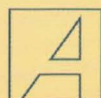


รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ ๘

ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม



DEUTSCHLAND
1949
1989
2009



Konrad
Adenauer
Stiftung

WEICHENSTELLUNGEN IN DIE ZUKUNFT

ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองระบอบ ประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม

.....

ผู้เขียน

- กาญจน์ วรกุล
- บุญลือ พิมพ์ทองงาม
- ปัญญา จิตตานุ
- ปัญญา อุดชาชน
- ไพรยา ทศนสกุล
- พิมพ์ ธรรมพิทักษ์พงษ์
- ภาคภูมิ ศิลารัตน์
- ภาสพงษ์ เรณูมาศ
- วรณา สุพรรณธะริตา
- วิชช จีระแพทย์
- สิทธิพร เคาภายน

ห้องสมุดศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 8 : เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ
กับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม. -- กรุงเทพฯ ;
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2552.

452 หน้า

1. ศาลรัฐธรรมนูญ I. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ II. ชื่อเรื่อง.

342.5930269

ISBN : 978-974-7725-61-2

ชื่อหนังสือ รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 8 :
เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตาม
หลักนิติธรรม”

ปีที่พิมพ์ พุทธศักราช 2552

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
(อาคาร A) เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง
เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500
www.constitutionalcourt.or.th

E-mail: feedback@constitutionalcourt.or.th

ดำเนินการจัดทำโดย สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

พิมพ์ที่ บริษัท พี. เพรส จำกัด

129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ สวนหลวง กรุงเทพฯ 10250

โทร. 0-2742-4754-5 โทรสาร 0-2331-5107

คำนำ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้จัดพิมพ์เผยแพร่หนังสือรวมบทความทางวิชาการ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2545 ติดต่อกันมาแล้ว จำนวน 7 เล่ม ดังนี้

- (1) ปี 2545 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 1 :
ศาลรัฐธรรมนูญไทย
- (2) ปี 2546 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 2 :
ศาลรัฐธรรมนูญไทยในสถานการณ์ปฏิรูปการเมือง
- (3) ปี 2547 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 3
ศาลรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ
- (4) ปี 2548 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 4
ศาลรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
- (5) ปี 2549 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 5
ศาลรัฐธรรมนูญ: ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
- (6) ปี 2550 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 6
ศาลรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ
- (7) ปี 2551 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 7
ศาลรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามหลักนิติธรรม

สำหรับหนังสือรวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 8 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม” ประจำปี 2552 นี้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รวบรวมบทความ

ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตยและตามหลักนิติธรรม การส่งเสริมและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไทยและศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ซึ่งการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ และสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญถือเป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญยึดถือปฏิบัติโดยตลอด

การจัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการในครั้งนี้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับการสนับสนุนงบประมาณจากมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ ประจำประเทศไทย ซึ่งได้กรุณาให้การสนับสนุนเป็นอย่างดีมาโดยตลอด จึงขอขอบคุณมา ณ โอกาสนี้

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หนังสือรวมบทความทางวิชาการ เล่มที่ 8 นี้ จะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมทั้งเป็นประโยชน์ต่อการกระจายฐานความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญสู่สาธารณชนมากขึ้น ตามปณิธานและวัตถุประสงค์ของศาลรัฐธรรมนูญ และสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสืบไป

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ตุลาคม 2552

สารบัญ

คำนำ	iii

ตอนที่ 1

บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตย

การพัฒนาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย	1

โดย พิมล ธรรมพิทักษ์

ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติตามพันธกิจ ตามบทบัญญัติของ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212	49

โดย ปัญญา อุดชาชน

ตุลาการภิวัตน์กับการแก้ไขวิกฤตชาติ	79

โดย กาญจน์ วรกุล

การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 141	101

ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

โดย สิทธิพร เสภาภาน

ละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ	134

โดย พันโท ภาคภูมิ ศิลารัตน์

ตอนที่ 2

ข้อเสนอเกี่ยวกับระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม

ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ

ของประเทศเกาหลีใต้	169

โดย วรรณ สุพรรณธะธิตา

สารบัญ

การลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญในสหภาพมา:	
เปรียบเทียบกรณีการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ	
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	238
โดย ไพรยา ทศนสกุล	

ตอนที่ 3

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม

ความเสมอภาคและความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษีเงินได้	
บุคคลธรรมดาจากสามีกิริยา	293
โดย จำเริญ เอก บุญลือ พิมพ์ทองงาม	

สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว (Alien)	
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550:	
ศึกษากรณีการแบ่งแยกสิทธิมนุษยชน (Human Rights)	
กับสิทธิพลเมือง (Civil Rights)	316
โดย ภาสพงษ์ เรณูมาศ	

ชนท้องถิ่นดั้งเดิมกับสิทธิตามกฎหมายไทย	340
โดย ดร.วิรัช จีระแพทย์	

ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม	
เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ	412
โดย ปัญญา จิตตานุ	

ตอนที่
1

บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับ
การคุ้มครองระบอบประชาธิปไตย

การพัฒนาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย

• พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์*

ในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย และมีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จำเป็นต้องมีการควบคุมกฎหมายอื่นที่มีลำดับต่ำกว่ามิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อปกปักรักษาให้รัฐธรรมนูญดำรงความเป็นกฎหมายสูงสุดไว้อย่างแท้จริง ซึ่งหากปล่อยให้มีการยอมรับกฎหมายอื่นที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับอยู่ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมไร้ความหมาย รัฐธรรมนูญเกือบทุกประเทศจึงได้สถาปนาให้มีองค์กรทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รวมทั้งการรักษาคุณภาพขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่มีอยู่ก่อนหรือจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนี้และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังคงเห็นความสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญ จึงได้บัญญัติให้องค์กรศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติหน้าที่การตรวจสอบและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเพิ่มอำนาจหน้าที่หลายประการ เช่น การให้ประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ เป็นการฟ้องได้โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่มีความสำคัญต่อ

*ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ

การพัฒนาประชาธิปไตย การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งระบบการเมืองการปกครองของประเทศ โดยเฉพาะคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรของรัฐทุกองค์กร

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงก่อให้เกิดปทัสถานหรือบรรทัดฐาน (norm) ทางกฎหมาย การเมืองการปกครอง และการคุ้มครองหรือรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และมีผลผูกพัน (binding effect) ต่อองค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลทุกศาล รวมถึงมีผลกระทบ (Impact) ต่อเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและประชาชน แต่ถึงกระนั้นก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญบางคำวินิจฉัยก็อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติและมีความเห็นแตกต่างในทางวิชาการ ซึ่งเป็นเรื่องปกติในสังคมของประเทศที่มีการเมืองและการปกครองในระบบประชาธิปไตย และมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตรวจสอบการกระทำทางรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ควรจะได้มีการศึกษาแนวทางการพัฒนาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของประเทศ ทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองในปัจจุบัน

ดังนั้น การศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้มีการพัฒนาทั้งทางด้านรูปแบบและเนื้อหา และควรจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับองค์กรที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศที่มีการจัดตั้งองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ (judicial review of constitutionality of legislation) เพื่อทำหน้าที่ปกป้องรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้

การพัฒนาคำวินิจฉัยตามแนวทาง ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (The Federal Constitutional Court) ซึ่งต่อไปจะใช้คำว่า “ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน” อาจกล่าวได้ว่าเป็นองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่นานาประเทศทั่วโลกให้การยอมรับ รวมทั้งได้รับความไว้วางใจหรือความเชื่อมั่นจากองค์กรหรือประชาชนชาวเยอรมันในระดับแรกของประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้นำรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมาเป็นรูปแบบในการจัดตั้งของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่สถาปนาโดยตรงจากกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) เช่นเดียวกับสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) วุฒิสภา (Bundesrat) ประธานาธิบดี และคณะรัฐมนตรี

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีอำนาจตามกฎหมายพื้นฐานและกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ค.ศ. 1951¹ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐหรือกฎหมายของมลรัฐ การสั่งให้ยุบพรรคการเมืองที่ดำเนินการเป็นปฏิกิริยาต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การพิจารณาวินิจฉัยสมาชิกภาพของสภาผู้แทนราษฎร หรือข้อโต้แย้งคำตัดสินของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเกี่ยวกับการตรวจสอบการเลือกตั้ง การวินิจฉัยว่าประธานาธิบดีจึงใจกระทำการในตำแหน่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

¹ ไพรดู่ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ, รายงานวิจัยเสนอสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, พ.ศ. 2545, หน้า 8-9.

รูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

ในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันตามกฎหมายพื้นฐาน และกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ค.ศ. 1951 ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1951 ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ดำเนินการตามหลักการตีความรัฐธรรมนูญ (principle of constitutional interpretation) ด้วยความรอบคอบและยืดหยุ่น แต่อย่างไรก็ตามในช่วงระยะเวลาปี ค.ศ. 1951-1989 รวม 38 ปี ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้มีคำวินิจฉัยตัดสินความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รวมทั้งสิ้น 423 ฉบับ ซึ่งแบ่งแยกเป็นกฎหมาย (law) และข้อบังคับ (regulation) ของสหพันธ์สาธารณรัฐมีผลเป็นโมฆะ (void) จำนวน 173 ฉบับ และไม่สอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐาน (incompatible) 119 ฉบับ ส่วนกฎหมายและข้อบังคับของมลรัฐมีผลเป็นโมฆะ จำนวน 91 ฉบับ และไม่สอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐาน จำนวน 39 ฉบับ² ซึ่งในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย Prof. Dr. Hans-Jorgen Papier ประธานศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันคนปัจจุบัน กล่าวว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะมีทางเลือกหรือรูปแบบคำวินิจฉัย 2 รูปแบบ³ คือ

รูปแบบแรก การมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (compatible with the Constitution) หรือกฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (inconformity with the Constitution)

รูปแบบที่สอง การมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ (nullity)

Prof. Dr. Hans-Jorgen Papier เห็นว่ารูปแบบคำวินิจฉัยทั้งสองรูปแบบดังกล่าว แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่

² Donald P. Kommer, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (second edition), Durham and London : Duke university press, 1997, p.52-53.

³ Hans - Jorgen Papier., *Problem of Enforcing Constitutional Court Decisions*, From [http:// www.concourt.am/almanac/almanac_2003/paper/3doc3](http://www.concourt.am/almanac/almanac_2003/paper/3doc3).

เกิดขึ้นในแต่ละคดี ก็ยังมีปัญหาที่ซ่อนเร้นหรือปิดบังอยู่ในแต่ละคำวินิจฉัย กล่าวคือ

1) ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าว ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ก็อาจจะเป็นการเพิกถอนระหว่างศาลรัฐธรรมนูญ กับสภานิติบัญญัติ เนื่องจากสภานิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติหรือประกาศใช้ กฎหมายใหม่ได้ แต่การมีคำวินิจฉัยลักษณะนี้จะเป็นการผ่อนคลายความรู้สึก การเพิกถอนได้ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติจากความรับผิดชอบในการ ประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว

2) ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญ และกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับ คำวินิจฉัยรูปแบบนี้มีความ ชัดเจน (clear-cut) กว่ารูปแบบแรก และกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังกล่าวจะมีผลเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มแรก (invalid from the beginning หรือ ex tunc)

แต่อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งบางคราวศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันพิจารณา เห็นว่า กฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และให้บทบัญญัติของกฎหมาย ดังกล่าวเป็นโมฆะ (void) และไม่มีผลใช้บังคับ (null) เมื่อพิจารณาเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการนิติรัฐ (The Rule of Law) ก็ได้

จากปัญหารูปแบบคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ พัฒนารูปแบบคำวินิจฉัยขึ้นมาใช้ในกรณีหากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (incompatible) กฎหมายนั้นถือว่า “ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่ไม่เสียผลบังคับ” (unconstitutional but not void) ซึ่งหมายความว่า กฎหมายนั้นยังมีผลใช้บังคับ แต่อยู่ระหว่างการปรับปรุงแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นให้ถูกต้องตามคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญโดยสภานิติบัญญัติ ซึ่งวิธีปฏิบัติตามคำวินิจฉัยดังกล่าวปัจจุบัน ถือว่าเป็นการบังคับตามกฎหมาย (the sanction of law)⁴

⁴ Donald P. Kommer, Ibid, p. 53.

การที่กฎหมายได้ถูกเพิกถอนโดยผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมก่อให้เกิดสถานะที่เป็นช่องว่างของกฎหมายขึ้นได้ในระหว่างที่องค์กรนิติบัญญัติที่ยังไม่ได้ตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้นใช้แทนบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับที่ถูกเพิกถอนไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศและประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงได้พัฒนาหลักการ Unconstitutional but not void เพื่อเยียวยาความเสียหายที่จะเกิดขึ้น เพื่อเปิดโอกาสให้องค์กรนิติบัญญัติสามารถเลือกที่จะตรากฎหมายขึ้นมาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้กฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ⁵ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันอาจจะกำหนดระยะเวลา (fixing a time limit) ให้้องค์กรนิติบัญญัติปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยให้มีผลเป็นโมฆะในอนาคต (ex futuro) ได้⁶

หลักการ unconstitutional but not void ดังที่กล่าวมาแล้วนั้นได้เริ่มมีการพัฒนามาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 แต่มิใช่โดยผลของกฎหมายหลักการดังกล่าวเกิดจากศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้กำหนดไว้ในคำวินิจฉัยและมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน องค์ประกอบที่สำคัญของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะทำให้กฎหมายดังกล่าวเป็นโมฆะ (void) และไม่มีผลใช้บังคับ (null) แต่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (incompatible) การวางหลักการดังกล่าวนี้ในคำวินิจฉัยจึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความสำคัญ คำวินิจฉัยในกรณีนี้ส่วนใหญ่ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้ในกรณีที่มีการล่วงละเมิดต่อหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (principle of equality before the law)

⁵ โปรตุเกส กนิษฐา เชี่ยววิทย์, การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2533, หน้า 167.

⁶ Alejandro Saiz Arnaiz, Techniques of Constitutional interpretation by the European Constitutional Court, From <http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-JU> (1998) 024 rev.c asp.

ตัวอย่างเช่น กรณีกฎหมายแรงงานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้ประกาศกำหนดระยะเวลาพิเศษให้นายจ้างต้องเป็นผู้รับผิดชอบดูแล การสิ้นสุดตามสัญญาจ้าง ซึ่งบางส่วนของกฎหมายดังกล่าวที่ได้ใช้แตกต่างกันระหว่างการจ้างพนักงานที่ใช้แรงงาน (manual works) กับพนักงานที่ได้รับเงินเดือน (salaried employee) ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้พิจารณาเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว เป็นการเลือกปฏิบัติ (discrimination) และเป็นการล่วงละเมิดต่อหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (Article 3 subsection 1 of the Basic Law) และการประกาศให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้กฎหมายไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่เริ่มแรก จึงมีปัญหาว่าหลังจากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยแล้วจะไม่มีกฎหมายใดใช้บังคับกับผู้ที่เกี่ยวข้อง จะทำให้เกิดปัญหาการว่าจ้างแรงงาน และในขณะเดียวกันศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถประกันได้ว่าจะมีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างพนักงานที่ใช้แรงงานกับพนักงานที่ได้รับเงินเดือน เพราะมีแนวโน้มว่าจะมีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงมีคำวินิจฉัยในสถานการณ์ของกฎหมายแรงงานดังกล่าวนั้นดำรงอยู่อย่างไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ⁷

ในการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในกรณีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่ยังไม่เสียผลบังคับจะดำเนินการเป็น 2 แนวทาง⁸ กล่าวคือ

แนวทางแรก คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะเป็นการตักเตือน และแนะนำต่อสภานิติบัญญัติด้วยความเคารพในอำนาจการตรากฎหมายของสภานิติบัญญัติหรือการกระทำใดของสภานิติบัญญัติที่อาจจะก่อให้เกิดความขัดแย้งต่อกฎหมายพื้นฐาน และจะเป็นการยากลำบากที่จะกำหนดวิธีป้องกันเพื่อมิให้กฎหมายมีผลเป็นโมฆะอย่างสมบูรณ์ ภายใต้ระยะเวลาและเงื่อนไขของความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ตามเนื้อหาสาระของคำวินิจฉัย โดยปกติศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดแนวทางให้

⁷ Hans-Jorgen Papier, Ibid, From <http://www.concourt.am/almanac/almanac2003/paper/3doc3>.

⁸ Donald P. Kommers, Ibid, p. 53.

สภานิติบัญญัติดำเนินการที่อยู่ในความรับผิดชอบ และบางครั้งบางคราวจะกำหนดทางปฏิบัติภายใต้วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

แนวทางที่สอง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ยังคงยืนยันว่ากฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่จะแจ้งให้สภานิติบัญญัติทราบว่ากฎหมายนั้นอาจจะมีผลเป็นโมฆะในอนาคต เว้นแต่สภานิติบัญญัติได้กระทำการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายนั้นแล้ว ตัวอย่างเช่น ในคดีเกี่ยวกับการจ้างงาน ศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดวิธีปฏิบัติที่มีผลต่อการป้องกันและยืนยันความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะใช้ดุลพินิจอย่างรอบคอบโดยการกำหนดระยะเวลาให้สภานิติบัญญัติปรับปรุงตามเงื่อนไขที่เปลี่ยนแปลง หรือทำให้ไม่มีผลในทางการเมือง หรือความสับสนของผลลัพธ์ทางเศรษฐกิจจากการที่ศาลมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างแรงงานไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การนำไปสู่จุดหมายด้วยกระบวนการทางกฎหมายนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมการเปลี่ยนแปลงของรัฐธรรมนูญไปอย่างก้าวหน้า รวมทั้งการทำให้ระบบรัฐสภามีความยืดหยุ่น และการกำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาคือต้องกระทำอย่างละเอียดรอบคอบและสร้างสรรค์แต่อยู่ภายใต้การตรวจสอบอย่างเข้มงวด

สำหรับการปรับเปลี่ยนหลักกฎหมายให้เป็นไปตามความเปลี่ยนแปลงของสังคมหรือปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้คำนึงถึงขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิโดยศาลรัฐธรรมนูญเองด้วย กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติกับรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ใช่ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการป้องกันพัฒนาการในทางกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยแบบนิติรัฐหรือหลักประชาธิปไตยแบบสังคมนิยม (die rechts und sozialstaatliche Demokratie) หากปราศจากอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะก่อให้เกิดอำนาจต่อการตีความรัฐธรรมนูญและจะก่อให้เกิดอันตรายต่อการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิโดย

ศาลรัฐธรรมนูญ⁹**ผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน**

ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันยังถือเป็นเด็ดขาด (res judicata) แม้ว่าจะมิได้บัญญัติกฎเกณฑ์ความเป็นเด็ดขาดของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันไว้โดยกฎหมายก็ตาม แต่ความเป็นเด็ดขาดของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลอื่น ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นเด็ดขาดเฉพาะคู่ความในคดี ซึ่งหมายความว่ารวมถึงสถานิติบัญญัติด้วย หากสถานิติบัญญัติเข้ามาเป็นคู่ความในคดี นอกจากนี้ความเป็นเด็ดขาดของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญยังมีความสำคัญ 2 ประการ¹⁰ กล่าวคือ

1) ความเป็นเด็ดขาดของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในสภาวะการณ์ที่เพิกถอนได้โดยการตัดสินของศาลอื่น และศาลรัฐธรรมนูญเองก็ไม่สามารถเพิกถอนหรือลบล้างคำวินิจฉัยที่เคยเป็นประเด็นมาแล้ว ซึ่งผลของกฎหมายอธิบายได้ในประสิทธิภาพของคำวินิจฉัย คือ ไม่มีการดำเนินการต่อไปอีกแล้วของศาลรัฐธรรมนูญ

2) ความเป็นเด็ดขาดของศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจอุทธรณ์ในประเด็นคำวินิจฉัย การที่ไม่สามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นไม่ว่าจะเกิดขึ้นที่ขั้นตอนหรือประเด็นในช่วงเวลาใด เมื่อวินิจฉัยที่เป็นประเด็นสำคัญ เพราะไม่สามารถเยียวยาได้ตามกฎหมาย และเป็นปฏิกิริยากับคำพิพากษาคือคำวินิจฉัยของศาลสูง

นอกจากนี้ การถือเป็นเด็ดขาดยังมีความหมายในเรื่องการมีอยู่จริง (substantive res judicata) หมายความว่า คู่ความในคดียังถูกผูกมัดต่อไปในกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะภายหลังการพิจารณาคำวินิจฉัยของ

⁹ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, พ.ศ. 2549, หน้า 56.

¹⁰ Susanne. Walter, The Execution of decision of the Federal Constitutional Court of Germany, [http://www.coe.int/docs/2000/CDL-JU\(2000\)041-e.asp](http://www.coe.int/docs/2000/CDL-JU(2000)041-e.asp).

ศาลรัฐธรรมนูญยังมีความเป็นเด็ดขาดและมีผลใช้บังคับอยู่ การมีอยู่จริงของการถือเป็นเด็ดขาดจะถูกจำกัดโดยข้อเท็จจริง (fact) ที่เกี่ยวกับประเด็นที่เป็นปัญหาตามคำวินิจฉัย และยังคงอยู่อย่างถูกต้องตามกฎหมายตราบนานเท่าที่ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับประเด็นที่เป็นปัญหาตามคำวินิจฉัยยังไม่มีเปลี่ยนแปลง รวมทั้งยังถูกปฏิบัติตามกฎหมายอย่างมั่นคงต่อเนื่องและไม่ถูกรบกวนจากการบริหารจัดการทางกฎหมาย¹¹

สำหรับผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน จะมีผลผูกพันบุคคล ดังนี้

1) เมื่อใดที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีใด จะมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (erga omnes) ตามมาตรา 31 (1) BVerfGG คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์และมลรัฐ รวมทั้งผูกพันศาลทุกศาลและองค์กรของรัฐ แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ผูกพันบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลในระบบกฎหมายเอกชน¹²

2) บุคคลที่จะผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คือ บุคคลผู้เป็นคู่ความในคดีและบุคคลผู้เป็นผู้สืบสิทธิของคู่ความในคดีที่มีคำวินิจฉัยและผู้พิพากษา ซึ่งอย่างน้อยมี 3 กรณี ที่ผู้พิพากษาต้องผูกพันกับผลบังคับในทางกฎหมายของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ¹³ กล่าวคือ

(ก) ผู้พิพากษาไม่อาจวินิจฉัยวัตถุแห่งข้อพิพาทในเรื่องที่ได้มีการวินิจฉัยไว้แล้วได้อีก

(ข) ผู้พิพากษาไม่อาจจะวินิจฉัยคดีอื่นให้มีผลในทางตรงกันข้ามกับที่ได้วินิจฉัยไว้ในกรณีแรก ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียหายหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อกำวินิจฉัยที่มีผลบังคับในทางกฎหมายแล้ว

¹¹ Anke Eilers, The Binding Effect of Federal Constitutional Court Decision Upon Political Institutions, [http://www.coe.int/docs/2003/CDL-JU\(2003\)18-e.asp](http://www.coe.int/docs/2003/CDL-JU(2003)18-e.asp).

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 52.

¹³ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), พ.ศ. 2549 หน้า 292.

(ค) ผู้พิพากษาต้องถูกผูกพันจากการวินิจฉัยไว้ในกรณีแรก ซึ่งไม่อาจวินิจฉัยให้เกิดผลร้ายในกรณีที่สองได้

การพัฒนาคำวินิจฉัยตามแนวทางของศาลรัฐธรรมนูญ สาธารณรัฐฮังการี

ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฮังการี (The Hungarian Constitutional Court) ซึ่งต่อไปจะใช้คำว่า “ศาลรัฐธรรมนูญฮังการี” ได้จัดตั้งขึ้นโดยมติของรัฐสภาฮังการีขึ้น เนื่องจากเกิดปัญหาการต่อรองทางการเมืองระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฮังการี ค.ศ. 1949 (Act XX of 1949 The Constitution of The Republic of Hungary) เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันของรัฐ มีหน้าที่ปกป้องพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ และคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน (fundamental rights) ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฮังการี มีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 1989 (Act XXXII of 1989 On the Constitutional Court) กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนมีผลใช้บังคับและที่มีผลใช้บังคับแล้ว การพิจารณาคำร้องที่ประชาชนยื่นให้พิจารณาวินิจฉัยกรณีมีการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานและทำให้เกิดความเสียหายแต่ตนเอง การตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ การพิจารณาการละเว้นการตรากฎหมายโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบกฎหมายให้เป็นไปตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การพิจารณาความขัดแย้งระหว่างอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐและรัฐบาลท้องถิ่นรวมทั้งมีอำนาจอื่นๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจ เช่น การควบคุมดูแลกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาของคู่ความฝ่ายที่อยู่ตรงข้ามกับประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ เป็นต้น

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญฮังการี มีลักษณะคล้ายคลึงกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน แต่วันที่เริ่มมีผลใช้บังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฮังการี และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะมี

ความแตกต่างกัน โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะใช้หลักความเป็นโมฆะ กล่าวคือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะมีผลใช้บังคับย้อนหลัง (ex tunc) นับแต่วันที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังการจะมีผลใช้บังคับในปัจจุบัน สาเหตุที่ทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังการไม่มีผลใช้บังคับเป็นการย้อนหลังนั้น Sólyom and Brunner เห็นว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสม เพราะไม่ต้องตีความที่จะทำให้เกิดความวุ่นวายหรือความสับสนของบทบัญญัติกฎหมายที่จะมีผลตามมาหลังจากมีคำวินิจฉัย และหลีกเลี่ยงสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา (undesired) จากผลที่ติดตามมาของกฎหมายที่ไม่มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่เริ่มแรก¹⁴ และการที่จะให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใด จะมีผลย้อนหลังขึ้นไปเพิกถอนผลบังคับหรือลบล้างความมีอยู่ของบทกฎหมายดังกล่าวตั้งแต่วันที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้นย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะหากจะพิจารณาในทางทฤษฎีแล้วจะต้องถือว่าองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายอำนาจโดยตรงจากรัฐธรรมนูญให้เป็นผู้ใช้อำนาจตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐ จึงย่อมมีอำนาจที่จะใช้ดุลยพินิจของตนตีความบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติของกฎหมายที่ตนตราขึ้นตามที่เห็นสมควร และด้วยเหตุนี้ตราบใดที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้ดุลยพินิจของตนตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมายเดียวกันนี้ ความเห็นขององค์กรนิติบัญญัติก็ควรจะได้รับการยอมรับให้เป็นที่ยุติว่าถูกต้องตลอดไป¹⁵

¹⁴ Sólyom and Bruner, *Constitutional Judiciary in democracy : The Hungarian Constitutional Court*, The University of Michigan Press, 2000, p. 83.

¹⁵ กนิษฐา เชื้อวาทย์, อ้างแล้ว, หน้า 166.

สำหรับในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้น บทบัญญัติมาตรา 31 (2) BVerfGG บัญญัติในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้วินิจฉัยกรณีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะในรูปของการควบคุมแบบรูปธรรม (das konkrete Normenkontrollverfahren) หรือในรูปของการควบคุมแบบนามธรรม (das abstrakte Normenkontrollverfahren) หรือการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยมีพื้นฐานมาจากการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde) หากศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นเป็นโมฆะ (nichtig) หรือวินิจฉัยว่า กฎหมายนั้นไม่ขัด (vereinbar) หรือขัด (unvereinbar) กับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Gesetzeskraft) โดยจะต้องประกาศผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์นั้นในราชกิจจานุเบกษา ความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่วินิจฉัยนั้นให้มีผลย้อนหลัง (ex tunc) กล่าวคือ มีผลนับถึงแต่วันที่กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ แต่ไม่มีผลกระทบต่อคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว¹⁶

การให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลังนั้น ก็เพื่อให้ผู้เสนอปัญหากฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ได้รับประโยชน์จากคำวินิจฉัยดังกล่าว และเกิดความแน่นอนในการให้คำวินิจฉัยมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งแม้แต่ Kelsen ก็ได้ให้การรับรองในปี ค.ศ. 1929 ถึงการให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลังว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นในทางเทคนิค แต่การให้มีผลย้อนหลังนั้น จะผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีที่พิจารณาเท่านั้น¹⁷ การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความเป็นโมฆะของกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นไปโดยเหตุผลของกฎหมาย (ipso iure) การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความเป็นโมฆะให้มีผลตั้งแต่เริ่มต้น เพื่อเห็นแก่ความแน่นอนชัดเจนในทางกฎหมาย (Rechtsklarheit) มิใช่เพื่อให้คำวินิจฉัยของ

¹⁶ นันทวัฒน์ บรรณานันท์, ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, พ.ศ. 2542, หน้า 102.

¹⁷ ไพโรจน์ วิจิตรวา พุ่งลัดดา, ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2523, หน้า 155.

ศาลรัฐธรรมนูญมีผลเป็นกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา¹⁸

รูปแบบการพัฒนาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังการี

การพัฒนาคำวินิจฉัยตามแนวทางของศาลรัฐธรรมนูญยังการี มิได้เกิดจากการพัฒนาจากคำวินิจฉัยดังเช่นศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน แต่พัฒนามาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญยังการี ค.ศ. 1989 กล่าวคือ

1) กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญยังการี ค.ศ. 1989 มาตรา 43 (4) ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญยังการีมีอำนาจกำหนดวันหรือระยะเวลาเป็นกรณีพิเศษของการสิ้นสุดใช้บังคับของกฎหมายหรือความเหมาะสมอันจะก่อให้เกิดผลคดีที่แตกต่างกันของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม นอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 42 (1) หรือมาตรา 43 (1) และ (2) ก็ได้ ถ้าหากสามารถพิสูจน์ว่าเป็นประโยชน์สำคัญในความมั่นคงของกฎหมายหรือผลประโยชน์สำคัญของผู้ฟ้องคดี โดยศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดวันให้มีผลย้อนหลัง (retroactive) หรือให้มีผลในอนาคต (pro futuro) ก็ได้ ตัวอย่างเช่น การยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายให้มีผลย้อนหลังตั้งแต่วันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ หรือการกำหนดระยะเวลาให้สภานิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นใหม่ เป็นต้น ด้วยเหตุที่ไม่ต้องการให้กฎหมายมีช่องว่างในการใช้บังคับกฎหมาย (undesirable legal gap) ซึ่งในปัจจุบันการใช้มาตรการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญยังการีจะใช้น้อยมากและเป็นเหตุการณ์ที่มีลักษณะเฉพาะคดีเท่านั้น¹⁹

¹⁸ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, อ้างแล้ว, หน้า 49.

¹⁹ Paczoly Peter, *Effects Enforceability and the Execution of the Decisions of the Constitutional Court - The Hungarian Experience*, From [http://www.venice.coe.int/docs/1999/CDL-JU\(1999\)026-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1999/CDL-JU(1999)026-e.asp).

2) ในกรณีองค์กรของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่งเพิกเฉยหรือละเว้นการตรากฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบให้บรรลุผล ซึ่งการกระทำดังกล่าวนั้นอยู่ในสภาวะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากมีผู้เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาหรือศาลรัฐธรรมนูญอาจหยิบยกมาพิจารณาเองได้ รวมทั้งมีอำนาจบังคับหรือกำหนดระยะเวลาเป็นพิเศษในการตรากฎหมายได้²⁰

3) ในกรณีการตรวจสอบกฎหมายให้เป็นไปตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจให้หน่วยงานที่รับผิดชอบในการตราดำเนินการปรับปรุงแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อความในสนธิสัญญาในระยะเวลาที่กำหนด หรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาภายในกำหนดระยะเวลา²¹

4) ในกรณีร่างกฎหมายที่สภานิติบัญญัติให้ความเห็นชอบแล้ว และศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า ร่างกฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ จะประกาศใช้กฎหมายไม่ได้ จนกว่าสภานิติบัญญัติได้แก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวนั้นก่อน²²

5) ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าร่างข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติของสภานิติบัญญัติไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญสภานิติบัญญัติต้องปรับปรุงแก้ไขข้อความของร่างข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียก่อนจึงจะประกาศใช้ร่างข้อบังคับดังกล่าวได้²³

เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญอังการี ค.ศ. 1989 ที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดการสิ้นสุดใช้บังคับของกฎหมายที่มีบทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดวันสิ้นสุดใช้บังคับของกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง ให้มีผลในปัจจุบัน หรือให้มีผลในอนาคต รวมทั้ง

²⁰ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญอังการี ค.ศ. 1989 มาตรา 49.

²¹ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญอังการี ค.ศ. 1989 มาตรา 44.

²² กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญอังการี ค.ศ. 1989 มาตรา 33.

²³ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญอังการี ค.ศ. 1989 มาตรา 37.

การกำหนดให้สถานะติบัญญัติแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ภายในระยะเวลาที่กำหนดการที่กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญยังการี ค.ศ. 1989 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจดังกล่าว ย่อมทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังการีมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน ซึ่งส่งผลดีต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และมีการพัฒนาประชาธิปไตยอย่างต่อเนื่อง

ผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังการี

กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญยังการี ค.ศ. 1989 มาตรา 27 (2) บัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันทุกองค์กรและบุคคลที่เกี่ยวข้อง (The resolutions of the Constitutional Court are binding for all) แต่เมื่อพิจารณาจากผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแล้ว สามารถเห็นความแตกต่างของอำนาจผูกพัน (binding force) ของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังการีเป็น 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก อำนาจผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลเป็นการทั่วไป (erga omnes)

ประการที่สอง อำนาจผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลเฉพาะคู่กรณี (inter partes)

ผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังการีที่มีผลเป็นการทั่วไปจะเป็นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว การล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และการละเว้นการตรากฎหมายโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สำหรับผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลเฉพาะคู่กรณีจะเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนมีผลใช้บังคับ การพิจารณาเกี่ยวกับความขัดกัน

ระหว่างสนธิสัญญาระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในประเทศ การพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ และรัฐบาลท้องถิ่น หรือระหว่างรัฐบาลท้องถิ่นด้วยกันเอง หรือการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ร่างกฎหมายที่สภานิติบัญญัติให้ความเห็นชอบแล้วมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐจะประกาศใช้กฎหมายไม่ได้จนกว่าสภานิติบัญญัติจะได้แก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวนั้นก่อน หรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติของสภานิติบัญญัติไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ สภานิติบัญญัติต้องจัดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก่อน จึงจะประกาศใช้ข้อบังคับดังกล่าวนี้ได้

การพัฒนาคำวินิจฉัยตามแนวทางของศาลรัฐธรรมนูญ สาธารณรัฐเกาหลี

กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 45 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจตัดสินตามข้อเรียกร้องว่ากฎหมายหรือบทบัญญัติใดของกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขการพิจารณาว่า บทบัญญัติของกฎหมาย ไม่สามารถบังคับได้เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ซึ่งมาตราดังกล่าวได้แบ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 รูปแบบ คือ (1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และ (2) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองรูปแบบดังกล่าวต่างขาดประสิทธิภาพและก่อให้เกิดปัญหาต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีแทบทั้งสิ้น

รูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี

ในช่วงเทอมแรกของการปฏิบัติหน้าที่ ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีได้มีการพัฒนาปรับปรุงรูปแบบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ (modified forms of decisions) ทั้งนี้ เนื่องมาจากปัญหาที่เกิดขึ้นดังที่กล่าวมาแล้ว ประกอบกับการพิจารณาเรื่องราวที่เกี่ยวข้องต้องพิจารณาอย่างมีเหตุและผล ในขณะที่การตีความรัฐธรรมนูญมีความเป็นไปได้หลายแง่หลายมุมและศาลรัฐธรรมนูญต้องให้เหตุผลเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือไม่ในเรื่องดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีจึงได้มีการพัฒนารูปแบบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมอีก 2 รูปแบบ²⁴ กล่าวคือ

1) รูปแบบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (The decision of nonconformity to the Constitution)

ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีได้พัฒนารูปแบบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 1989 ในคดีเงินประกันการเลือกตั้งของผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (CC 1989. 9.8, 88 Hun-Ka 6)* ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีพิจารณาเห็นว่า กฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (National Assembly Election Act) มาตรา 33 และมาตรา 34 ไม่สอดคล้องหรือไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเงินประกันการเลือกตั้งเป็นการเรียกร้องที่มากเกินไปและเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้สมัครที่เป็นอิสระกับผู้สมัครที่เป็นผู้แทนของพรรคการเมือง รวมถึงเป็นการล่วงละเมิดรัฐธรรมนูญตามหลักการเงินสาธารณะของการเลือกตั้ง (principle of public

²⁴ The Constitutional Court of Korea, The First ten years of Korea Constitutional Court (1988-1998), 2001, p. 57-61.

*Hun - Ka คือ การพิจารณาคัดสินคดีความด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาล (ordinary court) ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคัดสินตามมาตรา 41 ของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 1988 ดังนั้น CC 1989.9.8 Hun - Ka 6” หมายความว่า คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีมีคำวินิจฉัยในคดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายคดีที่ 6 วันที่ 8 กันยายน ค.ศ.1989.

finance of election) การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้วางรูปแบบทางเลือกเป็นพิเศษเพื่อก้าวไปข้างหน้า 2 ประการ คือ

ประการแรก เป็นการเคารพต่ออำนาจและการตัดสินใจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ประกอบด้วยตัวแทนของประชาชน

ประการที่สอง มีความจำเป็นที่ต้องคุ้มครองความเสมอภาคและคุณสมบัติที่เหมือนกัน (homogeneity) ของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติในคำวินิจฉัยนี้ได้กำหนดให้กฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ยังเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ได้จนถึงสิ้นเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1991 หรือจนกว่าสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะได้มีการตราบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนี้ขึ้นใหม่แล้วแต่ว่ากรณีใดได้ดำเนินการก่อน

การที่ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีมีคำวินิจฉัย “ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ” นั้น เป็นความจำเป็นโดยทั่วไป เพราะว่าหากศาลมีทางเลือกง่าย ๆ เพียง 2 ทาง คือ ระหว่าง “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” กับ “ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งทางเลือกทั้งสองดังกล่าวเป็นการขัดขวางศาลที่ปรับตัวและเข้าสู่สภาพของการตีความด้วยเหตุและผลของกฎหมายที่ต้องกำกับดูแลความสลับซับซ้อน ซึ่งเป็นจุดเด่นพิเศษของสังคมและอาจจะเป็นมูลเหตุก่อให้เกิดสุญญากาศ ความสับสนและความมั่นคงของระบบกฎหมาย รวมทั้งอาจจะเป็นการจำกัดการใช้สิทธิพิเศษตัดสินใจเชิงของนโยบายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

2) รูปแบบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่จำกัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือจำกัดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (The decision of limited constitutionality / unconstitutionality)

ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีได้พัฒนารูปแบบคำวินิจฉัยที่จำกัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในคดีที่ CC 1989.7.21, 89 Hun - Ma 38*

* Hun - Ma คือ การพิจารณาตัดสินคดีร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 68 (2) ของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 1988.

ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า กฎหมายว่าด้วยภาษีมรดก (Inheritance Tax Act) มาตรา 32 - 2 (1) เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ และชอบด้วยรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่การตีความยังไม่นำมาปรับใช้กับการจดทะเบียนทรัพย์สินภายใต้ชื่อแตกต่างกันกับไม่มีเจตนาที่หลีกเลี่ยง (no evasive purpose) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถ้อยคำในคดีดังกล่าว คือ “กฎหมายดังกล่าวยังไม่เป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามที่ตีความไว้ ...” [(The law) is not unconstitutional as interpreted ...] ถ้อยคำดังกล่าวเป็นที่ยอมรับและเป็นมาตรฐาน ซึ่งอธิบายได้ว่า ถึงแม้กฎหมายที่ขอให้พิจารณามีลักษณะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากสามารถตีความในแนวทางที่ไม่เปลี่ยนแปลงของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็สามารถมี “คำวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในขณะที่ตีความหรือยื่นฟ้องร้องได้” ซึ่งเป็นไปตามความเป็นจริงที่ได้รับมาจากหลักการใช้สิทธิพิเศษในการตีความกฎหมาย เพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (doctrine of preference for constitutionality in statutory interpretation)

หลักการใช้สิทธิพิเศษนี้ได้จัดเตรียมไว้ในการพิจารณาตัดสินชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญ หากพบว่าการตีความกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น ศาลสามารถตีความได้มากกว่าหนึ่งแนวทางภายใต้ขอบเขตเนื้อหาเดียวกัน (bound of context) และการตีความกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับโอกาสและการผันผวน (varying) ในการตีความศาลรัฐธรรมนูญจะยึดการตีความภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายที่จะไม่ก่อให้เกิดผลไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการผดุงไว้ซึ่งหลักเกณฑ์และความถูกต้อง โดยศาลรัฐธรรมนูญจะเคารพอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (formative power of legislature) การดำเนินการดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นการให้ความเคารพต่อฝ่ายนิติบัญญัติบนพื้นฐานตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (principles of democracy) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers)

สำหรับการพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่จำกัดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะจำกัดกรอบการตีความของบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นโมฆะ ซึ่งเกิดขึ้นในคดี CC 1991.4.1, 89 Hun - Ma 160 ซึ่งเป็นคดีการแจ้งขอขมา (Notice of Apology) ตามมาตรา 764 ของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญใช้ถ้อยคำในคดีนี้ว่า “กฎหมายเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังที่ตีความไว้” [(The law) is unconstitutional as interpreted]

ในการพัฒนารูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่จำกัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือจำกัดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นาย Cho Kyu-kwang อดีตประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีคนแรก ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า ข้อความและเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีช่องว่างซึ่งศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยได้ทั้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ สามารถเลือกแนวทางที่จะตีความรัฐธรรมนูญในแนวทางใดแนวทางหนึ่งได้ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความได้ทั้งสองรูปแบบแล้วแต่รูปแบบใดจะเหมาะสม แต่ในขณะที่เดียวกันที่รูปแบบทั้งสองจะมีความแตกต่างกันเฉพาะสิ่งที่อธิบายไว้เท่านั้น แต่จะเหมือนกันในส่วนประกอบที่สำคัญและเพื่อจุดมุ่งหมายใช้ได้จริงทั้งหมด และส่วนที่สำคัญของรูปแบบดังกล่าว คือ เนื้อหาของการตัดสินใจโดยใช้แนวทางที่เหมาะสม

สำหรับทัศนคติที่ใช้การตัดสินใจว่า จะใช้รูปแบบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญรูปแบบใดนั้นไม่มีความแตกต่างในคุณสมบัติและยังคงมีอยู่อย่างไม่เปลี่ยนแปลงทางเลือกของการตัดสินใจขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของวิธีการและขึ้นอยู่กับศาลที่ต้องการสนับสนุนหรือแยกออกไปโดยการตีความกฎหมายเป็นพิเศษหรือไม่ (CC 1992.2.25, 89 Hun - Ka 104 ; 1994.4.28, 92 Hun - Ka 3)

ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี

กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 1988 ได้บัญญัติผลบังคับใช้และผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ซึ่งสรุปได้

ดังนี้

1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะมีผลผูกพันต่อศาล องค์กรของรัฐ และรัฐบาลท้องถิ่น²⁵

2) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการถอดถอนบุคคล ศาลจะประกาศคำวินิจฉัยถอดถอนบุคคลนั้นพ้นจากตำแหน่งทันที และห้ามดำรงตำแหน่งภายใน 5 ปี นับตั้งแต่วันที่ศาลประกาศคำวินิจฉัย หากบุคคลนั้นได้พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว ศาลจะยกคำร้องการถอดถอน และการถอดถอนไม่ตัดสิทธิในการฟ้องร้องคดีแพ่งหรือคดีอาญาต่อบุคคลดังกล่าว²⁶

3) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้ยุบเลิกพรรคการเมืองพรรคการเมืองนั้นจะถูกยุบเลิกและคณะกรรมการการเลือกตั้ง (The National Election Commission) จะต้องบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมือง (Political Parties Act)²⁷

4) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐจะมีผลผูกพันองค์กรของรัฐและรัฐบาลท้องถิ่น และถ้าคำวินิจฉัยนั้นเพิกถอนการกระทำขององค์กรของรัฐหรือรัฐบาลท้องถิ่นจะไม่มีผลเปลี่ยนแปลงต่อบุคคลซึ่งได้รับผลจากการกระทำโดยตรงไปแล้ว²⁸

5) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ จะมีผลผูกพันองค์กรของรัฐและรัฐบาลท้องถิ่น²⁹ นอกจากนี้หากคำวินิจฉัยการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเป็นคำวินิจฉัยเกี่ยวกับ

²⁵ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 47 (1).

²⁶ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 53 และมาตรา 54.

²⁷ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 59 และมาตรา 60.

²⁸ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 67.

²⁹ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 75.

(ก) การพิจารณาการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติ หรือการไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล และเป็นเหตุแห่งการล่วงละเมิด คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปในทางสนับสนุนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะเพิกถอนการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล ซึ่งล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือยืนยันว่าการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่นั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเมื่อใดศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า การไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่อันเป็นมูลเหตุของความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้รับผิดชอบต้องดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ³⁰

นอกจากนี้ ในกรณีที่การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพขึ้นพื้นฐานของประชาชนนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า การปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลอันเป็นมูลเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ได้

(ข) การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หากปรากฏว่าเรื่องที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลเกี่ยวข้องกับเรื่องการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญที่มีศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยแล้ว คู่ความในคดีอาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีการพิจารณาคดีใหม่ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามวิธีพิจารณาคดีอาญาหรือคดีแพ่งแล้วแต่กรณี³¹

จากแนวทางการพัฒนาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามประเทศสรุปได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ได้มีการพัฒนารูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ เกิดจากปัญหาหากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลใช้บังคับ ทำให้เกิด

³⁰ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 75 (2) (3) และ (4).

³¹ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1988 มาตรา 75 (7) และ (8).

สภาวะที่เป็นช่องว่างของกฎหมายในระหว่างที่องค์กรนิติบัญญัติยังไม่ได้ตรากฎหมายขึ้นใหม่ มาใช้แทนกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือขัดแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ การเกิดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองการปกครองต่อประเทศและประชาชน รวมทั้งก่อให้เกิดความสับสนและความมั่นคงในระบบกฎหมาย และเป็นการขัดขวางการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะปรับเข้าสู่สภาพการตีความด้วยเหตุและผล ตลอดจนไม่อาจเยียวยาประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ในส่วนการพัฒนาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังการี มิได้มีการพัฒนาในลักษณะเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน และศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี โดยกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญยังการี ค.ศ. 1989 ได้บัญญัติอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญยังการีไว้ค่อนข้างชัดเจน เช่น ศาลรัฐธรรมนูญยังการีมีอำนาจกำหนดวันให้มีผลย้อนหลังหรือให้มีผลในอนาคต หากพิสูจน์ได้ว่าผลของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นจะเป็นประโยชน์สำคัญในความมั่นคงของกฎหมายหรือผลประโยชน์ที่สำคัญของผู้ฟ้องร้อง รวมทั้งมีอำนาจบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารดำเนินการตามคำวินิจฉัยและภายในกำหนดระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญยังการีกำหนดไว้ได้ เป็นต้น

แนวทางการพัฒนาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีบทบัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ประชาชนและนักวิชาการคาดหวังว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรที่ควบคุมให้ทุกฝ่ายดำเนินไปตามบรรทัดฐานหรือหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อันจะส่งผลต่อกระบวนการพัฒนาประชาธิปไตยของประเทศให้มีความมั่นคง รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ทัดเทียมกับอารยประเทศ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นผลผลิต (productivity) ที่มีคุณค่า เป็นที่ยอมรับและเชื่อมั่นขององค์กรทุกองค์กร แต่ในช่วงระยะเวลาการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541 จนถึงวันที่ 19 กันยายน 2549 อันเป็นวันที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้กระทำการปฏิวัติรัฐประหาร อันเป็นผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นสุดลงไปด้วยนั้น ในช่วงเวลาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไปแล้วถึง 469 คำวินิจฉัย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญบางส่วนได้สร้างบรรทัดฐานทางการเมืองใหม่ตามแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข บางส่วนได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์จากนักการเมือง นักกฎหมาย นักวิชาการ และสื่อมวลชนว่า คำวินิจฉัยดังกล่าว ยังไม่สามารถพัฒนาระบบการเมืองการปกครองไทยให้พัฒนากระบวนการประชาธิปไตยให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนยังไม่บรรลุผล

ปัญหาและอุปสรรคคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา

หากวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ จากการวิพากษ์วิจารณ์ของนักกฎหมาย นักวิชาการ และสื่อมวลชน อาจสรุปได้ดังนี้

1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายที่จะทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 16/2545 กรณีคณะกรรมการ ก.ต. มีมติไม่รับสมัครนายศิริมิตร บุญมูล และนางสาวบุญจติ กลับประสิทธิ์ เพื่อสอบคัดเลือกและบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา เนื่องจากมีร่างกายไม่เหมาะสม ตามพระราชบัญญัติข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 มาตรา 27 (11) ซึ่งบุคคลทั้งสองเห็นว่า การตัดสินใจเป็นผู้รับสมัครเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพร่างกาย อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลทั้งสอง บทบัญญัติของพระราชบัญญัติข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 มาตรา 27 (11) และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ

ฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) และ (11) จึงขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การสมัครสอบเพื่อคัดเลือก นอกจากจะพิจารณาถึงความรู้ความสามารถแล้วยังต้องพิจารณาสุขภาพของร่างกายและจิตใจว่ามีความสมบูรณ์ สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคลิกลักษณะที่ดีพอที่จะเป็นผู้พิพากษา ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษามีใช้เพียงแค่พิจารณาพิพากษารรคดีในห้องพิจารณาเท่านั้น บางครั้งต้องเดินทางไปนอกศาลปฏิบัติหน้าที่ เช่น เพื่อเดินทางเผชิญสืบเพื่อสืบพยานที่ศาลไม่ได้ บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใด

คำวินิจฉัยดังกล่าว นักกฎหมายและนักวิชาการบางคนเห็นว่า เป็นคำวินิจฉัยที่พิจารณาบนพื้นฐานของความรู้สึกในทางลบต่อคนพิการมากกว่าหลักการพื้นฐานแห่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักการไม่เลือกปฏิบัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดเพราะหลักความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของบุคคล ต้องตีความอย่างเคร่งครัดและเท่าที่จำเป็น การอธิบายถึงความจำเป็นและความเหมาะสมในการดำรงอยู่ของบทกฎหมายที่เป็นปัญหาด้วยการหยิบยกเรื่องเดินเผชิญสืบ และเรื่องบุคลิกลักษณะของผู้พิพากษา ล้วนขาดน้ำหนักในเชิงข้อเท็จจริงและหลักความจำเป็น โดยแทนที่จะกล่าวถึงความสามารถของบุคคลพิการในการปฏิบัติหน้าที่พื้นฐานอันเป็นงานที่สำคัญจำเป็น (Essential Function) ในการพิจารณา³² การให้เหตุผลจากความบกพร่องทางร่างกายนั้นเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาในรายละเอียดแค่ไหนเพียงใด ที่เป็นความบกพร่องทางร่างกายถึงขนาดว่าไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

³² จรัญ โฆษณานันท์, ความพิการของกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมาย กรณีสองทนายความโปลิโอ, จาก <http://midnightuniv.ort/micunightweb/newpage 20.htm/>.

หากมีการปฏิเสธเพราะความบกพร่องทางกายโดยมิได้พิจารณาถึงขนาดว่าไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ การปฏิเสธดังกล่าวก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญได้³³

2) ปัญหาการให้เหตุผลในคำวินิจฉัยอย่างสมเหตุสมผล กล่าวคือ ขาดการให้เหตุผลที่เป็นหลักการอันแน่ชัดเป็นที่ยึดสำหรับกรณีนั้น ๆ และสามารถอธิบายนำไปใช้กับกรณีอื่น ๆ โดยอยู่บนพื้นฐานของการให้เหตุผลตามตรรกวิทยาที่ถูกต้องในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 1/2542 ที่วินิจฉัยกรณีที่พรรคประชากรไทยมีมติให้ลบชื่อนายวัฒนา อัสวเหม และพวกรวม 12 คน เป็นมติที่ขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และขัดหรือแย้งต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยนี้อาจทำให้เกิดปัญหาว่าระหว่างหลักการสร้างความเข้มแข็งให้กับระบบพรรคการเมืองกับหลักการประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ศาลรัฐธรรมนูญจะปรับดุลยภาพดังกล่าวอย่างไรในหลักการทั้งสอง อีกทั้งการให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 149 บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทยและต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ดังนั้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย มีหน้าที่ต้องปฏิบัติเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย เช่น การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน ฯลฯ การที่พรรคประชากรไทยมีมติลบชื่อบุคคลดังกล่าวออกจากทะเบียนสมาชิกพรรคประชากรไทย ผลที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 118 (8) คือ สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสิ้นสุดลงนับแต่วันที่พรรคการเมืองมีมติ ซึ่งเท่ากับว่าเป็นผู้แทนปวงชน

³³ บรรเจิด สิงคะเนติ, คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครอง กรณีสิทธิในการสมัครสอบ, รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549, หน้า 127-128.

ชาวไทยสิ้นสุดลงด้วย และไม่อาจปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทยได้ มติเช่นนี้จึงขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยชัดแจ้ง ซึ่งการให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมให้ความหมายเป็นว่าในที่สุดพรรคการเมืองย่อมไม่อาจขับสมาชิกที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรออกจากพรรคในทุกรณี เพราะจะทำให้ความเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยต้องสิ้นสุดลง และไม่อาจปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทยต่อไปได้³⁴

3) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถออกคำสั่งได้ ส่งผลให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถบังคับคดีแก่คู่กรณี เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 47/2547 ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภา ซึ่งเป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญในกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น มีการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 312 มาตรา 333 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 ประกอบด้วยระเบียบ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6 (5) และมาตรา 31 คำวินิจฉัยนั้นนักกฎหมาย นักวิชาการ และผู้เกี่ยวข้องต่างสงสัยว่า เมื่อกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว จะส่งผลให้ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินต้องพ้นจากตำแหน่งด้วยหรือไม่ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญยังไม่เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และสาระในคำวินิจฉัยดังกล่าวก็ไม่มีนัยที่ทำให้เข้าใจได้ว่า คำสั่งดังกล่าวถูกเพิกถอน

³⁴ ปรคตุสุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานผลการศึกษาระดับสมบูรณ สำหรับการศึกษาวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ, เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, พ.ศ. 2544, หน้า 177.

ดังนั้น เมื่อยังไม่มีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลอื่นมาดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน (ที่จะมีผลลบถ่วงคำสั่งแต่งตั้งเดิม) คำสั่งแต่งตั้งเดิมจึงยังมีผลใช้บังคับอยู่³⁵ ในกรณีของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน หากจะให้มีการพ้นจากตำแหน่งโดย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องมีบทกฎหมายรองรับ ซึ่งไม่ปรากฏว่ามีบทกฎหมายดังกล่าว จะกล่าวว่าผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินพ้นจากตำแหน่ง โดยคำวินิจฉัยดังกล่าวโดยตรงไม่ได้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วินิจฉัยเช่นนั้น แม้หากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยเช่นนั้นก็ทำไม่ได้อีก เพราะไม่มีบทกฎหมายใดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยเช่นนั้นได้³⁶ หรือมีนักวิชาการบางคน ให้ความเห็นว่าผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยเพิกถอนการแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินดังกล่าวได้อีก

จากความเห็นของนักกฎหมายและนักวิชาการดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหา ข้อกฎหมายซึ่งส่งผลกระทบต่อการทำงานของสถาบันทางการเมืองและองค์กรที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งสถาบันศาลรัฐธรรมนูญเองด้วยและปัญหานี้ยังคงดำรงอยู่ถึงปัจจุบัน สิ่งที่เป็นประเด็นสำคัญของปัญหานี้ คือ การที่ศาลรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถออกคำสั่งบังคับเพื่อเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ในคำวินิจฉัยเพื่อให้คู่กรณีหรือผู้ที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามคำสั่งบังคับที่ ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดได้ ทั้งนี้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกคำสั่งบังคับได้ และเมื่อเปรียบเทียบกับ อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 ได้บัญญัติให้ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดบังคับสั่งให้เพิกถอนกฎ หรือคำสั่ง หรือสั่งห้าม

³⁵โปรดดู อมร จันทสมบุรณ์, ปัญหาการแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินกับพื้นฐานกฎหมายมหาชนของประเทศไทย, <http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?Publaw IDS=867>.

³⁶โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 กับตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?Publaw IDS=829>.

กระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังเช่นในคดีหมายเลขดำที่ อ.212/2546 และคดีหมายเลขแดงที่ อ.98/2549 ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม 2549 ให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญ เพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร 9 ข้อ 2.3.2 และ ข้อ 2.3.3 ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ด่วนที่สุด ที่นร 0701/ว 9 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2544 โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาและให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดี กรมสรรพากร (นักบริหาร 9) ตามคำสั่งกระทรวงการคลัง ที่ 226/2544 ลงวันที่ 26 กันยายน 2544 และที่ 108/2545 ลงวันที่ 2 พฤษภาคม 2545 โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ระบุในคำสั่งแต่งตั้ง แต่ปลัดกระทรวงการคลังผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยังมิได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด จนเวลาล่วงเลยมาเป็นระยะเวลากว่าหนึ่งปี ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาดังกล่าว โดยดำเนินการให้เสร็จภายใน 30 วันนับแต่ได้รับหมายนี้ แล้วรายงานผลการดำเนินการดังกล่าวให้ศาลทราบ

ในคดีปกครองดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญ เพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร 9 รวมทั้งให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร 9) แม้ว่า ต่อมาภายหลังข้าราชการดังกล่าวจะได้รับคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอธิบดี และรองปลัดกระทรวงและมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งไป ก่อนที่จะมีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด แต่ศาลปกครองสูงสุดก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้เนื่องจากคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 และย่อมมีผลตามกฎหมายให้คำสั่งนั้นสิ้นผลลง และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหน้าที่ต้องออกคำสั่งแต่งตั้งให้ข้าราชการ

ดังกล่าวกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมก่อนได้รับคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร รวมทั้งคำสั่งศาลปกครองย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาลนับแต่วันที่กำหนดในคำพิพากษาโดยศาลอาจระบุข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาไว้ในคำพิพากษามาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือในคำสั่งของศาลในชั้นบังคับคดี

ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำสั่งและข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองทำให้การบังคับคดีของศาลปกครองบรรลุผล รวมทั้งสามารถเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ถูกล่วงละเมิดหรือได้รับความเสียหายจากการออกคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเมื่อเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว การที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายมิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกคำสั่งได้ย่อมส่งผลให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญขาดประสิทธิภาพและไม่สามารถเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญได้

4) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขหรือแนวทางปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่หรือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัยให้สามารถปฏิบัติตามได้ ซึ่งอาจจะทำให้เกิดปัญหาหรือความสับสนวุ่นวายแก่เจ้าหน้าที่หรือองค์กรของรัฐในอันที่จะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 21/2546 ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ที่บัญญัติว่า “หญิงมีสามีให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” มีลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้นอันเป็นการลิดรอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกันเกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล เนื่องจากสิทธิการใช้ชื่อสกุลนั้นเป็นสิทธิของบุคคลที่จะแสดงเผ่าพันธุ์ เทือกเถาเหล่ากอของคน และเป็นสิทธิที่ทุกคนมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน โดยมีได้แบ่งแยกกว่า

เป็นสิทธิของชายหรือหญิง อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากการบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีแต่เพียงฝ่ายเดียวแล้วโดยให้สถานะการสมรสนั้น มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายหรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิงที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน จึงไม่เป็นเหตุที่ทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคลได้ บทบัญญัติมาตรา 12 ดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 เป็นต้น

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ทำให้บทบัญญัติมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติเป็นอันใช้บังคับมิได้ จึงเป็นผลให้ไม่มีกฎหมายบัญญัติหรือบังคับใช้เกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ดังนั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาว่า เมื่อชายและหญิงต้องการจดทะเบียนสมรสกันแล้วหญิงนั้น จะใช้นามสกุลของฝ่ายใด เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขหรือแนวทางปฏิบัติไว้ในคำวินิจฉัยเพื่อให้เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการอย่างไร ซึ่งสร้างความสับสนให้เจ้าหน้าที่และหน่วยงานที่รับผิดชอบ ดังเช่นในกรณีนี้ กรมการปกครองได้วิญญู ด้วนที่สุด ที่ มท 0309.3/ว 994 ลงวันที่ 6 มิถุนายน 2546 ชักซ้อมแนวทางปฏิบัติให้แก่เจ้าหน้าที่และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการ ในสองกรณี คือ

กรณีแรก หญิงมีสามีไม่ประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามีก็สามารถกระทำได้ตามนัยแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีที่สอง หากหญิงมีสามีประสงค์จะใช้สกุลของสามีก็สามารถกระทำได้ตามนัยแห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 เพราะหญิงมีสามีมิได้ใช้สิทธิตามกรณีแรก

รวมทั้งกำหนดแนวทางการปฏิบัติการใช้คำนำนามสตรี ให้ถือปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาให้ใช้คำนำหน้าสตรี พระพุทธศักราช 2460 และการใช้ชื่อสกุลของบุตรเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5

มาตรา 1561 เช่นเดิมไว้ด้วย

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว มิได้กำหนดเงื่อนไขหรือแนวทางปฏิบัติเพื่อให้ฝ่ายบริหารยึดถือเป็นหลักเกณฑ์ในการบริหาร ทำให้เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานที่รับผิดชอบสืบสวนต่อการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเห็นได้จากการชักซ้อมแนวทางปฏิบัติของกรมการปกครองในกรณีที่สอง หากหญิงมีสามีประสงค์ใช้นามสกุลก็สามารถกระทำได้ตามนัยแห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย คือตั้งแต่วันที่ 5 มิถุนายน 2546 เป็นต้นไป ต่อมากรมการปกครองได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ มท 0309.3/ว 1678 ลงวันที่ 9 กันยายน 2546 ได้ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องถือปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีและการแก้ไขรายการในทะเบียนบ้าน ในขณะที่ยังไม่มี การแก้ไขหรือปรับปรุงพระราชบัญญัติชื่อสกุล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ดังนี้

(1) หญิงมีสามีที่ใช้ชื่อสกุลของสามีอยู่แล้วประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามีต่อไปให้สามารถใช้ชื่อสกุลของสามีต่อไปได้

(2) หญิงที่จดทะเบียนสมรสประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามีได้

(3) หญิงที่จะจดทะเบียนสมรส หากไม่ประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามีให้สามารถใช้ชื่อสกุลเดิม

(4) หญิงมีสามีที่ใช้ชื่อสกุลของสามีหรือใช้ชื่อสกุลเดิมของตนเองอยู่แล้วประสงค์จะร้องขอกลับใช้ชื่อสกุลเดิม หรือขอใช้ชื่อสกุลของสามีแล้วแต่กรณีสามารถดำเนินการได้เมื่อตรวจสอบความถูกต้องและผู้ร้องขอมิได้มีเจตนาทุจริต

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น หากเทียบเคียงกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันปรากฏว่า ในปี ค.ศ. 1991 ได้มีผู้ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. 1976 ที่บัญญัติให้เสรีภาพในการเลือกใช้ชื่อสกุล (family name) ภายหลังการสมรส แต่กรณีหากไม่สามารถตกลงว่าจะใช้ชื่อสกุลของ

ฝ่ายใดให้ใช้ชื่อสกุลของสามี ซึ่งผู้ยื่นคำร้องเห็นว่า บทบัญญัติการใช้ชื่อสกุล ภายหลังการสมรสดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักการปฏิบัติพื้นฐาน ความเสมอภาคของบุคคล (grounds of unequal treatment) ซึ่งในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีคำวินิจฉัยว่า กรณีภายหลังการแต่งงานหากชาย และหญิงไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใด ก็ให้ใช้ชื่อสกุลเดิม ของแต่ละฝ่าย เมื่อบุตรถือกำเนิดภายหลังการสมรส บุตรนั้นมีสิทธิใช้ชื่อสกุล ของบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ หรือจะใช้ชื่อสกุลทั้งของบิดาหรือ มารดาทั้งสองฝ่ายก็ได้ โดยเรียงลำดับชื่อสกุลของทั้งสองฝ่ายตามที่จะตกลงกัน ในกรณีบิดาและมารดาประสงค์จะให้บุตรใช้ชื่อสกุลทั้งสองฝ่าย แต่ไม่สามารถ ตกลงกันได้ว่าจะใช้ชื่อสกุลฝ่ายใดขึ้นนำหน้าหรือขึ้นก่อน ศาลรัฐธรรมนูญ เยอรมันก็ให้ใช้วิธีการจับสลาก (by lot) (BVer GE 84, pp. 9)³⁷

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันให้เหตุผลว่า ไม่มีเหตุผลในการปฏิเสธที่จะปฏิบัติ ต่อชายและหญิงให้มีความแตกต่างกันในกรณีนี้หรือปฏิเสธความเป็นจริงที่ดำรง อยู่ก่อนในสังคม (pre-existing social reality) และชื่อสกุลของบุคคลเป็นการ บ่งบอกถึงลักษณะของบุคคลนั้น (an expression of individuality and Identity) ซึ่งไม่อาจถูกปฏิเสธหากไม่มีเหตุผลอันสมควร และศาลเห็นว่าการ จับสลากไม่มีผลเสียต่อบิดาหรือมารดาเมื่อเทียบกับกรณีที่ศาลจะใช้ระบบ เรียงลำดับตามตัวอักษรของชื่อสกุล กรณีนี้เป็นตัวอย่างที่ดีของศาลที่ให้ความ เห็นในลักษณะที่ยืนยันความเชื่อมั่นมากกว่าที่วางหลักเกณฑ์ตามข้อโต้แย้ง อย่างระมัดระวังและถูกต้อง และหากพิจารณาเห็นว่าการเรียงลำดับตามตัวอักษร ไม่ได้ดีกว่าการจับสลากแต่อย่างใด³⁸

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขหรือ แนวทางปฏิบัติชัดเจนเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี รวมทั้งการ

³⁷ Nevil Johnson, *the Federal Constitutional Court : Facing up to the Strains of Law and Politics in the New Germany*, (Constitutional policy in unified Germany/edited by Klaus H Goctq and Peter J. Cidlen), the Great Britain : 1995, p. 141.

³⁸ Ibid, p. 141-142.

ปฏิบัติเกี่ยวกับบุตรที่ถือกำเนิดขึ้นมาหลังจากการสมรส บุตรย่อมมีสิทธิใช้ชื่อสกุลทั้งของบิดาหรือมารดา หรือของทั้งสองฝ่าย รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้กำหนดให้ใช้วิธีการจับสลากเพื่อเป็นข้อยุติปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวได้มองไปข้างหน้าเพื่อแก้ไขปัญหาอันอาจจะเกิดขึ้น และสร้างความแตกร้างในครอบครัวที่อาจส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดขึ้นมาโดยไม่รู้ความ คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงเป็นการสร้างหลักประกันต่อเด็กและความเท่าเทียมหรือความเสมอภาคของชายและหญิง

สำหรับวิธีการจับสลากอาจจะมิใช่ผู้เห็นว่าเป็นวิธีการที่ไม่เหมาะสม แต่จากการศึกษาในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของกรีก มีการกล่าวว่าวิธีการจับสลากเป็นกระบวนการที่เป็นลักษณะเฉพาะของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และได้ฝังลึกลงไปในชีวิตประจำวันของชาวเอเธนส์ในฐานะที่เป็นกลไกประชาธิปไตยและสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค³⁹

5) ปัญหาการกำหนดประเด็นวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มี ความชัดเจน ในบางคดีมีการตั้งประเด็นเพื่อลงมติทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายเป็นประเด็นเดียวกัน รวมทั้งปัญหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีตามคำร้องไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นไม่วินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดี⁴⁰

เมื่อพิจารณาจากปัญหาและอุปสรรคคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาแล้ว อาจกล่าวสรุปได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีปัญหา รวม 4 ประการ

ประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เช่น

³⁹ บุญศรี ม่วงศุภชัย, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา), 2549, หน้า 32.

⁴⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ปัญหาการลงมติในประเด็นของคดีในคดีรัฐธรรมนูญ, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?Publaw_IDS=411.

(1) อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจสอบพระราชกำหนดมาตรา 218 และมาตรา 219 ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะกรณีพระราชกำหนดนั้นเป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง คือ การตราพระราชกำหนดดังกล่าวของคณะรัฐมนตรี เป็นไปในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือไม่ เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจตรวจสอบถึงดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีที่เห็นว่า ความจำเป็นอันเร่งด่วนอันมีอาจจะหลีกเลี่ยงได้ที่ต้องตราพระราชกำหนดหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดในทางเนื้อหาได้

(2) อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับปัญหาความขัดแย้งระหว่างอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมถึงปัญหาความขัดแย้งระหว่างอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการกับอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยตามมาตรา 266

(3) อำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 198 ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง

ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มี ความชัดเจน เช่น ปัญหาการตั้งประเด็นพิจารณาวินิจฉัย ปัญหาเกี่ยวกับการลงมติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาการออกคำสั่งบังคับหรือแนวทางหรือวิธีการที่เหมาะสมในคำวินิจฉัย เป็นต้น

ประการที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญ สิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันส่งผลกระทบต่อการใช้เหตุผลในคำวินิจฉัย

ประการที่สี่ ปัญหาของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ทำให้เกิดปัญหาช่องว่างของการใช้บังคับกฎหมายและความมั่นคงในระบบกฎหมายหากสถานการณ์บัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายใช้บังคับแทนกฎหมายดังกล่าวในระยะเวลาที่เหมาะสม

ดังนั้น เพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ตามความเป็นจริงและอยู่ในพื้นฐานการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ควรจะได้มีการปรับปรุงและพัฒนาการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

การปรับปรุงและพัฒนารูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

จากปัญหาและอุปสรรคของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา และในโอกาสที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้จัดทำเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเห็นควรการดำเนินการปรับปรุงและพัฒนา รูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) การแก้ไขหรือปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้แก้ไขปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในประเด็นที่เกี่ยวกับปัญหามอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไปแล้ว ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 185 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดเป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะและเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ หรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ แต่ยังไม่มียอำนาจตรวจสอบในทางเนื้อหาหากกรณีดังกล่าวมีการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบบทบัญญัติของพระราชกำหนดว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อ

รัฐธรรมนูญ หรือไม่

(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ปรับปรุงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้มีความชัดเจนเกี่ยวกับการพิจารณาปัญหาความขัดแย้งระหว่างอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ มาตรา 214 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา(สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป และรัฐธรรมนูญได้แบ่งองค์กรตามรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือ

ก. องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มี 4 องค์กร คือ คณะกรรมการการเลือกตั้งผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ข. องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ มี 3 องค์กร คือ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

ดังนั้น ในกรณีที่ปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่กล่าวมาแล้ว ตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงจะมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย มิใช่กรณีองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีปัญหาแล้วส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

(3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กฎระเบียบและข้อบังคับที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองว่า ในกรณีใดจะอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือกรณีใดจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245 ได้บัญญัติแบ่งเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้ เมื่อเห็นว่ากรณีดังต่อไปนี้

ก. บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อ

ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น หมายถึงกฎหมายที่มีลำดับเป็นพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่าพระราชบัญญัติ

ข. กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดตามมาตรา 244 (7) (ก) คือ การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง

การปรับปรุงแก้ไขอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ย่อมส่งผลให้การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น อีกทั้งเป็นการลดปัญหาและความขัดแย้งเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

2) การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 216 วรรคหก บัญญัติให้วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องผ่านกระบวนการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ ย่อมส่งผลให้กระบวนการวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ได้รับความเชื่อมั่นและศรัทธาจากประชาชนมากยิ่งขึ้น และเป็นผลดีกว่าให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาด้วยตนเอง อย่างไรก็ตามการบัญญัติวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ต้องคำนึงถึงความเป็นอิสระของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งตราโดยองค์กรนิติบัญญัติ และการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารว่าเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากความเป็นอิสระของศาลรัฐธรรมนูญถูกระทบกระเทือนย่อมส่งผลต่อการคุ้มครองและเยียวยาสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องส่งผลต่อประสิทธิภาพในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญและให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลใช้

บังคับตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 วรรคห้า คือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภาคณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ

โดยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนอกจากจะประกอบด้วยหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย การให้โอกาสแก่คู่กรณีแสดงความคิดเห็นของตนก่อนการวินิจฉัยคดี การให้สิทธิคู่กรณีขอตรวจดูเอกสารที่เกี่ยวข้องกับตน การเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญควรบัญญัติให้มีการดำเนินการในเรื่องดังต่อไปนี้ เพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่ยอมรับและเชื่อมั่นแก่ประชาชน กล่าวคือ

(1) การบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีกระบวนการวิธีพิจารณาคดีทั่วไป และกระบวนการพิจารณาคดีเฉพาะแต่ละประเภทของคดีรัฐธรรมนูญ อาทิ กระบวนการวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง หรือกระบวนการวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี หรือกรรมการการเลือกตั้ง เป็นต้น

(2) การบัญญัติให้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประชุมปรึกษาคดีและการลงมติในการวินิจฉัย โดยเฉพาะการวินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดี

(3) การกำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิกรณีบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวมีอาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพหรือเป็นการเยียวยาความเสียหาย การกำหนดควรพิจารณาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการใช้สิทธิของประชาชนให้มีความชัดเจนเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้สิทธิโดยไม่จำเป็นและกระทบต่ออำนาจและหน้าที่ขององค์กรอื่น

(4) การบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดมาตรการบังคับหรือเงื่อนไขในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ตามความจริง รวมทั้งให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดบุคคลหรือองค์กรให้มีหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อให้คำวินิจฉัยมีประสิทธิภาพและเพื่อให้เกิดผลทางกฎหมาย

(5) การบัญญัติหลักจริยธรรม คุณธรรม หรือหลักจรรยาบรรณของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยคดี

3) การพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชน ปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และความเชื่อมั่นของศาลรัฐธรรมนูญที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การให้เหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ หากศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจหน้าที่อย่างระมัดระวังและการให้เหตุผลอย่างรัดกุม และรอบคอบในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ก็จะส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ที่ดีของศาลรัฐธรรมนูญ และทำให้คู่ความหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องเคารพในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญด้วยความเต็มใจ ดังนั้น การพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชน จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็นการศึกษาวิจัยเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ การศึกษาคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับคดีรัฐธรรมนูญ หรือการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและประสบการณ์การทำงานระหว่างศาลรัฐธรรมนูญไทยและศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ทั้งในระดับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและเจ้าหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีความรู้และประสบการณ์ และนำมาใช้ประโยชน์ต่อการพิจารณาคดี

4) การพัฒนารูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ⁴¹ ดังเช่นในกรณีที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่า กฎหมายนั้น ต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 (มาตรา 211 วรรคหนึ่ง) บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ (มาตรา 211 วรรคหนึ่ง) หรือผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 245 (1)) หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2)) เป็นต้น การให้ศาลรัฐธรรมนูญมีรูปแบบคำวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญดังที่กล่าวมาแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการใช้บังคับกฎหมาย และระบบความมั่นคงของกฎหมาย และไม่สามารถเยียวยาความเสียหายของบุคคลที่ถูกล่วงละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยกฎหมาย นั้นได้ เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยมีผลใช้บังคับนับแต่วันที่มีคำพิพากษา หรือมีผลใช้บังคับในปัจจุบัน (ex nunc) จึงทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้บังคับกับคดีดังกล่าวได้ และก่อให้เกิดปัญหาต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมาตลอดดังที่กล่าวมาแล้ว

การพัฒนารูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ และหากให้ศาลรัฐธรรมนูญได้พัฒนารูปแบบคำวินิจฉัยด้วยตนเองดังเช่นศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน หรือศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ก็อาจเกิดปัญหาข้อครหาว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กำหนดไว้ ดังนั้น เพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้มีการพัฒนาไปอย่างต่อเนื่อง และสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพควรจะบัญญัติอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถใช้ดุลพินิจบางประการใน

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ดังเช่นกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญอังกี ค.ศ. 1989 กล่าวคือ

(1) ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดวันหรือระยะเวลา เป็นกรณีพิเศษ การสิ้นผลใช้บังคับของกฎหมาย หรือกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่ง อย่างใดเป็นกรณีพิเศษต่อผู้ที่เกี่ยวข้องในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นประโยชน์สำคัญในความมั่นคงของกฎหมาย หรือ เป็นผลประโยชน์สำคัญของผู้ฟ้องคดี

(2) ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติใด มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 154) ให้ส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นกลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยดำเนินการเช่นเดียวกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 141)

สรุป

การปรับปรุงและการพัฒนาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องดำเนินการอย่างรีบด่วน แต่มีใช้เพราะเหตุที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กร แต่เพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่เชื่อมั่นและได้รับความศรัทธาจากประชาชน และสามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนการพัฒนาการเมืองการปกครองของประเทศ ให้เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กนิษฐา เชี่ยววิทย์. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติองค์กรตุลาการ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.
- นันทวัฒน์ บรมานนท์. ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2542.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : วิทยูชน, 2549.
-
- . คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครองกรณีในการสมัครสอบ. www.pub-law.net. กรุงเทพฯ : พี.เพรส, 2546.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ. รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545.
- วิจิตรา ฟุ้งลัดดา. ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.
- สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์สำหรับการศึกษาวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ. เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2544.
- อุดม รัฐอมฤต และคณะ. สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ. รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.

เว็บไซต์

จรัญ โฆษณานนท์. ความพิการของกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมาย กรณี
สองทนายความโปลิโอ. [http://www.midnightunivort/micunightweb/newpage 20.htm/](http://www.midnightunivort/micunightweb/newpage20.htm/).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 กับตำแหน่ง
ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน. [http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?PublawIDS = 829](http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?PublawIDS=829).

อมร จันทรสมบูรณ์. ปัญหาการแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินกับพื้นฐาน
กฎหมายมหาชนของไทย. [http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?PublawIDS= 867](http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?PublawIDS=867).

ภาษาต่างประเทศ

Donal P. Kommer. *The Constitutional Jurisprudence of Federal Republic of Germany* (second edition). Durham and London, 1997.

Nevil Johnson. *The Federal Constitutional Court : Facing up to the strains of law and politic in the new Germany* (Constitutional policy in unified Germany / edited by Klaus H. Goetz and Peter J. Cidlen). The Great Britain, 1995.

Sólyom and Bruner. *Constitutional Judiciary in Democracy : The Hungarian Constitutional Court*. The University of Michigan Press, 2000.

The constitutional covet of Korea. *The First Ten year of Korea Constitutional Court (1988-1998)*, 2001.

Website.

Alegandro Saiz Arnaiz. Techniques of constitutional interpretation by the European constitutional court. [http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-JU \(1998\) 024 rev. e. asp](http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-JU (1998) 024 rev. e. asp).

Anke Eilers. The Binding of Federal Constitutional Court Decision Upon Political Institutions. [http://www.coe.int/docs/2003/CDL-JU \(2003\) 18-e. asp](http://www.coe.int/docs/2003/CDL-JU (2003) 18-e. asp).

Paetzolay Peter , Effects Enforceability and Execution of the Decision of the Constitutional court-The Hungarian Experience. [http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-JU \(1999\) 026-e. asp](http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-JU (1999) 026-e. asp).

Susanne Walter. The Execution of decision of the Federal Constitutional Court of Germany. [http://www.coe.int/docs/2000/CDL-JU \(2000\) 041-e. asp](http://www.coe.int/docs/2000/CDL-JU (2000) 041-e. asp).



ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติตามพันธกิจตาม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212

• ดร.ปัญญา อุดชาชน*

บทความนี้ผู้เขียนได้แบ่งการนำเสนอออกเป็น 4 ส่วน คือ ส่วนแรก ว่าด้วยบททั่วไป ส่วนที่สอง ว่าด้วยแนวความคิดของต่างประเทศ ส่วนที่สาม ว่าด้วยบทวิเคราะห์ และส่วนสุดท้าย ว่าด้วยสรุปและข้อเสนอแนะ

ส่วนแรก บททั่วไป

ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีเจตนารมณ์ที่จะปรับปรุงอำนาจหน้าที่และระบบการทำงานขององค์กรตรวจสอบให้มีความเข้มแข็งและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น การที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่รับฟ้องเรื่องที่ประชาชนถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ได้ ถือว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอีกช่องทางหนึ่ง ซึ่งเป็นสาระสำคัญที่เป็นจุดเด่นของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่ผ่านมา โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

* รองเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้” และวรรคสอง บัญญัติว่า “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเกณฑ์และวิธีการกรณีที่ผู้ที่จะใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้¹

1. ต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

2. บุคคลนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และ

3. ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกิดจากการปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ดังปรากฏจากสถิติคำร้องที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ จนถึงปัจจุบันมีจำนวนทั้งสิ้น 39 คำร้อง² โดยศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้อง จำนวน 36 คำร้อง และเหลือคำร้องที่กำลังพิจารณาวินิจฉัยจำนวน 3 คำร้อง นอกจากนั้น จากสถิติการให้คำปรึกษาแก่ประชาชนที่ขอคำแนะนำทั้งที่เดินทางมาที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและขอคำปรึกษาทางโทรศัพท์เกี่ยวกับการยื่นคำร้องมีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ตั้งแต่เดือนมกราคม พ.ศ.2552 เป็นต้นมา ด้วยสภาพปัญหาดังกล่าว สาเหตุที่เป็นประเด็นสำคัญตามลำดับความสำคัญ ประกอบด้วย

1. สาเหตุอันเกิดจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ
2. สาเหตุอันเกิดจากความรู้ความเข้าใจอันถ่องแท้ของประชาชน
3. สาเหตุอันเกิดจากการพินิจกำลังของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการบริหารจัดการ

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์และมีข้อเสนอแนะในลำดับต่อไป

¹ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 43/2551 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 2551

² เดือนกุมภาพันธ์ 2552

ส่วนที่สอง แนวความคิดของต่างประเทศ

จากการสำรวจวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องในลักษณะงานวิจัยพบว่า มีงานวิจัยได้นำประเทศต่าง ๆ มาเป็นกรณีศึกษาเทียบเคียงกับการใช้บังคับตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 หลายประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี เบลเยียม สเปน เกาหลี และสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เป็นต้น แต่ละประเทศมีแนวคิดและหลักการแตกต่างกันซึ่งอาจไม่ตรงกับการใช้บังคับตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เท่าไรนัก แต่อย่างไรก็ตาม อาจนำแนวคิดและวิธีการมาปรับใช้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวได้ อาทิ การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaints) ของประเทศเยอรมนีและการยื่นฟ้องโดยตรง (Direct Access) ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เป็นต้น

1. การร้องทุกข์ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ กฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในมาตรา 93 วรรคหนึ่ง (4a) บัญญัติว่า กรณีคำร้องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่ยื่นโดยบุคคลที่กล่าวอ้างว่าสิทธิพื้นฐานประการใดประการหนึ่งของตน หรือสิทธิประการใดประการหนึ่งของตนตามมาตรา 20 (4) หรือมาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 หรือมาตรา 104 ถูกละเมิดโดยหน่วยงานของรัฐ³ และมาตรา 93 วรรคสอง บัญญัติว่า “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องวินิจฉัยตัดสินเรื่องอื่นตามที่มื่ออำนาจโดยกฎหมายสหพันธ์ด้วย”

ด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 วรรคสอง ดังกล่าว รัฐสภาได้ตรากฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1951 โดยได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการหรือเงื่อนไขการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 90 (1) โดยให้มีกระบวนการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญซึ่งเปิดโอกาส

³ โปรดดูภาคผนวก

ให้ประชาชนสามารถร้องทุกข์ต่อการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ (Public Authority) โดยมีเงื่อนไขว่าประชาชนผู้ร้องจะต้องดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมจนหมดสิ้นกระบวนการ แต่ยังไม่ได้รับการเยียวยาจากการถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตนเอง

1.2 เงื่อนไขการรับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะรับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาวินิจฉัยต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 4 ประการ คือ⁴

1.2.1 กระทบสิทธิขั้นพื้นฐาน ประชาชนผู้ร้องต้องได้รับผลกระทบในสิทธิขั้นพื้นฐานอันเนื่องมาจากการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐเป็นสำคัญ สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หมวด 1 ว่าด้วยสิทธิพื้นฐาน มาตรา 1 - 19 ดังนี้

1. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
2. เสรีภาพส่วนบุคคล
3. ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย
4. เสรีภาพในความศรัทธา สำนัก และความเชื่อ
5. เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น
6. การสมรส ครอบครัว และบุตรนอกสมรส
7. การศึกษาในโรงเรียน
8. เสรีภาพในการชุมนุม
9. เสรีภาพในการสมาคม
10. สิทธิส่วนบุคคลในการติดต่อทางจดหมาย ไปรษณีย์

และโทรคมนาคม

11. เสรีภาพในการเคลื่อนที่
12. เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ขัดห้ามการบังคับใช้

แรงงาน

⁴Sabine Michalowski Lorna Woods. German Constitutional Law : The Protection of liberties, Dartmouth Publishing Company Limited, England, 1999, p. 45 - 47.

13. การไม่รุกร้าในเคหสถาน
14. ทรัพย์สิน มรดก การเวนคืน
15. การโอนมาเป็นของรัฐ
16. ความเป็นพลเมือง การส่งผู้ร้ายข้ามแดน
17. สิทธิในการร้องทุกข์
18. การสูญเสียสิทธิพื้นฐาน
19. การจำกัดสิทธิพื้นฐาน

1.2.2 บุคคลต้องถูกระทบสิทธิโดยตรงและในปัจจุบันประชาชนผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นกระทบสิทธิของตนเองโดยตรงและเกี่ยวข้องกับผู้อื่นในปัจจุบัน ดังนั้น การกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นที่มีใช้ผู้ร้อง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่รับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

1.2.3 การกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ การกระทำที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องเป็นสาเหตุมาจากองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ การกระทำขององค์กรดังกล่าว ได้แก่

1. การกระทำทางนิติบัญญัติ กฎหมายทั้งหลายที่ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภาแห่งสหพันธ์ หรือรัฐสภาแห่งมลรัฐ หากประชาชนเห็นว่ากฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญโดยเป็นการกระทบโดยตรง และเป็นกระทบที่ยังมีผลอยู่ ประชาชนสามารถฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้

2. การกระทำทางปกครอง หากฝ่ายปกครองใช้มาตรการทางกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของผู้ใดผู้นั้นสามารถฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้

3. การกระทำของฝ่ายตุลาการ การกระทำของฝ่ายตุลาการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เช่น กระบวนการพิจารณาของศาลหรือกฎหมายที่ใช้ในการตัดสินคดี เป็นต้น โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะตรวจสอบในประเด็นความชอบด้วย

รัฐธรรมนูญเท่านั้น

1.2.4 ศาลธรรมดาได้เยียวยาจนหมดสิ้นแล้ว ประชาชนผู้ร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญลำดับแรกต้องได้แย่งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญต่อศาลธรรมดาก่อนจนหมดสิ้นกระบวนการแล้ว จึงจะร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้

แต่อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขการรับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญทั้ง 4 ประการดังกล่าว มีข้อยกเว้นที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ คือ การฟ้องคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) และผู้ฟ้องได้รับความเดือดร้อนเสียหายอย่างร้ายแรงโดยไม่อาจเยียวยาโดยศาลธรรมดาได้

1.3 ตัวอย่างคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

1.3.1 คดีการเดินขบวนประท้วงคัดค้านการตัดงบประมาณการศึกษาระดับสูง โดยผู้ประท้วงได้เตรียมการและแจ้งตำรวจว่าจะดำเนินการชุมนุมในเช้าวันเสาร์บริเวณใจกลางกรุงเบอร์ลิน คาดว่าจะมีผู้เข้าร่วมชุมนุมประมาณ 100,000 คน กรณีดังกล่าวเจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีคำสั่งห้ามการชุมนุมโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 15 (1) แห่งกฎหมายว่าด้วยการชุมนุม ค.ศ. 1978 โดยกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะห้ามการชุมนุมได้ถ้าฝ่ายปกครองเห็นว่าสถานการณ์จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อความปลอดภัยสาธารณะหรือก่อให้เกิดอันตราย

1.3.2 เจ้าหน้าที่ตำรวจเห็นว่า เนื่องจากมีผู้เข้าร่วมชุมนุมเป็นจำนวนมาก จึงก่อให้เกิดความเสี่ยงสูงต่อสุขภาพของผู้ชุมนุมและผู้สัญจรไปมา นอกจากนั้น ในกรณีฉุกเฉินไม่อาจประกันได้ว่าหน่วยพยาบาลจะสามารถเข้ามาดูแลปฐมพยาบาลผู้เข้าร่วมชุมนุมได้ทันทั่วทั้งที่จึงออกคำสั่งห้ามการชุมนุม แกนนำของผู้ชุมนุมจึงได้ฟ้องคำสั่งห้ามของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อศาลปกครอง (The Administrative Tribunal) ศาลปกครองเห็นด้วยกับคำสั่งห้ามของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และต่อมาศาลปกครองพิพากษายืน จึงส่งผลให้มีการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

1.3.3 การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย 4 ประเด็น ดังนี้

1. คำสั่งห้ามของเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทบสิทธิพื้นฐานหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่า คำสั่งเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวกระทบสิทธิพื้นฐานของผู้ร้องตามมาตรา 8 (1) ของรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุมซึ่งมาตรา 8 (1) บัญญัติว่า “ชาวเยอรมันทุกคน ย่อมมีสิทธิในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ โดยไม่ต้องบอกกล่าวหรือขออนุญาตล่วงหน้า”

2. เกิดจากการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่า คำสั่งห้ามการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจถือว่าเป็นการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่กระทบต่อสิทธิพื้นฐาน

3. บุคคลผู้ร้องได้รับผลกระทบต่อตนเองโดยตรงในปัจจุบันหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่า ผู้ร้องได้รับผลกระทบโดยตรงและได้ร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญภายในกรอบระยะเวลาที่ถูกต้อง

4. ได้รับการเยียวยาจากศาลธรรมดานหมดสิ้นหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่า ผู้ร้องได้ฟ้องคำสั่งห้ามของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อศาลปกครองแล้ว และศาลปกครองทุกระดับ ได้พิพากษาจนหมดสิ้นแล้ว

1.3.4 ผลการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ⁵

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี วินิจฉัยว่า คำร้องเข้าเงื่อนไขของคํ่าประกอบทั้ง 4 ประการ จึงรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยและวินิจฉัยว่าคำสั่งห้ามการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีความจำเป็นโดยเหตุผลไม่เพียงพอ ดังนั้น คำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁵ Ibid., p.88

2. การยื่นฟ้องโดยตรงของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้

2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996 มาตรา 167 (6) บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญต้องอนุญาต ให้บุคคลที่ต้องการความเป็นธรรม และฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยวิธีการ ดังนี้

2.1.1 ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง หรือ

2.1.2 อุทธรณ์โดยตรงจากศาลอื่นๆ มายังศาลรัฐธรรมนูญ”

นอกจากนั้น ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 2003 ข้อ 18 - 19 ได้กำหนดวิธีการและรายละเอียดการฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ

2.2 วิธีการและรายละเอียดการฟ้องตรงตามข้อกำหนดดังกล่าวมีดังนี้

2.2.1 การยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 167 (6) นั้น คำร้องต้องเป็นลายลักษณ์อักษรและระบุข้อเท็จจริงพร้อมคำขอที่ต้องการเยียวยา

2.2.2 ยื่นคำร้องต่อนายทะเบียนศาลและส่งให้กับคู่ความทั้งหมดโดยตรง และมีสาระสำคัญประกอบด้วย

1. สาเหตุที่ต้องยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ
2. เหตุผลที่ควรได้รับการเยียวยาตามคำขอท้ายฟ้อง
3. คดีดังกล่าวสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงโดยไม่ต้องมีการสืบพยานอีก
4. มีพยานหลักฐานเพียงพอที่เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ยุติแล้ว

2.2.3 บุคคลหรือคู่ความคนใดมีความประสงค์จะได้แย่งคัดค้านคำร้องในคดีนั้น ต้องส่งคำคัดค้านเป็นหนังสือมายังนายทะเบียนภายใน 10 วันนับแต่วันได้รับคำร้อง โดยแสดงถึงประเด็นข้อโต้แย้งคัดค้าน

2.2.4 หลังจากนายทะเบียนได้รับคำคัดค้านหรือขอขยาย

ระยะเวลาที่ต้องยื่นคำคัดค้านแล้ว ประธานศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งดำเนินคดีต่อไปโดย

1. ให้ผู้ถูกร้องยื่นคำให้การเป็นหนังสือภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือ

2. ศาลอาจจะกำหนดไม่ต้องยื่นคำให้การเพิ่มเติมก็ได้

2.2.5 คำร้องคดีฟ้องตรงไม่จำเป็นต้องแถลงคดีด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้

2.3 ตัวอย่างคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

2.3.1 คดี *Dudley v City of Cape Town and Another*⁶ โดยคดีนี้ DR. Litian Dudley ผู้ร้องได้ยื่นฟ้องคดีเมือง Cape Town เป็นผู้ถูกร้องที่ 1 และ DR. Ivan Toms เป็นผู้ถูกร้องที่ 2 ความว่า ผู้ร้องเป็นหมอหญิงผิวดำได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาศาลแรงงานโดยตรงมายังศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ สาเหตุมาจากผู้ร้องไม่ได้รับการแต่งตั้งจากเมือง Cape Town ให้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการศูนย์สุขภาพประจำเมือง (Director of City Health) แต่กลับไปแต่งตั้ง DR. Ivan Toms ผู้ถูกร้องที่ 2 ที่เป็นหมอชายผิวขาว

2.3.2 คดีนี้ได้เคยถูกส่งไปยังคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการแล้วแต่ไม่ได้ผล ผู้ร้องจึงฟ้องคดีไปยังศาลแรงงานกลาง โดยฟ้องว่าการกระทำของผู้ถูกร้องที่ 1 เป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม และขัดต่อหลักการบริหารงานบุคคลที่โปร่งใส โดยปราศจากอคติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นธรรมในการประกอบอาชีพ (The Employment Equity Act) และขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996 มาตรา 9 (1) และมาตรา 9 (2)

2.3.3 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้โต้แย้งว่า หลักการบริหารงานบุคคลที่ปราศจากอคติตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นธรรม

⁶ CCT 5/04 2004 ZACC 4 20 May 2004.

ในการประกอบอาชีพนั้น มิได้ใช้สำหรับกรณีของปัจเจกชน และศาลแรงงานกลางเห็นด้วย

2.3.4 ผู้ร้องได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์คดีแรงงาน (The Labour Appeal Court) จนถึงศาลสูงสุด (The Supreme Court of Appeal) และผู้ร้องได้ฟ้องตรงมายังศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่ได้รับการเยียวยาจากศาลยุติธรรม

2.3.5 ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาจากองค์ประกอบหรือเงื่อนไข ดังนี้

1. เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
2. ประโยชน์ด้านความยุติธรรม (Interest of Justice)
3. ประโยชน์ของการฟ้องตรง การประหยัดเวลาและ

ค่าใช้จ่าย

4. ความฉุกเฉินของคดี

2.3.6 ผลการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ⁷

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้วินิจฉัยว่า ประเด็นเรื่อง หลักการบริหารงานบุคคลที่ปราศจากอคติ (Affirmative Action) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นธรรมในการประกอบอาชีพเป็นคดีเกี่ยวกับกฎหมายแรงงานซึ่งศาลแรงงานมีความเชี่ยวชาญและชำนาญในประเด็นดังกล่าว ประกอบกับผู้ร้องไม่ได้โต้แย้งว่า ศาลแรงงานได้ดำเนินคดีอย่างล่าช้าแต่อย่างใด คำร้องจึงไม่ต้องด้วยข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 2003 ข้อ 19 (2) ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องของผู้ร้อง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบเฉพาะกรณีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้แล้ว เห็นว่า มีลักษณะแตกต่างกันบ้างเกี่ยวกับ

⁷ Ibid., (13), p 6-7.

เงื่อนไขการรับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญแต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 แล้วจะใกล้เคียงกับหลักของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ส่วนที่สาม บทวิเคราะห์

การวิเคราะห์ประเด็นสำคัญตามศาลรัฐธรรมนูญที่ได้วางหลักเกณฑ์และวิธีการกรณีที่ผู้จะใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วย 3 ประการ ดังนี้

1. ต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนี้

1.1 คำว่า “บุคคล” ย่อมหมายถึง บุคคลธรรมดา และนิติบุคคล โดยบุคคลดังกล่าวต้องเป็นบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรง หากเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ได้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรง ย่อมไม่เข้าเงื่อนไขตามความหมายของคำว่าบุคคลในบริบทนี้ ด้วยเหตุนี้ บุคคลที่รู้สึกว่ามีหรือมีความเห็นว่ากฎหมายอาจกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของตนเองโดยที่ยังไม่มีการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพเกิดขึ้น จึงไม่เข้าเงื่อนไขตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

1.2 คำว่า “สิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้” หมายถึง สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ตามหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วย ส่วนที่ 1 บททั่วไป ส่วนที่สอง ความเสมอภาค ส่วนที่ 3 สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม ส่วนที่ 5 สิทธิในทรัพย์สิน ส่วนที่ 6 สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ส่วนที่ 7 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชน ส่วนที่ 8 สิทธิและเสรีภาพในการศึกษา ส่วนที่ 9 สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ ส่วนที่ 10 สิทธิในข้อมูลข่าวสาร และการร้องเรียน ส่วนที่ 11 เสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม ส่วนที่ 12 สิทธิชุมชน และส่วนที่ 13 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

ดังนั้น ในส่วนของบุคคลธรรมดา จึงหมายถึง บุคคลที่มีสถานะเป็น
ชนชาวไทยเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากมาตรา 27 ซึ่งอยู่ในส่วนที่ 1 หมวดที่ 3
ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่
รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของ
ศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี
ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรา
กฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

กรณีที่คำร้องไม่เข้าเงื่อนไข ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้อง
จำนวน 2 คำร้อง⁸ เช่น

1) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งที่ 37/2551 วันที่ 7 ตุลาคม 2551
เรื่อง นายพิบูลย์ ยงค์กมล ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 กรณีพระราชบัญญัติ
โรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งว่า ตามคำร้องเป็น
กรณีที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติโรงเรียน
เอกชน พ.ศ. 2550 ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้อง จึงขัดหรือแย้งต่อ
รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่รัฐ
ตราขึ้นใช้บังคับ การที่กฎหมายจะละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือ
ไม่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป หากให้มีการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ
พิจารณาวินิจฉัยได้ทุกกรณี ย่อมทำให้กฎหมายทุกฉบับเมื่อประกาศใช้แล้ว
บุคคลที่รู้สึกหรือมีความเห็นว่า กฎหมายนั้นอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ
ของตนจะร้องขอให้วินิจฉัยว่า ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ทุกฉบับ และ
ทุกคน ตามคำร้องยังไม่ปรากฏว่าสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้องถูกละเมิดโดย
พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 แต่อย่างใด เพราะยังมีกระบวนการ
ที่ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าวอีก ดังนั้น เมื่อผู้ร้องยังไม่เป็น

⁸ โปรดดูภาคผนวก

ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยพระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 คำร้องจึงไม่เข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 วรรคหนึ่ง ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 วรรคหนึ่ง ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง

2) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งที่ 38/2551 วันที่ 14 ตุลาคม 2551 เรื่อง จำสืบเอก กฤษดา แก้วประพาพ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 กรณีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งว่า ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ร้องได้เคยยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 11 (4) มาตรา 73 มาตรา 74 และมาตรา 75 และการปฏิบัติหน้าที่ของศาลปกครองไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ศาลปกครองพิจารณาไม่ส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย เนื่องจากผู้ร้องได้ยื่นคำร้องภายหลังจากที่ศาลปกครองได้พิจารณาวินิจฉัยและคดีได้ถึงที่สุดไปแล้ว จึงไม่มีเหตุส่งคำร้องของผู้ร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

เมื่อปรากฏว่า คดีของผู้ร้องในศาลปกครองตามคำร้องนี้ได้ถึงที่สุดไปแล้ว และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใหม่ว่าผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้และผู้ร้องได้ใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) อันเป็นการใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นก่อนยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ คำร้องของผู้ร้องจึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับ

คำร้อง

2. บุคคลนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่มีคำวินิจฉัยว่า
บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เห็นว่าดังนี้

2.1 สืบเนื่องจากบุคคลตามข้อ 1 ต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ
โดยอาจยื่นโดยตรง หรือโดยทางไปรษณีย์ก็ได้และโดยไม่จำเป็นต้องมีทนายความ
บุคคลผู้ยื่นคำร้องจึงไม่จำเป็นต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ ทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตาม
คำร้องดังกล่าวต้องเป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณา
และการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 18 เช่น คำร้องต้องทำเป็นหนังสือ
ใช้ถ้อยคำสุภาพ และมีรายการต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ เป็นต้น

2.2 คำขอท้ายคำร้องต้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่มีคำวินิจฉัยว่า
บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำว่า “บทบัญญัติ
แห่งกฎหมาย” นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้แล้วว่าหมายถึง กฎหมายที่
ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ
พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนดซึ่งได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว

กรณีคำร้องไม่เข้าเงื่อนไขนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้อง
จำนวน 26 คำร้อง⁹ เช่น

1) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งที่ 43/2551 วันที่ 25 พฤศจิกายน 2551
เรื่อง นายบุญโลม จตุรัส ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 กรณีพระราชบัญญัติ
จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลรัฐธรรมนูญ
มีคำสั่งว่า พิจารณาแล้ว กรณีประเด็นคำร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา
วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง
พ.ศ. 2542 มาตรา 73 วรรคสาม ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 (3) และมาตรา 197
วรรคหนึ่ง และวรรคสอง หรือไม่ นั้น เห็นว่าผู้ร้องมิใช่ผู้ถูกละเมิดสิทธิและ
เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เพราะเหตุที่บทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อ

⁹ โปรดดูภาคผนวก

รัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้องกับกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดสั่งรับอุทธรณ์ของเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดจันทบุรีไว้พิจารณาตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง หากแต่เป็นกรณีการสั่งรับอุทธรณ์ของศาลปกครองระยองตามระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 106 ซึ่งกำหนดว่า “ในกรณีที่ตุลาการเจ้าของสำนวนในศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า คำอุทธรณ์นั้นเป็นคำอุทธรณ์ที่สมบูรณ์ครบถ้วน ให้เสนอองค์คณะมีคำสั่งรับอุทธรณ์ แล้วเสนออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเพื่อส่งคำอุทธรณ์นั้นให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาต่อไป” กรณีจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

ส่วนประเด็นคำร้องที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับหนังสือลงวันที่ 30 กันยายน 2551 ของผู้ร้องไว้พิจารณา และประเด็นคำร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดจันทบุรีจะต้องดำเนินการตามที่ศาลปกครองระยองมีคำพิพากษาหรือไม่ นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่าประเด็นนี้ผู้ร้องมิได้โต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กรณีจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยเช่นเดียวกัน

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง

2) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งที่ 47/2551 วันที่ 23 ธันวาคม 2551 เรื่อง นายสุรศักดิ์ ชัยอินทร์ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งว่า กรณีตามคำร้องเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ผู้ร้องมีอำนาจฟ้องคดีอาญาในฐานะความผิดตามมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 70 กรณีตามคำร้องจึงมิใช่เป็นการยื่นคำร้องว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น คำร้องของผู้ร้อง

จึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ที่ผู้ร้องจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง

3) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งที่ 2/2552 วันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2552 เรื่อง นายพลวัตร อายุวัฒน์ โดยนายประสิทธิ์ อายุวัฒน์ ผู้รับมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 กรณีนายพลวัตร อายุวัฒน์ ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ โดยศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งว่า กรณีตามคำร้องของผู้ร้องมีลักษณะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจว่ากระทำการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้อง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 32 และมาตรา 35 หรือไม่ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ปฏิบัติหน้าที่ได้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิและเสรีภาพของประชาชน นั้น เห็นว่า ผู้ร้องมิได้ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

3. ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว เห็นว่าดังนี้

3.1 สืบเนื่องตามข้อ 2 ต้องเป็นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อยุติคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

3.2 คำว่า “ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว” เป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 และข้อ 22

ข้อ 21 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้” และวรรคสอง บัญญัติว่า “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามมาตรา 211 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญ”

ข้อ 22 บัญญัติว่า “การยื่นคำร้องของบุคคลตามข้อ 21 นอกจากต้องดำเนินการตามข้อ 18 แล้ว ให้ระบุเหตุที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้วด้วย”

3.3 เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว คำว่า “โดยวิธีการอื่นได้แล้ว” จึงเกี่ยวข้องกับ 3 องค์กร คือ รัฐธรรมนูญ มาตรา 211 หมายถึง องค์การศาล มาตรา 245 (1) หมายถึง ผู้ตรวจการแผ่นดิน และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) หมายถึง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ดังนั้น จะต้องเป็นการยื่นคำร้องผ่าน 3 องค์กรนี้และได้รับการปฏิเสธการเยียวยาจากองค์กรทั้ง 3 แล้ว จึงถือว่าไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

กรณีที่คำร้องไม่เข้าเงื่อนไข ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้องจำนวน 4 คำร้อง¹⁰ เช่น

1) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งที่ 39/2551 วันที่ 28 ตุลาคม 2551 เรื่อง นายโชคชัย สุทธาเวช กับพวกรวม 4 คน ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 กรณีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งว่า เป็นกรณีที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ขัดต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 และมาตรา 65 รับรองไว้

¹⁰ โปรดดูภาคผนวก

มิได้เป็นกรณีที่ผู้ร้องจะใช้สิทธิทางศาลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 เนื่องจากมิได้มีคดีอยู่ในศาล และแม้ว่าผู้ร้องได้ใช้สิทธิร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินโดยผู้ตรวจการแผ่นดินวินิจฉัยว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญแล้ว ตามมาตรา 245 (1) แต่ผู้ร้องก็ยังมิได้ใช้สิทธิร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยฯ ข้อ 21 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าต้องเป็นกรณีที่ผู้ร้องไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว เมื่อผู้ร้องยังมิได้ใช้สิทธิโดยวิธีการอื่น ให้ครบถ้วนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ดังนั้น คำร้องของผู้ร้องจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง

2) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งที่ 3/2552 วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2552 เรื่อง บริษัทกรุงเทพกิจการ จำกัด โดยนายชัยวัฒน์ รัตนผลดีกุล กรรมการ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 กรณีพระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งว่า เป็นกรณีที่ผู้ร้องได้ใช้สิทธิทางศาลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 แล้ว ในคดีหมายเลขแดงที่ 700/2551 โดยนายชัยวัฒน์ รัตนผลดีกุล จำเลยที่ 5 (บริษัทกรุงเทพกิจการ จำกัด ที่ 2) ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลอุทธรณ์ส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 ว่า พระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 30 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 2 มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 26 มาตรา 30 มาตรา 40 มาตรา 81

และมาตรา 197 วรรคหนึ่งและวรรคสองแล้ว และศาลแพ่งมีคำสั่งยกคำร้อง ผู้ร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวแต่ศาลแพ่งปฏิเสธไม่ยอมรับอุทธรณ์และศาลอุทธรณ์ ยืนตามคำปฏิเสธของศาลแพ่ง ซึ่งเป็นที่สุดแล้วก็ตาม แต่ในกรณีดังกล่าว ไม่ปรากฏว่า ผู้ร้องได้ใช้สิทธิร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245 (1) และก็ยังมิได้ใช้สิทธิ ร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ว่าพบัญญติ แห่งกฎหมายกระทบสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำ คำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ต้องเป็นกรณีที่ผู้ร้องไม่อาจ ใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว เมื่อผู้ร้องยังมิได้ใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นให้ครบถ้วน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) คำร้องของผู้ร้องจึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 ที่ ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัย

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับ คำร้องนี้ไว้พิจารณา

เมื่อวิเคราะห์จากหลักเกณฑ์และวิธีการที่เป็นเงื่อนไขตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 และ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ฉบับลงประชามติ ในวันอาทิตย์ที่ 19 สิงหาคม 2550 พบว่า สารสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ที่ปรากฏในหน้า 184 ข้อ 4.2 เรื่อง การปรับปรุงอำนาจหน้าที่และระบบการทำงานขององค์กรตรวจสอบ ให้ดียิ่งขึ้น โดยข้อ 1) เขียนว่า “ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับฟ้องเรื่องที่ ประชาชนถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพได้โดยตรง (มาตรา 212)” ย่อมเป็น การสื่อความหมายว่า ประชาชนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

โดยตรง (Directly) ซึ่งเป็นจุดหนึ่งที่ชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 วรรคสอง บัญญัติว่า “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” หากพิจารณาจากร่าง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ที่กำลังพิจารณาอยู่ในชั้นคณะกรรมการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎร ในขณะนี้ มีปรากฏในมาตรา 22 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิด สิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำวินิจฉัย ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้” และวรรคสอง บัญญัติว่า “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่ง ผู้ร้องต้องดำเนินการใช้สิทธิตามมาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญจนถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่กรณีที่มิได้อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร แล้วแต่กรณี ผู้ร้องต้องดำเนินการใช้สิทธิตามมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญก่อน”

ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากความเข้าใจของประชาชนที่เข้าใจว่า มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง โดยไม่ทราบใน รายละเอียดของเงื่อนไขต่าง ๆ จึงเป็นเหตุให้เกิดแนวโน้มที่คำร้องตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ประกอบกับร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. กำลัง พิจารณาอยู่ในชั้นคณะกรรมการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งคง ต้องใช้เวลานานพอสมควรกว่าจะมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ สภาพปัญหาดังกล่าวนี้อาจส่ง ผลกระทบต่อการใช้บังคับตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ได้ และนำไปสู่การไม่สามารถเยียวยาความเดือดร้อนของประชาชนตาม

ช่องทางของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ได้ในที่สุด ซึ่งผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังจะได้กล่าวต่อไป

ส่วนสุดท้าย สรุปและข้อเสนอแนะ

1. สรุป

นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตราบัว ณ วันที่ 24 สิงหาคม พุทธศักราช 2550 จนถึงเดือนกุมภาพันธ์ 2552 รวมระยะเวลาประมาณ 1 ปี 6 เดือน ปรากฏว่ามีประชาชนยื่นคำร้องตามช่องทางของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 จำนวน 37 คำร้อง โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งไม่รับคำร้อง 34 คำร้อง ในจำนวน 34 คำร้องแยกตามประเภทคำร้องที่ไม่เข้าเงื่อนไขตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวเรียงตามลำดับจากมากสุดไปหาน้อย ดังนี้

1.1 เนื่องจากเป็นคำร้องที่ไม่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยส่วนใหญ่เป็นการโต้แย้งการกระทำของบุคคลและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีจำนวน 26 คำร้อง

1.2 เนื่องจากเป็นคำร้องที่ยังไม่ผ่านการเยียวยาจากองค์กรที่เกี่ยวข้องอย่างครบถ้วนคือ ศาล ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีจำนวน 4 คำร้อง

1.3 เนื่องจากเป็นคำร้องที่ไม่เป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรอง มีจำนวน 2 คำร้อง

1.4 เนื่องจากสาเหตุอื่นๆ กล่าวคือ ขณะที่ผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังไม่มีผลใช้บังคับ จำนวน 2 คำร้อง

ตามบทสรุปดังกล่าว แต่ถ้าพิจารณาจากหลักเกณฑ์และวิธีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ประการ ดังผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในส่วนที่สามพบว่า ดังนี้

(1) เงื่อนไขประการที่ 1 คือ ต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเงื่อนไขประการที่ 2 คือ บุคคลนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นหลักเกณฑ์และวิธีการที่ไม่ได้สร้างความยุ่งยากให้กับประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพเท่าไรนัก หากมีการประชาสัมพันธ์และสร้างความเข้าใจให้ประชาชนได้ทราบและเข้าใจที่ถูกต้องอย่างทั่วถึง

(2) เงื่อนไขประการที่ 3 คือ ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว เป็นหลักเกณฑ์และวิธีการที่มีขั้นตอนการปฏิบัติที่ประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพต้องดำเนินการให้ครบถ้วนทั้ง 3 องค์การ คือ ศาล ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับการฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่หากไม่ผ่านการกลั่นกรองจาก 3 องค์การ อาจส่งผลไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

2. ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 มีผลในทางปฏิบัติและสามารถใช้อย่างเป็นรูปธรรม ควรดำเนินการประกอบด้วย 2 มาตรการ ดังนี้

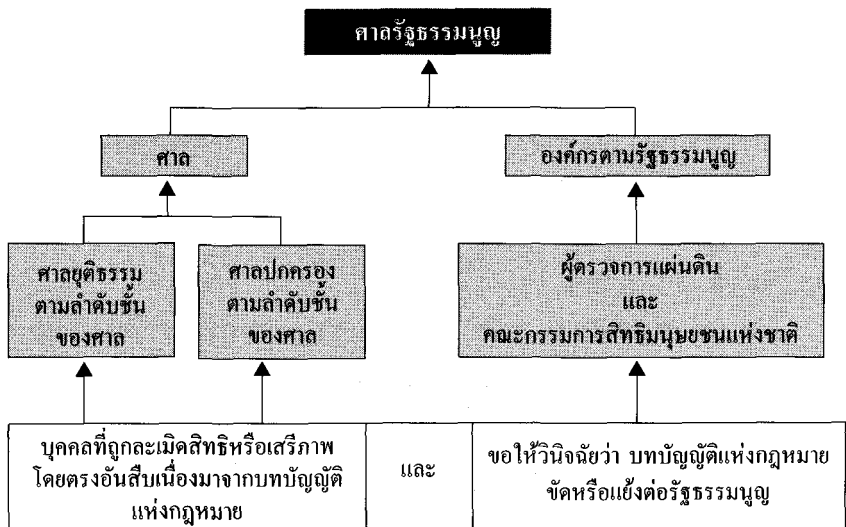
2.1 มาตรการทางกฎหมาย กล่าวคือ เงื่อนไขที่ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว โดยบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพต้องดำเนินการให้ครบถ้วนทั้ง 3 องค์การ คือ ศาล ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรงและขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สามารถแยกพิจารณาได้ 2 ช่องทาง คือ

2.1.1 ช่องทางศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ตาม หากบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพได้ดำเนินการฟ้องต่อศาลแล้ว แต่ไม่ได้รับการเยียวยาตามลำดับชั้นของศาลจนถึงที่สุดบุคคลนั้นมีสิทธิยื่นคำร้อง

ต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ได้

2.1.2 ช่องทางผ่านองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หากบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพได้ดำเนินการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ครบทั้ง 2 องค์กรแล้ว แต่ไม่ได้รับการเยียวยา บุคคลนั้นมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายขององค์กรทั้งสองจะไม่รับเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือเรื่องที่ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเสร็จเด็ดขาดแล้วคือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 มาตรา 24 (2) หรือพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 22

ข้อเสนอแนะการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212



2.1.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับการคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง” ประกอบกับคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายตามหลัก Judge Made Law ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจวางหลักเกณฑ์และวิธีการได้ ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ต้องใช้ระยะเวลาอันพอสมควรในกระบวนการของนิติบัญญัติของรัฐสภา

2.2 มาตรการทางบริหาร กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน และสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ต้องผนึกกำลังในการกำหนดยุทธศาสตร์การบริหารงานประชาสัมพันธ์ในเชิงรุก เพื่อให้ประชาชนมีความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการของการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 และเข้าใจไปในทิศทางเดียวกัน โดยดำเนินการจัดประชุมเชิงปฏิบัติการร่วมกัน การมีคณะทำงานร่วมกัน การใช้สื่อประชาสัมพันธ์ชุดเดียวกัน และการจัดระบบเชื่อมโยงข้อมูลเพื่อตรวจสอบการใช้สิทธิของบุคคลเข้าด้วยกัน เป็นต้น

ด้วยข้อเสนอแนะดังกล่าว เป็นความเห็นทางวิชาการ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อย่างบังคับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 มีผลในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมและสามารถเยียวยาปัญหาของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้อย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
2. กฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949
3. รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1951
4. รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1978
5. รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996
6. ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 2003
7. คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 43/2551 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 2551
8. Sabine Michalowski Lorna Woods, **German Constitutional Law : The Protection of Liberties**, Dartmouth Publishing Company Limited, England, 1999.
9. คดี The Demonstration in the City of Berlin at The Constitutional Court of the Federal Republic of Germany.
10. คดี Dudley V City of Cape Town and Another at The Constitutional Court of the Republic of South Africa.

ภาคผนวก

กฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949

มาตรา 20 หลักการพื้นฐานเชิงสถาบัน การปกป้องระบอบรัฐธรรมนูญ

(4) ชาวเยอรมันทุกคนย่อมมีสิทธิต่อต้านบุคคลใดก็ตามที่พยายามล้มล้างระบอบรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ หากไม่มีหนทางเยียวยาประการอื่น

มาตรา 33 ความเป็นพลเมืองที่เท่าเทียมกัน การประกอบอาชีพ
รับราชการ

(1) ชาวเยอรมันทุกคนในทุกมลรัฐย่อมมีสิทธิและหน้าที่
ทางการเมืองเหมือนกัน

(2) ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันในการดำรง
ตำแหน่งหน้าที่ราชการตามความสามารถ คุณสมบัติ และเป้าหมายในทาง
อาชีพของตน

(3) การได้รับสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง การมี
สิทธิในการดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือสิทธิที่ได้รับในการรับราชการไม่ขึ้นอยู่กับ
ความเกี่ยวข้องในศาสนาบุคคลย่อมไม่ถูกเอาเปรียบเพราะเหตุแห่งการนับถือ
หรือไม่นับถือศาสนาใดหรือลัทธิทางปรัชญาใดเป็นการเฉพาะ

(4) โดยหลักแล้ว ผู้ได้รับหมายหมายให้ใช้อำนาจอธิปไตย
เป็นปกติ คือ ข้าราชการผู้ซึ่งมีหน้าที่ให้บริการและทรงไว้ซึ่งความซื่อสัตย์ดังมี
ความหมายตามกฎหมายมหาชน

(5) กฎหมายที่วางระเบียบในการควบคุมดูแลการปฏิบัติ
หน้าที่ราชการต้องคำนึงถึงหลักการที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาในการประกอบอาชีพ
รับราชการด้วย

มาตรา 38 การเลือกตั้ง

(1) สมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรเยอรมันต้องมาจากการเลือกตั้งทั่วไปโดยตรง เสรี เท่าเทียม และเป็นความลับ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ย่อมเป็นผู้แทนปวงชนทั้งหมด โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติหรือความครอบงำใด ๆ และรับผิดชอบต่อนักของคนที่แทน

(2) บุคคลใดมีอายุครบสิบแปดปีย่อมมีสิทธิลงคะแนนเสียงผู้ได้รับเลือกตั้งต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว

(3) รายละเอียดการเลือกตั้งให้เป็นไปตามที่บัญญัติในกฎหมายสหพันธรัฐ

มาตรา 101 การห้ามตั้งศาลพิเศษ

(1) ห้ามการจัดตั้งศาลพิเศษ บุคคลย่อมไม่พึงถูกถอดถอนจากตำแหน่งผู้พิพากษาที่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) ศาลชำนาญพิเศษอาจจัดตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น

มาตรา 103 การพิจารณาคดีตามกฎหมาย การห้ามกฎหมายอาญามีผลย้อนหลัง และการห้ามลงโทษหลายครั้ง

(1) ในศาล บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีตามกฎหมาย

(2) การกระทำที่จะได้รับการลงโทษต้องมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาก่อนที่จะกระทำการนั้น

(3) บุคคลไม่พึงได้รับการลงโทษมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับการกระทำเดียวกันภายใต้กฎหมายอาญาทั่วไป

มาตรา 104 การรับประกันทางกฎหมายในกรณีกักขัง

(1) เสรีภาพของบุคคลอาจถูกจำกัดได้ก็แต่โดยกฎหมายที่เป็นทางการและตามกระบวนการที่กฎหมายนั้นกำหนดเท่านั้น บุคคลที่ถูกกักขังต้องไม่ตกอยู่ภายใต้การปฏิบัติที่มีชอบทางร่างกายหรือจิตใจ

(2) ผู้พิพากษาเท่านั้นที่จะวินิจฉัยให้มีการลิดรอนเสรีภาพของบุคคลหรือให้การลิดรอนเสรีภาพของบุคคลนั้นมีอยู่ต่อไป หากการลิดรอน

เสรีภาพดังกล่าวไม่ได้อาศัยคำสั่งศาล ต้องให้ศาลมีคำตัดสินโดยไม่ชักช้า
เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจกักขังผู้ใดโดยอาศัยอำนาจของตนได้เกินกว่าวันถัดจาก
วันที่ได้ทำการจับกุมตัวผู้นั้น ทั้งนี้ รายละเอียดให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

(3) บุคคลที่ถูกกักขังชั่วคราวเนื่องจากต้องสงสัยว่ากระทำความผิดทางอาญา ต้องถูกนำตัวไปแสดงต่อผู้พิพากษายามในระยะเวลาไม่เกิน
วันถัดจากวันที่จับกุมตัวผู้นั้น ผู้พิพากษาต้องแจ้งให้ผู้นั้นทราบถึงเหตุผล
ของการจับกุม ต้องไต่สวนผู้นั้น และต้องให้โอกาสผู้นั้นในการยกข้อโต้แย้ง
ผู้พิพากษาต้องออกหมายจับเป็นลายลักษณ์อักษรโดยระบุเหตุผลของการ
จับกุมหรือต้องสั่งให้มีการปล่อยตัวผู้นั้นโดยไม่ชักช้า

(4) คำตัดสินของศาลที่ให้มีการลิดรอนเสรีภาพของผู้ถูก
กักขังหรือให้การลิดรอนเสรีภาพของผู้ถูกกักขังมีอยู่ต่อไปนั้น ต้องแจ้งให้ญาติ
หรือบุคคลที่ผู้ถูกกักขังไว้วางใจทราบโดยไม่ชักช้า

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ

ลำดับที่	ต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย	ต้องขอให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ	ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว
1.	คำสั่งที่ 37/2551	คำสั่งที่ 3/2551	คำสั่งที่ 12/2551
2.	คำสั่งที่ 38/2551	คำสั่งที่ 4/2551	คำสั่งที่ 30/2551
3.		คำสั่งที่ 5/2551	คำสั่งที่ 36/2551
4.		คำสั่งที่ 6/2551	คำสั่งที่ 39/2551
5.		คำสั่งที่ 7/2551	คำสั่งที่ 3/2552
6.		คำสั่งที่ 8/2551	
7.		คำสั่งที่ 9/2551	
8.		คำสั่งที่ 10/2551	
9.		คำสั่งที่ 11/2551	
10.		คำสั่งที่ 13/2551	
11.		คำสั่งที่ 17/2551	
12.		คำสั่งที่ 19/2551	
13.		คำสั่งที่ 20/2551	
14.		คำสั่งที่ 21/2551	
15.		คำสั่งที่ 22/2551	
16.		คำสั่งที่ 24/2551	
17.		คำสั่งที่ 25/2551	
18.		คำสั่งที่ 26/2551	
19.		คำสั่งที่ 27/2551	
20.		คำสั่งที่ 28/2551	
21.		คำสั่งที่ 29/2551	

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ (ต่อ)

ลำดับที่	ต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย	ต้องขอให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ	ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว
22.		คำสั่งที่ 33/2551	
23.		คำสั่งที่ 34/2551	
24.		คำสั่งที่ 42/2551	
25.		คำสั่งที่ 43/2551	
26.		คำสั่งที่ 47/2551	
27.		คำสั่งที่ 2/2551	



ตุลาการวิวัฒน์กับการแก้ไขวิกฤตชาติ

• กาญจน์ วรกุล*

“นิติรัฐ”¹ (Legal State / Etat de droit / Rechtsstaatsprincip) คือ รัฐ หรือ ประเทศที่ปกครองด้วยกฎหมาย หมายถึง รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐนั้นตราขึ้น นิติรัฐมาจากคำ 2 คำ คือ คำว่า “นิติ” หมายถึง กฎหมาย และคำว่า “รัฐ” หมายถึง ประเทศ ซึ่งมีองค์ประกอบ 4 ประการ ได้แก่ ดินแดน ประชากร รัฐบาล และอำนาจอธิปไตย เมื่อคำวานิตรวมกับรัฐแล้วจึงหมายถึงประเทศที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับของกฎหมาย และการเคารพซึ่งกฎหมาย การไม่ใช้กฎหมายเกินกว่าที่บัญญัติไว้หรือบังคับใช้เฉพาะกรณี ฯลฯ

“นิติธรรม”² (The Rule of Law) คือ “รัฐ” หรือประเทศที่ใช้กฎหมายด้วยความเป็นธรรม หมายถึง การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์กรของรัฐ เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการมีกฎหมายที่ดี หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยที่กระบวนการยุติธรรมเป็นสาระสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติธรรมตามกระบวนการ

* ผู้อำนวยการกลุ่มงานคดี สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. ข้อเขียนดังกล่าวเป็นความเห็นส่วนตัว ไม่ผูกพัน สำนักงานฯ.

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ. 2538, หน้า 52-53.

² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. หลักนิติธรรม บทความในรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์ ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ. 2541, หน้า 27.

และขั้นตอนทางกฎหมาย (Due Process of Law) กระบวนการยุติธรรมจึงมีบทบาทหน้าที่สำคัญในการรักษาความสงบสุขของสังคม ด้วยการอำนวยความยุติธรรมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และเสมอภาค ตลอดจนให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนด้วย ดังนั้น ทั้ง “นิติรัฐ” และ “นิติธรรม” ต่างก็มีและใช้กระบวนการยุติธรรมเพื่อรักษาความสงบสุขของสังคม เจกเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ประเทศไทยก็เป็นประเทศที่ใช้กฎหมายด้วยความเป็นธรรม

กระบวนการยุติธรรมนอกจากจะมีหน้าที่ในการรักษาความสงบสุขและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนในสังคมแล้ว ยังมีหน้าที่สำคัญในการส่งเสริมหลักนิติธรรม (The Rule of Law) อันหมายถึงหลักการปกครองโดยกฎหมายที่สมาชิกทุกคนในสังคมอยู่ภายใต้กติกาและบรรทัดฐานของสังคมอันเดียวกันอย่างเสมอภาค โดยมีกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นธรรมเป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้อยู่ภายใต้กฎหมายหรือการเลือกปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่รัฐตามอำเภอใจ กระบวนการยุติธรรมที่ดีย่อมนำมาซึ่งความศรัทธาเชื่อมั่นในระบบการปกครองโดยกฎหมายอันเป็นพื้นฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ในขณะเดียวกันกระบวนการยุติธรรมที่ไม่มีประสิทธิภาพในการอำนวยความยุติธรรมย่อมนำมาซึ่งความเสื่อมของศรัทธาต่อหลักนิติธรรมและอาจนำพาสังคมไปสู่อดตาธิปไตยหรืออำนาจนิยม อันเป็นทิศทางที่น่าสังคมไปสู่ความเสื่อมหรือความล่มสลายในที่สุด

ห้วงเวลาของการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ ทั้งทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง และสังคม อันเป็นผล ส่วนหนึ่งของกระแสโลกาภิวัตน์ตลอดจนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องให้ความสำคัญกับบทบาทของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม ทั้ง “หลักนิติรัฐ” และ “หลักนิติธรรม” มีเส้นแบ่งที่บางจนแทบจะเป็นเนื้อเดียวกันและไม่อาจแยกออกจากกันได้อิสระ

นอกจากนี้ในปัจจุบันได้มีการกล่าวถึงในกระบวนการยุติธรรมใหม่ ที่เรียกว่า “ตุลาการภิวัตน์” เกิดขึ้น ซึ่งอาจทำความเข้าใจได้ ดังนี้

“ตุลาการภิวัตน์” (Judicial Activism and Judicial Restraint) นักกฎหมายอเมริกัน Prof. Richard Posner ให้คำนิยามว่า หมายถึง “The transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts” ได้เสนอแนวความคิดจากระบบกฎหมายที่ให้ความสำคัญบทบาทของผู้พิพากษาในการสร้างและพัฒนากฎหมายที่อยู่ในรูปของ คำพิพากษาที่เรียกว่า “Judge made law” เนื่องจากการพัฒนากฎหมายโดยผ่านคำพิพากษานั้นทำได้ง่ายกว่าการตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพราะยืดหยุ่นกว่า ดังนั้น “Judicial Activism” จึงหมายถึง กรณีที่เป็นภารกิจของศาลกระทำโดยผ่านการวินิจฉัยคดี โดยมีได้ตีความตัวบทกฎหมายตามลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัด แต่ศาลต้องคำนึงถึงคุณค่า (Values) อื่นๆ ด้วย อาทิ หลักคุณธรรม หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ตลอดจนการให้เหตุผลในคำพิพากษา ทั้งนี้ เนื่องจากในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เพิ่มบทบาทของศาลในความหมายของตุลาการภิวัตน์ไว้ แต่ไม่ได้ไปไกลถึงขนาดให้ตุลาการนั่งเป็นองค์คณะเพื่อหาหนทางแก้ไขวิกฤตการณ์ของประเทศ (ร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง) ให้ศาลก้าวล่วงไปใช้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารด้วย³ ในประเด็นดังกล่าว เห็นว่า แนวคิดดังกล่าวอาจจะเลยทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตาม หากศาลไทยต้องรับบท “ตุลาการภิวัตน์” อย่างแท้จริง ประชาชนคงอยากเห็นศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจดังกล่าวกับพรรคการเมืองที่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้ง ดังนั้น หากมอง “ตุลาการภิวัตน์” ไปในเชิงบวกก็จะเห็นว่าอนาคตอาจเป็นอีกหนทางหนึ่งที่จะแก้ไขวิกฤตที่ปรากฏขึ้นได้

³ ไทยโพสต์ ฉบับวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2550 หน้า 1, 8, 10 และสยามรัฐสัปดาห์วิจารณ์ ฉบับวันที่ 27 เมษายน – 3 พฤษภาคม 2550 หน้า 9.

ตุลาการภิวัตน์⁴ หมายถึง อำนาจตุลาการที่แผ่กว้างขึ้น หรือการให้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบการออกกฎหมายร่างตุลาการของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

หลักการตุลาการภิวัตน์ มุ่งเน้นครอบคลุมการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ 4 ประการ⁵ คือ

1. อำนาจตัดสินว่ารัฐธรรมนูญหรือไม่ ในการถ่วงตุลาการของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ เฉพาะกรณีที่คดีความขึ้นสู่ศาลตามขั้นตอนของกฎหมาย

2. อำนาจกำกับการทำงานของฝ่ายบริหาร หากกระทำขัดต่อกฎหมาย

3. อำนาจในการตัดสินวางนโยบายสาธารณะ เพื่อความเป็นธรรมทางสังคมในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง ตุลาการจึงมีหน้าที่ที่จะนำหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย

4. อำนาจตัดสินคดีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเชิงก้าวหน้า โดยคำนึงถึงสภาพสังคมที่เปลี่ยนไปเพื่อความเป็นธรรมทางสังคม

นอกจากนี้ ท่านอาจารย์พิเศษฐ เมลานันท์ ได้ให้ความหมาย “ตุลาการภิวัตน์” (Judicialization หรือ Judicialization of Politics) หมายถึง กระแสสากลที่อำนาจตุลาการแผ่กว้างในการตัดสินคดีที่บดบังกบฏทดแทนหรือซ้อนทับกับอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร (Tate & Vallinder, 1995: 13; 28; 551) ทั้งนี้ เพื่อแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมทางสังคม (Social Injustice)⁶ มีความหมายทางเทคนิคใน 3 กรณีที่ตุลาการใช้อำนาจแผ่กว้างไปทดแทนหรือซ้อนทับกับอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร

⁴ สราวุธ เบญจกุล. ความหมายและหลักการตุลาการภิวัตน์ หนังสือพิมพ์ มติชน ฉบับวันที่ 8 พฤษภาคม 2550, หน้า 6.

⁵ สราวุธ เบญจกุล. เรื่องเดียวกัน.

⁶ พิเชษฐ เมลานันท์. ตุลาการภิวัตน์ ไทยและสากล. “ทิมวิจัยปัญหาตุลาการศาสตร์” (ก่อตั้ง 2003) ณ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยนอร์ท-เชียงใหม่, หน้า 1.

1. Judicial Review คือ กรณีที่กฎหมายให้อำนาจศาลตีความว่า กฎหมายหรือการกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อันเป็นการใช้อำนาจใหม่ที่เข้ามาแทนอำนาจตีความแต่เดิมโดยฝ่ายนิติบัญญัติ กับฝ่ายบริหารเอง

2. Judicial Activism คือ กรณีที่มีกฎหมายอยู่แล้ว แต่ศาลตัดสินอย่างก้าวหน้า (Active) โดยการตีความขยายตัวบท (Extensive Interpretation) หรือต่างไปจากบรรทัดฐานเดิม เพื่อคุ้มครองหรือขยายสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นการใช้อำนาจที่ซ้อนทับกับอำนาจออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร

3. Judicial Policy Making คือ กรณีที่ไม่มีกฎหมาย หรือกฎหมายมีช่องว่าง (Legal Gaps) ศาลจึงตัดสินอุดช่องว่าง เป็นการพัฒนาหลักกฎหมายใหม่อันเป็นการใช้อำนาจที่ซ้อนทับกับอำนาจออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร

อาจมองได้ว่า “ตุลาการภิวัตน์” คือ กระแสสากลที่ตุลาการทั่วโลกต่างตัดสินคดีแก้ปัญหาคความไม่เป็นธรรมทางสังคมโดยตีความกฎหมาย “ขยาย” ออกไป ในเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารยังชักช้าหรือยังไม่กล้าออกกฎหมาย⁷

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันกระแสตุลาการภิวัตน์ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายที่จะเป็นการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร แต่ถูกมองเป็นการเปิดโอกาสให้ตุลาการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองมากเกินไป อาทิ การให้ตุลาการมีอำนาจสรรหาบุคคลเข้ามาดำรงตำแหน่งต่าง ๆ เช่น ส.ว. อาจมีผลทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบอย่างเป็นกลางได้⁸

หากโยงเรื่อง “ตุลาการภิวัตน์กับการแก้ไขวิกฤตชาติ” เข้ากับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขวิกฤตของชาติใน 3 คำวินิจฉัย โดยสรุปดังนี้

⁷ พิเชษฐ เมลาณนท์. เรื่องเดียวกัน.

⁸ หนังสือพิมพ์โพสต์ทูเดย์ ฉบับวันที่ 3 พฤษภาคม 2550, หน้า A4.

1. คำวินิจฉัย เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 พ.ศ. 2550 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่⁹

ศาลรัฐธรรมนูญโดยมติเอกฉันท์ 9 เสียง วินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ฉบับลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 พ.ศ. 2550 ที่ขยายระยะเวลาดำเนินการของคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ (คตส.) ออกไปถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2551 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ผลแห่งคำวินิจฉัยในทางแก้ไขปัญหาวิกฤตชาติ เห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้รับรองอำนาจของคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐให้สามารถทำงานได้ต่อไปได้ถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2551 ซึ่งผลแห่งคดีที่ คตส. ชี้มูลนำมาซึ่งอำนาจหน้าที่ในตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ โดยให้ คตส. มีอำนาจหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในข้อ 5 ถึงข้อ 8 ของประกาศคณะปฏิรูปการปกครองฯ ดังกล่าว ให้ คตส. ใช้อำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม

⁹ วนิดา ไชยชนครตี. สรุปคำวินิจฉัยกลางที่ 5/2551 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2551.

การทุจริต และประมวลรัษฎากรในส่วนของกรมสรรพากรเฉพาะที่เกี่ยวกับการยึดอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สิน ซึ่งเป็นอำนาจการตรวจสอบ ใ้ส่วนสอบสวน รวบรวมพยานหลักฐาน ตลอดจนยึดหรืออายัดทรัพย์สินเป็นการชั่วคราว มิได้มีอำนาจในการวินิจฉัยหรือชี้ขาดตัดสินคดีอันเป็นอำนาจทางตุลาการแต่อย่างใด การทำหน้าที่ของ คตส. ต่อบุคคลที่จะได้รับผลกระทบในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐย่อมได้แก่ ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐ คือ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ เจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ตลอดจนบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ากระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือกระทำการที่ทุจริตหรือประพฤติมิชอบ หรือกระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ บุคคลใดที่เข้าเกณฑ์ดังกล่าวย่อมเข้าข่ายที่ถูกตรวจสอบได้ ดังนั้น ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองฯ ฉบับดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและมีได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเจาะจง ในทางตรงข้าม หากศาลรัฐธรรมนูญชี้ว่า พรบ.ฯ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การกระทำทุกอย่างที่ คตส. กระทำ ก็จะเป็นการเสียเปล่า

ไม่มีประเด็นตุลาการกีดกันในประเด็นคำร้องนี้ให้พิจารณา

2. คำวินิจฉัย เรื่อง คำแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง หรือไม่¹⁰

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดว่าคำแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา หรือ “Joint Communiqué” ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศ ทั้งยังมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางอีกด้วย ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง

¹⁰ กมล ไสทธิโกตา. สรุปคำวินิจฉัยกลาง. 6-7/2551 ลงวันที่ 8 กรกฎาคม 2551. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

คำแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ประกอบด้วย การกระทำระหว่างรัฐต่อรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีอำนาจทำหนังสือสัญญาของทั้งสองประเทศ ซึ่งปกติคำแถลงการณ์ร่วมที่ไม่ประสงค์จะให้มีความผูกพันกันนั้นไม่มีความจำเป็นต้องลงนาม แต่ในคำแถลงการณ์ร่วมนี้ ฝ่ายไทยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนาม นอกจากนี้ คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวยังมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายโดยพิจารณาจากพันธกรณีที่ทั้งสองฝ่ายจะจัดทำแผนบริหารจัดการพื้นที่ร่วมกัน คำแถลงการณ์ร่วมนี้จึงเข้าองค์ประกอบของลักษณะความตกลงระหว่างประเทศ โดยทั้งสองฝ่ายต่างสงวนสิทธิซึ่งกันและกัน เมื่อคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมิได้กำหนดให้อยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นหนังสือบันทึกข้อตกลงอันเป็นผลมาจากการประชุมร่วมกันระหว่างผู้ที่มีอำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศผูกพันประเทศไทยและกัมพูชาได้ โดยได้ประชุมทำความตกลงกันในรูปแบบและลักษณะของการประชุมเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศและผู้มีอำนาจทำการแทนประเทศทั้งสองก็ทำความตกลงกันได้ 6 ข้อ ดังที่บันทึกไว้ในคำแถลงการณ์ร่วมนั้น ด้วยเหตุนี้ คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวจึงเข้าลักษณะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แล้ว

ส่วนเรื่องอาณาเขตของประเทศนั้น ถือเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในบริเวณที่ยังมีข้อขัดแย้งกันอยู่ระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ การดำเนินการและการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องนี้จึงต้องกระทำอย่างรอบคอบ หากเป็นกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศแล้ว ย่อมจะต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง ด้วย¹¹

¹¹ กมล โสคติโศก. เรื่องเดียวกัน.

ผลแห่งคำวินิจฉัยในทางแก้ไขปัญหาวิกฤตชาติเห็นว่าแสดงการมีส่วนร่วมไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 นั้น แม้จะไม่ได้ปรากฏสาระสำคัญอย่างชัดเจนว่าเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง เขตพื้นที่อันเป็นอาณาเขตของประเทศไทยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาข้อบททั้งหมดในคำแถลงการณ์ร่วม ประกอบกับแผนที่หรือแผนผังแนบท้ายซึ่งจัดทำขึ้นโดยประเทศกัมพูชาแต่เพียงฝ่ายเดียว อันประกอบเป็นส่วนหนึ่งของคำแถลงการณ์ร่วมแล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าแผนที่ดังกล่าวได้กล่าวอ้างถึงพื้นที่ N.1 N.2 และ N.3 โดยที่ไม่ได้มีการกำหนดเขตของพื้นที่ N.1 N.2 และ N.3 ให้ชัดเจนว่ามีบริเวณครอบคลุมส่วนใดของประเทศใดเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งเป็นการสุมเสี่ยงต่อผลกระทบในเรื่องอาณาเขตของประเทศไทย อันเป็นปัญหาที่ละเอียดอ่อนและอาจก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศต่อไปภายหน้าได้ ประกอบกับการที่ประเทศกัมพูชาขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกนั้น มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่เป็นประเด็นโต้เถียงกันในเรื่องของเส้นเขตแดนและขอบเขตที่ปราสาทตั้งอยู่ ทั้งเป็นประเด็นที่มีความเห็นแตกต่างกันทั้งทางด้านสังคมและการเมืองมาโดยตลอด การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้ดำเนินการเจรจากับประเทศกัมพูชาก่อนที่จะได้มีการลงนามคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว พึงสังเกตเห็นได้ว่า หากลงนามคำแถลงการณ์ร่วมไป ก็อาจก่อให้เกิดการแตกแยกกันทางด้านความคิดเห็นของคนในสังคมทั้งสองประเทศ อีกทั้งอาจก่อให้เกิดวิกฤติแก่ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา อันมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอย่างกว้างขวาง

ประเด็นตุลาการภิวัตน์ในประเด็นคำร้องนี้ เห็นว่า ตรงกับ Judicial Review คือ กรณีที่กฎหมายให้อำนาจศาลตีความว่ากฎหมายหรือการกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อันเป็นการใช้อำนาจใหม่ที่เข้ามาแทนอำนาจตีความแต่เดิมโดยฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารเอง¹²

¹² พิเชษฐ เมลาณนท์. เรื่องเดียวกัน.

3. คำวินิจฉัย เรื่อง ความเป็นรัฐมนตรีของนายสมักร สุนทรเวช นายกรัฐมนตรี ผู้ถูกร้อง สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบ มาตรา 267 เพราะเหตุผู้ถูกร้อง ดำรงตำแหน่งใดในบริษัทเฟรมมีเดีย จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบริษัทดังกล่าว หรือไม่¹³

ในประเด็นคำร้องที่ว่า ผู้ถูกร้องเป็นลูกจ้างของบริษัทเฟรมมีเดีย จำกัด หรือไม่

คำว่า “ลูกจ้าง” ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 เพียงหมายถึงลูกจ้างตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือตามกฎหมายภาษีอากร เท่านั้น เพราะกฎหมายแต่ละฉบับย่อมมีเจตนารมณ์แตกต่างกันไปตามเหตุผลแห่งการบัญญัติกฎหมายนั้น ๆ ทั้งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ และยังมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์แตกต่างจากกฎหมายดังกล่าวอีกด้วย ดังนั้น คำว่า “ลูกจ้าง” หมายถึง “ผู้รับจ้างทำงาน ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้าง โดยได้รับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร” โดยมีได้คำนึงว่าจะมีการทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ หรือได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าจ้าง สิ้นจ้าง หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินอย่างอื่น หากมีการตกลงเป็นผู้รับจ้างทำงานแล้ว ย่อมอยู่ในความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ทั้งสิ้น¹⁴

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องกระทำการอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 มีผลให้ความเป็นรัฐมนตรีของนายสมักร สุนทรเวช นายกรัฐมนตรี ผู้ถูกร้อง สิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่านายกรัฐมนตรีผู้ถูกร้อง

¹³ ธรรมรงค์ จันทร์ด้า. สรุปคำวินิจฉัยกลาง 12-13/2551 ลงวันที่ 9 กันยายน 2551. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

¹⁴ ธรรมรงค์ จันทร์ด้า. เรื่องเดียวกัน.

กระทำการอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 เป็นเหตุให้ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว และเมื่อความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 จึงเป็นเหตุให้รัฐมนตรีทั้งคณะพ้นจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 180 วรรคหนึ่ง (1) แต่ด้วยความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีเป็นการสิ้นสุดลงเฉพาะตัว ทำให้นักรัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรีที่เหลือจึงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 181

หากผลแห่งคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญ ออกมาในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ถูกร้อง ก็อาจทำให้วิกฤตการณ์คลี่คลายมากกว่าที่เป็นอยู่ปัจจุบันก็เป็นได้ ไม่ว่าผลแห่งคำวินิจฉัยจะออกมาเช่นไร จะทำให้สถานการณ์คลี่คลายได้มากน้อยเพียงไรเป็นเรื่องยากที่จะคาดการณ์ได้ แต่เชื่อว่าหลักในการตัดสินใจชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยนี้เป็นไปตามหลักฟังความทั้งสองฝ่าย มิใช่เป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางธงคำตอบไว้ก่อนแล้วค่อยหาเหตุผลที่เหมาะสมรับฟังได้ตามหลัง ซึ่งเป็นเรื่องของผลมาก่อนเหตุ อันขัดกับหลักการวินิจฉัยคดี หากแต่ผลแห่งคำวินิจฉัยจะเป็นไปในแนวทางใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานของศาลรัฐธรรมนูญในคำร้องนั้น ๆ

คำวินิจฉัยนี้แก้ไขปัญหาวิกฤตบ้านเมืองในช่วงนั้นหรือไม่ เห็นว่ากระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญดำเนินไปด้วยความรวดเร็ว พร้อมกับรับฟังข้อเท็จจริงรอบด้านทุกฝ่ายอย่างเพียงพอในภาวะวิกฤตการณ์บ้านเมืองในขณะนั้น คำวินิจฉัยชี้ขาดอยู่ในช่วงเวลาที่เหมาะสม และคลี่คลายวิกฤตการณ์บ้านเมืองได้ในระดับหนึ่ง

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 นี้เข้าลักษณะฟ้องด้วยตุลาการภิวัตน์ ซึ่งคำวินิจฉัยนี้มีลักษณะตัดสินคดีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเชิงก้าวหน้า คือ เป็นกรณีที่มีกฎหมายอยู่แล้ว แต่ศาลตัดสินอย่างก้าวหน้า (Active) โดยการตีความขยายตัวบท (Extensive Interpretation) หรือต่างไปจากบรรทัดฐานเดิม (เฉพาะในประเด็นลูกจ้าง) เพื่อคุ้มครองหรือขยาย

สิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นการใช้อำนาจที่ซ้อนทับกับอำนาจออกกฎหมาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร

ในทางตรงข้าม หากพิจารณาในประเด็นผู้ถูกร้องดำรงตำแหน่ง นายกรัฐมนตรี กระทำการอันเป็นลูกจ้างของบริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด หรือไม่ (เสียงข้างน้อย) เป็นข้อสังเกต¹⁵ เห็นว่า ความเป็นลูกจ้างตามความหมายใน บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 267 มิได้มีความหมายอย่างแคบตามพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติ คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 หรือ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 หรือพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 เพราะกฎหมายเหล่านี้มุ่งคุ้มครอง ผู้ใช้แรงงาน และบังคับนายจ้างให้ต้องรับภาระจ่ายเงินสมทบ และเงิน ช่วยเหลืออื่นๆ เป็นการเฉลี่ยทุกข์เฉลี่ยสุขระหว่างนายจ้างผู้ลงทุนกับลูกจ้าง ผู้ใช้แรงงาน คำว่า “ลูกจ้าง” ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 มุ่งหมายเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี ไม่ใช่ผู้ใช้แรงงาน จึงมีความหมายอย่างกว้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 การจ้างแรงงาน มาตรา 587 การจ้างทำของ คือ บุคคลคนหนึ่งรับทำงานให้ แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง โดยรับค่าตอบแทนการทำงานเป็นสินจ้างหรือค่าจ้าง ตลอดเวลาที่ทำงานให้ และไม่จำเป็นต้องทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือ ส่วนการทำงาน นั้นพิจารณาว่าเป็นการทำงานลักษณะประจำและต่อเนื่อง มิใช่เป็นการ กระทำเพียงครั้งคราว สำหรับค่าตอบแทนนั้น สามารถจ่ายค่าตอบแทนใน รูปแบบอื่นได้เช่น สิทธิประโยชน์ต่างๆ บัตรกำนัล ของขวัญในโอกาสพิเศษ เป็นต้น การรับเงินค่าตอบแทนจึงมิใช่ประเด็นสำคัญที่จะทำให้ความสัมพันธ์ ระหว่างผู้ถูกร้องและบริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด เปลี่ยนแปลงไปตามข้อเท็จจริง กรณีของผู้ถูกร้องเป็นพิธีกรในรายการ “ชิมไป บ่นไป” และรายการ “ยกโขยง 6 โมงเช้า” ของบริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด เป็นการทำประจำและต่อเนื่อง มีลักษณะเป็นลูกจ้าง แต่เมื่อไม่มีพยานหลักฐานว่าขณะดำรงตำแหน่ง

¹⁵ สุพจน์ ไข่มุกด์. ความเห็นส่วนตน. 12-13/2551 ลงวันที่ 9 กันยายน 2551. สำนักงาน ศาลรัฐธรรมนูญ

นายกรัฐมนตรีแล้วผู้ถูกร้องทำหน้าที่พิธีกรเพื่อหวังสินจ้างหรือได้รับค่าตอบแทนการทำงานในลักษณะใด ๆ จึงไม่พอเพียงว่าผู้ถูกร้องเป็นลูกจ้างของบริษัท เฟซ มีเดีย จำกัด¹⁶ อันเป็นข้อสังเกตว่าวินิจฉัยอย่างไรจึงจะเหมาะสมกว่ากัน

นอกจากนี้ ยังมีคำร้องที่สังคมให้ความสนใจในปัจจุบัน คือ เรื่อง อัยการสูงสุดมีหนังสือขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคพลังประชาชน และได้มีคำตัดสินไปแล้ว เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2551 นี้ เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ตั้งประเด็นพิจารณาไว้ 3 ประเด็น คือ 1. นายยงยุทธ ดิยะไพรัช รองหัวหน้าพรรคพลังประชาชน กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 หรือไม่ 2. มีเหตุสมควรให้ยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้องหรือไม่ และ 3. หัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองผู้ถูกร้องจะต้องถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งหรือไม่

ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า สมควรมีคำสั่งให้ยุบพรรคพลังประชาชน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง ประกอบ มาตรา 68 วรรคสี่ พร้อมทั้งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคพลังประชาชน มีกำหนดห้าปีนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย

ต่อมามีความเห็นของกลุ่มบุคคลโดยเฉพาะกลุ่มนักวิชาการว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อิโกลาสผู้ถูกร้องได้นำพยานเข้าสืบหักล้างหลักฐานของฝ่ายอัยการ รีบเร่งวินิจฉัยคำร้องดังกล่าวโดยพลันหรือเร็วเกินไป

1. ประเด็นปัญหาที่ว่า นายยงยุทธ ดิยะไพรัช รองหัวหน้าพรรคพลังประชาชน กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 หรือไม่¹⁷

¹⁶ สุพจน์ ไข่มุกด์. เรื่องเดียวกัน

¹⁷ สุพจน์ ไข่มุกด์. ความเห็นส่วนคนที่ 20/2551 วันที่ 2 ธันวาคม 2551

ในประเด็นดังกล่าวคณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำวินิจฉัยชี้ขาดว่า นายยงยุทธ ดิยะไพรัช กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 53 (1) มาตรา 58 และมาตรา 111 และการกระทำของนายยงยุทธ ดิยะไพรัช เป็นเหตุให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดเชียงราย เขตเลือกตั้งที่ 3 ในส่วนที่เกี่ยวกับพวกมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมแล้ว นอกจากนี้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้มีคำสั่งที่ 5019/2551 ลงวันที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ. 2551 มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า นายยงยุทธ ดิยะไพรัช ได้กระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 53 และการกระทำดังกล่าวมีผลทำให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในจังหวัดเชียงราย มิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม จึงมีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของนายยงยุทธ ดิยะไพรัช มีกำหนดเวลา 5 ปี นับแต่วันที่มิได้คำสั่ง จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงใหม่ในประเด็นนี้อีก

จากประเด็นดังกล่าว เชื่อว่าศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยพยานหลักฐานที่ผู้ถูกร้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเบื้องต้นว่าจะนำสืบในประเด็นใดและจะนำบุคคลใดเข้าสืบ และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิเคราะห์พยานบุคคลที่จะนำสืบแล้วเห็นว่าไม่มีพยานหลักฐานใหม่และพยานบุคคลที่จะนำสืบได้พิสูจน์ในชั้นกระบวนการก่อนนำเข้าและนำเข้าพิสูจน์ในชั้นคณะกรรมการการเลือกตั้งแล้วครั้งหนึ่ง และพิสูจน์ในชั้นศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอีกครั้งหนึ่งเป็นเรื่องเดียวกัน จึงเห็นว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่กลับฟังข้อเท็จจริงใหม่นั้นชอบแล้ว

2. สำหรับประเด็นข้อนี้ที่ว่า มีเหตุสมควรให้ยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้อง หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 18 วรรคหนึ่ง คณะกรรมการบริหาร

พรรคการเมืองมีหน้าที่ต้องควบคุมไม่ให้สมาชิกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ กฎหมาย ระเบียบ หรือประกาศของ คณะกรรมการการเลือกตั้ง รัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง เป็นกรณีที่ ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้น กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามมาตรา 68 แม้คำชี้แจงของหัวหน้าพรรคและเลขาธิการพรรคพลังประชาชนได้ชี้แจง สอดคล้องต้องกันว่า พรรคพลังประชาชนได้มีการประชุมคณะกรรมการ บริหารพรรค ครั้งที่ 22/2550 วันที่ 24 ตุลาคม พ.ศ. 2550 โดยได้มีมติ ออกคำสั่งของพรรคกำหนดข้อห้ามกรรมการบริหารพรรคผู้ซึ่งพรรคส่งสมัคร รับเลือกตั้ง ตลอดจนสมาชิกหรือเจ้าหน้าที่ของพรรคดำเนินการหรือกระทำการอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ระเบียบ และประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งไว้แล้ว จึงมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำของนายยงยุทธ ดิยะไพรัช อดีตรองหัวหน้าพรรคพลังประชาชน ซึ่งได้กระทำในฐานะส่วนตัว มิได้กระทำในฐานะกรรมการบริหารพรรคแต่อย่างใด และเหตุการณ์ดังกล่าว ได้เสร็จสิ้นไปแล้วจึงไม่อาจยับยั้งหรือแก้ไขได้ ทางพรรคมิได้เพิกเฉยหรือ ปลอมปละลยเลย นั้น เห็นว่า คำชี้แจงดังกล่าวเป็นเพียงคำกล่าวอ้างชี้แจง ข้อเท็จจริงลอยๆ เพื่อให้พรรคและบรรดากรรมการบริหารพรรคคนอื่นๆ ของ พรรคพลังประชาชนพ้นจากความรับผิดชอบนั้น จึงไม่อาจรับฟังได้ ทั้งนี้จากการรวมกันของพรรคพลังประชาชนจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองเพื่อร่วมกันทำ กิจกรรม และขับเคลื่อนแนวคิดหรืออุดมการณ์ทางการเมือง จัดทำเป็น นโยบายเพื่อเข้าไปบริหารชาติบ้านเมือง โดยมีหัวหน้าพรรคและคณะกรรมการ บริหารเป็นผู้กำหนดทิศทาง แนวนโยบายของพรรค และเป็นผู้คัดเลือก สมาชิกพรรคลงสมัครรับเลือกตั้ง เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครอง ประเทศตามแนวนโยบายของพรรค หัวหน้าพรรคและคณะกรรมการบริหารพรรค จึงต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน ต้องตรวจสอบควบคุมการดำเนิน กิจกรรมของพรรคและของสมาชิกด้วยความรอบคอบ ระมัดระวังและซื่อสัตย์ สุจริต เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน โดยที่พรรคการเมืองเป็น

ที่รวมของบรรดาบุคลากรทางการเมืองทั้งในส่วนที่เป็นสมาชิกทั่วไป และ ส่วนที่เป็นกรรมการบริหารซึ่งมีฐานะเป็นคณะบุคคลหรือเป็นเสมือนองค์กร กลุ่มที่ต้องใช้อำนาจและมีความรับผิดชอบร่วมกันในนามของตัวแทนพรรค ทั้งองค์กร ซึ่งเป็นตัวการกระทำหลักทางการเมืองอันเป็นผู้มีบทบาทสำคัญ ต่อความสำเร็จและความล้มเหลวของระบบการเมืองในองค์กรรวม ดังนั้น หากพรรคการเมืองไม่ว่าโดยการกระทำของสมาชิกทั่วไปของกรรมการบริหาร คนหนึ่งคนใดหรือทั้งคณะทำบทบาททางการเมืองในกรอบของความถูกต้องตามกฎหมาย ย่อมส่งผลกระทบต่อระบบการเมืองในวงกว้าง และในทางกลับกันหาก พรรคการเมืองทำบทบาททางการเมืองในกรอบของความผิดอันเป็นการละเมิด ต่อกฎหมายซึ่งนอกจากจะเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักนิติธรรมแล้วย่อมจะก่อความเสียหายต่อประเทศอย่างใหญ่หลวงตามไปด้วย การทำผิดของพรรคการเมือง จึงไม่เหมือนกับการทำผิดของตัวบุคคลธรรมดาทั่วไปหรือขององค์กรสถาบัน อื่นในสังคม โดยนัยดังกล่าวจึงชอบที่สังคมจะเรียกร้องเอาความเชื่อถือศรัทธา ที่มอบหมายไปให้แก่พรรคการเมืองกลับคืนมา เพื่อป้องกันไม่ให้เป็นภัยคุกคาม ต่อประชาธิปไตยและระบบสังคม-การเมืองอันเป็นสิทธิประโยชน์ส่วนรวม ร่วมกันของคนในชาติ

เมื่อได้มีการประกาศพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองมีหน้าที่ต้องควบคุมไม่ให้ผู้ซึ่งพรรคการเมืองส่งเข้าสมัครรับเลือกตั้งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา ระเบียบ หรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งอาจทำให้การเลือกตั้งมิได้ เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 วรรคสาม มิได้เป็นบทบังคับเด็ดขาดให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคในทุกรณี เพียงแต่บัญญัติว่า“...ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมือง...”พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 94 บัญญัติไว้

ทำนองเดียวกันว่า “เมื่อพรรคการเมืองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อาจถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง...” จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่าแม้พรรคการเมืองจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเข้าข่ายที่จะถูกยุบพรรคได้ก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจว่าควรจะต้องสั่งยุบพรรคหรือไม่ยุบก็ได้ การที่กฎหมายกำหนดความรุนแรงตามลักษณะของการกระทำไว้ในหลายระดับหากไม่รุนแรงถึงขั้นเป็นเหตุให้ต้องยุบพรรคการเมืองดังกล่าว อาจจะใช้มาตรการเพียงการเตือนหรือมีอำนาจสั่งให้ระงับหรือจัดการแก้ไขการกระทำตามที่กล่าวหา หรือให้หัวหน้าพรรคการเมือง หรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองทั้งหมดหรือบางคนออกจากตำแหน่งนั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจว่าควรจะต้องสั่งยุบพรรคการเมืองหรือไม่ยุบก็ได้

การทุจริตการเลือกตั้ง ถือเป็นปัญหาการขาดความชอบธรรมรวมทั้งขาดความชอบด้วยกฎหมายพร้อมๆ กันไปกับการเป็นปฏิปักษ์ต่อการได้มาซึ่งอำนาจการปกครองที่ไม่เป็นไปตามวิถีครรลองอันถูกต้องตามรัฐธรรมนูญและความดีงามตามแบบแผนของกระบวนการประชาธิปไตย ซึ่งนอกจากเป็นการบิดเบือนต่อการแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนผ่านทางกลไกการเลือกตั้งแล้ว ยังเป็นการขัดขวางหลักการสร้างกระบวนการสัญญาประชาคมและการบ่อนทำลายหลักการพื้นฐานของกระบวนการสร้างการมีส่วนร่วมทางการเมืองซึ่งเป็นปัจจัยความสำเร็จของการพัฒนากระบวนการประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมไม่ให้เกิดขึ้นและสามารถพัฒนาที่ยั่งยืนมาถึงในระบอบการเมืองของประเทศได้อีกด้วย

ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ในการพิจารณาออกกฎหมาย คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร บังคับใช้กฎหมายในการปกครองประเทศ และศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ แต่ศาลมิได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมาจากการเลือกตั้งเป็นผู้เสนอชื่อเลือกนายกรัฐมนตรี และมีสิทธิที่จะเป็น

รัฐมนตรีและเป็นสมาชิกรัฐสภาในคราวเดียวกัน อำนาจในการปกครองประเทศตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 จึงหมายถึงอำนาจในการออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมาย เมื่อมีการกระทำอันฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 เพื่อให้ได้รับเลือกตั้งโดยวิธีการทุจริต จึงเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ซึ่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง “ถ้าการกระทำของบุคคลตามวรรคหนึ่ง ปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารของพรรคการเมืองผู้ใด มีส่วนรู้เห็น หรือปล่อยให้ละเลย หรือทราบถึงการกระทำนั้นแล้ว มิได้ยับยั้งหรือแก้ไขเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ...”

เมื่อข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติได้ว่านายยงยุทธ ดิยะไพรัช รองหัวหน้าพรรคพลังประชาชน และขณะกระทำผิดเป็นกรรมการบริหารพรรค ซึ่งผู้กระทำผิดทุจริตการเลือกตั้งเป็นผู้บริหารระดับสูงของพรรคการเมือง มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกิจการของพรรคตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 17 เป็นที่ประจักษ์แล้วว่า กรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องได้รู้เห็นให้มีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 ถือว่าพรรคผู้ถูกร้องได้กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และพรรคผู้ถูกร้องได้รับประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว โดยปรากฏข้อเท็จจริงต่อมาว่า พรรคผู้ถูกร้องได้ร่วมกันจัดตั้งรัฐบาลปกครองประเทศจนทำให้เกิดความเสียหาย และความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมืองเข้าหลักเกณฑ์ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติในมาตรา 68 และมาตรา 237 วรรคสอง และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ

เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 111 แล้ว จึงเป็นเหตุให้มีคำสั่งยุบพรรคพลังประชาชน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง

3. ประเด็นสุดท้ายที่ว่า หัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองผู้ถูกร้องต้องถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง หรือไม่

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคพลังประชาชน เพราะเหตุจากการทำการอันเป็นการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองโดยเหตุพรรคการเมืองกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าวโดยไม่เปิดโอกาสให้หัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคคนใดอ้างเหตุผลมาแก้ตัว อันเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดโดยถือหลักว่า ผู้ร่วมอุดมการณ์ทางการเมืองเดียวกันต้องรับผิดชอบกันและแทนกัน ทั้งนี้ เพราะบุคคลผู้เป็นนักการเมืองระดับหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคเป็นผู้มีความรู้ความเข้าใจในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎกติกาในระบบประชาธิปไตยว่าต้องดำเนินการโดยสุจริตและเที่ยงธรรมดีกว่าและยิ่งกว่าบุคคลทั่วไป แต่ยังร่วมกันรู้เห็นหรือปล่อยปละละเลยให้มีการกระทำการทุจริตการเลือกตั้ง อันจะก่อความเสียหายต่อระบบประชาธิปไตย จึงต้องเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารของพรรคพลังประชาชนมีกำหนดห้าปีนับแต่วันที่คำสั่งยุบพรรคฯ

พิเคราะห์แล้ว จึงเห็นว่า สมควรมีคำสั่งให้ยุบพรรคพลังประชาชน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง ประกอบ มาตรา 68 วรรคสี่ พร้อมทั้งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคพลังประชาชนมีกำหนดห้าปีนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย

การที่มีนักวิชาการบางคนออกมาแสดงความเห็นโต้แย้งว่า ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินคดียุบพรรคฯ ไม่ได้อำนวยความสะดวกตามกระบวนการฯ ซึ่งขัดกับหลักของความเสมอภาคที่ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ใดส่วนซึ่งแจ้งข้อกล่าวหา โดยหลักแล้วต้องฟังความทั้งสองข้าง นั้น มีความเห็นเป็นสองแนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก กรณียุบพรรคพลังประชาชน เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชอบแล้ว เนื่องจากคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ฟังความเห็นและข้อมูลแล้วส่งให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองฟัง และได้มีคำพิพากษาแล้ว ประกอบกับอัยการสูงสุดผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ก็มีความเห็นสอดคล้อง ดังนั้น เมื่อคำร้องดังกล่าวถึงศาลรัฐธรรมนูญก็ชอบที่จะมีคำวินิจฉัยได้ ประกอบกับบ้านเมืองมีปัญหาไม่ปกติสุข ประชาชนแบ่งแยกเป็นฝักฝ่ายมุ่งทำร้ายซึ่งกันและกันทำให้เกิดการบาดเจ็บและล้มตายกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและประชาชนอย่างรุนแรง ชัดแจ้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยึดสนามบินสุวรรณภูมิและสนามบินดอนเมืองส่งผลกระทบร้ายแรงต่อภาพลักษณ์เศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง ดังนั้น หากการอำนวยความสะดวกได้ทำภายในเวลาอันรวดเร็ว คือ ถ้าช้าก็กว่านั้นความเสียหายอาจประเมินค่ามิได้ ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าหากศาลรัฐธรรมนูญยอมรับฟังผู้ถูกร้องนำสืบพยานอีก 30 ปากนั้น ถ้ามวดองฟังทั้งหมดหรือไม่ ต้องใช้เวลากี่วัน หากเรื่องนี้มีปัญหาเฉพาะข้อกฎหมายก็ต้องถามต่อไปว่าจำเป็นต้องฟังความอีกไหม การสืบ/ฟัง ข้อเท็จจริงจากศาลฎีกาฯ นั้น เพียงพอหรือไม่

นอกจากนี้ยังเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่หวังว่า สถานการณ์ต่างๆ จะดีขึ้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจฟ้องด้วยคำว่า “ตุลาการภิวัตน์” ในเชิงบวก เนื่องจากการปลดแอกให้ ส.ส. เพราะเมื่อพรรคโดนยุบ ส.ส. ที่มีได้เป็นกรรมการบริหารพรรคจึงกลายเป็น ส.ส. อิสระมีเวลาหาพรรคสังกัดใหม่ ภายใน 60 วัน และมีอิสระที่จะเลือกนายกรัฐมนตรื โดยไม่มีข้อผูกพันจาก มติพรรค รัฐธรรมนูญ มาตรา 126 บัญญัติว่า การออกเสียงลงคะแนนเลือก ให้บุคคลดำรงตำแหน่งใดสมาชิกรัฐสภาย่อมมีอิสระไม่ถูกผูกพันโดยมติของพรรค หรืออาณัติอื่นใด เห็นว่ารัฐธรรมนูญมาตรานี้มุ่งที่จะให้ ส.ว. และ ส.ส. มีความเป็น

อิสระสามารถปฏิบัติหน้าที่ “ผู้แทนปวงชนชาวไทย” โดยเฉพาะในการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่ง เช่น การเลือกนายกรัฐมนตรีโดยไม่ทำตามมติพรรคอย่างที่ ส.ส.กลุ่มงูเห่าเคยทำมาแล้วในอดีต

ส่วนแนวทางที่สอง เป็นเสียงจากนักวิชาการส่วนน้อยบางท่านได้แย้งเนื่องจากเห็นว่า คำร้อง ยุบพรรคฯ ที่เหลือนั้นผ่านกระบวนการยุติธรรมของคณะกรรมการการเลือกตั้งแต่ไม่ได้ผ่านศาลฎีกา โดยเห็นว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งมิใช่ศาลฯ จุดนี้ ขอให้ข้อสังเกตว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 145 (3) สืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายมาตรา 144 วรรคสอง ว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจ “ดั่งเช่นตุลาการ” นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้รับรองอำนาจนี้ไว้ใน มาตรา 236 (9) ดังนั้น เมื่อสถานการณ์ในขณะที่ประเทศเข้าสู่วิกฤตประชาชนแบ่งเป็นสองฝ่าย ผู้ทำหน้าที่รักษาความสงบและป้องกันประเทศไม่ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดแม้แต่เรียกร้องให้รัฐบาล ยุบสภา-ลาออก ซึ่งคำร้องดังกล่าวหาเป็นผลไม่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงใช้ดุลพินิจพิจารณาวินิจฉัยแล้วมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองเสีย การกระทำดังกล่าวชอบแล้วในขณะนั้นที่สามารถนำพาประเทศผ่านวิกฤตมาได้ และเมื่อเหตุการณ์สงบ นักวิชาการจึงได้ออกมาแสดงภูมิเสนอความเห็นว่าจะควรจะทำอย่างไร

แนวคิดในเรื่องการลงโทษ ที่ว่า ในสังคมหมู่มากหากหนึ่งหรือสองคนในสังคมนั้นกระทำผิดก็ให้นำไปลงโทษเสียให้เด็ดขาด แต่ถ้าคนในสังคมนั้นส่วนใหญ่กระทำผิดในเรื่องเดียวกัน ให้กลับมาพิจารณาบทกฎหมายในสังคมนั้นใหม่

เห็นว่า แนวคิดในเรื่องการลงโทษดังกล่าวข้างต้นใช้กับเรื่องการยุบพรรคฯ นี้ไม่ได้ เนื่องจากผู้ถูกร้องต่างกระทำผิดกฎหมายเลือกตั้ง และในกฎหมายต่าง ๆ นั้น บัญญัติให้ผู้ที่กระทำผิดต้องถูกลงโทษ หากเป็น

หัวหน้าพรรค รองหัวหน้าพรรค กรรมการบริหารพรรค ต้องร่วมกันรับผิดชอบเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดโดยถือหลักว่าผู้ร่วมอุดมการณ์ทางการเมืองเดียวกันต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน ทั้งนี้ เพราะบุคคลผู้เป็นนักการเมืองระดับหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคเป็นผู้มีความรู้ความเข้าใจในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎกติกาในระบอบประชาธิปไตยไม่สามารถหาหรือยกข้อยกเว้นใดมาปฏิเสธความผิดได้ ทั้งนี้จะอ้างและยกให้เป็นความบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็มิได้ และเชื่อว่าไม่มีผู้ร่างรัฐธรรมนูญผู้ใดยอมรับข้อกล่าวหาดังกล่าวนี้แล้วมาขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ

สุดท้าย “ทีมการเมือง”¹⁸ นสพ. ไทยรัฐ เห็นว่า จากปรากฏการณ์ในการทำหน้าที่ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดที่เกิดขึ้น ตั้งแต่ต้นปียันปลายปีได้สร้างความสั่นสะเทือนอย่างรุนแรงต่อการเมืองไทย ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองขนาดใหญ่ ทำให้นายกรัฐมนตรีสองคนต้องหลุดจากเก้าอี้ ทำให้พรรคการเมืองที่มี ส.ส. ในสภาฯ ถูกยุบทั้งรวดเดียวสามพรรคจนการเมืองเกิดการพลิกขั้ว เหนืออื่นใดทำให้สภาวะมีดমনของบ้านเมืองจากปัญหามือบยัดทำเนียบฯ ปิดล้อมสนามบินและเหตุการณ์สงครามกลางเมืองย่อย ๆ ที่กำลังก่อตัวเป็นสงครามใหญ่ยุติลงได้

ด้วยเหตุผลเหล่านี้ ทีมการเมือง นสพ.ไทยรัฐ จึงยกให้ 9 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นบุคคลการเมืองแห่งปี 2551.¹⁹



¹⁸ นสพ.ไทยรัฐ. “9 ตุลาการศาลธน.ชุกฎหมายคลายวิกฤติ” ปีที่ 60 ฉบับที่ 18606 วันอังคารที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2551.

¹⁹ นสพ.ไทยรัฐ. เรื่องเดียวกัน.

การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 141 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

• สิทธิพร เสภาภาน*

นับแต่ พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดในการใช้อำนาจแห่งรัฐ โดยมีพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจอธิปไตยทางรัฐสภาหรือเรียกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีหรือเรียกว่าฝ่ายบริหาร และศาลหรือเรียกว่าฝ่ายตุลาการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติถือว่าเป็นหน้าที่หลักที่มีความสำคัญและได้ถูกกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามระบบการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย โดยมีองค์กรทำหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับพัฒนาการตามยุคสมัยนิยม จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ขึ้นเป็นครั้งแรก และต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹ ก็ได้บัญญัติ

* เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 9 ขช. ผู้อำนวยการกลุ่มงานคดี 6 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

¹ รัฐธรรมนูญ หมายถึง รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น

ให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นอีกครั้งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีอำนาจหน้าที่สำคัญ ประการหนึ่งคือ อำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว บัญญัติไว้ในมาตรา 141 ว่า “เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง และวรรคสอง บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ในกรณีที่วินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป” และวรรคสาม บัญญัติว่า “ในกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลทำให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไปตามวรรคสอง ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น กลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับ ในกรณีเช่นว่านี้ให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมติในการแก้ไขเพิ่มเติมให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา แล้วให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 90 และมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณีต่อไป”

รัฐธรรมนูญมาตรา 141 เป็นบทบัญญัติซึ่งมีขึ้นเป็นครั้งแรกของประเทศไทย โดยให้มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง เป็น

กระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจหน้าที่ในการควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีผลบังคับใช้ (pre - publication control) อันเป็นขั้นตอนตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจด้วยการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติรัฐ (Legal State หรือ Rule of Law) โดยองค์กรตุลาการ (ศาลรัฐธรรมนูญ) มิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การใช้บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญตามขั้นตอนและวิธีการที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 141 บัญญัติเช่นว่านี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติแล้วถึง 3 คำวินิจฉัย ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภาคณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ทำให้เห็นถึงความสำคัญในการใช้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและเป็นเหตุผลทางวิชาการที่ควรได้รับการศึกษา ทั้งนี้เพื่อเป็นการยืนยันในเรื่องหลักการปกครองตามระบอบประชาธิปไตยที่ใช้หลักนิติรัฐซึ่งผู้ปกครองยอมผูกพันตนอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นและประกาศใช้ โดยจะต้องมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในบทความนี้จะศึกษาเกี่ยวกับเรื่องของหลักการปกครองโดยกฎหมาย กระบวนการตรากฎหมายโดยองค์กรนิติบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญกับการควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และบทสรุป

1. หลักการปกครองโดยกฎหมาย

องค์กรที่ทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติหรือรัฐสภาตามหลักนิติรัฐภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญเชื่อมโยงถึงการใช้อำนาจอธิปไตยภายในรัฐได้ กล่าวคือบรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้เห็นถึงความสำคัญประการหนึ่งของระบบรัฐสภา (parliamentary system) ซึ่งนับว่าเป็นระบบที่พัฒนามาโดยใช้ระยะเวลายาวนานที่สุดและเป็นระบบนิยมแพร่หลายในประเทศประชาธิปไตยมากที่สุด

ระบบรัฐสภาถือกำเนิดในประเทศอังกฤษก่อนประเทศอื่นทำให้ผู้เรียกระบบรัฐสภานี้ว่า ระบบอังกฤษ (British system หรือ English system) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า ระบบประชาธิปไตยแบบตะวันตก (Western democracy)² หัวข้อศึกษาประกอบด้วย

1.1 การแบ่งแยกอำนาจตามหลักของรัฐธรรมนูญ

การแบ่งแยกอำนาจเป็นศิลปะทางรัฐศาสตร์หรือศิลปะทางการเมือง จึงเป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่ตั้งอยู่บนรากฐานของประสบการณ์ ซึ่งอาจมีการปรับปรุงหลักการแบ่งแยกอำนาจให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ได้ โดยมีจุดมุ่งหมายมิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐมีอำนาจมากเกินไปจนเกิดการผูกขาดอำนาจ³ ดังนั้น การแบ่งแยกอำนาจจึงหมายถึง การแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจในลักษณะของการแบ่งแยกหน้าที่ขององค์กรของรัฐ เช่น หน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติแยกได้จากหน้าที่ของฝ่ายบริหาร โดยแต่ละองค์กรมีหลักประกันในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตนได้พอสมควร ทั้งนี้ เพราะการแบ่งแยกอำนาจเป็นการป้องกันมิให้การใช้อำนาจอติปไตยของชาติตกอยู่กับองค์กรใดองค์กรหนึ่งไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ขณะเดียวกันการแบ่งแยกหน้าที่ขององค์กรอาจกระทำให้สมดุลกันได้ด้วยวิธีที่เรียกว่า การตรวจสอบและถ่วงดุล (Check and balance) ดังเช่นในประเทศอังกฤษ แม้จะมีได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออมาใช้โดยตรง แต่ประเทศอังกฤษมีระบบการปกครองโดยอาศัยหลักความสูงสุดของรัฐสภา จึงทำให้สถานิติบัญญัติมีอำนาจมอบหมายให้องค์กรฝ่ายบริหารปฏิบัติการบางอย่าง ซึ่งกิจกรรมนั้นอาจเป็นการให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายได้เอง⁴ หรือ

² วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สุทธิแสงการพิมพ์, 2530), หน้า 253

³ วิจิตร วิเชียรชม, การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ, ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2535), หน้า 166

⁴ อมร จันทสมบุรณ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), หน้า 68 - 71

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ได้มีการกำหนดให้อำนาจตุลาการสามารถเป็นเครื่องค้ำประกันสิทธิต่าง ๆ ของมลรัฐมิให้รัฐบาลกลางใช้อำนาจล่วงล้ำก้ำก่ายเข้าไปในขอบเขตอำนาจของรัฐบาลของมลรัฐได้ ขณะที่ในประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกจากฝ่ายตุลาการโดยให้มีศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรมเป็นต้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาแห่งการแบ่งแยกการใช้อำนาจโดยมีและใช้กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่บัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจเหนือเอกชน เพื่อดำเนินกิจกรรมของรัฐที่เป็นประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งกำหนดข้อห้ามเกี่ยวกับพฤติกรรมของประชาชน มิให้กระทำการรบกวนสังคม หากฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษ กฎหมายจึงมีสภาพบังคับที่ชัดเจนถัดมาจากรัฐธรรมนูญและเป็นบ่อเกิดของนิติสัมพันธ์ทุกชนิด⁵

1.2 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้นกฎหมายที่ตราภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้จะต้องมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ทั้งกระบวนการตรากฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเนื้อหาของกฎหมายนั้นก็ต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย⁶ โดยรัฐธรรมนูญนี้จะเป็นบทบัญญัติแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตลอดจนกำหนดขั้นตอนวิธีการในการตรากฎหมายไว้ด้วย

อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้ถูกจัดให้เป็นเครื่องกำหนดนิติสัมพันธ์ภายในรัฐ โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นตัวแทนของสัญญาประชาคมในการจัดตั้งและเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายจึงเป็นที่มาของการใช้อำนาจแห่งรัฐในขณะเดียวกันกฎหมายก็เป็นขอบเขตแห่งการใช้สิทธิ

⁵ นันทวัฒน์ บรรณานันท์, กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264 (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), (นครปฐม : มิสเตอร์ ก๊อบบี้, 2547), หน้า 26

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

เสรีภาพของประชาชนในรัฐด้วยเช่นกัน ทำให้เห็นถึงความจำเป็นและความสำคัญที่กฎหมายจะต้องมีความสอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้รัฐธรรมนูญคงไว้ซึ่งที่มาสูงสุดแห่งกฎหมายบนหลักแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นเนื้อหาแห่งกฎหมายที่ต้องมีความสอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญและกระบวนการตรากฎหมายจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติและขั้นตอนแห่งรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

1.3 หลักนิติรัฐ (Legal State)⁷

ทฤษฎีนิติรัฐ การ์เร่ เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg) เสนอแนวคิดว่ารัฐและหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนได้ฝ่ายเดียวโดยที่เอกชนไม่ต้องให้ความยินยอม กฎหมายมหาชนให้อำนาจแก่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ ผลตามมาก็คือจะต้องมีการควบคุมการกระทำโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ (คำพิพากษาและคำสั่งศาล) หรือการกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร (กฎ คำสั่งทางปกครอง) ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

หลักนิติรัฐจึงมีสาระสำคัญอยู่ด้วยกัน 3 ประการ กล่าวคือ

(1) กฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น จะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่า องค์กรฝ่ายบริหารได้อำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร โดยจะต้องไม่ให้อำนาจนั้น

⁷ ขาญชัย แสงศักดิ์, ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 4-7

ล่องล่ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

(2) การกระทำโดยองค์การฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ที่ตราขึ้นโดยองค์การฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์การฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

(3) การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการควบคุมไม่ให้การกระทำโดยองค์การฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย ให้้องค์กรฝ่ายตุลาการที่มีความเป็นอิสระจากองค์การฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ มีอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือมีอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งองค์การฝ่ายตุลาการนี้อาจเป็นองค์กรของรัฐอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

หลักนิติรัฐ จึงเป็นแนวคิดในการควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจขององค์การฝ่ายนิติบัญญัติ องค์การฝ่ายบริหาร ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายขององค์การฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือการกระทำทางปกครองขององค์การฝ่ายบริหารต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ส่งเสริมสนับสนุนในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญส่งผลให้กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญมิได้ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น องค์การฝ่ายตุลาการจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทได้อย่างเป็นอิสระเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

1.4 หลักนิติธรรม (The Rule of law)

กรอบความหมายกว้าง ๆ ของหลักนิติธรรม อริสโตเติล (Aristotle) เคยให้ความหมายว่าเป็นเรื่อง “ปัญญาที่ตัดขาดแล้วจากอารมณ์ความรู้สึก” (intelligence without passion) สำหรับความเข้าใจของผู้คนทั่วไป

หลักนิติธรรม หมายถึง การตัดสินใจตามความถูกต้องทางศีลธรรมอันเป็น
การกำกับแก่อิสรภาพ ความเสมอภาค และความยุติธรรม ซึ่งเกี่ยวเนื่อง
สัมพันธ์ระหว่างผู้อยู่ใต้การปกครองด้วยตนเองและระหว่างประชาชนต่อรัฐบาล
ที่เป็นผู้ปกครอง⁸

ทฤษฎีกฎหมายอเมริกาอธิบายคำว่า “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) มิได้ปรากฏแพร่หลายเช่นในประเทศอังกฤษ แต่มีวลีคำว่า “ความเป็นเลิศของกฎหมาย” (Supremacy of Law) “รัฐบาลภายใต้กฎหมาย” (government under law) “รัฐบาลแห่งกฎหมายมิใช่บุคคล” (Government of laws and not of men) หรือแม้แต่จะมีความหมายกว้างอย่าง “กระบวนการที่เป็นธรรมของกฎหมาย” (due process of law) เข้ามาแทนที่ซึ่งเป็น
วัตถุประสงค์กว้างๆ ของการปกป้องปัจเจกบุคคลจากผู้ถือครองอำนาจในรัฐ
อย่างไรก็ตามนิยามความหมายกว้างๆ ของ “หลักนิติธรรม” จึงหมายถึง
หลักแห่งการเคารพเชื่อฟังต่อกฎหมาย รัฐต้องประกอบด้วยกฎหมายและ
อยู่ภายใต้กฎหมายมิใช่โดยตัวบุคคล กฎเกณฑ์ที่รัฐตราใช้เป็นกฎหมายต้องม
ีความเป็นกลางและมีความชัดเจนแน่นอน โดยหลักนี้ได้แสดงออกให้ปรากฏ
เช่น ความมีอิสระของตุลาการ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่มีการจำกัด
ขอบเขต ความเสมอภาคของบุคคลเบื้องหน้ากฎหมาย กระบวนการที่ยุติธรรม
(due process) หรือกระบวนการที่ถูกจัดตั้งให้ตรวจสอบทบทวนการกระทำ
ในทางบริหารโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial review of administrative
action)⁹ เป็นต้น

ส่วนประเทศอังกฤษ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law)
มีความหมายเพื่อต้องการให้อำนาจของกษัตริย์ที่ได้รับมาจากกฎหมายถูกจำกัด
ด้วยกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภา และให้มีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาล
ที่มีอิสระ กล่าวโดยสรุป หลักนิติธรรมเป็นหลักที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้

⁸ จริย โฆษณานันท์, นิติปรัชญา (Legal Philosophy), พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ :
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), หน้า 336

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 338

กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกัน ระบบการปกครองเป็นสิ่งที่มียุ่ตามธรรมชาติและอยู่ใกล้ชิดกับชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนมิใช่มาจากการใช้อำนาจ¹⁰ กระบวนการที่เป็นธรรมของกฎหมาย การเคารพเชื่อฟังต่อกฎหมาย สิ่งเหล่านี้ได้รับการแสดงออกให้ปรากฏโดยผ่านกระบวนการใช้อำนาจแห่งศาลหรือตุลาการที่มีอิสระในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ยึดหลัก “อำนาจอธิปไตยของรัฐสภา” ถือว่าอำนาจออกกฎหมายเป็นของรัฐสภา แต่ผู้เดียวและกฎหมายที่ออกก็สูงสุดด้วยเพราะประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่อยู่เหนือกฎหมายนั้น ๆ อย่างไรก็ตามแม้รัฐสภาจะมีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมายได้ก็ตาม แต่รัฐสภาก็ไม่สามารถขยายอำนาจของตนให้เหนืออำนาจอื่นได้โดยไม่มีที่สิ้นสุด ด้วยเหตุอันเนื่องมาจากคำกล่าวซึ่งรู้จักกันแพร่หลายเกี่ยวกับลำดับชั้นที่เหนือกว่าที่มาจากคำพิพากษาของศาลที่ว่า common law มีอิทธิพลต่อกฎหมายของรัฐสภา และในบางกรณีทำให้กฎหมายของรัฐสภาลบบ้นทั้งฉบับไม่มีผลบังคับเฉพาะ ในกรณีที่กฎหมายของรัฐสภาขัดแย้งกับความมีเหตุผล (common right and reason) หรือไม่สามารถปฏิบัติตามได้ ในกรณีเช่นนี้ common law ย่อมมีอิทธิพลต่อกฎหมายของรัฐสภาและมีผลทำให้กฎหมายดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ จึงเห็นได้โดยชัดว่าหลักนิติธรรม (The Rule of law) ในอังกฤษสามารถนำมาใช้เพื่อถ่วงดุลต่อหลักความสูงสุดของรัฐสภาได้โดยการตรวจสอบของศาลนั่นเอง

2. กระบวนการตรากฎหมายโดยองค์กรนิติบัญญัติ

หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ส่งผลให้บรรดากฎหมายทั้งหลายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ หากมีกฎหมายใดที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นแล้วไปขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ หัวข้อศึกษาประกอบด้วย

¹⁰ วิชา มหาคุณ, การใช้เหตุผลทางกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2533),

2.1 การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ

องค์กรนิติบัญญัติได้แก่ รัฐสภา ประกอบด้วยสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายภายในขอบอำนาจตามวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และข้อบังคับการประชุมสภา กระบวนการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติโดยรัฐสภามีขั้นตอนนับตั้งแต่การเสนอร่างกฎหมาย การพิจารณาร่างกฎหมายและการเสนอร่างกฎหมายประเภทร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และการเสนอร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย

2.1.1 กฎหมายที่ต้องได้รับคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติรัฐมีความจำเป็นจะต้องใช้กฎหมายเป็นกรอบในการดำเนินการ ซึ่งกฎหมายที่ใช้เป็นแม่บทต้องตราขึ้นตามเจตนารมณ์ของประชาชน หรือตัวแทนประชาชน โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดอำนาจในการตรากฎหมายแม่บทประเภทพระราชบัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกพระราชบัญญัติ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาที่จะแสดงออกและให้ความยินยอมในการนำกฎหมายนั้น ๆ ออกใช้บังคับ¹¹

อำนาจหน้าที่หลักของรัฐสภาจึงได้แก่ การตรากฎหมาย และร่างกฎหมายซึ่งจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา หรือ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติ¹²

(1) ร่างพระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติ คือ กฎหมายซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา เป็นกฎหมายประเภทหนึ่งของ

¹¹ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2546), หน้า 69

¹² โปรดดูรัฐธรรมนูญ มาตรา 90

กฎหมายตามแบบพิธี ความหมายของกฎหมายตามแบบพิธี หมายถึง กฎหมายที่ออกมาโดยวิธีบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายนั้นเข้าลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือไม่ เพราะไม่ใช่เป็นข้อบังคับของรัฐที่กำหนดความประพฤติของมนุษย์ ซึ่งจะทำให้ผู้ใดฝ่าฝืนจะได้รับผลภัยหรือถูกลงโทษแต่ประการใด¹³ ร่างพระราชบัญญัติจึงเป็นกฎหมายที่จะเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้พิจารณาตามกระบวนการตรากฎหมายซึ่งถูกกำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นการเฉพาะ

(2) ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ขั้นตอนในการตรา การแก้ไข การพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญโดยหลักทั่วไปเหมือนกับพระราชบัญญัติธรรมดา แม้ในต่างประเทศเมื่อกล่าวถึงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญจะเข้าใจกันดีว่าหมายถึง กฎหมายประเภทหนึ่งที่มีสถานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่าพระราชบัญญัติธรรมดา โดยมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับองค์กร หรือการดำเนินงานขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ การจะตราหรือแก้ไขกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการตราและแก้ไขไว้แตกต่างจากพระราชบัญญัติธรรมดา เพราะให้ความสำคัญกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมากกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป¹⁴

(3) ข้อแตกต่างระหว่างร่างพระราชบัญญัติกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

ข้อแตกต่างอย่างเห็นเด่นชัดระหว่างร่างพระราชบัญญัติกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีอยู่ด้วยกัน 4 ประการ¹⁵ ดังนี้

¹³ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542), หน้า 55

¹⁴ มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง คณะกรรมการการเลือกตั้ง การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542) หน้า 1 - 2

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3 - 5

(3.1) พระราชบัญญัติธรรมดา รัฐสภาจะตราโดยมีเนื้อหาเช่นใดก็ได้ตราบทที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญจะมีการกำหนดเนื้อหาสาระสำคัญไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งผูกพันรัฐสภาที่จะต้องตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

(3.2) การควบคุมร่างพระราชบัญญัติธรรมดามิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สมาชิกรัฐสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 สามารถเสนอเรื่องให้ประธานสภาส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ ส่วนการควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมฯ¹⁶ จึงเห็นได้ว่า การควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นบทบังคับของรัฐธรรมนูญ ที่จะต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยเสมอ ทั้งนี้ ก็เพราะร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ใกล้ชิดกับรัฐธรรมนูญและเป็นกฎหมายที่สำคัญ รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติไว้เป็นบทบังคับที่ต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอ

(3.3) ร่างพระราชบัญญัติธรรมดาที่มิใช่ร่างพระราชบัญญัติที่คณะรัฐมนตรีระบุไว้ในนโยบายที่แถลงต่อรัฐสภา เมื่อสภาผู้แทนราษฎรไม่ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัตินั้นจะตกไปทันที ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเมื่อมีการเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรแล้ว หากปรากฏว่าสภาผู้แทนราษฎรไม่ให้ความเห็นชอบและคะแนนเสียงที่ไม่ให้ความเห็นชอบไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ คณะรัฐมนตรีอาจขอให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อมีมติอีกครั้งหนึ่ง¹⁷

¹⁶ โปรดดูรัฐธรรมนูญมาตรา 154 (1) และมาตรา 141

¹⁷ โปรดดูรัฐธรรมนูญมาตรา 145 ประกอบกับมาตรา 140

(3.4) พระราชบัญญัติธรรมดาที่เป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี¹⁸ ส่วนร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองนั้น แม้จะมีเนื้อหาเข้าข่ายเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการเงินแต่ในบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ ยกเว้นให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาได้โดยไม่ต้องมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี¹⁹ ทั้งนี้เพื่อให้การเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวเสนอได้โดยง่ายและรวดเร็วไม่จำเป็นต้องให้เป็นการริเริ่มโดยฝ่ายบริหารหรือรอความเห็นชอบจากฝ่ายบริหารก่อน

2.1.2 กระบวนการในการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ

การตราพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ คือ กระบวนการหรือขั้นตอนในการเสนอและพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจนมีผลใช้เป็นกฎหมาย²⁰ มีรายละเอียดดังนี้

(1) ผู้เสนอร่างกฎหมาย

รัฐธรรมนูญ มาตรา 142 บัญญัติให้คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติได้ ส่วนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคนสามารถเข้าชื่อเสนอกฎหมายได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 163

(2) กระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

¹⁸ โปรดดูรัฐธรรมนูญมาตรา 142

¹⁹ โปรดดูรัฐธรรมนูญมาตรา 295

²⁰ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ระบบงานรัฐสภา, (กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2542), หน้า 1 - 2

(2.1) องค์ประชุมของสภา

การกำหนดเกี่ยวกับองค์ประชุมของสภา รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 126 ว่า “การประชุมสภาผู้แทนราษฎรและการประชุมวุฒิสภาต้องมีสมาชิมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาจึงจะเป็นองค์ประชุม เว้นแต่ในกรณีการพิจารณาระเบียบวาระกระทู้ถามตามมาตรา 156 และมาตรา 157 สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาจะกำหนดเรื่ององค์ประชุมไว้ในข้อบังคับเป็นอย่างอื่นก็ได้

การลงมติวินิจฉัยข้อปรึกษาให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้

สมาชิคนหนึ่งย่อมมีเสียงหนึ่งในการออกเสียงลงคะแนน ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

ประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา ต้องจัดให้มีการบันทึกการออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกแต่ละคนและเปิดเผยบันทึกดังกล่าวไว้ในที่ที่ประชาชนอาจเข้าไปตรวจสอบได้ เว้นแต่กรณีการออกเสียงลงคะแนนเป็นการลับ

การออกเสียงลงคะแนนเลือกหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งใดให้กระทำการลับ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้ และสมาชิย่อมมีอิสระและไม่ถูกผูกพันโดยมติของพรรคการเมืองหรืออาณัติอื่นใด”

องค์ประชุมในการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและการประชุมวุฒิสภาจะต้องมีจำนวนสมาชิมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา จึงจะเป็นองค์ประชุม ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 126 วรรคหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อให้จำนวนสมาชิกแต่ละสภามีจำนวนมากเพียงพอในการร่วมกันพิจารณาร่างกฎหมายรวมทั้งปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

(2.2) การเสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่าง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะถูกเสนอและบรรจุเข้าระเบียบวาระของสภาผู้แทนราษฎรก่อน²¹ และให้กระทำเป็นสามวาระ²²

ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นย่อมเป็นอันตกไป แต่ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรมีมติให้ความเห็นชอบก็ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรดำเนินการเสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นต่อวุฒิสภา²³ ต่อไป

(2.3) การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญโดยวุฒิสภา

เมื่อสภาผู้แทนราษฎรมีมติให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว จากนั้นประธานสภาผู้แทนราษฎรดำเนินการเสนอร่างดังกล่าวต่อวุฒิสภา โดยวุฒิสภาต้องพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่สภาผู้แทนราษฎรเสนอมายให้เสร็จภายในหกสัปดาห์ แต่ถ้าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินต้องพิจารณาให้เสร็จภายในสามสัปดาห์²⁴

การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของวุฒิสภาจะพิจารณาเป็น 3 วาระ²⁵ เช่นเดียวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของสภาผู้แทนราษฎร จากนั้นวุฒิสภาจะพิจารณาดำเนินการกรณีใดกรณีหนึ่ง

²¹ โปรดดูรัฐธรรมนูญ มาตรา 142 วรรคสาม

²² โปรดดูรัฐธรรมนูญ มาตรา 140 ประกอบข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2551 ข้อ 105 ข้อ 113

²³ โปรดดูข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2551 ข้อ 132 ประกอบ ข้อ 134

²⁴ โปรดดูรัฐธรรมนูญ มาตรา 146 ประกอบข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2551 ข้อ 152

²⁵ โปรดดูรัฐธรรมนูญ มาตรา 140 ประกอบข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2551 ข้อ 134 ข้อ 135

ใน 3 กรณี คือ ลงมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร หรือแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ดังกล่าว²⁶ และเมื่อวุฒิสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จให้ส่งคืนสภาผู้แทนราษฎร

2.2 วิเคราะห์การเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141

การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วมีอยู่ 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะที่หนึ่ง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 และลักษณะที่สอง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 ในหัวข้อนี้วิเคราะห์เฉพาะเรื่องการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 โดยการควบคุมตรวจสอบกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นบทบังคับเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งศาลรัฐธรรมนูญต้องกระทำแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญชอบที่จะใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีผลใช้บังคับได้ทั้งกระบวนการในการตราและการตรวจสอบในทางเนื้อหาว่าเป็นไปอย่างถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ พิจารณาได้ดังนี้

(1) ร่างกฎหมายที่ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ

วัตถุที่เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีระยะเวลา

²⁶ โปรดดูรัฐธรรมนูญ มาตรา 147

ดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กล่าวคือ หลังจากที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้วและก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้รัฐสภาส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับ (ยกเว้นกรณีตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 ประกอบ มาตรา 305 (3)) ที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยไม่ต้องมีการตั้งประเด็นและความเห็นประกอบ

(2) บทบาทผู้มีสิทธิส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญจะเริ่มกระบวนการพิจารณาต่อเมื่อมีการส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วเข้ามา ซึ่งกระทำโดยผู้มีสิทธิส่งตามหลักการยื่นคำร้องขอเช่นเดียวกับการเริ่มกระบวนการพิจารณาในศาลอื่น บทบาทของผู้มีสิทธิส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นว่ามีความสำคัญต่อการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 โดยกรอบของผู้มีสิทธิส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประธานรัฐสภาตามข้อกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 20 วรรคสอง

(3) ระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว

รัฐธรรมนูญ มาตรา 141 วรรคหนึ่งตอนท้ายได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องกระทำไว้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากประธานรัฐสภา

(4) ผลแห่งคำวินิจฉัย

รัฐธรรมนูญ มาตรา 141 วรรคสอง กำหนดให้คำวินิจฉัยของ

ศาลรัฐธรรมนูญ ที่วินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใด มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป ในกรณีที่วินิจฉัยว่า ข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วทั้งในประเด็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่ และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของกระบวนการตราและในเรื่องของเนื้อหาตนเอง

3. ศาลรัฐธรรมนูญกับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภา ให้ความเห็นชอบแล้ว

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้ จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นโดยประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่ง และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา²⁷ โดยมีหน้าที่หลักสำคัญประการหนึ่งคือ การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ หัวข้อศึกษาประกอบด้วย

3.1 ความเป็นองค์กรศาลของศาลรัฐธรรมนูญ

หน้าที่หลักของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบกฎหมาย มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

²⁷ โปรดดูรัฐธรรมนูญ มาตรา 204

ของกฎหมายนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ประการหนึ่งในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งกระบวนการควบคุมก่อนและกระบวนการควบคุมตรวจสอบหลังจากที่กฎหมายประกาศใช้บังคับแล้ว ในเรื่องการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หากจำแนกตามช่วงระยะเวลาของกระบวนการตรากฎหมาย สามารถจำแนกได้ 2 ระยะ คือ ก่อนที่กฎหมายจะใช้บังคับ และหลังจากที่กฎหมายใช้บังคับแล้ว

ระยะที่หนึ่ง การควบคุมก่อนที่กฎหมายจะใช้บังคับ

กระบวนการควบคุมตรวจสอบก่อนกฎหมายจะใช้บังคับโดย รัฐธรรมนูญกำหนดให้มี 4 กรณี คือ กรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 กรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 149 กรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 และกรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 155²⁸

ระยะที่สอง การควบคุมภายหลังที่กฎหมายใช้บังคับ

กฎหมายเพื่อผ่านกระบวนการตราโดยองค์กรนิติบัญญัติและประกาศใช้บังคับแล้ว หากต่อมาปรากฏว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวได้ 4 กรณี คือ การควบคุมผ่านกระบวนการทางศาล ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และการพิจารณาวินิจฉัยคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยบทบัญญัติของกฎหมาย²⁹ ซึ่งองค์กรใดจะมีสถานะเป็นองค์กรศาลได้นั้น จะต้องมีความสมบัติและมีลักษณะดังต่อไปนี้³⁰

(1) ต้องเป็นองค์กรที่วินิจฉัยข้อพิพาท หรืออีกนัยหนึ่งคือ องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการซึ่งอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท คือ อำนาจที่จะ

²⁸ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2550), หน้า 65 - 70

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70 - 75

³⁰ อรรถา ปิ่งเย็น, การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดย ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (วิทยานพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 26 - 27

ประเมินข้อเท็จจริงเฉพาะคดีในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นแล้วนำเอาตัวบทกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ประเมินได้ว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงเช่นนั้นเกิดขึ้นจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

(2) คำวินิจฉัยนั้นจะต้องถึงที่สุด เต็มขาด และไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนได้โดยองค์กรอื่นใด (res judicata) หมายความว่า เมื่อองค์กรซึ่งมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ทำคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว คำวินิจฉัยนั้นจะต้องไม่อยู่ในสถานะที่จะถูกกลับหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้อีก ไม่ว่าจะเป็นโดยองค์กรที่ทำคำวินิจฉัยนั้นเองหรือโดยองค์กรอื่นใด และเมื่อเป็นคำวินิจฉัยขององค์กรซึ่งอยู่ในลำดับสูงสุดแล้ว คำวินิจฉัยขององค์กรนั้นจะต้องถือว่าเป็นที่สุดไม่อาจโต้แย้งต่อไปได้แม้จะมีความไม่เหมาะสมอย่างไรก็ตาม ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ให้มีบทบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวนี้ไว้ในมาตรา 216 วรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ”

(3) กระบวนการพิจารณาทำคำวินิจฉัยชี้ขาดจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผยต่อสาธารณชน เปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปเข้าฟังได้ การพิจารณาลับหลังจะต้องมีเหตุผลที่สมควรและจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถนำพยานหลักฐานมาสู้เพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ส่วนได้เสียของตนอย่างเต็มที่ทั้งในกรณีที่เป็นการสนับสนุนข้ออ้างของตนและในกรณีที่เป็นการหักล้างข้อกล่าวหาของฝ่ายตรงกันข้าม ซึ่งในมาตรา 216 วรรคหก บัญญัติว่า “วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้จะผ่านกระบวนการตราจากรัฐสภาโดยรัฐสภาจะต้องกลั่นกรองวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้ไม่ควรต่ำกว่ามาตรฐานของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 อาทิเช่น

(3.1) การพิจารณาคดีของศาลให้กระทำโดยเปิดเผยตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ข้อ 17

(3.2) การให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นของตนก่อนการวินิจฉัยคดี ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ข้อ 14 - 15 ข้อ 19 - 20 และข้อ 23 - 24 เป็นต้น

(4) มีหลักประกันความเป็นอิสระ ในการทำคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวจะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออำนาจบังคับบัญชาจากองค์กรอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ด้วยเหตุนี้ ระบบการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นจึงไม่อาจนำมาใช้กับระบบงานขององค์กรตุลาการได้ เพราะในระบบซึ่งผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะให้คุณให้โทษแก่ผู้ได้บังคับบัญชานั้นไม่อาจกล่าวได้ว่าผู้ได้บังคับบัญชาจะทำงานอย่างมีความเป็นอิสระโดยไม่คำนึงถึงสถานภาพหรือตำแหน่งหน้าที่ของตนที่อาจถูกสั่นคลอนได้โดยผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในลำดับหน้าที่สูงขึ้นไปในส่วนของหลักประกันความเป็นอิสระนี้จะเห็นได้ว่าในมาตรา 216 วรรคสอง บัญญัติว่า “ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรคณะทุกคนจะต้องทำความเห็นในการวินิจฉัยในส่วนของตนพร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ” การบัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อแสดงให้เห็นให้สาธารณชนได้ทราบว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคนมีเหตุผลและมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีในส่วนของตนโดยไม่ขึ้นอยู่กับองค์กรใด

ศาลรัฐธรรมนูญเมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีคุณสมบัติและลักษณะครบทั้ง 4 ประการ จึงมีสถานะเป็นองค์กรศาลอย่างเต็มรูปแบบโดยในเรื่องกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหมายถึง อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบกฎหมายหรือร่างกฎหมายเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่มีสถานะสูงกว่ากฎหมายอื่นใดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ที่ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย... ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

3.2 การควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ก่อนการประกาศใช้มิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141

กระบวนการควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมิให้ขัด

หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 141 เป็นระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงป้องกันและบังคับ ก่อนการประกาศใช้และจะดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อให้มีผลใช้เป็นกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว กล่าวคือ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้วก่อนจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ประธานรัฐสภาส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีระยะเวลากำหนดไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องตามกระบวนการ³¹ ต่อไปนี้

(1) ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการในการตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการตรวจสอบในทางรูปแบบว่า เป็นไปอย่างถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งกระบวนการตรากฎหมายมีทั้งที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในรัฐธรรมนูญและบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

(2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาแห่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ การตรวจสอบในกรณีนี้เป็นการตรวจสอบลักษณะเดียวกันกับการตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211

ทั้งนี้ผลการควบคุมตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของเนื้อหา รูปแบบหรือกระบวนการตรา เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วย่อมเกิดผลตามมาในกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป ในกรณีที่วินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตาม

³¹ ไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์, บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ, (วิทยานิพนธ์ปริญญารัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2547), หน้า 92 - 93.

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ซึ่งในกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลทำให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไป ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นกลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับในกรณีเช่นว่านี้ ให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมติในการแก้ไขเพิ่มเติมให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาแล้วให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 90 มาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณีต่อไป³² ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกระบวนการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ดังคำวินิจฉัยที่ 2/2551 ที่ 3/2551 ที่ 4/2551 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2551 เรื่อง ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 สรุปได้ว่า

เมื่อวันที่ 24 มกราคม 2551 ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 141 ว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่ และมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทและอำนาจในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

³² โปรดดูรัฐธรรมนูญ มาตรา 141

ตามหลักการตรวจสอบก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมายในมาตรา 141 และมาตรา 154 ซึ่งเป็นการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และร่างพระราชบัญญัติอื่นที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วว่า ตราขึ้นโดยถูกต้อง ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่และมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และตามหลักการตรวจสอบภายหลังประกาศใช้เป็นกฎหมาย ตามมาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245 และมาตรา 257 ที่บัญญัติให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยไม่อาจหยิบยกประเด็นความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตรากฎหมายฉบับนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยได้อีก

ในส่วนของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 มีลักษณะพิเศษและแตกต่างจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติอื่นตามมาตรา 154 กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามมาตรา 141 นั้น เป็นบทบังคับว่า ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยให้รัฐสภาส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับ (ยกเว้นกรณีตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 ประกอบมาตรา 305 (3)) ที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยไม่มีการตั้งประเด็นปัญหาและความเห็นประกอบ ส่วนตามมาตรา 154 ร่างพระราชบัญญัติอื่นจะส่งศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมายเฉพาะกรณีที่บัญญัติไว้ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันหรือนายกรัฐมนตรี เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว หรือนายกรัฐมนตรีส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

รัฐธรรมนูญ มาตรา 141 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ทั้งใน ประเด็นว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นตราขึ้นโดยถูกต้องตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประการหนึ่ง และร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

อีกประการหนึ่ง โดยในประเด็นว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับตราขึ้นโดย ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่นั้น มีประเด็นเบื้องต้นที่ต้องวินิจฉัยว่าการออกเสียงลงคะแนนของ สภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 140 วรรคหนึ่ง (1) หรือไม่

รัฐธรรมนูญ มาตรา 140 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาให้ กระทำเป็นสามวาระ ดังต่อไปนี้

(1)การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ และใน วาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเสียงข้างมากของแต่ละสภา ...”

กรณีจึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาก่อนว่า ขณะที่สภานิติบัญญัติ แห่งชาติออกเสียง ลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับดังกล่าวองค์ประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคหนึ่ง หรือไม่

รัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การประชุมสภา ผู้แทนราษฎรและการประชุมวุฒิสภาต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา จึงจะเป็นองค์ประชุม เว้นแต่ใน กรณีการพิจารณาระเบียบวาระกระทู้ถามตาม มาตรา 156 และมาตรา 157 สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาจะกำหนดเรื่ององค์ประชุมไว้ในข้อบังคับเป็นอย่างอื่นก็ได้ ...”

สาระสำคัญของบทบัญญัตินี้ คือ กำหนดจำนวนสมาชิกสภาที่มี จำนวนมากเพียงพอที่จะมาร่วมกันแสดงความคิดเห็นและแสดงเจตนาในรูปของ

มติที่ประชุมในการพิจารณาร่างกฎหมายและปฏิบัติหน้าที่อื่นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักการประชุมสภาที่ใช้อยู่ในนานาประเทศ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตล้วนมีบทบัญญัติว่าด้วยองค์ประชุมของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเช่นกัน การกำหนดองค์ประชุมไว้ด้วยก็เพื่อให้การประชุมพิจารณาเรื่องต่างๆ ของทั้งสองสภาเป็นไปด้วยความรอบคอบมีมุมมองที่หลากหลาย และมีการอภิปรายและเปลี่ยนความคิดเห็นกันอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในส่วนที่เกี่ยวกับการตรากฎหมายนั้น กฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ย่อมมีผลใช้บังคับกับประชาชนทุกคนในประเทศ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบในการพิจารณาทุกวาระและเมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดองค์ประชุมไว้ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ย่อมมีความหมายว่า การประชุมสภาผู้แทนราษฎรและการประชุมวุฒิสภาที่มีจำนวนสมาชิกเข้าร่วมประชุมไม่ครบองค์ประชุม จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยโดยองค์กรสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาไม่ได้ และหากมีการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร และที่ประชุมวุฒิสภา ที่ไม่ครบองค์ประชุม จะถือว่าเป็นการออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกในสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาที่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ได้

ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยแทนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามมาตรา 293 ของรัฐธรรมนูญ การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงต้องเป็นการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมที่ครบองค์ประชุม จึงจะถือว่าเป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเช่นกัน

ในเรื่องการกำหนดเกี่ยวกับองค์ประชุมของสภานั้น เห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่กำหนดโดยชัดเจนในรัฐธรรมนูญ กฎหมายอื่นใดและข้อบังคับการประชุมสภาจะขัดหรือแย้งไม่ได้ ดังนั้น การจะอ้างข้อบังคับ

การประชุมสภาหรือธรรมเนียมปฏิบัติใดเพื่อมิให้ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติ และเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจกระทำได้ ส่วนข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ.2549 ข้อ 18 วรรคสอง เป็นเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับการเปิดประชุม แต่ภายหลังเปิดการประชุมแล้วในขั้นตอนของการลงมติ ซึ่งเป็นผลมาจากการประชุมปรึกษาหารือและแสดงเจตนาออกมาในรูปของมติที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ องค์ประชุมจะต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคหนึ่ง เพราะองค์ประชุมมิได้มีความหมายแต่เพียงว่าเมื่อมีสมาชิกลงชื่อมาประชุมครบและเปิดการประชุมแล้ว หลังจากนั้นสมาชิกจะอยู่ร่วมประชุมหรือไม่ก็ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนสมาชิกในที่ประชุมอีกต่อไปและหากถือจำนวนสมาชิกที่ลงชื่อมาประชุม เป็นองค์ประชุมของสภาจนเสร็จสิ้นการประชุมในแต่ละครั้ง คงจะไม่ปรากฏเหตุการณ์ดังเช่นที่เกิดขึ้นในสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในอดีตรวมทั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดนี้ด้วย คือ การขอให้รับรององค์ประชุมในระหว่างการประชุม

ส่วนการอ้างเอกสิทธิ์ของสมาชิกสภาที่จะไม่ออกเสียงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 130 นั้น เห็นว่า เป็นคนละเรื่องกับองค์ประชุมที่ต้องประกอบด้วยจำนวนสมาชิกไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสภา และแม้สมาชิกมีเอกสิทธิ์ที่จะออกเสียงแต่สมาชิกที่ไม่ประสงค์ออกเสียงต้องอยู่ในที่ประชุมเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏความเห็นของตนในที่ประชุม

เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังเป็นยุติตามเอกสารบันทึกการออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งมาประกอบการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญว่าในวันและเวลาที่สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับว่าในการประชุมเพื่อลงมติในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ มีสมาชิกเข้าประชุมไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้น จึงไม่ครบองค์ประชุม และไม่อาจถือเป็นมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ และเมื่อการประชุมเพื่อลงมติในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ เป็นการประชุม

โดยไม่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคหนึ่งแล้ว การลงมติในวาระที่หนึ่งจึงเป็นการลงมติโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มีผลให้กระบวนการในการตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับดังกล่าวในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่สามารถนำไปสู่การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับในวาระที่สองและวาระที่สามต่อไปได้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาในวาระที่สองและวาระที่สาม ดังนั้น การตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. จึงไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันมีผลให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับเป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 วรรคสอง และกรณีไม่จำต้องวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ เพราะไม่อาจทำให้ผลของคำวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไป

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ตกเป็นอันตกโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และเป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 วรรคสอง

4. บทสรุป

หลักการปกครองโดยกฎหมายที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดส่งผลให้จำเป็นต้องสร้างกลไกเพื่อให้มีการประกันสถานะแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เช่น การบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งหรือยอมรับกันโดยปริยายว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะมีข้อความขัดหรือแย้ง

ต่อรัฐธรรมนูญได้ และประการต่อมาคือ การกำหนดให้มีองค์กรทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ในเรื่องขององค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญด้วยการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นองค์กรศาลทำหน้าที่หลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีทั้งกระบวนการควบคุมร่างกฎหมายที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วก่อนที่กฎหมายประกาศใช้บังคับ และกระบวนการควบคุมตรวจสอบกฎหมายหลังจากที่ประกาศใช้บังคับแล้ว การใช้บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย ประเภทร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วเป็นกระบวนการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในสถานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทั้งปวง บรรดากฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ อันเป็นหลักการสำคัญอย่างหนึ่งสำหรับการปกครองระบอบนิติรัฐที่มีจุดมุ่งหมายสำคัญเพื่อการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว และส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 ซึ่งเป็นบทบังคับของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีความใกล้ชิดเชื่อมโยงอยู่กับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและองค์กรนิติบัญญัติ จะต้องตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นด้วย หลังจากที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว และก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

ประธานรัฐสภาต้องส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมตรวจสอบได้ในทุกกระบวนการ ไม่ว่าจะเป็นข้อความ (เนื้อหา) ที่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตลอดทั้งกระบวนการตราหรือรูปแบบที่อาจไม่เป็นไปตามขั้นตอนและวิธีการในการตรากฎหมายที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งอยู่ในกระบวนการตราของฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามนัยรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 โดยผลของการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 หากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดมีข้อความอันเป็นสาระสำคัญขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือกระบวนการตรากฎหมายไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ จะมีผลให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวตกไปทั้งฉบับ แต่ถ้าข้อความที่ขัดหรือแย้งมิใช่ข้อความซึ่งเป็นสาระสำคัญให้เฉพาะข้อความที่ขัดหรือแย้งเป็นอันตกไป ผลการศึกษาพบว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในสถานะองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 ได้สร้างผลผลิตเกิดขึ้นได้อย่างเป็นรูปธรรม เมื่อมีการเสนอความเห็นของประธานรัฐสภาให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งจะต้องมีความสอดคล้องตอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะดำเนินการพิจารณาตามขั้นตอนและกระบวนการในลักษณะของการใช้อำนาจตุลาการโดยศาล ทั้งตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้อำนาจไว้ จากนั้นศาลรัฐธรรมนูญก็จะมีคำวินิจฉัยใช้เป็นเครื่องมือคุ้มครองรัฐธรรมนูญในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด และให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนทางอ้อมในลักษณะเชิงป้องกัน ดังปรากฏตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551 ที่ 3/2551 และที่ 4/2551 ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2551 กล่าวคือ ในการประชุมเพื่อลงมติในวาระที่หนึ่ง

ชั้นรับหลักการ มีสมาชิกเข้าประชุมไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้นจึงไม่ครบองค์ประชุมและไม่อาจถือเป็นมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ และเมื่อการประชุมเพื่อลงมติในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการ เป็นการประชุมโดยไม่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคหนึ่งแล้ว การลงมติในวาระที่หนึ่ง จึงเป็นการลงมติโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มีผลให้กระบวนการในการตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับดังกล่าวในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่สามารถนำไปสู่การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ ในวาระที่สองและวาระที่สามต่อไปได้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาในวาระที่สอง และวาระที่สาม ดังนั้น การตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. จึงไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันมีผลให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับเป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 วรรคสอง

รายการอ้างอิง

- จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา Legal Philosophy. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 (รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักงาน ศาลรัฐธรรมนูญ). นครปฐม : มิสเตอร์ก๊อปปี้, 2547.
- ไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์. บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการตรวจสอบ การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ. วิทยานิพนธ์ปริญญารัฐศาสตร มหาบัณฑิต สาขาวิชารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2547.
- มานิตย์ จุมปา. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง คณะกรรมการการเลือกตั้ง การเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542.
- วิจิตรา วิเชียรชม. การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ. ใน รวมบทความ ทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 8 ปี ศจ. ไพโรจน์ ชัยนาม, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพริ้ง, 2535.
- วิชา มหาคุณ. การใช้เหตุผลทางกฎหมาย. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2533.
- วิษณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ แสงสุทธิการพิมพ์, 2530.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ระบบงานรัฐสภา. กรุงเทพฯ : สำนักงาน เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2542.

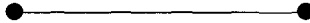
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2546.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2550.

อมร จันทรสมบูรณ์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545

อัลจนา ฟิงเย็น. การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542.



ละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

● พันโท ภาณุภูมิ สิลารัตน์*

1. บทนำ

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นบุคคลหนึ่งบุคคลใดชอบที่จะนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ฉะนั้นเมื่อศาลมีหน้าที่ต้องทำการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งให้แก่คู่กรณีพิพาทแล้วก็จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการวางมาตรการบางอย่าง อันเป็นเครื่องมือแก่ศาลที่จะผดุงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันศาล และในอันที่จะให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลดำเนินไปด้วยความสงบเรียบร้อยและรวดเร็ว ประกอบกับการพิจารณาคดีของศาลนั้นเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่าย ดังนั้น เพื่อให้การพิจารณาคดีของศาลเป็นไปด้วยความเรียบร้อยด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่การพิจารณาคดีของศาล ดังจะเห็นได้ว่า นอกจากประมวลกฎหมายอาญาจะได้บัญญัติลงโทษแก่บุคคลที่กระทำความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ดังเช่นที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 167 ถึงมาตรา 199 แล้ว ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ยังได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลที่จะลงโทษคู่ความหรือบุคคลที่รบกวนขัดขวางการพิจารณาของศาล ซึ่งเรียกว่า “การทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาล” การละเมิดอำนาจศาลเป็นหลักกฎหมายสากลที่ศาลทุกประเทศทั่วโลกยอมรับบังคับใช้อยู่ไม่ว่าจะเป็นระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ระบบกล่าวหา (Accusatorial System)

* ผู้อำนวยการกลุ่มงานคดี 3 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หรือแม้แต่ในระบบศาลประชาชน (People's Court System) ก็ตาม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การพิจารณาคดีในศาลเป็นไปด้วยความสะดวก เรียบร้อย รวดเร็ว และเป็นธรรม¹

2. ละเมิดอำนาจศาล

การกระทำความผิดเป็นการละเมิดอำนาจศาลนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยแล้ว ไม่มีบทนิยามว่าการละเมิดอำนาจศาลคืออะไร คงบัญญัติถึงลักษณะการกระทำต่างๆ ที่ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ตำรากฎหมายในต่างประเทศได้ให้คำจำกัดความเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้หลายแห่ง เช่น ในหนังสือ The Concise Law Dictionary ได้ให้คำจำกัดความของการละเมิดอำนาจศาลในประเทศอังกฤษไว้ว่า “ละเมิดอำนาจศาล” หมายความว่า

(1) การเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลสูง หรือการขัดขวางหรือหมิ่นประมาทศาล หรือ ผู้พิพากษา แต่ไม่ใช่ทนายฝ่ายตรงข้าม

(2) การกระทำที่น่าจะทำให้เป็นผลร้ายแก่จำเลย ซึ่งควรได้รับการพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรม, ถูกลงโทษโดยการปรับหรือจำคุก”

“Halsbury” นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงท่านหนึ่ง ได้วิเคราะห์คำว่าละเมิดอำนาจศาลในความหมายของกฎหมายอังกฤษไว้ว่า

1. การละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญา ซึ่งประกอบด้วยคำพูด หรือการกระทำที่ขัดขวางหรือน่าจะขัดขวางการดำเนินงานยุติธรรม

2. การละเมิดในกระบวนการวิธีพิจารณา ประกอบด้วย การไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา คำสั่ง หรือการดำเนินคดีอื่นๆ ของศาล และเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน

¹ พรเพชร วิชิตชลชัย, ละเมิดอำนาจศาล : บัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ผู้ใด (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พาสโก, 2522) หน้า 35.

จากคำจำกัดความและพฤติการณ์ จึงเห็นว่าการละเมิดอำนาจศาล หมายถึงการกระทำที่ไม่เชื่อฟังหรือไม่เคารพต่ออำนาจศาล หรือการละเมิดความสงบเรียบร้อยในกระบวนการพิจารณา อันมีลักษณะเป็นความผิดต่อศาลหรือผู้พิพากษา ตุลาการ

บทบัญญัติในเรื่องละเมิดอำนาจศาลนั้น เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็เพื่อคุ้มครองมิให้มีการละเมิดอำนาจศาล เพราะในการพิจารณาพิพากษาบรรดาอรรถคดีอำนาจตุลาการถือว่าเป็นอำนาจที่สำคัญ และจำเป็นต่อประเทศชาติ ในการพิจารณาคดีของศาล ศาลต้องมีอำนาจในการชี้แจงและวางบทกฎหมายให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้น การใช้อำนาจของศาลจึงจำเป็นต้องใช้เครื่องมือตามสมควร เพื่อให้อำนาจตุลาการมีความศักดิ์สิทธิ์และมีอำนาจลงโทษผู้ใดก็ตามที่มาเกะกะก่อความรำคาญในขณะพิจารณาคดี

2.1 ละเมิดอำนาจศาลยุติธรรม การกระทำความผิดที่ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาล และผู้ละเมิดอำนาจศาลจะต้องได้รับโทษอย่างไรนั้นมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30 - 33

2.1.1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30 บัญญัติว่า “ให้ศาลมีอำนาจออกข้อกำหนดใดๆ แก่คู่ความฝ่ายหนึ่ง หรือแก่บุคคลภายนอกที่อยู่ต่อหน้าศาลตามที่เห็นจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยบริเวณศาล และเพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปตามที่เที่ยงธรรม และรวดเร็ว อำนาจเช่นนี้ให้รวมถึงการสั่งห้ามคู่ความมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางก่อความรำคาญ หรือในทางประวิงให้ชักช้า หรือในทางฟุ้งเฟ้อเกินสมควร”

นอกจากนี้มาตรา 31 และมาตรา 32 ยังบัญญัติให้การกระทำใดๆ ดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

ก. การละเมิดอำนาจศาลเพราะขัดขึ้นไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาล

ข. การละเมิดอำนาจศาลเพราะประพฤติดนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล

- ค. การละเมิดอำนาจศาลเพราะฟ้องหรือผู้คู่คดีย่างคนอนาถา
 ง. การละเมิดอำนาจศาลเพราะจงใจหลีกเลียงไม่รับคำคู่ความ

หรือเอกสาร

จ. การละเมิดอำนาจศาลเพราะตรวจ หรือคัดลอกเอกสาร โดยไม่ได้รับอนุญาต

ฉ. การละเมิดอำนาจศาลเพราะขัดขืนไม่มาศาลตามคำสั่งศาล

คำว่า “ข้อกำหนด” ของศาล อาจเป็นเรื่องเกี่ยวกับการแต่งกาย หรือเกี่ยวกับความประพฤติของคู่ความ หรือบุคคลใดที่มาศาล ส่วนอำนาจในการออกข้อกำหนดของศาล รวมถึงการสั่งห้ามคู่ความมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางประวิงคดี หรือก่อความรำคาญ ขัดจังหวะ พุดจาโยกใช้ไร้สาระ ซึ่งเป็นการทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าโดยใช้เหตุ อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดที่ศาลออกไว้จะต้องเป็นกรณีที่จะเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในศาลและเพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปโดยเที่ยงธรรมรวดเร็วเท่านั้น หากศาลออกข้อกำหนดห้ามที่เป็นการเกินเลย เจตนารมณ์แห่งมาตรา 30 แล้วการออกข้อกำหนดนั้นย่อมเป็นการไม่ชอบ (ฎ. 57/2530) และหลักการเกี่ยวกับการออกข้อกำหนดของศาลจะต้องเป็นการออกเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาลเท่านั้น (ฎ. 3720/2528) ศาลออกข้อกำหนดไม่ให้โจทก์ลุกขึ้นแถลงการณ์ใดๆ ในขณะที่ศาลจดยางานกระบวนการพิจารณาคดีอยู่ แล้วโจทก์ยังฝ่าฝืน (ฎ. 2271/2537) หรือกล่าวเสียดื้อศาลว่า หากให้ศาลพิจารณาคดีต่อไป เกรงว่าศาลจะทำลายเอกสารที่สำคัญถือได้ว่าเป็นการประพฤติดนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลเป็นการละเมิดอำนาจศาล (ฎ. 1324/2539) ข้อกำหนดนี้ยังรวมถึงการห้ามไม่ให้คู่ความดำเนินคดีในทางก่อความรำคาญ ประวิงเวลาให้ช้าหรือพุ่มเพื่อยกเว้นควร

คำว่า “การประพฤติดนไม่เรียบร้อย” หมายถึง การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่ไม่สมควร อันเป็นการแสดงถึงความไม่เคารพ ศาลหรือเป็นการกระทำที่ก่อความรำคาญ หรือทำให้เกิดความขัดข้องในการพิจารณาพิพากษาของศาล เช่น ส่งเสียงเอะอะ โวยวาย หรือกล่าวคำหยาบ

ขวางปาผู้ใด ทำร้ายร่างกายโจทก์หรือพยานหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งในบริเวณศาล นอกจากนี้ การประพาดิคนไม่เรียบร้อยในศาล มิใช่แต่เฉพาะการแสดงออกทางกิริยาจากเท่านั้น แต่รวมถึงการขึ้นหรือส่งคำคู่ความหรือเอกสารต่อศาลด้วย เช่น ถ้าคำคู่ความหรือเอกสารที่ยื่นต่อศาลมีข้อความหมิ่นประมาท หรือดูหมิ่นศาล หรือก้าวร้าวเสียดสีศาลก็ย่อมเป็นความผิดละเมิดอำนาจศาลเช่นกัน (ฎ. 72/2491, 22/2497, 235/2514) หรือพกป็นบรรจกระสุนเข้าไปในห้องพิจารณาของศาล แม้จะอยู่ในเสื้อปกปิดและผู้พิพากษาลงบัลลังก์ไปแล้ว ก็เป็นการละเมิดอำนาจศาล (ฎ. 1985/2497) เมื่อศาลสั่งลงโทษผู้ละเมิดอำนาจศาลแล้ว ผู้เสียหายยอมฟ้องคดีอาญาให้ลงโทษผู้กระทำผิดอีกได้ เช่น จำเลยใช้รองแท็กซี่ผู้เสียหายในบริเวณศาล แม้ศาลจะลงโทษจำเลยฐานละเมิดอำนาจศาลไปแล้ว ผู้เสียหายยังมีสิทธิที่จะฟ้องร้องจำเลยฐานทำร้ายร่างกายอีกได้ (ฎ. 87/2484) นอกจากนี้การประพาดิคนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลซึ่งเป็นความผิดโดยสภาพ มาตรา 30 มิได้บัญญัติให้ศาลต้องออกข้อกำหนดดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้นเมื่อผู้ถูกกล่าวหาว่าประพาดิคนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล ศาลย่อมมีอำนาจสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลได้ทันทีโดยไม่ต้องดักเตือน (ฎ. 3720/2528) เงินที่ผู้กล่าวหามอบให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาในบริเวณศาลนั้นเป็นเงินที่ผู้ถูกกล่าวหาเรียกร้องอ้างว่าจะเอาไปให้ผู้พิพากษาในการอนุญาตให้ประกันตัว การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาจึงเป็นการประพาดิคนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ตามมาตรา 31 (1) (ฎ. 547/2537, 824/2537) นายประกันจำเลยยื่นคำร้องเท็จว่า จำเลยถึงแก่กรรมอันไม่เป็นความจริง ศาลได้สวนแล้วฟังว่าจำเลยไม่ได้ถึงแก่กรรม จึงสั่งลงโทษจำคุกนายประกันฐานละเมิดอำนาจศาล เพราะประพาดิคนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลเป็นการลงโทษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 31 (1), 33 โดยไม่มีโจทก์ฟ้อง สิทธิภาคีมาฟ้องของโจทก์จึงไม่ระงับไป โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยในข้อหาแจ้งความเท็จตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 ได้ (ฎ. 2302/2523)

คำว่า “ในบริเวณศาล” มีความหมายกว้างมาก เพราะนอกจากหมายถึง อาคารที่ทำการศาลแล้วยังหมายความรวมถึงอาณาบริเวณทั้งหลายของศาล เช่น สนามหญ้า ที่พักพยาน ที่จอดรถ และ รั้วศาลอีกด้วย

การรู้ว่ามี การส่งคำคู่ความ หรือเอกสารมาให้แล้วจงใจหลบหนี หรือหลีกเลี่ยงไม่รับการตรวจเอกสารทั้งหมดหรือฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งอยู่ในสำนวนโดยไม่ได้รับอนุญาต การขัดขืนไม่มาศาล การฝ่าฝืนข้อกำหนดศาลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในศาลตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และการประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล ซึ่งการประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลนั้นต้องกระทำในบริเวณศาล หรือโดยมีลักษณะของการกระทำที่ต่อเนื่องเข้ามาถึงบริเวณศาลด้วย เช่น กล่าวอ้างว่าจะเอาเงินไปให้ผู้พิพากษาเพื่อเป็นอามิสสินจ้างในการดำเนินคดีในศาล แม้จะกระทำนอกบริเวณศาลแต่ผลที่เกิดขึ้นนั้นมุ่งหมายให้เกิดผลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ถือว่าเป็นการประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล (ฎ. 6444/2540) การนำเข้าไปส่งมอบให้แก่ผู้ต้องหาในศาล การพกอาวุธปืนเข้ามาในบริเวณศาล การทะเลาะวิวาทชกต่อยกันหรือใช้รองเท้าทำร้ายคู่ความในบริเวณศาล การประกันตัวไปแล้วเปลี่ยนตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย เหล่านี้ล้วนเป็นการก่อความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในศาลเป็นการละเมิดอำนาจศาล เช่นกัน

การกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 32 เป็นเรื่องความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลของหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์อันออกโฆษณาต่อประชาชนโดยบัญญัติให้ผู้ประพันธ์ ผู้โฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์ดังกล่าวต้องรับผิดชอบหากได้กระทำละเมิดอำนาจศาล โดยแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

กรณีตามมาตรา 32 (1) ได้แก่การเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อื่น ๆ แห่งคดี ซึ่งศาลมีคำสั่งห้ามการออกโฆษณาสิ่งเหล่านั้น

กรณีตามมาตรา 32 (2) ได้แก่การกล่าวหาหรือแสดงวิธีใด ๆ โดยประสงค์จะให้มื่ออิทธิพลเหนือประชาชนหรือเหนือศาล เช่น ลงข้อความและบทความในหนังสือพิมพ์เป็นเชิงเปรียบเทียบให้เข้าใจว่าผู้พิพากษาเลือนคดี

โดยไม่ยุติธรรม ความยุติธรรมทำไม่ได้ แสดงว่าประสงค์ให้มีอิทธิพลเหนือความรู้สึกของพยานและเหนือศาล บรรณาธิการ, ผู้พิมพ์โฆษณา ผิดตามมาตรา ๒๖๑ (ฎ. 2611/2523)

โทษฐานละเมิดอำนาจศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33 ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษแก่ผู้ละเมิดอำนาจ คือ ไล่ออกจากบริเวณศาล หรือให้ลงโทษจำคุกหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือทั้งสองวิธี โดยปฏิบัติดังนี้

การไล่ออกจากบริเวณศาล ให้กระทำได้ชั่วคราวระยะเวลาที่ศาลนั่งพิจารณาหรือภายในระยะเวลาใด ๆ ก็ได้ที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งเมื่อจำเป็นจะเรียกให้ตำรวจช่วยจัดการก็ได้ ในกรณีที่ศาลลงโทษจำคุกและปรับ ให้จำคุกได้ไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 500 บาท

สำหรับมาตรา 33 เป็นบทยกเว้นจากหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล กฎหมายบัญญัติให้อำนาจศาลที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทันที โดยไม่ต้องมีการฟ้องร้องหรือพิจารณาคดีเหมือนคดีอาญาทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลได้ใช้อำนาจระงับการขัดขวางการพิจารณาและเพื่อให้การพิจารณาคดีทั้งแพ่งและอาญาเป็นไปโดยเที่ยงธรรมและรวดเร็ว

กรณีที่ศาลจำคุกผู้ละเมิดอำนาจศาลแล้ว ศาลจะเปลี่ยนโทษจำคุกเป็นกักขังแทนก็ได้ (ฎ. 2916/2522) เมื่อศาลชั้นต้นมีคำสั่งลงโทษผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ผู้ถูกลงโทษย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ หรือฎีกาว่าตนมิได้กระทำความผิดหรือขอลดหย่อนผ่อนโทษได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 228 แต่จะอุทธรณ์ขอให้ลงโทษผู้อื่นฐานละเมิดอำนาจศาลด้วยมิได้ (ฎ. 861/2503)

การกระทำละเมิดอำนาจศาล มิได้ทั้งกระทำต่อหน้าศาลและลับหลังศาล ถ้าความผิดได้กระทำต่อหน้าศาล ศาลย่อมมีอำนาจสั่งลงโทษผู้นั้นได้ทันทีโดยไม่ต้องทำการไต่สวนหรือสอบถามผู้ใด เพราะถือว่าศาลได้ข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานเองแล้ว (ฎ. 1604/2511) เช่น ศาลสั่งลงโทษ

ผู้หมิ่นประมาทศาลในเวลาพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30, 31 ได้ทันที โดยไม่ต้องมีการสอบสวนก่อน เพราะศาลมิได้ลงโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 151 (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 198) ด้วย (ฎ. 195/2497) แต่ถ้าความผิดได้กระทำหลังศาล หรือ ผู้พิพากษา ศาลจะต้องทำการไต่สวนหาข้อเท็จจริงเสียก่อนว่าความจริงเป็นอย่างไรและการกระทำของผู้นั้นเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลหรือไม่ (ฎ. 861/2503) นอกจากนี้ควรสังเกตว่ามีความผิดบางประเภทซึ่งการกระทำผิดอาจเกิดขึ้นต่อหน้าศาล แต่กฎหมายได้บัญญัติเป็นความผิดไว้ว่าเป็นละเมิดอำนาจศาล การที่จะลงโทษผู้กระทำผิดเหล่านี้จะต้องดำเนินการฟ้องและพิจารณาลงโทษตามกฎหมายว่าด้วยคดีอาญา เช่น พยานขัดขืนไม่ยอมปฏิญาณ หรือสาบานตน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 169, 171 เป็นต้น

ในส่วนของศาลยุติธรรมได้มีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องละเมิดอำนาจศาล ไว้ในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการว่า “ผู้พิพากษาจักต้องควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย ทั้งจะต้องไม่ให้ผู้ใดประพฤติดนินาไม่สมควรในศาล บทบัญญัติว่าด้วยเรื่องละเมิดอำนาจศาลพึงใช้ด้วยความระมัดระวังและไม่ลุแก่อ่อนแอ” ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลสามารถอุทธรณ์ได้ตามกระบวนการทางกฎหมาย แต่หากการละเมิดอำนาจศาลนั้นเกิดขึ้นที่ศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลสูงสุดคดีก็ถึงที่สุดไม่สามารถฎีกาต่อไปได้อีก

เรื่องละเมิดอำนาจศาลในศาลยุติธรรมไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญา เพียงแต่มีโทษทางอาญา (จำคุก, ปรับ) เท่านั้น การที่ผู้ละเมิดอำนาจศาลต้องจำคุกในเรื่องละเมิดอำนาจศาลไปแล้วต่อมาได้กระทำความผิดอาญาอีกภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ก็ไม่อาจเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 92 ได้

2.1.2 กรณีความผิดเกี่ยวกับความยุติธรรม เมื่อมีผู้กระทำความผิดฐานขัดขืนหมาย หรือคำสั่งของศาลซึ่งมิใช่เรื่องละเมิดอำนาจศาล เช่น บุคคลทั่วไปขัดขืนหมายหรือคำสั่งให้มาเบิกความหรือส่งทรัพย์สินหรือ

เอกสารใดๆ ในการพิจารณาคดี (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 170, 171) กรณีเช่นนี้หากผู้พิพากษาหรือตุลาการเห็นสมควรจะมอบอำนาจให้จำศาลไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีก็ได้ ส่วนการดูหมิ่นศาล บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 198 การวิจารณ์คำพิพากษานั้น จะผิดก็ต่อเมื่อไม่เข้าข่ายการวิจารณ์ในเชิงวิชาการ กล่าวคือการวิพากษ์วิจารณ์สามารถทำได้ แต่ต้อง “เชิงวิชาการ” หากเป็น “ความเห็น” ของประชาชน คนธรรมดาที่จะไม่ถือว่าเป็นวิชาการ²

2.2 ละเมิดอำนาจศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นแผนกหนึ่งในศาลฎีกาที่รัฐธรรมนูญ หมวด 8 ศาล ส่วนที่ 3 ศาลยุติธรรม มาตรา 272 วรรคสาม บัญญัติให้มีขึ้น ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง จึงเป็นศาลที่เป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรม และมาตรา 272 วรรคสี่ บัญญัติให้อำนาจหน้าที่ของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 มาตรา 18 บัญญัติไว้ว่า

มาตรา 18 ประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา มีอำนาจออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีเพื่อใช้แก่การปฏิบัติงานของศาลได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

² คำว่า “วิชาการ” นั้น พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายไว้ว่า “วิชาการ น. วิชาความรู้สาขาใดสาขาหนึ่ง หรือหลายสาขา เช่น บทความวิชาการ สัมมนาวิชาการ การประชุมวิชาการ” ซึ่งกล่าวโดยสรุปก็คือ ต้องเกี่ยวข้องกับ “ความรู้” และเป็นที่ยอมรับว่าต้องมีระบบระเบียบวิธีการวิจารณ์อย่างเป็นทางการ หรือกระทำโดยนักวิชาการเท่านั้น

นอกจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ กระบวนพิจารณาในศาลให้เป็นไปตามข้อกำหนดตามวรรคหนึ่ง ในกรณีที่ไม่มีข้อกำหนดดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับสำหรับคดีอาญา และบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับสำหรับคดีกล่าวหาว่าร้ายรอยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติโดยอนุโลม

พิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 มาตรา 18 วรรคหนึ่ง ประกอบข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2543 ซึ่งประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 มาตรา 18 แล้ว ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลไว้ โดยเฉพาะแต่อย่างใด แต่เมื่อพิจารณามาตรา 18 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติให้กระบวนพิจารณาในศาลเป็นไปตามข้อกำหนดตามวรรคหนึ่ง และในกรณีที่ไม่มีข้อกำหนดดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับสำหรับคดีอาญา และบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับสำหรับคดีกล่าวหาว่าร้ายรอยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติโดยอนุโลม ประกอบกับพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญา มาตรา 15 ซึ่งบัญญัติถึงกรณีที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาไม่ได้บัญญัติวิธีพิจารณาข้อใดไว้โดยเฉพาะ ก็ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้ แล้ว เห็นได้ว่าการละเมิดอำนาจศาลเป็นเหตุการณ์ที่ขึ้นในกระบวนพิจารณาคดีของศาลจึงเป็นเรื่องของวิธีพิจารณา ดังได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และในการดำเนินกระบวนพิจารณาทางอาญาในศาลยุติธรรมก็ได้ใช้บทบัญญัติเรื่องละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 เป็นฐานแห่งการใช้

- (1) ดักเตือน โดยจะมีคำดำเนินเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหรือไม่ก็ได้
- (2) ไล่ออกจากบริเวณศาล
- (3) ลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลพึงใช้อย่างระมัดระวังและเท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี และหากเป็นการสั่งลงโทษตาม (3) ให้องค์คณะอื่นที่มีชื่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นผู้พิจารณาและสั่งลงโทษ

มาตรา 65 ผู้ใดวิจารณ์การพิจารณาหรือการพิพากษาคดีของศาลปกครองโดยสุจริตด้วยวิธีการทางวิชาการ ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล หรือดูหมิ่นศาลหรือตุลาการ

มาตรา 66 ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี ไม่ว่าจะมีความร้องขอจากบุคคลดังกล่าวหรือไม่ ให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐประกอบด้วย

ในกรณีของศาลปกครอง ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งในคดีหมายเลขดำที่ ล.1/2549 คดีหมายเลขแดงที่ ล.1/2549 ระหว่าง นาย พ. (ผู้ฟ้องคดี) กับพวกรวม 11 คน นาย ส.(ผู้ถูกกล่าวหา) ที่ 1 และนาย บ. ที่ 2 กับคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ 2 เลขาธิการคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ 3 และพรรคประชากรไทย ที่ 4 (ผู้ถูกฟ้อง) เรื่อง ละเมิดอำนาจศาล (คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย) นั้น ศาลปกครอง

พิเคราะห์ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว เห็นว่าการกระทำละเมิดอำนาจศาล ศาลปกครองมีอำนาจลงโทษได้ตั้งแต่ตักเตือนจนถึงลงโทษจำคุก ตามแต่พฤติการณ์ข้อเท็จจริงแห่งคดี ในคดีนี้ปรากฏชัดเจน ผู้ถูกกล่าวหาทั้งสองมีเจตนาแถลงข่าวอันมีลักษณะข่มขู่ คุกคาม ทำให้มีอิทธิพลเหนือการพิจารณาคดีต่อศาลจึงควรลงโทษสถานหนัก แต่เนื่องจากผู้ถูกกล่าวหาทั้งสองมีความสำคัญในความผิดที่ตนได้กระทำการไปได้พยายามผ่อนคลายแก้ไขการกระทำต่อมาภายหลัง และได้แถลงขอรับผิดตามข้อกล่าวหาและขอภัยการกระทำที่ได้กระทำการไปต่อหน้าศาล ในขณะที่มีการไต่สวนผู้ถูกกล่าวหาทั้งสอง จึงเห็นว่ามิเหตุลดหย่อนผ่อนโทษยังไม่จำเป็นต้องลงโทษจำคุก อาศัยอำนาจตามมาตรา 64(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงให้ลงโทษดำเนินผู้ถูกกล่าวหาทั้งสองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อมิให้เกิดกรณีละเมิดอำนาจศาลอีก⁴

คดีหมายเลขแดงที่ ส.๑/๒๕๕๐ เป็นกรณีการปลอมแปลงหมายศาลจากการไต่สวนของศาลปกครองผู้ฟ้องคดียอมรับว่า ได้ให้บุตรของตนทำการคัดทอนข้อความในหมายแจ้งคำสั่งศาลปกครองดังกล่าวโดยนำข้อความบางตอนในหน้า ๒ มาใส่ในหน้า ๑ และยังได้พิมพ์ข้อความเพิ่มเติมในทางที่ให้ผู้อ่านเข้าใจว่าตนได้รับแต่งตั้งเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดคนใหม่แล้วศาลจึงเห็นว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีและบุตรเป็นการร่วมกันคัดทอนข้อความในหมายแจ้งคำสั่งศาล ซึ่งเป็นเอกสารราชการ เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง และได้นำเอกสารดังกล่าวไปใช้ในทางที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ศาลปกครอง อันเป็นการกระทำละเมิดอำนาจศาล ประกอบกับ ผู้ฟ้องคดี ซึ่งประกอบอาชีพทนายความย่อมรู้ว่าการปลอมแปลงหมายศาลเป็นการกระทำที่อาจทำให้ศาลได้รับความเสียหาย ศาลวินิจฉัยแล้ว

⁴ นาวาอากาศตรี พงศธร สัตย์เจริญ, อำนาจในการลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล, available from: <http://www.admin.rtaf.mi.th/legal>.

จึงมีคำสั่งว่า ผู้ฟ้องคดีและบุตรกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ให้ลงโทษจำคุกผู้ฟ้องคดีและบุตรคนละ 1 เดือน และให้ปรับคนละ 15,000 บาท แต่เนื่องจากการเป็นการกระทำความผิดครั้งแรก จึงให้รอการลงโทษจำคุกไว้กำหนด ๒ ปี หากไม่ชำระค่าปรับให้กักขังแทนค่าปรับ⁵

2.4 ละเมิดอำนาจศาลทหาร พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 13 บัญญัติว่า ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถาทองโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายทหาร หรือกฎหมายอื่นในทางอาญา ในคดีซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ในขณะที่กระทำความผิด และมีอำนาจสั่งลงโทษบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารฯ มาตรา 13 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจศาลแล้ว เห็นว่า ธรรมนูญศาลทหารฯ ได้บัญญัติในลักษณะให้ถือว่าการกระทำละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลทหาร และให้ศาลทหารมีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลทหารได้ทั้งผู้ที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร และรวมถึงบุคคลใดๆ ที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจศาลทหารด้วย ดังนั้นจึงมีความเห็นว่าการกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาลทหาร อาจแบ่งเป็น 3 ประเภทได้เช่นเดียวกับการกระทำละเมิดอำนาจศาลยุติธรรมโดยปรับใช้ได้ดังนี้

ประเภทที่ 1 การละเมิดอำนาจศาลที่เกิดจากการกระทำอันเกี่ยวกับการรบกวนความสงบเรียบร้อย หรือการประพฤติดนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลทหาร ตลอดจนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางก่อความรำคาญ หรือในทางประวิงให้ชักช้าหรือทางพุ่มเพื่อยเกินสมควร เป็นเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะดำเนินการสั่งการเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีดำเนินไปอย่างเที่ยงธรรมและรวดเร็ว ดังนั้น เมื่อมีการกระทำอย่างใดๆ ที่เป็นการรบกวน

⁵ เรื่องเดียวกัน

ความสงบเรียบร้อย หรือการประทุติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางก่อความรำคาญ หรือในทางประวิงให้ชักช้า หรือในทางฟุ่มเฟือยเกินสมควร ศาลทหารย่อมมีอำนาจวินิจฉัยได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดอำนาจศาลหรือไม่

ประเภทที่ 2 การละเมิดอำนาจศาลที่เกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาล นั้น ธรรมนูญศาลทหารฯ ภาค 5 วิธีพิจารณาความอาญาทหาร ลักษณะที่ 1 บททั่วไป มาตรา 45 บัญญัติว่า “วิธีพิจารณาความอาญาทหารให้นำกฎหมาย กฎ ข้อบังคับซึ่งออกกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีกฎหมาย กฎ และข้อบังคับฝ่ายทหารก็ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าวิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะใช้ได้” ดังนั้น หากศาลมีคำสั่งให้ผู้ที่อยู่ในอำนาจศาลปฏิบัติอย่างใด แล้วผู้นั้นไม่ปฏิบัติตาม ถือว่ามีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลทหารได้

ประเภทที่ 3 การละเมิดอำนาจศาลที่เกี่ยวกับการกระทำของผู้ประพันธ์บรรณธิการ หรือผู้พิมพ์โฆษณาซึ่งหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์อันออกโฆษณาต่อประชาชน สำหรับลักษณะของการกระทำละเมิดอำนาจศาลที่เกี่ยวกับการกระทำของผู้ประพันธ์ บรรณธิการ หรือผู้พิมพ์โฆษณาซึ่งหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์อันออกโฆษณาต่อประชาชน นั้น เห็นว่า เป็นลักษณะของการกระทำที่ปรับใช้ในคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหารได้ทั้งหมด เนื่องจากการควบคุมสื่อสิ่งพิมพ์ในด้านการเสนอข่าวสารและความคิดเห็นเกี่ยวกับคดี ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และให้การดำเนินคดีเป็นไปโดยยุติธรรม

ธรรมนูญศาลทหารฯ ไม่ได้บัญญัติโทษของความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาถ้อยคำของมาตรา 13 ซึ่งบัญญัติให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาวางบทลงโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายทหารหรือกฎหมายอื่นในทางอาญา และมีอำนาจสั่งลงโทษบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

แล้วเห็นว่า โทษฐานละเมิดอำนาจศาลทหารนั้น ไม่ว่าศาลจะลงโทษผู้ที่อยู่ในอำนาจศาลทหารหรือบุคคลอื่นที่กระทำละเมิดอำนาจศาล ก็น่าจะเป็นโทษตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33 บัญญัติไว้ ทั้งนี้ ยังไม่เคยมีการส่งลงโทษเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลทหารแต่อย่างใด

2.5 ละเมิดอำนาจศาลในต่างประเทศ

2.5.1 การละเมิดอำนาจศาลของอังกฤษ มีลักษณะสำคัญแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือ

1) การละเมิดอำนาจศาลภายในห้องพิจารณาซึ่งเกิดขึ้นในศาลสูง ศาลมีอำนาจลงโทษผู้กระทำผิดดังกล่าวได้ทันที โดยไม่ต้องจับกุม สอบสวนฟ้องร้องพิจารณาคดี เช่นคดีอาญาทั่วไป สำหรับศาลล่างมีอำนาจจำกัด บางศาลไม่มีอำนาจลงโทษด้วยตนเอง เช่น Magistrate Court

2) การละเมิดอำนาจศาลนอกห้องพิจารณาคดี ต้องดำเนินคดี เช่นคดีอาญาทั่วไป โดยอธิบดีอัยการ (Attorney General) เป็นผู้ฟ้องร้องเอง

2.5.2 การละเมิดอำนาจศาลสหรัฐอเมริกา อำนาจของศาลสหรัฐ (federal court) ที่จะลงโทษในความผิดละเมิดอำนาจศาล มีในกรณีดังนี้⁶

(1) ปรากฏความประพฤติไม่เรียบร้อยของบุคคลซึ่งปรากฏตัวหรืออยู่ใกล้ๆ นั้นอันเป็นการขัดขวางต่อการอำนวยความสะดวก

(2) ปรากฏความประพฤติไม่เรียบร้อยของของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

(3) ไม่เชื่อฟังหรือขัดหมายศาล กระบวนการ ระเบียบ กฎ คำพิพากษาหรือคำสั่งศาล

ลักษณะพิเศษในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลอาจมีการจำแนกการละเมิดอำนาจศาลออกเป็นสองประเภท คือการละเมิดอำนาจศาลในคดีแพ่งและคดีอาญา และละเมิดอำนาจศาลโดยตรงและโดยทางอ้อม

⁶ ณัฐสา จักรไพฑูรย์, การดูหมิ่นศาล, Available from: <http://www.institute.ago.go.th/text/usa..OPDA>

1) การละเมิดอำนาจศาลในคดีแพ่งและคดีอาญา เนื่องจากความแตกต่างของหลักเกณฑ์และกระบวนการพิจารณาระหว่างคดีแพ่งและคดีอาญา จึงทำให้เกิดความแตกต่างกันในความผิดเรื่องการละเมิดอำนาจศาล การละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญาถือเป็นอาชญากรรมเหมือนอาชญากรรมทั่วไป และอาจไม่มีการลงโทษบุคคลดังกล่าวตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ โดยเฉพาะ เช่น สิทธิที่จะไม่ถูกดำเนินคดีอาญาซ้ำ สิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อกล่าวหา สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างย่อ (summary) สิทธิที่จะต่อสู้คดี และสิทธิที่จะได้รับการพิสูจน์ว่ากระทำ ความผิดโดยปราศจากความสงสัย ในคดีละเมิดอำนาจศาลที่ร้ายแรง ผู้กระทำความผิดอาจต้องรับโทษจำคุกมากกว่าหกเดือน และบุคคลดังกล่าวมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยมีลูกขุน

ในทางตรงกันข้ามการลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลในคดีแพ่งเป็นเรื่องมาตรการบังคับและสามารถหลีกเลี่ยงได้หากมีการปฏิบัติตามที่ศาลสั่ง การไต่สวนจึงอาจเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการพิจารณานั้นโดยมีการแจ้งผู้กระทำความผิดทราบและสอบถาม จะไม่มีการนำลูกขุนมาใช้ในการพิจารณา หรือต้องมีการพิสูจน์จนปราศจากความสงสัย

2) การละเมิดอำนาจศาลโดยทางอ้อมกับบทบาทของอัยการ โดยหลักแล้วอัยการจะมีบทบาทช่วยศาลกรณีที่เกิดการละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญา ตามขั้นตอนการดำเนินคดีในข้อ 42 (b) ของ the Federal Rules of Criminal Procedure และในกรณีอื่น เช่น กรณีที่จะต้องมีการพิจารณาโดยใช้ลูกขุน ที่กำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ที่ศาลตั้งแสดงพยานหลักฐาน โดยทั่วไปแล้วอัยการสหรัฐอเมริกาทำหน้าที่ฟ้องคดีอาญาตามข้อ 42 (b) นี้ อย่างไรก็ตามมีหลายกรณีที่เป็นเรื่องที่ศาลไม่ได้เห็นการไม่เคารพอำนาจศาลเอง กระบวนการพิจารณาเรื่องละเมิดอำนาจศาลจึงอาจจะเริ่มขึ้นโดยศาล หรือทนายความที่ได้ประโยชน์จากสิ่งที่ศาลสั่ง

คดีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลส่วนใหญ่แล้วอัยการจะยอมฟ้องคดีให้ไปตามปกติ อย่างไรก็ตามอาจมีกรณีที่อัยการอาจปฏิเสธ

ไม่ดำเนินการให้เพื่อให้มีการจ้างทนายฟ้องเอง อย่างไรก็ตามในทุก ๆ คดีอัยการจะต้องคำนึงว่าไม่เพียงแต่ต้องคำนึงถึงระดับความสำคัญที่ตนจะเข้าดำเนินการ แต่จะต้องเป็นประโยชน์ต่อรัฐในฐานะคู่ความในการรักษาอำนาจศาลซึ่งเป็นหลักของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม การละเมิดอำนาจศาลโดยทางอ้อมจำเลยในความผิดเรื่องละเมิดอำนาจศาลจะต้องเป็นคู่ความในคดีก่อน ผู้แทนตามกฎหมายของคู่ความ หรือผู้ช่วยหรือผู้สนับสนุนการกระทำผิดของบุคคลดังกล่าว แต่ในที่นี้ไม่ให้ถือว่าอัยการและทนายความที่ให้คำปรึกษาโดยสุจริต กระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ส่วนการลงโทษ-ดุลยพินิจในการปรับหรือจำคุกที่เหมาะสม ศาลมีดุลยพินิจอย่างกว้างขวางในการกำหนดโทษปรับหรือจำคุกที่เหมาะสมตามกระบวนการพิจารณาเรื่องละเมิดอำนาจศาล อย่างไรก็ตาม อาจมีการอุทธรณ์เพื่อการทบทวนและเปลี่ยนแปลงโทษนี้ได้ กรณีที่มีการพิจารณาเรื่องการละเมิดอำนาจศาลแบบยื่นข้อกล่าวหาหลังเสร็จสิ้นการพิจารณาคดีที่ทำอยู่ บุคคลผู้ละเมิดอำนาจศาลควรได้รับโอกาสที่จะพูดตามสิทธิ

สำหรับการละเมิดอำนาจศาลในสหรัฐอเมริกา มีลักษณะคล้ายคลึงกับในประเทศอังกฤษ คือ ผู้ที่ประพฤติดนไม่เรียบร้อยภายในบริเวณศาลระหว่างการพิจารณาหรือใกล้เคียงกับศาลเพื่อรบกวนการพิจารณาคดีจะถูกจับกุมฟ้องร้องตามวิธีการดำเนินคดีอาญาตามปกติ อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาที่อยู่在那นั้นหรือใกล้เคียง อาจใช้วิธีการที่เรียกว่า “วิธีพิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาล” (Contempt Preceding) โดยศาลจะทำตัวเป็นทั้งอัยการ พยาน และศาลพิพากษาลงโทษผู้ผิดได้ทันที

หลักการดำเนินคดีละเมิดอำนาจศาลในสหรัฐอเมริกา มีความคล้ายคลึงกับของอังกฤษ คือ

1. การละเมิดอำนาจศาลที่ศาลใช้อำนาจพิเศษลงโทษได้ทันที นั้น ต้องเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในห้องพิจารณาคดี และทำให้การดำเนินงานยุติธรรมภายในศาลต้องเสื่อมเสียไปเท่านั้น

2. การละเมิดอำนาจศาลนอกห้องพิจารณา ไม่ว่ากรณีใด ๆ ต้องดำเนินคดีเช่นคดีอาญาทั่ว ๆ ไป

3. ศาลของสหรัฐ (Federal Court) มีข้อบังคับว่า หากการละเมิดอำนาจศาลเป็นเรื่องเกี่ยวกับตัวผู้พิพากษาโดยตรง ผู้พิพากษาคคนนั้นไม่มีอำนาจพิจารณาคดีละเมิดดังกล่าว

2.5.3 การละเมิดอำนาจศาลญี่ปุ่น ในประเทศญี่ปุ่นมีปัญหาการละเมิดอำนาจศาลเกิดขึ้นเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการรักษาระเบียบภายในศาลฯ ค.ศ. 1952 ผู้พิพากษาญี่ปุ่นมีอำนาจใช้มาตรการที่มีใช้โทษอาญาดำเนินการแก่ผู้ละเมิดอำนาจศาลได้เช่นเดียวกับคดีละเมิดอำนาจศาลที่กระทำต่อหน้าศาลหรือบริเวณใกล้เคียงและผู้พิพากษาได้เห็นได้ยินด้วยตนเอง โดยการไม่เชื่อฟังคำสั่งศาลที่สั่งระหว่างการพิจารณาคดีหรือรบกวนการปฏิบัติงานของศาล โดยการกล่าวคำหมิ่นประมาทศาล การกระทำที่หยาบคาย ส่งเสียงรบกวน หรือประพฤตินั้นไม่เหมาะสมต่าง ๆ ซึ่งเป็นการเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของการพิจารณาคดี มาตรการที่ผู้พิพากษาใช้สำหรับลงโทษก็คือ การกักขังไม่เกิน 20 วัน ปรับไม่เกิน 3 หมื่นเยน หรือทั้งสองอย่าง

สำหรับการวิพากษ์วิจารณ์การพิจารณาคดีของศาล ก็เป็นเรื่องที่ขัดแย้งกันมากในญี่ปุ่น ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1960 ได้มีการประชุมผู้พิพากษาศาลสูงและศาลล่างทั่วประเทศ และ Chief Justice Kotaro Tanaka ได้กล่าวในที่ประชุมว่า เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าไม่มีเหตุผลอะไรที่การดำเนินงานของศาลจะเปิดโอกาสให้วิพากษ์วิจารณ์ไม่ได้ นอกจากนี้ยังมีการพัฒนาความคิดกันว่า คำพิพากษาของศาลนั้นก็ควรได้รับการวิเคราะห์และวิจารณ์ในทัศนะทางกฎหมายด้วยเช่นกัน⁷

2.5.4 การละเมิดอำนาจศาลในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁸ บทบัญญัติเรื่องการรักษาความเรียบร้อยในศาลหรือเรื่องละเมิดอำนาจศาลของเยอรมันมีบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล (Gerichtsver-

⁷ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา, การละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ, หน้า 3.

⁸ คณิศ ฌ นคร, ละเมิดอำนาจศาลในเยอรมัน, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์พาสโก, 2522), หน้า 48 - 50.

fassungsgesetz) ละเมิดอำนาจศาลในเยอรมัน เป็นการกระทำในทางคดีเพื่อรักษาไว้ซึ่งความเรียบร้อยภายนอกและเพื่อขจัดการก่อกวนการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งรวมทั้งในการพิจารณาลับด้วย มาตรการที่จะใช้กับการละเมิดอำนาจศาลในเยอรมันมีอยู่ 2 ประการ คือ

1. มาตรการเพื่อการป้องกัน การสั่งการสำหรับมาตรการเพื่อป้องกัน เช่น การตักเตือน การให้ถอนคำพูดเหล่านี้เป็นต้น เป็นอำนาจของผู้พิพากษาหัวหน้าคณะและผู้พิพากษานายเดี่ยว และอาจสั่งการกับบุคคลทุกคนที่อยู่ในนั้นได้ รวมทั้งกับผู้พิพากษาร่วมคณะและพนักงานอัยการด้วย เกี่ยวกับมาตรการนี้ผู้ถูกใช้ไม่มีสิทธิร้องอุทธรณ์ใดๆ ทั้งสิ้น

2. มาตรการอันเป็นการบังคับ มาตรการอันเป็นการบังคับนี้ใช้กับการก่อกวนหรือรบกวนความเรียบร้อยในศาลที่เกิดขึ้นแล้ว ผู้ใช้มาตรการนี้คือศาล และใช้ได้แก่บุคคลตามที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น

การใช้มาตรการอันเป็นการบังคับอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ

(1) กรณีเนื่องจากการไม่เชื่อฟัง (Ungehorsam) กล่าวคือ ไม่เชื่อฟังคำสั่งหรือข้อกำหนดของศาล และ (2) กรณีเนื่องจากการประพฤติตนไม่เรียบร้อย (Ungebühr) คำสั่งลงโทษบุคคลในกรณีไม่เชื่อฟังย่อมเป็นที่สุด ผู้ถูกลงโทษไม่มีสิทธิร้องอุทธรณ์ใดๆ

ละเมิดอำนาจศาลของเยอรมันมีลักษณะเป็นมาตรการเพื่อควบคุมการพิจารณาคดีเท่านั้น แม้กระนั้นก็ตามในกรณีที่ผู้ใดถูกลงโทษทางอาญาเนื่องจากการกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาลนั้น ในเวลาต่อมากฎหมายให้หักวันฐานละเมิดอำนาจศาลออกจากโทษด้วย นอกจากนี้เรื่องละเมิดอำนาจศาลของเยอรมันยังจำกัดขอบเขตการใช้และบุคคลที่จะถูกใช้อันแสดงถึงการมองเห็นความสำคัญของเสรีภาพของบุคคลและความสำคัญขององค์กรอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับความยุติธรรมด้วย

จากหลักการดำเนินคดีละเมิดอำนาจศาลในต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น แสดงว่ากฎหมายได้ให้หลักประกันแก่ประชาชนหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีไว้อย่างมาก โดยอนุญาตให้ศาลใช้อำนาจพิเศษ

ลงโทษผู้ถูกกล่าวหาได้ทันที โดยไม่ต้องมีการจับกุมสอบสวนฟ้องร้องสืบพยาน เฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นในระหว่างพิจารณาคดี หรือใกล้ชิดกับการพิจารณาคดี ซึ่งหากไม่ใช้วิธีการนี้แล้วจะเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่อำนาจความยุติธรรมอย่างร้ายแรงเท่านั้น กฎหมายมิได้ประสงค์จะให้ใช้อย่างพร่ำเพรื่อ หรือตามอารมณ์ของผู้พิพากษา เพราะมิฉะนั้นแล้ว เสรีภาพของประชาชนก็จะถูกลิดรอนอยู่ตลอดเวลา ดังนั้น เมื่อใดจึงจะถึงขีดที่ศาลต้องใช้อำนาจพิเศษดังกล่าวเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละคนว่าจะเห็นสมควรใช้เมื่อใด ความสุ่มรอบคอบ ความหนักแน่น ความอดทน และความมีประสบการณ์ในการพิพากษาคดีของผู้พิพากษา จะเป็นเครื่องชี้ได้เองว่าควรใช้อำนาจพิเศษนั้นเมื่อใด

3. ศาลรัฐธรรมนูญกับการละเมิดอำนาจศาล

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล จำเป็นที่ศาลจะต้องพยายามดำเนินกระบวนการพิจารณาไปให้สะดวกราบรื่นที่สุด ทั้งนี้โดยปลอดจากการแทรกแซงหรือรบกวนจนอาจเสียความยุติธรรมได้ หลักของการวินิจฉัยคดีโดยปลอดจากการแทรกแซงรบกวนนี้ ถูกรับรองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งให้อำนาจศาลในการคุ้มครองกระบวนการพิจารณาจากการรบกวนแทรกแซง ซึ่งเรียกกันว่าการ “ละเมิดอำนาจศาล” และมีกฎหมายอาญา ซึ่งคุ้มครองผู้พิพากษาและตุลาการจากการดูหมิ่นหรือทำให้เสื่อมซึ่งเกียรติยศหรือการรบกวนกระบวนการยุติธรรมอื่น ๆ

ศาลรัฐธรรมนูญเองแม้มิใช่ศาลที่พิจารณาคดีแพ่ง หรือคดีอาญาทั่วไป เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม แต่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นก็เป็ศาลในทางมหาชน มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ซึ่งล้วนแต่เป็นคดีที่มีความสำคัญต่อกลไกต่างๆ ทางการเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการพิจารณา วินิจฉัยโดยอิสระและปราศจากการรบกวนแทรกแซงจากภายนอก จริงอยู่ที่

ศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้เองตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ 2540⁹ อันเป็นผลดีต่อการพัฒนาของศาลรัฐธรรมนูญหลายประการ เช่น ทำให้สะดวกและคล่องตัวในการปฏิบัติงาน โดยสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ง่ายกว่าการกำหนดให้ต้องออกเป็นกฎหมายวิธีพิจารณา และอาจจะเป็นผลดีแก่สาธารณชนอีกประการหนึ่ง คือ ในกรณีเช่นนี้ย่อมไม่มีบทบัญญัติเรื่อง “ละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” เพราะวิธีพิจารณาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นดังกล่าวไม่มีฐานะเป็นกฎหมายที่จะกำหนดโทษทางอาญาได้ ซึ่งก็ไม่น่าจะเป็นผลเสียต่อศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด หากมีกรณีที่เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในระหว่างการศึกษาความสงบเรียบร้อยได้ตามสมควรอยู่แล้ว¹⁰ โดยกำหนดมาตรการไว้ในวิธีพิจารณาที่กำหนดดังกล่าว เช่น สั่งให้ผู้มีประพฤติดนไม่เรียบร้อยออกไปจากศาล เป็นต้น¹¹ หรือหากมีผู้ดูหมิ่นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็สามารถดำเนินคดีอาญาได้อยู่แล้ว ตามประมวลกฎหมายอาญา โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานในการยุติธรรม¹² หากแต่การที่ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องละเมิดอำนาจ

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 269 “วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง อย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย การให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นของตนก่อนการวินิจฉัยคดี การให้สิทธิคู่กรณีขอตรวจดูเอกสารที่เกี่ยวข้องกับตน การเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญด้วย”

ปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญได้ออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 บังคับใช้อยู่ ขณะที่ยังไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

¹⁰ ขาดิ ชัยเดชสุริยะ “ศาลรัฐธรรมนูญในความคาดหวังของข้าพเจ้า” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 2:4 (มกราคม - เมษายน) 2543 หน้า 99 - 100

¹¹ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 15 และข้อ 16

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 208 วรรคสาม ประกอบประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 136, 198

ศาลรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมทำให้สาธารณชนเกิดความมั่นใจมากขึ้นที่จะวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของศาลรัฐธรรมนูญในครรลองที่ชอบธรรมอันน่าจะช่วยให้เกิดการเปิดรับความคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาศาลรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวาง และทำให้เกิดจุดเชื่อมต่อทางสังคมระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับประชาชนให้เกิดความรู้สึกร่วมว่า ศาลรัฐธรรมนูญนอกจากตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว ยังเป็นของประชาชนด้วย

แต่อย่างไรก็ดี การละเมิดอำนาจศาลบางประการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่อาจจะเทียบเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญได้ ได้แก่ มาตรา 30 ให้อำนาจศาลในการออกข้อกำหนดเพื่อใช้บังคับแก่คู่ความหรือบุคคลอื่นที่เข้ามาในบริเวณศาลตามที่จำเป็นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในบริเวณศาล และเพื่อให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปโดยเที่ยงธรรมและรวดเร็ว ปลอดภัยจากการก่อความรำคาญหรือประวิงเวลาให้ชักช้า โดยข้อกำหนดดังกล่าวศาลจะออกเป็นหนังสือหรือโดยวาจาก็ได้ ในขณะที่พิจารณาคดี ซึ่งการละเมิดข้อกำหนดดังกล่าว เป็นการละเมิดอำนาจศาลตามมาตรา 31 (1) ซึ่งมาตราและอนุมาตราดังกล่าวยังรวมไปถึงการประพฤติชั่วไม่เรียบร้อยขาดการระงับ ก่อความเดือดร้อนรำคาญในศาลด้วย กรณีหลังนี้ศาลไม่ต้องออกข้อกำหนดก่อน ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้ ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษได้เอง ตามมาตรา 33 คือ ไล่ออกจากบริเวณศาลก็ได้ หรือสั่งจำคุกปรับหรือทั้งจำทั้งปรับก็ได้โดยสั่งจำคุกได้ไม่เกินหกเดือนปรับไม่เกินห้าร้อยบาท ฟังสั่งถือว่ามาตรา 30 และมาตรา 31 นี้เป็นบทบัญญัติเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในการพิจารณาและในบริเวณศาล ซึ่งตรงกันกับข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญฯ ข้อ 15 และข้อ 16 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ออกระเบียบศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยการรักษาระเบียบและความเรียบร้อยในที่ทำการหรือบริเวณที่ทำการศาลรัฐธรรมนูญและการเข้าฟังการไต่สวนของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ดังนี้

1. แต่งกายสุภาพ รักษามารยาทให้เรียบร้อย อยู่ในบริเวณที่ที่จัดไว้ และปฏิบัติตามคำแนะนำของเจ้าหน้าที่ของสำนักงานด้วย

2. ลงชื่อนามสกุลและรายละเอียด พร้อมทั้งลายมือชื่อในสมุดที่สำนักงานได้จัดไว้

3. ห้ามมิให้ผู้เข้ารับฟังการพิจารณาคดีของศาลแสดงกิริยาไม่เรียบร้อย หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการหรือขัดขวางการได้ส่วนของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของเจ้าหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

4. การถ่ายภาพ การถ่ายทำภาพยนตร์ บันทึกภาพหรือเสียง หรือกระทำการอื่นในทำนองเดียวกันในการพิจารณาคดี จะกระทำมิได้ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาลรัฐธรรมนูญ

5. การถ่ายภาพ การถ่ายทำภาพยนตร์ บันทึกภาพหรือเสียง หรือกระทำการอื่นในทำนองเดียวกันในบริเวณที่ทำการศาล ห้องพิจารณาให้กระทำได้เมื่อได้รับอนุญาตจากเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

จะเห็นได้ว่าอำนาจบังคับของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ทำได้เพียงสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนหรือละเมิดดังกล่าวออกไปจากที่พิจารณาเท่านั้น ไม่สามารถบังคับหรือลงโทษจำคุกหรือปรับได้ เพราะระเบียบตลอดจนข้อกำหนดดังกล่าวมิได้ให้อำนาจไว้ ดังนั้นแม้ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษผู้ละเมิดอำนาจศาลในการก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในระหว่างการพิจารณาคดีก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังคงมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้นั้นออกไปจากบริเวณที่พิจารณาคดี หรือออกจากบริเวณศาลก็ได้

สำหรับการประเด็นการวิพากษ์วิจารณ์ศาลรัฐธรรมนูญ หรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่เปิดเผยและลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาก็ย่อมเป็นไปเช่นนั้นเองว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้ ซึ่งเป็นอีกข้อหนึ่งที่แตกต่างจากศาลอื่นๆ ทั้งนี้ การวิพากษ์วิจารณ์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางวิชาการและโดยความสุจริตใจแล้ว ย่อมเป็นประโยชน์ต่อการศึกษากฎหมายและวิชานิติศาสตร์ไทยอย่างยิ่ง

หากการวิพากษ์วิจารณ์นั้นไม่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ขั้นต้น หรือ

ผู้วิพากษ์วิจารณ์นั้นได้กระทำไปโดยพ้นเลยจากขอบเขตของการ “ติชมโดยสุจริต” แล้ว บางครั้งอาจจะก่อให้เกิดการละเมิดต่อเกียรติภูมิของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญเอง และอาจจะก้าวล่วงไปเป็นการเสื่อมเสียต่อเกียรติยศชื่อเสียงของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละท่านด้วย โดยเฉพาะหากเป็นการวิพากษ์วิจารณ์ข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นการกล่าวหาความเท็จจนทำให้เกิดความเข้าใจผิดต่อประชาชนบุคคลอื่น จนมีลักษณะเป็น “ความผิดฐานหมิ่นประมาท” ตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้กระทำได้กล่าวก็สมควรได้รับการลงโทษ

การหมิ่นประมาทหรือการดูหมิ่นนั้น ถือเป็นการกระทำอันละเมิดต่อเกียรติยศชื่อเสียงของบุคคลอยู่แล้ว โดยมีต้องสงสัยว่าการหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นที่กระทำต่อบุคคลในฐานะเช่นไรนั้น จะเป็นความผิดหรือไม่ กล่าวคือ แม้บุคคลนั้นจะไม่ได้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กฎหมายก็ย่อมคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลนั้นอยู่แล้ว ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้บุคคลนั้นเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 326 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและถ้าการหมิ่นประมาทนั้นทำโดยการโฆษณา ไม่ว่าจะโดยเอกสารหรือสื่ออื่นใด ในรูปของข้อความ รูปภาพ การกระจายเสียง หรือการแพร่ภาพ ก็จะได้รับโทษสูงขึ้นไปอีก

การดูหมิ่นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 208 วรรคสาม กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นเจ้าพนักงานยุติธรรมตามกฎหมายด้วย การกล่าวถ้อยคำ หรือแสดงข้อความอันมีลักษณะเป็นการดูหมิ่นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การดูหมิ่นนั้นเนื่องจากการกระทำการตามหน้าที่หรือเพราะได้กระทำการตามหน้าที่ ผู้นั้นก็มีความผิดฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงานด้วย อันมีโทษแยกต่างหากจากการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 136 ด้วย

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญก็ถือเป็น “ศาล” ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วยเช่นกัน การดูหมิ่นศาลรัฐธรรมนูญ จึงถือเป็นการดูหมิ่น

ศาลตามมาตรา 198 เช่นกัน และหากการกระทำผิดนั้น ผู้กระทำผิด เป็นสื่อมวลชนหนังสือพิมพ์แล้ว ยังจะต้องนำบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยการพิมพ์มาใช้บังคับอีกด้วย

4. ถึงเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีบทละเมิดอำนาจศาลหรือไม่

หากพิจารณาถึง “ระบบศาล” ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะพบว่า ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ต่างมีบทบัญญัติคุ้มครองแก่ศาลและการพิจารณาคดีของศาลไว้เพื่อเป็นเครื่องมือป้องกันตัวของศาลจากการรบกวนการพิจารณาหรือการวิพากษ์ศาล

บทความนี้มีได้มุ่งจะศึกษาเทียบเคียงกับบทละเมิดอำนาจศาลในประเทศต่าง ๆ แต่จะได้พิจารณาถึงความจำเป็นหรือความเหมือนกับ “ระบบศาล” ตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงระบบศาล โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นศาลที่จะพิจารณาคดีในทางการเมือง คงต้องหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะถูกวิพากษ์วิจารณ์การทำงานหรือคำวินิจฉัย แต่อย่างไรก็ดี “ขอบเขต” ของการวิจารณ์หรือติชมคงต้องมีการกำหนด “เส้น หรือ เขต” ของการใช้อำนาจในการวิพากษ์วิจารณ์ขึ้นใช้บังคับในศาลรัฐธรรมนูญบ้างเพื่อเป็นมาตรการป้องกันมิให้ล้ำเส้นหรือล้ำเขต

ประเทศในระบอบประชาธิปไตยนั้นมีการกำหนดขอบเขตชัดเพื่อสร้างความแตกต่างระหว่างคดีละเมิดอำนาจศาลกับการแสดงความเห็นเกี่ยวกับการพิจารณาคดีเพื่อให้เข้ากับหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนหรือนักวิชาการ เพราะทั้งนี้ทุกคนต้องเคารพสิทธิและหน้าที่ของแต่ละคน เมื่อศาลมีหน้าที่วินิจฉัยคดีความและมีคำตัดสินอย่างไร ทุกคนต้องให้ความเคารพต่อการปฏิบัติหน้าที่ขณะเดียวกันประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้แย้งหรือไม่เห็นชอบด้วยโดยได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาก็ต้องเป็นไปตามการวินิจฉัยของศาลมิได้เปลี่ยนแปลงตามความเห็นของประชาชน ศาลยังคงมีอิสระในการทำงานตามหน้าที่โดยสมบูรณ์ ประชาชนก็

มีเสรีภาพในการวิจารณ์ความเห็นดังกล่าวได้อันเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้
ต่างคน ต่างทำหน้าที่ของตน

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญ 2550 ได้บัญญัติให้วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ
เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของ
ศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับขั้นตอน กระบวนการ และวิธีพิจารณา
ของศาลรัฐธรรมนูญไว้หลายประการ ซึ่งปัจจุบันร่างพระราชบัญญัติประกอบ
รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. อยู่ในระหว่าง
การพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎร โดยมีกรรมา
เรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาลและการละเมิดอำนาจศาลไว้ตาม
ร่างมาตรา 15 ถึง มาตรา 17 มีความสำคัญสรุปได้ดังนี้

ร่างมาตรา 15 ในการพิจารณาคดี ให้ศาลมีอำนาจในการรักษา
ความสงบเรียบร้อยของการพิจารณาคดีในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลที่เข้ามา
หรือจะเข้ามาในที่ทำการศาล หรือบริเวณที่ทำการศาล หรือเข้าฟัง
การไต่สวนของศาล การให้บุคคลใดซึ่งฝ่าฝืนออกไปนอกสถานที่พิจารณา
และให้กระทำการใด ๆ เพื่อให้การพิจารณาคดีดำเนินไปโดยสงบเรียบร้อย
และรวดเร็ว รวมทั้งวางระเบียบเพิ่มเติมเพื่อให้การดำเนินกระบวนการ
พิจารณาของศาลเป็นไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพ

ร่างมาตรา 16 นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัติประกอบ
รัฐธรรมนูญนี้ให้นำบทบัญญัติที่ถือว่าเป็นการกระทำความละเมิดอำนาจศาล
ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม และ
เมื่อมีการละเมิดอำนาจศาลให้ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษได้ดังนี้

- (1) ตักเตือนโดยจะมีคำตำหนิเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหรือไม่ก็ได้
- (2) ไล่ออกจากบริเวณศาล
- (3) ลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือ
ทั้งจำทั้งปรับ

การสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลพึงใช้อย่างระมัดระวังและเท่าที่
จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี และศาลอาจสั่งให้ผู้กระทำความละเมิด

ลงประกาศตาม (1) ทางหนังสือพิมพ์ฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับเป็นระยะเวลาตามที่ศาลเห็นสมควรโดยให้ผู้กระทำละเมิดเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย

ร่างมาตรา 17 ผู้ใดวิจารณ์การพิจารณาหรือการวินิจฉัยคดีของศาลโดยสุจริตด้วยวิธีการทางวิชาการผู้นั้นไม่มีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลหรือดูหมิ่นศาลหรือตุลาการ

ผู้เขียนเห็นว่าในปัจจุบันรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีวิธีพิจารณาเป็นของตนเองในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งเมื่อพิจารณาถึงลำดับศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy of Law) แล้ว “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” “พระราชบัญญัติ” ล้วนแต่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา โดยเนื้อหาของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด โดยนอกจากจะมีลักษณะใช้บังคับเป็นการทั่วไปแล้ว จะต้องสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วย ด้วยเหตุนี้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่จึงต้องไม่กระทบสิทธิต่อประชาชนซึ่งภายใต้หลักนิติรัฐ (Legal State) รัฐจะต้องใช้กฎหมายที่ประชาชนหรือตัวแทนประชาชนเป็นผู้บัญญัติกฎหมายขึ้น รัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่กฎหมายให้อำนาจไว้ด้วยความเป็นธรรม และรัฐจะกระทำการใดๆ นอกเหนือจากกฎหมายที่ให้อำนาจไว้มิได้ (Ultra Vires)

รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์¹³ เคยให้ความเห็นไว้ว่า “รัฐธรรมนูญ 2540 ได้บัญญัติมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญตราข้อกำหนดฯ อำนาจในการตราข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้แก่ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงโดยเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดข้อยกเว้นไว้เป็นพิเศษ เนื้อหาของข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลกระทบกับบุคคลในกระบวนการ

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างในการละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ, หน้า 49 - 50.

พิจารณาโดยตรงไม่ว่าจะเป็นการยื่นคำร้อง การถอนคำร้อง การพิจารณา คำร้องหรือการคัดค้านตุลาการ ไม่ใช่เป็นเพียงข้อกำหนดเกี่ยวกับการทำงาน ภายในองค์กรคณะเท่านั้น ดังนั้น โดยเนื้อหาของข้อกำหนดจึงมีสภาพเป็น กฎเกณฑ์ที่มีผลออกไปใช้บังคับกับบุคคลที่เข้ามาในกระบวนการพิจารณาของ ศาลโดยตรง จึงมีผลเป็นกฎหมาย ควรมีสถานะไม่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาที่จะ กระทบกับบุคคลภายนอกได้นั้นย่อมจำกัดอยู่เฉพาะตามบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลกระทบ ต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลไม่ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจตราข้อกำหนดว่า ด้วยวิธีพิจารณาลงโทษบุคคลฐานละเมิดอำนาจศาลได้ เป็นต้น เพราะกรณี ดังกล่าวไม่ใช่เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญอย่าง ชัดแจ้ง”

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ที่บัญญัติว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง ไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบ กระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และวรรคสอง บัญญัติว่า กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้ บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้อง ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย และวรรคสาม บัญญัติว่า บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับ กับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 หมายถึงบุคคลมีสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติโดยมีสิทธิและ เสรีภาพเป็นหลัก เมื่อไม่มีกฎหมายห้ามไว้ประชาชนจะทำอะไรก็ได้ ถ้าจะ ไม่ให้ประชาชนทำอะไรรัฐจะต้องออกกฎหมายมาจำกัด แต่การที่รัฐจะออก

กฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ คือ

- 1) โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้
- 2) ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ
- 3) ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่ประกันความมีอิสระของศาลในการดำรงความยุติธรรมและเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยในกระบวนการยุติธรรมของศาล แต่ก็เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย

ดังนั้น การตราบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องละเมิดอำนาจศาลจึงเป็นหลักการที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากมีการกระทำในลักษณะของการละเมิดอำนาจศาลย่อมมีความผิดและถูกลงโทษตามกฎหมาย การกำหนดให้มีการลงโทษจำคุกต่อบุคคลใดย่อมเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอาจนำไปสู่การละเมิดสิทธิมนุษยชน จึงเป็นสิ่งที่พึงระลึกเป็นอย่างยิ่งว่ากฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเป็นกฎหมายที่ผ่านกระบวนการตราโดยรัฐสภา และถือเป็นคดีพิเศษที่ศาลตัดสินโทษได้ทันทีโดยไม่ต้องมีชั้นตอนใดส่วนหรือสืบพยานประกอบการพิจารณาคดีก็ได้ เมื่อการละเมิดอำนาจศาล เช่น การแสดงด้วยวาจาหรือการกระทำใดๆ ขัดขวางการพิจารณาคดี ประพฤติตนไม่เหมาะสมในบริเวณศาล หรือลดความน่าเชื่อถือของผู้พิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลย่อมตัดสินลงโทษจำคุกแก่ผู้ผิดได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการต่อสู้คดีตามกระบวนการยุติธรรมทั่วไป แม้ในระบอบประชาธิปไตยนั้นกำหนดให้ประชาชนมี

สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น แต่กระนั้น การกล่าวพาดพิงในทางตรงข้ามกับคำพิพากษาของศาลในลักษณะเป็นการไม่เคารพเชื่อฟัง ซึ่งประชาชนไม่สมควรกระทำอันเป็นการละเมิดอำนาจศาล จึงต้องลงโทษผู้กระทำการดังกล่าว แม้จะเสมือนเป็นการใช้เสรีภาพแสดงความเห็นเกี่ยวพันกับคดีที่ตัดสินไปแล้วหรืออยู่ในการพิจารณาคดีที่มีได้เป็นการแทรกแซงจนทำลายความยุติธรรมหรือขัดขวางหน้าที่ของศาลแต่หากมีเจตนาหรือจงใจที่จะกระทำ ดังนั้น ข้อกฎหมายละเมิดอำนาจศาลจึงควรกำหนดขอบเขตให้ชัดเจนเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่รัฐธรรมนูญทุกฉบับรับรองไว้

ในปัจจุบันการตีความวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญหากผู้วิพากษ์กระทำโดยสุจริตตามปกติชนทั่วไป หรือเพื่อประโยชน์ทางวิชาการแล้ว ย่อมสามารถกระทำได้เสมือนกันเป็นสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ แต่การวิพากษ์วิจารณ์การทำงานในเชิงการดูหมิ่นอย่างไม่เป็นธรรม กระทั่งการคาดเดาการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไปในทางที่ครอบงำต่อความคิดของสาธารณชนให้เชื่อ หรือให้เข้าใจไปในทางใดทางหนึ่ง หรือเพื่อประโยชน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว นอกจากจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ไม่เหมาะสม ยังเป็นการไม่เคารพต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการแทรกแซงให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยไปได้อย่างเป็นอิสระตามที่ควรแล้ว การกระทำเช่นนี้ไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคม ประเทศชาติ และพัฒนาการแห่งการปฏิรูปการเมืองไปในแนวทางที่ดีขึ้นแต่อย่างใด

การนำบทบัญญัติว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลมาบัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยบรรดาคดีของศาล และเป็นหลักสากลที่ยอมรับเป็นการทั่วไปของทุกประเทศ แต่การจะนำบทบัญญัติว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลมาบัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ควรจะมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมในเรื่อง

การกำหนดโทษ โดยไม่จำเป็นต้องอ้างอิงอัตราโทษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือไม่ และควรกำหนดให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนหรือโทษปรับเท่านั้น โดยไม่มีโทษจำคุกหรือไม่ เพียงใด ต้องพิจารณาโดยละเอียดและควรกำหนดระดับของโทษให้สัมพันธ์กับการกระทำว่าการกระทำใดควรมีโทษอย่างไร จึงถึงเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีบทบัญญัติเรื่องการละเมิดอำนาจศาลขึ้นใช้บังคับเสียที



ตอนที่
2

ข้อเสนอเกี่ยวกับระบอบประชาธิปไตย
ตามหลักนิติธรรม

ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ของประเทศเกาหลีใต้

● วรรณ สุพรรณธะริตา*

ในปีพุทธศักราช 2551 ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้ได้ลง
การก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 20 ปี โดยในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา
ประเทศเกาหลีใต้ซึ่งมีการพัฒนาทางการเมืองการปกครองตามระบอบ
ประชาธิปไตยตามแนวความคิดของประเทศตะวันตกต้องเผชิญปัญหา
อุปสรรคและมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายครั้งเช่นเดียวกับ
ประเทศไทย ในช่วงเวลาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ
ของประเทศเกาหลีใต้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ระบบศาลรัฐธรรมนูญและ
วิธีพิจารณาคดีศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้จึงมีความน่าสนใจที่
ควรศึกษาเป็นอย่างยิ่ง บทความนี้จึงเขียนขึ้นเพื่อศึกษาความเป็นมาของ
ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้เพื่อ
เป็นประโยชน์ในการนำมาปรับใช้กับวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ
ของประเทศไทย ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
มาตรา 216 วรรคหก บัญญัติให้วิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญให้ตราเป็น
พระราชบัญญัติในโอกาสต่อไป

* เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 5

1. ความเป็นมา

ประเทศเกาหลีอยู่ภายใต้ระบบจักรวรรดินิยมของประเทศญี่ปุ่นเป็นระยะเวลายาวนาน 35 ปี ระบบจักรวรรดินิยมสิ้นสุดลงเมื่อญี่ปุ่นแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ในวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1945 หลังจากนั้นประเทศเกาหลีถูกแบ่งเป็น 2 ประเทศ คือ ประเทศเกาหลีเหนือและประเทศเกาหลีใต้โดยใช้เส้นขนานที่ 38 เป็นแนวแบ่งเขต ประเทศเกาหลีเหนือมีชื่อประเทศเป็นทางการว่า “สาธารณรัฐประชาชนประชาธิปไตยแห่งเกาหลี” (Democratic People’s Republic of Korea) ได้รับการสนับสนุนจากประเทศสหภาพโซเวียตและจีน ส่วนประเทศเกาหลีใต้มีชื่อประเทศเป็นทางการว่า “สาธารณรัฐแห่งเกาหลี” (Republic of Korea) ได้รับการสนับสนุนจากประเทศสหรัฐอเมริกา ในวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1948 สหรัฐอเมริกาได้จัดให้มีการเลือกตั้งภายในประเทศเกาหลีใต้ขึ้นเป็นครั้งแรก และในปีเดียวกันประเทศเกาหลีใต้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแห่งเกาหลีฉบับแรกโดยมีประธานาธิบดีเป็นประมุขสูงสุดของประเทศ¹

นับตั้งแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 1948 ถึงปัจจุบันรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้ได้ถูกยกเลิก และแก้ไขเพิ่มเติมรวมทั้งสิ้น 9 ครั้ง คือ ในปี ค.ศ. 1952 1954 1960 (มีการแก้ไข 2 ครั้ง) 1962 1969 1972 1980 และ 1987² ระบบการปกครองของประเทศเกาหลีใต้ร่วมสมัยภายหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกอาจแบ่งออกได้เป็น 6 สาธารณรัฐ³ ได้แก่

(1) สาธารณรัฐที่ 1 (ระหว่างปี ค.ศ. 1948 - 1960) ประเทศเกาหลีใต้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก กำหนดให้การปกครองของประเทศเป็น

¹ ออรอนงค์ เปรมะสกุล, การเมืองระหว่างประเทศในเอเชียตะวันออก (การเมืองญี่ปุ่น, การเมืองเกาหลี), มหาวิทยาลัยรามคำแหง พิมพ์ครั้งที่ 6, 2538, หน้า 113 - 114

² Constitution of the Republic of Korea

³ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 123

ระบอบประธานาธิบดี ประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐและเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหาร ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี ประธานาธิบดีคนแรก คือ ดร. ซิง มั่น รี (Dr. Syngman Rhee) เป็นผู้บริหารประเทศเป็นระยะเวลา 12 ปี

ในช่วงปี ค.ศ. 1950 - 1953 ได้เกิดสงครามเกาหลีขึ้นเป็นการสู้รบระหว่างประเทศเกาหลีเหนือและประเทศเกาหลีใต้ สงครามเกาหลีมีผู้สูญเสียชีวิตประมาณ 3,620,000 คน ประกอบด้วยชาวเกาหลีเหนือ เกาหลีใต้ จีน และทหารของกองกำลังสหประชาชาติ เช่น ประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และมีผู้ถูกลักพาตัวและสูญหายอีกหลายหมื่นคน

(2) สาธารณรัฐที่ 2 (ระหว่างปี ค.ศ. 1960 - 1961) ดร. ซิง มั่น รี ลาออกจากตำแหน่งมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยได้เปลี่ยนการปกครองจากระบอบประธานาธิบดีมาเป็นการปกครองภายใต้ระบบรัฐสภา มีนายกรัฐมนตรีคือ นายจาง ไมออน เป็นหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจบริหารเต็ม สาธารณรัฐที่ 2 กินเวลาประมาณ 1 ปี เท่านั้น

(3) สาธารณรัฐที่ 3 (ระหว่างปี ค.ศ. 1962 - 1972) นายพลปักจุงฮี ได้เข้ายึดอำนาจบริหารประเทศจาก นายจาง ไมออน มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยมีการทำประชามติให้กลับมาใช้ระบอบประธานาธิบดีตามเดิม นายพลปักจุงฮี ซึ่งต่อมาได้รับสมญานามว่า “บุรุษเหล็กแห่งเอเชีย” ได้รับการเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีถึง 2 สมัย และเป็นประธานาธิบดีที่ชาวเกาหลีใต้ชื่นชอบมาก เนื่องจากได้พัฒนาประเทศเกาหลีให้เจริญรุดหน้าทุกด้านอย่างรวดเร็วจนได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ

(4) สาธารณรัฐที่ 4 (ระหว่างปี ค.ศ. 1972 - 1980) มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้ นายพลปักจุงฮี ได้รับการเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีในสมัยที่ 3 ซึ่งการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้มีกระแสคัดค้านการแก้ไขดังกล่าวอย่างกว้างขวาง ต่อมา นายพลปักจุงฮี ประกาศยุบสภาและยกเลิกรัฐธรรมนูญ และจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น โดยรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กำหนดให้ประธานาธิบดีไม่ต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจาก

ประชาชน มีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และไม่จำกัดสมัยการดำรงตำแหน่ง ซึ่งนายพลปักจุงฮีได้รับการเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีอีกครั้ง

ในช่วงนี้ประเทศเกาหลีใต้ได้พัฒนาขึ้นสูงสุด จนได้รับการขนานนามว่า “เป็นแบบอย่างของชาติกำลังพัฒนา” แต่การบริหารประเทศของนายพล ปักจุงฮีเริ่มมีปัญหาการต่อต้านจากสังคมมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์รัฐธรรมนูญและการบริหารประเทศ มีความพยายามลอบสังหารประธานาธิบดีปักจุงฮีถึงสองครั้ง โดยในครั้งแรกกระสุนพลาดไปถูกภรรยาของนายพลปักจุงฮีเสียชีวิต และต่อมานายพลปักจุงฮี ก็ได้ถูกลอบสังหารเสียชีวิตลง เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 1979 โดย นายคิมแจกวี ผู้อำนวยการสำนักงานข่าวกรองของประเทศเกาหลีใต้

นายชอยคิวซา ได้รับการเลือกตั้งจากสภารวมชาติให้เป็นประธานาธิบดีบริหารประเทศ เพียง 5 เดือน ก็เกิดวิกฤตการณ์ภายในประเทศฝ่ายทหารต้องเข้ากำลังเข้าปราบปราม พลโทซุนดูวาน ได้ตั้งสภาที่ปรึกษาเป็นการรวมอำนาจของฝ่ายทหารเพื่อปกครองประเทศและต่อมาประธานาธิบดีชอยคิวซาได้ลาออกจากตำแหน่ง

(5) สาธารณรัฐที่ 5 (ระหว่างปี ค.ศ. 1980 - 1986) พลเอกซุนดูวาน ได้รับการเลือกตั้งจากสภารวมชาติให้เป็นประธานาธิบดี มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กำหนดให้ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งได้สมัยเดียวโดยมีระยะเวลาดำรงตำแหน่ง 7 ปี ซึ่งพลเอกซุนดูวานอยู่จนครบวาระ 7 ปี

(6) สาธารณรัฐที่ 6 (ระหว่างปี ค.ศ. 1987 - ปัจจุบัน)⁴ ในช่วงปี ค.ศ. 1987 มีการเดินขบวนเรียกร้องของประชาชนเพื่อประชาธิปไตยขึ้น ซึ่งมีผลทำให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในสาระสำคัญเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ในช่วงนี้ในช่วงสาธณะที่ 6 มีประธานาธิบดีบริหารประเทศหลายท่าน อาทิ นายโรแทวู (Roh Tae Woo) เป็นประธานาธิบดีคนที่ 13 นายคิมยองซัม (Kim Yoing Sam)

⁴ <http://www.korea.net> (official website) วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2551

เป็นประธานาธิบดี คนที่ 14 นายคิมแดจุง (Kim Dae Jung) เป็นประธานาธิบดี คนที่ 15 และประธานาธิบดี คนปัจจุบันคือ นายลีมุนบัก (Lee Myung Bak)

2. การเมืองการปกครองของประเทศเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้มีขนาดพื้นที่ประมาณ 98,480 ตารางกิโลเมตร มีประชากรประมาณ 49,024,737 คน ขนาดพื้นที่ประเทศและประชากร น้อยกว่าประเทศไทยซึ่งมีขนาดพื้นที่ประมาณ 514,000 ตารางกิโลเมตร และ ประชากรประมาณ 65 ล้านคน ประชากรเกาหลีใต้นับถือศาสนาพุทธ ประมาณร้อยละ 26 ศาสนาคริสต์ ประมาณร้อยละ 26 ไม่นับถือศาสนาใด ประมาณร้อยละ 46 นับถือลัทธิขงจื้อ ศาสนาอิสลาม และศาสนาฮอนโดเกียว อย่างละร้อยละ 1⁵

ประเทศเกาหลีใต้แบ่งพื้นที่การปกครองเป็น 9 จังหวัด 7 เขตการปกครอง พิเศษ ดังนี้

2.1 เขตจังหวัด 9 จังหวัด แบ่งเป็น

2.1.1 8 จังหวัด ได้แก่ คยองกี คังวอน คยองซาบุก คยองชานัม ซอลลานัม ซอลลาบุก ชุงชองบุก ชุงชองนัม

2.1.2 1 จังหวัดปกครองตนเอง (special autonomous province) ได้แก่ เชจู

2.2 เขตการปกครองพิเศษ 7 เขตการปกครองพิเศษ แบ่งเป็น

2.2.1 6 มหานคร ได้แก่ ปูซาน แทกู อินชอน ควางจู แทจอน และอุลซาน

2.2.2 1 นครพิเศษ (Special City) ได้แก่ โซล

ในส่วนการปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Government) แบ่งเป็น เขตการปกครองระดับจังหวัด (provincial level government) 16 แห่ง

⁵ <http://th.wikipedia> 28 กุมภาพันธ์ 2551

และเขตการปกครองต่ำกว่าระดับจังหวัด (lower level local government) 230 แห่ง⁶

ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ระบบการเมืองการปกครองของประเทศเกาหลีใต้แบ่งเป็น 3 ฝ่าย คือ

(1) ฝ่ายบริหาร (The Executive)

ฝ่ายบริหารประกอบด้วย ประธานาธิบดี (The President) นายกรัฐมนตรี (Prime Minister) รัฐมนตรี (Executive Ministers) และสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (State Council)

ประธานาธิบดีมีสถานะเป็นประมุขของประเทศ และเป็นผู้นำของฝ่ายบริหาร ประธานาธิบดีได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน⁷ มีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี และไม่อาจได้รับการเลือกตั้งได้อีก⁸ ในการบริหารประเทศของประธานาธิบดีมีนายกรัฐมนตรี (The Prime Minister) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีโดยความยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (The National Assembly) เป็นผู้สนับสนุนการปฏิบัติงานของประธานาธิบดีและกำกับดูแลรัฐมนตรี (Executive Ministers)⁹

นอกจากนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแล้วยังมีสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (State Council) ซึ่งมีสมาชิกประมาณ 15 คน แต่ไม่เกิน 30 คน ซึ่งประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี มีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือ ให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีในการบริหารประเทศ เสนอนโยบายสำคัญต่อประธานาธิบดี¹⁰ รัฐมนตรี (Executive Ministers) ได้รับการแต่งตั้งมาจากสมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐโดยประธานาธิบดีและโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี¹¹

⁶ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4

⁷ มาตรา 67 Constitution of the Republic of Korea

⁸ มาตรา 70 Constitution of the Republic of Korea

⁹ มาตรา 86 Constitution of the Republic of Korea

¹⁰ มาตรา 88 Constitution of the Republic of Korea

¹¹ มาตรา 94 Constitution of the Republic of Korea

ทั้งนี้ ในฝ่ายบริหารยังมีหน่วยงานที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ประธานาธิบดีที่มีความสำคัญอีกหลายหน่วยงาน อาทิ สภาที่ปรึกษารัฐบุรุษอาวุโส¹² (Advisory Council of Elder Statemen) โดยมีอดีตประธานาธิบดีคนล่าสุดเป็นประธานสภาที่ปรึกษารัฐบุรุษอาวุโส สภาความมั่นคงแห่งชาติ¹³ (National Security Council) สภาที่ปรึกษาการร่วมชาติ¹⁴ (Advisory Council on Democratic and Peaceful Unification) สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจแห่งชาติ¹⁵ (National Economic Advisory Council) เป็นต้น

(2) ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (The National Assembly)

สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเป็นระบบสภาเดียวมีสมาชิกไม่น้อยกว่า 200 คน¹⁶ มีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี¹⁷ มีหน้าที่เสนอ พิจารณา และบัญญัติกฎหมาย การให้ความเห็นชอบในการทำสนธิสัญญา การลงมติถอดถอนบุคคลที่ดำรงตำแหน่งระดับสูง การติดตามผลการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหาร เป็นต้น¹⁸

ในปัจจุบันสมาชิกสภานิติบัญญัติประกอบด้วยผู้แทนจำนวน 299 คน มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจำนวน 243 คน และมาจากสรรหาหรือสัดส่วนของพรรคการเมืองที่ได้รับการเลือกตั้งอีก 56 คน¹⁹

¹² มาตรา 90 Constitution of the Republic of Korea

¹³ มาตรา 91 Constitution of the Republic of Korea

¹⁴ มาตรา 92 Constitution of the Republic of Korea

¹⁵ มาตรา 93 Constitution of the Republic of Korea

¹⁶ มาตรา 41 Constitution of the Republic of Korea

¹⁷ มาตรา 42 Constitution of the Republic of Korea

¹⁸ มาตรา 51 - มาตรา 65 Constitution of the Republic of Korea

¹⁹ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4

(3) ฝ่ายตุลาการ (The Court)

รัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้กำหนดให้มีศาล 2 ประเภทตามประเภทคดีที่พิจารณา ได้แก่

3.1 ศาลที่พิจารณาคดีทั่วไป

ศาลที่พิจารณาคดีทั่วไป ได้แก่ ศาลภาค (District Court) มีจำนวน 18 ศาล ทำหน้าที่พิจารณาคดีแพ่ง คดีอาญา ศาลครอบครัว (Family Court) มีจำนวน 1 ศาล ทำหน้าที่พิจารณาคดีเกี่ยวกับครอบครัว (ศาลภาค และศาลครอบครัวรวมกัน มีศาลสาขา (Branch Court) จำนวน 40 ศาล และศาลแขวง (Municipal Court) จำนวน 101 ศาล ศาลปกครอง มีจำนวน 1 ศาล ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองโดยอาจอุทธรณ์คดีทั้งสามประเภทได้ที่ศาลสูง (High Court) และสำหรับคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาอาจอุทธรณ์ความเห็นของสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาได้ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญา (Patent Court) ซึ่งมีสถานะเทียบเท่ากันกับศาลสูงได้โดยตรง²⁰

ศาลที่พิจารณาคดีทั่วไปมีศาลสูงสุดศาลเดียวเรียกว่า Supreme Court ทำหน้าที่วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายลำดับรอง หรือการกระทำของฝ่ายบริหารที่ขัดรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย และพิจารณาอุทธรณ์คดีทั่วไป²¹ และรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการจัดตั้งศาลทหารเป็นศาลพิเศษพิจารณาคดีของทหารและให้อุทธรณ์คดีทหารได้ที่ศาลสูงสุดโดยตรง²²

การแต่งตั้งประธานศาลสูงสุด (Chief Justice of the Supreme Court) และผู้พิพากษาศาลสูงสุด

ประธานศาลสูงสุดได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี โดยความยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ²³ มีวาระการดำรงตำแหน่ง

²⁰ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4

²¹ มาตรา 107 Constitution of the Republic of Korea

²² มาตรา 110 Constitution of the Republic of Korea

²³ มาตรา 104 Constitution of the Republic of Korea

6 ปี²⁴ และไม่อาจได้รับการแต่งตั้งได้อีก ส่วนผู้พิพากษาศาลสูงสุดได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีโดยคำแนะนำของประธานศาลสูงสุด และความยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี แต่อาจได้รับการแต่งตั้งได้อีกตามที่กฎหมายกำหนด²⁵

การแต่งตั้งผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งอื่นนอกจากประธานศาลสูงสุดและผู้พิพากษาศาลสูงสุดได้รับการแต่งตั้งจากประธานศาลสูงสุด โดยความยินยอมของที่ประชุมผู้พิพากษาศาลสูงสุด (The Conference of Supreme Court Justices) ผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งมีวาระการดำรงตำแหน่ง 10 ปี แต่อาจได้รับการแต่งตั้งได้อีกตามที่กฎหมายกำหนด²⁶

3.2 ศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการพิจารณาคดี 5 ประเภท ได้แก่ (1) ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (2) การถอดถอนเจ้าหน้าที่ของรัฐ (3) การยุบพรรคการเมือง (4) การโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ และ (5) คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ประชาชนเป็นผู้ฟ้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ²⁷

ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 9 นาย โดยได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี 3 นาย ตุลาการ 3 นาย เป็นผู้ได้รับการเลือกจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (The National Assembly) และอีก 3 นาย ได้รับการเสนอชื่อจากประธานศาลสูงสุด ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และอาจได้รับการแต่งตั้งได้อีก²⁸

²⁴มาตรา 105 Constitution of the Republic of Korea

²⁵อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23

²⁶อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24

²⁷มาตรา 111 Constitution of the Republic of Korea และมาตรา 2 Constitutional Court Act

²⁸มาตรา 111 - มาตรา 112 Constitution of the Republic of Korea

รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดในรายละเอียดเกี่ยวกับ ศาลรัฐธรรมนูญไว้มาก แต่กำหนดให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court Act) เพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับ ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญได้โดยพระราชบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ให้ต้องมีอายุ 40 ปีขึ้นไป และทำงานมาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปีในตำแหน่งผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ อาจารย์สอนกฎหมาย โดยให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ²⁹ และกำหนดอายุของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเกษียณอายุการทำงานเมื่อครบ 65 ปี กรณีประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเกษียณอายุการทำงานเมื่อครบ 70 ปี³⁰ จึงอาจกล่าวได้ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากบุคคล 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยกฎหมายกำหนดให้ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ ห้ามตุลาการเข้าร่วม หรือมีส่วนร่วมทางการเมือง³¹

3. ศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court)

3.1 ความทั่วไป

ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้ตั้งขึ้นในสาธารณรัฐที่ 6 เมื่อเดือนกันยายน ค.ศ. 1988 จนถึงปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญมีอายุครบ 20 ปี โดยรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีได้นำรูปแบบมาจาก ศาลรัฐธรรมนูญของยุโรป (European Model) มาใช้ เจตนารมณ์ในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นศาลพิเศษนั้นมีแนวคิดจากการต้องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐมิ ความชัดเจนยิ่งขึ้นแทนการให้ศาลทั่วไปพิจารณาคดี

²⁹ มาตรา 5 Constitutional Court Act

³⁰ มาตรา 7 Constitutional Court Act

³¹ มาตรา 112 Constitution of the Republic of Korea และมาตรา 9 Constitutional Court Act

ก่อนการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1988 ประเทศเกาหลีใต้ได้ใช้รูปแบบหรือระบบการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญเป็น 3 รูปแบบ³² คือ

(1) คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (Constitutional Committee)

รูปแบบคณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้มีการใช้ใน 3 ช่วงเวลาด้วยกัน คือ สาธารณรัฐที่ 1 ในระหว่างปี ค.ศ. 1948-1960 สาธารณรัฐที่ 4 ในระหว่างปี ค.ศ. 1972-1981 และสาธารณรัฐที่ 5 ในระหว่างปี ค.ศ. 1981-1988

(2) ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court)

รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญโดยมีความพยายามในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในสาธารณรัฐที่ 2 ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 - ค.ศ. 1961 ซึ่งในขณะนั้นรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญและมีพระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแล้ว แต่ยังไม่ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นผลสำเร็จก็ได้มีเหตุการณ์รัฐประหารเกิดขึ้นเสียก่อน โดยในช่วงสาธารณรัฐที่ 6 ได้มีการนำระบบศาลรัฐธรรมนูญ กลับมาใช้อีกครั้งตั้งแต่ปี ค.ศ. 1988 จนถึงปัจจุบัน

(3) ศาลทั่วไป หรือ การพิจารณาคดีโดยตุลาการแบบอเมริกัน (American-Type Judicial Review System)

รูปแบบการพิจารณาคดีแบบอเมริกันนั้นจะให้ศาลทั่วไปมีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญผลคำพิพากษาของศาลผูกพันคู่ความในคดี โดยรูปแบบดังกล่าวนำมาใช้ในสาธารณรัฐที่ 3 ในระหว่างปี ค.ศ. 1961-1972

3.2 กฎหมายศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ

กฎหมายที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้ที่สำคัญมี 2 ฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญเพียง 3 มาตราเท่านั้น คือ มาตรา 111 ถึง มาตรา 113 กำหนดเฉพาะหลักการสำคัญ

³²<http://English.ccourt.go.kr/-24> k วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2550

ได้แก่ เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคดี 5 ประเภทองค์ประกอบ และที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ³³ ระยะเวลาและข้อห้ามเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งหลักประกันในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ³⁴ จำนวนเสียงของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการออกเสียงลงมติในคดีบางประเภท ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีได้ตามที่มีกฎหมายกำหนด และกำหนดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญได้³⁵

ในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court Act) ของประเทศเกาหลีใต้ บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดรายละเอียด

³³ Article 111

The Constitutional Court shall have jurisdiction over the following matters:

- The Constitutionality of a law upon the request of the courts;
- Impeachment;
- Dissolution of a political party;
- Competence disputes between State agencies, between State agencies and local governments, and between local governments; and
- Constitutional complaints as prescribed by Act.

The constitutional court shall be composed of nine Justices qualified to be court judges, and they shall be appointed by the president.

Among the Justices referred to in paragraph (2) , three shall be appointed from persons selected by the National Assembly, and three appointed from persons nominated by the Chief Justice of the Supreme Court.

The President of the Constitutional Court shall be appointed by the President from among the Justice with the consent of the National Assembly.

³⁴ Article 112

The term of office of the Justice of the Constitutional Court shall be six years and they may be reappointed under the conditions as prescribed by Act

The Justices of the Constitutional Court shall not join any political party, nor shall they participate in political activities.

No Justice of the Constitutional Court shall be expelled from office except by impeachment or a sentence of imprisonment without prison labor or heavier punishment.

³⁵ Article 113

When the Constitutional Court makes a decision of the unconstitutionality of a law, a decision of impeachment, a decision of dissolution of a political party or

เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดองค์กร การบริหารงานบุคคล การบริหารงานคดี พระราชบัญญัติดังกล่าวตราขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1988 และได้ใช้มาจนถึงปัจจุบันโดยมีการปรับปรุงแก้ไขทั้งสิ้นรวม 10 ครั้ง ได้แก่ 1991 1994 1995 1997 2002 (2 ครั้ง) 2003 2005 (2 ครั้ง) และ 2007 พระราชบัญญัติดังกล่าวมี 76 มาตรา แบ่งเป็น 5 หมวด สรุปโดยย่อได้ดังนี้

หมวดที่ 1 บททั่วไป (มาตรา 1 ถึง มาตรา 11)

กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ คุณสมบัติ องค์ประกอบ และที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ วาระการดำรงตำแหน่ง การแต่งตั้งตุลาการ หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ หลักประกันในการดำรงตำแหน่ง อำนาจในการออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ การห้ามตุลาการเกี่ยวข้องทางการเมือง การเสนอกฎหมายเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (National Assembly) ซึ่งในบางมาตราได้นำเนื้อหาสาระที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมากำหนดไว้ในพระราชบัญญัติด้วย

หมวดที่ 2 องค์กร (มาตรา 12 ถึง มาตรา 21)

กำหนดเรื่องการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ ขั้ห้ามตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่อื่นระหว่างดำรงตำแหน่ง อัตราค่าตอบแทนของตุลาการ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการ (Council of Justices) สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ พนักงานวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ พนักงานผู้ช่วยวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยอาวุโสหรือที่ปรึกษาทางวิชาการ สำนักประธานศาลรัฐธรรมนูญ เสมียนศาล และเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยของศาล

an affirmative decision regarding the constitutional complaint, the concurrence of six Justices or more shall be required.

The Constitutional Court may establish regulations relating to its proceedings and internal discipline and regulations on administrative matters within the limits of Act.

The organization, function and other necessary matters of the Constitutional Court shall be determined by Act.

หมวดที่ 3 วิธีพิจารณาคดีทั่วไป (มาตรา 22 ถึง มาตรา 40)

กำหนดเรื่ององค์คณะของตุลาการคณะใหญ่ (full bench) องค์ประชุมและประเภทคดีที่พิจารณาโดยคณะใหญ่ การคัดค้านตุลาการในการพิจารณาคดี ผู้แทนกฎหมายในการดำเนินคดี คำร้อง คำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา การแจ้งคำร้องให้คู่กรณีทราบ ประเภทการพิจารณาคดีโดยวาจา (oral argument) และการพิจารณาคดีที่ไม่ต้องมีการพิจารณาคดีโดยวาจา การตรวจสอบพยานหลักฐาน การเรียกพยานหลักฐาน การให้บุคคลภายนอกเข้าฟังการพิจารณา การรักษาความสงบเรียบร้อยในศาล คำวินิจฉัยศาลระยะเวลาในการมีคำวินิจฉัยของศาล และการแจ้งคำวินิจฉัย

หมวดที่ 4 การพิจารณาคดีเฉพาะ

หมวดที่ 4 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาคดีบางประเภทเฉพาะ โดยแบ่งเป็น 5 ส่วน ได้แก่

ส่วนที่ 1 การพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 41 ถึงมาตรา 47)

กำหนดเงื่อนไขการยื่นคำร้องขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การพักการพิจารณาคดีที่อยู่ในศาลอื่นระหว่างการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ การส่งคำร้อง การเสนอความเห็นของคู่ความในคดี ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ การแจ้งคำวินิจฉัย

ส่วนที่ 2 การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการถอดถอน (มาตรา 48 ถึง มาตรา 54)

กำหนดบุคคลที่อาจถูกถอดถอนจากตำแหน่งผู้แทนของรัฐในการดำเนินคดี การระงับการใช้อำนาจของผู้ถูกถอดถอน การระงับการดำเนินการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ การพิจารณาคดีลับหลังคู่ความ คำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย

ส่วนที่ 3 การพิจารณาวินิจฉัยคดีกรณียุบพรรคการเมือง (มาตรา 55 ถึง มาตรา 60)

กำหนดเงื่อนไข ขั้นตอนก่อนการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ คำร้อง การคุ้มครองชั่วคราว คำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย การบังคับการตามคำวินิจฉัย

ส่วนที่ 4 การพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ (มาตรา 61 ถึง มาตรา 67)

กำหนดเงื่อนไขในการฟ้องคดี กำหนดประเภทคำโต้แย้งขององค์กรต่างๆ ระยะเวลาการยื่นคำร้อง คำร้อง การคุ้มครองชั่วคราว คำวินิจฉัยและผลคำวินิจฉัย

ส่วนที่ 5 การยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (มาตรา 68 ถึง มาตรา 75)

กำหนดเงื่อนไขกรณีที่ถูกกล่าวหาไปอาญยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ระยะเวลาการยื่นคำร้อง กำหนดเรื่องที่ปรึกษาคดีที่ศาลแต่งตั้ง การตั้งตุลาการคณะทำงาน (panel) เพื่อพิจารณาคดีเบื้องต้น การเสนอความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง การโอนคดีจากคณะทำงานไปยังคณะใหญ่ คำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย

หมวดที่ 5 โทษทางอาญา (มาตรา 76)

กำหนดให้การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลมีโทษจำคุกและปรับ

3.3 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ในการบริหารงานและการดำเนินการในเรื่องต่างๆ ไป พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลัก และมีพนักงานเจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ช่วยสนับสนุนการปฏิบัติงานของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การบริหารงานภายในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีเลขาธิการ มีอำนาจในกิจการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และกำกับดูแลพนักงาน เจ้าหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยแบ่งหน่วยงานภายในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยงานย่อยๆ 3 หน่วย ได้แก่ สำนัก (Office) กอง

(Bureau) และส่วน (Division) เพื่อสนับสนุนงานเกี่ยวกับการวางนโยบาย การจัดทำแผนงาน การวิจัย การสอบสวน การตรวจสอบ หรือการประชาสัมพันธ์ ของศาลรัฐธรรมนูญ³⁶

3.4 คณะกรรมการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Council of Justices)

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้การบริหารองค์กรและพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญกระทำโดยคณะกรรมการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Council) ซึ่งมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนเป็นคณะกรรมการ กิจการงานสำคัญของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญให้กระทำโดยมติของคณะกรรมการตุลาการดังกล่าว เช่น การเสนอให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญไปยังสภานิติบัญญัติแห่งชาติ การเสนอของบประมาณการจัดสรรเงินงบประมาณ การจัดทำบัญชี การแต่งตั้ง และการให้ออกจากตำแหน่งของเลขาธิการ และรองเลขาธิการ³⁷ การแต่งตั้งและให้พนักงานเจ้าหน้าที่ในระดับสูงออกจากตำแหน่ง³⁸ การแต่งตั้งและให้ออกพนักงานวิจัย³⁹ และพนักงานผู้ช่วยวิจัยของศาลรัฐธรรมนูญ⁴⁰ เป็นต้น

3.5 ผู้ช่วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในทางคดี

ในทางการพิจารณาคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีพนักงานวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (Constitution Research Officers) ผู้ช่วยพนักงานวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (Assistant Constitution Research Officers) ผู้วิจัยอาวุโส หรือที่ปรึกษาทางวิชาการ (Senior Research/Academic Adviser) เป็นผู้ช่วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีหน้าที่ในการร่วมประชุมปรึกษาทางวิชาการ ร่วมในการสอบสวน ให้ความเห็น และการพิจารณาคดีอีกชั้นหนึ่ง ผู้ที่จะเป็น

³⁶ มาตรา 17 และมาตรา 18 Constitutional Court Act

³⁷ มาตรา 16 Constitutional Court Act

³⁸ มาตรา 18 (4) Constitutional Court Act

³⁹ มาตรา 19 Constitutional Court Act

⁴⁰ มาตรา 19 (2) Constitutional Court Act

พนักงานวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญได้ต้องมีคุณสมบัติเทียบเท่าผู้พิพากษา
อัยการ หรือทนายความ หรือผู้ช่วยศาสตราจารย์ หรือนุคคลที่เคยปฏิบัติงาน
ทางด้านกฎหมายในหน่วยงานของรัฐมาไม่น้อยกว่า 5 ปี หรือเป็นผู้ที่ได้อ
รับปริญญาเอก และเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางด้านกฎหมายมาเป็นเวลา
ไม่น้อยกว่า 5 ปีในสถาบันวิจัยที่ได้รับการรับรอง โดยพนักงานวิจัยมีระยะเวลา
ในการดำรงตำแหน่ง 10 ปี แต่อาจได้รับการแต่งตั้งได้อีก พนักงานวิจัย
เกษียณอายุการทำงานเมื่ออายุ 60 ปี⁴¹ ในการนี้ อาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่
ของศาลรัฐธรรมนูญเป็นพนักงานวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญได้ด้วย ส่วนผู้วิจัย
อาวุโสหรือที่ปรึกษาทางวิชาการมีระยะเวลา ในการดำรงตำแหน่งไม่เกิน 3 ปี

4. วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาค
คดีที่สำคัญหลายเรื่อง อาทิ การคัดค้านตุลาการที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับคดี
หลักประกันในการดำรงตำแหน่งของตุลาการ ผู้แทนทางกฎหมายของผู้ร้อง
ในคดีรัฐธรรมนูญ กรอบระยะเวลาในการพิจารณาคดีและการทำคำวินิจฉัย
ของศาลโดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องอ่านคำวินิจฉัยภายใน 180 วัน
นับแต่วันที่รับคำร้องการคุ้มครองชั่วคราวในคดีรัฐธรรมนูญแต่ละประเภท
ผลของคำวินิจฉัย เป็นต้น

โดยในชั้นนี้ขอแยกพิจารณาเป็นประเด็นสำคัญ 6 ประเด็น ดังนี้

4.1 เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญและสถิติการพิจารณาคดี

4.2 องค์คณะในการพิจารณาคดี

4.3 รูปแบบการพิจารณาคดี

4.4 การคุ้มครองชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดี

4.5 ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

4.6 อำนาจในการออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ

⁴¹มาตรา 19 มาตรา 19 - 2 และมาตรา 19-3 Constitutional Court Act

4.1 เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญและสถิติการพิจารณาคดี

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญมาตรา 111 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาคดี 5 ประเภทดังต่อไปนี้ โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับคดีและการพิจารณาคดีต่างๆ ไว้ แต่พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court Act) ได้นำมากำหนดไว้เกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี การพิจารณาคดี การวินิจฉัยคดี และผลของคำวินิจฉัยคดีแทน

(1) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ศาลอื่นได้ยื่นคำร้องขอ (Constitutionality of a Law Upon the Request of the Courts)

พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court Act) กำหนดให้ศาลทั่วไปที่พิจารณาคดีใด หากเห็นว่ามีประเด็นที่ศาลต้องใช้กฎหมายใดตัดสินคดี และกฎหมายดังกล่าวมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าว หรือตามที่คู่ความร้องขออาจส่งข้อกฎหมายดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ โดยให้ส่งคำร้องผ่านศาลสูงสุด คุณพินิจของศาลในการมีคำสั่งของศาลเพื่อส่งคำร้องหรือไม่ส่งคำร้องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเป็นที่สุดไม่อาจอุทธรณ์คำสั่งของศาลดังกล่าวได้⁴² แต่ทั้งนี้ บุคคลอาจใช้สิทธิฟ้องคดียังศาลรัฐธรรมนูญโดยตนเอง (constitutional complaint) ได้ตามมาตรา 68 (2) หากศาลนั้นมีคำสั่งไม่รับคำร้องหรือไม่ส่งคำร้องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา⁴³

ในระหว่างศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวให้ศาลที่ยื่นคำร้องพักการพิจารณาคดีนั้นไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย ยกเว้นเป็นกรณีเร่งด่วน ศาลนั้นอาจจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไปได้ แต่ให้รอการทำคำพิพากษาของคดีนั้นไว้

⁴²มาตรา 41 Constitutional Court Act

⁴³มาตรา 68 (2) Constitutional Court Act

จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย⁴⁴ ทั้งนี้ ระยะเวลาในการยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนี้ไม่มีกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแต่ประการใด แต่เข้าใจว่าการยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาจะต้องยื่นในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วในคดีดังกล่าว เพราะบทบัญญัติได้กำหนดให้ศาลพักการพิจารณาและรอการทำคำพิพากษาไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีประการหนึ่ง

ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะวินิจฉัยให้เฉพาะมาตราที่ร้องขอมาว่าขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือหากมาตราที่ขัดรัฐธรรมนูญมีผลกระทบต่อการใช้บังคับกฎหมายทั้งฉบับศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยให้กฎหมายทั้งฉบับขัดรัฐธรรมนูญได้⁴⁵ คดีการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจัดเป็นประเภทไม่มีคู่กรณีกฎหมายกำหนดให้เฉพาะคู่ความในคดีเดิมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเท่านั้นที่อาจส่งความเห็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมาเพื่อประกอบการพิจารณาของศาลเท่านั้น กฎหมายไม่ได้เปิดโอกาสให้แก่บุคคลภายนอกที่อาจมีส่วนได้เสียได้แสดงความคิดเห็นแต่ประการใด⁴⁶

กรณีเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยแล้วให้ศาลมีหน้าที่ต้องแจ้งคำวินิจฉัยที่เป็นลายลักษณ์อักษร (written decision) ผ่านไปยังศาลสูงสุดภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย⁴⁷ ซึ่งในส่วนนี้คำว่า “มีคำวินิจฉัย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องส่งคำวินิจฉัยไปยังศาลสูงศุนั้น ยังไม่ชัดเจนว่านับอย่างไร จะนับตั้งแต่วันที่ศาลลงมติ หรือวันที่ศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัย เพราะสามารถพิจารณาได้ทั้ง 2 แนวทาง คือวันที่ศาลลงมติทางหนึ่ง หรือวันที่ศาลอ่านคำวินิจฉัยทางหนึ่ง กรณีหากพิจารณาประกอบ

⁴⁴ มาตรา 42 Constitutional Court Act

⁴⁵ มาตรา 45 Constitutional Court Act

⁴⁶ มาตรา 44 Constitutional Court Act

⁴⁷ มาตรา 46 Constitutional Court Act

มาตรา 38 พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแล้วที่กำหนดให้ศาลต้องอ่านคำวินิจฉัยแล้ว คำว่า “มีคำวินิจฉัย” น่าจะหมายถึง ภายใน 14 วัน หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัยตามมาตราดังกล่าว โดยพิจารณาเทียบเคียงในการพิจารณาคดีประเภทอื่นแล้ว เช่น กรณีถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง จะระบุชัดเจนว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัยในคดีดังกล่าวให้คู่ความฟัง เช่นเดียวกับในคดียุบพรรคการเมือง และให้คำวินิจฉัยมีผลตั้งแต่วันที่อ่านคำวินิจฉัย ซึ่งหากเป็นกรณีของประเทศไทยคำวินิจฉัยมีผลได้ 2 กรณี คือ กรณีคดีที่ไม่มีผู้ถูกร้อง ให้คำวินิจฉัยมีผลในวันที่ศาลลงมติ ในคดีทั่วไปให้คำวินิจฉัยมีผลนับแต่วันอ่านซึ่งคดีเกี่ยวกับกฎหมายจัดรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นคดีที่ไม่มีผู้ถูกร้องจึงมีผลนับแต่วันที่ศาลลงมติ⁴⁸ ดังนั้น สำหรับประเทศเกาหลี หากไม่พิจารณาประกอบมาตรา 38 ดังกล่าวแล้ว ผลของคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายจัดรัฐธรรมนูญก็อาจสอดคล้องกับของประเทศไทย คือ คำวินิจฉัยมีผลตั้งแต่วันที่ศาลลงมติ

ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายจัดรัฐธรรมนูญนั้น แยกได้เป็น 2 ประการ คือ กรณีกฎหมายจัดรัฐธรรมนูญทั่วไป ให้กฎหมายที่จัดรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลบังคับนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย สำหรับกรณีที่กฎหมายที่จัดรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลังได้ และอาจมีการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ในคดีที่ใช้กฎหมายที่จัดรัฐธรรมนูญได้⁴⁹ สำหรับประเทศไทย กรณีกฎหมายจัดรัฐธรรมนูญผลของคำวินิจฉัยจะไม่มีผลย้อนหลังไปในคดีที่ศาลพิจารณาเสร็จสิ้นไปแล้วไม่ว่ากรณีใด ๆ

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ไม่มีกฎหมายใดกำหนดว่า ให้ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาคดีและมีคำวินิจฉัยกว้างแคบ หรือครอบคลุมมากน้อยเพียงใด แต่จากสถิติในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาพบว่า คำวินิจฉัยของ

⁴⁸ ข้อ 55 ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550

⁴⁹ มาตรา 47 Constitutional Court Act

ศาลเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น 5 กรณี⁵⁰ ได้แก่

1. วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional)

คำวินิจฉัยให้กฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยส่วนใหญ่ให้กฎหมายนั้น ไม่มีผลใช้บังคับเฉพาะบางมาตราที่ร้องขอเท่านั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าหากให้มาตราที่ขัดรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับต่อไปได้จะมีผลกระทบต่อการใช้บังคับกฎหมายทั้งฉบับ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยให้กฎหมายทั้งฉบับขัดรัฐธรรมนูญและสิ้นผลบังคับก็ได้ แต่โดยหลักศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาเฉพาะมาตราที่มีการร้องขอเท่านั้น

2. วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญแต่ให้แก้ไข

(Unconformable to Constitution)

กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญแต่ให้แก้ไข หมายถึง คดีที่ศาลเห็นว่ากฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางส่วนแต่การให้กฎหมายดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญทั้งหมดอาจเกิดผลเสียมากกว่า ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้กฎหมายดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขกฎหมายดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด เช่น กรณีคำร้องให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสัญชาติ (The Nationality Act Case)⁵¹

ในคดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสัญชาติดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า มาตรา 7 (1) บทเฉพาะกาลของกฎหมายสัญชาติที่กำหนดให้บุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติแต่มารดาเป็นชาวเกาหลีซึ่งตามกฎหมายสัญชาติฉบับเดิมบุคคลดังกล่าวไม่ได้รับสัญชาติเกาหลีนั้น หากบุคคลดังกล่าวเกิดก่อนกฎหมายสัญชาติใหม่ใช้บังคับภายในระยะเวลา 10 ปี ให้มาขอรับสัญชาติเกาหลีตามกฎหมายสัญชาติฉบับใหม่ได้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ข้อความดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะทำให้เกิดความ

⁵⁰ ปรคตุราชละเอียดใน “สถิติคดีของศาลรัฐธรรมนูญ” ใน 4.1 (6) ข้างท้าย

⁵¹ 97 Hun-Ka 12 Nationality Act Case 2000/08/31

ไม่เสมอภาคกับบุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติแต่มารดาเป็นชาวเกาหลีแต่เกิดก่อนระยะเวลาดังกล่าวที่ไม่อาจได้รับสัญชาติเกาหลีตามกฎหมายสัญชาติฉบับใหม่ได้

โดยศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวว่า หากให้มาตรา 7 (1) ดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญทั้งมาตราแล้วจะทำให้กฎหมายมาตรานั้นไม่มีผลบังคับต่อไปทำให้บุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติมารดาเป็นชาวเกาหลีที่เกิดภายใน 10 ปี ก่อนกฎหมายสัญชาติใช้บังคับ ซึ่งได้รับประโยชน์ตามกฎหมายสัญชาติใหม่นี้ได้รับผลกระทบเสียหายไปด้วย อีกทั้งจะทำให้เกิดช่องว่างของการบังคับใช้กฎหมายสัญชาติใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้กฎหมายมาตราดังกล่าวคงมีผลบังคับต่อไป แต่สถานิติบัญญัติแห่งชาติมีหน้าที่ต้องไปดำเนินการแก้ไขมาตราดังกล่าวให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญต่อไป

สำหรับมูลเหตุความเป็นมาที่สถานิติบัญญัติแห่งชาติได้ปรับปรุงกฎหมายสัญชาติเนื่องจากมีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสัญชาติเดิมว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีที่ระบุให้การถือสัญชาติเป็นระบบตามสายโลหิตของบิดา (Paternal Lineage System) เท่านั้น ซึ่งหมายความว่า บุคคลที่มีบิดาเป็นชาวเกาหลีแต่มารดาเป็นชาวต่างชาติเท่านั้นจึงจะได้รับสัญชาติเกาหลี ส่วนบุคคลที่มีมารดาเป็นชาวเกาหลีแต่บิดาเป็นชาวต่างชาติไม่อาจได้รับสัญชาติเกาหลีซึ่งถือเป็นการขัดรัฐธรรมนูญในเรื่องความเสมอภาคของเพศตามรัฐธรรมนูญมาตรา 11 (1)⁵² และสิทธิครอบครัว ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 36 (1)⁵³ โดยเห็นว่าความแตกต่างระหว่างเพศดังกล่าวไม่อาจชี้ว่าบุตรของบุคคลดังกล่าวจะมี

⁵² Article 11 (1)

All citizens shall be equal before the law, and there shall be no discrimination in political, economic, social or cultural life on account of sex, religion or social status.

⁵³ Article 36 (1)

Marriage and family life shall be entered into and sustained on the basis of individual dignity and equality of the sexes, and the State shall do everything in its power to achieve that goal.

ความแตกต่างกันในเรื่องความสามารถ การปฏิบัติตามกฎหมาย หรือวัฒนธรรม และอยู่ร่วมในสังคมเกาหลีได้อย่างปกติสุขอย่างไร แต่กฎหมายดังกล่าว กลับทำให้บุคคลที่มีมารดาเป็นชาวเกาหลีแต่บิดาเป็นชาวต่างชาติที่ไม่ได้รับสัญชาติเกาหลีขาดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องดังต่อไปนี้ คือ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ โอกาสในการเข้ารับราชการ เสรีภาพในการเลือกที่อยู่อาศัย สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการเลือกตั้งและลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการได้รับค่าทดแทนความเสียหายจากรัฐ และสิทธิทางสังคมอื่นๆ โดยกฎหมาย สัญชาติใหม่ได้แก้ไขหันมาใช้ระบบสัญชาติบุคคลตามบิดาหรือมารดาที่เป็นชาวเกาหลี (Paternal - Maternal Lineage System) แทนระบบตามสายโลหิตของบิดาตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสัญชาติเดิม

3. วินิจฉัยว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (Constitutional in Certain Context)

กฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี หมายถึง คดีที่ศาล วินิจฉัยว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากตีความในแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญ กำหนด เช่น กรณีคำร้องให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ความมั่นคงภายใน (The National Security Act)⁵⁴

ในคดีคำร้องดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า ในบทบัญญัติมาตรา 7 (1) และ (5) ของกฎหมายความมั่นคงภายใน ถ้อยคำว่า “สมาชิก” (Member) “กิจกรรม” (Activities) “เกี่ยวข้อง สนับสนุน” (Sympathizes with) “ให้ประโยชน์” (Benefit)⁵⁵ มีความไม่ชัดเจนคลุมเครือ

⁵⁴ 89 Hun-Ka 113 Praising and Encouraging under National Security Act Case 1999/04/02, 2 KCCR 49

⁵⁵ Article 7 (1)

Any person who praises, encourages, sympathizes with, or benefits through other means operation, an anti-state organization, its members, or any person under its direction shall be punished by imprisonment for up to seven years.

(5)

Any person who, for the purpose of performing the acts mentioned in (1), (2), (3) or , (4) of this section, produces, imports, duplicates, possesses, transports, distributes, sells or acquires a document, a drawing or any other expressive article shall be punished by a penalty prescribed in each subsection respectively

เกินกว่าที่บุคคลปกติจะเข้าใจว่าถ้อยคำดังกล่าวว่าครอบคลุมในเรื่องใดบ้าง

การตีความถ้อยคำดังกล่าวโดยความหมายทั่วไปไม่อาจกระทำได้เพราะก่อให้เกิดความหวาดกลัวต่อประชาชนเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบได้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าถ้อยคำดังกล่าวยังไม่ชัดรัฐธรรมนูญหากเป็นการตีความอย่างจำกัดในสถานการณ์ที่ความชัดเจนว่ากิจกรรมดังกล่าวมีการคุกคามต่อความมั่นคงภายในและขัดต่อระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น เช่น การดำเนินการของคอมมิวนิสต์ การคุกคามเอกราชและอธิปไตยของประเทศ การทำลายรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

4. วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญเฉพาะบางกรณี (Unconstitutional in certain context)

กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญเฉพาะบางกรณี หมายถึง คดีที่ศาลมีคำวินิจฉัยว่าการตีความเฉพาะในกรณีที่พิจารณานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ขณะที่การตีความในลักษณะอื่นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

5. กฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional)

กฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎหมายที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับต่อไปได้

(2) การพิจารณาตีเกี่ยวกับการถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment)

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้ อาจถูกสภานิติบัญญัติแห่งชาติถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ รัฐมนตรี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษา หรือคณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติ ประธาน และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เจ้าหน้าที่รัฐอื่นตามที่กฎหมายกำหนดโดยเงื่อนไขในการถอดถอนบุคคลต้องปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวได้ปฏิบัติหน้าที่หรือได้ใช้อำนาจ

ตามตำแหน่งหน้าที่โดยละเมิดรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย⁵⁶ โดยกำหนดให้ประธานฝ่ายนิติบัญญัติและกรรมการการยุติธรรมของสภานิติบัญญัติเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และเป็นผู้แทนในการดำเนินคดี (impeachment prosecutor) ในชั้นศาลโดยในการยื่นคำร้องให้ถอดถอนต่อศาลรัฐธรรมนูญให้แนบมติให้ถอดถอนบุคคลของสภานิติบัญญัติแห่งชาติไปพร้อมคำร้องด้วย⁵⁷ โดยการฟ้องคดีประเภทนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีไว้แต่อย่างใด

ในระหว่างการพิจารณาตัดสินถอดถอนของศาลรัฐธรรมนูญ กฎหมายกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวไว้โดยห้ามบุคคลที่ถูกมติถอดถอนปฏิบัติหน้าที่จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย โดยไม่ได้กำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เช่นคำร้องประเภทอื่น⁵⁸ และกรณีหากผู้ถูกถอดถอนพ้นจากตำแหน่งไปก่อนที่จะศาลจะอ่านคำวินิจฉัยให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับพิจารณาคำร้องดังกล่าวอีกต่อไป⁵⁹ หรือกรณีที่มีการดำเนินคดีอาญาในเหตุเดียวกันที่ยื่นคำร้องให้ถอดถอน ศาลการศาลรัฐธรรมนูญอาจจะรับพิจารณาตัดสินเกี่ยวกับการถอดถอนนั้นก็ได้⁶⁰ และกรณีหากศาลรัฐธรรมนูญมีมติถอดถอนบุคคลได้ออกจากตำแหน่งให้ผู้ถูกถอดถอนพ้นจากตำแหน่ง และห้ามดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ศาลอ่านคำวินิจฉัย ทั้งนี้ คำวินิจฉัยให้ถอดถอนมิทำให้ผู้นั้นพ้นความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางอาญา⁶¹

(3) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง (Dissolution of a Political Party)

⁵⁶ มาตรา 48 Constitutional Court Act

⁵⁷ มาตรา 49 Constitutional Court Act

⁵⁸ มาตรา 50 Constitutional Court Act

⁵⁹ มาตรา 53 Constitutional Court Act

⁶⁰ มาตรา 51 Constitutional Court Act

⁶¹ มาตรา 54 Constitutional Court Act

ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองที่มีวัตถุประสงค์หรือการดำเนินการที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยได้ โดยกำหนดให้ฝ่ายบริหาร (Executive) โดยความเห็น (Deliberation) ของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (State Council) เป็นผู้ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณายุบพรรคการเมือง⁶²

ในระหว่างการศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีดุลพินิจหรือตามที่ได้รับคำร้องขอมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้พรรคการเมืองระงับกิจกรรมของพรรคจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะอ่านคำวินิจฉัยได้⁶³ ซึ่งบทบัญญัติให้มีการคุ้มครองชั่วคราวนี้กฎหมายกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลซึ่งในการพิจารณาคดีบางประเภทกฎหมายจะกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้เลย เช่น กรณีพิจารณากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญที่ให้ศาลส่งนั้น กฎหมายกำหนดให้ศาลที่ส่งคำร้องนั้นให้รอการทำการคำพิพากษาในคดีดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย หรือกรณีถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งให้บุคคลที่ถูกถอดถอนพักการปฏิบัติหน้าที่ไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย เป็นต้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้อ่านคำวินิจฉัยที่มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองแล้ว ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติเป็นผู้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ⁶⁴ ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญส่งคำวินิจฉัยให้ผู้ถูกร้อง และแจ้งให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติฝ่ายบริหาร และคณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติทราบด้วย⁶⁵

(4) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ และระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Competence Disputes between State Agencies, between State Agencies and Local Governments, and between Local Government)

⁶² มาตรา 55 Constitutional Court Act

⁶³ มาตรา 57 Constitutional Court Act

⁶⁴ มาตรา 60 Constitutional Court Act

⁶⁵ มาตรา 58 Constitutional Court Act

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์ในการยื่นคำร้องให้พิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นอาจแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

1. การโต้แย้งระหว่างองค์กรของรัฐระหว่างสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ฝ่ายบริหาร ศาล และคณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติ

2. การโต้แย้งระหว่างองค์กรของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ฝ่ายบริหาร เขตการปกครองพิเศษ เขตมหานคร หรือจังหวัด หรือเขตการปกครองตนเองต่าง ๆ

3. การโต้แย้งระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันเอง⁶⁶

ทั้งนี้ ในการยื่นคำร้องต้องปรากฏว่ามีการกระทำการหรือการไม่กระทำการขององค์กรของรัฐที่ถูกร้องต้องละเมิดหรือมีเหตุอย่างชัดแจ้งว่า จะมีการละเมิดอำนาจของผู้ร้องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้อำนาจไว้⁶⁷ โดยกฎหมายกำหนดให้ต้องยื่นคำร้องภายใน 60 วันนับแต่วันทราบเหตุของการฟ้องคดี หรือภายใน 180 วันนับแต่วันที่เหตุเกิด โดยระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาบังคับ ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ (Peremptory Period)⁶⁸ ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำสั่งเพื่อเป็นการคุ้มครองชั่วคราวโดยกำหนดให้ระงับผลของการกระทำ (Effect of an Action) ของผู้ถูกร้องจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะอ่านคำวินิจฉัยก็ได้⁶⁹ ผลของคำวินิจฉัยของศาลมีผลผูกพันองค์กรของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกองค์กร โดยศาลอาจมีคำวินิจฉัยในเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กร หรือให้ยกเลิกหรือรับรองการกระทำของผู้ถูกร้องในคดีได้⁷⁰ ทั้งนี้ ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่กระทบต่อผลการกระทำขององค์กรของ

⁶⁶ มาตรา 62 Constitutional Court Act

⁶⁷ มาตรา 61 Constitutional Court Act

⁶⁸ มาตรา 63 Constitutional Court Act

⁶⁹ มาตรา 65 Constitutional Court Act

⁷⁰ มาตรา 66 Constitutional Court Act

รัฐที่บุคคลได้รับไปแล้ว⁷¹

(5) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaints)

การพิจารณาคดีเกี่ยวกับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ หมายถึง ประเภทคดีที่ประชาชนอาจฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง หากพบว่า สิทธิขั้นพื้นฐานของตนที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญถูกละเมิดโดยการกระทำ หรือไม่กระทำการของรัฐ⁷² กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีไว้ให้ยื่น คำร้องภายใน 90 วัน หลังจากวันที่ได้รู้เหตุแห่งการฟ้องคดี และภายใน 1 ปี นับแต่วันที่เหตุเกิด หรือภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งผลการดำเนินการ บรรเทาความเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งไม่รับพิจารณาคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมาย⁷³ ในการฟ้องคดีของประชาชนกฎหมายกำหนดให้ต้องมี ทุนายความในการดำเนินคดีในศาล ซึ่งหากประชาชนไม่มีทุนทรัพย์ในการ จัดหาทุนายความให้ศาลแต่งตั้งทุนายความให้แก่บุคคลดังกล่าว⁷⁴ คำวินิจฉัย ของรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวผูกพันองค์กรของรัฐและองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นทุกองค์กร เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเช่นใดให้หน่วยงาน ของรัฐปฏิบัติให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่ศาลเห็นว่าการกระทำหรือการไม่กระทำการของรัฐเนื่องมาจากกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ ศาลอาจวินิจฉัยให้กฎหมายดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญได้⁷⁵

(6) สถิติการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญแบ่งตามประเภท คดีนับแต่จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญจนถึงเดือนธันวาคม 2007⁷⁶

⁷¹ มาตรา 66 Constitutional Court Act

⁷² มาตรา 68 Constitutional Court Act

⁷³ มาตรา 69 Constitutional Court Act

⁷⁴ มาตรา 70 Constitutional Court Act

⁷⁵ มาตรา 75 Constitutional Court Act

⁷⁶ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32

คดีที่ฟ้องยังศาลรัฐธรรมนูญมี 5 ประเภท มีการแยกประเภทคดี ดังนี้ (1) กรณีเป็นคดีตามมาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญเรียกว่า HunKa (2) กรณีเป็นคดีตามมาตรา 68 (1) ของรัฐธรรมนูญเรียกว่า HunMa (3) กรณีเป็นคดีตามมาตรา 68 (2) ของรัฐธรรมนูญเรียกว่า Hunba (4) กรณีเป็นคดีตามมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญเรียกว่า HunRa (5) กรณีเป็นคำร้องทั่วไปเรียกว่า HunSa ดังมีรายละเอียดตามตารางดังต่อไปนี้

เรื่อง	รวม	ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (1)	การถอดถอนจากตำแหน่ง	ยุบพรรค	โต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่	คำร้องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ		
						รวม	มาตรา §68 I	มาตรา §68 II
คำร้องที่ยื่น	15716	567	1		46	15102	13452	1650
คำร้องที่เสร็จ	14789	536	1		31	14221	12763	1458
ไม่รับพิจารณาโดยคณะเล็ก	5981					5981	5776	205
วินิจฉัยคดีโดยคณะใหญ่	ขัดรัฐธรรมนูญ (2)	306	119			187	50	137
	ขัดรัฐธรรมนูญแต่ให้แก้ไข (3)	107	39			68	22	46
	ขัดรัฐธรรมนูญบางกรณี (4)	48	15			33	10	23
	ชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (5)	28	7			21		21
	ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	1059	220			839	3	836
	บอกล้าง (annulled) (6)	284			5	279	279	
	ไม่รับพิจารณา (rejected)	5179		1	9	5169	5169	
	ไม่รับคำร้อง (dismissed)	1276	30		13	1233	1084	149
	อื่นๆ	4				4	3	1
	ถอนคำร้อง	517	106		4	407	367	40
ระหว่างพิจารณา	927	31			15	881	689	192

ที่มา : ตารางข้อมูลจากเว็บไซต์ของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้

4.2 องค์คณะในการพิจารณาคดี

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดองค์คณะในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ

(1) การพิจารณาคดีโดยเต็มองค์คณะ (Full Bench)

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้การพิจารณาคดีโดยทั่วไปต้องเป็นการพิจารณาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแบบเต็มองค์คณะ ซึ่งการพิจารณาคดีแบบเต็มองค์คณะหมายความว่า การพิจารณาคดีโดยตุลาการทั้ง 9 นาย โดยให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นประธานในการพิจารณาคดี⁷⁷ ทั้งนี้ ในการพิจารณาคดีแบบเต็มคณะแต่ละครั้งต้องมีตุลาการเข้าร่วมพิจารณาไม่น้อยกว่า 7 นาย โดยการวินิจฉัยคดีให้อาศัยเสียงข้างมากของตุลาการที่เข้าร่วมพิจารณา

กฎหมายกำหนดให้การวินิจฉัยคดีบางประเภทต้องกระทำโดยมติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 6 เสียง ได้แก่ การวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การวินิจฉัยถอนถอนออกจากตำแหน่งการยุบพรรคการเมือง คำร้องตามรัฐธรรมนูญที่ประชาชนยื่นคำร้อง การวินิจฉัยเพื่อยกเลิกคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมาย⁷⁸

(2) การพิจารณาโดยคณะเล็ก (Small Bench)

เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดีที่ประชาชนเป็นผู้ฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลรัฐธรรมนูญอาจแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นคณะเล็ก (Panel) ซึ่งประกอบด้วยตุลาการจำนวน 3 นาย เพื่อทบทวนเบื้องต้นเกี่ยวกับคำร้องตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) ที่ประชาชนเป็นผู้เสนอคำร้องได้⁷⁹

⁷⁷ มาตรา 22 Constitutional Court Act

⁷⁸ มาตรา 23 Constitutional Court Act

⁷⁹ มาตรา 72 Constitutional Court Act

การพิจารณาคดีโดยคณะเล็กเริ่มจัดตั้งแต่เดือนตุลาคม ค.ศ. 1988⁸⁰ คณะเล็กมีอำนาจในการไม่รับคำร้องโดยมติเอกฉันท์ในเฉพาะ คำร้องดังต่อไปนี้⁸¹

1. เมื่อผู้ร้องยังไม่ดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด
2. เมื่อฟ้องเกินกำหนดระยะเวลา
3. เมื่อไม่มีผู้แทนกฎหมายในคดี
4. กรณีที่ไม่อาจรับไว้พิจารณาได้

ทั้งนี้ กรณีหากคณะเล็กไม่อาจลงมติได้เป็นเอกฉันท์ในการ พิจารณาไม่รับคำร้องดังกล่าวให้ส่งเรื่องให้คณะใหญ่พิจารณาต่อไป

4.3 รูปแบบการพิจารณาคดี

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดรูปแบบการพิจารณาคดี อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท⁸² ได้แก่

(1) การพิจารณาคดีโดยวาจา (Oral Argument)

กฎหมายกำหนดให้คดีบางประเภทมีการพิจารณาคดีโดยวาจา ได้แก่ การพิจารณาเกี่ยวกับการถอดถอนออกจากตำแหน่ง การพิจารณาคดี ยุบพรรคการเมือง การพิจารณาคดีเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(2) การพิจารณาคดีที่ไม่ใช่โดยวาจา (Without Oral Argument)

กฎหมายกำหนดให้คดีบางประเภทไม่จำเป็นต้องมีการ พิจารณาคดีโดยวาจา หากศาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็น ได้แก่ การพิจารณาคดี เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint)

⁸⁰ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 19

⁸¹ มาตรา 72 Constitutional Court Act

⁸² มาตรา 30 Constitutional Court Act

4.4 การคุ้มครองชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดี

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะประเภทคำร้องทั้ง 5 ประเภท ดังนี้

(1) การคุ้มครองชั่วคราวตามที่กฎหมายกำหนด

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการการคุ้มครองระหว่างการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไว้ชัดเจนเพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลในคดีดังต่อไปนี้

1. คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 42 กำหนดให้ศาลอื่นที่จะใช้กฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญระงับการพิจารณาคดี และการทำคำพิพากษาในคดีที่เกี่ยวกับข้อกฎหมายดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

2. คดีเกี่ยวกับการถอดถอนจากตำแหน่ง พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 กำหนดห้ามบุคคลที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีมติให้ถอดถอนจากตำแหน่งปฏิบัติหน้าที่จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

(2) การคุ้มครองชั่วคราวตามคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีดังต่อไปนี้

1. คดีเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 57 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาคำสั่งให้พรรคการเมืองที่ถูกร้องให้ยุบพรรคระงับกิจกรรมของพรรคการเมืองดังกล่าวได้

2. คดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 65 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาคำสั่งระงับผลการกระทำของผู้ถูกร้องจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้อ่านคำวินิจฉัย

ทั้งนี้ ในคดีเกี่ยวกับการยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญที่ประชาชนเป็นผู้ยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดมาตรการการคุ้มครองชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะ

แต่เห็นว่าหากเป็นกรณีการยื่นคำร้องเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็สามารถนำมาตราการคุ้มครองชั่วคราวของคดีคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมาใช้ได้เช่นกัน

4.5 ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีต่างๆ มีผลใน 2 ลักษณะ คือ

(1) คำวินิจฉัยที่มีผลบังคับนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีบางประเภทมีผลในวันที่ศาลมีคำวินิจฉัย แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายก็ไม่ได้ระบุชัดเจนว่าวันที่ศาลมีคำวินิจฉัยเป็นวันใด กฎหมายกำหนดเพียงแต่ให้ในคำวินิจฉัยต้องระบุวันที่ศาลมีคำวินิจฉัย (Date of Decision)⁸³ ไว้ด้วย เช่น คำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้หากเป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาให้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญมีผลย้อนหลังได้

(2) คำวินิจฉัยที่มีผลบังคับนับแต่วันที่ศาลอ่านคำวินิจฉัย

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีบางประเภทมีผลนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัย เช่น คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการถอดถอนบุคคล คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กร

ส่วนคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคดีที่ประชาชนฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าผลคำวินิจฉัยมีผลเมื่อใด

4.6 อำนาจในการออกข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court Rule)

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้รายละเอียดในการดำเนินการบางอย่างของศาลรัฐธรรมนูญให้ออกเป็นข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญได้ และกำหนดให้ข้อกำหนดดังกล่าวต้องประกาศใน

⁸³ มาตรา 36 The Constitutional Court Act

ราชกิจจานุเบกษา⁸⁴

การดำเนินการดังต่อไปนี้กฎหมายกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น
ข้อกำหนด

(1) การปฏิบัติหน้าที่แทนประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากเหตุสุดวิสัยหรือตำแหน่งว่างลง (มาตรา 12)

(2) กำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการ (มาตรา 16)

(3) กำหนดกรอบอำนาจหน้าที่ และจำนวนพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือการดำเนินการอื่นใด เกี่ยวกับสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 17)

(4) กำหนดจำนวนของพนักงานวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (มาตรา 19)

(5) กำหนดรายชื่อสถาบันวิจัยที่ได้รับการรับรองเพื่อกำหนดคุณสมบัติของพนักงานวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (มาตรา 19)

(6) กำหนดเงื่อนไขการทำงาน การลดระยะเวลาการทำงานของพนักงานผู้ช่วยวิจัย เพื่อการแต่งตั้งเป็นพนักงานวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (มาตรา 19 -2)

(7) การจัดองค์กรและการบริหารงานของสำนักประธานศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 20)

(8) กำหนดอัตราค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการตรวจพยานหลักฐาน (มาตรา 37)

(9) การวางเงินประกัน การเก็บและการโอนเงินประกันการฟ้องคดีบางประเภทไปยังกระทรวงการคลัง (มาตรา 37)

(10) การแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายในคดี และคำตอบแทนที่ปรึกษากฎหมายในคดีที่ศาลแต่งตั้ง (มาตรา 70)

⁸⁴ มาตรา 10 Constitutional Court Act

(11) กำหนดองค์ประกอบ และขั้นตอนการดำเนินงานของ คณะตุลาการคณะเล็ก (มาตรา 72)

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของเกาหลีใต้มี พัฒนาการที่ใกล้เคียงกับศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของไทย ซึ่งประเทศไทยสามารถนำวิธีพิจารณาคดีของประเทศเกาหลีใต้มาศึกษาใน ส่วนรายละเอียดเพิ่มเติมเพื่อนำมาปรับใช้กับวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของไทย ตามความเหมาะสมในบางประเด็น อาทิ

(1) การกำหนดให้มีพนักงานคดีรัฐธรรมนูญ เป็นผู้ช่วยตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญในทางคดีเพื่อช่วยเหลือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการค้นคว้า วิจัย และทำงานเชิงวิชาการในคดี เพื่อให้วิชาการรัฐธรรมนูญมีการพัฒนาได้ อย่างต่อเนื่องเป็นระบบ และเป็นการบรรเทาภาระงานในคดีของตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยกำหนดคุณลักษณะของงาน และคุณสมบัติของบุคคล ในการดำรงตำแหน่งดังกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

(2) การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองชั่วคราวใน การพิจารณาคดีว่าคดีประเภทใดศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการคุ้มครอง ชั่วคราวได้ ซึ่งในขณะนี้ในระบบการพิจารณาคดีของไทยยังไม่มีกำหนด มาตรการเกี่ยวกับการคุ้มครองชั่วคราวไว้

(3) การกำหนดหลักเกณฑ์ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่จะเป็นผู้นำ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไปปฏิบัติ เนื่องจากขณะนี้ศาลรัฐธรรมนูญไทยยัง ไม่มีระบบการติดตามการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

(4) การกำหนดให้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญสามารถย้อนหลังเป็นคุณ แก่ผู้ที่ได้รับโทษทางอาญา ให้ได้รับการพิจารณาคดีใหม่ได้ เพื่อเป็นการคุ้มครอง บุคคลที่ต้องได้รับโทษทางอาญาจากกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะผู้ที่ได้รับ ผลกระทบอาจกำลังได้รับโทษจำคุกตามกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญอยู่ได้

บรรณานุกรม

กฎหมาย

1. รัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้ (Constitution of the Republic of Korea)
2. พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ (Constitutional Court Act)
3. ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550

คดีรัฐธรรมนูญ (Case)

1. 97 Hun-Ka 12 Nationality Case 2000/08/31 12-2 KCCR 167
2. 89 Hun-Ka 113 Praising and Encouraging under National Security Act Case 1999/04/02 2 KCCR 49

บทความ

1. อรอนงค์ เปรมะสกุล, การเมืองระหว่างประเทศในเอเชียตะวันออก (การเมืองญี่ปุ่น, การเมืองเกาหลี) , มหาวิทยาลัยรามคำแหง พิมพ์ครั้งที่ 6 , 2538
2. ข้อมูลเกาหลีใต้จาก <http://www.korea.net> (official website) 14 กุมภาพันธ์ 2551
3. ข้อมูลทั่วไปเกาหลีใต้จาก <http://th.wikipedia> 28 กุมภาพันธ์ 2551
4. ข้อมูลจากศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี <http://English.ccourt.go.kr/>- 24 k 14 กุมภาพันธ์ 2551

ภาคผนวก

คำเรียบเรียงพระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญ ของประเทศเกาหลี

หมวดที่ 1 บททั่วไป

มาตรา 1 เจตนารมณ์

เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้เพื่อกำหนดมาตรการที่จำเป็นในการ
จัดองค์กร และการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีของ
ศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 2 เขตอำนาจศาล

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยคดีดังต่อไปนี้

- ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ศาลทั่วไป (ordinary court) ร้องขอ
- การถอดถอนจากตำแหน่ง
- การยุบพรรคการเมือง
- การโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ ระหว่างองค์กรของรัฐ (state agencies) ระหว่างองค์กรของรัฐ (state agency) และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (local government) หรือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint)

มาตรา 3 องค์ประกอบ

ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการจำนวน 9 นาย

มาตรา 4 ความเป็นอิสระของตุลาการ

ให้ตุลาการพิจารณาคดีโดยอิสระเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายตามความรู้และมโนธรรม (consciences) ของตน

มาตรา 5 คุณสมบัติของตุลาการ

ให้แต่งตั้งตุลาการจากบุคคลที่มีอายุ 40 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป และเคยดำรงตำแหน่งต่อไปนี้เป็นเวลา 15 ปี หรือมากกว่า ทั้งนี้ ระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งมากกว่า 2 ตำแหน่งให้นำมานับรวมกัน (shall be aggregated)

- ผู้พิพากษา อัยการ (public prosecutor) หรือทนายความ (attorney)

- บุคคลที่มีคุณสมบัติในการเป็นทนายความ และเป็นผู้ที่ทำงานเกี่ยวกับกฎหมายในองค์กรของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือที่รัฐเป็นเจ้าของ หรือสถาบันที่รัฐลงทุน หรือบริษัทอื่น ๆ

- บุคคลที่มีคุณสมบัติในการเป็นทนายความที่มีตำแหน่งเทียบเท่าหรือสูงกว่าผู้ช่วยศาสตราจารย์ (assistant professor) ทางด้านกฎหมายในสถาบันที่ได้รับการรับรอง

ห้ามแต่งตั้งบุคคลดังต่อไปนี้เป็นตุลาการ

- บุคคลที่ขาดคุณสมบัติในการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กฎหมายกำหนด

- บุคคลที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดโดยได้รับโทษจำคุกโดยไม่ให้ใช้แรงงาน หรือโทษที่สูงกว่านั้น

- บุคคลที่ถูกถอดออกจากตำแหน่งยังไม่ครบ 5 ปี

มาตรา 6 การแต่งตั้งตุลาการ

ตุลาการได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีจำนวน 3 นาย จากจำนวนตุลาการทั้งหมด ให้ตุลาการจำนวน 3 นายได้รับการเลือกโดยสภานิติบัญญัติ

แห่งชาติ (National Assembly) และอีก 3 นาย ได้รับการเสนอชื่อจาก ประธานศาลสูงสุด (Chief Justice of the Supreme Court)

ให้ตุลาการได้รับการแต่งตั้ง หรือเลือกตั้ง เสนอชื่อภายหลังจาก มี “การแสดงความเห็นส่วนตัว” (Personel Hearing) ซึ่งจัดขึ้นโดย สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้ประธานาธิบดีร้องขอให้ “การแสดงความเห็นส่วนตัว” ก่อนที่จะแต่งตั้งตุลาการ (เว้นแต่ กรณีที่ตุลาการได้รับการเลือกโดย สภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือได้รับการเสนอชื่อโดยประธานศาลสูงสุด) และ ให้ประธานศาลสูงสุดร้องขอให้ “การแสดงความเห็นส่วนตัว” ก่อนที่จะมีการเสนอชื่อตุลาการ

ในกรณีวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการครบวาระ (expire) หรือ ตำแหน่งว่างลง (vacancy) ระหว่างวาระให้แต่งตั้งตุลาการแทนตำแหน่ง ที่ว่างลงภายใน 30 วัน นับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่งตามวาระ หรือวันที่ ตำแหน่งว่างลง ในกรณีที่ตำแหน่งตุลาการที่ได้รับเลือกจากสภานิติบัญญัติ แห่งชาติครบวาระหรือว่างลงระหว่างสัปดาห์สุดท้ายการประชุม หรือนอกสมัย การประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเลือก ตุลาการใหม่ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มีการเริ่มประชุมครั้งแรกในสมัย การประชุมต่อไป

มาตรา 7 วาระการดำรงตำแหน่ง

ตุลาการมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และอาจได้รับการเลือกใหม่
ตุลาการเกษียณอายุเมื่อครบ 65 ปี ประธานศาลรัฐธรรมนูญเกษียณอายุ เมื่อครบ 70 ปี

มาตรา 8 หลักประกันในการดำรงตำแหน่ง

ตุลาการไม่อาจถูกให้อายออกจากตำแหน่งได้ โดยไม่สมัครใจ เว้นแต่ เป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

- เมื่อมีคำวินิจฉัยให้ถอดถอนออกจากตำแหน่ง (impeachment)

- เมื่อตุลาการถูกตัดสินว่ากระทำความผิดโดยได้รับโทษจำคุกโดยไม่ให้ใช้แรงงาน หรือโทษที่สูงกว่านั้น

มาตรา 9 ห้ามตุลาการมีส่วนร่วมในการเมือง

ห้ามตุลาการเข้าร่วม (join) กับพรรคการเมืองหรือมีส่วนร่วม (participate) ทางการเมือง

มาตรา 10 อำนาจออกข้อกำหนด

(1) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีตัดสินคดี (adjudication procedure) ข้อบังคับภายใน (internal discipline) และการจัดการกิจการทั่วไป เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติและกฎหมายอื่น

(2) ข้อกำหนดศาล (Constitutional Court Rules) ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา 10-2 เสนอให้มีการตรากฎหมาย

เมื่อประธานศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีความจำเป็นในการตรากฎหมาย การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์การการบริหารงานบุคคล การบริหารจัดการ หรือวิธีพิจารณาคดี หรือหน้าที่อื่นๆ ที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญเสนอความเห็นเป็นหนังสือ (writing opinions) ไปยังสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

มาตรา 11 ค่าใช้จ่าย

(1) ค่าใช้จ่ายของศาลรัฐธรรมนูญให้ได้รับการจัดสรรโดยอิสระจากงบประมาณของรัฐ

(2) ให้เงินสำรอง (Reserve Fund) รวมเป็นค่าใช้จ่ายตาม (1) ด้วย

หมวดที่ 2

องค์กร

มาตรา 12 ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

- (1) ศาลรัฐธรรมนูญมีประธานหนึ่งนาย
- (2) ให้ประธานาธิบดีโดยความยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่งตั้งประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีอยู่
- (3) ประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้แทนของศาลรัฐธรรมนูญ กำกับดูแลกิจการของศาลรัฐธรรมนูญและกำกับดูแลพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ
- (4) กรณีที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้โดยเหตุสุดวิสัย (Accident) หรือตำแหน่งว่างลง ให้ตุลาการอื่นปฏิบัติหน้าที่แทนประธานศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 13 ยกเลิก

มาตรา 14 ห้ามตุลาการปฏิบัติหน้าที่อื่นในระหว่างดำรงตำแหน่ง
ตุลาการไม่อาจดำเนินการในกิจการที่แสวงหากำไรหรือดำรงตำแหน่งอื่น
ดังนี้

ในระหว่างดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการ

1. สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือสมาชิกสภาท้องถิ่น
2. พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ฝ่ายบริหาร (the Executive) หรือศาลทั่วไป หรือ
3. ที่ปรึกษา พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือลูกจ้างของบริษัทหรือองค์กร

มาตรา 15 การปฏิบัติต่อประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการ

- (1) การปฏิบัติหรือสิทธิประโยชน์ (Treatment) และค่าตอบแทน (Remuneration) ของประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้ได้รับเท่ากับ

ประธานศาลสูงสุด และให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นข้าราชการการเมือง (Political Service) การปฏิบัติหรือสิทธิประโยชน์และค่าตอบแทนให้ได้เท่ากับผู้พิพากษาในศาลสูงสุด

(2) ยกเลิก

มาตรา 16 คณะกรรมการตุลาการ (Council of Justices)

(1) คณะกรรมการตุลาการให้ประกอบด้วยตุลาการทั้งหมด ให้ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นประธานคณะกรรมการตุลาการ

(2) มติของคณะกรรมการตุลาการให้ประกอบด้วยตุลาการที่เข้าร่วมอย่างน้อย 7 นาย และให้ใช้เสียงข้างมากที่เปิดเผย (Affirmative Vote) ของตุลาการที่เข้าร่วมประชุม (Present)

(3) ประธานคณะกรรมการตุลาการมีสิทธิในการออกเสียงลงมติ

(4) การดำเนินการตัดสินใจในเรื่องดังต่อไปนี้ให้กระทำโดยคณะกรรมการตุลาการ

1. กรณีการตรา การแก้ไข ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการเสนอความเห็นขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติตรากฎหมายตามมาตรา 10-2
2. การเสนอของบประมาณ การจัดสรรเงินสำรอง หรือการทำบัญชี
3. การแต่งตั้งและการให้ออกจากตำแหน่งของเลขาธิการ รองเลขาธิการ พนักงานวิจัยรัฐธรรมนูญ พนักงานเจ้าหน้าที่ตั้งแต่ชั้น III ขึ้นไป
4. เรื่องสำคัญพิเศษ และประธานศาลรัฐธรรมนูญเสนอให้ที่ประชุมพิจารณา

(5) เรื่องที่มีความจำเป็นเกี่ยวกับการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการให้เป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 17 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (Department of Court Administration)

(1) เพื่อประโยชน์ในการบริหารงานทั่วไปของศาลรัฐธรรมนูญ ให้จัดตั้งสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในศาลรัฐธรรมนูญ

(2) ให้มีเลขานุการ 1 นาย และรองเลขานุการ 1 นาย ในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

(3) ภายใต้การสั่งการ (Direction) ของประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ให้เลขานุการมีอำนาจในกิจการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และกำกับดูแลพนักงานเจ้าหน้าที่ที่อยู่ภายใต้การปกครอง

(4) เลขานุการอาจเข้าร่วมประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (State Council) และเสนอเรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานของศาลรัฐธรรมนูญ

(5) เป็นจำเลยในคดีเกี่ยวกับคดีปกครอง (Administrative Litigation) เมื่อมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำของประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(6) รองเลขานุการมีหน้าที่ช่วยงานของเลขานุการ ในกรณีที่เลขานุการไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากเหตุสุดวิสัย ให้รองเลขานุการปฏิบัติหน้าที่แทนเลขานุการ

(7) ให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมี สำนัก (Offices), กอง (Bureaus), ส่วน (Divisions)

(8) ให้มีหัวหน้าสำนัก (Office Chief) ประจำสำนัก ให้มีหัวหน้ากอง (Bureau Chief) ประจำกอง ให้มีหัวหน้าส่วน (Division Chief) ประจำส่วน ทั้งนี้ อาจมีผู้อำนวยการ (Directors) หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ (Officers) ภายใต้เลขานุการ รองเลขานุการ หัวหน้าสำนัก หรือหัวหน้ากอง เพื่อสนับสนุนงานเกี่ยวกับการวางแผน การจัดทำแผน การวิจัย การสอบสวน การตรวจสอบ การประเมินผล หรือการประชาสัมพันธ์

(9) องค์กรและกรอบอำนาจหน้าที่ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ จำนวนพนักงานเจ้าหน้าที่ในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องจำเป็นอื่นใด ที่กฎหมายนี้มีได้กำหนดให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 18 พนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

(1) ให้เลขานุการได้รับการแต่งตั้งเสมือนเป็นพนักงานของรัฐ (Public

Official) ทางการเมือง (Political Service) ให้ได้เงินเดือนเท่ากับสมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (State Council)

(2) รองเลขาธิการได้รับการแต่งตั้งเสมือนเป็นพนักงานของรัฐทางการเมือง ให้ได้เงินเดือนเท่ากับผู้ช่วยรัฐมนตรี (Vice Minister)

(3) หัวหน้าสำนัก (Office Chiefs) ให้ได้รับการแต่งตั้งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ ชั้น I หรือ II ในกิจการทั่วไป (General Service)

หัวหน้ากอง (Bureau Chiefs) ให้เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐชั้น II หรือ III ในกิจการทั่วไป

ผู้อำนวยการ (Directors), พนักงานเจ้าหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้างาน (Officers-in-Charge) ให้เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ ชั้น II ถึงชั้น IV ในกิจการทั่วไป และหัวหน้าส่วน (Division Chiefs) เป็นพนักงานของรัฐ ชั้น III หรือ IV ทั้งนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้างานอาจได้รับแต่งตั้งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เทียบเท่าชั้น III หรือชั้น IV ในตำแหน่งพลเรือนพิเศษ (in Extraordinary Civil Service)

(4) พนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญให้ได้รับการแต่งตั้งและให้ออกโดยประธานศาลรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ การแต่งตั้งและให้ออกพนักงานเจ้าหน้าที่ ชั้น III ขึ้นไป ให้กระทำโดยมติของคณะกรรมการตุลาการ

(5) ประธานศาลรัฐธรรมนูญอาจขอให้องค์กรอื่นของรัฐอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่มาปฏิบัติหน้าที่ที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

(6) ยกเลิก

มาตรา 19 พนักงานวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (Constitution Research Officers)

(1) ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีพนักงานวิจัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญจำนวนตามที่กำหนดในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ

(2) ให้พนักงานวิจัยเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐพิเศษ (Special Service)

(3) พนักงานวิจัยมีหน้าที่เกี่ยวกับการสืบสวน การวิจัยเกี่ยวกับการให้ความเห็น (Deliberation) และการพิจารณาตัดสินคดีภายใต้การสั่งการของประธานศาลรัฐธรรมนูญ

(4) พนักงานวิจัยได้รับแต่งตั้งจากประธานศาลรัฐธรรมนูญโดยมติของคณะกรรมการตุลาการภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. เป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติในการเป็นผู้พิพากษา อัยการ หรือ ทนายความ (Attorney at Law)

2. เป็นบุคคลที่มีตำแหน่งเทียบเท่าผู้ช่วยศาสตราจารย์ทางกฎหมาย (Assistance Professor of Law) ในสถาบันที่ได้รับการรับรอง

3. เป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องทางกฎหมายไม่น้อยกว่า 5 ปี ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ ชั้น IV ขึ้นไป ในองค์กรของรัฐ เช่น สถานิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือศาล

4. เป็นบุคคลที่จบปริญญาเอกทางกฎหมาย และมีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการทางด้านกฎหมายเป็นเวลา 5 ปี หรือมากกว่านั้นในองค์กรของรัฐ เช่น รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ศาล หรือ ศาลรัฐธรรมนูญ

5. เป็นบุคคลที่ได้รับปริญญาเอกทางกฎหมายและเกี่ยวข้องกับ การดำเนินการทางกฎหมายเป็นเวลา 5 ปี หรือมากกว่านั้น ในสถาบันวิจัยที่ได้รับการรับรอง เช่น วิทยาลัย หรือมหาวิทยาลัย ตามที่กำหนดในข้อกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญ

(5) ยกเลิก

(6) ห้ามแต่งตั้งบุคคลที่เข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้ เป็นพนักงานวิจัย

1. บุคคลที่เข้าเงื่อนไขตามที่มาตรา 33 ของ The State Public Officials Act กำหนด

2. บุคคลที่ได้รับโทษจำคุกโดยไม่ให้ใช้แรงงาน หรือโทษที่สูงกว่า นั้น

3. บุคคลที่ถูกให้ออกเนื่องจากมีคำวินิจฉัยให้ถอดถอนออกจาก ตำแหน่งยังไม่ครบ 5 ปี

(7) ระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของพนักงานวิจัยเป็นเวลา 10 ปี แต่อาจได้รับการแต่งตั้งอีก และอายุไม่เกิน 60 ปี

(8) หากกรณีเป็นไปตาม (6) ให้ถือว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ออกจากการงาน (Retire) ทั้งนี้ ไม่รวมถึงกรณีเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 33 วรรคห้า ของ The State Public Officials Act

(9) ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจขอให้องค์กรของรัฐอนุญาตให้พนักงาน เจ้าหน้าที่ มาปฏิบัติหน้าที่ที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นพนักงานวิจัย

(10) รองเลขาธิการอาจดำรงตำแหน่งเป็นพนักงานวิจัยอีกตำแหน่งก็ได้

(11) ประธานศาลรัฐธรรมนูญอาจให้พนักงานวิจัยดำรงตำแหน่งอื่น นอกเหนือจากการสืบสวนและการวิจัยเกี่ยวกับการให้ความเห็นและการพิจารณาคดีพร้อมกันได้

จำนวนพนักงานวิจัยเป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญและเงินเดือนของพนักงานวิจัยให้ได้เท่าเทียมกับตำแหน่งที่สูงสุด

มาตรา 19 - 2 พนักงานผู้ช่วยวิจัยรัฐธรรมนูญ (Assistance Constitution Research Officer)

(1) กรณีการแต่งตั้งพนักงานวิจัยใหม่ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งต้องเคยเป็นพนักงานผู้ช่วยวิจัยรัฐธรรมนูญมาแล้วเป็นเวลา 3 ปี โดยพิจารณาประสบการณ์ทำงานทั้งนี้การแต่งตั้งเป็นพนักงานผู้ช่วยวิจัยอาจได้รับการยกเว้นหรือลดระยะเวลาของการทำงานลงโดยพิจารณาจากอาชีพและความสามารถในการทำงานตามเงื่อนไขที่กำหนดในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ

(2) พนักงานผู้ช่วยวิจัยได้รับการแต่งตั้งโดยประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามมติคณะกรรมการตุลาการ

(3) พนักงานผู้ช่วยวิจัยเป็นเจ้าหน้าที่พิเศษอื่นของรัฐ และค่าตอบแทนหรือการเลื่อนตำแหน่งให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับพนักงานวิจัย

(4) กรณีผลการปฏิบัติงานของพนักงานผู้ช่วยวิจัยต่ำกว่าเกณฑ์

คณะกรรมการตุลาการอาจมีมติให้ออก

(5) ระยะเวลาการทำงานของพนักงานผู้ช่วยวิจัยให้นับรวมเป็นระยะเวลาในการทำงาน (Tenure) เสมือนพนักงานวิจัย ตามที่มีกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นกำหนด

มาตรา 19 - 3 ผู้วิจัยอาวุโส หรือที่ปรึกษาทางวิชาการ (Senior Research / Academic Adviser)

(1) ศาสตราจารย์หรือนุญาอาจมีผู้วิจัยอาวุโส หรือที่ปรึกษาทางวิชาการให้ผู้วิจัยอาวุโส หรือที่ปรึกษาทางวิชาการร่วมในการสอบสวนและวิจัยเกี่ยวกับการให้ความเห็น และการพิจารณาคดี

(2) ผู้วิจัยอาวุโสหรือที่ปรึกษาทางวิชาการให้ดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลาไม่เกิน 3 ปี

(3) ผู้วิจัยอาวุโส หรือที่ปรึกษาทางวิชาการให้ได้รับการแต่งตั้งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในชั้น II หรือ III ในข้าราชการพลเรือนพิเศษ หรือข้าราชการพลเรือนแบบมีสัญญา

มาตรา 20 สำนักประธานศาลรัฐธรรมนูญ

(1) ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีสำนักงานช่วยงานประธานศาลรัฐธรรมนูญ

(2) ให้มีหัวหน้าสำนักประธานศาลรัฐธรรมนูญ หัวหน้าสำนักประธานศาลรัฐธรรมนูญได้รับการแต่งตั้งเป็นพนักงานของรัฐพิเศษชั้น I และรับผิดชอบในการดำเนินงานภายใต้การบังคับบัญชาของประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(3) การจัดองค์กรและการบริหารจัดการของสำนักประธานศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ

(4) ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีผู้ช่วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(5) ผู้ช่วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับการแต่งตั้งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐชั้น IV ทัวไป หรือชั้นพิเศษ และรับผิดชอบดำเนินงานภายใต้การบังคับบัญชาของตุลาการ

มาตรา 21 เสมียนศาลและเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยศาล

(1) ให้มีเสมียนศาลและเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) ประธานศาลรัฐธรรมนูญแต่งตั้งเสมียนศาลและเจ้าหน้าที่ศาลจากบุคคลในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

(3) เสมียนศาลมีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการเตรียมการ การเก็บรักษา และการส่งเอกสารเกี่ยวกับคดีภายใต้การบังคับบัญชาของตุลาการที่รับผิดชอบคดี

(4) ให้เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยของศาลรักษาความสงบเรียบร้อยในห้องพิจารณาคดี และดำเนินการอื่นใดภายใต้การสั่งการของตุลาการที่รับผิดชอบคดี

หมวด 3

วิธีพิจารณาวิญญัติทั่วไป

(General Procedure of Adjudication)

มาตรา 22 เต็มองค์คณะ (full bench)

(1) เว้นแต่กฎหมายนี้กำหนดเป็นอย่างอื่น การพิจารณาคดีของศาลให้พิจารณาโดยตุลาการเต็มองค์คณะ (full bench) ประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคน

(2) ให้ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นประธานที่ประชุมของคณะใหญ่

มาตรา 23 องค์ประชุม

(1) การพิจารณาคดีโดยตุลาการเต็มองค์คณะให้ประกอบด้วยตุลาการที่เข้าร่วมประชุมไม่น้อยกว่า 7 นาย หรือมากกว่านั้น

(2) ให้ตุลาการเต็มองค์คณะวิญญัติโดยเสียงข้างมากของตุลาการที่เข้าร่วมประชุมในการพิจารณาคดีครั้งสุดท้าย (final discussion)

คดีดังต่อไปนี้ต้องอาศัยมติของตุลาการตั้งแต่ 6 เสียงหรือมากกว่านั้น

1. กรณีวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การถอดถอนการยุบพรรคการเมือง คำร้องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ
2. การวินิจฉัยกลับแนวคำวินิจฉัยเดิมของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 24 การห้ามตุลาการพิจารณาคดี

(1) ตุลาการไม่อาจเข้าร่วมพิจารณาคดีหากเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1. กรณีตุลาการเป็นคู่ความหรือเป็นหรือเคยเป็นคู่สมรสของคู่ความ
2. กรณีตุลาการเป็นหรือเคยเป็นญาติ หัวหน้าครอบครัว หรือสมาชิกในครอบครัวของคู่ความในคดี
3. กรณีตุลาการเคยให้ถ้อยคำหรือให้ความเห็นในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญในคดี
4. กรณีตุลาการเป็นหรือเคยเป็นที่ปรึกษาของคู่ความเกี่ยวกับคดี
5. กรณีตุลาการเป็นคดีนอกศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่หรือวิชาชีพของตน

(2) ให้ตุลาการเต็มองค์คณะ โดยเห็นเอง (ex officio) หรือมีคำร้องขอของคู่ความ วินิจฉัยห้ามตุลาการรวมพิจารณา

(3) ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมของตุลาการ คู่ความอาจร้องขอให้ตุลาการร่วมในการพิจารณาคดีได้ ทั้งนี้ ห้ามมิให้ใช้บทบัญญัติดังกล่าวหากคู่ความมาศาลและยื่นคำร้องในวันพิจารณาคดี

(4) คู่ความไม่อาจร้องขอให้มีการถอนตุลาการสองคน หรือมากกว่านั้นในคดีเดียวกัน

(5) กรณีเป็นไปตาม (1) หรือ (3) ตุลาการอาจขอถอนตนเองโดยได้รับอนุญาตจากประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จากการพิจารณาคดีได้ภายในเงื่อนไขข้างต้น

- (6) ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 44, 45, 46 (1) (2) และ 48 มาบังคับใช้โดยอนุโลมในกรณีคำร้องห้ามตุลาการพิจารณาคดี

มาตรา 25 ผู้แทนทางด้านกฎหมาย (Legal Representative)

(1) กรณีรัฐบาลเป็นคู่ความ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้แทนรัฐบาล

(2) กรณีองค์กรของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นคู่ความ อาจเลือกทนายความหรือลูกจ้างที่มีคุณสมบัติ เช่น ทนายความ หรือที่ปรึกษาเป็นผู้ดำเนินการในคดี

(3) กรณีเอกชนเป็นคู่ความในการดำเนินการเกี่ยวกับคดีให้มีทนายความเป็นผู้แทน เว้นแต่กรณีที่เอกชนนั้นเป็นทนายความเอง

มาตรา 26 คำร้องขอให้พิจารณาคดี

(1) คำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีให้ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยทำเป็นหนังสือ ตามที่กำหนดในแต่ละประเภทคดี ทั้งนี้ ในกรณีที่พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้ศาลอื่นเป็นผู้ส่งคำร้อง และกรณีการพิจารณาคดีตลอดจนให้สำเนาตลอดจนของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

(2) พยานเอกสาร หรือหลักฐานที่อ้างถึงให้แนบมาพร้อมคำร้อง

มาตรา 27 การส่งคำร้องให้คู่กรณีทราบ

(1) เมื่อศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องให้ส่งสำเนาคำร้องให้คู่กรณีทราบ โดยไม่ชักช้า

(2) กรณีเป็นคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ให้ส่งสำเนาคำร้องให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและคู่ความที่เกี่ยวข้องกับคดี

มาตรา 28 การแก้ไขคำร้องขอให้พิจารณาคดี

(1) เมื่อตุลาการที่รับผิดชอบคดีเห็นว่าคำร้องไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแต่อาจแก้ไขได้ ให้ตุลาการมีคำสั่งให้มีการแก้ไขคำร้องภายในระยะเวลาที่กำหนด

(2) ให้นำมาตรา 27 (1) มาบังคับโดยอนุโลม กรณีการแก้ไขคำร้องตาม (1)

(3) เมื่อมีการแก้ไขคำร้องตาม (1) และให้ถือว่าคำร้องที่แก้ไขใหม่ได้ยื่นนับตั้งแต่วันที่ได้นับคำร้องครั้งแรก

(4) ระยะเวลาในการแก้ไขคำร้องตาม (1) ไม่นับรวมเป็นระยะเวลาการพิจารณาคดีภายใต้ มาตรา 38

มาตรา 29 การยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา

(1) ผู้ถูกร้องหลังจากได้รับคำร้องหรือคำร้องที่แก้ไขเพิ่มเติม อาจยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาเป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาลรัฐธรรมนูญ

(2) คำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาให้ประกอบด้วยคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาและคำร้องขอให้วินิจฉัย

มาตรา 30 วิธีการพิจารณาคดี

(1) ในการพิจารณาคดีให้ถอดถอนจากตำแหน่ง ให้ยุบพรรคการเมืองหรือคำร้องโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ให้พิจารณาคดีโดยวาจา (oral argument)

(2) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญให้พิจารณาโดยไม่ต้องใช้การพิจารณาคดีโดยวาจา (oral argument) หากกรณีที่เป็น ตุลาการได้มองคําคณะอาจกำหนดให้มีการพิจารณาโดยวาจา และรับฟังคำให้การของคู่กรณี ผู้เกี่ยวข้อง หรือบุคคลอื่นใด (amici curiae) ได้

(3) กรณีตุลาการได้มองคําคณะกำหนดให้มีการพิจารณาคดีโดยวาจาให้กำหนดวันพิจารณา ออกหมายเรียกคู่กรณี และบุคคลที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 31 การตรวจพยานหลักฐาน

(1) กรณีตุลาการคณะใหญ่เห็นว่ามีความจำเป็นสำหรับการพิจารณาคดีโดยศาลเห็นเองหรือโดยคำร้องขอของคู่ความในการตรวจพยานหลักฐานดังต่อไปนี้

1. การสอบคู่กรณี หรือพยาน
 2. การเรียก หรือเก็บรักษาเอกสาร หนังสือ วัตถุ และพยานวัตถุที่คู่ความ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องครอบครองมายังศาล
 3. ออกคำสั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องขานูประเมนพยานหลักฐาน
 4. ให้รับรองสภาพของสินค้า บุคคล สถานที่ และสิ่งของ
- (2) ตุลาการที่เป็นประธาน หากกรณีจำเป็นอาจกำหนดให้ตุลาการหนึ่งนายเป็นผู้ตรวจเอกสารตาม (1)

มาตรา 32 การเรียกหลักฐาน

ตุลาการคณะใหญ่อาจมีคำสั่งสอบถามเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่จำเป็นในการพิจารณาคดีไปยังองค์กรของรัฐ หรือองค์กรสาธารณะ หรือสั่งให้ส่งเอกสารหรือแสดงหลักฐาน ทั้งนี้ กรณีที่เอกสารดังกล่าวอยู่ระหว่างการพิจารณาคดีของศาล พนักงานอัยการ หรือการสอบสวนทางอาญา ห้ามมิให้มีการร้องขอให้ส่งหลักฐานดังกล่าว

มาตรา 33 สถานที่พิจารณาคดี

การพิจารณาคดีโดยวาจา (oral argument of the adjudication) และการอ่านคำวินิจฉัย (pronounce of final decision) ให้กระทำในห้องพิจารณาคดีของศาล กรณีที่ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าจำเป็นอาจมีการดำเนินการดังกล่าวนอกห้องพิจารณาคดีได้

มาตรา 34 การให้บุคคลภายนอกเข้าฟังการพิจารณา

(1) ให้การพิจารณาคดีโดยวาจาและการอ่านคำวินิจฉัยของศาลต้องเปิดเผยต่อสาธารณชน การพิจารณาคดีที่ไม่ใช่โดยวาจา และการทำความเข้าใจ

(deliberation) ไม่ต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ

(2) บทบัญญัติมาตรา 57 (1) และ 57 (2) ของพระราชบัญญัติการจัดองค์กรศาล (the Court Organization Act)ให้นำมาใช้โดยอนุโลมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 35 การรักษาความเรียบร้อยภายในศาล

(1) ตุลาการซึ่งเป็นประธานในคดีมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในห้องพิจารณาคดี และเป็นประธานในการพิจารณาคดีโดยวาจาและการให้ความเห็น

(2) บทบัญญัติมาตรา 58 ถึง มาตรา 63 ของพระราชบัญญัติการจัดองค์กรศาล (the Court Organization Act)ให้นำมาใช้โดยอนุโลมในการรักษาความสงบและการใช้ภาษาในศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 36 คำวินิจฉัยคดี (Final Decision)

- (1) เมื่อตุลาการเต็มองค์คณะพิจารณาเสร็จสิ้น ให้จัดทำคำวินิจฉัย
- (2) ในการจัดทำคำวินิจฉัยคำวินิจฉัยให้ประกอบด้วยข้อความดังต่อไปนี้
 1. เลข และชื่อคดี
 2. ระบุคู่ความ และบุคคลที่เป็นผู้แทน
 3. คำวินิจฉัย
 4. เหตุผล
 5. วันที่มีคำวินิจฉัย (date of decision)
- (3) ตุลาการที่พิจารณาคดีให้แสดงความเห็นส่วนตัวเป็นลายลักษณ์อักษร
- (4) เมื่อมีการอ่านคำวินิจฉัย ให้เสมียนศาลมีหน้าที่ส่งสำเนาคำวินิจฉัยให้คู่กรณีทราบโดยไม่ชักช้า
- (5) คำวินิจฉัยให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา 37 ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

(1) ค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญให้รัฐเป็นผู้จ่าย ค่าใช้จ่ายในการตรวจพยานหลักฐานที่คู่ความร้องขอให้คู่ความเป็นผู้ชำระตามข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำสั่งให้บุคคลที่ร้องขอให้พิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint) วางเงินประกันตามที่กำหนดในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ

(3) ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำสั่งให้โอนเงินประกันทั้งหมดหรือบางส่วนไปยังกระทรวงการคลังตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ในคดีดังต่อไปนี้

1. กรณีไม่รับคำร้อง (dismissed) เกี่ยวกับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

2. กรณียกคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (rejected) และเห็นว่าคำร้องดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิ

มาตรา 38 กรอบเวลาในการพิจารณาคดี

ให้ศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัยภายใน 180 วัน หลังจากได้รับคำร้องขอให้พิจารณาคดี ทั้งนี้ กรณีที่มีตุลาการไม่ครบ 7 นาย เนื่องจากตำแหน่งว่างลง ระยะเวลาที่ตำแหน่งว่างลงไม่ให้นำมารวมคำนวณในระยะเวลาในการพิจารณาคดี

มาตรา 39 การไม่วินิจฉัยในคดีเดิม (ne bis in idem)

ศาลรัฐธรรมนูญต้องไม่พิจารณาซ้ำในคดีที่ได้มีการพิจารณาวินิจฉัยแล้ว

มาตรา 40 บทบัญญัติที่นำมาใช้บังคับ

(1) เว้นแต่พระราชบัญญัตินี้กำหนดเป็นอย่างอื่นให้นำกฎหมายเกี่ยวกับคดีแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่ให้ขัดแย้งกับการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ และให้นำกฎหมายเกี่ยวกับคดีอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลมกับการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการถอดถอน และกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่อง

อำนาจหน้าที่ และคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

(2) ในกรณีตาม (1) หากกฎหมายหรือกฎกระทรวงที่เกี่ยวกับคดีอาญาหรือคดีปกครองขัดแย้งกับกฎหมายเกี่ยวกับคดีแพ่ง มิให้นำกฎหมายคดีแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

หมวด 4

วิธีพิจารณาคดีเฉพาะ

ส่วนที่ 1 การพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

มาตรา 41 คำร้องขอให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

(1) กรณีมีประเด็นต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีนั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้น (รวมถึงศาลทหาร) โดยศาลเห็นเอง หรือโดยความยินยอมตามคำร้องขอของคู่ความ ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

(2) คำขอของคู่ความตาม (1) ให้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษร ระบุเหตุตาม มาตรา 43 ข้อสอง ถึง ข้อสี่

(3) ให้นำมาตรา 254 ของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมในการตรวจสอบคำขอตาม (2)

(4) ห้ามอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งของศาลอื่นเกี่ยวกับคำร้องขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

(5) กรณีศาลอื่นนอกจากศาลสูงสุดเป็นผู้ร้องขอตาม (1) ให้ส่งเรื่องผ่านไปยังศาลสูงสุด

มาตรา 42 การรอการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอื่น

(1) เมื่อศาลอื่นร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ให้ศาลนั้นรอการพิจารณาพิพากษาในคดีนั้นไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เว้นแต่กรณีที่ศาลนั้นเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน (urgent) ให้ดำเนินการพิจารณาคดีที่ไม่ใช่การพิพากษาคดีต่อไปได้

(2) ระยะเวลาที่ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีตาม (1) มิให้นับรวมเป็นระยะเวลาการควบคุมตัว (detention period) ตามมาตรา 92 (1) และ (2) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมาตรา 132 (1) และ (2) ของกฎหมายวิธีพิจารณาความศาลทหาร และกำหนดระยะเวลาการทำการพิพากษตามมาตรา 199 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 43 ข้อความที่ระบุในคำร้อง

เมื่อศาลอื่นยื่นคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้คำร้องของศาลระบุข้อความดังต่อไปนี้

1. ศาลที่ยื่นคำร้อง
2. คดีและคู่ความ
3. บทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ
4. เหตุในการตีความว่าขัดรัฐธรรมนูญ
5. อื่นๆ ที่จำเป็น

มาตรา 44 ความเห็นคู่ความเกี่ยวกับคดี

คู่ความในคดีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมอาจเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ความเห็นโดยย่อ (an amicus brief) ว่ากฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่

มาตรา 45 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการขัดรัฐธรรมนูญ

ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเฉพาะว่ากฎหมายตามคำร้องนั้น หรือ

บทบัญญัติอื่นของกฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ ในกรณีหากเห็นว่ากฎหมายนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้ต่อไปเนื่องจากการขัดรัฐธรรมนูญของบทกฎหมายตามคำร้อง ศาลอาจมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายทั้งฉบับนั้นขัดรัฐธรรมนูญ

มาตรา 46 การแจ้งคำวินิจฉัยที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ให้ศาลรัฐธรรมนูญส่งสำเนาคำวินิจฉัยที่เป็นลายลักษณ์อักษรไปยังศาลอื่นที่ส่งคำร้องภายใน 14 วัน นับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย ในกรณีที่ศาลที่ส่งคำร้องไม่ใช่ศาลสูงสุดให้ศาลให้แจ้งคำวินิจฉัยผ่านไปยังศาลสูงสุด

มาตรา 47 ผลคำวินิจฉัยกรณีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

- (1) กรณีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้มีผลผูกพันศาลอื่น ๆ องค์กรอื่นของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- (2) บทกฎหมายที่มีคำวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญให้สิ้นผลบังคับนับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย ในกรณีที่บทกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา (criminal penalties) ให้สิ้นผลบังคับย้อนหลัง (retroactively)
- (3) ในกรณีตาม (2) อาจมีการขอให้พิจารณาคดีใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินคดีที่ใช้กฎหมาย หรือบทบัญญัติที่ขัดรัฐธรรมนูญ
- (4) ให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาบังคับใช้โดยอนุโลมกรณีการขอพิจารณาคดีใหม่ตาม (3)

ส่วนที่ 2 การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการถอดถอน

มาตรา 48 การถอดถอนออกจากตำแหน่ง

หากเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public Official) ต่อไปนี้กระทำการละเมิดรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่ สภานิติบัญญัติแห่งชาติอาจมีมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายว่าด้วยสภานิติบัญญัติแห่งชาติกำหนด

1. ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ รัฐมนตรี
2. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษา หรือคณะกรรมการการเลือกตั้ง
แห่งชาติ
3. ประธานและคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน
4. เจ้าหน้าที่รัฐอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนด

มาตรา 49 ทนายความผู้ทำหน้าที่ถอดถอน

- (1) กรณีการพิจารณาวินิจฉัยคดีถอดถอน ให้ประธานฝ่ายนิติบัญญัติ และกรรมการการยุติธรรมของสภานิติบัญญัติทำหน้าที่เป็นทนายความ ผู้ทำหน้าที่ถอดถอน (impeachment prosecutor)
- (2) ให้ทนายความผู้ทำหน้าที่ถอดถอนยื่นคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ โดยแสดงสำเนามติการถอดถอน และเป็นผู้ซักถามผู้ถูกกล่าวหาในการ พิจารณาคดีโดยวาจา

มาตรา 50 การพักการปฏิบัติหน้าที่

ห้ามบุคคลที่ถูกมติให้ถอดถอนปฏิบัติหน้าที่จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมี คำวินิจฉัย

มาตรา 51 การพักกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการ ถอดถอน

กรณีมีการดำเนินคดีอาญาในเหตุเดียวกับคดีที่มีการร้องขอให้ถอดถอน ต่อผู้ถูกกล่าวหา ตุลาการรัฐธรรมนูญเต็มองค์คณะ (full bench) อาจระงับ การดำเนินการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการถอดถอน

มาตรา 52 คู่ความที่ไม่มาศาล

- (1) กรณีคู่ความไม่มาศาลในวันพิจารณา ให้กำหนดวันพิจารณาใหม่
- (2) หากกรณีที่คู่ความยังคงไม่มาศาลในวันพิจารณาที่กำหนดใหม่ ให้มี การพิจารณาลับหลังบุคคลดังกล่าวได้

มาตรา 53 คำวินิจฉัย

(1) กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นตามมติให้ถอดถอนบุคคลให้ศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัย (pronounce) ให้ผู้ถูกกล่าวหาถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งของรัฐ

(2) กรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาถูกออกจากตำแหน่ง (removed) ก่อนที่ศาลอ่านคำวินิจฉัยให้ศาลรัฐธรรมนูญยกคำร้อง (rejected) ให้ถอดถอน

มาตรา 54 ผลของคำวินิจฉัย

(1) คำวินิจฉัยให้ถอดถอนไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกล่าวหาพ้นความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางอาญา

(2) ผู้ถูกถอดถอนโดยคำวินิจฉัยถอดถอนห้ามดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจนกว่าจะครบกำหนด 5 ปี นับแต่วันที่ศาลอ่านคำวินิจฉัย (the decision is pronounced)

ส่วนที่ 3 การพิจารณาวินิจฉัยคดีกรณียุบพรรคการเมือง

มาตรา 55 คำร้องขอให้ยุบพรรคการเมือง

กรณีที่วัตถุประสงค์และการดำเนินการของพรรคการเมืองขัดต่อหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตย ฝ่ายบริหาร (The Executive) พร้อมความเห็น (deliberation) ของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ อาจร้องของศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ยุบพรรคการเมืองนั้นได้

มาตรา 56 คำร้อง

คำร้องที่เป็นลายลักษณ์อักษรขอให้ยุบพรรคการเมืองให้ประกอบด้วยข้อความดังนี้

1. ชื่อพรรคการเมืองที่ขอให้ยุบ
2. เหตุของคำร้อง

มาตรา 57 การคุ้มครองชั่วคราว

ศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อได้รับคำร้องให้ยุบพรรคการเมือง โดยเห็นเองหรือมีคำร้องขอของโจทก์ อาจมีคำสั่งให้ระงับกิจกรรมของผู้ถูกร้องจนกว่าจะมีการอ่านคำวินิจฉัย

มาตรา 58 การแจ้งคำร้อง

(1) ในกรณีที่มีคำร้องขอให้ยุบพรรคการเมืองมีคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวหรือสิ้นสุดการพิจารณาคดี ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญแจ้งข้อเท็จจริงให้สถานีวิทยุโทรทัศน์แห่งชาติและคณะกรรมการเลือกตั้งแห่งชาติทราบ

(2) ให้ส่งผลคำวินิจฉัยที่เป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับยุบพรรคการเมืองให้ผู้ถูกร้อง และให้แจ้งให้สถานีวิทยุโทรทัศน์แห่งชาติ ฝ่ายบริหาร และคณะกรรมการเลือกตั้งแห่งชาติ

มาตรา 59 ผลของคำวินิจฉัย

เมื่อได้มีการอ่านคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองให้พรรคการเมืองเลิกไป

มาตรา 60 การบังคับตามคำวินิจฉัย

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ยุบพรรคการเมือง ให้คณะกรรมการเลือกตั้งแห่งชาติมีหน้าที่ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติพรรคการเมือง

ส่วนที่ 4 การพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่

มาตรา 61 เหตุยื่นคำร้อง

(1) กรณีมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ หรือกรอบอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐหลายองค์กร ระหว่างองค์กรของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลาย องค์กร

ของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง อาจร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ
พิจารณาวินิจฉัยคดีข้อโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่

(2) คำร้องตาม (1) ให้อนุญาตได้ หากปรากฏว่าการกระทำ หรือการ
ไม่กระทำของผู้ถูกร้องละเมิด หรือมีเหตุเป็นภัยอันตรายอย่างชัดแจ้งว่าอาจ
ละเมิดอำนาจของผู้ร้องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้อำนาจไว้

มาตรา 62 ประเภทการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่อง อำนาจหน้าที่

(1) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ให้จัด
แบ่งประเภทได้ดังนี้

1. การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่าง
องค์กรของรัฐ : การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่าง
สถาบันบัญญัติแห่งชาติ, ฝ่ายบริหาร, ศาลอื่น และคณะกรรมการการเลือกตั้ง
แห่งชาติ

2. การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่าง
องค์กรของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(a) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่
ระหว่างฝ่ายบริหาร และ “เขตการปกครองพิเศษ เขตมหานคร หรือจังหวัด”
(Special Metropolitan City, Metropolitan City or Province)

(b) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่
ระหว่างฝ่ายบริหาร และเขตการปกครองตนเองต่างๆ ซึ่งเป็นองค์กรปกครอง
ส่วนท้องถิ่น ได้แก่ City/County or Self - Government District

3. การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่าง
องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(a) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่าง
“เขตการปกครองพิเศษ เขตมหานคร หรือจังหวัด”

(b) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่าง
“เขตการปกครองตนเองต่างๆ”

(c) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่าง “เขตการปกครองพิเศษฯ และเขตการปกครองตนเองต่าง ๆ”

(2) กรณีเป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเรื่อง การศึกษา วิทยาการ หรือศิลปะ ของท้องถิ่นตามมาตรา 2 ของกฎหมายว่า ด้วยการศึกษาท้องถิ่น (the Local Educational Self-Governance Act) ให้คณะกรรมการติดตามของคณะกรรมการการศึกษาเป็นคู่ความในคดีตาม (1) 2 และ 3

มาตรา 63 อายุความการฟ้องคดี

(1) การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ให้ร้องขอ ภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ทราบเหตุการณ์โต้แย้ง และภายใน 180 วัน หลังจากเหตุเกิด

(2) ระยะเวลาตาม (1) เป็นระยะเวลาบังคับ (peremptory period)

มาตรา 64 คำร้อง

คำร้องที่เป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการพิจารณาคดีการโต้แย้งเรื่อง อำนาจหน้าที่ให้ประกอบด้วย

1. ชื่อผู้ร้อง หรือองค์กรของผู้ร้อง และผู้ดำเนินการหรือผู้แทน
2. ผู้ถูกร้อง
3. การกระทำ หรือการละเว้นกระทำของผู้ถูกร้องที่เป็นมูลเหตุในการยื่นคำร้อง
4. เหตุผลในการยื่นคำร้อง
5. อื่นๆ

มาตรา 65 การคุ้มครองชั่วคราว

ศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อได้รับคำร้องขอให้พิจารณาคดีโต้แย้งเกี่ยวกับเรื่อง อำนาจหน้าที่ โดยเห็นเอง (ex officio) หรือโดยมีคำร้องขอของผู้ร้อง อาจมี คำสั่งให้ระงับผลของการกระทำการ (effect of an action) ของผู้ถูกร้องที่

เกี่ยวกับการพิจารณาคดีไว้จนกว่าจะมีการอ่านคำวินิจฉัย (pronouncement of the final decision)

มาตรา 66 คำวินิจฉัย

(1) ให้ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินเรื่องอำนาจหน้าที่ หรือกรอบอำนาจหน้าที่ ขององค์กรของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(2) ในกรณีตาม (1) ศาลรัฐธรรมนูญอาจยกเลิก (cancel) การกระทำ ของผู้ถูกร้องที่เป็นมูลเหตุของการโต้แย้งเรื่องอำนาจ หรืออาจรับรอง (confirm) การดำเนินการที่ไม่สมบูรณ์ (invalidity of the action) และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญ มีคำวินิจฉัยตามคำร้องซึ่งขัดแย้งต่อการดำเนินการของผู้ถูกร้อง ให้ผู้ถูกร้อง ปฏิบัติตามคำวินิจฉัย

มาตรา 67 ผลคำวินิจฉัย

(1) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ มีผลผูกพันองค์กรของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกองค์กร

(2) คำวินิจฉัยให้เพิกถอนการกระทำขององค์กรของรัฐ หรือองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีเปลี่ยนแปลงผล (effect) ที่บุคคลได้รับจากการกระทำ ดังกล่าว

ส่วนที่ 5 การยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint)

มาตรา 68 มูลเหตุในการยื่นคำร้อง

(1) บุคคลซึ่งอ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของตน (basic right) ที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญถูกละเมิดโดยการกระทำหรือไม่กระทำการของรัฐ อาจยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint) ต่อ ศาลรัฐธรรมนูญได้ เว้นแต่กรณีเป็นคำพิพากษาของศาลอื่น ทั้งนี้ ในกรณีที่มี มาตรการเยียวยาความเสียหายใดๆ (relief process) ที่กำหนดให้บุคคล

ดำเนินการตามกฎหมายอื่น บุคคลนี้อาจฟ้องคดีได้หากไม่ได้ดำเนินการตามกระบวนการดังกล่าวให้ถึงที่สุดก่อน

(2) หากคำขอตามมาตรา 41 (1) เกี่ยวกับการพิจารณาวินิจฉัยคดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายถูกยกคำร้อง (rejected) คู่ความอาจยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีดังกล่าว คู่ความไม่อาจยื่นคำร้องซ้ำเพื่อขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วยเหตุผลเดียวกันในกระบวนการพิจารณาในคดีได้อีก

มาตรา 69 ระยะเวลาการยื่นคำร้อง

(1) คำร้องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 (1) ให้ยื่นภายใน 90 วัน หลังจากเหตุแห่งการร้อง และภายใน 1 ปี นับแต่เหตุเกิด ทั้งนี้ การยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ยื่นภายหลังจากการดำเนินการเยียวยาความเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ให้ยื่นคำร้องภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งผลการดำเนินการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวที่ถึงที่สุดแล้ว

(2) การพิจารณาคดีคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 (2) ให้ยื่นภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มีคำสั่งไม่รับพิจารณาคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

มาตรา 70 ที่ปรึกษาที่ศาลแต่งตั้ง

(1) กรณีที่บุคคลประสงค์จะยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญไม่มีทุนทรัพย์ในการแต่งตั้งทนายความเป็นที่ปรึกษาบุคคลดังกล่าวอาจร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญแต่งตั้งที่ปรึกษาได้ ในกรณีดังกล่าว ระยะเวลาในการยื่นคำร้องตามที่กำหนดในมาตรา 69 ให้เริ่มนับจากวันที่มีการยื่นคำร้อง

(2) ในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ อาจแต่งตั้งที่ปรึกษาโดยไม่จำเป็นต้องเป็นไปตาม (1) ได้

(3) ให้ศาลรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้รับการร้องขอตาม (1) หรือตาม (2) แต่งตั้งทนายความที่ปรึกษาจากทนายความตามเงื่อนไขที่กำหนดในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ศาลอาจไม่แต่งตั้งที่ปรึกษาในคดีก็ได้หากเห็นว่าปรากฏ

ชัดแจ้งว่าศาลจะไม่รับพิจารณา (dismissible) หรือคดีไม่มีมูล (groundless) หรือเห็นว่าเป็นกรณีการละเมิดสิทธิ (abuse of right)

(4) กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่แต่งตั้งทนายความที่ปรึกษาให้แจ้งผู้ขอโดยไม่ชักช้าในกรณีดังกล่าว ระยะเวลาจากวันที่ร้องขอจนถึงวันที่แจ้งคำสั่งไม่ให้นับรวมคำนวณสำหรับคำร้องตามมาตรา 69

(5) ทนายความที่ปรึกษาที่ได้รับการแต่งตั้งตาม (3) ให้ยื่นคำร้องที่ขอให้ศาลพิจารณามาตรา 71 ต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับการแต่งตั้ง

(6) ทนายความที่ปรึกษาที่ได้รับการแต่งตั้งตาม (3) ให้ได้รับคำตอบแทนจากกระทรวงการคลังภายใต้เงื่อนไขในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 71 รายละเอียดคำร้อง

(1) คำร้องซึ่งเป็นหนังสือเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 (1) ให้ประกอบด้วยข้อความดังต่อไปนี้

1. ระบุผู้ร้อง และที่ปรึกษา
2. สิทธิที่ถูกละเมิด
3. การกระทำหรือการไม่กระทำของรัฐซึ่งเป็นสาเหตุของการละเมิดสิทธิ
4. เหตุผลประกอบคำร้อง
5. เรื่องอื่นๆ

(2) ให้นำบทบัญญัติมาตรา 43 มาใช้บังคับโดยอนุโลมเกี่ยวกับคำร้องตามมาตรา 68 (2) ทั้งนี้ ในกรณีมีการระบุคำว่า “ระบุศาลที่ร้อง” ในย่อหน้า 1 ของมาตรา 43 ให้หมายถึง “ระบุผู้ร้อง และที่ปรึกษา”

(3) ให้แนบเอกสารเกี่ยวกับการตั้งที่ปรึกษา หรือคำสั่งศาลที่แต่งตั้งที่ปรึกษากับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

มาตรา 72 การทบทวนเบื้องต้น (prior review)

(1) ประธานศาลรัฐธรรมนูญอาจตั้งคณะทำงาน (panel) ที่ประกอบด้วย

ตุลาการจำนวน 3 นาย ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยให้คณะทำงานดังกล่าว
ตรวจคำร้องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเบื้องต้น

(2) ยกเลิก

(3) ในกรณีดังต่อไปนี้ ให้คณะทำงานไม่รับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ
(dismiss) ไว้พิจารณาโดยให้เป็นมติเอกฉันท์

1. กรณีที่คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ยื่นมาโดยไม่ได้ไปดำเนินการ
เพื่อเยียวยาผลกระทบ (relief process) ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วน
แล้ว หรือเป็นการโต้แย้งคำพิพากษาของศาลอื่น

2. กรณีที่คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ยื่นมาเกินระยะเวลาที่
กฎหมายกำหนดตามมาตรา 69

3. กรณีที่คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ยื่นมาโดยไม่มีที่ปรึกษา
ตามมาตรา 25

4. กรณีคำร้องทางรัฐธรรมนูญไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ (inadmis-
sible) และการไม่รับพิจารณาไม่อาจแก้ไขได้

(4) กรณีที่คณะทำงานไม่อาจตัดสินไม่รับคำร้องได้ตาม (3) โดยมติ
เอกฉันท์ให้โอนคดีคำร้องทางรัฐธรรมนูญไปยังคณะตุลาการเต็มองค์คณะ
(full bench) กรณีที่การไม่รับพิจารณาไม่สามารถวินิจฉัยเสร็จภายในสามสิบวัน
หลังจากได้รับคำร้องให้ถือว่าเป็นคำตัดสินให้โอนคำร้องดังกล่าวไปยังคณะตุลาการ
เต็มองค์คณะ

(5) ให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 28 มาตรา 31 มาตรา 32 และ
มาตรา 35 มาใช้บังคับโดยอนุโลมสำหรับการพิจารณาของคณะทำงาน

(6) องค์ประกอบ และการดำเนินงานของคณะทำงานต่างๆ ให้เป็น
ไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ

**มาตรา 73 การแจ้งคำสั่งไม่รับพิจารณาหรือคำวินิจฉัยให้โอนคดี
ไปยังคณะตุลาการเต็มองค์คณะ**

(1) เมื่อคณะทำงานไม่รับพิจารณาคำร้องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญหรือให้โอน

คำร้องไปยังคณะตุลาการเต็มองค์คณะให้แจ้งให้ผู้ร้อง หรือที่ปรึกษา หรือผู้ถูกร้องทราบภายใน 14 วันหลังจากมีคำวินิจฉัย และให้ปฏิบัติเช่นเดียวกันกับกรณีตามมาตรา 72 (4)

(2) เมื่อคำร้องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญโอนไปยังคณะตุลาการเต็มองค์คณะภายใต้บทบัญญัติมาตรา 72 (4) ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญแจ้งให้บุคคลต่อไปนี้ทราบโดยไม่ชักช้า

1. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม
2. คู่กรณีที่ไม่ใช่ผู้ร้อง ในกรณีที่เป็นกรณีพิพาทคดีตามคำร้องที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 (2)

มาตรา 74 การเสนอความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

(1) องค์การของรัฐ หรือองค์กรสาธารณะ ที่ประสงค์จะมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีตามคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมอาจเสนอความเห็นโดยย่อ (amicus brief) มายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดีได้

(2) ในกรณีที่คำร้องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 (2) ถูกโอนไปยังคณะตุลาการเต็มองค์คณะให้นำมาตรา 27 (2) และมาตรา 44 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 75 คำวินิจฉัยตามคำร้อง

(1) คำวินิจฉัยที่เป็นไปตามคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint) ให้มีผลผูกพันองค์กรของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกองค์กร

(2) กรณีที่เป็นไปตามคำร้องทางรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint) ตามมาตรา 68 (1) ให้ระบุสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกละเมิด และการกระทำ หรือไม่กระทำการของรัฐซึ่งเป็นการกระทำละเมิดไว้ในคำวินิจฉัย

(3) ในกรณีที่บัญญัติไว้ใน (2) ศาลรัฐธรรมนูญอาจเพิกถอนการใช้อำนาจ

ของรัฐที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือระบุงการไม่กระทำการเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ

(4) เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเป็นไปตามคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่เห็นด้วยกับการไม่กระทำการของรัฐ ให้ผู้ถูกร้องต้องดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัย

(5) ในกรณีที่บัญญัติไว้ใน (2) เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการกระทำหรือการไม่กระทำการของรัฐเนื่องมาจากกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลอาจวินิจฉัยให้กฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(6) ในกรณีที่บัญญัติไว้ใน (5) และกรณีที่ศาลมีคำสั่งเป็นไปตามคำร้องตามมาตรา 68 (2)ให้นำมาตรา 45 และมาตรา 47 มาใช้บังคับโดยอนุโลมในคดีดังกล่าว

(7) ในกรณีเป็นไปตามคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดในมาตรา 68 (2) และกรณีคดีที่ศาลอื่นตามคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว คู่กรณีอาจร้องขอให้มีการพิจารณาคดีอีกครั้ง

(8) ในกรณีมีการขอให้พิจารณาคดีใหม่ตาม (7)ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาบังคับใช้โดยอนุโลมในคดีอาญาและวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับคดีอื่น

หมวด 5

โทษทางอาญา

มาตรา 76 โทษอาญา

บุคคลดังต่อไปนี้ได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000,000 วอน (1,000 วอนประมาณ 37 บาท)

1. บุคคลที่ได้รับหมายเรียก หรือรับการแต่งตั้งให้เป็นพยาน พยาน

ผู้เชี่ยวชาญ ผู้แปล หรือล่าม โดยศาลรัฐธรรมนูญและไม่ว่าโดยไม่มีเหตุอันสมควร

2. บุคคลที่ได้รับการเรียก หรือคำสั่งให้ส่งพยานหลักฐานโดยศาลรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ดำเนินการโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

3. บุคคลที่ปฏิเสธ หรือยุ่งเกี่ยว หรือไม่ให้ความร่วมมือกับการตรวจสอบหรือการสอบสวนของศาลรัฐธรรมนูญโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร



การลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญในสหภาพพม่า : เปรียบเทียบกรณีการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

• ไปรยา ทศนสกุล*

บทนำ

สหภาพพม่าเป็นประเทศเพื่อนบ้านที่มีความใกล้ชิดกับประเทศไทย เป็นอย่างยิ่งทั้งในด้านเศรษฐกิจ การเมืองและการปกครอง อีกทั้งยังเป็นประเทศที่ทั่วโลกจับตามองและคอยกดดันให้รัฐบาลทหารนำประเทศไปสู่ระบอบประชาธิปไตย ประชาธิปไตยของพม่านั้น หากดูจากพัฒนาการทางการเมืองของประเทศนี้ ก็จะเห็นขั้นตอนสองขั้นตอนที่เกิดขึ้น หนึ่ง คือ ขั้นตอนของการได้มาซึ่งอิสรภาพ สอง คือ ขั้นตอนของการสร้างสังคมแห่งเสรีภาพ ช่วงเวลาประชาธิปไตยของพม่าเกิดเพียงระยะสั้นๆ ซึ่งแรกเมื่อพม่าได้รับอิสรภาพมาจากเจ้าอาณานิคมอังกฤษนับแต่ปี ค.ศ.1948 (พ.ศ.2491) ประชาธิปไตยเกิดขึ้นช่วงสิบปีแรก ที่มีการเลือกตั้งตามครรลองประชาธิปไตยที่ได้รับการยอมรับ ประชาธิปไตยของพม่าสิ้นสุดลงเท่านี้ เมื่อพม่าตกอยู่ใต้การปกครองของเนวิน ต่อมาถึงเกือบ 27 ปี และแม้หลังจากนั้น เมื่อเกิดเหตุการณ์ลุกฮือเรียกร้องประชาธิปไตยในปี พ.ศ.2531 กลุ่มอำนาจอย่างกึ่ง ก็เข้าครองอำนาจต่อภายใต้การนำของดาน ฉ่วย ปัจจุบัน นับถึงเวลานี้รวมแล้วถึงอีก 20 ปี

*เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 5 กลุ่มงานประสานงานศาลรัฐธรรมนูญระหว่างประเทศและวิเทศสัมพันธ์ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

นับตั้งแต่การเข้ายึดอำนาจของรัฐบาลทหาร หลังจากที่ถูกพรรคสันนิบาตแห่งชาติเพื่อประชาธิปไตย (เอ็นแอลดี) ได้รับชัยชนะอย่างถล่มทลายแต่รัฐบาลทหารไม่ยอมรับผลการเลือกตั้ง ในปีพ.ศ. 2533 จนกระทั่งหลังจากเหตุการณ์กวาดล้างนองเลือดต่อผู้ประท้วงโดยสันติ เมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2550 ผู้นำทหารจึงประกาศให้จัดให้มีการลงประชามติเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นในวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 เพื่อเตรียมพร้อมจัดการเลือกตั้งทั่วไป ในปี พ.ศ. 2553 และดำเนินการให้เป็นไปตามแผนพัฒนาประชาธิปไตยในพม่า (Road Map) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดแรงกดดันของสหประชาชาติและประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งหากการเลือกตั้งเกิดขึ้นจริงจะถือว่าเป็นการเลือกตั้งครั้งแรกนับจากปี พ.ศ. 2533 เป็นต้นมา

กลไกสำคัญที่จะนำไปสู่การเลือกตั้งครั้งแรกของสหภาพพม่าครั้งนี้ คือ การกำหนดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น โดยรัฐบาลทหารพม่าได้กำหนดขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวผ่านกระบวนการลงประชามติ เช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ทั่วโลกที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในการปกครองประเทศหรือในการออกกฎหมาย และจากขั้นตอนดังกล่าวจึงนำไปสู่การตรากฎหมายว่าด้วยการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่า ปี พ.ศ. 2551 ขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการลงประชามติในสหภาพพม่า ซึ่งเป็นแนวทางที่รัฐบาลทหารพม่าเลือกใช้เป็นแนวทางในการนำระบอบประชาธิปไตยคืนสู่ประเทศชาติและประชาชนชาวพม่า

เพื่อให้เข้าใจถึงสภาพปัญหาและระบอบการเมืองการปกครองในสหภาพพม่า เพื่อชี้ให้เห็นหนทางและอุปสรรคในการนำประเทศสหภาพพม่าสู่ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยผ่านการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2551 นั้น ผู้เขียนจึงขอลำถึงความเป็นมาของระบอบการเมืองการปกครองและสภาพสังคมของสหภาพพม่าโดยสังเขป

ความเป็นมาของระบอบการเมืองการปกครองในสหภาพพม่า

พม่าตกเป็นอาณานิคมของอังกฤษในปี พ.ศ. 2429 และระยะก่อนการเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 เล็กน้อย ญี่ปุ่นได้เข้ามามีบทบาทในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยได้ติดต่อกับพวกตะจิ่น ซึ่งเป็นกลุ่มนักศึกษาหนุ่มที่มีหัวรุนแรง มี อองซาน นักชาตินิยม และเป็นผู้นำของนักศึกษาในมหาวิทยาลัยอย่างกว้างเป็นหัวหน้า พวกตะจิ่นเข้าใจว่าญี่ปุ่นจะสนับสนุนการประกาศอิสรภาพของพม่าจากอังกฤษ แต่เมื่อญี่ปุ่นยึดครองพม่าได้แล้ว กลับพยายามหน่วงเหนี่ยวมิให้พม่าประกาศเอกราช และได้ส่งอองซานและพวกตะจิ่นประมาณ 30 คน เดินทางไปญี่ปุ่นเพื่อรับคำแนะนำในการดำเนินการเพื่อเรียกร้องอิสรภาพจากอังกฤษ

เมื่อคณะของอองซานได้เดินทางกลับพม่าใน พ.ศ. 2485 อองซานได้ก่อตั้งองค์การสันนิบาตเสรีภาพแห่งประชาชนต่อต้านฟาสซิสต์ (Anti-Fascist Peoples Freedom League : AFPFL) เพื่อต่อต้านญี่ปุ่นอย่างลับ ๆ องค์การนี้ภายหลังได้กลายเป็นพรรคการเมือง ชื่อ พรรค AFPFL เมื่อญี่ปุ่นแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 แล้ว อองซานและพรรค AFPFL ได้เจรจากับอังกฤษ โดยอังกฤษยืนยันที่จะให้พม่ามีอิสรภาพปกครองตนเองภายใต้เครือจักรภพ และมีข้าหลวงใหญ่อังกฤษประจำพม่าช่วยให้คำปรึกษา แต่อองซานมีอุดมการณ์ที่ต้องการเอกราชอย่างสมบูรณ์ อังกฤษได้พยายามสนับสนุนพรรคการเมืองอื่นๆ ขึ้นแข่งอำนาจกับพรรค AFPFL ของอองซานแต่ไม่เป็นผลสำเร็จ จึงยินยอมให้พรรค AFPFL ขึ้นบริหารประเทศโดยมีอองซานเป็นหัวหน้า อองซานมีนโยบายสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และต้องการเจรจากับรัฐบาลอังกฤษโดยสันติวิธี จึงทำให้เกิดความขัดแย้งกับฝ่ายนิยมคอมมิวนิสต์ในพรรค AFPFL อองซานและคณะรัฐมนตรีอีก 6 คน จึงถูกลอบสังหารเมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม พ.ศ. 2490 ขณะที่เดินออกจากที่ประชุมสภาต่อมตะจิ่นหรือฮู่นะได้ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีแทน และมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2490 โดยอังกฤษได้มอบเอกราชให้แก่พม่า แต่ยังรักษาสถานีทางการทหารไว้ 4 มกราคม พ.ศ. 2491 อังกฤษจึง

ได้มอบเอกราชให้แก่พม่าอย่างสมบูรณ์

ภายหลังจากพม่าได้รับเอกราชแล้วการเมืองภายในประเทศก็มีการสับสนอยู่ตลอดเวลา นายกรัฐมนตรี คือ นายอูอูถูกบีบให้ลาออกเมื่อ พ.ศ. 2501 ผู้นำพม่าคนต่อมาคือนายพลเนวิน ซึ่งได้ทำการปราบจลาจลและพวกนิยมซ้ายจัดอย่างเด็ดขาด เขาได้จัดให้มีการเลือกตั้งทั่วประเทศใน พ.ศ. 2503 ทำให้นายอูอูได้กลับมาเป็นผู้จัดตั้งรัฐบาลใหม่ เพราะได้รับเสียงข้างมากในสภา¹

รัฐบาลพม่าซึ่งมีแกนนำมาจากนายทหารที่เข้ายึดอำนาจการปกครองเมื่อปี พ.ศ. 2531 ยังคงมีการปกครองที่จำกัดสิทธิเสรีภาพทางการเมืองอย่างเข้มงวด และยังไม่มีการยอมรับแม้คณะนายทหารยืนยันตลอดมาว่าจะอยู่ในอำนาจเป็นการชั่วคราวเพื่อวางรากฐานของระบอบประชาธิปไตยที่ยั่งยืน แต่ก็อยู่ในอำนาจมาแล้วถึง 17 ปีเต็ม ในปัจจุบันแกนนำของพรรคสันนิบาตแห่งชาติเพื่อประชาธิปไตย (National League for Democracy - NLD) ซึ่งเป็นพรรคฝ่ายค้านที่ได้รับชัยชนะอย่างท่วมท้นในการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อปี พ.ศ. 2533 ยังคงถูกควบคุมตัวอยู่ โดยเฉพาะ นางออง ซาน ซู จี เลขาธิการพรรคฯ และยังมีนักโทษการเมืองถูกคุมขังอยู่อีกประมาณ 1,300 - 1,400 คน ขณะที่ผู้ลี้ภัยทางการเมืองชาวพม่าในต่างประเทศอีกนับหมื่นคน

แนวทางสู่ประชาธิปไตยของสหภาพพม่า (Roadmap towards Democracy)

หลังจากประชาคมระหว่างประเทศได้กดดันและใช้มาตรการลงโทษ (Sanction) พม่าอย่างหนัก และหลายฝ่ายรวมทั้งประเทศไทยได้พยายามโน้มน้าวรัฐบาลพม่าอย่างต่อเนื่อง รัฐบาลพม่าได้ดำเนินการเพื่อลดแรงกดดันจากประชาคมระหว่างประเทศอยู่บ้าง โดยเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม พ.ศ. 2546

¹<http://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%9E%E0%B8%A1%E0%B9%88%E0%B8%B2>

รัฐบาลพม่าได้ประกาศ “Roadmap towards Democracy” ของพม่าซึ่งกำหนดขั้นตอนการดำเนินการไปสู่ประชาธิปไตยของพม่า 7 ขั้นตอน ได้แก่ (1) การฟื้นฟูการประชุมสมัชชาแห่งชาติ (National Convention) เพื่อวางหลักการของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (2) การดำเนินการเป็นขั้นเป็นตอนที่จำเป็นเพื่อการมีประชาธิปไตยที่มีวินัยอย่างแท้จริง (genuine disciplined democracy) (3) การยกร่างรัฐธรรมนูญ (4) การจัดลงประชามติรับรองร่างรัฐธรรมนูญ (5) การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา (6) การจัดประชุมรัฐสภา (7) การจัดตั้งรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้ง และเพื่อให้เป็นไปตาม Roadmap ดังกล่าวรัฐบาลพม่าได้จัดการประชุมสมัชชาแห่งชาติขึ้นเมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2547 และได้มีการประชุมไปแล้วสามวาระ (วาระแรกระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม - 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2547 และวาระที่สองระหว่างวันที่ 17 กุมภาพันธ์ - 31 มีนาคม พ.ศ. 2548 และวาระที่ 3 ระหว่างวันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ. 2548 - 31 มกราคม พ.ศ. 2549)

อย่างไรก็ดี การดำเนินการตาม Roadmap ของพม่าก็มิได้เป็นไปโดยราบรื่น โดยเฉพาะการที่รัฐบาลพม่าจัดการประชุมสมัชชาแห่งชาติขึ้นโดยไม่มีผู้แทนพรรค NLD เข้าร่วม การที่นางองซาน ซู จี ยังไม่ได้รับการปล่อยตัว และที่สำคัญคือ การปลดพลเอก จิ้น ยุ้น ซึ่งเป็นจักรกลสำคัญในกระบวนการ Roadmap ออกจากตำแหน่งในรัฐบาลเมื่อวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2547 ภายหลังการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวรัฐบาลพม่ามีท่าทีแข็งกร้าวต่อชนกลุ่มน้อย พรรค NLD และประชาคมระหว่างประเทศมากขึ้น ทำให้หลายฝ่ายไม่มั่นใจเกี่ยวกับอนาคตของ Roadmap

อนาคตของกระบวนการปรองดองแห่งชาติและ Roadmap ของรัฐบาลพม่ายังไม่ชัดเจน หลายฝ่ายยังสงสัยในเหตุผลของรัฐบาลพม่าที่จัดการประชุมสมัชชาแห่งชาติแบบ “ปิดๆ เปิดๆ” และควบคุมกระบวนการพิจารณาของสมัชชาแห่งชาติอย่างเข้มงวด ไม่เปิดโอกาสให้ฝ่ายต่างๆ ให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะ การปฏิเสธที่จะให้ความกระจ่างว่าขณะนั้นกระบวนการ Roadmap มาถึงขั้นตอนใดและจะใช้เวลาอีกนานเท่าใด ก็ยิ่งเพิ่ม

ความสงสัยดังกล่าว นอกจากนั้น รัฐบาลพม่าได้ปิดช่องทางในการติดต่อ พุดจากับโลกภายนอกในเรื่องกระบวนการทางการเมืองภายในของตน รัฐบาล พม่าต้องการให้ไทยหยุดการดำเนินการในเรื่องการหารือกับประชาคมระหว่าง ประเทศในกรอบ “Bangkok Process” ที่ประเทศไทยริเริ่มขึ้นเมื่อปลาย ปี พ.ศ. 2546 และให้สหประชาชาติยุติความเคลื่อนไหวในการส่งเสริม กระบวนการปรองดองภายในพม่า

ในการประชุม 3 รอบที่ผ่านมา สมัชชาแห่งชาติได้เห็นชอบหลักการ ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่คืบหน้าไปแล้วประมาณร้อยละ 50-70 ของงาน ที่จะต้องดำเนินการทั้งหมด

รายละเอียดที่สำคัญเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญแห่งสหภาพพม่า พ.ศ. 2551

คณะทหารได้จัดให้มีการพิมพ์เผยแพร่แก่สาธารณะซึ่งร่างรัฐธรรมนูญ แห่งสหภาพพม่า และตามการแถลงของคณะทหาร ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ มีสาระสำคัญเป็นการสนับสนุนระบอบประชาธิปไตยอันเป็นระบบระเบียบ และจะได้จัดให้มีการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปใน พ.ศ. 2553 ด้วย

เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551 คณะทหารได้ตรากฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญ และแต่งตั้งคณะกรรมการ ควบคุมการออกเสียงประชามติเช่นว่าด้วย โดยกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญ เป็นการอำนวยความสะดวกในการลงคะแนนลับ และให้ประชาชนสามารถ ตรวจสอบการนับคะแนนนั้นได้

ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบาทของกองทัพนั้น ประเด็นสำคัญคือกำหนด ให้มีผู้แทนของกองทัพ ร้อยละ 20 ในสภาสูง และร้อยละ 25 ในสภาผู้แทนราษฎร สงวนตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการ 3 กระทรวงไว้ให้ผู้แทนของกองทัพ (ได้แก่ กระทรวงกลาโหม กระทรวงมหาดไทย และกระทรวงกิจการชายแดน) ประธานาธิบดีจะต้องเป็นบุคคลที่มีประสบการณ์ในการบริหารงานกองทัพ และ ผู้บัญชาการทหารสูงสุดมีอำนาจในการประกาศภาวะฉุกเฉิน

ในส่วนที่เกี่ยวกับชนกลุ่มน้อย ร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีรัฐ (State) และเขตปกครองตนเอง (Autonomous Region) แต่ละรัฐ และเขตปกครองตนเองจะมีมุขมนตรี (Chief Minister) เป็นหัวหน้ารัฐบาล มีสภาท้องถิ่นซึ่งมีผู้แทนของกองทัพออยู่ร้อยละ 25 รัฐบาล รัฐและเขตปกครองตนเองมีอำนาจในการบริหารกิจการท้องถิ่น และที่สำคัญคือให้กองกำลังชนกลุ่มน้อยวางอาวุธ

อีกประการหนึ่ง ร่างรัฐธรรมนูญพม่ายังตัดสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งของชาวพม่าที่สมรสกับชนต่างด้าว ซึ่งได้แก่ นางองซาน ซูจี อีกด้วย²

การลงประชามติกับการร่างรัฐธรรมนูญ

ในประเทศต่างๆ ที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy System) ที่มีการปกครอง “โดยประชาชน” แล้ว จะเห็นได้ว่าประชาธิปไตยนั้นมีอยู่ 2 รูปแบบที่แตกต่างกัน โดยรูปแบบแรก เรียกว่า ประชาธิปไตยทางตรง (Democracy Direct) และรูปแบบที่สอง เรียกว่า ประชาธิปไตยแบบตัวแทน (Democracy Representative) โดยประชาธิปไตยทางตรงจะเป็นรูปแบบที่เน้นการมีส่วนร่วมทางตรงของพลเมืองทุกคนในการใช้อำนาจทางการเมือง ในขณะที่รูปแบบที่สอง คือ ประชาธิปไตยแบบตัวแทนนั้นจะเป็นรูปแบบที่อำนาจทางการเมืองถูกมอบหมายให้ตัวแทน ที่ได้รับการเลือกตั้งจากพลเมืองเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว และจะต้องรับผิดชอบในการดำเนินการของตนเอง³

การลงประชามติ หรือ Referendum คือการให้ประชาชนใช้สิทธิทางการเมืองเพื่อลงมติว่า เห็นด้วยหรือไม่ในร่างรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมาย หรือนโยบายสำคัญ การลงประชามติ เป็นช่องทางในระบอบประชาธิปไตยทางตรงที่เปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมโดยตรงในการตัดสินใจเรื่องสำคัญของ

² ข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับสหภาพพม่า กองเอเชียตะวันออก 1 กรมเอเชียตะวันออก กระทรวงการต่างประเทศ 8 มิถุนายน พ.ศ. 2549 (www.mfa.go.th/internet/country/49d.doc)

³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การออกเสียงประชามติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ (ตอนที่ 1), www.pub-law.net เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2545.

ประเทศ จากเดิมที่อยู่ในระบอบประชาธิปไตยทางตัวแทน อนุญาตให้ประชาชนมีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ทำหน้าที่ออกกฎหมาย ให้ความเห็นชอบแต่งตั้งรัฐบาล และควบคุมการทำงานของรัฐบาล

อย่างไรก็ตาม ในสภาพความเป็นจริงทางการเมือง การลงประชามติย่อมหลีกเลี่ยงไม่บริบททางการเมืองที่ดำรงอยู่ในเวลานั้นไม่ได้ ในหลายกรณีและนับเดียวกัน การลงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นผลผลิตจากรัฐประหารอาจเป็นการลงประชามติในความนิยมของคณะรัฐประหารและพวกไปได้พร้อมกัน ไม่ว่าจะเป็นการลงประชามติในรูปแบบหรือระดับใดก็ตาม

การทำการลงประชามติจำเป็นต้องมีการรณรงค์และการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นก่อนวันลงประชามติ ภายใต้อำนาจประชาธิปไตย การลงประชามติในประเด็นเรื่องใด ประชาชนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการรณรงค์ให้ไปออกเสียงลงประชามติในทิศทางใดทิศทางหนึ่งได้ การลงประชามติที่ไม่สนับสนุนให้มีการรณรงค์ให้ประชาชนมาลงประชามติไปในทางใดทางหนึ่งย่อมทำให้ผู้มีสิทธิออกเสียงลงประชามติขาดข้อมูลจากทั้งสองฝ่ายในการตัดสินใจ ผู้มีหน้าที่จัดการลงประชามติต้องมีความเป็นกลาง ไม่เอนเอียงไปในฝ่าย “รับ” หรือ “ไม่รับ” ปราศจากส่วนได้เสียในประเด็นปัญหาที่นำมาลงประชามตินั้น อันเป็นหลักทั่วไปที่ว่า “ไม่มีผู้ใดตัดสินในเรื่องที่ตนเองเป็นคู่กรณี”

การลงประชามติเพื่อร่างรัฐธรรมนูญในสหภาพพม่า

ในเดือนเมษายน พ.ศ. 2551 รัฐบาลทหารพม่าได้ประกาศยืนยันการลงประชามติรับรองร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2551 โดยได้ออกกฎหมาย ว่าด้วยการลงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่า ปี พ.ศ. 2551 (The Referendum Law for the Approval of the Draft Constitution of the Republic of the Union of Myanmar, 2008) ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551 เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

กำหนดเวลาในการลงประชามติว่าด้วยร่างรัฐธรรมนูญแห่งสหภาพพม่า ถูกกำหนดไว้เป็นวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 ทั้งสหภาพพม่า ตามประกาศเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551 ของสภาสันติภาพและการพัฒนาแห่งสหภาพพม่า คณะทหารที่ยึดและบริหารอำนาจการปกครองพม่า⁴

การลงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการลงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่า ปี พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการและอนุกรรมการเพื่อดำเนินการโดยจะได้รับการแต่งตั้งและคัดเลือกโดยสภาพัฒนาและสันติภาพแห่งรัฐของฝ่ายรัฐบาลทหารมีอำนาจในการดูแลจัดการการลงประชามติทุกขั้นตอน ทั้งการจัดแบ่งพื้นที่ การควบคุมการลงคะแนน การนับคะแนน ซึ่งจะมีคณะกรรมการเป็นผู้ดูแลในส่วนท้องถิ่นขึ้นตรงต่อคณะกรรมการส่วนกลาง

กฎหมายว่าด้วยการลงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่าปี พ.ศ. 2551 ดังกล่าวมีการกำหนดบทลงโทษในการกระทำความผิดต่าง ๆ ไว้โดยเฉพาะ

กฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการลงประชามติหรือร่างรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ผลการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญในสหภาพพม่า

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้รับการยอมรับจากประชาชนส่วนใหญ่ ด้วยคะแนนเสียง ร้อยละ 92.4 และมีผู้ไปใช้สิทธิกว่าร้อยละ 99 จากจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียง 22 ล้านคน ในการลงประชามติเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 อย่างไรก็ตาม ประชาชนในพื้นที่ที่ประสบภัยพายุไซโคลนนาร์กิสพัดถล่มจะไปลงคะแนนเสียงประชามติรับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 ซึ่งในวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 ทางพม่าได้ประกาศว่าประชาชนใน 47 พื้นที่

⁴ BBC News, 9 February 2008

ประสบภัย เห็นชอบรัฐธรรมนูญอย่างท่วมท้นในการลงประชามติ โดยคิดเป็น 92.93 เปอร์เซ็นต์ของผู้มีสิทธิลงประชามติจำนวน 4,580,393 คน เช่นเดียวกับผลการลงประชามติเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 ซึ่งรัฐบาลก็ได้ออกมาประกาศว่าประชาชนเห็นชอบรัฐธรรมนูญคิดเป็นร้อยละ 92 เช่นกัน⁵

สำนักข่าวธอมสัน ไฟแนนเชียลรายงานว่า รัฐบาลทหารสหภาพพม่า อ้างว่า แม้สหภาพพม่าจะประสบเหตุวาทภัยนาร์กิส แต่ยังมีชาวพม่าออกมาลงประชามติมากถึง 98% และประชาชนราว 92% ให้การรับรองร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ทั้งนี้ รัฐบาลสหภาพพม่า กล่าวว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะช่วยปูทางไปสู่การเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยในอีก 2 ปีข้างหน้า ขณะที่นักวิจารณ์มองว่า วิธีการดังกล่าวเป็นเพียงการปกป้องอำนาจของรัฐบาลทหารเท่านั้น

การลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญในประเทศไทย พ.ศ. 2550

ประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ก็ได้บัญญัติให้มีการนำระบบการออกเสียงประชามติมาใช้ในประเทศไทยอีกครั้ง โดยมีวัตถุประสงค์ในการให้ประชาชนออกเสียงเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยการออกเสียงจัดให้มีขึ้นเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ. 2550 และนับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ ที่มีการออกเสียงประชามติในประเทศไทย และก่อนที่จะมีการลงประชามติก็ได้มีการออกประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติ พ.ศ.2550 เพื่อให้เป็นเครื่องมือในการดำเนินการลงประชามติให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและถูกต้องเช่นกัน

⁵ CHUEM NEWS โดย ศูนย์ข่าวสาละวิน <http://www.prachatai.com/05web/th/home/12336>

การออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550⁶

- การออกเสียงประชามติครั้งนี้เป็นการออกเสียงเพื่อให้ประชาชนได้พิจารณาว่าจะเห็นชอบ หรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ยกร่างขึ้นทั้งฉบับ

- การกำหนดวันออกเสียงประชามติต้องไม่เร็วกว่า 15 วัน และไม่ช้ากว่า 30 วัน นับแต่วันที่สภาร่างรัฐธรรมนูญได้เผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญให้ประชาชนทราบ และวันออกเสียงประชามติต้องกระทำภายในวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

- หลักเกณฑ์และวิธีการออกเสียงประชามติให้เป็นไปตามที่สภาร่างรัฐธรรมนูญประกาศกำหนด

- ผลการออกเสียงประชามติให้ถือเสียงข้างมากของผู้ออกเสียงประชามติ หากเสียงข้างมากเห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มาบังคับใช้ให้ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาตินำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศบังคับใช้ แต่หากเสียงข้างมากไม่เห็นชอบให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง และให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติร่วมกับคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้เคยประกาศใช้มาแล้วฉบับใดฉบับหนึ่งมาปรับปรุงให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันออกเสียงประชามติไม่เห็นชอบ

กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิออกเสียง ประกอบด้วย

1. มีสัญชาติไทย (แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติต้องได้สัญชาติไทยมาแล้ว ไม่น้อยกว่า 5 ปี)

2. มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ในวันที่ 1 มกราคมของปีที่มีการออกเสียง และ

3. มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านในเขตออกเสียงมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 30 วันนับถึงวันออกเสียงประชามติ

⁶ http://news.sanook.com/social/social_158216.php

กำหนดลักษณะบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิออกเสียง ได้แก่

1. บุคคลที่วิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ
2. เป็นภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวช
3. ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ได้บัญญัติให้มีการนำระบบการออกเสียงประชามติมาใช้ในประเทศไทยอีกครั้ง โดยมีวัตถุประสงค์ในการให้ประชาชนออกเสียงเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยการออกเสียงจัดให้มีขึ้นเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ. 2550 และนับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ที่มีการออกเสียงประชามติในประเทศไทย ซึ่งผลรวมทั่วประเทศออกมาให้ผู้เห็นชอบ 57.81% และไม่เห็นชอบ 42.19% หรือคิดจากผู้มีสิทธิทั้งหมดได้ผลตามตาราง⁷

รายการ	คะแนน	คิดเป็นร้อยละของผู้มีสิทธิทั้งหมด
จำนวนผู้เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ	14,249,520	31.05%
จำนวนผู้ไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ	10,419,912	22.71%
จำนวนบัตรเสีย	479,715	1.05%
จำนวนไม่ออกเสียง	20,741,342	45.20%
จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงทั่วประเทศ	45,890,489	100%

⁷ <http://th.wikipedia.org/wiki>

บทวิเคราะห์เปรียบเทียบ

เมื่อพิจารณาจากสถานภาพทางการเมืองการปกครองของสหภาพพม่า ที่ปกครองในรูปแบบเผด็จการทางทหาร ปกครองโดยรัฐบาลทหารภายใต้ สภาสันติภาพและการพัฒนาแห่งรัฐ (State Peace and Development Council - SPDC) จะเห็นได้ว่าการลงประชามติในสหภาพพม่าครั้งนี้อาจ เกิดขึ้นจากความต้องการของฝ่ายเผด็จการทหารเพื่อลดแรงกดดันของ นานาประเทศที่เรียกร้องให้เผด็จการทางทหารพม่ายกเลิกระบอบเผด็จการ และมาตรการลงโทษที่รุนแรงเพื่อนำประเทศสู่ระบอบประชาธิปไตย

อย่างไรก็ตาม การได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ของพม่าโดยวิถีทาง ตามระบอบประชาธิปไตย คือการลงประชามตินี้ ก็ยังคงมีประเด็นที่น่ากังขา อยู่หลายประการ เช่น เนื้อหาในส่วนสำคัญต่างๆ ในร่างรัฐธรรมนูญแม้จะ บัญญัติอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน และปกครองในระบบสหภาพ (Union System) ก็ตาม เผด็จการทางทหารก็ยังคงสร้างรูปแบบของรัฐบาล ในลักษณะรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลาง (Authoritarian Centralist) โดยการเสนอให้ใช้ระบอบการปกครองแบบระบบประธานาธิบดีซึ่งต้องมาจาก ทหาร อีกทั้งให้อำนาจกองทัพที่จะเข้าไปแทรกแซงในทุกส่วนของรัฐ ทั้งใน สภาผู้แทนราษฎร รัฐบาล และหน่วยงานการปกครองทั้งในส่วนกลางและ ส่วนภูมิภาค แม้แต่ในส่วนตุลาการก็ยังถูกแทรกแซงจากฝ่ายทหาร โดยกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลฎีกาจะต้องได้รับการเสนอชื่อจากประธานาธิบดี เช่นกัน

ส่วนการลงประชามติในสหภาพพม่านั้น จากกฎหมายว่าด้วยการ ลงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่าปี พ.ศ. 2551 (The Referendum Law for the Approval of the Draft Constitution of the Republic of the Union of Myanmar, 2008) ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่าการสร้างเครือข่ายบุคคลในท้องถิ่นที่จะ ดูแลการลงประชามติในท้องที่ต่างๆ ในรูปแบบของอนุกรรมการ โดยได้รับการ แต่งตั้งมาจากคณะกรรมการส่วนกลางและไต่เรียงลำดับคณะอนุกรรมการ

ลงมาตามขนาดพื้นที่ ซึ่งถือเป็นการง่ายในการที่จะชี้้นำให้ประชาชนลงคะแนนเสียง “รับ” ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ประกอบกับขาดการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์อย่างทั่วถึง ทำให้ประชาชนขาดความเข้าใจในเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญและการลงประชามติ ซึ่งอาจทำให้ผลการลงประชามติอาจไม่มีความหมายต่อคำว่า “ประชาธิปไตย” ในสหภาพพม่าอย่างแท้จริง

ส่วนการลงประชามติครั้งแรกของสังคมไทยที่เกิดขึ้นในวันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ. 2550 นั้น เกิดขึ้นในสถานการณ์ที่ตรงกันข้ามกับสถานการณ์ในประเทศที่เป็นประชาธิปไตยในตะวันตกเช่นกัน เพราะเกิดขึ้นหลังจากที่คณะนายทหารได้ทำการรัฐประหารในวันที่ 19 กันยายน 2549 ที่ได้ล้มล้างรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน โดยการลงประชามติในครั้งนี้จึงเกิดขึ้นท่ามกลางความขัดแย้งระหว่าง 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งมองว่านายทหารกลุ่มหนึ่งก่อรัฐประหารเพื่อล้มล้าง “ระบอบทักษิณ” ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งมองว่าการทำรัฐประหารเป็นการใช้อำนาจของคนเพียงกลุ่มหนึ่งเพื่อล้มล้างรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ทั้งยังฉีกรัฐธรรมนูญ อันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและทำลายระบอบประชาธิปไตยอย่างชัดเจน ไม่ว่ารัฐบาลจะได้กระทำถูกหรือผิดเพียงใด ก็ต้องใช้วิถีทางของรัฐธรรมนูญเป็นแนวทางแก้ไข

แต่อย่างไรก็ดี สังคมไทยในช่วงเวลาดังกล่าวได้เรียนรู้เรื่องรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์อันมาก ด้วยอุดมการณ์และผลประโยชน์ที่มีหลายแบบ และวิธีการนำเสนออันแยบยลโดยเฉพาะวาระซ่อนเร้น รู้จักเนื้อหาของรัฐธรรมนูญและความสำคัญของกฎหมายสูงสุดให้มากขึ้น เข้าใจว่าเหตุใดคนที่มิอำนาจจึงดิ้นรนทุกทางที่จะทำให้ประชาชนรับร่างฉบับนี้ให้ได้ และถึงเวลาที่ประชาชนจะได้ตัดสินใจลงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ด้วยคุณธรรมและด้วยสมองที่มีความรู้ความเข้าใจในประเด็นต่าง ๆ

จากกรณีการทำประชามติรัฐธรรมนูญของสหภาพพม่าและไทยสามารถศึกษาเปรียบเทียบในประเด็นที่สำคัญ ได้แก่

ก. การรณรงค์การออกเสียงประชามติ คือ สหภาพพม่าให้ความสำคัญกับการรณรงค์และประชาสัมพันธ์ รวมทั้งการให้ความรู้ความเข้าใจในเรื่อง

รัฐธรรมนูญและการลงประชามติน้อยมาก เมื่อเทียบกับการลงประชามติในประเทศไทยในครั้งที่ผ่านมา แม้สถานการณ์ในการลงประชามติของทั้งสองประเทศจะเกิดขึ้นภายหลังจากการยึดอำนาจของทหารเช่นเดียวกันก็ตาม ประเทศไทยทั้งภาครัฐและเอกชนก็ให้ความร่วมมือในการช่วยกันเผยแพร่ความรู้ทั้งเนื้อหาว่ารัฐธรรมนูญและการลงประชามติ โดยในประกาศสภาร่างฯ ก็ได้บัญญัติหมวดว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญและขั้นตอนการออกเสียงไว้ด้วย

ข. การแสดงความคิดเห็น ก่อนการลงประชามติในประเทศไทย นักวิชาการและประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างเป็นอิสระ แตกต่างจากกรณีลงประชามติในสหภาพพม่าที่ทหารยังคงใช้อำนาจควบคุมการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

ค. สภาพความพร้อมของสถานการณ์ในบ้านเมือง เนื่องจากในช่วงเวลาการลงประชามติในสหภาพพม่าเกิดภัยพิบัติพายุไต้ฝุ่นนาร์กิสพัดถล่มทำให้พื้นที่บางส่วนเกิดความเสียหาย ประชาชนบาดเจ็บล้มตายเป็นจำนวนมาก แต่รัฐบาลก็ยังคงให้ดำเนินการลงประชามติต่อไป แม้จะมีการเลื่อนการลงประชามติในบางพื้นที่ก็ตาม สภาพของสถานที่ ประชากร และความพร้อมในการมีส่วนร่วมในการลงประชามติตามระบอบประชาธิปไตยยังคงเป็นไปอย่างลำบาก

ง. กฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการลงประชามติฯ กล่าวคือ ในการลงประชามติครั้งนี้รัฐบาลทหารได้ออกกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการลงประชามติฯ ที่มีเนื้อหาสนับสนุนให้มีการตั้งคณะกรรมการและอนุกรรมการที่มีที่มาจากส่วนกลางโดยการควบคุมของส่วนกลางซึ่งถือเป็นกลไกหนึ่งที่ทำให้แทรกแซงโดยรัฐบาลทหารต่อการออกเสียงประชามติเป็นไปได้ง่ายมากยิ่งขึ้น เนื่องจากพื้นที่ในการออกเสียงประชามตินั้นถูกกำหนดโดยส่วนกลาง ซึ่งก็คือผู้ที่มาจากการแต่งตั้งของรัฐบาลทหาร

ตารางเปรียบเทียบการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญในสหภาพพม่าและ
การลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รายการ	การลงประชามติใน ประเทศไทย	การลงประชามติใน สหภาพพม่า
1. ที่มาของการลงประชามติ ร่างรัฐธรรมนูญ	เกิดขึ้นหลังจากที่คณะนายทหารได้ทำการรัฐประหารในวันที่ 19 กันยายน 2549 ที่ได้ล้มล้างรัฐบาลที่มาจากกาเลือกตั้งของประชาชน และท่ามกลางความขัดแย้งระหว่าง 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการทำรัฐประหารและฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย ซึ่งต้องการให้ประเทศกลับเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตยโดยเร็วที่สุด	เกิดขึ้นท่ามกลางความขัดแย้งระหว่างกลุ่มคน 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายรัฐบาลทหารสหภาพพม่า และฝ่ายที่ต้องการให้เกิดความเป็นประชาธิปไตยในประเทศ ซึ่งอยู่ภายใต้ความกดดันโดยนานาชาติ
2. การรณรงค์การออกเสียง ประชามติ	ประเทศไทยทั้งภาครัฐและเอกชนก็ให้ความร่วมมือในการช่วยกันเผยแพร่ความรู้ทั้งเนื้อหา ร่างรัฐธรรมนูญและการลงประชามติ โดยในประกาศสภาร่างฯ ก็ได้บัญญัติหมวดว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญและขั้นตอนการออกเสียงไว้ด้วย	สหภาพพม่าให้ความสำคัญกับการรณรงค์และประชาสัมพันธ์ รวมทั้ง การให้ ความ รู้ ความเข้าใจในเรื่องรัฐธรรมนูญ และการลงประชามติน้อยมาก
3. การแสดงความคิดเห็น	ก่อนการลงประชามติในประเทศไทย นักวิชาการและประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างเป็นอิสระมีการจัดเวทีสัมมนาและวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างแพร่หลาย	กรณีลงประชามติในสหภาพพม่าที่ทหารยังคงใช้อำนาจควบคุม การแสดงความคิดเห็นของประชาชน

รายการ	การลงประชามติในประเทศไทย	การลงประชามติในสหภาพพม่า
4. สภาพความพร้อมของสถานการณ์ในบ้านเมือง	ในช่วงการลงประชามติของประเทศไทยสภาพความเป็นอยู่และสถานการณ์ของบ้านเมืองและประชาชนมีความพร้อมในการใช้สิทธิออกเสียงอย่างเต็มที่	ในช่วงเวลาการลงประชามติในสหภาพพม่าเกิดภัยพิบัติพายุไต้ฝุ่นนาร์กิสพัดถล่มทำให้พื้นที่บางส่วนเกิดความเสียหาย ประชาชนบาดเจ็บล้มตายเป็นจำนวนมาก
5. กฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการลงประชามติรับร่างรัฐธรรมนูญ	กฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการลงประชามติรับร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดการเลือกตั้งเป็นผู้ดำเนินการให้มีการลงประชามติรับร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นหน่วยงานที่มีความเป็นกลางและมิได้มีการถูกควบคุมแทรกแซงจากฝ่ายใดไม่ว่าจะฝ่ายรัฐบาลหรือฝ่ายตรงข้าม กฎหมายกำหนดให้มีการเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวาง	รัฐบาลทหารสหภาพพม่าได้ออกกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการลงประชามติรับร่างรัฐธรรมนูญ ที่มีเนื้อหาสนับสนุนให้มีการตั้งคณะกรรมการและมือนุกรรมการที่มาจากส่วนกลางและโดยการควบคุมของส่วนกลางซึ่งถือเป็นกลไกหนึ่งที่ทำให้ถูกแทรกแซงโดยรัฐบาลทหารในการลงประชามติได้ง่ายมากยิ่งขึ้น เนื่องจากพื้นที่ในการลงประชามตินั้นถูกกำหนดโดยส่วนกลางซึ่งก็คือผู้ที่มาจากการแต่งตั้งของรัฐบาลทหาร

บทสรุป

กลไกในการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญเพื่อมุ่งสู่ประชาธิปไตยในสหภาพม่านั้นจะประสบผลสำเร็จหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์หลายประการ หากวิเคราะห์จากประวัติศาสตร์จะเห็นได้ว่าขบวนการประชาธิปไตยไม่ได้หยั่งรากลึกลงไปในสังคม โดยมีอุปสรรคที่สำคัญที่สุดคือ ระบอบคณาธิปไตย เช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ในแถบตะวันออกเฉียงใต้ แม้แต่ประเทศไทยเองภายใต้ระบอบคณาธิปไตยนั้น การเมืองการปกครองตกอยู่ในบางกลุ่มการเมือง ในบางคณะบางประเทศก็เป็นเสนาอำมาตยาธิปไตยอย่างเปิดเผย เช่นกรณีอินโดนีเซีย กัมพูชา หรือเป็นอย่างอ้อมๆ เช่นที่ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ มาเลเซีย ปัจจุบันแม้ลัทธิอาณานิคมต่างชาติจะหมดไปแต่ลัทธิอาณานิคมภายใน หรือ Domestic Colonialism ยังคงอยู่และยังถือเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการทำใหัระบอบการปกครองในประเทศไร้เสถียรภาพซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากระบบเผด็จการทหารสู่ระบอบประชาธิปไตยเป็นไปได้ยากลำบาก

อย่างไรก็ตาม หากมองในแง่ดี ถ้าวางรัฐธรรมนูญพม่าฉบับนี้ผ่านไปได้ และเกิดการเลือกตั้งในอีก 2 ปีข้างหน้าตามที่รัฐบาลทหารกำหนดไว้ โดยมีรัฐบาลพลเรือนขึ้นมามีการบริหารประเทศ อย่างน้อยที่สุด ประชาชนก็จะมีพื้นที่ในการเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมืองมากขึ้นทั้งนี้ทั้งนั้นภาคประชาชนของสหภาพม่าน่าจะเป็นยิ่งที่จะต้องสร้างฐานความรู้ทางการเมืองและอำนาจต่อรองที่หนักแน่นมั่นคงมากกว่าที่เป็นอยู่ หากการดำเนินการดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างถูกต้องและประสบความสำเร็จ ก็ถือเป็นอีกก้าวหนึ่งในการพยายามที่จะนำประชาธิปไตยมาสู่สหภาพม่าน่า แม้หลายฝ่ายยังคงกังขาและเคลือบแคลงในการกระทำของฝ่ายรัฐบาลทหารและเนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่บางมาตราก็ตาม

ภาคผนวก

กฎหมายว่าด้วยการลงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่าปี 2551 (The Referendum Law for the Approval of the Draft Constitution of the Republic of the Union of Myanmar, 2008) ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2551⁸

อารัมภบท

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่าขึ้น โดยยึดหลักการเป็นหนึ่งเดียวไม่แบ่งแยกของสหภาพ ความเป็นปึกแผ่นของชาติ และการคงอยู่ตลอดไปของอำนาจอธิปไตย การเสริมสร้างความทันสมัย การพัฒนาและส่งเสริมหลักความเป็นรัฐประชาธิปไตยสำหรับประชาชน และความเป็นชาติ โดยให้สอดคล้องกับหลักการขั้นพื้นฐานที่เกิดขึ้นโดยที่ประชุมสมัชชาแห่งชาติ

สภาการพัฒนาและสันติภาพแห่งรัฐจึงได้ตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นเพื่อให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แห่งสหภาพพม่า

หมวด 1 บทนิยาม

ข้อ 1. กฎหมายฉบับนี้เรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยการลงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่า ปี 2551” (The Referendum Law for the Approval of the Draft Constitution of the Republic of the Union of Myanmar, 2008)

ข้อ 2. ในกฎหมายนี้

(a) “กฎหมายนี้” หมายความว่า กฎหมายว่าด้วยการลงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่า ปี 2551

⁸ THE NEW LIGHT OF MYANMAR (Thursday, 28 February, 2008) by the State Peace and Development Council

- (b) “การลงประชามติ” หมายความว่า การลงประชามติเพื่อรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่า
- (c) “คณะกรรมการ” (Commission) หมายความว่า คณะกรรมการจัดการลงประชามติ
- (d) “คณะอนุกรรมการแห่งรัฐหรือเขต” (State or Divisional Sub-commission) หมายความว่า คณะอนุกรรมการแห่งรัฐหรือเขตสำหรับการจัดการลงประชามติรวมถึงคณะอนุกรรมการของรัฐฉาน (Shan State) (เหนือ) รัฐฉาน (ตะวันออก) เขตพะโค (Bago Division) (ตะวันตก)
- (e) “คณะอนุกรรมการจังหวัด” (District Sub-commission) หมายความว่า คณะอนุกรรมการจังหวัดสำหรับการจัดการลงประชามติ
- (f) “คณะอนุกรรมการชุมชน” (Township Sub-commission) หมายความว่า คณะอนุกรรมการชุมชนสำหรับการจัดการลงประชามติ
- (g) “คณะอนุกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน” (Ward or Village-tract Sub-commission) หมายความว่า คณะอนุกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านสำหรับการจัดการลงประชามติ
- (h) “พลเมือง” หมายความว่า บุคคลที่เป็นชาวสหภาพพม่า อยู่แล้วตามกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้
- (i) “สมาชิกตามระเบียบศาสนา” หมายความว่า
 - (1) กรณีศาสนาพุทธ หมายถึง พระสงฆ์ สามเณร ภิกษุวาส และแม่ชี
 - คำอธิบาย ความหมายของคำว่าสมาชิกตามระเบียบศาสนานั้นให้นำมาใช้กับพระสงฆ์ และสมาชิกอื่นๆ

ตามที่ระเบียบศาสนานั้นกำหนด

- (2) กรณีศาสนาคริสต์ หมายถึง บุคคลผู้บวชหรือปฏิบัติหน้าที่ในโบสถ์ หรือปฏิบัติตนหรืออยู่ในองค์กรที่อุทิศตนอยู่ภายใต้การควบคุม กฎระเบียบ คำปฏิญาณ หรือคำสาบานของคริสต์ศาสนา
- (3) กรณีศาสนาฮินดู หมายถึง Sanyazi Mahant หรือนักบวชชาวฮินดู
- (j) “พื้นที่ในการลงประชามติ” หมายความว่า เขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านที่ถูกกำหนดขึ้นโดยคณะกรรมการสำหรับการลงประชามติ
- (k) “สมุดทะเบียนการออกเสียง” หมายความว่า ทะเบียนของบุคคลซึ่งอยู่ในพื้นที่ลงประชามติและมีสิทธิลงคะแนนเสียง
- (l) “คณะทำงานในคูหาลงคะแนนเสียง” หมายความว่า คณะทำงานที่ได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการให้รับผิดชอบเกี่ยวกับการรวบรวมคะแนนเสียงการลงประชามติ
- (m) “เจ้าหน้าที่ประจำคูหาลงคะแนนเสียง” หมายความว่า หัวหน้าของคณะทำงานในคูหาลงคะแนนเสียงซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการ
- (n) “การเพิกถอนคะแนนเสียง” หมายความว่า
 - (1) บัตรลงคะแนนเสียงหรือบัตรลงคะแนนเสียงล่วงหน้าไม่มีการทำเครื่องหมาย
 - (2) มีการตรวจสอบโดยคณะทำงานพบว่าบัตรลงคะแนนเสียงหรือบัตรลงคะแนนเสียงล่วงหน้าเป็นของปลอม
 - (3) บัตรลงคะแนนเสียงถูกทำลายไม่ว่าโดยวิธีใดแล้วนำไปใส่ลงในที่ลงคะแนนเสียง

หมวด 2 การประชุมเกี่ยวกับการลงประชามติ

- ข้อ 3. (a) การลงประชามติจะจัดขึ้นเพื่อรับร่างรัฐธรรมนูญแห่ง
สาธารณรัฐสหภาพพม่า
- (b) การลงประชามติจะจัดขึ้นภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการ
กำหนด
- ข้อ 4. (a) คณะกรรมการจะเป็นผู้ประกาศวันที่จะมีการลงประชามติ
ล่วงหน้าอย่างน้อย 21 วัน
- (b) คณะอนุกรรมการชุมชน และคณะอนุกรรมการเขตการ
ปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน จะประกาศรายชื่อบุคคล
ผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงตามเขตพื้นที่สำหรับการลง
ประชามติล่วงหน้าอย่างน้อย 7 วัน

หมวด 3 องค์ประกอบของคณะกรรมการและคณะอนุกรรมการ

- ข้อ 5. (a) สภาการพัฒนาและสันติภาพแห่งรัฐ (The State Peace
and Development Council) จะจัดตั้งคณะกรรมการ
จัดการการลงประชามติในจำนวนที่จำเป็นจากบุคคลที่
เหมาะสม
- (b) คณะกรรมการที่ถูกจัดตั้งตาม (a) จะจัดตั้งหรืออาจ
จัดตั้งคณะอนุกรรมการ ดังต่อไปนี้
- (1) คณะอนุกรรมการแห่งรัฐหรือเขต ในรัฐหรือภาค
จำนวน 15 คน
 - (2) คณะอนุกรรมการจังหวัด ในจังหวัด จำนวน 15 คน
 - (3) คณะอนุกรรมการชุมชน ในเขตชุมชน จำนวน 15 คน
 - (4) คณะอนุกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือ
หมู่บ้าน ในเขตการปกครอง ในเมืองหรือหมู่บ้าน
จำนวน 5 - 20 คน

หมวด 4 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการและคณะกรรมการจัดการการลงประชามติ

- ข้อ 6. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ มีดังต่อไปนี้
- (a) จัดให้มีการลงประชามติ
 - (b) จัดตั้ง แนะนำ และควบคุมดูแลคณะกรรมการ
 - (c) กำหนดและประกาศเขตพื้นที่ในการลงประชามติ
 - (d) กำหนดระยะเวลาในการลงประชามติ
 - (e) แนะนำและควบคุมดูแลการเตรียมการรายชื่อและตารางเวลาที่เกี่ยวข้องกับการลงประชามติ
 - (f) กำหนดรูปแบบ ตราประทับ บัตรลงคะแนนเสียง และบัตรลงคะแนนเสียงล่วงหน้าสำหรับใช้ในการลงประชามติ
 - (g) แจกจ่ายบัตรลงคะแนนและบัตรลงคะแนนล่วงหน้าไปยังคณะกรรมการจังหวัดตามลำดับ
 - (h) ส่งบัตรลงคะแนนเสียงล่วงหน้าไปยังสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลโดยผ่านทางกระทรวงการต่างประเทศสำหรับบุคคลที่มีสิทธิออกเสียงซึ่งอยู่ในต่างประเทศลงประชามติ
 - (i) ประกาศจำนวนผู้มีสิทธิลงคะแนน ผู้มาใช้สิทธิลงคะแนน ผู้ใช้สิทธิลงคะแนนรับร่างรัฐธรรมนูญ และจะทำการเปรียบเทียบเป็นจำนวนร้อยละ แล้วรายงานต่อสภาการพัฒนาและสันติภาพแห่งรัฐหลังจากการลงประชามติเสร็จสิ้นแล้ว
 - (j) ปฏิบัติงานอื่นๆที่เป็นที่เกี่ยวกับการลงประชามติ
- ข้อ 7. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการแห่งรัฐหรือเขตมีดังต่อไปนี้
- (a) จัดตั้งคณะกรรมการจังหวัด คณะอนุกรรมการชุมชนให้สอดคล้องกับมาตรการของคณะกรรมการ
 - (b) ควบคุมดูแลและปฏิบัติงานร่วมกับคณะกรรมการจังหวัด

คณะกรรมการชุมชน และคณะกรรมการเขต
การปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน

- (c) รายงานการปฏิบัติงานของคณะกรรมการแห่งรัฐหรือเขต
ให้แก่คณะกรรมการทราบ
- (d) ส่งรายชื่อบุคคลที่มีสิทธิลงคะแนนในเขตปกครองท้องถิ่น
ที่ได้จากคณะกรรมการชุมชนไปยังคณะกรรมการ
ล่วงหน้า
- (e) ส่งรายการที่แบ่งแยกตามเงื่อนไขรายชื่อผู้มีสิทธิลงคะแนน
ผู้ไปใช้สิทธิลงคะแนน ผู้ลงคะแนนรับรางวัลรัฐธรรมนูญ
ผู้ลงคะแนนไม่รับรางวัลรัฐธรรมนูญ คะแนนเสียงที่ถูก
เพิกถอนภายหลังจากการรวบรวมคะแนนเสียงที่ได้รับ
จากคณะกรรมการ เขตปกครองท้องถิ่นภายหลัง
การลงประชามติแล้ว

ข้อ 8. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการจังหวัด มีดังต่อไปนี้

- (a) ร้องขอบัตรลงคะแนนและบัตรลงคะแนนล่วงหน้าสำหรับ
คณะกรรมการชุมชนจากคณะกรรมการและแจกจ่าย
บัตรลงคะแนนให้แก่คณะกรรมการชุมชนจากอย่าง
เพียงพอ
- (b) ควบคุมดูแลและปฏิบัติงานร่วมกับคณะกรรมการ
ชุมชน และคณะกรรมการเขตการปกครองในเมือง
หรือหมู่บ้าน
- (c) ปฏิบัติงานให้สอดคล้องกับมาตรการของคณะกรรมการ
แห่งรัฐหรือเขต และคณะกรรมการ

ข้อ 9. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการชุมชน มีดังต่อไปนี้

- (a) จัดตั้งคณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือ
หมู่บ้านให้สอดคล้องกับมาตรการของคณะกรรมการ
- (b) อำนวยความสะดวกการลงประชามติในเขตการปกครองในเมือง

หรือหมู่บ้าน

- (c) ประกาศเพิ่มเติม แก้อาณัติรายชื่อผู้มีสิทธิลงประชามติในภายในพื้นที่ และส่งรายชื่อผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงไปยังคณะกรรมการแห่งรัฐหรือเขตล่วงหน้า
- (d) ร้องขอบัตรลงคะแนนเสียงและบัตรลงคะแนนเสียงล่วงหน้าสำหรับการลงประชามติในเขตชุมชนจากคณะกรรมการจังหวัด และแจกจ่ายให้เพียงพอแก่คณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านตามการแบ่งเขตพื้นที่ลงประชามติและคณะทำงานที่บัญญัติไว้ใน (2) (3) (4) (5) และ (6) ของส่วนที่ 12 (d)
- (e) ประกาศวันลงประชามติในเขตพื้นที่ลงประชามติในเขตชุมชน
- (f) รายงานผลการลงประชามติต่อคณะกรรมการแห่งรัฐหรือเขตไม่ว่าจะเป็นจำนวนผู้ไปลงคะแนนเสียง ผู้ลงคะแนนเสียงรับร่างรัฐธรรมนูญ ผู้ลงคะแนนเสียงไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ และคะแนนเสียงที่ถูกเพิกถอนที่ส่งมาจากคณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน พร้อมทั้งส่งสำเนาข้อมูลดังกล่าวต่อคณะกรรมการและคณะกรรมการจังหวัด
- (g) รายงานการปฏิบัติงานของคณะกรรมการชุมชนต่อคณะกรรมการจังหวัด และส่งสำเนาให้กับคณะกรรมการและคณะกรรมการแห่งรัฐหรือเขต
- (h) ปฏิบัติหน้าที่ในส่วนที่จำเป็นสำหรับการลงประชามติ

ข้อ 10. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน มีดังต่อไปนี้

- (a) ปฏิบัติการและรับผิดชอบการจัดการลงประชามติในเขตการปกครองในเมือง หรือหมู่บ้าน

- (b) ส่งมอบบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงให้คณะกรรมการชุมชนเพื่อขอความเห็นชอบหลังจากการเตรียมการสำหรับการลงประชามติแล้วพร้อมทั้งประกาศรายชื่อดังกล่าวในพื้นที่เขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน
- (c) ประกาศหน่วยลงประชามติในเขตพื้นที่เขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการชุมชนและแต่งตั้งเจ้าหน้าที่และสมาชิกประจำหน่วยออกเสียง

เงื่อนไข หากเจ้าหน้าที่หรือสมาชิกประจำหน่วยออกเสียงคนใด ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในวันที่มีการลงประชามติได้ ไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ให้เจ้าหน้าที่ประจำท้องถิ่นนั้นคัดเลือกพลเมืองที่เหมาะสมทำหน้าที่แทนโดยต้องรายงานการดำเนินการทั้งหมดให้คณะกรรมการชุมชนทราบด้วย

- (d) แจกจ่ายบัตรลงคะแนนเสียงและบัตรลงคะแนนเสียงล่วงหน้าที่ได้รับมาจากคณะกรรมการชุมชนไปยังคณะทำงานหน่วยการออกเสียงอย่างเพียงพอ
- (e) จัดทำหีบสำหรับใส่บัตรลงคะแนนเสียงตามเงื่อนไขที่กำหนด
- (f) เปิดหีบสำหรับใส่บัตรลงคะแนนเสียงในแต่ละหน่วยลงประชามติและอำนวยความสะดวกแก่การนับคะแนนเสียงประชามติ
- (g) จัดส่งผลการลงประชามติทั้งหมดแก่คณะกรรมการชุมชนทราบ อันได้แก่ จำนวนผู้ไปใช้สิทธิลงประชามติ จำนวนผู้รับรางวัลรัฐธรรมนูญ จำนวนผู้ไม่รับรางวัลรัฐธรรมนูญ จำนวนคะแนนเสียงที่ถูกเพิกถอน จำนวนบัตรลงคะแนนเสียงและบัตรลงคะแนนเสียงล่วงหน้าที่ได้รับไว้และจำนวนบัตรที่เหลืออยู่

- (h) รายงานการปฏิบัติงานของคณะอนุกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านให้คณะอนุกรรมการชุมชนทราบ
- (i) ปฏิบัติหน้าที่ในส่วนที่จำเป็นสำหรับการลงประชามติ

หมวด 5 การจัดเตรียมบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง

- ข้อ 11. (a) พลเมืองที่มีสัญชาติพม่าทุกคนรวมทั้งผู้ได้รับการรับรองให้ถือสัญชาติพม่าชั่วคราวซึ่งมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ในวันที่มีการออกเสียงประชามติมีสิทธิออกเสียงประชามติได้ และจะถูกบันทึกลงในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงทุกคน
- (b) รายชื่อของบุคคลดังต่อไปนี้ที่ถูกต้องตรงตามหลักเกณฑ์ใน (a) จะถูกกำหนดไว้ในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง
- (1) นักการทูต คณะทำงานของนักการทูต คณะกงสุลของสหภาพพม่า รวมทั้งสมาชิกครอบครัว
 - (2) ทหารบก ทหารเรือ ทหารอากาศ ภายใต้กองทัพบพม่า (Tatmadaw) ผู้ปฏิบัติภารกิจอยู่นอกพื้นที่ออกเสียงประชามติในวันที่มีการออกเสียงประชามติ แม้จะอาศัยอยู่ภายในพื้นที่ลงประชามติก็ตาม และให้รวมทุกสมาชิกครอบครัวของทหารเหล่านั้นที่อาศัยอยู่ด้วย
 - (3) บุคคลและสมาชิกครอบครัวของบุคคลที่รัฐบาลแต่งตั้งให้ไปปฏิบัติหน้าที่อยู่นอกสหภาพพม่า
 - (4) นักเรียนทุนรัฐบาลรวมทั้งสมาชิกครอบครัวซึ่งอยู่ในต่างประเทศ
 - (5) บุคคลอื่นซึ่งอยู่ในต่างประเทศโดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาล
 - (6) นักเรียนนักศึกษาที่กำลังศึกษาในมหาวิทยาลัย วิทยาลัย สถาบัน หรือ โรงเรียนต่างๆ

คำอธิบาย มหาวิทยาลัย วิทยาลัย สถาบัน หรือโรงเรียน หมายถึง มหาวิทยาลัย วิทยาลัย สถาบัน และ โรงเรียนแบบเปิด หรือของรัฐบาล รวมถึง โรงเรียนฝึกอบรมการอาชีพ หรือ โรงเรียน มหาวิทยาลัย ที่ก่อตั้งโดยกองทัพ นักเรียน นักศึกษาเหล่านี้มีสิทธิออกเสียงประชามติ ในพื้นที่ที่สถานศึกษาตั้งอยู่หากมีคุณสมบัติ ตามที่กฎหมายนี้กำหนด

- (7) บุคคลที่เข้ารับการรักษ หรือปฏิบัติหน้าที่อยู่ใน โรงพยาบาล
- (8) บุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในพื้นที่อื่น หรือออกจาก สถานที่ตั้งโดยได้รับอนุญาตจากหน่วยงานราชการหรือ องค์การ
- (9) ผู้ถูกกักขัง หรือถูกควบคุมอยู่ในสถานี่ตำรวจหรือ ในคุก
- (c) ในการจัดเตรียมบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงนั้น บุคคล ที่ทำงานอยู่นอกพื้นที่ที่เป็นที่อยู่อาศัยเดิมจนกระทั่งวันที่ มีการลงประชามตินั้นอาจมีรายชื่ออยู่ทั้งในเขตพื้นที่ ที่ทำงานและเขตพื้นที่ที่เป็นที่อยู่อาศัยเดิม ดังนั้น คณะอนุกรรมการชุมชนจะต้องแจ้งยกเลิกรายชื่อของ บุคคลนั้นนอกจากบัญชีรายชื่อเขตพื้นที่ที่พักอาศัยเดิม
- (d) บุคคลดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลที่มีให้ใช้สิทธิออกเสียง ประชามติ
 - (1) สมาชิกตามระเบียบศาสนา
 - (2) บุคคลที่ศาลตัดสินให้เป็นคนวิกลจริตตามกฎหมาย
 - (3) บุคคลต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่ากระทำความผิดในฐานใดก็ตาม

(4) บุคคลผู้อยู่ในต่างประเทศโดยผิดกฎหมาย

(5) ชาวต่างชาติ

ข้อ 12. (a) บัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงจะถูกจัดทำขึ้นโดย
คณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน
ตามเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านนั้น

(b) คณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านจะ
รวบรวมรายชื่อของทุกคนที่อาศัยอยู่ในเขตการปกครอง
ในเมืองหรือหมู่บ้านที่มีคุณสมบัติตามข้อ 11 (a) ลงใน
บัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง

(c) การจัดเตรียมบัญชีรายชื่อตาม (a) นั้น รายชื่อของบุคคล
ตามข้อ 11 (b) จะต้องไม่ถูกรวมไว้ในบัญชีรายชื่อ
ของเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านที่บุคคลนั้น
อาศัยอยู่เดิม ถ้ารายชื่อของบุคคลเหล่านั้นรวมอยู่จะต้อง
ย้ายรายชื่อเหล่านั้นออกไป

(d) การจัดเตรียมบัญชีรายชื่อของบุคคลตามข้อ 11 (b) นั้น
คณะทำงานดังต่อไปนี้จะเป็นผู้จัดเตรียมรายชื่อผู้มีสิทธิ
ออกเสียงภายใต้การจัดการโดยตรงของคณะกรรมการ

(1) สำหรับบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศรวมทั้งสมาชิก
ครอบครัวของบุคคลเหล่านั้นซึ่งมีสิทธิออกเสียง
หัวหน้าและคณะทำงานของสถานเอกอัครราชทูต
หรือหัวหน้ากงสุลและคณะทำงานจะเป็นผู้จัด
เตรียมรายชื่อ

(2) สำหรับทหารบก ทหารเรือ ทหารอากาศ ภายใต้
กองทัพบก (Tatmadaw) ผู้ปฏิบัติการกิจอยู่นอก
พื้นที่ออกเสียงประชามติในวันที่มีการออกเสียง
ประชามติ และสมาชิกครอบครัวที่อาศัยอยู่ด้วยนั้น

หน่วยงานบังคับบัญชาและคณะทำงานจะเป็นผู้จัดเตรียมรายชื่อ

- (3) สำหรับนักเรียนนักศึกษาที่กำลังศึกษาอยู่ในสถานศึกษาต่าง ๆ นั้น ให้อธิการบดีหรือผู้อำนวยการของสถานนั้น ๆ เป็นผู้จัดทำบัญชีรายชื่อ
 - (4) สำหรับบุคคลที่เข้ารับการรักษา หรือปฏิบัติหน้าที่อยู่ในโรงพยาบาล ให้ผู้อำนวยการโรงพยาบาลนั้น ๆ และคณะทำงานเป็นผู้จัดทำบัญชีรายชื่อ
 - (5) สำหรับบุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในพื้นที่อื่น หรือออกจากฐานที่ตั้งโดยได้รับอนุญาตจากหน่วยงานราชการหรือองค์กร ให้หัวหน้าของพื้นที่ที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่นั้นเป็นผู้จัดทำบัญชีรายชื่อ
 - (6) สำหรับผู้ถูกกักขัง หรือถูกควบคุมอยู่ในสถานี่ตำรวจหรือในคุก ให้เจ้าพนักงานตำรวจและคณะทำงานในสถานี่ตำรวจนั้น หรือเจ้าพนักงานควบคุมและคณะทำงาน เป็นผู้จัดทำบัญชีรายชื่อ
- (e) ในการจัดเตรียมบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงสำหรับทหารบก ทหารเรือ ทหารอากาศ ภายใต้กองทัพบก (Tatmadaw) ผู้ปฏิบัติการกิจอยู่นอกพื้นที่ออกเสียงประชามติตามข้อ 11 (a) และสมาชิกในครอบครัวนั้น คณะอนุกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านจะต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้
- (1) รวบรวมรายชื่อของเหล่าทหารบก ทหารเรือและทหารอากาศและครอบครัวที่อาศัยอยู่ในกรมทหารหน่วยทหาร หรือฐานที่ตั้งของกองทัพบกภายในเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านโดยความช่วยเหลือของหน่วยงานบังคับบัญชาของกองทัพ

(2) รวบรวมรายชื่อของเหล่าทหารบก ทหารเรือและ
ทหารอากาศและครอบครัวที่มีได้อยู่ภายในหน่วย
ทหารให้อยู่ในบัญชีรายชื่อในเขตออกเสียงประชามติ
ตามถิ่นที่อยู่

ข้อ 13. (a) คณะอนุกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน
จะดำเนินการในการตรวจสอบ ประกาศ แก้ไข เพิ่มเติม
บัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง แต่อย่างไรก็ตามการแก้ไข
เพิ่มเติมรายชื่อในบัญชีรายชื่อดังกล่าวจะต้องได้รับการ
เห็นชอบจากคณะอนุกรรมการชุมชนด้วย

(b) คณะทำงานที่จัดตั้งขึ้นตามข้อ 12 (d) นั้น จะดำเนินการ
ในการตรวจสอบ ประกาศ แก้ไข เพิ่มเติม บัญชีรายชื่อ
ผู้มีสิทธิออกเสียงเช่นเดียวกับคณะอนุกรรมการเขต
การปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน หากมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ
บัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงขึ้น ในกรณีของคณะทำงาน
ตามข้อ 12 (d) (1), (2) จะต้องส่งให้คณะกรรมการ
เป็นผู้อนุมัติ ส่วนกรณีของคณะทำงานอื่น ๆ นั้นจะต้องส่งให้
คณะอนุกรรมการชุมชนเป็นผู้อนุมัติ และคำตัดสินของ
คณะกรรมการและคณะอนุกรรมการชุมชนถือเป็นบทสรุป
และเป็นที่สุด

หมวด 6 การออกเสียงประชามติ

ข้อ 14. (a) ประชาชนทุกคนที่มีชื่ออยู่ในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง
มีสิทธิออกเสียงประชามติ

(b) ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงจะต้องไปออกเสียงที่หน่วย
ออกเสียงตามเขตออกเสียงประชามติที่มีรายชื่อของคนอยู่
ในหน่วยนั้น

- ข้อ 15. หีบบัตรออกเสียงจะตั้งอยู่ในสถานที่ที่ประชาชนเห็นได้
เด่นชัดและสะดวกในการออกเสียงตามหน่วยออกเสียงที่
จัดไว้ให้
- ข้อ 16. ประชาชนที่มีสิทธิออกเสียงนั้นจะมีสิทธิออกเสียงได้เพียง
ครั้งเดียว
- ข้อ 17. ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงจะได้รับบัตรลงคะแนนเสียงจาก
เจ้าหน้าที่ประจำหน่วยออกเสียงหรือจากบุคคลที่เจ้าหน้าที่
ประจำหน่วยออกเสียงมอบหมาย เพื่อลงคะแนนเสียงแบบ
ลับในสถานที่ที่กำหนดภายในหน่วยออกเสียง และใส่บัตร
ลงคะแนนเสียงลงในหีบลงคะแนน
- ข้อ 18. ผู้มีสิทธิออกเสียงที่อยู่ในต่างประเทศ และผู้ที่เดินทางออก
นอกเขตพื้นที่ลงคะแนนเสียงของตนในวันที่จัดให้มีการ
ลงประชามติสามารถไปลงคะแนนเสียงล่วงหน้าได้ตามเงื่อนไข
ที่กำหนดไว้
- ข้อ 19. วิธีการในการออกเสียงของบุคคลตามข้อ 11 (b) นั้นจะถูก
กำหนดโดยข้อบังคับที่ออกตามกฎหมายนี้

หมวด 7 การเลื่อนหรือการยกเลิกการออกเสียง

- ข้อ 20. (a) คณะอนุกรรมการชุมชนอาจเลื่อนวันออกเสียงของ
หน่วยออกเสียงหน่วยหนึ่ง หน่วยออกเสียงบางหน่วย
หรือหน่วยออกเสียงทั้งหมดออกไปได้ครั้งหนึ่ง ภายใต้
เงื่อนไขที่กำหนดตามข้อ 6 (d) ถ้าหากการออกเสียง
ประชามติไม่สามารถเกิดขึ้นด้วยความเป็นธรรมได้
อันเนื่องมาจากภัยพิบัติทางธรรมชาติหรือสถานการณ์ที่มี
ผลกระทบต่อความมั่นคงหรือมีความเสียหายอื่นใดเกิดขึ้น
นอกจากนี้ อาจมีการย้ายหน่วยออกเสียงไปยังสถานที่
ที่เหมาะสมในทันทีทันใดด้วย การเลื่อนวันออกเสียง

และการย้ายหน่วยออกเสียงในแต่ละครั้งนั้นจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการจังหวัดทราบ และสำเนาเอกสารนั้นให้ กับคณะกรรมการแห่งรัฐหรือเขตและคณะกรรมการ

(b) ถ้าบุคคลที่มีสิทธิออกเสียงไม่สามารถออกเสียงในหน่วยออกเสียงใดในวันที่กำหนดไว้ได้ไม่ว่าด้วยเหตุผลใดตาม

(a) คณะทำงานประจำหน่วยออกเสียงจะต้องประกาศเลื่อนการออกเสียงออกไป ถ้ามีการเลื่อนการออกเสียงในวันออกเสียง คณะทำงานประจำหน่วยออกเสียงจะต้องปิดหีบลงคะแนนต่อหน้าผู้ที่มีสิทธิออกเสียง 5 คน และจะต้องแจ้งขั้นตอนต่างๆ ให้คณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านทราบโดยทันที แต่ละคณะกรรมการจะส่งรายงานพร้อมความคิดเห็นไปยังคณะกรรมการชุมชน

(c) คณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านจะต้องตัดสินใจและประกาศวันออกเสียงใหม่ภายในระยะเวลาที่กำหนดตามข้อ 6 (d) และกำหนดสถานที่ที่จะมีการออกเสียงให้ผู้ที่มีสิทธิออกเสียงในหน่วยที่ถูกเลื่อนวันออกเสียงทราบ

(d) จะต้องใช้หีบบัตรออกเสียงใบใหม่ในวันที่มีการออกเสียงหลังจากถูกเลื่อนการออกเสียงไป

ข้อ 21. (a) ถ้าเกิดเหตุการณ์ที่จะต้องมีการยกเลิกการลงประชามติไม่ว่าด้วยเหตุผลใดตาม ข้อ 20 คณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านอาจยกเลิกหน่วยออกเสียงบางหน่วยหรือทั้งหมดภายในเขตออกเสียงประชามติของตน ถ้าเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นคณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านแจ้งการดำเนินการของตนให้คณะกรรมการชุมชนทราบโดยทันที

- (b) คณะอนุกรรมการชุมชนจะรายงานข้อมูลที่ส่งมาจาก คณะอนุกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน ตาม (a) พร้อมความเห็นไปยังคณะอนุกรรมการจังหวัด โดยทันที และส่งสำเนาไปยังคณะอนุกรรมการแห่งรัฐ หรือเขตและคณะกรรมการ
- (c) ถ้าเกิดเหตุการณ์ที่จะต้องมีการยกเลิกการลงประชามติไม่ว่า ด้วยเหตุผลใดตามข้อ 20 คณะกรรมการชุมชนอาจ ยกเลิกการออกเสียงในเขตลงประชามติของตนหรือ จนถึงครึ่งหนึ่งของจำนวนเขตพื้นที่ลงประชามติในเขต ชุมชนตนถ้าเกิดเหตุการณ์ที่จะต้องยกเลิกการลงประชามติ ในเขตพื้นที่มากกว่าครึ่งหนึ่งของเขตออกเสียงทั้งหมด ในชุมชนนั้น คณะอนุกรรมการชุมชนจะต้องรายงาน พร้อมเสนอความเห็นไปยังคณะอนุกรรมการจังหวัดและ คณะอนุกรรมการแห่งรัฐหรือเขตทันที
- (d) คณะอนุกรรมการแห่งรัฐหรือเขตจะเป็นผู้ตัดสินเกี่ยวกับ ข้อมูลที่ส่งมาจากคณะอนุกรรมการชุมชนตาม (c) และคำตัดสินนั้นให้ถือเป็นบทสรุปและเป็นที่สุด คณะอนุกรรมการแห่งรัฐหรือเขตจะรายงานผลการตัดสิน ที่เป็นที่สุดให้คณะกรรมการทราบและส่งสำเนาไปยัง คณะอนุกรรมการจังหวัดและคณะอนุกรรมการชุมชน

หมวด 8 การนับคะแนนเสียง

- ข้อ 22. (a) คณะทำงานประจำหน่วยลงประชามติจะต้องปฏิบัติ ดังต่อไปนี้ทันทีหลังจากปิดหน่วยลงประชามติ
 - (1) ตรวจสอบหีบบัตรออกเสียงต่อหน้าผู้มีสิทธิออกเสียง ไม่น้อยกว่า 10 คน เปิดหีบบัตรออกเสียงและนับ คะแนนเสียง โดยแบ่งแยกคะแนนเสียงที่รับร่าง

รัฐธรรมนูญ ไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ และเสียงที่ถูก
เพิกถอนออกจากรัน

- (2) ดำเนินการเพื่อรอที่จะนับจำนวนเสียงผู้มีสิทธิ
ออกเสียงในกรณีที่ต้องมีการเลื่อนวันลงคะแนน
ออกไปตามข้อ 20 (c) หลังจากการปิดแต่ละหน่วย
ออกเสียง คะแนนเสียงที่ได้ออกเสียงที่ถูกเก็บไว้ใน
หีบบัตรออกเสียงตามข้อ 20 (b) ก็จะถูกนำออกมา
นับรวมกัน
 - (3) ถ้าการออกเสียงที่ถูกเลื่อนออกไปตามข้อ 20 (c)
ไม่อาจจัดขึ้นได้ให้นับเฉพาะคะแนนเสียงที่ถูกเก็บไว้ใน
หีบบัตรออกเสียงตามข้อ 20 (b)
 - (4) จัดแบ่งแยกรายการบัญชีผู้มีสิทธิออกเสียงผู้ออกเสียง
รับร่างรัฐธรรมนูญ ผู้ออกเสียงไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ
ผู้ถูกเพิกถอนการออกเสียง บัตรออกเสียงประชามติที่
ได้รับและที่เหลืออยู่ ตามที่ปฏิบัติใน (1) และส่ง
ข้อมูลไปยังคณะกรรมการเขตการปกครองในเมือง
หรือหมู่บ้าน
- (b) คณะอนุกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน
รวบรวมข้อมูลตาม (a) (4) จากหน่วยออกเสียงต่างๆ
รวมทั้งบัตรออกเสียงประชามติล่วงหน้า และรายงานต่อ
คณะอนุกรรมการชุมชน
- (c) คณะอนุกรรมการชุมชนก็จะรวบรวมรายการข้อมูล
ดังต่อไปนี้เพื่อรายงานให้คณะอนุกรรมการแห่งรัฐหรือ
เขตทราบ
- (1) รายการที่รวบรวมและจัดเตรียมเกี่ยวกับเขตการปกครอง
ในเมืองหรือหมู่บ้านที่ส่งมาจากคณะอนุกรรมการ
เขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านตาม (b)

- (2) รายการที่ได้รับหลังจากการนับบัตรออกเสียงล่วงหน้า
ส่งมาจากคณะกรรมการตามข้อ 12 (d) (2) (3) (4)
(5) และ (6) และคะแนนเสียงล่วงหน้าที่ส่งมาจาก
คณะกรรมการเขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้าน
รวมทั้งรายการตาม (1) และสำเนารายการทั้งหลาย
ส่งไปยังคณะกรรมการและคณะกรรมการจังหวัด
- (d) คณะกรรมการแห่งรัฐหรือเขตจะเก็บรวบรวมข้อมูล
และรายการที่ส่งมาจากคณะกรรมการชุมชนตาม (c)
ส่งไปยังคณะกรรมการ
- (e) คณะกรรมการจะนับบัตรออกเสียงล่วงหน้าที่ส่งมาจาก
คณะกรรมการตามข้อ 12 (d) (1) หลังจากที่ได้แบ่งแยก
คะแนนเสียงที่รับร่างรัฐธรรมนูญ ไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ
หรือที่ถูกเพิกถอนออกจากกันแล้ว

หมวด 9 การประกาศผลการออกเสียง

- ข้อ 23. หลังจากการจัดให้มีการลงประชามติแล้ว คณะกรรมการจะ
รวบรวมคะแนนเสียงล่วงหน้าที่ส่งมาจากคณะกรรมการ
แห่งรัฐหรือเขตตามข้อ 22 (d) และคะแนนเสียงล่วงหน้าที่นับ
โดยคณะกรรมการตามข้อ 22 (e) เข้าด้วยกัน แล้วประกาศ
จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียง จำนวนผู้ออกเสียงรับร่างรัฐธรรมนูญ
และทำการเปรียบเทียบเป็นจำนวนร้อยละ

หมวด 10 ข้อห้าม และบทลงโทษ

- ข้อ 24. ภายใต้การลงประชามติ บุคคลไม่สามารถกระทำการดังต่อไปนี้
 - (a) ออกเสียงมากกว่าหนึ่งครั้ง
 - (b) ครอบครองบัตรออกเสียงปลอมหรือบัตรออกเสียงล่วงหน้า
ปลอม

- (c) ทำลายบัตรออกเสียงหรือบัตรออกเสียงล่วงหน้า
- (d) นำบัตรออกเสียงออกนอกคูหาลงคะแนนเสียง
- (e) เปิดหีบบัตรออกเสียงโดยไม่มีอำนาจทำลายหรือกระทำการใด
ที่มีผลกระทบต่อหีบบัตรออกเสียง
- (f) ทำลายหน่วยลงคูหาลงคะแนนเสียง
- (g) จัดทำหรือทำลายรายการ ประกาศ หรือเอกสารอื่นใดที่
ต้องจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการหรือคณะอนุกรรมการ
โดยเจตนา เพื่อที่จะทำให้ไม่สามารถอ่านเอกสารนั้นได้
- (h) การบรรยาย แจกจ่ายเอกสาร การใช้แผ่นป้ายโฆษณา หรือ
กระทำการใดที่เกี่ยวกับการออกเสียงในหน่วยออกเสียง
สถานที่สาธารณะ หรือสถานที่ส่วนบุคคล อันเป็นการทำลาย
การลงประชามติ

ข้อ 25. บุคคลใดฝ่าฝืนข้อห้ามตามข้อ 24 หรือพยายามฝ่าฝืน การ
สมรู้ร่วมคิดเพื่อที่จะฝ่าฝืน หรือยุยงส่งเสริมในการฝ่าฝืน
ข้อห้ามนั้น บุคคลนั้นต้องโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน
100,000 จัต (kyat) หรือทั้งจำทั้งปรับ

หมวด 11 งบประมาณและเจ้าหน้าที่ที่ให้การสนับสนุน

- ข้อ 26. (a) คณะกรรมการจะ
- (1) ยื่นคำร้องเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการจัดการ
ลงประชามติโดยส่งประมาณการค่าใช้จ่ายไปยัง
สภาการพัฒนาและสันติภาพแห่งรัฐ
 - (2) จัดสรรงบประมาณที่ได้รับมาตาม (1) ให้แก่
คณะอนุกรรมการตามความเหมาะสม
- (b) คณะอนุกรรมการจะ
- (1) ใช้จ่ายเงินตามที่คณะกรรมการจัดสรรให้ตาม (a)
โดยตรง และจัดทำบัญชีค่าใช้จ่ายอย่างเป็นระบบ

(2) ส่งบัญชีรายการค่าใช้จ่ายให้กับคณะกรรมการหลังจาก
การดำเนินการจัดประชามติเสร็จสิ้นลง

ข้อ 27. คณะกรรมการหรือคณะอนุกรรมการอาจได้รับความร่วมมือ
หรือความช่วยเหลือในด้านบุคลากรหรืออุปกรณ์จาก
กระทรวงหรือองค์กรต่าง ๆ

หมวด 12 อื่น ๆ

ข้อ 28. คณะกรรมการจะรายงานผลการลงประชามติตามข้อ 23 ไปยัง
สภาการพัฒนาและสันติภาพแห่งรัฐ

ข้อ 29. (a) ถ้าตำแหน่งกรรมการในคณะกรรมการว่างลงไม่ว่าด้วย
เหตุใด สภาการพัฒนาและสันติภาพแห่งรัฐจะแต่งตั้ง
บุคคลเข้าดำรงตำแหน่งนั้นแทน

(b) ถ้าตำแหน่งกรรมการในคณะอนุกรรมการว่างลงไม่ว่า
ด้วยเหตุใด ให้คณะกรรมการ หรือคณะอนุกรรมการ
ดังต่อไปนี้เป็นผู้แต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งนั้นแทน

(1) ถ้าเป็นกรณีตำแหน่งกรรมการในคณะอนุกรรมการ
แห่งรัฐหรือเขตว่างลง ให้คณะกรรมการเป็นผู้แต่งตั้ง

(2) ถ้าเป็นกรณีตำแหน่งกรรมการในคณะอนุกรรมการ
จังหวัดว่างลง ให้คณะอนุกรรมการแห่งรัฐหรือเขต
เป็นผู้แต่งตั้ง

(3) ถ้าเป็นกรณีตำแหน่งกรรมการในคณะอนุกรรมการ
ชุมชนว่างลง ให้คณะอนุกรรมการแห่งรัฐหรือเขต
เป็นผู้แต่งตั้ง

(4) ถ้าเป็นกรณีตำแหน่งกรรมการในคณะอนุกรรมการ
เขตการปกครองในเมืองหรือหมู่บ้านว่างลง ให้คณะ
อนุกรรมการชุมชนเป็นผู้แต่งตั้ง

ข้อ 30. เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการดำเนินการตามกฎหมายนี้
สภาการพัฒนา และสันติภาพแห่งรัฐอาจออกข้อบังคับที่
จำเป็นได้

ข้อ 31. คณะกรรมการอาจออกประกาศ ระเบียบ หรือคำสั่งที่จำเป็นที่
ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ได้

กฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่
ร่างรัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติของประเทศไทย พ.ศ. 2550

**ประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ⁹
เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ
และการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2550**

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 สภาร่างรัฐธรรมนูญ
จึงออกประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ
และการออกเสียงประชามติไว้ ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่อง หลักเกณฑ์
และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติ
พ.ศ. 2550”

ข้อ 2 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศใน
ราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ 3 ในประกาศนี้

“สภาร่างรัฐธรรมนูญ” หมายความว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญที่ตั้งขึ้นตาม
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

“การเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ” หมายความว่า การเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ

⁹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา 16 มีนาคม 2550 เล่ม 124 ตอนพิเศษ 30 ง

ซึ่งจัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

“วันเผยแพร่” หมายความว่า วันที่กำหนดให้เป็นวันเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญตามประกาศของสภาร่างรัฐธรรมนูญ

“การออกเสียง” หมายความว่า การออกเสียงประชามติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับซึ่งจัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

“ผู้มีสิทธิออกเสียง” หมายความว่า ผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ

“วันออกเสียง” หมายความว่า วันที่กำหนดให้เป็นวันออกเสียงประชามติตามประกาศของสภาร่างรัฐธรรมนูญ

“เขตออกเสียง” หมายความว่า ท้องที่ที่กำหนดเป็นเขตออกเสียงประชามติ

“หน่วยออกเสียง” หมายความว่า ท้องถิ่นที่กำหนดให้ทำการลงคะแนนออกเสียงประชามติ

“ที่ออกเสียง” หมายความว่า สถานที่ที่กำหนดให้ทำการลงคะแนนออกเสียงประชามติ

“จังหวัด” หมายความว่า รวมถึง กรุงเทพมหานคร

“อำเภอ” หมายความว่า ถึงกิ่งอำเภอและเขต

“เทศบาล” หมายความว่า รวมถึง เมืองพัทยา

ข้อ 4 เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว ให้ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยความเห็นชอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญประกาศกำหนดวันที่นำร่างรัฐธรรมนูญออกเผยแพร่ให้ประชาชนทราบในราชกิจจานุเบกษา

ข้อ 5 ให้ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญรักษาการตามประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญนี้ และให้มีอำนาจออกคำสั่ง ระเบียบ หรือประกาศเพื่อให้

เป็นไปตามประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญนี้ คำสั่ง ระเบียบ หรือประกาศนั้น
เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด 1 การเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการขั้นตอน การออกเสียง

ข้อ 6 ในการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญตามข้อ 4 ให้คณะกรรมการธิการ
ที่ได้รับแต่งตั้งจากสภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญและ
จัดทำเอกสารชี้แจงให้ประชาชนได้รับทราบและทำความเข้าใจอย่างทั่วถึง
ว่าร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นใหม่นั้น มีสาระสำคัญอย่างไร และมีความ
แตกต่างกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในเรื่องใด
นอกจากการจัดทำเอกสารเผยแพร่แล้ว ให้คณะกรรมการธิการตามวรรคหนึ่ง
พิจารณารูปแบบ แนวทาง และวิธีการในการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์
โดยประสานความร่วมมือกับสื่อประชาสัมพันธ์ทั้งภาครัฐและเอกชน เพื่อ
ให้การเผยแพร่ประชาสัมพันธ์เป็นไปอย่างกว้างขวางและทั่วถึง ทั้งนี้อาจ
มอบหมายให้บุคคล หรือคณะบุคคล คณะหนึ่งหรือหลายคณะ ดำเนินการใน
การเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ด้วยก็ได้

ข้อ 7 ในการออกเสียง ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเผยแพร่
กระบวนการและขั้นตอนการออกเสียงให้ประชาชนได้รับทราบอย่างทั่วถึงตามที่
สภาร่างรัฐธรรมนูญมอบหมาย ทั้งนี้ให้พิจารณารูปแบบ แนวทางและวิธีการ
ในการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ด้วย โดยอาจมอบหมายให้บุคคลหรือคณะบุคคล
คณะหนึ่งหรือหลายคณะ ดำเนินการในการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ด้วยก็ได้

หมวด 2 หลักเกณฑ์และวิธีการในการออกเสียง

ส่วนที่ 1 บททั่วไป

ข้อ 8 ในการจัดทำประชามติตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้คณะกรรมการ
การเลือกตั้งเป็นผู้ดำเนินการจัดและควบคุมการออกเสียงให้เป็นไปด้วยความ

สุจริตและเที่ยงธรรม ตามที่สภาร่างรัฐธรรมนูญมอบหมาย โดยให้มีอำนาจออกประกาศและระเบียบอันจำเป็นแก่การปฏิบัติในการดำเนินการตามประกาศนี้

สภาร่างรัฐธรรมนูญอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคล คณะหนึ่งหรือหลายคณะ เพื่อทำหน้าที่ให้ข้อเสนอแนะ ประสานให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน แก่คณะกรรมการการเลือกตั้ง รวมทั้งติดตามให้มีการปฏิบัติตามประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญนี้

ข้อ 9 การจัดทำประชามติตามข้อ 8 ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญกำหนดวันออกเสียง โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งวันออกเสียงต้องไม่เร็วกว่าสิบห้าวันและไม่ช้ากว่าสามสิบวันนับแต่วันเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญตามข้อ 4 และการออกเสียงนั้นจะต้องกระทำภายในวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

ข้อ 10 การออกเสียง ให้ใช้วิธีออกเสียงลงคะแนนโดยตรงและลับ

ส่วนที่ 2 เขตออกเสียง และหน่วยออกเสียง

ข้อ 11 การออกเสียงให้ใช้เขตจังหวัดเป็นเขตออกเสียง

ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดและผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ในเขตออกเสียงตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด รวมทั้งปฏิบัติงานอื่นที่เกี่ยวข้อง ตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมอบหมาย

ข้อ 12 ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดหน่วยออกเสียงที่จะพึงมีในแต่ละจังหวัดและกำหนดที่ออกเสียงของหน่วยออกเสียงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงจำนวนของผู้มีสิทธิออกเสียงในแต่ละหน่วยออกเสียงจำนวนแปดร้อยคนเป็นประมาณ และความสะดวกในการเดินทางไปใช้สิทธิออกเสียงและประกาศให้ผู้มีสิทธิออกเสียงทราบ ไม่น้อยกว่ายี่สิบวันก่อนวันออกเสียง

ในกรณีจำเป็นคณะกรรมการการเลือกตั้งอาจเปลี่ยนแปลงที่ออกเสียงตามประกาศในวรรคหนึ่งเป็นสถานที่อื่นตามที่เห็นเหมาะสมก็ได้ โดยต้องประกาศการเปลี่ยนแปลงที่ออกเสียงให้ทราบก่อนวันออกเสียงไม่น้อยกว่าห้าวัน

เว้นแต่ในกรณีฉุกเฉินจะประกาศการเปลี่ยนแปลงที่ออกเสียงน้อยกว่าระยะเวลาดังกล่าวก็ได้

ส่วนที่ 3 ผู้มีสิทธิออกเสียง และบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง

ข้อ 13 บุคคลผู้มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ เป็นผู้มีสิทธิออกเสียง

(1) มีสัญชาติไทย แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ ต้องได้สัญชาติไทยมาแล้ว ไม่น้อยกว่าห้าปี

(2) มีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ในวันที่ 1 มกราคมของปีที่มีการออกเสียง และ

(3) มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านในเขตออกเสียงมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวันนับถึงวันออกเสียง

ในกรณีที่มีการย้ายทะเบียนบ้านออกจากเขตออกเสียงหนึ่งไปยังอีกเขตออกเสียงหนึ่งอันทำให้บุคคลมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านในเขตออกเสียงเป็นเวลาติดต่อกันน้อยกว่าสามสิบวันนับถึงวันออกเสียงให้บุคคลนั้นมีสิทธิลงคะแนนออกเสียงในเขตออกเสียงที่ตนมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านครั้งสุดท้ายเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

ข้อ 14 บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ในวันออกเสียง เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิออกเสียง คือ

(1) วิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ

(2) เป็นภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวช

(3) ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อ 15 ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งจัดทำบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงของแต่ละจังหวัดและปิดประกาศบัญชีรายชื่อดังกล่าว พร้อมทั้งประกาศของสภาร่างรัฐธรรมนูญที่กำหนดวันออกเสียงตาม ข้อ 9 ไว้ ณ ศาลากลางจังหวัด ที่ว่าการอำเภอ สำนักงานเทศบาล ที่ทำการองค์การบริหารส่วนตำบล ที่ทำการผู้ใหญ่บ้านและที่ออกเสียงหรือบริเวณใกล้เคียงกับที่ออกเสียงไม่น้อยกว่ายี่สิบวันก่อนวันออกเสียง

ข้อ 16 ในกรณีที่ผู้มีสิทธิออกเสียงหรือเจ้าบ้านผู้ใดเห็นว่าตนหรือผู้มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านของตน ไม่มีรายชื่ออยู่ในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงแห่งหน่วยออกเสียงที่ตนหรือผู้นั้นสมควรมีชื่อ เป็นผู้มีสิทธิออกเสียงในหน่วยออกเสียงนั้น มีสิทธิยื่นคำร้องขอเพิ่มชื่อต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดก่อนวันออกเสียงไม่น้อยกว่าสิบวัน

เมื่อได้รับคำร้องตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดตรวจสอบหลักฐาน และถ้าเห็นว่าผู้ยื่นคำร้องหรือผู้มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านเป็นผู้มีสิทธิออกเสียง ก็ให้ส่งเดิมชื่อ ตามที่ยื่นคำร้องลงในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงโดยเร็ว ถ้าคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดเห็นว่าผู้ยื่นคำร้องหรือผู้มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านเป็นผู้ไม่มีสิทธิออกเสียง ก็ให้ส่งยกคำร้อง และแจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องทราบภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้อง โดยแสดงเหตุผลไว้ด้วย

ข้อ 17 ผู้มีสิทธิออกเสียงผู้ใดเห็นว่าในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงที่ได้ประกาศตามข้อ 15 มีชื่อผู้ซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียง ผู้มีสิทธิออกเสียงผู้นั้นมีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง ประจำจังหวัดได้ก่อนวันออกเสียงไม่น้อยกว่าสิบวัน เพื่อให้ถอนชื่อผู้ซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียงนั้นออกจากบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง

เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดพิจารณาแล้วเห็นว่าสมควรสั่งถอนชื่อผู้ซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียงออกจากบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง หรือสมควรยกคำร้อง ก็ให้มีคำสั่งถอนชื่อผู้นั้นหรือยกคำร้อง แล้วแต่กรณี และให้แจ้งคำสั่งให้ผู้นั้นและเจ้าบ้านทราบ

ถ้าเจ้าบ้านผู้ใดเห็นว่าในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงปรากฏชื่อบุคคลอื่นอยู่ในทะเบียนบ้านของตนโดยที่บุคคลนั้นมีได้มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านดังกล่าวจริง เมื่อเจ้าบ้านนำหลักฐานทะเบียนบ้าน มาแสดงว่าไม่มีชื่อบุคคลนั้น ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดหรือคณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียง แล้วแต่กรณี มีคำสั่งถอนชื่อบุคคลนั้นออกจากบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง

ส่วนที่ 4 เจ้าพนักงานผู้ดำเนินการออกเสียง

ข้อ 18 ภายใต้บังคับข้อ 11 วรรคสอง ให้คณะกรรมการการเลือกตั้ง มีอำนาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ บุคคลหรือคณะบุคคล คณะหนึ่งหรือหลายคณะ หรือผู้แทนองค์การเอกชน เพื่อปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการออกเสียง ตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมอบหมาย และแจ้งให้สภาร่างรัฐธรรมนูญทราบ

ข้อ 19 ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแต่งตั้งคณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงแต่ละแห่งไม่น้อยกว่าห้าคน เพื่อทำหน้าที่ดำเนินการและรักษาความเรียบร้อยในการลงคะแนนเพื่อออกเสียงและการนับคะแนนในที่ออกเสียงนั้น

การแต่งตั้งกรรมการประจำหน่วยออกเสียง ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแต่งตั้งผู้มีสิทธิออกเสียงในหน่วยออกเสียงนั้นเป็นประธานกรรมการหนึ่งคน และกรรมการอื่นอีกไม่น้อยกว่าสี่คน ถ้าในวันออกเสียงมีกรรมการประจำหน่วยออกเสียงมาปฏิบัติหน้าที่ไม่ถึงห้าคน ให้กรรมการที่เหลืออยู่แต่งตั้งผู้มีสิทธิออกเสียงในหน่วยออกเสียงนั้นเป็นกรรมการประจำหน่วยออกเสียงจนครบห้าคน

ในกรณีที่ประธานกรรมการไม่มาปฏิบัติหน้าที่หรือไม่อยู่ในที่ออกเสียง หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้กรรมการเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานกรรมการแทนหรือปฏิบัติหน้าที่ไปพลางก่อนจนกว่าประธานกรรมการจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ แล้วแต่กรณี

ข้อ 20 ให้กรรมการประจำหน่วยออกเสียงมีหน้าที่ดำเนินการและรักษาความเรียบร้อยในที่ออกเสียง และมีหน้าที่อื่นตามที่กำหนดไว้ในประกาศนี้

ในกรณีที่ผู้ใดขัดขวางการออกเสียง ให้กรรมการประจำหน่วยออกเสียง มีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นออกไปจากที่ออกเสียงได้ แต่ต้องไม่ขัดขวางต่อการที่ผู้มีสิทธิออกเสียงจะใช้สิทธิออกเสียง

ข้อ 21 นอกจากที่กำหนดไว้โดยเฉพาะในประกาศนี้แล้ว ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจกำหนดวิธีปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลซึ่งได้รับ

แต่งตั้งตามข้อ 18 และคณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงได้

คำตอบแทนของบุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งตามข้อ 18 และกรรมการประจำหน่วยออกเสียงให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด และแจ้งให้สภาร่างรัฐธรรมนูญทราบ

ส่วนที่ 5 หีบบัตรออกเสียง และบัตรออกเสียงประชามติ

ข้อ 22 ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งจัดให้มีหีบบัตรออกเสียงและบัตรออกเสียงประชามติโดยมีลักษณะที่เหมาะสมและอำนวยความสะดวกแก่ผู้มีสิทธิออกเสียง

ข้อ 23 บัตรออกเสียงประชามติให้ใช้กระดาษ มีขนาดกว้างยาวตามความจำเป็น และให้เย็บเป็นเล่มๆ ละไม่เกินห้าสิบบัตร ให้มีปกหน้าและปกหลัง และมีรอยปรุเพื่อให้ฉีกบัตรออกเสียงประชามติจากต้นขั้วบัตรออกเสียงประชามติได้

ปกหน้าคอนบนมีข้อความว่า “เล่มที่.....เลขที่.....ถึงเลขที่.....จำนวน.....บัตร” ถัดลงไปมีข้อความว่า “บัตรออกเสียงประชามติ” ถัดลงไปมีข้อความว่า “หน่วยออกเสียงที่.....หมู่ที่.....ตำบล/แขวง.....(เทศบาล.....) อำเภอ/เขต.....ที่ออกเสียง.....เขตออกเสียงจังหวัด.....” และมีช่องสำหรับลงลายมือชื่อผู้มอบบัตรออกเสียงประชามติและผู้รับบัตรออกเสียงประชามติ

ปกหลังอย่างน้อยให้มีรายการดังนี้ “บัตรออกเสียงประชามติจำนวน.....บัตร ใช้แล้วจำนวน.....บัตร ได้ตรวจสอบจำนวนบัตรออกเสียงประชามติแล้วเหลือ จำนวน.....บัตร” และมีช่องสำหรับลงลายมือชื่อคณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียง ผู้ตรวจสอบและนำเสนอ

ข้อ 24 ด้านในของบัตรออกเสียงประชามติมีรอยปรุฉีกขาดได้ ระหว่างต้นขั้วมีข้อความว่า “เล่มที่.....เลขที่.....” ของบัตรออกเสียงประชามติ และช่องใส่ลำดับที่ของผู้มีสิทธิออกเสียงตามบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง รวมทั้งให้มีช่องสำหรับลงลายมือชื่อของกรรมการประจำหน่วยออกเสียง ผู้ที่

จ่ายบัตรออกเสียงประชามติและมีช่องสำหรับให้ผู้มีสิทธิออกเสียงลงลายมือชื่อหรือลายพิมพ์นิ้วมือเพื่อเป็นหลักฐานการรับบัตรออกเสียงประชามติ

ด้านในของบัตรออกเสียงประชามติตอนบนบริเวณรอยต่อกับต้นขั้วมีข้อความระบุว่า “การออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช....” ถัดลงไป มีข้อความว่า “ให้ทำเครื่องหมายกากบาท (X) จำนวนเครื่องหมายเดียว ในช่องทำเครื่องหมายได้ข้อความแสดงความคิดเห็นที่ท่านเลือก” ถัดลงไปได้รอยพับของบัตรออกเสียงประชามติเป็นช่องสำหรับทำเครื่องหมายลงคะแนนเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ

ข้อ 25 การลงคะแนนในบัตรออกเสียงประชามติ ให้ผู้ออกเสียงทำเครื่องหมายกากบาท (X) จำนวนเครื่องหมายเดียวในช่องทำเครื่องหมายได้ข้อความแสดงความคิดเห็นที่ผู้ออกเสียงเลือก

ข้อ 26 ลักษณะของบัตรออกเสียงประชามติ ให้เป็นไปตามตัวอย่างท้ายประกาศนี้โดยอนุโลม

ส่วนที่ 6 การลงคะแนนออกเสียง การลงคะแนนสำหรับผู้มีสิทธิออกเสียงนอกเขตจังหวัดและการนับคะแนน

ข้อ 27 ในวันออกเสียง ให้เปิดการลงคะแนนออกเสียงตั้งแต่เวลา 08.00 นาฬิกาถึงเวลา 16.00 นาฬิกา

ข้อ 28 ผู้มีสิทธิออกเสียงซึ่งมีชื่ออยู่ในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงในที่ออกเสียงใดให้ออกเสียง ณ ที่ออกเสียงนั้น

ให้ผู้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนออกเสียงในที่ออกเสียงที่ตนมีสิทธิได้เพียงแห่งเดียว และให้ผู้มีสิทธิออกเสียงที่ได้รับคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยออกเสียงใด ให้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในหน่วยออกเสียงนั้น

ข้อ 29 ก่อนเริ่มเปิดให้มีการออกเสียง ให้คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงนับจำนวนบัตรออกเสียงประชามติทั้งหมดของหน่วยออกเสียงนั้น และปิดประกาศจำนวนบัตรทั้งหมดในที่ออกเสียง ไว้ในที่เปิดเผย และเมื่อ

ถึงเวลาเปิดการลงคะแนนให้คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียง เปิดหีบบัตรออกเสียงในที่เปิดเผย แสดงให้ผู้มีสิทธิออกเสียง ซึ่งอยู่ ณ ที่ออกเสียงนั้นเห็นว่า เป็นหีบเปล่า และให้ปิดหีบบัตรออกเสียงตามวิธีการที่คณะกรรมการเลือกตั้งกำหนดแล้ว ให้ทำการบันทึกการดำเนินการดังกล่าว โดยให้ผู้มีสิทธิออกเสียงไม่น้อยกว่าสองคนซึ่งอยู่ในที่ออกเสียงในขณะนั้นลงลายมือชื่อในบันทึกนั้นด้วย เว้นแต่ไม่มีผู้มีสิทธิออกเสียงอยู่ในขณะนั้น

ข้อ 30 ในระหว่างเวลาเปิดการลงคะแนน ให้ผู้มีสิทธิออกเสียงซึ่งประสงค์จะลงคะแนนไปแสดงตนต่อกรรมการประจำหน่วยออกเสียง โดยแสดงบัตรประจำตัวประชาชนหรือหลักฐานอื่นใด ตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด

เมื่อคณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงตรวจสอบรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงแล้วให้อ่านชื่อ และที่อยู่ของผู้นั้นดัง ๆ ถ้าไม่มีผู้ใดทักท้วง ให้หมายเหตุไว้ในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงโดยให้จดหมายเลขบัตรและสถานที่ออกบัตร และให้ผู้มีสิทธิออกเสียงลงลายมือชื่อหรือพิมพ์ลายนิ้วมือในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงเป็นหลักฐานตามวิธีการที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด แล้วให้กรรมการประจำหน่วยออกเสียงมอบบัตรออกเสียงประชามติให้แก่ผู้นั้นเพื่อไปลงคะแนน

ในกรณีที่มีผู้ทักท้วงหรือกรรมการประจำหน่วยออกเสียงสงสัยว่าผู้มีสิทธิออกเสียงซึ่งมาแสดงตนนั้น ไม่ใช่เป็นผู้มีชื่อในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง ให้คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงมีอำนาจสอบสวนและวินิจฉัยชี้ขาดว่า ผู้ถูกทักท้วง หรือผู้ถูกสงสัยเป็นผู้มีชื่อในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียงหรือไม่ และในกรณีที่คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงวินิจฉัยว่า ผู้ถูกทักท้วงหรือผู้ถูกสงสัยไม่ใช่เป็นผู้มีชื่อในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง ให้คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงทำบันทึกคำวินิจฉัยและลงลายมือชื่อไว้ด้วยและให้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงนั้น

ข้อ 31 เมื่อถึงกำหนดเวลาปิดการลงคะแนนออกเสียง ให้คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงประกาศปิดการลงคะแนนและงดจ่ายบัตรออกเสียง

ประชามติ และให้ทำเครื่องหมายในบัตรที่เหลืออยู่ให้เป็นบัตรที่ใช้ลงคะแนน ไม่ได้ตามวิธีการที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด และกรณีที่มีผู้มาแสดงตนขอใช้สิทธิตามข้อ 28 เหลืออยู่ในที่ออกเสียง แต่ยังไม่ได้รับบัตรออกเสียงประชามติให้คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงจ่ายบัตรออกเสียงประชามติให้แก่ผู้มาแสดงตนนั้น และเมื่อได้ทำการลงคะแนนออกเสียงเสร็จสิ้นแล้ว ให้คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงปิดช่องใส่บัตรออกเสียงประชามติของหีบบัตรออกเสียง และจัดทำรายงานเกี่ยวกับจำนวนบัตรออกเสียงประชามติทั้งหมดจำนวนผู้มาแสดงตนและรับบัตรออกเสียงประชามติและจำนวนบัตรที่เหลือ โดยให้กรรมการประจำหน่วยออกเสียงที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในขณะนั้นทุกคนลงลายมือชื่อไว้และประกาศให้ผู้มีสิทธิออกเสียงซึ่งอยู่ที่นั่นทราบ

ข้อ 32 เมื่อปิดการออกเสียงแล้วให้คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงแต่ละแห่งนับคะแนน ณ หน่วยออกเสียงนั้น โดยเปิดเผยติดต่อกันจนแล้วเสร็จ

วิธีการนับคะแนนให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด

ข้อ 33 บัตรออกเสียงประชามติดังต่อไปนี้ ให้ถือเป็นบัตรเสีย

- (1) บัตรปลอม
- (2) บัตรที่มีเครื่องหมายลงคะแนน
- (3) บัตรที่ไม่อาจทราบได้ว่าลงคะแนนในทางใด
- (4) บัตรที่ทำเครื่องหมายลงคะแนนนอกช่องทำเครื่องหมาย
- (5) บัตรที่มีใช้บัตรที่กรรมการประจำหน่วยออกเสียงมอบให้
- (6) บัตรที่ทำเครื่องหมายลงคะแนนมากกว่าหนึ่งเครื่องหมาย
- (7) บัตรที่มีการเขียนข้อความหรือถ้อยคำอื่นใดลงไป
- (8) บัตรที่มีลักษณะตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนด

ว่าเป็นบัตรเสีย

ให้คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียงสลักหลังในบัตรที่มีลักษณะตามวรรคหนึ่งว่า “เสีย” พร้อมทั้งระบุเหตุผลว่าเป็นบัตรเสียตามวงเล็บใด แล้วลงลายมือชื่อกำกับไว้ไม่น้อยกว่าสามคน และห้ามมิให้นับบัตรเสียเป็น

คะแนน แต่ให้นับรวมเป็นจำนวนผู้มาออกเสียงประชามติด้วย

ข้อ 34 เมื่อนับคะแนนเสร็จแล้ว ให้คณะกรรมการประจำหน่วยออกเสียง นำบัตรออกเสียงประชามติของผู้มาใช้สิทธิทั้งหมดใส่ไว้ในหีบบัตรออกเสียง พร้อมทั้งรายงานผลการนับคะแนนแล้ว ปิดหีบ บัตรออกเสียงจัดส่งไปให้ คณะกรรมการการเลือกตั้งตามวิธีการที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด

ข้อ 35 ผู้มีสิทธิออกเสียงใดมีถิ่นที่อยู่ซึ่งอยู่ในจังหวัดอื่น นอกจาก จังหวัดที่ตนมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้าน หากประสงค์จะขอใช้สิทธิลงคะแนน ออกเสียงในจังหวัดที่ตนอยู่ ให้ยื่นคำขอลงทะเบียนก่อนวันออกเสียงอย่างน้อยสามสิบวัน

ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ ในการใช้สิทธิออกเสียงของผู้มีสิทธิออกเสียงตามวรรคหนึ่ง

ข้อ 36 ในกรณีที่การลงคะแนนออกเสียงในหน่วยออกเสียงแห่งใด ไม่สามารถกระทำได้เนื่องจากเกิดจลาจล อุทกภัย อัคคีภัย หรือเหตุสุดวิสัย อย่างอื่น ถ้าเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนวันออกเสียงให้คณะกรรมการการเลือกตั้ง ประจำจังหวัดกำหนดหน่วยออกเสียงใหม่ให้ผู้มีสิทธิออกเสียงสามารถไป ลงคะแนนได้โดยสะดวก แล้วรายงานต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง และให้ คณะกรรมการการเลือกตั้งแจ้งสภาร่างรัฐธรรมนูญภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง

ในกรณีที่เหตุตามวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวันออกเสียง ให้คณะกรรมการ ประจำหน่วยออกเสียงประกาศลงคะแนนในหน่วยออกเสียงนั้นและ ประกาศให้ผู้มีสิทธิออกเสียงในหน่วยออกเสียงนั้นไปใช้สิทธิออกเสียงที่หน่วย ออกเสียงกลางที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดกำหนดแทน แล้ว รายงานต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งและให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแจ้ง สภาร่างรัฐธรรมนูญภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง

ส่วนที่ 7 การคัดค้านการออกเสียง

ข้อ 37 เมื่อสิ้นสุดการลงคะแนนออกเสียง หากผู้มาใช้สิทธิออกเสียง จำนวนไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงในหน่วยออกเสียงใด

เห็นว่าการออกเสียงในหน่วยออกเสียงนั้นเป็นไปโดยไม่สุจริตและเที่ยงธรรม ให้มีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านพร้อมทั้งแสดงหลักฐานต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง ภายในยี่สิบสี่ชั่วโมงนับแต่การลงคะแนนออกเสียงสิ้นสุดลง

ข้อ 38 เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งได้รับคำร้องคัดค้านแล้วให้ดำเนินการไต่สวนและแสวงหาหลักฐานทั้งปวงเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงโดยพลัน ถ้าเห็นว่าการออกเสียงในหน่วยออกเสียงนั้น ไม่สุจริตและเที่ยงธรรม ให้มีคำสั่งให้ดำเนินการออกเสียงใหม่ในหน่วยออกเสียงนั้น ทั้งนี้ ต้องไม่ช้ากว่าสามสิบวันนับแต่วันที่เผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ เว้นแต่การออกเสียงใหม่จะไม่ทำให้ผลการออกเสียงของทั้งประเทศเปลี่ยนแปลงไป ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่งยกคำร้องคัดค้านนั้นเสีย และแจ้งให้สภาร่างรัฐธรรมนูญทราบ

การพิจารณาคำร้องคัดค้านการออกเสียง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด

ส่วนที่ 8 การประกาศผลการออกเสียง

ข้อ 39 เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งได้รับรายงานผลการนับคะแนนออกเสียงจากหน่วยออกเสียงทุกหน่วยทั่วประเทศ ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแจ้งผลการออกเสียงและจำนวนผู้มาใช้สิทธิออกเสียงให้สภาร่างรัฐธรรมนูญทราบโดยเร็วเพื่อประกาศผลการออกเสียงประชามติในราชกิจจานุเบกษา

การประกาศผลการออกเสียงประชามติของสภาร่างรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง ให้ถือเป็นที่สุด

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้ประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 บัญญัติว่าเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว ให้เผยแพร่ให้ประชาชนทราบ และจัดให้มีการ

ออกเสียงประชามติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ
ทั้งฉบับ ซึ่งจะต้องจัดทำไม่เร็วกว่าสิบห้าวันและไม่ช้ากว่าสามสิบวันนับแต่
วันที่เผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่
สภาร่างรัฐธรรมนูญประกาศกำหนด จึงจำเป็นต้องออกประกาศสภาร่าง
รัฐธรรมนูญนี้



ตอนที่
3

**การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
ของประชาชนตามหลักนิติธรรม**

ความเสมอภาคและความเป็นธรรม ในการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามักริยา

● จำเอก บุญลือ พิมพ์ทองงาม*

1. ความนำ

ก่อนสิ้นเดือนมีนาคมเป็นช่วงเวลาแห่งความเคร่งเครียดของผู้มีรายได้ประจำหรือนุญยเงินเดือนทั้งหลายที่จำต้องยื่นแบบแสดงรายการและเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาภายในสิ้นเดือนมีนาคมของแต่ละปี ว่ากันตามจริงแล้วประชาชนไทยไม่ค่อยภูมิใจและเต็มใจในการเสียภาษีให้แก่รัฐเท่าใดนัก และยังเห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับจัดเก็บภาษีนั้นขาดความเป็นธรรมอาทิ การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามักริยาตามประมวลรัษฎากร เป็นต้น ผู้เสียภาษีส่วนหนึ่งยังเห็นว่าไม่เสมอภาคและไม่เป็นธรรม นำไปสู่ความอดัดใจในการเสียภาษี บางรายหลบหลีกหรือหลีกเลี่ยงภาษีก็มี ที่เป็นเช่นนั้น ส่วนหนึ่งเกิดจากความไม่เข้าใจในปรัชญา หลักการ เหตุผล และระบบกฎหมายภาษีอากร ซึ่งค่อนข้างที่จะเข้าใจได้ยากพอสมควร ต้องอาศัยหลักการและเหตุผลในเชิงทฤษฎีเป็นพื้นฐานในการปรับความเข้าใจต่อระบบกฎหมายภาษีอากร บทความนี้จึงมุ่งหวังที่จะสร้างความเข้าใจถึงปรัชญาแห่งกฎหมายภาษีอากร หลักการ และเหตุผลในการจัดเก็บภาษีเงินได้จากสามักริยาตามประมวลรัษฎากรของไทยว่าชอบด้วยหลักความเสมอภาคและเป็นกฎหมายที่เป็นธรรมหรือไม่เพียงใด

* น.บ. , น.บ.ท. , อัยการผู้ช่วย สำนักงานอัยการสูงสุด

ภาษีอากรเป็นรายได้หลักของรัฐที่นำไปใช้จ่ายบริหารประเทศ ในขณะที่การจัดเก็บภาษีเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับจะบัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญว่า บุคคลมีหน้าที่เสียภาษีอากรตามที่กฎหมายบัญญัติ กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรจึงอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะบัญญัติให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ หากแต่การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าว รัฐธรรมนูญให้ทำได้เท่าที่จำเป็น และไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ รวมถึงไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายเรื่องนี้จึงต้องคำนึงถึงหลักการหรือข้อจำกัดดังกล่าวเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษีอากรจากประชาชนชาวไทยผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจอิสระในการปกครองประเทศ

การกำหนดหน้าที่ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นไปตามปรัชญาแนวคิดทางภาษีอากรที่ถือว่าภาษีมีลักษณะบังคับและเป็นรายได้ที่ปราศจากเงื่อนไข การกำหนดตัวผู้เสียภาษีอากรจึงอาศัยหลักความสามารถในการเสียภาษีมิได้อาศัยการได้รับบริการจากรัฐเป็นเงื่อนไขในการเสียภาษีของประชาชนแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้เสียภาษีให้แก่อัฐเป็นเงินจำนวนมากก็มิได้หมายความว่า จะได้รับบริการจากรัฐมากตามไปด้วย ในทางกลับกัน ผู้เสียภาษีให้แก่อัฐเพียงเล็กน้อยแต่ก็อาจได้รับบริการจากรัฐหลายด้านหลายประการ เช่นนี้เองที่นำไปสู่การปลูกฝังความเชื่อที่ผิดๆ ในสังคมไทย ผู้คนพยายามจะเสียภาษีในแก่อัฐน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ รวมถึงมีอคติต่อกฎหมายภาษีอากรว่ามีความไม่เป็นธรรม

การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามัภริยาหรือผู้มีสถานภาพสมรสนั้น มีวิธีการที่แตกต่างไปจากการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากบุคคลซึ่งมีสถานภาพโสด กล่าวคือ ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี¹

¹ ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการเก็บภาษีเงินได้จากสามัภริยาและภริยานั้น ถ้าสามัภริยาอยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว ให้ถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยา

กรณีที่คู่สมรสต่างมีเงินได้ ให้จัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีภริยา โดยให้ถือเอาเงินได้ของภริยาเป็นเงินได้ของสามี โดยมาตรา 57 เบญจ ให้สิทธิภริยาแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามีได้ เฉพาะเงินได้ตามมาตรา 40 (1) ประเภทเดียวเท่านั้น ส่วนเงินได้ประเภทอื่นๆ ตามมาตรา 40 (2) - (8) ภริยาไม่อาจจะแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามีได้ การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ทำให้คู่สามีภริยาบางคู่ที่ภริยามีเงินได้ตามมาตรา 40 (2) - (8) ต้องเสียภาษีในอัตราที่สูงกว่าหากเปรียบเทียบรายได้ที่เท่ากันกับผู้ที่มีเงินได้ที่เป็นโสดสองคน หรือสามีภริยาที่มีได้จดทะเบียนสมรส เพราะภาษีเงินได้สุทธิต่อหนึ่งหน่วยภาษีจะมีจำนวนสูงขึ้น เนื่องจากการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามประมวลรัษฎากร กำหนดอัตราภาษีแบบก้าวหน้า ซึ่งหน่วยภาษีหนึ่งหน่วยยังมีเงินได้สุทธิมากเท่าใดอัตราภาษียิ่งสูงมากขึ้นเท่านั้น ทำให้คู่สมรสต้องรับภาระทางภาษีมากขึ้นจากเดิมที่แยกกันเสียภาษี เพราะฐานของเงินได้สุทธิสูงขึ้น ทั้งๆ ที่รายได้เท่าเดิม เนื่องจากคู่สมรสต้องนำเงินได้ของภริยารวมเป็นเงินได้ของสามีในการคำนวณภาษี ทำให้ฐานของเงินได้สุทธิสูงขึ้นดังกล่าว

การที่คู่สมรสต้องเสียภาษีมากขึ้นเช่นนี้ อาจจะมีความรู้สึกว่าบุคคลผู้มีสถานะสมรสน่าจะไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมจากการจัดเก็บภาษี ขัดต่อหลักความเสมอภาค เนื่องจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งสถานะ (สมรส) เสมือนหนึ่งไม่ส่งเสริมสนับสนุนให้บุคคลจดทะเบียนสมรสกัน ปัจจุบันมีแนวความคิดที่จะมีการแก้ไขกฎหมายโดยให้การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีภริยา มิให้รวมคำนวณภาษีเป็นหน่วยเดียวกันอีกต่อไป ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้ได้มีงานวิจัยบางฉบับได้เสนอความเห็นสนับสนุนไว้ด้วยแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาเพียงที่ได้เปรียบเทียบข้างต้นก็ดี หรือตามข้อเสนอแนะของงานวิจัยดังกล่าวก็ดี

เป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและเสียภาษี แต่ถ้าภริยาค้างชำระและภริยาได้รับแจ้งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วันแล้ว ให้ภริยาร่วมรับผิดชอบในการเสียภาษีที่ค้างชำระนั้นด้วย”

นั่นน่าจะยังมีข้อสรุปเสียทีเดียวว่า การจัดเก็บภาษีโดยการรวมคำนวณภาษีจากเงินได้ของสามัญกริยาเป็นหน่วยภาษีเดียวกันจะสร้างความไม่เป็นธรรมต่อบุคคลผู้สมรส หรือขัดต่อหลักความเสมอภาค หรือเป็นอุปสรรคบั่นทอนต่อการอยู่กินร่วมกันฉันสามัญกริยาโดยจดทะเบียนสมรส เนื่องจากประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไว้ว่า การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาโดยการรวมคำนวณภาษีจากเงินได้ของสามัญกริยา เป็นหน่วยภาษีเดียวกันมิได้ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น จึงสมควรที่จะได้ศึกษาวิเคราะห์เรื่องนี้ตามทฤษฎีภาษีอากรอย่างเป็นหลักการและเหตุผลเพื่อนำไปสู่ความเข้าใจและบทสรุปว่า การจัดเก็บภาษีดังกล่าวเป็นธรรมและขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ ซึ่งบทความนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นดังกล่าวตามหลักแห่งความเสมอภาคและแนวคิดทฤษฎี ภาษีอากร ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

2. หลักความเสมอภาค

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดภาระหน้าที่แก่ประชาชนให้มีหน้าที่เสียภาษีอากรตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะได้กำหนดโดยการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับนั้น แต่การตรากฎหมายภาษีอากรดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอเพื่อมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติก้าวล่วงเข้าไปสู่การละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้โดยไม่จำเป็นหรือกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น เพราะสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญไม่ว่าองค์กรใดของรัฐก็จะก้าวล่วงละเมิดมิได้ และหลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ คือ ประชาชนจะต้องมีความเสมอภาคในกฎหมายหรือได้รับการปฏิบัติโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 5 ว่า “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้

เสมอกัน” และมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ที่ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และวรรคสอง ที่ว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ซึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญในประเทศประชาธิปไตยทั้งหลายจะต้องให้การรับรองและผูกพันองค์กรต่างๆ ของรัฐ รวมถึงองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่มีหน้าที่ในการออกกฎหมายมาใช้บังคับกับประชาชน ต้องเคารพต่อหลักความเสมอภาคนี้

2.1 ความหมายของหลักความเสมอภาค²

หลักความเสมอภาค เป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย ซึ่งได้แก่ เสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ และถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญมาก พื้นฐานยิ่งเสียกว่า เสรีภาพ เพราะความเสมอภาคทำให้การใช้เสรีภาพของมนุษย์เป็นไปอย่างทั่วถึง หากเสรีภาพนั้น บางกลุ่มบางคนเข้าถึงได้ในขณะที่บางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ ก็ไม่ถือว่ามีเสรีภาพแต่อย่างใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นอย่างจริงจัง

หลักความเสมอภาคตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า “ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติ หรือได้รับการปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน” ฉะนั้น หากมีการเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกัน กรณีย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาค

ความเสมอภาคจึงหมายถึง “ความเสมอภาคในกฎหมาย กล่าวคือ มีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ไม่ใช่หมายความว่า จะต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุสิ่งของ และความเสมอภาคในกฎหมายนี้อาจเป็นทั้งความเสมอภาคทางสิทธิหรือทางหน้าที่หรือภาระ” นอกจากนี้ แม้ความเสมอภาคจะเป็นองค์ประกอบสำคัญของธรรมชาตินุษย์ แต่คงไม่สามารถมีความเสมอภาคที่สมบูรณ์อย่างสุดขั้วที่เป็นความเสมอภาคแบบ

² สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” วารสารนิติศาสตร์ 30, 2 (มิถุนายน 2543) :

คณิตศาสตร์ได้ในโลกแห่งความเป็นจริง ฉะนั้น ควรจะเป็นความเสมอภาคแบบสัดส่วนที่คำนึงถึงความรู้ความสามารถของแต่ละบุคคล เพราะโดยธรรมชาติมนุษย์แต่ละคนจะมีความแตกต่างกันไปอยู่ในตัว หลักความเสมอภาคจึงไปได้กับการปฏิบัติหรือการตรากฎหมายที่แตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ซึ่งจะต้องมีเหตุผลที่อธิบายได้ หรือในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติ การเลือกปฏิบัติดังกล่าวก็เพราะเหตุผลเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม แต่ทั้งนี้ ทั้งสองกรณีดังกล่าวจะต้องเป็นการเลือกปฏิบัติที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว

2.2 สาระสำคัญของหลักความเสมอภาค³

สาระสำคัญของหลักความเสมอภาค คือ ให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของคนแต่ละประเภท การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค เพราะหลักความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้ปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน แต่ให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของบุคคลแต่ละประเภท เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นอย่างเดียวกัน

3. การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามภริยา

ประมวลรัษฎากรได้กำหนดวิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากผู้มีสถานะโสดกับผู้มีสถานะสมรสไว้แตกต่างกัน มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่ง “สถานะ” และขัดต่อหลักแห่งความเสมอภาคหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่ากรณีเป็นการเลือกปฏิบัติที่

³วพรจน์ วิศรุดพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ วิทยุชน, 2543), หน้า 94 - 97.

เป็นธรรมหรือไม่ ถ้าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมย่อมเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค และไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อนอื่นควรที่จะได้ทำความเข้าใจในระบบภาษีและวิธีการจัดเก็บภาษีเสียก่อน

3.1 ระบบภาษี

ในทางวิชาการนั้นสามารถจัดโครงสร้างภาษีได้ 2 กลุ่ม คือ

1) การจัดกลุ่มตาม “ฐานภาษี” ซึ่งแบ่งได้เป็น

(1) ฐานรายได้ ซึ่งได้แก่ ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ภาษีเงินได้นิติบุคคล และภาษีเงินได้ปิโตรเลียม เป็นต้น

(2) ฐานการใช้จ่ายหรือบริโภค ซึ่งได้แก่ ภาษีจากการใช้จ่าย ภาษีการขาย ภาษีสรรพสามิต ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีสรรพสามิตเฉพาะ ภาษีศุลกากร เป็นต้น

(3) ฐานทรัพย์สินหรือความมั่นคง ซึ่งได้แก่ ภาษีโรงเรือน ภาษีที่ดิน ภาษียรถยนต์ ภาษีมรดก เป็นต้น

2) การจัดกลุ่มตาม “การบริหารวิธีการจัดเก็บ” แบ่งได้เป็น

(1) ภาษีทางตรง คือ ผู้เสียภาษีตามกฎหมายเป็นผู้รับภาระภาษีเอง ไม่มีการผลักภาระภาษีไปยังบุคคลอื่น

(2) ภาษีทางอ้อม คือ ผู้เสียภาษีตามกฎหมายกับผู้เสียภาษีตามจริงเป็นคนละคนกัน กล่าวคือ มีการผลักภาระภาษีไปยังบุคคลอื่น

จากการศึกษาระบบภาษีดังกล่าว กรณีภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของไทย เป็นการจัดเก็บภาษีจาก “ฐานเงินได้” และเป็นการจัดเก็บแบบ “ภาษีทางตรง” ซึ่งภาษีทางตรงนี้เป็นกฎเกณฑ์ พิธีการ ที่สามารถคำนึงถึงตัวผู้เสียภาษีได้ เป็นกฎเกณฑ์ที่สัมพันธ์กับหลักความสามารถของผู้เสียภาษี โดยทฤษฎีทางภาษีอากรและตามหลักของรัฐธรรมนูญบุคคลมีหน้าที่เสียภาษีอากร กล่าวคือ ประชาชนมีหน้าที่ในทางสังคมที่จะต้องเสียภาษีอากรให้กับรัฐ ซึ่งโดยลักษณะของภาษีนี้นั้นมีลักษณะบังคับ (Obligatoire) และเป็นรายได้ที่ปราศจากเงื่อนไข (Caractère inconditionnel) เพราะภาษีเป็นภาระสาธารณะ

ที่กำหนดขึ้นโดยอาศัยหลักความสามารถในการเสียภาษีของประชาชน มิใช่อาศัยหลักการคำนวณค่าตอบแทนจากการให้บริการของรัฐ แนวความคิดดังกล่าวเป็นแนวความคิดพื้นฐานของรัฐธรรมนูญในหลายประเทศ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นับตั้งแต่ฉบับพุทธศักราช 2492 เป็นต้นมา ได้บัญญัติเป็นหลักการไว้ว่า “บุคคลมีหน้าที่เสียภาษีอากรตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งเงื่อนไขในการชำระภาษีของประชาชนตามแนวความคิดดังกล่าว ไม่ได้อยู่ที่การได้รับผลประโยชน์ แต่เป็นเพราะภาษีเป็นหน้าที่ซึ่งบุคคลทุกคนมีต่อการกำหนดจำนวนภาษีจึงพิจารณาจากความสามารถในการจ่ายของแต่ละคนเป็นสำคัญ⁴

3.2 หน่วยภาษีของสามภริยากับประเภทของเงินได้ที่ได้รับยกเว้น

การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามภริยาตามประมวลรัษฎากรของไทย มีลักษณะเป็นการรวมเงินได้ของสามภริยาเป็นหน่วยภาษีเดียวกัน แต่ก็ให้สิทธิภริยาในการแยกหน่วยภาษีต่างหากจากสามีได้สำหรับเงินได้เพียงประเภทเดียว คือ เงินได้จากการจ้างแรงงาน ตามมาตรา 40 (1) ส่วนเงินได้ประเภทอื่นๆ ยังคงรวมเป็นหน่วยภาษีเดียวกัน ซึ่งตามประมวลรัษฎากร ได้กำหนดเงินได้พึงประเมินที่จะต้องเสียภาษีออกเป็นกลุ่ม ๆ ตามลักษณะเงินได้ที่มีความแตกต่างกันในการประกอบอาชีพของผู้มีเงินได้ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการกำหนดวิธีคำนวณภาษีให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด โดยแบ่งเงินได้พึงประเมินออกเป็น 8 ประเภท

วิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามภริยาซึ่งมีเงินได้พึงประเมินที่จะต้องเสียภาษี เป็นไปตามประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรีวรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ในการเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภริยานั้น ถ้าสามีและภริยาอยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว ให้ถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการ

⁴ ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, คำอธิบายกฎหมายมหาชน การคลังและภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 41 - 42.

และเสียภาษี แต่ถ้าภาษีค้างชำระและภริยาได้รับแจ้งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วัน แล้ว ให้ภริยาร่วมรับผิดชอบในการเสียภาษีที่ค้างชำระนั้นด้วย”

บทบัญญัติมาตรา 57 ตรี เป็นบทบัญญัติกำหนดให้ถือเอาเงินได้พึงประเมินของสามีและภริยาเป็นหน่วยภาษีเดียวกัน และให้สามีเป็นผู้มีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นแบบแสดงรายการและเสียภาษีสำหรับหน่วยภาษีดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ยังให้สิทธิแก่ภริยาในการแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามีได้ กรณีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) ตามมาตรา 57 เบญจ วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าภริยามีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) ในปีที่ล่วงมาแล้วไม่ว่าจะมีเงินได้พึงประเมินอื่นด้วยหรือไม่ ภริยาจะแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามีเฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา 57 ตรี ก็ได้” กรณีมาตรา 57 เบญจ นี้ ถือว่าเป็นบทยกเว้นมาตรา 57 ตรี เพื่อให้สิทธิภริยาที่แยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามีในส่วนของเงินได้ที่มาจากน้ำพักน้ำแรงของหญิงผู้เป็นภริยาดังนั้นจึงมีข้อพิจารณาในประเด็นสำคัญว่า เงินได้พึงประเมินประเภทอื่นๆ ของภริยาที่กฎหมายมิได้ให้สิทธิแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามีดังเช่นเงินได้ประเภทที่ 1 และทำให้สามีหรือหน่วยภาษีต้องรับภาระภาษีเพิ่มมากขึ้นจากการคำนวณภาษีแบบอัตราก้าวหน้า แตกต่างจากคนที่มีสถานะโสดสองคนภายใต้ฐานรายได้เดียวกัน ตรงนี้จะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสามีภริยาหรือไม่ จะก่อเกิดความไม่เสมอภาคเพราะเหตุแห่งสถานะของบุคคลหรือไม่ ซึ่งความสำคัญอยู่ที่การพิจารณาว่า วิธีการจัดเก็บภาษีดังกล่าวนี้นี้ “เหมาะสม” กับสภาพสังคมและเศรษฐกิจ หรือไม่ เพราะการเลือกวิธีการจัดเก็บภาษี ถือว่าเป็น “เทคนิคการจัดเก็บภาษี” ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความยาก และสำคัญอย่างยิ่งที่จะสร้างความเป็นธรรมกับผู้เสียภาษี รวมทั้งต้องพิจารณาว่า การเลือกวิธีการจัดเก็บภาษีจากสามีภริยาโดยการรวมภาษีเป็นหน่วยเดียวกันนั้น มีความเหมาะสมและเป็นธรรม หรือไม่

การที่ประมวลรัษฎากรแบ่งเงินได้พึงประเมินออกเป็น 8 ประเภท

โดยเงินได้ประเภทที่ 1 มีความแตกต่างจากเงินได้ประเภทอื่นๆ คือ เป็นรายได้ที่มาจากน้ำพักน้ำแรงส่วนตัวที่สามารถแบ่งแยกของแต่ละบุคคลได้ชัดเจน เป็นเงินได้อันเนื่องมาจากการจ้างแรงงานที่ผู้มีเงินได้จะต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนายจ้าง จะต้องสละเวลาส่วนตัวทั้งหมดให้นายจ้างตลอดช่วงระยะเวลาการทำงาน สมควรจะรับภาระภาษีให้น้อยที่สุด ถ้าเปรียบเทียบกับรายได้ประเภทที่ 2 - 8 ซึ่งใช้น้ำพักน้ำแรงส่วนตัวน้อยกว่าหรือได้มาจากการลงทุนในทรัพย์สินหรือธุรกิจ และไม่สามารถแยกความเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือธุรกิจว่าเป็นของสามภริยาออกจากกันได้ชัดเจน ซึ่งโดยสภาพเมื่อสามภริยารวมกันย่อมมีศักยภาพหรือความสามารถในการลงทุนทางทรัพย์สินหรือธุรกิจที่สูงกว่าบุคคลใด ดังนั้น เมื่อการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาอาศัยกฎเกณฑ์ที่คำนึงถึงความสามารถของผู้เสียภาษีเป็นสำคัญ จึงถือได้ว่าความสามารถในการมีเงินได้ประเภทที่ 2 - 8 ของสามภริยานั้น เป็นความสามารถที่รวมเป็นหนึ่งเดียว และย่อมมีศักยภาพสูงกว่าหรือมีอำนาจในทางเศรษฐกิจมากกว่า จึงเหมาะสมที่จะจัดเก็บภาษีจากสามภริยาเป็นหน่วยเดียวกัน

บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรนั้น มิได้มีความมุ่งหมายที่จะจัดเก็บภาษีเงินได้จากสามภริยาเป็นหน่วยเดียวกันเพราะเหตุแห่งการจดทะเบียนสมรสเป็นสามภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด หากแต่มุ่งหมายที่จะจัดเก็บภาษีเงินได้จากสามภริยาที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้อยู่กันร่วมกันในปีภาษีนั้นๆ เป็นการคำนึงถึงการใช้ชีวิตประจำวันร่วมกันลงมือลงแรงและรับผิดชอบร่วมกันในการทำมาหากิน กล่าวได้ว่า เป็นการรวมความสามารถทางเศรษฐกิจของสามภริยาเป็นสำคัญ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 57 ตรี วรรคท้าย บัญญัติว่า “การที่สามภริยาอยู่ต่างท้องที่กันหรือต่างคนต่างอยู่เป็นครั้งคราวยังถือว่าอยู่ร่วมกัน” หมายถึงว่า ถ้าสามภริยาอยู่ต่างท้องที่กันหรือต่างคนต่างอยู่อย่างถาวรมิใช่เป็นครั้งคราว มิได้ใช้ชีวิตความเป็นอยู่ประจำวันร่วมกัน หรือมิได้ร่วมกันในการทำมาหากิน แม้มิได้จดทะเบียนหย่าขาดจากการเป็นสามภริยาตามกฎหมาย มิได้มีการแบ่ง

ทรัพย์สินที่เคยทำมาหาได้ร่วมกัน กรณีนี้ก็จะถือว่าสามีและภริยาอยู่ร่วมกันตลอดปียากี่ที่ล่วงมาแล้วไม่ได้⁵ ซึ่งแต่ละฝ่ายต่างก็มีหน้าที่ในการเสียภาษีในนามของตนเองตามมาตรา 41 ภริยาก็ไม่ต้องนำเงินได้มารวมหน่วยภาษีเดียวกันกับสามีตามมาตรา 57 ครี แต่อย่างไร

3.3 การเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ

การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีภริยาโดยให้รวมเงินได้พึงประเมินของสามีภริยาเป็นหน่วยภาษีเดียวกันนั้น เป็นไปตามหลักทฤษฎีสากลที่หลายประเทศต่างก็ยอมรับว่า ไม่ควรแยกยื่นเสียภาษีหน่วยดังกล่าวดังจะได้เปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศใน 3 กรณี ดังนี้⁶

ก. กรณีภริยายื่นร่วมกับสามี

ประเทศ	สาระสำคัญของกฎหมาย
1. เบลเยียม	กำหนดให้สามีและภริยายื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีร่วมกัน
2. ฝรั่งเศส	กำหนดให้สามีและภริยายื่นแบบแสดงรายการร่วมกัน
3. เยอรมัน	กำหนดให้สามีและภริยายื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีร่วมกัน
4. มาเลเซีย	กำหนดให้สามีและภริยายื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีเดียวกัน แต่จะเลือกแยกกันคำนวณ รายได้เพื่อเสียภาษีหรือรวมกันคำนวณก็ได้
5. สวิตเซอร์แลนด์	กำหนดให้สามีและภริยายื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีร่วมกัน

⁵ กรมสรรพากร, “หนังสือที่ กค 0706/7713,” 17 สิงหาคม 2547.

⁶ ที่มา : Pricewaterhousecoopers อ้างถึงใน กรมสรรพากร, “หนังสือ ค่วน ที่ กค 0811/2840,” 3 เมษายน 2545.

ประเทศ	สาระสำคัญของกฎหมาย
6. ไต้หวัน	กำหนดให้สามักริยาและกริยาอื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีร่วมกัน แต่กริยาสามารถขอแยกยื่นเสียภาษีได้เฉพาะเงินได้พึงประเมินประเภทเงินเดือน

ข. กรณีสามักริยาและกริยาแยกยื่นแบบ

ประเทศ	สาระสำคัญของกฎหมาย
1. ออสเตรเลีย	ห้ามยื่นแบบแสดงรายการร่วมกัน
2. แคนาดา	กำหนดให้สามักริยาและกริยาแยกยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีต่างหากจากกัน
3. อินโดนีเซีย	ห้ามยื่นแบบแสดงรายการร่วมกัน
4. ญี่ปุ่น	ห้ามยื่นแบบแสดงรายการร่วมกัน
5. อังกฤษ	กำหนดให้สามักริยาและกริยาแยกยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษี

ค. กรณีสามักริยาสามารถเลือกยื่นร่วมหรือยื่นแยกกับสามักริยา

ประเทศ	สาระสำคัญของกฎหมาย
1. สิงคโปร์	กริยาสามารถเลือกที่จะแยกยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีจากสามักริยาได้
2. ชองกง	กรณีสามักริยาและกริยาต่างฝ่ายต่างมีเงินได้ และกริยามีเงินได้ประเภทเงินเดือนต้องแยกยื่นแบบแสดงรายการต่างหากจากสามักริยา แต่สามารถเลือกยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีรวมกันได้ ถ้าการคำนวณจะทำให้ภาระภาษีลดลง

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศดังกล่าว เห็นได้ว่า การที่แต่ละประเทศจะเลือกใช้วิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามี ภริยาโดยให้รวมเงินได้พึงประเมินเป็นหน่วยภาษีเดียวกันหรือให้แยกกันนั้น มีความแตกต่างกันไป แล้วแต่ประเทศนั้น ๆ จะเห็นว่าวิธีการใดจะเหมาะสม กับสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศตนเองมากที่สุด ซึ่งก็คือการใช้หลัก “เทคนิคการจัดเก็บภาษี” นั้นเอง

เมื่อพิจารณาตามหลักความเสมอภาคภายใต้เงื่อนไขที่ว่า สามีภริยา สองคนรวมกันย่อมมีศักยภาพ และความสามารถในทางเศรษฐกิจที่จะแสวงหาเงินได้ประเภทที่ 2 - 8 สูงกว่าบุคคลผู้เป็นโสด การที่กฎหมายเลือกปฏิบัติให้แตกต่างจากคนโสดเพราะความสามารถที่แตกต่างกันนั้น จึงนับว่า ชอบด้วยหลักการและเหตุผลแล้ว เมื่อการบังคับใช้มาตรา 57 ตรี อยู่ภายใต้ ข้อยกเว้นตามมาตรา 57 เบญจ ประกอบกับการเสียภาษีเงินได้ประเภทที่ 2 - 8 ยังมีทางเลือกการเสียภาษีอีกหลายทางจะถูกกำหนดกฎเกณฑ์โดยแท้จริง ก็แต่การประกอบธุรกิจเท่านั้น เช่น กรณีภาษีดอกเบียร์ หรือเงินปันผลสามารถ ที่จะเลือกเสียภาษีโดยหักดอกเบียร์ไว้ในอัตราร้อยละ 15 หรือหากประเมิน แล้วเห็นว่าถ้ารวมยื่นเสียภาษี จะเสียในอัตราที่ต่ำกว่าอัตราร้อยละ 15 ก็สามารเลือกเสียภาษีแบบรวมยื่นตามมาตรา 57 ตรี ก็ได้ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป แม้กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้จัดเก็บภาษีเงินได้ บุคคลธรรมดาจากสามีภริยาเป็นหน่วยภาษีเดียวกัน แต่ก็ภายใต้ข้อยกเว้นที่ ให้สิทธิภริยาแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามีในส่วนเงินได้ที่มา จากน้ำพักน้ำแรงส่วนตัวของภริยา ข้อยกเว้นนี้ กฎหมายปรารถนาที่จะสร้าง ความเป็นธรรมและความเสมอภาคระหว่างครอบครัวที่สามีและภริยาช่วยกัน ทำมาหาเลี้ยงชีพกับครอบครัวที่มีสามีหรือภริยาเพียงผู้เดียวทำงานหาเลี้ยง ครอบครัว กล่าวคือ หากมิได้ให้สิทธิในการแยกยื่นรายการและเสียภาษี ดังกล่าว ประหนึ่งย่อมเป็นการทำโทษคู่สามีภริยาที่ช่วยกันทำมาหาได้จนเจอ ครอบครัว⁷ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า การบังคับใช้ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี

⁷ ไกรยุทธ ธีรยาศินันท์, ทฤษฎีภาษีเงินได้ และภาษีเงินได้ของไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ดวงกมล, 2521), หน้า 58.

ภายใต้ข้อยกเว้น ตามมาตรา 57 เบญจ เป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไว้ว่า บทบัญญัติมาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด ซึ่งจะได้อ้างถึงคำวินิจฉัยดังกล่าว พร้อมทั้งบทวิเคราะห์ต่อไป

4. การปกป้องคุ้มครองหลักความเสมอภาคโดยศาลรัฐธรรมนูญ

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น รัฐมุ่งที่จะให้การรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลักนิติรัฐ โดยยึดถือรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้ มิอาจจะเห็นเป็นรูปธรรมได้ หากปราศจากซึ่งองค์กรควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายที่บังคับใช้นั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งภารกิจอันสำคัญนี้เป็นหน้าที่หลักของศาลรัฐธรรมนูญ

“ศาลรัฐธรรมนูญไทย” ได้จัดตั้งขึ้นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นองค์กรตุลาการมีหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวเพื่อความเข้าใจได้ว่ามีหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญ โดยในอดีตนับแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นต้นมา การตีความรัฐธรรมนูญเป็นหน้าที่ของ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองมักจะมีปัญหาในเรื่องต่างๆ มากมาย เช่น การขาดความต่อเนื่องขององค์กร วาระการดำรงตำแหน่ง คุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่ง และความเป็นอิสระของตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นต้น เมื่อมีการปฏิรูปการเมืองในปี 2540 รวมถึงการปฏิรูปการปกครองในปี 2550 รัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น

4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่หลักในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ มิให้องค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของปวงชนก็ตาม

ใช้อำนาจล่วงละเมิดต่อรัฐธรรมนูญได้ เพื่อให้เป็นไปตาม “หลักควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

ที่ผ่านมาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นบรรทัดฐานสำคัญที่มีผลต่อการปฏิรูประบบการเมือง การพัฒนาหลักรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งมีหลายคำวินิจฉัยที่ส่งผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ เช่น คำวินิจฉัยที่ 21/2546 กรณีพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวที่กำหนดให้หญิงที่แต่งงานแล้วต้องใช้ชื่อสกุลของสามีนั้น ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน ไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือคำวินิจฉัยที่ 24/2546 กรณีพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2489 มาตรา 19 วรรคสาม ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ศาลจังหวัดทหาร เมื่อพิจารณาคดีอาญาแล้ว หากจะพิจารณาลงโทษเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้จะต้องทำความเห็นส่งสำนวนไปให้ศาลมณฑลทหารกรุงเทพทำคำพิพากษา แม้ว่าศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพดังกล่าวจะมีได้ออกนั่งพิจารณาคดีมาแต่เริ่มแรกก็ตาม นั้น ขัดต่อหลักการของรัฐธรรมนูญ มาตรา 236 ที่ห้ามมิให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งมิได้นั่งพิจารณาคดีทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นต้น จึงกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักประกันอันเป็นรูปธรรมแห่งการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกละเมิดโดยการตรากฎหมายหรือการบังคับใช้กฎหมายโดยองค์กรของรัฐ

4.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความเสมอภาค กรณีการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีภริยา

การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีภริยา โดยให้อีกเอา

เงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี ตามมาตรา 57 ตรี ชัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาค หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นนี้คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2545 ลงวันที่ 12 กันยายน 2545 เรื่อง ศาลภาษีอากรกลางส่งคำโต้แย้งของโจทก์ในคดีหมายเลขคำที่ 229/2542 เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 80 หรือไม่⁸ สรุปได้ว่า

ผู้ร้องเป็นโจทก์ยื่นฟ้องกรมสรรพากรต่อศาลภาษีอากรกลาง โดยอ้างเหตุผลตามคำฟ้องว่า เจ้าพนักงานประเมินของกรมสรรพากรมีหนังสือแจ้งภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ประเมินภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาให้ผู้ร้องเสียภาษีเงินได้ประจำปี 2540 และปี 2539 เพิ่ม อ้างเหตุว่า ผู้ร้องต้องนำเงินได้ของภริยา ซึ่งเป็นรายได้อื่นที่มีรายได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (1) มารวมคำนวณเป็นเงินได้ของผู้ร้อง ผู้ร้องได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านการประเมินภาษีดังกล่าวต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของกรมสรรพากร คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้วินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์ของผู้ร้อง โดยให้เหตุผลว่า ผู้ร้องเป็นสามีมีหน้าที่ยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา โดยนำเงินได้พึงประเมินของภริยาซึ่งมิใช่เงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) ที่ประสงค์แยกยื่นแบบแสดงรายการมารวมเป็นเงินได้ของผู้ร้องด้วย โดยให้ผู้ร้องเสียภาษีและเงินเพิ่ม การที่เจ้าพนักงานประเมินและคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของกรมสรรพากรให้นำเงินได้ของภริยาผู้ร้องมารวมกับเงินได้ของผู้ร้องรวมเป็นเงินได้ที่เอาไปคำนวณภาษีตามประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี กับที่ มาตรา 57 เบญจ ได้กำหนดให้ภริยาเท่านั้นที่มีสิทธิแยกยื่นรายการและเสียภาษีเฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) โดยมีให้ถือเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา 57 ตรี การไม่กำหนดให้สามีมีสิทธิแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหาก เฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมิน ตามมาตรา 40 (1) ด้วย จึงเป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่ง

⁸ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 67 ก วันที่ 16 กรกฎาคม 2546

ความแตกต่างในเรื่องเพศ ผู้ร้องเห็นว่าบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ เป็นกฎหมายที่ทำให้บุคคลไม่เสมอกัน ในกฎหมาย และไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ทั้งทำให้ ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 และการที่รัฐจัดเก็บภาษีจากสามีและภริยารวมเป็นหนึ่งหน่วยตามประมวล รัษฎากร มาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ ทำให้ผู้สมรสต้องรับภาระ เสียภาษีเพิ่มขึ้น ย่อมขัดขวางและเป็นอุปสรรคต่อการเสริมสร้าง และพัฒนา ความเป็นปึกแผ่นของครอบครัว และความเข้มแข็งของชุมชน ไม่เป็นไปตาม แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ กล่าวคือ เมื่อผู้ร้องและภริยาต้องเสียภาษีเพิ่ม มากขึ้นผู้ร้องและภริยาก็ต้องทำให้ความเป็นสามีและภริยาลิ้นสุดลงเพื่อเสียภาษี อย่างบุคคลธรรมดาทั่วไป ย่อมก่อให้เกิดปัญหาข้อกฎหมาย ปัญหาสังคม ปัญหาครอบครัว และบุตร จึงขัดขวางต่อการเสริมสร้างและพัฒนาความเป็น ปึกแผ่นของครอบครัว บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตี และ มาตรา 57 เบญจ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 80 และผู้ร้องเห็นว่า กฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าว เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของ บุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้บทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวได้เปลี่ยนสิ่งที่เป็ นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ โดยเป็นการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสถานะ ของบุคคล และเกี่ยวกับเพศ ทั้งเป็นปฏิบัติขัดขวางต่อการเป็นปึกแผ่นของ ครอบครัว จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ศาลภาษีอากรกลางพิเคราะห์ คำร้องของผู้ร้องแล้วเห็นว่า เป็นกรณีที่โต้แย้งว่าประมวลรัษฎากรมาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงขอให้กระทรวงยุติธรรม ส่งข้อโต้แย้งของผู้ร้องมาเพื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว มีประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่

ประเด็นที่สอง ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 หรือไม่

ประเด็นที่สาม ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 80 หรือไม่

ประเด็นที่หนึ่ง และประเด็นที่สอง พิจารณารัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 และมาตรา 30 แล้ว รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง แต่ไม่ได้หมายความว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองจะมีการจำกัดหรือเลือกปฏิบัติไม่ได้เลย เพราะมาตรา 29 และมาตรา 30 ได้มีการบัญญัติถึงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพและการเลือกปฏิบัติไว้ โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 29 คือ จะต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ทั้งต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ส่วนการเลือกปฏิบัติจะต้องเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น จึงจะกระทำไม่ได้ตามมาตรา 30

พิจารณาประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี แล้ว แม้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ แต่การตรากฎหมายจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลก็สามารถทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 48 วรรคหนึ่ง ประมวลรัษฎากร เป็นกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นเพื่อเป็นการหารายได้สำหรับใช้ในการบริหารประเทศ โดยการจัดเก็บภาษีหลายประเภทรวมทั้งภาษีเงินได้ของบุคคลธรรมดา ตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 69 บัญญัติรับรองไว้ให้บุคคลมีหน้าที่เสียภาษีอากรตามที่กฎหมายบัญญัติ ประกอบกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 48 บัญญัติให้จำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี จึงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเป็นการกำหนดวิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภริยา โดยให้ถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามีโดยกำหนดให้สามีและภริยาเป็น

หน่วยภาษีเดียวกัน และกำหนดให้ผู้เป็นสามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นแบบแสดงรายการและเสียภาษีให้แก่รัฐสำหรับหน่วยภาษี ดังกล่าว แต่หากมีภาษีค้างชำระและภริยาได้รับแจ้งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วันแล้ว ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี วรรคหนึ่ง ก็บัญญัติให้ภริยาร่วมรับผิดชอบในการเสียภาษีที่ค้างชำระสำหรับหน่วยภาษีนี้อีกด้วย ส่วนจะรับภาระภาษีเป็นจำนวนเท่าใด ย่อมเป็นไปตามความสามารถในการเสียภาษีของสามีและภริยาตามบัญชีอัตราภาษีเงินได้ที่ประมวลรัษฎากรบัญญัติไว้ ส่วนที่ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี กำหนดให้สามีและภริยาเสียภาษีต่างจากคนโสด เนื่องจากคนโสดกับสามีและภริยามีเงื่อนไขและสาระสำคัญในการดำรงชีวิตรวมทั้งมีพฤติกรรมทางเศรษฐกิจที่ต่างกัน ประกอบกับเงินได้ของสามีหรือภริยาที่ได้มาระหว่างการสมรสโดยทั่วไปจะถือเป็นสินสมรส และบุคคลในครอบครัวเป็นผู้รับประโยชน์จากเงินได้นั้นร่วมกัน อีกทั้งในการคำนวณภาษีของสามีและภริยาประมวลรัษฎากรกำหนดให้หักค่าลดหย่อนและค่าใช้จ่ายจากเงินได้พึงประเมินก่อนเหลือเท่าใดจึงเป็นเงินได้สุทธิที่ต้องเสียภาษีในอัตราที่กำหนดในบัญชีอัตราภาษีเงินได้ สำหรับอัตราภาษีเงินได้ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคม นโยบายการคลังและนโยบายภาษีอากรของประเทศ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบของคณะรัฐมนตรีภายใต้การควบคุมกำกับโดยรัฐสภา ซึ่งปรากฏว่าได้มีการแก้ไขประมวลรัษฎากรเพิ่มค่าใช้จ่ายและค่าลดหย่อนให้แก่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม และโดยที่ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี บัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ มีผลใช้บังคับกับสามีและภริยาทั้งหมดที่มีเงินได้พึงประเมินเป็นการทั่วไปอย่างเท่าเทียมกัน จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม แม้ว่าประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี กำหนดให้ถือเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามีและให้สามีมีหน้าที่ยื่นรายการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาแทนภริยาจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและ

เสรีภาพของบุคคลผู้เป็นสามีอยู่บ้างก็ตามแต่ก็เป็นไปเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ และมีได้กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพทั้งส่วนบุคคล ครอบครัว และทรัพย์สิน ตามที่ บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ดังนั้น ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ มาตรา 30

พิจารณาประมวลรัษฎากร มาตรา 57 เบญจ แล้ว เป็นบทยกเว้นของมาตรา 57 ตรี และมีได้เป็นบทบังคับแต่อย่างใด เพียงแต่ให้สิทธิภริยาที่แยกยื่นเสียภาษีต่างหากจากสามีเฉพาะเงินได้ที่ได้มาจากน้ำพักน้ำแรงของหญิงผู้เป็นภริยาเท่านั้น ซึ่งสิทธิดังกล่าวย่อมเป็นประโยชน์ทั้งสามีและภริยา มิได้เป็นประโยชน์แก่ภริยาแต่ฝ่ายเดียว ประกอบกับเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสามีและภริยาทั้งหมดที่มีเงินได้พึงประเมินเป็นการทั่วไป จึงไม่ใช่กฎหมายที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศหรือสถานะของบุคคล ทั้งยังเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 69 กำหนดไว้เท่าที่จำเป็น โดยมีได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของสามีหรือภริยาแต่อย่างใด ดังเหตุผลที่ได้วินิจฉัยไว้แล้ว ดังนั้น ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 เบญจ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ มาตรา 30 ...

4.3 บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ด้วยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2545 วินิจฉัยประเด็นตามคำร้อง 3 ประเด็น หากแต่บทวิเคราะห์นี้จะกล่าวถึงเฉพาะประเด็นที่ 1 ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีภริยาโดยให้ถือเอาเงินได้พึงประเมินของสามีภริยาเป็นหน่วยภาษีเดียวกัน ตามมาตรา 57 ตรีซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด โดยคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ให้เหตุผลสำคัญ 3 ประการ คือ

1) คนโสดกับสามีและภริยามีเงื่อนไขและสาระสำคัญในการดำรงชีวิตรวมทั้งมีพฤติกรรมทางเศรษฐกิจที่ต่างกัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญคงพิจารณา

ถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับศักยภาพและความสามารถทางเศรษฐกิจของสามี่และ
ภริยาว่า สามี่ภริยาเมื่อรวมกันย่อมมีความสามารถในทางเศรษฐกิจ ที่แตกต่าง
จากคนโสด ไม่ว่าจะเป็นต้นทุนค่าใช้จ่ายในการดำรงชีพและการประกอบอาชีพ
รวมถึงรายได้จากการประกอบอาชีพย่อมแตกต่างกัน

2) เงินได้ของสามี่หรือภริยาที่ได้มาระหว่างการสมรสโดยทั่วไปจะถือเป็น
สินสมรส และบุคคลในครอบครัวเป็นผู้รับประโยชน์จากเงินได้นั้นร่วมกัน
ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญคงพิจารณาถึงว่า กองทรัพย์สินของสามี่ภริยานั้นรวมเป็น
อันหนึ่งอันเดียวกันย่อมมีศักยภาพทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าคนโสด ผลประโยชน์
ตอบแทนทางเศรษฐกิจจากกองทรัพย์สินของสามี่ภริยา ย่อมสูงกว่าคนโสด
แต่อย่างไรก็ดี เจตนารมณ์ในการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจาก
สามี่ภริยาโดยให้รวมเงินได้เป็นหน่วยภาษีเดียวกันนั้น กฎหมายมิได้พิจารณาถึง
ความเป็นสินสมรสของสามี่ภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
แต่อย่างใด หากแต่คำนึงถึงการอยู่ร่วมกันทำมาหากินร่วมกัน มีรายได้รายจ่าย
รับผิดชอบต่อทรัพย์สินและธุรกิจร่วมกันของคู่สามี่ภริยาเป็นสำคัญ

3) ในการคำนวณภาษีของสามี่และภริยาประมวลรัษฎากรกำหนดให้
หักค่าลดหย่อนและค่าใช้จ่ายจากเงินได้พึงประเมินก่อนเหลือเท่าใดจึงเป็นเงินได้
สุทธิที่ต้องเสียภาษีในอัตราที่กำหนดในบัญชีอัตราภาษีเงินได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ
คงพิจารณาถึงว่า ในการคำนวณภาษีนั้นสามี่ภริยาจะได้รับการหักค่าใช้จ่าย
และค่าลดหย่อนก่อน ซึ่งก็มีได้แตกต่างจากคนโสดแต่อย่างใด

5. บทสรุป

ในการจัดระบบโครงสร้างภาษีอากรนั้น วิธีการจัดเก็บภาษีอากรของ
แต่ละประเทศมีความแตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสมในทางเศรษฐกิจ
ของแต่ละประเทศ ประเทศกำลังพัฒนา หรือประเทศพัฒนาแล้ว ย่อมมีทางเลือก
ในการจัดเก็บภาษีมากกว่าประเทศด้อยพัฒนา คือ เลือกที่จะเก็บภาษีหลัก
จากภาษีเงินได้ หรือภาษีบริโภค หรือภาษีทรัพย์สินก็ได้ เช่น กรณีที่ประชาชน
มิได้มีความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจก็สามารถที่จะเลือกจัดเก็บภาษีจากฐาน

การใช้จ่ายหรือการบริโภคเป็นหลัก อาทิ การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม ซึ่งเป็นการจัดเก็บภาษีแบบทางอ้อม ไม่ว่าคนจะมีรายได้มากหรือน้อยต่างกันอย่างไรก็ต้องเสียภาษีในอัตราเดียวกันเมื่อซื้อสินค้าเดียวกัน มิได้คำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของตัวผู้เสียภาษีแต่อย่างใด ส่วนกรณีการจัดเก็บภาษีจากฐานรายได้หรือภาษีเงินได้นั้น เป็นภาษีที่จัดเก็บแบบทางตรง ซึ่งจะคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของตัวผู้เสียภาษีว่ามีความสามารถในการเสียภาษีมาน้อยเพียงใด

การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามประมวลรัษฎากรของไทย เป็นการจัดเก็บภาษีจาก “ฐานเงินได้” และเป็นการจัดเก็บแบบ “ภาษีทางตรง” ซึ่งจะคำนึงถึงตัวผู้เสียภาษีตามหลักความสามารถ กล่าวโดยรวมคือ ผู้ที่มีรายได้มากกว่าก็มีหน้าที่ที่จะรับภาระภาษีมากกว่าซึ่งเป็นการพิจารณาความสามารถของบุคคลทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ และกรณีการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีภริยาที่ให้รวมเงินได้ของสามีภริยาเป็นหน่วยภาษีเดียวกันตามมาตรา 57 ตรี นั้น ก็มีข้อบกพร่องที่ชัดเจนไม่ บทบัญญัติมาตรา 57 เบญจยังบัญญัติยกเว้นให้ภริยาที่มีเงินได้จากน้ำพักน้ำแรงส่วนตัวของภริยาตามมาตรา 40 (1) แยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามีได้

การยื่นแบบแสดงรายการและเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของประชาชนไทยนั้น โดยประมาณร้อยละ 70 ไม่ต้องยื่น เพราะประกอบอาชีพชานา ส่วนที่ต้องยื่นเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดานั้นประมาณร้อยละ 90 เป็นการยื่นเสียภาษีเงินได้ตามมาตรา 40 (1) ที่ภริยาได้สิทธิตามมาตรา 57 เบญจอยู่แล้ว แม้ส่วนที่เหลือจะเป็นกรณีที่ทำให้สามีภริยาต้องรับภาระภาษีมากกว่าคนโสดภายใต้ฐานรายได้ที่เท่ากัน แต่ก็เป็นส่วนน้อยเฉพาะบางคู่สามีภริยาที่มีฐานรายได้สูงเท่านั้น ประกอบกับในการลงทุนหรือทำธุรกิจนั้นก็มิทางเลือกที่จะเสียภาษีได้หลายทางที่สามารถวางแผนภาษีในการประกอบธุรกิจหรือลงทุนได้ คู่สามีภริยาดังกล่าวจึงมิใช่จะแบกรับภาระภาษีเหนือกว่าบุคคลอื่น ๆ ถึงขนาดเกินความเหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจประเทศไทยแต่อย่างใด โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบจำนวนคู่สามีภริยาที่อยู่ในเกณฑ์

ดังกล่าวกับการสร้างระบบการจัดเก็บภาษีของรัฐที่จะต้องใช้นับค้ำทั่วทั้งประเทศให้เป็นไปแบบอย่างเดียวกัน วิธีการจัดเก็บภาษีที่สะดวกรวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อยนับว่า เป็นส่วนหนึ่งในการยึดถือประโยชน์ของสังคมส่วนรวม แม้จะส่งผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างไปจากบุคคลอื่นที่ต่างสถานะกันบ้าง เมื่อเป็นไปโดยสมเหตุสมผลแล้ว ก็ย่อมถือได้ว่าเป็นธรรมและไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้

แท้จริงแล้วประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี ภายใต้มาตรา 57 เบญจ เป็นบทบัญญัติที่มุ่งปรารถนาสร้างความเสมอภาคและความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษีเป็นสำคัญ คือ สร้างความเป็นธรรมระหว่างครอบครัวที่คู่สามีภริยาช่วยกันทำมาหาได้ กับครอบครัวที่สามีหรือภริยาเพียงผู้เดียวทำงานหารายได้ จุนเจือครอบครัว เพื่อมิให้ครอบครัวที่สามีและภริยาต่างช่วยกันทำมาหาเลี้ยงชีพต้องแบกรับภาระภาษีเงินเกินไป ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การจัดเก็บภาษีเงินได้จากสามีภริยาเป็นหน่วยภาษีเดียวกันตามมาตรา 57 ตรี นั้นชอบด้วยหลักการและเหตุผลทางทฤษฎีภาษีอากร มีความเหมาะสมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจประเทศไทย และเห็นชอบด้วยแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2545 แต่อย่างไรก็ดี หากจะมีการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงหรือปรับเปลี่ยนวิธีการคำนวณภาษีเงินได้จากสามีภริยาที่เป็นหน่วยภาษีเดียวกันนี้ให้ใช้บัญชีอัตราภาษีเฉพาะต่างหากหรือใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสม เพื่อเป็นทางเลือกในการลดภาระภาษีแก่สามีภริยา ก็ไม่น่าจะส่งผลกระทบต่อระบบการคลังของรัฐ เนื่องจากภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาเป็นเพียงรายได้ส่วนน้อยของรัฐ หากแต่จะเป็นการส่งเสริมสนับสนุนความมั่นคงในครอบครัวด้วยทางหนึ่ง

“สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว (Alien) ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550: ศึกษากรณีการแบ่งแยกสิทธิมนุษยชน (Human Rights) กับสิทธิพลเมือง (Civil Rights)”

● ภาสพงษ์ เรณูมาศ*

ในปัจจุบันจำนวนประชากรของประเทศไทย มีการเพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งจากรายงานของสำนักทะเบียนกลาง กรมการปกครอง เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม 2550 ประชากรของประเทศไทยทั้งประเทศ มีอยู่ทั้งสิ้น 63,038,247 คน¹ ซึ่งประชากรเหล่านี้เมื่อเกิดมาและอาศัยอยู่ในประเทศไทย ต่างได้รับการคุ้มครองเสมอกันตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 5² ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy System) แต่ในจำนวนประชากรทั้งหมดของประเทศที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญไทย กลับมีบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งที่เรียกว่า “คนต่างด้าว” (Alien or Foreigner) ซึ่งถึงแม้จะอาศัยอยู่ในแผ่นดินไทย แต่กลับไม่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด แม้จะมีนักวิชาการบางส่วน

* เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 5 กลุ่มงานคดี 1

¹ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย [Online]. Available URL <http://www.dopa.go.th/stat/y_stat50.html> August 19, 2008

² มาตรา 5 บัญญัติว่า “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เสมอกัน”

เห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยได้บัญญัติสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ของพลเมืองไว้โดยชัดเจนแล้ว และให้การยอมรับและรับรองว่าย่อมคุ้มครองถึงคนต่างด้าวด้วย แม้จะมีการใช้ชื่อหมวดว่า “ชนชาวไทย” ก็ตาม

แต่ในประเด็นดังกล่าวนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย³ ได้เคยอธิบายไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 (ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) ว่าไม่เห็นด้วยที่หมวด 3 และมาตรา 3 ใช้คำว่า “ชนชาวไทย” โดยหมายความรวมถึง “คนต่างด้าว” ด้วย เพราะตามหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปต้องถือว่ารัฐธรรมนูญย่อมกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนสัญชาติของรัชนนั้นเอง ไม่ได้กำหนดความสัมพันธ์กับคนต่างด้าวอื่น ถ้ารัฐธรรมนูญจะให้สิทธิและเสรีภาพแก่คนต่างด้าวก็ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเจาะจง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เห็นได้ชัดเจนว่า เมื่อพิจารณาจากชื่อหมวด ในหมวดที่ 3 ที่ใช้ชื่อว่าสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยย่อมเป็นการบ่งบอกได้ชัดเจนว่า เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเฉพาะต่อชนชาวไทยเท่านั้น มิได้มีการแยกระหว่างประชาชนผู้มีสัญชาติไทยหรือคนต่างด้าวออกจากกันแต่อย่างใด แม้นักวิชาการบางส่วนจะเห็นแย้งว่า รัฐธรรมนูญไทยได้ให้ความคุ้มครองคนต่างด้าวในเรื่องสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกัน แต่หากพิจารณาถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมไม่อาจแบ่งได้ชัดเจนว่า สิทธิและเสรีภาพประเภทไหนในหมวดที่ 3 ที่คนต่างด้าวได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประเภทไหนที่รัฐให้การคุ้มครองเฉพาะพลเมือง (Citizen) หรือคนในสัญชาติของตน ซึ่งในต่างประเทศบางประเทศได้มีการระบุสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยแยกไว้อย่างชัดเจนโดยใช้หลักเกณฑ์ในด้านสิทธิมนุษยชน (Human Rights) และหลักเกณฑ์ในด้านสิทธิพลเมือง (Civil Rights)

³ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ, หน้า 103.

ของตนเป็นหลักในการแบ่งแยกหรือในบางประเทศ แม้จะมีได้แบ่งหมวดหมู่ไว้โดยชัดแจ้ง แต่ในเนื้อหาของบางมาตราในรัฐธรรมนูญก็มีการเขียนถึงสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้โดยชัดแจ้ง เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นในการกล่าวอ้างเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว และอีกทางหนึ่งก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวตามครรลองของสากลโลก

ด้วยเหตุดังกล่าว ทำให้ผู้เขียนมีความสนใจที่จะศึกษาสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ว่าแท้จริงแล้วสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และของต่างประเทศมีความแตกต่างกันอย่างไร สิทธิหรือเสรีภาพประเภทไหนที่จำกัดเฉพาะบุคคลในชาติของตนเท่านั้น หรือสิทธิและเสรีภาพประเภทไหนที่รับรองให้กับบุคคลทั่วไป แม้มิได้มีสัญชาติของประเทศที่ตนอาศัยอยู่เพื่อนำมาเป็นหลักประการหนึ่งในการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไทยให้มีความชัดเจนเหมือนในอารยประเทศต่อไป

1. สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญไทยและกฎหมายต่างประเทศ

1.1 รัฐธรรมนูญไทย

แนวคิดในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไทยนั้น จากประวัติศาสตร์ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 แนวคิดทางด้านสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดตะวันตกยังไม่เป็นที่รู้จักแพร่หลายในประเทศไทย ดังนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพในยุคนั้นจึงยังไม่ได้เป็นไปในลักษณะของการให้การรับรอง และความคุ้มครองตามกฎหมายเจกเช่นที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน การดำเนินความสัมพันธ์ของบุคคลในสังคมหรือการปฏิบัติตนระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครองจะใช้หลักศาสนาและจารีตประเพณี (Customary Principle) เป็นปัจจัยกำหนด⁴

⁴ นพนิติ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2537). หน้า 16-35.

ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย และมีรัฐธรรมนูญเป็นแม่บทในการปกครองประเทศ ประเด็นเรื่องสิทธิและเสรีภาพก็ยังคงไม่ใช่ประเด็นหลักที่ผู้ปกครอง หรือผู้มีอำนาจทางการเมือง ตลอดจนประชาชนให้ความสนใจ ทั้งนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากการระบอบการปกครองของประเทศไทยเอง โดยตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมีลักษณะแตกต่างกันออกไปตามแต่บริบททางการเมือง ในขณะนั้น อย่างไรก็ตาม ในส่วนของบทบัญญัติในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพ ในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา 17 ฉบับ ยกเว้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้บังคับนั้น จะพบได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีจำนวนน้อยและไม่ครบถ้วน และแม้จะมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติหรือมีการให้สิทธิและเสรีภาพประเภทใหม่ๆ เพิ่มขึ้นมาเรื่อยๆ ตามสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปก็ตาม แต่ก็พบว่า การบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพในขณะนั้น เป็นเพียงการบัญญัติไว้ลอยๆ เท่านั้น ไม่มีการบัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้นั้นสามารถนำไปใช้ได้จริง ในทางปฏิบัติแต่อย่างใด นอกจากนี้ ในรัฐธรรมนูญชั่วคราวหลายๆ ฉบับ มีบทบัญญัติที่เป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก ซึ่งจะเห็นได้ว่าการพัฒนาการของบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ มีลักษณะที่ไม่คงที่ ไม่มีการพัฒนาไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยอย่างสมบูรณ์

1.1.1 พิจารณาตามรัฐธรรมนูญในอดีต

ในอดีตประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญไม่นับรวมฉบับปัจจุบัน พุทธศักราช 2550 ทั้งหมด 17 ฉบับ โดยรัฐธรรมนูญที่ถือได้ว่าได้มีการบัญญัติแนวความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นครั้งแรก คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 อันเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่ 2 ของประเทศไทย โดยมีการรับรองความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย (มาตรา 12) เสรีภาพในการนับถือศาสนา (มาตรา 13) เสรีภาพในร่างกาย เลหสถาน ทรัพย์สิน การพูด

การเขียนการโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม และการอาชีพ (มาตรา 14)⁵ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีบทบัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรไว้ แต่ก็ไม่ได้มีการแบ่งแยกหรือรับรองอย่างชัดเจนในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ซึ่งจากจุดเริ่มต้นเช่นนี้เองทำให้รัฐธรรมนูญต่อๆ มา ก็ได้มีการบัญญัติรับรองในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใด แต่หากจะมีการเปลี่ยนแปลงในเรื่องสิทธิและเสรีภาพส่วนใหญ่จะเป็นการให้การรับรองในเรื่องอื่นๆ อาทิ เช่น

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)

พุทธศักราช 2490 หรือที่เรียกกันว่า “รัฐธรรมนูญฉบับใต้ร่ม” รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของชนชาวไทย (มาตรา 21-25) ตลอดจนให้การรับรองความเป็นอิสระของศาลในการพิจารณาคดี เช่น กำหนดให้อำนาจของศาลในการพิจารณาคดีเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะซึ่งต้องดำเนินการตามกฎหมายในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ (มาตรา 88) เป็นต้น

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนฉบับแรกของประเทศไทยและได้มีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้มากที่สุด เมื่อเทียบกับรัฐธรรมนูญไทยฉบับอื่นเท่าที่เคยมีมา นอกจากรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญและสิทธิในการมีส่วนร่วมในทางการเมืองที่เคยรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้เพิ่มการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนรวมเป็น 50 มาตรา เช่น การยอมรับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ในด้านต่างๆ สิทธิในฐานะที่เป็นพลเมือง การรับรองความเสมอภาคของบุคคลเพิ่มขึ้นโดยเฉพาะสตรีและผู้ด้อยโอกาสในสังคม เป็นต้น และยังได้ขยายความรับผิดชอบของรัฐในทางการเมืองการปกครองเพิ่มมากขึ้นอีกด้วย

⁵ ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ, รายงานวิจัย เรื่อง สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 37.

แต่ทั้งนี้ทั้งนั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมา ก็ยังคงไม่ปรากฏในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้โดยเด่นชัด แต่ประการใด

1.1.2 พิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่พัฒนามาจากรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 โดยอาจถือได้ว่าการบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้มากที่สุด เมื่อเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับอื่นที่เคยมีมา นอกจากการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญและสิทธิในการมีส่วนร่วมในทางการเมืองที่เคยรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับก่อนๆ แล้วรัฐธรรมนูญนี้ได้เพิ่มการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในหลายมาตรา อาทิเช่น การให้สิทธิประชาชนในการได้รับหลักประกัน และสวัสดิภาพในการทำงาน (มาตรา 43-44) การให้สิทธิประชาชนในการได้รับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปี (มาตรา 49) เป็นต้น⁶ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2550) ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่สองของประเทศไทย ที่ได้นำหลักการเรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human Dignity) มารับรองคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่ง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นี้เองที่ยอมรับกันว่าเป็นมูลฐานหนึ่งของสิทธิมนุษยชน (Human Rights)⁷

1.1.3 สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อาจกล่าวได้ว่า มีรากฐานมาจากรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540

⁶ เทียบเคียง อุดม รัฐอมฤต และคณะ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, หน้า 11-12.

⁷ สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิของทุกๆ คน ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทุกๆ คน โดยมีได้แบ่งแยก ว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นๆ ด้วย

ดังนั้น ในส่วนของเนื้อหา หรือการจัดหมวดหมู่ จึงมิได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมากนักโดยเฉพาะในส่วนว่าด้วยหมวดที่ 3 ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ดังนี้ ผู้เขียนจึงขอนำเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 มาอธิบายถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

จากการศึกษาพบว่า ในชั้นคณะกรรมการสิทธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 มีข้อถกเถียงมากมายในประเด็นว่า ควรจะตั้งชื่อหมวดที่ 3 ว่าเช่นไร โดยทางคณะกรรมการสิทธิการยกร่างฯ เห็นว่าควรใช้ชื่อหมวดว่า “สิทธิและเสรีภาพของบุคคล” โดยมีฝ่ายที่สนับสนุนเห็นว่า ควรมีการบัญญัติแบ่งแยก “สิทธิมนุษยชน” กับ “สิทธิพลเมือง” ออกจากกัน โดยได้เสนอให้มีการบัญญัติบทบัญญัติในหมวด 3 ออกเป็น 3 ส่วนย่อย คือ ส่วนที่ 1 บททั่วไป ส่วนที่ 2 สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และส่วนที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของพลเมือง โดยการแยกออกเป็น 3 ส่วนย่อยนั้นก็เพื่อวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ⁸

1. เพื่อพัฒนาแนวความคิดในการจัดลำดับความสำคัญแห่งสิทธิ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการตีความในกรณีที่สิทธิและเสรีภาพขัดกัน
2. เพื่อจำแนกประเภทของสิทธิและเสรีภาพให้มีความชัดเจนขึ้น โดยแยกตามลักษณะแห่งสิทธิที่บางประการมีมาแต่กำเนิด (Basic Rights) หรือสิทธิมูลฐาน (Fundamental Rights) ออกจากสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองซึ่งเกิดจากการรับรองของรัฐ
3. เพื่อประโยชน์ในการแยกความคุ้มครองระหว่างคนต่างด้าวกับบุคคลที่มีสัญชาติไทย โดยหากเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐาน ความคุ้มครองจะครอบคลุมตัวมนุษย์ทุกคน โดยไม่จำกัดสัญชาติ ในขณะที่สิทธิและเสรีภาพพลเมืองจะคุ้มครองเฉพาะบุคคลสัญชาติไทยเท่านั้น

⁸ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม), หน้า 48.

แต่ข้อเสนอดังกล่าวได้ถูกคัดค้าน และไม่ยอมรับในการที่จะรับรองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวให้ชัดเจน อีกทั้งยังถือว่า คำว่า “บุคคล” ในหมวด 3 นี้ให้หมายถึง “บุคคลผู้มีสัญชาติไทย” เท่านั้น ดังที่ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (กรรมการ) ได้อภิปรายโดยมีความตอนหนึ่งว่า “...สิ่งที่กรรมการเขียนไว้ในหมวด 3 นั้น จำกัดเฉพาะบุคคลที่เป็นคนไทย แต่นั่นไม่ได้หมายความว่ารัฐสภาจะออกกฎหมายมาให้สิทธิแก่คนต่างด้าวเท่าคนไทยหรือไม่เท่าคนไทยไม่ได้ รัฐสภาทำได้รับที่จะออกกฎหมายให้สิทธิเท่าหรือทั้งที่จำกัดสิทธิกว่าคนไทย ทำไมสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่เขียนเสียเองว่าตรงไหนเป็นชนชาวไทย ตรงไหนเป็นบุคคล ท่านประธานครับเรามีเวลา 240 วัน ถ้ามานั่งถกเถียงกันว่าสิทธิตรงนี้เป็นสิทธิของทุกคนเสรีภาพตรงนี้เป็นสิทธิของทุกคนไม่ว่าคนไทยหรือหาไม่ ตรงนี้เฉพาะคนไทยที่ได้กระผมเกรงว่าเวลาไม่พอ เพราะฉะนั้นการใช้คำว่า “บุคคล” ทั้งหมดในหมวดนี้ต้องเข้าใจว่าหมายถึงบุคคลที่เป็นคนไทย เมื่อใดรัฐสภาต้องการจะจำกัดสิทธิของคนไทยที่ไม่ใช่คนไทยลงไปให้น้อยกว่านี้ก็ทำได้ เมื่อใดรัฐสภาต้องการออกกฎหมายมาให้สิทธิคนต่างด้าวเท่าคนไทยตามสถานการณ์บ้านเมือง ที่ผันแปรไปก็ทำได้ครับ”⁹ และท้ายที่สุด จึงถูกเปลี่ยนชื่อในหมวดที่ 3 เป็นสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2550) ว่าด้วยหมวดที่ 3 นี้ มุ่งที่จะบัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยเป็นหลัก ส่วนคนต่างด้าวจะมีสิทธิมากน้อยเพียงใด ต้องเป็นไปตามกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้สิทธิไว้ซึ่งในปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวอยู่หลายฉบับ อาทิเช่น พระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 พระราชบัญญัติการทะเบียนคนต่างด้าว พ.ศ. 2493 พระราชบัญญัติ

⁹ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ,สรุปผลการประชุมการยกร่างรัฐธรรมนูญของคณะทำงานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ, ณ โรงแรมอิมพีเรียล ควีนส์ปาร์ค วันที่ 17-20 เมษายน 2540, หน้า 25.

การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 เป็นต้น

ปัจจุบัน จึงอาจกล่าวได้ว่าหากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โดยยึดถือด้วยบทกฎหมายตามรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัดแล้ว การให้สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวยังไม่มีความชัดเจน การใช้สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวในปัจจุบันยังคงยึดโยงกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ในหมวดที่ 3 ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วถือเป็นปัญหาอย่างมากในทางวิชาการในการที่คนต่างด้าวต้องมาพินิจพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพประเภทไหนที่ตนจะกระทำได้ โดยรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้หรือไม่ นอกจากนี้ ปัญหาดังกล่าวอาจปรากฏชัดขึ้น เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้สิทธิแก่ประชาชนในการนำคดีขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212¹⁰ ซึ่งยังคงเป็นประเด็นปัญหาในทางวิชาการ ว่าแท้จริงแล้วคนต่างด้าวมีสสิทธิที่จะใช้บทบัญญัติตามมาตรานี้ได้หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มาตรา 5 บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขที่มีมาตรฐาน...” ประเด็นปัญหาเกิดขึ้นว่า หากคนต่างชาติไปขอใช้สิทธิรับบริการรักษา 30 บาท ในโรงพยาบาลภาครัฐ และโรงพยาบาลภาครัฐปฏิเสธที่จะให้การรักษาโดยอ้างว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวและโครงการ 30 บาทรักษาทุกโรคมุ่งคุ้มครองเฉพาะคนไทยเท่านั้น ประเด็นปัญหาเกิดขึ้นว่าหากคนต่างชาตินำคดีดังกล่าวมายื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 212 จะสามารถทำได้หรือไม่ หากคนต่างชาติอ้างว่าพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มาตรา 5 อาจเป็นบทบัญญัติที่อาจขัดหรือแย้งต่อสิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ ตามมาตรา 51 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับ

¹⁰ มาตรา 212 “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

บริการสาธารณสุข...” ดังนี้ จึงเห็นได้ว่า ในปัจจุบันตามกฎหมายไทยแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว จึงยังคงมีปัญหาและไม่มี ความชัดเจน หากจะพบในปัจจุบันก็เป็นการปรากฏในรูปของกฎหมายอื่น ซึ่งจะเป็นการกำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ในรูปแบบอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการดำรงชีวิตประจำวัน หรือการประกอบอาชีพในประเทศไทย อาทิเช่น พระราชบัญญัติ การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการทะเบียนคนต่างด้าว พ.ศ. 2493 เป็นต้น

2. รัฐธรรมนูญต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะพิจารณารัฐธรรมนูญของต่างประเทศเพียง บางประเทศ เพื่อนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามีการกำหนดหรือ ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้โดยชัดแจ้งหรือเป็นเอกเทศ หรือไม่ หรือมีการแบ่งแยกระหว่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมือง เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญไทยในหัวข้อต่อไป โดยผู้เขียน จะพิจารณาเป็นลำดับ ดังนี้

2.1 ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

รัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน¹¹ ที่ใช้บังคับใน ปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขเมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2004 โดยเป็นการแก้ไขในเรื่อง สิทธิมนุษยชน (Human Rights)¹² ที่รัฐจะต้องให้การรับรองและคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนรวมทั้งในเรื่องทรัพย์สินส่วนบุคคล และการถือครองที่ดิน (Property Rights)

¹¹ Constitution of the People's Republic of China [Online]. Available URL <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/ch00000_.html>October 24,2008.

¹² Article 33(3) The State respects and protects human rights

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน อาจกล่าวได้ว่า แม้จะมีได้มีการแบ่งแยกในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวไว้อย่างเป็นเอกเทศ แต่ก็ได้มีการแบ่งแยกในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานหรือบททั่วไปที่ให้การรับรองในบุคคลทุกคนไว้อย่างชัดเจน โดยแบ่งออกเป็น 2 บท คือ บทที่ 1 หลักทั่วไป (General Principle) และบทที่ 2 บทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่พื้นฐานของพลเมือง (The Fundamental Rights and Duties of Citizens) โดยในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวได้บัญญัติไว้ในบทที่ 1 ซึ่งเป็นหลักทั่วไป มาตรา 4(1)¹³ โดยได้บัญญัติว่าชนชาติต่างๆ ในสาธารณรัฐประชาชนจีนย่อมมีความเสมอกัน และใน (3) บัญญัติว่าชนชาติต่างๆ มีสิทธิใช้ และพัฒนาภาษาและอักษรของตนเองอย่างอิสระ มีอิสระในการรักษาไว้หรือปฏิรูปขนบธรรมเนียม ประเพณีของตนเอง¹⁴

ส่วนบทที่ 2 จะเป็นบทสิทธิและหน้าที่พื้นฐานของพลเมือง (The Fundamental Rights and Duties of Citizens) โดยจะจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีสัญชาติประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเท่านั้น¹⁵ โดยจะใช้คำว่า “พลเมืองของสาธารณรัฐประชาชนจีน” (Citizens of the People’s Republic of China) มีสิทธิและเสรีภาพอะไรบ้าง ซึ่งส่วนใหญ่จะบัญญัติตั้งแต่มาตรา 33-56 อาทิเช่น เสรีภาพในการพูด การแสดงความคิดเห็น (ตามมาตรา 35)¹⁶ เสรีภาพในการนับถือศาสนา (มาตรา 36) เสรีภาพในทางร่างกาย (มาตรา 37) เป็นต้น

¹³ Article 4(1) All nationalities in the People’s Republic of China are equal

¹⁴ Article 4(3) The people of all nationalities have the freedom to use and develop their own spoken and written languages, and to preserve or reform their own ways and customs

¹⁵ Article 33(1) All persons holding the nationality of the People’s Republic of China are citizens of the People’s Republic of China

¹⁶ Article 35 Citizens of the People’s Republic of China enjoy freedom of speech, of the press, of assembly, of association, of procession, and of demonstration

2.2 ประเทศเบลเยียม¹⁷

รัฐธรรมนูญของประเทศเบลเยียม ได้นำมาใช้ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1970 โดยมีการบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชาวเบลเยียมไว้อย่างชัดเจน ในหมวดที่ 2 ว่าด้วยประชาชนชาวเบลเยียม และสิทธิ¹⁸ (Belgians and Their Rights) อันอาจถือได้ว่าเป็นสิทธิพลเมืองของชนในชาติเบลเยียม อาทิเช่น สิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง (มาตรา 7) เคหสถานจะละเมิดมิได้ เจ้าพนักงานจะเข้าไปในเคหสถานของบุคคลได้ก็แต่เฉพาะกรณีและตามวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (มาตรา 10) เป็นต้น ส่วนคนต่างด้าวอาจมีสิทธิพลเมืองได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแปลงสัญชาติเป็นชาวเบลเยียม เท่านั้น

2.3 ประเทศตุรกี

รัฐธรรมนูญของประเทศตุรกี ได้ถูกนำมาใช้ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1982 โดยปัจจุบันได้มีการแก้ไขครั้งสุดท้าย เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2007¹⁹ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติทั้งหมด 177 มาตรา อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศตุรกี ที่เรียกว่า “Turkey Constitution” มีการแบ่งแยกไว้อย่างชัดเจนในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในส่วนที่เป็นสิทธิขั้นมูลฐานกับสิทธิและเสรีภาพที่มอบให้กับพลเมืองในชาติของตน

โดยสิทธิและหน้าที่ขั้นมูลฐานได้บัญญัติไว้ใน หมวดที่ 2 บททั่วไป ตอนที่ 1 โดยได้มีการกล่าวถึงคนต่างด้าว ไว้ในมาตรา 16 อันเกี่ยวข้องกับสถานะของคนต่างด้าว (Status Alien) ว่า “สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามที่กำหนดไว้ในบทนี้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศ”²⁰

¹⁷ เศษชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, รัฐธรรมนูญนานาชาติ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์), หน้า 34-35

¹⁸ Constitution of Belgium [Online]. Available URL <<http://www.vescc.com/constitution/belgium-constitution-eng.html>>October 24,2008.

¹⁹ Turkey Constitution [Online]. Available URL <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/tu00000_.html>October 24, 2008.

²⁰ Article 16 The fundamental rights and freedoms of aliens may be restricted by law in a manner consistent with international law.

ส่วนในเรื่องสิทธิของพลเมือง ก็จะแบ่งไว้อย่างชัดเจนในบทที่ 4 ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ทางการเมือง (Political Rights and Duties) ตามมาตรา 66-74 ซึ่งจะบัญญัติให้สิทธิเฉพาะผู้มีสัญชาติดุ๊กก็เท่านั้น อาทิเช่น สิทธิในการออกเสียงลงคะแนน สิทธิในการเลือกตั้ง (มาตรา 67) สิทธิในการจัดตั้งหรือเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง (มาตรา 68) สิทธิในการได้รับบริการสาธารณะ (มาตรา 70) หน้าที่ในการจ่ายภาษี (มาตรา 73) เป็นต้น

2.4 ประเทศเม็กซิโก

รัฐธรรมนูญของประเทศเม็กซิโก (Constitution of Mexico) ได้มีการบัญญัติขึ้นครั้งแรก เมื่อปี ค.ศ. 1917 โดยมีทั้งหมด 136 มาตรา²¹ โดยได้มีการบัญญัติและแบ่งไว้อย่างชัดเจนในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวกับสิทธิของประชาชนเม็กซิโก โดยได้บัญญัติไว้ในบทที่ 3 (Foreigners) ในเรื่องคนต่างด้าว มาตรา 33 ซึ่งบัญญัติว่า “คนต่างด้าว ได้แก่ ผู้ที่ไม่มีคุณสมบัติตามความในมาตรา 30²² คนต่างด้าวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามความในบทที่ 1 หมวด 1 ของรัฐธรรมนูญนี้ แต่ฝ่ายบริหารของสหพันธ์มีสิทธิเนรเทศโดยไม่ต้องได้รับอนุมัติจากศาลยุติธรรม ซึ่งบุคคลที่เป็นคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลที่ไม่เหมาะสมที่จะให้อยู่ในดินแดนของรัฐต่อไป” วรคสอง “คนต่างด้าวจะต้องไม่เข้าเกี่ยวข้องกับกิจการทางการเมืองของประเทศ” (Foreigners may not in any way participate in the political affairs of the country) ส่วนสิทธิของประชาชนชาวเม็กซิกัน ได้มีการบัญญัติไว้ต่างหากในบทที่ 4 ว่าด้วย Mexican Citizens มาตรา 34-38

2.5 ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

รัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีชื่อเรียกว่า Constitution of The Lao people's Democratic

²¹ Constitution of Mexico [Online]. Available URL <<http://www.ilstu.edu/class/hist263/docs/1917const.html# TitleIChapterIII>>October 24,2008.

²² มาตรา 30 เป็นเรื่องการได้มาซึ่งสัญชาติเม็กซิกัน

Republic²³ ได้บัญญัติขึ้นครั้งแรก เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 1991 แม้จะไม่ได้มีการแบ่งแยกในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวไว้เป็นเอกเทศ แต่ก็ได้มีการบัญญัติในเรื่องสิทธิของพลเมืองลาวไว้อย่างชัดเจน โดยได้บัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของพลเมือง มาตรา 21-38 โดยได้มีการบัญญัติความหมายของคำว่า “พลเมืองลาว” ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 21 ที่บัญญัติว่า “พลเมืองลาว คือผู้ที่ถือสัญชาติลาว ตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย”²⁴ ซึ่งส่วนใหญ่จะบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ของพลเมืองลาว อาทิเช่น ความเท่าเทียมกันของพลเมืองลาว (มาตรา 24) พลเมืองลาวมีสิทธิได้รับการศึกษา (มาตรา 25) พลเมืองลาวมีเสรีภาพในการนับถือหรือไม่นับถือศาสนาใดๆ ก็ได้ (มาตรา 30)

แต่ถึงแม้ในหมวดดังกล่าว จะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องสิทธิพลเมืองเฉพาะคนลาว แต่ในเรื่องคนต่างด้าวก็กกลับมีการบัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรา 37 โดยได้บัญญัติว่า “ชาวต่างด้าว และผู้ไม่มีสัญชาติลาว มีสิทธิได้รับการปกป้องสิทธิและเสรีภาพตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีสิทธิฟ้องร้องต่อศาล และองค์การที่เกี่ยวข้องของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และมีหน้าที่เคารพรัฐธรรมนูญและระเบียบกฎหมาย...”²⁵

2.6 ประเทศแคนาดา²⁶

รัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดา ได้มีการตราขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1982 โดยมีการบัญญัติไว้ทั้งสิ้น 61 มาตรา โดยตามรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดา

²³ Constitution of The Lao people's Democratic Republic [Online]. Available URL <<http://www.un.int/lao/constitution.htm>> October 28, 2008

²⁴ Article 21 Lao citizens are the persons who hold Lao nationality as prescribed by law.

²⁵ The aliens and persons having no nationality have the right to enjoy their rights and freedom protected by the provisions of laws of the Lao People's Democratic Republic. They have the right to lodge petitions with courts and other organizations concerned of the Lao People's Democratic Republic and the obligations to respect the Constitution and laws of the Lao People's Democratic Republic

แม้จะมีได้มีการแบ่งแยกในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวไว้โดยชัดแจ้ง แต่ก็มีหลักในการแบ่งแยกสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองออกจากกัน

ซึ่งเมื่อพิจารณาตามส่วนที่ 1 กฎบัตรชาวแคนาดาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (Canadian charter of rights and freedoms) อาจกล่าวได้ว่า สิทธิและเสรีภาพประเภทไหนที่เป็นสิทธิพลเมืองก็จะใช้คำว่า พลเมืองแคนาดา (Every citizen of Canada) เช่น สิทธิประชาธิปไตย (มาตรา 3) ที่พลเมืองแคนาดาทุกๆ คน มีสิทธิที่จะออกเสียงในการเลือกตั้งสมาชิกสภา... สิทธิในการเคลื่อนย้ายของพลเมือง (มาตรา 6(1)) เป็นต้น ส่วนสิทธิประเภทไหนที่ถือเป็นสิทธิมนุษยชน ก็จะใช้คำว่า “ทุกคน” (Everyone) เช่น ทุกคนมีสิทธิในชีวิต เสรีภาพ (มาตรา 7) ทุกคนมีสิทธิที่จะไม่ถูกคุมขัง หรือจำคุกตามอำเภอใจ (มาตรา 9) เป็นต้น

2.7 ประเทศสเปน

รัฐธรรมนูญของประเทศสเปน ได้ผ่านการแก้ไขและลงประชามติ (Referendum) เมื่อวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 1978²⁷ โดยได้มีการบัญญัติในเรื่องคนต่างด้าวและพลเมืองชาวสเปนไว้อย่างชัดเจน โดยบรรจุไว้ในส่วนที่ 1 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ขั้นพื้นฐานโดยได้มีการแบ่งแยกในเรื่องพลเมืองชาวสเปนกับคนต่างด้าวไว้ในบทที่ 1 มาตรา 11-13 โดยมาตรา 13 (1) บัญญัติให้คนต่างด้าวมียสิทธิและเสรีภาพตามที่ได้รับการรับรองไว้ตามสนธิสัญญา หรือเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้²⁸ นอกจากนี้ยังบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าหากเป็นสิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมือง หรือการสมัครรับราชการ หรือการออกเสียงเลือกตั้ง ย่อมต้องถูกจำกัดไว้เฉพาะพลเมืองชาวสเปนเท่านั้น

²⁶ Constitution of Canada [Online]. Available URL <http://laws.justice.gc.ca/en/const/annex_e.html#VII>October 28, 2008.

²⁷ Constitution of Spain [Online]. Available URL <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/sp00000_.html>October 28, 2008

²⁸ Aliens in Spain may enjoy the public freedoms guaranteed by the present Title under the terms which treaties or laws may establish

2.8 ประเทศเยอรมัน

รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ได้ใช้ชื่อว่า Basic Law for the Federal Republic of Germany²⁹ แม้จะไม่ได้มีการแบ่งแยกในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวไว้เป็นเอกเทศ แต่ก็ได้มีการบัญญัติในเรื่องสิทธิของพลเมืองชาวเยอรมัน (All Germans) ไว้อย่างชัดเจน โดยได้บัญญัติไว้ในหมวดที่ 1 ในเรื่องสิทธิพื้นฐาน (Basic Rights) มาตรา 1-19 โดยปะปนรวมกับสิทธิของบุคคลโดยทั่วไป โดยหากสิทธิประเภทไหนที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเห็นว่าเป็นสิทธิของบุคคลภายในรัฐของตนเท่านั้นก็จะใช้คำว่า “ชนชาวเยอรมัน” อาทิเช่น สิทธิในการชุมนุมโดยสงบ (มาตรา 8) สิทธิในการประกอบอาชีพ (มาตรา 12) เป็นต้น ส่วนสิทธิประเภทไหนที่เห็นว่าเป็นสิทธิของบุคคลโดยทั่วไปก็จะใช้คำว่า “บุคคล” (Every Person) อาทิเช่น เสรีภาพของบุคคล (มาตรา 2) เสรีภาพในการแสดงออก (มาตรา 5) เป็นต้น

3. วิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญไทย และกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่า มิได้มีการแบ่งแยกในเรื่องสิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมืองออกจากกันแต่อย่างใด โดยยังคงใช้หลักการพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 มาเป็นต้นแบบในการบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่มีข้อน่าสังเกตอยู่ว่า หากพิจารณาจากรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 ยังพอจะมีการแบ่งแยกในเรื่องสิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมืองอยู่บ้าง³⁰ โดยเห็นว่าในหมวดที่ 8 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540

²⁹ Basic Law for the Federal Republic of Germany [Online]. Available URL <http://www.bundestag.de/interakt/infomat/fremdsprachiges_material/downloads/ggEn_download.pdf>October 28,2008.

³⁰ บรรเจิด สิงคนัด, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพฯ: องค์การคำของคุรุสภา, 2543), หน้า 18-19.

ดังกล่าว มีการบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในการดำเนินกระบวนการทางอาญาของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น คนต่างด้าวก็ย่อมมีสิทธิที่จะอ้างเกี่ยวกับการจับกุมคุมขังตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 237 หรือสิทธิในการขอประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยตามมาตรา 239 หรือสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามมาตรา 242 เช่นเดียวกับคนไทย ซึ่งสิทธิเหล่านี้อาจถือได้ว่าเป็น “สิทธิมนุษยชน” อย่างหนึ่ง ส่วนสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมเป็นสิทธิและเสรีภาพที่คนไทยเท่านั้นจะสามารถอ้างสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 3 ได้ บุคคลต่างด้าวไม่อาจอ้างสิทธิดังกล่าวได้ สิทธิในหมวดนี้จึงกลายเป็นสิทธิของพลเมือง ดังนั้น หากพิจารณาเช่นนี้ย่อมอาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 ยังพอที่จะสามารถแบ่งสิทธิออกเป็น 2 ประเภทได้ คือ สิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมือง โดยใช้วิธีการพิจารณาเป็นรายมาตรา

แต่หากพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อาจกล่าวได้ว่าได้มีการแก้ไขในส่วนของหมวดที่ 8 เดิมสมัยรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 ออกไปโดยในหมวดที่ 8 เดิมเป็นเรื่องของศาล ซึ่งจะมีการบัญญัติรายละเอียดในเรื่องของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมตั้งแต่ มาตรา 237-247 ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องของสิทธิมนุษยชนที่บุคคลทุกคน แม้แต่กระทั่งคนต่างด้าวก็มีสิทธิและสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ แต่ปัจจุบันในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้นำบทบัญญัติเหล่านั้น มาบรรจุไว้ในส่วนที่ 4 ในเรื่องสิทธิในกระบวนการยุติธรรมของหมวดที่ 3 ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งแต่เดิมในหมวดนี้ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 เองก็ได้เคยให้ความเห็นหรือให้ทัศนะไว้ว่า เป็นหมวดที่ให้สิทธิและเสรีภาพเฉพาะชนชาวไทยเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิของพลเมืองภายในรัฐเท่านั้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาเช่นนี้อาจต้องกล่าวได้อย่างชัดเจนว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้ให้การรับรองในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้แต่อย่างใด

และหากถึงแม้จะมีผู้กล่าวว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวดที่ 1 ว่าด้วยบททั่วไป มาตรา 4 จะบัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ซึ่งคำว่า “บุคคล” ในที่นี้ให้หมายความรวมถึงคนต่างด้าวด้วย ซึ่งก็ย่อมต้องได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน แต่หากพิจารณาจริงๆ แล้วจะเห็นว่าคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ต้องประกอบไปด้วยสิทธิและเสรีภาพ 2 ประการ คือ เสรีภาพในชีวิตร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาค ดังนั้น การที่จะทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความคุ้มครองในทางวิชาการ บุคคลนั้นจะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างน้อยที่สุดตามหลักเกณฑ์ 2 ประการดังกล่าว ซึ่งหากพิจารณาแล้วก็ย่อมเห็นได้ชัดว่า สิทธิและเสรีภาพอันเป็นองค์ประกอบย่อยของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถูกบัญญัติอยู่ในหมวดที่ 3 ซึ่งเป็นเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งถูกจำกัดเฉพาะคนในสัญชาติของคนเท่านั้น ดังนั้น การจะถือว่าคนต่างด้าวมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมอาจจะเป็นปัญหาอยู่บ้าง รวมถึงการจะกล่าวอ้างว่าคนต่างด้าวมีสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ก็ยังคงมีปัญหายู่เช่นกัน ในเมื่อสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคตามที่มาตรา 4 บัญญัติไว้ ต่างบัญญัติรายละเอียดต่างๆ ไว้อยู่ในหมวด 3 อันว่าสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย อาทิเช่น สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิและเสรีภาพในประกอบอาชีพ เป็นต้น

ซึ่งเมื่อพิจารณากับรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ประกอบกับกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (ICCPR) ซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีอยู่ด้วย กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 อาจกล่าวได้ว่าหลายประเทศได้มีการแบ่งแยกหรือให้คำจำกัดความในเรื่องคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้สอดคล้องกับการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกดังกล่าว เช่น

ประเทศตุรกี ที่เรียกว่า Turkey Constitution ได้มีการกล่าวถึงคนต่างด้าวไว้ในมาตรา 16 อันเกี่ยวข้องกับสถานะของคนต่างด้าว (Status Alien) ว่า “สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบทนี้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศ”

ประเทศเม็กซิโก (Constitution of Mexico) ได้มีการบัญญัติและแบ่งไว้อย่างชัดเจนในเรื่องสิทธิของคนต่างด้าวกับสิทธิของประชาชนเม็กซิโก โดยได้บัญญัติไว้ในบทที่ 3 (Foreigners) ในเรื่องคนต่างด้าว มาตรา 33 ซึ่งบัญญัติว่า “คนต่างด้าว ได้แก่ ผู้ที่ไม่มีคุณสมบัติตามความในมาตรา 30 คนต่างด้าวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองกันตามความในบทที่ 1 หมวด 1 ของรัฐธรรมนูญนี้ แต่ฝ่ายบริหารของสหพันธรัฐมีสิทธิเนรเทศโดยไม่ต้องได้รับอนุมัติจากศาลยุติธรรม ซึ่งบุคคลที่เป็นคนต่างด้าว ที่เป็นบุคคลที่ไม่เหมาะสมที่จะให้อยู่ในดินแดนของรัฐต่อไป” วรรคสอง “คนต่างด้าวจะต้องไม่เข้าเกี่ยวข้องกับกิจการทางการเมืองของประเทศ” ส่วนสิทธิของประชาชนชาวเม็กซิกันได้มีการบัญญัติไว้ต่างหากในบทที่ 4 ว่าด้วย Mexican Citizens มาตรา 34 - 38

หรือประเทศสเปน ได้มีการบัญญัติในเรื่องคนต่างด้าวและพลเมืองชาวสเปนไว้อย่างชัดเจน โดยบรรจุไว้ในส่วนที่ 1 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ขั้นพื้นฐาน โดยได้มีการแบ่งแยกในเรื่องพลเมืองชาวสเปนกับคนต่างด้าวไว้ในบทที่ 1 มาตรา 11-13 โดยมาตรา 13(1) บัญญัติให้คนต่างด้าวมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ได้รับการรับรองไว้ตามสนธิสัญญา หรือเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ นอกจากนี้ยังบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าหากเป็นสิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมืองหรือการสมัครรับราชการ หรือการออกเสียงเลือกตั้ง ถูกจำกัดไว้เฉพาะพลเมืองชาวสเปนเท่านั้น

แต่ถึงแม้ในบางประเทศเองจะมีได้มีการบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้โดยชัดแจ้ง แต่ก็ได้บัญญัติแยกในเรื่องสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองออกจากกัน เพื่อมิให้เกิดประเด็นปัญหาหรือข้อโต้แย้งว่าสิทธิและเสรีภาพประเภทไหนที่เป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกคนที่อยู่ในพื้นที่ดินแดนในชาติของตนเอง หรือสิทธิและเสรีภาพประเภทไหนที่ถูกจำกัด

เฉพาะบุคคลที่มีสัญชาติของคนเท่านั้น หรือที่อาจเรียกว่าเป็นสิทธิพลเมือง ซึ่งประเทศเหล่านี้ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เบลเยียม ตุรกี เม็กซิโก แคนาดา และประเทศสเปน

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยในฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2550) ยังคงมีประเด็นปัญหาในทางวิชาการดังกล่าว

4. บทสรุป

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ควรจะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข รัฐธรรมนูญเสียใหม่ โดยควรจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนหมวดที่ 3 เดิมเสียใหม่ โดยแบ่งหมวดที่ 3 ออกเป็น 2 ส่วนย่อย คือ จากเดิมหมวดที่ 3 เป็นเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ควรเปลี่ยนชื่อหมวดเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกับเพิ่มเติมส่วนย่อยขึ้นมาอีก 2 ส่วน เป็นส่วนที่หนึ่งว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล และส่วนที่สองว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองชาวไทย เพื่อให้เกิดความเด่นชัดและมีความชัดเจนว่า สิทธิประเภทไหนเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิประเภทไหนเป็นสิทธิพลเมือง หรือเฉพาะคนในสัญชาติของคนเท่านั้น

โดยในส่วนที่ 1 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ควรจะกำหนดใน ลักษณะที่เป็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นการให้ความรับรองกับบุคคลทุกคน แม้มิใช่คนสัญชาติของตนก็ตามก็ย่อมต้องได้รับความคุ้มครอง ซึ่งหากพิจารณา จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบกับการพิจารณาในแง่ Negative Right อาจพิจารณาแยกได้ดังนี้

- สิทธิในความเสมอภาค (มาตรา 30-31)
- สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย (มาตรา 32)
- เสรีภาพในเคหสถาน (มาตรา 33)
- เสรีภาพในการเดินทาง (มาตรา 34)
- สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง (มาตรา 35)
- เสรีภาพในการสื่อสาร (มาตรา 36)

- เสรีภาพในการนับถือศาสนา (มาตรา 37)
- สิทธิในกระบวนการยุติธรรม (มาตรา 39-40)
- สิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน (มาตรา 41-42) เป็นต้น

สำหรับในส่วนที่ 2 อันว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองชาวไทย ควรจะกำหนดในลักษณะที่เป็นสิทธิพลเมือง ซึ่งจะเป็นการจำกัดเฉพาะบุคคลในสัญชาติของคนเท่านั้น ซึ่งอาจแยกออกเป็นสิทธิพลเมืองทั่วไป (Civil Rights) กับสิทธิทางการเมือง (Political Rights)

1) สิทธิพลเมืองทั่วไป ได้แก่ เสรีภาพในการชุมนุม (มาตรา 63) เสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง (มาตรา 65) เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม (มาตรา 64) เป็นต้น

2) สิทธิทางการเมือง ได้แก่ สิทธิของผู้เลือกตั้ง (มาตรา 99-100) สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง (มาตรา 101-102) สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง (มาตรา 65) สิทธิเข้าชื่อของประชาชนเพื่อให้รัฐสภาพิจารณากฎหมาย (มาตรา 163) สิทธิออกเสียงประชามติ (มาตรา 165) สิทธิเข้าชื่อเพื่อถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (มาตรา 164) เป็นต้น

เนื่องด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายและเป็นการจัดประเด็นปัญหา หรือข้อโต้แย้งในการตีความ (Interpretation) เรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยหากจะพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพประเภทไหนเป็นของคนต่างด้าว ก็ย่อมสามารถนำหมวดของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน อันเป็นหลักว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้บังคับได้ทันที หรือหากจะพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพประเภทไหนเป็นของพลเมืองชาวไทยก็ย่อมนำมาปรับใช้ได้โดยถูกต้อง นอกจากนี้ ผลของการแบ่งแยกดังกล่าว ยังก่อให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาวินิจฉัย หากเกิดประเด็นคำร้อง ตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ ว่าสิทธิและเสรีภาพประเภทไหนที่คนต่างด้าวควรจะได้รับคุ้มครองและถูกระทบสิทธิได้โดยใช้หลักเกณฑ์ตามที่กล่าวมานี้

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตามที่ได้ศึกษาถึงแนวทางและการแก้ไขปัญหของต่างประเทศในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาจากสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ผู้เขียนหวังว่าบทความนี้จะเป็แนวทางออกในการแก้ไขปัญหที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาและพัฒนาแก้ไขรัฐธรรมนูญในอนาคตต่อไป

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

หนังสือ

บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตรา, และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ. พระนคร: โรงพิมพ์กรุงสยามการพิมพ์, 2511.

อุดม รัฐอมฤต และคณะ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544.

เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, รัฐธรรมนูญนานาชาติ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์.

นพนิตี สุริยะ, สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2537.

ไพโรจน์ พลเพชรและคณะ, รายงานวิจัย เรื่อง สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรี
ความเป็นมนุษย์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย.

มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540).
กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ นิติธรรม.

เอกสารอื่น ๆ

คณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญ, สรุปผลการประชุมการยกย่องรัฐธรรมนูญ
ของคณะทำงานคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญ, ณ โรงแรม
อิมพีเรียล ควีนส์ปาร์ค วันที่ 17-20 เมษายน 2545:25.

รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 วันอังคารที่ 8 เดือน
กรกฎาคม พุทธศักราช 2540:200.

Website

กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย [Online]. Available URL: http://www.dopa.go.th/stat/y_stat50.html, 2551 (สิงหาคม, 15).

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 [Online]. Available URL:
<http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>,
2551 (มิถุนายน, 1)

Constitution of the People's Republic of China [Online]. Available
URL: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/ch00000_.html,
2008 (October, 24)

Constitution of Belgium [Online]. Available URL: <http://www.vescc.com/constitution/belgium-constitution-eng.html>, 2008 (October, 24)

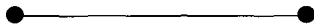
Turkey Constitution [Online]. Available URL: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/tu00000_.html, 2008 (October, 24)

Constitution of Mexico [Online]. Available URL: <http://www.ilstu.edu/class/hist263/docs/1917const.html#TitleIChapterIII>, 2008 (October, 24)

Constitution of The Lao people's Democratic Republic [Online]. Available URL: <http://www.un.int/lao/constitution.htm>, 2008 (October, 24)

Constitution of Canada [Online]. Available URL: http://laws.justice.gc.ca/en/const/annex_e.html#VII, 2008 (October, 24)

Constitution of Spain [Online]. Available URL: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/sp00000_.html, 2008 (October, 24)



ชนท้องถิ่นดั้งเดิมกับสิทธิตามกฎหมายไทย

● ดร.วิรัช จีระแพทย์*

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้เริ่มบัญญัติถึงเรื่องของชนท้องถิ่นดั้งเดิม ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540¹ จนมาถึง

* น.บ. (จุฬา) เกียรตินิยม, น.บ.ท., น.ม. (จุฬา), น.ด. (Doctor of Laws มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) นักปกครองระดับสูง กรมการปกครอง รุ่นที่ 22, วปอ. 355, ปปร. 1 สถาบันพระปกเกล้า, บ.ย.ส. รุ่น 9 สำนักงานศาลยุติธรรม, นักบริหารงานยุติธรรมระดับสูง รุ่นที่ 4 สำนักงานอัยการสูงสุด, วตท. รุ่นที่ 7 วิทยาลัยลาดพูน, อธิบดีย่อยการฝ่ายช่วยเหลือทางกฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด.

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับชนท้องถิ่นดั้งเดิม ได้แก่

“มาตรา 46 บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษหรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการการบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 56 สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่อง ในสิ่งแวดล้อมที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อม ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ย่อมได้รับความคุ้มครอง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550² จึงมีข้อนำพิจารณาว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะบังคับใช้กับชนท้องถิ่นดั้งเดิม

มาตรา 59 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผล จากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือ กิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญ อื่นใด ที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 80 รัฐต้องคุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิง และชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของครอบครัว และความเข้มแข็งของชุมชน รัฐต้อง สงเคราะห์ คนชรา ผู้ยากไร้ ผู้พิการหรือทุพพลภาพ และผู้ด้อยโอกาสให้มีคุณภาพชีวิตที่ดี และพึ่งตนเองได้”

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับชนท้องถิ่นดั้งเดิม ได้แก่

“มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ของประชาชนบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาล เพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและ เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมาย บัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความ ในหมวดนี้

มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่า ที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่ กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

อย่างไร หรือการให้สิทธิแก่ชนท้องถิ่นดั้งเดิม ครอบคลุม ชัดเจน เพียงพอ หรือไม่ หรือจะต้องให้สิทธิเพิ่มเติมอย่างไร เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ ในที่นี้จึงได้เสนอแนวความคิดในเรื่องชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นข้อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวความคิดตามกฎหมายไทย

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

มาตรา 58 บุคคลย่อมมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน

มาตรา 59 บุคคลย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องราวร้องทุกข์และได้รับแจ้งผลการพิจารณาภายในเวลาอันรวดเร็ว

มาตรา 60 บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น

มาตรา 62 บุคคลย่อมมีสิทธิติดตามและร้องขอให้มีการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ

บุคคลซึ่งให้ข้อมูลโดยสุจริตแก่องค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 66 บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน

มาตรา 67 สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครองตามความเหมาะสม

การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อนุชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษา และประเมินผลกระทบต่อนุชนสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชนและจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติหรือด้านสุขภาพ ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว

สิทธิของชุมชนที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายบัญญัตินี้ ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ชนท้องถิ่นดั้งเดิม คืออะไร

การจะทราบว่าชนท้องถิ่นดั้งเดิมคืออะไร จะต้องทราบถึงความเป็นมา องค์ประกอบของความเป็นชนกลุ่มน้อย ขึ้นตอน โครงสร้างองค์กร ค่านิยม กระบวนการเรียกร้องสิทธิ และจะกล่าวถึงระบบกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองชนกลุ่มน้อย ในเรื่องของผลบังคับใช้ของตราสารขององค์การสหประชาชาติ ตลอดจนการคุ้มครองสิทธิในด้านต่างๆ ตามประเภทของสิทธิ ตามแนวคิดแต่เดิมที่ว่าชนกลุ่มน้อยเป็นบุคคลที่ถูกกดขี่ข่มเหงตลอดมา จึงได้ให้ความสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิอย่างกว้างขวาง ตลอดจนอิทธิพลของแนวคิดดังกล่าว แยกพิจารณาดังนี้

ความเป็นมา

ผลสืบเนื่องจากความโหดร้ายทารุณของสงครามโลกครั้งที่หนึ่งและสงครามโลกครั้งที่สอง ทำให้มีแนวคิดในการให้หลักประกันความมั่นคงแก่โลกและมนุษย์ โดยเฉพาะประเทศเล็กๆ หรือกลุ่มชนที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า รวมทั้งการหาแนวทางและวิธีการปกป้องและคุ้มครองประเทศและกลุ่มชนเหล่านี้

จากข้อเท็จจริงที่ว่า เกือบทุกรัฐมีชนกลุ่มน้อยอาศัยอยู่ คนเหล่านี้แตกต่างจากชนกลุ่มใหญ่ด้วยลักษณะทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือภาษา ที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตนดังนั้นความสัมพันธ์กลมเกลียวในหมู่ชนกลุ่มน้อยด้วยกันเอง และความสัมพันธ์ระหว่างชนกลุ่มน้อยกับชนกลุ่มใหญ่ รวมทั้งความเคารพในเอกลักษณ์ของแต่ละกลุ่ม จึงเป็นชุมทรัพย์ของความหลากหลายทางเชื้อชาติ และวัฒนธรรมในสังคมโลก สิ่งที่ช่วยลดความขัดแย้งระหว่างปัจเจกบุคคลหรือกลุ่มต่างๆ ได้แก่ การบรรลุถึงความต้องการสูงสุดของกลุ่มชาติพันธุ์ ศาสนาและภาษา การรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อย อันเป็นการยอมรับในศักดิ์ศรีและความเสมอภาคของปัจเจกบุคคล รวมทั้งพัฒนาการมีส่วนร่วมซึ่งสิ่งเหล่านี้ทั้งหมดยังเป็นปัจจัยหลักที่มีอิทธิพลต่อเสถียรภาพและสันติภาพของโลกอีกด้วย

ตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา ได้เกิดสงครามเกี่ยวกับลัทธิการปกครองระหว่างค่ายโลกเสรีกับค่ายโลกคอมมิวนิสต์ ตลอดจนสงครามเชื้อชาติที่ทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น ทำให้เกิดการหลั่งไหลอพยพของผู้หลบหนีสงครามเข้าไปเป็นคนต่างด้าวในประเทศใกล้เคียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมักจะก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมและการเมืองที่สำคัญ ซึ่งผลกระทบได้แก่ผลกระทบทางสังคม ผลกระทบทางการเมือง ผลกระทบทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

แต่เดิมการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยได้รับความสนใจน้อยกว่าสิทธิด้านอื่น ๆ เนื่องจากองค์การระหว่างประเทศเห็นว่ามีความจำเป็นในเรื่องอื่น ๆ ที่เร่งด่วนยิ่งกว่า แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่นานมานี้ปัญหาชนกลุ่มน้อยกลับได้รับความสนใจมากขึ้น เนื่องจากความขัดแย้งระหว่างเชื้อชาติและศาสนาได้ถูกถามออกไป คุณคามและเป็นภัยต่อโครงสร้างทางการเมืองและสังคมรวมทั้งบูรณภาพในดินแดนของชาติต่าง ๆ จึงได้มีความพยายามกำหนดกรอบประเภทบุคคล แนวทางการดำเนินการคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในฐานะด้อยหรืออ่อนแอกว่าบุคคลอื่นตั้งแต่องค์การสันนิบาตชาติ (The League of Nations) จนมาถึงองค์การสหประชาชาติ (The United Nations) ซึ่งแบ่งความเป็นมาของการดำเนินการปกป้องคุ้มครองชนกลุ่มน้อยเป็น 2 ระยะ คือ การคุ้มครองโดยองค์การสันนิบาตชาติ การคุ้มครองโดยองค์การสหประชาชาติ และการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยตามหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งในที่นี้ขอกล่าวเฉพาะการคุ้มครองโดยองค์การสหประชาชาติ ดังนี้

การคุ้มครองโดยองค์การสหประชาชาติ³

ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง กลุ่มผู้ชนะสงครามเห็นว่าควรมีการตั้งองค์กรระดับโลกเพื่อเป็นหลักประกันด้านสันติภาพและความมั่นคงส่งเสริมการพัฒนา

³ Office of the United Nations, "Indigenous Peoples and the United Nations System : An Overview", Leaflet No. I, Introduction to the UN System, 2000, pp.1-6. (Mimeographed.)

ด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชน และเพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นว่าสิทธิมนุษยชนจะได้รับการยอมรับจากทั่วโลก ดังนั้น จึงได้ก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้นในปี ค.ศ. 1945 และองค์การสหประชาชาติได้สร้างเครือข่ายใหญ่เกี่ยวกับการดำเนินการด้านสิทธิมนุษยชนให้ครอบคลุมทุกพื้นที่

องค์การสหประชาชาติเป็นองค์กรทางการเมืองระดับสูงที่จัดตั้งขึ้นโดยเหล่าผู้แทนรัฐบาลซึ่งเป็นสมาชิกขององค์กรแบบ Charter - based หรือ กฎบัตร โดยมาจากรัฐบาลของแต่ละประเทศและเมืองคริอิสระที่ไม่สังกัดรัฐบาล (NGOs) เข้ามามีบทบาทในองค์กรแบบ Charter - based รวมทั้งเมืองคริที่ไ้ใช้ระบบสนธิสัญญาเป็นพื้นฐาน หรือ treaty - based ด้วย

อย่างไรก็ตาม องค์การสหประชาชาติไม่ใช่รัฐบาลของโลกที่จะมีอำนาจบังคับประเทศสมาชิกให้ทำตามคำสั่งได้ เช่น เรื่องสิทธิมนุษยชน การตัดสินใจครั้งสุดท้ายจะขึ้นอยู่กับประเทศภาคีสมาชิกสหประชาชาติซึ่งไม่อนุญาตให้องค์กรอิสระอื่นๆ เข้ามาเกี่ยวข้องกับการพิจารณา หรือการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ของสหประชาชาติ ยกเว้นการอนุญาตให้นำเสนอในที่ประชุมบางครั้งตามเงื่อนไขที่กำหนดเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของระบบสหประชาชาติ

องค์ประกอบของความเป็น “ชนกลุ่มน้อย” ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ผลสืบเนื่องจากความโหดร้ายทารุณดังกล่าวมาแล้ว จากการที่ผู้ที่แข็งแกร่งกว่า กดขี่ข่มเหงทำลายล้างผู้ที่อ่อนแอกว่า ซึ่งส่วนใหญ่คือ ชนกลุ่มน้อยในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง จึงได้มีความพยายามกำหนดนิยามของคำว่า “ชนกลุ่มน้อย” เพื่อสามารถให้ความปกป้องคุ้มครองกลุ่มผู้เคราะห์ร้ายเหล่านั้น และประเทศหนึ่งๆ อาจมีชนกลุ่มน้อยหลายกลุ่ม และชนกลุ่มน้อยเหล่านั้นจะมีลักษณะแตกต่างจากชนกลุ่มใหญ่ของประเทศหรือจากชนกลุ่มน้อย

ด้วยกันเอง⁴ ในด้านของเชื้อชาติ (Race) ชาติพันธุ์ (Ethnicity) ศาสนา (Religion) ภาษา (Language) ขนบธรรมเนียมประเพณี (Tradition) และอุดมการณ์ทางการเมือง (Political Ideology) สถานะตามกฎหมายของชนกลุ่มน้อย จึงเป็นประเด็นสำคัญทั้งในฐานะสิทธิของปัจเจกบุคคลและสิทธิของส่วนรวม กฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นหน้าที่สำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดวิธีดำเนินการของรัฐต่อชนกลุ่มน้อยเหล่านี้อย่างเป็นธรรม⁵

เมื่อใดก็ตามที่ชนกลุ่มน้อยได้รับการยอมรับให้เป็นกลุ่มบุคคลที่มีความเด่นและมีความสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อนั้นปัญหาความแตกแยกระหว่างประเทศที่มีชนกลุ่มน้อยกับประเทศที่พัฒนาแล้ว และปัญหาชนกลุ่มน้อยก็จะเกิดขึ้นทันที⁶ ดังนั้น การกำหนดนิยามของคำว่า “ชนกลุ่มน้อย” ควรเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อทำให้ความขัดแย้งลดน้อยลงมากที่สุด โดยการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนเหมาะสมกับสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องและไม่สามารถปฏิเสธได้ ในทางตรงข้ามก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงความขัดแย้ง ชับซ้อนที่เกิดขึ้นในรูปแบบของจำนวนและการขยายของกลุ่มต่างๆ ที่หลากหลายสิ่งที่ชัดเจนในกฎหมายระหว่างประเทศ คือ ยังไม่มีการยอมรับและผูกพันในนิยามของคำว่า “ชนกลุ่มน้อย” ที่ชัดเจน เป็นสิ่งยากยิ่งในการให้คำนิยามของชนกลุ่มน้อย เพราะเมื่อใดก็ตามที่ได้มีการกำหนดถึงสาระสำคัญของคำต่างๆ เหล่านี้ รัฐต่างๆ ก็มีความหวาดกลัวสะท้อนกลับโดยเฉพาะประเทศในโลกที่สามที่เกรงว่า หากดำเนินการในสิ่งเหล่านี้ต่อไปจะเกิดผลตามมา

⁴ Clifford Geertz, *Primordial Sentiments and Civil Politics in the new States* quoted in Eric A. Nordlinger, *Politics* (New Jersey : Prentice — Hall Inc., 1970), pp.211-212, อ้างถึงใน ลิขิต อธิเวณ, *ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย* (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2521).

⁵ T. Bagley , “International Protection of National Minorities”, 1950, see general. (Mimeographed.)

⁶ G. Ashworth, “World Minorities”, Vols.2, (1977-1980), see general. (Mimeographed.)

ถึงความต้องการแบ่งแยกดินแดนหรือน้อยก็เกิดความยุ่งยากในการบูรณาการและการรวมกลุ่มเป็นเชื้อชาติจะเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามสิ่งสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของชนกลุ่มน้อยได้อย่างเหมาะสมชัดเจนและเกิดคุณภาพในสังคมส่วนรวมคือ ความชัดเจนและความตั้งใจจริงในการกำกับดูแลโดยองค์กรระหว่างประเทศ ยิ่งกว่าการกำหนดรูปแบบคำนิยามของคำต่างๆ ในส่วนนี้จึงต้องพิจารณาและเข้าใจถึงความหมายของคำว่า “ชนกลุ่มน้อย” ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อเปรียบเทียบกับความเป็นชนกลุ่มน้อยหรือชนท้องถิ่นดั้งเดิมของประเทศไทยว่า ความหมายของคำว่าชนกลุ่มน้อยหรือชนท้องถิ่นดั้งเดิมของประเทศไทยจะเหมือนหรือแตกต่างกับความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เพราะเมื่อมีการยอมรับความเป็นชนกลุ่มน้อยหรือชนท้องถิ่นดั้งเดิมของประเทศไทยตรงตามคำนิยามของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว บุคคลเหล่านี้ก็จะได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย จึงขอกล่าวถึงความเป็นชนกลุ่มน้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้

คำนิยามชนกลุ่มน้อย มีหลายลักษณะ ดังนี้

- (1.) การแสดงออกด้านรูปธรรม มีลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้
 - (1.1) กลุ่มที่มีลักษณะเฉพาะ
 - (1.2) องค์ประกอบทางด้านจำนวน
 - (1.3) การถูกข่มมิให้แสดงลักษณะเด่น
 - (1.4) สัญชาติของประเทศ
 - (1.5) ความมีอยู่เป็นอยู่ที่ได้รับการยอมรับ
- (2.) การแสดงออกด้านนามธรรม มีลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้
 - (2.1) ความรู้สึกร่วมกัน
 - (2.2) จุดประสงค์เป้าหมาย
 - (2.3) ความเป็นเอกลักษณ์ของตนเอง

บริบทสำคัญเกี่ยวกับ “ชนกลุ่มน้อย” มีดังนี้⁷

- (1.) รัฐและสัญชาติ
- (2.) ประชาชน
- (3.) การให้ชนกลุ่มน้อยเป็นกลุ่มที่ต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองมากกว่า
 - (3.1) กลุ่มชนท้องถิ่นดั้งเดิม
 - (3.2) กลุ่มชาติพันธุ์ ศาสนาและภาษา
 - (3.3) ชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติ
 - (3.4) กลุ่มอื่นๆ
 - (3.5) ความเป็นปัจเจกบุคคลและความเป็นกลุ่ม

คำนิยามชนกลุ่มน้อย

คำว่าชนกลุ่มน้อยเป็นการกล่าวโดยรวมและนอกจากจะมีการคุ้มครองสิทธิในภาพรวมแล้วในความเป็นจริงชนกลุ่มน้อยแต่ละประเภทก็ยังมีลักษณะแตกต่างกันไป การให้ความคุ้มครองหรือกำหนดวิธีดำเนินการ จึงควรแตกต่างกันไปตามลักษณะความเป็นมาของชนกลุ่มน้อยด้วย

การให้คำนิยามชนกลุ่มน้อยเป็นสิ่งที่ยากและซับซ้อน อย่างไรก็ตามการให้ความหมายถึงพฤติกรรมและการกระทำของชนกลุ่มน้อยอาจทำให้เกิดความชัดเจนขึ้น ซึ่งมีหลายลักษณะทั้งการแสดงออกด้านรูปธรรมและด้านนามธรรม ดังการวิเคราะห์ต่อไปนี้

- (1.) การแสดงออกด้านรูปธรรม มีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

- (1.1) กลุ่มที่มีลักษณะเฉพาะ

การให้ความหมายของชนกลุ่มน้อยจะต้องเป็นกลุ่มที่แสดงออกเป็นรูปธรรม ถึงลักษณะเฉพาะ ซึ่งมีรูปแบบที่แตกต่างจากกลุ่มอื่นๆ

⁷ Malcom N.Shaw, *The Definition of Minorities in International Law, The Protection of Minorities and Human Rights* (The Netherlands : Martines Nijhoff Publishers, 1991), pp.10 — 31.

ในรัฐ ในความเป็นเจ้าของชาติพันธุ์ ศาสนา หรือ ภาษา จะมีพฤติกรรมกระทำที่แตกต่างจากชนกลุ่มใหญ่ หรือความเห็นที่ว่าชนกลุ่มน้อยจะมีชาติพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาที่แตกต่างจากชนกลุ่มใหญ่ของประเทศ⁸ นอกจากนี้ The Permanent Court of Justice ได้วินิจฉัยไว้ในคดี The Greco - Bulgarian Communities case, 1950, P.C.I.J., Ser.B.No. 17. ว่า ความมีอยู่เป็นอยู่ของชุมชนเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงไม่ใช่ข้อกฎหมาย

ด้วยลักษณะทางกายภาพที่แตกต่างดังกล่าว องค์การสหประชาชาติจึงถือปัจจัยทางด้านชาติพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาที่แสดงออกทางด้านรูปธรรม เป็นเรื่องสำคัญ แต่สำหรับกลุ่มที่เกี่ยวข้องอื่นๆ คุณสมบัติด้านอื่นๆ เป็นสิ่งที่สำคัญด้วย ตัวอย่างเช่น ในส่วนของชนท้องถิ่นดั้งเดิม ประวัติศาสตร์หรือขนบธรรมเนียมประเพณี ถือเป็นประเด็นสำคัญอย่างยิ่ง⁹

อย่างไรก็ตาม ปัญหาทำให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในรัฐที่มีกลุ่มชนที่มีลักษณะแตกต่างกันทางด้านรูปธรรมเป็นจำนวนมากอาศัยอยู่¹⁰ ตัวอย่างเช่น ประเทศเซเนกัลหรือประเทศเนเธอร์แลนด์ได้โต้แย้งต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่า ประเทศของตนไม่มีชนกลุ่มน้อย เป็นต้น

(1.2) องค์ประกอบทางด้านจำนวน

องค์ประกอบทางด้านจำนวนของชนกลุ่มน้อยพิจารณาจากจำนวนสมาชิกที่น้อยกว่าชนกลุ่มอื่นในแต่ละประเทศ กล่าวคือ จำนวนพลเมืองส่วนน้อยกว่าของพลเมืองส่วนใหญ่ที่มีความเป็นอยู่เรียบง่าย (simpliciter) แต่โดยความเป็นจริง โครงสร้างของแต่ละรัฐไม่สามารถแสดงถึงองค์ประกอบทางด้านจำนวนของพลเมืองว่าจำนวนหรือสัดส่วนเท่าใดถึงจะถือว่าเป็นชนกลุ่มน้อยหรือชนกลุ่มใหญ่ จึงมีความเห็นว่าควรใช้บังคับกับทุกคนที่มี

⁸ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/30.

⁹ N.Ruhashyankiko, "Study of the Question of the Prevention and Punishment of the crime of Genocide", 1978, quoted in UN Doc. E/CN. 4/Sub. 2/416.

¹⁰ Office of the United Nations, UN Doc. A/42/40 (1989), pp. 53, 58-59.

ลักษณะสำคัญที่แสดงออกทางด้านรูปธรรม¹¹

อย่างไรก็ตาม ในขณะที่ไม่สามารถกำหนดพลเมืองจำนวนที่น้อยที่สุดที่จะถือว่าเป็นชนกลุ่มน้อยได้ คณะกรรมการมีมติที่ F ในปี ค.ศ. 1953 (Resolution F of the Sub Commission in 1953) ว่า ชนกลุ่มน้อยต้องมีความหมายถึงจำนวนประชาชนที่มีจำนวนเพียงพอที่จะอนุรักษ์รูปแบบชนบทรรมนิยมประเพณีของเขาได้¹² เช่น ประเทศฟินแลนด์ได้ให้ความสำคัญถึงจำนวนประชาชนที่ประกอบกันขึ้นมา ประเทศเนเธอร์แลนด์ให้ความสำคัญถึงจำนวนจำกัดที่น้อยที่สุด (bottom limit) ประเทศกรีซให้ความสำคัญว่าโดยพื้นฐานแล้ว ให้หมายถึงพลเมืองที่มีขนาดเล็ก และมีความสำคัญ ประเทศสวีเดนกำหนดจำนวนพลเมืองอย่างน้อยที่สุด 100 คน อย่างไรก็ตามประเทศส่วนใหญ่ไม่ให้ความเห็นในเรื่องนี้และเห็นว่าประเด็นนี้เป็นเรื่องของข้อเท็จจริง จึงเห็นว่า รัฐไม่ควรกำหนดมาตรการพิเศษให้แตกต่างไปจากสัดส่วนที่ถูกต้องเหมาะสมโดยคำนึงถึงเฉพาะประโยชน์ที่จะได้รับ ยิ่งไปกว่านั้นไม่ควรบังคับใช้กับกลุ่มพลเมืองที่มีจำนวนน้อยมากจนไม่อาจเทียบสัดส่วนได้กับพลเมืองของประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากจะต้องระมัดระวังมิให้รัฐปฏิเสธความรับผิดชอบโดยอ้างถึงประเด็นดังกล่าว¹³

(1.3) การถูกข่มมิให้แสดงลักษณะเด่น

กรณีนี้เป็นเรื่องที่ปรากฏขึ้นทุกครั้งในการให้คำนิยามชนกลุ่มน้อย¹⁴ จุดประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่เกิดขึ้นในที่ซึ่งชนกลุ่มน้อยมีความเด่นและเป็นฝ่ายกลั่นแกล้งชนกลุ่มใหญ่ เช่น แอฟริกาใต้ไม่จำเป็นต้อง

¹¹ F.Capotorti, *The Special Rapporteur emphasizes, solely with the application of article 27 of the Covenant in mind*, 1979, pp.30, 96. (Mimeographed.).

¹² F. Capotorti, *ibid*, pp.12, 96.

¹³ Economic and Social Council, *Commission on Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/Sub. 2/1985/SR.13 p. 11.

¹⁴ F.Ermacora, *The Protection of Minorities before The United Nations* 182 (Hague Recueil des Cours 251, 1983), pp.292 - 293.

ปกป้องคุ้มครองชนกลุ่มน้อยเพื่อจะได้รับสิทธิประโยชน์ตามบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะส่วนใหญ่เป็นชนกลุ่มน้อยประเทศต่างๆ มากมายมาอยู่รวมกัน

(1.4) สัญชาติของประเทศ

โดยทั่วไปสมาชิกของชนกลุ่มน้อยที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองต้องเป็นคนในสัญชาติของประเทศ¹⁵ เนื่องจากเป็นที่ยอมรับว่าชนกลุ่มน้อยเป็นผู้ที่ได้รับการปกป้องคุ้มครอง¹⁶ และได้รับประโยชน์จากกฎหมายระหว่างประเทศ และสนธิสัญญาต่างๆ เป็นต้น¹⁷

อย่างไรก็ตาม นอกจากเงื่อนไขข้อนี้แล้ว ประเทศไทยยังได้ยอมรับความเป็นชนกลุ่มน้อยจากนิยามของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งในด้านการแสดงออกด้านรูปธรรม และการแสดงออกด้านนามธรรมด้วยทั้งๆ ที่โดยความเป็นจริง คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหากไม่ได้รับสัญชาติไทยก็ถือเป็นคนต่างด้าวซึ่งอาจเป็นผู้พลพ ผู้ลี้ภัย ที่โดยกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ต้องบังคับตาม Convention relating to the Status of Refugees 1951 ไม่ใช่ตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยชนกลุ่มน้อย สัญชาติจึงเป็นกุญแจสำคัญในการพิจารณาสิทธิความเป็นชนกลุ่มน้อย ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 1 และบทที่ 2 ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยมีภาระผูกพันในกฎหมายระหว่างประเทศ จึงต้องมีการแยกแยะและกำหนดนิยามให้ชัดเจน

(1.5) ความมีอยู่เป็นอยู่ที่ได้รับการยอมรับ

กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมาตรา 27 ที่ให้ความคุ้มครองชนกลุ่มน้อย บัญญัติว่า “in those

¹⁵ R.B.Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, (1984).

¹⁶ Economic and Social Council, “Commission on Human Rights”, UN Doc. CCPR/C/23/CRP.1 (1984), para.4.

¹⁷ Economic and Social Council, “Commission on Human Rights”, UN Doc. CCPR/C/SR.607, pp. 614, 618.

state in which ethnic, religious or linguistic minorities exist” ข้อความนี้บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันการก่อตัวของชนกลุ่มน้อยกลุ่มใหม่ ๆ ขึ้นมาอีก และเพื่อเป็นการห้ามปรามรวมทั้งรับรู้ถึงความเป็นชนกลุ่มน้อยว่ายังมีอยู่เป็นอยู่ เพื่อมิให้ชนกลุ่มน้อยถูกผสมกลมกลืน ประเด็นนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองให้ชนกลุ่มน้อยที่มีอยู่ได้มีการรวมตัวได้นานที่สุด¹⁸ อย่างไรก็ตาม มาตรา 27 ไม่ได้บัญญัติถึงกำหนดระยะเวลาที่รัฐมีภาระหน้าที่ดังกล่าวเพียงแต่ให้ตระหนักถึงภาระหน้าที่ที่รัฐต้องมีตามบทบัญญัติดังกล่าว

(2.) การแสดงออกด้านนามธรรม มีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

(2.1) ความรู้สึกร่วมกัน

สิ่งจำเป็นสำหรับสมาชิกของกลุ่มที่จะคงอยู่เป็นกลุ่ม และไม่ถูกผสมกลมกลืน โดยกลุ่มชนต่างๆ ที่อยู่รอบข้าง คือ การแสดงถึงสภาพความเป็นตัวของตัวเอง (self - evident) และประกาศให้สมาชิกของกลุ่มทำต่อไป โดยต้องตระหนักถึงความสัมพันธ์ของสมาชิกในกลุ่ม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่ชนกลุ่มน้อยต้องตกอยู่ภายใต้ความกดดันของการผสมกลมกลืน และการสลายเชื้อชาติ (denationalisation) นานนับเป็นทศวรรษ¹⁹ แต่กลับมีความเห็นอีกด้านหนึ่งว่า แต่ละกลุ่มควรลดความรู้สึกเป็นปึกแผ่น (sense of solidarity) ของชาติพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาออกจากความรู้สึกร่วมที่กลุ่มมีอยู่²⁰ มิฉะนั้นรัฐอาจจะกดดันสมาชิกของชนกลุ่มน้อยเพื่อมิให้มีการรวมตัวดังกล่าว ซึ่งจะทำให้กลุ่มไม่สามารถคงความเป็นชนกลุ่มน้อยที่มีเอกลักษณ์ตามประวัติศาสตร์ต่อไปได้

¹⁸ F.Capotorti, “Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities”, quoted in Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN. 4/Sub.2/384/Rev. 1, (1979), p.35.

¹⁹ F.Capotorti, *supra* note 11, pp. 8 - 9.

²⁰ A. Cristescu, “The Right of Self - Determination : Historical and Current Developments on the basis of United Nation Instruments (1981)”, quoted in UN.Doc, E/CN.4/sub. 2/404/ Revw/, p.30.

(2.2) จุดประสงค์เป้าหมาย

จุดประสงค์ร่วมกัน คือ การแสดงออกถึงชนบทธรรมเนียมประเพณีโดยวิธีต่างๆ เพื่ออนุรักษ์ชนบทธรรมเนียมและพฤติกรรมที่พิเศษแตกต่างจากชนกลุ่มอื่น ๆ²¹ โดยมีแรงจูงใจของกลุ่มที่ปรารถนาจะอยู่รอด (motivated by a collective will to survive) เป็นประเด็นสำคัญ²² ตัวอย่างเช่น ชาวเตอร์ก (Turk) ได้แย้งว่า สิทธิของกลุ่มต้องได้รับการประกันว่าจะไม่ถูกฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และให้ความสำคัญถึงความต้องการของชนกลุ่มน้อยที่จะคงไว้ซึ่งพฤติกรรมที่มีลักษณะเฉพาะพิเศษหรือความเป็นเอกลักษณ์เป็นวัตถุประสงค์หลัก

กรณีนี้แสดงให้เห็นว่าชนกลุ่มน้อยไม่ต้องการความอยู่รอดทางกายภาพเท่านั้น แต่ยังต้องการความคงอยู่ทางด้านเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมให้มากที่สุดจึงมีการให้คำนิยามเพิ่มขึ้นว่าจุดประสงค์เป้าหมายของชนกลุ่มน้อย คือ การได้รับความเท่าเทียมกันตามความเป็นจริงและตามกฎหมาย ซึ่งความเท่าเทียมกันตามกฎหมายจะต้องรวมถึงการไม่เลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ ในขณะที่ความเท่าเทียมกันตามความเป็นจริงอาจจะเกี่ยวข้องถึงความจำเป็นในการได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพื่อที่จะทำให้เกิดดุลยภาพ (equilibrium) ในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน

ประเด็นเรื่องความต้องการคงอยู่ทางด้านเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชนกลุ่มน้อยเป็นเงื่อนไขที่ประเทศส่วนใหญ่ยอมรับได้ แต่จากการให้สิทธิในความเท่าเทียมกันตามความเป็นจริงและตามกฎหมายกับการไม่เลือกปฏิบัติทางด้านเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมดังกล่าวในประเทศไทยกลับทำให้มีการเรียกร้องสิทธิในทุกประเภท

²¹ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/sub. 2/1985/12.

²² Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/sub.2/1985/SR.14 , pp. 6, 12.

(2.3) ความเป็นเอกลักษณ์ของตนเอง

บทบัญญัติใน ILO Convention No. 169 ค.ศ. 1989 เกี่ยวกับชนท้องถิ่นดั้งเดิม ได้กำหนดให้ความเป็นเอกลักษณ์ของชนท้องถิ่นดั้งเดิม หรือชาวเผ่าเป็นมาตรฐานขั้นพื้นฐานที่ต้องได้รับการยอมรับและได้มีการนำเรื่องของความรู้สึกนึกคิดในความเป็นชุมชน (The sense of community) มาพิจารณาว่าควรใช้กับชนกลุ่มน้อยด้วย สาเหตุเนื่องจากต้องการแก้ไขความทุกข์ยาก เดือดร้อนจากการที่ทหารนาซีของเยอรมันกระทำการหาผลประโยชน์จากประเทศเพื่อนบ้าน และต่อมามีชนกลุ่มน้อยจากดินแดนต่างๆ มากขึ้น ซึ่งกรณีนี้จะแตกต่างจากแนวคิดของฝ่ายตะวันตกที่เน้นการปกครองในรูปของกลุ่ม จึงต้องมีความเป็นชุมชนเกิดขึ้น ซึ่งทำให้เกิดแนวคิดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของแต่ละภูมิภาคที่เหมือนกันหรือแตกต่างกัน

การกำหนดมาตรฐานของนิยามชนกลุ่มน้อยเป็นสิ่งสำคัญสำหรับการยอมรับชนกลุ่มน้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากไม่กำหนดเช่นนั้นจะเกิดความสับสนขึ้นเนื่องจากกลุ่มต่างๆ ทุกชนิดจะเรียกร้องการปกป้องคุ้มครองทุกประเภทตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

จากการกำหนดคำนิยามชนกลุ่มน้อยให้หมายถึง กลุ่มที่ต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองมากกว่าดังกล่าวนั้น แบ่งออกเป็น 5 กลุ่มได้ ดังนี้

1. กลุ่มชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous Population)

อนุสัญญาแรงงานสากลระหว่างประเทศ (The International Labour Organization : ILO Convention 1957) No.107²³ ได้รับรองชนท้องถิ่นดั้งเดิมและชาวเผ่า รวมทั้งกำหนดสิทธิไว้

รายงานจากคณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติยอมรับว่าความเป็นอยู่ที่พิเศษของชนท้องถิ่นดั้งเดิมได้รับการสืบทอดทางประวัติศาสตร์ถึงสิทธิในที่ดิน รวมทั้งสิทธิแตกต่างในด้านกลุ่ม

²³ R.Barsh, "Indigenous Populations : An Emerging Object of International Law", 80 Am.J.Int'l L.369, 1986.

ชนท้องถิ่นดั้งเดิมซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยเองก็เห็นว่าโดยความเป็นจริง พวกเขา มีความแตกต่างจากชนกลุ่มใหญ่และต้องการได้รับสิทธิที่แตกต่างจากสังคม อื่นๆ และจากกฎหมายระหว่างประเทศ²⁴

ประชาคมโลก (The International Community) กำหนด คำนิยามเกี่ยวกับชนท้องถิ่นดั้งเดิม²⁵ เพื่อจุดมุ่งหมายในการดำเนินการระหว่าง ประเทศที่อาจจะมีผลกระทบต่อความคงอยู่ในอนาคต ดังนี้

ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม หมายถึง ชุมชนที่ประชาชนและเชื้อชาติ มีความต่อเนื่องทางประวัติศาสตร์ในอาณาเขตดินแดนก่อนการรุกรานและ การล่าอาณานิคม นำพัฒนาการมาสู่ดินแดนเหล่านี้และมีความแตกต่างจาก สังคมอื่นๆ มีรูปแบบที่ไม่ใช่ส่วนที่เด่นของสังคมได้รับการตัดสินใจโดยนุรักษ์ อาณาเขตดินแดนที่เป็นเขตบรรพบุรุษถ่ายทอดความเป็นเอกลักษณ์ทางชาติพันธุ์ รูปแบบ ประเพณี องค์กรสังคม และระบบกฎหมายที่เป็นของตนเองให้คงอยู่ เพื่อดำรงต่อไปสู่ชนรุ่นต่อไปในอนาคต

Rodolfo Stavenhagen คณะทำงานใน Special Rapporteur ขององค์การสหประชาชาติ²⁶ ได้ให้ความหมายประชากรชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous Populations) ว่าหมายถึงผู้อยู่อาศัยดั้งเดิมของอาณานิคม ผู้ซึ่งโดยทั่วไปตามประวัติศาสตร์แล้วถูกปราบปรามหรือถูกล่าดินแดนโดยผู้อื่น และต้องเสียอำนาจอธิปไตยไป รวมทั้งตกเป็นผู้อยู่ใต้ปกครองของสังคมส่วนใหญ่ และรัฐโดยไม่มีส่วนร่วมหรือไม่เป็นตัวแทนในทางการเมืองและยังเป็นเหยื่อของ สิทธิพื้นฐานต่างๆ

²⁴ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN. 4/Sub.2/1986/7, Add.1 (Vol.2).

²⁵ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN.Doc. E/CN. 4/Sub.2/1986/7, paras.373 - 76.

²⁶ Commission on Human Rights "Indigenous, Fifty - fourth Session, Item 23 of the Provisional agenda", Report of the working group established in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/32, E/CN. 4/1998/106, (New York : The United Nations, 15 December 1997), pp. 1-12. (Mimeographed.)

จากสถานะความเป็นผู้ได้ปกครองนี้ ทำให้ถูกล่วงละเมิดในสิ่งต่างๆ รวมทั้งการบริการทางสังคม และแรงกดดันในการถูกยึดดินแดน และทรัพยากรที่ทำมาหากินได้อย่างถาวร โดยมีสาเหตุ²⁷ จากการที่ชนท้องถิ่นดั้งเดิมตกเป็นเหยื่อของวัฒนธรรม และได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการถูกรุกล้ำความเป็นเอกราชโดยการอ้างความเป็นรัฐชาติ ข้อเรียกร้องในรูปแบบต่างๆ คือ

1. ความเป็นเอกราชของอาณานิคม (the territorial sovereignty)
2. ความเป็นหนึ่งเดียวของเชื้อชาติ (a unified nationality) ภายใต้การบริหารขององค์กรของรัฐบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งชนท้องถิ่นดั้งเดิม จะมีสิทธิเป็นเจ้าของเอกราชและเชื้อชาติของตนเองได้ต้องขึ้นอยู่กับประวัติศาสตร์ ประเพณี และความเป็นตัวของตัวเอง อย่างไรก็ตาม สิ่งทีหสึกลี้งไม่ได้คือหน้าที่ในการเสียภาษีหรือการเป็นทหาร ความกักตื้อต่อชาติและการศึกษา

ความเดือดร้อนเสียหายโดยทั่วไป ส่วนใหญ่มาจากการรวมกลุ่มของสังคมชนกลุ่มใหญ่จากความทันสมัย ในขณะที่ชนกลุ่มน้อยกลับล้าหลังลงในเรื่องของการอยู่อาศัย และถูกมองว่าเป็นสังคมของชนชั้นมนุษย์ดั้งเดิมซึ่งแยกตัวออกจากกระบวนการพัฒนาสู่สังคมสมัยใหม่ รวมทั้งการใช้เครื่องจักรแทนแรงงาน ทำให้ชนท้องถิ่นดั้งเดิมไม่ได้รับการยอมรับเข้าสู่สังคมเท่าใดนัก เว้นแต่เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายภายในอนุญาตให้และการปกป้องคุ้มครองเป็นเรื่องของดุลพินิจไม่ใช่เป็นหน้าที่ของรัฐในการผูกพันรับรู้ถึงสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิมดังกล่าว ชนท้องถิ่นดั้งเดิมจะถูกแบ่งแยกวัฒนธรรมหรือการข่มขู่ด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงได้มีการเรียกร้องขอความช่วยเหลือโดยวิธีการต่างๆ เกี่ยวกับสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองในความเป็นอยู่ของกลุ่มชาติพันธุ์ ทั้งโดยส่วนตัว และกลุ่มต่างๆ รวมทั้งปัญหาการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ซึ่งข้อเรียกร้องของรัฐได้พยายามผลักดันการเรียกร้องของชนท้องถิ่นดั้งเดิมไปสู่ช่องทางขององค์กรอิสระที่ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ (non governmental channels)

²⁷ James Crawford, ed., *The Rights of Peoples* (Oxford: Clarendon Press, 1992), pp. 17 – 37.

Richard Von Weisacker ประธานาธิบดีของประเทศเยอรมันตะวันตกได้กล่าวข้อคิดเห็นที่ Bundestag ในวาระครบรอบ 40 ปีหลังสงครามโลกครั้งที่สองว่า “เราจะค้นหาความสามัคคีปรองดองสำหรับเหตุผลที่เหมาะสม เราต้องเข้าใจว่าไม่อาจจะเกิดความสามัคคีปรองดองได้ถ้าปราศจากความทรงจำ การลืมเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นทำให้เกิดความหลงผิดตลอดไป ความลับของการกลับคืนสู่ความสามัคคีปรองดองขึ้นอยู่กับความทรงจำทำนองเดียวกันเราไม่สามารถมีความสัมพันธ์กับชนท้องถิ่นดั้งเดิมได้ตราบดีที่ยังคงมีความเป็นนามธรรมที่เต็มไปด้วยความอยุติธรรม อีกทั้งมีประวัติศาสตร์ความเป็นมาโดยเฉพาะแต่กลับถูกแวดล้อมด้วยความทันสมัย การพัฒนาพลเมือง ถ้าไม่ยอมรับและเข้าใจประวัติศาสตร์ก็ยากที่จะมีการตอบสนองต่อข้อเรียกร้องที่เหมาะสม ในทางกลับกันเราต้องการสัดส่วนความเหมาะสมที่จะให้คำจำกัดความ ความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองสมัยใหม่กับสังคมดั้งเดิมที่รวมเรียกว่า “ชนท้องถิ่นดั้งเดิม”²⁸

เมื่อพิจารณาถึงการแสดงออกด้านรูปธรรมแล้ว คำนิยามที่ใช้กับชนกลุ่มน้อยจะเน้นเรื่องความเป็นลักษณะเฉพาะของกลุ่ม (the distinctiveness of the group) และการตัดสินใจคงไว้ในรูปลักษณะที่แตกต่าง (determination to maintain its separate identity)²⁹ ส่วนชนท้องถิ่นดั้งเดิมจะเน้นเรื่องความต่อเนื่องทางประวัติศาสตร์ (historical continuity) ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้เกิดความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างกลุ่มทั้งสองนี้ รวมทั้งเห็นว่าชนท้องถิ่นดั้งเดิมหมายถึงจำนวนประชากรส่วนที่เหลือจากการถูกทำลายล้าง แต่แม้จะมีการปฏิบัติต่อชนท้องถิ่นดั้งเดิมเหมือนเช่นชนกลุ่มน้อยในบางกรณีก็ตาม ชนท้องถิ่นดั้งเดิมยังเป็นกลุ่มชนผู้ด้อยโอกาสที่จำเป็นจะต้องได้รับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมที่ด้อยโอกาสจากรัฐ ซึ่งอย่างน้อยที่สุด

²⁸ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/L.1540. Para.31.

²⁹ The Discussion in the Human Rights Committee of Indigenous groups in Mexico under Article 27 of the Covenant, UN Doc.A/44/40 , 1989 , p. 30.

สถานะของเขาควรจะได้รับ การควบคุม ดูแลโดยชนบธรรมนิยมประเพณี
 ของเขาเอง และความสัมพันธ์ที่สืบเนื่องจากประวัติศาสตร์ในดินแดนที่อาศัยอยู่
 ก่อนที่ชนกลุ่มใหญ่ของประเทศจะเข้ามาครอบครอง การพัฒนากฎหมายและ
 ข้อเรียกร้องในส่วนที่เกี่ยวกับชนท้องถิ่นดั้งเดิมและชนกลุ่มน้อยจะต้อง
 ผิดแผกแตกต่างกันไป³⁰

ประเด็นเรื่องความเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิม มี 2 ความเห็น ดังนี้

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า ชนท้องถิ่นดั้งเดิมแม้เป็นชนกลุ่มน้อย
 ประเภทหนึ่ง แต่ก็มีลักษณะพิเศษในเรื่องความต่อเนื่องทางประวัติศาสตร์
 โดยเป็นผู้อาศัยดั้งเดิมก่อนการถูกรุกรานหรือถูกล่าดินแดน และเป็นส่วนที่เหลือ
 จากการถูกทำลายล้างตามความหมายขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งในความเป็น
 ชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้น จะเน้นในเรื่องของการอาศัยอยู่ก่อนการถูกรุกราน มิใช่
 การกำหนดการอาศัยอยู่ที่ใดที่หนึ่งชั่วระยะเวลาหนึ่งเป็นเกณฑ์ จึงจำเป็นต้อง
 ได้รับการชดเชยที่มากที่สุดกว่าชนกลุ่มน้อยอื่นๆ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับ
 ความเห็นนี้

ความเห็นที่สอง เห็นว่า ความเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมให้พิจารณา
 จากกลุ่มคนที่อาศัยอยู่ที่ใดที่หนึ่งชั่วระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งอาจจะเป็นระยะเวลา
 30 ปีขึ้นไป ก็ถือว่ามีความดั้งเดิมที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองสิทธิใน
 ความเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมได้แล้ว ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นนี้
 เพราะความเห็นนี้จะขัดกับหลักการของกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วย
 สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 ในเรื่องความมีอยู่เป็นอยู่ของ
 รัฐที่มีชนกลุ่มน้อย ตามที่ได้มีการแก้ไขร่างมาตรา 27 ว่า “In those states
 in which ethnic, religious or linguistic minorities exist” โดยมี
 เจตนาหลักเพื่อป้องกันการก่อตัวขึ้นใหม่ของชนกลุ่มน้อยอย่างไม่มีที่สิ้นสุด
 ซึ่งจะเกิดปัญหาชนกลุ่มน้อยที่ต้องปกป้องคุ้มครองสิทธิที่มากกว่า และหาก

³⁰ The Subcommission's agenda, “Discrimination against indigenous populations”, UN Doc. E/CN.4 sub.2/1985/SR, p. 14.

การถือกำหนดระยะเวลาเป็นเกณฑ์ในความเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมแล้ว กลุ่มชนเหล่านี้ก็จะได้รับการปกป้องคุ้มครองมากยิ่งขึ้นอีกตามข้อเรียกร้องสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ความเห็นนี้นอกจากจะขัดกับหลักการขององค์การสหประชาชาติแล้ว ยังอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งในเรื่องกำหนดระยะเวลา ซึ่งจะกลายเป็นการสร้างปัญหาที่ไม่สิ้นสุด การถือหลักเกณฑ์ความเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามความเห็นนี้ จึงไม่น่าจะเป็นไปได้

ข้อเรียกร้องสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิม³¹ แบ่งแยกออกเป็น 10 ประเภท ดังนี้

(1) การมีชีวิตอยู่รอด (Physical Survival)

ชนท้องถิ่นดั้งเดิมในหลายๆ ส่วนทั่วโลก ประสบกับปัญหาการถูกฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ซึ่งในอดีตและในปัจจุบันก็ยังคงมีอยู่ การกระทำที่ถือว่าเป็นการล้างเผ่าพันธุ์โดยตรงคือ การฆ่า ตลอดจนการกระทำใดๆ ที่มีเจตนาในการทำลายล้าง ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มเชื้อชาติ ชนชาติ สปีชีส์ หรือศาสนา เช่น การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม ทำร้ายร่างกาย หรือจิตใจอย่างรุนแรง ทรมาณร่างกายไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมดใช้มาตรการโดยตั้งใจมิให้มีการกำเนิดบุตร หรือสืบทอดทายาทในกลุ่มคนย้ายเด็กจากกลุ่มหนึ่งไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง เป็นต้น ดังจะได้กล่าวรายละเอียดในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษความผิดอาญาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ต่อไป

(2) การดำรงอยู่ของเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม (Cultural Survival and Cultural Identity)

แนวความคิดในการกำหนดค่านิยมของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) สอดคล้องกับแนวความคิดในการกำหนดค่านิยมของการ

³¹ Economic and Social Council, "Indigenous Issues, Human rights and indigenous issues", Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen, submitted pursuant to Commission resolution 2001/57, E/CN.4/2002/97, (4 February 2002), pp.13-24.

ทำลายล้างวัฒนธรรม (ethnocide) ซึ่งกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 ได้รับรองสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิมในวัฒนธรรมและลัทธิศาสนาซึ่งมักเกี่ยวข้องกับที่ดินที่ชนท้องถิ่นดั้งเดิมเรียกร้องอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีลักษณะเฉพาะเป็นของตนเอง

มีความสัมพันธ์โดยจิตวิญญาณในดินแดนของตน ชนท้องถิ่นดั้งเดิมอาศัยบนที่ดินที่มีใช้ยึดถือครอบครองในฐานะปัจเจกบุคคล แต่ได้อยู่เป็นชุมชนอันเป็นส่วนหนึ่งของชีวิต วัฒนธรรม บุคลิกภาพ ลัทธิศาสนาตลอดจนการปกครองตนเอง

(3) อำนาจอธิปไตย (Sovereignty)

ชนท้องถิ่นดั้งเดิมบางกลุ่มได้รับอำนาจในการปกครองตนเอง เพราะเป็นคนกลุ่มใหญ่ (Majority) ในดินแดนนั้นๆ เช่น ประชาชนในติมอร์ตะวันออกและปาปัวตะวันตก แต่ถ้าชนท้องถิ่นดั้งเดิมเป็นชนกลุ่มน้อย (Minority) ก็จะไม่ได้รับอำนาจในการปกครองตนเอง และต้องการหลุดพ้นจากการเป็นอาณานิคม เพื่อจะได้อธิปไตยเป็นของตนเอง เช่น ดินแดนอาณานิคมในแปซิฟิกตอนใต้ซึ่งเป็นของฝรั่งเศสและอเมริกา

(4) สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination)

โดยทั่วไปการตัดสินใจด้วยตนเอง เป็นการอนุญาตให้ประชาชนมีทางเลือกจากการถูกดูดกลืนเข้าไปในอีกชนชาติหนึ่ง รวมถึงการได้รับอิสระในอำนาจอธิปไตย จึงควรเปิดโอกาสให้ชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีอำนาจในการตัดสินใจด้วยตนเองดังเช่นประชาชนทั่วไป มิใช่การกีดกันหรือการเลือกปฏิบัติ (discrimination)

(5) การปกครองตนเอง (Self - Government)

อำนาจในการปกครองตนเองเป็นสิ่งที่ชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีความเป็นไปได้ที่จะได้รับมากกว่าการได้รับอำนาจอธิปไตย เช่น การมีอำนาจในการปกครองตนเองในดินแดน มีรัฐบาล ท้องถิ่น หรือมีสภาหมู่บ้าน สภาดำบล เป็นต้น

(6) สิทธิในที่ดิน (Land Rights)

การเรียกร้องสิทธิในที่ดินเป็นประเด็นหลักในการเรียกร้องของชนท้องถิ่นดั้งเดิม ไม่ว่าในระดับชาติหรือนานาชาติ วัฒนธรรม ลัทธิศาสนา และวิถีชีวิตได้ผูกพันกับที่ดินอันเป็นดินแดนที่ครอบครองอยู่เพราะประชาชนที่เรียกร้องสิทธิส่วนใหญ่เป็นผู้ที่ครอบครองและเป็นเจ้าของอยู่ก่อนแล้วถูกรุกราน

(7) การควบคุมที่ดินและทรัพยากรในดิน (Control of Land and its Resources)

การอนุญาตให้อยู่อาศัยบนที่ดินไม่เป็นที่เพียงพอตามเจตนารมณ์ การเรียกร้องสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิมได้รวมถึงอำนาจในการควบคุมที่ดินมิให้ผู้ใดมารบกวน การควบคุม การพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติในผืนดิน การทำเหมือง การท่องเที่ยว หรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทั้งในทางกายภาพและสังคม

อย่างไรก็ตาม แม้มีการยอมรับรูปแบบการถือครองที่ดินของปัจเจกบุคคลก็ตาม แต่ก็มี การต่อต้านอำนาจการควบคุมที่ดินของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม เพราะมีผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้องและผลประโยชน์ของชาติ

(8) ค่าชดเชย (Compensation)

การเรียกร้องสิทธิในที่ดินเป็นการเรียกร้องสิทธิเพื่อล้างบาป และชดใช้ค่าเสียหายอย่างหนึ่ง เพราะว่าเป็นไปไม่ได้ที่ชนท้องถิ่นดั้งเดิมหลายๆ แห่งจะได้รับที่ดินที่สูญเสียไปคืน เมื่อไม่สามารถเรียกร้องสิทธิในที่ดินอันเป็นดินแดนจารีตประเพณี (traditional lands) คืน จึงมีการเรียกร้องสิทธิในรูปแบบอื่น เช่น การได้รับที่ดินผืนใหม่ทดแทน การชดใช้ค่าเสียหาย ค่าทดแทน หรือค่าชดเชย หรือค่าบริการที่ได้สูญเสียที่ดินจากการรุกรานในอดีต การเรียกร้องนี้มีขึ้นเป็นเรื่องสวัสดิการหรือการกุศลแต่ถือว่าเป็นสิ่งที่จะต้องได้รับในฐานะเป็นค่าเสียหายและเพื่อความยุติธรรม

(9) ปราศจากการเลือกปฏิบัติ (Non — Discrimination)

การเรียกร้องสิทธิในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และความเสมอภาคในการได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายไม่เพียงเฉพาะแก่ชนท้องถิ่นดั้งเดิม

แต่รวมถึงสมาชิกในแต่ละกลุ่มทุกกลุ่มอันเป็นสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

(10) การได้รับความอนุเคราะห์เป็นพิเศษ (Affirmative Action)

ILO Convention No. 107 กำหนดให้รัฐต้องมีมาตรการให้ชนท้องถิ่นดั้งเดิมได้รับสิทธิประโยชน์และโอกาสที่เท่าเทียมกับประชาชนอื่น ๆ ได้รับการพัฒนาและยกมาตรฐานความเป็นอยู่ หากเงื่อนไขทางสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรม ได้ขัดขวางประชาชนมิให้ได้รับประโยชน์จากกฎหมายทั่วไปแล้ว จะต้องมีการพิเศษที่จะคุ้มครองสถาบัน ทรัพย์สิน และแรงงานของประชาชนพลเมือง มาตรการพิเศษในการคุ้มครองจะต้องไม่เป็นการกีดกันในการแยกพลเมืองต่างผิวออกจากหาก สิทธิในการปราศจากการเลือกปฏิบัติ สิทธิในการที่จะได้รับการรับรอง ไม่ใช่สิทธิเฉพาะพิเศษสำหรับชนท้องถิ่นดั้งเดิมเท่านั้น แต่เป็นสิทธิโดยทั่วไปของประชาชน

การเรียกร้องสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิมในระบบกฎหมาย เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในนามของประชาชน มิใช่เฉพาะกลุ่มชนท้องถิ่นดั้งเดิมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง การเรียกร้องสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิมบางครั้งอาจจะรุนแรงกว่ากลุ่มอื่น ๆ เพราะชนท้องถิ่นดั้งเดิม จะถูกเอารัดเอาเปรียบมากที่สุด ในสังคมและระบบเศรษฐกิจ สิทธิในที่ดินเป็นเพียงเครื่องมือเพื่อให้ได้รับความเท่าเทียมในสังคมและเศรษฐกิจ มิให้มีสถานะที่แตกต่างในฐานะที่เป็นพลเมืองชั้นสองอันแตกต่างจากพลเมืองทั่วไป โดยมีสิทธิในการตัดสินใจในทางการเมืองของตนเองด้วย

2. กลุ่มชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษา (Ethnic, Religious and Linguistic Group)

กลุ่มทั้ง 3 กลุ่มนี้ ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 ซึ่งทั้ง 3 สิ่งนี้เป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งทางด้านรูปธรรมของชนกลุ่มน้อย เมื่อมีสิ่งใดที่ขัดแย้งกับกลุ่มอื่น ๆ แล้ว ประชาชนที่เป็นชนกลุ่มน้อยซึ่งมี ชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษาของตนเองจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครอง อย่างไรก็ดีตาม มีปัญหา

บางประการที่เกี่ยวข้องกับความหมายของคำเหล่านี้ ดังนี้

(1) **ชาติพันธุ์ (Ethnic)** ตั้งแต่ปี ค.ศ.1950 และอนุสัญญา ILO ค.ศ.1957 ค.ศ.1989 และ ค.ศ.1991 ได้มีการใช้คำว่า “ชนกลุ่มน้อยทางชาติพันธุ์” (ethnic minorities) มากกว่าคำว่า “ชนกลุ่มน้อยทางสีผิว” (racial minorities)³² ซึ่งการใช้คำว่าชาติพันธุ์ (ethnic) แทนคำว่าสีผิว (racial) เกิดจากการประชุมคณะอนุกรรมการครั้งที่ 3³³ โดยพิจารณาความเป็นจริงทางด้านชีวภาพ วัฒนธรรม และประวัติศาสตร์ ในขณะที่คำว่า racial จำกัดเฉพาะการพิจารณาด้านกายภาพเท่านั้น

นอกจากนี้ อนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องและการลงโทษความผิดอาญาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ได้บัญญัติถึงการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ว่าเป็นการกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายสัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว หรือศาสนาทั้งหมดหรือบางส่วนด้วย

ความแตกต่างระหว่างชาติพันธุ์และสีผิวยังไม่อาจกำหนดได้อย่างชัดเจน บางคนพยายามแยกความแตกต่างว่าสีผิวถือเป็นเรื่องรูปแบบทางกายภาพของปัจเจกบุคคลที่ถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์ ในขณะที่ชาติพันธุ์จะมีความหมายต่างๆ ที่กว้างขวางกว่ารูปแบบทางกายภาพ โดยถือเป็นกลุ่มชาติพันธุ์ที่เชื่อมโยงต่อเนื่องกันด้วยภาษา วัฒนธรรม หรือศาสนา มีประวัติศาสตร์ต่อเนื่องถึงปัจจุบัน³⁴ อย่างไรก็ตาม ได้มีการโต้แย้งถึงความแตกต่างระหว่างคำสองคำนี้ ซึ่งทางออกที่น่าจะดีกว่า คือ ควรให้คำ 2 คำนี้มีความเกี่ยวข้องกันเพื่ออุดช่องว่างในตราสารระหว่างประเทศให้บุคคลดังกล่าวได้รับการปกป้องคุ้มครองที่แท้จริง

ความเป็นเอกลักษณ์ของกลุ่มสีผิวมีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึง เช่น จำนวนประชากรในกลุ่มที่เป็นชนกลุ่มน้อย หรือประเด็นทางการเมือง

³² General Assembly, G.A.Res. 217 c (iii) , (Geneva:The United Nations,1948).

³³ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/sub.2/SR.48, (1950).

³⁴ N.Ruhashyankiko , *supra* note 9.

และเศรษฐกิจซึ่งประเดิมแรกนั้นอาจแก้ไขได้ โดยเพียงประกาศให้กลุ่มดังกล่าว มีสภาพเช่นเดียวกับพลเมืองส่วนใหญ่ของประเทศนั้น ๆ หรืออย่างน้อยก็เป็นกลุ่ม ๆ หนึ่งที่มีความสำคัญเหมือนกลุ่มอื่น ๆ ของประเทศ³⁵ ซึ่งขณะนี้เป็นวิธีการกำหนดกลุ่มสีผิวโดยแท้บางกลุ่ม (certain racial group) ยังไม่ชัดเจนเท่าใดนัก³⁶

(2) ศาสนา (Religious) สำคัญแห่งศาสนาของชนกลุ่มน้อย คือ ความผูกพันร่วมกันโดยความเชื่อในจิตวิญญาณร่วมกัน (Common spiritual beliefs) การเลือกปฏิบัติทางศาสนาได้เกิดขึ้นก่อนการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ. 1962

ในปี ค.ศ.1981 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้แก้ไขปฏิญญาว่าด้วยการกำจัดความขัดแย้งและการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากศาสนาหรือลัทธิความเชื่อในทุกรูปแบบ (Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief)³⁷ แต่สิ่งนี้ไม่ได้ช่วยในการให้คำนิยามของกลุ่มศาสนา เพราะปฏิญญานี้บัญญัติตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 18 และกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 18 ที่ให้ความสำคัญเฉพาะปัจเจกบุคคล จึงมีข้อสังเกตในเรื่องนี้ว่ากติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 อาจจะบัญญัติตาม มาตรา 18 ทั้งสองดังกล่าว โดยมาตรา 18 เน้นถึงปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องศาสนาของชุมชนชนกลุ่มน้อย (the problems of minority religious communities)³⁸ เช่น การก่อตั้งและ

³⁵ J.A. Sigler, *Minority Rights : A Comparative Analysis*, (1983), pp.5-10.

³⁶ T.Meron, *Human Rights Law Making in the United Nations*, (1986), chapter. 1.

³⁷ A.Krishnarwami, *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, 1960, quoted in E/CN. 4/Sub.2/200/Rev.1.UN pub.No.60.XIV.2.

³⁸ F.Capotorti, *supra note 11*, p.38.

บำรุงรักษาองค์กรศาสนา โรงเรียน และการปกป้องคุ้มครองพิธีกรรมและสถานที่ศักดิ์สิทธิ์โดยสรุปคำนิยามของศาสนายังขัดแย้งกันอยู่แม้ว่าจะให้ความสำคัญในเรื่องของความเชื่อในอำนาจของสิ่งศักดิ์สิทธิ์³⁹

(3) ภาษา (Linguistic) กลุ่มต่างๆ ยอมรับถึงภาษาต่างๆ ที่มีอยู่ แต่ปัญหาจะเกิดขึ้นในรัฐที่ใช้ภาษาพูดที่หลากหลายและมีภาษาท้องถิ่น⁴⁰ มีการอ้างปัญหาทางเศรษฐกิจเพื่อให้ภาษาทุกภาษาทั้งหมดเป็นที่ยอมรับ ในขณะที่บางประเทศได้อ้างถึงเหตุผลความจำเป็นที่ต้องมีภาษาหนึ่งภาษาใดเท่านั้นเป็นภาษาราชการเพื่อความเป็นปึกแผ่นของประเทศ⁴¹ และได้มีการพิจารณาถึงสิทธิของชนกลุ่มน้อยในการเรียนรู้และการเรียนการสอนในภาษาแม่ว่า ขอบเขตการใช้ภาษาของชนกลุ่มน้อยมักถูกจำกัดเนื่องจากไม่ได้ใช้ภาษาที่เป็นไปตามรูปแบบหรือใช้ได้แต่น้อยมากอันเป็นการจำกัดสิทธิในการศึกษาและการบริหารกระบวนการยุติธรรมของชนกลุ่มน้อย⁴² รัฐมีภาระรับผิดชอบในการให้ชนกลุ่มน้อยมีอิสระและพัฒนาภาษาและวัฒนธรรมเพื่อการศึกษา การสื่อสารและการสร้างสรรค์งานศิลปะในการเรียนรู้ภาษาของตน

3. ชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติ (National Minorities)

ผู้ร่างสนธิสัญญาแวร์ซายส์ (The Versailles Treaty) ไม่ยอมรับคำว่า “สัญชาติ” แต่ยอมรับเฉพาะชนกลุ่มน้อยด้านเชื้อชาติ ศาสนา และภาษา⁴³ โดยให้เหตุผล 2 ประการคือ

³⁹ W.P.Alston, Religion, 7 Encyclopaedia of Philosophy 140, (1967).

⁴⁰ M.Tabory, Language Rights as Human Rights, 10 Israel yearbook on Human Rights 167, (1980), see general.

⁴¹ F.Capotorti, *supra* note 18, p.39.

⁴² ความเห็นของผู้สังเกตการณ์จากสถาบันภาษาศาสตร์ ภาคฤดูร้อน ในวาระการประชุมครั้งที่ 5 ระหว่างวันที่ 25 - 31 พฤษภาคม 2542 ที่เมืองเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์.

⁴³ N.Feinberg, La Question des Minorities a le Conference de la paix de 1919 - 20 et l', Action Juive en Favuer de le Protection International des Minorities 91, 1929.

1. จากประสบการณ์ที่ผ่านมา ทำให้เกรงว่าจะเกิดความขัดแย้งทางสัญชาติ ทั้งนี้ เพราะชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติมีความประสงค์จะได้อำนาจอธิปไตยโดยสมบูรณ์ในอาณาเขตดินแดนที่อาศัยอยู่⁴⁴

2. ความเกรงกลัวว่าจะเกิดการกำจัดชนกลุ่มน้อยที่มีสัญชาติที่อ่อนแอที่สุด ตัวอย่างเช่น โรมานีย์ได้ละเมิดต่อ The Treaty of Berlin 1878 เกี่ยวกับการอนุญาตให้นับถือศาสนาตามลัทธิภายในของตนเองโดยประกาศว่าชาวอิวที่อาศัยอยู่ในประเทศให้ถือว่าเป็นชาวต่างชาติ (foreigner) และไม่อาจรับสิทธิประโยชน์ในฐานะเป็นพลเมืองของประเทศ (citizenship)⁴⁵

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นแกนนำในการแก้ไขปรับปรุงกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 รัฐเซีย ได้เสนอร่างดังนี้ว่า “รัฐต้องให้หลักประกันแก่ชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติในสิทธิเกี่ยวกับการใช้ภาษาท้องถิ่น ในการเป็นเจ้าของโรงเรียน ห้องสมุด พิพิธภัณฑ์ และองค์กรด้านจารีตประเพณี และการศึกษาตามสัญชาติ”⁴⁶ (The State shall ensure to national minorities the right to use their native tongue and to possess their national schools, libraries, museums and other cultural and educational institutions)

ข้อเสนอนี้เป็นเพียงหลักการพื้นฐานส่วนหนึ่งและยังไม่ครอบคลุมเพียงพอที่จะกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ได้ และได้มีการกล่าวอ้างเพื่อยกเลิกชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติ (national minorities) สีผิว (racial) และให้ใช้คำว่าชาติพันธุ์ (ethnic) แทน โดยถือว่าทั้งชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติและสีผิวเป็นส่วนหนึ่งของชนกลุ่มน้อยทางชาติพันธุ์⁴⁷

⁴⁴ J.Laponce, *The Protection of Minorities*, (1960), p.21.

⁴⁵ C.A. Macartney, *National States and National Minorities*, (1934), pp.4, 168.

⁴⁶ Economic and Social Council, *Commission on Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/L.222.

⁴⁷ Economic and Social Council, *Commission on Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/SR.368(1953), p. 14, E/CN.4/SR.369(1953), p. 7, E/CN.4/SR.370(1953), pp. 8-9.

ความพยายามของ The Committee of Government Experts of the Council of Europe 1973 เพื่อกำหนดตราสารเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติ (persons belonging to national minorities) ประสบความล้มเหลว ส่วนหนึ่งมาจากความมึนงงต่อการวางหลักเกณฑ์ของคำว่า National Minorities นั้น อาจจะมีการขยายหรือจำกัดเกินไปกว่าที่กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ซึ่งมีความเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ของคำว่าชนกลุ่มน้อยทางเชื้อชาติภายใต้มาตรา 27 ดังกล่าวจะทำให้เกิดความขัดแย้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในมุมมองที่ยังไม่มีความชัดเจน⁴⁸ แม้ว่าจะมีตราสารบางฉบับ เช่น The Elles Right of International Provisions Protecting the Human of Non-Citizens⁴⁹ ได้ให้คำนิยามชนกลุ่มน้อยทางเชื้อชาติว่า “ชนกลุ่มน้อย” หมายถึง กลุ่มบุคคลที่มีความซื่อสัตย์จงรักภักดีต่อสัญชาติเดิมของตนยิ่งกว่าประเทศที่กลุ่มคนเหล่านี้อาศัยอยู่และมีสัญชาติของประเทศนี้ด้วย อีกทั้งมีความจงรักภักดีต่อประเทศที่ตนอาศัยอยู่น้อยกว่าชนกลุ่มใหญ่ของเจ้าของประเทศ และมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนชนกลุ่มใหญ่ของประเทศที่อาศัยอยู่ แต่เมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 27 แล้ว ก็ยังมีความสับสน

โดยเหตุที่ความหมายยังไม่ชัดเจนจึงยังไม่ได้รับการยอมรับ แต่อย่างน้อยที่สุดก็อนุโลมว่าการพิจารณาความเป็นชนกลุ่มน้อยให้พิจารณาถึง “สัญชาติ” (national) เพราะเนื่องจากเป็นคำที่ใช้มาตั้งแต่ประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะในยุโรปตะวันออกได้ใช้คำนี้มาโดยตลอดว่า “ชนกลุ่มน้อย” คือ สัญชาติต่างๆ (nationalities) ซึ่งไม่ตรงกับความหมายเท่าใดนัก⁵⁰

⁴⁸ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN. 4/1986/43 (1986), p. 3.

⁴⁹ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1 (1980), p. 25.

⁵⁰ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN 4/1989/38 , pp. 11-12.

4. กลุ่มอื่นๆ

ชนกลุ่มน้อยกลุ่มอื่นๆ ในความหมายทางสังคมวิทยามีอยู่มากมาย ตั้งแต่กลุ่มสตรี จนถึงกลุ่มรักร่วมเพศ หรือกลุ่มผู้อพยพจนถึงคนต่างด้าว ไม่มีตราสารในกฎหมายระหว่างประเทศใดๆ ให้ความคุ้มครองกลุ่มต่างๆ ดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ โดยถือว่าเป็นเรื่องกรอบอำนาจตามกฎหมายภายในที่จะให้ความคุ้มครองชนกลุ่มน้อยที่หมายรวมถึงบุคคลเหล่านี้และสิทธิต่างๆ นั้นเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ⁵¹

5. ความเป็นปัจเจกบุคคลและความเป็นกลุ่ม

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยจะเป็นเรื่องสิทธิของปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของกลุ่มยิ่งกว่าสิทธิของกลุ่มอย่างเดียวน มาตรา 27 มีวัตถุประสงค์จะให้หมายถึงสิทธิของบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อย (The rights of “persons belonging to such minorities”) ไม่ใช่สิทธิของชนกลุ่มน้อยทั้งหมด (the rights of minorities) มีเหตุผลที่สนับสนุนดังนี้⁵²

1. ความตั้งใจอย่างแข็งขันที่ไม่ให้บุคคลดังกล่าวมีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (international legal Personality) เพื่อมิให้บุคคลดังกล่าวเข้าถึงคณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชนได้โดยตรง

2. รูปแบบการนำเรื่องสิทธิมนุษยชนของปัจเจกบุคคลเข้าสู่องค์การสหประชาชาติ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่เคยเกิดขึ้นแล้วในสันนิบาตชาติ และเชื่อว่าวิธีการนี้จะลดปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นอย่างรุนแรงระหว่างรัฐกับชนกลุ่มน้อย

อย่างไรก็ตาม ในความเป็นปัจเจกบุคคลที่แสดงออกมา (individualist orientation) การใช้สิทธิของบุคคลดังกล่าวถือว่าเป็นเรื่องชุมชนกับสมาชิกอื่นๆ

⁵¹ Shaw, Genocide and International Law, in International Law at a Time of Perplexity Essays in Honour of Shabtai Rosenne (Dinstein, 1989), p.797.

⁵² L.B.Sohn, The Rights of Minorities, quoted in L.Henkin ed., The International Bill of Rights 270 (New York : Columbia University Press, 1981).

ในกลุ่ม (in Community with the other member of their group)

จากการที่ได้มีการกำหนดลักษณะนิยามของคำว่า “ชนกลุ่มน้อย” ที่แตกต่างกันหลากหลาย จึงเป็นสิ่งที่แสดงว่านิยามของคำว่าชนกลุ่มน้อย เป็นแก่นสารที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง (a central core) รูปแบบสำคัญที่สุด ก็คือชนกลุ่มน้อยจะต้องคงอยู่โดยเป็นกลุ่มแตกต่างที่ถูกแยกออกมา ตามที่ John Gottfred Ven Herder นักคิดเยอรมันซึ่งเกิดในปี ค.ศ. 1744 เป็นผู้เขียนหนังสือ “Outline of a Philosophy of the History of man” (1784 - 1791) ซึ่งอธิบายถึงวิวัฒนาการของประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของคน และลักษณะพิเศษของชาติ ว่าคุณค่าของชาติ แต่ละชาติอยู่ที่ต่างกัน มิใช่อยู่ที่เหมือนกัน ความแตกต่างกันนี้ทำให้เกิด ลักษณะเฉพาะของชาตินั้นๆ เพราะฉะนั้น สโลแกนของ Herder และกลุ่ม โรแมนติกยืนยัน Excellence of Diversity⁵³ คือความเป็นเลิศ แห่งความแตกต่างกัน หรือความยอดเยี่ยมของความแตกต่าง ถ้าหากทุกชาติ เหมือนกันหมดคงจะทำให้น่าเบื่อ ที่โลกนี้ยังน่าอยู่เพราะมีชนชาติหลากหลาย ต่างก็มีวัฒนธรรมของตนแตกต่างกันอยู่ ซึ่งจากหลัก Excellence of Diversity การศึกษาศิลปะพื้นบ้าน การศึกษาลักษณะพิเศษของชนชาติต่างๆ มาจากความคิดนี้ ความคิดนี้แหละที่ก่อให้เกิดความคิดชาตินิยมขึ้นมา แต่ชาตินิยมไม่ใช่หลงชาติแบบ Racism ชาตินิยมเป็นความรักในวัฒนธรรม และลักษณะพิเศษของแต่ละชาติ Herder เป็นนักคิดในเรื่องนี้ถือได้ว่าเป็น “บิดาของลัทธิชาตินิยม” ก็ได้ แต่ท่านเป็นนักชาตินิยมที่แท้คือเป็นคนที่มี วัฒนธรรมที่น่าเคารพนับถือ มิใช่อย่างที่ว่ายังเป็นนักชาตินิยมที่นิยมทำสงคราม ข่มกันในศตวรรษนี้ นอกจากนี้ ความเป็นชุมชนเป็นสิ่งที่มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย แม้จะมีบางสิ่งที่แตกต่างออกไป แต่ก็ยังต้องอนุรักษ์ถึงความเป็นเอกลักษณ์ ของชุมชนด้วย ซึ่งแม้ว่าความคิดเห็นเหล่านี้ ยังไม่อาจหาข้อสรุปเป็นยุติได้ แต่ในภาพรวมก็ได้รับรองความมีอยู่และให้การปกป้องคุ้มครองสิทธิของ

⁵³ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (Philosophy of Law), โครงการตำราและเอกสารประกอบ การสอน (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.232-233.

ชนกลุ่มน้อยดังจะกล่าวต่อไปในหัวข้อการให้ความคุ้มครองชนกลุ่มน้อยด้านสิทธิต่าง ๆ

ระบบกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองชนกลุ่มน้อย

โดยเหตุที่องค์การสหประชาชาติ เป็นองค์กรที่ดำเนินการโดยใช้ระบบกฎบัตรและระบบสนธิสัญญาเป็นพื้นฐาน จึงต้องพิจารณาถึงผลบังคับใช้ของตราสารขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย โดยได้กำหนดแนวทางโดยการออกตราสารต่าง ๆ ที่เน้นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล รวมทั้งความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ จึงจำเป็นต้องหามาตรการเสริมเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยให้รอดพ้นจากการถูกเลือกปฏิบัติ และส่งเสริมเอกลักษณ์ของชนเหล่านี้ด้วยเหตุนี้จึงมีการกำหนดสิทธิพิเศษของชนกลุ่มน้อย และจัดตั้งมาตรการต่าง ๆ เพื่อเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติไว้ในตราสารระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนรวมทั้งได้ดำเนินกระบวนการและกิจกรรมต่าง ๆ ในการคุ้มครองชนกลุ่มน้อย

1. ผลบังคับใช้ของตราสารขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย

นอกจากผลผูกพันของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติก็ได้กำหนดตราสารขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยด้วยเช่นกันกฎบัตรหรือตราสารหรือสนธิสัญญาขององค์การสหประชาชาติ บางตราสารก็มีลักษณะเป็นบทบังคับ (sanction) บางตราสารก็มีลักษณะเป็นการร้องขอ (claim) ให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องผูกพันตามลักษณะและเนื้อหาของตราสารนั้น ๆ

ตราสารหลักที่เป็นการบังคับให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องถือปฏิบัติตามกฎกติกา คือ กฎบัตรสหประชาชาติ อันมีผลบังคับทางกฎหมายรวมทั้งกำหนดกลไกในการกล่าวหาหรือเรียน (Legally binding, with a complaints mechanism) นอกจากนี้ยังมีตราสารอื่น ๆ ที่มีได้กำหนดบทบังคับไว้ในตราสาร

นั่นเอง แต่หากถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประเทศภาคีสมาชิกต้องถือปฏิบัติแล้ว ก็ต้องมีผลบังคับทางกฎหมาย และบังคับตามกฎหมายในการกล่าวหาหรือเรียนตาม ที่กฎบัตรสหประชาชาติรับรองไว้ ได้แก่ กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและปฏิญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติ ต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ.1965 (United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965) หรือตราสารที่กำหนดบทบังคับและกำหนดกลไกในการกล่าวหาหรือเรียนไว้ใน ตราสารนั้นโดยตรง เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษความ ผิดอาญาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948) และ อนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามและการลงโทษความผิดอาญาเกี่ยวกับการ แบ่งแยกสีผิว ค.ศ.1973 (Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973)

สำหรับตราสารอันมีผลบังคับทางกฎหมายแต่ไม่ได้กำหนดกลไกในการ กล่าวหาหรือเรียน (Legally binding, but no complaints mechanism) ในกรณีที่ไม่ถือว่าเป็นบทบังคับ และเป็นเพียงการร้องขอโดยเห็นว่ายังไม่ใช่สิทธิ ขั้นพื้นฐาน รวมทั้งไม่ได้กำหนดบทบังคับไว้ในตราสารโดยตรง ได้แก่ กติกา สากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1969 (Convention on the Rights of the Child 1969) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติทางการศึกษา 1960 (Convention against Discrimination in Education 1960)

สำหรับตราสารอันไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย (Not Legally binding) ได้แก่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปฏิญญาว่าด้วยความอคติทางเชื้อชาติ และสีผิว ค.ศ.1978 (Declaration on Race and Racial Prejudice 1978) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติ หรือชาติพันธุ์ ศาสนาและภาษา ค.ศ.1992 (Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic

Minorities 1992) ร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) ตลอดจนตราสารที่บัญญัติขึ้นอย่างเป็นทางการเพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ

ข้อสังเกต สำหรับตราสารอันมีผลบังคับทางกฎหมายนั้น ก็ยังมีข้อโต้แย้งว่า อาจเป็นการให้อำนาจองค์กรสหประชาชาติแทรกแซงกิจการภายในของแต่ละประเทศ หรือในทางตรงกันข้าม ก็ยังมีข้อโต้แย้งว่าตราสารดังกล่าวไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย กรณีนี้ จึงได้มีการนำเรื่องของสิทธิมนุษยชนให้เป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ยังได้มีความพยายามบัญญัติตราสารสิทธิมนุษยชนให้สามารถบังคับใช้ในทางปฏิบัติอย่างเป็นทางการเพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ

สาระสำคัญและรายละเอียดตราสารขององค์การสหประชาชาติ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยมีผลผูกพันบังคับใช้ในประเทศไทยอย่างไร หรือประเทศไทยยินยอมผูกพันเป็นประเทศภาคีสมาชิก ในตราสารขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยอย่างไร หรือตราสารที่ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก และมีสาระสำคัญของตราสารในการปกป้องคุ้มครองชนกลุ่มน้อยอย่างไร พิจารณาจากตราสารเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยต่าง ๆ ดังนี้

(1.) กฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ.1945 (Charter of The United Nations 1945.)

(2.) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948.)

(3.) กติกาสาทระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966 : ICCPR)

(4.) กติกาสาทระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966 : ICESCR)

(5.) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1969 (Convention on the Rights

of the Child 1969)

(6.) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติทางการศึกษา ค.ศ.1960 (Convention against Discrimination in Education 1960.)

(7.) ปฏิญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ.1963 (United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1963.)

(8.) อนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ.1965 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965.)

(9.) ปฏิญญาว่าด้วยความอคติทางเชื้อชาติและสีผิว ค.ศ.1978 (Declaration on Race and Racial Prejudice 1978.)

(10.) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษความผิดอาญา เกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948.)

(11.) อนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามและการลงโทษความผิดอาญา เกี่ยวกับการแบ่งแยกสีผิว ค.ศ.1973 (Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973.)

(12.) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติ หรือ ชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษา ค.ศ.1992 (Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities 1992.)

(13.) ร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.)

(14.) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา ค.ศ.1986 (Declaration on the Rights to Development 1986.)

(15.) ปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการเวียนนา ค.ศ.1993 (Vienna Declaration and Programme of Action 1993.)

(16.) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล กลุ่มบุคคล และองค์กรของสังคมในการส่งเสริม และคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างสากล หรือปฏิญญาว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998 (Declaration on the Rights and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms 1998.)

(17.) ปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเดอร์บัน (Declaration of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance : WCAR (Durban Declaration))

สาระสำคัญของตราสารแต่ละฉบับพิจารณาได้ดังนี้

(1.) กฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations 1945)

กฎบัตรสหประชาชาติถือเป็นแม่แบบหรือธรรมนูญ (Bill) ขององค์การสหประชาชาติที่ประกาศใช้เมื่อ ค.ศ.1945 เพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกทั้งหมดถือปฏิบัติ โดยมีได้อยู่ในรูปของสนธิสัญญา⁵⁴ อนุสัญญา⁵⁵ หรือความตกลงแต่อย่างใด⁵⁶ จึงมิได้ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐภาคีสมาชิกต่าง ๆ ดังเช่นภาคีสมาชิกตามสนธิสัญญา แต่เป็นการกำหนดให้เห็นถึงความจำเป็นในการรักษาสันติสุข การพัฒนา ตลอดจนคุณค่าในเชิงสิทธิมนุษยชนที่อาจ

⁵⁴ สนธิสัญญา (treaty) เป็นข้อตกลงสำคัญเป็นทางการที่กระทำโดยรัฐ มักเป็นความตกลงทางการเมือง คำว่าสนธิสัญญาเป็นชื่อเรียกข้อตกลงทั่วไปที่อาจมีชื่อเรียกต่าง ๆ สุดแต่แต่ลักษณะของตราสาร มิได้มีกฎเกณฑ์เฉพาะเจาะจงแน่ชัด

⁵⁵ อนุสัญญา (convention) ปกติใช้สำหรับเอกสารความตกลงทางการที่มีลักษณะพหุภาคีหรือเอกสารความตกลงที่สร้างขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศ ความตกลงเช่นนี้มุ่งให้มีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้น หรือเป็นการประมวลกฎหมาย

⁵⁶ สนธิสัญญาตามนัยแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ไม่จำกัดว่าจะเรียกชื่ออย่างไร เช่น พิธีสาร (protocol) กติกา (pact) กฎบัตร (charter) ปฏิญญา (declaration) ธรรมนูญ (statute) กระมสาร (act) บันทึกแลกเปลี่ยน (exchange of notes) บันทึกความตกลง (memorandum of agreement, modus vivendi และ compromis) เป็นต้น

ผูกพันแก่ภาคีสมาชิกในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ซึ่งการยอมรับสถานะความเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ มิได้ทำให้กฎบัตรสหประชาชาติเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย แต่จำกัดเฉพาะบทบัญญัติบางเรื่องที่น่าไปปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติเท่านั้น ซึ่งสิทธิมนุษยชนตามกฎบัตรสหประชาชาติที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณี มักเกิดขึ้นจากผลของหลัก “ความยุติธรรมตามธรรมชาติ” (natural justice)⁵⁷ อันเป็นสิ่งที่มีความสูงสุดในระบบ Common Law จึงได้รับการนับถือปฏิบัติมาในประเทศอังกฤษมาเป็นเวลาช้านาน และถือว่าเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติ เพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสอดคล้องกับหลัก natural justice ที่ได้รับการยอมรับโดยนานาประเทศ อันประกอบด้วย หลักสุจริต (good faith) หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) หลักความได้สัดส่วน (proportionality) และหลักที่จะไม่ถูกดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ (res judicata)

การห้ามปฏิบัติหรือการห้ามกระทำทารุณโหดร้าย (prohibition of torture) ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ตลอดจนการใช้หลักความเที่ยงธรรม (equity) รวมทั้งการยอมรับแนวทางที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติ โดยที่แต่เดิมแนวทางดังกล่าวยังมิได้มีสถานะเป็นกฎหมาย สนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ เช่น การออกแนวปฏิบัติ (guideline) ขององค์การสหประชาชาติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งในกรณีที่สนธิสัญญายังไม่มีผลบังคับใช้เป็นต้น⁵⁸ เช่น การปฏิบัติหรือการลงโทษบุคคลในลักษณะของการทรมาน ป่าเถื่อน โหดร้ายหรือผิดมนุษยธรรม การนำคนมาเป็นทาส การค้าทาส หรือบังคับเกณฑ์แรงงานการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเนื่องมาจากความแตกต่างทางชาติพันธุ์ หรือเชื้อชาติ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การมีสิทธิในชีวิตและ

⁵⁷ กมลชัย รัตนสกลวงศ์, “หลักกฎหมายวิธีสบัญญัติในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของกลุ่มประเทศ Common Law”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 15 (ธันวาคม 2528) : น.2-3.

⁵⁸ Peter Malanczuk, Akehurst's *Modern Introduction to International Law*, Seventh Revised Edition, 1997.

การดำรงชีวิตที่จะไม่ถูกฆ่าหรือกระทำด้วยประการอื่นใดที่ทำให้สิทธิในการดำรงชีวิตของตนสิ้นไป และการจำกัดอิสรภาพของบุคคล โดยได้รับรองสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจนและกว้างขวาง นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้ปัจเจกบุคคลมีสิทธิมีเสียงในเวทีกฎหมายระหว่างประเทศ

บทบาทของกฎบัตรสหประชาชาติเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อย⁵⁹ คือบทบาทของการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยที่จำเป็นต้องมีขั้นตอนในการกำจัดหรือลดการกระทำใด ๆ ที่เป็นการปฏิเสธความเท่าเทียมในสิทธิของบุคคลเพียงเพราะบุคคลดังกล่าวเป็นสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง อีกบทบาทหนึ่งคือการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยที่ต้องการให้ชนกลุ่มน้อยเรียกร้องการปฏิบัติที่แตกต่าง เพื่อจะได้มีการรักษาเอกลักษณ์ทางเชื้อชาติ ศาสนา และวัฒนธรรม ตามที่บัญญัติไว้ในส่วนอารัมภบท (Preamble) ที่เน้นในเรื่องสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination) ซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นไปได้มากกว่าการได้รับเอกราชโดยรวมถึงการจัดสรรจากรัฐบาลกลาง อำนาจในการปกครองตนเองในท้องถิ่น และการรวมตัวกัน ซึ่งสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองมิใช่เป็นของคนใดคนหนึ่ง แต่เป็นของประชาชนทั้งหมด (all people) และที่เน้นในเรื่องสิทธิที่เท่าเทียมกัน (equal rights) สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง และการไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา ศาสนา (มาตรา 1, มาตรา 13) อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองดังกล่าวก็มีข้อจำกัดอยู่สองประการ ดังนี้

1. การปฏิบัติอย่างแตกต่างจะกระทำได้ ก็ต่อเมื่อไม่ก่อให้เกิดอคติต่อสวัสดิภาพของสังคมโดยรวม
2. จะต้องไม่มีการกีดกันสมาชิกของชนกลุ่มน้อยที่ต้องการไปอยู่กับชนส่วนใหญ่ด้วยความสมัครใจเพราะการกีดกันนี้เป็นส่วนหนึ่งของการเลือกปฏิบัติ

ตามกฎบัตรสหประชาชาติหน้าที่หลักประการหนึ่งขององค์การสหประชาชาติ (ส่วนอารัมภบท) คือการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน และจัดตั้งองค์กร

⁵⁹ P. Alston, ed., *The United Nations and Human Rights : A Critical Appraisal* (Oxford : Clarendon Press, 1992), pp. 213 - 214.

ที่ทำงานด้านสิทธิมนุษยชนภายใต้การดำเนินงานของสหประชาชาติ (มาตรา 7, มาตรา 29) รวมทั้งมาตรการบังคับ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการสนับสนุนและปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมทั้งกฎบัตรและสนธิสัญญาองค์กรเหล่านี้ได้จัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นองค์กระหว่างประเทศในการกำหนดมาตรฐานด้านตราสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ตามที่บัญญัติไว้ให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องถือปฏิบัติทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค (มาตรา 56 - มาตรา 54) รวมทั้งการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติ (มาตรา 33 - มาตรา 38) โดยการแนะนำหรือกำหนดมาตรการ ซึ่งหากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ก็อาจมีการนำข้อพิพาทไปสู่กระบวนการพิจารณาโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (มาตรา 92) และกำหนดวิธีการให้คู่กรณีปฏิบัติ (มาตรา 94) ทั้งนี้เพราะประเทศภาคีสมาชิกเป็นภาคีแห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยพฤตินัย (มาตรา 93) และในกรณีที่สถานการณ์ทวีความรุนแรงยิ่งขึ้นโดยมีการดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ และการกระทำการรุกรานแล้วก็มีกำหนดมาตรการต่าง ๆ ตามความร้ายแรงแห่งกรณี เช่น อาจเริ่มจากการแนะนำหรือวินิจฉัย โดยไม่มีการใช้กำลังอาวุธ จนถึงการชะลอความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ การคว่ำบาตร การตัดความสัมพันธ์ทางการทูต จนถึงการใช้กำลังปิดล้อม จัดสรรอาวุธให้ภาคีสมาชิกร่วมมือช่วยเหลือเกี่ยวกับการใช้กองกำลังทหาร (มาตรา 39 - มาตรา 51) และต่อมามีการแปลงสิทธิที่บัญญัติไว้ให้เป็นพันธกรณีที่มีรายละเอียดมากขึ้นถ่ายทอดไปสู่ตราสารระหว่างประเทศ (International Instruments) เช่น กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) และกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966) และตราสารสิทธิมนุษยชนจำนวนมากภายใต้อาศักฎบัตรฉบับนี้เป็นพื้นฐาน

กรณีนี้จึงเป็นครั้งแรกของสหประชาชาติที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยปรากฏในตราสารระหว่างประเทศซึ่งมีขอบเขตการ

บังคับใช้เป็นการทั่วไป

สำหรับประเทศไทย นอกจากการเป็นภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติที่ต้องถือปฏิบัติตามกฎบัตรนี้ในฐานะเป็นธรรมนูญแล้ว ในส่วนของการอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในตามทฤษฎีวินัยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็ได้้นำแนวคิดในเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ สิทธิที่เท่าเทียมกันสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง และสิทธิอื่นๆ เป็นต้นมา บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย

(2) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948 : UDHR)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นตราสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน โดยตรงที่รับรองความอิสระศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (ส่วนอารัมภบท มาตรา 1 และมาตรา 6) การปราศจากการแบ่งแยกทางด้านเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา (มาตรา 2, มาตรา 18) ความเท่าเทียมกัน สิทธิในความเป็นอยู่ต่างๆ (มาตรา 3, มาตรา 8, มาตรา 10 - มาตรา 14, มาตรา 16) และการห้าม การทรมาน การจับกุม คุมขังโดยไม่ชอบ (มาตรา 5 และมาตรา 9) สิทธิในความคิด การชุมนุม การเลือกตั้ง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม สิทธิในการทำงาน การพักผ่อน การครองชีพ และสวัสดิการ (มาตรา 19 - มาตรา 29) ตามที่กฎบัตรสหประชาชาติได้บัญญัติเป็นธรรมนูญไว้ รวมทั้งเรื่องของการถือสัญชาติ (มาตรา 15) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการรักษาเอกลักษณ์ การมีส่วนร่วม การได้รับความคุ้มครอง ศิลปะ วัฒนธรรม และศาสนา ตลอดจนการประดิษฐ์ทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรมและศิลปะ ซึ่งตนเป็นเจ้าของ (มาตรา 27) ซึ่งต้องได้รับการพัฒนาอย่างเต็มที่และโดยอิสระ

อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 27 ดังกล่าว จะบัญญัติรับรองสิทธิไว้ก็ตาม แต่จากการแบ่งแยกประเภทของสิทธิเด็ดขาดอันถูกต้องชอบธรรม (Justiciable Human Rights) กับสิทธิไม่เด็ดขาด (Non-Justiciable Human Rights) แล้ว ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงได้บัญญัติในการให้หลักประกัน ถึงการยอมรับ การเคารพในสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับ

ศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อยของประชาชนชาติสวัสดิการโดยทั่วๆ ไป ในสังคมประชาธิปไตย ซึ่งไม่ขัดกับวัตถุประสงค์และหลักการแห่งสหประชาชาติ (มาตรา 29 และมาตรา 30)

อย่างไรก็ตาม แม้กฎบัตร หรือปฏิญญา เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะเป็นธรรมณูญ ซึ่งถือได้ว่าประเทศภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติเป็นภาคีสมาชิกของปฏิญญานี้ รวมทั้งประเทศไทยด้วยอันมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหากรัฐใดไม่เห็นด้วยกับแนวปฏิบัติในเรื่องใด ๆ รัฐนั้นก็สามารรถคัดค้านแนวปฏิบัติดังกล่าวได้ และผลจากคำคัดค้านหรือแนวปฏิบัติที่เป็นการคัดค้านดังกล่าวจะทำให้รัฐนั้นไม่จำต้องผูกพันตามแนวปฏิบัติที่ถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

สำหรับประเทศไทย ก็ได้้นำแนวคิดตามตรรกานี้ ซึ่งมีฐานะเป็นธรรมณูญมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

(3) กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)

กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองบัญญัติขึ้นตามที่กฎบัตรสหประชาชาติได้รับรองไว้ ที่สำคัญคือสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination) (มาตรา 1) การไม่เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ภาษา (มาตรา 2) เพื่อให้สิทธิในเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมเพื่อให้สิทธิของกลุ่มและสิทธิของปัจเจกบุคคลมีความสอดคล้องกัน ข้อห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การกระทำทารุณโหดร้าย การค้าทาส (มาตรา 1 - มาตรา 8 และ มาตรา 20) ซึ่งได้บัญญัติเป็นบทเฉพาะในตราสารเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอื่นๆ รวมทั้ง การจับกุมคุมขัง การลิดรอนสิทธิ (มาตรา 9 และมาตรา 10) เรื่องของคนต่างด้าว (มาตรา 13) การลงโทษทางอาญา (มาตรา 15) และกำหนดให้มีกลไกบังคับให้เป็นไปตามกติกา โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหน้าที่ในการจัดทำข้อเสนอแนะ และรายงานการปฏิบัติตามพันธกรณีของ

ประเทศภาคีสมาชิก เพื่อตรวจสอบการปฏิบัติตามกติกาของประเทศภาคีสมาชิก ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

บทบัญญัติเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยที่มีผลผูกพันและได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางที่สุดคือ มาตรา 27 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในรัฐทั้งหลายที่มีชนกลุ่มน้อยทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือภาษา บุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยดังกล่าว ต้องไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในการดำรงไว้ซึ่งวัฒนธรรมของตน การนับถือและประกอบพิธีกรรมทางศาสนา หรือใช้ภาษาของตนร่วมกับสมาชิกอื่นๆ ในชุมชน” (In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.)

กติกา มาตรา 27 นี้ให้สิทธิชนกลุ่มน้อยสามารถมีเอกลักษณ์ทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือภาษา รวมทั้งสิทธิในการอนุรักษ์และพัฒนาเอกลักษณ์ดังกล่าวตามความประสงค์ อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 27 จะกล่าวถึงสิทธิของชนกลุ่มน้อยในรัฐที่พวกเขาอาศัยอยู่แต่ในทางปฏิบัตินั้น ไม่มีผลบังคับให้รัฐต้องยอมรับชนกลุ่มน้อยอย่างเป็นทางการ

กติกา มาตรา 27 ไม่ได้เรียกร้องให้รัฐต้องจัดทำมาตรการพิเศษ แต่รัฐทั้งหลายที่ให้สัตยาบันและเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกมีพันธกรณีที่ควรรับรองว่าบุคคลทุกคนภายใต้กฎหมายของรัฐดังกล่าวพึงพอใจและได้ใช้สิทธิของตน ซึ่งอาจต้องมีมาตรการพิเศษเพื่อแก้ไขความไม่เท่าเทียมทั้งปวงที่ชนกลุ่มน้อยได้รับ⁶⁰

ข้อสังเกตที่เกิดจากกติกาสถาปัตยกรรมระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 ในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นชนกลุ่มน้อย

⁶⁰ ข้อคิดเห็นทั่วไป ฉบับที่ 18 (37) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน โปรดดูรายละเอียดในเอกสารสหประชาชาติที่ HRI/GEN/I ที่ 4 กันยายน 1992.

และการคุ้มครองสิทธิยังมีอีกหลายประเด็น เช่น

1. ในขณะที่บทบัญญัตินี้มีความชัดเจนในการยอมรับความเป็นชนกลุ่มน้อยและการมีเอกลักษณ์ที่แตกต่าง แต่ไม่ได้มีการบัญญัติให้สิทธิไว้ในรูปของสิทธิของกลุ่ม (Group rights) แต่เป็นสิทธิที่ให้แก่แต่ละบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อย ซึ่งแนวทางที่ไม่ให้ชนกลุ่มน้อยอ้างสิทธิของกลุ่มในการคงไว้ซึ่งความเป็นเอกลักษณ์มีดังนี้⁶¹

“การให้สิทธิและสถานะทางกฎหมายแก่ชนกลุ่มน้อยจะเป็นการเพิ่มความขัดแย้งระหว่างชนกลุ่มน้อยกับรัฐ โดยชนกลุ่มน้อยในฐานะที่เป็นกลุ่มจะแสดงความเป็นตัวแทนของชนกลุ่มหนึ่งในสังคม ในขณะที่รัฐเองก็เป็นตัวแทนของประชาชนทั้งหมดในประเทศ นอกจากนี้ เสรีภาพของบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อย ในการที่จะเลือกแปลงไปอยู่กับชนกลุ่มใหญ่ด้วยความสมัครใจ หรือยังคงรักษาเอกลักษณ์ที่แตกต่างไว้ก็จะถูกลดทอนลงโดยกลุ่มองค์กรของชนกลุ่มน้อย เนื่องจากกลุ่มองค์กรของชนกลุ่มน้อยเองก็พยายามรักษาความเป็นเอกภาพและความเข้มแข็งของกลุ่มไว้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม หัวใจหลักของมาตรา 27 ก็ยังอยู่ที่การรักษากลุ่มเอาไว้ คณะกรรมาธิการด้านสิทธิมนุษยชนได้ให้ความเห็น ในปี ค.ศ.1994 ว่า แม้สิทธิดังกล่าวจะเป็นการมอบให้แก่บุคคล แต่การคุ้มครองให้สิทธินั้นก็เพื่อเป็นหลักประกันว่า วัฒนธรรม ศาสนา และเอกลักษณ์ทางสังคมของชนกลุ่มน้อยจะยังคงอยู่รอดและพัฒนาไปได้อย่างต่อเนื่อง ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมแก่สังคมทั้งหมด”

Mr. Patrick Thornberry⁶² ได้ให้คำนิยามสิทธิในมาตรา 27 ว่า “...เป็นสิทธิพิเศษระหว่างสิทธิของบุคคลและสิทธิของกลุ่มที่เป็นไปตาม

⁶¹ F.Capotorti, “Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities”, (New York : The United Nations, 1991), p.35, quoted in Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN. 4/sub.2/384/Rev.1, 1979.

⁶² General Comment No. 23. (50), UN Doc. CCPR/C/21 Rev. 1/Add 5, reprinted in (1994) 15 Human Rights LJ 234. (1994).

ความต้องการของ “สมาชิก” สิทธิของสมาชิกในชนกลุ่มน้อยไม่ได้แสดงออกอย่างโดดเด่นเดียว การปฏิบัติทางวัฒนธรรม ศาสนา และภาษาเป็นการปฏิบัติของกลุ่มบุคคลในกลุ่มที่มีสิทธิแบบเดียวกัน ดังนั้น สิทธิดังกล่าวจึงเป็นประโยชน์แก่บุคคล แต่ต้องแสดงออกโดยกลุ่ม”

โดยเหตุที่ชนกลุ่มน้อยไม่มีสถานะเป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือแม้แต่ในแผนคุ้มครองชนกลุ่มน้อยขององค์การสันนิบาตชาติ และกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27⁶³ แต่ในอีกด้านหนึ่ง เมื่อรัฐต่างๆ ต้องเสนอรายงานเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยให้แก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็ได้ให้ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพการณ์ของชนกลุ่มน้อยในลักษณะของกลุ่มชนมากกว่าที่จะนำเสนอในรูปของบุคคล ซึ่งแนวปฏิบัตินี้สนับสนุนต่อแนวความคิดว่า มาตรา 27 เป็นบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของชนกลุ่มน้อยในสถานะที่เป็นกลุ่มชน⁶⁴

นอกจากนี้ยังมีสิทธิเฉพาะอื่นๆ ที่บัญญัติในกติกาสากลระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิผสมแต่ไม่ได้เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยเป็นการเฉพาะ เช่น เสรีภาพในการรวมกลุ่ม (มาตรา 21) และตั้งสมาคม (มาตรา 22) ซึ่งเป็นสิทธิที่ให้แก่บุคคล แต่การแสดงออกของสิทธิเป็นเรื่องของกลุ่มสิทธิในการแสดงเสรีภาพในทางศาสนาต่อสาธารณะ (มาตรา 18) ก็เป็นสิทธิของกลุ่มที่มอบให้แก่บุคคลเช่นเดียวกัน

2. บทกล่าวนำของมาตรา 27 แสดงให้เห็นถึงการหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงการเป็นชุมชนของชนกลุ่มน้อยภายในประเทศ ประเทศจำนวนมาก โดยเฉพาะในแถบลาตินอเมริกาไม่ต้องการให้มีการยอมรับต่อการเป็นอยู่มีอยู่ของชนกลุ่มน้อย หรือประเทศออสเตรเลียและฝรั่งเศส โดยฝรั่งเศส

⁶³ L. B. Sohn , *supra* note 52, p. 274.

⁶⁴ F. Ermacora , *supra* note 14, p. 323.

ได้ตั้งข้อสงสัยในการให้สัตยาบันต่อกติกาสากลระหว่างประเทศนี้ว่ามาตรา 27 จะไม่มีผลผูกพันกับฝรั่งเศส เนื่องจากความเป็นสาธารณรัฐ⁶⁵ จึงไม่มีชนกลุ่มน้อย อย่างไรก็ตามได้มีการโต้แย้งว่า การที่จะมีชนกลุ่มน้อยในประเทศใดหรือไม่ นั่นไม่ได้ขึ้นอยู่กับการศึกษาของประเทศนั้นว่าจะให้มีได้หรือไม่⁶⁶

3. มาตรา 27 บัญญัติขึ้นในเชิงนิเสธโดยการใช้คำว่าต้องไม่ถูก “ปฏิเสธ” (denied) สิทธิเฉพาะต่างๆ ที่มีให้ “สิทธิทางวัฒนธรรม” (Cultural rights) เหล่านี้ไม่ได้บัญญัติโดยกำหนดให้สิทธิอย่างชัดเจน (assertive) เหมือนสิทธิในชีวิตและเสรีภาพ หรือเสรีภาพในการรวมกลุ่ม และตั้งสมาคม ซึ่งหากวัตถุประสงค์ของมาตรา 27 เป็นการสนับสนุนสิทธิในมาตราอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา (มาตรา 18) เสรีภาพในการแสดงออก (มาตรา 19) หรือเสรีภาพจากการไม่เลือกปฏิบัติ (มาตรา 26) เป็นต้น มาตรานี้ก็ควรมีเนื้อหาในเชิงบวก (positive content) เป้าหมายของมาตรานี้เป็นการให้ได้มาซึ่งสิทธิที่เป็นจริง (real) ที่ชนกลุ่มน้อยไม่ต้องละทิ้งเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของตน ซึ่งไม่ใช่เฉพาะความเท่าเทียมกันทางนามธรรมเท่านั้น ในแง่มุมดังกล่าวหลักประกันที่องค์การสหประชาชาติกำหนดขึ้น จึงเป็นรูปแบบเดียวกับหลักประกันที่สันนิบาตชาติได้กำหนดขึ้นว่า ประชาชน (Persons) ที่เป็นเจ้าของชาติพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาจะต้องไม่ถูกปฏิเสธสิทธิการมีส่วนร่วมในชุมชนกับสมาชิกอื่นๆ ภายในกลุ่มของตนเอง การดำเนินวิถีชีวิตตามวัฒนธรรมของตน การนับถือและถือปฏิบัติตามหลักศาสนา หรือภาษาของตนเอง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีมาตรการเชิงบวกในการคุ้มครองเอกลักษณ์และวิถีชีวิตของชนกลุ่มน้อย แต่กระนั้นก็ตามมาตรา 27 ก็มีความคลุมเครือ และไม่มีการกำหนดแนวทางมาตรฐานการปฏิบัติ จึงสรุปว่า

⁶⁵ M. Silverman, *Deconstruction the Nation : Immigration, Racism and Citizenship in Modern France* (London : Routledge, 1992), see general.

⁶⁶ D. McGoldrick, *The Human Rights Committee* (Oxford : Clarendon Press, 1991), pp.138 - 139.

มาตรา 27 เป็นมาตราที่ “อ่อน” (weak) และเป็นดุลพินิจให้ประเทศต่างๆ กำหนดรูปแบบการปฏิบัติการบังคับใช้ตามต้องการ⁶⁷

4. มาตรา 27 มีจุดเด่นที่ไม่ได้ให้รายละเอียดอย่างชัดเจนว่ามีข้อกำหนดหรือข้อจำกัดใดบ้างที่รัฐสามารถกระทำได้ ดังนั้น รัฐสามารถอาศัยข้อกำหนดหรือข้อจำกัดนี้แทรกแซงการกระทำที่ขัดต่อสิทธิมนุษยชน เช่น เสรีภาพในทางศาสนา (มาตรา 18) เสรีภาพในการแสดงออก (มาตรา 19) โดยจะมีผลต่อทั้งชนกลุ่มใหญ่และชนกลุ่มน้อยเช่นเดียวกัน ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจโดยชอบธรรมที่ออกกฎหมายตัดสิทธิของชนกลุ่มน้อยในเรื่องที่กระทบกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความปลอดภัย สุขภาพ หรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้อื่นและชนกลุ่มน้อยก็ไม่มีสิทธิที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 27 เพื่อกระทำการใด ๆ อันมีเจตนาที่จะทำลายล้างสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น

แม้มาตรา 27 จะมีจุดด้อยดังกล่าว แต่ประเทศต่างๆ มากกว่า 130 ประเทศก็ได้ให้สัตยาบันต่อกติกานี้ และเห็นว่ามาตรา 27 เป็นเพียงหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งผูกพันเฉพาะรัฐแต่ไม่ผูกพันเอกชน⁶⁸

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติบุคคลมักจะตกอยู่ภายใต้การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุจากการเป็นสมาชิกของกลุ่มมากกว่าเพราะเหตุจากลักษณะของปัจเจกบุคคล ดังนั้น การคุ้มครองบุคคลจึงเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของกลุ่ม⁶⁹ นอกจากนี้ กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 20(2) ที่บัญญัติว่า “การสนับสนุนใดๆ ให้มีการเกลียดชังทางด้านเชื้อชาติ ศาสนา อันจะก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติการเป็นปฏิบัติและ

⁶⁷ Yearbook of the Human Rights Committee 1977 - 1978, New York 1986 II, p.111.

⁶⁸ Patrick Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities* (Oxford Clarendon Press, 1999), pp.151, 180 - 186, 202, 219 - 211, 246, 387.

⁶⁹ N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law* (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1991), p. 27.

การก่อให้เกิดความรุนแรงเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย” (Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.) ก็เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการสนับสนุนการให้ความคุ้มครองต่อกลุ่มดังกล่าวเช่นกัน

(4) กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966)

กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมเป็นตราสารด้านสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่บัญญัติควบคู่กับกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง โดยบัญญัติขึ้นตามที่กฎบัตรสหประชาชาติซึ่งเป็นธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ ในส่วนที่เกี่ยวกับชนกลุ่มน้อย เช่น การตัดสินใจด้วยตนเอง (มาตรา 1) การไม่เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ภาษา (มาตรา 2) สิทธิในการทำงาน โอกาสที่เท่าเทียมกัน สวัสดิการทางสังคม (มาตรา 6, มาตรา 7 และมาตรา 9) สิทธิในครอบครัว (มาตรา 10) สิทธิในการศึกษา (มาตรา 13) ตลอดจนการได้รับความคุ้มครอง การรักษาเอกลักษณ์ทางศิลปะ วัฒนธรรม และศาสนา การประดิษฐ์ทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปะซึ่งตนเป็นเจ้าของ (มาตรา 15)

ผลผูกพันของกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง และกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมต่อพันธกรณีของประเทศไทย

ความผูกพันของประเทศไทยต่อกติกาสากลระหว่างประเทศทั้งสองฉบับเป็นไปตามหลักความยินยอม ซึ่งประเทศไทยได้แสดงเจตจำนงโดยการเข้าเป็นภาคี⁷⁰ กติกาดังกล่าวทั้งสองฉบับ⁷¹ แต่การเข้าเป็นภาคีสมาชิกของ

⁷⁰ ภาคีสันติสนธิสัญญาหมายถึง ประเทศที่เข้าร่วมในการเจรจาตกลงและลงนามหรือให้สัตยาบันสนธิสัญญาซึ่งเป็นการยอมรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าว

ประเทศไทยได้กระทำโดยมี “การตีความ” (Interpretation)⁷² ดังนี้

1. กรณีของกติกาสภากระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประเทศไทยได้ตีความ (Interpretation) ที่สำคัญ 4 เรื่อง ดังนี้

ประเทศที่ได้ทำภาคยานุวัติย่อมเป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาดังแต่ที่ได้ทำภาคยานุวัติ ตามอนุสัญญากรเวียนนา ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มีสิทธิและพันธะตามที่สนธิสัญญากำหนดนับตั้งแต่นั้น ไม่มีผลย้อนหลัง ดังนั้น ประเทศที่เคยละเมิดวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา ก่อนวันที่ภาคยานุวัติย่อมไม่ต้องรับผิดชอบหรือถูกดำเนินคดีในภายหลังก่อนที่ตนได้ทำภาคยานุวัติแล้ว ข้อนี้ต่างไปจากการให้สัตยาบันซึ่งมีผลตั้งแต่นั้นการลงนาม ประเทศที่ลงนามต่อไปกระทำการให้เสียหายต่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา สำหรับประเทศที่ได้ให้ภาคยานุวัติแล้ว ก็ถือว่าประเทศนั้นมีศักดิ์และสิทธิเท่าเทียมกับประเทศที่ให้สัตยาบัน ถือเป็นภาคีสมาชิกเสมอหน้ากันไม่มีเงื่อนไขข้อแตกต่างใดๆ

สาขาวิชารัฐศาสตร์, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ และองค์การระหว่างประเทศ (International Law and International Organization) หน่วยที่ 1-8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2542), น. 242-243.

⁷¹ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกของกติกาสภากระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2540. สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน และสาระสำคัญของกติกาสภากระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอราวัณการพิมพ์, 2546), น. 14.

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกของกติกาสภากระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 5 กันยายน พ.ศ. 2542 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ. 2542. สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน และสาระสำคัญของกติกาสภากระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอราวัณการพิมพ์, 2546), น. 19.

⁷² การตีความ (Interpretation) คือ การทำเอกสารเพื่อแสดงเจตนาที่จะยอมรับข้อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงใด โดยมีข้อสงวนบางประการหรือมีข้อจำกัดการตีความข้อความบางเรื่องในสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้นๆ ให้ความหมายแคบลงเฉพาะที่ประเทศที่ได้ตีความมุ่งหมายอันเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของรัฐภาคี ซึ่งต้องคำนึงถึงความตกลงต่างๆ ระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา หรือการใช้บังคับความตกลงนั้นๆ ตลอดทั้งแนวปฏิบัติ (practice) ของรัฐในการใช้บังคับสนธิสัญญา ซึ่งก่อให้เกิดความตกลงระหว่างรัฐเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา ตลอดทั้งกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีด้วย, จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law) เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543), น. 544-546.

(1.) การจำกัดขอบเขตการตีความสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (right to Self determination) ให้เป็นไปตามกรอบของปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการเวียนนา ค.ศ.1993 (Vienna Declaration and Programme of Action 1993) ที่มีให้ตีความว่า “อนุญาตหรือสนับสนุนการกระทำใดๆ ที่จะเป็นการแบ่งแยกหรือทำลายบูรณภาพแห่งดินแดนหรือเอกภาพทางการเมืองของรัฐเอกราชอธิปไตย ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน”

(2.) การห้ามประหารชีวิตบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ตามกติกาฉบับนี้ มาตรา 6 กำหนดห้ามไว้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย ที่บัญญัติให้บุคคลที่มีอายุเกินกว่า 17 ปีอาจถูกศาลพิพากษาลงโทษประหารชีวิตได้ ประเทศไทยจึงขอตีความพันธกรณีข้อนี้ในลักษณะที่ให้มีการปฏิบัติได้จริง

(3.) การนำตัวผู้ถูกจับทางอาญามาศาลโดยพลันตามกติกาฉบับนี้ มาตรา 9 ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ควบคุมผู้ถูกจับไว้เกินกว่าจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี โดยให้นำตัวบุคคลดังกล่าวมาศาลโดยไม่ชักช้าหรือภายในระยะเวลาอันสมควร เว้นแต่มีเหตุจำเป็น เป็นต้น

(4.) การห้ามการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงคราม ตามกติกาฉบับนี้ มาตรา 20 (2) ซึ่งประเทศไทยประสงค์ที่จะให้คำว่า “สงคราม” มีความหมายเฉพาะสงครามที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น

2. กรณีของกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ประเทศไทยได้ตีความ (Interpretation) ไว้ในมาตรา 1 วรรคหนึ่ง เกี่ยวกับสิทธิในการตัดสินใจด้วยตัวเอง (right to Self determination) เช่นเดียวกับกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองโดยให้มีความหมายตามปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการเวียนนา ค.ศ.1993 ซึ่งเป็นผลของการประชุมระดับโลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อ พ.ศ.2536 ว่า สิทธิดังกล่าวมิให้ตีความอนุญาตหรือสนับสนุนการกระทำใดๆ

ที่จะเป็นการแบ่งแยก หรือทำลายบูรณภาพแห่งดินแดน หรือเอกภาพทางการเมืองของรัฐเอกราชอธิปไตย ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแค่เพียงบางส่วน

เมื่อเป็นเช่นนี้ ความผูกพันของประเทศไทยต่อกติกาทั้งสองฉบับ จึงจำกัดเฉพาะสิทธิตามบทบัญญัติเท่าที่ประเทศไทยยอมรับผูกพันเท่านั้น โดยไม่รวมถึงสิทธิต่างๆ ที่ประเทศไทยได้ตีความ (Interpretation) ไว้ นอกจากนั้น พันธกรณีตามกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ยังเป็นพันธกรณีในลักษณะของการพัฒนาการ (progressive action) ที่รัฐแม้ว่าจะมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม แต่มิได้หมายความว่า จะต้องปฏิบัติในทันที โดยรัฐต้องดำเนินการอย่างใด ๆ ที่เป็นการแสดงออกถึงเจตนาที่ดีที่จะก่อให้เกิดการปฏิบัติตามพันธกรณีนั้น ๆ ได้นั่นเอง

ผลผูกพันตามพันธกรณีดังกล่าวยังไม่เป็นการผูกมัดที่จะทำให้รัฐต้องมีมาตรการหรือปฏิบัติการเพื่อรับรองสิทธิตามกติกาทั้งสองฉบับอย่างจริงจังเท่าใดนัก

(5.) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1969 (The Convention on the Rights of the Child 1969)

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2535 และมีผลบังคับใช้กับประเทศไทยเมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ.2536 โดยได้ตั้งข้อสงวนเมื่อเข้าเป็นภาคีไว้ 3 ข้อ ได้แก่⁷³

ข้อ 7 เรื่องการจดทะเบียนเกิด และการให้สัญชาติแก่เด็กผู้ลี้ภัย หรือผู้อพยพที่เกิดในประเทศไทย

ข้อ 22 เรื่องสถานะของเด็กผู้ลี้ภัย

ข้อ 29 (ค) เรื่องสิทธิทางการศึกษาของชนกลุ่มต่างๆ ที่จะสามารถดำรงรักษาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ภาษา และค่านิยมของเด็กตนเองได้

⁷³ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาต้นสิทธิมนุษยชน และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอร่าวัฒการพิมพ์, 2546), น. 12-13.

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีเจตนารมณ์ตามที่กล่าวไว้ในอารัมภบทถึง การยอมรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิที่เท่าเทียมกันและสิทธิในครอบครัว

ในส่วนที่เกี่ยวกับการบัญญัติถึงชนกลุ่มน้อยและชนท้องถิ่นดั้งเดิม โดยเฉพาะสิทธิของเด็กที่บัญญัติอย่างเป็นรูปธรรมคือ มาตรา 30 ดังนี้

“มาตรา 30 ในรัฐที่มีชนกลุ่มน้อยทางชาติพันธุ์ ศาสนา หรือภาษา หรือกลุ่มชนท้องถิ่นดั้งเดิมอาศัยอยู่ เด็กที่มาจากชนกลุ่มน้อยนั้น หรือที่เป็น ชนท้องถิ่นดั้งเดิมจะต้องไม่ถูกปฏิเสธ ซึ่งสิทธิที่จะปฏิบัติตามวัฒนธรรมใน การนับถือและปฏิบัติทางศาสนา หรือสิทธิที่จะใช้ภาษาของตนในชุมชนกับ สมาชิกอื่นในกลุ่มเดียวกัน”

“Article 30 In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language.”

สำหรับประเทศไทย แม้จะได้มีการตั้งข้อสงวนไว้ก็ตาม แต่ในส่วน ของการอนุวัติเป็นกฎหมายภายในเกี่ยวกับสิทธิเด็ก ก็ได้มีการบัญญัติ คุ่มครองสิทธิประเภทต่าง ๆ ของเด็กไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และได้มีการออกกฎหมายเพิ่มเติมให้ความคุ้มครองไว้ โดยเฉพาะในฐานะ ประเทศภาคีสมาชิกของตราสารนี้

(6.) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติทางการศึกษา ค.ศ.1960 (Convention against Discrimination in Education 1960)

ตราสารนี้เป็นตราสารที่ต่อต้านการเลือกปฏิบัติทางการศึกษา โดยได้นิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ซึ่งให้หมาย รวมถึงความแตกต่าง ข้อจำกัด ข้อจำกัด ในด้านการศึกษาโดยอ้างเหตุของ เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา การเมือง ความคิดเห็น สัญชาติหรือสังคม ดั้งเดิม เงื่อนไขทางเศรษฐกิจ หรือการเกิด (มาตรา 1) ในส่วนของการได้รับ

การศึกษาในทุกประเภททุกระดับ รวมถึงมาตรฐานคุณภาพ และการกำหนดเงื่อนไขในการได้รับการศึกษาในส่วนที่เกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยด้วย (มาตรา 5) ซึ่งตราสารนี้ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก

อย่างไรก็ตาม แม้ตราสารนี้ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก แต่ก็ได้รับอิทธิพลจากตราสารนี้โดยนำแนวคิดมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เช่นมาตรา 53 และมาตรา 81 รวมทั้งการออกกฎหมายระดับรอง เช่น พระราชบัญญัติปฏิรูปการศึกษา พ.ศ. 2542 และแผนพัฒนาการศึกษาระดับชาติ พ.ศ. 2535 - 2539 ได้กำหนดแนวนโยบายว่ารัฐพึงเร่งรัดและขยายการศึกษาขั้นพื้นฐานเพื่อปวงชนอย่างทั่วถึงเพื่อยกระดับคุณภาพชีวิตให้สูงขึ้น อันเป็นการให้โอกาสเด็กผู้ด้อยโอกาสและชนกลุ่มน้อย เป็นต้น

(7) ปฏิญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ.1963 (United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1963)

จากลักษณะความแตกต่างทางกายภาพของชนกลุ่มน้อยและความไม่ชัดเจนของการกำหนดคำนิยามทำให้ต้องมีการปกป้องคุ้มครองชนกลุ่มน้อยในรูปของตราสารระหว่างประเทศ เพื่อให้การปกป้องคุ้มครองเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น ปฏิญญานี้เป็นตราสารที่ถือเป็นแม่แบบหรือธรรมนูญในเรื่องสิทธิมนุษยชนต่อชนกลุ่มน้อยเกี่ยวกับเชื้อชาติ ซึ่งถือได้ว่าประเทศภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติเป็นภาคีสมาชิกของปฏิญญานี้รวมทั้งประเทศไทยด้วยตามหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (มาตรา 1) เพื่อมิให้มีการเลือกปฏิบัติทางด้านเชื้อชาติ สีผิว และชาติพันธุ์ (มาตรา 2, มาตรา 3, มาตรา 6 และมาตรา 7) รวมทั้งกำหนดมาตรการหรือการพัฒนาและปกป้องคุ้มครองกลุ่มสีผิวเพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล มาตรการดังกล่าวต้องไม่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันหรือเกิดการถือปฏิบัติที่ทำให้เกิดการแบ่งแยกสิทธิ (มาตรา 2 และ มาตรา 4) รวมทั้งวิธีการที่นำมาใช้เพื่อมิให้เกิดการกีดกันสีผิว การแบ่งแยก

สีผิว การเลือกปฏิบัติทางสีผิว (มาตรา 5 และมาตรา 6) ซึ่งต่อมาได้บัญญัติขึ้นเป็นอนุสัญญา เพื่อให้ประเทศต่างๆ เข้าเป็น ภาคีสมาชิกตามอนุสัญญา คือ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965 ซึ่งประเทศไทยได้เป็นภาคีสมาชิกด้วย

(8.) อนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดกาเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติ ในทุกรูปแบบ ค.ศ.1965 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965: CERD)

ตราสารนี้สืบเนื่องจากการกำหนดคำนิยามของคำว่าชนกลุ่มน้อย ในเรื่องของชาติพันธุ์ (Ethnic) ซึ่งจากความไม่ชัดเจนของคำนิยามทำให้มีการแก้ไขปรับปรุงตราสารนี้ เมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 1965⁷⁴ โดยเฉพาะการอนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกกำหนดมาตรการพิเศษเพื่อให้หลักประกันที่เพียงพอแก่กลุ่มหรือปัจเจกบุคคลที่ให้ความคุ้มครองป้องกันในเรื่องของสีผิวหรือชาติพันธุ์ตามมาตรา 2(2) ที่บัญญัติว่า “ในสถานการณ์อันสมควร ประเทศภาคีสมาชิกจะกำหนดมาตรการพิเศษและเป็นรูปธรรมที่ชัดเจน เพื่อให้การพัฒนาและการปกป้องคุ้มครองเพียงพอแก่กลุ่มสีผิวหรือปัจเจกบุคคลทางสีผิวนั้น”

นอกจากนี้ยังได้รับรองการกำจัดกาเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ การให้หลักประกันสิทธิแก่บุคคลทุกคนโดยปราศจากการแบ่งแยก ความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย สิทธิในการมีส่วนร่วมในทางการเมือง ตลอดจนสิทธิพลเมืองด้านต่างๆ โดยเฉพาะสิทธิในการเลือกที่อยู่อาศัย สิทธิในสัญชาติ สิทธิในครอบครัว สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการรับมรดก สิทธิในความคิด และศาสนา เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุมอย่างสงบ สำหรับสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม โดยเฉพาะสิทธิในการทำงาน การเลือกประกอบอาชีพ การคุ้มครอง การเลิกจ้าง ค่าจ้างที่เท่าเทียมกัน

⁷⁴ E. Schwelb, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 15 Int'l & Comp.L.Q.996, (1996).

สิทธิในการรวมกลุ่ม สิทธิในบ้านที่อยู่อาศัย บริการสาธารณะ สิทธิในการศึกษา สิทธิที่เท่าเทียมกันในการปฏิบัติตามวัฒนธรรม สิทธิในการรับบริการ (มาตรา 5)

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2546 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2546 โดยในการเข้าเป็นภาคีได้ทำคำแถลงตีความทั่วไปว่า รัฐบาลไทยจะไม่ตีความหรือใช้บทบัญญัติใดๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญาเป็นพันธกรณีที่เกินกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายภายในได้บัญญัติ และการตีความหรือใช้บทบัญญัติดังกล่าวจะจำกัดหรือเป็นไปตามตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่นที่ประเทศไทยเป็นภาคี นอกจากนี้ ยังได้ตั้งข้อสงวนเป็นการเฉพาะไว้อีก 2 ข้อ ดังนี้⁷⁵

ข้อ 4 รัฐบาลไทยตีความว่าข้อบทดังกล่าวที่ให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการเชิงบวกในการจัดการกระตุ้นหรือการเลือกปฏิบัติตามที่ระบุในมาตรา 4 (a) (b) แห่งชาติ (c) ก็ต่อเมื่อพิจารณาเห็นว่ามีมีความจำเป็นที่จะต้องออกเป็นกฎหมายเท่านั้น

ข้อ 22 กรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีโดยไม่สามารถเจรจาตกลงด้วยวิธีการอื่นใด และรัฐคู่กรณีเสนอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณา

อย่างไรก็ตาม จากการทำคำแถลงตีความไว้ ทำให้องค์การสหประชาชาติได้ตั้งข้อสังเกต ไว้ว่าการทำคำแถลงตีความโดยนำกฎหมายภายในมาเป็นข้อจำกัดพันธกรณีจะเป็นการสร้างปัญหาในการบังคับใช้ตราสารตามพันธกรณี แต่แม้ประเทศไทยจะได้ทำคำแถลงตีความไว้ดังกล่าวก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็ได้บัญญัติรับรองการจัดการเลือกปฏิบัติ ความเท่าเทียมกัน และการคุ้มครองสิทธิประเภทต่างๆ ไว้

⁷⁵ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วย การจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอร่าวัฒนาพิมพ์, 2546), น. 16-17.

(9.) ปฏิญญาว่าด้วยความอคติทางเชื้อชาติและสีผิว ค.ศ.1978
(Declaration on Race and Racial Prejudice 1978)

ปฏิญญานี้เป็นตราสารที่เป็นธรรมนุญซึ่งถือได้ว่าประเทศภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติเป็นภาคีสมาชิกของปฏิญญานี้รวมทั้งประเทศไทยด้วย ซึ่งได้บัญญัติขึ้นเพื่อรับรองสิทธิและความเท่าเทียมกันทางโอกาสกำจัดและต่อสู้กับการเลือกปฏิบัติ อันสืบเนื่องจากความโหดร้ายของสงครามโลก จึงได้รับรองเพื่อให้เคารพในหลักนิติธรรม สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยปราศจากความมีอคติทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา โดยเฉพาะได้ให้คำนิยามเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติ (racial discrimination) ว่าหมายถึงการให้ความแตกต่าง กีดกัน จำกัด หรือให้สิทธิพิเศษ อันเนื่องมาจากชาติพันธุ์ สีผิว การทำให้สูญหายไปของบรรพบุรุษหรือผู้สืบทอดทางสัญชาติ ชาติพันธุ์ การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่เท่าเทียมกันของสิทธิมนุษยชน สิทธิทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม หรือสิทธิอื่นๆ อันเป็นสิทธิส่วนรวม (มาตรา 2, มาตรา 3 และมาตรา 7)

นอกจากนี้ยังได้รับรองสิทธิในความเท่าเทียมกันและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ยอมรับในความแตกต่างหลากหลาย (มาตรา 1, มาตรา 8 และมาตรา 9) และถือว่าหนึ่งในการละเมิดสิทธิที่รุนแรงที่สุด คือ การแบ่งแยกสีผิว และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 4 และ มาตรา 10) เอกลักษณ์ในวัฒนธรรมเป็นมรดกส่วนรวมของโลกที่มีคุณค่า (มาตรา 5) ตามตราสารนี้ได้รับรองให้มีการใช้มาตรการพิเศษในกรณีจำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันแก่การดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ (มาตรา 9)

(10.) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษความผิดอาญาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948)

ตราสารนี้ เป็นตราสารที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันและลงโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งสิทธิของกลุ่มในด้านเชื้อชาติ ศาสนาจะได้รับการยอมรับเป็นพิเศษในตราสารนี้ มีประเทศต่างๆ 120 ประเทศ

ได้ให้สัตยาบันในตราสารดังกล่าวว่า การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นข้อห้ามสากล ซึ่งหมายถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ว่าในยามสงบหรือยามสงครามที่ตั้งใจจะทำลาย สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว หรือกลุ่มศาสนา ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน โดยเป็นการฆ่าหรือเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจ การจู่โจมละเมิดเงื่อนไข หรือการกำหนดมาตรการที่จะป้องกันการเกิดขึ้นของชีวิต รวมทั้งการใช้กำลังบังคับให้มีการเคลื่อนย้ายเด็กจากกลุ่มหนึ่งไปยังกลุ่มอื่นๆ (มาตรา 1 - มาตรา 3) ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ จะต้องได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการที่มีอำนาจ (Tribunal) ของรัฐ หรือโดยคณะกรรมการพิจารณาความผิดระหว่างประเทศที่มีอำนาจพิจารณาตาม ที่ประเทศภาคีสมาชิกยอมรับ (มาตรา 6) ประเทศภาคีสมาชิกอาจเรียกร้อง ให้องค์กรที่มีอำนาจขององค์การสหประชาชาติดำเนินการภายใต้กฎบัตร สหประชาชาติตามที่พิจารณาว่าเหมาะสม เพื่อป้องกันและปราบปรามการฆ่า ล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 7) ในกรณีของข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีสมาชิก เกี่ยวกับการตีความ การบังคับใช้ ความสมบูรณ์ของสนธิสัญญา รวมทั้งความ รับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ให้เสนอต่อศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศตามที่ประเทศภาคีสมาชิกร้องขอ (มาตรา 8) ซึ่งตราสารนี้ ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก และประเด็นเรื่องข้อขัดแย้งหรือเรื่อง ชนกลุ่มน้อยไม่ได้รับแรงถึงขึ้นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

(11.) อนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามและการลงโทษความผิดอาญา เกี่ยวกับการแบ่งแยกสีผิว ค.ศ.1973 (Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973)

ตราสารนี้เป็นตราสารที่บัญญัติขึ้นเพื่อปราบปรามและลงโทษ การแบ่งแยกสีผิว โดยถือว่าเป็นความผิดอาญาที่ขัดต่อหลักการของกฎหมาย ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักการและวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติ และคุกคามต่อความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ (มาตรา 1 และมาตรา 3) ซึ่งหมายถึง การปฏิเสธความเป็นสมาชิก สิทธิในชีวิตและเสรีภาพ การฆ่า กระทบทรมาน ทำให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ การละเมิดต่อ

เสรีภาพหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การทารุณโหดร้าย การลดทอนความเป็นมนุษย์ การจับกุมโดยพลการหรือการจำคุกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การหลอกลวงหรือการใช้มาตรการขัดขวางการมีส่วนร่วมทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมรวมทั้งสิทธิในการทำงาน การก่อตั้งกลุ่มการค้า สิทธิในการศึกษา สิทธิในสัญชาติ การย้ายที่อยู่ เสรีภาพในความคิดและการแสดงออก สิทธิในการชุมนุมอย่างสงบและการสมาคม รวมทั้งข้อห้ามการสมรส การหาประโยชน์จากที่ดินและแรงงาน การกลั่นแกล้งองค์กรหรือบุคคลเพื่อไม่ให้ได้รับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (มาตรา 2) บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามมาตรานี้ จะถูกดำเนินการโดยคณะกรรมการไต่สวนที่มีอำนาจของประเทศภาคีสมาชิก หรือโดยคณะกรรมการไต่สวนระหว่างประเทศที่ประเทศภาคีสมาชิกยอมรับ (มาตรา 5) นอกจากนี้ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องยอมรับและถือปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะมนตรีความมั่นคงรวมทั้งร่วมมือดำเนินการตามคำตัดสินขององค์กรต่างๆ ที่มีอำนาจขององค์การสหประชาชาติ (มาตรา 6) การดำเนินการใดๆ และแต่งตั้งคณะบุคคลที่เห็นว่าเหมาะสมเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดตามตราสารนี้ นอกจากนี้ยังให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิการด้านสิทธิมนุษยชนดำเนินการตามข้อกล่าวหาที่เกี่ยวข้อง (มาตรา 8 - มาตรา 10) ซึ่งตราสารนี้ ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก และส่วนใหญ่ชาวเอเชียจะเป็นชาวผิวเหลือง จึงไม่มีปัญหาในเรื่องการแบ่งแยกสีผิว

(12.) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติหรือชาติพันธุ์ ศาสนาและภาษา ค.ศ. 1992 (Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities 1992)

ตราสารนี้กำหนดถึงสิทธิพิเศษของชนกลุ่มน้อย สาระสำคัญในตราสารดังกล่าว แม้มุ่งรักษาสันติระหว่างสิทธิของชนกลุ่มน้อยในการรักษาและพัฒนาเอกลักษณ์ของตนกับการที่รัฐปฏิบัติตามพันธกรณี ในการปกป้องคุ้มครองความเป็นชนกลุ่มน้อยที่อาศัยในอาณาเขตของรัฐนั้นและสนับสนุนเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นเพื่อส่งเสริมชนกลุ่มน้อย แต่ขณะเดียวกันก็มุ่งปกป้อง

บูรณภาพและความเป็นอิสระทางการเมืองโดยรวมของชาติ หลักการต่างๆ ในตราสารนี้ได้กำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ของชนกลุ่มน้อย โดยเพิ่มเติมจากหลักประกันสิทธิมนุษยชนในตราสารระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ ตราสารนี้ได้รับการรับรองในปี ค.ศ.1992⁷⁶ ซึ่งในส่วนอารัมภบทได้กำหนดไว้ว่า

“การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติหรือชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษา นำมาสู่ความมั่นคงทางการเมืองและสังคมของรัฐที่ชนกลุ่มน้อยอาศัยอยู่” (The promotion and protection of the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities contribute to the political and social stability of states in which they live.) จากอารัมภบทดังกล่าว จึงได้มีการบัญญัติถึงเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองชนกลุ่มน้อยในเรื่องข้อห้ามการเลือกปฏิบัติ และสิทธิพิเศษสำหรับชนกลุ่มน้อยไว้ด้วย ดังนี้

(12.1) ข้อห้ามการเลือกปฏิบัติ (Prohibition of discrimination)

การเลือกปฏิบัติจะส่งผลกระทบด้านลบต่อชนกลุ่มน้อยในด้านต่างๆ ได้แก่ด้านการเมือง สังคม วัฒนธรรม หรือเศรษฐกิจ และเป็นสาเหตุสำคัญของสถานการณ์ความตึงเครียดในหลายส่วนของโลกเคยมีการตีความการเลือกปฏิบัติว่า “เป็นการแบ่งแยกความแตกต่าง หรือกีดกันจำกัด หรือนิยามชมชอบเป็นพิเศษโดยพื้นฐานทางเชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ชาติกำเนิด สัญชาติ ชนชั้นสังคม หรือสถานภาพอื่นๆ และที่มีวัตถุประสงค์หรือเป็นผลจากการลบหล้าง หรือบั่นทอนการยอมรับหรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของคนทั้งปวงโดยเสมอภาคกัน”⁷⁷ โดยได้มีนิยามการป้องกันการเลือกปฏิบัติไว้ว่า “...การป้องกันการกระทำใดๆ ที่ปฏิเสธปัจเจกบุคคลหรือกลุ่มคนไม่ให้ได้รับ

⁷⁶ General Assembly, GA Resolution 47/135 (18 Dec 1992) , reprinted in (1993) 14 Human Rights LJ 54 - 56. (Geneva : The United Nations), (1993).

⁷⁷ ข้อคิดเห็นทั่วไปฉบับที่ 18 ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติภายใต้กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, เอกสารสหประชาชาติ HRI/GEN/I/ Rev.2 วันที่ 29 มีนาคม ค.ศ.1996.

การปฏิบัติอย่างเสมอภาคตามความประสงค์”

ตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับได้กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติเพื่อแก้ไขสถานการณ์ที่ชนกลุ่มน้อยอาจไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม โดยห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ภาษา ศาสนา สัญชาติหรือชนชั้นสังคมที่ได้มาแต่กำเนิด รวมทั้งสถานภาพอื่นๆ ชนกลุ่มน้อยควรมีสสิทธิในการนับถือศาสนา การแสดงความคิดเห็น และการรวมกลุ่มกันอย่างเสรี นอกจากนี้ มาตรการป้องกันที่สำคัญและเป็นประโยชน์ต่อชนกลุ่มน้อยยังรวมถึงการได้รับการยอมรับในฐานะบุคคลทางกฎหมาย ความเสมอภาคในทางศาล และการได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน

(12.2) สิทธิพิเศษสำหรับชนกลุ่มน้อย (Special rights for minorities)

ความหมายของสิทธิพิเศษ

สิทธิพิเศษไม่ใช่อภิสิทธิ์ แต่เป็นการเพิ่มสิทธิแก่ชนกลุ่มน้อยเพื่อให้มีโอกาสดำรงไว้ซึ่งเอกลักษณ์และขนบธรรมเนียมประเพณีสิทธิพิเศษมีความสำคัญต่อการสร้างความเสมอภาค เช่นเดียวกับการไม่เลือกปฏิบัติเนื่องจากชนกลุ่มน้อยจะมีสถานภาพระดับเดียวกับชนส่วนใหญ่ได้ก็ต่อเมื่อชนกลุ่มน้อยสามารถใช้ภาษาของตนได้ประโยชน์จากบริการที่ชนกลุ่มน้อยมีส่วนบริหารจัดการเอง และได้มีส่วนร่วมในการเมืองและเศรษฐกิจของรัฐ ดังนั้น ความแตกต่างในทางปฏิบัติต่อคนบางกลุ่มหรือสมาชิกบางคนในกลุ่มจึงเป็นสิ่งยอมรับได้ หากความแตกต่างนั้นเป็นไปเพื่อส่งเสริมความเสมอภาคและสวัสดิภาพของสังคมโดยรวมปฏิญญานี้เป็นการรองรับพันธะผูกพันของประเทศภาคีสมาชิกที่มีตามกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 และเน้นถึงหน้าที่ของรัฐในการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองความเป็นอยู่มีอยู่และเอกลักษณ์ของชนกลุ่มน้อย (มาตรา 1) ชนกลุ่มน้อยย่อมมีสิทธิในการก่อตั้งและรักษากลุ่มของตน รวมทั้งมีเสรีภาพในการติดต่อระหว่างกันของสมาชิกในกลุ่มทั้งในประเทศและต่างประเทศ (มาตรา 2) รัฐจะต้องกำหนดมาตรการเพื่อสร้างเงื่อนไขที่เป็นคุณแก่การที่

สมาชิกของชนกลุ่มน้อยจะได้แสดงออกซึ่งคุณลักษณะของตน และสามารถพัฒนาวัฒนธรรม ภาษา ศาสนา ประเพณีและวิถีปฏิบัติของตนได้ เว้นแต่จะเป็นการขัดต่อกฎหมายของประเทศนั้นหรือเป็นการขัดแย้งต่อมาตรฐานสากล (มาตรา 4) ต้องมีการให้โอกาสอย่างพอเพียงต่อการเรียนการสอนภาษาท้องถิ่นรัฐ จะต้องกำหนดมาตรการทางการศึกษาเพื่อส่งเสริมให้มีการเรียนรู้ประวัติศาสตร์ ประเพณี ภาษา และวัฒนธรรมของชนกลุ่มน้อย จะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อสมาชิกของชนกลุ่มน้อยที่ใช้สิทธิทางวัฒนธรรมของตน นอกจากนี้ยังมีตราสารที่ประกอบเข้าเป็นระบบการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทดังนี้

1. บทบัญญัติในการส่งเสริมความหลากหลายทางวัฒนธรรมและสิทธิที่จะดำรงความแตกต่าง (right to be different) ตัวอย่างเช่น กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม มาตรา 13 (1) กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องให้การรับรองสิทธิในการให้ทุกคนได้รับการศึกษาและยอมรับว่าการศึกษาจะเป็นการสร้างโอกาสให้บุคคลทุกคนมีส่วนร่วมได้อย่างมีประสิทธิภาพในสังคมเสรีและต้องส่งเสริมความเข้าใจอันดี ความอดกลั้นและความสัมพันธ์อันที่มีมิตรระหว่างกลุ่มชนชาติ เชื้อชาติ และศาสนาต่างๆ นอกจากนี้ ประเทศภาคีสมาชิกยังตกลงให้การรับรองสิทธิแก่ผู้ปกครองในการเลี้ยงดูให้การศึกษาแก่บุตรหลานตามศาสนาและศีลธรรมของกลุ่มตน (มาตรา 13) โดยเฉพาะในเรื่องของศาสนานั้น ปฏิญญาว่าด้วยการกำจัดความขัดแย้งและการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากศาสนาหรือลัทธิความเชื่อในทุกรูปแบบ (Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief)⁷⁸ ก็ได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาไว้ โดยมีขอบเขตที่กว้างขวางกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18 ของกติกาสากลดังกล่าว

⁷⁸ B.Dickson, "The United Nations and Freedom of Religion", 44 *International and Comparative Law Quarterly* 327, (1995), see general.

2. บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากศาสนา ลัทธิความเชื่อหรือเชื้อชาติเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเป็นการส่งเสริมความเสมอภาคอย่างเป็นทางการ (formal equality) แก่ชนกลุ่มน้อย เป็นต้น

(13.) ร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิม (The Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)

สำหรับตราสารที่กำหนดขึ้นมาเพื่อใช้ปกป้องคุ้มครองชนท้องถิ่นดั้งเดิมโดยเฉพาะและอยู่ระหว่างขั้นตอนการร่างคือ The Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples ชนท้องถิ่นดั้งเดิม นอกจากได้รับความคุ้มครองจากตราสารที่ใช้คุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และตราสารที่ใช้คุ้มครองชนกลุ่มน้อยแล้ว ชนท้องถิ่นดั้งเดิมยังได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษจากตราสารที่ใช้ปกป้องคุ้มครองชนท้องถิ่นดั้งเดิมโดยเฉพาะ จึงเห็นได้ว่าโดยความเป็นจริงชนท้องถิ่นดั้งเดิมเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองมากที่สุด

ตราสารที่บัญญัติขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ เพื่อให้ตราสารสิทธิมนุษยชนที่บัญญัติไว้อย่างเป็นนามธรรม หรือที่ยังอยู่ระหว่างการให้คำนิยามหรือการตีความ หรือกรณีความคลุมเครือของกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 เป็นต้น สามารถบังคับใช้ในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งเปรียบเสมือนกับการออกกฎหมายและแผนปฏิบัติการเพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงได้รับรองตราสารที่เกี่ยวข้อง ดังที่กล่าวไว้ในตราสารขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยอันดับที่ (14) - (17) ดังนี้

(14.) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา ค.ศ.1986 (Declaration on the Rights to Development 1986)

(15.) ปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการเวียนนา ค.ศ.1993 (Vienna Declaration and Programme of Action 1993)

(16.) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล กลุ่มบุคคล และองค์กรของสังคมในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างสากล หรือปฏิญญาว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998 (Declaration on the Rights and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms 1998)

(17.) ปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเดอรับัน (Declaration of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance: WCAR (Durban Declaration))
แยกพิจารณา ดังนี้

(14.) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา ค.ศ.1986 (Declaration on the Rights to Development 1986)

ประวัติความเป็นมา กำเนิดของสิทธิในการพัฒนาเกี่ยวข้องกับแนวคิดเรื่อง “การพัฒนา” ของตะวันตกที่แพร่หลายในช่วงทศวรรษ 1960 เป็นต้นมา องค์การสหประชาชาติได้ประกาศให้ช่วงปี ค.ศ.1961—1970 เป็นทศวรรษแห่งการพัฒนาที่เน้นการเพิ่มผลิตภัณท์รวมของประชาชาติเพื่อการเพิ่มมาตรฐานการครองชีวิตที่ดีขึ้นแต่ไม่ประสบผลสำเร็จเท่าใดนัก ดังนั้นในทศวรรษที่ 2 แห่งการพัฒนาขององค์การสหประชาชาติจึงหันมาเน้นเรื่อง “มิติแห่งความเป็นมนุษย์” (Human Aspect) ในกระบวนการพัฒนา พร้อมกับการปรับใช้แนวคิดทฤษฎีเรื่อง “ความจำเป็นพื้นฐาน” (Basic Needs) ที่ผลักดันโดยองค์การแรงงานสากลระหว่างประเทศ (ILO) และทำให้เกิดการเชื่อมโยงเรื่องการพัฒนาและสิทธิมนุษยชน ในทางเศรษฐกิจและสังคม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิในการมีอาหาร ที่อยู่ การรักษาพยาบาลหรือสิทธิในฐานะปัจเจกบุคคลหรือความมั่นคงในกายภาพ ทั้งนี้เพราะสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหมดต้องเกี่ยวข้องกับสิทธิในการดำรงอยู่หรือสิทธิในการมีมาตรฐานการครองชีวิตที่เพิ่มสูงขึ้นซึ่งหมายถึงสิทธิในการมีสันติภาพในการมีที่อยู่อาศัยในสิ่งแวดล้อมที่สะอาด รวมทั้งสิทธิในทรัพย์สินสมบัติร่วมกันของชุมชน สิทธิในการพัฒนาจัดเป็นสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิในความเป็นปึกแผ่น (Solidarity

Rights) เพราะว่ามันยังไม่สามารถดำรงอยู่โดยปราศจากการพัฒนา ซึ่งแม้กฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ กฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 55 - มาตรา 56 ก็เน้นความรับผิดชอบร่วมกันของประเทศภาคีสมาชิกต่อความก้าวหน้าของสังคม การพัฒนา และการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนเป็นศูนย์กลาง ในขณะที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 22 - มาตรา 27 ก็เน้นความสำคัญของสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม

จนกระทั่งในปี ค.ศ.1978 องค์การสหประชาชาติก็ได้รับรองสิทธิในการพัฒนา ย้ำว่าสิทธิในการพัฒนาเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งและให้ความสำคัญในเรื่องโอกาสแห่งการพัฒนาที่เท่าเทียมกันบนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องความยุติธรรมตาม “หลักการตอบแทนซึ่งกันและกัน” (Reciprocity) ส่งผลให้มีแนวคิดเรื่อง “การพึ่งพาซึ่งกันและกันและความเป็นปึกแผ่น” ซึ่งเป็นสาระสำคัญของสิทธิในการพัฒนา⁷⁹ จนกระทั่งปี ค.ศ.1981 แนวคิดสิทธิในการพัฒนาที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการในตราสารระหว่างประเทศระดับภูมิภาค คือ กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และสิทธิประชาชน แต่ยังคงมีความขัดแย้งระหว่างกลุ่มประเทศโลกที่สามและสังคมนิยมกับประเทศสหรัฐอเมริกาและกลุ่มประเทศตะวันตก ปี ค.ศ.1981 คณะกรรมาธิการด้านสิทธิมนุษยชนก็ได้พยายามผลักดันให้มีการยกร่าง “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา” ซึ่งยูโกสลาเวียได้รับผิดชอบผลักดันร่างปฏิญญานี้ จนกระทั่งวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1986 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงลงมติรับรอง “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา” โดยมีประเทศต่างๆ 146 ประเทศ รวมทั้ง ประเทศไทยด้วยลงคะแนนรับรองในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศเดียวที่ออกเสียงคัดค้าน และกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย ญี่ปุ่น อังกฤษ และเยอรมัน ลงมติงดออกเสียง⁸⁰ โดยเฉพาะประเทศไทย ได้มีการยอมรับ

⁷⁹ Ke'ba M'baye, International Commission of Jurist, “Development, Human Rights and Rule of Law”, (Pergamon Press, 1981), pp.147, 151.

⁸⁰ Roland Y. Rich, *The Right to Development : A Right of Peoples?*, quoted in James Crawford, ed., *The Rights of Peoples* (Oxford : Clarendon Press, 1995), p.52.

ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนาดังแต่ต้น ทั้งในการประชุม สิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค ซึ่งรัฐบาลไทยเป็นเจ้าภาพในปี ค.ศ.993 ที่เรียกว่า ปฏิญญากรุงเทพฯ (Bangkok Declaration) ที่รับรองสิทธิในการพัฒนาในฐานะเป็นสิทธิมนุษยชน

สำหรับสาระสำคัญของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา⁸¹ มีดังนี้

- ความหมายของการพัฒนาเน้นกระบวนการรอบด้านทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและการเมือง ในการยกระดับความผาสุกของประชาชนบนพื้นฐานที่ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างเสรี ในการพัฒนาพร้อมๆ กับการยึดมั่นว่าคนเป็นศูนย์กลางของการพัฒนา (อาร์มภบท)

- การเน้นสภาพสังคมที่เอื้อต่อการพัฒนาซึ่งต้องกำจัดและปลอดจากลัทธิล่าอาณานิคม ลัทธิอาณานิคมสมัยใหม่ ลัทธิแบ่งแยกสีผิว หรือการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ การครอบงำและครอบครองจากต่างชาติ การคุกคามจากภัยสงคราม การปฏิเสธสิทธิทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ในแง่ที่เห็นว่าสิทธิในการพัฒนาด้านเศรษฐกิจต้องได้รับการสนับสนุนโดยผ่านการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (มาตรา 5 และมาตรา 6)

ในส่วนความสัมพันธ์ระหว่างการลดกำลังอาวุธกับการพัฒนานั้น ทรัพยากรที่เหลือนอกจากมาตรการลดกำลังอาวุธควรอุทิศให้แก่การพัฒนาความผาสุกของประชาชนโดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนา

- การยืนยันว่าสิทธิในการพัฒนาเป็นสิทธิมนุษยชนอันไม่อาจพรากไอนได้ โดยมีความหมายถึงสิทธิที่จะเข้ามีส่วนร่วม (participate) มีบทบาทร่วมมือกัน (contribute) และได้รับประโยชน์ (enjoy) จากการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและการเมือง และสิทธิของประชาชนในการกำหนดวิถีชีวิตและการตัดสินใจด้วยตนเอง (Right of People to Self determination) ซึ่งหมายรวมถึงการใช้สิทธิอย่างมีอธิปไตยเต็มที่เหนือความมั่งคั่งและทรัพยากรธรรมชาติทั้งปวง

⁸¹ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ (บรรณาธิการ), “สิทธิมนุษยชน”, มปท., มปป. น. 187 - 192.

นอกจากนี้ องค์การสหประชาชาติเห็นว่าสิทธิในการพัฒนามีลักษณะผสมระหว่างสิทธิของกลุ่ม สิทธิโดยร่วมกันของบุคคล (Collective rights) และสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual rights) โดยให้ถือว่าปัจเจกบุคคลเป็นผู้ได้รับประโยชน์ในท้ายที่สุด โดยลักษณะนี้ผู้ถือสิทธิในการพัฒนาจึงมีทั้งปัจเจกบุคคล ประชาชน และรัฐ ในฐานะผู้รับประโยชน์จากสิทธินี้ด้วย⁸²

- การเน้นความรับผิดชอบและหน้าที่ของรัฐต่าง ๆ ในการร่วมมือกันเพื่อส่งเสริมการพัฒนาสิทธิมนุษยชนส่งเสริมและปฏิรูประบียบเศรษฐกิจใหม่ของสากลบนฐานความเสมอภาคแห่งอธิปไตย การพึ่งพาซึ่งกันและกันผลประโยชน์ร่วมกันและการร่วมมือกัน ขณะที่ภายในประเทศรัฐควรดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมสิทธิและบทบาทในการพัฒนา

ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เห็นด้วยโดยอ้างถึงความไม่ชัดเจนในเรื่องสิทธิในการพัฒนาการเน้นความสำคัญต่อสิทธิโดยร่วมกันของบุคคล (Collective rights) มากเกินไป ความไม่เหมาะสมของปฏิญญาในการผูกโยงเรื่องการพัฒนากับการลดกำลังอาวุธ (อาร์มกบท วรรค 12 และ วรรค 17) การคัดค้าน การโยกย้ายถ่ายโอนทรัพยากรที่เหลือจากการลดกำลังอาวุธจากประเทศที่พัฒนาแล้วสู่ประเทศกำลังพัฒนา (มาตรา 7) ส่วนประเทศที่ดออกเสียง เห็นว่า การช่วยเหลือด้านการพัฒนาระหว่างประเทศที่ร่ำรวยกว่ากับประเทศที่ยากจน ไม่สมควรกำหนดให้ต้องกลายเป็นเรื่องพันธะหน้าที่ในกฎหมายระหว่างประเทศ⁸³ รวมทั้งทัศนคติที่แตกต่างกันของประเทศตะวันตกที่เน้นสิทธิมนุษยชนของปัจเจกบุคคลแบบเสรีนิยมมากกว่าสิทธิของกลุ่ม

⁸² Roland Y. Rich, *The Right to Development as an Emerging Human Rights*, quoted in Anthony Carty, ed., *Law and Development* (Aldershot : Dartmouth, 1992), pp.252-253.

⁸³ Roland Y. Rich, "The Right to Development : A Rights of People?" *supra* note 80, pp.52-53.

ปฎิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา รับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ.2529 โดยมีความมุ่งประสงค์ตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ในการแก้ไขปัญหาสากลทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม หรือมนุษยธรรม และในการส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพบรรดาสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเพื่อทุกคน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา หรือศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิมแห่งทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด โดยยอมรับว่า “การพัฒนา” คือ กระบวนการรอบด้านทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และการเมือง ซึ่งมีความสม่ำเสมอในการมุ่งยกระดับความผาสุกของประชากรทั้งมวลและปัจเจกชนทั้งมวลบนพื้นฐานที่พวกเขามีส่วนร่วมอย่างกระตือรือร้นเสรี และมีความหมายในการพัฒนา รวมทั้งในการกระจายอย่างเป็นธรรมแห่งผลประโยชน์ จากการพัฒนาภายใต้บทบัญญัติแห่งปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และบทบัญญัติในกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เพื่อความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ สังคม และการพัฒนาประชาชน การกำจัดอาณานิคม การป้องกันและการเลือกปฏิบัติ การเคารพและปฏิบัติตามบรรดาสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน การธำรงสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ รวมทั้งเรื่องการส่งเสริมความสัมพันธ์ที่ดีให้เพิ่มพูนและความร่วมมือในประเทศต่างๆ ตามกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งประเทศต่างๆ มีหน้าที่ตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติต้องส่งเสริมให้มีการเคารพและปฏิบัติต่อบรรดาสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เพื่อกำจัดการละเมิดสิทธิมนุษยชนอันใหญ่หลวงและชัดแจ้ง และการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม ความผาสุกของประชาชนทั้งมวล โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา

จะเห็นได้ว่า แม้ตราสารนี้จะได้แก้ไขข้อขัดแย้งของตราสารที่ยังมีการตีความ และข้อขัดแย้งทางความคิดของฝ่ายตะวันตกและฝ่ายตะวันออกในเรื่องความสำคัญของลำดับชั้นของสิทธิก็ตามตราสารนี้ก็ยังคงเน้นในการให้ปัจเจกบุคคลเป็นผู้ได้รับประโยชน์ในท้ายที่สุด อันเป็นแนวคิดของฝ่ายตะวันตก

สำหรับประเทศไทย ในส่วนของการอนุวัติเป็นกฎหมายภายในของ
 ตราสารนี้ที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติและประเทศไทยเป็นเจ้าภาพ
 ซึ่งตราสารนี้ได้เน้นถึงสิทธิในการพัฒนา อันเป็นสิทธิมนุษยชนในยุคที่ 3
 ประเทศไทยจึงต้องเตรียมความพร้อมในการดำเนินการตามพันธกรณีดังกล่าว
 รวมทั้งการออกกฎหมายให้มีผลในทางปฏิบัติตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร
 ไทยได้ให้อำนาจไว้ให้อยู่ที่จุดที่สมดุลด้วย

(15.) ปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการเวียนนา ค.ศ.1993 (Vienna Declaration and Programme of Action 1993)

จากข้อผูกพันตามกฎบัตรสหประชาชาติที่ย้าในสิทธิมนุษยชน
 ขั้นพื้นฐานโดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์ สิทธิเท่าเทียมกัน
 ของชายและหญิงและชาติน้อยใหญ่ รวมทั้งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน
 ที่เป็นรากฐานสำหรับสหประชาชาติ ในการก่อให้เกิดความก้าวหน้าตามกลไก
 สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกติกาสากลระหว่างประเทศ
 ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และกติกาสากลระหว่างประเทศว่า
 ด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (อารัมภบท) ซึ่งปฏิญญานี้ได้
 รับการรับรองในการประชุมระดับโลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน
 ค.ศ.1993 ที่มีจุดมุ่งหมายโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยเกี่ยวกับ
 สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination) ที่กำหนดให้
 ประชาชนทุกคนมีสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง โดยเหตุแห่งสิทธินี้
 ประชาชนย่อมมีอิสระในการกำหนดสถานะทางการเมืองของพวกเขาตน และมี
 อิสระในการแสวงหาการพัฒนาทางเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรมของตนได้
 อย่างเสรี (มาตรา 2) และให้ความสำคัญในความหลากหลายทางประวัติศาสตร์
 วัฒนธรรม และศาสนา (มาตรา 5) การให้ความสำคัญของการส่งเสริมและ
 ค้ำครองสิทธิของบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อย และคุณภาพของการส่งเสริมและ
 การค้ำครองดังกล่าวนั้น ต่อเสถียรภาพทางการเมืองและสังคมของรัฐที่บุคคล
 ดังกล่าวอาศัยอยู่ ยืนยันถึงพันธกรณีของรัฐในการค้ำประกันว่า บุคคลที่เป็น
 ชนกลุ่มน้อยสามารถใช้สิทธิทั้งหลายได้อย่างเต็มที่และได้ผล โดยปราศจาก

การแบ่งแยกใด ๆ และมีความเท่าเทียมอย่างเต็มที่ภายใต้กฎหมายอันสอดคล้องกับปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยทางชาติหรือชาติพันธุ์ ศาสนาและภาษาและบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อยมีสิทธิที่จะมีวัฒนธรรมของตนเองที่จะนับถือศาสนาและปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนาของตน และสามารถใช้ภาษาของตนเองทั้งในส่วนตัวและสาธารณะได้อย่างเสรี โดยปราศจากการแทรกแซงหรือการแบ่งแยกในรูปแบบใด ๆ (มาตรา 19)

ตระหนักถึงศักดิ์ศรีประจำตัวและการช่วยเหลือที่มีลักษณะเฉพาะของชนท้องถิ่นดั้งเดิมต่อการพัฒนาและความหลากหลายของสังคมและยืนยันอย่างแข็งขันถึงการผูกพันของประชาคมโลก ต่อพวกเขาในความเป็นอยู่อย่างดีทั้งทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม และการได้รับผลพวงจากการพัฒนาที่ยั่งยืน รัฐควรสร้างความมั่นใจต่อชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่และเสรีในทุกแง่ของสังคม โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับพวกเขาโดยตรง เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญของการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของชนท้องถิ่นดั้งเดิม และคุณภาพของการส่งเสริมและคุ้มครองดังกล่าวต่อความมั่นคงทางการเมืองและสังคมแก่รัฐที่พวกเขาอาศัยอยู่ รัฐควรใช้มาตรการทางบวกที่เป็นเอกภาพและสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้มั่นใจในความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหลายของชนกลุ่มน้อย บนพื้นฐานของความเท่าเทียมและไม่แบ่งแยก ตระหนักในคุณค่าและความหลากหลายในเอกลักษณ์พิเศษทางวัฒนธรรมและการจัดองค์กรทางสังคมของพวกเขา (มาตรา 20)

(16.) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล กลุ่มบุคคลและองค์กรของสังคมในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างสากล หรือปฏิญญาว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998 (Declaration on the Rights and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms 1998)

เนื่องจากเรื่องสิทธิของปัจเจกบุคคล สิทธิของกลุ่ม ยังมีแนวคิดที่ไม่สอดคล้องกันนักกว่า ควรจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล หรือสิทธิของกลุ่ม รวมทั้งแนวคิดที่ไม่สอดคล้องกับประวัติความเป็นมาของลัทธิเสรีปัจเจกบุคคลนิยมของโลกฝ่ายตะวันตกที่เน้นในเรื่องสิทธิของปัจเจกบุคคล และลัทธิเสรีนิยม Marxist สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ จึงได้รับรองปฏิญญาฉบับนี้ตามข้อมติที่ 53/144 เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ.1998 เพื่อยืนยันความสำคัญของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้งหลาย และตราสารสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ที่ได้รับการรับรองภายใต้ระบบสหประชาชาติ และในระดับภูมิภาค ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมอุปถัมภ์ (Co-sponsor) ร่างข้อมติและให้เสียงสนับสนุนในการรับรองข้อมติดังกล่าว อันแสดงถึงความจริงจิ่งในการสนับสนุนสาระของปฏิญญาฉบับนี้ ดังนั้น รัฐบาลไทยจึงมีพันธกรณีด้านจริยธรรมที่จะเคารพหลักการที่ปรากฏในปฏิญญาฉบับนี้⁸⁴

เมื่อพิจารณาปฏิญญาฉบับนี้ จะเห็นได้ว่ามีจุดมุ่งหมายที่สำคัญ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8, มาตรา 11, มาตรา 12 และ มาตรา 13 ดังนี้

1. ส่งเสริมและกระตุ้นให้เกิดการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับทุกคนโดยปราศจากการแบ่งแยก ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรืออื่นใด ต้นกำเนิดแห่งชาติและสังคม ทรัพย์สิน สถานะการเกิดหรืออื่นใด

2. ยอมรับบทบาทสำคัญของความร่วมมือระหว่างประเทศ ผลงานที่มีคุณค่าของปัจเจกบุคคล กลุ่มบุคคล และสมาคมทั้งหลาย เพื่อกำจัดการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เช่น การเหยียดสีผิว การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ การล่าอาณานิคมยอมรับสิทธิใน

⁸⁴ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, แนวทางปฏิบัติและมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ, ผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ศรีเมืองการพิมพ์ จำกัด, 2546), น.3.

การตัดสินใจด้วยตนเอง

3. รัฐแต่ละรัฐมีความรับผิดชอบและหน้าที่ในเบื้องต้นแรกที่จะคุ้มครอง ส่งเสริมและนำสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานไปปฏิบัติ เช่น การดำเนินขั้นตอนต่างๆ ที่จำเป็นต่อการสร้างสภาพที่เหมาะสมในด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมืองและอื่น ๆ รวมทั้งการประกันทางกฎหมายที่จำเป็น เพื่อให้ได้รับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในทางปฏิบัติจริง

4. บุคคลทุกคนมีสิทธิโดยลำพังหรือโดยร่วมกับผู้อื่น ในการได้รับและใช้ทรัพยากรทั้งหลายเพื่อจุดมุ่งประสงค์ ในการส่งเสริมและปกป้องสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยสันติวิธี ตามกรอบกฎหมายภายในประเทศที่สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติและพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น ๆ ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยถือเป็นกรอบกระบวนการยุติธรรมที่จะให้มีการปฏิบัติและใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน รวมทั้งเป็นกรอบสำหรับการดำเนินกิจกรรมทั้งปวงที่ควรปฏิบัติตามปฏิญญานี้ เพื่อการส่งเสริมคุ้มครองและได้รับสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้

5. ปัจเจกบุคคล กลุ่มบุคคล สถาบัน และองค์การเอกชน มีบทบาทสำคัญและความรับผิดชอบที่จะปกป้องประชาธิปไตย ส่งเสริมสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานและช่วยให้เกิดการส่งเสริม และความก้าวหน้าของสมาคม สถาบันและกระบวนการที่เป็นประชาธิปไตยและช่วยให้เกิดการส่งเสริมสิทธิของทุกคนตามความเหมาะสมที่จะมีระเบียบสังคมและระเบียบระหว่างประเทศแห่งสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและตราสารสิทธิมนุษยชนอื่นได้รับการเคารพอย่างเต็มที่

จากจุดมุ่งหมายที่สำคัญของปฏิญญานี้ จะเห็นได้ว่า เป็นเรื่องของสิทธิเด็ดขาดอันถูกต้องชอบธรรม (Justiciable Human Rights) ที่เน้นเรื่องสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและเรื่องสิทธิไม่เด็ดขาด (Non - Justiciable Human Rights) ที่เน้นเรื่องสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รวมทั้งแนวคิดเรื่องของสิทธิมนุษยชน 3 ยุค ที่เน้นเรื่อง เสรีภาพ เสมอภาค ภราดรภาพ ตลอดจนเรื่องสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual rights)

สิทธิของกลุ่ม (Group rights) สิทธิโดยร่วมกันของบุคคล (Collective rights) ที่ยังมีการตีความหรือให้คำนิยาม รวมทั้งยังมีข้อโต้แย้งในแนวคิดของฝ่ายตะวันตกและฝ่ายตะวันออก ที่ให้ความสำคัญของความเป็นปัจเจกบุคคลและความเป็นกลุ่มแตกต่างกัน มาบัญญัติไว้ในปฏิญญานี้เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม

ในส่วนของประเทศไทย เมื่อได้สนับสนุนในการรับรองร่วมอุปถัมภ์ (Co-sponsor) ปฏิญญานี้ซึ่งรัฐบาลไทยมีพันธกรณีด้านจริยธรรมที่จะต้องเคารพหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในปฏิญญา พันธกรณีที่เกิดขึ้น คือ เมื่อประเทศไทย เป็นประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยม (Dualism Doctrine) ที่จะต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้อนุวัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือพิจารณากฎหมายที่มีอยู่ให้เป็นไปตามกรอบสำหรับการดำเนินกิจกรรมทั้งปวง ที่ควรปฏิบัติตามปฏิญญา เพื่อส่งเสริมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามปฏิญญานี้ จึงต้องศึกษาว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นกฎหมายภายใน และเป็นกฎหมาย สูงสุดของประเทศไทยได้บัญญัติไว้ จะบัญญัติรับรองพันธกรณีตามปฏิญญานี้อย่างไร และมีการบัญญัติหรือแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพียงพอหรือไม่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมอีกหรือไม่ อย่างไร เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีต่าง ๆ

(17.) ปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเดอร์บัน (Declaration of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance : WCAR (Durban Declaration))

เนื่องจากปัจจุบันประเทศต่างๆ ทั่วโลกล้วนเผชิญกับปัญหาของการเลือกปฏิบัติ อันเป็นผลส่วนหนึ่งจากโลกาภิวัตน์ ซึ่งทำให้มีการโยกย้ายของประชากรและข้อมูลอย่างรวดเร็วผ่านเทคโนโลยี การคมนาคม ตลอดจนสื่อต่างๆ เช่น อินเทอร์เน็ต ทำให้อาจเกิดการแพร่ขยายความเกลียดชังทางเชื้อชาติได้โดยง่าย และหลายประเทศมีการย้ายถิ่นฐานของแรงงานและผู้อพยพเข้ามาอยู่อาศัยมีการเปิดโอกาสให้นักธุรกิจเข้ามาลงทุนในประเทศ

ดังนั้น จึงอาจเป็นการยากที่จะหลีกเลี่ยงความตึงเครียดหรือขัดแย้งจากการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ด้วยเหตุดังกล่าว องค์การสหประชาชาติจึงได้จัดการประชุมระดับโลกว่าด้วยการต่อต้านการเหยียดสีผิว การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและการขาดขันติธรรมในรูปแบบต่างๆ (World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance : WCAR) ขึ้นเมื่อวันที่ 31 สิงหาคม - 8 กันยายน พ.ศ. 2544 ณ เมืองเดอร์บัน สาธารณรัฐแอฟริกาใต้และประเทศไทยได้เข้าร่วมประชุมในฐานะสมาชิก Credentials Committee ของการประชุมด้วย

ต่อมาเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2545 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ สมัยสามัญ ครั้งที่ 56 ได้รับรองปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเดอร์บัน (Durban Declaration) ด้วยคะแนนเสียงสนับสนุน 137 เสียงคัดค้าน 2 เสียง คือ ประเทศอิสราเอล และประเทศสหรัฐอเมริกา และงดออกเสียง 2 เสียง คือ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศแคนาดา โดยประเทศไทยได้ลงคะแนนเสียงสนับสนุนสาระสำคัญของปฏิญญาและแผนปฏิบัติการครอบคลุมถึงมาตรการต่างๆ ในการป้องกัน แก้ไข และกำจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ การให้ความสำคัญแก่ขันติธรรมและการเคารพต่อความหลากหลาย การแสดงความเป็นเอกภาพกับคนเชื้อสายแอฟริกาในการต่อสู้กับการเลือกปฏิบัติ รับทราบถึงความทุกข์ยากของเหยื่อ การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ การตระหนักถึงบทบาทของสื่อมวลชนและการศึกษาในการปลูกฝังทัศนคติที่จะกำจัดการเลือกปฏิบัติและการให้การศึกษาและความรู้แก่สาธารณชน ทั้งนี้ ปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเดอร์บัน (Durban Declaration) ครอบคลุมกลุ่มเหยื่อต่างๆ ที่เป็นชนเชื้อสายแอฟริกา ชนเชื้อสายเอเชีย สตรี เด็ก ขนท้องถิ่นดั้งเดิม ผู้ลี้ภัย และแรงงานย้ายถิ่น

สาระสำคัญของปฏิญญา คือ การให้ความสำคัญกับขันติธรรม การเคารพต่อความหลากหลาย การแสดงความเป็นเอกภาพกับชนเชื้อสายแอฟริกาในการต่อสู้กับการเลือกปฏิบัติ การให้ความสำคัญกับรูปแบบใหม่ๆ ของการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ การรับทราบถึงความทุกข์ยากของเหยื่อของ

การเลือกปฏิบัติ ซึ่งรวมถึงผู้ลี้ภัย แรงงานย้ายถิ่น ชนเชื้อสายแอฟริกา ชนเชื้อสายเอเชีย ฯลฯ และการตระหนักถึงบทบาทที่สำคัญของสื่อมวลชน และการศึกษา ในการปลูกฝังทัศนคติเพื่อขจัดความเกลียดชังและอคติ อันนำไปสู่การเลือกปฏิบัติ⁸⁵

บทความนี้ ผู้เขียนนำข้อมูลมาจากวิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2548 นายวิรัช จีระแพทย์ เรื่อง “สิทธิของคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย (Rights of Unlawful Immigrants Acquiring Thai Nationality)” ซึ่งได้รับรางวัลสภานิติบัญญัติแห่งชาติ : รางวัลวิทยานิพนธ์ ระดับดีเยี่ยม ประจำปี 2550 จากสภานิติบัญญัติ จึงนำเสนอเพื่อให้ทราบถึงหลักการ ความเป็นมา แนวคิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำมาเปรียบเทียบ และปรับใช้กับชนท้องถิ่นดั้งเดิมของประเทศไทย ตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันและอนาคต เพื่อความเข้าใจที่ดีต่อกัน และความสมานฉันท์ในสังคมไทย



⁸⁵ กองการสังคม, กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, หนังสือกระทรวงการต่างประเทศ ที่ กต 0804/ว.908 ลงวันที่ 11 เมษายน พ.ศ. 2545, น. 1-2. สรุปผลการประชุม WCAR, น. 3.

ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมบรรทัดฐาน ในเชิงรูปธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ พลเมืองตามรัฐธรรมนูญ*

● ปัญญา จิตตานุ**

บทนำ

แนวความคิดของนักปรัชญากฎหมายธรรมชาติ สิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิธรรมชาติเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ที่ได้ต่อสู้กันมาในอดีต ซึ่งมนุษย์แต่ละคนมีสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายธรรมชาติโดยกำเนิด นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ¹ มีความเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนนั้นเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ตามสิทธิธรรมชาติ (Natural Law) อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพพลเมืองทุกประเภท ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นพื้นฐานที่มาของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้จึงถือว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐในการพิทักษ์สิทธิเหล่านี้ภายใต้สัญญาประชาคมที่ได้ให้ไว้ จากแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการปฏิวัติ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.

** นบ., นบ.ท., น.ม. กฎหมายมหาชน. มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

¹ Legalbrief, Bram Fisher Lecture: Protection Constitutional Rights [Online], available URL: http://www.legalbrief.co.za/view_1.php?artnum=223, 2001 (December, 4).

ครั้งสำคัญทางประวัติศาสตร์ในการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 และคำประกาศสิทธิและสิทธิพลเมือง (The Rights of Man and of Citizen) เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ซึ่งเป็นแม่บทที่ประเทศต่างๆ นำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในการยกร่างขึ้นใหม่ตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง

ทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นผลให้เกิดกฎหมายลำดับรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นแม่บทให้อำนาจไว้ และกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ แนวความคิดว่าด้วยการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพหรือสิทธิต่างๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญในระบบประชาธิปไตย (Constitutional of Democracy) อันหมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เป็นการรับรองและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดมีความมุ่งหมายเพื่อจำกัดอำนาจรัฐที่จะละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพบุคคลโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในการนี้การบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกบุคคลเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญมีพื้นฐานความคิดมาจากกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (Bill of Rights) เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งมิให้ใช้อำนาจรัฐละเมิดต่อสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ยึดหลักการรับรองสิทธิและเสรีภาพจากกฎหมาย Bill of Rights ค.ศ. 1689 ของประเทศอังกฤษ The Declaration of the Rights of the Citizen ค.ศ. 1789 ของประเทศฝรั่งเศส และการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาครั้งที่ 1 ถึง 10 ค.ศ. 1791² ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจึงเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดจากสัญญาประชาคม (Social Contract) ของการปกครองในระบบ

² วุฒิชัย จิตตานุ, “สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก,” ใน รวมบทความทางวิชาการชุดที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), หน้า 152-153.

ประชาธิปไตยทั้งหลาย

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองแนวความคิดรัฐธรรมนูญระบอบประชาธิปไตยดังกล่าว ประเทศต่างๆ มีความตื่นตัวในเรื่องสิทธิและเสรีภาพบุคคล นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ³ ต่างมีความคิดให้มีการรับรองและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองไว้ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตามแนวทางรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ดังนั้น บรรดาสิทธิต่างๆ ที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการได้รับการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ซึ่งเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามกระบวนการทางกฎหมายการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (Concrete Norm Control) กล่าวคือ

การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเพื่อการคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ

ทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นผลให้บรรดากฎหมายที่มีศักดิ์ลำดับรองมาจากรัฐธรรมนูญขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมถือเป็นกฎหมายสูงสุดด้วย การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเป็นกระบวนการควบคุมกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมิให้มีผลบังคับใช้ และเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญด้วย ในการนี้กระบวนการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่สำคัญในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญก็เป็นรูปหนึ่งของกระบวนการ

³Ian Harden, Public Law 1: Synopsis of Lectures on the Rule of Law and Fundamental Rights [Online], available URL: <http://ian.harden.net/PL1/synopses/FRsynop.htm>, 2002 (February, 28).

การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมด้วย⁴

การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Concrete Norm Control” นักกฎหมายรัฐธรรมนูญได้เรียกชื่อเป็นภาษาไทยว่า “การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม”⁵ เป็นกระบวนการทางกฎหมายในการควบคุมกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่สำคัญตามหลักการตรวจสอบหลัง ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเป็นกระบวนการทางกฎหมายอยู่ 2 รูปแบบ ได้แก่ การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะ (Specific Laws) และการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint)⁶ กล่าวคือ

1. การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะ (Concrete Norm Control of Specific Law)

การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะมีแนวความคิดการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของขอบเขต ความหมาย และกระบวนการการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะที่ประเทศต่าง ๆ นำไปปรับใช้ คือ

1.1 แนวความคิดการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม

แนวความคิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 ของ Hans Kelsen ตามทฤษฎี “กฎหมายบริสุทธิ์” หรือ “ความบริสุทธิ์แห่ง

⁴ วุฒิชัย จิตตานุ, “กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือรูปแบบยุโรป (European Model) ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก,” ใน รวมบทความทางวิชาการชุดที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548), หน้า 124-125.

⁵ วุฒิชัย จิตตานุ, “กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์....” หน้า 116.

⁶ Gotthard Wöhrmann, *The Federal Constitutional Court: An Introduction* (Ilonaerthen, German: Gerhard Dannemann, 2001), pp. 12-15.

กฎหมาย” (Pure Theory of Laws) มีอิทธิพลต่อการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดกฎหมายบริสุทธิ์ตามที่ Hans Kelsen เรียกว่า “บรรทัดฐานพื้นฐาน (Basic Norm)” หรือ “Grundnorm” เป็น บรรทัดฐานสูงสุด (Supreme Norm) ก่อให้เกิดลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐาน กฎหมาย (Hierarchy of Legal Norm) ซึ่งกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าจะมี ผลสมบูรณ์เป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อมีกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจไว้และ กฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าจะมีผลสมบูรณ์เป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อมีกฎหมายที่ เป็นบรรทัดฐานสูงสุดตามที่ Hans Kelsen เรียกว่า “Grundnorm” ให้อำนาจไว้ ซึ่งลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมายเป็นบรรทัดฐานพื้นฐาน (Basic Norm) หรือ “Grundnorm” ดังนั้น กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารองลงมาจากรัฐธรรมนูญ จะขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ตามแนวความคิดทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด เป็นทางให้เกิดระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่เรียกว่า “การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม” (Abstract Norm Control) และ “การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม” (Concrete Norm Control)⁷

การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมดังกล่าว นักกฎหมาย รัฐธรรมนูญ⁸ เห็นว่าเป็นการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะ (Concrete Norm Control of Specific Laws) ที่มีการพิจารณาคืออยู่ในศาลและศาลมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดี ได้พักการพิจารณาคดีไว้และเสนอเรื่องต่อ

⁷ วุฒิชัย จิตตานุ, “กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์...,” หน้า 109-112.

⁸ Sabine Michalowski and Lorna Woods, *German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties* (London: Dartmouth, 1999), p. 40.

ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ในการนี้นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเห็นว่า เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมดังกล่าวปรากฏตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 264⁹ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้รับหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในมาตรา 211 บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางกราบบังคมทูลเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ....” แสดงให้เห็นว่าการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมดังกล่าวเป็นการควบคุมกฎหมายเฉพาะที่มีการพิจารณาคดีในศาลที่มีปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดีมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

1.2 ขอบเขตความหมายของการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม

การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเป็นเรื่องที่มีกระบวนการพิจารณาคดีอยู่ในศาล ซึ่งศาลมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่ศาลใช้บังคับแก่คดีที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลจะหยุดการพิจารณาคดีและส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเรียกว่า “การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม” (Concrete

⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์นานาสังพิมพ์, 2544), หน้า 75.

Norm Control) หรือกระบวนการการควบคุมกฎหมายเฉพาะจะเกิดขึ้นเมื่อศาลทั่วไปที่พิจารณาคดีมีความเห็นว่ากฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก้คดีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะต้องส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกระบวนการควบคุมกฎหมายเฉพาะที่มีผลบังคับใช้แล้วมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁰ ก่อให้เกิดความสับสนระหว่างอำนาจหน้าที่ของศาลทั่วไปในการพิจารณาวินิจฉัยคดีกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม

การเกิดบทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเพื่อการคุ้มครองกฎหมายเฉพาะที่มีผลบังคับใช้แล้วทั้งก่อนหรือหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองมีประเทศเกิดใหม่ขึ้นหลายประเทศ อีกทั้งบางประเทศมีการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ แต่มีกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ก่อนการร่างรัฐธรรมนูญใหม่และประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่แล้ว มีกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ก่อนโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ การพิจารณาคดีของศาลมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลต้องพักการพิจารณาแล้วเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ส่วนการควบคุมกฎหมายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว การตรากฎหมายของรัฐสภาได้อาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภายุติบัญญัติกฎหมายโดยบิดเบือนอำนาจที่ขัดต่อสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายในการพิจารณาคดีของศาลและศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องพักการพิจารณาคดีไว้และเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะที่มีการพิจารณาคดีในศาลและศาลมีปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก้คดีมิชอบด้วย

¹⁰ วุฒิชัย จิตตาน, “กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์...” หน้า 125-126.

รัฐธรรมนูญหรือสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹¹

1.3 กระบวนการการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

กระบวนการการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมจะเกิดขึ้นเฉพาะกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วและอยู่ในการพิจารณาตีของศาลมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลจะพักการพิจารณาตีไว้และส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่แล้วจะส่งเรื่องคืนไปยังศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าว เพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีต่อไป การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเป็นกระบวนการควบคุมกฎหมายเฉพาะที่ศาลใช้บังคับแก่คดีมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด การที่ศาลพิจารณาคดียื่นร้องขอการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงเริ่มกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมเป็นโมฆะเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มแรกหรือไม่มีผลบังคับใช้แต่อย่างใด ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดเป็นการใช้อำนาจมหาชนโดยอาศัยอำนาจกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติรัฐหรือให้มีการแก้ไขกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้สอดคล้องตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทางนิติบัญญัติ ซึ่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญผูกพันรัฐโดยรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้¹²

¹¹ Predo A. Malavet, Abstract vs. Concrete Norm Control: Judicial Review, Gainesville8(Orlando, Florida: The University College of Law, 1997), pp. 18-20.

¹² Gotthard Wöhrmann, *The Federal Constitutional Court: An Introduction* (Ilonarthen, German: Gerhard Dannemann, 2001), pp. 12-15.

กระบวนการการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ได้ก้าวล่วงถึงคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลที่ร้องขอแต่อย่างใด บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงการตรวจสอบความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของตัวบทกฎหมายนั้นว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น แม้การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของศาลรัฐธรรมนูญจะนำไปสู่การตีความตามรัฐธรรมนูญก็มีความมุ่งหมายเพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ และคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ เพื่อมิให้กฎหมายลำดับรองลงมาขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹³

อย่างไรก็ตาม กระบวนการการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเป็นดุลพินิจของศาลในกรณีที่มีปัญหาว่ากฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก้คดีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในกรณีศาลที่พิจารณาคดีเห็นว่ากฎหมายนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญศาลอาจไม่เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้และมีคำพิพากษาคดีไป ในกรณีเช่นนี้ เมื่อศาลทั่วไปใช้ดุลพินิจไม่ส่งเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายที่บังคับใช้แก้คดีที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญและมีคำพิพากษาไปตามรูปคดีต่อไปนั้น หากปรากฏภายหลังว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก้คดีขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมทำให้คำพิพากษาของศาลนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการขัดต่อสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ด้วย ในลักษณะเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญแก่ปัจเจกชนในการยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญต่อไปว่าคำพิพากษาของศาลไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีเห็นได้จากรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 93(1) (4a) และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (FCC) มาตรา 90 วรรคสอง บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่คำพิพากษาของศาลขัดต่อรัฐธรรมนูญภายใต้หลักการส่วนเสริม (Subsidiary Principle) แต่บุคคลนั้นจะยื่นคำร้องทุกข์

¹³ Wöhrmann, ibid, pp. 12-15.

ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ต่อเมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการของศาลอื่นเสียก่อนและต้องยื่นภายในระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้¹⁴ ดังนั้นกระบวนการในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะจึงเป็นการตรวจและควบคุมกฎหมายที่มีผลใช้บังคับที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและขัดต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ด้วย

2. การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Concrete Norm Control of Constitutional Complaint)

คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเป็นรูปแบบหนึ่งของการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม ซึ่งตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้นี้ถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยกฎหมายลำดับรองลงมาจะขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ซึ่งเป็นไปตามลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมาย (Hierarchy of Legal Norm) ที่ประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญด้วยการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (Concrete Norm Control) เป็นกระบวนการที่ต้องมีคดีอยู่ในการพิจารณาของศาลและศาลมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและศาลเป็นผู้มีสิทธิร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ปัจจุบันบุคคลไม่มีสิทธิร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบุคคลตามสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเป็นกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการควบคุมกฎหมายเฉพาะที่ศาลใช้บังคับแก่คดีซึ่งมิใช่กระบวนการเยียวยาทางกฎหมาย ส่วนคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเป็นการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมที่เป็นกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายที่บุคคลใดไม่อาจรับการเยียวยาทางกฎหมายจากการถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยอำนาจมหาชน กระบวนการคำร้องทุกข์ตาม

¹⁴ วุฒิชัย จิตตานุ, “การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี,” ใน รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547), หน้า 429-431.

รัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมที่บุคคลใด ยื่นร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอการรับรองและคุ้มครองสิทธิตาม รัฐธรรมนูญ¹⁵

ในการนี้ การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมที่เป็นการควบคุม กฎหมายเฉพาะจะต้องมีการพิจารณาอยู่ในศาลเท่านั้นไม่เพียงพอแก่การเยียวยา ทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงมีความจำเป็นต้อง มีกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม ตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ รับรองไว้โดยตรง เมื่อบุคคลใดที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ย่อมเกิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยร้องขอการรับรองและการคุ้มครองต่อ ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงและทางอ้อม กระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการ เยียวยาทางกฎหมายที่ปัจเจกชนร้องขอการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญต่อ ศาลรัฐธรรมนูญทั้งทางตรงและทางอ้อมตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายที่ประเทศต่าง ๆ นำไปปรับใช้โดยมี วิวัฒนาการแนวความคิดและกระบวนการทางกฎหมายดังนี้ คือ

2.1 การวิวัฒนาการแนวความคิดตามคำร้องทุกข์ตาม รัฐธรรมนูญ

ประเทศต่าง ๆ ที่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในระบบรวมศูนย์ ได้นำคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายไป ปรับใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมากที่สุด ซึ่งสิทธิและเสรีภาพบุคคลที่รัฐธรรมนูญถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชนจาก บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำทางกฎหมายหรือโดยคำพิพากษาของ ศาลโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญบุคคลนั้นชอบที่จะยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ เพื่อการรับรองและการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

¹⁵ Malavet, op. cit., pp. 10-11.

คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญปรากฏตามกฎหมาย Argon ในศตวรรษที่ 13 ถึงศตวรรษที่ 16 เป็นกระบวนการทางกฎหมายที่เรียกว่า “Recurso de Agravios Firme de Derecho, Manifestacion de Persons” และในประเทศเยอรมนีในศตวรรษที่ 15 ขึ้นไปปรากฏใน Reichskammergericht of 1495 รัฐธรรมนูญ Paulskirchenverfassung of 1849 และคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ปรากฏในกฎหมาย Staatliche Verfassungsbeschwerde ตามรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1874 และตามกฎหมายคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1874 กับ ค.ศ. 1893¹⁶

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยกระบวนการคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิส่วนตัวเสียเอกชน (Private Interests) เป็นสิทธิทางลบ (Negative Rights) ซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐจะกระทำไม่ได้และเป็นกระบวนการเยียวยาเกี่ยวกับสิทธิส่วนตัวเสียมหาชน (Public Interests) อันเป็นสิทธิทางบวก (Positive Rights) ซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐต้องกระทำ คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายพิเศษของประเทศต่างๆ ที่จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญได้นำไปปรับใช้มากที่สุดโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในแถบยุโรปเช่นประเทศเยอรมนี คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเป็นแม่แบบของกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 93 (1) (4a) บัญญัติว่า “ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของบุคคลใดๆ ที่อ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของเขาหรือสิทธิใดภายใต้มาตรา 20 (4) หรือมาตรา 33, 38, 101, 103 หรือมาตรา 104 ถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชน” และตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVGG) มาตรา 13 (8a) บัญญัติว่า “ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมาย

¹⁶ วุฒิชัย จิตตานุ, “กระบวนการทางกฎหมายตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก,” วารสารคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 9, 25 (มกราคม-เมษายน 2550), หน้า 35-36.

พื้นฐาน กล่าวคือ ... 8a. คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 (1) (4a) และ (4b) ...” และบัญญัติกระบวนการพิจารณาว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 90 ถึงมาตรา 95 นอกจากนี้ได้ปรากฏตาม รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเชค ค.ศ. 1992 มาตรา 87 (1) (d) รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 161 และรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ค.ศ. 1948 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1987 มาตรา 87¹⁷

ส่วนในทวีปเอเชีย คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญมีมาตั้งแต่สมัย โบราณก่อนที่จะมีวิวัฒนาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่าง สมบูรณ์แบบและมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเห็นได้จากกษัตริย์ในยุคสมัย ก่อนได้จัดตั้งกลองขนาดใหญ่ไว้หน้าวังหลวงเพื่อให้ประชาชนได้ตีกลองร้องทุกข์ ต่อพระมหากษัตริย์ ดังปรากฏในประเทศจีนในหลายยุคหลายสมัย ในประเทศ เกาหลีสมัยของ Chosun Dynasty ในปี ค.ศ. 1392 ถึงปี ค.ศ. 1910 มีกลองขนาดใหญ่เรียกว่า “Shinmoonko” ตั้งไว้ให้ประชาชนตีกลองร้องทุกข์ ต่อพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นหลักการคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญก่อนที่รัฐธรรมนูญ ประเทศเกาหลีได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ประชาชนมีสิทธิยื่น คำร้องขอการรับรองและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สำหรับ ประเทศไทยก่อนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2475 มีหลักการ คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช โดยมีกลองหลวงตั้งไว้เพื่อให้ประชาชนตีกลองร้องทุกข์ต่อพระมหากษัตริย์ โดยตรง¹⁸

2.2 กระบวนการคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญ ซึ่งใช้ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยเป็นกระบวนการพิจารณาเชี่ยวชาญทางกฎหมายพิเศษ

¹⁷ วุฒิชัย จิตตานุ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 41-44.

¹⁸ วุฒิชัย จิตตานุ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 41-44.

(Extraordinary Legal Remedy) ที่ปัจเจกบุคคลมีสิทธิยื่นขอการรับรอง และการคุ้มครองสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ต่อศาลรัฐธรรมนูญทั้งทางตรง และทางอ้อมเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังมีหลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายดังนี้ คือ¹⁹

2.2.1 การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมตามคำร้องทุกข์ ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง

ปัจเจกบุคคลมีสิทธิร้องขอตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงในกรณีที่ต่อสู้กับกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและในกรณีที่มิเหตุขัดข้องให้ยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ดังนี้

1) กรณีที่ต่อสู้กับกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ปัจเจกชนมีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ในกรณีที่เป็นเรื่องการยกข้อต่อสู้กับบทบัญญัติหรือกฎหมายโดยตรงที่มีความมุ่งหมายเพื่อการบังคับใช้บทบัญญัติหรือกฎหมายนั้นเป็นการบังคับเฉพาะเจาะจงต่อสิทธิบุคคลอันมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งบุคคลใดอ้างว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ บุคคลนั้นชอบที่จะยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการอื่นให้เสร็จสิ้นเสียก่อนตามหลักการส่วนเสริมแต่อย่างใด เพื่อร้องขอการคุ้มครองและรับรองตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

2) กรณีที่กฎหมายไม่เปิดช่องให้ยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญได้โดยตรง

ในกรณีกฎหมายไม่เปิดช่องอื่นใดในการยื่นร้องขอเพื่อการเยียวยาทางกฎหมายหรือกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายอื่นไม่สามารถให้การคุ้มครองสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นอกจากการยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงเพื่อการเยียวยาแก้ไขทางกฎหมาย

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45-46.

2.2.2 การยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ

โดยทางอ้อม

การยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยทางอ้อมดังกล่าวเรียกว่า “หลักการส่วนเสริม” (Subsidiary Principle)²⁰ เป็นการยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอ้างว่าการกระทำทางกฎหมาย กฎ ข้อบังคับของรัฐหรือคำพิพากษาของศาลไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่ผู้ร้องจะมีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ต่อเมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาของศาลอื่นจนมีคำพิพากษาเสียก่อนเพื่อการเยียวยาทางกฎหมายจากการที่ไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จากกระบวนการอื่น

หลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายตามหลักการส่วนเสริม (Subsidiary Principle) เป็นกระบวนการร้องขอการคุ้มครองและการรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เมื่อบุคคลใดอ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชนในการกระทำทางกฎหมาย กฎ ข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือคำพิพากษาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นการขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ บุคคลนั้นชอบที่จะยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ต่อเมื่อผ่านกระบวนการพิจารณาของศาลเสร็จสิ้นเสียก่อน ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ และไม่สามารถให้การคุ้มครองและเยียวยาทางกฎหมายตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ด้วยวิธีการอื่นได้ หลักการส่วนเสริมจึงเป็นหลักการการเยียวยาแก้ไขทางกฎหมายของบุคคลที่ถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชนตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ไม่มีช่องทางอื่นที่จะเยียวยาแก้ไขได้ จึงเป็นการยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญโดยทางอ้อม²¹

คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเป็นการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมที่ปัจเจกบุคคลมีสิทธิร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญทั้งทางตรงและ

²⁰ วุฒิชัย จิตตานู, เรื่องเดียวกัน, หน้า 45-46.

²¹ Wöhrmann, op. cit., pp. 13-14.

ทางอ้อม ในกรณีที่ร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงเป็นการต่อสู้กับกฎหมายโดยตรงหรือกรณีกฎหมายไม่เปิดช่องให้ร้องขอการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการเร่งด่วน เน้นเข้าไปจะไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ร้อง มีสิทธิที่จะยื่นโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับตามหลักการส่วนเสริมตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVGG) มาตรา 90 ตอนท้ายและมาตรา 93 ส่วนในกรณียื่นโดยทางอ้อมเป็นเรื่องการโต้แย้งว่าการกระทำทางกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลขัดต่อรัฐธรรมนูญอันมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ต่อเมื่อได้เสร็จสิ้นกระบวนการของศาลอื่นจนมีคำพิพากษาของศาลเสียก่อนตามหลักการส่วนเสริม (Subsidiary Principle)²²

2.3 การกลั่นกรองของศาลรัฐธรรมนูญก่อนการรับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

บุคคลได้อ้างว่าสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานถูกละเมิด โดยอำนาจมหาชนมีสิทธิยื่นร้องขอตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญจะทำการกลั่นกรองก่อนการรับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญดังนี้²³

2.3.1 ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ²⁴

สิทธิการยื่นร้องขอตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญในกรณีอ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชน บุคคลที่มีสิทธิร้องขอ ได้แก่ ปัจเจกบุคคลทุกคน นิติบุคคลเอกชน นิติบุคคลมหาชนหรือบุคคลต่างด้าว อย่างไรก็ตาม คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี บุคคลต่างด้าวมีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตามกฎหมายพื้นฐานได้เฉพาะสิทธิที่เกี่ยวกับมนุษยชาติ

²² Ibid.

²³ Ibid., pp. 10-12.

²⁴ Ibid., p. 13.

หรือสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิการลี้ภัยทางเมืองตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 16a

2.3.2 สิทธิรัฐธรรมนูญที่ร้องขอการรับรองและคุ้มครอง

ก่อนที่จะศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ จะพิจารณาว่าคำร้องทุกข์นั้นเข้าหลักเกณฑ์การยื่นคำร้องทุกข์นั้นหรือไม่เสียก่อนที่จะรับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ คือ

1) สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองหรือโดยปริยาย

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิอย่างอื่นที่มีลักษณะเดียวกันกับสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมได้รับการคุ้มครอง ย่อมเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยและองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องให้การเคารพภายใต้กฎหมายตามหลักนิติรัฐ ดังนั้น คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญจะยื่นคำร้องขอการรับรองและคุ้มครองต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือสิทธิอย่างอื่นที่มีลักษณะเดียวกันกับสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งถูกละเมิดโดยผู้ใช้อำนาจอรัฐ ส่วนสิทธิอย่างอื่นที่รัฐธรรมนูญไม่ได้รับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ²⁵

2) คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ของบุคคลใดอ้างว่าถูกละเมิดโดยอำนาจอรัฐ บุคคลนั้นมีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ และการยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต้องเป็นเรื่องประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้นจะร้องขอเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งหรือในทางคดีอาญาใดๆ ไม่ได้ทั้งสิ้น

3) สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ถูกละเมิดโดยผู้ใช้อำนาจอรัฐทางมหาชน มิใช่ละเมิดระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน

การยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญได้ต้องเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยอำนาจอมหาชน

²⁵ Michalowski and Woods, op. cit., p. 47.

อันได้แก่องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทางมหาชนไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยไม่รวมถึงการละเมิดโดยเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายมหาชนอันเป็นกฎหมายสูงสุดที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐหรือรัฐต่อเอกชน ส่วนการละเมิดสิทธิระหว่างเอกชนด้วยกันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชน มีกฎหมายลำดับรองมาจากรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองอยู่แล้ว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่เป็นอำนาจของศาลทั่วไปที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น²⁶

2.3.3 สาระสำคัญตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับเรื่องบุคคลปัจจุบันและผลโดยตรง²⁷

การยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญต้องเป็นเรื่องสาระสำคัญเป็นเรื่องความเป็นได้ในเรื่องการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเรื่องบุคคล (Personality) ปัจจุบัน (Present) และผลโดยตรง (Direct) ในกรณีที่คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญไม่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจะยกคำร้อง สาระสำคัญดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีคำวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้แล้ว นัยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ BVerGE 59, 360, 375 (1982), BVerGE 1, 97, 102-103 (1951), BVerGE 81, 70, 82-83 (1989)²⁸

2.3.4 ประเภทการโต้แย้งตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

การยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญได้ต้องเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยอำนาจมหาชนอันได้แก่องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทางมหาชนไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการกระทำทางกฎหมายในการออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับโดยไม่รวมถึงการละเมิดโดยเอกชน²⁹

²⁶ Michalowski and Woods, *ibid.*, pp. 44-45.

²⁷ *Ibid.*, p. 45.

²⁸ *Ibid.*, pp. 45-47.

²⁹ Wöhrmann, *op. cit.*, pp. 15-18.

2.3.5 การกระทำทางกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลจะยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญได้ต่อเมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการอื่นเสียก่อนและไม่สามารถให้การเยียวยาทางกฎหมายได้

การยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการกระทำทางกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือคำพิพากษาของศาลจะยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญได้ต่อเมื่อได้เสร็จสิ้นกระบวนการของศาลอื่นเสียก่อนและไม่สามารถให้การเยียวยาทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้³⁰

กรณีกฎหมายไม่เปิดช่องให้ร้องขอการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหากเป็นการเร่งด่วน เน้นเข้าไปจะไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ร้อง ก็มีสิทธิที่จะยื่นโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับตามหลักการส่วนเสริมที่ต้องเสร็จสิ้นกระบวนการจนมีคำพิพากษาของศาลเสียก่อน³¹

2.3.6 คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต้องยื่นภายในกำหนดเวลาที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติไว้

การร้องขอการคุ้มครองและรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต้องยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในกำหนดระยะเวลาตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และการร้องขอตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญที่ใช้ในประเทศต่าง ๆ ไม่มีค่าธรรมเนียมศาลแต่ในบางประเทศ เช่น คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (FCC) ได้กำหนดค่าปรับไว้ในกรณีที่บุคคลยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญโดยไม่สุจริต³²

³⁰ Michalowski and Woods, op. cit., p. 47.

³¹ Wöhrmann, op. cit., pp. 13-14.

³² Ibid, pp. 13-14.

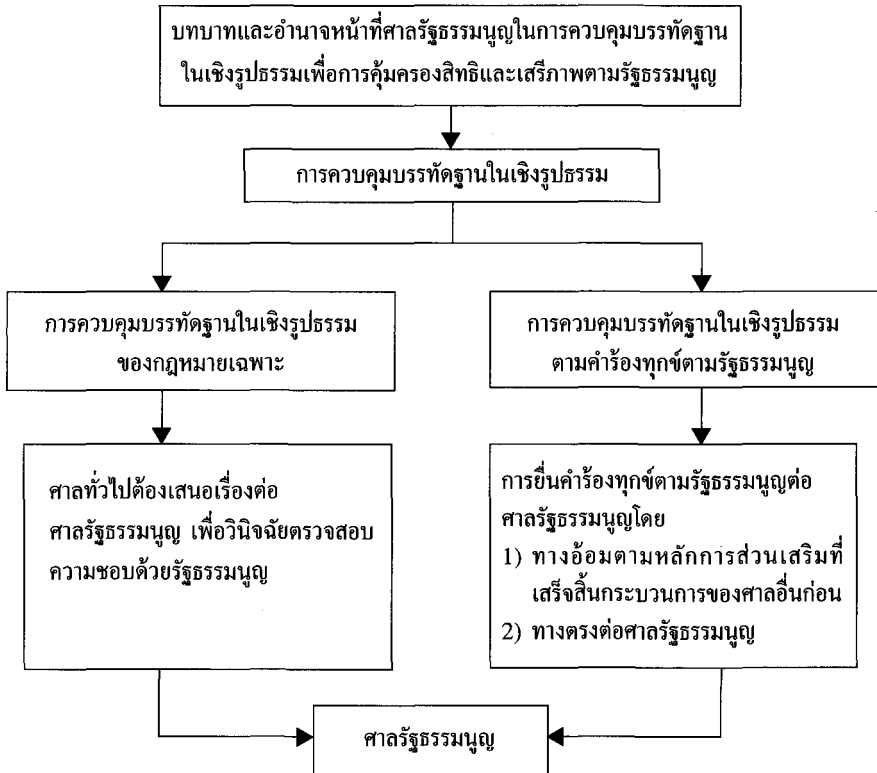
2.3.7 กระบวนการตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญที่ยื่นร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว องค์คณะศาลรัฐธรรมนูญที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จะทำหน้าที่ตรวจสอบคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญว่าเข้าหลักเกณฑ์ตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ เช่น คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญที่ยื่นร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมนี ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญของคณะที่หนึ่ง มีบทบาทและอำนาจในการตรวจสอบคำร้องว่าถูกต้องตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่บัญญัติไว้หรือไม่ ในกรณีที่คำร้องทุกข์เข้าหลักเกณฑ์ทางกฎหมายตามรัฐธรรมนูญบัญญัติจะมีคำสั่งรับคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญไว้วินิจฉัยเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและในกรณีที่ไมเข้าหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งยกคำร้องทุกข์ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่สุดผูกพันองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ และคำพิพากษาของศาลทั่วไปที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมยกขึ้นว่าเป็นคดีใหม่ได้³³

ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามกระบวนการทางกฎหมายการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (Concrete Norm Control) อันประกอบด้วย การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม (Abstract Norm Control) และการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (Concrete Norm Control) เพื่อการรับรองและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ตามที่ผู้เขียนจำลองตามภาพ 1 ดังนี้

³³ Mario Patrono, The Protection of Fundamental Rights by Constitutional Courts: A Comparative (Rome: The University of Rome, 1990), pp. 412-413.

**ภาพที่ 1 บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการ
ควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
ตามรัฐธรรมนูญ**



จากภาพดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญประกอบด้วย การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะในการพิจารณาคดีของศาลทั่วไปเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ การยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อ

ศาลรัฐธรรมนูญโดย 1) ทางอ้อมตามหลักการส่วนเสริมที่เสร็จสิ้นกระบวนการของศาลอื่นก่อน 2) ทางตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ

การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเป็นกระบวนการทางกฎหมายเฉพาะเป็นเรื่องที่มีคดีอยู่ในการพิจารณาศาล เมื่อศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ใช้บังคับแก่คดีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่วนคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ เป็นการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมอีกรูปแบบหนึ่งและเป็นกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนเมื่อไม่มีกระบวนการทางกฎหมายอื่นเพื่อการเยียวยาได้ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ที่จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญยังได้บัญญัติคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญไว้เป็นเครื่องมือของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่กระบวนการทางกฎหมายอื่นไม่อาจให้การเยียวยาทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้

ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้วทั้งสิ้น 18 ฉบับ ซึ่งฉบับปัจจุบันมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 แล้ว ในการนี้ รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมีสาระสำคัญส่วนหนึ่งได้แก่การบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยและมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่สำคัญในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ

โดยตรงตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งได้มีการยกย่องรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 อีกทั้งรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีสาระสำคัญส่วนหนึ่งในการบัญญัติการรับรองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามมาตรา 4 ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมได้รับความคุ้มครองและสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 27 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ตามมาตรา 26 อีกทั้งบัญญัติห้ามการจำกัดสิทธิในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา 29 ซึ่งหากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ตามมาตรา 28 วรรคสอง และบัญญัติให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดตามมาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้รับแนวความคิดตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้นบรรดาสิทธิที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดตามมาตรา 6 ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ตามมาตรา 27 สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้ตามมาตรา 28 วรรคสอง ซึ่งเป็นการยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ด้วยวิธีการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมตามมาตรา 211 และการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญมาตรา 212

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติรับรองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญไว้ ซึ่งบรรดาสิทธิต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดอยู่ในตัวสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ตามมาตรา 28 วรรคสอง การยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลย่อมเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 211 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ” วรรคสองบัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้” อีกทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 212 วรรคแรกบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้” และวรรคสองบัญญัติว่า “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 211 และมาตรา 212 เป็นกระบวนการการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม โดยเฉพาะอย่างในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะที่ศาลใช้บังคับแก่คดีและเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องด้วยมาตรา 6 ศาลจะเสนอความเห็นส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้หรือกรณีการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมที่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 4 ซึ่งสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้หรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย ตามมาตรา 27 จึงเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 211 และมาตรา 212 เป็นกระบวนการทางกฎหมายในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะและการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมมิใช่กระบวนการทางกฎหมายใหม่ การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมมีการบังคับใช้มาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 88 และรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาได้บัญญัติหลักเกณฑ์การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเกือบทุกฉบับจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เพื่อการควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดีมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ จึงเห็นได้ชัดว่าการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมตามรัฐธรรมนูญเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อควบคุมกฎหมายเฉพาะที่ศาลใช้บังคับแก่คดีเฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น แต่การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมที่ใช้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ บทบาทและอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบุคคลตามรัฐธรรมนูญ จึงมีปัญหาทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะและปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม กล่าวคือ

1) ปัญหาทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของ

กฎหมายเฉพาะ

การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะในการพิจารณาคดีของศาลที่มีใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นปัญหาทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว หมายถึงเฉพาะกฎหมายที่ผ่านกระบวนการรัฐสภาทางนิติบัญญัติเท่านั้นในกรณีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นการขัดหรือแย้งหรือไม่สอดคล้องกับสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ย่อมเป็นปัญหาทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ใน การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะ

2) ปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ใน การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม

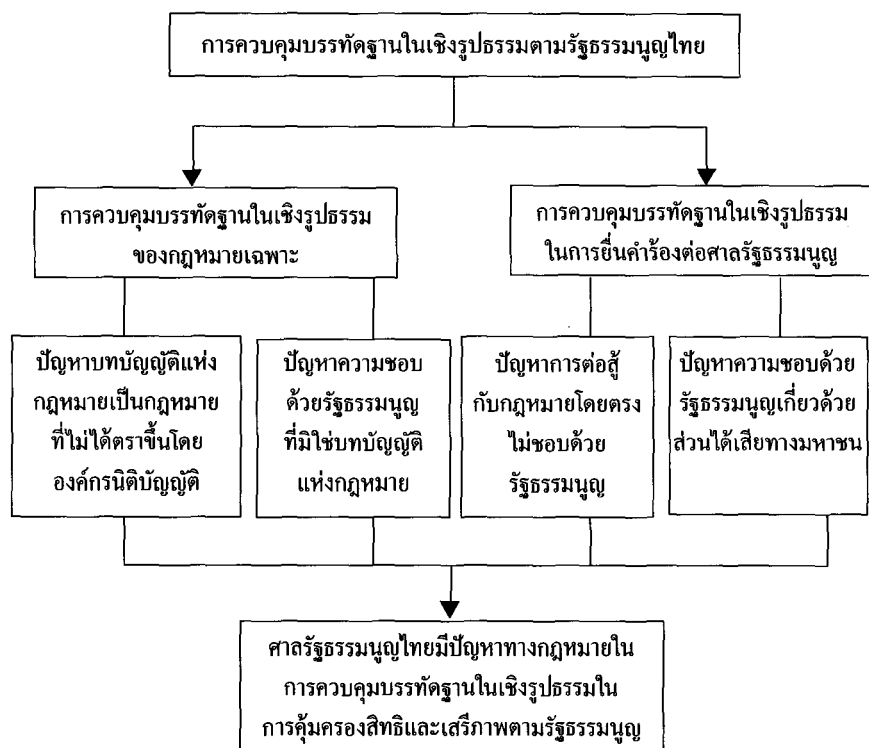
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นและบัญญัติหลักการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมโดยบุคคลผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แต่การใช้สิทธิดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่ไมอาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้วตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 212

การยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 จำกัดไว้เฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยมิได้ใช้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นสาระสำคัญของกระบวนการ คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) อีกทั้งต่อสู้คดีกับกฎหมายโดยตรงหรือต่อสู้คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญต้องยื่นคำร้องผ่านองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นเสียก่อนโดยไม่มีสิทธิยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง หากกฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นหรือการใดไม่ชอบด้วย

รัฐธรรมนูญเกี่ยวกับส่วนได้เสียทางมหาชนหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิส่วนรวมในเรื่องสำคัญ หรืออาจเป็นผลร้ายและเน้นเข้าไปจะไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ร้องได้ การให้ยื่นคำร้องผ่านองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นเสียก่อน เมื่อไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นไม่เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือมีเหตุอื่นใด จึงมายื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ย่อมเป็นการเน้นย้ำถึงความจำเป็นไม่เป็นประโยชน์ต่อการยื่นคำร้อง จึงอาจจะเป็นปัญหาทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

กรณีจึงเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญไทยแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม แต่ศาลรัฐธรรมนูญยังมีปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะและปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมดังปรากฏตามภาพ 2 ดังนี้คือ

ภาพที่ 2 ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ



จากภาพดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าบทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญไทย มีปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ปัญหาทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะและปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญใน

การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม

การศึกษาปัญหาทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบุคคลตามรัฐธรรมนูญนี้เป็นการศึกษาค้นคว้าในประเด็นปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญตามเจตนารมณ์ แห่งรัฐธรรมนูญของไทยแต่ละฉบับที่ผ่านมาได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองไว้เกือบทุกฉบับ และบัญญัติการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมไว้เพื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อรับรองและการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ภายใต้หลักนิติรัฐ ทั้งนี้ ตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บรรดาสิทธิและเสรีภาพพลเมืองที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายได้ แต่มีปัญหาทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเพื่อการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญรับรองไว้การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติการรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงเป็นเพียงตัวลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้เท่านั้น ไม่สามารถให้การรับรองหรือคุ้มครองสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างมีประสิทธิภาพแต่อย่างใด

การศึกษานี้จึงเป็นการชี้ให้เห็นถึงปัญหาทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม เพื่อการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญให้สิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายได้ภายใต้หลักนิติรัฐ และเป็นประโยชน์แก่ประชาชนภายใต้สัญญาประชาคมที่ไว้ไว้ มิให้ใช้อำนาจรัฐโดยบิดเบือนในการตรากฎหมายที่ขัดต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเป็นผลให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทและอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

3. สรุป

สิทธิและเสรีภาพบุคคลเป็นสิทธิตามธรรมชาติอันมีมาแต่เกิดของมนุษยชาติ จึงเป็นพื้นฐานสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ตามแนวทางรัฐธรรมนูญนิยมซึ่งบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมถือเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดโดยเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลในการร้องขอการรับรองและการคุ้มครองต่อศาลรัฐธรรมนูญในการใช้สิทธิทางศาลและสามารถยกข้อต่อสู้คดีในศาลได้ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมเป็นการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมของกฎหมายเฉพาะและคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายได้อย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

บวรศักดิ์ อวรรณโณ. “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ.” ในรวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 1, หน้า 71-81. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์นานาสังพิมพ์, 2544.

วุฒิชัย จิตदानุ. “กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือรูปแบบยุโรป (European Model) ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก.” ใน รวมบทความทางวิชาการชุดที่ 4, หน้า 109-129. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.

_____. “การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.” ในรวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 3, หน้า 415-448. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547.

_____. “กระบวนการทางกฎหมายตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก,” วารสารคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 9, 25 (มกราคม-เมษายน 2550), หน้า 35-36.

_____. “สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก.” ในรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 5, หน้า 148-157. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.

ภาษาอังกฤษ

Harden, Ian Public Law 1: Synopsis of Lectures on the Rule of Law and Fundamental Rights [Online]. Available URL: <http://ian.harden.net/PL1/synopses/FRsynop.htm>, 2002 (February, 28).

Legalbrief, Bram Fisher Lecture: Protection Constitutional Rights [Online]. Available URL: http://www.legalbrief.co.za/view_1.php?artnum=223, 2001 (December, 4).

Malavet, Predo A. Abstract vs. Concrete norm Control: Judicial Review, Gainesville. Orlando, Florida: The University College of Law, 1997.

Michalowski, Sabine, and Lorna Woods. German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties. London: Dartmouth, 1999.

Patrono, Mario. The Protection of Fundamental Rights by Constitutional Courts: A Comparative. Rome: The University of Rome, 1990.

W?hrmann, Gotthard. The Federal Constitutional Court: An Introduction. Ilonarthen, German: Gerhard Dannemann, 2001.



คณะผู้จัดทำ

บรรณาธิการบริหาร

เชาวนะ ไตรมาศ เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

บรรณาธิการ

ปัญญา อุดชาชน รองเลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
พรทิวา ไสวสุวรรณวงศ์ รองเลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

คณะเจ้าหน้าที่

ฉัตรแก้ว	เลิศไพฑูรย์
มนตรี	กนกาวรี
ชัยวิทย์	เดชมนโนไพฑูรย์
ปัทมิตา	กลั่นแก้ว
วรศักดิ์	สุทธิรัญญวนิช
ศิวาภรณ์	เจลิมวงค์
เวคิน	รัตนพันธ์
จักรกฤษณ์	ศรีชัยภูมิ
สุมาภรณ์	ศรีม่วง
ชลภูมิ	เย็นทรวง
ธงไชย	คงมงคล
ก้องเกียรติ	สุระภา
ณัฐยา	ศรีศักดิ์
ฐิติพงศ์	ฤกษ์เย็น
วิวัฒน์	ต้องประสงค์
วิศรุต	คิตติ์
กัมพล	อยู่มั่นธรรมมา
เจลิมชล	เกษจุโลม
ชูศักดิ์	โพธิ์คัง
เพ็ญพร	เพชรอำภัย

ห้องสมุดศาลรัฐธรรมนูญ



0011696

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ ๘๐ พรรษา ๕ ธันวาคม ๒๕๕๐ (อาคาร A)
เลขที่ ๑๒๐ หมู่ ๓ ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร ๑๐๑๑๐