



คำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ
ของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

เดือนพฤศจิกายน ๒๕๖๖

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

คำนำ

สำหรับเอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ประจำเดือน พฤศจิกายน ๒๕๖๖ กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศได้ศึกษาค้นคว้าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ และคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปที่น่าสนใจเพื่อนำเสนอ อาทิ กรณีรัฐกำหนดบัญญัติโทษสำหรับการกระทำของผู้ที่เรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีการยกอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาที่ยังมิได้มีการอนุวัติการในคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชน กรณีกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติที่ให้สิทธิแก่บุคคลผู้ถือบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราว กรณีการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการย้ายถิ่นฐานออกนอกประเทศ

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศฉบับนี้ จะเป็นแหล่งข้อมูลพื้นฐานที่ทำให้ทุกท่านได้ทราบถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ รวมถึงเป็นจุดเริ่มต้นให้แก่ผู้สนใจในการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการและในการปฏิบัติงานต่อไป

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

พฤศจิกายน ๒๕๖๖

สารบัญ

หน้า

๑. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี
คำวินิจฉัยที่ ๒๐๑๐ Hun-Ba ๑๓๒ ลงวันที่ ๒๑ มีนาคม ๒๕๕๖ (ค.ศ. ๒๐๑๓)
กรณีรัฐกำหนดบัญญัติโทษสำหรับการกระทำของผู้ที่เรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ๑
๒. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งสหพันธรัฐมาเลเซียคำพิพากษา
เลขที่ NO B-02-2751-11 OF 2012 วันที่ ๓ กรกฎาคม ๒๕๕๗ (ค.ศ. ๒๐๑๔)
กรณีการยกอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาที่ยังมิได้มีการอนุวัติการในคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชน ๑๒
๓. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์
คำวินิจฉัยที่ ๑/๒๐๑๕ ลงวันที่ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๕๘ (ค.ศ. ๒๐๑๕)
กรณีกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติที่ให้สิทธิแก่บุคคลผู้ถือบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราว
ในการออกเสียงประชามติขัดต่อรัฐธรรมนูญ ๑๙
๔. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาศาลสูงสุดแผนกคดีรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐคีร์กีซ
คำวินิจฉัยที่ 04-p วันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๖๑ (ค.ศ. ๒๐๑๘) กรณีการวินิจฉัยความชอบด้วย
รัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการย้ายถิ่นฐานออกนอกประเทศ ๒๖

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี
คำวินิจฉัยที่ ๒๐๑๐ Hun-Ba ๑๓๒ ลงวันที่ ๒๑ มีนาคม ๒๕๕๖ (ค.ศ. ๒๐๑๓)
กรณีรัฐกำหนดบัญญัติโทษสำหรับการกระทำของผู้ที่เรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

นายนิติกร จิรนิติกาลกิจ
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยรัฐกำหนด (Presidential Emergency Decree) ฉบับที่ ๑ ลงวันที่ ๘ มกราคม ๒๕๑๗ (ค.ศ. ๑๙๗๔) ซึ่งถูกยกเลิกโดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๕ ลงวันที่ ๒๓ สิงหาคม ๒๕๑๗ (ค.ศ. ๑๙๗๔) รัฐกำหนด ฉบับที่ ๒ ลงวันที่ ๘ มกราคม ๒๕๑๗ (ค.ศ. ๑๙๗๔) และฉบับที่ ๙ ลงวันที่ ๑๓ พฤษภาคม ๒๕๑๘ (ค.ศ. ๑๙๗๕) ซึ่งถูกยกเลิกโดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๖๗ ลงวันที่ ๗ ธันวาคม ๒๕๑๙ (ค.ศ. ๑๙๗๙) (ซึ่งหลังจากนี้จะรวมเรียกว่า “รัฐกำหนด” (Emergency Decree)) ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา ๕๓ ของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๘ ลงวันที่ ๒๗ ธันวาคม ๒๕๑๕ (ค.ศ. ๑๙๗๒) ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๙ ลงวันที่ ๒๗ ตุลาคม ๒๕๒๓ (ค.ศ. ๑๙๘๐) – โดยหลังจากนี้จะเรียกรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า “รัฐธรรมนูญยูชิน” (the Yushin Constitution) โดยรัฐกำหนดดังกล่าวบัญญัติห้ามการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธ (denial) คัดค้าน (opposition) บิดเบือน (distortion) หรือให้ร้าย (slander) ต่กรัฐธรรมนูญยูชิน (Yushin Constitution) หรือการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการพูด (speech) การให้คำแนะนำ (suggestion) การร้องเรียน (petition) เพื่อให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือ เพื่อให้มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญยูชิน และการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการสร้างข้อมูลอันเป็นเท็จและการทำให้เกิดความแตกแยกบนพื้นฐานของข่าวลือที่ปราศจากข้อเท็จจริง โดยการตัดสินใจให้บุคคลผู้ซึ่งมีการกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้นถือเป็นการละเมิดต่กรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจของศาลทหาร (Court-martial) ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยให้รัฐกำหนดที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญยูซินดังกล่าวขัดต่กรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะสามารถพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดดังกล่าวได้

๒. สรุปข้อเท็จจริง

มาตรา ๕๓ ของรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า (แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๘ ลงวันที่ ๒๗ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๗๒) แต่เป็นฉบับก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๙ ลงวันที่ ๒๗ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๘๐ โดยหลักจากนี้จะเรียกว่า “รัฐธรรมนูญยูชิน” (the Yushin Constitution) ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการตรารัฐกำหนด (Emergency Decree) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของชาติ (national emergency right) และกำหนดให้การใช้อำนาจดังกล่าวไม่ถือเป็นวัตถุในการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ

ภายใต้รัฐธรรมนูญยูชิน (the Yushin Constitution) ประธานาธิบดีได้มีการตรารัฐกำหนด (the Presidential Emergency Decree) รวมแล้วทั้งสิ้น ๙ ฉบับ โดยรัฐกำหนดฉบับที่ ๑ ฉบับที่ ๒ และฉบับที่ ๙ มีบทบัญญัติที่กำหนดห้ามและบทลงโทษสำหรับประชาชนที่เรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และแม้ว่ารัฐกำหนดดังกล่าวจะถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าขัดต่กรัฐธรรมนูญโดยหลักการ แต่ก็ไม่อาจมีการวินิจฉัยให้รัฐ

กำหนดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากในเวลานั้น บรรยากาศทางการเมืองและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญยูซินมิได้กำหนดให้ศาลสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดได้ อย่างไรก็ตาม ในช่วงทศวรรษที่ ๒๐๐๐ ได้มีการรื้อฟื้นคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดรัฐกำหนดขึ้นมาพิจารณาใหม่ โดยมุ่งหมายที่จะค้นหาข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ รวมถึงการตั้งคำถามกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดด้วย

ขณะที่มีการพิจารณาคำพิพากษาอันถึงที่สุดกรณีเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการละเมิดรัฐกำหนด ผู้ร้อง (Oh O-Sang) ได้ถูกพิพากษาโดยศาลทหาร (the Emergency Common Court-Martial) ที่จัดตั้งโดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๒ (ซึ่งออกโดยรัฐกำหนดฉบับที่ ๒ ลงวันที่ ๘ มกราคม ค.ศ. ๑๙๗๔ ว่ากระทำการละเมิดต่อรัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ (ซึ่งออกโดย รัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ ลงวันที่ ๘ มกราคม ค.ศ. ๑๙๗๔ และถูกยกเลิกโดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๕ ลงวันที่ ๒๓ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๗๔) ตามรัฐธรรมนูญยูซิน ค.ศ. ๑๙๗๐ และถูกพิพากษาลงโทษจำคุก ทั้งนี้ ผู้ร้อง ได้เป็นโจทก์ยื่นคำฟ้องต่อศาลสูงกรุงโซล (Seoul High Court) เพื่อขอให้พิจารณาคดีใหม่และขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดฉบับที่ ๑ และฉบับที่ ๒ อย่างไรก็ตาม ศาลพิพากษายกฟ้อง ทำให้ผู้ร้อง ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๐ โดยโต้แย้งว่า มาตรา ๕๓ ของรัฐธรรมนูญยูซิน และรัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ ฉบับที่ ๒ และฉบับที่ ๙ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีการพิจารณาวินิจฉัยในคดีนี้ ศาลสูงสุด ในคำพิพากษาที่ ๒๐๑๐Do ๕๙๘๖ เมื่อวันที่ ๑๖ ธันวาคม ๒๕๕๓ (ค.ศ. ๒๐๑๐) ได้พิพากษาให้รัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ ขัดต่อรัฐธรรมนูญและสิ้นผลใช้บังคับ เนื่องจากละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เพราะตราขึ้นโดยไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังโต้แย้งว่า รัฐบัญญัติใดก็ตามที่เป็นวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นรัฐบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือจะต้องมีสาระสำคัญที่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เช่น การให้ความเห็นชอบหรือการรับรองโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งรัฐกำหนดดังกล่าวปราศจากซึ่งสาระสำคัญเช่นนั้น ศาลสูงสุดจึงเห็นว่า รัฐกำหนดดังกล่าวมิใช่วัตถุประสงค์ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดจึงเป็นของศาลสูงสุด

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. ๑๙๗๒ (รัฐธรรมนูญยูซิน)^๑

^๑ Constitution of the Republic of Korea 1972

Article 53 In time of natural calamity or a grave financial or economic crisis, and in case the national security or the public safety and order is seriously threatened or anticipated to be threatened, thereby making it necessary to take speedy measures, the President shall have power to take necessary emergency measures in the whole range of the State affairs, including internal affairs, foreign affairs, national defense, economic, financial and judicial affairs.

In case of Paragraph (1), when the President deems it necessary, he shall have the power to take emergency measures which temporarily suspend the freedom and rights of the people prescribed in this Constitution, and to enforce emergency measures with regard to the powers of the Executive and the Judiciary.

มาตรา ๕๓ ในยามที่เกิดเหตุการณ์ภัยพิบัติทางธรรมชาติหรือวิกฤตทางการเงินหรือวิกฤตทางเศรษฐกิจ และในกรณีที่เป็นการมั่นคงแห่งชาติหรือความปลอดภัยสาธารณะตกอยู่ในอันตรายหรือคาดว่าจะตกอยู่ในอันตราย อันเป็นเหตุจำเป็นที่จะต้องบังคับใช้มาตรการที่เร่งด่วน ประธานาธิบดีมีอำนาจในการบังคับใช้มาตรการฉุกเฉินที่จำเป็นภายใต้ขอบเขตกิจการของรัฐทั้งปวง อันหมายรวมถึงด้านกิจการภายใน ด้านการต่างประเทศ ด้านกลาโหม ด้านเศรษฐกิจ ด้านการเงิน และด้านการยุติธรรม

กรณีตามวรรคหนึ่ง เมื่อประธานาธิบดีเห็นว่ามีความจำเป็น ประธานาธิบดีย่อมมีอำนาจที่จะบังคับใช้มาตรการฉุกเฉินซึ่งมีผลเป็นการระงับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว รวมถึงมีอำนาจในการบังคับใช้มาตรการฉุกเฉินที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ

ประธานาธิบดีต้องแจ้งให้สภานิติบัญญัติทราบเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการฉุกเฉินตามวรรคหนึ่งและวรรคสองโดยไม่ชักช้า

มาตรการฉุกเฉินตามวรรคหนึ่งและวรรคสองมิอาจถูกตรวจสอบได้โดยฝ่ายตุลาการ

เมื่อเหตุแห่งการบังคับใช้มาตรการฉุกเฉินสิ้นสุดลง ประธานาธิบดีต้องยุติการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวโดยไม่ชักช้า

สภานิติบัญญัติแห่งชาติอาจมีข้อเสนอแนะต่อประธานาธิบดีในการยกระดับมาตรการฉุกเฉิน โดยอาศัยมติเสียงข้างมากของสมาชิกทั้งหมดของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และประธานาธิบดีจะต้องปฏิบัติตามข้อเสนอแนะนั้น เว้นแต่กรณีมีสถานการณ์พิเศษหรือเหตุผลอื่น

๓.๒ รัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ ลงวันที่ ๘ มกราคม ๑๙๗๔ (ถูกยกเลิกโดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๕ ว่าด้วยการยกเลิกรัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ และฉบับที่ ๔ ลงวันที่ ๒๓ สิงหาคม ๑๙๗๔)^๒ มีสาระสำคัญคือ การกำหนดความรับผิดชอบการกระทำต่าง ๆ ได้แก่

๑. การกระทำใด ๆ ที่เป็นการปฏิเสธ คัดค้าน บิดเบือน หรือวิพากษ์วิจารณ์รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ย่อมกระทำมิได้

๒. การกระทำใด ๆ ที่เป็นการยืนยัน ร้องขอ เสนอ หรือ ร้องเรียนให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ย่อมกระทำมิได้

The President shall notify the National Assembly without delay of such an emergency measure taken according to Paragraphs (1) and (2).

The emergency measures set forth in Paragraphs (1) and (2) shall not be subject to judicial review.

When the cause for the emergency measures ceases to exist, the President shall terminate these measures without delay.

The National Assembly may recommend to the President to lift the emergency measures with the concurrence of a majority of the total members of the National Assembly, and the President shall Comply with this recommendation unless there are any special circumstances and reasons.

^๒ โปรดดู รายละเอียดของรัฐกำหนดแต่ละฉบับได้ใน สรุปย่อคำวินิจฉัย เลขที่ 2010 Hun-Ba70 ลงวันที่ ๒๑ มีนาคม ๒๐๑๓ ที่ <https://english.court.go.kr/site/eng/decisions/casesearch/caseSearch.do>

๓. การกระทำใด ๆ ที่เป็นการสร้างข้อมูลอันเป็นเท็จและทำให้เกิดความแตกแยกโดยข่าวลือที่ปราศจากมูลความจริง ย่อมกระทำได้

๔. การกระทำใด ๆ ที่เป็นการเสนอแนะ ยั่วยุ หรือสนับสนุนการกระทำที่ต้องห้ามตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม หรือการพูด หรือการกระทำเพื่อสื่อสารเกี่ยวกับการกระทำต้องห้ามกับบุคคลอื่น โดยวิธีการสื่อสารมวลชน การรายงาน การตีพิมพ์ และวิธีการอื่นใด ย่อมกระทำได้

๕. บุคคลผู้ซึ่งละเมิดหรือวิพากษ์วิจารณ์รัฐกำหนดนี้ ย่อมถูกจับกุม คุมขัง ยึด สืบค้น และจำคุกตั้งแต่ ๑๕ ปีขึ้นไป โดยไม่จำเป็นต้องมีหมายที่ออกโดยศาล

๖. บุคคลผู้ซึ่งละเมิดหรือวิพากษ์วิจารณ์รัฐกำหนดฉบับนี้ ย่อมถูกพิพากษาและลงโทษโดยศาลทหาร

๓.๓ รัฐกำหนด ฉบับที่ ๒ ลงวันที่ ๘ มกราคม ๑๙๗๔ มีสาระสำคัญ คือ การจัดตั้งศาลทหาร เขตอำนาจของศาลทหาร อำนาจในการพิจารณาคดี องค์คณะของศาลทหาร การจัดตั้งสำนักงานอัยการประจำศาลทหาร อำนาจหน้าที่ของอัยการ เป็นต้น

๓.๔ รัฐกำหนด สำหรับความมั่นคงแห่งชาติและความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (ออกโดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๙ ลงวันที่ ๑๓ พฤษภาคม ๑๙๗๕ และถูกยกเลิกโดยประกาศประธานาธิบดี ลงวันที่ ๗ ธันวาคม ๑๙๗๙) มีสาระสำคัญ คือ การบัญญัติการกระทำที่มีลักษณะต้องห้าม เช่น การเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นเท็จ การชุมนุมหรือทำกิจกรรมทางการเมือง การถ่ายโอนทรัพย์สินของชาติหรือของปัจเจกบุคคลไปยังต่างประเทศ การได้รับอนุญาตให้เข้าประเทศโดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น การให้อำนาจแก่รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องในการลงโทษผู้ฝ่าฝืนรัฐกำหนด การกำหนดเอกสิทธิ์ของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ การกำหนดบทลงโทษบุคคลที่ฝ่าฝืนรัฐกำหนด และการกำหนดให้มาตรการที่ออกโดยรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องโดยอาศัยอำนาจของรัฐกำหนดไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยศาล

๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยรัฐกำหนดนั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๗ วรรคหนึ่งและวรรคสอง ได้บัญญัติจำแนกอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรทัดฐานทางกฎหมายให้แก่ศาล โดยอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (Statutes) นั้นให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ขณะที่ศาลสูงสุดมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษา “คำสั่งกฎ” (orders and rules) ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ขณะที่การพิจารณาว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายใดถือว่่าเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หรือไม่ เป็นประเด็นที่จะต้องได้รับการพิจารณาเนื่องจาก ไม่ว่าจะบทบัญญัตินั้นจะอยู่ในรูปแบบหรือชื่อใดก็ตาม ทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นทางการที่ออกโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และกฎที่มีผลบังคับเช่นเดียวกันกับกฎหมาย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่มีเขตอำนาจที่เหมาะสมที่จะมีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด เนื่องจากรัฐกำหนดนั้นอย่างน้อยที่สุดก็มีผลบังคับเช่นเดียวกับกฎหมาย

สำหรับมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า คำปรารภของรัฐธรรมนูญระบุความคล้อยคลึงและความต่อเนื่องของรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่การประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๔๘ ซึ่งอนุมานได้ว่า เฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเท่านั้นที่เป็นรัฐธรรมนูญที่อำนาจ

เชิงบรรทัดฐาน (Constitutional Normative Power) อีกทั้ง รัฐธรรมนูญชินได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยเจตนาารมณ
 ของประชาชนท่ามกลางภาพสะท้อนว่า บทบัญญัติบางส่วนของรัฐธรรมนูญชินและรัฐกำหนดได้ละเมิดสิทธิและ
 เสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างร้ายแรง รวมถึงทำลายหลักการพื้นฐานของระบอบเสรีประชาธิปไตย
 ขณะเดียวกัน ประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาได้แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญยอมถูกแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขยายและเสริมสร้าง
 การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และการบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญถือเป็น
 กระบวนการในการสร้างและยืนยันคุณค่าพิเศษที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น มาตรฐานในการตรวจสอบความชอบ
 ด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจเชิง
 บรรทัดฐาน ณ ขณะเวลาที่มีการพิจารณาวินิจฉัยคดีนี้

ในส่วนของมาตรา ๕๓ วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญชิน บัญญัติว่า “รัฐกำหนดไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยฝ่าย
 ตุลาการ” อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้การตัดสินใจทางการเมืองนั้น ถือเป็นวัตถุประสงค์แห่ง
 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ หากการใช้อำนาจดังกล่าวเกี่ยวข้องกับละเมิด
 สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน บทบัญญัติประโยคที่เป็นการยกเว้นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็น
 ข้อยกเว้นที่รุนแรงภายใต้ระบอบรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่ และไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา
 อื่น ๆ ที่บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและระบบการตรวจสอบความชอบด้วย
 รัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังปฏิเสธที่จะสืบทอดบทบัญญัติที่ยกเว้นอำนาจในการตรวจสอบ
 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการ โดยการยกเลิกบทบัญญัติประโยคดังกล่าวโดยเฉพาะกรณีคำสั่งใน
 สถานการณ์ฉุกเฉินทางเศรษฐกิจและคำสั่งในสถานการณ์ฉุกเฉิน ดังนั้น ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด
 ย่อมถูกตรวจสอบได้โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยไม่รวมคำร้องตามมาตรา ๕๓ วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญชิน

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยให้รัฐกำหนดฉบับที่ ๑ ฉบับที่ ๒ และฉบับที่ ๙ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วย
 เหตุผลกล่าวคือ

ศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดรัฐธรรมนูญชิน (the Yushin Constitution) ออกจากประเด็นการพิจารณาและ
 พิจารณาเฉพาะกรณีรัฐกำหนดเท่านั้น โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า รัฐกำหนดมีสภาพบังคับผูกพันรัฐบัญญัติ ดังนั้น
 อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดดังกล่าวจึงเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ
 นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังพิจารณานพื้นฐานของบรรทัดฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
 รัฐกำหนด โดยเห็นว่า เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดนั้นมีใช้
 รัฐธรรมนูญชิน แต่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. ๑๙๘๐ และที่แก้ไขเพิ่มเติม - ขยายความ
 โดยผู้แปล) ดังนั้น จึงไม่มีข้อจำกัดใดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด แม้ว่าในอดีต
 รัฐธรรมนูญชินจะบัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดดังกล่าวก็ตาม

ในการพิจารณาวินิจฉัยรัฐกำหนดทั้ง ๓ ฉบับ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า รัฐกำหนด ฉบับที่ ๙ นั้น มีความ
 แตกต่างไปจากรัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ และฉบับที่ ๒ ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
 ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงรวมรัฐกำหนด ฉบับที่ ๙ ไว้ในการพิจารณาในคราวนี้ด้วย เนื่องจาก ณ ขณะนั้น
 ผู้ร้องซึ่งถูกศาลพิพากษาว่ากระทำการขัดต่อรัฐกำหนด ไม่มีโอกาสที่จะโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
 ของรัฐกำหนด ฉบับที่ ๙

ในส่วนของการพิจารณาข้อเท็จจริงนั้น เห็นว่า รัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการ
 วิพากษ์วิจารณ์รัฐธรรมนูญชิน และห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญชิน รวมถึงกำหนดบทลงโทษสำหรับ

กรณีการสร้างข่าวลือที่ปราศจากมูลความจริงที่จะละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ โดยอนุญาตให้มีการจับกุม คมขัง ยึด และตรวจค้นโดยปราศจากหมายศาลได้ ขณะที่รัฐกำหนด ฉบับที่ ๒ ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลทหาร (the Emergency Courts-Martial) เพื่อทำหน้าที่พิพากษากรณีที่มีการกระทำที่ละเมิดรัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยให้รัฐกำหนดทั้ง ๒ ฉบับดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักอธิปไตยของชาติ (the principle of national sovereignty) และหลักการพื้นฐานเสรีประชาธิปไตย อันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งยังปราศจากวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายและวิธีการที่เหมาะสมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ รัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ และฉบับที่ ๒ บัญญัติโทษสำหรับการกระทำใด ๆ ของบุคคลที่เป็นการแสดงออกเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ โดยมีได้คำนึงถึงความจำเป็นในการเรียกร้องสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉิน (the national emergency right) และมีได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการลงโทษไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การบัญญัติให้มีการลงโทษการกระทำที่ละเมิดการใช้อำนาจรัฐดังกล่าว จึงเกินไปกว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นการฝ่าฝืนหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (the principle of nullapoena sine lege) รวมถึงละเมิดต่อสิทธิในการออกเสียงของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สิทธิในการลงประชามติ หลักการจับกุมโดยหมายศาล หลักเสรีภาพส่วนบุคคล และสิทธิในการพิจารณาคดีโดยศาล (the right to trial by a judge)

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วินิจฉัยให้รัฐกำหนด ฉบับที่ ๔ ปราศจากวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายและวิธีการที่เหมาะสมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ รัฐกำหนดดังกล่าวบัญญัติห้ามมิให้มีการชุมนุม การเดินขบวนประท้วง การทำกิจกรรมทางการเมืองของนักเรียนนักศึกษา และการให้อำนาจแก่รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้มาตรการไล่นักเรียนนักศึกษาที่ฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวออกจากสถาบันการศึกษา รวมถึงการสั่งปิดสถาบันการศึกษาที่มีส่วนสนับสนุนนักเรียนนักศึกษาเป็นการชั่วคราวหรือเป็นการถาวร ทั้งนี้ รัฐกำหนดดังกล่าวละเมิดสาระสำคัญของสิทธิในการชุมนุมและการเดินขบวนประท้วง (freedom of assembly and demonstration) ของนักเรียนนักศึกษา และยิ่งละเมิดต่อหลักเสรีภาพในทางวิชาการ (the principle of academic freedom) และการบริหารจัดการสถานศึกษา (campus autonomy) อีกทั้งยังละเมิดหลักความรับผิดชอบส่วนตัว (the principle of personal responsibility) ตามรัฐธรรมนูญ โดยการลงโทษสถาบันการศึกษาที่มีส่วนรู้เห็นกับนักเรียนนักศึกษา นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นเพิ่มเติมว่า การห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นและการลงโทษบนพื้นฐานของข่าวลือถือว่าการฝ่าฝืนหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (the principle of nullapoena sine lege) และละเมิดต่อสิทธิในการออกเสียงของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (freedom of expression) เสรีภาพในการชุมนุมและการเดินขบวนประท้วง หลักการจับกุมโดยหมายศาล (the doctrine of arrest by warrants) หลักเสรีภาพส่วนบุคคล (personal liberty) และเสรีภาพในทางวิชาการ อันเป็นเหตุผลเดียวกันกับที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในกรณีรัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ และฉบับที่ ๒

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยแล้ว สื่อมวลชนได้ให้การสนับสนุนคำวินิจฉัยดังกล่าว โดยรัฐกำหนดถูกมองว่าเป็นตัวแทนของมาตรการที่รุนแรงและละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน และเป็นวิธีการในการรักษาไว้ซึ่งระบอบเผด็จการ และนับตั้งแต่มีการบังคับใช้รัฐกำหนด หลักการตามรัฐธรรมนูญทั้งหลายก็ไม่ได้ได้รับการเคารพ อาทิ เสรีภาพในทางการเมือง เสรีภาพส่วนบุคคล และหลักการจับกุมโดยหมายศาล นอกจากนี้ บาดแผลของผู้ที่ต้องถูกปราบปรามทางการเมืองจากการบังคับใช้รัฐกำหนดยังคงมีให้เห็นอยู่จนถึงปัจจุบัน ดังนั้น

จึงอาจกล่าวได้ว่า ความเจ็บปวดของบุคคลผู้ซึ่งต่อสู้เพื่อระบอบประชาธิปไตยโดยการต่อต้านการบังคับใช้รัฐกำหนดภายใต้ระบอบเผด็จการที่ผ่านมาซึ่งยังไม่ได้รับการเยียวยาเท่าที่ควร

ขณะเดียวกัน ประเด็นเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาเหยื่อที่ได้รับผลกระทบจากรัฐกำหนดได้ถูกนำกลับมาพิจารณาอีกครั้ง โดยศาลที่พิจารณาคดีนี้เห็นว่า ความรับผิดชอบในการชดเชยเยียวยาของรัฐไม่อาจกำหนดได้ เนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการตามรัฐกำหนดนั้นเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการวินิจฉัยให้รัฐกำหนดขัดต่อรัฐธรรมนูญ อีกทั้งข้อเรียกร้องต่าง ๆ จากการกระทำที่โหดร้ายในชั้นของการสืบสวนสอบสวนที่ได้ดำเนินการเสร็จสิ้นแล้วก็พ้นอายุความ และการตรารัฐกำหนดโดยประธานาธิบดีก็ถือว่าเป็น “การกระทำของรัฐ” (an act of the state) ซึ่งได้รับการยกเว้นจากความรับผิดชอบในการชดเชยเยียวยา และด้วยผลของคำพิพากษาดังกล่าว ได้มีการยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาดังกล่าวเป็นจำนวนมาก

ภายหลังจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดในคำพิพากษาที่ ๒๐๑๑ ChoGi ๖๘๙ ลงวันที่ ๑๘ เมษายน ๒๕๕๖ (ค.ศ. ๒๐๑๓) และคำพิพากษาที่ ๒๐๑๑ Do ๒๖๓๑ ลงวันที่ ๑๖ พฤษภาคม ๒๕๕๖ (ค.ศ. ๒๐๑๓) ได้พิพากษาให้ รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๔ และฉบับที่ ๙ ขัดต่อรัฐธรรมนูญและสิ้นผลใช้บังคับตามลำดับ ด้วยเหตุผลเดียวกันกับที่ศาลได้เคยพิพากษารัฐกำหนด ฉบับที่ ๑ ในคำพิพากษาที่ ๒๐๑๐ Do ๕๙๘๖ เมื่อวันที่ ๑๖ ธันวาคม ๒๕๕๓ (ค.ศ. ๒๐๑๐)

Case on Emergency Decrees (Punishment for Criticism against Yushin Constitution)
[25-1 KCCR 180, 2010Hun-Ba132, March 21, 2013]

A. Background of the Case

In this case, the Constitutional Court ruled that Presidential Emergency Decree No. 1 (enacted by Presidential Emergency Decree No. 1 on January 8, 1974, and repealed by Presidential Emergency Decree No. 5 on August 23, 1974), No. 2 (enacted by Presidential Emergency Decree No. 2 on January 8, 1974), and No. 9 (enacted by Presidential Emergency Decree No. 9 on May 13, 1975, and repealed by Presidential Announcement No. 67 on December 7, 1979) (hereinafter collectively referred to as "Emergency Decrees") issued in accordance with Article 53 of the former Constitution (amended by Constitution No. 8 on December 27, 1972, but before amendment by Constitution No. 9 on October 27, 1980; hereinafter referred to as the "Yushin Constitution") violated the Constitution, declaring that the Court has the proper jurisdiction to conduct constitutional review of those Emergency Decrees.

Emergency Decrees were issued up to No. 9 under the Yushin Constitution, and many people who had a critical attitude toward the government were punished based on the Emergency Decrees. Although the Emergency Decrees had been criticized for their unconstitutional elements, it was impracticable to judge the unconstitutionality thereof at the time because of the harsh atmosphere of the times and the provisions of the Yushin Constitution prohibiting judicial review of the Emergency Decrees. In the 2000s, however, the retrial of cases relating to violations of Emergency Decrees was initiated in an effort toward historical fact-finding, and the question of the constitutionality of the Emergency Decrees which were applicable to the retrial cases surfaced.

While seeking the review of the final and conclusive judgment on the case of the Emergency Decree violation, the petitioners filed this constitutional complaint against Article 53 of the Yushin Constitution and Emergency Decree Nos. 1, 2, and 9, which constituted the prerequisites for review.

Meanwhile, prior to this decision, the Supreme Court held Emergency Decree No. 1 unconstitutional. On December 16, 2010, the Supreme Court ruled in the 2010Do5986 Decision that Emergency Decree No. 1 infringes on the people's fundamental rights without meeting the constitutional requirements for issuance thereof and is unconstitutional and invalid, contending that any Act subject to the Constitutional Court's constitutional review must be either one passed by the National Assembly in the form of Act or one having substance that can be evaluated as the exercise of legislative power by the National Assembly, such as the consent or approval of the National Assembly, while Emergency Decrees lack such substance and therefore are not subject to the Constitutional Court's

constitutional review, in which the authority to review constitutionality rests with the Supreme Court.

B. Summary of the Decision

The Constitutional Court ruled that Emergency Decree Nos. 1, 2 and 9 violate the Constitution.

First, the Constitutional Court excluded the Yushin Constitution from the subject matter of review and judged only Emergency Decrees based on various formal issues. The Constitutional Court held that, as Emergency Decrees have the effect of Acts, the authority to review the constitutionality of Emergency Decrees originally rests with the Constitutional Court. The Constitutional Court also ruled that, with regard to the normative standard for reviewing the constitutionality of Emergency Decrees, the basis for judging the constitutionality of Emergency Decrees is not the Yushin Constitution but the current Constitution. Further, the Constitutional Court found that there is now no obstacle to the constitutional review of the Emergency Decrees, though they were excluded from judicial review at the time the Yushin Constitution was in force.

Unlike Emergency Decree Nos. 1 and 2, for which the decision to initiate judicial review proceedings was made in the case in question, Emergency Decree No. 9 was beside the point in the case. The Constitutional Court, however, included Emergency Decree No. 9 in the prerequisites for review on the grounds that the petitioners had had no chance to challenge the constitutionality of Emergency Decree No. 9 at the time they had been finally convicted of the violation thereof.

In the trial on the merits, the Constitutional Court ruled that Emergency Decree No. 1, which prohibited criticizing the Yushin Constitution and asserting amendment to the Yushin Constitution and punished the fabrication of groundless rumors, and if violated, allowed arrest, detainment, seizure or search without a warrant issued by a judge, and Emergency Decree No. 2, which was the law on organization of the Emergency Courts-Martial established to judge those who violated Emergency Decree No. 1, do not conform to the principle of national sovereignty and the basic free and democratic order that constitute the fundamental principles of the Constitution, nor meet the legitimacy of purpose and the appropriateness of means required for restricting the fundamental rights. In detail, it held that Emergency Decree Nos. 1 and 2 punished any act of simply expressing one's views on the Constitution, regardless of the necessity of the invocation of the national emergency right, without specifying acts subject to the punishment, thus abusing the state's authority to punish, beyond the legitimate restriction on the freedom of expression, violating the rule of clarity under the principle of *nulla poena sine lege*, and infringing on suffrage related to the exercise of the people's power to amend the Constitution, the right to national referendum, the doctrine of arrest by warrants, personal liberty, and the right to trial by a judge.

Further, the Constitutional Court ruled that Emergency Decree No. 9 does not meet the legitimacy of purpose and the appropriateness of means. Concretely, it held that Emergency Decree No. 9 prohibited any assembly, demonstration, political activity of students and authorized the competent Minister to take measures to expel any student violating such prohibition from the school or to temporarily or permanently close the school affiliated with such student, thereby infringing on the essential aspects of students' freedom of assembly and demonstration and the principle of academic freedom and campus autonomy, as well as violating the principle of personal responsibility under the Constitution by punishing the school or organization affiliated with such student. It also added that prohibiting the assertion of amendment to the Yushin Constitution and punishing the fabrication of groundless rumors violate the rule of clarity under the principle of *nulla poena sine lege* and infringe on the suffrage related to the exercise of the power to amend the Constitution, the freedom of expression, the freedom of assembly and demonstration, the doctrine of arrest by warrants, personal liberty, and academic freedom for the same reasons as presented in relation to Emergency Decree Nos. 1 and 2.

C. Significance of the Decision and Aftermath of the Case

The media generally supported this decision (the Kyunghyang Shinmun, the Chosun Ilbo, the Joongang Ilbo, the Hankyoreh, etc., March 23, 2013). Emergency Decrees were a representative vocabulary that stood for harsh and repressive measures against human rights as a means to maintain the authoritarian regime in our modern history. At the time the Emergency Decrees were in operation, constitutional principles, such as the people's political freedom, personal liberty and the doctrine of arrest by warrant, were not respected. The scars of those who had to undergo political repression and suffering under the Emergency Decrees are still present today. Thus, it can be said that this decision helped heal the pain and suffering of those who contributed to the democratization of our society by going against the Emergency Decrees under the authoritarian regime.

Meanwhile, the issue of state compensation for the victims of the Emergency Decrees again surfaced. Thereupon, the court ruled that the liability of state compensation was not established because public officials' acts of executing the Emergency Decrees had been carried out before the unconstitutionality thereof was revealed, the extinctive prescription of claims arising from the cruel acts in the investigation process had already been completed, and the issuance of Emergency Decrees by the President had been an act of the state, exempt from the liability of state compensation. Subsequent to this ruling, dozens of constitutional complaints were filed against the constitutionality of this decision.

After this decision, the Supreme Court held Emergency Decree Nos. 4 and 9 unconstitutional; that is, it declared in the 2011ChoGi689 Decision of April 18, 2013, that Emergency Decree No. 9 is unconstitutional and invalid for the same reasons as presented

in relation to Emergency Decree No. 1, and in the 2011Do2631 Decision of May 16, 2013, that Emergency Decree No. 4 is unconstitutional and invalid.

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย

คำพิพากษา เลขที่ NO B-02-2751-11 OF 2012

วันที่ ๓ กรกฎาคม ๒๕๕๗ (ค.ศ. ๒๐๑๔)

กรณีการยกอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาที่ยังมิได้มีการอนุวัติการในคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชน

นางสาวเปรมิกา แสนทอง
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ
กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลอุทธรณ์แห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย (the Court of Appeal) พิพากษาให้ ข้อตกลง (the agreement) ระหว่างโจทก์และจำเลย ข้อ ๕.๑ (๔) มิได้เป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อสิทธิของสตรี (the rights of women) โดยข้อตกลงทุกข้อ โดยเฉพาะข้อ ๕.๑ (๔) มิได้มีลักษณะที่เป็นการจำกัดการแต่งงาน และ/หรือการห้ามตั้งครรภ์ หากจำเลยสำเร็จการฝึกอบรมตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลง นอกจากนี้ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ที่จำเลยยกขึ้นมานั้นก็ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายในสหพันธรัฐมาเลเซีย เนื่องจากไม่มีการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้น เพื่อให้อนุสัญญาสามารถมีผลใช้บังคับได้ในสหพันธรัฐมาเลเซีย ก็มีความจำเป็นที่รัฐสภาจะต้องตรากฎหมาย ซึ่งหากไม่มีกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายภายในประเทศที่ตราโดยรัฐสภาภายหลังจากที่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว บทบัญญัติซึ่งเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศ (international obligations) ในอนุสัญญานั้นย่อมไม่มีผลผูกพัน ทั้งนี้ เฉพาะการให้สัตยาบันแต่เพียงอย่างเดียวมิได้ทำให้บทบัญญัติของอนุสัญญาสามารถบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศได้ (Municipal Law) นอกจากนี้ ในสหพันธรัฐมาเลเซีย นั้น รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Federal Constitution) ก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศเอาไว้แต่อย่างใด หากแต่มีเพียงบทบัญญัติว่าด้วยการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศของมาเลเซียเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดข้อขัดแย้งขึ้น กฎเกณฑ์ทั่วไปจะถือว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาย่อมมีผลเหนือกว่า (the general rule was that the statute would prevail)

๒. สรุปข้อเท็จจริง

จำเลย คือ Rafizah Shima bt Mohamed Aris ได้ลงนามในข้อตกลงกับโจทก์ คือ Air Asia Bhd ซึ่งเป็นบริษัทที่ประกอบธุรกิจสายการบินต้นทุนต่ำ และเป็นนายจ้างของจำเลย โดยข้อตกลงดังกล่าวมีข้อความตามข้อ ๕.๑ (๔) กำหนดเงื่อนไขว่า ห้ามมิให้จำเลยตั้งครรภ์ในระหว่างที่เข้าร่วมโครงการฝึกอบรมวิศวกรการบินเป็นระยะเวลา ๔ ปี อีกทั้งโครงการอบรมดังกล่าวเป็นโครงการที่จำเลยแสดงความประสงค์เข้าร่วม นอกจากนี้ ข้อตกลงดังกล่าวยังกำหนดว่า ในกรณีที่จำเลยตั้งครรภ์ ให้ถือว่าเป็นการยกเลิกข้อตกลงไปโดยปริยาย ต่อมา โจทก์ได้ยกเลิกข้อตกลงและยกเลิกการว่าจ้างจำเลยภายหลังจากที่พบว่าจำเลยตั้งครรภ์ในช่วงปี

สุดท้ายของการฝึกอบรม และได้ยื่นฟ้องคดีแพ่งต่อศาลชั้นต้น (the Session Court) เนื่องจากจำเลยละเมิดข้อตกลง ทั้งนี้ ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์เป็นเงิน ๙๒,๐๐๐ รिंगิต

จากนั้น จำเลยได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าวต่อศาลสูง (the High Court) เพื่อขอให้เพิกถอนข้อ ๕.๑ (๔) ของข้อตกลงดังกล่าว โดยเห็นว่า เป็นข้อตกลงที่ขัดต่อมาตรา ๘ และมาตรา ๑๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (the Federal Constitution) รวมถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights - UDHR) และอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (The United Nations Universal Declaration of Human Rights and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)) อย่างไรก็ตาม จำเลยร้องขอให้ศาลพิจารณานี้ เนื่องจากเห็นว่า ตนไม่มีความผิดและไม่มีเหตุที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ แต่เป็นโจทก์ต่างหากที่มีความผิดและจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ตนเนื่องจากเลิกจ้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ศาลสูงได้รับคำฟ้องของจำเลยที่โต้แย้งคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ขณะเดียวกัน โจทก์ก็โต้แย้งว่า เนื่องจากข้อพิพาทเป็นเรื่องระหว่างคู่ความที่เป็นเอกชน และมีได้เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น จึงมีอรรถาธิบายที่จับต้องได้ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ และหลักการดังกล่าวได้ถูกวางบรรทัดฐานไว้โดยคำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธ์ (the Federal Court) ในคดี Beatrice นอกจากนี้ โจทก์ยังโต้แย้งอีกว่า ศาลทั้งปวงไม่สามารถนำเอาบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) มาใช้ในการพิจารณาการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศได้ เนื่องจากมาเลเซียเพิ่งมีการลงนามและให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลสูงเห็นชอบอุทธรณ์ของจำเลยและยกคำโต้แย้งของโจทก์จนเป็นเหตุให้โจทก์ยื่นอุทธรณ์

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมาเลเซีย^๑

^๑ Malaysia's Constitution of 1957 with Amendments through 2007

Article 8 Equality

1. All persons are equal before the law and entitled to the equal protection of the law.
2. Except as expressly authorised by this Constitution, there shall be no discrimination against citizens on the ground only of religion, race, descent, place of birth or gender 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.
3. There shall be no discrimination in favour of any person on the ground that he is a subject of the Ruler of any State.
4. No public authority shall discriminate against any person on the ground that he is resident or carrying on business in any part of the Federation outside the jurisdiction of the authority.
5. This Article does not invalidate or prohibit –
 - a. any provision regulating personal law;
 - b. any provision or practice restricting office or employment connected with the affairs of any religion, or of an institution managed by a group professing any religion, to persons professing that religion;

มาตรา ๘ ความเท่าเทียม

(๑) บุคคลทุกคนย่อมมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมายและมีสิทธิได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย

(๒) เว้นแต่จะได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญนี้ จะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เชื้อสาย ถิ่นกำเนิด หรือเพศ ในกฎหมายใดหรือในการกำหนดของหน่วยงานใดหรือการจ้างงานโดยหน่วยงานของรัฐ หรือในการบริหารงานตามกฎหมายใดที่เกี่ยวข้อง การได้มา ถือครอง หรือจำหน่ายทรัพย์สิน หรือการก่อตั้ง หรือประกอบการค้า ธุรกิจ อาชีพ หรือการจ้างงาน

(๓) จะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติเพื่อประโยชน์ของบุคคลใด ๆ ด้วยเหตุที่บุคคลนั้นเป็นประชากรของผู้ปกครองของรัฐใด ๆ

(๔) ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดๆ ด้วยเหตุที่บุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่หรือประกอบธุรกิจในส่วนใดส่วนหนึ่งของสหพันธ์ที่อยู่ภายนอกเขตอำนาจของหน่วยงานนั้น

(๕) บทบัญญัติมาตรานี้ ไม่เป็นโมฆะหรือมีข้อห้าม ดังต่อไปนี้

ก. บทบัญญัติที่ควบคุมกฎหมายส่วนบุคคล

ข. บทบัญญัติหรือการปฏิบัติใด ๆ ที่จำกัดตำแหน่งหรือการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับกิจการของศาสนาใด ๆ หรือของสถาบันที่บริหารจัดการโดยกลุ่มผู้นับถือศาสนาใดและให้บริการแก่ผู้นับถือศาสนานั้น

c. any provision for the protection, well-being or advancement of the aboriginal peoples of the Malay Peninsula (including the reservation of land) or the reservation to aborigines of a reasonable proportion of suitable positions in the public service;

d. any provision prescribing residence in a State or part of a State as a qualification for election or appointment to any authority having jurisdiction only in that State or part, or for voting in such an election;

e. any provision of a Constitution of a State, being or corresponding to a provision in force immediately before Merdeka Day;

f. any provision restricting enlistment in the Malay Regiment to Malays.

Article 11 Freedom of religion

1. Every person has the right to profess and practise his religion and, subject to Clause (4), to propagate it.

2. No person shall be compelled to pay any tax the proceeds of which are specially allocated in whole or in part for the purposes of a religion other than his own.

3. Every religious group has the right

a. to manage its own religious affairs;

b. to establish and maintain institutions for religious or charitable purposes; and

c. to acquire and own property and hold and administer it in accordance with law.

4. State law and in respect of the Federal Territories of Kuala Lumpur, Labuan and Putrajaya, federal law may control or restrict the propagation of any religious doctrine or belief among persons professing the religion of Islam.

5. This Article does not authorise any act contrary to any general law relating to public order, public health or morality.

ค. บทบัญญัติใด ๆ ที่ให้การคุ้มครอง ความเป็นอยู่ หรือความก้าวหน้าของชนเผ่าพื้นเมืองของคาบสมุทรมลายู (รวมถึงการสงวนดินแดน) หรือการสงวนไว้แก่คนพื้นเมืองในสัดส่วนที่เหมาะสมของตำแหน่งที่เหมาะสมในการให้บริการสาธารณะ

ง. บทบัญญัติใด ๆ ที่กำหนดถิ่นที่อยู่ในรัฐหรือบางส่วนของรัฐเป็นคุณสมบัติสำหรับการเลือกตั้งหรือการแต่งตั้งให้กับหน่วยงานใด ๆ ที่มีเขตอำนาจศาลเฉพาะในรัฐนั้นหรือบางส่วนเท่านั้น หรือสำหรับการลงคะแนนเสียงในการเลือกตั้งดังกล่าว

จ. บทบัญญัติใด ๆ ของรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นหรือสอดคล้องกับบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับทันทีก่อนวันชาติสหพันธรัฐมาเลเซีย

ฉ. บทบัญญัติใด ๆ ที่จำกัดการเกณฑ์ทหารในกรมทหารมาเลย์ต่อชาวมาเลย์

มาตรา ๑๑ เสรีภาพในการนับถือศาสนา

(๑) บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะนับถือและนับถือศาสนาของตน และภายใต้วรรค (๔) ที่จะเผยแพร่ศาสนาของตน

(๒) ห้ามมิให้บุคคลใดถูกบังคับให้จ่ายภาษีใด ๆ ที่ได้จากการจัดสรรเป็นพิเศษทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อวัตถุประสงค์ของศาสนาอื่นที่นอกเหนือไปจากศาสนาของตนเอง

(๓) ทุกกลุ่มศาสนามีสิทธิ

ก. บริหารจัดการกิจการศาสนาของตนเอง

ข. เพื่อจัดตั้งและบำรุงรักษาสถาบันเพื่อวัตถุประสงค์ทางศาสนาหรือการกุศล และ

ค. เพื่อได้มาและเป็นเจ้าของทรัพย์สินและถือครองและบริหารจัดการตามกฎหมาย

(๔) กฎหมายของรัฐและในส่วนที่เกี่ยวข้องกับดินแดนสหพันธรัฐกัวลาลัมเปอร์ ลาบวน และปุตราจายา กฎหมายของสหพันธรัฐอาจควบคุมหรือจำกัดการเผยแพร่หลักคำสอนหรือความเชื่อทางศาสนาใด ๆ ในหมู่บุคคลที่นับถือศาสนาอิสลาม

(๕) บทบัญญัตินี้ไม่อนุญาตให้กระทำการใด ๆ ที่ขัดต่อกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน การสาธารณสุข หรือศีลธรรม

๔. คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์แห่งสหพันธรัฐมาเลเซียอนุญาตให้อุทธรณ์และเพิกถอนคำพิพากษาของศาลสูง โดยได้พิพากษาให้ ข้อ ๕.๑ (๔) ของข้อตกลง มิได้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสตรี นอกจากนี้ ข้อตกลงทุกข้อ โดยเฉพาะข้อ ๕.๑ (๔) มิได้เป็นการจำกัดการแต่งงาน และ/หรือห้ามการตั้งครรภ์ หากจำเลยสำเร็จการฝึกอบรมตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลง นอกจากนี้ ศาลยังพิพากษาว่า อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ที่จำเลยยกขึ้นอ้างนั้นก็ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายในสหพันธรัฐมาเลเซีย เนื่องจากมิได้มีการตรากฎหมายในลักษณะเดียวกันขึ้นเป็นกฎหมายภายในประเทศ ทั้งนี้ การที่จะให้อนุสัญญาใดมีสภาพบังคับภายในประเทศนั้น จำเป็นที่รัฐสภาจะต้องตรากฎหมายภายในเสียก่อน ซึ่งหากไม่มีการตรากฎหมายภายในโดยรัฐสภาภายหลังที่มีการให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว บทบัญญัตินี้เป็นพันธกรณีตามอนุสัญญาอย่างไม่มีผลผูกพัน อีกทั้งเฉพาะการให้สัตยาบันก็ได้ทำให้บทบัญญัติของอนุสัญญา

สามารถบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในได้ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Federal Constitution) ก็มีได้ บัญญัติเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศเอาไว้แต่อย่างใด หากแต่มีเพียงบทบัญญัติว่าด้วยการทำ สนธิสัญญาระหว่างประเทศของมาเลเซียเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดข้อขัดแย้งขึ้น กฎเกณฑ์ทั่วไปจะถือว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาย่อมมีผลเหนือกว่า (the general rule was that the statute would prevail)

นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์ยังเห็นว่า ศาลสูงผิดพลาดในข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงที่มีได้พิจารณาตาม บรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธ์ (the Federal Court) ในคดี Beatrice ซึ่งวางหลักเอาไว้ อย่างชัดเจนเกี่ยวกับข้อตกลงระหว่างคู่ความที่เป็นเอกชน ดังนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่า ข้อตกลงระหว่างโจทก์และ จำเลยเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย (a lawful contract) ระหว่างคู่ความที่เป็นเอกชน ทั้งนี้ ในคดี Beatrice ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญถือเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน (Constitutional law as a branch of public law) และจะใช้ในการแก้ไขปัญหาเฉพาะกรณีที่เกิดการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคล จากการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ดังนั้น ศาลสูงจึงจำต้องแสวงหาบรรทัดฐานคำพิพากษาเพื่อ ประโยชน์แห่งความสมบูรณ์และความแน่นอนมั่นคงแห่งนิติฐานะ และเพื่อพัฒนาหลักการทางกฎหมายต่อไป

ดังนั้น ศาลอุทธรณ์โดยมติเอกฉันท์จึงอนุญาตให้อุทธรณ์ครั้งแรกโดยไม่มีคำสั่งเกี่ยวกับค่าธรรมเนียม รวมถึงเพิกถอนคำสั่งของศาลสูง และให้คืนเงินประกันที่ให้ไว้แก่ศาล.

Case 4

Identification

a) Malaysia, (b) Court of Appeal, (c) 3 July 2014, (d) NO B-02-2751-11 OF 2012, (e) Whether Parliament must legislate to make convention/treaty operable and enforceable within Malaysia (*Air Asia Bhd v Rafizah Shima Bt Mohamed Aris* (2014) 5 MLJ 318)

Headnotes

Clause 5.1(4) of the agreement did not discriminate against the rights of women. All clauses in the agreement, especially cl 5.1(4), did not restrain marriage and/or prohibit pregnancy if the respondent had completed the training programme in the manner stipulated in the agreement. DAW did not have the force of law in Malaysia because the same was not enacted into any local legislation. For a treaty to be operative and enforceable in Malaysia, it required legislation by Parliament. Without express incorporation into domestic law by an act of Parliament following ratification of CEDAW, the provisions of the international obligations in CEDAW did not have any binding effect. Ratification alone did not make the provisions of treaties applicable for municipal law. Also, in Malaysia, the Federal Constitution was silent as to the primacy of international law or municipal law or vice versa. If there was a conflict, the general rule was that the statute would prevail.

Summary

The respondent had signed an agreement with the appellant which contained a clause (cl 5.1 (4)) forbidding her from getting pregnant during the duration of a four year aircraft maintenance engineering training programme she was chosen to undergo. The clause provided that if she did get pregnant it would be a repudiation of the agreement. The appellant terminated both the agreement and her employment when it found the respondent became pregnant during the final year of the course. The appellant obtained judgment for agreed liquidated damages of RM92,000 against the respondent in the sessions court but the same was set aside on appeal. The respondent applied to the High Court to declare void cl 5.1(4) for being, inter alia, in breach of arts 8 and 11 of the Federal Constitution, the United Nations Universal Declaration of Human Rights and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). She also sought an order that she was not liable to the appellant for damages and that it was the appellant, instead, which was liable to pay her damages for wrongfully terminating her employment. The High Court allowed the respondents application.

In the instant appeal against that decision, the appellant contended that since the dispute was between private parties and not a breach of an individual's rights by a public authority, the provisions of the Federal Constitution had no application and that that principle was upheld by the Federal Court in the case of Beatrice a/p AT Fernandez v Sistem Penerbangan Malaysia & Anor [2004] 4 MLJ 466 (Beatrice's case). It was also contended that the courts did not have to take into account the provisions of CEDAW when defining or determining gender discrimination just because Malaysia had signed and ratified that Convention. Held, allowing the appeal and setting aside the decision of the High Court.

Case 5

Identification

a) Malaysia, (b) Federal Court, (c) 20 June 2017, (d) No. 02(f) – 23 – 04/2016(A), (e) Evidence, (f) Standard of proof (*Ling Peek Hoe & Anor v Ding Siew Ching and another appeal* (2017) 5 MLJ 385)

Headnotes

(1) the term judicial power used in art 121(1) means the power to which every sovereign authority must of necessity have to decide controversies between its subjects or between itself and its subjects, whether the rights relate to life, liberty or property. The exercise of this power does not begin until the court, which has the power to give a binding and authoritative decision, is called upon to take action; (2) in the context of criminal law, the court possesses the judicial power to try a person for an offence committed by him and to pass sentence against him if he is found guilty. Judicial power includes: (a) the power to accept a plea of guilty after the charge has been explained to the accused and he understood it; (b) the power to allow or refuse a plea to be retracted and that power must be exercised judicially; (c) the power to grant or refuse bail to an accused person; (d) the power to grant or refuse a postponement; and (e) the power to transfer any proceedings to any other court or to or from any subordinate court. Section 418A of the Criminal Procedure Code is unconstitutional and void as being an infringement of the provisions of art 121(1) of the Federal Constitution and that the doctrine of prospective overruling would be applied so as not to give retrospective effect to the declaration made with the result that all proceedings of convictions and acquittals which had taken place under the section prior to the date of the judgment in this matter would remain undisturbed and not be affected.

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์
 คำวินิจฉัยที่ ๑/๒๐๑๕ ลงวันที่ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๕๘ (ค.ศ. ๒๐๑๕)
 กรณีกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติที่ให้สิทธิแก่บุคคลผู้ถือบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราว
 ในการออกเสียงประชามติขัดต่อรัฐธรรมนูญ

นายนิติกร จิรนิติกาลกิจ
 ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์วินิจฉัยให้ มาตรา ๑๑ (a) แห่งกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติเพื่อให้การรับรองร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์ ค.ศ. ๒๐๐๘ (the Referendum for the Approval of the Bill Amending the Constitution of the Republic of the Union of Myanmar (2008) Law) หรือกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ (the Referendum Law) ซึ่งให้สิทธิแก่บุคคลผู้ซึ่งถือบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราว (the Temporary Identity Cards) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

๒. สรุปข้อเท็จจริง

ดร. อาย หม่อง (Dr. Aye Maung) และสมาชิกวุฒิสภา (Amyotha Hluttaw)^๑ จำนวน ๒๓ คน ได้ยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติเพื่อให้การรับรองร่างแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์ ค.ศ. ๒๐๐๘ (the Referendum for the Approval of the Bill Amending the Constitution of the Republic of the Union of Myanmar (2008) Law) หรือกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ (the

^๑ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพเมียนมาร์ ค.ศ. ๒๐๐๘ กำหนดให้ รัฐสภาเมียนมาร์ (Pyidaungsu Hluttaw) ประกอบด้วย ๒ สภา คือ (๑) สภาผู้แทนราษฎร (Pyithu Hluttaw) โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๙ กำหนดให้ประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งตามเขตเมืองและสัดส่วนของประชากร จำนวน ๓๓๐ คน และสมาชิกที่เป็นบุคลากรของกองทัพที่ได้รับการแต่งตั้งโดยผู้บัญชาการทหารสูงสุด และ (๒) วุฒิสภา (Amyotha Hluttaw) โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๔๑ กำหนดให้ประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งโดยมีจำนวนเท่ากันในแต่ละเขตการปกครอง (Region) และรัฐ (State) และสมาชิกที่เป็นบุคลากรของกองทัพที่ได้รับการแต่งตั้งโดยผู้บัญชาการทหารสูงสุด โปรดดู สำนักภาษาต่างประเทศ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, ระบบรัฐสภา สาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมา, (เมษายน ๒๕๖๓)

< https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/ac/ewt_dl_link.php?nid=105&filename=parsystem2 > สืบค้นเมื่อ ๗ พฤศจิกายน ๒๕๖๖.

Referendum Law) เนื่องจากเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา ๑๑ (a) ของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งกำหนด บุคคลผู้ถือบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราวมีสิทธิที่จะออกเสียงประชามติได้ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์^๖

มาตรา ๔ อำนาจอธิปไตยของสหภาพได้มาจากพลเมืองและมีผลใช้บังคับทั่วทั้งประเทศ

มาตรา ๓๘ (a) พลเมืองย่อมมีสิทธิเลือกตั้งและได้รับเลือกตั้งตามกฎหมาย

มาตรา ๓๙๑ ในการเลือกตั้งผู้แทนประชาชนเพื่อให้ดำรงตำแหน่งในสภานั้น:

a. พลเมืองทุกคนที่มีอายุ ๑๘ ปีบริบูรณ์ในวันที่กำหนดให้มีการเลือกตั้ง และมีได้ขาดคุณสมบัติตามกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในการออกเสียง และบุคคลผู้สิทธิในการออกเสียงตามกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในการออกเสียง

b. พลเมืองทุกคนผู้ซึ่งมีสิทธิในการออกเสียงและบุคคลผู้สิทธิออกเสียงตามกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในการลงคะแนนของแต่ละสภา ณ เขตเลือกตั้งนั้นในการเลือกตั้ง

ฯลฯ

๓.๒ กฎหมายว่าด้วยการทำประชามติเพื่อให้การรับรองร่างแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์ ค.ศ. ๒๐๐๘

มาตรา ๑๑ (a) พลเมือง พลเมืองอาศัยร่วม พลเมืองแปลงสัญชาติ และบุคคลผู้ซึ่งถือบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราว ซึ่งมีอายุ ๑๘ ปีบริบูรณ์ในวันที่มีการทำประชามติ ย่อมมีสิทธิในการออกเสียงประชามติ ทั้งนี้ บุคคลดังกล่าวซึ่งมีสิทธิในการออกเสียงย่อมถูกระบุชื่ออยู่ในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง^๗

^๖ The Constitution of the Republic of the Union of Myanmar 2008

Section 4 The Sovereign power of the Union is derived from the citizens and is in force in the entire country.

Section 38 a. Every citizen shall have the right to elect and be elected in accord with the law.

Section 391 In electing people's representatives to the Hluttaws:

a. every citizen who has attained 18 years of age on the day on which the election commences, who is not disqualified by law, who is eligible to vote, and person who has the right to vote under the law, shall have the right to vote;

b. every citizen who is eligible to vote and person who has the right to vote under the law shall cast a vote only for each Hluttaw at a constituency in an election;

etc.

^๗ The Referendum for the Approval of the Bill Amending the Constitution of the Republic of the Union of Myanmar (2008) Law

๔. คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของรัฐธรรมนูญว่าเป็นกฎหมายที่กำหนดนโยบายของรัฐ (the State policy) กรอบโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรอัยไทยทั้ง ๓ องค์กร อันได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังเป็นผู้พิทักษ์แห่งกฎหมาย (the Guardian of Laws) หรือกฎหมายพื้นฐาน (Fundamental Law or Basic Law) อันแสดงให้เห็นถึงหลักการพื้นฐานที่ผูกพันองค์กรอัยไทยทั้ง ๓ องค์กร หรือความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรอัยไทยดังกล่าวกับประชาชน อีกทั้งรัฐธรรมนูญยังกำหนดโครงสร้างเชิงนโยบายของรัฐซึ่งเป็นสิ่งชี้วัดความเข้มแข็งของอำนาจอัยไทย

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้พิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเลือกตั้ง โดยเฉพาะ มาตรา ๔ มาตรา ๓๘ (a) และมาตรา ๓๙๑ (a) และ (b) ของรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา ๔ บัญญัติให้อำนาจอัยไทยของสหภาพได้มาจากพลเมืองและมีผลใช้บังคับทั่วทั้งประเทศ ขณะที่มาตรา ๓๘ (a) บัญญัติให้พลเมืองทุกคนย่อมมีสิทธิเลือกตั้งและได้รับเลือกตั้งตามกฎหมาย

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า สิทธิตามรัฐธรรมนูญในการเลือกตั้งหมายรวมถึงสิทธิของพลเมืองทุกคนผู้ซึ่งมีอายุ ๑๘ ปีบริบูรณ์ในวันที่จัดให้มีการเลือกตั้งและบุคคลผู้ได้สิทธิดังกล่าวมาโดยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในกรณีของบุคคลผู้ซึ่งมีสิทธิเลือกตั้งตามกฎหมายนั้นจำเป็นที่กฎหมายนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาในประเด็นเกี่ยวเนื่องว่า แม้สิทธิพิเศษบางประการจะถูกกำหนดไว้สำหรับคุณสมบัติของพลเมืองก็ตาม แต่กระนั้นก็ต้องให้ความสำคัญกับข้อกำหนดอื่น ๆ ด้วย หากสิทธิในการออกเสียงนั้นถูกกำหนดไว้ตามกฎหมาย นอกจากนี้ ยังมีการอ้างอิงไปถึงกฎหมายว่าด้วยสถานะพลเมืองของสหภาพ ค.ศ. ๑๙๘๒ (the 1982 Union Citizenship Law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ กระบวนการและขั้นตอนในการเป็นพลเมืองอาศัยร่วม (Associated Citizen) และพลเมืองแปลงสัญชาติ (Naturalized Citizen)^๔

ภายหลังจากที่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า บุคคลผู้ซึ่งถือบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราว (Temporary Identity Cards) ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ หมายถึงบุคคลผู้ซึ่งถือบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราว (บัตรขาว-White Cards) ตามระเบียบว่าด้วยการลงทะเบียนผู้พำนักอาศัยอยู่ในพม่า ค.ศ. ๑๙๕๑ (1951 Residents of Burma Registration Rules) ข้อ ๒ (e) ซึ่งตามระเบียบดังกล่าว บัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราวจะอนุญาตให้เฉพาะภายในช่วงเวลาที่กำหนดไว้

Section 11 (a) The citizen, associate citizen, naturalized citizen and temporary certificate holder who has attained the age of 18 years on the day of referendum shall have the right to vote at the referendum. Such each and every person who is entitled to vote shall be mentioned in the voting roll

^๔ โปรดดู ขาดิชา อมรเลิศวัฒนา. ความเป็นไปได้ในการนำเด็กเชื้อสายพม่าซึ่งเกิดในประเทศไทยแจ้งเกิด ณ สถานทูตพม่า. (๑๑ มิถุนายน ๒๕๕๕) < <https://www.gotoknow.org/posts/353183> > สืบค้นเมื่อ ๗ พฤศจิกายน ๒๕๖๖.

แน่นอน (the fixed period of time) และจะออกให้แทนบัตรประจำตัวประชาชนเท่านั้น (the National Identity Card)

ขณะที่กระทรวงการตรวจคนเข้าเมืองและอัตรากำลัง (The Immigration and Manpower Ministry) ชี้ให้เห็นว่า ตามระเบียบว่าด้วยการลงทะเบียนผู้พำนักอาศัยอยู่ในพม่า ค.ศ. ๑๙๕๑ (1951 Residents of Burma Registration Rules) บัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราวจะออกให้แก่บุคคลดังต่อไปนี้ กล่าวคือ (a) บุคคลผู้ซึ่งพำนักอยู่ในอาณาเขตของสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์โดยปราศจากบัตรประจำตัวประชาชน (b) บุคคลผู้ซึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณาสถานะพลเมืองตามกฎหมาย (c) บุคคลผู้ซึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณาสถานะพลเมืองเนื่องจากขาดเอกสารสนับสนุนหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง และ (d) บุคคลผู้ซึ่งไม่มีสิทธิที่จะถือบัตรประจำตัวบุคคลต่างด้าว ตามระเบียบว่าด้วยการลงทะเบียนบุคคลต่างด้าว ค.ศ. ๑๙๔๘ (the 1948 Foreigners Registration Rules) ดังนั้น บัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราวจึงเป็นเอกสารที่ออกให้เพื่อยืนยันว่า บุคคลนั้นอาศัยอยู่ภายในอาณาเขตของสหภาพเมียนมาร์เท่านั้น

ตามประกาศฉบับลงวันที่ ๑๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘ ประธานาธิบดีได้มีคำสั่งกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดอายุของบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราว ซึ่งตามประกาศดังกล่าวกำหนดให้ บัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราวที่ออกให้แก่บุคคลผู้ซึ่งพำนักอาศัยอยู่ในเมียนมาร์ตามกฎหมายว่าด้วยการลงทะเบียนผู้พำนักอาศัยในพม่า ค.ศ. ๑๙๔๘ (1948 Residents of Burma Registration Act) จะสิ้นสุดอายุภายในวันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๕๕๘ ดังนั้น บุคคลผู้ซึ่งถือบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราวจะต้องส่งคืนบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราวภายในวันที่ ๓๑ พฤษภาคม ๒๕๕๘ เพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณาต่อไป

ดังนั้น จึงเห็นว่า เมื่อพิจารณาตามประกาศของประธานาธิบดีดังกล่าว ความสมบูรณ์ของการออกเสียงตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติจึงไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะมาตรา ๓๘ (a) มาตรา ๓๙๑ (a) และมาตรา ๓๙๑ (b) ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า มาตรา ๑๑ (a) ของกฎหมายว่าด้วยการทำประชามติเพื่อให้การรับรองร่างแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์ ค.ศ. ๒๐๐๘ (the Referendum for the Approval of the Bill Amending the Constitution of the Republic of the Union of Myanmar (2008) Law) หรือกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ (the Referendum Law) ซึ่งให้สิทธิแก่บุคคลผู้ซึ่งถือบัตรประจำตัวประชาชนชั่วคราวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

electoral functions (ii) the appeal and revision against decisions of the respective Election Tribunal (iii) activities in accord with Political Parties Registration Law.

- (f) As the decision of the Union Election Commission is final and conclusive, this Tribunal is not in the position to intervene.
- (g) It is obvious that the arrangement of constituencies, acceptance of candidates, convening of election, recognition of members of the various Hluttaw are to be conducted by various levels of Election Commission . Those who are not satisfied with the activities of the Commission are allowed to lodge objections.
- (h) The Commission, on its own volition has the right to request the relevant documents or case file relating activities of the various Election Sub-Commission and make decision as necessary. This decision shall be final and conclusive.
- (i) With respect to the current submission, it seems that this Tribunal is requested to check the activities of the previous Election Commission. It is also found that the matter presented to the Tribunal arise prior to the enforcement of the Constitution and the enforcement of Tribunal Law.
- (j) Subsequently, the Tribunal further observes that the law provided activities concerning election of the Union Election Commission is also final.

The Tribunal affirms that the current submission fell outside the scope of its competence and decide that the Tribunal is not in the position to intervene upon the submission, questioning the constitutionality of the appointment of Lisu and Rawan national races Ministers in Kachin State and similarly the appointment of Lisu national races Minister in the Shan State.

Case 3

Identification

- (a) Country: The Republic of the Union of Myanmar
- (b) Name of the Court: The Constitutional Tribunal
- (c) Date of the decision given: 11-5-2015
- (d) Reference number: Submission No.1/2015
- (e) The jurisdiction of the Constitutional Tribunal under Section 322 of the current Constitution, 2008.
- (f) Title of the decision: Submission of Dr. Aye Maung (MP) and other 23

MPs of the Amyotha Hluttaw

Headnotes

The Tribunal ordered that Section 11(a) of the Referendum for the Approval of the Bill Amending the Constitution of the Republic of the Union of Myanmar (2008) Law which permits holders of the Temporary Identity Cards are not in accordance with the Constitution.

Summary

Dr. Aye Maung and 23 MPs from Amyotha (National) Parliament brought the submission to the Tribunal, requesting to check the Approval of the Bill Amending the Constitution of the Republic of the Union of Myanmar (2008) Law. They questioned one of the provisions of the Referendum Law most specifically Section 11(a) that provide the holders of Temporary Identity Cards shall have the right to vote in the Referendum.

The Tribunal notes importance of the Constitution which determines the State policy, framework structure and functions of three Branches, namely, the Legislative power, Executive power and judicial power. The Constitution is the Guardian of Laws or Fundamental Law or Basic Law, which expressly declares the Basic Principles that are needed to be bound among three Branches or relationship between these three Branches and the people. The Constitution also establishes the State Policy structure which indicates strong sovereign power.

The Tribunal also takes into account of the provisions relating to the right to vote particularly Section 4, Section 38(a) and Section 391(a) and (b) of the Constitution. Section 4 says that the sovereign power of the Union is derived from the citizens and is in force in the entire country. Section 38(a) states that every citizen shall have the right to elect and to be elected in accordance with the law.

Pursuant to all these provisions, the Tribunal views that the expression “constitutional right to vote” includes every citizen who has attained 18 years of age on the day which the election commences and person who get this right by Law.

However, in the case of those persons who have the right to vote enacted by Law, it is imperative that this Law must be in accord with the Basic Principles enshrined in the Constitution. The Tribunal has given further consideration to a notable point that although priority shall be given to required qualifications prescribed

for citizens, close attention shall also be given to other required stipulations if the right to vote is prescribed by the Law.

In this connection, reference is made to the 1982 Union Citizenship Law. This Citizenship Law provides the authority, the process and steps to become Associated Citizen and Naturalized Citizen.

After given attention to all these facts, it is to be noted that persons holding Temporary Identity Cards referred in the Referendum Law are meant, to be the holders of the Temporary Identity Cards (White Cards) under 1951 Residents of Burma Registration Rules, Rule 2 (e). Under 1951 Rules, holding of this Temporary Identity Card is only allowed for the fixed period of time and is issued in lieu of the National Identity Cards.

The Immigration and Manpower Ministry presented that under 1951 Residents of Burma Registration Rules, the Temporary Identity Cards are issued to (a) those resided in the territory of the Republic of the Union of Myanmar without any identification or Identity Card (b) those who remain to be scrutinized as citizens by law (c) those remain to be scrutinized as citizens due to lack of holding of any supportive or relevant documents (d) those who are not entitled to hold Foreigner Registration Cards under 1948 Foreigners Registration Rules.

These Temporary Identity Cards are issued solely to certify that they resided in the territory of the Union of Myanmar.

By notification on 11 February 2015, the President has issued the order on the expiration of Temporary Identity Cards. According to that notification, Temporary Identity Cards issued to those who resided in Myanmar under 1948 Residents of Burma Registration Act will be expired on 31 March 2015. Therefore, holders of the Temporary Identity Cards were obliged to surrender the Cards by 31st May 2015 for further review.

Therefore it is noteworthy, that under the Presidential Notification, validity of the cast votes under Referendum Law, it is not in accord with the Constitution, particularly with regard to Section 38(a) , Section 391(a) and Section 391(b). Therefore, the Tribunal ordered that Section 11(a) of the Approval of the Bill Amending the Constitution of the Republic of the Union of Myanmar (2008) Law which permits holders of the Temporary Identity Cards are not in accordance with the Constitution.

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาศาลสูงสุดแผนกคดีรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐคีร์กีซ

คำวินิจฉัยที่ 04-p

วันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๖๑ (ค.ศ. ๒๐๑๘)

กรณีการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการย้ายถิ่นฐานออกนอกประเทศ

นางสาวเปรมิกา แสนทอง
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ
กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลสูงสุดแผนกคดีรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐคีร์กีซ (the Constitutional Chamber of the Supreme Court of the Kyrgyz Republic) ได้วินิจฉัยว่า กฎหมายว่าด้วยการย้ายถิ่นฐานออกนอกประเทศ (the Law on External Migration) มาตรา ๔๖ วรรคแปด ซึ่งกำหนดเหตุแห่งการจำกัดสิทธิในการเดินทางไปต่างประเทศเป็นการชั่วคราวในกรณีที่ผู้เดินทางถูกยื่นฟ้องทางแพ่ง จนกว่าจะสิ้นสุดกระบวนการพิจารณานั้น ถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายและเดินทาง (Rights to freedom of movement and travel) ออกจากสาธารณรัฐคีร์กีซของประชาชนอย่างไม่สมเหตุสมผล และถือเป็นการละเมิดเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย (the Right to freedom of movement) และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย (Freedom to choose residence) ในสาธารณรัฐคีร์กีซ

๒. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๒.๑ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐคีร์กีซ^๑

มาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานย่อมไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้ และย่อมเป็นของแต่ละบุคคลมาตั้งแต่กำเนิด

มาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง กฎหมายที่ปฏิเสธหรือลดทอนสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง และเสรีภาพย่อมไม่ถูกนำมาใช้บังคับในสาธารณรัฐคีร์กีซ

^๑ Constitution of the Kyrgyz Republic

Article 16 1. Fundamental human rights and freedoms are inalienable and belong to each person from birth.

Article 20 1. The laws that deny or derogate human and civil rights and freedoms shall not be adopted in the Kyrgyz Republic.

3. A law may not impose the limitation of rights and freedoms with other objective and to a greater extent than it is envisaged in the Constitution.

Article 25 1. Everyone shall have the right to liberty of movement, freedom to choose their destination and residence in the Kyrgyz Republic.

2. Everyone shall have the right to freely leave the Kyrgyz Republic.

มาตรา ๒๐ วรรคสาม กฎหมายย่อมไม่อาจกำหนดข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยวัตถุประสงค์อื่น และเกินไปกว่าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

มาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย เสรีภาพในการเลือก จุดหมายปลายทางและถิ่นที่อยู่อาศัยของตนในสาธารณรัฐคีร์กีซ

มาตรา ๒๕ วรรคสอง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะออกจากสาธารณรัฐคีร์กีซได้อย่างเสรี

๓.๒ กฎหมายว่าด้วยการย้ายถิ่นฐานออกนอกประเทศ^๒

มาตรา ๔๖ เหตุแห่งการกำหนดข้อจำกัดชั่วคราวเกี่ยวกับสิทธิของชาวคีร์กีซในการเดินทางไปต่างประเทศ ซึ่งข้อจำกัดชั่วคราวอาจถูกกำหนดไว้ในการออกหนังสือเดินทางเพื่อออกจากสาธารณรัฐคีร์กีซ ในกรณีนี้:

ฯลฯ

๘. มีการฟ้องร้องดำเนินคดีแพ่งต่อบุคคล – จนกว่าจะสิ้นสุดการพิจารณาคดี

๓.๓ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง^๓

ข้อบทที่ ๑๒ วรรคสอง บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีที่จะเดินทางออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งประเทศของตนได้

ข้อบทที่ ๑๒ วรรคสาม สิทธิดังกล่าวข้างต้นย่อมไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ เว้นแต่เป็นข้อจำกัดตามกฎหมาย และที่จำเป็น เพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรม หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น และข้อจำกัดนั้นจะต้องสอดคล้องกับสิทธิอื่น ๆ ที่ได้รับการรับรองไว้ในกติกานี้

๓. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลสูงสุดแผนกคดีรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Chamber) ได้รับคำร้องที่ขอให้พิจารณา วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการย้ายถิ่นฐานออกนอกประเทศ (Law on External migration) มาตรา ๔๖ วรรคแปด ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่มีการยื่นฟ้องทางแพ่งเพื่อโต้แย้งต่อผู้ร้องต่อศาลก่อน สิ้นสุดกระบวนการพิจารณา พลเมืองของสาธารณรัฐคีร์กีซผู้นั้นอาจถูกปฏิเสธการเดินทางออกจากประเทศ

^๒ Law of the Republic of Kyrgyzstan on External Migration

Article 46. Grounds for imposing temporary restrictions on the rights of Kyrgyz nationals to travel abroad. Temporary restrictions may be imposed on passport issuance for exiting from the Kyrgyz Republic, if:

8) civil suit is brought against him – till the end of proceedings

^๓ International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR

Article 12 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.

เป็นการชั่วคราว ถือเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐคีร์กีซ มาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๐ วรรคสาม มาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๕ วรรคสอง

ศาลสูงสุดแผนกคดีรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญได้บัญญัติยกระดับการรับประกันสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองและเสรีภาพ รวมถึงบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ แต่ทั้งนี้ เพียงเท่าที่จำเป็นต่อวัตถุประสงค์บางประการ และสอดคล้องกับขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น (มาตรา ๒๐ วรรคสอง) นอกจากนี้ ขอบเขตในการยอมรับข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวยังได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) บุคคลทุกคนจึงย่อมมีสิทธิที่จะเดินทางออกจากประเทศใดก็ได้รวมทั้งประเทศของตนเอง ซึ่งสิทธิดังกล่าวย่อมไม่อาจถูกจำกัดได้ ยกเว้นข้อจำกัดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่จำเป็นเพื่อการปกป้องความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรม หรือสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และสอดคล้องกับสิทธิอื่น ๆ ตามที่ได้รับการรับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ข้อบทที่ ๑๒ วรรคสอง และข้อบทที่ ๑๒ วรรคสาม)

สาระสำคัญพื้นฐานของกติกาที่กล่าวมาข้างต้นวางอยู่บนหลักการไม่ยอมรับผลกระทบโดยพลการ (arbitrary impacts) ที่มีต่อสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์และความเฉพาะตัวของข้อจำกัดที่เป็นไปได้ (the exclusivity of the possible limitations) กล่าวคือ ประการแรก ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ควรถูกกำหนดโดยข้อพิจารณาทางกฎหมายบนพื้นฐานของหลักการและขั้นตอนในการใช้บังคับ ประการที่สอง ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ควรได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และประการที่สาม ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ควรถูกนำมาปรับใช้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ไม่มีกฎหมายอื่นใดที่จะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้เว้นแต่ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น

ขณะเดียวกัน การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางออกจากสาธารณรัฐคีร์กีซอาจถูกนำมาใช้บังคับบนพื้นฐานของความต้องการที่จะบรรลุสมตฺรระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลกับผลประโยชน์ของรัฐในแง่ของการดำรงอยู่ของรัฐและสาธารณะ

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งความยุติธรรม (the Objectives of justice) ผู้ตรากฎหมายอาจกำหนดมาตรการชั่วคราว (interim measures) ซึ่งความล้มเหลวอาจเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุเป้าหมายแห่งความยุติธรรม (the Goals of justice) ในขณะเดียวกัน มาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นควรต้องได้สัดส่วน (proportional) กับวัตถุประสงค์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คือความสอดคล้องกับข้อกำหนดของความพอดี (requirement of adequacy) ความแน่นอนทางกฎหมาย (legal certainty) มีภาษาที่กำหนดไว้อย่างเป็นทางการและชัดเจนที่ไม่เปิดโอกาสให้มีการตีความอย่างกว้างและการบังคับใช้ตามอำเภอใจ (arbitrary application) ได้

ดังนั้น การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางออกจากสาธารณรัฐคีร์กีซ ตามบทบัญญัติพิพาทดังกล่าว ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อบังคับให้จำเลยเข้าร่วมในการพิจารณาคดี แม้ว่าจะมีกลไกทางกฎหมายที่ให้หลักประกันในการบริหารงานยุติธรรมอย่างเหมาะสม ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้ การนำข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมาใช้บังคับย่อมไม่สมเหตุสมผลและไม่จำเป็น รวมถึงไม่สามารถใช้เป็นเหตุผลในการจำกัดสิทธิของบุคคลได้ บทบัญญัติพิพาทจึงไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นสัดส่วนและเกินขอบเขตของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลสูงสุดแผนกคดีรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติพิพาทดังกล่าวขัดหรือแย้งกับมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๐ วรรคสาม มาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๕ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ

Annex 3: Summaries of significant cases

Identification

a) Country, b) Name of the Court, c) Date of the decision given, d) Reference number of the decision, e) Jurisdiction, f) Title of the decision

Case 1

Identification

a) Kyrgyz Republic, b) Constitutional Chamber, c) 30.05.2018, d) 04-p, e) Constitutional complaint, f) Review of the constitutionality of Article 46.8 of the Law on External migration.

Headnotes

Unreasonable restriction of a citizen's rights to freedom of movement and travel outside the Kyrgyz Republic is a violation of the right to freedom of movement and freedom to choose residence in the Kyrgyz Republic, if a civil suit is brought against the applicant to the court before the end of the proceedings.

Summary

The Constitutional Chamber received a petition to recognize of Article 46.8 of the Law on External migration establishing that, if a civil suit is brought against the applicant to the court before the end of the proceedings, a citizen of the Kyrgyz Republic may be temporarily refused to leave the Kyrgyz Republic, unconstitutional to the Article 16.1, 20.1, 20.3, 25.1, 25.2 of the Constitution.

The Constitutional Chamber in its decision noted that the Constitution provides for an increased level of guarantees of human and civil rights and freedoms and allows their limitation, but only to the extent that it is necessary for certain purposes, and only in accordance with the procedure established by Law (Article 20.2). Limits on the admissibility of such restrictions are also provided for in international Law. Thus, according to the International Covenant on Civil and Political Rights, everyone has the right to leave any country including his own. This right may not be subject to restrictions, except those provided by Law, which

are necessary for the protection of national security, public order, public health or morals, or the rights and freedoms of others and are compatible with other rights recognized in the Covenant (Article 12. 2, 12. 3).

The fundamental essence of the above-mentioned institutions lies in the inadmissibility of arbitrary impacts on the rights and freedoms of man and the exclusivity of the possible limitations. Firstly, restrictions should be established by legislative consolidation of the grounds and procedure of application, secondly, they should be proportionate to constitutionally significant purposes and, thirdly, they should be adopted in conditions when it is impossible to resolve certain problems of legal regulation by other legal means.

Respectively, the legal regime of restriction of the right to freedom of travel outside the Kyrgyz Republic may be introduced based on the need to achieve a balance between the interests of the individual and the state in the areas of state and public life.

In order to achieve the objectives of justice, the legislator may provide for interim measures, the failure of which may hinder to achieving the goals of justice. At the same time, such restrictive measures should be proportionate (proportional) to the constitutional purposes, which are to meet the requirements of adequacy, legal certainty, to contain formally defined and clear language that does not allow broad interpretation and arbitrary application.

Therefore, the restriction of the right to freedom of travel outside the Kyrgyz Republic introduced by the contested norm, in essence is aimed at compulsion of the defendant to participate in the trial despite the presence of legal mechanisms to ensure the proper administration of justice. In such circumstances the introduction of such restriction is not justified and necessary, and cannot serve as a reason for limiting the subjective rights of man and citizen. The contested norm as a measure to secure the claim is inconsistent with the principles of proportionality and exceeds the scope of limitation of the right for constitutionally purposes.

The Constitutional Chamber accordingly recognized that the contested norm contradict Article 16.1, 20.1, 20.3, 25.2 of the Constitution.