียงประกอบด้วย<sup>68</sup> หรือในกรณีพิธีการสุหนัต ศาสนายูดาห์ถือว่าการทำสุหนัต เป็นเรื่องที่ผู้ชาย

<sup>67</sup> ฟัน ดอกบัว. ศาสนาเปรียบเทียบ. หน้า 46 - 47.

<sup>68</sup> ฟัน ดอกบัว. ศาสนาเปรียบเทียบ. หน้า 67.

ทุกคนต้องทำ เป็นหมายสำคัญระหว่างพันธสัญญาระหว่างมนุษย์และพระเจ้า ศาสนาอิสลามก็ถืออย่างจริงจังเช่นกันแม้ในคัมภีร์อัลกุรอานไม่ได้มีบอกไว้ ในศาสนาคริสต์ก็เช่นกัน แต่เนื่องจากศาสนาคริสต์เป็นศาสนาปฏิรูปจากศาสนายูดาห์ ซึ่งต่อมาเซนต์ปอลได้มีจดหมายถึงชาวคริสต์ในเมืองโครินโทและเมืองชะลาเตียว่า การเข้าสุหนัตหรือไม่สำคัญ การประพฤติตามคำสั่งสอนของพระเจ้าสำคัญกว่า จึงไม่นิยมทำสุหนัตในศาสนาคริสต์<sup>69</sup> อย่างไรก็ตาม ความเชื่อทางศาสนาบางประการก็มีผลต่อสังคมโลกมากยิ่งขึ้น อาทิ การห้ามการกั๊ยมเพื่อดอกเบ๊ยในศาสนาอิสลาม การห้ามเชือดดวงชะตาราศี การผูกดวง ดูดวง โชคลางของขลัง หรือการให้ปฏิบัติต่อมนุษย์อย่างดียิ่ง เช่น คำสอนที่ว่าไม่ให้ค้างค่าจ้างแก่ผู้ทำงานหรือให้รักเพื่อนมนุษย์ในศาสนาคริสต์ เป็นต้น

### 2.3.2 บทบัญญัติเรื่องเสรีภาพทางศาสนาในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาไว้เช่นกัน ส่วนขอบเขตในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาจะกินความมากน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับกรณีความบทบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางบททดสอบในการวิเคราะห์ว่าการกระทำของรัฐหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในหลักการเรื่องเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (Free Exercise Clause) ไว้หลายประการ โดยใน ค.ศ. 1940 ในคดี **Cantwell v. Connecticut**<sup>70</sup> ศาลสูงสุดแห่งรัฐบังกั๊บใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 ในเรื่องเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนากับกฎหมายมลรัฐและกฎหมายท้องถิ่นเป็นครั้งแรก ศาลใช้มาตรการตรวจสอบการกระทำของรัฐค่อนข้างเข้มข้น โดยกฎหมายที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนานั้นไม่อาจกระทำได้

โดยในคดี Cantwell ศาลเห็นว่าการที่กฎหมายมลรัฐคอนเนตทิคัต ได้ห้ามบุคคลชักชวนเพื่อขอเรียไรเงิน การบริการ การสมัครสมาชิกหรือเรียไรของมีค่าอื่น ๆ เพื่อการศาสนา การกุศลหรือทำบุญจากบุคคลอื่น เป็นกฎหมายที่ลิดรอนหรือปฏิเสธเสรีภาพในศาสนาและเสรีภาพในการพูดและสื่อสาร และการกระทำของ Cantwell ไม่เป็นการละเมิดกฎหมาย Common law ในเรื่องความผิดต่อความสงบเรียบร้อยอันดี เพราะไม่เป็นการรุกล้ำสิทธิหรือผลประโยชน์ของสาธารณะหรือบุคคลอื่น ศาลแสดงความเห็นว่า ไม่ควรมีเกราะป้องกันมากเกินไปในความจำเป็นในประเทศที่มีความหลากหลายทางเชื้อชาติและความเชื่อ โดยศาลวางแนวว่าหากกฎหมายนั้นมีลักษณะใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่เลือกปฏิบัติ (general and non - discriminatory) เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ผลประโยชน์ที่สำคัญของรัฐบาลเว้นแต่การกระทำทางศาสนานั้นผิดกฎหมายอาญาโดยชัดแจ้ง (patently criminal) ไม่อาจ

<sup>69</sup> ฟีน ดอกบัว. ศาสนาเปรียบเทียบ, หน้า 70 - 71.

<sup>70</sup> 310 U.S. 296 (1940).

กระทำได้ เช่น ในคดี **Reynold v. United States**<sup>71</sup> ศาลวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญคุ้มครองเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาแต่ไม่คุ้มครองการปฏิบัติศาสนาที่ศาลพิพากษาว่าเป็นความผิดอาญา เช่น การมีภรรยาหรือสามีสองคนในเวลาเดียวกัน ผลประโยชน์ของชาติในการบังคับใช้กฎหมาย (nation's compelling interest) เพื่อการคุ้มครองจริยธรรม - “morals” มีน้ำหนักมากกว่าเสรีภาพของบุคคลในการปฏิบัติศาสนา (free exercise)

โดยในระหว่าง ค.ศ. 1940 - 1963 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาตรวจสอบการกระทำของรัฐค่อนข้างเข้มงวดมีประมาณ 40 คดี เกี่ยวกับเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (และที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูด) เช่น คดีเกี่ยวกับสิทธิของพวกพยานพระยะโฮวาร์ (Jehovah's Witness) และศาสนาอื่น ๆ ว่าไม่สามารถถูกปฏิเสธสิทธิโดยเลือกปฏิบัติในการเทศน์สอนศาสนา การเดินขบวนทางศาสนา การแจกเอกสารบนทางหลวง การใช้พื้นที่ในสวนสาธารณะ หรือตามเมืองต่าง ๆ หรือถูกเรียกเก็บภาษีในการเผยแพร่เชิญชวนให้เปลี่ยนศาสนา โดยวิธีการเคาะประตูบ้าน หรือห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นใช้ดุลพินิจในการออกหรือให้ต้องมาขอใบอนุญาตในการเทศน์ กลุ่มศาสนาสามารถถูกจำกัดเวลา สถานที่และวิธีการที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับทั่วไปและไม่เลือกปฏิบัติ ต่อกลุ่มบุคคลเท่านั้น และคดี **West Virginia State Board of Education v. Barnett**<sup>72</sup> ที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า โรงเรียนของรัฐไม่อาจบังคับให้นักเรียนปฏิบัติตามต่อธงชาติของอเมริกาได้ หากขัดต่อหลักความเชื่อทางศาสนาของเด็กนักเรียน หรือคดีอื่น ๆ ที่ศาลระบุว่า บุคคลไม่อาจถูกบังคับให้สาบานตน เพื่อที่จะได้รับสัญชาติ การยกเว้นภาษีทรัพย์สิน การเข้าดำรงตำแหน่งทางราชการ หรือการได้รับผลประโยชน์จากสวัสดิการสังคม แต่ก็มีข้อยกเว้น เช่น คดี **Prince v. Massachusetts**<sup>73</sup> ที่ศาลสูงสุดพิพากษาว่า ผู้ปกครองไม่สามารถพาเด็กในปกครองซึ่งอายุ 9 ปี ไปเดินขายนิตยสารของพยานพระยะโฮวาร์ได้ แม้จะเป็นไปตามหลักความเชื่อทางศาสนา เพราะขัดต่อกฎหมายแรงงานเด็กของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ และคดี **Braunfeld v. Brown**<sup>74</sup> ศาลพิพากษาว่า กฎหมายให้หยุดกิจการในวันอาทิตย์นั้นไม่ได้ห้ามการปฏิบัติที่ขัดต่อความเชื่อทางศาสนา หรือห้ามปฏิบัติศาสนาแต่ประการใด กฎหมายไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผู้นับถือศาสนา Orthodox Jewish ทุกคน เว้นแต่บุคคลที่ต้องการจะทำงานในวันอาทิตย์ ทั้งนี้ Orthodox Jewish กำหนดให้วันเสาร์เป็นวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath) ห้ามทำการงานใด ๆ ในวันดังกล่าว ทำให้ Braunfeld โจทก์ในคดีนี้ เสียประโยชน์ในการปิดกิจการในวันอาทิตย์อีกวันหนึ่งด้วย

<sup>71</sup> 98 U.S. 145 (1879).

<sup>72</sup> 319 U.S. 624 (1943).

<sup>73</sup> 321 U.S. 518 (1994).

<sup>74</sup> 366 U.S. 599 (1961).



หลังจากคดี Braunfeld ทำให้ศาลหันมาพิจารณาเพื่อการใช้บททดสอบที่เข้มข้นขึ้นในการบังคับใช้ Free Exercise Clause โดยต่อมาศาลมีแนวโน้มในการกำหนดบททดสอบที่เข้มงวดขึ้นว่าการกระทำของรัฐในลักษณะใดที่จะละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของประชาชน โดยศาลสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบไว้ในคดี Sherbert v. Verner คือ

### (1) บททดสอบเชอร์เบิร์ต (Sherbert Test)

ในคดี Sherbert v. Verner<sup>75</sup> ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐได้วางหลักว่า รัฐบาลจะขัดขวางการปฏิบัติศาสนาโดยเสรีได้เฉพาะในกรณีที่รัฐบาลสามารถผ่านบททดสอบที่เข้มงวด (strict scrutiny test) ที่พิสูจน์ให้เห็นว่า กฎหมายที่รัฐตราขึ้นมานั้น เพื่อ

(ก) ผลประโยชน์ของรัฐที่สำคัญไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (compelling interest)

(ข) กฎหมายดังกล่าวออกมาโดยรอบจำกัดแล้ว (narrowly tailored) เพื่อบรรลุประโยชน์ของรัฐดังกล่าว โดยวิธีการตามกฎหมายนั้นเป็นแนวทางเลือกที่กระทบต่อเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาที่น้อยที่สุดแล้ว (least restrictive means)

โดยศาลสูงสุดมีคำพิพากษาในคดีดังกล่าวว่า กฎหมายเซาท์แคโรไลนาได้ละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา เนื่องจากไม่อนุญาตบุคคลให้ได้รับค่าชดเชยจากการว่างงาน เนื่องจากการปฏิเสธที่จะทำงานในวันเสาร์ซึ่งเป็นวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา

ซึ่งศาลสูงสุดได้เดินตามแนวทางหลักการดังกล่าวเรื่อยมา จนมาถึงคดี Wisconsin v. Yoder<sup>76</sup> ที่ศาลสูงสุดพิพากษาว่า กฎหมายการศึกษาภาคบังคับของมลรัฐวิสคอนซิน ที่กำหนดให้เด็กนักเรียนต้องเข้าเรียนในโรงเรียนจนถึงอายุ 16 ปี ได้สร้างความขัดแย้งระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานของบิดามารดาในการเลี้ยงดูเด็กตามความเชื่อทางศาสนา ที่ต้องการใช้ชีวิตที่เรียบง่าย แยกตัวออกจากทางโลก ปฏิเสธโทรทัศน์ วิทยุ โทรศัพท์ รถยนต์ การแต่งกายที่ทันสมัย การศึกษาของชาว Amish เน้นการเรียนรู้จากการปฏิบัติ และเตรียมเด็กของตนเองสู่สังคมกรรม ซึ่งเป็นความเชื่อทางศาสนา การบังคับให้เด็กเข้าศึกษาในภาคบังคับของโรงเรียนของรัฐเท่านั้น เป็นการละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา เพราะการศึกษาภาคบังคับเป็นการทำร้ายจิตใจเด็ก และทำลายชุมชน Amish โบราณที่หลงเหลืออยู่ เป็นการแทรกแซงประโยชน์ของพ่อแม่เด็กในการดูแลเด็ก และการสนับสนุนการศึกษาภาคบังคับ 1 - 2 ปี เพื่อให้โอกาสแก่เด็กชาว Amish ในการเลือกที่จะออกจากชุมชนเป็นความเชื่อเลื่อนลอย เพราะหลักฐานที่ปรากฏไม่พบว่าเด็กเลือกออกจากชุมชน และทักษะการเกษตรของชาว Amish ไม่ได้สร้างภาระแก่สังคมสมัยใหม่ ไม่เป็นการทำลายสุขภาพหรือใช้ประโยชน์

<sup>75</sup> 374 U.S. 398 (1963).

<sup>76</sup> 406 U.S. 205 (1972).

จากเด็ก ไม่เข้าข่ายทำอันตรายต่อสุขภาพร่างกายและจิตใจของเด็ก ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบสุขเรียบร้อยและสวัสดิภาพ ศาลจึงไม่ยอมรับอำนาจของรัฐในฐานะผู้ปกครองของเด็ก (Parens Patriae : parents of the nation) การที่รัฐใช้อำนาจในฐานะเป็นผู้ปกครองเด็กจากตัวเด็กเอง และบิดามารดาของเด็ก โดยการกำหนดระยะเวลา 2 ปี ในการบังคับให้เรียนระดับมัธยมเป็นการใช้อิทธิพลของรัฐที่มากเกินไป โดยไม่คำนึงถึงอนาคตทางศาสนาของเด็ก ซึ่งศาลสูงสุดเห็นว่า ชาว Amish เป็นศาสนาที่ดำรงมานานกว่า 3 ศตวรรษ และเป็นภาคส่วนที่สำคัญในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประสบความสำเร็จในการดำรงตนอย่างพอเพียง และทำให้เห็นว่า ความจริงใจต่อความเชื่อทางศาสนา ความสัมพันธ์ระหว่างศาสนาและวิถีชีวิตนั้น ทำให้ชุมชนชาว Amish และศาสนาสามารถอยู่รอดได้ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม William O' Douglas ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยในคดีดังกล่าว มีความเห็นแย้งว่า เด็กควรมีสิทธิที่จะกำหนดชะตาชีวิตของตน มีโอกาสเลือกอนาคตของตนเองได้ว่าต้องการเป็นอะไร ไม่ว่าจะเป็นนักบินอวกาศ นักเปียโน หรือนักสมุทรวิทยา และการจะเป็นสิ่งเหล่านี้ได้ เด็กจำเป็นต้องออกจากประเพณีค่านิยมของชาว Amish นี้ก่อน

### (3) บททดสอบสมิท (Smith Test)

แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1990 ในคดี *Employment Division v. Smith*<sup>77</sup> ศาลสูงสุด ปฏิเสธที่จะใช้บังคับบททดสอบที่เข้มงวด (strict - scrutiny test)<sup>78</sup> จากคดี *Sherbert v. Verner* โดยศาลเลือกใช้บททดสอบที่เข้มงวดลงมา ศาลในคดี Smith พิพากษาว่า รัฐสามารถปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์จากการว่างงานของจำเลย เมื่อจำเลยถูกไล่ออกจากงานเนื่องจากละเมิดกฎหมายของรัฐในการใช้สารเสพติดที่เรียกว่า peyote แม้จะเป็นการใช้เพื่อเป็นส่วนหนึ่งของพิธีกรรมทางศาสนา บุคคลไม่สามารถอ้างแรงขับทางศาสนา เพื่อเป็นเหตุผลในการที่จะไม่ปฏิบัติตามกฎหมายได้ ภาระของจำเลยที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายเป็น “ภาระที่เกิดโดยบังเอิญ” (incidental burdens) และ

<sup>77</sup> 494 U.S. 872 (1990).

<sup>78</sup> บททดสอบมี 3 ลักษณะ ได้แก่

- (1) Rational Basis Review เป็นการตรวจสอบการกระทำของรัฐ โดยอาศัยหลักการตรวจสอบเพียงว่าการกระทำของรัฐมีเหตุผล (rationally related) ที่เหมาะสมเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐ (legitimate interest) ในการกระทำดังกล่าวของรัฐหรือไม่
- (2) Intermediate Scrutiny เป็นการตรวจสอบการกระทำของรัฐ โดยรัฐต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า รัฐกระทำหรือไม่กระทำการดังกล่าว เนื่องจากผลประโยชน์อันสำคัญของรัฐ (important interest)
- (3) Strict Scrutiny เป็นการตรวจสอบการกระทำของรัฐ ว่ารัฐกระทำหรือไม่กระทำการใด เนื่องจาก ผลประโยชน์ของรัฐที่สำคัญไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (compelling interest) กฎหมายดังกล่าวออกมาโดยรอบจำกัดแล้ว (narrowly tailored) เพื่อบรรลุประโยชน์ของรัฐดังกล่าว โดยวิธีการตามกฎหมายนั้นเป็นแนวทางเลือกที่กระทบต่อเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาที่น้อยที่สุดแล้ว (least restrictive means) ซึ่งส่วนใหญ่จะใช้บททดสอบดังกล่าวในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

การยกเว้น (exemption) ให้แก่จำเลยแม้แต่เพียงคนเดียวนั้นอาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ที่สำคัญ ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ของรัฐ (compelling interest) สิทธิและเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา ไม่อาจจะยกเว้นหน้าที่ที่บุคคลต้องปฏิบัติตามกฎหมายได้ หากกฎหมายนั้นมีสภาพบังคับทั่วไป (neutral law of general applicability) และการกระทำตามความเชื่อทางศาสนานั้น เป็นสิ่งที่กฎหมายห้าม แต่หากกฎหมายนั้นไม่เป็นกลางและไม่ใช่บังคับเป็นการทั่วไป รัฐต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า รัฐจำเป็นต้องตรากฎหมายดังกล่าว เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐดังกล่าว

ซึ่งต่อมาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้นำบททดสอบในคดี Smith มาใช้ในคดี **Church of the Lukumi Babalu Aye v. Hialeah**<sup>79</sup> ศาลสูงสุดพิพากษาว่า กฎหมายห้ามการฆ่าสัตว์เพื่อ บูชายัญตามความเชื่อทางศาสนา Santerians นั้น รัฐมีเจตนาที่จะกีดกันการปฏิบัติศาสนาของ Santerians เป็นการละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา โดยศาลสูงสุดตีความว่า เทศบัญญัติของเมืองที่ห้ามการ ทารุณกรรมสัตว์โดยไม่จำเป็นหรืออย่างโหดเหี้ยม ซึ่งรวมถึงการฆ่าสัตว์ใด ๆ ด้วยเหตุผลพิธีกรรมทาง ศาสนาหรือเพื่อการบูชายัญ (sacrifice of animals) ไม่ว่าจะนำมาบริโภคหรือไม่ และห้ามการ ครอบครองสัตว์เพื่อการบูชายัญ การฆ่าอย่างโหดเหี้ยม หรือการสังหารสัตว์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ การบริโภคโดยไม่ได้รับใบอนุญาตหรือนอกเขตพื้นที่โรงฆ่าสัตว์ นอกจากนี้ได้รับการยกเว้นโดยกฎหมาย ของรัฐหรือใบอนุญาตจากรัฐ ถือว่าเป็นการกีดกันบางนิกายศาสนา (sectarian discrimination) ศาลพิพากษาเป็นเอกฉันท์โดยยึดหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา ในการยกเลิกเทศบัญญัติของเมืองที่ มุ่งเป้าไปที่บูชายัญซึ่งเป็นการประกอบกิจกรรมทางศาสนาของ Santeria ซึ่งศาลเห็นว่าเทศบัญญัติได้ พยายามบัญญัติถึงการฆ่าสัตว์อื่น ๆ และรวมถึงการฆ่าสัตว์ของยิวอโรโตค็อกซ์ (kosher) ด้วย

เป็นที่สังเกตว่าข้อห้ามในเรื่องการรับประทานอาหารบางประเภทนั้น มีอยู่ในหลายศาสนา เช่น ศาสนายูดาห์ สอนว่าสัตว์ที่กินได้ ได้แก่ สัตว์ที่มีกีบแยกและเคี้ยวเอื้อง เช่น โค แพะ แกะ ส่วนสัตว์ที่มีกีบไม่แยกแต่เคี้ยวเอื้อง เช่น อูฐ กระต่าย เป็นต้น เป็นสัตว์ที่ต้องห้าม หรือสัตว์ที่ มีกีบแยกแต่ไม่เคี้ยวเอื้อง เช่น หมู เป็นสัตว์กินไม่ได้ ส่วนสัตว์น้ำ เช่น ปลา เป็นต้น ต้องมีครีบและมีเกล็ดจึงกินได้ ถ้าตรงกันข้ามก็กินไม่ได้ นกหิ้งปวง ยกเว้น นกอินทรี นกตะกรุม แร้ง เหยี่ยว กา และค้างคาว เป็นต้น เป็นสัตว์กินได้ นอกจากนี้ยังห้ามกินสัตว์ที่ตายเอง ศาสนาอิสลาม ห้ามกินสัตว์ อย่างเดียวกับศาสนายูดาห์ แม้สัตว์ที่กินได้ก็มีเงื่อนไขเพิ่มเติม คือ ห้ามกินสัตว์ที่ตายเอง เลือด เนื้อ หมู สัตว์ที่ถูกฆาตกรรมโดยผู้อื่นนอกจากพระอัลเลาะห์ เนื้อสัตว์ที่ถูกรัดคอตาย ถูกตีตาย ตกจากที่สูง ที่ถูกขวิดด้วยเขาสัตว์ ที่ถูกสัตว์กัดกิน แต่ผู้ที่อยู่ในภาวะคับขันที่จะต้องบริโภคอาหารเช่นนั้นไม่เป็นบาป ส่วนในศาสนาคริสต์ห้ามกินสัตว์อย่างในศาสนายูดาห์ แต่ต่อมาเซนต์เปาโลบอกว่าพระเจ้าได้มาเข้าฝัน ให้กินสัตว์ต่าง ๆ ที่เคยห้ามไว้ได้ เพราะพระองค์ทำให้บริสุทธิ์แล้ว เพราะฉะนั้นจึงไม่มีสัตว์ต้องห้าม

<sup>79</sup> 508 U.S. 520 (1993).

รับประทานในศาสนาคริสต์<sup>80</sup> การฆ่าสัตว์เพื่อนำมาเป็นอาหารของศาสนาเหล่านี้ก็มีขั้นตอนที่ต่างกันไป ซึ่งในคดี Lukumi เทศบาลต้องการกำกับดูแลโดยการห้ามฆ่าสัตว์ของกลุ่มนิกายศาสนา Santeria เท่านั้น ศาลจึงเห็นว่า เป็นกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา อันเป็นการเลือกปฏิบัติ

#### (4) กฎหมายฟื้นฟูเสรีภาพทางศาสนา (RFRA)

จากการที่รัฐสภาแห่งสหรัฐไม่เห็นชอบด้วยกับหลักที่ศาลวางไว้ในคดี Smith ที่ศาลจำกัดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา รัฐสภาจึงได้ตรากฎหมายเพื่อฟื้นฟูเสรีภาพทางศาสนาที่เรียกว่า **The Religious Freedom Restoration Act 1993**<sup>81</sup> หรือ RFRA โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำบททดสอบที่เข้มงวดและให้เสรีภาพในการปฏิบัติศาสนามากกว่า ตามแนวทางที่ศาลสูงสุดเคยวางไว้ในคดี Sherbert v. Verner กลับมาใช้อีกครั้งหนึ่ง

กฎหมาย RFRA มีสาระสำคัญ ว่า รัฐบาลต้องไม่สร้างภาระเกินสมควร (substantially burden) ต่อการปฏิบัติศาสนา (exercise of religion) แม้ผลลัพธ์ของภาระดังกล่าวจะมาจากการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปที่ไม่เลือกปฏิบัติ รัฐจะสร้างภาระที่เกินสมควรได้เมื่อแสดงให้เห็นว่า

(ก) เพื่อผลประโยชน์ของรัฐที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (compelling governmental interest)

(ข) รัฐได้เลือกการกระทำที่มีผลกระทบน้อยที่สุดแล้วเพื่อบรรลุผลประโยชน์ดังกล่าวของรัฐ (least restrictive means)

โดยวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายดังกล่าว ได้กล่าวไว้ชัดเจนว่า รัฐสภาต้องการคุ้มครองเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพรากไปได้ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 รัฐสภาเห็นว่า กฎหมายที่มีความเป็นกลางต่อศาสนาอาจสร้างภาระในการปฏิบัติศาสนาเช่นเดียวกับกฎหมายที่มีเจตจำนงในการแทรกแซงการปฏิบัติศาสนา ซึ่งรัฐบาลไม่ควรสร้างภาระหน้าที่ที่เกินสมควรต่อการปฏิบัติศาสนาโดยปราศจากเหตุผลที่จำเป็น และรัฐสภาเห็นว่าในคดี Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990) ศาลสูงสุดได้ยกเลิกหลักเกณฑ์ที่คุ้มครองเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา และรัฐสภาต้องการนำหลักเกณฑ์ของคดี Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963) และ คดี Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972) กลับมาใช้อีกครั้งหนึ่ง

<sup>80</sup> ฟีน ดอกบัว. ศาสนาเปรียบเทียบ, หน้า 71, หน้า 212.

<sup>81</sup> 42 U.S.C. 2000 bb - 2000 bb - 4.

สำหรับคำว่า การปฏิบัติศาสนา (religious exercise) นั้น กฎหมายนี้ได้ให้คำนิยามว่า รวมถึงการปฏิบัติศาสนาด้วยประการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็ นสิ่งที่ต้องบังคับ (compelled by) หรือเป็ นสิ่งที่สำคัญ (central to) ในระบบความเชื่อทางศาสนาหรือไม่ก็ตาม (42 U.S.C 2000 cc - 5) แต่อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1997 ในคดี **City of Boerne v. Flores**<sup>82</sup> ศาลสูงสุดได้พิพากษาว่า กฎหมาย RFRA นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ในการที่จะบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับมลรัฐ เพราะเกินอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาแห่งชาติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้น ในปัจจุบันสำหรับคำร้องที่เกี่ยวกับ Free Exercise Clause กรณีที่เกี่ยวกับกฎหมายมลรัฐและกฎหมายท้องถิ่น ยังคงใช้บททดสอบในคดี Smith แต่สำหรับคำร้องเกี่ยวกับกฎหมายของรัฐบาลกลาง บททดสอบตามกฎหมาย RFRA ยังคงนำมาใช้บังคับได้อยู่ แต่อย่างไรก็ตามมีหลายมลรัฐได้นำแนวทางของกฎหมาย RFRA ไปตราเป็นกฎหมายของมลรัฐแล้ว

ในปัจจุบัน RFRA ก็เริ่มมีผลบังคับบ้างแล้ว เช่น ในคดี **Gonzales v. O. Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal**<sup>83</sup> ที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐพิพากษาว่า การห้ามการนำเข้าและครอบครองสาร Hoasca ซึ่งเป็นสารควบคุมประเภทหนึ่ง ภายใต้กฎหมายว่าด้วยสารควบคุม (Controlled Substances Act) เป็นการละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา เพราะรัฐไม่สามารถชี้แจงผลประโยชน์ของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวที่มีผลกระทบต่อ การปฏิบัติศาสนาในคดีนี้ได้ หรือในปี ค.ศ. 2010 ศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐ เขต 5 ได้พิพากษาคู่ครองสิทธิของบุคคล (Andriel Arocha) ในการไว้ผมเปียตามจารีตประเพณีในโรงเรียนของรัฐได้ แม้ขัดกับข้อกำหนดเรื่องการแต่งกายของนักเรียน เพื่อประโยชน์ของเด็กนักเรียนในการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาของเผ่า Liban Apache ซึ่งถ้าเป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลสูงสุดในคดี Smith ก็ไม่อาจกระทำได้ เพราะโรงเรียนเพียงแต่ต้องแสดงเหตุผลว่าเหตุใดจึงต้องกำหนดให้นักเรียนไว้ผมสั้น เช่น เพื่อสุขอนามัยหรือข้อกำหนดดังกล่าวมีลักษณะใช้บังคับเป็นการทั่วไป<sup>84</sup>

ดังนั้น เสรีภาพในทางศาสนาจึงอาจถูกแทรกแซงโดยรัฐได้ หากการกระทำดังกล่าวขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ และรัฐได้เลือกกระทำการที่มีผลกระทบน้อยที่สุดแล้ว เพื่อบรรลุประโยชน์ดังกล่าวของรัฐ

<sup>82</sup> 521 U.S. 507 (1997).

<sup>83</sup> 546 U.S. 418 (2006).

<sup>84</sup> เทียบเคียงคดีก่อนคดี Smith เช่น คดี Cooper v. Eugene Sch. Dist. No. 4J, 480 U.S. 942 (1947) ที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐพิพากษาว่า โรงเรียนของรัฐสามารถห้ามการสวมชุดขาวและผ้าไหมศรีษะของครูพิเศษผู้นับถือศาสนาซิกข์ได้ เพื่อรักษาสภาพแวดล้อมของโรงเรียนของรัฐให้เป็นกลางทางศาสนา หรือคดี Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986) ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐพิพากษาว่า รัฐธรรมนูญบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 ไม่ได้ห้ามการใช้บังคับข้อกำหนดของกองทัพอากาศในการห้ามสวมใส่หมวกใบเล็กบนศรีษะของผู้นับถือศาสนาอื่น ที่เรียกว่า Yarmulke หรือ Kippa ของเจ้าหน้าที่ขณะปฏิบัติหน้าที่หรือสวมใส่เครื่องแบบ

### 3. คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการสวดมนต์ (Prayer)

รัฐธรรมนูญสหรัฐบัญญัติไว้ชัดเจนว่าห้ามรัฐสถาปนาศาสนา และการสวดมนต์แห่งรัฐได้วางแนวเกี่ยวกับการสถาปนาศาสนาไว้หลายคดีด้วยกันก็ตาม แต่ก็มีข้อเท็จจริงที่น่าตกใจว่า ร้อยละ 53 ของชาวอเมริกามีความเชื่อที่ไม่สอดคล้องกับความจริงดังกล่าวว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาสถาปนาให้สหรัฐอเมริกาเป็น “รัฐคริสเตียน” (Christian Nation) ตามการสำรวจของ First Amendment Center ในเดือนกันยายน 2010 และแม้ย้อนกลับไปในปี ค.ศ. 1892 อาศัยการสำรวจในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายและวัฒนธรรมอเมริกา ศาลสูงสุดได้ระบุไว้ในคำพิพากษาในคดี Holy Trinity Church v. United States<sup>85</sup> ว่า “อเมริกาเป็นรัฐคริสเตียน” และในปี ค.ศ. 1931 ศาลสูงสุดก็ยืนยันว่า “ชาวอเมริกันเป็นคริสเตียน” และในส่วนของความเห็นของเสียงข้างน้อยที่ระบุว่าศาสนาหมายถึงศาสนาที่เชื่อในพระเจ้า ในคดี United States v. Machintosh<sup>86</sup> เช่นกัน แต่ดูเหมือนว่า ในปัจจุบันนัยยะดังกล่าวจะหายไปแล้วในความคิดเห็นของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไม่มีข้อความดังกล่าว จะพบว่าศาลสูงสุดได้พิจารณาคดีมากมายที่เกี่ยวกับการต่อสู้ในหลักการห้ามสถาปนาศาสนา และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและศาสนา ตั้งแต่การต่อสู้ในเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ เกี่ยวกับวันหยุดทางศาสนา ถึงการต่อสู้ในเรื่องการใช้งบประมาณของรัฐ จำนวนมหาศาลต่อศาสนาและองค์กรศาสนา ซึ่งในหลายคดีแนวคำพิพากษาของศาลในระดับต่าง ๆ ทั้งในระดับมลรัฐ และในระดับสหรัฐก็นำความสับสนมาสู่สาธารณชนมากกว่า “หลักการห้ามสถาปนาศาสนา” ควรใช้อย่างไร ซึ่งพวกอนุรักษนิยมมักมีความรู้สึกที่ว่า “การแบ่งแยกระหว่างรัฐและศาสนา” กลายเป็น “ความเกลียดชังต่อศาสนา” ต้องการตัดศาสนาออกจากมิติทางสังคม ในขณะที่ฝ่ายที่ต้องการให้มีการแบ่งแยกอย่างจริงจัง (Strict Separationist) กลับเห็นว่า เส้นแบ่งแยกระหว่างรัฐและศาสนายังไม่ชัดเจน เพราะยังคงมีอิทธิพลจากองค์กรศาสนาต่อนโยบายของรัฐ อาทิ ปัญหาการแต่งงานระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน องค์กรที่ไม่เกี่ยวกับศาสนายกย่องให้มีการแบ่งแยกระหว่างรัฐและศาสนาให้ชัดเจน โดยมีการนำคดีมากมายขึ้นสู่ศาลในระดับต่าง ๆ ทั่วประเทศ<sup>87</sup> ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจดังกล่าว จึงหยิบยกแนวคำพิพากษาศาลสูงสุดในเรื่อง “การสวดมนต์” มาศึกษาโดยละเอียดอีกครั้งหนึ่ง

“การสวดมนต์อ่อนน้อมพระเจ้า” มีบทบาทสำคัญต่อสาธารณชนชาวอเมริกันส่วนหนึ่งเป็นอย่างยิ่ง มีการถกเถียงกันตั้งแต่สมัยเริ่มก่อตั้งประเทศ เมื่อครั้งสมัยมีการประชุมรัฐสภา Continental Congress

<sup>85</sup> 143 U.S. 457,471 (1892).

<sup>86</sup> 283 U.S. 605, 625 (1931).

<sup>87</sup> Religious liberty in a divided (and confused) America (March 7, 2011) , <http://www.Firstamendmentcenter.org/7/6/2554>.



ในปี ค.ศ. 1774 ผู้แทนที่ชื่อ Thomas Cushing ได้เสนอให้มีการสวดมนต์ก่อนการประชุม ซึ่งผู้แทนที่ชื่อ John Jay และ John Rutledge ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นประธานศาลสูงสุดได้คัดค้านแนวความคิดดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่ารัฐสภาในขณะนั้นมีความแบ่งแยกในเรื่องเกี่ยวกับศาสนาซึ่งทำให้ไม่สามารถรวมตัวกันเพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนาได้ ในที่สุด Samuel Adam ได้โน้มน้าวผู้แทนคนอื่นให้อนุญาตให้มีการอ่านบทกลอนในคัมภีร์ไบเบิล (psalm) ได้<sup>88</sup> ซึ่งการถกเถียงในเรื่องการสวดมนต์ในพิธีการของรัฐในสถานที่ของรัฐ ยังคงเป็นประเด็นต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบันแม้จะมีแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดไว้แล้วก็ตาม โดยศาลสูงสุดได้วางแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการสวดมนต์ไว้หลายลักษณะ เช่น การจัดสวดมนต์ของสถานศึกษาโดยรัฐบาล (School - Sponsored Prayer) การจัดสวดมนต์โดยชมรมนักศึกษาในสถานศึกษาของรัฐ (Student Club Prayer) การจัดสวดมนต์ของฝ่ายนิติบัญญัติ (legislative Prayer) หรือการจัดสวดมนต์โดยฝ่ายบริหารคือประธานาธิบดี เป็นต้น โดยมีคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการสวดมนต์แบ่งแยกเป็นกลุ่ม ดังนี้

### 3.1 การสวดมนต์ที่จัดในสถานศึกษาของรัฐโดยรัฐ

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาคดีเกี่ยวกับการจัดสวดมนต์โดยโรงเรียนของรัฐหลายคดี ได้แก่

(1) ในปี ค.ศ. 1962 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีคำวินิจฉัยคดี **Engel v. Vitale**<sup>89</sup> โดยมีมติ 6 ต่อ 1 ว่าการกระทำของรัฐบาลแห่งมลรัฐนิวยอร์กในการเขียนบทสวดอ้อนวอนพระเจ้า เพื่อใช้กล่าวในโรงเรียนของรัฐ และการกำหนดให้ครูเป็นผู้นำนักเรียนสวดมนต์ทุกวัน แม้บทสวดมนต์ดังกล่าวจะเป็นบทสวดมนต์ที่สั้น และไม่แบ่งแยกว่าเป็นบทสวดมนต์ของนิกายใด (denominationally neutral, state composed prayer) และยังอนุญาตให้เด็กนักเรียนที่ไม่ต้องการสวดมนต์นั้นออกไปได้ (voluntary basis) ก็ตาม ศาลเห็นว่าโครงการดังกล่าวเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญในเรื่อง “หลักการห้ามสถาปนาศาสนา” เพราะศาลเห็นว่าบทสวดมนต์เป็นกิจกรรมทางศาสนา และไม่ใช่งานที่ของรัฐที่จะเข้าไปเขียนคำสวดมนต์ให้กับเด็กนักเรียน โครงการสวดมนต์อ้อนวอนพระเจ้าของมลรัฐนิวยอร์ก เป็นการสถาปนาความเชื่อทางศาสนาอย่างเป็นทางการซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลให้คำอธิบายว่า “หลักการห้ามสถาปนาศาสนา” ไม่ได้หมายถึงการบัญญัติกฎหมายสถาปนาศาสนาเพื่อบังคับบุคคลเท่านั้น ยังหมายถึงการใช้อำนาจ การสนับสนุนและการเชิดชูของรัฐบาลที่วางตนอยู่เบื้องหลังความเชื่อของศาสนา เป็นเสมือนการกดดันทางอ้อมต่อชนกลุ่มน้อยทางศาสนาในการยอมปฏิบัติตามนิกายศาสนาที่รัฐบาลรับรอง

<sup>88</sup> Letter from John Adams to Abigail Adams (Sept. 16 1774) อ้างถึงใน Freedom From Religion Foundation Inc., v. Obama, 705 F. Supp.2d 1039 (W.D. Wis 2010) หน้า 3.

<sup>89</sup> 370 U.S. 421 (1962).

ซึ่งผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยเห็นว่า บทสวดมนต์ที่มีความเป็นกลางไม่แบ่งแยกนิกายศาสนา และไม่มี การบังคับให้เข้าร่วมสวดมนต์นั้น เป็นกิจกรรมที่ไม่ขัดต่อหลักการห้ามสถาปนาศาสนาแต่อย่างใด และเป็น การแบ่งปันมรดกทางจิตวิญญาณของชาติ เสมือนเช่นการร้องเพลงชาติที่มีการสรรเสริญพระเจ้า ซึ่งเป็นเพลงชาติของประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกัน และในกิจกรรมอื่น ๆ ของรัฐอีกมากมายที่มีการกล่าวถึงพระเจ้าเช่นเดียวกัน

(2) ในปี ค.ศ. 1963 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดี **Abington School District v. Schempp**<sup>90</sup> โดยศาลยังคงพิพากษายืนตามคำพิพากษาในคดี **Engel** ว่า การที่กฎหมายเพนซิลเวเนียกำหนดให้ครูอ่านคำกลอนอย่างน้อย 10 บท จากพระคัมภีร์ไบเบิล (bible reading and class recitation of the Lord's Prayer) แก่นักเรียนที่ไม่คัดค้าน และให้นักเรียนว่าตามคำกลอนดังกล่าวในโรงเรียนของรัฐก่อนเริ่มเรียนในแต่ละวันนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ในเรื่องหลักการห้ามสถาปนาศาสนา แม้เด็กบางคนจะได้รับการยกเว้นการอ่านหรือการเข้าร่วมเมื่อผู้ปกครองร้องขอยกเว้นก็ตาม

ศาลสูงสุดได้พิพากษาดำเนินคดี 8 ต่อ 1 ว่า กฎหมายเพนซิลเวเนียกำหนดการอ่านพระคัมภีร์ไบเบิลในโรงเรียนของรัฐนั้น ละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนาในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐบาลจะส่งเสริมศาสนาโดยจะกำหนดให้มีการปฏิบัติตามความเชื่อของศาสนาบางศาสนา หรือนิยมศาสนาคริสต์มากกว่าศาสนาอื่นมิได้ หรือผู้ที่ไม่นับถือศาสนาใด ๆ โดยในคดี **Schempp** แม้มิได้เป็นประเด็นเกี่ยวกับการที่รัฐจัดให้มีการสวดมนต์โดยตรง เหมือนเช่นคดี **Engel** แต่ศาลก็นำหลักการในคดี **Engel** มาใช้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาที่เห็นแย้งในคดีทั้งสองยังคงเห็นว่า หากปรากฏว่าไม่มีการบังคับ (demonstrable coercion) ให้เข้าร่วมในกิจกรรมดังกล่าวแล้ว ก็ไม่เป็นการขัดต่อหลักการห้ามการสถาปนาศาสนาแต่ประการใด เป็นเพียงที่รัฐอำนวยความสะดวก (accommodation) ต่อศาสนาเท่านั้น เพราะเป็นการส่งเสริมคุณค่าเรื่องเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางศาสนา (Free Exercise) ตามรัฐธรรมนูญ ประเด็นในส่วนนี้จึงเห็นว่ามีความใกล้เคียงกันมากระหว่างการส่งเสริมความเชื่อในศาสนาใดศาสนาหนึ่ง (advance religion) กับการให้เสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (free exercise) หากกิจกรรมทางศาสนาไม่ได้รับอนุญาตในโรงเรียน ศาสนาย่อมไม่ได้รับความเสียหาย เป็นเสมือนรัฐกำลังส่งเสริมลัทธิแบ่งแยกระหว่างรัฐและศาสนา (religion of secularism) ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยในคดี **Engel** และในคดี **Schempp** เห็นว่า การสวดมนต์ที่เป็นไปโดยความสมัครใจของนักเรียน บทสวดมนต์มีความเป็นกลางไม่แบ่งแยกนิกายทางศาสนา ไม่ละเมิดรัฐธรรมนูญ การสวดมนต์เป็นวัฒนธรรม

<sup>90</sup> 374 U.S. 203 (1963).

ของคนอเมริกัน เป็นการแสดงการยอมรับว่าตนต้องฟังพระเจ้าและการอวยพรของพระองค์ การยืนร่วมกันในการสวดมนต์เป็นเพียงการแสดงความเคารพในการปฏิบัติศาสนาที่มีความแตกต่างจากความเชื่อทางศาสนาของตนเท่านั้น ซึ่งเป็นแนวทางที่เหมาะสมแล้วในการอยู่ร่วมกันในสังคมที่มีความเชื่อที่หลากหลาย

(3) ในปี ค.ศ. 1964 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในวินิจฉัยคดี **Chamberlin v. Public Instruction BD .**,<sup>91</sup> ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิพากษาว่า การที่กฎหมายกำหนดให้มีพิธีกรรมเพื่ออ่านคัมภีร์ไบเบิล (devotional bible reading) และการสวดมนต์ (reciting prayer) ในโรงเรียนของรัฐในมลรัฐฟลอริดา นั้น เป็นการขัดรัฐธรรมนูญ โดยมีแนวคำพิพากษาเช่นเดียวกับคดี **Schempp** โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้เขียนคำพิพากษาในเรื่องนี้ (per curiam)

(4) ในปี ค.ศ. 1982 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดี **Davis Treen v. Karen B.**,<sup>92</sup> ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ว่ากฎหมายมลรัฐหลุยส์เซียน่า (La.Rev.Stat. S 17: 2115(B) (1981) ที่กำหนดให้นักเรียนที่สมัครใจนำสวดมนต์ในชั้นเรียน และหากไม่มีนักเรียนนำสวดมนต์แล้วให้ครูเป็นผู้นำสวดมนต์แทนได้ โดยเป็นการสวดมนต์สั้นไม่เกิน 5 นาที และไม่มีการบังคับให้ครูและนักเรียนเข้าร่วมสวดมนต์ดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ แม้จะปรากฏว่าครูหรือนักเรียนที่ไม่ต้องการสวดมนต์จะไม่ถูกบังคับให้เข้าร่วมสวดมนต์ หรือข้อกำหนดของท้องถิ่นที่กำหนดให้นักเรียนที่ต้องการเข้าร่วมในการสวดมนต์ ต้องส่งคำอนุญาตให้เข้าร่วมที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดาและด้วยวาจาจากเด็กที่ต้องการเข้าร่วมกิจกรรม โดยศาลสูงสุดไม่ได้เขียนคำพิพากษาในคดีนี้เช่นกัน (per curiam)

(5) ในปี ค.ศ. 1985 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดี **Wallace v. Jaffree**<sup>93</sup> ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิพากษาด้วยมติ 6 ต่อ 3 ได้มีการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการสวดมนต์อีกครั้ง โดยในคดีนี้มีประเด็นที่ศาลพิจารณาพิพากษา คือ กฎหมาย 3 มาตรา ของมลรัฐแอละแบมา ได้แก่ กฎหมายมาตรา §16-1-20 ที่กำหนดให้หยุดนิ่งเงียบเป็นระยะเวลา 1 นาที นั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐได้คุ้มครองสิทธิในขณะนิ่งเงียบ โดยไม่มีการสอดแทรกเนื้อหาทางศาสนา นักเรียนสามารถใช้ความรู้สึกนึกคิดของเขาและไม่เป็นการบังคับให้ฟังการสวดหรือความคิดของผู้อื่น และรัฐไม่จำเป็นต้องรับรองกิจกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างการเงียบชั่วขณะ ถึงแม้ว่ากฎหมายอาจจะกำหนดให้นักเรียนสวดเงียบ ๆ ในใจระหว่างการเงียบชั่วขณะ

<sup>91</sup> 377 U.S. 402 (1964).

<sup>92</sup> 455 U.S. 913. (1982).

<sup>93</sup> 472 U.S. 38 (1985).

สำหรับกฎหมายมาตรา §16-1-20.1 ที่กำหนดว่าให้หยุดนิ่งเงียบเพื่อความเป็นสมาธิหรือสวดอ้อนวอนโดยสมัครใจ และกฎหมายมาตรา §16-1-20.2 ที่กำหนดให้ครูเป็นผู้นำนักเรียนที่เต็มใจกล่าวบทสวดอ้อนวอนพระเจ้า ศาลเห็นว่ากฎหมายฉบับที่ 2 และฉบับที่ 3 มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและแทรกแซงกิจกรรมศาสนาของรัฐ และแสดงเจตนาารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการคืนการสวดมนต์อ้อนวอนพระเจ้ากลับมาที่โรงเรียนของรัฐ (to return prayer to the public school) ซึ่งเป็นเหตุให้ละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนาตามรัฐธรรมนูญ ศาลแสดงความคิดเห็นว่ารัฐได้กระทำการให้เห็นวัตถุประสงค์ว่าเพื่อรับรองศาสนาในการสวดอ้อนวอน เพราะกฎหมายไม่ได้มีวัตถุประสงค์ทางฆราวาสหรือแม้แต่การบัญญัติกฎหมายของรัฐเองก็ไม่ได้แสดงวัตถุประสงค์ทางฆราวาสที่ชัดเจน ถือว่ากฎหมายดังกล่าวให้การรับรอง (endorsement) ศาสนาและส่งเสริมให้มีการสวดมนต์

ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยมีความเห็นว่า การที่กฎหมายของรัฐบัญญัติให้มีการสวดมนต์อ้อนวอนโดยสมัครใจนั้น ไม่ถือเป็นการรับรองศาสนา เช่นเดียวกับกรณีศาลเคยวินิจฉัยว่าการจัดสวดมนต์ในสถานนิติบัญญัติแห่งมลรัฐเนบราสก้าในคดี *Marsh v. Chamber* ว่าการจัดสวดมนต์ดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 โดยให้เหตุผลในคดีนี้ว่าเพราะกฎหมายดังกล่าวไม่มีการบังคับให้สวดมนต์เป็นเพียงการอำนวยความสะดวกในเรื่องการสวดมนต์เท่านั้น และศาลเห็นว่าจากประวัติการร่างคำประกาศสิทธิของพลเมืองและรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 นั้น ผู้ก่อตั้งประเทศมีเจตนาารมณ์เพียงการห้ามการสถาปนาศาสนาประจำชาติ และการห้ามนิยมศาสนาหนึ่งเหนือศาสนาหนึ่งเท่านั้น และที่ผ่านมารัฐสภาก็ได้ให้เงินสนับสนุนกลุ่มนิกายศาสนา ทั้งในด้านการศึกษาและการทำนุบำรุงศาสนาโดยตลอด การตีความของศาลในคดีนี้เสมือนเป็นการผลักดันให้รัฐเป็นศัตรูต่อศาสนามากกว่าจะวางตัวเป็นกลางทางศาสนา

(6) ในปี ค.ศ. 1992 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดี *Lee v. Weisman*<sup>94</sup> ว่ากรณีนี้เจ้าหน้าที่รัฐเขตการศึกษาพรอวิเดนซ์ (Providence) ในมลรัฐโรดไอแลนด์ ได้อนุญาตให้ครูใหญ่เชิญนักบวชทางศาสนาทำทำการกล่าวขอบคุณสดุดี (invocations) และให้พร (benedictions) ในพิธีจบการศึกษา ระดับมัธยมต้นและมัธยมปลายในโรงเรียนของรัฐ โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาด้วยมติ 5 ต่อ 4 ยืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ว่า การที่เจ้าหน้าที่รัฐจัดให้มนักบวชทางศาสนาเป็นผู้นำเสนอบทสวดอ้อนวอน (clergy - led nonsectarian prayer) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของพิธีเฉลิมฉลองการจบการศึกษาในโรงเรียนของรัฐอย่างเป็นทางการ เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญหลักการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะรัฐเข้าไปพัวพันกับศาสนา โดยจัดการให้มีการสวดมนต์และเลือกบุคคลที่จะมานำกล่าวบทสวดมนต์และเลือกบทสวดมนต์ดังกล่าวเอง

<sup>94</sup> 505 U.S. 777 (1992).

ซึ่งผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยเห็นว่า หลักการห้ามสถาปนาศาสนานั้นรวมถึง นโยบายของรัฐที่ต้องอำนวยความสะดวกให้ศาสนา การรับทราบ (acknowledgement) และการสนับสนุนศาสนาว่าศาสนาเป็นสิ่งที่ยอมรับและเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางการเมืองและวัฒนธรรม การตีความบทบัญญัติดังกล่าวต้องอ้างอิงความเข้าใจและแนวปฏิบัติที่ผ่านมา ซึ่งพิธีการฉลองจบการศึกษาเป็นประเพณีที่เก่าแก่ เช่นเดียวกับการกล่าวบทสวดอ่อนนวยพระเจ้าที่มีความเป็นกลางทางศาสนา (nonsectarian) ในการเฉลิมฉลองสาธารณะทั่วไป หรือในพิธีต่าง ๆ ของรัฐบาล และไม่เห็นด้วยกับการใช้บททดสอบเรื่องการบังคับทางจิตใจ (psychological coercion) มาใช้เพื่อตีความยกเลิกการกระทำที่ขัดต่อหลักการห้ามสถาปนาศาสนา ศาลเห็นว่าการบังคับหมายถึงการบังคับความเชื่อทางการและการบังคับทางการเงิน ให้สนับสนุนศาสนาและการบังคับที่มีโทษทางอาญา และเด็กจบการศึกษาในระดับมัธยมปลายนั้นหมายถึงเด็กกำลังเข้าสู่ผู้ใหญ่ตอนต้น การยื่นเป็นกลุ่มและการสงบนิ่งอย่างนอบน้อมระหว่างการกล่าวบทสวดเป็นวัฒนธรรมของสังคมอเมริกัน ในการเคารพต่อความคิดเห็นมุมมองของบุคคลอื่น หรือแม้แต่การเคารพต่อการแสดงออกทางศาสนาของบุคคลอื่นที่รัฐบาลควรจะต้องปกป้องต่อเยาวชน

(7) ใน ปี ค.ศ. 2000 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดี **Santa Fe Independent School District v. Doe**<sup>95</sup> ศาลได้พิพากษาว่า การที่นโยบายของคณะกรรมการพื้นที่การศึกษากำหนดให้นักเรียนมาลงมติว่า ควรจะมีการกำหนดให้นักเรียนเป็นผู้นำกล่าวสวดดีและข้อความก่อนการแข่งขันกีฬาในระดับมัธยมปลายหรือไม่ เพื่อให้การแข่งขันดูเข้มแข็งจริงจังขึ้น โดยศาลมีมติ 6 ต่อ 3 เห็นว่านโยบายดังกล่าวขัดต่อหลักการห้ามการสถาปนาศาสนา เพราะเมื่อตรวจสอบที่มาของนโยบายดังกล่าวแล้วศาลพบว่านโยบายดังกล่าวต้องการรักษา และส่งเสริมการปฏิบัติที่มีมาช้านานของโรงเรียนในการสวดมนต์ก่อนมีการเริ่มการแข่งขันกีฬา ซึ่งนโยบายของโรงเรียนมีนัยยะของการบังคับ (indirect and subtle coercion) แม้แต่จะไม่มี การบังคับให้เข้าร่วมในพิธีกรรมดังกล่าว เพราะโรงเรียนเป็นผู้ออกกฎในการริเริ่มจัดหานักเรียนเพื่อนำกล่าวสวดมนต์ก่อนการแข่งขันฟุตบอล ถือว่ารัฐเป็นผู้สนับสนุนให้มีกิจกรรมการสวดมนต์ในโรงเรียนของรัฐ ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยเห็นว่า มูลเหตุตามคำร้องนี้ยังไม่ได้เกิดขึ้นเพราะนักเรียนจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะเลือกให้มีการสวดมนต์ก่อนการเริ่มแข่งขันกีฬาหรือไม่ก็ได้ ซึ่งนักเรียนอาจมีมติไม่ให้มีการสวดมนต์ก่อนก็ได้ ศาลจึงยังไม่ควรวินิจฉัยในคดีนี้

จากคำพิพากษาทั้ง 7 คดี ข้างต้น จะเห็นว่า ศาลสูงสุดได้ยึดตามแนวความเห็นของศาลสูงสุดตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1962 เป็นต้นมาว่า โรงเรียนไม่อาจทำหน้าที่เป็นผู้จัดการให้มีการสวดมนต์ในโรงเรียนของรัฐได้ ไม่ว่าจะ เป็นกิจกรรมในชั้นเรียน หรือกิจกรรมนอกห้องเรียน ไม่ว่าจะจัดเองโดยตรงหรือ

<sup>95</sup> 530 U.S. 290 (2000).

เป็นผู้กำกับกิจกรรมดังกล่าว เช่น ในงานเปิดการแข่งขันกีฬา ในคดี Santa Fe v. Doe แม้จะเลี้ยงให้นักศึกษาดำเนินกิจกรรมแทนโรงเรียนก็ตาม ศาลสูงสุดเห็นว่า การสวดมนต์มีลักษณะเป็นกิจกรรมทางศาสนา การที่โรงเรียนของรัฐเป็นผู้จัดให้มีการสวดมนต์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมเท่ากับเป็น “การรับรองศาสนา” ว่ารัฐให้ความสนับสนุนศาสนาใดเป็นพิเศษ แม้บางครั้งสวดมนต์จะมีลักษณะเป็นกลางและสั้น ๆ แล้วก็ตาม โดยมีข้อสังเกตว่าศาลสูงสุดได้พิพากษาในเรื่องการจัดสวดมนต์ในโรงเรียนของรัฐไว้ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1962 แล้วก็ตาม ก็ยังมีคดีที่มีประเด็นใกล้เคียงกับเรื่องดังกล่าวมาให้ศาลพิจารณาอีก ซึ่งคดีล่าสุดก็คือคดี Santa Fe v. Doe ที่ศาลสูงสุดพิพากษาในปี ค.ศ. 2000 นี้เอง แสดงให้เห็นว่าประเด็นดังกล่าวยังคงมีความคลุมเครืออยู่แม้ข้อเท็จจริงมีความแตกต่างกันเล็กน้อยก็คงต้องมีการขอให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาตีความต่อไป

### 3.2 การสวดมนต์ที่จัดโดยชมรมนักเรียนในสถานศึกษาของรัฐ

การจัดสวดมนต์ในโรงเรียนของรัฐนั้นอาจทำได้หากไม่ใช่การกระทำของรัฐเอง ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางแนวทางการจัดการสวดมนต์โดยนักเรียน นักศึกษาในสถานศึกษาของรัฐว่าสามารถทำได้ เช่น

(1) ในปี ค.ศ. 1981 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดี **Widmar v. Vincent**<sup>96</sup> ศาลสูงสุดพิพากษาดัวยมติ 8 : 1 ว่า การที่มหาวิทยาลัยมิสซูรี เมืองแคนซัส ห้ามชมรมศาสนา (religious club) ของนักเรียนจัดการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาและสอนศาสนาในอาคารของมหาวิทยาลัยนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมหาวิทยาลัยได้อนุญาตให้องค์กรนักศึกษาอื่นใช้พื้นที่ของมหาวิทยาลัยในการจัดกิจกรรมของชมรมนักศึกษาได้ นโยบายให้ใช้สถานที่ของรัฐโดยความเสมอภาคไม่ถือว่าเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญในหลักการห้ามสถาปนาศาสนา ซึ่งศาลอธิบายว่าสิ่งที่กลุ่มศาสนาได้รับประโยชน์ในการใช้พื้นที่ของมหาวิทยาลัยในคดีนี้เป็นเพียงผลประโยชน์โดยไม่ได้ตั้งใจ (incidental benefit) ไม่ถือเป็นการละเมิดข้อห้ามในเรื่องการสนับสนุนศาสนาขั้นต้น (primary advancement)

แต่ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยเห็นว่า การปฏิเสธกลุ่มศาสนาในการจัดชุมนุมส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของบุคคล เมื่อเทียบกับผลประโยชน์ของรัฐในการแยกระหว่างศาสนาและรัฐออกจากกัน การให้สิทธิพิเศษแก่กลุ่มฆราวาสเหนือกว่ากลุ่มศาสนาเป็นสิ่งที่ควรทำเมื่อไม่ได้สร้างภาระแก่กลุ่มศาสนา คดีนี้กลุ่มศาสนาสามารถไปจัดชุมนุมทางศาสนานอกมหาวิทยาลัยที่มีสถานที่ไม่ไกลเกินไปจากมหาวิทยาลัยได้

<sup>96</sup> 454 U.S. 263 (1981).



โดยก่อนปี ค.ศ. 1981 ศาลต่าง ๆ ได้ตีความบทบัญญัติหลักการห้ามการสถาปนาศาสนาอย่างเคร่งครัดมาก ห้ามมิให้มีชมรมนักเรียนเกี่ยวกับศาสนาในสถานศึกษา จนกระทั่งปี ค.ศ. 1981 ภายหลังจากคดี Widmar ที่ศาลอนุญาโตห้ามมหาวิทยาลัยของรัฐที่อนุญาตให้มีการจัดตั้งชมรมนักศึกษาที่เกี่ยวกับการเมือง หรือเรื่องอื่นใด ใช้พื้นที่ของมหาวิทยาลัยในการจัดประชุมแล้ว ไม่สามารถปฏิเสธสิทธิของชมรมนักศึกษาคริสเตียนได้เช่นกัน โดยศาลให้เหตุผลว่านักศึกษามีความเป็นผู้ใหญ่แล้ว มหาวิทยาลัยจะไม่ถูกมองว่าส่งเสริมศาสนา โดยการปฏิบัติของมหาวิทยาลัยเป็นไปโดยเสมอภาคกับทุกชมรมของนักศึกษา

ต่อมารัฐสภาสหรัฐได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคในการใช้พื้นที่โรงเรียนของรัฐที่เรียกว่า The Equal Access Act โดยได้รับการสนับสนุนจากกลุ่มคริสเตียนอนุรักษ์นิยม เป็นกฎหมายใช้บังคับกับโรงเรียนมัธยมของรัฐ (secondary school) ที่ได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลกลาง และมีการอนุญาตให้ใช้พื้นที่ของโรงเรียน เพื่อจัดกิจกรรมต่าง ๆ ของนักเรียน โดยเรียกพื้นที่ในการจัดกิจกรรมดังกล่าวว่า “พื้นที่เปิดให้ใช้แบบจำกัด” (Limited Open Forum)

กฎหมายให้คำนิยามของ “พื้นที่เปิดให้ใช้แบบจำกัด” หรือ “Limited Open Forum” ว่าหมายถึง กรณีที่โรงเรียนเสนอให้หรือให้โอกาสใด ๆ สำหรับกลุ่มนักเรียนตั้งแต่หนึ่งกลุ่มหรือมากกว่าในการใช้พื้นที่ของโรงเรียน เพื่อการพบปะเกี่ยวกับกิจกรรมนอกหลักสูตรการศึกษานอกเวลาการเรียนการสอน เช่น มีชมรมที่จัดตั้งโดยนักเรียนซึ่งเป็นชมรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับหลักสูตรการศึกษาและเป็นการพบปะกันนอกเวลาเรียน อาทิ ชมรมหมากรุก ชมรมการเมือง ชมรมศาสนา ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับหลักสูตรการศึกษา แต่ชมรมภาษาฝรั่งเศสไม่ใช่ชมรมตามกฎหมายนี้ เนื่องจากภาษาฝรั่งเศสเป็นส่วนหนึ่งของหลักสูตรการศึกษา

โดยกิจกรรมของชมรมตามกฎหมายต้องมีลักษณะ

- (ก) ผู้เข้าร่วมชมรมต้องเป็นไปโดยสมัครใจ
- (ข) นักเรียนเป็นผู้จัดตั้งชมรม
- (ค) ชมรมต้องไม่ได้รับการสนับสนุนจากโรงเรียน ครู หรือลูกจ้างอื่นของโรงเรียน หรือโดยรัฐ ซึ่งหมายความว่าลูกจ้างของโรงเรียนไม่สามารถสนับสนุน นำกิจกรรม หรือเข้าร่วมในการพบปะของชมรม เว้นแต่เพื่อเป็นการดูแลเท่านั้น
- (ง) ชมรมต้องไม่ถูกขัดขวาง แทรกแซง จากกิจกรรมการศึกษาภายในโรงเรียน
- (จ) บุคคลจากชุมชนต้องไม่เข้าช้ นำ ทำ บังคับ หรือเข้าร่วมกิจกรรมของชมรมเป็นประจำ
- (ฉ) สหรัฐหรือมลรัฐ หรือหน่วยการเมืองต้องไม่เข้าไปมีอิทธิพลที่จะกำหนดรูปแบบกิจกรรมทางศาสนา กำหนดรูปแบบหรือเนื้อหาการสวดมนต์ กำหนดให้บุคคลเข้าร่วมในการสวดมนต์

หรือกิจกรรมทางศาสนา หรือสนับสนุนงบประมาณของรัฐ นอกจากเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นโดยเหตุบังเอิญ ในการจัดสถานที่ในการพบปะของชมรม

ทั้งนี้ โรงเรียนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อชมรมของนักเรียนโดยความเสมอภาค

(2) ในปี ค.ศ. 1990 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดี **WestSide Community School v. Mergens**<sup>97</sup> ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีมติ 8 ต่อ 1 พิพากษาว่าการที่โจทก์คือโรงเรียน Westside Community School (WSH) ปฏิเสธการจัดตั้งชมรมคริสเตียนที่มีวัตถุประสงค์ของชมรมเพื่อการอ่านและถกเถียงประเด็นตามพระคัมภีร์ไบเบิลและสวดมนต์อ่อนวอนนั้น เป็นการละเมิดกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สถานที่โดยเสมอภาค (Equal Access Act) ละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญในเรื่องเสรีภาพในการพูด การเข้าร่วมชุมนุม และเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางศาสนา (Free Exercise Clause) ศาลพิพากษาให้จำเลยสามารถจัดตั้งชมรมคริสเตียนได้ トラบเท่าที่โรงเรียนอนุญาตให้จัดตั้งกลุ่มชมรมอื่นในอาณาบริเวณของโรงเรียน

ศาลแสดงความคิดเห็นว่า โรงเรียน WSH เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายการใช้สถานที่โดยเสมอภาคเนื่องจากโรงเรียนถูกกำหนดให้เป็นสถานที่ที่สามารถจัดกิจกรรมการชุมนุมได้โดยกฎหมายกำหนด “พื้นที่เปิดให้ใช้แบบจำกัด” (Limited open forum) ดังนั้น โรงเรียนไม่สามารถปฏิเสธการเข้าใช้พื้นที่โดยเสมอภาค “equal access” หรือการเข้าร่วมอย่างเท่าเทียมกันของนักเรียนที่ปรารถนาเข้าร่วมชุมนุมบนหลักเนื้อหาทางศาสนา การเมือง ปรัชญาหรือเนื้อหาอื่นได้ และศาลได้นำบททดสอบ Lemon test มาใช้เพื่อรับรองว่ากฎหมาย Equal Access Act ไม่ละเมิดรัฐธรรมนูญ แต่ศาลห้ามการจัดให้มีครูผู้อุปถัมภ์ (faculty sponsor) เพราะอาจจะเป็นการรับรองศาสนา แต่กฎหมายอนุญาตให้จัดเจ้าหน้าที่โรงเรียนมาในการชุมนุม เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองและรักษาภาวะเปียบและวินัยในอาณาเขตโรงเรียนได้ ซึ่งในหลักการ Equal Access นักเรียนย่อมมีสิทธิใช้พื้นที่ของโรงเรียนของรัฐในการจัดกิจกรรมทางศาสนา เช่นเดียวกับที่โรงเรียนได้อนุญาตให้นักเรียนใช้พื้นที่ของโรงเรียนจัดกิจกรรมประเภทอื่นที่ไม่เกี่ยวกับหลักสูตรการศึกษาปกติซึ่งเป็นหลักการที่นักเรียนต้องได้รับการปฏิบัติโดยเสมอภาคกัน

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยเห็นว่า เด็กมัธยมในคดีนี้แตกต่างจากนักศึกษามหาวิทยาลัยในคดี Widmar ที่จะแยกแยะระหว่างกิจกรรมที่โรงเรียนสนับสนุนและกิจกรรมที่จัดขึ้นโดยนักเรียน กิจกรรมในมหาวิทยาลัยมีอย่างกว้างขวางที่ครูไม่สามารถเข้าไปเกี่ยวข้องได้แต่ในโรงเรียนมีความแตกต่างไม่มีกิจกรรมที่กว้างขวางเท่าในมหาวิทยาลัยและความคลุมเครือของคำว่า ชมรมที่เกี่ยวข้องกับหลักสูตรการศึกษา ซึ่งชมรมนักเรียนส่วนใหญ่เกี่ยวพันกับหลักสูตรการศึกษาทั้งนั้น ศาลเห็นว่า

<sup>97</sup> 496 U.S. 226 (1990).

กรณีนี้เป็นกรณียุติการอนุญาตให้ศาสนาเข้าไปโรงเรียนอีกครั้งหนึ่ง

จากคดี **Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens** ศาลได้พิพากษารับรองสิทธิของนักเรียนในการจัดตั้งชมรมทางศาสนาในโรงเรียนของรัฐได้ โดยศาลพิพากษาว่า Equal Access Act ไม่ได้ขัดต่อหลักการห้ามสถาปนาศาสนาตามรัฐธรรมนูญ หลังจากคดี Mergens แล้วในปี ค.ศ. 1991 ประธานาธิบดีคลินตันและกระทรวงศึกษาธิการได้ออกแนวทางในการแสดงออกทางศาสนาในโรงเรียนของรัฐเพื่อความชัดเจน โดยโรงเรียนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อทุกชมรมนักเรียนอย่างเสมอภาคกัน เช่น

- (ก) แต่ละชมรมมีสิทธิโดยเสมอภาคในการเข้าใช้พื้นที่ของโรงเรียนเพื่อการจัดประชุม ใช้พื้นที่ของวารสารนักเรียน บอร์ดโฆษณาต่าง ๆ การสื่อสารต่อสาธารณะ
- (ข) เจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิทธิเฝ้าระวังการประชุมของนักเรียน
- (ค) ชมรมต้องปฏิบัติตามกฎของโรงเรียน นโยบายของโรงเรียนต้องไม่เลือกปฏิบัติ
- (ง) โรงเรียนอาจจำกัดสถานที่และเวลาในการจัดพบปะของชมรม
- (จ) โรงเรียนอาจห้ามบุคคลในชุมชนเข้าร่วมชมรมของนักเรียน แต่ทั้งนี้ ข้อกำหนดดังกล่าว ต้องใช้อย่างเสมอภาคกันทุกชมรม

(3) ในปี ค.ศ. 2001 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดี **Good News Club v. Milford Central School**<sup>98</sup> โดยมติ 6 ต่อ 3 พิพากษาว่าโรงเรียนของรัฐ Milford Central School ได้ละเมิดรัฐธรรมนูญในหลักสิทธิในการพูด (free speech right) ต่อชมรม Good News Club ซึ่งเป็นชมรมคริสเตียนที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดการพบปะแก่นักเรียนระดับประถมต้น เป็นการพบปะหลังเวลาเลิกเรียนเพื่อร้องเพลง ฟังพระคัมภีร์ไบเบิล จดจำข้อความในพระคัมภีร์ และสวดมนต์ เมื่อโรงเรียนคัดค้านการชุมนุมของชมรมหลังโรงเรียนเลิก ซึ่งโรงเรียนเห็นว่า หากโรงเรียนอนุญาตให้ชมรมดังกล่าวดำเนินกิจกรรมจะเป็นการละเมิดหลักการห้ามสถาปนา ซึ่งศาลพิพากษาว่า เมื่อโรงเรียนของรัฐ อนุญาตให้มีการใช้โรงเรียนเป็นที่จัดกิจกรรมชุมนุม และพื้นที่ของโรงเรียนกลายเป็นพื้นที่ที่กำหนดให้ใช้เป็นสถานที่ชุมนุมเฉพาะกรณีได้ หรือที่เรียกว่า “พื้นที่เปิดให้ใช้แบบจำกัด” limited public forum ดังนั้น โรงเรียนของรัฐจึงไม่สามารถเลือกปฏิบัติในการแสดงออกได้ (viewpoint discrimination) บนหลักพื้นฐานของเสรีภาพในการพูด (freedom of speech) ไม่ว่าจะ เป็นชมรมที่แสดงมุมมองทางศาสนา และการอนุญาตให้ชมรมศาสนาดำเนินกิจกรรมการชุมนุมสาธารณะ ไม่เป็นการละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนา โดยศาลนำหลักความเสมอภาคในการใช้พื้นที่สาธารณะ (equal access)

<sup>98</sup> 533 U.S. 98 (2001).

มาใช้ในคดีนี้เช่นเดียวกับคดี Mergens นโยบายของโรงเรียนอนุญาตให้มีการจัดพบปะกันของบุคคล โดยใช้สถานที่ของโรงเรียนหลังเวลาเลิกเรียนเพื่อกระทำกิจกรรมใด ๆ ก็ได้ รวมถึงการอบรมเรื่อง ศีลธรรมและความประพฤติสำหรับเด็ก

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยเห็นว่า ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ชมรมทางศาสนานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเชิญชวนให้คนเปลี่ยนความเชื่อทางศาสนาและมีเจตนาในการจัดชุมนุมทางศาสนาใกล้เวลาเลิกเรียนเป็นผลทำให้จำนวนเด็กอายุระหว่าง 6 ถึง 12 ปี เข้าร่วมกิจกรรมมากขึ้น ทำให้ขาดความชัดเจนระหว่างเส้นแบ่งระหว่างการสอนในชั้นเรียนของรัฐและการสอนของกลุ่มศาสนาที่นักเรียนไม่สามารถแยกความแตกต่าง

หลักความเสมอภาคในการใช้พื้นที่ของรัฐนอกจากเพื่อการจัดพิธีกรรมทางศาสนา การสวดมนต์ การอ่านคัมภีร์ไบเบิลแล้ว ศาลสูงสุดยังนำมาใช้กับกิจกรรมอื่นทางศาสนาด้วย เช่น ในคดี *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*<sup>99</sup> ซึ่งศาลพิพากษาว่า องค์การศาสนูปถัมภ์สามารถใช้ทรัพย์สินของโรงเรียนของรัฐหลังชั่วโมงเรียนปกติเพื่อฉายหนังที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับปัญหาครอบครัวและการเลี้ยงดูลูกของพ่อแม่ตามหลักศาสนาได้ เพราะโรงเรียนของรัฐอนุญาตให้มีการจัดกิจกรรมนอกหลักสูตรการศึกษาในโรงเรียนของรัฐ โดยศาลใช้หลักความเสมอภาคในการใช้พื้นที่ของรัฐเป็นเกณฑ์การพิจารณา และในคดี *Rosenberger v. The University of Virginia*<sup>100</sup> ที่ศาลสูงสุดเห็นว่า การที่รัฐให้เงินสนับสนุนแก่กลุ่มนักเรียนที่แสดงมุมมองทางศาสนา ในการจัดพิมพ์หนังสือที่แสดงมุมมองของศาสนาคริสต์นิกายอื่นไม่เป็น การละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนา และการอนุญาตหรือนโยบายของมหาวิทยาลัยในการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ นั้นอยู่บนหลักของความเป็นกลางทางศาสนาและความเท่าเทียมกัน เป็นต้น

ดังนั้น ตามแนวคำพิพากษาดังกล่าว นักเรียนหรือชมรมนักเรียนสามารถใช้พื้นที่ของโรงเรียนหรือมหาวิทยาลัยของรัฐเพื่อการประกอบพิธีกรรมหรือการสอนศาสนาได้ โดยเฉพาะหากมหาวิทยาลัยหรือโรงเรียนได้อนุญาตให้มีการใช้พื้นที่ของสถานศึกษาเพื่อจัดกิจกรรมของนักเรียนประเภทอื่นได้ โดยอาศัยหลักความเสมอภาค ซึ่งผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยในคดีทั้ง 3 กลับเห็นว่า การปฏิเสธไม่ให้กลุ่มศาสนาใช้พื้นที่ของโรงเรียนของรัฐส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของบุคคลเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ของรัฐในการแยกศาสนาและรัฐออกจากกัน การให้สิทธิพิเศษแก่กลุ่มชมรมที่ไม่เกี่ยวกับศาสนาเหนือกลุ่มศาสนาเป็นสิ่งที่ควรกระทำเมื่อไม่ได้สร้างภาระแก่กลุ่มศาสนา และการใช้พื้นที่ในมหาวิทยาลัยกับในโรงเรียนของรัฐนั้นแตกต่างกัน เพราะในโรงเรียนครูยังคงมีอิทธิพล

<sup>99</sup> 508 U.S. 384 (1993).

<sup>100</sup> 515 U.S. 819 (1995).

ต่อกิจกรรมของนักเรียนมากและส่วนใหญ่ชมรมในโรงเรียนจะเกี่ยวข้องกับการศึกษา ส่วนชมรมในมหาวิทยาลัยจะหลากหลายมากกว่าและอาจารย์มหาวิทยาลัยมีอำนาจในการกำกับดูแลนักเรียนน้อยมาก

### 3.3 การสวดมนต์ที่จัดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

ในปี ค.ศ. 1983 ศาลได้พิพากษาเกี่ยวกับการสวดมนต์ที่จัดโดยฝ่ายนิติบัญญัติในคดี **Marsh v. Chambers**<sup>101</sup> ศาลสูงสุดได้มีมติ 6 ต่อ 3 กลับคำพิพากษาจากแนวทางการพิพากษาเกี่ยวกับการจัดสวดมนต์ที่จัดขึ้นในโรงเรียนของรัฐ โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิพากษาว่า การที่มีรัฐมนตรีเนแบรสกาได้ว่าจ้าง sacerdos ในการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้นำบทสวดศาสนา (chaplain) ในการกล่าวบทสวดอ่อนนวยพระเจ้าก่อนการเปิดประชุมสภานิติบัญญัติของมลรัฐเนแบรสกาไม่ขัดรัฐธรรมนูญ โดยศาลสูงสุดพิพากษาว่าการนำสวดในสภานิติบัญญัติและการจ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้นำสวดทางศาสนา ไม่เป็นการละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะเป็นประวัติศาสตร์ร่วมกันของชาติอเมริกาที่มีมาต่อเนื่องยาวนานกว่า 200 ปี และปรากฏให้เห็นในสังคมอเมริกาอย่างชัดเจน แม้แต่ก่อนการรับร่างรัฐธรรมนูญนี้ที่มีการพิจารณาหลักการห้ามสถาปนาศาสนา ที่ประชุมฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังคงว่าจ้างผู้นำสวดเพื่อกล่าวเปิดการประชุม ซึ่งคำพิพากษาในคดีนี้ไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาในคดี Engel และคดี Schempp แม้ข้อเท็จจริงในคดีจะเป็นการที่รัฐจัดให้มีการสวดมนต์เช่นเดียวกับในคดี Engel ก็ตาม

จากคดี Marsh จึงเห็นว่าศาลสูงสุดได้วางแนวคำพิพากษาขึ้นมาใหม่ โดยหากเป็นการสวดมนต์ของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว โดยพิจารณาจากประวัติศาสตร์ที่มีมาต่อเนื่องยาวนานก็ไม่ถือว่าขัดกับหลักการห้ามสถาปนาศาสนา ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 แต่อย่างไร

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยในคดีดังกล่าวเห็นว่า การสวดมนต์อ่อนนวยพระเจ้าในสภานิติบัญญัติในมลรัฐเนบราสก้าและมลรัฐต่าง ๆ ที่ปฏิบัติอยู่ในขณะนี้ เท่ากับเป็นการยอมรับศาสนานั้นอย่างเป็นทางการ เป็นการละเมิดต่อหลักแห่งความเป็นกลางในการแบ่งแยกระหว่างรัฐและศาสนา รัฐเข้าไปพัวพันกับศาสนามากเกินไปทั้งในการคัดเลือกผู้นำสวดมนต์

### 3.4 การสวดมนต์ที่จัดโดยฝ่ายบริหาร

ในปี ค.ศ. 2010 คดี **Freedom from Religion Foundation Inc., v. Obama**<sup>102</sup> ศาลชั้นต้นของสหรัฐ (federal district court) ได้พิจารณาคดีเกี่ยวกับกฎหมายที่กำหนดวันสวดมนต์แห่งชาติ ค.ศ. 1988 ที่กำหนดให้ประธานาธิบดีประกาศให้วันพฤหัสบดีแรกของเดือนพฤษภาคมเป็นวันสวดมนต์แห่งชาติ โดยให้ประชาชนอเมริกาสวดมนต์อ่อนนวยพระเจ้าหรือนั่งสงบนิ่งในโบสถ์ต่าง ๆ

<sup>101</sup> 515 U.S. 819 (1995).

<sup>102</sup> 705 F.Supp.2d 1039 (W.D. Wis. 2010).

เป็นกลุ่มหรือโดยลำพังก็ได้ ซึ่งศาลชั้นต้นของสหรัฐพิพากษาว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องการห้ามสถาปนาศาสนา เพราะการกำหนดให้มีการสวดมนต์ที่ถือเป็นกิจกรรมทางศาสนาอย่างหนึ่ง ทำให้ผู้เห็นเหตุการณ์ที่มีเหตุผล (reasonable observer) เข้าใจไปได้ว่ารัฐให้การรับรอง (endorsement) ศาสนา

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อเดือนเมษายน 2011 ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐได้พิพากษายกฟ้องในคดีดังกล่าวแล้วเนื่องจากเห็นว่าโจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายในคดีนี้ จึงไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของประธานาธิบดีในการประกาศวันสวดมนต์แห่งชาติ ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดให้เอกชนต้องทำอะไร ถ้าจะมีผู้เสียหายก็เฉพาะประธานาธิบดีเท่านั้น<sup>103</sup> โดยศาลอุทธรณ์เทียบเคียงกับคดี Elk Grove Unified School District v. Newdow (542 U.S. 1 (2004)) ที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่าบุคคลที่คัดค้านคำว่า “Under God” ในการปฏิญาณแสดงความภักดีต่อชาตินั้น ไม่มีอำนาจฟ้องคัดค้านถ้อยคำดังกล่าว เนื่องจากผู้ร้องไม่ได้มีอำนาจปกครองเด็ก โดยประเด็นแห่งคดี Elk Grove Unified School District v. Newdow คือโรงเรียนได้นำเด็กกล่าวคำปฏิญาณแสดงความจงรักภักดีต่อชาติในวลี “one nation under God” (the Pledge of Allegiance) ละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนาหรือไม่ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาสงสัยอย่างมาก เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ปกครองที่ไม่มีสิทธิในการดูแลเด็ก (noncustodial parent) นั้น ไม่มีสิทธิให้การในศาลเพื่อกล่าวหาโรงเรียนของเด็กว่าละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนาในคดีนี้ จึงไม่มีอำนาจฟ้อง และผู้พิพากษาส่วนหนึ่งเห็นว่าการกล่าวคำปฏิญาณต่อธงชาติสหรัฐโดยมีคำว่า Under God ไม่เป็นการละเมิดหลักการห้ามสถาปนาศาสนา โดยคำว่า “under God” เป็นส่วนหนึ่งของประวัติศาสตร์ความเป็นมาของชาติและการกล่าวคำปฏิญาณเพื่อมุ่งเน้นให้เกิดความรักชาติไม่มีนัยยะทางศาสนาหลงเหลืออยู่แล้ว

สำหรับกรณีการสวดมนต์ที่ประกาศโดยฝ่ายบริหารนั้น โดยกฎหมายกำหนดให้มี “วันสวดมนต์แห่งชาติ” นั้นศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกายังไม่ได้มีคำพิพากษาออกมาแต่อย่างไร ทางออกในเรื่องดังกล่าวอาจมีได้หลายแนวทาง อาทิ

**แนวทางที่หนึ่ง** ศาลสูงสุดอาจจะเห็นว่า การกำหนดวันสวดมนต์แห่งชาติขัดรัฐธรรมนูญโดยอาศัยแนวทางของคำพิพากษาศาลสูงสุดที่วินิจฉัยไว้ในการจัดสวดมนต์โดยโรงเรียนของรัฐว่าการสวดมนต์เป็นกิจกรรมทางศาสนาและการที่รัฐจัดสวดมนต์ถือเป็นกรับรองศาสนา

<sup>103</sup> Freedom from Religion Foundation Inc., v. Barack Obama and Robert Gibbs, No. 10 - 1973 U.S. Court of Appeal for the 7 th Circuit.



**แนวทางที่สอง** ศาลสูงสุดอาจจะเห็นว่าการกำหนดวันสวดมนต์แห่งชาติไม่ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะเห็นว่าเป็นเพียงพิธีกรรมทางศาสนาที่ถือปฏิบัติกันมานานแล้ว แม้กฎหมายดังกล่าวจะตราขึ้นครั้งแรกเมื่อ ปี ค.ศ. 1952 เท่านั้น เช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาในคดี Marsh v. Chamber ที่ศาลวินิจฉัยว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจัดให้มีการนำสวดมนต์ก่อนการเริ่มประชุมฝ่ายนิติบัญญัติกระทำได้ เพราะเป็นไปตามจารีตประเพณีที่มีมาช้านาน

**แนวทางที่สาม** ศาลสูงสุดอาจวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีไม่มีอำนาจฟ้องคดีเพราะไม่ใช่ผู้เสียหาย ตามแนวคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ ซึ่งหากวินิจฉัยในแนวทางที่สาม ประเด็นปัญหาเหล่านี้ก็อาจสิ้นสุดไปโดยปริยายไม่มีการนำคดีมาสู่ศาลได้ เพราะประชาชนทั่วไปย่อมไม่มีอำนาจฟ้อง

ปัญหาเรื่องการกำหนดวันสวดมนต์แห่งชาติ การกล่าวถึงพระเจ้าคงเป็นปัญหาค้างคาต่อไป เช่นเดียวกับ อีกหลาย ๆ กรณี อาทิ กรณีกฎหมายกำหนดคำขวัญของชาติ (national motto) ที่กำหนดว่า “One nation under God” หรือถ้อยคำที่ว่า “In God We Trust” ที่บรรจุไว้ใน ธนบัตรหรือเหรียญเงินตราของสหรัฐอเมริกา หรือกรณีเพลงชาติที่มีการกล่าวคำอ้อนวอนพระเจ้า ซึ่งบางเรื่องก็เป็นปัญหาที่ศาลสูงสุดได้วินิจฉัย อาทิ ศาลสูงสุดเคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้อย่าง น่าสนใจ คือ ในปี ค.ศ. 1962 ในคดี Torcaso v. Watkins<sup>104</sup> ศาลพิพากษาว่า คำประกาศสิทธิพลเรือนตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐแมริแลนด์ได้ละเมิดสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาตามที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาบัญญัติไว้ เพราะการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เข้าดำรงตำแหน่งในหน่วยงานภาครัฐต้องประกาศความเชื่อในพระเจ้าก่อนเข้ารับตำแหน่งนั้น ละเมิดรัฐธรรมนูญในหลักการห้ามสถาปนาศาสนามีผลเท่ากับการกระทำของรัฐสนับสนุนความเชื่อในพระเจ้ามากกว่าความไม่เชื่อในพระเจ้า และในความเห็นของผู้พิพากษาบางท่าน ในคดี Elk Grove Unified School District v. Newdow เห็นว่า คำว่า “พระเจ้า” นั้น เป็นคำกลาง ๆ ที่ไม่มีนัยยะทางศาสนาแล้ว การกล่าวถึงพระเจ้าจึงไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 แต่อย่างไร

#### 4. บทสรุป

เสรีภาพทางศาสนาเป็นเสรีภาพที่มีความสำคัญยิ่งสำหรับมนุษย์ทั่วโลก โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพทางศาสนาไว้เป็นครั้งแรกกว่าสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าศาสนามีประโยชน์ต่อมนุษยชาติในเรื่องความสงบทางด้านจิตวิญญาณ และการปฏิบัติศาสนาที่ไม่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ก็นำความสงบมาสู่สังคมอย่างดียิ่ง แต่จากหลักฐานที่ปรากฏก็พบว่าในหลายประเทศทั่วโลกจากอดีตสู่ปัจจุบันยังคงมีปัญหาความขัดแย้งรุนแรงมากมาย

<sup>104</sup> 367 U.S. 488 (1961).

เกิดจากสาเหตุทางศาสนา อาทิ การบังคับให้เชื่อและให้ปฏิบัติศาสนา การไม่สามารถเปลี่ยนแปลงความเชื่อทางศาสนาตามความสมัครใจ การพยายามยกเลิกการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาบางประการที่เป็นสาเหตุแห่งความขัดแย้งในสังคม การเกิดบรรยากาศการบังคับให้เปลี่ยนความเชื่อทางศาสนาและไม่ให้เปลี่ยนความเชื่อทางศาสนา ซึ่งโลกในปัจจุบันคือโลกแห่งความหลายหลายทางศาสนาที่ปะปนกันอยู่ในสังคมต่าง ๆ การเผชิญสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในสังคมอเมริกาย่อมก่อให้เกิดสภาวะต้องเลือกระหว่างการแก้ไขปัญหาการบังคับกดขี่ทางศาสนากับการที่รัฐต้องไม่เข้ายุ่งเกี่ยวกับเรื่องทางศาสนา ซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีส่วนสำคัญยิ่งในการเข้าวางแนวทางปฏิบัติในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและศาสนาให้แจ่มชัดยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องการสวดมนต์ทางศาสนาในวาระโอกาสต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอไว้

การสวดมนต์ไม่ถือเป็นการขัดต่อหลักการห้ามสถาปนาศาสนาตามรัฐธรรมนูญ แม้แต่การกระทำกิจกรรมดังกล่าวจะทำในพื้นที่ของรัฐ เช่น โรงเรียนของรัฐ เพราะหากไม่ใช่การกระทำที่รัฐเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง หรือเป็นผู้ส่งเสริมในกิจกรรมดังกล่าวไม่ว่าโดยกฎหมาย โดยนโยบาย หรือการปฏิบัติของคณะกรรมการโรงเรียนของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือครูของรัฐ โรงเรียนของรัฐไม่อาจกระทำการที่มีเป้าหมายเพื่อส่งเสริมหรือให้การรับรองศาสนาเหนือการไม่นับถือศาสนาได้ แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการพูดนักเรียนสามารถสวดมนต์โดยส่วนตัวและแสดงออกทางศาสนาได้ ในโรงเรียนของรัฐ และในระหว่างเวลาเรียน โดยให้มีความเสมอภาคกันในกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูดได้ โรงเรียนไม่อาจขัดขวางการกระทำดังกล่าวของนักเรียนได้ แต่ในระดับรัฐเอง เช่น รัฐสภา หรือประธานาธิบดี ก็ยังคงจัดกิจกรรมเกี่ยวกับการสวดมนต์ได้ตามจารีตประเพณีที่ปฏิบัติมานานแล้ว

พัฒนาการของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ถูกแบ่งออกเป็น 4 ยุค ตามทิศทางของคำพิพากษาของศาล บางยุคศาลสูงสุดก็เน้นเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล การค้าและอุตสาหกรรม บางยุคก็เน้นเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทำให้คำพิพากษาในแต่ละยุคสมัยแตกต่างกันไปได้ เมื่อแรกเริ่มผู้พิพากษาศาลสูงสุดทั้งหมดเป็นผู้นับถือศาสนาคริสต์นิกายโปรแตสแตนท์ซึ่งเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวอเมริกันนับถืออยู่ในขณะนั้น และสังคมอเมริกาบางยุคมีการตั้งข้อรังเกียจผู้ นับถือศาสนาคาทอลิกและศาสนายิวเสียด้วยซ้ำ แต่ในปัจจุบัน ผู้พิพากษาศาลสูงสุดกลับมีเฉพาะผู้ นับถือคาทอลิกและยิวเท่านั้น ก็คงต้องติดตามทิศทางของคำพิพากษาศาลสูงสุดในเรื่องเกี่ยวกับบทบัญญัติศาสนาตามรัฐธรรมนูญนี้ต่อไปว่าจะมีความเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ประการใด

คำพิพากษาศาลสูงสุดไม่ได้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป แต่จะผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีนั้น ๆ โดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละคดีไป ดังนั้น ถึงแม้ศาลสูงสุดจะห้ามการที่โรงเรียนของรัฐจัดให้มีการสวดมนต์ขึ้นในโรงเรียนของรัฐในเวลาปกติ หรือในวันพิธีสำเร็จการศึกษาของนักเรียน หรือ การแข่งขันกีฬาของโรงเรียนของรัฐ แล้วก็ตาม กลับปรากฏว่า ยังมีโรงเรียนอีกหลายแห่งยังคงจัดให้มีการสวดมนต์อยู่ อาทิ ตั้งแต่

ปี ค.ศ. 2004 โรงเรียนมัธยมปลายแห่งหนึ่งของรัฐในเมืองโอเวิง มลรัฐเท็กซัส ได้จัดพิธีจบการศึกษาของเด็กนักเรียนในโบสถ์แห่งหนึ่ง ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 2011 การกระทำดังกล่าวต้องถูกยกเลิกไปโดยได้รับแรงกดดันจากผู้ปกครองและนักเรียน ซึ่งได้รับการสนับสนุนจาก American Civil Liberties Union ซึ่งสภาพปัญหาดังกล่าวพบในพื้นที่เขตการศึกษาต่าง ๆ ทั่วประเทศ เช่น เมื่อปี ค.ศ. 2010 ศาลชั้นต้นแห่งรัฐได้มีมาตรการชั่วคราวให้โรงเรียนแห่งหนึ่งเปลี่ยนสถานที่จัดงานสำเร็จการศึกษาจากโบสถ์ First Cathedral ซึ่งครอบครัวที่คัดค้านการจัดงานการศึกษาในโบสถ์ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามการกระทำดังกล่าวอีก ซึ่งโรงเรียน ให้เหตุผลที่จัดงานในโบสถ์เนื่องจากปัญหาการขาดพื้นที่การจัดงานและค่าใช้จ่ายในการใช้สถานที่อื่นสูงกว่า แต่ศาลเห็นว่า การจัดงานในโบสถ์เป็นการบังคับให้ผู้จบการศึกษาและแขกผู้มาร่วมงานให้การสนับสนุนโบสถ์ดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ศาลหลายเขตพื้นที่ยังคงมีความเห็นในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกันอยู่ เช่น ในปี ค.ศ. 2009 ศาลมลรัฐวิสคอนซิน เห็นว่า การใช้โบสถ์เพื่อจัดงานสำเร็จการศึกษาของโรงเรียนไม่ละเมิดรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ซึ่งในคดีดังกล่าวแม้โรงเรียนจะชนะคดีในศาลชั้นต้น เจ้าหน้าที่ของโรงเรียนตัดสินใจที่จะกลับมาจัดงานสำเร็จการศึกษาในสถานที่ของโรงเรียน เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการมีอคติความต่อไปเนื่องจากค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีที่ค่อนข้างสูง แต่โรงเรียนหลายแห่งมีแนวโน้มที่จะสู้คดีแทนการยกเลิกการจัดงานจบการศึกษานอกโบสถ์ ซึ่งโรงเรียนอีกหลายแห่งก็ยังคงใช้สถานที่ของโบสถ์เนื่องจากโรงเรียนไม่มีพื้นที่พอที่จะดำเนินกิจกรรมอื่นของโรงเรียน เช่น การจัดสอบต่าง ๆ ในโบสถ์ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของโรงเรียนคงต้องมีหน้าที่แสดงเหตุผลให้ชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวมีความมุ่งหมายที่ไม่เกี่ยวกับศาสนา (secular) และเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา และต้องไม่แสวงหาโอกาสเพื่อเชิญชวนให้เปลี่ยนความเชื่อทางศาสนา (proselytizing) โดยผู้สอนศาสนาหรือบุคคลอื่นใด<sup>105</sup>

ดูเหมือนว่าเฉพาะปัญหาเรื่องการสวดมนต์เองว่าจะกระทำได้หรือไม่ก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่เมื่อศาลสูงสุดห้ามรัฐจัดสวดมนต์ในโรงเรียนของรัฐ เช่น ในพิธีจบการศึกษา ทางออกที่ชุมชนเลือกใช้ใหม่แทนก็คือไปจัดพิธีจบการศึกษาที่โบสถ์แทน ความเห็นของศาลจะยังไม่เป็นที่ยอมรับของชุมชนส่วนหนึ่งที่พยายามหลีกเลี่ยงอยู่ เนื่องจากคำพิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาผูกพันเป็นรายคดีไป ดังนั้น การที่จะนำเรื่องเสรีภาพทางศาสนาของประเทศสหรัฐอเมริกามาเป็นแบบสำหรับในประเทศไทยเสียทีเดียวคงมีปัญหามาก เนื่องจากแนวทางดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยุติและสภาพปัญหาเรื่องศาสนาในสังคมไทยและสังคมอเมริกาค่อนข้างแตกต่างกันมาก ประเทศไทยเป็นประเทศขนาดเล็กปัญหามีความซับซ้อนน้อย ภูมิหลังในเรื่องเสรีภาพทางศาสนามักค่อนข้างเป็นไปโดยเอื้อเพื่อซึ่งกันและกันอยู่ก่อนแล้ว จึงไม่มีปัญหาที่จะต้องมีการออกเช่นเดียวกับประเทศอเมริกาได้

<sup>105</sup> Charles C. Haynes, Director, Religious Freedom Education Project, May 23, 2011, <http://www.firstamendmentcenter.org/when-schools-go-to-church-conflict-follows-2> 8/6/2554

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

1. Michael W. McConnell, John H. Garvey, Thomas C. Berg. **Religion and the Constitution**, Aspen Publishers, INC. New York
2. Daniel O.Conkle, Robert H. McKinney Professor of Law Indiana University Bloomington, **Constitutional Law The Religion Clauses**, Foundation Press, New York, 2003
3. พัน ดอกบัว, ศาสนาเปรียบเทียบ, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ ฯ : ศิลปาบรรณาการ, 2549

### บทความ

Charles C. Haynes, Director Religious Freedom Education Project, **when schools go to church conflict follow** , May 23, 2011, <http://www.firstamendmentcenter.org/when-schools-go-to-church-conflict-follows-2> 8/6/2554

**Atheist, the first amendment, and the demand for equal treatment (May 5, 2011)** , <http://www.Firstamendmentcenter.org/freedom-goes-viral-trouble-for-dictators> 7/6/2554

**Religious liberty in a divided (and confused) America (March 7, 2011)** , <http://www.Firstamendmentcenter.org>, 7/6/2554

Charles C. Haynes, **History of Religious Liberty in America**, [http://www.firstamendmentcenter.org/rel\\_liberty/history/overview.aspx](http://www.firstamendmentcenter.org/rel_liberty/history/overview.aspx) 4/2/2554

Charles C. Haynes, **History of religious liberty in America**, <http://www.firstamendment.org/rel-liberty/history/overview.aspx>.

John Witte, Jr. **The Essential Rights and Liberties of Religion in the American Constitutional Experiment**, 71 Notre Dame L. Rev. 371, 377-388 (1996),

Charles C. Haynes, **Freedom goes viral: trouble for dictators**, April 22,2011, <http://www.firstamendmentcenter.org/freedom-goes-viral-trouble-for-dictators>, 7/6/2554

<http://www.firstamendmentcenter.org/faq/frequently-asked-questions-religious-liberty>, 9/1/2555.

### กฎหมาย

1. United States Constitution Article 6, Amendment 1
2. The Religious Freedom Restoration Act 1993
3. The Equal Access Act

# ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

นายปฐมพงษ์ คำเขียว<sup>1</sup>

## 1. บทนำ

ศาลรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นมาด้วยเหตุผลสำคัญเพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าอยู่ในฐานะเป็นองค์กรผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเรียกร้องให้บรรดากฎหมายทั้งปวงจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ โดยกำหนดศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (ฉบับปี พ.ศ. 2550)<sup>2</sup> ก็รับรองให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรชนิดหนึ่ง โดยปกติมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อความเหมาะสมต่อสถานการณ์ความเป็นจริงของบ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญนั้นเองกำหนดไว้ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันซึ่งประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550 ขณะนี้ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมไปแล้ว โดยรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมจำนวน 2 ฉบับ ซึ่งประกาศใช้พร้อมกันเมื่อวันที่ 4 มีนาคม พ.ศ. 2554<sup>3</sup> การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้ได้ถูกเสนอเป็นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ คดีนี้นำไปสู่ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

<sup>1</sup> เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 4 กลุ่มงานคดี 4 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับปี พ.ศ. 2550) [Online], Available URL: <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2550/A/047/1.PDF>, 2554 (ตุลาคม, 20).

<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2554 [Online], Available URL: <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2554/A/013/1.PD>, 2554 (ตุลาคม, 20), รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 [Online], Available URL: <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2554/A/013/7.PDF>, 2554 (ตุลาคม, 20).

แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงประการแรก หลักการพื้นฐานของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยทั่วไป เกี่ยวกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง การตรวจสอบรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศเพื่อเป็นตัวอย่างเปรียบเทียบกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทย ประการที่สาม การพิจารณากรณีศาลรัฐธรรมนูญไทยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและแนวทางการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทย และประการสุดท้าย บทวิเคราะห์เกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

## 2. หลักการพื้นฐานของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญตามหลักการโดยทั่วไปแล้วถูกจัดตั้งขึ้นมาด้วยเหตุผลประการหนึ่งเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และกฎหมายในที่นี้เป็นที่เข้าใจได้ว่าหมายถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้อยู่ในขอบเขตที่อำนาจนิติบัญญัติสามารถกระทำได้ แต่ต้องกระทำโดยอำนาจที่เหนือกว่าอำนาจนิติบัญญัติขึ้นไป เนื่องจากอำนาจนิติบัญญัติถูกสถาปนาขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ อำนาจนิติบัญญัติจึงไม่อาจกลับไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แม้ในบางครั้งองค์กรที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรเดียวกันกับองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายโดยทั่วไปก็ตาม แต่เนื้อหาการใช้อำนาจขององค์กรนั้นเป็นคนละอำนาจกัน ในส่วนนี้เพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงได้กล่าวถึงเนื้อหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สำคัญ ในเรื่องอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

### 2.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อกล่าวถึงปัญหาว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ จำเป็นต้องศึกษาถึงความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ของอำนาจที่สำคัญได้แก่ อำนาจที่เรียกว่า “pouvoir constituant” ซึ่งในทางวิชาการของประเทศไทยแปลเป็นภาษาไทยไว้แตกต่างกันเป็นต้นว่า “อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ”<sup>4</sup> “อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทาง

<sup>4</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม. สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 144.



การเมือง<sup>5</sup>” หรือ “อำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ<sup>6</sup>” และอำนาจที่เรียกว่า “pouvoir constitué” คือ “อำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญ”

อำนาจทั้งสองดังกล่าวตามความคิดซึ่งนำเสนอโดยซีเอเยส์ (Emmanuel Joseph Sieyès) อธิบายว่า ในสมัยก่อนจะมีรัฐธรรมนูญขึ้นมา ไม่มีกฎหมายใดอยู่เหนือและผูกมัดอำนาจที่จะสร้างระบบกฎหมายและระบบองค์กรอยู่เลย เมื่ออำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญขึ้นมาจึงเป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เมื่ออำนาจดังกล่าวเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญขึ้นมา อำนาจดังกล่าวจึงอยู่เหนือสิ่งที่ถูกสร้าง และเป็นสิ่งที่อยู่เหนืออำนาจขององค์กรทั้งหมดที่ถูกสร้างขึ้น มา เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายขึ้นมาใช้อำนาจในการปกครอง ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล (รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญเองด้วย)<sup>7</sup> องค์กรเหล่านี้จึงเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) และได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองทั้งสิ้น องค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ทั้งในแง่ขอบเขตของอำนาจ กระบวนการ และเนื้อหาของเรื่องที่จะใช้อำนาจ แตกต่างจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองซึ่งเป็นอำนาจที่ไร้ขอบเขตและไม่มีข้อจำกัด<sup>8</sup> จึงมีอิสระในการวางกฎหมายอย่างใดก็ได้

เมื่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับผ่านไประยะเวลาหนึ่งแล้ว อาจมีความจำเป็นบางอย่างหรือความต้องการบางอย่างที่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นวิธีสำคัญในการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่เห็นว่าเป็นข้อบกพร่องหรือทำให้เกิดปัญหาในช่วงเวลานั้น โดยไม่จำเป็นต้องยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับนั้นทั้งฉบับ และยังสามารถเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้มีความเหมาะสมกับประเทศของตนได้ แต่หากเป็นการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กรณีเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแล้วยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม มีใช้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยอำนาจที่ต่อเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีอยู่แต่ดั้งเดิม อาจเรียกได้ว่าเป็นอำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant dérivé) ส่วนอำนาจในการ

<sup>5</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538). หน้า 19.

<sup>6</sup> วิษณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ 2530). หน้า 73.

<sup>7</sup> ข้อความในวงเล็บเพิ่มเติมเสริมความโดยผู้เขียน เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ จึงมีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเช่นกัน.

<sup>8</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เรื่องเดิม. หน้า 19.

ก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (ที่สถาปนารัฐธรรมนูญเดิมนั้น)<sup>9</sup> จึงต้องเรียกว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองดั้งเดิม (pouvoir constituant originaire) อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ยังมีความแตกต่างและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าอำนาจนิติบัญญัติในการออกกฎหมายธรรมดา (pouvoir législatif) อันเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น เมื่อองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญมีอำนาจเท่าที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั่นเอง กลับไปแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจในการแก้ไขกฎหมายธรรมดา<sup>10</sup> โดยซิเยสเองก็มีความเห็นว่าปัญหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ องค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนทั่วไปไม่สามารถวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้ เพราะองค์กรตัวแทนดังกล่าวเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งจากรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยองค์กรตัวแทนพิเศษซึ่งเป็นตัวแทนของเสียงข้างมากของชาติ<sup>11</sup>

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ก็ยอมมอบให้องค์กรนิติบัญญัติสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่อยู่บนพื้นฐานของหลักการว่า หากรัฐธรรมนูญมอบให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องไม่ใช่กระบวนการเดียวกันกับการออกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาโดยทั่วไปมาใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อมิให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ตามอำเภอใจและสามารถขยายขอบเขตแห่งอำนาจของตนได้อย่างไม่มีที่สิ้นสุด จนส่งผลต่อระบบทางการเมืองขององค์กรต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ถูกทำลาย และในที่สุดแม้แต่ตัวรัฐธรรมนูญเองก็จะถูกทำลาย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องกระทำด้วยกระบวนการพิเศษ<sup>12</sup> โดยการทำให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยาก อันเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองตัวรัฐธรรมนูญเอง ทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่อยู่ในฐานะบันดาลให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นได้สำเร็จ ในความเป็นจริงผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจจำแนก ได้แก่ ประมุขของรัฐ, ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร, ราชาภร, ประมุขของรัฐ, ผู้ก่อการปฏิวัติและราชาภรร่วมกัน, หรือผู้มีอำนาจจากรัฐภายนอก อย่างไรก็ตาม การจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือที่เรียกว่าการยกร่างรัฐธรรมนูญ ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจไม่ได้ยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเอง แต่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจมอบให้ผู้อื่นมีอำนาจในการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นก็ได้ อำนาจในการ

<sup>9</sup> ข้อความในวงเล็บเพิ่มเติมเสริมความโดยผู้เขียน.

<sup>10</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เรื่องเดิม. หน้า 20.

<sup>11</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 29.

<sup>12</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เรื่องเดิม. หน้า 20-21.

ยกร่างรัฐธรรมนูญเรียกว่า “อำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ” ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญอาจเป็นบุคคลเพียงคนเดียวดังเช่นผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร หรือคณะบุคคลที่เป็นคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ หรือโดยสภานิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยปกติอยู่แล้ว หรือจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นก็ได้ ซึ่งผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจเป็นบุคคลเดียวกับผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญก็ได้ เช่น คณะปฏิวัติ คณะรัฐประหาร เป็นต้น หรือผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญใช้บุคคลเดียวกันก็ได้ เช่น คณะปฏิวัติเป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ เป็นต้น<sup>13</sup>

ปัญหาว่าการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ไร้ขอบเขตและไม่มีข้อจำกัด เช่นเดียวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือไม่ มีผู้ให้ความเห็นว่าการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจที่มีขอบเขตจำกัดภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญเดิม<sup>14</sup> รัฐธรรมนูญจึงกำหนดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ทั้งกระบวนการและรูปแบบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมทั้งข้อห้ามบางประการที่ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้น<sup>15</sup>

## 2.2 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อมีรัฐธรรมนูญขึ้นมาแล้วต่อมาหากจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปตามที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นกำหนดไว้เพื่อเป็นช่องทางในการเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรผู้มีอำนาจพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยอาจมอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (L'assemblée legislative ordinaire) เปลี่ยนสภาพไปเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญมาเป็นพิเศษเพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (L'assemblée constituante adhoc) และอาจให้ประชาชนออกเสียงประชามติ (Le référendum) ให้ความเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยก็ได้<sup>16</sup>

โดยรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่สำคัญไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั่นเอง ได้แก่ ผู้มีอำนาจเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การลงมติให้ความเห็นชอบ

<sup>13</sup> วิษณุ เครืองาม. เรื่องเดิม. หน้า 84-85.

<sup>14</sup> อภิญา แก้วกำเนิด. การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ เปรียบเทียบกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544. หน้า 32-33.

<sup>15</sup> อย่างไรก็ตาม ในอีกทางหนึ่งมีความเห็นว่า รัฐธรรมนูญย่อมถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ตามความเหมาะสม อำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญปัจจุบันไม่มีสิทธิจำกัดอำนาจร่างรัฐธรรมนูญในอนาคต โปรดดู พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย. หลักรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), หน้า 30.

<sup>16</sup> อภิญา แก้วกำเนิด. เรื่องเดิม. หน้า 33-34.

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการให้ประชาชนลงประชามติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนประกาศใช้บังคับ ซึ่งรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศบัญญัติไว้แตกต่างกันในรายละเอียด ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) ผู้มีอำนาจเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศฝรั่งเศส คือ ประธานาธิบดี แห่งสาธารณรัฐตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภา<sup>17</sup> ประเทศตุรกี คือ สมาชิกสภาแห่งชาติจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด<sup>18</sup> ประเทศโรมาเนีย คือ ประธานาธิบดี ตามคำแนะนำของรัฐบาล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าแสนคน<sup>19</sup>

2) การลงมติให้ความเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศเยอรมันต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงสองในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและคะแนนเสียงสองในสามของสมาชิกวุฒิสภา<sup>20</sup> ประเทศตุรกีต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบสามในห้าของจำนวนสมาชิกสภาทั้งหมดด้วยการลงคะแนนลับ<sup>21</sup> ประเทศโรมาเนียต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกของแต่ละสภา ถ้าไม่ได้รับความเห็นชอบอาจนำเข้าสู่การพิจารณาาร่วมกันของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยมติเห็นชอบต้องไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา<sup>22</sup>

3) การให้ประชาชนลงประชามติให้ความเห็นชอบ สำหรับในบางประเทศ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้ประชาชนต้องลงประชามติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนที่จะประกาศใช้บังคับก็ได้ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ร่างแก้ไขเพิ่มเติมหลังจากได้รับความเห็นชอบทั้งจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับได้ต่อเมื่อประชาชนได้ออกเสียงประชามติเห็นชอบแล้ว เว้นแต่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอโดยประธานาธิบดีอาจไม่ต้องนำมาให้ประชาชนออกเสียงประชามติก็ได้ หากประธานาธิบดีเสนอให้ที่ประชุมร่วมของทั้งสองสภาพิจารณา และต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงมากกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกของทั้งสองสภาที่ออกเสียงลงคะแนน<sup>23</sup>

<sup>17</sup> รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส มาตรา 89 วรรคหนึ่ง.

<sup>18</sup> รัฐธรรมนูญประเทศตุรกี มาตรา 175 วรรคหนึ่ง.

<sup>19</sup> รัฐธรรมนูญประเทศโรมาเนีย มาตรา 150 วรรคหนึ่ง.

<sup>20</sup> กฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมัน มาตรา 79 วรรคสอง (ประเทศเยอรมันเรียกรัฐธรรมนูญของตนฉบับนี้ว่า กฎหมายพื้นฐาน).

<sup>21</sup> รัฐธรรมนูญประเทศตุรกี มาตรา 175 วรรคหนึ่ง.

<sup>22</sup> รัฐธรรมนูญประเทศโรมาเนีย มาตรา 151 วรรคหนึ่งและวรรคสอง.

<sup>23</sup> รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส มาตรา 89 วรรคสองและวรรคสาม.

สำหรับประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน มาตรา 291 บัญญัติให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยผู้มีอำนาจเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภา ได้แก่ คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมด สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งสองสภา หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน การลงมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องพิจารณาเป็นสามวาระ ในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตราให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ และในวาระที่สามขั้นสุดท้ายต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาโดยใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนอย่างเปิดเผย ส่วนการให้ประชาชนออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติไว้ แต่ในอดีตของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2511 มาตรา 170 บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะให้ประชาชนทั่วไปทั้งประเทศออกเสียงเป็นประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบด้วยต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้<sup>24</sup>

### 2.3 ข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาดเลยย่อมไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง เนื่องจากผู้ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญย่อมพิจารณาวางกฎเกณฑ์บทบัญญัติตามที่ตนเห็นสมควรในเวลานั้น หากจะให้ฐานะทางการเมืองของประเทศต้องอยู่ภายใต้บทกฎหมายฉบับหนึ่งตลอดไปย่อมไม่ชอบด้วยเหตุผลเมื่อสภาพการณ์ของประเทศเปลี่ยนแปลงผิดไปจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญก็จะเป็นเพียงตัวหนังสือที่ไม่มีผู้ใดปฏิบัติตาม ในที่สุดก็จะนำไปสู่การปฏิวัติรัฐประหารได้ รัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่สิ่งที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้และต้องมีบทบัญญัติบอกวิธีแก้ไขไว้อยู่เสมอ<sup>25</sup> แต่หากเป็นข้อห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางเรื่องย่อมเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญสามารถกำหนดไว้ได้เช่นกัน

เนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีหลักการที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การปกครองโดยเสียงข้างมากที่เคารพสิทธิของฝ่ายข้างน้อย (majority rule with respect to minority rights) อันเป็นการปกครองที่อาศัยเสียงข้างมากในการตัดสินใจปัญหาต่าง ๆ โดยถือเสียงข้างมากเป็นตัวชี้ขาดปัญหา เพื่อหาทางออกสำหรับปัญหานั้นให้สามารถดำเนินการต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม การถือ

<sup>24</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2511 [Online], Available URL: <http://www.ratchakittha.soc.go.th/DATA/PDF/2511/A/E/1.PDF>, 2011 (October, 26).

<sup>25</sup> ธัชชา ร่มรื่นสุขารมย์. “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 3 : หน้า 104.

เสียงข้างมากเป็นตัวตัดสินปัญหาต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเสียงข้างน้อยด้วย เพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้เสียงข้างมากใช้อำนาจของตนกดขี่เสียงข้างน้อยจนทำให้เสียงข้างมากเป็นเผด็จการไปได้<sup>26</sup>

ข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเนื้อหาบางประการเป็นหลักการที่สำคัญเพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้ผู้แทนฝ่ายเสียงข้างมากของรัฐสภาอาศัยอำนาจของตนแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นการละเมิดหรือกดขี่ประชาชนจนเกินสมควร จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์บางประการที่มีคุณค่าอย่างยิ่งสำหรับรัฐนั้นอันไม่อาจล่วงละเมิดหรือแก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงให้เป็นอย่างอื่น ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นประการใดก็ต้องแสดงความเคารพในคุณค่าร่วมกันบางประการที่ถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานสำหรับการดำรงชีวิตร่วมกันในประชาคม จึงเป็นที่มาของข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดว่า ไม่ว่าจะด้วยเสียงข้างมากท่วมท้นเพียงใดก็ตาม ไม่อาจเปลี่ยนแปลงหลักการบางประการได้ อันเป็นการปกป้องตนเองของรัฐธรรมนูญ<sup>27</sup> อีกทั้ง ด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีการคุ้มครองรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษด้วยการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีกรอบในการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ แม้แต่เสียงข้างมากในสภาก็ไม่อาจก้าวล่วงได้<sup>28</sup>

รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ได้บัญญัติข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ซึ่งแต่ละประเทศก็บัญญัติไว้แตกต่างกันหลายเรื่อง เช่น

- ข้อห้ามในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการยกเลิกหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชนในประเทศเยอรมัน<sup>29</sup> ประเทศโรมาเนีย<sup>30</sup> และประเทศยูเครน<sup>31</sup>
- ข้อห้ามในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส<sup>32</sup> และประเทศโรมาเนีย<sup>33</sup>
- ข้อห้ามในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความเป็นสหพันธรัฐในประเทศเยอรมัน<sup>34</sup>

<sup>26</sup> วิสุทธิ์ โทธิแท้. แนวคิดพื้นฐานของประชาธิปไตย. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2550). หน้า 61-63.

<sup>27</sup> บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551). หน้า 321.

<sup>28</sup> บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. เรื่องเดิม. หน้า 287, 307.

<sup>29</sup> รัฐธรรมนูญประเทศเยอรมัน มาตรา 79.

<sup>30</sup> รัฐธรรมนูญประเทศโรมาเนีย มาตรา 152.

<sup>31</sup> รัฐธรรมนูญประเทศยูเครน มาตรา 157.

<sup>32</sup> รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส มาตรา 89.

<sup>33</sup> รัฐธรรมนูญประเทศโรมาเนีย มาตรา 152.

<sup>34</sup> รัฐธรรมนูญประเทศเยอรมัน มาตรา 79.



- ข้อห้ามเรื่องช่วงเวลาไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญ ในบางประเทศห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาที่ประเทศกำลังมีสงครามหรือประเทศกำลังตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น ประเทศโรมาเนีย<sup>35</sup> และประเทศเซอเบีย<sup>36</sup> เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน มาตรา 291 (1) วรรคสอง บัญญัติข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ โดยบัญญัติข้อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะเสนอมิได้

ประเด็นปัญหาว่าเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมเกิดขึ้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ มีอำนาจตรวจสอบควบคุมให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปตามวิธีการและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ รวมทั้งเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่เป็นการละเมิดต่อข้อห้ามที่รัฐธรรมนูญเดิมกำหนดไว้มิให้แก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ จำเป็นต้องศึกษาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศ และศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ ต่อไป

### 3. การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาในทางความเป็นจริงตามกฎหมายที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรต่อคำถามที่ว่า อันที่จริงแล้วนั้นในประเทศต่าง ๆ กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ สิ่งจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงอันดับแรกก็คือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น เพื่อค้นหาว่ารัฐธรรมนูญของประเทศนั้นมีบทบัญญัติกำหนดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้หรือไม่ หากรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติดังกล่าวย่อมเป็นที่แน่ชัดว่าศาลรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ในทางตรงกันข้าม หากรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้ จำเป็นต้องศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นต่อไป

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศที่สำคัญ<sup>37</sup> โดยจำแนกเป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจ

<sup>35</sup> รัฐธรรมนูญประเทศโรมาเนีย มาตรา 152.

<sup>36</sup> รัฐธรรมนูญประเทศเซอเบีย มาตรา 204.

<sup>37</sup> อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศที่มีรูปของรัฐแบบสหพันธรัฐ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระดับสหพันธรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระดับมลรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญของมลรัฐต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐด้วย.

ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และกรณีรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

### 3.1 กรณีรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติอย่างชัดเจนให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ปัญหาว่าศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ นั้น สำหรับประเทศที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ คำตอบย่อมเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อยู่แล้ว รัฐธรรมนูญของประเทศที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจดังกล่าวได้ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1961 และฉบับปี ค.ศ. 1982, รัฐธรรมนูญชิลี ฉบับปี ค.ศ. 1980 และรัฐธรรมนูญโรมาเนีย ฉบับปี ค.ศ. 1991

#### 1) รัฐธรรมนูญตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1961 และฉบับปี ค.ศ. 1982

รัฐธรรมนูญตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1961 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971<sup>38</sup> มาตรา 147 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้<sup>39</sup> นับจากปี ค.ศ. 1971-1980 ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีคำวินิจฉัยตัดสินคดีในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยที่ 1975/87 ลงวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1975, คำวินิจฉัยที่ 1976/19 ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 และที่ 1976/46 ลงวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1976, คำวินิจฉัยที่ 1977/4 ลงวันที่ 28 มกราคม ค.ศ. 1977 และคำวินิจฉัยที่ 1977/117 ลงวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1977<sup>40</sup>

ส่วนรัฐธรรมนูญตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1982<sup>41</sup> มาตรา 148 (1) บัญญัติอย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้<sup>42</sup>

<sup>38</sup> รัฐธรรมนูญตุรกีฉบับปี ค.ศ. 1961 ก่อนแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971 ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.

<sup>39</sup> คำแปลภาษาอังกฤษของรัฐธรรมนูญตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1961 แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1971 [Online], Available URL: <http://www.anayasa.gen.tr/1961constitution-amended.pdf>, 2554 (ตุลาคม, 25).

<sup>40</sup> อ้างใน Kemal Gözler, *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*, (Turkey Bursa, Ekin Press, 2008), pp. 42-47 [Online], Available URL: <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-html.htm>, 2011 (October, 26).

<sup>41</sup> รัฐธรรมนูญตุรกีฉบับนี้เป็นผลสืบเนื่องโดยตรงมาจากการรัฐประหารที่นำโดยคณะทหาร ซึ่งใช้มาจนถึงปัจจุบัน และในขณะนั้นประเทศตุรกีได้ทำการปฏิรูปรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เมื่อปี ค.ศ. 2010 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญตุรกี โปรดดู วิศรุต คิตดี, “ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีภายหลังการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2010 ตอนที่ 1,” *จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ* ปีที่ 13, ฉบับที่ 3 (พฤษภาคม - มิถุนายน 2554) : หน้า 12-13.

<sup>42</sup> คำแปลภาษาอังกฤษของรัฐธรรมนูญตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1982 [Online], Available URL: [http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/pdf\\_dosyalari/THE\\_CONSTITUTION\\_OF\\_THE\\_REPUBLIC\\_OF\\_TURKEY.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/pdf_dosyalari/THE_CONSTITUTION_OF_THE_REPUBLIC_OF_TURKEY.pdf), 2554 (ตุลาคม, 26).

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญก็บัญญัติข้อจำกัดในการตรวจสอบไว้ให้กระทำเฉพาะความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในทางรูปแบบเท่านั้น ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีคำวินิจฉัยในเรื่องการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น คำวินิจฉัยที่ 1987/15 ลงวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1987<sup>43</sup> และคำวินิจฉัยที่ E. 2008/16, K. 2008/116 ลงวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008<sup>44</sup>

## 2) รัฐธรรมนูญชิลี ค.ศ. 1980

รัฐธรรมนูญชิลี ค.ศ. 1980<sup>45</sup> มาตรา 82 (2) บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญชิลีมีอำนาจ พิจารณาวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยประเด็นปัญหา ดังกล่าวอาจยกขึ้นโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญชิลีได้ในระหว่างการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยรัฐสภา ดังนั้น ด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญชิลีนี้เอง ศาลรัฐธรรมนูญชิลีจึงสามารถตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วได้

## 3) รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991

รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991<sup>46</sup> บัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ก่อนที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 146 (a)<sup>47</sup> บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยก่อนที่รัฐสภาจะประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอยู่ในบังคับต้องส่ง ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเสียก่อน ศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนียมี คำวินิจฉัยในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัย ที่ 148 ลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 2003<sup>48</sup>

<sup>43</sup> อ้างใน Kemal Gözler, op.cit, pp. 47-48.

<sup>44</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่ E. 2008/16, K. 2008/116 ลงวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008 [Online], Available URL: <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=content&lang=en&id=141,2554> (ตุลาคม, 26).

<sup>45</sup> คำแปลภาษาอังกฤษของรัฐธรรมนูญชิลี ค.ศ. 1980 [Online], Available URL: <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Chile.pdf>, 2554 (ตุลาคม, 26).

<sup>46</sup> รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 [Online], Available URL: [http://www.cdep.ro/pdfs/constitutie\\_en.pdf](http://www.cdep.ro/pdfs/constitutie_en.pdf), 2554 (ตุลาคม, 26).

<sup>47</sup> ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในปี ค.ศ. 2003 บทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในมาตรา 144 (a) เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมแล้วมีการ เพิ่มเติมมาตราอื่นเข้าไปจึงเลื่อนมาเป็นมาตรา 146 (a).

<sup>48</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนีย [Online], Available URL: [http://www.ccr.ro/decisions/pdf/en/2003/D148\\_03.pdf](http://www.ccr.ro/decisions/pdf/en/2003/D148_03.pdf), 2554 (ตุลาคม, 20).

### 3.2 กรณีรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติอย่างชัดเจนให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ภายใต้รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรฝ่ายตุลาการแบบรวมศูนย์อำนาจ (centralized judicial review) ซึ่งองค์กรฝ่ายตุลาการนั้นจัดตั้งขึ้นมาเป็นพิเศษเฉพาะเพื่อการนี้ ไม่ว่าจะเป็ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional court) หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) ให้เป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ แม้ในหลายประเทศที่ใช้รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นนี้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ด้วย โดยปรากฏอย่างชัดเจนจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นจึงเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่ปรากฏว่าในหลายประเทศไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดอย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อมีคดีขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศมีคำวินิจฉัยแตกต่างกันออกไป ศาลรัฐธรรมนูญในบางประเทศวินิจฉัยว่าตนไม่มีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญในบางประเทศวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

#### 3.2.1 กรณีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่มีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แม้รัฐธรรมนูญของบางประเทศจะไม่ได้บัญญัติข้อห้ามอย่างชัดเจนมิให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่หากรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจดังกล่าวไว้โดยชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีทางที่จะตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ด้วยเหตุผลว่าภายใต้รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบรวมศูนย์อำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลเฉพาะซึ่งไม่ได้มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีโดยทั่วไป แต่มีเขตอำนาจพิเศษจำกัดเฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น และด้วยเหตุผลเดียวกันนั่นเอง ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากรัฐธรรมนูญจะให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น ดังนั้น ด้วยระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นนี้ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญต้องถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ถ้ารัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว หมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เหตุผลประการหนึ่งตามหลักการตีความกฎหมาย เนื่องจากความเป็นจริงที่ว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งให้กฎหมายเป็นสิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่สิ่งที่รัฐธรรมนูญระบุไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบแต่อย่างใด หากผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญประสงค์ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสิ่งที่มีใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ต้องบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งแล้วนั่นเอง

ศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของบางประเทศยืนยันเหตุผลดังกล่าวที่จะไม่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในที่นี้จะขอกกล่าวถึงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ศาลรัฐธรรมนูญฮังการี และศาลรัฐธรรมนูญสโลวีเนีย

#### 1) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัยไว้ตามคำวินิจฉัยที่ 62-20 DC ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 วินิจฉัยว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบโดยประชามติได้<sup>49</sup> และคำวินิจฉัยที่ 2003-469 DC ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003 วินิจฉัยว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 2003 ซึ่งเสนอเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้มีผลต่อการกระจายอำนาจของสาธารณรัฐ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Loi organique) และรัฐบัญญัติธรรมดา (Loi ordinaire) เมื่อมีคำร้องยื่นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขที่มาตรา 61 กำหนดไว้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้รับอำนาจทั้งจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 หรือจากมาตราอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญให้มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ<sup>50</sup>

<sup>49</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส [Online], Available URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1962/62-20-dc/decision-n-62-20-dc-du-06-novembre-1962.6398.html>, 2554 (ตุลาคม, 10).

<sup>50</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส [Online], Available URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2003/2003-469-dc/decision-n-2003-469-dc-du-26-mars-2003.857.html>, 2554 (ตุลาคม, 10).

จากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่กล่าวมานี้เห็นได้ว่า มาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย ได้แก่ รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติธรรมดา แต่ มาตรา 61 ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลย ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

## 2) ศาลรัฐธรรมนูญฮังการี

ศาลรัฐธรรมนูญฮังการีมีคำวินิจฉัยตามคำร้องที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยในประเด็น ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบแล้วเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1997 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนี้ได้ถูกโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญฮังการีในคดีที่ 1260/B/1997 ผู้ร้องโต้แย้งว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจาก เป็นการละเมิดต่อหลักการของอำนาจอธิปไตยและความแน่นอนแห่งกฎหมายที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง คุ่มครองไว้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 ศาลรัฐธรรมนูญฮังการีเห็นว่ามีปัญหาต้องพิจารณาถึงเขตอำนาจ ของศาลรัฐธรรมนูญว่ามีเขตอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาแล้วเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 32/A และกฎหมายเลขที่ XXXII ค.ศ. 1989<sup>51</sup> มาตรา 1 ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ไม่รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1998 วินิจฉัยว่าเขต อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจขยายออกไปให้มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้<sup>52</sup>

## 3) ศาลรัฐธรรมนูญสโลวีเนีย

ศาลรัฐธรรมนูญสโลวีเนียมีคำวินิจฉัยที่ U-I-332/94 ลงวันที่ 11 เมษายน ค.ศ. 1996 ตามคำร้องที่โต้แย้งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผู้ร้องโต้แย้งว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทบต่อความเป็นเอกราชและอำนาจอธิปไตยของสาธารณ รัฐสโลวีเนีย ศาลรัฐธรรมนูญสโลวีเนียวินิจฉัยตามมาตรา 160 ของรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 21 ซึ่งกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจ วินิจฉัยความสอดคล้องของรัฐบัญญัติต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธคำร้องดังกล่าวโดยวินิจฉัย ว่าร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ตกอยู่ภายในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>53</sup>

<sup>51</sup> กฎหมายเลขที่ XXXII ค.ศ. 1989 คือ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญฮังการี.

<sup>52</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฮังการี [Online], Available URL: [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-1998-1-001?fn=document-frameset.htm&f=templates\\$3.0,2554](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-1998-1-001?fn=document-frameset.htm&f=templates$3.0,2554) (ตุลาคม, 20).

<sup>53</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสโลวีเนีย [Online], Available URL: <http://odlocitve.us-rs.si/urs/us-odl.nsf/o/8EBF190D9E2129ECC12571720029D40D,2554> (ตุลาคม, 20).



### 3.2.2 กรณีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์อำนาจไว้ที่องค์กรเพียงองค์กรเดียวไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่มีทางเกิดขึ้นได้เลย หากไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ตาม ภายใต้ระบบดังกล่าวเป็นที่แน่นอนว่ารัฐธรรมนูญต้องมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ในมาตราใดมาตราหนึ่งของรัฐธรรมนูญ โดยจะเป็นการตรวจสอบในขณะที่เป็นร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว และด้วยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความว่าตนมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

หากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมสามารถตีความว่าเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในขอบเขตแห่งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ และในการนี้จึงไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติเฉพาะเพิ่มเติมอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้อยู่แล้ว หากการแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติพิเศษกำหนดไว้โดยตรงให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจดังกล่าวก็ตาม

ศาลรัฐธรรมนูญของบางประเทศได้วินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมสามารถตีความว่าเป็นกฎหมายชนิดหนึ่งได้ และวินิจฉัยว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ดังตัวอย่างเช่นศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย และศาลรัฐธรรมนูญตุรกี

#### 1) ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับอำนาจตามกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 มาตรา 93 ให้มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องต่าง ๆ ได้ แต่ในมาตรานี้ไม่ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ซึ่ง มาตรา 93 (1) และ (2) บัญญัติไว้เพียงให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสหพันธ์หรือกฎหมายมลรัฐ ส่วนเรื่องขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงในมาตรานี้เลย อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีคำวินิจฉัยลงวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1970 คำวินิจฉัย

ลงวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1991 คำวินิจฉัยลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1996 คำวินิจฉัยลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 1996 และคำวินิจฉัยลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004 คดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมสามารถตีความรวมถึงขอบเขตความหมายของคำว่า “กฎหมายสหพันธ์ (Bundesrecht)” แต่เข้าใจได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญตีความขอบเขตของคำว่ากฎหมายสหพันธ์ไม่ได้หมายความถึงเฉพาะกฎหมายธรรมดาของสหพันธ์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงกฎหมายที่แสดงออกในการแก้ไขหรือเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐานดังเช่นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าตนมีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้<sup>54</sup>

## 2) ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรีย

ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียก็มีคำวินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน เนื่องจากรัฐธรรมนูญออสเตรีย มาตรา 140 (1) บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายสหพันธ์หรือกฎหมายมรัฐ แม้ว่ามาตรานี้ไม่ได้กล่าวถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญเลย แต่ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียตีความว่ากฎหมายสหพันธ์ไม่ได้มีความหมายเฉพาะกฎหมายธรรมดาเท่านั้น แต่รวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ตามคำวินิจฉัยลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1952 คำวินิจฉัยลงวันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1988 และคำวินิจฉัยลงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 2001<sup>55</sup>

## 3) ศาลรัฐธรรมนูญตุรกี

รัฐธรรมนูญตุรกีฉบับปี ค.ศ. 1961 ก่อนแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1971 ยังไม่ได้บัญญัติถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ มาตรา 147 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีคำวินิจฉัยที่ 1970/31 ลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1970 และคำวินิจฉัยที่ 1971/37 ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1971 วินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือกฎหมายด้วย ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้<sup>56</sup>

เมื่อศึกษาถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ในต่างประเทศนั้นมีทั้งประเทศที่สามารถ

<sup>54</sup> Kemal Gözler, op.cit, pp. 22-23.

<sup>55</sup> Ibid, p. 23.

<sup>56</sup> Ibid, pp. 23-24.

ตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้และประเทศที่ไม่สามารถตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ สำหรับประเทศที่สามารถตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้นั้น มีทั้งประเทศที่มีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ และประเทศที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ แต่ด้วยการตีความในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ในทางตรงกันข้ามกับบางประเทศแล้วนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าตนไม่มีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ข้อเท็จจริงในต่างประเทศดังกล่าวเป็นตัวอย่างที่สำคัญสำหรับการศึกษาเชิงเปรียบเทียบและนำมาพิจารณาถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ต่อประเด็นปัญหาว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

#### 4. ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 6 บัญญัติรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอื่นที่สำคัญอีกหลายประการ

การพิจารณาประเด็นว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ จำเป็นต้องศึกษาถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ และแนวคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

##### 4.1 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้บัญญัติอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนว่ามีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีในเรื่องใดบ้าง แต่การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติช่องทางการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ระยะเวลาในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้ ย่อมถือได้ว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีในเรื่องนั้นได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นเรื่อง ๆ อยู่ในหลายหมวด หลายส่วนและหลายมาตราของรัฐธรรมนูญ โดยอาจจำแนกคดีที่อยู่ในเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

ดังต่อไปนี้

(1) คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 มาตรา 154 มาตรา 155 มาตรา 185 มาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2)

(2) คดีเกี่ยวกับการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 91 นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 182 ประกอบ มาตรา 91 และกรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 233

(3) คดีเกี่ยวกับการวินิจฉัยว่าหนังสือสนธิสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190

(4) คดีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 214

(5) คดีวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ กระทำการ เพื่อให้ตนมีส่วนในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคเจ็ด

(6) คดีเกี่ยวกับพรรคการเมือง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 65 วรรคสาม มาตรา 106 (7) มาตรา 68 วรรคสอง วรรคสาม วรรคสี่ และมาตรา 237 วรรคสอง

นอกจากนี้ รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550<sup>57</sup> เพื่อขยายความและกำหนดรายละเอียดการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีอื่นเพิ่มเติมนอกจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แต่ก็เป็นเพียงคดีเกี่ยวกับพรรคการเมืองเท่านั้น ไม่ได้เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

สำหรับคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายที่ยังไม่ประกาศใช้บังคับ และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว

การเสนอคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะอนุมัติพระราชกำหนด รัฐธรรมนูญ

<sup>57</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 [Online], Available URL: <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2550/A/064/22.PDF>, 2554 (ตุลาคม, 20).

มาตรา 185 บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอคำร้องผ่านประธานสภาของตนเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้

การเสนอคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหลังจากที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายแล้วก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้บังคับ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ 2 กรณี แบ่งแยกตามประเภทกฎหมายที่ต่างกัน โดยร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบังคับให้ส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 142 ส่วนร่างพระราชบัญญัติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 หรือร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 155 บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอคำร้องผ่านประธานสภาของตนเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้

การเสนอคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ผู้มีสิทธิเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ ได้แก่ ศาลต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2)

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคดีโดยให้ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ไว้เป็นบรรทัดฐานว่า “กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ได้แก่ พระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 และมาตรา 186 โดยที่กฎหมายเหล่านั้นตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายลำดับรองลงมาจากรัฐธรรมนูญและจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ”<sup>58</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งหมดที่กำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ไม่พบว่าบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญกำหนดโดยชัดแจ้งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และไม่พบว่าบทบัญญัติใดของ

<sup>58</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 ลงวันที่ 4 กันยายน พ.ศ. 2544 เรื่อง ศาลจังหวัดสุพรรณบุรีส่งคำโต้แย้งของจำเลย (บริษัท ... จำกัด) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ระเบียบและประกาศของคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายซึ่งออกตามพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2544 สืบค้นจากเว็บไซต์ [Online], Available URL:[http://www.constitutionalcourt.or.th/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=147&Itemid=94&lang=th&limitstart=10,2554](http://www.constitutionalcourt.or.th/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=147&Itemid=94&lang=th&limitstart=10,2554) (ตุลาคม, 20).

รัฐธรรมนูญกำหนดช่องทางการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งร่างกฎหมายที่ยังไม่ประกาศใช้บังคับและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว อันนำไปสู่คำถามต่อไปว่า ด้วยอำนาจดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถตีความขยายเขตอำนาจของตนออกไปให้รวมถึงอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

#### 4.2 กรณีศึกษาคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554<sup>59</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งเสร็จเด็ดขาดตามคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้ว่าคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะได้กล่าวถึงเฉพาะประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนที่ประกาศใช้บังคับเท่านั้น แต่เนื้อหาของคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้วางหลักกฎหมายอันเป็นบรรทัดฐานที่สำคัญ ที่มาของข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุแห่งคดีนี้และเนื้อหาความเห็นประกอบคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญมีดังต่อไปนี้

##### 1) ข้อเท็จจริง

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2550 ที่เสนอเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา มีจำนวน 4 ฉบับ ได้แก่ ฉบับที่หนึ่งเสนอโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 71,543 คน ฉบับที่สองเสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 102 คน 1 ฉบับ ฉบับที่สามและฉบับที่สี่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี แยกเป็นร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (มาตรา 190) และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (มาตรา 93-98)

รัฐสภาได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเหล่านี้ โดยเปิดให้ตัวแทนผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่ละฉบับได้แถลงหลักการและเหตุผลต่อที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา และที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาดำเนินการอภิปราย<sup>60</sup> ต่อจากนั้น ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาได้ลงมติใน

<sup>59</sup> คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554 เรื่อง ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 วรรคหนึ่ง (1) ว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่; คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2554 สืบค้นได้จากเว็บไซต์ [Online], Available URL: [http://www.constitutionalcourt.or.th/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=475&Itemid=319&lang=th&limitstart=20,2554](http://www.constitutionalcourt.or.th/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=475&Itemid=319&lang=th&limitstart=20,2554) (ตุลาคม, 20).

<sup>60</sup> บันทึกการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 9 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันอังคารที่ 23 พฤศจิกายน พ.ศ. 2553.



วาระที่ 1 ขึ้นรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 4 ฉบับ ปรากฏว่า ที่ประชุมลงมติไม่รับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเสนอและฉบับที่คณะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอ เพราะมีคะแนนเสียงเห็นชอบรับหลักการน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ส่วนร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่คณะรัฐมนตรีเสนอทั้งสองฉบับ ที่ประชุมลงมติด้วยคะแนนเสียงเห็นชอบรับหลักการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา จึงถือว่าที่ประชุมลงมติรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ<sup>61</sup> และที่ประชุมมีมติให้ตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (มาตรา 190) และให้คณะกรรมการคณะเดียวกันเป็นผู้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (มาตรา 93-98)<sup>62</sup>

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับดังกล่าวเสร็จแล้ว ในวาระที่ 2 ขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา<sup>63</sup> ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับเรียงตามลำดับมาตราจนเสร็จสิ้น และนัดประชุมร่วมกันของรัฐสภาเพื่อออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 3 หลังจากที่ต่อรอให้พ้นกำหนด 15 วันต่อไป<sup>64</sup> ในวาระที่ 3 ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาลงมติในร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับทีละฉบับ โดยวิธีเรียกชื่อสมาชิกรัฐสภาตามลำดับอักษร ผลปรากฏว่าที่ประชุมลงมติเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา<sup>65</sup> จึงถือว่าที่ประชุมเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญ<sup>66</sup>

แต่การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับนี้ต่อรัฐสภา ปรากฏว่า คณะรัฐมนตรี (ชุดที่มีนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นนายกรัฐมนตรี) เสนอบันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับดังกล่าวโดยไม่ได้ระบุมาตราที่ต้องการแก้ไขเพิ่มเติมไว้

<sup>61</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 291 (3) บัญญัติให้การให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่ 1 ขึ้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา.

<sup>62</sup> บันทึกการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 10 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันพฤหัสบดีที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2553.

<sup>63</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 291 (4) บัญญัติให้การลงคะแนนในวาระที่ 2 ขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตราให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 291 (5) บัญญัติให้เมื่อพิจารณาในวาระที่ 2 เสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้ 15 วัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่ 3 ต่อไป.

<sup>64</sup> บันทึกการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 1 (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2554

<sup>65</sup> บันทึกการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 2 (สมัยสามัญทั่วไป) วันศุกร์ที่ 11 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554.

<sup>66</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 291 (6) บัญญัติให้การให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่ 3 ขึ้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา.

แต่อย่างใด<sup>67</sup> ซึ่งข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553<sup>68</sup> อันเป็นข้อบังคับการประชุมรัฐสภาที่ใช้บังคับในขณะนั้น ข้อ 86 กำหนดให้การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องมีบันทึกประกอบด้วยหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เหตุผลในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยการแก้ไขเพิ่มเติมมาตราใดของรัฐธรรมนูญต้องระบุมাত্রาที่ต้องการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในหลักการหรือจะระบุไว้ในเหตุผลด้วยก็ได้

หลังจากนั้นประธานรัฐสภาได้ส่งความเห็นของคณะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและคณะสมาชิกวุฒิสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 154 โดยผู้ร้องอ้างว่า<sup>69</sup> การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตามร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลว่าการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 86 วรรคสาม เพราะไม่ได้ระบุเลขมาตราที่ต้องการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกไว้ในหลักการและเหตุผล ซึ่งการดำเนินกิจการของแต่ละสภาและรัฐสภา ต้องเป็นไปตามข้อบังคับว่าด้วยการประชุมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 125 และมาตรา 134 เมื่อการเสนอร่างรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามข้อบังคับ ย่อมมีผลให้การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย ผู้ร้องจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตามร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับดังกล่าวชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่ นอกจากนี้ประธานรัฐสภายังได้เสนอความเห็นมาด้วยว่า กรณีตามความเห็นชอบผู้ร้องไม่เข้าเงื่อนไขตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพิ่มเติมว่าตามบทบัญญัติของมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญ ประธานรัฐสภาสามารถใช้ดุลยพินิจในการส่งหรือไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้หรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่<sup>70</sup>

นักวิชาการทางกฎหมายหลายท่านได้ออกมาให้ความเห็นในประเด็นปัญหาตามคำร้องดังกล่าว นักวิชาการท่านหนึ่งให้ความเห็นว่า “กรณีตามคำร้องดังกล่าวที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมสภาไม่ใช่สาระสำคัญ เพราะทราบอยู่แล้ว

<sup>67</sup> บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ [Online], Available URL: [http://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_sapa/2551-2554/dspa112353-01.pdf](http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/2551-2554/dspa112353-01.pdf), 2554 (ตุลาคม, 20).

<sup>68</sup> ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 [Online], Available URL: [http://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_give/force-par2553.pdf](http://library2.parliament.go.th/giventake/content_give/force-par2553.pdf), 2554 (ตุลาคม, 20).

<sup>69</sup> ผู้ร้องในคดีนี้หมายถึงคณะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและคณะสมาชิกวุฒิสภาที่ร่วมกันเสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย.

<sup>70</sup> คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 เรื่องเดิม.

ว่ารัฐธรรมนูญจะแก้ไขเพิ่มเติมมาตราใด และแก้อย่างไร การไม่ระบุตัวเลขมาตรา ก็ไปเพิ่มไว้ในภายหลังได้ แต่ไม่ใช่ว่าจะเป็นเหตุผลที่มีน้ำหนักพอทำให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบและล้มไปทั้งหมด ข้อบังคับที่กำหนดให้เขียนเลขมาตรา ก็มีเจตจำนงให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาทราบ และแก้ไขตามนั้น ไม่ใช่ระบุเลขมาตราอย่างหนึ่งแล้วไปแอบแก้มาตราอื่นในเรื่องอื่นที่ไม่ได้ระบุ” และนักวิชาการอีกท่านหนึ่งให้ความเห็นว่า “เรื่องเลขมาตราไม่ใช่สาระสำคัญ แม้ว่าการเสนอเลขมาตราในหลักการ บางกรณีต้องระบุให้ชัด แต่ที่แก้กันคือระบบเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหลายมาตรา ดังนั้น เมื่อหลักการเข้าใจได้ว่าจะแก้อะไร และวาระที่ 1 และวาระที่ 2 ไม่ได้แก้ไขหลักการจนเปลี่ยนหน้ามือเป็นหลังมือ ดังนั้น ไม่เป็นไรที่จะไม่ระบุเลขมาตรา”<sup>71</sup>

## 2) ความเห็นประกอบคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องที่ประธานรัฐสภาส่งไปดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554 โดยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาเบื้องต้นว่า คำร้องของผู้ร้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องของผู้ร้องไว้วินิจฉัยหรือไม่

กฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญยกขึ้นมาอ้างถึง คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 154 และมาตรา 291 โดยมาตรา 154 เป็นบทบัญญัติในหมวด 6 ว่าด้วยรัฐสภา ส่วนที่ 8 ว่าด้วยการควบคุมการตรวจกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และมาตรา 291 เป็นบทบัญญัติในหมวด 15 ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญกล่าวว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมร่างพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 291 บัญญัติว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้ ... (2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ ... (7) เมื่อการลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวแล้ว ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำบทบัญญัติมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะในหมวด 15 มาตรา 291 โดยบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการตาม (1) ถึง (7) ว่าให้ต้องทำเป็นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและ

<sup>71</sup> ข้ามติชนออนไลน์ “อ.นิติศาสตร์ระบุฝ่ายค้านยื่นตรวจสอบแก้รัฐธรรมนูญไม่ใช่สาระสำคัญ คาคศาล ธน.ไม่รับ” [Online], Available URL: [http://www.matichon.co.th/news\\_detail.php?newsid=1297515662](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1297515662), 2554 (ตุลาคม, 24).

เสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มิใช่ทำเป็นร่างพระราชบัญญัติ ทั้งมาตรา 291 (7) ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติ เฉพาะมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม<sup>72</sup> ไม่ได้บัญญัติให้นำมาตรา 154 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการตราพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรณีวินิจฉัย มาใช้บังคับ ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัตินี้ดังกล่าวประกอบกันแล้ว กรณีตามคำร้องนี้จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องดังกล่าวไว้วินิจฉัย”

จากคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเฉพาะประเด็นว่า คำร้องดังกล่าวเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยหรือไม่เท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาว่าคำร้องดังกล่าวเป็นสาระสำคัญหรือไม่ และไม่ได้พิจารณาในเนื้อหาของคำร้องดังกล่าวว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับที่ไม่ระบุมาตราที่แก้ไขเพิ่มเติมไว้ในหลักการและเหตุผลของร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่แต่ประการใด

เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากโดยทั่วไปเมื่อคำร้องต่าง ๆ เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่าคำร้องที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของการฟ้องคดีที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เช่น คำร้องที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือผู้ร้องไม่ใช่ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อรัฐธรรมนูญได้ เป็นต้น หากคำร้องไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของการฟ้องคดีที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดไว้ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยชี้ขาดคดีให้เสร็จสิ้นไปในทางแบบพิธี เฉพาะแต่คำร้องที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของการฟ้องคดีที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงดำเนินการพิจารณาวินิจฉัยคดีในเนื้อหาของคำร้องต่อไป

ส่วนประเด็นคำถามที่ประธานรัฐสภาเสนอมาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพิ่มเติมว่า ตามบทบัญญัติของมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญ ประธานรัฐสภาสามารถใช้ดุลยพินิจในการส่งหรือไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้หรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วินิจฉัยถึงประเด็นปัญหานั้น แต่การที่ประธานรัฐสภาเสนอประเด็นปัญหานั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการหารือหรือสอบถามถึงการใช้อำนาจของประธานรัฐสภาและอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำสั่งไว้ว่าประเด็น

<sup>72</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 150 และมาตรา 151 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติมาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่านั้น ซึ่งทั้งสองมาตราดังกล่าวของรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องการทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้ใช้บังคับเป็นกฎหมาย.

ที่มีลักษณะเป็นการหารือหรือขอความเห็นจากศาลรัฐธรรมนูญไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่ ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยได้<sup>73</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ เนื่องจากสอดคล้องกับหลักที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการ ลักษณะการใช้อำนาจของ ศาลรัฐธรรมนูญกระทำได้ที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีในเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของตนได้<sup>74</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ไม่ได้ให้เหตุผลไว้โดยชัดแจ้งว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเพียงแต่ให้เหตุผลว่าคำร้องไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญอย่างไรอันเป็นการ วินิจฉัยคดีในทางแบบพิธีเท่านั้น แต่หากพิจารณาจากเนื้อหาของคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญนั้นความสามารถ อธิบายถึงแนวทางการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่สำคัญต่อประเด็น ปัญหาเรื่องเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้เขียนจะ ได้กล่าวถึงต่อไป

## 5. บทวิเคราะห์

เมื่อวิเคราะห์ถึงหลักการพื้นฐานของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในต่างประเทศ และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยประกอบคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ดังกล่าวข้างต้นแล้ว มีข้อสังเกตถึงปัญหาที่ สำคัญทั้งในทางทฤษฎีและปัญหาในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญต่อประเด็นปัญหาอำนาจของ ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

1) ปัญหาในทางทฤษฎี ความเห็นในแนวทางหนึ่งเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ถูก สถาปนาขึ้นโดยฐานของรัฐธรรมนูญดั้งเดิม หากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเสียแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็จะกลายเป็นองค์กรที่อยู่เหนือ รัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงทำหน้าที่ตรวจสอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น วัตถุประสงค์ การตรวจสอบในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญต้องเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติเฉพาะกรณี ที่ รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และนอกจากศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลยุติธรรมก็ไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบ

<sup>73</sup> คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2551 ลงวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2551 ผู้ร้องส่งคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคสาม ประกอบมาตรา 91 ประเด็นที่หนึ่ง เมื่อความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงจะมีผลให้คณะ รัฐมนตรีทั้งคณะต้องสิ้นสุดลงไปด้วยหรือไม่ และประเด็นที่สอง รองนายกรัฐมนตรีจะสามารถดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีรักษา การตามมติคณะรัฐมนตรีได้หรือไม่.

<sup>74</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดิม, หน้า 42-43.

ด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยเช่นกัน เพราะศาลยุติธรรมถูกสถาปนาขึ้นด้วยพระราชบัญญัติซึ่งมีสถานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ องค์การที่มีอำนาจชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็คือองค์กรที่ได้รับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบแก้ไขเพิ่มเติมนั่นเอง (เป็นการกระทำทางการเมืองในสภาวะว่างเปล่าหรือปราศจากพันธะผูกพันจากอำนาจทั้งปวงของรัฐ)<sup>75</sup>

อีกทั้ง ประเด็นปัญหาในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายระหว่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งเป็นวัตถุที่ถูกรตรวจสอบกับรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่จะถูกแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งเป็นวัตถุที่เป็นมาตราของการตรวจสอบ รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับต่างมีลำดับชั้นทางกฎหมายเท่ากัน หากเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเดิมที่จะถูกแก้ไขเพิ่มเติม โดยสภาพแล้วย่อมไม่สามารถวินิจฉัยได้ว่า จะให้เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเดิมที่จะถูกแก้ไขเพิ่มเติมตกไป<sup>76</sup> ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปว่า “กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า”<sup>77</sup> นั่นคือ เนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับเดิมต้องถูกแก้ไขเพิ่มเติมไปตามที่รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติไว้

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า เมื่อเทียบเคียงกับเหตุผลในเรื่องหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ ซึ่งเรียกร้องให้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกระทำโดยองค์กรอื่นที่มีความเป็นกลาง และการควบคุมตนเองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจถือเป็นการควบคุมที่เป็นหลักประกันอย่างเพียงพอ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่อาจเป็นผู้พิพากษาในเรื่องของตนเองได้ (judex in resua)<sup>78</sup> ด้วยเหตุนี้ การให้องค์กรที่ได้รับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเสียเองแล้ว ย่อมเป็นการตรวจสอบควบคุมตนเองภายในองค์กรนั่นเอง

อีกทั้ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นอิสระจากรัฐธรรมนูญเดิมเสียทั้งหมดและไม่ได้เป็นปัญหาเรื่องทางการเมืองแต่เพียงอย่างเดียว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังอยู่ภายใต้ขอบเขตที่รัฐธรรมนูญนั้นเองกำหนดไว้ ในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีความพิเศษในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ซึ่งถูกกำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นเอง ดังเช่นกระบวนการ

<sup>75</sup> พุดพิงศ์ พงศ์เอนกกุล, บทวิพากษ์ข้อโต้แย้งของนายกิตติศักดิ์ ปกติ และนายสมคิด เลิศไพฑูรย์ : กรณีข้อเสนอนิติราษฎร์ (สังเขป) [Online], Available URL: <http://www.enlightened-jurists.com/page/239,2554> (ตุลาคม, 20).

<sup>76</sup> นิติราษฎร์ ฉบับที่ 27 (ธีระ สุธีรวงศ์), 2 สิงหาคม ค.ศ. 2011 [Online], Available URL: <http://www.enlightened-jurists.com/blog/40,2011> (October, 29).

<sup>77</sup> หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายประกาย, 2542), หน้า 93-94.

<sup>78</sup> D. Merten, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1980, S. 775 อ้างใน บรรณเจติ สิงคะเนติ, เรื่องเดิม, หน้า 34.



แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นมาตรฐานในการพิจารณาวินิจฉัย ประกอบกับเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นได้อยู่แล้ว และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็เป็นกฎหมายชนิดหนึ่ง การให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ย่อมเป็นเสริมความเข้มแข็งแก่การคุ้มครองและเป็นหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น เพื่อป้องกันมิให้องค์กรที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจอันเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อย่างน้อยที่สุดในส่วนกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ต้องได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดโดยองค์กรตุลาการ

ทั้งนี้ หากรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ รัฐธรรมนูญต้องบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจนั้นไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจต้องพิจารณาโดยตีความจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญว่ารัฐธรรมนูญเปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจนั้นได้หรือไม่

2) ปัญหาในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในทางวิชาการมีข้อพิจารณาที่สำคัญแนวทางหนึ่งอธิบายว่า กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และไม่มีบทบัญญัติกำหนดช่องทางการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กรณีจะถือว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นร่างกฎหมายชนิดหนึ่ง และร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็ถือว่าเป็นร่างกฎหมายอีกชนิดหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยรูปแบบเช่นเดียวกันกับการตรากฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือการประกาศใช้บังคับในราชกิจจานุเบกษา<sup>79</sup> เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหลัก ศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมมีอำนาจใกล้เคียงเป็นปริยาย (implied power)<sup>80</sup> การตีความเช่นนี้ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถคุ้มครองสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายไว้ได้

<sup>79</sup> Kemal Gözler, op.cit, pp. 20-21.

<sup>80</sup> นิติราษฎร์ ฉบับที่ 27 (ธีระ สุธีวรารังกูร), เรื่องเดิม.

อย่างไรก็ตาม ในอีกแนวทางหนึ่งเห็นได้ว่า แม้ว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกฎหมายธรรมดาจะมีความเหมือนกันอยู่ ทั้งกระบวนการและรูปแบบในการตราเพื่อประกาศใช้บังคับเป็นส่วนใหญ่ก็ตาม แต่ค่าบังคับหรือลำดับศักดิ์ทางกฎหมายมีความแตกต่างกัน ด้วยเหตุที่กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือเป็นรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศเหนือกว่าบรรดากฎหมายทั้งปวง อีกทั้ง ปัญหาขอบเขตของคำว่า “กฎหมาย” จะสามารถตีความขยายออกไปได้กว้างขวางเพียงใด

เนื่องจากรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยตุลาการแบบรวมศูนย์อำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีเขตอำนาจโดยทั่วไปแต่มีเขตอำนาจจำกัดเป็นพิเศษเฉพาะกรณี ศาลรัฐธรรมนูญต้องตีความขอบเขตอำนาจขององค์กรอย่างจำกัด โดยไม่อาจตีความขยายขอบเขตอำนาจขององค์กรให้กว้างขึ้นกว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ<sup>81</sup> นอกจากนี้ หากถือว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยถือเป็นหลักทั่วไป ส่วนการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเป็นข้อยกเว้นแล้ว ผลก็คือบทบัญญัติที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายย่อมเป็นข้อยกเว้นโดยสภาพ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตีความอย่างแคบตามหลักการตีความกฎหมายที่ว่า “ข้อยกเว้นต้องตีความอย่างเคร่งครัด (exception est strictissimae interpretationis)”<sup>82</sup> ดังนั้น คำว่า “กฎหมาย” ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถตีความขยายออกไปได้

สำหรับประเทศไทยแล้ว เมื่อพิจารณาถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พบว่าเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแตกต่างจากเขตอำนาจของศาลยุติธรรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 218 บัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง ศาลยุติธรรมจึงมีเขตอำนาจทั่วไปเป็นหลัก ยกเว้นคดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีได้โดยทั่วไป ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษมีเขตอำนาจเฉพาะคดีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น นั่นคือ หากรัฐธรรมนูญไม่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีเรื่องใดอย่างชัดแจ้งแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีเรื่องนั้น

ประกอบกับแนวทางการวินิจฉัยคดีเรื่องเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยดังปรากฏตามคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ตีความขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 ที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายระดับร่างพระราชบัญญัติ ให้ขยายรวมถึงการ

<sup>81</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดิม, หน้า 177.

<sup>82</sup> Kemal Gözler, op.cit, p. 21.

พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญตีความ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้อย่างเคร่งครัด โดยไม่ขยายขอบเขตอำนาจของตนเกินกว่าที่ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนนั่นเอง

ดังนั้น ตามนัยของคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วย่อมถือได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต้องทำเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มิใช่ทำเป็นร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างกฎหมายอื่นใด ต่อมาหากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาและประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นก็จะเป็น รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งมีใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายและเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์สูงกว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไป เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้พิจารณา วินิจฉัยเฉพาะร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ร่างพระราชบัญญัติ และบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เท่านั้น กรณีจึงไม่อาจตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้เฉพาะการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาหรือกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์และฐานะ เทียบเท่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่ว่าจะก่อนประกาศใช้บังคับหรือหลังประกาศใช้บังคับ

## 6. บทสรุป

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่ากฎหมายอื่นใด ทั้งปวงและเป็นฐานที่มาแห่งระบบกฎหมายของประเทศนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้อง กระทำโดยวิธีการพิเศษเป็นการเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาทั่วไป และกระทำโดยอาศัยอำนาจ ที่แตกต่างจากอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การแก้ไขรัฐธรรมนูญกระทำโดย อำนาจที่สืบต่อเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม ซึ่งเป็นอำนาจที่ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญนั้น ขึ้นมาเป็นครั้งแรก อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงถือเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเชิงแก้ไข แต่อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีขึ้นและกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ ภายใต้อำนาจของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะกระทำโดยอิสระตามอำเภอใจ หาได้ไม่ หากผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นโดยกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไข ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั่นเอง หลักเกณฑ์เงื่อนไขดังกล่าวย่อม ผูกพันผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ต้องปฏิบัติตาม โดยหลักสากลแล้วในหลายประเทศได้ กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และใน หลายประเทศได้กำหนดข้อห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางเรื่องไว้ด้วย

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศนั้น มีทั้งประเทศที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าศาลรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นย่อมมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ และประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ แต่ในประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดเรื่องนี้ไว้ ศาลรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศก็มีคำวินิจฉัยในเรื่องขอบเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างกัน ศาลรัฐธรรมนูญของบางประเทศวินิจฉัยว่าตนไม่มีเขตอำนาจตรวจสอบ แต่ศาลรัฐธรรมนูญของบางประเทศวินิจฉัยว่าตนมีเขตอำนาจตรวจสอบได้

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่มีบทบัญญัติให้มีช่องทางการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญก็มีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 วินิจฉัยว่าคำร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 ซึ่งเป็นเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ

เมื่อพิจารณาเหตุผลตามคำสั่งดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญไทยตีความอย่างเคร่งครัดโดยยึดถือบทบัญญัติที่กำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักสำคัญ ไม่ขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะคดีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ยังไม่ประกาศใช้บังคับ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว แต่ไม่รวมถึงร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนประกาศใช้บังคับหรือรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประกาศใช้บังคับแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม หากรัฐธรรมนูญต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้ โดยเฉพาะการตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญเดิมซึ่งจะถูกแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดไว้ ทั้งในด้านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและข้อห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 291 บัญญัติไว้



(๒๒)

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ



## ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ศาลรัฐธรรมนูญ

คำสั่งที่ ๔/๒๕๕๔

เรื่องพิจารณาที่ ๔/๒๕๕๔

วันที่ ๒๓ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๕๔

เรื่อง ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๕๔ วรรคหนึ่ง (๑) ว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของนายสุรพงษ์ โตวิจักษณ์ชัยกุล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และ นายเรืองไกร ลีภิพัฒน์ สมาชิกวุฒิสภา กับคณะรวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๕๔ วรรคหนึ่ง (๑) ว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (มาตรา ๙๓ - ๙๘) และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (มาตรา ๑๙๐) ชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หรือไม่ โดยมีข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบ สรุปได้ว่า

ในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ ๒ วันที่ ๑๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๔ ได้พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (มาตรา ๙๓ - ๙๘) และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (มาตรา ๑๙๐) รวม ๒ ฉบับ โดยที่ประชุมมีมติเห็นชอบให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งสองฉบับดังกล่าว

ผู้ร้องอ้างว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตามร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับดังกล่าว ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยให้เหตุผลว่าการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ ไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๓ ข้อ ๘๖ วรรคสาม เพราะไม่ได้ระบุเลขมาตราที่ต้องการแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิไว้ในหลักการและเหตุผล ซึ่งการดำเนินกิจการของแต่ละสภาและรัฐสภา ต้องเป็นไปตามข้อบังคับว่าด้วยการประชุมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒๕ และมาตรา ๑๓๔ เมื่อการเสนอร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นไปตามข้อบังคับ ย่อมมีผลให้การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย ผู้ร้องจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (มาตรา ๙๓ - ๙๘) และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (มาตรา ๑๙๐) ชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่

นอกจากนี้ ประธานรัฐสภาเห็นว่า กรณีตามความเห็นของผู้ร้องไม่เข้าเงื่อนไขตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๔ ประธานรัฐสภาจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพิ่มเติมว่า ตามบทบัญญัติของมาตรา ๑๕๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ประธานรัฐสภาสามารถใช้ดุลยพินิจในการส่งหรือไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้หรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่าคำร้องของผู้ร้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๕๔ วรรคหนึ่ง (๑) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัย หรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๕๔ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมร่างพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา ๒๙๑ บัญญัติว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้ ... (๒) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ ... (๓) เมื่อการลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวแล้ว ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๕๐ และมาตรา ๑๕๑ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะในหมวด ๑๕ มาตรา ๒๙๑ โดยบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการตาม (๑) ถึง (๓) ว่าให้ต้องทำเป็นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มิใช่ทำเป็นร่างพระราชบัญญัติ ทั้งมาตรา ๒๙๑ (๓)



ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติ เฉพาะมาตรา ๑๕๐ และมาตรา ๑๕๑ มาใช้บังคับโดยอนุโลม ไม่ได้บัญญัติให้นำมาตรา ๑๕๔ ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการตราพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัย มาใช้บังคับตั้งนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวประกอบกันแล้ว กรณีตามคำร้องนี้จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๔ วรรคหนึ่ง (๑) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยได้

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้วินิจฉัย

.....

(นายชัช ชลวร)

ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

## รูปแบบการนำเสนอบทความเพื่อจัดพิมพ์ลงในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

1. เป็นบทความวิจัยหรือบทความทางวิชาการทั่วไป หรือเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ
2. เป็นบทความที่ไม่เคยตีพิมพ์ที่ใดมาก่อนหรือไม่อยู่ระหว่างการเสนอขอลงพิมพ์ในวารสารหรือสิ่งพิมพ์อื่น
3. **แบบตัวอักษร** แบบตัวอักษรในบทความ ใช้แบบอักษร Angsana New หรือ TH SarabunPSK
4. **ขนาดตัวอักษร**
  - 4.1 ขนาดตัวอักษรของชื่อเรื่องบทความ ใช้ตัวอักษรขนาด 20 พอยน์
  - 4.2 ขนาดตัวอักษรในบทความ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 พอยน์
5. **ระยะห่างของกระดาษ**
  - 5.1 หัวกระดาษและท้ายกระดาษ ประมาณ 2.5 เซนติเมตร
  - 5.2 กั้นหน้าและกั้นหลัง ประมาณ 2.5 เซนติเมตร
6. **ผู้เขียนบทความ** ชื่อและนามสกุลท้ายชื่อบทความโดยมีสัญลักษณ์ดอกจันบนนามสกุล และในเชิงอรรถหน้าเดียวกันให้ใส่ข้อมูลส่วนตัวเกี่ยวกับตำแหน่ง วุฒิการศึกษา (โดยย่อ)
7. **การแยกหัวข้อย่อย** การแยกหัวข้อย่อย ควรขึ้นบรรทัดใหม่และย่อหน้าขึ้นตัวเลข พร้อมชื่อหัวข้อย่อยด้วยตัวหนา บรรทัดต่อไปจึงเป็นข้อความรายละเอียดของหัวข้อย่อยที่มีระยะในการย่อหน้าเท่ากับย่อหน้าของชื่อหัวข้อย่อย
8. **การอ้างอิง**

การอ้างอิงในเนื้อเรื่อง ใช้รูปแบบของการใส่เชิงอรรถตัวเลข

**ภาษาไทย**

8.1 ชื่อ - สกุล. // **ชื่อเรื่อง.** // เมืองที่พิมพ์. // ผู้รับผิดชอบในการพิมพ์. // ปีที่พิมพ์. // หน้าที่อ้างอิง.

**ภาษาอังกฤษ**

8.2 ชื่อ - สกุล. // **ชื่อเรื่อง.** // ครั้งที่พิมพ์. // เมืองที่พิมพ์. // ผู้รับผิดชอบในการพิมพ์. // ปีที่พิมพ์.
9. **เงื่อนไขการรับบทความ**
  - 9.1 บทความที่ได้รับการพิจารณาให้ลงพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ ต้องผ่านความเห็นชอบและหรือผู้เขียนได้ปรับปรุงแก้ไขตามข้อเสนอแนะของกองบรรณาธิการ
  - 9.2 ผู้เขียนบทความที่ได้รับการคัดเลือกให้ลงพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ จะได้รับค่าตอบแทนผลงานหน้าละ 200 บาท แต่ไม่เกิน 5,000 บาท

# ใบสมัครสมาชิก “วารสารศาลรัฐธรรมนูญ”

## วารสารศาลรัฐธรรมนูญ

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 326 ถนนจักรเพชร แขวงวังบูรพาภิรมย์  
เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

สมัครสมาชิก ค่าสมาชิก 300 บาท  
(1 ปี 3 เล่ม รวมค่าจัดส่งทางไปรษณีย์)

ราคาจำหน่าย เล่มละ 120 บาท

### ขอสมัครเป็นสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ชื่อ-สกุล.....

ที่อยู่..... รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์..... โทรสาร.....

ประจำปี พ.ศ..... เล่มที่.....

ตั้งแต่ พ.ศ..... ถึง พ.ศ.....

เล่มที่..... (ระบุให้ชัดเจน)

### พร้อมนี้ได้แนบนาณัติ

สั่งจ่าย ปณฝ.ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 10125 / เชื้อนคราการ / ตัวแลกเงิน จำนวนเงิน..... บาท

โดยสั่งจ่ายในนาม ผู้อำนวยการส่วนการคลังและพัสดุ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ: ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคาร A)  
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่  
กรุงเทพมหานคร 10210 โทร. 02 141 7777

หรือ ติดต่อโดยตรงได้ที่ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
โทร. 0 2623 9600 ต่อ 3145, 3149 โทรสาร 0 2623 9646

การส่งบทความหรือข้อคิดเห็นเพื่อลงพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญและการติดต่อเรื่องอื่นๆ โปรดส่งหรือติดต่อบรรณาธิการวารสารศาลรัฐธรรมนูญ ณ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พร้อมแจ้งสถานที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้สะดวก หากผู้เขียนใช้นามแฝง โปรดแจ้งนามจริงในหนังสือนำส่งบทความหรือข้อคิดเห็นนั้นด้วย



วารสาร

ISSN 1513-1246

# ศาลรัฐธรรมนูญ Constitutional Court Journal

ปีที่ 13 เล่มที่ 39 เดือนกันยายน-ธันวาคม พ.ศ. 2554

## ที่ปรึกษา

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

## บรรณาธิการ

นายเชาวนะ ไตรมาศ

## ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นายสนิท จรอนันต์

นายปัญญา อุดชาชน

นางพรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์

## กองบรรณาธิการ

นายนถล ช.สรพงษ์  
นายสุทธิรักษ์ ทรงศิริไฉ  
นายธีรพงษ์ อิติธำกร  
นายกมล โสทธิโกศา  
นายกาญจน์ วรกุล  
นางอัจฉริยา อนันตพงษ์  
นายบุญเสริม นาคสาร

นายพิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์  
นางจรียา อัครรักษ์  
นางสาววราภรณ์ อมราพิทักษ์  
นายสิทธิพร เสาภายน  
นายชาญฉกรรจ์ วีระขจร  
นายชวลิต ศรีโฉมงาม

นายสาโรช โชติพันธ์  
นางวิภาวรรณ ทะวานนท์  
พันโท ภาคภูมิ ศิลารัตน์  
นายสมฤทธิ์ ไชยวงศ์  
นางสาวกฤติยา อัดถากร  
นายสำราญ นابطร

## คณะเจ้าหน้าที่

นายมนตรี กนกาวรี  
นางสาวปัทมา กลิ่นแก้ว  
นายเวทิน รัตนพันธ์  
นายชลภูมิ เย็นทรง  
นางสาวณัฐิยา ศรศักดิ์  
นายวิศรุต คิตติ  
นายชูศักดิ์ โพธิ์คัง

นายชัยวิทย์ เดชมโนไพบุลย์  
นายวรศักดิ์ สุทธิบุญวานิช  
นายจักรกฤษณ์ ศรีชัยภูมิ  
นายธงไชย คงมงคล  
นายฐิติพงศ์ ฤกษ์เย็น  
ว่าที่ร้อยตรี กัมพล อยู่มั่นธรรมมา

นางฉัตรแก้ว เลิศไพฑูรย์  
นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์  
นางสาวสุมาภรณ์ ศรีม่วง  
นายก่อเกียรติ สุระกา  
นายเจนวิวัฒน์ ต้องประสงค์  
นายเฉลิมชล เกษจุโลม

## สถานที่ติดต่อ :

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

326 อาคารบ้านเจ้าพระยารัตนาธิเบศร์ ถนนจักรเพชร

แขวงวังบูรพาภิรมย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

โทรศัพท์ 0 2623 9600 ต่อ 3145, 3149 โทรสาร 0 2623 9646

<http://www.constitutionalcourt.or.th>

## การสมัครเป็นสมาชิก :

ค่าสมัครสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ปีละ 300 บาท (รวมค่าจัดส่งไปรษณีย์)

“บทความหรือข้อคิดเห็นใดๆ ที่ปรากฏในวารสารศาลรัฐธรรมนูญเป็นวรรณกรรมของผู้เขียน

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย”

## สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์  
120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210  
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500

[www.constitutionalcourt.or.th](http://www.constitutionalcourt.or.th) E-mail: [feedback@constitutionalcourt.or.th](mailto:feedback@constitutionalcourt.or.th)