



# คำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ

เดือนพฤษภาคม ๒๕๖๗

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## คำนำ

สำหรับเอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ ประจำเดือนพฤษภาคม ๒๕๖๗ กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศได้ศึกษาค้นคว้าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่น่าสนใจมานำเสนอ อาทิ กรณีการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดี และการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดีโดยฝ่ายนิติบัญญัติคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐบัลแกเรีย กรณีการลงโทษบุคคลรักร่วมเพศในค่ายทหาร ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี กรณีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อใช้บังคับมาตรการพิเศษในช่วงสถานการณ์โควิด-19 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก และกรณีการสั่งห้ามเผยแพร่บทเพลง "願榮光歸香港" (Glory to Hong Kong) สำหรับกิจกรรมที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติของศาลอุทธรณ์แห่งเขตบริหารพิเศษฮ่องกง

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศฉบับนี้ จะเป็นแหล่งข้อมูลพื้นฐานที่ทำให้ทุกท่านได้ทราบถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของประเทศไทย รวมถึงเป็นจุดเริ่มต้นให้แก่ผู้สนใจในการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการและในการปฏิบัติงานต่อไป

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
พฤษภาคม ๒๕๖๗

# สารบัญ

## หน้า

๑. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐบัลแกเรีย  
คำวินิจฉัยที่ ๖ ลงวันที่ ๑๑ เมษายน ๒๕๕๕ (ค.ศ. ๒๐๑๒)  
กรณีการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีและการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ  
ของประธานาธิบดีโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ๑
๒. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี  
คำวินิจฉัยที่ 28-2(A) KCCR 1,2012Hun-Ba258 ลงวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๙ (ค.ศ. ๒๐๑๖)  
กรณีการลงโทษบุคคลที่ร่วมเพศในค่ายทหาร ๓๖
๓. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก  
คำวินิจฉัยที่ Pl. ÚS 8/20 วันที่ ๒๒ เมษายน ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)  
กรณีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อใช้บังคับมาตรการพิเศษในช่วงสถานการณ์โควิด-19  
ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ๔๔
๔. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งเขตบริหารพิเศษฮ่องกง  
คำพิพากษาที่ CACV 274 of 2023 และ CAMP 303 of 2023 ลงวันที่ ๘ พฤษภาคม ๒๕๖๗  
กรณีการสั่งห้ามเผยแพร่บทเพลง "願榮光歸香港" (Glory to Hong Kong)  
สำหรับกิจกรรมที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ ๕๕

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐบัลแกเรีย

คำวินิจฉัยที่ ๖ ลงวันที่ ๑๑ เมษายน ๒๕๕๕ (ค.ศ. ๒๐๑๒)

กรณีการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดี

และการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดีโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

นายนิติกร จิรนิติกาลกิจ

ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

## ๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐบัลแกเรียได้พิจารณาคำร้องของสมาชิกรัฐสภาที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยผลผูกพันของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๙๘ (๑๑) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการใช้สิทธิให้อภัยโทษ รวมทั้งขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่เห็นชอบให้แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจ (an Ad hoc parliamentary committee) เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการให้อภัยโทษและกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในช่วงระหว่างวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๕๕ ถึงวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๕๕

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การใช้สิทธิให้อภัยโทษ (to exercise the right to pardon) ถือเป็นเอกสิทธิ์ตามรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีในฐานะประมุขแห่งรัฐ ซึ่งย่อมมีอิสระที่จะใช้ดุลพินิจในการให้อภัยโทษแก่ผู้ต้องคำตัดสินอันถึงที่สุด อีกทั้งรัฐธรรมนูญยังบัญญัติให้ประธานาธิบดีสามารถที่จะมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่รองประธานาธิบดีในฐานะผู้ช่วยในการปฏิบัติหน้าที่ อย่างไรก็ตาม แม้ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีจะครบวาระการดำรงตำแหน่ง และอาจได้รับเลือกให้กลับมาดำรงตำแหน่งได้อีกสมัยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีได้หมายความว่า ผู้ที่ได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี (ไม่ว่าจะเป็นบุคคลใหม่หรือบุคคลเดิมก็ตาม) จะต้องตรารัฐกฤษฎีกาอภัยโทษขึ้นใหม่ แม้ว่าจะเป็นประธานาธิบดีคนละคนและดำรงตำแหน่งคนละสมัย แต่หากประธานาธิบดีเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลงหน่วยงานหรือรูปแบบการดำเนินการที่ประธานาธิบดีคนก่อนหน้านี้ได้ดำเนินการไว้ ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีความจำเป็นหรือเป็นหน้าที่ของประธานาธิบดีคนใหม่ที่จะต้องให้ความเห็นชอบโครงสร้างและแนวปฏิบัติใหม่เพื่อสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง ดังนั้น เมื่ออาศัยตรรกะเดียวกันนี้ รัฐกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามมาตรา ๑๐๒ วรรคสาม (๕) ของรัฐธรรมนูญ ในระหว่างการดำรงตำแหน่งสมัยแรก จึงย่อมมีผลใช้บังคับในสมัยที่สองในกรณีที่ประธานาธิบดีได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่ออีกสมัย

ขณะที่ในการส่วนของการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งเห็นชอบให้แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจขึ้นเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดีที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า รัฐสภาถือเป็นองค์กรในฝ่ายนิติบัญญัติของชาติ (the national legislative body) ซึ่งอยู่ในตำแหน่งสำคัญในระบอบรัฐธรรมนูญ โดยมีหน้าที่ในการผ่านกฎหมาย (the passage of laws) การจัดตั้งรัฐบาล (the formation of a government) และการตรวจสอบควบคุมรัฐบาล (control on that government) อย่างไรก็ตาม แม้รูปแบบการปกครองทำให้ประเทศบัลแกเรียเป็นสาธารณรัฐแบบรัฐสภา แต่ก็มีได้นำไปสู่ข้อสรุปว่า บัลแกเรียถูกปกครองโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือ

อีกนัยหนึ่งคือ การปกครองแบบรัฐสภามีอาจถือได้ว่าเป็นการปกครองโดยรัฐสภา (Parliamentary rule is not to be understood as rule by parliament) ดังนั้น ทราบไตที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติ (the holder of the Legislative branch) และอำนาจอื่นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ สภานิติบัญญัติก็ย่อมมิได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้ควบคุมการใช้อำนาจของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ บัลแกเรีย อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยการพึ่งพาอาศัยอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติกับกิจการของคณะกรรมการการของรัฐสภา (the interdependence of the National Assembly's powers and the parliamentary committees' activities) โดยเห็นว่า ไม่ว่าจะป็นรัฐสภาหรือคณะกรรมการการของรัฐสภา ย่อมไม่อาจมีผลผูกพันให้ประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา เนื่องจากการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้น ประธานาธิบดีจึงมิใช่วัตถุที่จะถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยรัฐสภา ทราบไตที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาเป็นอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่จะใช้ได้แต่เฉพาะกับรัฐบาลที่มาจากทางเลือกโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติเท่านั้น ดังนั้น การจัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจของรัฐสภาเพื่อพิจารณาการกระทำของประธานาธิบดีเป็นสิ่งที่ไม่อาจรับได้ ในแง่มุมของหลักการแบ่งแยกอำนาจ และส่งผลให้เกิดความไม่สมดุลของระบบกลไกที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้อยู่ภายใต้การบริหารจัดการของประธานาธิบดี ทั้งนี้ เสรีภาพในการใช้อำนาจควบคุมโดยประธานาธิบดีโดยรัฐสภา (the freedom to exercise parliamentary control on the President) จึงยังคงเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

## ๒. สรุปข้อเท็จจริง

สมาชิกรัฐสภา จำนวน ๒๑ คน ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๔๙ วรรคหนึ่ง (๑) และ (๒) จำนวน ๒ ประเด็น ได้แก่

ประเด็นแรก ขอให้พิจารณาวินิจฉัยผลผูกพันของมาตรา ๙๘ (๑๑) ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจตามรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีในการใช้สิทธิให้อภัยโทษ (to exercise the right to pardon) รวมถึงความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ (constitutional purposes) คุณลักษณะและสาระสำคัญทางกฎหมายของสิทธิในการให้อภัยโทษ (the legal nature and substance of the right to pardon) และผลกระทบทางกฎหมายของการใช้สิทธิดังกล่าว โดยมีคำถามคือ รัฐกฤษฎีกาให้อภัยโทษมีผลกระทบต่อฝ่ายบริหาร (the Executive branch of power) ซึ่งจะต้องลงนามรับสนอง (countersigned) และประกาศใช้บังคับ (promulgated) หรือไม่? ใครเป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐกฤษฎีกา? ใครเป็นผู้มีสิทธิโต้แย้งรัฐกฤษฎีกาและบนพื้นฐานของเหตุผลใด รวมถึงต้องยื่นคำโต้แย้งต่อองค์กรใด? รัฐกฤษฎีกาจำเป็นต้องมีแรงจูงใจหรือไม่? และในกรณีที่มีการเลือกตั้งใหม่ จำเป็นหรือไม่ที่รองประธานาธิบดีผู้ซึ่งประธานาธิบดีมอบอำนาจไว้ให้ จะต้องตรารัฐกฤษฎีกาฉบับใหม่ที่มีข้อความเช่นเดียวกัน (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๙๘ วรรคเจ็ด วรรคเก้า วรรคสิบ และวรรคสิบเอ็ด ประกอบมาตรา ๑๐๔) เนื่องจากการดำรงตำแหน่งต่อเนื่องเป็นวาระที่ ๒ และรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวได้ถูกตราขึ้นตั้งแต่ยังดำรงตำแหน่งสมัยแรก?

ประเด็นที่สอง ขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ สมัยที่ ๔๑ (the Decision of the 41<sup>st</sup> National Assembly) เมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ ที่แต่งตั้ง

คณะกรรมการพิจารณาเฉพาะกิจของรัฐสภา (an Ad hoc Parliamentary Committee) เพื่อสอบหาเหตุผล ข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการให้อภัยโทษ การตัดหนี้เสีย (กรณีลูกหนี้ของรัฐที่ไม่สามารถเรียกเก็บหนี้ได้) การให้และฟื้นคืนสัญชาติบัลแกเรีย และการผ่อนผันและเพิกถอนสัญชาติบัลแกเรีย ที่เกิดขึ้นในช่วงระหว่างวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๔๕ ถึงวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๕๕

อนึ่ง ผู้ร้องระบุว่า ในการอภิปรายของสภานิติบัญญัติแห่งชาตินั้น ได้มีการรับฟังความเห็นของฝ่ายค้านที่เห็นว่า กรณีมีประเด็นปัญหาว่า ในสถานการณ์ที่มีการเลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีใหม่ เพื่อให้ดำรงตำแหน่งต่อเป็นสมัยที่สองนั้น ประธานาธิบดีย่อมมีอำนาจที่จะตรารัฐกฤษฎีกาขึ้นใหม่ ซึ่งประธานาธิบดี ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๔ ย่อมมอบอำนาจให้แก่รองประธานาธิบดีให้มีอำนาจในการแต่งตั้งหรือการให้พ้นจากตำแหน่งของข้าราชการ (Civil servants) ตามที่กฎหมายบัญญัติ อำนาจในการให้และฟื้นคืนสัญชาติ อำนาจในการผ่อนผันและเพิกถอนสัญชาติ รวมถึงอำนาจในการให้สถานะผู้ลี้ภัย (Asylum) และอำนาจในการให้อภัยโทษ (Pardon) อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความไม่แน่นอนในประเด็นนี้ ซึ่งเกิดขึ้นจากการแต่งตั้งคณะกรรมการประจำรัฐสภา (Parliamentary Committee) เพื่อให้ทำการศึกษาและกำหนดหลักการและเหตุผลทางกฎหมายในการใช้อำนาจดังกล่าว สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวน ๖๑ คน จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยผลผูกพันของบทบัญญัติมาตรา ๙๘ (๑๑) ของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ ที่เห็นชอบให้แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจของรัฐสภา (an Ad hoc Parliamentary Committee) เพื่อศึกษาเหตุผล ข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการให้อภัยโทษ การตัดหนี้เสีย (กรณีลูกหนี้ของรัฐที่ไม่สามารถเรียกเก็บหนี้ได้) การให้และฟื้นคืนสัญชาติบัลแกเรีย และการผ่อนผันและเพิกถอนสัญชาติบัลแกเรีย ที่เกิดขึ้นในช่วงระหว่างวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๔๕ ถึงวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๕๕ เนื่องจากมติดังกล่าวอาจขัดต่อหลักการที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย (the principle of the law-abiding state) (ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (the principle of separation of power) (ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๘) และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๒ วรรคแรก และมาตรา ๑๐๓ วรรคแรก

ในคำร้องยังระบุว่า มติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ มิได้มีความมุ่งหมายไปที่หน่วยงานใด ๆ ของรัฐเป็นการเฉพาะ และมีได้มุ่งหมายที่จะใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา (parliamentary control) ในการตรวจสอบหน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด นอกจากนี้ มติดังกล่าวยังเพิกเฉยต่อธรรมชาติของรัฐกฤษฎีกาให้อภัยโทษที่แสดงให้เห็นถึง “ความเมตตาขององค์รัฐาธิปัตย์” (sovereign mercy) ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นดุลพินิจของประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดีที่จะใช้อำนาจดังกล่าว ขณะเดียวกันรัฐบาลก็ต้องบังคับให้เป็นไปตามดุลพินิจนั้น อีกทั้งมติดังกล่าวยังละเลยต่อกรณีที่ว่า รัฐกฤษฎีกาที่เป็นการตัดหนี้เสีย การให้ ฟื้นคืน ผ่อนผันหรือเพิกถอนการให้สัญชาติ ย่อมต้องมีการลงนามรับสนองโดยรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง ซึ่งการกระทำเช่นนั้นย่อมเป็นการแบ่งความรับผิดชอบในทางการเมืองด้วย ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าว สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ผู้ร้อง จึงมีความเห็นยืนยันว่า มติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐบัลแกเรีย<sup>1</sup>

มาตรา ๔ (๑) สาธารณรัฐบัลแกเรียย่อมเป็นรัฐที่ถูกรักษาปกครองโดยหลักนิติธรรม และย่อมถูกปกครองตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายของประเทศ

มาตรา ๘ อำนาจของรัฐย่อมถูกแบ่งออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

มาตรา ๖๒ (๑) สภานิติบัญญัติแห่งชาติย่อมมีอำนาจในทางนิติบัญญัติและย่อมใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา

---

<sup>1</sup> Constitution of the Republic of Bulgaria

Article 4 (1) The Republic of Bulgaria shall be a State governed by the rule of law. It shall be governed by the Constitution and the laws of the country.

Article 8 The power of the State shall be divided between legislative, executive and judicial branches.

Article 62 (1) The National Assembly shall be vested with the legislative authority and shall exercise parliamentary control.

Article 92 (1) The President is the head of the state. He embodies the unity of the nation and represents the Republic of Bulgaria in international relations.

(2) The President is assisted in his activity by a Vice President.

Article 95 (1) The President and the Vice President shall be eligible for only one re-election to the same office.

Article 98 The President of the Republic:

11. Exercises the right to pardon;

Article 102 (2) The President's decrees shall be countersigned by the Prime Minister or the minister concerned.

(3) No countersigning shall be required for decrees pertaining to:

5. the organization and manner of action of the offices of the Presidency and the appointment of their staff;

Article 103 (1) The President and Vice President shall not be held liable for actions committed in the performance of their duties, except for high treason, or a violation of the Constitution.

(2) An impeachment shall require a motion from no fewer than one quarter of all Members of the National Assembly and shall stand if supported by more than two-thirds of the Members.

Article 104 The President may assign to the Vice President the powers [indicated] in Article 98 points 7, 9, 10 and 11.

Article 149 (1) The Constitutional Court:

1. provide binding interpretations of the Constitution

2. Rules on requests to establish the unconstitutionality of laws and other acts of the National Assembly as well as acts of the President;

8. rule on impeachments by the National Assembly against the President or the Vice President.

มาตรา ๙๒ (๑) ประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐ และเป็นศูนย์รวมของชาติและเป็นตัวแทนของสาธารณรัฐบัลแกเรียในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

(๒) ประธานาธิบดีย่อมได้รับความช่วยเหลือในการปฏิบัติหน้าที่จากรองประธานาธิบดี

มาตรา ๙๕ (๑) ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีย่อมมีสิทธิได้รับเลือกให้กลับมาดำรงตำแหน่งเดิมได้อีกหนึ่งสมัยเท่านั้น

มาตรา ๙๘ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ :

(๑๑) ใช้สิทธิในการให้อภัยโทษ

มาตรา ๑๐๒ (๒) รัฐกฤษฎีกาที่ตราโดยประธานาธิบดีย่อมลงนามรับสนองโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง

(๓) มิต้องลงนามรับสนองสำหรับรัฐกฤษฎีกาในเรื่องดังต่อไปนี้

๕. กรณีเกี่ยวกับองค์กรหรือลักษณะการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งประธานาธิบดีหรือการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่

มาตรา ๑๐๓ (๑) ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีย่อมไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ได้กระทำให้ไปในการปฏิบัติหน้าที่ เว้นแต่จะเป็นการก่อกบฏร้ายแรงหรือกระทำการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ

(๒) การถอดถอนย่อมกระทำได้โดยอาศัยญัตติจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงสนับสนุนไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกทั้งหมด

มาตรา ๑๐๔ ประธานาธิบดีอาจมอบหมายให้รองประธานาธิบดีมีอำนาจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๙๘ (๗) (๙) (๑๐) และ (๑๑)

มาตรา ๑๔๙ ศาลรัฐธรรมนูญ :

๑. การตีความให้รัฐธรรมนูญมีผลผูกพัน

๒. พิจารณาวินิจฉัยคำร้องเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ รวมถึงการกระทำของประธานาธิบดี

๘. พิจารณาวินิจฉัยคำร้องถอดถอนของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ได้แย้งประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดี

๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาในประเด็นแรกเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๙๘ วรรคหนึ่ง โดยเห็นว่า



๑. การให้อภัยโทษของประมุขแห่งรัฐ (the Head of State) ในฐานะสถาบันทางกฎหมาย ถือว่าเป็น การสืบทอดเอกสิทธิ์แห่งความเมตตา (the royal prerogative of mercy) ซึ่งเอกสิทธิ์ขององค์รัฐาธิปัตย์ ดังกล่าวมิได้ผูกพันกับข้อจำกัดใด ๆ เกี่ยวกับขอบเขต หรือแรงจูงใจและเหตุผลในการใช้เอกสิทธิ์นั้น นอกจากนี้ เอกสิทธิ์ในการเพิกถอนโทษประหารชีวิตได้มีการพัฒนาเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญของประมุขแห่งรัฐภายใต้ การปกครองระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่

การปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นระบอบที่ยึดถือหลักนิติธรรมและการบังคับใช้กฎหมาย โดยไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลทุกคน และตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (ซึ่งแตกต่างไปจากรูปแบบการเพิกถอน ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา) ขณะที่การให้อภัยโทษมีเป้าหมายที่พิเศษ กล่าวคือ เป็นหลักประกันความยุติธรรมสำหรับทุกคนบนพื้นฐานของหลักมนุษยนิยม (Humanism) ซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่เหนือ ความยุติธรรมทางกฎหมายที่เป็นนามธรรม (the abstract justice of law)

นอกจากนี้ สาระสำคัญของสิทธิในการให้อภัยโทษ (the right to pardon) ก็ได้ถูกรอรัธบายไว้ใน รัฐธรรมนูญ แต่กลับถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา ๗๔) ทั้งนี้ สาระสำคัญของสิทธิในการให้อภัยโทษ คือ การกระทำที่มีผลในทางกฎหมายในทางที่เป็นการเพิกถอนคำตัดสินลงโทษ (verdicts of conviction) ซึ่งผลในทางกฎหมายย่อมมีลักษณะโดยตรงและมุ่งหมายเฉพาะการอภัยโทษเท่านั้น อีกทั้ง การอภัยโทษยังถูกใช้บังคับกับคำตัดสินลงโทษตามกฎหมายสำหรับการกระทำความผิดอาญาและโดยนิยามที่ ได้รับแรงบันดาลใจจากความเป็นมนุษย์ (humaneness)

ในการใช้เอกสิทธิ์ให้อภัยโทษนั้นมีคุณลักษณะพิเศษ ซึ่งเป็นคุณลักษณะของระบบกฎหมายบัลแกเรีย กล่าวคือ เฉพาะการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้นที่จะสามารถยื่นคำร้องของอภัยโทษได้ และช่วงเวลาเร็วที่สุดที่สามารถได้รับการอภัยโทษนั้นคือวันที่คำตัดสินนั้นถึงที่สุด อีกทั้งการแสดง ความเมตตาขององค์รัฐาธิปัตย์จะเกิดขึ้นได้ก็แต่ในขณะที่รับโทษ แต่จะไม่สามารถเกิดขึ้นได้เมื่อได้รับโทษตาม คำตัดสินครบถ้วนแล้ว ดังนั้น ผู้ได้รับโทษซึ่งยังไม่ครบถ้วนตามคำตัดสินย่อมมีสิทธิที่จะร้องขอการอภัยโทษ ซึ่งการอภัยโทษนั้นถือเป็นการกระทำเชิงศีลธรรม (a moral act) และการแสดงซึ่งความเมตตา (an expression of mercy) จะต้องไม่ถูกจำกัดเฉพาะคำตัดสินในความผิดบางประเภทซึ่งคณะลูกขุน (the jury) ได้ตัดสินแล้วว่าเป็นการกระทำความผิด

๒. การอภัยโทษในฐานะที่เป็นเอกสิทธิ์ตามรัฐธรรมนูญที่มอบให้แก่ประมุขของรัฐ และในฐานะ กฎหมายอาญาที่ถูกกำหนดขึ้นในระบบกฎหมายบัลแกเรีย ถือเป็นเครื่องมือในการบรรเทาทุกข์ (a tool of reprieve) กล่าวคือ คำตัดสินลงโทษได้ถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนหรือเปลี่ยนไปในทางที่ เป็นการผ่อนปรนมากขึ้น แต่กระนั้น ความรับผิดชอบในทางอาญาก็ยังคงมีอยู่ อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ ฝ่ายค้านอาจ หมายถึงการที่ประธานาธิบดีใช้อำนาจแทรกแซงกิจการของฝ่ายตุลาการที่เป็นอิสระเกี่ยวกับการบังคับ ความรับผิดชอบในทางอาญาและการบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินของบุคคลที่กระทำความผิด ทั้งนี้ เขตอำนาจใน คดีอาญาย่อมอยู่ภายใต้เอกสิทธิ์ขององค์กรตุลาการ (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๑๙) โดยย่อมมีอิสระในการ พิจารณา เพิกถอน หรือพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด และไม่มีองค์กรใดนอกเหนือจากองค์กรตุลาการที่จะ มีอำนาจในการจัดสรรปันส่วนความยุติธรรม (the dispensation of justice) อย่างไรก็ตาม เมื่อเป็นคำตัดสินอัน ถึงที่สุด หน้าที่ขององค์กรตุลาการก็ย่อมสิ้นสุดลง อันเป็นไปตามกฎ และจากนั้นคำตัดสินจะเป็นหน้าที่ของ

องค์กรในฝ่ายบริหารที่มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินนั้น ดังนั้น เมื่อคำตัดสินถึงที่สุด องค์กรตุลาการได้ใช้อำนาจอย่างเต็มที่ ขอบเขตของอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการก็ย่อมหมดไป และย่อมไม่มีขอบเขตตามรัฐธรรมนูญ (a constitutional barrier) ที่จะจำกัดการใช้สิทธิในการให้อภัยโทษของประมุขแห่งรัฐตามมาตรา ๙๘ (๑๑) ของรัฐธรรมนูญอีกต่อไป

อนึ่ง การให้อภัยโทษจะใช้บังคับแต่กับเฉพาะกับการลงโทษที่ดำเนินการและจะไม่เกิดขึ้นก่อนที่คำตัดสินจะถึงที่สุด ในกรณีนี้จึงทำให้เป็นไปไม่ได้ที่ประธานาธิบดีจะดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคำตัดสินเนื่องจากหาใช้คำตัดสินไม่หากแต่เป็นมาตรการลงโทษต่างหากที่ประมุขแห่งรัฐจะสามารถเพิกถอนได้ ดังนั้น สิทธิในการให้อภัยโทษจึงมิได้เป็นการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตุลาการ และไม่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ ความไม่ลงรอยดังกล่าวจะยังคงมีอยู่หากสิทธิในการให้อภัยโทษกลายเป็นการบรรเทาทุกข์ (a reprieve) เมื่อเป็นเช่นนี้ สิทธิดังกล่าวย่อมไม่กระทบต่ออำนาจขององค์กรตุลาการและย่อมถูกใช้ได้เมื่อมีคำตัดสินอันถึงที่สุด

นอกเหนือจากการอภัยโทษแล้ว ระบบกฎหมายบัลแกเรียยังมีการปรับใช้การทำทัณฑ์บน (the institute of parole) ด้วย ซึ่งเป็นกระบวนการที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (the Code of Civil Procedure) และในกรณีที่มีการทำทัณฑ์บน การอภัยโทษย่อมไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากผลของการอภัยโทษจะเกิดขึ้นพร้อมกันกับการทำทัณฑ์บนมิได้

๓. เมื่อพิจารณามาตรา ๙๘ (๑๑) ของรัฐธรรมนูญในเบื้องต้น จะเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจที่ไร้ขีดจำกัดแก่ประธานาธิบดีในการใช้สิทธิให้อภัยโทษ อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้อำนาจในการให้อภัยโทษของประธานาธิบดีจะต้องนำมาจัดทำเป็นกฎหมายเพื่อให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติให้ความเห็นชอบแต่อย่างใด ซึ่งโดยหลักการแล้ว เมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติข้อจำกัดหรือกำหนดขั้นตอนในการใช้อำนาจของประธานาธิบดี รัฐธรรมนูญก็ย่อมกำหนดหรือบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องอ้างอิงถึงกฎหมายพิเศษฉบับใด ดังนั้น ตราบใดที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้การให้อภัยโทษจะต้องมีเงื่อนไขตามกฎหมายพิเศษจึงไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดสาระสำคัญของอำนาจที่แสดงให้เห็นถึง “ความเมตตาขององค์รัฐอธิปัตย์” ด้วยการให้อภัยโทษ ด้วยเหตุนี้ จึงอาจสรุปได้ว่า กรณีไม่ปรากฏว่ามีข้อจำกัดใด ๆ ที่จะให้กฎหมายกำหนดขั้นตอนสำหรับการอภัยโทษ ดังปรากฏตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๔ ประกอบมาตรา ๔๙ วรรคสี่ และการดำเนินการตามรัฐบัญญัติการลงโทษทางอาญาและการควบคุมตัว (the Implementation of Penal Sanctions and Detention in Custody Act) มาตรา ๑๗๖ มาตรา ๑๗๗ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๑๘๐ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตของนิยามสาระสำคัญและผลของการให้อภัยโทษเอาไว้ อย่างไรก็ตาม กรณีนี้อาจยอมรับได้ตามรัฐธรรมนูญที่จะให้กฎหมายกำหนดหรือจำกัดเหตุ ความเป็นอิสระของการตัดสิน และแรงจูงใจในการใช้อำนาจของประธานาธิบดี ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๙๘ (๑๑) ของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญก็ได้อนุญาตให้มีการจำกัดมาตรการลงโทษที่อาจได้รับการอภัยโทษตามประมวลกฎหมายอาญารวมถึงไม่อนุญาตให้แยกประเภทผู้ถูกลงโทษประเภทใดประเภทหนึ่งออกจากกรณีการให้อภัยโทษด้วย

อนึ่ง สิทธิในการได้รับการอภัยโทษ (the right to grant a pardon) เป็นการประนีประนอมทางรัฐธรรมนูญ (constitutional compromise) ระหว่างหลักการที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย (the principles of the law-abiding state) กับความเสมอภาคของพลเมืองต่อหน้ากฎหมาย (the equality of

citizens before the law) ซึ่งการประนีประนอมดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจที่ว่า บางสิ่งจำเป็นที่ จะต้องยอมให้มีการเบี่ยงเบนไปจากการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นทางการและไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลทุกคน เนื่องจากความต้องการที่จะขยายความคุ้มครองคุณค่าบางประการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (Constitution-enshrined values) ที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองในลักษณะเช่นเดียวกันนี้โดยกฎหมายที่เป็นนามธรรม (abstract legislation)

เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดข้อจำกัดในการได้รับการอภัยโทษ จึงอาจสรุปได้ว่า ประธานาธิบดีไม่สามารถถูกจำกัดอำนาจได้ด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม เมื่อได้ให้การอภัยโทษ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ประธานาธิบดียอมให้การอภัยโทษได้ไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม ที่ประธานาธิบดีเห็นว่าเหมาะสม แต่กระนั้น รัฐธรรมนูญก็มีการกำหนดและปกป้องคุณค่าสูงสุด (supreme values) ด้วยการกำหนดขอบเขตว่าควรใช้เอกสิทธิ์ในการให้อภัยโทษอย่างไร ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดผลผูกพันต่อประธานาธิบดีว่าจะต้องปฏิบัติตามความยุติธรรม มนุษยธรรม และความเมตตา เมื่อให้การอภัยโทษ นอกจากนี้ ประธานาธิบดียังต้อง ชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าพื้นฐานที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญกับหลักการในการใช้เอกสิทธิ์นี้และควรตัดสินใจว่า กรณีใดควรให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก และในการใช้เอกสิทธิ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๙๘ (๑๑) นั้น ประธานาธิบดีควรต้องดำเนินการบนพื้นฐานของความเข้าใจที่ว่า ตนกำลังแสดงให้เห็นถึง “ความเมตตาขององค์รัฐชาติ” ขณะเดียวกันกับที่ตนถูกผูกพันกับการต้องเป็นหลักประกันให้แก่ความยุติธรรมด้วย

ดังนั้น กรณีจึงมีอาจยอมรับได้ที่จะตัดทอนเอกสิทธิ์ของประธานาธิบดีตามมาตรา ๙๘ (๑๑) ของรัฐธรรมนูญ ด้วยการที่จะต้องให้ระบូถึงเหตุผลของการให้อภัยโทษอย่างชัดเจน เนื่องจากการตัดทอนดังกล่าวอาจส่งผลเป็นการเปลี่ยนแปลงนัยตามรัฐธรรมนูญของการให้อภัยโทษ ซึ่งสิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายสามารถกระทำได้นั้นคือ การกำหนดสาระัตถะให้แก่ประธานาธิบดีเพื่อให้เห็นว่าการให้อภัยโทษนั้นถือเป็นเครื่องมือในการบรรเทาทุกข์ (a tool of reprieve)

จากการที่เหตุผลในการให้อภัยโทษอยู่บนพื้นฐานการตัดสินใจของประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดี กรณีจึงไม่อาจยอมรับได้ที่จะกำหนดเงื่อนไขว่าประธานาธิบดีควรต้องถูกจูงใจหรือจะต้องเปิดเผยมูลเหตุจูงใจนั้นต่อสาธารณะ เนื่องจากรัฐกฤษฎีกาอภัยโทษไม่ควรเกิดขึ้นโดยมีมูลเหตุจูงใจเป็นส่วนที่ถูกแนบมาด้วย ตราบไคที่รัฐธรรมนูญกำหนดผลผูกพันว่ารัฐกฤษฎีกาอภัยโทษจะต้องระบូมูลเหตุจูงใจเป็นรายกรณี ซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ โดยประธานาธิบดีมีอิสระที่จะส่งคืนร่างกฎหมายพร้อมด้วยเหตุผลกลับไปยังสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อให้พิจารณาเพิ่มเติม ดังนั้น มิใช่รัฐกฤษฎีกาของประมุขแห่งรัฐทุกฉบับจะต้องมีมูลเหตุจูงใจสนับสนุนเสมอไป นอกจากนี้ รัฐกฤษฎีกาอภัยโทษที่แนบเหตุผลย่อมไม่ควรถูกประกาศในอนาคต เนื่องจากเชื่อได้ว่าอาจเป็นการบังคับให้ประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดีจะต้องตอบสนองต่อคำร้องของการอภัยโทษ เมื่อผู้ยื่นคำร้องตกอยู่ในสถานการณ์ที่เหมือนกันกับผู้ร้องที่ซึ่งเคยได้รับประโยชน์จากความเมตตาขององค์รัฐชาติมาแล้ว ด้วยเหตุนี้ ประธานาธิบดีย่อมมีเหตุผลสำคัญในการตรา รัฐกฤษฎีกาอภัยโทษ แต่กระนั้นก็ไม่ควรเปิดเผยมูลเหตุจูงใจต่อสาธารณะ แม้ว่าผู้ร่างกฎหมายจะเห็นว่ามีความเหมาะสมที่จะประกาศรัฐกฤษฎีกาอภัยโทษดังกล่าวในรัฐกิจจานุเบกษา (Durzhaven Vestnik) ก็ตาม

๔. ประธานาธิบดีใช้อำนาจในการให้อภัยโทษบนพื้นฐานของสมดุลระหว่างเงื่อนไขในการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะที่เป็นการไม่เลือกปฏิบัติ (the requirement to apply the law in a nondiscriminatory

manner) กับความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญในกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี เพื่อเป็นการป้องกันการละเลยหลักความเสมอภาคและการถูกเลือกปฏิบัติ (the principle of equality and objectionable privileges) หรือการลดทอนสิทธิของพลเมือง (curtailment of the rights of citizens) พลเมืองทุกคนย่อมอยู่ในสถานการณ์ทางกฎหมายที่เท่าเทียมกันต่อหน้าประธานาธิบดีและย่อมได้รับการพิจารณาภัยโทษภายใต้สถานการณ์ที่กำหนด นอกจากนี้ จะต้องมีหลักประกันว่าประธานาธิบดีจะใช้แนวทางที่เหมือนกันกับพลเมืองทุกคน รวมถึงใช้กฎเกณฑ์เดียวกันเมื่อมีการพิจารณาคำร้องขอการอภัยโทษ ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการกีดกันประธานาธิบดีโดยอาศัยกฎหมายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งจะถือว่าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (มาตรา ๘) ขณะเดียวกัน ประมุขแห่งรัฐสามารถหรืออาจเปิดเผยกระบวนการในการใช้อำนาจของตนเอง รวมถึงกฎเกณฑ์ที่ตนเองใช้เพื่อรักษาไว้ซึ่งความเสมอภาคของพลเมือง

๕. ตามมาตรา ๑๐๔ ของรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีย่อมมีอิสระในการที่จะมอบเอกสิทธิ์ในการให้อภัยโทษแก่รองประธานาธิบดีได้ ซึ่งในกรณีนี้ เอกสิทธิ์ที่ถูกใช้โดยรองประธานาธิบดีย่อมเป็นไปในแนวทางที่มีผลและรูปแบบเดียวกันกับที่ถูกใช้โดยประมุขแห่งรัฐ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา ๘๒ วรรคสอง ว่า ประธานาธิบดีย่อมได้รับการช่วยเหลือในการปฏิบัติหน้าที่จากรองประธานาธิบดี ดังนั้น รองประธานาธิบดีจึงไม่ควรถูกมองว่าเป็นเพียง “ผู้พิทักษ์วาระการดำรงตำแหน่ง” (guardian of the tenure) และมีส่วนในการใช้เอกสิทธิ์ของประธานาธิบดีบนพื้นฐานของตำแหน่งผู้ประสานงาน (coordinated position) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดีย่อมมีอิสระในการมอบหมายรองประธานาธิบดีให้รับผิดชอบภารกิจทางการเมืองที่หลากหลายอันเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของประมุขแห่งรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๔ กำหนดให้ประธานาธิบดีสามารถมอบอำนาจให้รองประธานาธิบดีเฉพาะ ๔ กรณีตามเอกสิทธิ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๘๘ กล่าวคือ การแต่งตั้งและการให้พ้นจากตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ (วรรคเจ็ด) การให้ พ้นคืน ถอดถอนสัญชาติ (วรรคเก้า) การให้สถานะผู้ลี้ภัย (วรรคสิบ) และการใช้สิทธิในการให้อภัยโทษ (วรรคสิบเอ็ด) นอกจากนี้ ประธานาธิบดีอาจตรารัฐกฤษฎีกาพิเศษ (a special decree) เพื่อมอบอำนาจตามรายการดังกล่าวให้แก่รองประธานาธิบดีได้ และการมอบอำนาจนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อใดก็ได้ โดยอาจเริ่มตั้งแต่เข้ารับตำแหน่งภายหลังจากที่ได้รับเลือกตั้ง ทั้งนี้ ประมุขแห่งรัฐย่อมมีอิสระที่จะมอบอำนาจให้แก่รองประธานาธิบดีในทุกเอกสิทธิ์ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๐๔ หรืออาจมอบอำนาจบางประการก็ได้ตามความเหมาะสม

นอกจากนี้ ประธานาธิบดียังมีอิสระที่จะเพิกถอนการมอบอำนาจด้วย ซึ่งไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดจำนวนของการมอบอำนาจหรือการเพิกถอนการมอบอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา ๑๐๔ กำหนด อีกทั้งรัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติข้อจำกัดการใช้อำนาจของประธานาธิบดี แม้ว่าจะได้มอบอำนาจดังกล่าวให้แก่รองประธานาธิบดีแล้วก็ตาม

๖. รัฐกฤษฎีกาซึ่งประมุขแห่งรัฐได้ให้อภัยโทษไม่เป็นวัตถุประสงค์ในการพิจารณาใหม่ (reconsideration) โดยหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐหรือโดยตัวประมุขแห่งรัฐเมื่อรัฐกฤษฎีกานั้นมีผลใช้บังคับแล้ว นอกจากนี้ การตรา รัฐกฤษฎีกาอภัยโทษยังมีผลทำให้เกิดผลในการที่จะต้องรับโทษต่อไปสิ้นผลด้วย เนื่องจากรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว

ถือเป็นที่สุด และเมื่อมีผลใช้บังคับแล้ว การเพิกถอนย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ หรืออีกนัยหนึ่งคือ รัฐกฤษฎีกาเป็นการกระทำที่มั่นคง (stable act) ในแง่ที่ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด

ในส่วนของผลของรัฐกฤษฎีกานั้น บุคคลย่อมได้รับการยกโทษทั้งหมดหรือบางส่วนเมื่อรัฐกฤษฎีกานั้นมีผลใช้บังคับ อีกทั้งไม่ปรากฏว่ามีเครื่องมือทางกฎหมายใด (legal tool) ที่จะทำให้นบุคคลจะต้องได้รับโทษอีกครั้ง ขณะเดียวกัน การกลับผลของรัฐกฤษฎีกา (Formal reversal) ก็ย่อมเป็นไปได้ เนื่องจาก การกระทำดังกล่าวย่อมมีผลเป็นโมฆะ และเมื่อการให้ยกโทษถือเป็นที่สุดและไม่อาจกลับผลได้ (final and irreversible) สภาพบังคับของรัฐกฤษฎีกายกโทษจึงทำให้การยกโทษเป็นสิ่งที่ไม่มีผลย้อนหลังได้ ดังนั้น คุณลักษณะของการยกโทษจึงเป็นการกระทำที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานคุณค่าของมนุษย์ที่เป็นสากล (universal human values) ได้แก่ หลักมนุษยนิยม (humanism) ความอดทนอดกลั้น (tolerance) ความยุติธรรม (justice) การคุ้มครองศักดิ์ศรีของปัจเจกบุคคล (protection of the individual's dignity) และเป็นกรยกเลิกการเพิกถอนความเมตตาขององค์รัฐชาติ

รัฐกฤษฎีกายกโทษย่อมมีผลเมื่อมีการลงนาม (signature) กล่าวคือ เพื่อให้รัฐกฤษฎีกามีผลใช้บังคับ สำเนาของรัฐกฤษฎีกาย่อมต้องถูกส่งไปยังผู้ร้องและหน่วยงานของรัฐที่บังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ จะต้องแจ้งให้อัยการสูงสุด (The Prosecutor General) ทราบด้วย ซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๑๒๗ (๔) ของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้รัฐกฤษฎีกานั้นมีผลผูกพันสำนักงานอัยการสูงสุด เพื่อเป็นหลักประกันว่า ได้มีการตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายโดยการกำกับดูแลการบังคับโทษ (the enforcement of penalties) รวมถึงมาตรการบังคับอื่น ๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม รัฐกฤษฎีกาย่อมมีผลใช้บังคับตามวัตถุประสงค์จากการบังคับใช้โดยหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง แม้ว่าขั้นตอนในการตรารัฐกฤษฎีกาของประธานาธิบดีไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบทางกฎหมาย แต่ขั้นตอนของการบังคับให้เป็นไปตามรัฐกฤษฎีกายกโทษกลับอยู่ภายใต้การตรวจสอบทางกฎหมาย

อนึ่ง รัฐกฤษฎีกายกโทษของประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี ถือเป็นรูปแบบทางกฎหมายที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ (an exclusive Constitution-granted power) (มาตรา ๙๘ (๑๑)) แก่ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี รัฐกฤษฎีกาจึงประกอบไปด้วยการตัดสินใจที่เป็นอิสระและแสดงให้เห็นถึงความเมตตาขององค์รัฐชาติ กล่าวคือ เมื่อประมุขแห่งรัฐได้ใช้วิจารณญาณและก่อให้เกิดความเชื่อมั่นในจิตใจแล้ว ย่อมไม่ถูกผูกมัดโดยตัวเลือกหรือกฎหมายใด ๆ รวมถึงไม่ขึ้นอยู่กัหน่วยงานใด ๆ ของรัฐ ดังนั้น การใช้เอกสิทธิ์ของประมุขของรัฐจึงย่อมถูกจำกัดก็แต่โดยคุณค่าและหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

๗. การใช้สิทธิในการให้อภัยโทษ (The exercise of the right to pardon) ถือเป็นรากฐานของความสัมพันธ์ระหว่างประมุขแห่งรัฐกับฝ่ายตุลาการ แต่กระนั้น การใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวย่อมปราศจากการแทรกแซงโดยฝ่ายตุลาการ นอกจากนี้ การให้อภัยโทษยังไม่กระทบต่อหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ในแง่ของการบังคับของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เป็นไปตามคำตัดสิน ซึ่งกรณีนี้ถือว่าองค์กรดังกล่าวเปรียบเสมือนแขนขาให้แก่ฝ่ายตุลาการ อนึ่ง รัฐกฤษฎีกายกโทษถือเป็นการกระทำบนพื้นฐานเจตจำนงส่วนตัวของประมุขแห่งรัฐ (the Head of State's personal will) และการตัดสินใจในการใช้เอกสิทธิ์ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด และรัฐกฤษฎีกายกโทษได้ทำให้การบังคับความสัมพันธ์สิ้นสุดบังคับหรือเปลี่ยนแปลง นอกจากนี้ รัฐกฤษฎีกา

ดังกล่าวไม่ได้ถูกลงนามรับรองโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเช่นเดียวกับกรณีอื่น ๆ ที่รัฐมนตรีมีหน้าที่ในการบังคับใช้ トラบไตที่คุณลักษณะของเอกสิทธิ์นี้ขัดขวางมิให้หน่วยงานใด ๆ ของรัฐบาลเข้าแทรกแซง ดังนั้น การใช้สิทธิในการให้อภัยโทษจึงส่งผลกระทบต่อผลลัพธ์ของการกระทำของฝ่ายตุลาการ แต่กลับไม่ส่งผลต่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด

๘. การให้อภัยโทษ (Pardon) เป็นการแสดงให้เห็นถึงความเมตตาขององค์รัฐอธิปัตย์และขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของประมุขแห่งรัฐ ดังนั้น กรณีจึงเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับอำนาจลับ (a secret power) หรืออำนาจ ซึ่งมีผลทางกฎหมายที่ไม่อาจเปิดเผยต่อสาธารณะได้ ซึ่งคำถามเกี่ยวกับการเปิดเผยต่อสาธารณะ (the question of publicity) ในการใช้สิทธิในการให้อภัยโทษจึงค่อนข้างซับซ้อน เนื่องจากเป็นคุณลักษณะของ เอกสิทธิ์ของประธานาธิบดี (the presidential prerogative) กรณีจึงเป็นการปะทะกันที่เกิดขึ้นระหว่างสิทธิ และประโยชน์ของผู้ต้องหาที่เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ อาจล่วงละเมิดได้ (inviolability of privacy and personal data) ในทางหนึ่ง กับสิทธิในการได้รับข้อมูล ข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการใด ๆ ของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ (public interest) ซึ่งรวมถึงการใช้เอกสิทธิ์ของประมุขแห่งรัฐ ในอีกทางหนึ่ง นั่นจึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะ ตัดสินว่า รัฐกฤษฎีกาควรต้องเปิดเผยต่อสาธารณะโดยลงในรัฐกิจจานุเบกษาหรือไม่ (Durzhaven Vestnik) เช่นเดียวกับรัฐกฤษฎีกาซึ่งตราโดยประมุขแห่งรัฐ อย่างไรก็ตาม วัณนี้ รัฐกิจจานุเบกษามีได้กำหนดให้ต้องมีการ ประกาศรัฐกฤษฎีกาอภัยโทษ และก็เป็นแนวทางปฏิบัติที่แน่นอนซึ่งมีการพัฒนามาตลอดระยะเวลากว่า ๒๐ ปี

เพื่อเป็นการสนับสนุนการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งยืนยันว่า การประกาศรัฐกฤษฎีกาอภัยโทษ ถือเป็นการละเมิดต่อความเป็นส่วนตัวของผู้ร้องที่ยื่นคำร้องเพื่อขอการพิจารณาอภัยโทษ และย่อมเป็นการ เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัวของผู้ร้องด้วย เนื่องจากในปัจจุบัน รัฐกฤษฎีกาอภัยโทษที่ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะนั้นระบุว่า บุคคลผู้ซึ่งได้รับการอภัยโทษได้ให้ความยินยอมโดย ชัดแจ้ง ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจึงย่อมทำให้เกิดผลผูกพันต่อการประกาศรัฐกฤษฎีกาอภัยโทษใน รัฐกิจจานุเบกษา ซึ่งข้อดีของการประกาศดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากความเข้าใจที่ว่า การประกาศ รัฐกฤษฎีกาต่อสาธารณะนั้น มีความเท่าเทียมทางกฎหมาย (legal symmetry) กับการพิจารณาคดีและ การพิพากษาที่ต้องกระทำโดยเปิดเผย ดังนั้น การเผยแพร่รัฐกฤษฎีกาอภัยโทษต่อสาธารณะ จึงขึ้นอยู่กับ ฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องตัดสินใจว่า จะเผยแพร่รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวลงในรัฐกิจจานุเบกษาหรือไม่

๙. การบังคับใช้รัฐกฤษฎีกาอภัยโทษเป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจ โดยขึ้นอยู่กับประเภท และลักษณะของคำตัดสิน

๑๐. เช่นเดียวกับกับรัฐกฤษฎีกาอื่น ๆ ของประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี รัฐกฤษฎีกาอภัยโทษ มิได้มีคุณลักษณะทางกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (the juristic characteristics of administrative acts) และย่อมไม่ถูกพิจารณาว่าเทียบเท่าด้วย ดังนั้น รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวย่อมอยู่นอกเหนือขอบเขตของ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (the Administrative Procedure Code – APC) (มาตรา ๒) และ เนื่องจากอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้แก่ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีถูกใช้ผ่านรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว รัฐกฤษฎีกานั้นก็ย่อมไม่อาจถูกโต้แย้งว่าขัดหรือแย้งต่อกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวย่อม

สามารถถูกตรวจสอบได้เฉพาะว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๑๔๙ วรรคหนึ่ง (๒) ของรัฐธรรมนูญ

๑๑. ตามมาตรา ๙๒ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีเป็นประมุขแห่งรัฐ อันเป็นศูนย์รวมเอกภาพของชาติ (the unity of the nation) และเป็นตัวแทนของสาธารณรัฐบัลแกเรียในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ นอกจากนี้ นิติฐานะและบทบาทของประธานาธิบดีตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดยังมีความจำเป็นในการทำให้ประธานาธิบดีสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างต่อเนื่อง อีกทั้งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายมาตราก็ยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดดังกล่าวและเป็นการยืนยันว่ากรณีดังกล่าวเป็นกฎพื้นฐาน (fundamental rule) ขณะที่ในส่วนของผู้ที่ได้รับเลือกตั้งให้เป็นประธานาธิบดี (the President Elect) ย่อมเข้าดำรงตำแหน่งในวันถัดจากวันที่วาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดี (the Incumbent President) สิ้นสุดลง (มาตรา ๙๓ วรรคห้าของรัฐธรรมนูญ) อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่วาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีสิ้นสุดลงก่อนครบวาระ รองประธานาธิบดีย่อมดำรงตำแหน่งแทนประธานาธิบดี (มาตรา ๙๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ) และในกรณีที่รองประธานาธิบดีไม่สามารถเข้ารับตำแหน่งดังกล่าวได้ อำนาจของประธานาธิบดีย่อมตกเป็นของประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (the Speaker of the National Assembly) ผู้ซึ่งจะปฏิบัติหน้าที่ในฐานะประธานาธิบดีไปจนกว่าจะมีการเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่ (มาตรา ๙๗ วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญ) กรณีดังกล่าวถือเป็นการแสดงให้เห็นถึง “หลักความต่อเนื่อง” (the principle of continuity)

กรณีพิเศษของความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่องของประธานาธิบดีในฐานะผู้มีอำนาจสูงสุดของหน่วยงานของรัฐ (the imperative of continuous function of the President in his capacity of top-level State authority) เป็นความเป็นไปได้ของประธานาธิบดีที่จะได้รับเลือกตั้งใหม่ (reelection) กล่าวคือ ประธานาธิบดีจะถูกเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งอีกในสมัยที่ ๒ โดยปราศจากเงื่อนไขแทรกแซงซึ่งมาตรา ๙๕ วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า “ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีย่อมมีสิทธิที่จะได้รับเลือกตั้งให้กลับมาดำรงตำแหน่งเดิมได้อีกเพียงครั้งเดียวเท่านั้น” อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นเพียงถ้อยคำเท่านั้น โดยข้อเท็จจริงซึ่งบุคคลจะดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีและบุคคลผู้ซึ่งจะเข้ารับตำแหน่งใหม่นั้น มิได้ไกลเกินไปกว่าความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ (Constitution’s intention) แต่อย่างใด อีกทั้งการเลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีใหม่ก็เป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกันข้อกฎหมายด้วย

วาระการดำรงตำแหน่ง (Term in office) ในแง่ของกฎหมาย หมายถึง การใช้อำนาจภายในระยะเวลาที่กำหนด อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวมักเกี่ยวข้องกับบุคคลที่แน่นอน (a definite person) เมื่อมีหนึ่งบุคคลซึ่งเป็นสถาบันของรัฐ (a one-man State institute) เข้ามาเกี่ยวข้อง นอกจากนี้ วาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดียังเป็นเรื่องที่มีความสำคัญกับคุณสมบัติของบุคคล (intuitu personae) ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คือ คุณลักษณะของบุคคลซึ่งอยู่ในระดับสูงของสถาบันของรัฐ (top-level State one-man institution) ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การเลือกตั้งใหม่มักนำไปสู่สิ่งที่เรียกว่า “การเชื่อมโยง” (linkup) ระหว่างวาระการดำรงตำแหน่งสองสมัยติดต่อกันโดยคำนึงถึงความเท่าเทียมกันของผู้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งตรงข้ามกับสมมติฐานที่ว่า ผู้ที่ได้รับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีเป็นบุคคลอื่นที่มีผู้ใช้ผู้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อผู้ซึ่งได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีคือผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกลับเข้ารับตำแหน่งอีกครั้ง (reassume office) เนื่องจากความมุ่งหมายของแนวคิดตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับ “การเข้ารับตำแหน่งอีกครั้ง” (the constitutional concept “re-assumption of office”) นั่นคือ การ “ประกาศ” (herald) สมมติฐานเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางมหาชน (the exercise of public power) นอกจากนี้กรณียังมีความจำเป็นเนื่องจากระยะเวลาระหว่างวันที่เลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่กับการสิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีจะต้องไม่น้อยกว่า ๒ เดือน (มาตรา ๙๓ วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญ) อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยเอาไว้ว่า การเลือกตั้งใหม่เป็นสิ่งที่พิสูจน์ว่า รัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้มีการหยุดระยะเวลาการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีไว้เป็นการชั่วคราว นั่นเป็นเพราะไม่เป็นการสมเหตุสมผลที่ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีที่ได้รับการเลือกตั้งอีกสมัยจะประกาศว่าตนได้รับอำนาจต่อจากตนเองด้วยเหตุนี้ อำนาจดังกล่าวจึงไม่เคยถูกพักใช้แต่อย่างใด กรณีจึงเป็นการแสดงให้เห็นว่า การได้รับเลือกตั้งใหม่ถือเป็นเหตุผลที่ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจของตนได้อย่างต่อเนื่องโดยมีพักต้องประกาศเจตนารมณ์ว่าจะเชื่อมโยง (bridges) วาระการดำรงตำแหน่งทั้งสองสมัยต่อจากกันแต่อย่างใด ดังนั้นวาระการดำรงตำแหน่งสมัยที่สองจึงเริ่มนับตั้งแต่วันที่สิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่งในสมัยแรก

ข้อเท็จจริงของการได้รับเลือกตั้งใหม่ของทั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีได้ส่งผลต่อความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างการใช้อำนาจเฉพาะของตำแหน่งดังกล่าว กล่าวคือ ตามกฎหมายทั่วไปนั้นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนย่อมหมายถึง ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากรัฐกฎหมายที่ตราขึ้นโดยประธานาธิบดียังคงมีผลต่อไป เว้นแต่จะมีการตัดทอนหรือมีเงื่อนไขกำหนดไว้ว่าให้ดำเนินการได้เพียงครั้งเดียว นั่นเป็นเพราะว่า รัฐกฎหมายตามมาตรา ๑๐๒ วรรคสาม (๕) ของรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับเมื่อเนื้อหาได้มีการเปลี่ยนแปลง แม้ว่าจะเป็นประธานาธิบดีคนละคนและดำรงตำแหน่งคนละสมัย หากประธานาธิบดีเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลงหน่วยงานหรือรูปแบบการดำเนินการที่ประธานาธิบดีคนก่อนหน้านี้ได้ดำเนินการไว้ ด้วยเหตุนี้ จึงไม่มีความจำเป็นหรือเป็นหน้าที่ของประธานาธิบดีคนใหม่ที่จะต้องให้ความเห็นชอบโครงสร้างและแนวปฏิบัติใหม่เพื่อสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง ดังนั้น เมื่ออาศัยตรรกะเดียวกันนี้ รัฐกฎหมายที่ตราขึ้นตามมาตรา ๑๐๒ วรรคสาม (๕) ของรัฐธรรมนูญ ในระหว่างการดำรงตำแหน่งสมัยแรกจึงย่อมมีผลใช้บังคับในสมัยที่สองในกรณีที่ประธานาธิบดีได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่ออีกสมัย

ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี รวมถึงการมอบหมายอำนาจที่เกี่ยวข้องนั้น การได้รับเลือกตั้งใหม่ย่อมมีผลต่อการพัฒนาความสัมพันธ์ดังกล่าว และด้วยสมมติฐานนั้นความสัมพันธ์ระหว่างประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีย่อมมีการพัฒนามาตั้งแต่ดำรงตำแหน่งในสมัยแรกและด้วยการที่บุคคลคนเดิมได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีเป็นสมัยที่สองกรณีก็ย่อมเป็นเรื่องปกติที่ความสัมพันธ์จะมีการพัฒนาจากสมัยแรกไปสู่สมัยที่สองของการดำรงตำแหน่ง ดังนั้น ในกรณีของรัฐกฎหมายที่ประธานาธิบดีมอบหมายให้รองประธานาธิบดีมีอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๐๔ ของรัฐธรรมนูญ รัฐกฎหมายดังกล่าวก็ย่อมยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป โดยมีได้ถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะวันที่กำหนดหรือเป็นไปตามเงื่อนไขบางประการ อีกทั้งบุคคลที่ดำรงตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีก็ยังคงเป็นบุคคลเดิมด้วยเช่นกัน



จากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาประเด็นที่สองที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยเห็นว่า

๑. เมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ สภานิติบัญญัติแห่งชาติสมัยที่ ๔๑ ได้ลงมติเห็นชอบให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจของรัฐสภา (an Ad hoc Parliamentary Committee) เพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และกรณีเกี่ยวกับการให้อภัยโทษ การตัดหนี้เสีย (กรณีลูกหนี้ของรัฐที่ไม่สามารถเรียกเก็บหนี้ได้) การให้และฟื้นคืนสัญชาติบัลแกเรีย และการผ่อนผันและเพิกถอนสัญชาติบัลแกเรียที่เกิดขึ้นในช่วงระหว่างวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๕๕ ถึงวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๕๕ โดยคณะกรรมการดังกล่าวได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ในการตรวจสอบการให้อภัยโทษของคณะกรรมการอภัยโทษ (the Pardoning Commission) ว่าได้มีการได้วินิจฉัยบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์เป็นรายกรณีหรือไม่ โดยมีมุ่งหมายไปที่การค้นหาตัวผู้ริเริ่ม (Initiator) การขออภัยโทษในแต่ละกรณี รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างคณะกรรมการกับผู้อำนวยการส่วนบังคับคดี (the Chief Directorate "Serving Sentences") และกับกระทรวงยุติธรรม นอกจากนี้ คณะกรรมการยังมีหน้าที่ในการตรวจสอบมูลเหตุจูงใจ (Motives) ข้อกฎหมาย และสถานการณ์ในการลงนามการให้อภัยโทษในแต่ละกรณี รวมถึงการกระทำที่ผิดกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่บุคคลนั้นได้รับการอภัยโทษด้วย ทั้งนี้ มติดังกล่าวได้มีผลภายหลังจากที่มีการลงนามและคณะกรรมการเฉพาะกิจของรัฐสภา มีกรอบระยะเวลาในการดำเนินการเป็นเวลา ๓ เดือน

คุณลักษณะสำคัญของระบอบรัฐธรรมนูญบัลแกเรียประการหนึ่ง คือ บัลแกเรียมีระบอบการปกครองในรูปแบบสาธารณรัฐแบบรัฐสภา (Republic with a parliamentary form of government) (มาตรา ๑ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ) โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดรูปแบบของการปกครองของรัฐและกำหนดนิติฐานะของรัฐสภา ทั้งนี้ รัฐสภาถือเป็นองค์กรในฝ่ายนิติบัญญัติของชาติ (the national legislative body) ซึ่งอยู่ในตำแหน่งสำคัญในระบอบรัฐธรรมนูญ โดยมีหน้าที่ในการผ่านกฎหมาย (the passage of laws) การจัดตั้งรัฐบาล (the formation of a government) และการตรวจสอบควบคุมรัฐบาล (control on that government) อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่ว่า รูปแบบการปกครองทำให้ประเทศบัลแกเรียเป็นสาธารณรัฐแบบรัฐสภานั้น มิได้นำไปสู่ข้อสรุปว่า บัลแกเรียถูกปกครองโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรืออีกนัยหนึ่ง คือ การปกครองแบบรัฐสภามีอาจถือได้ว่าเป็นการปกครองโดยรัฐสภา (Parliamentary rule is not to be understood as rule by parliament) ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาติย่อมเป็นองค์กรผู้แทนระดับชาติ (a national representational body) และมีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ (มาตรา ๘ ของรัฐธรรมนูญ) อีกทั้งไม่อนุญาตให้อำนาจหนึ่งอำนาจใดครอบงำอีกสองอำนาจที่เหลือ ในทางกลับกัน รัฐธรรมนูญได้กำหนดสมดุลและการป้องปรามระหว่างกัน (mutual balance and deterrence) นอกจากนี้ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา ซึ่งแสดงให้เห็นว่า รัฐสภาย่อมไม่อาจแทรกแซงหรือแย่งชิงอำนาจการปกครองใด ๆ ทั้งนี้ อำนาจหลักของสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญ นั้นคือ การตรากฎหมายและการใช้อำนาจในการตรวจสอบควบคุมของรัฐสภา (parliamentary control) (มาตรา ๖๒ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ) และอำนาจอื่น ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด (มาตรา ๘๔ ff. ของรัฐธรรมนูญ) ซึ่งครอบคลุมหน้าที่ทั้งสองประการดังกล่าว

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญย่อมปฏิเสธแนวคิดที่ว่า รัฐสภาย่อมมีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไป (a general competence) และสามารถมีอิสระในการแทรกแซงส่วนต่าง ๆ ของระบอบการปกครอง

๒. แรงจูงใจที่ปรากฏในการตัดสินใจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติและการอภิปรายที่นำไปสู่การลงมติ ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า วัตถุประสงค์ของการแทรกแซงของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คือ การทำให้กิจการใด ๆ ของสถาบันระดับสูงของรัฐที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญมีความโปร่งใส เพื่อป้องกันการลู่แก่อำนาจ (abuse of power) ที่อาจเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามนี้ควรพิจารณาร่วมกับสถานการณ์ที่ว่า รัฐธรรมนูญยังคงยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจ (the principles of separation of powers) (มาตรา ๘ ของรัฐธรรมนูญ) ซึ่งวัตถุประสงค์ของหลักการดังกล่าวคือการประกาศซึ่งการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นการกำหนด “ผู้ทรงสิทธิ” (titleholders) พร้อมด้วยเงื่อนไขเป็นการเฉพาะ เพื่อสร้างสมดุลที่ชัดเจนระหว่างอำนาจของรัฐสภาและอำนาจของสถาบันทางการปกครองระดับสูง (the powers of other top-level governance institutions) และป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรอื่น นอกจากนี้ เป้าหมายที่จะได้รับจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ การป้องกันมิให้เกิดการครอบงำของอำนาจหนึ่งอำนาจใดเหนืออำนาจอื่น และเป็นการสร้างปฏิสัมพันธ์ที่ชัดเจนซึ่งกันและกันให้เกิดการครอบงำ

ขณะที่รัฐธรรมนูญแบ่งแยกอำนาจของรัฐออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ และกำหนดระบบการแบ่งแยกอำนาจระหว่างองค์กรระดับสูงของรัฐ ซึ่งแต่ละองค์กรต่างก็มีเอกสิทธิ์เป็นการเฉพาะ ในฐานะ “ผู้ทรงสิทธิ” (titleholder) รวมทั้งมอบเอกสิทธิ์เพื่อให้เกิดการสร้างสมดุลระหว่างอำนาจต่าง ๆ ให้เป็นอิสระจากการครอบงำและการถูกควบคุม กรณีจึงเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างลึกซึ้งและต่อเนื่อง ด้วยเหตุนี้ การที่มีข้ออ้างว่า กิจการใด ๆ ขององค์กรระดับสูงของรัฐจำเป็นต้องมีความโปร่งใส องค์กรระดับสูงอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้โครงสร้างตามรัฐธรรมนูญอย่างหลวม ๆ ย่อมมีความพยายามแย่งชิงเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจเพิ่มเติม เช่น อำนาจซึ่งมิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ และเพื่อต้องการ “ปลูกฝัง” (implant) อำนาจดังกล่าวให้อยู่ในกรอบของรัฐธรรมนูญ องค์กรย่อมสลายรูปแบบความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างองค์กรระดับสูงของรัฐ และย่อมเป็นการรบกวนและปฏิเสธระบบไม่มากนักน้อย ดังนั้น แก่นแนวคิดของหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นคือ การที่ไม่มีอำนาจใดที่จะถูกครอบงำโดยอำนาจใดอำนาจหนึ่ง

ในทางกลับกัน สำหรับความจำเป็นที่จะต้องเป็นหลักประกันสมดุลทางอำนาจระหว่างองค์กรระดับสูงของรัฐ และการป้องกันการครอบงำอำนาจอื่น ๆ รัฐธรรมนูญได้มีการมุ่งหมายที่จะใช้แนวทางการกำกับดูแลที่ชัดเจน (a definite regulatory approach) นอกจากนี้ อำนาจขององค์กรระดับสูงของรัฐบางองค์กรได้ถูกกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ และด้วยกรณีดังกล่าว จึงไม่มีจุดมุ่งหมายอื่นใดนอกจากเป็นการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ให้แต่ละองค์กรสามารถที่จะใช้ได้ เพื่อเป็นการป้องกันการแทรกแซงการใช้อำนาจของแต่ละองค์กรที่อาจเกิดขึ้น トラบิตที่สถานะของผู้ทรงสิทธิเอื้ออำนวยให้องค์กรนั้นสามารถแทรกแซงการใช้อำนาจขององค์กรอื่นได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การแบ่งแยกอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นนั้น ทำให้เกิดเส้นแบ่งที่ชัดเจนของนิติฐานะขององค์กรระดับสูงของรัฐ (a clear demarcation line in the legal status of the top-level state institutions) อีกทั้งยังเป็นการเสริมสร้างเสถียรภาพและความเป็นอิสระขององค์กรดังกล่าว

ด้วยเหตุนี้ กรณีจึงไม่อาจยอมรับได้ว่า ภายใต้ข้ออ้างที่ว่า กิจการขององค์กรของรัฐระดับสูงองค์กรหนึ่งจำเป็นต้องมีการควบคุมและมีความโปร่งใส แนวทางดังกล่าวมิได้มีสาระใด ๆ นอกจากเป็นการเขียนบทบัญญัติขึ้นใหม่ ซึ่งก่อให้เกิดความท้าทายสู่ความสำเร็จของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้การบริหารงานของรัฐควรจะต้องดำเนินการอย่างไร ดังนั้น ตราบไต่ที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติ (the holder of the Legislative branch) และอำนาจอื่นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ สภานิติบัญญัติก็ย่อมมิได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้ควบคุมการใช้อำนาจของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐบัลแกเรีย กล่าวคือ สภานิติบัญญัติแห่งชาติมิได้มีหน้าที่ในการสืบค้นหรือพิจารณามูลเหตุจูงใจ ข้อกฎหมาย หรือสถานการณ์ ที่นำไปสู่การลงนามรัฐกฤษฎีกา เนื่องจากหากเป็นเช่นนั้นก็ย่อมเป็นการที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้

๓. นอกเหนือจากอำนาจในทางนิติบัญญัติแล้ว หน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา (parliamentary control) ถูกกำหนดให้เป็นของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (มาตรา ๖๒ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ) ซึ่งถือเป็นหน้าที่พื้นฐานประการที่สอง อนึ่ง การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาบางครั้งถูกมองว่าเป็นเพียงช่วงเวลาแห่งการตั้งคำถามในรัฐสภา (a question time in Parliament) (การตั้งกระทู้ถาม และการอภิปราย) (มาตรา ๙๐ ของรัฐธรรมนูญ) อย่างไรก็ตาม การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาตามนัยของมาตรา ๖๒ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ มีความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ หมายถึง การตรวจสอบและประเมินการกระทำและนโยบาย การวางแผน และการนำไปปฏิบัติ ของรัฐบาลและหน่วยงานทางปกครองว่าเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายและมีความเหมาะสมหรือไม่ ดังนั้น ตามเจตนารมณ์ดังกล่าว รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะกรรมการมาธิการประจำรัฐสภา (the standing parliamentary committees) กล่าวคือ นอกเหนือจากการที่คณะกรรมการมาธิการจะมีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือการปฏิบัติหน้าที่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้ว คณะกรรมการมาธิการยังมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบตามอำนาจหน้าที่ ของแต่ละคณะกรรมการด้วย (มาตรา ๗๙ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ)

ในทางกลับกัน การแต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจ (the election of ad hoc committees) ถือเป็น การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาแบบพิเศษ (a special kind of parliamentary control) เนื่องจาก คณะกรรมการดังกล่าวมิได้ใช้อำนาจควบคุมในความหมายอย่างแคบ (มาตรา ๙๐ ของรัฐธรรมนูญ) แต่มีหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลเพื่อให้การบริหารภาครัฐมีความโปร่งใสมากขึ้น และในระยะยาวก็ย่อมมีผลต่อนโยบายของรัฐบาล นอกจากนี้ กิจการของคณะกรรมการเฉพาะกิจยังถูกกำหนดไว้ในนโยบายที่ใช้บังคับทั้งภายในประเทศและต่างประเทศซึ่งถือเป็นหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของรัฐบาล เพื่อให้มีส่วนร่วมในความรับผิดชอบทางการเมืองทั้งร่วมกันและโดยส่วนบุคคล

ดังนั้น แนวคิดที่เกิดขึ้นจากการอภิปรายในการแต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจของรัฐสภาเมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ จึงมีอาจถูกมองว่าเป็นรูปแบบของการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา แนวคิดดังกล่าวจึงไม่อาจรับฟังได้

มติของรัฐสภาเมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ พยายามที่จะ “ทำลาย” (shatter) ความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเฉพาะกิจภายใต้กรอบอำนาจหน้าที่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และพยายามเชื่อมโยงกิจการของคณะกรรมการเฉพาะกิจกับการปรับปรุงกฎหมายที่ให้การอภัยโทษ

การตัดหนี้เสีย การให้และฟื้นคืนสัญชาติบัลแกเรีย และการผ่อนผันและเพิกถอนสัญชาติบัลแกเรีย ทราบไตที่สมาชิกรัฐสภาแต่ละคนมีสิทธิที่จะริเริ่มกระบวนการนิติบัญญัติเว้นแต่ร่างกฎหมายงบประมาณ กรณียังมีข้อสงสัยว่า จำเป็นหรือไม่ที่รัฐสภาจะต้องจัดตั้งกลุ่มของสมาชิกรัฐสภาขึ้นมากลุ่มหนึ่งเพื่อจัดเตรียมข้อสรุปให้แก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติว่าจะต้องพิจารณาสิ่งใด อันรวมถึงความจำเป็นในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายด้วย ทั้งนี้ ความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการทางนิติบัญญัติ เช่น การเสนอร่างกฎหมายเพื่อให้รัฐสภาให้การรับรองเบื้องต้น หรือเพื่อเสนอให้รัฐสภาอภิปรายร่างกฎหมายดังกล่าว ย่อมเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนือความหมายและวัตถุประสงค์ทางกฎหมายในแง่ที่อย่างสิ้นเชิง

๔. หลักฐานจากในขั้นการอภิปรายของรัฐสภา และข้อเสนอในขั้นของร่างมติ (the draft decision) ซึ่งมีการให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ ต่างก็อยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจว่า คณะกรรมาธิการเฉพาะกิจของรัฐสภา (an ad hoc parliamentary committee) ที่แต่งตั้งขึ้นเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะนั้น มิใช่เป็นคณะกรรมาธิการสอบสวน (an inquiry committee) แต่อย่างใด และด้วยข้อสันนิษฐานที่ว่า การสอบสวน (the inquiry) มิใช่การพิจารณา (the examination) ซึ่งทำให้เกิดการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาได้เริ่มขึ้นในระหว่างที่มีการอภิปรายภายในกรอบของคณะกรรมาธิการเฉพาะกิจ ซึ่งถูกแต่งตั้งเมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องการตัดสินใจเป็นรายกรณีว่า คณะกรรมาธิการเฉพาะกิจที่ตั้งขึ้นนั้นได้รับมอบหมายอำนาจหน้าที่ให้ทำการสืบสวน (to investigate) หรือทำการสอบสวน (to inquire) ทั้งนี้ ระเบียบว่าด้วยองค์กรและกระบวนการของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (The Rules of Organization and Procedure of the National Assembly) (หมวด ๕) มิได้ชี้ชวนให้สรุปว่า ความแตกต่างดังกล่าวจะมีผลในทางกฎหมายแต่ประการใด ในทางกลับกัน เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติเกี่ยวกับการสืบสวนและการสอบสวน (มาตรา ๗๙ วรรคสาม) ก็ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับแนวคิด “การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา” ไว้เป็นการเฉพาะ ว่าหมายถึงอะไร ทั้งที่กรณีจะหมายถึงวิธีการในการรวบรวมข้อมูลก็ตาม ดังนั้น รัฐธรรมนูญ (มาตรา ๗๙ วรรคสอง) จึงกำหนดให้ คณะกรรมาธิการเฉพาะกิจของรัฐสภาอาจถูกแต่งตั้งเพื่อให้ทำการสืบสวนและสอบสวน ซึ่งเป็นการกำหนดนิติฐานะของคณะกรรมาธิการดังกล่าวโดยเปรียบเทียบกับคณะกรรมาธิการถาวรประจำรัฐสภา ซึ่งเป็นคณะกรรมาธิการที่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางนิติบัญญัติ (มาตรา ๒๖ ff. ของระเบียบว่าด้วยองค์กรและกระบวนการของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ)

ในส่วนของการกิจที่มอบหมายให้แก่คณะกรรมาธิการเฉพาะกิจของรัฐสภาคณะหนึ่งหรือคณะอื่น ๆ ก็ไม่ควรเกินไปกว่าขอบเขตของอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ให้แก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ นอกจากนี้ การใดที่มีผลใช้บังคับได้กับทั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ก็ย่อมมีผลใช้บังคับได้กับคณะกรรมาธิการของรัฐสภาที่ตั้งขึ้นด้วย อนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยการพึ่งพาอาศัยอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติกับกิจการของคณะกรรมาธิการของรัฐสภา (the interdependence of the National Assembly's powers and the parliamentary committees' activities) โดยเห็นว่า ไม่ว่าจะป็นรัฐสภาหรือคณะกรรมาธิการของรัฐสภา ย่อมไม่อาจมีผลผูกพันให้ประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และผู้พิพากษา ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา เนื่องจากการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ขณะที่ตาม “หลักย้งต้องเป็นเช่นนั้น” (Per argumentum a fortiori) สภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือคณะกรรมาธิการของรัฐสภา

มีพิพาทจะเป็นคณะกรรมการมาธิการประจำหรือคณะกรรมการมาธิการเฉพาะกิจ ก็มีควรเข้าไปแทรกแซงหรือไปอภิปรายให้ความเห็นในกิจการขององค์กรระดับสูงอื่นของรัฐ เว้นเสียแต่ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้อำนาจดังกล่าวไว้

๕. มาตรา ๖๒ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีสิทธิที่จะใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา (parliamentary control) ซึ่งการควบคุมดังกล่าวแม้จะมีหลายรูปแบบที่แตกต่างกัน แต่กลับมีเป้าหมายเดียวกันเพียงหนึ่งเดียว นั่นคือ การตรวจสอบการดำเนินงานกิจการของรัฐบาลซึ่งยังอยู่ในวาระและความรับผิดชอบทางการเมืองของรัฐบาล ขณะที่เหตุผลพื้นฐาน (The raison d'être) ของการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาอยู่ที่อำนาจของรัฐสภาในการเลือกและถอดถอนคณะรัฐมนตรี (มาตรา ๘๔ (๖) ของรัฐธรรมนูญ) ดังนั้น ธรรมชาติของความสัมพันธ์จึงเป็นตัวกำหนด “เป้าหมาย” (the target) ของการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา และตัดทอนความเป็นไปได้ที่จะขยายการตรวจสอบไปสู่กิจการขององค์กรระดับสูงอื่น ๆ ของรัฐที่อยู่นอกเหนือฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะรัฐบาลและหน่วยงานทางปกครอง ด้วยเหตุนี้เมื่อพิจารณาเมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ จะเห็นว่า “เป้าหมาย” ของการสืบสวนก็คือ อำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้แก่ประธานาธิบดี

ศาลรัฐธรรมนูญเชื่อว่า กิจการของคณะกรรมการมาธิการเฉพาะกิจของรัฐสภาซึ่งถูกแต่งตั้งเมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา ในทางกลับกัน “เป้าหมาย” ของการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา (ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด) ควรเป็นสิ่งที่กำหนดภารกิจ ซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติย่อมมีอิสระที่จะมอบหมายภารกิจให้แก่คณะกรรมการมาธิการเฉพาะกิจของรัฐสภา ขณะที่ในส่วนของนิติฐานะของสถาบันซึ่งรวบรวมความเป็นหนึ่งเดียวของชาติ (the legal status of an institution that embodies the unity of the nation) รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เป็นประมุขแห่งรัฐ (the Head of State) ซึ่งมีบทบาทในการบูรณาการระบบบริหารจัดการภาครัฐและบทบาทของประธานาธิบดีที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้น ขณะเดียวกันประธานาธิบดีก็ดำรงอยู่เคียงข้างองค์กรระดับสูงอื่น ๆ ของรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้มอบหมายภารกิจให้ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ นั่นจึงทำให้ประธานาธิบดีไม่อาจเข้าร่วมกับอำนาจหนึ่งอำนาจใดในสามอำนาจนี้ ด้วยเหตุนี้ ประธานาธิบดีจึงเป็นสถาบันของรัฐที่อยู่เพียงลำพัง (a standalone State institution) และได้รับมอบอำนาจโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ประธานาธิบดีซึ่งมาจากนิติฐานะและอำนาจหน้าที่ตามขอบเขตของแต่ละอำนาจที่แยกออกจากกัน ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงคาดหวังจากประธานาธิบดีว่าจะเป็นหลักประกันความสมดุลของอำนาจทั้งสามฝ่าย

ในส่วนของนิติฐานะของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐบัลแกเรีย ในฐานะที่เป็นประมุขแห่งรัฐและองค์กรที่ทำหน้าที่บูรณาการการบริหารจัดการของรัฐ มีผลเป็นการขัดขวางความเป็นไปได้ในการเป็น “ผู้ทรงสิทธิ” (titleholder) ของประธานาธิบดี แม้ว่าจะเป็นอำนาจในเชิงเปรียบเทียบหรือบางส่วนก็ตาม รวมถึงอำนาจของฝ่ายบริหารด้วย นอกจากนี้ ไม่มีอำนาจใดในสามอำนาจที่จะครอบงำประธานาธิบดีหรือถูกครอบงำโดยประธานาธิบดี ดังนั้น ประธานาธิบดีจึงมิใช่วัตถุที่จะถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยรัฐสภา トラบไคที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาเป็นอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่จะใช้ได้แต่เฉพาะกับรัฐบาลที่มาจากกาเลือกโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การควบคุม

ตรวจสอบโดยรัฐสภาในทุกรูปแบบ อันรวมถึงคณะกรรมการเฉพาะกิจของรัฐสภาที่ถูกตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดี ก็ย่อมเป็นสิ่งที่มิอาจยอมรับได้ในแง่มุมนี้ของรัฐธรรมนุญ

กล่าวได้ว่า นิติฐานะของประธานาธิบดี (the legal status of the President) ไม่นุญาตให้มีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดีโดยรัฐสภา (the exercise of parliamentary control) อย่างไรก็ตาม กรณียังไม่อาจสรุปได้ว่า ประธานาธิบดีเป็นสถาบันของรัฐ (a State institution) ที่อยู่เหนือการควบคุมตรวจสอบ และรัฐกฤษฎีกาก็มิใช่วัตถุในการควบคุมตรวจสอบได้ ขณะเดียวกัน รัฐธรรมนุญได้กำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบประธานาธิบดีได้ ซึ่งที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะรัฐธรรมนุญไม่ต้องการให้ประธานาธิบดีพึ่งอาศัยอำนาจหนึ่งอำนาจใดในสามอำนาจที่แบ่งแยกกัน นั่นจึงเป็นเหตุผลที่รัฐธรรมนุญได้ให้สิทธิแก่องค์กรอย่างศาลรัฐธรรมนุญที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนุญและเป็นอิสระจากอำนาจทั้งสาม ให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยการกระทำของประธานาธิบดีว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญหรือไม่ (มาตรา ๑๔๙ วรรคหนึ่ง (๒)) และให้พิจารณาวินิจฉัยว่า ประธานาธิบดีกระทำละเมิดต่อรัฐธรรมนุญหรือก่อการกบฏหรือไม่ (มาตรา ๑๔๙ วรรคหนึ่ง (๘) ประกอบมาตรา ๑๐๓ วรรคสาม ของรัฐธรรมนุญ) อนึ่ง สำหรับการกระทำของประธานาธิบดีที่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายบริหารนั้น การควบคุมตรวจสอบมักกระทำในรูปแบบของการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยรัฐสภา (the form of parliamentary control on the Executive) เนื่องจากการแทรกแซงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการตรากฎหมาย

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปได้ว่า การจัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจของรัฐสภาเพื่อพิจารณาการกระทำของประธานาธิบดีเป็นสิ่งที่มิอาจรับได้ ในแง่มุมของหลักการแบ่งแยกอำนาจ และส่งผลให้เกิดความไม่สมดุลของระบบกลไกที่รัฐธรรมนุญได้กำหนดให้อยู่ภายใต้การบริหารจัดการของประธานาธิบดี

๖. อำนาจหน้าที่บางประการของประธานาธิบดีได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา ๙๘ ของรัฐธรรมนุญ ซึ่งอำนาจหน้าที่ดังกล่าวอาจแบ่งเป็นหมวดหมู่ได้หลากหลาย ทั้งนี้ มติเมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ ได้อ้างอิงถึงอำนาจหน้าที่ ๓ ประการ กล่าวคือ ธรรมชาติของอำนาจ (the nature of the powers) โดยเฉพาะอำนาจที่แท้จริงตามนิติฐานะของประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐ (the powers intrinsic to the President's legal status of Head of State) หรืออำนาจที่จัดว่าอยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ ความแตกต่างของธรรมชาติของอำนาจย่อมมีนัยสำคัญทางกฎหมายเกี่ยวกับการลงนามรับสนองคำสั่งของประธานาธิบดี แต่กระนั้นก็ไม่เกี่ยวข้องกับการยอมรับการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา ขณะที่ในส่วนของอำนาจของประธานาธิบดีที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารนั้น ก็อยู่นอกเหนือการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาเช่นกัน เนื่องจากถือเป็นส่วนหนึ่งของกลไกแห่งความสมดุลและการลดทอนทางอำนาจ (the mechanism of balance and deterrence of powers) อย่างไรก็ตาม หลักการแบ่งแยกอำนาจได้เรียกร้องให้มีการกำหนดนิยามเกี่ยวกับนิติฐานะขององค์กรระดับสูงของรัฐให้ชัดเจน ขณะเดียวกันธรรมชาติของอำนาจที่มอบหมายให้แก่องค์กรต่าง ๆ ก็ไม่สามารถส่งผลกระทบต่อนิติฐานะขององค์กรเหล่านั้นได้ภายใต้ระบบบริหารจัดการภาครัฐ

๗. ในความเห็นของสมาชิกรัฐสภานั้นเห็นว่า คณะกรรมการเฉพาะกิจที่แต่งตั้งขึ้นเมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ ขัดต่อมาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ โดยบทบัญญัติดังกล่าวระบุว่า ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีย่อมไม่มีความผิดสำหรับการกระทำใดๆ ที่กระทำภายใต้อำนาจหน้าที่ เว้นแต่เป็นไปเพื่อการก่อกบฏ หรือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันบทบัญญัติดังกล่าวยังครอบคลุมความรับผิดในทางอาญา (criminal liability) ทางกรรมสิทธิ์ (proprietary liability) และทางการเมือง (political liability) นอกจากนี้ ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดียังได้รับความคุ้มครองจากบทบัญญัติดังกล่าวภายหลังจากที่วาระการดำรงตำแหน่งสิ้นสุดลงด้วย ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยเอาไว้ว่า สมาชิกรัฐสภาย่อมไม่ถูกดำเนินคดีอาญาหรือความผิดประเภทอื่นเมื่อพ้นจากตำแหน่ง ด้วยเหตุนี้ กรณีจึงไม่มีเหตุผลแต่อย่างใดที่จะไม่ใช้แนวทางเดียวกันนี้กับประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี ดังนั้น ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีจึงมีเพียงแต่จะต้องรับผิดชอบทางการเมือง (politically accountable) ต่อศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับการกระทำหรือเหตุที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น อีกทั้งเนื่องจากความหมายของความรับผิดทางการเมือง (political liability) ได้ถูกลดทอนเหลือเพียงการพ้นจากตำแหน่งก่อนที่จะครบวาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี กรณีจึงเป็นความขัดแย้งกันในตัวเอง (Contradictio in adiecto) หากความรับผิดดังกล่าวจะยังคงมีอยู่ต่อไปแม้ว่าประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีจะพ้นจากตำแหน่งไปแล้ว

มาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ยังเป็นบทบัญญัติที่ยืนยันว่า รัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้มีการควบคุมตรวจสอบประธานาธิบดีโดยรัฐสภา และโดยข้อเท็จจริงที่ว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่อาจทำให้ประธานาธิบดีจะต้องรับผิดชอบทางการเมือง กรณีจึงไม่มีเหตุผลที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะใช้สิทธิในการริเริ่มกระบวนการควบคุมตรวจสอบประธานาธิบดีโดยรัฐสภา อย่างไรก็ตาม มาตรการเพียงอย่างเดียวที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติดำเนินการเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองของประธานาธิบดี นั่นคือ การยื่นเรื่องถอดถอน (an impeachment) ต่อศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา ๑๐๓ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ) อนึ่ง การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาตามนัยของมาตรา ๖๒ ของรัฐธรรมนูญ ได้ให้อำนาจแก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติในการแสวงหา (seek) และสันนิษฐาน (assume) เกี่ยวกับความรับผิดทางการเมือง ซึ่งการจำแนกอำนาจดังกล่าวออกเป็น ๒ ประการที่เห็นได้จากการอภิปรายในรัฐสภาและในคณะกรรมการเฉพาะกิจที่จัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ นั้น ไม่สอดคล้องกับตรรกะทางกฎหมาย (the logic of law) แต่อย่างใด

อาจสรุปได้ว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ก้าวล่วงเขตอำนาจของตนเองเมื่อมีการแต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจของรัฐสภา ตราบใดที่คณะกรรมการดังกล่าวได้รับมอบหมายให้พิจารณาการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐบัลแกเรีย ทั้งนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติอาจแต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจขึ้นได้ แต่จะต้องมีหน้าที่อยู่ในขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐบาล (the actions of the Government) โดยเฉพาะ ซึ่งก็คือ การตรวจสอบนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้ริเริ่มกระบวนการตรารัฐธรรมนูญและจะต้องลงนามประกาศใช้โดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐบัลแกเรีย ซึ่งการลงนามรับสนองดังกล่าวของรัฐบาลนั้นก็เพื่อให้รัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบโดยประธานาธิบดีโดยรัฐสภา (the freedom to exercise

parliamentary control on the President) ยังคงเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจของสภานิติบัญญัติ  
แห่งชาติ

---





РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ  
КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД

---

**Decision No. 6 of 11 April 2012 on Constitutional Case No. 3/2012**

The case was filed by a group of 61 Members of Parliament who asked the Constitutional Court:

1. To provide a binding interpretation of Art. 98, item 11 of the Constitution of the Republic of Bulgaria concerning the Presidential constitutional power to exercise the right to pardon, including the constitutional purpose, the legal nature and substance of the right to pardon and also the legal effects of the exercise of this right, the questions being: Does the pardoning decree affect the Executive branch of power and shall it be countersigned and promulgated? Who shall be in charge of the execution of the decree? Who is entitled to challenge the decree and on what grounds and what is the institution to be approached? Does the decree need motivation and is it necessary in the event of reelection to reissue a decree with an identical text by which the President devolves powers to the Vice President (Art. 98, items 7, 9, 10 and 11 read in combination with Art. 104 of the Constitution) providing it is their second term in office in succession and such a decree was issued in the first term in office?

2. To rule on the unconstitutionality of the Decision of the 41<sup>st</sup> National Assembly of 15 February 2012 to set up an Ad hoc Parliamentary Committee to investigate the legal grounds, facts and circumstances to grant a pardon, write off bad debts (uncollectible State receivables), grant and restore Bulgarian citizenship and relieve from and withdraw Bulgarian citizenship in the period 22 January 2002 – 22 January 2012.

Proceedings under Art. 149, item 1 and item 2 of the Constitution

The MPs wrote that the floor discussion in the National Assembly heard opposite opinions expressed on the question whether in the event of reelection of the President and Vice President for a second term in office in succession the President shall reissue a decree by which he shall, under Art. 104 of the Constitution, devolve again to the Vice President the powers to appoint and dismiss some civil servants who are specified by law, to grant and restore Bulgarian citizenship, to relieve from and withdraw Bulgarian citizenship and to grant asylum and pardon. Since there exists uncertainty on this matter as evident from the election of a parliamentary committee tasked to study and identify the principles and legal grounds for the exercise of these powers, 61 MPs approached the Constitutional Court with a request to provide a binding interpretation of Art. 98, item 11 of the Constitution. Also, the MPs asked the Constitutional Court to declare unconstitutional the National Assembly's Decision of 15 February 2012, viz. that an Ad hoc Parliamentary Committee be set up to study the legal grounds, facts and circumstances to grant a pardon, write off bad debts, grant and restore Bulgarian citizenship, relieve from and withdraw Bulgarian citizenship in the period 22

January 2002 – 22 January 2012, as this decision was said to be conflicting with the principle<sup>23</sup> of the law-abiding state (Art. 4 of the Constitution), the principle of separation of powers (Art. 8 of the Constitution) and with Art. 62, para 1 and Art. 103, para 1 of the Constitution.

The challenge noted that the National Assembly's Decision of 15 February 2012 did not have as a target the Government institutions and was not intended to make them subject to parliamentary control. The Decision ignored the nature of the pardoning decrees that are an expression of "sovereign mercy", hence they lie within the President's or Vice President's power of discretion while the Government is to arrange for their enforcement just as it ignored the circumstance that the decrees that write off bad debts, grant, restore, relieve from or withdraw Bulgarian citizenship shall be countersigned by the relevant minister who by doing so shares in the responsibility of issuance and assumes political responsibility. Given the stated reasons, the MPs insisted that the National Assembly's Decision was unconstitutional.

Having discussed the request and the position presented and the written evidence the Constitutional Court considered as follows:

**I. On the request for a Constitutional Court interpretation of Art. 98, para 1 of the Constitution:**

1. The pardoning act of the Head of State as a legal institute is the successor of the royal prerogative of mercy. That royal prerogative of the sovereign is not bound with any restrictions on the scope and on the motives and reasons to exercise it. The royal prerogative to withdraw death sentences evolved into a Constitution-proclaimed power of the Head of State in modern democratic rule.

Democratic governance presupposes the rule of law and nondiscriminatory application of the law to all persons. As a constitutional institute, unlike the different forms of withdrawal of penalty, as arranged in criminal law, the pardoning act pursues a special goal, viz. to ensure the reign of justice for all with the humanism that it embodies over the abstract justice of law.

The substance of the right to pardon is not expounded in constitutional terms: it is codified in the Criminal Code (Art. 74). The substance of this right is an act whose legal effects result in the withdrawal of verdicts of conviction. These legal effects are the direct and sole purpose of pardon. Pardon is applied to lawful verdicts of conviction for crimes committed and by definition is inspired by humaneness.

Specially the exercise of the prerogative of pardon has specific features that are characteristic of the Bulgarian legal system. What is particular is that it is only crimes subject to the Criminal Code that can be petitioned for pardon. The earliest point in time when a pardon can be granted is on the date on which a verdict is absolute. The sovereign mercy may be shown while the sentence is served but is inapplicable once the sentence has been fully served. Therefore any convict who has not fully served his sentence is entitled to plea for a pardon. Pardon is a moral act and as an expression of mercy shall not be confined to some kinds of verdicts of guilty that the jury has pronounced on crimes committed.

2. Pardon as a Constitution-granted prerogative of the Head of State and as an institute of criminal law is arranged in the Bulgarian legal system as a tool of reprieve. The sentence is

24  
withdrawn entirely or partially or else commuted to a more lenient sentence. It is essential that the criminal liability stays. The opposite would mean a President's interference into the activities of the independent Judiciary concerning the exaction of criminal liability by conviction and enforcement of conviction on persons who have committed crimes. Criminal jurisdiction is entirely within the prerogatives of the Judiciary (Art. 119 of the Constitution). The Judiciary shall be free to indict for, acquit of or convict of crimes committed. No other institution outside the Judiciary shall have any powers in the dispensation of justice. However, when it is a final verdict, the functions of the Judiciary in the enforcement end, as a rule. From that point onward a convict falls within the scope of competence of the enforcement institutions which organizationally and functionally include the Executive branch of power. Thus once a verdict is final the powers of the Judiciary are fully exercised, the scope of competence of the bodies of the Judiciary is "exhausted" and there exists no longer a constitutional barrier to the Head of State to exercise the right to pardon under Art. 98, item 11 of the Constitution.

Pardon is applicable only to sentences that are served and shall not be granted before a verdict is final. This makes it impossible for the President to have whatsoever functions with regard to the verdict. It is not the verdict but the penal measure that the Head of State can withdraw. Therefore, the right to grant a pardon is not interference into the functions of the Judiciary and does not conflict with the principle of separation of powers. Such incongruity would have existed if the right to pardon became an institute that grants a reprieve. As it is, the right does not affect the powers of the courts and is exercised only when there is a final verdict.

In addition to pardon the Bulgarian legal system applies the institute of parole. It is a procedure codified in the Code of Civil Procedure. In the event of parole pardon is inapplicable inasmuch as its effect coincides with that of parole.

3. At first glance Art. 98, item 11 of the Constitution vests the President with unlimited power to exercise the right to pardon. That text does not provide for the President's power to pardon to be put in legal arrangements that the National Assembly passes. In principle, when the Constitution is to set limits or to prescribe a procedure for the President to exercise his powers, it sets and prescribes explicitly with reference to a special law. Inasmuch as the Constitution does not make pardon conditional on a special law, it refrains from defining the substance of the power to show sovereign mercy by way of a pardoning act, it should be concluded that there exists no barrier to let a law define the procedures that enable pardon. As it is, Art. 74 and Art. 49, para 4 of the Criminal Code and Art. 176, Art. 177, para 1 and Art. 180 of the Implementation of Penal Sanctions and Detention in Custody Act provide a legislative frame that defines the substance and legal effects of pardon. However, it is constitutionally inadmissible to let a law define or restrict the grounds, independence of judgment and the motives of the presidential power that derives from Art. 98, item 11 of the Constitution. Furthermore, the Constitution does not allow to restrict the Criminal Code's penal measures that are subject to pardon nor does it allow to exclude one category of convicts or another from the field of application.

The right to grant a pardon is a sort of constitutional compromise with the principles of the law-abiding state and the equality of citizens before the law. This compromise is based on the understanding that sometimes it is necessary to allow deviation from the formal and

nondiscriminatory enforcement of the law on all men because of the need to extend protection<sup>25</sup> over Constitution-enshrined values that cannot be adequately protected by abstract legislation.

Since the Constitution does not set any limitations to grant a pardon, the conclusion is to be drawn that the President cannot be confined to any reasons when he grants a pardon. Formally speaking, the President might grant a pardon for whatever reasons he deems appropriate. Yet the Constitution that proclaims and protects supreme values normally in this way sets in a most general context the parameters that make up the frame within which the prerogative of pardon should be exercised. Therefore, the Constitution makes it binding on the President to conform to justice, humaneness and mercy when he grants a pardon. The President is bound to strike a balance between fundamental Constitution-proclaimed values and principles in the exercise of this prerogative and given the specific case he should judge to which of those he should give priority. In any case in the execution of the prerogative under Art. 98, item 11 of the Constitution the President should act on the understanding that he shows sovereign mercy while he is bound to guarantee justice.

Therefore it is inadmissible to curtail the presidential prerogative under Art. 98, item 11 of the Constitution by explicitly giving or enumerating the reasons for granting a pardon. Any such curtailment will change the meaning of the constitutional institute of pardon. All that the lawmaker can do is to define its substance while he reasserts its nature as a tool of reprieve.

As the reasons for granting a pardon are judged by the President or the Vice President, it will be inadmissible to put a requirement that they should be motivated and that the motivation should be made public. The pardoning decrees should not go with motives as an attachment inasmuch as the Constitution makes it binding to state the motives of the presidential decrees in one single case. These are the decrees under Art. 101, para 1 of the Constitution by which the President is free to return a bill together with the motives to the National Assembly for further debate. Hence, all other decrees of the Head of State may not be supported by motives. Next, the pardoning decree with motivation attached shall not be promulgated as, it is believed, in the future this may oblige the President or the Vice President to respond positively to petitions for pardon when the petitioners are in circumstances identical with those of petitioners who have already benefited from sovereign mercy. It is more than evident that the President has serious reasons when he issues a pardoning decree but the motivation should not be made public even if the lawmaker sees it appropriate to promulgate these decrees in Durzhaven Vestnik.

4. The President exercises the right to pardon on the basis of balance between the requirement to apply the law in a nondiscriminatory manner and other constitutional goals that are more important in the specific case. To prevent drastic retreat from the principle of equality and objectionable privileges or curtailment of the rights of citizens, all citizens shall be placed in an equal legal situation before the President and shall be subject to pardon under identical circumstances. Guarantees of most general nature are needed that the President shall take an identical approach to all such citizens and shall draw on identical criteria when he considers the pleas for pardon. Understandably, such criteria shall not be thrust on the President by a National Assembly law. That would be in contravention of the Constitution and especially of the Constitution-proclaimed principle of the separation of powers (Art. 8). At the same time the Head of State can and should make public the procedure by which he will

exercise this presidential power and the general criteria he will draw on to secure the equality<sup>26</sup> of citizens.

5. According to Art. 104 of the Constitution the President shall be free to devolve to the Vice President the prerogative of pardon. In this case the prerogative is exercised in the same way, amount and form as when exercised by the Head of State. The Constitution explicitly provides in its Art. 92, para 2 that the President shall be assisted in his actions by a Vice President. The Vice President shall not be seen solely as a “guardian of the tenure” and can take an active part in the exercise of the presidential prerogatives on the basis of coordinated positions. The President shall be free to assign to the Vice President a broad range of political tasks; however, regarding the prerogatives of the Head of State, Art. 104 of the Constitution permits to devolve to the Vice President only four of the prerogatives deriving from Art. 98 of the Constitution: to appoint and remove from office state officials, established by law (item 7); to grant, restore, relieve from and withdraw Bulgarian citizenship (item 9); to grant asylum (item 10); to exercise the right to pardon (item 11). The President shall issue a special decree to devolve the listed powers to the Vice President. The devolution may take place at any time: at the start of the term in office for which they were elected or later. The Head of State shall be free to devolve to the Vice President all prerogatives that Art. 104 of the Constitution lists, or if he sees it appropriate, he may confine to some.

The President shall be free to withdraw all devolved powers subsequently. There is no Constitution text precluding a multiple devolution or withdrawal of the powers that Art. 104 of the Constitution provides for. There exists no constitutional barrier either for the President to exercise on his own the powers that he has devolved to the Vice President.

6. The decree by which the Head of State grants pardon shall not be subject to reconsideration by another State institution or by the Head of State himself once it has taken legal effect. The issuance of a pardoning decree invalidates the reasons for continuing to serve a sentence term. The pardoning decree is final and once it takes effect, withdrawal is not possible. From that moment onwards the decree is a stable act in the sense that the President has no authority to unmake it or change it.

The decree by which a person is fully or partially pardoned takes effect as soon as it enters into force. There exists no legal tool to make the person serve the sentence again. Formal reversal of the decree is impossible as it will be invalid. The legal effect of the pardoning ceases. Once granted a pardon shall be final and irreversible. It is this effect of the pardoning decree that allows defining it as an irreversible reprieve. The nature of the pardon as an act that rests on universal human values – humanism, tolerance, justice, protection of the individual’s dignity – rules out the withdrawal of sovereign mercy once it is shown.

A pardoning decree takes effect upon signature. To validate it, a copy shall be delivered to the petitioner and to the relevant Government law-enforcement agencies. The Prosecutor General shall be informed about the pardoning decree for Art. 127, item 4 of the Constitution makes it binding on the Prosecution Office to ensure that legality is observed by overseeing the enforcement of penalties and other measures of compulsion. The decree might have taken effect, however, for its objectives to materialize, it shall be executed by the competent Government institutions. While the issuing procedure of the presidential decree shall not be subject to legal arrangement, the enforcement procedure for the pardoning decree shall be.

The pardoning decrees of the President and Vice President are the legal form in which<sup>27</sup> an exclusive Constitution-granted power (Art. 98, item 11) is exercised. The decrees embody independent judgment and will to show sovereign mercy. When the Head of State makes his judgment and forms his inner conviction he shall not be chained by preset options or rules of procedure nor shall he be dependent on any State institution. In the exercise of his prerogative the Head of State shall be constrained solely by the Constitution-proclaimed values and principles.

7. The exercise of the right to pardon is an element of the Head of State-Judiciary relationship. This prerogative is exercised without any interference in the Judiciary's activity. Pardoning does not affect the functioning of the Executive branch of power though the enforcement of sentences is ensured by specialized authorities that organizationally are an arm of the Judiciary. The pardoning decree is an act based on the Head's of State personal will and judgment in the exercise of a Constitution-granted prerogative. The pardoning decree invalidates or changes the enforcement relationship. Such decrees are not to be countersigned by the Minister of Justice though in most cases the Minister is in charge of the enforcement inasmuch as the nature of this prerogative will preclude the interference of a Government institution other than that. Essentially, the exercise of the right to pardon impacts the outcome of the Judiciary's activity while it does not impact the Executive branch of power.

8. Pardon is the manifestation of sovereign mercy and though it rests on the Head's of State judgment, essentially it is sovereign mercy. Hence, it is a matter that has nothing to do with a secret power or a power whose legal effects shall remain undisclosed to the public. The question of publicity in the exercise of the right to pardon is complicated as is the very legal nature of this presidential prerogative. This is so as a collision arises between the rights and interests of the convict concerning his dignity, inviolability of privacy and personal data, on the one hand, and the citizens' right to obtain information about what the State institutions do on matters of public interest, including the exercise of the Head's of State prerogatives. It is for the Legislature to judge whether the decrees shall be made public by their promulgation in Durzhaven Vestnik (the State Gazette), similarly to most of the Head's of State decrees. As of this date, the Durzhaven Vestnik Act does not prescribe for the promulgation of pardoning decrees. It is a fixed practice that evolved over the past 20 years. To support this legislative decision, it is insisted that the promulgation of pardoning decrees infringes on the privacy of the petitioners whose petitions for pardon have been resolved positively and might disclose facts of their private and family life, health, problems with the progeny and other friends and relatives of the reprieved petitioners. Owing to that currently the pardoning decrees are given publicity providing the individual, who has received a pardon, has given an explicit consent. A legislative amendment may make binding the promulgation of the pardoning decrees in Durzhaven Vestnik. The pros in favor of promulgation are inspired by an understanding that there should be legal symmetry inasmuch as the trial and the verdicts are public. Therefore pardoning decrees should be released for the general public. It is up to the Legislature to decide whether the pardoning decrees should be promulgated in Durzhaven Vestnik.

9. The pardoning decrees enforcement lies with the competent State authorities depending on the kind and nature of the verdict.

10. Pardoning decrees, like all other decrees of the President and the Vice President, do not have the juristic characteristics of administrative acts and shall not be seen as an

equivalent. Hence they remain outside the scope of the Administrative Procedure Code (APC) (Art. 2 of the APC). As Constitution-granted powers of the President and the Vice President are exercised by these decrees, they shall not be challenged for compliance with the law. They shall be checked only for compliance with the Constitution in line with an argument in Art. 149, para 1, item 2 of the Constitution.

11. According to Art. 92, para 1 of the Constitution, the President is the Head of State who shall embody the unity of the nation and represent the Republic of Bulgaria in its international relations. His legal status and the role that the Constitution assigns to him make it imperative for him to perform his functions continuously. Several Constitution texts give an expression of this idea and in this way confirm that it is a matter of a fundamental rule. The President Elect shall assume office on the day following the day on which the term in office of the incumbent President expires. (Art. 93, item 5 of the Constitution). In the event of earlier end of the Presidential tenure, the Vice President shall assume the office of the President (Art. 97, para 3 of the Constitution). In the event the Vice President cannot take office, the presidential powers shall be vested in the Speaker of the National Assembly who will act as President until a new President is elected. (Art. 97, para 4 of the Constitution), i.e. the principle of continuity.

A special case of the imperative of continuous function of the President in his capacity of top-level State authority is the possibility for his reelection, i.e. the President is reelected to serve a second term in office without an intervening term between the two. Art. 95, para 1 of the Constitution reads thus: "The President and the Vice President shall be eligible for only one reelection to the same office." Evidently even merely terminologically, the fact that the coincidence of persons who so far were the incumbent President and Vice President and the persons who are to reassume office did not escape the Constitution's attention. The reelection of the President and the Vice President is a fact which is not irrelevant to law.

Term in office in the legal sense means to exercise mandated powers over a definite period of time; however, it is always related to a definite person when a one-man State institution is involved. This term has temporal, substantive and personal parameters. In other words, the term in office of the President and the Vice President is always *intuitu personae*, which in general is characteristic of each top-level State one-man institution. It is the personal aspect of the term in office of the President and Vice President that comes to the forefront in their reelection and leaves its imprint on its legal mode. Hence the conclusion that their reelection automatically leads to sort of a "linkup" between the two terms in office in a row given the sameness of the holders of the posts in contrast to the hypothesis where the President Elect and the Vice President Elect are other than the incumbent President and Vice President.

Specifically, when the President Elect and the Vice President Elect are the incumbent President and Vice President, there is no need to reassume office. The purpose of the constitutional concept "re-assumption of office" is to "herald" the assumption of prerogatives that relate to the exercise of public power. This is needed as the intervening period between the date of the election of a new President and expiry of the term in office of the incumbent President shall be at least two months (Art. 93, para 5 of the Constitution). However, the Constitutional Court has previously judged that the fact of reelection is a proof that the Constitution disallows intermission in the President's term in office. That is why there is no

sense for a reelected President and a reelected Vice President to declare that they take over powers from themselves. These powers never ceased to be exercised. It is precisely the fact of reelection that is the reason for the President and the Vice President to continue exercising their powers without any need to make a declaration of will that “bridges” the two terms in office in succession. The second term in office starts on the day following the end of the first term in office.

The fact of reelection of both the President and Vice President impacts the relations arising from the exercise of their specific powers. As a general rule once arranged, relations that are subject to public law including relationships arising out of a presidential decree continue to act in time unless a cut-off or a condition are set on their action or else it is an onetime action. That is why decrees under Art. 102, para 3, item 5 of the Constitution can take effect while the content stays unchanged with different presidents in different terms in office when they do not see any necessity to change the organization and manner of action of the offices of the Presidency as established by their predecessors. It is not necessary nor is it obligatory for each new President to approve a new structure and a new modus operandi for the offices in the Presidency that assist him in his duties. Drawing on the same logic, the decrees issued under Art. 102, para 2 item 5 of the Constitution during the President’s first term in office shall be valid during his second term in office in the event of reelection.

Concerning the President-Vice President relationship vis-à-vis the devolution of certain powers, the fact of reelection impacts its development. Given such a hypothesis, it is normal to expect that the way in which the President-Vice President relationship will develop, will be identical with the way in which it developed during their first term in office. With the same persons reelected for a second term in office as President and Vice President, it is normal for the relationship that evolved during the first term in office to move to the second term in office. In that sense the decree by which the President devolved to the Vice President certain powers as per Art. 104 of the Constitution continues to be valid, providing it was not confined to a cut-off date or conditionality and the persons who performed and perform the functions of President and Vice President are the same.

## **II. On the request to declare anticonstitutional a National Assembly’s decision:**

1. On 15 February 2012 the 41<sup>st</sup> National Assembly adopted a Decision to Elect an Ad hoc Parliamentary Committee to examine the legal framework, the facts and circumstances of pardon, cancellation of bad debts to the State, granting, restoring, relieving from and withdrawing Bulgarian citizenship in the period 22 January 2002 – 22 January 2012 (DV, No. 15/2012). The decision tasks the Commission “to examine and identify the principles, legal framework and modus operandi and the real circumstances under which a pardon has been granted, uncollectible (bad) debts to the State have been written off, Bulgarian citizenship has been granted, restored, relieved from and withdrawn in the period in question: to find out all cases of pardoning as it examines the facts and circumstances related to the legal grounds on which the Pardoning Commission based its decisions, on a case-by-case basis, especially to identify the real initiator for each pardoning act and also the Commission’s relationship with the Chief Directorate “Serving Sentences” with the Ministry of Justice; to identify the motives, legal grounds and circumstances under which each pardoning act has been signed and to find out unlawful actions afterwards by the already pardoned persons”. The decision



took effect upon signature and the elected Ad hoc Parliamentary Committee was given a three-month period to report on the assignments.

A major characteristic of the Bulgarian constitutional model is that Bulgaria is a republic with a parliamentary form of government (Art. 1, para 1 of the Constitution). The Constitution provides for the form of government of the State and defines the legal status of Parliament. The Parliament is the national legislating body which holds a key position in the constitutional system by the passage of laws and by the formation of a government and control on that government. However, the fact that the form of government makes Bulgaria a parliamentary republic is not to lead to the conclusion that it is governed by the National Assembly. Parliamentary rule is not to be understood as rule by parliament. The Constitution reads that the National Assembly shall be a national representational body and divides the power of the State between Legislative, Executive and Judicial branches (Art. 8 of the Constitution) and disallows either of the three to dominate over the other two; on the contrary, the Constitution calls for their mutual balance and deterrence. Moreover, in the spirit of the separation of powers the Constitution defines at length the competence of Parliament and this shows that the Parliament shall not interfere in nor shall it usurp any aspect of governance. According to the Constitution the major powers of the National Assembly are to legislate and to exercise parliamentary control (Art. 62, para 1 of the Constitution) and other expressly listed powers (Art. 84 ff. of the Constitution) that cover these two functions. In general, the Constitution rejects the idea of a Parliament that has a general competence and enjoys the freedom to interfere into any sector of governance.

2. The motives attached to the draft decision and the discussion preceding its adoption clearly show the purpose of the National Assembly's interference: it is to make the activity of Constitution-established top-level State institutions transparent so as to prevent a possible abuse of power. However, this view should combine with the circumstances that the Constitution consistently upholds the principle of separation of powers (Art. 8 of the Constitution). The purpose of this principle is to proclaim the separation of powers – the Legislature, the Executive and the Judiciary, name the “titleholders” and further, in more specific terms, to strike a definite balance between the powers of Parliament and the powers of other top-level governance institutions so that they balance and deter each other in the exercise of sovereign power. The goal pursued by the principle of separation of powers is to prevent the domination of the one over the other two and to establish interaction that will not preclude domination. While the Constitution divides State power into Legislature, Executive and Judiciary, on the one hand, and establishes a system of division of powers among individual top-level State institutions, where, in addition to the prerogatives that are typical of the respective “titleholder”, grants prerogatives to balance the other powers, free of domination and control, it firmly states that it abides consistently and deeply by the principle of separation of powers. That is why, if under a pretext that the activities of a top-level State institution need to be transparent, any other top-level State institution, drawing on a loose construction of the constitutional frame, tries to usurp additional powers, i.e. powers that are not expressly mentioned in the Constitution, and to “implant” these powers in the established constitutional frame, that institution will decompose the established model of interrelationship between the top-level State institution and in this way will disturb the system and denounce more or less, the central idea of the principle of separation of powers, viz. that none of the powers shall be dominated by either of the other two.

On the other hand, given the need to guarantee the balance of powers of the top-level State institutions and to prevent the domination of any, the Constitution deliberately adopts a definite regulatory approach. The powers of some top-level State institutions are specially enumerated and with this way of regulation there is no other aim but to mark the confines of power that this institution will exercise and hence, to prevent, inasmuch as the position of a “titleholder” of a power allows, a possible interference with respect to another top-level State institution and vice versa, interference by another top-level State institution into its activity. In other words, the distribution of powers that the Constitution makes as it uses such an approach of arrangement draws a clear demarcation line in the legal status of the top-level state institutions and strengthens their stability and independence of other top-level State institutions. An opposite approach, namely the general definition of competence that the Constitution gives regarding the Council of Ministers may also be an option, yet just because it is a generally defined competence, its counterbalance is the possibility to make the activities of this institution of the State subject to special control by another top-level State institution.

That is why it is inadmissible, under a pretext that the activity of a definite top-level State institution needs control and transparency, for another top-level State institution to draw on a loose construction of constitutional arrangements that define its legal status and powers, to impart to them broader meaning that they really have. Such an approach is nothing but rewriting a text and this constitutes a challenge against the Constitution-entrenched formula in line with which the governance of the State should function. That is why inasmuch as the National Assembly is the holder of the Legislative branch of power and with powers that are listed in detail, it is not explicitly empowered by the Constitution to control how the President of the Republic of Bulgaria exercises his powers; the National Assembly is not to ascertain and generally, not to examine the motives, legal grounds and circumstances in which a presidential decree was signed since, if it does so, it will exercise powers that the Constitution has not vested in it.

3. In addition to the legislative authority, the function to exercise parliamentary control is vested in the National Assembly (Art. 62, para 2 of the Constitution). It is its second fundamental function. Sometimes parliamentary control is seen solely as a question time in Parliament (questions, interpellations and related debate) (Art. 90 of the Constitution). However, parliamentary control in the definition of Art. 62, para 1 of the Constitution has a broader meaning: what is meant is a check and assessment of actions and policies, planned or implemented, of the Government and its administration to see whether they are law-abiding as well as appropriate. In this spirit the Constitution arranges the legal status of the standing parliamentary committees: it explicitly states that, apart from aiding the work of the National Assembly, they shall exercise parliamentary control on its behalf (Art. 79, para 2 of the Constitution).

In turn, the election of ad hoc committees is a special kind of parliamentary control as in this case they do not exercise control in the narrow sense of the word (Art. 90 of the Constitution) but collect information in order to make the governance more transparent and in the long run, to impact the Government’s policy. In any case, the activity of any ad hoc parliamentary committee is targeted in principle, at concrete aspects of the implemented domestic and foreign policy and that is a constitutional function of the Government in order to engage its collegiate or individual political responsibility.

Therefore, the idea launched in the course of the discussion on the election of the Ad hoc Parliamentary Committee of 15 February 2012, viz. that its formation should not be seen as a form of parliamentary control, is unacceptable.

The Parliament's Decision of 15 February 2012 tries, to a certain extent, to "shatter" the understanding of the function of ad hoc parliamentary committees within the framework of the National Assembly's powers and to relate their activities primarily with the improvement of the legislation that grants a pardon, writes off bad debts, grants and restores Bulgarian citizenship and relieves from and withdraws Bulgarian citizenship. Inasmuch as each MP is entitled to initiate a legislating process except for the budget bills, it remains dubious whether it is necessary for the Parliament to organize a group of MPs to prepare conclusions on which the National Assembly, in the long run, is to have its say, including the need of amendments to pieces of legislation. Such understanding of the legislating process, i.e. to make a bill subject to preliminary approval by the Parliament and only after that to submit it to floor discussion, definitively goes beyond the meaning and purpose of this legal institute.

4. As evident from the floor discussion in Parliament and the proposed changes in the draft decision, the Decision of 15 February 2012 that was adopted, was based on the understanding that an ad hoc parliamentary committee that examines a certain matter is not an inquiry committee. The presumption that it is the inquiry and not the examination that constitutes parliamentary control was launched also during the discussion within the framework of the Ad hoc Parliamentary Committee that was elected on 15 February 2012. It is a matter of a case-by-case judgment whether a certain ad hoc parliamentary committee is tasked to investigate or to inquire. The Rules of Organization and Procedure of the National Assembly (Chapter Five) do not invite a conclusion that such a differentiation will have a legal effect. In turn, when the Constitution provides for investigations and inquiries (Art. 79, para 3) it is not any specifics of the concept "parliamentary control" that is meant; it is the methods of collection of information that are meant. The Constitution (Art. 79, para 2) reads that ad hoc parliamentary committees shall be elected for investigations and inquiries in order to define their legal status in comparison to the standing parliamentary committees that are involved in the legislating process (Art. 26 ff. of the Rules of Organization and Procedure of the National Assembly).

The task assigned to one ad hoc parliamentary committee or another should not go beyond the scope of powers that the Constitution vests in the National Assembly. What is valid for the National Assembly as a whole shall be valid for the parliamentary committee that it elects. The Constitutional Court has previously ruled on the interdependence of the National Assembly's powers and the parliamentary committees' activities. The Court has ruled that neither the Parliament nor the parliamentary committees shall make it binding on the President, the Vice President, the Constitutional Court Justices and the magistrates to be accountable to Parliament as this is in contravention of the principle of separation of powers. Drawing on the *Per argumentum a fortiori*, i.e. from smaller to greater, the National Assembly or its committees, no matter standing or ad hoc, should not interfere into or discuss the activities of other top-level State institutions unless the Constitution empowers them accordingly.

5. Art. 62, para 1 of the Constitution grants to the National Assembly the right to exercise parliamentary control. This control has different forms but always one basic target –

the activities of the Government that is in office and its political responsibility. The *raison d'être* of parliamentary control lies in the Parliament's power to elect and remove the cabinet (Art. 84, item 6 of the Constitution). The nature of the relationship therefore determines the "target" of parliamentary control and rules out the possibility to extend it onto the activity of other top-level State institutions outside the Executive branch of power personified by the Government and its administration. According to the Decision of 15 February 2012 the "target" of investigation is the powers that the Constitution vests in the President.

The Constitutional Court believes that the activity of the Ad hoc Parliamentary Committee that it elected on 15 February 2012 is a kind of parliamentary control. In turn, the "target" of parliamentary control, as defined by the Constitution, should determine the tasks that the National Assembly is free to assign to this ad hoc parliamentary committee. Given the legal status of an institution that embodies the unity of the nation, the Constitution assigns to the Head of State a consolidating role in the Constitution-established system of State governance and the President, while he stands side by side with the other top-level State institutions that the Constitution tasks to exercise the Legislative, Executive and Judicial power, he cannot engage or identify with any of these three powers. The President is a standalone State institution and draws his powers directly from the Constitution. The Constitution grants the President powers that derive from his legal status and also powers that have bearing on the domain of each of the separate powers. Thus the Constitution expects from the President to ensure the balance between the three powers.

The legal status of the President of the Republic of Bulgaria as the Head of State and a body that performs integrating functions in the governance of the State precludes a possibility of being a "titleholder", even figuratively or partially, of any of the powers, including the Executive branch of power. None of the three powers dominates over the President hierarchically; none of the three powers is dominated by the President. Therefore, the President shall not be subject to parliamentary control inasmuch as the Constitution defines parliamentary control as a power of the National Assembly to be exercised solely on the Government that it has elected. Hence, all forms of parliamentary control, including ad hoc parliamentary committees set up to examine the presidential functions, shall be inadmissible from the perspective of the Constitution.

The legal status of the President disallows the exercise of parliamentary control on his acts. However, it is not to be concluded that the President is a State institution that is beyond control and that the presidential decrees are not subject to control at all. While the Constitution allows control on the President, it arranges this in a way that precludes his dependence on any of the three separated powers. That is why the Constitution grants the right to a body like the Constitutional Court that was constitutionally established and independent of any of the three powers, to rule on the presidential acts' compliance with the Constitution (Art. 149, para 1, item 2) and to judge whether the President has violated the Constitution or committed high treason (Art. 149, para 1, item 8 read in combination with Art. 103, para 3 of the Constitution). Regarding the lawfulness of presidential acts concerning the domain of the Executive, control on them is exercised in the form of parliamentary control on the Executive since the interference of the Executive is a condition for their enactment.

Given the above stated, a conclusion can be drawn that the setting up of an ad hoc parliamentary committee to examine the President's actions creates unacceptable, from the perspective of the principle of separation of powers, imbalances in the system of mechanisms that the Constitution has established under his influence.

6. Some of the President's powers are explicitly listed in Art. 98 of the Constitution. They can be classified in different ways based on different criteria. The Decision of 15 February 2012 refers to three of them: the nature of the powers, specifically the powers intrinsic to the President's legal status of Head of State or powers that fall into the domain the Executive. Such a distinction has its legal importance with a view of the institute of countersigning the presidential decrees but is irrelevant in view of the admissibility of parliamentary control. Those of the presidential powers that fall into the domain of the Executive are likewise beyond parliamentary control inasmuch as they are part of the mechanism of balance and deterrence of powers. The principle of separation of powers calls for a clear foregoing definition of the legal status of top-level state institutions while the nature of the powers granted to these institutions is unable consequently to impact their legal status within the system of State governance.

7. In the MPs' opinion the Ad hoc Committee that was set up on 15 February 2012 conflicts with Art. 103, para 1 of the Constitution. The cited text reads that the President and Vice President shall not be held liable for actions committed in the performance of their duties, except for high treason, or a violation of the Constitution. The text covers their criminal and also proprietary and political liability. Moreover, they should still enjoy the protection extended by this text after their term in office ends. As the Constitutional Court has previously ruled, MPs shall not face criminal or other kinds of charges when they cease to be MPs. There is no reason why the same approach should not be valid with respect to the President and the Vice President. Therefore, they can be only politically accountable to the Constitutional Court for their actions and on definite grounds at that. Moreover since the meaning of political liability is reduced to an earlier termination of the term in office of the President and Vice President, it would be *contradictio in adiecto* for this liability to continue after the expiry of the term in office.

Art. 103, para 1 of the Constitution is also in favor of the assertion that the Constitution disallows exercising parliamentary control on the President. Premising on the fact that the National Assembly shall not hold the President politically liable, there is no reason why it should enjoy the right to start the parliamentary control process on him. The only measure that the Constitution allows the National Assembly regarding the President's political liability is to lodge an impeachment to be tried by the Constitutional Court (Art. 103, para 2 of the Constitution). Parliamentary control in the sense of Art. 62, para of the Constitution makes it imperative to grant a power to seek and assume political liability. The split between these two as sensed from the debate in Parliament and in the Ad hoc Parliamentary Committee that was elected on 15 February is not in tune with the logic of law.

It is to be concluded from the stated reasoning that the National Assembly went beyond the confines of its powers when it elected an Ad hoc Parliamentary Committee inasmuch as this committee was assigned tasks that treat actions of the President of the Republic of Bulgaria. The National Assembly may elect ad hoc parliamentary committees that will stay within the confines of its powers and specifically concern itself with the actions of the

Government – the Prime Minister and the cabinet members who initiate the respective proceedings that are finalized by decrees that are issued by the President of the Republic of Bulgaria, that are countersigned to be made valid or that arranged that the decrees issued take legal effect. However, the freedom to exercise parliamentary control on the President remains beyond the confines of the National Assembly's powers.

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี  
 คำวินิจฉัยที่ 28-2(A) KCCR 1,2012Hun-Ba258 ลงวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๙ (ค.ศ. ๒๐๑๖)  
 กรณีการลงโทษบุคคลรักร่วมเพศในค่ายทหาร  
 Case on the Punishment of Homosexuality in the Military

นางสาวตรีรัตน์ ทนุขวัญแก้ว  
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์  
 นายนิติกร จิรัฐติกาลกิจ  
 ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีได้วินิจฉัยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ได้แย้งบทบัญญัติมาตรา ๙๒ วรรคห้า ของรัฐบัญญัติอาญาทหาร (the Military Criminal Act) ซึ่งบัญญัติคำว่า “พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม” โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ถ้อยคำดังกล่าวย่อหมายถึงความถึงพฤติกรรมอันเป็นการลวนลาม (molestation) หรือเสมือนเป็นการลวนลามโดยการถูกบังคับ (quasi-molestation by force) การกระทำเพื่อความพึงพอใจทางเพศ (an act of sexual gratification) ระหว่างทหารซึ่งเป็นเพศเดียวกัน ซึ่งเป็นการร่วมเพศทางทวารหนัก (sodomy) และการกระทำซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่อาจทำให้สาธารณชนโดยทั่วไปเกิดความรู้สึกเกลียดชังและขัดต่ออุดมคติเกี่ยวกับศีลธรรมทางเพศ (virtuous sexual moral ideals) ดังนั้น “บทบัญญัติพิพาท” จึงมิได้ละเมิดกฎแห่งความชัดเจนตามหลักไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด (the rule of clarity of the principle of “nulla poena sine lege”)

ขณะเดียวกัน การลงโทษพฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสมก็มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างพฤติกรรมที่ดีและระเบียบวินัยทางทหารของกองทัพในฐานะที่เป็นชุมชน (a community) และด้วยเงื่อนไขด้านความปลอดภัยและระบบกฎเกณฑ์ทางทหารของสาธารณรัฐเกาหลี กรณีนี้จึงเป็นไปได้ที่จะมีการควบคุมการกระทำระหว่างทหารเพศเดียวกันให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพโดยอาศัยเฉพาะข้อจำกัดทางการบริหารเท่านั้น ดังนั้น บทลงโทษดังกล่าวจึงมิได้ละเมิดสิทธิในการกำหนดเพศตนเองของทหาร (right to sexual self-determination) ความลับและเสรีภาพในความเป็นส่วนตัว (secrecy and freedom of privacy) รวมถึงเสรีภาพทางกายภาพ (physical freedom) อย่างไรก็ตาม ทหารซึ่งเป็นบุคคลเพศเดียวกันจะถูกเลือกปฏิบัติ (discrimination) โดยบทบัญญัติพิพาทเมื่อเปรียบเทียบกับทหารซึ่งเป็นบุคคลต่างเพศ แต่กระนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็ยอมรับว่า ข้อจำกัดได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความโดดเด่นและอำนาจในการต่อสู้ของกองทัพ ซึ่งถือว่าเป็นสาเหตุที่สมเหตุสมผล

## ๒. สรุปข้อเท็จจริง

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ “พฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสม” ตามมาตรา ๙๒ วรรคห้าแห่งรัฐบัญญัติอาญาทหาร ซึ่งกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับพฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสม ซึ่งเข้าข่ายการกระทำชำเราทางทวารหนัก (Sodomy)<sup>๑</sup> ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

อนึ่ง บทบัญญัติมาตรา ๙๒ แห่งรัฐบัญญัติอาญาทหารซึ่งถูกตราขึ้นเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๐๕ (ค.ศ. ๑๙๖๒) ได้กำหนดบทลงโทษจำคุกโดยใช้แรงงาน (Prison Labor) ไม่เกินหนึ่งปีสำหรับพฤติกรรมอื่นที่น่าอับอาย (disgraceful conduct) โดยศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยมาถึงสองครั้งแล้วว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (ดังปรากฏในคำวินิจฉัยที่ 2001Hun-Ba70 ลงวันที่ ๒๗ มิถุนายน ๒๕๔๕ (ซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนสองเสียงเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ) และในคำวินิจฉัยที่ 2008Hun-Ka21 ลงวันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๕๕๔ (ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนสามเสียงเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญและอีกหนึ่งเสียงเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญอย่างมีเงื่อนไข (conditional unconstitutionality)) ต่อมาบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมและเปลี่ยนไปเป็นมาตรา ๙๒ วรรคห้า แห่งรัฐบัญญัติอาญาทหาร พ.ศ. ๒๕๕๔ (ค.ศ. ๒๐๐๙) ซึ่งกำหนดบทลงโทษจำคุกโดยใช้แรงงานไม่เกินสองปี สำหรับการกระทำชำเราทางทวารหนักหรือพฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสม (sodomy or other indecent conduct)

ผู้ร้องได้ถูกดำเนินคดีในข้อหาการกระทำพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมต่อผู้ใต้บังคับบัญชาในระดับล่างในค่ายทหารและสถานที่อื่น ๆ อันเป็นเหตุให้ผู้ร้องยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ขณะที่คดีนี้อยู่ระหว่างการพิจารณา สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติอาญาทหาร เมื่อวันที่ ๕ เมษายน พ.ศ. ๒๕๕๖ (ค.ศ. ๒๐๑๓) โดยรัฐบัญญัติ เลขที่ ๑๑๗๓๔ โดยย้ายบทบัญญัติพิพาทจาก มาตรา ๙๒ วรรคห้าเป็นมาตรา ๙๒ วรรคหก และแก้ไขเพิ่มเติมการกระทำที่ ต้องถูกลงโทษฐาน “มีเพศสัมพันธ์ทางทวารหนักหรือพฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสม (anal intercourse or other indecent acts)”<sup>๒</sup>

## ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐบัญญัติอาญาทหาร ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม โดยรัฐบัญญัติ เลขที่ ๑๑๗๓๔

มาตรา ๙๒ วรรคหก บัญญัติว่า บุคคลที่กระทำมีเพศสัมพันธ์ทางทวารหนักกับบุคคลใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑ (๑) ถึง (๓) หรือพฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสม ต้องระวางโทษจำคุกโดยใช้แรงงานไม่เกินสองปี <sup>๓</sup>

<sup>๑</sup> “Sodomy” มีความหมายหลายประการ โดยส่วนใหญ่พฤติกรรมนี้มักเกิดในกลุ่มของผู้รักร่วมเพศระหว่างผู้ชาย อันหมายถึงการมีเพศสัมพันธ์ทางทวารหนักหรือทางปากระหว่างบุคคล มีความหมายคล้ายคลึงกับความเป็นสัตว์ป่าหรือสัตว์จำพวก Zoophilia (เช่น ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างมนุษย์กับสัตว์) (สืบค้นเพิ่มเติมโดยผู้เขียน - โปรดดู “Sodomy sexual behavior” (Britannica) <<https://www.britannica.com/topic/sodomy>> สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๗)

<sup>๒</sup> การร่วมเพศทางทวารหนัก (anal sex) หมายถึงการร่วมประเวณีด้วยการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปทางรูทวารหนัก และยังหมายถึงการร่วมเพศที่เกี่ยวข้องกับทวารหนัก เช่น การสอดใส่ช่องทวารหนักด้วยนิ้วมือหรือวัตถุอื่น หรือการใช้ลิ้นเลียช่องทวารหนัก (สืบค้นเพิ่มเติมโดยผู้เขียน - โปรดดู <<https://www.health.com/condition/sexual-health/anal-sex-health-risks>> สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๗)

<sup>๓</sup> Military Criminal Act



#### ๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้บทบัญญัติพิพาทไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

คำว่า “พฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสม” (other indecent conduct) หมายความว่า พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมอันเป็นการลวนลาม (molestation) หรือเสมือนเป็นการลวนลามโดยการอุกบังกับ (quasi-molestation by force) การกระทำเพื่อความพึงพอใจทางเพศ (an act of sexual gratification) ระหว่างทหารซึ่งเป็นเพศเดียวกัน ซึ่งเป็นการร่วมเพศทางทวารหนัก (sodomy) และการกระทำซึ่งมีวัตถุประสงค์ของการกระทำที่ทำให้สาธารณชนโดยทั่วไปเกิดความรู้สึกเกลียดชังและขัดต่ออุดมคติเกี่ยวกับศีลธรรมทางเพศ (virtuous sexual moral ideals) ทั้งนี้ พิจารณาแล้วเห็นว่า “บทบัญญัติพิพาท” มิได้ละเมิดกฎแห่งความชัดเจนตามหลักไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด (the rule of clarity of the principle of “nulla poena sine lege”)

การลงโทษพฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสมมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างพฤติกรรมที่ดีและระเบียบวินัยทางทหารของกองทัพในฐานะที่เป็นชุมชน (a community) และด้วยเงื่อนไขด้านความปลอดภัยและระบบกฎหมายทางทหารของสาธารณรัฐเกาหลี กรณีจึงเป็นไปไม่ได้ที่จะควบคุมการกระทำที่เหมาะสมระหว่างทหารเพศเดียวกันให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพโดยอาศัยเฉพาะข้อจำกัดทางการบริหารเท่านั้น ดังนั้น บทลงโทษดังกล่าวจึงมิได้ละเมิดสิทธิในการกำหนดเพศตนเองของทหาร (right to sexual self-determination) ความลับและเสรีภาพในความเป็นส่วนตัว (secrecy and freedom of privacy) รวมถึงเสรีภาพทางกายภาพ (physical freedom)

แม้ว่าทหารซึ่งเป็นบุคคลเพศเดียวกันจะถูกเลือกปฏิบัติ (discrimination) โดยบทบัญญัติพิพาทเมื่อเปรียบเทียบกับทหารซึ่งเป็นบุคคลต่างเพศ แต่กระนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็ยอมรับว่า ข้อจำกัดได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความโดดเด่นและอำนาจในการต่อสู้ของกองทัพ ซึ่งถือว่าเป็นสาเหตุที่สมเหตุสมผล

อย่างไรก็ดี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน ๔ ท่าน คือ คิมอีซุง (Kim Yi-Sung) ลี จิน ซุง (Lee Jin-Sung) คังอีลวอน (Kang Il -Won) และ โชยองโฮ (Cho Young-Ho) เห็นว่า บทบัญญัติพิพาทขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดต่อหลักความสามารถในการคาดการณ์ (norm addressees of predictability) และทำให้เกิดการตีความกฎหมายตามอำเภอใจของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย โดยอาศัยเฉพาะความคลุมเครือของคำว่า “การร่วมเพศทางทวารหนักหรือพฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสม” เพื่อเป็นองค์ประกอบของการกระทำ ความผิด รวมถึงไม่มีตัวชี้วัดถึงความจำเป็นในการบังคับใช้ หรือรายละเอียดของกฎหมายเกี่ยวกับระดับ

---

Article 92-6 (Indecent Act) A person who commits anal intercourse with any person prescribed in Article 1 (1) through (3) or any other indecent act shall be punished by imprisonment with labor for not more than two years. <Amended by Act No. 11734, Apr. 5, 2013>

๔ “พฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสม” (other indecent conduct) คือ การผิดศีลธรรมรูปแบบหนึ่ง ที่เกี่ยวข้องกับ ความไม่บริสุทธิ์ทางเพศอย่างร้ายแรง ลามกอนาจาร และน่ารังเกียจต่อความเหมาะสมโดยทั่วไป และมีแนวโน้มที่จะกระตุ้น ความต้องการทางเพศหรือศีลธรรมเสื่อมทรามในเรื่องความสัมพันธ์ทางเพศ การกระทำอนาจารรวมถึงการสังเวยหรือจัดทำ วิดีโอเพป ภาพถ่ายภาพเคลื่อนไหวการพิมพ์ เนกาทีฟ สไลด์ หรือวัสดุภาพอื่น ๆ ที่ผลิตขึ้นโดยใช้กลไก อิเล็กทรอนิกส์ หรือทาง เคมี โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลอื่น และขัดต่อความคาดหวังที่สมเหตุสมผลของบุคคลอื่น ในเรื่อง ความเป็นส่วนตัว (“Law Insider” <<https://www.lawinsider.com/dictionary/indecent-conduct>> สืบค้นเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๗)

(degree) วัตถุ (object) เวลา (time) สถานที่ (place) และอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ดังนั้น บทบัญญัติ พิพาทจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

อนึ่ง ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยแล้ว ได้ปรากฏว่ามีทั้งความคิดเห็นที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยผู้ที่ไม่เห็นด้วย เช่น แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล (Amnesty International) ได้วิพากษ์วิจารณ์คำวินิจฉัยดังกล่าว โดยเห็นว่า ไม่ควรมีใครถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ (sexual orientation or gender identity) นอกจากนี้ สำหรับการลงโทษเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นบุคคลรักร่วมเพศนั้น ได้ทำให้เกิดการถกเถียงในสังคม และมีการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา ๙๒ วรรคหก ของรัฐธรรมนูญอาญาทหาร จากนั้นได้มีการยื่นร่างรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกบทบัญญัติมาตรา ๙๒ วรรคหก ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

---



trafficking for economic gain and may lead to female sex workers becoming entrenched in sex trafficking. In addition, the Act on the Punishment of Commercial Sex contains a broad recognition of the term “victim of sex trafficking” and thus exempts persons forced to engage in sex trafficking or incapable of making decisions, such as juveniles, from criminal punishment. Therefore, it cannot be said that the imposition of criminal punishment on sex workers is excessive.

Justices Kim Yi–Su and Kang Il–Won presented a dissenting opinion, as follows.

Certain female sex workers inevitably engage in sex trafficking in desperation for survival, and this is a social structural matter that cannot be easily resolved on individual terms. Imposing criminal punishment on these persons will foster the underground sex trafficking market and hinder the eradication of the sex trade, if anything. For the reasons above, the Provision on the Punishment of Commercial Sex Acts which criminally punishes sex workers is partially unconstitutional.

Justice Cho Yong–Ho presented the opinion that the Provision on the Punishment of Commercial Sex Acts is unconstitutional on the following grounds.

By nature, voluntary commercial sex between adults belongs to the extremely intimate domain of an individual’s private life. The intervention of the state in such intimate domain of sexual affairs to impose criminal punishment is a declaration and coercion of the state’s specific moral view. Therefore, the Provision on the Punishment of Commercial Sex Acts violates the Constitution.

### C. Aftermath of the Case

Regarding this decision, the Korean Women Lawyers Association issued the following statement.

Sex trafficking cannot be regarded as a matter of sexual self–determination that arises in an equal relationship, because the sex buyer has control over the sex worker’s sex and personality due to the fact that the former has paid the price for such act. It is not subject to secrecy and protection of privacy, either. Moreover, sex trafficking cannot be considered a job subject to freedom of occupation in light of its detriment to individuals and society (The Law Times, March 31, 2016).

## 14. Case on the Punishment of Homosexuality in the Military

[28–2(A) KCCR 1, 2012Hun–Ba258, July 28, 2016]

### A. Background of the Case

In this case, the Constitutional Court held that the part relating to “other indecent conduct” in Article 92–5 of the Military Criminal Act (hereinafter referred to as the “Instant Provision”), which prescribes criminal punishment for other indecent conduct that falls short of sodomy, does not violate the Constitution.

Article 92 of the Military Criminal Act, which was enacted in 1962, stipulated punishment by imprisonment with prison labor for not more than one year for other disgraceful conduct, and the Constitutional Court decided on two occasions that this provision was not against the Constitution (2001Hun–Ba70, June 27, 2002 [opinion of unconstitutionality by two justices]; 2008Hun–Ka21, March 31, 2011 [opinion of unconstitutionality by three justices and opinion of conditional unconstitutionality by one justice]). The aforementioned provision was amended and transferred to Article 92–5 of the Military Criminal Act in 2009, which prescribes punishment by imprisonment with prison labor for not more than two years for “sodomy or other indecent conduct.”

The complainant was prosecuted on charges of committing indecent conduct on a lower–ranking subordinate in the army barracks of his regiment and other places. In response, the complainant filed a constitutional complaint.

While this case was pending, the National Assembly, on April 5, 2013, amended the Military Criminal Act by Act No. 11734, moving the Instant Provision to Article 92–6 and revising the acts subject to punishment to “anal intercourse or other indecent acts.”

### B. Summary of the Decision

The Constitutional Court decided that the Instant Provision does not violate the Constitution, for the following reasons.

The term “other indecent conduct” means indecent conduct that falls short of molestation and quasi–molestation by force; an act of sexual gratification between soldiers of the same sex that falls short of sodomy; and an act which from an objective point of view, causes a sense of aversion in the general public and runs contrary to virtuous sexual moral ideals. Considering such interpretation, the Instant Provision does not violate the rule of clarity of the principle of *nulla poena sine lege*.

The punishment of other indecent conduct aims to establish sound conduct and military discipline of the army as a community. Given the security conditions and the conscription system of the Republic of Korea, it is impracticable to effectively regulate



acts of indecent conduct between same-sex soldiers through administrative restrictions only. Therefore, such punishment does not infringe upon the soldier's right to sexual self-determination, secrecy and freedom of privacy, and physical freedom.

Even if soldiers of the same sex are discriminated against in comparison to soldiers of the opposite sex by the Instant Provision, we recognize this restriction is imposed to preserve the distinctiveness and combat power of the army and thus constitutes a reasonable cause.

Justices Kim Yi-Su, Lee Jin-Sung, Kang Il-Won, and Cho Yong-Ho expressed an opinion of unconstitutionality for the Instant Provision as follows.

The Instant Provision deprives norm addressees of predictability, and creates the possibility of arbitrary legal interpretation by law enforcement agencies, by using only the vague and comprehensive terms of "sodomy or other indecent conduct" for the elements of the crime, and provides no indication of the necessity of compulsion, or detailed criteria on the degree, object, time, place, etc. of the act. Therefore, the Instant Provision violates the Constitution.

### C. Aftermath of the Case

Some opinions were in favor of the Constitutional Court with regard to its three decisions of constitutionality of the Instant Provision (Chung Yeon-Ju, *Constitutional Issues relating to the Crime of Indecent Conduct in the Military Criminal Act*). However, many others criticized the Court's decision of constitutionality, pointing out the possibility of unconstitutionality of Article 95-2 of the Military Criminal Act (Cho Kuk, *Criticism on the Crime of 'sodomy or other Indecent Conduct' in Article 92-5 of the Military Criminal Act*; Lim Chae-Sung, *An Analysis of Critical Discourses on 'National Security'-Related Constitutional Decisions by the Constitutional Court Confined in Militarism*; Kim Myung-Su, *A Review of Legal Discrimination against Sexual Minorities*; Park Chan-Geol, *Problems with the Crime of Indecent Conduct in the Military Criminal Act and Improvement Measures*; and Roh Ki-Ho, *An Examination of Unconstitutionality of the 'Crime of Indecent Conduct' in Article 92 of the Military Criminal Act*). Moreover, Amnesty International denounced the Court's decision, arguing that no one should be discriminated against based on sexual orientation or gender identity (The Newsis, July 28, 2016).

After this decision was delivered, a conviction against a homosexual officer caused

social controversy, and a motion to request a constitutional review of Article 92–6 of the Military Criminal Act was filed. In addition, a bill proposing to delete Article 92–6 of the Military Criminal Act was submitted to the National Assembly.

## 15. Case on the Improper Solicitation and Graft Act (the so-called “Kim Young–Ran Act”)

[28–2(A) KCCR 128, 2015Hun–Ma236 et al., July 28, 2016]

### A. Background of the Case

In this case, the Constitutional Court held constitutional the provisions relating to journalists and private school employees in the Improper Solicitation and Graft Act (hereinafter referred to as the “Solicitation Act”), which had caused a lot of controversy before the Act entered into force.

The Solicitation Act was enacted and promulgated by Act No. 13278 on March 27, 2015, and entered into force on September 28, 2016. The complaints were journalists and private school employees. Before the Solicitation Act entered into force, the complainants filed a constitutional complaint, claiming that ① the provisions that include journalists and private school employees in the definition of public officials, etc., that are prohibited from being involved in improper solicitation, and that do not apply the Solicitation Act to any conduct deemed in line with social norms (hereinafter referred to as the “Provisions on Improper Solicitation”); ② the provisions that not only prohibit the receipt of financial or other advantages in connection with duties regardless of whether they are given in exchange for any favors, but also prohibit the receipt of financial or other advantages exceeding a certain amount from the same person regardless of whether it is connected to duties or given in exchange for any favors (hereinafter referred to as the “Provisions on the Receipt of Financial or Other Advantages”); ③ the provisions that delegate to a Presidential Decree the specification of the limit on honorariums for outside lectures, etc. and on the value of food and drink, congratulatory or condolence money, gifts, etc. that can be received by journalists and private school employees (hereinafter referred to as the “Delegation Provisions”); ④ the provision that imposes on journalists and private school employees the duty to report any cases where they become aware that his or her spouse received unacceptable financial or other advantages in connection with the duties of the journalist or private school employee in question (hereinafter referred to as the

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก  
คำวินิจฉัยที่ Pl. ÚS 8/20 วันที่ ๒๒ เมษายน ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)  
กรณีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อใช้บังคับมาตรการพิเศษในช่วงสถานการณ์โควิด-19  
ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>1</sup>

นายนิติกร จิรนิติกาลกิจ  
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็กได้พิจารณาคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่โต้แย้งการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาล รวมถึงโต้แย้งการบังคับใช้มาตรการในสถานการณ์วิกฤต (Crisis measures) ของรัฐบาล และมาตรการพิเศษ (Extraordinary measures) ที่ออกโดยกระทรวงสาธารณสุขว่าละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เนื่องจากการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางภายในประเทศ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยยกคำร้องของผู้ร้องและได้วางหลักในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและใช้บังคับมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional complaint) เอาไว้หลายประการ กล่าวคือ

๑. การตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินถือเป็นการกระทำทางการบริหาร (an act of governance) ซึ่งมีสภาพบังคับและไม่ถือเป็นวัตถุในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ แต่เป็นวัตถุในการตรวจสอบของสภาผู้แทนราษฎร (Chamber of deputies) ซึ่งเป็นองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งตามหลักประชาธิปไตยที่มีข้อองค์กรตุลาการ (a democratically elected non-judicial authority) อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยให้การตัดสินใจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินสิ้นผลใช้บังคับได้ หากเห็นว่า ประกาศดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานของหลักนิติธรรม (the fundamental principles of the rule of law) และมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตยและหลักนิติธรรม

๒. มาตรการในสถานการณ์วิกฤตที่ถูกนำมาใช้บังคับโดยรัฐบาลนั้น มิได้อยู่ในรูปแบบของ “มาตรการผสม” (hybrid measures) แต่ควรถูกจัดว่าเป็น “การกระทำอื่นทางกฎหมาย” (other legal acts) ตามนัยของรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญ (the Constitutional Court Act) ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมไม่อาจถูกโต้แย้งโดยปัจเจกบุคคลได้ เว้นแต่ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง (privileged applicants) ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

๓. คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่โต้แย้งมาตรการพิเศษของกระทรวงสาธารณสุขจะยื่นได้ก็ต่อเมื่อการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (administrative justice) ได้สิ้นสุดลงแล้วเท่านั้น โดยศาล

<sup>1</sup> โปรดดู ‘Decision Pl. ÚS 8/20 - Certain measures adopted amid Covid-19 pandemic’ (Constitutional Court of Czech Republic, 22 April 2020) < <https://www.usoud.cz/en/current-affairs/decision-pl-us-8-20-certain-measures-adopted-amid-covid-19-pandemic> > สืบค้นเมื่อ ๗ พฤษภาคม ๒๕๖๗.

รัฐธรรมนูญย่อมสามารถพิจารณาคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ หากเห็นว่าคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจะเกิดประโยชน์ต่อผู้ร้องอย่างมีนัยสำคัญ แม้ว่าเงื่อนไขในส่วนของ การสิ้นสุดลงของการเยียวยาจะยังไม่สมบูรณ์ก็ตาม

## ๒. สรุปข้อเท็จจริง

เมื่อวันที่ ๑๒ มีนาคม ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐) รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐเช็ก ได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วประเทศเป็นเวลา ๓๐ วัน อันเนื่องมาจากการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเลขที่ ๒๔๐/๒๐๐๐ ว่าด้วยการจัดการวิกฤต (the Crisis Management Act-CMA) จากนั้นได้มีการขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินออกไปอีก ๒ ครั้ง (เมื่อวันที่ ๙ เมษายน ๒๕๖๓ และเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๖๓) และการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวได้สิ้นสุดลงเมื่อวันที่ ๑๗ พฤษภาคม ๒๕๖๒

ตามมาตรา ๔ และมาตรา ๖ ของรัฐบัญญัติการจัดการวิกฤต รัฐบาลมีอำนาจที่จะใช้บังคับมาตรการในสถานการณ์วิกฤตที่เป็นการจำกัดสิทธิมนุษยชนบางประการได้ นอกจากนี้ ตามกฎหมายเลขที่ ๒๕๕/๒๐๐๐ ว่าด้วยการคุ้มครองด้านสาธารณสุข (the Protection of Public Health – LPPH) กระทรวงสาธารณสุขอาจใช้บังคับมาตรการพิเศษ (extraordinary measures) ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิบางประการได้ โดยกระทรวงสาธารณสุขสามารถปรับเปลี่ยนมาตรการในสถานการณ์วิกฤตบางอย่างที่ออกโดยรัฐบาลได้ ขณะเดียวกันมาตรการพิเศษอื่นที่ออกโดยกระทรวงสาธารณสุขก็มีผลเป็นการสร้างข้อจำกัดและหน้าที่ขึ้นมาใหม่ด้วย

ต่อมาเมื่อวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๖๓ ผู้ร้องซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และการขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในครั้งแรก รวมถึงโต้แย้งหนึ่งในมาตรการในสถานการณ์วิกฤตของรัฐบาลที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายภายในประเทศ (the freedom of movement on the territory) และโต้แย้งมาตรการพิเศษที่ออกโดยกระทรวงสาธารณสุขอีก ๓ มาตรการ ซึ่งมาตรการทั้งหมดนั้นล้วนแล้วแต่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางภายในประเทศเช่นกัน

## ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก ค.ศ. ๑๙๙๓ (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. ๒๐๑๓)

มาตรา ๓๙

๓. ในการให้ความเห็นชอบมติในการประกาศสงครามหรือมติในการยินยอมให้ส่งกองกำลังของสาธารณรัฐเช็กออกนอกประเทศหรือมติในการจัดตั้งกองทัพของประเทศอื่นในดินแดนของสาธารณรัฐเช็ก รวมถึงการรับรองมติเกี่ยวกับการเข้าร่วมของสาธารณรัฐเช็กในระบบป้องกันตนเองขององค์การระหว่างประเทศที่สาธารณรัฐเช็กได้เข้าเป็นสมาชิก จะต้องอาศัยมติเสียงข้างมากเด็ดขาดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา

มาตรา ๔๓

๑. รัฐสภามีอำนาจในการตัดสินใจที่จะประกาศภาวะสงคราม ในกรณีที่สาธารณรัฐเช็กถูกโจมตี หรือในกรณีที่จำเป็นในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยการปกป้องตนเองร่วมกันเพื่อต่อต้านการรุกราน

มาตรา ๘๗

๑. ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจดังต่อไปนี้



ง) พิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ได้แย้งคำตัดสินอันถึงที่สุดหรือการละเมิดอื่น ๆ ของหน่วยงานของรัฐที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง<sup>2</sup>

**๓.๒ รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เลขที่ ๑๑๐/๑๙๙๘ ลงวันที่ ๒๒ เมษายน ๑๙๙๘ ว่าด้วยความมั่นคงของสาธารณรัฐเช็ก**

**มาตรา ๒**

๑. ในกรณีที่อำนาจอธิปไตย บูรณภาพแห่งดินแดน หรือรากฐานของระบอบประชาธิปไตยของสาธารณรัฐเช็ก ถูกคุกคามโดยตรง หรือในกรณีที่ความสงบเรียบร้อยและความมั่นคง การสาธารณสุข และทรัพย์สินภายในประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงโดยตรง หรือในกรณีจำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันตนเองร่วมกัน อาจมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เงื่อนไขที่เป็นภัยต่อรัฐ หรือสภาวะสงคราม โดยขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรง พื้นที่ที่ได้รับผลกระทบ และลักษณะของสถานการณ์

๒. สถานการณ์ฉุกเฉินหรือเงื่อนไขที่เป็นภัยคุกคามต่อรัฐอาจถูกประกาศได้ ไม่ว่าจะจำกัดเฉพาะพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง หรือทั่วทั้งอาณาเขตของรัฐ ขณะที่สภาวะสงครามอาจประกาศได้ทั่วทั้งอาณาเขตของรัฐ

**มาตรา ๓**

๑. ความมั่นคงของสาธารณรัฐเช็กย่อมได้รับการคุ้มครองโดยกองทัพ หน่วยรักษาความปลอดภัยติดอาวุธ หน่วยกู้ภัยและหน่วยบริการอุบัติเหตุ

๒. หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของเขตปกครองตนเอง และบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ย่อมมีหน้าที่ในการเข้าร่วมการปกป้องความมั่นคงของสาธารณรัฐเช็ก ทั้งนี้ ขอบเขตของหน้าที่ รวมถึงรายละเอียดที่เกี่ยวข้อง ให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

**มาตรา ๕**

<sup>2</sup> Constitution of the Czech Republic 1993 (rev. 2013)

**Article 39**

3. The concurrence of an absolute majority of all Deputies and an absolute majority of all Senators is required for the adoption of a resolution declaring a state of war or a resolution granting assent to sending the armed forces of the Czech Republic outside the territory of the Czech Republic or the stationing of the armed forces of other states within the territory of the Czech Republic, as well as with the adoption of a resolution concerning the Czech Republic's participation in the defensive systems of an international organization of which the Czech Republic is a member.

**Article 43**

1. Parliament decides on the declaration of a state of war, if the Czech Republic is attacked, or if such is necessary for the fulfillment of its international treaty obligations on collective self-defense against aggression.

**Article 87**

1. The Constitutional Court has jurisdiction:

d. over constitutional complaints against final decisions or other encroachments by public authorities infringing constitutionally guaranteed fundamental rights and basic freedoms;

๑. รัฐบาลอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้ ในกรณีเกิดภัยพิบัติทางธรรมชาติ อุบัติเหตุทางนิเวศน์หรือทางอุตสาหกรรม หรือภัยอันตรายอื่นซึ่งมีผลเป็นภัยคุกคามอย่างร้ายแรงต่อชีวิต สุขภาพ หรือทรัพย์สิน หรือความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงภายในประเทศ

๒. สถานการณ์ฉุกเฉินอาจไม่ถูกประกาศได้ด้วยเหตุเพื่อการคุ้มครองสิทธิหรือเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคม

๓. ในกรณีที่ความล่าช้าอาจทำให้เกิดอันตราย นายกรัฐมนตรีอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และภายใน ๒๔ ชั่วโมงภายหลังจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐบาลย่อมมีอำนาจในการให้การรับรองหรือเพิกถอนการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรี

๔. รัฐบาลต้องรายงานไปยังสภาผู้แทนราษฎรโดยไม่ชักช้าว่าได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจที่จะเพิกถอนประกาศดังกล่าวได้

#### มาตรา ๖

๑. สถานการณ์ฉุกเฉินย่อมถูกประกาศได้เฉพาะด้วยเหตุผลที่กำหนดไว้ ด้วยระยะเวลาที่แน่นอน และในพื้นที่ที่กำหนดไว้เท่านั้น และควบคุมไปกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐบาลจะต้องระบุว่า สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในรายมาตราอันสอดคล้องกับธรรมนูญสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานใดบ้างที่ถูกจำกัด และเพียงใด รวมถึงหน้าที่ใดบ้างที่ถูกกำหนดขึ้น และเพียงใด ทั้งนี้ รายละเอียดให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

๒. สถานการณ์ฉุกเฉินย่อมถูกประกาศโดยมีช่วงระยะเวลาไม่เกิน ๓๐ วัน ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวอาจถูกขยายได้โดยได้ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรเสียก่อน

๓. สถานการณ์ฉุกเฉินย่อมสิ้นสุดลงเมื่อพ้นระยะเวลาที่มีการประกาศไว้ เว้นแต่รัฐบาลหรือสภาผู้แทนราษฎรมีมติให้เพิกถอนประกาศดังกล่าวก่อนระยะเวลาที่กำหนดไว้

#### มาตรา ๑๒

มติในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เงื่อนไขของภัยคุกคามของรัฐ หรือสภาวะสงคราม ต้องเผยแพร่ต่อสาธารณะ โดยวิธีการของการสื่อสารมวลชน และจะต้องประกาศใช้บังคับเช่นเดียวกับบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งนี้ ประกาศดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับตามที่กำหนดไว้ในมติดังกล่าว<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Constitutional Act of 22 April 1998 No. 110/1998 SB., On the Security of the Czech Republic  
Article 2

1. If the Czech Republic's sovereignty, territorial integrity, or democratic foundations are directly threatened, or if its internal order and security, lives, health or property are to a significant extent directly threatened, or if such is necessary to meet its international obligations on collective self-defense, a state of emergency, condition of threat to the State, or state of war may, in accordance with the intensity, territorial extent and character of the situation, be declared.

2. A state of emergency or condition of threat to the State is declared either in a restricted area or for the entire territory of the State; a state of war is declared for the entire territory of the State.

#### Article 3

1. The Czech Republic's security is to be ensured by the armed forces, the armed security corps, rescue corps, and accident services.

### ๓.๓ รัฐบัญญัติการจัดการวิกฤต (the Crisis Management Act)

#### มาตรา ๔

(๑) รัฐบาล ในช่วงที่มีการเตรียมการเพื่อให้สาธารณรัฐเช็กสำหรับสถานการณ์วิกฤตต่าง ๆ แนวทางแก้ไข และการคุ้มครองโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญ

ก) กำหนดหน้าที่ให้แก่หน่วยงานบริหารจัดการสถานการณ์วิกฤต จัดการและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าว

ข) กำหนดให้กระทรวงหรือหน่วยงานของรัฐส่วนกลางอื่น ๆ ในการประสานงานเพื่อเตรียมพร้อมสำหรับการแก้ไขสถานการณ์วิกฤตเชิงประจักษ์ ในกรณีที่หน้าที่ในการประสานงานมิได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายใดเป็นการเฉพาะ

ค) แต่งตั้งเจ้าหน้าที่วิกฤตส่วนกลางเพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยงานสำหรับการแก้ไขสถานการณ์วิกฤต

ง) กำหนดกฎเกณฑ์แบบตัดขวางและแบบรายสาขา เพื่อระบอบองค์ประกอบของโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญ

จ) ตัดสินใจบนพื้นฐานของข้อมูลที่เสนอโดยกระทรวงมหาดไทยเกี่ยวกับองค์ประกอบของโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญ และองค์ประกอบของโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญของยุโรป ซึ่งดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ

---

2. State bodies, bodies of self-governing territorial units, and natural and legal persons are obliged to participate in safeguarding the Czech Republic's security. The extent of this obligation, as well as further details, shall be provided for by statute.

#### Article 5

1. The government may declare a state of emergency in cases of natural catastrophe, ecological or industrial accident, or other danger which to a significant extent threatens life, health, or property or domestic order or security.

2. A state of emergency may not be declared on grounds of a strike held for the protection of rights or of legitimate economic and social interests.

3. If delay would present a danger, the Prime Minister may declare a state of emergency. Within 24 hours of the announcement thereof, the government shall either ratify or annul his decision.

4. The government shall inform the Assembly of Deputies without unnecessary delay that it has declared a state of emergency, which the Assembly of Deputies may annul.

#### Article 6

1. A state of emergency may be declared only for the stated reasons, for a fixed period, and in relation to a designated territorial area. Concurrently with its declaration of the state of emergency, the government must specify which rights prescribed in individual statutes shall, in conformity with the Charter of Fundamental Rights and Basic Freedoms, be restricted, and to what extent, and which duties shall be imposed, and to what extent. Detailed provisions shall be laid down by statute.

2. A state of emergency may be declared for a period of no more than 30 days. The stated period may be extended only with the prior consent of the Assembly of Deputies.

3. A state of emergency ends upon the expiry of the period for which it was declared, unless the government or the Assembly of Deputies decides to annul it prior to the expiry of that period.

(๒) ในช่วงระหว่างการเตรียมความพร้อมสำหรับสถานการณ์วิกฤตและแนวทางแก้ไขสถานการณ์ รัฐบาลอาจหารือกับธนาคารแห่งสาธารณรัฐซึ่งเกี่ยวกับมาตรการที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของธนาคารได้

#### มาตรา ๖

(๑) ในระหว่างช่วงสถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐบาลมีอำนาจในการออกคำสั่ง สำหรับช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งและสามารถขยายระยะเวลาในกรณีที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

- ก) การอพยพประชาชนหรือทรัพย์สินออกจากพื้นที่ที่กำหนด
- ข) การห้ามการเข้า การพำนัก และการเคลื่อนย้ายประชาชนในพื้นที่ที่กำหนดและในประเทศ
- ค) หน้าที่ด้านแรงงาน ความช่วยเหลือด้านแรงงาน หรือหน้าที่ในการจัดหาทรัพย์สินที่จำเป็น
- ง) การก่อสร้างอาคาร การดำเนินงานของอาคาร การจัดภูมิประเทศ หรือการรื้อถอนอาคารหรือพืชพรรณ เพื่อบรรเทาหรือหลีกเลี่ยงภัยคุกคามที่เกิดขึ้นจากสถานการณ์วิกฤต

(๒) ในระหว่างช่วงสถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐบาลมีอำนาจในการดำเนินการดังต่อไปนี้

ก) ออกระเบียบสำหรับการรายงานเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงการพำนักของบุคคลเป็นการชั่วคราวเป็นเวลามากกว่า ๓ วัน กล่าวคือ เป็นการออกจากสถานที่ที่เป็นที่อยู่อาศัย อันเนื่องมาจากถูกสั่งให้อพยพหรือออกจากสถานที่เนื่องจากภัยคุกคามต่อชีวิตหรือสุขภาพ

ข) ดำเนินมาตรการเพื่อคุ้มกันชายแดนของรัฐ การพำนักของชาวต่างชาติหรือบุคคลที่มีได้ถือสัญชาติ ในพื้นที่ที่มีอาวุธ ระเบิด สารเคมีตั้งต้นและวัตถุอันตรายร้ายแรง โรงงานนิวเคลียร์และแหล่งกำเนิดรังสี

ค) ออกระเบียบเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายบุคคลในสถานที่กักกันหรือถูกจำคุกในเรือนจำอื่นเนื่องจากได้รับโทษ หรือเพื่อยกเลิกการเคลื่อนย้ายบุคคลดังกล่าวออกภายนอกเรือนจำ

ง) ออกคำสั่งเรียกกระดมพลทหารที่อยู่ประจำการและหน่วยผจญเพลิง เพื่อดำเนินมาตรการวิกฤต

จ) ออกคำสั่งเพื่อเสนอการคุ้มครองเด็กและเยาวชน ในกรณีที่ผู้ปกครองหรือผู้พิทักษ์ตามกฎหมายไม่สามารถทำหน้าที่ได้

ฉ) ออกคำสั่งเกี่ยวกับวัสดุของ

๑. เด็ก สุขภาพ และการบริหารทางสังคม

๒. กองทัพ หน่วยความมั่นคงและหน่วยของระบบช่วยเหลือแบบบูรณาการ ในกรณีที่หน่วยงานเหล่านั้นต้องเข้าร่วมเพื่อเติมเต็มมาตรการในสถานการณ์วิกฤต

๓. องค์ประกอบของโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้

ข) ดำเนินการเกี่ยวกับแนวทางในการตัดสินใจด้านความมั่นคงและการดูแลทางสังคม โดยอาจเป็นประโยชน์ทางด้านประกันสุขภาพ ประโยชน์ทางด้านประกันการเลิกจ้างงาน ประโยชน์ทางด้านการสนับสนุนทางสังคมจากภาครัฐ ประโยชน์ทางด้านความต้องการของสังคมและสวัสดิการ

(๓) หน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรกของข้อ ค) อาจกำหนดเฉพาะกิจกรรมหรือรายการที่ไม่สามารถดำเนินการทางสัญญาได้ หรือเรื่องของการปฏิบัติตามคำขอที่เห็นได้ชัดว่าเป็นเงื่อนไขที่เสียเปรียบทางการเงินและระยะเวลา หรือปฏิเสธการปฏิบัติตามและมีอันตรายเกิดขึ้นจากความล่าช้า<sup>4</sup>

<sup>4</sup> The Case Management Act  
Section 4

---

(1) The Government while ensuring preparedness of the Czech Republic for crisis situations, their solution and protection of critical infrastructure

a) imposes the tasks upon crisis management authorities, manages and controls their performance,  
 b) determines the Ministry or other central administrative authority to coordinate preparation for solution of concrete crisis situations in case belonging to coordinating function is not specified by special legal regulation,

c) establishes the Central Crisis Staff as its own working body for crisis situations solution,  
 d) determines cross-cutting and sectoral criteria to specify the element of critical infrastructure,  
 e) decides on the basis of the list submitted by the Ministry of Interior on the elements of critical infrastructure and the elements of European critical infrastructure which are operated by the organizational unit of the state.

(2) During preparedness for crisis situation and its solution the Government shall discuss with the Czech National Bank the measures within the scope of this bank.

#### Section 6

(1) During the emergency state the Government is authorized to order, for the period and for the extend unavoidably required, the following

a) evacuation of people and property from the determined territory,  
 b) prohibition of entry, stay and movement of people at the determined places and territory,  
 c) labour obligation, labour assistance or obligation to provide material assets,  
 d) immediate construction of buildings, building operations, terrain arrangements or removal of buildings or vegetation to mitigate or avoid threat arising from the crisis situation.

(2) During the emergency state the Government is authorized to do the following

a) to enact mandatory reporting of temporary change of stay of persons, i.e. leaving the place of reported permanent residence, from which the person was orderly evacuated or which he/she left because of threat to his/her life or health, providing the change of residence will be longer than 3 days,

b) to take measures to protect the state borders, the stay of foreigners or persons without any citizenship, in the area of weapons, explosives, hazardous chemical substances and materials, nuclear facilities and sources of ionising radiation,

c) to enact transfer of people in custody or in service of a term of imprisonment to other prison or to eliminate free movement of those persons outside the prison,

d) to order employment of soldiers in active service and fire protection units to perform crisis measures,

e) to order provision of children and juvenile care, providing parents or other legal guardian are not able to ensure it,

f) to order priority supplies of

1. children, health or social services,  
 2. armed forces, security forces and units of the integrated rescue system, in case they participate in fulfilment of crisis measures,

3. element of critical infrastructure to the inevitable extent,

#### ๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วมีความเห็นในแต่ละประเด็น ดังนี้

๑. ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมติคณะรัฐมนตรี เลขที่ ๑๙๔ เมื่อวันที่ ๑๒ มีนาคม ๒๕๖๓ ว่าด้วยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และแก้ไขเพิ่มเติมโดยมติคณะรัฐมนตรี เลขที่ ๓๙๖ เมื่อวันที่ ๙ เมษายน ๒๕๖๓ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า การตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินถือเป็นการกระทำทางการบริหาร (an act of governance) ซึ่งมีสภาพบังคับ และไม่ถือเป็นวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ แต่เป็นวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบโดยองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งตามหลักประชาธิปไตยที่มีใช้องค์กรตุลาการ (a democratically elected non-judicial authority) (กล่าวคือ สภาผู้แทนราษฎร (the Chamber of Deputies) ดังนั้น รัฐบาลย่อมต้องรับผิดชอบทางการเมืองในการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตัดสินใจดังกล่าวหาใช่จะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด โดยศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยให้การตัดสินใจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินสิ้นผลใช้บังคับได้ หากการตัดสินใจดังกล่าวมีการบังคับใช้มาตรการในสถานการณ์วิกฤตบางประการ ซึ่งภายใต้สถานการณ์เช่นว่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาวินิจฉัยส่วนใดส่วนหนึ่งของประกาศดังกล่าวได้เป็นการเฉพาะ อนึ่ง การตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอาจถูกวินิจฉัยให้สิ้นผลใช้บังคับได้ หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ประกาศดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานของหลักนิติธรรม (the fundamental principles of the rule of law) และมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตยและหลักนิติธรรมด้วยเหตุนี้ จึงวินิจฉัยยกคำร้องบางส่วนเนื่องจากเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้

๒. ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมติคณะรัฐมนตรี เลขที่ ๒๑๕ เมื่อวันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๖๓ ซึ่งเป็นการบังคับใช้มาตรการในสถานการณ์วิกฤต (the adoption of crisis measures) นั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า มาตรการในสถานการณ์วิกฤตที่ถูกนำมาใช้บังคับโดยรัฐบาลนั้น มิได้อยู่ในรูปแบบของ “มาตรการผสม” (hybrid measures) ซึ่งมาตรการในสถานการณ์วิกฤตดังกล่าวควรถูกจัดว่าเป็น “การกระทำอื่นทางกฎหมาย” (other legal acts) ตามนัยของรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญ (the Constitutional Court Act) กล่าวคือ เป็นการกระทำทางกฎหมายที่มีคุณลักษณะเชิงบรรทัดฐานโดยทั่วไป (a legal act of general normative nature) ทั้งนี้ การกระทำทางกฎหมายดังกล่าวย่อมไม่อาจถูกโต้แย้งโดยปัจเจกบุคคลได้ เว้นแต่ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง (privileged applicants) ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น อนึ่ง ผู้ร้อง ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา สามารถโต้แย้งมาตรการในสถานการณ์วิกฤตได้ก็ต่อเมื่อผู้ร้องได้ยื่นคำร้องทุกช่องทางรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งว่า สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของตนที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญถูกละเมิดอันเป็นผลมาจากกระบวนการตัดสินใจขั้นสุดท้าย (a result of a final decision in proceeding) ของมาตรการหรือการแทรกแซงอื่นโดยหน่วยงานของรัฐ ซึ่งผู้ร้อง

g) to ensure a substitute method of deciding on social security benefits (care), by which shall be understood health insurance benefits, retirement insurance benefits, state social support benefits, benefits in social material need and social welfare benefits, and on their payment.

(3) Obligations specified in clause 1 letter c) can be imposed only in case these activities and items cannot be ensured by contract, the subject of fulfilment requests apparently financially and time disadvantageous conditions or refuses fulfilment and there exists the danger of delay.

เคยเป็นคู่กรณี อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ ผู้ร้องได้โต้แย้งโดยตรงไปยังการกระทำทางกฎหมายซึ่งผู้ร้องมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุนี้ จึงวินิจฉัยยกคำร้องเนื่องจากผู้ร้องมิได้เป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง

๓. ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการพิเศษของกระทรวงสาธารณสุข (the extraordinary measures of the Ministry of Health) เลขที่ MZDR 12745/2020-1/MIN/KAN เมื่อวันที่ ๒๓ มีนาคม ๒๕๖๓ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า ในส่วนของมาตรการพิเศษของกระทรวงสาธารณสุขนั้น แม้มาตรการดังกล่าวจะมีกฎเกณฑ์เดียวกันกับมาตรการในสถานการณ์วิกฤตของรัฐบาลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่กระนั้น มาตรการพิเศษดังกล่าวควรถือว่าเป็นมาตรการผสมและจะต้องถูกยื่นโต้แย้งต่อศาลปกครองหรือไม่ ทั้งนี้ คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่โต้แย้งมาตรการพิเศษของกระทรวงสาธารณสุขจะยื่นได้ก็ต่อเมื่อการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (administrative justice) ได้สิ้นสุดลงแล้วเท่านั้น โดยศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถพิจารณาคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ หากเห็นว่าคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจะเกิดประโยชน์ต่อผู้ร้องอย่างมีนัยสำคัญ แม้ว่าเงื่อนไขในส่วนของการสิ้นสุดของการเยียวยาจะยังไม่สมบูรณ์ก็ตาม อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าผู้ร้องในคดีนี้ยังมีได้แสดงให้เห็นถึงกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด

๔. ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการพิเศษของกระทรวงสาธารณสุข (the extraordinary measures of the Ministry of Health) เลขที่ MZDR 12745/2020-4/MIN/KAN ลงวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๖๓ และเลขที่ MZDR 15190/2020-4/MIN/KAN ลงวันที่ ๖ เมษายน ๒๕๖๓ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่สามารถที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ เนื่องจากมาตรการพิเศษของกระทรวงสาธารณสุข ลงวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๖๓ และวันที่ ๖ เมษายน ๒๕๖๓ ได้ถูกยกเลิกแล้ว ด้วยเหตุนี้ จึงวินิจฉัยยกคำร้องบางส่วนเนื่องจากเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้

-----

# Decision Pl. ÚS 8/20 - Certain measures adopted amid Covid-19 pandemic

22. April 2020

On 12 March 2020, pursuant Law no. 240/2000 Coll., the Crisis Management Act (CMA), the Czech government declared, in reaction to the Covid-19 pandemic, a state of emergency over the entire territory of the Czech Republic for a period of 30 days. The state of emergency had later been twice prolonged (on 9 April 2020 and on 30 April 2020) and only ended on 17 May 2020. Relying on Article 4 and 6 of the CMA, the government adopted several crisis measures limiting certain human rights. Moreover, relying on Law no. 258/2000 Coll., on the Protection of Public Health (LPPH), the Ministry of Health adopted several extraordinary measures further limiting certain rights. The Ministry of Health replaced some of the earlier issued crisis measures of the same content issued by the government while other extraordinary measures set new restrictions and obligations.

On 26 March 2020, an applicant (a natural person) filed a constitutional complaint against the original decision declaring the state of emergency and its first extension, against one of the crisis measures of the government limiting the freedom of movement on the territory of the Czech Republic and three extraordinary measures of the Ministry of Health, all limiting the freedom of movement on the territory of the Czech Republic as well.

In its decision of 22 April 2020, no. Pl. ÚS 8/20, the Constitutional Court ruled as follows:

**1. As to the applicant's complaint regarding the original decision of the government of 12 March 2020, no. 194, published under no. 69/2020 Coll., on a declaration of a state of emergency, as amended by the decision of the government of 9 April 2020, no. 396, published under no. 156/2020 Coll., the Constitutional Court partly rejected the constitutional complaint for lack of jurisdiction over the impugned act.**

The Constitutional Court held that the decision on a declaration of a state of emergency is an act of governance, which has a normative effect, and is not subject to a review by the Constitutional Court but is rather reviewable by a democratically elected non-judicial authority (the Chamber of Deputies). The government is politically responsible for their decision to declare a state of emergency. However, the Constitutional Court stated that any constitutional review of such decision is not absolutely excluded. The Constitutional Court could annul a decision on a declaration of a state of emergency if such decision contained specific crisis measures; under such circumstances, the Constitutional Court would review exclusively that part of the decision. A decision on a declaration of a state of emergency could also be annulled if the Constitutional Court found that it is contrary to the fundamental principles of the rule of law and that it changes the essential features of democracy and the rule of law.



**2. As to the applicant's complaint regarding the decision of the government of 15<sup>4</sup> March 2020, no. 215, on the adoption of crisis measures published under no. 85/2020 Coll., the Constitutional Court partly rejected the constitutional complaint for lack of *locus standi* of the applicant.**

The Constitutional Court found that crisis measures adopted by the government do not take the form of "hybrid measures" (*opatření obecné povahy*, i.e. a specific type of measures that are general in their application but individual in their subject matter). Crisis measures should be classified as "other legal acts" within the meaning of the Constitutional Court Act (CCA), i.e. a legal act of general normative nature. Those may not be challenged by any individual but solely by privileged applicants as enacted in the CCA. The applicant, as a natural person, could only challenge a crisis measure if she lodged a constitutional complaint alleging that her fundamental rights and basic freedoms guaranteed by the constitutional order had been violated as a result of a final decision in proceedings to which she had been a party, of a measure or some other interference by a public authority. However, in the present case, the applicant challenged directly the legal act to which she lacks standing.

**3. As to the applicant's complaint regarding the extraordinary measure of the Ministry of Health of 23 March 2020, no. MZDR 12745/2020-1/MIN/KAN, the Constitutional Court partly rejected the constitutional complaint as inadmissible for failure to exhaust available remedies.**

On contrary, an extraordinary measure of the Ministry of Health, although it contained the exact same regulation as the above-cited crisis measure of the government, should be qualified as a hybrid measure and may as such be challenged before administrative courts. A constitutional complaint against an extraordinary measure of the Ministry of Health may only be lodged after the remedies available in administrative justice have been exhausted. The Constitutional Court could exceptionally review a constitutional complaint even if the condition of exhaustion of available remedies has not been met if the constitutional complaint "significantly exceeded the applicant's interests". The Constitutional Court, however, found that the applicant failed to prove that it is the case in the present proceedings.

**4. As to the applicant's complaint regarding the extraordinary measures of the Ministry of Health of 30 March 2020, no. MZDR 12745/2020-4/MIN/KAN and of 6 April 2020, no. MZDR 15190/2020-4/MIN/KAN, the Constitutional Court partly rejected the constitutional complaint for lack of the jurisdiction over the impugned act.**

Concerning the extraordinary measures of the Ministry of Health of 30 March 2020 and of 6 April 2020, the Constitutional Court concluded that those might not be reviewed as they were already annulled.

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งเขตบริหารพิเศษฮ่องกง  
คำพิพากษาที่ CACV 274 of 2023 และ CAMP 303 of 2023 ลงวันที่ ๘ พฤษภาคม ๒๕๖๗  
กรณีการสั่งห้ามบทเพลง "願榮光歸香港" (Glory to Hong Kong)  
สำหรับกิจกรรมที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ

นางสาวเปรมิกา แสนทอง  
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ  
กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

### ๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลอุทธรณ์แห่งเขตบริหารพิเศษฮ่องกง (the Hong Kong Court of Appeal) ได้พิจารณาคำร้องที่ขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามเผยแพร่บทเพลง "Glory to Hong Kong" โดยก่อนหน้านี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมฮ่องกง (Secretary of Justice) ในฐานะผู้พิทักษ์ความยุติธรรม (Guardian of justice) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นเพื่อขอให้มีคำสั่งกำหนดมาตรการในคดีอาญา (an interlocutory injunction in aid of criminal law) ตามมาตรา ๒๑ L (๑) ของระเบียบว่าด้วยศาลสูง (High Court Ordinance - HCO) เพื่อสั่งห้ามจำเลยมิให้กระทำการอันเกี่ยวข้องกับบทเพลงที่รู้จักกันในชื่อ "願榮光歸香港" หรือ "Glory to Hong Kong" โดยคำร้องดังกล่าวได้ถูกศาลชั้นต้น (โดยผู้พิพากษา Anthony Chan J) ปฏิเสธ จึงเป็นเหตุให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมยื่นคำร้องต่อศาลอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องแล้ว เห็นควรให้มีการกำหนดมาตรการสำหรับบทเพลง "Glory to Hong Kong" โดยเห็นว่า มาตรการดังกล่าวไม่เกินไปกว่ากฎหมายอาญา รวมทั้งไม่มีผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น อีกทั้งมาตรการดังกล่าวยังคงมีข้อยกเว้นสำหรับกิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายและเกี่ยวข้องกับบทเพลง "Glory to Hong Kong" เช่น กิจกรรมทางวิชาการ (academic activity) และกิจกรรมข่าว (news activity) นอกจากนี้ บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพยังคงสามารถนำมาใช้บังคับกับบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการในการยื่นคำร้องต่อศาลได้

### ๒. สรุปข้อเท็จจริง

เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้เกิดการลุกฮือของมวลชนครั้งใหญ่ในเขตบริหารพิเศษฮ่องกงอันเนื่องมาจากแรงกระตุ้นจากที่มีการเสนอร่างรัฐบัญญัติผู้ร้ายข้ามแดนและการให้ความช่วยเหลือร่วมกันในเรื่องทางอาญา (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) (the Fugitive Offenders and Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Legislation (Amendment) Bill) โดยขอบเขตของการประท้วงได้ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยไปทั่วอาณาบริเวณของเขตบริหารพิเศษฮ่องกง และมีการยกระดับของความรุนแรงอย่างไม่อาจคาดหมายได้ สถานการณ์ที่เกิดขึ้นถือว่าเป็นภัยคุกคามอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงแห่งชาติและความสงบเรียบร้อยของฮ่องกง จนนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนว่าด้วยการปกป้องความมั่นคงแห่งชาติ

ในเขตบริหารพิเศษฮ่องกง (Law of the People’s Republic of China on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region - NSL) หรือ “กฎหมายความมั่นคง” เมื่อวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๖๓

การประท้วงอย่างรุนแรงส่วนใหญ่ถูกปลุกระดมผ่านทางแพลตฟอร์มอินเทอร์เน็ต โดยในช่วงที่การประท้วงนั้น บทเพลง "Glory to Hong Kong" ได้รับการเผยแพร่เป็นครั้งแรกเมื่อเดือนสิงหาคม ๒๕๖๒ ในรูปแบบของวิดีโอซึ่งเผยแพร่ผ่านช่อง YouTube ที่ชื่อว่า 'Dgx Music' โดยผู้ประพันธ์บทเพลงดังกล่าวได้ใช้นามแฝงว่า 'Thomas dgx yhl' และเจ้าหน้าที่ตำรวจก็ไม่สามารถที่จะระบุตัวตนของบุคคลดังกล่าวได้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ผู้ประพันธ์ได้ให้สัมภาษณ์กับสื่อมวลชนทั้งในท้องถิ่นและในต่างประเทศ โดยระบุว่าตนประกอบอาชีพเป็นนักดนตรี และมีการจ้างผู้อื่นให้ช่วยเหลือตนเองด้วย และในส่วนของบทเพลงดังกล่าวก็ประพันธ์ขึ้นเพื่อปลุกจิตวิญญาณของผู้ประท้วง เพราะในขณะที่ผู้ประท้วงแนวหน้าใช้ร่ม ไม้ และระเบิดขวดเป็นอาวุธ บทเพลงดังกล่าวก็ถือเป็นอีกหนึ่ง “อาวุธ” ที่ตนจะสามารถสร้างขึ้นเพื่อสนับสนุนการต่อสู้ในครั้งนี้ได้ ซึ่งต่อมาบทเพลงดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะในการประท้วงที่รุนแรง และในกิจกรรมต่าง ๆ จนได้รับการอธิบายว่าเป็น “บทเพลงของกองทัพ” (Army song) และ “เพลงชาติของฮ่องกง” (an Anthem of Hong Kong) อันแสดงให้เห็นว่า เป็นการสนับสนุนการแบ่งแยกเขตบริหารพิเศษฮ่องกงออกจากสาธารณรัฐประชาชนจีน

เมื่อเดือนกันยายน ๒๕๖๒ บทเพลงดังกล่าวได้ถูกเผยแพร่ผ่านแพลตฟอร์มเพลงออนไลน์หลัก โดยมีผู้เข้าชมสูงสุดหกล้านคน และได้รับยอดกดถูกใจ (likes) มากกว่าสองแสนครั้ง รวมถึงมีการนำไปตัดแปลงเป็นรูปแบบต่าง ๆ อีกมากมาย โดยในระหว่างปี ๒๕๖๒ ถึง ๒๕๖๕ บทเพลงดังกล่าวได้ถูกร้องโดยผู้ประท้วงในกิจกรรมชุมนุมอย่างน้อย ๔๑๓ ครั้ง ซึ่งในจำนวนดังกล่าวมีการชุมนุมประท้วงที่รุนแรง และมีพฤติกรรมที่ผิดกฎหมาย โดยจำเลยบางคนซึ่งถูกตัดสินว่ากระทำความผิดในข้อหากระทำความอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ ได้จัดกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการร้องเพลงดังกล่าวหรือสนับสนุนให้บทเพลงดังกล่าวกลายเป็น " เพลงชาติของฮ่องกง" (Hong Kong’s National Anthem) เสมือนว่าฮ่องกงเป็นรัฐเอกราช อนึ่ง แม้ว่าบทเพลงดังกล่าวจะถูกเผยแพร่ผ่านทางอินเทอร์เน็ตและแพลตฟอร์มเพลงต่าง ๆ แต่กระนั้นก็มีข้อเท็จจริงว่า กฎหมายความมั่นคง (NSL) ได้ถูกบังคับใช้ในฮ่องกงนับตั้งแต่วันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๖๓

ต่อมาเมื่อวันที่ ๕ มิถุนายน ๒๕๖๖ รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมฮ่องกงได้ยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นเพื่อขอให้มีคำสั่งกำหนดมาตรการในคดีอาญา (an interlocutory injunction in aid of criminal law) โดยมีได้มุ่งหมายที่จะห้ามการเผยแพร่บทเพลงดังกล่าวเป็นการถาวร และเห็นว่าในกรณีนี้ การอาศัยแต่เฉพาะเพียงการสืบสวนและการบังคับคดีอาญาเพียงอย่างเดียวอาจไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะป้องปรามการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นจากบทเพลงดังกล่าวได้ ซึ่งการขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการนั้นถือว่าเป็นวิธีการที่ดีที่สุด ซึ่งมาตรการดังกล่าวถือได้ว่าเป็น “การต่อต้านโลก” (contra mundum – against the world) ซึ่งหากศาลมีคำสั่งดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมผูกพันบุคคลต่าง ๆ ที่แม้ว่าในขณะที่ศาลมีคำสั่งจะไม่สามารถระบุตัวตนได้ก็ตาม

อย่างไรก็ดี ศาลชั้นต้นปฏิเสธคำร้องดังกล่าว โดยมีเหตุผลส่วนหนึ่งว่า ศาลไม่เห็นว่าการมีคำสั่งกำหนดมาตรการทางอาญาจะมีส่วนช่วยในการบังคับใช้กฎหมายอาญาได้ อีกทั้งยังยอมรับว่า พฤติกรรมตามข้อโต้แย้งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม จำนวน ๔ ประการ (คือ (๑) การเผยแพร่บทเพลงผ่านช่องทางและวิธีการต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมการแบ่งแยกฮ่องกงออกจากสาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งขัดต่อมาตรา ๒๑ ของกฎหมายความมั่นคงแห่งชาติ (NSL) หรือ (๒) เพื่อแสดงให้เห็นว่าบทเพลงดังกล่าวเป็นเพลงชาติของฮ่องกง ซึ่งขัดต่อกฎหมายว่าด้วยเพลงชาติ (the National Anthem Ordinance – NAO) หรือ (๓) การช่วยเหลือหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดข้างต้น หรือ (๔) การอนุญาตให้ผู้อื่นกระทำการแม้จะทราบว่าเป็นการกระทำความผิด) ถือเป็นกระทำความผิดที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ แม้ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้ประเมินความเสี่ยงจากข้อมูลจะมีได้นำเสนอต่อศาลก็ตาม อย่างไรก็ตาม การตัดสินของศาลในการกำหนดมาตรการนั้นก็อยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐาน ซึ่งจากพยานหลักฐานของรัฐมนตรีก็ยังมีได้แสดงให้เห็นว่า มาตรการในทางอาญาจะมีส่วนช่วยลดการเผยแพร่บทเพลงดังกล่าวได้ นอกจากนี้ ศาลยังมีข้อสงสัยอีกว่า มาตรการที่กำหนดขึ้นจะมีประสิทธิภาพหรือไม่ เนื่องจากมุ่งหมายเฉพาะการใช้บทเพลงดังกล่าวสำหรับการกระทำที่ผิดกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นการยากที่จะเข้าใจว่า มาตรการในทางอาญาจะมีส่วนช่วยลดการกระทำความผิดได้อย่างไร

นอกจากนี้ ศาลชั้นต้นยังมีความเห็นว่า กรณีนี้ยังเกี่ยวข้องกับสิทธิในการแสดงความคิดเห็น (the right to freedom of expression) เนื่องจากมาตรการที่กำหนดขึ้นอาจก่อให้เกิด "chilling effects" ซึ่งประชาชนทั่วไปผู้ซึ่งมิได้เป็นเป้าหมายของมาตรการและดำรงชีวิตโดยปกติ อาจรู้สึกว่าจะตนถูกห้ามหรือถูกบังคับให้ต้องละเว้นจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ที่พวกเขาต้องการจะปฏิบัติ เนื่องจากเกรงว่าจะต้องรับผลที่เกิดขึ้นจากการละเมิดมาตรการ ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นเหตุให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมยื่นคำร้องต่อศาลอุทธรณ์

### ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

กฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนว่าด้วยการปกป้องความมั่นคงแห่งชาติในเขตบริหารพิเศษฮ่องกง<sup>๑</sup>

<sup>๑</sup> (Law of the People's Republic of China on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region - NSL)

**Article 20** A person who organises, plans, commits or participates in any of the following acts, whether or not by force or threat of force, with a view to committing secession or undermining national unification shall be guilty of an offence:

- (1) separating the Hong Kong Special Administrative Region or any other part of the People's Republic of China from the People's Republic of China;
- (2) altering by unlawful means the legal status of the Hong Kong Special Administrative Region or of any other part of the People's Republic of China; or
- (3) (3) surrendering the Hong Kong Special Administrative Region or any other part of the People's Republic of China to a foreign country.

**มาตรา ๒๐** บุคคลที่จัดตั้ง วางแผน กระทำ หรือมีส่วนร่วมในการกระทำใด ๆ ดังต่อไปนี้ ไม่ว่าจะใช้กำลังหรืออยู่เฉยๆว่าจะใช้กำลังหรือไม่ก็ตาม โดยมุ่งหมายที่จะแยกตัวออกหรือบ่อนทำลายการรวมชาติมีความผิด

(๑) การแยกเขตบริหารพิเศษฮ่องกงหรือส่วนอื่นใดของสาธารณรัฐประชาชนจีนออกจากสาธารณรัฐประชาชนจีน

(๒) การเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของเขตบริหารพิเศษฮ่องกงหรือส่วนอื่นใดของสาธารณรัฐประชาชนจีนโดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ

---

A person who is a principal offender or a person who commits an offence of a grave nature shall be sentenced to life imprisonment or fixed-term imprisonment of not less than ten years; a person who actively participates in the offence shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than ten years; and other participants shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years, short-term detention or restriction.

**Article 21** A person who incites, assists in, abets or provides pecuniary or other financial assistance or property for the commission by other persons of the offence under Article 20 of this Law shall be guilty of an offence. If the circumstances of the offence committed by a person are of a serious nature, the person shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years but not more than ten years; if the circumstances of the offence committed by a person are of a minor nature, the person shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years, short-term detention or restriction.

**Article 22** A person who organises, plans, commits or participates in any of the following acts by force or threat of force or other unlawful means with a view to subverting the State power shall be guilty of an offence:

- (1) overthrowing or undermining the basic system of the People's Republic of China established by the Constitution of the People's Republic of China;
- (2) overthrowing the body of central power of the People's Republic of China or the body of power of the Hong Kong Special Administrative Region;
- (3) seriously interfering in, disrupting, or undermining the performance of duties and functions in accordance with the law by the body of central power of the People's Republic of China or the body of power of the Hong Kong Special Administrative Region; or
- (4) attacking or damaging the premises and facilities used by the body of power of the Hong Kong Special Administrative Region to perform its duties and functions, rendering it incapable of performing its normal duties and functions.

A person who is a principal offender or a person who commits an offence of a grave nature shall be sentenced to life imprisonment or fixed-term imprisonment of not less than ten years; a person who actively participates in the offence shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than ten years; and other participants shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years, short-term detention or restriction

**Article 23** A person who incites, assists in, abets or provides pecuniary or other financial assistance or property for the commission by other persons of the offence under Article 22 of this Law shall be guilty of an offence. If the circumstances of the offence committed by a person are of a serious nature, the person shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years but not more than ten years; if the circumstances of the offence committed by a person are of a minor nature, the person shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years, short-term detention or restriction.

(๓) มอบเขตบริหารพิเศษฮ่องกงหรือส่วนอื่นใดของสาธารณรัฐประชาชนจีนให้แก่ต่างประเทศ

บุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสิบปี บุคคลที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปีแต่ไม่เกินสิบปี และผู้เข้าร่วมอื่น ๆ จะถูกตัดสินให้จำคุกไม่เกินสามปี คุมขังหรือกักขังระยะสั้น

**มาตรา ๒๑** บุคคลที่ยุยงปลุกปั่น ช่วยเหลือ ส่งเสริม หรือให้ความช่วยเหลือทางการเงินหรือทางการเงินอื่น ๆ หรือทรัพย์สินเพื่อกระทำความผิดโดยบุคคลอื่นตามมาตรา ๒๐ ของกฎหมายนี้ จะมีความผิดถ้าพฤติกรรมแห่งการกระทำความผิดของบุคคลนั้นมีลักษณะร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกคงที่ไม่น้อยกว่าห้าปีแต่ไม่เกินสิบปี ถ้าพฤติกรรมแห่งความผิดที่บุคคลกระทำนั้นเป็นผู้เยาว์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่มากกว่าห้าปี หรือคุมขังหรือกักขังระยะสั้น

**มาตรา ๒๒** บุคคลที่จัดตั้ง วางแผน กระทำ หรือมีส่วนร่วมในการกระทำใด ๆ ดังต่อไปนี้โดยใช้กำลังหรือขู่จะใช้กำลังหรือโดยประการอื่นที่มีขอบข่ายกฎหมายเพื่อบ่อนทำลายอำนาจรัฐ ต้องระวางความผิด

(๑) ล้มล้างหรือบ่อนทำลายระบบพื้นฐานของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

(๒) โคนล้มอำนาจกลางของสาธารณรัฐประชาชนจีนหรืออำนาจของเขตบริหารพิเศษฮ่องกง

(๓) แทรกแซง ขัดขวาง หรือบ่อนทำลายการปฏิบัติหน้าที่และหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานที่มีอำนาจกลางของสาธารณรัฐประชาชนจีนหรือหน่วยงานที่มีอำนาจของเขตบริหารพิเศษฮ่องกงอย่างร้ายแรงหรือ

(๔) โจมตีหรือทำลายสถานที่และสิ่งอำนวยความสะดวกที่ใช้โดยหน่วยงานของเขตบริหารพิเศษฮ่องกงเพื่อปฏิบัติหน้าที่และหน้าที่ของตน ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่และหน้าที่ตามปกติได้

บุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกไม่น้อยกว่าสิบปี บุคคลที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปีแต่ไม่เกินสิบปี และผู้เข้าร่วมอื่น ๆ จะถูกตัดสินให้จำคุกไม่เกินสามปี หรือคุมขังหรือกักขังระยะสั้น

**มาตรา ๒๓** บุคคลที่ยุยงปลุกปั่น ช่วยเหลือ อดหนุน หรือให้ความช่วยเหลือทางการเงินหรือทางการเงินอื่น ๆ หรือทรัพย์สิน เพื่อการกระทำความผิดของบุคคลอื่นตามมาตรา ๒๒ ของกฎหมายนี้ ผู้นั้นจะมีความผิด ถ้าพฤติกรรมแห่งการกระทำความผิดของบุคคลนั้นมีลักษณะร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าห้าปีแต่ไม่เกินสิบปี หากพฤติกรรมแห่งความผิดที่บุคคลกระทำนั้นเป็นผู้เยาว์ บุคคลนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือคุมขังหรือกักขังระยะสั้น

#### ๔. คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์

สำหรับการพิจารณาในคดีนี้ ศาลอุทธรณ์ได้กำหนดประเด็นในการพิจารณาไว้ ๓ ประการ คือ

(๑) แนวทางของศาลในการพิจารณาคำร้องขอกำหนดมาตรการในคดีอาญาเพื่อปกป้องความมั่นคงของชาติควรเป็นอย่างไร?

(๒) บทบาทของศาลในการที่ฝ่ายบริหารจะทำการประเมินความมั่นคงของชาติโดยการใช้ประโยชน์จากมาตรการในทางอาญาเพื่อป้องกันกิจกรรมที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงของชาติคืออะไร

(๓) กรณีมีความขัดแย้งระหว่างการดำเนินคดีละเมิด (contempt proceedings) และการดำเนินคดีอาญา (criminal proceedings) ที่ศาลควรจะปฏิเสธการกำหนดมาตรการตามคำร้องหรือไม่  
 ภายหลังจากที่ได้มีการรวบรวมพยานหลักฐานและรับฟังฝ่ายต่าง ๆ แล้ว ศาลเห็นว่า

๑. ควรมีการกำหนดมาตรการทางแพ่ง (civil injunction) เฉพาะในกรณีที่มาตราการซึ่งเป็นการป้องกันการกระทำบางอย่างที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ เพื่อเป็นการบรรลู่วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะในการปกป้องความมั่นคงของชาติ

๒. ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประเมินความมั่นคงของชาติโดยฝ่ายบริหาร ศาลย่อมผูกพันกับคำรับรองที่ออกโดยผู้บริหารสูงสุดของเขตบริหารพิเศษฮ่องกง (HK Chief Executive) ตามมาตรา ๔๗ ของกฎหมายความมั่นคงแห่งชาติ (NSL) หรือในกรณีอื่นๆ ซึ่งจะทำให้ความเคารพต่อการประเมินเป็นอย่างมาก

๓. การออกคำสั่งกำหนดมาตรการเพื่อจัดการกับความเสี่ยงด้านความมั่นคงของชาติ ถือเป็นปัญหาข้อกฎหมาย (a legal question) ที่จะต้องถูกตัดสินโดยศาลเท่านั้น โดยศาลจะต้องทำคำตัดสินด้วยตนเอง ในขณะที่เดียวกันก็ให้ความเคารพต่อการตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่ร้องขอตามอำนาจของศาล นอกจากนี้ในการใช้ดุลยพินิจนั้น ศาลจะต้องคำนึงถึงหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของชาติและอาณัติตามกฎหมายความมั่นคงแห่งชาติ (NSL) ที่จะต้องปรับใช้เขตอำนาจของศาลให้เหมาะสมในการกำหนดมาตรการเพื่อปกป้องความมั่นคงของชาติ

๔. หากมาตรการดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานใด ๆ ศาลจะเห็นชอบด้วยว่า ข้อจำกัดต่าง ๆ ที่กำหนดขึ้นนั้นมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเงื่อนไขของมาตรการจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอน ไม่ควรเกินไปกว่ากฎหมายอาญา และไม่ควรเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพจนเกินสมควร

๕. ในส่วนของมาตรการสำหรับผู้ที่มาใหม่ (newcomer injunction) ควรมีมาตรการคุ้มครองที่ชัดเจนเพื่อให้บุคคลใดก็ตามที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการนี้ หรือผู้มาใหม่สามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อสงวน (setting aside) เปลี่ยนแปลง (variation) ชี้แจง (clarification) หรือเพื่อดำเนินการรับรองอื่น ๆ และสำหรับมาตรการที่ไม่มีการแจ้งให้ทราบในสาระสำคัญ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในฐานะโจทก์ ก็ควรแสดงพยานหลักฐานที่อาจส่งผลต่อการพิจารณาของศาลด้วย

ภายหลังจากที่ได้พิจารณาในแง่มุมของกฎหมายอาญาแล้ว ศาลไม่เห็นถึงความขัดแย้งหรือความไม่สอดคล้องต้องกันกับระหว่างการดำเนินคดีละเมิด (contempt proceedings) และการดำเนินคดีอาญา (criminal proceedings) ที่อาจทำให้เป็นการไม่เหมาะสมที่จะออกคำสั่งกำหนดมาตรการในทางอาญา

อย่างไรก็ดี ศาลอุทธรณ์เห็นพ้องด้วยกับผู้พิพากษาศาลชั้นต้นว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจเกี่ยวข้องกับมาตรการดังกล่าว อันเนื่องมาจาก "chilling effects" ที่อาจเกิดขึ้นกับประชาชนผู้บริสุทธิ์ แม้ว่าพวกเขาจะไม่ได้เป็นเป้าหมายของมาตรการดังกล่าวก็ตาม แต่พวกเขาอาจรู้สึกถูกห้ามหรือถูกบังคับให้ต้องละเว้นจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญที่พวกเขาต้องการจะปฏิบัติตาม เนื่องจากเกรงว่าจะต้องรับผลที่เกิดขึ้นจากการละเมิดมาตรการ ทั้งนี้ ศาลเห็นพ้องด้วยกับผู้พิพากษาศาลชั้นต้นว่า มาตรการดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ศาลไม่อาจเห็นชอบด้วยกับความเห็นของผู้พิพากษาศาลชั้นต้นและเหตุผลเกี่ยวกับการใช้มาตรการชั่วคราว ความสอดคล้องของการกำหนดมาตรการชั่วคราวกับกฎหมายอาญา และผลกระทบต่ออันเกิดจากการต่อต้านโลก (contra mundum effect) รวมถึงการใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาศาลชั้นต้นที่ปฏิเสธการกำหนดมาตรการดังกล่าว

ในส่วนของการพิจารณาและการปรับใช้แนวทางการพิจารณานั้น ศาลเห็นว่าควรมีการกำหนดมาตรการในทางอาญา กล่าวคือ

(๑) ตามคำรับรองที่ออกโดยผู้บริหารสูงสุด (Chief Executive) ตามกฎหมายความมั่นคงแห่งชาติ (NSL) มาตรา ๔๗ จะเห็นว่า การกระทำทางอาญาที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อความมั่นคงของชาติและขัดต่อผลประโยชน์ของความมั่นคงของชาติ ซึ่งคำรับรองดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันศาล โดยข้อสรุปเดียวกันนี้เกิดขึ้นได้จากพยานหลักฐาน

(๒) กรณีมีความจำเป็นที่จะต้องยุติการกระทำผิดทางอาญาโดยทันที โดยศาลยอมรับการประเมินของฝ่ายบริหารที่ว่า การบังคับคดีเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะจัดการกับปัญหาอาชญากรรม จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดมาตรการในทางอาญา เพื่อปกป้องความมั่นคงของชาติ ในกรณีดังนี้

(ก) การกระทำในอดีตและเป็นการคุกคามของจำเลย ดังจะเห็นจากการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาที่แพร่หลายอย่างต่อเนื่อง อันเกิดจากความเข้าใจผิดของสาธารณชนเกี่ยวกับกิจกรรมของพวกเขาที่เกี่ยวข้องกับบทเพลง "Glory to Hong Kong" แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า กฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียวไม่สามารถที่จะบรรลุผลประโยชน์สาธารณะในการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของชาติได้ ซึ่งมาตรการที่จะกำหนดขึ้นนั้นจะต้องมีส่วนในการเสริมสร้างการป้องกันการกระทำผิด โดยการป้องปรามผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่คาดว่าจะกระทำความผิด รวมถึงขจัดความเข้าใจผิดด้วย

(ข) ปัญหาอาชญากรรมมีความร้ายแรง จนทำให้ศาลจะต้องเข้ามาแทรกแซงในทันที เพื่อป้องกันมิให้เกิดสถานการณ์ต่อเนื่องที่กระทบต่อกิจการของรัฐ มิฉะนั้นความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อความมั่นคงของชาติอาจมีแนวโน้มที่เกินกว่าจะแก้ไขได้

(ค) ในส่วนของความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำความผิดทางอาญากับบทเพลงที่เกิดขึ้นผ่านช่องทางออนไลน์โดยบุคคลที่ไม่สามารถระบุตัวตนได้นั้น อาจเป็นไปได้ที่จะมีการดำเนินคดีกับบุคคลเหล่านั้นเป็นรายบุคคล ซึ่งวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของชาติ คือ การขอให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มอินเทอร์เน็ต (internet platforms operators - IPOs) หยุดอำนวยความสะดวกในการอนุญาตให้มีการกระทำความผิดบนแพลตฟอร์มของตน นอกจากนี้ มาตรการยังมีความจำเป็นเพื่อโน้มน้าวผู้ให้บริการในการลบวิดีโอที่มีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับบทเพลง "Glory to Hong Kong" ออกจากแพลตฟอร์มด้วย โดยผู้ให้บริการระบุว่า พร้อมทั้งจะดำเนินการตามคำร้องขอของรัฐบาลในกรณีที่มีคำสั่งศาล อีกทั้งพยานหลักฐานที่มีอยู่ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่า ผู้ให้บริการมีข้อกังวลหรือความยากลำบากในการปฏิบัติตามมาตรการชั่วคราวแต่อย่างใด

ทั้งนี้ ศาลเห็นว่า มาตรการชั่วคราวดังกล่าวไม่เกินไปกว่ากฎหมายอาญา รวมทั้งไม่มีข้อห่วงกังวลว่าจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยยังคงมีข้อยกเว้นสำหรับกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับบท



เพลง "Glory to Hong Kong" ที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กิจกรรมทางวิชาการ (academic activity) และ กิจกรรมข่าว (news activity) นอกจากนี้ บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพยังคงสามารถนำมาใช้บังคับกับบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการหรือผู้ที่มาใหม่ (newcomer) ในการยื่นคำร้องต่อศาลได้

---

**CACV 274 of 2023 and CAMP 303 of 2023****Press Summary****Of the Judgment of the Court of Appeal handed down****On 8 May 2024***(This Summary is not part of the Judgment)*

Coram: Hon Poon CJHC, Chu VP and Anthea Pang JA

1. The Court of Appeal allowed the appeal brought by the Secretary for Justice and granted an interlocutory injunction as set out in the Annex to this press summary. As per the Secretary's application, the injunction did not ban the song commonly known as “願榮光歸香港” or “Glory to Hong Kong” (“the Song”) completely but only the criminal acts specified in the injunction.
2. The Court of Appeal identified three main issues:
  - (1) What should be the court's approach to an application for injunction in aid of the criminal law for safeguarding national security?
  - (2) What is the role of the court where the executive has made an assessment of national security in the predictive exercise of the likely utility of an injunction to prevent activities endangering national security?
  - (3) Are there real and substantial conflicts between contempt proceedings and criminal proceedings such that the injunction should be refused?
3. After going through the authorities and contextual considerations, the Court stated that:
  - (1) A civil injunction should be granted only if its assistance in terms of prevention of the particular acts endangering national security is necessary to help the criminal law achieve its public interest purpose of safeguarding national security.

(2) In relation to the assessment of national security by the executive, the court is bound by a certificate issued by the Chief Executive under NSL 47; or in other cases, will give great deference to the assessment.

(3) Granting an injunction to address the national security risks is a legal question to be determined by the court alone. The court will make its own judgment while giving considerable deference to the executive's decision to invoke the court's jurisdiction. In exercising the discretion, the court will firmly bear in mind its constitutional duty to safeguard national security and the mandate in the NSL to fully deploy the equitable jurisdiction to grant injunctions, as part of the local law, to safeguard national security.

(4) If the injunction engages any fundamental right, the court has to be satisfied that the restriction imposed is constitutionally justified. The terms of the injunction should be clear and certain; should not be wider than the criminal law and should not constitute any disproportionate encroachment of the right.

(5) As a newcomer injunction, it should contain clear safeguards to enable any person affected by it or a newcomer to come to court for setting aside, variation, clarification or to make other representations. As an injunction without notice in substance, the Secretary as applicant should draw the court's attention to any material points on the available evidence that may affect the court's exercise of the discretion.

4. After going through various aspects of the criminal law, the Court saw no conflict or inconsistency with contempt proceedings that would render it inappropriate to grant the injunction.

5. The Court agreed with the Judge that the right to free expression was potentially engaged by the injunction because of the "chilling effects" on innocent parties. Although they were not targeted, they might feel dissuaded or compelled to refrain from lawful and constitutionally protected conduct that they would otherwise wish to pursue, for fear of bearing the severe consequences of breach of the injunction. The Court also agreed with him that the injunction was constitutionally justified.

6. The Court, however, found the Judge's findings and reasoning on the utility of the injunction, the compatibility with the criminal law and its *contra mundum* effect and his exercise of the discretion to refuse the injunction could not be supported.

7. In exercising the discretion afresh and applying the correct approach, the Court was satisfied that the injunction should be granted:

(1) According to the certificate issued by the Chief Executive under NSL 47, the criminal acts posed national security risks and were contrary to the interests of national security. The certificate was binding on the court. The same conclusion could be reached on the evidence.

(2) There was an immediate need to stop the criminal acts. The Court accepted the executive's assessment that prosecutions alone were clearly not adequate to tackle the acute criminal problems and there was a compelling need to grant an injunction to aid the criminal law for safeguarding national security:

(a) The past and threatened conduct of the defendants as seen in the widespread, persistent flouting of the criminal law, exacerbated by the public misconceptions about their activities in connection with the Song, clearly showed that the criminal law alone would not achieve the public interest purpose of safeguarding national security. The injunction must come to aid in terms of enhancing prevention by providing additional deterrence to actual or potential offenders and dispelling the misconception.

(b) The criminal problems were so serious that the court must intervene immediately to prevent the continuation of the prevailing unlawful state of affairs, otherwise any further damage to national security would likely to be irreparable.

(c) In light of how the criminal acts in connection with the Song were conducted online by various unidentifiable persons, it was impracticable to bring proceedings against each one of them. A more effective way to safeguard national security was to ask the IPOs to stop facilitating the acts being carried out on their platforms. The injunction was necessary to persuade the IPOs to remove the problematic videos in connection with the Song from their platforms. The IPOs had indicated that they were ready to accede to the Government's request if there was a court order. The available evidence does not indicate they have concerns or difficulties in complying with the injunction.

8. The Court was satisfied that the injunction was no wider than the criminal law. It addressed the concern about potential engagement of the right to free expression by allowing exceptions for lawful activities connected with the Song, such as academic activity and news activity. The provision for liberty to apply also enabled any person affected by the injunction or any newcomer to apply to the court.

### Annex

1. Until trial or further order of the Court, there be an injunction restraining the Defendants and each of them, whether acting by themselves, their servants or agents, or otherwise howsoever, from doing any of the following acts:

(a) Broadcasting, performing, printing, publishing, selling, offering for sale, distributing, disseminating, displaying or reproducing in any way including on the internet and/or any media accessible online and/or any internet-based platform or medium, the song commonly known as “願榮光歸香港” or “Glory to Hong Kong” (“**Song**”), whether its melody or lyrics or in combination:

(i) with the intent of and in circumstances capable of inciting others to commit secession, contrary to Article 21 of The Law of the People’s Republic of China on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region; or

(ii) with a seditious intention as defined in section 23 of the Safeguarding National Security Ordinance (Instrument A305); and in particular to advocate the separation of the Hong Kong Special Administrative Region (“**HKSAR**”) from the People’s Republic of China; or

(b) Broadcasting, performing, printing, publishing, selling, offering for sale, distributing, disseminating, displaying or reproducing in any way including on the internet and/or any media accessible online and/or any internet-based platform or medium, the Song, whether its melody or lyrics or in combination, in such a way:

(i) as to misrepresent it as the national anthem insofar as the HKSAR is concerned; or

(ii) as to suggest that the HKSAR is an independent state and has a national anthem of her own;

and

with intent to insult the national anthem, contrary to section 7 of the National Anthem Ordinance (Instrument A405); or

(c) Wilfully assisting, causing, procuring, inciting, aiding, abetting others to commit or participate in any of the acts as set out in paragraph 1(a) or 1(b); or

(d) Knowingly authorizing, permitting or allowing others to commit any of the acts or participate in any of the acts as set out in paragraph 1(a) or 1(b);

2. Without limiting the generality of paragraph 1, the acts of publishing the items via the Uniform Resource Locators (URLs) set out in the Schedule hereunder constitute acts being restrained by paragraph 1(a) and/or 1(b);

3. The Defendants and each of them shall take such action forthwith to cause any of the acts as set out in paragraph 1 to cease;

4. For the avoidance of doubt, this Order does not prohibit any lawful acts in connection with the Song, whether its melody or lyrics or in combination, conducted for purposes such as academic activity and news activity, provided that they do not involve any of the acts as set out in paragraph 1(a) to (d);

5. In this Order:

(a) The Song as defined in paragraph 1(a) and any reference thereto include any adaptation of the Song, the melody and/or lyrics of which are substantially the same as the Song; and

(b) 'News activity' in paragraph 4 means any journalistic activity and includes:

(i) The –

I. gathering of news;

II. preparation or compiling of articles, programmes or other publications concerning news; or

III. observations on news or current affairs, for the purpose of dissemination to the public; or

(ii) The dissemination to the public of –

I. any article or programme or other publication of or concerning news; or

II. observations on news or current affairs;

6. There is liberty to apply.

7. Leave be granted to the Plaintiff to serve this Order on the Defendants by way of substituted service by (a) publishing a copy of the sealed Order on the webpages of the Hong Kong Police Force, the Department of Justice and the Government of the HKSAR (“Government”); (b) exhibiting securely at a conspicuous place that is accessible by the public at the Wan Chai Division Report Room, No. 1 Arsenal Street, Wanchai, Hong Kong a notice containing the QR code linking to this Order; and (c) issuing a press release by the Government in which the three aforesaid webpages are set out and the QR code linking to this Order is provided.

#### SCHEDULE

1. **Hong Kong Anthem Official | 香港國歌 願榮光歸香港** HK, 00:00 to 01:42  
<https://www.youtube.com/watch?v=gLhjkLToSqs>
2. 《願榮光歸香港》合集 香港國歌 Hong Kong National Anthem, 00:00 to 03:40  
<https://www.youtube.com/watch?v=0u3yueQa7-s>
3. National Anthem of Hong Kong - Glory To Hong Kong, 00:00 to 02:00  
<https://www.youtube.com/watch?v=cxsKSIDbBIY>
4. 香港國歌 National Anthem of Hong Kong:  
《願榮光歸香港 Glory To Hong Kong》Instrumental Version 純音樂版, 00:00 to 01:46  
<https://www.youtube.com/watch?v=zHyJYeWdWJM>
5. 《願榮光歸香港》anthem ver2.9, 00:00 to 01:49  
<https://www.youtube.com/watch?v=3YaxgmzJP5E>
6. 《願榮光歸香港》anthem ver3.0 正確歌詞版, 00:00 to 01:48  
<https://www.youtube.com/watch?v=TvNRAefh3SE>
7. anthem mv test1, 00:00 to 01:48  
<https://www.youtube.com/watch?v=AxsWxTGn7iw>

8. 《願榮光歸香港》原版 《Glory to Hong Kong》 First version (with ENG subs), 00:00 to 01:50  
<https://www.youtube.com/watch?v=y7yRDOLCy4Y>
9. 《願榮光歸香港》正式進行曲版 《Glory to Hong Kong》 Formal March Edition, 00:00 to 02:00  
<https://www.youtube.com/watch?v=YxptkMBYk2A>
10. 《Glory to Hong Kong》 International & Instrumental Edition (with singable subtitles), 00:00 to 02:00  
<https://www.youtube.com/watch?v=e1Qy-WHErOE>
11. 《영광이 다시 오길》《Glory to Hong Kong》 Korean Ver, 00:00 to 01:44  
<https://www.youtube.com/watch?v=3R268czrPaE>
12. 《Glory to Hong Kong》 《願榮光歸香港》 English Version, 00:00 to 01:55  
<https://www.youtube.com/watch?v=jXZNOecZreY>
13. 《Glory to Hong Kong》 《願榮光歸香港》 多國合唱版, 00:00 to 02:00  
<https://www.youtube.com/watch?v=7y5JOd7jWqk>
14. 【榮光燦爛】藝術很有事 第60集, 02:24 to 04:02, 05:09 to 05:55, 07:22 to 08:38, 09:21 to 09:50, 14:10 to 14:36, 17:25 to 18:53, 25:24 to 27:12  
<https://www.youtube.com/watch?v=plDe-E3dHFA>
15. 願榮光歸香港 (純樂器版), 00:00 to 02:00  
<https://www.youtube.com/watch?v=ZJetLUXmhK4>
16. 《願榮光歸香港》中樂合奏及合唱團版 MV, 00:20 to 02:20  
<https://www.youtube.com/watch?v=VHOZuIO5G2s>
17. 【香港 9·23】 【轉載】 《願榮光歸香港》手語版, 00:24 to 01:30, 01:54 to 02:35  
<https://www.youtube.com/watch?v=OQDUjVOZBgk>
18. 10.11 【超好聽】《願榮光歸香港》英文版 | 旺角街頭藝人演唱 | Busking Glory To Hong Kong | Oliver ma, 00:00 to 02:45  
<https://www.youtube.com/watch?v=kav9OnKLAZw>
19. Glory to Hong Kong—願榮光歸香港 (英文版) , 00:00 to 01:54  
<https://www.youtube.com/watch?v=Chx1a-IV6yM>
20. 《願榮光歸香港台語版》台灣《撐香港, 要自由》演唱會 | #台灣大紀元時報, 01:40 to 05:30, 06:59 to 10:21  
<https://www.youtube.com/watch?v=IVaop1QoyKg>
21. 香港に栄光あれ - 珠夢, 00:00 to 04:00  
<https://www.youtube.com/watch?v=2PF1a8-AF20>
22. 【轉載】《영광이 다시 오길》《Glory to Hong Kong》 Korean Version, 00:00 to 03:27  
<https://www.youtube.com/watch?v=kXclYJqB56g>



23. 《願榮光歸香港》德語版 Möge der Ruhm Hongkong gehören | 香港反送中歌曲 | 石賈墨, 00:00 to 02:03  
<https://www.youtube.com/watch?v=4gv-MybAcUU>
24. Glorie aan Hong Kong (Nederlands) 《願榮光歸香港》荷蘭文版, 00:00 to 02:15  
<https://www.youtube.com/watch?v=cHHNQdxxO8Q>
25. 《願榮光歸香港 x 肥媽有話兒》大戲版, 00:00 to 01:54, 03:07 to 04:00  
<https://www.youtube.com/watch?v=FjHaT-EQJxc>
26. 《願榮光歸香港》管弦樂團及合唱團版 MV, 00:00 to 02:09  
<https://youtu.be/oUIDL4SB60g>
27. 《願榮光歸香港》新年中樂版, 00:00 to 01:20  
<https://www.youtube.com/watch?v=U2jE2jixKK4>
28. 《願榮光歸香港》光輝版, 00:00 to 02:00  
<https://www.youtube.com/watch?v=4qNmhaWxTbo>
29. "Glory to Hong Kong" - Anthem of The Hong Kong Protests [ENGLISH LYRICS], 00:00 to 01:55  
<https://youtu.be/6yjLIYNFKCg>
30. 何韻詩在中環慶祝集會上演唱《願榮光歸香港》, 00:00 to 03:56  
<https://youtu.be/4MU8xmG9hTw>
31. 路上ライブで「願榮光歸香港」警察が出動【香港中環10月24日】一位中環的街頭歌手唱《榮光》遭警察到包圍針對引發大批市民不滿 防暴一度到場威嚇 但市民的支持與歌手的無懼 事件最後和平收場, 05:47 to 07:36, 20:57 to 24:03  
<https://youtu.be/bhJZav1qQsc>
32. MAY GLORY BE TO HONG KONG 願榮光歸香港 【非正式英文版】 , 00:00 to 01:45  
<https://youtu.be/koOAJHt9UO8>

- END -