



วารสาร

ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม พ.ศ.2558

Constitutional Court Journal ศาลรัฐธรรมนูญ

ISSN 1513-1246

ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน



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

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ
Constitutional Court Journal

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
Office of The Constitutional Court

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ

Constitutional Court Journal

ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม - สิงหาคม 2558

ISSN 1513-1246

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

Office of the Constitutional Court

พิมพ์ครั้งที่ 1

จำนวนพิมพ์ 1,000 เล่ม

มีนาคม 2559

ราคา 120 บาท

พิมพ์ที่ : บริษัท ธนาเพรส จำกัด

9 ซอยลาดพร้าว 64 แยก 14 แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310

โทร. 0-2530-4114 (อัตโนมัติ) โทรสาร 0-2108-8950-51

E-mail : tanapress@gmail.com

บทบรรณาธิการ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการจัดพิมพ์และเผยแพร่วารสารศาลรัฐธรรมนูญปีละ 3 เล่ม คือ เล่มที่ 1 ระหว่างเดือนมกราคม - เมษายน เล่มที่ 2 ระหว่างเดือนพฤษภาคม - สิงหาคม และเล่มที่ 3 ระหว่างเดือนกันยายน - ธันวาคม โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อเผยแพร่องค์ความรู้ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน และกฎหมายอื่น ๆ รวมทั้งพันธกิจการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญ และความรู้ด้านสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง โดยได้มีการจัดพิมพ์อย่างต่อเนื่อง ปีนี้จัดพิมพ์เป็นปีที่ 17 แล้ว

วารสารศาลรัฐธรรมนูญเล่มนี้ เป็นวารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม - สิงหาคม 2558 ซึ่งตรงกับวาระครบรอบปีที่ 17 การก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ทางกองบรรณาธิการจึงได้คัดสรรบทความที่เป็นองค์ความรู้ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชนและอื่นๆ โดยได้นำคำกล่าวปาฐกถาพิเศษ เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 17 ปี เมื่อวันที่ 29 เมษายน 2558 เรื่อง “หลักนิติธรรมกับการบริหารประเทศ” โดย ศาสตราจารย์ ดร.วิชฌู เครื่องงาม รองนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นบทความที่มีคุณค่าและเป็นที่น่าสนใจมาลงพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญเล่มนี้ด้วย นอกจากนี้แล้ว ยังมีบทความทางวิชาการที่มีคุณค่าอีกมากมายจากนักวิชาการและผู้ทรงคุณวุฒิผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) อีกจำนวน 14 บทความ ประกอบด้วย

บทความเรื่อง “พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวกับประชาธิปไตย” โดย นายฉันทสิทธิ์ โชคสุวัฒน์สกุล เป็นเรื่องเหตุการณ์การเปลี่ยนแปลงการปกครองในสมัยรัชกาลที่ 7 และบทบาทของรัชกาลที่ 7 ที่มีต่อการเปลี่ยนแปลงการปกครอง

บทความเรื่อง “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา” โดย นายภาสพงษ์ เรณูมาศ มีเนื้อหาเกี่ยวกับองค์ประกอบ ที่มา คุณสมบัติ และอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ตลอดจนวิธีพิจารณา คำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

บทความเรื่อง “รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 9 : ความพยายามที่จะแก้ไขของนายกรัฐมนตรีชินโซ อาเบะ (Shinzo Abe) โดย นางสาวรุ่งลววรรณ รุ่งวัฒนภัทร นำเสนอเกี่ยวกับความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 9 ของนายกรัฐมนตรีชินโซ อาเบะ (Shinzo Abe) และผู้นำญี่ปุ่นหลายคน เพื่อให้ประเทศญี่ปุ่นสามารถมีกองทัพเพื่อป้องกันตนเองและเพื่อให้ประเทศญี่ปุ่นมีรัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นโดยชาวญี่ปุ่น แต่สุดท้ายความพยายามดังกล่าวก็ไม่สำเร็จ เพราะเหตุใด ค้นหาคำตอบได้ในบทความนี้

บทความเรื่อง “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สภาพปัญหาและข้อเสนอแนะในกรณีการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” โดย นายวัชชกานต์ เศาภายน ได้นำเสนอเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญไทย แนวคิดเกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญ สิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและบทบาทของศาลในกรณีการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

บทความเรื่อง “ประชาธิปไตยที่ใครๆ คงอยากเห็น” โดย นางกาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์ มีเนื้อหาเกี่ยวกับแนวความคิดพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยและเสนอแนวทางการพัฒนาการเมืองของประเทศในอนาคต

บทความเรื่อง “ปัญหาสิทธิมนุษยชนกับคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย” โดย นายเชาวน์ กาญจนะไพบูลย์ นำเสนอความเป็นมา แนวคิดและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและคนเข้าเมือง รวมทั้งเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

บทความเรื่อง “อำนาจองค์กรตุลาการในมิติทางการเมือง : สำรวจความรู้ทางรัฐศาสตร์ร่วมสมัย” โดย ศาสตราจารย์ ดร. นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ นำเสนอแนวความคิดที่เรียกว่า “Judicialization of politics” ในมุมมองของนักรัฐศาสตร์สมัยใหม่เกี่ยวกับบทบาทขององค์กรตุลาการที่เข้ามามีส่วนในปรากฏการณ์ทางการเมืองที่สำคัญ

บทความเรื่อง “หลักนิติธรรมภายใต้สถานการณ์แบ่งขั้วทางความคิดของสังคม” โดย นายพิศ พิรุณ มีเนื้อหาเกี่ยวกับหลักนิติธรรม บทบาทและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา

บทความเรื่อง “หลักนิติธรรมกับการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ” โดย นายไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์ นำเสนอความหมายของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ ความสัมพันธ์ที่มีต่อการปกครองแบบประชาธิปไตย และบทบาทของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรภาครัฐ

บทความเรื่อง “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์สากลและหลักเกณฑ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา” โดย นายวิรัช ชินวินิจกุล มีการเปรียบเทียบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย หลักสากลและสหรัฐอเมริกา

บทความเรื่อง “การคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วย กรณีการรักษาพยาบาล” โดย นายวุฒิพงศ์ วิบูลย์วงศ์ นำเสนอเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วย สภาพปัญหาการรักษาพยาบาลภายใต้กฎหมายของประเทศไทย การปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักสากล

บทความเรื่อง “การปกครองตามหลักนิติธรรมในมุมมองขององค์กรเอกชนต่างประเทศ” โดย นายสกล หาญสุทธิวารินทร์ เนื้อหาเกี่ยวกับหลักนิติธรรมในบริบทของประเทศไทยและของ WJP มีบทวิเคราะห์กรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 ว่าสอดคล้องกับหลักนิติธรรมสากลหรือไม่

บทความเรื่อง “สิทธิมนุษยชน : ประชาชนกับการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” โดย นายสมฤทธิ์ ไชยวงศ์ นำเสนอเรื่องของความหมายของสิทธิ สิทธิมนุษยชน สิทธิพลเมือง และสิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39

และบทความสุดท้ายเรื่อง “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ กรณีการจัดการพัสดุดาการรัฐ” โดย นายอารีพงศ์ ภูซุ่ม เป็นเรื่องแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และแนวทางการป้องกันและแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่โปร่งใสในการจัดซื้อจัดจ้างในหน่วยงานภาครัฐ

กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้เขียนบทความทุกท่านที่ได้นำเสนอความรู้ทางวิชาการ เพื่อให้กองบรรณาธิการวารสารศาลรัฐธรรมนูญได้คัดเลือกเผยแพร่ไปยังผู้สนใจ ตามวัตถุประสงค์ของการจัดทำวารสารศาลรัฐธรรมนูญต่อไป และหวังว่าวารสารศาลรัฐธรรมนูญเล่มนี้ จะให้ความรู้และเป็นประโยชน์กับผู้สนใจทุก ๆ ท่าน

บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

- หลักนิติธรรมกับการบริหารประเทศ 1
ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม
- พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวกับประชาธิปไตย 17
นันทสิทธิ์ โชคลุวัฒนสกุล
- ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา 33
ภาสพงษ์ เรณูมาศ
- รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 9 : ความพยายามที่จะแก้ไขของ
นายกรัฐมนตรีชินโซ อาเบะ (Shinzo Abe) 58
รุ่งลาวรรณ รุ่งวัฒนภัทร
- บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
สภาพปัญหาและข้อเสนอแนะในกรณีการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ 82
วิชชกานต์ เคาภายน
- ประชาธิปไตยที่ใครๆ คงอยากเห็น 108
กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์
- ปัญหาสิทธิมนุษยชนกับคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย 117
เชาวน์ กาญจนะไพบุลย์
- อำนาจองค์กรตุลาการในมิติทางการเมือง : สำนวญความรู้ทางรัฐศาสตร์ร่วมสมัย 129
ศาสตราจารย์ ดร. นครินทร์ เมฆไตรรัตน์
- หลักนิติธรรมภายใต้สถานการณ์แบ่งขั้วทางความคิดของสังคม 140
พิศล พิรุณ
- หลักนิติธรรมกับการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ 148
ไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์
- การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมอาญาตามรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทยเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์สากลและหลักเกณฑ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา 177
วีรัช ชินวินิจกุล
- การคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วย กรณีการรักษาพยาบาล 186
วุฒิพงศ์ วิบูลย์วงศ์

- การปกครองตามหลักนิติธรรมในมุมมองขององค์กรเอกชนต่างประเทศ.....214
สกล หาญสุทธิวารินทร์
- สิทธิมนุษยชน : ประชาชนกับการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ226
สมฤทธิ ไชยวงศ์
- การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ กรณีการจัดหาพัสดุภาครัฐ244
อารีพงศ์ ภู่อุ่ม

ปาฐกถาพิเศษ โดย ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม
ในการสัมมนาทางวิชาการ เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 17 ปี
วันพุธที่ 29 เมษายน 2558
ณ โรงแรมมิราเคิล แกรนด์ คอนเวนชั่น หลักสี่ กรุงเทพมหานคร

ดร.วิษณุ เครืองาม*

ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญ ท่านรองประธานศาลปกครองสูงสุดทำหน้าที่ประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านรองประธานศาลฎีกา ท่านประธานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ท่านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ ท่านอธิการบดี อธิบดี ผู้บริหารหน่วยงานต่างๆ นักศึกษาหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย และ ท่านผู้มีเกียรติที่เคารพ

ผมขอออกตัวก่อนนะครับว่าผมเป็นมวแทน ที่ว่าแทนคือแทนท่านนายกรัฐมนตรี ซึ่งได้รับเชิญมาแสดงปาฐกถาหรือกล่าวนำในโอกาสสำคัญนี้ แต่ท่านติดภารกิจสำคัญบางประการ เป็นภารกิจที่เข้าไปเกี่ยวพันกับหลายเรื่องที่ต้องทำต่อเนื่องมาตั้งแต่เมื่อวานที่กลับมาจากต่างประเทศ จึงได้มอบหมายให้ผมมาปฏิบัติหน้าที่แทนปรกติการปฏิบัติหน้าที่แทนเพียงมาแค่กล่าวเปิดและปิด เสร็จแล้วก็กลับ คงไม่ยุ่งยากอะไรแต่เมื่อต้องแสดงปาฐกถา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสังคมอาจจะแยกแยะไม่ออกว่าสิ่งที่ได้สำแดงออกไปนั้น เป็นความคิดเห็นของตัวจริงหรือของมวแทน ขอประกาศเลยนะครับว่า ในหลายโอกาสผมอาจจะได้ซักซ้อมทำความเข้าใจขอนโยบายจากท่านนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นตัวการก่อนที่ตัวแทนจะไปทำหน้าที่ แต่ครั้งนี้ไม่มีโอกาส เมื่อได้เกริ่นกับท่านท่านก็บอกว่าไม่เป็นไร อยากพูดอะไรก็พูดไป คุณรับผิดชอบเองก็แล้วกัน เพราะฉะนั้นสิ่งที่พูดต่อไปนี้อยู่ในความรับผิดชอบของผมเอง ไม่ได้เกี่ยวกับท่านนายกรัฐมนตรีและไม่ได้ผูกพันรัฐบาล แต่ก็พยายามแสดงให้เห็นถึงความคิดของรัฐบาลเท่าที่จับกระแสนี้ในช่วงเวลาประมาณ 6-7 เดือนที่ผ่านมา ส่วนใดที่เป็นความคิดเห็นส่วนตัวโดยแท้ ก็จะไม่ย่ำ ถ้าจะพองก็พองผมคนเดียวนะครับ

ท่านผู้มีเกียรติที่เคารพ ปีนี้เป็นโอกาสที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตั้งมา 17 ปี ก็อยากจะเริ่มว่า

“ศาลรัฐธรรมนูญ	สิบเจ็ดปี	เข้านี้แล้ว
เคยถูกแซว	ไม่ยอมรับ	ถูกขับไล่
ถูกล้วงควัก	ยักษ์ล็กมา	ลิงพาไป
แต่ตัดไม้ได้	ขายไม่ขาด	ยังอาจอง”

คำสำคัญคือคำว่า “อาจอง” หรือ ยังองอาจ เพราะนี่คือสิ่งที่แสดงว่า 17 ปีที่ผ่านมา นั้น อาจจะมีเจ็บปวดรวดร้าว ถ้าหากว่าใครจำได้ เพราะว่าเมื่อแรกสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญก็ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยเสียเองไม่น้อย มีกรณีที่เป็นข่าวว่า ตุลาการหรือแม้แต่ศาลเองถูกข่มขู่ ถูกคุกคาม ถูกขวางปา ตุลาการหลายท่านกินไม่ได้นอนไม่หลับ บางท่านจะย้ายบ้านหนี บางครั้งเป็นการแทรกแซง บางครั้งมีคำวินิจฉัยแล้ว ก็มีบางพวกออกมา

* รองนายกรัฐมนตรี

ประกาศว่าไม่ยอมรับนับถือ เหล่านี้เราอาจจะเรียกว่าเป็นวิกฤต หรือเรียกว่า ไครซิส (Crisis) ของศาลรัฐธรรมนูญ ก็ว่าได้ แต่อย่างไรในที่สุดมันก็ไม่พ้นหรือครบ อย่างที่ผมเรียกว่า ตัดไม่ตายขาดไม่ขาด เพราะว่า สถาบันนี้เป็นสถาบันสำคัญ ถึงจะไม่ได้มีทุกประเทศในโลก หลายคนก็คัดค้านเขาก็ว่า อังกฤษเองก็ไม่ได้มี สหรัฐอเมริกาก็ไม่มี ประเทศไหนก็ไม่มีประเทศนี้ก็ไม่มี แต่ถึงจะไม่มีในบางประเทศ แต่ประเทศอื่นเขาก็มีอย่างอื่นเข้ามาแทน หรือพอจะเทียบเคียงได้ ส่วนประเทศที่เขาโดยตรงๆ ก็มีหลายประเทศ เราเองก็ลองมาแล้วหลายรูปแบบ กว่าจะมา ตกลงเป็นศาลรัฐธรรมนูญทุกวันนี้ เราเคยแม้กระทั่งให้ศาลยุติธรรมเป็นคนวินิจฉัยหรือทำหน้าที่ อย่างที่ ศาลรัฐธรรมนูญกำลังทำอยู่ และวันหนึ่งก็ถูกกล่าวหาว่าไม่ได้ผล วันที่ศาลฎีกาลุกขึ้นทำหน้าที่อย่าง ที่ศาลรัฐธรรมนูญทำ เกิดขึ้นครั้งแรกใน พ.ศ.2489 ศาลฎีกาก็ถูกวิจารณ์เช่นเดียวกัน ไม่แพ้ที่ศาลรัฐธรรมนูญ ถูกวิจารณ์ในวันนี้ ครั้งนั้นสาหัส จนถึงขนาด สภาผู้แทนราษฎร ตั้งคณะกรรมการขึ้นสอบสวนศาลฎีกา ในที่สุด ก็ได้ขอยุติว่าศาลฎีกาทำถูก ถ้าไม่อยากให้ ศาลฎีกาเข้ามาทำหน้าที่ที่ถูกขี้ผิด ขี้ขาดตัดสินว่า กฎหมายขัด รัฐธรรมนูญ ก็ไปคิดระบบอื่นๆ สิ ถ้าไม่มีระบบอื่นรองรับ ศาลก็จะทำหน้าที่อย่างนี้ และจะทำต่อไป นั่นคือเหตุ ที่ทำให้ในเวลาต่อมาได้มีการเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญ ให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้น ซึ่งเป็นคนละอย่างกับ ศาลรัฐธรรมนูญทุกวันนี้ เราก็มีตุลาการรัฐธรรมนูญกันมาหลายปี ตัดอำนาจจากศาล แยกเอามาให้องค์กรหนึ่ง ทำหน้าที่ หน้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญกำลังทำอยู่ทุกวันนี้ และทำไประยะหนึ่งก็มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์ตุลาการ รัฐธรรมนูญ หว่านเป็นศาลการเมือง หว่านถูกแทรกแซงง่าย หว่านไม่มีกระบวนการ ไม่มีกลไก กระบวนการมา รองรับที่ชัดเจน ในที่สุดระบบตุลาการรัฐธรรมนูญที่ใช้กันมาหลายสิบปีก็ล่มไป และเกิดมีระบบใหม่ขึ้นมาแทนที่ คือศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เคยมีนั้น เรียกในภาษาอังกฤษว่า ไทรบิวнал (Tribunal) ไม่ใช่ศาล หรือ court แต่พอมาเป็นศาลรัฐธรรมนูญทุกวันนี้ กลายเป็น court คือ ศาล เมื่อเป็นศาลก็ต้องมีพิธีรีตอง มี วิธีพิจารณา มีกระบวนการ เพราะฉะนั้นคนที่ขึ้นบัลลังก์ตัดสินคดีก็เริ่มใส่เสื้อครุย ซึ่งสมัยก่อนตุลาการรัฐธรรมนูญ ท่านไม่ต้องสวมครุย เริ่มมีวิธีพิจารณา เริ่มมีการสืบพยาน กระบวนการก็เข้ามาใกล้ชิดติดพันกับความเป็นศาล มากขึ้น และเป็นระบบที่ใช้มา ผลอแป็บเดียว ก็ 17 ปี เข้าไปแล้ว ต่อไปจะเป็นอย่างไรนั้นไม่ทราบ แต่อย่าง น้อยถ้าใครดูรูปร่างหน้าตาในร่างรัฐธรรมนูญที่ร่างเสร็จแล้ว กำลังจ่ายแจกเวียนกันให้ช่วยกันแสดงความคิดเห็น ก็ยังคงยอมรับสถาบันศาลรัฐธรรมนูญอย่างเดิมต่อไป อาจจะมีการปรับปรุง อำนาจหน้าที่บางอย่าง แต่ลงท้าย ก็ยังมีศาลรัฐธรรมนูญต่อไปอีก และต่อไปก็ยังคงถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างเดิม ซึ่งก็ต้องอดทน อดกลั้น เพราะ ว่าหนีไม่พ้นหรือครบ ที่ใดที่มีการใช้อำนาจและเมื่อใดที่อำนาจนั้นไปกระทบกับคนเข้า ก็ต้องมีฝ่ายพอใจและ ฝ่ายไม่พอใจ ฝ่ายไม่พอใจก็ออกมาวิพากษ์วิจารณ์โจมตี ทำลายชื่อเสียง เกียรติยศ เกียรติคุณ บ่อนทำลายความ น่าเชื่อถือ เป็นธรรมดา ศาลยุติธรรมท่านก็โดนมาแล้ว ศาลปกครองก็โดนมาแล้ว โฉนศาลรัฐธรรมนูญจะโดนไม่ได้

เชกสเปียร์ (William Shakespeare) ท่านเขียนมาสามร้อยกว่าปีมาแล้ว ในเรื่อง เมอแซนท์ ออฟ เวนิส (The Merchant of Venice) ซึ่งรัชกาลที่ 6 แปลมาเป็นไทยว่า ในเรื่อง เวนิสวานิช และทรงแปล เป็น คำกลอนภาษาไทยได้จับใจว่า จงกำหนดจดจำคำไว้ว่า ในกระแสแห่งยุติธรรมา ยากจะหาความเกษมเปรมใจ คือในเรื่องของความยุติธรรมนั้น จะเป็นเรื่องที่เกษมเปรมใจ เป็นเรื่องที่ให้เป็นทีพอใจคนไปหมดไม่ได้ โจทก์ ชนจะ จำเลยแพ่ จำเลยก็ไม่พอใจ จำเลยชนะ โจทก์แพ่ โจทก์ก็ไม่พอใจ จนโจทก์และจำเลยต่างพอใจ คนอื่น คนนอกก็อาจจะไม่พอใจ นักวิชาการอ่านคำวินิจฉัย ก็อาจจะไม่พอใจ เขาอาจวิพากษ์วิจารณ์ต่อไปได้ เพราะ ฉะนั้นถ้าคิดเสียว่า มันเป็นเช่นนั้นเองและจงอยู่ด้วยความอดทนอดกลั้นต่อไป ก็พอจะอยู่ได้และวันหนึ่งมัน ก็ผ่านพ้นไป ไปดูในประวัติการณ์ของการตัดสินคดีรัฐธรรมนูญทุกประเทศในโลกก็เคยประสบปัญหาบางอย่าง

เดียวกันทั้งนั้น ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาไม่เคยถูกขว้างปาเพราะตัดสินคดีหนึ่งว่า กฎหมาย ขัดรัฐธรรมนูญ หรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ขัดรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งเดวิดร็อนต้องอพยพ นำประธานศาล นำผู้พิพากษา ในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา หลบหนีภัย ไต่บันไดลิง กว่าจะออกมาได้ทุกที และวันนั้นก็ผ่านไป เมื่อมีคดีใหม่ ศาลตัดสินคดีใหม่ พวกที่ไม่พอใจในคดีเก่าก็เกิดพอใจในคดีหลัง พวกที่เคยพอใจมาแล้ว ก็เกิดไม่พอใจขึ้นมา มิตรมาเป็นศัตรู ศัตรูกลายเป็นมิตร มันเป็นเช่นนั้นเอง ทั้งหมดที่ยกมานี้ เจตนาเพื่อต้องการให้กำลังใจ ซึ่งแน่นอนท่านก็จะต้องปรับปรุงแก้ไขอะไรอีกพอสมควร ทั้งในส่วนของตัวบุคคล ในส่วนคุณภาพ ของคำพิพากษา ในส่วนของวิธีพิจารณา ในส่วนของการประชาสัมพันธ์ สร้างความรู้ ความเข้าใจและอื่นๆ เพราะอย่างน้อยที่สุด คุณค่าของสถาบัน “ศาลรัฐธรรมนูญ” อยู่ตรงที่ว่าช่วยแก้ปัญหาในทางกฎหมาย เพื่อไม่ให้ เกิดวิกฤตในทางการเมือง หรือมีฉะนั้นก็เป็นการแก้วิกฤตการเมืองอันเกิดขึ้นเนื่องจากความไม่ชัดเจนของ ถ้อยคำในกฎหมาย ถ้าจะให้รวมความสรุปต่อไป ต้องสรุปบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างที่ฝรั่งเขาใช้คำว่า To uphold the Rule of Law แปลเป็นไทยก็คือ เพื่อที่ธำรงรักษาไว้ซึ่งหลักนิติธรรม คำนี้เป็นคำที่ยิ่งใหญ่ เป็นคำที่กว้างขวาง และเพราะคำนี้ จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถที่จะคิด สามารถที่จะตีความ สามารถที่จะสร้างที่จะขยายความอะไรต่อมิอะไรได้มากเหลือเกิน อย่างน้อยรัฐธรรมนูญฉบับที่แล้ว ที่เลิกไปแล้ว และ ก็มาถึงฉบับใหม่ที่กำลังร่างอยู่ก็ยิ่งอุตสาหกรรมโลกเอามาใช้ อยู่ในมาตรา 3 เพราะหลักนี้เป็นหลักสำคัญ เพราะ หลักนี้มีใจความว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ของ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงาน ทั้งหลายของรัฐ จะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม มาตรานี้ ข้อความนี้ เป็นบทบัญญัติที่ยิ่งใหญ่มาก เป็นบทบังคับเดียว ที่บังคับรัฐสภา ศาล คณะรัฐมนตรี นี้คือนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ บังคับองค์กรทั้งหลายตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็น ป.ป.ช. กกต. ผู้ตรวจการแผ่นดิน สมัชชา สारพัดสภาขับเคลื่อน สारพัดอะไรก็ตามที่เนรมิตขึ้นขึ้นมาในรัฐธรรมนูญ และก็ยังเลยไปถึงหน่วยงานอื่นๆทั้งหลายของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น ตลอดจนเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกคน ทุกฝ่าย จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม และลองคิด ดูว่ามีใครหลบออกไปได้อีก ใครบ้างที่จะยึดออกพูดได้ว่า ฉันไม่ต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรม ไม่มีเหลือแล้วนะครับ เอกชนก็ไม่เหลือ เพราะเอกชนก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย เอกชนก็ต้องถูกบีบบังคับโดยหลักนิติธรรม หนักไปกว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยซ้ำไป เพราะเอกชนไม่มีอำนาจอื่น เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจจะยังมีอำนาจอื่น แต่อำนาจอื่นนั้น เหนือฟ้ายังมีฟ้า คือสุดท้ายก็อยู่ใต้หลักนิติธรรม

ตามความในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับก่อน และฉบับที่กำลังร่างอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งใครคิด จะแก้ คิดจะแปรญัตติอะไรก็ไม่ต้องตัดข้อความนี้ ผมเคยพูดที่เล่นที่จริงมาหลายที่แล้วว่า รัฐธรรมนูญ 315 มาตรา นั้นยาวเกินไป ถ้าจะตัดให้เหลือสั้นที่สุด เหลือน้อยที่สุด เก็บมาตราที่ผมพูดถึงไว้มาตราเดียวก็พอแล้ว เก็บไว้แต่เพียงมาตราที่ว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หน่วยงานทั้งหลายของรัฐ ต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรม แค่นี้เราก็มีกฎหมายไว้ใช้กับทุกเรื่อง ทุกเหตุการณ์ เพียงแต่เราไม่วางใจ ไม่อาจ ผากผีผากไข้ ไว้กับหน่วยงานที่เขาจะไปตีความ ว่าอะไรคือหลักนิติธรรม อะไรใช่นิติธรรม อะไรไม่ใช่ นิติธรรม จึงต้องขยายความออกมาเป็นมาตราต่างๆ อีก 314 มาตรา ซึ่งล้วนแต่เป็นแม่น้ำหลายสายที่ไหล แยกออกไปจากแหล่งหรือแอ่งที่ใหญ่ คือแหล่งที่ชื่อว่าหลักนิติธรรม ที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า The Rule of Law คำว่า The Rule of Law เป็นคำสำคัญถึงขนาดคำไวยากรณ์ในภาษาอังกฤษ เขาให้เขียนตัว R เป็นตัวใหญ่ คำว่า Rule และตัว L คำว่า Law เป็นตัวใหญ่ เพื่อให้รู้ว่าหลักนี้มันใหญ่จริงๆ เหมือนกับที่เรา เขียนว่า God ตัว G ก็ต้องเป็นตัวใหญ่เสมอ หลักนิติธรรมนั้น เป็นหลักที่เกิดขึ้นโดยเหตุผลพิเศษ ไม่ได้เกิดขึ้น

โดยตั้งใจที่จะสร้างมันขึ้นมา มันเกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุ เลยต้องใช้คำว่าเกิดขึ้นโดยเหตุผลพิเศษ พิเศษเพราะเหตุว่า เดิมทีลึกๆก็ไม่มีใครคิดถึงหลักนี้หรอกครับ คิดกันแต่เพียงว่าประเทศต้องมีการปกครอง ต้องมีกติกา เพราะฉะนั้น ใครที่มีอำนาจอยู่ในมือ คนนั้นเป็นผู้ปกครอง คนนั้นเป็นผู้วางกติกา เมื่อเป็นผู้วางกติกาเสียเอง ก็ยิ่งใหญ่เหนือ กติกาทิ้งหลาย สมัยก่อนมีคนพูดว่า กษัตริย์ เป็นผู้วางกติกา กษัตริย์ไม่ต้องอยู่ใต้กติกา เรื่องนี้คล้ายๆ หลักใน ทางพระศาสนา ที่บอกว่าพระพุทธเจ้าเป็นต้นบัญญัติ ศีลสิกขา หรือศีลทั้งปวง จึงไม่ทรงผูกมัดโดยศีลสิกขา ทั้งปวงทั้งหลายเหล่านั้น ภาษาพระเขาเรียกว่า “ปาปมุตติ” แปลว่าผู้ที่ทำอะไรก็ไม่ผิด ปापมุตติ เป็นคำในพระศาสนา อย่างว่าแต่พระพุทธเจ้าซึ่งบัญญัติจะไม่ผิด คนแรกที่ไปทำ พระองค์แรกที่ไปทำโดยที่ยังไม่มีสิกขาห้ามก็ไม่ผิด เราเรียกพระเหล่านั้นว่า “ต้นบัญญัติ” เหมือนกับที่เราเคยได้ยินพระบางรูปที่ออกมาบวชเป็นพระ เมียตามมาตื้อ ไหนๆ จะบวชแล้วก็ขอหน่อเนื้อ คือลูกเอาไว้เลี้ยงต่างหน้า พระองค์นั้น ก็เลยยอมไปหลับนอนกับภรรยา เพื่อที่จะมีลูก โดยที่ไม่มีการกำหนดใคร มีคนไปฟ้องพระพุทธเจ้า พระพุทธเจ้าบอกว่าไม่ผิดเพราะยังไม่มีการบัญญัติ ห้ามไว้ว่าผิด แต่ต่อไปนี่ก็จะห้าม เพราะเดี๋ยวจะมีพระลูกขึ้นมาทำตามนั้นอีก แต่พระที่เป็นต้นบัญญัติที่ไปหลับนอน กับภรรยาจนมีลูก ไม่ผิดเพราะเป็น ปापมุตติ พ้นจากความผิดเพราะยังไม่ทันได้บัญญัติ หลังจากนั้นบัญญัติแล้ว ใครทำก็ผิด หลักอย่างนี้มันก็มีมา พอเอาไปเทียบเคียงใช้กับทางบ้านเมือง สมัยก่อนก็ถือว่าผู้ปกครองบ้านเมือง พระราชา พระมหากษัตริย์ นั้น เป็นปาปมุตติ คือไม่ผิด บัญญัติเอาไว้ให้คนอื่นปฏิบัติ ตัวเองอาจไม่ปฏิบัติก็ได้ แรกๆ ก็คงพอทนกันได้ แต่อยู่ไปซักจะเดือนร้อนขึ้นทุกที เพราะว่า พระราชา พระมหากษัตริย์ ผู้ปกครองซัก บัญญัติอะไรแปลกๆ ทะแ่งขึ้นทุกที คนเดือดร้อนขึ้นทุกที ก็เกิดปัญหาขึ้น เพราะว่าคนถูกกักขัง หรือผู้ใหญ่บ้าน รังแก ยังพอจะไปร้องเรียนกับเจ้าเมืองได้ พอเจ้าเมืองรังแกเสียเอง ก็ไปร้องกับเสนาบดีได้ แต่พอเสนาบดีรังแก เสียเอง ไปร้องกับใคร ก็ไปร้องกับพระราชามหากษัตริย์ ผู้ปกครอง ท่านก็จัดการให้ได้ แก้ปัญหาให้ได้ ถ้าถามว่า ถ้าพระราชา มหากษัตริย์ ผู้ปกครองรังแกเสียเอง หรือสั่งให้มีการรังแกเสียเอง แล้วทีนี้จะไปร้องกับใคร คำพูด ที่ใช้กันในสมัยก่อน เมื่อเรื่องมาถึงฟ้า มันก็จบอยู่แค่ฟ้า นี่แหละครับที่สิ่งที่คนเขาทนไม่ได้ แล้วคิดว่าการรังแก เบียดเบียนเป็นอันมาก เกิดขึ้นจากผู้ปกครองหรือคนที่อ้างอำนาจของผู้ปกครองเพราะฉะนั้นอย่างกระนั้นเลย เหนือฟ้ามันก็ยังมิฟ้า คือเหนือขึ้นไปมันต้องมีอะไรสักอย่างมาเหนี่ยวรั้ง มาบังคับ มาตีกรอบ มากำหนด มิฉะนั้น ผู้ปกครองจะทำอะไรต่อมิอะไรไปตามอำเภอใจ แล้วถ้าหากมัน ถึงที่สุด ความเดือดร้อนก็จะตกอยู่กับประชาชน คนสมัยก่อนเขาคิดได้นะครับว่าเขาควรจะต้องไปหาอะไรสักอย่างหนึ่งให้มีอำนาจเหนือไปกว่าพระราชา มหากษัตริย์ ผู้ปกครอง เพื่อที่จะมากำหนดกฎเกณฑ์ กติกาครอบไว้ อย่างที่เราพูดกันว่า เหนือฟ้ายังมีฟ้า และ แน่นนอนสิ่งที่มนุษย์พึงคิดได้อันดับแรก ก็ไปหาพระเจ้าเป็นเจ้า พระผู้เป็นเจ้านั้นอยู่ที่ไหนก็ไม่รู้ ไปหาตัวแทน พระผู้เป็นเจ้า เพราะพระผู้เป็นเจ้าก็มี นอมินี (nominee) อยู่บนโลก ในทางคริสต์ศาสนา ก็ไปหา “Pope” Pope เป็นผู้แทนพระผู้เป็นเจ้าในการที่จะออกคำสั่งต่างๆ เพราะฉะนั้นเมื่อพระราชา มหากษัตริย์ ประเทศใด โดยเฉพาะ ในยุโรป รังแกประชาชน ประชาชนก็ไปร้องกับ Pope Pope ก็สั่งห้าม พระราชา มหากษัตริย์ ท่านทรงนับถือ Pope ท่านก็ต้องยอมแก้ไขตาม และ Pope ก็ได้สั่งไปแล้วได้ผลหลายเรื่อง “Pope” จึงเป็น คิงออฟคิงส์ (King of King) คือ เหนือกว่าพระราชามหากษัตริย์ทั้งปวง เพราะ Pope มีอำนาจในทางธรรม ก็มีบ้างที่กษัตริย์ บางประเทศไม่ยอมรับนับถืออำนาจ Pope แต่ Pope ก็มีเดชานุภาพจะเล่นงานได้ เช่น เกณฑ์กองทัพไปรบกับ กษัตริย์ประเทศนั้น ทำสงครามกันซึ่งก็ชนะบ้างแพ้อ้างไปตามเรื่อง แต่โดยวิธีนี้ Pope ก็ยังมีฐานะฟ้าที่เหนือฟ้า ตอนนั้นยังไม่มีใครรู้จักหลักนิติธรรม ก็รู้จักแต่หลัก “Pope” จนต่อมา เมื่ออำนาจของ Pope เสื่อมลง พระสันตะปาปา เสื่อมลง เพราะหลายประเทศปฏิเสธอำนาจ Pope โดยเฉพาะหลักที่ใครจะเป็นกษัตริย์

ปกครองประเทศในยุโรปต้องมากุ๊กเข้าให้ Pope สวมมงกุฎ แรกๆ ก็ไปคุกเข้าสวมมงกุฎที่อยู่หอก เมื่อขัดข้องต่ออำนาจ Pope หลายประเทศก็สวมมงกุฎเอง เช่น นโปเลียน สวมมงกุฎเองไม่ไปคุกเข้าให้ Pope เพราะฉะนั้นเมื่อคัดค้านได้คนหนึ่ง ก็สามารถคัดค้านได้ทั่วไป Pope ก็เสื่อมอำนาจลง คนก็ต้องหาที่พึ่งใหม่ที่จะมาเหนี่ยวรั้งอำนาจของ รัฐชาติปิตัย

อำนาจใหม่ที่มาแทน Pope ที่อ้างกันในยุโรปในสมัยหนึ่ง คืออำนาจตามธรรมชาติ สิทธิธรรมชาติ กฎหมายธรรมชาติ อะไรก็ตามอ้างธรรมชาติเข้าไว้ เมื่อตอนที่ โทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) ประกาศอิสรภาพ แยกอเมริกาออกจากอังกฤษ ทั้งๆที่อเมริกา เคยเป็นเมืองขึ้นของอังกฤษ แต่เมื่อจะประกาศอิสรภาพโดยตีระฆังสั้นกระดิ่งว่าบัดนี้ อเมริกา ไม่เป็นสุวรรณภูมิที่เดียวกับอังกฤษอีกต่อไป เขาคิดอยู่นานว่าจะอ้างเหตุอะไรในคำประกาศอิสรภาพ เพราะว่ากษัตริย์อังกฤษนั้นเป็น รัฐชาติปิตัย เป็นฟ้า และมีอำนาจเดชานุภาพล้นพ้นสูงสุด และจะเอาอะไรมาอ้างเหนือสิ่งที่ผู้ประกาศอิสรภาพในอเมริกานึกออก ก็คืออ้างสิทธิธรรมชาติ ในคำประกาศอิสรภาพถึงได้ระบุว่า เราถือเป็นสิทธิโดยชอบธรรม ว่าเมื่อมีการปกครองกดขี่ข่มเหงย่ำยีจนสุดที่จะทนทานต่อไป ก็จำเป็นต้องใช้สิทธิดั้งเดิมที่เราเคยมีมา ซึ่งเป็นสิทธิที่พระเจ้าเป็นเจ้าประทานให้ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ ไม่ได้เกิดจากตัวบทกฎหมายใดมอบให้ สิทธินั้นก็คือสิทธิในการที่จะก่อร่างสร้างประเทศโดยการตัดสินใจตนเอง และสลัดให้พ้นจากพันธนาการ นั่นคือสิทธิธรรมชาติพออ้างสิทธินี้ขึ้นมา ก็ได้รับการขานรับว่าเออดี บัดนั้น คนนี้ก็อ้างคนโน้นก็อ้าง จนอยู่ประยะหนึ่งข้ออ้างก็เริ่มหย่อนลง เพราะซักจะมีคำถามว่าสิทธิธรรมชาติคืออะไร มีอะไรบ้าง อยู่ที่ไหน อะไรเป็นและอะไรไม่เป็นสิทธิธรรมชาติ และในที่สุดความคิดใหม่ก็เริ่มเข้ามา เป็นคลื่นลูกที่สาม ที่มีเชื่อมั่นมาแล้ว และมาฟื้นโต้งตั้งในเวลาต่อมา คือสิ่งที่รู้จักกันในประเทศอังกฤษว่าหลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law ซึ่งเป็นคำเก่าที่รู้จักมาหลายร้อยปีในอังกฤษ ต่อมาก็ค่อยๆ มาสร้างกฎหมาย กติกา ข้อ 1 ข้อ 2 ข้อ 3 เข้า จนกระทั่งนักปราชญ์ราชบัณฑิต ครู อาจารย์หลายคนในอังกฤษ เอามาสอน เอามาขยายความ จนกลายเป็น รากเหง้าอันสำคัญของระบบกฎหมายอังกฤษ และเอาไปใช้ในเรื่องการเมือง การปกครอง รู้จักกันทั่วไปว่าหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักที่ดีที่จะเหนี่ยวรั้งอำนาจที่ล้นพ้นของพระราชา มหากษัตริย์ หลักอย่างเดียวกันนี้ เมื่อข้ามช่องแคบอังกฤษไปอยู่ในภาคพื้นยุโรปเขาก็ โมหทนาสาธูว่าดี แต่อาจจะรังเกียจคำว่า The Rule of Law คนเราก็มักเป็นอย่างนี้ เกลียดตัวแต่กินไข่ เกลียดปลาไหลแต่ชอบน้ำแกง ชอบหลักนิติธรรม แต่ไม่ชอบที่จะใช้คำว่าหลักนิติธรรม ชอบคำว่า The Rule of Law แต่ไม่ชอบที่จะใช้คำว่า The Rule of Law อยากจะเอา ปรีชญา สบิริต (Spirit) เจตนารมณ์มาใช้แต่ไม่ชอบคำนี้ เมื่อไปถึงภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น ฝรั่งเศส เยอรมนี สวิตเซอร์แลนด์ อิตาลี ก็เลยไปเกิดคำใหม่ขึ้นแทนที่เราจะรู้จักกันในภาษาไทยว่า หลักนิติรัฐ หรือที่เรียกว่า Legal state เชื่อเดียวกัน จากหลักนิติธรรม ที่จริงพิสดารกว่านั้นอีก เพราะว่า The Rule of Law หลักนิติธรรมนั้นพอชาวอังกฤษลงเรือเมย์ฟลาวเวอร์ (mayflower) ข้ามจากเกาะอังกฤษ ไป อเมริกา คนที่ไปเป็นคนอังกฤษ ทั้งนั้น หลบหลี้หนีความอยุติธรรม เอาหลัก The Rule of Law ตามไปด้วย และก็เอาไปใช้ที่อเมริกา ใช้ไปนับร้อยปี เมื่อร่างรัฐธรรมนูญอเมริกาก็เอาไปใส่ในรัฐธรรมนูญอเมริกา แต่ก็ยังตะขิดตะขวงใจที่จะใส่ The Rule of Law เขาก็อยากจะมီးอะไรให้แปลกออกไปบ้าง แล้วก็รังเกียจหนักถ้าจะเรียก หลักนิติรัฐ หรือ Legal state เพราะฟังแล้วว่าจะดูเป็นภาคพื้นยุโรปเกินไป ก็ไปค้นได้คำเก่าในประวัติศาสตร์โบราณ จนเกิดเป็นคำในระบบรัฐธรรมนูญอเมริกาจนทุกวันนี้ว่า Due process of Law เนื้อหาของ The Rule of Law, Legal state, Due process of Law มีความใกล้เคียงกัน มีอะไรบางอย่างแตกต่างกันบ้าง ในเมื่อจะดัดแปลง ก็ให้มันต่างกันบ้าง แต่มีอะไรหลายอย่างคล้ายคลึงกัน เราเองประเทศไทย ก็เก่งนะครับ ในการที่จะลอกใครแล้วรู้จักดัดแปลง

เพราะฉะนั้นเราคิดว่า หลัก The Rule of Law หลัก Legal state หลัก Due process of Law เป็นหลักที่ดีที่เราใ้เอามาใช้ ของดีนั้นเราไม่ต้องรังเกียจหรือกลัว คงคล้ายๆกับที่ประธานเหมา เจ๋อ ตุง ท่านพูดว่าแมวมันจับหนูได้ทั้งนั้น อย่าไปสนใจว่าแมวมันมีสีอะไร ขอให้จับหนูก็ได้ หลักนิติธรรมมันดีทั้งนั้น ดีสำหรับประชาชน ดีสำหรับประเทศชาติ ดีสำหรับรัฐบาล ดีสำหรับศาล ดีสำหรับคนทั้งหลายทั้งปวง อย่าไปติดใจว่าจะไปเรียกอะไร เอามาใช้เถอะ ความจริงเราก็มีหลักของเราเองอยู่แล้ว ที่พอพิพอดแหงกับหลักนิติธรรม เพราะถ้าถามถึง เจตนารมณ์ของหลักนิติธรรม นิติรัฐ และ Due process of Law มีไว้เพื่ออะไร คำตอบคือมีไว้เพื่อเหนี่ยวรั้งกำกับรัฐไม่ให้ใช้อำนาจล้นพ้นจนเกินไปตามอำเภอใจ

ไทยเราก็มีหลักที่เอาไว้เหนี่ยวรั้งผู้ปกครอง ไม่ให้เตลิดเปิดเปิงตามอำเภอใจเกินไป ต้องอยู่ในกรอบ ในร่อง ในรอย คือเหนือฟ้ายังมีฟ้า นั่นเอง และฟ้าอะไรที่เหนือฟ้า เมืองไทยเรามีหรือ เมื่อปี พ.ศ.2427 (ร.ศ.103) ครั้งที่เจ้านายและข้าราชการจำนวนหนึ่ง ทำหนังสือกราบบังคมทูล พระพุทธเจ้าหลวงขอพระราชทาน constitution อ้างว่า ในนานาประเทศเขามี constitution กันทั้งนั้น ประเทศเขาถึงเจริญรุ่งเรือง ประเทศสยามสมควรจะต้องมี constitution บ้าง เพื่อเอาไว้จำกัดเหนี่ยวรั้งอำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เตลิดจนเกินไป รัชกาลที่ 5 ท่านมีพระราชดำรัสตอบชี้แจงตอนหนึ่ง ทรงอธิบายว่า พระบรมเดชานุภาพพระเจ้าแผ่นดินสยามนั้น ล้นพ้นนั้นหาที่สุดมิได้ ประโยคนี้คือ เหนือฟ้าแล้วไม่มีฟ้า แต่ในทางที่เป็นจริง รับสั่งว่า แม้จะมีพระบรมเดชานุภาพอันล้นพ้นหาที่สุดมิได้ นำแปลกที่ไม่เคยปรากฏว่าพระเจ้าแผ่นดินพระองค์ใดในสยามประเทศจะกล้าใช้พระบรมเดชานุภาพอันล้นพ้นนั้นเลย แม้จะได้ชื่อว่า เป็นพระเจ้าแผ่นดิน ก็ยังไม่เคยปรากฏว่ามีผู้ใดกล้าไปยึดเอาแผ่นดินของราษฎรมาตามใจชอบ แม้จะเรียกว่า พระเจ้าอยู่หัว ก็ยังไม่เคยปรากฏว่า จะลุกขึ้นตัดหัว ตัดศีรษะใครได้ตามใจชอบ ให้สมกับที่เรียกว่า พระเจ้าอยู่หัว แม้เรียกว่าเจ้าชีวิต ก็ไม่เคยกล้าพรากชีวิตใครตามใจชอบ ซึ่งถ้าท่านไปดูในประวัติศาสตร์ก็จะเห็นจริง ว่าทำไมในที่สุดคนอย่างพระพุทธเจ้าเสียจึงต้องยอมตัดหัวพันท้ายนรสิงห์แล้วทำไมยกเว้นไม่ได้ เหตุการณ์หลายเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ที่แสดงให้เห็นว่าสุดท้ายพระเจ้าแผ่นดินท่านก็ไม่กล้าใช้อำนาจที่ล้นพ้นหาที่สุดมิได้ น่าคิดว่าทำไมเมื่อพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 4) ทรงประจวบใกล้สวรรคต ไม่กล้าตรัสมอบราชสมบัติให้แก่ผู้ใด หากแต่ทรงเลียบเคียงกับเสนาบดีว่า ลูกที่ท่านรักมากคือ สมเด็จเจ้าฟ้าจุฬาลงกรณ์ อย่างมากท่านพูดได้แค่นี้ แล้วทำไมท่านไม่กล้าพูดว่าให้ยกเจ้าฟ้าจุฬาลงกรณ์ขึ้นครองราชย์ ท่านไม่กล้าสั่ง กลับสั่งว่าจงประชุมปรึกษากันเถิดว่าจะเลือกผู้ใดสมควรขึ้นเป็นพระเจ้าแผ่นดิน จะเป็นพี่เรา น้องเรา ลูกเรา หลานเรา คนใด เราไม่มีข้อขัดข้องเลย แต่ให้รู้ไว้นะ ว่าลูกที่เรารักคือเจ้าฟ้าจุฬาลงกรณ์ ท่านก็ฉลาดนะ เพราะฉะนั้นถ้ามีการมอบราชสมบัติแก่ผู้อื่น แล้วต่อไปภายหลัง สมมุติว่าเจ้าฟ้าจุฬาลงกรณ์ ไม่พอใจ เกิดคิดผิดเป็นขบถ ก่อการยึดอำนาจ ถ้ารักเราก็ขอเพียงแค่นเรนเทศพระองค์ท่านออกไปอยู่ที่อื่นเถิด อย่าถึงขั้นตัดหัวประหารชีวิตเลย ประโยคนี้แปลไทยเป็นไทย ว่าพระเจ้าแผ่นดิน ขอชีวิตลูกเพราะอะไร เพราะว่ารักลูก แล้วทำไมจึงไม่ตั้งเป็นพระเจ้าแผ่นดินเสียเลย ก็ไหนว่าเป็นสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ไหนว่าเป็นราชาธิปไตย ไหนว่าเป็นรัฐราชาธิปไตย ใช่ครับ ท่านเป็นทุกอย่างแต่ท่านไม่กล้าสั่ง เพราะว่าท่านยังเกรงใจขุนนาง เกรงใจเสนาบดี เกรงใจนิตรราชประเพณี เกรงใจ ทศพิธราชธรรม เกรงใจจักรวรรดิวัตร เกรงใจสังคหวัตถุ เหล่านี้คือคุณธรรมที่ผมต้องการเรียกว่า เหนือฟ้ายังมีฟ้า และเพราะเกรงใจสิ่งเหล่านี้ ท่านจึงต้องคืนอำนาจให้ประชาชน ไปคิดกันเอง เมื่อสวรรคต เจ้านายขุนนาง จึงประชุมปรึกษากัน แล้วก็เชิญสมเด็จเจ้าฟ้าจุฬาลงกรณ์ขึ้นรับราชสมบัติเป็นพระเจ้าแผ่นดิน ประวัติศาสตร์มันมีมาอย่างนี้ ดังนั้นถ้าจะเอาคตินิยมอังกฤษ เรื่อง The Rule of Law คตินิยมยุโรปเรื่อง Legal state คตินิยมอเมริกา เรื่อง Due process of Law

คตินิยมไทย เรื่องนิติราชประเพณี ทศพิธราชธรรม จักรวรรดิวัตร สังคหวัตถุ มาผสมกันเราก็จะรู้ว่า ที่ไหนๆ ก็ตาม เขายอมรับเรื่องเหนือฟ้ายังมีฟ้า คือเหนือกฎหมายก็ต้องมีสิ่งที่ใหญ่กว่านั้นมาครอบอยู่ และนี่คือ Spirit ของ คำว่าหลักนิติธรรม ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอะไรก็ตาม

ก่อนปี พ.ศ.2500 คนไทยรู้จัก The Rule of Law เพราะคนไทยไปเรียนอังกฤษเยอะ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ท่านก็ไปเรียนอังกฤษ กลับมาท่านก็เคยตรัสสอนเรื่อง Rule of Law แต่เราไม่เคยบัญญัติเป็นภาษาไทย เราทับศัพท์ว่า Rule of Law แล้วก็ยังไม่มีการบัญญัติไว้เป็นภาษาไทย คนไทยใช้ Rule of Law มาเรื่อย แล้วก็ไม่มีใครเคยนึกบัญญัติเป็นภาษาไทย จนกระทั่งก่อนปี พ.ศ.2500 ไม่นานนัก มีการประชุมนานาชาติเกิดขึ้นในต่างประเทศ คนไทยก็ไปประชุม ผู้พิพากษาของเราก็ไปประชุม ก็เริ่มมีการพูดถึง Rule of Law ชัดเจนในเวทีต่างประเทศ หลังจากนั้นก็ยังมีการประชุมกันต่อมาอีก จนกระทั่งปี 2503 2504 2505 เรื่อยมาเราก็ส่งผู้พิพากษา อัยการ ไปประชุม ได้ยินกันมาอีกเรื่อง Rule of Law ก็กลับมาขยายเผยแพร่ เคยมีการบันทึกไว้ว่า การบัญญัติคำว่า Rule of Law เป็นภาษาไทยครั้งแรก เป็นฝีมือนักกฎหมายคนหนึ่ง ชื่ออาจารย์วิกรม เมฆานนท์ ซึ่งต่อมาเป็นประธานศาลฎีกา ตอนนั้นท่านเป็นผู้พิพากษาชั้นผู้น้อย แต่ท่านเก่งในการบัญญัติศัพท์ แปลกๆ ท่านก็ไม่ได้เรียก Rule of Law ว่าหลักนิติธรรม แต่ท่านบัญญัติศัพท์ว่าหลักนิติสมมภ์ “สมมภ์” แปลว่า เสาหลัก เหมือนกับ จุดสมมภ์ คือเสาหลักทั้ง 4 เวียง วัง คลัง นา ท่านบอกว่า นิติสมมภ์เป็นเสาหลักของประเทศ แล้วท่านก็เสนอคำนี้ลงในหนังสือ ดุลพาท ของกระทรวงยุติธรรม ลงในบทบัญญัติของกระทรวงยุติธรรมหวังให้ติดปาก แต่ไม่มีใครใช้ตามท่าน ด้วยเหตุผลว่าฟังไม่รู้เรื่อง ลงท้ายอาจารย์วิกรม ก็ไม่ใช่คำว่า นิติสมมภ์ ก็มีคนอื่นเสนอคำแทนอีกหลายคำ ท่านอาจารย์จิตติ ติงศัททิตย์ อาจารย์หยุด แสงอุทัย อาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ท่านบัญญัติคำว่า Rule of Law ในภาษาไทยว่า หลักกฎหมายบ้าง หลักพื้นฐานของกฎหมายบ้าง หลีกทั่วไปแห่งกฎหมายบ้าง ไม่มีใครใช้ตาม ทุกคนมีมติเห็นพ้องต้องกันว่า ไม่ทันสมัย ล้าสมัย ก็เลยกลับไปใช้ทับศัพท์ The Rule of Law เรื่องนี้ผมเคยไปเล่าเทียบเคียงหลายครั้งว่า วันนี้ก็อยากจะเล่าเทียบเคียงเมื่อครั้งที่ท่านนายกชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี ในการประชุม ก.พ. คราวหนึ่ง มีคนพูดถึง Good Governance ท่านก็เริ่มเปรยขึ้นว่า Good Governance เป็นของดี แต่ใจคอไม่คิดจะบัญญัติศัพท์เป็นภาษาไทย บ้างหรือ คนที่คุ้นกับท่านนายกชวนจะรู้อย่างหนึ่งว่าท่านรำคาญคนที่พูดภาษาไทยปนภาษาอังกฤษ ตัวท่านเองไม่พยายามจะใช้เลยคำว่า โอเค ท่านยังไม่ใช้เลย ต่อมาก็มีคณะกรรมการบัญญัติศัพท์ทางรัฐศาสตร์ รับผิดชอบบัญญัติให้เวลาผ่านไปสักกระยะหนึ่ง คณะกรรมการบัญญัติศัพท์ ทางรัฐศาสตร์ ตอบมาว่า Good Governance บัดนี้ให้เรียกว่า สุประศาสนการ โดยให้ความหมายว่า Good แปลว่า ดี Governance แปลว่า การปกครอง คำเพราะๆ ของการปกครองคือคำว่า ประศาสน เช่นการปกครองรัฐก็เรียกว่ารัฐประศาสนศาสตร์ สมัยก่อนตำแหน่งอธิการบดี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หลวงประดิษฐ์มนูธรรม เรียกว่า ผู้ประศาสนการ เพราะฉะนั้น Good Governance เรียกว่า สุประศาสนการ ตอนนำเข้าคณะรัฐมนตรี คุณไตรรงค์ สุวรรณคีรี ท่านถามว่า แปลว่าอะไร ผมชี้แจงว่า แปลว่าการปกครองที่ดี มีคนท้วงว่าเห็นจะใช้ไม่ได้หรอกคำนี้ มันยากต้องแปลไทยเป็นไทย ลองไปถามราชบัณฑิตดู ผมก็มีจดหมายไปถามราชบัณฑิตๆ ตอบกลับมาว่า ให้เรียกว่าการปกครองที่ดี พอนำเข้า ครม. ก็มีมติเอกฉันท์ว่า เรียบง่ายเกินไป ไม่ไพเราะกินใจจึงไม่ใช้ กลับมาใช้ Good Governance อย่างเดิม เพราะฉะนั้น The Rule of Law มันก็มาอย่างนี้ แต่ Good Governance ได้คำภาษาไทยในเวลาต่อมา เพราะในการประชุม ก.พ.คราวหนึ่ง ท่านนายกชวน หลีกภัย ถามว่าทำไมไม่คิดอะไรสักคำขึ้นมาให้ง่ายๆ ปลัดกระทรวงการคลังตอนนั้น ชื่อ ม.ร.ว. จิตุมงคล โสณกุล ท่านก็เสนอคำว่า ธรรมภิบาล ทุกคนใน ก.พ. ก็เห็นว่าดี ก็เป็น

ธรรมาภิบาล เป็นต้นมา ท่านเจ้าอาวาสวัดหนึ่งให้ความเห็นว่า Good Governance ไม่ใช่ ธรรมาภิบาล นะครับ ท่านอธิบายว่าธรรมาภิบาลแปลว่า ธรรม ย่อมรักษาผู้ประพฤติธรรม มันไม่ได้เกี่ยวอะไร กับการปกครอง บ้านเมือง มันไม่ทันสมัยแล้วนะท่านเจ้าคุณ เพราะไม่มีทางเลือกแล้วครับ ถ้าไม่เอา ธรรมาภิบาล ก็ต้องเอา สุประชาสน์การ เมื่อท่านไม่เอา สุประชาสน์การ ก็ต้อง ธรรมาภิบาล ก็เลยใช้กันเรื่อย ๆ

เมื่อมาถึง The Rule of Law นิติสดมภ์ ก็ไม่ดี ไม่มีคนชอบ หลักกฎหมายก็ไม่เพราะ หลักพื้นฐานของกฎหมายฟังแล้วดูทะแม่งๆ หลักทั่วไปแห่งกฎหมาย บางคนบอกไม่ใช่ ในที่สุดมีคนเสนอเอาคำเก่า ที่เคยใช้อยู่ก่อน ซึ่งถ้าใครเคยดูกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ สมัยรัชกาลที่ 6 ท่านเคยใช้คำๆ หนึ่งในกฎหมายเทียบบาลฉบับนั้น ท่านใช้คำว่า หลักนิติธรรม แต่ใช้ในความหมายที่แปลว่ากฎหมาย ไม่ได้วิเศษวิโส ไม่ได้เป็นฟ้าที่อยู่เหนือฟ้า เช่นท่านบอกว่าจึงสมควรตรากฎหมายเทียบบาลขึ้นไว้เป็นหลักนิติธรรมของแผ่นดิน แสดงว่า เป็นกฎหมายธรรมดา ไม่ใช่ Rule of Law แต่มันไพเราะ คำนี้ คนที่เห็นคำนี้ว่าไพเราะ และสามารถนำมาใช้ได้ คือ ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ท่านบอกว่าคำนี้ก็ไม่เพราะ คำนี้ ก็ไม่เพราะ ไปเอาคำเก่าในสมัยรัชกาลที่ 6 มาใช้เถอะว่าหลักนิติธรรม เมื่อท่านใช้ คนก็ใช้ตาม ติดปากมาจนถึงทุกวันนี้ จนกระทั่งคงไม่มีใครคิดเป็นอื่นอีกแล้ว วันนั้นก็คือหลักนิติธรรม แต่คนที่ตั้งใจก็มี ผมเคยสังเกตหลายครั้ง คุณอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เวลาที่พูดท่านจะเรียกหลักนิติรัฐ นิติธรรม คือเอาทั้งสองอย่าง และก็มีผู้ใหญ่บางคนเรียกว่า หลักนิติธรรมรัฐ แปลว่ายังรักพี่และเสียตายน้อง มันก็ควรจะรักพี่เสียตายน้องอยู่ เพราะเมื่อตอนที่ยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 2550 เป็นการเอาคำว่าหลักนิติธรรมไปเขียนในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกของประเทศไทย เเถียงกันหนักในสภาร่างรัฐธรรมนูญ ว่า จะเรียกหลักนิติธรรม หรือ จะเรียกหลักนิติรัฐ พวกที่นิยมอังกฤษ เสนอให้เรียกหลักนิติธรรม เพื่อที่จะได้ตรงกับ The Rule of Law พวกที่จบ ฝรั่งเศส เยอรมนี ซึ่งก็เข้าไปอยู่ในคณะกรรมการยกร่างหลายคน เสนอให้ใช้หลักนิติรัฐ เพราะเหตุว่าชินกับคำว่า Legal state ก็มีบ้างพวกที่จบอเมริกา จะให้เรียกว่า Due process of Law แต่ยั้งนี้ก็ไม่ออกภาษาไทยจะเรียกว่าอย่างไร มีคนเสนอว่า หลักสุภนิติกระบวนการ ว่าไปโน้น ผมถามว่าทำไมจึงเรียก สุภนิติกระบวนการ เขาตอบว่า Due แปลว่าดี เช่น สุภมงคล process แปลว่ากระบวนการ มีบางคนบอกว่า ฟังไม่เข้าท่า คำนี้ได้ตัดทิ้ง ไม่ได้ส่งเข้าประกวด ตอนนั้นมีสองคำที่จะต้องตกลงกันว่าจะใช้ นิติธรรมหรือนิติรัฐ โหวตกันในสภาร่างรัฐธรรมนูญ นิติธรรมได้ 60 กว่าเสียง นิติรัฐได้ 50 กว่าเสียง นิติธรรม ชนะ จึงเขียนคำว่านิติธรรมในรัฐธรรมนูญ แล้วก็ใช้กันตั้งแต่บัดนั้นจนบัดนี้ ในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ก็คงต้องเป็น นิติธรรม ต่อไปคำนี้ก็มาสถิตอยู่ในรัฐธรรมนูญ ปัญหาว่าเรียกอะไรก็ช่างมันเถิด เนื้อหามันคืออะไร เนื้อหาของหลักนิติธรรมเคยเถียงกันในห้องเรียนแล้วว่ามันคืออะไร ถ้าไปถามคนที่จบอังกฤษ เขาก็ตอบอีกอย่างหนึ่ง ไปถามคนจบฝรั่งเศส เยอรมัน ก็ตอบอีกอย่างหนึ่ง ไปถาม คนจบอเมริกาก็ตอบอีกอย่างหนึ่ง วันนี้ดูจะสิ้นกระแสความ คือเอามันหมดทุกประเทศนั้นแหละ ในรัฐธรรมนูญที่กำลังร่างกันอยู่ในมาตรา 217 จึงได้ให้ อรรถาธิบาย เป็นครั้งแรกในประเทศไทยและน่าจะครั้งแรกในโลกว่า หลักนิติธรรม แปลว่าอะไร เขาแปลไว้แล้ว ถ้ามาตรานี้ผ่านก็จะใช้ได้ใช้กัน ถ้าไม่ผ่านก็อีกเรื่อง ตัวใครตัวมัน ตายตกไปตามกัน มาตรา 217 ได้บัญญัติไว้ว่า หลักนิติธรรมนั้นเป็นรากแก้วของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ประกอบด้วยหลัก 5 ประการดังต่อไปนี้ เอามาจากอังกฤษบ้างฝรั่งเศสบ้าง อเมริกาบ้าง ไทยบ้าง

ข้อที่ 1 จะต้องยึดถือรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าเป็นสิ่งสูงสุดเหนืออำนาจอใจ จะต้องยึดรัฐธรรมนูญและกฎหมายของประเทศเหนืออำนาจอใจ คือเอาแต่ตัวใจชอบไม่ได้ ต้องเอากฎหมายมาเป็นใหญ่ แต่ต้องระวังสมัยก่อนเราคิดว่านโยบายอยู่เหนือเหตุผล ฉะนั้นอยากได้อย่างนี้ ไปทำอย่างนี้ แต่อย่าลืมว่าให้ยึดกฎหมายเหนือ

อำเภोजิ เคยมีกรณีแล้วที่ ซีซาร์ (Julius Caesar) เคยสั่ง ในสมัยโรมันว่า “Sic Volo, Sic Jubeo Ut Leges” ผมจำมาจาก ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ท่านเคยเล่าให้ฟังว่า ซีซาร์ เคยสั่งอย่างนี้ แปลว่า เพราะข้าต้องการอย่างนี้ จึงไปออกกฎหมายมาตามนี้ ว่าแล้วก็ออกกฎหมายมาตามที่ซีซาร์ต้องการทุกครั้งไป เวลาใครลุกขึ้นทำอะไร ก็ทำตามกฎหมาย แต่กฎหมายนั้นคือ อำเภोजิของซีซาร์ แต่เปลี่ยนจากอำเภोजิให้เป็นกฎหมาย เพราะฉะนั้น การยึดกฎหมายเหนืออำเภोजิก็ได้อยู่ แต่ระวังที่กฎหมายที่ถูกออกมาตามอำเภोजิเหมือนกัน มันจะเป็นการ เบี่ยงเบนหลักนิติธรรมได้ นี่คือข้อที่ 1

ข้อที่ 2 รัฐธรรมนูญเขียนไว้ว่า เนื้อหาของหลักนิติธรรมก็คือ จะต้องยึดหลักการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค นี่เป็นเนื้อหาสำคัญข้อที่ 2 ของหลักนิติธรรม

ข้อที่ 3 การเคารพการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบใช้อำนาจรัฐ และการไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน ขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ส่วนรวม

ข้อที่ 4 จะต้องยึดหลักนิติกระบวนการ โดยไม่มีการออกกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญเพื่อลงโทษย้อนหลัง หรือเพื่อตัดโอกาสในการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล หรือเพื่อให้บุคคลถูกดำเนินคดีสองซ้ำ สองซ้อนหรือเพื่อบังคับให้คนต้องปรักปรำตนเอง หรือเพื่อลบล้างข้อสันนิษฐานที่ว่า ทุกคนบริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าผิด

ข้อที่ 5 หลักนิติธรรมนั้นต้องเคารพหลักความเป็นกลาง ความเที่ยงธรรมของกระบวนการยุติธรรม ทั้งหมดนี้ 5 ข้อ รวมกันเรียกว่าหลักนิติธรรม ในข้อ 1 ที่ให้ยึดกฎหมายเหนืออำเภोजินั้นและ ข้อ 2 ที่ว่าเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ น่าจะลอกมาหรือเอามาจาก The Rule of Law ของอังกฤษ เพราะอังกฤษมี ส่วนข้อ 3 ที่บอกให้ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจรัฐ การไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน The Rule of Law ของอังกฤษไม่มี แต่หลักนิติรัฐ ของยุโรปมี ตรงนี้อเอามาจาก Legal state ของยุโรป ข้อที่ 4 ให้ยึดหลักนิติกระบวนการ นั้นคือ Due process of Law เพียงแต่คำว่า คฎา ที่แปลว่าดี หายไป เอามาแค่นิติกระบวนการ ต้องยึดนิติกระบวนการที่ว่า ห้ามไม่ให้ออกกฎหมายมาลงโทษย้อนหลัง ที่อเมริกาเรียกว่า ex post factor Law และไม่มี การออกกฎหมายตัดสิทธิคนในการดำเนินคดีในศาล และจะต้องไม่มีการออกกฎหมายมาบังคับให้คนปรักปรำตนเอง ที่เรียกว่า privilege against self-incrimination จะต้องไม่มีการดำเนินคดีต่อบุคคลสองซ้ำ สองซ้อน ที่เขาเรียกว่า Double Jeopardy และจะต้องไม่ตัดโอกาสให้คนพิสูจน์ความบริสุทธิ์ ห้ามสันนิษฐานว่าคนผิด ที่เขาเรียกว่า Presumption of innocence ทั้งหมดนี้คือหลักอเมริกา และข้อ 5 ความเป็นอิสระของศาล และความเที่ยงธรรมของกระบวนการยุติธรรม อันนี้เป็นหลักที่ใช้กันอยู่ทั่วไป ทั้งในอังกฤษ ยุโรป อเมริกา ก็มาผสมกันขึ้น เป็นหลักนิติธรรม แล้วก็จะเป็นรากแก้ว รากเหง้า รากขวัญ อะไรก็แล้วแต่ของการปกครองของไทยตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป แล้วคอยดูแลจะรับต่อไปมันจะแสดงอิทธิฤทธิ์ เพราะว่าคำว่าหลักนิติธรรมนั้นได้กระจายไปอยู่หลายมาตรา ในร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ที่เราจะเอามาใช้กันเร็วๆ นี้ เช่น ไปกระจายอยู่ในมาตรา 3 ที่บอกว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรทั้งหลาย ต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรม แล้วนิติธรรมคืออะไร ก็คือ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว ซึ่งต่อไปเราจะเผชิญกับการเอาหลักนิติธรรมมาใช้ในศาล คณะรัฐมนตรี รัฐสภา และในองค์กรอิสระ เช่น ป.ป.ช. กกต. อย่างกว้างขวางมาก เมื่อก่อนนี้เวลาเมื่ออะไรเกิดขึ้น เราจะมีข้อหาครอบจักรวาล ว่าผิด ม.157 ต่อไปจะเจอข้อหาครอบจักรวาลไม่ว่าจะผิดหรือถูก ม.157 หรือไม่ แต่วามันผิดหลักนิติธรรม แล้วก็จะไปพิสูจน์กันในศาล

เมื่อก่อนเวลาที่รัฐสภาจะออกกฎหมาย รัฐสภาคิดอย่างเดียวว่า อย่าออกกฎหมายให้ขัดรัฐธรรมนูญ วันต่อไปสิ่งที่รัฐสภาจะต้องคิดก็คือ จะขัดหรือไม่ขัดรัฐธรรมนูญไม่รู้ แต่อย่าให้ขัดหลักนิติธรรม มิฉะนั้นรัฐสภาจะได้ชื่อว่าผิดรัฐบาล คณะรัฐมนตรี เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ เมื่อก่อนนี้การบริหารประเทศยึดหลัก อยู่หลักเดียว คือความรับผิดชอบ

ร่วมกัน Common Responsibility วันนี้ถ้าใครไปดูร่างรัฐธรรมนูญที่กำลังร่างกันอยู่ มาตรา 171 ยังเขียนแค่ว่า พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่ง และรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกิน 35 คน ประกอบกันขึ้นเป็น คณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน แปลว่าคณะรัฐมนตรี มีหลักเดียวกัน คือ หลักรับผิดชอบร่วมกัน สรุปลงคือหลักลงมือแป๊ะ มีอะไรเกิดขึ้นก็จมมันทั้งลำ ใครจะขึ้นฝั่ง ชัดทอดหนีความรับผิดชอบไม่ได้ แต่แปลอย่างนี้ไม่ถูก เพราะนี่คือสิ่งที่ ลือคสเปค ต้องไม่ลืมมาตรา 3 ที่ผมบอกว่า รัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญที่ดี ต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรม เพราะฉะนั้น แม้ ธรรมต้องปฏิบัติตามหลักความรับผิดชอบร่วมกันตาม มาตรา 171 แต่ก็ยังต้องรับผิดชอบร่วมกันตาม หลักนิติธรรม มาตรา 3 เพราะ นิติธรรม จะวิ่งเข้าจับผิด ธรรมเองก็จะปฏิเสธไม่นำพาหลักนิติธรรมไม่ได้ และแม้แต่ ป.ป.ช. กกต. เองก็หนีไม่พ้นเพราะต้องยึดหลักนิติธรรมด้วย ศาลยิ่งต้องโดนบังคับมากกว่าใคร ตามมาตรา 3 เขาไปตอกตะปูอีกสองตัวตรึงท่านไว้ ในมาตรา 219 และ 220 เขาไปตรึงไว้อีกในมาตรา 219 ศาลจะต้องตัดสินคดีในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ตามหลักนิติธรรม รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย โปรดสังเกต นะครับว่าเขาเรียงลำดับว่าท่านต้องตัดสินคดีตามหลักนิติธรรมมาก่อนรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญมาก่อนกฎหมาย ผมว่าทั้งหมดมีนัยสำคัญ เขาเถียงกันมาแล้วว่า ศาลต้องตัดสินคดีตามรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นกฎหมาย สูงสุด ตามกฎหมาย และตามหลักนิติธรรม คำตอบคือไม่ได้ เพราะนิติธรรมจะมาหลังสุด ต้องตัดสินคดี ตามหลักนิติธรรม ตรงนี้มีนัยที่สำคัญทั้งนั้น นี่คือการตอกตะปูอีกตัวตาม มาตรา 219 และอีกตัวหนึ่ง ตามมาตรา 220 เจ้าหน้าที่ทั้งหลายในกระบวนการยุติธรรม จะต้องทำหน้าที่ของตนตามหลักนิติธรรม รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย นัยเหล่านี้จะมีความหมายอย่างไรมันจะแสดงอิทธิทธิปาฏิหาริย์ ต่อจากนี้ไป และเราจะได้เห็นเมื่อถึงเวลามีคดีความเกิดขึ้น ศาลอาจจะหากกฎหมายใดมาตัดสินไม่ได้ หรือ ถ้าใช้กฎหมาย การกระทำนี้มันจะถูกกฎหมาย แต่ถ้าใช้หลักนิติธรรมการกระทำนี้จะผิด ผมเชื่อว่าจากนี้ไป ศาลจะเดินหน้าตัดสินว่า จริงอยู่แม้การกระทำดังกล่าวอาจจะชอบด้วยกฎหมายแต่ก็เห็นได้ว่าไม่เป็นไปตาม หลักนิติธรรม ดังบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 217 ห้ามข้อเมื่อกี้ นะครับ เมื่อควักขึ้นมาอาจตีความหาทางออกให้กับ บ้านเมืองได้ ซึ่งแน่นอนเมื่อทำเข้า ศาลก็อาจจะโดนตำเข้าอีก วางหลักเอาไว้ให้ตึกก็แล้วกัน

ในเวลาที่ผ่านมา ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง หรือแม้แต่ศาลยุติธรรม ก็เคยตัดสินคดีโดยอ้างหลักนิติธรรม มาแล้วหลายเรื่อง คดีที่คลาสสิกมาก คือคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินตามพระราชบัญญัติขายตรง พ.ร.บ. นี้ ออกมาจากสภา และเขียนไว้ในมาตราหนึ่งว่า ในเวลาที่นิติบุคคลกระทำผิด เช่นบริษัทไปทำผิด กรรมการ ทุกคนจะต้องรับผิดชอบด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็น ที่จริงตอนเขียน เขาก็เขียนดีแล้วนะครับ ถ้าบอร์ดประชุมและลงมติฝ่าฝืน พ.ร.บ.ฉบับนี้ คือ พ.ร.บ.ขายตรง นิติบุคคล คือบริษัทต้องรับผิด บอร์ดที่ ลงมติก็ต้องรับผิด เว้นแต่บอร์ดคนใดที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้อง เช่นไม่อยู่ในที่ประชุม หรือ ลงมติคัดค้านไม่เห็นด้วย แต่เริ่มต้นผิดก่อน มันก็มีการฟ้องร้องดำเนินคดีสิครับ คดีนี้ก็มีการกล่าวอ้างว่า พ.ร.บ. ขายตรง มาตรานี้ขัดรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ ท่ามกลางเสียงวิจารณ์ภายนอก ว่ามันจะไปขัดอะไร กฎศกีกา ก็ดูมาดีแล้ว สภาก็ดูดีแล้ว สภาผู้แทนราษฎรก็ดูดีแล้ว วุฒิสภาก็ดูดีแล้ว และใช้กันมาตั้งนาน กฎหมายนี้เขียน เหมือนกับกฎหมายอีกหลายฉบับ ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินอย่างไรรู้ไหมครับ จริงอยู่แม้จะมีการเขียนเหมือนกัน หลายฉบับ จริงอยู่แม้จะมีการเปิดโอกาสให้แก้ตัวได้ แต่เริ่มต้น ใครที่กระทำการอย่างนั้น ให้สันนิษฐานว่าต้อง รับผิดชอบจนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่า แสดงว่าเริ่มต้นก็คือผิด การไม่ผิดเป็นข้อยกเว้น ไหนบอกว่าเริ่มต้นให้สันนิษฐานว่า บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าผิด หลักที่เคยถือมาว่าบริสุทธิ์เป็นหลักผิดเป็นข้อยกเว้น แต่กฎหมายขายตรงนั้น

ผิดกลายเป็นหลัก และพิสูจน์ว่าบริสุทธิ์เป็นข้อยกเว้น ว่าแล้วศาลรัฐธรรมนูญก็ตัดสินว่า พ.ร.บ.ขายตรงมาตราบนี้ขัดต่อหลักนิติธรรม เขาไม่ได้บอกว่าขัดรัฐธรรมนูญ ขัดต่อหลักนิติธรรมเพราะว่าหลักนิติธรรม มีใจความว่าให้สันนิษฐานว่าทุกคนบริสุทธิ์ คือ Presumption of innocence จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าผิด นี่เริ่มต้นก็เอาความผิดไปใส่ให้ก่อน และให้เขาพิสูจน์ให้หนีความรับผิด การเขียนกฎหมายเช่นนี้ ขัดต่อหลักนิติธรรม ผลจากการนี้คือมาตราบนี้ใช้ไม่ได้ แต่เรื่องนี้เป็นคลื่นที่กระทบฝั่งอย่างรุนแรง พอกับแผ่นดินไหวในเนปาล เพราะกฤษฎีกาเรียกประชุมใหญ่ทุกคณะ รัฐบาลไม่รู้ร้อนรู้หนาวอะไรด้วยหรือ ขัดก็ขัดไปข้างมัน แต่กฤษฎีกาเป็นฝ่ายกฎหมายจำเป็นต้องตื่นเต้น ประชุมกันทุกคณะ ในที่สุด ก็สำรวจตรวจสอบพบว่า ผลจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินคดีนั้นกระทบรุนแรงมาก ในตอนที่ศาลรัฐธรรมนูญตัดสิน ผมเห็นมีเพียงหนังสือพิมพ์ลงข่าวเพียงฉบับเดียว และลงในหน้าสาม คอลัมน์ เล็กๆ ไม่รู้สิกรู้สาวว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องใหญ่ ทั้งๆ ที่มันควรจะพาดหัวหน้า 1 เข้าใจว่าคงอ่านไม่รู้เรื่อง มีหนังสือพิมพ์ฉบับเดียวไปลงหน้าสาม และเป็นคอลัมน์เล็กๆ เพียงสามบรรทัด แต่กฤษฎีกาประชุมใหญ่และมีความเห็นว่า ผลจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องนี้ กระทบกฎหมาย ประมาณ 100 ฉบับ เพราะเขียนอย่างเดียวกัน เพราะฉะนั้นก็ต้องมีการแก้ไขกฎหมาย 100 ฉบับ อย่างเดียวกันโดยด่วน มีคนแย้งว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไม่ผูกมัดคดีอื่น เพราะฉะนั้นเขาตัดสินกฎหมายขายตรง กฎหมายอื่นก็ข้างมันพูดอย่างนั้นคือพูดอย่างคนไม่รับผิดชอบ พูดอย่างคนรับผิดชอบต้องเตรียมรับมือว่าแม้ฉบับอื่นยังไม่เคยถูกทดสอบในศาล แม้ยังไม่เคยขึ้นศาลแต่ ก็ทำนองเดียวกัน เพราะฉะนั้นต้องแก้ไขเสีย กฤษฎีกาจึงต้องตั้งคณะกรรมการชุดพิเศษ ประกอบด้วยประธานกรรมการทุกคณะมานั่งหาทางออก และในที่สุดก็พบว่าต้องแก้ไขกฎหมายทั้งหมดนั้น ระหว่างนั้นได้แจ้งไปยังรัฐบาล สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่ากฎหมาย 100 ฉบับนี้ ถ้ามีการกระทำผิดเกิดขึ้นอย่าไปจับ ถ้าไปจับเข้า ตำรวจจะโดน ม.157 ได้มีการไปซักซ้อมทำความเข้าใจกับตำรวจ บอกกล่าวกับอัยการ และบอกกับรัฐบาล รัฐบาลแจ้งว่าถ้าอย่างนั้น ก็ไปแก้มา ก็มีการประชุมกันครั้งแรกก็ว่าต้องมีการแก้กฎหมาย 100 ฉบับ คงต้องทำกฎหมาย 100 ฉบับเพื่อแก้กฎหมาย 100 ฉบับนั้น แล้วชาติไหนจะสำเร็จ มีการคำนวณกันคร่าวๆ ก็คงต้องใช้เวลา ประมาณ 40 ปี ถึงจะแก้ได้หมด และก็ยังพิลึก ถ้าเข้าสภาแล้วไปเจอคณะกรรมการ 40 – 50 คณะ ในที่สุดก็มีคนเสนอว่าก็ให้ออกกฎหมายเพียงฉบับเดียว เข้าสภานเดียว ใจความมีว่า ในพระราชบัญญัติต่อไปนี้ พ.ร.บ. โดมิข้อความอย่างนี้ให้ใช้อย่างนี้แทน ไปหยั่งเสียงทางสภา สภาบอกไม่ยอม ต้องแก้มาทีละฉบับ ถ้าแก้ฉบับเดียวมาครบจักรวาลไม่ได้ ก็เลยเก็บเอาไว้อย่างนี้ไม่ได้ทำอะไรต่อ วันนี้ก็ต้องไปสะกิดถามว่า จะเอาอย่างไรกันต่อไป หรือจะใช้มาตรา 44 เพราะเวลานี้อาจจะเร่งรัดการออกกฎหมายได้เร็วขึ้น กฎหมาย 100 ฉบับ ถ้านับไปนับมา อาจจะไม่ถึงแล้วเวลานี้ แต่เป็นกฎหมายที่สำคัญของประเทศ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ ก็เขียนอย่างนี้ พ.ร.บ.บริษัทมหาชน ก็เขียนอย่างนี้ เวลานี้ยังใช้อยู่ พ.ร.บ.บริษัทมหาชน เวลาประชุมคณะกรรมการบริษัทมหาชน แล้วถ้าหากบริษัทไปลงมติอะไรที่แปลกๆ เข้า กรรมการทุกคนมีความผิดด้วย ที่แปลกเขียนเลยไปว่ากรรมการที่ไม่ได้อยู่ในที่ประชุมก็อาจจะผิดได้ ถ้าหากว่าไม่ปฏิเสธมาภายใน 3 วัน หลังจากการประชุมสิ้นสุดลง ว่าตนไม่เห็นด้วยกับมตินั้น ในทางปฏิบัติถ้ามีการเรียกประชุมบอร์ดบริษัทมหาชน เขามีการประชุมพิเศษ พอติกรรมการมติดิถุการกิจไปเมืองนอก ไม่ได้เข้าประชุม ระหว่างนั้นก็อยู่เมืองนอกนาน 10 วัน มารู้อันวันที่ 11 แล้ว เขามีมติให้ทำหนังสือภายในสามวันก็ไม่สามารถทำได้ นั่นละครับมันเกิน สามวันแล้ว พลอยผิดไปด้วยนะครับ วันนี้ก็ต้องเดือดร้อนแก้กฎหมายเหล่านี้ เป็นเรื่องของหลักนิติธรรม

เพราะฉะนั้นในการบริหารประเทศมันมีเรื่องที่ต้องใช้เยอะ ต้องคิดหนัก รัฐบาลหลายชุดในอดีต ก็พยายามโดยไม่ได้พูดว่าหลักนิติธรรม แต่ก็เห็นว่าได้ประกาศคล้ายหลักนิติธรรม รัฐบาลบางชุดในอดีตเคยกล่าวไว้

และก็ยึดมั่นในหลักนี้ เราไม่อาจจะทำให้ทุกคนรวยได้เท่ากัน แต่สามารถทำให้ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันได้ นี่คือหลักนิติธรรมหลักข้อที่ 1 คือยึดกฎหมายเหนืออำเภอใจ เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ เทียบกับบางรัฐบาล ในอดีต ผมเคยเจอรัฐบาลที่เข้ามาปกครองและก็บอกว่าพวกข้าราชการจำไว้นะ รัฐบาลนี้จะบริหารประเทศโดยไม่ใช้หลักกฎหมาย เพราะกฎหมาย เย็นเยื่อ ยืดยาด นักกฎหมายเหมือนกลายเป็นศัตรูของรัฐบาล เพราะจะทำอะไรก็มักไปบอกว่าทำไม่ได้ ไอนั้นก็ผิด ไอนี้ก็ผิด และไม่รู้จักแนะนำว่าทำอะไรถึงจะให้ถูก เพราะฉะนั้นรัฐบาลนี้จะบริหารตามหลักที่เรียกว่า management by objective ใช้ตัวย่อว่า MBO ผมเคยถามว่า MBO แปลว่าอะไร ท่านตอบว่า management by objective แต่มีรัฐบาลบางชุด บริหารตามหลัก “MOB” ถามว่าอะไร ท่านตอบว่า management by mob คือฟังมีอบ ส่วน management by objective แปลว่าอะไรท่านก็อธิบายให้ฟังว่า ให้ถือเอาจุดหมายปลายทางเป็นใหญ่ ไม่ถือวิธีการเป็นหลัก รัฐบาลหลายชุด อีตอาต ยืดยาด เชื้องช้า เพราะว่า ถือวิธีการเป็นใหญ่เลยไม่ถึงจุดหมายปลายทางสักที รัฐบาลเราถือจุดหมายปลายทางเป็นใหญ่ ส่วนวิธีการ รายละเอียด ไปคิดเองไปหาเอง พวกคุณเป็นนักกฎหมาย เป็นเทคนิคเขียน (technician) ไปทำเองไปทำให้ถูกนะ แต่จุดหมายของเราเป็นอย่างนี้ รัฐบาลมีนโยบายชัดเจน จุดหมายปลายทาง objective คือการปราบยาเสพติด คุณไปทำอย่างไรก็ช่าง ปราบยาเสพติด ให้หมดจากแผ่นดินไทย นี่เรียกว่า management by objective ที่นี้ละครับถึงไล่ฆ่ากันใหญ่ ที่มี 2,000 กว่าศพ จะทำอย่างไรก็ช่าง สิ่งที่รัฐบาลต้องการคือจุดหมายปลายทาง จุดหมายปลายทางคือ โครงการนี้ต้องเกิด นี่คือ management by objective พอไม่พูดถึงวิธีการเข้า มันก็มีแบบ นายว่าชี้ข้าพลอย เมื่อนายต้องการจุดหมายปลายทางต้องการเร็ว วิธีการก็ไม่ต้องนำพาไม่ต้องพูดถึง สุดท้ายมันก็เกิดการผิดกฎหมายระหว่างทาง เขาให้ทำตามกฎหมายเอกชนร่วมทุนกับรัฐก็ไม่ทำ เขาให้ดำเนินการโดยโปร่งใส มันก็จะช้า ให้ทำการโดยมีส่วนร่วม ไม้ไผ่ มากหมอมากความ ฉะนั้น short list ในที่สุดก็ได้โครงการเกิดขึ้นรวดเร็ว ว่องไว ทันใจ เป็นที่โมทนาสาธุ ในพรรคพวกกัน แต่พอรัฐบาลออกไป ฟ้องกันอยู่จนถึงบัดนี้ยังไม่จบ ฟ้องกันเรื่องวิธีการ ไม่มีใครตั้งใจเรื่อง objective หรือจุดหมายปลายทาง เขาตั้งใจวิธีการ เผอิญบางรัฐบาล ท่านไม่นำพาต่อวิธีการ เลยเป็นหนามยอกอกจนถึงทุกวันนี้ ฟ้องกันอยู่หลายเรื่อง ผมยังเคยถูกฟ้องเป็น จำเลย คดีห่วยสามตัว objective ก็คือต้องการจัดห่วยใต้ดินให้หมดไป เอาที่ซุกอยู่ใต้ดิน ให้มาอยู่บนดิน ทำอย่างไรก็ช่าง ไปจัดการทำมา ว่าแล้วก็พยายามทำกัน ออกห่วยสองตัว สามตัว ทุกบ้านทุกช่อง ขึ้นป้ายขายห่วยสองตัว สามตัว จนวันหนึ่ง ถูกฟ้องว่าที่ไปใช้วิธีการนี้ ใช้อำนาจอะไร รัฐบาลตอบว่าใช้อำนาจ พ.ร.บ.สลากกินแบ่ง ถามว่ามาตราไหน ตอบว่ามาตรา 5 ถามว่ามันว่าอย่างไร คุณแปลอย่างไร เมื่อขัดกัน ระหว่างที่ศาลแปลกับคุณแปลใครชนะ เมื่อศาลชนะ ทุกอย่างที่คุณทำก็ผิด จุดหมายปลายทาง objective ไม่ได้ผิด แต่วิธีการผิด การปราบปรามยาเสพติดไม่ได้ผิด แต่วิธีการที่ไปล่อซื้อ วิธีการฆ่าปิดปาก วิธีการที่ไปทำ ตรงนั้นต่างหากที่ผิด

เพราะฉะนั้นคนที่ป็นรัฐบาล คนที่ต้องบริหารประเทศ เมื่อต้องใช้หลักนิติธรรม ต้องเข้าใจว่าใช้หลักนิติธรรมในเรื่องของวิธีการ จุดหมายปลายทางมันไม่ต้องไปยุ่งกับเรื่องหลักนิติธรรม เพราะว่ามันถูกตรวจสอบโดยประชาชน โดยนโยบาย ตรวจสอบโดยกลไกหลายกลไกพออยู่แล้ว แต่วิธีการที่เดินไปนี้ ถ้าหากว่าประมาทไม่สนใจ ไม่นำพา เอาหูไปนา เอาตาไปไร่ จะเสี่ยงต่อการขัดต่อหลักนิติธรรมได้ง่าย ขณะเดียวกันแม้จะเป็นเรื่องที่ไม่ผิด หลักนิติธรรมก็ควรจะแทรกเข้ามาในวิธีการเพื่อที่จะต้องตัดสินใจอะไรบางอย่าง ที่แล้วมานั้นผมเชื่อว่ารัฐบาลทุกยุคทุกสมัย เมื่อจะตัดสินใจ ท่านอาจจะอยู่ข้อเดียวว่าผิดกฎหมายหรือไม่ ไม่ได้ดูว่าขัดหลักนิติธรรมหรือไม่ เพราะลึกๆ แล้วก็ไม่ว่าหลักนิติธรรมคืออะไร เอาว่าผิดกฎหมายหรือเปล่า ถ้าผิดก็จบแค่นั้นแหละ สมัยหนึ่งเคยมีเรื่อง

เข้าคณะรัฐมนตรี เขาไปเวนคืนที่ดินกันมานานแล้ว เพื่อที่จะเอามาทำทางด่วน แต่สุดท้ายสร้างไม่ได้ เพราะประชาชนคัดค้าน ไปผ่านหลุมศพหรือที่ฝังศพอะไรสักอย่างหนึ่ง ทำไม่ได้ ก็ไม่รู้จะต้องทำอย่างไรต่อ เพราะไปเวนคืนมาแล้ว ก็มีการตั้งกรรมการไปศึกษา แล้วไปศึกษามาแล้ว ว่าเสนอทางออกมาให้ไปทำสามอย่างหนึ่งไปทำนี่ สองไปทำนั่น สามไปทำโน้น แล้วก็เสนอมาให้ ครม.เลือก ครม.ก็มีทางเลือกว่าจะเอาอย่างไร ท่านนายกรัฐมนตรีในเวลานั้น เป็นนักกฎหมาย ท่านก็คิดขึ้นได้ว่า สามอย่างนี้ เราสามารถเลือกได้หรือ แปลว่าเลือกอะไรก็ถูกทั้งนั้นใช่ไหม คณะกรรมการที่ตั้งไปศึกษาตอบมาว่าครับ ที่เสนอมาดีทั้งนั้นให้เลือกมาหนึ่งอย่างรัฐบาลอยากได้อ่างไหนให้เลือกเอา ท่านนายกตอบว่าผมก็ไม่แน่ใจนะ ว่าเลือกนี้แล้วถูก เลือกนั้นแล้วถูก เลือกโน้นแล้วถูก พอดีพอร้ายผิดหมดทั้งสามอันนั้นแหละ ท่านนายก ก็ถามฝ่ายกฎหมายที่อยู่ใน ครม.ซึ่งก็ช่วยให้ความเห็นไปว่า ไอ้นี้ ไอ้นั้น ไอ้นั้น มันไม่น่าจะเลือกได้สักอันนะครับ เพราะเหตุว่าตามรัฐธรรมนูญเขาบอกเอาไว้ว่าการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะต้องใช้ตามที่ระบุไว้ เมื่อไม่ใช่ประโยชน์ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายเวนคืนก็ต้องคืนให้กับเจ้าของซึ่งเป็นประชาชน เมื่อไปเวนคืนเพื่อที่จะเอามาทำทางด่วน บัดนี้ทำทางด่วนไม่ได้ ก็คิดว่าจะไปทำนี่ ทำนั่น ทำโน้น แม้เป็นสาธารณะประโยชน์ทั้งนั้น แต่มันไม่ใช่กิจการวัตถุประสงค์ที่ไปเวนคืนมา มันเหลือทางเดียวคือต้องคืนที่เขา จะเลือกเอาไปทำสวนสาธารณะ ไปทำสวนหย่อม ไม่ได้ทั้งนั้น อย่างมากก็เก็บไว้ก่อนเพื่อวันดีคืนดี อาจจะทำทางด่วนได้อีก แต่จะเปลี่ยนไปทำอย่างอื่นไม่ได้ ความเห็นอย่างนี้ คณะรัฐมนตรีรับฟัง เอาไม่ได้ เพราะถ้าทำไปจะขัดรัฐธรรมนูญ แล้วก็จบ ผมยกเรื่องนี้เพราะว่ามันเป็นเรื่องขัดกฎหมาย มันก็จบ มันไม่ไปถึงเรื่อง ขัดหลักนิติธรรม ความจริงมันก็คือเรื่องนิติธรรมในตัวของมันเองนะครับ

ผมเห็นศาลรัฐธรรมนูญตัดสินคดีเรื่องขายตรง และใส่คำว่าหลักนิติธรรมเข้าไปผมถึงปลื้มปิติ ยินดีปรีดาปราโมทย์ เพราะที่จริงศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องใส่หลักนิติธรรมก็ได้ด้วยซ้ำไป แต่ท่านต้องการสอนว่า นิติธรรมยังศักดิ์สิทธิ์ เหมือนกับคดีเรื่องทางด่วน บอกว่าขัดรัฐธรรมนูญมันก็จบ ไม่ต้องอะไรอีก แต่สิ่งที่เราต้องคิดต่อไปว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางทีมันถูกกฎหมายแล้วเราจะทำไหม ถ้าไม่รู้จักหลัก นิติธรรม เขาก็ทำเมื่อมันไม่ขัดรัฐธรรมนูญเมื่อไม่ขัดกฎหมาย แล้วจะกลัวอะไร สิ่งที่เราควรกลัวต่อไปนี่คือหลักนิติธรรม ในสมัยรัฐบาลหนึ่ง มันมีเรื่องที่ได้ไปเวนคืนที่ดินเขา เพื่อเอามาสร้างสนามบิน เวนคืนเสร็จก็ตกลงกันว่าจ่ายเงิน ค่าเวนคืน แต่ชาวบ้านเขาบอกว่าค่าเวนคืนนั้นน้อยเกินไป ไม่พอเยียวยาเขา ไม่พอยาไส้ เขาก็ร้องรัฐมนตรี รัฐมนตรีก็ชี้ขาดว่าให้เท่าที่ให้นั้นแหละประชาชนก็เลยต้องไปฟ้องศาล คดีอยู่ในศาลตั้งเกือบสิบปี ศาลก็ตัดสินให้ประชาชน ให้มากกว่าที่ทางการจะชดใช้มากจนประชาชนพอใจ โดยเฉพาะเมื่อสิบปีที่ผ่านไป มันไม่คุ้มที่สู้คดีกันต่อไป แต่หลักของรัฐนั้นมีอยู่ว่า ถ้ารัฐแพ่คดี ไม่ว่าจะในชั้นของ อนุญาโตตุลาการ หรือในชั้นศาล หลักก็คือ ต้องอุทธรณ์ ฎีกา เรื่องนี้รัฐยอมแพ่ควักเงินจ่ายง่ายๆ ไม่มีหรอก เพราะจะโดนตรวจสอบกัน สอบใคร สอบรัฐ เพราะฉะนั้น กระทรวงก็จะยังไม่ยอมจ่ายเงิน คิดว่ายืดหลักอุทธรณ์ต่อไป ฎีกาต่อไป อย่างมากถ้าศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกายิน ก็เท่าทุน ก็จ่ายเท่านั้น เมื่อפלукศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา ให้จ่ายน้อยลง ก็จะประหยัดเงินของรัฐ เรื่องที่จะจ่ายแพงขึ้นกว่านั้นไม่มี เพราะชาวบ้านเขาไม่อุทธรณ์ แล้วรัฐจะอุทธรณ์หรือไม่ รัฐก็ต้องอุทธรณ์ ถ้าไม่ก็จะโดนสอบ แล้วเคยถูกสอบมาแล้วด้วย หลังจากที่เราเจรจากันไปเจรจากันมา ก็สอบถามทางอัยการ อัยการให้ความเห็นว่าไม่สมควรอุทธรณ์ เพราะมันสมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อชาวบ้านแล้ว เขาจะได้เงินได้ทองสักที ช้ามาสิบปีแล้ว กระทรวงไม่แน่ใจว่าถ้าไม่จ่ายเงินก็จะโดนสอบ ถ้าอย่างนั้นก็เข้า ครม.แล้วกัน ถ้าคณะรัฐมนตรีเห็นว่าควรอุทธรณ์ ก็จะได้อุทธรณ์ ถ้าหาก ครม. เห็นว่าไม่ควรอุทธรณ์ เก่งจริง ครม.สั่งมาซิ ก็จะไม่อุทธรณ์ แล้วที่หลังก็ฟ้อง ครม.เอาเอง เรื่องนี้เข้าคณะรัฐมนตรี สิ่งที่ได้พูดกันใน ครม.ทั้งหมดว่า มันควรจะต่ออุทธรณ์ จะมายอมแพ่ง่ายๆ ได้อย่างไร ไหนๆ ก็เข้ามา

สิบปีแล้ว จะให้มันซ้ำกันว่าอีกสิบปีก็ไม่เห็นจะเป็นอะไร จนกระทั่งมีผู้แสดงความเห็นใน ครม.ขึ้น รัฐมนตรีท่านหนึ่งแสดงความเห็นขึ้นมาว่า การอุทธรณ์เป็นไปตามหลักประเพณีที่เคยปฏิบัติและรักษาผลประโยชน์ของรัฐ การไม่อุทธรณ์คือการรักษาสีทธิของประชาชนและเคารพหลักนิติธรรม ผมขณลุกเลย มีคนถามว่าหลักนิติธรรมอะไรของคุณ ก็มีคนตอบว่าหลักนิติธรรมที่บอกว่าต้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้ความเป็นธรรมแก่ชาวบ้าน เมื่อคดีอยู่ในศาลมาสองปีก็ควรอุทธรณ์ แต่คดีนี้อยู่ในศาลมาสิบปีแล้ว ก่อนสิบปีก็ซ้ำกันมาเยอะ ไอ้ที่ดินก็นำมาทำสนามบินให้เครื่องบินลงกันไม่รู้ต่อกี่เที่ยวแล้ว ชาวบ้านยังไม่ได้เงินสักบาทเลย แล้วยังจะยื้อเวลาอุทธรณ์ต่อไปอีก ขัดต่อหลักนิติธรรมนะ ผมก็ไม่รู้ว่ามันขัดจริงหรือไม่ แต่เมื่อใช้คำนี้มามันโดนใจ คณะรัฐมนตรีมีมติเอกฉันท์ในวันนั้นว่าไม่ต้องอุทธรณ์ ตกลงก็ไม่อุทธรณ์ ดูเหมือนจะเป็นคดีแรก พอมีคดีแรกก็มีคดีที่สอง ที่สามตามมาอีก ประชาชนก็ได้ประโยชน์จ่ายเงินกันได้ภายในเจ็ดวันก็จบเรื่องกันไป เพราะหลักนิติธรรมจะวิ่งเข้ามาช่วยในการตัดสินใจไม่ว่าเราจะเรียกนิติธรรมหรือไม่เรียกนิติธรรมหรืออะไรก็ช่างเถอะ ก็ขอให้รักษา Spirit เจตนารมณ์ ของหลัก นิติธรรมไว้ ในทำนองที่กล่าวมา กฎหมายเหนืออำนาจรัฐ การไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน เคารพนิติกระบวนการ ไม่ออกกฎหมายย้อนหลัง เคารพหลักที่ว่าทุกคนสันนิษฐานว่าทุกคนบริสุทธิ์ เคารพหลักที่ไม่บังคับให้ใครประกันปราตนเอง เคารพหลักที่บุคคลจะไม่ถูกฟ้องคดีสองซ้ำสองซ้อน ฟ้องแล้วฟ้องอีก ฟ้องอีกฟ้องแล้ว เคารพหลักที่ว่าศาลจะต้องเป็นกลาง เป็นธรรม กระบวนการที่ทำให้ ตำรวจ อัยการทำงานด้วยความเที่ยงธรรม ยึดสิ่งเหล่านี้ได้ ก็คือเท่ากับยึดหลักนิติธรรม โดยที่ไม่ต้องเอ่ยคำว่านิติธรรม ผมเคยเห็น ศาลปกครองตัดสินคดีหลายเรื่อง ท่านไม่ได้เอ่ยคำว่านิติธรรม ท่านเอ่ยหลักอะไรก็ไม่รู้ แต่มองแล้วนี่คือนิติธรรม นี่แหละคือความเป็นธรรม นี่แหละคือความถูกต้อง ซึ่งบ่อยครั้งศาลท่านก็เลี้ยงไปเรียกหลักอื่น ผมว่าช่วยกล้วยๆ ใช้คำว่า นิติธรรมเถอะครับ ให้มันชินให้มันคุ้นปาก ให้มันคุ้นหู และมันก็จะเป็นหลัก รากแก้ว ผมมีตัวอย่าง สองเรื่อง ก่อนที่จะจบ ผมยกตัวอย่างนี้หลายครั้งแล้วด้วยความชื่นชม หลายท่านอาจจะเคยได้ยินแล้ว ก็ขออภัยถ้ามายกซ้ำอีกแต่ถ้าไม่เหมือนเดิมก็ขอให้เอาวันนี้เป็นหลัก เพราะพูดหลายที่บางทีก็ไม่เหมือนกัน

คดีแรกคลาสสิกจริงๆ ในสมัยรัฐบาลก่อนๆ ผมเป็นประธาน ก.พ. คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน วันหนึ่ง ก.พ.เปิดสอบคัดเลือกคนบรรจุเข้ารับราชการ เป็นการสอบรวม คือต้องมาสอบทีเดียว ผ่านข้อเขียนก็ให้ไปสอบสัมภาษณ์ ผ่านสัมภาษณ์ ก็จะส่งไปตามกระทรวงที่เลือก เหมือนสอบเอนทรานซ์ (Entrance) คนก็ไปสอบกันเยอะ เด็กคนหนึ่งไปสอบ สอบแล้วก็ไปนั่งเฝ้าหน้า ก.พ.ทุกวัน เพื่อดูผลสอบว่าผ่านข้อเขียนไหม จะได้ไปสอบสัมภาษณ์จนเจ้าหน้าที่ ก.พ.เรียกเข้าไปแจ้งให้ทราบ ว่า ขั้นตอนการตรวจข้อสอบมันเยอะกว่าที่จะได้ผลคะแนนออกมา หนูไม่ต้องมานั่งรอหรอก เขียนเบอร์โทรศัพท์ทิ้งไว้ ถ้ามีอะไรก็โทรไปตาม เด็กคนนี้ก็เขียนเบอร์ทิ้งไว้ วันหนึ่งก็ไปเฝ้า เจ้าหน้าที่บอกว่าคะแนนมาแล้วแต่ยังไม่ครบ ยังรวมคะแนนไม่ได้ วันนั้นวันศุกร์ เด็กก็คิดว่าพรุ่งนี้วันเสาร์ อาทิตย์ ดูแล้วก็น่าจะยังไม่มา ว่าแล้วก็กลับบ้านไปเยี่ยมแม่ที่อีสาน พอขึ้นรถไฟเท่านั้นแหละคะแนนมา เจ้าหน้าที่ ก.พ.ก็รวมคะแนน ประกาศผลว่าต่อไปนี้รายชื่อผู้ผ่านการสอบข้อเขียน ผู้มีชื่อต่อไปนี้ให้มาสอบสัมภาษณ์ในวันอังคาร ใครไม่มาสอบสัมภาษณ์ถือว่าให้ละสิทธิ เด็กคนนั้นขึ้นรถไฟจากอีสานมาถึงกรุงเทพในวันอังคารบ่าย นั่งแท็กซี่ไป ก.พ. เห็นรายชื่อตัวเองติด ดีใจเข้าไปรายงานตัวเพื่อสอบสัมภาษณ์ เจ้าหน้าที่บอกว่าเข้าไปแล้ว ทำไม่เข้า เขารอเธออยู่จนบ่าย กรรมการกลับกันหมด เขาถือว่าเธอละสิทธิ ก็หนูกลับบ้าน ก็ใครใช้ให้เธอกลับ แล้วทำไมคนอื่นถึงมาได้ ก็หนูให้เบอร์โทรศัพท์ทิ้งไว้แล้ว เจ้าหน้าที่

ก็โทรแล้ว แล้วหนูจะทำอย่างไร ไม่มีอะไรยากหรือทรมานหนูปีหน้ามาสอบใหม่ เด็กคนนี้ก็มานั่งร้องไห้อยู่หน้า ก.พ. มีคนมาแนะนำ สังคมเรามีผู้ปรารถนาดีเยอะครับ ฟ้องเลยหนู ฟ้อง ก.พ.ทั้งคณะ ฟ้องศาลปกครอง ศาลปกครอง ก็ตัดสิน จริงอยู่แม้จะเห็นได้ว่า ผมเตือนนิดหนึ่งนะครับเวลาท่านไปฟังคำพิพากษานะครับว่า ไม่ว่าจะศาลไหน ถ้าขึ้นต้นด้วยคำว่า จริงอยู่แม้ฟังได้ว่า ให้ท่านทำใจว่าเสร็จแน่ ศาลปกครองตัดสินว่า จริงอยู่แม้จะเห็นได้ว่า ก.พ. ได้ประกาศกติกาก่อนการทั่วไป ถือว่าเสมอภาค ไม่สองมาตรฐาน ไม่ลำเอียงไม่เลือกปฏิบัติ ทุกคนอยู่ใต้กฎหมายเดียวกัน แต่การที่สำนักงาน ก.พ.ประกาศผลสอบในวันนี้ เว้นวันหยุดเพียงไม่กี่วันแล้ว มาเปิดสอบสัมภาษณ์ ต่อหลังจากวันหยุด เป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่คิดถึงคนที่อาจจะไม่พร้อม เป็นการกำหนดวัน อันปราศจากเวลา เป็นการสมควร ทั้งหมด ถ้าใช้คำว่าขัดหลักนิติธรรม ผมจะไม่ทนหาสาธุกว่านี่ แต่ว่าเขาใช้คำอื่น แม้จะเป็นธรรม แม้จะเสมอภาค แต่ปราศจากเหตุผลอันสมควร เลือกปฏิบัติ ไม่ชอบด้วยหลักทั่วไปของกฎหมาย จึงให้ยกเลิกการประกาศผลสอบนั้น แล้วตีตราประกาศใหม่ โดยกำหนดเวลา ทั้งช่วงไว้ตามสมควร คราวนี้เขาทิ้งไว้เป็นเดือนเลย เมื่อเด็กไปดูก็ไปสอบสัมภาษณ์ ส่วนที่จะผ่านสัมภาษณ์หรือไม่นั้น ท่านคิดเองนะ แต่เรื่องนี้สอนให้รู้อะไร หลักอะไรที่ไม่รู้มันอยู่ในมาตราไหนมันมีอยู่ในประเทศไทยนะ อยู่ที่เราจะจัดออกมาใช้อย่างไรให้ถูกศิลปะเท่านั้น และผมเชื่อว่าถ้าศาลทั้งหลายสามารถตัดสินคดีตามหลักนิติธรรม เราจะเห็นอะไรดีๆ อีกเยอะ ซึ่งผมเห็นด้วย มีบางคนวิจารณ์ว่าประเทศไทยจะใกล้ Common Law เข้าไปทุกทีแล้วครับ ไม่เป็นไรศาลปกครองท่านสร้างหลักไว้เยอะอยู่แล้ว เอาที่มันเป็นธรรม ผมอยากเห็นศาล สร้างหลักอย่างนี้จริงๆ จะได้อุดช่องว่าง

คดีที่สอง พิสดารไปมากกว่านั้นอีก ใครจะไปนึกว่า สำนักงานอัยการสูงสุด ซึ่งเก่งสารพัด จะถูกฟ้องและแพคดีด้วย สำนักงานอัยการสูงสุด เปิดรับสมัครสอบคัดเลือกคนเป็นอัยการ กติกาอันดับแรกต้องมาตรวจโรคก่อน ถ้าตรวจโรคตกเลย ผมเข้าใจว่า กติกาเดียวกับสอบเป็นผู้พิพากษา ถ้าตรวจโรคตก ให้ตกเลย ผ่านตรวจโรคให้สอบข้อเขียน ผ่านข้อเขียน ไปสอบสัมภาษณ์ ผ่านสัมภาษณ์ได้เป็นอัยการ มีชายคนหนึ่ง คุณสมบัติจบนิติศาสตร์ได้เนติบัณฑิต ไปสอบเป็นอัยการ ไปตรวจโรค ปรากฏว่าตก เพราะแพทย์พบว่าเป็น โปลิโอ โปลิโอเป็นโรค ซึ่งขึ้นทะเบียนต้องห้าม สำหรับคนเป็นอัยการและผู้พิพากษาเป็นเวลามากหลายสิบปีแล้ว เจอโปลิโอตกหมด ผู้ชายคนนี้ไปตรวจโรคเจอ โปลิโอ แก้กตก ตกแก่ก็ฟ้องสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นจำเลยที่ 1 กอ.เป็นจำเลยที่ 2 เก่งจริงๆ ผมยังนึกไม่ออกเลยว่าเขาฟ้องแล้วชนะจะไปอยู่กับคนอื่นได้อย่างไร แต่เขาฟ้องแล้วชนะด้วย เพราะศาลปกครองสูงสุดตัดสินว่า จริงอยู่แม้ สำนักงานอัยการสูงสุด กำหนดโรคโปลิโอเป็นโรคต้องห้าม สำหรับคนทั่วไปเสมอภาคกัน ไม่ลำเอียง ไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ยกเว้นใคร ทุกคนอยู่ใต้กฎหมายเดียวกัน และใช้มาหลายปีแล้ว แต่การกำหนด โปลิโอเป็นโรคต้องห้ามในสังคมยุคปัจจุบันนั้น ปราศจากเหตุผลอันสมควร เพราะว่าวันนี้ โปลิโอไม่ใช่โรคร้ายแรง อีกประการหนึ่ง คนที่เป็นอัยการไม่จำเป็นต้องไปสวมเสื้อคลุมเดินว่าความในศาล ทำอย่างอื่นได้ตั้งเยอะ เพราะฉะนั้น การกำหนดโปลิโอเป็นโรคต้องห้ามนั้น ปราศจากเหตุผลอันสมควร ลำเอียง เลือกปฏิบัติ ระหว่างคนเป็นกับคนไม่เป็น ผมก็บอกว่าเป็นหลักนิติธรรม คัมภีร์สิทธิเสรีภาพ ศาลปกครองสูงสุดจึงตัดสินว่า ให้เพิกถอนรายชื่อที่ประกาศว่าเขาเป็นบุคคลขาดคุณสมบัติ หรือตกตรวจโรค และก็ไปตรวจโรคใหม่ คราวนี้ก็ผ่าน เพราะเอาโปลิโอออกเสียแล้ว หลังจากนั้นไม่กี่วัน ศาลยุติธรรมแพคดีอย่างเดียวกัน ก็ต้องไปเอาโปลิโอออกจากคุณสมบัติลักษณะต้องห้าม แต่ได้ยินว่า ชายคนนั้นผ่านการตรวจโรคและไปตกข้อเขียนนะ อันนั้นช่วยไม่ได้ เพราะไม่ได้เกี่ยวกับหลักนิติธรรม ทั้งหมดนี้ หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักรากแก้วจริงๆ เป็นหลักครอบจักรวาล ถ้าใช้เป็นจะเป็นประโยชน์อย่างมหาศาล และใช้แก้ปัญหาอะไรหลายอย่างที่เป็นช่องว่างที่เราไม่ออกบอกไม่ถูก ขณะร่างรัฐธรรมนูญขณะเขียนกฎหมาย อาจคิดไม่ออก เป็นหลักที่ใช้กำกับในตอนที่สภาจะออกกฎหมาย คือต้อง

ไม่ออกกฎหมายขัดต่อหลักนิติธรรม เป็นหลักที่จะใช้กำกับรัฐบาล ในเวลาที่จะบริหารประเทศ ไม่ให้บริหารไปในทางที่จะขัดต่อหลักนิติธรรม เป็นหลักที่จะกำกับและเป็นคู่มือช่วยให้ศาลในเวลาที่จะอ่านและตีความกฎหมายหรือสร้างหลักกฎหมายขึ้นมา และถ้าหากดำเนินการไปตามนี้ สังคมไทยจะเป็นสังคมที่น่าอยู่ ในเวลาอันจำกัด ผมก็จะกราบเรียนท่านผู้มีเกียรติทั้งหลายได้เพียงเท่านี้ ผมขอขอบคุณศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่งและขอยุติการบรรยายแต่เพียงแค่นี้ครับ

พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวกับประชาธิปไตย

นันทสิทธิ์ โชคสุวัฒน์สกุล*

ความนำ

จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งภายในและภายนอกหลายประการทำให้สยามในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 มีความจำเป็นต้องปฏิรูปการปกครองประเทศให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ ณ เวลานั้น อีกทั้งเพื่อเป็นการสร้างเสริมความมั่นคงของสยามให้พ้นจากภัยคุกคามของต่างชาติ พร้อมทั้งเปลี่ยนแปลงบ้านเมืองให้ทันสมัยเท่าเทียมนานาอารยประเทศโดยเฉพาะประเทศในทวีปยุโรป การปฏิรูปดังกล่าวก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงมากมายหลายประการต่อสยาม อีกทั้งยังถือเป็นสิ่งที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนในหน้าประวัติศาสตร์ของสยาม

การปฏิรูปการปกครองทำให้สยามก้าวเข้าสู่ความเป็น “สยามใหม่” เพื่อความทัดเทียมนานาอารยประเทศในทุกๆ ด้าน ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่าเมื่อจัดระเบียบการปกครองประเทศใหม่แล้วสิ่งที่ต้องเกิดขึ้นควบคู่กับการปฏิรูปประเทศก็คือการปฏิรูปการศึกษาเพื่อให้ราษฎรมีความรู้ ความเข้าใจต่อระบบการปกครองแบบใหม่ และสามารถนำเอาวิชาความรู้สมัยใหม่ที่ได้อ่านมาใช้ในการพัฒนาประเทศได้ เบื้องต้นพระองค์จึงได้ส่งสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอฯ และพระเจ้าลูกเธอ ออกไปศึกษาต่างประเทศเพื่อนำเอาความรู้ที่ได้มาใช้ประโยชน์¹ และนำเอาความรู้ที่ได้เข้ามาปรับใช้กับราชการในระบบใหม่ จนกระทั่งในตอนปลายรัชกาล การส่งบุคคลออกไปศึกษาต่างประเทศจึงได้ขยายออกไปสู่บุคคลทั่วไปมากขึ้น

การส่งบุคคลทั่วไปออกไปศึกษาต่อต่างประเทศทำให้เขาเหล่านั้นได้เห็นบ้านเมืองที่ตนไม่รู้จักรู้จัก ได้เห็นรูปแบบการปกครองแบบต่างๆ ที่ประเทศนั้นๆ ใช้อยู่ การออกไปศึกษาต่อต่างประเทศ ในช่วงต่อๆ มา จึงส่งผลให้เกิดแนวความคิดเรียกร้องการปกครองที่ต้องการให้พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้ “กฎหมาย” โดยต้องการให้มีการจัดรูปแบบการปกครองอย่างใหม่ที่มีความคล้ายคลึงกับการปกครองในประเทศที่เจริญแล้ว²

* พนักงานจ้างเหมาบริการ สังกัดกลุ่มงานวิทยาลัยรัฐธรรมนู สถาบันรัฐธรรมนูศึกษา รัฐศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ เบื้องต้นพระองค์มีพระราชประสงค์ให้ลูกเธอชั้น “เจ้าฟ้า” ที่ออกไปศึกษาต่างประเทศต้องศึกษาวิชาทหารเป็นสำคัญเพราะทรงเล็งเห็นว่าการทหารมีความสำคัญต่อประเทศโดยเฉพาะในภาวะที่มีการล่าอาณานิคม

² ชัยอนันต์ สมุทวณิช และชัตติยา กรรณสูต, เอกสารการเมือง – การปกครองไทย พ.ศ. 2417 – 2477, (กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช, 2518), หน้า 37

ข้อเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมครั้งแรกเกิดขึ้นเมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2428 คณะทูตไทย ณ กรุงลอนดอนและกรุงปารีสได้ร่วมกันเข้าชื่อในหนังสือถวายความเห็นจัดการเปลี่ยนแปลงระเบียบราชการแผ่นดินต่อพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยหนังสือดังกล่าวยังถูกส่งเป็นสำเนาไปยังสยามเพื่อให้บุคคลอื่นๆ ร่วมลงชื่อด้วย³ หนังสือกราบบังคมทูลฉบับดังกล่าวจึงถือเป็นจุดเริ่มต้นของความคิดเห็นต่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองของสยามในเวลาต่อมา ถึงแม้จะมีการเรียกร้องเกิดขึ้นแต่ผลที่ตามมาก็ไม่เด่นชัดนักซึ่งอาจจะเป็นผลมาจากรัชสมัยของพระองค์ที่มีความยาวนานถึง 42 ปี และยังคงเป็นยุคที่ “รุ่งเรือง” ที่สุดยุคหนึ่งของสยามทำให้ไม่มีเหตุการณ์ใดๆ ร้ายแรงเกิดขึ้น แต่กระแสการเรียกร้องดังกล่าวกลับมีมากขึ้นในรัชกาลต่อมา

ความต้องการเปลี่ยนแปลงการปกครองเกิดขึ้นอีกครั้งในต้นรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 เมื่อ พ.ศ. 2455 (ร.ศ. 103) เพียงแค่หนึ่งปีเศษหลังครองราชย์ นายทหารกลุ่มหนึ่ง นำโดยร้อยเอก ขุนทวยหาญพิทักษ์ (เหล็ง ศรีจันทร์) ได้รวมกลุ่มเพื่อหวังจะก่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยมีความต้องการจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์หรือเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นสาธารณรัฐ⁴ แม้ว่าการก่อการดังกล่าวจะไม่ประสบความสำเร็จและถูกเรียกว่าเป็นการก่อการ “กบฏ” แต่ก็ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเชื้อไฟแห่งความคิดของความต้องการเปลี่ยนระบอบการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในรัชกาลต่อมา⁵

จากกลุ่มคนที่ถูกส่งไปศึกษาต่ออย่างต่างประเทศกลายเป็นความคิดที่ต้องการเปลี่ยนแปลงการปกครองให้เหมือนกับนานาอารยประเทศ นำมาซึ่งหนังสือถวายความเห็นจัดการเปลี่ยนแปลงการปกครองในรัชกาลที่ 5 การกบฏในรัชกาลที่ 6 เมื่อ ร.ศ. 103 การเรียกร้องเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองจนกลายเป็นกระแสสังคมที่มีมากขึ้นเรื่อยๆ จนกระทั่งเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในเช้าวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 การปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็สิ้นสุดลงและนำมาสู่การปกครองระบอบรัฐธรรมนูญ⁶ ภายใต้การนำของกลุ่มที่เรียกตนเองว่า “คณะราษฎร”

ความคิดทางการเมือง การเปลี่ยนแปลง แนวคิดต่างๆ แบบตะวันตกที่หลั่งไหลเข้ามาตั้งแต่ในช่วงรัชกาลที่ 5 และรัชกาลที่ 6 ทำให้ช่วงเวลาระหว่าง พ.ศ. 2468 - 2475 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ถือเป็นช่วงเวลาที่สำคัญที่สุดช่วงเวลาหนึ่งในประวัติศาสตร์ของสยามเพราะถือเป็น “หัวเลี้ยวหัวต่อ” นำมาสู่การเปลี่ยนแปลงอันใหญ่หลวงต่อสยาม และด้วยทรงทราบดีว่าความเปลี่ยนแปลงจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนในไม่ช้า พระองค์จึงมีพระราชประสงค์ที่จะเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองอย่างค่อยเป็นค่อยไปเพื่อให้ประชาชนมีความเข้าใจกับระบอบใหม่ที่จะทรงพระราชทาน แล้วจึงจะนำไปสู่การปกครองในแบบที่เป็นอยู่ในนานาอารยประเทศ

³ เฟิ่งอ๋าง, หน้าเดียวกัน

⁴ www.prachatai.com/journal/2012/06/41244, เข้าถึง 7 พฤศจิกายน 2557

⁵ นายปรีดี พนมยงค์ หนึ่งในแกนนำคณะราษฎรเคยกล่าวกับแกนนำของคณะ ร.ศ. 130 ว่าตนเองถือว่าคณะ ร.ศ. 130 เป็นรุ่นพี่ของการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

⁶ เพราะเมื่อแรกเริ่มคำว่า “ประชาธิปไตย” (สะกดอย่างเดิม) ไม่ได้หมายถึง “ประชาธิปไตย” อย่างที่เราเข้าใจกันในปัจจุบัน แต่ถูกแปลความหมายว่าหมายถึง “รีพับลิค” ซึ่งหมายถึงการปกครองระบอบสาธารณรัฐ และคณะราษฎรเองก็มีความต้องการให้มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญเท่านั้น สมัยนั้นจึงเรียกว่าการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญ, ความหมายของคำว่า “ประชาธิปไตย” โปรตุตุ, ปทานุกรมสำหรับนักเรียน กระทรวงธรรมการ ฉบับพิมพ์ พ.ศ. 2470 หน้า 428, อ้างในเชิงอรธที่ 2 นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475, (ฟ้าเดียวกัน : กรุงเทพฯ, 2553), หน้า 309

บทความนี้จึงจะกล่าวถึงความพยายาม การเตรียมการต่างๆ ของพระองค์เพื่อให้พระบรมวงศานุวงศ์ ข้าราชการ รวมไปถึงราษฎรมีความเข้าใจต่อระบอบการปกครองแบบใหม่ และกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่าง พระองค์กับรัฐบาลในการนำประเทศเข้าสู่การปกครองระบอบใหม่ อันนำมาซึ่งเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้น ตามมาอย่างมากมายภายหลัง และสิ้นสุดลงเมื่อพระองค์ทรงประกาศสละราชสมบัติ เพื่อให้เข้าใจถึงเหตุผล ความเป็นมา รวมไปถึงการเตรียมการต่างๆ ของพระองค์ที่มีพระราชประสงค์จะนำสยามก้าวไปสู่การปกครอง ในระบอบประชาธิปไตย

ทรงครองราชย์

คำว่าวันที่ 26 พฤศจิกายน พ.ศ. 2468 เมื่อพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 เสด็จสวรรคต เป็นเหตุให้ที่ประชุมพระบรมวงศานุวงศ์และข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ นำพระราชหัตถเลขาธิบดีกรรมาพิจารณาและ ต่างลงความเห็นตรงกันว่าตามพระราชหัตถเลขาธิบดีกรรมาที่มีพระประสงค์ว่าหากมีพระราชโอรส⁷ ก็ให้สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอเจ้าฟ้าประชาธิปกศักดิเดชะ กรมหลวงสุโขทัยธรรมราชาเป็นผู้สำเร็จราชการต่างพระองค์จนกว่า พระราชโอรสจะมีพระชนมายุครบ 20 พรรษาบริบูรณ์ แต่หากไม่มีพระราชโอรสก็ให้สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าประชาธิปกฯ ทรงรับราชสมบัติตามโบราณราชประเพณีต่อไป⁸ จากพระราชหัตถเลขาธิบดีกรรมาดังกล่าว ทำให้พระองค์ยอมรับราชสมบัติเป็นกษัตริย์สืบต่อจากพระบรมเชษฐาธิราชแม้ว่าจะทรงรู้สึกว่าจะพระองค์ไม่มีความพร้อมที่จะรับราชสมบัติด้วยทรงไม่คุ้นเคยกับงานราชการเท่าที่ควรและทรงเห็นว่ายังมีเจ้านายที่มีความเหมาะสมในราชการแผ่นดินมากกว่าพระองค์⁹ ประกอบด้วยเจ้านายที่อยู่ในฐานะที่จะเป็นรัชทายาทก็ทิวศดลงก่อนหน้าทีละพระองค์ ซึ่งก็ไม่มีใครคาดคิดว่าตำแหน่งรัชทายาทจะตกมาถึงพระองค์¹⁰ ที่ประชุมจึงลงความเห็นว่าเป็นไปตามพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าประชาธิปกศักดิเดชะ จึงสมควรรับราชสมบัติต่อจากพระบรมเชษฐาธิราช พระองค์จึงทรงขึ้นครองราชย์ เป็นพระมหากษัตริย์รัชกาลที่ 7 แห่งราชวงศ์จักรี ซึ่งการขึ้นครองราชย์ของพระองค์ก็เต็มไปด้วยปัญหาต่างๆ มากมายที่กำลังจะเกิดขึ้น รวมไปถึงปัญหาที่ตกค้างมาจากรัชกาลก่อนและยังรอการแก้ไข

⁷ ในขณะที่ทรงทำพระราชหัตถเลขาธิบดีกรรมาดังกล่าวสมเด็จพระนางเจ้าสุวัทนาทรงพระครรภ์อยู่

⁸ ส. พลายน้อย, ตามรอยเบื้องพระยุคลบาท พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว, (กรุงเทพฯ : มติชน , 2550) , หน้า 43 - 45

⁹ เจ้านายพระองค์หนึ่งที่ทรงเห็นว่าเหมาะสมที่จะขึ้นครองราชย์มากกว่าพระองค์คือ สมเด็จพระเจ้าพี่ยาเธอ เจ้าฟ้าบริพัตรสุขุมพันธุ์ กรมพระนครสวรรค์วรพินิจ เพราะทรงคุ้นเคยกับงานราชการมาตั้งแต่รัชกาลที่ 5 อีกทั้งยังเป็นผู้ที่พระองค์ทรงนับถือเป็นอย่างยิ่ง มีเรื่องเล่าว่าเมื่อเป็นที่ทราบกันแล้วว่าพระนางเจ้าสุวัทนา มีพระประสูติกาลสมเด็จพระเจ้าพี่ยาเธอ เจ้าฟ้าบริพัตรสุขุมพันธุ์ฯ ได้ทรงจูงพระกรของสมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าประชาธิปกศักดิเดชะ ไปยังมุมหนึ่งของพระที่นั่งอมรินทรวินิจฉัยแล้ว ทรงมีพระดำรัสถามบางอย่าง เมื่อทรงได้รับคำตอบแล้วก็คุกพระชงฆ์กราบแทบพระบาทเพื่ออัญเชิญให้ทรงรับราชสมบัติและเป็นอันว่า สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าประชาธิปกศักดิเดชะ ได้รับราชสมบัติเป็นรัชกาลที่ 7 อย่างแน่นอนแล้ว, ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน พูนพิศมัย ดิศกุล, มจ., สิ่งที่ข้าพเจ้าพบเห็น ประวัติศาสตร์เปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475, (กรุงเทพฯ : มติชน, 2551), หน้า 21 - 22

¹⁰ การสืบราชสมบัติเป็นไปตามพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวที่ทรงต้องการให้รับจากสายของสมเด็จพระนางเจ้าเสาวภาผ่องศรีซึ่งก็คือสายของพระองค์ก่อน รวมไปถึงการทิวศดไปที่ละองค์ของรัชทายาทที่รัชกาลที่ 6 ทรงตั้งขึ้น อันได้แก่

1. สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าจักรพงษ์ภูวนาถฯ
2. สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าจุฑาธุชธราดิลกฯ
3. สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าอัษฎางค์เดชาวุธฯ

ทำให้สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าประชาธิปกศักดิเดชะ ซึ่งเป็นพระราชโอรสองค์สุดท้ายในสายของสมเด็จพระนางเจ้าเสาวภาผ่องศรีอยู่ในเกณฑ์ที่จะเป็นรัชทายาท

อภิรัฐมนตรี

อภิรัฐมนตรีเป็นพระราชภารกิจแรกที่ทรงมีพระราชดำรัสให้เกิดขึ้นเมื่อแรกครองราชย์โดยมีพระราชประสงค์ให้เป็นองค์กรที่สร้างความมั่นคง และเพิ่มความรอบคอบในการตัดสินใจของพระมหากษัตริย์ดังพระราชกระแสรับสั่งที่ทรงรับสั่งว่า

“...กระแสความเห็นในประเทศนี้ส่งสัญญาณชัดแจ้งว่ากาลเวลาของระบอบ
อิตตาธิปไตยใกล้จะสิ้นสุดลงแล้ว หากจะให้พระราชวงศ์นี้สถิตอยู่ต่อไป
จะต้องปรับสถาบันพระมหากษัตริย์มีความมั่นคงขึ้น
จะต้องหาหลักประกันอย่าให้มีพระมหากษัตริย์พร่อง
ในความสุ่มรอบคอบ ในการทรงใช้พระวิจารณ์ญาณ...¹¹”

จากข้อความข้างต้นแสดงให้เห็นว่าพระองค์มีความต้องการปรับปรุงสถาบันพระมหากษัตริย์แบบที่เป็นมาแต่เดิมให้สามารถปรับตัวและดำรงอยู่เพื่อให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงที่เปลี่ยนไปของโลก ณ ช่วงเวลาที่พระองค์เพิ่งเสด็จขึ้นครองราชย์ อภิรัฐมนตรีสภาจึงเปรียบได้กับที่ปรึกษาราชการชั้นสูงส่วนพระองค์ โดยอภิรัฐมนตรีชุดแรกที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามพระราชดำรัสเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน พ.ศ.2468 ณ พระที่นั่งอมรินทรวินิจฉัย¹² เพียงแค่ 2 วันหลังขึ้นครองราชย์ โดยอภิรัฐมนตรีที่แต่งตั้งขึ้นประกอบด้วยพระบรมวงศ์ชั้นสูง 5 พระองค์ ได้แก่

1. สมเด็จพระเจ้าฟ้าฯ กรมพระยาภาณุพันธุวงศ์วรเดช
2. สมเด็จพระเจ้าฟ้าฯ กรมพระนครสวรรค์วรพินิต
3. สมเด็จพระเจ้าฟ้าฯ กรมพระยานริศรานุวัดติวงศ์
4. สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ
5. พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระจันทบุรีนฤนาถ

เจ้านายผู้ใหญ่ 5 พระองค์ข้างต้นทรงมีความรู้ความชำนาญแตกต่างกันคือ สมเด็จพระยาภาณุพันธุวงศ์วรเดชเป็นผู้ใหญ่ทั้งในพระราชวงศ์ ข้าราชการทั้งทหารและพลเรือน สมเด็จพระเจ้าฟ้ากรมพระนครสวรรค์ทรงเป็นใหญ่ในทหารทั้งทหารบก ทหารเรือ สมเด็จพระเจ้าฟ้าฯ กรมพระยานริศรานุวัดติวงศ์ ทรงเป็นอัครศิลปินและที่นับถือว่าเที่ยงธรรม กรมพระยาดำรงราชานุภาพทรงเชี่ยวชาญทางด้านการปกครองท้องถิ่นและราชการพลเรือนทั่วไปทุกด้าน กรมพระจันทบุรีนฤนาถทรงเป็นผู้เชี่ยวชาญทางเศรษฐกิจ ทั้งห้าพระองค์เป็นที่ทรงนับถือขององค์พระมหากษัตริย์¹³

¹¹ <http://kingprajadhipokstudy.blogspot.com/2011/01/blog-post.html>, เข้าถึง 16 พฤศจิกายน 2557

¹² โปรตดู, พระราชดำรัสทรงตั้งอภิรัฐมนตรีสภา, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 42 (2468, พฤศจิกายน 28). หน้า 2618

¹³ การเมืองการปกครอง ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว, สถาบันพระปกเกล้า (เอกสารอัดสำเนา), มปป

อภิรัฐมนตรีสภากำหนดประชุมทุกๆ วันศุกร์ สัปดาห์ละครั้ง โดยพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประธานในการประชุม มีหน้าที่เป็นที่ปรึกษาราชการแผ่นดินทั้งปวง แต่ไม่สามารถบังคับบัญชาสั่งราชการต่างๆ ได้ ในการประชุมแต่ละครั้งจะต้องมีอภิรัฐมนตรีมาประชุมอย่างน้อย 3 พระองค์ จึงครบองค์ประชุม โดยมีการประชุมครั้งแรกในวันที่ 29 พฤศจิกายน 2468 ณ พระที่นั่งบรมพิมาน¹⁴ ด้วยมีพระราชประสงค์ให้สภาพดังกล่าวเป็นสภาสำหรับถ่วงดุลพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่อาจจะเป็นอำนาจโดยมิชอบหรืออำนาจที่ไม่สมควรตามรูปแบบการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยทรงมีพระราชวิจารณ์ต่อการตั้งอภิรัฐมนตรีดังนี้

“...การตัดสินใจทั้งในสภาเสนาบดีและในอภิรัฐมนตรี
เป็นไปตามพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเท่านั้น
แม้ว่าในการดำเนินการทั่วไป พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว
จะโปรดให้เสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมถวายเป็นความเห็นเป็นหลัก
แต่ก็ทรงอำนาจเด็ดขาดที่จะไม่ทรงใช้”¹⁵

หรือพระราชดำริที่พระราชทานแก่พระยาภิธานไมตรีความตอนหนึ่งว่า

“...สองคนๆ เดียว จะคิดการให้รอบคอบไปทุกอย่างนั้นไม่ได้
ยิ่งเป็นราชการแผ่นดินด้วยแล้ว ต้องระวังให้มาก...”¹⁶

จะเห็นได้ว่าการตั้งอภิรัฐมนตรีสภานี้เป็นความเต็มใจของพระองค์เองที่จะทรงขอคำปรึกษาจากพระราชวงศ์ชั้นผู้ใหญ่ที่ได้แต่งตั้งขึ้นและยังมีประสบการณ์ในราชการมาแล้ว ได้รับความเชื่อถือจากประชาชน อีกทั้งเจ้านายที่ทรงตั้งขึ้นทั้ง 5 พระองค์ นั้นไม่มีพระองค์ใดเลยที่ประชาชนเกลียดชัง และสภานี้จะทำให้พระราชอำนาจตามอำเภอใจของพระมหากษัตริย์ลดลง¹⁷

อีกทั้งหากจะพิจารณาการบริหารประเทศในเวลานั้นจะเห็นว่าอำนาจการบริหารจะตกอยู่กับพระมหากษัตริย์โดยมีคณะเสนาบดีแต่ละกระทรวงเป็นผู้รับสนองนโยบายในด้านการบริหาร ทำให้เสนาบดีไม่มีความรับผิดชอบร่วมกัน เพราะต่างคนต่างมุ่งแต่งงานและผลประโยชน์ในกระทรวงที่ตนดูแลอยู่เท่านั้น ยังผลให้การบริหารประเทศไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ดังนั้นการตั้งอภิรัฐมนตรีจึงช่วยในการกำหนดนโยบายประสานแผนงาน และพิจารณาณโยบายที่เสนาบดีกระทรวงต่างๆ ได้เสนอขึ้นมา¹⁸

¹⁴ สมบัติ อารังธัญวงศ์, การเมืองการปกครองไทย : พ.ศ. 1762 – 2500, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สมมติธรรม, 2548), หน้า 387

¹⁵ เบนจามิน เอ บัตสัน, อวสานสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในสยาม, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 185

¹⁶ กลุ่มผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, จุดเริ่มต้นประชาธิปไตย, (กรุงเทพฯ : สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2557), หน้า 29

¹⁷ www.kpi.ac.th/wiki/index.php/อภิรัฐมนตรีสภา, เข้าถึง 20 พฤศจิกายน 2557

¹⁸ อ่างแล้ว, กลุ่มผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, หน้า 28

อภิรัฐมนตรีสภาจึงกลายเป็นสถาบันใหม่ที่ทรงตั้งขึ้นโดยมีพระราชประสงค์ที่จะทรงหน่วยงานใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่มีอยู่มากและเด็ดขาดในการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และประสานนโยบายจากกระทรวงต่างๆ ที่เสนอขึ้นมาเพื่อทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยให้เกิดความเป็นเอกภาพในการบริหารราชการแผ่นดินมากขึ้น

สภากรรมการองคมนตรี

ล่วงถึง พ.ศ. 2470 พระองค์ได้ทรงตราพระราชบัญญัติองคมนตรีสภา พ.ศ. 2470 โดยทรงปรับปรุงขึ้นจากพระราชบัญญัติเดิมที่มีในรัชกาลที่ 5 และทรงได้กำหนดวิธีการบางอย่างขึ้น เพื่อป้องกันมิให้สภานี้ลี้ภัย¹⁹ สภากรรมการองคมนตรีนี้เป็นสภาที่ปรึกษาในพระองค์ หรือ Privy Council ที่จัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2417 โดยทรงมีพระราชดำริให้เป็นสภาที่ใช้เรียนรู้การปกครองอย่างใหม่ที่จะมีขึ้นในอนาคต จึงทรงแต่งตั้งสภากรรมการองคมนตรีจำนวน 40 คน จาก 200 กว่าคน ประกอบด้วย ข้าราชการชั้นเจ้าพระยาและพระยา จำนวน 30 คน เจ้านายชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป จำนวน 10 พระองค์ คณะกรรมการชุดนี้ซึ่งถือเป็นชุดแรกมีพระราชวรวงศ์เธอ กรมหมื่นพิทยาลงกรณ์ทรงดำรงตำแหน่งสภานายก และพระยาจินดาภิรมย์ราชสภาบดี (จิตร ณ สงขลา) เป็นอุปนายก โดยให้ทั้ง 40 คน ประชุมกันอย่างสภากล่าวคือมีสภานายกและอุปนายกอย่างละ 1 ตำแหน่ง ทำหน้าที่พิจารณากฎหมายและเรื่องต่างๆ ที่จะพระราชทานลงมาให้ปรึกษา²⁰

สภากรรมการองคมนตรีที่ทรงแต่งตั้งขึ้นโดยมีพระราชประสงค์สำคัญๆ อยู่ 2 ประการคือ²¹

1. เป็นการทดลองและเรียนรู้ถึงวิธีการประชุมปรึกษาของรัฐสภา
2. เป็นพลังที่จะเหนี่ยวรั้งด้านทานการใช้พระราชอำนาจในทางที่ผิด

ด้วยเหตุนี้จึงมีพระราชประสงค์ที่จะปรับปรุงสภาองคมนตรีขึ้นใหม่จากกฎหมายที่มีอยู่เดิม ด้วยทรงตระหนักว่าระบอบประชาธิปไตยที่มีอยู่ในนานาประเทศ ล้วนแล้วแต่เป็นผลของการพัฒนาการที่ราษฎรได้ค่อยๆ เข้าควบคุมกลไกการบริหารงานของรัฐบาลทั้งสิ้น²² ทั้งนี้ เพราะรากฐานหรือบ่อเกิดของระบอบประชาธิปไตยนั้น เป็นผลเนื่องมาจากความต้องการที่จะจำกัดอำนาจอันเด็ดขาดของพระมหากษัตริย์²³

¹⁹ อ่างแล้ว, ชัยอนันต์ สมุทวณิช และชิตติยา กรรณสูต, หน้า 197

²⁰ อ่างแล้ว, นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, หน้า 269 – 270

²¹ สนธิ เดชานันท์, แผนพัฒนาการเมืองไปสู่การปกครองระบอบ “ประชาธิปไตย” ตามแนวพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว, (สถาบันพระปกเกล้า : นนทบุรี, 2545), หน้า 212

²² เฟิงอ่าง, หน้า 212

²³ เฟิงอ่าง, หน้า 213

กรรมการองคมนตรีสภาชุดแรกถูกแต่งตั้งขึ้นทันทีหลังพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้ และเมื่อเริ่มเปิดประชุมครั้งแรก พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชดำรัสแก่กรรมการองคมนตรีสภาตอนหนึ่ง ความว่า

“เราขอให้ท่านเข้าใจว่า สภากรรมการองคมนตรีที่เราได้แต่งตั้งขึ้นตามความในพระราชบัญญัติองคมนตรี ลงวันที่ 2 กันยายน นั้น จะเหมือนปรีวีเคาน์ซิลของประเทศอังกฤษแต่ในนามเท่านั้น ลักษณะการหาค่ายกันไม่ ต้องเป็นไปตามสภาพที่เหมาะสมแก่ประเทศของเรา กล่าวคือ เรามีความประสงค์ที่จะทดลอง และปลูกฝังการศึกษา ในวิธีการปรึกษา ได้เพียงให้สำเร็จเป็นมติตามแบบอย่างประชุมใหญ่... ถ้าหากถึงเวลาอันสมควรที่จะเปลี่ยนแปลงวิธีการปกครองประเทศต่อไป ก็จะทำให้ได้โดยสะดวก... ท่านทั้งหลายจงออกความเห็นโดยระลึกถึงประโยชน์ส่วนรวม... แม้มีสิ่งไรที่ท่านเห็นว่ายังความผาสุกให้บังเกิดขึ้นแก่ประชาชน ก็ให้ท่านถวายความเห็นได้ทุกเมื่อ เรายินดีที่จะฟังเสมอ...”²⁴

จะเห็นได้ว่าพระองค์ทรงปรารถนาที่จะเห็นการประชุมที่นำไปสู่ข้อโต้แย้ง แสดงความคิดเห็นและนำไปสู่ผลสรุปในที่สุด แม้จะทรงยอมรับว่าสภากรรมการองคมนตรีนั้นไม่ใช่ตัวแทนของประชาชนจริงๆ แต่ทรงมีพระราชดำริว่า มันอาจจะเป็นประสบการณ์ที่มีค่าในแง่ของวิธีการอภิปรายในรัฐสภา ซึ่งต้องดำเนินการแบบค่อยเป็นค่อยไปและเป็นสายกลาง²⁵ โดยพระองค์ทรงตั้งพระทัยที่จะให้สภาดังกล่าว เป็นเครื่องมือเพื่อป้องกันการใช้อำนาจที่ไม่ดีของกษัตริย์และให้แปรสภาพเป็นสภาที่สามารถตัดสินใจดำเนินการดำเนินงานได้เองในอนาคต อีกทั้งยังเป็นใบเบิกทางไปสู่รัฐสภาหรือสภาแห่งชาติในอนาคต ดังที่สมเด็จพระเจ้าฟ้ากรมพระนครสวรรค์วรพินิต ได้ทรงตรัสกับผู้เข้าร่วมประชุมว่า ทรงทราบแน่ชัดว่าพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเป็นเสรีนิยมอย่างมาก และเคยได้ทรงสนทนากันมาก่อนเสด็จขึ้นครองราชย์แล้ว เกี่ยวกับรูปแบบการปกครอง และทรงตระหนักพระราชหฤทัยดีว่า รูปแบบการปกครองที่ดีนั้นคือรูปแบบการปกครองที่เหมาะสมแก่บ้านเมืองโดยกาลสมัย แม้ว่าในขณะนั้นจะจำเป็นที่จะใช้รูปแบบการปกครองแบบอาญาสิทธิ์ อาญาสิทธิ์นั้นก็ต้องให้เป็นเสรีนิยมด้วยจึงจะทรงตัวอยู่ได้ นอกจากนั้นยังได้ตระหนักดีว่า ยิ่งวันเวลาล่วงไปคนที่ได้ศึกษามีความรู้มากขึ้นก็ต้องคิดการที่จะเตรียมรับการให้สิทธิในการปกครองแก่ราษฎร²⁶

แม้ว่ากรรมการองคมนตรีสภาอาจเปลี่ยนแปลงพระราชประสงค์ของพระองค์ ซึ่งต้องการให้สภาดังกล่าวเป็นที่ประชุมฝึกหัดและโต้เถียง และที่สำคัญ “ตัดทอน” การใช้พระราชอำนาจให้กลายเป็นความจริงได้ แต่ด้วยค่านิยมและความจงรักภักดีของเหล่าเจ้านายและข้าราชการที่ถูกแต่งตั้งมา ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการองคมนตรีสภาไม่สามารถเป็นความจริงได้

²⁴ อ่างแล้ว, นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, หน้า 271

²⁵ อ่างแล้ว, เบนจามิน เอ บัตสัน, หน้า 199

²⁶ อ่างแล้ว, ชัยอนันต์ สมุทวณิช และชัตติยา วรรณสุต, หน้า 197

การเทศบาล

ช่วงเวลาเดียวกันกับการตั้งกรรมการองคมนตรีสภาได้มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางถึงการทดลองความเป็นไปได้ของการตั้งองค์กรเลือกตั้งในระดับท้องถิ่นเสียก่อน²⁷ เนื่องจากพระองค์ทรงมีพระราชประสงค์ที่จะให้มีการเปลี่ยนแปลงเป็นลำดับๆ ไป เหมือนกับที่ประเทศอังกฤษได้ดำเนินการให้การศึกษาทางการเมืองแก่เมืองขึ้น โดยให้มีเทศบาลและการปกครองท้องถิ่นเป็นหลักเสียก่อน²⁸ ดังในพระราชบันทึกเรื่อง “ปัญหาของสยาม” พระองค์พระราชนิพนธ์ถึงปัญหาภายในที่เกิดขึ้นว่า

“การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญซึ่งข้าพเจ้ากำลังตรึกตรองอยู่ในเวลานี้ คือการจัดการปกครองแบบเทศบาล ข้าพเจ้าคิดว่าข้าพเจ้าควรจัดตั้งสภาเทศบาลขึ้นก่อนอื่น จากนั้นเราจึงจะทดลองให้มีการเลือกตั้งเทศบาล สิ่งนี้จะทำให้ได้ความคิดในเรื่องความเป็นไปได้ที่จะเริ่มรูปแบบการปกครองแบบสภาผู้แทนรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ซึ่งจะเป็นที่พอใจของฝ่ายที่มีความเห็นก้าวหน้า และจะเป็นการแสดงให้เห็นประจักษ์อย่างดีว่าประชาชนพร้อมจริงหรือไม่ ที่จะมีส่วนมีเสียงในกิจการของประเทศ²⁹”

พระองค์ทรงเห็นว่า การเลือกตั้งองค์กรระดับท้องถิ่น เป็นขั้นต่อไปในการศึกษาที่จะก้าวไปสู่ประชาธิปไตย ต่อจากการตั้งกรรมการสภาองคมนตรี โดยการปกครองท้องถิ่นเป็นพื้นฐานเพื่อไปสู่สถาบันที่สูงกว่านั้น อีกทั้งพระองค์ยังเคยพระราชทานสัมภาษณ์แก่หนังสือพิมพ์ในสหรัฐอเมริกาว่า การปกครองระดับท้องถิ่นที่มาจาก การเลือกตั้งเป็นก้าวแรกที่จะนำไปสู่การปกครองแบบผู้แทนราษฎรในสยาม ดังการพระราชทานสัมภาษณ์ในหนังสือพิมพ์ “นิวยอร์ก ไทม์” เมื่อครั้งทรงเสด็จพระราชดำเนินเยือนสหรัฐอเมริกาว่า

“ข้าพเจ้าเห็นว่าสิทธิเลือกตั้งของประชาชนควรเริ่มต้นที่การปกครองท้องถิ่นในรูปเทศบาล ข้าพเจ้าเชื่อว่าประชาชนควรมีสิทธิมีเสียงในกิจการท้องถิ่นก่อน เราพยายามให้การศึกษาเรื่องนี้แก่เขา ข้าพเจ้าเห็นว่าจะเป็นการผิดพลาด ถ้าเราจะมีการปกครองระบอบรัฐสภา ก่อนที่ประชาชนจะมีโอกาสเรียนรู้ และมีประสบการณ์ที่ดีเกี่ยวกับสิทธิเลือกตั้งในกิจการปกครองท้องถิ่น³⁰”

บทพระราชทานสัมภาษณ์ข้างต้นจะเห็นว่า พระองค์ทรงมุ่งมั่นเป็นอย่างมากในการจัดระเบียบการปกครองท้องถิ่นในรูปแบบเทศบาลขึ้นให้สำเร็จ โดยพระองค์มีพระราชประสงค์ที่จะให้ประชาชนทั่วไป หรือแม้กระทั่งชนชั้นนำ และข้าราชการรู้จักการปกครองตนเองเสียก่อน เพื่อให้ประชาชนมีความรู้ถึงการปกครองตนเองและเข้าใจถึงการเลือกตัวแทนของตนเองเสียก่อน

²⁷ ทรงปรึกษากับสมเด็จพระเจ้าพี่ยาเธอ เจ้าฟ้ายุคลทิฆัมพร กรมหลวงลพบุรีราเมศวร์ ถึงการตั้งคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่งเพื่อพิจารณาการจัดตั้งเทศบาลโดยมีคณะกรรมการที่ประกอบด้วย 1. นายอาร์ ดี เคริก 2. อำมาตย์เอก พระกฤษณาพรพันธ์ 3. พระยาจินดารักษ์ 4. นายบุญเชย ปิตรชาติ

²⁸ อ่างแล้ว, ชัยอนันต์ สมุทวณิช และชัตติยา กรรณสูต, หน้าเดียวกัน

²⁹ อ่างแล้ว, นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, หน้า 199

³⁰ พระราชทานสัมภาษณ์หนังสือพิมพ์นิวยอร์ก ไทม์, 28 เม.ย. 2474

ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ศึกษาเปรียบเทียบรูปแบบการปกครองแบบเทศบาลจากประเทศต่างๆ ใน พ.ศ. 2469³¹ โดยทรงให้ นาย อาร์ ดี เคิร์ก ที่ปรึกษากระทรวงมหาดไทย เป็นประธานกรรมการในการเตรียมการเพื่อพิจารณาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งเทศบาลขึ้นในสยาม และทำเป็นบันทึกเสนอต่อรัฐบาลต่อไป³²

จากบันทึกเสนอความเห็นของนาย อาร์ ดี เคิร์ก และการประชุมกันหลายครั้ง จนในที่สุดร่างพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2473 ก็เกิดขึ้น พระราชบัญญัติดังกล่าวได้ถูกส่งไปให้กรมร่างกฎหมายตรวจสอบและทำเรื่องถวายความเห็นต่อพระองค์อย่างเร่งด่วนว่า มีหลักการและข้อความเหมือนหรือแตกต่างจากฝรั่งเศส ญี่ปุ่น หรือไม้อีกทั้งศึกษาว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มีความเหมาะสมกับสยามแล้วหรือไม่ อย่างไรด้วย³³ แต่เมื่อส่งไปยังกรมร่างกฎหมายแล้ว เรื่องดังกล่าวก็เงียบหายไปไม่มีการทำความเห็นเสนอกลับมาถึงพระองค์แต่อย่างใด แม้ว่าพระองค์จะทรงทวงถามไปหลายครั้งก็ตาม³⁴ จนสุดท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว ก็ไม่ได้ถูกบังคับใช้เลยจนสิ้นสุดการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เมื่อปี พ.ศ. 2475³⁵

การเตรียมการพระราชทานรัฐธรรมนูญ

ปัญหาต่างๆ ที่รุมเร้าเข้ามาในรัชสมัยของพระองค์ ทำให้ทรงตระหนักดีว่าไม่วันใดก็วันหนึ่งสยามคงต้องยอมรับเอาการปกครองระบอบประชาธิปไตยมาใช้โดยไม่ทางหลีกเลี่ยงได้ แต่ยิ่งทรงกังวลว่า ถ้าราษฎรยังไม่มีความรู้ทางด้านการเมืองการปกครองเพียงพอ ก็จะกลายเป็นปัญหาถ้าต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองตามรูปแบบของประชาธิปไตย การเตรียมการต่างๆ จึงเกิดขึ้นตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพื่อให้ทุกคนไม่ว่าจะเป็นพระบรมวงศานุวงศ์ ข้าราชการ ตลอดจนราษฎร มีความเข้าใจถึงการมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ

ทรงมีพระราชประสงค์อย่างแน่วแน่ว่าจะเป็นผู้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองประเทศ ด้วยการพระราชทานรัฐธรรมนูญด้วยพระองค์เองมากกว่าที่จะให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองด้วยวิธีการล้มล้างสถาบันกษัตริย์ หรือมีความรุนแรงและเกิดการนองเลือดอย่างในหลายประเทศที่เกิดขึ้นในช่วงเวลานั้น

พระองค์จึงทรงเตรียมการพระราชทานรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการเป็นขั้นเป็นตอน โดยทรงได้ให้ยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นซึ่งฉบับแรกยกร่างขึ้นโดย “พระยาภิรมย์ภักดี” (ดร.พรานชิษฐ์ บี แซร์) ตามที่พระองค์ทรงมีพระราชปณิธานเป็นพระราชหัตถเลขาไปถึงพระยาภิรมย์ภักดีในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2469 ในชื่อ “Problems of Siam” ซึ่งมีปัญหาใหญ่ๆ อยู่ 3 ประเด็นคือ³⁶

³¹ อ้างแล้ว , <http://kingprajadhipokstudy.blogspot.com/2011/01/blog-post.html> , เข้าถึง 27 พฤศจิกายน 2557

³² www.kpi.ac.th/wiki/index.php/การปกครองส่วนท้องถิ่น , เข้าถึง 27 พฤศจิกายน 2557

³³ หนังสือขอให้กรมร่างกฎหมายพิจารณาหลักการพระราชบัญญัติเทศบาล , สจข. 5/2 , เรื่องพระยาจินดาภิรมย์ถึงเจ้าพระยามหินทร, วันที่ 27 เมษายน 2474 , เอกสารอัดสำเนา , มปป.

³⁴ ทรงมีพระราชประสงค์ที่จะให้กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้โดยเร็ว ถึงขนาดทรงมีพระราชหัตถเลขาไปยังกระทรวงมหาดไทยว่า “ข้าพเจ้าอยากเห็นกรุงเทพฯ Municipality และเลี้ยงตัวเองได้ก่อนที่ข้าพเจ้าสิ้นชีวิต” แต่การตรวจสอบของกรมร่างกฎหมายยังช้าอยู่มาก จึงทรงทวงถามต่อเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยไปยั้งกรมร่างกฎหมายอยู่หลายครั้ง ซึ่งกรมร่างกฎหมายอ้างว่ามีพระราชบัญญัติเรื่องภาษีอากรที่เร่งด่วนกว่าและต้องให้แล้วเสร็จก่อนจึงจำดำเนินการเรื่องดังกล่าวต่อไปได้ ซึ่งดูข้ามากจนมีพระราชกระแสว่า “จนบางคนว่าเรา “เอาเข้าลิ้นชัก” เสียแล้ว” , <http://heritage.mod.go.th/king/rama7/rama72.htm> , เข้าถึง 29 พฤศจิกายน 2557

³⁵ นักประวัติศาสตร์บางท่านได้ตั้งข้อสังเกตว่ากรมร่างกฎหมายขณะนั้นซึ่งมีหลวงประดิษฐมนูธรรม (นายปรีดี พนมยงค์) เป็นเลขานุการ ได้ตั้งร่างกฎหมายฉบับนี้ไว้ และไม่ส่งความเห็นมายังพระองค์ แต่การประกาศใช้พระราชบัญญัติเทศบาลกลับมีขึ้นในปี พ.ศ. 2476 ภายหลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครองเพียงปีเดียว โดยนายปรีดี พนมยงค์ เป็นผู้เสนอ

³⁶ อ้างแล้ว , สมบัติ อารังธวังศ์ , หน้า 396

1. เรื่องพระมหากษัตริย์และการสืบสันตติวงศ์
2. เรื่องสถานการณ์ทางการเงินและการคลัง
3. เรื่องกิจการในประเทศ

ซึ่งในส่วนของการปกครองที่ทรงถามว่าสยามจำเป็นหรือไม่ที่จะมีการปกครองแบบปาลีเมนต์³⁷ ดังที่พวก แองโกล – แซกซอนใช้อยู่ และการปกครองแบบนั้นจริงๆ แล้วเหมาะสมกับคนตะวันออกหรือไม่³⁸ พระยากัลยาณไมตรีได้ทำหนังสือกราบบังคมทูลกลับมายังพระองค์ ลงวันที่ 27 กรกฎาคม 2469 โดยถวายนามความคิดเห็นในส่วนของการปกครองว่าการปกครองลักษณะดังกล่าว ยังไม่มีความเหมาะสมกับประเทศสยาม เหตุเพราะว่าการเลือกตัวแทนจะมีผลดีก็ต่อเมื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งมีสติปัญญาความรู้ และสามารถควบคุมผู้แทนของตนได้ มิฉะนั้น ระบบการมีตัวแทนจะกลายเป็นระบบที่ฉ้อฉลและเป็นทรราช อย่างไรก็ตาม รูปแบบการปกครองควรมีการเปลี่ยนแปลงเพื่อเตรียมรับกับการเติบโตของการศึกษาและขยายตัวของสติปัญญาความรู้ สยามไม่มีทางกลายเป็นประเทศตะวันตกได้อย่างสมบูรณ์เป็นอันขาด แต่การปรับตัวของสถาบันจะช่วยประคับประคองการเปลี่ยนแปลงให้เกิดขึ้นจากภายใน ไม่ใช่เกิดจากการหลบลูหลบตาลอกเลียนแบบจากประเทศตะวันตก³⁹ และเขายังได้เสนอให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโดยร่างข้อระเบียบเพื่อรองรับรูปแบบการปกครองแบบรัฐสภาจำนวน 12 มาตรา โดยใช้ชื่อว่า “Outline of Preliminary Draft” ซึ่งมีหลักการดังนี้⁴⁰

1. อำนาจอิสระอยู่ที่องค์พระมหากษัตริย์
2. พระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งอัครมหาเสนาบดีขึ้นทำหน้าที่ฝ่ายบริหาร
3. แต่งตั้งอภิรัฐมนตรีขึ้นเป็นการถาวรทำหน้าที่ถวายคำปรึกษาและพิจารณาปัญหาสำคัญๆ ของประเทศโดยไม่มีอำนาจบังคับบัญชาหรือสั่งการ
4. การพิจารณาสืบสันตติวงศ์จะให้กรรมการองคมนตรีเข้ามามีส่วนพิจารณาและให้ความเห็นชอบ
5. อำนาจตรากฎหมายยังอยู่ที่พระมหากษัตริย์
6. การแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ให้เป็นพระราชอำนาจโดยให้มีกรรมการองคมนตรีสามในสี่ร่วมพิจารณาให้ความเห็นชอบ

เอกสารดังกล่าวได้ถูกส่งไปให้อภิรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา ซึ่งได้พบพระบันทึกลงของสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ⁴¹ ที่วิจารณ์หนังสือกราบบังคมทูลฉบับนี้ว่า ไม่ทรงเห็นด้วยต่อการที่จะตั้งอัครมหาเสนาบดีเพราะตำแหน่งดังกล่าวจะได้ผลก็แต่ในประเทศที่มีรูปแบบการปกครองแบบรัฐสภาเท่านั้น อีกทั้งตำแหน่งดังกล่าวไม่เคยมีในสยามมาก่อน⁴² และถึงจะสามารถตั้งขึ้นได้ก็ไม่ได้เป็นการปิดพระราชภาระไปพ้นจากพระมหากษัตริย์ได้ อาจจะทำให้ราษฎรคิดว่าการที่ทรงตั้งตำแหน่งนี้ขึ้นเป็นเพราะพระมหากษัตริย์ทรงอ่อนแอ

³⁷ ผู้เขียนยึดตามรูปแบบการเขียนเดิม และ ปาลีเมนต์ในความหมายนี้หมายถึงการปกครองในรูปแบบรัฐสภา

³⁸ อ้างแล้ว , สมบัติ อารังธวังศ์ , หน้า 397

³⁹ อ้างแล้ว , นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ , หน้า 250

⁴⁰ อ้างแล้ว , สมบัติ อารังธวังศ์ , หน้า 398

⁴¹ เป็นเอกสารภาษาอังกฤษเก็บอยู่ในแฟ้มส่วนพระองค์ของสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ ที่มา , กองจดหมายเหตุแห่งชาติ, ร. 6 – 7 สป. 47 (อภิรัฐมนตรี) / 12 บันทึกการปกครอง

⁴² อ้างแล้ว , นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ , หน้า 251

และความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับผู้ดำรงตำแหน่งอำครมหาเสนาบดีจะอยู่ในรูปแบบใด เพราะแต่เดิมมาตำแหน่งต่างๆ ที่ทรงแต่งตั้งนั้นก็มาจากความไว้วางพระราชหฤทัย ซึ่งถ้าเกิดมีการถอดถอนบุคคลผู้นั้นออกจากตำแหน่งจะทำอย่างไรไม่ให้ราษฎรเข้าใจว่าทรงทำโดยขาดวิจยารณญาณ และทรงเห็นว่าสยามยังไม่มีความพร้อมต่อการปกครองในรูปแบบรัฐสภาหรือมีตัวแทน สิ่งที่ต้องทำมากที่สุดคือจัดสิ่งชั่วร้ายและการบริหารที่ไร้ประสิทธิภาพออกไปเสียก่อน จนเมื่อประชาชนมีความรู้มากขึ้นและมีความรับผิดชอบสามารถออกเสียงเลือกผู้แทนได้ เมื่อนั้นการปกครองที่มีตัวแทนและอำครมหาเสนาบดีจะมีความจำเป็นคู่กัน

ในปี พ.ศ. 2474 เมื่อทรงเสด็จประพาสสหรัฐอเมริกาเพื่อทรงรักษาพระเนตร ได้ทรงพระราชทานสัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ถึงการวางรากฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยเริ่มจากการปกครองรูปแบบเทศบาล เมื่อทรงนิวัติสยามพระองค์ได้มอบหมายให้พระยาศรีวิศาลวาจา (ปลัดทูลฉลองกระทรวงการต่างประเทศ) และนายเรมอนด์ บี สตีเวนส์ (ที่ปรึกษากระทรวงการต่างประเทศชาวอเมริกัน) ให้ดำเนินการร่างหลักเกณฑ์ของการปกครองหรือรัฐธรรมนูญเป็นภาษาอังกฤษเรียกว่า “An Outline of Change in the Form of Government” (เค้าโครงการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครอง)⁴³ ซึ่งเค้าโครงการดังกล่าวร่างเสร็จในวันที่ 9 มีนาคม 2474 เพียง 3 เดือนเศษก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง⁴⁴ โดยทรงมีความมุ่งมั่นจะพระราชทานแก่ชาวสยามในวันที่ 6 เมษายน 2475 อันเป็นวันครบรอบ 150 ปี การก่อตั้งกรุงเทพมหานครและราชวงศ์จักรี

เอกสารความยาวห้าหน้ากระดาษพิมพ์นี้ กล่าวถึงการปกครองในระบอบรัฐสภา โดยกล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ กลไกในการบริหารประเทศที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ สามารถแต่งตั้งหรือถอดถอนอำครมหาเสนาบดีผู้มีหน้าที่บริหารประเทศแทนพระองค์ และให้อำครมหาเสนาบดีมีอำนาจแต่งตั้งเสนาบดีขึ้นมาทำหน้าที่บริหาร⁴⁵ โดยจะทรงแต่งตั้งอำครมหาเสนาบดีคนแรกด้วยพระองค์เอง ส่วนคนต่อๆ ไปจะให้สมาชิกสภาชั้นสูงเป็นผู้เลือก⁴⁶

เอกสารดังกล่าวยังกำหนดให้มีสภาสองรูปแบบคือ สภาชั้นสูงที่ประกอบด้วยขุนนางชั้นผู้ใหญ่และขุนนางที่มีความสามารถ ตลอดจนเป็นที่นิยมของราษฎร และสภาแบบที่สองคือสภาประชาราษฎร์ แต่ในตอนแรกนั้นจะให้ให้มีเพียงสภาเดียวคือสภาชั้นสูงก่อน ส่วนสภาประชาราษฎร์นั้นจะจดไว้จนกว่าจะถึงเวลาอันสมควร โดยเค้าโครงการดังกล่าวไม่ได้ตัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ทุอย่างยังดำเนินไปภายใต้พระบรมราชโองการ และต้องผ่านการพิจารณาของอภิรัฐมนตรีสภาด้วย⁴⁷

ผู้ร่างเค้าโครงการทั้งสองยังได้กราบทูลความคิดเห็นต่อเค้าโครงการดังกล่าวของตนเองว่า การปกครองที่มีกษัตริย์อยู่ภายใต้กฎหมายนั้นเป็นสิ่งจำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ แต่ว่าทั้งคู่อีกก็แสดงความสงสัยว่าถึงเวลาอันสมควรแล้วหรือยังที่จะมีการปกครองเช่นว่า และยังชี้ให้เห็นถึงระดับการศึกษาโดยทั่วไป และผลจากความแตกแยกที่อาจจะเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว⁴⁸

⁴³ อ้างแล้ว, สมบัติ อารังญวงศ์, หน้า 402

⁴⁴ นับตามปฏิทินเดิมซึ่งนับวันขึ้นปีใหม่ในวันที่ 1 เมษายน

⁴⁵ อ้างแล้ว, กลุ่มผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, หน้า 37 – 38

⁴⁶ อ้างแล้ว, สมบัติ อารังญวงศ์, หน้า 402

⁴⁷ เพิ่งอ้าง, หน้าเดียวกัน

⁴⁸ อ้างแล้ว, เบนจามิน เอ บัตสัน, หน้า 213 - 214

จากข้อสังเกตของผู้ร่างเองและการประชุมอภิรัฐมนตรีสภาที่ออกมาในลักษณะการคัดค้านต่อแนวพระราชดำริดังกล่าวพระองค์จึงทรงระงับแผนการ “พระราชทานรัฐธรรมนูญ” เอาไว้เป็นการชั่วคราว จึงทำให้ทรงไม่สามารถพระราชทานรัฐธรรมนูญได้ในวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2475 ตามพระราชประสงค์

วันที่ 8 มิถุนายน พ.ศ. 2475 พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวและสมเด็จพระบรมราชินีได้เสด็จแปรพระราชฐานไปประทับยังวังไกลกังวล อำเภอหัวหิน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จนในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 พระราชอำนาจต่างๆ ที่เคยมีมาแต่ครั้งสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็ได้เปลี่ยนผ่านไปสู่กลุ่มการเมืองที่เรียกตัวเองว่า “คณะราษฎร”

24 มิถุนายน พ.ศ. 2475

ก่อนหน้าเกิดการปฏิวัติมีข่าวลือมากมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้นกับสยาม⁴⁹ แต่เหตุการณ์ต่างๆ ก็ไม่เกิดขึ้นตามที่ลือกันมาจนวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 กลุ่มคนที่เรียกตนเองว่า “คณะราษฎร” ได้ดำเนินการตามแผนการที่วางไว้เพื่อให้การเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นไปอย่างราบรื่น⁵⁰ จนย่างรุ่งของวันนั้น นายพันเอกพระยาพหลพลพยุหเสนา (พจน์ พหลโยธิน) ได้เดินออกมาเพื่ออ่านประกาศของคณะราษฎร ในการปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองให้เป็นระบอบรัฐธรรมนูญ การดำเนินการเป็นไปอย่างราบรื่นและง่ายดายตามแผนที่วางไว้ รวมไปถึงการจับพระบรมวงศานุวงศ์บางพระองค์ที่คณะราษฎรมองว่าเป็นผู้มีอำนาจด้วย

คณะบุคคลที่เข้าร่วมเป็นคณะราษฎรเกือบทั้งหมดเป็นข้าราชการที่ได้รับการศึกษาจากตะวันตก มีทัศนะทางการเมืองแบบประชาธิปไตยตะวันตก จึงปรารถนาที่จะเห็นสยามเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย โดยมีเป้าหมายที่จะให้มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของประเทศอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ภายใต้หลัก 6 ประการที่ประกาศเป็นอุดมการณ์ในแถลงการณ์ฉบับแรกของคณะราษฎรดังนี้⁵¹

1. จะรักษาความเป็นเอกราชทั้งหลาย เช่น เอกราชในทางการเมือง ในทางศาล ในทางเศรษฐกิจ ฯลฯ ของประชาชนเอาไว้ให้มั่นคง
2. จะต้องรักษาความปลอดภัยภายในประเทศ ในการประทุษร้ายต่อกันให้น้อยลง
3. จะต้องบำรุงความสุขสบายสมบูรณ์ของราษฎรในทางเศรษฐกิจ โดยรัฐบาลใหม่จะจัดให้ราษฎรมีงานทำทุกคน จะวางโครงการเศรษฐกิจแห่งชาติไม่ปล่อยให้ราษฎรอดอยาก
4. จะต้องให้ราษฎรมีสิทธิเสมอกัน
5. จะต้องให้ราษฎรมีเสรีภาพ มีความเป็นอิสระเมื่อเสรีภาพนี้ไม่ขัดต่อหลัก 4 ประการ ดังกล่าวข้างต้น
6. จะต้องให้การศึกษาอย่างเต็มที่แก่ราษฎร

⁴⁹ มีข่าวลือว่ามีคำพยากรณ์ถึงอายุของกรุงรัตนโกสินทร์ว่าจะมีอายุเพียง 150 ปี ข่าวลือที่ว่านักเรียนกฎหมายจะทูลขอรัฐธรรมนูญในวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2475 หรือวันที่ระลึกพระบรมราชจักรีวงศ์ หรือข่าวลือที่ว่าจะมีการจับเจ้านายเป็นตัวประกัน ฯลฯ

⁵⁰ ผู้ปฏิบัติงานถูกแบ่งเป็นทั้งนายทหาร พลเรือนที่เข้าร่วมกับคณะราษฎรในการดำเนินแผนงานไม่ว่าจะเป็นตัดสายโทรเลข โทรศัพท์ จับกุมเจ้านายเป็นตัวประกัน รวมไปถึงนำกำลังทหารออกมาชุมนุมยังหน้าพระที่นั่งอนันตสมาคม

⁵¹ อ้างแล้ว, กลุ่มผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, หน้า 41 - 42

พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงทราบข่าวการปฏิวัติ เมื่อเช้าวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ขณะประทับอยู่ ณ วังไกลกังวล อำเภอหัวหิน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ พระองค์ทรงมีพระราชดำรัสตอบว่า ทรงมีพระราชดำริอยู่แล้วว่าจะพระราชทานรัฐธรรมนูญ และพระราชประสงค์ที่สำคัญที่สุดคือ พระองค์ไม่ต้องการเห็นคนสยามรบกันเอง ดังนั้น พระองค์จึงทรงยินยอมที่จะสละพระราชอำนาจและเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ⁵²

เมื่อทรงเสด็จกลับถึงพระนครโดยรถไฟพระที่นั่ง พระองค์ทรงรับที่จะเป็นกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญให้ต่อไป เพื่อรัฐบาลใหม่ที่จะจัดตั้งขึ้นสามารถดำเนินการไปได้โดยไม่มีปัญหาใดๆ โดยเฉพาะกับนานาอารยประเทศ ทรงโปรดฯ ให้คณะราษฎรเข้าเฝ้าเพื่อให้ลงพระปรมาภิไธยในพระบรมราชโองการอภัยโทษต่อผู้ที่กระทำการเปลี่ยนแปลงการปกครอง และทรงขอให้ปล่อยตัวพระบรมวงศานุวงศ์ที่ถูกจับทั้งหมด การเปลี่ยนแปลงทั้งหมดดูเหมือนจะเป็นไปในทางที่ดีสงบ และมีอนาคตที่สดใสรออยู่ข้างหน้า

การปกครองระบอบใหม่ และการสละราชสมบัติ

ด้วยไม่ทรงต้องการทอดพระเนตรคนไทยรบกันเอง พระองค์จึงทรงยินยอมเป็นกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ทรงลงพระปรมาภิไธยใน “พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม (ชั่วคราว) พ.ศ. 2475”⁵³ และได้มีการดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรขึ้นในเวลาต่อมา

28 มิถุนายน 2475 หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง “คณะกรรมการราษฎร” ได้เข้าทำหน้าที่กำกับการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายเสนาบดี ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ และระบบราชการทั้งหมด โดยจัดตั้งผู้แทนราษฎรชั่วคราวขึ้น 70 คน⁵⁴ คณะกรรมการราษฎร 15 คน โดยมี “พระยามโนปกรณนิติธาดา” เป็นประธานคณะกรรมการราษฎร⁵⁵

การร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เกิดขึ้นภายใต้การปรึกษาหารืออย่างใกล้ชิดระหว่างสภาร่างรัฐธรรมนูญและพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรในปลายเดือนพฤศจิกายน พระราชพิธีพระราชทานรัฐธรรมนูญจึงเกิดขึ้นในวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 ด้วยพระราชปรารภที่ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้จะนำมาซึ่งความรุ่งเรืองและเป็นบ่อเกิดแห่งการพัฒนาประเทศ ให้เจริญก้าวหน้าต่อไป

⁵² อ่างแล้ว, เบนจามิน เอ บัตสัน, หน้า 340

⁵³ พระองค์ทรงพระอักษรกำกับลงไปด้วยพระองค์เองว่าเป็นฉบับชั่วคราว ด้วยทรงเห็นว่าควรมีการร่างรัฐธรรมนูญถาวรฉบับใหม่

⁵⁴ ตามความในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475

⁵⁵ คำๆ นี้ภายหลังการร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรมีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางว่าเป็นคำที่มีความหมายไปในทางสังคมนิยม และให้หาคำอื่นมาใช้แทนเพื่อบัญญัติลงในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ในที่สุดจึงได้คำว่า “นายกรัฐมนตรี” มาใช้แทน จึงถือว่าพระยามโนปกรณนิติธาดา เป็นประธานคณะกรรมการราษฎร และเป็นนายกรัฐมนตรีคนแรกภายใต้การปกครองระบอบใหม่, รายละเอียดความเป็นมาของคำว่านายกรัฐมนตรี โปรดดู, สังคีต จันทนะโพธิ, ภาษาคาใจ ภาค 3, (เนชั่นบุ๊คส์ : กรุงเทพฯ, 2549), หน้า 180 - 188

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองและการพระราชทานรัฐธรรมนูญเกิดเหตุการณ์ต่างๆ มากมาย ตามมา รวมไปถึงข้อโต้แย้งสำคัญที่เกิดขึ้นอันได้แก่การเสนอ “เค้าโครงการเศรษฐกิจแห่งชาติ” ซึ่งนำโดย หลวงประดิษฐมนูธรรม เค้าโครงการดังกล่าวนำมาสู่ข้อโต้แย้งต่างๆ มากมายและสิ้นสุดลง เมื่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยว่าเค้าโครงการเศรษฐกิจเป็นการลอกแบบจากรัสเซีย⁵⁶ ในเวลาเดียวกันได้มีการตั้งกระทู้ถามรัฐบาลถึงการมีคำสั่งห้ามข้าราชการเป็นสมาชิกสมาคมการเมือง นำมาสู่มติของที่ประชุมสภาว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐบาลเป็นการผิดรัฐธรรมนูญ ความวุ่นวายต่างๆ เกิดขึ้นในสภาผู้แทนราษฎร พระยามโนปกรณนิติธาดาจึงได้ตราพระราชกฤษฎีกาปิดสภาผู้แทนราษฎร และงดใช้รัฐธรรมนูญ บางมาตรา พร้อมทั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่เข้าบริหารประเทศ⁵⁷

เหตุการณ์ต่างๆ รุนแรงขึ้นเรื่อยๆ จนวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2476 การรัฐประหารโดยการใช้กำลังทหาร ก็ได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในระบอบการปกครองใหม่ การรัฐประหารเกิดขึ้นโดยการนำของหลวงพิบูลสงคราม และหลวงศุภชลาศัย ทหารใช้กำลังบังคับให้พระยามโนปกรณนิติธาดาออกพร้อมคณะ และแต่งตั้งให้ พระยาพหลพลพยุหเสนาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี แต่งตั้งคณะรัฐมนตรี และเปิดสภาผู้แทนราษฎร⁵⁸

ความขัดแย้งต่างๆ ระหว่างรัฐบาลและพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวก็มีมากขึ้นเรื่อยๆ จนเกิดความขัดแย้งอย่างสูงสุดเมื่อเกิดเหตุการณ์ “กบฏบวรเดช” ขึ้นในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2476 ที่นำโดยพระองค์เจ้า บวรเดช พร้อมคณะของพระองค์ที่เรียกว่า “คณะกู้บ้านกูเมือง” ทรงนำทหารจากต่างจังหวัดเดินทัพเข้ามายัง พระนครเพื่อปิดล้อมและมีข้อเรียกร้องไปยังรัฐบาล⁵⁹ ในที่สุดฝ่ายรัฐบาลตัดสินใจใช้กำลังเข้าปราบปรามกลุ่ม ผู้ก่อการอย่างรุนแรง การสู้รบเป็นไปอย่างดุเดือด คณะของพระองค์เจ้าบวรเดชถอยร่นกลับขึ้นไปทางจังหวัด นครราชสีมา จนในวันที่ 25 ตุลาคม พ.ศ. 2476 ผู้นำของคณะผู้ก่อการจึงหนีไปยังอินโดจีนของฝรั่งเศส

สถานการณ์เลวร้ายมากยิ่งขึ้นหลังเหตุการณ์กบฏบวรเดช รัฐบาลตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษขึ้น เพื่อตัดสินความผิดของกลุ่มผู้ก่อการที่ถูกจับกุมได้ มีการตัดสินโทษในหลายคดีที่เกี่ยวข้องกับการกบฏ รวมไปถึง การตัดสินโทษ “ประหารชีวิต” พระองค์ทรงไม่เห็นด้วยกับการตัดสินดังกล่าว กอปรกับพระเนตรของพระองค์ ที่เริ่มฝ้าฟางขึ้นเรื่อยๆ พระองค์จึงทรงมีพระราชบันทึกถึงรัฐบาลแสดงพระราชประสงค์ว่าจะเสด็จต่างประเทศ เพื่อรักษาพระเนตร แม้จะมีการทัดทานต่างๆ จากฝั่งรัฐบาลแต่ก็ไม่เป็นผล ด้วยรัฐบาลเห็นว่าถ้าการเสด็จ ต่างประเทศเกิดขึ้นก็เท่ากับว่าสายสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับพระมหากษัตริย์จะสิ้นสุดลง⁶⁰ เมื่อการทัดทาน ไม่เป็นผลในวันที่ 11 มกราคม พ.ศ. 2476 พระองค์จึงทรงเสด็จพระราชดำเนินตามกำหนด การเสด็จประทับใน ต่างประเทศเช่นนี้ทำให้ช่องว่างระหว่างรัฐบาลกับพระองค์ทรงห่างกันมากขึ้น

⁵⁶ ดูรายละเอียดเหตุการณ์ที่, อ่างแล้ว, นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, หน้า 341 – 342

⁵⁷ อ่างแล้ว, นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, หน้า 343

⁵⁸ อ่างแล้ว, พูนพิศมัย ดิศกุล, มจ., หน้า 1 24 - 126

⁵⁹ โปรดดูข้อเรียกร้องดังกล่าว, อ่างแล้ว, นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, หน้า 380

⁶⁰ อ่างแล้ว, ส. พลายน้อย, หน้า 173

การเสด็จพระราชดำเนินไปรักษาพระองค์เช่นนี้ทำให้รัฐบาลดำเนินการต่างๆ โดยไม่ขอพระบรมราชินิจัย ทำให้ทรงมีรับสั่งบ่นว่ารัฐบาลรุกกล้าเข้ามาในสิทธิที่เคยเป็นของพระมหากษัตริย์ตามประเพณีแต่ดั้งเดิม เช่น พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษแก่โทษประหารชีวิต และพระราชอำนาจในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ อย่างพระราชอำนาจในการแต่งตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรประเภทที่ 2 อีกทั้งพระองค์ยังได้เรียกร้องให้ปลดปล่อยนักโทษทางการเมืองอีกด้วย ทรงให้เหตุผลโต้แย้งว่าตราบไต่ที่รัฐบาลยังไม่เป็นประชาธิปไตยที่แท้จริง บทบาทของพระมหากษัตริย์ควรจะมีค่ามากกว่าตำแหน่งทางพิธีการเท่านั้น และทรงเสนอแนะในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอีกหลายข้อ โดยทรงเตือนว่า ถ้าข้อเรียกร้องของพระองค์ไม่ได้รับการยอมรับ พระองค์ทรงมีทางเลือกเดียวเท่านั้นคือสละราชสมบัติ⁶¹

การต่อรองกันอย่างยาวนานรัฐบาลได้ปฏิเสธข้อเสนอลงพระอภัยของพระองค์ เป็นเหตุให้พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยสละราชสมบัติในวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ. 2478 และเป็นที่มาในพระราชหัตถเลขาที่กลายเป็นเอกสารที่แพร่หลายที่สุดฉบับหนึ่งในประวัติศาสตร์ของสยาม ซึ่งมีใจความที่มักอ้างถึงกันอย่างมากมาย ดังนี้

*“ข้าพเจ้ามีความเต็มใจที่จะสละอำนาจอันเป็นของข้าพเจ้าอยู่แต่เดิม
ให้แก่ราษฎรโดยทั่วไป แต่ข้าพเจ้าไม่ยินยอมยกอำนาจทั้งหลายของข้าพเจ้าให้แก่ผู้ใด
คณะใดโดยเฉพาะเพื่อใช้อำนาจนั้นโดยสิทธิขาด และไม่ฟังเสียงอันแท้จริง
ของประชาราษฎร”⁶²*

การสละราชสมบัติของพระองค์ฯ ไม่ได้ทรงบ่งชี้ว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้รับราชสมบัติสืบต่อจากพระองค์ และถ้ามีผู้ใดกระทำการใดๆ ก็เป็นการกระทำที่ไม่เกี่ยวข้องกับพระองค์ ระยะเวลา 9 ปีเศษ ของรัชกาลที่ 7 แห่งราชวงศ์จักรีจึงสิ้นสุดลงด้วยการประกาศสละราชสมบัติของพระมหากษัตริย์

หลังการสละราชสมบัติพระองค์กลับไปใช้พระนามเดิมก่อนขึ้นครองราชย์ คือ “สมเด็จพระเจ้าฟ้าประชาธิปกศักดิเดชน์ กรมหลวงสุโขทัยธรรมราชา” และประทับอยู่ในชนบทของประเทศอังกฤษ ทรงใช้ชีวิตเรียบง่าย และหลีกเลี่ยงการยุ่งเกี่ยวกับการเมือง จนกระทั่งพระองค์สวรรคตด้วยอาการพระหทัยพิการ ในวันที่ 30 พฤษภาคม พ.ศ. 2484⁶³

⁶¹ อ่างแล้ว, นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, หน้า 361 – 362

⁶² อ่างแล้ว, ส. พลายน้อย, หน้า 185

⁶³ อ่างแล้ว, ส. พลายน้อย, หน้า 209

บทสรุป

นับจากวันที่ทรงขึ้นครองราชย์จนถึงวันที่ทรงประกาศสละราชสมบัติ เราจะเห็นได้ว่าพระองค์ทรงมีความมุ่งมั่นเป็นอย่างยิ่งที่จะนำสยามเข้าสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยได้ทรงเตรียมความพร้อมต่างๆ ของพระบรมวงศานุวงศ์ ข้าราชการ ราษฎร ให้มีความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการปกครองตนเอง การเตรียมการถูกเตรียมการเป็นขั้นเป็นตอนตามลำดับ แม้ว่าจะถูกคัดค้าน หรือมีความเห็นให้ชะลอเรื่องต่างๆ ไว้ก่อน แต่พระองค์ก็ยังคงมุ่งมั่นที่จะเปลี่ยนแปลงและตั้งพระราชหฤทัยให้เกิดขึ้นในรัชสมัยของพระองค์ ด้วยแนวคิดทางการเมืองแบบต่างๆ ที่หลังไหลเข้ามาสู่สยามตั้งแต่รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทำให้ความคิดของราษฎรเปลี่ยนไป ไม่เว้นแม้แต่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวเองที่พระองค์ก็ทรงเล็งเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงจะต้องเกิดขึ้นแน่นอน พระองค์จึงทรงมีพระราชปณิธานอันแน่วแน่ที่จะเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่ระบอบประชาธิปไตยอย่างค่อยเป็นค่อยไปตามแนวทางที่พระองค์ทรงวางไว้ โดยผ่านการปรึกษาหารือกับพระราชวงศ์ชั้นผู้ใหญ่ ที่ปรึกษาชาวต่างประเทศที่มีความสามารถ การดำเนินการต่างๆ ผ่านไปโดยประสบผลสำเร็จบ้าง ล้มเหลวบ้าง แต่พระราชประสงค์ดังกล่าวก็ไม่บรรลุผลจนเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองขึ้นโดยคณะที่เรียกตนเองว่าคณะราษฎร และถึงแม้ว่าการเปลี่ยนแปลงการปกครองสู่ระบอบประชาธิปไตยจะเกิดขึ้นก็ตาม แต่ข้อขัดแย้งในระบอบใหม่ก็ทวีความรุนแรงมากขึ้น เกิดการรัฐประหาร การกบฏ และความไม่สงบอย่างมากมาย รัฐบาลไม่สามารถรักษาเสถียรภาพทางการเมืองเอาไว้ได้อย่างที่ควรจะเป็น ในช่วงแรกของระบอบใหม่จึงมีสภาพเหมือนคนล้มลุกคลุกคลาน รวมทั้งข้อขัดแย้งระหว่างรัฐบาลกับพระมหากษัตริย์ที่ทวีความรุนแรงมากขึ้น จนต้องเสด็จไปยังต่างประเทศ ซึ่งผลก็นำไปสู่การประกาศสละราชสมบัติในที่สุด

เราไม่เคยรู้ว่าหากดำเนินการตามแนวทางที่ทรงวางไว้สยามจะเป็นไปอย่างไร เราไม่เคยทราบว่าจะหากไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองสยามจะปกครองในลักษณะใด ณ ปัจจุบัน แต่เมื่อเวลาผ่านไป บัดนี้เราอยู่ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทางเดียวที่จะทำได้ก็คือการช่วยกันประคับประคองระบอบที่เป็นอยู่ไปในทางที่ถูกต้องตั้งพระราชปณิธานที่พระองค์ทรงมุ่งมั่นที่จะทำให้ประสบผลสำเร็จ

ความรู้เบื้องต้น

เกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา

ภาสพงษ์ เรณูมาศ*

บทนำ

เดิมระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality Control) มิได้ปรากฏในประวัติศาสตร์ของราชอาณาจักรกัมพูชา แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ. 1947 (ฉบับแรก)¹ ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 119 ก็มีใช่เป็นกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เป็นเพียงการให้อำนาจตีความรัฐธรรมนูญแก่สภาแห่งชาติ (National Assembly: Radhsaphes) เท่านั้น สำหรับการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรกัมพูชาได้เกิดขึ้นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเขมร (Khmer Republic Constitution, 1972) โดยใช้ชื่อว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ที่แยกออกจากกระบวนการยุติธรรมตามปกติ อันได้รับอิทธิพลมาจากฝั่งตะวันตก แต่ภายหลังเมื่อเข้าสู่การปกครองของระบอบเขมรแดง (Khmer Rouge Regime) หรือพรรคคอมมิวนิสต์ (The Communist Party of Kampuchea’s-CPK) เมื่อปี ค.ศ. 1975 - ค.ศ. 1978 การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เริ่มเกิดขึ้นและมีการทำลายระบบโครงสร้างพื้นฐานและหลักนิติรัฐอย่างสิ้นเชิง โดยถึงขนาดมีการกล่าวกันว่าได้มีการกวาดล้างและประหารชีวิตนักกฎหมายและผู้ทรงคุณวุฒิในสาขากฎหมายให้หมดไปจากราชอาณาจักรกัมพูชา ก่อให้เกิดสถานะทางกฎหมายที่เรียกว่า “สุญญากาศทางกฎหมาย” (Legal Vacuum)² จนภายหลังเมื่อได้รับเสรีภาพในวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 1979 จึงเริ่มมีการฟื้นฟูในด้านต่าง ๆ รวมถึงการปฏิรูประบบนิติบัญญัติให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้³ และเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เมื่อวันที่ 21 กันยายน ค.ศ. 1993⁴ อิทธิพลทางฝั่งตะวันตกได้กลับมาอีกครั้ง โดยมีการบัญญัติให้มืองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า

* ผู้อำนวยการกลุ่มงานคดี 5 สำนักคดี 3 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาประกาศใช้ครั้งแรก เมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 1947

² โปรดดูเพิ่มเติมที่กระทรวงยุติธรรม, “รายงานการศึกษากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ระบบงาน และแนวปฏิบัติของกระทรวงยุติธรรมและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับระบบงานยุติธรรมของประเทศในอาเซียน”, หน้า 3-5 [Online], available URL: <http://asean.moj.go.th/mini110/wp-content/uploads/2013/04/law.pdf> (accessed March 12, 2015)

³ สหประชาชาติได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากในการเข้าช่วยเหลือฟื้นฟูราชอาณาจักรกัมพูชา โดยมีการจัดตั้งองค์กรระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติในกัมพูชา (The United Nation Transnational Authority in Cambodia: UNTAC) เพื่อเข้ามาปฏิรูประบบกฎหมายและกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายของราชอาณาจักรกัมพูชาจึงมีการผสมผสานระหว่างจารีตประเพณี ระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งเกิดขึ้นจากการที่ประเทศตะวันตกหลาย ๆ ประเทศเข้าร่วมบูรณะระบบกฎหมายของราชอาณาจักรกัมพูชา

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ. 1993 มีการปรับปรุงแก้ไขอีก 5 ครั้ง ได้แก่ เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1994, วันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 1999, วันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ. 2001, วันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ. 2005 และเมื่อวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 2006

“คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Council:CC) ขึ้น โดยนำรูปแบบขององค์กรมาจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Le Conseil Constitutionnel) อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรกัมพูชาจะมีอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในประการสำคัญ คือ อำนาจในการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายหลังการประกาศใช้บังคับ (a posteriori control) โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรกัมพูชาถือเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นกลางและเป็นอิสระ (Independent Constitutional Organ)⁵ และแยกออกจากระบบศาลยุติธรรมโดยปกติที่ประกอบด้วยศาลชั้นต้น (The Court of First Instance) ศาลอุทธรณ์ (The Appeal Court, Appellate Court) และศาลฎีกา (The Supreme Court เห็นได้จากมีการบัญญัติคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดที่ 12 มาตรา 136 - มาตรา 144 เป็นการเฉพาะ โดยมีอำนาจหน้าที่หลักในการคุ้มครองเกี่ยวกับการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ และการตีความรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งชาติ และวุฒิสภา⁶ โดยกฎหมายใดที่สภาแห่งชาติให้ความเห็นชอบแล้ว หากขัดกับหลักการรักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกราช และอธิปไตยของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน และกระทบต่อเอกภาพทางการเมืองหรือการบริหารของชาติ ให้ถือเป็นโมฆะ ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่าด้วยการเป็นโมฆะนั้น⁷ รวมถึงข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาแห่งชาติ และสมาชิกวุฒิสภา

1. องค์กรประกอบ คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁸

1.1 องค์กรประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาจะประกาศใช้ เมื่อวันที่ 21 กันยายน ค.ศ. 1993 แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็มีอากปฏิบัติหน้าที่ได้โดยทันที เนื่องด้วยกระบวนการในการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาแล้วเสร็จในอีกห้าปีต่อมา คือ ปี ค.ศ. 1998 เหตุเนื่องมาจากการคัดเลือกในส่วนของคณะกรรมการตุลาการสูงสุด (Supreme Council of the Magistracy, SCM)⁹ ที่ไม่อาจเรียกประชุมได้ก่อนเดือนธันวาคม ค.ศ. 1997 ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยองค์คณะ จำนวน 9 คน และมีวาระการดำรงตำแหน่งไม่เกิน 9 ปี¹⁰ โดยตุลาการรัฐธรรมนูญ 3 คน จะมาจากการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ ตุลาการรัฐธรรมนูญ 3 คน

⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดองค์กรและอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Law on the Organization and the Functioning of the Constitutional Council, LOFCC) (LOFCC of March 1998), Article 2

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา (Constitution of the Kingdom of Cambodia (CC)), Article 136

⁷ Article 92 CC

⁸ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการรัฐธรรมนูญอื่นอีก 8 คน โดยตำแหน่งประธานตุลาการรัฐธรรมนูญมีสถานะเทียบเท่าประธานสภาแห่งชาติ ส่วนตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญมีสถานะเทียบเท่ารองประธานสภาแห่งชาติ มีข้อสังเกตว่า ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีการเลือกตั้งใหม่ทุก 3 ปี ด้วยมติเสียงข้างมากของสมาชิก ภายหลังจากมีตุลาการรัฐธรรมนูญ 3 คน ที่ได้รับการสรรหาเข้ามาใหม่ในองค์คณะ แต่ทั้งนี้ ก็ไม่ตัดสิทธิประธานตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการเลือกตั้งเข้ามาใหม่

⁹ คณะกรรมการตุลาการสูงสุด (Supreme Council of the Magistracy, SCM) เป็นหน่วยงานเพื่อธำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระของตุลาการในทุกชั้นศาล โดยมีหน้าที่ในการเสนอเรื่องขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์ในการที่จะแต่งตั้ง โยกย้าย ปลด หรือเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการตุลาการในทุกชั้นศาล รวมถึงการลงโทษทางวินัยแก่ผู้กระทำความผิด

¹⁰ Article 2 LOFCC

มาจากการแต่งตั้งของสภาแห่งชาติ¹¹ และตุลาการรัฐธรรมนูญ 3 คน มาจากการแต่งตั้งของคณะกรรมการตุลาการสูงสุด¹² อนึ่ง ตุลาการรัฐธรรมนูญหนึ่งในสามจะต้องพ้นจากตำแหน่งและได้รับการสรรหาใหม่ทุกสามปี โดยมาจากการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ สภาแห่งชาติ และคณะกรรมการตุลาการสูงสุด อย่างละ 1 คน¹³ ด้วยเหตุนี้ในช่วงแรกเริ่มของการจัดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีการกำหนดวาระในการดำรงตำแหน่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (ชุดแรก) เป็นลำดับ ดังนี้

(1) H.E. SON Soubert, H.E. TOP Sam และ H.E. PRAK Sok มีวาระดำรงตำแหน่ง 3 ปี

(2) H.E. SAY Bory, H.E. YANG Sem และ H.E. TOR Penglath มีวาระดำรงตำแหน่ง 6 ปี

(3) Samdeeh CHAUSEN Cosal Chum, H.E. BIN Chhi และ H.E. CHAN Sok มีวาระดำรงตำแหน่ง 9 ปี

ซึ่งเมื่อครบกำหนด 3 ปี ตุลาการรัฐธรรมนูญตาม (1) ก็จะพ้นจากตำแหน่ง หลังจากนั้นก็จะมีการคัดเลือกบุคคลเข้ามาแทนที่ จำนวน 3 คน ตามที่กล่าวไว้ข้างต้น และมีวาระในการดำรงตำแหน่ง 9 ปี ส่วนตุลาการรัฐธรรมนูญตาม (2) และ (3) ก็จะเหลือวาระในการดำรงตำแหน่ง 3 ปี และ 6 ปี ตามลำดับ ซึ่งต่อมาเมื่อครบกำหนด 3 ปี ตุลาการรัฐธรรมนูญตาม (2) ก็จะพ้นจากตำแหน่งตามวาระต่อไป และก็จะดำเนินการคัดเลือกและแต่งตั้งบุคคลเข้ามาแทนที่ในลักษณะดังเช่นที่กล่าวถึงข้างต้น ทั้งนี้ มีข้อน่าสังเกตว่า ก่อนที่ตุลาการรัฐธรรมนูญจะปฏิบัติหน้าที่ต้องมีการถวายสัตย์ปฏิญาณ¹⁴ และหากตุลาการรัฐธรรมนูญคนใดที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาใหม่เพื่อแทนตุลาการรัฐธรรมนูญคนหนึ่งซึ่งพ้นจากตำแหน่งก่อนสิ้นสุดลงตามวาระ ตุลาการรัฐธรรมนูญคนนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ได้เพียงเท่าที่วาระตุลาการรัฐธรรมนูญคนเดิมยังคงเหลืออยู่¹⁵ แต่หากวาระที่ยังเหลืออยู่เท่ากับหรือน้อยกว่า 3 ปี ก่อนที่จะสิ้นสุดวาระ ตุลาการรัฐธรรมนูญคนนั้นสามารถที่จะได้รับการแต่งตั้ง หรือได้รับการเลือกตั้งเข้าดำรงตำแหน่งในวาระใหม่ได้ นอกจากนี้ การลาออกจากตำแหน่งสามารถกระทำได้ โดยแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร¹⁶

¹¹ ฝ่ายนิติบัญญัติของราชอาณาจักรกัมพูชาถือเป็นระบบสภาคู่ (Bicameral) กล่าวคือ สภาแห่งชาติหรือสภาล่าง จะประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอันมาจากการเลือกตั้ง จำนวน 123 คน ส่วนวุฒิสภาหรือสภาสูง ที่มาจากการแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ และสภาแห่งชาติ และมาจากการเลือกตั้งโดยทางอ้อมโดยสภาท้องถิ่น รวมจำนวน 61 คน

¹² Article 137 CC

¹³ Article 4 LOFCC

¹⁴ Article 7 LOFCC

¹⁵ Article 8 LOFCC

¹⁶ Article 9 LOFCC

ตารางที่ 1
รูปแบบการดำรงตำแหน่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ¹⁷

ระยะเวลา การดำรงตำแหน่ง (ปี ค.ศ.)	ตุลาการรัฐธรรมนูญที่ได้รับการแต่งตั้งโดย		
	พระมหากษัตริย์	สภาแห่งชาติ	คณะกรรมการ ตุลาการสูงสุด
1998-2001 (ชุดที่หนึ่ง)	H.E. SON Soubert (3 ปี) H.E. SAY Bory (6 ปี) Samdeeh CHAUSEN Cosal Chum (9 ปี)	H.E. TOP Sam (3 ปี) H.E. YANG Sem (6 ปี) H.E. BIN Chhin (9 ปี)	H.E. PRAK Sok (3 ปี) H.E. TOR Penglath (6 ปี) H.E. CHAN Sok (9 ปี) ¹⁸
2001-2004 (ชุดที่สอง)	H.E. SAY Bory (3 ปี) Samdeeh CHAUSEN Cosal Chum (6 ปี) H.E. SON Soubert (ได้รับเลือกเข้ามาอีกครั้ง มีวาระ 9 ปี) ¹⁹	H.E. YANG Sem (3 ปี) H.E. BIN Chhin (6 ปี) ²⁰ H.E. TOP Sam (ได้รับเลือกเข้ามาอีกครั้ง มีวาระ 9 ปี)	H.E. TOR Penglath (3 ปี) H.E. CHAN Sok (6 ปี) ²¹ H.E. PRAK Sok (ได้รับเลือกเข้ามาอีกครั้ง มีวาระ 9 ปี)
2004-2007 (ชุดที่สาม)	Samdeeh CHAUSEN Cosal Chum (3 ปี) H.E. SON Soubert (6 ปี) H.E. SUM Nipha (9 ปี)	H.E. BIN Chhin (3 ปี) ²² H.E. TOP Sam (6 ปี) H.E. PENN Thol (9 ปี)	H.E. PROM NHEAN Vicheth (3 ปี) ²³ H.E. PRAK Sok (6 ปี) H.E. CHHOUR Leanghout (9 ปี)

¹⁷ See also Venice Commission, “3rd Congress of the World Conference on Constitutional Justice “Constitutional Justice and Social Integration” Seoul, Republic of Korea, 28 September-1 October 2014 Questionnaire”, 11-12. [Online], available URL: http://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/Cambodia_CC_reply_questionnaire_3WCCJ-E.pdf (accessed March 9, 2015)

¹⁸ ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

¹⁹ ข้อสังเกต ในช่วงแรกเริ่มของการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (ชุดแรก) ได้มีการอนุญาตให้ตุลาการรัฐธรรมนูญที่ถูกกำหนดให้มีวาระในการดำรงตำแหน่งเพียง 3 ปี สามารถสมัครเข้ารับการคัดเลือกและแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญอีกสมัยได้ ซึ่งก็ปรากฏว่าทั้ง H.E. SON Soubert, H.E. TOP Sam และ H.E. PRAK Sok ต่างก็สมัครรับการคัดเลือกและได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญในชุดที่สอง (ปี ค.ศ. 2001-2004)

²⁰ ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

²¹ H.E. CHAN Sok หลังจากดำรงตำแหน่งได้เพียง 3 ปี ก็ได้ถึงแก่ความตายเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 2004

²² ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ (สมัยที่สอง)

²³ H.E. PROM NHEAN Vicheth ได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญแทนที่ H.E. CHAN Sok ซึ่งถึงแก่ความตาย และ มีวาระการดำรงตำแหน่งเท่าที่ H.E. CHAN Sok ยังคงเหลืออยู่ คือ 3 ปี

ระยะเวลา การดำรงตำแหน่ง (ปี ค.ศ.)	ตุลาการรัฐธรรมนูญที่ได้รับการแต่งตั้งโดย		
	พระมหากษัตริย์	สภาแห่งชาติ	คณะกรรมการ ตุลาการสูงสุด
2007-2010 (ชุดที่สี่)	H.E. SON Soubert (3 ปี) H.E. Mrs. SUM Nipha (6 ปี) H.H. SISOWATII Phandaravong (9 ปี)	H.E. TOP Sam (3 ปี) H.E. PENN Thol (6 ปี) H.E. EK Sam OI (9 ปี) ²⁴	H.E. PRAK Sok (3 ปี) H.E. CHHOUR Leanghout (6 ปี) H.H.E. PROM NHEAN Vicheth (9 ปี) ²⁵
2010-2013 (ชุดที่ห้า)	H.E. Mrs. SUM Nipha (3 ปี) H.H. SISOWATII Phandaravong (6 ปี) Samdech NORODOM Sirivudh (9 ปี)	H.E. PENN Thol (3 ปี) H.E. EK Sam OI (6 ปี) ²⁶ H.E. Min Sean (9 ปี)	H.E. CHHOUR Leanghout (3 ปี) H.E. PROM NHEAN Vicheth (6 ปี) H.E. Mrs. CHEM Veyrith (9 ปี)
2013-2016 (ชุดปัจจุบัน)	H.H. SISOWATII Phandaravong (หมดวาระ เดือนมิถุนายน ค.ศ. 2016) Samdech NORODOM Sirivudh (หมดวาระปี ค.ศ. 2019) H.R.H Samdech Preah Mohessara NORODOM Chakrapong (หมดวาระปี ค.ศ. 2022)	H.E. EK Sam OI (หมดวาระ เดือนมิถุนายน ค.ศ. 2016) ²⁷ H.E. Min Sean (หมดวาระปี ค.ศ. 2019) H.E. PIT Taingsan (หมดวาระปี ค.ศ. 2022)	H.E. PROM NHEAN Vicheth (หมดวาระเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2016) H.E. Mrs. CHEM Veyrith (หมดวาระปี ค.ศ. 2019) H.E. UTH Chhorn (หมดวาระปี ค.ศ. 2022)

²⁴ ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

²⁵ H.E. PROM NHEAN Vicheth ได้รับเลือกกลับมาอีกครั้งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 ของ LOFCC กรณีตุลาการรัฐธรรมนูญคนใดที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาใหม่เพื่อแทนที่ตุลาการรัฐธรรมนูญคนหนึ่งซึ่งพ้นจากตำแหน่งก่อนสิ้นสุดลงตามวาระ ตุลาการรัฐธรรมนูญคนนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ได้เพียงเท่าที่วาระตุลาการรัฐธรรมนูญคนเดิมยังคงเหลืออยู่ อย่างไรก็ตาม หากวาระที่ยังเหลืออยู่เท่ากับหรือน้อยกว่า 3 ปี ก่อนที่จะสิ้นสุดวาระ ตุลาการรัฐธรรมนูญคนนั้นสามารถที่จะได้รับการแต่งตั้ง หรือได้รับการเลือกตั้งเข้ามาดำรงตำแหน่งใหม่ได้ ซึ่งนั่นก็ทำให้การเข้ามาดำรงตำแหน่งใหม่ครั้งที่ 2 จะมีวาระในการดำรงตำแหน่งไม่เกิน 9 ปี

²⁶ ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ (สมัยที่สอง)

²⁷ ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ (สมัยที่สาม)

1.2 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะคัดเลือกมาจากผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้²⁸

(1) มีสัญชาติกัมพูชาโดยการเกิด

(2) มีอายุไม่ต่ำกว่า 45 ปี

(3) สำเร็จการศึกษาระดับอุดมศึกษาทางกฎหมาย ด้านการบริหาร ด้านการทูต หรือด้านเศรษฐศาสตร์²⁹

(4) มีประสบการณ์ในวิชาชีพที่เกี่ยวข้องอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี

(5) ไม่ดำรงตำแหน่งในรัฐบาล สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาแห่งรัฐ คณะรัฐมนตรี ผู้พิพากษา³⁰ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐ หัวหน้าหรือรองหัวหน้าพรรคการเมือง หัวหน้าหรือรองหัวหน้าสหภาพหรือสมาคม หรือมีตำแหน่งในทางราชการ หรือประกอบอาชีพอื่นในระหว่างดำรงตำแหน่ง³¹

อนึ่ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถปลดตุลาการรัฐธรรมนูญ (Dismissal) ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามในเรื่องคุณสมบัติ หรือการเปิดเผยความลับตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดองค์กรและอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (LOFCC) มาตรา 5 และมาตรา 7 หรือไม่เข้าร่วมประชุมเกินกว่า 3 ครั้งติดต่อกันโดยมิได้แจ้งให้ทราบ หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เพราะเหตุสภาพทางร่างกายหรือจิตใจอย่างถาวร ทั้งนี้ มติในการปลดออกจะต้องมีคะแนนเสียงสองในสามของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ตุลาการรัฐธรรมนูญที่ต้องคำพิพากษาของศาลให้ลงโทษจำคุกในความผิดลหุโทษหรือความผิดอาญาอุจฉกรรจ์ให้ถือว่าถูกปลดออกจากตำแหน่ง³² นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีบทคุ้มกัน (Immunities) ให้ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งหรือทางอาญาเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยที่ตนได้กระทำไปตามอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ³³

²⁸ Article 3 LOFCC

²⁹ Article 138 CC

³⁰ See the Official website [Online], available URL:<http://www.ccc.gov.kh/english/composition.php> (accessed March 9, 2015)

³¹ Article 139 CC and Article 5 LOFCC

³² Article 10 LOFCC

³³ Article 11 LOFCC

2. กรณีการปรับปรุง (Revision) และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment)

พระมหากษัตริย์จะเป็นผู้ขอความเห็นจากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับข้อเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ การริเริ่มในการตรวจสอบหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของบุคคล ดังต่อไปนี้

(1) พระมหากษัตริย์

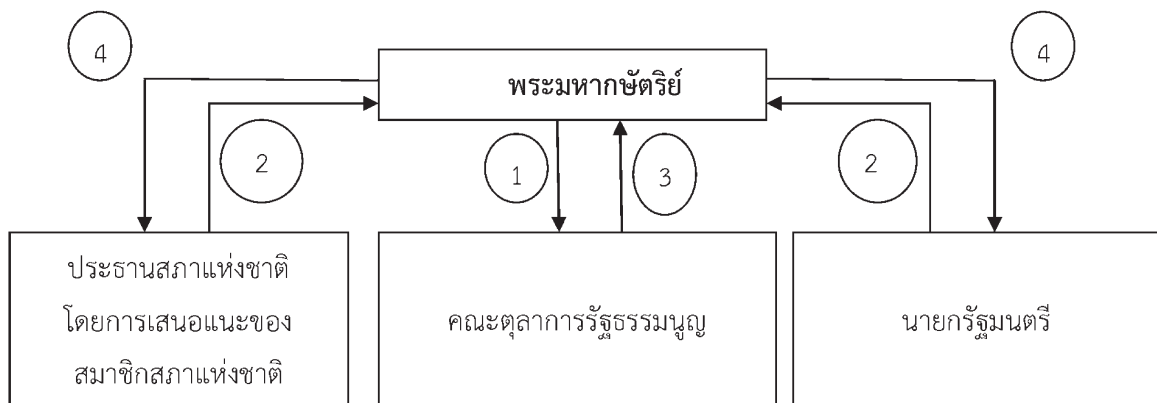
(2) นายกรัฐมนตรี

(3) ประธานสภาแห่งชาติ โดยการเสนอแนะของสมาชิกสภาแห่งชาติจำนวนหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด โดยมติที่เห็นชอบให้มีการปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมาก จำนวนสองในสามของจำนวนสมาชิกสภาแห่งชาติ³⁴

อนึ่ง การปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ในระหว่างที่ประเทศอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Emergency)³⁵ นอกจากนี้ การปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อระบอบพหุนิยมเสรีประชาธิปไตย และระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้³⁶

ตารางที่ 2

แผนภาพความสัมพันธ์ของพระมหากษัตริย์กับคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ



(1) พระมหากษัตริย์จะเป็นผู้ขอความเห็นจากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับข้อเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(2) การเสนอปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปยังพระมหากษัตริย์

(3) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ

(4) พระราชสาส์นส่งกลับคืนมายังผู้ยื่นเสนอขอปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

³⁴ Article 151 CC

³⁵ Article 152 CC

³⁶ Article 153 CC

3. อำนาจหน้าที่และวิธีพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ³⁷

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่หลักอยู่ 2 ประการ คือ

(1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย กฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว และคำสั่งองค์กรของรัฐ³⁸ (พระราชกฤษฎีกา (Royal decree) พระราชกฤษฎีกาย่อย (Anukret) ประกาศ (Prakas))³⁹

(2) การวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการเลือกตั้ง ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ⁴⁰ หรือริเริ่มพิจารณาคดีในศาลเอง โดยปราศจากผู้ยื่นคำร้อง โดยสามารถสรุปได้ ดังนี้

³⁷ การดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีกฎหมายที่มีความจำเป็นต้องใช้อยู่ 3 ฉบับ คือ (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา (2) พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดองค์กรและอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือ LOFCC (Law on the Organization and the Functioning of the Constitutional Council) และ (3) ข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Rules of Procedure of the Constitutional Council) ซึ่งในส่วนของข้อกำหนดนั้นจะเป็นการยกเว้นและประกาศใช้โดยอาศัยเสียงข้างมากของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 12 LOFCC

³⁸ See also, The Khmer Institute Democracy. “The Constitutional Council”, 18. [Online], available URL:<http://www.khmerrough.com/pdf/CriticalThinking-Eng/Part2-CriticalThinking.pdf> (accessed March 12,2015)

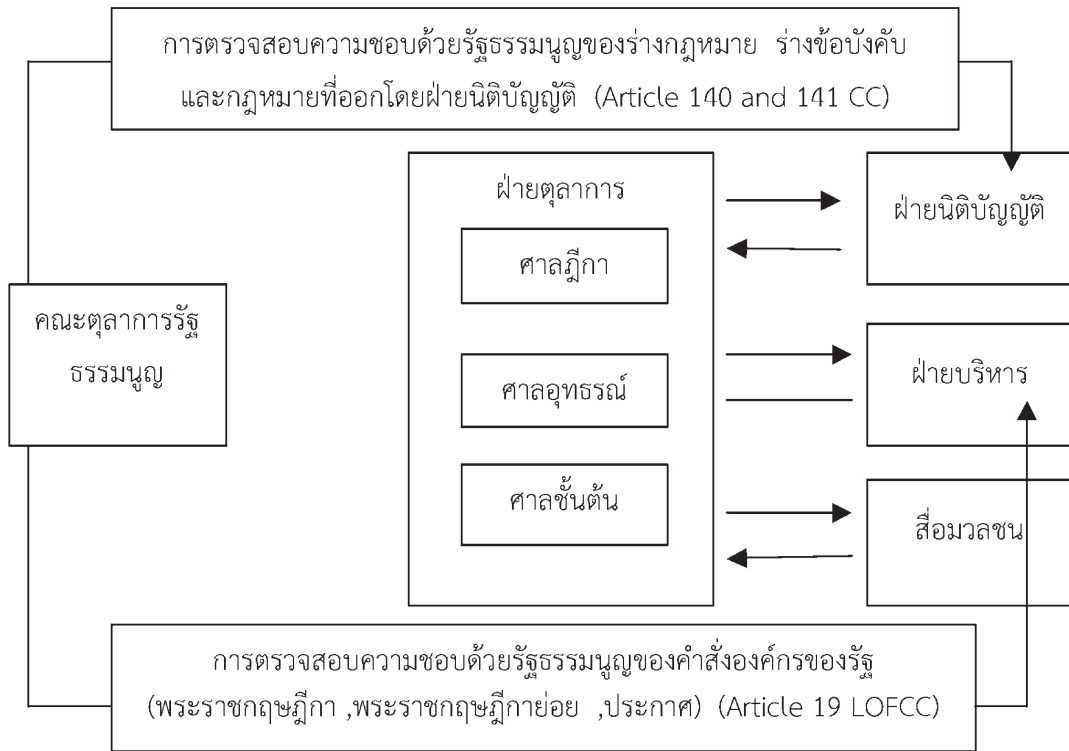
³⁹ พระราชกฤษฎีกาย่อย (Anukret/Sub-decree) เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยผ่านมติของคณะรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนาม ส่วนประกาศ (Prakas/Proclamations) เป็นการออกโดยรัฐมนตรีประจำกระทรวง ซึ่งลำดับศักดิ์ของกฎหมายและข้อบังคับของราชอาณาจักรกัมพูชา ได้จัดเป็นลำดับดังนี้

- (1) รัฐธรรมนูญ (Constitution)
- (2) สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (International Treaties)
- (3) พระราชบัญญัติ (Chbab/Law)
- (4) พระราชกฤษฎีกา (Kram, Kret/Royal decree)
- (5) พระราชกฤษฎีกาย่อย (Anukret/Sub-decree)
- (6) ประกาศ (Prakas/Proclamation)
- (7) คำสั่ง (Sechdel Samrech/Decision)
- (8) หนังสือเวียน (Sarachor/circular) และ
- (9) ข้อบัญญัติจังหวัด (Deka/Provincial Ordinance)

⁴⁰ Article 151 CC and Article 15 LOFCC

ตารางที่ 3⁴¹

แผนภาพความสัมพันธ์ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับฝ่ายตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร⁴²

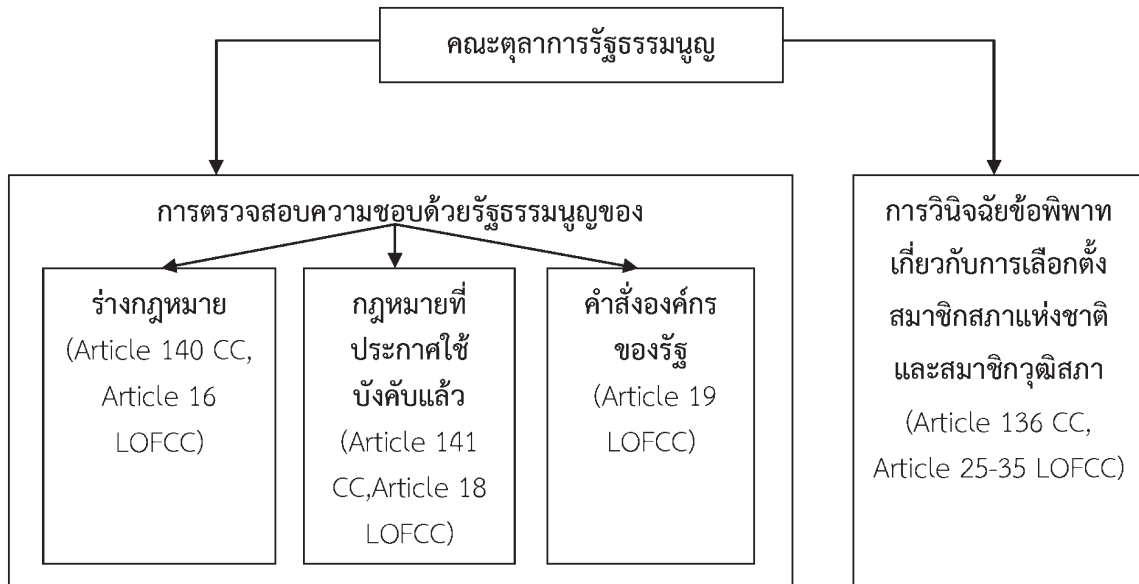


⁴¹ ภายใต้ระบบการปกครองของราชอาณาจักรกัมพูชานั้นจะมีการถ่วงดุลอำนาจของ 3 องค์กร คือ อำนาจนิติบัญญัติ (Legislation) อำนาจบริหาร (Executive) และอำนาจตุลาการ (Judiciary) โดยต่างฝ่ายต่างถ่วงดุลตรวจสอบซึ่งกันและกัน แต่ในบางครั้งก็ถือกันว่า องค์กรสื่อมวลชน (Media) เข้ามามีบทบาทสำคัญในความสัมพันธ์กับอำนาจตุลาการ จนถึงขนาดเรียกได้ว่าเป็นอำนาจที่สี่ (Fourth Power) ซึ่งความสัมพันธ์ของอำนาจตุลาการกับองค์กรสื่อมวลชนจะมีลักษณะที่องค์กรตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบสื่อมวลชนตามกฎหมายการพิมพ์ (Press Law) กฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอาญา เมื่อปรากฏว่ามีการฟ้องร้องในคดีหมิ่นประมาท หรือการตีพิมพ์เรื่องราวที่หมิ่นประมาทผู้อื่น ส่วนองค์กรสื่อมวลชนก็มีหน้าที่ในการตรวจสอบอำนาจตุลาการ ผ่านการรายงานข่าว หรือการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งถือเป็นสิทธิโดยชอบธรรมที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา มาตรา 41

See also, The Khmer Institute Democracy, “The Judicial System of Cambodia”,15. [Online], available URL: <http://www.khmerrough.com/pdf/CriticalThinking-Eng/Part1-CriticalThinking.pdf> (accessed March 12,2015)

⁴² The Khmer Institute Democracy. “The Constitutional Council”,op.cit.,15.

ตารางที่ 4
แผนภาพอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ



3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

**3.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ
ร่างกฎหมาย และร่างข้อบังคับ (a priori control)⁴³**

(1) ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของสภาแห่งชาติและวุฒิสภาจะต้องยื่นเรื่องผ่านประธานสภาแห่งชาติ เพื่อเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้

(2) ร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของสภาแห่งชาติ และวุฒิสภาให้สิทธิแก่พระมหากษัตริย์ ประธานวุฒิสภา นายกรัฐมนตรี สมาชิกวุฒิสภาจำนวนหนึ่งในสี่ของสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาแห่งชาติจำนวนหนึ่งในสิบของสมาชิกสภาแห่งชาติ ในการยื่นเรื่องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้⁴⁴ ทั้งนี้ รวมถึงร่างกฎหมายว่าด้วยการให้สัตยาบันสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ (Laws on the Ratification of treaties and international conventions)⁴⁵

(3) ร่างข้อบังคับของวุฒิสภาและการแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของวุฒิสภาจะต้องยื่นเรื่องผ่านประธานวุฒิสภา เพื่อเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนนำมาบังคับใช้

⁴³ Article 140 CC and Article 16 LOFCC

⁴⁴ Article 17 LOFCC

⁴⁵ Venice Commission, “3rd Congress of the World Conference on Constitutional Justice “Constitutional Justice and Social Integration” Seoul, Republic of Korea, 28 September – 1 October 2014 Questionnaire”, op.cit., 6.

(4) ร่างข้อบังคับของสภาแห่งชาติที่ผ่านความเห็นชอบของสภาแห่งชาติจะต้องยื่นเรื่องผ่านประธานสภาแห่งชาติ เพื่อเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนนำมาบังคับใช้

3.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว

(a posteriori control)

(1) พระมหากษัตริย์ ประธานวุฒิสภา ประธานสภาแห่งชาติ นายกรัฐมนตรี สมาชิกวุฒิสภา จำนวนหนึ่งในสี่ของสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาแห่งชาติจำนวนหนึ่งในสิบของสมาชิกสภาแห่งชาติ หรือศาล⁴⁶ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น⁴⁷

(2) ประชาชนมีสิทธิยื่นคำร้องเข้าสู่การพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ อันเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา มาตรา 38 และมาตรา 39 ซึ่งได้ให้อำนาจแก่ประชาชนในการมีสิทธิที่จะขอความช่วยเหลือในทางคดี และมีสิทธิที่จะกล่าวโทษ หรือร้องทุกข์ต่อรัฐ เนื่องจากการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายได้ โดยการยุติข้อร้องทุกข์และข้อเรียกร้องให้เป็นอำนาจในการพิจารณาของศาล โดยมีรูปแบบในการยื่นคำร้องอยู่ 2 ช่องทาง คือ

ก. การยื่นคำร้องเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว หรือขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตีความ โดยใช้สิทธิผ่านประธานวุฒิสภา ประธานสภาแห่งชาติ สมาชิกวุฒิสภา จำนวนหนึ่งในสี่ของสมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาแห่งชาติจำนวนหนึ่งในสิบของสมาชิกสภาแห่งชาติเป็นผู้ยื่นคำร้องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁴⁸

ข. การยื่นคำร้องเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งองค์กรของรัฐ (พระราชกฤษฎีกา, พระราชกฤษฎีกาย่อย, ประกาศ) ที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่อศาล⁴⁹ โดยใช้สิทธิผ่านศาลที่เป็นคดีความอยู่ เพื่อศาลนั้นจะเป็นผู้ส่งคำร้องดังกล่าวไปยังศาลฎีกา ภายใน 10 วัน และศาลฎีกาจะเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบกรอง (filtration) และส่งคำร้องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ภายใน 15 วัน เว้นแต่เห็นว่าเป็นคำร้องที่ไม่อาจรับได้ (inadmissible)⁵⁰ ซึ่งประเด็นปัญหาที่จะยกขึ้นนั้นต้องเป็นประเด็นปัญหาที่ยังโต้แย้งกันอยู่ (interlocutory question) และศาลที่กำลังดำเนินกระบวนการอยู่นั้นต้องหยุดพิจารณาคดีชั่วคราวเพื่อรอผลคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีข้อสังเกตว่ากรณีที่มีคดีอยู่ในศาลแล้ว หากศาลเป็นผู้เห็นเองถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งองค์กรของรัฐก็สามารถยื่นประเด็นดังกล่าวไปยังศาลฎีกา เพื่อส่งคำร้องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้⁵¹

⁴⁶ ระบบศาลของราชอาณาจักรกัมพูชาประกอบด้วย ศาลฎีกา (Supreme Court) ศาลอุทธรณ์ (Appellate Court) ศาลชั้นต้น (Court of First Instance) ซึ่งได้แก่ ศาลจังหวัด (Provincial Courts) ศาลทหาร (Military Court) และองค์คณะไต่สวนพิเศษในศาลของราชอาณาจักรกัมพูชา (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, ECCC) ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาอาชญากรรมร้ายแรงที่เกิดขึ้นระหว่างสงครามภายใต้ระบอบเขมรแดง

⁴⁷ Article 141 CC

⁴⁸ Article 18 LOFCC

⁴⁹ Article 19 I LOFCC

⁵⁰ Article 19 LOFCC

⁵¹ See also ,Secretariat-General of the Constitutional Council Kingdom of Cambodia, “Constitutionality Control”,3. [Online], available URL:<http://www.ccc.gov.kh/english/Constitutionality%20Control.pdf>(accessed March 19,2015)

3.1.3 วิธีพิจารณาคดีและการวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

(1) การจัดแบ่งองค์คณะ (ย่อย) กล่าวคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะแบ่งออกเป็น 3 องค์คณะ (ย่อย) โดยแต่ละองค์คณะ (ย่อย) จะประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน ซึ่งมีที่มาจากระบวนการแต่งตั้งที่แตกต่างกัน กล่าวคือ จากการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ สภาแห่งชาติ และคณะกรรมการตุลาการสูงสุดอย่างละ 1 คน โดยใช้วิธีการจับฉลาก (Drawing Lots) ภายใต้ความรับผิดชอบของประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ⁵²

(2) เมื่อได้รับคำร้อง ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจะแต่งตั้งตุลาการเจ้าของสำนวน (Rapporteur) คนหนึ่งในองค์คณะ (ย่อย) ที่ได้รับมอบคดีมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการไต่สวน โดยมีหน้าที่หลักในการจัดให้มีการประชุมตุลาการรัฐธรรมนูญภายในองค์คณะ (ย่อย) ร่วมกับฝ่ายเจ้าหน้าที่ของสำนักงานเลขาธิการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁵³ และชี้ให้เห็นถึงข้อโต้แย้งและวิเคราะห์ถึงประเด็นตามคำร้องให้แก่องค์คณะ (ย่อย) ทราบ ซึ่งภายหลังจากการอภิปรายภายในองค์คณะ (ย่อย) เป็นที่เรียบร้อยแล้ว ตุลาการเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้จัดทำรายงานการอภิปรายพร้อมจัดทำตารางเวลาในการพิจารณาคดีเสนอต่อประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม หากมีประเด็นข้อสงสัย ตุลาการเจ้าของสำนวนอาจร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญผ่านประธานตุลาการรัฐธรรมนูญเชิญบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือบุคคลหลายคนมาชี้แจงให้เกิดความกระจ่าง โดยบุคคล องค์กรของรัฐ หรือองค์กรของเอกชนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามการร้องขอของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁵⁴

(3) เมื่อกระบวนการศึกษาข้อกฎหมายครบถ้วนแล้ว องค์คณะ (ย่อย) จะทำรายงานผลการไต่สวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสนอต่อองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดให้มีการประชุมเบื้องต้น (Preliminary session)⁵⁵

(4) ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจะดำเนินการนัดประชุมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งองค์คณะ ทั้งนี้ ในการเรียกประชุมดังกล่าว จะต้องจัดทำเป็นหนังสือเชิญประชุมพร้อมวาระในการประชุมให้ตุลาการรัฐธรรมนูญแต่ละคนรับทราบอย่างน้อย 2 วัน ก่อนการประชุม เว้นแต่ในคดีเร่งด่วน⁵⁶ ในกรณี que ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้มีอาวุโสสูงสุด (Eldrest Member) เป็นผู้ดำเนินการแทน⁵⁷

(5) การประชุมเบื้องต้นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Preliminary session) จะต้องมีการประชุมตุลาการรัฐธรรมนูญเข้าร่วมประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งคณะ (5 คน) ซึ่งในการประชุมนี้ ตุลาการเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้นำเสนอผลการศึกษาตามรายงานขององค์คณะ (ย่อย) ให้ที่ประชุมได้รับทราบ เพื่อนำไปสู่การอภิปรายในประเด็นต่าง ๆ โดยตุลาการรัฐธรรมนูญทุกคนจะแสดงความคิดเห็น

⁵² Article 30 LOFCC

⁵³ เจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีหน้าที่ช่วยเหลือตุลาการเจ้าของสำนวนในการจัดเตรียมเอกสารต่าง ๆ วาระการประชุม รวมถึงการศึกษาเพิ่มเติมในบางประเด็นตามคำร้องขอของตุลาการเจ้าของสำนวน

⁵⁴ Article 21 LOFCC

⁵⁵ Secretariat-General of the Constitutional Council Kingdom of Cambodia, "Constitutionality Control" op.cit., 6.

⁵⁶ Ibid., 7.

⁵⁷ Article 14 LOFCC

เกี่ยวกับประเด็นต่าง ๆ ตามที่ปรากฏในรายงาน เพื่อนำไปสู่การประชุมวินิจฉัยเต็มองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Plenary session) ต่อไป⁵⁸

(6) การประชุมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งคณะ (Plenary session) โดยทั่วไปเมื่อได้รับคำร้องแล้ว จะต้องมีการวินิจฉัยภายใน 30 วัน เว้นแต่ในคดีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนจะต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 8 วัน⁵⁹ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นมติเสียงข้างมากเด็ดขาด (Absolute Majority) ขององค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งหมด (ไม่น้อยกว่า 5 เสียง)⁶⁰ ในกรณีที่มีคะแนนเสียงเท่ากัน กล่าวคือ ในบางกรณีอาจมีตุลาการรัฐธรรมนูญบางคนไม่ได้เข้าร่วมประชุม และมีตุลาการรัฐธรรมนูญเข้าร่วมประชุมเพียง 8 คน หากมีกรณีที่คะแนนเสียงในการลงมติเท่ากันให้ถือตามเสียงของประธานในที่ประชุมเป็นผู้ชี้ขาด⁶¹

(7) การวินิจฉัยคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญจะมีการวินิจฉัยไปใน 2 แนวทาง คือ⁶² หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่สามารถแยกออกมาจากถ้อยคำที่เหลืออยู่ได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งฉบับย่อมไม่สามารถที่จะนำไปประกาศหรือบังคับใช้ได้ แต่ถ้าหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นสามารถแยกออกมาจากถ้อยคำที่เหลืออยู่ได้ เฉพาะบทบัญญัตินั้นที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น ที่ไม่สามารถนำไปใช้บังคับหรือประกาศได้ ทั้งนี้ ในการจัดทำคำวินิจฉัยนั้น จะต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมระบุเหตุผลในคำวินิจฉัย โดยคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญถือเป็นเด็ดขาด (Final) ไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้ และมีผลผูกพันกับทุกองค์กรของรัฐ⁶³

3.1.4 ผลผูกพันทางกฎหมายของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ผลคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนอกจากจะต้องนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ยังต้องมีการนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์ และแจ้งไปยังประธานวุฒิสภา ประธานสภาแห่งชาติ นายกรัฐมนตรี และประธานศาลฎีกา เพื่อให้องค์กรต่าง ๆ แจ้งให้สมาชิกภายในองค์กรของตนทราบต่อไป⁶⁴ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญถือว่ามีอิทธิพลอย่างมากต่อระบบกฎหมายของราชอาณาจักรกัมพูชา โดยก่อให้เกิดผลสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) ผลของการตีความกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลไปสู่การแก้ไขกฎหมายโดยสภาแห่งชาติ

(2) การประกาศให้กฎหมายหรือร่างกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลให้กฎหมายหรือร่างกฎหมายนั้นไม่สามารถประกาศหรือนำไปใช้บังคับได้⁶⁵

(3) การประกาศให้คำสั่งขององค์กรของรัฐ (พระราชกฤษฎีกา, พระราชกฤษฎีกาย่อย, ประกาศ) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมส่งผลทำให้คำสั่งขององค์กรของรัฐดังกล่าวเป็นโมฆะ

⁵⁸ Secretariat-General of the Constitutional Council Kingdom of Cambodia, “Constitutionality Control” op.cit.,7.

⁵⁹ Article 22 LOFCC

⁶⁰ Secretariat-General of the Constitutional Council Kingdom of Cambodia, “Constitutionality Control” op.cit.,8.

⁶¹ Article 22 III LOFCC

⁶² Article 20 LOFCC

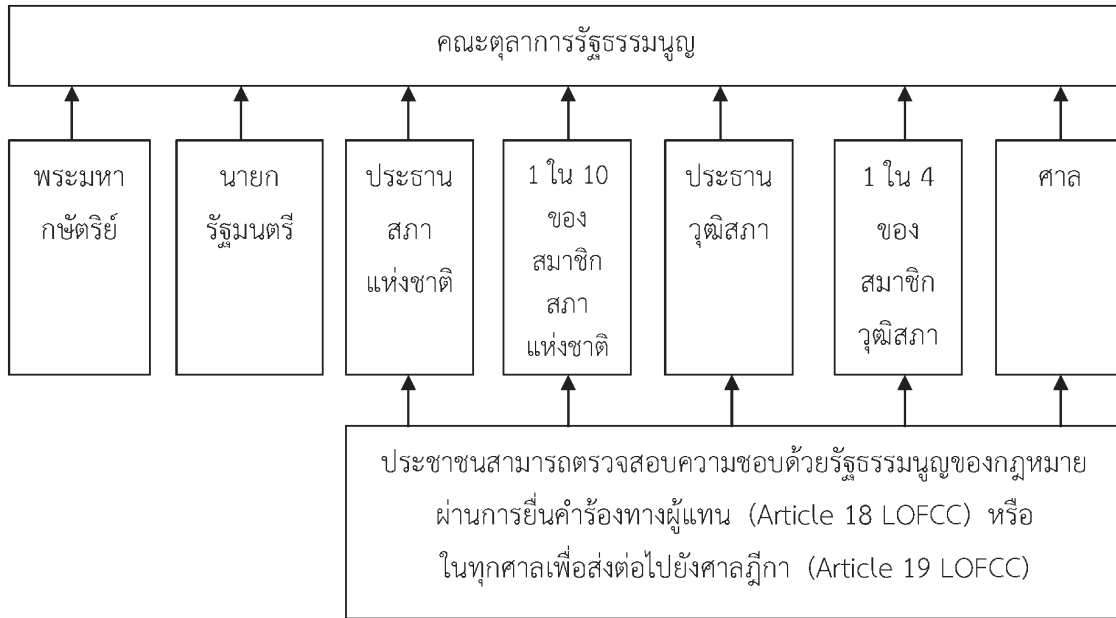
⁶³ Article 142 II CC and Article 23 LOFCC

⁶⁴ Article 24 LOFCC

⁶⁵ Article 142 CC

ตารางที่ 5

แผนภาพการยื่นคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว



3.2 การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

3.2.1 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือควบคุมการกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้ง⁶⁶ ในการประกาศรับรองผลการเลือกตั้งของสมาชิกสภาแห่งชาติและสมาชิกวุฒิสภาให้เป็นอิสระและเป็นธรรม⁶⁷ โดยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่อง ดังต่อไปนี้⁶⁸

(1) คำร้องของพรรคการเมือง หรือผู้สมัครรับเลือกตั้งที่คัดค้านคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการปฏิเสธคำร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับผู้สมัครหรือผู้สมัครบัญชีรายชื่อ โดยคำร้องนี้จะต้องยื่นภายใน 7 วัน ภายหลังจากได้รับการแจ้งจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง

⁶⁶ คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติ (Nation Election Committee:N.E.C.) มีหน้าที่ควบคุมดูแลกิจกรรมเกี่ยวกับการเลือกตั้ง อาทิ เช่น การลงทะเบียนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง การลงทะเบียนพรรคการเมือง การลงทะเบียนผู้สมัครรับเลือกตั้ง และทำหน้าที่พิสูจน์คะแนนเสียงเลือกตั้งให้ยุติธรรม โดยมีองค์ประกอบของคณะกรรมการ จำนวน 11 คน ดังนี้

- (1) ประธานคณะกรรมการการเลือกตั้ง จำนวน 1 คน
- (2) รองประธานคณะกรรมการการเลือกตั้ง จำนวน 1 คน
- (3) กรรมการซึ่งเป็นตัวแทนจากพรรคการเมือง 4 พรรค ซึ่งมีที่นั่งในสภาพรรคละ 1 คน
- (4) กรรมการซึ่งเป็นตัวแทนจากภาคประชาชน จำนวน 2 คน
- (5) กรรมการซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย จำนวน 2 คน
- (6) กรรมการซึ่งเป็นตัวแทนจากองค์กรพัฒนาเอกชนของกัมพูชา (NGOs) จำนวน 1 คน

⁶⁷ Article 136 II CC and Article 25 LOFCC

⁶⁸ Article 26 and Article 27 LOFCC

(2) คำร้องของบุคคลที่คัดค้านคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการปฏิเสธคำร้องขอจดทะเบียนในกรณีการจดทะเบียนเป็นผู้ออกเสียงลงคะแนน โดยคำร้องนี้จะต้องยื่นภายใน 5 วัน ภายหลังจากได้รับการแจ้งจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง

(3) คำร้องของบุคคลหรือผู้แทนที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการปฏิเสธคำร้องเรียนเกี่ยวกับชื่อบุคคลที่สูญหาย หรือการคัดค้านการไม่ใส่ชื่อในทะเบียน หรือการไม่จัดเก็บรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voter List) ที่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นไปไม่เหมาะสมในความสอดคล้องกับเงื่อนไขของรัฐที่กำหนดในกฎหมายเลือกตั้ง โดยคำร้องนี้จะต้องยื่นภายใน 5 วัน ภายหลังจากได้รับการแจ้งจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง

(4) คำร้องของพรรคการเมืองที่คัดค้านการปฏิเสธการจดทะเบียนในทะเบียนพรรคการเมือง โดยคำร้องนี้จะต้องยื่นภายใน 5 วัน ภายหลังจากได้รับการแจ้งจากกระทรวงมหาดไทย

(5) คำร้องคัดค้านโดยตรงเกี่ยวกับผลของการเลือกตั้งที่บุคคลหรือพรรคการเมืองซึ่งเกี่ยวข้องมิได้เห็นด้วย โดยคำร้องนี้จะต้องยื่นภายใน 72 ชั่วโมง ภายหลังจากได้รับแจ้งการประกาศผลเบื้องต้น

(6) คำร้องของบุคคลหรือพรรคการเมืองที่คัดค้านคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ปฏิเสธคำร้องคัดค้านผลการเลือกตั้ง โดยคำร้องนี้จะต้องยื่นภายใน 72 ชั่วโมง ภายหลังจากได้รับแจ้งจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง

กรณีคำร้องตาม (1) - (3) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำวินิจฉัยภายใน 10 วัน นับแต่วันที่รับคำร้อง สำหรับคำร้องตาม (4) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำวินิจฉัยภายใน 30 วัน นับแต่วันที่รับคำร้อง ส่วนคำร้องตาม (5) และ (6) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำวินิจฉัยภายใน 20 วัน นับแต่วันที่รับคำร้อง

3.2.2 รูปแบบของคำร้อง

บุคคลหรือพรรคการเมืองที่คัดค้านคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือคัดค้านผลการเลือกตั้ง จะต้องเขียนคำร้องเสนอมายังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องมีรายการดังต่อไปนี้⁶⁹

- (1) ชื่อของบุคคลหรือพรรคการเมืองที่จะยื่นคำร้อง
- (2) สถานะทางกฎหมายของผู้ร้อง กล่าวคือ เป็นผู้สมัครที่มีชื่ออยู่ในทะเบียนเลือกตั้ง หรือเป็นผู้แทนของพรรคการเมือง
- (3) ชื่อของเขตเลือกตั้งที่จะคัดค้าน
- (4) ชื่อของบุคคลหรือพรรคการเมืองที่ได้รับการเลือกตั้งที่จะคัดค้าน
- (5) เอกสารที่เกี่ยวข้อง หรือพยานหลักฐานที่สนับสนุนในการยื่นคำร้อง

3.2.3 วิธีพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

วิธีพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง จะมิได้มีความแตกต่างกับวิธีพิจารณาคดีในกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกรณีการจัดแบ่งองค์คณะ (ย่อย) การแต่งตั้งตุลาการเจ้าของสำนวน (Rapporteur) คนหนึ่งในองค์คณะ (ย่อย) ให้มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการไต่สวน อย่างไรก็ตาม อาจมีกระบวนการบางประการที่อาจ

⁶⁹ Article 28 LOFCC

แตกต่างกันบ้าง กล่าวคือ เมื่อประธานตุลาการรัฐธรรมนูญมอบคำร้องให้กับองค์คณะ (ย่อย) และมีการแต่งตั้งตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นที่เรียบร้อยแล้ว องค์คณะ (ย่อย) จะต้องมีการแจ้งเป็นหนังสือให้กับผู้ร้องและผู้ถูกร้องได้รับทราบ โดยให้เวลาในการตรวจสอบคำร้องและพยานหลักฐานที่ผู้ร้องยื่นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญภายใน 10 วัน รวมถึงการชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา⁷⁰ และเมื่อได้รับคำชี้แจงดังกล่าวแล้ว หรือพ้นกำหนดระยะเวลา 10 วัน และกระบวนการไต่สวนได้สมบูรณ์ครบถ้วนแล้ว องค์คณะ (ย่อย) จะต้องนำเสนอผลการไต่สวนต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งคณะ (Plenary Session) ซึ่งในกรณีเช่นว่านี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจขอให้มีการไต่สวนเพิ่มเติม และอาจรับฟังผู้ร้องหรือผู้ถูกร้องโดยตรงก็ได้⁷¹ โดยในระหว่างที่มีการไต่สวนนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจขอให้มีการเรียกเอกสารหลักฐานหรือรายงาน หรือออกหมายเรียก (Summons) บุคคลที่เกี่ยวข้องในการเลือกตั้ง เพื่อเป็นประโยชน์ในการไต่สวนได้ และยังสามารถขอให้มีการแต่งตั้งบุคคลของตนเองหรือบุคคลอื่นเพื่อช่วยเหลือในการไต่สวน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบันทึกถ้อยคำของพยานภายใต้การสาบานตน บันทึกรายงานการพิจารณา อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ไต่สวนหรือตุลาการรัฐธรรมนูญทราบว่าพยานมีความหวาดกลัวในการให้ข้อมูลให้กับชื่อของบุคคลดังกล่าวไว้เป็นความลับ แต่เฉพาะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่มีสิทธิเข้าถึงเนื้อหาของคำให้การดังกล่าวได้⁷²

อนึ่ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีดุลพินิจที่จะขยายระยะเวลาภายในกำหนด 5 วัน ในการให้ผู้ร้องหรือพรรคการเมืองเตรียมพยานหลักฐาน ซึ่งในบางกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยโดยไม่ต้องมีการไต่สวนก็ได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าคำร้องนั้นไม่เข้าเงื่อนไขตามที่กำหนด โดยคำร้องทุกคำร้องที่ยื่นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียม มีข้อน่าสังเกตว่า คำร้องทุกคำร้องจะไม่ทำให้เกิดผลเป็นการชะลอการดำเนินการต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่รอคำวินิจฉัย หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีความจำเป็นอาจมีคำสั่งเบื้องต้น เพื่อยุติชั่วคราวซึ่งผลของการเลือกตั้งที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกสภาแห่งชาติหรือสมาชิกวุฒิสภา หรือพรรคการเมือง ซึ่งผลกระทบจากการออกคำสั่งนี้จะสิ้นสุดลง เมื่อมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁷³

⁷⁰ Article 31 LOFCC

⁷¹ Article 32 LOFCC

⁷² **ข้อสังเกต** มาตรา 36 ของ LOFCC บัญญัติให้การเบิกความเท็จหรือการสร้างพยานหลักฐานอันเป็นเท็จในระหว่างการไต่สวนของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือการไม่เคารพคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือการเข้าแทรกแซงกระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นความผิดและมีโทษจำคุก 1 เดือน ถึง 1 ปี หรือปรับ 100,000 เรียล ถึง 600,000 เรียล หรือทั้งจำทั้งปรับ (ประมาณ 800 บาท ถึง 4,800 บาท) จากบทบัญญัติดังกล่าว อาจถือได้ว่าในระบอบกฎหมายของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาก็มีการบัญญัติความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไว้ในกฎหมายเฉพาะ

⁷³ Article 28 and Article 29 LOFCC

3.2.4 รูปแบบของผลคำวินิจฉัย

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญจะต้องลงมติด้วยเสียงข้าง และถือเป็นเด็ดขาด โดยมีรูปแบบ ดังต่อไปนี้⁷⁴

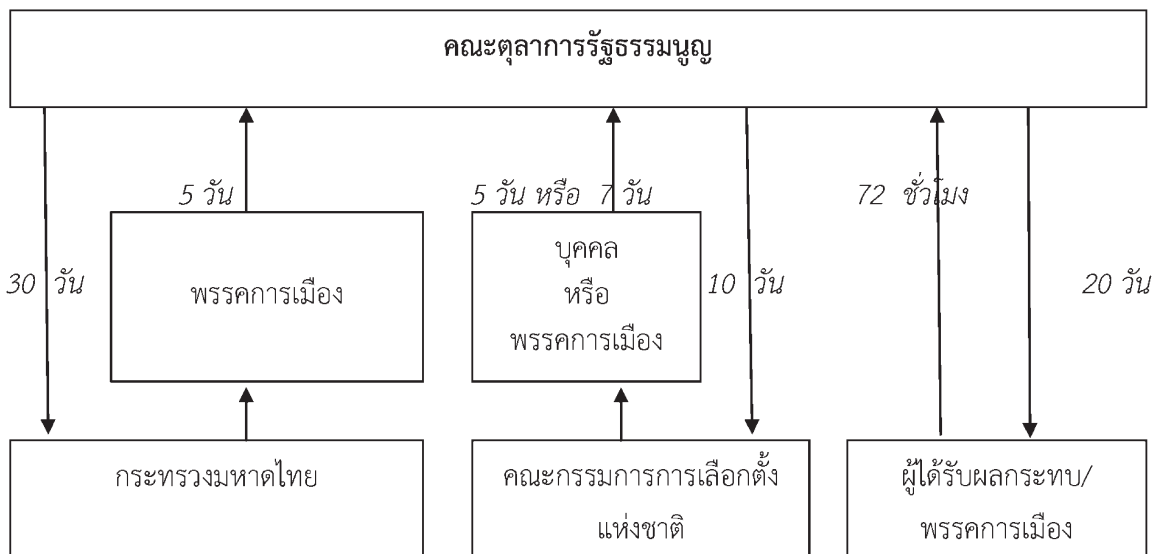
- (1) เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับคำตัดสินของคณะกรรมการการเลือกตั้ง
- (2) ประกาศให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะ หรือ
- (3) ประกาศให้ผู้สมัครที่ได้รับการเลือกตั้งเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วย

กฎหมาย

โดยผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญนอกจากจะต้องนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ยังต้องมีการนำขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อให้ทรงรับทราบ และแจ้งไปยังวุฒิสภา สภาแห่งชาติ และรัฐบาลด้วย

ตารางที่ 6

แผนภาพระยะเวลาการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง



⁷⁴ Article 34 LOFCC

4. สถิติคำร้องในการพิจารณาวินิจฉัย⁷⁵

ปี ค.ศ.	คำปรึกษาหรือคำร้องขอ	ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง	การตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมาย	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	คำร้องที่ไม่เป็นไปตามรูปแบบของกฎหมาย
1998	01	17	-	-	04
1999	-	-	02	12	01
2000	-	-	02	02	05
2001	01	-	02	05	02
2002	-	-	03	01	04
2003	02	11	04	01	05
2004	-	-	01	09	03
2005	03	01	01	04	01
2006	01	05	-	11	01
2007	01	03	-	03	02
2008	01	09	-	02	13
2009	-	-	03	-	04
2010	-	-	03	02	03
รวม	10	46	21	52	48

5. สำนักงานเลขาธิการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

5.1 บททั่วไป

สำนักงานเลขาธิการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้บังคับบัญชาโดยตรงของประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยมีเลขาธิการเป็นหัวหน้าสำนักงาน และรองเลขาธิการเป็นผู้ช่วยเหลือ ทั้งนี้ เลขาธิการมีสถานะเทียบเท่าเลขาธิการแห่งรัฐ ส่วนรองเลขาธิการมีสถานะเทียบเท่าผู้ช่วยเลขาธิการแห่งรัฐ โดยเลขาธิการจะเป็นผู้บริหารจัดการการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ภายใต้คำสั่งของประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ในตำแหน่งเลขาธิการและรองเลขาธิการจะคัดเลือกมาจากข้าราชการอาวุโสที่มีประสบการณ์ทางด้านบริหารมาไม่น้อยกว่า 10 ปี และจะต้องไม่เคยดำรงตำแหน่งเป็นหัวหน้าพรรคการเมือง สำหรับในส่วนงบประมาณของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น จะมียกงบประมาณเป็นของตนเอง โดยได้รับการจัดสรรจากงบประมาณแห่งชาติ (National Budget) ซึ่งประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้มีอำนาจรับผิดชอบในการใช้จ่ายงบประมาณ⁷⁶

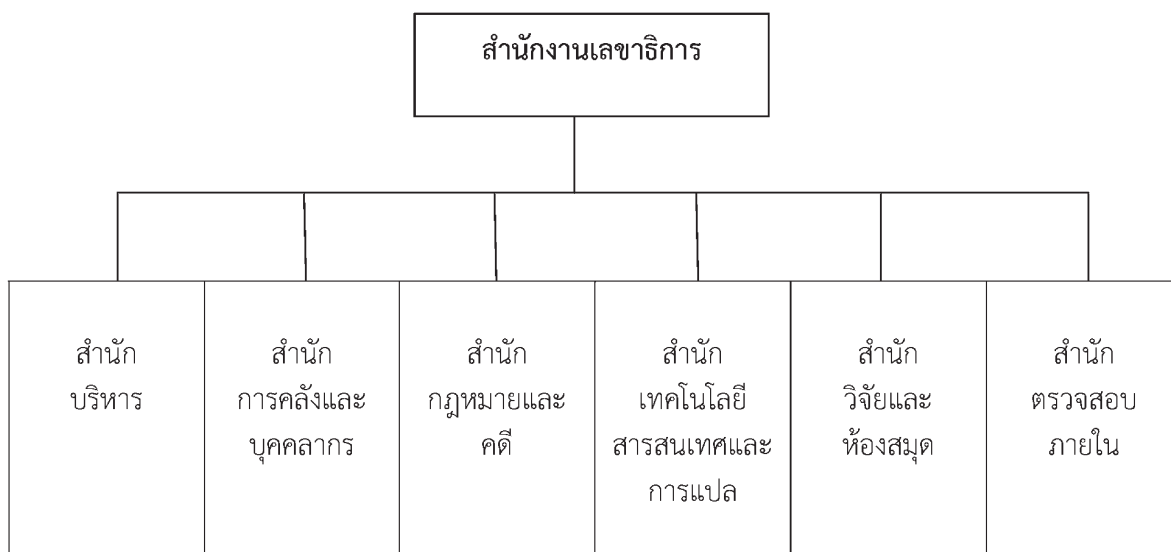
⁷⁵ See the Official website [Online], available URL:<http://www.ccc.gov.kh/english/index.php/>

⁷⁶ Article 13 LOFCC

5.2 บทบาทการสนับสนุนคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ

เมื่อได้รับคำร้องเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้รับคำร้องในทางทะเบียน และจะส่งต่อคำร้องไปตามลำดับชั้น เพื่อเสนอต่อประธานตุลาการรัฐธรรมนูญในการแจกจ่ายไปยังองค์คณะ (ย่อย) โดยการทำงานของสำนักงาน ฯ จะเป็นผู้สนับสนุนคณะกรรมการรัฐธรรมนูญในการจัดทำแฟ้มเอกสารสำหรับการประชุม วาระการประชุม การติดต่อกับองค์กรที่เกี่ยวข้องเพื่อที่จะทำการศึกษาเพิ่มเติมตามคำร้องขอของตุลาการเจ้าของสำนวน รวมถึงการทำหน้าที่ในการจดรายงานการประชุมของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญด้วย⁷⁷

ตารางที่ 7
แผนภาพสำนักงานเลขาธิการ



6. วิเคราะห์เปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

6.1 พัฒนาการในการก่อตั้งองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

การก่อตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชามีพัฒนาการมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1972 (พ.ศ 2515) และมีความชัดเจนเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ. 1993 (พ.ศ. 2536) โดยได้รับอิทธิพลในการจัดตั้งรูปแบบขององค์กรมาจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส สำหรับประเทศไทยแนวคิดในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (The constitutionality control of the Law) ได้พัฒนาอย่างยาวนาน โดยเริ่มมีการบัญญัติแนวคิดดังกล่าวตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 31 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “สิ่งใดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมการราษฎร หรือกระทำไปโดยธรรมนูญไม่อนุญาตให้ทำได้ ให้ถือว่าการนั้นเป็นโมฆะ” และบัญญัติไว้ชัดเจนขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 61

⁷⁷ Secretariat-General of the Constitutional Council Kingdom of Cambodia, “Constitutionality Control” op.cit.,5.

โดยบัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความขัดหรือแย้งแก่รัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ” หลังจากนั้น จึงมีการบัญญัติถ้อยคำในลักษณะนี้เรื่อยมาในรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับ ส่วนรูปแบบขององค์กรก็เริ่มมีการบัญญัติองค์กร “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ขึ้นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และมีการบัญญัติไว้เรื่อยมา ในรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับ แต่ในท้ายที่สุดก็ได้มีการปรับเปลี่ยนรูปแบบขององค์กรเป็น “ศาลรัฐธรรมนูญ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยมีรูปแบบในการจัดตั้งองค์กรคล้ายคลึงกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐออสเตรีย ด้วยเหตุนี้ หากสรุปเบื้องต้นอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยมีพัฒนาการในการก่อตั้งองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาก่อนราชอาณาจักรกัมพูชา และรูปแบบในการจัดตั้งองค์กรก็มีความแตกต่างกัน

6.2 องค์ประกอบและวาระการดำรงตำแหน่ง

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาประกอบด้วยตุลาการ จำนวน 9 คน ซึ่งมาจากการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ สภาแห่งชาติ และคณะกรรมการตุลาการสูงสุด กลุ่มละ 3 คน โดยมีวาระในการดำรงตำแหน่ง 9 ปี ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเห็นว่า ในส่วนขององค์ประกอบและวาระการดำรงตำแหน่งมิได้แตกต่างกัน แต่หากจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างคงเป็นเรื่องที่มาของตุลาการ โดยของประเทศไทยมีที่มาจากสรรหา และแต่งตั้งของบุคคลใน 4 กลุ่ม ดังนี้

- (1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 3 คน
- (2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน
- (3) ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริง จำนวน 2 คน
- (4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริง จำนวน 2 คน⁷⁸

การสรรหาในส่วนของผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์และรัฐศาสตร์จะมาจากการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกกันเองให้เหลือหนึ่งคน อันมีส่วนส่วนการถ่วงดุลระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายตุลาการ แต่ในส่วนของราชอาณาจักรกัมพูชาเห็นได้ชัดเจนว่าจะมีผู้แทนของฝ่ายการเมือง คือ สภาแห่งชาติ เข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย จำนวน 3 คน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถ่วงดุลไปในรายละเอียดคุณสมบัติของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาก็พบว่า แม้จะมีผู้แทนจากฝ่ายการเมืองหรือสภาแห่งชาติ แต่คุณสมบัติขั้นพื้นฐานก็มีได้แตกต่างไปจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย โดยผู้ที่จะได้รับคัดเลือกเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาจะต้องสำเร็จการศึกษาระดับอุดมศึกษาทางกฎหมาย ด้านการบริหาร ด้านการทูต หรือด้านเศรษฐศาสตร์ และมีประสบการณ์ในวิชาชีพที่เชี่ยวชาญไม่ต่ำกว่า 15 ปี⁷⁹ อันแสดงให้เห็นว่า การดำรงตำแหน่งตุลาการของทั้งสองประเทศต้องสรรหาและแต่งตั้งจากบุคคลที่มีคุณวุฒิและมีความรู้ความสามารถเท่านั้น

⁷⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 204

⁸⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ. 1993, มาตรา 138

6.3 เขตอำนาจของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา มีอำนาจหน้าที่หลักอยู่ 3 ประการ คือ (1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ร่างพระราชบัญญัติ และร่างข้อบังคับของวุฒิสภา และสภาแห่งชาติ (2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว และ (3) การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยค่อนข้างมีอำนาจที่กว้างขวางกว่า คณะกรรมการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี และกรรมการการเลือกตั้ง⁸⁰ การวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ กระทำการใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่⁸¹ หรือการวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป⁸² อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาอำนาจหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับ การเลือกตั้ง พบว่า คณะกรรมการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาค่อนข้างมีบทบาทสำคัญในกระบวนการการเลือกตั้ง มากกว่าศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่มุ่งเน้นการควบคุมเกี่ยวกับมติหรือข้อบังคับพรรคว่าเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือการวินิจฉัยชี้ขาดคำสั่งของนายทะเบียนพรรคการเมือง หรือการยุบพรรคการเมือง แต่คณะกรรมการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาจะมุ่งเน้นตรวจสอบการประกาศผลการเลือกตั้งของ คณะกรรมการการเลือกตั้งว่าเป็นไปโดยชอบหรือไม่ รวมถึงการประกาศให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะ หรือเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอำนาจในส่วนนี้ของประเทศไทยจะอยู่ที่ศาลฎีกา นอกจากนี้ ยังมีความแตกต่างประการสำคัญอันเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว โดยในส่วน ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาจะมีอำนาจตรวจสอบคำสั่งองค์กรของรัฐที่ออกเป็น พระราชกฤษฎีกา พระราชกฤษฎีกาย่อย หรือประกาศ ว่ามีลักษณะที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือไม่ แต่ในส่วนศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะตรวจสอบเฉพาะกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น อันได้แก่ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนด แต่ในส่วนกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลจะอยู่ใน อำนาจของศาลปกครอง

6.4 การพ้นหรือการปลดจากตำแหน่งตุลาการ และวาระในการดำรงตำแหน่งของประธานตุลาการรัฐธรรมนูญหรือประธานศาลรัฐธรรมนูญ

การพ้นจากตำแหน่งของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาค่อนข้างมีลักษณะ คล้ายคลึงกับของประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นการพ้นจากตำแหน่งตามวาระการดำรงตำแหน่ง หรือการพ้นจาก ตำแหน่งเพราะเหตุกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามในเรื่องคุณสมบัติ หรือต้องคำพิพากษาของศาล แต่หาก จะมีความแตกต่างอยู่บ้างคงเป็นเรื่องการเปิดเผยความลับ หรือการไม่เข้าร่วมประชุมเกินกว่า 3 ครั้ง ติดต่อกัน โดยมีได้แจ้งให้ทราบ หรือการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เพราะเหตุสุขภาพทางร่างกายหรือจิตใจอย่างถาวร โดยถือ เป็นเหตุที่สามารถปลดจากตำแหน่งได้ ซึ่งในส่วนของคณะกรรมการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย จะมีได้

⁸⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 91 มาตรา 182 และมาตรา 233

⁸¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 168

⁸² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 214

ก้าวล่วงไปถึงแต่จะไปมุ่งเน้นพฤติการณ์ที่เข้าข่ายร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงหรือไม่ ซึ่งจะถือเป็นเหตุแห่งการถอดถอนจากตำแหน่ง (Removal from Offices)⁸³ สำหรับในส่วนวาระการดำรงตำแหน่งของประธานตุลาการนั้น ในราชอาณาจักรกัมพูชาประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีการเลือกตั้งใหม่ทุก 3 ปี ด้วยมติเสียงข้างมากของสมาชิก และไม่ตัดสิทธิประธานตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการเลือกตั้งเข้ามาใหม่ ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่มีได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ประธานศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจึงสามารถครองตำแหน่งได้จนครบตามวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี

6.5 การจัดแบ่งองค์คณะย่อย และการมีระบบตุลาการเจ้าของสำนวน (Rapporteur)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาจะมีการจัดแบ่งองค์คณะออกเป็น 3 องค์คณะ (ย่อย) โดยแต่ละองค์คณะ (ย่อย) จะประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน ซึ่งมีที่มาจากการแต่งตั้งที่แตกต่างกัน กล่าวคือ มาจากการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ สภาแห่งชาติ และคณะกรรมการตุลาการสูงสุดอย่างละ 1 คน โดยเมื่อได้รับคำร้อง ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจะแต่งตั้งตุลาการเจ้าของสำนวน (Rapporteur) คนหนึ่งในองค์คณะ (ย่อย) มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบหลายประการ อาทิเช่น การจัดให้มีการประชุมตุลาการรัฐธรรมนูญภายในองค์คณะ (ย่อย) การศึกษาและชี้ให้เห็นถึงข้อโต้แย้งและวิเคราะห์ถึงประเด็นตามคำร้องให้แก่องค์คณะ (ย่อย) การจัดทำรายงานการอภิปรายพร้อมจัดทำตารางเวลาในการพิจารณาตัดสินต่อประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อกระบวนการศึกษาข้อกฎหมายครบถ้วนแล้ว องค์คณะ (ย่อย) จะทำรายงานผลการไต่สวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสนอต่อองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดให้มีการประชุมเบื้องต้น ซึ่งในการประชุมนี้ ตุลาการเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้นำเสนอผลการศึกษาตามรายงานขององค์คณะ (ย่อย) ให้ที่ประชุมได้รับทราบ เพื่อนำไปสู่การอภิปรายในประเด็นต่าง ๆ และนำไปสู่การประชุมวินิจฉัยเต็มองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต่อไป ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศไทยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะมีได้กำหนดให้มีตุลาการคนใดคนหนึ่งเป็นเจ้าของสำนวน แต่จะจัดแบ่งคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 องค์คณะ องค์คณะละไม่ต่ำกว่า 3 คน เป็นตุลาการประจำคดี⁸⁴ และมีได้จัดแบ่งว่าในแต่ละองค์คณะจะต้องมีที่มาของตุลาการที่แตกต่างกันดังเช่นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา โดยทั้งองค์คณะจะเป็นเจ้าของสำนวน และมีอำนาจเพียงตรวจและคำสั่งรับหรือไม่รับคำร้องไว้พิจารณา หรือออกคำสั่งใด ๆ ซึ่งมีใช่เป็นไปในทางวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยหากตุลาการประจำคดีมีความเห็นควรสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ให้เสนอศาล (องค์คณะใหญ่) พิจารณาภายใน 7 วัน นับแต่วันมีความเห็น หากศาลเห็นฟ้องด้วยให้จัดทำเป็นคำสั่งของศาล⁸⁵ แต่หากไม่เห็นฟ้องด้วยก็จะดำเนินการไต่สวนในรูปแบบครบองค์คณะต่อไป ซึ่งหากพิจารณาข้อแตกต่างประการสำคัญน่าจะอยู่ที่ระบบตุลาการเจ้าของสำนวน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะมุ่งเน้นการทำงานในลักษณะองค์กรกลุ่มที่ร่วมกันเป็นเจ้าของสำนวน แต่ในส่วนราชอาณาจักรกัมพูชาจะมอบอำนาจหน้าที่ดังกล่าวให้กับตุลาการคนใดคนหนึ่งเป็นตุลาการเจ้าของสำนวน

⁸³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 270

⁸⁴ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550, ข้อ 25

⁸⁵ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550, ข้อ 27

6.6 กรอบระยะเวลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

กรอบระยะเวลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ได้รับการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดองค์กรและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1998 (LOFCC) ไว้หลายกรณี อาทิเช่น คำร้องที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว องค์กรประชุมคณะใหญ่จะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำร้อง เว้นแต่ในคดีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนจะต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 8 วัน หรือคดีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งก็จะมีการกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยคดีไว้หลายกรณี อาทิเช่น คำร้องของพรรคการเมืองหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งที่คัดค้านคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ในการปฏิเสธคำร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับผู้สมัครหรือผู้สมัครบัญชีรายชื่อจะต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 10 วัน หรือคำร้องของพรรคการเมืองที่คัดค้านการปฏิเสธการจดทะเบียนในทะเบียนพรรคการเมืองจะต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน เป็นต้น ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเห็นว่าไม่ได้มีความแตกต่างกัน โดยกรอบระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

(1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง (มาตรา 141)

(2) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ กระทำการใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับความเห็น (มาตรา 168 วรรคเจ็ด)

อย่างไรก็ตาม ก็เชื่อว่าหากเป็นคำร้องประเภทอื่นการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญจะไม่มี การกำหนดกรอบระยะเวลาไว้ ซึ่งประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักประกันของคู่ความในกระบวนการพิจารณา อยู่พอสมควรไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 โดยเมื่อ ศาลได้รับคำร้องและมีการแต่งตั้งตุลาการประจำคดีแล้ว ตุลาการประจำคดีจะต้องตรวจและมีคำสั่งรับหรือไม่รับ คำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับการแต่งตั้ง หากตุลาการประจำคดีมีความเห็นควรสั่ง ไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ให้เสนอศาลพิจารณภายใน 7 วัน นับแต่วันมีความเห็น หากศาลเห็นพ้องด้วย ให้จัดทำเป็นคำสั่งของศาล ซึ่งหากศาลไม่เห็นพ้องด้วยก็จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป โดยอาจมีการไต่สวน หรือไม่ไต่สวนก็ได้ ซึ่งหากมีการไต่สวนข้อกำหนดดังกล่าวก็ได้กำหนดระยะเวลาให้คู่ความแต่ละฝ่ายได้ปฏิบัติ เพื่อให้การพิจารณาวินิจฉัยของศาลเป็นไปด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม เช่น การยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา ต้องดำเนินการภายใน 15 วัน นับแต่วันรับสำเนาคำร้อง⁸⁶ การยื่นบัญชีระบุงานจะต้องดำเนินการก่อนวันนัด ตรวจพยานหลักฐานไม่น้อยกว่า 7 วัน⁸⁷ เป็นต้น รวมถึงการกำหนดเวลาเพื่อเร่งรัดการทำงานของฝ่ายตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญให้มีความรวดเร็ว ไม่ว่าจะเป็นชั้นการรับคำร้องเบื้องต้นที่ต้องมีการจัดแบ่งประเภทคำร้อง ออกเป็น ด่วนที่สุด ด่วน และปกติ เพื่อจัดลำดับความสำคัญเร่งด่วนในแต่ละคดี⁸⁸ หรือการส่งคำวินิจฉัยศาล

⁸⁶ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550, ข้อ 29

⁸⁷ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550, ข้อ 34

⁸⁸ ระเบียบศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยการบริหารจัดการงานคดี พ.ศ. 2555, ข้อ 13

และความคิดเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตัวไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาที่ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ศาลลงมติ⁸⁹ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ อาจกล่าวได้ว่าทั้งสองประเทศต่างเคารพในหลักการพิจารณาที่ต้องเป็นไปด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม เพียงแต่ความละเอียดของการกำหนดกรอบของแต่ละกระบวนการอาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง

6.7 การให้สิทธิประชาชนในการยื่นคำร้อง

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาได้ให้สิทธิแก่ประชาชนในการยื่นคำร้อง 2 ช่องทาง คือ (1) การยื่นคำร้องเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว หรือขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตีความ โดยใช้สิทธิผ่านประธานวุฒิสภา ประธานสภาแห่งชาติ สมาชิกวุฒิสภา จำนวนหนึ่งในสี่ของสมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาแห่งชาติจำนวนหนึ่งในสิบของสมาชิกสภาแห่งชาติเป็นผู้ยื่นคำร้องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และ (2) การยื่นคำร้องเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งองค์กรของรัฐที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่อศาล โดยใช้สิทธิผ่านศาลที่เป็นคดีความอยู่เพื่อศาลนั้นจะเป็นผู้ส่งคำร้องดังกล่าวไปยังศาลฎีกา และศาลฎีกาจะเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบกลับกรองและส่งคำร้องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เห็นว่ามิได้มีความแตกต่างกัน โดยประชาชนสามารถยื่นคำร้องผ่านทางศาลที่ตนเองเป็นคดีความอยู่ เพื่อให้ศาลส่งความเห็นของตนเองมายังศาลรัฐธรรมนูญได้⁹⁰ หรือการเสนอเรื่องไปยังผู้ตรวจการแผ่นดิน⁹¹ หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ⁹² อย่างไรก็ตาม หากจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างนั่นคือ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้ให้สิทธิแก่ประชาชนในการยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ในกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้⁹³ และกรณีการยื่นคำร้องว่ามีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้⁹⁴ อันถือได้ว่าเป็นความแตกต่างประการสำคัญที่มีได้ปรากฏในราชอาณาจักรกัมพูชา

7. บทสรุป

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ถือได้ว่าเป็นองค์กรที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานผ่านช่วงเวลาสำคัญในหลายประวัติศาสตร์ของประเทศ โดยมีบทบาทและภารกิจที่สำคัญในหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง อันมีความเกี่ยวข้องกับทางการเมือง ซึ่งเมื่อนำรูปแบบองค์กร โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา มาเปรียบเทียบกับคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยพบว่ามีความแตกต่างกันอยู่หลายประการ อาทิเช่น

⁸⁹ ระเบียบศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยการบริหารจัดการงานคดี พ.ศ. 2555, ข้อ 27

⁹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 211

⁹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 245 (1)

⁹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2)

⁹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 212

⁹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 68

- (1) การได้รับอิทธิพลในการเลือกรูปแบบองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส
- (2) การสรรหาและการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญมีส่วนหนึ่งที่มาจากฝ่ายการเมือง (สภาแห่งชาติ) โดยแท้โดยมิได้ใช้ระบบคณะกรรมการสรรหาเฉกเช่นของประเทศไทย
- (3) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งองค์กรของรัฐ
- (4) ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมีการเลือกตั้งใหม่ทุก 3 ปี
- (5) ตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนหนึ่งในสามจะต้องพ้นจากตำแหน่ง และจะมีการสรรหาเข้ามาใหม่ทุก 3 ปี
- (6) การปลดตุลาการรัฐธรรมนูญออกจากตำแหน่งสามารถทำได้โดยมติ 2 ใน 3 ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หากเห็นว่าตุลาการรัฐธรรมนูญกระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามในเรื่องคุณสมบัติ การเปิดเผยความลับ หรือการขาดการประชุมติดต่อกันเกินกว่า 3 ครั้ง โดยมีได้แจ้งล่วงหน้า รวมถึงการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เพราะเหตุสภาพทางร่างกายหรือจิตใจอย่างถาวร
- (7) การมีระบบตุลาการเจ้าของสำนวน (Rapporteur)
- (8) การให้ประธานในที่ประชุมมีอำนาจชี้ขาดคดีในกรณีมติของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคะแนนเสียงเท่ากัน

ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้ถือเป็นเรื่องความรู้ประการหนึ่งที่มีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดหลักคิดและการศึกษาเปรียบเทียบ เพื่อพัฒนาและอุดช่องว่างทางกฎหมายในระบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยต่อไป

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 9 : ความพยายามที่จะแก้ไข ของนายกรัฐมนตรี ชินโซ อาเบะ (Shinzo Abe)*

รุ่งลาวรรณ รุ่งวัฒนภัทร**

บทความเรื่อง “รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 9 : ความพยายามที่จะแก้ไขของนายกรัฐมนตรี ชินโซ อาเบะ (Shinzo Abe)” ฉบับนี้ ผู้เขียนเรียบเรียงขึ้นจากวิทยานิพนธ์ปริญญารัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการระหว่างประเทศและการทูต โดยกำหนดวัตถุประสงค์ไว้เพื่อศึกษาวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของประเทศญี่ปุ่น และศึกษาถึงเหตุผลความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของนายชินโซ อาเบะ และศึกษาปัจจัยที่ส่งผลต่อความสำเร็จในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ รวมทั้งวิเคราะห์แนวโน้มความสำเร็จ ทั้งนี้ เพื่อนำผลที่ได้จากการศึกษาไปเผยแพร่เป็นองค์ความรู้ทางวิชาการ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นองค์ความรู้ใหม่ด้านญี่ปุ่นศึกษา

การศึกษาในครั้งนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative research) โดยใช้วิธีการวิเคราะห์เอกสาร (Documentary analysis) ซึ่งได้กำหนดขอบเขตการศึกษาไว้ คือ ศึกษาความเป็นมาของรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของประเทศญี่ปุ่นนับตั้งแต่ได้ประกาศใช้จนกระทั่งถึงปัจจุบัน และศึกษานโยบายในการแก้ไขมาตรา 9 ภายใต้อิทธิพลของนายกรัฐมนตรี ชินโซ อาเบะ

วิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญ มาตรา 9

มาตรา 9

ด้วยความปรารถนาอย่างจริงใจให้เกิดสันติภาพระหว่างประเทศบนพื้นฐานความมีระเบียบและยุติธรรม ประชาชนชาวญี่ปุ่นจะละเลิกสงครามในฐานะลัทธิของรัฐอธิปไตยชั่วคราว ตลอดจนการใช้การขู่คุกคามด้วยกำลังและการใช้กำลัง เป็นหนทางแก้ไขความขัดแย้งระหว่างประเทศ

เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามย่อหน้าแรก ญี่ปุ่นจะไม่คงไว้ซึ่งกองกำลังทางบก ทางทะเล และทางอากาศ รวมทั้งศักยภาพในการทำสงครามใดๆ และไม่ยอมรับสิทธิในการเข้าร่วมสงคราม¹

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของนายกรัฐมนตรี ชินโซ อาเบะ” หลักสูตรรัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการระหว่างประเทศและการทูต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** รัฐศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักทรัพยากรบุคคลปฏิบัติการ สำนักงานปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์

¹ อีวีนท์ สุพทุทธิกุล, รัฐธรรมนูญมาตรา 9 : กระบวนการพิทักษ์รักษาและวิวัฒนาการ (ทศวรรษ 1940 - 2000), (กรุงเทพฯ : ม.ป.พ., 2556), น. 60

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นฉบับปัจจุบัน ได้รับการร่างขึ้นโดยประเทศสหรัฐอเมริกา นำโดยนายพลแมคอาเธอร์ในนามของฝ่ายสัมพันธมิตรผู้ชนะสงคราม โดยเมื่อสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองนายพลแมคอาเธอร์ได้ทำการยึดครองญี่ปุ่น เขามีนโยบายสร้างประชาธิปไตยในญี่ปุ่น สร้างญี่ปุ่นให้เป็นประเทศรักสันติภาพ และไม่ก่อภัยคุกคามหรือใช้กำลังรุกรานอีกในอนาคต ดังนั้น เขาจึงได้มีดำริให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมา โดยกำหนดให้รัฐธรรมนูญต้องมีหลักการสามข้อคือ 1) มีระบอบจักรพรรดิภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitutional monarchy) 2) หลักการสันติภาพแบบเบ็ดเสร็จ (absolute pacifism) และ 3) ปฏิรูปโครงสร้างและระเบียบดั้งเดิม²

ระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญ มีอยู่ข้อหนึ่งที่แมคอาเธอร์กำชับให้กำหนดในรัฐธรรมนูญว่าห้ามญี่ปุ่นทำสงคราม “แม้แต่เพื่อรักษาความมั่นคงของตน”³ แต่อย่างไรก็ดี ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ส่งให้รัฐบาลญี่ปุ่นพิจารณากลับไม่ระบุข้อที่ห้ามญี่ปุ่นทำสงคราม “แม้แต่เพื่อรักษาความมั่นคงของตน” ไว้ ซึ่งเมื่อส่งต่อให้รัฐบาลญี่ปุ่นแล้ว ฝ่ายญี่ปุ่นก็ได้แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมอีกครั้ง ในจุดสำคัญสองแห่ง โดยผู้ที่มีส่วนสำคัญในการแก้ไขคือ นายฮิโตชิ อะชิเดะ (Hitoshi Ashida)⁴ ซึ่งเป็นสมาชิกคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ โดยจุดแรกเขาเติมวลีหนึ่งไว้ในย่อหน้าแรกของมาตรา 9 ว่า “ด้วยความปรารถนาอย่างจริงใจให้เกิดสันติภาพระหว่างประเทศบนพื้นฐานความมีระเบียบและยุติธรรม” และเติมอีกวลีหนึ่งไว้หน้าย่อหน้าที่สองว่า “เพื่อบรรลีวิตฤประสงค์ตามย่อหน้าแรก” ซึ่งการแก้ไขนี้เป็นที่รู้จักกันต่อมาว่า “การแก้ไขของอะชิเดะ” (Ashida Amendment) โดยการแก้ไขของอะชิเดะนี้เองที่เปิดช่องไว้ให้ยุคต่อๆ มา สามารถปรับเปลี่ยนและขยายการตีความหมาย มาตรา 9 เรื่อยมา ทั้งนี้ เมื่อผ่านการพิจารณาจากทุกฝ่าย รัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือฉบับโชวะ ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน 1946 และให้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 3 พฤษภาคม 1947

อารัมภบทคำขึ้นต้นรัฐธรรมนูญ และมาตรา 9 ได้รับการสะท้อนแนวคิดจากคำประกาศในข้อตกลงพอตสדם (Potsdam Declaration) กฎบัตรสหประชาชาติ (United Nations Charter) และสนธิสัญญาเคลล็อก-บริออง (Kellogg-Briand Pact) ที่ต่อต้านการใช้สงครามเป็นเครื่องมือของรัฐ ซึ่งการปฏิเสธการใช้กำลังเป็นหนทางแก้ไขความขัดแย้งระหว่างประเทศที่ปรากฏในย่อหน้าแรกของมาตรา 9 ถูกเรียกว่าเป็น “ประโยคสันติภาพ” (peace clause) และทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ เป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไปว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับสันติภาพ” ฉบับเดียวในโลกมาจนถึงทุกวันนี้⁵ ทั้งนี้ ในช่วงแรกของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีนายชิเงรุ โยชิเดะ (Shigeru Yoshida) ได้ประกาศให้ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่เป็นกลางอย่างถาวร ซึ่งความปรารถนานี้สอดคล้องกับ

² ฮิโรชิ สุกุทซึกุ , เรื่องเดียวกัน

³ ไชยวัฒน์ คำชู , นโยบายต่างประเทศญี่ปุ่น ความเปลี่ยนแปลงและความต่อเนื่อง , (กรุงเทพฯ :บริษัท เลคแอนน์พาร์เท่น จำกัด , 2549), น. 436

⁴ เคน บี โพน , อำนาจและเป้าหมายของญี่ปุ่นในโลกสมัยใหม่ (สุรางค์ศรี ตันเสียงสม แปล) , (กรุงเทพฯ : บริษัทธรรมสาร จำกัด , 2540) , น. 11

⁵ Richard J. Samuels , (2004), Politics, Security Policy, and Japan’s Cabinet Legislation Bureau: Who Elected These Guys, Anyway?, (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://www.jpri.org/publications/workingpapers/wp99.html> , สืบค้นเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2557

เจตนารมณ์ของนายพลแมคอาเธอร์ที่ต้องการเห็นญี่ปุ่นเป็นสวิตเซอร์แลนด์แห่งตะวันออกไกล⁶ ทำให้เกิดการตีความมาตรา 9 อย่างเถรตรงในระยะแรกว่า มาตรา 9 คือ “การไม่ครอบครองศักยภาพทางการทหารใดๆ แม้แต่เพื่อป้องกันตนเอง” นำมาซึ่งนโยบายเป็นกลางโดยไม่ติดอาวุธ โดยมองว่าสงครามเป็นสิ่งที่ไม่อาจนึกถึงและสามารถหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งในการปกป้องความมั่นคงของประเทศ ญี่ปุ่นหวังพึ่งระบบความมั่นคงของสหรัฐอเมริกาและสหประชาชาติ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกานั้น ได้คงกองกำลังส่วนหนึ่งไว้ในญี่ปุ่นเพื่อดูแลความมั่นคงให้ตามสนธิสัญญาป้องกันความมั่นคงร่วมกัน (U.S. - Japan Security Treaty) ที่ทั้งสองได้ลงนามร่วมกันในปี 1951 อนึ่ง ในประเด็นเรื่องการปฏิเสธสิทธิในการป้องกันตนเองนั้น สิทธิในการป้องกันตนเองแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ “สิทธิในการป้องกันตนเองโดยส่วนตัว” (individual self-defense) และ “สิทธิในการป้องกันตนเองร่วม” (collective self-defense) ซึ่งในกรณีของประเทศญี่ปุ่น การตีความรัฐธรรมนูญมาตรา 9 แรกเริ่มเช่นนี้ จึงเป็นการปฏิเสธสิทธิในการป้องกันตนเองทั้งสองประเภทอย่างสิ้นเชิง ดังนั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา 9 จึงทำให้ญี่ปุ่นต้องตกอยู่ในฐานะประเทศไม่ปกติ (Abnormal State) มาตั้งแต่บัดนั้นด้วยเช่นกัน

ภายใต้สภาพการณ์ที่ทุกฝ่ายล้วนประสงค์สันติภาพ อันเนื่องมาจากเห็นความเลวร้ายของสงคราม แนวคิดสันติภาพได้รับการต้อนรับจากประชาชนญี่ปุ่นอย่างขื่นขื่น หลักการสันติภาพแบบเบ็ดเสร็จและมาตรา 9 ได้รับการสนับสนุนอย่างเข้มแข็งจากฝ่ายซ้ายในญี่ปุ่น นำโดยนักการเมือง “กลุ่มพิราบ” (doves) จากพรรคสังคมนิยมญี่ปุ่น (the Japan Socialist Party’s: JSP) และพรรคคอมมิวนิสต์ (The Japanese Communist Party: JCP) ในขณะที่เดียวกันก็ได้รับการตั้งคำถามจากฝ่ายขวา โดยเฉพาะนักการเมือง “กลุ่มเหยี่ยว” (hawks) นำโดยพรรคเสรีนิยมประชาธิปไตยหรือ (Liberal Democratic Party : LDP) ว่า การที่ญี่ปุ่นยึดหลักการสันติภาพและไม่ต้องคำนึงถึงสงคราม แต่หากสิ่งที่ไม่ต้องการนึกถึงนั้นเกิดขึ้นมาจริงๆ แล้วจะทำอย่างไร

ต่อมาคำกล่าวของฝ่ายขวาเริ่มได้รับการตระหนักมากขึ้น ข้อจำกัดของการตีความมาตรา 9 อย่างเถรตรงว่าห้ามมีศักยภาพทางการทหารกลายเป็นอุปสรรค เมื่อสถานการณ์ระหว่างประเทศเข้าสู่ยุคสงครามเย็นในช่วงปลายทศวรรษ 1940 การแข่งขันกันทางอุดมการณ์ระหว่างฝ่ายเสรีประชาธิปไตยกับเผด็จการคอมมิวนิสต์เริ่มปรากฏชัด และมีเหตุการณ์สำคัญที่เป็นจุดพลิกผันของรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 กล่าวคือ เมื่อสงครามเกาหลีอุบัติขึ้นในเดือนมิถุนายน 1950 สหรัฐอเมริกาจำเป็นต้องถอนทหารบางส่วนจากญี่ปุ่นเข้าสู่สมรภูมิมิรบในเกาหลี สถานการณ์ดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพของญี่ปุ่น ทำให้ญี่ปุ่นรู้สึกได้ถึงความไม่มั่นคงของตนเอง ในเดือนกรกฎาคม นายพลแมคอาเธอร์จึงแนะนำให้จัดตั้งกองกำลังขึ้นมา 75,000 นาย ชื่อว่ากองกำลังตำรวจสำรองแห่งชาติ (National Police Reserve : NPR) มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยภายในญี่ปุ่นแทนกองทหารสหรัฐอเมริกาที่ถอนไป และจัดตั้งอีก 18,000 นาย เพื่อเสริมกองกำลังรักษาความปลอดภัยทางทะเล (The Maritime Safety Force) ซึ่งคล้ายกับกองยามฝั่ง⁷ ถือเป็นเรื่องประหลาดที่สหรัฐอเมริกา ห้ามญี่ปุ่นมีกองทัพแต่กลับสนับสนุนให้ญี่ปุ่นติดอาวุธขึ้นมาอีก ต่อมาในปี 1952 ได้มีการขยายปรับเปลี่ยนกองกำลังตำรวจสำรองแห่งชาติมาเป็นกองกำลังรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ (National Safety Force) เพิ่มกำลังขึ้นเป็น 110,000 คน และเพิ่มกองกำลังรักษาความปลอดภัยทางทะเล

⁶ วิเชียร อินทะสี , ความร่วมมือด้านการทหารระหว่างญี่ปุ่นและสหรัฐอเมริกา : จากอดีตสู่ปัจจุบันสายสัมพันธ์ที่ไม่ผันแปร , East 2(2) , 2541, น. 18

⁷ ชูเกียรติ บัณเฑาะว์ , การดำเนินนโยบายต่างประเทศของญี่ปุ่น (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คณะรัฐศาสตร์ แผนกการทูต , กรุงเทพฯ 2517 , น. 15

อีกจำนวน 10,323 คน หลังจากนั้น ในปี 1954 ทั้งกองกำลังตำรวจสำรองแห่งชาติและกองกำลังรักษาความปลอดภัยทางทะเลได้ยกฐานะและขยายมาเป็นกำลังรบ เรียกว่ากองกำลังป้องกันตนเอง (Self-Defense Force : SDF)⁸ หรือกองกำลังป้องกันตนเองแห่งญี่ปุ่น (Japan Self-Defense Force : JSDF) ซึ่งประกอบด้วยสามหน่วยคือ กองกำลังป้องกันตนเองทางบก (Japan Ground Self-Defense Force) กองกำลังป้องกันตนเองทางทะเล (Japan Maritime Self-Defense Force) และกองกำลังป้องกันตนเองทางอากาศ (Japan Air Self-Defense Force) ในการนี้ จึงมีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาเพื่อดูแลและรับผิดชอบในกิจการทหารของประเทศคือ ทบวงป้องกันตนเอง (Self Defense Agency) รับผิดชอบโดยตรงต่อนโยบายการป้องกันประเทศและมีหน้าที่โดยตรงต่อการบริหารจัดการกองกำลังป้องกันตนเอง

การจัดตั้งกองกำลังนั้น อย่างไรก็ตามเสียก็เป็นการขัดแย้งกับการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 แรกเริ่มอย่างเห็นได้ชัด ดังนั้น รัฐบาลญี่ปุ่นจึงตกอยู่ในภาวะที่ต้องตัดสินใจทางออก ระหว่างความมั่นคงของชาติกับการไม่ละเมิดรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐบาลญี่ปุ่นก็ได้หาทางออกให้กับปัญหานี้ โดยที่ประเทศสูญเสียผลประโยชน์น้อยที่สุด ทั้งด้านความมั่นคงและประเด็นเกี่ยวกับการละเมิดรัฐธรรมนูญ โดยได้ทำการปรับการตีความมาตรา 9 ใหม่เพื่อรองรับการจัดตั้งกองกำลังป้องกันตนเอง ซึ่งนี่ถือเป็น “ความพยายามในการหลีกเลี่ยงการละเมิดรัฐธรรมนูญ” โดยในการปรับการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ใหม่ รัฐบาลญี่ปุ่นร่วมกับสำนักกฎหมายคณะรัฐมนตรี (The Cabinet Legislation Bureau) หรือ CLB สร้างมาตรฐานการตีความใหม่ให้กับรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 โดย CLB คือ องค์กรที่มีหน้าที่พิจารณาตรวจสอบกฎหมายทุกฉบับ และเป็นองค์กรที่มีอิทธิพลอย่างมากมาตั้งแต่สมัยรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ซึ่งแม้ CLB จะถูกปรับลดอำนาจไปในสมัยรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และมุมมองการให้คำปรึกษาของ CLB จะไม่มีผลทางกฎหมายดังเช่นอดีต แต่ในทางปฏิบัติเป็นที่เข้าใจกันว่า ถ้าร่างกฎหมายใด CLB ไม่เห็นด้วย ร่างกฎหมายนั้นก็จะไม่ปรากฏออกมาเป็นกฎหมาย⁹ รัฐบาลจึงต้องอาศัย CLB เพื่อสนับสนุนแนวทางการตีความใหม่นี้

รัฐบาลญี่ปุ่นและ CLB ได้ยกเหตุผลขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อสนับสนุนแนวทางการตีความใหม่ว่า ญี่ปุ่นเป็นประเทศเอกราชที่มีอำนาจอธิปไตย และประเทศที่มีอำนาจอธิปไตยทุกประเทศมีสิทธิในการป้องกันประเทศ ตามกฎบัตรสหประชาชาติ ถึงแม้ มาตรา 9 แห่งรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นจะประกาศความไม่เกี่ยวข้องกับสงคราม แต่ก็ยังจะปฏิเสธสิทธิอันชอบธรรมในการป้องกันตนเองของประเทศ ซึ่งเป็นสิทธิที่จำเป็นต้องมีอยู่ในการปกครองประเทศ และสิทธิดังกล่าวได้ถูกกำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 51 นอกจากนี้ รัฐบาลยังได้อ้างถึงรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 ที่ให้อำนาจรัฐสภาเป็นองค์กรสูงสุดแห่งอำนาจรัฐและเป็นองค์กรนิติบัญญัติเพียงองค์กรเดียวของรัฐ ซึ่งเมื่อการจัดตั้งกองกำลังป้องกันตนเองดังกล่าวผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาญี่ปุ่นแล้วการจัดตั้งกองกำลังนี้จึงชอบด้วยกฎหมาย¹⁰ รวมไปถึงการหยิบยก “การแก้ไขของอะชิตะ” เข้ามากล่าวอ้างว่า การเพิ่มเติมวลีหรือข้อความเข้าไปหน้าย่อหน้าที่สอง ทำให้ตีความได้ว่าข้อห้ามการมีกองกำลังนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของการไม่ครอบครองกำลังไว้ “เพื่อทำสงคราม” แต่ไม่ได้ครอบคลุมถึงการห้ามมีกองกำลังไว้ “เพื่อป้องกันตนเอง”

⁸ เพ็ญศรี กาญจนมัย, ญี่ปุ่นสมัยใหม่, (กรุงเทพฯ : เนติกุลการพิมพ์, 2538), น. 329

⁹ Richard J. Samuels, อ้างแล้ว

¹⁰ ชาญวิทย์ ชัยกันย์, ความพยายามของญี่ปุ่นในการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน, Japan Watch Project. 1(5), 2550, น. 12

หรือป้องกันประเทศ¹¹ ดังนั้น “การมีกองกำลังไว้เพื่อป้องกันตนเองนั้นไม่ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ トラバドที่ กองกำลังนี้มีขอบเขตเพียงแค่ว่าเพื่อป้องกันตนเอง มิใช่ไว้เพื่อรุกราน” และสืบเนื่องจากการกล่าวอ้างเช่นนี้ ทำให้ต้องกำหนด หลักการ “การป้องกันเพื่อการป้องกันโดยแท้จริง” (defensive defense) และหลักการ ป้องกันเพื่อการป้องกันโดยแท้จริงนี้ก็นำไปสู่หลักสามประการที่ผู้นำญี่ปุ่นมักเน้นย้ำอยู่เสมอในนโยบายความ มั่นคงในทศวรรษต่อมา ได้แก่ การคงกองกำลังไว้ในระดับต่ำสุดเท่าที่จำเป็น (minimum necessary level of force) การปฏิเสธสิทธิในการป้องกันตนเองร่วมและการไม่ส่งกองกำลังไปปฏิบัติการนอกประเทศ ซึ่งในที่สุด การตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ใหม่อย่างเป็นทางการคือ ญี่ปุ่นเป็นประเทศอธิปไตยและมีสิทธิในการป้องกัน ตนเอง โดยสิทธิในการป้องกันตนเองของประเทศญี่ปุ่นภายใต้การตีความแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น มีขอบเขตจำกัดเพื่อการป้องกันตนเองอย่างแท้จริง ซึ่งนั่นหมายถึงสิทธิในการป้องกันตนเองโดยส่วนตัว (individual self defense) แต่สามารถใช้สิทธิประเภทดังกล่าวได้อย่าง “จำกัด” อันการกระทำใดๆ ที่ใช้อาวุธ ถือว่าเป็นสิ่งที่ยอยู่นอกเหนือลักษณะการป้องกันประเทศ และการส่งกำลังในการป้องกันประเทศไปยังต่างประเทศ เป็นการกระทำที่ไม่อยู่ในรัฐธรรมนูญแม้แต่ในขอบข่ายร่วมปฏิบัติการกิจของสหประชาชาติและในขณะเดียวกัน ก็ยอมรับว่าประเทศมีสิทธิในการป้องกันตนเองร่วม (collective self defense) แต่ไม่อาจใช้สิทธิประเภท ดังกล่าวได้ เนื่องจากเกินขอบเขตของการป้องกันตนเอง

เมื่อแนวคิดสันติภาพเบ็ดเสร็จของฝ่ายซ้ายเริ่มไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ความมั่นคงที่มีพลวัตสูงและ เปลี่ยนแปลงไปทุกขณะ ในช่วงกลางถึงปลายทศวรรษ 1950 ได้มีผู้นำสายเหยี่ยวที่รักชาติและเห็นความสำคัญ ของอธิปไตยและความมั่นคงของชาติอย่างนายโนบุสุเกะ กิชิ (Nobusuke Kishi) เสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ประเทศติดอาวุธขึ้นมาใหม่ แต่ข้อเสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญของนายกิชิได้ส่งผลให้สถานการณ์ทาง การเมืองในขณะนั้นเป็นไปด้วยความวุ่นวาย เกิดกระแสต่อต้านอย่างหนักจากประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศ ประกอบกับการที่นายกิชิได้จัดทำสัญญาความมั่นคงร่วมกับสหรัฐฯ ฉบับใหม่ จึงทำให้เกิดการเดินขบวน ครั้งใหญ่ที่สุดในประวัติศาสตร์ของญี่ปุ่น จนทำให้การริเริ่มการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอันต้องยุติไปและในที่สุด นายกิชิต้องลาออกจากตำแหน่ง

ผู้นำญี่ปุ่นที่ขึ้นมาบริหารประเทศต่อจากนั้นต้องหวนกลับไปหาลัทธิโยชิเดะ และได้บริหารประเทศภายใต้ ลัทธิโยชิเดะมาอย่างยาวนานอีกหลายทศวรรษ อนึ่ง ลัทธิโยชิเดะ คือ หลักการที่นายกรัฐมนตรีโยชิเดะได้สร้างไว้ เป็นแนวทางในการบริหารประเทศ ประกอบด้วยหลักการสามประการคือ 1) มุ่งมั่นฟื้นฟูเศรษฐกิจของญี่ปุ่น 2) ลดกำลังอาวุธ หรือมีอาวุธและกองกำลังทหารขนาดย่อม และจะหลีกเลี่ยงการเข้าไปพัวพันในปัญหา ยุทธศาสตร์ระหว่างประเทศ และ 3) พึ่งพาอาศัยสหรัฐอเมริกาในการป้องกันประเทศ¹² ซึ่งการไม่ต้องทุ่มเท ในกิจการทหาร แต่มุ่งพัฒนาเฉพาะด้านเศรษฐกิจที่บอบช้ำจากสงคราม ส่งผลให้เศรษฐกิจญี่ปุ่นเติบโต และขยายตัวอย่างต่อเนื่อง และเติบโตอย่างขนานใหญ่ในช่วงทศวรรษ 1960 ต่อเนื่องถึง 1970 แต่ อย่างไรก็ตาม การพยายามหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบด้านการทหารระหว่างประเทศโดยอ้างข้อจำกัดของ รัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ได้ทำให้รัฐบาลญี่ปุ่นถูกกดดันจากนานาชาติ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา คู่ค้าอันดับหนึ่ง ที่กำลังติดพันในสงครามเวียดนาม มีความรู้สึกเหมือนถูกญี่ปุ่นเอาเปรียบมากเกินไป เนื่องจากต้อง

¹¹ John W. Dower , Peace and Democracy in Two Systems: External Policy and Internal Conflict , In Cordon, A. (Ed.), Postwar Japan as History , (Berkeley : University of California , 1999), p.397 -398

¹² ไชยวัฒน์ คำชู , อ้างแล้ว , น. 45 – 46

เสียดุลการค้าให้กับญี่ปุ่น มิหนำซ้ำยังต้องรับผิดชอบกิจการความมั่นคงให้กับญี่ปุ่น ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงกดดันให้ญี่ปุ่นเพิ่มงบประมาณในการป้องกันตนเอง แต่ผู้นำญี่ปุ่นก็บ่นเปียงและหามาตรการอื่นทดแทนเรื่อยไป เช่น การให้ความช่วยเหลือในต่างประเทศในรูปแบบการให้เงิน เพื่อลดกระแสการวิพากษ์วิจารณ์ แต่กระนั้นก็ตาม การกระทำดังกล่าวก็ถูกมองว่ายังไม่เพียงพอ จนกระทั่งประธานาธิบดีริชาร์ด นิกสัน (Richard Nixon) ของสหรัฐอเมริกา ได้ประกาศหลักการในปี 1969 ที่เป็นที่ยุติกันในาม Nixon Shock โดยมีหลักการคือ ปรบลดภาระด้านการทหารนอกภูมิภาค ประกาศขึ้นภาษีราคาสินค้าเข้าเพื่อเป็นการกีดกันสินค้าต่างชาติโดยเฉพาะสินค้าญี่ปุ่น และนำเงินดอลลาร์ออกจากอัตราแลกเปลี่ยนเงินระหว่างประเทศ ซึ่ง Nixon Shock ส่งผลให้เศรษฐกิจญี่ปุ่นปั่นป่วนมาก

ต่อมาในทศวรรษ 1980 ญี่ปุ่นต้องตกอยู่ในที่นั่งลำบาก เมื่อเศรษฐกิจของญี่ปุ่นเริ่มตกต่ำอย่างหนัก จากมาตรการกีดกันสินค้าญี่ปุ่นอย่างเข้มงวด และกีดกันการเข้าถึงแหล่งพลังงานและวัตถุดิบจากนานาชาติ ซึ่งในช่วงทศวรรษนี้เอง ผู้นำของญี่ปุ่นคือ นายยาสุฮิโระ นากาโซเนะ (Yasuhiro Nakasone) จึงพยายามปรับแนวทางการดำเนินนโยบายต่างประเทศของญี่ปุ่นใหม่ โดยมีนโยบายกระชับความสัมพันธ์กับสหรัฐอเมริกา โดยได้ปรับเพิ่มงบประมาณในการป้องกันตนเอง และเพิ่มบทบาทในกิจการความมั่นคงระหว่างประเทศเพื่อลดแรงกดดันจากนานาชาติ ซึ่งแนวนโยบายของนากาโซเนะได้สร้างความพึงพอใจให้แก่สหรัฐอเมริกาเป็นอย่างยิ่ง จนนำไปสู่ความสัมพันธ์ที่แน่นแฟ้น อนึ่ง ด้วยความที่นายนาคาโซเนะเป็นผู้นำอีกคนที่เห็นความสำคัญของอธิปไตยและความมั่นคงของชาติเป็นอย่างมาก ดังนั้น จึงพยายามพลิกประวัติศาสตร์ของประเทศ โดยการผลักดันอย่างกระตือรือร้นให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 อีกครั้ง มีการริเริ่มปูทางไปสู่การแก้ไขมาตรา 9 โดยกระทรวงศึกษาญี่ปุ่นมีนโยบายเปลี่ยนคำบางคำในตำราเรียนประวัติศาสตร์ เพื่อไม่ให้นักเรียนมีทัศนคติเกลียดทหาร โดยอ้างว่าตำราเรียนถูกบิดเบือนข้อเท็จจริงจากนักวิชาการฝ่ายซ้าย เช่น ในตำราเรียนทางประวัติศาสตร์ มีการใช้คำว่ารุกราน (invasion) กระทรวงศึกษาต้องการเปลี่ยนให้มาใช้คำว่ารุกคืบ (advance) แทน แต่อย่างไรก็ตาม ความพยายามนี้ต้องยุติและถูกระงับชั่วคราว เนื่องจากประเทศที่เคยถูกญี่ปุ่นรุกราน เช่น จีน เกาหลีใต้ และเกาหลีเหนือมีปฏิกิริยาต่อต้านและประท้วงญี่ปุ่นอย่างรุนแรง ซึ่งส่งผลต่อความสัมพันธ์ทางการค้ากับประเทศเหล่านี้ อีกทั้งถูกต่อต้านจากสื่อมวลชนและพรรคฝ่ายค้านในรัฐสภา จนในที่สุดต้องยุติไป และนี่ถือเป็นครั้งที่สองของประวัติศาสตร์ชาติที่มีผู้นำญี่ปุ่นเสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9

ถึงแม้ความพยายามผลักดันให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญของนายนาคาโซเนะจะไม่ประสบผลสำเร็จ แต่ในสมัยนี้ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงการตีความมาตรา 9 ครั้งสำคัญ เมื่อนายนาคาโซเนะตอบสนองข้อร้องขอจากสหรัฐอเมริกาให้ญี่ปุ่นช่วยส่งกำลังไปกวาดทุ่นระเบิดบริเวณอ่าวเปอร์เซีย ในสงครามอิรัก - อิหร่าน ซึ่งเป็นสงครามที่เริ่มมาตั้งแต่ปี 1980 ซึ่งการตอบสนองอย่างกระตือรือร้นของนายนาคาโซเนะทำให้รัฐบาลญี่ปุ่นได้ตีความมาตรา 9 ใหม่ เพื่อเปิดโอกาสให้กองกำลังป้องกันตนเองถูกส่งออกนอกประเทศไปปฏิบัติภารกิจดังกล่าวได้ โดยตีความว่า การส่งกองกำลังไปกวาดทุ่นระเบิด ถือเป็นภารกิจจัดอุปสรรคในการเดินเรือ ไม่ถือเป็นการส่งไป “ใช้กำลัง” ในต่างแดน จึงเป็นสิ่งที่กระทำได้โดยไม่ขัดรัฐธรรมนูญ¹³ ซึ่งการดำเนินการปรับการตีความในครั้งนี้ของรัฐบาลนายนาคาโซเนะ เป็นการดำเนินการแต่เพียงฝ่ายเดียวของรัฐบาล โดยที่ CLB ไม่ได้มีส่วนร่วม เนื่องจากสมาชิกของ CLB ในสมัยนั้น ยินกรานที่จะปกป้องมาตรา 9 แต่นายนาคาโซเนะก็เลือกที่จะไม่ฟังเสียงทัดทานของ CLB และเลือกใช้กลไกทางรัฐสภาขับเคลื่อนจนกระทั่งสามารถปรับการตีความเช่นดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม

¹³ ฮิโรชิ สุกุทิกุล, อ้างแล้ว, น.83

แม้สามารถจัดปัญหาอุปสรรคทางกฎหมายได้แล้ว แต่รัฐบาลของนากาโซเนะก็เลือกที่จะไม่ส่งกองกำลังออกไปในเวลานั้น ด้วยเหตุผลว่าเกรงจะทำให้เกิดการแตกแยกขึ้นในสังคมจากกระแสการต่อต้านของประชาชน และเหตุผลความไม่พร้อมของกองกำลังป้องกันตนเองที่ต้องไปปฏิบัติการในพื้นที่ไม่คุ้นชิน ดังนั้น ญี่ปุ่นจึงเพียงจัดหาอุปกรณ์ที่จำเป็นและสนับสนุนการลาดตระเวนของกองเรือพันธมิตรเท่านั้น

ต่อมาในช่วงต้นทศวรรษ 1990 หลังสงครามเย็นสิ้นสุด มีเหตุการณ์ที่นำไปสู่จุดพลิกผันของมาตรา 9 อีกครั้งก็คือ ในเดือนสิงหาคม 1990 ได้เกิดกรณีวิกฤตอ่าวเปอร์เซีย อิรักส่งทหารเข้ายึดครองคูเวต บรรดาประเทศมหาอำนาจล้วนมีบทบาทในการส่งกำลังบำรุงกองกำลังนานาชาติ และให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจแก่ประเทศอาหรับที่ได้รับผลกระทบ ในขณะที่ญี่ปุ่นกลับสงวนท่าทีและส่งเพียงเงินไปช่วยเหลือ จำนวนกว่า 13,000 ล้านดอลลาร์ แต่กระนั้นก็ตาม ยังถูกวิจารณ์ว่าเป็นจำนวนที่น้อยและช้าเกินไป¹⁴ อย่างไรก็ตาม รัฐบาลญี่ปุ่นจะเพิกเฉยต่อเหตุการณ์ดังกล่าว รัฐบาลญี่ปุ่นได้พยายามผ่านร่างกฎหมาย “ความร่วมมือด้านสันติภาพต่อสหประชาชาติ” (UN Peace Cooperation Bill) ที่จะอนุญาตให้ส่ง “กองกำลังสันติภาพ” ที่จัดตั้งขึ้นเป็นกรณีพิเศษประกอบด้วยพลเรือนอาสาสมัคร ไปเข้าร่วมภารกิจสนับสนุนหรือภารกิจในแนวหลังของกองกำลังนานาชาติ แต่รัฐบาลญี่ปุ่นก็ไม่สามารถผ่านร่างกฎหมายดังกล่าวได้ เนื่องจากประสบปัญหาและอุปสรรคมากมาย ทั้งกระบวนการอภิปรายในรัฐสภาที่รัฐบาลถูกตั้งคำถามยากหลายประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 9 และหลักการไม่ส่งกองกำลังออกนอกประเทศ และร่างกฎหมายนี้ได้รับการต่อต้านอย่างหนักจากพรรคสังคมนิยมประชาธิปไตย อีกทั้ง มติมหาชนที่ได้รับการสำรวจจากหลายสำนักที่แสดงให้เห็นว่าประชาชนยังหวาดระแวงทหาร

เหตุการณ์ในครั้งนี้ ทำให้ญี่ปุ่นได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักในความไม่พร้อมตอบสนองต่อภาวะฉุกเฉินของสังคมโลก และการขาดความรับผิดชอบในกิจการระหว่างประเทศ มิหนำซ้ำญี่ปุ่นยังถูกตราหน้าอย่างรุนแรงถึงภาพลักษณ์ความเป็น “สัตว์เศรษฐกิจ” จนเป็นเหตุให้ผู้นำญี่ปุ่นนายโทชิชิ ไคฟู (Toshiki Kaifu) ตระหนักว่าไม่เป็นการดีแน่หากญี่ปุ่นจะไม่เปลี่ยนแนวนโยบายของตน ประกอบกับ พื้นที่ที่เกิดวิกฤตการณ์ก็มีความสำคัญกับยุทธศาสตร์ความมั่นคงของญี่ปุ่น เนื่องจากญี่ปุ่นต้องพึ่งการนำเข้าน้ำมันเป็นจำนวนถึงร้อยละ 70 ของการใช้ในประเทศ¹⁵ ดังนั้น ในเดือนพฤษภาคม 1991 โดยอาศัยการตีความรัฐธรรมนูญมาตรา 9 ครั้งล่าสุดในสมัยของนากาโซเนะ รัฐบาลนายไคฟูจึงตัดสินใจส่งเรือกวาดทุ่นระเบิดเข้าไปยังอ่าวเปอร์เซีย ภายหลังจากสงครามอ่าวยุติแล้ว ซึ่งถือเป็นครั้งแรกที่กองกำลังถูกส่งออกนอกประเทศ แต่การดำเนินการในครั้งนี้ก็สมารถกอบกู้ชื่อเสียงและภาพลักษณ์ของประเทศได้ในระดับหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้ แม้ว่าการส่งเรือกวาดทุ่นระเบิดเข้าไปยังอ่าวเปอร์เซียไม่ถือว่าละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 แต่เพื่อเป็นการรองรับภารกิจของกองกำลังป้องกันตนเองที่จะมีส่วนร่วมในปฏิบัติการรักษาสันติภาพภายใต้กรอบขององค์การสหประชาชาติ ในขอบเขตที่กว้างมากกว่าการกวาดทุ่นระเบิดแล้ว รัฐบาลนายไคฟูจึงได้ทำการปรับยืดหยุ่นมุมมองการตีความมาตรา 9 ใหม่ ภายใต้อำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญภายใต้พันธกรณีของการเป็นสมาชิกสหประชาชาติ สมาชิกทุกประเทศต้องมีหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงระหว่างประเทศร่วมกัน และรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นมิได้จำกัดให้ญี่ปุ่นเข้าร่วมในปฏิบัติการดังกล่าว ดังนั้น ญี่ปุ่นจึงมีสิทธิอย่างเต็มที่ในการเข้าร่วมปฏิบัติการรักษาความมั่นคงระหว่างประเทศ

¹⁴ เรื่องเดียวกัน , น. 84

¹⁵ เคน ปี โพนี , อ้างแล้ว, น. 214

ภายใต้ปฏิบัติการที่เป็นภารกิจของสหประชาชาติ¹⁶ โดยเพื่อเป็นการสอดรับกับแนวทางการปรับยืดหยุ่นมุมมอง การตีความมาตรา 9 ใหม่ รัฐบาลนายโคฟูได้พยายามผลักดันร่างกฎหมายที่อนุญาตให้กองกำลังป้องกันตนเอง ไปปฏิบัติการรักษาสันติภาพร่วมกับกองกำลังนานาชาติของสหประชาชาติอีกครั้ง จนในที่สุด UN Peace – keeping Operation (UNPKO) ได้ผ่านการเห็นชอบของรัฐสภาญี่ปุ่นในเดือนกรกฎาคม 1992 ถือว่าเป็น การยกเลิกข้อห้ามที่มีมานานเกี่ยวกับการส่งทหารญี่ปุ่นไปปฏิบัติการในต่างประเทศ อย่างไรก็ดี กฎหมายดังกล่าว ได้บัญญัติเงื่อนไข 5 ประการเกี่ยวกับการส่งทหารออกไปร่วมกับกองกำลังรักษาสันติภาพของสหประชาชาติ ได้แก่ 1) จะต้องมิขัดขวางการหยุดยิงระหว่างคู่กรณีในความขัดแย้งเสียก่อน 2) คู่กรณีจะต้องให้ความ ยินยอมในการส่งกองกำลังรักษาสันติภาพเข้าไป และต้องยินยอมให้ญี่ปุ่นมีส่วนร่วมในการปฏิบัติการกิจด้วย 3) กองกำลังรักษาสันติภาพต้องรักษาความเป็นกลางอย่างเคร่งครัด 4) หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง ในสามข้อแรก รัฐบาลญี่ปุ่นสามารถถอนกองกำลังกลับประเทศได้ และ 5) การใช้อาวุธจะถูกจำกัดเท่าที่จำเป็น ขั้นต่ำสุดเพื่อป้องกันชีวิตบุคลากร และการส่งกำลังออกไปในแต่ละครั้งต้องไม่เกินครั้งละ 2,000 คน¹⁷ และ หลังจากนั้น กองกำลังป้องกันตนเองได้ถูกส่งไปปฏิบัติการรักษาสันติภาพร่วมกับสหประชาชาติ ต่อมาอีก 4 ครั้ง ได้แก่ ระหว่างปี 1992 – 1993 ที่ประเทศกัมพูชา ระหว่าง ปี 1993 – 1995 ที่ประเทศโมซัมบิก ในปี 1994 ที่ประเทศรวันดา และในปี 1996 ที่บริเวณที่ราบสูงโกแลน ในตะวันออกกลาง โดยในแต่ละครั้ง กองกำลังป้องกันตนเองสามารถร่วมปฏิบัติการสนับสนุนจากแนวหลังของกองกำลังนานาชาติเท่านั้น

อนึ่ง ในช่วงทศวรรษ 1990 อุดมการณ์การต่อต้านการแก้ไขรัฐธรรมนูญของฝ่ายซ้ายในประเทศอ่อนแอลง อย่างหนัก เมื่อระบบ 1955 หรือระบบที่พรรค LDP ครองความเป็นใหญ่แต่เพียงผู้เดียวมาตั้งแต่ปี 1955 ได้ล่มสลายลงในปี 1993 พรรค LDP ต้องจัดตั้งรัฐบาลร่วมกับพรรคอื่น ทำให้เกิดรัฐบาลผสมขึ้นเป็นครั้งแรก ในขณะที่ช่วงปี 1994 -1996 พรรคสังคมนิยมประชาธิปไตยญี่ปุ่น (Social Democratic Party of Japan : SDP) หรือพรรคสังคมนิยมญี่ปุ่นเดิม ซึ่งเป็นพรรคฝ่ายค้านอันดับหนึ่งและเป็นพรรคที่ยืนกรานต่อต้านการแก้ไข รัฐธรรมนูญ มาตรา 9 มาอย่างเข้มแข็ง ได้สูญเสียตำแหน่งฝ่ายค้านอันดับหนึ่ง สมาชิกพรรคสังคมนิยมฯ แยกกัน บางส่วนหันไปเข้าร่วมกับ LDP มีหน้าซ้ำ สมาชิกของทั้งสองพรรคที่แยกตัวออกมาก็ร่วมกันจัดตั้งพรรคใหม่ นั่นคือ ประชาธิปไตยญี่ปุ่น (Democratic Party of Japan : DPJ) ซึ่งจุดพลิกผันครั้งนี้ ได้นำมาซึ่งการลดประสิทธิภาพ ของฝ่ายซ้ายในประเทศ และต่อมาพรรค DPJ ก็ได้เสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 เสียด้วยซ้ำ

วิวัฒนาการที่ดำเนินมาอย่างต่อเนื่องของกองกำลังป้องกันตนเองและแนวทางความมั่นคงและการป้องกัน ประเทศของญี่ปุ่น ได้ทำให้ในช่วงทศวรรษ 1990 เกิดกระแสเรียกร้องให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 อย่างจริงจัง เพื่อให้แนวทางความมั่นคงของประเทศสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง โดยมีความพยายาม ที่เป็นรูปธรรมจากนักการเมืองหลายฝ่าย ทั้งเสนอข้อเสนอมอบให้มีการพิจารณาแก้ไขมาตรา 9 และจัดตั้งองค์กร เพื่อศึกษาเรื่องนี้อย่างจริงจัง เห็นได้จากในปี 1999 นายเคอิโซ โอบุชิ (Keizo Obuchi) นายกรัฐมนตรีและ ผู้นำพรรค LDP ได้ประกาศจัดตั้งคณะกรรมการวิจัยรัฐธรรมนูญ (Constitution Research Council)

¹⁶ เรื่องเดียวกัน น. 210

¹⁷ ไชยวัฒน์ คำชู , อ่างแล้ว , น. 61

ในสภาล่างหรือสภาผู้แทนราษฎร และต่อมาได้ประกาศจัดตั้งคณะกรรมการวิจัยรัฐธรรมนูญในสภาสูงหรือวุฒิสภาด้วย โดยการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวในทั้งสองสภาได้มีขึ้นในปี 2000 ในขณะเดียวกันมีนักการเมืองอีกหลายคนได้นำประเด็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ขึ้นมาเสนอให้พิจารณาอย่างกว้างขวาง ได้แก่ นายอิชิโร โอซาวา (Ichiro Ozawa) นักการเมืองชั้นนำฝ่ายอนุรักษนิยมใหม่ ซึ่งเคยเป็นเลขาธิการพรรค LDP แต่แยกตัวออกมาจัดตั้งพรรคของตนเองในปี 1998 ชื่อว่า พรรคเสรีนิยม (Liberal Party) และได้เป็นพรรคร่วมรัฐบาลของ นายโอบุชิ (ในระยะต่อมาได้เข้าร่วมเป็นฝ่ายค้านกับ DPJ) เขาได้เสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ในเดือนกันยายน 1999 ซึ่งโอซาวา ต้องการให้แก้ไขมาตรา 9 โดยเพิ่มเติมข้อความใหม่ให้มีความชัดเจนว่า ญี่ปุ่นมีสิทธิในการกระทำเพื่อป้องกันตนเอง ทั้งการป้องกันตนเองด้วยตนเองและการป้องกันตนเองร่วมกับประเทศอื่นในฐานะที่เป็นประเทศปกติเหมือนกับประเทศอื่นๆ ที่มีสิทธิดังกล่าวนี้ นอกจากนี้ เขายังได้เสนอให้เพิ่มมาตราอีกมาตราหนึ่งตามหลังมาตรา 9 เพื่อระบุถึงพันธะของญี่ปุ่นที่มีต่อสันติภาพระหว่างประเทศ ในฐานะสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ต่อมา ในเดือนตุลาคม 1999 นายยูกิโอะ ฮาโตยามา (Yukio Hatoyama) ผู้นำฝ่ายค้านจากพรรค DPJ ที่ถือว่าเป็นตัวแทนของฝ่ายเสรีนิยมใหม่ ก็ได้ตีพิมพ์ข้อเสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ข้อเสนอของเขาสร้างความสนใจให้เกิดในวงกว้าง และดึงดูดความสนใจของคนในสังคมมากที่สุด เนื่องจากนับเป็นครั้งแรกที่นักการเมืองที่ไม่ใช่ฝ่ายอนุรักษนิยมสนับสนุนให้มีการแก้ไขมาตรา 9 โดยฮาโตยามาเห็นว่าการที่ญี่ปุ่นมีกำลังทหารไว้ครอบครองในรูปของกองกำลังป้องกันตนเองนั้น ขัดกับมาตรา 9 ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เพื่อยุติการโต้เถียงที่ดำเนินมาอย่างยาวนานยืดเยื้อและไร้ประโยชน์ เขาจึงเสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนตามความเป็นจริงว่าญี่ปุ่นมีกำลังทหารและมีไว้เพื่อป้องกันตนเอง นอกจากนี้ในปี 2000 นายนาคาโซเน ตัวแทนจากฝ่ายอนุรักษนิยมดั้งเดิม ก็ได้เสนอให้แก้ไขรัฐธรรมนูญอีกครั้งด้วยเหตุผลไม่ต่างกับสองคนแรกมากนัก นั่นคือ เพื่อให้ญี่ปุ่นมีเอกราชอย่างแท้จริงมีอำนาจอธิปไตยที่จะป้องกันตนเองอย่างเต็มที่ และเพื่อเข้าไปร่วมรับผิดชอบกิจการระหว่างประเทศในฐานะสมาชิกสหประชาชาติ¹⁸

เมื่อเข้าสู่ช่วงต้น ศตวรรษ 21 ได้เกิดเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อมาตรา 9 อย่างใหญ่หลวงอีกครั้ง กล่าวคือ ในวันที่ 11 กันยายน 2001 ได้เกิดเหตุการณ์ก่อวินาศกรรมในสหรัฐอเมริกา ทำให้สหรัฐอเมริกาเดินทางทำสงครามต่อต้านการก่อการร้าย ซึ่งจากบทเรียนในเหตุการณ์วิกฤตการณ์อ่าวเปอร์เซีย ทำให้นายจุนอิชิโร โคอิสุมิ (Junichiro Koizumi) ผู้นำสายเหยี่ยว ประกาศจุดยืนอย่างชัดเจนและทันทีในการสนับสนุนและร่วมมือกับสหรัฐอเมริกา โดยได้ประกาศมาตรการตอบโต้การก่อการร้าย ให้ความร่วมมืออย่างแข็งขัน ทั้งส่งเจ้าหน้าที่ไปร่วมค้นหาเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายในเหตุการณ์และให้เงินช่วยเหลือผู้ประสบภัยและครอบครัวเป็นจำนวนสูงถึง 10 ล้านดอลลาร์ และเมื่อสหรัฐอเมริกาโจมตีอัฟกานิสถานเพื่อปราบปรามการก่อการร้าย รัฐบาลญี่ปุ่นก็เดินทางสนับสนุนพร้อมทั้งให้ความช่วยเหลือในปฏิบัติการของสหรัฐอเมริกาอย่างกระตือรือร้นเช่นกัน ทั้งๆ ที่ปฏิบัติการดังกล่าว มิใช่ภารกิจที่อยู่ภายใต้ขอบข่ายการรักษาสันติภาพของสหประชาชาติ¹⁹ โดยได้ส่งเรือพิฆาต 2 ลำ และเรือเสบียง 1 ลำ ไปยังมหาสมุทรอินเดียเพื่อสนับสนุนปฏิบัติการของสหรัฐอเมริกา ในอัฟกานิสถาน และในปี 2002 ได้ส่งเรือพิฆาตที่ติดระบบเรดาร์ทันสมัยไปอีกครั้ง ทั้งนี้ การที่จะช่วยเหลือปฏิบัติการของสหรัฐอเมริกา ได้นั้น รัฐบาลญี่ปุ่นได้มีการออก พ.ร.บ. มาตรการพิเศษต่างๆ ได้แก่ พ.ร.บ. มาตรการพิเศษต่อต้านการก่อการร้าย (Anti-Terrorism Special Measures Law) พ.ร.บ. แก้ไขกฎหมายกองกำลังป้องกัน

¹⁸ ไชยวัฒน์ คำชู , อ้างแล้ว, น. 487 - 493

¹⁹ ศิริพร วัชชวัลคุ , ญี่ปุ่น : ประเทศที่กำลังเปลี่ยนแปลง , (กรุงเทพฯ : บริษัท บพิธการพิมพ์ จำกัด , 2549) , น. 93 -94

ตนเอง (Amendment of Self-Defense Force Law) พ.ร.บ. แก้ไขกฎหมายความร่วมมือระหว่างประเทศ (Amendment of the International Peace Cooperation Law) เพื่อเปิดโอกาสให้ญี่ปุ่นสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในปฏิบัติการและสนับสนุนกองกำลังสหรัฐอเมริกา ที่เป็นการให้ความร่วมมือแบบไม่ใช่การสู้รบด้วยอาวุธได้ต่อมา เมื่อสหรัฐอเมริกาบุกอิรักในปี 2003 ญี่ปุ่นก็สนับสนุนสหรัฐอเมริกา อย่างเต็มที่อีกเช่นเดิม โดยในปี 2003 – 2004 ได้ส่งกองกำลังป้องกันตนเอง 550 นาย ไปปฏิบัติการกิจด้านมนุษยธรรมในอิรัก เป็นครั้งแรกที่ญี่ปุ่นส่งทหารออกไปยังบริเวณที่ยังมีการสู้รบและสงครามยังไม่ยุติ (combat zone)²⁰ ในกรณีนี้ เพื่อไม่ให้ปฏิบัติการเกิดข้อกังขา จึงมีการออก พ.ร.บ. ใหม่อีก 4 ฉบับ ประกอบด้วย Armed Attack Response Law, Amendment to the Self-Defense Forces Law, Amendment to the Security Council of Japan Law และ Concerning to Special Measure on Humanitarian and Reconstruction Assistance in Iraq²¹

อนึ่ง นายโคอิสุมิได้พยายามตอบสนองอุดมการณ์การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของพรรค LDP ด้วยพยายามผลักดันมาตรการต่างๆ เพื่อเป็นการปูทางไว้ เช่น จัดตั้งคณะกรรมการวิจัยรัฐธรรมนูญของพรรค LDP ขึ้นภายใต้สภาวิจัยนโยบายต่างประเทศ (Policy Affairs Research Council : PARC) เพื่อวิจัยและถกเถียงเกี่ยวกับมาตรา 9 โดยเฉพาะ และผลักดันให้มีการยกฐานะทบวงป้องกันตนเองเป็นกระทรวงกลาโหม เป็นต้น ทั้งนี้ เมื่อญี่ปุ่นยืนยันที่จะร่วมสนับสนุนปฏิบัติการต่อต้านการก่อการร้ายของสหรัฐอเมริกา มุมมองการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 จึงถูกปรับยืดหยุ่นออกไปอีกครั้ง เพื่อให้สามารถออกกฎหมายและมาตรการพิเศษอื่นๆ มารองรับปฏิบัติการทางทหาร โดยภายใต้มุมมองการตีความที่ถูกปรับนี้ รัฐบาลญี่ปุ่นยอมรับว่า ญี่ปุ่นมีสิทธิในการป้องกันตนเองร่วม (collective self-defense) และสามารถใช้อิทธิพลดังกล่าวได้ดังเช่นชาติอื่นๆ โดยสิทธิในการป้องกันตนเองร่วม ไม่ได้ถูกจำกัดอยู่ในขอบข่ายของการปฏิบัติการกิจรักษาสันติภาพร่วมกับสหประชาชาติเท่านั้น แต่ยังสามารถใช้เพื่อสนับสนุนและปกป้องพันธมิตรในปฏิบัติการแก้ไขปัญหาความมั่นคงระหว่างประเทศ²²

ในช่วงต้นทศวรรษ 2000 กระแสการถกเถียงเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ ทุกฝ่ายตระหนักถึงปัญหานี้อย่างจริงจัง คณะกรรมการวิจัยรัฐธรรมนูญได้ศึกษาวิจัยรัฐธรรมนูญและนำเสนอรายงานการศึกษารัฐธรรมนูญต่อคณะรัฐมนตรีในปี 2005 และพรรคการเมืองทั้ง DPJ และ LDP ก็นำเสนอร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อสาธารณชนเช่นกัน โดยในรายงานการศึกษารัฐธรรมนูญของคณะกรรมการวิจัยรัฐธรรมนูญมีการประเมินความเห็นของคณะกรรมการและผู้ที่เกี่ยวข้องพบว่า ส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการให้คงไว้ซึ่งหลักการสันติภาพ หรืออย่างน้อยที่สุดก็คือ คงไว้ซึ่ง ย่อหน้าที่ 1 ของมาตรา 9 ไว้ และในส่วนของประเทศเห็นเรื่องสิทธิในการป้องกันตนเองและกองกำลังป้องกันตนเอง ความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าควรมีการระบุให้ชัดเจนว่าประเทศมีกองกำลังและสามารถใช้กำลังในการป้องกันตนเองได้ในระดับต่ำตามความจำเป็น ในขณะที่การถกเถียงเรื่องสิทธิในการป้องกันตนเองร่วมยังไม่สามารถสรุปแนวโน้มความเห็นได้ เนื่องจากความเห็นยังคงกระจัดกระจาย เช่นเดียวกับร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง ทั้งพรรค LDP และ DPJ ที่เป็นไปในทิศทางเดียวกันคือ มีแนวโน้มให้ระบุให้ชัดเจนถึงการมีอยู่ของกองกำลังป้องกันตนเองและสิทธิในการป้องกันโดยส่วนตน แต่ในประเทศเห็นสิทธิในการป้องกันตนเองร่วมก็ยังคงไม่มีความชัดเจน

²⁰ ไชยวัฒน์ คำชู , อ้างแล้ว, น. 62, 481- 482

²¹ ตูรายละเอียดยเพิ่มเติมใน ศิริพร วัชชวัลคุ น. 120 - 121

²² ศิริพร วัชชวัลคุ , อ้างแล้ว, น. 122

จากที่กล่าวมา จะเห็นว่าวิวัฒนาการของมาตรา 9 นั้น ค่อยๆ เปลี่ยนไป โดยขึ้นอยู่กับบริบทระหว่างประเทศ และภายในประเทศที่เปลี่ยนแปลงเรื่อยมา ซึ่งผลประโยชน์แห่งชาติและความมั่นคงแห่งชาติของญี่ปุ่นเป็นตัวกำหนด แนวโน้มความเห็นของประชาชนในประเทศต่อต้านกิจการทหารน้อยลง เห็นได้จากการขยายขอบเขตของกองกำลังป้องกันตนเองและการปรับการตีความรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งปัจจุบัน ที่มีการหิยยกประเด็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญขึ้นมาอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง มิใช่เรื่องที่ห้ามแตะต้องเหมือนในอดีต อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะเกิดความเปลี่ยนแปลงต่อนัยยะของมาตรา 9 แต่บทบัญญัติของมาตรา 9 ยังคงดำรงอยู่มากกว่าทศวรรษ โดยไม่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมใดๆ ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า ที่ผ่านมา การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นกับมาตรา 9 เป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงที่เกี่ยวข้องกับการตีความและการปรับยืดหยุ่นมุมมองของมาตรา 9 ซึ่งแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ 1) การปรับการตีความอย่างเป็นทางการโดยรัฐบาลเกิดขึ้นสองครั้ง ได้แก่ ในช่วงทศวรรษ 1950 และ 1980 และ 2) การยืดหยุ่นหลักการหรือมุมมองที่มีต่อมาตรา 9 ผ่านวิธีการอื่นที่ไม่ใช่การปรับการตีความหมาย เช่น การออกกฎหมาย พ.ร.บ. ใหม่ ๆ เพื่อมารองรับปฏิบัติการทางการทหารให้ขยายขอบเขตออกไป โดยลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นใน 2 ครั้งหลัง ได้แก่ ในทศวรรษ 1990 และ 2000 แต่ทั้งนี้ การออกกฎหมายหรือ พ.ร.บ. ใหม่ ๆ ถือเป็นมาตรการพิเศษที่ทำให้เห็นว่ากรณีดังกล่าวนี้ “เป็นกรณีกเว้น” “มีลักษณะชั่วคราว” และเกิดขึ้นเพื่อสนองตอบต่อสถานการณ์หนึ่งๆ เมื่อสถานการณ์สิ้นสุดมาตรการพิเศษดังกล่าวนี้ก็ต้องจบสิ้นไป

ความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของนายกรัฐมนตรี ชินโซ อาเบะ

นายชินโซ อาเบะ (Shinzo Abe) นักการเมืองสายเหยี่ยว จากพรรค LDP เข้ามาบริหารประเทศครั้งแรกในปี 2006 เขาได้พยายามสานต่อนโยบายที่โคอิสุริเริ่มไว้ โดยทำให้ประเด็นทางการทหารและการป้องกันประเทศมีความสำคัญทางการเมืองเทียบได้กับวาระแห่งชาติอื่นๆ มีการปรับภารกิจรักษาสันติภาพของกองกำลังป้องกันตนเองที่เคยเป็นเพียงหน้าที่เสริมให้เป็นหน้าที่หลัก และที่สำคัญนายอาเบะได้ประกาศความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 และพยายามทบทวนหลักการการปฏิเสธสิทธิในการป้องกันตนเองร่วม เพื่อให้มีการยอมรับและสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยในความพยายามที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญ เขาได้จัดตั้งคณะที่ปรึกษาส่วนตัว (advisory panel) ขึ้นมา เพื่อมาศึกษาแนวทางเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้วนำเสนอต่อรัฐสภา พยายามทบทวนหลักการการปฏิเสธสิทธิในการป้องกันตนเองร่วม เพื่อให้มีการยอมรับและสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้อย่างเป็นรูปธรรม และได้ผลักดันให้รัฐสภาญี่ปุ่นมีมติผ่านกฎหมายกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Act on Procedures for Amendment of the Constitution of Japan) และกฎหมายการทำประชามติเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Japan's national referendum law) ได้สำเร็จ อย่างไรก็ตาม ความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ที่ดูว่าจะดำเนินไปด้วยดีกลับต้องสะดุดลงเมื่อในช่วงปลายปี 2007 นายอาเบะได้ประกาศลาออกจากตำแหน่งอย่างกะทันหัน

นายอาเบะกลับเข้ารับตำแหน่งอีกครั้ง ในวันที่ 26 ธันวาคม 2012 และได้ประกาศสานต่อความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ซึ่งด้วยคะแนนสนับสนุนอย่างถล่มทลาย มากกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด ทำให้อาเบะมีความมั่นใจที่จะประกาศนโยบายว่าจะทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 และให้สัญญาว่าจะดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในวาระการดำรงตำแหน่งนี้ของเขา²³ ทั้งนี้ เขาได้จัดตั้งกลไกต่างๆ

²³ Stephen Harner , (2013) Why Abe Is Right About Constitutional Revision , (ออนไลน์), แหล่งที่มา : <http://www.forbes.com/sites/stephenharner/2013/12/23/why-abe-is-right-about-constitutional-revision/> , สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2557

ขึ้นมามากมายเพื่อขับเคลื่อนความพยายามของเขา ยกตัวอย่างเช่น การจัดตั้งคณะที่ปรึกษาส่วนตัวขึ้นใหม่ และจัดตั้งคณะที่ปรึกษาของรัฐบาลสำหรับการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันตนเอง (A government advisory committee on defense-related legal reforms) นอกจากนี้ นายอาเบะได้ผลักดันให้นายอิชิโร โคมัตสึ อดีตนักการทูตและเป็นผู้ส่งเสริมแนวทางของเขา เข้ารับตำแหน่งประธานของ CLB และผลักดันให้นายทสึเนยูกิ ยามาโมโตะ (Tsuneyuki Yamamoto) อดีตผู้นำของ CLB ผู้ซึ่งมีอุดมการณ์แตกต่างกับเขาไปดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาสูงสุด ซึ่งเป็นองค์กรที่ไม่ใคร่จะมีบทบาทเท่าใดนักในปัจจุบัน

ทั้งนี้ อุดมการณ์และแนวคิดของนายอาเบะมีผลอย่างมากต่อการกำหนดนโยบายบริหารประเทศ และความพยายามในการแก้ไขมาตรา 9 โดยเขาได้รับอิทธิพลอย่างยิ่งจากครอบครัวที่เป็นนักการเมือง กล่าวคือ นายอาเบะเติบโตมาในครอบครัวนักการเมืองฝ่ายอนุรักษนิยม เขาเป็นบุตรของนายชินทาโร อาเบะ (Shintaro Abe) อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และเลขาธิการพรรค LDP เป็นหลานปู่ของนายคัน ออเบะ (Kan Abe) นักการเมืองสายอนุรักษนิยม และเป็นหลานตาของอดีตนายกรัฐมนตรี นายกิชิ ผู้ซึ่งเสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 เป็นคนแรก ซึ่งนายอาเบะชื่นชมตาของเขาเป็นอย่างมาก ดังที่เขาได้เขียนถึงผู้เป็นตาไว้ในหนังสือ *Toward a Beautiful Country* ว่า “ตั้งแต่ตอนเด็ก ในสายตาของข้าพเจ้า ตาของข้าพเจ้าคือรัฐบุรุษผู้เปี่ยมไปด้วยความจริงใจ ผู้ซึ่งคิดแต่เพียงว่าอนาคตของประเทศจะเป็นอย่างไร... บางคนเคยกล่าวหาว่าตาของข้าพเจ้าเป็นอาชญากรสงครามชั้นหนึ่ง แต่ข้าพเจ้ารู้สึกต่อต้านคำกล่าวนั้นอย่างสิ้นเชิง ซึ่งจากประสบการณ์นี้อาจทำให้ข้าพเจ้าเป็นพวกอนุรักษนิยม”²⁴ ในช่วงวัยหนุ่มนายอาเบะได้รับโอกาสให้ทำหน้าที่ในตำแหน่งเลขานุการของนายชินทาโร อาเบะ พ่อของเขาซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ นายอาเบะได้มีโอกาสตามพ่อไปเจรจาทางการทูตกับผู้นำประเทศกว่า 20 ประเทศ ซึ่งประสบการณ์นี้ได้ทำให้เขาเห็นและซึมซับวิธีการทางการทูต ดังนั้น จุดสนใจของเขาจึงอยู่ที่การทูตและชาตินิยม

จากแนวคิดและอุดมการณ์ของเขาที่ได้รับอิทธิพลจากผู้เป็นตาและผู้เป็นพ่อ ทำให้วิสัยทัศน์สำคัญในการบริหารประเทศของนายอาเบะ คือ การตั้งเป้าหมายเป็นประเทศผู้สร้าง “สันตินิยมเชิงรุก” (active pacifism) นั่นคือ ส่งเสริมภารกิจและบทบาทกองกำลังป้องกันตนเองของญี่ปุ่นให้เข้าไปมีส่วนร่วมในการพิทักษ์รักษาความมั่นคงและสันติภาพระหว่างประเทศมากขึ้น และวิสัยทัศน์การสร้าง “ญี่ปุ่นที่เข้มแข็ง” (strong Japan) นั่นคือ การสร้างเสริมผลประโยชน์แห่งชาติทุกด้าน ในการนี้ ในความพยายามที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของนายอาเบะ มีนักวิชาการผู้มีชื่อเสียงหลายท่าน ได้คาดเดาถึงเหตุผลความพยายามของนายอาเบะ ซึ่งสรุปรวมเป็น 3 แนวทาง ได้แก่ 1) ความต้องการทำให้ประเทศเป็นประเทศปกติที่สามารถใช้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วมได้ 2) ความต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่สหรัฐอเมริกาเป็นผู้ร่าง เพื่อให้ญี่ปุ่นเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญของตนเอง และ 3) ความต้องการทำให้สภาพความเป็นจริงสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะการมีอยู่ของกองกำลังป้องกันตนเอง ดังนั้น การศึกษาเหตุผลความพยายามของนายอาเบะ ผู้เขียนจึงมุ่งพิสูจน์สมมติฐาน 3 แนวทางดังกล่าว เพื่อให้ทราบเหตุผลที่แท้จริงของนายอาเบะ

²⁴ Reiji Yoshida, (2012), Formed in childhood, roots of Abe's conservatism go deep, (ออนไลน์), แหล่งที่มา : <http://www.japantimes.co.jp/news/2015/01/02/national/as-abe-pulls-to-the-right-few-go-with-him/#.VSNZYNYUes2>, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2558

เหตุผลความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของนายกรัฐมนตรี ชินโซ อาเบะ

1. ความต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้ประเทศเป็นประเทศปกติที่สามารถใช้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วม

การที่รัฐธรรมนูญปฏิเสธสิทธิในการป้องกันตนเอง โดยเฉพาะสิทธิในการป้องกันตนเองร่วม ทำให้ญี่ปุ่นต้องตกอยู่ในฐานะเป็นประเทศไม่ปกติ ซึ่งความไม่ปกติของประเทศ ทำให้พวกเขาตินิยมและอนุรักษ์นิยมในประเทศญี่ปุ่นมองว่าญี่ปุ่นไม่เป็นเอกราชอย่างแท้จริง โดยนายอาเบะเองก็เช่นเดียวกัน ดังที่เขา กล่าวว่า “ข้าพเจ้าต้องการบรรลุความปรารถนาของตาในการกลับไปสู่ความเป็นเอกราชอย่างแท้จริง”²⁵ และนอกจากความไม่ปกติของประเทศ จะทำให้ประเทศไม่เป็นเอกราชอย่างแท้จริงแล้ว ในสายตาของนายอาเบะ ยังมองว่าข้อจำกัดนี้เป็นอุปสรรคต่อแนวทางความมั่นคงและการป้องกันประเทศท่ามกลางภัยคุกคามความมั่นคงแห่งชาติ อีกทั้ง ยังเป็นอุปสรรคต่อการสร้างภาพลักษณ์ของการเสียดุลเพื่อประชาคมระหว่างประเทศ อันซึ่งสำคัญต่อญี่ปุ่นที่มีเป้าหมายจะก้าวไปยืนในตำแหน่งผู้นำในเวทีระหว่างประเทศภายใต้วิสัยทัศน์ “สันตินิยมเชิงรุก” และการเป็น “ญี่ปุ่นที่เข้มแข็ง”

ในช่วงปลายปี 2013 รัฐบาลของนายอาเบะได้ผ่านโครงการป้องกันประเทศ (National Defense Program Guideline) โครงการเตรียมกำลังป้องกันประเทศระยะกลาง (Mid-Term Defense Defense Program) และยุทธศาสตร์ป้องกันความมั่นคงแห่งชาติ (National Defense Strategy) เพื่อรองรับยุทธศาสตร์ความมั่นคงของเขา โดยเป็นการวางแนวทางเพิ่มศักยภาพทางการทหาร และวางแนวทางในการป้องกันประเทศที่ประเมินจากสถานการณ์ความมั่นคงในปัจจุบัน ซึ่งจากการประเมินสถานการณ์ความมั่นคงในปัจจุบัน ญี่ปุ่นมองปัจจัยที่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ประกอบด้วย **ภัยคุกคามระหว่างประเทศ** ที่ทั่วโลกกำลังประสปร่วมกัน เช่น การก่อการร้าย การแพร่กระจายอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง สงครามกองโจร เป็นต้น **ภัยคุกคามในภูมิภาค** ได้แก่ กรณีการเติบโตของจีนที่นายอาเบะวางยุทธศาสตร์ความมั่นคงมุ่งตรงไปที่การสกัดกั้นการเติบโตของจีนเป็นหลัก ดังที่ได้แสดงทัศนะที่เปิดเผยเกี่ยวกับการมองจีนว่าเป็นภัยคุกคาม ถึงกับมีการใช้ข้อความว่า จีนเป็นประเทศที่ “กำลังเติบโตในความอหังการ”²⁶ กรณีการครอบครองและทดลองอาวุธที่มีอำนาจทำลายล้างสูง (Weapon of mass destruction : WMD) ของเกาหลีเหนือ ที่ในช่วงหลังญี่ปุ่นพบโดรน (Drone) ซึ่งเป็นเครื่องบิน/อากาศยานไร้คนขับที่เกาหลีเหนือได้พยายามพัฒนาและทดลองตกอยู่ในพรมแดนของตนเองบ่อยขึ้น รวมถึงกรณีการเพิ่มแสนยานุภาพทางการทหารของรัสเซีย และการขัดแย้งผลประโยชน์อันเกิดจากกรณีพิพาทหมู่เกาะดินแดนกับประเทศเพื่อนบ้าน ประกอบด้วย กรณีพิพาทพรมแดนบริเวณหมู่เกาะเตียวหยู (Diaoyu) /เซนคาคุ (Senkaku) ระหว่างจีนและญี่ปุ่น ที่ต่างฝ่ายต่างอ้างกรรมสิทธิ์ในการครอบครอง และในช่วงหลังสถานการณ์ตึงเครียดขึ้นมาก ดังเช่น ในปลายปี 2013 จีนได้ประกาศเขตแสดงตนเพื่อการป้องกันภัยทางอากาศ (Air Defense Identification Zone : ADIZ) ครอบคลุมน่านฟ้าเหนือหมู่เกาะดังกล่าว กรณีพิพาทบริเวณหมู่เกาะต็อกโด (Tokdo) / ทาเคชิม่า (Takeshima) ระหว่างญี่ปุ่นและเกาหลีใต้ ซึ่งสถานการณ์การอ้างกรรมสิทธิ์ครอบครองก็ตึงเครียดไม่น้อยเช่นกัน และกรณีพิพาทพรมแดนบริเวณหมู่เกาะคูริลใต้ (Southern Kuril) ระหว่างญี่ปุ่นและรัสเซียที่ยังไม่สามารถหาข้อยุติได้

²⁵ Reiji Yoshida , เรื่องเดียวกัน

²⁶ John Hoflana , (2014) , PM Abe publicly declares need to revise Japan’s pacifist constitution , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://japandailynews.com/pm-abe-publicly-declares-need-to-revise-japans-pacifist-constitution-0241747/>, สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2558

เมื่อนายอาเบะมองความมั่นคงแห่งชาติและผลประโยชน์แห่งชาติดังกล่าว เขาจึงมีแนวทางเชิงรุกเพื่อตอบสนองยุทธศาสตร์ด้านความมั่นคง ได้แก่ การจัดตั้งคณะที่ปรึกษาของรัฐบาลสำหรับการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันตนเอง (A government advisory committee on defense-related legal reforms) เพื่อการวางแผนปฏิรูปแนวทางความมั่นคง และกฎหมายความมั่นคงต่างๆ อันจะสนับสนุนภารกิจของกองกำลังป้องกันตนเองที่จะขยายบทบาท และตอบสนองต่อการเข้าไปมีบทบาทในการรักษาความมั่นคงและสันติภาพระหว่างประเทศ การยกเลิกกฎหมายการส่งออกอาวุธนอกประเทศ การขยายความร่วมมือด้านอาวุธยุทธโศปกรณ์กับประเทศพันธมิตร เช่น ออสเตรเลีย และขยายมายังภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะประเทศที่มีข้อพิพาทกับจีน อันได้แก่เวียดนามและฟิลิปปินส์²⁷ รวมทั้งการพิจารณาแก้ไขกฎหมายที่อนุญาตให้กองกำลังป้องกันตนเองสามารถใช้อาวุธเพื่อช่วยเหลือพลเมืองญี่ปุ่นที่อยู่ภายนอกประเทศหากตกอยู่ภายใต้การโจมตีได้ ทั้งนี้ นอกจากการปฏิรูปกฎหมายแล้ว นายอาเบะยังประกาศจัดตั้งสภาความมั่นคงแห่งชาติ (National Security Council : NSC) เพื่อเป็นหน่วยงานความมั่นคงรูปแบบเดียวกับสภาความมั่นคงของทำเนียบขาวของสหรัฐอเมริกา มีหน้าที่กำหนดยุทธศาสตร์ รวบรวมข้อมูลและช่วยให้รัฐบาลหามาตรการรับมือกับปัญหาความมั่นคงได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันท่วงที

จากการที่นายอาเบะให้ความสำคัญกับความมั่นคงแห่งชาติและผลประโยชน์แห่งชาติ ทั้งด้านความมั่นคงและบูรณาภาพแห่งดินแดนสูงมาก เขาจึงมองว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 9 เป็นอุปสรรค ซึ่งเขาต้องการแก้ไขมาตรา 9 เพื่อกำจัดข้อจำกัดทางการทหารของประเทศ เพื่อเปิดทางให้ญี่ปุ่นสามารถเพิ่มขีดสมรรถนะในการป้องกันตนเองได้อย่างเต็มที่ อันจะส่งเสริมต่อเป้าหมายการสกัดกั้นจีน อนึ่ง ด้วยยุทธศาสตร์ความมั่นคงและการป้องกันประเทศของญี่ปุ่นได้ผูกโยงไว้กับยุทธศาสตร์ความมั่นคงของสหรัฐอเมริกาอย่างเหนียวแน่นภายใต้สนธิสัญญาความมั่นคงร่วม ก็ทำให้นายอาเบะปรารถนาที่จะบูรณาการความร่วมมือทางการทหารกับสหรัฐอเมริกาในลักษณะหุ้นส่วนที่เท่าเทียมกัน ทั้งเพื่อเป้าหมายสกัดกั้นการเติบโตของจีนและเป้าหมายในการส่งเสริมผลประโยชน์และความมั่นคงของญี่ปุ่นทั่วโลก นอกจากนี้ ด้วยภาพลักษณ์ของญี่ปุ่นที่ตกต่ำในเรื่องการแสดงความรับผิดชอบต่อกิจการของโลก นายอาเบะก็ปรารถนาให้ประเทศสามารถใช้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วมได้อย่างปกติ เพื่อวัตถุประสงค์ของการส่งกองกำลังออกนอกประเทศเพื่อมีส่วนร่วมเชิงรุกในกิจกรรมการรักษาสันติภาพและเสถียรภาพระหว่างประเทศได้²⁸

2. ความต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้ชาวญี่ปุ่นมีรัฐธรรมนูญที่ตนเองเป็นผู้ร่าง

จากพื้นฐานชีวิต แนวคิดและอุดมการณ์ของเขาส่งผลให้นโยบายของเขามีความเป็นชาตินิยมสูงเช่นกัน ในช่วงการหาเสียงก่อนการเลือกตั้ง เขาใช้คำพูดเชิงชาตินิยมปลุกกระตมพวกผู้ชาตินิยมให้สนับสนุน ซึ่งเขาประสบความสำเร็จอย่างถล่มทลาย ต่อมาในเดือนธันวาคม 2013 ที่ผ่านมานี้ เขาตัดสินใจเดินทางไปสักการะศาลเจ้ายาสุคุนิ (Yasukuni shrine) ซึ่งเป็นสถานที่ที่จีนและประเทศในคาบสมุทรเกาหลีมองว่าเป็นที่ฝังศพอาชญากรสงครามและได้คัดค้านการเดินทางไปเยือน เพราะแสดงถึงความไม่เคยละอายใจต่อการรุกรานอย่างโหดร้าย

²⁷ Lionel Pierre Fatton , (2014) , Japan's New Defense Posture : What are the implications of Japan's constitutional reinterpretation on regional security dynamics? , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://thediplomat.com/2014/07/japans-new-defense-posture/> , สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2557

²⁸ John W. Traphagan , (2013) ,Revising the Japanese Constitution : Amending Article 9 may seem logical, but it could have implications for the way Japan sees itself , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://thediplomat.com/2013/05/revising-the-japanese-constitution/> , สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2557

ในอดีต แต่นายอาเบกลับให้เหตุผลว่าศาลเจ้าแห่งนั้นเป็นที่ฝังศพวิญญาณบรรพบุรุษผู้กล้าของประเทศญี่ปุ่นที่สละชีวิตเพื่อปกป้องประเทศอย่างหาที่เปรียบไม่ได้²⁹ ในการนี้ แนวคิดชาตินิยมของคนญี่ปุ่น รวมถึงตัวนายอาเบ เชื่อมาโดยตลอดว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็น “ของขวัญอันล้ำค่าจากการยอมจำนนในยุคยึดครอง”³⁰ โดยเชื่อว่ารัฐธรรมนูญที่ได้รับการร่างขึ้นจากสหรัฐอเมริกา นั้น ไม่ใช่รัฐธรรมนูญของชาวญี่ปุ่นอย่างแท้จริง เป็นเรื่องน่าอึดอัดใจอย่างยิ่งสำหรับญี่ปุ่นที่จะเรียกรัฐธรรมนูญนี้ว่า “รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น” เพราะการร่างขึ้นโดยบุคคลภายนอกที่ไม่ได้ใส่ใจต่อจิตวิญญาณของชาวญี่ปุ่น ทำให้รัฐธรรมนูญมีรูปแบบที่เน้นปัจเจกแบบตะวันตกซึ่งกักร่อนธรรมนิยม ประเพณี และค่านิยมของชาวญี่ปุ่นที่มุ่งเน้นความเป็นกลุ่มก้อน จึงถือเป็นเรื่องไม่ถูกต้องที่รัฐธรรมนูญถูกนำมาบังคับใช้กับชาวญี่ปุ่นโดยที่ชาวญี่ปุ่นไม่ได้เป็นผู้ร่าง³¹ และที่สำคัญคือ พวกเขารู้สึกตรงกันว่านี่เป็นความน่าขมขื่นอย่างแสนสาหัสที่ประเทศที่เคยยิ่งใหญ่ มีเกียรติภูมิศักดิ์ศรี มีวัฒนธรรมและประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนานเช่นญี่ปุ่นต้องมาตกอยู่ในสถานะต่ำต้อยและจำเป็นต้องเดินตามระบบที่ตนเองไม่ใช่ผู้กำหนดเองเช่นนี้³² ดังนั้น นายอาเบจึงเห็นว่าประเทศควรแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อทำให้ความภาคภูมิใจในชาติกลับคืนมาจากการมีรัฐธรรมนูญที่เป็นของชาวญี่ปุ่นเอง ซึ่งการมีรัฐธรรมนูญที่ชาวญี่ปุ่นเป็นเจ้าของ จะทำให้ญี่ปุ่นเป็นชาติแห่งความภาคภูมิใจ (Proud Nation) และกลายเป็นญี่ปุ่นอย่างแท้จริง³³ ดังที่นายอาเบยืนยันมาตลอดว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะเป็นเรื่องของความภาคภูมิใจในชาติเหนือกว่าเหตุผลอื่นใด³⁴

3. ความต้องการทำให้สภาพความเป็นจริงสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะการมีอยู่ของกองกำลังป้องกันตนเอง

นอกจากความคลุมเครือทางกฎหมายเกี่ยวกับการปรับการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 จะทำให้เกิดการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางและหลายฝ่ายในประเทศต้องการแก้ไขปัญหานี้ให้มีความชัดเจนแล้ว ปัญหาสภาพความเป็นจริงของการดำรงอยู่และศักยภาพของกองกำลังป้องกันตนเองญี่ปุ่น ก็เป็นอีกปัญหาหนึ่งที่ขัดแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 โดยปัจจุบันญี่ปุ่นมีกองทัพที่มีความซับซ้อนและเป็นประเทศหนึ่งในสิบของโลกที่ใช้จ่ายงบประมาณทางการทหารมากที่สุด³⁵ และการใช้จ่ายงบประมาณเพื่อเสริมสร้างขีดสมรรถนะในการป้องกันประเทศ เห็นได้ชัดว่าญี่ปุ่นคือ “ประเทศที่มีงบประมาณการทหารยอดเยี่ยมและมีอาวุธยุทโธปกรณ์ยอดเยี่ยม”³⁶ โดยตั้งแต่ปลายทศวรรษ 1980 เป็นต้นมา งบประมาณทางการทหารของญี่ปุ่นเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง

²⁹ Hannah Beech and Nancy Gibbs , (2014) ,The Patriot: Shinzo Abe Speaks to TIME , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://time.com/65673/shinzo-abe-japan-interview/> , สืบค้นเมื่อวันที่ 26 ธันวาคม 2557

³⁰ Stephen Harner , อ้างแล้ว

³¹ ชาญวิทย์ ชัยกันย์ , อ้างแล้ว , น. 16

³² Toshiya Takahashi , (2013) , Abe’s campaign to revise Japan’s Constitution , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://www.eastasiaforum.org/2013/06/15/abes-campaign-to-revise-japans-constitution/> , สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2558

³³ John Hofilena , อ้างแล้ว

³⁴ The Economist , (2013) , Japan’s constitution, back to the future , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://www.economist.com/news/asia/21578712-shinzo-abes-plan-rewrite-japans-constitution-running-trouble-back-future> , สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2558

³⁵ John W. Traphagan , อ้างแล้ว

³⁶ Linda Sieg , (2013) , Japan PM’s ‘stealth’ constitution plan raises civil rights fears , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://www.reuters.com/article/2013/05/02/us-japan-politics-constitution-idUSBRE94101D20130502> , สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2558

ในปี ค.ศ. 2002 ค่าใช้จ่ายในการป้องกันประเทศของญี่ปุ่นติดอันดับ 3 ของโลก รองจากสหรัฐฯ และอังกฤษ³⁷ ในปี ค.ศ. 2009 ค่าใช้จ่ายในการป้องกันประเทศของญี่ปุ่นติดอันดับ 6 ของโลก รองจากสหรัฐฯ จีน ฝรั่งเศส อังกฤษ และรัสเซีย และล่าสุดในปี ค.ศ. 2013 ค่าใช้จ่ายในการป้องกันประเทศของญี่ปุ่นติดอันดับ 8 ของโลก รองจากสหรัฐฯ จีน รัสเซีย ซาอุดีอาระเบีย ฝรั่งเศส อังกฤษ และเยอรมัน³⁸ สภาพดังกล่าวได้ทำให้รัฐบาลหลายรัฐบาลของญี่ปุ่นเผชิญปัญหาเมื่อเกิดคำถามจากทั้งภายในและภายนอกประเทศ แต่รัฐบาลไม่สามารถตอบคำถามให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสภาพความขัดแย้งดังกล่าวได้ มีหน้าซ้ำยังเดินทางขยายแนวความมั่นคงและการป้องกันประเทศเพื่อให้ตอบสนองต่อความมั่นคงแห่งชาติต่อไป จนทำให้สภาพปัญหาความคลุมเครือดังกล่าวเพิ่มขึ้นทุกขณะ ในกรณีนี้ มีผู้กล่าวว่า ทางเลือกที่ยุติปัญหาสภาพดังกล่าวของญี่ปุ่น เพื่อให้แนวทางปฏิบัติสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญนั้น มีอยู่สองทาง คือ 1) การละทิ้งกิจการทหารและแนวความมั่นคงและการป้องกันประเทศ แล้วหันกลับไปสู่จุดยืนแรกของรัฐธรรมนูญ กับ 2) การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 เพื่อยุติปัญหา ซึ่งแน่นอนว่าอาเบะเองเห็นความจำเป็นของการมีอยู่ของกองกำลังป้องกันตนเองที่สมควรทำให้ถูกต้องชอบธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญ และแน่นอนว่าสำหรับนายอาเบะนั้นทางเลือกแรกไม่มีทางเกิดขึ้น

ทั้งนี้ เมื่อประกาศความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 แล้ว นายอาเบะได้ดำเนินการเพื่อให้บรรลุซึ่งความพยายามของเขา ดังนี้

1. แก้ไขกฎหมายการทำประชามติเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Japan's national referendum law)

จากการที่กฎหมายการทำประชามติเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Japan's national referendum law) ไม่สามารถบังคับใช้ได้ ในปี 2010 เนื่องมาจากปัญหาหลายประการยังไม่ยุติ ได้แก่ การกำหนดอายุผู้มีสิทธิลงคะแนนประชามติเป็น 18 ปี ในขณะที่กฎหมายส่วนใหญ่ของประเทศกำหนดอายุผู้บรรลุนิติภาวะไว้ที่ 20 ปี การกำหนดเกณฑ์การลงประชามติไว้ว่าต้องได้รับคะแนนเสียงส่วนใหญ่จากจำนวนประชาชนผู้มาลงประชามติทั้งหมด ซึ่งเกิดคำถามว่าสมควรหรือไม่กับการเปลี่ยนแปลงกฎหมายสูงสุดของชาติแต่ใช้คะแนนการสนับสนุนจากประชาชนเพียงจำนวนน้อยนิดเท่านั้น และยังมีประเด็นการจำกัดสิทธิข้าราชการในกระบวนการดังกล่าวซึ่งไม่เป็นไปตามหลักการสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการประกันไว้ตามรัฐธรรมนูญ³⁹ ซึ่งนายอาเบะนำกฎหมายนี้กลับมาพิจารณาใหม่เพื่อแก้ไขประเด็นที่ยังเป็นปัญหา และขณะนี้ ร่างกฎหมายดังกล่าวได้ผ่านการเห็นชอบของรัฐสภาเรียบร้อยแล้วในเดือนมิถุนายน 2014 คาดว่าจะมีผลบังคับใช้ภายในอีก 4 ปีข้างหน้า

2. พยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 96 เพื่อลดอุปสรรคในการแก้ไข มาตรา 9

มาตรา 96

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ ให้รัฐสภาเป็นผู้ริเริ่ม เมื่อมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยสองในสามหรือมากกว่าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของแต่ละสภา ให้เสนอต่อประชาชนเพื่อให้สัตยาบัน ซึ่งจะต้องได้คะแนนเสียงข้างมากของคะแนนเสียงทั้งหมด ยืนยันในการลงประชามติพิเศษ หรือดังเช่นในการเลือกตั้งแล้วแต่รัฐสภาจะกำหนด

³⁷ ไชยวัฒน์ คำชู , อ้างแล้ว , น. 443

³⁸ Stockholm International Peace Research Institute , (2014) , SIPRI Military Expenditure Database , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : http://www.sipri.org/research/armaments/milex/milex_database/milex_database , สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2557

³⁹ Waseda University , (2007) , Major Legislation & Treaties , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://www.waseda.jp/hiken/jp/public/bulletin/pdf/27/ronbun/A02859211-00-000270053.pdf> , สืบค้นเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2557

การแก้ไขรัฐธรรมนูญ เมื่อได้รับการให้สัตยาบันเช่นนี้แล้ว ให้สมเด็จพระมหากษัตริย์ทรงประกาศใช้
 ในนามของประชาชนทันที โดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับนี้⁴⁰

มาตรา 96 แห่งรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ระบุเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาด้วยคะแนน 2 ใน 3 ของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา และต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนด้วยคะแนนเสียงข้างมาก ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวทำให้รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นจัดอยู่ในประเภท รัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยาก (Rigid constitutions) กล่าวคือ เป็นรัฐธรรมนูญที่การแก้ไขเพิ่มเติมไม่สามารถกระทำได้ผ่านกระบวนการบัญญัติทั่วไปตามปกติ⁴¹ ดังนั้น เมื่อนายอาเบะตระหนักถึงเงื่อนไขของมาตรา 96 เขาจึงมีดำริให้แก้ไขมาตรา 96 ก่อน เพื่อเปิดทางให้การแก้ไขมาตรา 9 สามารถทำได้อย่างสะดวกขึ้น โดยต้องการให้แก้ไขสัดส่วนการลงคะแนนเห็นชอบในทั้งสองสภา จากเดิม คือ 2 ใน 3 ของแต่ละสภา ให้เหลือเพียง “เสียงส่วนใหญ่” ทั้งนี้ หลังจากในปลายปี 2012 เขาประสบความสำเร็จจากการได้รับเลือกตั้งเข้ามาดำรงในสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนสนับสนุนอย่างถล่มทลาย มากกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด ทำให้เขาคาดหวังว่า ในการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ในเดือนกรกฎาคม 2013 พรรค LDP และพรรคร่วมรัฐบาลจะได้รับเลือกตั้งด้วยคะแนนเสียงมากกว่า 2 ใน 3 ในสภาสูงเช่นเดียวกัน เพื่อจะทำให้แก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 96 ได้เร็ววัน

แต่เมื่อประกาศความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 96 ออกไป ความเห็นต่อต้านจากประชาชนก็มีเพิ่มขึ้น ดังจะเห็นได้จากผลการสำรวจความเห็นของประชาชนที่ในช่วงแรก มีความเห็นสนับสนุนมากกว่าต่อต้าน โดยในเดือนเมษายน 2013 ผลสำรวจของหนังสือพิมพ์ The Sankei Shimbun พบว่าสนับสนุนความพยายามในการแก้ไขมาตรา 96 44.7 % และต่อต้าน 42.1 % ของจำนวนผู้ถูกสำรวจทั้งหมด ต่อมาในเดือนพฤษภาคม 2013 ผลสำรวจของหนังสือพิมพ์ The Mainichi Shimbun พบว่า ความเห็นต่อต้านมีมากกว่า แต่ตัวเลขความแตกต่างระหว่างการสนับสนุนและการต่อต้านยังไม่ต่างกันมาก โดยสนับสนุน 42 % และต่อต้าน 46 % และถัดมาในเดือนมิถุนายน ผลสำรวจปรากฏว่าการต่อต้านมีมากกว่าและตัวเลขความแตกต่างระหว่างการสนับสนุนและการต่อต้านมีต่างกันมากขึ้น โดยผลสำรวจจากหนังสือพิมพ์ The Asahi Shimbun พบว่า สนับสนุนเพียง 31 % และต่อต้านถึง 48 %⁴²

ผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ปรากฏว่าพรรค LDP และพรรคร่วมรัฐบาลได้รับเลือกเข้ามานั่งในสภาสูงเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็ยังเป็นสัดส่วนที่ไม่ถึง 2 ใน 3 ดังที่นายอาเบะปรารถนา ดังนั้น เมื่อสถานการณ์เริ่มไม่เอื้ออำนวยต่อความพยายามของเขา นายอาเบะจึงตัดสินใจเลือกที่จะใช้ความได้เปรียบจากการมีเสียงข้างมากในรัฐสภาผลักดันมาตรการอื่นที่ง่ายกว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญไปก่อน นั่นคือ ปรับการตีความรัฐธรรมนูญอีกครั้งผ่านกระบวนการนิติบัญญัติทั่วไปของรัฐสภาญี่ปุ่นที่ใช้สัดส่วนการเห็นชอบเพียงเสียงข้างมาก

⁴⁰ ไชยวัฒน์ คำชู, อ้างแล้ว, น. 520

⁴¹ พรชัย เลื่อนฉวี, กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง, โอ เอสพริ้นติ้ง เฮาส์, กรุงเทพฯ, 2550, น. 4-5

⁴² The Asahi Shimbun, (2013), Asahi poll: 54% against making constitutional revisions easier, (ออนไลน์), แหล่งที่มา : http://ajw.asahi.com/article/behind_news/politics, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2557

3. พยายามปรับการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ใหม่ ในประเด็นการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วม

ในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2014 ที่ผ่านมาคณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบอย่างเป็นทางการให้มีการปรับการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ใหม่ โดยมติคณะรัฐมนตรีญี่ปุ่น ใจความสำคัญบางส่วนระบุว่า

เพื่อเป็นการปรับตัวให้ทันต่อสภาพแวดล้อมด้านความมั่นคงโดยรอบญี่ปุ่นที่เปลี่ยนแปลงไป และเพื่อปกป้องชีวิต ความสงบสุขในการใช้ชีวิตของประชาชนภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว รัฐบาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการตีความหมายรัฐธรรมนูญเป็นวิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้สามารถตอบสนองต่อสถานการณ์ได้อย่างเพียงพอ และเหมาะสมภายใต้การตีความแบบใหม่ ในการนี้ เพื่อการปรับการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐบาลแล้ว ความมั่นคงทางกฎหมายและความสอดคล้องกับหลักเหตุผลจึงเป็นสิ่งที่สมควรทำให้เกิดขึ้น ดังนั้น จึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะสร้างข้อสรุปของความเป็นจริงที่เป็นไปตามหลักเหตุผล เพื่อปกป้องความมั่นคงของชีวิต และความสงบสุขในการใช้ชีวิตของประชาชนภายใต้ข้อจำกัดของหลักการพื้นฐานของการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ที่ได้รับการอธิบายโดยรัฐบาลปัจจุบัน

ภาษาที่ใช้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ระบุห้าม “ใช้กำลัง” ทุกรูปแบบในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึง “สิทธิ (ของประชาชน) ในการใช้ชีวิตอยู่อย่างสงบสุข” ดังที่ได้รับการกล่าวไว้ในอารัมภบทคำขึ้นต้นรัฐธรรมนูญและวัตถุประสงค์ของมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ “พวกเขา (ประชาชนทุกคน) มีสิทธิในการดำรงชีวิต มีเสรีภาพและสามารถแสวงหาความสุข” ซึ่งประเด็นดังกล่าวจะเป็นเรื่องสำคัญสูงสุดต่อการพิจารณาการดำเนินนโยบายหรือกิจการใดๆ ของรัฐบาล, มาตรา 9 แห่งรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นไม่สามารถถูกตีความห้ามมิให้ใช้มาตรการป้องกันตนเองเพื่อรักษาไว้ซึ่งสันติภาพ ความมั่นคง และความอยู่รอดได้อีกต่อไป ซึ่งมาตรการสำหรับป้องกันตนเองดังกล่าวจะถูกอนุญาตให้ใช้ได้เพียงเพื่อรับมือกับสถานการณ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยสถานการณ์นั้นจะส่งผลต่อสิทธิในชีวิต เสรีภาพ รวมไปถึงความสุขกายสบายใจของประชาชนที่อาจถูกทำลายจากการโจมตีด้วยอาวุธโดยต่างประเทศ และเพื่อปกป้องสิทธิเหล่านี้ของประชาชน ดังนั้น “การใช้กำลัง” ในขอบเขตขั้นต่ำตามความจำเป็น จะได้รับอนุญาต ซึ่งหลักการพื้นฐานนี้เป็นมุมมองที่ได้รับการนิยามจากรัฐบาลในอดีตที่เห็นว่า “การใช้กำลัง” สามารถได้รับอนุญาตเป็นพิเศษภายใต้มาตรา 9 ดังที่ปรากฏอย่างชัดเจนในเอกสาร “ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในการป้องกันตนเองร่วม กับ รัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นเอกสารที่รัฐบาลส่งให้คณะกรรมการตรวจสอบของวุฒิสภา ในวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1972⁴³

ซึ่งในรายละเอียดของการปรับการตีความ มีการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้กำลังภายใต้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วมไว้ 3 ประเด็นกว้างๆ คือ การใช้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วม เพื่อปกป้องพันธมิตรนั้น การโจมตีที่เกิดกับประเทศพันธมิตรต้องเป็น “ภัยคุกคามอย่างชัดเจน” ต่อความอยู่รอดของญี่ปุ่น หรือล้มล้างสิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพและการแสวงหาความสุขตามรัฐธรรมนูญของพลเมืองญี่ปุ่น และไม่มีหนทางอื่นใดแล้ว นอกจากการใช้กำลังเพื่อป้องกันการโจมตีดังกล่าว รวมทั้ง จะเป็นการใช้กำลังจำกัดเท่าที่จำเป็นขั้นต่ำ ทั้งนี้

⁴³ Prime Minister of Japan and His Cabinet , (2014) , Cabinet Decision on Development of Seamless Security Legislation to Ensure Japan’s Survival and Protect its People , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : http://japan.kantei.go.jp/96_abe/decisions/2014/_icsFiles/afldfile/2014/07/03/anpohosei_eng.pdf สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2557

เป็นที่เข้าใจกันดีว่า มาตรการป้องกันตนเอง เป็นการอนุญาตให้ใช้กำลังเพื่อปกป้องประเทศที่สามที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับญี่ปุ่น ที่ผลจากการโจมตีประเทศดังกล่าวอาจกระทบต่อความมั่นคงของญี่ปุ่นและสวัสดิภาพของประชาชนชาวญี่ปุ่น⁴⁴ และเป็นที่เข้าใจกันดีว่าความพยายามในการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วมมือกันมุ่งไปเพื่อการกระชับความสัมพันธ์ทางการทหารกับสหรัฐอเมริกา

จากที่กล่าวมาทั้งหมด ความพยายามในการปรับการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ใหม่ นำมาสู่ข้อสรุปของเหตุผลความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ที่แท้จริงของนายอาเบะ นั่นคือ **ความต้องการเป็นประเทศปกติที่สามารถใช้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วมได้ เพื่อรักษาความมั่นคงแห่งชาติ รักษาบูรณภาพแห่งดินแดนและอธิปไตยของญี่ปุ่น อีกทั้ง เพื่อผลประโยชน์ของชาติในการเข้าไปร่วมรักษาสันติภาพและเพื่อผลประโยชน์ในการถ่วงดุลกับจีน** อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า หากปรับการตีความมาตรา 9 ครั้งนี้แล้ว แทบจะทำให้ญี่ปุ่นมีความเป็นปกติที่สามารถใช้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วมได้ตั้งเช่นชาติอื่นทั่วไปแล้ว ซึ่งน่าจะไม่มี ความจำเป็นที่ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว แต่เพราะเหตุใดผู้นำญี่ปุ่นยังคงยืนยันกรานที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อไป ซึ่งคำตอบของข้อสังเกตนี้คือ เพราะการปรับการตีความรัฐธรรมนูญไม่ได้ทำให้ประเทศมีรัฐธรรมนูญที่ชาวญี่ปุ่นร่างขึ้นเอง ดังนั้น การมีรัฐธรรมนูญเป็นของชาวญี่ปุ่นอย่างแท้จริงจึงเป็นอีกเหตุผลหลักเหตุผลหนึ่งของนายอาเบะ ในขณะที่สมมติฐานความต้องการทำให้สภาพความเป็นจริงสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ น่าจะเป็นเหตุผลรอง เนื่องจากแม้ว่านายอาเบะจะเห็นความจำเป็นของการดำรงอยู่ของกองกำลังป้องกันตนเองอย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่นายอาเบะก็พยายามปรับการตีความรัฐธรรมนูญใหม่ ซึ่งสวนทางกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและสร้างความคลุมเครือมากขึ้นกว่าเดิม

แนวโน้มความสำเร็จของความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของนายกรัฐมนตรี ชินโซ อาเบะ

หลังจากที่ได้ประกาศความพยายามในการแก้ไขมาตรา 96 และนายอาเบะก็เฝ้ารอผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา โดยเขาได้กล่าวไว้ว่า การเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาจะเป็นตัวบ่งชี้สำคัญว่าประชาชนสนับสนุนความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของเขาหรือไม่ ซึ่งเมื่อผลการเลือกตั้งปรากฏออกมาเช่นนี้ จึงเป็นการบ่งชี้ว่าประชาชนยังไม่เห็นด้วยกับนโยบายของเขา ดังนั้น เขาได้เลือกที่จะผลักดันให้มีการปรับการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 แทน แต่ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน 2014 เขาก็ได้ประกาศยุบสภา อันมีสาเหตุเนื่องมาจากปัญหาเศรษฐกิจของประเทศ ในการนี้ เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า นายอาเบะไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ได้สำเร็จภายในช่วงการดำรงตำแหน่งครั้งที่สองดังที่เคยกล่าวไว้ และแนวโน้มความสำเร็จของความพยายามของเขาที่จะมีการผลักดันต่อไปก็มีโอกาสสำเร็จน้อย ซึ่งอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ความพยายามในการแก้ไขมาตรา 9 ของนายอาเบะต้องสะดุดลง เนื่องจากปัจจัยดังนี้

⁴⁴ Kamiya Mataka , (2014) , Japanese Public Opinions about the Exercise of the Right of Collective Self-Defense , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://www.japanpolicyforum.jp/en/archives/politics/pt20140925231907.html> , สืบค้นเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2557

1. บริบทภายในประเทศ : มติมหาชนญี่ปุ่น

แม้ปัจจุบัน หลายฝ่ายเห็นด้วยกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 มากขึ้น ดังที่นายอาเบะมั่นใจในระดับหนึ่งจนประกาศความพยายามที่จะแก้ไข แต่ความพยายามของเขาก็ยังคงเผชิญอุปสรรคสำคัญที่สุด นั่นคือ มติมหาชนในประเทศที่ยังคัดค้านอยู่เป็นส่วนใหญ่ ดังที่ปรากฏจากผลการสำรวจความเห็นของประชาชนเกี่ยวกับมาตรา 9 ดังนี้

ตารางความเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9

ผู้ทำการสำรวจ	ช่วงเวลาทำการสำรวจ	ผลการสำรวจ (% ของผู้ตอบแบบสอบถาม)
The Asahi Shimbun	March –April 2013	สนับสนุน 39 % ไม่สนับสนุน 52 %
The Nikkei	April 2013	สนับสนุน 38 % ไม่สนับสนุน 54 %
The Asahi Shimbun	February- March 2014	สนับสนุน 29 % ไม่สนับสนุน 64 %
The Tokyo Shimbun	May 2014	สนับสนุน 24 % ไม่สนับสนุน 62 %

ที่มา : The China Post⁴⁵

ผลการสำรวจความเห็นของประชาชนเกี่ยวกับความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของนายอาเบะ พบว่า ผลสำรวจส่วนใหญ่ของสำนักต่างๆ ประชาชนไม่สนับสนุนความพยายามของนายอาเบะ โดยผลสำรวจของ The Asahi Shimbun ในช่วงเดือนมีนาคม – เมษายน 2013 ประชาชนผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยกับการแก้ไขมาตรา 9 32% ไม่เห็นด้วย 52% ของจำนวนผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด ซึ่งมีทิศทางเช่นเดียวกับ The Nikkei ที่สำรวจในช่วงระยะเวลาใกล้เคียงกัน โดย 38% เห็นด้วย และ 54% ไม่เห็นด้วย ต่อมา ช่วงต้นถึงกลางปี 2014 ผลการสำรวจจาก The Asahi Shimbun และ The Tokyo Shimbun ก็ปรากฏผลเช่นเดียวกัน โดยผลสำรวจของ The Asahi Shimbun ปรากฏว่า เห็นด้วย 29% ไม่เห็นด้วย 64% และผลสำรวจของ The Tokyo Shimbun เห็นด้วย 24% ไม่เห็นด้วย 62% ซึ่งเป็นตัวเลขที่ใกล้เคียงกันมาก ทั้งนี้ จากผลสำรวจแนวโน้มที่ปรากฏออกมาแสดงให้เห็นว่าประชาชนสนับสนุนความพยายามของนายอาเบะลดน้อยลง เห็นได้จากความแตกต่างระหว่างการเห็นด้วยและไม่เห็นด้วย เทียบระหว่างช่วงปี 2013 และ 2014 มีช่องว่างมากขึ้น

⁴⁵ The China Post , (2014) , 42 percent of Japanese favor constitutional amendment: poll , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://www.chinapost.com.tw/asia/japan/2014/03/17/402971/42-percent.htm> , สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2557

ในการนี้ เมื่อสำรวจความเห็นของประชาชนว่าเพราะเหตุใดจึงยังไม่เห็นด้วยกับความพยายามของ นายอาเบะ พบว่า ประชาชนเริ่มระแวงในความพยายามที่เร่งรัดของอาเบะ โดยเฉพาะนักการเมืองที่ความเห็น แตกแยกและฝ่ายซ้ายในประเทศระแวงว่าความพยายามนี้เป็นไปเพื่อบรรลุเป้าหมายของฝ่ายขวาเอง ในขณะที่ เหตุผลสำคัญที่สุดก็คือ ประชาชนให้ความสนใจกับชีวิตประจำวันของพวกเขามากกว่า พวกเขา mong ว่านายอาเบะ ควรให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจและตอบสนองสิ่งที่ประชาชนต้องการก่อนที่จะไปผลักดันการ แก้ไขรัฐธรรมนูญที่เป็นเรื่องไกลตัว⁴⁶ อนึ่ง ปัญหาเศรษฐกิจของญี่ปุ่นที่ตกต่ำมานานกว่าสองทศวรรษ ทำให้นายอาเบะประกาศใช้มาตรการฟื้นฟูเศรษฐกิจที่เรียกว่า “อาเบะโนมิกส์” (Abenomics) ในช่วงแรกสามารถ กระตุ้นเศรษฐกิจได้ค่อนข้างดี แต่ต่อมาก็เริ่มไม่ประสบผลสำเร็จเมื่อมีการปรับขึ้นภาษีผู้บริโภค สถานการณ์ เศรษฐกิจย่ำแย่ลง จนกระทั่งนายอาเบะประกาศยุบสภาในเดือนพฤศจิกายน 2014 ซึ่งเหตุผลทางเศรษฐกิจ ที่ประชาชนต้องการเห็นรัฐบาลแก้ไขก่อนเป็นอันดับแรกนั้น ตอกย้ำออกมาในรูปของผลสำรวจอีกครั้ง เมื่อนายอาเบะได้รับเลือกตั้งกลับมาใหม่ในอีกหนึ่งเดือนถัดมา โดย The Asahi Shimbun ทำการสำรวจระหว่าง วันที่ 15 -16 ธันวาคม 2014 พบว่า 30% ของผู้ตอบแบบสำรวจให้ความสำคัญกับเรื่องเศรษฐกิจและการว่างงาน มีเพียง 3% เท่านั้นที่ต้องการให้รัฐบาลแก้ไขรัฐธรรมนูญ⁴⁷ นอกเหนือจากนี้ เหตุผลสำคัญอีกเหตุผลหนึ่งก็คือ บรรทัดฐานในการยึดมั่นหลักการสันติภาพได้ฝังรากลึกอยู่ในสังคมญี่ปุ่นแล้ว มีประชาชนสูงวัยก็วิพากษ์วิจารณ์ ถึงการที่นายอาเบะไม่เคยมีประสบการณ์ในช่วงสงครามจึงมองภาพความโหดร้ายไม่ออก พวกเขากลัวว่าการ แก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 จะนำพาประเทศเข้าสู่สงครามอีกครั้ง ในขณะที่ประชาชนญี่ปุ่นส่วนใหญ่มักก็ยังคงภูมิใจ ที่มีรัฐธรรมนูญฉบับสันติภาพฉบับเดียวในโลกที่ทำให้ประเทศปราศจากสงครามมาเกือบ 7 ทศวรรษ พวกเขา มองว่าหลักการสันติภาพไม่เพียงบังเกิดผลแต่ในสังคมญี่ปุ่น แต่หลักการสันติภาพของรัฐธรรมนูญนี้ ถูกใช้เป็น เครื่องมือระหว่างประเทศในการลดการใช้การเพิ่มกำลังทหาร ส่งเสริมการป้องกันความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้น และ ส่งเสริมหลักการเขตปลอดอาวุธนิวเคลียร์ (nuclear-weapon-free zones) และยังคงส่งเสริมหลักการสำคัญอื่นๆ ในโลกอีกมากมาย ไม่เพียงเท่านั้น พวกเขา ยังมองว่ามาตรา 9 ได้สร้างเสถียรภาพในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียง ภายาวนานกว่า 6 ทศวรรษ และหากมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ พวกเขาเกรงว่าจะทำให้เกิดความตึงเครียดขึ้น ในภูมิภาคได้ โดยเฉพาะในความสัมพันธ์กับจีนและเกาหลีใต้⁴⁸

2. บริบทภายนอกประเทศ : ปฏิกริยาของประเทศเพื่อนบ้านที่มีต่อการขยายบทบาททางทหารของ ญี่ปุ่น

ถึงแม้ว่านายอาเบะพยายามอธิบายถึงแนวทางความมั่นคงของเขาวว่า มีความมุ่งหมายที่จะสร้างสังคมโลก ที่เป็นอิสระปราศจากความทุกข์ทรมานจากการทำลายล้างโดยสงคราม และให้คำมั่นสัญญาว่าญี่ปุ่นจะไม่กลับไปสู่ หนทางแห่งสงครามอีก⁴⁹ แต่กระนั้นก็ตาม ความบอบช้ำและประสบการณ์เลวร้ายทางการทหารของญี่ปุ่น

⁴⁶ Reiji Yoshida , (2015) , As Abe pulls to the right, few go with him , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://www.japantimes.co.jp/news/2015/01/02/national/as-abe-pulls-to-the-right-few-go-with-him/#.VRu8PPyUes1> , สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2558

⁴⁷ Reiji Yoshida , เรื่องเดียวกัน

⁴⁸ Global Article 9 Campaign , (2014) Prime Minister Shinzo Abe: Save Japan’s Peace Constitution , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <https://www.change.org/p/prime-minister-shinzo-abe-save-japan-s-peace-constitution> , สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2558

⁴⁹ Hannah Beech and Nancy Gibbs , อ้างแล้ว

ในช่วงสงคราม ช่วงระหว่างปี 1910-1945 ที่ประเทศเพื่อนบ้านอย่างจีนและเกาหลีต้องประสบ ก็ทำให้ชาวจีนและชาวเกาหลีฝังใจ และมองว่าญี่ปุ่นไม่เคยสำนึก ดังนั้น ปฏิกริยาของเพื่อนบ้านที่มีต่อการขยายบทบาททางการทหารของญี่ปุ่นจึงเป็นไปในลักษณะต่อต้านอย่างชัดเจน โดยจีนเฝ้ามองการเป็นพันธมิตรทางการทหารระหว่างญี่ปุ่นและสหรัฐอเมริกาอย่างหวาดระแวง จีนต่อต้านการขยายบทบาททางการทหารของญี่ปุ่นทั้งในแง่ประวัติศาสตร์ที่มองว่าญี่ปุ่นไม่เคยสำนึกและต้องการกลับไปสู่ลัทธิทหารอีกครั้ง และในแง่ความมั่นคงที่การขยายบทบาททางการทหารของญี่ปุ่นไม่เป็นผลดีต่อกรณีพิพาทดินแดนหมู่เกาะระหว่างกัน ซึ่งในขณะที่ญี่ปุ่นขยายบทบาททางการทหารเพื่อสกัดกั้นจีนมากขึ้น จีนก็ตอบโต้ ดังเช่น เมื่อรัฐบาลญี่ปุ่นออกเอกสารด้านความมั่นคงช่วงปลายปี 2013 จีนก็แสดงความไม่พอใจ และกล่าวประณามอย่างชัดเจนว่า “เป็นการยากลำบากอย่างแสนสาหัสที่จะเห็นด้วยกับการที่ประเทศซึ่งมีผู้นำที่สวดุติต่ออาชญากรรมสงครามกำลังวางแผนฟื้นฟูกำลังทหารของตนอย่างเป็นทางการ”⁵⁰ และเมื่อคณะรัฐมนตรีนายอาเบะเห็นชอบให้ปรับการตีความมาตรา 9 นายสี จิ้นผิง (Xi Jinping) ก็ได้ออกมาตำหนิอย่างเปิดเผย โดยกล่าวว่าต่อต้านการดำเนินการใดๆ ของรัฐบาลญี่ปุ่นที่จะทำให้ภูมิภาคไม่สงบสุข ในส่วนของเกาหลีใต้ก็มีท่าทีคล้ายกับจีน ทั้งมีภูมิหลังประวัติศาสตร์ช่วงสงครามและกรณีพิพาทดินแดนหมู่เกาะ ซึ่งการขยายบทบาททางการทหารของญี่ปุ่นก็ทำให้เกาหลีใต้ไม่พอใจอย่างมาก โดยเมื่อคณะรัฐมนตรีของนายอาเบะเห็นชอบให้ปรับการตีความรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีปาร์ค กึนฮเย (Park Geun-hye) กล่าวว่าญี่ปุ่นกำลังเดินกลับไปสู่ออดีต ซึ่งจะทำให้สถานการณ์ในภูมิภาคตึงเครียดมากขึ้นและไม่เป็นผลดีต่อความสงบสุขของภูมิภาค⁵¹ (Kim and Shi, 2014) นอกจากนี้ กระทรวงการต่างประเทศเกาหลีใต้แสดงความเห็นต่อการดำเนินการดังกล่าวของนายอาเบะทันทีว่า “เกาหลีใต้จะไม่ทนต่อการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วมของญี่ปุ่นหากการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นไปในลักษณะที่เกาหลีใต้ไม่เห็นชอบด้วยและกระทบต่อความมั่นคงของคาบสมุทรเกาหลีหรือกระทบต่อผลประโยชน์แห่งชาติของเกาหลีใต้ ซึ่งผู้นำสภาแห่งชาติ (National Assembly) ก็กล่าวโจมตีญี่ปุ่นอย่างเปิดเผยว่า “ญี่ปุ่นกำลังเดินบนเส้นทางเปี่ยงเบนไปจากสิ่งที่ประเทศปกติควรจะทำในศตวรรษที่ 21”⁵² ในส่วนของเกาหลีเหนือ ก็เป็นอีกประเทศที่มีปฏิกริยาค่อนข้างรุนแรงกับการขยายบทบาททางการทหารของญี่ปุ่น ดังที่ฝ่ายความมั่นคงและรัฐบาลของเกาหลีเหนือได้ใช้คำพูดที่ดูคั่นต่อนโยบายความมั่นคงของนายอาเบะว่า นายอาเบะเป็น “ผู้คลั่งลัทธิทหาร” (militarist maniac) โดยตีพิมพ์แนวคิดดังกล่าวผ่านบทความที่มีชื่อว่า “การกำเนิดของฮิตเลอร์เอเชีย” (Is this the emergence of an Asian Hitler) ซึ่งเห็นว่านายอาเบะกำลังเติมเชื้อไฟเรื่องภัยคุกคามจากชิปนาวูธและนิวเคลียร์จากเกาหลีเหนือ

⁵⁰ Generational Dynamics, (2013), China denounces Japan’s planned military expansion , (ออนไลน์), แหล่งที่มา : <http://www.generationaldynamics.com/pg/xct.gd.e131222.htm> , สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2557

⁵¹ Sam Kim and Ting Shi, (2014), Japan’s Expanded Military Role Concerns Xi and Park , (ออนไลน์), แหล่งที่มา : <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-07-04/xi-park-urge-resuming-talks-on-north-korea-nuke-program> , สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2558

⁵² Ashley Rowland and Yoo Kyong Chang , (2014), South Korea tempers response to Japan’s expanded military role , (ออนไลน์) , แหล่งที่มา : <http://www.stripes.com/news/south-korea-tempers-response-to-japan-s-expanded-military-role-1.292268> , สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2558

เพื่อส่งเสริมการขยายบทบาททางการทหารของญี่ปุ่น ซึ่งการกระทำของอาเบะไม่แตกต่างจากการกระทำของฮิตเลอร์ในอดีตที่ทะเยอทะยานและพยายามเข้าร่วมสงครามเพื่อขยายอำนาจของตน⁵³ (Australia Network News, 2014) และในส่วนของรัสเซีย แม้ว่าไม่ได้ประสบกับลัทธิทหารที่โหดร้ายของญี่ปุ่นเหมือนกับจีนและประเทศในคาบสมุทรเกาหลี แต่รัสเซียก็มีประเด็นพิพาทดินแดนหมู่เกาะคูริลใต้ (Southern Kuril) กับญี่ปุ่น ซึ่งเมื่อประกอบรวมกับการเป็นพันธมิตรทางการทหารกับสหรัฐอเมริกา ก็ทำให้รัสเซียไม่อาจเพิกเฉยต่อการขยายบทบาททางการทหารของญี่ปุ่นได้

ท่าทีของประเทศเพื่อนบ้านมีความสำคัญต่อการดำเนินนโยบายของญี่ปุ่น เนื่องจากภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นภูมิภาคที่มีความเชื่อมโยงกันสูงมากทางเศรษฐกิจ แต่ประเทศต่างเป็นคู่ค้าสำคัญในลำดับต้นๆ ของกันและกัน โดยในปี 2013 ญี่ปุ่นมีจีน และเกาหลีใต้ เป็นคู่ค้าสำคัญ ญี่ปุ่นส่งออกไปจีนเป็นอันดับสอง รองจากสหรัฐอเมริกา ส่งออกไปเกาหลีใต้เป็นอันดับสาม ในขณะที่ญี่ปุ่นนำเข้าจากจีนเป็นอันดับหนึ่ง นำเข้าจากเกาหลีใต้เป็นอันดับ 7 ในส่วนของประเทศจีนก็ส่งออกไปที่ญี่ปุ่นเป็นอันดับสาม และนำเข้าจากญี่ปุ่นเป็นอันดับสอง และสำหรับเกาหลีใต้ ส่งออกไปญี่ปุ่นเป็นอันดับสาม และนำเข้าจากญี่ปุ่นเป็นอันดับสอง⁵⁴ ซึ่งเมื่อมีความเชื่อมโยงและพึ่งพากันสูงมากเช่นนี้แล้ว ก็ส่งผลกระทบต่อความพยายามของนายอาเบะที่ไม่อาจละเลยและไม่อาจดำเนินนโยบายใดๆ อันจะกระทบต่อความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ ดังเช่นที่ความเป็นชาตินิยมของนายอาเบะได้สร้างความเสียหายให้กับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจมาแล้ว เมื่อเขาเดินทางเยือนศาลเจ้ายาสุคุนิ ทำให้แรงงานจีนในโรงงานญี่ปุ่นมีการนัดหยุดงานประท้วง ธุรกิจร้านอาหารและบริการอื่นๆ ของนักลงทุนญี่ปุ่นต้องชะงักชั่วคราว รัฐบาลจีนเพิ่มมาตรการนำเข้าสินค้าจากญี่ปุ่น ซึ่งสร้างความเสียหายเป็นจำนวนมาก เป็นต้น⁵⁵ และในช่วงหลังเมื่อนายอาเบะตระหนักถึงความตึงเครียดที่กระทบต่อความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ เขาได้เริ่มปรับนโยบายที่แข็งกร้าวต่อประเทศเพื่อนบ้านให้อ่อนลง ดังจะเห็นได้จาก การที่เขาเป็นฝ่ายขอเข้าพบผู้นำจีนระหว่างการประชุม APEC ที่กรุงปักกิ่งในช่วงเดือนพฤศจิกายน 2014 ทั้งนี้ นอกจากผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจแล้ว นายอาเบะ ก็ต้องตระหนักถึงความตึงเครียดในภูมิภาคที่อาจนำมา ซึ่งการสะสมกำลังอาวุธร้ายแรงและการปะทะกันของกองกำลังในบริเวณดินแดนข้อพิพาท โดยปัจจุบัน การเร่งเพิ่มศักยภาพทางการทหารได้ทำให้ประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มีศักยภาพทางการทหารติด 1 ใน 10 ของโลก ในปี 2014 รัสเซียมีความแข็งแกร่งทางการทหารเป็นอันดับ 2 ของโลก จีนตามมาเป็นอันดับสาม เกาหลีใต้อันดับ 9 และญี่ปุ่นอันดับ 10 ในขณะที่เกาหลีเหนือติดอันดับ 35⁵⁶

⁵³ Australia Network News, (2014), North Korea labels Japanese PM Shinzo Abe 'Asian Hitler' over move to amend pacifist constitution, (ออนไลน์), แหล่งที่มา : <http://www.abc.net.au/news/2014-02-05/an-north-korea-labels-japanese-pm-shinzo-abe-27asian-hitler27/5238940> , สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2557

⁵⁴ Observatory of Economic Complexity, (2014), Observatory of Economic Complexity, (ออนไลน์), แหล่งที่มา : <http://atlas.media.mit.edu/profile/country/rus/> , สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2557

⁵⁵ CRI, (ม.ป.ป.), ความสัมพันธ์ระหว่างจีนกับญี่ปุ่น, (ออนไลน์), แหล่งที่มา : <http://thai.cri.cn/chinaabc/chapter4/chapter40302.htm>, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2558

⁵⁶ Global Firepower, (2014), The complete Global Firepower list puts the military powers of the world into full perspective, (ออนไลน์), แหล่งที่มา : <http://www.globalfirepower.com> , สืบค้นเมื่อวันที่ 27 ธันวาคม 2557

จากที่กล่าวมา จึงสรุปได้ว่าอุปสรรคที่เกิดจากบริบทภายในประเทศ นั่นคือ มติมหาชนชาวญี่ปุ่น และอุปสรรคที่เกิดจากภายนอกประเทศ นั่นคือ ปฏิกริยาของประเทศเพื่อนบ้านที่มีต่อการขยายบทบาททางการทหารของญี่ปุ่น เป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ของนายอาเบะมีโอกาสสำเร็จน้อย

สรุป

รัฐธรรมนูญ มาตรา 9 แห่งประเทศญี่ปุ่นได้บรรจุหลักการสันติภาพด้วยการประกาศละเลิกสงครามในฐานะสิทธิของรัฐอธิปไตย ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ทำให้รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นเป็นรัฐธรรมนูญสันติภาพฉบับเดียวในโลก ในช่วงแรก มีการตีความรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัดว่าญี่ปุ่นจะเป็นกลางอย่างเบ็ดเสร็จ จะไม่จัดให้มีศักยภาพทางสงครามใดๆ ไว้ แม้แต่เพื่อป้องกันตนเอง แต่ต่อมากการตีความรัฐธรรมนูญได้มีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทระหว่างประเทศและกาลเวลา อันมีผลประโยชน์แห่งชาติและความมั่นคงแห่งชาติเป็นตัวกำหนดหลัก ทั้งนี้ แม้ว่าในทางนิตินัย บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะไม่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด แต่ในทางพฤตินัย การตีความในปัจจุบันนั้นได้เดินทางมาไกลเกินกว่าเจตนารมณ์แรกเริ่มของรัฐธรรมนูญมากแล้ว

มีผู้นำญี่ปุ่นหลายคนปรารถนาที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 แต่ทุกครั้งที่ความพยายามเป็นอันต้องยุติไป จนกระทั่งปัจจุบันที่นายกรัฐมนตรีชินโซ อาเบะ ประกาศความปรารถนาที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 อีกครั้ง และได้มีการวางแผนการดำเนินงานไว้อย่างชัดเจนกว่าทุกครั้งที่ผ่านมา ในการนี้ เหตุผลความพยายามของเขานั้นคือ เพื่อให้ประเทศเป็นประเทศปกติ ที่สามารถใช้สิทธิในการป้องกันตนเองร่วมได้ โดยที่ไม่มีข้อจำกัดทางการทหารใดๆ อันซึ่งจะตอบสนองต่อเป้าหมายความมั่นคงแห่งชาติและผลประโยชน์แห่งชาติตามที่เขากำหนด และนอกเหนือจากการปลดห่วงคล้องคอประเทศดังกล่าวแล้ว อีกเหตุผลข้อหนึ่งที่สำคัญก็คือ เพื่อให้ญี่ปุ่นได้มีรัฐธรรมนูญเป็นของตนเอง โดยที่ชาวญี่ปุ่นเป็นผู้ร่างเอง อันจะนำมาซึ่งความภาคภูมิใจของคนในชาติ อย่างไรก็ตาม ดูท่าว่าแนวโน้มความสำเร็จในการดำเนินการของเขาจะเป็นไปอย่างยากลำบาก แม้ว่าหลังการยุบสภาในเดือนพฤศจิกายน 2014 รัฐบาลนายอาเบะจะกลับเข้ามาบริหารประเทศใหม่ในอีกหนึ่งเดือนถัดมา และได้สานต่อนโยบายการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 แต่ถึงกระนั้นก็ตาม ความพยายามของนายอาเบะก็มีโอกาสสำเร็จน้อย เนื่องจากต้องเผชิญกับอุปสรรคสำคัญสองประการ นั่นคือ มติมหาชนชาวญี่ปุ่นที่ไม่ต้องการให้รัฐบาลทำลายหลักการสันติภาพที่เป็นความภาคภูมิใจและเป็นเอกลักษณ์ของประเทศ อีกทั้งความต้องการให้รัฐบาลใส่ใจกับปัญหาเศรษฐกิจซึ่งเกี่ยวข้องกับปากท้องของประชาชนมากกว่าที่จะไปผลักดันวาระที่ยังไม่จำเป็นและเสี่ยงต่อการสร้างความตึงเครียดในความสัมพันธ์กับประเทศเพื่อนบ้าน และทำที่คิดค้ำของประเทศไทยเพื่อนบ้านอย่างจีน เกาหลีใต้และเกาหลีเหนือ ที่มีต่อการขยายกิจการทหารของญี่ปุ่นก็เป็นอีกอุปสรรคสำคัญ เนื่องจากในอดีตประเทศเพื่อนบ้านล้วนเคยประสบความโหดร้ายจากกองทัพญี่ปุ่นมาก่อน และในปัจจุบันยังเป็นคู่แข่งทางยุทธศาสตร์ระหว่างกัน

บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
สภาพปัญหาและข้อเสนอแนะ
ในกรณีการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

วิชชกานต์ เคาภายน*

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ สิ่งที่แสดงถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายใดๆ ที่ใช้บังคับหรือจะใช้บังคับนั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทมิได้ เรียกว่า “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งหลักการนี้ได้รับการรับรองไว้ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกและบัญญัติต่อเนื่องถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 6 ว่า

“รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

อย่างไรก็ตาม ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ไม่อาจจะเกิดผลอันเป็นจริงในทางปฏิบัติได้ หากปราศจากองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมมิให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในปัจจุบันองค์กรผู้ทำหน้าที่ดังกล่าว ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอหัวข้อ ดังต่อไปนี้

- ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
- หลักการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ
- การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ
- บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

1. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ภารกิจที่สำคัญอย่างยิ่งของศาลรัฐธรรมนูญ อาทิเช่น การรักษา ปกป้อง ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุที่เป็นองค์กรศาลนี้เอง ทำให้การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทใดๆ ในทางรัฐธรรมนูญ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้กฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย เป็นเครื่องมือในการตัดสิน

ในประเทศที่มีระบบ “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร” และมีการสถาปนาให้มีรัฐธรรมนูญเป็น “กฎหมายสูงสุด” ในรัฐธรรมนูญจะกำหนดหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ ให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กำลังศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ยากกว่ากฎหมายธรรมดา สร้างกลไกในการรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติมิให้ขัดแย้งกับกฎหมายอื่นหรือขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และที่สำคัญกำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วยเสมอ

วิวัฒนาการทางการเมืองของรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ในยุโรป แม้ช่วงแรกจะยอมรับกันว่าอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศเป็นของพระมหากษัตริย์ โดยต่อมาเมื่อมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อำนาจดังกล่าวจึงเป็นของประชาชนหรือของชาติ และต่อจากนั้นเมื่อมีระบบรัฐสภาที่ถือว่าสภาคือองค์กรสูงสุดเป็นผู้แทนของประชาชน อำนาจสูงสุดกลับกลายเป็นของรัฐสภา หากแต่ว่าประชาชนได้รับประสบการณ์ในทางที่ไม่ดีกับผู้แทนของตนรวมไปถึงพรรคการเมืองอันยังผลให้ขาดความเชื่อถือ ในระบบรัฐสภา ประชาชนจึงหันมายอมรับแนวความคิดทางการเมืองที่ว่า รัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ผลจากการนี้ส่วนหนึ่งจึงเป็นเหตุให้มีศาลรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น สำหรับใช้ถ่วงดุล การใช้อำนาจของพรรคการเมืองที่เป็นฝ่ายเสียงข้างมากในรัฐสภา¹

การจัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” เพื่อตรวจสอบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นแนวคิดของนักปรัชญากฎหมายออสเตรเลียน คือ ฮันส์ เคลเสน (Hans Kelsen) โดยเห็นว่า การจัดตั้ง “ระบบคณะกรรมการ” ดังของฝรั่งเศส เพื่อทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้นและมีวัตถุประสงค์ทางการเมืองมากไป² ส่วนในสหรัฐอเมริกา การให้ “ศาลยุติธรรม” ทำหน้าที่เช่นนั้นโดยระบบผู้พิพากษาอาชีพ ก็มีปัญหาเรื่องความวิตกกังวลกับความต้องการของสังคม ทั้งยังเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงว่าอำนาจในการวินิจฉัยว่า กฎหมายใดใช้บังคับมิได้เพราะขัดรัฐธรรมนูญ ถือเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางลบ มีผลเป็นการล้มล้างกฎหมายนั้น ด้วยเหตุนี้ เคลเสนจึงเสนอว่า องค์กรที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ควรต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนร่วม ในการแต่งตั้ง³ อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้ถูกแทรกแซงกีดกันทางการเมืองและเพื่อให้ความเป็นอิสระในการทำงาน ต้องจัดรูปองค์กรตรวจสอบให้มีฐานะเป็นองค์กร “ศาล” เพื่อให้เกิดความรอบคอบต่อการปฏิบัติหน้าที่และทันกับเหตุการณ์ของสังคม ผู้จะมาทำหน้าที่ในองค์กรศาลนี้ จำเป็นต้องมีที่มาจากทั้งผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย การเมือง และเศรษฐศาสตร์ประกอบกัน โดยจัดโครงสร้างองค์กรให้มีเพียงองค์กรเดียวและคำวินิจฉัยให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป⁴

แนวความคิดดังกล่าวของเคลเสนได้รับการยอมรับในประเทศออสเตรีย รัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 ได้สถาปนาสถาบัน “ศาลรัฐธรรมนูญ” เพื่อให้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายขึ้นเป็นครั้งแรก และเป็นแบบอย่างให้กับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน อิตาลี โปรตุเกส เบลเยียม แอฟริกาใต้ และเกาหลี ฯลฯ สำหรับไปจัดตั้งสถาบันศาลรัฐธรรมนูญในประเทศของตน

ในประเทศไทย ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ขององค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ปรากฏอย่างเป็นรูปธรรมครั้งแรกในปี พ.ศ. 2489 เมื่อศาลยุติธรรมได้สถาปนาอำนาจของศาลโดยอาศัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 ยืนยันถึงอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของ

¹ ออมร จัทรสมบุรณ์. ศาลรัฐธรรมนูญ ในรายงานคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาแนวทางแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 สภาผู้แทนราษฎร (เล่ม 2). มิถุนายน 2536. หน้า 299.

² วิษณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์. พิมพ์ครั้งที่ 3. 2530. หน้า 667.

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. วารสารรัฐศาสตร์ ปีที่ 41 ฉบับที่ 2. หน้า 24.

⁴ วิษณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์. พิมพ์ครั้งที่ 3. 2530. หน้า 695.

ศาลยุติธรรม หลังจากนั้นสภาพปัญหาทางสังคมและการเมืองส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ได้จัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นสถาบันใหม่เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแทนศาลยุติธรรม โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกหลายฉบับได้บัญญัติยืนยันถึงอำนาจ เช่นว่านั้นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁵ อย่างไรก็ตาม เมื่อเวลาผ่านไประยะเวลาหนึ่ง หลายฝ่ายเริ่มเห็นว่าการทำหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวนั้นมีปัญหา เพราะการจัดวางสถานะของตุลาการรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมือง เนื่องจากกำหนดให้ส่วนหนึ่งของตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการโดยตำแหน่งทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพของการทำงาน เพราะไม่ได้รับผิดชอบงานในหน้าที่นี้เป็นงานหลัก ทำให้มีปัญหากับการขัดกันตำแหน่งหน้าที่ เพราะมีบทบาทหลายบทบาทที่ต้องทำในเวลาเดียวกันซึ่งขัดแย้งกันด้วย⁶ ยิ่งกว่านั้น ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิคนเดิมสามารถดำรงตำแหน่งในวาระใหม่ได้อีก การจัดโครงสร้างองค์กรเช่นนี้ ปฏิเสธมิได้ว่าทำให้ตุลาการรัฐธรรมนูญตกอยู่ภายใต้อิทธิพลกดดันของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งเป็นสถาบันทางการเมืองโดยอ้อมซึ่งย่อมส่งผลให้เกิดความไม่เป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่⁷

จากปัญหาความไม่เหมาะสมเกี่ยวกับโครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวมานี้ เมื่อมีการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงตัดสินใจจัดวางแนวทางในการปรับเปลี่ยนโครงสร้าง องค์กรประกอบ อำนาจ หน้าที่ ตลอดจนวิधिพิจารณาขององค์กรที่ทำหน้าที่ประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเสียใหม่ โดยให้อยู่ในรูปแบบ “ศาล” เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” เพื่อให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในลักษณะที่เป็นศาลตามกระบวนการยุติธรรมในสาขากฎหมายมหาชน โดยไม่มีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมืองที่ปัจจัยทางการเมืองมีอิทธิพลเหนือคำวินิจฉัยในบางเรื่อง⁸ จากการจัดตั้งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 “ศาลรัฐธรรมนูญ” จึงถือกำเนิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทยเพื่อเป็นหลักประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแทนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่นี้มาแต่เดิม

ด้วยเหตุนี้ในประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรศาลในทางกฎหมายมหาชน เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยใดไปแล้วจะมีผลต่อระบบกฎหมายไทยเป็นอย่างมาก เพราะจะมีผลผูกพัน รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึง

- ความเป็นมาและองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ
- อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2489, พ.ศ. 2495, พ.ศ. 2511, พ.ศ. 2517, พ.ศ. 2521 และฉบับปี พ.ศ. 2534.

⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. วารสารรัฐศาสตร์ ปีที่ 41 ฉบับที่ 2. หน้า 17.

⁷ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. ศาลรัฐธรรมนูญและวิधिพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ในรายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย. 2538. หน้า 15.

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. วารสารรัฐศาสตร์ ปีที่ 41 ฉบับที่ 2. หน้า 18.

1.1 ความเป็นมาและองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ

- ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญ

ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบกฎหมายที่ยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐธรรมนูญทุกฉบับจึงมีบทบัญญัติรองรับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้” ในรัฐธรรมนูญฉบับแรก คือ รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 แม้จะมีได้บัญญัติให้องค์กรหนึ่งองค์กรใดเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าว แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือหลักว่าสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น มีอำนาจสูงสุดในการตีความว่า กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะรัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของ สภาผู้แทนราษฎรในทุกๆ เรื่อง⁹

เมื่อปี พ.ศ. 2488 หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง ได้มีการตรา “พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488” ให้เอาโทษแก่ผู้ที่มีการกระทำตามที่กฎหมายนั้นถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม ไม่ว่าการกระทำนั้นจะกระทำขึ้นก่อนหรือหลังจากที่กฎหมายนี้ใช้บังคับก็ตาม

ครั้นเมื่อกรณีดังกล่าวได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล และศาลฎีกาได้ให้ เหตุผลว่า ศาลฎีกามีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่า กฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมีเหตุผลสรุปได้ว่า ศาลเป็นองค์กรที่ใช้กฎหมาย ศาลจึงต้องรู้ว่ากฎหมายนั้นใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งศาลเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตุลาการมีหน้าที่ใช้บังคับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติขึ้น

ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 นั้น เป็นการใช้กฎหมายอาญาที่มีผลย้อนหลังเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ถือว่าพระราชบัญญัติดังกล่าว ใช้บังคับไม่ได้ เป็นโมฆะตามคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2489 จะเห็นได้ว่า ในกรณีนี้ รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษให้องค์กรใดวินิจฉัย ดังนั้น อำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ คือ ศาลยุติธรรม

จากคำพิพากษาในคดีนี้ ทำให้เกิดปัญหาว่า องค์กรใดควรมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยว่า กฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ควรเป็นองค์กรใดแน่เป็นจุดเริ่มต้นให้มีการก่อตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เพื่อเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และขจัดข้อขัดแย้งระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา องค์กรที่ทำหน้าที่ในรูปของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีวิวัฒนาการเกี่ยวกับรูปแบบ โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่มาตามลำดับ จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้เปลี่ยนแปลง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” มาเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” มาจนถึงปัจจุบัน¹⁰

- องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

1. ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540¹¹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 14 คน รวมเป็น 15 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา ดังนี้

⁹ อมร จันทสมบุรณ์. “ศาลรัฐธรรมนูญ” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 12. ธันวาคม 2536. หน้า 522.

¹⁰ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. *รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ* (ชุดที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญไทย). ตุลาคม 2544 หน้า 2.

¹¹ อ้างแล้ว. เซิงอรรถที่ 10. หน้า 29.

1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาโดยได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีการลงคะแนนลับจำนวน 5 คน

2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับจำนวน 2 คน

3) ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ ซึ่งได้รับการสรรหาและเลือกจากวุฒิสภา จำนวน 5 คน

4) ผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับการสรรหาและเลือกจากวุฒิสภา จำนวน 3 คน

สำหรับการเสนอแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกาและตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น เป็นกระบวนการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ ศาลปกครองสูงสุด โดยที่วุฒิสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบรายชื่อบุคคลที่ศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดเสนอ

การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงวุฒิทั้งในสาขานิติศาสตร์และรัฐศาสตร์นั้น จะมีคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำหน้าที่ในการสรรหา คณะกรรมการสรรหามีทั้งหมด 13 คน ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา คณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่ง เลือกกันเองให้เหลือ 4 คน คณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่ง เลือกกันเองให้เหลือ 4 คน และผู้แทนจากพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เลือกกันเองให้เหลือ 4 คน โดยคณะกรรมการสรรหานี้มีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ จำนวน 10 คน และสาขารัฐศาสตร์ จำนวน 6 คน เสนอต่อประธานวุฒิสภาพร้อมความยินยอมของผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อภายในกำหนด 30 วันนับแต่วันที่มิเหตุทำให้ต้องมีการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และมติในการเสนอชื่อดังกล่าวจะต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

จากนั้นประธานวุฒิสภาจะต้องเรียกประชุมวุฒิสภาเพื่อมีมติเลือกบุคคล ผู้ได้รับการเสนอชื่อในบัญชีดังกล่าว ซึ่งต้องกระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ ในการนี้ให้ 5 คนแรกในบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ และ 3 คนแรกในสาขารัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับคะแนนสูงสุดและมีคะแนนมากกว่า กึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา เป็นผู้ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าจำนวนผู้ได้รับคัดเลือกในสาขานิติศาสตร์มีไม่ครบ 5 คน และสาขารัฐศาสตร์มีไม่ครบ 3 คน ให้นำบัญชีรายชื่อผู้ไม่ได้รับเลือกในคราวแรกในบัญชีนั้นมาให้สมาชิกวุฒิสภาออกเสียงลงคะแนนเลือกอีกครั้งหนึ่งและในกรณีนี้ ให้ผู้ได้รับคะแนนสูงสุดเรียงลงไปตามลำดับ เป็นผู้ได้รับคัดเลือกให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ถ้ามีผู้ได้รับคะแนนเท่ากันในลำดับใดอันเป็นเหตุให้มีผู้ได้รับเลือกเกิน 5 คน หรือ 3 คน แล้วแต่กรณี ให้ประธานวุฒิสภาจับสลากว่าผู้ใดได้รับเลือก

รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี นับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่ง ได้เพียงวาระเดียว

2. ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 8 คน รวมเป็น 9 ค ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา

ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

- 1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา โดยได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีการลงคะแนนลับจำนวน 3 คน
- 2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด โดยวิธีลงคะแนนลับจำนวน 2 คน
- 3) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ อย่างแท้จริงและได้รับคัดเลือกจำนวน 2 คน
- 4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์หรือสังคมศาสตร์อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงและได้รับคัดเลือกจำนวน 2 คน

ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณีเลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205¹² และมีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตาม 1) หรือ 2) แล้วแต่กรณี

การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้งในสาขานิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นนั้น จะมีคณะกรรมการสรรหาตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 5 คน ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน เป็นกรรมการทำหน้าที่สรรหาและคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสองสาขาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่มิเหตุทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว แล้วให้เสนอรายชื่อผู้ได้รับเลือกพร้อมความยินยอมของผู้นั้นต่อประธานวุฒิสภา และมติในการคัดเลือกดังกล่าวต้องลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ในกรณีที่ไม่มีกรรมการ ในตำแหน่งใดหรือมีแต่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ถ้ากรรมการที่เหลืออยู่นั้นมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยกรรมการที่เหลืออยู่ ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติ ในมาตรา 113 วรรคสอง¹³ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ให้ประธานวุฒิสภาเรียกประชุมสภาเพื่อมีมติให้ความเห็นชอบบุคคลผู้ได้รับการคัดเลือกจากคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ การลงมติให้ใช้วิธีลงคะแนนลับ ในกรณีที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป ในกรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบในรายชื่อใด ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ หากคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อนั้นให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป แต่ถ้ามติ ที่ยืนยันตามมติเดิมไม่เป็นเอกฉันท์ ให้เริ่มกระบวนการสรรหาใหม่ ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่มิเหตุให้ต้องดำเนินการดังกล่าว

¹² ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 113 วรรคสอง ให้กรรมการตามวรรคหนึ่งเลือกกันเองให้กรรมการผู้หนึ่งเป็นประธานกรรมการ.

ในกรณีที่ไม้อาจสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิตามสาขานิติศาสตร์ และสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น ได้ภายในเวลาที่กำหนดไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา แต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 3 คน และให้ที่ประชุมใหญ่ ตุลาการศาลปกครองสูงสุดแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน 2 คน เป็นกรรมการสรรหาเพื่อดำเนินการ แทน

รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้ง ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี นับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว¹⁴

1.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ¹⁵

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 9 ประการ คือ

(1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย และร่างข้อบังคับการประชุมของ ฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะประกาศใช้บังคับมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แบ่งออกได้ดังนี้

- การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 141)
- การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ (รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 154)
- การพิจารณาวินิจฉัยร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 155)
- การพิจารณาวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติว่ามีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการ ของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้หรือไม่ (รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 149)

(2) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วมิให้ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ แบ่งออกได้ดังนี้

- การพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญหรือไม่ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 211)
- การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่ ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 245)
- การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นผู้เสนอ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 257)
- การพิจารณาวินิจฉัยคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพเพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 212)

¹⁴ 10 ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย : สู่ศวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย. พฤษภาคม 2551. หน้า 44.

¹⁵ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (ฉบับปรับปรุง). กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี. เพรส จำกัด. พ.ศ. 2557. หน้า 4.

(3) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 184)

การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขไว้ ดังนี้

ก. ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยของสาธารณชน ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ

ข. การตราพระราชกำหนดตาม ก. ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้

(4) การวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ กระทำการใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 168)

(5) การวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 214)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” มี 2 ประเภท ดังนี้

ก. องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มี 4 องค์กร คือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ข. องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ มี 3 องค์กร คือ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

(6) การวินิจฉัยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพในทางการเมือง โดยมีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แบ่งออกได้ดังนี้

- การวินิจฉัยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองว่าขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานแห่งการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือไม่ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 64)

- การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมือง (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 107 (7))

- การพิจารณาวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิหรือเสรีภาพในทางการเมือง โดยมีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 68 และมาตรา 237)

(7) การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรี และกรรมการการเลือกตั้ง แบ่งออกได้ดังนี้

- การวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 91)

- การวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 182)

- การวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือไม่ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 233)

(8) การวินิจฉัยหนังสือสนธิสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดที่ฝ่ายบริหารทำความตกลงกับนานาประเทศหรือกับองค์กรระหว่างประเทศ ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ทั้งนี้ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งหนังสือสัญญาดังกล่าวได้แก่

หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

2) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา

3) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง

4) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

(9) อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาถึงความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญ บทบาทอำนาจหน้าที่ ตลอดถึงองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญไทยนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งได้มีบทบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย และพัฒนามาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ¹⁶ มีแนวคิดจากหลักกฎหมายมหาชน แนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม และตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดก่อให้เกิดกฎหมายลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่มีศักดิ์รองลงมาจากรัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดมิได้ เป็นกระบวนการทางกฎหมายในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันก่อให้เกิดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในการที่จะสร้างความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับรัฐสภา รัฐบาล ศาล และองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น

2. หลักการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ

หลักการใช้และการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญมีความเป็นเอกภาพ ตามระบบกฎหมายและลำดับชั้นของกฎหมาย โดยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การใช้และการตีความต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ¹⁷ เพราะในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ จำต้องยึดหลักการของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งบทบัญญัติใดๆ ของกฎหมาย จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดนั้น มิได้

¹⁶ ดร. วุฒิชัย จิตตานุ. กระบวนการทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในรัฐสมัยใหม่ของโลก. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. 2556. หน้า 19 .

¹⁷ กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์. การใช้การตีความกฎหมาย. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552. หน้า 330.

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ เป็นกรอบการใช้อำนาจของรัฐ เป็นมาตรการสำหรับตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และถือเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายทั้งปวง เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญ และมีสถานะทางกฎหมายสูงสุด การตีความปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเช่นเดียวกัน เพราะการตีความรัฐธรรมนูญจะมีผลกระทบต่ออำนาจหน้าที่ขององค์กรทุกองค์กรที่ต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เพื่อรักษาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงจำเป็นต้องมีองค์กรของรัฐไม่ว่าเป็นองค์กรในทางการเมืองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ เพื่อทำหน้าที่ป้องกันมิให้มีการละเมิดรัฐธรรมนูญ และคุ้มครองให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ตรงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึง

- ความหมายของการตีความรัฐธรรมนูญ
- ปัญหาและหลักการทั่วไปของการตีความรัฐธรรมนูญ
- หลักการเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ

2.1 ความหมายของการตีความรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม¹⁸

การตีความรัฐธรรมนูญ หมายถึง การค้นหาความหมายของถ้อยคำหรือข้อความในตัวบทรัฐธรรมนูญว่ามีความหมายอย่างไร กรณีถ้อยคำหรือข้อความในรัฐธรรมนูญเคลือบคลุมแปลความหมายได้หลายมุม หาวิธีปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญได้ยาก หรือมีกรณีสงสัยว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตรานั้นๆ จะใช้กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏได้หรือไม่

นายนภดล เสงเจริญ¹⁹

การตีความรัฐธรรมนูญ หมายถึง การแปล การค้นคว้าความมุ่งหมายบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ในกรณีบทบัญญัติไม่ชัดเจนพอ หรือใช้ถ้อยคำแคบเกินไป ซึ่งอาจไม่ตรงตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้การตีความรัฐธรรมนูญยังครอบคลุมถึงการพิจารณาวินิจฉัยโดยนำหลักเกณฑ์ต่างๆ มาใช้ประกอบในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน

รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดในบรรดาคำดับชั้นของกฎหมายทั้งปวงของรัฐ และไม่มีสภาพบังคับดังเช่นกฎหมายอาญา แต่ในกรณีที่เกิดปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หลักการตีความรัฐธรรมนูญก็ไม่แตกต่างจากหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยทั่วไป แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์การปกครองประเทศมากกว่ากำหนดบรรทัดฐานความประพฤติของมนุษย์ ทั้งเป็นกฎหมายที่มุ่งจัดตั้งหรือรับรองสถานะของสถาบัน ตลอดจนมุ่งรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ควรคำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชน²⁰ และประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ

¹⁸ วิษณุ เครืองาม. การตีความกฎหมาย. หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศ.ดร.สมภพ โทตระกิตย์. 21 กันยายน 2550. หน้า 352.

¹⁹ นภดล เสงเจริญ. การตีความรัฐธรรมนูญ. จาก <http://pub-law.net/publao/view.asp?PublawIDs=398>.

²⁰ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน. 2554. หน้า 44.

2.2 ปัญหาและหลักทั่วไปของการตีความรัฐธรรมนูญ²¹

แม้ว่าปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายจะเกิดขึ้นในสาขากฎหมายทุกสาขาแต่หากปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในทางรัฐธรรมนูญแล้ว ปัญหานั้นจะยุ่งยากซับซ้อนกว่าปัญหาที่เกิดขึ้นในกฎหมายอื่นเนื่องจากในหลายกรณี การตรารัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับ ผู้ร่างมีเวลาค่อนข้างจำกัด และมักปรากฏอยู่บ่อยครั้งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะตกลงรายละเอียดเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ จึงจำเป็นต้องบัญญัติเฉพาะหลักกว้างๆ โดยปล่อยให้การตัดสินใจรายละเอียดเป็นเรื่องของอนาคต และด้วยเหตุที่ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญ มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับปัญหาทางการเมือง ซึ่งกระทบกับการจัดสรรอำนาจและผลประโยชน์ทางการเมือง ผลการตีความจึงมักเป็นประเด็นให้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อยู่เสมอ

หากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะพบความขัดแย้งของบทบัญญัติต่างๆ ทำให้การตีความรัฐธรรมนูญไทยมีความยุ่งยากเป็นพิเศษ และเนื่องจากรัฐธรรมนูญที่ตราโดยผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างหนึ่ง การตีความรัฐธรรมนูญจึงต้องนำหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่วไปมาใช้ด้วย กล่าวคือ ผู้ตีความจะต้องพิจารณาถ้อยคำของรัฐธรรมนูญทั้งในแง่ทางภาษาและทางกฎหมายว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายอย่างไร ต้องพิจารณาประวัติความเป็นมาของการร่างรัฐธรรมนูญว่าบรรดาบุคคลที่มีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญได้อภิปรายในเรื่องนั้นๆ ไว้อย่างไร อย่างไรก็ดีตาม พิจารณ์ระดับระวางว่าการให้ความเห็นของผู้ที่มีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญหลังจากได้ประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแล้ว อาจจะไม่ช่วยให้สามารถค้นหาความหมายของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว และต่อมาเกิดปัญหาให้ต้องตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจจะเปลี่ยนความคิดเห็นไปแล้ว หรือตีความรัฐธรรมนูญตามความคิดอ่านทางการเมืองในบริบทของปัญหาที่เกิดขึ้น เฉพาะหน้าซึ่งตนอาจมีส่วนได้เสียกับการวินิจฉัยปัญหานั้น การตีความโดยคำนึงถึงประวัติความเป็นมาของการร่างรัฐธรรมนูญจึงหมายถึงการย้อนไปค้นหารายงานการประชุม เหตุผลที่ได้ยกร่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ร่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญร่างแรกและร่างถัดมาที่มีการเปลี่ยนแปลงจนมาเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับ ไม่ใช่สัมภาษณ์สอบถามความเห็นของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ในการตีความรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงบริบทในทางประวัติศาสตร์ ที่ทำให้เกิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นวัตถุแห่งการตีความด้วย ฉะนั้น ผู้ตีความรัฐธรรมนูญจึงต้องค้นหาว่า ในเวลาที่มีการร่างรัฐธรรมนูญนั้น เกิดเหตุการณ์สำคัญทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม อะไรบ้างที่มีอิทธิพลต่อการร่างรัฐธรรมนูญ

นอกจากการตีความรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความจะต้องพิจารณาถ้อยคำ ความเป็นมา โครงสร้างและระบบของบทบัญญัติที่เป็นวัตถุแห่งการตีความด้วย และที่ขาดเสียมิได้ คือการตีความโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติ กล่าวคือ การตีความโดยพิจารณาถึงเหตุผลของบทบัญญัติดังกล่าว (ratio legis) ตลอดจนเป้าหมายของบทบัญญัตินั้น (telos) บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญย่อมมีขึ้นเพื่อรับใช้หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ เช่น หลักนิติรัฐ และมีขึ้นเพื่อขจัดปัญหาการขัดแย้งกันของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ การตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจึงต้องตีความไปให้สอดคล้องกับเป้าหมายเช่นว่านี้

²¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การใช้การตีความกฎหมายมหาชน. การใช้การตีความกฎหมายรวบรวมและจัดพิมพ์ โดย กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552. หน้า 343.

2.3 หลักการเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ²²

นอกจากหลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งไม่แตกต่างไปจากการตีความกฎหมาย สลายลักษณะอักษรอื่นแล้ว ได้มีการพัฒนาหลักการเฉพาะบางประการที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับหลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญ มีดังต่อไปนี้

(1) หลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ หลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ตีความรัฐธรรมนูญต้องพิเคราะห์รัฐธรรมนูญทั้งฉบับอย่างเป็นเอกภาพ กล่าวคือ จะต้องตีความบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญ ให้สอดคล้องกัน ไม่ตีความให้บทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันเอง

(2) หลักการมีผลบังคับในทางปฏิบัติของบทบัญญัติทุกบทบัญญัติ ในกรณีที่เกิดการขัดแย้งระหว่างบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความให้บทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งมีผลบังคับใช้เต็มที่ และการที่บทบัญญัตินั้นมีผลใช้บังคับเต็มที่ ส่งผลให้บทบัญญัติอีกบทบัญญัติหนึ่งไม่สามารถใช้บังคับได้ การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องในกรณีที่บทบัญญัติสองบทบัญญัติขัดแย้งกัน เมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมขึ้น คือ การตีความให้บทบัญญัติทั้งสองนั้นใช้บังคับได้ทั้งคู่ โดยอาจจะลดขอบเขตการบังคับใช้ของบทบัญญัติทั้งสองลงไม่ให้เกิดการขัดแย้งกัน เช่น การขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพ ในการแสดงความคิดเห็นกับสิทธิในความ เป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

(3) หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในการตีความรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตน และจะต้องเคารพอำนาจ และภารกิจทางรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้ขัดกับหลักการแบ่งแยกภารกิจตามรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องระมัดระวังว่าแม้ตนมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ตนก็ไม่มีอำนาจในอันที่จะปฏิบัติภารกิจในการตรากฎหมายแทนองค์กร นิติบัญญัติได้ ซึ่งหมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไร แต่จะตีความอำนาจของตนไปจนถึงขั้นวินิจฉัยว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นขัดต่อรัฐธรรมนูญเพียงเพราะตนเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่เหมาะสมในทางนโยบายไม่ได้ เพราะเท่ากับว่า ศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงเข้าไปแสดงเจตจำนงในการบัญญัติกฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติเสียเอง

(4) หลักบูรณาภาพแห่งรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการตีความรัฐธรรมนูญ ที่สืบเนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตีความเพื่อแก้ปัญหาทางรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ตีความจะต้องตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่ส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง

(5) หลักความมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หลักการข้อนี้กำหนดว่าในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องตีความให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีกำลังบังคับทางกฎหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญพึงเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นเพียงนโยบายเท่านั้น เว้นแต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะแสดงให้เห็นในตัวเองว่า มุ่งหมายให้มีลักษณะเป็นแนวนโยบาย ไม่ใช่มุ่งก่อตั้งสิทธิเรียกร้องในทางมหาชนให้แก่ราษฎร

²² อ้างแล้ว. เชิงบรรณที่ 17. หน้า 345 – 346.

3. การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญมีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการทำรัฐประหารซึ่งมีรากฐานมาจากแนวความคิดในการรับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน ในสภาวะที่ประเทศอยู่ในเหตุการณ์ปกติรัฐธรรมนูญย่อมให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามที่ได้บัญญัติ ซึ่งแตกต่างจากสภาวะของประเทศที่อยู่ในเหตุการณ์ปฏิวัติรัฐประหาร เพราะการทำรัฐประหารได้จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางการเมือง หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นการปลูกฝังความเป็นประชาธิปไตยให้แก่ประชาชนเพื่อต่อต้านอำนาจเผด็จการ ไม่ว่าจะโดยใช้กำลัง หรือซ่อนรูปในลักษณะใดก็ตาม

การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญนี้ ได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน เนื่องจากได้รับบทเรียนจากการเข้าสู่อำนาจของฮิตเลอร์และพรรคนาซี ซึ่งอาศัยกระบวนการในรูปแบบประชาธิปไตย “เพื่อเข้าสู่อำนาจและรักษาอำนาจ” กล่าวคือ ขณะการเลือกตั้งนั่นเอง ฮิตเลอร์มีทักษะการพูดโน้มน้าวใจ ที่เน้นการเชิดชูความสูงส่งของชนชาติเยอรมัน และให้สัญญาต่างๆ เกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาระเบิดทิ้งแก่ประชาชน

กระทั่งพรรคนาซีชนะการเลือกตั้งและมีเสียงข้างมากในสภา จากนั้นพรรคนาซีได้อาศัยเสียงข้างมากในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจ และการทำลายพรรคการเมืองอื่นๆ ไปพร้อมๆ กัน แต่อย่างไรก็ดี ฮิตเลอร์มิได้เคยล้มล้างหรือฉีกรัฐธรรมนูญฉบับไวร์มาแต่อย่างใด และไม่เคยใช้กำลังทหารเข้ายึดอำนาจเลย ท้ายที่สุด เมื่อกุมอำนาจเบ็ดเสร็จในการปกครองประเทศได้ พรรคนาซีก็นำพาประเทศเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 และมีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว สร้างความเสียหายให้แก่ประเทศเยอรมันเป็นอันมาก

จึงกล่าวได้ว่า การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นถูกนำมากำหนดให้มีขึ้นในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย โดยเชื่อว่าเป็นการพิทักษ์กฎหมายสูงสุดของรัฐให้มีความมั่นคงยิ่งขึ้น²³ ต่อต้านการทำรัฐประหาร และครอบคลุมการใช้สิทธิเพื่อต่อต้านการเลือกตั้งที่ไม่เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม การนำหลักการเกี่ยวกับการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญถูกนำมาบัญญัติครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63 และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวกับบทลงโทษการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมือง และกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคเป็นเวลา 5 ปี โดยเป็นบทบัญญัติที่อาศัยหลักการเดิมซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68

ผู้เขียนจะได้อธิบายให้ทราบถึงเจตนารมณ์ในการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในมาตรา 63 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และในมาตรา 68 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึง

- เจตนารมณ์ของสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63
- เจตนารมณ์ของสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68

²³ เกรียงไกร รอบู๊. ความเหมาะสมของการดำเนินการกำหนดบทบัญญัติสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550). วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 69.

3.1 เจตนารมณ์ของสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63

สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้สิทธิแก่ประชาชนโดยมีแนวคิดเริ่มแรกตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 63 ว่า

“บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการ ให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกการกระทำตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้”

เจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 63 ได้ปรากฏขึ้นในชั้นการประชุมร่วมกันของรัฐสภาชั้นการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ชั้นคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ชั้นการยกร่างของเลขานุการยกร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1) ชั้นเลขานุการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540²⁴

มาตรา 63 เดิมบัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้พบเห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดเพื่อให้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกการกระทำ ตามวรรคสอง ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวด้วย”

มีการอภิปรายและให้เลขานุการปรับปรุง

(2) ชั้นคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540²⁵

ฝ่ายเลขานุการปรับปรุงแล้ว ร่างมาตรา 63 ว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับ ความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้พบเห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดเพื่อให้ตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย สั่งการ ให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

²⁴ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. โดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญสภาร่างรัฐธรรมนูญ ฝ่ายเลขานุการ สำนักงานเลขาธิการสภาร่างรัฐธรรมนูญ.

²⁵ รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ครั้งที่ 13 วันพุธที่ 11 มิถุนายน 2540.

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวด้วย”

โดยมีกรรมวิธีการร่วมอภิปราย สรุปได้ดังนี้

นายประวิทย์ เจนวิระนนท์ อภิปรายว่า : มาตรา 63 วรรคแรกนั้น มีบัญญัติในมาตรา 48 ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งน่าจะใช้ข้อความที่ครอบคลุมแล้วก็สั้นกะทัดรัดดีกว่าที่บัญญัติใหม่

เลขานุการ อภิปรายว่า : ในมาตรา 63 นี้ ต้องการให้กระบวนการที่ว่านี้เฉพาะเรื่องขอขาดขาดตายจริงๆ คือ ไม่เพียงแต่ไม่เป็นปฏิบัติเท่านั้น การไม่เป็นปรปักษ์จะนำเข้ามาสู่ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ได้ แต่ว่าในมาตรา 63 นี้ เข้าใจว่าคงต้องการเพื่อป้องกันการล้มล้างการปกครอง หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้นเอง ซึ่งจะใช้เฉพาะเรื่องที่ร้ายแรง เพราะมาตรา 63 ต้องอ่านโยงกับมาตรา 65 ด้วย และทำไมต้องใส่พรรคการเมือง ก็เพราะว่า คำวินิจฉัย คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะมีผลทำให้ยุบพรรคการเมือง จึงต้องระบุไว้เป็นพิเศษ

นางพินทิพย์ ลีลาภรณ์ อภิปรายว่า : ขอเปลี่ยนคำในวรรคสองที่เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานอัยการ เพราะน่าจะเป็นหน่วยงานมากกว่าตำแหน่ง ถึงแม้จะบอกว่าตัวตำแหน่งจะส่งผ่านศาลรัฐธรรมนูญ แต่จริงๆ น่าจะเป็นกระบวนการในการทำงาน และขอเสนอตัดคำว่า “ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง” เพราะการยุบพรรคการเมืองโดยกรรมการ 9 คน น่าจะมีการไตร่ตรองและทบทวนให้ดี

เลขานุการ อภิปรายว่า : การร้องอาจร้องต่ออัยการจังหวัดก็ได้ แต่อัยการจังหวัดต้องส่งมาหาอัยการสูงสุดเพื่อสั่งการจะสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์กระมล ทองธรรมชาติ อภิปรายว่า : ข้อเสนอคุณพินทิพย์ก็มีเหตุผลแต่บังเอิญคดีนี้เป็นคดีการเมือง ซึ่งในระดับสถาบันค่อนข้างสูง คือ สถาบันการเมืองนี้จึงน่าจะเขียนไว้ให้อัยการสูงสุดนี้เหมาะสมแล้ว ถ้าหากว่าเป็นเรื่องธรรมดาที่น่าจะเป็นอย่างนั้น แต่นี้เป็นเรื่องการเมืองจึงอยากให้อัยการสูงสุดสั่งได้เลย ไม่ใช่ไปผ่านขั้นตอนอัยการธรรมดา เดียวจะมีปัญหาว่าอัยการต้องสั่งก่อน อัยการสูงสุดข้ามไม่ได้

นายบุญเลิศ คชายุทธเดช : ขอความกระจ่างเพื่อบันทึกให้ชัดเจนว่า การยื่นเรื่องต่ออัยการสูงสุดเพื่อให้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการนั้น อัยการสูงสุดมีอำนาจที่จะไม่เสนอต่อศาลก็ได้ หรือว่ามีอำนาจหน้าที่แต่เพียงว่าจะต้องยื่นทุกคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ซึ่งต้องชัดเจน

รองศาสตราจารย์สมคิด เลิศไพฑูรย์ อภิปรายว่า : ขออนุญาต 2 ประเด็น

ประเด็นแรก คือ คนที่จะยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญคือใคร จากที่ท่านอาจารย์กระมลกับ อาจารย์บวรศักดิ์ ชี้แจงว่าไม่ควรเป็นอัยการทุกคนที่ไปยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่ควรจะเป็นตำแหน่งอัยการสูงสุดที่เป็นคนยื่น

ประเด็นที่สอง คือ ในทางปฏิบัติจำเป็นหรือไม่ที่ผู้พบเห็น ผู้รู้เห็นต้องยื่นโดยตรงต่ออัยการสูงสุดเพื่อให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันว่ายื่นคำร้องที่อัยการในแต่ละจังหวัดได้ แต่อัยการจังหวัดส่งไปที่อัยการสูงสุดเพื่อยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น ขอเปลี่ยนเป็นเพื่อยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ และอัยการสูงสุดจำเป็นหรือไม่ที่ต้องส่งไปโดยตรง เป็นการบังคับให้ส่งทุกเรื่องที่ยื่นมาหรือไม่ ซึ่งเห็นว่าต้องให้ดุลพินิจอัยการสูงสุดตรวจสอบ ถ้าเปิดโอกาสให้ทุกคนยื่นมาแล้วต้องส่งไปที่ศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดก็ทำหน้าที่เป็นไปรษณีย์เท่านั้น

เลขานุการ อภิปรายว่า : ขออ่านอีกครั้ง ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้ว ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

นายบุญเลิศ ชาญเดช อภิปรายว่า : ในมาตรา 63 ที่เปิดช่องให้ผู้รู้เห็นต้องยื่นเรื่องต่ออัยการสูงสุด เพื่อยื่นคำร้องต่อศาลนั้น ในกรณีที่พฤติกรรมของบุคคลหรือพรรคการเมืองที่ถูกร้องนั้นมีสีเทา สีเทายังไม่ชัดเจนว่าจะล้มล้างหรือจะอะไรอย่างไร ศาลอาจจะวินิจฉัยบอกว่า เทาๆ นี้ เพื่อความสบายใจของคนในประเทศให้ยุติการกระทำ พอยุติการกระทำยังไม่ชี้ชัดลงไปว่า เป็นสีดำจริงๆ พฤติกรรมอันนั้น การจะไปยุบพรรคการเมืองของเขาเสียย่อมไม่เกิดความเป็นธรรม เพราะฉะนั้นน่าจะให้ศาลให้ดุลพินิจว่าอาจจะยุบก็ได้ถ้าเห็นว่าสีเทานั้นจะดำเนินต่อไปในวันรุ่งขึ้น

นางกาญจนารัตน์ สิริโรจน์ สรุปรายมาตรา 63 ว่า : มาตรา 63 มีการขอแปรญัตติพรรคหนึ่งพรรคหนึ่งที่หนึ่ง เป็นว่า บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เติม เพื่อเป็นปฏิปักษ์หรือล้มล้างการปกครอง เติมคำว่า เพื่อเป็นปฏิปักษ์ ส่วนความในวรรคสองขอแก้ไขเป็นว่า “ในกรณีที่พรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้พบเห็นทราบถึงการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องต่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบถึงสิทธิการดำเนินคดีอาญาต่อผู้บริหารพรรคการเมืองหรือบุคคลผู้กระทำการดังกล่าว”

(3) ชั้นอภิปรายแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540²⁶

ศาสตราจารย์ธรรมนุญ ลัดพลี อภิปรายว่า : ให้ตัดคำว่า “อัยการสูงสุด” ออก เป็นให้ประชาชนมีสิทธิเสนอเรื่องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้ได้เลย

แต่ที่ประชุมไม่เห็นชอบ

(4) ชั้นการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540²⁷

ไม่มีการอภิปรายในมาตรา 63 เนื่องจากมีการแก้ไข มีผู้สงวนคำแปรญัตติ

(5) ชั้นการประชุมร่วมกันของรัฐสภา²⁸

ร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 63 เติมบัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาของผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้”

คุณหญิงนันทกา สุประภาตะนันท์ อภิปรายเฉพาะมาตรา 63 วรรคหนึ่ง 2 ประเด็น โดยเห็นว่า คำว่า ล้มล้าง ความหมายแคบกว่าคำว่า ปฏิปักษ์ และบุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขซึ่งหากเปรียบเทียบกับมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะกล่าวถึงชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และรัฐธรรมนูญด้วย

²⁶ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 วันที่ 7 กรกฎาคม 2540.

²⁷ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 17 (เป็นพิเศษ) วันเสาร์ที่ 12 กรกฎาคม 2540.

²⁸ รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 3 (สมัยสามัญ ครั้งที่สอง) วันศุกร์ที่ 5 กันยายน 2540.

ในขั้นที่สุด บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63 จึงได้บัญญัติใช้ถ้อยคำว่า

“บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งให้ยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้”

เมื่อพิจารณาจากรายงานการประชุมการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63 สรุปได้ว่า ยังไม่มีความชัดเจนที่จะตีความได้ว่า รัฐธรรมนูญให้สิทธิแก่ประชาชนในการยื่น คำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญอันเป็นการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้ แต่ค่อนข้างจะมีน้ำหนัก ไปในทางที่เห็นได้ว่าการใช้สิทธิของประชาชนดังกล่าวจะต้องยื่นเป็นลำดับ โดยให้ยื่นต่ออัยการสูงสุดก่อนแล้วให้อัยการสูงสุดพิจารณาว่าจะยื่นเรื่องต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ ขอยกตัวอย่างดังนี้

ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2549 โดยวินิจฉัยว่า “รัฐธรรมนูญ มาตรา 63 มิได้บัญญัติให้ผู้ร้องมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ยุบพรรคการเมืองได้โดยตรง แต่จะต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 63 วรรคสอง โดยเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องต่อศาล” ซึ่งแม้เรื่องนี้จะเป็นการวินิจฉัยตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็เป็นที่มาของบทบัญญัติมาตรา 68 นี้ โดยมีเนื้อความในทำนองเดียวกัน เพียงแต่เติมบทบัญญัติมาตรา 63 ใช้คำว่า “ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าว” แต่บทบัญญัติมาตรา 68 ใช้คำว่า “ผู้ทราบการกระทำดังกล่าว” แทนเท่านั้น กรณีดังกล่าว ผู้เขียนจะได้นำเสนอในหัวข้อต่อไป

3.2 เจตนารมณ์ของสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 มีที่มาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63 เพียงแต่ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมรายละเอียดเกี่ยวกับบทลงโทษของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ถูกยุบโดยคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นจากเดิมเท่านั้น จะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 จึงมิได้มีความแตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63

อย่างไรก็ตามในขั้นยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ปรากฏ ในบันทึก รายงานการประชุมของสภากร่างรัฐธรรมนูญยังไม่มีข้อความชัดเจนว่าได้มีการอภิปรายถึงการให้สิทธิแก่ประชาชนในการที่จะยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่มีการอภิปราย โดยสมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญที่ทำให้เข้าใจได้ว่า กรณีการใช้สิทธิในการยื่นคำร้องตามมาตรา 68 นี้ ต้องดำเนินการเป็นขั้นตอน โดยต้องยื่นต่ออัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาว่าจะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าอัยการสูงสุดเห็นควรเสนอ

เรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดก็จะเป็นผู้ยื่นคำร้องนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ในการอภิปรายในกรณีดังกล่าวก็ไม่ได้มีผู้ใดคัดค้านหรือแสดงความคิดเห็นว่าบทบัญญัติมาตรานี้ให้สิทธิแก่ประชาชนในการยื่นคำร้องพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยปรากฏในการอภิปรายของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ²⁹ ดังต่อไปนี้

นายสุรชัย เลี้ยงบุญเลิศชัย อภิปรายว่า : ขอขอบคุณครับท่านประธานครับ ผมสุรชัย เลี้ยงบุญเลิศชัย สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในฐานะผู้แปรญัตติ ... สิทธิของบุคคลที่จะนำเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุด ในกรณีที่เขาทราบหรือพบว่า มีการกระทำที่เข้าข่ายในลักษณะที่จะเป็นการกระทำที่เป็นล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระประมุขนั้น นี่เป็นเรื่องของสิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ซึ่งผมถือว่าเป็นสิทธิของปวงชนชาวไทยทุกคนที่เขามีอำนาจหน้าที่ที่เขาสิทธิในการที่จะพิทักษ์รัฐธรรมนูญ พิทักษ์รักษาการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เพราะฉะนั้นเพียงแค่ทราบว่า มีบุคคลหรือมีพรรคการเมืองใดกำลังจะดำเนินการไปในวิถีทางเพื่อให้ได้อำนาจรัฐมา นอกเหนือจากวิธีการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้ทราบเหตุการณ์นั้นควรที่จะต้องมียุติธรรมที่จะมาร้องเรียนต่ออัยการสูงสุด เพื่อให้ทำการตรวจสอบได้แล้ว แล้วขั้นตอนที่มาร้องเรียนนั้น ก็เป็นหน้าที่ของอัยการสูงสุดครับ ท่านประธานครับที่จะต้องตรวจสอบเรื่องราวว่ามีมูลหรือไม่มีมูล ก่อนที่ท่านจะนำเรื่องเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ดำเนินการ ในขั้นตอนต่อไป ...

นายสุรชัย เลี้ยงบุญเลิศชัย อภิปรายว่า : ... การที่อัยการจะดำเนินการต่อไปหรือไม่อย่างไรนั้น รัฐธรรมนูญเขียนไว้ชัดเจนครับ ท่านประธานครับ อัยการสูงสุดเป็นผู้ตรวจสอบข้อเท็จจริง ไม่ใช่ผู้นำเสนอเรื่องตามมาตรา 67 วรรคสอง เป็นคนตรวจสอบข้อเท็จจริง ...

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้ว จะสรุปได้ว่ากระบวนการในการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น ยังไม่มีความชัดเจนว่าเจตนารมณ์จะให้สิทธิบุคคลใช้สิทธิในการยื่นคำร้องเพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงหรือไม่ แต่ค่อนข้างที่จะมีน้ำหนักทำให้เข้าใจได้ว่า บุคคลเมื่อจะใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น จะต้องยื่นผ่านอัยการสูงสุดก่อน เพื่อให้อัยการสูงสุดพิจารณาว่าจะเสนอเรื่องดังกล่าวต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 พบว่ามี 3 ประการ คือ

ประการแรก ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง หมายความว่า ผู้ที่ทราบข้อเท็จจริงว่ามีบุคคลหรือพรรคการเมืองได้กระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นผู้รู้เห็นในการกระทำดังกล่าว

ประการที่สอง สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชน หมายความว่า สิทธิที่ประชาชน จะเสนอเรื่องต่อองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ในการดำเนินคดีเท่านั้น ซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้มีวัตถุประสงค์ให้ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจในการยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยมีคำขอให้ยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรค เป็นกระบวนการในการตรวจสอบพรรคการเมือง ซึ่งเป็นอำนาจของนายทะเบียนพรรคการเมืองและอัยการสูงสุด เพื่อให้มีการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน กล่าวคือ

²⁹ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 27/2550 วันที่ 18 มิถุนายน 2550.

ถ้านายทะเบียนพรรคการเมืองไม่ดำเนินการเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง อัยการสูงสุดก็มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เอง หรือหากอัยการสูงสุดไม่ดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 นายทะเบียนพรรคการเมืองก็มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองได้

4. บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 เป็นบทบัญญัติซึ่งให้สิทธิแก่ผู้ทราบ การกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการอันเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้าง การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่ง อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ สามารถเสนอเรื่อง ให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว จากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนได้ศึกษาและวิเคราะห์แยกเป็นหัวข้อได้ ดังนี้

- แนวคิดและหลักการ
- สภาพปัญหา
- ข้อเสนอแนะ

4.1 แนวคิดและหลักการ

พรรคการเมืองถือเป็นสถาบันทางการเมืองเบื้องต้นที่มีความใกล้ชิดกับประชาชนมากที่สุด เพราะมี จุดกำเนิดเริ่มต้นมาจากการใช้สิทธิเสรีภาพในการรวมกลุ่มกันเพื่อจัดตั้งพรรคการเมือง ได้แก่ การที่บุคคลในฐานะปัจเจกบุคคลแต่ละบุคคลที่มีอุดมการณ์ ผลประโยชน์หรือมีความคิดเห็นในด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่ คล้ายคลึงกัน และมีความต้องการอย่างเดียวกันมารวมกันเป็นองค์กร เรียกว่า “พรรคการเมือง” โดยจัดตั้งขึ้น ภายในชุมชนทางการเมืองแห่งใดแห่งหนึ่งที่มีการจัดโครงสร้าง อำนาจหน้าที่อย่างเป็นระบบ และมีวัตถุประสงค์ ร่วมกันในการแสดงออกซึ่งอุดมการณ์ทางการเมือง โดยมีการกำหนดเป็นนโยบายเพื่อประโยชน์ในการเลือก ผู้แทนและเข้าร่วมในการเลือกตั้ง เพื่อให้มีผู้แทนไปดำเนินการในทางการเมือง โดยมีวัตถุประสงค์และเป้าหมาย มุ่งที่จะเป็นรัฐบาลน่านโยบายที่กำหนดขึ้นไปเป็นนโยบายของรัฐบาล และกลุ่มบุคคลที่มารวมกันนั้น มีการ รวมตัวจับกลุ่มที่ชัดเจน มีการจัดองค์กรอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ การรวมตัวกันดังกล่าวไม่ใช่การรวมตัวกันในลักษณะ ที่เป็นการชั่วคราว แต่เป็นการรวมตัวกันที่มีความมุ่งหมายให้มีระยะเวลายาวนาน อย่างน้อยที่สุดก็เพื่อที่จะมี ผู้แทนในสภาผู้แทนราษฎร³⁰ และเมื่อปัจเจกบุคคลแต่ละคนมารวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองแล้ว พรรคการเมือง จึงก่อกำเนิดขึ้นโดยเป็นองค์กรที่แสดงออกถึงเจตนารมณ์ในทางการเมืองแทนปัจเจกบุคคลแต่ละคน มีการจัด โครงสร้างองค์กรที่ชัดเจนและเป็นระบบ

³⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง บทบาทและอำนาจหน้าที่ของสมาชิกวุฒิสภาในการรักษาวินัยพรรคการเมืองและ การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้แทนปวงชน. พ.ศ. 2555. หน้า 1 – 2.

เมื่อเป็นเช่นนี้พิจารณาในอีกแง่หนึ่ง หากการใช้เสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองดังกล่าว นั้น เป็นการรวมตัวกันของกลุ่มบุคคลที่มีแนวคิดในทางที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐหรือการใช้อำนาจอธิปไตยแล้ว ถือเป็นเรื่องที่ไม่ได้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐหรือการใช้อำนาจอธิปไตยแล้ว ถือเป็นเรื่องที่ไม่ได้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐหรือการใช้อำนาจอธิปไตยแล้ว ถือเป็นเรื่องที่ไม่ได้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐหรือการใช้อำนาจอธิปไตยแล้ว ถือเป็นเรื่องที่ไม่ได้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ การกำกับดูแลกิจการหรือกิจกรรมบางประการของพรรคการเมืองกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกัน ซึ่งในต่างประเทศวัตถุประสงค์และกิจกรรมของพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญทางการเมืองการปกครองของประเทศนั้นๆ ก็เป็นเหตุให้ยุบพรรคการเมืองนั้นได้ อย่างเช่นกรณีประเทศเยอรมัน พรรคการเมืองที่มีอุดมการณ์ทางการเมืองหรือเป้าหมายทางการเมืองเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย หรือเป็นภัยคุกคาม การดำรงอยู่ของสหพันธรัฐเยอรมนี ก็เป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพรรคการเมืองนั้นมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญและสั่งยุบพรรคการเมืองได้³¹ หรือกรณีของประเทศตุรกี พรรคการเมืองใดที่มีนโยบาย ขอบังคับของพรรคการเมืองนั้น ขัดต่อเอกราชและบูรณภาพของประเทศ ขัดต่อสิทธิมนุษยชนหรือหลักความเสมอภาค หลักนิติรัฐ หรือขัดต่ออำนาจอธิปไตยของชาติ ขัดต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและหลักรัฐธรรมนูญ รวมทั้งมีวัตถุประสงค์เป็นการมุ่งหมายสร้างกลุ่มบุคคลให้มีอำนาจเผด็จการไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม หรือ ยุยงส่งเสริมให้สมาชิกพรรคการเมืองประกอบอาชญากรรม ก็ถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบ พรรคการเมืองได้³² ดังนั้น การรักษาหลักสำคัญทางการเมืองการปกครอง และการควบคุมดูแลกิจการ พรรคการเมืองจึงเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาควบคู่กัน

4.2 สภาพปัญหา

ในรัฐธรรมนูญของไทยมีบทบัญญัติในลักษณะเป็นการปกป้องหลักเกณฑ์สำคัญทางการเมืองการปกครองของรัฐไว้ โดยเริ่มปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นฉบับแรกบัญญัติไว้ในมาตรา 63 เป็นข้อจำกัดของการใช้สิทธิเสรีภาพว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้” และหากมีการใช้สิทธิเสรีภาพอันมิชอบดังกล่าวแล้ว รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีกระบวนการตรวจสอบและป้องกันไว้ในวรรคสองว่า “ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการ ให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว” โดยหากการกระทำนั้น

³¹ ณรงค์เดช สรุโฆษิต. แนวทางการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง. พ.ศ. 2554. หน้า 81 -85.

³² ปรากฏในรัฐธรรมนูญตุรกี มาตรา 68 และมาตรา 69 โดยมาตรา 69 วรรคสี่และวรรคห้า ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองที่ละเมิดต่อหลักการในรัฐธรรมนูญตุรกีมาตรา 68 วรรคสี่.

เป็นการกระทำของพรรคการเมือง ก็อาจถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองได้ ตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสามว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้”

มาตรานี้ได้รับการบัญญัติต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 68 โดยมีการแก้ไขข้อความเล็กน้อย จากคำว่า “ผู้รู้เห็นการกระทำ” ที่ปรากฏในมาตรา 63 ข้างต้นเป็น “ผู้ทราบการกระทำ” และได้บัญญัติเพิ่มเติมความในวรรคสี่ว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว” โดยนอกจากมาตรานี้แล้ว ยังมีอีกมาตราที่จะต้องพิจารณาควบคู่กันไปด้วย คือ มาตรา 237 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า หากปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองผู้ใดมีส่วนรู้เห็น หรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำ ว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดกระทำการ ก่อ หรือสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมแล้ว แต่มิได้ยับยั้งหรือแก้ไขเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจ ในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามมาตรา 68 ด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า มาตรา 68 นั้นมีที่มาได้สองเหตุ เหตุแรก คือ กรณีการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ และ เหตุที่สอง คือ การที่พรรคการเมือง (โดยกรรมการบริหารพรรคการเมือง) กระทำการหรือปล่อยปละละเลยให้มีการกระทำการเพื่อให้การเลือกตั้งไม่ไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ซึ่งรัฐธรรมนูญให้ถือว่า เป็นอีกทางหนึ่งในการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้เอง ทั้งนี้เหตุแรกและเหตุที่สองเป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

4.2.1 ปัญหาเรื่องขอบเขตอำนาจการกระทำละเมิดตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68

หากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 68 นั้น บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข... ฯลฯ...มิได้”

ปัญหาที่จะต้องพิจารณา คือ “สิทธิเสรีภาพ” ตามรัฐธรรมนูญแบบไหนบ้างที่จะเกิดผลให้เป็นการ “ล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตย” หรือ “เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศอันมิชอบ” คือ ลำพังเพียงการใช้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน เช่น การชุมนุมบ้าง ปราศรัยบ้าง หรือตีพิมพ์หนังสือก็ตาม โดยสภาพแล้ว ไม่อาจมีพลังเพียงพอหรือมีความใกล้ชิดต่อผลที่จะทำให้เกิดการล้มล้างการปกครองหรือแย่งชิงอำนาจรัฐมาได้เลย หากมีกรณีที่น่าจะเป็นการฟังได้ว่า เป็นการใช้ “สิทธิเสรีภาพ” โดยสุ่มเสี่ยงอันจะเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแล้ว ไม่ว่าจะทางใด ก็สมควรจะต้องห้ามปรามหรือสั่งให้เลิกการกระทำ

4.2.2 ปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิเสนอคำร้องตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68

เนื่องจากถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 68 ทำให้เกิดการตีความว่าผู้ทราบการกระทำสามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ซึ่งนำไปสู่การวางหลักของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 สรุปได้ว่า มาตรา 68 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ที่จะใช้สิทธิให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ โดยให้มีสิทธิสองประการ คือ ประการหนึ่ง เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องต่อรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง สามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้ อัยการสูงสุดเพียงแต่มีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้น และยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น หาได้ตัดสิทธิของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ แม้ผู้ร้องได้เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบแล้ว ก็ไม่ตัดสิทธิผู้ร้องที่จะใช้สิทธิในประการที่สองยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งให้เลิกการกระทำ อาจเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้นั้น การกระทำดังกล่าวจะต้องกำลังดำเนินอยู่แล้วยังไม่บังเกิดผล ศาลรัฐธรรมนูญจึงจะมีคำวินิจฉัยสั่งให้เลิกการกระทำนั้นได้ หากไม่แล้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 นี้ก็จะพันวิสัย ไม่สามารถใช้บังคับได้ การตีความเกี่ยวกับผู้มีสิทธิเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ จึงต้องตีความไปในแนวทางของการยอมรับสิทธิมิใช่จำกัดสิทธิ

เช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำวินิจฉัยว่า “กรณีอัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงตามมาตรา 68 วรรคสอง แล้ว แต่ยังไม่มีการสั่งประการใดจากอัยการสูงสุด หากปล่อยให้กระบวนการลงมติ ในวาระที่สามลุล่วงไปแล้ว แม้ต่อมาอัยการสูงสุดจะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นไปโดยมิชอบด้วยมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ให้เลิกการกระทำนั้น ก็จะไม่สามารถบังคับตามคำวินิจฉัยในทางใดได้อีก รวมทั้งไม่อาจย้อนคืนแก้ไขผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำ ดังกล่าวได้”

ข้อสังเกต เรื่องการบังคับการตามคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม หากศาลรัฐธรรมนูญสามารถออกคำสั่งให้เลิกการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อ มาตรา 68 ได้ทันก่อนการกระทำนั้นจะสิ้นผลจริงแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถ “บังคับ” ตามคำสั่งนั้นได้แค่ไหน เพียงไร เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีอำนาจเฉพาะ จึงไม่มีอำนาจออกหมายอาญาหรือหมายบังคับคดีได้เช่นศาลแพ่ง รวมทั้งไม่มีหน่วยงานที่จะบังคับคดีได้ด้วย

4.3 ข้อเสนอแนะ

4.3.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ด้วยปัญหาและข้อสังเกตดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นว่าอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 68 นี้ ควรจะให้เป็นอำนาจในการสั่ง “ห้าม” การดำเนินการหรือดำเนินกิจกรรมทางการเมืองหรือมีเป้าหมายของพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ เพราะพรรคการเมืองนั้นถือเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีความต่อเนื่อง เป็นรูปแบบการใช้สิทธิเสรีภาพในทางการเมืองที่ใกล้เคียงต่อผลและมีความเป็นไปได้จะล้มล้าง

การปกครองตามรัฐธรรมนูญได้จริง เนื่องจากกิจกรรมทางการเมืองดังกล่าวเป็นไปเพื่อมุ่งหมายให้ได้รับเลือกตั้งเข้าไปใช้อำนาจในทางการเมืองต่อไป โดยเป็นสมาชิกรัฐสภา หรือเป็นรัฐบาลก็ได้

การสั่งให้เลิกกิจกรรมทางการเมืองของพรรคการเมืองนั้นจึงต้องมีผลใช้บังคับได้จริงตามมาตรา 68 นี้ รวมถึงการสั่งห้ามการกระทำต่อไปภายหน้าก็สามารถที่จะมีผลบังคับ เนื่องด้วยพรรคการเมืองมีความเป็นนิติบุคคลที่อาจจะกำหนดตัวและสั่งได้ชัดเจน และการบังคับนั้นสามารถบังคับได้ ทั้งนี้ ตามกฎหมายพรรคการเมืองที่มีคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) เป็นผู้บังคับใช้อยู่ หรือหากห้ามแล้ว ยังมีการฝ่าฝืนอยู่ต่อไป หรือมีแนวทางของพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญตั้งแต่ต้น ก็จะเป็นเหตุให้ยุบพรรคการเมืองได้ หรือแม้แต่หากเป็นกรณีที่พรรคการเมืองนั้นมีวัตถุประสงค์อันเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็อาจจะสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้นก็ได้

ส่วนการกระทำของบุคคลที่อาจจะเป็นการละเมิดมาตรานี้ หากการนั้น เป็นการกระทำผิดตามกฎหมายใด เช่น กฎหมายอาญา หรือกฎหมายปกครองอื่น ก็ชอบที่จะบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น โดยถือว่า เป็นสิทธิของประชาชนผู้ทราบการกระทำอันมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าวในอันที่จะเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการเพื่อยับยั้งการกระทำดังกล่าว เช่นในอนาคต หากมีกฎหมายควบคุมเรื่องการชุมนุมในที่สาธารณะ โดยการชุมนุมจะต้องได้รับการอนุญาตจากฝ่ายปกครอง หากประชาชนทราบว่าการชุมนุมนั้นเป็นไปเพื่อเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว ก็อาจจะร้องต่อฝ่ายปกครองให้เพิกถอนการอนุญาตหรือมีคำสั่งห้ามได้ หรือหากการกระทำนั้นเข้าเงื่อนไขความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นอันมีโทษทางอาญา ก็ชอบที่จะไปว่ากล่าวกัน ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งก็สอดคล้องกับแนวทางของคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญหลายเรื่อง เช่น คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2557 ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2557

4.3.2 ข้อเสนอเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พ.ศ. 2550 มาตรา 68 เคยมีปัญหา ทั้งในทางการเมืองและในทางวิชาการ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยผ่านทางมาตรา 68 นี้สามครั้ง ครั้งแรกตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555³³ ที่ 15-18/2556³⁴ และที่ 1/2557³⁵ โดยศาลได้วินิจฉัยวางแนวไว้ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และมีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อันเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ซึ่งถือเป็นครั้งแรกที่มีปัญหาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยกลไกของรัฐสภาอาจถูกตรวจสอบได้หรือไม่ และถือเป็นครั้งแรกเช่นกันที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกองค์กรตุลาการวินิจฉัยว่ามีชอบและต้องสิ้นผลลง

³³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18 - 22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2555 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118 ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555.

³⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15 - 18/2556 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2556 ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5 ก วันที่ 8 มกราคม 2557.

³⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 ลงวันที่ 8 มกราคม 2557 ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่ม 41 ก วันที่ 17 เมษายน 2557.

ในทางวิชาการแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจอีกอย่างหนึ่งที่ไม่ใช่ อำนาจนิติบัญญัติ แม้การใช้อำนาจจะกระทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่ต่อเนื่องมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) อีกทีหนึ่ง อาจเรียกว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับการสืบทอดมา” โดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นถือเป็นตัวแทนของประชาชนที่เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลายประเทศจึงให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเองทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยอาศัยวิธีการที่ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมหรือการตรากฎหมายปกติ แต่อย่างไรก็ตาม “ผู้แทน” ของปวงชนก็ไม่ใช่ “ปวงชน” การกระทำและการตัดสินใจของผู้ที่ได้ชื่อว่าเป็น “ผู้แทนปวงชน” ในบางกรณีก็อาจไม่ใช่สิ่งที่ เป็น “เจตนารมณ์” ของปวงชนเสมอไปก็ได้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อการตัดสินใจนั้นทำได้โดยหลัก “เสียงข้างมาก” ของกลุ่มคนที่ได้ชื่อว่าเป็น “ผู้แทน” ก็เป็นไปได้เช่นกันว่า ในบางกรณีการตัดสินใจนั้น อาจจะไม่ตรงกับความต้องการของประชาชน เพราะมีปัจจัยอย่างอื่น เช่น ความเป็นพรรคการเมือง หรือความขัดแย้งกับองค์กรอื่นๆ มาเกี่ยวข้อง³⁶ ดังนั้น ด้วยเหตุนี้เอง รัฐธรรมนูญในบางประเทศ จึงกำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากขึ้น เช่น โดยอาจจะให้ประชาชนมีสิทธิเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือให้ประชาชนลงประชามติรับรองรัฐธรรมนูญ หรือใน รัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้มีกระบวนการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ เป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบหนึ่ง เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง ศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์อำนาจที่ได้รับมอบอำนาจนั้นมาจากรัฐธรรมนูญ หากสามารถไปตรวจสอบอำนาจที่สถาปนาตนได้นั้นก็อาจจะขัดต่อตรรกะ แต่กระนั้น อำนาจในการพิจารณาว่า บรรดาผู้แทนที่ได้รับอำนาจสถาปนาจากผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนา คือ ประชาชน นั้น ใช้อำนาจดังกล่าว “ถูกวิธี” หรือไม่ นั้น ก็สมควรตรวจสอบได้ โดยหากถือหลัก “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น”³⁷ (argumentum a fortiori) มาพิจารณาก็จะเห็นว่า แม้แต่การตราหรือแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นสิ่งที่มีศักดิ์ตามกฎหมายลำดับรองกว่ารัฐธรรมนูญแล้ว ยังสามารถตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น “รัฐธรรมนูญ” เป็นบทบัญญัติที่เหนือกว่าและมีความสำคัญมากกว่า ก็ควรที่จะตรวจสอบ “กระบวนการ” ในการแก้ไขให้เป็นไปตามวิถีทางที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ด้วย โดยที่การตรวจสอบเฉพาะกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ไม่ถือว่าเป็นการตรวจสอบอำนาจสถาปนาด้วย เพราะอำนาจสถาปนาคืออำนาจในการเขียน “เนื้อหา” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไม่สมควรก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจส่วนนี้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีอำนาจในการพิจารณาว่า ผู้ได้รับการสืบทอดมานั้น ได้ใช้อำนาจนั้นตามวิธีการที่อำนาจสถาปนาตัวตั้งต้น หรืออำนาจสถาปนาดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Orginaire) นั้น กำหนดวิธีการ “สืบทอด” อำนาจสถาปนามาหรือไม่

³⁶ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า. พ.ศ. 2556 . หน้า 319 – 320.

³⁷ หลักยังต้องเป็นเช่นนั้น คือ การลดช่องว่างของกฎหมายโดยให้เหตุผลในลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ การให้เหตุผลแบบจากสิ่งที่ใหญ่กว่าไปสู่สิ่งเล็กกว่า (argumentum a maiore ad minus) และการให้เหตุผลแบบจากสิ่งที่เล็กกว่าไปสู่สิ่งที่ใหญ่กว่า (argumentum a minore ad maius) การลดช่องว่างของกฎหมายในกรณีเช่นนี้เกิดจากเหตุผลที่ว่า ผู้ใช้กฎหมายย่อมสามารถลดช่องว่างของกฎหมายได้ หากปรากฏจากวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายแล้ว เห็นประจักษ์ชัดว่าข้อเท็จจริงที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้ยิ่งเสียกว่า

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า มีข้อเสนอให้เพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในการพิจารณาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ชัดเจน โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยช่องทางในการตรวจสอบตามมาตรา 68 ดังเช่นที่ผ่านมา โดยนำรูปแบบของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติมาปรับใช้ กล่าวคือ อาจจะบัญญัติเพิ่มไว้ในหมวดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า ก่อนนายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือนายกรัฐมนตรี เห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตราขึ้นไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ แล้วให้ประธานรัฐสภาหรือนายกรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยคำร้องดังกล่าวเป็นการด่วน

ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีอำนาจพิจารณาได้เพียงว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ได้หรือไม่เท่านั้น โดยไม่ต้องพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป

ผู้เขียนมีความคิดเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญต่อไปอีกว่า ในกรณีการยุบพรรคการเมืองที่ถือว่าการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้ เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมีมูลเหตุมาจากฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 (มาตรา 68 ประกอบมาตรา 237)

กรณีดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 237 วรรคสองว่า “หากปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองผู้ใดมีส่วนรู้เห็น หรือปล่อยปละละเลย หรือทราบการกระทำของผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดกระทำการ ก่อ หรือสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมแล้ว แต่มิได้ยับยั้งหรือแก้ไขเพื่อให้เกิดการเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ด้วย” ซึ่งทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการสั่งยุบพรรคและให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังกล่าวมีกำหนดเวลาห้าปี

มีข้อสังเกตในกรณีนี้ ได้แก่ หากเป็นกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งได้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาว่าพรรคการเมืองใดได้กระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 ถึงขนาดที่การกระทำดังกล่าวมีผลให้การเลือกตั้งในคราวหรือในเขตนั้น มิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม และศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ากระทำการอันฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการกระทำของหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารของพรรคการเมืองเอง หรือมีส่วนรู้เห็น หรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำนั้นแล้วมิได้ยับยั้งหรือแก้ไขแล้ว จะถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 68 โดยผลของรัฐธรรมนูญมาตรา 237 ซึ่งจะต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองนั้นต่อไป

การดำเนินคดีของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ จึงเท่ากับเป็นการดำเนินการต่อเนื่องจากคำสั่งศาลฎีกาข้างต้นนั่นเอง โดยศาลรัฐธรรมนูญแทบจะวินิจฉัยเป็นอื่นได้ยาก เพราะเป็นกรณีที่เข้าลักษณะตามที่กฎหมายบัญญัติผูกมัดไว้โดยอัตโนมัติ เนื่องมาตั้งแต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 และต่อด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 237 และส่งผลถึงมาตรา 68 ตามลำดับ ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยฟังข้อเท็จจริงเป็นอื่น ก็เท่ากับจะเป็นการ “กลับ” คำสั่งศาลฎีกา ซึ่งก็จะนำมาสู่ปัญหาทางกฎหมายต่อไปว่า เช่นนี้ คำสั่งของศาลฎีกาที่วินิจฉัยให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งไปแล้วจะมีผลอย่างไร เพราะผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ หรือ แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะยืนตามข้อเท็จจริงที่ศาลฎีกาวินิจฉัยมาแล้ว ผลตามกฎหมายก็เท่ากับว่า พรรคการเมืองนั้น กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้มาตรา 68 วรรคสามนั้น จะเป็นบทบัญญัติในลักษณะทางเลือก ให้ศาลรัฐธรรมนูญยังพิจารณาได้อีกว่า จะยุบพรรคการเมืองที่ฝ่าฝืนมาตรา 68 นั้นหรือไม่ โดยมาตรา 68 วรรคสาม บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้” แต่ในเชิงเหตุผลแล้ว ในเมื่อตามกฎหมายผูกมัดเป็นที่ยุติได้ว่า พรรคการเมืองที่มีปัญหาตามมาตรา 68 นั้น ได้กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะไม่ยุบพรรคการเมืองที่กระทำการร้ายแรงดังกล่าว

แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้รับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองไว้ และการกระทำ ความผิดตามรัฐธรรมนูญมาตรา 237 อาจเป็นการกระทำของกรรมการบริหารพรรคการเมืองเพียงบางคน โดยพลการ ไม่สมควรถึงกับทำลายเจตนารมณ์ของสมาชิกพรรคการเมืองคนอื่นที่มาร่วมตัวกันเป็นพรรคนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็อาจพิจารณาในแง่นี้เพื่อจะไม่ต้องยุบพรรคการเมืองนั้นเสียทีเดียวก็ได้ เพียงแต่ใช้อำนาจสั่งห้ามการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายนั้นไม่ให้กระทำต่อไป การบัญญัติมาตรา 68 วรรคสาม ไว้เช่นนี้ จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความยืดหยุ่นเพียงพอต่อการพิจารณาใช้ดุลพินิจ ตามพฤติการณ์และความร้ายแรง เป็นกรณีไปก็ได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 237 และมาตรา 68 ในส่วนนี้ควรเป็นไปตามเดิม และอำนาจดังกล่าวควรเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณา ในฐานะเป็นศาลที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มาร่วมตัวกันเป็นพรรคการเมือง

ประชาธิปไตยที่ใครๆ คงอยากเห็น

กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์*

ประชาธิปไตย

“ประชาธิปไตย” ระบุอบการปกครองที่ล้อมติปวงชนเป็นใหญ่ การถือเสียงข้างมากเป็นใหญ่¹ เป็นสิ่งที่คนส่วนใหญ่เข้าใจ คั่นเคย และมักจะหยิบยกขึ้นกล่าวอ้าง ในขณะที่คนอีกส่วนหนึ่งมีความเข้าใจว่า “ประชาธิปไตย” ซึ่งประกอบด้วยคำว่า “ประชา”² หมายถึง หมู่คนคือปวงชน กับคำว่า “อธิปไตย”³ หมายถึง ความเป็นใหญ่ ดังนั้น คำว่า “ประชาธิปไตย” จึงหมายถึง “ความเป็นใหญ่ของปวงชน”⁴

คำว่าประชาธิปไตยนี้ไม่ว่าจะมีการให้ความหมายหรือมีความเข้าใจเกี่ยวกับคำคำนี้ไว้อย่างไร ในหลายความหมายนั้นล้วนมุ่งไปสู่ความเป็นจริงที่ว่า ประชาธิปไตยหมายถึงรูปแบบการปกครองที่⁵

1. เน้นเรื่องสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค โดยเน้นให้เห็นถึงการเคารพสิทธิ เสรีภาพ และความเท่าเทียมกัน ภายใต้กฎระเบียบของสังคม

2. เน้นเจตนารมณ์ของประชาชน คือ เป็นการปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน ผู้นำทางการเมืองถือเสมือนเป็นตัวแทนในการแสดงเจตนารมณ์ของประชาชน รัฐบาลเป็นตัวแทนของพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากหรือได้รับเสียงสนับสนุนเป็นส่วนใหญ่ และเมื่อวาระสิ้นสุดลง รัฐบาลจะคงอยู่ในอำนาจต่อไปได้ก็ต้องแสดงให้ประชาชนเห็นว่าสามารถสนองต่อเจตนารมณ์ของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

3. เน้นการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชน ซึ่งอาจเป็นการมีส่วนร่วมทางอ้อมผ่านการเลือกตั้งสมาชิกสภาเข้าไปทำหน้าที่แทน หรืออาจเป็นการมีส่วนร่วมทางตรงโดยการออกเสียงประชามติ

ในส่วนของสิทธิและเสรีภาพ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2550) ได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองไว้มากมายถึง 44 มาตรา ทั้งในเรื่องของความเสมอภาค สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชน สิทธิและเสรีภาพในการศึกษา สิทธิในการได้รับการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน เสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม สิทธิชุมชน สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

* สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หน้า 703

² หมู่คน เช่น ปวงประชา (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หน้า 703)

³ อำนาจสูงสุดของรัฐที่จะใช้บังคับบัญชาภายในอาณาเขตของตน (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หน้า 1367)

⁴ ปรีดี พนมยงค์ “ประชาธิปไตย” เบื้องต้นสำหรับสามัญชน” <http://www.pridiinstitute.com>

⁵ <http://www.varinthorn.com/WordPress/?p=21>

สำหรับการมีส่วนร่วมของประชาชนที่เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนและผู้ที่เกี่ยวข้องทุกภาคส่วนของสังคมได้เข้ามามีส่วนร่วมกับภาครัฐนั้น สามารถแบ่งตามหลักการสำคัญออกได้เป็น 5 ระดับ ดังนี้⁶

1. การให้ข้อมูลข่าวสาร (Inform) เป็นการมีส่วนร่วมของประชาชนในระดับต่ำที่สุด แต่เป็นระดับที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นก้าวแรกของการที่ภาครัฐจะเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าสู่กระบวนการมีส่วนร่วมในเรื่องต่างๆ สำหรับวิธีการให้ข้อมูลนั้น สามารถใช้ช่องทางต่าง ๆ เช่น เอกสารสิ่งพิมพ์ การเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารผ่านทางสื่อต่าง ๆ การจัดนิทรรศการ จัดหมายข่าว การจัดงานแถลงข่าว การตัดประกาศ และการให้ข้อมูลผ่านเว็บไซต์ เป็นต้น

2. การรับฟังความคิดเห็น (Consult) เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการให้ข้อมูลข้อเท็จจริง และความคิดเห็น ด้วยวิธีต่าง ๆ เพื่อประกอบการตัดสินใจของหน่วยงานภาครัฐ เช่น การรับฟังความคิดเห็น การสำรวจความคิดเห็น การจัดเวทีสาธารณะ และการแสดงความคิดเห็นผ่านเว็บไซต์ เป็นต้น

3. การเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง (Involve) เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปฏิบัติงานหรือร่วมเสนอแนะแนวทางที่นำไปสู่การตัดสินใจ เช่น การประชุมเชิงปฏิบัติการเพื่อพิจารณาประเด็นนโยบายสาธารณะ การจัดให้มีประชาพิจารณ์ การจัดตั้งคณะทำงานเพื่อเสนอแนะประเด็นนโยบาย เป็นต้น เพื่อสร้างความมั่นใจว่าข้อมูล ความคิดเห็น และความต้องการของประชาชน จะถูกนำไปพิจารณาเป็นทางเลือกในการบริหารงานของภาครัฐ

4. การให้ความร่วมมือ (Collaboration) เป็นการเปิดโอกาสให้กลุ่มประชาชนหรือผู้แทนจากภาคสาธารณะ มีส่วนร่วมในฐานะที่เป็นหุ้นส่วนกับภาครัฐในทุกขั้นตอนของการตัดสินใจและดำเนินกิจกรรมร่วมกันอย่างต่อเนื่อง เช่น การแต่งตั้งผู้แทนฝ่ายประชาชนให้ร่วมเป็นกรรมการคณะกรรมการต่างๆ เป็นต้น

5. การเสริมอำนาจให้แก่ประชาชน (Empower) เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีบทบาทในระดับสูงที่สุด โดยให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจ เช่น การลงประชามติในประเด็นสาธารณะต่าง ๆ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2550) ได้สะท้อนหลักการสำคัญของการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยได้บัญญัติให้รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในเรื่องต่างๆ ดังต่อไปนี้

1. ส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายและวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น (มาตรา 87⁷ (1))

⁶ <http://www2.diw.go.th/ppp/PDF/people.PDF>

⁷ มาตรา 87 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการมีส่วนร่วมของประชาชน ดังต่อไปนี้

(1) ส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายและวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น

(2) ส่งเสริมและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจทางการเมือง การวางแผนพัฒนาทางเศรษฐกิจ และสังคม รวมทั้งการจัดทำบริการสาธารณะ

(3) ส่งเสริมและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกระดับ ในรูปแบบองค์กรทางวิชาชีพหรือตามสาขาอาชีพที่หลากหลาย หรือรูปแบบอื่น

(4) ส่งเสริมให้ประชาชนมีความเข้มแข็งในทางการเมือง และจัดให้มีกฎหมายจัดตั้งกองทุนพัฒนาการเมืองภาคพลเมืองเพื่อช่วยเหลือการดำเนินกิจกรรมสาธารณะของชุมชน รวมทั้งสนับสนุนการดำเนินการของกลุ่มประชาชนที่รวมตัวกันในลักษณะเครือข่ายทุกระดับให้สามารถแสดงความคิดเห็นและเสนอความต้องการของชุมชนในพื้นที่

(5) ส่งเสริมและให้การศึกษแก่ประชาชนเกี่ยวกับการพัฒนาการเมืองและการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมทั้งส่งเสริมให้ประชาชนได้ใช้สิทธิเลือกตั้งโดยสุจริตและเที่ยงธรรม การมีส่วนร่วมของประชาชนตามมาตรา 87 นี้ต้องคำนึงถึงสัดส่วนของหญิงและชายที่ใกล้เคียงกัน

2. ส่งเสริมและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจทางการเมือง การวางแผนพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งการจัดทำบริการสาธารณะ (มาตรา 87 (2))
3. ส่งเสริมและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกระดับในรูปแบบองค์กรทางวิชาชีพหรือตามสาขาอาชีพที่หลากหลายหรือรูปแบบอื่น (มาตรา 87 (3))
4. ส่งเสริมให้ประชาชนมีความเข้มแข็งในทางการเมือง และจัดให้มีกฎหมายจัดตั้งกองทุนพัฒนาการเมืองภาคพลเมืองเพื่อช่วยเหลือการดำเนินกิจกรรมสาธารณะของชุมชน รวมทั้งสนับสนุนการดำเนินการของกลุ่มประชาชนที่รวมตัวกันในลักษณะเครือข่ายทุกรูปแบบให้สามารถแสดงความคิดเห็นและเสนอความต้องการของชุมชนในพื้นที่ (มาตรา 87 (4))
5. ส่งเสริมและให้การศึกษาแก่ประชาชนเกี่ยวกับการพัฒนาการเมืองและการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมทั้งส่งเสริมให้ประชาชนได้ใช้สิทธิเลือกตั้งโดยสุจริตและเที่ยงธรรม (มาตรา 87 (5))
6. จัดให้ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรง โดยให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า 10,000 คน มีสิทธิเข้าชื่อเสนอกฎหมาย (มาตรา 142⁸ (4) และมาตรา 163⁹)

⁸ มาตรา 142 ภายใต้บังคับมาตรา 139 ร่างพระราชบัญญัติจะเสนอได้ก็แต่โดย

(1) คณะรัฐมนตรี

(2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน

(3) ศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรและกฎหมายที่ประธานศาลและประธานองค์กรนั้นเป็นผู้รักษาการ หรือ

(4) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคนเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามมาตรา 163

ในกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติซึ่งมีผู้เสนอตาม (2) (3) หรือ (4) เป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินจะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี

ในกรณีที่ประชาชนได้เสนอร่างพระราชบัญญัติใดตาม (4) แล้ว หากบุคคลตาม (1) หรือ (2) ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการเดียวกับร่างพระราชบัญญัตินั้นอีก ให้นำบทบัญญัติมาตรา 163 วรรคสี่ มาใช้บังคับกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้นด้วย

ร่างพระราชบัญญัติให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน

ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติตามวรรคหนึ่งต้องมีบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติเสนอมาพร้อมกับร่างพระราชบัญญัติด้วย

ร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อรัฐสภาต้องเปิดเผยให้ประชาชนทราบและให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลรายละเอียดของร่างพระราชบัญญัตินั้นได้โดยสะดวก

⁹ มาตรา 163 ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคน มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติตามที่กำหนดในหมวด 3 และหมวด 5 แห่งรัฐธรรมนูญนี้

คำร้องขอตามวรรคหนึ่งต้องจัดทำร่างพระราชบัญญัติเสนอมาด้วย

หลักเกณฑ์และวิธีการเข้าชื่อ รวมทั้งการตรวจสอบรายชื่อ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติตามวรรคหนึ่ง สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาต้องให้ผู้แทนของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้นชี้แจงหลักการของร่างพระราชบัญญัติและคณะกรรมการวิสามัญเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้นตั้งกล่าวจะต้องประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนกรรมาธิการทั้งหมดด้วย

7. จัดให้ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรง โดยให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ไม่น้อยกว่า 50,000 คน มีสิทธิเข้าชื่อเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (มาตรา 291 (1))¹⁰

8. จัดให้ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรง โดยให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ไม่น้อยกว่า 20,000 คน มีสิทธิเข้าชื่อขอให้วุฒิสภาถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งเพราะเหตุที่มีพฤติกรรม ร่ำรวยผิดปกติ (มาตรา 164¹¹)

9. จัดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรงในการตัดสินใจ โดยให้มีสิทธิออกเสียงประชามติในกรณีต่างๆ ตามที่กำหนด (มาตรา 165¹²)

แต่ในสภาพความเป็นจริงที่พบเห็นกันอยู่ในปัจจุบัน คงเป็นเรื่องยากที่จะปฏิเสธว่าการหยิบยกเหตุต่างๆ ขึ้น กล่าวอ้างเพื่อประโยชน์ในการใช้สิทธิเสรีภาพ เรียกร้องความเสมอภาค และต้องการเข้าไปมีส่วนร่วม ของคนกลุ่ม หนึ่งนั้น ดูออกจะไปไกลจนเกินขอบเขตของความพอเหมาะพอควร หรือการยอมรับของคนในสังคมด้วยตัวเอง เพราะความมีเหตุมีผล หรือวิธีการที่จะนำไปสู่การสร้างสมดุลในทุกๆ ด้านเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับทุก ฝ่ายในสังคม ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของความเป็นประชาธิปไตยนั้น ยิ่งออกจะดูเลือนรางและห่างไกลความเป็นจริง ออกไปทุกขณะ จนบางครั้งกลับกลายเป็นการมองข้ามหรือไม่ให้ความสำคัญกับอีกด้านหนึ่งของความเป็น “ประชาธิปไตย” ไปเสียเลยทีเดียว

¹⁰ มาตรา 291 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

(1) ผู้ติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

ผู้ติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้

ฯลฯ

ฯลฯ

¹¹ มาตรา 164 ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าสองหมื่นคน มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภามีมติ ตามมาตรา 274 ให้ถอดถอนบุคคลตามมาตรา 270 ออกจากตำแหน่งได้

คำร้องขอตามวรรคหนึ่งต้องระบุพฤติการณ์ที่กล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวกระทำความผิดเป็นข้อ ๆ ให้ชัดเจน

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการที่ประชาชนจะเข้าชื่อร้องขอตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

¹² มาตรา 165 ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งย่อมมีสิทธิออกเสียงประชามติ

การจัดให้มีการออกเสียงประชามติให้กระทำได้ในเหตุ ดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นว่ากิจการในเรื่องใดอาจกระทบถึงประโยชน์ได้เสียของประเทศชาติหรือประชาชน นายกรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอาจปรึกษาประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาเพื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้มีการออกเสียงประชามติได้

(2) ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้มีการออกเสียงประชามติ

การออกเสียงประชามติตาม (1) หรือ (2) อาจจัดให้เป็นการออกเสียงเพื่อมีข้อยุติโดยเสียงข้างมากของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ ในปัญหาที่จัดให้มีการออกเสียงประชามติ หรือเป็นการออกเสียงเพื่อให้คำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรีก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นการเฉพาะ

การออกเสียงประชามติต้องเป็นการให้ออกเสียงเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในกิจการตามที่จัดให้มีการออกเสียงประชามติ และการ จัดการออกเสียงประชามติในเรื่องที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือเกี่ยวกับตัวบุคคลหรือคณะบุคคล จะกระทำมิได้

ก่อนการออกเสียงประชามติ รัฐต้องดำเนินการให้ข้อมูลอย่างเพียงพอ และให้บุคคลฝ่ายที่เห็นชอบและไม่เห็นชอบกับกิจการนั้น มีโอกาสแสดงความคิดเห็นของตนได้อย่างเท่าเทียมกัน

หลักเกณฑ์และวิธีการออกเสียงประชามติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ซึ่งอย่างน้อยต้องกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการออกเสียงประชามติ ระยะเวลาในการดำเนินการ และจำนวนเสียงประชามติ เพื่อมีข้อยุติ

ตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงมีให้เห็นอยู่มากมายที่กล่าวอ้างว่าเป็นการเรียกร้อง “สิทธิ” หรือ “เสรีภาพ” ในส่วนของตน โดยจากการแสดงออกไม่ได้ปรากฏว่ามีการคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นด้วยหรือไม่เพียงใด หรือไม่ได้ปรากฏว่ามีการคำนึงถึงความเสี่ยงต่างๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นจากผลของการเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของตนดังกล่าว ทำให้ในปัจจุบัน ดูออกจะกลายเป็นว่าเป็นธรรมเนียมที่จำต้องยอมรับกันว่าการกระทำบางอย่าง แม้จะทำให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น หรือก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้อื่น แม้ผู้นั้นจะไม่ได้เกี่ยวข้อง หรือมีส่วนรู้เห็นด้วยก็ตาม คนเหล่านั้นก็ต้องจำทนหรือจำยอมต่อผลที่เกิดขึ้น โดยไม่สามารถหรือไม่มีสิทธิ มีเสียงใดที่จะออกมาปกป้องสิทธิและเสรีภาพในส่วนของตนด้วย

การเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพโดยการใช้กลไกบางอย่างเป็นเครื่องมือบังคับให้ผู้เกี่ยวข้องต้องจำยอมหรือปฏิบัติตาม เช่น ชัดขวางการให้บริการสาธารณะ เช่น การปิดสนามบิน¹³ การกีดขวางทางรถไฟ การปิดถนน¹⁴ หรือการทำลายทรัพย์สินทั้งของราชการ เช่น การเผาสถานที่ราชการ เช่น การเผาศาลากลาง และสำนักงานเทศบาล¹⁵ หรือการทำลายทรัพย์สินของเอกชน เช่น การเผาห้างสรรพสินค้า¹⁶ การบุกเข้าไปทำลายโรงแรมที่มีการประชุมระหว่างประเทศ¹⁷ และกรณีอื่นๆ ทำนองเดียวกันที่เกิดขึ้นบ่อยๆ จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นประจำและเสมือนกับว่าจะไม่มีวันจบสิ้น

ใช้แต่เพียงแค่นั้น แม้ในบางแห่งที่ใครๆ ต่างพากันนึกว่าเป็นสถานที่อันควรให้ความเคารพ ก็ยังมีเหตุการณ์ที่พาให้ชวนแปลกใจขึ้นได้หลายอย่าง เช่น การที่สมาชิกสภาพากันล้อมประธานสภา และดึงเก้าอี้เพื่อให้ประธานสภาฯ ลงจากเก้าอี้¹⁸ การที่สมาชิกพรรคฝ่ายค้านขว้างเก้าอี้ในสภา¹⁹ การที่สมาชิกสภายกรองเท้าบูชขึ้นในห้องประชุมสภาขณะที่กำลังมีการประชุม²⁰ เป็นต้น

¹³ กลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย บุกยึดทำอากาศยานดอนเมืองและทำอากาศยานสุวรรณภูมิระหว่างวันที่ 24 พฤศจิกายน - 3 ธันวาคม 2551 (<http://th.wikipedia.org>)

¹⁴ มีอบสวนยางปิดถนนสายเอเชีย 41 บริเวณสี่แยกควนหนองหงษ์ อำเภอชะอวด จังหวัดนครศรีธรรมราช และปิดถนนที่ตัดทางรถไฟ บ้านตุล อำเภอชะอวด จังหวัดนครศรีธรรมราช ระหว่างวันที่ 27 สิงหาคม-กันยายน 2556 (หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ ฉบับประจำวันวันที่ 2 กันยายน 2556)

¹⁵ การเผาศาลากลางจังหวัดอุดรธานีและสำนักงานเทศบาลนครอุดรธานีเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2553 (หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับประจำวันวันที่ 20 พฤษภาคม 2553)

¹⁶ การเผาเซ็นทรัลเวิลด์เมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2553

¹⁷ การบุกยึดสถานที่ประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียนและการประชุมความร่วมมือทางเศรษฐกิจของคณะทำงานด้านการท่องเที่ยวในภาคพื้นเอเชีย-แปซิฟิก (APEC) ที่กระทรวงการต่างประเทศและรัฐบาลไทยเป็นเจ้าภาพ ที่โรงแรมรอยัล คลิฟ บีช ที่พัทยาไฮเต็ลส์ เมื่อเดือนเมษายน 2552

¹⁸ ในการประชุมสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2555 บรรยากาศการประชุมเคร่งเครียด มีการประท้วงตลอดเวลา มีการตะโกนด่ากันดังสนั่น ได้เกิดเหตุการณ์ปั่นป่วนขึ้น เมื่อส.ส.พรรคประชาธิปัตย์ ไม่พอใจการทำหน้าที่ของนายสมศักดิ์ เกียรติสุรนนท์ ประธานสภาผู้แทนราษฎรที่เร่งรัดการลงมติ โดยนายอภิชาติ สุภาแพ่ง ส.ส.พรรคประชาธิปัตย์ ได้ขึ้นไปดึงเก้าอี้ประธานสภาฯ เพื่อให้ลงจากเก้าอี้ ทำให้ส.ส. ที่กำลังประชุมอยู่ต่างพากันกรูเข้าล้อมประธานสภาฯ พร้อมตะโกนด่าทอ ทำให้บรรยากาศในการประชุมตึงเครียด และต้องพักการประชุมไปชั่วคราว (หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับประจำวันวันที่ 31 พฤษภาคม 2555)

¹⁹ เมื่อวันที่ 5 กันยายน 2556 นายเจน เทือกสุบรรณ ก่อเหตุขว้างเก้าอี้ในสภา พร้อมโยนวายไล่ นายวิสุทธิ์ ไชยณรุณ รองประธานสภาผู้แทนราษฎร คนที่ 2 ในฐานะประธานการประชุม จนสร้างความตกตะลึงให้กับผู้ร่วมประชุม (หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ ฉบับประจำวันวันที่ 6 สิงหาคม 2556)

²⁰ ขณะที่นายบุญยอด สุขถิ่นไทย ส.ส.บัญชีรายชื่อ ชี้หน้าไปทางประธานฯ พร้อมพูดว่า “ชี้ข้า” ท่ามกลางเสียงโห่ฮาของส.ส.พรรคประชาธิปัตย์ รบกวอนไม่ให้นายวรชัยพูดเสนอหลักการและเหตุผล จ.ส.ต.ประสิทธิ์ ไชยศรีษะ ส.ส.สุรินทร์ พรรคเพื่อไทย ที่นั่งอยู่ข้างกับนายวรชัย ได้ยกทรงเท้าชูขึ้นมาเป็นการตอบโต้ ทำให้บรรยากาศในห้องตึงเครียดขึ้นมาทันทีท่ามกลางเสียงโห่ จนนายสมศักดิ์ ต้องสั่งพักประชุมเป็นเวลา 5 นาที (หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ ฉบับประจำวันวันที่ 7 สิงหาคม 2556)

เหตุการณ์ต่างๆ เหล่านี้ และรวมถึงอีกหลายๆ เหตุการณ์ที่ไม่อาจจะนำมากล่าวได้หมด เพราะนอกจากจะมีเรื่องราวอยู่มากมายแล้ว ยังเป็นเรื่องที่ไม่น่าภาคภูมิใจเอาเสียเลย และเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ใช่แต่เพียงคนไทยหรือคนที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยเท่านั้นที่ได้รับรู้และได้รับผลกระทบ แต่คนเกือบทั่วโลก ต่างก็ได้รับรู้และคงออกจะแปลกใจที่บ้านเมืองไทย “ไม่มีชื่อ ไม่มีแป ไม่มีระเบียบวินัย” ได้ถึงขนาดนี้ ซึ่งหากลองนึกย้อนกลับไปคงจะพบกับความจริงอันน่าเศร้าประการหนึ่งว่า สาเหตุที่เหตุการณ์ต่างๆ เหล่านี้ได้เกิดขึ้น เพราะผู้เกี่ยวข้องทั้งหลาย ต่างก็อ้างความเป็น “ประชาธิปไตย” รวมทั้ง “สิทธิและเสรีภาพ” ในส่วนของตนเองเป็นประจำ

อันที่จริงแล้ว “ประชาธิปไตย” นั้นไม่ใช่เรื่องเฉพาะแต่เพียงของบางคนหรือบางกลุ่ม ไม่ใช่เรื่องของการลงคะแนนเสียงเฉยๆ ไม่ใช่เรื่องของคนส่วนใหญ่ที่เข้าไปมีอำนาจ แต่ประชาธิปไตยเป็นเรื่องเกี่ยวกับแนวคิดที่ว่าคนส่วนใหญ่จะมีความสัมพันธ์กับคนส่วนน้อยได้อย่างไร ต้องคำนึงถึงหรือต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของคนส่วนน้อยซึ่งอยู่ในสังคมเดียวกันด้วย หากคิดว่าประชาธิปไตยคือการชนะทุกอย่างจะทำให้คนส่วนน้อยรู้สึกว่าจะถูกกดขี่กันในทุกเรื่อง²¹

นอกเหนือไปจากความเป็น “ประชาธิปไตย” และ “ความเป็นใหญ่ของปวงชน” ที่เน้นเรื่องสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค เจตนาธรรม และการมีส่วนร่วมของประชาชน แล้ว สิ่งสำคัญในอีกด้านหนึ่งที่มีจะถูกมองข้ามไป หรือผู้เกี่ยวข้องมักจะถือโอกาสเว้นไว้ไม่มีการกล่าวถึง ก็คือเรื่องของ “หน้าที่” ซึ่งเรื่องนี้ก็เกือบจะหลุดลอยไปโดยการตัดทอนว่าด้วยหน้าที่นั้นนอกจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไปเสีย แต่ยังโชคดีที่ในที่สุดยังมีผู้ตัดทอนกันอยู่ ทำให้หมวดว่าด้วยหน้าที่ยังคงมีบัญญัติไว้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2550) ได้สะท้อนหลักการสำคัญของหน้าที่ของชนชาวไทยไว้ด้วยว่า นอกจากสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค เจตนาธรรม และการมีส่วนร่วมที่กล่าวข้างต้นแล้ว ชนชาวไทยเองก็ต้องมีหน้าที่ในเรื่องต่างๆ ดังต่อไปนี้ด้วยคือ

1. พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ (มาตรา 70)²²
2. ป้องกันประเทศ รักษาผลประโยชน์ของชาติ และปฏิบัติตามกฎหมาย (มาตรา 71)²³
3. ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง (มาตรา 72)²⁴

²¹ โทนี่ แบลร์, การปฏิรูปการศึกษาเรื่อง “ผนึกกำลังสู่อนาคต : เรียนรู้ร่วมกันจากประสบการณ์” (Uniting for the future : Learning from each other's experiences) ณ โรงแรมพลาซ่า แอทธินี วันที่ 2 กันยายน 2556, หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ฉบับประจำวัน ที่ 3 กันยายน 2556

²² มาตรา 70 บุคคลมีหน้าที่พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้

²³ มาตรา 71 บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รักษาผลประโยชน์ของชาติ และปฏิบัติตามกฎหมายบัญญัติ

²⁴ มาตรา 72 บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง

บุคคลซึ่งไปใช้สิทธิหรือไม่ไปใช้สิทธิโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิได้ย่อมได้รับสิทธิหรือเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ

การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งและการอำนวยความสะดวกในการไปเลือกตั้ง ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

4. รับราชการทหาร ช่วยเหลือในการป้องกันและบรรเทาภัยพิบัติสาธารณะ เสียภาษีอากร ช่วยเหลือราชการ รับการศึกษาอบรม พิทักษ์ ปกป้อง และสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่น และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (มาตรา 73)²⁵

5. ผู้ซึ่งเป็นข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ มีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมอำนวยความสะดวก และให้บริการแก่ประชาชนตามหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี วางตนเป็นกลางทางการเมือง (มาตรา 74)²⁶

หน้าที่ต่างๆ นี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2550) บัญญัติไว้เพียง 5 มาตรา แม้บางเรื่องอาจจะดูเป็นเรื่องไกลเกินตัวไปบ้างก็ตาม แต่ในส่วนที่เป็นหน้าที่ในการ “ปฏิบัติตามกฎหมาย” นับได้ว่าเป็นเรื่องพื้นฐานที่ทุกคนสามารถรับรู้และปฏิบัติตามได้โดยไม่ยาก แต่ดูเหมือนว่าคนจำนวนหนึ่งไม่ได้ให้ความสำคัญในเรื่องนี้ หรือให้ความสำคัญไว้น้อยมากเมื่อเทียบกับสิทธิและเสรีภาพที่ตนเองคาดหวังว่าจะได้รับ แม้ว่าแต่เดิมกฎหมายนั้นจะเป็นคำสั่งของผู้ปกครองแผ่นดินที่มีต่อราษฎรทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตามธรรมดาจะต้องมีโทษ²⁷ และปัจจุบันกฎหมายคือกฎเกณฑ์ที่ผู้มีอำนาจตราขึ้นเพื่อใช้บังคับบุคคลให้ปฏิบัติตามเป็นการทั่วไป ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามย่อมได้รับผลร้าย²⁸ ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงกฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือระเบียบต่างๆ ของสังคม ส่วนใหญ่ก็มีที่มาหรือเกิดขึ้นจากความต้องการหรือการยอมรับของคนในสังคมนั้นนั่นเอง แม้จะมีกฎเกณฑ์บางเรื่องที่อาจจะไม่ได้ตราขึ้นใช้บังคับตามความต้องการหรือการยอมรับของสังคม แต่ในท้ายที่สุดกฎเกณฑ์นั้นก็จะไม่ได้รับการยอมรับหรือต้องถูกยกเลิกไปในที่สุด²⁹

²⁵ มาตรา 73 บุคคลมีหน้าที่รับราชการทหาร ช่วยเหลือในการป้องกันและบรรเทาภัยพิบัติสาธารณะ เสียภาษีอากร ช่วยเหลือราชการ รับการศึกษาอบรม พิทักษ์ ปกป้อง และสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่น และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

²⁶ มาตรา 74 บุคคลผู้เป็นข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ มีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมอำนวยความสะดวก และให้บริการแก่ประชาชนตามหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

ในการปฏิบัติหน้าที่และในการปฏิบัติกรอื่นที่เกี่ยวข้องกับประชาชน บุคคลตามวรรคหนึ่งต้องวางตนเป็นกลางทางการเมือง

ในกรณีที่บุคคลตามวรรคหนึ่งละเลยหรือไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง บุคคลผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิขอให้บุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือผู้บังคับบัญชาของบุคคลดังกล่าว ชี้แจง แสดงเหตุผล และขอให้ดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในวรรคหนึ่งหรือวรรคสองได้

²⁷ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ http://www.sly12.com/index.php?option=com_content&view=article&id=700&Itemid=74

²⁸ กฎเกณฑ์ที่ผู้มีอำนาจตราขึ้นเพื่อใช้บังคับบุคคลให้ปฏิบัติตามเป็นการทั่วไป ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามย่อมได้รับผลร้าย กฎหมายอาจตราขึ้นเพื่อกำหนดระเบียบแห่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือระหว่างบุคคลกับรัฐ หรือเพื่อใช้ในการบริหารประเทศ กฎหมายอาจเกิดจากจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับนับถือกันก็ได้ (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หน้า 4)

²⁹ เช่น พระราชบัญญัติยกเลิกกฎหมายบางฉบับที่ไม่เหมาะสมกับกาลปัจจุบัน พ.ศ.2546 ที่ให้เหตุผลไว้ในหมายเหตุท้ายกฎหมายตอนหนึ่งว่า “... จากการตรวจสอบกฎหมายที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2457 ถึง พ.ศ. 2510 ... รวมเป็นจำนวนกฎหมายที่มีการตรวจสอบทั้งหมด 2,283 ฉบับ ซึ่งจากเนื้อหาสาระของกฎหมายเหล่านั้น แยกได้เป็น 5 กลุ่ม คือ ... กลุ่มที่สี่เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระทันสมัยการใช้บังคับเพราะไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งนับรวมกับฉบับแก้ไขเพิ่มเติมด้วยมีจำนวน 38 ฉบับ ... ดังนั้น ในขั้นนี้จึงพิจารณาเห็นว่า ... กฎหมายกลุ่มที่สี่สมควรได้มีการยกเลิกเสีย เพื่อมิให้เกิดมีการสับสนในการใช้กฎหมาย ...”

สรุปและขอเสนอแนะ

จากประสบการณ์ต่างๆ ที่ผ่านมาในอดีต และที่กำลังจะเกิดขึ้นอีกอย่างต่อเนื่องในอนาคต คงจะให้บทเรียนกับพวกเราได้เป็นอย่างดี ความเป็น “ประชาธิปไตย” ที่แท้จริงนั้น น่าจะมีใช้อยู่เพียงแต่การที่ถือเอามติปวงชน หรือถือเสียงข้างมาก หรือถือเอามติของผู้มีอำนาจเป็นใหญ่เท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงคนส่วนน้อยหรือไม่คำนึงถึงบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมองข้ามหรือละเว้นไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพหรือความเดือดร้อนของบุคคลอื่น และไม่แม้แต่จะกล่าวถึงหน้าที่ที่ตนเองพึงต้องปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตาม ประชาธิปไตยควรเป็นเรื่องของการสร้างความสมดุลระหว่าง “สิทธิและเสรีภาพ” กับ “หน้าที่” ของทุกคนทุกฝ่าย ไปในขณะเดียวกัน โดยให้แต่ละคน หรือแต่ละฝ่าย ต่างยังคงได้รับการยอมรับและเคารพในสิทธิและเสรีภาพทั้งในส่วนของตนเอง และของบุคคลอื่น โดยต้องระมัดระวังให้การใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นเกิดผลกระทบน้อยที่สุดไม่ว่าในด้านใด และหากเกิดผลกระทบหรือความเสียหายใดๆ ขึ้น ก็ต้องพร้อมที่จะรับผิดชอบและให้การเยียวยาผู้ซึ่งได้รับผลกระทบด้วย

ไม่ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับใด จะบัญญัติให้เรามีสิทธิและเสรีภาพมากมายเพียงใด หากเรายังคงอยู่ในสภาพที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ คือ ฝ่าแต่พรำร้อง เรียกร้อง และทวงถาม ถึงสิทธิและเสรีภาพที่มีอยู่มากมายนั้นเพื่อตนเอง โดยไม่เคยที่จะหลงลืมหรือมองข้าม แต่กลับไม่แม้แต่จะคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน และพากันหลงลืม มองข้าม ไม่ใส่ใจ และไม่ให้ความสำคัญกับหน้าที่ที่มีกำหนดไว้เพียงน้อยนิด แล้วอย่างนี้เมื่อใดความสมดุลระหว่างสิทธิและเสรีภาพกับความรับผิดชอบต่อสังคม จึงจะบังเกิดขึ้นได้

เมื่อใดที่ทุกคน ทุกฝ่าย ต่าง “เคารพ” ในสิทธิและเสรีภาพทั้งของตนเองและของผู้อื่น และทุกคนทุกฝ่าย ต่าง “เคารพและปฏิบัติตาม” หน้าที่ที่แต่ละคนจะพึงมีตามกฎหมายแล้ว เมื่อนั้น เราคงกล่าวได้อย่างเต็มปากว่า บ้านเมืองเราเป็น “ประชาธิปไตย” อย่างแท้จริง

แล้วท่านคิดว่าเมื่อไหร่วันนั้นจึงจะมาถึง

บรรณานุกรม

- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554, พิมพ์ครั้งที่ 1 พุทธศักราช 2556, บริษัทศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์ จำกัด (มหาชน), กรุงเทพฯ
- พระราชบัญญัติยกเลิกกฎหมายบางฉบับที่ไม่เหมาะสมกับกาลปัจจุบัน พ.ศ. 2546
- ปรีดี พนมยงค์ “ประชาธิปไตย” เบื้องต้นสำหรับสามัญชน” <http://www.pridiinstitute.com>
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2550)
- หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ ฉบับประจำวันี่ 2 กันยายน 2556
- หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับประจำวันี่ 20 พฤษภาคม 2553
- หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับประจำวันี่ 31 พฤษภาคม 2555
- หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ ฉบับประจำวันี่ 6 สิงหาคม 2556
- หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ ฉบับประจำวันี่ 7 สิงหาคม 2556
- หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ฉบับประจำวันี่ 3 กันยายน 2556
- <http://www.varinthorn.com/WordPress/?p=21> <http://www2.diw.go.th/ppp/PDF/people.PDF>
- <http://th.wikipedia.org>
- http://www.sly12.com/index.php?option=com_content&view=article&id=700&Itemid=74

ปัญหาสิทธิมนุษยชนกับคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

เชาวน์ กาญจนะไพบุลย์*

1. ที่มาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากในอดีตจนถึงปัจจุบันประเทศไทยได้ประสบปัญหาเกี่ยวกับคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายซึ่งเป็นปัญหาที่ก่อให้เกิดความวิตกกังวลต่อทั้งผู้ปฏิบัติงาน ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือแม้แต่ปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นในทางใดย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชน พลเมืองของรัฐทั้งสิ้น

โดยส่วนใหญ่แล้วคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ เนื่องจากส่วนใหญ่ คนต่างด้าวจะเข้ามาเพื่อทำงานในประเทศ ซึ่งเป็นการแย่งงานประชากรในพื้นที่นั้นๆ ทำให้คนไทยตกงาน เงินหมุนเวียนออกนอกประเทศ และไม่สามารถที่จะตรวจสอบได้ เพราะไม่มีการดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ ในอีกทางหนึ่ง หากกล่าวถึงสิทธิของคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่ายังคงมีความคลุมเครืออยู่มาก เนื่องจากหากไม่ใช่บุคคลที่กฎหมายรับรองสถานภาพแล้ว สิทธิบางประการที่กฎหมายรองรับไว้ บุคคลดังกล่าวอาจไม่ได้รับสิทธินั้น ทำให้มีการถูกละเมิดสิทธิซึ่งอาจจะเป็นไปโดยง่าย

สิทธิประการหนึ่งที่สำคัญที่สุด และเป็นพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย คือ สิทธิมนุษยชน ซึ่งหากได้ศึกษาถึงที่มาและความสำคัญของระบอบประชาธิปไตยแล้ว ความเข้าใจที่ว่าระบอบประชาธิปไตยนั้นมีความหมายเฉพาะทางการเมืองการปกครองเท่านั้นยังไม่ถูกต้อง เพราะประชาธิปไตยที่แท้จริงแล้วเกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตของประชาชนทุกคนไม่ว่าจะเป็นในด้านของจิตใจ ความรู้สึกนึกคิดของบุคคล หรือแม้กระทั่งแนวทางในการปฏิบัติของคนส่วนรวม สิ่งเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เกี่ยวข้องกับหลักประชาธิปไตยทั้งสิ้น ดังนั้นการเข้ามาของคนต่างด้าวจึงมีผลกระทบต่อความเป็นระบอบประชาธิปไตย และรวมถึงความมั่นคงของรัฐ ทำให้เกิดความเข้าใจที่ว่า คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายเป็นผู้กระทำความผิด เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการจับกุมและใช้วิธีในการจับกุมที่รุนแรง ไม่เหมาะสมกับประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งที่จะต้องเน้นที่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนทุกคนไม่ว่าจะเป็นประชาชนภายในประเทศหรือภายนอกประเทศก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิมนุษยชนที่จะต้องให้กับมนุษย์ทุกคนที่อยู่บนผืนโลกแห่งนี้เท่าเทียมกัน รวมถึงไม่ว่าจะเป็นรัฐใดๆก็ตามด้วย

* กรรมการกฎหมายธุรกิจ สำนักงานเขาว์ที่ปรึกษากฎหมายและธุรกิจ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ปัญหาประเภทแรก พบว่าบุคคลที่เป็นคนต่างด้าวที่จะเข้าเมืองนั้นมีสองประเภทที่สามารถพบได้ คือ การเข้าเมืองของคนต่างด้าวมาอย่างถูกกฎหมาย บุคคลต่างด้าวประเภทนี้กฎหมายจะให้ความคุ้มครองการกระทำ ต้องทำตามหลักสิทธิมนุษยชน โดยต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน และการเข้าเมือง มาของคนต่างด้าวอย่างผิดกฎหมาย ปัญหา จึงเกิดการละเมิดสิทธิคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาอย่างผิดกฎหมาย ซึ่งพบว่าผู้กระทำละเมิดคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาอย่างผิดกฎหมายจะกระทำได้ง่ายกว่าคนต่างด้าวที่เข้าเมือง มาอย่างถูกกฎหมาย กรณีเช่น เด็กที่เข้าเมืองมาทำงานรับจ้างให้กับนายจ้างโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายคนเข้า เมือง ก็จะถูกทารุณกรรม ใช้งานอย่างทรมาณ จากผู้ว่าจ้างอย่างไร้มนุษยธรรม และไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ มีการลงโทษที่รุนแรง ซึ่งก็พบเห็นเป็นข่าวตามหน้าหนังสือพิมพ์อยู่เสมอ กรณีดังกล่าวข้างต้นจึงควร ที่จะมีการพัฒนาระบบกฎหมาย และการดูแลคนเข้าเมืองทั้งที่การเข้าเมืองมานั้นจะต้องตามกฎหมายหรือไม่ ก็ตาม โดยระบบกฎหมายและการดูแลจะต้องนำหลักสิทธิมนุษยชนมาใช้กับบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคอย่าง เท่าเทียม

ประเด็นปัญหาประการแรกจึงมีอยู่ว่า สิทธิมนุษยชนใดบ้างที่คนต่างด้าวซึ่งเข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายจะ ได้รับจากรัฐไทย เพราะเนื่องจากการละเมิดสิทธิคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายกระทำได้ง่ายกว่าคนต่างด้าว ที่เข้ามาอยู่อย่างถูกกฎหมาย หากแต่เมื่อคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้วจะเห็นได้ว่ามีอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้นจึงควรที่จะมีการพัฒนาระบบการเข้าเมือง และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าว

ประเด็นปัญหาประการที่สอง คือ ปัญหาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ควรให้แก่คนต่างด้าวซึ่งเข้าเมือง มาอย่างผิดกฎหมาย นั้น สมควรที่จะมีมากน้อยเพียงใด ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงสภาวการณ์ของรัฐ ความมั่นคง ของรัฐ และสภาพทางเศรษฐกิจประกอบกัน โดยในบทความนี้จะแสดงให้เห็นถึงแนวความคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง กับคนเข้าเมือง และแนวทางในการแก้ไขปัญหา อย่างไรก็ตาม บทความนี้มุ่งเน้นในมุมมองของกฎหมายเป็นหลัก จึงไม่อาจครอบคลุมถึงประเด็นในเรื่องการต่างๆ ของประเทศไทยที่ต้องแบกรับซึ่งอาจมีผลกระทบในด้านอื่นๆ เช่นกัน

ในอนาคตอันใกล้ประเทศไทยกำลังที่จะก้าวเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (Asean Community: AC) ทำให้คนต่างด้าวที่จะเข้าสู่รัฐไทยนั้นสามารถทำได้ง่ายขึ้น นอกจากนี้ ประเทศในแถบเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ที่เป็นประเทศเพื่อนบ้านกับประเทศไทย ซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายของประชากรของ ประเทศเหล่านี้ ก็จะเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายได้ง่ายขึ้นเช่นกัน ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาถึงผลกระทบ อันเกี่ยวข้องกับสิทธิพื้นฐานของมนุษยชนเพื่อนำไปปฏิบัติต่อคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายนั้น นอกจากนี้ ยังอาจนำไปสู่การวางมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายระหว่างรัฐภายใน ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอีกด้วย เพื่อเป็นแนวปฏิบัติอันเป็นเอกภาพ และมีลักษณะไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งจะส่งเสริมทั้งในด้านสิทธิมนุษยชน และเศรษฐกิจให้เจริญก้าวหน้าต่อไป

2. ประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและคนเข้าเมือง

2.1 ประวัติความเป็นมา แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิที่มนุษย์ทุกคนเกิดมามีความเท่าเทียมกัน มีศักดิ์ศรี ของความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นความหมายตามนัยกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

นอกจากนี้ยังเป็นคำที่กล่าวอ้างถึงความมีสิทธิเสรีภาพและอิสรภาพของมนุษย์มาช้านาน ซึ่งแต่เดิมในยุคสมัยกรีก - โรมันจะใช้คำว่า สิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) สิทธิของเอกชน (Civil Rights) แทน ต่อมาจึงเริ่มใช้คำว่าสิทธิมนุษยชนในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา ซึ่งการต่อสู้เรื่องสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นมาช้านานพอจะสรุปแบ่งออกได้เป็นสามยุคสมัยดังนี้¹

2.1.1 ยุคกรีก - โรมัน (ประมาณ 540 – 480 ปีก่อนคริสตกาล)

ในสมัยกรีกโรมันได้มีแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนโดยนักปรัชญาชาวกรีกที่มีชื่อว่า เฮราคลิตุส (Heraclitus) ซึ่งได้คิดค้นหลักกฎหมายธรรมชาติ และเป็นผู้วางพื้นฐานของกฎหมายธรรมชาติไว้ ซึ่งสาระสำคัญอยู่ที่แก่นสารของชีวิตมนุษย์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ มีจุดหมายปลายทางและมีเหตุผลอันแน่นอน ไม่ได้เกิดขึ้นจากเจตจำนง หรือความต้องการของมนุษย์ผู้มีอำนาจผู้ใด กล่าวคือ การที่มนุษย์เกิดมามีพร้อมด้วยสติปัญญาที่จะกำหนดวิถีทางในชีวิตของตนได้ ดังนั้นมนุษย์จึงมีสิทธิในชีวิตและเสรีภาพในร่างกายมาแล้วตั้งแต่กำเนิด ซึ่งแนวความคิดนี้ได้รับการยอมรับในยุคสมัยนั้น ในฐานะหลักการของกฎหมายธรรมชาติที่ยกขึ้นต่อสู้ผู้ปกครองแบบทรราชที่ไม่มีความเป็นธรรม ออกกฎหมายในลักษณะที่ข่มเหงประชาชนผู้เป็นพลเมืองของรัฐ บุคคลที่สนับสนุนแนวความคิดนี้ได้แก่ โสกราตีส (Socrates), เพลโต (Plato) และอริสโตเติล (Aristotle) ซึ่งนักปราชญ์เหล่านี้ได้อธิบายความต่อไปด้วยในลักษณะของความเชื่อในเหตุและผลของมนุษย์ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่แน่นอนอันเป็นสิ่งที่ขับเคลื่อนความเป็นไปของจักรวาล มนุษย์ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของจักรวาลจึงถูกควบคุมไปตามเหตุและผล ซึ่งสิทธิและเสรีภาพอันติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดก็เป็นผลที่มาจากเหตุตามกฎหมายธรรมชาตินี้ โดยชาวโรมันเชื่อว่า “กฎหมายตามธรรมชาตินี้มีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้น”

2.1.2 ยุคกลาง

หลังจากที่จักรวรรดิโรมันเสื่อมอำนาจลง คริสต์ศาสนาได้เข้ามามีอิทธิพลอย่างมาก จักรพรรดิคอนสแตนตินได้รับเอาคริสตศาสนาไว้เป็นศาสนาประจำชาติโรมัน คนในยุคนี้จึงเชื่อในพระเจ้าเป็นเจ้า เพราะคริสตศาสนาสั่งสอนให้เชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างโลกและมนุษย์ขึ้นมา ดังนั้นมนุษย์จึงต้องยอมรับพระเยซู และศาสนาคริสต์ จึงจะได้รับพระมหากรุณาจากพระเจ้า ศาสนาคริสต์ได้เผยแพร่ทฤษฎีว่า ก่อนที่พระเยซูจะจากโลกนี้ไปพระองค์ได้ตั้งให้นักบุญปีเตอร์ เป็นคนสร้างศาสนจักรขึ้นมาแทน โดยได้รับมอบหมายจากพระเจ้าให้คอยดูแลสัตว์โลกให้อยู่ในครรลองคลองธรรม โดยได้มีการนำเอาหลักการทางกฎหมายธรรมชาติ มาผสมผสานกับหลักคำสอนทางคริสตศาสนา และได้หยิบยกในเรื่องบาปบุญคุณโทษขึ้นมา และมองเห็นว่ามนุษย์มีบาป ไม่พึงหลักธรรมคำสอนของพระเจ้า ฝ่ายศาสนจักรจึงต้องมีหน้าที่ต้องทำให้กฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นมามีส่วนใกล้เคียงกับหลักอมตะของพระเจ้า กล่าวคือเป็นหลักที่ไม่อาจสูญสลายไปได้ ดังนั้นฝ่ายศาสนจักรจึงต้องมีอำนาจสูงกว่ารัฐ และรัฐต้องทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคมและให้ความพิทักษ์แก่ศาสนจักร ซึ่งจะเป็นหนทางที่จะทำให้มนุษย์บรรลุความดีได้ ทฤษฎีนี้ถือว่าอำนาจรัฐของฝ่ายฆราวาสเป็นสิ่งที่ชั่วร้าย จึงถูกนำมาเป็นเหตุผลของปรัชญาทางการเมืองสำหรับการอ้างอำนาจสูงสุดของฝ่ายศาสนจักร แนวความคิดเช่นนี้จึงก่อให้เกิดความแตกแยกแย่งชิงอำนาจกัน ระหว่างฝ่ายรัฐของฆราวาสกับฝ่ายศาสนจักร ต่อมา เซนต์ โทมัส อควินัส (St. Thomas Aquinas) นักบวชและนักปรัชญาชาวอิตาลีจึงได้มาเปลี่ยนแปลง

¹ สมชาย กษิติประดิษฐ์, “สิทธิมนุษยชน”, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546, หน้า 6-7.

แนวความคิดของฝ่ายศาสนจักรใหม่ โดยท่านเห็นว่าฝ่ายรัฐมิใช่สถาบันที่มีความชั่วร้ายอีกต่อไป เซนต์ โทมัส อไควนัส เห็นว่ารัฐเป็นแหล่งรวมกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม และรัฐเปรียบเสมือนเครื่องมือให้มนุษย์บรรลุความดี และความยุติธรรมได้ โดยท่านได้นำแนวความคิดเรื่องเหตุผลกลับมายกย่องอีกครั้งหนึ่ง หลังจากที่ประชาชนในต้นยุคกลางไม่มีความเชื่อถือเรื่องเหตุผลของมนุษย์มานานหลายร้อยปี ดังนั้นกฎหมายของมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ หากขัดต่อกฎหมายธรรมชาติจะไม่มีค่าเป็นกฎหมาย

2.1.3 ยุคปัจจุบัน

หลังจากที่บ้านเมืองตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของศาสนจักรมาเป็นเวลานาน ระยะเวลาราว ศตวรรษที่ 14 ถึง 16 ก็เกิดมีการแยกตัวเป็นอิสระในความเชื่อทางศาสนาระหว่างคาทอลิก กับนิกายโปรเตสแตนต์ ที่เกิดขึ้นใหม่ จนในที่สุดนิกายโปรเตสแตนต์ไม่ขึ้นกับฝ่ายโรมันคาทอลิกอีกต่อไป และได้รวมตัวกันมากขึ้นเป็นรัฐต่างๆ ขยายตัวในทางเศรษฐกิจอย่างกว้างขวาง ส่งผลให้ฝ่ายรัฐต้องถามหาความชอบธรรมในการปกครอง ส่วนฝ่ายประชาชนได้เรียกร้องในฐานะปัจเจกชนเช่นเดียวกัน ช่วงศตวรรษที่ 16 - 18 เป็นยุคที่หลักกฎหมายธรรมชาติได้พัฒนาขึ้นอย่างที่สุด เป็นแนวความคิดของฝ่ายศาสนจักรที่ยกขึ้นมาอ้างในการต่อสู้กับฝ่ายรัฐและประชาชนโดยเน้นเรื่องเหตุผลนิยม ซึ่งต่างฝ่ายต่างก็อ้างหลักกฎหมายธรรมชาติเป็นเหตุผลในการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองของตน จนในที่สุดฝ่ายรัฐและประชาชนต่างก็เป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของศาสนจักรอีกต่อไป ความขัดแย้งจึงเกิดขึ้นระหว่างฝ่ายรัฐกับฝ่ายประชาชนแทน ซึ่งฝ่ายรัฐก็อ้างความชอบธรรมในการออกกฎหมายเพื่อความสงบสุขของประชาชน ฝ่ายประชาชนต่างก็เรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน เช่นกัน เมื่อฝ่ายรัฐใช้อำนาจปกครองอย่างไม่เป็นธรรม จึงนำไปสู่การเกิดความขัดแย้งที่ทำให้เกิดการสูญเสียชีวิต และทรัพย์สินของประชาชนจำนวนมาก ฝ่ายประชาชนจึงใช้แนวความคิดปัจเจกชนนิยมเป็นแนวทางต่อสู้จนเกิดการปฏิวัติในประเทศอังกฤษ เมื่อปี ค.ศ.1688 และเกิดการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 1776 ต่อมาเกิดการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ.1789 การต่อสู้ของทั้งสองฝ่ายต่างกล่าวอ้างถึงปรัชญากฎหมายธรรมชาติและทฤษฎีสัญญาประชาคม

2.1.4 ประวัติความเป็นมาของสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย²

แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในสังคมไทยได้เริ่มต้นมาช้านาน ก่อนการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยจะเห็นได้จากการประกาศเลิกทาสของรัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นแนวทางการปฏิบัติขั้นพื้นฐาน เป็นการแสดงออกว่าทุกชีวิตมีคุณค่าเท่าเทียมกัน ในสมัยต่อมาก็มีแนวคิดสิทธิมนุษยชนปรากฏในงานของนักคิด นักเขียน ปัญญาชนในสมัยนั้นๆ เช่น ดร.ปรีดี พนมยงค์ ซึ่งถือว่าเป็นผู้ที่มีความคิดก้าวหน้า มีบทบาทในการผลักดันให้ประเทศชาติยกเลิกการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ในเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2475 เป็นต้น ต่อมาในช่วง พ.ศ. 2496-2497 หลังการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ก็ยังมีงานเขียนในลักษณะสิทธิมนุษยชน อาทิ โฉมหน้าศักดินาไทย คำเป็นมาของคำสยาม ไทย ลาวและขอม และลักษณะทางสังคมของชื่อชนชาติ ของจิตร ภูมิศักดิ์ เสียชีพอย่าเสียสัตย์ ปฏิทินแห่งความหวังจากครรภ์มารดาถึงเชิงตะกอน ของ ดร. ป๋วย อึ๊งภากรณ์ ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนที่มนุษย์ควรได้รับตั้งแต่ปฏิสนธิจนตาย ผลงานเหล่านี้มีอิทธิพลในการกระตุ้นจิตสำนึกของคนไทยให้หันมาพิจารณาสภาพสังคม

² สุจรรยา สุจริตศรีชัยกุล, “ประวัติความเป็นมาของสิทธิมนุษยชน,” [Online], Available URL: <http://www.learners.in.th/>. (มีนาคม, 2556)

และศึกษาแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนมากขึ้น แม้ว่าจะมีการตื่นตัวเกี่ยวกับเรื่องสิทธิมนุษยชนตามที่กล่าวมาข้างต้น และประเทศไทยจะเป็นหนึ่งในประเทศที่ให้การสนับสนุนปฏิญญาสากลว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน แต่อย่างไรก็ตาม สังคมไทยในช่วงตั้งแต่ปี พ.ศ. 2491-2516 ก็ยังจัดได้ว่าตกอยู่ภายใต้การปกครองแบบอำนาจนิยม โดยพิจารณาจากปัจจัยเหล่านี้ คือ ความขัดแย้งเรื่องลัทธิอุดมการณ์ระหว่างระบอบคอมมิวนิสต์และสังคมนิยม มีการโฆษณาชวนเชื่อเรื่องภัยคุกคามจากคอมมิวนิสต์ ทำให้ทหารใช้ยุทธวิธีนี้เป็นข้ออ้างในการใช้อำนาจแบบเบ็ดเสร็จ จนกระทั่งวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 การตื่นตัวของสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยได้มาถึงขีดสุด เมื่อมีการเรียกร้องรัฐธรรมนูญของกลุ่มปัญญาชน ส่งผลให้สังคมไทยได้รู้จักคำว่า สิทธิ เสรีภาพ และสิทธิมนุษยชน อย่างกว้างขวาง หลังจากการตกอยู่ภายใต้การปกครองแบบเผด็จการอำนาจนิยมมาตลอดระยะเวลากว่า 20 ปี ถือได้ว่าเป็นยุคที่คนในสังคมทุกระดับตื่นตัวเรื่องสิทธิมนุษยชนกันมาก หลังจากนั้น คนในสังคมเริ่มเกิดการเรียนรู้ และคำนึงถึงกระบวนการให้การศึกษาในสังคมไทย อันเป็นที่มาของการยกย่องรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปี พ.ศ. 2540 โดยถือได้ว่าเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญ คนทุกระดับพยายามผลักดันให้ไปสู่การปฏิบัติสิทธิมนุษยชนอย่างเต็มตัว โดยการเริ่มยกย่องรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีส่วนร่วมมากที่สุด ให้สิทธิประโยชน์กับประชาชนมากที่สุด ซึ่งนับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ไทย

2.1.5 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน³

เมื่อกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนแล้ว ไม่อาจแยกกันออกได้กับระบอบการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตย เนื่องจาก หากพิจารณาคำว่า “ประชาธิปไตย” แล้วจะพบว่ามาจากคำว่า ดีโมกราเตีย ซึ่งแปลว่าการปกครองโดยประชาชน จึงสัมพันธ์กับสิทธิมนุษยชนอย่างไม่อาจแยกกันออกได้ ดังนั้น แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักประชาธิปไตยจึงเกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชนด้วยเช่นกัน ซึ่งในยุคเริ่มแรกนั้น มีแนวคิดที่เกี่ยวข้องด้วยกัน 2 ประการ คือ เสรีภาพ และความเสมอภาค ซึ่งเป็นแนวคิดที่ไม่คำนึงถึงถิ่นกำเนิด หรือสีผิว ซึ่งล้วนแล้วแต่มีธรรมชาติเป็นสัตว์ตระกูลหนึ่งเหมือนกันหมด และมนุษย์ย่อมไม่ถูกเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยมนุษย์ด้วยกันเอง ต่อมาจึงมีวิวัฒนาการด้านการปกครอง เป็นรูปแบบต่างๆ เริ่มเกิดอารยธรรมจักรวรรดิ จนกระทั่งเกิดเป็นประเทศ สิ่งที่เกิดตามมาเมื่อมนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มคือ กฎเกณฑ์ หรือพันธนาการของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งตามคำกล่าวของ ซอง ชากส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) ที่ว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาเสรี และทุกหนทุกแห่งมนุษย์ตกอยู่ในเครื่องพันธนาการ” ซึ่งต่อมากลางคำจำกัดเสรีภาพดังกล่าวนั้นก็ทำได้เป็นรูปธรรมขึ้นโดยผลของกฎหมาย จนมีการให้คำจำกัดความว่า “เสรีภาพคือสิทธิของบุคคลที่กฎหมายรับรอง” เราจึงมักใช้คำว่า สิทธิและเสรีภาพควบคู่กันไป

ซึ่งคำว่า “เสรีภาพ” นี้หมายถึง ความมีอิสระของบุคคลในอันที่จะกำหนดโดยตนเอง โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง

ส่วนคำว่า “ความเสมอภาค” นั้น แม้ในทางสังคมแล้วมนุษย์จะไม่มี ความเสมอภาคเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง เนื่องจากความแตกต่างทางกายภาพ สถานะทางสังคม หรือแม้แต่ว่าความแตกต่างทางด้านวัฒนธรรมแล้ว แต่ในทางอุดมการณ์มนุษย์ทุกคนย่อมมีความเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ความแตกต่างกันตามธรรมชาติไม่อาจลบล้างความเสมอภาคแห่งความเป็นมนุษย์ไปได้

³ รุ่งพงษ์ ชัยนาม, “สารัตถะแห่งสิทธิมนุษยชน,” วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช ปี 10 ฉบับที่ 2, พฤษภาคม - สิงหาคม 2540, หน้า 104 - 120

นอกจากนี้ยังมีแนวความคิดจากลัทธิมนุษยนิยม (Humanism) และลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่มีสาระสำคัญในการสนับสนุนสิทธิมนุษยชน ซึ่งลัทธิมนุษยนิยมเป็นแนวคิดที่ยกย่องมนุษย์ โดยถือว่ามนุษย์นั้นอยู่เหนือสิ่งอื่นใด เป็นเจ้าของตนเอง และมีความรับผิดชอบต่อชีวิตและทุกสิ่งในตัวเอง มนุษย์นั้นมีความสามารถ มีเหตุผล จึงก่อให้เกิดแก่นสารต่อสรรพสิ่งต่างๆ ซึ่งมนุษย์จึงเป็นผู้สร้างสรรค์สังคมที่ดีให้แก่ตนเองเพื่อประโยชน์ของตนเอง

และแนวคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยมเป็นแนวคิดที่ให้คุณค่าสูงสุดอยู่กับบุคคลแต่ละคน ทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ทั้งในระดับรูปธรรมและนามธรรม โดยเชื่อว่ามนุษย์แต่ละคนนั้นมีคุณค่าและศักดิ์ศรีเฉพาะตัว ทุกคนสามารถมีเอกลักษณ์ของตนเองที่แตกต่างจากคนอื่นได้ โดยสังคมจะต้องเคารพและรัฐจะต้องให้ความสำคัญคุ้มครองสิ่งเหล่านี้แก่ปัจเจกบุคคล

ซึ่งต่อมาสหประชาชาติจึงได้นำหลักการของสิทธิมนุษยชนไปบัญญัติไว้ในกฎบัตร เพื่อให้ประเทศสมาชิกทั้งหลายยอมรับความผูกพันที่จะเคารพสิทธิและเสรีภาพของมนุษยชาติ

2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและคนเข้าเมือง

2.2.1 ปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน

องค์การสหประชาชาติได้ประกาศปฏิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 เพื่อแสดงเจตจำนงอันแน่วแน่ ของบรรดาประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้เกิดผลอย่างแท้จริงตามเจตนารมณ์ที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ และเพื่อใช้เป็นมาตรฐานกลางสำหรับบรรดาประเทศสมาชิกที่จะนำไปใช้เป็นแนวทางปฏิบัติให้เกิดผลภายในประเทศของตน โดยเป็นที่ยอมรับกันในทางทฤษฎีว่า คำว่าสิทธิมนุษยชนนั้น มีที่มาจากแนวความคิดอุดมคติเก่าแก่ของทางตะวันตกในเรื่องของกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่มีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ เป็นกฎหมายที่ใช้ได้ไม่จำกัดเวลา ใช้ได้ทุกหนแห่งไม่จำกัดว่าต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่ง และอยู่เหนือกฎหมายของรัฐ คือ รัฐจะออกกฎหมายมาให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายตามธรรมชาติมิได้ ทฤษฎีกฎหมายตามธรรมชาติจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงให้เห็นถึงหลักแห่งธรรม ความยุติธรรมและความถูกต้องนั่นเอง ซึ่งภายใต้ปฏิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ได้กำหนดสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ที่พึงได้รับการคุ้มครอง ได้แก่ ศักดิ์ศรี ความเสมอภาคทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา พื้นฐานทางสังคม และชาติกำเนิด เสรีภาพด้านศาสนา ความคิดทางการเมือง การดำรงชีวิต ความมั่นคงปลอดภัย การมีครอบครัว การเดินทาง และการย้ายถิ่นที่อยู่ การคุ้มครองโดยกฎหมาย การมีหลักประกันจากการถูกคุมขังตามอำเภอใจ การทารุณกรรม การถูกกดขี่ให้เป็นทาส การถูกถอดสัญชาติ การถูกเนรเทศ การมีหลักประกันด้านมาตรฐานการครองชีพ สิทธิในกระบวนการตุลาการ สิทธิในการลี้ภัย สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการรวมกลุ่มและเข้าสมาคม สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง สิทธิในการทำงานและขอเพิ่มค่าจ้าง สิทธิที่จะมีเวลาว่าง และการพักผ่อน สิทธิในการศึกษา⁴

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าปฏิญาสาดังกล่าวมุ่งที่จะพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือปัจเจกบุคคล ปฏิญาฉบับนี้จึงเป็นเสมือนสิ่งย้าเตือนรัฐสมาชิกมิให้กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งได้กำหนดไว้เป็นข้อมติภายใต้ปฏิญาฉบับนี้

⁴ Humana Charles, "World human rights guide," 3rd Edition, New York, Oxford University press, 1992, p. 382 - 384.

2.2.2 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

ในกรณีของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย หรือเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้นจะถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ฝ่าฝืนมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลซึ่งเดินทางเข้ามาหรือออกไปนอกราชอาณาจักรจะต้องเดินทางเข้ามาหรือออกไปตามช่องทางด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่าสถานี หรือท้องที่และตามกำหนดเวลา ทั้งนี้ ตามที่รัฐมนตรีจะได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา” ซึ่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ คนต่างด้าวที่จะเข้ามาในราชอาณาจักรนั้น โดยสรุปแล้วจะอยู่ภายใต้เงื่อนไข 5 ประการ คือ

1. จะต้องมิใช่เอกสารพิสูจน์ตนที่ออกโดยรัฐเจ้าของตัวบุคคลต่างด้าวนั้น
2. จะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐเจ้าของดินแดนให้เข้าเมือง
3. จะต้องไม่เป็นภาระทางเศรษฐกิจของรัฐเจ้าของดินแดน
4. ต้องไม่เป็นภาระทางสาธารณสุขของรัฐเจ้าของดินแดน
5. ต้องไม่เป็นภัยต่อรัฐและต่อสังคมรัฐเจ้าของดินแดน⁵

ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวข้างต้นจะถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี และปรับไม่เกิน 2 หมื่นบาท นอกจากนี้พนักงานเจ้าหน้าที่ของไทยมีอำนาจดำเนินคดีต่อศาลเพื่อเอาผิดตามกฎหมาย หรือในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่อาจเลือกส่งตัวกลับออกไปนอกระเทศซึ่งเป็นวิธีที่ง่ายและประหยัดกว่า หรือจะเลือกดำเนินคดีก่อนแล้วค่อยส่งตัวกลับภายหลังก็ได้ ซึ่งกฎหมายให้อำนาจไว้ในมาตรา 54 แต่ระหว่างการรอส่งตัวกลับนั้น เจ้าหน้าที่ไทยก็มีอำนาจควบคุมตัวคนเข้าเมืองผิดกฎหมายไว้ที่ใดก็ได้ หรือเรียกว่าคุมขังไว้ก่อนรอการส่งกลับก็ได้ เป็นอำนาจในมาตรา 54 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งตามปกติแล้ว สถานที่ควบคุมตัวที่ด่านตรวจคนเข้าเมืองก็มีสภาพไม่ต่างจากคุกนั่นเอง

2.2.3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เมื่อคนต่างด้าวถูกจับแล้วก็จะตกเป็นผู้ต้องหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คนต่างด้าวที่ถูกจับกุมตัวในขณะที่เป็นผู้ต้องหานั้น จะถูกควบคุมตัวที่สถานีตำรวจท้องที่ที่ถูกจับกุมตัว โดยไม่มีการแยกการควบคุมตัวว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลต่างด้าวต้องควบคุมตัวต่างกับผู้ต้องหาที่เป็นคนไทยโดยจะได้รับการปฏิบัติเหมือนกับผู้ต้องหาที่เป็นคนไทย ตามมาตราที่ 7 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้

1. สิทธิในการพบและปรึกษาผู้ที่จะเป็นทนาย
2. สิทธิในการได้รับการเยี่ยมตามสมควร
3. สิทธิในการได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วเมื่อเกิดอาการเจ็บป่วย

2.2.4 สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพบัญญัติไว้ในหมวด 3 รวมทั้งสิ้น 43 มาตรา ซึ่งสามารถสรุปใจความได้ดังนี้

1) บุคคลย่อมมีความเสมอภาคในทางกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30 และมาตรา 31

⁵ สุตาพร เจียมจโร, “สิทธิในการเข้าเมือง,” [Online], Available URL: <http://www.learners.in.th/>. (กุมภาพันธ์ 2556)

2) บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เช่น จะไม่ถูกการทรมาน หรือทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยความทารุณโหดร้าย การตรวจค้นตัวหรือการจับกุมคุมขังจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจที่กฎหมายบัญญัติ มีเสรีภาพในเคหสถาน มีเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร มีสิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวและอื่นๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32 ถึงมาตรา 38

3) สิทธิในกระบวนการยุติธรรม เช่น การที่จะไม่ต้องรับโทษทางอาญาเว้นแต่ได้ทำผิดกฎหมายที่บัญญัติว่าเป็นความผิดในขณะที่ได้กระทำ มีสิทธิที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผย มีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็วและเป็นธรรม มีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ มีสิทธิได้รับการช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความและได้รับการปล่อยชั่วคราว ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 39 ถึงมาตรา 40

4) สิทธิในทรัพย์สิน การสืบทอดมรดก การไม่ถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เว้นแต่เป็นการเวนคืนโดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อเป็นสาธารณูปโภค หรือในการอันจำเป็นเพื่อการป้องกันประเทศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 และมาตรา 42

5) เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เช่น การประกอบกิจการ และการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม มีสิทธิได้รับหลักประกันความปลอดภัยและสวัสดิภาพในการทำงาน หลักประกันการดำรงชีพทั้งในระหว่างการทำงาน และเมื่อพ้นจากภาวะการทำงานแล้วตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 43 และ 44

6) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อสารอื่นๆ โดยไม่ถูกปิดกั้น เว้นแต่เพื่อเป็นการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 ถึงมาตรา 48

7) สิทธิที่จะได้รับการศึกษาที่รัฐจัดให้โดยเสมอภาคกันไม่น้อยกว่า 12 ปี และเสรีภาพในทางวิชาการ เช่น การศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัยและการเผยแพร่งานวิจัย ต้องได้รับการคุ้มครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 และมาตรา 40

8) สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐที่เหมาะสมและมีมาตรฐานอย่างเสมอภาค และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย เด็กและเยาวชนมีสิทธิอยู่รอดและได้รับการพัฒนาด้านร่างกาย จิตใจ และสติปัญญาตามศักยภาพในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม บุคคลที่มีอายุเกิน 60 ปี ที่ไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ มีสิทธิได้รับสวัสดิการ สิ่งอำนวยความสะดวกอย่างสมศักดิ์ศรีและความช่วยเหลือที่เหมาะสม รวมถึงบุคคลพิการ บุคคลวิกลจริต ย่อมได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 51 ถึงมาตรา 55

9) มีสิทธิรับทราบและเข้าถึงข้อมูลข่าวสารสาธารณะในการครอบครองของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ได้รับข้อมูลการชี้แจงจากหน่วยงานราชการก่อนการอนุญาต หรือดำเนินการโครงการที่มีผลกระทบต่อคุณภาพชีวิต สิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับตนและชุมชน มีสิทธิมีส่วนร่วมในการพิจารณาของรัฐ ในการปฏิบัติราชการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน รวมถึงมีสิทธิฟ้องร้องหน่วยงานราชการและร้องเรียนให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาในผลกระทบต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ถึงมาตรา 62

10) มีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ หรือรวมตัวเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน องค์การพัฒนาเอกชน หรือหมู่คณะอื่นๆ มีสิทธิจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 63 ถึงมาตรา 65

11) มีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของถิ่น และของชาติ และมีส่วนร่วม ในการจัดการ บำรุงรักษา ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงการมีส่วนร่วมกับรัฐ ในการดำเนินการดังกล่าวตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 66 ถึงมาตรา 69

จากที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่าสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดไว้นั้นก็มิได้จะให้แก่เฉพาะประชาชนในประเทศเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงคนต่างด้าวที่เข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทยอีกด้วย แต่ก็มิได้จะให้สิทธิและเสรีภาพกับคนต่างด้าวในทุกๆ ด้านซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไป

3. วิเคราะห์ปัญหาสิทธิมนุษยชนกับคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนนั้นถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายมหาชนที่ทำให้เกิดการพัฒนาซึ่งระบอบการปกครอง และแนวคิดทฤษฎีต่างๆ ซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ดังต่อไปนี้

3.1 ปัญหาสิทธิมนุษยชนที่ไทยให้กับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

จากที่ได้ศึกษามาเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าสิทธิมนุษยชนนั้นติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด โดยแนวคิดทางกฎหมายธรรมชาติถือว่าเสรีภาพและความเสมอภาคกันนั้นมีอยู่มาตั้งแต่เริ่มมีมนุษย์เกิดขึ้นบนโลก และสังคมกฎหมายต่างๆ เป็นพันธะที่คอยควบคุมไม่ให้มนุษย์นั้นใช้เสรีภาพอันเป็นการรบกวน หรือกระทบต่อสิทธิอันชอบธรรมของผู้อื่น ทำให้ในปัจจุบันบุคคลจะมีเสรีภาพได้ก็ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น จนอาจแปลความคำว่า “เสรีภาพ” ในปัจจุบันได้ว่า เป็นสิทธิของบุคคลที่กฎหมายรับรองไว้ ซึ่งในอีกทางหนึ่งอาจกล่าวได้ว่า หากไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพที่จะกระทำการใดๆ ก็ได้

ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้นจะเห็นได้ว่าในหมวดที่ 3 ที่กล่าวถึงสิทธิเสรีภาพ ซึ่งกฎหมายจะให้กับประชาชนนั้น ไม่มีการแยกระหว่างสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองรัฐกับคนต่างด้าว ซึ่งรวมถึงคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายด้วย ซึ่งตามปกติแล้วคนต่างด้าวก็ย่อมได้รับสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดไว้ เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันมาช้านานแล้วว่าสิทธิบางประการนั้นไม่สามารถที่จะพรากไปจากมนุษย์ได้ เช่น สิทธิในชีวิต เนื้อตัวร่างกาย เป็นต้น หากแต่สิทธิบางประการ เช่น สวัสดิการของรัฐที่ให้แก่พลเมืองของรัฐเท่านั้น สิทธิเหล่านี้คนต่างด้าวย่อมไม่ได้รับด้วย ซึ่งหากเป็นสิทธิมนุษยชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ แม้เป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายก็ย่อมที่จะได้รับการคุ้มครองด้วย หากมีการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิดังกล่าว ย่อมเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย บุคคลผู้นั้นจะต้องถูกพิจารณาลงโทษตามกฎหมายซึ่งเป็นหลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรม

นอกจากนี้แล้วความเสมอภาคที่กล่าวไว้ในมาตรา 30 – 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ถือว่าเป็นความเสมอภาคที่ให้กับคนต่างด้าว และจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงรายละเอียดของสาระสำคัญในกรณีของคนต่างด้าว ซึ่งมีสภาพวัฒนธรรม ภาษาที่แตกต่างกัน ต่างกับพลเมืองของรัฐ การใช้วิธีการเดียวกันกับพลเมืองของรัฐซึ่งในบางกรณีก็ไม่อาจเรียกว่าเสมอภาคได้ เช่น สิทธิในการพบและปรึกษาทนายความตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น หากเป็นกรณีของคนต่างด้าว ก็จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเป็นทนายความที่มีความรู้ความเข้าใจ หรือมีล่ามแปลภาษา เพื่อให้เกิดความเสมอภาค ตามหลักที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปแล้วสิทธิที่รัฐไทยจะให้แก่คนต่างด้าวที่เข้าในประเทศไทย แม้จะเข้ามาโดยผิดกฎหมาย หากแต่สิทธิบางประการก็ยังจำเป็นที่จะต้องคงไว้อยู่เนื่องจากเป็นสิทธิที่ไม่อาจพรากไปจากมนุษย์ได้ และการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพที่เป็นพื้นฐานของการดำรงอยู่ของมนุษย์นั้นย่อมขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน

3.2 ปัญหาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ควรให้แก่คนต่างด้าว ซึ่งเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

จากที่ได้ศึกษามานั้นผู้ที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง มาตรา 62 ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี และปรับไม่เกิน 2 หมื่นบาท หากพนักงานเจ้าหน้าที่พบเห็นก็จะถือว่าเป็นการกระทำความผิดซึ่งหน้า สามารถที่จะเข้าจับกุมอย่างผู้ที่กระทำความผิดทางอาญาได้ เมื่อเจ้าหน้าที่ได้จับกุมคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายแล้ว จะถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ต้องหาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งขั้นตอนต่อไปพนักงานเจ้าหน้าที่จะมีอยู่ 2 วิธี คือ ดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม หรือส่งตัวกลับประเทศ ระหว่างการดำเนินการนั้น ผู้ต้องหาซึ่งเป็นคนต่างด้าวจะต้องอยู่ภายในห้องขังของสถานีตำรวจท้องที่ที่ถูกจับกุม ซึ่งจะปะปนกับผู้ต้องหาที่ได้กระทำความผิดซึ่งเป็นพลเมืองของไทย ทำให้เห็นได้ว่าเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ซึ่งมนุษย์ถือว่าเป็นหลักที่แม้ไม่มีกฎหมายก็ยังคงมีอยู่ตามธรรมชาติ เนื่องจากคนต่างด้าวมีความแตกต่างจากพลเมืองของรัฐ จะปฏิบัติอย่างเดียวกันกับพลเมืองของรัฐไม่ได้ ทั้งด้านวัฒนธรรม ประเพณี ศาสนา หรือแม้แต่ภาษาก็ตาม ดังนั้นส่วนนี้จำเป็นที่จะต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้แยกตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นคนต่างด้าวออกจากพลเมืองของรัฐเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่คนต่างด้าว นอกจากนี้ในส่วนของการดำเนินคดี สิทธิที่จะได้พบทนายความนั้น ก็จำเป็นที่จะต้องเป็นทนายความที่มีความรู้ความเข้าใจในภาษา หรือมีล่ามที่สามารถสื่อสารกับคนต่างด้าวนั้นได้อย่างถูกต้อง จะต้องมีการแจ้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างๆ ที่คนต่างด้าวนั้นได้ก่อขึ้นภายในรัฐไทย ซึ่งเพียงแต่อำนวยความสะดวกให้มีทนายความตามประมวลวิธีพิจารณาความอาญาอย่างเดียวนั้นยังไม่เพียงพอ

ในขั้นตอนต่อมาหากเป็นการนำตัวคนต่างด้าวส่งกลับประเทศ หรือส่งต่อไปยังประเทศที่ 3 ก็จะต้องปฏิบัติกับคนต่างด้าวเหล่านั้นอย่างพลเมืองของรัฐมิใช่ในฐานะผู้กระทำความผิดทางอาญา กล่าวคือการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายนั้น ตามกฎหมายไทยถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญา เพราะมีโทษที่เป็นการกระทำความผิดทางอาญา หากแต่ในขั้นตอนของการนำตัวคนต่างด้าวกลับเข้าประเทศ หรือส่งต่อไปยังประเทศที่ 3 นั้น ไม่ได้เป็นขั้นตอนหรือวิธีการทางอาญา ดังนั้นคนต่างด้าวเหล่านี้ควรที่จะได้รับสิทธิมนุษยชนตามที่กฎหมายบัญญัติรับรองให้คนต่างด้าวไว้ทุกประการซึ่งเป็นการปฏิบัติ และเคารพต่อหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชอบธรรมขึ้นในสังคม และไม่เป็นการเอาเปรียบต่อคนต่างด้าวที่แม้จะเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายก็ตาม

4. สรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 สรุป

คำว่า “สิทธิมนุษยชน” นั้นในสมัยกรีกโบราณไม่ได้ใช้คำนี้ จะใช้คำว่า “สิทธิตามธรรมชาติ” หรือ “สิทธิเอกชน” ซึ่งก็มีความหมายอย่างเดียวกัน คือ สิทธิมนุษยชนนั้นมีมาแต่กำเนิด ไม่มีผู้ใดสามารถพรากไปจากมนุษย์ได้ ซึ่งในเบื้องต้นนั้นจะกล่าวถึงเสรีภาพและความเสมอภาคเป็นหลัก เนื่องจากประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา มนุษย์มักจะปกครองด้วยระบอบกษัตริย์ ซึ่งอาจเกิดระบอบทรราชได้ง่าย อันเป็นการกดขี่ข่มเหงมนุษย์ด้วยกันเอง จึงมีนักปราชญ์ที่มีแนวคิดต่อต้านการกดขี่ข่มเหงดังกล่าว โดยเรียกว่ากฎหมายธรรมชาติ และก็มีผู้สนับสนุนแนวความคิดนี้มากมายทั้งในอดีต และปัจจุบัน เสรีภาพที่มนุษย์ค้นพบนี้มีอยู่แล้วตามธรรมชาติเพียงแต่มนุษย์บัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อเป็นการควบคุมมิให้ใช้เสรีภาพตามอำเภอใจ จนเป็นการกระทบต่อเสรีภาพของผู้อื่น เนื่องจากมนุษย์นั้นจะต้องอยู่ร่วมกัน การกำหนดกฎเกณฑ์ที่ซึ่งเป็นการรื้อถอนเสรีภาพของแต่ละบุคคลจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่งได้บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ เพื่อเป็นมตร่วมกันของประเทศต่างๆ ของบุคคลเพื่อให้มีหลักเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

ซึ่งจากที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่าบุคคลตามความหมายของสิทธิมนุษยชนนั้น ไม่ได้แยกว่าบุคคลนั้นเป็นพลเมืองของรัฐ หรือเป็นคนต่างด้าว ดังนั้นหากสิทธิให้แก่บุคคลไม่ใช่สิทธิที่จะกระทบต่อสถานะเศรษฐกิจและความมั่นคงแห่งรัฐแล้วย่อมจะต้องแปลความหมายได้ว่า เป็นสิทธิที่จะให้แก่บุคคลทุกคนที่อยู่ภายในรัฐนั้น ไม่ว่าจะเป็นพลเมืองของรัฐ หรือคนต่างด้าวก็ตาม ทั้งนี้รวมถึงคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายด้วย เพราะในลักษณะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความเสมอภาคแล้ว ย่อมพิจารณาได้ว่ามีความเท่าเทียมกันมีได้น้อยกว่าพลเมืองของรัฐ หรือคนต่างด้าวที่เข้าเมืองอย่างถูกกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 2 หมื่นบาท ซึ่งเป็นโทษทางอาญา ผู้กระทำการจึงได้รับการปฏิบัติแบบผู้กระทำผิดทางอาญา สิทธิที่ได้รับก็เสมือนหนึ่งเป็นพลเมืองของรัฐไทยที่กระทำความผิด แม้กระทั่งขั้นตอนการส่งตัวกลับประเทศ หรือส่งต่อไปประเทศที่ 3 จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาว่าสิทธิมนุษยชนใดบ้างที่รัฐไทยให้แก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย เพราะนอกจากจะมีสาระสำคัญทางวัฒนธรรม ภาษา หรือแม้กระทั่งศาสนาที่แตกต่างกันแล้ว ยังมีสภาพเป็นนักโทษในคดีอาญาที่ทำให้คนต่างด้าวเหล่านี้ไม่ได้รับความยุติธรรมในด้านของสิทธิมนุษยชน จากนั้นจึงพิจารณาต่อไปว่าสิทธิใดบ้างที่บุคคลเหล่านี้ควรที่จะได้รับจากรัฐไทยในฐานะคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายเพื่อเป็นบรรทัดฐานในการดำเนินการกับคนต่างด้าวเหล่านี้ต่อไป

4.2 ข้อเสนอแนะ

1. ในขั้นตอนของการคุมขังผู้ต้องหาคนต่างด้าวว่ากระทำความผิดการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายนั้น ควรที่จะมีการแยกผู้ต้องหาออกจากพลเมืองของรัฐ เพราะมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญทั้งวัฒนธรรม ภาษา หรือแม้กระทั่งศาสนา
2. ในขั้นตอนของการดำเนินการส่งตัวคนต่างด้าว ควรที่จะมีการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายอย่างมีสิทธิมนุษยชนที่ให้กับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมาย เพราะในขั้นตอนนี้จะเห็นได้ว่าคนเหล่านี้ไม่ใช่ผู้กระทำผิดทางอาญาที่ศาลมีคำสั่งลงโทษแต่อย่างใด เป็นเพียงผู้ถือสิทธิมนุษยชนที่ควรจะได้รับ การเคารพจากรัฐ และผู้ใช้อำนาจรัฐเท่านั้น
3. ควรที่จะบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่จะใช้กับคนต่างด้าวที่เข้าเมือง ไม่ว่าจะเป็นในลักษณะที่ถูกกฎหมาย หรือผิดกฎหมาย เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณา ปฏิบัติของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง ให้เคารพต่อสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวเหล่านี้ และเพื่อเป็นบรรทัดฐานในการดำเนินการ ก่อนที่จะมีการเข้าสู่กระบวนการอาชญากรรม โดยถือได้ว่าเป็นการเตรียมความพร้อม และเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดการปัญหาคนต่างด้าว
4. ควรที่จะมีการใช้บังคับกฎหมายที่มีอยู่โดยเคร่งครัด เสมอภาค และเท่าเทียม
5. จัดให้มีการเจรจากับประเทศที่เป็นต้นกำเนิดแห่งการเข้าเมืองที่ผิดกฎหมาย หรือองค์การระหว่างประเทศ เพื่อร่วมกันแก้ปัญหา โดยสร้างสมดุลย์ระหว่าง “ความมั่นคงของชาติ” และ “สิทธิมนุษยชน” ในเรื่องการเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

บรรณานุกรม

อ้างอิง

หนังสือ

รุ่งพงษ์ ชัยนาม. สารัตถะแห่งสิทธิมนุษยชน. วารสารสุโขทัยธรรมาธิราช ปีที่ 10 ฉบับที่ 2. พฤษภาคม – สิงหาคม 2540. หน้า 104 – 120.

สมชาย กษิติประดิษฐ์. สิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2546 หน้า 6 – 7.

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เอกสารอื่นๆ

สุจรรยา สุจริตศรีชัยกุล. ประวัติความเป็นมาของสิทธิมนุษยชน. [Online], Available URL: <http://www.learners.in.th/>. (มีนาคม, 2556)

สุดาพร เจียมจู่ไร. สิทธิในการเข้าเมือง. [Online]. Available URL: <http://www.learners.in.th/>. (กุมภาพันธ์ 2556).

เอกสารภาษาอังกฤษ

Humana Charles. World human rights guide. 3rd Edition. New York. Oxford University press. 1992. p. 382 - 384.

อำนาจองค์กรตุลาการในมิติทางการเมือง: สำรวจความรู้ทางรัฐศาสตร์ร่วมสมัย

ศาสตราจารย์ ดร.นครินทร์ เมฆไตรรัตน์*

บทนำ

องค์กรตุลาการเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีส่วนสำคัญต่อการสร้างรากฐานของหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งเป็นองค์ประกอบพื้นฐานประการหนึ่งของระบอบเสรีประชาธิปไตยอย่างมีพิกัดต้องสงสัย แต่อย่างไรก็ดี การศึกษาวิเคราะห์บทบาทขององค์กรตุลาการในมิติและกระบวนการทางการเมืองโดยนักรัฐศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็นบทบาทศาลสูงสุด (Supreme Court) และศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) เพิ่งเริ่มได้รับความสนใจแพร่หลายในแวดวงการศึกษาของนักรัฐศาสตร์นานาชาติ และวิชาการเมืองเปรียบเทียบเมื่อไม่นานมานี้ และในกรณีของนักรัฐศาสตร์ไทยแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ยังไม่ได้เริ่มต้นขึ้นอย่างจริงจังเลย

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยผลของคำพิพากษาขององค์กรตุลาการที่มีต่อการถ่วงดุลอำนาจการเมือง และการเสริมสร้างความมั่นคงแก่ระบอบประชาธิปไตยด้วยตัวแทนสมัยใหม่ กล่าวได้ว่ามีความขาดแคลน และอับจนมาก¹ บทความนี้ จึงมีความสนใจจะสำรวจภาพรวมของกระแสความสนใจของนักวิชาการในแวดวงรัฐศาสตร์ที่มีต่อการศึกษาวิเคราะห์การทำหน้าที่และบทบาทขององค์กรตุลาการในมิติทางการเมืองและกระบวนการทางการเมือง โดยสาระสำคัญของบทความจะแบ่งออกเป็น 3 ส่วน แต่ละส่วนมุ่งตอบคำถามย่อยในแต่ละประเด็น กล่าวคือนักวิชาการรัฐศาสตร์สนใจศึกษาองค์กรตุลาการภายใต้ปรากฏการณ์ทางการเมืองในลักษณะใด? การศึกษาองค์กรตุลาการในแวดวงวิชาการรัฐศาสตร์มีแนวทางการวิเคราะห์เรื่องดังกล่าวอย่างไร? และการศึกษาวิเคราะห์อำนาจขององค์กรตุลาการในแวดวงวิชาการรัฐศาสตร์นำไปสู่ข้อสรุปหรือคำอธิบายอะไร?

นักวิชาการรัฐศาสตร์สนใจศึกษาองค์กรตุลาการภายใต้ปรากฏการณ์ทางการเมืองในลักษณะใด

การศึกษาสถาบันทางการเมืองที่เกิดจากรัฐธรรมนูญ เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาทางรัฐศาสตร์นับตั้งแต่การสถาปนาความเป็นสาขาวิชารัฐศาสตร์ขึ้นมาโดยแยกออกจากสาขาวิชาอื่นๆ เช่น ปรัชญา กฎหมาย ประวัติศาสตร์ สังคมวิทยา และเศรษฐศาสตร์ เป็นต้น แต่ความสนใจของนักวิชาการรัฐศาสตร์ในการศึกษาองค์กรตุลาการและอำนาจขององค์กรตุลาการนั้น อาจนับได้ว่าเป็นสิ่งที่เริ่มปรากฏเด่นชัดในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา แม้กระทั่งในบริบทแวดวงวิชาการรัฐศาสตร์ในประเทศไทยในปัจจุบัน ก็ยังอาจกล่าว

* ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

¹ โปรดดู Rebecca Bill Chavez, “The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes,” in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, and Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 63-80.

ว่าการเรียนการสอนวิชาสถาบันทางการเมืองในทางรัฐศาสตร์ยังคงจำกัดอยู่แต่เพียงองค์กรฝ่ายบริหาร คือ คณะรัฐมนตรี ซึ่งอาจขยายรวมถึงการบริหารราชการส่วนกลาง การบริหารราชการส่วนภูมิภาคและองค์กรปกครองท้องถิ่น กับฝ่ายองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งอาจขยายให้รวมถึงองค์กรพรรคการเมือง กลุ่มผลประโยชน์ และกระบวนการเลือกตั้ง ฉะนั้น นักวิชาการรัฐศาสตร์ในการศึกษาขององค์กรตุลาการในมิติทางการเมืองมีปรากฏให้เห็นค่อนข้างน้อยมาก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การศึกษาขององค์กรตุลาการยังไม่ได้รับความสนใจในแวดวงวิชาการรัฐศาสตร์ของไทยเลย คำถามที่น่าสนใจโดยเฉพาะสำหรับแวดวงวิชาการรัฐศาสตร์ก็คือ ในแวดวงวิชาการระหว่างประเทศและนานาชาติในปัจจุบัน นักวิชาการทางด้านรัฐศาสตร์สนใจศึกษาขององค์กรตุลาการ หรือไม่ และภายใต้ปรากฏการณ์ทางการเมืองใด?

Tom Ginsburg ชี้ให้เห็นว่า การเกิดขึ้นรวมทั้งการแพร่กระจายของปรากฏการณ์การทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการทางการเมืองในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา มีส่วนสำคัญที่ทำให้นักรัฐศาสตร์บางส่วนได้หันมาสนใจศึกษาขององค์กรตุลาการ รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการศึกษาเชิงเปรียบเทียบเพื่ออธิบายลักษณะการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ซึ่งแม้จะมีรูปแบบองค์กรในลักษณะที่คล้ายคลึงกันก็ตาม แต่องค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นภายใต้บริบทเชิงสถาบันและสภาพทางสังคมที่แตกต่างกัน กลับปรากฏผลในการทำหน้าที่ในลักษณะแตกต่างกันอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น ในขณะที่องค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นในบางประเทศสามารถทำหน้าที่ในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการทางการเมืองได้อย่างราบรื่น อีกทั้งปรากฏผลลัพธ์ตามเจตนารมณ์และหลักการรัฐธรรมนูญ แต่องค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญในบางประเทศกลับประสบความล้มเหลวด้วยสาเหตุต่าง ๆ อาทิเช่น การเกิดความขัดแย้งระหว่างองค์กรตุลาการกับองค์กรทางการเมืองในฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ การถูกแทรกแซงทางการเมือง การถูกกดดันหรือการตอบโต้ทางการเมืองต่อองค์กรตุลาการในกรณีที่มีการวินิจฉัยเรื่องที่เป็นโทษต่อฝ่ายรัฐบาล²

จากคำอธิบายดังกล่าว ปรากฏการณ์ทางการเมืองที่นักวิชาการรัฐศาสตร์ศึกษา ก็คือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการทางนิติบัญญัติและกระบวนการทางการเมือง (Constitutional Review) ซึ่งปรากฏผ่านกระบวนการใช้อำนาจตุลาการของศาลสูงสุด (Supreme Court) หรือศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) แล้วแต่กรณี ในการวินิจฉัยชี้ขาดการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีลักษณะมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือการวินิจฉัยชี้ขาดการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ Tom Ginsburg ชี้ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงที่สะท้อนถึงความสำคัญของปรากฏการณ์ดังกล่าว โดยเปรียบเทียบให้เห็นว่าแม้ว่าในปัจจุบัน การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการทางนิติบัญญัติและกระบวนการทางการเมืองโดยองค์กรตุลาการ จะกลายเป็นบรรทัดฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยตัวแทนสมัยใหม่ แต่ทว่าในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการทางนิติบัญญัติและกระบวนการทางการเมืองกลับแทบไม่มีปรากฏ หรือปรากฏให้เห็นน้อยมาก³

² Tom Ginsburg, "The Global Spread of Constitutional Review," in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, and Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 81-98.

³ Ibid.

ผลการศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ ในช่วงก่อนและภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง ไม่นานนัก พบว่า รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่มีการบัญญัติให้มีองค์กรตุลาการทำหน้าที่การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการทางนิติบัญญัติและกระบวนการทางการเมืองโดยเฉพาะโดยอาจมีชื่อเรียกแตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็น “ศาลรัฐธรรมนูญ” (Constitution Court) หรือ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Councils) ปรากฏให้เห็นในรัฐธรรมนูญ 79 ประเทศ ส่วนรัฐธรรมนูญในอีกกว่า 60 ประเทศ ในขณะนั้น มีเพียงการบัญญัติเกี่ยวกับการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Judicial Review) ขององค์กรศาลยุติธรรมปกติ หรือศาลสูงเท่านั้น และมีเพียงไม่กี่ประเทศที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรนิติบัญญัติทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยตนเองอีกบทบาทหนึ่งด้วย ได้แก่ จีน เวียดนาม และพม่า ในขณะที่ข้อมูลการสำรวจในปี ค.ศ. 2008 ปรากฏว่า รัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ กว่า 158 ประเทศทั่วโลก จากทั้งหมด 191 ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ล้วนแต่มีบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน⁴

คำอธิบายถึงกระแสความสนใจในแวดวงวิชาการศึกษารัฐศาสตร์ที่มีต่อบทบาทขององค์กรตุลาการในปริทัศน์ทางการเมืองก็เป็นไปในทำนองเดียวกัน เห็นได้จากการวิเคราะห์ของ Ran Hirschl ซึ่งกล่าวว่า การหันมาพึ่งพาหรืออาศัยองค์กรศาลและกลไกในทางตุลาการสำหรับยุติข้อพิพาทหรือตัดสินชี้ขาดประเด็นที่กระทบต่อรากฐาน หลักการ และคุณค่าทางการเมือง ประเด็นที่เป็นข้อโต้แย้งทางการเมือง รวมถึงประเด็นข้อขัดแย้งในนโยบายสาธารณะนับเป็นปรากฏการณ์ที่มีนัยสำคัญยิ่งในการเมืองการปกครองของช่วงปลายศตวรรษที่ 20 เรื่อยมาจนถึงต้นศตวรรษที่ 21 ดังจะเห็นได้จาก ปรากฏการณ์ที่ศาลสูงสุดหรือศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก มักจะได้รับการร้องขอให้พิจารณาวินิจฉัยตัดสินในเรื่องต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง นับตั้งแต่ประเด็นเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกถึงความเชื่อทางศาสนา ความเสมอภาคในสิทธิของบุคคล การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคล เสรีภาพในยุติการตั้งครุฑ การแต่งงานของคนเพศเดียวกัน รวมไปถึงประเด็นข้อขัดแย้งเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นนโยบายด้านการค้า การศึกษา ผู้อพยพ นโยบายด้านแรงงาน ตลอดจนการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม เป็นต้น⁵

Ran Hirschl เรียกปรากฏการณ์การนำประเด็นข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งในกระบวนการทางการเมืองเข้าสู่การหาข้อยุติโดยองค์กรตุลาการว่า “การทำให้เป็นตุลาการทางการเมือง” (Judicialization of Politics) ปรากฏการณ์ดังกล่าวสามารถเห็นได้อย่างชัดเจนในกรณีของประเทศประชาธิปไตยใหม่ คือ ผ่านพ้นการปกครองแบบสังคมนิยมมิวนิสต์ หรือ เผด็จการทหารมายาวนาน และเพิ่งมาใช้การปกครองระบอบประชาธิปไตยเมื่อไม่นานมานี้ ฯลฯ ซึ่งได้มีการสร้างกลไกการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ และองค์กรตุลาการก็ได้ทำหน้าที่อย่างแข็งขันในช่วงเวลาไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมา ต่างจากในบางประเทศที่มีรากฐานของกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกติ (Judicial Review) มาเป็นเวลายาวนานหลายร้อยปีอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งการทำหน้าที่ของศาลในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตรากฎหมาย หรือการตัดสินใจในประเด็นนโยบายสาธารณะถือเป็นการปฏิบัติที่เกิดขึ้นได้เสมอจากการวิเคราะห์ปรากฏการณ์การนำประเด็นข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งในกระบวนการทางการเมืองเข้าสู่การหาข้อยุติ

⁴ Ibid.

⁵ Ran Hirschl, “The Judicialization of Politics,” in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, and Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 119-141.

โดยองค์กรตุลาการดังปรากฏในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก Ran Hirschl ได้สรุปว่า บรรดาข้อขัดแย้งในทางการเมืองที่ได้รับการนำเข้าสู่กระบวนการหาข้อยุติชี้ขาดโดยองค์กรตุลาการนั้น มีลักษณะสำคัญร่วมกันประการหนึ่ง คือ ประเด็นเหล่านั้นล้วนเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Issues) ในทางตรงหรือในทางอ้อมทั้งสิ้น และเป็นประเด็นที่ตั้งอยู่บนความเห็นพ้องกันว่า มีเพียงองค์กรตุลาการเท่านั้นที่อยู่ในฐานะเหมาะสมที่จะทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดในเรื่องที่สำคัญยิ่งดังกล่าว มิใช่บรรดานักการเมืองตัดสินกันเอง หรือให้ประชาชนทั้งประเทศได้ออกเสียงชี้ขาดในประเด็นที่เป็นข้อขัดแย้งข้างต้น⁶

นัยสำคัญทางการเมืองในการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการ นอกจากจะสะท้อนให้เห็นได้จากการแพร่หลายของปรากฏการณ์การนำประเด็นข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งในกระบวนการทางการเมืองเข้าสู่การหาข้อยุติโดยองค์กรตุลาการแล้ว⁷ ยังสามารถพิจารณาได้จากการขยายขอบข่ายการทำงานขององค์กรตุลาการในมิติใหม่ ๆ ที่ไม่ปรากฏมาก่อนอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมีคำวินิจฉัยที่นำไปสู่การกำหนดทิศทางนโยบายของรัฐบาล (Judge-Made Policy Making) การวินิจฉัยที่นำไปสู่การขีดเส้นแบ่งเขตการใช้อำนาจตามกฎหมายระหว่างองค์กรของรัฐที่ได้รับการสถาปนาขึ้นมาใหม่ (Judicial Redrawing of Legislative Boundaries) รวมไปถึงการพยายามนำข้อพิพาทโต้แย้งทางการเมืองที่เกิดขึ้นแทบทั้งหมด ซึ่งเกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานของการปกครองตามระบอบประชาธิปไตยตัวแทนสมัยใหม่เข้าสู่กระบวนการวินิจฉัยหาข้อยุติโดยศาลรัฐธรรมนูญ⁸

อย่างไรก็ดี Ran Hirschl ได้ตั้งข้อสังเกตที่น่าสนใจยิ่งว่า แม้ว่าโดยภาพรวม กระแสความสนใจในแวดวงรัฐศาสตร์ที่มีต่อการศึกษาศักดิ์ขององค์กรตุลาการจะขยายวงมากขึ้นเรื่อย ๆ แต่งานศึกษาที่มุ่งสนใจวิเคราะห์ปรากฏการณ์การนำประเด็นข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งในกระบวนการทางการเมืองเข้าสู่การหาข้อยุติโดยองค์กรตุลาการ (Judicialization of Politics) ในประเทศต่าง ๆ ยังคงไม่มีการเจาะลึกและแยกแยะแต่อย่างใด ส่วนใหญ่เป็นการศึกษาในลักษณะการอธิบายโดยภาพรวมๆ ยิ่งกว่านั้น ยังมีอธิบายโดยใช้ตัวแบบอย่างง่าย ๆ ว่า การทวีความสำคัญขององค์กรตุลาการในกระบวนการทางการเมืองในสมัยปัจจุบันเป็นเพียงผลที่เกิดจากการหยั่งรากของหลักการปกครองโดยอำนาจสูงสุดอยู่ที่รัฐธรรมนูญ (Constitutional Supremacy) ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก อีกทั้งยังมีความสับสนในการแยกแยะระหว่างสิ่งที่เรียกว่า Judicialization of Politics กับปรากฏการณ์อื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการทำหน้าที่วินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทโดยยึดหลักการใช้ดุลยพินิจของตุลาการในการตีความและวินิจฉัยข้อกฎหมายให้เอื้อต่อประโยชน์สุขของสังคมหรือประโยชน์สาธารณะ ไม่ได้แยกแยะว่ามีความแตกต่างจากการแข่งขันหรือกระรื้อรันทงตุลาการ (Judicial Activism) รวมถึงการ ไม่ได้แยกแยะออกจากปรากฏการณ์การอาศัยองค์กรตุลาการในการต่อสู้ทางการเมือง (Politicization of Judiciary)⁹ อีกด้วย ซึ่งทั้งหมดที่กล่าวมา หากมีการแยกแยะและเจาะลึกลงไปแล้ว ก็คงจะช่วยให้เกิดมีความรู้ที่องงามและก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น ขึ้นต่อนักวิชาการด้านรัฐศาสตร์และนักศึกษาวិชาการเมืองเปรียบเทียบเองเป็นสำคัญ

⁶ Ibid., pp. 119-120.

⁷ งานศึกษาภาพรวมแนวโน้มการแพร่กระจายของปรากฏการณ์การนำประเด็นข้อพิพาทโต้แย้งทางการเมืองเข้าสู่การหาข้อยุติโดยองค์กรตุลาการ สามารถพิจารณาเพิ่มเติม ได้จาก Chester Neal Tate and Torbjörn Vallinder (Eds.), *The Global Expansion of Judicial Power* (New York: New York University Press, 1995); R. Sieder, L. Schjolden, and A. Angell (Eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America* (New York: Palgrave Macmillan, 2005).

⁸ Ran Hirschl, "The Judicialization of Politics," p. 120.

⁹ Ibid., p. 120.

การศึกษาองค์กรตุลาการในแวดวงวิชาการรัฐศาสตร์มีแนวทางการวิเคราะห์อย่างไร

หากพิจารณาโดยภาพรวม แนวทางการศึกษาวิเคราะห์ทางรัฐศาสตร์ที่มีอิทธิพลเป็นอย่างเด่นชัดต่อการศึกษาศาสตร์ตุลาการในมิติและกระบวนการทางการเมืองนับแต่ทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมา ก็คือ กรอบการศึกษาทางรัฐศาสตร์แนวสถาบันนิยมใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรอบการศึกษาแนวสถาบันนิยมเชิงประวัติศาสตร์ (Historical Institutionalism)¹⁰ กรอบการวิเคราะห์ดังกล่าวมีสาระสำคัญ คือ การให้คำจำกัดความสถาบันต่าง ๆ ทั้งในมิติโครงสร้างที่รูปแบบที่เป็นทางการของรัฐ (Formal Structures) ควบคู่ไปกับการพิจารณาชุดความคิดต่าง ๆ ที่ปรากฏในรูปบรรทัดฐานและคุณค่า ซึ่งมีผลต่อการแสดงบทบาทและการกระทำของตัวแสดงทางการเมือง โดยมองว่าการทำงานของโครงสร้างสถาบันที่มีรูปแบบอย่างเป็นทางการ ก่อให้เกิดการสร้างบรรทัดฐานและการกำหนดคุณค่าในสังคม อีกทั้งยังตั้งอยู่บนชุดความคิดในการตัดสินใจการกระทำต่าง ๆ¹¹ การศึกษาองค์กรตุลาการของนักวิชาการรัฐศาสตร์แนวสถาบันนิยมใหม่ จึงแตกต่างจากการศึกษาองค์กรตุลาการในมิติเชิงโครงสร้าง และรูปแบบกลไกตามกฎหมายดังเช่นแนวการศึกษาประวัติศาสตร์เชิงสถาบันแบบดั้งเดิม หรือการศึกษาในทางนิติศาสตร์ โดยที่แนวใหม่จะมุ่งวิเคราะห์บทบาทเชิงสถาบันขององค์กรตุลาการที่มีต่อกระบวนการทางการเมือง ผ่านการพิจารณาปฏิสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยเชิงสถาบันที่มีต่อการแสดงบทบาทการตัดสินใจของตุลาการในแต่ละบริบททางการเมืองบนฐานการพิจารณา “องค์กรตุลาการ” โดยครอบคลุมทั้งตัวองค์กรที่เป็นรูปธรรม รวมทั้งแนวความคิดทางกฎหมายชุดต่าง ๆ (Legal Ideas or Thoughts) บรรทัดฐาน (Norms) ตลอดจนแบบแผนปฏิบัติที่ยึดถือกันมา (Routines or Precedent Cases)¹²

กรอบการวิเคราะห์เชิงสถาบันใหม่แนวประวัติศาสตร์ มุ่งการวิเคราะห์ทางการเมืองจากตัวแปรเชิงสถาบันหรือองค์กรเป็นอันดับแรก กล่าวคือ การพิจารณา “สถาบันหรือองค์กร” เป็นตัวแปรอิสระ (Independent Variable) หรือหากไม่ใช่ตัวแปรอิสระ อย่างน้อยที่สุดก็เป็น “ตัวแปรแทรกซ้อน” (Intervening Variable) ที่ส่งผลต่อตัวแปรอื่น ๆ ในกระบวนการทางการเมือง มีใช่ตัวแปรตาม¹³ งานศึกษาวิเคราะห์การทำงานขององค์กรตุลาการในกระบวนการทางการเมืองโดยอาศัยกรอบการวิเคราะห์แนวสถาบันนิยมใหม่ จึงมุ่งแสดงให้เห็นว่า ปัจจัยเชิงโครงสร้างทางสถาบันที่องค์กรตุลาการในรัฐหรือประเทศหนึ่ง ๆ ก่อรูปและพัฒนาขึ้นมาในแต่ละบริบทนั้นมีบทบาทสำคัญต่อกระบวนการตัดสินใจของคณะตุลาการ เนื่องจากปัจจัยเชิงสถาบันนั้นครอบคลุมถึงแนวคิด

¹⁰ Rogers M. Smith, “Historical Institutionalism and the Study of Law,” in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, and Gregory A. Caldeira (Eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 46-59.

¹¹ Sven Steinmo, Kathleen Thelen, and Frank Longstreth, *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992); André Lecours, *New Institutionalism: Theory and Analysis* (Toronto: University of Toronto Press, 2005), 7-8.

¹² งานศึกษาอำนาจองค์กรตุลาการในมิติทางการเมืองโดยอาศัยกรอบการวิเคราะห์แนวสถาบันนิยมใหม่ ตัวอย่างที่ดีที่สุด น่าจะได้แก่ Alec Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective* (New York: Oxford University Press, 1992); Cornell W. Clayton and Howard Gillman (Eds.), *The Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* (Chicago: University of Chicago Press, 1999). และที่สำคัญคืองานชิ้นล่าสุดของ David Robertson, *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review* (Princeton: Princeton University Press, 2010)

¹³ B. Guy Peters, *Institutional Theory in Political Science: The ‘New Institutionalism’* (Second edition) (London: Continuum, 2005), pp. 74-75. ; Vivien Schmidt, “Institutionalism,” in Colin Hay, Michael Lister and David Marsh (eds.), *The State: Theories and Issues* (New York: Palgrave Macmillan, 2006), pp. 104-106.

หลักการทางกฎหมาย (Legal Ideas or Thoughts) และวาทกรรมชุดต่าง ๆ (Discourses) ซึ่งมีผลในการตีกรอบประเด็นทางกฎหมายและการเมือง และการตีความ หรือจำกัดทิศทางการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ ของคณะตุลาการแต่ละคน¹⁴ ตัวอย่างเช่น งานบางชิ้นพยายามแสดงให้เห็นในเชิงประจักษ์ว่า ปัจจัยเชิงสถาบันและองค์กรส่งผลให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้แรงกดดันให้ต้องตีความและให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยภายใต้กรอบหลักการกฎหมายที่ดำรงอยู่หรือบังคับใช้อยู่ก่อนแล้ว และการทำหน้าที่ตีความและวินิจฉัยของตุลาการสามารถนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางสังคม หรือก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ไม่คาดไว้อย่างมาก¹⁵ งานบางชิ้นชี้ให้เห็นว่า แนวคิดและหลักการว่าด้วยสถานะอันล่งละเมิดมิได้ของอำนาจสูงสุดของตุลาการ (Judiciary Supremacy) ซึ่งฝังแน่นในสถาบันตุลาการต่างๆ เกือบทั่วทุกประเทศ ได้ส่งผลต่อการจำกัดความสามารถในการตีความรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่น ๆ นอกองค์กรตุลาการได้ด้วย¹⁶ เป็นต้น

สาระสำคัญอีกประการหนึ่งของกรอบการศึกษาทางรัฐศาสตร์แนวสถาบันนิยมใหม่เชิงประวัติศาสตร์ก็คือ การมีมุมมองที่ว่า เมื่อสถาบันหรือองค์กรหนึ่ง ๆ ถูกสร้างขึ้น ย่อมจะมีชีวิตของตัวเอง และทำหน้าที่ของตัวเองในการกำหนดทิศทางการบริหารราชการการเมืองในเกือบจะทันทีที่ระบบการเมืองในประเทศหนึ่ง ๆ เริ่มต้นก้าวเดินไปบนเส้นทางภายใต้โครงสร้างสถาบันในลักษณะใดลักษณะหนึ่งแล้ว กระบวนการทางการเมืองที่เกิดขึ้นก็ย่อมดำเนินไปภายใต้พัฒนาการเชิงสถาบันในทิศทางที่กำหนดไว้ตั้งแต่เริ่มแรก ฉะนั้น การทวนกลับไปเริ่มต้นใหม่หรือเปลี่ยนแปลงวิถีทางของกระบวนการทางการเมืองไปสู่ทิศทางอื่นหรือทางเลือกอื่น ๆ จึงเป็นไปได้ยาก หรือมีอุปสรรคค่อนข้างมาก และมีต้นทุนสูงมากที่ต้องแลกภายใต้มุมมองดังกล่าว การทำงานของสถาบันและองค์กรต่าง ๆ ที่ดำรงอยู่ ต่างดำเนินไปภายใต้ตรรกะของตัวเองซึ่งถูกกำหนดไว้ตั้งแต่ตอนที่สถาบันและองค์กรได้ถูกก่อรูปขึ้น ดังนั้น ผลที่เกิดขึ้นจากการทำงานของสถาบันและองค์กรต่าง ๆ ที่ถูกสร้างขึ้นในอดีตและดำรงอยู่ในปัจจุบัน จึงมักมีลักษณะเป็น “ผลที่เกิดโดยไม่ได้คาดคิด” และ “ผลที่เกิดขึ้นเองโดยมิได้ตั้งใจ” เนื่องจากสถาบันและองค์กรต่าง ๆ ซึ่งถูกก่อรูปขึ้นในอดีต และมีพัฒนาการของตัวเอง จึงส่งผลต่อตัวแสดงทางการเมืองในสถานการณ์ปัจจุบันอย่างที่ไม่สามารถล่วงรู้หรือกำหนดควบคุมทิศทางได้¹⁷

การวิเคราะห์พัฒนาการและการเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรตุลาการกับองค์กรทางการเมืองอื่น ๆ โดยอาศัยกรอบการวิเคราะห์สถาบันนิยมใหม่แนวประวัติศาสตร์ จะนำไปสู่การอธิบายว่า กระบวนการทางการเมืองในแต่ละช่วงเวลา ดำเนินไปภายใต้อิทธิพลของสถาบันที่ดำรงอยู่ในลักษณะใด ตัวแสดงต่าง ๆ ที่มีความเป็นอิสระในการแสดงบทบาทของตนเอง มีการกระทำหรือการตัดสินใจต่าง ๆ ภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดเชิงสถาบันในลักษณะใด ข้อจำกัดดังกล่าวถูกกำหนดโดยตรรกะของพัฒนาการเชิงสถาบันและการผลิตซ้ำของการทำงานของสถาบันต่าง ๆ ที่ดำรงอยู่อย่างไร

เนื่องจากภายใต้มุมมองการวิเคราะห์ดังกล่าว สถาบันต่าง ๆ ที่ดำรงอยู่ ย่อมมีอิทธิพลต่อการกำหนดรูปแบบและแบบแผนการปฏิสัมพันธ์ระหว่างตัวแสดงแต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการทางการเมืองหนึ่ง ๆ นั่นคือ สถาบัน หรือองค์กรจึงมีส่วนในการกำหนดสถานะการดำรงอยู่และขอบเขตการแสดงบทบาทของ

¹⁴ Rogers M. Smith, “Historical Institutionalism and the Study of Law,” p. 48.

¹⁵ Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On law, politics, and judicialization* (Oxford : Oxford University Press, 2002)

¹⁶ Susan Burgess, “Beyond instrumental politics: the new institutionalism, legal rhetoric, and judiciary supremacy,” *Polity*, 25 (1993), pp. 445-459.

¹⁷ André Lecours, *New Institutionalism: Theory and Analysis*, p. 9.; B. Guy Peters, *Institutional Theory in Political Science: The ‘New Institutionalism’*, pp. 80-81.

ตัวแสดงในกระบวนการทางการเมือง อีกทั้งยังเป็นตัวกำหนดผลประโยชน์และความต้องการของตัวแสดงแต่ละฝ่าย และกำหนดทิศทางและรูปแบบของกระบวนการทางการเมือง¹⁸ ภายใต้มุมมองการวิเคราะห์ดังกล่าว หลักกฎหมายชุดต่าง ๆ (Legal Doctrines or Principles) ที่เป็นรากฐานการก่อตั้งองค์กรตุลาการ นับเป็นตัวแปรเชิงสถาบันที่ส่งผลจำกัดการกระทำ หรือกำหนดการแสดงบทบาทของตุลาการ และนำไปสู่ผลลัพธ์ที่แตกต่างกันไปในแต่ละบริบททางการเมือง เนื่องจากหลักกฎหมายแต่ละชุดที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรตุลาการที่ดำรงอยู่ในแต่ละช่วงเวลา หรือยุคสมัยหนึ่ง ๆ ย่อมสะท้อนถึงอุดมการณ์ทางการเมืองชุดต่าง ๆ ในบริบทหนึ่ง หลักกฎหมายบางชุดอาจเป็นกรอบจำกัดการตีความวินิจฉัยตัดสินของตุลาการ แต่ในบางบริบท หลักกฎหมายที่ตั้งอยู่บนอุดมการณ์ทางการเมืองอีกชุดหนึ่ง ก็สามารถเอื้อให้ตุลาการตัดสินวินิจฉัย หรือให้ความหมายต่อประเด็นข้อพิพาทในแง่มุมใหม่ ๆ อย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนก็มีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นเป็นจำนวนมาก¹⁹

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งของกรอบการวิเคราะห์สถาบันนิยมแนวประวัติศาสตร์ ก็คือ การมองว่า การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองใด ๆ จะเกิดขึ้นได้ เพราะอยู่ในเงื่อนไขเบื้องต้นคือ มีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นภายในโครงสร้างเชิงสถาบันที่ดำรงอยู่อย่างต่อเนื่อง นั่นคือ อธิบายการปรับตัวที่เกิดจากภายใต้ตัวสถาบันเอง โดยพิจารณาปัจจัยการเปลี่ยนแปลงสถาบันจากมิติความแตกต่างหลากหลาย ซึ่งเป็นช่องว่างระหว่างสถาบันกับสภาพความเป็นจริงทางสังคม กล่าวคือ การปรับตัวของสถาบันจะเกิดขึ้นเมื่อสภาพการณ์ที่เกิดขึ้นภายใต้บริบทการดำรงอยู่ของสถาบันหนึ่ง ๆ มีความแตกต่างไปจากสภาพการณ์ทางสังคมการเมืองที่แวดล้อมในขณะนั้น เมื่อนั้นสถาบันจะเปลี่ยนแปลงตัวเองไปเพื่อให้มีความสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของสังคมให้มากที่สุด²⁰

ภายใต้มุมมองดังกล่าวข้างต้น การอธิบายความเปลี่ยนแปลงของสถาบัน จึงมุ่งให้ความสำคัญกับเส้นทางพัฒนาการทางประวัติศาสตร์เชิงสถาบัน กล่าวคือ สถาบันหนึ่ง ๆ ต่างก่อรูปและพัฒนาการภายใต้ฐานทางประวัติศาสตร์ช่วงหนึ่ง ๆ และในช่วงการก่อรูปนั่นเองที่สถาบันจะได้รับอิทธิพลจากสังคมวัฒนธรรมในการกำหนดรูปแบบ และกำหนดเส้นทางของการพัฒนา หลังจากนั้นสถาบันจึงดำรงอยู่ได้อย่างเป็นอิสระในตัวเองและไม่ขึ้นต่อสังคมแวดล้อมอีก อย่างไรก็ตาม เมื่อระเบียบการทำงานของสถาบันเกิดมีข้อขัดแย้ง หรือเกิดช่องว่างกับกระบวนการทางสังคมและการเมืองที่ดำรงอยู่อีกครั้ง สถาบันก็จะเกิดการปรับตัวในตัวเอง ดังนั้น นักรัฐศาสตร์ในแนวสถาบันนิยมใหม่ทางประวัติศาสตร์จึงอธิบายการเปลี่ยนแปลงเชิงสถาบันจากการวิเคราะห์การดำรงอยู่ในเวลาเดียวกันของสถาบันอื่นๆ กล่าวคือ สถาบันต่าง ๆ ที่ดำรงในเวลาเดียวกันจะเกิดความตึงเครียดระหว่างกัน (Tensions) เสมอ เนื่องจากแต่ละสถาบันต่างก็ก่อรูปขึ้นในบริบทช่วงเวลาทางประวัติศาสตร์ของแต่ละยุค และต่างมีรากฐานพัฒนาการเชิงสถาบันบนสภาพสังคมที่แตกต่างกันไปตามยุคสมัยที่สถาบันนั้น ๆ ได้ก่อตั้งขึ้น เมื่อสถาบันต่าง ๆ ที่มีรากฐานการก่อรูปและแบบแผนพัฒนาการ และการผลิตซ้ำในลักษณะแตกต่างหลากหลายกันไปดำรงอยู่และทำงานไปพร้อม ๆ จึงก่อให้เกิดความขัดแย้งและตึงเครียดระหว่างสถาบันขึ้นได้เสมอ เพราะสถาบัน

¹⁸ André Lecours, *New Institutionalism: Theory and Analysis*, pp. 10-11 ;B. Guy Peters, *Institutional Theory in Political Science: The 'New Institutionalism'*, pp. 72-73 ; Vivien Schmidt, "Institutionalism," p. 105.

¹⁹ Howard Gillman, "The Court as an idea, not a building (or a game): interpretive institutionalism and analysis of Supreme Court decision-making," in Cornell W. Clayton and Howard Gillman (Eds.), *The Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* (Chicago: University of Chicago Press, 1999), pp. 65-78.

²⁰ André Lecours, *New Institutionalism: Theory and Analysis*, pp. 12-13 ;Paul Pierson, "Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics," in B. Guy Peters and Jon Pierre. (eds), *Institutionalism Volume 1* (London: Sage Publications, 2007), pp.456-457. ; B. Guy Peters, *Institutional Theory in Political Science: The 'New Institutionalism'*, p. 77.

ที่มีรากฐานการก่อตั้งในบริบททางประวัติศาสตร์ต่างยุคสมัยกัน ย่อมมีเป้าหมายในการทำงานที่ตั้งอยู่บนการมองผลประโยชน์ระยะสั้นและระยะยาวที่แตกต่างกันเป็นธรรมดา รวมทั้งมีจุดยืนเฉพาะของตนเองในการทำงาน ซึ่งอาจขัดแย้งกับสถาบันอื่น ๆ ในแง่ การเปลี่ยนแปลงเชิงสถาบันจึงเกิดขึ้นจากภายในบริบทการอยู่ร่วมกันของสถาบันเอง มากกว่าจะเป็นผลจากพลังทางสังคม หรือแรงกดดันทางสังคมโดยตรง²¹

ตัวอย่างงานศึกษาที่โดดเด่นในการนำกรอบแนวการวิเคราะห์แนวสถาบันนิยมใหม่มาปรับใช้กับการศึกษาองค์การตุลาการในมิติทางการเมืองสามารถพิจารณาได้จากงานของ Alec Stone Sweet²² ซึ่งศึกษาพัฒนาการและการเปลี่ยนแปลงเชิงสถาบันของ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Council) ซึ่งทำหน้าที่เสมือนศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส ในงานศึกษาดังกล่าว Alec Stone Sweet พิจารณาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยชุดแนวความคิดและหลักกฎหมาย ตลอดจนบรรทัดฐานการใช้อำนาจตุลาการชุดต่าง ๆ ในฐานะตัวแปรอิสระ หรือตัวแปรแทรกกลาง ที่มีผลต่อกระบวนการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจทางการเมือง ดังเห็นได้จากการทำหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่นำไปสู่การสร้างภาษาทางกฎหมาย (Legal Language) ขึ้นใหม่ หรือสร้างหลักการเสมอเท่ากันรัฐธรรมนูญ (Constitutional Bloc) ขึ้นใหม่ หรือการให้ข้อชี้แนะเชิงหลักการประกอบคำวินิจฉัย (Doctrinal Commentary) ใหม่ ๆ ซึ่งล้วนแล้วแต่ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงดุลยภาพทางการเมือง และมีผลต่อกระบวนการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้ด้วยกันทั้งสิ้น

ข้อสรุปประการสำคัญของงานศึกษาดังกล่าวอยู่ที่การชี้ให้เห็นว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส นั้นมีวิวัฒนาการ และได้ทวีบทบาทสำคัญและมีความเป็นอิสระเป็นอย่างมากในการใช้อำนาจตุลาการในกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการทางการเมือง ในช่วงทศวรรษที่ 1980 ปรากฏการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นจากการทำหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเองโดยมุ่งแสดงให้เห็นสาธารณชนเกิดความเข้าใจและตระหนักว่า คำวินิจฉัยกรณีต่าง ๆ ล้วนแต่ดำเนินไปโดยสอดคล้องกับบรรทัดฐานการใช้อำนาจตุลาการ (Judicial Norms) ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ข้อสรุปดังกล่าวข้างต้น สะท้อนให้เห็นว่า ในบริบททางการเมืองที่แตกต่างกัน องค์การตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญในฐานะสถาบันทางการเมือง อาจอยู่ในสถานะที่ถูกจำกัดโดยสภาพแวดล้อมทางการเมือง แต่ในขณะเดียวกันองค์การตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญก็สามารถอยู่ในสถานะที่สามารถกำหนดและปรับเปลี่ยนสภาพแวดล้อมทางการเมืองได้เช่นกัน การวิเคราะห์พัฒนาการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสโดยอาศัยกรอบการวิเคราะห์แนวสถาบันนิยมใหม่เชิงประวัติศาสตร์ในงานศึกษาดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ภายใต้บริบททางการเมืองในช่วงที่องค์การตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะที่กำหนดทิศทางผลลัพธ์ทางการเมือง หรือเปลี่ยนแปลงดุลยภาพและสภาพแวดล้อมทางการเมืองได้นั้น นับเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญในเส้นทางพัฒนาการเชิงสถาบันของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ทั้งในแง่การพยายามรักษาสถานะในการดำรงอยู่ การรักษาและขยายเขตอำนาจ ตลอดจนการสร้างความสำเร็จก้าวหน้าขององค์การตุลาการเอง²³

²¹ Paul Pierson, “Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics,” pp. 456-457. ; B. Guy Peters, *Institutional Theory in Political Science: The ‘New Institutionalism’*, p. 77. ; André Lecours, *New Institutionalism: Theory and Analysis*, pp. 13-14.

²² Alec Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective* (New York: Oxford University Press, 1992).

²³ *Ibid.*, p. 7.

การศึกษาวิเคราะห์องค์กรตุลาการในแวดวงวิชาการรัฐศาสตร์นำไปสู่คำอธิบายอะไร

จากการสำรวจภาพรวมดังที่ได้กล่าวสรุปไว้เป็นการเบื้องต้น พบว่า งานศึกษาวิเคราะห์องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญและศาลสูงสุด ภายใต้ปรากฏการณ์การนำประเด็นข้อพิพาทโต้แย้งในกระบวนการทางการเมืองเข้ามาสู่กระบวนการหาข้อยุติโดยศาล (Judicialization of Politics) ดังปรากฏในช่วงประมาณสองทศวรรษเศษที่ผ่านมา ได้นำมาสู่คำอธิบายที่ว่า การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในปริบททางการเมืองสามารถจำแนกได้ใน 3 ลักษณะใหญ่ ๆ กล่าวคือ 1) การทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในการธำรงรักษาการปกครองตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) 2) การทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในการควบคุมตรวจสอบความชอบของการใช้อำนาจบริหาร (Administrative Review) และ 3) การทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในการระงับข้อพิพาททางการเมือง (Political Controversies) ซึ่งเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งในกระบวนการทางการเมืองโดยตรง

1) การทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในการธำรงรักษาการปกครองตามหลักนิติธรรม

งานศึกษาทางรัฐศาสตร์ที่มุ่งวิเคราะห์องค์กรตุลาการในปริบททางการเมืองในแง่การธำรงรักษาการปกครองตามหลักนิติธรรม สนใจศึกษาบทบาทขององค์กรตุลาการและศาลที่มีต่อผลลัพธ์ทางการเมือง โดยการอธิบายให้เห็นว่า การมีองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง โดยการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ เพื่อให้กระบวนการปกครองประเทศอยู่ภายใต้หลักนิติธรรม นับเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อการพัฒนาและเสริมสร้างความมั่นคงแก่ระบบการเมืองประชาธิปไตยได้อย่างมีนัยยะความสำคัญยิ่ง รวมถึงการอธิบายยังได้เน้นให้เห็นองค์ประกอบ หรือเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญในการเสริมสร้างหลักนิติธรรม รวมถึงการธำรงรักษาการปกครองตามหลักนิติธรรมไว้ให้มั่นคงแข็งแรง

ข้อสรุปประการสำคัญของงานศึกษาในมิตินี้ ก็คือ การทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในปริบททางการเมืองในการตัดสินระงับยับยั้ง หรือควบคุมการใช้อำนาจของรัฐและรัฐบาลที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน สิทธิมนุษยชน สิทธิในทรัพย์สิน และสิทธิต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายได้รับรองไว้ รวมทั้งต่อพันธะสัญญาที่ประเทศนั้นๆ ได้รับรอง หรือผูกพันไว้ จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระ (Judicial Independence) จากการครอบงำ แทรกแซง หรือควบคุมโดยอำนาจขององค์กรอื่นใด รวมถึงการเป็นอิสระจากอิทธิพล แรงกดดัน ความกลัว หรือแม้กระทั่งสิ่งจูงใจ ผลลัพธ์ในการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐและรัฐบาลให้อยู่ภายใต้บังคับของระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน จะมีส่วนทำให้ระดับเสถียรภาพและความมั่นคงของระบอบประชาธิปไตยตัวแทนในแต่ละประเทศปรากฏผลในลักษณะแตกต่างกันไป²⁴ อาจมากบ้างหรือน้อยบ้าง และกระตือรือร้นหรือเฉื่อยช้าบ้างขึ้นกับสภาพของวัฒนธรรมทางกฎหมาย และความเข้มข้นของกระบวนการยุติธรรมของแต่ละประเทศ

2) การทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในการควบคุมตรวจสอบความชอบของการใช้อำนาจบริหาร

งานศึกษาทางรัฐศาสตร์ที่มุ่งวิเคราะห์องค์กรตุลาการและศาลในปริบททางการเมืองในแง่การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจบริหาร มุ่งสนใจศึกษาการขยายบทบาทขององค์กรตุลาการและศาลในการพิจารณาวินิจฉัยตัดสินประเด็นที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงผลลัพธ์ในนโยบายสาธารณะ

(Public Policy Outcomes) ซึ่งครอบคลุมการตัดสินใจเชิงนโยบายด้านต่าง ๆ ที่กระทบต่อเสรีภาพของพลเมือง ความเสมอภาค และเป็นธรรมของพลเมือง ตลอดจนสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งสิทธิส่วนบุคคลต่างๆ เหล่านี้ได้รับผลกระทบโดยตรง ทั้งที่เกิดจากการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

นอกจากนี้ ยังหมายรวมถึงการตัดสินใจประเด็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ ความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการดำเนินงานของรัฐ ความโปร่งใส และความรับผิดชอบต่อประโยชน์สาธารณะขององค์กรของรัฐ การวินิจฉัยในประเด็นข้อขัดแย้งเกี่ยวกับความสมเหตุสมผล (Reasonableness) ของการกำหนดนโยบายสาธารณะต่างๆ เช่น การแปรรูปรัฐวิสาหกิจการโอนกิจการเอกชนเป็นของรัฐ ฯลฯ รวมไปถึงประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการทำสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ งานศึกษาทางรัฐศาสตร์ในกลุ่มนี้ ได้อธิบายการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในการควบคุมตรวจสอบความชอบของการใช้อำนาจบริหารในประเทศต่าง ๆ ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาเป็นสำคัญ ในฐานะเป็นปรากฏการณ์ใหม่ๆ ที่น่าตื่นตาตื่นใจ โดยมีการนำข้อพิพาทในการกำหนดนโยบายสาธารณะเข้าสู่การหาข้อยุติโดยศาลได้ทั้งสิ้น²⁵

3) การทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในการระงับข้อพิพาททางการเมือง

งานศึกษาทางรัฐศาสตร์ที่มุ่งวิเคราะห์องค์กรตุลาการและศาลในปริบททางการเมืองในแง่การระงับและหาข้อยุติในประเด็นข้อพิพาททางการเมือง มุ่งสนใจศึกษาการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในการวินิจฉัยตัดสินประเด็นที่ส่งผลต่อรากฐาน ต่อการวางระบบระเบียบ และหรือการรักษาเสถียรภาพของระบบการเมืองการปกครอง ซึ่งอาจจำแนกได้ออกเป็น 5 กลุ่มย่อย ด้วยกัน คือ²⁶

(1) การหาข้อยุติในข้อพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการจัดการเลือกตั้ง (Judicialization of Electoral Processes) ทั้งในมิติการตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมาย ความเป็นธรรม และความชอบธรรมของการดำเนินการต่าง ๆ ทั้งในช่วงก่อนการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ในระหว่างการเลือกตั้ง และภายหลังประกาศผลเลือกตั้งแล้ว รวมทั้งในการออกเสียงประชามติ การวินิจฉัยรับรอง หรือเพิกถอนสถานภาพของพรรคการเมือง หรือผู้สมัครรับเลือกตั้ง รวมถึงการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับผลการเลือกตั้ง และการตรวจสอบบัญชีการใช้จ่ายในการเลือกตั้ง

²⁴ งานศึกษาวิเคราะห์การทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในมิติการอำรงรักษาการปกครองตามหลักนิติธรรม ขอให้ดูเพิ่ม O. Fiss, "The Right Degree of Independence," in *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, edited by I. P. Stotzky (Boulder: Westview, 1993), pp. 55-72.; J. M. Ramseyer, "The Puzzling (in)dependence of courts: a comparative approach," in *Journal of Legal Studies*, 23 (1994), pp. 721-747

²⁵ งานศึกษาที่อธิบายการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจบริหาร อาทิ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000)

²⁶ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2004)

(2) การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารที่ส่งผลกระทบต่อระบบการเมืองการปกครองของประเทศ (Judicial Scrutiny of Executive Branch Prerogatives) ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินนโยบายการเงินที่สำคัญ การวางแผนเศรษฐกิจระดับมหภาคที่กระทบต่อเสถียรภาพทางเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมและในระยะยาว การดำเนินกิจการด้านความมั่นคงของชาติ การต่อสู้กับการก่อการร้าย รวมถึงกิจการสร้างความสัมพันธ์และการสร้างกลุ่มระหว่างประเทศ

(3) การหาข้อยุติเกี่ยวกับทางออกในวิกฤตความขัดแย้งรุนแรงทางการเมือง ครอบคลุมตั้งแต่การวินิจฉัยเกี่ยวกับแนวทางการสร้างความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) แนวทางการสร้างความยุติธรรมในช่วงเปลี่ยนผ่านของสถานการณ์ความขัดแย้ง การจัดตั้งคณะกรรมการค้นหาความจริง การหาข้อยุติในการนิรโทษกรรมทางการเมือง การตั้งคณะกรรมการสมานฉันท์อันเนื่องมาจากความรุนแรงระหว่างกลุ่มชาติพันธุ์ การหาข้อยุติเกี่ยวกับสถานะพลเมืองของกลุ่มชาติพันธุ์ท้องถิ่นดั้งเดิม รวมถึงการวินิจฉัยเกี่ยวกับการนำคดีการเมืองภายในประเทศไปฟ้องร้องต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court: ICC)

(4) การวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาททางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในระบบการเมืองการปกครอง การวินิจฉัยรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง เช่น ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการรวมหรือการแบ่งแยกประเทศ รวมถึงการวินิจฉัยประเด็นการยื่นถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี

(5) การวินิจฉัยหาข้อยุติในประเด็นข้อพิพาทที่มีสาเหตุมาจากความแตกแยกรุนแรงระหว่างกลุ่มประชากรที่มีอัตลักษณ์แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการหาข้อยุติเกี่ยวกับปัญหาความขัดแย้งและแบ่งแยกทางชาติพันธุ์ ภาษา หรือศาสนา การวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะของการเคลื่อนไหวและการประกาศการแบ่งแยกดินแดน การวินิจฉัยความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของพรรคการเมือง หรือกลุ่มพลังทางการเมืองและสมาคมการเมืองที่มีอุดมการณ์สุดขั้วหรือคลั่งลัทธิ (Extremist) รวมถึงการหาข้อยุติเกี่ยวกับแนวทางดำเนินกระบวนการสร้างชาติในบริบทของความแตกแยกทางการเมือง

บทสรุป

ข้อสรุปประการสำคัญที่ปรากฏในงานศึกษาในทั้ง 5 กลุ่มย่อยนี้ ก็คือ การอธิบายว่า องค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลสูงสุดในแต่ละกรณี เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญยิ่งต่อการกำหนดเส้นทางของระบบการเมืองการปกครอง ผ่านกระบวนการใช้อำนาจตุลาการในการตัดสินหาข้อยุติ หรือตัดสินกำหนดแนวทางการดำเนินการของรัฐภายใต้สถานการณ์ความขัดแย้งที่อาจนำไปสู่การแตกแยกที่ทวีมากขึ้นในประเทศ หรือสถานการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพและความมั่นคงของประเทศโดยรวม ประเด็นข้อพิพาททางการเมืองในลักษณะต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ล้วนแต่เป็นเรื่องที่ถือเป็นแก่นสารของการเมือง ดังนั้น จึงมีการกล่าวถึงปรากฏการณ์ในการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลสูงสุดในแต่ละกรณี ว่าได้ตัดสินข้อยุติและทางออกของประเด็นข้อพิพาททางการเมืองในประเด็นสำคัญและใหญ่ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อความเสถียรภาพและความมั่นคงของประเทศทั้งสิ้น และมีลักษณะร่วมกันที่อาจเรียกได้ว่าเป็น “การนำประเด็นที่อยู่เหนือกระบวนการทางการเมืองในสภาวะปกติเข้าสู่การหาข้อยุติโดยอำนาจองค์กรตุลาการ” (Judicialization of Mega-Politics)²⁷

²⁷ Ran Hirschl, “The Judicialization of Politics,” p. 124.

หลักนิติธรรมภายใต้สถานการณ์แบ่งขั้วทางความคิดของสังคม

พิศล พิรุณ*

บทนำ

ความขัดแย้งเป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติอย่างหนึ่งของสังคมไทย ทฤษฎีว่าด้วยการก่อกำเนิดรัฐบางทฤษฎียังยกให้ความขัดแย้งเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดรัฐขึ้น ตัวอย่างนักคิดที่สนับสนุนแนวความคิดว่ารัฐเกิดจากความขัดแย้งก็คือ รูสโซ (Rousseau) และล็อก (Locke) โดยทั้งสองท่านมองว่าพันธะสัญญาที่เกิดขึ้นในประชาคมเป็นหนทางที่เข้ามาแก้ไขความขัดแย้งซึ่งเป็นกลไกสำคัญในการเปลี่ยนแปลงของรัฐ การที่ประชาชนส่วนใหญ่ในประชาคมเข้ามาทำสัญญาประชาคมก็เพราะต้องการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นระหว่างปัจเจกชนด้วยตนเองโดยใช้สัญญาหรือพันธะสัญญาดังกล่าวเป็นตัวควบคุมมิให้เกิดความขัดแย้งในรัฐ¹ ดังนั้นการแบ่งขั้วทางความคิดในทางการเมืองของสังคมไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันจึงไม่ใช่เรื่องประหลาดหรือเป็นสิ่งแปลกใหม่แต่อย่างใด

คุณสมบัติของหลักนิติธรรม

แปลความง่าย ๆ ว่า หลักนิติธรรม คือ หลักแห่งความเป็นธรรมภายใต้กฎหมาย กฎหมายบัญญัติไว้อย่างไรต้องเป็นไปตามนั้น ทุกคนมีหน้าที่เคารพกฎหมาย ผู้ใดฝ่าฝืนกฎหมาย หากโทษกำหนดไว้ ผู้นั้นต้องได้รับโทษตามกฎหมาย ถ้าจะมีเหตุยกเว้นโทษ เหตุนั้นต้องเป็นเหตุที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น เหตุป้องกันตัวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 หรือเหตุให้ได้รับโทษน้อยลง เช่น เหตุบันดาลโทสะหรือเหตุกระทำผิดขณะวิกลจริต โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้กระทำผิดนั้นจะยากดมีใจ หรือมีฐานะทางสังคมสูงเพียงใด เพราะกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอาญา หรือกฎหมายแพ่ง จะบัญญัติผู้กระทำผิดว่า “ผู้ใด” ดังนั้นจึงไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมายไปได้ เมื่อทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมาย สังคมนั้นก็ชื่อว่า อุดมไปด้วยหลักนิติธรรม

ความเป็นธรรมภายใต้กฎหมาย นอกจากจะใช้กฎหมายบังคับแก่คนในสังคมโดยไม่เลือกชั้นวรรณะแล้วยังต้องใช้กฎหมายเหมือนกันโดยไม่เลือกสถานการณ์อื่น เช่น สถานการณ์ความไม่สงบในสามจังหวัดภาคใต้ ก็ต้องใช้กฎหมายอาญาบังคับแก่การกระทำผิดทุกกรณี ตราบใดที่ยังไม่มีกฎหมายพิเศษออกมาบังคับใช้ จะไปคิดเองเห็นเองว่าการจับหรือการควบคุมผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากความไม่สงบในสามจังหวัดภาคใต้สามารถทำได้เกินกว่าที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้ไม่ได้

* ประธานแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลฎีกา, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2548), หน้า 26.

หากเป็นเรื่องที่ต้องใช้ดุลยพินิจ เช่น ผู้พิพากษาใช้ดุลยพินิจว่าจะรอกการลงโทษหรือไม่ ก็ต้องวิเคราะห์ไปตามตัวบทกฎหมายว่ามีเหตุหรือพฤติการณ์ที่จะรอกการลงโทษได้หรือไม่ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ว่าให้ศาลพิจารณาโดยคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้นสภาพความผิด หรือเหตุอื่นอันควรปราณี ถ้ามีเหตุเช่นนั้น และเข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามปี กับได้ความว่าผู้นั้นไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน ก็อยู่ในเงื่อนไขที่ศาลจะรอกการลงโทษจำคุกให้ได้

จากหลักในเรื่องรอกการลงโทษดังกล่าวจะเห็นว่าแม้แต่การใช้ดุลยพินิจซึ่งออกจะดูเป็นเรื่องความเห็นว่าจะควรหรือไม่ควร กฎหมายยังวางกรอบให้ผู้พิพากษาปฏิบัติเลยว่าต้องมีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงอย่างใดบ้างถึงจะรอกการลงโทษให้ได้ หากไม่มีเหตุตามกฎหมาย แม้กฎหมายไม่ได้บังคับว่าต้องรอกการลงโทษให้ทุกกรณีไป แต่ผู้พิพากษาก็ควรพิจารณาว่ามีเหตุผลสมควรที่จะรอกการลงโทษให้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 หรือไม่ ถ้ามีก็ควรใช้ดุลยพินิจรอกการลงโทษให้ ยิ่งข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันเคยให้รอกการลงโทษมาแล้ว ก็ควรพิจารณาการรอกการลงโทษให้แก่ผู้กระทำผิดที่กำลังพิจารณาดำเนินคดี เพราะผู้กระทำผิดเหมือนกันควรได้รับโทษเช่นเดียวกัน

เมื่อทุกอย่างไม่ว่าจะเป็นการบังคับใช้กฎหมาย การลงโทษหรือการใช้ดุลยพินิจว่าจะรอกการลงโทษหรือไม่ เป็นไปตามกฎหมายเดียวกัน ทุกคนก็จะรู้สึกว่าได้รับความเป็นธรรมภายใต้กฎหมายเดียวกัน เสี่ยงครหาว่าใช้กฎหมายแบบสองมาตรฐาน (Double Standard) ก็จะไม่เกิดขึ้น

ในเชิงของกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างเอกชนต่อเอกชน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมายไว้อย่างชัดเจน หากมีกรณีที่จะต้องตีความเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ก็วางหลักเกณฑ์ในการตีความไว้ว่าให้ตีความตามตัวอักษร หากตีความตามตัวอักษรแล้วยังได้ความไม่ชัด ก็ให้พิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมาย เมื่อดูเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วยังหากกฎหมายมาปรับคดีไม่ได้ ก็ต้องวินิจฉัยตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นๆ ว่าเขามีธรรมเนียมปฏิบัติกันอย่างไร ถ้าจารีตประเพณีหาไม่ได้ ให้พิจารณาโดยเทียบเคียงจากบทกฎหมายที่ใกล้เคียงที่สุด ถ้ากฎหมายที่ใกล้เคียงที่สุดยังไม่มีอีก ก็ต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไป เช่น “ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต”² หรือ “ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยยังไม่มีความผิดจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ามีความผิด”³ มาช่วยในการตีความ

ดังนั้นการตีความกฎหมายแม้จะเป็นการตีความตามกฎหมายอื่นที่ไม่เกี่ยวกับกฎหมายแพ่ง ผู้ตีความก็ควรยึดหลักในการตีความตามกฎหมายแพ่งดังกล่าว เพราะเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน จะอาศัยหลักอย่างอื่นไม่ได้ ถ้าไปเอาหลักอื่นที่ไม่ใช่หลักกฎหมายตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการตีความแล้ว จะต้องถูกโต้แย้งทันทีว่าไม่เป็นการตีความตามกฎหมายหรืออีกนัยหนึ่งคือเป็นการตีความตามอำเภอใจนั่นเอง

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตราที่ 6

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคสอง

การประสาทหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรมเป็นนามธรรมคล้ายกฎหมายธรรมชาติที่ทุกคนรู้สึกได้ว่าตนควรได้รับความเป็นธรรมภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกับผู้อื่น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดโครงสร้างของประเทศ ได้บัญญัติรับรองหลักนิติธรรมไว้ใน มาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” แต่หลักเช่นว่านั้นใครจะเป็นคนนำมาใช้เพื่อให้ปรากฏแก่สายตาประชาชนมากที่สุด จริยอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติให้องค์กรต่าง ๆ 5 ประเภท เป็นผู้ปฏิบัติหรือผู้ใช้ คือรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ หน่วยงานของรัฐ แต่เมื่อศาลหรือผู้พิพากษาเป็นอาชีพที่ใช้กฎหมายเพื่อระงับข้อพิพาทด้วยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน ดังนั้น ศาลจึงเป็นผู้ที่สังคมคาดหวังว่าหน้าที่ที่จะต้องนำหลักนิติธรรมมาใช้ให้ปรากฏแก่ประชาชนมากที่สุดอาชีพหนึ่ง

ความรู้สึกของประชาชนต่อหลักนิติธรรมจากอดีตสู่ปัจจุบัน

ก่อน พ.ศ. 2540 ประเทศไทยมีระบบศาลเพียงสองศาล คือ ศาลยุติธรรม และศาลทหาร การพิเคราะห์ข้อพิพาทมีขีดจำกัดอยู่เฉพาะผลประโยชน์ของคู่ความที่เกี่ยวข้องในคดี ไม่ขยายวงกว้างไปสู่ประชาชนที่ไม่รู้เห็นเกี่ยวข้องกับคดีด้วย แต่นับแต่วันที่ 17 พฤศจิกายน 2544⁴ และวันที่ 9 มีนาคม 2544⁵ ประเทศไทยเปิดทำการศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองอย่างเป็นทางการตามลำดับเป็นต้นมา การพิเคราะห์หรือผลการวินิจฉัยของศาลทั้งสองซึ่งต้องพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทในเชิงกฎหมายมหาชนก็เริ่มจะกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนในวงกว้างมากขึ้น คดีระหว่างรัฐกับเอกชนที่จะต้องพิจารณาที่ศาลปกครอง ความรู้สึกพอใจ หรือสูญเสียต่อผลการพิพากษาอาจไม่รุนแรงมากนัก หากประชาชนเป็นฝ่ายแพ้คดีโดยรัฐเป็นฝ่ายชนะ แม้ประชาชนรู้สึกสูญเสียบ้าง แต่ความรู้สึกนั้นจะไม่ฝังรากลึกและยาวนาน เพราะอย่างไรเสียตนก็ยังสังกัดอยู่ในรัฐ เป็นสมาชิกของรัฐอยู่ ความรู้สึกสูญเสียจะเกิดขึ้นในช่วงแรกแต่เมื่อเวลาผ่านไปก็จะปรับตัวยอมรับได้ แต่ถ้ากรณีเป็นมหาชนต่อมหาชนด้วยกัน ความรู้สึกพอใจหรือสูญเสียในผลแห่งคดีย่อมเกิดขึ้นสูงมาก ฝ่ายชนะคดีจะรู้สึกพอใจและรู้สึกว่าตนได้รับความเป็นธรรม แต่ฝ่ายแพคดีจะรู้สึกสูญเสียและเกิดข้อสงสัยว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมทันที ยิ่งเป็นคดีข้อพิพาทที่มีนักการเมืองหรือพรรคการเมืองมาเกี่ยวข้อง ซึ่งส่วนใหญ่อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญด้วยแล้ว ความรู้สึกต่อผลแพ้ชนะคดีของประชาชนจะยิ่งสูงขึ้น ในที่สุดสิ่งสมกลายเป็นความชิงชัง ความเคียดแค้นที่มีต่ออีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อความเคียดแค้นชิงชังก่อตัวมากขึ้นอย่างกว้างขวางเป็นเวลานาน สังคมก็จะแบ่งขั้วทางความคิดไปโดยปริยาย โดยฝ่ายหนึ่งมีความคิดที่แตกต่างจากอีกฝ่ายหนึ่งจนไม่สามารถหาจุดตรงกันได้เลย ในช่วงแรกๆ คนที่ไม่สนใจหรือสนใจน้อย อาจจะวางตัวเป็นกลาง ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่นานวันเข้าข้อขัดแย้งของสองฝ่ายก็ยังไม่ได้ขุ่ยยุติ กลับเกิดขึ้นให้รับรู้ซ้ำแล้วซ้ำอีก ในที่สุดคนที่ยืนอยู่ตรงกลางก็เริ่มน้อยลง น้อยลง ไม่สมัครใจก้าวไปอยู่ด้านใดด้านหนึ่งก็ถูกผลักดันให้ไปอยู่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่มีที่ที่จะยืนตรงกลาง ดังสังคมไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

⁴ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, “ศาลรัฐธรรมนูญไทย อดีต ปัจจุบัน อนาคต” (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2543)

⁵ อัคราทร จุฬารัตน, “กว่าจะมาเป็น...ศาลปกครอง” (กรุงเทพฯ : บพิธการพิมพ์, 2549)

อย่างที่กล่าวในตอนต้นว่าฝ่ายที่แพ้คดียอมรับรู้สึกสูญเสีย และรู้สึกว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรม ผู้ตัดสินคดีได้ตัดสินความโดยไม่ใช้หลักนิติธรรม หลักนิติธรรมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจึงถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก และเนื่องจากผู้มีหน้าที่นำหลักนิติธรรมมาใช้ให้ปรากฏ ที่สำคัญคือผู้พิพากษา จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ผู้พิพากษาจะต้องถูกวิพากษ์วิจารณ์ตามหลักนิติธรรมไปด้วย ผู้พิพากษาจึงกลายเป็นผู้ร้ายในสังคมท่ามกลางการแบ่งขั้วทางความคิดไปอย่างช่วยไม่ได้ มีสมญานามว่าเป็น “ตุลาการภิวัตน์” ซึ่งเป็นคำที่ถูกประดิษฐ์ขึ้นใหม่ แต่ปัจจุบันไม่แน่ใจว่ามีความหมายไปในทางบวกหรือลบ

สถานการณ์หลักนิติธรรมในปัจจุบัน

เมื่อสังคมมีการแบ่งขั้วทางความคิด ถ้าการแบ่งขั้วดังกล่าวมีรากฐานมาจากการเมืองและความขัดแย้งรุนแรงที่วุ่นวายรุนแรงถึงขั้นเป็นคดีฟ้องร้องกัน หลักนิติธรรมก็จะถูกกล่าวขานถึงมากที่สุด เพราะดังที่กล่าวมาแล้ว ฝ่ายแพ้คดีต้องรู้สึกว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม ผู้พิพากษาพิจารณาและตัดสินคดีโดยไม่ใช้หลักนิติธรรมเสี่ยงวิพากษ์วิจารณ์ว่าผู้พิพากษาไม่วางตัวเป็นกลาง ใช้กฎหมายสองมาตรฐาน บังคับใช้กฎหมายแก่คนกลุ่มหนึ่ง แต่ไม่ใช้กับอีกกลุ่มหนึ่ง ทั้งๆ ที่ทั้งสองฝ่ายมีการกระทำความผิดคล้ายๆ กันจึงมีมาให้ได้ยินอยู่เสมอ

จริงอยู่คนแพ้คดีย่อมต้องคิดว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม คนชนะเท่านั้นที่จะรู้สึกพอใจและมองว่าตัวเองได้รับความเป็นธรรม ปัญหาจึงมีว่าแล้วความจริงผู้พิพากษาได้ตัดสินคดีอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ถ้าไม่ตอบว่าพระเจ้าหรือคนกลางเท่านั้นที่จะตอบได้ ตัวผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีนั้นก็ต้องตอบได้ว่าตนได้พิจารณาพิพากษาคดีไปตามตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้หรือไม่ ถ้าพิจารณาคดีไปตามตัวบทกฎหมายโดยปราศจากอคติ ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แม้ฝ่ายแพ้คดีจะตำหนิว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม แต่ตัวผู้พิพากษาเองก็ต้องรู้ตัวเองได้ว่าตนได้พิจารณาพิพากษาไปอย่างเที่ยงธรรมหรือไม่

สำหรับการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมซึ่งส่วนใหญ่ไม่เกี่ยวกับความรู้สึกของสาธารณชน หลักฐานที่ยืนยันว่าผู้พิพากษาตัดสินคดีโดยเที่ยงธรรมตามกฎหมายหรือไม่ สามารถพิสูจน์ได้โดยนำหลักกฎหมายทั้งสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ มายืนยันว่าการตัดสินเป็นไปตามกฎหมายทุกประการ จะกล่าวหาว่าผู้พิพากษาไม่ให้ความเป็นธรรมได้อย่างไร

แต่การตัดสินข้อพิพาทในเชิงกฎหมายมหาชนที่มีขั้วคิดทางการเมืองสองขั้วเป็นคู่ความในคดีนั้นเป็นเรื่องยากที่จะยืนยันได้ว่าผู้พิพากษาตัดสินไปตามหลักนิติธรรม ไม่ได้อคติเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ยิ่งเป็นการตัดสินที่ต้องอาศัยการตีความซึ่งไม่มีกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติกำหนดกรอบไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ยิ่งเป็นการยากมากที่จะทำให้ผู้แพ้คดียอมรับได้ว่าผู้พิพากษาได้ตัดสินคดีไปอย่างเที่ยงธรรม เมื่ออารมณ์และความรู้สึกของฝ่ายแพ้คดีเกิดขึ้นซ้ำกันหลายครั้ง ความไม่พอใจในขั้วขัดแย้งฝ่ายตรงข้ามก็จะค่อยๆ ลุกกลามมาเป็นความไม่พอใจต่อตัวผู้ตัดสินคดี ครั้งหนึ่งที่เคเคเคเคเคเคเคเคผู้พิพากษา ก็จะกลายมาเป็นกระด้างกระเดื่อง ดูแคลนไม่ให้ความนับถือเหมือนอย่างที่เคย เหตุการณ์เช่นนี้ไม่เคยเกิดขึ้นในอดีตของวงการตุลาการมาก่อน

ความรู้สึกที่ดูหมิ่นดูแคลนผู้พิพากษา ดังที่กล่าวมานั้นไม่ถูกจำกัดอยู่เพียงผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองที่พิจารณาคดีในเชิงกฎหมายมหาชนเท่านั้น แม้แต่ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมก็ได้รับการดูถูกดูแคลนไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าผู้พิพากษาศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ เพราะในศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองด้วย ก็ต้องพิจารณาคดีของนักการเมืองที่มีประชาชนเป็นฐานคะแนนเสียง หรือแผนกคดีเลือกตั้งก็ต้องพิจารณาคดีที่มีผลต่อสิทธิทางการเมืองของนักการเมืองหรือพรรคการเมือง

นอกจากคดีที่เกี่ยวกับนักการเมืองและพรรคการเมืองโดยตรงในศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและแผนกคดีเลือกตั้งแล้ว ยังมีคดีอีกมากมายที่เป็นผลพวงของความขัดแย้งทางการเมืองที่ต้องพิจารณากันในศาลยุติธรรม เช่น คดีหมิ่นประมาท ฝ่ายหนึ่งกล่าวปราศรัยโจมตีอีกฝ่ายหนึ่ง คดีหมิ่นพระบรมเดชานุภาพที่ฝ่ายหนึ่งกล่าวหาว่าอีกฝ่ายหนึ่งกระทำความผิด คดีวางเพลิงเผาทรัพย์ แม้กระทั่งคดีก่อการร้ายซึ่งไม่เคยมีปรากฏมาก่อนในประเทศไทย ก็ต้องพิจารณาโดยศาลยุติธรรมทั้งสิ้น เมื่อเป็นเรื่องความขัดแย้งทางการเมืองที่มีการแบ่งขั้วกันอย่างชัดเจน สัจธรรมที่ว่าคนแพ้ย่อมรู้สึกว่าได้รับความเป็นธรรมก็ย่อมมีปรากฏให้เห็นเป็นเรื่องธรรมดา ส่งเสริมให้รูปลักษณ์ของตุลาการวิวัฒน์ในสายตาของผู้แพคดีเด่นชัดยิ่งขึ้น

ธาตุแท้ของผู้พิพากษา

ในฐานะที่ผู้เขียนรับราชการตุลาการมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2523 จนถึงปัจจุบันจนอายุย่างเข้า 61 ปีแล้ว ผู้พิพากษาก็คือปุถุชนธรรมดาที่มีสิทธิคิดเห็นทางการเมืองไปทางด้านใดด้านหนึ่งเหมือนอย่างบุคคลธรรมดาทั่วไป ถ้าสังคมแบ่งเป็นเหลืองแดง ผู้พิพากษาก็มีการแบ่งเป็นเหลืองแดงได้ เพราะห้ามไม่ได้ที่จะไม่ให้ผู้พิพากษาเลือกข้าง ในเมื่อไม่มีพื้นที่ให้คนที่คิดเห็นเป็นกลางได้มีที่ยืน แต่สาระสำคัญอยู่ที่ว่าผู้พิพากษาต้องสวมหมวกแห่งความเป็นกลางทุกครั้งที่จะพิจารณาพิพากษาคดี ต่างจากคนทั่วไปที่ไม่มีหน้าที่เช่นนี้ ดังนั้นปัญหาจึงอยู่ที่ว่า ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งทางการเมืองนั้น ผู้พิพากษาสามารถสลัดความคิดเห็นส่วนตัวออกจากข้อเท็จจริงในคดีได้หรือไม่ ถ้าทำได้ ก็ไม่ต้องแค้นว่าฝ่ายแพคดีจะมองตนไปในลักษณะใด แต่ถ้าทำไม่ได้แล้วยังขึ้นพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไปโดยอคติ ก็ต้องยอมรับคำวิจารณ์ว่าตนไม่ใช่ผู้พิพากษาที่ดี ที่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความในคดีตามอุดมคติที่ควรจะเป็น ตัวเองมีอคติหรือไม่ ผู้พิพากษาคอนนั้นเท่านั้นที่จะรู้ดี หากไม่รู้และคิดว่าตัวเองให้ความยุติธรรมดีแล้ว ก็ควรพิจารณาเสียงวิจารณ์ที่ตั้งอ้ออิงด้วยว่าเหตุใดคนถึงวิจารณ์กันมาก เสียงวิจารณ์ดังกล่าวก็เหมือนกระจกเงาที่จะส่องให้เห็นหลักนิติธรรมในตัวผู้พิพากษาว่ามีมากน้อยเพียงใด อย่ามัวหลงคิดว่าตนมีหลักนิติธรรมสมบูรณ์เต็มเปี่ยม แต่พอส่องกระจกแล้ว กลับมองไม่เห็นเลยแม้แต่น้อยก็ได้ ความยุติธรรมต้องเป็นความยุติธรรมที่เกิดแก่ทั้งสองฝ่ายฉันใด หลักนิติธรรมผู้พิพากษาจะประสาทให้แก่คู่ความก็ต้องเป็นหลักที่สามารถรับรู้ได้ด้วยกันทั้งสองฝ่ายฉันนั้น ไม่ใช่ผู้พิพากษาฝ่ายเดียวที่คิดว่าตนให้ความยุติธรรมเต็มที่แล้ว ในขณะที่ประชาชนซึ่งเป็นคู่ความไม่ได้รู้สึกเช่นนั้นเลย

ข้อเสนอแนะในการหลีกเลี่ยงคำวิจารณ์

1. อุเบกขา

อุเบกขาคือการวางเฉย เพื่อป้องกันความรู้สึกเลือกข้าง เมื่อต้องพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษาควรตระหนักหลักธรรมข้ออุเบกขาให้มาก ต้องทำความรู้สึกให้ได้ว่าทุกอย่างเกิดแต่เหตุ ผลที่ปรากฏให้ผู้พิพากษาต้องตัดสินเป็นคดีนั้นย่อมมีที่มา คือ เหตุที่ทำให้เกิดผลเช่นนั้น ไม่มีผลใดเกิดขึ้นโดยไม่มีเหตุ ดังนั้นจึงควรคิดว่าคดีที่ผู้พิพากษาต้องตัดสิน เป็นเรื่องธรรมดาของมนุษย์ เหตุต้องมีจึงได้เกิดผลเป็นคดีขึ้น เมื่อผู้พิพากษาวางจิตหรืออารมณ์ได้เช่นนี้ ความรู้สึกเลือกข้างที่ผู้พิพากษาก็มีเหมือนคนทั่วไปจะได้น้อยลงเมื่อมาทำหน้าที่พิจารณาคดี

หลัก “ทางสายกลาง” ของพุทธศาสนากับหลักความเป็นกลางของการพิจารณาพิพากษาคดี หรือหลักความเป็นธรรมของวิชานิติศาสตร์ ไม่ได้มีอะไรแตกต่างกันเลย ต้องถือว่าเป็นโชคคติของนักนิติศาสตร์ที่เกิดเป็นชาวพุทธ เพราะเกิดมาก็มีหลักธรรมที่เป็นปรัชญาของนิติศาสตร์ที่เป็นเครื่องชี้นำชีวิตอยู่แล้ว ถ้าได้ยึดถือ

ทางสายกลางเป็นแนวปฏิบัติในการดำเนินชีวิตแล้ว ก็ไม่ยากลำบากที่จะเป็นนักกฎหมายที่ดี เมื่อเป็นนักกฎหมายที่ดี ก็ต้องแน่นอนว่าย่อมเป็นผู้พิพากษาที่ดี

2. คิดถึงข้อเท็จจริงในคดี มิใช่คู่คดี

ปัจจัยอย่างหนึ่งที่อาจกระทบถึงความเป็นกลางของผู้พิพากษา คือ ถ้าคู่ความเป็นผู้มีชื่อเสียง เป็นนักการเมือง หรือเกี่ยวพันเป็นญาติพี่น้องกับตัวผู้พิพากษาเอง ผู้พิพากษาก็อาจมีอคติโอนเอียงไปทางใดทางหนึ่งได้ ในสถานการณ์แบ่งขั้วเช่นปัจจุบัน หากข้อคู่ความสามารถบอกลถึงความเป็น “เหลือง” หรือ “แดง” ได้ ผู้พิพากษาที่มีความคิดไปในทางเดียวกับคู่ความนั้นย่อมอดไม่ได้ที่จะลำเอียงอยู่ลึกๆ ในใจ วิธีที่จะช่วยไม่ให้เกิดความลำเอียงอย่างได้ผลน่าจะอยู่ที่ต้องไม่ไปสนใจในข้อคู่ความ โดยให้ความสนใจเฉพาะข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น

ขอให้นึกถึงตอนที่เรียนกฎหมายโดยเฉพาะชั้นสอบเนติบัณฑิต หรือสอบเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษา ทุกคนผ่านการอ่านคำพิพากษาฎีกาอย่างโชกโชนกันทั้งนั้น เวลาอ่านคำพิพากษาฎีกาไม่มีใครนึกถึงคู่ความเลยว่าคู่ความเป็นใคร มีความสำคัญมากน้อยหรือเป็นที่รู้จักในวงสังคมเพียงใด หรือเป็นญาติพี่น้องกับผู้ใดหรือไม่ สิ่งที่ต้องการรู้มีอย่างเดียวคือ ข้อเท็จจริงได้ความว่าอย่างไร เพื่อจะนำข้อเท็จจริงที่ได้ไปปรับกับหลักกฎหมาย และชี้ถูกชี้ผิดต่อไปว่าจำเลยกระทำผิดหรือไม่ หากผิด ผิดฐานอะไร ถ้าเป็นคดีแพ่งก็ชี้ว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูก ฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด และถูกผิดด้วยหลักกฎหมายอะไร อันเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีโดยปราศจากอคติใดๆ ทั้งสิ้น การพิเคราะห์ข้อกฎหมายจากข้อเท็จจริงที่ได้ก็เป็นไปโดยความสุจริต

การพิจารณาคดีในสถานการณ์ปัจจุบันจึงควรยึดหลักการอ่านคำพิพากษาศาลฎีกาแบบตอนที่เรียนเนติบัณฑิตหรือดูหนังสือสอบผู้ช่วยผู้พิพากษาเป็นแบบอย่างคือ สนใจแต่เฉพาะข้อเท็จจริงเท่านั้น อย่าไปสนใจว่าคู่ความเป็นใคร ข้อเท็จจริงได้ความอย่างไรก็ตัดสินกันไปตามนั้น ความรู้สึกที่จะโอนเอียงไปด้านใดด้านหนึ่งจะได้ไม่น้อยลง

ความรู้สึกของสังคมที่มองว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในปัจจุบันไม่ได้มีเฉพาะคำตัดสินเท่านั้น การให้ประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยระหว่างพิจารณาก็เป็นขั้นตอนหนึ่งที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก ฝ่ายนี้ได้ประกันตัวฝ่ายนั้นไม่ค่อยจะได้ประกัน ซึ่งการให้ประกันตัวหรือไม่ เป็นเรื่องดุลพินิจของศาลโดยแท้ และตัวดุลพินิจโดยแท้ นี้เองที่ล่อแหลมต่อการวิพากษ์วิจารณ์ว่าผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจอย่างเป็นธรรมหรือไม่

ความจริงแล้ว แม้เป็นเรื่องดุลพินิจ แต่กฎหมายก็วางหลักเกณฑ์ให้ผู้พิพากษาได้ใช้ดุลพินิจไว้ โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 180/1 ว่า “การสั่งปล่อยชั่วคราว จะกระทำได้อต่อเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อเหตุใดเหตุหนึ่งต่อไปนี้

- (1) ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะหลบหนี
- (2) ผู้ต้องหาหรือจำเลยไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน
- (3) ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะไปก่อเหตุอันตรายประการอื่น
- (4) ผู้ร้องขอประกันหรือหลักประกันไม่น่าเชื่อถือ
- (5) การปล่อยชั่วคราวจะเป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อการสอบสวนของเจ้าพนักงาน หรือการดำเนินคดีในศาล

ดำเนินคดีในศาล

คำสั่งไม่ให้ปล่อยชั่วคราวต้องแสดงเหตุผลและต้องแจ้งเหตุผลดังกล่าวให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยและผู้ยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวทราบเป็นหนังสือโดยเร็ว”

ถ้อยคำของมาตรา 108/1 ดังกล่าวจะเห็นว่าเหตุที่จะไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวนั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับข้อหาที่ถูกฟ้อง หรือฐานะของจำเลยว่าเป็น “เหลือ” หรือเป็น “แดง” แต่อย่างไรเลย หากไม่มีเหตุตาม (1) ถึง (5) ของมาตรา 108/1 แล้ว โดยหลักเกณฑ์ศาลก็ต้องอนุญาตให้มีการประกันตัว แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในปัจจุบัน คงปฏิเสธคำวิพากษ์วิจารณ์ของสังคมได้ยากว่าการให้ประกันในคดีที่เกี่ยวกับการเมือง ศาลได้ยึดหลักการอนุญาตให้ประกันตามตัวบทกฎหมาย มาตรา 108/1 อย่างเคร่งครัดทุกประการ

โดยทางปฏิบัติหากศาลเห็นว่าไม่ควรจะให้ประกัน ก็มักจะเขียนคำสั่งให้เข้าเหตุใดเหตุหนึ่งตามมาตรา 108/1 โดยเฉพาะ (1) ว่า จำเลยจะหลบหนี ทั้งนี้ในบางคดีโดยฐานะหรือพฤติการณ์แห่งคดีแล้วคงยากที่จะจำเลยจะหลบหนีได้ เสียงครหาจึงมีให้ได้ยินอยู่เนืองๆ ว่า ผู้พิพากษาไม่ให้ความสำคัญเป็นธรรมเท่าที่ควร ทั้งนี้เพราะผู้พิพากษาไม่ได้ยึดหลักจากตัวบทอย่างเคร่งครัดนั่นเอง หากยึดถือหลักตามบทอย่างเคร่งครัดโดยไม่คำนึงว่าจำเลยจะเป็นฝ่ายใด หรือคดีนั้นจะเป็นคดีการเมืองหรือไม่แล้ว เสียงตำหนิติเตียนว่าผู้พิพากษาสั่งคดีล่าเอียงก็จะไม่เกิดขึ้น

3. ควรถือหลักว่าการกระทำผิดคล้ายกันย่อมต้องได้รับโทษใกล้เคียงกัน

หลักในข้อนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่เป็นหลักปฏิบัติงานในคดีอาญาของผู้พิพากษาโดยทั่วไป ซึ่งมาจากแนวความคิดที่ว่า “การกระทำผิดที่เหมือนกันย่อมได้รับโทษเหมือนกัน” คือดูจากพฤติการณ์แห่งการกระทำ มิใช่ดูจากฐานะจำเลยว่าจะอยู่ฝ่ายใด หรือจำเลยเป็นใคร ดังนั้นในคดีที่เกิดขึ้นเป็นประจำ เช่น คดีครอบครองยาเสพติดให้โทษ หรือคดีตามพระราชบัญญัติการพนัน ศาลจึงมักจัดทำบัญชีมาตรฐานการให้โทษไว้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่จำเลยที่กระทำผิดคล้ายๆ กันทุกคนว่า คนที่ทำความผิดคล้ายกันต้องได้รับโทษใกล้เคียงกัน

หากเป็นคดีที่ไม่ได้เกิดขึ้นเป็นประจำ ซึ่งโดยทั่วไปศาลจะไม่ได้ทำบัญชีมาตรฐานการลงโทษไว้ ก็ต้องอาศัยคำพิพากษาศาลฎีกา หรือคำพิพากษาของศาลชั้นที่เคยมัดสินไปก่อน (Precedent) เป็นหลัก การตัดสินหรือการใช้ดุลพินิจของศาลจะได้มีหลักอ้างอิง สามารถตอบสังคมได้ว่ามิได้ตัดสินหรือใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ

4. ใช้หลักการคัดค้านผู้พิพากษา

หลักในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษามีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 ถึง 14 กล่าวโดยสรุปคือ ผู้พิพากษาที่มีประโยชน์ได้เสียในคดี มีอำนาจถอนตัวจากการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ การที่ผู้พิพากษาค้นไต่รู้ตัวดีว่าหากตนพิจารณาพิพากษาคดีการเมืองคดีใดแล้ว คงไม่อาจวางตัวเป็นกลางเพราะตนมีความคิดทางการเมืองที่รุนแรงได้ ก็ควรจะถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีนั้นเสีย โดยอาศัยหลักการคัดค้านผู้พิพากษาดังกล่าว จริงอยู่แม้การถอนตัวจากความรู้สึกว่าตนอาจไม่เป็นกลาง กรณีอาจไม่ตรงกับรูปเรื่องในตัวบทนัก และคงไม่เคยมีผู้พิพากษาค้นไต่เคยขอเช่นนี้มาก่อน แต่ก็เป็นหนทางสุดท้ายที่จะคงความยุติธรรมให้แก่สังคมได้ เพราะหากยังคงขึ้นพิจารณาคดีนั้นต่อไปทั้งที่รู้ตนว่าไม่อาจรักษาความเป็นกลางได้แล้ว นอกจากจะทำให้สังคมตำหนิและเสื่อมเสียแก่องค์กรโดยรวมแล้ว ยังเป็นบาปติดตัวไปกับผู้พิพากษาค้นไต่ด้วย

5. กำหนดเขตอำนาจศาลให้ชัดเจน

เขตอำนาจศาล คือ ขอบเขตในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล แต่ละศาลมีอำนาจพิจารณาคดีใดได้บ้าง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งใดบ้างที่มีสิทธิจะนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ในกรณีศาลยุติธรรมหรือศาลทหารเรื่องเขตอำนาจศาลคงไม่มีปัญหา เพราะมีกฎหมายวิธีพิจารณาความกำหนดไว้ชัดเจน และมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้แล้วเป็นบรรทัดฐานในเรื่องเขตอำนาจฟ้องแล้วมากมาย แต่สำหรับศาลที่เพิ่งก่อตั้งขึ้นใหม่ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง บางครั้งปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลว่าศาลดังกล่าวมีอำนาจหรือควรรับคดีใดคดีหนึ่งไว้พิจารณาหรือไม่ ก็เป็นปัญหาสำคัญที่นำไปสู่การวิพากษ์วิจารณ์ของสังคมว่า

ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม เห็นได้ชัดเช่นการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญว่าควรจะได้รับคำร้องที่อ้างว่าการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ว่าควรจะได้รับคำร้องที่อ้างว่าการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาหรือไม่ เพียงการรับหรือไม่รับคำร้องก็เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์แล้ว ปัญหาที่น่าจะเป็นเพราะไม่มีกฎหมายวิธีสบัญญัติกำหนดเขตอำนาจศาลของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนมากกว่า หากมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนและศาลพิจารณาไปตามตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัด ปัญหาการวิพากษ์วิจารณ์ว่าศาลรัฐธรรมนูญเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็จะไม่เกิด

บทสรุป

คงต้องยอมรับว่าสังคมไทย ณ วันนี้ แบ่งขั้วความคิดทางการเมืองเป็นสองขั้วอย่างเห็นได้ชัด ประเทศที่มีสองพรรคการเมืองใหญ่ เช่น สหรัฐอเมริกา มีการแบ่งขั้วเป็นฝ่าย Republican กับ Democrat เป็นเรื่องธรรมดา แต่เมื่อเลือกตั้งเสร็จแล้วทุกอย่างก็เงียบ รอเลือกตั้งใหม่อีกสี่ปีข้างหน้า แต่ประเทศไทยหลังเลือกตั้งแล้วกลับไม่จบและไม่อยากจะรอให้ถึงสี่ปีข้างหน้า จึงเกิดขัดแย้งกันระหว่างผู้ที่ได้รับเลือกตั้งกับผู้ที่ไม่ยอมรอให้ถึงสี่ปีข้างหน้า ขัดแย้งกันมากขึ้น ในที่สุดก็เกิดการใช้กำลัง ผู้มีกำลังและอาวุธมีจำนวนน้อยกว่า ผู้ไม่มีกำลังและไม่มีอาวุธมีจำนวนมากกว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อปัญหาขัดแย้งลุกลามไปจนถึงการฟ้องร้องคดี ผู้พิพากษาก็ต้องทำหน้าที่ชี้ถูกชี้ผิด ปัญหาในเชิงกฎหมายมหาชน ตุลาการศาลปกครองและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้รับผิดชอบ ปัญหาด้านเอกชนหรือปัญหาเกี่ยวกับการกระทำผิดทางอาญา ศาลยุติธรรมรับผิดชอบ คำพิพากษาคือกระจกเงาส่องให้เห็นถึงกรรมหรือหลักนิติธรรม แต่ผู้พิพากษาคือปุถุชนธรรมดา เมื่อไม่ได้ทำหน้าที่ก็มีความเห็นทางการเมืองเหมือนกับประชาชนทั่วไป พอทำหน้าที่จึงอดมีเสียงวิจารณ์ไม่ได้ว่าตัดสินคดีเข้าข้างอีกฝ่ายที่ตนมีความเห็นดีด้วย ปัญหาในประเทศไทยปัจจุบันคงอธิบายได้ง่ายๆ เพียงเท่านั้น เมื่อรู้สภาพปัญหาแล้วก็ค่อยๆ แก่กันไป โดยเอาสภาพปัญหาที่แท้จริงเป็นตัวตั้ง อย่าเอาทฤษฎีและผลประโยชน์ของตนหรือของกลุ่มมาเกี่ยวข้อง วันหนึ่งขั้วสองขั้วก็คงไหลมาบรรจบเป็นเนื้อเดียวกัน

หลักนิติธรรมกับการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์*

1. บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” นับเป็นครั้งแรกที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มีการบัญญัติถึง “หลักนิติธรรม” โดยทั่วไปการใช้คำว่าหลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat/Legal State) จะปรากฏการใช้ควบคู่กันไปอยู่เสมอโดยที่ไม่ได้อธิบายความในความหมายว่า มีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ทั้งหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐต่างก็ได้รับการพัฒนาจากโลกตะวันตกที่ประสงค์จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย ในประการสำคัญ ทั้งหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐไม่ประสงค์ให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยกันเอง แต่ประสงค์ให้กฎหมายเป็นผู้ปกครองมนุษย์ ซึ่งมีนัยความหมายถึง ผู้ที่ใช้อำนาจบริหารบ้านเมืองต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมาย โดยที่จะทำการใดให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้ว จะพบว่าหลักการทั้งสองมีความแตกต่างกันอยู่ สาเหตุแห่งความแตกต่างนั้น อยู่ที่พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอังกฤษซึ่งพัฒนาความคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมขึ้น และในเยอรมนีซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐ ความแตกต่างของหลักการทั้งสองในรายละเอียดนั้นไม่เป็นที่น่าประหลาดใจแต่อย่างใด เพราะหลักการทั้งสองเกี่ยวพันกับกฎหมาย แต่กฎหมายนั้นเป็นผลผลิตทางวัฒนธรรมที่เชื่อมโยงกับประวัติความเป็นมาของแต่ละชาติ ความเข้าใจบางประการที่แตกต่างกันที่ชนชาติอังกฤษและเยอรมนีมีต่อมนทัศน์ว่าด้วยกฎหมาย ตลอดจนประวัติศาสตร์การต่อสู้ทางการเมืองที่แตกต่างกัน ของชนชาติทั้งสองย่อมส่งผลต่อเนื้อหาของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐต่อการจัดโครงสร้างบทบาทและความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐด้วย¹

หลักนิติธรรมมีรากเหง้ามาจากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญของอังกฤษตั้งแต่สมัยที่ชาวนอร์แมนเข้ายึดครองเกาะอังกฤษก็มีอิทธิพลไม่น้อยต่อโครงสร้างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา และต่อหลายประเทศที่ได้รับแนวความคิดจากสถาบันการเมืองการปกครองของอังกฤษ

* อธิการบดีมหาวิทยาลัยสุโขทัย, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ในนิติรัฐนิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, หน้า 319.

ส่วนหลักนิติรัฐ ซึ่งได้รับการพัฒนาอย่างจริงจังในเยอรมนีในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19 นั้น ได้แผ่ขยายอิทธิพลออกไปทั่วภาคพื้นทวีปยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อกฎหมายมหาชนในอิตาลีที่ได้รับความนิยมขึ้นสำเร็จในช่วงเวลานั้น และต่อฝรั่งเศสในช่วงสาธารณรัฐที่ 3

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม โดยที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ในหมวด 11 ว่าด้วยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมดังเช่นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น และหน่วยงานของรัฐด้วย และเพื่อให้เกิดความทางวิชาการนี้มีความสมบูรณ์มากขึ้น จึงได้นำเอาความเป็นมาของเจตนารมณ์ในหลักนิติธรรมตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ความหมายและสาระสำคัญของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ บทบาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และบทสรุปและข้อเสนอแนะเพื่อหน่วยงานและผู้เกี่ยวข้องจะได้พิจารณาดำเนินการให้เกิดผลเป็นรูปธรรมต่อไป

2. ความเป็นมาของเจตนารมณ์ในหลักนิติธรรมตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

“มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

เจตนารมณ์ กำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ การใช้อำนาจนี้ต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม

เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและ ให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้

หมายเหตุ

- 1) วรรคหนึ่ง คงเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
 - 2) หลักการดังกล่าวนี้มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เป็นครั้งแรก โดยเปลี่ยนแปลง คำว่า “มาจาก” เป็น คำว่า “เป็นของ” ปวงชนชาวไทย
 - 3) หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศ คอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย
- หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat/Legal State) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ซึ่งมีความหมายรวมถึงหลักดังต่อไปนี้
- (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ
 - (2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

(3) หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(4) หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในเนื้อหาของกฎหมายนั้น จะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน

(5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

(6) หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ซึ่งเป็นหลักในทางกฎหมายอาญา (Nullum crimen nulla poena sine lege)

(7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐมีความคล้ายคลึงกัน 2 ประการ คือ

(1) ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(2) หลักที่ว่า เมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมาย ไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้²

นอกจากหลักนิติธรรมปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสองแล้ว ยังปรากฏในมาตรา 78 ว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้ ...

(6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

3. ความหมายและสาระสำคัญของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ

3.1 ความหมายของหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นแนวคิดพัฒนามาจากประเทศอังกฤษ โดยมีนักนิติศาสตร์ ทั้งต่างประเทศและไทยได้อธิบายถึงหลักนิติธรรมไว้อย่างกว้างขวาง อาทิ

ศาสตราจารย์ เอ วิ ไดซี่ (Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยอ็อกฟอร์ด ได้อธิบายว่า “หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและหลักนิติธรรมย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะอยู่ในชนชั้นใดย่อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน ซึ่งธรรมดาศาลทั้งหลายจะเป็นผู้รักษาไว้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าว” และหากนำมาอธิบายและให้ความหมายของหลักนิติธรรมไว้มีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) บุคคลจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นทำผิดกฎหมายและกฎหมายนั้นต้องตราขึ้นโดยถูกต้อง ก่อนถูกลงโทษต้องฟ้องคดีให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาไม่ใช่ตั้งศาลพิเศษมาพิจารณาพิพากษา

(2) บุคคลทุกคนในแผ่นดินย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย ไม่มีใครมีอภิสิทธิ์เหนือกฎหมาย ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลชั้นสูงขนาดนายกรัฐมนตรี หรือเป็นบุคคลชั้นต่ำเพียงแค่ว่า พลตำรวจหรือคนเก็บภาษีอากร

² ดูรายงานการประชุมสภาาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พุทธศักราช 2550.

(3) บุคคลทุกคนต้องมีสิทธิเสรีภาพในความเป็นมนุษย์และมีเสรีภาพที่จะประชุมปรึกษาหารือกัน
 เลขาธิการสหประชาชาติให้ความหมายของ “หลักนิติธรรม คือ หลักธรรมาภิบาลซึ่งทุกคน ทุกสถาบัน
 และทุกหน่วยงานไม่ว่าจะเป็นภาครัฐ ภาคเอกชน รวมทั้งตัวรัฐเอง จะต้องรับผิดชอบและถูกตรวจสอบได้ต่อกฎหมาย
 (Accountable to laws) ซึ่งได้ประกาศใช้โดยเปิดเผยบังคับใช้โดยเสมอภาค และวินิจฉัยตัดสินชี้ขาดคดีโดย
 อิสระ ซึ่งสอดคล้องกับกฎเกณฑ์และมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน หลักนี้ยังต้องมีมาตรการ
 เพื่อประกันหลักความสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of Law) ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ความรับผิดชอบ
 และถูกตรวจสอบได้โดยกฎหมาย ความเป็นธรรมในการใช้กฎหมาย การแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย การมี
 ส่วนร่วมในการตัดสินใจ ความแน่นอนของกฎหมาย การหลีกเลี่ยงอำนาจใจ และความโปร่งใสทางกฎหมายและ
 วิธีพิจารณา”³

ศาสตราจารย์ธานีกร ธีรวิเชียร ได้อธิบายว่า “หลักนิติธรรม หมายถึง หลักการแห่งกฎหมายที่
 เกิดทุนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพ แห่งมนุษยชน ทุกแห่งทุกมุม โดยมุ่งประสงค์
 ให้รัฐต้องให้ความอารักขาคุ่มครองมนุษยชน ให้พ้นจากลัทธิตหาราช และหากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นไม่ว่าระหว่าง
 รัฐกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาล สถิติยุติธรรมเท่านั้นที่มีอิสระและเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาท
 นั้นตามกฎหมายบ้านเมือง”

ศาสตราจารย์วิกรม เมลานันท์ ได้ให้ความหมายว่า “หลักนิติธรรม คือ ยอดของหลักในการออก
 กฎหมาย หรือปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายว่า จะต้องไม่เป็นการใช้อิทธิพล หรือตามอารมณ์ชอบ หรือตาม
 อำนาจใจ แต่จะต้องเป็นกฎหมาย หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยทำนองคลองธรรม”

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้ความหมายว่า หลักนิติธรรม ศุภนิติธรรม นิติรัฐ ไม่ใช่
 การปกครองโดยกฎหมาย (Rule by law) หลักนิติธรรมเป็น “จริยธรรมของกฎหมาย” (Morality of law)
 ที่เป็นกระแสความคิดที่ต้องการเห็นกฎหมายและการใช้กฎหมายในสังคมมนุษย์ถูกต้องและเที่ยงธรรม โดยมี
 องค์ประกอบของหลัก นิติธรรม 4 ประการ คือ (1) องค์ประกอบด้านสาระ (Substantive rule of law)
 (2) องค์ประกอบด้านกระบวนการ (Procedural rule of law) (3) องค์ประกอบด้านองค์กร (Institutional
 rule of law) (4) องค์ประกอบด้านเป้าหมาย

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จริญญา ภักดีธนากุล ได้อธิบายถึงหลักนิติธรรมไว้ว่า

(1) หมายถึง หลักการที่เป็นกฎกติกาของกฎหมายที่ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องยึดถือและปฏิบัติตาม
 มิเช่นนั้น กฎหมายนั้นจะไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย

แม้กฎหมายจะถูกตราขึ้นโดยชอบด้วยหลักนิติธรรมแล้ว การบังคับใช้และการตีความกฎหมายนั้น
 ก็จะต้องกระทำภายในกรอบของหลักนิติธรรมด้วย จึงจะได้ชื่อว่า เป็นการใช้กฎหมายโดยชอบ ใช้อำนาจโดยธรรม

(2) หลักนิติธรรม มิใช่หลักจริยธรรมตามกฎหมาย ซึ่งยึดถือบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นสรณะ
 ใช้กฎหมายเป็นยุติ โดยมีได้คำนึงถึงกฎ กติกา ของกฎหมายนั้นเลย

คำว่า Rule of Law มิใช่เพียงแค่ Ruled by Law ซึ่งแปลว่า การปกครองโดยใช้กฎหมายเท่านั้น
 แต่หมายถึงกฎเกณฑ์กติกาของกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง

³ เอกสารประกอบการบรรยายของ ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ดุลยภาพระหว่างการเมืองภาคนักการเมือง และการเมืองภาคพลเมือง
 กับหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย หลักสูตร นิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

(3) หลักนิติธรรมมีเนื้อหาสาระอย่างไร มิได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร มีเนื้อหาใกล้เคียงกับหลักกฎหมายธรรมชาติที่สังคมยึดถือร่วมกันอยู่ เช่น หลักยุติธรรม (Principle of Natural Justice) หลักความชอบธรรม (Righteousness) และเพื่อประโยชน์สุขแห่งมหาชนชาวสยาม (Public Interests) เป็นต้น

3.2 ความหมายของหลักนิติรัฐ

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จริญญา ภักดีธนากุล ได้อธิบายถึงหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat/Legal State) ไว้ว่า หลักนิติรัฐมิใช่เพียงหลักกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นหลักของกฎหมาย หลักของกระบวนการยุติธรรม และหลักของการใช้อำนาจรัฐด้วย

หลักนิติรัฐเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของการเมืองการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย เพื่อความสำเร็จและป้องกันความเสื่อมทรามลงของระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม

หลักนิติรัฐจึงมีความเชื่อมโยงและสอดคล้องกับหลักการปกครองข้ออื่น ๆ ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) หลักนิติธรรม (Rules of Law) หลักความยุติธรรมธรรมชาติ (Natural Justice) หลักคฤภนิติกระบวนการ (Due Process of Law) หรือความชอบธรรม (Righteousness) อื่น ๆ

หลักนิติรัฐมิได้ให้ความสำคัญแก่นักกฎหมาย แต่ต้องการนักยุติธรรมที่ไม่สยบยอมต่อผู้ใช้อำนาจโดยปราศจากความชอบธรรม

1) การปกครองประเทศที่ไม่ถือบุคคลเป็นใหญ่ แต่ถือหลักเกณฑ์และกติกาสังคมเป็นสำคัญ

ผู้ปกครองประเทศมิใช่เจ้าของประเทศ เพียงแต่เป็นผู้ที่ประชาชนมอบหมายไว้วางใจให้เข้ามาใช้อำนาจรัฐแทนประชาชน และเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนเท่านั้น

ผู้ใช้อำนาจรัฐมิใช่เจ้าของอำนาจรัฐ จะใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือตามอารมณ์ของตนมิได้ ต้องใช้ตามหลักเกณฑ์กติกาที่สังคมวางไว้ ด้วยความสุจริตไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอย่าง ไม่เป็นธรรม และไม่รุนแรงหรือย่ำเหยียบจนเกินไป

2) แม้หลักนิติรัฐจะถือหลักเกณฑ์กติกาว่าสำคัญกว่าความรู้สึกของคน แต่ก็ได้ถือบทกฎหมายเป็นสรณะ

บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ผู้ปกครองประเทศบัญญัติขึ้นนั้น ถ้าปราศจากความชอบธรรมรองรับ สภาพบังคับก็แทบจะไม่มี

กฎหมายดังกล่าวนี้ ย่อมมีสภาพเพียงกระดาษเปื้อนหมึก ผู้บัญญัติย่อมเสื่อม ผู้บังคับใช้ก็พลอยเสื่อมไปด้วย ยิ่งบังคับใช้มากเท่าใดยิ่งเสื่อมมากเท่านั้น

ถ้าไม่เชื่อ ลองบัญญัติกฎหมายบังคับให้ประชาชนใช้มือเดินแทนเท้าดูก็ได้

3) หลักนิติรัฐปฏิเสธผู้ใช้อำนาจเป็นธรรม (Might is Right) แต่เทิดทูนผู้ที่ใช้ธรรมเป็นอำนาจ (Right is Might)

การบัญญัติกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายจะต้องกระทำตามกรอบและครรลองแห่งหลักนิติธรรม (Rule of Law) หลักยุติธรรม (Principle of Natural Justice) และหลักคฤภนิติกระบวนการ (Due Process of Law)

อำนาจทุกชนิดมีต้นทุนก้ากบอยู่ ใช้มากย่อมหมดมาก ครั้นไม่ใช้ในคราวที่ควร ต้องใช้ผู้ทรงอำนาจก็จะกลายเป็นผู้หย่อนสมรรถภาพ หรือขาดความรับผิดชอบทำให้เสื่อมจากอำนาจได้ไม่น้อยไปกว่าพวกบ้าอำนาจ

ถ้าการปกครองที่ดีที่สุด คือการปกครองที่น้อยที่สุดเป็นคำกล่าวที่ถูกต้อง การใช้อำนาจที่ดีที่สุด ก็ควรจะเป็นการใช้อำนาจที่ได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณีที่สุด

4) หลักนิติรัฐถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือช่วยให้เกิดความถูกต้อง เป็นธรรมและสันติสุขในสังคม มิใช่เครื่องมือสำหรับการกดขี่ ข่มเหง เอารัดเอาเปรียบผู้อื่นหรือประชาชน แสวงหาผลประโยชน์ทับซ้อน วาระซ่อนเร้น ภายใต้ภาพลวงตาว่าเป็นกฎหมายเพื่อประสิทธิภาพ ในการบริหารจัดการบ้านเมือง

ประสิทธิภาพในการบริหารจัดการบ้านเมืองเป็นเป้าประสงค์ประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ แต่มิใช่ เป้าประสงค์ประการเดียว เหนือสิ่งอื่นใด ยังมีสิ่งดี ๆ อีกหลายประการที่สำคัญยิ่งกว่าประสิทธิภาพ เช่น ความดำรง คงอยู่อย่างสงบสุขแห่งราชอาณาจักร ผลประโยชน์ของชาติและพัฒนาการอย่างยั่งยืนประชาชน หรือประโยชน์ และความสุข ของมหาชนชาวสยาม เป็นต้น

5) หลักนิติรัฐเรียกร้องให้ต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ และมีการคานอำนาจตรวจสอบอำนาจอย่าง สมดุล เพราะอำนาจมักพาให้ใช้ผิด ยิ่งมีอำนาจมากเพียงใด ก็ผลอใช้ตามอำเภอใจไปได้เพียงนั้น ดังคำกล่าวของ Lord Acton ที่ว่า “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely.”

3.3 หลักการสำคัญของหลักนิติธรรม

จากการศึกษาความเห็นทางกฎหมายของนักกฎหมายของไทยและต่างประเทศ สรุปได้ว่า หลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law มีหลักการสำคัญ ดังนี้

- 1) สิทธิเสรีภาพเป็นเรื่องแดนอิสระของมนุษย์ที่กฎหมายจะเข้าไปแทรกแซงไม่ได้
- 2) ประชาชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาคและได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่าง ทั่วถึงกัน
- 3) ฝ่ายบริหารต้องบริหารภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายและต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย
- 4) การปกครองประชาชนต้องยึดกฎหมายเป็นใหญ่ ทั้งนี้ กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ยุติธรรม
- 5) ศาลเป็นสถาบันที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน
- 6) ยึดหลักความเป็นอิสระของตุลาการ
- 7) ส่งเสริมการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างบริสุทธิ์และยุติธรรม ปราศจากการแทรกแซง ของฝ่ายบริหารหรือกลุ่มอิทธิพลเพื่อให้ได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่แท้จริงของประชาชน
- 8) ส่งเสริมและสนับสนุนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย
- 9) ส่งเสริมและคุ้มครองหลักแห่งการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
- 10) ส่งเสริมและพัฒนากฎหมายเพื่อสร้างความสงบสุขให้แก่ประชาชนและสังคมส่วนรวม
- 11) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย

3.4 หลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐมีจุดประสงค์สำคัญในการสร้างหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของบุคคล มิให้ถูกละเมิด จากรัฐ มีหลักการสำคัญ ดังนี้

- 1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะเมื่อศึกษาจาก ประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองจะพบว่า “บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจ ก็มีแนวโน้มที่จะมัวเมาในอำนาจ และใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ ๆ” ดังนั้น เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงจำเป็นต้องใช้อำนาจยับยั้ง อำนาจ ซึ่งการใช้อำนาจแต่พอเหมาะพอควร (Moderate) จะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์กรของรัฐในลักษณะ

ที่ให้อำนาจหนึ่งยับยั้งอีกอำนาจหนึ่ง โดยแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการออกจากกัน มีองค์กรผู้ใช้อำนาจต่างองค์กรกันและเป็นอิสระจากกัน ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจถือเป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในการสถาปนานิติรัฐ

2) หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งสิทธิทั้ง 2 ประการดังกล่าวถือเป็นพื้นฐานสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ทั้งนี้ ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายต่างยอมรับและเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยกำหนดให้รัฐต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่จะเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม หากรัฐต้องกระทำการใดที่จะเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐจะต้องกระทำโดยผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาที่เป็นผู้แทนของประชาชน ตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มีผลในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง

3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ

หลักการข้อนี้เป็นความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ต้องใช้กฎหมายให้เกิดความเสมอภาคเท่าเทียม ต้องไม่พิจารณาพิพากษาคดีให้แตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายคือ ต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้น ต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน และต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใด ๆ โดยฝ่ายตุลาการต้องใช้กฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนเป็นผู้ตราขึ้น และโดยเฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้แต่เฉพาะเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ

4) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ (Principle of Legality of Administrative Actions)

เป็นหลักการที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าว ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 ประการ คือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” และ “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

การที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในความจริงได้จะต้องจัดให้มีองค์กรชี้ขาด การละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่มีความอิสระในการตัดสินข้อพิพาทของผู้พิพากษาอย่างเต็มที่ มีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ ศาลยุติธรรม หรือศาลปกครอง หรือศาลพิเศษอื่น

6) หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ

หลักการข้อนี้เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา และยังใช้กับกรณีโทษปรับทางปกครอง โทษทางวินัยและข้อบังคับขององค์กรวิชาชีพด้วย การกำหนดโทษจะต้องกระทำโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ผ่านกระบวนการของรัฐสภาเท่านั้น ไม่อาจจะกระทำโดยกฎหมายจารีตประเพณีได้ และต้องมีความชัดเจนแน่นอน ประชาชนจะได้ทราบว่าพฤติกรรมเช่นใดที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และควรจะปฏิบัติอย่างไร และห้ามมิให้ออกกฎหมายย้อนหลังไปลงโทษหรือเพิ่มโทษ ยกเว้นจะเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น

7) หลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รากฐานของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ที่รัฐธรรมนูญถือเป็นสัญญาประชาคม เป็นกรอบวิถีทางการเมือง มีการจัดตั้งองค์กรทางการเมือง และแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย มีการถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรการจำกัดอำนาจรัฐ และมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงทำให้รัฐธรรมนูญอยู่ในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายใดจะขัดหรือแย้ง ต่รัฐธรรมนูญไม่ได้

3.5 หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐมีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร⁴

จากการศึกษาถึงหลักการสำคัญระหว่างหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ พบว่ามีความถูกต้องตรงกัน ดังนี้

1) หลัก “ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น” เพราะเมื่อดำเนินการไปแล้วอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

2) หลักการที่ว่า “เมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ต้องใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้”

สำหรับความต่างะนั้น เมื่อพิจารณาถึงที่มา แนวคิดและพัฒนาการระหว่าง “หลักนิติรัฐ” กับ “หลักนิติธรรม” แล้วอาจจะสรุปความแตกต่างได้ ดังนี้

1) พิจารณาจากต้นกำเนิด ข้อความคิดเรื่อง “นิติรัฐ” มีวิธีการศึกษาตั้งต้นเริ่มจากรัฐ และสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมายนั่นเอง ในขณะที่ข้อความคิด เรื่อง “นิติธรรม” นั้นมีต้นกำเนิดจากความห่วงเกรงการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ หลักนิติธรรมจึงมุ่งหมายถึงไปที่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐเป็นมุมมองจากรัฐ แต่หลักนิติธรรมเป็นมุมมองจากปัจเจกชน

2) พิจารณาทางเนื้อหาสาระ หลักนิติรัฐเป็นกรณีที่รัฐยอมตกลงมาอยู่ภายใต้กฎหมาย เป็นเรื่องของโครงสร้างลำดับชั้นทางกฎหมาย เป็นเรื่องของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่สถาปนาให้กฎหมายเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจมหาชน เป็นเรื่องการแบ่งแยกอำนาจอย่างสมดุล และเป็นเรื่องบทบาทขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่หลักนิติธรรมนั้นถูกสร้างขึ้นมาจากแนวคิดเสรีนิยม เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าหลักนิติรัฐเน้นที่รูปแบบ / โครงสร้าง และวิธีการในการไปให้ถึงเป้าประสงค์ ในขณะที่หลักนิติธรรมเน้นที่เนื้อหา และกระบวนการ

3) พิจารณาจากสกุลกฎหมาย หลักนิติรัฐกำเนิดและพัฒนาในสกุลกฎหมาย Romano - Germanic ซึ่งยอมรับการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ยอมรับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ในขณะที่หลักนิติธรรมกำเนิดในสกุลกฎหมายแองโกลแซกซอน ซึ่งไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ไม่มีการแบ่งแยกศาลยุติธรรมและศาลปกครอง และยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Suprematie du Parlement) ที่กล่าวมาในเบื้องต้นนั้นเป็นเรื่องในทางวิชาการ ซึ่งในปัจจุบันอาจารย์หรือนักวิชาการทางด้านกฎหมายก็ยังคงมีความเข้าใจหรือความคิดเห็นที่ไม่ตรงกัน อย่างไรก็ตาม หลักการทั้งสองนั้นต่างก็มีความคล้ายกันที่ต่อกรความยุติธรรมหรือต้องการให้การปกครองประเทศมีความสงบเรียบร้อย เพราะในยุคสมัยที่ประเทศต่าง ๆ ปกครองโดยระบอบเผด็จการ หรือระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

⁴ คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, นิติรัฐ นิติธรรม ฉบับประชาชน, 2555. หน้า 23 – 25.

จะไม่มืองค์กรของประชาชนเพื่อมาทำหน้าที่ในการตรากฎหมาย ดังนั้น การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับประชาชนก็จะกระทำโดยผู้ใช้อำนาจปกครองประเทศในขณะนั้นแต่เพียงผู้เดียว เช่น ในกรณีการปฏิวัติหรือรัฐประหารก็มีการล้มล้างสถาบันนิติบัญญัติทั้งหมด แล้วก่อตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่แทน ซึ่งอาจเรียกว่าสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือสภาปฏิรูป ช่วงเวลานั้นถือว่าเป็นการปกครองประเทศโดยไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐหรือนิติธรรม ถึงแม้ในขณะนั้นการปกครองประเทศโดยมีการบังคับใช้กฎหมายก็ตาม เพราะถึงแม้จะมีการปกครองประเทศโดยใช้กฎหมายแต่เป็นกฎหมายที่ไม่ได้ออกโดยผ่านความเห็นชอบขององค์กรที่มาจากประชาชน กล่าวคือหลักนิติรัฐและนิติธรรมจะเกิดขึ้นอย่างแท้จริงได้เฉพาะแต่ในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศเป็นของประชาชนเท่านั้น

3.6 หลักนิติธรรม หลักนิติรัฐกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย⁵

หลักนิติธรรม หลักนิติรัฐมีความสัมพันธ์กับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือไม่ อย่างไร สิ่งที่มีความสำคัญมากที่สุดของการบริหารประเทศในระบอบประชาธิปไตย คือ การบริหารประเทศโดยยึดกฎหมายเป็นสำคัญ เพราะกฎหมายจะมีคุณค่า และมีประโยชน์ ก็แต่เฉพาะในรัฐที่มีการปกครองในรูปแบบเสรีประชาธิปไตยและเคารพหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ เนื่องจากรัฐในรูปแบบดังกล่าวจะยึดถือว่า “อำนาจสูงสุดในการปกครองอยู่ที่ประชาชน” โดยประชาชนจะได้รับหลักประกันสิทธิเสรีภาพว่า รัฐบาลจะไม่ล่วงล้ำหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวน สิทธิเสรีภาพ อีกทั้งประชาชนทุกคนมีความเสมอภาค และได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันตามหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ นอกจากนี้หากมีข้อพิพาทหรือปัญหาขัดแย้งเกิดขึ้นประการใด ประชาชนก็มีสิทธิที่จะนำคดีเข้าสู่ศาลสถิตยุติธรรม เพื่อให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด และผลคำพิพากษาของศาลก็ผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งหลักการดังกล่าวแตกต่างจากการปกครองในระบอบเผด็จการ ซึ่งอำนาจสูงสุดในการปกครองอยู่ในมือคนเพียงคนเดียว หรือเพียงกลุ่มเดียว ทั้งนี้ รัฐบาลภายใต้ การปกครองในระบอบเผด็จการนั้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ใด และสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมเสมอภาค ซึ่งทำให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลถูกละเมิดได้โดยง่าย ซึ่งแตกต่างจากหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ โดยสิ้นเชิง

หลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ จึงเปรียบเสมือนเสาหลักที่ค้ำจุนการปกครองระบอบประชาธิปไตย เพราะระบอบประชาธิปไตย คือ การให้หลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน และยกสถานะของประชาชนจาก “ผู้อยู่ใต้การปกครอง (Subject)” มาเป็น “พลเมือง (Citizen)” ผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพ

4. บทบาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

4.1 องค์กรตามรัฐธรรมนูญ⁶

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 หมวด 11 ได้กำหนดให้มืองค์กรตามรัฐธรรมนูญ 2 ประเภท คือ ประเภทแรก คือ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 229 ถึงมาตรา 254) ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

⁵ เพิ่งอ้าง, หน้า 26 – 27.

⁶ ไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์, “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550” ในพิศรัฐธรรมนูญ สถาบันพระปกเกล้า, 2551, หน้า 161 – 174.

ประเภทที่สอง คือ องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 255 ถึงมาตรา 258) ได้แก่ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

4.1.1 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

1) คณะกรรมการการเลือกตั้ง

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการการเลือกตั้งขึ้นเป็นครั้งแรก เพื่อเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้ง ซึ่งมาจากแนวความคิดที่จะให้มีองค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางในการดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้งที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ เพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยบริสุทธิ์และยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร การเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาและการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ก็ได้คงอำนาจหน้าที่สำคัญของคณะกรรมการการเลือกตั้งไว้ดังเดิม แต่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกลไกการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นในบางประการ

ในส่วนของวิธีการได้มาซึ่งกรรมการการเลือกตั้งนั้น รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 มาตรา 231 ยังคงหลักการในแง่ของกระบวนการไว้ดังเดิมตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 แต่ได้เปลี่ยนแปลงจากการสรรหาเพื่อเสนอรายชื่อบุคคลให้วุฒิสภาพิจารณาเลือกมาเป็นการสรรหาเพื่อให้ได้เท่าจำนวนที่จะพึงมี แล้วเสนอให้วุฒิสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ เพื่อนำความกราบบังคมทูลทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง โดยในการสรรหานั้น กำหนดให้มีคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้งคณะหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่ในการสรรหาบุคคลซึ่งได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการการเลือกตั้งจำนวนสามคน และให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาสรรหาผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการการเลือกตั้งจำนวนสองคน เพื่อเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยในกรณีที่คณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้งไม่สามารถดำเนินการสรรหาได้ หรือไม่มีคณะกรรมการสรรหา ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเป็นผู้เสนอรายชื่อตามจำนวนที่คณะกรรมการสรรหาจะต้องเสนอแทน ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปัญหากรณีที่ไม่สามารถสรรหากรรมการการเลือกตั้งได้ และได้ปรับเปลี่ยนให้วุฒิสภามีอำนาจเพียงการพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบเท่านั้น มิใช่การเสนอรายชื่อบุคคลจำนวนสองเท่า เพื่อให้วุฒิสภาพิจารณาเลือก

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ได้ปรับปรุงแก้ไขอำนาจบางประการของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการควบคุมการเลือกตั้งเพื่อให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม โดยให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจวางระเบียบเกี่ยวกับการหาเสียงเลือกตั้งและการดำเนินการใด ๆ ของพรรคการเมือง ผู้สมัครรับเลือกตั้งและผู้มีสิทธิเลือกตั้ง รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้การสนับสนุนการเลือกตั้งให้มีความเสมอภาค และมีโอกาสทัดเทียมกันในการหาเสียงเลือกตั้ง (มาตรา 236 (1)) นอกจากนี้ ได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจวางระเบียบเกี่ยวกับข้อห้ามและการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีที่พ้นจากตำแหน่ง และต้องอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่ (มาตรา 236 (2) และมาตรา 181) ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต หรือการใช้อิทธิพลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรมต่อการเลือกตั้ง เพื่อเพิ่มอำนาจให้กับคณะกรรมการการเลือกตั้งที่จะสามารถกำหนดระเบียบในเรื่องต่าง ๆ ให้ครอบคลุมการดำเนินการที่เกี่ยวกับการหาเสียงเลือกตั้งให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ คณะกรรมการการเลือกตั้งยังมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดมาตรการและการควบคุมการบริจาคเงินให้แก่พรรคการเมือง การสนับสนุนทางการเงินแก่พรรคการเมืองโดยรัฐ การใช้จ่ายเงินของพรรคการเมืองและผู้สมัครรับเลือกตั้ง รวมทั้งการตรวจสอบบัญชีทางการเงินของพรรคการเมืองโดยเปิดเผย และการควบคุมการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อประโยชน์ในการลงคะแนนเลือกตั้งของพรรคการเมือง (มาตรา 236 (3)) ตลอดจนอำนาจหน้าที่ในการจัดให้มีการออกเสียงประชามติในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นว่ากิจการในเรื่องใดอาจกระทบถึงประโยชน์ได้เสียของประเทศชาติหรือประชาชนหรือในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้มีการออกเสียงประชามติ ทั้งนี้ เพื่อให้ปัญหากรณีใด ๆ เกิดข้อยุติโดยผลของการออกเสียงประชามติ หรือเป็นการจัดให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อให้คำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรี (มาตรา 165)

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 ได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนและวินิจฉัยชี้ขาดการให้มีการเลือกตั้งใหม่และการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง ตลอดจนการออกระเบียบต่างๆ นั้น จึงอาจถือได้ว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจทั้งในการออกคำสั่ง การจัดการเลือกตั้งและการวินิจฉัยชี้ขาด กรณีจึงมีปัญหว่า การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือไม่ ในขณะเดียวกันก็ส่งผลให้การตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นไปไม่ง่ายขึ้น รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 จึงได้บัญญัติให้การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวสามารถควบคุมตรวจสอบได้ โดยได้ปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้มีการตรวจสอบและกลั่นกรองความถูกต้องโดยองค์กรตุลาการได้ กล่าวคือ ก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา หากคณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยชี้ขาดให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด แต่ในกรณีที่ได้ประกาศผลการเลือกตั้งแล้ว ถ้าคณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่า ควรสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ให้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัย และในกรณีของการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ให้ยื่นคำร้องต่อศาลอุทธรณ์ (มาตรา 239)

นอกจากรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 จะได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจตรวจสอบนักการเมืองตั้งแต่ก่อนการเข้าสู่ตำแหน่งแล้ว ยังให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งในการตรวจสอบนักการเมืองในระหว่างการดำรงตำแหน่งด้วย กล่าวคือ คณะกรรมการการเลือกตั้งสามารถเสนอเรื่องต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาเพื่อให้ประธานแห่งสภานั้นส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา วินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามในการดำรงตำแหน่ง อันเป็นเหตุให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลง (มาตรา 91) หรือส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ โดยตรงว่าความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลง หรือไม่ด้วย (มาตรา 182 วรรคสาม)

คณะกรรมการการเลือกตั้งประกอบด้วยประธานกรรมการ 1 คน และกรรมการอื่นอีก 4 คน รวมเป็น 5 คน (มาตรา 229 วรรคหนึ่ง) และมีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี และจะดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว (มาตรา 232 วรรคหนึ่ง) และให้มีสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นหน่วยธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 235 วรรคสาม)

2) ผู้ตรวจการแผ่นดิน

ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการรับเรื่องราวร้องทุกข์ของประชาชน และมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณีที่เรื่องราวเรียนนั้นเกี่ยวกับ

หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนือไปจากอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดหรือการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะการดำเนินการดังกล่าวนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม และกรณีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งการรายงานพร้อมทั้งเสนอความเห็นและข้อเสนอแนะต่อรัฐสภา

อย่างไรก็ตาม ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดและบังคับให้องค์กรของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของผู้ตรวจการแผ่นดินได้โดยตรง ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจเพียงเสนอความเห็นและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ดำเนินการ หรือเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตาม ผู้ตรวจการแผ่นดินก็ไม่สามารถเข้าไปบังคับการได้โดยตรง ในกรณีนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจส่งเรื่องดังกล่าวให้กับนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลโดยตรงเพื่อให้มีการสั่งการตามควรแก่กรณีได้ ในกรณีที่ส่งเรื่องให้กับนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวก็ยังคงนิ่งเฉยไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะนั้นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรและเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือเกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนมาก ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจทำรายงานเสนอเรื่องต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาได้ แต่จากประสบการณ์ที่ผ่านมา พบว่า การดำเนินการของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 ก็ยังคงประสบปัญหาและอุปสรรค ในการดำเนินงานหลายประการ โดยเฉพาะการที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไม่มีอำนาจในการริเริ่มพิจารณาเรื่องราวต่างๆ ได้ด้วยตนเอง และกรณีอำนาจในการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ คำสั่ง หรือการกระทำใดของบุคคลใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ที่จะต้องเป็นกรณีที่มีประชาชนร้องทุกข์ต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาแล้วทั้งสิ้น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงจะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้ ตลอดจนปัญหาความไม่ชัดเจนด้านหลักเกณฑ์ในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองที่เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะในส่วนของการวินิจฉัยการใช้อำนาจในการออกกฎ หรือข้อบังคับขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาถึงการทำหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาว่ามีปัญหาและเกิดความซ้ำซ้อนกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่น ๆ หรือไม่ อย่างไร โดยเฉพาะคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งเป็นองค์กรที่รับเรื่องราวร้องทุกข์จากประชาชนโดยตรงเช่นเดียวกัน โดยได้เห็นควรให้คงองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไว้ แต่ทั้งนี้ ให้ปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และได้เปลี่ยนแปลงชื่อของ “ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา” เป็น “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” เนื่องจากอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ได้เปลี่ยนแปลงไปจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 หลายประการ อาทิ การทำหน้าที่เป็นองค์กรตรวจสอบจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ (มาตรา 244 (2)) หรือการติดตามประเมินผล และจัดทำข้อเสนอแนะในการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 244 (3)) ทำให้ไม่มีความเหมาะสมที่จะให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรหนึ่งภายใต้หมวด 6 ว่าด้วยรัฐสภาอีกต่อไป เนื่องจากจะต้องทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย จึงจำเป็นต้องเปลี่ยนชื่อให้มีความสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ใหม่

ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ

พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือการปฏิบัติ หรือละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม (มาตรา 244 (1)) และเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหามาของการทำหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 ที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ไม่สามารถริเริ่มพิจารณาหรือสอบสวนกรณีใดได้เองจนกว่าจะมีการร้องเรียน รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 จึงได้บัญญัติให้การใช้อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณีต่าง ๆ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินดำเนินการเมื่อมีการร้องเรียน เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนส่วนรวมหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจริเริ่มการพิจารณาและสอบสวนเรื่องดังกล่าวได้ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องเรียนก็ได้ (มาตรา 244 วรรคสอง)

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ยังได้กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการรายงานต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือสภาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณีเกี่ยวกับจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรม และเสนอแนะหรือให้คำแนะนำในการจัดทำหรือปรับปรุงประมวลจริยธรรม และส่งเสริมให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีจิตสำนึกในด้านจริยธรรม รวมทั้งมีหน้าที่รายงานการกระทำที่มีการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรม เพื่อให้ผู้ที่รับผิดชอบในการบังคับการให้เป็นไปตามประมวลจริยธรรมดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามประมวลจริยธรรม (มาตรา 244 (2) และมาตรา 279) ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ได้บัญญัติในเรื่องของจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ในหมวด 13 เพื่อให้มีความชัดเจนและมีผลให้ต้องปฏิบัติตาม ทั้งยังกำหนดให้มีการจัดทำประมวลจริยธรรมให้แล้วเสร็จภายใน 1 ปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ด้วย (มาตรา 304) ทำให้การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ใช่เพียงแต่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเท่านั้น แต่จะควบคุมมาตรฐานทางจริยธรรมด้วย เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปโดยสุจริตและเป็นธรรม รวมทั้งมีกลไกและบทลงโทษต่อผู้ที่ฝ่าฝืน

ผู้ตรวจการแผ่นดิน มีจำนวน 3 คน ซึ่งเท่ากับรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 แต่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ได้เปลี่ยนแปลงให้มีการเลือกกันเองระหว่างผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อให้ผู้ตรวจการแผ่นดินคนหนึ่งดำรงตำแหน่งเป็นประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน และมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และจะดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว (มาตรา 242) และให้มีสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณและการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 242 วรรคหก)

3) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 ได้กำหนดให้มีองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในรูปแบบคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นครั้งแรก ทั้งนี้ เพื่อต้องการจะทำให้การเมืองไทยและระบบราชการมีความโปร่งใส เปิดเผย และสามารถตรวจสอบได้ ดังนั้น บุคคลผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นกรรมการ ป.ป.ช. จึงต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลางสูง โดยได้กำหนดให้กรรมการ ป.ป.ช. มีวาระการดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว และให้มีคณะกรรมการสรรหากรรมการ ป.ป.ช. เสนอรายชื่อบุคคลให้วุฒิสภามาทำหน้าที่ในการพิจารณาเลือกต่อไป

อย่างไรก็ตาม จากประสบการณ์ของการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 ที่ผ่านมา จะพบว่า การดำเนินการตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งหมายให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐต้องประสบปัญหาหลายประการ ตั้งแต่ปัญหาในการได้มาซึ่งบุคคลที่จะทำหน้าที่กรรมการ ป.ป.ช. ทั้งในกระบวนการสรรหาและการพิจารณาเลือกของวุฒิสภา ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เนื่องจากการดำเนินการของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีคดีที่ค้างการพิจารณาอยู่เป็นจำนวนมาก ดังนั้น รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 จึงกำหนดให้มี “กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตประจำจังหวัด” (มาตรา 246 วรรคห้า) โดยเป็นส่วนย่อยที่ยึดโยงกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่า เป็นการจัดตั้งเป็นองค์กรอิสระที่แยกต่างหากจากคณะกรรมการ ป.ป.ช. หากแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมในทุกระดับและทุกพื้นที่ และประชาชนในแต่ละจังหวัดสามารถมีส่วนร่วมในการสอดส่องดูแลการกระทำทุจริตมากขึ้น และเป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก

คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ในการไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวน พร้อมทั้งทำความเข้าใจเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงออกจากตำแหน่งเสนอต่อวุฒิสภา (มาตรา 272) และการไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวน พร้อมทั้งทำความเข้าใจเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองส่งไปยังศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กรณีที่นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการการเมืองอื่น ถูกกล่าวหาว่า ร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น และกรณีที่บุคคลดังกล่าวหรือบุคคลอื่นเป็นตุลาการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน รวมทั้งผู้ให้ ผู้ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่บุคคลดังกล่าว เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่ (มาตรา 275) โดยได้เปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ในการไต่สวนและวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าขึ้นไป ร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม รวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่า ที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวหรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือที่กระทำความผิดในลักษณะที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรดำเนินการด้วย (มาตรา 250(3)) ทั้งนี้ เพื่อให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างรวดเร็วและสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทันต่อเหตุการณ์ สำหรับข้าราชการในระดับที่ต่ำกว่าลงมานั้น ก็ยังคงต้องถูกตรวจสอบอยู่ตามกระบวนการทางกฎหมายปกติที่รองรับอยู่แล้วในการดูแลการทุจริตประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐทั่วไป

เนื่องจากการดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในกรณีที่มีการกล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกระทำผิดตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 ยังมีข้อจำกัดในบางประการ โดยเฉพาะการกำหนดให้ต้องมีผู้เสียหายมายื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. จากนั้นคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงจะสามารถดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อไปได้ ทำให้บางกรณีแม้มีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลดังกล่าวกระทำความผิด แต่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ก็ไม่สามารถดำเนินการกับบุคคลนั้นได้ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 จึงกำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหยิบยกเรื่องขึ้นพิจารณาเองได้โดยไม่ต้องมีการร้องเรียน เนื่องจาก

บางกรณีผู้ร้องเรียนอาจเกรงกลัวอำนาจทางการเมืองหรือเพราะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนที่มีขอบข่ายกฎหมาย ทำให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่สามารถก้าวล่วงเข้าไปดำเนินการได้

นอกจากนี้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ยังมีอำนาจในการพิจารณา กรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบ หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ และส่งเรื่องให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป (มาตรา 263) และมีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งการกำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ทำให้มีการควบคุมจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง อันเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ให้มีผลในทางปฏิบัติได้จริง (มาตรา 250 (5) และมาตรา 279)

คณะกรรมการ ป.ป.ช. ประกอบด้วย ประธานกรรมการ 1 คน และกรรมการอื่นอีก 8 คน รวมเป็น 9 คน (มาตรา 246) และมีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และจะดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว (มาตรา 247) และได้มีการปรับปรุงแก้ไขในกรณีคณะกรรมการ ป.ป.ช. เหลืออยู่ไม่ครบองค์คณะ ให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ ทั้งนี้ เพื่อให้มีกลไกในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้อย่างต่อเนื่อง และไม่ให้เกิดข้อกังขาเกี่ยวกับการทุจริตและมีผลกระทบต่อประโยชน์สำคัญของชาติต้องขาดอายุความ จนก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ และให้มีสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 251 วรรคสาม)

4) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 มิได้ลดลงจากเดิมที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 แต่ได้มีการเปลี่ยนแปลงจำนวนคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินให้ลดลง จากจำนวน 10 คน เหลือจำนวน 7 คน เพื่อความคล่องตัวในการปฏิบัติหน้าที่ และมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี (มาตรา 252) และจะดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ทั้งนี้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน มีหน่วยธุรการที่เป็นของตนเอง โดยมีผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้บังคับบัญชา ขึ้นตรงต่อประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (มาตรา 254)

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 บัญญัติให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน ให้คำปรึกษา แนะนำ และเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน และมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลังที่เป็นอิสระเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยการดำเนินการที่เกี่ยวกับวินัยทางการเงิน การคลัง และการงบประมาณ และให้คดีที่พิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลังในเรื่องดังกล่าว เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (มาตรา 253) และให้มีสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินเป็นหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 254 วรรคสอง)

4.1.2 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ

1) องค์กรอัยการ

อำนาจหน้าที่ขององค์กรอัยการนั้น มีทั้งอำนาจหน้าที่ในการฟ้องคดีแทนรัฐและการฟ้องคดีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย ดังนั้น เพื่อให้องค์กรอัยการสามารถปฏิบัติหน้าที่

ได้อย่างเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้อำนาจครอบงำของฝ่ายบริหารได้โดยง่าย รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 จึงได้บัญญัติให้องค์กรอัยการเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ อันจะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของอัยการมีความเป็นอิสระไม่ใช่เป็นส่วนราชการในสังกัดฝ่ายบริหาร ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของอัยการที่ต้องให้ความยุติธรรมอย่างเป็นกลาง และต้องดำเนินคดีกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วย

ในการนี้ให้องค์กรอัยการมีหน่วยธุรการที่มีความเป็นอิสระในการบริหารงานด้านต่าง ๆ และในการแต่งตั้งอัยการสูงสุดนั้น ให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้ง และห้ามมิให้พนักงานอัยการดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐ เว้นแต่จะได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการอัยการ หรือกระทำการใดอันเป็นการกระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ หรือเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งตำแหน่งหน้าที่ราชการและต้องไม่เป็นกรรมการผู้จัดการหรือที่ปรึกษากฎหมาย หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะงานคล้ายคลึงกันนั้นในห้างหุ้นส่วนบริษัท (มาตรา 255)

2) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องต่าง ๆ ไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย และได้กำหนดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติขึ้นเพื่อเป็นองค์กรที่เป็นกลไกในการทำหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขึ้นเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อต้องการให้มีการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐให้เกิดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งบทบัญญัติ มาตรา 200 (1) ได้บัญญัติให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและรายงาน การกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี และเสนอมาตรการการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมต่อบุคคลหรือหน่วยงานที่กระทำหรือละเลยการกระทำดังกล่าวเพื่อดำเนินการ และในกรณีที่น่าเชื่อว่าไม่มีการดำเนินการตามที่เสนอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติรายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป

อย่างไรก็ตาม โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 ได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในลักษณะขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่ประชาชน โดยยังมีได้กำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทำหน้าที่เป็นองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐไว้อย่างชัดเจนมากนัก ดังนั้น รัฐธรรมนูญ ปี 2550 จึงได้เพิ่มอำนาจคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้สามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรมได้โดยตรง ในกรณีที่มีผู้ร้องว่ามีกฎหมายที่ขัดต่อสิทธิมนุษยชนและขัดต่อรัฐธรรมนูญ รวมทั้งมีการกระทำที่ขัดต่อสิทธิมนุษยชนและเป็นการขัดกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นช่องทางในการให้ความคุ้มครองประชาชนเพิ่มขึ้นได้อีกทางหนึ่ง (โดยรายละเอียดในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จะได้กล่าวในส่วนนี้เพื่อขยายความให้เข้าใจมากขึ้นในหัวข้อต่อไป) กล่าวคือ

(1) การเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 257 (2))

(2) การเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง ในกรณีที่เห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครอง กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (มาตรา 257 (3))

(3) อำนาจหน้าที่ในการป้องกันต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายและเป็นกรณีให้เห็นสมควรเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 257 (4))

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ประกอบด้วย ประธานกรรมการ 1 คน และกรรมการอื่นอีก 6 คน รวมเป็น 7 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา มีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และจะดำรงตำแหน่งได้วาระเดียว (มาตรา 256) และให้มีสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 256 วรรคหก)

3) สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีในปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคม และการพิจารณาให้ความเห็นแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและแผนอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติก่อนพิจารณาประกาศใช้

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 มาตรา 258 ได้ปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ในการให้ความเห็นเกี่ยวกับการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเศรษฐกิจและสังคมได้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การเสนอกฎหมายของคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าว ได้มีการรับฟังความคิดเห็นอย่างรอบคอบยิ่งขึ้น และให้มีสำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 258 วรรคสี่)

4.2 ความจำเป็นที่จะต้องมืองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

(1) ความจำเป็นต้องมีกลไกคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิด โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามหลักของนิติรัฐในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการกระทำของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและทางแพ่ง นอกจากนี้ จำเป็นต้องมีกลไกที่มีใช้อองค์กรฝ่ายตุลาการ ซึ่งก็คือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระเพื่อเยียวยาปัญหาของประชาชน จากการใช้อำนาจรัฐหรือการกระทำของบุคคล และการคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการใช้กลไกทางศาลอาจมีข้อจำกัดบางประการ เพราะจะต้องใช้ระยะเวลาพอสมควรในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล รวมไปถึงการที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลด้วย

(2) ความจำเป็นต้องมีกลไกตรวจสอบเกี่ยวกับความสุจริตในการใช้อำนาจรัฐและตรวจสอบเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินภาครัฐ

(3) ความจำเป็นต้องมีกลไกในการเสริมสร้างระบบการเมืองและพรรคการเมืองที่มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพ

(4) ความจำเป็นต้องมีกลไกที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง สามารถดำรงความยุติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ความเป็นอิสระ

- อิสระในเรื่องที่มาและการเข้าสู่อำนาจของบุคคลที่เข้าทำหน้าที่ในองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระ

- อิสระในเรื่องการกำหนดนโยบายและการดำเนินงานขององค์กร
- อิสระในเรื่องงบประมาณ
- มีหน่วยธุรการหรือสำนักงานที่เป็นอิสระ ความเป็นกลาง
- ไม่ฝักใฝ่ในทางการเมือง
- ปราศจากอคติ ไม่ลำเอียง เพราะรัก โกรธ หลง กลัวดำรงความยุติธรรม
- มีความเที่ยงธรรม
- มีความชอบธรรม
- มีความชอบด้วยเหตุผล

4.3 การตรวจสอบอำนาจรัฐโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม

โดยหลักแล้วองค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้ง 7 องค์กร ต่างมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบอำนาจรัฐตามกรอบอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งสรุปเป็นหลักการสำคัญ ๆ ได้ว่า⁷

4.3.1 ตรวจสอบการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegality)

(1) เป็นการกระทำเกินขอบแห่งอำนาจอย่างแคบ ('NARROW' ultra vires) หรือปราศจากขอบเขตแห่งอำนาจตามกฎหมายอันเป็นการกระทำที่ออกนอกกรอบแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด

(2) เป็นการกระทำที่ผิดพลาดทางกฎหมายและข้อเท็จจริง

(3) เป็นการกระทำเกินขอบแห่งอำนาจอย่างกว้างขวาง ('WIDE' ultra vires) หรือกระทำการไกลกว่าความมุ่งหมายที่ปรากฏ หรือกระทำการในสิ่งซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับควมรับผิดชอบของตน

(4) กรณีการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.3.2 ตรวจสอบการอันปราศจากเหตุผล (Irrationality)

(1) ความไม่สมเหตุสมผล (Unreasonableness)

(2) การอันไม่สมควร (Proportionality)

4.3.3 ตรวจสอบการอันไม่ถูกต้องด้วยกระบวนการพิจารณา (Procedural impropriety)

(1) ผ่าฝืนกระบวนการพิจารณาในข้ออันเป็นสาระสำคัญ

(2) มีอคติ

(3) ขาดการพิจารณาที่เป็นธรรม

(4) ไม่สามารถให้เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยได้

5. การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

5.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชนนั้นมีที่มาและพัฒนาการมาจากแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) อันเป็นสิทธิและความชอบธรรมขั้นพื้นฐานที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ซึ่งถือกำเนิดมาพร้อมกับบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งไม่ว่ามนุษย์คนใดก็ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือทำให้ระงับไปสิ้นซึ่งสิทธินั้น ๆ ได้

⁷ เอกสารประกอบการบรรยายของศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชา มหาคุณ, หลักนิติธรรมกับการควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ, หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ในด้านหนึ่งสิทธิพื้นฐานนี้ จึงหมายรวมถึงการที่มนุษย์นั้นจะสามารถต่อสู้หรือป้องกันผู้อื่นที่จะมาล่วงล้ำก้ำเกิน เสรีภาพในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของเขาได้

อย่างไรก็ตาม เป็นที่ทราบกันแล้วโดยทั่วไปว่า มนุษย์นั้นมีลักษณะของการอยู่ร่วมกันเป็นหมู่คณะ ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดการพัฒนาจารีตประเพณี วัฒนธรรมขึ้นมา ซึ่งในการอยู่ร่วมกันก็เป็นเรื่องธรรมดาสามัญที่จะต้องเกิดกรณีของการขัดกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล และในบางครั้งเพื่อประโยชน์ของประชาคม ปัจเจกบุคคลบางรายก็จำเป็นต้องยอมสูญเสียผลประโยชน์ ความสามารถในการใช้สิทธิ หรือยอมจำกัดขอบเขตแห่งเสรีภาพของตนเองลงไปด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อความมั่นคงหรือเพื่อประโยชน์สุขของมหาชนในสังคมนั้น และในเวลาต่อมาก็ได้กลายมาเป็นความชอบธรรมอย่างหนึ่งในการปกครองสังคมที่แผ่ขยายและมีรูปแบบที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น โดยหากผู้ปกครองเห็นว่าประโยชน์สาธารณะใดที่สมควรจะต้องมีมาตรการหรือมีการดำเนินการใดเป็นการตอบสนองนั้น ก็ย่อมหลีกเลี่ยงที่จะกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนได้ยากยิ่ง โดยจากประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาย่อมเห็นได้ว่า บ่อยครั้งที่ผู้มีอำนาจปกครองคือมนุษย์ด้วยกันเอง มักจะมีการใช้อำนาจไปในทางที่บิดเบือนหลักการหรือใช้อำนาจนั้นไปตามอำเภอใจ โดยอาจจะอ้างเหตุผลความชอบธรรมทั้งโดยจารีตประเพณี หรือแม้กระทั่งตัวบทกฎหมายของรัฐธรรมนูญ ต่อมาจึงได้มีการต่อสู้เรียกร้องจนประสบผลสำเร็จในการจำกัดอำนาจของรัฐ ซึ่งการใช้อำนาจในการปกครองนั้น จะต้องผูกพันแนบชิดกับสิทธิตามธรรมชาติของประชาชนด้วย เหนือสิ่งอื่นใด การใช้อำนาจตามอำเภอใจเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้

เมื่อแนวคิดของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐได้แผ่ขยายไปทั่วทุกภาคพื้นทวีปว่า เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นเครื่องมือที่จำกัดอำนาจของรัฐให้อยู่ภายใต้กฎหมายไปพร้อม ๆ กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว ก็ทำให้เห็นได้ว่า รัฐใดที่อ้างว่าได้ใช้แนวคิดของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในการปกครองย่อมเสมือนว่าเป็นการรับรองโดยแจ้งชัดว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับการคุ้มครองในระดับเดียวกันกับกฎหมายสูงสุดของรัฐ และมีค่าบังคับเทียบเท่ากับเจตจำนงของประชาคม

โดย “สิทธิ” นั้น อาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภท⁸ คือ สิทธิทางเอกชนและสิทธิในทางมหาชน ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงแต่สิทธิทางมหาชนโดยสังเขป โดยสิทธิทางมหาชนนี้หมายถึงอำนาจของปัจเจกชนที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการ หรืองดเว้นการกระทำการเพื่อประโยชน์แก่ปัจเจกบุคคลที่ทรงสิทธินั้น โดยอาจแบ่งลักษณะสิทธิทางมหาชนเป็นสามประเภท คือ

(1) สิทธิป้องกัน (Status negativus) เป็นลักษณะของสิทธิที่เรียกร้องให้รัฐงดเว้นการกระทำใดที่มีผลเป็นการก้าวล่วงเขตแดนของสิทธิแห่งตน

(2) สิทธิในการแสดงเจตจำนง (Status activus) เช่น สิทธิในการแสดงเจตจำนงทางการเมือง สิทธิที่จะลงสมัครรับเลือกตั้ง

(3) สิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการที่ประโยชน์แก่ตน (Status positivus)

ดังที่กล่าวไปแล้วว่า ในปัจจุบันสิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับโดยรัฐต่าง ๆ ทั่วโลก และมีการกำหนดให้มีการคุ้มครองโดยกฎหมายสูงสุดภายในรัฐนั่นเอง และในกติการะหว่างประเทศอันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศให้รัฐทุกรัฐใช้เป็นเกณฑ์มาตรฐานโดยผูกพันตนว่าจะมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐตน มิให้ต่ำไปกว่ากรอบที่กติการะหว่างประเทศได้กำหนดเอาไว้ด้วย ซึ่งต่อมาทำให้เกิด

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552, หน้า 52-53.

แนวความคิดในการแบ่งแยกสิทธิพลเมืองออกจากสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยในขณะที่สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิของปัจเจกทุกคนโดยไม่แบ่งแยกเชื้อชาติ แต่กรณีสิทธิพลเมือง เป็นสิทธิเฉพาะแต่พลเมืองของรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิในการใช้ยกขึ้นอ้างอิงต่อรัฐในการเรียกร้อง หรือป้องกันจากรัฐได้ ซึ่งสิทธิทั้งสองแบบต่างก็เป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่รับรองคุ้มครองโดยกฎหมายสูงสุด

5.2 การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยสถาบันสิทธิมนุษยชน (National Human Rights Institutions : NHRI)

สถาบันสิทธิมนุษยชน (NHRI) คือ องค์กรที่ก่อตั้งโดยรัฐ แต่ดำเนินการเป็นอิสระจากองค์กรใดๆ ของรัฐโดยมีภารกิจในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับชาติ สืบเนื่องจากแนวคิดในการจำกัดการใช้อำนาจอย่างไร้ขอบเขตของผู้ปกครองที่มักจะมีการใช้อำนาจไปในทางที่ผิด (Abuse of Power) และสร้างหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ และวางกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรใดของรัฐที่มีอำนาจต่าง ๆ ตามกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ โดยทั่วไปแล้วจะมีพันธกิจในการต่อต้านการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ (Discrimination) ไปพร้อมกับการส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิทางการเมือง

สถาบันสิทธิมนุษยชนในบางแห่งอาจจะมีพันธกิจเพิ่มเติมโดยการช่วยเหลือส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมด้วย ในขณะที่ปล่อยให้องค์กรอื่น เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายการเมือง โดยสถาบันสิทธิมนุษยชนที่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพจะคอยทำหน้าที่เปรียบเสมือนสะพานเชื่อมผลประโยชน์ของปัจเจกกับประโยชน์สาธารณะเข้าด้วยกันถึงแม้ว่าสถาบันสิทธิมนุษยชนแต่ละแห่งนั้นจะมีความแตกต่างในแง่ลักษณะของภารกิจก็ตาม แต่ก็ยังมีลักษณะร่วมกันบางอย่างที่อาจถือได้ว่าเป็นกลไกพื้นฐาน คือ

- การเฝ้าสังเกตรัฐ เพื่อให้มั่นใจได้ว่า รัฐได้ปฏิบัติตามความตกลงด้านสิทธิมนุษยชนที่ให้ไว้กับนานาประเทศและภายในประเทศแล้วหรือไม่
- รับเรื่อง สืบสวน และตอบข้อข้องใจเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน
- ปกป้องจิตสำนึก และส่งเสริมการเรียนรู้เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแก่ประชาคมในรัฐ

โดยหลักการปารีสได้กำหนดมาตรฐานสากลขั้นต่ำที่จำเป็นสำหรับสถาบันสิทธิมนุษยชนอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อตอบสนองบทบาทเอาไว้ คือ ได้รับการประกันความเป็นอิสระ ปราศจากการครอบงำจากฝ่ายการเมือง มีความหลากหลายของสมาชิกและเจ้าหน้าที่ในองค์กร มีอำนาจในการตรวจสอบและได้รับงบประมาณที่เพียงพอ

5.3 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไว้โดยสรุป ดังนี้

1) ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือละเลยการกระทำ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี และเสนอมาตรการการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคลหรือหน่วยงานที่กระทำหรือละเลยการกระทำดังกล่าวเพื่อดำเนินการ ในกรณีที่ยปรากฏว่าไม่มีการดำเนินการตามที่เสนอให้รายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป

2) เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

3) เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองในกรณีให้เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วย รัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

4) พ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายและเป็นกรณี ที่เห็นสมควรเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม

5) เสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายและกฎ ต่อรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรี เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

6) ส่งเสริมการศึกษา การวิจัย และการเผยแพร่ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชน

7) ส่งเสริมความร่วมมือและการประสานงานระหว่างหน่วยราชการ องค์กรเอกชนและองค์กรอื่น ในด้านสิทธิมนุษยชน

8) จัดทำรายงานประจำปีเพื่อประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนภายในประเทศและเสนอต่อ รัฐสภา

รวมไปถึงอำนาจหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ตลอดจนมีอำนาจในการเรียกเอกสารหรือหลักฐาน เกี่ยวข้อง หรือเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำ รวมทั้งมีอำนาจอื่นเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย

โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ ส่วนรวมของชาติและประโยชน์ของประชาชนประกอบกัน

5.4 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

แต่เดิมคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระที่มีอำนาจ หน้าที่ที่มักกล่าวกันว่าทำงานในลักษณะเชิงรับเท่านั้น กล่าวคือ ส่งเสริมการเคารพและปฏิบัติตามหลัก สิทธิมนุษยชน มีหน้าที่ในการเสนอแนะนโยบาย ตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐหรือองค์กรของรัฐในมิติของ สิทธิมนุษยชนว่ามีการล่วงละเมิดหรือไม่อย่างไร โดยมีกระบวนการตรวจสอบและจัดทำรายงานเพื่อเสนอ แนะนำแนวทางและเสนอมาตรการการแก้ไขที่เหมาะสมโดยมีแนวทางการดำเนินงาน คือ

1) การตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีที่มีการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนและจะต้องมีใช้กรณีที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติมีอำนาจในการตรวจสอบและเสนอมาตรการการแก้ไข โดยมีกระบวนการ ดังต่อไปนี้

1.1) บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้รับเรื่องร้องเรียนจาก บุคคลดังกล่าว มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการต่อไปได้

1.2) การพิจารณาตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน

กรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นสมควรให้มีการตรวจสอบการละเมิดสิทธิ มนุษยชน คือ เห็นว่าเรื่องที่ร้องเรียนมีมูลและอยู่ในอำนาจหน้าที่ คณะกรรมการมีอำนาจแจ้งไปยังบุคคลหรือ หน่วยงานที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชน เพื่อให้บุคคลหรือหน่วยงานนั้นชี้แจงข้อเท็จจริงภายใน ระยะเวลาที่กำหนดได้ นอกจากนี้ในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาตรวจสอบนี้ หากเป็นกรณีที่คณะกรรมการ เห็นว่าอาจดำเนินการไกล่เกลี่ยได้ คณะกรรมการก็มีอำนาจในการดำเนินการไกล่เกลี่ยบุคคลหรือหน่วยงาน ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้คู่กรณีทำความตกลงเพื่อประนีประนอมและแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นได้ ทั้งนี้ เมื่อปรากฏว่าคู่กรณียินยอมตกลงเพื่อประนีประนอมและแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นอยู่ในกรอบ ของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแล้ว ให้คณะกรรมการจัดให้มีการทำข้อตกลงดังกล่าวเอาไว้เป็นหนังสือและยุติเรื่อง

1.3) การรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน

กรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ดำเนินการตรวจสอบเรื่องร้องเรียนเสร็จสิ้น และเห็นว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ถูกกล่าวอ้างนั้นเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการจะต้องจัดทำรายงานผลการตรวจสอบ โดยระบุรายละเอียดเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน และเสนอมาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้น โดยจะต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าบุคคลหรือหน่วยงานใดจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องใดและกำหนดวิธีการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวด้วย ซึ่งหากปรากฏในภายหลังว่า บุคคลหรือหน่วยงานนั้นมิได้ดำเนินการตามมาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน ตามรายงานผลการตรวจสอบ หรือยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรแล้วให้คณะกรรมการรายงานต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อสั่งให้มีการดำเนินการตามมาตรการการแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้น ภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับรายงาน และหากปรากฏว่านายกรัฐมนตรีมิได้ดำเนินการหรือสั่งการให้ดำเนินการตามมาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน ให้คณะกรรมการรายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป

2) การเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (5) และพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 15 (3) กำหนดอำนาจหน้าที่ในการเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ถือได้ว่าเป็นการให้อำนาจแก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในเชิงสนับสนุนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในการตรวจสอบกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติลงไปว่า มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และหลักสิทธิมนุษยชนหรือไม่ โดยแนวทางการพิจารณา อาจแบ่งออกเป็นกรณีดังนี้

2.1) กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้อนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

สืบเนื่องมาจากประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงและแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายครั้ง ทั้งโดยการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่และการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติก็ตาม ในบางครั้งก็อาจส่งผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติในช่วงระยะเวลาก่อนการแก้ไขนั้น มีรูปแบบมาตรการที่มีผลไปในลักษณะที่ไม่ต้องตรงกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ได้รับการแก้ไขขึ้นใหม่ทั้งในแง่ขององค์ประกอบ เช่นกรณีของการกำหนดองค์ประกอบของคณะบุคคลในกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือมีการเพิ่มเงื่อนไขในการพิจารณา หรือการมีส่วนร่วมของประชาชนเข้ามาก่อนที่จะอนุญาตให้รัฐสามารถใช้อำนาจออกมาตรการสำหรับกรณีใดได้ เช่น กระบวนการรับฟังความคิดเห็นต่างๆ การมีส่วนร่วมของประชาชนในการดำเนินโครงการต่าง ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อชุมชน เป็นต้น

ดังที่กล่าวไปแล้วว่า เมื่อองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรบริหารที่มีอำนาจในการตรากฎหมายนั้นออกมาบังคับใช้ขณะที่รัฐธรรมนูญยังมิได้รับการแก้ไข เมื่อมีการแก้ไขแล้วอาจเนื่องด้วยแนวคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนได้รับการพัฒนาและต่อยอดมากขึ้นหรืออาจโดยการยอมรับโดยนานาประเทศ โดยหลักจึงเป็นหน้าที่ขององค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายนั้นในการดำเนินการแก้ไขรายละเอียดในบทบัญญัตินั้นให้สอดคล้องตรงตามที่รัฐธรรมนูญที่ได้รับการแก้ไขแล้วกำหนดไว้ แต่ในกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติมิได้แก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดให้อนุวัติการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือการแก้ไขนั้นขึ้นตอนการดำเนินการที่ต้องใช้เวลานานล่าช้า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอาจเห็นว่าถ้าไม่ได้รับการแก้ไขให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญ

กำหนดไว้ อาจส่งผลทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนบางอย่างไม่ได้รับการตอบสนองในด้านการส่งเสริมและคุ้มครองเท่าที่ควร คณะกรรมการจึงมีอำนาจในการเสนอแนะการปรับปรุงกฎหมายให้รัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีให้ดำเนินการแก้ไขกฎหมายไปในทางที่เป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญได้

2.2) กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และกฎ ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

นอกจากกรณีข้างต้นแล้ว อาจเป็นกรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจรวมไปถึงกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย โดยหากเป็นกรณีดังกล่าวคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจเสนอแนะแนวทางการแก้ไขกฎหมายที่มีปัญหานั้นได้ ทั้งต่อคณะรัฐมนตรีหรือรัฐสภา แต่ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ในกรณีที่เห็นชอบด้วยกับผู้ร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และในมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (3) ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองกรณีเห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียนว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หากภายหลังจากที่พิจารณาคำร้องดังกล่าวแล้ว ไม่ปรากฏว่าเข้าเงื่อนไขในการยื่นเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครอง อาจเป็นเพราะไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายนั้นไม่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังสามารถเสนอแนะทางในการแก้ไขปัญหาได้อีก ทั้งนี้ต้องเป็นไปเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เช่นกรณีที่เป็นการตัดสิทธิที่จะได้รับประโยชน์บางอย่างของบุคคลโดยผลของกฎหมาย แต่โดยลักษณะของผลดังกล่าวก็มีใช่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ หากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นว่ายังมีช่องทางในการช่วยส่งเสริมสิทธิประโยชน์ของประชาชนได้อยู่โดยวิธีการอื่นใดให้สิทธิของเขามีความบริบูรณ์มากยิ่งขึ้น ก็อาจเสนอแนวนโยบายต่อรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (5)

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการเพิ่มอำนาจหน้าที่ในลักษณะการทำงานเชิงรุกให้แก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) - (4) เพื่อเป็นเครื่องมือในการปกป้องสิทธิมนุษยชนให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยการใช้สิทธิทางศาล ดังนี้

1) การเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ

เป็นที่ทราบกันดีว่าประเทศไทยได้รับเอาต้นแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาจากประเทศเยอรมนี และให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐและทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นอันใช้บังคับต่อไปอีกมิได้ อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่มีผลเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ไม่มีผลเป็นการลบล้างคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้วของศาลที่ใช้บทบัญญัติที่มีปัญหาก่อนหน้านี้ที่จะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาใช้บังคับแก่คู่ความในคดี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ กรณีที่เห็นชอบด้วยตามที่ผู้ร้องเรียนได้ยื่นคำร้องมาโดยเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในแง่หนึ่งก็คือ ในอำนาจหน้าที่ส่วนนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบของการเสนอความเห็นว่าคุณคณะกรรมการมีความเห็นต่อกรณีของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างไร มิใช่เป็นกรณีที่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอันจะมีผลเป็นการทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดใช้บังคับมิได้ดังเช่นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอาจเป็นกรณีที่เห็นพ้องต้องด้วยคำร้องของผู้ร้องหรือไม่เห็นด้วยก็ได้

ก) กรณีที่เห็นชอบตามความเห็นของผู้ร้อง

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการในลักษณะนี้อาจจะก่อให้เกิดช่องทางการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ กล่าวคือ กระบวนการก่อนการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเริ่มจากกระบวนการตรวจสอบเรื่องร้องเรียนในเบื้องต้นเสียก่อนว่าเป็นกรณีที่ขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ และในด้านของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเองก็ต้องปฏิบัติภายใต้สองเงื่อนไขในการยื่นฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งแตกต่างจากองค์กรอื่นที่มีกลไกลักษณะคล้ายกันคือ ต้องเป็นกรณีที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายในที่นี้ก็คือ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา หรือเทียบเท่า เช่น พระราชกำหนด หากเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจริง ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทำเป็นคำร้อง

ข) กรณีที่ไม่เห็นชอบตามความเห็นของผู้ร้อง

อย่างไรก็ดีภายหลังจากที่มีการตรวจสอบคำร้องดังกล่าวแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผู้ร้องกล่าวอ้างนั้น หากคณะกรรมการเห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจริง หากแต่พิจารณาในแง่ของสิทธิมนุษยชนแล้วยังไม่ถึงว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาคำร้องได้ความตามเงื่อนไขดังที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเอาไว้ เช่นนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดอำนาจในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ และต้องดำเนินการยุติเรื่อง โดยอาจดำเนินการไปในแนวทางของการเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย เพื่อเสนอต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีต่อไป

2) การเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (3) ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจในการเสนอเรื่องต่อศาลปกครอง กรณีเห็นชอบด้วยที่มีผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การเป็นผู้มีสิทธิในการฟ้องคดีเอาไว้ในมาตรา 42 ว่าจะต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อน อันเนื่องมาจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐ และในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายเรื่องใดไว้โดยเฉพาะแล้ว ผู้ที่ได้รับผลนั้นจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งตามกฎหมายนั้น หรือมิได้สั่งภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือในเวลาอันสมควรเสียก่อนจึงจะมีสิทธิยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองพิจารณาได้

นอกจากบุคคลดังกล่าวแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังได้กำหนดอำนาจหน้าที่ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยด้วย ซึ่งในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 43 ได้กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี

แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ประกาศใช้ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ใช้บังคับแล้ว กรณีอำนาจในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นข้อที่เพิ่มขึ้นมาพร้อมด้วยกันนี้ ทำให้เกิดปัญหาว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ รวมไปถึงระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้อำนาจในการฟ้องคดีปกครองของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไว้ชัดเจน อย่างไรก็ตามศาลปกครองก็ได้รับรองอำนาจในการฟ้องคดีของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแทนผู้เสียหายเอาไว้ในคดีหมายเลขดำที่ 1670,1671/2553 ว่า “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นชอบตามที่ผู้ร้องร้องเรียน จึงมีมติให้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (3) ในการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง” โดยระเบียบที่ประชุมใหญ่ฯ ข้อ 5 ได้กำหนดว่าวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้นแม้ว่าในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และระเบียบที่ประชุมใหญ่ฯ จะมีได้กำหนดเกี่ยวกับกรณีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฟ้องคดีต่อศาลปกครองไว้ก็ตาม ก็ยังอาศัยช่องทางโดยหลักนิติวิธีทางกฎหมายปกครองมาใช้ดำเนินการผ่านทางพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 43 เช่นเดียวกับองค์กรที่มีกลไกเช่นเดียวกันอย่างผู้ตรวจการแผ่นดินได้

กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและคุ้มครองมิให้กระทบต่อสิทธิมนุษยชนนั้นได้แก่ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือโดยองค์กรอื่นที่เป็นของรัฐ เช่นองค์กรอิสระ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น ส่วนการกระทำทางปกครองหมายถึงการกระทำของส่วนราชการ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

โดยหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบและยื่นฟ้องต่อศาลปกครองนั้น ก็เช่นเดียวกับการฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ คือจะต้องประกอบไปด้วยสองเงื่อนไข คือจะต้องปรากฏว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำทางปกครองนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หากทาง

พิจารณาปรากฏว่าเป็นกรณีที่ขาดเงื่อนไขประการหนึ่งประการใดแล้วก็ไม่ก่อให้เกิดอำนาจในการฟ้องคดีแทนผู้ร้องได้ ซึ่งหลักในทางการพิจารณาว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำทางปกครองนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ก็จะต้องพิจารณาจากสาระสำคัญของสิทธิแต่ละเรื่อง และเปรียบเทียบกับความเข้มข้นของมาตรการที่รัฐออกมาใช้บังคับไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของ กฎ คำสั่ง หรือการกระทำทางปกครองว่าเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่

3) ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (4) ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายและเป็นกรณีที่เห็นสมควรเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม

ซึ่งเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหายนั้นจะต้องประกอบไปด้วย ความเป็นผู้เสียหายของผู้ร้อง และการฟ้องคดีนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม โดยในประเด็นเรื่องผู้เสียหายนั้น อาจแบ่งออกเป็น ผู้เสียหายในคดีแพ่ง คือบุคคลผู้ถูกโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง ผู้เสียหายในคดีอาญา คือ บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่ง รวมไปถึงบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้

ส่วนเงื่อนไขที่ว่าจะต้องเป็นไปเพื่อการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวมนั้นมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าถ้อยคำดังกล่าวมีความหมายแท้จริงเป็นเช่นไรตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยทฤษฎีว่าด้วยเรื่อง “คุณธรรมทางกฎหมาย” หรือประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภทคือ (1) คุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน และ (2) คุณธรรมทางกฎหมายส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความเป็นเอกภาพของดินแดน ความปลอดภัยในการจราจร โดยสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งองค์การสหประชาชาติ คณะกรรมาธิการชุดย่อยด้านการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติและการคุ้มครองชนกลุ่มน้อย ได้ให้ความหมายของการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งหมดและเป็นส่วนใหญ่ (Gross and large-scale violation of human rights) ในมุมมองความผิดอาญาไว้ว่า “การละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งหมดและเป็นส่วนใหญ่ นั้น ประกอบด้วย การละเมิดสิทธิมนุษยชนในระดับปัจเจกบุคคล อย่างไรก็ตาม ในการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือสิทธิมนุษยชนของกลุ่มปัจเจกชนที่มีขนาดใหญ่ โดยการละเมิดมีรูปแบบ วิธีดำเนินการอย่างเป็นระบบ ลักษณะการละเมิดเช่นนี้จะเห็นได้จากการเลือกปฏิบัติ และการละเมิดทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมซึ่งดำเนินการอย่างมีวิธีการและเป็นระบบ

การละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งหมดหรือเป็นส่วนใหญ่ นั้นมักพบว่าเป็นการกระทำความผิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยการกระทำตามคำสั่ง หรือรัฐได้สนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าว จึงถือได้ว่าเป็นภัยคุกคามที่ไม่มีขอบเขต”

การละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เป็นความผิดทางอาญาฐานนั้น โดยทั่วไปจะมีลักษณะร้ายแรง (Serious) และกว้างขวาง (Widespread) โดยมีผลต่อความสงบและมั่นคงระดับสากล ดังนั้น รัฐบาลของรัฐที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะต้องแสดงความรับผิดชอบต่อการละเมิดดังกล่าว ในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครองของประเทศ และเป็นผู้ที่กระทำความผิดทางละเมิดต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอาญา

ตัวอย่างการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งหมดหรือเป็นส่วนใหญ่ ได้แก่ การฆาตกรรม รวมถึงการประหารชีวิตโดยพลการ การทรมาน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การแบ่งแยกสีผิว การเลือกปฏิบัติ และ

ยังรวมไปถึงการค้าทาส การบังคับใช้แรงงาน การบังคับให้หายไปโดยการใช้อำนาจหรือไม่รู้ตัว การกักกันโดยพลการ และยึดเยื้อ การเนรเทศหรือกวาดต้อนประชากรด้วยกำลัง เป็นต้น

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าความหมายของ “การละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม” ว่าเป็น การกระทำของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีผลเป็นการทำให้การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่อาจเป็นไปได้ โดยอาจมีผลเป็นการกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ทั้งที่ รับรองไว้ในกฎหมายภายในในระดับรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิเช่น สนธิสัญญาที่รัฐเป็นภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม โดยการกระทำนั้นจะต้องมีลักษณะร้ายแรง มีผลกระทบต่อ สังคมส่วนรวม ก็คือ กลุ่มปัจเจกชนที่มีขนาดใหญ่ โดยเป็นการกระทำที่มีรูปแบบ และวิธีการดำเนินการอย่างเป็นระบบ

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาอำนาจในส่วนการดำเนินคดีแทนผู้เสียหายต่อศาลยุติธรรมนี้ แล้ว จะเห็นได้ว่านอกจากจะต้องมีการดำเนินงานในลักษณะของการตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าเป็นลักษณะของการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ก่อนในเบื้องต้นแล้ว ทั้งจะต้องตรวจสอบเงื่อนไขความเป็นผู้เสียหายในทางอาญา หรือผู้ถูกโต้แย้งสิทธิในทางแพ่งด้วยตามที่กฎหมายวิธีสบัญญัติที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ ประการสำคัญคือ จะต้องคำนึงถึงผลลัพธ์หลังการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นว่า การฟ้องแทนผู้เสียหายนั้นเป็นการดำเนินการที่มีผลเป็นการแก้ไขปัญหาคาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวมด้วยหรือไม่ เพราะกระบวนการนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลยุติธรรมนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นกระบวนการอย่างหนึ่งที่จะนำมาซึ่งการเยียวยาซึ่งสิทธิของปัจเจกชนที่ถูกฝ่ายที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดหรือโต้แย้ง โดยศาลจะเป็นผู้ชี้ขาดและกำหนดมาตรการตามที่กฎหมายกำหนดไว้แก่กรณี ซึ่งที่กล่าวมานี้ก็คือการใช้สิทธิทางศาลในมิติของการแก้ไขฟื้นฟูสิทธิของปัจเจกบุคคลที่อยู่ในความสามารถของตนเองในการดำเนินการได้อยู่แล้ว แต่เมื่อกล่าวถึง มโนทัศน์ของการแก้ไขปัญหาคาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม อาจจะต้องพิจารณาถึงนิยามดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นร่วมด้วยเพราะหากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องที่ขอให้ฟ้องคดีต่อศาลแทนแล้วพบว่าหากเป็นกรณีที่จะละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนจริงแต่ก็มีใช้กรณีของการละเมิดสิทธิเป็นส่วนรวม ก็ไม่อาจถือได้ว่าเข้าเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนให้ได้

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

แนวคิดของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ ก็คือ การปกครองที่รัฐอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม และการกระทำของรัฐนั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ประการสำคัญ คือ องค์การของรัฐทุกองค์จะต้องผูกพันกับหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน และความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยมีอิสระไม่ขึ้นกับฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ โดยมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำของบุคคลหรือหน่วยงานในมิติของการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนรวมถึงการเสนอแนะในเชิงนโยบาย หรือข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายหรือกฎเพื่อให้บุคคลหรือหน่วยงานนั้น ๆ รับผิดชอบต่อมาตรการต่างๆ ไปปรับปรุงแก้ไข หรือเยียวยาผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่เป็นละเมิดสิทธิมนุษยชนของรัฐ โดยมาตรการต่างๆ อาจจะต้องพิจารณาจากทั้งกฎหมายภายใน หรือพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกหรือเป็นภาคีในการกำหนดทิศทางประกอบด้วย

ในแง่ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ก็เป็นอำนาจหน้าที่หนึ่งในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นนั้น มีลักษณะเป็นการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่ และที่สำคัญประการหนึ่ง คือ เป็นบทบัญญัติที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันเป็นการดำรงไว้ซึ่งหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐด้วย ซึ่งแม้ว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะมีช่องทางที่มีอำนาจหน้าที่ไปถึงขั้นตอนของการชี้ขาดว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีลักษณะของการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่ แต่ก็ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบของการทำความเข้าใจ และในแง่ของการตรวจสอบการกระทำของรัฐอื่นโดยเฉพาะฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติก็มิอำนาจในการตรวจสอบกฎหมาย คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองว่า กระทบต่อสิทธิมนุษยชน หรือมีปัญหเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือไม่ ซึ่งก็คือการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองว่าได้กระทำไปในขอบเขตเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ สอดรับกับหลักการของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐว่า องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำการหรืองดเว้นการกระทำตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น มิเช่นนั้นแล้วก็จะถือได้ว่าเป็นการทำลายหลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย ทั้งนี้หากผลของการกระทำของรัฐส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนเป็นวงกว้าง และประชาชนได้ร้องขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบ และพบว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและไม่อาจมีวิถีทางอื่นใดในการเยียวยาแก้ไขให้หน่วยงานของรัฐนั้นชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายได้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติก็ยังมีอำนาจในการนำคดีขึ้นฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหายนั้นได้ นอกจากนี้หากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายในปัจจุบันที่ใช้บังคับอยู่ต้องได้รับการแก้ไขหรือปรับปรุงเพื่อเป็นการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนของประชาชนให้มากขึ้นไปอีกหรือให้เกิดความครบถ้วน ก็ยังอาจเสนอแนะนโยบายนั้นต่อรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีได้ด้วย

6.2 ข้อเสนอแนะ

การควบคุมการใช้อำนาจรัฐของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่มีลักษณะของการส่งเสริมและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ไกลเกินการทำงานขององค์กรหลักทั้งสามของรัฐได้ทำหน้าที่สอดคล้องกับแนวทางของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐมากยิ่งขึ้น ซึ่งหากทุกองค์กรให้ความร่วมมือจะเป็นผลดีต่อการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยมีองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรในการทำหน้าที่ตามหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐตามที่กล่าวแล้วเพื่อตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน การเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย และเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายและกฎต่อรัฐสภา หรือคณะรัฐมนตรี เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังนั้น หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐจึงเปรียบเสมือนเสาหลักที่ค้ำจุนการปกครองระบอบประชาธิปไตย เพราะระบอบประชาธิปไตย คือ การให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและยกสถานะของประชาชนจากผู้อยู่ใต้การปกครองมาเป็นพลเมืองผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพ ภายในกรอบของกฎหมายที่ต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นในขณะเดียวกันด้วย ซึ่งจะนำมาซึ่งความสันติสุขให้บังเกิดขึ้นในประเทศและโลกใบนี้

บรรณานุกรม

คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, นิติรัฐ นิติธรรม ฉบับประชาชน, 2555.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารประกอบการบรรยายของ ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ดุลยภาพระหว่างการเมืองภาคนี้การเมือง และการเมืองภาคพลเมือง กับหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

ไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์, “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550” ในพิศรัทธาธรรม ฉบับพระปกเกล้า, 2551.

รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พุทธศักราช 2550.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมในนิติรัฐนิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

วิชา มหาคุณ, เอกสารประกอบการบรรยายของศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชา มหาคุณ, หลักนิติธรรมกับการควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ, หลักสูตรนิติเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในกระบวนการยุติธรรมอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์สากลและหลักเกณฑ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

วิรัช ชินวินิจกุล*

พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรม
ทางอาญา

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงหลักเกณฑ์สากลขององค์การสหประชาชาติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
ของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมที่ไทยเป็นภาคีรวมถึงได้ดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์สากล
ดังกล่าว กล่าวคือ

ประเทศไทยได้ร่วมลงมติในที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติเพื่อรับรองให้ประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วย
สิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2491 โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ถือเป็น
เอกสารทางประวัติศาสตร์ในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลก ซึ่งกฎหมาย
ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนทุกฉบับในปัจจุบันมีพื้นฐานและได้รับพัฒนามาจากปฏิญญาฉบับนี้ทั้งสิ้น และ
กฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ ได้กลายเป็นพื้นฐานสำหรับการพัฒนากฎหมายภายในประเทศ
ต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในประเทศของตน

ปฏิญญาสากลฯ ไม่ก่อให้เกิดพันธผูกมัดทางกฎหมายแต่อย่างใด คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน
แห่งสหประชาชาติ (UN Commission on Human Rights) จึงได้พยายามผลักดันให้หลักการต่าง ๆ
ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเกิดผลก่อให้เกิดพันธะแก่รัฐที่เป็นภาคีสมาชิก กล่าวคือ ให้มีผลผูกพัน
ทางกฎหมายขึ้น อันเป็นผลนำไปสู่การกำหนดกติกา 2 ฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ
สิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม
ค.ศ. 1966 ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีในกติการะหว่างประเทศทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว โดยจะกล่าวถึงกติกา
ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองฯ ซึ่งมีเนื้อหาที่เกี่ยวกับมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิ
และเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมและตราสารระหว่างประเทศอื่นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ
ประชาชนในกระบวนการยุติธรรมที่ประเทศไทยเป็นภาคี¹ รายละเอียดตามตารางต่อไปนี้

* รองประธานศาลฎีกา, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

¹ เว็บไซต์กระทรวงการต่างประเทศ <http://www.mfa.go.th/humanrights/human-rights-obligation/international-human-rights-mechanism>

ตราสารระหว่างประเทศ	สาระสำคัญ	วัน/เดือน/ปี การเข้าเป็นภาคี	คำแถลงตีความ (Declaration) / ข้อสงวน (Reservation)
<p>1. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)</p>	<p>ส่วนที่ 1 (ข้อ 1) กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง</p> <p>ส่วนที่ 2 (ข้อ 2-5) กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่รับรองจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใด</p> <p>ส่วนที่ 3 (ข้อ 6-27) กล่าวถึงสาระของสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อาทิ เสรีภาพในการมีชีวิต เสรีภาพจากการถูกทรมาน การห้ามมิให้บุคคลถูกจับกุมตามอำเภอใจ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก</p> <p>ส่วนที่ 4 (ข้อ 28-45) กล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พันธกรณีของรัฐในการจัดทำรายงานของรัฐภาคี และการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ</p> <p>ส่วนที่ 5 (ข้อ 46-47) กล่าวถึงห้ามการตีความไปในทางขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ รวมทั้งการมีให้ตีความในการที่จะลิดรอนสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ</p>	<p>ไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลบังคับใช้กับไทยเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2540</p>	<p>ไทยมีคำแถลงตีความใน 4 ประเด็น คือ (1) การใช้สิทธิการกำหนดเจตจำนงตนเอง ซึ่งไทยมิให้ตีความว่า อนุญาตหรือสนับสนุนการกระทำใดๆ ที่จะเป็นการแบ่งแยกดินแดน (2) เรื่องการห้ามการพิพากษาลงโทษประหารชีวิตบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งไทยมีกฎหมายห้ามไว้เรียบร้อยแล้ว (3) เรื่องการนำตัวผู้ต้องหาเข้าสู่การพิจารณาคดี โดยพลัน ซึ่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้เจ้าพนักงานสอบสวนควบคุมตัวผู้ต้องหาได้เพียง 48 ชั่วโมง ซึ่งถือว่าได้คุ้มครองกรณีนี้แล้ว (4) เรื่องการห้ามโฆษณาชวนเชื่อเพื่อสงคราม นั้น ไทยถือว่าไม่รวมถึงสงครามเพื่อป้องกันตนเองในกรณีที่ไทยจำเป็นต้องประชาสัมพันธ์และชักชวนให้ประชาชนรักชาติในกรณีที่ต้องทำสงครามเพื่อป้องกันการรุกรานจากประเทศอื่น ทั้งนี้ ไทยกำลังอยู่ในระหว่างการถอนถ้อยแถลงตีความข้อ (2) และ (3)</p>
<p>2. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก Convention on the Rights of the Child (CRC)</p>	<p>ส่วนที่ 1 (ข้อ 1-41) กล่าวถึงหลักการและเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ที่เด็กพึงได้รับ ประกอบด้วย สิทธิและเสรีภาพของเด็กโดยทั่วไป การคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก การให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก การคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง การคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือกระทำความผิดทางอาญา การคุ้มครองผู้ด้อยโอกาส</p>	<p>ไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 และมีผลบังคับใช้กับไทยเมื่อวันที่ 26 เมษายน 2535</p>	<p>ไทยมีข้อสงวนในข้อ 22 เรื่องสถานะของเด็กผู้ลี้ภัย ซึ่งไทยยังไม่รับสถานะผู้ลี้ภัยตามกฎหมายภายในของไทยและไทยไม่ได้เป็นภาคี Convention Relating to the Status of Refugees</p>

ตราสารระหว่างประเทศ	สาระสำคัญ	วัน/เดือน/ปี การเข้าเป็นภาคี	คำแถลงตีความ (Declaration) / ข้อสงวน (Reservation)
	<p>ส่วนที่ 2 (ข้อ 42-45) กล่าวถึงหลักเกณฑ์และแบบพิธีซึ่งประเทศที่ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาต้องปฏิบัติตาม ส่วนที่ 3 (ข้อ 46-54) กล่าวถึงกลไกของอนุสัญญา ซึ่งกำหนดวิธีการติดตามดูแลการปฏิบัติตามอนุสัญญา และกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในการบังคับใช้</p>		
<p>3. อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)</p>	<p>ส่วนที่ 1 (ข้อ 1-16) กล่าวถึงคำนิยามของการทรมาน และการกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายอาญา เขตอำนาจที่เป็นสากลเกี่ยวกับความผิดการทรมาน และหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน</p> <p>ส่วนที่ 2 (ข้อ 17-24) กล่าวถึงการนำบทบัญญัติไปใช้โดยการจัดตั้งคณะกรรมการต่อต้านการทรมานซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญอิสระจำนวน 10 คนที่แต่งตั้งโดยภาคีสมาชิกและปฏิบัติหน้าที่ในฐานะปัจเจกบุคคลตามความสามารถ คำร้องเรียนระหว่างรัฐ คำร้องเรียนของปัจเจกบุคคล อำนาจคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน</p> <p>ส่วนที่ 3 (ข้อ 25-33) กล่าวถึงกระบวนการเข้าเป็นภาคี ผลใช้บังคับการแก้ไขอนุสัญญา โดยเฉพาะข้อสงวน การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของอนุสัญญาและการระงับข้อพิพาท</p>	<p>ไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2550 และมีผลบังคับใช้กับไทยเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2550</p>	<p>ไทยมีคำแถลงตีความ ข้อ 1 เรื่องคำนิยามของคำว่า “การทรมาน” ข้อ 4 เรื่องการกำหนดให้การทรมานทั้งปวงเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายอาญา และข้อ 5 เรื่องให้รัฐภาคีดำเนินการต่างๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดที่อ้างถึงตามข้อที่ 4 ของอนุสัญญา โดยทั้งสามข้อให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน</p> <p>- ไทยมีข้อสงวน ข้อที่ 30 วรรคหนึ่ง โดยประเทศไทยไม่รับผูกพันตามข้อบดังกล่าว (ซึ่งระบุให้นำข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความหรือการนำอนุสัญญาฯ ไปใช้ ขึ้นสู่การวินิจฉัยชี้ขาดของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ) ซึ่งการจัดทำข้อสงวนในข้อนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ยอมรับอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นการล่วงหน้า เว้นเสียแต่ว่าจะพิจารณาเห็นสมควรเป็นกรณีๆ</p>

สิทธิในกระบวนการยุติธรรมอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เดิมรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 กำหนดรายละเอียดของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้หลายมาตรา แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้ หากแต่เพียงกำหนดหลักการอันเป็นสาระสำคัญไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะรายละเอียดนั้นได้มีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว อีกทั้งหากมีการบัญญัติรายละเอียดไว้ในรัฐธรรมนูญจะทำให้มีการปรับปรุงเพื่อเพิ่มสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมกระทำได้อีก นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้เพิ่มหลักการในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice) ไว้² โดยสิทธิในกระบวนการยุติธรรมเป็นหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 39 และมาตรา 40

มาตรา 39 บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง
- (2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้าน ผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะและการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง
- (3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม
- (4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดี มีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง
- (5) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญา มีสิทธิได้รับความคุ้มครอง และความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ส่วนค่าตอบแทน ค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายที่จำเป็น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ
- (6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้พิการหรือทุพพลภาพ ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม และย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ
- (7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว

² คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ, สาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ พร้อมตารางเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช 2550 ฉบับปรับปรุงความคิดเห็น, หน้า 16

(8) ในคดีแพ่ง บุคคลมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสมจากรัฐ
ในบทความฉบับนี้จะกล่าวถึงสิทธิในกระบวนการยุติธรรมอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์สากลและหลักเกณฑ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

การพิจารณาคดีโดยเปิดเผย

หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยมีระบุอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 10 ที่ว่า ทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับ
พิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียงในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่
ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน³ และตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง
(International Covenant on Civil and Political Rights) ข้อ 14

ในสหรัฐอเมริกาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ 6 ของสหรัฐอเมริกา (The Sixth Amendment) กำหนดว่า ในการดำเนินคดีอาญาทั้งปวงจำเลยพึงมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็ว
และเปิดเผยโดยคณะลูกขุนที่เป็นกลางของรัฐและท้องถิ่นที่ความผิดนั้นเกิดขึ้น กับจะต้องได้รับแจ้งถึงเหตุผลและ
ลักษณะของข้อกล่าวหาที่ฟ้องตนนั้น กับพึงมีสิทธิเผชิญหน้ากับพยานที่ให้การในทางยืนยันความผิดของตน⁴
โดยในคดี *Barker v. Wingo*⁵ ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาวางหลักพิจารณาเป็น 4 ข้อ เพื่อตัดสินว่าจำเลยถูกละเมิด
สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็วตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้แก่ระยะเวลาของความล่าช้า เหตุผล
ของความล่าช้า การล่าช้าของคดีเกิดจากระยะเวลาในการดำเนินคดีของจำเลย และความล่าช้าของคดีเกิดจาก
การกระทำของจำเลย ในส่วนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น
ก็มีข้อยกเว้นบางประการเช่นในคดี *Sheppard v. Maxwell*⁶ ที่ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า สิทธิในการดำเนิน
กระบวนการพิจารณาอย่างเปิดเผยเป็นสิทธิที่ไม่เด็ดขาด หากคดีที่พิจารณาเป็นที่ได้รับความสนใจของสาธารณชน
และอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในระหว่างการพิจารณา และในคดี *Press-Enterprise Co. v. Superior Court*⁷
ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นการลับได้ในกรณีที่สามารถแสดงให้เห็นได้
ว่าการพิจารณาคดีเป็นการลับนั้นมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์เหนือกว่าวัตถุประสงค์ของการพิจารณา
โดยเปิดเผยและพึงกระทำอย่างจำกัดเฉพาะเพื่อประโยชน์แห่งกรณีนั้น⁸

เรื่องการพิจารณาคดีในคดีอาญาโดยเปิดเผยตามกฎหมายไทยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
ความอาญา มาตรา 172 วรรคแรก การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผย ต่อหน้าจำเลย เว้นแต่
บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น และในมาตรา 177 ศาลมีอำนาจสั่งให้พิจารณาเป็นการลับ

³ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, หน้า 22

⁴ ซาตี ชัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, หน้า 104

⁵ *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972)

⁶ *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966)

⁷ *Press-Enterprise Co. v. Superior Court*, 478 U.S. 1 (1986)

⁸ ซาตี ชัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, หน้า 105

เมื่อเห็นสมควรโดยพลการหรือโดยคำร้องขอของคุณความฝ่ายใด แต่ต้องเพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศ มิให้ล่วงรู้ถึงประชาชน และมาตรา 178 เมื่อมีการพิจารณาเป็นการลับ บุคคลเหล่านี้เท่านั้น มีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณาได้ คือ

- (1) โจทก์และทนาย
- (2) จำเลยและทนาย
- (3) ผู้ควบคุมตัวจำเลย
- (4) พยานและผู้ชำนาญการพิเศษ
- (5) ล่าม
- (6) บุคคลผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องและได้รับอนุญาตจากศาล
- (7) พนักงานศาลและเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยแก่ศาล แล้วแต่จะเห็นสมควร

สิทธิในการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง

หลักเกณฑ์ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14 ระบุว่า บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดมีสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เปิดเผยความเป็นปรีภัยต่อตนเองหรือให้รับสารภาพผิด คดีที่เป็นคดีประวัติศาสตร์และเป็นที่ยุติกันแพร่หลายคดีหนึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ คดี *Miranda v. Arizona*⁹ ซึ่งศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่า ถ้อยคำในชั้นจับกุมของผู้ถูกจับจะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาได้ต่อเมื่อพนักงานอัยการสามารถแสดงให้เห็นว่าผู้ถูกจับได้รับการแจ้งมีสิทธิพบและปรึกษาทนายความ และมีสิทธิขอให้ทนายความอยู่ร่วมในการสอบปากคำ หากผู้ถูกจับไม่มีทนายความ ผู้ถูกจับมีสิทธิขอให้รัฐจัดหาทนายความให้ รวมถึงสิทธิที่จะไม่ให้การ หากผู้ถูกจับให้การ คำให้การนั้นสามารถใช้เป็นหลักฐานในคดีได้ จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง (Privilege against self - incrimination) ซึ่งผู้พิพากษา Earl Warren ในคดีนี้ให้เหตุผลว่า ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐแก้ไขเพิ่มเติมที่ 5 ที่บัญญัติห้ามมิให้บังคับให้ผู้ใดเป็นพยานในทางที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในคดีอาญา ดังนั้น ผู้ที่ทำการจับกุมต้องแจ้งให้ผู้ที่ถูกจับกุมทราบถึงสิทธิว่า ผู้ถูกจับกุมมีสิทธิที่จะไม่ให้การก็ได้ ถ้อยคำที่เขากล่าวออกมาอาจใช้เป็นพยานยันแก่เขาได้ในชั้นศาลได้ เพื่อให้ผู้ถูกจับกุมทราบและเข้าใจถึงสิทธิดังกล่าว เมื่อทราบแล้วหากผู้ต้องหาให้การก็ถือว่าเป็นการให้การโดยสมัครใจ (voluntary)

ตามกฎหมายของไทยสิทธิที่จะไม่ให้การใดๆ ในชั้นจับกุมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีนี้ที่เจ้าพนักงานเป็นผู้จับ ต้องแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกจับทราบ หากมีหมายจับให้แสดงต่อผู้ถูกจับ พร้อมทั้งแจ้งด้วยว่า ผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะไม่ให้การหรือให้การก็ได้และถ้อยคำของผู้ถูกจับนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้และผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะพบและปรึกษาทนายความ หรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความ ถ้าผู้ถูกจับประสงค์จะแจ้งให้ญาติหรือ

ผู้ซึ่งตนไว้วางใจทราบถึงการจับกุมที่สามารถดำเนินการได้โดยสะดวกและไม่เป็นการขัดขวางการจับหรือการควบคุมผู้ถูกจับหรือทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ก็ให้เจ้าพนักงานอนุญาตให้ผู้ถูกจับดำเนินการได้ตามสมควรแก่กรณี ในการนี้ให้เจ้าพนักงานผู้จับนั้นบันทึกการจับดังกล่าวไว้ด้วย และในมาตรา 84 บัญญัติว่า ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ถูกจับให้ไว้ต่อเจ้าพนักงานผู้จับ หรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจในชั้นจับกุม

⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966),

หรือรับมอบตัวผู้ถูกจับ ถ้าถ้อยคำนั้นเป็นคำรับสารภาพของผู้ถูกจับว่าตนได้กระทำความผิดห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน แต่ถ้าเป็นถ้อยคำอื่น จะรับฟังเป็นพยานหลักฐาน

ในการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกจับได้ต่อเมื่อได้มีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือตามมาตรา 83 วรรคสอง แก่ผู้ถูกจับแล้วแต่กรณี

ในชั้นสอบสวน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา 134/4 บัญญัติว่า ในการถามคำให้การ ผู้ต้องหา ให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบก่อนว่า

(1) ผู้ต้องหามีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ต้องหาให้การ ถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้

(2) ผู้ต้องหามีสิทธิให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้

เมื่อผู้ต้องหาเต็มใจให้การอย่างใดก็ได้ให้จดคำให้การไว้ ถ้าผู้ต้องหาไม่เต็มใจให้การเลยก็ให้บันทึกไว้

ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามวรรคหนึ่ง หรือก่อนที่จะดำเนินการตามมาตรา 134/1 มาตรา 134/2 และมาตรา 134/3 จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้

ในชั้นพิจารณาของศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 วรรคสอง บัญญัติว่า เมื่อโจทก์หรือทนายโจทก์และจำเลยมาอยู่ต่อหน้าศาลแล้ว และศาลเชื่อว่าเป็นจำเลยจริง ให้อ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง และถามว่าได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ จะให้การต่อสู้อย่างไรบ้าง คำให้การของจำเลยให้จดไว้ ถ้าจำเลยไม่ยอมให้การ ก็ให้ศาลจกรายงานไว้และดำเนินการพิจารณาต่อไป และมาตรา 232 บัญญัติว่า ห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน

สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ

สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความถูกบัญญัติไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14 วรรค 3 (ง) ว่า สิทธิที่บุคคลได้รับแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย หากบุคคลนั้นไม่มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย ในกรณีใด ๆ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งมีการแต่งตั้งให้โดยปราศจากค่าตอบแทน ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่สามารถรับภาระในการจ่ายค่าตอบแทน ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ 6 ของสหรัฐอเมริกา (The sixth Amendment) กำหนดว่า ในคดีอาญา ผู้ถูกกล่าวหาสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในการต่อสู้คดี คดีที่สำคัญคดีหนึ่งในประวัติศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยที่ยากจนและไม่สามารถว่าจ้างทนายความได้นั้นรัฐจะต้องตั้งทนายความให้ ในคดี *Gideon v. Wainwright*¹⁰ ซึ่งเป็นคดีที่สำคัญคดีหนึ่งในประวัติศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อเท็จจริงในคดีคือ นาย Clarence Earl Gideon ซึ่งจบการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 2 ถูกดำเนินคดีในข้อหาบุกรุกซึ่งเป็นการผิดทางอาญาอุกฉกรรจ์ (Felony) ตามกฎหมายมลรัฐฟลอริดา ระหว่างการพิจารณา นาย Gideon มาอยู่ต่อหน้าศาลโดยไม่มีทนายความ ก่อนที่ดำเนินกระบวนการพิจารณา นาย Gideon ขอให้ผู้พิพากษาตั้งทนายความให้แก่ตนเนื่องจากตนไม่มีเงินที่จะว่าจ้างทนายความได้ แต่ผู้พิพากษาปฏิเสธคำขอเนื่องจากตามกฎหมายมลรัฐฟลอริดาสามารถตั้งทนายความให้แก่จำเลยที่มีฐานะยากจนได้ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ระหว่างการ

¹⁰ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963)

พิจารณา นาย Gideon ดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยตนเองซึ่งถูกขุ่นตัดสินว่า นาย Gideon มีความผิดและพิพากษาให้จำคุก 5 ปี นาย Gideon ต่อสู้คดีด้วยตนเองโดยยื่นฎีกาให้วินิจฉัยว่า การที่ผู้พิพากษาปฏิเสธที่จะตั้งนายความให้แก่ตนเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ต่อมา ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาโดยเสียงเป็นเอกฉันท์วินิจฉัยว่า ศาลมลรัฐต้องตั้งนายความให้แก่จำเลยที่ไม่มีเงินว่าจ้างนายความในคดีอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 (The Fourteenth Amendment to the United States Constitution)

ทั้งนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาผู้ถูกกล่าวหาสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในการต่อสู้คดีนั้นไม่รวมถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีแพ่งรวมถึงการพิจารณาคดีเนรเทศ (deportation hearing) ใดๆก็ตาม ในประเทศสหรัฐอเมริกามีองค์กรให้บริการด้านกฎหมาย (Legal Services Corporation (LSC))¹¹ ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนไม่แสวงหากำไรจัดตั้งขึ้นโดยสภาองเกรสในปี 2517 มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความเสมอภาคในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายแก่ชาวอเมริกัน โดยเป็นองค์กรที่ใหญ่ที่สุดที่ได้รับเงินสนับสนุนให้การช่วยเหลือทางด้านกฎหมายในทางแพ่งแก่ประชาชนผู้มีรายได้น้อย ซึ่งองค์กรดังกล่าวไม่ได้สนับสนุนการช่วยเหลือทางด้านกฎหมายโดยตรง แต่สนับสนุนเงินให้แก่หน่วยงานให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายอิสระที่ผ่านการคัดเลือก

ตามกฎหมายไทยมีการบัญญัติเรื่องสิทธิที่จะได้รับการจัดนายความให้ระหว่างในชั้นสอบสวนและในชั้นพิจารณาของศาลในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 บัญญัติว่า ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกินสิบแปดปี ในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการทนายความ ให้รัฐจัดหาทนายความให้

การจัดหาทนายความตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้ทนายความที่รัฐจัดหาให้ได้รับเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนดโดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

เมื่อได้จัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสามแล้ว ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนหากทนายความไม่อาจมาพบผู้ต้องหาได้ โดยไม่แจ้งเหตุขัดข้องให้พนักงานสอบสวนทราบหรือแจ้งแต่ไม่มาพบผู้ต้องหาภายในเวลาอันสมควร ให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนผู้ต้องหาไปได้โดยไม่ต้องรอทนายความ แต่พนักงานสอบสวนต้องบันทึกเหตุอันจำเป็นในสำนวนการสอบสวนด้วย

มาตรา 173 ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปี ในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งนายความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรา นี้ โดยคำนึงถึงสภาพแห่งคดีและสถานะทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมกำหนดโดยความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

¹¹ <http://www.lsc.gov>

สรุป

กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์สากลระหว่างประเทศและหลักกฎหมายในต่างประเทศอันถือเป็นหลักสำคัญอย่างยิ่งต่อการบริหารงานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา นอกจากนี้ หลักสำคัญที่ประการหนึ่งที่จะทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีประสิทธิภาพคือการทำงานในเชิงบูรณาการระหว่างหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมรวมถึงหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมจำเป็นต้องให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตลอดจนส่งเสริมให้เกิดความรู้ความเข้าใจในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตลอดจนส่งเสริมให้เกิดความรู้ความเข้าใจในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมได้ให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันถือเป็นนโยบายหลักของศาลยุติธรรมซึ่งบรรจุอยู่ในนโยบายการบริหารงานยุติธรรมของประธานศาลฎีกา ประจำปี 2555-2556 ในหัวข้อด้านการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และการให้บริการประชาชน ได้แก่ มุ่งเน้นการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชนที่มีความสะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง ตลอดจนการให้บริการประชาชนด้วยจิตสำนึกที่ดี ผลักดันให้มีการใช้แนวทางการลงโทษที่หลากหลายโดยเฉพาะการนำวิธีการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอย่างอื่นแทนการลงโทษจำคุกมาใช้อย่างจริงจังและเกิดประสิทธิผล

การคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วย กรณีการรักษาพยาบาล

วุฒิพงค์ วิบูลย์วงศ์*

การคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยกรณีการรักษาพยาบาล

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย ที่เห็นประชาชนเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยตามกฎหมาย ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงมีการกำหนดรูปแบบ และประเภทของสิทธิของประชาชนไว้หลายลักษณะ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เป็นต้น แต่รัฐธรรมนูญเป็นเพียงกรอบแห่งการกำหนดสาระสำคัญและประเภทของสิทธิและเสรีภาพที่จะพึงได้รับความคุ้มครอง รายละเอียดของการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายในลำดับรองลงไป ทั้งในระดับพระราชบัญญัติ/พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เป็นต้น โดย สาระสำคัญของการคุ้มครองสิทธิของประชาชนนั้นอาศัยรากฐานทางกฎหมายหลายประการ ซึ่งหนึ่งในรากฐานที่สำคัญ คือ หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน

กฎหมายการแพทย์และการสาธารณสุข (medical and public health law) เป็นกฎหมายประยุกต์ (applied law) สาขาหนึ่งที่มีวิวัฒนาการอย่างเป็นรูปธรรมในต่างประเทศเมื่อประมาณเกือบ 100 ปีที่ผ่านมา โดยกฎหมายการแพทย์และการสาธารณสุขมีสาระสำคัญคือ การนำหลักกฎหมายหลายแขนงมาประยุกต์กับปัญหาทางการแพทย์เพื่อตอบปัญหาข้อขัดข้องทางการแพทย์ เช่น เมื่อผู้เยาว์จะผ่าตัดใส่ดัดหรือทำแท้ง ผู้ให้ความยินยอมควรจะเป็นผู้ใด ดังนั้น กฎหมายการแพทย์จึงได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนด้วย โดยหลักกฎหมายในสาขาสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่มีผลต่อกระบวนการนิติวิธีทางการแพทย์ประกอบด้วย

1) หลักเสรีนิยม (principle of autonomy)

หลักเสรีนิยม (principle of autonomy) เป็นแนวคิดที่เคารพความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคลโดยเห็นว่า มนุษย์ที่มีความสามารถสมบูรณ์ย่อมมีอิสระที่จะกระทำการใดด้วยตนเอง トラบเท่าที่การกระทำของตนไม่ได้ไปรบกวนหรือแทรกแซงความเป็นผู้กำหนดตนเองของคนอื่น¹ autonomy ตรงข้ามกับ heteronomy เพราะ autonomy หมายถึง การที่บุคคลสามารถแสดงเจตนาด้วยตนเอง ในขณะที่ heteronomy หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งตกอยู่ภายใต้อำนาจหรือกฎเกณฑ์ของบุคคลอื่นทำให้ไม่เป็นอิสระที่จะกระทำการใดๆ ด้วยตนเอง² ความสามารถในการเป็นผู้กำหนดตนเองที่สำคัญ ได้แก่ ความสามารถที่จะออกกฎ

* อัยการอาวุโส สำนักงานอัยการสูงสุด, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

¹ Christman, J. (2001). Liberalism, Autonomy, and the Self-transformation. Social Theory and Practice. 185-206.

² Kant, I. Groundwork for the Metaphysics of Morals. http://en.wikipedia.org/wiki/Groundwork_of_the_Metaphysic_of_Morals visited on 15/05/13.

ทางศีลธรรมที่เป็นอัตวิสัยสำหรับตนเอง (objective moral law) และความสามารถในการเป็นผู้กำหนดตนเองส่วนบุคคล (personal autonomy)³

อย่างไรก็ตาม หลักการเสรีนิยมยังยอมรับว่า บางกรณีผู้เป็นเจ้าของชีวิตอาจจะถูกจำกัดการใช้สิทธิที่จะกำหนดชะตาชีวิตตนเองหากมีข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไป เป็นต้นว่า ถ้าเจ้าของชีวิตมีข้อบกพร่องจนไม่สามารถแสดงเจตนาด้วยตนเอง ผู้ปกครองดูแลอาจใช้อำนาจของบุพการี (parens patriae) ให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยนั้น หรือการใช้อำนาจรัฐ (police power) บังคับให้รักษาในกรณีการรักษาพยาบาลที่จำเป็นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของสังคม⁴ เป็นต้น แต่สาระสำคัญของหลักการเสรีนิยมยังคงให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้เป็นเจ้าของชีวิตก่อน

หลักการเสรีนิยมไม่ใช่เป็นแนวคิดใหม่ในทางกฎหมายการแพทย์แต่เป็นแนวคิดที่มีวิวัฒนาการมาแล้วกว่า 90 ปี โดยผู้พิพากษาชาวอเมริกันชื่อ Cardozo ได้กล่าวไว้ในคดีที่เกิดขึ้นในนิวยอร์ก ว่า

“มนุษย์ทุกคนที่เป็นผู้บรรลุนิติภาวะและมีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์มีสิทธิที่จะกำหนดชีวิตของตนเองว่าจะให้ปฏิบัติอย่างไรต่อร่างกายของมนุษย์ผู้นั้นและ (เมื่อ: ผู้เขียน) ศัลยแพทย์ได้ผ่าตัดไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย ศัลยแพทย์ผู้นั้นมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น”⁵

นับแต่ที่ได้มีบรรทัดฐาน (precedent) ในคำพิพากษาดังกล่าว หลักการเสรีนิยมจึงได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายการแพทย์ที่สำคัญไม่เพียงแคในประเศสหรัฐอเมริกาและแคนาดา เท่านั้น⁶ แต่บรรทัดฐานดังกล่าวได้รับการยอมรับกันในประเศอังกฤษ⁷ ออสเตรเลีย⁸ และนิวซีแลนด์⁹ รวมถึงประเศในภาคพื้นยุโรปอื่นที่อยู่ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย

หลักการเสรีนิยมจึงเป็นที่มาของแนวทางปฏิบัติในเรื่องการให้ความยินยอมของผู้ป่วยที่จะรักษาพยาบาล (patient’s consent to treatment) และที่จะไม่รักษาพยาบาล (consent to refuse treatment) โดยเห็นว่าการแสดงเจตนาของผู้ป่วยในการรักษาพยาบาลเป็นสาระสำคัญที่จะให้บุคลากรทางการแพทย์ต้องปฏิบัติตาม เป็นผลให้แม้แพทย์จะเป็นผู้ตรวจและรักษาโรคให้กับผู้ป่วย แต่แพทย์จะต้องเคารพการตัดสินใจของผู้ป่วยว่าประสงค์จะให้แพทย์เป็นผู้รักษาหรือไม่ หากผู้ป่วยไม่ยินยอมให้รักษา แพทย์ก็จะรักษาผู้ป่วยนั้นไม่ได้ แม้ว่าการไม่รักษานั้นจะเป็นเหตุให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายหรือถึงแก่ความตายก็ตาม เพราะเหตุที่ว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะควบคุมและกำหนดชีวิตของตนเอง¹⁰ ไม่ให้บุคคลอื่นทำสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา เว้นแต่ว่าสิ่งที่มนุษย์พึงประสงค์

³ Ibid. p 73.

⁴ National Committee for the Prevention of Elder Abuse. Autonomy and Self-determination. Retrieved July 4, 2009, from <http://www.preventelderabuse.org/issues/autonomy.html>.

⁵ Schloendorff v Society of New York Hospital 105 NE 92, p. 93 (1914).

“Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable in damages.”

⁶ Rodriguez v British Columbia (Attorney-General) (1993) 107 DLR (4th) 342.

⁷ Sidaway v Bethlem Royal Hospital and Maudsley Hospital [1985] AC 871 at 888; Airedale national health Service Trust v Bland [1993] AC 789 at 864.

⁸ Roger v Whitaker (1992) 175 CLR 479 at 489.

⁹ Skene, L. (2009). Law and Medical Practice: Rights, Duties, Claims and Defences. Butterworths, New South Wales, P 85.

¹⁰ Charlesworth, M. (1993). Bioethics in a Liberal Society. Cambridge University Press, Cambridge, p 10.

นั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย¹¹ นอกจากนี้ เมื่อบุคลากรทางการแพทย์ได้ปฏิบัติตามการแสดงเจตนาดังกล่าว บุคคลนั้นไม่มีความผิด แต่หากผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอมแล้วแพทย์ไปทำการรักษาฝ่าฝืนเจตนาที่แท้จริง แพทย์ย่อมมีความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา¹² เว้นแต่จะมีเหตุอื่นตามกฎหมายที่ให้ อำนาจแพทย์ทำการรักษาพยาบาลได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย

อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่ตามมา คือ แพทย์จำเป็นต้องเคารพการตัดสินใจของผู้ป่วยในทุกกรณี หรือไม่ หากผู้ป่วยประสงค์จะยุติการรักษาโดยให้แพทย์ฉีดยาให้ตัวเองถึงแก่ความตายแพทย์ต้องปฏิบัติตามการตัดสินใจของผู้ป่วยหรือไม่ มีหลักการหรือแนวคิดใดเป็นข้อจำกัดการปฏิบัติตาม เจตนาของผู้ป่วยหรือไม่ อย่างไร

2) หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (principle of human dignity)

เมื่อก้าวถึงหลักเสรีนิยมที่เคารพความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาที่จะกำหนดชะตาชีวิตของตนเอง (principle of self-determination) หลักกฎหมายที่ใช้กำหนดกรอบการใช้หลักเสรีนิยมหลักหนึ่ง คือ หลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (principle of human dignity)

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นแนวคิดในทางนามธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เป็นผลมาจากแนวคิดในทางศาสนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความเชื่อทางศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกที่เห็นว่า มนุษย์เป็นภาคจำลองของพระเจ้าที่พระองค์ได้สร้างขึ้นจากความเป็นอาดัมอันเป็นที่สุด (most central) ด้วยภาพลักษณ์และความเหมือนแห่งพระเป็นเจ้า¹³ ดังนั้น ชีวิตมนุษย์จึงเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ และมีคุณค่าอย่างสูงส่ง โดยคุณค่าความศักดิ์สิทธิ์มิได้ตั้งอยู่บนคุณภาพของความเป็นมนุษย์ หรือข้อบัญญัติของกฎหมาย หรือความสมบูรณ์ของปัจเจก (individual merit) แต่ความศักดิ์สิทธิ์เป็นสิ่งที่อยู่แล้วเมื่อเกิดมาเป็นมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในสถานะใด มีกฎหมายรองรับหรือไม่ โดยคุณค่าของความศักดิ์สิทธิ์ไม่สามารถโอนหรือสละได้ (inalienable)¹⁴ เหตุที่ทางศาสนาเห็นว่า มนุษย์มีคุณภาพ ที่แตกต่าง (qualitatively different) จากสัตว์โลกอื่น เพราะว่า มนุษย์สามารถเข้าใจและสัมผัสกับพระเจ้าได้ คุณสมบัตินี้เป็นพื้นฐานของหลักศีลธรรมในแต่ละศาสนาด้วยเช่นกัน¹⁵ กล่าวคือ ทุกศาสนาต่างเห็นว่าการทำร้ายชีวิตมนุษย์เป็นบาปซึ่งรวมถึงการทำลายชีวิตของตนเองด้วย

นับแต่ช่วงต้นศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ได้มีการนำหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติไว้ในกรอบข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ หลายฉบับเป็นผลให้เป็นที่มาของแนวคิดทางกฎหมายการแพทย์ เป็นต้นว่า

- สมาคมการแพทย์โลก (World Medical Association) ได้ประกาศปฏิญญาเฮลซิงกิ (Declaration of Helsinki) เมื่อเดือนมิถุนายน 1964 ในมาตรา 11 บัญญัติว่าแพทย์ผู้เข้าร่วมงานวิจัยทางการแพทย์มีหน้าที่ต้องคุ้มครองชีวิต, สุขภาพ, ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สิทธิที่จะกำหนดชีวิตตัวเอง, ความเป็นส่วนตัวและความลับในข้อมูลส่วนบุคคลของวัตถุในงานวิจัย”¹⁶

¹¹ Skene, L, above n 10, p 84.

¹² Department of Health and Community Services (NT) v JWB (Marison’s Case) (1992) 175 CLR 218 at 232.

¹³ Principle of Human Dignity. http://www.ascensionhealth.org/ethics/public/key_principles/human_dignity.asp. visited on 03/10/12.

¹⁴ Center of Concern, The Principle of Human Dignity, www.coc.org visited on 07/09/12. P. 3.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Article 11 states “It is the duty of physicians who participate in medical research to protect the life, health, dignity, integrity, right to self-determination, privacy, and confidentiality of personal information of research subjects.”

● สภายุโรป (Council of Europe) ได้ตกลงจัดทำอนุสัญญาสำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการประยุกต์ใช้ชีววิทยาและการแพทย์ (Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine) โดยกล่าวยอมรับในอารัมภบท (preamble) ถึงความสำคัญของความเป็นมนุษย์ ในฐานะที่เป็นชนิดพันธุ์แห่งมนุษยชาติ (human species) และยอมรับในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ชาติ (dignity of human being) นอกจากนี้ยังได้ บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ของอนุสัญญาเป็นหลักการว่า “ประเทศภาคี ทุกประเทศต้องยอมรับความศักดิ์สิทธิ์และความสมบูรณ์ของมนุษยชาติและให้หลักประกันว่ามนุษย์ทุกคนจะ ยอมรับในความสมบูรณ์เหล่านั้นและสิทธิอื่น ๆ รวมถึงเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับการประยุกต์ใช้ชีววิทยาและ การแพทย์โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ”¹⁷

● สหประชาชาติได้กล่าวถึงเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของมนุษยชาติไว้ในคำปฏิญญาของ UNESCO ว่าด้วย เรื่องพันธุกรรมของมนุษย์และสิทธิมนุษยชน (UNESCO Declaration on the Human Genome and Human Rights) มาตรา 2 ว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับศักดิ์ศรีของมนุษย์ผู้นั้น”¹⁸ และในมาตรา 24 ที่กล่าวเตือนว่าการดำเนินการใดๆ ที่เป็นผลให้เคลื่อนย้ายพันธุกรรมที่บกพร่อง (genetic defect) เป็นการ กระทำที่ขัดแย้งกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁹

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายการแพทย์ของประเทศต่างๆ เช่น ในประเทศ แคนาดาได้ยอมรับหลักการดังกล่าวในแง่ที่ว่า เป็นเหตุผลในการให้คำแนะนำแก่กิจกรรม ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ งานวิจัยทางพันธุกรรมและการขยายพันธุ์มนุษย์²⁰ หรือประเทศฝรั่งเศสได้ยอมรับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่า มีความสำคัญสำหรับการพัฒนาการศึกษาวิจัยต่อไป²¹

สาระสำคัญของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทัศนะของกฎหมายการแพทย์ คือ

(1) การปฏิบัติต่อมนุษย์ไม่ว่าในสถานะใดต้องปฏิบัติในลักษณะที่ผู้นั้นเป็นมนุษย์จะทำกับผู้นั้นเสมือน ว่าเป็นสัตว์ไม่ได้ ไม่ว่าจะมนุษย์นั้นจะมีสถานะทางสังคมอย่างไร เช่น เป็นผู้ต้องหา เป็นนักโทษ เป็นคนไม่มีที่พัก อาศัย (homeless) อาชีพเช่น การให้อาหารมนุษย์ต้องไม่โยนหรือเทลงพื้น หรือการลงโทษจำคุกต้องไม่ล่ามโซ่หรือ เชี่ยนตีเหมือนกับเป็นสัตว์

¹⁷ Article 1 states “Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine.”

¹⁸ Article 2 states “Everyone has a right to respect for their dignity.”

¹⁹ Article 24 states “The International Bioethics Committee of UNESCO should contribute to the dissemination of the principles set out in this Declaration and to the further examination of issues raised by their applications and by the evolution of the technologies in question. It should organize appropriate consultations with parties concerned, such as vulnerable groups. It should make recommendations, in accordance with UNESCO’s statutory procedures, addressed to the General Conference and give advice concerning the follow-up of this Declaration, in particular regarding the identification of practices that could be contrary to human dignity, such as germ-line interventions.

²⁰ The Government of Canada, *New Reproductive and Genetic Technologies*. (1996).

²¹ <http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis008.pdf> CCNE Opinion no.8. visited on 03/10/12.

(2) แม้มนุษย์จะมีสิทธิกำหนดชะตาชีวิตของตนเอง (right to self-determination) แต่สิทธิดังกล่าวก็ต้องถูกจำกัดภายใต้หลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ด้วย ดังนั้น มนุษย์จะใช้สิทธิกำหนดชะตาชีวิตของตนเองให้ขัดต่อหลักดังกล่าวไม่ได้ เช่น จะใช้สิทธิยุติการรักษาพยาบาลด้วยการขอให้แพทย์ฉีดยาให้ตนเองถึงแก่ความตายไม่ได้ เพราะการทำลายชีวิตมนุษย์เป็นการทำให้ชีวิตมนุษย์ด้วยค่าลงเป็นผลให้ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(3) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิที่สละไม่ได้ (inalienable right) หมายถึงสิทธิความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลเป็นสิทธิที่ติดตามตัวมนุษย์แต่ละคนมาแต่กำเนิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองอีก ไม่ใช่สิทธิที่เกิดขึ้นเพราะกฎหมาย ดังนั้น มนุษย์จะสละสิทธิในฐานะที่เป็นมนุษย์ด้วยการตกลงข้อความฝ่าฝืนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้ ตัวอย่างเช่น การที่ผู้ป่วยตกลงกันทำการรณรงค์ในกรณีการป่วยในระยะสุดท้ายของชีวิต หรือการที่บิดามารดาขอมายบุตรให้กับเจ้าหนี้ นอกจากข้อตกลงดังกล่าวจะไม่มีผลทางกฎหมายแล้ว บิดามารดาและเจ้าหนี้ก็อาจมีความผิดฐานค้าทาสได้

กล่าวโดยสรุป หลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์มีความสำคัญในทางกฎหมายการแพทย์ในสองกรณีได้แก่

- 1) ใช้จำกัดหลักเสรีนิยมไม่ยอมรับการตัดสินใจของผู้ป่วยในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่ผู้ป่วยนั้นตัดสินใจให้แพทย์ทำการบางอย่างที่เป็นการฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี เป็นต้นว่า การให้แพทย์ทำแท้ง การให้แพทย์ทำการรณรงค์
- 2) ใช้เป็นข้ออ้างในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในวิสัยที่สามารถให้ความยินยอมได้ หรือที่เรียกว่าเป็นการอ้างเหตุเมตตาธรรมเข้ารักษา

3) หลักประโยชน์นิยม หรือหลักการทำความดี (principle of beneficence)

คำว่า “ประโยชน์นิยม (beneficence)” หมายถึง การกระทำที่เปี่ยมด้วยความเมตตา ความมีคุณธรรม การทำกุศลที่เปี่ยมไปด้วยความมีเมตตากรุณา

หลักประโยชน์นิยมสามารถแปลความได้อย่างง่ายว่า ได้แก่ การทำความดีละเว้นสิ่งชั่วร้าย (do good and avoid evil) จึงเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “หลักการทำความดี” หลักการนี้แสดงให้เห็นถึง พัฒนาการจากความผูกพันในทางธรรมจรรยา (moral obligation) มาเป็นความผูกพันตามกฎหมาย (legal obligation) ที่จะกระทำการเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นที่สำคัญและถูกต้องตามกฎหมาย โดยการป้องกันหรือกำจัดภัยอันตรายที่เป็นไปได้²²

สาระสำคัญของหลักประโยชน์นิยมหรือหลักการทำความดีในทางการแพทย์ คือ การปฏิบัติต่อผู้ป่วยต้องทำแต่สิ่งที่ดีและการเลี่ยงความเจ็บปวด (ที่เป็นสิ่งเลวร้าย) ที่จะเกิดขึ้นให้มากที่สุด ด้วยเหตุนี้ ในการรักษาพยาบาลแพทย์จึงต้องใช้วิธีที่สร้างความเจ็บป่วยให้แก่ผู้ป่วยให้น้อยที่สุดโดยแพทย์ควรที่จะพยายามสร้างความสมดุลของความดีงามกับอันตรายที่พึงเกิดขึ้น²³

²² Stanford Encyclopedia of Philosophy. The Principle of Beneficence in Applied Ethics. <http://www.plato.stanford.edu/entries/principle-beneficence/> visited on 03/04/12.

²³ “The physician who pledges to “do no harm” is not professing never to cause harm, but rather to strive to create a positive balance of goods over inflicted harms.” Ibid.

หลักการประโยชน์นิยมคล้ายคลึงกับหลักการทำความดีด้วยคุณธรรม (principle of benevolence) ที่เป็นหน้าที่ในทางธรรมจรรยาที่จะช่วยเหลือผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนด้วย เช่นกัน แต่หลักการทำความดีด้วยคุณธรรมไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย ดังนั้น จึงเป็นการทำหน้าที่เกินกว่าหน้าที่ที่พึงมีหรือหน้าที่ที่มีการกำหนดไว้ (supererogatory)²⁴ โดยหลักการทำความดีด้วยคุณธรรมเป็นหลักการที่โน้มเอียงไปทางศาสนาที่เชื่อในเรื่องผลบุญ (virtue) และการกระทำที่เป็นเลิศในทางศีลธรรม (moral excellence)²⁵ ที่ได้รับอิทธิพลมาตั้งแต่ยุคกรีกโบราณและจากทางคริสตศาสนาโดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีหน้าที่หรือความสัมพันธ์กับผู้ได้รับผลร้าย²⁶ แต่หลักการประโยชน์นิยมจะเป็นหลักการที่เกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเกิดขึ้นก่อน ทำให้แพทย์มีหน้าที่ต้องดูแลผู้ป่วยด้วยวิธีที่ดีที่สุด

การนำหลักการประโยชน์นิยมมาใช้ในทางการแพทย์ส่งผลในทางปฏิบัติหลายประการ ได้แก่

1) การยอมรับว่าแพทย์ต้องเลือกวิธีการสำหรับรักษาโดยใช้วิธีการที่ดีที่สุดและให้เกิดผลรายน้อยที่สุด เช่น ในทางการแพทย์ประโยชน์ของผู้ป่วยคือการเยียวยารักษาอาการเจ็บป่วยและการดูแลผู้ป่วยให้พ้นจากโรคที่กำลังเป็นอยู่

2) ประโยชน์ของผู้ป่วยต้องคำนึงถึงความเห็นและการตัดสินใจของผู้ป่วยรายนั้น ๆ เป็นสำคัญ เพราะผู้ป่วยแต่ละคนอาจมีทัศนคติที่แตกต่างกันในการรักษาโรคเดียวกัน เช่น ในการรักษาโรคเส้นเลือดหัวใจตีบอาจรักษาได้ทั้งการใส่ขดลวดขยายหลอดเลือด (balloon) หรือการผ่าตัดทำเส้นเลือดเลี้ยงหัวใจ (bypass) ผู้ป่วยบางคนอาจเห็นว่าวิธีการที่ดีที่สุด คือใช้การทำ balloon ในขณะที่บางคนอาจคิดว่าต้องผ่าตัดทำ bypass จากหลักการนี้จึงสอดคล้องกับหลักการเสรีนิยมที่เคารพการแสดงเจตนาของผู้ป่วยด้วย

3) หลักประโยชน์นิยมมิได้มีความหมายขยายไปถึงการคุ้มครองประโยชน์ในทางสังคมด้วย (social-beneficence) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลที่จำเป็นต้องมีกฎหมายออกมารองรับต่างหาก เช่น ในทางกฎหมายการแพทย์เห็นว่า เมื่อผู้ป่วยถึงแก่ความตาย แพทย์จะนำอวัยวะของผู้ป่วยไปปลูกถ่ายให้แก่บุคคลอื่นไม่ได้ เว้นแต่จะมีหนังสือให้ความยินยอมของผู้ป่วย หรือเป็นกรณีที่ทายาทของผู้ป่วยให้ความยินยอมหรือที่มีกฎหมายบัญญัติอนุญาตไว้

กล่าวโดยสรุป หลักการประโยชน์นิยมเป็นผลให้ในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยแพทย์ต้องดำเนินการตามวิถีทางทางการแพทย์โดยการดำเนินการนั้นต้องอาศัยหลักเสรีนิยมประกอบ กล่าวคือ ต้องให้ผู้ป่วยเป็นผู้เลือกว่าจะยินยอมให้แพทย์รักษาหรือไม่ อย่างไรด้วยวิธีใด แต่วิธีที่แพทย์จะปฏิบัติต่อผู้ป่วยนั้นต้องเป็นวิธีที่ทำให้เกิดผลร้ายต่อผู้ป่วยให้น้อยที่สุดในลักษณะที่ว่า do good and avoid evil

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ ใน New Testament ได้ยอมรับหลักการ benevolence ไว้เช่นกันโดยได้ยกย่องการกระทำของกลุ่มชนเผ่าทางศาสนา (ethnoreligious group) เผ่าหนึ่งในเขตปาเลสไตน์ คือ Samaritan ที่ได้ช่วยเหลือโจรที่ถูกจับได้และทุบตีทำร้ายจนเกือบตาย ในขณะที่ถูกส่งตัวจาก Jerusalem ไปยัง Jericho โดยการกล่าวยกย่องดังกล่าวมักกฎหมายรู้จักกันในนามของหลัก Good Samaritan Laws ที่มีสาระสำคัญว่าการให้ความช่วยเหลือบุคคลอื่นอย่างถูกต้องด้วยวิธีการที่ได้รับการยอมรับเป็นสิ่งที่ดีที่พึงได้รับการยกย่อง เพราะมนุษย์ที่อยู่ด้วยกันต้องรู้จักกัน มีเมตตาให้แก่กันและกัน การกระทำใด ๆ ที่เป็นการช่วยเหลือผู้อื่น แม้การนั้นจะเกิดผลร้ายขึ้นในบั้นปลาย ผู้กระทำก็ไม่ควรต้องรับผิดชอบจากการกระทำนั้น

หลักกฎหมายการแพทย์กับการรักษาพยาบาลผู้ป่วย

หลักกฎหมายการแพทย์ข้างต้นมีผลต่อเวชปฏิบัติของแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์หลายประการ เช่น

1) ก่อนการรักษาพยาบาล แพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน หากผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอม แพทย์จะไม่สามารถรักษาได้

2) ความยินยอมของผู้ป่วยไม่ได้หมายความว่า จะเป็นเครื่องมือที่ผู้ป่วยสามารถร้องขอให้แพทย์กระทำการใด ๆ ตามอำเภอใจของผู้ป่วยอย่างไม่มีขอบเขต เพราะหากผู้ป่วยแสดงเจตนาให้แพทย์กระทำการในลักษณะที่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การแสดงเจตนาดังกล่าวย่อมไม่เป็นผล เช่น การบังคับให้แพทย์ฉีดยาแรงให้ตายเพื่อให้พ้นจากการทรมาน

3) ในกรณีที่ผู้ป่วยไม่อยู่ในวิสัยที่จะให้ความยินยอม (ไม่ใช่ผู้ป่วยแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลไว้ก่อน) แพทย์ย่อมอ้างเหตุศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ช่วยเหลือผู้ป่วยดังกล่าวได้ตามควรและเท่าที่จำเป็น

4) ในกรณีที่ผู้ป่วยไม่อยู่ในวิสัยที่จะให้ความยินยอมได้และเป็นกรณีที่แพทย์สามารถรักษาได้ด้วยเหตุตามกฎหมายอื่น โดยผลของหลักประโยชน์นิยมหรือหลักการทำความดีนั้น การรักษาของแพทย์ต้องใช้วิธีที่ดีที่สุด อันมีผลเป็นการรบกวนหรือสร้างผลร้ายให้แก่ผู้ป่วยให้น้อยที่สุด ตามหลักอรรถประโยชน์นิยมหรือหลักประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

ความยินยอมของผู้ป่วยในทัศนะของกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากหลักกฎหมายการแพทย์เป็นหลักการสากลและเป็นนิติศาสตร์ประยุกต์ (applied law) ที่เกิดขึ้นในยุคหลัง หลักกฎหมายการแพทย์ทั้งสามหลักข้างต้นจึงมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติของแพทย์ในต่างประเทศ ทั้งประเทศระบบ Common Law และ Civil Law ให้มีความคล้ายคลึงกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการเรื่องความยินยอมของผู้ป่วย

ประเทศอังกฤษ

ประเทศสหราชอาณาจักรแบ่งการปกครองออกเป็น 4 แคว้น คือ อังกฤษ เวลส์ สกอตแลนด์ และไอร์แลนด์เหนือ แต่ประเทศสหราชอาณาจักรมีระบบกฎหมาย 3 ระบบหลัก คือ ระบบกฎหมายของอังกฤษและเวลส์, ระบบกฎหมายสกอตแลนด์และระบบกฎหมายไอร์แลนด์เหนือ ทั้งนี้เป็นเพราะระบบกฎหมายที่มีความเป็นมาแตกต่างกัน²⁷ แต่ในที่นี่จะกล่าวถึงเฉพาะกฎหมายของประเทศอังกฤษที่อยู่ในระบบ Common Law เท่านั้น

เกี่ยวกับแนวคิดในเรื่องความยินยอมในทางการแพทย์นั้น กฎหมายอังกฤษได้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิของผู้ป่วยด้วยเช่นกันนับแต่ต้นทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การบัญญัติกฎบัตรผู้ป่วย (patient's charter) อันถือว่าเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้บริการสาธารณสุขแห่งชาติ (National Health Service)²⁸ แต่ก่อนหน้าที่จะมีกฎบัตรดังกล่าว ศาลอังกฤษได้สร้างหลักกฎหมายต่าง ๆ ไว้ในคำพิพากษามากมาย อันเป็นที่มาของกฎหมายการแพทย์ในกลุ่มประเทศในเครือจักรภพด้วย

²⁷ Bradley, A W & Ewing, K D. (1997) Constitutional and Administrative Law (12th ed). Essex: Addison Wesley Longman. p 45-46.

²⁸ กฎบัตรสิทธิผู้ป่วยได้กำหนดสิทธิของผู้ป่วยไว้ 10 ประการและกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติทางการแพทย์ไว้ 9 อย่าง โดยหลักการดังกล่าวเป็นที่มาของการกำหนดกฎบัตรสิทธิผู้ป่วยในระดับต่าง ๆ ของแต่ละแคว้น <http://www.pfc.org.uk/node/633> visited on 08/10/12.

ความยินยอมตามหลักกฎหมายอังกฤษมีข้อพิจารณาดังนี้

1) ความยินยอมของผู้ป่วยเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการรักษาพยาบาลตามหลักกฎหมายการแพทย์อังกฤษยอมรับว่า การรักษาพยาบาลไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่แพทย์จะได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเสียก่อน แม้กระทั่งเป็นผู้มีข้อบกพร่อง (minor nature)²⁹

2) ลักษณะของความยินยอมตามกฎหมายอังกฤษ

สาระสำคัญของความยินยอมตามกฎหมายอังกฤษ ได้แก่

(1) ผู้ให้ความยินยอมต้องรู้ในสาระสำคัญของการรักษาอันได้แก่ วิธีการที่สามารถใช้รักษาผลที่จะได้รับจากการรักษาผลข้างเคียงที่จะเกิดขึ้น รวมถึงมาตรฐานทางคุณภาพและระยะเวลาการรักษาด้วย³⁰ ด้วยเหตุนี้ภายใต้บริบทของกฎหมายอังกฤษ แพทย์ต้องให้ข้อมูลที่เพียงพอแก่ผู้ป่วยเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเข้าใจลักษณะและผลของการรักษาที่ตั้งใจไว้³¹ ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่า แพทย์มีหน้าที่ต้องบอกความเสี่ยงทุกอย่างให้แก่ผู้ป่วยทราบหากแต่เป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยที่ผู้ป่วยฟังจะรู้ แพทย์จึงมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลดังกล่าวให้แก่ผู้ป่วยเพื่อประกอบการตัดสินใจ³²

(2) ขณะที่ผู้ป่วยให้ความยินยอมนั้นต้องได้ความว่าผู้ป่วยมีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์³³ รวมถึงการยินยอมนั้นต้องเกิดจากความสมัครใจไม่ถูกชักจูง หรือข่มขู่ด้วยประการใด ๆ³⁴

(3) การรักษาที่ไม่ได้รับความยินยอมแม้จะทำให้แพทย์มีความรับผิดชอบ แต่ความรับผิดชอบดังกล่าวจะเป็นการประมาทเลินเล่อหรือไม่เป็นคนละประเด็นกัน การจะวินิจฉัยว่าผู้รักษาประมาท เลินเล่อหรือไม่ต้องพิจารณาว่าได้กระทำตามหลักมาตรฐานทางวิชาชีพที่กำหนดโดยองค์กรวิชาชีพ หรือไม่ หากได้กระทำตามแล้วเกิดความเสียหายขึ้นแม้แพทย์ผู้นั้นจะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย แพทย์ก็จะไม่มีความผิดฐานประมาท³⁵

3) ข้อยกเว้นที่แพทย์สามารถรักษาพยาบาลได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม

(1) ความจำเป็น

หลักกฎหมายเรื่องความจำเป็น (principle of necessity) เป็นหลักการที่สำคัญที่ได้รับการยอมรับกันทั้งในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาว่ากรณีการกระทำด้วยความจำเป็นเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย³⁶

หลักกฎหมายดังกล่าวได้นำมาใช้กับกรณีการรักษาผู้ป่วยด้วย กล่าวคือ หากแพทย์ได้รักษาผู้ป่วยที่ได้รับอันตรายทั้งที่เป็นอันตรายต่อชีวิตและมีได้เป็นอันตรายต่อชีวิตแล้ว ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นการปกป้องความเสียหายที่เกิดต่อชีวิตของผู้ป่วย การกระทำของแพทย์ไม่เป็นความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา³⁷

²⁹ กฎบัตรสิทธิของผู้ป่วย บทนำ.

³⁰ WHO (1996). European Health Care Reform: Citizen's Choice and Patient's Rights. WHO, Regional Office for Europe. Copenhagen: World Health Organization. 31 Leino-Kilpi H and et al (2002) Patient's Autonomy, Privacy and Informed Consent. IOS Press, Amsterdam, p 38.

³² Bunchanan M. (1995) Enabling Patients to Make Informed Decisions. Nursing Times 91 (18), 27-29.

³³ Airedale National Health Service Trust v Bland [1993] AC 789.

³⁴ Sideaway v Bethlem Royal Hospital and Maudsley Hospital [1985] AC 871, Airedale National Health Service Trust v Bland [1993] AC 789.

³⁵ Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] All ER 2.

³⁶ Mason, J K & McCall Smith, R A. (1994). Law and Medical Ethics. (4th ed). Edinburgh: Butterworths.

³⁷ Re F (mental patient: sterilization) [1990] 2 AC 1.

(2) คำสั่งศาล

ในประเทศอังกฤษอนุญาตให้ผู้มีส่วนได้เสียและแพทย์สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้รักษาผู้ป่วยได้เมื่อผู้ป่วยอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถให้ความยินยอมที่จะรักษาหรือปฏิเสธการรักษาพยาบาลดังกล่าว

นอกจากนี้ ตามหลักกฎหมายอังกฤษถือว่า คำสั่งของศาลมีผลลบล้างการแสดงเจตนาของผู้ป่วยที่เคยให้ไว้แต่ครั้งก่อน แพทย์ต้องปฏิบัติตามที่ศาลมีคำสั่งนั้น แม้ว่าจะขัดหรือแย้ง กับการแสดงเจตนาของผู้ป่วยก็ตาม เช่น การอนุญาตให้แพทย์ผ่าตัดทำคลอดในวิธี caesarean delivery ทั้งที่มารดาปฏิเสธที่จะทำ แพทย์ต้องปฏิบัติตามที่ศาลมีคำสั่ง แม้ว่าการทำคลอดด้วยวิธีนั้นเสี่ยงที่เด็กจะเสียชีวิตก็ตาม³⁸

กรณีที่ศาลมีคำสั่งตามความหมายนี้หมายถึงเป็นคำสั่งเฉพาะกรณี ไม่ใช่การสั่งในลักษณะการทำคำพิพากษาที่มีผลเป็นกฎหมาย

(3) กฎหมายบัญญัติ ปัจจุบันในประเทศอังกฤษมีกฎหมายหลายฉบับที่บัญญัติรับรองการรักษาพยาบาลผู้ป่วยที่ไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วย เช่น กรณีผู้ป่วยขาดความสามารถ³⁹ กรณีผู้ป่วยเป็นโรคจิต⁴⁰ เป็นต้น

(4) ประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย หลักการการรักษาพยาบาลเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเป็นหลักการที่ได้รับการพัฒนาขึ้นมาในประเทศอังกฤษ โดยได้แยกมาจากหลักการรักษาพยาบาลด้วยความจำเป็นสำหรับการรักษาผู้ป่วยที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้⁴¹ ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ผู้ป่วยต้องไม่เคยแสดงเจตนาไว้อย่างชัดเจนว่าจะยินยอมให้แพทย์รักษาผู้ป่วยนั้นได้หรือไม่ หากผู้ป่วยอยู่ในภาวะไม่สามารถติดต่อสื่อสารกับผู้ใดได้จะยินยอมให้แพทย์รักษาผู้ป่วยนั้นได้หรือไม่ ดังนี้ การจะตัดสินใจว่าจะให้รักษาต่อหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเป็นสำคัญ⁴²

อย่างไรก็ตาม การจะให้การรักษาภายใต้หลักการนี้ต้องปรากฏว่า แพทย์ต้องรักษา ตามประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยและต้องสอดคล้องกับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ในการตรวจวิเคราะห์และการบำบัดรักษาในเรื่องดังกล่าวด้วย⁴³ เช่น การทำหมันหญิงปัญญาอ่อน⁴⁴ การให้ผู้ป่วยที่เป็นโรคจิตประเภท schizophrenic เข้าเครื่อง CT Scan โดยที่ผู้ป่วยไม่ยินยอม⁴⁵

³⁸ Re S (adult: refusal of medical treatment) [1992] 4 All ER 671 (Fam Div).

³⁹ The Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991.

⁴⁰ The Mental health Act 1963, the Mental Health (Scotland) Act 1984, the Mental Health (Patients in the Community) Act 1995,

⁴¹ Re F (mental patient: sterilization).

⁴² Goff, R. 'A Matter of Life and Death' (1995) 3 Med Law Rev 1, p 9.

⁴³ Re F (mental patient: sterilization).

⁴⁴ Re W (a minor) (consent to medical treatment) [1992] 4 All ER 627.

⁴⁵ Re H (mental patient) [1993] 1 FLR 28.

ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียได้รับอิทธิพลทางกฎหมายมาจากประเทศอังกฤษผ่านทางลัทธิอาณานิคมโดยปัจจุบันประเทศออสเตรเลียอยู่ในกลุ่มเครือจักรภพ (Commonwealth) โดยระบบกฎหมายของประเทศออสเตรเลียเป็นระบบคอมมอนลอว์ที่ใช้บังคับทั่วทั้งประเทศ (6 รัฐ และ 2 เขตการปกครองพิเศษ)

ที่มาของกฎหมายทุกประเภทของออสเตรเลียมี 2 ทาง คือ จากคำพิพากษาของศาล (common law หรือ judge-made law) กับบทบัญญัติที่ผ่านทางรัฐสภา (statute) ซึ่งกฎหมายทั้งสองประเภทต่างเป็นที่มาของกฎหมายการแพทย์ในประเทศออสเตรเลียด้วย โดยเรื่องความยินยอมของผู้ป่วยมีข้อพิจารณา ดังนี้

1) การรักษาต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย

หลักการได้รับความยินยอมของผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาลได้รับการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนานในประเทศออสเตรเลียโดยที่ไม่มีกฎหมายทั้งที่เป็นคำพิพากษาจากศาลสูงสุด และกฎหมายบัญญัติกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ล่วงหน้า ทั้งนี้ เนื่องจากการยอมรับหลักการเสรีนิยมที่ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะกำหนดชีวิตตนเองทำให้ผู้เกี่ยวข้องต้องยอมรับการตัดสินใจของผู้ป่วยดังกล่าว โดยอ้างอิงคำพิพากษาของศาลอเมริกาในเรื่องเกี่ยวกับความสำคัญของความยินยอมของผู้ป่วยตามหลักการเสรีนิยมที่มีวิวัฒนาการมากกว่า 80 ปี⁴⁶

หลักเรื่องความสำคัญของความยินยอมของผู้ป่วยได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล (common law) ในประเทศออสเตรเลียตั้งแต่ปี 1992 โดยศาลได้วินิจฉัยว่า ความยินยอมมีผลให้เปลี่ยนการกระทำที่ผิดกฎหมายให้เป็นการกระทำที่ยอมรับได้ (acceptable action) ที่จะไม่นำไปสู่การทำร้าย (assault) ที่เป็นการกระทำความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา⁴⁷ ดังนั้น การได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยจะเป็นเหตุผลทางที่แพทย์สามารถป้องกันการถูกดำเนินคดี ทั้งในทางแพ่งและทางอาญาได้⁴⁸

2) ลักษณะของความยินยอมที่สามารถบังคับได้

ลักษณะของความยินยอมของผู้ป่วยในการรักษาพยาบาลตามกฎหมายของประเทศ ออสเตรเลีย มีลักษณะดังเช่นหลักความยินยอมโดยทั่วไป กล่าวคือ

ก) ความยินยอมไม่มีแบบแม้จะทำเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม⁴⁹ การยื่นแขนให้ฉีดยาถือว่าเป็นความยินยอมเช่นกัน เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ป่วยไม่ทราบสาระสำคัญของการเจ็บป่วยจะถือว่าให้ความยินยอมโดยถูกต้องไม่ได้เช่น ยอมให้ฉีดวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันโดยไม่ทราบว่าตนเองตั้งครรภ์

ข) ความยินยอมต้องเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจไม่ถูกบังคับขู่เข็ญ หรือหลอกลวงด้วยประการใด ๆ

ค) ความยินยอมต้องครอบคลุมตลอดระยะเวลาที่มีกระบวนการรักษานั้น

⁴⁶ Scholendorf v Society of New York Hospital 105 NE 92 (1914), Canterbury v Spence 464 F 2d 772 (1972) (US Ct of Apps, DC Cir); Reibl v Hughes [1980] 2 SCR 880; Brovia v Superior Court 225 Cal Rptr 297 (Ct App 1986)(Cal CA).

⁴⁷ Department of Health and Community Services (NT) v JWB (Mriston's case) (1992) 175 CLR 218.

⁴⁸ Re W (a minor)(consent to medical treatment) [1992] 4 All ER 627.

⁴⁹ Re T (adult: refusal of treatment [1993] Fam 95.

3) การรักษาที่ไม่ต้องได้รับความยินยอม

แม้โดยหลักการของการรักษาพยาบาลทั่วไปต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน แต่มีบางกรณี
ที่แพทย์มีอำนาจตามกฎหมายที่จะรักษาผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องมีความยินยอมตามกฎหมาย

กรณีการรักษาที่ไม่ได้รับความยินยอมในประเทศออสเตรเลียประกอบด้วยหลักการตามกฎหมาย
ต่าง ๆ ทั้งในรูปของคำพิพากษา (common law/judge-made law) และตัวบทกฎหมาย (statue/legislation)
ตัวอย่างของข้อยกเว้นได้แก่

(1) ผู้ป่วยที่ไม่มีความสามารถ

กรณีที่ผู้ป่วยไม่มีความสามารถไม่ได้เป็นข้อยกเว้นให้แพทย์สามารถรักษาผู้ป่วยนั้นได้โดย
ไม่ต้องได้รับความยินยอมเพราะสิทธิที่จะไม่ได้รับการรักษาโดยไม่ได้รับความยินยอม (right not to be treated)
มีอยู่กับผู้ป่วยทุกคน แม้ว่าผู้ป่วยนั้นจะไม่สามารถก็ตาม กฎหมายออสเตรเลียให้มีผู้ตัดสินใจแทนผู้ป่วย
(substitute decision-maker) ในกรณีผู้ป่วยไม่มีความสามารถ เช่น ในกรณีของผู้ป่วยเด็ก⁵⁰ ผู้ให้ความยินยอม
แทนได้แก่บิดามารดา ถ้าผู้ป่วยเป็นผู้ใหญ่ที่ไร้ความสามารถ ผู้ให้ความยินยอมแทนได้แก่ บุคคลที่ผู้ป่วยนั้นได้
แต่งตั้งให้เป็นผู้แทนไว้ก่อนแล้ว หรือเป็นผู้ที่ศาลหรือคณะกรรมการการใช้อำนาจปกครอง (guardianship board)
หรือหน่วยงานในทำนองเดียวกันได้แต่งตั้งไว้⁵¹

อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจแทนผู้ป่วยดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดไม่เท่ากับการใช้อำนาจของผู้ป่วย
โดยตรง เช่น อาจถูกกลับได้โดยศาลหรือโดยคณะกรรมการการใช้อำนาจปกครอง นอกจากนั้น การใช้อำนาจ
แทนผู้ป่วยยังต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้สิทธิยุติการักษาพยาบาล

(2) กรณีฉุกเฉิน

กรณีการรักษาพยาบาลโดยฉุกเฉินได้แก่การรักษาพยาบาลที่ผู้ป่วยอยู่ในภาวะอันตรายถึงชีวิต
(life-threatening situation) การรักษาพยาบาลของแพทย์ที่ได้ทำโดยมีเหตุมีผลอันสมควรว่าการรักษาพยาบาล
นั้นเป็นการจำเป็นเพื่อจะหลีกเลี่ยงอันตรายที่ร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของผู้ป่วย การกระทำของแพทย์
นั้นไม่เป็นความผิด⁵²

นอกจากนั้น ในบางรัฐยังได้ออกกฎหมายที่ให้อำนาจแก่แพทย์ในการรักษาพยาบาลในกรณี
ฉุกเฉินได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมตามกฎหมายด้วย เช่น Emergency Operations Act 1973 (NT) s 3(1),
Voluntary Aid in Emergency Act 1973 (Qld) s 3, Consent to Medical Treatment and Palliative
Care Act 1995 (SA) s 13(1) เป็นต้น

⁵⁰ ผู้ป่วยที่เป็นเด็กที่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ กฎหมายออสเตรเลียกำหนดให้เป็นผู้ให้ความยินยอมเอง แต่ถ้าเป็นเด็กที่ไม่มีสติสัมปชัญญะ
ที่สมบูรณ์จึงเข้ากรณีผู้ที่ไม่มีความสามารถตามความหมายในหัวข้อนี้

⁵¹ ตัวอย่างของบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ได้แก่ The Medical Treatment Act 1988 (Vic), The Guardianship and
Administration board Act 1986 (Vic)

⁵² Skene, L. above n10, p 82.

(3) กรณีจำเป็น

การรักษาในกรณีจำเป็นในประเทศออสเตรเลียได้แก่กรณีที่ผู้ป่วยป่วยด้วยภาวะที่ไม่เป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต (non life-threatening condition) แต่การรักษาที่มีความจำเป็นที่ต้องกระทำตามหลักวิชา เพื่อให้การรักษาพยาบาลนั้นบรรลุผลที่ดียิ่งขึ้น ข้อสำคัญในการรักษาพยาบาลด้วยความจำเป็นคือแพทย์ได้ปฏิบัติตามความเห็นและหลักวิชาทางการแพทย์แล้ว⁵³

(4) กรณีประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

แม้จะยังไม่มีกฎหมายบัญญัติและไม่มีคำพิพากษาของศาลตัดสินวางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ แต่น่าเชื่อได้ว่า หลักการประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยที่มีการพัฒนาในประเทศอังกฤษยังจะได้รับการยอมรับในประเทศออสเตรเลียด้วยเช่นกันโดยเห็นว่า การจะอ้างการรักษาพยาบาลที่เป็นประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยได้นั้นต้องนำหลักการการรักษาพยาบาลด้วยความจำเป็นมาใช้บังคับด้วย⁵⁴ กล่าวคือ ต้องได้ความว่าผู้ป่วยอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้และแพทย์ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทางวิชาการเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยแล้ว

(5) กรณีบทบัญญัติของกฎหมาย กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้สามารถรักษาพยาบาลผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม ได้แก่ กรณีผู้ป่วยโรคทางจิต หรือการบังคับเจาะเลือดในกรณีที่เกิดบาดเจ็บเกี่ยวข้องกับอุบัติเหตุจากเครื่องจักรกล⁵⁵ หรือการบังคับตรวจกรณีโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือโรคติดต่ออันตรายร้ายแรง⁵⁶

(6) คำสั่งศาล

ในประเทศออสเตรเลียผู้ประกอบวิชาชีพการสาธารณสุขสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้รักษาพยาบาลผู้ป่วยได้ แม้ว่าผู้ป่วยนั้นจะไม่ให้ความยินยอมหรือได้ปฏิเสธ การรักษาแต่แรก เช่น การทำหมันในคนปัญญาอ่อน⁵⁷ การผ่าตัดตกแต่งเพศ⁵⁸ การยุติการให้อาหารและน้ำในผู้ป่วยที่อยู่ในภาวะผักปลา⁵⁹ เป็นต้น ทั้งนี้ คำสั่งศาลถือว่าลบล้างการแสดงเจตนาของผู้ป่วยทั้งหมด

⁵³ Mental Health Act 1986 (Vic) มาตรา 22.

⁵⁴ Skene, L, above n10, p 87.

⁵⁵ เช่น Motor Traffic (Alcohol and Drugs) Act 1977 (ACT), Traffic Act 1909 (NSW), Traffic Act 1987, (NT), Road Traffic Act 1961 (SA), Road Safety (Alcohol and Drugs) Act 1970 (Tas).

⁵⁶ เช่น Sexually Transmitted Diseases Act 1956 (ACT), Public Health (Infectious and Notifiable Diseases) Regulations (Amendment) (ACT) 1992, Health Act 1937 (Qld), Health (Infectious Diseases) Regulations 1900 (Vic).

⁵⁷ Department of Health and Department of Health and Community Services (NT) v JWB (1992) 175 CLR 218.

⁵⁸ Re A (a child) (1993) 16 Fam LR 715.

⁵⁹ Airedale National Health Service Trust v Bland [1993] AC 789.

ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศในระบบ Civil Law ที่มีรากฐานมาจากสกุลกฎหมายโรมานอ เยอรมนิก (Romano-Germanic) โดยที่มาของกฎหมายทั้งหมดได้แก่กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการบัญญัติขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นสำคัญ

หลักเสรีนิยมเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับในประเทศเยอรมนีด้วยเช่นกันโดยถึงขนาดมี คำกล่าวของ Kant นักกฎหมายมีชื่อเสียงชาวเยอรมันที่ว่า “การตัดสินใจอิสระของเจตนาธรรมเป็นหลักการเดียวของหน้าที่และกฎหมายทางศีลธรรม”⁶⁰ โดยหลักการตามสิทธิในทางเสรีนิยมได้รับการยอมรับและบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีที่ว่าบุคคลมีสิทธิในตนเองอย่างอิสระตราบเท่าที่ไม่ฝ่าฝืนสิทธิของบุคคลอื่นและไม่เป็นความผิดที่ชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือประมวลศีลธรรม⁶¹ ผลจากสิทธิในรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นที่มาของการบังคับใช้หลักเสรีนิยมในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งเรื่องที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยด้วย อย่างไรก็ตามประเทศเยอรมนีได้ยอมรับหลักการเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (right to human dignity) ด้วยเช่นกันโดยได้บัญญัติยอมรับหลักการเรื่องความสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นมาตราแรก⁶²

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและแพทย์ในประเทศเยอรมนีได้เปลี่ยนไปตั้งแต่การปฏิวัติทางการแพทย์และการพัฒนาสังคมสมัยใหม่ แต่เดิมการรักษาพยาบาลผู้ป่วยปฏิบัติตามหลักการตามคำปฏิญาณของ Hippocratic คือต้องรักษาเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ป่วยและไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วยนั้น ทำให้ในยุคก่อนผู้ป่วยจะเชื่อมั่นในทักษะและความสามารถของแพทย์อันเป็นความสัมพันธ์ในเชิงอุปถัมภ์ (paternalism) จึงเป็นเหตุให้แพทย์เป็นผู้ตัดสินใจในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยได้โดยความยินยอมของผู้ป่วยไม่ได้เป็นสาระสำคัญในการรักษา แต่ในยุคหลังความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นการให้โอกาสแก่ผู้ป่วยที่จะตัดสินใจเลือกการรักษาที่ผู้ป่วยเห็นว่าเหมาะสมกับผู้ป่วยนั้น ๆ โดยการให้ความยินยอมเป็นเงื่อนไขที่สำคัญก่อนการรักษาพยาบาล⁶³

⁶⁰ Autonomy of the will is the sole principle of all moral laws and duties. Kant, I. (1997) *Kritique of Practical Reason*. Mary Gregory, M (ed) Cambridge: Cambridge University Press. p 30.

⁶¹ German Constitution, Article 2 (Right of liberty):

“Everyone shall have the right to free development of his personality in so far as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral code.

Everyone shall have the right to life and to inviolability of his person. The liberty of the individual shall be inviolable. These rights may only be encroached upon pursuant to a law.”

⁶² German Constitution, Article 1 “The dignity of man shall be inviolable.”

⁶³ Leino-Kilpi H , above n 32, p 18.

เสรีภาพส่วนบุคคลในการเคลื่อนไหว (personal freedom of movement) ได้รับการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน⁶⁴ การคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวได้ขยายความมาถึงการให้ความคุ้มครองในกรณีการรักษาพยาบาลด้วยเป็นผลให้สาระของการรักษาพยาบาลภายใต้บริบทของกฎหมายเยอรมันเป็นดังนี้

1) การรักษาพยาบาลโดยทั่วไปต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยด้วย มิเช่นนั้นการกระทำของแพทย์จะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาทันที⁶⁵

2) ผู้ป่วยที่จะให้ความยินยอมหรือตัดสินใจให้ความยินยอมได้ต้องได้ความว่าได้รับข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับลักษณะและผลจากการรักษาโดยวิธีทางการแพทย์เหล่านั้น⁶⁶ โดยเหตุผลดังกล่าวเป็นเหตุให้ก่อนการตัดสินใจผู้ป่วยต้องเข้าใจข้อมูลต่างๆ เป็นอย่างดี รวมทั้งผลกระทบที่ได้จากการนั้นเพื่อประกอบการตัดสินใจเหล่านั้น

3) ในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถตัดสินใจได้ แพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนตามกฎหมายหรือผู้ปกครองตามกฎหมายที่อาจจะแต่งตั้งโดยผู้ป่วยเองหรือโดยศาลมีคำสั่งเมื่อมีคำร้องขอ⁶⁷

4) ในบางกรณีการรักษาพยาบาลสามารถดำเนินได้แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก็ตาม กรณีดังกล่าวได้แก่⁶⁸

(1) กรณีโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์บางโรค ได้แก่ ซิฟิลิส, หนองใน, แผลริมอ่อน เช่น การ ติดเชื้อในต่อมน้ำเหลืองในโพรงมดลูก ซึ่งผู้ป่วยต้องเข้ารับการรักษาจนกว่าความเสี่ยงจากการติดเชื้อจะหายไป

(2) กรณีโรคติดต่อบางประเภท เช่น อหิวาตกโรค, ไทฟอยด์, กาฬโรค และไข้ทรพิษ ที่ต้องแยกผู้ป่วยจากบุคคลอื่นโดยหากผู้ป่วยปฏิเสธที่จะรับการรักษาหรือที่จะแยกให้ผู้พิพากษาศาลจังหวัด (district judge) สั่งให้กักขังตัวบุคคลผู้นั้นได้

(3) กรณีการเจ็บป่วยที่เป็นอันตรายต่อชีวิต หรือเป็นภัยคุกคามต่อชีวิต หรืออันตรายต่อชีวิตของบุคคลอื่นอาจควบคุมตัวบุคคลผู้นั้นและทำการทดสอบทางการแพทย์และการบำบัดรักษา เช่นเดียวกับการให้อาหารด้วยการบังคับได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 101

(4) กรณีผู้กระทำความผิดที่ป่วยทางจิต (mentally ill offender) ที่ไม่สามารถต่อสู้คดีหรือไม่สามารถลงโทษได้เนื่องจากขาดความรับผิดชอบที่สมบูรณ์ สามารถควบคุมตัวบุคคลผู้นั้นไว้ในสถานบำบัดทางจิตหรือคลินิกได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 63 และ 64

(5) กรณีผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดอาจมีการบังคับให้ตรวจร่างกายด้วยการตรวจเลือดเพื่อที่จะยืนยันข้อเท็จจริงที่สำคัญที่อาจใช้ในการดำเนินคดีอาญาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81

⁶⁴ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 239 บัญญัติว่า Unlawful restriction of a person or the deprivation of a person's liberty carries the punishment of up to five years' imprisonment or fine."

⁶⁵ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 223 และมาตรา 224

⁶⁶ Leino-Kilpi H and et al, p 22.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid p 20.

(6) ในบางกรณีเมื่อบุคคลผู้มีปัญหาทางจิตได้แสดงให้เห็นว่าจะเป็อันตรายต่อชีวิตของผู้ป่วยนั่นเอง หรือชีวิตของบุคคลอื่น บุคคลดังกล่าวอาจถูกควบคุมตัวไว้ในสถานที่บังคับและได้รับการบำบัดทางจิตในสถานที่ดังกล่าว ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายของแต่ละรัฐบัญญัติไว้⁶⁹

กล่าวโดยสรุป ประเทศเยอรมนีในฐานะที่เป็นประเทศกลุ่ม Civil Law เห็นว่า การรักษาพยาบาลแพทย์ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาลเสมอ เว้นแต่ในบางกรณีที่ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ หรือมีเหตุบางประการที่จำเป็นต้องกระทำขัดต่อ เจตนาของผู้ป่วย เช่น การต้องทำตามเงื่อนไขของกฎหมาย เป็นต้น

จากการศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติทั้งของประเทศอังกฤษ ออสเตรเลียและเยอรมนีจะเห็นว่า โดยทั่วไปทุกประเทศต่างมีความเห็นว่าคุณยินยอมเป็นเงื่อนไขสำคัญในการรักษาพยาบาล แพทย์จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนที่จะรับการรักษาตามหลักเสรีนิยมที่เคารพการแสดงเจตนาของผู้เป็นเจ้าของชีวิต แต่มีบางกรณีที่แพทย์สามารถรักษาผู้ป่วยได้แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมก็ตาม ทั้งนี้ ตามทฤษฎีความจำเป็น คำสั่งศาลกฎหมายบัญญัติไว้ในกรณีต่างๆ รวมทั้งเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยด้วย หากการรักษาพยาบาลของแพทย์ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย หรือไม่มีเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้ แพทย์อาจมีความรับผิดทั้งทางแพ่ง (trespass) และทางอาญา (battery/assault) ต่อผู้ป่วยได้

ความยินยอมของผู้ป่วยตามกฎหมายไทย

ก่อนปี พ.ศ. 2550 เรื่องความยินยอมทั้งความยินยอมโดยทั่วไปและความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตามศาลได้นำหลักกฎหมายในเรื่องความยินยอมมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายธรรมชาติที่สามารถนำมาใช้ในลักษณะที่เป็นคุณได้โดยได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 สรุปหลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมไว้ความว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ถ้าความผิดนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และยินยอมอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” ซึ่งนักกฎหมายได้ใช้คำพิพากษาดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานในการตีความกรณีที่มีปัญหาต้องวินิจฉัยเกี่ยวเนื่องกับความยินยอมเรื่อยมา

⁶⁹ Ibid.

สาระสำคัญของความยินยอมที่นักกฎหมายไทยยึดถือตามคำพิพากษาฎีกาฉบับดังกล่าว ได้แก่

1) ความยินยอมเกิดขึ้นโดยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมตามกฎหมาย ซึ่งได้แก่ผู้เสียหายตามหลักสิทธิในการกำหนดชะตาชีวิตของตนเอง (right to self – determination)

2) ความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจไม่ถูกบังคับหรือหลอกลวง

องค์ประกอบในข้อนี้มีสองประการ ประการแรก คือ ผู้ให้ความยินยอมต้องเข้าใจสาระสำคัญของการกระทำที่จะก่อความเสียหายซึ่งถ้าเทียบกับบริบทของการรักษาพยาบาล ผู้ให้ความยินยอมต้องเข้าใจสาระสำคัญของการรักษา ก่อน ดังนั้น ผู้ให้ความยินยอมจึงต้องได้รับข้อมูลที่สำคัญ และจำเป็นอย่างถูกต้องครบถ้วนก่อนจะให้ความยินยอม⁷⁰ ซึ่งข้อมูลเหล่านั้นได้แก่ ข้อมูลที่มีผลต่อการตัดสินใจของผู้ป่วยหรือข้อมูลสำคัญที่คาดหมายได้ว่าหากผู้ป่วยได้รับข้อมูลนั้นแล้วจะตัดสินใจได้ว่าจะให้ตัดสินใจว่าจะรักษาพยาบาลนั้นหรือไม่ เช่น สภาพของโรค วิธีการรักษา ระยะเวลาที่ใช้สำหรับรักษา ผลจากการไม่รักษา ผลที่เกิดขึ้นจากการรักษา ผลข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้น

องค์ประกอบในส่วนที่สองคือ ความยินยอมนั้นต้องให้ด้วยความสมัครใจ คือ ความยินยอมต้องเกิดขึ้นโดยผู้ให้ความยินยอมไม่ได้ถูกขู่เข็ญ บังคับ หลอกลวง หรือกระทำการด้วยประการใด ๆ ที่พอจะเห็นได้ว่า หากผู้ให้ความยินยอมไม่ได้อยู่ในภาวะเช่นนั้นก็จะไม่ให้ความยินยอม

3) ความยินยอมนั้นต้องครอบคลุมตลอดระยะเวลาที่ได้กระทำการดังกล่าว

เงื่อนไขประการต่อมา คือ ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่ตลอดระยะเวลาที่ได้กระทำการที่ตามปกติจะถือว่าเป็นความผิด

จากเงื่อนไขในข้อนี้จึงเห็นได้ว่า ความยินยอมของผู้ป่วยเมื่อให้ไปแล้วอาจยกเลิกหรือถอนได้เสมอ ไม่จำกัดระยะเวลา บุคคลอื่นจะบังคับฝืนใจผู้ป่วยไม่ได้ ดังนั้น หากปรากฏว่าในเบื้องต้นผู้ป่วยอนุญาตให้แพทย์ขยายหลอดเลือดหัวใจด้วยขดลวด (balloon) แล้ว แต่ต่อมาถ้าผู้ป่วยขอยกเลิกไม่กระทำการดังกล่าว แพทย์หรือพยาบาลก็จะดำเนินการตามความประสงค์เดิมไม่ได้เพราะเจตนาเดิมถูกยกเลิกแล้ว

4) การกระทำของบุคคลผู้ได้รับความยินยอมต้องอยู่ภายใต้กรอบของความยินยอม

หมายถึงว่า เมื่อได้รับความยินยอมให้ทำอะไร ผู้กระทำผูกพันที่จะกระทำการเพียงแค่นั้นที่ได้รับ ความยินยอมนั้นจะทำผิดแพ่งหรือเกินกว่าที่ได้รับไว้ไม่ได้ เช่น เมื่อนักมวยตกลงชกกันยอมหมายถึงการยินดีที่จะชกในครั้งนั้นตามกฎหมายที่กำหนด หรือถ้าเทียบกับกรณีทางการแพทย์ การที่ผู้ป่วยเข้ารับการผ่าตัดไส้ติ่ง เท่ากับผู้ป่วยยินยอมเฉพาะการผ่าตัดไส้ติ่งเท่านั้น แพทย์จะทำหมัน ตกแต่งลำไส้ ดูดไขมัน อีกไม่ได้

⁷⁰ ในต่างประเทศมีการกำหนดหลักเกณฑ์ของข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นไว้อย่างชัดเจนว่า หมายถึงข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการตัดสินใจของผู้ป่วยที่รักษาพยาบาล ได้แก่ พยาธิสภาพของโรค อาการของโรค ความรุนแรงของโรคหากไม่มีการรักษา วิธีการที่สามารถรักษาได้ ผลโดยตรงจากการรักษา ผลข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นจากการรักษา ใน Bird S, 'Consent to Medical Treatment' (2005) 34 Risk Management: Professional Practice J 382.

อย่างไรก็ตาม หลังจากมีคำพิพากษาเรื่องความยินยอมดังกล่าวแล้ว เมื่อวันที่ 16 เมษายน พ.ศ. 2541 สภาวิชาชีพการแพทย์และการสาธารณสุขอันประกอบด้วย แพทยสภา สภาการพยาบาล สภาเภสัชกรรม ทันตแพทยสภา และคณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลปะยังได้ร่วมกันออกคำประกาศสิทธิของผู้ป่วย⁷¹ ไว้เป็นเสมือนกรอบกำหนดสิทธิของผู้ป่วยไว้ในเบื้องต้น แต่คำประกาศสิทธิดังกล่าว เป็นเพียงการกำหนดมาตรฐานที่ผู้ประกอบวิชาชีพต้องดำเนินการ ไม่ได้มีผลบังคับใช้อย่างกฎหมายซึ่งเนื้อหาของคำประกาศสิทธิของผู้ป่วยก็ได้ยอมรับความสำคัญของความยินยอมของผู้ป่วยด้วยเช่นกัน

กระทั่งปี พ.ศ. 2550 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ซึ่งในมาตรา 8 ได้มีข้อความรับรองว่าผู้ป่วยมีสิทธิที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลและปฏิเสธไม่รับการรักษาพยาบาลเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในคำประกาศสิทธิของผู้ป่วย⁷²

⁷¹ คำประกาศสิทธิของผู้ป่วย เมื่อวันที่ 16 เมษายน 2541 มีรายละเอียด คือ

- 1) ผู้ป่วยทุกคนมีสิทธิพื้นฐานที่จะได้รับบริการด้านสุขภาพตามบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
- 2) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะรับบริการจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากความแตกต่างด้านฐานะ เชื้อชาติ สัญชาติ ศาสนา สังคม ลัทธิการเมือง เพศ อายุ และลักษณะของความเจ็บป่วย
- 3) ผู้ป่วยที่จะขอรับบริการด้านสุขภาพมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอและเข้าใจชัดเจนจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ เพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตน เว้นแต่ เป็นการช่วยเหลือรีบด่วนหรือจำเป็น
- 4) ผู้ป่วยที่อยู่ในภาวะเสี่ยงอันตรายต่อชีวิต มีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือรีบด่วนจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยทันทีตามความจำเป็นแก่กรณี โดยไม่คำนึงว่าผู้ป่วยจะร้องขอความช่วยเหลือหรือไม่
- 5) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับทราบชื่อ สกุล และประเภทของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพที่เป็นผู้ให้บริการแก่ตน
- 6) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะขอความเห็นจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพอื่นที่มีได้เป็นผู้ให้บริการแก่ตนและมีสิทธิในการขอเปลี่ยนผู้ให้บริการ และสถานบริการได้
- 7) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับการปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับตัวเองจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยเคร่งครัด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย
- 8) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลอย่างครบถ้วนในการตัดสินใจเข้าร่วมหรือถอนตัวจากการเป็นผู้ถูกทดลองในการทำวิจัยของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ
- 9) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลเฉพาะของตนที่ปรากฏในเวชระเบียนเมื่อร้องขอ ทั้งนี้ ข้อมูลดังกล่าวต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่น
- 10) บิดามารดา หรือผู้แทนโดยชอบธรรมอาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์ ผู้บกพร่องทางกายหรือจิต ซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้

⁷² มาตรา 8 บัญญัติว่า “...บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นไม่ได้... มิให้ขัดแย้งกับกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน
- (2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้ทายาทโดยธรรม ... ของผู้รับบริการรับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้”

จากหลักเกณฑ์ในมาตรา 8 และคำประกาศสิทธิของผู้ป่วยทำให้เห็นได้ว่า ปัจจุบันการให้การรักษาพยาบาลต้องเคารพการให้ความยินยอมของผู้ป่วยเป็นผลให้หลักเรื่องความยินยอมในการรักษาพยาบาลตามกฎหมายไทยมีผลบังคับใช้ดังนี้

- 1) โดยทั่วไปการให้บริการสาธารณสุขต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน ทั้งนี้ผู้ป่วยต้องได้รับข้อมูลที่เพียงพอเพื่อประกอบการตัดสินใจ
- 2) กฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบของความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้ แต่โดยทั่วไปผู้ให้บริการสาธารณสุขโดยเฉพาะโรงพยาบาลจะกำหนดรูปแบบหนังสือให้ความยินยอมไว้ให้ผู้ป่วยได้ ลงนามก่อนให้บริการ
- 3) หากผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอมแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุขจะให้บริการแก่ผู้ป่วยไม่ได้
- 4) หากมีสถานการณ์บางอย่าง แม้ผู้ป่วยจะไม่ให้ความยินยอมหรือผู้ป่วยอยู่ในสภาพให้ความยินยอมไม่ได้ ผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุขก็สามารถให้บริการแก่ผู้ป่วยได้

การรักษาโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมตามกฎหมายไทย

ในการรักษาพยาบาล ผู้ให้บริการจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยแล้ว แต่ยังมีบางกรณีซึ่งผู้ให้บริการสามารถให้การรักษาพยาบาลได้แม้จะไม่มี ความยินยอมของผู้ป่วยซึ่งมีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย โดยนอกจาก พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 จะได้กำหนดหลักเกณฑ์การรักษาพยาบาลโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยไว้แล้ว เรื่องดังกล่าวยังมีสอดแทรกอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ ดังนั้น ทำให้สามารถสรุปหลักเกณฑ์การรักษาพยาบาลโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมตามกฎหมายได้ ดังนี้

1) กรณีฉุกเฉินและกรณีจำเป็น

ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติได้กำหนดกรณีแพทย์สามารถให้การรักษาพยาบาลได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยไว้ 2 กรณี ดังนี้

(1) ผู้ป่วยอยู่ในภาวะที่เป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต (life-threatening situation) อาทิเช่น ผู้ป่วยที่ได้รับอุบัติเหตุรถชนศีรษะกระแทกพื้นมีเลือดคั่งในสมอง และไม่สามารถติดต่อญาติได้ เช่นนี้ หากแพทย์ตัดสินใจผ่าตัดสมองเพื่อนำเลือดที่คั่งนั้นออกมาย่อมสามารถกระทำได้ เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้ป่วยอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วนตามความในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ

อย่างไรก็ตาม ข้อพึงระวังคือการรักษาที่จะอ้างเหตุป้องกันหรือจำเป็นได้ต้องปรากฏว่าเป็นการรักษาเพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากภาวะวิกฤติเท่านั้น หากเป็นการรักษาอื่นนอกเหนือจากความจำเป็นของผู้ป่วยในภาวะวิกฤติผู้รักษาต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน

(2) ผู้ป่วยอยู่ในฐานะที่ไม่สามารถรับทราบข้อมูลได้และไม่สามารถแจ้งบุคคลบางประเภท

การรักษาพยาบาลในข้อนี้ ต้องมีเงื่อนไขสองประการ กล่าวคือ

(2.1) ผู้ป่วยไม่อยู่ที่ที่ไม่สามารถรับทราบข้อมูลได้ อันหมายถึง ผู้ป่วยไม่อยู่ในวิสัยที่จะรับทราบข้อมูลได้ไม่ว่าจะเพราะไม่มีสติ (unconsciousness) หรือผู้ป่วยอยู่ภายใต้สภาวะอื่นที่เป็นเหตุให้การตัดสินใจเบี่ยงเบนไปจากปกติ เช่น การได้รับยาบางประเภท

(2.2) ผู้ให้บริการไม่สามารถแจ้งให้ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการแล้วแต่กรณีรับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้

อันหมายถึง ในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถรับทราบข้อมูลด้วยตนเองได้ ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องแจ้งให้บุคคลที่ระบุไว้ทราบ

หากเป็นกรณีสองประการข้างต้น แพทย์และบุคลากรสามารถให้การรักษาพยาบาลได้ แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนหรือขัดต่อความยินยอมที่ผู้ป่วยได้เคยให้ไว้ก็ตาม

2) กรณีกฎหมายบัญญัติ

กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจแพทย์ที่จะตรวจรักษาผู้ป่วยโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมหลายกรณี เช่น การรักษาพยาบาลผู้ป่วยทางจิตที่ให้อำนาจแพทย์พยาบาลที่จะนำตัวผู้ป่วยดังกล่าวไปรักษาพยาบาลด้วยตนเอง หรือด้วยคำสั่งศาล⁷³ หรือการบังคับผู้ต้องหาเพื่อตรวจหาสารพันธุกรรม (DNA) จากตัวผู้ต้องหา⁷⁴ เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้จึงเห็นได้ว่า ภายใต้กฎหมายไทยบางกรณีแพทย์สามารถรักษาผู้ป่วยได้ตามกฎหมาย แม้จะไม่มี ความยินยอมของผู้ป่วยเช่นกัน

ปัญหาการรักษาพยาบาลภายใต้กฎหมายไทย

แม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายที่กำหนดว่าการรักษาพยาบาลต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยแล้วก็ตาม แต่การบังคับตามกฎหมายดังกล่าวยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติตลอดมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งยังขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในฐานะที่เป็นเจ้าของชีวิต ทั้งนี้ ปัญหาดังกล่าวได้แก่

1) ปัญหาจากรูปแบบของการให้ความยินยอม

กฎหมายไทยมิได้กำหนดรูปแบบของการให้ความยินยอมไว้ว่าต้องมีรูปแบบเช่นใด ดังนั้น ผู้ป่วยสามารถให้ความยินยอมได้ทั้งด้วยการแสดงออกอย่างชัดแจ้ง เช่น การพยักหน้า การทำหนังสือ หรืออาจให้ความยินยอมโดยปริยาย เช่น การถลกแขนเสื้อให้ฉีดยา การขึ้นเตียงเพื่อรอให้แพทย์ฉีดยา เป็นต้น

ในทางปฏิบัติสถานบริการสาธารณสุขส่วนใหญ่จะมีหนังสือแสดงเจตนาขอรับการตรวจ รักษาพยาบาลไว้เป็นหลักฐานว่าได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย โดยหนังสือแสดงเจตนาอันนี้มีรูปแบบและข้อความคล้ายคลึงกัน ดังนี้

⁷³ ป.วิ.อาญา มาตรา 14 บัญญัติว่า “ในระหว่างทำการสอบสวน ใต้สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณา ถ้ามีเหตุควรเชื่อว่าผู้ต้องหาหรือจำเลย เป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ให้พนักงานสอบสวนหรือศาลแล้วแต่กรณี สั่งให้พนักงานแพทย์ตรวจผู้ นั้นเสร็จแล้วให้เรียกพนักงานแพทย์ผู้นั้นมาให้ถ้อยคำหรือให้การว่าตรวจได้ผลประการใด

ในกรณีที่พนักงานสอบสวนหรือศาลเห็นว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ให้งดการสอบสวน ใต้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาไว้จนกว่าผู้นั้นหายวิกลจริต หรือสามารถจะต่อสู้คดีได้ และให้มีอำนาจส่งตัวผู้นั้นไปยังโรงพยาบาลโรคจิต หรือมอบให้แก่ผู้อนุบาลข้าหลวงประจำจังหวัดหรือผู้อื่นที่เต็มใจรับไปดูแลรักษาก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควร ...”

⁷⁴ ป.วิ.อาญา มาตรา 244/1 บัญญัติว่า “ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุก หากมีความจำเป็นต้องใช้พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดที่เป็นประเด็นสำคัญแห่งคดีให้ศาลมีอำนาจสั่งทำการตรวจพิสูจน์บุคคล วัตถุ หรือเอกสารใด โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ได้

ในกรณีที่การตรวจพิสูจน์ตามวรรคหนึ่งจำเป็นต้องตรวจเก็บตัวอย่างเลือด เนื้อเยื่อ ผิวน้ำหนัง เส้นผม หรือขน น้ำลาย ปัสสาวะ อุจจาระ สารคัดหลั่ง สารพันธุกรรมหรือส่วนประกอบของร่างกายจากคู่ความหรือบุคคลใด ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญ ดำเนินการตรวจดังกล่าวได้ แต่ต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นและสมควร โดยใช้วิธีการที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ทั้งจะต้องไม่เป็นอันตรายต่อร่างกายหรืออนามัยของบุคคลนั้น และคู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องให้ความยินยอม หากคู่ความฝ่ายใดไม่ยินยอมหรือกระทำการป้องกันขัดขวางมิให้บุคคลที่เกี่ยวข้องให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้สันนิษฐานไว้เบื้องต้นว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่คู่ความฝ่ายตรงข้ามอ้าง...”

โรงพยาบาล.....
หนังสือแสดงเจตนาขอรับการตรวจรักษาพยาบาล

ให้ผู้ป่วยหรือผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้กรอกข้อความและกาเครื่องหมาย / ในช่อง
โดยหนังสือฉบับนี้ ข้าพเจ้า นาย/นาง/นางสาว.....อายุ.....ปี
 บัตรประจำตัวประชาชน บัตรข้าราชการ บัตรอื่นๆ ที่มีรูปถ่าย.....
เลขที่.....สังกัด.....ในฐานะเป็น
 ผู้ป่วย ผู้แทนโดยชอบธรรม ในฐานะเป็น.....ของผู้ป่วย ชื่อ ด.ช./ด.ญ./นาย/
นาง/นางสาว.....HN.....AN.....ได้รับทราบเรื่องการตรวจรักษา
และข้อความในหนังสือแสดงเจตนาขอรับการตรวจรักษาพยาบาลจากแพทย์ และ/หรือ เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์
ของโรงพยาบาล.....และได้พิจารณาโดยละเอียดถี่ถ้วนแล้ว ข้าพเจ้าจึงยินยอมให้แพทย์ และ/หรือ
เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์รวมทั้งบุคลากรของโรงพยาบาล.....ดำเนินการทุกอย่างที่เกี่ยวกับการ
การตรวจวินิจฉัย บำบัดโรค ส่งเสริมสุขภาพ ป้องกันโรค การรักษาพยาบาล การผ่าตัด และการฟื้นฟูสภาพ
ร่างกายและจิตใจ ทางทางการแพทย์ เช่น การให้สารระงับความรู้สึก การฉีดยาหรือสารเข้าร่างกาย การผ่าตัด
การรักษาด้วยวิธีพิเศษทุกชนิด รวมทั้งการรักษาพยาบาลและผ่าตัดในระยะฉุกเฉิน ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ต่อชีวิต
และสุขภาพของ
 ข้าพเจ้า ผู้ป่วยได้ตลอดจนเสร็จการ

ข้าพเจ้าขอให้ถือหนังสือแสดงความยินยอมฉบับนี้ มีผลใช้บังคับตลอดระยะเวลาที่ ข้าพเจ้า ผู้ป่วย
อยู่ในโรงพยาบาล.....และยินยอมที่จะปฏิบัติตามระเบียบของโรงพยาบาล.....ทุกประการ

ลงชื่อ.....

ผู้ป่วย

ผู้แทนโดยธรรม

ลงชื่อ.....

ลงชื่อ.....

(.....)

(.....)

ตำแหน่ง.....

ตำแหน่ง.....

วันที่...../...../.....เวลา.....น.

หมายเหตุ “ผู้แทนโดยชอบธรรม” อาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ ผู้บกพร่อง
ทางกายหรือจิต ซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้ หมายถึง ตามลำดับต่อไปนี้

- คู่สมรส (โดยนิตินัย)
- ผู้สืบสันดาน (บุตร, ธิดา)
- บิดา, มารดา
- พี่น้องร่วมบิดา มารดาเดียวกัน
- ปู่ ย่า ตา ยาย
- ลุง ป้า น้า อา

หากพิจารณาจากรูปแบบของหนังสือให้ความยินยอม ผู้วิจัยเห็นว่า หนังสือดังกล่าวยังมีปัญหา ทั้งใน ข้อกฎหมายที่ขัดกับหลักความยินยอมสากล หลักสิทธิเสรีภาพของประชาชนและปัญหาในทางปฏิบัติในเรื่องการ ให้ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม อันได้แก่

1.1 ผู้ให้ความยินยอมในกรณีทั่วไป

ผู้ให้ความยินยอมตามหนังสือแสดงเจตนาระบุไว้ 2 ประเภท คือ

1. ผู้ป่วย

2. ผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งอาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ ผู้บกพร่อง ทางกายหรือจิตซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้ โดยมีการแบ่งลำดับการใช้สิทธิดังรายละเอียดข้างต้น

สำหรับกรณีผู้ป่วยที่มีสติสัมปชัญญะ ผู้ป่วยย่อมมีสิทธิให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ด้วยตนเองตามหลักการให้ความยินยอมและหลักเสรีนิยม แต่หากเป็นกรณีผู้ป่วยที่ไม่มีสติสัมปชัญญะหรือไม่มี ความสามารถตามกฎหมายแล้ว หนังสือข้างต้นได้แสดงลำดับของผู้ให้ความยินยอมแทนไว้ดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากกฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่า ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมาย บัญญัติเรื่องการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลโดยผู้แทนของผู้หย่อนความสามารถไว้เป็นการเฉพาะ สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ระบุว่า นิติกรรมบางประเภทห้ามผู้หย่อนความสามารถกระทำได้ เพียง ลำพังนั้น ความดังกล่าวมีอาจนำมาใช้กับกรณีการให้การรักษาพยาบาลได้ เพราะการรักษาพยาบาลมิได้อยู่ ในความหมายของนิติกรรม เนื่องจากการรักษาพยาบาลไม่มีเจตนาที่จะผูกความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่าง แพทย์กับผู้ป่วยและมีได้มีเจตนาจะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน และระงับซึ่งสิทธิของคู่กรณีแต่ละฝ่ายด้วย เช่นกัน ทั้งกฎหมายดังกล่าวก็ได้บัญญัติให้อำนาจผู้แทนให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแทนบุคคล ผู้หย่อนความสามารถได้ ดังนั้น จึงยังมีอำนาจนำหลักการเรื่องผู้แทนผู้หย่อนความสามารถตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์มาใช้กับกรณีการรักษาพยาบาลได้

ส่วนพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 (2) มีข้อความคล้ายกับจะให้ญาติ ของผู้ป่วยให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้ในบางกรณี แต่หากพิจารณาให้ถี่ถ้วนจะเห็นว่า มาตราดังกล่าว บัญญัติ เพียงว่า แพทย์จะต้องให้ข้อมูลการรักษาพยาบาลแก่ผู้ป่วยและต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนการรักษา พยาบาล เว้นแต่ผู้ป่วยไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้ทายาทโดยธรรมฯ ของผู้ป่วย ให้รับทราบข้อมูลแทนผู้ป่วยในขณะนั้นได้ ซึ่งจากถ้อยคำในกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายไม่ได้กำหนด ว่าหากผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอม ญาติของผู้ป่วยจะต้องให้ความยินยอมแทนผู้ป่วย เพราะกฎหมายกำหนด เพียงว่าแพทย์มีหน้าที่ “แจ้ง” ข้อมูลให้แก่ญาติเท่านั้น ไม่ได้ก้าวล่วงไปถึงกับให้สิทธิแก่ญาติที่จะต้องให้ความ ยินยอมแทนผู้ป่วยด้วย

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามหลักเสรีนิยม (principle of autonomy) ซึ่งถือว่า ผู้ให้ความยินยอม ตามกฎหมายในการรักษาพยาบาลต้องเป็นผู้ป่วยเท่านั้น ดังนั้น บุคคลอื่น เช่น ญาติของผู้ป่วย จึงไม่สามารถให้ ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดรูปแบบ และข้อความในหนังสือดังกล่าวโดยที่ไม่มีกฎหมายรองรับในเรื่องผู้ให้ความยินยอมแทนไว้เป็นการเฉพาะนั้น ยังไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายการแพทย์ที่ว่าด้วยความยินยอมและไม่ถูกต้องตามหลักสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนที่ต้องได้รับความคุ้มครองซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาต่างๆ เกิดตามมา

ตัวอย่างของปัญหาในทางปฏิบัติที่อาจเกิดขึ้นเมื่อแพทย์หรือพยาบาลขอความยินยอมจากญาติของผู้ป่วยโดยอาศัยหนังสือแสดงเจตนาฉบับดังกล่าว ได้แก่

- หากกำหนดลำดับของญาติที่จะให้ความยินยอมแทนผู้ป่วย เช่น คู่สมรส บุพการี ผู้สืบสันดาน บุคคลดังกล่าวต้องนำพยานหลักฐานใดมาพิสูจน์ว่า บุคคลที่กำลังให้ความยินยอมนั้นตรงตามในเงื่อนไขที่ระบุไว้ และจะพิสูจน์ได้อย่างไรว่าเอกสารดังกล่าวเป็นเอกสารที่ถูกต้องตามกฎหมาย
- หากญาติในลำดับเดียวกัน เช่น ผู้สืบสันดานมีความเห็นที่แตกต่างกัน เช่น บุตรคนแรกบอกให้หยุดการรักษาพยาบาลแต่บุตรอีกคนบอกให้รักษาต่อไป ผู้มีหน้าที่รักษาพยาบาลผู้ป่วยจะฟังความเห็นของผู้ใด

นอกจากนี้ หากพิจารณาจากลำดับผู้แทนโดยชอบธรรมที่สามารถให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยตามหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าวจะเห็นว่าเป็นการกำหนดลำดับโดยอาศัยหลักเกณฑ์เดียวกันกับลำดับการรับมรดกของทายาทโดยธรรมตามกฎหมายมรดก⁷⁵ แต่ผู้เขียนเห็นว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายมรดกมีเจตนารมณ์ที่จะจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้ตายเพื่อให้มีผู้รับมรดกสืบเนื่องกันไม่ขาดสาย ในขณะที่การให้ความยินยอมรักษาพยาบาลเป็นการจัดการเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของผู้ป่วยจึงต้องอาศัยความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างผู้ป่วยและผู้แทนทั้งในทางกฎหมายและในทางความเป็นจริง ทั้งยังต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเป็นเกณฑ์สำคัญ ดังนั้น จึงไม่สามารถที่จะนำกฎหมายมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลมได้

ด้วยเหตุผลทางกฎหมายและทางปฏิบัติดังกล่าว ประเทศที่ระบบกฎหมายการแพทย์และการสาธารณสุขมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเยอรมัน จึงยึดหลักที่ว่า ผู้ป่วยเท่านั้นที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล และถ้าผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ แพทย์และบุคลากรทางการแพทย์จะไม่ขอความยินยอมจากญาติ แต่จะพิจารณาเพียงว่า เป็นกรณีที่สามารถให้การรักษาพยาบาลโดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมได้หรือไม่ ในขณะที่ความเห็น หรือการตัดสินใจของญาติเป็นเพียงข้อพิจารณาประกอบความเห็นของแพทย์เท่านั้น นอกจากนี้ ในหลายประเทศได้บัญญัติกฎหมาย (statutes) ไว้เป็นข้อยกเว้นโดยกำหนดลำดับผู้ให้ความยินยอม หลักเกณฑ์ และขั้นตอนในการให้ความยินยอมข้อจำกัดของการให้ความยินยอมแทนไว้อย่างชัดเจน

⁷⁵ ป.พ.พ. มาตรา 1629 บัญญัติว่า ทายาทโดยธรรมมีหลักลำดับเท่านั้น และภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1630 วรรค 2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้สืบสันดาน
- (2) บิดามารดา
- (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน
- (5) ปู่ ย่า ตา ยาย (6) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635.”

1.2 ผู้ให้ความยินยอมกรณีเด็กเป็นผู้ป่วย

ตามหนังสือดังกล่าวเห็นว่า กรณีผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ ให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ให้ความยินยอมแทนเด็ก

ดังที่กล่าวแล้วว่า ความยินยอมไม่ใช่นิติกรรมและการให้ความยินยอมเกิดจากหลักเสรีนิยม จึงเป็นผลให้ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองโดยพิจารณาเพียงว่าผู้ป่วยที่เป็นผู้เยาว์สามารถเข้าใจสาระสำคัญของการรักษาพยาบาลได้อย่างเพียงพอที่จะตัดสินใจตามเงื่อนไขของหลักความยินยอมหรือไม่ ถ้าผู้เยาว์สามารถเข้าใจสาระสำคัญของการรักษาพยาบาลได้อย่างเพียงพอ กล่าวคือ เป็นผู้มีวุฒิภาวะที่สามารถเข้าใจลักษณะของกระบวนการในการรักษา (nature of the proposed procedure) ผลที่จะเกิดขึ้นจากการรักษา (consequences) ทั้งในแง่ที่จะเกิดขึ้นตามที่ตั้งใจ (intended effects) และผลข้างเคียงจากการรักษา (side-effects) รวมถึงผลที่อาจเกิดขึ้นจากการผิดพลาดของการรักษา (consequences of failure to treat) เช่นนี้ แม้คำประกาศสิทธิของผู้ป่วยข้อสุดท้ายยังมีข้อความเพียงว่า “บิดามารดาและผู้แทนโดยชอบธรรมอาจใช้สิทธิแทนผู้เยาว์...ได้” อันแสดงให้เห็นว่า โดยหลักผู้เยาว์จะต้องให้ความยินยอมด้วยตนเอง เพราะการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิเฉพาะตัว ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่สามารถให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์ได้⁷⁶

แต่หากเป็นกรณีผู้เยาว์ที่เป็นเด็กเล็กจนไม่สามารถเข้าใจสาระสำคัญของการรักษาดังกล่าว ย่อมเป็นหน้าที่ของบิดามารดาที่ต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์นั้น⁷⁷ เพราะเป็นการใช้อำนาจในฐานะของบุพการี (Parens Patriae)

1.3 รายละเอียดในหนังสือขอความยินยอม

ดังที่กล่าวไว้ในตอนต้นว่า องค์ประกอบของความยินยอมข้อหนึ่ง คือ ความยินยอมนั้นต้องเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ ดังนั้น ผู้ให้ความยินยอมจึงต้องเข้าใจสาระสำคัญของการรักษาพยาบาลเสียก่อนแล้วจึงตกลงใจให้ความยินยอม ซึ่งหมายถึง ผู้ให้ความยินยอมต้องเข้าใจในสาระสำคัญของการรักษา อันได้แก่ เข้าใจว่าผู้ป่วยนั้นเจ็บป่วยด้วยโรคใด มีวิธีใดรักษาได้บ้าง แต่ละวิธีจะให้ผลในการรักษาอย่างไร อาจให้ผลกระทบอย่างไร รวมทั้งต้องปฏิบัติตนหลังการรักษาอย่างไร เพื่อนำมาสู่การตัดสินใจที่ถูกต้องตามความต้องการที่แท้จริงของผู้ป่วย

การที่ผู้ป่วยไม่ได้รับข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วนรวมถึงการที่ผู้ป่วยถูกขู่เข็ญ หลอกลวง ให้ตัดสินใจให้ความยินยอม ย่อมเป็นผลให้ความยินยอมนั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย ถือประการหนึ่งว่า ผู้ป่วยไม่ได้ให้ความยินยอมนั้นเลย

เมื่อพิจารณาตัวอย่างของหนังสือแสดงเจตนาข้างต้นมีการระบุข้อความว่า “...(ผู้ป่วย) ได้รับทราบเรื่องการตรวจรักษาและข้อความในหนังสือ... และได้พิจารณาโดยละเอียดถี่ถ้วนแล้ว ข้าพเจ้าจึงยินยอมให้แพทย์... ดำเนินการทุกอย่างเกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัยบำบัดโรค ส่งเสริมสุขภาพ ป้องกันโรค การรักษาพยาบาล... ได้ตลอดจนเสร็จการ” เห็นได้ว่าไม่มีการระบุเงื่อนไขที่สำคัญและจำเป็นในการให้ความยินยอมหลายประการ เป็นต้นว่าการไม่มีข้อความแสดงว่าผู้ป่วยป่วยเป็นโรคใด การรักษาพยาบาล ที่ขอความยินยอมเป็นการรักษาแบบใด วิธีใด ซึ่งเป็นการปฏิบัติที่ไม่ครบถ้วนตามหลักความยินยอม สากลดังที่กล่าวมา ดังนั้น หากมีปัญหาว่า ตามหนังสือ

⁷⁶ Skene, L. above n 10, p 140.

⁷⁷ ป.พ.พ. มาตรา 1564.

ฉบับนี้ ผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมอย่างถูกต้อง หรือไม่ จึงเป็นภาระของผู้ให้บริการที่จะพิสูจน์ว่าความยินยอมดังกล่าวบังคับได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่

ด้วยเหตุดังกล่าว ในความเห็นของผู้เขียนจึงเห็นว่าหากใช้รูปแบบหนังสือให้ความยินยอม ดังกล่าว เป็นมาตรฐานในการขอความยินยอมอาจเกิดข้อโต้แย้งในภายหลังว่าผู้ป่วยมิได้ให้ความยินยอมโดยถูกต้องตามกฎหมาย

2) ปัญหาในการรักษาพยาบาลที่ไม่มี ความยินยอมของผู้ป่วย หรือที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของผู้ป่วย

ปัญหาอีกประการหนึ่งในเรื่องความยินยอมของผู้ป่วย คือ การที่ผู้ป่วยปฏิเสธไม่ยอมรับการรักษาพยาบาล ทั้งนี้ พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ได้ระบุงบรองรับสิทธิดังกล่าวไว้ในมาตรา 8 ที่ถือ เป็นกรณีทั่วไปหรือในมาตรา 12 ที่ได้รับรองสิทธิของผู้ป่วยที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลที่เป็นไปเพื่อยืดวาระสุดท้ายของชีวิตหรือเพื่อยุติการทรมานจากอาการเจ็บป่วย⁷⁸ นอกจากนี้ คำประกาศสิทธิของผู้ป่วยเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2541 ยังได้ยอมรับสิทธิของผู้ป่วยไว้ดังกล่าวด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ปัญหาในการปฏิเสธการรักษาพยาบาลเกิดขึ้นในหลายกรณี เป็นต้นว่า

2.1 เมื่อผู้ป่วยประสงค์จะออกจากโรงพยาบาลก่อนกำหนด

เมื่อผู้ป่วยประสงค์จะออกจากโรงพยาบาลก่อนกำหนด (prematured discharge) มักเกิดปัญหาว่า บุคลากรทางการแพทย์ทั้งแพทย์และพยาบาลจะไม่ยอมให้ผู้ป่วยออกจากโรงพยาบาลโดยอ้างว่า หากผู้ป่วยออกจากโรงพยาบาลจะทำให้ผู้ป่วยมีอาการทรุดลงหรือพยาธิสภาพของโรคจะเพิ่มมากขึ้น

หากพิจารณาจากหลักกฎหมายตามมาตรา 8 วรรคแรกจะเห็นได้ว่าสิทธิในการรักษาพยาบาลเป็นสิทธิของผู้ป่วยที่จะเลือกว่าจะรับการรักษาหรือไม่เพียงใด ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามหลักเสรีนิยมที่เคารพความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ย่อมเห็นได้ว่าผู้ป่วยย่อมมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับการรักษาแม้การไม่รักษาพยาบาลดังกล่าวจะทำให้เกิดผลร้ายต่อผู้ป่วยในบั้นปลายตามมากก็ตาม

ในปัญหานี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 250/2546⁷⁹ วินิจฉัยไว้ในเป็นกรณีกลุ่มพยานพระยะโฮวาที่แสดงเจตนาปฏิเสธการรับเลือดของผู้อื่นแม้ตนเองจะอยู่ในภาวะอันตรายถึงแก่ชีวิตด้วยเหตุผลของความเชื่อในทางศาสนาที่ไม่ยอมให้บริโภคหรือรับเลือดและส่วนประกอบของเลือด โดยคำวินิจฉัยดังกล่าวมีประเด็นสำคัญ คือ

(1) การที่ผู้ป่วยได้ทำข้อตกลงไว้ล่วงหน้าว่าจะไม่รับการรักษาพยาบาลนั้น ข้อตกลงดังกล่าวสามารถบังคับได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย เป็นผลให้บุคลากรทางการแพทย์ต้องยุติการรักษาพยาบาลตามเจตนาของผู้ป่วย หากบุคลากรทางการแพทย์ยังคงขัดขวางเอาตัวผู้ป่วยไว้รักษาต่อไปอาจมีความผิดทางอาญาได้

⁷⁸ มาตรา 12 “บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁷⁹ ข้อเท็จจริงโดยย่อของเรื่องที่หารือ คือ กลุ่มพยานพระยะโฮวาได้มีหนังสือปฏิเสธการรับเลือด (No Blood) แม้ในกรณีที่ตนเองต้องหมดสติไม่สามารถให้ความยินยอมได้ แม้การไม่รับเลือดนั้นจะเป็นผลให้ตนต้องถึงแก่ความตายก็ตาม แพทย์สภาจึงมีหนังสือหารือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลไว้ล่วงหน้าข้างต้นสามารถบังคับได้ตามกฎหมายหรือไม่

(2) ข้อตกลงดังกล่าวไม่ใช่กับกรณีที่อยู่ในภาวะผู้ป่วยอาจได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตหากไม่มีการรักษาพยาบาล เพราะข้อตกลงที่สร้างขึ้นไว้ล่วงหน้านั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150⁸⁰ แพทย์จึงสามารถรักษาพยาบาลผู้ป่วยได้ แม้จะขัดต่อเจตนารมณ์ของผู้ป่วยก็ตาม

2.2 เมื่อผู้ป่วยอยู่ในภาวะเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต

กรณีผู้ป่วยอยู่ในภาวะเป็นอันตรายถึงชีวิตไม่ว่าจะเป็นกรณีผู้ป่วยไม่มีสติสัมปชัญญะในขณะที่รับตัวหรือกรณีผู้ป่วยมีสติสัมปชัญญะในขณะที่รับตัวและได้ปฏิเสธการรักษาพยาบาลดังกล่าว หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 250/2546 จะเห็นว่า แม้นักกฎหมายไทยจะเห็นว่าสิทธิของผู้ป่วยเป็นสิทธิที่พึงได้รับการเคารพและสามารถบังคับใช้ได้แต่การใช้สิทธิดังกล่าวต้องมีใช่เป็นกรณีที่มีผลให้ผู้ทรงสิทธิต้องได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิต ซึ่งการตีความดังกล่าวเป็นผลให้เท่ากับว่าเมื่อผู้ป่วยอยู่ในภาวะอันตรายถึงแก่ชีวิต ผู้ให้บริการสาธารณสุขย่อมมีดุลพินิจในการให้การรักษาพยาบาลได้ แม้จะขัดแย้งต่อเจตนาของผู้ป่วยก็ตาม ซึ่งการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังกล่าวมิได้คำนึงถึงหลักการเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามรัฐธรรมนูญและหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่สามารถกระทำการใด ๆ ได้หากไม่ทำให้บุคคลอื่นต้องได้รับผลร้ายจากการกระทำของตน

สรุปและข้อเสนอแนะ

ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเป็นที่มาของความชอบธรรมที่จะให้บุคลากรทางการแพทย์สามารถรักษาพยาบาลผู้ป่วยได้ตามกฎหมายและเป็นหลักประกันในหลักสิทธิมนุษยชนที่เคารพการแสดงเจตนาของผู้เป็นเจ้าของชีวิต ถ้าผู้รักษาได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเจ้าของชีวิตก่อนลงมือรักษาพยาบาลและผู้นั้นได้ให้การรักษาภายใต้กรอบของความยินยอมแล้ว ผู้ป่วยและญาติฟ้องร้องบุคลากรทางการแพทย์ให้รับผิดชอบในทางแพ่งและทางอาญาไม่ได้ แม้การรักษาจะไม่สัมฤทธิ์ผลตามที่ผู้ป่วยคาดหวังไว้

เงื่อนไขสำคัญของความยินยอมตามหลักสากล คือ ผู้ป่วยต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมด้วยตนเองทั้งนี้ ตามหลักเสรีนิยมที่เคารพสิทธิของปัจเจกชนเว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษว่าบุคคลอื่น สามารถให้ความยินยอมแทนได้หรือมีเหตุอื่นที่สามารถรักษาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม แต่การให้ความยินยอมแทนก็มีข้อจำกัดบางประการแตกต่างจากกรณีการให้ความยินยอมด้วยตนเอง⁸¹ นอกจากนั้น เงื่อนไขประการต่อมา คือ ผู้ให้ความยินยอมต้องให้ความยินยอมด้วยความสมัครใจ หมายถึง ผู้ป่วยต้องเข้าใจสาระสำคัญของการรักษาและได้ให้ความยินยอมโดยถูกต้องไม่ถูกขู่เข็ญ หลอกลวง สำคัญผิดด้วยประการใด ๆ มิเช่นนั้นจะถือว่าผู้ป่วยให้ความยินยอมตามกฎหมายไม่ได้

เมื่อพิจารณาบริบทของกฎหมายไทยผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายไทยยอมรับหลักเกณฑ์ที่ว่าความยินยอมเป็นเงื่อนไขสำคัญในการรักษาพยาบาลด้วยโดยมีพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 และคำประกาศของสภาการวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์และการสาธารณสุขที่รับรองว่าการรักษาพยาบาลผู้ป่วยในกรณีทั่วไปแพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย

⁸⁰ ในต่างประเทศการที่บุคลากรทางการแพทย์ไม่ปฏิบัติตามเจตนาของผู้ป่วยที่จะยุติการรักษาพยาบาลนั้นเป็นเหตุให้ผู้ให้การรักษาดำเนินการในทางอาญาในข้อหาความผิดต่อเสรีภาพความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขัง

⁸¹ ผู้เขียนยังไม่ขอก้าวถึงในบทความนี้

ปัจจุบันมีการกำหนดตัวอย่างหนังสือแสดงเจตนาขอรับการตรวจรักษาพยาบาลเป็นรูปแบบมาตรฐาน แต่ผู้เขียนเห็นว่าหนังสือดังกล่าวยังคงมีปัญหาว่าไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายที่เป็นสากล ในเรื่องความยินยอม และยังขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนทั้งยังมีปัญหาในการบังคับใช้ที่ไม่สอดคล้องกับหลักความจริง โดยเฉพาะเรื่องการอนุญาตให้ผู้อื่นให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยโดยไม่มีกฎหมายรองรับสิทธิของผู้นั้น เรื่องความยินยอมของผู้เยาว์ที่อยู่ในวัยสยและวุฒิภาวะที่สามารถให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ เรื่องสาระสำคัญที่ควรระบุไว้ในหนังสือ ให้ความยินยอม และการให้การรักษาพยาบาลที่ไม่มีความยินยอมของผู้ป่วยหรือที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของผู้ป่วย

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในเบื้องต้นควรมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติกำหนดกรอบแห่งสิทธิของผู้ป่วยและผู้ใช้สิทธิแทนผู้ป่วยกรณีผู้ป่วยใช้สิทธิดังกล่าวเองไม่ได้ จากนั้น จึงกำหนดกฎหมายลำดับรอง ระบุรายละเอียดอันเป็นคู่มือในการปฏิบัติสำหรับผู้ต้องให้บริการสาธารณสุข เพราะพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ก็ยังมีได้กำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติและแก้ไขในปัญหาดังกล่าวไว้ ส่วนกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับความยินยอมในการรักษาพยาบาลก็ยังคงเป็นการนำกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีนิติกรรมสัญญา หรือกรณีการคุ้มครองผู้บริโภค หรือกรณีการจัดการทรัพย์สินมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามความเข้าใจของผู้ปฏิบัติซึ่งมิได้แก้ไขปัญหาในบริบทของการรักษาพยาบาลได้อย่างชัดเจน ทำให้แนวคิดพื้นฐานของกฎหมาย การแพทย์ถูกเบี่ยงเบนไปจากหลักการคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยที่อาศัยหลักสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการเคารพเจตนารมณ์ตามหลักเสรีนิยม (principle of autonomy) และหลักการกำหนดชะตาชีวิตตัวเอง (principle of self-determination) ที่สำคัญ คือ กฎหมายดังกล่าวต้องคำนึงถึงความเชื่อและเสรีภาพตามหลักศาสนาด้วย

การกำหนดกฎหมายเรื่องความยินยอมให้ชัดเจน นอกจากจะเป็นมาตรการหนึ่งที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยให้เป็นไปตามหลักกฎหมายแล้ว ยังคงจะเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติงานของบุคลากรผู้ให้บริการทางการแพทย์และป้องกันไม่ให้เกิดการดำเนินคดีทางการแพทย์ (medical litigation) อีกด้วย

References

Books

- Bradley, A W & Ewing, K D. (1997) **Constitutional and Administrative Law** (12th ed). Essex: Addison Wesley Longman.
- Bunchanan M. (1995) **Enabling Patients to Make Informed Decisions**. Nursing Times 91 (18).
- Charlesworth, M. (1993). **Bioethics in a Liberal Society**. Cambridge University Press, Cambridge.
- Christman, J. (2001). **Liberalism, Autonomy, and the Self-transformation**. **Social Theory and Practice**. 185-206.
- Kant, I. (1997) **Kritique of Practical Reason**. Mary Gregory, M (ed) Cambridge: Cambridge University Press.
- Leino-Kilpi H and et al (2002) **Patient's Autonomy, Privacy and Informed Consent**. IOS Press, Amsterdam, p 38.
- Mason, J K & McCall Smith, R A. (1994). **Law and Medical Ethics**. (4th ed). Edinburgh: Butterworths.
- Skene, L. (2009). **Law and Medical Practice: Rights, Duties, Claims and Defences**. Butterworths, New South Wales, P 85.
- WHO (1996). **European Health Care Reform: Citizen's Choice and Patient's Rights**. WHO, Regional Office for Europe. Copenhagen: World Health Organization.

Articles

- Bird S, 'Consent to Medical Treatment' (2005) 34 Risk Management: Professional Practice J 382.
- Goff, R. 'A Matter of Life and Death' (1995) 3 Med Law Rev 1, p 9.
- Electronic Publications
- Center of Concern, The Principle of Human Dignity, www.coc.org visited on 07/09/12.
- Kant, I. (1785). **Groundwork for the Metaphysics of Morals**. http://en.wikipedia.org/wiki/Groundwork_of_the_Metaphysic_of_Morals visited on 15/05/13.
- National Committee for the Prevention of Elder Abuse. Autonomy and Self-determination. Retrieved July 4, 2009, from <http://www.preventelderabuse.org/issues/autonomy.html>.

Principle of Human Dignity.

- http://www.ascensionhealth.org/ethics/public/key_principles/human_dignity.asp. visited on 03/10/12.
- Standford Encyclopedia of Philosophy. **The Principle of Beneficence in Applied Ethics**. <http://www.plato.stanford.edu/entries/principle-beneficence/> visited on 03/04/12.
- The Government of Canada, **New Reproductive and Genetic Technologies**. (1996). <http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis008.pdf> CCNE Opinion no.8. visited on 03/10/12.

Foreign Laws

Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991.
 German Constitution
 Health Act 1937 (Qld)
 Health (Infectious Diseases) Regulations 1900 (Vic).
 Mental health Act 1963
 Mental Health (Scotland) Act 1984
 Mental Health (Patients in the Community) Act 1995
 Motor Traffic (Alcohol and Drugs) Act 1977 (ACT)
 Public Health (Infectious and Notifiable Diseases) Regulations (Amendment) (ACT) 1992
 Road Traffic Act 1961 (SA)
 Road Safety (Alcohol and Drugs) Act 1970 (Tas).
 Sexually Transmitted Diseases Act 1956 (ACT)
 Traffic Act 1909 (NSW)
 Traffic Act 1987, (NT)

Foreign Judgments

Airedale national health Service Trust v Bland [1993] AC 789.
 Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] All ER 2.
 Brovia v Superio Court 225 Cal Rptr 297 (Ct App 1986)(Cal CA).
 Canterbury v Spence 464 F 2d 772 (1972) (US Ct of Apps, DC Cir).
<http://www.pfc.org.uk/node/633> visited on 08/10/12.
 Department of Health and Department of Health and Community Services (NT) v JWB (1992)
 175 CLR 218.
 Rodriguez v British Columbia (Attorney-General) (1993) 107 DLR (4th) 342.
 Sidaway v Bethlem Royal Hospital and Maudsley Hospital [1985] AC 871 at 888
 Roger v Whitaker (1992) 175 CLR 479.
 Sideaway v Bethlem Royal Hospital and Maudsley Hospital [1985] AC 871, Airedale National
 Health Service Trust v Bland [1993] AC 789.
 Re A (a child) (1993) 16 Fam LR 715.
 Re F (mental patient: sterilization) [1990] 2 AC 1.
 Re H (mental patient) [1993] 1 FLR 28.
 Re S (adult: refusal of medical treatment) [1992] 4 All ER 671 (Fam Div).
 Re W (a minor) (consent to medical treatment) [1992] 4 All ER 627.
 Re W (a minor)(consent to medical treatment) [1992] 4 All ER 627.
 Re T (adult: refusal of treatment [1993] Fam 95.
 Reibl v Hughes [1980] 2 SCR 880Scholendorf v Society of New York Hosptical 105 NE 92 (1914).

การปกครองตามหลักนิติธรรมในมุมมอง ขององค์กรเอกชนต่างประเทศ

สกกล หาญสุทธิวารินทร์*

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็มิได้ให้ความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมไว้ว่าเป็นเช่นใด คำว่าหลักนิติธรรมมาจาก คำภาษาอังกฤษว่า Rule of Law ซึ่งก็มีนักปราชญ์ทางการปกครองและนิติศาสตร์ชาวตะวันตกให้ความหมายไว้ มากมายหลากหลายอาจารย์นักกฎหมายไทย นักวิชาการของไทย ก็ได้นำมาอธิบายให้ความหมายในมุมมอง แง่ต่างๆ ที่น่าจะถือเป็นคำอธิบายที่ให้ความหมายได้ชัดเจนคือ “หลักการที่สำคัญที่สุดของหลักนิติธรรม คือ การใช้ อำนาจรัฐจะมีความชอบธรรมก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบ ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันการ ใช้อำนาจรัฐอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งต่อปัจเจกชนและประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ หลักนิติธรรมจะเป็นหลักประกันผลประโยชน์ของปัจเจกชนและมหาชน การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชน ตลอดจนกำกับอำนาจของภาครัฐในทุกภาคส่วนให้เป็นไปโดยธรรม ตามครรลองวิถีทางแห่ง รัฐธรรมนูญ”

ประเทศที่พัฒนาแล้ว จะให้ความสำคัญกับการปกครองโดยหลักนิติธรรมมาก รวมทั้งองค์การสหประชาชาติ โดยเลขาธิการสหประชาชาติก็ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมไว้เป็นแนวปฏิบัติด้วย ในส่วนขององค์กรเอกชน ที่ไม่แสวงหากำไร คือ World Justice Project (WJP) ได้ให้ความสำคัญของการปกครองโดยหลักนิติธรรม มากโดยเห็นว่าการปกครองโดยหลักนิติธรรมจะเป็นประโยชน์ต่อมนุษย์ จึงได้สนับสนุนให้มีการปกครอง โดยหลักนิติธรรมให้แพร่หลาย กิจกรรมที่สำคัญอย่างหนึ่งคือ การจัดทำรายงานดัชนีชี้วัดการปกครองตาม หลักนิติธรรมประจำปี ออกเผยแพร่ต่อสังคมโลกด้วย

การปกครองตามหลักนิติธรรม

ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยมาตั้งแต่ปี 2475 มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศมาจนถึงปัจจุบัน รวม 18 ฉบับ รัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ จะมีบทบัญญัติในมาตราต่างๆ คล้ายคลึงกัน คือ จะบัญญัติว่า “ประเทศไทย เป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกไม่ได้” ส่วนระบอบการปกครองก็บัญญัติไว้คล้ายกันว่า ประเทศไทย

* ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 ของสำนักงาน ศาลรัฐธรรมนูญ

มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในส่วนอำนาจอธิปไตยก็จะบัญญัติว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ รัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในปัจจุบันคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ในมาตราต้นๆ ก็มีบทบัญญัติทำนองเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคหนึ่งว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” และได้เพิ่มวรรคสองที่บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

จากบทบัญญัติของมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2550 ที่เพิ่มขึ้นมาดังกล่าว เป็นเรื่องใหม่ และเป็นครั้งแรกของประเทศไทยที่มีบทบัญญัติระบุถึงหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่รัฐธรรมนูญปี 2550 ก็ได้ให้ความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมไว้ ว่ามีความหมายเพียงใด

ความหมายของหลักนิติธรรม

การที่จะเข้าใจเรื่องการปฏิบัติหน้าที่หรือการปกครองตามหลักนิติธรรม จำเป็นต้องเข้าใจถึงความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมเป็นเบื้องต้น ซึ่งสามารถเรียนรู้ทำความเข้าใจจากคำอธิบายของผู้ทรงความรู้ทั้งด้านรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ทั้งไทยและต่างประเทศ รวมทั้งจากบรรดาผู้ทรงคุณวุฒิที่มาเป็นวิทยากรบรรยายหัวข้อวิชาต่างๆ ที่เกี่ยวกับหลักนิติธรรมในหลักสูตรการอบรมครั้งนี้ด้วย โดยคำบรรยายของบางท่านจะอิงถึงคำอธิบายของนักปราชญ์ต่างประเทศที่มีชื่อเสียงที่ให้คำอธิบายถึงคำว่าหลักนิติธรรมไว้นานมาแล้ว ที่ถูกเอ่ยถึงมากคือ นักปราชญ์ชาวอังกฤษนามว่า ไคซี วิทยากรที่เป็นผู้บรรยายแต่ละท่านก็จะมีมุมมองของคำว่าหลักนิติธรรมทั้งที่เหมือนและแตกต่างกันหลากหลาย

คำบรรยายโดยศาสตราจารย์ ดร.สมบัติ ธำรงธัญวงศ์ เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2556

หลักนิติธรรม

1.1 บริบทของหลักนิติธรรม (Rule of Law)

หลักนิติธรรม คือ “การปกครองประเทศโดยกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลเสมอภาคกันในกฎหมาย บุคคลจักต้องรับโทษในการกระทำผิดอันใด ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และจำต้องได้รับการพิจารณาตีจากศาลยุติธรรม ที่มีความเป็นอิสระในการชี้ขาดตัดสินคดีไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเองก็ดีหรือระหว่างเอกชนกับรัฐก็ดี”

1.2 ลักษณะกฎหมายที่เป็นไปตามหลักนิติธรรม

Lon L. Fuller นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกันกล่าวว่า กฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้ต้องมีลักษณะสำคัญ คือ

- (1) กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคนไม่เว้นแม้แต่องค์การเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- (2) กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย
- (3) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลัง

ไปในอดีต

(4) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม

(5) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง

(6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้

(7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้

(8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น

คำบรรยายโดย ศาสตราจารย์พิเศษ จริญญา ภักดีธนากุล เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2556

หลักนิติธรรม (Rule of Law)

1. หมายถึง หลักการที่เป็นกฎกติกาของกฎหมายที่ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องยึดถือและปฏิบัติตาม มิเช่นนั้น กฎหมายนั้นจะไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย

แม้กฎหมายจะถูกตราขึ้นโดยชอบด้วยหลักนิติธรรมแล้ว การบังคับใช้และการตีความกฎหมายนั้น ก็จะต้องกระทำภายในกรอบของหลักนิติธรรมด้วย จึงจะได้ชื่อว่าเป็นการใช้กฎหมายโดยชอบ ใช้อำนาจโดยธรรม

2. หลักนิติธรรม มีให้หลักยุติธรรมตามกฎหมาย ซึ่งยึดถือบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นสรณะใช้กฎหมายเป็นยุติธรรม โดยมีได้คำนึงถึงกฎกติกาของกฎหมายนั้นเลย

3. หลักนิติธรรมมีเนื้อหาสาระอย่างไร มิได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมีเนื้อหาใกล้เคียงกับหลักกฎหมายธรรมชาติที่สังคมยึดถือร่วมกันอยู่ เช่น หลักยุติธรรม (Principle of Natural Justice) หลักความชอบธรรม (Righteousness) และเพื่อประโยชน์สุขแห่งมหาชนชาวสยาม (Public Interests) เป็นต้น

หลักนิติรัฐ (Legal State)

หลักนิติรัฐมิใช่เพียงแต่หลักกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นหลักของกฎหมาย หลักของกระบวนการยุติธรรมและหลักของการใช้อำนาจรัฐด้วย

หลักนิติรัฐเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของการเมืองการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย เพื่อความสำเร็จและป้องกันความเสื่อมทรามลงของระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม

หลักนิติรัฐจึงมีความเชื่อมโยงและสอดคล้องกับหลักการปกครองข้ออื่นๆ ทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) หลักนิติธรรม (Rule of Law) หลักความยุติธรรมธรรมชาติ (Natural Justice) หลักกฤษฎีกากระบวนการ (Due Process of Law) หรือความชอบธรรม (Righteousness) อื่นๆ

หลักนิติรัฐมิได้ให้ความสำคัญแก่นักกฎหมาย แต่ต้องการนักยุติธรรมที่ไม่สยบยอมต่อผู้ใช้อำนาจโดยปราศจากความชอบธรรม

1. การปกครองประเทศที่ไม่ถือบุคคลเป็นใหญ่ แต่ถือหลักเกณฑ์และกติกาสังคมเป็นสำคัญ

ผู้ปกครองประเทศมิใช่เจ้าของประเทศ เพียงแต่เป็นผู้ที่ประชาชนมอบหมายไว้วางใจให้เข้ามาใช้อำนาจรัฐแทนประชาชน และเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนเท่านั้น

ผู้ใช้อำนาจรัฐมิใช่เจ้าของอำนาจรัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือตามอารมณ์ของตนมิได้ ต้องใช้ตามหลักเกณฑ์กติกาที่สังคมวางไว้ด้วยความสุจริต ไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอย่างไม่เป็นธรรม และไม่รุนแรงหรือย่ำแย่จนเกินไป

2. แม้หลักนิติรัฐจะถือหลักเกณฑ์กติกาว่า สำคัญกว่าความรู้สึกของคนแต่ไม่ได้ถือบทกฎหมายเป็นสรณะ บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ผู้ปกครองประเทศบัญญัติขึ้นถ้าปราศจากความชอบธรรมรองรับสภาพบังคับก็แทบจะไม่มี

กฎหมายดังกล่าวนี้ ย่อมมีสภาพเพียงกระดาษเปื้อนหมึก ผู้บัญญัติยอมเสื่อม ผู้บังคับใช้ก็พลอยเสื่อมไปด้วย ยิ่งบังคับใช้มากเท่าใดยิ่งเสื่อมมากเท่านั้น ถ้าไม่เชื่อลองบัญญัติกฎหมายบังคับให้ประชาชนใช้มือเดินแทนเท้าดูก็ได้

3. หลักนิติรัฐปฏิเสธผู้ใช้อำนาจเป็นธรรม (Might is Right) แต่เทิดทูนผู้ที่ใช้ธรรมเป็นอำนาจ (Right is Might)

การบัญญัติกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายจะต้องกระทำตามกรอบและครรลองแห่งหลักนิติธรรม (Rule of Law) หลักยุติธรรม (Principle of Natural Justice) และหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process of Law)

อำนาจทุกชนิดมีต้นทุนกำกับอยู่ ใช้มากย่อมหมดมาก ครั้นไม่ใช้ในคราวที่ควรต้องใช้ ผู้ทรงอำนาจก็จะกลายเป็นผู้ย่อหย่อนสมรรถภาพ หรือขาดความรับผิดชอบ ทำให้เสื่อมจากอำนาจได้ไม่น้อยไปกว่าพวกบ้าอำนาจ

ถ้าการปกครองที่ดีที่สุด คือการปกครองที่น้อยที่สุดเป็นคำกล่าวที่ถูกต้องการใช้อำนาจที่ดีที่สุด ก็ควรจะเป็นการใช้อำนาจที่ได้สัดส่วนพอเหมาะสมควรแก่กรณีที่สุด

4. หลักนิติรัฐถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือช่วยให้เกิดความถูกต้อง เป็นธรรมและสันติสุขในสังคม มิใช่เครื่องมือสำหรับกดขี่ข่มเหง เอารัดเอาเปรียบผู้อื่นหรือประชาชน แสวงหาผลประโยชน์ทับซ้อนวาระซ่อนเร้นภายใต้ภาพลวงตาว่าเป็นกฎหมายเพื่อประสิทธิภาพในการบริหารจัดการบ้านเมือง

ประสิทธิภาพในการบริหารจัดการบ้านเมืองเป็นเป้าประสงค์ประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ แต่มิใช่เป้าประสงค์ประการเดียว เหนือสิ่งอื่นใด ยังมีสิ่งดีๆ อีกหลายประการที่สำคัญยิ่งกว่าประสิทธิภาพ เช่น ความดำรงคงอยู่อย่างสงบสุขแห่งราชอาณาจักร ผลประโยชน์ของชาติและพัฒนาการอย่างยั่งยืนประชาชน หรือประโยชน์และความสุขของมหาชนชาวสยาม เป็นต้น

5. หลักนิติรัฐเรียกร้องให้ต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ และมีการคานอำนาจตรวจสอบอำนาจอย่างสมดุล เพราะอำนาจมักพาให้ใช้ผิด ยิ่งมีอำนาจมากเพียงใดก็ผล่อใช้ตามอำเภอใจไปได้เพียงยั้ง ดังคำกล่าวของ Lord Acton ที่ว่า “Power tends to corrupt; Absolute power corrupts absolutely.”

คำบรรยายโดย ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช เมื่อวันที่ ๒๑ มีนาคม ๒๕๕๖

หลักนิติธรรมกับการควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษที่ถือปฏิบัติกันมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 ต่อมาใน 1885 สมัยของพระนางวิกตอเรีย ศาสตราจารย์ เอ.วี ไตซี่ (Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ดได้นำมาอธิบายและให้ความหมายอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น โดยให้ความหมายของหลักนิติธรรมไว้ 3 ประการ คือ

(1) บุคคลจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นทำผิดกฎหมาย และกฎหมายนั้นต้องตราขึ้นโดยถูกต้อง ก่อนถูกลงโทษต้องฟ้องคดีให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษา ไม่ใช่ตั้งศาลพิเศษมาพิจารณาพิพากษา

(2) บุคคลทุกคนในแผ่นดินย่อมเสมอกันในกฎหมาย ไม่มีใครมีอภิสิทธิ์เหนือกฎหมาย ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลชั้นสูงขนาดนายกรัฐมนตรี หรือเป็นบุคคลชั้นต่ำเพียงแค่พลตำรวจหรือคนเก็บภาษีอากร

(3) บุคคลทุกคนต้องมีสิทธิเสรีภาพในความเป็นมนุษย์ และมีเสรีภาพที่จะประชุมปรึกษาหารือกัน

คำบรรยายโดย ศาสตราจารย์พิเศษ วิชา มหาคุณ เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 4 เมษายน 2556

หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

1. เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับคำว่า “ความเสมอหน้ากัน” (Equality)
2. อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน
3. ไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจ

รูปแบบและเนื้อหาของหลักนิติธรรม แยกพิจารณาได้ 3 ประการ

1. The core rule of law หรือ (the ‘thin’ rule of law) หมายถึง การปกครองโดยกฎหมาย ในรูปแบบของหลักทั่วไปที่ได้แยงค์คัดค้านดุลพินิจผู้ปกครอง

2. The amplified rule of law หรือ (the ‘thick’ rule of law) หมายถึง ความคิดเกี่ยวกับความเป็นธรรมและความยุติธรรม

3. The ‘extended’ rule of law หมายถึง ความปรารถนาอันสูงสุดของหลักนิติธรรม ซึ่งได้แก่คุณค่าของเสรีภาพ ซึ่งมีองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระเป็นผู้ปกป้องคุ้มครอง

คำบรรยายโดย ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 23 พฤษภาคม 2556

หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

AV Dicey

1. ความสูงสุดของกฎหมายธรรมดา
2. ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายของเจ้าหน้าที่และประชาชนภายใต้ศาลเดียวกัน
3. รัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพลเมืองโดยศาลยุติธรรม

สหรัฐอเมริกา

บทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 5 “บุคคลไม่อาจถูกพรากจากชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากสุจริตกระบวนการ (due process of law)” คดี *Miranda vs. Arizona* 1966

ยุโรป

คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง 26 ส.ค. 1789 ก่อตั้ง “นิติรัฐ” (Etat de Droit/legal state หรือ Rechtsstaat) L.Fuller (The Morality of Law) หลักนิติธรรมมี 8 หลัก

1. ทุกคนต้องเคารพกฎหมายที่มีอยู่
2. กฎหมายต้องประกาศให้ทราบทั่วไป
3. กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง
4. กฎหมายต้องบัญญัติให้ชัดเจนเพื่อเลี่ยงการบังคับใช้ที่มีขอบ

เลขาธิการสหประชาชาติ หลักนิติธรรม คือ “นิติธรรมาภิบาลซึ่งทุกคน ทุกสถาบัน และทุกหน่วยงาน ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐ ภาคเอกชน รวมทั้งตัวรัฐเอง จะต้องรับผิดชอบและถูกตรวจสอบได้ต่อกฎหมาย (Accountabl to laws) ซึ่งได้ประกาศใช้โดยเปิดเผย บังคับใช้โดยเสมอภาค และวินิจฉัยตัดสินคดีชี้ขาดโดยอิสระ ซึ่งสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ และมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน หลักนี้ยังต้องมีมาตรการเพื่อประกันหลักความสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of Law) ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ความรับผิดชอบและถูกตรวจสอบได้โดยกฎหมาย ความเป็นธรรมในการใช้กฎหมาย การแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ความแน่นอนของกฎหมายใช้อำนาจอธิปไตย การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ความแน่นอนของกฎหมาย การหลีกเลี่ยงอำเภอใจ และความโปร่งใสทางกฎหมายและวิธีพิจารณา”

(จาก Report of the S.G. : The Rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies (2004))

แนวความคิดเรื่อง “หลักนิติธรรม” กลายเป็นแนวความคิดที่ไร้ความหมายเพราะการใช้คำนี้พร่ำเพรื่อ และใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางอุดมการณ์ต่างๆ (Judith N. Shklar, 1987)

หลักนิติธรรม ศุภนิติธรรม นิติรัฐ ไม่ใช่การปกครองโดยกฎหมาย (rule by law)

หลักนิติธรรมเป็น “จริยธรรมของกฎหมาย” (morality of law) ที่เป็นกระแสความคิดที่ต้องการเห็นกฎหมายและการใช้กฎหมายในสังคมมนุษย์ถูกต้องและเที่ยงธรรม

องค์ประกอบของหลักนิติธรรม 4 ประการ

1. องค์ประกอบด้านสาระ (substantive rule of law)
2. องค์ประกอบด้านกระบวนการ (procedural rule of law)
3. องค์ประกอบด้านองค์กร (institutional rule of law)
4. องค์ประกอบด้านเป้าหมาย

องค์ประกอบสาระของหลักนิติธรรม

1. ทุกคนไม่ว่ารัฐ เจ้าหน้าที่ หรือ ประชาชนอยู่ใต้กฎหมายโดยเสมอภาคกัน (equality before law) ไม่ใช่อยู่ภายใต้อำเภอใจของคน John Adams “a government of law and of men” รัฐธรรมนูญ มาตรา 5, 6, 27 และ 28

2. กฎหมายดังกล่าวต้องรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพของบุคคล
 - สิทธิ เสรีภาพส่วนบุคคล / ทางการเมือง
 - สิทธิ เสรีภาพทางเศรษฐกิจ / สังคม

องค์ประกอบกระบวนการ

รัฐและเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้ คือ ตามวิธีการ รูปแบบ เวลา สถานที่ ฯลฯ หลักการย่อยเรื่องกระบวนการ

- ไม่ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังเป็นโทษ (ม.39)
- ข้อสันนิษฐานว่าไม่ผิดจนกว่าจะพิสูจน์เป็นอย่างอื่น (ม.39 วรรคสอง)
- การแจ้งข้อหา
- การให้สิทธิป้องกันตนเอง (ม.40 (70))
- การห้ามฟ้องซ้ำในคดีอาญา (ห้าม double jeopardy) ฯลฯ

องค์ประกอบด้านองค์กร

- ต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ (คำประกาศสิทธิมนุษยชน 1789 ข้อ 16)
- มีศาลที่เป็นอิสระ สุจริต และเที่ยงธรรม
- มีกระบวนการยุติธรรมที่สุจริต และเที่ยงธรรม

องค์ประกอบด้านเป้าหมาย

- สร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้น โดยเที่ยงธรรม

ข้อสรุปจากคำบรรยาย

จากคำบรรยายของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ามุมมองความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมมีมากมายหลากหลาย อาจเป็นไปตามศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เปรียบเปรยไว้ว่า ความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมมีหลากหลายเหมือนแกงเหาะหม้อใหญ่ แต่ที่น่าจะเป็นคำอธิบายที่ได้ความกระชับ เข้าใจได้ง่าย คือข้อความที่กล่าวถึงหลักนิติธรรม ในหลักการและเหตุผล ของการจัดทำโครงการอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1 คือ

หลักนิติธรรม (The rule of Law) ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่า “ไม่มีผู้ใดอยู่เหนือกฎหมายและกฎหมายต้องตั้งอยู่บนความชอบธรรมเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและของมหาชนชาวสยาม” อาจกล่าวได้ว่า หลักการที่สำคัญที่สุดของหลักนิติธรรม คือการใช้อำนาจรัฐจะมีความชอบธรรมก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบ ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันการใช้อำนาจรัฐอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งต่อปัจเจกชนและประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ หลักนิติธรรมจะเป็นหลักประกันผลประโยชน์ของปัจเจกชนและมหาชน การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนกำกับอำนาจของภาครัฐในทุกภาคส่วนให้เป็นไปโดยธรรม ตามครรลองวิถีทางแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หลักนิติธรรมจะนำพาไปสู่การพัฒนาประชาธิปไตยที่ยั่งยืน มีคุณภาพต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ โดยยกเหตุที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้น ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมเป็นเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยด้วย คือ คำวินิจฉัยที่ 4/2556 เรื่อง พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า เห็นว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 มาตรา 41 ซึ่งบัญญัติให้บรรดาพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่า เป็นพยานหลักฐานและเอกสารที่รับฟังได้ตามกฎหมาย นั้น เป็นบทบัญญัติที่มีได้กำหนดรายละเอียดขั้นตอน และกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน แต่เป็นบทบัญญัติที่บังคับให้จำเลยต้องผูกมัดตามพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาจากการสืบพยานของโจทก์ ในศาลต่างประเทศที่จำเลยไม่มีโอกาสตรวจหรือรับทราบพยานหลักฐานหรือต่อสู้คดีได้อย่างเพียงพอ แม้ว่าการรับฟังพยานหลักฐานของศาลต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 มาตรา 227/1 ที่บัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งนำพยานหลักฐานที่จำเลยไม่มีโอกาสถามค้าน ด้วยความระมัดระวังและไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานดังกล่าวโดยลำพัง

เพื่อลงโทษจำเลยก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้เป็นข้อห้ามเด็ดขาด โดยยังเปิดโอกาสให้ศาลนำพยานหลักฐาน เช่นนี้ไปใช้ประกอบกับพยานหลักฐานอื่นได้ จึงไม่เป็นธรรมแก่จำเลย ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การมีสิทธิที่จะให้คดีของตน ได้รับการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม การได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการ ตามกระบวนการยุติธรรม การมีโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ และการได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) ข้อ 14.3 อันเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้า สิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย สิทธิที่จะซักถามพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน และสิทธิขอให้เรียกพยานฝ่ายตนมาซักถามภายใต้เงื่อนไขเดียวกับพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 มาตรา 41 จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) ทั้งไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมาก (5 ต่อ 4) วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 มาตรา 41 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7)

หลักนิติธรรมในมุมมองของ The World Justice Project : WJP

The World Justice Project เป็นองค์กรอิสระ ที่ไม่แสวงหากำไร ก่อตั้งโดย นาย William H. Neukom. ในปี 2549 ในฐานะเป็นประธาน ด้วยความริเริ่มของสมาคมเนติบัณฑิตแห่งอเมริกา และด้วยความร่วมมือเริ่มแรกของหุ้นส่วนทางยุทธศาสตร์อีก 21 แห่ง ได้เปลี่ยนมาเป็นองค์กรอิสระที่ไม่แสวงหากำไรในปี 2553 สำนักงานตั้งอยู่ที่กรุงวอชิงตัน ดีซี และเมืองซีแอตเทิล สหรัฐอเมริกา มีจุดมุ่งหมายเพื่อพัฒนาสังคมให้เป็นสังคมแห่งการมีโอกาส และเท่าเทียมกัน โดยการขยายการปกครองด้วยหลักนิติธรรมให้กว้างขวางทั่วโลก ด้วยเห็นว่าการปกครองด้วยหลักนิติธรรมจะช่วยประชาชน และสังคมให้ประสบความสำเร็จเจริญก้าวหน้า ผลสำเร็จของการปกครองโดยหลักนิติธรรมจะช่วยลดการคอร์รัปชั่น ช่วยให้สาธารณสุขดีขึ้น ขยายการศึกษา ช่วยประชาชนให้พ้นจากความยากจน ปกป้องพวกเขาจากความอยุติธรรมและภัยอันตรายน้อยใหญ่ทั้งปวง

The World Justice Project ถือว่าหลักนิติธรรมเป็นระบบ ซึ่งยอมรับหลักการอันเป็นสากล 4 หลักการ ดังนี้

1. รัฐบาล เจ้าหน้าที่ของรัฐ หน่วยงานของรัฐ ปัจเจกชน และนิติบุคคลเอกชน ต้องมีภาระรับผิดชอบภายใต้กฎหมาย
2. กฎหมายต้องชัดเจน เปิดเผยมุ่งเป็นการทั่วไป มีความแน่นอนถูกต้อง และใช้บังคับ โดยเสมอหน้ากัน และปกป้องสิทธิพื้นฐาน รวมทั้งความปลอดภัยของประชาชนและทรัพย์สิน
3. กระบวนการตรากฎหมาย การกำกับดูแลตามกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย ต้องสามารถเข้าถึงได้เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ

4. การประสานความยุติธรรมต้องทันที่ว่ามีคุณธรรม และโดยผู้มีความอิสระ เป็นกลาง มีจำนวนที่พอเหมาะ มีเครื่องมือเครื่องมือที่เหมาะสม สะท้อนถึงหน้าตาของสังคมที่พวกเขาจะใช้

การจัดทำรายงานดัชนีชี้วัดการปกครองตามหลักนิติธรรม ประจำปี 2555-2556 โดย The World Justice Project

เป้าหมายของ WJP คือการดำเนินการให้หลักนิติธรรมแผ่ขยายไปทั่วโลก เพราะเห็นว่าการมีหลักนิติธรรมเป็นพื้นฐานที่จะทำให้เกิดความก้าวหน้าของการเป็นสังคมที่มีโอกาสและเท่าเทียมกัน อันจะก่อให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่ยั่งยืน มีรัฐบาลที่รับผิดชอบตรวจสอบได้ และเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ถ้าปราศจากหลักนิติธรรม ยาและเวชภัณฑ์จะไม่ตกไปถึงหน่วยงานที่ให้บริการทางสาธารณสุข เพราะมีการคอร์รัปชัน สตรีที่อยู่ในพื้นที่ห่างไกลจะยังคงไม่ได้รับรู้ถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของตน ประชาชนจะถูกฆาตกรรมจากความรุนแรงของการกระทำผิดทางอาญา ต้นทุนของการประกอบธุรกิจจะสูงขึ้น อันเนื่องจากความเสี่ยงที่จะถูกกรรโชกทรัพย์ การปกครองโดยหลักนิติธรรมจะเป็นกุญแจที่จะไขไปสู่การปรับปรุงการบริการสาธารณสุขให้ดีขึ้น ช่วยปกป้องการมีส่วนร่วมให้ความมั่นใจต่อความปลอดภัย และการต่อสู้กับความยากจน

The World Justice Project ได้จัดทำรายงานดัชนีชี้วัดการปกครองตามหลักนิติธรรมประจำปีออกเผยแพร่มาแล้ว 2 ฉบับ สำหรับรายงานฉบับประจำปี 2555-2556 เป็นรายงานฉบับที่สาม มีประเทศที่สำรวจตรวจสอบให้คะแนนเพื่อการจัดทำดัชนี รวม 97 ประเทศ ใช้ตัวชี้วัดทั้งหมด 48 ข้อ เป็นเกณฑ์โรกาพิการณา ประกอบด้วยมิติทางกรอบความคิดประมาณ 9 มิติ คือ อำนาจของรัฐบาลมีขีดจำกัด ไม่มีคอร์รัปชัน ความสงบเรียบร้อย สิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐบาลที่เปิดกว้าง การบังคับใช้กฎระเบียบ ความยุติธรรมทางแพ่ง ความยุติธรรมทางอาญา และความยุติธรรมที่ไม่เป็นทางการ การให้คะแนนและการจัดอันดับ วิเคราะห์จากข้อมูลจากแหล่งข้อมูลสองแหล่ง คือแหล่งข้อมูลที่มีความอิสระ โดย The World Justice Project ในแต่ละประเทศ และการทำโพล General Population Poll และโดยการตอบคำถามที่มีคุณภาพตามคำถามที่ทันสมัย จากประชาชน 97,000 คน และผู้เชี่ยวชาญ 2,500 คนทั่วโลก

ในการจัดทำดัชนี The World Justice Project ได้แยกกลุ่มประเทศตามภูมิภาคและอนุภูมิภาค และแยกตามรายได้ของประเทศซึ่งมี 4 ระดับ คือ รายได้สูง รายได้ปานกลางค่อนข้างสูง รายได้ปานกลางค่อนข้างต่ำ และรายได้ต่ำ

สำหรับประเทศในกลุ่มอาเซียนที่มีการสำรวจและจัดทำดัชนีมี 7 ประเทศ คือ กัมพูชา อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ มาเลเซีย ไทย สิงคโปร์ และเวียดนาม จัดอยู่ในกลุ่มเอเชียตะวันออกเฉียงและแปซิฟิก โดยแยกตามรายได้ คือ กัมพูชา อยู่ในกลุ่มรายได้ต่ำ อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ และเวียดนาม อยู่ในกลุ่มรายได้ปานกลางค่อนข้างต่ำ มาเลเซีย และไทยอยู่ในกลุ่มรายได้ปานกลางค่อนข้างสูง สิงคโปร์ รายได้สูง โดยทั้ง 7 ประเทศในกลุ่มอาเซียนได้รับการจัดอันดับดังนี้

กัมพูชา อยู่ในอันดับต่ำสุดในกลุ่มภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงและแปซิฟิก ในทุกมิติ ภาพรวมของสภาพแวดล้อมของกฎหมายและองค์กรยังอ่อนแอ ซึ่งถูกย่ำจากคะแนนที่ในเรื่องหลักๆ รวมทั้งเรื่องอำนาจของรัฐบาลที่มีมากมาย (อยู่อันดับที่ 9) การบังคับใช้กฎระเบียบ การเข้าถึงความยุติธรรมทางแพ่ง คอร์รัปชันที่มีสูง (อยู่อันดับที่ 80) สิทธิในทรัพย์สินอ่อนแอ และตำรวจนอกธรรมาภิบาลที่ใช้อำนาจมิชอบยังเป็นปัญหาใหญ่ แต่ในทางกลับกัน กัมพูชามีอัตราการทำผิดทางอาญาดำกว่าประเทศในกลุ่มรายได้ต่ำด้วย

อินโดนีเซีย อยู่ในลำดับดีในทุกมิติในกลุ่มรายได้ปานกลางค่อนข้างต่ำ ได้อันดับหนึ่งในกลุ่มรายได้ปานกลางค่อนข้างต่ำสำหรับการตรวจสอบอำนาจของรัฐบาล (ได้อันดับที่ 29 ของทั้งหมด) และความเปิดกว้างของรัฐบาล (ได้อันดับที่ 35 ของทั้งหมด) ในอีกด้านหนึ่งประเทศก็เผชิญกับความท้าทายในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและศาล คอร์รัปชันมีสูง อยู่อันดับสุดท้ายของกลุ่มภูมิภาคนี้ และเป็นลำดับที่ 85 ของทั้งโลก ศาลเป็นอิสระจากการควบคุมของรัฐบาล แต่ได้รับผลกระทบจากผลประโยชน์ของเอกชนที่มีอำนาจและการคอร์รัปชัน ระบบศาลยุติธรรมทางแพ่งยังคงพัฒนา (อยู่ในลำดับที่ 66 ของทั้งหมด และเป็นอันดับ 10 ของกลุ่มรายได้ปานกลางค่อนข้างต่ำ) โดยพิจารณาจากส่วนที่ประชาชนไม่สามารถจนใจในการใช้บริการทางกฎหมาย การหย่อนประสิทธิภาพของกลไกในการบังคับคดี และระยะเวลาที่ยาวนานของการดำเนินคดี ตำรวจที่ใช้อำนาจนอกกลุ่มนอกทาง และสภาพที่เลวร้ายของที่คุมขัง เป็นปัญหาที่สำคัญ

มาเลเซีย รัฐบาลมาเลเซียเป็นรัฐบาลที่รับผิดชอบตรวจสอบได้ เมื่อเทียบกับประเทศในกลุ่มรายได้ปานกลางค่อนข้างสูงด้วยกัน ถึงแม้การแทรกแซงทางการเมืองและการหย่อนการลงโทษจะมีปรากฏอยู่ ระบบศาลทางแพ่งอยู่ลำดับที่ 39 ของโลก และลำดับที่ 8 ในกลุ่มประเทศรายได้ปานกลางค่อนข้างสูง มาเลเซียมีคะแนนดีในเรื่องความปลอดภัยสาธารณะ อยู่ในลำดับหนึ่งของกลุ่มประเทศรายได้ปานกลางค่อนข้างสูง ถึงแม้การใช้อำนาจเกินเลยของตำรวจจะเป็นปัญหา การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการเป็นไปอย่างจำกัด การละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน (อยู่ในลำดับที่ 73) ส่วนมากจะเป็นเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าเป็นห่วง

ฟิลิปปินส์ ค่อนข้างโดดเด่นท่ามกลางประเทศกลุ่มรายได้ปานกลางค่อนข้างต่ำ สำหรับเรื่องการเมืองมีประสิทธิภาพในการตรวจสอบอำนาจของรัฐบาล (อยู่ในอันดับ 6 ของกลุ่มรายได้ปานกลางค่อนข้างต่ำ) รวมทั้งสังคมพลเมืองที่มีชีวิตชีวา สื่อที่เสรี และตุลาการที่อิสระ ฟิลิปปินส์อยู่ในอันดับ 5 ของกลุ่มรายได้ปานกลางค่อนข้างต่ำ ในเรื่องการเมืองมีประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎระเบียบ การขัดแย้งของพลเมืองและความรุนแรงทางการเมืองเป็นความท้าทายที่สำคัญ ประเทศมีปัญหาเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (อยู่ลำดับที่ 55 ของทั้งหมด) โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดต่อชีวิตและความสงบสุขของประชาชน ตำรวจที่ใช้อำนาจไม่ชอบ การละเมิดหลักการ และสภาพเลวร้ายของที่คุมขัง ระบบศาลยุติธรรมทางแพ่งได้คะแนนแย่ (ลำดับที่ 84 ของทั้งหมด) อันเนื่องจากการหย่อนประสิทธิภาพของกลไกการบังคับคดี การคอร์รัปชันในหมู่ผู้พิพากษา และเจ้าหน้าที่ที่บังคับใช้กฎหมาย การดำเนินคดีที่ยาวนาน

สิงคโปร์ ได้รับการจัดอันดับเป็นที่หนึ่งในการดูแลความปลอดภัยให้พลเมือง และอยู่ในลำดับต้นๆ ในมิติด้านอื่นอีกสี่ด้าน การบริหารรัฐกิจมีประสิทธิภาพ คอร์รัปชันมีน้อย (อยู่ในลำดับที่ 7 ของทั้งหมด) ระบบยุติธรรมทางอาญา อยู่ในกลุ่มมีประสิทธิภาพสูงสุด (ลำดับ 3 ของทั้งหมด) คะแนนต่ำสุดอยู่ในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐาน (ลำดับที่ 26 ของทั้งหมด) ซึ่งสะท้อนถึงข้อจำกัดของเสรีภาพในการพูดและการชุมนุม)

ประเทศไทย ได้รับคะแนนสูงในเรื่องอาชญากรรมที่มีน้อย ระบบความยุติธรรมทางอาญาที่มีประสิทธิภาพ (ลำดับที่ 35 ของทั้งหมด) และลำดับ 7 ในกลุ่มรายได้ปานกลางค่อนข้างสูง อย่างไรก็ตามการขัดแย้งของประชาชนและความรุนแรงทางการเมืองเป็นปัญหาสำคัญ การคอร์รัปชันเป็นเรื่องธรรมดา โดยเฉพาะในหมู่ ส.ส. และตำรวจ และได้รับคะแนนต่ำในมิติของระบบยุติธรรมทางแพ่ง (ลำดับที่ 88 ของทั้งหมด) ส่วนหนึ่งเนื่องจากการดำเนินคดีที่ล่าช้า และความยุ่งยากในการปฏิบัติตามคำสั่งศาล

เวียดนาม เผชิญกับความท้าทายในเรื่องความรับผิดชอบและถูกตรวจสอบได้ที่มีจำกัดของฝ่ายบริหาร (ลำดับที่ 82 ของทั้งหมด) ฝ่ายนิติบัญญัติและตุลาการถูกแทรกแซงโดยนักการเมือง หน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎระเบียบ มีความคลุมเครือ และไม่มีประสิทธิภาพถึงแม้จะเริ่มมีการปฏิรูปกันบ้างแล้ว การคอร์รัปชันมีอยู่ทั่วไป ระบบยุติธรรมทางแพ่งถึงแม้จะเข้าถึงได้ แต่ก็ถูกกีดกีดร่อน โดยคอร์รัปชันและการแทรกแซงทางการเมืองเวียดนามได้คะแนนดีในเรื่องความสงบเรียบร้อย (อันดับที่ 24 ของทั้งหมด) แต่การละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การเข้าสมาคมเป็นเรื่องที่น่าห่วง

ข้อสรุปจากการจัดลำดับของประเทศในกลุ่มอาเซียน

กัมพูชาอยู่ในลำดับต่ำสุด สิงคโปร์ อยู่ลำดับสูงสุด อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ เวียดนาม อยู่ลำดับปานกลาง ก่อนข้างต่ำ มาเลเซียและไทยอยู่ในลำดับปานกลางค่อนข้างดี

ในส่วนของประเทศไทยที่น่าเป็นห่วง คือ การเห็นว่าคอร์รัปชันเป็นเรื่องธรรมดา ซึ่งตรงกับผลสำรวจของการทำโพลของไทยเองที่ผลออกมาว่าประชาชนที่ให้ความเห็นเกินครึ่งที่ถือว่า มีคอร์รัปชันก็ไม่ใช่ไร หากประชาชนได้ผลประโยชน์ด้วย และระบบความยุติธรรมทางแพ่งที่ล่าช้า จึงจำเป็นที่ต้องเผยแพร่ให้ประชาชนเข้าใจ และเห็นประโยชน์ของการปฏิบัติงาน การปกครองตามหลักนิติธรรม ดังที่ The World Justice Project ดำเนินการอยู่ และการจัดให้มีการอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญ และต้องทำความเข้าใจให้ประชาชนตระหนักว่า การคอร์รัปชันเป็นสิ่งชั่วร้าย ทำลายประชาชน สังคม และประเทศชาติ

ในส่วนของระบบความยุติธรรมทางแพ่งที่ล่าช้า ก็สมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไข ที่น่าจะดำเนินการได้ทันทีและเห็นผลโดยเร็ว คือใช้การบริหารคดีเข้ามาช่วย ดังที่ท่านประธานศาลอุทธรณ์ ซึ่งเป็นผู้เข้ารับการอบรมตามหลักสูตรนี้ด้วยได้ดำเนินการอยู่

บรรณานุกรม

1. ศาสตราจารย์สมบัติ ชำรงธัญวงศ์. (2556). หลักนิติธรรมในระบอบประชาธิปไตยกับการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี.
2. ศาสตราจารย์(พิเศษ) จรัญ ภัคดีธนากุล. (2556). หลักนิติธรรมกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมาย
3. ศาสตราจารย์(พิเศษ) ประสพสุข บุญเดช. (2556). หลักนิติธรรมกับการควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติ
4. ศาสตราจารย์(พิเศษ) วิชามหาคุณ. (2556). หัวข้อวิชาหลักนิติธรรมกับการควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ
5. ศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2556). ดุลยภาพระหว่างการเมืองและการเมืองภาคพลเมืองกับหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย.
6. Agrast, M.D., Botero, J.C., Ponce, A., Martinez, J., & Pratt, C.S., (2012). The World Justice Project/ Rule of Law Index 2012-2013.

สิทธิมนุษยชน : ประชาชนกับใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

สมฤทธิ์ ไชยวงศ์*

1. บทนำ

คำว่า “สิทธิ” (Right) หมายถึง อำนาจที่มีกฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น อันเป็นกฎหมายที่รับรองให้แก่บุคคลคนหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน¹ ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วยตามความหมายนี้หากนำไปปรับกับรัฐธรรมนูญ ถือว่าเป็น “สิทธิตามกฎหมายมหาชน” อันหมายถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด แต่มีข้อสงสัยที่ว่าการให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ทำให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน รวมทั้งได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างไรอย่างหนึ่งแก่ตนได้ สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายรวมถึงการให้หลักประกันในเชิงสถาบันด้วย ความสัมพันธ์ดังกล่าวระหว่างปัจเจกบุคคลต่อรัฐ สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่ผูกพันรัฐที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และให้ความคุ้มครองสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพื่อให้มีผลบังคับในทางปฏิบัติ² ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” (Liberty) นั้นได้แก่ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น อันเป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง ฉะนั้นเสรีภาพก็คืออำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง³ ดังนั้น ความแตกต่างระหว่างนิยามของทั้งสองคำนี้ในทางรัฐธรรมนูญจึงอยู่ที่ว่า สิทธิ นั้นเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่งแต่ขณะที่เสรีภาพ กลับเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น⁴ แต่อย่างไรก็ตามสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิ่งคู่กัน เพราะความเป็นมนุษย์นั้นย่อมชอบที่จะมีสิทธิ

* นายสมฤทธิ์ ไชยวงศ์ รองเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ รักษาการในตำแหน่งผู้ทรงคุณวุฒิด้านคดี, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 21.

² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 47.

³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เรื่องเดิม, หน้า 22.

⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดิม, หน้า 48.

เป็นทั้งผู้สร้างและผู้รักษาสิทธิของมนุษยชาติ ทำให้สิทธิและเสรีภาพกลายเป็นสิ่งที่มนุษย์พึงมีพึงได้โดยชอบธรรม อย่างมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งสามารถแบ่งแยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ได้ดังนี้

1) สิทธิและเสรีภาพที่จำแนกตามเนื้อหา โดยเน้นอาศัยวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักเกณฑ์ สามารถจำแนกตามรัฐธรรมนูญได้เป็น 6 ประเภท คือ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด สิทธิและเสรีภาพทางสังคม และเศรษฐกิจ สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม สิทธิและเสรีภาพในอันที่จะได้รับปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

2) สิทธิและเสรีภาพที่จำแนกตามการเกิด ซึ่งการจำแนกแบบนี้ตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายแล้วแต่ โดยอาจจำแนกย่อยออกได้เป็นอีกสองประเภทคือ “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) กับ “สิทธิพลเมือง” (Citizens Rights)

3) สิทธิและเสรีภาพที่จำแนกตามอาการที่ใช้ หากมีการพิจารณาตามอาการที่ใช้แล้ว สามารถจำแนกย่อยออกเป็นสิทธิและเสรีภาพตามมโนธรรม (Liberty of Conscience) กับสิทธิและเสรีภาพในการกระทำ (Liberty of Action)

เห็นได้ว่าสิทธิและเสรีภาพมีความเกี่ยวพันกัน เพราะไม่ว่าจะเป็นสิทธิหรือเสรีภาพ ล้วนแต่ต้องการปกป้องและคุ้มครองแก่นแท้ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งหากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่ได้กล่าวมานี้ ก็ย่อมมีนัยของการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยในตัวของมันเอง

ในส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เมื่อพิจารณาจากความในหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่า รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเฉพาะชนชาวไทย เท่านั้น มิได้หมายรวมถึงประชาชนผู้มีสัญชาติอื่นแต่ประการใด ซึ่งในต่างประเทศบางประเทศมีการบัญญัติถึงการจำกัด หรือการให้สิทธิและเสรีภาพของคนต่างชาติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยแยกไว้อย่างชัดเจนใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องสิทธิมนุษยชน (Human Rights) และหลักเกณฑ์ในด้านสิทธิพลเมือง (Citizen Rights) เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยก หรือในบางประเทศแม้จะมีได้แบ่งหมวดหมู่ไว้อย่างชัดแจ้งแต่ในเนื้อหาของ บางมาตรา ในรัฐธรรมนูญ ก็มีการบัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพของคนชาติอื่นไว้เป็นการเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นในการกล่าวอ้างถึงสิทธิ และเสรีภาพ และอีกประการหนึ่งก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนต่างชาติตามครรลองของสากลโลก

ด้วยเหตุดังกล่าว เพื่อให้การออกกฎหมายของรัฐในการจำกัด หรือการให้สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองภายในรัฐที่เรียกว่า สิทธิพลเมืองกับคนต่างชาติที่ใช้หลักเกณฑ์ทางสิทธิมนุษยชน เป็นไปด้วยความถูกต้องและสอดคล้องกับนานาอารยประเทศ ผู้เขียนบทความจึงมีความสนใจที่จะศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองเป็นเบื้องต้นก่อนว่ามีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจัดแบ่งอย่างไร สิทธิและเสรีภาพประเภทไหน เป็นสิทธิมนุษยชน สิทธิและเสรีภาพประเภทไหนเป็นสิทธิพลเมือง และรัฐสามารถจะตรากฎหมายเพื่อไปจำกัดขอบเขตในการใช้สิทธิและเสรีภาพของแต่ละประเภทได้หรือไม่ เพื่อนำมาเป็นฐานข้อมูลหนึ่งในการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ในส่วนสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้มีความชัดเจน และสอดคล้องกับนานาอารยประเทศต่อไป

2. แนวคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมีมาช้านาน ตั้งแต่สมัยกรีกและโรมัน โดยในสมัยก่อน ยังไม่มีการใช้คำว่า สิทธิมนุษยชนหากแต่ใช้คำว่าสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ซึ่งสืบเนื่องมาจากกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ส่วนคำว่า สิทธิมนุษยชน ที่ใช้เรียกในปัจจุบันนั้น เป็นคำที่เพิ่งใช้เรียกกันมาเมื่อศตวรรษที่ 20⁵ โดยที่ก่อนจะใช้คำว่า Human Rights ได้มีการใช้คำว่า The Rights of Man แทนคำว่า สิทธิตามธรรมชาติ แต่ต่อมา นางอีลิเนอร์ โรสเวลท์ (Mrs. Elenor Roosevelt) ได้เป็นผู้ริเริ่มและส่งเสริมให้ใช้คำว่า Human Rights แทน เพราะเห็นว่าการใช้คำว่า The Rights of Man อาจทำให้เข้าใจผิดไปได้ว่าไม่ได้หมายรวมถึงสิทธิของผู้หญิง ด้วยเหตุนี้ จึงมีการใช้คำว่า Human Rights ในความหมายของสิทธิตามธรรมชาติสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน

สิทธิตามธรรมชาติถือเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ และเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแยกกันออก ได้กับการดำรงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และที่สำคัญมนุษย์ทุกคนเกิดมามีความเท่าเทียมกัน โดยพระเจ้าซึ่ง เป็นผู้สร้างมนุษย์ได้ให้สิทธิบางประการแก่มนุษย์ ซึ่งสิทธิบางประการที่พระเจ้าประทานให้ถือเป็นสิทธิที่ไม่อาจ โอนให้กันได้ และไม่มีใครจะล่วงละเมิดได้โดยแนวคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าวมีที่มาจากกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งมีลักษณะสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ⁶

- 1) เป็นกฎหมายที่ใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลา
- 2) ใช้ได้ทุกแห่งไม่จำกัดว่าต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่ง
- 3) อยู่เหนือกฎหมายของรัฐ กล่าวคือ รัฐจะออกกฎหมายให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ มิฉะนั้นกฎหมายของรัฐก็จะใช้บังคับไม่ได้

แนวคิดดังกล่าวได้มีนักปราชญ์คนสำคัญสนับสนุนมากมาย เช่น เพลโต อริสโตเติล และต่อมาได้นำแนวคิด ดังกล่าวมาพัฒนากฎหมายเดิม (Jus Civile) ซึ่งแต่เดิมใช้บังคับเฉพาะ ชาวโรมัน ก็ได้ถูกปรับเปลี่ยนเป็นกฎหมาย (Jus Gentium) ที่นำมาใช้บังคับกับคนต่างถิ่นด้วย นอกจากนี้ กฎหมายธรรมชาติในเชิงประวัติศาสตร์อยู่ที่ความต้องการจะจำกัดอำนาจผู้ปกครอง หรือกษัตริย์โดยอ้างเอาสิทธิตามธรรมชาติขึ้นมา โดยอ้างว่าเป็นสิทธิที่มนุษย์ ทุกคนมีมาแต่กำเนิด รัฐจะออกกฎหมายให้ขัดหรือแย้งหรือกระทำการใด ๆ ที่เป็นการล่วงละเมิดกับกฎหมาย ธรรมชาติไม่ได้ มิฉะนั้น กฎหมายของรัฐก็จะใช้บังคับไม่ได้ แนวความคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าว ได้มี อิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมโลกในเวลาต่อมา เช่น การปฏิวัติ หรือการประกาศอิสรภาพของดินแดน ที่อยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอื่น หรือในกรณีผู้มีอำนาจปกครองได้มีเจตนาจะให้การรับรองสิทธิ แก่ประชาชนไว้เป็นหลักฐานด้วยตนเอง เช่น การจัดทำหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา (The Great Charter or Magna Carta) การประกาศอิสรภาพของมลรัฐอาณานิคมในทวีปอเมริกา การปฏิวัติครั้งใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เป็นต้น

แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนได้ปรากฏขึ้นเด่นชัดภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เห็นได้จากการจัดตั้ง สันนิบาตชาติขึ้น และสันนิบาตชาติได้มีความพยายามจัดทำสนธิสัญญาต่าง ๆ เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ หันมาคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศ เช่น ความตกลงเพื่อคุ้มครองชนกลุ่มน้อยในโปแลนด์ อนุสัญญาต่อต้าน การค้าทาสและยกเลิกการมีทาสในเขตแดนของรัฐภาคี หลังจากนั้นจึงได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น

⁵ กุลพล พลวัน, “สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ” , (กรุงเทพมหานคร : ม.ป.ท., 2527), หน้า 6.

⁶ พยุด แสงอุทัย, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” , (พระนคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2512), หน้า 170 - 174.

เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อใช้เป็นศูนย์กลางระหว่างประชาคมนานาชาติในการรักษาไว้ซึ่งความผาสุกและสันติภาพของมวลมนุษยชาติ โดยหลักการสำคัญที่องค์การสหประชาชาติได้วางหลักเกณฑ์พื้นฐานไว้เนิ่นนานนับตั้งแต่ต้น ๆ คือ การส่งเสริมและการสนับสนุนให้มีความเคารพในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐานของบุคคลโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง ในเผ่าพันธุ์ แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นเองแนวคิดดังกล่าวก็ยังมิได้เป็นรูปธรรมมากนักในแต่ละประเทศ เนื่องด้วยแนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ยังเป็นเรื่องภายในของแต่ละประเทศ กล่าวคือ การที่รัฐอื่นใดจะเข้าไปแทรกแซงหรือคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในรัฐอื่นไม่สามารถกระทำได้ เพราะเท่ากับเป็นการล่วงละเมิดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่ารัฐแต่ละรัฐต่างมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง การที่รัฐอื่นใดจะไปก้าวล่วงหรือแทรกแซงกิจการภายในของประเทศอื่นนั้นหากกระทำได้ไม่ จนกระทั่งสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง บรรดาประเทศต่าง ๆ ได้มีความกังวลและตระหนักถึงความร่วมมือซึ่งกันและกันในอันที่จะพิทักษ์ปกป้องสิทธิมนุษยชน จึงมีการรณรงค์ให้แต่ละประเทศทำการยอมรับหลักเกณฑ์ทางสิทธิมนุษยชน ให้ถือว่าเป็นสิทธิสากล (Universal Rights) ที่ไม่มีประเทศใดจะกล่าวอ้างได้ว่าเป็นเรื่องภายในของประเทศตนเองได้อีก ซึ่งการยอมรับหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เท่ากับเป็นการลดกำแพงอาณาเขตแห่งดินแดนลง และเท่ากับเป็นการยืนยันที่ชัดเจนและหนักแน่นว่ามนุษย์ทุกคนบนโลกใบนี้มีความเท่าเทียมกันจึงได้มีความพยายามร่วมมือกันในระดับภูมิภาคไปจนกระทั่งถึงระดับระหว่างประเทศที่จะวางกรอบกติกากลางเพื่อให้บรรดาประเทศต่าง ๆ ได้รับความคุ้มครองและใช้เป็นหลักแห่งการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่พลเมืองของตน จนกระทั่งเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติก็ได้มีมติรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

โดยหลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ประกอบด้วย 30 ข้อ ซึ่งสามารถแบ่งสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรก สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) และส่วนที่สอง สิทธิทางเศรษฐกิจและทางสังคม (Economic and Social Rights)⁷

1) สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights)

สิทธิประเภทนี้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อ 1 - 21 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนโดยถือว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มีมาแต่ดั้งเดิม เช่น สิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สิน สิทธิที่จะทำการสมรส สิทธิในการพูดโดยเสรีและการร่วมประชุมโดยสันติ สิทธิที่จะลี้ภัย เป็นต้น

2) สิทธิทางเศรษฐกิจและทางสังคม (Economic and Social Rights)

สิทธิประเภทนี้เป็นสิทธิที่เพิ่งรู้จักกันเมื่อไม่นานมานี้เอง และนับว่าเป็นชัยชนะของกลุ่มประเทศสังคมนิยมที่ทำให้มีการระบุสิทธิเหล่านี้ลงในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้โดยสิทธิประเภทนี้จะเริ่มตั้งแต่ข้อ 22 เป็นต้นไป เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิที่จะจัดตั้งสหพันธกรรมกร สิทธิในการพักผ่อนและเวลาว่าง รวมทั้งการจำกัดเวลาทำงานตามสมควร เป็นต้น

3. แนวคิดในเรื่องสิทธิพลเมือง (Citizen Rights)

คำว่า สิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมือง หากพิจารณาโดยผิวเผินแล้ว จะเห็นว่าไม่มีความแตกต่างกัน แต่ถ้าพิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้วจะเห็นว่า สิทธิมนุษยชนเป็นการตระหนักถึงระบบคุณค่าในความเป็นมนุษย์

⁷ กุลพล พลวัน, “พัฒนาการสิทธิมนุษยชน”, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 48 - 49.

โดยเฉพาะในด้านความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ต่อมนุษย์ในฐานะประชาคมโลกด้วยกัน⁸ ส่วนสิทธิพลเมืองนั้นคือ สิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งบรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองต่าง ๆ อันได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน และเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ โดยเหตุผลของเรื่องแล้วสิทธิของพลเมืองจะได้แก่เฉพาะแต่ภายหลังเวลาที่สังคมการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” อุบัติขึ้นแล้วเท่านั้น ก่อนหน้านั้นความคิดเรื่องสิทธิของพลเมืองย่อมไม่อาจก่อตัวขึ้นมาได้เลย กรณีจะเป็นประการใดก็ตามถือกันว่าสิทธิของพลเมืองนี้ก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนนั่นเอง ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่าการที่ราษฎรเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม เป็นวิธีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของตนที่มั่นใจได้วิธีหนึ่งในหลาย ๆ วิธีนั่นเอง “ผู้ปกครอง” ที่มาจากการเลือกตั้งโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมของราษฎร และอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของราษฎรอยู่ตลอดเวลาย่อมไม่อาจกดขี่ข่มเหงราษฎรได้ง่าย เหมือนกับ “ผู้ปกครอง” ที่สถาปนาตนเองโดยพลการ⁹

นอกจากนี้ หากพิจารณาในเรื่องสิทธิพลเมือง ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on civil and Political Right 1966) (ICCPR) ปรากฏว่า กติกาฉบับนี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 และมีสมาชิกเข้าร่วม 144 ประเทศ รวมถึงประเทศไทย¹⁰ ด้วยบทบัญญัติในกติกาฉบับนี้มีทั้งสิ้น 53 มาตรา¹¹ โดยหากพิจารณาแนวคิดพื้นฐานของกติกาอาจกล่าวได้ว่าพยายามเน้นย้ำแนวคิดดั้งเดิมจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เห็นว่าการยอมรับต่อศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิดและสิทธิเสมอภาคอันมีอาจพรากโอนได้ของมนุษย์เป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพในโลก พร้อมกับชี้ว่าสิทธิต่างเหล่านี้มีที่มาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ประเด็นสำคัญ คือ คำปรารภยังมุ่งชี้ความสำคัญของการแบ่งแยกจากกันมิได้ (Inseparability) ของสิทธิทางเศรษฐกิจและสิทธิพลเมืองอันถือเป็นสิทธิมนุษยชน 2 จำพวกสำคัญ ซึ่งสังคมจำเป็นต้องปกป้องส่งเสริมเพื่อให้เสรีชนมีเสรีภาพปลอดภัยจากความกลัวและความอดอยากขาดแคลนตามอุดมการณ์ ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน¹² โดยหากพิจารณาจากคำปรารภดังกล่าว สามารถจำแนกสาระสำคัญที่แบ่งได้เป็นลำดับดังนี้

1) เรื่องสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง ซึ่งถือเป็นสิทธิร่วมที่ปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองว่าด้วยเศรษฐกิจ (มาตรา 1)

2) บทบัญญัติที่ว่าด้วยพันธะหน้าที่ทางกฎหมายของรัฐในการดำเนินการเพื่อบรรลุซึ่งสิทธิพลเมือง หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (มาตรา 2) พันธะของรัฐในการประกันความเสมอภาคระหว่างชายหญิง (มาตรา 3) หลักการยกเว้นในแง่การจำกัดสิทธิ (มาตรา 4) และพันธะหน้าที่ที่จะไม่ตีความบทมาตราใด ๆ ในกติกาในลักษณะที่จะนำไปสู่การทำลายหรือเสื่อมเสียสิทธิและเสรีภาพซึ่งได้รับการรับรองในกติกานี้ (มาตรา 5)

⁸ วิชช์ จีระแพทย์, “สิทธิมนุษยชน VS สิทธิพลเมือง”. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 5 เล่มที่ 13 มกราคม - เมษายน พ.ศ. 2546, หน้า 134.

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540”, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 44 - 45.

¹⁰ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2539.

¹¹ International Covenant on civil and Political Right [Online]. AvailableURL: <http://WWW2.org/English/law/ccpr.htm>.

¹² จริญญา โฆษณานันท์, “สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน”, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 326.

3) ลักษณะของสิทธิพลเมืองและการเมืองที่สำคัญที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น สิทธิในชีวิต (มาตรา 6) ข้อจำกัดในการเนรเทศบุคคลต่างด้าวอย่างถูกต้องตามกฎหมายในดินแดนของรัฐภาคี (มาตรา 13) สิทธิในการชุมนุมโดยสงบ (มาตรา 21) เป็นต้น

4) บทบัญญัติส่วนที่เหลือในกติกา (มาตรา 28 - 53) จะเกี่ยวข้องกับกลไกในการดำเนินการให้เป็นไปตามกติกาโดยเฉพาะในเรื่องการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน กระบวนการตีความ วิธีการเข้าเป็นภาคีสมาชิก ขอบเขตของการบังคับใช้กติกาตลอดจนกระบวนการขอเสนอแก้ไขเพิ่มเติมกติกา (มาตรา 44 - 51)

4. แนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

แนวคิดที่จะต้องมี การจัดตั้งองค์กรหรือคณะบุคคลขึ้นมาเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ สอดส่องดูแลมิให้มีการละเมิดต่อสิทธิของประชาชนมีมาอย่างต่อเนื่อง โดยสภาผู้แทนราษฎรได้มอบหมายและให้มีการศึกษาปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนจนในปี พ.ศ. 2535 สมัยรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน นายกรัฐมนตรี ได้มีมติให้ส่งเสริมและคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน โดยการเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Right : ICCPR) แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 กันยายน 2535 และจัดตั้งองค์กรขึ้นทำหน้าที่ด้านส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะ ขณะเดียวกันก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 และฉบับที่ 6 พ.ศ. 2539 เพื่อให้สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เพื่อเป็นฐานของการปฏิรูปการเมือง และให้มีการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ ด้วย

รัฐธรรมนูญ ฉบับ 2540 ได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพที่เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น โดยได้รับรองสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ต่อเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ และที่เพิ่มขึ้นใหม่ เช่น สิทธิในการรับรู้ข่าวสาร สิทธิชุมชน สิทธิการดูแลทรัพยากร สิ่งแวดล้อมและวัฒนธรรม เป็นต้น นอกจากนี้ยังได้บัญญัติหลักการเพื่อให้มีผลบังคับได้อย่างแท้จริง เช่น การกำหนดให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองมีผลผูกพันโดยตรงต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรของรัฐทุกองค์กร กำหนดให้การใช้อำนาจของรัฐ หรือการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้เฉพาะเหตุที่รัฐธรรมนูญอนุญาตไว้ และกระทำเท่าที่จำเป็น โดยจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังได้บัญญัติให้จัดตั้งองค์กรศาลและองค์กรอิสระหลายองค์กรเพื่อดูแลและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในทางปฏิบัติ รวมถึงตลอดจนถึงตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปตามแนวทางที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งใช้เป็นกรณีศึกษาในครั้งนี้คือ สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

4.1 การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญถูกรับรองและคุ้มครองให้ประชาชนสามารถที่จะช่วยกันตรวจสอบหรือเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองตามระบอบประชาธิปไตยของประเทศ โดยการสอดส่องดูแลเพื่อมิให้มีบุคคล คณะบุคคล หรือพรรคการเมืองใด ล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการอื่นซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ที่ผ่านมามีรัฐธรรมนูญที่ให้สิทธิแก่ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

การให้สิทธิแก่ประชาชนในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญมีแนวคิดเริ่มแรกตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งได้วางหลักการไว้ในมาตรา 63 ดังนี้

มาตรา 63 บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้”

ต่อมาเมื่อมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้ มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิของประชาชนในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญไว้เช่นเดิม ดังนี้

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 68 บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว”

เมื่อการบัญญัติสิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไว้โดยมีข้อความเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงเห็นควรที่จะศึกษาถึงเจตนารมณ์ในชั้นยกร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับประกอบกัน

4.1.1 เจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ 2540

เนื่องด้วย บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 มีที่มาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63 เพียงแต่เพิ่มรายละเอียดบทลงโทษของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ถูกยุบโดยคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นเท่านั้น

ดังนั้น การพิจารณาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 จึงต้องศึกษาจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63 เป็นสำคัญ ซึ่งจะได้อธิบายถึงความเป็นมาของการยกร่างในชั้นเลขานุการยกร่างรัฐธรรมนูญ ชั้นคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ชั้นการประชุมสภากร่างรัฐธรรมนูญ ชั้นการประชุมร่วมกันของรัฐสภา และสภากร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ด้วยดังจะขอกกล่าวถึงรายละเอียด ดังนี้

(1) ชั้นเลขานุการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540¹³

มาตรา 63 เดิมบัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้พบเห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดเพื่อให้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวด้วย”

มีการอภิปรายและให้ฝ่ายเลขานุการปรับปรุง

(2) ชั้นคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540¹⁴

ฝ่ายเลขานุการปรับปรุงแล้ว ร่างมาตรา 63 ว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับ ความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญนี้เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้พบเห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดเพื่อให้ตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวด้วย”

โดยมีกรรมาธิการร่วมอภิปราย สรุปได้ดังนี้

นายประวิทย์ เจนวิระนนท์ อภิปรายว่า : มาตรา 63 วรรคแรก นั้น มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 48 ฉ ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งน่าจะใช้อำนาจที่ครอบคลุมแล้วก็สิ้นกะทัดรัด ดีกว่าที่บัญญัติใหม่

เลขานุการ อภิปรายว่า : ในมาตรา 63 นี้ ต้องการให้กระบวนกรที่ว่านี้ เฉพาะเรื่องที่เป็นเรื่องคอขาดบาดตายจริง ๆ คือ ไม่เพียงแต่ไม่เป็นปฏิบัติเท่านั้น การไม่เป็นปรปักษ์จะนำมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ได้ แต่ว่าในมาตรา 63 นี้ เข้าใจว่าคงต้องการเพื่อป้องกันการล้มล้างการปกครอง หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้นเอง

¹³ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช โดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญสภากร่างรัฐธรรมนูญ ฝ่ายเลขานุการ สำนักงานเลขาธิการสภากร่างรัฐธรรมนูญ.

¹⁴ รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ครั้งที่ 13 วันพุธที่ 11 มิถุนายน 2540.

ซึ่งจะใช้เฉพาะเรื่องที่ร้ายแรง เพราะมาตรา 63 ต้องอ่านโยงกับมาตรา 65 ด้วย และทำไมต้องใส่พรรคการเมือง ก็เพราะว่าคำวินิจฉัย คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะมีผลทำให้ยุบพรรคการเมือง จึงต้องระบุไว้เป็นพิเศษ

นางพินิติพจน์ ลิลาภรณ์ อภิปรายว่า : ขอเปลี่ยนคำในวรรคสองที่ เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานอัยการ เพราะน่าจะเป็นหน่วยงานมากกว่าตำแหน่ง ถึงแม้จะบอกว่าตัวตำแหน่งจะส่งผ่านศาลรัฐธรรมนูญ แต่จริง ๆ น่าจะเป็นกระบวนการในการทำงาน และขอเสนอตัดคำว่า ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง เพราะการยุบพรรคการเมืองโดยคณะกรรมการ 9 คน น่าจะมีการไต่ตรองและทบทวนให้ดี

เลขาธิการ อภิปรายว่า : การร้องอาจร้องต่ออัยการจังหวัดก็ได้ แต่อัยการจังหวัดต้องส่งมาหาอัยการสูงสุดเพื่อส่งการจะส่งฟ้องหรือไม่ฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์กระมล ทองธรรมชาติ อภิปรายว่า : ข้อเสนอคุณพินิติพจน์ก็มีเหตุผล แต่บังเอิญคดีนี้เป็นคดีการเมือง ซึ่งในระดับสถาบันค่อนข้างสูง คือ สถาบันการเมืองนี้ จึงน่าจะเชิญไว้ให้อัยการสูงสุดนี้เหมาะสมแล้ว ถ้าหากว่าเป็นเรื่องที่ธรรมดาที่น่าจะเป็นอย่างนั้น แต่นี้เป็นเรื่องการเมืองจึงอยากให้อัยการสูงสุดสั่งได้เลย ไม่ใช่ไปผ่านขั้นตอนอัยการธรรมดา เดียวจะมีปัญหาว่าอัยการต้องสั่งก่อน อัยการสูงสุดข้ามไม่ได้

นายบุญเลิศ คชายุทธเดช อภิปรายว่า : ขอความกระจ่างเพื่อบันทึกให้ชัดเจนว่า การยื่นเรื่องต่ออัยการสูงสุดเพื่อให้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการนั้น อัยการสูงสุดมีอำนาจที่จะไม่เสนอต่อศาลก็ได้ หรือว่ามีอำนาจหน้าที่แต่เพียงว่าจะต้องยื่นทุกคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ซึ่งต้องให้ชัดเจน

รองศาสตราจารย์สมคิด เลิศไพฑูรย์ อภิปรายว่า : ขออนุญาต 2 ประเด็น

ประเด็นแรก คือ คนที่จะยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญคือใคร จากที่ท่านอาจารย์กระมลกับอาจารย์บวรศักดิ์ชี้แจงว่าไม่ควรเป็นอัยการทุกคนที่ไปยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่ควรจะเป็นตำแหน่งอัยการสูงสุดที่เป็นคนยื่น

ประเด็นที่สอง ในทางปฏิบัติจำเป็นหรือไม่ที่ผู้พบเห็น ผู้รู้เห็นต้องยื่นโดยตรงต่ออัยการสูงสุด เพื่อให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันว่ายื่นคำร้องที่อัยการในแต่ละจังหวัดได้ แต่อัยการจังหวัดส่งไปที่อัยการสูงสุดเพื่อยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น ขอเปลี่ยนเป็น เพื่อยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ และอัยการสูงสุดจำเป็นหรือไม่ที่ต้องส่งไปโดยตรง เป็นการบังคับให้ส่งทุกเรื่องที่ยื่นมาหรือไม่ ซึ่งเห็นว่าต้องให้ดุลพินิจอัยการสูงสุดตรวจสอบ ถ้าเปิดโอกาสให้ทุกคนยื่นมาแล้วต้องส่งไปที่ศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดก็ทำหน้าที่เป็นประโยชน์เท่านั้น

เลขาธิการ อภิปรายว่า : ขออ่านอีกครั้ง ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

นายบุญเลิศ คชายุทธเดช อภิปรายว่า : ในมาตรา 63 ที่เปิดช่องให้ผู้รู้เห็นต้องยื่นเรื่องต่ออัยการสูงสุดเพื่อยื่นคำร้องต่อศาลนั้น ในกรณีที่พฤติกรรมของบุคคลหรือพรรคการเมืองที่ถูกร้องนั้นมีสีเทาสีเทายังไม่ชัดเจนว่าจะล้มล้างหรือจะอะไรอย่างไร ศาลอาจจะวินิจฉัยบอกว่าเทา ๆ นี้ เพื่อความสบายใจของคนในประเทศให้ยุติการกระทำ พอยุติการกระทำยังไม่ชี้ชัดลงไปว่าเป็นสีดำจริง ๆ พฤติกรรมอันนั้น การจะไปยุบพรรคการเมืองของเขาเสีย ย่อมไม่เกิดความเป็นธรรม เพราะฉะนั้นน่าจะให้ศาลให้ดุลพินิจว่าอาจจะยุบก็ได้ ถ้าเห็นว่าสีเทานั้นจะดำกันต่อไปในวันรุ่งขึ้น

นางกาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์ สรุปรายมาตรา 63 ว่า : มาตรา 63 มีการขอแปรญัตติวรรคหนึ่ง บรรทัดที่หนึ่ง เป็นว่า บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เดิม เพื่อเป็นปฏิปักษ์หรือลบล้างการปกครอง เดิมคำว่า เพื่อเป็นปฏิปักษ์ ส่วนความในวรรคสองขอแก้ไขเป็นว่า “ในกรณีที่พรรคการเมืองใดกระทำการตาม วรรคหนึ่ง ผู้พบเห็นทราบถึงการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องต่อตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยสั่งการ ให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบถึงสิทธิการดำเนินคดีอาญาต่อผู้บริหารพรรคการเมืองหรือบุคคล ผู้กระทำการดังกล่าว”

(3) ขึ้นอภิปรายแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540¹⁵

ศาสตราจารย์ธรรมนุญ ลัดพลี อภิปรายว่า : ให้ตัดคำว่า “อัยการสูงสุด” ออก เป็นให้ ประชาชนมีสิทธิเสนอเรื่องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้ได้เลย

แต่ที่ประชุมไม่เห็นชอบ

(4) ขึ้นการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540¹⁶

ไม่มีการอภิปรายในมาตรา 63 เนื่องจากมีการแก้ไข มีผู้สงวนคำแปรญัตติ

(5) ขึ้นการประชุมร่วมกันของรัฐสภา¹⁷

ร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 63 เดิมบัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อลบล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำ ดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย สั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้”

คุณหญิงนันทกา สุประภาตะนันท์ อภิปรายเฉพาะมาตรา 63 วรรคหนึ่ง 2 ประเด็น โดยเห็นว่า คำว่า ลบล้าง ความหมายแคบกว้างคำว่า ปฏิปักษ์ และบุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อลบล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขซึ่งหากเปรียบเทียบกับ มาตรา 48 ฉ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะกล่าวรวมถึงชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และรัฐธรรมนูญด้วย

ในขั้นที่สุด บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63 จึงได้บัญญัติใช้ในถ้อยคำว่า

¹⁵ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 วันที่ 7 กรกฎาคม 2540.

¹⁶ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 17 (เป็นพิเศษ) วันเสาร์ที่ 12 กรกฎาคม 2540.

¹⁷ รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 3 (สมัยสามัญ ครั้งที่สอง) วันศุกร์ที่ 5 กันยายน 2540.

“บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้”

4.1.2 เจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ 2550

ต่อมาเมื่อมีการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บทบัญญัติมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เปลี่ยนไปเป็นมาตรา 67 (ปรากฏเลขมาตราตามร่างขณะนั้น) พบว่า หลักการคงเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยเพิ่มการเพิกถอนสิทธิของหัวหน้าพรรคการเมือง และกรรมการบริหารของพรรคการเมือง และสรุปประเด็นอภิปรายเพิ่มเติมของสภาร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 ได้ดังนี้

ประเด็นแรก ผู้ที่มีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง หมายถึงผู้ที่ทราบข้อเท็จจริงว่ามีบุคคลหรือพรรคการเมืองได้กระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้รู้เห็นในการกระทำดังกล่าว

ประเด็นที่สอง สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชน หมายถึง สิทธิที่ประชาชนจะเสนอเรื่องต่อองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ในการดำเนินคดีเท่านั้นซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้มุ่งหมายให้ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง

ประเด็นที่สาม การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยมีคำขอให้ยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรค เป็นกระบวนการตรวจสอบพรรคการเมืองที่เป็นอำนาจของนายทะเบียนพรรคการเมืองและอัยการสูงสุด โดยมีการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ถ้านายทะเบียนพรรคการเมือง ไม่ดำเนินการเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง อัยการสูงสุดก็มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เอง หรือหากอัยการสูงสุดไม่ดำเนินการยื่นคำร้องต่อ ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ 2550 มาตรา 68 นายทะเบียนพรรคการเมืองก็มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองได้

4.2 ตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ฉบับ 2540 และฉบับ 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68
<p>บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้</p> <p>ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว</p> <p>ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้</p>	<p>บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้</p> <p>ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใด กระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว</p> <p>ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้</p> <p>ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบ ในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว</p>

5. บทวิเคราะห์

การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ อยู่แล้ว เพียงแต่มีประเด็นปัญหาว่า ผู้ที่จะมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 หมายความว่ารวมถึงผู้ใด

ผู้เขียนบทความมีความเห็นในประเด็นดังกล่าวเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

1) เป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

โดยเห็นว่า คำว่า “ผู้ทราบ” การกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง “และ” ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว หากใช้การตีความตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 ทั้งในชั้นเลขานุการยกร่างรัฐธรรมนูญ ชั้นคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ชั้นการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ และชั้นการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ต่างมีความมุ่งหมายให้ผู้ที่จะมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ควรจะเป็นอัยการสูงสุดที่เป็นผู้ยื่น โดยผู้ทราบถึงกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการเพื่อล้มล้าง การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมี

พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ต้องดำเนินการตามเป็นขั้นตอนหรือวิธีการในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยต้องเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง อัยการสูงสุดก็ต้องใช้ดุลพินิจตรวจสอบข้อเท็จจริงว่า มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวต่อไปหรือไม่ หากตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า มิได้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง อัยการสูงสุดก็อาจไม่ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต่อไปได้ แต่หากตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า มีมูลกรณีที่จะเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง อัยการสูงสุดก็ต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต่อไป ซึ่งจะเห็นได้ว่า ไม่ใช่สิทธิของผู้ทราบผู้หนึ่งผู้ใด หรือคณะบุคคลใดที่จะมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ เพราะหากเปิดโอกาสให้ใช้สิทธิยื่นได้ทั้งสองช่องทางแล้ว ผู้ทราบถึงการกระทำที่ย่อมที่จะต้องใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลได้โดยตรงจะไม่เสียเวลาไปยื่น คำร้องต่ออัยการสูงสุดเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงก่อนแต่อย่างใด คดีก็จะเข้าสู่ศาลเป็นปริมาณที่มากโดยที่ไม่มีการตรวจสอบกลั่นกรองก่อนแต่อย่างใด

ดังนั้น ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ จึงได้แก่อัยการสูงสุด ผู้ทราบจึงไม่มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

2) เป็นการตีความตามเจตนารมณ์ในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

การใช้การตีความกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะมุ่งหมายให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบการกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองที่จะกระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตราใกล้เคียง โดยเฉพาะในหมวด 8 หน้าที่ของชนชาวไทย ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 70 บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้” และมาตรา 71 บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รักษาผลประโยชน์ของชาติ และปฏิบัติตามกฎหมาย” จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์มุ่งให้ชนชาวไทยมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และต่อระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงบัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รักษาผลประโยชน์ของชาติอีกด้วย

หน้าที่ของชนชาวไทยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 70 และมาตรา 71 นี้ จะไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญได้เลย หากไม่เปิดโอกาสให้ชนชาวไทย ได้ใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อการตรวจสอบการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญของบุคคลหรือพรรคการเมืองใดได้

เมื่อพิจารณาประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 วรรคสองที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว” แล้ว เห็นว่า

เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมุ่งหมายให้ผู้มีสิทธิที่จะยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการกระทำดังกล่าว มี 2 ช่องทาง คือ (1) ผู้ทราบเสนอเรื่องผ่านอัยการสูงสุด ให้อัยการสูงสุดเป็นผู้ร้อง และ (2) ผู้ทราบยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เองโดยตรง

ด้วยเหตุผลว่า การกระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นการกระทำที่รวดเร็ว ฉับพลัน และลับ หากปล่อยระยะเวลาให้นานออกไป อาจไม่ทันการณ์ต่อการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว เพราะการเสนอเรื่องผ่านอัยการสูงสุดต้องมีกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริง รวบรวมพยานหลักฐาน และการดำเนินการอื่น เพื่อให้เห็นได้ว่ามีมูลกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นจริงเสียก่อน ภาระในการแสวงหาข้อเท็จจริงต่าง ๆ เหล่านี้ตกแก่อัยการสูงสุดซึ่งมีระยะเวลาและขั้นตอนการปฏิบัติงานพอสมควร

หากผู้ทราบสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ศาลก็สามารถที่จะดำเนินการ ไล่สวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงได้เอง ซึ่งหากเห็นว่ามีข้อเท็จจริงเพียงพอให้เห็นได้ว่า มีมูลกรณีการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเกิดขึ้นจริง ศาลก็สามารถที่จะสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้อย่างทันที่และทันการณ์ (ทั้งนี้ เทียบเคียงกับการให้สิทธิในการฟ้องคดีอาญาต่อศาลยุติธรรม ทั้งพนักงานอัยการ และผู้เสียหายต่างมีสิทธิฟ้องคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28)

จึงเห็นได้ว่า หากตีความคำว่า ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวสามารถมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้ น่าจะเป็นการเปิดช่องทางในการขยายสิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญแก่ชนชาวไทยให้กว้างออกไป อันจะเป็นประโยชน์และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างแท้จริงด้วย

ดังนั้น ทั้งอัยการสูงสุดและผู้ทราบถึงการกระทำดังกล่าว จึงมีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยได้

6. บทสรุป

ถึงแม้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีคำวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ว่า “มาตรา 68 บทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองผู้กระทำการตาม มาตรา 68 วรรคหนึ่ง มีสิทธิให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้สองประการ คือ (1) เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง และ (2) ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวโดยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการ ในกรณีที่ผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 วรรคสองนี้ เป็นภาระหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดเพียงแต่มีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ได้เท่านั้น หาได้ตัดสิทธิของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่” และมีเหตุผลประกอบสำคัญอีก 6 ประการ ได้แก่

1) สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 มีหลักการสำคัญมุ่งหมายให้คนไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

2) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 68 เป็นไปเพื่อรับรองสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 ซึ่งบัญญัติให้บุคคลมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้

3) การมีอยู่ของรัฐธรรมนุญ มาตรา 68 และมาตรา 69 จึงเป็นไปเพื่อพิทักษ์และคุ้มครองตัวรัฐธรรมนุญ
เอง

4) ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนุญต่างหากที่ถือเป็นเจตนารมณ์หลักของรัฐธรรมนุญ ที่จะต้องยึดถือไว้เป็น
สำคัญยิ่งกว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนุญ ที่ความเห็นของผู้ร่างรัฐธรรมนุญคนใดคนหนึ่งก็มีใช้เจตนารมณ์
ทั้งหมดของรัฐธรรมนุญ

5) การตีความเกี่ยวกับผู้มีสิทธิเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนุญ จึงต้องตีความไปในแนวทางของการยอมรับ
สิทธิ มีใช้จำกัดสิทธิ และ

6) เพื่อให้ชนชาวไทยและศาลรัฐธรรมนุญสามารถเข้ามাত্রตรวจสอบการกระทำที่อาจมีปัญหาตามมาตรา 68
วรรคหนึ่งได้

อย่างไรก็ตามประเด็นของผู้ที่จะสามารถใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนุญได้ตามช่องทางของรัฐธรรมนุญ
มาตรา 68 ในทางวิชาการหาได้สิ้นสุดลงไปไม่ ได้เกิดการแสดงความคิดเห็นในลักษณะเห็นด้วยและเห็นต่าง
ในทางวิชาการต่อกรณีศาลรัฐธรรมนุญมีคำสั่งรับคำร้องจากประชาชนที่ยื่นคำร้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนุญ
อย่างกว้างขวาง ซึ่งต่อมาสมาชิกรัฐสภาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 31 คน ได้เข้าชื่อ
ร่วมกันเสนอร่างรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ต่อประธานรัฐสภา
ตามรัฐธรรมนุญ มาตรา 291 เพื่อขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนุญ มาตรา 68 ใหม่โดยให้ใช้
ความต่อไปนี้เป็นแทน

“มาตรา 68 บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามหมวด 3 แห่งรัฐธรรมนุญนี้เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนุญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครอง
ประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนุญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอ
เรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง เมื่ออัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าว
ขัดต่อวรรคหนึ่ง ให้อัยการสูงสุดยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนุญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้
ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนุญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสองศาลรัฐธรรมนุญ
อาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้”

ที่ประชุมรัฐสภาได้รับหลักการของร่างแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวในวาระที่ 1 และได้ตั้งคณะกรรมการเพื่อ
พิจารณาในรายละเอียด ซึ่งการประชุมคณะกรรมการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย
แก้ไขเพิ่มเติม ฯ ได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช
(แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 68 และมาตรา 237) โดยพิจารณาเรียงลำดับตามรายมาตรา

กรรมาธิการได้อภิปรายแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนุญ มาตรา 68 และมาตรา 237
กันอย่างกว้างขวาง โดยในส่วนของกรรมาธิการแก้ไขรัฐธรรมนุญ มาตรา 68 นั้น ยังคงมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย
ซึ่งในส่วนของฝ่ายที่เห็นด้วยกับการแก้ไขจะทำให้เหตุผลว่าเป็นการแก้ไขกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มีความ
ชัดเจนขึ้น โดยที่เจตนารมณ์ของกฎหมายยังคงเดิม อีกทั้งไม่ได้มีเจตนาแก้ไขเพื่อเป็นการล้มล้างการปกครองใน
ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแต่ประการใด กล่าวคือ การดำเนินการตามมาตรานี้
ผู้ทราบการกระทำจะต้องเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุด แล้วจึงให้อัยการสูงสุดทำหน้าที่ตรวจสอบว่าคดีมีมูลหรือไม่

และเมื่อพบว่าคดีมีมูลก็ให้อัยการสูงสุดยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยสั่งการต่อไป ซึ่งเหตุผลที่กฎหมายมีเจตนารมณ์เช่นนี้เนื่องจากถ้าให้ผู้ทราบการกระทำสามารถเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงคดีที่เข้ามาสู่การพิจารณาของศาล ก็จะมาก และเกิดความล่าช้าในการวินิจฉัยคดี อีกทั้งการให้อัยการสูงสุดเป็นผู้พิจารณากลับกรองคดีก่อนนั้นเป็นหลักการสำคัญของกระบวนการยุติธรรมทั่วโลก นั่นคือ หลักแบ่งงานกันทำ อันจะทำให้การพิจารณาวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีความรวดเร็ว และสุดท้ายประชาชนก็จะได้รับประโยชน์จากการวินิจฉัยคดีที่มีความรอบคอบและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขมาตรา 68 นั้น เห็นว่าจะเป็นการตัดสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชน เนื่องจากการเสนอคำร้องต่ออัยการสูงสุดได้เพียงช่องทางเดียวนั้น เท่ากับว่าเป็นการนำเอาสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญมอบไว้ให้กับองค์กรอัยการเพียงองค์กรเดียว ซึ่งหากองค์กรอัยการทำงานล่าช้าหรือมีความเห็นไม่ส่งคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ประชาชนก็ไม่มีสิทธิที่จะพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนี้ได้¹⁸

คณะกรรมการการได้เชิญผู้ที่เกี่ยวข้องกับการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ตามคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 เพื่อรับทราบข้อมูล ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับที่มา เหตุผลความจำเป็น และลำดับเหตุการณ์ของการยื่นคำร้องขอตั้งกล่าวจากฝ่ายผู้ร้อง รวมทั้งรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับประเด็นปัญหาข้อเท็จจริง และปัญหาข้อกฎหมายอันนำมาซึ่งการถูกยื่นคำร้องดังกล่าวจากฝ่ายของผู้ถูกร้อง ตลอดจนรับทราบความคิดเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับประเด็นปัญหาข้อกฎหมายตามคำร้องดังกล่าวจากพยานทั้งสองฝ่าย

จากการรับทราบข้อมูล ข้อเท็จจริงจากผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัยดังกล่าวจากฝ่ายผู้ร้อง ฝ่ายผู้ถูกร้อง และพยานฝ่ายผู้ถูกร้อง (นายโกศล พลกุล) พยานฝ่ายผู้ร้อง (นายสุรพล นิติไกรพจน์) ติตการกิจสรุปสาระสำคัญ ได้ดังนี้¹⁹

ฝ่ายผู้ร้อง ได้กล่าวให้ข้อมูลข้อเท็จจริงต่อที่ประชุมคณะกรรมการการสรุปได้ว่า การยื่นคำร้องของผู้ร้องนั้นสืบเนื่องจากกรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ของรัฐสภาซึ่งในความเห็นของภาคประชาชนเห็นว่าเป็นการแก้ไขเพื่อล้มล้างหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ เนื่องจากรัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามวิธีการและขั้นตอนที่กำหนดไว้ได้เองอยู่แล้ว อีกทั้ง ไม่มีบทบัญญัติใดที่จะอนุญาตให้มีการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและไม่มีบทบัญญัติใดที่จะให้แก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับโดยการมอบอำนาจให้บุคคลภายนอก (สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ) ซึ่งเป็นคณะบุคคลที่ไม่มีอำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้น ถือว่าเป็นการทำให้บุคคลซึ่งไม่มีอำนาจกลับมีอำนาจพิเศษขึ้นมาในการที่จะยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาทั้งฉบับ ทั้งที่อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นเป็นของสมาชิกรัฐสภา จึงเท่ากับว่า สมาชิกรัฐสภาได้มอบอำนาจต่อไป ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ฝ่ายผู้ร้องทั้ง 5 จึงได้ใช้สิทธิตามมาตรา 68 เสนอคำร้องไปยังอัยการสูงสุดก่อน แต่ภายหลังจากยื่นคำร้องไปแล้วเป็นระยะเวลาประมาณ 3 เดือน กับ 6 วัน ก็ไม่ได้รับการตอบรับจากอัยการสูงสุด จนเป็นเหตุให้ผู้ร้องทั้ง 5 ต้องไปใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเกรงว่ารัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับนั้นจะเป็นการลิดรอนอำนาจขององค์กรต่าง ๆ หรืออาจจะไปเกี่ยวข้องกับองค์กรอิสระ

¹⁸ รายงานการประชุมคณะกรรมการการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม ฯ ครั้งที่ 2 วันพุธที่ 10 เมษายน 2556 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการ หมายเลข 219 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2.

¹⁹ รายงานการประชุมคณะกรรมการการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม ฯ ครั้งที่ 3 วันพุธที่ 24 เมษายน 2556 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการ หมายเลข 219 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2.

ตามรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้ ฝ่ายผู้ร้องยังได้แสดงความเห็นไม่สนับสนุนร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เนื่องจากเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนเพราะการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชนตามร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 จะต้องยื่นคำร้องผ่านอัยการสูงสุดเท่านั้น และการดำเนินการในลักษณะเช่นนี้จะเป็นการเปิดช่องให้รัฐบาลมีอำนาจมากขึ้น อีกทั้งมองว่าสถานการณ์ทางการเมืองในขณะนี้ยังไม่ถึงเวลาที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญ เนื่องจากยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกัน

ฝ่ายผู้ถูกร้อง ได้กล่าวให้ข้อมูลต่อที่ประชุมสรุปได้ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ไม่ได้เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ เนื่องจากมีการกำหนดไว้ชัดเจนว่าจะไม่มีการแก้ไขในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ และยังคงมีความเห็นว่าอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นของรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน แต่เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญควรแก้ไขเป็นรายมาตรา ดังนั้น ในการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนี้จึงเป็นการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญในรายมาตรา ซึ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามร่างมาตรา 68 นี้มิได้เป็นการแก้ไขเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมีได้เป็นการแก้ไขเพื่อให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด พ้นจากความผิด แต่เป็นการแก้ไขเพื่อให้การตีความกฎหมายในเรื่องของการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญชัดเจนขึ้น นอกจากนี้ ฝ่ายผู้ร้องยังได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เกิดขึ้นเมื่อครั้งได้มีการยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 อาทิ การวินิจฉัยรับคำร้องที่รวดเร็ว การแก้ไขคำร้องโดยศาล และประเด็นสำคัญ เห็นว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีอำนาจรับคำร้องไว้วินิจฉัยได้เองอันเป็นการขัดแย้งกับคำสั่งที่ 12/2549 ของศาลรัฐธรรมนูญที่เคยสั่งไม่รับคำร้องจากประชาชนโดยตรง โดยให้เหตุผลว่าต้องเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดก่อนนั้นเป็นเหตุให้เกิดวิกฤตทางการเมืองขึ้นในขณะนี้

พยานฝ่ายผู้ถูกร้อง ได้กล่าวให้ข้อมูลต่อที่ประชุมคณะกรรมการ สรุปลงได้ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ไม่ได้เป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เนื่องจากรัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ตามมาตรา 291 และไม่ได้เป็นการตัดสิทธิประชาชน นอกจากนี้ ยังเห็นว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 นั้น เป็นการแก้ไขเพื่อให้เกิดความชัดเจน เพราะหากให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถรับเรื่องได้เองโดยตรงก็เท่ากับว่าศาลเป็นผู้รับเรื่องเอง ตรวจสอบข้อเท็จจริง และตัดสินเองในองค์กรเดียว ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักสากล

ในขั้นที่สุด ที่ประชุมคณะกรรมการได้ประชุมและมีมติเห็นชอบให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำดังต่อไปนี้

“มาตรา 68 บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามหมวด 3 แห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าว ย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง เมื่ออัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามวรรคหนึ่ง ให้อัยการสูงสุดยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว หากอัยการสูงสุดเห็นว่าไม่เป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามวรรคหนึ่ง หรือการเสนอเรื่องไม่เป็นการเสนอตามวรรคนี้ ให้ส่งยุติเรื่อง คำสั่งของอัยการสูงสุดที่ส่งยุติเรื่องให้เป็นที่สุด

การตรวจสอบข้อเท็จจริงตามวรรคสอง ให้อัยการสูงสุดดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากอัยการสูงสุดไม่สามารถตรวจสอบข้อเท็จจริงให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวให้ผู้ทราบการกระทำมีสิทธิเสนอเรื่องนั้นเพื่อร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการได้โดยตรง ซึ่งต้องยื่นภายในสามสิบวันนับแต่ครบกำหนดเวลาที่อัยการสูงสุดดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริง

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสองศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้”

โดยสรุป การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ...) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 68 และมาตรา 237) ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการได้มีการแก้ไขข้อความจากร่างที่เสนอเข้าสู่รัฐสภาจำนวน 2 จุดใหญ่ ๆ คือ 1) แก้ไขและเพิ่มเติมข้อความในวรรคสอง ระบุให้เพิ่มเติมว่า หากอัยการสูงสุดเห็นว่า ไม่เป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามวรรคหนึ่ง หรือการเสนอเรื่องไม่เป็นการเสนอตามวรรคนี้ คำสั่งของอัยการที่ส่งยุติเรื่องให้เป็นที่สุด และ 2) เพิ่มเติมข้อความเป็นวรรคสาม ให้อำนาจกับอัยการสูงสุดในการตรวจสอบข้อเท็จจริงให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน หากไม่สามารถตรวจสอบข้อเท็จจริงให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ผู้ทราบการกระทำมีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการได้โดยตรง โดยต้องเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญภายในสามสิบวันนับแต่ครบกำหนดเวลาที่อัยการสูงสุดดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริง

ประเด็นการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ...) พุทธศักราช แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 68 ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของรัฐสภาในขณะนี้ (11 กรกฎาคม 2556) ได้มีผู้ยื่นคำร้อง²⁰ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ผู้ที่ร่วมเข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ...) พุทธศักราช แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 68 จำนวน 311 คน และประธานรัฐสภา ที่เป็นผู้ส่งบรรจุเป็นวาระการประชุม ได้กระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ อันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งให้รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาวินิจฉัย คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล

ถึงแม้ว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจะได้ร่วมกันเข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่..) พุทธศักราช แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เพื่อแก้ไขปัญหาคความไม่ชัดเจนหรือแก้ไขปัญหาข้อถกเถียงในทางวิชาการ ในประเด็นผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ให้หมดสิ้นไป แต่ประเด็นดังกล่าวกลับกลายเป็นประเด็นทางการเมืองระหว่างสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายที่เห็นด้วยและฝ่ายเห็นต่าง ที่มองดูแล้วน่าจะหาข้อยุติทางการเมืองได้ยาก

กรณีดังกล่าวรัฐสภาจะสามารถพิจารณาร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จจนมีการประกาศให้มีผลเป็นการบังคับใช้ได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญ จะวินิจฉัยในคดีดังกล่าวเป็นเช่นไร เป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยที่สำคัญยิ่ง และกรณีดังกล่าวจะสามารถแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งทางการเมืองได้หรือไม่ หรือนำไปสู่ประเด็นปัญหาทางการเมืองให้ทวีความเข้มข้นขึ้นอีกหรือไม่ เป็นกรณีศึกษาที่ต้องติดตามผลการพิจารณาและผลคำวินิจฉัยของทั้งสององค์กรที่จะเกิดขึ้นในระยะเวลาอันใกล้นี้ ต่อไป

²⁰ ได้แก่อำนาจเรื่องพิจารณาที่ 9-10/2556 ที่ 12-13/2556 และที่ 21-22/2556.

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

กรณีการจัดหาพัสดุภาครัฐ

อารีพงศ์ ภู่อ้อม*

บทนำ

ประเทศไทยมีระบบการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตย และยึดถือหลักความเป็นนิติรัฐที่มุ่งเน้นความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นพื้นฐานในการปกครองประเทศ จึงนำมาสู่การบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ในลักษณะที่รัฐยอมจำกัดอำนาจของตนอยู่ภายใต้กฎหมายเพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งในทางสิทธิมนุษยชน กล่าวคือสิทธิในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และสิทธิพลเมือง กล่าวคือ สิทธิในฐานะปัจเจกชนที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อปัจเจกชนทั้งหลายได้รวมกลุ่มอยู่ร่วมกัน โดยมีรัฐเป็นผู้แทนปวงชนในการปกครองประเทศ รัฐย่อมมีภาระหน้าที่ที่ต้องรักษาประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม และคุ้มครองความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมในรัฐนั้นๆ รัฐจึงมีความจำเป็นต้องรื้อถอนหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนบางประการ เพื่อกิจการสาธารณะประโยชน์ และการรักษาความสงบเพื่อให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุผลตามข้างต้น ทั้งนี้ทั้งนั้น การรื้อถอนหรือการจำกัดสิทธิดังกล่าวดังกล่าวต้องเป็นไปทางที่รัฐได้กระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ เพียงแต่เท่าที่จำเป็นไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพ และมีลักษณะเป็นการทั่วไป โดยเครื่องมือของรัฐที่สามารถนำมาใช้ก้าวล่วงต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนหรือประชาชนได้นั้น ต้องกระทำโดย “กฎหมาย” ให้อำนาจ และต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากองค์กรที่มาจากผู้แทนประชาชนคือ รัฐสภา เท่านั้น และ “หน่วยงานของรัฐ” ในฐานะเครื่องมือของรัฐและเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเพื่อให้กิจการของรัฐสามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่อง จึงต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยเช่นกัน

บทความฉบับนี้ได้ให้ความสนใจในประเด็นของการวิเคราะห์ในส่วนบทบัญญัติของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ว่ามีการสอดคล้องกับหลักการการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ อย่างไร โดยมุ่งทำการศึกษาในช่วงเริ่มต้นของการเข้ามีนิติสัมพันธ์กันระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนหรือเอกชน ในลำดับขั้นของการจัดหาเอกชนเพื่อเข้าจัดหาพัสดุ หรือร่วมการงานกับภาครัฐ

* ปลัดกระทรวงพลังงาน, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

บทความนี้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 3 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 จะเป็นการอธิบายถึงแนวคิดและหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่ควรทำความเข้าใจถึงที่มาและสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ ขอบเขตการใช้บังคับ ตลอดจนการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งนำไปสู่ฐานอำนาจที่รัฐสามารถออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการของประชาชน ส่วนที่ 2 จะเป็นกรณีเกี่ยวกับการพิจารณาสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ ควบคู่ไปกับการจัดหาพัสดุภาครัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เพื่อนำไปวิเคราะห์ว่ามีการคุ้มครองประชาชนในการจัดหาภาครัฐหรือไม่ และส่วนที่ 3 จะเป็นการสรุปในภาครวมเพื่อหาคำตอบในประเด็นที่ให้ความสนใจ

1. แนวความคิดและหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

ความหมาย “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” สามารถอธิบายได้ดังนี้

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของตน และโดยเหตุที่บุคคลผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้ สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วยเสมอ ซึ่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง การรับรองสิทธิดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลอื่นมาแทรกแซงในขอบเขตแห่งสิทธิรัฐธรรมนูญของตนโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐ และในบางกรณีได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้นบรรลุผล สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่ต้องให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลทางปฏิบัติ¹ ได้แก่ สิทธิในชีวิตละร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิในการได้รับการศึกษาจากรัฐ สิทธิในการได้รับการบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ สิทธิผู้บริโภค สิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของรัฐ และสิทธิชุมชน เป็นต้น

“เสรีภาพ” หมายถึง สภาวะที่บุคคลมีอิสระในอันที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความปรารถนาของตน โดยไม่ถูกแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น ซึ่งเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นเสรีภาพตามกฎหมายมหาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลในการกำหนดชะตากรรมของตนโดยมีอิสระที่กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องให้รัฐหรือบุคคลอื่นดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยให้การใช้สิทธิเสรีภาพของตนบรรลุผลหรือสะดวกขึ้น รัฐหรือบุคคลอื่นมีหน้าที่เพียงไม่เข้ามารบกวนการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น ได้แก่ เสรีภาพบริบูรณ์ในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร เสรีภาพในการประกอบกิจการและประกอบอาชีพ เสรีภาพในทางวิชาการ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมือง และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2552), น.49

ทั้งนี้ สิทธิเสรีภาพแตกต่างกันตรงที่ “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลพึงมีเพื่อเรียกร้องให้รัฐหรือบุคคลอื่นกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อส่งเสริมเอื้ออำนวยให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้นบรรลุผลหรือสะดวกขึ้น ในขณะที่ “เสรีภาพ” นั้นเป็นอำนาจที่บุคคลพึงมีเพื่อความเป็นอิสระในการตัดสินใจที่จะกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้ด้วยตนเองแม้เสรีภาพจะก่อให้เกิดหน้าที่แห่งรัฐหรือบุคคลอื่น เช่นเดียวกับสิทธิ แต่หน้าที่นั้นก็แค่เพียงหน้าที่ที่จะต้องงดเว้นการกระทำใดๆ อันเป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของบุคคลผู้ทรงเสรีภาพเท่านั้น บุคคลผู้ทรงเสรีภาพจึงไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้รัฐหรือบุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตนหรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้สิทธิเสรีภาพได้สะดวกขึ้น²

โดยทั่วไปแล้วสามารถแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ สิทธิมนุษยชน (Human Rights) และสิทธิพลเมือง (Citizen Rights) โดยสิทธิมนุษยชนหมายถึง สิทธิและเสรีภาพที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่กำเนิด และไม่อาจถูกพรากไปจากมนุษย์ได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของผู้คนนั้น สิทธิมนุษยชนจึงเป็นลักษณะประจำตัวของมนุษย์ เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนพึงมีในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ มนุษย์ทุกคนจึงมีสิทธิเสรีภาพเหล่านี้แล้วตั้งแต่ว่าก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น ไม่มีมนุษย์ผู้ใดสามารถสละสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้โดยชอบ และไม่มีผู้ปกครองคนใดหรือคณะใดที่มีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้³ ได้แก่สิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นอยู่ส่วนตัว การนับถือศาสนา การแสดงความคิดเห็น เป็นต้น ดังนั้นสิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้คุ้มครองแก่บุคคลทุกคน โดยมีได้แบ่งแยกกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนชาติใด เชื้อชาติใดหรือนับถือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของชาติใดก็ตามบุคคลดังกล่าวย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นๆ ด้วย ส่วนสิทธิพลเมือง หมายถึงสิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตจำนงทางการเมืองของรัฐ หรือเข้าไปมีส่วนร่วมในองค์กรของรัฐ โดยสภาพของเรื่องจะเห็นได้ว่า สิทธิพลเมืองย่อมมีได้เฉพาะแต่ภายหลังเวลาที่เกิดรัฐแล้วเท่านั้น และรับมั่งจะบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิประเภทนี้ให้แก่พลเมืองของรัฐตนเท่านั้น ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในการรวมตัวจัดตั้งพรรคการเมือง การออกเสียงเลือกตั้ง การลงรับสมัครเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบโดยปราศจากอาวุธ สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ ดังนั้น สิทธิพลเมืองจึงเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองของรัฐตนเท่านั้น หากบุคคลใดเข้ามาอยู่ในเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของรัฐซึ่งตนมิได้มีสัญชาตินั้น บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิในสิทธิพลเมืองของรัฐนั้น จึงไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของรัฐนั้น

แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่ปัจเจกชนหรือประชาชนพึงมีไว้ก็ตาม แต่ก็เชื่อว่าทุกคนจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้โดยปราศจากขอบเขต ดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรม

² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543), น.22

³ เฟ็งอ้าง, น.44

อันดีของประชาชน ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพของตนตามอำเภอใจ จนอาจนำไปสู่การละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและรักษาซึ่งความสงบเรียบร้อยในสังคม ป้องกันการล้มล้างรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ โดยหลักการแล้วการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ กระทำเท่าที่จำเป็น ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพนั้น มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป และมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง อีกทั้ง บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ดังกล่าวต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย⁴ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญได้ต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนของประชาชน ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติ หรืออาจเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติซึ่งตราโดยองค์กรฝ่ายบริหาร ได้แก่ พระราชกำหนด และประกาศคณะปฏิวัติ ฉะนั้นองค์กรฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายลำดับรองไม่ว่าจะเป็นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง หรือระเบียบ มาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้⁵ และต้องเป็นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วยจึงทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาผู้มีหน้าที่ตรากฎหมายต้องคำนึงถึงเงื่อนไข 3 ประการ ได้แก่

1) หลักความเหมาะสม กล่าวคือ เป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้

2) หลักความจำเป็น กล่าวคือ เป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ ในกรณีที่มาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย

3) หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายอย่างแคบ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ส่วนรวมมากกว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน

แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ละคนเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือเพื่อรักษาไว้ประโยชน์สาธารณะได้ก็ตาม แต่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาไม่มีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁶ เพื่อคุ้มครองมิให้มีการใช้อำนาจโดยอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลใด

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2551 และที่ 24/2543

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2

บุคคลหนึ่งโดยผ่านทางกระบวนการตรากฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งอันขัดต่อความเสมอภาคที่รับรองและคุ้มครองไว้ในมาตรา 30⁷

2. สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการจัดหาพัสดุปัจจัย

2.1 สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ

การคุ้มครองในเรื่องของการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของประชาชนนั้น ถือได้ว่าเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ได้เริ่มมีการบัญญัติรับรองไว้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534⁸ โดยมองว่าการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของประชาชนเป็น “สิทธิ” ที่ควรได้รับการคุ้มครอง และสามารถจำกัดสิทธิดังกล่าวได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้หากเข้าเงื่อนไขตามที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติให้คุ้มครองไว้เช่นเดียวกัน แต่มีความแตกต่างกันตรงที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถือว่าการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของประชาชน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานแห่งการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม กล่าวคือ เป็นเสรีภาพการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพอะไรก็ได้ และยอมแข่งขันได้อย่างเสรี ถือเป็น “เสรีภาพ” ประเภทหนึ่งที่ต้องบัญญัติรับรองไว้ และจะถูกลimitได้ ทั้งนี้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจำกัดความไม่เป็นธรรม ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ได้มีการแก้ไข เพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงแต่อย่างไร⁹

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 บัญญัติว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 บัญญัติว่า สิทธิของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ย่อมได้รับความคุ้มครอง

การจำกัดสิทธิตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้อีกแต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือการจำกัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 50 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43 บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือการจำกัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

อย่างไรก็ดี รัฐจะออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมดังกล่าว ได้นั้น ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 บัญญัติไว้ด้วย¹⁰

2.2 การจัดหาพัสดุภาครัฐ

ประเทศไทยมีกระบวนการจัดหาพัสดุภาครัฐที่จัดทำเป็นระเบียบและยังเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับกระทรวง ทบวง กรม และจังหวัด โดยอาศัยอำนาจแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11(8) ซึ่งกำหนดว่า นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจในการวางระเบียบปฏิบัติราชการ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปโดยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่น โดยทำการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมถึง 6 ครั้ง ประกอบด้วยรายละเอียดของการบริหารพัสดุตั้งแต่การจัดหาจนถึงการจำหน่ายพัสดุ ประเภทของการจัดการพัสดุ ได้แก่ การจัดทำเอง การซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การเช่า และการแลกเปลี่ยนวิธีการจัดหา ได้แก่ วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ และวิธีประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ และแนวทางปฏิบัติสำหรับการจัดพัสดุ และจำหน่ายพัสดุ

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับหลักการจัดหาพัสดุไว้อย่างชัดเจน ดังที่จะยกตัวอย่างต่อไปนี้

- เพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “ผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน” กล่าวคือ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เข้าเสนอราคาหรือรับจ้างกับส่วนราชการ เป็นผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมในกิจการที่เข้าเสนอราคาหรือเข้าเสนองานกับส่วนราชการนั้นในคราวเดียว ซึ่งอาจจะเป็นความสัมพันธ์ในเชิงบริหารความสัมพันธ์ในเชิงทุน หรือความสัมพันธ์ในลักษณะไขว้

- เพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “การขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม” กล่าวคือ การที่ผู้เสนองานหรือผู้เสนอราคากระทำการขัดขวางหรือเป็นอุปสรรค หรือไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมในการเสนอราคาหรือเสนองานต่อส่วนราชการ

- เพิ่มเติมเนื้อความเป็นข้อ 15 ทวิ ข้อ 15 ตรี ข้อ 15 จัตวา ข้อ 15 เบญจ ข้อ 15 ฉ และข้อ 15 สัตต แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีสาระสำคัญอันเกี่ยวกับการพิจารณาคุณสมบัติของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองาน สรุปได้ว่า ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในแต่ละขั้นตอนของการจัดหา ต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงคุณสมบัติและความสามารถของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองาน เว้นแต่กรณีที่มีลักษณะเฉพาะอันเป็นข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ตามระเบียบนี้ และให้ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่เป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันแต่เพียงรายเดียวเท่านั้น มีสิทธิที่จะเสนอราคาที่จะเสนองานในการซื้อหรือการจ้างทำพัสดุ การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงานของ

¹⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2545 วันที่ 4 มิถุนายน พ.ศ. 2545 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 40/2545 วันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ.2545

ทางราชการในแต่ละครั้ง จากนั้นให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานแต่ละรายว่าเป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันหรือไม่ ก่อนเปิดซองสอบราคา ประกวดราคา หรือเสนองาน และในกรณีการซื้อหรือการจ้างทำพัสดุโดยวิธีประกวดราคา หรือการจ้างที่ปรึกษา โดยวิธีคัดเลือก ให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานดังกล่าวก่อนเปิดซองข้อเสนอมูลค่าทางเทคนิค ของข้อเสนอราคา หรือซองข้อเสนอมูลค่าทางการเงิน เมื่อได้ตรวจสอบคุณสมบัติดังกล่าวเรียบร้อยแล้ว ให้เจ้าหน้าที่ประกาศรายชื่อผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่มีสิทธิได้รับคัดเลือกไว้โดยเปิดเผย ณ สถานที่ทำการของส่วนราชการ ทั้งนี้ หากปรากฏว่าผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานเป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือกระทำการอันเป็นการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมและเป็นที่ยอมรับได้ว่ามีผลกระทบนั้นให้เจ้าหน้าที่ตัดรายชื่อผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานดังกล่าวทุกรายออกจากการเป็นผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานในการเสนอราคาหรือเสนองานในครั้งนั้น ในกรณีปรากฏภายหลังการเปิดซองสอบราคา ประกวดราคาหรือเสนองาน ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานเป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันหรือกระทำการอันเป็นการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมให้หัวหน้าส่วนราชการตัดรายชื่อหรือกระทำการอันเป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่างที่เป็นธรรมที่มีสิทธิได้รับการคัดเลือกดังกล่าวทุกรายออกจากรายชื่อผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่มีสิทธิได้รับการคัดเลือก

- แก้ไขเพิ่มเติมเนื้อความข้อ 16 ให้ใช้ความว่า ให้ส่วนราชการใช้วัสดุที่ผลิตในประเทศหรือเป็นกิจการของคนไทย ซึ่งขอหยิบยกเฉพาะ (1) ขึ้นมาแสดงประกอบกรณีวิเคราะห์ในบทความนี้ โดยกำหนดว่าห้ามกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะ ซึ่งอาจมีผลกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายพัสดุที่ผลิตในประเทศ หรือเป็นกิจการของคนไทยสามารถเข้าแข่งขันกันในการเสนอราคากับทางราชการ

2.3 การคุ้มครองประชาชนในการจัดหาพัสดุภาครัฐ

ดังจะเห็นได้จากแนวความคิดของกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีความมุ่งหมายให้ประชาชนสามารถเลือกประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้อย่างเสรี โดยไม่ถูกจำกัด การที่เอกชนรายหนึ่งหรือหลายรายจะเข้ามาดำเนินการกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดกับรัฐ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ทำหน้าที่เป็นเครื่องมือในการกำหนดเงื่อนไขและแนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน เมื่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยเพิ่มสาระสำคัญของหลักปฏิบัติในการจัดหาพัสดุว่า เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการคำนึงถึงคุณสมบัติและความสามารถของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานเนื่องจากมีความพยายามที่จะขจัดปัญหากรณี “การฮั้วประมูล” กล่าวคือ การที่ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานมากกว่า 1 ราย เข้ามีประโยชน์ร่วมกัน รวมทั้งกรณีการขัดขวางการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม เช่น การสมยอมกันระหว่างผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานด้วยกันเอง หรือระหว่างภาครัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองาน การขอหรือเรียกรับสินบน การข่มขู่ใช้กำลังประทุษร้าย การใช้เอกสารเท็จต่างๆ เพื่อการทุจริตต่อเงินงบประมาณของแผ่นดิน มีการป้องกันการผูกขาดการประกอบกิจการกับภาครัฐอันเป็นลักษณะของการไม่ให้เอกชนรายอื่นเข้าทำงานอย่างเสรี มีการเพิ่มเติมมาตรการลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดโดยตัดชื่อออก สั่งให้เป็นผู้ทำงาน รวมถึงการให้ไม่ประกอบกิจการกับภาครัฐ นอกจากนี้ ยังมีการเปิดโอกาสและส่งเสริมให้สินค้าหรือกิจการของคนไทยสามารถเข้าแข่งขันกับทางราชการได้โดยปราศจากการกีดกันด้วย ทั้งนี้ นอกจากจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ยังก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดของการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินเพื่อพัฒนาประเทศอีกด้วย

3. สรุป

“การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ” เป็นองค์ประกอบสำคัญอย่างหนึ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตย เมื่อรัฐธรรมนูญได้ให้ความรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้วหน่วยงานของรัฐต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้¹¹ อีกทั้ง ยังต้องผูกพันและอยู่ภายใต้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองในอันที่จะตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมาย¹² เมื่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11(8) มีสถานะเป็นกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย มีผลใช้บังคับต่อประชาชนชาวไทยจึงอยู่ภายใต้หลักมิให้มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เช่นกัน จากการศึกษาพิจารณาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ปรากฏว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ของการจัดหาพัสดุจากเอกชนที่เน้นให้เกิดความเป็นธรรม พยายามที่จะขจัดปัญหาที่อาจทำให้การแข่งขันของเอกชนไม่โปร่งใส ถือได้ว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีการปรับตัวตามสถานะที่ให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพมากยิ่งขึ้น กำหนดพื้นฐานทางโครงสร้างให้มีความรัดกุมในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ วิธีการสรรหา และการตรวจสอบ และความคุ้มค่ากับเงินงบประมาณที่ต้องเสียไป อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะกฎหมายจะพยายามสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแล้วก็ตาม แต่ส่วนประกอบที่สำคัญอันจะขาดเสียมิได้คือ ความสุจริตของเจ้าหน้าที่ และเอกชนผู้ที่จะเข้ามาดำเนินกิจการกับภาครัฐด้วย หากมีความตั้งมั่นอยู่ในขอบเขตของการใช้สิทธิตนมีและเสรีภาพที่ตนรับอย่างชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ย่อมทำให้รัฐธรรมนูญมีความศักดิ์สิทธิ์และสามารถบรรลุถึงจุดหมายของหลักนิติรัฐและประชาธิปไตยได้เป็นอย่างดี

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 บัญญัติว่า การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 บัญญัติว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

บรรณานุกรม

เอกสารวิชาการ

บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2552)

วรพจน์ วิศวพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2553)

สุรียา ปานแป้น และอนวัธน์ บุญนันท์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554)

สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2550)

มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, ข้อมูลเบื้องต้นประกอบการวิเคราะห์ขอบเขตสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, เอกสารประกอบการสัมมนาศึกษาวิจัย เรื่อง กฎหมายที่มีบทบัญญัติไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ระหว่างวันที่ 8 - 10 สิงหาคม 2556

กฎหมายและคำวินิจฉัย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

รูปแบบการนำเสนอบทความเพื่อจัดพิมพ์ลงในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

1. เป็นบทความวิจัยหรือบทความทางวิชาการทั่วไป หรือเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ
2. เป็นบทความที่ไม่เคยตีพิมพ์ที่ใดมาก่อนหรือไม่อยู่ระหว่างการเสนอขอลงพิมพ์ในวารสารหรือสิ่งพิมพ์อื่น
3. แบบตัวอักษร แบบตัวอักษรในบทความใช้แบบอักษร Angsana New หรือ TH SarabunPSK
4. ขนาดตัวอักษร
 - 4.1 ขนาดตัวอักษรของชื่อเรื่องบทความ ใช้ตัวอักษรขนาด 20 พอยน์
 - 4.2 ขนาดตัวอักษรในบทความ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 พอยน์
5. ระยะห่างของกระดาษ
 - 5.1 หัวกระดาษและท้ายกระดาษ ประมาณ 2.5 เซนติเมตร
 - 5.2 ก้นหน้าและก้นหลัง ประมาณ 2.5 เซนติเมตร
6. ผู้เขียนบทความ ชื่อและนามสกุลท้ายชื่อบทความโดยมีสัญลักษณ์ดอกจันบนนามสกุล และในเชิงอรรถหน้าเดียวกันให้ใส่ข้อมูลส่วนตัวเกี่ยวกับตำแหน่ง วุฒิการศึกษา (โดยย่อ)
7. การแยกหัวข้อย่อย ควรขึ้นบรรทัดใหม่และย่อหน้าขึ้นตัวเลข พร้อมชื่อหัวข้อย่อยด้วยตัวหนา บรรทัดต่อไปจึงเป็นข้อความรายละเอียดของหัวข้อย่อยที่มีระยะในการย่อหน้าเท่ากับการย่อหน้าของชื่อหัวข้อย่อย
8. การอ้างอิง
 - 8.1 ชื่อ-สกุล. // ชื่อเรื่อง. // เมืองพิมพ์. // ผู้รับผิดชอบในการพิมพ์. // ปีที่พิมพ์. // หน้าที่อ้างอิง.
ภาษาอังกฤษ
 - 8.2 ชื่อ-สกุล. // ชื่อเรื่อง. // ครั้งที่พิมพ์. // เมืองพิมพ์. // ผู้รับผิดชอบในการพิมพ์.// ปีที่พิมพ์.
9. เงื่อนไขการรับบทความ
 - 9.1 บทความที่ได้รับการพิจารณาให้ลงพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ ต้องผ่านความเห็นชอบและหรือผู้เขียนได้ปรับปรุงแก้ไขตามข้อเสนอแนะของกองบรรณาธิการ
 - 9.2 ผู้เขียนบทความที่ได้รับการคัดเลือกให้ลงพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ จะได้รับค่าตอบแทนสำหรับบทความภาษาไทยหน้าละ 200 บาท แต่ไม่เกิน 5,000 บาท และสำหรับบทความภาษาอังกฤษบทความละ 8,000 บาท โดยต้องมีจำนวนหน้าไม่ต่ำกว่า 10 หน้า

ใบสมัครสมาชิก “วารสารศาลรัฐธรรมนูญ”

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

สมัครสมาชิก ค่าสมาชิก
(1 ปี 3 เล่ม รวมค่าจัดส่งทางไปรษณีย์)

ราคาจำหน่าย เล่มละ 120 บาท

ขอสมัครเป็นสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ชื่อ-สกุล.....

ที่อยู่..... รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์..... โทรสาร.....

ประจำปี พ.ศ..... เล่มที่.....

ตั้งแต่ พ.ศ..... ถึง พ.ศ.....

เล่มที่..... (ระบุให้ชัดเจน)

พร้อมนี้ได้แนบแนบแนบ

สั่งจ่าย ปณฝ.ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 10215 / เชื้อนคราการ / ตัวแลกเงิน จำนวนเงิน.....บาท

โดยสั่งจ่ายในนาม ผู้อำนวยการกลุ่มงานคลังและพัสดุ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ: ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550

อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง

เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210 โทร. 02 141 7777

หรือ ติดต่อโดยตรงได้ที่ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โทร. 0 2141 7681 โทรสาร 0 2143 9515

การส่งบทความหรือข้อคิดเห็นเพื่อลงพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญและการติดต่อเรื่องอื่นๆ โปรดส่งหรือติดต่อบรรณาธิการวารสารศาลรัฐธรรมนูญ ณ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พร้อมแจ้งสถานที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้สะดวก หากผู้เขียนใช้นามแฝง โปรดแจ้งนามจริงในหนังสือแนบส่งบทความหรือข้อคิดเห็นนั้นด้วย



วารสาร

ISSN 1513-1246

ศาลรัฐธรรมนูญ Constitutional Court Journal

ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม - สิงหาคม 2558

ที่ปรึกษา

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

บรรณาธิการ

นายพิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นายเชาวนะ ไตรมาศ

นางพรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์

พันโท ภาคภูมิ ศิลารัตน์

กองบรรณาธิการ

นายมนตรี กนกวารี

นายสิทธิพร เสาภายน

นางชนิษฐา โตโพธิ์ไทย

นายบุญเสริม นาคสาร

นางอัจฉรียา อนันตพงศ์

นางสาวอัจฉราพร พรมุกดา

คณะเจ้าหน้าที่

นายวรศักดิ์ สุทธิัญญวานิช

นางสาววิจิตราภรณ์ โพธิ์ชัย

นายรงค์รัชต์ จันทร์สุวรรณ

นายเจนวิวัฒน์ ต้องประสงค์

นางสาวพัชราภรณ์ ทองปานดี

ติดต่อหน่วยงานรับผิดชอบ :

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โทรศัพท์ 0 2141 7681

โทรสาร 0 2143 9519

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

การสมัครเป็นสมาชิก :

ค่าสมัครสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ปีละ 300 บาท (รวมค่าจัดส่งไปรษณีย์)

“บทความหรือข้อคิดเห็นใดๆ ที่ปรากฏในวารสารศาลรัฐธรรมนูญเป็นวรรณกรรมของผู้เขียน
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย”

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500
www.constitutionalcourt.or.th