



ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม

THE CONSTITUTIONAL COURT: PROTECTOR OF THE RULE OF LAW



๒๐ ปี ศาลรัฐธรรมนูญ

(พ.ศ. ๒๕๔๑ - ๒๕๖๑)

20th Anniversary

The Constitutional Court of the Kingdom of Thailand

(1998 - 2018)



ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม

The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law



๒๐ ปี ศาลรัฐธรรมนูญ

(พ.ศ. ๒๕๔๑ - ๒๕๖๑)

20th Anniversary

The Constitutional Court of the Kingdom of Thailand

(1998 - 2018)

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

ศาลรัฐธรรมนูญ : ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม.-- กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ,
2565.

388 หน้า.

1. ศาลรัฐธรรมนูญ. I. ชื่อเรื่อง.

342.0269

ISBN 978-616-8033-76-0

ชื่อเรื่อง

ศาลรัฐธรรมนูญ : ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม

ปีที่พิมพ์

มกราคม ๒๕๖๕

จำนวนพิมพ์

๕๐๐ เล่ม

เจ้าของ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ ๘๐ พรรษา ๕ ธันวาคม ๒๕๕๐

(อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) ๑๒๐ หมู่ ๓ ถนนแจ้งวัฒนะ

แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร ๑๐๒๑๐

โทรศัพท์ ๐-๒๑๔๑-๗๗๗๗ โทรสาร ๐-๒๑๔๓-๙๕๐๐

www.constitutionalcourt.or.th

E-mail: office@constitutionalcourt.or.th

พิมพ์ที่

บริษัท แอคทีฟ พรินท์ จำกัด

๙ ซ.ลาดพร้าว ๖๔ แยก ๑๔ ถ.ลาดพร้าว

แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ ๑๐๓๑๐

โทรศัพท์ ๐-๒๕๓๐-๔๑๑๔ โทรสาร ๐-๒๑๐๘-๘๙๕๑

คำนิยม

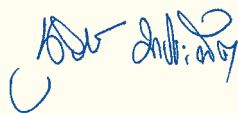
ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ได้จัดให้มีการประชุมทางวิชาการเนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ ๒๐ ปี ภายใต้หัวข้อ ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม (The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law) ในระหว่างวันที่ ๙ - ๑๐ เมษายน ๒๕๖๑ ณ โรงแรมเพนนินซูล่า กรุงเทพมหานคร นั้น สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รวบรวมและเรียบเรียงบทความ เนื้อหา และรูปภาพต่าง ๆ ในการจัดงานดังกล่าวมาจัดพิมพ์เป็นหนังสือเล่มนี้

เนื้อหาในหนังสือประกอบด้วยบทความทางวิชาการ และรายงานการบรรยายพิเศษและการอภิปรายร่วมกันของประธานศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศสามท่าน ได้แก่ บทปาฐกถาพิเศษ และบทความทางวิชาการเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยภายใต้หลักนิติธรรม โดย นายนุรักษ์ มาประณีต ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อธิบายพื้นฐานของหลักนิติธรรมในระบบกฎหมายไทย และบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการนำหลักนิติธรรมมาใช้ในการวินิจฉัยคดี การบรรยายพิเศษ เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ : ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม โดย ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี อธิบายความเป็นมาของหลักนิติธรรมของไทยและในทางสากล และนำเสนอให้เห็นบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์หลักนิติธรรม ผ่านการศึกษาวิเคราะห์คำวินิจฉัย

ในส่วนบทความของประธานศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ประกอบด้วยบทความทางวิชาการเรื่อง หลักนิติธรรมในสาธารณรัฐเกาหลี หนทางสู่ความยุติธรรมและมนุษยธรรม โดย นายลี จิน ซุง (Lee Jin-sung) ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี อธิบายการเปลี่ยนผ่านในทางการเมืองและหลักนิติธรรมของประเทศเกาหลีได้อย่างเป็นระบบ บทความทางวิชาการเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในฐานะผู้พิทักษ์หลักนิติธรรมและสิทธิมนุษยชน

โดย นายซุฮู อาร์สแลน (Zühtü Arslan) ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี อธิบายบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ร่วมกับองค์กรตุลาการอื่นทั้งในประเทศตุรกีเองและระดับสหภาพยุโรป และบทความทางวิชาการเรื่อง ความยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ : หลักการและแนวทางการปฏิบัติในประเทศอินโดนีเซีย โดย ดร. อันวา อูสมาน (Dr. Anwar Usman) ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย อธิบายหลักการที่ถือเป็นหลักการนิรันดร์หรือหลักการที่ถือเป็นจิตวิญญาณของประเทศที่เรียกว่า “หลักปัญจศีล” (Pancasila) อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมของอินโดนีเซีย สำหรับในส่วนจากรายงานบันทึกการอภิปรายร่วมกันของประธานศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามท่านนั้น เป็นการอธิบายข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาของแต่ละประเทศซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

เนื้อหาของหนังสือเล่มนี้จึงมีคุณค่าสำคัญทั้งในด้านที่เป็นการบันทึกการประชุมไว้เป็นหลักฐานหมายเหตุเชิงประวัติศาสตร์ และเป็นหนังสือทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย หวังว่าหนังสือเล่มนี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งในวงงานศาลรัฐธรรมนูญ วงงานวิชาการด้านรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ รวมทั้งผู้สนใจร่วมกัน



(นายนุรกีซ มาประณีต)
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

คำนำ

ศาลรัฐธรรมนูญไทยก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ โดยพระบาทสมเด็จพระบรมชนกาธิเบศร มหาภูมิพลอดุลยเดชมหาราช บรมนาถบพิตร ได้ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ชุดแรกเมื่อวันที่ ๑๑ เมษายน ๒๕๔๑ ในโอกาสอันเป็นมงคลนี้ จึงนับว่าศาลรัฐธรรมนูญได้สถาปนาขึ้นอย่างเป็นทางการในวันดังกล่าว และถือว่่าวันที่ ๑๑ เมษายนของทุกปี เป็นวันครบรอบการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญ

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญได้ยื่นหยัดชำระบทบาทการเป็นองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของทบัญญัติแห่งกฎหมาย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนหน้าที่และอำนาจอื่น ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ กำหนดไว้

ในปีพุทธศักราช ๒๕๖๑ เป็นปีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิบัติหน้าที่มาครบ ๒๐ ปี หรือเทียบเท่าเวลาสองทศวรรษ ในวาระอันสำคัญเช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ จึงได้จัดให้มีการประชุมทางวิชาการเนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ ๒๐ ปี ภายใต้หัวข้อ ศาลรัฐธรรมนูญ : ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม (The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law) ขึ้นในระหว่างวันที่ ๙ - ๑๐ เมษายน ๒๕๖๑ ณ โรงแรมเพนนินซูล่า กรุงเทพมหานคร

ในการนี้ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ นายอรรถนิติ ดิษฐอำนาจ องคมนตรี เป็นผู้แทนพระองค์ เปิดการประชุมทางวิชาการดังกล่าวในวันจันทร์ที่ ๙ เมษายน ๒๕๖๑ นับเป็นพระมหากรุณาธิคุณอันหาที่สุดมิได้

ในการประชุมทางวิชาการครั้งนี้ นอกจากมีการปาฐกถาพิเศษ โดย นายนุรักษ์ มาประณีต ประธานศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญ ยังได้รับเกียรติจากประธานศาลรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศอีก ๓ ท่าน ได้แก่ นายลี จิน ซุง (Lee Jin-sung) ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี นายซุฮูอาร์สแลน (Zühtü Arslan) ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี และ ดร.อันวา อุสมาน (Dr.Anwar Usman) ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ อินโดนีเซีย มาเข้าร่วมอภิปรายในหัวข้อดังกล่าว โดยนำประสบการณ์การพิทักษ์หลักนิติธรรมของแต่ละประเทศมานำเสนอและแลกเปลี่ยนอภิปราย เพื่อประโยชน์ในการศึกษาพัฒนาและต่อยอดในทางวิชาการ ทั้งยังได้รับความกรุณาจาก ศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี และนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ คนสำคัญของไทย มาบรรยายพิเศษ เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ : ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม อีกด้วย

เพื่อเป็นประโยชน์ในทางวิชาการและเป็นบันทึกทางประวัติศาสตร์ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงนำบทความทางวิชาการของท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญ จากทั้งสามประเทศ รายงานบันทึกการอภิปรายร่วมกันของทั้งสามท่าน คำบรรยาย ของศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม และเนื้อหาที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ รวมตลอดจน ภาพถ่ายบรรยากาศงานประชุมทางวิชาการทั้งสองวัน มาเรียบเรียงจัดพิมพ์เป็น หนังสือที่ระลึก เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ ๒๐ ปี ที่ปรากฏอยู่ต่อท่าน เล่มนี้

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและคณะผู้จัดทำหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หนังสือเล่มนี้ จะสามารถใช้เป็นประโยชน์ในทางวิชาการได้ตามสมควร

๒๕

(นายเชาวนะ ไตรมาศ)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ



สารบัญ

หน้า

คำนิยาม..... ๓

คำนำ..... ๕

ภาพประธานในพิธีพร้อมคำบรรยายได้ภาพ..... ๑๐

ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญและที่มา ๑๑
ของการจัดงานประชุมทางวิชาการ

การปาฐกถาพิเศษ เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ๑๗
ภายใต้หลักนิติธรรม
โดย นายณรงค์ มาประดิษฐ์
ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การบรรยายพิเศษ เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ : ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม..... ๒๙
โดย ศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี

สรุปคำปาฐกถาพิเศษ เรื่อง หลักนิติธรรมในสาธารณรัฐเกาหลี..... ๗๕
หนทางสู่ความยุติธรรมและมนุษยธรรม โดย Lee Jin-sung
ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี

สรุปคำปาฐกถาพิเศษ เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในฐานะผู้พิทักษ์ ๘๓
หลักนิติธรรมและมนุษยชน โดย Zühtü Arslan
ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี

สรุปคำปาฐกถาพิเศษ เรื่อง ความยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ..... ๙๓
หลักการและแนวทางปฏิบัติในประเทศอินโดนีเซีย โดย Dr.Anwar Usman
ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย



การอภิปราย เรื่อง บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ ๙๙

ในฐานะผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม โดย

Zühtü Arslan ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี

Lee Jin-sung ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี และ

Anwar Usman ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

บทความทางวิชาการ เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย..... ๑๒๑

ภายใต้หลักนิติธรรม

นายอนุรักษ์ มาประณีต

ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

บทความทางวิชาการ เรื่อง หลักนิติธรรมในสาธารณรัฐเกาหลี ๑๔๕

หนทางสู่ความยุติธรรมและมนุษยธรรม

Lee Jin-sung

ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี

บทความทางวิชาการ เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญตุรกี..... ๑๕๕

ในฐานะผู้พิทักษ์หลักนิติธรรมและสิทธิมนุษยชน

Zühtü Arslan

ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี

บทความทางวิชาการ เรื่อง ความยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ : ๑๖๗

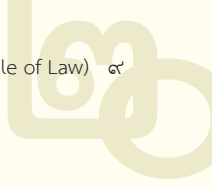
หลักการและแนวทางปฏิบัติในประเทศอินโดนีเซีย

Dr.Anwar Usman

ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

คำกล่าวพิธีปิดการประชุมทางวิชาการ..... ๑๗๓

โดยประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย



สารบัญภาพ

หน้า

- การปาฐกถาพิเศษ โดย นายบุรีรักษ์ มาประณีต ๓๗๖
ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
- การบรรยายพิเศษ โดย ศาสตราจารย์ ดร.วิชัญ เครืองาม ๓๗๘
รองนายกรัฐมนตรี
- การบรรยาย โดย Lee Jin-sung..... ๓๗๙
ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี
- การบรรยาย โดย Zühtü Arslan ๓๘๑
ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี
- การบรรยาย โดย Dr.Anwar Usman..... ๓๘๓
ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย
- การอภิปรายร่วมกันของ..... ๓๘๕
Zühtü Arslan ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี
Lee Jin-sung ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี และ
Dr. Anwar Usman ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย
- พิธีปิดการประชุมทางวิชาการ..... ๓๘๗
โดยประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย





พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม ให้ นายอรรถนิติ ดิษฐอำนาจ องคมนตรี ผู้แทนพระองค์ไปเปิดการประชุมทางวิชาการเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม” (The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law) เนื่องในโอกาสศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยครบรอบ ๒๐ ปี ณ โรงแรมเพนนินซูล่า กรุงเทพมหานคร ในวันที่จันทร์ที่ ๙ เมษายน ๒๕๖๑

ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญ และที่มาของการจัดงานประชุมทางวิชาการ

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับการสถาปนาขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เพื่อให้เป็นองค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญซึ่งมีรากฐานมาจาก “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ที่มีบทบาทสืบทอดตลอดมาในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรของไทยมานับแต่ปีพุทธศักราช ๒๔๘๙ ได้รับการยกระดับขึ้นเป็น “ศาล” ผู้ใช้อำนาจตุลาการเต็มรูปแบบ เฉกเช่นเดียวกับศาลยุติธรรมและศาลทหารที่มีมาก่อนแล้ว และศาลปกครองที่สถาปนาขึ้นพร้อมกันตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ประกอบไปด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่ง และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกสิบสี่คน รวมเป็นสิบห้าคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา จากผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนห้าคน ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ ซึ่งได้รับเลือกโดยความเห็นชอบของวุฒิสภาจากรายชื่อที่มาจาก การเสนอของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวนห้าคน และผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับเลือกมาโดยวิธีการเดียวกัน จำนวนสามคน โดยให้ผู้ที่ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนี้ประชุมและเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในวันที่ ๑๑ เมษายน พ.ศ. ๒๕๔๑

ในวาระแรกสถาปนา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญรวม ๑๓ คน เนื่องจากในขณะนั้นยังไม่มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด จนกระทั่งปีพุทธศักราช ๒๕๔๓ จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากตุลาการศาลปกครองสูงสุด ศาลรัฐธรรมนูญจึงประกอบด้วยตุลาการครบ ๑๕ คน

ศาลรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการเช่นเดียวกับศาลอื่นๆ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนจึงต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ก่อนปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอันมีที่มาจากประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ถือว่าผู้พิพากษาและตุลาการนั้นกระทำหน้าที่ในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ โดยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะแรกได้เข้าเฝ้าถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระบาทสมเด็จพระบรมชนกาธิเบศร มหาภูมิพลอดุลยเดชมหาราช บรมนาถบพิตร เมื่อวันที่ ๖ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๔๑ จึงนับได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้เริ่มต้นปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และตามจารีตประเพณีนับแต่บัดนั้นเป็นต้นมา

ทั้งนี้ในระยะแรกนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อาคารบ้านเจ้าพระยา เลขที่ ๔๘/๑ ถนนพระอาทิตย์ แขวงชนะสงคราม เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นอาคารเช่าเป็นสถานที่ปฏิบัติงาน จนกระทั่งได้มีการบูรณะและปรับปรุงอาคารบ้านเจ้าพระยารัตนาธิเบศร์ ที่ตั้งอยู่ ณ บ้านเลขที่ ๓๒๖ ถนนจักรเพชร แขวงวังบูรพาภิรมย์ เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร ขึ้นมาเพื่อใช้เป็นที่ทำการถาวรของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ พระบาทสมเด็จพระบรมชนกาธิเบศร มหาภูมิพลอดุลยเดชมหาราช บรมนาถบพิตร ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม ให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวขณะดำรงพระอิสริยยศสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราลงกรณ สยามมกุฎราชกุมาร เสด็จพระราชดำเนินแทนพระองค์ไปทรงประกอบพิธีเปิดอาคารที่ทำการบ้านเจ้าพระยารัตนาธิเบศร์

เมื่อวันที่ ๑๗ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๓ พระมหากรุณาธิคุณในครั้งนั้น ยังความปลื้มปิติต่อคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนข้าราชการ ลูกจ้าง และผู้สนับสนุนการปฏิบัติงานของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นอย่างยิ่ง

ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้ปฏิบัติหน้าที่อยู่จนกระทั่งถึงวันที่ ๑๙ กันยายน พ.ศ. ๒๕๕๔ เนื่องจาก มีเหตุการณ์รัฐประหารโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยผลของการทำรัฐประหารดังกล่าวได้มี คำสั่งของคณะผู้ก่อการให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ สิ้นสุดลง พร้อมกับศาลรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม หลังจากนั้น เมื่อมีการประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๔ ก็ได้ มีการก่อตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ขึ้นตามมาตรา ๓๕ ของรัฐธรรมนูญ ฉบับดังกล่าวเพื่อทำหน้าที่เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฉบับนั้นกำหนดให้มีองค์ประกอบมาจากประธานศาลฎีกา เป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นรองประธาน ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา โดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนห้าคน และตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครอง สูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยให้ ทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าวกำหนดไว้

เมื่อได้มีการร่างและตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ขึ้นมาเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเพื่อใช้บังคับในเวลาต่อมานั้น รัฐธรรมนูญ ฉบับดังกล่าวได้ยอมรับหลักการของการมีองค์กรศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง แต่ได้ลดจำนวนและสัดส่วนจากที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญลง โดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ นี้ ประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่น อีกแปดคนรวมเป็นเก้าคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของ วุฒิสภาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา

ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสามคน ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริงและได้รับเลือกโดยความเห็นชอบของวุฒิสภาจากรายชื่อของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวนสองคน และผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงและได้รับเลือกมาโดยวิธีเดียวกัน จำนวนสองคน

แม้ต่อมาเมื่อวันที่ ๒๒ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๗ ได้มีการรัฐประหารขึ้นอีกครั้งหนึ่งโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ แต่คณะรัฐประหารดังกล่าวก็ไม่ได้มีคำสั่งให้ยุบเลิกศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด โดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ยังปฏิบัติหน้าที่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอยู่ จนถึงเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ (ฉบับปัจจุบัน) มีผลใช้บังคับอย่างเป็นทางการ ในวันที่ ๖ เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๐ และคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดปัจจุบัน ก็ยังคงดำรงตำแหน่งอยู่ตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๓ ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๙ จนกว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นใหม่ตามมาตรา ๘ ววรรคหนึ่ง (๑)(๒) และ (๕) จะเข้ารับหน้าที่หลังจากที่จะมีกระบวนการสรรหาหรือคัดเลือกเมื่อได้มีการเรียกประชุมรัฐสภาครั้งแรกภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

นอกจากที่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้ดำเนินการกิจในการสนองเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อาทิ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างกฎหมาย การพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของ

สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรี และหน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้เสริมสร้างความร่วมมือทางวิชาการกับศาลรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ อาทิ การลงนามในบันทึกความเข้าใจร่วมกันระหว่างศาลรัฐธรรมนูญไทยกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ในปี พ.ศ. ๒๕๕๖ ซึ่งทั้งสองหน่วยงานได้พัฒนาความร่วมมือทางวิชาการระดับทวิภาคีมาโดยตลอด โดยศาลรัฐธรรมนูญไทย ได้สนับสนุนศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ในการจัดตั้งสำนักงานเลขาธิการถาวรของสมาคมศาลรัฐธรรมนูญและสถาบันเทียบเท่าแห่งเอเชีย (Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC)) ด้านการวิจัยและพัฒนา ณ กรุงโซล ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๕๗ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ได้ร่วมลงนามในบันทึกความเข้าใจระหว่างกัน โดยทั้งสองหน่วยงานมีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้ความเชื่อมั่นต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ในการจัดตั้งศูนย์การอบรมทรัพยากรมนุษย์ ภายใต้สมาคม AACC ด้วย และในปีเดียวกันนั่นเอง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้ร่วมลงนามในบันทึกความร่วมมือกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย เพื่อพัฒนาความเป็นหุ้นส่วนทางวิชาการระหว่างกัน และในฐานะสมาชิกของสมาคม AACC ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังได้สนับสนุนศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซียในการจัดตั้งสำนักงานเลขาธิการถาวรด้านการวางแผนและการประสานงานของสมาคม AACC อีกด้วย นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศทั้งสามแห่งข้างต้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้ตระหนักถึงการขยายความร่วมมือในระดับสากล จึงได้จัดทำบันทึกความเข้าใจกับศาลรัฐธรรมนูญอื่น เช่น สาธารณรัฐออสเตรเลีย สาธารณรัฐชิลี และสาธารณรัฐอาร์เจนตินา เป็นต้น

ในปี พ.ศ. ๒๕๖๑ นับเป็นปีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับการก่อตั้งและปฏิบัติหน้าที่มาครบรอบ ๒๐ ปี หรือเทียบเท่าเวลาสองทศวรรษ ศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ จึงได้จัดให้มีการประชุมทางวิชาการเนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ ๒๐ ปี ภายใต้หัวข้อ ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม (The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law) ขึ้น ในระหว่างวันที่ ๙ - ๑๐ เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๑ ณ โรงแรมเพนนินซูล่า กรุงเทพมหานคร โดยศาลรัฐธรรมนูญยังได้รับเกียรติจากประธานศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ รวม ๓ ท่าน ได้แก่ นายลี จิน ซุง (Lee Jin-sung) ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี นายซุตู อาร์สแลน (Zühtü Arslan) ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี และ ดร.อันวา อุสมาน (Dr.Anwar Usman) ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย มาเข้าร่วมปาฐกถาและอภิปรายแลกเปลี่ยนความรู้ ประสบการณ์ และทัศนะ เพื่อประโยชน์ในการศึกษาพัฒนา และต่อยอดในทางวิชาการ ทั้งยังได้รับความกรุณาจาก ศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี มาบรรยายพิเศษ เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม อีกด้วย

ในการนี้ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม ให้นายอรรถนิติ ดิษฐอำนาจ องคมนตรี เป็นผู้แทนพระองค์ เปิดการประชุมทางวิชาการดังกล่าวในวันจันทร์ที่ ๙ เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๑ นับเป็นพระมหากรุณาธิคุณอันหาที่สุดมิได้

การปาฐกถาพิเศษ

เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยภายใต้หลักนิติธรรม

โดย นายบุรีรักษ์ มาประณีต ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

การประชุมทางวิชาการ เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ ๒๐ ปี

วันที่ ๙ เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๑

ณ โรงแรมเพนินซูล่า กรุงเทพมหานคร ราชอาณาจักรไทย

คำบรรยายในวันนี้บรรยายในเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ภายใต้หลักนิติธรรม ก่อนอื่นอยากให้ทุกท่านทราบว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยมีที่มาที่ไปอย่างไร การปกครองของประเทศไทยมีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาแต่ดั้งเดิม จากนั้นมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองครั้งสำคัญในปี พ.ศ. ๒๔๗๕ โดยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากรบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตย การปกครองในสมัยก่อนนั้นมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นผู้บริหารและปกครองประเทศชาติ

การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์ทรงยึดพระพุทศานามาเป็นหลักในการปกครองประเทศ การปกครองระบอบดังกล่าวมีใช้กันทั่วโลกในประเทศที่มีพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นการปกครองที่ยึดตัวบุคคลเป็นหลัก ในสมัยนั้นมีการคิดกันว่าควรจะมีการปกครองแบบใดดีที่สุด จึงมีการคิดหลักนิติธรรม (The rule of law) แนวคิดนี้มีมาช้านานตั้งแต่สมัยกรีก ซึ่งผู้คิดค้น คือ เพลโต นักปราชญ์ชาวกรีกได้เสนอรูปแบบการปกครองในระยะแรกเป็นการปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) การปกครองที่ดีนั้นตัวผู้ปกครองคือพระมหากษัตริย์ ผู้นำหรือพระมหากษัตริย์จะต้องเป็นคนเก่ง คนดีมีคุณธรรม แต่ท้ายที่สุดแล้วเป็นการยากที่จะหาบุคคลที่เป็นราชาปราชญ์ในอุดมคติ เนื่องจากทุกอย่างขึ้นอยู่กับตัวบุคคล

ดังนั้นเพลโตจึงเปลี่ยนแนวคิดมาให้ความสำคัญกับกฎหมายแทน โดยเสนอให้กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดในการปกครอง จะต้องดำเนินการตามกฎหมาย

หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีให้คนปฏิบัติจะเป็นหลักในการปกครองที่ดี หลักนี้คือหลักนิติธรรม (The rule of law) ซึ่งนักกฎหมายหลาย ๆ ท่านก็เห็นเช่นเดียวกัน แต่ในความเห็นของกระผมเองนั้น หลักนิติธรรม มีหลักอยู่ ๒ ประการ ประการแรก คือ มีหลักกฎหมายที่เป็นธรรม และประการที่สอง คือ คนที่บังคับใช้กฎหมายก็ต้องเป็นธรรม

บางทฤษฎีบอกว่า เป็นผู้พิพากษาเพียงฝ่ายเดียว แต่ความเห็นของกระผมเห็นว่าไม่น่าจะใช้เพียงผู้พิพากษาเท่านั้น บุคคลที่จะมาใช้กฎหมายควรจะหมายรวมถึงบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทั้งหมด โดยเริ่มจากข้าราชการที่บังคับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นเจ้าพนักงานตำรวจ อัยการ จนกระทั่งมาถึงศาล หรือแม้แต่ข้าราชการทั่ว ๆ ไป ที่จะต้องบังคับใช้กฎหมายกับประชาชน จะต้องเป็นบุคคลที่ดี หลักนิติธรรมจึงจะสามารถดำเนินต่อไปได้ หรือถ้าจะต้องให้กว้างออกไปอีกนั้น ต้องรวมถึงประชาชนที่ถูกบังคับใช้กฎหมายก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด อย่าไปบิดเบี้ยวหรือประหลดมิชอบ หรือสนับสนุนผู้ที่บังคับใช้กฎหมายไปในทางที่ไม่ดี

ปัญหาของทั่วโลก รวมถึงประเทศไทยด้วยนั้น ทุกประเทศมีหลักกฎหมายที่ดีแต่จะมีปัญหา กับบุคคลที่บังคับใช้กฎหมายเสมอ เมื่อใดที่บุคคลบังคับใช้กฎหมายปฏิบัติดี หลักนิติธรรมก็จะดำเนินไปได้ดี แต่ถ้าบุคคลที่มาบังคับใช้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตามถ้าใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นธรรม หลักนิติธรรมก็ไม่น่าจะใช้ได้ ปัญหาโลกเราอยู่ที่บุคคลทั้งนั้น หลักกฎหมายจะเป็นหลักกฎหมายที่ดีไม่ได้ บุคคลที่มาบังคับใช้กฎหมายแล้วเป็นบุคคลที่ไม่ดี หลักนิติธรรมไม่สามารถที่จะเดินไปได้

หลักนิติธรรมของประเทศไทยมีมาช้านานแล้ว เริ่มจากพระมหากษัตริย์ทรงใช้หลักพระพุทธศาสนาเป็นแนวปฏิบัติ จนกระทั่งมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. ๒๔๗๕ มีการปฏิวัติยึดอำนาจ ในช่วงนั้นมีรัฐธรรมนูญขึ้นมาในระบอบประชาธิปไตย แต่ยังไม่มียุคแลรัฐธรรมนูญ ในขั้นแรก ๆ มีคำพิพากษาศาลฎีกาในบางเรื่อง ในเรื่องอาชญากรรมสงครามเป็นเหตุทำให้สภาผู้แทนราษฎร

หรือบุคคลที่ร่างรัฐธรรมนูญเห็นความสำคัญที่จะให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญ ทำการวินิจฉัยแทนศาลฎีกาหรือศาลยุติธรรม แต่ในช่วงแรกก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับเท่าใดนัก เนื่องจากตุลาการได้รับการแต่งตั้งจากสภา ประกอบกับรัฐธรรมนูญที่ผ่านมายังไม่ให้อำนาจตุลาการในการชี้ปัญหาตามรัฐธรรมนูญเท่าใดนัก

สิ่งที่เปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ คือ รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. ๒๕๔๐ ที่บัญญัติเรื่องของศาลซึ่งเดิมมีศาลเดียวคือศาลยุติธรรม รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองขึ้นมา จากการที่มีศาลรัฐธรรมนูญในครั้งนั้น เป็นผลให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบหลัก ๆ คือ ตรวจสอบ สภานิติบัญญัติออกกฎหมายมาชอบหรือไม่ กฎหมายที่ประกาศใช้ไปแล้ว ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้นในช่วงเวลาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญก็จะเป็นผู้ควบคุมสภานิติบัญญัติ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นผู้ควบคุมฝ่ายบริหารมิให้กระทำผิดตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการเริ่มมีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมา

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. ๒๕๕๐ จะเริ่มมีการบัญญัติอำนาจหน้าที่แก่ศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มขึ้นและที่สำคัญ คือ มีการบัญญัติเรื่องหลักนิติธรรมไว้ ปรากฏตามมาตรา ๓ ซึ่งเป็นครั้งแรกและเป็นก้าวสำคัญของหลักนิติธรรมที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยแต่เดิมนั้นไม่มีปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรไว้เลย แม้ว่าจะไม่มีสภาพบังคับอย่างชัดเจน แต่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ซึ่งการบัญญัติดังกล่าว นับเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติรับรองหลักนิติธรรมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และกำหนดให้มีสภาพบังคับทางรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการยืนยันหลักนิติธรรม ว่ามีอยู่จริงและจะต้องได้รับการปฏิบัติจากผู้ปฏิบัติงานของรัฐทุกประเภท มิได้เป็นเพียงแนวความคิดหรือทฤษฎีทางกฎหมายเท่านั้น ซึ่งการรับรองหลักนิติธรรมที่กล่าวมานั้นเป็นหลักที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญ และมีสภาพบังคับและรับรองต่อมา แม้แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช ๒๕๖๐)

มาตรา ๓ วรรคสอง ว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” ซึ่งนอกจากจะเป็นการรับรองการมีอยู่จริงและมีสภาพบังคับของหลักนิติธรรมแล้วยังตอกย้ำด้วยว่าหลักนิติธรรมนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชน

นอกจากนี้แล้ว หลักนิติธรรมยังถือเป็นหลักสำคัญในการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่งว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” โดยวรรคสองยังบัญญัติอีกด้วยว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง” ซึ่งรัฐธรรมนูญที่เราใช้อยู่บัญญัติไว้สองมาตราในเรื่องหลักนิติธรรม

ศาลรัฐธรรมนูญไทยเป็นองค์กรตุลาการ มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยเรื่องที่เป็นปัญหาตามรัฐธรรมนูญ ย่อมผูกพันตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องนำหลักนิติธรรมมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัย โดยจะแยกบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้เป็นสองประการ คือ บทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และบทบาทในการรักษากติกาทางการเมืองการปกครองให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักนิติธรรมมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญหลายครั้ง

การปกครองของเราจะเรียกได้ว่าการปกครองตามหลักนิติรัฐ บทบัญญัติของกฎหมายเป็นที่มาของการใช้อำนาจรัฐ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็จะใช้อำนาจนั้นไม่ได้ จะต้องมีการมีกฎหมายเป็นหลักในการปกครองประเทศ เมื่อเรามี

หลักนิติรัฐ มีหลักกฎหมายที่จะต้องใช้ การใช้กฎหมายนั้นก็จะต้องมีหลักนิติธรรม ซึ่งนำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายครั้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นไปตามหลักนิติธรรมหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้ว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้น แม้จะสามารถกระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่บทบัญญัติของกฎหมายนั้น จะต้องได้สัดส่วนกันระหว่างการดำเนินการมาตรการของรัฐ กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน นั่นคือ รัฐจะวางเกณฑ์หรือใช้อำนาจใด ๆ เพื่อบรรลุซึ่งประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของรัฐได้ ก็ต้องเลือกวิธีการหรือมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด ซึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายเรื่อง เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๑/๒๕๔๙ ว่าร่างพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. ... มาตรา ๔๖/๑ ที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดชุมนุมกันในเขตทางหลวง เป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และปราศจากอาวุธที่เกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพดังกล่าว จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้วางหลักห้ามมิให้ผู้ใดชุมนุมในเขตทางหลวง ส่วนการอนุญาตให้ชุมนุมได้เป็นข้อยกเว้น และเมื่อพิจารณาประกอบกับความหมายของคำว่า “ทางหลวง” ในร่างพระราชบัญญัติเดียวกัน ก็มีความหมายกว้างขวางและมีขอบเขตเกินไปกว่าทางหรือถนนที่จัดไว้เพื่อประโยชน์ในการใช้สัญจรไปมาของประชาชน จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ชุมนุมในเขตทางหลวง ประกอบกับกฎหมายเพื่อควบคุมการชุมนุมของประชาชนนั้น มีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้อยู่แล้ว จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ เกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพ

นอกจากนี้ แม้ในบางกรณี ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ก็ได้ให้ข้อสังเกตเพื่อให้องค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำไปปรับใช้ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย เช่น

กรณีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๒ - ๔๓/๒๕๕๔ เรื่อง พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ มาตรา ๒๘ มาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ ที่แม้ศาลจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยสามารถเข้าไปวางเสาหรือเดินสายไฟฟ้าในที่ดินของเอกชนได้นั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในคำวินิจฉัยนั่นเอง ศาลก็ได้ให้ข้อสังเกต เพื่อให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตนำไปปรับใช้บังคับกฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมกับประชาชน ว่าการไฟฟ้าฝ่ายผลิตสมควรประยุกต์ใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ในการเพิ่มความสูงของเสาไฟฟ้าแรงสูง เพื่อให้เจ้าของที่ดินที่อยู่ในเขตสายส่งไฟฟ้าดังกล่าวสามารถใช้ที่ดินด้านล่างได้บ้างตามสมควร และจะเป็นการช่วยลดภาวะความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดต่อสุขภาพ อนามัย และชีวิตของประชาชนผู้อยู่อาศัยอยู่ในบริเวณใกล้เคียงเสาไฟฟ้าแรงสูงด้วย คือในเรื่องนี้ศาลวินิจฉัยว่า สามารถไปวางเสาไฟฟ้าผ่านที่ดินผู้อื่นได้ แต่ควรมีข้อแนะนำว่าจะปฏิบัติอย่างไรเพื่อลดความเสี่ยง และเพื่อคุ้มครองเจ้าของที่ดินที่ครอบครองอยู่

นอกจากนี้ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างถึงหลักนิติธรรมในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนเพิ่มจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๓/๒๕๕๖ วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓๐ ซึ่งบัญญัติให้การประปาส่วนภูมิภาคไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดพืชผล ฟันต้นไม้ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไปในที่ดินที่ไม่ได้ใช้เป็นโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัยนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการจำกัดสิทธิหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยเกินความจำเป็น ซึ่งขัดต่อหลักนิติธรรม เมื่อใดก็ตามที่รัฐก้าวล่วงเข้าไปลดรอนสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐต้องรับผิดชอบในการชดเชยค่าทดแทนเยียวยาให้เป็นธรรม

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ถือว่าเป็นผลงานสำคัญอีกเรื่องหนึ่ง คือกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ซึ่งวางหลักว่า กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคล

ที่มีฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคล จะต้องรับผิดชอบทางอาญาที่นิติบุคคลนั้นไปกระทำขึ้น เป็นบทบัญญัติที่สันนิษฐานให้บุคคลมีความผิดในทางอาญาโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่า บุคคลนั้นกระทำความผิด การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และขัดต่อหลักนิติธรรมในเรื่องหลักการต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักในเรื่องนี้ไว้ ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอยู่หลายเรื่อง เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๑๒/๒๕๕๕, ที่ ๕/๒๕๕๖, ที่ ๑๐/๒๕๕๖ และยังมีอีกหลาย ๆ เรื่อง โดยก่อนหน้านี้ ได้มีพระราชบัญญัติหลายฉบับของไทยที่มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกัน ที่สันนิษฐานว่ามีความผิด เช่น พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ เป็นต้น

จากผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว มีกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งมีลักษณะในทำนองนี้ ภายหลังจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดในทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล พ.ศ. ๒๕๖๐ ขึ้น เพื่อแก้ไขบทสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีลักษณะเดียวกับที่ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีการแก้ไขจำนวนเกือบร้อยฉบับ ที่มีบทบัญญัติในลักษณะนี้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ว่าการที่จะสันนิษฐานให้บุคคลกระทำความผิดโดยไม่ต้องพิสูจน์เลยนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ยังมีคำวินิจฉัยยืนยันถึงหลักนิติธรรมที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญาอีกครั้ง ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔/๒๕๕๖ ในเรื่อง พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๔๑ ได้บัญญัติให้พยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ ถือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ตามกฎหมายนั้นเป็นบทบัญญัติที่บังคับให้ จำเลยต้องถูกผูกมัดตามพยานหลักฐานหรือเอกสารที่ได้มาจากการสืบพยาน ของโจทก์ในศาลต่างประเทศ ซึ่งจำเลยไม่มีโอกาสตรวจหรือรับทราบพยาน

หลักฐานหรือต่อสู้อคดีได้อย่างเพียงพอ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือพระราชบัญญัติดังกล่าว มาตรา ๔๑ นี้ หากเป็นความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา สามารถที่จะไปสืบพยานยังต่างประเทศได้ การสืบพยานในต่างประเทศนั้น จำเลยจะไปหรือไม่ก็ได้แต่ต้องออกค่าใช้จ่ายเอง ซึ่งการไปสืบพยานนั้นสามารถสืบพยานลับหลังจำเลยได้ และบัญญัติไว้ว่าการสืบพยานครั้งนั้นสามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานในการลงโทษจำเลยได้

ซึ่งในเรื่องนี้เองมีพยานคนหนึ่งได้รับโทษ โดยศาลยุติธรรมได้ลงโทษจำคุกตลอดชีวิตและเขาได้หลบหนี บังเอิญว่าพยานคนนี้เป็นพยานที่ต้องมาสืบพยานในคดีอาญาที่พนักงานอัยการฟ้อง แต่พยานเขาหลบหนีไปต่างประเทศ พนักงานอัยการจึงอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศตามมาตรา ๔๑ ไปสืบพยานยังต่างประเทศ ซึ่งทางจำเลยได้มาร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า การที่ไปสืบพยานลับหลังจำเลยที่ต่างประเทศ และมาตรา ๔๑ ที่บัญญัติให้รับฟังพยานหลักฐานที่ไปสืบยังต่างประเทศลับหลังจำเลยได้นั้น ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นอีกคดีหนึ่งซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อันเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้า สิทธิที่จะต่อสู้อคดีด้วยตนเองหรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย สิทธิที่จะซักถามพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน และสิทธิขอให้พยานของฝ่ายตนมาซักถามภายในเงื่อนไขเดียวกันกับพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ของตน ซึ่งนำมาใช้เป็นเหตุผลหนึ่งที่สนับสนุนว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า หลักนิติธรรมนอกจากจะเป็นหลักการสำคัญที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีผลสภาพบังคับอันเป็นรูปธรรมที่ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ไม่ว่าจะจะมีผลบังคับใช้อยู่หรือตราออกมาบังคับจะต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรมด้วย มิฉะนั้นแล้วบทบัญญัติดังกล่าวจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ดังได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า เมื่อมีการตรากฎหมายออกมา หากมีบุคคลใดมาร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้พิจารณาว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรหรือไม่ การตรากฎหมายถูกต้องหรือไม่ นอกจากหลักในการพิจารณาตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๓ และมาตรา ๒๖ แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะยึดหลักนิติธรรมในการตัดสินเพื่อแก้ไขปัญหาทางสังคมด้วย

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕ - ๑๘/๒๕๕๖ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักนิติธรรมในการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งถือเป็นแนวทางในการปกครองประเทศที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ สังเกตได้ว่านอกจากหลักนิติธรรมแล้วยังต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติด้วย อันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ปราศจากอคติโดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝงหลักนิติธรรมจึงเป็นหลักพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร แม้จะมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมด้วย ซึ่งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ดังนั้นการอ้างหลักเสียงข้างมากมาสนับสนุนในการใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยไม่คำนึงถึงเสียงข้างน้อยในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนทำให้เกิดความเสียหาย ความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิบาทบาดหมางและแตกความสามัคคีกันอย่างรุนแรงในหมู่ประชาชนดังที่ปรากฏในปัญหาวิกฤตของชาติที่ผ่านมาขัดต่อหลักนิติธรรมแม้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถกระทำได้โดยเสียงข้างมากเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ก็ตาม แต่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมต้องดำเนินการไปด้วยกระบวนการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและรับฟังเสียงข้างน้อยด้วย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญยังวินิจฉัยต่ออีกว่า กระบวนการพิจารณารัฐธรรมนูญที่ใช้เสียงข้างมาก เป็นการลงมติปิดอภิปรายในวาระที่หนึ่ง โดยละเลยไม่รับฟังความคิดเห็นของฝ่ายเสียงข้างน้อย รวบรวมปิดอภิปราย ปิดการประชุมเพื่อ

มีการลงคะแนนเสียง เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่มีชอบ เพื่อประโยชน์ฝ่ายเสียงข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรมจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ แม้ว่าการลงมติในเรื่องใด ๆ ของรัฐสภาจะต้องอาศัยเสียงข้างมาก แต่การออกเสียงของสมาชิกรัฐสภาที่เป็นเสียงข้างมากนั้น จะต้องกระทำโดยวิธีการอันชอบด้วย ดังนั้นการที่สมาชิกรัฐสภาบางรายมอบหมายให้สมาชิกรัฐสภาคนอื่นใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนแทนตน เป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานของสมาชิกรัฐสภาที่ต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือการครอบงำใด ๆ ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ การกระทำการออกคะแนนเสียงแทนกันเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริต มีอาจถือว่าเป็นมติที่ชอบของรัฐสภาในกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ซึ่งตัวอย่างคำวินิจฉัยเหล่านี้เป็นการยกตัวอย่างประกอบเช่นเดียวกับศาลยุติธรรมที่ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นคำวินิจฉัยที่สูงที่สุดในประเทศ เพราะคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าทุกองค์กรต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยอย่างไรแล้ว ทุกองค์กรต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงศาลเดียว เมื่อตัดสินแล้ว จะไม่มีการอุทธรณ์หรือฎีกา ซึ่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไปแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไปแล้วว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ สภานิติบัญญัติก็ต้องไปแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทุกเรื่อง แม้จะไม่มีบทบังคับให้ปฏิบัติตาม แต่ต้องเป็นที่รู้กันว่าสิ่งใดที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไปแล้ว ทุกองค์กรต้องปฏิบัติตามและนำหลักนั้นไปปฏิบัติ

ศาลรัฐธรรมนูญนอกจากยึดตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญแล้ว เหนือกว่าตัวบทกฎหมายคือหลักนิติธรรมที่จะต้องใช้ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะหลักกฎหมายหรือหลักนิติธรรม สิ่งที่สำคัญที่สุดคือคน トラบไต่ก็ตามถ้าคนไม่ดี เป็นตุลาการหรือผู้พิพากษาหรือข้าราชการที่ไม่ดี แม้กกฎหมายจะดีอย่างไรก็ไร้ประโยชน์ บุคคลเป็นสิ่งสำคัญที่สุด เราจะทำอย่างไรให้ประเทศชาติเจริญรุ่งเรืองหรือมีคุณภาพ เราต้องหาคนดีมาปกครองหรือบริหารประเทศซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญ.



การบรรยายพิเศษ

เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ : ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม

โดย ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี

การประชุมทางวิชาการ เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ ๒๐ ปี

วันที่ ๙ เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๑

ณ โรงแรมเพนนินซูล่า กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย

ฯพณฯ ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญ His excellency president of the constitution court of Korea, Turkey and Indonesia ท่านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและท่านผู้มีเกียรติที่เคารพทุกท่านครับ

ในนามของรัฐบาลและผมเองโดยส่วนตัวต้องขอแสดงความยินดีที่ศาลรัฐธรรมนูญของไทยได้จัดตั้งขึ้นอย่างสมบูรณ์และดำเนินกิจการปฏิบัติหน้าที่มาด้วยความเรียบร้อยจนครบ ๒๐ ปี

ระยะเวลา ๒๐ ปีนั้นจะว่าสั้นหรือยาว ข้าพหรือนานก็ตามที ปกติก็จะเป็นระยะเวลาในการใช้ตัดสินใจอะไรได้หลายอย่าง ท่านที่คุ้นเคยกับระบบกฎหมายไทยก็ทราบว่า บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ ๒๐ ปีบริบูรณ์ ในทางศาสนาจะบวชเรียนจะพ้นจากการเป็นเด็กเป็นผู้ใหญ่ จะพ้นจากการบรรพชาเป็นสามเณรจนกระทั่งอุปสมบทเป็นพระภิกษุ เขาก็วัดกันตรงอายุ ๒๐ ปี

เพราะฉะนั้นเมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิบัติหน้าที่มาครบ ๒๐ ปี เทียบกับคนที่คือว่ากำลังจะบรรลุนิติภาวะ เทียบกับพระก็คือกำลังจะบวชได้ แต่ไม่ว่าจะเทียบกับอะไรหรือไม่ก็ตามที เราทั้งหลายก็ได้เห็นแล้วว่า ๒๐ ปีที่ผ่านมาเนี่ยยาวนานพอที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิสูจน์อะไรได้หลายอย่าง เมื่อสักครู่นี้สนทนากันอยู่ข้างนอก ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีท่านก็บอกว่าของไทย ๒๐ ปี ส่วนศาลรัฐธรรมนูญของท่าน ๓๐ ปี ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกีบอกว่าของท่านนี้ ๖๐ กว่าปีแล้ว ผมลืมนามท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียว่าก่อตั้งมานานเท่าไร แต่ก็เป็นอันว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยได้ทำหน้าที่มา ๒๐ ปี

ภายใต้รัฐธรรมนูญถึงสามฉบับ คือ ฉบับปี ๒๕๔๐ ฉบับปี ๒๕๕๐ และฉบับปี ๒๕๖๐

๒๐ ปีนี้ไม่ใช่ ๒๐ ปีที่ราบรื่นหอมหวาน เป็น ๒๐ ปี ที่ใครก็ตามลองมานั่งเป็นตุลาการดู ก็จะรู้สึกว่าเป็นระยะเวลาที่วิกฤตเอาการอยู่เหมือนกัน วิกฤตก็เพราะว่าหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งศาลก็คือศาล ศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่องค์กรทางการเมือง ไม่เหมือนกับเมื่อครั้งสมัยที่เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญในอดีต แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ประสบกับข้อวิพากษ์วิจารณ์และกระแสหลายอย่าง บางครั้งก็จวนเจียนจะเอาตัวไม่รอด ผมเชื่อว่าทุกครั้งที่มีการร่างรัฐธรรมนูญก็คงจะใจหายใจคว่ำกันทุกครั้งว่าเขาจะรับรองให้มีศาลรัฐธรรมนูญอยู่ต่อไปหรือไม่ เพราะทุกครั้งจะเป็นโอกาสให้ทบทวนความจำเป็นในการมีอยู่ของศาลรัฐธรรมนูญเสมอมา แต่เมื่อทบทวนแล้วก็เห็นว่าดีกว่าไม่มี ประโยชน์มากกว่าโทษ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้ดำรงอยู่ได้ และผมเชื่อว่าจากนี้ไป ก็คงจะดำรงอยู่ได้ต่อไปอย่างมั่นคงและยั่งยืน

ความจริงการประสบกับสภาวะ Crisis หรือวิกฤตของศาลรัฐธรรมนูญในช่วง ๒๐ ปีที่ผ่านมาเป็นเรื่องธรรมดา เพราะไปดูเถิดว่าศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยอย่างเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของไทยเองไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอะไรก็ตามที ก็จะประสบกับวิกฤตทำนองเดียวกันทั้งนั้น รุนแรงกว่าที่ไทยประสบก็มี สหรัฐอเมริกานั้นไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ เขาให้ศาลธรรมดา ศาลยุติธรรมนี่แหละเป็นผู้วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเรียกอำนาจนี้ว่า Judicial Review แต่แน่นอนแม้ศาลจะมีมากมายหลายศาล ทุกศาลทำหน้าที่นี้ได้ แต่คดีจะต้องไปสิ้นสุดยุติที่ Supreme Court

แล้วก็ไปดูเถิด Supreme Court ของสหรัฐอเมริกานั้น ตัดสินคดีออกมาแต่ละเรื่องเป็นวิกฤตที่รุนแรงกว่าที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยเคยประสบมาขนาดฝูงชนยกกันไปปิดล้อมศาล ท่านประธานศาล ท่านผู้พิพากษาศาลใน Supreme Court ต้องหนีญญาภัยพ่ายจเจ้าน ปืนหน้าต่าง ปืนรั้ว ปืนกำแพงออกก็เคยมีมาแล้ว อย่างน้อยศาลรัฐธรรมนูญไทยก็ยังไม่เคยเจออย่างนั้น ถูกขว้างปา

ทั้งขว่างตัวบุคคลและขว่างยานพาหนะที่ท่านนั่งไปทำงาน เพราะคนต่อต้าน คัดค้านคำพิพากษาที่ Supreme Court ตัดสินก็เคยมีมาแล้ว ถูกกล่าวหาว่า ทำผิดหน้าที่แทนที่จะตัดสินธรรมดา ไปตัดสินเหมือนชี้ช่องให้กับรัฐบาล ประหนึ่งว่าเป็นที่ปรึกษาของรัฐบาล ถูกกล่าวหาว่าเป็นตัวขัดขวางความเจริญการพัฒนา ประเทศก็เคยถูกกล่าวหามาแล้ว เคยวิจารณ์แม้กระทั่งว่า ถ้า Supreme Court ไม่ได้ตัดสินอย่างนั้นในคดีเรื่องหนึ่ง สหรัฐอเมริกาก็คงจะไม่ต้องเกิดสงครามกลางเมือง ลินคอล์นจะไม่ถูกยิง แต่นั่นเพราะศาลไปตัดสินเข้าอย่างนั้น จึงเกิดวิกฤตทางการเมือง เกิดสงครามแบ่งแยกดินแดน เกิด Civil War ก็เพราะคำพิพากษาของ Supreme Court ก็เคยถูกกล่าวหามาแล้ว

ศาลรัฐธรรมนูญของไทยก็เคยถูกกล่าวหา เพียงแต่ไม่ถึงขนาดรุนแรงเช่นนั้น ข้อกล่าวหาว่าตัดสินอิงการเมือง ตัดสินเกินคำขอ ตัดสินในทางที่ประหนึ่งว่า ชี้ช่องให้รัฐบาล ตัดสินไม่ถูกต้อง ตัดสินเถรตรง ตัดสินแบบก่อปัญหา ๒๐ ปีที่ผ่านมา นั้น บรรยายกาศอย่างมีอยู่ทั้งนั้น เพราะฉะนั้นบางทีอาจจะต้องมีการสักคน ทีมสักทีมหนึ่งลุกขึ้นมาเขียนถึงประวัติชีวิตของศาลรัฐธรรมนูญไทยบ้าง ไม่ต้องทำในเชิงวิชาการเหมือนกับมาวิเคราะห์คำวินิจฉัย แต่เล่า Story หรือบรรยายกาศให้เห็นว่าผ่านร้อนผ่านเย็น ผ่านทุกข์ผ่านสุข ผ่านวิกฤตมาอย่างไรบ้าง ก็เป็นเรื่อง น่าจะมีใครคิดวิจัยและก็ทำงานเรื่องนี้ออกมาบ้าง เพราะต่อจากนี้ไปมันก็มีแต่จะเดินหน้าต่อไปเรื่อย ๆ และแน่นอนว่าคำวิจารณ์อาจจะยังมีอีก

เพราะฉะนั้นก็คงต้องอยู่กันด้วยความอดทน อดกลั้น อดออม นี่แหละ ท่านผู้มีเกียรติที่เคารพ หัวข้อที่ทางท่านผู้จัดได้กำหนดให้ผมได้มาบรรยายนั้น ต้องขออภัยถ้าเป็นการต้องเอามาพรวนหัวมาขายสวน ผมเข้าใจว่าเป็นเรื่อง ที่จัดให้มีการบรรยายหัวข้อนี้ประหนึ่งว่าจะ Commemorate คือรำลึกถึง ๒๐ ปี ของศาลรัฐธรรมนูญ บทบาทหน้าที่ที่ก้าวที่จะมีต่อไป ในลักษณะของเชิงวิชาการ และก็เป็นข้อมูลที่เป็น Informative มากกว่าที่จะมาวิเคราะห์ หัวข้อที่ตั้งไว้นั้น มีว่า ศาลรัฐธรรมนูญ หลักประกันหรือผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม คำว่าผู้พิทักษ์ หลักนิติธรรมนั้น อาจจะเรียกว่า Protector of The Rules of law แต่บางครั้ง

ในต่างประเทศเขาก็เคยจัดบรรยายหัวข้อทำนองนี้เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญของเขา เขาจะใช้คำว่า Guardian of The Rules of law ซึ่งก็แปลเป็นไทยเหมือนกันว่า ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม

ผมขอใช้เวลาสักนิดหนึ่งในการเริ่มต้นพูดถึงหลักนิติธรรมหรือ The Rules of law ก่อน แล้วค่อยพูดถึงเรื่องศาลรัฐธรรมนูญทีหลัง เพราะรัฐธรรมนูญใหญ่กว่า ศาลรัฐธรรมนูญ และหลักนิติธรรมนั้นก็ใหญ่กว่ารัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรมหรือที่เราเรียกหรือบัญญัติขึ้นตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า The Rules of law นั้น เป็นคำที่เขารู้จักกันทั่วโลก โดยเฉพาะในประเทศอังกฤษและประเทศที่ได้รับ อิทธิพลจากอังกฤษ The Rules of law นั้นเป็นเหมือนลมหายใจของระบบกฎหมาย และการยุติธรรมของประเทศเหล่านั้น ในประเทศอื่นก็อาจจะมียุติธรรมหรือ กลิ่นไออย่างเดียวกัน แต่อาจจะเรียกอย่างอื่นด้วยความกระตาค ขวยเขิน หรือ มิฉะนั้นก็ด้วยเหตุผลอื่น ๆ ที่จะไม่ขอเรียกว่า Rules of law

ในภาคพื้นทวีปยุโรปเช่น ฝรั่งเศส หรือเยอรมัน สวิส ออสเตรีย อิตาลี เขาจะไม่ค่อยคุ้นกับคำว่า **The Rules of law** แต่คุ้นกับคำว่า **Legal State** ซึ่งเราแปลเป็นไทยว่านิติรัฐ และเมื่อหลักเดียวกันนี้ คือ The Rules of law ของอังกฤษลงเรือเมย์ฟลาวเวอร์ไปดินแดนอเมริกา ไปหยั่งรากสถิตยอยู่ที่นั่น จนกระทั่งตั้งขึ้นเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา จนกระทั่งมีรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งมี อรรถคดีต่าง ๆ ขึ้นไปสู่ศาลให้ศาลนำกฎหมายมาปรับใช้ หรือแม้แต่ประวัติประดอย หลักใดหลักหนึ่งขึ้นมาปรับใช้ สหรัฐอเมริกาก็ไม่ใช่คำว่า The Rules of law ก็ด้วยเหตุผลหลายอย่าง อาจจะกระตาค อาจจะขวยเขิน อาจจะคิดต่างมุม อาจจะ ต้องการสร้างความแตกต่าง เพราะสหรัฐอเมริกานั้นดูพยายามจะทำอะไรให้ต่างจาก อังกฤษอยู่ ไม่อย่างนั้นก็อาจจะสมกับที่ว่าเคยเป็นเมืองของเขาแล้วแยกตัวออกมา แล้วยังจะกลับไปเหมือนเขานี้มันคงจะกระตาคกระตองอยู่เหมือนกัน สหรัฐอเมริกาก็ไปเอาคำในกฎหมายอังกฤษอีกคำหนึ่งที่เคยใช้คู่กันมากับคำว่า The Rules of law มาใช้แทนในสหรัฐอเมริกา นั่นก็คือคำว่า **Due process of law** สามคำนี้มันมีความต่างกันอยู่ แต่มันก็มีความคล้ายคลึง

เอาว่าในอังกฤษเรียกว่า The Rules of law ในภาคพื้นทวีปยุโรปเรียกว่า Legal State ในสหรัฐอเมริกาเรียกว่า Due process of law ทีนี้ก็แล้วแต่ว่าประเทศไหนจะมีเมืองขึ้น มีอาณานิคม มีอิทธิพลในประเทศไหน แนวความคิดของตัวก็จะไปหยั่งรากฝังลึกปรากฏในประเทศนั้น ๆ ประเทศไทยนั้นเอามาทั้งหมด ใครเขามีอะไรเราถนัดอยู่แล้ว เราก็เอามาทั้ง Rules of law เอามาทั้ง Legal State เอามาทั้ง Due process of law แต่พอเอามาแล้วก็มีปัญหาว่าของเดิมมันเป็นภาษาอังกฤษ พอมาถึงของไทยจะเรียกอะไร เราก็ต้องบัญญัติศัพท์มันขึ้นมา การบัญญัติมันนอกจากจะสะดวกคุ้นลิ้นคุ้นหูคนไทยแล้ว มันทำให้เราหายกระตาคไปได้ว่าไปเอาของฝรั่งมา เพราะเราก็บอกว่าเชื่อมั่นเราตั้งเองนะ

ในกรณี Legal State ดูจะไม่ค่อยเป็นปัญหาในการจะเรียกในภาษาไทยเท่าไรหรอกเพราะมันแปลตรงตามตัวได้ เราก็เลยแปลว่า**นิติรัฐ**

ส่วนในกรณี Due process of law นั้นดูจะเป็นปัญหาเพราะมันยาวยุ่งยาก แปลยาก เราก็รู้กันว่า Due นั้นแปลว่าดีงาม Process แปลว่ากระบวนการ of law แปลว่าแห่งกฎหมาย ถ้าแปลเอาความก็ต้องแปลว่า กระบวนการอันดีงามตามกฎหมายซึ่งฟังไม่รู้เรื่อง เมื่อไหนๆ ไม่รู้เรื่องก็พยายามจะบัญญัติให้มันยุ่งเข้าจะได้ไม่ต้องรู้เรื่องมาก ๆ เอาแต่ Philosophy เขามามากกว่า สมัยผมเรียนกฎหมายใหม่ ๆ มีอาจารย์ท่านหนึ่งที่จุฬา ท่านเป็นนักเรียนกฎหมายอเมริกัน ท่านบัญญัติศัพท์ขึ้นเป็นคนแรก แต่ดูจะไม่ค่อยติดปากคือไม่ค่อยจะมีคนใช้ที่จริงท่านบัญญัติได้แก่มาด้วยซ้ำไป ผมอยากเชิญชวนให้ช่วยกันใช้ คือท่านบัญญัติว่า **ศุภนิติกระบวนการ** ศุภแปลว่าดีงาม ตรงกับคำว่า due นิติก็แปลว่า of law กระบวนการก็คือ process ศุภนิติกระบวนการ แต่พอผมเจอท่านผมถามต่อไปว่าแล้วศุภนิติกระบวนการนี้แปลว่าอะไรอาจารย์ ท่านก็บอกไม่รู้ ก็แปลอย่างทื่ออเมริกันเขาแปล แปลอย่างที่ว่าฝรั่งเขาแปลกันนั่นแหละ

แต่คำที่ควรจะแปลได้ง่ายกลับกลายเป็นคำที่แปลยากนั่นคือคำว่า The Rules of law คนไทยรู้จัก The Rules of law มาประมาณร้อยปีแล้ว เมื่อคนไทยไปเรียนที่อังกฤษ นักกฎหมายไทยที่จบจากอังกฤษเมื่อ ๑๐๐ ปี

๑๒๐ ปี ตั้งแต่เสด็จในกรมราชบุรีมาท่านก็เอาคำนี้มาใช้ ไปดูในลี้กเซอร์ราชบุรี แต่ท่านทับศัพท์ว่า Rules of law ไม่แปล ไม่บัญญัติ แต่อธิบายเอาไว้ว่ามันคืออะไร คนไทยก็เข้าใจว่า อ้อ อย่างนี้เรียกว่า The Rules of law แต่เรียกอะไร เราก็เรียก Rules of law ไม่เคยเรียกว่าหลักนิติธรรม เพราะเรายังไม่ได้บัญญัติขึ้น และไม่รู้ว่าด้วยว่าถ้าเรียกมันควรจะเรียกนิติธรรม อย่างกระนั้น ก็เรียกมันว่า Rules of law คำว่า**หลักนิติธรรม**นั้นปรากฏเป็นครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ ๖ เมื่อปี พ.ศ. ๒๔๖๗ คนที่บัญญัติขึ้นคือรัชกาลที่ ๖ แต่ท่านไม่ได้ตั้งใจจะใช้คำว่านิติธรรมในความหมายที่ฝรั่งเขาเรียกว่า Rules of law ท่านบัญญัติคำขึ้นมาก็จริงอยู่ แต่ท่านต้องการใช้คำนี้ในความหมายอีกอย่างหนึ่ง ฉะนั้นมันไม่ตรงกับ Rules of law ท่านต้องการใช้คำว่านิติธรรมในความหมายที่แปลว่ากฎหมาย กฎหมายอะไรก็ได้ ถ้าไม่อยากเรียกว่ากฎหมายก็เรียกว่า นิติธรรม กฎหมายดีก็นิติธรรม กฎหมายเลวก็นิติธรรม กฎหมายลายลักษณ์อักษรก็นิติธรรม กฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็นิติธรรม นั่นคือท่านบัญญัติคำนี้เอาไว้ในกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. ๒๔๖๗ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์การสืบราชสมบัติ แล้วใช้มาจนถึงทุกวันนี้

ในนั้นพูดถึงคำว่าหลักนิติธรรมเป็นครั้งแรก แต่ใช้ในความหมายที่แปลว่ากฎหมาย ถ้าเรียกว่ากฎหมายมันก็ธรรมดาสามัญ ไม่ขลัง ไม่ศักดิ์สิทธิ์ ไม่เก๋ ไม่เทหรืออะไรไม่ทราบ ท่านก็เรียกว่านิติธรรม อย่างน้อยคำนี้มันก็เกิดขึ้นแล้วแหละ เช่นเดียวกับหลากหลายคำที่มันจะมีประวัติคล้าย ๆ กัน คำว่า Reform นั้นเรารู้ว่าแปลว่าปฏิรูป แต่ว่าคำว่าปฏิรูปนั้นมีมานานแล้ว นานมากจนกระทั่งเราอาจจะนึกไม่ถึง เพราะว่าคำว่าปฏิรูปนั้น พระพุทธเจ้าเคยตรัส ถ้าไปดูในมงคลสูตร สูตรที่ว่าด้วยสิริมงคลบท ๓๘ ประการที่พระสวดเวลาเราทำบุญบ้าน ทำบุญอายุ เมื่อเทวดาไปถามพระพุทธเจ้าว่าสิริมงคลเกิดขึ้นได้อย่างไร ท่านก็ตรัสว่า อเสวนา จพาลานัง การไม่คบคนพาล บัณฑิตานัน จเสวนา การคบแต่บัณฑิต บุชา จบุษะนิยานัง การบูชาผู้ที่ควรบูชา เอตมิงคฺลามุจฺจตมิง นี้คือมงคลอันประเสริฐชุดแรก แล้วท่านก็ขึ้นชุดที่สอง ปฏิรูปเทสวาโสจจะ การอยู่ในประเทศเขตแดน

ดินแดนที่มีการปฏิรูป บุพเพตกบุญญตา นี้บุพเพสันนิวาส เป็นมงคลอันประเสริฐ
นี่แสดงว่าเป็นการใช้คำว่าปฏิรูป

เมื่อเรารู้จัก Reform เราคิดจะทำ Reform เราไม่รู้จะบัญญัติภาษาไทย
ว่าอย่างไร ก็ไปยืมคำว่าปฏิรูปมาใช้ เพียงแต่ความหมายผิดกันอยู่บ้าง เพราะว่า
ปฏิรูปนั้นแปลได้หลายอย่าง ลากท่านเข้าวัดสักชนิดหนึ่ง คำว่าธรรมปฏิรูปแปลว่า
การปิดเป็นอนหลักธรรมะ คำไหนที่แปลว่าปิดเป็นอน คือคำว่า ปฏิรูป
มิตรมีสองอย่างคือมิตรแท้ สองมิตรปฏิรูป อย่าไปหลงดีใจถ้ามีใครชมว่า
คุณมิตรปฏิรูป อย่าไปนึกว่าเป็นมิตรที่ปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ปฏิรูปแล้ว ไม่ใช่
เพราะมิตรปฏิรูปนั้นแปลว่าเพื่อนจอมปลอม เพราะฉะนั้นเป็นการเอาคำว่าปฏิรูป
ใช้ในความหมายที่ต่างจากในอดีต

นิติธรรมนั้นเราก็เคยใช้ในคำว่าแปลว่ากฎหมาย ไม่ได้คิดลงไปถึงขนาด
เรื่องของปรัชญา Philosophy อย่างที่เราให้น้ำหนักกับคำว่า Rules of law
ในปัจจุบัน อ้าว แล้วคำว่า Rules of law ที่จะเอามาใช้กันในภาษาไทยในปัจจุบัน
มันมากันอย่างไรเมื่อไหร่ ผมเข้าใจว่าเมื่อประมาณ ๖๐ ปีเศษมาแล้ว เมื่อมี
การประชุมนานาชาติเกิดขึ้น โดยสหประชาชาติและโดยองค์การสากลที่เรียกว่า
World peace to law เขาเชิญนักกฎหมายนานาชาติประชุมกันก่อนปี
พ.ศ. ๒๕๐๐ ไปประชุมที่ตุรกีบ้าง ที่ยุโรปบ้าง นักกฎหมายไทยก็ไป แล้วก็ไปก็ครั้ง ๆ
ก็จะได้ยินเขาพูดถึงแต่ Rules of law กันทุกครั้งที่ พูดด้วยความหมายว่าต้องมี
ต้องทำ ต้องทำให้เกิด พวกที่มาประชุมกันนี้กลับไปเป็นผู้พิพากษา กลับไปเป็น
อัยการ เป็นอาจารย์ ต้องพยายามไปปลุกฝังหลัก Rules of law ให้ได้ Rules of
law มันใหญ่กว่าอะไรทั้งหมด โลกกำลังยุ่งเพราะว่าไม่มี Rules of law

เราก็เลยรู้สึกถึงความสำคัญของ Rules of law ต่อกันติดกับ Rules
of law ที่เราเคยคุ้นกันมาตั้งแต่ในอดีต เพียงแต่เราพูดถึงมันในลักษณะผ่าน ๆ
เอ๊ะ คราวนี้ดูท่าจะเอาจริงกันทั่วโลก ยุคนั้นนะครับ ยุคที่หายใจเข้าก็เป็น
สิทธิมนุษยชน Human rights หายใจออกก็เป็น Rules of law Human
Rights เราแปลได้ว่าสิทธิมนุษยชน แต่ Rules of law นี้แปลไม่ออก เมื่อแปลไม่ออก

ก็พยายามแปลกันใหญ่ ถ้าใครไปอ่านวารสารทางกฎหมายสำคัญเมื่อหกสิบปีที่แล้ว ไม่ว่าจะ เป็นบทบัญญัติหรือดุลพินิจของกระทรวงยุติธรรม ผู้พิพากษา อัยการ ครูบาอาจารย์ทางกฎหมายท่านเขียนบทความไปลงกันมากมาย

อาจารย์วิกรม เมฆาลานนท์ อาจารย์ธานีรินทร์ ทรัพย์วิเชียร ท่านอาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ นักกฎหมายใหญ่ ๆ ท่านก็มี Contribution คือเขียนบทความไปลง พอมีถึงคำว่า The Rules of law ทุกคนก็จะสนุกสนานที่จะแต่งศัพท์ขึ้นเองว่า ภาษาไทยคืออะไร ผมจำได้ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ท่านบัญญัติศัพท์ขึ้นมาว่า “หลักนิติศาสตร์” ปรากฏว่าไม่ติดตลาด ไม่มีคนใช้ ทุกคนก็ยังไม่ไป Rules of law ท่านอาจารย์จิติ ดิงศัลย์ ท่านได้บัญญัติว่า “หลักของหลักกฎหมาย” ไม่มีคนใช้ตาม ท่านอาจารย์วิกรม เมฆาลานนท์ ท่านก็มาเห็นเมฆบัญญัติใหม่เลย ให้หุหุหายไปเลย “นิติสดมภ์” โดยท่านแปลว่า คำว่าสดมภ์นี้แปลว่าเสาหลัก เหมือนกับคำว่าจตุสดมภ์ นิติสดมภ์แปลว่าเสาหลักทางกฎหมาย ก็คือ Rules of law เก๋มาก แต่ไม่มีคนใช้ตาม ทุกคนกลับไป Rules of law อย่างเดิม จนวันหนึ่ง เมื่อท่านอาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ขณะเป็นปลัดกระทรวงยุติธรรม ท่านต้อง ไปกล่าวสุนทรพจน์ที่ไหน หรือท่านจะเขียนบทความไปที่ไหนท่านจะเขียนชมใคร ท่านจะเขียนคำไว้อาลัยอะไร ก็วกกลับมาทางกฎบัตรกฎหมาย แล้วจะต้องพูดถึง เรื่อง Rules of law ท่านจะเรียกในภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม” ทุกครั้ง แล้วท่านก็บอกด้วยว่าเป็นการเอาคำที่รัชกาลที่ ๖ ได้เคยบัญญัติขึ้นมาปิดฝุ่นใช้ใหม่ แล้วก็ใส่ความหมายใหม่ลงไป

ท่านบอกว่าคำว่านิติธรรมในความหมายท่านนั้นไม่ได้แปลว่า Rules of law เลย ๆ แต่มันต้องเป็น Good law คือเป็นกฎหมายที่ดี เป็นการปกครอง โดยกฎหมาย กฎหมายเป็นใหญ่ ท่านก็เรียกหลักนิติธรรม เมื่อท่านใช้ไปสักห้าหกสิบหก อาศัยว่าท่านเป็นปลัดกระทรวงยุติธรรม ก็ดูว่าจะมีคนเลื่อมใสใช้ตาม ตั้งแต่นั้นมาก็มีการใช้คำว่าหลักนิติธรรมกันมาโดยตลอด โดยเจตนาให้ตรงกัน Rules of law บางทีเขียนภาษาไทยก็วงเล็บภาษาอังกฤษ The Rules of law บางทีเขียนภาษาอังกฤษก็วงเล็บภาษาไทยว่าหลักนิติธรรม แล้วก็ชินกันไป

แต่แม้กระนั้นก็ตามมันเป็นการใช้หรือการชินกียังอยู่ในแวดวงวิชาการ อยู่ในตำรา ครูบาอาจารย์ท่านก็สอนในห้องเรียน เธอต้องรู้จักหลักนิติธรรม เธอต้องมีหลักนิติธรรม ผู้พิพากษาจะต้องใช้หลักนิติธรรมในการตัดสิน อัยการก็ต้องใช้ ตำรวจก็ต้องมี รัฐบาลก็ต้องรู้จัก ก็พูดกันในลักษณะ คำสอน คำแนะนำ ไม่ได้เป็นบทบังคับ คือไม่มี Legal Sanction แล้วก็เฒ่ามาก ถ้าใครจะพูดอะไรก็ตาม แล้วก็หยอดคำว่าหลักนิติธรรมลงไปสักนิด ถ้าท่านนึกบรรยากาศไม่ค่อยออกว่า มันเท่าอย่างไร ท่านก็ลองนึกถึงคำว่า “**ธรรมาภิบาล**”

เราหายใจเข้าหายใจออก ธรรมาภิบาล วันละสามเวลาหลังอาหาร มา ๒๐ ปีแล้ว คำนี้เมื่อตอนมาถึงในเมืองไทยใหม่ มันเป็นภาษาอังกฤษว่า **Good governance** แล้วเราก็ไม่รู้จะเรียกมันอย่างไรในภาษาไทย ทุกคนก็เลยเรียกว่า Good governance คำนี้ธนาคารโลก สหประชาชาติเป็นคนบัญญัติขึ้น แล้วก็เรียกร้องให้ประเทศทั้งหลายมี Good governance

Good governance ของเขาก็คือว่าการจัดระเบียบการปกครองที่ตีโปรงใส แต่เราไม่รู้จะเรียกมันว่าอย่างไรในภาษาไทย มันไม่รู้จะเรียกอย่างไร ก็เรียกทับศัพท์ไป ในคราวหนึ่งยุคสมัยรัฐบาลท่านนายกชวน หลีกภัย ปกติท่านนายกชวนท่านเป็นคนรำคาญที่ใครชอบพูดภาษาไทยปนภาษาอังกฤษ ผมเคยสังเกตแม้กระทั่งกับคำว่าโอเคท่านก็จะไม่ค่อยพูด เวลาเราถามท่านว่า “โอเคไหม” ท่านก็บอกว่า “ตกลง” วันหนึ่งประชุม ก.พ. ท่านนายกเป็นประธาน ก.พ. ท่านก็บอกที่นั่งกันอยู่นี้ผู้รู้ทั้งนั้น ลองบัญญัติศัพท์ภาษาไทยขึ้นมาใช้แทนคำว่า Good governance สิ ปรากฏว่าบัญญัติไม่ได้ มีผู้เสนอว่าในประเทศไทยมีคณะกรรมการชุดหนึ่งมีชื่อว่าคณะกรรมการบัญญัติศัพท์ทางรัฐศาสตร์ ตั้งอย่างเป็นทางการ มีหน้าที่บัญญัติศัพท์ในทางรัฐศาสตร์ ไปให้กรรมการนั้นบัญญัติแล้วเอาเข้า ครม. แล้ว ครม. ก็รับรอง มันจะได้เป็นคำภาษาไทยที่ใช้กัน ท่านนายกก็เลยสั่งผม ซึ่งตอนนั้นเป็นเลขาธิการ ครม. ไปจัดการ ผมก็มีหนังสือถึงกรรมการบัญญัติศัพท์รัฐศาสตร์ว่า Good governance ภาษาไทยจะเรียกว่าอะไร หายไปพักหนึ่งก็มีบัญญัติมา ผมก็ดีใจ เอาเข้าคณะรัฐมนตรีว่า บัดนี้เขาบัญญัติมาแล้วว่า

Good governance นั้นให้ใช้ในภาษาไทยว่า “*ศุภประศาสนการ*” แฉมแปลมา ให้เสีร้จว่า Good แปลว่าดี เรียกเท่ ๆ ก็คือ ศุภ Governance แปลว่าการปกครอง เรียกเท่ ๆ ก็คือประศาสนการ เช่นรัฐประศาสนศาสตร์ สมัยก่อนนายปรีดี พนมยงค์ เป็นอธิการธรรมศาสตร์ เขาก็ไม่เรียกอธิการ เขาก็เรียกว่าผู้ปกครอง เรียกให้เท่ เขาก็เรียกว่าผู้ประศาสนการ เพราะฉนั้นเขาบัญญัติมาแล้วหละคร้บว่า ศุภประศาสนการ

ตอนนั้นนายกชนกก็บอกว่ใครใช้ก็ใช้ ผมไม่ใช้ ผมเห็นว่เมื่อไม่ใช้ ถามไปเท่ ราชบัณฑิตให้บัญญัติบ้าง ราชบัณฑิตนั้นปกติท่านถนัดบัญญัติศัพท์หรรุหรามาครวานนี้ท่านรู้ว่เขาเคยหรรุหรากันแล้วรัฐบาลไม่เอา ก็เลยบัญญัติให้หรรุห รุหระหน้อย คือบัญญัติว่ “*วิธีการปกครองที่ดี*” ผมก็เอาเข้า ครม. แต่ ครม. ก็บอกไม่เอา เพราะว่ศุภประศาสนการนั้นไม่เอาเพราะมันยากไป วิธีการปกครอง ที่ดีไม่เอาเพราะมันง่ายไป ตกกลงเล็กไม่มีค่าไหน ทุกคนก็กลับไป Good governance

วันหนึ่งนั่งประชุม ก.พ. อีกครั้งหนึ่งผมนั่งติดอยู่กับกรรมการ ก.พ. ท่านหนึ่ง คือ ม.ร.ว.จตุมจคล โสณกุล ปลัดกระทรวงการคลัง ท่านกับขึ้นม้มาดั่ง ๆ ใอันนั้นก็ไมเอ ใอันนั้นก็ไมเอ ใอันนั้นก็ไมดี ใอันนั้นก็ยากไป ใอันนั้นก็ง่ายไป ลากเข้าวัดแล้วกัน ท่านเสนอ “**ธรรมาภิบาล**” ทุกคนก็พยักหน้าแล้วก็ปรบมือ แล้วก็เลยเป็น “**ธรรมาภิบาล**” ตั้งแต่วันนั้นเป็นต้นมา ท่ามกลางความขุ่นเคืองของ ก.พ. ซึ่งไม่ชอบเลยค่านี เพราะว่ธรรมาภิบาลมันไม่ได้แปลว่อะไรเลยนอกจกจาก ธรรมย่อมร์ักษาผู้ประพฤดิธรรม เหมือนกับที่พระพุทธรเจ้าบอกว่ ฆม โมหเว ร้กขดิ ธรรมจารี Good governance มันมีความหมายว่เป็นการจัดการปกครองที่ดี ไม่ได้เกี่ยวอะไรกับธรรมะธรรมไมทั้งนั้น มันเกี่ยวกับเรื่องทำถูกกฎหมาย ความโปร่งใส ความร้บผิดร้บชอบ ความประหยัด ค้มทุน มันต้องมีสิ่งเหล่านี มันถึงจะเป็น Good governance แล้วธรรมาภิบาลมันแปลว่อะไร มีคนไปถาม คุณชายจตุมจคล ท่านบอกว่ไม่ชอบก็อย่าใช้สิ แต่ทุกคนชอบค่านี ชอบเพราะ มันแปลไม่ออกนี่แหละดูมันศักดิ์สิทธิ์ แต่ ก.พ. นี้ไม่ชอบ ก.พ. ก็ได้แต่อาฆาตมาดร้าย เอาไว้วันหล้งลูกมาเข้าเท้าเมื่อไหร่จะเตะให้ดู

แล้ววันหนึ่ง ก.พ. ก็ต้องทำกฎหมายฉบับหนึ่งคือพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งตอนนั้นมีอยู่ว่ามาตราหนึ่งที่เขียนถึงว่าข้าราชการจะต้องมี Good governance ก.พ. ก็บอกว่าเอาละวันนี้ลูกฟุตบอลมาถึงแล้ว คือจะได้บัญญัติศัพท์ภาษาไทยว่าแล้ว ก.พ. ก็บัญญัติว่าข้าราชการทุกคนจะต้องมี “**หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี**” คำนี้เมื่อเข้าสภามีคนยกมือถาม ท่านประธานสภาครับ ไอนี้คืออะไร ยาว ๆ นี้ ก.พ. ก็ลุกขึ้นตอบว่า Good governance ตกลงก็เป็นอันยุติว่า Good governance นั้น ในภาษาไทยเรียกว่าหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี แต่เพราะมันยาวคนก็ยังไม่ชอบ คนก็ยังเรียกธรรมดาอีกอยู่ สุดท้ายก็เลยเรียกคู่กันมา แล้วแต่จะฉบับชาวบ้านหรือฉบับทางการ หนัก ๆ เข้าทางการวันนี้ก็ยอมรับคำว่าธรรมดาแล้วครับ เพราะคำว่าธรรมดาวันนี้มีอยู่ในรัฐธรรมนูญแล้ว หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีก็มีในรัฐธรรมนูญ หนักไปกว่านั้น หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีตามหลักธรรมภิบาลก็มีในรัฐธรรมนูญเหมือนกัน อันนี้เล่าให้ฟังเพื่อให้เห็นว่าแต่ละคำว่ามันจะตกผลึกมันคืออะไร มันมีความเป็นมา

ที่นี้กลับมาถึงนิติธรรมนี้ มันก็เป็นศัพท์ที่พูดกันในลักษณะของภาษาชาวบ้านนี้ ยังไม่ได้เป็นกฎบัตรกฎหมายอะไร เราบอกทุกคนควรจะมีหลักนิติธรรม แต่ถ้าจะไม่มีหลักนิติธรรมก็ไม่ว่า ไม่มีใครทำอะไรได้ จนกระทั่งเมื่อมีการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ ศาลรัฐธรรมนูญนั้นเกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับ ๒๕๕๐ แต่ขณะนั้นรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้พูดถึงหลักนิติธรรม ไม่ใช่ไม่รู้จัก รู้จัก ก็มันพูดกันอยู่ในตามท้องตลาด ตามห้องเรียน ตามที่ไหน ๆ อยู่แล้ว แต่มันไม่ได้เข้าไปอยู่ในรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งปี พ.ศ. ๒๕๕๐ มีผู้เสนอหลักสำคัญหลักหนึ่งคือหลักที่ว่าทุกคนจะต้องยึดหลัก Rules of law ที่นี้มันมาถึงเวลาที่จะต้องเขียนภาษาไทยลงในรัฐธรรมนูญแล้วละว่าจะเรียกมันว่าอะไร

ในชั้นกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้น จำไว้เถิดครับทุกครั้งที่มีการร่างรัฐธรรมนูญ มากหมอกี่จะมากความ แล้วก็จะหลายสำนัก อย่างน้อยเมื่อตอนเริ่มต้นผมก็จะเรียนให้ท่านทราบแล้วว่าอังกฤษเรียก Rules of law พอไปฝรั่งเศส

หรือเยอรมันเรียก Legal State พอไปอเมริกาเรียก Due process of law ไม่ได้เหมือนกันแต่คล้ายกัน เพราะฉะนั้นมาถึงเมืองไทยเมื่อเราจะต้องบัญญัติลงไปมาตรา ๓ ในรัฐธรรมนูญปี ๒๕๕๐ ว่าทุกคนทุกฝ่ายจะต้องมี Rules of law เราจะใส่ว่า Rules of law ไม่ได้ เราต้องใส่ภาษาไทย ลงทำนบกกฎหมายที่อยู่ในกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนั้น ฝ่ายหนึ่งจบการศึกษาและได้รับอิทธิพลทางกฎหมายมาจากภาคพื้นทวีปคือฝรั่งเศส เยอรมัน สวิส ออสเตรีย อิตาลี ท่านก็เสนอว่าให้ใช้ว่าทุกคนทุกฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามหลักนิติรัฐ Legal State พวกที่รับอิทธิพลจากอังกฤษหรือครูบาอาจารย์เป็นนักกฎหมายอังกฤษ ท่านก็ขอให้ใช้คำว่าหลักนิติธรรม เรารู้ว่ามันจะต้อง Rules of law เพียงแต่ว่ามันจะหลักนิติอะไรเท่านั้นแหละในภาษาไทย ลงทำนบกกันออกมา หลักนิติธรรมชนะอย่างฉิวเฉียดก็เลยใส่หลักนิติธรรมลงไป ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกของประเทศไทยในปี ๒๕๕๐ โดยบัญญัติว่ารัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระทั้งหลาย หน่วยงานของรัฐ จะต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรม

ครั้นมาถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือฉบับปี ๒๕๖๐ ที่ยังใช้อยู่ในวันนี้ มาตรา ก็ยังเป็นมาตรา ๓ เหมือนเดิม วรคก็ยังเป็นวรคสองเหมือนกัน ถ้อยคำเปลี่ยนไปเล็กน้อย หลักการใหญ่ยังตรงกัน คราวนี้ไม่ต้องโหวตกันแล้ว เพราะมันใช้คำว่านิติธรรมมาแล้ว ๑๐ ปี ก็เลยต้องนิติธรรมกันต่อไป ฉะนั้นมาตรา ๓ วรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงได้บัญญัติว่าตรงนี้เป็นแม่บท และเป็นทีเดียวยกเว้นไว้ในรัฐธรรมนูญเรื่อง Rules of law ศักดิ์สิทธิ์ ยิ่งใหญ่ ไพศาล มีผลมาก อยู่ที่เอาไปใช้ประโยชน์เป็นหรือไม่เท่านั้น

นั่นก็คือบัญญัติว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” จบ เขียนแค่นี้ หนเดียวมันเดียวจบแล้ว ไม่เขียนซ้ำหลายที เหมือนกับรัฐธรรมนูญ ปี ๒๕๕๐ ที่ยังไปเขียนไว้ที่โน่น ที่นี้ ที่นั่น กลัวจะลืมนฉบับปี ๒๕๖๐ เขียนมันทีเดียวยังไง แต่ความหมายมันยิ่งใหญ่อไพศาลเพราะมัน

ผูกพันรัฐสภา ไม่ว่าจะสภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภา หรือ สนช. ผู้กมัตคณะรัฐมนตรี ไปหมดทั้ง ๓๖ คน ผู้กมัตศาลไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร ผู้กมัตองค์กรอิสระ ป.ป.ช. กกต. ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ไปหมด มันยังจะมีอะไร เล็ดรอดเหลืออีกที่มันไม่ผูกมัด เพราะมันบดท้ายด้วยคำว่า และหน่วยงานของรัฐ ที่นี้ไปหมดเลยครบ ๒๐ กระทรวง ๗๐ รัฐวิสาหกิจ ๔๐ องค์กรมหาชน สถาบัน อะไรก็ตามของรัฐนะครบ ที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม มีบางคนเหมือนกันที่บอกว่าไม่ต้องไปใส่หрок เพราะหลักนิติธรรม มันก็อยู่ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็ไม่จริงหрок หลักนิติธรรมบางเรื่องอยู่ในรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรมบางเรื่องอยู่นอกรัฐธรรมนูญ มีบางคนบอกไม่ต้องใส่คำว่าหลักนิติธรรม ในรัฐธรรมนูญหрок ในเมื่อเขียนว่าให้องค์กรและหน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่ ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายก็พอแล้ว แต่ก็ไม่พอ เพราะว่าหลักนิติธรรมบางเรื่อง ก็อยู่ในกฎหมาย หลักนิติธรรมบางเรื่องหาไม่เจอว่าอยู่ในกฎหมายไหน มันเลย กลายเป็นเสาหลักอีกเสาหนึ่ง คือเสาที่สาม

เสาที่หนึ่งคือรัฐธรรมนูญ เสาที่สองคือกฎหมาย เสาที่สามคือหลักนิติธรรม และถ้าถามว่าสามเสานี้เกิดขัดแย้งกันจะถือเอาเสาไหนเป็นหลัก คำตอบคือ มันไม่น่าจะขัดแย้ง แต่ถ้ามันขัดขึ้นมา ก็เป็นหน้าที่ของผู้ที่ใช้กฎหมายก็คือศาล โดยเฉพาะก็คือศาลรัฐธรรมนูญ อย่าทำให้มันขัดแย้ง จะทำประการใดก็ตาม ก็ให้มันออกมาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันให้ได้ อย่างน้อยท่านก็เลือกใช้ได้เวลาท่าน ตัดสินคดี เขาให้ท่านเลือกได้แล้วว่า ถ้าท่านตัดสินเรื่องนี้แล้วท่านเห็นว่ามันมี อยู่ในรัฐธรรมนูญ ท่านก็อ้างรัฐธรรมนูญมาตราบนั้นมาตราบนี้ ไม่มีในรัฐธรรมนูญ แต่มีในกฎหมายท่านก็อ้างกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องอ้างรัฐธรรมนูญ อ้างกฎหมาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัตินี้โน้นโน้น จนในที่สุดรัฐธรรมนูญก็ไม่มี กฎหมายก็ไม่มี หรือมี แต่ท่านไม่อยากพูดถึง ท่านก็ใช้หลักนิติธรรม ดังที่ใช้กันแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญใช้มาแล้ว หลายเรื่อง ตัดสินโดยไม่ได้อ้างบอกว่ามาตราไหน แต่บอกว่าหลักนิติธรรมก็จบ

คือศาลรัฐธรรมนูญพูดอะไรมันก็จบทั้งนั้น เป็นอย่างนั้นอยู่แล้ว แต่ถ้าอยาก จะจบอย่างมีหลักก็ต้องอ้างอะไรสักหน่อย ก็อ้างหลักนิติธรรมได้ เหมือนกับที่ ศาลรัฐธรรมนูญในหลายประเทศเขาก็อ้างกัน

วันนี้อย่าว่าแต่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลฎีกา ศาลทหาร ก็สามารถ ที่จะอ้างหลักนิติธรรมเอามาตัดสินคดีได้ ในกรณีที่ไม่พบว่าจะใช้บทบัญญัติ มาตราใดในกฎหมาย หรือหาเจอแต่ก็มีความรู้สึกว่าจะศักดิ์สิทธิ์กว่าถ้าจะอ้าง หลักนิติธรรมก็อ้างได้ แล้วไม่ผิดกฎหมายอันใด เพราะรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง เปิดทางให้ท่านแล้ว เวลาเขียนก็ให้มันแนบเนียนเท่านั้นว่าทุกคนทุกฝ่าย ต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรม เพราะฉะนั้นที่ปฏิบัติมานี้ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม เคยพบแม้กระทั่งคำพิพากษาที่ตัดสินว่า จริงอยู่แม้การกระทำของจำเลยจะชอบ ด้วยกฎหมาย แต่การกระทำนั้นไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม คำสั่งนี้แม้จะเป็นไป ตามกฎหมายแต่เป็นคำสั่งที่ออกมาโดยขัดต่อหลักนิติธรรม แค่นี้ก็จบแล้ว ยุติเรื่อง จะยกฟ้อง จะพิพากษาว่าเป็นโมฆะ จะบอกว่าไม่มีผลใช้บังคับ อะไรก็แล้วแต่ ท่านให้ผลมันลงไปได้เลย อย่างน้อยท่านก็มีที่ให้อ้างอิงได้

หลักนิติธรรมจะเป็นหลักใหญ่ที่วันนี้กลายเป็นของจริงจัง จากเดิม พูดกันในอังกฤษ ต่อมาก็มาถึงประเทศไทย แต่พูดในห้องเรียน พูดตามเวทีสัมมนา บรรยาย อภิปราย ปาฐกถา วันนี้ได้เข้ามาอยู่ในรัฐธรรมนูญ และออกจากรัฐธรรมนูญ ไปอยู่ในคำพิพากษาแล้ว โดยเฉพาะคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ตรงนี้ทั้งหมด จึงแสดงให้เห็นเป็นเรื่องเดียวกันแล้วว่าหลักนิติธรรมในประเทศไทยเข้าไปสู่ มาตรฐานเดียวกับต่างประเทศแล้ว คือการยกเอาหลักนิติธรรมเป็นใหญ่ ด้วยความจริงแล้วหลักนิติธรรมมันถือกำเนิดเกิดมาด้วยความที่ตั้งใจจะให้มัน เป็นหลักการใหญ่จริง ๆ

กลับไปดูประวัติว่าทำไมมันถึงมี Rules of law เกิดขึ้นมา หลักการนี้ เป็นหลักที่เกิดขึ้นเองครั้งแรกในประเทศอังกฤษ เมื่อหลายร้อยปีมาแล้ว โดยไม่อาจ ทราบได้ว่ามีต้นกำเนิดจากใครหรือนักคิดท่านใด เพราะมันเกิดขึ้นมาในลักษณะ ของการสะสม เหมือนกับถามว่าคำว่า Law ของอังกฤษใครเป็นคนคิดคนแรกก็ไม่มี

เพราะเป็นเวลานานกว่ามันจะเกิดขึ้นจนกระทั่งเป็นสิ่งที่เรามาตั้งชื่อกันวันนี้ว่า คำว่า Law เหมือนกับ The Rules of law มันเกิดขึ้นโดยไม่รู้ว่ามีใครเป็นผู้ทำให้เกิดมาได้อย่างไร แต่หลักการนี้เกิดขึ้นในที่ต่าง ๆ เกิดบ่อย เกิดมากเข้าแล้วมากเข้า วันหนึ่งมีคนไปเรียกมันว่า สิ่งนั้นคือ Rules of law เพราะฉะนั้นมันก็เกิดขึ้นอย่างนี้ พัฒนาขึ้นอย่างนี้

แต่มันเกิดขึ้นมาทำไม เพื่ออะไร คำตอบก็คือว่า มันมีทฤษฎีหรือคำพูดอยู่ คำพูดหนึ่งที่เราได้ยินเสมอในหมู่คนไทยว่า “เหนือฟ้ายังมีฟ้า” คือเราคิดว่า มันมีอะไรสักอย่างที่สูงเหนือขึ้นไป แล้วอะไรก็ตามที่ต่ำกว่าก็อย่าได้บังอาจไปขัดกับ สิ่งที่อยู่สูงกว่านั้น โดยวิธีอย่างนี้คือการจัด Hierarchy แปลว่าจัดลำดับชั้น ทหารยังมีร้อยตรี ร้อยโท ร้อยเอก พันตรี พันโท พันเอก พลตรี พลเอก จนถึงจอมพล สิ่งใดก็ตามมันก็จะมียุติบัตรของมันอยู่ทั้งนั้น เพื่อว่าสิ่งที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าอย่าไปขัดกับ สิ่งที่อยู่เหนือระดับสูง วิธีนี้คือวิธีการควบคุมซึ่งกันและกัน กฎต่อกฎคุมกันเอง

อุปมาว่าเมื่อเวลาที่เรากลุกผู้ใหญ่ว่านั่นเราก่อน เราก็นึกในใจว่าเราไปร้องกับ กำนัน กำนันก็ใหญ่กว่าผู้ใหญ่บ้าน ถ้ากำนันรังแกเราก็นึกไปร้องกับนายอำเภอ นายอำเภอรังแกเราก็นึกไปร้องกับเจ้าเมือง ผู้ว่า เจ้าเมืองรังแกเราก็นึกไปร้องกับเสนาบดี เสนาบดีรังแกเราก็นึกไปร้องกับอัครมหาเสนาบดี นั่นเป็นกฎของทุกประเทศในโลก มาแต่ไหนแต่ไร อัครมหาเสนาบดีรังแกหรือรู้สึกได้ว่าเราได้รับความไม่เป็นธรรม เราก็นึกไปร้องกับพระราช พระมหากษัตริย์

เหมือนใครที่เรียนกฎหมายคงจำคดีอำแดงป้อมได้ ที่เป็นเหตุให้ปฏิรูปกฎหมายสมัยรัชกาลที่ ๑ อำแดงป้อมแกมีสามีแล้วคือนายบุญศรี แต่อำแดงป้อมนี้แกก็ยังอุตสาหไปมีชู้กับนายราชาอรรด อำแดงนี้เป็นคำที่ใช้เรียกผู้หญิงสมัยก่อนที่มีสามีแล้ว ถ้าโสดนี่เขาเรียกอี ถ้ามีสามีเรียกอำแดง เป็นภาษาเขมร ถ้าเจอกันเขาก็เรียกอี เรียกอำแดง แต่ถ้าต้องการยกย่องเป็นผู้หลักผู้ใหญ่หน่อยเขาก็เรียก ออเจ้า ที่นี้อำแดงป้อมไปเป็นชู้กับนายราชาอรรด นายราชาอรรดก็ยุว่าไปฟ้องหย่าแล้ว คือนายบุญศรีแล้วแบ่งสมบัติมาอยู่กินกัน สุดท้ายอำแดงป้อมฟ้องหย่านายบุญศรี ศาลก็ตัดสินว่าชายหาผิดมิได้ หญิงหย่าชาย ท่านให้หย่าได้ คือผิดไม่ผิด

เมื่อยากหย่าก็ให้หย่า สู้ตายก็ได้หย่า แบ่งสมบัติไปอยู่กับซู้ นายบุญศรีรู้สึกว่ามีตัวไม่ได้รับความเป็นธรรมจึงร้องขึ้นไปจนกระทั่งถึงเสนาบดี ทุกคนก็ยืนยันตัดสินกันมาถูกแล้ว ก็เลยถวายฎีกาต่อสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ เป็นเหตุให้พระองค์ต้องลงมาชำระกฎหมายใหม่ ยกตัวอย่างเรื่องนี้เพื่อเล่าให้เห็นว่าเป็นธรรมดาทั่วโลกที่เราต้องการแสวงหาความถูกต้องความเป็นธรรมจากสิ่งที่อยู่เหนือกว่าขึ้นไป

พระราชามหากษัตริย์ก็มีหน้าที่บำบัดทุกข์บำรุงสุข พระราชทานความเป็นธรรม เราถึงเรียกพระเจ้าแผ่นดินสมัยก่อนว่า **The fountain of justice** ที่มาแห่งความยุติธรรม คำถามมีต่อไปว่า แล้วถ้าพระราชาเป็นต้นตอแห่งความไม่ยุติธรรมเสียเองแล้วจะอย่างไร เสนาบดีจึงแกละก็ร้องอัครมหาเสนาบดี อัครมหาเสนาบดีจึงแกละก็ไปร้องกับกษัตริย์ ถามว่าแล้วถ้ากษัตริย์เป็นคนรังแกจะอย่างไร แล้วส่วนใหญ่การรังแกนั้นก็มาจากกษัตริย์เสียด้วยสิ เพราะกษัตริย์เป็นคนออกกฎหมาย แล้วเรารู้สึกกฎหมายนั้นไม่ดี ไม่เป็นธรรม ทำอย่างไรมนุษย์ก็พยายามจะหาอะไรที่มันเหนือกว่าขึ้นไปตามหลักว่าเหนือฟ้ายังมีฟ้า แล้วจะเอาอะไรมาบอกว่ากฎหมายของพระราชาใช้ไม่ได้

ไอ้จะบอกว่าคำสั่งผู้ใหญ่บ้านใช้ไม่ได้นี่ง่าย กำนันก็สั่งได้ คำสั่งเจ้าเมืองใช้ไม่ได้ เราก็ร้องกับเสนาบดี เสนาบดีก็สั่งให้เพิกถอนคำสั่งเสีย เพิกถอนกันมาเยอะแล้ว แต่พอพระราชาเป็นผู้สั่ง พระราชาเป็นผู้กดขี่เป็นผู้ข่มเหงเป็นผู้รังแกนี้แล้วจะไปฟังกับใครที่ไหน ความคิดมนุษย์ยุคแรกที่คิดออกก็ว่า เหนือฟ้ายังมีฟ้า ถ้าพระราชารังแกหรือเป็นต้นตอแห่งความอยุติธรรม ก็ร้องกับพระผู้เป็นเจ้า หรือเทวดา แล้วแต่ใครนับถือศาสนาอะไร ถ้าเป็นทางพราหมณ์ฮินดูก็คงไปร้องกับพระศิวะ พระพรหม แต่ในศาสนาคริสต์นั้นร้องกับพระผู้เป็นเจ้า เมื่อพระผู้เป็นเจ้าท่านก็อยู่บนสวรรค์ ท่านก็ไม่ได้มาทำอะไร แต่ท่านมีตัวแทน คือพระสันตปาปา หรือโป๊ป เพราะฉะนั้นจึงเป็นศูนย์กลางที่มนุษย์จะไปร้อง แล้วโป๊ปก็ตัดสินให้แค้โป๊ปสั่งลงไปว่าพระราชาประเทศนั้น ทำสิ่งนั้นสิ่งนี้ไม่ถูก ขึ้นภาษีไม่ถูก ให้ไปแก้ไขเสีย ก็ต้องแก้ตาม เพราะถ้าพระราชาไม่ยอมตาม โป๊ปก็มีวิธีที่บังคับที่

เรียกกันว่าบัพพาขนิยกรรม หรือ excommunication คำว่าบาตร เหมือนที่พระเจ้าเฮนรีเคย์ดอน โป๊ปเคยสั่งว่าคาทอลิกนั้นแต่งงานแล้วห้ามแต่งงานใหม่อีก เว้นแต่เมียจะตาย ในตอนนั้นพระเจ้าเฮนรีที่แปดก็ไม่ชอบพระนางแคเธอรีน แห่งอารากอนเสียแล้ว ก็ไปขอหย่า โป๊ปไม่ให้หย่า ก็ไม่ยาก พระเจ้าเฮนรีก็เลยฆ่าเมีย แล้วบอกโป๊ปว่าเมียตาย ก็ได้แต่งงานใหม่ แต่พอแต่งงานใหม่อยู่ไปๆ เป็ ออยากจะแต่งงานอีก ก็ฆ่าเมียอีก เป็นอย่างนี้อยู่ห้าหนเจ็ดหน จนโป๊ปเห็นว่าพวกนี้ที่ต้องประกาศบัพพาขนิยกรรม นี่คือ สภาพบังคับ (Sanction) เหนือฟ้ายังมีฟ้า

แต่ถามว่าหลักการอย่างนี้มันจะยั่งยืนไหม ก็ไม่ยั่งยืนเพราะต่อมาศาสนาจักร ก็เสื่อมความนิยม เมื่อคนไม่กลัวโป๊ป สั่งอย่างไรก็ไม่มีใครฟัง แล้วก็ยังประเทศที่เขา ไม่ได้นับถือนิกายโรมันคาทอลิก ซึ่งไม่ได้มีแต่แค่ประเทศทางเอเชียเท่านั้น ประเทศที่เป็นคริสต์กับในยุโรปที่เขาเลิกนับถือโป๊ปก็มี เช่นอังกฤษเป็นต้น เพราะเขาก็ไปตั้งนิกายใหม่ของเขา Church of England ปฏิเสธโป๊ป ฉะนั้นเมื่อต่อมาศาสนา เสื่อมความนิยม ความศักดิ์สิทธิ์ ความขลังลง มนุษย์ก็จำเป็นต้องหาหลักอื่นขึ้นมา ในการที่จะเป็นที่คุ้มกันหรือเป็น The protector หรือเป็นผู้พิทักษ์ หรือเป็น Guardian ที่จะเป็นหลักใหญ่อยู่ ศาสนาไม่ได้ผล ต่อมามนุษย์ มนุษย์ก็นึกถึงอะไร ก็มาได้นึกถึงธรรมชาติ (Nature) เพราะธรรมชาติไม่เข้าใครออกใคร ไม่เกี่ยวกับ ศาสนาไหน ไม่ยุ่งกับพระเจ้าองค์ใดทั้งนั้น ธรรมชาติคือธรรมชาติ ใหญ่กว่าอะไร ทั้งหมด เพราะฉะนั้นพระเจ้าแผ่นดินจะสั่งอะไรก็สั่งไป แต่อย่าสั่งให้ขัดกับธรรมชาติ ความคิดแบบนี้มีมานานแล้ว เรื่องจะเอาอะไรมาถ่วงดุลอำนาจรัฐ ตั้งแต่สมัย กรีกโรมันแล้ว เรื่องที่โด่งดังที่รู้จักกันดีคือเรื่องจักรพรรดิคาลิกูลา (Caligula - Gaius Julius Caesar Augustus Germanicus)

คาลิกูลาเป็นจักรพรรดิโรมัน สั่งอะไรมาคนเชื่อและยอมหมด ไม่มีใครกล้า over rules ลบล้างคำสั่งของจักรพรรดิคาลิกูลาได้ จนกระทั่งวันหนึ่งมีตาแก่คนหนึ่ง หนวดเครายาวนุ่งขาวห่มขาว ถือไม้เท้าเดินเข้าไปหาคาลิกูลา บอกขอเดชะ เขาลือ กันว่าพระองค์ยิ่งใหญ่มาก ใหญ่ที่สุด ข้าพเจ้าก็ได้ไปพบคนหนึ่งซึ่งยิ่งใหญ่มาก พระองค์ มันบังอาจบุกรุกพระราชอาณาเขต คาลิกูลาโกรธมาก เพราะว่าสั่งแล้วว่าไม่ให้เข้าศึกบุกเข้ามาในเขตเมืองที่คาลิกูลาปกครอง ใครเป็นคนบังอาจบุกมา

ตาแก่พูดว่าข้าเจ้าบอกมันแล้วดินแดนนี้เป็นของจักรพรรดิคาลิกูลา ห้ามบุกรุก มันก็ไม่ฟัง บุกรุกเข้ามาทุกวัน ๆ ขอเชิญเสด็จไปปราบ คาลิกูลาก็เลยสั่งให้ทหารแต่งตัวใส่เสื้อเกราะหมวกเหล็ก ขี่ม้าถือหอก กองทัพยาตราเดินตามตาแก่ คนนี้ไป เขาก็เลยเอามาทำเป็นหนังเป็นละคร เรื่องคาลิกูลา ตาแก่คนนี้พากองทัพของพระเจ้าคาลิกูลาไปที่ชายทะเล ถามว่าแล้วไหนคือข้าศึกที่บุกเข้ามา ใครที่ใหญ่กว่าข้าคาลิกูลา เขาก็บอกว่าท้องทะเล เมื่อเวลาน้ำขึ้นมานี้แผ่นดินหินทรายชายหาดเป็นของพระองค์ เมื่อน้ำขึ้นมันขึ้นมากลบบล้างแผ่นดินของพระองค์ และมันรูกล้าเข้ามาเรื่อย ๆ ข้าพเจ้าบอกมันแล้วว่าอย่ารูกล้าเข้ามา นี่คือแผ่นดินคาลิกูลา เชิญปราบเถิดพระเจ้าข้า

คาลิกูลาก็ก็นำกองทัพที่แจะปราบมัน คือแจะสังหารลุย ทหารซึ่งข้างขี่ม้ากันลงไปจมน้ำตายหมด ทะเลมันก็ขึ้นอยู่เรื่อยไม่มีวันลงนะ คาลิกูลาก็เลยกลับวังแล้วก็เลยมานั่งนึกว่า เฮ้ย เหนือข้ามันยังมีคนที่ใหญ่กว่าข้า ตำนานเรื่องนี้เป็นอุปมาที่สอนใจให้รู้ว่ามีมนุษย์ต้องการหาอะไรที่ใหญ่กว่าเพื่อที่จะมาคุ้มกันเสมอ เมื่อพระเจ้าไม่ได้ผลก็ต้องใช้ธรรมชาติ พระเจ้าแผ่นดินออกกฎหมายได้สารพัดนึก แต่ก็ไม่มีวันออกกฎหมายขัดกับธรรมชาติได้ ซึ่งหลักนี้เป็นที่มาของสิ่งที่เรียกกันว่า Natural Law กฎหมายธรรมชาติในเวลาต่อมา

แล้วอยู่มา ๆ ไอ้กฎหมายธรรมดานี้มันก็จะเริ่มจะไม่ค่อยศักดิ์สิทธิ์อีกแล้ว เพราะว่าการที่คิดไปศาลแล้วให้ศาลบอกว่ากฎหมายนี้รัฐบาลเป็นคนออก พระเจ้าแผ่นดินเป็นคนออก สภาเป็นคนออก แต่กฎหมายนี้ขัดต่อธรรมชาติจึงโมฆะ มันกระดากที่จะไปตัดสินอย่างนี้เพราะว่านานาจิตตังร้อยคนร้อยอย่าง ศาลแต่ละคนอาจจะคิดไม่เหมือนกันว่าขัดหรือไม่ขัด จึงเป็นเหตุให้นักปราชญ์ราชบัณฑิตในสมัยก่อนของยุโรปจึงได้คิดหาหลักอะไรก็ตามที่ดูแล้วไม่เข้าใครออกใคร มีพื้นฐานสนับสนุนไม่เพื่อเจ้า และเป็นสากล เพื่อให้ใคร ๆ สามารถที่จะยอมรับได้ แล้วสิ่งนี้เองที่ต่อมามันพัฒนาเป็น The Rules of law

The Rules of law จึงเป็นหลักที่ไม่ได้อยู่ในกฎหมายใดโดยเฉพาะ The Rules of law ไม่ใช่พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกาอะไรทั้งนั้น แต่เป็นหลักที่มันรู้สึกกันว่านี่คือกฎเกณฑ์แห่งความยุติธรรม

มันก็คำเดียวกับคำว่า ความเป็นธรรม โดยถือว่า Rules of law นั้นมันเป็น การปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ ไม่ใช่มนุษย์เป็นใหญ่ ไม่ใช่อำเภอใจเป็นใหญ่ อะไรก็ตามต้องอยู่ใต้กฎหมาย กฎหมายอะไรก็ได้ ลายลักษณ์อักษรก็ได้ ไม่เป็น ลายลักษณ์อักษรก็ได้ กฎหมายธรรมชาติก็ได้ กฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นก็ได้ แต่เมื่อมาเป็นกฎหมายแล้ว ทุกคนก็ต้องอยู่ภายใต้และปฏิบัติตาม นี่คือจุดเริ่มต้น ที่เรียกกันว่า Rules of law

เมื่อเวลาผ่านไปนานเข้ามันก็ศักดิ์สิทธิ์พอที่ศาลอังกฤษจะเอาไปตัดสินคดี ได้ว่าเรื่องนี้ขัดต่อหลัก Rules of law เรื่องนั้นสอดคล้องกับ Rules of law แต่ด้วยเวลาที่นานพอที่คนอังกฤษจะเข้าใจได้ไม่ยากว่าสิ่งที่เรียกว่า Rules of law นั้น มันมีอะไรบ้างตั้งแต่หนึ่งถึงสิบข้อ ที่เขารู้ได้โดยเพราะว่ามีคดีเป็นร้อยเป็นพันเรื่อง ที่อ้างถึงหลักนิติธรรม แต่ของไทยเรานานจะปรากฏขึ้นสักที จนถึงปัจจุบันนี้ก็ยังไม่ถึงสิบข้อว่า Rules of law ได้แก่อะไรบ้าง นิติธรรมมีอะไรบ้าง นับไปนับมา

แต่ปัญหาคือว่าเมื่อ Rules of law นั้นมีอิทธิพลไปถึงยุโรปภาคพื้นทวีป ไปยังฝรั่งเศส เยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ ออสเตรีย อิตาลี เปลี่ยนชื่อจาก Rules of law ไปเรียกว่า Legal State แล้วก็มีการอะไรมากกว่า Rules of law ของอังกฤษ อย่างที่ให้คนอังกฤษมาดู Legal State เขาก็บอกว่าคล้าย ๆ แต่ไม่เหมือน Rule of law

เพราะฉะนั้นวันนี้ถ้าพูดถึงเรื่อง Rules of law ของอังกฤษ ก็ต้องยึดตามที โดซีย์ (Albert Venn Dicey) นักกฎหมายของอังกฤษแต่งตำราขึ้น โดซีย์นี่แกเป็นคน ที่ทำให้ Rules of law ดังไปทั่วโลก แกบอกว่า Rules of law นั้นไม่มีอะไรมาก มีหลักสำคัญอยู่สี่ประการได้แก่

หลักที่ ๑ ทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย อย่าทำอะไรเหนือกฎหมาย จะตัดสินอะไร จะพูดหรือทำอะไรก็ต้องให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎหมายใด ก็กฎหมายหนึ่ง

หลักที่ ๒ แต่ก็ไม่เชื่อว่าจะเป็นกฎหมายอะไรก็ได้ ต้องเป็น Good law คือ เป็นกฎหมายที่ดี ซึ่งกฎหมายที่จะถือเป็น Good law ได้ ก็ต้องประกอบด้วย หลักที่ว่า กฎหมายที่ดีต้องไม่ออกมาให้มีผลย้อนหลัง กฎหมายที่ดีจะต้องไม่ลงโทษ บุคคลโดยที่ไม่ได้ทำความผิดอะไรเลย กฎหมายที่ดีจะต้องเป็นกฎหมายที่ทันสมัย กฎหมายที่เก๋ไก๋

หลักที่ ๓ ถ้ามีปัญหาเกิดขึ้น เมื่อทำผิดกฎหมายหรือถูกกฎหมาย คดีจะต้องไปยุติที่ศาล ไม่ใช่ศาลเตี้ย แล้วก็ไม่ใช่ใครก็ได้มาชี้ขาดกันเอง ต้องไปที่ศาล

หลักที่ ๔ แต่ก็ไม่เชื่อว่าศาลไหนก็ได้ แต่ต้องศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระและไม่ถูกแทรกแซง

ครบสี่ข้อถือว่าเป็น Rules of law แบบอังกฤษ ที่นี้พอมันลงเรือไปฝรั่งเศส ไปเยอรมัน ใครตบมือทีหลังดังกว่าคนตบมือที่แรกเสมอ ยุโรปเขาก็ตบมือดังกว่า เพราะเขาเติมอะไรเข้าไปอีกมากมาย ที่อังกฤษไม่รู้จักหลักการเหล่านั้น เช่นเขาเติม เข้าไปว่านอกจากสี่ข้อข้างต้นแล้ว ยังเติมเข้าไปอีกด้วยว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย สูงสุด อันนี้อังกฤษไม่รู้จัก เพราะอังกฤษไม่มีหลัก Supremacy of constitution เขามีแต่ Supremacy of parliament รัฐสภาเป็นองค์กรสูงสุด รัฐสภาชี้ตายชี้เป็น ออกกฎหมายมาถูกต้องและไม่ขัดแย้งกับอะไรทั้งนั้น เพราะรัฐสภาใหญ่ที่สุด แต่ยุโรปไม่ถือว่ารัฐสภาใหญ่ที่สุด ยุโรปถือว่ารัฐธรรมนูญใหญ่ที่สุด เขาถืออย่างนี้ได้ เพราะยุโรปมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร อังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เขาก็เลยไม่มี Supremacy of constitution

เพราะฉะนั้นยุโรปจึงเพิ่มหลักการเข้าไปว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด และก็เพื่อจะผดุงหรือพิทักษ์ไว้เพื่อความสูงส่งนั้น ก็จะต้องมีองค์กรขึ้นมาวินิจฉัย จะเรียกอย่างไรก็ตาม ตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการรัฐธรรมนูญ อะไรก็ตาม สภารัฐธรรมนูญ มาทำหน้าที่ตัดสินวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถ้าไม่มีอะไรมาตัดสินแล้วบอกว่ารัฐธรรมนูญสูงสุด หากมีคนไปทำอะไรขัดหรือ แย้งเข้า แล้วใครจะเป็นคนบอกว่าใช้ได้ ใช้ไม่ได้ แล้วถ้าไม่มีผู้ชี้บอก แล้วรัฐธรรมนูญ จะสูงสุดอยู่ได้อย่างไร นี่เป็นสิ่งที่ทางภาคพื้นยุโรปเติมเข้าไป นอกจากนั้นเติมไปอีก

ว่าต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ เรื่องนี้เป็นหลักของยุโรปเองที่เขาคิดขึ้นโดยมองเตสกีเออ (Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu) เพราะฉะนั้นเขาก็ใส่มันเพิ่มเข้าไป เป็นหลักเรื่อง Legal State ยิ่งพอลงเรือไปอเมริกา หลัก Due process of law นั้นวิไลศมากกว่านี้อีก

ในส่วนของประเทศไทยนั้นเมื่อเราเอาคำว่าหลักนิติธรรมมาแล้ว แล้วเราก็มีเจตนาจะให้ตรงกับ Rules of law แต่บริบทหรือความหมายของ Rules of law ของไทยนั้นสังเกตจากกระแสความคิดเห็นของนักวิชาการผมเชื่อว่าค่อนข้างไปในทาง Legal State หรือนิติรัฐของยุโรปมากกว่าที่จะเป็นนิติธรรมแท้ ๆ ลำพังศาลยุติธรรม ศาลทหาร ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญนี้ ยังสงวนท่าทีว่า Rules of law ในความหมายของท่านหรือนิติธรรมในความหมายของท่านนั้นแปลว่าอะไร แล้วท่านก็ไม่เคยแปล บอกแต่เพียงว่าอันนี้ขัดกับหลักนิติธรรม อันนั้นไม่ขัดหลักนิติธรรม แต่ที่จะเขียนให้ชัดเจนว่าหลักนิติธรรมในความเข้าใจของศาลคืออะไร ยังไม่เคยมีการอธิบายอย่างนั้น

ผมเคยถามผู้ร่างรัฐธรรมนูญว่า แล้วเมื่อเราบังคับให้ทุกคนต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรม ทำไม่ไม่เขียนไปว่าหลักนิติธรรมนี่คืออะไร ท่านบอกไม่ต้องเขียนหรอก ปล่อยให้มันพัฒนาไปเอง ใครเป็นผู้พัฒนา ก็คือศาล ทีนี้เมื่อปล่อยให้ศาลพัฒนา ศาลก็ต้องช่วยพัฒนา นั่นคือว่าเมื่อมีโอกาสท่านต้องอย่าละเลยโอกาสที่จะอธิบายถึงเรื่องหลักนิติธรรม ยกเอาหลักนิติธรรมมาใช้เมื่อมีโอกาส แต่ถ้าไม่มีโอกาสนี้ก็กรุณาอย่าเพิ่งทำ เมื่อโอกาสมีคดีมาถึง จังหวะเหมาะสมตรงนี้ก็หยอดลงไปเลย ขัดต่อหลักนิติธรรม หรือว่าถึงจะไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมก็บอกได้ว่าเรื่องนี้ไม่ได้ขัดต่อหลักนิติธรรมเพราะอย่างนั้น ๆ อย่างนี้คือพัฒนาการที่จะทำให้ Rules of law หรือหลักนิติธรรมแบบไทยจะเกิดขึ้นได้ ผมเชื่อว่าเป็นอย่างนี้ ผ่านมาแล้ว ๒๐ ปีต่อไปอีกสัก ๒๐ ปี เราจะมีตำราว่าหลักนิติธรรมคืออะไรที่ชัดเจนมาก วันนี้ต้องเรียนรู้ไปเป็นรายคดี

ซึ่งก็ในเวลาที่ผ่านมานั้นได้พยายามทำกันอยู่แล้วทุกฝ่ายที่จะสร้างวางหลักขึ้น แต่บังเอิญคดีมันไม่ค่อยจะเข้ามา หรือเมื่อคดีเข้ามาก็ไม่ค่อยจะมี

เหตุให้ใช้หลักนิติธรรม พอใช้หลักอื่นมันก็จะประหารชีวิตหรือพอจะยกฟ้อง หรือใช้หลักอื่นก็พอจะบอกได้แล้วว่ามันขัดรัฐธรรมนูญ แต่ความจริงดูให้ดีก็คือ การสร้างหลักนิติธรรมให้มันเกิดขึ้นในแบบไทย ๆ นั่นเอง

คราวนี้มาถึงว่าศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปเกี่ยวอะไรกับหลักนิติธรรม ผมเห็นด้วยครับว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม แต่ไม่ใช่แต่เฉพาะ ศาลรัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่พิทักษ์หลักนิติธรรม เพราะในเมื่อมาตรา ๓ ววรรคสอง ของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลทุกศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ มีหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม แสดงว่า ทั้งห้าองค์กรเลยที่เป็นผู้พิทักษ์หลักนิติธรรมทั้งนั้น ไม่ได้สงวนสิทธิผูกขาดไว้กับ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลทหาร ศาลปกครอง เพราะฉะนั้นทุกคนต้องปฏิบัติและ พิทักษ์รัฐธรรมนูญ พิทักษ์หลักนิติธรรม แต่บังเอิญแม้มันจะเป็นหน้าที่ของทุกคน แต่เอาเข้าจริงแล้วเมื่อเกิดมีกรณีพิพาทกันมันก็จะเป็นคนดี เมื่อเป็นคนดีก็ต้อง ไปสู่ศาล และเมื่อไปถึงศาล ศาลสูงสุดที่เรารู้ก็คือศาลรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น โอกาสที่ศาลรัฐธรรมนูญจะแสดงบทบาทเป็นผู้พิทักษ์หลักนิติธรรมนั้นจึงชัดเจน แจ่มแจ้งที่สุด

ก็เหมือนทุกคนมีสิทธิจะเตะฟุตบอล ลูกบอลเข้าเท้าทุกคน แต่โอกาสที่บอล จะเข้าเท้าแล้วทำได้ดีที่สุด แล้วก็เป็นคนเตะเข้าประตูด้วยคือศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทสำคัญที่สุดในฐานะที่จะเป็นผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม ด้วยการทำหน้าที่สองอย่าง หนึ่งคือควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ อันนี้ทุกคนก็รู้ และสองคือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในการที่ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถูกสร้างและออกแบบขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่สองอย่างนี้ เครื่องมือที่สำคัญที่สุดของศาลรัฐธรรมนูญมี ๓ อย่าง คือ (๑) รัฐธรรมนูญ (๒) กฎหมาย และ (๓) หลักนิติธรรม

ในบรรดาสามอย่างนี้ หลักนิติธรรมนั้นดูจะเป็นหลักที่กว้างที่สุด เพราะว่า รัฐธรรมนูญนั้นมันก็คือ ๓๗๐ กว่ามาตราที่เขียนเอาไว้แล้ว ก็ดันไปทางอื่น ได้ยาก กฎหมายก็คือบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่นี้ ใคร ๆ ก็อ่านเล่มเดียวกัน

ตีความต่างกันเท่านั้น จะดีขึ้นไปก็ไม่ได้มากเท่าไร แต่พอมาถึงหลักนิติธรรม ตั้งแต่เริ่มต้นเราก็ไม่รู้ว่ามันคืออะไร มีก็ข้อ ถ้าแบบอังกฤษเมื่อก็ผมบอกว่ามี ๔ ข้อ ถ้าแบบยุโรปอาจจะมีไปถึง ๑๐ หรือ ๑๕ ข้อ โอกาสที่ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นศาล จะวางไว้ ๑๐ ข้อเลยก็ยังได้ เพราะว่ามันกว้างแล้วก็ทั่วไป แล้วเขาก็ยอมที่จะให้ศาลสร้างขึ้นได้ ซึ่งแน่นอนการสร้างหลักนิติธรรมว่ามันคืออย่างนั้นอย่างนี้ ต้องไม่ใช่การมั่วแต่งเอาเอง แต่ต้องมีเหตุ มีผล มีที่มาที่ไป และผู้คนที่ต้องยอมรับทั่วกันด้วย

ผมได้เรียนในตอนต้นแล้วว่าในต่างประเทศ ที่จริงแล้วในประเทศไทย เราก็เหมือนกันอยู่นะครับ อำนาจในการที่จะไปตัดสินอะไรต่ออะไรเขาเรียกว่า **Judicial Review** “Review” แปลว่าทบทวน “Judicial” แปลว่าโดยองค์กรตุลาการ เมื่อมันเป็นการทบทวนโดยองค์กรตุลาการ ก็อาจจะถามว่าทบทวนอะไร คือทบทวนกฎหมาย แล้วทำไมจึงต้องทบทวน อ้าว ก็เพราะว่าเมื่อกฎหมายออกมาแล้ว ก็มาดูเสียใหม่ว่ามันถูกหรือผิด การไป “ดูใหม่” ถึงเรียกว่า “รีวิว” ไม่ว่าจะใครจะเป็นคนออก สภาออกมาบ้าง กฎหมายบางฉบับรัฐบาลออกมาแล้ว เรียกว่าพระราชกฤษฎีกา ก็มาดูเสียอีกทีว่าที่ออกมานี้ถูกหรือผิด ตรงนี้ก็คือการรีวิวกฎหมายบางฉบับสภาออกมาเป็นพระราชบัญญัติแล้ว ดีไม่ดีพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้แล้ว ใช้บังคับกับคดีมาตั้งไม่รู้เท่าไรแล้ว ถ้ากฎหมายนั้นกำหนดความผิดมีประหารชีวิต ประหารคนมาตั้งไม่รู้เท่าไรแล้ววันหนึ่งถ้ามีโอกาสมาถึง ดูเสียใหม่ว่ากฎหมายนี้มันออกมาถูกหรือผิดอย่างนี้แหละเขาเรียกว่ารีวิว

และเมื่อรีวิวโดยองค์กรทางตุลาการเช่นศาล ศาลรัฐธรรมนูญ เราก็เรียกมันว่า **Judicial Review** อำนาจนี้ยิ่งใหญ่ ในบางประเทศอำนาจนี้เขาให้เป็นของศาลยุติธรรม คือคดีไปถึงศาลไหนศาลนั้นก็ทำได้ รีวิวได้ทั้งสิ้น ศาลเด็ก ศาลแขวง ศาลแพ่ง ศาลอาญาก็รีวิวได้ เหมือนฟุตบอลเข้าทำใครคนนั้นก็เตะเอา เพราะฉะนั้นในสหรัฐอเมริกา คดีที่อีกทีกริกโครมเป็นประวัติศาสตร์โลกจึงได้เกิดขึ้น เป็นคดีที่ตัดสินในศาล Supreme Court ของอเมริกาเมื่อปี พ.ศ. ๒๓๔๖ ซึ่งตรงกับ

รัชกาลที่ ๑ ของไทย กรุงเทพมหานครสร้างมาได้ไม่กี่ปี เกิดคดีสำคัญขึ้นในสหรัฐอเมริกาที่เราเรียกว่าคดี Marbury Vs Madison ท่านทั้งหลายรู้อยู่แล้ว นั่นคดีประวัติศาสตร์โลก เพราะเป็นคดีแรกที่ Supreme Court ของอเมริกาก้าวออกมาตัดสินว่า สิ่งนั้นสิ่งนี้ขัดรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ เพื่อจะพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในตอนนั้นเขาไม่ต้องไปอ้างหลักนิติธรรม หรือ Due process อะไร ทั้งอันที่จริงคำว่า Due process ก็ยังไม่ได้เขียนในรัฐธรรมนูญอเมริกาเลยในวันนั้น

ศาลบอกว่าสิ่งนี้ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด รู้ได้อย่างไรว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ก็เพราะว่ารัฐธรรมนูญเขียนไว้ เขียนไว้ว่าอย่างไร This constitution is the supreme law of the land พลาดไปอย่างเดียว ไม่ได้เขียนว่าให้ใครเป็นผู้บอกว่าอะไรขัดกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญอเมริกาไม่ได้เขียน Supreme court จึงได้ก้าวออกมาบอกว่าศาลมีอำนาจตัดสิน เพราะศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย ศาลย่อมรู้ดีว่าอะไรเป็นหรือไม่เป็นกฎหมาย เมื่อศาลเห็นทบทวนไต่สวนไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขัดกฎหมาย ขัดรัฐธรรมนูญ ศาลก็ต้องตัดสิน จบ ใครจะมาบอกว่าศาลไม่มีอำนาจไม่ได้ เพราะนี่คือ Supreme Court เทียบกับไทยคือศาลฎีกา ไม่มีศาลฎีก่อีกแล้ว ต้องจบ

แต่คดีนั่นเองคือบรรทัดฐาน หลายประเทศในเวลาต่อมาก็เอาเป็นแบบอย่าง คือหมายความว่าถ้ารัฐธรรมนูญไม่ได้บอกว่าใครเป็นคนตัดสินว่ากฎหมายหรือ การกระทำขัดหรือไม่ขัด บอกแต่อย่างเดียวว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดอะไร ขัดไม่ได้ ถ้าอย่างนั้นศาลจะตัดสินให้

แล้วประเทศไทยก็มีโอกาสซ้ำรอยประวัติศาสตร์ (Repeat story) เดียวกัน อีกในปี พ.ศ. ๒๔๘๙ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑/๒๔๘๙ คดีอาชญากรรมสงคราม รัฐธรรมนูญในขณะนั้นเขียนว่า กฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญไม่ได้ เหมือนกับที่ อเมริกาเขียน แต่รัฐธรรมนูญไทยยังเขียนเก่งกว่ารัฐธรรมนูญอเมริกาอีก เพราะว่า เราเกรงปัญหาแบบเดียวกันว่า เมื่อบอกว่ากฎหมายอะไรขัดรัฐธรรมนูญไม่ได้ เดียวจะมีปัญหาว่าใครจะเป็นคนตัดสิน เขาก็อุตส่าห์เขียนว่า “สภาผู้แทนราษฎร ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ”

ผู้ร่างรัฐธรรมนูญนี้กว่าเขียนอย่างนี้พอแล้ว ความรอบคอบในการเขียนกฎหมายนี้ต้องอาศัยอะไรหลายอย่างเหมือนกัน ท่านลองดูรัฐธรรมนูญปี ๒๔๗๕ ฉบับวันที่ ๑๐ ธันวาคม พ.ศ. ๒๔๗๕ เขียนไว้ว่า รัฐธรรมนูญนี้เป็นกฎหมายสูงสุดอะไรก็ตามขัดกับรัฐธรรมนูญนี้ไม่ได้ และรัฐธรรมนูญก็ยิ่งเขียนอีกว่าสภาผู้แทนราษฎรทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญนี้ ผู้อื่นไม่มีอำนาจ

ซึ่งประธานอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ คือพระยามโนปกรณนิติธาดา ได้ยื่นแถลงในสภาวันที่ร่างรัฐธรรมนูญนี้เข้าสภา มีคนถามเจ้าคุณมโนฯ ว่าแล้วถ้ามีการสงสัยว่ากฎหมายนี้ กฎหมายนั้น พระราชบัญญัตินี้ขัดรัฐธรรมนูญนี้ใครจะเป็นคนชี้ เตี้ยมันจะเกิดปัญหาเหมือนในคดี Marbury Vs Madison ในอเมริกา เมื่อปีนั้น นี่เขาพูดกันขนาดนี้แล้ว เจ้าคุณมโนฯ ก็ตอบว่า เขียนไว้แล้วว่าสภาผู้แทนราษฎรทรงไว้ซึ่งอำนาจ แล้วท่านก็ตอบอึกยาวและชัดเจนว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นจะเลือกตั้งหรือแต่งตั้ง เราก็สมมติว่าเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย เป็นผู้ถือเจตนารมณ์แทนปวงชน ซึ่งถือว่าใหญ่กว่าอะไรทั้งหมด เพราะฉะนั้นถ้ามีปัญหาว่าอะไรขัดกับอะไร ก็ต้องมาที่สภาผู้แทนให้เป็นคนชี้ขาด

แล้ววันหนึ่งเกิดคดีอาชญากรรมสงครามขึ้นท่านก็ทราบแล้ว ปี พ.ศ. ๒๔๘๔ กองทัพญี่ปุ่นบุกขึ้นเมืองไทย ทหารญี่ปุ่นเข้ามาเต็ม รัฐบาลเปิดทางให้ญี่ปุ่นเข้ามา เพราะญี่ปุ่นเขาขอให้ไทยวางอาวุธ ปล่อยให้ญี่ปุ่นนี้เดินทางผ่านไทยเพื่อจะไปยึดพม่า ขณะนั้นพม่านั้นเป็นเมืองขึ้นของอังกฤษ ญี่ปุ่นบอกว่าไม่ได้มาเพื่อยึดครองประเทศไทย เพียงขอผ่านเพื่อไปยึดพม่า ขอให้เราวางอาวุธให้ผ่านไปเสียดี ๆ รับรองว่าไม่ทำอะไร คณะรัฐมนตรีของไทยเปิดประชุมกันในเวลาสองทุ่มเศษ จอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรีไปราชการชายแดน ไม่ได้อยู่ร่วมประชุมในคืนนั้น เหลือแต่คณะรัฐมนตรี บางคนถูกปลุกมาประชุมทั้งกางเกงแพร ทางญี่ปุ่นบอกว่าขอคำตอบก่อนเที่ยงคืน คณะรัฐมนตรีก็เปิดประชุม อุบัติเหตุญี่ปุ่นคือนายทัตสึโอบ กามิลากแก้อีมานั่งกอดอกอยู่หน้าห้องประชุม ครม. ปิดประตูห้อง หวังว่าเปิดประตูออกมาจะได้ยินคำตอบที่เป็นคุณกับญี่ปุ่น คือไทยจะยอมให้ญี่ปุ่นผ่านหรือไม่ ซึ่งเป็นที่รู้จักกันอยู่ว่าถ้า ครม. มีมติแล้วออกมาว่าไม่ให้ยอมให้ผ่าน ญี่ปุ่นก็จะบุกยึดประเทศไทย และจะต้องมีการต่อสู้กัน

แล้วญี่ปุ่นก็ยกพลขึ้นบก ขณะนั้นกองทัพเรือญี่ปุ่นมาถึงแล้ว มารออยู่ตรงบางปูนี่ลำหนึ่ง ชุมพรลำหนึ่ง นครศรีธรรมราชลำหนึ่ง ที่ชุมพรนั้นขึ้นบกมาแล้วด้วย ครม. เถียงกันหนักในห้องประชุมว่าควรจะยอมให้ญี่ปุ่นผ่านหรือไม่ ในตอนนั้นฝ่ายหนึ่งก็ว่าอย่าไปยอม ให้ต่อสู้รักษาศักดิ์ศรีของประเทศ อีกฝ่ายหนึ่งก็บอกว่า ถ้าไม่ยอม เขาจะโจมตีและยึดประเทศไทย คนไทยจะล้มตายกันเป็นอันมาก เพราะต้องสู้กับญี่ปุ่น อีกฝ่ายหนึ่งก็ว่าแล้วจะไปกลัวอะไร ก็ต้องต่อสู้ไป อีกฝ่ายหนึ่งก็บอกว่า ถ้าเรายอมญี่ปุ่นเดินทางผ่านไทยไปในที่แรก เขาไม่ทำอะไรไทยหรอก แต่ถ้าภายหลังญี่ปุ่นไปชนะพม่า ขากลับก็คงจะปีกกล้าขาแข็ง คงได้ยึดประเทศไทยในขากลับนั่นเอง หรือถ้าอีกทางหนึ่งญี่ปุ่นไปแพ้พม่า อังกฤษจะต้องตามเข้ามา โจมตีประเทศไทย ขอให้เปิดประตูให้ใครไปปล้นบ้านเขา

สรุปเราจะโดนมันทั้งขึ้นทั้งล่อง เพราะฉะนั้นไหน ๆ จะโดนแล้วก็ควรสู้ แต่ ครม. อีกพวกหนึ่งก็ว่าอย่าไปสู้ นี่ก็นึกไม่ออกเหมือนกันถ้าวันนั้นผมเป็น ครม. อยู่จะโหวตข้างไหน บ้างก็ว่ารอนายกกลับมาตัดสินใจ พอออกไปบอกญี่ปุ่นเช่นนั้น นายทัตสึบิ อุซุทสึญี่ปุ่นก็ว่ารอไม่ได้ สีทุมแล้ว เที่ยงคืนถ้าไม่มีคำตอบ กองทัพราชนาวีญี่ปุ่นจะยกพลขึ้นบกแล้ว สุดท้ายคณะรัฐมนตรีมีมติให้ยอม ภายใต้เงื่อนไขว่าอย่าทำอะไรเป็นการรุกรานประเทศไทย ปรากฏว่าแม้รัฐบาลที่กรุงเทพฯ ตอนนั้นประชุมกันที่วังสวนกุหลาบ จะยอม แต่ข้อความนี้มันยังไม่ไปถึงชายแดน คนไทยตามชายแดนไม่น้อยที่ยังไม่รู้ว่ารัฐบาลยอมแล้ว ก็ยังต่อสู้กับญี่ปุ่นอยู่ ตายกันเป็นอันมากที่บางปู ที่พระประแดง ที่ชุมพร ที่นครศรีธรรมราช สงขลา เพราะว่าโทรทัศน์ตอนนั้นก็ยังไม่มี ไลน์ก็ยังไม่ส่งไม่ได้ แอปพลิเคชันอะไรก็ยังไม่มียังนั้น ส่งข่าวกันไม่ถึง รุ่งเช้าท่านนายกเดินทางกลับเข้ามา ประชุมใหม่ก็มีมติยืนยันมติเดิม

แล้วเราก็ตกกระไดพลอยโจนว่าไหน ๆ ยอมแล้วเอาให้ถึงที่สุด ในวันรุ่งขึ้น ๒๕ มกราคม พ.ศ. ๒๔๘๕ เราก็จึงมีญี่ปุ่นไปตีแม่น้ำสาบานกันที่โบสถ์วัดพระแก้ว ว่าญี่ปุ่นรบไหนเรารบด้วย ไม่ใช่แค่ผ่านแล้ว รบไหนเรารบด้วย ชนะไหนเราชนะด้วย แต่เราไม่ได้พูดนะว่าถ้าแพ้ไหนเราแพ้ด้วย ตรงนี้เราไม่ได้สาบาน นึกว่าญี่ปุ่นไปบุกที่ไหนเราก็กินไปบุก เพื่อว่าเมื่อเราเสริมอีกทัพหนึ่งญี่ปุ่นก็จะแข่งกล้า แล้วเราก็กินได้ประโยชน์ ญี่ปุ่นบอกดีมาก เขาเรียกตอนนั้นว่าร่วมวงไฟบูลย์ คือยอมตายด้วยกัน

ในคณะรัฐมนตรี มีรัฐมนตรีคัดค้านอยู่คนหนึ่ง รัฐมนตรีคลังที่ออกเสียงให้สู้แต่แพ้คือ นายปรีดี พนมยงค์ ญีปุ่นก็ได้ใช้ความพยายามในเวลาต่อมา ผลักดันจนกระทั่งมีการปรับคณะรัฐมนตรี ท่านก็หลุดออกจาก ครม. ขึ้นไปเป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ซึ่งก็เป็นการดี เพราะท่านได้ไปตั้งเสรีไทยแล้วในตอนนั้น เอาไว้สู้กับญี่ปุ่นแบบใต้ดิน แล้วเราก็จัดการทำสงครามตอนนั้นญี่ปุ่นบุกไปพม่าไม่เป็นไร เราก็บุกไปเขมร ก็ไปเอาดินแดนครึ่งรัชกาลที่ ๕ คืนทั้งพระตะบอง เสียมราฐ ศรีโสภณ เอาเข้าจริงญี่ปุ่นเตรียมจะบุกไปพม่า ก็ยังไม่ได้เข้าพม่าหรอก เพราะต้องสร้างสะพานข้ามแม่น้ำแคว เมื่อไม่เสรีก็เลยไปไม่ได้แล้วมีหน้าขำนอกจากตีแม่น้ำสาบ่านกับญี่ปุ่นแล้ว เราก็ประกาศพระบรมราชโองการภาวะสงครามระหว่างไทยกับบริเตนใหญ่และสหรัฐอเมริกา คือการประกาศสงครามกับอังกฤษและอเมริกา

อังกฤษกับอเมริกันนี่ตกใจมาก เขายังไม่ทันจะประกาศรบกับเรา เราก็ประกาศจะรบกับเขาก่อนแล้ว กองทัพสัมพันธมิตรเลยก็มาทิ้งระเบิดกันมากมายเวลานั้น นั่นเป็นเรื่องเหตุการณ์ก่อนหน้า จนกระทั่งถึงปี พ.ศ. ๒๔๘๗ จอมพล ป. เสนอกฎหมายต่อสภาแล้วสภาไม่เห็นชอบ จึงลาออก ซึ่งไม่ได้เกี่ยวอะไรกับญี่ปุ่นเลย เพราะในตอนนั้นจอมพล ป. คิดว่าสงครามนี้ยืดเยื้อหลายปี เราอาจจะเพลี่ยงพล้ำนะ ถ้าญี่ปุ่นแพ้เราก็จะลำบากแน่ จึงเตรียมย้ายเมืองหลวงไปอยู่ที่จังหวัดเพชรบูรณ์ ที่นี้การย้ายเมืองหลวงต้องออกกฎหมาย กฎหมายนั้นสภาไม่เห็นชอบ รัฐบาลจึงต้องลาออก เมื่อรัฐบาลลาออกเขาก็ตั้งนายควง อภัยวงศ์ให้เป็นนายกรัฐมนตรี นายควงเป็นนายกฯ ได้สักพัก สหรัฐอเมริกาทิ้งระเบิดปรมาณูลงที่ญี่ปุ่นที่อิโรชิมาลูกหนึ่ง นางาซากิอีกลูกในปี พ.ศ. ๒๔๘๘ ญี่ปุ่นประกาศยอมแพ้ สงครามโลกสงบลง ท่านนายกฯ ควงก็ลาออกจากนายก โดยยกอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคืนให้รัฐสภา

รัฐสภาก็มีมติให้เรียกหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช เอกอัครราชทูตไทยประจำกรุงวอชิงตันกลับมาเป็นนายก แต่กว่าจะเดินทางมาถึงก็ต้องใช้เวลา ๑๖ วัน รัฐสภาจึงต้องเลือกคุณทวี บุณยเกตุ มาเป็นนายกรัฐมนตรีชั่วคราวแทนในช่วง

๑๖ วันดังกล่าววันนี้ คุณทิวี่ท่านก็รู้ว่าท่านเป็นนายก ๑๖ วันเท่านั้นท่านก็ตั้งรัฐบาลแบบเล็ก ๆ โดยท่านเองเป็นนายกฯ ด้วย เป็นรัฐมนตรีเกษตร อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม นายกรัฐมนตรีศึกษา ต่างประเทศ กลาโหม ก็ว่าการกันอยู่ไม่กี่คนแค่นั้น คุณทิวี่ท่านเคยเป็นเลขา ครม. มาก่อน ผมเคยไปพบท่านก่อนถึงแก่อสัญกรรม ไปนั่งคุยกันเรื่องเก่า ๆ ผมถามท่านว่า ตอนนั้นท่านตั้งรัฐบาล ๑๖ วัน คนหนึ่งเป็นรัฐมนตรีกันอยู่หลายกระทรวง ท่านเซ็นแฟ้มกันทันหรือ ท่านก็ว่าทัน เพราะทุกคนรู้ที่อยู่ว่า ๑๖ วันเท่านั้นไม่มีใครเอาแฟ้มมาให้เซ็น แล้วจริง ๆ ท่านก็ไม่เคยเข้าทำเนียบสักวัน รอเมื่อไร หม่อมราชวงศ์เสนีย์ท่านจะกลับมาถึง ครบ ๑๖ วันเมื่อหม่อมราชวงศ์เสนีย์กลับมาถึง คุณทิวี่ก็ลาออก สภาก็เลือกหม่อมราชวงศ์เสนีย์เป็นนายก

ขณะนั้นก็มีการเตรียมล้างแค้นกันเมื่อสงครามจบแล้ว ใครที่บังอาจก่อสงครามในช่วงที่ผ่านมา จะต้องไปขึ้นศาล เขาตั้งศาลขึ้นมาเรียกว่าศาลอาชญากรรมสงคราม ใครที่จับมือกับฮิตเลอร์ มุสโสลินี ก่อสงครามในยุโรปให้ขึ้นศาลที่เมืองนูเรมเบิร์ก (Nuremberg) ประเทศเยอรมนี ถ้าใครถูกพิพากษาว่ามีความผิดเขาก็ตัดสินประหารชีวิตแขวนคอ หรือไม่ก็จำคุก โดนขังกันเยอะแยะ เหลยคนสุดท้ายที่โดนขังเพิ่งจะเสียชีวิตไปเมื่อไม่กี่ปีมานี้เอง

ศาลที่นูเรมเบิร์กมีผู้พิพากษา ๑๕ คน มาจากประเทศที่ชนะสงคราม ๑๕ ประเทศ ประเทศละคนเป็นเหมือนศาลโลก แล้วก็ไปตั้งศาลอาชญากรรมสงครามที่กรุงโตเกียว ใครที่ร่วมมือกับญี่ปุ่นทำสงครามในเอเชียให้ไปขึ้นศาลโตเกียว ซึ่งมีโทซุเนอคาบิ เช่นนายพลฮิเดกิ โตโจ แล้วเพื่ออำนวยความสะดวกแก่จำเลยก็มีมาเปิดสาขาที่สิงคโปร์ด้วย ใครที่ร่วมมือร่วมกับญี่ปุ่นในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ให้ไปขึ้นศาลอาชญากรรมสงครามที่สิงคโปร์ แล้วก็ให้มีหมายศาลดังกล่าวมาถึงประเทศไทย เรียกตัวจำเลยราว ๗๐ กว่าคนให้ไปขึ้นศาลที่สิงคโปร์ เพราะเป็นผู้ร่วมก่อสงครามในเวลาที่ผ่านมา เรียกว่า War Criminal อาชญากรรมสงคราม

จำเลยที่ ๑ คือ จอมพล ป. พิบูลสงคราม แล้วก็อีกมากมาย เช่น คุณหลวงวิจิตรวาทการ จำเลยคนสุดท้ายคือคุณชวลี ช่วงวิทย์ คนรุ่นใหม่อาจจะไม่รู้จัก

คนรุ่นผมกับท่านประธานรัฐจัก เธอเป็นนักร้องวงสุนทราภรณ์ ผมเคยไปถามอาจารย์ที่สอนว่าคุณชวลี ช่วงวิทย์ กระทบความผิดอะไรจึงถูกหมายให้ไปขึ้นศาลที่สิงคโปร์ ท่านก็บอกว่า เพราะเป็นนักร้องวงสุนทราภรณ์ สังกัดกรมประชาสัมพันธ์ ตื่นเข้ามาคนไทยสมัยสงครามเป็ดวิทย์ได้ยินเสียงคุณชวลีร้องเพลงปลุกใจคนให้สู้กับสัมพันธมิตร เขาจึงถือว่าเป็นผู้โฆษณาสนับสนุนการทำสงคราม

หม่อมราชวงศ์เสนีย์ก็เก่ง ท่านเจรจากับอเมริกาว่าประเทศไทยนี้เคยเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๔ ฝรั่งเศสอยู่เมืองไทยทำผิดขึ้นศาลฝรั่ง เราเจ็บช้ำน้ำใจ บัดนี้เราเรียกเอกราชทางการศาลคืนมาได้แล้ว ใครก็ตามมากกระทบความผิดในประเทศไทยต้องขึ้นศาลไทยทั้งนั้น ในคราวนี้ถ้าจะให้ให้นำคนไทยที่กระทบผิดในประเทศไทยไปขึ้นศาลที่สิงคโปร์นี้ในแง่ประวัติศาสตร์ เราจะรู้สึกอภัยยอดสุด ขอให้เห็นแก่ประเทศไทยด้วย ทางฝ่ายผู้ชนะสงครามก็ถามว่าแล้วจะให้ทำอย่างไร หม่อมราชวงศ์เสนีย์ก็จะจัดการให้ขึ้นศาลไทย

ว่าแล้วเราก็เสนอกฎหมายเข้าสภา คือ **พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. ๒๔๘๘** มีใจความสำคัญว่าใครก็ตามที่บังอาจก่อสงคราม เข้าด้วยช่วยเหลือ ในช่วงเวลาที่ผ่านมามีความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต ฝ่ายสหรัฐก็บอกระบบของไทยนี้มีสามชั้นศาล ศาลชั้นต้น ไปศาลอุทธรณ์ ไปศาลฎีกา ใช้เวลาหลายปี ไม่เหมือนศาลอาชญากรรมสงครามที่สิงคโปร์มีชั้นเดียวจบ ทางเราก็ต่อรองว่า กฎหมายที่จะออกนี้ ให้ฟ้องที่ศาลฎีกาตัดสินแล้วถึงที่สุด โดยโทษสูงสุดให้ประหารชีวิต ไม่มีการลดโทษ จนกระทั่งฝ่ายสหรัฐยอม เลยเป็นว่าอาชญากรรมสงครามทุกคนเขาไปขึ้นศาลลูนูเบอร์ก ศาลโตเกียว ศาลสิงคโปร์ มีประเทศแพ้สงครามเพียงประเทศเดียวคือประเทศไทยที่ขึ้นศาลของตัวเอง แล้วที่จริงเราก็ประกาศว่าเราไม่ได้แพ้ด้วย เพราะตอนนั้นเราสาบานว่าถ้าชนะเราชนะด้วย ถ้าแพ้เราไม่เคยสาบาน และสำคัญที่สุดคือ ประกาศพระบรมราชโองการภาวะสงครามที่เราประกาศต่อสหรัฐอเมริกาและบริเตนใหญ่คืออังกฤษ แต่ขณะนั้นประเทศไทยพระมหากษัตริย์ไทย (พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล รัชกาลที่ ๘) ทรงประทับอยู่ที่ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ มีผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ๓ คน

ซึ่งผู้สำเร็จฯ ๓ คนนี้จะต้องมาลงนามในพระบรมราชโองการ ครบทั้ง ๓ คน จึงจะสมบูรณ์ นายปรีดีซึ่งเป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์คนหนึ่งหนีไปอยุธยา ตามหาไม่เจอ ญีปุ่นให้รีบประกาศจึงว่าไม่ต้องรอนายปรีดี ให้ลงนามเพียง ๒ คนเท่านั้น ก็พอ เราก็เก็บเรื่องนี้ไว้เสียบ ๑ พอถึงวันที่ญีปุ่นแพ้สงคราม เราก็บอกว่าการประกาศสงครามครั้งนั้นเป็นโมฆะ เพราะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ลงนามไม่ครบ นี่เราก็อ้างได้หมด

สุดท้ายเราก็ออกกฎหมายอาชญากรรมสงครามขึ้นมาให้ศาลฎีกาเป็นศาลอาชญากรรมสงคราม องค์คณะคือประธานศาลฎีกา หลวงจํารูญเนติศาสตร์-พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์-พระนาถปรีชา ผู้พิพากษาศาลฎีกา ๓ คน อธิบดีกรมอัยการเป็นอัยการเอง อธิบดีตำรวจจับเองแล้วลงมือฟ้อง จอมพล ป. ตลอดจนจำเลยทั้งหลายมาขังคุกไว้หมดตอนนั้น

และครั้งที่จอมพล ป. อยู่ในเรือนจำตอนนั้นมีผลดีต่อกระบวนการยุติธรรมหลายประการ ประการแรก สมัยก่อนเวลาไปขึ้นศาลจำเลยต้องไปยื่นเบิกความเป็นที่เห็นดเห็น้อยเมื่อยล้ายาวนาน จอมพล ป. จึงตั้งใจว่าถ้าพ้นโทษออกจากคุกได้จะให้จำเลยนั่งให้การในศาลได้ ซึ่งก็เป็นผลสำเร็จในเวลาต่อมา อีกเรื่องหนึ่งคือในเรือนจำนี้มียุ่งเยอะ เพราะฉะนั้นถ้าออกไปได้ก็จะติดมุ้งลวดให้เรือนจำทั่วประเทศ แล้วก็ติดตัจจริง ๆ ตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมาจนถึงวันนี้ยังไม่ได้เปลี่ยนลวดมุ้งลวดนั้น ผู้พิพากษาศาลฎีกาคณะหนึ่งยอมลาออกจากศาลฎีกามาเป็นทนายความให้จอมพล ป. สู้คดีนี้

แล้วในที่สุดศาลฎีกาดังกล่าวก็มีคำตัดสิน ผู้เขียนคำพิพากษานั้นคือคุณหลวงจํารูญเนติศาสตร์ นี่แหละครับ เป็นคดีแรกที่จะใช้หลักนิติธรรม หลักกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญไม่ได้ แล้วใครจะเป็นคนตัดสิน ทุกคนนักกฎหมายเวลานั้นก็คิดว่าศาลไม่มีทางตัดสินเป็นอื่นไปได้ เพราะรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่าสภาผู้แทนราษฎรทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ

หลวงจํารูญท่านเขียนคำพิพากษาอธิบายตรงนี้ก่อนว่า ข้อที่ว่าสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีปัญหา หมายความว่า

ถ้าสภาตีความอย่างไรแล้วต้องเป็นเด็ดขาดผูกพันทุกฝ่าย แต่นี่สภายังไม่ได้ตีความ เมื่อสภายังไม่ได้ตีความ ศาลจึงมีอำนาจตีความเอง แล้วท่านก็ลงมือตีความแล้ว วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามขัดรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ เป็นโมฆะ ลงโทษจำเลยไม่ได้ ในตอนนั้นศาลอาชญากรรมสงครามที่สิงคโปร์ก็เลิกไปแล้ว จะรื้อฟื้นขึ้นมาใหม่ก็ไม่ได้ แล้วต่อให้รื้อฟื้นขึ้นมาใหม่เราก็จะมีข้อต่อสู้ได้ว่าฟ้องซ้ำ ฟ้องซ้อน เป็น Double Jeopardy หลักว่าการกระทำผิดหนเดียวจะถูกพิจารณา ในศาลสองครั้งนั้นไม่ได้ สหรัฐอเมริกาเลยยอมเลิกแล้ว แต่ก็ยังดีใจให้คนมาถามว่า ทำไมศาลถึงตัดสินใจอย่างนั้น เราก็อธิบายบอกว่ามันขัดรัฐธรรมนูญ ชัดตรงที่ว่า รัฐธรรมนูญบอกว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการกระทำ ศาลว่าเมื่อเขียนอย่างนี้ มันก็แปลว่าคนเราทำอะไรก็ได้ตราบไตที่ไม่ผิดกฎหมาย ณ วันที่ จอมพล ป. กับพวก ทำผิดนี่คือระหว่างปี พ.ศ. ๒๔๘๔ จนถึงปี พ.ศ. ๒๔๘๗ ที่ลาออกเพราะเรื่อง กฎหมายย้ายเมืองหลวง ๔ ปีที่จอมพล ป. กระทำความผิดนี้ไม่มีกฎหมายใดที่กำหนด ว่าการกระทำอย่างนั้นเป็นความผิดและมีโทษ กฎหมายเพิ่งมาบอกว่าผิดเมื่อ ปี พ.ศ. ๒๔๘๘ ก็ต้องใช้ตั้งแต่ปีนั้นเป็นต้นไปจะย้อนไปใช้กับเหตุการณ์ที่ทำเมื่อ ปี พ.ศ. ๒๔๘๔ ถึง พ.ศ. ๒๔๘๘ ซึ่งขณะนั้นไม่มีกฎหมายไหนบอกว่าการเข้าด้วย ช่วยเหลือทำสงครามเป็นความผิดนั้นไม่ได้ หลักก็คือเมื่อบุคคลมีเสรีภาพในการ กระทำ การกระทำใดก็ตามที่ไม่ขัดกฎหมาย ก็ถูกกฎหมายทั้งนั้น การออกกฎหมาย ไปย้อนหลังว่าบุคคลไม่มีเสรีภาพในการกระทำ เป็นการออกกฎหมายย้อนหลัง ในทางอาญาเป็นโทษ ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ขัดต่อหลักการทุกหลัก แม้แต่ ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเองก็ยังมีหลัก Ex post facto law เช่นกัน หลักการที่เราอ้างนั้นไม่ได้คิดขึ้นมาเอง เช่นนี้สหรัฐอเมริกาจึงยอมเลิกเราไป

อันที่จริง ถ้ามีคำถามว่า แล้วที่ไปขึ้นศาลนูเรนเบิร์ก ศาลโตเกียวและสิงคโปร์ จำเลยถูกประหารชีวิตถูกแขวนคอหมด เขาใช้กฎหมายอะไรอย่างไร นั่นเขา ไม่ได้ใช้กฎหมายย้อนหลัง เพราะเขาใช้กฎหมายระหว่างประเทศ แล้วหลักกฎหมาย ระหว่างประเทศที่ว่าห้ามก่อสงครามนั้นมีมาเป็นร้อยปีแล้ว เช่นนี้อาจถามว่า แล้วทำไมศาลไทยจึงไม่ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศบ้าง เพราะถ้าใช้

หลักกฎหมายระหว่างประเทศ จอมพล ป. ก็น่าจะมีความผิดนะ ศาลไทยก็ว่าศาลไทยก็ต้องใช้กฎหมายไทย ใช้รัฐธรรมนูญไทย รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ศาลอยู่ใต้รัฐธรรมนูญ เหลือประเด็นเดียวว่าทำไมศาลจึงมีอำนาจ ก็ด้วยเหตุผลว่าสภาจะมีอำนาจก็ต่อเมื่อสภาได้ตีความแล้ว เมื่อสภายังไม่ได้ตีความ ศาลก็ตีความเอง แล้วทำไมศาลจึงสามารถตีความรัฐธรรมนูญได้ คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีอาชญากรรมสงครามที่ ๑/๒๔๘๙ เขียนไว้ละเอียดชัดเจนมากกว่าศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย เมื่อศาลเห็นเองว่ากฎหมายนี้ตราขึ้นมาโดยมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนี้ก็ไม่เป็นกฎหมาย ศาลจึงมีอำนาจปฏิเสธได้ เพราะศาลจะต้องใช้กฎหมายในการตัดสินอรรถคดี และไม่ใช้สิ่งที่ไม่ใช่กฎหมาย จึงถือว่าคดีนี้ไม่มีกฎหมายจะลงโทษจำเลยได้ ให้ยกฟ้อง

ถามว่าผลจากเหตุการณ์นี้ทำให้ใครไม่พอใจที่สุด หนึ่งคือสหรัฐอเมริกา แต่เมื่อเราอธิบายแล้วเขาก็เข้าใจ แต่ที่โกรธมากกว่าอเมริกาคือสภาผู้แทนราษฎรของไทย ซึ่งเป็นคนออกกฎหมายนี้มานั่นเอง เพราะเขารู้สึกเหมือนถูกตบหน้า ซึ่งเรื่องนี้ เมื่อมีข้อโต้แย้งเรื่องอำนาจ Judicial Review ของศาลรัฐธรรมนูญทั่วโลก ฝ่ายที่วิพากษ์วิจารณ์โจมตีส่วนใหญ่จะมาจากฝ่ายรัฐสภา เพราะเท่ากับศาลไปชี้ว่ากฎหมายที่เขาออกมานั้นใช้ไม่ได้ ยิ่งเมื่อสภามีสองสภา สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เมื่อสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายเสร็จผ่านส่งไปวุฒิสภาเห็นชอบ แล้ววันหนึ่งกฎหมายนั้นถูกพิพากษาว่าเป็นโมฆะ ใช้ไม่ได้ก็เท่ากับตบหน้าทั้งสองสภา แต่ศาลเขาก็ถือว่าเขาไม่ได้โต้แย้งกับใคร ท่านไม่ได้บอกว่ากฎหมายนั้นมันเสียไปเลย ท่านว่าศาลเห็นวันนี้ ก็เท่ากับว่ากฎหมายนั้นเสียเปล่าวันนี้ แต่อย่างไรก็ดี สภาเดือดร้อนกับเรื่องนี้มาก จึงมีมติตั้งกรรมการขึ้นมา ๗ คน เพื่อตรวจสอบพฤติกรรมการของศาลฎีกา เห็นมั๊ยครับว่าศาลไทยแต่ก่อนก็เจอมา องค์กรที่ตีความหรือวินิจฉัยรัฐธรรมนูญโดนทั้งนั้น วันหนึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็อาจจะโดนตั้งกรรมการมาตรวจสอบบ้างก็ได้

ครั้งนั้นตั้งกรรมการมา ๗ คน มีอดีตประธานศาลฎีกา อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เจ้าคุณนิติศาสตร์ไพศาล พระยาเทพวิฑูร พระยานลราชสุวัจน์

นายพิชาญ บุลง และคนอื่น ๆ รวม ๗ คน มาตรวจสอบ ในที่สุดคณะกรรมการดังกล่าวก็มีมติว่าศาลทำถูกแล้วแหละ สิ่งที่จะต้องป้องกันคือต่อไปถ้าไม่ยอมให้ศาลลงมาตัดสินปัญหาเรื่องรัฐธรรมนูญอย่างนี้อีก ก็ให้สร้างองค์กรอะไรสักองค์กรขึ้นมาให้ทำหน้าที่ตัดสินแทนศาล หลังจากนั้นถึงได้เกิดตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้น ไม่ใช่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนะ เกิดตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นแต่ไม่ใช่ศาล ตุลาการรัฐธรรมนูญสมัยนั้นไม่ได้สวมเสื้อครุย ไม่ได้ออกนั่งฟังพยาน ไม่มีวิธีพิจารณาความ แล้วก็เป็นองค์กรการเมืองด้วย โดยฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ส่งหรือเลือกตัวแทนมานั่งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ ภาษาอังกฤษไม่เรียกว่า Court เรียกว่า Constitutional Tribunal แล้วเราก็ใช้ตุลาการรัฐธรรมนูญมานานแสนนาน ตั้งแต่นั้นมาเพื่อตัดอำนาจศาลยุติธรรม

ช่วงไหนที่มีปฏิวัติยึดอำนาจออกรัฐธรรมนูญชั่วคราว ถ้าล้มเขียนเรื่องตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมก็จะกลับมาใช้อำนาจนี้อีกครั้ง จนกระทั่งถึงปี พ.ศ. ๒๕๔๐ นี้เอง ที่เราเห็นว่าโลกนั้นพัฒนาไปมากเพื่อที่จะให้การเป็นผู้พิทักษ์หลักนิติธรรมนี้ชัดเจน เป็นระเบียบเหมือนนานาอารยะประเทศ เหมือนตุรกี เหมือนออสเตรเลีย เหมือนเยอรมัน เหมือนฝรั่งเศส เช่นที่ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญที่มาก่อนสามประเทศนี้ คือตุรกี อินโดนีเซีย เกาหลีใต้ เขามีศาลรัฐธรรมนูญกันมาก่อนแล้วทั้งนั้น เรียกว่า Constitution Court เราก็ควรที่จะสร้าง Constitutional Court ขึ้นบ้าง ชื่อเรียกร่องนี้มีมาหลายสิบปีแล้วแต่ไม่สำเร็จ จนกระทั่งมาสำเร็จในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ให้กำเนิดศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก เป็น Court ในความหมายที่เป็นศาลจริง ๆ ในครั้งแรกมี ๑๕ คน ตอนหลังลดลง เหลือ ๙ คน

คำว่าเป็นศาลคือขึ้นบัลลังก์ได้ สืบพยานได้ มีวิธีพิจารณา มีการออกหมายต่าง ๆ เหมือนศาลทุกประการ มีการตัดสินที่ต้องมีเหตุมีผล ลงพิมพ์คำตัดสินนั้นในราชกิจจานุเบกษา มีโจทก์ มีจำเลย มีคู่ความ ตุลาการก็สวมเสื้อครุยขึ้นบัลลังก์ก่อนจะปฏิบัติหน้าที่ก็ต้องถวายสัตย์ปฏิญาณเช่นเดียวกับศาลอื่น ๆ ซึ่งตุลาการรัฐธรรมนูญยุคเก่านี้นี้ไม่ได้เป็นไม่ได้มีอะไรอย่างทีกล่าวมานี้เลย ท่านประชุมกันที่ไหนเรายังไม่รู้ด้วยซ้ำ

เวลาผ่านมา ๒๐ ปีแล้ว คำถามต่อไปจึงมีว่า ในการทำหน้าที่ของ ศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลได้ใช้หลักนิติธรรมนี้อย่างไร เราเริ่มต้นแล้วว่าเราวาง บทบาทให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม แล้วใครเป็นผู้วางบทบาทนี้ ให้แก่ศาล นั่นคือ รัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับระบบสากลของนานาอารยประเทศ เขาก็กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญ ว่าเป็นกฎหมายสูงสุด เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกประการหนึ่ง

เราวางบทบาทไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิทักษ์ และศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่นี้โดยวิธีการใด ลองไปศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลซึ่งมีมามากมาย ในระยะเวลา ๒๐ ปี ผมมีข้อสรุปจากการสังเกตของตัวเองว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ได้ทำหน้าที่นี้ โดยใช้วิธีการหรือเทคนิค ๔ อย่างในการเป็นผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม ดังนี้

วิธีที่หนึ่ง คือถ้าเมื่อใดก็ตามที่มีคดีมาถึง แล้วสามารถใช้บทบัญญัติมาตราใด ในกฎหมายได้ตรง ๆ ไม่อ้อมไม่ค้อม ศาลก็จะใช้มาตรานั้นซึ่งลงไปว่ากฎหมายนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ต้องพูดถึงเรื่องนิติธรรม แต่ผมถือວ່ານີคือ กลไกในการพิทักษ์หลักนิติธรรม เพียงแต่ศาลไม่อ้างหลักนิติธรรม ศาลหยิบเอา มาตราต่าง ๆ ที่อ้างในรัฐธรรมนูญมาใช้เทียบกับอีกมาตราหนึ่งของพระราชบัญญัติ ที่ต้องตรวจสอบ เทียบกันแล้วถ้าเห็นว่ามันไม่ขัดกันก็ถือว่าใช้บังคับได้ นີคือ วิธีที่หนึ่ง ซึ่งเป็นวิธีที่คลาสสิกคือส่วนใหญ่ทั่วโลกก็จะทำแบบนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ เคยตัดสินในคำวินิจฉัยที่ ๔๐ - ๔๙/๒๕๔๔ เมื่อครั้งที่ศาลรัฐธรรมนูญ ปฏิบัติหน้าที่แรก ๆ วางหลักว่าการที่จะอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องระบุมาให้ชัดเจนว่ามาตราไหนขัดกับมาตราไหน อย่าอ้างลอย ๆ คลุมเครือ ให้ศาลไปหาเอง นີคือวิธีที่หนึ่ง ซึ่งถือเป็นวิธีการคลาสสิก เอามาตราต่อมารวมมาเทียบชนกันแล้วตีความตัดสิน ส่วนใหญ่ศาลจะใช้วิธีนี้ นີคือวิธีใช้หลักนิติธรรมแต่ไม่ต้องอ้างหลักนิติธรรม แต่ใช้กลไกรัฐธรรมนูญธรรมดา

วิธีที่สอง ในรัฐธรรมนูญนี้เขียนเอาไว้ทุกฉบับ ฉบับนี้ก็เขียนไว้ ก่อนนี้ก็มี ในรัฐธรรมนูญปี ๒๕๔๐ ปี ๒๕๕๐ และปัจจุบันปี ๒๕๖๐ เขียนไว้ว่าถ้าไม่มี

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ก็ให้วินิจฉัยไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตย แล้วเราก็อาจจะสงสัยว่าจะไปใช้ตรงไหนกันมาตรานี้ เคยมีปัญหา หานายกรัฐมนตรีไม่ได้ ขอนายกฯ พระราชทาน เพราะเป็นประเพณี การปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย จนพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๙ ทรงรับสั่งว่าประเพณีนี้ไม่เคยมี แล้วพระองค์ท่านก็จะไม่ตั้งนายกฯ เองด้วย มีบางคนอาจจะเข้าใจว่าเหมือนกรณีท่านอาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ท่านก็ไม่ได้ เป็นคนตัวเอง ประธานรัฐสภาเสนอมาต่างหาก ถ้าประธานรัฐสภาเสนอให้ตั้ง หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ตั้งหม่อมราชวงศ์คึกฤทธิ์ ตั้งพลเอกเปรม ตั้งจอมพลถนอม ฉันท สภา ก็เสนอให้แต่งตั้งอาจารย์สัญญาฉันทนั้น แล้วพระองค์ท่านก็แต่งตั้งไป ตามที่ประธานรัฐสภาเสนอ ไม่ได้เป็นการตั้งตามประเพณีการปกครอง เพราะเป็นการ แต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง ที่คนไปเรียกว่านายกพระราชทานเพราะเห็น ท่านอาจารย์สัญญาเป็นองคมนตรี แล้วก็ลาออกมา ก็นี่กว่าเป็นการพระราชทาน ความเป็นมาเบื้องหน้าเบื้องหลังเป็นอย่างใดเราไม่รู้ อย่ายังเดี๋ยว่าประธานรัฐสภา ถวายเสนอชื่อไปในเวลานั้น ก็เหมือนกับที่คุณอาทิตย์ อุไรรัตน์ ถวายชื่อ คุณอนันท์ ปันยารชุน สภาอาจจะประชุมกันก่อนที่คุณอาทิตย์เสนอชื่อว่า สภาเลือกเอาคุณสมบุญ ระหงษ์ แล้วคุณอาทิตย์ไปเสนอชื่อคุณอนันท์ได้อย่างไร ก็รัฐธรรมนูญในตอนนั้นไม่ได้บอกว่าเวลาประธานรัฐสภาเสนอชื่อนายกรัฐมนตรี นั้น ประธานรัฐสภาจะต้องไปนำชื่อนายกรัฐมนตรีมาโดยวิธีไหน

เพราะฉะนั้นเมื่อคุณอาทิตย์ อุไรรัตน์ บอกว่าข้าพเจ้าเป็นประธานสภา ข้าพเจ้าเสนอ นายอนันท์ ปันยารชุน พระองค์ท่านก็ลงพระปรมาภิไธย ในคราวที่ ตั้งอาจารย์สัญญาก็เช่นกัน เมื่อประธานรัฐสภาในเวลานั้นกราบบังคมทูลว่า ข้าพระพุทธเจ้าเห็นว่านายสัญญา ธรรมศักดิ์ เหมาะที่จะเป็นนายกรัฐมนตรี ข้าพเจ้าก็ถวายชื่อนายสัญญา ท่านก็ลงพระปรมาภิไธยแต่งตั้ง เพราะฉะนั้นสิ่งนั้น จึงไม่ใช่ประเพณีการปกครองที่ว่า แต่มีหลายเรื่องที่รัฐธรรมนูญไม่ได้เขียนไว้ แต่อาศัยมาตราดังกล่าว ที่รัฐธรรมนูญบอกว่าถ้าไม่มีเรื่องนี้เขียนไว้ที่ไหน แล้วมีเรื่องจะต้องตัดสินใจให้ใช้ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ออกมาวินิจฉัยแล้วว่า เรื่องนี้เป็นประเพณีการปกครอง โดยเฉพาะในเวลาที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน แล้วมันก็เข้ามาในวิธีการที่สอง คือช่องทางประเพณีการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งผมถือว่านี่คือหลักนิติธรรมอย่างหนึ่ง เพียงแต่ไม่อ้างคำว่านิติธรรม แต่อ้างคำว่าประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ผมเคยพบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๖/๒๕๕๓ สมัยเพิ่งตั้งศาลรัฐธรรมนูญใหม่ ๆ ซึ่งมีปัญหาเกิดขึ้นมาก ปัญหาหนึ่งคือรัฐธรรมนูญเขียนว่า ผู้ใดไม่ไปเลือกตั้ง จะต้องเสียสิทธิบางประการ แล้วกฎหมายลูกก็ออกมาด้วยว่าใครไม่ไปเลือกตั้ง จะต้องเสียสิทธิอย่างนั้นอย่างนี้ เว้นแต่จะมีการแจ้งต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง จึงมีปัญหาซึ่งวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ ๖/๒๕๕๓ ดังกล่าวว่า พระมหากษัตริย์และพระบรมราชวงศ์ชั้นสูงถึงแม้จะไม่มีกฎหมายฉบับใดเขียนไว้ที่เหนว้ายกเว้นไม่ต้องไปเลือกตั้งได้ แต่โดยประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขแล้ว บุคคลเหล่านี้ท่านไม่เคยไม่ควรถูก และก็ไม่จำเป็นต้องไปใช้สิทธิเลือกตั้ง แม้จะมีสิทธิเลือกตั้ง แต่การไม่ไปใช้สิทธิไม่เคยเป็นความผิดและไม่ควรจะต้องเป็นความผิด แล้วก็ไม่ต้องเป็นความผิดด้วยเหตุผลหลายอย่างเกี่ยวกับความเป็นกลางในทางการเมือง โดยถือว่าแม้ไม่ไปใช้สิทธิ และแม้ไม่ไปแจ้งไว้ต่อ กกต. ก็ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ เหตุผลที่ศาลอ้าง คือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ผมถือว่านี่คือหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ แต่วันนั้นศาลไม่ได้ประกาศชัดเจนไปว่าเป็นหลักนิติธรรม เพราะคำว่าหลักนิติธรรมยังไม่ได้เขียนในรัฐธรรมนูญฉบับนั้น เพิ่งมาเขียนในฉบับปี ๒๕๕๐ ศาลก็เลยใช้คำว่าประเพณีการปกครองโดยสร้างเป็นข้อยกเว้นทางรัฐธรรมนูญ นี่เป็นตัวอย่างอันหนึ่งหรืออีกตัวอย่างหนึ่งที่น่าสนใจเป็นคำพิพากษาศาลยุติธรรม ซึ่งศาลฎีกาตัดสินว่าแม้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นในเวลานั้นจะไม่พูดว่ารัฐสามารถเวนคืนที่ดินเอามาใช้เพื่อทำอะไรได้บ้าง แต่ศาลฎีกาตัดสินว่าการที่จะเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ แต่ต้อง

เวนคืนมาเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อการวางผังเมือง เป็นต้น อย่างนั้นเป็นประเพณี การปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาช้านานแล้ว ฉะนั้นรัฐจะไป ออกกฎหมายเวนคืนนอกจากเหตุดังกล่าวนั้นไม่ได้ รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ แต่ศาลสร้างหลักนี้ขึ้นโดยอ้างว่าเป็นประเพณีการปกครอง การเวนคืนเป็นการไป จำกัดสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน ถ้าจะปรับเข้ากับหลักนิติธรรมซึ่งศาลฎีกา อเมริกาเคยวินิจฉัยแล้วว่า การเวนคืนโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เป็นการไป เอาทรัพย์สินไปนั้นขัดต่อ The due process of law หรือหลักนิติธรรม ศาลไทย ไม่ได้อ้างเช่นนั้น แต่ศาลไทยก็ยกเอาประเพณีการปกครองขึ้นมาใช้ตัดสิน นี่ศาลฎีกา หรืออีกเรื่องหนึ่งที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า การออกกฎหมายมาลงโทษ ย้อนหลังเป็นการขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย คำพิพากษาฎีกาที่ ๙๑๒/๒๕๓๖ ตัดสินว่าการออกกฎหมายลงโทษทางอาญา ย้อนหลังเป็นการขัดต่อประเพณีการปกครอง เชื่อว่าวันนี้ถ้ามีคดีอย่างนี้ขึ้นศาลอีก ศาลอาจจะไม่วินิจฉัยอย่างนี้ได้ เพราะศาลอาจจะบอกว่าขัดต่อประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา ๒ บุคคลจะรับโทษทางอาญาที่ต่อเมื่อกระทำการที่กฎหมายบัญญัติ เป็นความผิดและโทษที่ลงต่อบุคคลนั้นจะหนักไปกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ไม่ได้ หรือมิฉะนั้นศาลอาจจะบอกว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะว่าหลักนี้มันมีเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่จะอ้างหลักนิติธรรมก็ได้ ซึ่งจริง ๆ แล้วอยากเห็นศาล บอกว่าขัดต่อหลักนิติธรรมมากกว่า เพราะมันจะได้ขยายความคำว่าหลักนิติธรรม ให้มันชัดเจนขึ้น วันนั้นศาลฎีกายังไม่กล้าไปไกลถึงหลักนิติธรรม เพราะอ้างแค่ ประเพณีการปกครองก็วินิจฉัยได้แล้ว นี่คือวิธีที่สอง

วิธีที่สาม ในการที่ศาลจะใช้หลักนิติธรรมในฐานะตัวเองเป็นผู้พิทักษ์ โดยเฉพาะกับศาลรัฐธรรมนูญ คือการไม่อ้างมาตรา เพราะถ้าอ้างมาตรามันก็เข้า ข้อที่หนึ่ง ไม่อ้างประเพณีการปกครอง เพราะถ้าอ้างประเพณีการปกครองก็เข้า ข้อสอง แต่วิธีที่สามนั้น เอาสิ่งที่เป็นหลักเช่นหลักที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง เอาหลักขึ้นมาตั้งแล้วไม่ต้องบอกว่าหลักนี้เป็นอะไรมาจากไหน บอกหลักนี้ มีอยู่เท่านั้น แล้วก็วินิจฉัยไปว่าเรื่องนี้ขัดกับหลักการดังกล่าว นั่นหมายถึงว่า

ศาลยังไม่กล้าที่จะบอกว่าหลักนี้มาจากหลักนิติธรรม ความจริงหลักนิติธรรมมันทำให้เกิดหลักการต่าง ๆ หนึ่งถึงแปดหลักการ โดยศาลอาจจะยกเอาหลักการใดหลักการหนึ่งมาตัดสินก็ได้ แต่ศาลยังไม่ไปไกลถึงต้นตอคือหลักนิติธรรม แต่เพียงเท่านี้ก็ใกล้เคียงกับหลักนิติธรรมที่สุดแล้ว พูดอย่างนี้อาจจะเข้าใจยาก ฟังกรณีตัวอย่างแล้วจะเห็นภาพชัดเจนขึ้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดสินในคดีที่ผมถือว่าเป็นคลาสสิกมากคดีหนึ่ง ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๑/๒๕๕๖ ซึ่งเป็นคดีดังมาก คดีนี้เนื่องจากกฎหมายในขณะนั้นคือพระราชบัญญัติชื้อบุคคล ได้บัญญัติไว้ในเวลานั้นว่า หญิงมีสามีให้ใช้สกุลสามี คือใช้นามสกุลสามี ผู้หญิงสมัยนั้นถ้าเป็นโสดให้ใช้นามสกุลตัวเอง พอแต่งงานเมื่อไรให้ใช้นามสกุลสามี เราทุกคนชินกับกฎหมายนี้ แล้วรู้กันมาตั้งนาน ถ้าเมื่อไรหย่ากันก็ให้เลือกเอาว่าจะใช้สกุลสามีต่อไป หรือกลับมาใช้สกุลเดิม แต่ถ้าแต่งงานกัน จดทะเบียนกันอย่างไรก็ต้องใช้นามสกุลสามี ปรากฏว่ามีผู้ร้องคดีนี้ก็ขึ้นไปสู่ผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดินก็ส่งเรื่องมาที่ศาลรัฐธรรมนูญ เพราะในตอนนั้นราษฎรร้องศาลรัฐธรรมนูญเอง โดยตรงไม่ได้

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ว่า กฎหมายนี้เป็นโมฆะ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับไม่ได้ แต่เราลองคิดว่าศาลจะอ้างเหตุผลอะไร ถ้าศาลบอกว่ากฎหมายนี้ใช้ไม่ได้ มาตราในที่บอกว่าหญิงมีสามีใช้นามสกุลสามี ใช้ไม่ได้นี่เป็นเพราะว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรานี้มามาตรานี้ นั่นแปลว่าศาลใช้วิธีที่หนึ่ง ถ้าบอกว่ามาตรานี้ใช้ไม่ได้เพราะขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตย แปลว่าศาลใช้วิธีที่สอง คดีนี้ศาลไม่ได้ใช้ทั้งวิธีที่หนึ่งหรือที่สอง แต่ศาลยกขึ้นมาหลักเดียวเลยว่า บุคคลมีความเสมอภาค เมื่อหญิงยังเป็นโสดใช้นามสกุลตัวเองได้ เมื่อหญิงไปแต่งงานจะใช้นามสกุลสามีก็ไม่ได้ว่าอะไร แต่สามีเมื่อเป็นโสดใช้นามสกุลสามี เมื่อสามีแต่งงานทำไมจึงไม่ใช้นามสกุลภรรยาบ้าง หัวใจของมันคือหลักความเสมอภาค เมื่อบังคับแต่หญิงฝ่ายเดียวก็แสดงว่าไม่เสมอภาคกันแล้ว หลักเสมอภาคเป็นหลักใหญ่ ศาลยังไม่เลยไปอีกประโยคเดียวเท่านั้นว่าเป็นหลักการใหญ่นั้นเป็นหลักนิติธรรม ศาลเพียงบอกว่าหลักเสมอภาค

เป็นหลักใหญ่ เมื่อเป็นหลักใหญ่ พระราชบัญญัติข้อบุคคลมาตรานี้ซึ่งเขียนไว้อย่างนี้ ไม่ได้เป็นไปตามหลักใหญ่ที่ว่านั้น จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ เป็นอันจบไปสำหรับมาตรานี้ ซึ่งผมถือว่าเป็นที่ใกล้กับหลักนิติธรรมที่สุดแล้ว เพียงแต่ขณะนั้นนี้เรายังไม่พูดถึงเรื่องหลักนิติธรรม เพราะเหตุว่ามันเป็นคำวินิจฉัยในปี พ.ศ. ๒๕๔๖ ซึ่งรัฐธรรมนูญยังไม่ได้เปิดให้ศาลใช้หลักนิติธรรมได้ ผมได้ย้ำแล้วว่าหลักนิติธรรมมันเพิ่งมารองรับในรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๐

แล้วเปรียบเทียบกับอีกคดีหนึ่ง ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒/๒๕๕๒ ไม่นานมานี้เองราว ๘ ปีที่แล้ว เรารู้กันมานานว่ามันมีประกาศของคณะปฏิวัติอยู่ฉบับหนึ่งออกมาสมัยจอมพลถนอมยึดอำนาจเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๑๕ พอยึดอำนาจเสร็จจอมพลถนอมนี่ก็ออกประกาศคณะปฏิวัติออกมามากมาย แล้วก็มียุ่ฉบับหนึ่งในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนั้นเขียนว่าห้ามผู้ใดขายอาหารตั้งแต่เวลาตีหนึ่งจนถึงตีห้า เว้นแต่จะได้รับอนุญาต ในกรุงเทพฯ ให้ไปขอที่ตำรวจ ต่างจังหวัดขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วมันก็ใช้ในตอนปฏิวัตินี้ประกาศใหม่ ๆ ใคร ๆ ก็กลัวเมื่อไม่ยอมไปขออนุญาตก็ปิดร้าน ไม่มีใครขาย ผ่านไปหลายปีเข้าชกอยากจะขายก็ไปขออนุญาต ก็ได้รับอนุญาตทุกราย แต่มันก็มีเป็นส่วนใหญ่ไม่ขอ เหตุที่ไม่ขอยกเว้นคนเดียว ไม่รู้ว่าต้องขอ ผมว่าอย่าว่าแต่พ่อค้าแม่ขายจะไม่รู้เลย ตำรวจกับผู้ว่าบางคน ก็ไม่รู้ว่ามีการประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้

แล้วประกาศคณะปฏิวัตินี้ ก็ถูกใช้มาเรื่อย ๆ จนกระทั่งมาถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๒ มันเคยมีเรื่องเกิดขึ้น เป็นร้านข้าวต้มอยู่ที่จังหวัดสระบุรี แกกก็ขายอะไรต่ออะไรแล้วไม่ได้ไปขออนุญาต ปรากฏว่าตำรวจดันรู้ขึ้นมาว่ามันมีประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ ก็เลยไปจับเขา คนขายก็เถียงคือเป็นเอ็นว่าข้าวต้มและอาหารตอนตีหนึ่งมันจะไปผิดอะไร แล้วเป็นไงว่าคนกินไม่ผิด คนขายผิด เถียงกันใหญ่โตมโหฬาร ไม่เชื่อว่ามิกฎหมายนี้อยู่ ตำรวจเอามาเปิดให้ดู หยิบประกาศของคณะปฏิวัติมาจับแล้วส่งฟ้องขึ้นศาล ศาลก็ไม่รู้จะทำอย่างไร เพราะตามประกาศคณะปฏิวัตินี้มันผิดจริง ๆ ขายอาหารตอนตีหนึ่งนี่ผิด ไม่ว่าจะที่ไหนในประเทศไทยก็ผิดทั้งนั้น อันที่จริงประกาศคณะปฏิวัติที่ออกมาในสมัยนั้นขายกเลิกไปหมดแล้ว

เหลือฉบับนี้หลงอยู่ เข้าใจว่าลืมยกเลิก แม้ว่าช่วงปี พ.ศ. ๒๕๓๗ - ๒๕๓๘ สมัยรัฐบาลท่านนายกฯ ชวน หลีกภัย ตั้งอาจารย์ โสภณ รัตนกร เป็นประธาน ยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติเก่า ๆ ทั้งหมด ผมเป็นเลขานุการ ยกเลิกไปได้หลายฉบับ แต่ก็ยังเหลือฉบับนี้ เพราะไม่รู้ว่ามีฉบับนี้อยู่ แต่ในคดีนี้ จำเลยเจ้าของร้านโต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้นว่า ประกาศคณะปฏิวัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ขอให้ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ศาลจังหวัดสระบุรีก็ต้องส่งความเห็นของจำเลยผู้ร้องมาที่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็ตัดสินคดีนี้ว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญใช้ไม่ได้ทั้งฉบับ เลิกมันทั้งหมดโดยไม่ต้องรอให้ใครเลิก ศาลเลิกให้ทั้งหมด แล้วเหตุผลเอามาว่าอย่างไร ศาลก็ไม่ได้บอกว่าประกาศนี้ขัดกับมาตราไหนของรัฐธรรมนูญ เพราะถ้าพูดอย่างนั้นก็วิธีที่หนึ่ง ศาลก็ไม่ได้บอกว่าขัดต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะศาลก็คงนึกไม่ออกว่ามันมีหรือเปล่าประเพณีให้ขายหรือห้ามขายของตอนตีหนึ่ง แต่ศาลวินิจฉัยว่าคุณคลื่นเสรีภาพในอาชีพ แล้วที่สำคัญศาลพูดประโยคที่ดีมากกว่า “สถานการณ์เหตุการณ์บ้านเมืองเปลี่ยนแปลงไป กฎหมายนี้ไม่มีความจำเป็นอยู่อีกต่อไป” ความจริงศาลไม่ควรพูดนะประโยคนี้ เพราะถือตามประโยคนี้ศาลจะยกเอาหลักนี้ไปนั่งไล่เลิกกฎหมายเอาได้เยอะเลยแหละ

ดังนั้น คสช. นี้ต้องระวังก่อนเพื่อน ศาลบอกสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป จึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายอย่างนี้อีกต่อไป กฎหมายอย่างนี้จึงขัดรัฐธรรมนูญ ไม่ต้องบอกว่ามาตราไหน เพราะศาลก็อาจจะหาไม่เจอว่ามีอยู่ในมาตราไหน นี่เป็นตัวอย่างที่ผมเรียกว่าวิธีการที่สาม นี่คือยกหลักขึ้นมา หลักนั้นอาจจะแต่งเองก็ได้ แต่เมื่อยกขึ้นมาแล้วคนยอมรับกันทั้งสี่ว่ามันมีหลักการนี้อยู่จริง เช่น หลักความเสมอภาค หลักอะไรต่อมิอะไรที่มีตัวอย่างอยู่อีกมากมาย

หลักที่สี่ อันนี้เป็นวิธีการสุดท้าย ที่สุดของที่สุด คือศาลยกหลักเดียวเท่านั้น คือหลักนิติธรรม แล้วบอกเลยว่าเรื่องนี้ขัดต่อหลักนิติธรรมเท่านั้นเลย ตัวอย่างที่คลาสสิกมาก คือคำพิพากษา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒/๒๕๕๕ ไม่ก็ปีมานี้เอง ตอนตัดสินคดีนี้ผมถือว่าเป็นงานชิ้นใหญ่ ขึ้นโบว์แดงของศาลรัฐธรรมนูญ

แต่เชื่อไหมว่าตอนตัดสินออกมาฉันจำได้ว่าตอนนั้นมีหนังสือพิมพ์ลงข่าวว่า ศาลตัดสินอย่างนี้อยู่ฉบับเดียวในประเทศไทย แล้วก็ดันเขียนเป็นกรอบเล็ก ๆ ในหน้า ๓ ทั้ง ๆ ที่มันควรจะพาดหัวหน้าหนึ่งติดกันสัก ๗ วัน ก็เลยไม่มีใครสนใจด้วย นั่นก็คือการวินิจฉัยในคดีหนึ่งว่า มีอยู่มาตราหนึ่งในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงนี้ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรานั้นมีใจความว่า เมื่อนิติบุคคลคือบริษัท ทำผิด ให้กรรมการทุกคนของบริษัทนั้นถือว่ามีความผิดด้วย ที่จริงมีรายละเอียดอีก แต่สรุปเท่านี้ก็แล้วกัน ความที่นิติบุคคลก็คือบริษัท หากกระทำความผิด เราจะเอานิติบุคคลไปติดคุกก็ไม่ได้ ทำได้แต่โทษปรับ แต่เพื่อให้เซ็ดหลาบหวาดกลัว กฎหมายจึงมักจะเขียนไว้ว่า ถ้านิติบุคคลกระทำความผิดให้กรรมการทุกคนถือว่ามีความผิดด้วย เว้นแต่จะปฏิเสธหรือพิสูจน์ว่าตัวไม่มีความรู้เห็น ถ้าพิสูจน์ไม่ได้หรือไม่ได้พิสูจน์ กรรมการผิดหมด มี ๒๐ คนก็ผิดหมด กฎหมายขายตรงนี้ก็ออกมาอย่างนั้น ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินว่าหลักที่ถูกต่อนั้นก็คือว่าทุกคนนี้เป็นผู้บริหาร ต้องสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริหารจึงกว่าใครจะมาพิสูจน์ว่ากระทำความผิด แต่กฎหมายนี้ไปสันนิษฐานว่าผิดจนกว่าจะพิสูจน์ตัวเองได้ว่าผู้บริหาร มั่นใจสวนทางกัน ที่จริงศาลอาจยกหลักเท่านี้ก็ได้ว่าหลักการมันมีอยู่ว่า ต้องสันนิษฐานว่าทุกคนนั้นกระทำการโดยสุจริตหรือบริหารจนกว่าโจทก์จะนำเสนอสืบพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิด เมื่อกฎหมายนี้ไม่ได้เป็นไปตามหลักที่ว่านั่นแลมยังบัญญัติไว้ กลับกัน กฎหมายนี้จึงใช้ไม่ได้ ถ้าศาลตัดสินแค่นี้มันก็พอฟังได้

แต่นั่นก็จะเท่ากับว่าศาลใช้วิธีที่สาม คือการยกหลักขึ้นมาแล้วตัดสิน แต่ศาลไปไกลกว่าที่คิดประโยคหนึ่งว่า การที่พระราชบัญญัติขายตรงให้สันนิษฐานว่าบุคคลมีความผิดจนกว่าจะพิสูจน์ว่าบริหารหรือสุจริตนั้น เป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม ชัดเส้นใต้ที่คำนี้ชัดเจนมาก เพราะฉะนั้นมาตรานี้จึงใช้ไม่ได้เพราะขัดต่อหลักนิติธรรม แต่ถ้าถามต่อไปว่าแล้วขัดหลักนิติธรรมที่ว่าด้วยเรื่องอะไร อย่างไร ก็ค่อยพูดต่อไปว่าเรื่องบทสันนิษฐานความผิดใจ ผมจึงว่าคำวินิจฉัยนี้มีผลสำคัญมาก แต่ไม่มีใครสนใจ ผมเข้าใจว่าอ่านกฎหมายหรือคำวินิจฉัยของศาลไม่รู้เรื่อง แล้วก็ไม่รู้ด้วยว่ากฎหมายนี้เป็นอย่างไร แล้วมันจะเกิดผลอะไร สรุปก็ไม่มีผู้ใดสนใจทั้งนั้น มีแต่เทयरัฐลงในหน้า ๓ อยู่คอลัมน์เล็ก ๆ ๕ บรรทัด

เรื่องนี้รัฐบาลตื่นเต้นตกใจมาก สั่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาสำรวจว่า แล้วยังมีกฎหมายที่มีบทบัญญัติแบบนี้อยู่อีกเท่าไร กฤษฎีกาก็สำรวจพบว่ามียุ่อกฎอีกประมาณหนึ่งร้อยฉบับ ที่เขียนแบบเดียวกันนี้ นั่นแปลว่าทั้งร้อยฉบับนั้นต้องขัดรัฐธรรมนูญไปทั้งหมดเลย แต่กฤษฎีกาก็ยังให้ความเห็นศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีพระราชบัญญัติขายตรง แต่อีกร้อยฉบับ นี้ก็มีพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนบ้าง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์บ้าง พระราชบัญญัติอะไรอีกก็ไม่รู้สารพัดเป็นร้อยพระราชบัญญัติที่ยังไม่เคยถูกตรวจสอบในศาลรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นไม่เป็นไร แม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นแบบ Erga omnes คือมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่มั่นทั่วไปเฉพาะคดีพระราชบัญญัติขายตรงนี้ พระราชบัญญัติฉบับอื่นไม่เกี่ยว ผมจึงขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตอนนั้นผมเป็นกรรมการกฤษฎีกาตำแหน่งเดียว ส่งความเห็นไปยังรัฐบาลว่าเป็นสัญญาณอันตรายที่รัฐบาลจะต้องแก้กฎหมายร้อยฉบับนั้น และอะไรก็ไม่เท่ากันว่าระหว่างที่ยังไม่มีการแก้ไขกฎหมายนี้ หากตำรวจนี้ไปจับกรรมการบริษัทต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติร้อยกว่าฉบับนี้มันจะไปกันใหญ่ และดีไม่ดีตำรวจนี้จะโดนมาตรา ๑๕๗ ประมวลกฎหมายอาญาเอา

ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ จึงมีจดหมายมาถึงกฤษฎีกาว่า แล้วถ้าตำรวจไม่จับนี่รอดจากมาตรา ๑๕๗ หรือไม่ เราบอกก็ไม่รอดเหมือนกัน เพราะถือว่างตเว้นการปฏิบัติหน้าที่ สรุปลือจับก็โดน ไม่จับก็โดน แต่ทางที่ดีเพื่อความเป็นธรรมอย่าจับดีกว่า เพราะฉะนั้นเราก็ขอให้ ครม. มีมติว่าให้เจ้าหน้าที่ทั้งหมดนี้หยุดการจับกุมตามพระราชบัญญัติร้อยฉบับตามลิสต์ต่อไปนี้ รัฐบาลก็ว่าถ้ารัฐบาลไปพูดอย่างนั้นรัฐบาลก็อาจจะผิดมาตรา ๑๕๗ ด้วยก็ใช้วิธีพูดอ้อม ๆ ใช้วิธีสื่อสารกันเอาที่แล้วกัน ผมเองได้เรียนกับ ผบ.ตร. ในตอนนั้นว่าอย่าเพิ่งไปจับเพราะว่าเสียง ขณะนี้กฤษฎีกากำลังจะแก้

ว่าแล้วกฤษฎีกาก็ตั้งกรรมการคณะพิเศษ ประกอบด้วยประธานกรรมการกฤษฎีกาทุกคณะ หาทางแก้กฎหมาย เราก็หืดขึ้นคอพบว่าต้องแก้กฎหมายเกือบร้อยฉบับ แล้วถ้าร้อยฉบับแก้ฉบับละมาตราเนี่ย เพราะมันเขียนเหมือนกันหมดนี้

เข้าสภานี้ก็คงจะประมาณสัก ๕๐ ปี เพราะว่าสภาออกกฎหมายได้ช้า แล้วในช่วงเวลานั้นสภาเกือบจะออกกฎหมายไม่ได้เลย เหมือนอย่างที่ผมเคยพูดเสมอว่า ตั้งแต่รัฐบาลพลเอกสุรยุทธ์ออกไป ผ่านพ้นช่วงเวลาของรัฐบาลนายสมัคร นายสมชาย นายอภิสิทธิ์ นายยิ่งลักษณ์ ๗ ปี จนถึงวันที่ คสช. เข้ามา ๗ ปีนี้ ออกกฎหมายได้เพียง ๑๒๐ ฉบับ เทียบกับ คสช. เข้ามาได้สามปีเศษ ได้ออกกฎหมายไปสามร้อยกว่าฉบับ เพราะฉะนั้นจะเอากฎหมายร้อยฉบับเข้าไปในสภานี้ สภาเขาก็ไม่วางที่จะมาพิจารณาเรื่องนี้ เสียเวลาเขาเลยไม่รู้จะทำอะไร จะลงมือจับต่อไปก็ไม่ดี แล้วที่กรรมการทำผิดมันทำผิดกันอยู่ทุกวันนะ จะไปไล่จับกรรมการก็ไม่ดี จะไม่ไล่จับก็ไม่ดี จะแก้กฎหมายก็ไม่ดี เพราะมันช้า

ในที่สุดคณะกรรมการกฤษฎีกาก็มีความเห็นพ้องต้องกันเป็นเอกฉันท์ว่า ให้ออกกฎหมายกลางมาฉบับเดียว แล้วทำบัญชีแนบท้ายไปร้อยมาตรา ร้อยฉบับ คือออกฉบับเดียวให้สภาออก เพราะถ้าร้อยฉบับเข้าสภานะ แล้วผ่าน กระบวนการร้อยคณะมันจะแก้ออกมาไม่เหมือนกัน ดีไม่ดีแก้ก็ขัดรัฐธรรมนูญอีก เพราะฉะนั้นเราต้องคุมกระบวนการคือออกเป็นฉบับเดียวแล้ว ตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินั้นพระราชบัญญัตินี้ มาตรานี้เขียนอย่างไร ให้แก้แบบนี้แนบไปทีเดียวม้วนเดียวจบ เราก็ไปปรึกษาสภา สภาก็บอกไม่ได้ ไม่ยอม สภาไม่เคยทำอย่างนั้น เพราะเมื่อมาแล้ว สภาอยากแก้มาตราอื่นด้วย ถ้าอย่างนั้นคงไม่ต้องแก้แล้ว ก็เลยใส่ลิ้นชักเก็บเงียบเอาไว้อย่างหมดหวัง ไม่รู้จะทำอะไรต่อ บังเอิญหลังจากนั้นไม่นาน คสช. ก็เข้ามา

เมื่อ คสช. เข้ามา ต่อมาก็เกิด สนช. กฎหมายฉบับแรก ๆ สุดคือรัฐบาลเอาฉบับเดียวหนึ่งเดียนี่เสนอเข้าสภา เพราะถ้าเป็นสภาพกติเขาไม่ยอมออกให้ อย่างนี้ตกลง สนช. ก็ออกมาแล้ว เป็นพระราชบัญญัติหนึ่งฉบับให้แก่พระราชบัญญัติอื่นหมดทั้งร้อยฉบับ บัดนี้ได้แก้ได้หมดแล้ว เพียงแต่เวลาใช้กฎหมายเราจะอ่านยากสักหน่อย เพราะต้องไปดึงเอาจากพระราชบัญญัตินี้มาประกอบหมดเลย

นั่นเป็นวิธีที่สี่ คืออ้างหลักนิติธรรม ที่จริงยังมีอีก ยกตัวอย่างอีกสักอันหนึ่ง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔/๒๕๕๖ เมื่อ ๕ ปีมานี้เอง โปรดสังเกตว่าคำวินิจฉัย

ที่อ้างหลักนิติธรรมนี้ออกมาในปี พ.ศ. ๒๕๕๕ โดยที่ก่อนนั้นไม่เคยมี คือกรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา เรื่องนี้เราไปลงนามในสัญญากับต่างประเทศไว้ว่าจะมีความร่วมมือกันในคดีอาญา เพื่อให้อนุสัญญานั้นมีผล เราก็มาออกพระราชบัญญัติให้มีผลใช้บังคับในประเทศไทยว่า ในกรณีที่เราไปมีความร่วมมือทางอาญากับประเทศอะไรก็ตามแล้ว เมื่อเราฟ้องใครในประเทศไทยแล้วพยานอยู่ต่างประเทศแล้วก็จะเรียกพยานมาเมืองไทยก็เรียกไม่ได้เพราะเขาไม่มาหรือมาไม่ได้ ให้ศาลต่างประเทศสืบพยานปากนั้นที่ต่างประเทศแล้วก็ส่งคำสืบพยานนะมาที่ประเทศไทย ให้ศาลไทยใช้คำพยานเหล่านั้นเสมือนหนึ่งสืบพยานในประเทศไทย อันนี้เขาเรียกว่าความร่วมมือทางอาญา

ปรากฏว่าหนึ่งจำเลยอยู่ในประเทศไทย ส่วนพยานนั้นอยู่ต่างประเทศ เรียกพยานมาก็ไม่ยอมมา เราก็เลยให้สืบพยานกันที่ประเทศนั้น แล้วก็คัดคำพยานส่งมาให้ศาลที่ไทยเพื่อพิจารณาใช้ลงโทษ ศาลก็ลงโทษเพราะว่าพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาเขาบอกว่าให้ใช้บังคับได้ จำเลยจึงร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยผ่านทางช่องทางของศาลยุติธรรมที่จะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่คดี ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ว่าในการดำเนินคดีอาญานั้น จำเลยต้องมีโอกาสซักค้านพยาน เพื่อหักล้างกัน การเอาถ้อยคำพยานในต่างประเทศซึ่งไม่ได้อยู่ต่อหน้าจำเลยมารับฟัง จำเลยก็ซักค้านไม่ได้ มาใช้ยันแล้วลงโทษ จำเลยนั้นไม่ชอบ ทีนี้ถ้าไม่ชอบแล้ว ไม่ชอบด้วยอะไร ไม่ชอบเพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราใด ศาลก็ไม่ได้บอก ไม่ชอบเพราะเป็นประเพณีการปกครองว่าจะต้องสืบพยานกันต่อหน้าจำเลย ศาลก็ไม่ได้พูดว่าเป็น ไม่ชอบเพราะว่าหลักมีว่าจำเลยควรมีโอกาสถามค้านพยาน จริง ๆ หลักนี้มี แต่ถ้าพูดอย่างนี้เดี่ยวจะเกิดข้อสงสัยว่าแล้วหลักนี้มันมาจากไหน

เพราะฉะนั้นศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไปว่าที่ไม่ชอบเพราะขัดต่อหลักนิติธรรม การที่จำเลยไม่มีโอกาสถามค้านพยานนี้ขัดต่อหลักนิติธรรม เท่านั้น ก็วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา เฉพาะมาตรานี้ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับไม่ได้ เพราะขัดต่อหลักนิติธรรม

โปรดสังเกตว่า ขัดต่อหลักนิติธรรม จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้วใช้บังคับไม่ได้ เหมือนกับที่ขัดต่อประเพณีการปกครองจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ แล้วใช้บังคับไม่ได้ สภาพอย่างนี้ลักษณะอย่างนี้มันเริ่มมีขึ้นมากขึ้น จึงได้นำมาสู่บทสรุปว่า ศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม โดยอาศัยเทคนิควิธีการต่าง ๆ โดยความมุ่งหมายที่จะผดุงไว้ซึ่ง หนึ่ง ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เหมือนกับหลักเหนือฟ้ายังมีฟ้า ขนาดรัฐสภาออกพระราชบัญญัติมาแล้วยังไม่จบ เพราะมันยังมีอะไรเหนือกว่าคือตัวรัฐธรรมนูญ และสอง ในฐานะที่จะเป็น ผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพ ค้ำครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ส่วนเทคนิควิธีการว่าจะเอามาใช้อย่างไรนั้นเป็นเทคนิคเป็นความสามารถ ศาลแต่ละยุคแต่ละสมัย ๒๐ ปีที่ผ่านมาก็ได้ใช้วิธีการและเทคนิคเหล่านี้ ซึ่งเรา อาจจะได้เห็นวิธีการและเทคนิคใหม่ต่อไปในอนาคต ผมได้แต่ตั้งความหวังว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักสำคัญที่อยากเห็นทุกคนใช้ ศาลใช้ รัฐบาลใช้ รัฐสภาใช้ เจ้าหน้าที่ของรัฐทุกคนใช้ ความจริงสุดต่าของคหนึ่งของมาเลเซียท่านเคยไปเป็น ประธานศาลฎีกามาเลเซีย เป็นสุดต่าจากรัฐปะลิส ต่อมาพระบิดาท่านที่เป็น สุดต่านี้สิ้นพระชนม์ ท่านก็เลยต้องลาออกจากประธานศาลฎีกามาเลเซียไปเป็น สุดต่าแทนพระบิดา ปกครองปะลิส อยู่มาไม่นานสมเด็จพระราชาธิบดีคือกษัตริย์ ยังดีเปอร์ตวนอากงของมาเลเซียสวรรคต สุดต่าทั้งหมด ๙ รัฐก็ต้องไปเลือกกันเอง คนหนึ่ง ปราบฎเขาเลือกได้ท่านจากประธานศาลฎีกาไปเป็นสุดต่า เสร็จแล้วจาก สุดต่าขึ้นเป็นสมเด็จพระราชาธิบดีแล้วท่านได้ชื่อว่าเป็นเจ้าแห่ง Rules of law เพราะท่านจบเนติบัณฑิตจากอังกฤษ ท่านกล่าวเอาไว้ว่า หน้าที่ในการพิทักษ์ หลักนิติธรรมนั้นไม่ใช่เป็นหน้าที่ของศาลเท่านั้น แต่เป็นหน้าที่ของรัฐบาล ของรัฐสภา รัฐสภาก็ต้องคิดถึงเวลาที่รัฐสภาจะออกกฎหมาย เพื่อจะได้ไม่ต้องมาเหนื่อย แก่ศาลทีหลัง รัฐบาลก็ต้องคิดถึงในเวลาการบริหารประเทศในแต่ละวัน ๆ ศาลก็ต้อง คิดถึงในเวลาที่จะตัดสินคดีให้เกิดความเป็นธรรม แต่เหนืออื่นใด คนที่ไม่ควรจะมา เกี่ยวอะไรเลย แต่เกี่ยวข้องกับคือประชาชนหรือเอกชนธรรมดาที่ต้องมีหลักนิติธรรมด้วย การไม่ทุจริตไม่คดโกง การเสียภาษี การไม่เสนอสินบน ท่านบอกว่าข้าพเจ้านี้ก็ถือว่า

นี่ก็คือ Rules of law อย่างหนึ่งเหมือนกัน เพราะฉะนั้นถ้าประชาชนเพิ่มเข้ามาแล้วก็มี Rules of law ด้วย ประเทศนั้นก็จะกลายเป็น Legal State หรือนิติรัฐ สมกับที่ได้ตั้งใจเอาไว้ ซึ่งเป็นคำพูดที่วันนี้เริ่มมีคนอ้างมากขึ้น เพราะก่อนหน้านี้ไม่ค่อยนึกหรือกว่าหลักนิติธรรมนั้นจะมาใช้กับประชาชนด้วย

ก็ทั้งหมดนี้คือคำบรรยายเท่าที่เวลาและสติปัญญาอำนวยสำหรับหัวข้อที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม แล้วก็ขอให้กำลังใจต่อศาลรัฐธรรมนูญที่ท่านจะต้องทำหน้าที่ต่อไปด้วยความเข้มแข็ง อดทน และที่สำคัญที่สุด ก็คือผมได้เรียนให้ทราบแล้วว่าอุปสรรค ปัญหา การติฉินนินทาและบางครั้งก็อาจจะมีความผิดพลาดของศาลเองนั้นมีโอกาสเกิดขึ้นได้เสมอ ถ้าเกิดขึ้นแล้วเราก็กเอาสิ่งที่เป็นประสบการณ์ที่ผ่านมาเรียนรู้แล้วก็แก้ไข เพราะถึงอย่างไรในที่สุดศาลรัฐธรรมนูญก็จะเป็นสถาบันหนึ่งของประเทศ วันนี้ก็เป็นหนึ่งในองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยอยู่แล้ว และที่สำคัญก็คือจะเป็นผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม ไม่ใช่พิทักษ์ในเวลาที่มีคดีความอย่างเดียว ประโยคสุดท้ายที่ผมอยากจะเรียนให้ทราบ ซึ่งได้พูดไปแล้วว่าเราเหมือนกันเรื่อง Good governance หรือธรรมาภิบาล หรือหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี บ่อยมาก จนบางที่เราลืมไปแล้วว่าหัวข้อที่หนึ่งในธรรมาภิบาลแล้วมาก่อนนั้น คือทั้งหมดของธรรมาภิบาลมี ๖ ถึง ๗ หลักนี้ หลักข้อที่ ๑ คือหลักนิติธรรม นะครับ อยู่โดด ๆ เป็นหลักใหญ่ หลักนิติธรรม แต่พอไปอยู่รวมกับอย่างอื่นมันจะเป็นหัวข้อที่ ๑ ในจำนวนของ ๑ ถึง ๗ หัวข้อของหลักธรรมาภิบาล

อันว่าธรรมาภิบาลนั้น ถ้าเริ่มต้นก็ผิดกฎหมายเสียแล้ว กฎหมายไม่เป็นใหญ่เสียแล้ว เรื่องอื่นก็ไม่ต้องพูดถึง เพียงแต่ว่าถูกกฎหมายก็อาจจะขัดธรรมาภิบาลได้ ถ้ามันไม่โปร่งใส ถ้ามันไม่มีการเปิดให้คนมีส่วนร่วม ถ้ามันไม่มีความรับผิดชอบ แต่เริ่มต้นนั้นมันทดสอบกันตรงคำว่าธรรมา ตริงนิติธรรมนี้ก่อน Rules of law เป็นข้อแรกของธรรมาภิบาล อย่างอื่นตามมาทีหลัง เพราะฉะนั้นในที่สุดว่าไปแล้ว ข้อที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ข้อที่ว่าประเทศต้องมีหลักนิติธรรม ข้อที่ว่าเจ้าหน้าที่จะต้องมีธรรมาภิบาล รวมแล้วคือเรื่องเดียวกันทั้งสิ้นนั่นเอง

ก็ขอยุติไว้แต่เพียงเท่านี้ครับ ขอพระคุณมากครับ.

สรุปคำปาฐกถาพิเศษ

เรื่อง หลักนิติธรรมในสาธารณรัฐเกาหลี หนทางสู่ความยุติธรรมและมนุษยธรรม
โดย Lee Jin-sung ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี

ท่านองค์ปาฐกได้เริ่มต้นโดยการอธิบายถึงความเป็นมาของหลักนิติธรรมในประเทศเกาหลี ส่วนแรก เรื่องประเพณีของหลักนิติธรรมในประเทศเกาหลี เมื่อหกร้อยปีที่ผ่านมา ในปี ค.ศ. ๑๓๙๒ ราชวงศ์โชซอน (Joseon Dynasty) ได้ก่อตั้งขึ้นในคาบสมุทรเกาหลี ปรัชญาตั้งต้นของโชซอนคือการทำให้ปรัชญาของขงจื้อเป็นความจริง คำว่า “Ye” (ยี่) เป็นพื้นฐานของโครงสร้างสังคมซึ่งจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีพระราชหรือนักปราชญ์ที่สามารถเข้าใจธรรมชาติได้อย่างชัดเจน Ye เป็นรูปแบบของพิธีกรรมระดับชาติ โครงสร้างบริหารการปกครองซึ่งอยู่ในกฎหมายของประเทศ ในการที่เป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อาณาจักรโชซอนยังไม่มีกรับหลักนิติธรรมในความหมายของหลักนิติธรรมสมัยใหม่เข้ามา

อย่างไรก็ตามพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ยังคงถูกจำกัดเอาไว้ด้วยหลักคำว่า Ye และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่น ในการกระทำทุกอย่างของพระมหากษัตริย์ก็จะต้องถูกบันทึกเอาไว้ และก็จะมีการตรวจสอบและสามารถโต้แย้งการกระทำของพระมหากษัตริย์ว่าสอดคล้องกับ Ye หรือไม่

ในส่วนที่สอง เรื่องของการปกครองด้วยกฎหมายในประเทศเกาหลี ในปี ค.ศ. ๑๙๑๐ คาบสมุทรเกาหลีถูกปกครองโดยเจ้าอาณานิคมญี่ปุ่น ประวัติศาสตร์โชซอนในห้าร้อยปีที่ผ่านมามีจุดจบ ชาวญี่ปุ่นทำลายประเพณีโชซอนรวมทั้ง Ye และกฎหมายต่าง ๆ ด้วย โดยใช้วิธีอ้างหลักนิติธรรมที่จะมาปกครองประเทศ แต่กฎหมายในตอนนั้นไม่ได้ต้องการที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามเป็นการใช้กฎหมายโดยวิธีเลือกปฏิบัติเพื่อปราบปรามคนเกาหลี การบังคับใช้กฎหมายของจักรวรรดิญี่ปุ่นนั้น หมายถึงการบังคับใช้แรงงานทาสในค่ายทหาร รวมไปถึงการเกณฑ์แรงงานภาคบังคับผ่านการเกณฑ์ทหาร

ในปี ค.ศ. ๑๙๔๕ ประเทศเกาหลีได้รับเอกราช แต่ต่อมาก็เกิดสงครามเกาหลี ซึ่งก็ยังมีระบบทหารและระบบเผด็จการที่ทำให้หลักนิติธรรมยังไม่สามารถเป็นจริงขึ้นมาได้ ในปี ค.ศ. ๑๙๔๘ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีได้ถูกตราขึ้น และได้มีการกล่าวถึงแนวความคิดใหม่ ๆ ของหลักนิติธรรม เช่น การแบ่งแยกอำนาจ สิทธิและหน้าที่ของประชาชน องค์กรที่ดี ประธานาธิบดีและนักการเมืองทั้งหลาย ส่วนใหญ่มักจะแก้ไขรัฐธรรมนูญเพียงเพื่อต้องการสร้างอำนาจให้ตัวเองมากขึ้น และเป็นการขยายวาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดี สิทธิที่ได้รับการเขียนเอาไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้มีผลอย่างแท้จริงเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการไม่ได้ให้ความสำคัญต่อหลักการเหล่านี้

ท่านองค์ปาฐกได้ยกตัวอย่างกรณีอดีตประธานาธิบดี ปาร์ค จุง ฮี (Park Chung-hee) ที่เข้ามาสู่อำนาจโดยการรัฐประหารในปี ค.ศ. ๑๙๖๑ แม้ว่ารัฐธรรมนูญในขณะนั้นจะมีการจำกัดการดำรงตำแหน่งไว้เพียงสองวาระ แต่ในปี ค.ศ. ๑๙๗๒ ประธานาธิบดี ปาร์ค จุง ฮี ก็ได้ทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อที่จะทำให้ไม่มีการกำหนดวาระของประธานาธิบดีในรัฐธรรมนูญอีกต่อไป นอกจากนี้แล้วยังกำหนดให้ตนเองสามารถออกกฎหมายฉุกเฉินเพื่อการดำรงตำแหน่งของตัวเอง ซึ่งในการออกกฎหมายฉุกเฉินเหล่านี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก เพราะจะทำให้มีอำนาจจับกุม คุมขัง หรือลงโทษในทางอาญาโดยที่ไม่มีกฎหมายได้ ในระหว่างที่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี ค.ศ. ๑๙๔๘ จนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. ๑๙๘๗ แม้ว่าจะมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลฎีกามีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่สถาบันเหล่านี้ก็แทบจะไม่เคยวินิจฉัยเลยว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ความล้มเหลวขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระในการที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรวมไปถึงการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นตัวอย่างที่ทำให้เห็นว่าจริง ๆ แล้ว ประเทศไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของนิติธรรมเลย

ในช่วงของเผด็จการทหารอันเลวร้ายของ ชุน ดู ฮวัน (Chun Doo-hwan) ซึ่งมีทั้งการทารุณกรรมและสังหารนักศึกษามหาวิทยาลัยที่เกี่ยวข้องกับการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องประชาธิปไตย ก่อให้เกิดการชุมนุมประท้วงขนาดใหญ่ขึ้นมา โดยเรียกร้องประชาธิปไตยทั่วประเทศในปี ค.ศ. ๑๙๘๗ การเรียกร้องนั้นเกิดขึ้นและรัฐธรรมนูญก็มีการแก้ไขเพื่อสร้างระบบของการเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรง ซึ่งให้สามารถดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียวเท่านั้น และการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นก็ก่อให้เกิดผลในเรื่องของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมา ซึ่งก็คือศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีในปัจจุบัน

จากนั้นท่านองค์ปาฐกได้อธิบายถึงศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีที่มีการจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. ๑๙๘๘ และได้ทำหน้าที่สำคัญในการดำเนินการตามกฎหมายสารบัญญัติและหลักนิติธรรม ในช่วงสามสิบปีที่ผ่านมานั้น ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีได้มีคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาไปแล้วประมาณ ๓๓,๐๐๐ คดี และได้วินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นจำนวน ๑,๕๐๐ คดี ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีได้มีการใช้อำนาจหน้าที่ในการดำเนินการตามหลักนิติธรรมโดยวางขอบเขตของกฎหมายเพื่อมิให้มีการละเมิดสิทธิ เสรีภาพ ความเป็นอิสระส่วนตัว ความเป็นอิสระตามกฎหมาย เพื่อที่จะซัพพอร์ตหลักการของหลักนิติธรรม

ท่านองค์ปาฐกได้พูดถึงคำวินิจฉัยที่น่าสนใจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลี ศาลนั้นได้มีการเพิกถอนการกระทำของรัฐบาล ตัวอย่างเช่น การประกาศภาวะฉุกเฉินของประธานาธิบดีซึ่งก่อให้เกิดการจับกุมโดยไม่จำเป็นต้องมีหมายศาล การลงโทษบุคคลซึ่งวิพากษ์วิจารณ์การแก้ไขรัฐธรรมนูญ การห้ามชุมนุมในที่สาธารณะและในยามค่ำคืน การตัดสิทธิเลือกตั้งของผู้ต้องขังหรือผู้ถูกคุมประพฤติ การเลือกปฏิบัติที่ฝังรากลึกต่อสตรี การดำเนินงานในเรือนจำที่มีสภาพอึดอัดทำให้ผู้ต้องขังต้องนอนติดกันอย่างแออัด การปฏิเสธสิทธิผู้ถูกกล่าวหาที่จะมีทนายความในการสอบสวนในขณะที่มียังไม่ได้ถูกคุมขัง การห้ามสนับสนุนกิจกรรมการเมืองรวมทั้งในเรื่องของการเซ็นเซอร์ภาพยนตร์ ซึ่งจากประวัติศาสตร์พบว่า ผู้มีอำนาจมักทำอะไรเบี่ยงเบนจากกฎหมายและดำเนินการตามอำเภอใจเพื่อผลประโยชน์

ทางการเมืองของตนเอง หน้าที่สำคัญของหลักนิติธรรมนั้นก็คือ การป้องกันไม่ให้สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้เกิดขึ้น อย่างที่มีข้อสังเกตในหนังสือเรื่อง Common Sense ของ Thomas Paine กล่าวว่า “ในประเทศที่มีเสรีภาพ กฎหมายนั้นต้องเป็นพระราชอา”

เมื่อไม่นานนี้ ศาลรัฐธรรมนูญของเกาหลีถูกเรียกร้องให้มีการปกป้องหลักการของหลักนิติธรรมในรูปแบบของกระบวนการถอดถอนบุคคลสำคัญภายใต้รัฐธรรมนูญของเกาหลี การร้องเรียนเพื่อถอดถอนเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นบุคคลสำคัญนั้นได้รับการรับรองโดยสภานิติบัญญัติ และส่งไปที่ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีการพิจารณาวินิจฉัย ในเดือนกรกฎาคมปี ๒๐๑๖ มีการรายงานว่าอดีตประธานาธิบดี ปาร์ค กึน-ฮเย ได้ให้คนสนิทของตน ชื่อชเว ซุน ซิล แทรกแซงในเรื่องของการระดมเงินทุนของมูลนิธิบางมูลนิธิเพื่อประโยชน์ของ ชเว ซุน ซิล โดยมีการทำให้เอกสารทางราชการที่เป็นความลับรั่วไหลไปสู่ ชเว ซุน ซิล

ประชาชนเกิดความเดือดดาล มีการชุมนุมประท้วงในยามค่ำคืน มีการจุดเทียน ซึ่งการชุมนุมในยามค่ำคืนเคยมีกฎหมายห้ามมิให้กระทำเมื่อหลายปีก่อน แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีการเพิกถอนกฎหมายฉบับนั้น การชุมนุมประท้วงภายใต้แสงเทียนมีการดำเนินการถึง ๑๗ สัปดาห์ต่อเนื่องเพื่อเรียกร้องให้อดีตประธานาธิบดี ปาร์ค กึน-ฮเย สละตำแหน่ง และสภานิติบัญญัติได้ลงมติให้มีการถอดถอนเมื่อสองปีก่อน

ต่อมาวันที่ ๑๐ มีนาคมปีที่แล้ว (๒๐๑๗) ศาลโดยมติเอกฉันท์ได้วินิจฉัยถอดถอนปาร์ค กึน-ฮเย ออกจากตำแหน่ง โดยเห็นว่าเธอมีความประพฤติมิชอบในระหว่างการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี ละเมิดทั้งรัฐธรรมนูญ กฎหมายหลักการของประชาธิปไตย รวมถึงหลักนิติธรรม การปกป้องรัฐธรรมนูญนั้นมีประโยชน์และมีความสำคัญมาก ดังนั้นเพื่อที่จะปกป้องผลประโยชน์ของประเทศชาติจึงมีความจำเป็นต้องมีการถอดถอนอดีตประธานาธิบดีดังกล่าว

ในปัจจุบันศาลยังมีความพยายามคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและหลักนิติธรรมอย่างต่อเนื่อง เช่น การคัดค้านการเกณฑ์ทหารซึ่งควรจะได้รับ การปกป้องตามรัฐธรรมนูญ การทำแท้งซึ่งไม่ควรถูกลงโทษทางอาญา รวมทั้งข้อเสนอให้แก้ไข

ปรับปรุงรัฐธรรมนูญซึ่งใช้บังคับมาถึง ๓๐ ปี ซึ่งปัจจุบันนี้มีการยกเว้นแก้ไขอยู่ โดยมีข้อเสนอให้ขยายขอบเขตของสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อปกป้องทุกคน ไม่ใช่แต่เฉพาะพลเมืองชาวเกาหลีเท่านั้น มีข้อเสนอในเรื่องสิทธิโดยเฉพาะในเรื่องความปลอดภัย การเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การปกป้องข้อมูลข่าวสาร การมีถิ่นที่อยู่ที่ดี และการมีสุขภาพที่ดี เพื่อให้แน่ใจว่ามีการปกป้องเพิ่มเติมและมีการขยายสิทธิในเรื่องของความเสมอภาคเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของความทุพพลภาพ อายุ เชื้อชาติ ศาสนา เพศ รวมทั้งสภาพทางสังคม ความกล้าหาญของศาลในช่วงสามทศวรรษที่ผ่านมาถือว่าเป็นพัฒนาการซึ่งมีประสิทธิภาพอย่างมากในเกาหลี

สำหรับมุมมองในด้านของเอเชีย ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีได้มีการริเริ่มที่จะก่อตั้งสมาคมศาลรัฐธรรมนูญแห่งภูมิภาคเอเชียและสถาบันเทียบเท่า หรือ Association of Asian Constitutional Courts & Equivalent Institutions (AACC) ปี ๒๐๑๐ ร่วมกับประเทศอาเซียนอื่น ๆ ที่มีสถาบันในลักษณะเดียวกัน และมีความพยายามที่จะทำให้หลักนิติธรรมกระจายไปทั่วภูมิภาคเอเชีย ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีทำหน้าที่เป็นเจ้าภาพในการจัดงานของ AACC ครั้งแรกในปี ๒๐๑๒ และได้มีการจัดงานประชุมระดับโลกในปี ๒๐๑๔ ต่อมาในปี ๒๐๑๖ สมาพันธ์ศาลรัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้นในกรุงโซล ทำหน้าที่ในการจัดการประชุมเกี่ยวกับความยุติธรรมมีการรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ให้เป็นฐานข้อมูลสำหรับการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญ วัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ ต้องการให้มีการก่อตั้งศาลสิทธิมนุษยชนในเอเชีย ซึ่งแตกต่างจากภูมิภาคอื่น ๆ

หลักนิติธรรมของเกาหลีในปัจจุบันนี้ เป็นสิ่งที่เมื่อร้อยปีที่แล้วเราไม่อาจที่จะจินตนาการได้ ดังนั้น ในตอนนี้ก็มีความเป็นไปได้หากเราจะจินตนาการศาลสิทธิมนุษยชนแห่งเอเชียขึ้นมาเพื่อที่จะทำให้เราสามารถรักษาไว้ซึ่งหลักนิติธรรมได้ดีกว่าทุกวันนี้

หลักนิติธรรม หมายถึง สิ่งที่ผูกพันผู้ใช้อำนาจในทางกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น บุคคลไม่ควรที่จะได้รับผลร้ายจากการถูกฟ้องร้อง หรือถูกไล่ออกเพียงเพราะประธานาธิบดีคนใหม่เข้ามาสู่ตำแหน่งเท่านั้น

ท่านองค์ปาฐกได้เล่ากรณีสองกรณีให้ฟังว่า

กรณีแรก รัฐธรรมนูญของเกาหลีในระหว่างปี ๑๙๔๘ และในปี ๑๙๘๗ มีบทบัญญัติที่เพียงพอในการที่จะปกป้องสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ดี ผู้นำระดับชาติและนักการเมืองทั้งหลายกลับไม่สนใจบทบัญญัติเหล่านี้เลย ทำให้บทบัญญัติเหล่านี้ไม่มีผลในทางกฎหมายและไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น หลักนิติธรรมก็ไม่เกิดขึ้น การที่บัญญัติเรื่องหลักนิติธรรมเอาไว้ แต่ไม่สามารถปฏิบัติได้ก็ไม่สามารถมีหลักนิติธรรมได้

กรณีที่สอง ความยุติธรรมที่อยู่บนพื้นฐานของมนุษยธรรมก็ควรที่จะอยู่ในตัวบทกฎหมาย มีหลายคนบอกว่าความยุติธรรมเกิดขึ้นตลอดประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา อย่างไรก็ดี ทฤษฎีความยุติธรรมบอกเราว่า บุคคลทุกคนควรจะได้รับ การปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน มีเสรีภาพ และได้สิ่งที่ดีที่สุดในขณะที่ทรัพยากรมีจำกัด และควรที่จะหาทางที่จะทำให้สิ่งเหล่านั้นมีคุณค่ามากที่สุดโดยผ่านการร่วมมือกัน อย่างไรก็ดี เราต้องไม่ลืมว่าความยุติธรรมที่เราตามหานั้นจะต้องอยู่บนพื้นฐานของมนุษยธรรมและความรักต่อเพื่อนร่วมชาติ

สำหรับชนกลุ่มน้อยบางครั้งแล้วความยุติธรรมในเชิงรูปแบบก็ไม่เพียงพอที่จะทำให้พวกเขาเข้ามาอยู่ในพื้นที่ที่ระนาบเดียวกับกับคนอื่น ๆ ในสังคม เพราะเริ่มต้นเขาก็อยู่บนพื้นฐานของการขาดแคลนทรัพยากรและเสียเปรียบคนอื่นเสียแล้ว ดังนั้น มาตรการเชิงบวก มีความจำเป็นอย่างมากในการที่จะทำให้พวกเขาได้รับความยุติธรรมและมีความเท่าเทียมกัน ในเชิงสารัตถะซึ่งอยู่บนพื้นฐานของมนุษยชน กฎหมายนั้นเป็นสากลและเป็นสิ่งที่ป็นนามธรรม ซึ่งหมายความว่าพวกเราทุกคนจำเป็นที่จะต้องสร้างความเท่าเทียมและความชอบธรรมให้เกิดขึ้น กฎหมายที่ถูกตราขึ้นด้วยความตั้งใจที่เลวร้ายเพื่อต่อต้านกลุ่มชนบางกลุ่มจะทำให้เกิดการทำลายล้างมนุษยชาติ

การที่เราจะป้องกันไม่ให้เกิดสิ่งเหล่านี้เกิดขึ้น เราควรจะทำให้กฎหมายอยู่บนพื้นฐานของมนุษยชาติ และทำให้หลักนิติธรรมกระจายไปทั่วโลก และเป็นหลักพื้นฐานสำคัญของหลักนิติธรรมเชิงสารัตถะ

ประวัติศาสตร์ของกฎหมายมักไม่ซ้ำรอย อย่างไรก็ตามเมื่อมนุษย์ชาติค้นพบหลักนิติธรรมที่เป็นสากลแล้ว มนุษยธรรมสากลไม่ใช่สิ่งที่ไปถึงไม่ได้ แต่เป็นสิ่งที่เราสามารถทำให้เกิดขึ้นได้เดี๋ยวนี้และตอนนี้คำถามอย่างเดียวที่เหลืออยู่คือเราจะไปถึงจุดนั้นได้อย่างไรในหนังสือของ Thomas Paine เรื่อง Common Sense จุดประกายให้เกิดความเคลื่อนไหวในเรื่องของการเรียกร้องอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาซึ่งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสหรัฐอเมริกาและทั่วโลก ประชากรในสหรัฐอเมริกในช่วงเวลานั้นมีประมาณ ๓,๐๐๐,๐๐๐ คน และหนังสือเล่มนี้มี การตีพิมพ์ ๑๒๐,๐๐๐ เล่ม และขายหมดในช่วงสามเดือนเท่านั้น ยอดขายทั้งหมด มีการบันทึกสถิติไว้ประมาณ ๕๐๐,๐๐๐ เล่ม รวมทั้งที่มีการแปลเป็นภาษาฝรั่งเศส แสดงให้เห็นว่าผู้ใหญ่ที่อ่านหนังสือได้ทั้งหมดนั้นซื้อหนังสือ Common Sense

สิ่งนี้มีความหมายอย่างไรกับ Thomas Paine เขาน่าจะได้เงินมหาศาลกับ ยอดขายซึ่งทำสถิติแบบนี้ หากเป็นคุณ จะทำอะไรกับยอดขายหนังสือซึ่งเป็น ที่นิยมชมชอบมากขนาดนี้ คุณจะเอาเงินนั้นไปซื้ออภุหาสน์หรือว่าทำอะไร แต่ Thomas Paine ได้วางแผนนำเงินกำไรทั้งหมดไปซื้อถูงมือให้กับทหารซึ่งต้อง ทำงานในอากาศที่หนาวเหน็บ

การฝึกความมีมนุษยธรรมนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องใหญ่โต สภาวะจิต แห่งการจะฝึกความมีมนุษยธรรมไม่ใช่เรื่องการทำความดี แต่อยู่ในรากฐานเบื้องลึก ว่าคุณมีอำนาจซึ่งสามารถใช้ได้ทั้งทางดีและทางร้าย เพราะฉะนั้นภาวะจิตใจ ในการฝึกความมีมนุษยธรรมที่ถูกตองนั้นจึงสถิตอยู่ในตัวเรา เมื่อเรามีการฝึก ความมีมนุษยธรรมทุก ๆ วัน นั้นจะเป็นเรื่องของทางเลือกซึ่งเราจะต้องตัดสินใจ ในทุกขณะ

ในห้องพิจารณาคดี เราพบปะกับผู้คนมากมาย ได้รับฟังเรื่องราวที่บอกถึง ความกระหาย ความหิวโหย รวมทั้งมือที่หนาวสั่น ในขณะที่ที่เรารู้สึกเห็นอกเห็นใจเขา เราก็จะมีความกล้าในการที่จะปล่อยวางอดีตและความสนใจแต่เรื่องของตนเอง และยื่นมือออกไปเพื่อจับมือของเขาซึ่งกำลังสั่นเทาอยู่

ทางเลือกเล็ก ๆ ที่เราทำในห้องพิจารณาคดีนั้นเอง ที่จะกำหนดทิศทาง ของเส้นทางอันยาวไกลของหลักนิติธรรม



สรุปคำปาฐกถาพิเศษ

เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในฐานะผู้พิทักษ์หลักนิติธรรมและมนุษยชน โดย Zühtü Arslan ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี

ท่านองค์ปาฐกได้เริ่มต้นโดยอธิบายว่า ศาลรัฐธรรมนูญปรากฏขึ้นเพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งหลักรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้น รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่รวบรวมกฎต่าง ๆ ที่เป็นกฎหมายสูงสุดในการที่จะผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ รัฐธรรมนูญนั้นเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการที่จะป้องกันปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทที่สำคัญมากในการที่จะชำระไว้ซึ่งหลักนิติธรรมและสิทธิมนุษยชน ขึ้นพื้นฐาน การที่จะให้อำนาจศาลในการทำหน้าที่เหล่านี้คือการตรวจสอบความชอบก่อนตรากฎหมายและการตรวจสอบกฎหมายหลังจากที่มีการใช้บังคับแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนที่จะตราเป็นกฎหมายนั้นมีมานานแล้วและเป็นที่เข้าใจแน่นอนว่าเป็นเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ในขณะที่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายหลังที่กฎหมายใช้บังคับแล้วและโดยเฉพาะในเรื่องของสิทธิมนุษยชนมีลักษณะที่มีพลวัตมากกว่าและมีความท้าทายอย่างมากในการที่จะสร้างความยุติธรรมในศาลรัฐธรรมนูญ ในมาตรา ๒ ของรัฐธรรมนูญของตุรกีมีการกำหนดถึงเรื่องหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรมนี้มีการพูดถึงเอาไว้อย่างชัดเจนโดย Dicey ในปี ๑๘๙๕ ซึ่งเป็นการศึกษากฎหมายว่าด้วยรัฐธรรมนูญ ท่านได้อธิบายถึงหลักการพื้นฐานของหลักนิติธรรมโดยพูดว่ามีหลักการหลายประการที่มาจากหลักนิติธรรมแรกสุดคือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด สองก็คือ ทุกคนจะถูกปกครองด้วยกฎหมายไม่ใช่ถูกปกครองโดยมนุษย์ด้วยกัน ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายเพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ทั้งหมดนี้เป็นลักษณะเฉพาะที่มาจากนิติธรรม หลักการที่สองคือ ความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย Dicey บอกว่า

ทุกคนจะมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ดังนั้นหลักการเหล่านี้ก็จะใช้ไปถึงศาลยุติธรรมและศาลปกครองด้วย หลักการที่สาม Dicey ได้พูดว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นที่มีมาของหลักนิติธรรมเท่านั้นแต่เป็นผลของหลักนิติธรรมด้วยซึ่งหมายความว่าหลักนิติธรรมจะแสดงออกได้ดีที่สุดโดยศาล หลักนี้ไม่ได้หมายถึงบทบัญญัติเท่านั้น มีความเกี่ยวข้องกันอย่างชัดเจนระหว่างหลักนิติธรรมและสิทธิมนุษยชน ความเชื่อมโยงที่ใกล้ชิดกันอย่างยิ่งระหว่างหลักนิติธรรมกับหลักสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองโดยศาลรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรมจะเป็นหลักที่ไม่สามารถแก้ไขได้ เพราะว่าเป็นหลักที่กำหนดความหมายพื้นฐานของคำว่าหลักนิติธรรม สาธารณรัฐตุรกีเป็นสาธารณรัฐที่มีความเป็นประชาธิปไตยและอยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน ดังนั้น หลักนิติธรรมที่กล่าวไว้ในมาตราสองของรัฐธรรมนูญของตุรกีนั้นอยู่บนพื้นฐานของคำตัดสินของศาลซึ่งทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมาย เห็นได้ว่าหลักสิทธิเสรีภาพและหลักพื้นฐานเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม มีหลาย ๆ กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีการตัดสินโดยใช้หลักนิติธรรม เช่น หลักความแน่นอนของกฎหมายหรือหลักการคาดการณ์ได้ล่วงหน้า ดังนั้นจึงบอกได้ว่ามีความใกล้ชิดกันอย่างมากระหว่างหลักนิติธรรมและหลักสิทธิมนุษยชน

ท่านองค์ปาฐกได้กล่าวถึงความทั่วไปเกี่ยวกับความยุติธรรมในเชิงรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายหลังเป็นพิเศษ ส่วนหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญของตุรกีและในรัฐธรรมนูญของเกาหลีคิดว่ามีความคล้ายคลึงกันมาก รัฐธรรมนูญของตุรกีได้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญปี ๑๙๖๑ และมีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีมาตรการทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งก่อนและหลังที่กฎหมายมีผลบังคับใช้ ในกรณีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญภายหลังก็จะมีการเปลี่ยนแปลงบ้างแต่เป็นการเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ที่สำคัญสามประการ ประการแรก คือ ศาลมีอำนาจที่จะตรวจสอบและควบคุมการดำเนินงานทางการเมืองของพรรคการเมือง รวมทั้งมีอำนาจยุบพรรคได้ ซึ่งหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญก็คือในกรณีที่พรรคการเมือง

ดำเนินกิจกรรมที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็จะถูกยุบพรรค ประการที่สอง ศาลมีหน้าที่ที่จะเป็นศาลอาญาสูงสุดซึ่งมีหน้าที่จะตัดสินประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี หัวหน้าส่วนราชการและผู้บังคับบัญชาทหารในระดับสูง รวมถึงตุลาการ ผู้พิพากษาระดับสูงด้วยเหตุที่เขาปฏิบัติหน้าที่มิชอบ ท้ายที่สุดศาลก็สามารถรับคำร้องจากบุคคลทั่วไปได้ด้วย ในปี ๒๐๑๐ กลไกในการร้องเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ภายหลังได้มีการแก้ไขในวรรคหนึ่งของมาตรา ๑๔๘ ของรัฐธรรมนูญเขียนไว้ว่า ทุกคนสามารถที่จะร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ด้วยเหตุที่เขาเหล่านั้นถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพ ซึ่งอยู่ภายใต้ขอบเขตของสนธิสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญของตุรกีด้วยว่าห้ามผู้มีอำนาจรัฐละเมิดสิทธิมนุษยชน ในการเริ่มต้นของการรับคำร้องของประชาชนทั่วไปในระบบกฎหมายของเรานั้น ได้เริ่มต้นเมื่อวันที่ ๒๓ กันยายน ๒๐๑๒ เป็นวันแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากประชาชนทั่วไป

ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีใช้ความพยายามอย่างมากในการที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในเวลาปกติและเวลาฉุกเฉิน ในครั้งที่ประเทศตุรกีประกาศภาวะฉุกเฉินหลังจากที่มีการทำรัฐประหารในวันที่ ๑๕ กรกฎาคม ๒๐๑๖ ได้มีการขมขู่อย่างรุนแรงกับความมีอยู่ของรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย ในวันที่ ๒๐ กรกฎาคม ๒๐๑๖ รัฐบาลของตุรกีก็ได้ประกาศภาวะฉุกเฉินเพื่อจะต่อสู้กับองค์การก่อการร้ายซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำร้องเข้ามาเป็นจำนวนมาก หลังจากวันที่มีการประกาศมาตรการฉุกเฉิน

นับจากวันที่ ๑๕ กรกฎาคม ๒๐๑๖ ถึงปัจจุบัน ศาลได้รับคำร้อง ๑๑๘,๐๐๐ คำร้อง ซึ่งคำร้องนี้สามารถแบ่งได้ออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ประเภทแรกเกี่ยวข้องกับมาตรการที่มีการออกรัฐกำหนดในการที่จะให้ถอดถอนเจ้าหน้าที่ข้าราชการ อย่างที่สอง เป็นเรื่องของการตัดสินให้คุมขัง ในการนี้ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนมาตรการฉุกเฉินของรัฐ นอกจากนี้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบ และมีคำร้องประมาณ ๗๒,๐๐๐ คำร้อง ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคำร้อง

เนื่องจากคำร้องเหล่านี้ไม่ได้ผ่านการเยียวยาจากวิธีการทางกฎหมายตามปกติก่อน ดังนั้นคำร้องเหล่านี้จำเป็นที่จะต้องส่งไปยังคณะกรรมการดังกล่าว คำตัดสินของคณะกรรมการเหล่านี้ก็จะไปอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองซึ่งสุดท้ายแล้วอาจจะถูกส่งไปที่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ คำร้องเหล่านี้จะถูกแบ่งออกเป็นหลายประเภทขึ้นอยู่กับสถานะและสถานการณ์ของผู้ร้องและศาล จะแบ่งออกเป็นกลุ่มต่าง ๆ ซึ่งจะรวมถึงบุคคลที่ถูกขัง ผู้ที่มีส่วนร่วมในการพยายามที่จะทำรัฐประหาร อดีตศาล และอดีตตุลาการ รวมทั้งสมาชิกของรัฐสภา รวมทั้งนักการเมืองต่าง ๆ และนักหนังสือพิมพ์

ปัจจุบันมีคำร้องที่ค้างอยู่ในศาลประมาณ ๖,๕๐๐ คำร้อง ตั้งแต่วันที่ ๑๕ กรกฎาคม ๒๐๑๖ ถึงปัจจุบัน ศาลพบว่ามีกรณีละเมิดสิทธิมนุษยชนประมาณ ๑,๓๐๐ คำร้อง ซึ่งส่วนใหญ่ของคำร้องเหล่านี้จะเป็นการร้องว่ามีการตัดสินที่ไม่ถูกต้องในส่วนของสิทธิในชีวิต สิทธิในทรัพย์สิน การถูกทรมาน สิทธิในความเป็นส่วนตัว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำตัดสินคำร้องเหล่านี้มากกว่า ๕๐ เปอร์เซ็นต์ในปี ๒๐๑๒ จำนวนทั้งหมดของคำร้องในช่วงของที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินมีประมาณ ๑๐๒,๐๐๐ คำร้อง ดังนั้น ศาลได้มีการตรวจสอบคำร้องทั้งหมด ๘๖ เปอร์เซ็นต์ หลังจากที่ได้มีการพยายามในการทำรัฐประหาร ส่วนคำร้องที่ยังค้างอยู่ที่ศาลนั้นมีอยู่ประมาณ ๓๙,๐๐๐ คำร้อง ซึ่งก็เป็นจำนวนมากที่ทำให้มีความท้าทายเป็นอย่างมากในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ และอีก ๙,๕๐๐ คำร้อง ที่มีความเกี่ยวข้องกับมาตรการฉุกเฉิน สถิติเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีมีบทบาทเชิงรุกและใช้ความพยายามอย่างมากในการที่จะพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสิทธิมนุษยชนระหว่างที่ประเทศมีภาวะฉุกเฉินคือถึงแม้ว่าจะมีจำนวนคำร้องจำนวนมาก ศาลรัฐธรรมนูญก็พยายามที่จะปฏิบัติหน้าที่ให้ทัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลจะพยายามให้ความสำคัญกับเรื่องที่มีความสำคัญเป็นหลักอย่างเช่นเรื่องเสรีภาพในการพูด ในเรื่องของการยื่นข้อร้องเรียนในเรื่องเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญเป็นการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพก่อนที่จะมีการยื่นข้อร้องเรียนไปยังศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

เหตุผลในการที่จะแนะนำระบบที่เป็นการลดในเรื่องจำนวนของข้อร้องเรียนและการละเมิดของตุรกีก่อนที่จะไปยังศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European court of human rights) ที่ Strasbourg เนื่องจากจำนวนข้อร้องเรียนซึ่งส่งมาที่ศาลตุรกีก่อนไปที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปนั้นมีจำนวนลดลงอย่างมากและเป็นกรณีของการชี้ขาดในเรื่องของการละเมิดสิทธิต่าง ๆ ซึ่งทางด้านของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีจะดูในเรื่องการละเมิดอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้น และทางด้านศาลรัฐธรรมนูญก็มีการพิจารณาในเรื่องนี้ด้วย ซึ่งถือว่าเป็นภาระผูกพันทางรัฐธรรมนูญที่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องของจำนวนของข้อร้องเรียนซึ่งมาจากปัจเจกชนต่าง ๆ อย่างแรกสุดนั้นตุรกีนั้นเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ตั้งแต่ปี ๑๙๕๐ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นตุรกีเป็นสมาชิกผู้ก่อตั้งกับทางด้านของยุโรปมีการให้สัตยาบันตั้งแต่ปี ๑๙๕๔ สำหรับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้มีการผูกมัดทางด้านเจ้าหน้าที่ของรัฐในตุรกี เหตุผลข้อที่สอง ต้องพิจารณาอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เช่นนี้ เนื่องจากวรรคสุดท้ายของมาตรา ๘๐ ของรัฐธรรมนูญกำหนดว่า ถ้ามีความขัดแย้งระหว่างสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนกับกฎหมายในประเทศของตุรกีแล้ว จะถือว่าสิทธิมนุษยชนมีสิทธิดีกว่า ทางด้านของศาลรัฐธรรมนูญนั้นให้ความสำคัญกับอนุสัญญาฉบับนี้เป็นอย่างมาก รวมทั้งทางด้านของสนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับอื่นว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สิ่งสำคัญที่สุดก็คือต้องพิจารณาในเรื่องของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งทางด้านของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป เนื่องจากมาตรา ๑๔๘ ของรัฐธรรมนูญของตุรกีที่เกี่ยวข้องกับการยื่นข้อร้องเรียนนั้นได้มีการพูดถึงอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไว้อย่างชัดเจนว่าเกี่ยวข้องกัน

ในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพก็ได้รับการปกป้องตามอนุสัญญาของยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งมีเหตุผลเชิงปฏิบัติในการที่จะต้องมีการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องอาจจะมีการละเมิดและส่งไปสู่ในส่วนของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ซึ่งก็เกี่ยวข้องับระบบของการร้องเรียนตามวิธีพิจารณา ทั้งนี้เพื่อลดจำนวนคดีต่าง ๆ

ก่อนที่คดีนั้นจะขึ้นไปสู่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปนั้นมีความสำคัญมาก ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมาพิจารณารวมทั้งศาลอื่นในตุรกีก็ต้องพิจารณาด้วยในเรื่องของคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป เพราะฉะนั้นความสำเร็จและประสิทธิภาพของการยื่นข้อร้องเรียนของปัจเจกชนของศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีนั้นได้รับการตระหนักโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปในหลายคดีด้วยกัน โดยศาลได้มีการชี้แจงอย่างชัดเจนว่าระบบของการเยียวยาของข้อร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญในตุรกีนั้นมีประสิทธิภาพ อย่างเช่นในกรณีของ Hasan Uzan กับทางตุรกี

ท่านองค์ปาฐกถาอธิบายว่า การยื่นข้อร้องเรียนนั้นจำเป็นต้องมีมาตรการการเยียวยาที่เหมาะสมก่อนที่จะมีการยื่นข้อร้องเรียนไปยังทางด้านของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป หลักการของการเสริมอำนาจปกครองนั้นอาจจะสร้างความตึงเครียดระหว่างทางด้านของศาลสิทธิมนุษยชนภูมิภาค อย่างเช่นศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปกับทางด้านของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศนั้น ๆ นี่เป็นคดีในระดับประเทศ ลักษณะของการเสริมอำนาจการปกครองซึ่งเกี่ยวข้องกับมาตรการการเยียวยาข้อร้องเรียนนั้นอาจจะก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลอื่น ๆ ทางด้านของศาลยุติธรรมอื่น ๆ ในบางคดีนั้นอาจจะแสดงความไม่เต็มใจในการที่จะให้เกียรติกับทางด้านของการตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าคำตัดสินที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นอาจจะไม่มีการบังคับใช้อย่างเหมาะสม ความสำเร็จและประสิทธิภาพของการเยียวยาของข้อร้องเรียนของรัฐธรรมนูญนั้นได้มีการตรวจสอบในคำตัดสินสองคำตัดสินในวันที่ ๑๑ มกราคมปี ๒๐๑๘

เมื่อเร็ว ๆ นี้ศาลรัฐธรรมนูญพบว่าการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ความมั่นคงส่วนบุคคล รวมทั้งเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเกี่ยวข้องกับการคุมตัวนักหนังสือพิมพ์สองคนก่อนส่งฟ้องศาล ในกรณีนี้ผู้ยื่นข้อร้องเรียนนั้นได้ถูกจับกุมและถูกกักตัวไว้ระหว่างที่มีความพยายามที่จะทำรัฐประหารในวันที่ ๑๕ กรกฎาคมสำหรับความผิดที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายศาลได้พบว่าเจ้าหน้าที่ที่ทำการ

สอบสวนนั้นล้มเหลวในการแสดงหลักฐานที่เป็นข้อเท็จจริงหรือหลักฐานที่เป็นรูปธรรมนอกเหนือไปจากบทความที่อยู่ในหนังสือพิมพ์ รวมทั้งทางด้านข้อมูลจากโทรทัศน์และทางด้านของหลักฐานก็ไม่มีเพียงพอที่จะได้ข้อสรุปที่ระบุดังกล่าวกระทำความผิดซึ่งก็ถือว่าเป็นข้อกำหนดเบื้องต้นตามรัฐธรรมนูญในเรื่องของการที่จะกักตัวไว้ก่อนส่งฟ้องศาล ศาลรัฐธรรมนูญได้มีการทบทวนการควบคุมตัวไว้ภายใต้บทบัญญัติของภาวะฉุกเฉินก็คือมาตรา ๑๕ ของรัฐธรรมนูญแล้วสรุปว่าไม่มีเหตุผลอย่างเพียงพอที่จะมีการควบคุมตัวไว้ หมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญนั้นพบว่ามาตรการของการควบคุมตัวก่อนส่งฟ้องศาลนั้นเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วน แม้ว่าตอนนั้นอยู่ในภาวะฉุกเฉิน

ทางด้านของศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้มีการส่งคำพิพากษาไปยังศาลชั้นต้น รวมทั้งได้มีการสั่งให้มีการดำเนินการที่จำเป็นเพื่อเยียวยาการละเมิดที่เกิดขึ้น โดยที่ไม่มีการระบุดังในเรื่องที่จะมีการดำเนินการตามหลักการตามรัฐธรรมนูญทางด้านของผู้ที่ยื่นข้อร้องเรียนและทางด้านของผู้ที่ได้ร้องเรียนนั้นก็มีการร้องให้มีการปล่อยตัวต่อหน้าศาลที่มีอำนาจที่เกี่ยวข้อง ศาลชั้นต้นนั้นได้มีการกำหนดจุดยืนทางกฎหมายและปฏิเสธคำร้องที่จะให้มีการปล่อยตัว ปฏิเสธที่จะมีการปล่อยตัวนักหนังสือพิมพ์ที่ถูกควบคุมตัวไว้โดยการโต้แย้งว่าศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้มีการประเมินหลักฐานในสำนวนคดีโดยการกระทำการเกินอำนาจที่มีการตัดสินว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญและกฎหมาย เพราะฉะนั้น จึงนำไปสู่คำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญที่ทางศาลชั้นต้นไม่ปฏิบัติตามในกรณีของศาลชั้นต้นที่ตัดสินแบบนี้ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน เพราะว่าการตัดสินในอดีตที่ผ่านมา คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีอย่างไรศาลอื่นก็จะปฏิบัติตามและก็มีมีการปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังเอาไว้ กรณีนี้เป็นครั้งแรกที่ศาลยุติธรรมอื่น ๆ ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา ไม่ยึดตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้มีการบังคับให้มีการปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังที่ร้องเรียน คำว่าการเยียวยานั้นจำเป็นที่ต้องมีการแปลความหมายว่าจะมีการเยียวยาให้กับทางด้านของผู้ร้องเรียนอย่างไร หลังจากนั้นผู้ร้องเรียนได้ยื่นข้อร้องเรียนใหม่ว่า

มีการละเมิดสิทธิเนื่องจากไม่มีการทำตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาข้อร้องเรียนใหม่นี้อย่างเร่งด่วน ศาลเริ่มต้นทำการวิเคราะห์โดยระบุตัวชี้วัดอย่างชัดเจน ในเรื่องของการกระทำความผิดนั้นถือว่าเป็นข้อกำหนดที่สำคัญในการควบคุมตัวก่อนส่งฟ้องศาลเพราะเป็นข้อบังคับของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบเงื่อนไขขั้นต้นในการพิจารณาสำหรับผู้ร้องเรียน

เกี่ยวกับข้อหาที่ทำให้เกิดการควบคุมตัว การตัดสินใจในอดีตที่ผ่านมาที่มีการวิพากษ์วิจารณ์ตั้งข้อสงสัยว่าเพียงพอหรือไม่สำหรับการควบคุมตัวอย่างไรก็ตาม ศาลก็มีการเน้นย้ำว่ามาตรา ๑๕๓ ของรัฐธรรมนูญกำหนดว่าการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นถือเป็นที่สุดและผูกพันทุกองค์กรให้ต้องปฏิบัติตาม การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ หมายความว่า ทางศาลยุติธรรมอื่นต้องยึดตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญรวมทั้งศาลก็มีการเน้นย้ำด้วยการบังคับคดีตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิ่งสำคัญ กล่าวคือว่าในเรื่องเกี่ยวข้องกับสิทธิที่จะได้รับการพิพากษาตามหลักนิติธรรม

ท่านองค์ปาฐกชี้ให้เห็นว่า ตามหลักนิติธรรม ศาลที่อยู่ต่ำกว่าจำเป็นต้องมีการดำเนินการด้วยความซื่อสัตย์ที่จะยึดตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แทนที่จะตั้งคำถามในเรื่องของหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หลังจากนั้นศาลได้มีการประเมินกรณีแวดล้อมโดยเฉพาะของคดีในปัจจุบันและสรุปว่าผู้ร้องเรียนนั้นจะต้องถูกปล่อยตัวเมื่อมีการยึดตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลที่เกี่ยวข้องได้มีคำสั่งให้ปล่อยตัวผู้ร้องเรียนทันที กรณีที่เกิดขึ้นของการไม่ทำตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้มีการแก้ไขให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ทางด้านของศาลชั้นต้นนั้นก็ได้มีการทำตามคำพิพากษาคั้งที่สองของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นประสิทธิภาพของการเยียวยาตามระบบการร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญนั้นได้มีการยืนยันไว้ ฉะนั้น จำเป็นต้องมีการเสริมสร้างความแข็งแกร่งในการปฏิบัติตามหลักนิติธรรมซึ่งก็เป็นผลที่เกิดขึ้นได้ตามกฎหมาย

ในส่วนสุดท้ายได้กล่าวถึงการตอบสนองของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ซึ่งก็เกี่ยวข้องกับการพูดคุยทางกฎหมายในเรื่องของคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลผูกมัดเมื่อผู้ร้องเรียนนั้นมีการยื่นเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องของข้อกล่าวหาว่ามีการละเมิดสิทธิ มีการยื่นข้อร้องเรียนไปที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเช่นเดียวกัน แล้วก็มีการอ้างถึงสิทธิในเรื่องของความปลอดภัยส่วนตัว รวมทั้งสิทธิในการที่จะมีเสรีภาพในการพูดซึ่งถูกละเมิด ในคำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปมีการปฏิเสธท่าทีของศาลชั้นต้นซึ่งไม่ยืนตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปนั้นได้ประกาศว่าเนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในตุรกีถือว่าเป็นที่ยุติและมีข้อผูกพันเพราะฉะนั้นก็เลยมีการเยียวยาการละเมิดตามมาตรา ๕ ของอนุสัญญาซึ่งรับหลักการในเรื่องของสิทธิในเรื่องของเสรีภาพส่วนบุคคล ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้ชี้ให้เห็นว่า ความล้มเหลวของศาลอื่นในการปล่อยตัวผู้ร้องเรียนในการที่จะทำตามการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีการทำตามและเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับหลักการขั้นต้นในเรื่องของหลักนิติธรรม รวมทั้งความแน่นอนทางกฎหมายสำหรับศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

หลักการต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ได้อยู่ในแค่มาตรา ๕ ของอนุสัญญาเท่านั้น แต่ว่าอยู่ในทุก ๆ มาตราของอนุสัญญาและถือว่าเป็นเสาหลักที่สำคัญในการรับประกันไม่ให้มีการกระทำตามอำเภอใจอย่างที่เรารู้ได้เห็นแล้วในคำนิยามของหลักนิติธรรม โดย Dicey มีมาตรการในการต่อต้านการกระทำตามอำเภอใจนี้ถือว่าเป็นลักษณะของหลักการของหลักนิติธรรมและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปนั้นได้มีข้อสรุปว่าการกักตัวก่อนส่งฟ้องศาลของผู้ร้องเรียนหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำพิพากษาแล้วถือว่าไม่เป็นที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นไปตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ตามที่มีการกำหนดไว้ในเรื่องของสิทธิที่จะต้องได้รับการคุ้มครองโดยมาตรา ๕ ของอนุสัญญา และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปนั้นก็ได้มีการเน้นย้ำถึงข้อเท็จจริงว่าทางด้านผู้ร้องเรียนนั้นได้ถูกกักตัวไว้หลังจากที่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญออกมาแล้ว ก่อให้เกิดข้อสงสัยในเรื่องของประสิทธิภาพของระบบของการยื่นข้อร้องเรียนในตุรกี

อย่างไรก็ตาม ศาลยุโรปนั้นไม่ได้เบี่ยงเบนจากข้อสรุปในขั้นต้นว่า หากระบบของการร้องเรียนเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญนั้นยังคงเป็นมาตรการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพก่อนที่จะมีการยื่นเรื่องไปที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ในบทสรุปนั้น อาจจะบอกว่าระบบของการยื่นข้อร้องเรียนเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญในตุรกีนั้นก็ยังคงสามารถทำได้ตามเป้าประสงค์ ถือว่าประสบความสำเร็จและมีประสิทธิภาพ ระบบนั้นมีการจัดทำขึ้นมาเพื่อปกป้องและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนโดยการที่จะแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชนภายใต้พรมแดนของตุรกี และก็เพื่อเป็นการลดจำนวนคดีที่จะขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้มีการตรวจสอบและก็มีการจัดการกับข้อร้องเรียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพราะฉะนั้น มาตรการการเยียวยานี้จะต้องมีการใช้ก่อนที่คดีจะขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ซึ่งก็เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีความมุ่งมั่นในการที่สร้างความมั่นใจว่ามีการปฏิบัติตามหลักนิติธรรมรวมทั้งสิทธิมนุษยชนโดยอยู่ภายใต้พรมแดนของรัฐธรรมนูญ

สรุปคำปาฐกถาพิเศษ
เรื่อง ความยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ : หลักการ
และแนวทางปฏิบัติในประเทศอินโดนีเซีย
โดย Dr.Anwar Usman
ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

ท่านองค์ปาฐกได้กล่าวถึงเรื่องความยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญและหลักปฏิบัติในประเทศอินโดนีเซียว่า สาธารณรัฐอินโดนีเซียได้สถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นเมื่อวันที่ ๑๘ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๕๕ ซึ่งเป็นวันหลังจากวันที่ประเทศอินโดนีเซียได้ประกาศเอกราช รัฐธรรมนูญอินโดนีเซียประกอบด้วยสองส่วน ส่วนแรกเป็นอารัมภบทและส่วนที่สองเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในส่วนของอารัมภบทรัฐธรรมนูญปี ๑๙๕๕ ได้กล่าวถึงจิตวิญญาณของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ วัตถุประสงค์และอุดมคติของการต่อสู้เพื่อเอกราชของชาวอินโดนีเซีย รวมไปถึงพื้นฐานอุดมคติของรัฐ ความพยายามที่จะเป็นเอกราชของรัฐซึ่งเรียกว่า “Pancasila” (ปัญจศีล) ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของอินโดนีเซียครอบคลุมสิทธิและเสรีภาพพื้นฐาน หน้าที่ โครงสร้างอำนาจและการจำกัดการใช้อำนาจรัฐต่อประชาชนด้วย เมื่อได้เอกราชมานั้น อินโดนีเซียยังไม่สามารถก่อตั้งรัฐที่เป็นประชาธิปไตยขึ้นมาได้ แต่มีความพยายามที่จะทำให้กฎหรือหลักนิติธรรมกลายเป็นความจริง ในอารัมภบทในปี ๑๙๕๕ นั้น หลักของนิติธรรมได้รับการกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า “เอกราชของอินโดนีเซียเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย” และนี่ก็เป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียด้วย

การนำหลักนิติธรรมเข้ามาอยู่ในรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๑(๓) ในทางทฤษฎีนั้นเราเรียก “Negara Hukum” ซึ่งแปลว่า “หลักนิติธรรม” หรือ “นิติรัฐ” คำศัพท์ทั้งสองคำนี้มีความแตกต่างกันในทางพื้นฐานของกฎหมายและทางประเพณีรวมถึงการสร้างสถาบันที่แตกต่างกันด้วย อย่างไรก็ตาม ทั้งสอง

หลักการนี้ก็มีความเหมือนกันอยู่ซึ่งหมายถึงหลักการที่พิทักษ์สิทธิมนุษยชน
ขั้นพื้นฐาน รวมไปถึงการที่มีองค์การยุติธรรมที่มีความยุติธรรมและมีความเป็น
อิสระในเรื่องทั่ว ๆ ไป

หลักนิติรัฐมีการรับมาจากประเทศในยุโรปภาคพื้นทวีปที่ใช้ระบบประมวล
กฎหมาย (Civil law) ในขณะที่หลักนิติธรรมส่วนใหญ่จะมาจากประเทศในกลุ่ม
แองโกล แซกซอน (Anglo Saxons) ที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common
law) ดังนั้น ในการที่จะใช้บังคับกฎหมายเหล่านี้ ประเทศที่ใช้ระบบประมวล
กฎหมายมักจะมุ่งเน้นไปที่การบริหารการปกครองหรือว่ามุ่งเน้นไปที่ตัวบทบัญญัติ
ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี จะเน้นไปที่การดำเนินงาน
ของฝ่ายยุติธรรม นอกจากนี้ แนวคิดหลักของหลักนิติรัฐก็จะให้ความสำคัญกับ
กฎหมายลายลักษณ์อักษร นำมาสู่การใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมายนั้น ในขณะที่
กฎหมายตามหลักนิติธรรมในฝ่ายของระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะให้ความสำคัญ
สำคัญกับหลักพื้นฐานของความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย โดยศาลยุติธรรม
เป็นผู้ทำหน้าที่ในการสร้างกฎหมายที่มีความยุติธรรมขึ้นมา

อินโดนีเซียมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญปี ๑๙๕๕ ในปี ๑๙๙๙ ถึง ๒๐๐๒
รัฐธรรมนูญกล่าวถึงหลักนิติธรรมอย่างชัดเจน ทำให้รู้สึกว่าคุณอินโดนีเซียได้รับ
หลักนิติธรรมเข้ามาเหมือนกับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายประเทศอื่น ๆ
อย่างไรก็ดี ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา ๑ (๓) นั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า
ประเทศอินโดนีเซียเป็นประเทศที่อยู่บนพื้นฐานของการปกครองโดยหลักนิติธรรม
มีการบัญญัติหลักการของหลักนิติธรรมไว้ในหลักกฎหมายของประเทศอินโดนีเซีย
อย่างชัดเจน ยิ่งไปกว่านั้นหลักนิติธรรมได้เข้ามาอยู่ในระบบกฎหมายที่มีการ
บูรณาการร่วมกัน ปรับใช้ และพัฒนาไปตามความต้องการที่เกิดขึ้นในภายหลัง
จะเห็นได้ว่ากฎหมายของอินโดนีเซียได้วางอยู่บนพื้นฐานของความมั่นคงแห่ง
นิติฐานะซึ่งรวมไปถึงหลักการสำคัญของหลักนิติธรรม ในขณะที่มีการยอมรับ
ความรู้สึกของความยุติธรรมที่มาจากหลักนิติธรรมพื้นฐานด้วย ซึ่งรวมไปถึง
กฎหมายลายลักษณ์อักษรและวิธีพิจารณาต่าง ๆ ที่อยู่บนพื้นฐานของการดำรงไว้
ซึ่งความยุติธรรม

หลักการพื้นฐานสำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของระบบกฎหมายอินโดนีเซีย คือหลักการที่ชื่อว่า “Pancasila” (ปัญจศีล) ซึ่งเป็นการผสมผสานระหว่างหลักนิติรัฐของระบบประมวลกฎหมาย และหลักนิติธรรมของระบบคอมมอนลอว์ รวมถึงประเพณี ศาสนา และกฎหมายศาสนาด้วย ดังนั้นภายใต้หลักการ Pancasila นั้น กฎหมายจะมีมิติและมีทิศทางที่นำไปสู่ความยุติธรรม Pancasila เป็นสาระสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายของประเทศอินโดนีเซีย ภายใต้บริบทเหล่านี้ Pancasila จึงกลายเป็นอุดมคติในการใช้กฎหมายของประเทศอินโดนีเซีย

โดยทั่วไปแล้วอุดมคติในทางกฎหมายแปลได้ในสองรูปแบบ รูปแบบที่หนึ่งคือ วัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งหมายถึงอุดมคติในทางกฎหมายที่มีการปรับใช้กับสังคมอย่างเหมาะสม และรูปแบบที่สอง Pancasila หมายถึงอุดมคติที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่ต้องการวางรูปแบบและกิจกรรมในทางกฎหมายเพื่อให้เกิดสังคมอุดมคติขึ้น ดังนั้น หลักการ Pancasila จึงกลายเป็นกฎหมายพื้นฐานของประเทศอินโดนีเซีย ซึ่งผูกพันการตรากฎหมายของอินโดนีเซียด้วย เพราะว่าการกฎหมายเป็นการแสดงวัตถุประสงค์ของ Pancasila และ Pancasila เป็นที่มาของกฎหมายทั้งหมดของประเทศอินโดนีเซีย ยิ่งไปกว่านั้นแล้ว Pancasila ยังเป็นต้นทางและปลายทางของประเทศอินโดนีเซียด้วย

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอินโดนีเซียนั้นจัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ ๑๓ สิงหาคม ค.ศ. ๒๐๐๓ ถือว่าเป็นผู้ปกป้องและผู้ตีความหมายของรัฐธรรมนูญ เป็นผู้ปกป้องสิทธิตามรัฐธรรมนูญของพลเมือง รวมทั้งเป็นผู้บังคับใช้ทางด้านอุดมการณ์ของรัฐ ในฐานะที่เป็นอุดมการณ์ของประเทศอินโดนีเซีย Pancasila ถือว่าเป็นส่วนสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. ๑๙๔๕ อันเป็นที่มิรัฐธรรมนูญฉบับแรกของอินโดนีเซีย หลักการ Pancasila นั้นเป็นบรรทัดฐานของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ดังนั้น การบังคับใช้รัฐธรรมนูญนั้นเทียบได้กับการรักษาไว้ซึ่งอุดมการณ์ของรัฐ

อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปแล้วการบังคับใช้กฎหมายและรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องตรงกับองค์ประกอบหลายประการด้วยกัน ถ้ากล่าวอ้างถึงวิธีการของ Friedman นั้น การบังคับใช้กฎหมายต้องเป็นไปตามองค์ประกอบของกฎหมายซึ่งประกอบไปด้วยโครงสร้างสารบัญญัติและวัฒนธรรมของการใช้กฎหมาย ผู้บังคับใช้กฎหมายซึ่งเป็นส่วนของโครงสร้างของกฎหมายนั้นมีบทบาทที่สำคัญที่สุดในเรื่องที่จะรับเอาความคิดทางกฎหมายหรือว่าระบบกฎหมายไปใช้ ผู้บังคับใช้กฎหมายก็จำเป็นต้องมีความเข้าใจที่ดียิ่งในเรื่องของการยึดหลักของกฎหมาย ต้องมีความซื่อสัตย์ และมีความกล้าหาญในการพิจารณาคุณค่าของความยุติธรรมเพื่อระงับข้อพิพาททางกฎหมายต่าง ๆ ที่อยู่ในเงื้อมมือของผู้บังคับใช้กฎหมาย ธรรมชาติของกฎหมายนั้นจะต้องมีการแสดงออกมา และในเมื่อนั้นก็มีการผูกพันในการที่ต้องดำเนินการตามหลักการความยุติธรรมซึ่งฝังอยู่ในความคิดและระบบของกฎหมายอย่างดีที่สุด

ปัญหาทางกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายและรัฐธรรมนูญที่พบบ่อยคือ คุณค่าทางกฎหมายที่สูงส่งนั้นอาจจะไม่ตรงกับจิตสำนึกของผู้บังคับใช้กฎหมาย การขาดจิตสำนึก ขาดความซาบซึ้งในความหมายทางปรัชญาของคุณค่าที่สูงส่งนั้นทำให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายโดยไม่มี ความยุติธรรม ในสถานการณ์นี้การมีกฎหมายโดยไม่มี ความยุติธรรมก็เหมือนกับร่างที่ไร้วิญญาณ ในบริบทนี้ภายใต้ความคิดของการบังคับใช้กฎหมายในประเทศอินโดนีเซียมีความพยายามในการจะชุบชีวิตและปรับวิญญาณแห่ง Pancasila ให้กลับเข้าสู่ร่างที่เคยไร้วิญญาณนั้น เพื่อให้ Pancasila เป็นอุดมการณ์ทางกฎหมายสำหรับเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายซึ่งต้องมีความยั่งยืน การปรับเปลี่ยนคุณค่าของ Pancasila นั้น ถือว่าเป็นกระบวนการที่พบในการบังคับใช้กฎหมายของประเทศอินโดนีเซียซึ่งเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ จุดประสงค์หลักก็คือเพื่อให้แน่ใจว่าคุณค่าของ Pancasila นั้นจะฝังรากลึกอยู่ในกระบวนการบังคับใช้กฎหมายทุกชั้นตอน

ท่านองคมนตรีปาฐกถาอธิบายถึงหลักการ Pancasila ภายใต้กรอบของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

ในข้อแรก Pancasila เป็นปรัชญาและอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐซึ่งประกอบไปด้วยเจตนารมณ์และอุดมการณ์ของผู้ต่อสู้เพื่ออิสรภาพและก่อตั้งประเทศอินโดนีเซีย ถือว่าเป็นต้นทางที่จะรวมประเทศเป็นหนึ่งเพื่อที่จะได้มาซึ่งอิสรภาพ

ข้อที่สอง Pancasila เป็นหลักการของรัฐอินโดนีเซียซึ่งจะช่วยให้รัฐเป็นสังคมพหุนิยม เนื่องจากอินโดนีเซียนั้นมีความหลากหลายของเชื้อชาติ ศาสนา และกลุ่มชนต่าง ๆ เพื่อรักษาไว้ซึ่งสิทธิมนุษยชนภายใต้รัฐซึ่งเป็นประชาธิปไตย เพื่อให้บรรลุถึงสวัสดิการสังคมรวมทั้งความยุติธรรมสำหรับทุกคนในสังคม

ข้อที่สาม Pancasila นั้นถือว่าเป็นพื้นฐานทางกฎหมายของความเป็นรัฐเดี่ยวของสาธารณรัฐอินโดนีเซียที่สะท้อนอยู่ในอารัมภบทในรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. ๑๙๕๕ ที่ว่า อิสรภาพของประเทศขึ้นอยู่กับรัฐรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียซึ่งอำนาจอธิปไตยของประชาชนนั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อในพระเจ้า ซึ่งมีหนึ่งเดียว ความยุติธรรมรวมทั้งมนุษยธรรมซึ่งมีอารยธรรมความเป็นหนึ่งเดียวของประเทศอินโดนีเซีย มีชีวิตในแนวทางที่ยึดประชาธิปไตยซึ่งอยู่ภายใต้ภูมิปัญญาของการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นร่วมกันของผู้แทนของประชาชน เพื่อจะได้บรรลุถึงความยุติธรรมทางสังคมสำหรับประชาชนทุกคนในประเทศอินโดนีเซีย

ข้อที่สี่ Pancasila เป็นจุดประสงค์ของประเทศอินโดนีเซียเพื่อบรรลุความยุติธรรมทางสังคมซึ่งมีความเจริญรุ่งเรืองในวิถีประชาธิปไตยซึ่งยอมรับความแตกต่าง ความหลากหลายของเชื้อชาติ ศาสนา และกลุ่มชนต่าง ๆ



การอภิปราย

เรื่อง บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม
โดย

Zühtü Arslan ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี
Lee Jin-sung ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี และ
Anwar Usman ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย
ดำเนินรายการโดย รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต

การประชุมทางวิชาการ เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ ๒๐ ปี
วันที่ ๑๐ เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๑
ณ โรงแรมเพนนินซูล่า กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย

ท่านผู้มีเกียรติทุกท่าน ขอต้อนรับเข้าสู่ส่วนสุดท้ายของการประชุมวิชาการครับ ในกรณีที่ท่านผู้ใดมีคำถามก็ถามต่อได้ครับ เมื่อเช้านี้เราได้ฟังการปาฐกถาพิเศษของท่านประธานศาลแต่ละประเทศ โดยกระผมเองตอนนี้ก็มีความสงสัยในหลายประเด็นและอยากจะถามในช่วงบ่าย ถ้าหากท่านใดมีคำถามโปรดส่งคำถามให้เจ้าหน้าที่ที่เดินอยู่รอบห้องนี้ โดยโบกมือทำสัญญาณเรียกเจ้าหน้าที่ได้เลยครับ เจ้าหน้าที่ทุกคนพร้อมรอรับคำถามจากทุก ๆ ท่านอยู่ครับ

รศ.ดร.ณรงค์เดช: ผมขอเริ่มคำถามแรกเกี่ยวกับบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้พิทักษ์ในหลักนิติธรรมครับ คำถามแรก ขอเรียนถามประธานศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีก่อนว่า ในช่วงเช้า ท่านได้พูดถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ อยากเรียนถามท่านว่า รัฐธรรมนูญตุรกีกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เช่นไรครับ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี: ขอขอบคุณสำหรับคำถาม คำถามนี้เกี่ยวข้องกับ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นี่คือการป้องกันตัวเองของรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญตุรกีนี้มีบทบัญญัติบางประการ

ที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ อันได้แก่ บทบัญญัติมาตรา ๑ มาตรา ๒ และมาตรา ๓ ของรัฐธรรมนูญ แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ แม้กระทั่งจะเสนอให้แก้ไขมาตราหนึ่ง มาตราใดก็ไม่ได้

มาตรา ๑ ว่าด้วยความเป็นสาธารณรัฐของประเทศตุรกี มาตรา ๒ กล่าวว่า มีลักษณะบางประการของสาธารณรัฐตุรกี หลักนิติธรรม หลักสิทธิมนุษยชน และหลักสังคมสวัสดิการ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของสาธารณรัฐตุรกีที่ไม่อาจแก้ไขได้ ส่วนมาตรา ๓ นี้เป็นเรื่องความเป็นรัฐเดี่ยวของสาธารณรัฐตุรกีที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ มาตรา ๔ พูดว่าทั้ง ๓ มาตราข้างต้น ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ อาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติที่ไม่สามารถที่จะแก้ไขได้นี้ เราก็มารู้เหมือนกันว่า ใครจะมีอำนาจมาก ถึงขนาดที่จะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติทั้ง ๓ บทบัญญัตินี้ได้ เพราะรัฐธรรมนูญห้ามไว้

มันมีความเป็นไปได้ที่จะมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญว่า เนื้อหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในความเป็นจริง มีการใช้อำนาจที่จำกัดมาก ส่วนใหญ่แล้ว ศาลจะเข้าควบคุมตรวจสอบเฉพาะในเชิงรูปแบบ และกระบวนการเท่านั้น ส่วนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขได้นั้น รัฐธรรมนูญของประเทศอื่นในหลายประเทศก็มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันนี้

เป็นไปได้หรือไม่ว่า จะมีการขอให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยการเสนอ ให้แก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ๓ มาตรา ที่ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้ดังกล่าว ผมขอตอบว่า เป็นเรื่องของการควบคุมพรรคการเมืองที่ครองเสียงข้างมากในสภา ซึ่งเป็นรัฐบาลที่ต้องการกระทำการบางอย่างที่แตกต่างจากสิ่งที่ปรากฏใน รัฐธรรมนูญปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ดี ในช่วงที่ผ่านมา ยังไม่เคยมีการแก้ไขมาตราดังกล่าว พรรคการเมืองอาจจะเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม พรรคการเมืองเหล่านั้นก็จะถูกต่อต้านอย่างมากจาก ประชาชน ผมคิดว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญทั้ง ๓ มาตรานี้

ไม่อาจกระทำได้เลย นอกจากนี้แล้ว รัฐธรรมนูญยังมีบทบัญญัติที่เป็นการลงโทษพรรคการเมือง หรือคนที่ต้องการจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ๓ มาตรานี้อีกด้วย พรรคการเมืองเหล่านี้อาจจะถูกยุบพรรคได้ เพราะถือว่าพรรคการเมืองได้กระทำการที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังเคยมีกรณีที่กระทำการขัดต่อหลักกฎหมายพื้นฐานหรือหลักการเคารพอธิปไตยของปัจเจกบุคคล เคยมีพรรคการเมืองที่ถูกยุบพรรคไปเนื่องจากเคยเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติม ๓ มาตรา

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ตามที่ผมรับทราบมา เคยมีพรรคการเมืองตุรกีจำนวนมากที่ถูกยุบพรรคไป เนื่องจากมีนโยบายต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าต้องเป็น “รัฐฆราวาส” โดยจะเปลี่ยนเป็น “รัฐศาสนา” กล่าวเจาะจงก็คือ “รัฐอิสลาม” ขอให้ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกีโปรดช่วยขยายความในเรื่องนี้อีกสักหน่อยครับ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี : เรื่องนี้มันเป็นเรื่องที่ต้องพูดถึงรายละเอียดเป็นอย่างมาก ว่าขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญมีความกว้างไกลมากขนาดไหน ผมอาจจะต้องพูดถึงคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่สั่งให้ยุบพรรคคุณก็พูดถึงพรรคการเมืองหลาย ๆ พรรคที่ถูกยุบไปแล้ว เนื่องจากมีความพยายามที่จะทำลายความเป็นรัฐฆราวาสลง และคุณก็พูดถูกอีกเหมือนกันว่าในคดีที่ผมกล่าวถึงเมื่อเช้านี้ว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่พบว่าคดีดังกล่าวเป็นการขัดต่อสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ผมคิดว่าในเวลานั้นมีบรรยากาศที่เกี่ยวข้องกับการเมืองอย่างมาก มีบรรยากาศของพรรคคอนูร์กัซนิยมที่มีความเข้มงวดต่อการเปลี่ยนแปลงมาก ดังนั้น การยุบพรรคดังกล่าวอาจจะมี ความเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิมนุษยชนด้วย แล้วผมก็คิดว่าคดีนี้มีการตีพิมพ์เป็นภาษาอังกฤษด้วย ซึ่งคุณสามารถไปค้นคว้าต่อได้ และน่าจะได้ข้อมูลที่ลึกซึ้งมากกว่านี้

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ขอขอบคุณมากครับ ผมถามคำถามประมาณนี้ เพราะว่าหลายปีก่อน ผมเคยทำวิจัยเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง จึงสนใจประเด็นนี้

เป็นพิเศษครับ ผมขอกลับมาที่ท่านประธานลี ประธานศาลรัฐธรรมนูญของเกาหลีครับ ในส่วนของรัฐธรรมนูญเกาหลีนั้น มีมาตราไหนที่แก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้บ้างไหมครับ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : ผมขออธิบายว่า รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีไม่มีบทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตราหนึ่งมาตราใดไว้อย่างชัดเจน แต่ตั้งที่ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีได้พูดมาก่อนหน้านี้ เกาหลีก็มีอัตลักษณ์ของชาติเรานะครับ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑ หรือวรรคหนึ่งของมาตรา ๑๑ กล่าวคือ การเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยเป็นอัตลักษณ์ของเกาหลีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ นี่เป็นการตีความนะครับ บทบัญญัติที่ไม่สามารถแก้ไขได้ ในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานก็ไม่ควรจะต้องมีการแก้ไข ทุกคนในฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการต่างก็เคารพคุณค่าและจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญเกาหลี ดังนั้น แม้ไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนกำหนดว่ามาตราใดห้ามแก้ไขเพิ่มเติม แต่ทว่า สิ่งเหล่านี้ย่อมรับกันว่าเป็นคุณค่าพื้นฐานครับ

คุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเกาหลีที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เคยมีคดีที่เกิดขึ้นเมื่อ ๔ ปีก่อน มีการยุบพรรคการเมืองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๘ ของรัฐธรรมนูญเกาหลี กล่าวคือ ถ้าวัตถุประสงค์หรือกิจกรรมของพรรคการเมืองขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานทางประชาธิปไตย รัฐบาลสามารถดำเนินการริเริ่มให้มีการยุบพรรคการเมืองนั้นได้ โดยเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้สั่งยุบพรรคการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองพรรคหนึ่ง ซึ่งปฏิบัติตามแนวทางลัทธิคอมมิวนิสต์ในเกาหลีเหนือ แม้ว่าจะไม่ได้มีการแสดงออกอย่างชัดเจน แต่เนื้อหาที่สะท้อนอุดมการณ์คอมมิวนิสต์ปรากฏในเอกสารของพรรค

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี : ขอบคุณครับนี่เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในหลายต่อหลายประเทศ ประชาชนบางคนใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม ในการรวมตัวกัน พยายามที่จะบ่อนทำลายหรือล้มล้างระบอบประชาธิปไตย ดังเช่นตัวอย่างของท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญ

เกาหลีที่พรรคการเมืองพยายามโน้มนำความคิดทางด้านคอมมิวนิสต์เข้ามาในระบบการเมืองของเกาหลี นั้นเป็นปัญหาอีกด้านหนึ่ง แต่ในอีกด้านหนึ่ง บางประเทศเช่น กัมพูชา มีการใช้กลไกการยุบพรรคการเมืองเพื่อสกัดกั้นพรรคการเมืองที่มีความชอบธรรม เพราะฉะนั้น ข้อสำคัญก็คือ เราจะสร้างจุดสมดุลสองส่วนนี้ได้อย่างไร นี่คือปัญหาทางสองแฉงที่ขัดแย้งกันอยู่

สิ่งสำคัญก็คือ ความโน้มเอียงของความขัดแย้ง ความเป็นระเบียบเรียบร้อยตามวิถีทางประชาธิปไตย พรรคการเมืองต้องไม่มีนโยบายฝักใฝ่ลัทธิคอมมิวนิสต์ การดำเนินกิจกรรมก็แล้วแต่นโยบายของพรรค เราสามารถที่จะตัดสินใจได้ว่าควรจะต้องมีคำสั่งให้ยุบพรรคนั้นหรือไม่

นี่ก็เป็นคำถามที่มีความสำคัญมาก ๆ นะครับ กรณีของตุรกี ขึ้นอยู่กับ การตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น หลักการแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนา (Secularism) หรือหลักรัฐฆราวาส (Secular State) ถ้าพรรคการเมืองใด มีการดำเนินการที่ขัดแย้งกับหลักการนี้ พรรคการเมืองนั้นก็อาจถูกสั่งยุบพรรคได้ เพราะฉะนั้น คำถามสำคัญก็คือ กิจกรรมหรือโครงการแบบใดที่จะถือว่าขัดแย้งกับ หลักการแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนา รัฐฆราวาสคืออะไร มีองค์ประกอบอย่างไร พรรคการเมืองต่าง ๆ จะต้องทำตามนั้น ขอยกตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมดังนี้ครับ มีพรรคการเมืองหนึ่งในช่วงทศวรรษ ๑๙๙๐ ถูกยุบไป เนื่องจากพรรคการเมืองนั้น โฆษณาชวนเชื่อให้มีการปลดปล่อยกลุ่มคนกลุ่มหนึ่งในสหรัฐอเมริกาซึ่งใส่ ผ้าโพกหัวในมหาวิทยาลัย ซึ่งในช่วงเวลานั้นไม่มีกฎหมายห้ามไว้อย่างชัดเจนว่าไม่ให้ใส่ผ้าโพกหัวในมหาวิทยาลัย ศาลรัฐธรรมนูญมีการวินิจฉัยสองครั้ง โดยบอกว่าการใส่ผ้าโพกหัวในสหรัฐอเมริกานั้นไม่ตรงกับหลักการแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนา ศาลจึงมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนี้ แต่ว่าปัจจุบันนี้ การใส่ผ้าโพกหัวในสถาบันต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งในมหาวิทยาลัยก็ไม่เป็นปัญหา พรรคการเมืองใด ๆ ก็สามารถที่จะโต้แย้งได้ว่าการใส่ผ้าคลุมหัวเป็นเสรีภาพ ไม่เฉพาะแต่ในมหาวิทยาลัยเท่านั้นแต่ว่าในทุกที่ ดังนั้น หลักการของ secularism จะเป็นอย่างไรนั้น ก็ขึ้นอยู่กับ การตีความของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อเร็ว ๆ นี้

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีการตีความความหมายของหลักการ secularism อย่างมีความเป็นเสรี (ก้าวหน้า) มากยิ่งขึ้น นั่นก็คือมีการเปลี่ยนแปลงกระบวนทัศน์ที่เกี่ยวข้องกับค่านิยมและองค์ประกอบของหลักการนี้

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ต่อมาเราจะขอถามท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียในเรื่องของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขได้ ไม่ทราบว่าเป็นรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียมีบทบัญญัติในเรื่องใดที่ไม่สามารถแก้ไขได้หรือไม่อย่างไรครับ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย : รัฐธรรมนูญอินโดนีเซียมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน มีการกำหนดไว้ว่า สถาบันใดที่มีหน้าที่ในการตัดสินใจขอด้วยรัฐธรรมนูญ สถาบันใดมีหน้าที่ตรวจสอบรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติไว้ตั้งแต่เมื่อเริ่มมีการประกาศเอกราชของอินโดนีเซีย รัฐธรรมนูญอินโดนีเซียมีการแก้ไข ๔ ครั้ง ครั้งแรกในปี ค.ศ. ๑๙๕๕ มีการแก้ไขครั้งสุดท้ายในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ถึงปี ค.ศ. ๒๐๐๒ ประเทศอินโดนีเซียมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายครั้ง ในการแก้ไขเหล่านี้ก็มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเดิม โดยเฉพาะการแก้ไขในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ถึงปี ค.ศ. ๒๐๐๒

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ผมมีคำถามจากท่านผู้ฟังหลายท่านซึ่งน่าสนใจมากหนึ่งในนั้นก็คือ ถ้ามีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตราใดที่รับรองการกระทำที่ไม่ถูกต้องว่า การกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย ท่านมีความคิดเห็นเช่นไรครับ ขอเริ่มถามจากท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียก่อน

ประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย : ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือว่าการกระทำผิดอาญา ประเทศอินโดนีเซียมีการวินิจฉัยโดยศาลยุติธรรม แต่ถ้าเป็นการกระทำละเมิดรัฐธรรมนูญที่กระทำโดยประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดี ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้วินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในสี่กรณีหลัก อันได้แก่กรณีแรก คือ การตรวจสอบว่าบทบัญญัติใดของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อ

รัฐธรรมนูญ กรณีที่สอง มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญหลายองค์กรที่ขัดแย้งกัน กรณีที่สาม คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจยุบพรรคการเมือง กรณีที่สี่ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเกี่ยวกับผลการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติและการเลือกตั้งอื่น ๆ รวมถึงการเลือกตั้งท้องถิ่นด้วย นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่วินิจฉัยว่า ประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดีกระทำความผิดบัพัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่

รศ.ดร.ณรงค์เดช : รัฐธรรมนูญอินโดนีเซียมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการทบทวนบทบัญญัติกฎหมายซึ่งรัฐสภาตราขึ้นว่าขัดกับหลักรัฐธรรมนูญหรือไม่ อยากทราบว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยอย่างไรในกรณีที่มิบุคคลยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายซึ่งตราขึ้นเมื่อสามสิบหรือสี่สิบปีก่อนนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลจะวินิจฉัยอย่างไร

ประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย : มีสองเรื่องที่ผมจำเป็นต้องอธิบายเรื่องแรกก็คือศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียไม่มีอำนาจหน้าที่ในการทบทวนร่างกฎหมาย โดยศาลจะวินิจฉัยเฉพาะกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติหรือผ่านความเห็นชอบของประธานาธิบดีแล้ว เรื่องที่สองกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติจำกัดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายบางฉบับได้ บทบัญญัตินี้เป็นการจำกัดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้ พลเมืองชาวอินโดนีเซียอาจขอให้ศาลรัฐธรรมนูญทบทวนกฎหมายโดยการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้แล้ว หากเห็นว่าบทบัญญัติมาตรานั้นขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ โดยต้องเป็นบทบัญญัติที่ยังใช้บังคับอยู่ ศาลจึงจะมีอำนาจที่จะทบทวนได้

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ผมขออนุญาตถามท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกีว่า หากมีบทบัญญัติกฎหมายรัฐธรรมนูญประกันความถูกต้องของบทบัญญัตินั้น โดยบัญญัติว่า บทบัญญัตินั้นถือเป็นที่สุดแล้ว โดยผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะห้ามไม่ให้มีการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว จากประสบการณ์ของท่าน ท่านคิดเห็นอย่างไร

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี : ก็อย่างที่ทราบกันและเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีไม่ได้มีอำนาจดำเนินการพิจารณาบทพินัยกรรมกฎหมายว่าขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่เพียงฝ่ายเดียว การจะทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะต้องมีคดีโดยมีการยื่นต่อศาลขอให้ศาลตีความโดยรัฐสภาหรือฝ่ายอื่น ศาลต้องอ้างอิงถึงพื้นฐานของหลักการของรัฐธรรมนูญ มีหลายต่อหลายคดีซึ่งศาลวินิจฉัยว่าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ศาลก็จะออกประกาศว่า กฎหมายฉบับนั้นไม่อาจใช้บังคับได้อีกต่อไป คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายบริหารแล้วก็ฝ่ายตุลาการด้วย

เมื่อพูดถึงคำถามในตอนต้น ในเรื่องผลของกฎหมายซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือการดำเนินการที่ไม่ชอบของพรรคการเมือง จะมีการกำหนดบทลงโทษอย่างไร หรือการกระทำของประธานาธิบดีของประเทศใด จะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร ย่อมแตกต่างกันไป อย่างเช่นในตุรกี เฉพาะความผิดฐานเป็นกบฏที่ถูกฟ้องต่อศาลเท่านั้นที่ประธานาธิบดีจะถูกรัฐสภาพิจารณาดำเนินการถอดถอนประธานาธิบดีออกจากตำแหน่ง เมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีสิทธิในการที่จะตัดสินถอดถอนประธานาธิบดีได้ดังเช่นกับศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้

ขออนุญาตอธิบายเพิ่มเติมประเด็นเรื่องการจำกัดอำนาจในการทบทวนกฎหมายต่าง ๆ ว่าขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หลายท่านอาจคิดว่าศาลรัฐธรรมนูญของตุรกี เยอรมัน และประเทศอื่น ๆ มีอำนาจที่ไม่จำกัดในการทบทวนว่ากฎหมายต่าง ๆ ว่าขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งไม่เป็นความจริง ขอยกตัวอย่างในตุรกีนั้นมีข้อจำกัดโดยรัฐธรรมนูญ อย่างเช่นรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ว่าศาลนั้นไม่มีอำนาจในการที่จะทบทวนความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศจะไม่ถูกควบคุมโดยศาลรัฐธรรมนูญของตุรกี อีกตัวอย่างหนึ่งคือ คำสั่งของประธานาธิบดีในภาวะฉุกเฉินหรือรัฐกำหนด เป็นประเด็นที่เกิดขึ้นมาในปัจจุบันว่า ศาลรัฐธรรมนูญสามารถทบทวนคำสั่งของประธานาธิบดีในภาวะฉุกเฉิน

หรือรัฐกำหนดได้หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะไปเปลี่ยนแปลงคำสั่งได้ ต้องเป็นไปตามคำสั่งนั้น ไม่เช่นนั้นแล้วศาลจะกลายเป็นกลไกที่ไม่ถูกต้อง ศาลจะเป็นผู้ที่มีวินิจฉัยว่ากฎหมายใดถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น เพราะรัฐธรรมนูญได้มีการจำกัดขอบเขตหรือผูกมัดศาลรัฐธรรมนูญในการทำหน้าที่ไว้ด้วย อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญจึงถูกจำกัดโดยตัวรัฐธรรมนูญเอง

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ประเด็นนี้เป็นประเด็นที่เป็นข้อยกเว้นที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเองไม่สามารถที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทกฎหมายทุกฉบับได้ บางทีก็ต้องพิจารณาว่าอะไรบ้างที่ถือเป็นการกระทำของ รัฐบาล อย่างเช่นการกระทำของรัฐบาลที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ เช่น การสงคราม การประกาศสภาวะฉุกเฉิน ซึ่งศาลของหลายประเทศก็จะไม่เข้าไป ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นี่เป็นกรณียกเว้น ผมอยากจะถาม เรื่องนี้ให้ชัดเจนมากกว่านี้ เมื่อสักครู่ ท่านบอกว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งประธานาธิบดีในภาวะฉุกเฉิน หรือรัฐกำหนดได้ อย่างเป็นทางการคือ หากเป็นการนำความในคำสั่งฉุกเฉินหรือรัฐกำหนด ดังกล่าวมาบังคับใช้ให้มีผลเฉพาะราย เฉพาะกรณี เฉพาะตัวบุคคล เช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจตามคำสั่งฉุกเฉิน หรือรัฐกำหนดได้หรือไม่ อย่างไร

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี : เราจะต้องแยกการตรวจสอบความชอบธรรม ของกฎหมายก่อนการประกาศใช้เป็นกฎหมาย และการตรวจสอบความชอบธรรม ของกฎหมายเมื่อเกิดเป็นคดีขึ้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมีความสามารถในการ ตรวจสอบความชอบของการใช้บังคับของรัฐกำหนดหรือแม้แต่รัฐบัญญัติปกติ ในกรณีที่มิบุคคลใดกล่าวหาว่ารัฐกำหนดไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่มีการรับรอง ไว้ภายใต้รัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็สามารถที่จะทบทวนความชอบธรรม ตรวจสอบการละเมิดรัฐธรรมนูญของการกระทำนั้นได้ เราจะต้องแยกสองประเด็นนี้ ออกจากกัน ซึ่งไม่ได้หมายความว่ารัฐกำหนดจะไม่อยู่ในภายใต้กฎหมายใด ๆ เลย อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ

การออกคำสั่งฉุกเฉินหรือการตรารัฐกำหนดได้ แต่สามารถตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งหรือรัฐกำหนดได้ ขณะนี้มีคำร้องกว่าหนึ่งพันคำร้องที่เป็นการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาและการบังคับใช้คำสั่งฉุกเฉินหรือรัฐกำหนด

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ในตอนเช้าท่านได้พูดถึงประเด็นที่น่าสนใจเป็นอย่างมาก คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีข้อพิพาทตัดสินไม่ตรงกับศาลยุติธรรม ขอถามหน่อยครับว่าในประเทศเกาหลีใต้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบธรรมของกฎหมายอย่างไรบ้าง เป็นไปได้หรือไม่ที่รัฐสภามีความพยายามที่จะจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ขอขอบคุณครับ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : อย่างที่คุณรู้อยู่แล้วว่ามีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญสองประเภท ประเภทแรกคือการตรวจสอบในแบบนามธรรมที่มีคำร้องจากปัจเจกบุคคล และอีกประเภทหนึ่งคือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกับการปรับใช้กฎหมายเข้ากับกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ ในประเทศเกาหลีใต้ รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายก่อนประกาศใช้กฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบของกฎหมายและคำสั่งในภาวะฉุกเฉินของประธานาธิบดี ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในช่วงเช้าว่าคำสั่งในภาวะฉุกเฉินของประธานาธิบดีก็อาจถูกศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ตกเป็นโมฆะได้ คนทุกคนสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การกระทำของรัฐทุก ๆ อย่างอาจจะถูกฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

รศ.ดร.ณรงค์เดช : เรามีประเทศสองประเทศที่มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิประชาชนสามารถฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงในกรณีที่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเหล่านั้นถูกละเมิด ผมขอถามท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ว่า ในกรณีที่ศาลมีการใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายมีความเป็นไปได้หรือไม่ที่จะมีการขัดแย้งกันในเรื่องเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลยุติธรรม ในเกาหลีใต้มีปัญหาในลักษณะนี้หรือไม่

ประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : คุณหมายถึงศาลยุติธรรมใช่ไหมครับ สำหรับเรื่องความขัดแย้งในเรื่องเขตอำนาจศาลมีได้ ๒ กรณี กล่าวคือ เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมทั่วไป ศาลสามารถส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ หากพบปัญหาผู้ตัดสินกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คู่ความสามารถเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ลักษณะการตรวจสอบเช่นนี้เหมือนกับประเทศออสเตรเลีย

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ขอให้ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียได้อธิบายหลักการปัญจศีล (pancasila)

ประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย : หลักการนี้เป็นหลักการแม่บทในเรื่องกฎหมาย กฎ ระเบียบ ส่วนอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญก็คือการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ตลอดจนสิทธิพลเมือง รวมทั้งอุดมการณ์ของรัฐอินโดนีเซีย หรือปัญจศีลนั่นเอง หลักการนี้ในประการแรกคือ ปรีชาและความเชื่อถือนในพระเจ้าสูงสุดหนึ่งเดียว ประการที่สอง เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงชีวิตและการปกครอง รวมทั้งเอกภาพในความหลากหลาย ซึ่งการนับถือศาสนาในอินโดนีเซีย ประกอบด้วย ๖ ศาสนาด้วยกัน อาทิ พุทธศาสนา ฮินดู อิสลาม คริสต์คาทอลิก คริสเตียน ข้อเท็จจริงมีว่า คนที่นับถือศาสนาอื่นที่มีใช่ ๖ ศาสนาหลักของอินโดนีเซีย ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าตนมิได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันกับคนที่นับถือศาสนาหลัก แม้แต่ในบัตรประจำตัวประชาชนก็จะต้องระบุศาสนาที่ตนนับถือหนึ่งในหกศาสนาหลักเท่านั้น ทั้งที่ผู้ร้องมิได้นับถือศาสนานั้นแต่อย่างใด โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยให้สิทธิแก่บุคคลในการระบุศาสนาอื่น ๆ ที่มีใช่ศาสนาหลักทั้ง ๖ ศาสนาดังที่กล่าวมาข้างต้นในบัตรประจำตัวประชาชนได้

รศ.ดร.ณรงค์เดช : นอกจากเสรีภาพในการนับถือศาสนา คำถามต่อมาเป็นเรื่องเสรีภาพ ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการเกณฑ์ทหารภาคบังคับ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีสามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องดังกล่าวได้ หรือไม่

ประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : การรับราชการทหารในสาธารณรัฐเกาหลีถือเป็นภาคบังคับ มีใช้ภาคสมัครใจ ชายทุกคนเมื่อมีอายุครบ ๑๙ ปี และ ๒๐ ปีบริบูรณ์ต้องเข้ารับราชการทหาร ซึ่งประชาชนบางคนปฏิเสธการเข้ารับราชการทหารเนื่องจากเหตุผลของความเชื่อในพุทธศาสนาหรือคาทอลิก ซึ่งมีประมาณ ๕๐๐-๖๐๐ คน โดยมีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีว่า การเรียกเกณฑ์ทหารภาคบังคับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยออกมา ๓ ครั้งด้วยกัน เช่น คดีเมื่อปี ๒๐๑๐ เกาหลีมีทหารกว่า ๕๐๐,๐๐๐ นาย ในเรื่องการเกณฑ์ทหารก็กำลังจะมีคำวินิจฉัยในเร็ว ๆ วันนี้อย่างไรก็ดี เสรีภาพในการนับถือศาสนายังถือเป็นสาระสำคัญที่ควรได้รับการเคารพอยู่นั่นเอง

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ประเด็นเช่นนี้ได้เกิดขึ้นในประเทศไทย กรณีของนายเนติวิทย์ นิสิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งก็ได้หยิบยกประเด็นการคัดค้านการเกณฑ์ทหารมานำเสนอต่อสาธารณชน ในอนาคตอันใกล้ประเทศไทยอาจจะมีคดีประเภทนี้เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี : สำหรับประเทศตุรกี การเกณฑ์ทหารในตุรกีถือเป็นภาคบังคับ และรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกีได้รับรองเรื่องการรับใช้ชาติเป็นหน้าที่ของพลเมืองชาวตุรกีทุกคนไม่ว่าในส่วนราชการ หรือในกองทัพ トラบจันปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญตุรกีก็ยังมิได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว

รศ.ดร.ณรงค์เดช : คำถามต่อไปเป็นคำถามส่วนตัวของผู้ดำเนินรายการนะครับ กรณีความขัดแย้งระหว่างคำพิพากษาของศาลในประเทศกับคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ อย่างเช่น กรณีของตุรกีเป็นภาคีอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปด้วย ประเทศของท่านมีแนวทางเช่นไรครับ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี : คำถามเช่นนี้ไม่ง่ายครับ คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเมื่อนำมาเทียบกับทางปฏิบัติในประเทศตุรกีแล้ว มิได้จำกัดเฉพาะเรื่องการเกณฑ์ทหารเท่านั้น ยังมีความขัดแย้งในประเด็นอำนาจศาลภายในประเทศกับศาลระหว่างประเทศในเรื่องอื่น ๆ อีกด้วย ซึ่งทางออกที่ดีก็คือ

การแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ขณะนี้ก็ยังคงไม่มีความชัดเจนว่าศาลจะวินิจฉัยในแนวทางใด อย่างไรก็ตามก็ดี หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ศาลของตุรกีมีแนวโน้มที่จะพิจารณาวินิจฉัยให้สอดคล้องกับศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

กลับไปยังคำถามที่ว่า “หลักนิติธรรมกับความกดดันทางสังคม” ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถรับมือกับกระแสกดดันในการตัดสินใจที่มีความสำคัญได้ในระดับใด มากน้อยเพียงใด ประเทศตุรกีนั้นมีการประท้วงเพื่อกดดันศาลรัฐธรรมนูญให้ตัดสินตามกระแสสังคม แต่คงมีได้จำกัดเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ ตุรกีเท่านั้น นอกจากนี้ ความกดดันก็ได้จำกัดเฉพาะภาครัฐบาลเท่านั้น ยังรวมไปถึงภาคสังคม พรรคการเมือง ซึ่งได้พยายามประท้วงศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีมติตามที่กลุ่มเหล่านั้นคาดหวัง ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีจำเป็นต้องวางตัวเป็นกลางจากความกดดันต่าง ๆ เพื่อมิให้มีผลต่อคำวินิจฉัยของศาล

ศาลรัฐธรรมนูญไทยก็น่าจะมีสถานการณ์ไม่ต่างจากศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่จะต้องรับแรงกดดันจากกระแสสังคมในรูปแบบต่าง ๆ ถึงขั้นมีการย้ายสถานที่พิจารณาวินิจฉัยคดีจากศาลรัฐธรรมนูญไปยังศาลปกครอง เป็นต้น

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย ท่านเห็นว่าประเด็นหลักนิติธรรมกับความกดดันทางสาธารณะในอินโดนีเซียและการรักษากฎหมายเป็นเช่นไรครับ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย : เช่นกันการชุมนุมประท้วงย่อมสร้างความกดดัน แต่ศาลก็ไม่อาจมีมติหรือวินิจฉัยไปตามกระแสการกดดันได้ ศาลต้องมีความเข้มแข็งในการวินิจฉัยคดีเพื่อให้ผลของคดีมีความแน่นอน หากสาธารณชนมองว่า คดีบางประเภทหากตัดสินเพื่อประโยชน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่เสียประโยชน์ย่อมไม่อาจพึงพอใจต่อผลการตัดสินใจเช่นนั้นได้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องพิจารณาวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมาย มิใช่กระแสสังคม ซึ่งอาจจะทำให้ทุกคนพอใจ มิฉะนั้น จะทำให้เกิดการตั้งคำถามกับมาตรฐานคุณธรรม ความถูกต้อง และน่าเชื่อถือของระบบยุติธรรม เช่น การชุมนุมประท้วง

ภายใต้แสงเทียนก่อนการถอดถอนประธานาธิบดี ซึ่งกระแสสังคมพยายามกดดันให้ศาลวินิจฉัยตามแรงกดดัน ซึ่งแรงกดดันเช่นนี้อาจจะมีผลเป็นการรบกวนการพิจารณาคดีของศาลอยู่บ้าง แต่เราก็ต้องเคารพเสรีภาพของประชาชนในการรวมกลุ่มอันเป็นคุณค่าสำคัญของรัฐประชาธิปไตย

ในทุกคดีนั้นอาจจะมีข้อถกเถียงกันอยู่ รวมทั้งคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีทางการเมือง การเมือง ประเด็นทางการเมือง ซึ่งสื่อมวลชนได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ หรืออย่างคดีที่ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้พูดมา ถ้ามีคดีบางคดีซึ่งประชาชนมองว่าการตัดสินคดีของศาลนั้นก่อให้เกิดประโยชน์แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งคงไม่พอใจกับคำตัดสินคำชี้ขาดของศาลแน่นอน ปัญหาที่ย่อมเกิดขึ้นได้ ทางด้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งผู้พิพากษาของศาลอื่น ๆ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิฉะนั้นแล้วจะมีการตั้งคำถามกับคุณธรรม ความถูกต้อง ความสมบูรณ์ของระบบยุติธรรม ซึ่งก็คงไม่ก่อให้เกิดผลดีกับตุลาการ ใดๆ แล้วแต่ในเรื่องของศาลรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กฎระเบียบต่าง ๆ ถ้าเรายึดถือกฎหมาย ประเทศก็จะสามารถยืนหยัดได้ การชุมนุมประท้วงนั้นเกิดขึ้นทุกวัน ซึ่งกระผมเองก็เคยเป็นหนึ่งในโฆษกที่เข้าไปพบปะพูดคุยกับกลุ่มผู้ชุมนุมประท้วงด้วยเช่นกัน

ประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : แรงกดดันจากการชุมนุมประท้วงในที่สาธารณะ เคยมีการชุมนุมประท้วงก่อนที่จะมีการถอดถอนประธานาธิบดีอย่างที่ผมได้บรรยายไว้ในตอนเช้ามีการชุมนุมประท้วงต่อเนื่องกัน ๑๗ สัปดาห์เป็นการชุมนุมประท้วงภายใต้แสงเทียน ก่อนที่จะมีการถอดถอนอดีตประธานาธิบดี สาธารณชนมีแนวโน้มซึ่งจะก่อให้เกิดอิทธิพลหรือโน้มน้าวกับการตัดสินของฝ่ายตุลาการ รวมทั้งการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย ประชาชนก็มีเสรีภาพในการพูด ในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการสมาคมรวมกลุ่ม เราจำเป็นต้องทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นในลำดับสูงสุด ไม่ว่าแรงกดดันของประชาชนของสาธารณชนนั้นอาจจะรบกวนในเรื่องของการวินิจฉัยคดีของศาลหรือว่าผู้พิพากษาหรือว่าตุลาการหรือไม่ก็ตาม

เราคงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่า การชุมนุมประท้วงนั้นจะไม่เกิดขึ้น เป็นไปไม่ได้ เราก็ต้องยอมรับเสรีภาพในการชุมนุม และการรวมกลุ่ม เสรีภาพนี้ถือว่าเป็นคุณค่าที่เป็นแกนหลักของสังคมประชาธิปไตย ในเกาหลีก็มีกฎหมายห้ามการชุมนุมภายในรัศมี ๑๐๐ เมตร ในบริเวณโดยรอบอาคารที่ทำการศาล อาคารรัฐสภา หรือทำเนียบประธานาธิบดี แต่ในความเป็นจริง สาธารณชนก็มักจะรวมตัวกันภายในระยะ ๑๐๐ เมตรจากบริเวณดังกล่าว เพื่อต้องการที่จะแสดงออกต่อหน้าอาคารที่ทำการเหล่านั้น นำเสนอข้อเรียกร้อง ข้อร้องเรียนต่าง ๆ ซึ่งก็มีประเด็นเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญหลายต่อหลายคดีในศาลของเรา เราก็ต้องมีการตัดสินในประเด็นนั้นเช่นเดียวกัน แต่อย่างที่ผมได้พูดมาก่อนหน้านี้ทางด้านของคุณค่าที่เป็นเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม ถือเป็นคุณค่าและจิตวิญญาณที่เป็นแกนหลักของรัฐธรรมนูญในสังคมประชาธิปไตย เราต้องตัดสินคดีให้เป็นไปตามคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย

รศ.ดร.ณรงค์เดช : คำถามนี้น่าจะมาจากกลุ่มคนที่ทำงานในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ แล้วก็ถามท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีโดยเฉพาะว่าระหว่างศาลและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนั้น ทำงานร่วมกันอย่างไร ในเรื่องของปกป้องสิทธิมนุษยชนของประชาชน

ประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : ประเทศเกาหลีนั้นก็มีความกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีพันธกิจที่คล้ายคลึงกันในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางด้านสิทธิมนุษยชน แต่ว่าคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นที่สุดแล้วที่ผมมัดกับทุกคน ผมมัดทุกหน่วยงานในฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร แล้วก็ฝ่ายตุลาการ ในขณะที่คำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะถือเป็นคำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีการร่วมมือกันในเรื่องประเด็นสิทธิมนุษยชน แต่ว่าการตัดสินใจในขั้นท้ายที่สุดเป็นการดำเนินการโดยศาลรัฐธรรมนูญ

รศ.ดร.ณรงค์เดช : คำถามต่อมา เกี่ยวกับการบรรยายพิเศษของท่านในตอนเช้า ที่ท่านพูดถึงศาลสิทธิมนุษยชนของเอเชีย

ประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : เอเชียถือเป็นทวีปที่ไม่มีกลไกในการปกป้องสิทธิมนุษยชน ไม่เหมือนกับทางด้านของยุโรป แอฟริกา หรือสหรัฐอเมริกา เราไม่มีศาลสิทธิมนุษยชน แต่ว่าเนื่องจากมีความแตกต่างในทวีปเอเชียมีประชากรมากกว่า ๔,๐๐๐,๐๐๐,๐๐๐ คน มากกว่า ๕๐ ประเทศในเอเชีย มากกว่า ๕๐ ภาษาที่มีการพูดคุยกัน เรามีความแตกต่างในวัฒนธรรม ส่วนตัวแล้วผมเห็นว่า เราควรจะมีศาลสิทธิมนุษยชนแห่งเอเชีย ปัญหาก็คือ เราจะทำให้มันเกิดขึ้นจริงได้อย่างไร

ความคิดของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งเอเชียนั้น การก่อตั้งศาลพิเศษเฉพาะทางขึ้นมาก็ยากลำบากมากในการก่อตั้ง มีทวีปเดียวเท่านั้นที่ไม่มีศาลเฉพาะทางแบบนี้ มีประชากรมากมายหนาแน่นทีเดียวในทวีปเอเชีย เราสามารถเริ่มต้นได้จากค่านิยมสากล อย่างเช่นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรือว่าประเด็นทางด้านของสิทธิสตรีทางด้านของแรงงานเด็ก

ถ้าเราสามารถเริ่มต้นได้จากจุดเริ่มต้นเล็ก ๆ เหล่านี้ แน่แน่นอนว่าทุก ๆ ประเทศในภูมิภาคเอเชียมีความแตกต่าง มีวัฒนธรรม มีศาสนาที่แตกต่างกัน ทวีปของเราประกอบไปด้วยประชากรมากมาย เราอาจจะสามารถเห็นพ้องต้องกันในเรื่องของคุณค่าของรัฐธรรมนูญ หรือว่าบางทีแล้วอาจจะต้องใช้เวลาแล้วก็ตามความอดทน แต่ว่าเราสามารถเริ่มต้นได้จากค่านิยมสากลในเรื่องรัฐธรรมนูญครับ

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ผมเห็นด้วยครับ ว่าเราควรที่จะเริ่มต้นจากคุณค่าที่มีความคล้ายคลึงกันของหลาย ๆ ประเทศ อย่างเช่นเรื่องการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ผมขอถามท่านอุสมานว่า ท่านมีความเห็นอย่างไรเกี่ยวกับการก่อตั้งศาลสิทธิมนุษยชนแห่งเอเชีย

ประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย : ในรัฐธรรมนูญของอินโดนีเซียมีการรับรองสิทธิมนุษยชนไว้อย่างน้อยสิบมาตรา เราอาจสังเกตว่าในรัฐธรรมนูญของอินโดนีเซียเองนั้น การใช้สิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องที่จำกัดในแง่ที่ว่าสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญของอินโดนีเซียไม่ได้เป็นเรื่องที่สามารถพูดได้ตลอดเวลา อย่างที่ผมได้เคยอธิบายไปแล้วก่อนหน้านี้ การที่จะเป็นรัฐประชาธิปไตยได้นั้นก็ต้องเป็นรัฐบาลที่มีความเป็นกลางและก็มีองค์กรตุลาการที่เป็นกลาง รวมถึงศาลยุติธรรม

หรือศาลรัฐธรรมนูญ สิทธิมนุษยชนโดยจริงแล้ว ควรเป็นเหตุให้ทุกคนที่ถูกละเมิดสิทธิ สามารถฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ถ้าเกิดเขารู้สึกว่าสิทธิมนุษยชนของเขา ถูกละเมิดแล้วไม่ได้รับการช่วยเหลือก็จะมีรู้สึกว่าสิทธิมนุษยชนของเขาถูกจำกัด ดังนั้น เขาควรต้องฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพราะว่าจริง ๆ แล้วไม่มีสิทธิของใคร ที่ควรจะถูกจำกัด เมื่อเขารู้สึกว่าชีวิตถูกข่มขู่ก็เป็นไปได้ที่ว่าสิทธิมนุษยชนของเขา ถูกละเมิด ไม่ว่าจะเกิดจากศาลยุติธรรมทั่วไปหรือศาลฎีกา

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ศาลรัฐธรรมนูญของอินโดนีเซียสามารถที่จะตรวจสอบ ความชอบธรรมของคำตัดสินของศาลยุติธรรมได้หรือไม่

ประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย : ศาลรัฐธรรมนูญของอินโดนีเซีย ไม่มีอำนาจและไม่มืองค์กรที่จะทำการตรวจสอบดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ประชาชน ในอินโดนีเซียที่ต้องการจะส่งคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญ สามารถที่จะยื่นคำร้องในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งหลาย ๆ ครั้ง ศาลก็ได้ตัดสินตามที่ประชาชนได้ยื่นคำร้องขอมา สรุปได้ว่าจนถึงปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจที่จะตัดสินกฎหมายในระดับที่เป็นนามธรรม แต่ไว้ในหลาย ๆ ครั้ง ก็ได้มีการตัดสินในกรณีที่มีศาลใดศาลหนึ่งส่งเรื่องมาที่ ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบธรรมของกฎหมาย

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ขอลาถามท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ ตุรกี ขอให้ท่านได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลยุติธรรม

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี : ก่อนอื่นผมขอพูดถึงการก่อตั้ง ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งเอเชีย ตอนที่ผมไปโซลที่มีการประชุมศาลรัฐธรรมนูญโลก ในเรื่องเกี่ยวกับความพยายามที่จะจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนแห่งเอเชีย ผมจำได้ว่า ในครั้งนั้น ผมตอบว่าเราสามารถที่จะทำให้เรื่องนี้เป็นความจริงขึ้นมาได้ เพราะว่า จะทำให้เรามีประสบการณ์อย่างมากในการที่จะก่อตั้งศาล นอกจากนี้อาจจะทำให้ มีการลงนามในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนด้วย ดังนั้น ตุรกีได้มีส่วนร่วมอย่างมาก ในการที่จะเขียนอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนของยุโรป ประเทศตุรกีเป็นหนึ่งในประเทศ ผู้ก่อตั้งและเป็นผู้ร่างอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ดังนั้น ประเทศตุรกี

เป็นประเทศที่มีประสบการณ์อย่างมาก นอกจากนี้แล้ว ตุรกียังเป็นประเทศที่ได้เป็นผู้ก่อตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของประเทศอิสลามด้วย ดังนั้น ผมจะต้องสนับสนุนความคิดในการสร้างศาลสิทธิมนุษยชนแห่งเอเชียอย่างแนบแน่นไม่ถ่วงหรือหวั่นไหวที่จะก่อตั้งศาลขึ้นมา เราไม่เหมือนกับประเทศยุโรปหรือประเทศอื่น ๆ แต่ว่าบางทีเราก็คอาจเริ่มต้นที่จะจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขึ้นมาก่อนที่จะมีการสร้างศาล เพื่อที่จะมีการพัฒนาของแนวปฏิบัติของสิทธิมนุษยชนของรัฐต่าง ๆ ในประเทศเอเชีย แล้วก็ให้หลายประเทศมาเป็นภาคีของคณะกรรมการนี้ และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนี้ก็เริ่มทำงานด้วยความแข็งขันในลักษณะเดียวกันกับที่เป็นการก่อตั้งศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรป ดังนั้น เราควรที่จะก่อตั้งหรือจัดทำให้มีคณะกรรมการเรื่องสิทธิมนุษยชนเสียก่อน

สำหรับคำถามที่ถามว่าความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลยุติธรรมนั้นมีความเกี่ยวข้องกันอย่างไร จริง ๆ แล้ว ปัญหานี้เป็นปัญหาที่น่าขบคิดมาก หลังจากที่มีการสร้างกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายศาลรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ก็ต้องพิพากษากฎหมายหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกรณีของศาลอื่น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะมีเขตอำนาจในการตัดสินได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้ใช้วิธีการทุกวิถีทางในการที่พยายามจะเยียวยาคดีของตนแล้ว แต่ไม่ประสบความสำเร็จ แล้วเขาก็ไม่พอใจกับการตัดสินเหล่านั้น แต่รัฐธรรมนูญบอกว่าเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญรวมถึงการผูกพันทางกฎหมายของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันกับคำพิพากษาของศาลอื่น ๆ ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีอิทธิพลอย่างมากต่อคำพิพากษาของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตามผมขอบอกว่ายังไม่มีกรณีที่เกิดขึ้น ทางศาลรัฐธรรมนูญได้มีการตัดสินประมาณ ๓,๐๐๐ คำร้องของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ก็ยังไม่มีคดีใดที่หน่วยงานของรัฐหรือใครที่ไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผมขอพูดอย่างถ่อมตนว่าเราจะไม่เจอปัญหาเหล่านั้น ผมว่าปัญหานี้มาจากความขัดแย้งระหว่างเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและเขตอำนาจของศาลยุติธรรมว่าใครจะเป็นคนที่มีอำนาจ

ในการตัดสินใจตัดสินนั้น ๆ ผมก็ประหลาดใจทีเดียวที่จะรู้ว่าศาลชั้นต้นนั้น ๆ ทำทนายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในบางคดี

รศ.ดร.ณรงค์เดช : นี่เป็นคำถามจากผู้ฟัง หากศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ตุรกี อินโดนีเซีย ได้มีการแถลงคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ประชาชนสามารถวิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี : ในประเทศตุรกีการวิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินของศาลเป็นเรื่องที่มีอิสระเสรี ทุก ๆ คนสามารถวิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินของศาลได้เต็มที่ ตัวผมเองก่อนที่จะมาอยู่ศาลรัฐธรรมนูญ ผมก็เป็นนักวิชาการที่วิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นไม่อาจพูดว่าไม่มีใครวิพากษ์วิจารณ์ได้ แต่การวิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่หนึ่ง และการดูหมิ่นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นอีกเรื่องหนึ่ง เพราะฉะนั้นทุกคนสามารถวิพากษ์วิจารณ์ในคำตัดสินที่ออกมา แต่ไม่มีใครที่จะดูหมิ่นหรือโจมตีศาลด้วยวิธีการอื่นได้ เพราะฉะนั้นต้องมีการแยกระหว่างการวิพากษ์วิจารณ์หรือการดูหมิ่นกับการหมิ่นประมาท

ในเรื่องของการหมิ่นประมาทเป็นเรื่องผิดกฎหมาย เป็นการกระทำความผิดทางอาญา แต่การวิพากษ์วิจารณ์อนุญาตให้ทำได้ และบ่อยครั้งที่เราเห็นการวิพากษ์วิจารณ์อย่างเฉียบแหลมจากส่วนต่าง ๆ ที่มาจากสาธารณะ จากกลุ่มต่าง ๆ ของสังคม ลักษณะของการประชดประชันเหยียดหยัน การล้อเลียนคำตัดสิน และการกระทำนั้นไม่ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญา

ประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : ในกรณีของเกาหลีใต้ จะเหมือนกันเลยครับกับท่านประธานของศาลตุรกีครับ อย่างที่ผมพูดไปในตอนเช้าก็มีทางด้านของคำตัดสินในเรื่องของการถอดถอนประธานาธิบดีเมื่อเดือนมีนาคมปีที่แล้วครับ ในช่วงเวลาซึ่งมีการแถลงคำตัดสินให้มีการถอดถอน ประชาชนชาวเกาหลีประมาณ ๒๐ เปอร์เซ็นต์ สนับสนุนให้มีการถอดถอนอดีตประธานาธิบดี แล้วเขาก็ไปชุมนุมล้อมรอบศาลรัฐธรรมนูญ มีการวิพากษ์วิจารณ์อย่างแหลมคมเลยทีเดียวในเรื่องของคำตัดสินของศาล แต่ว่าก็อยู่ภายในขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงออก

และก็เสรีภาพในการพูด เพราะฉะนั้นไม่ใช่เป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ก็เป็น สิ่งซึ่งได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญครับ

รศ.ดร.ณรงค์เดช : แล้วท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย ประเด็นนี้ คล้ายคลึงกับทางด้านตุรกีและเกาหลีหรือไม่

ประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย : ในอินโดนีเซีย การวิพากษ์วิจารณ์ เป็นเรื่องปกติครับ คำตัดสินเกือบทุกคำตัดสินนั้นก็น่าถกเถียง วิพากษ์วิจารณ์ แต่ว่าสิ่งที่จะต้องไม่ให้เกิดขึ้นก็อย่างที่ท่านประธานศาลตุรกีบอกไว้ ก็คือ การหมิ่นประมาท การวิพากษ์วิจารณ์กับการหมิ่นประมาทหรือว่าดูหมิ่นศาลนั้น ไม่เหมือนกันแน่นอน ในเรื่องของการดูหมิ่นถือเป็นการละเมิดอำนาจศาล อินโดนีเซียนั้นในเรื่องของการดูหมิ่นอำนาจศาลก็จะอยู่ในประมวลกฎหมาย อาญา เพราะฉะนั้นก็ไม่ได้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการวิพากษ์วิจารณ์ครับ แต่ถ้า การวิพากษ์วิจารณ์นั้นเป็นเรื่องในเชิงบวกเชิงสร้างสรรค์ก็เป็นสิ่งที่ยอมรับได้ แต่ถ้ามีถ้อยคำในเรื่องของการหมิ่นประมาทหมิ่นอำนาจศาลนะครับก็จะไม่เป็นที่ ยอมรับอีกต่อไปครับ ขอขอบคุณครับ

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ผมคิดว่าเราควรที่จะจบช่วงถามตอบของเราด้วย คำถามนี้ครับ เป็นคำถามที่ยากและท้าทายมากครับ โดยปกติแล้วรัฐธรรมนูญ ส่วนใหญ่ได้รับการรับรองหลักการต่าง ๆ ของหลักนิติธรรมไว้ แต่ว่าถ้าบทบัญญัติบาง มาตราในรัฐธรรมนูญนั้นมีความขัดแย้งกับหลักนิติธรรม อย่างเช่นบทบัญญัติ ซึ่งกำหนดความผิดอาญาให้ย้อนหลังไปเอาผิดกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมาย บัญญัติห้าม เช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยอย่างไร ผมคาดว่าคำถามนี้น่าจะ มาจากท่านศาสตราจารย์ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายรัฐธรรมนูญนะครับ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี : ถ้ารัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติในเรื่องของ องค์ประกอบว่าด้วยการกระทำผิดตามกฎหมายอาญานะครับ ซึ่งก็มีความขัดแย้ง กับรัฐธรรมนูญหรือขัดแย้งกับหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมนั้นจะถือว่ามีอำนาจ สูงกว่าใช่หรือไม่ครับ และไม่ทราบที่ท่านประธานท่านไหนต้องการที่จะอธิบาย เพิ่มเติม ก็ได้ นะครับ

ผมจะบอกว่า นี่เป็นประเด็นที่มีความสลับซับซ้อนมากครับ รัฐธรรมนูญบางฉบับนั้นมีหลักการของหลักนิติธรรม และหลักการในระบอบประชาธิปไตยที่ดีมาก แต่ก็อาจจะมียกข้อยกเว้นบางอย่างซึ่งไม่ตรงกับหลักนิติธรรม ในกรณีนี้ก็คือเป็นเรื่องยากมากที่จะตอบคำถาม ทั้งนี้ ก็ขึ้นอยู่กับทางด้านบริบททางการเมือง บริบททางกฎหมายในแต่ละรัฐในแต่ละประเทศ

แต่ที่ผมพอที่จะยกตัวอย่างจากประสบการณ์ของศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีได้ รัฐธรรมนูญตุรกีก็กล่าวไว้ว่า รัฐต้องได้รับการปกครองโดยหลักนิติธรรมครับ รัฐธรรมนูญกำหนดว่า รัฐนั้นจะต้องเคารพหลักการสิทธิมนุษยชน แล้วก็รัฐธรรมนูญก็กล่าวไว้ด้วยว่า การกระทำของรัฐต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และการกระทำของรัฐ อย่างไรก็ตาม มาตรา ๑๔๘ ของรัฐธรรมนูญกำหนดว่า รัฐกำหนดหรือกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีออกในภาวะฉุกเฉินนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถเข้าควบคุมตรวจสอบได้ เพราะฉะนั้นข้อห้ามนี้ก็ไม่ตรงกับหลักนิติธรรมครับ เมื่อสองปีก่อน เราก็มีคำตัดสินในเรื่องประเด็นนี้ วินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาว่ากฎหมายในภาวะฉุกเฉินชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลไม่มีอำนาจเพิกถอนกฎหมายดังกล่าว แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็เคยประกาศในคำวินิจฉัยว่ากฎหมายในภาวะฉุกเฉินไม่ตรงกับหลักนิติธรรม เพราะฉะนั้นทางออกคืออะไร ทางออกคือควรมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ตรงกับหลักนิติธรรมครับ แต่ว่าอย่างศาลรัฐธรรมนูญ เราคงไม่สามารถบอกได้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเฉพาะดังกล่าวมีความสำคัญน้อยกว่า จึงควรถือตามหลักนิติธรรม และละเลยบทบัญญัตินั้น เพราะว่าศาลรัฐธรรมนูญเองนั้นมีข้อจำกัดโดยต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ นั่นคือข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญที่ผูกพันศาลรัฐธรรมนูญอยู่ด้วยครับ ขอขอบคุณครับ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : คำสั่งของประธานาธิบดีที่ออกในภาวะฉุกเฉินนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีเคยตัดสินว่า บทบัญญัติที่ว่าคำสั่งของประธานาธิบดีในภาวะฉุกเฉินไม่ต้องถูกตรวจสอบความชอบตามรัฐธรรมนูญ

เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงควรที่จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย : สำหรับประเทศอินโดนีเซีย คำสั่งฉุกเฉินของประธานาธิบดี ในประเทศอินโดนีเซียเรียกว่า การทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล เราไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลได้ แต่ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ เพียงไร

รศ.ดร.ณรงค์เดช : ขอบคุณมากครับสำหรับคำตอบ ผมอยากจะทำให้เรามีเวลามากกว่านี้แต่ว่าเวลากำลังจะหมดลงแล้ว ตั้งแต่ที่เปิดงานมาเราก็ได้รับฟังกันว่าศาลรัฐธรรมนูญของประเทศทั้งสามประเทศนั้นมีบทบาทในการที่จะปกป้องหลักนิติธรรมและรัฐธรรมนูญอย่างไรบ้าง บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นมีบทบัญญัติบางอย่างที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และก็เป็นบทบาทของศาลที่จะปกป้องหลักนิติธรรมหรือรัฐธรรมนูญอย่างไร ทั้งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทั้งก่อนและหลังการประกาศใช้กฎหมาย รวมทั้งบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญที่พยายามจะจำกัดการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐ และความพยายามที่จะแยกแยะให้เราได้เห็นว่าอะไรคือความแตกต่างและความเกี่ยวข้องระหว่างสิทธิมนุษยชนสากลและสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่อยู่ภายในกฎหมายของแต่ละประเทศ

ดังนั้น เพื่อที่จะแสดงความขอบคุณกับท่านประธาน ท่านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ขอให้ทุกท่านปรบมือให้กับท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ และท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย ขอบคุณมากครับ และก็ขอให้ทุกท่านโชคดีครับ

บทความวิชาการ
เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยภายใต้หลักนิติธรรม
นฤกษ์ มาประณีต
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อความเบื้องต้น : ภาพรวมของการเมือง เศรษฐกิจ สังคม หรือ สิทธิมนุษยชนของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติไว้ในมาตรา ๑ ให้ประเทศไทย เป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้ และมาตรา ๒ บัญญัติให้ ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น ประมุข หลักการสำคัญทั้งสองประการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญนี้ถือว่าเป็นบทบัญญัติ นิรันดร (eternity clause) ของรัฐธรรมนูญไทยซึ่งสะท้อนถึงประวัติศาสตร์และ รากเหง้าของดินแดนที่เคยมีชื่อรู้จักในหมู่ชาวตะวันตกว่า “สยาม” ซึ่งดำรงอยู่ ต่อเนื่องกว่า ๗๐๐ ปี

ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากรบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๔๗๕ (ค.ศ. ๑๙๓๒) โดยระบบรัฐสภาที่มีรูปแบบแตกต่างกันไปตามรัฐธรรมนูญ แต่ละฉบับ โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นรูปแบบสภาคู่ ที่มีสภาผู้แทนราษฎร มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน และวุฒิสภาซึ่งมาจากการเลือกกันเอง ทางอ้อมของประชาชนจากบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพที่หลากหลายของสังคม มีนายกรัฐมนตรีที่มาจากการเล่นชื้อและ ให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภา มีศาลเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ แยกเป็น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร

ประเทศไทยมีเศรษฐกิจในระบบเสรีนิยมที่สอดคล้องกับหลักปรัชญาของ เศรษฐกิจพอเพียงของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ ๙ ที่เปิดโอกาสให้

ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ โดยขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ โดยรัฐจะไม่เข้ามาแทรกแซงหรือประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ อีกทั้งในการพัฒนาประเทศ รัฐพึงคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจและความอยู่เย็นเป็นสุขของประชาชนประกอบกัน

สังคมไทยเป็นสังคมที่ได้รับอิทธิพลของพระพุทธศาสนาแบบเถรวาท และวัฒนธรรมแบบเอเชียที่ให้ความเคารพนับถือต่อผู้มีวิยวุฒิ คุณวุฒิ หรือมีคุณงามความดี นอกจากนี้ ปวงชนชาวไทยยังจงรักภักดีและเทิดทูนสถาบันพระมหากษัตริย์ อันเป็นสถาบันหลักของชาติที่ทรงปกครองดูแลประเทศไทย และชาวไทยให้ร่มเย็นมาเป็นเวลาช้านาน

ประเทศไทยเป็นภาคีสถิติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติหลายฉบับ มีการเคารพสิทธิมนุษยชนในระดับรัฐธรรมนูญ โดยมีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมถึงการสนับสนุนและส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ ในปี พ.ศ. ๒๕๖๐ (ค.ศ. ๒๐๑๗) รัฐบาลไทยโดยคณะรัฐมนตรี ได้ประกาศให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นวาระแห่งชาติอีกด้วย

ประการสำคัญที่สุด ซึ่งเป็นหัวข้อหลักของการประชุมทางวิชาการในครั้งนี้ คือเรื่องของหลักนิติธรรมนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน มาตรา ๓ วรรคสอง บัญญัติให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม

“หลักนิติธรรม” จึงถือเป็นหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญไทย ที่ผูกพันต่อทุกองค์กรของรัฐ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติอันเป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่หลักนิติธรรมนั้นมีความเป็นนามธรรม เช่นนี้แล้วหลักนิติธรรมคืออะไร และหลักนิติธรรมของไทยนั้นมีความเหมือนหรือแตกต่างจากหลักนิติธรรมสากลหรือในประเทศต่าง ๆ อย่างไรบ้าง ในการบรรยายครั้งนี้ จะได้นำเสนอเนื้อหาเริ่มตั้งแต่ข้อความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม ทั้งในความหมายที่เป็นสากลและในทางคดีของไทย หลักนิติธรรมที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามหลักนิติธรรม และบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการผดุงรักษาระเบียบกติกาทิศทางการเมืองการปกครองให้เป็นตามหลักนิติธรรม เพื่อนำไปสู่บทสรุปและตอบคำถามที่ว่า หลักนิติธรรมของไทยนั้นเหมือนหรือแตกต่างจากหลักนิติธรรมสากลอย่างไร และศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทอย่างไรในการนำหลักนิติธรรมมาใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนการสร้างดุลยภาพของการเมืองการปกครองของไทย

ส่วนที่ ๑ ข้อความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) หรือที่คนส่วนใหญ่แปลว่า “หลักการปกครองโดยกฎหมาย” เป็นแนวคิดที่มีมาช้านานแล้วตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ซึ่งเกิดจากการค้นหาหลักการปกครองที่ดีที่สุด ดังที่เพลโต นักปราชญ์ชาวกรีกเคยเสนอรูปแบบการปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ที่เชื่อว่าจะเป็นการปกครองที่ดีที่สุด โดยผู้ปกครองคือตัวราชาปราชญ์นั้นจะต้องเป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมจึงจะปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่โดยความเป็นจริงแล้วในท้ายที่สุดเพลโตก็ไม่สามารถหาใครที่สมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ในอุดมคติได้ ในบั้นปลายชีวิตเพลโตจึงหันมาให้ความสำคัญกับ “กฎหมาย” โดยเสนอว่ากฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินการตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนไม่ดีก็ยังสามารถทำความดีได้เช่นกัน

แต่การพัฒนาแนวคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมหรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) นั้น ปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้นที่ประเทศอังกฤษในคริสต์ศตวรรษที่ ๑๓ โดยปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta) ค.ศ. ๑๒๑๕ อันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ และได้รับการพัฒนาต่อมาจนเริ่มเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับไปทั่วโลก โดยศาสตราจารย์ เอ.วี.ไดซี (Albert Venn Dicey) นักวิชาการด้านกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยอ็อกฟอร์ด ที่มีชื่อเสียงคนหนึ่งของประเทศอังกฤษ ในปลายรัชสมัยของสมเด็จพระนางเจ้าวิกตอเรียมหาราชินีนาถ ได้ให้ความหมายของ The Rule of Law ไว้ว่าจะต้องประกอบด้วยหลักการสำคัญ ๓ ประการ คือ

ประการแรก ต้องไม่มีระบอบทรราช กล่าวคือบุคคลจะถูกลงโทษต่อเมื่อได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายและได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม การนำตัวบุคคลใดไปลงโทษโดยประการอื่นย่อมเป็นการมิชอบ

ประการที่สอง บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย กล่าวคือไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใด ๆ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใคร มีสถานะอย่างไร ย่อมถูกบังคับโดยเสมอกันภายใต้กฎหมายของแผ่นดิน และอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมตามปกติ

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ มิใช่เป็นที่มาของกฎหมาย หากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิเสรีภาพประการต่าง ๆ นั้นหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับไม่ หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับตามสิทธิเสรีภาพนั้นให้

อย่างไรก็ตาม แนวคิดของไดซีนั้นอาจจะไม่ถือว่าเป็นหลักการทั่วไปของหลักนิติธรรมได้ เพราะแนวคิดดังกล่าวอธิบายโดยมุ่งหมายเฉพาะแต่กรณีที่เกิดขึ้นจริงในประเทศอังกฤษเท่านั้น โดยเฉพาะในปัจจุบันที่หลายประเทศถือหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และมีการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ แตกต่างจากแนวคิดของไดซีที่สนับสนุน

ความมีอำนาจสูงสุดของศาลมากกว่าความมีอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้ชี้แจงอธิบายตามสภาพสังคมของอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบศาลแข็งแกร่งมากที่สุดประเทศหนึ่ง

ลอร์ดวูลฟ์ (Lord Woolf) อดีตอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (The Master of the Roll) และอดีตรัฐมนตรีว่าการ (Lord Chief Justice) ของประเทศอังกฤษและเวลส์ ได้ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับ The Rule of Law ภาคปฏิบัติไว้ว่า สังคมใดก็ตามจะอยู่ได้ด้วยความสะดวกโดยอาศัยหลักนิติธรรมนั้น ซึ่งมีกฎเกณฑ์อย่างไรบ้างย่อมแล้วแต่สถานการณ์ในแต่ละสังคมเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตามอย่างน้อยที่สุดสังคมนั้นควรจะมีหลักสำคัญหกประการ ได้แก่ *ประการแรก* จะต้องมีการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างบุคคลซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกัน และส่งผลต่อไปยัง *หลักประการที่สอง* คือ ศาลนั้นจะต้องประกอบไปด้วยผู้พิพากษาที่มีความเป็นอิสระ ปราศจากอคติ ตลอดจนมีความสามารถที่จะพิจารณาข้อพิพาทนั้นได้ *หลักประการที่สาม* ศาลจะต้องมีการพิจารณาคดีและตัดสินข้อพิพาทภายในระยะเวลาอันสมควร โดยเมื่อศาลมีคำตัดสินหรือคำพิพากษาแล้ว *หลักประการที่สี่*ที่กำหนดให้จะต้องมีวิธีการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาด้วย ส่วน *หลักประการที่ห้า* นั้น คือ ศาลต้องมีวิธีพิจารณาคดีที่เที่ยงธรรมและมีเหตุผล ซึ่งสอดคล้องกับ *หลักประการที่หก* คือกฎหมายที่ศาลใช้ต้องมีความแน่นอน ชัดเจน มีความพอดีและเป็นธรรม

อาจกล่าวได้ว่า ตามหลักนิติธรรมของทางตะวันตกนั้น สังคมจะต้องปกครองด้วยกฎหมาย สิทธิเสรีภาพของประชาชนในสังคมนั้นจะต้องได้รับการรับรองโดยกฎหมายเช่นกัน เพื่อให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับได้จริง จึงต้องมีผู้ตัดสินข้อพิพาทตามกฎหมายนั้นได้แก่ศาล ซึ่งจะต้องดำรงอยู่อย่างเป็นอิสระ เพื่อพิพากษาและตัดสินอรรถคดีอย่างเที่ยงธรรมและมีเหตุผล ภายใต้กระบวนการพิจารณาคดีที่แน่นอน ด้วยระยะเวลาอันสมควร และสามารถบังคับคดีตามคำพิพากษานั้นได้ ทั้งนี้อาจสรุปได้ว่าหลักการของหลักนิติธรรมสากล ก็คือการยอมรับว่า หลักนิติธรรมคือหลักการปกครองประเทศด้วยกฎหมายที่เป็นธรรม และมีองค์กรตุลาการเป็นผู้พิทักษ์กฎหมายนั้น

ส่วนที่ ๒ หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ดังได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า อิทธิพลของพุทธศาสนาได้มีส่วนหล่อหลอมให้ประเทศไทยคานึงถึงการอยู่ร่วมกันโดยมีหลักธรรมกำกับมาช้านาน ไม่ว่าจะเป็นหลักธรรมสำหรับผู้ปกครอง สมณะพราหมณ์ ข้าราชการ พ่อค้า และประชาชนล้วนแต่มีส่วนสำคัญที่ทำให้บ้านเมืองดำเนินต่อไปด้วยความสงบสวัสดิ

หากหลักนิติธรรมของตะวันตกมีที่มาจาก การจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้เป็นไปโดยเป็นธรรม ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว สิ่งที้อาจจะใกล้เคียงกับหลักนิติธรรมในความหมายสากล คือทศพิธราชธรรม หรือธรรมสิบประการ อันเป็นหลักธรรมของพระราชาหรือพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นผู้ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

ทศพิธราชธรรม ประกอบไปด้วยส่วนที่เป็นข้อพึงปฏิบัติ และข้อพึงละเว้น ซึ่งข้อพึงละเว้นนี้เองคือการจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์มิให้ใช้อำนาจโดยอำเภอใจ เช่น “อาชชวะ” คือ ความซื่อตรง หมายถึงพระมหากษัตริย์จะต้องใช้อำนาจโดยสุจริตซื่อตรง “อักษโภชะ” คือความไม่โกรธ หมายถึงพระมหากษัตริย์จะต้องไม่ใช้อารมณ์โกรธเข้าครอบงำในการใช้อำนาจ “อวิหิงสา” คือความไม่เบียดเบียน หมายถึง พระมหากษัตริย์ไม่พึงใช้พระราชอำนาจในการกดขี่ข่มเหงทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของราษฎรตามอำเภอใจ และ “อวิโรธนะ” คือความเที่ยงธรรม หมายถึงการใช้พระราชอำนาจจะต้องเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม

แม้ว่าทศพิธราชธรรมดูคล้ายว่าจะไม่มีสภาพบังคับ แต่ด้วยความเชื่อในทางศาสนากำกับว่า หากผู้ปกครองไม่ทรงธรรมแล้วไซ้ จะเกิดภัยพิบัติธรรมชาติแปรปรวน

ทศพิธราชธรรม จึงถือเป็นหลักธรรมที่พระมหากษัตริย์ไทยทรงยึดถือปฏิบัติมาทุกยุคสมัยจนถึงปัจจุบัน ดังเช่นเมื่อพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช บรมนาถบพิตร ทรงมีพระปฐมบรมราชโองการในพระราชพิธีบรมราชาภิเษก เมื่อวันที่ ๕ พฤษภาคม ๒๕๓๓ ว่า “เราจะครองแผ่นดินโดยธรรม เพื่อประโยชน์สุขแห่งมหาชนชาวสยาม”

อย่างไรก็ตาม เมื่อบ้านเมืองพัฒนาขึ้น นอกจากผู้ปกครองที่ทรงธรรมแล้ว กฎหมายเข้ามามีส่วนสำคัญในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และเมื่อ กฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองถูกกำกับหรือครอบด้วยหลักธรรม หรือ หลักเหตุผลความเป็นธรรม การปกครองด้วยหลักนิติธรรมก็เกิดขึ้น

นักประวัติศาสตร์กฎหมายได้แบ่งยุคสมัยของระบบกฎหมายไทยออกเป็น ๒ ยุคใหญ่ ๆ คือ ยุคกฎหมายไทยดั้งเดิมที่มีรากเหง้ามาจากวัฒนธรรมไทยแต่เดิม ผสมผสานกับวัฒนธรรมอินเดีย และยุคกฎหมายไทยสมัยใหม่ที่ได้รับอิทธิพลจาก แนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายและวัฒนธรรมจากประเทศทางตะวันตกที่เข้ามา มีอิทธิพลในช่วงตั้งแต่ศตวรรษที่ ๑๙ และพัฒนาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

ยุคกฎหมายไทยดั้งเดิม (พ.ศ. ๒๓๒๕ – ๒๓๙๔) เป็นยุคที่กฎหมายไทย และการปกครองแผ่นดินเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับธรรมะ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ เป็นเครื่องแสดงธรรมเป็นสิ่งสูงสุด สมบูรณ์ ถูกต้องและศักดิ์สิทธิ์ กฎหมายนั้น จะอยู่ในพระธรรมศาสตร์และจารีตประเพณี มีผลบังคับแก่บุคคลทั้งหลาย รวมทั้ง พระมหากษัตริย์และตุลาการ แต่หากย้อนไปไกลกว่านั้น ประเทศไทยก็เคยได้รับ อิทธิพลจากศาสนาพราหมณ์ที่เชื่อว่าอำนาจอธิปไตยเป็นพระราชอำนาจของ พระมหากษัตริย์ผู้เป็นสมมติเทพ เช่นนี้พระมหากษัตริย์จึงมีอำนาจสูงสุดในการ พิพากษาลงโทษอันเป็นอำนาจตามธรรมชาติของพระมหากษัตริย์เช่นกัน

ยุคกฎหมายไทยสมัยใหม่ (พ.ศ. ๒๓๙๔ – ปัจจุบัน) อาจแบ่งเป็น ๒ ช่วงสำคัญ ได้แก่ ยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์และยุคประชาธิปไตย แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมาย ของไทยในยุคนี้เริ่มเข้าใจว่าแบบแผนทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งตายตัว อาจเปลี่ยนแปลง ได้ตามศีลธรรมประเพณีและความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจสังคม กฎหมายไทย และระบบการปกครองรวมถึงการใช้อำนาจนิติบัญญัติเริ่มรับอิทธิพลจากประเทศ ตะวันตก ที่ถือว่ารัฐอธิปไตยเป็นผู้ทรงอำนาจเด็ดขาดในการบัญญัติกฎหมาย ในช่วงสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์และผู้ปกครองเริ่มอ้างหลัก ความยุติธรรมแทนการอ้างคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ผู้ปกครองมีอำนาจในการแก้ไข ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือระบบการปกครองที่เห็นว่าไม่เป็นธรรม

ได้เอง เช่น ในยุคสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๔ (พ.ศ. ๒๓๙๔- ๒๔๑๑) พระองค์ทรงยกเลิกประเพณีที่บิดามารดาหรือสามีชายบุตรภรรยาลงเป็นทาสโดยเจ้าตัวไม่สมัครใจเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ โดยมีพระราชดำริว่าสิทธิดังกล่าวไม่เป็นการยุติธรรมแก่หญิง และทรงรับรองกรรมสิทธิ์ของเอกชนในที่ดิน ซึ่งเป็นการเปลี่ยนความคิดเดิมที่ว่าพระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของแผ่นดิน ทั้งปวงทั่วราชอาณาจักร

ต่อมาในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๕ (ครองราชย์ พ.ศ. ๒๔๑๑ - ๒๔๕๓) เป็นยุคเริ่มต้นของการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ (nation building) ตามแนวทางมหาอำนาจยุโรป เพื่อรักษาเอกราชของประเทศจากการล่าอาณานิคมของประเทศตะวันตก พระองค์ทรงปฏิรูปเปลี่ยนแปลงสังคมเกือบทุกด้านโดยการจ้างชาวตะวันตกเข้ามาช่วยราชการโดยแต่งตั้งให้เป็นที่ปรึกษาของพระองค์ และวางโครงสร้างพื้นฐานกิจการสาธารณูปโภคครั้งใหญ่ชนิดไม่เคยมีมาก่อน

ส่วนหนึ่งของการปฏิรูปประเทศครั้งสำคัญนี้ คือการจัดตั้งระบบกฎหมาย การยุติธรรม สถาบันการเมืองการปกครอง การเงินการคลังและระบบภาษีอากร ทั้งนี้ ด้วยพระองค์ทรงมีพระประสงค์จะแก้ปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต และความไม่เหมาะสมกับกาลสมัยของกฎหมายไทยเดิม จึงมีการปฏิรูปการศาล และกระบวนการยุติธรรมครั้งใหญ่ มีการเปลี่ยนแปลงหลักการทางกฎหมายที่สำคัญ เช่น หลักกฎหมายเดิมที่ว่าจำเลยเป็นผู้มัวหมองจนกว่าจะนำสืบหรือพิสูจน์ว่าตนเองเป็นผู้บริสุทธิ์ เป็นหลักสากลที่ถือว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยถือเป็น ผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ได้ว่ากระทำผิด รวมถึงยอมรับหลักการว่า ไม่มีกฎหมายไม่มีโทษ และมีการเปลี่ยนแปลงระบบการพิจารณาคดีโดยยกเลิกวิธีการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ด้วยการดำนํ้า ลุยเพลิง ตลอดจนการไต่สวนด้วยวิธีการอันทารุณตามระบบจารีตนครบาล ไปใช้ระบบการสืบพยานตามแนวทางสมัยใหม่ ตลอดจนมีการแก้ไขกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และวิธีพิจารณาความอาญาโดยนำแบบอย่างจากประเทศตะวันตก เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่แต่เดิมไม่มี

ความเปลี่ยนแปลงสำคัญเชิงกระบวนทัศน์ของยุคสมัยนี้ คือการก่อตั้งโรงเรียนสอนกฎหมาย จากการศึกษาที่พระราชโอรสและข้าราชการไทยได้เดินทางไปศึกษากฎหมายในยุโรป การเรียนการสอนกฎหมายในสมัยนั้นได้เริ่มอธิบายความหมายของคำว่า “กฎหมาย” เปลี่ยนแปลงไปจากวัฒนธรรมไทยดั้งเดิม โดยอาศัยตามแบบอย่างคำสอนวิชา Jurisprudence ของ John Austin ซึ่งแพร่หลายอยู่ในอังกฤษ ซึ่งส่งผลทางอิทธิพลความคิดต่อกระบวนทัศน์ทางกฎหมายไทยที่แยกกฎหมายออกจากธรรมะและความยุติธรรม ตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism)

อย่างไรก็ตาม ในยุคสมัยนี้การตรากฎหมายและการใช้บังคับกฎหมายอยู่ในอำนาจของชนชั้นปกครองเป็นหลัก ประชาชนทั่วไปไม่อาจคัดค้านกฎหมายที่ตนเห็นว่าไม่เป็นธรรมได้ แต่เมื่อถือว่ากฎหมายเป็นคนละเรื่องกับความยุติธรรม ผู้คนมักยอมจำนนไม่แสวงหาความเป็นธรรมหรือเกิดความทุกข์ร้อนเมื่อไม่เห็นด้วยกับกฎหมาย

ความเปลี่ยนแปลงสำคัญเกิดขึ้นในปี พ.ศ. ๒๔๗๕ (ค.ศ. ๑๙๓๒) ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจโดยไม่จำกัด มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และทรงใช้อำนาจดังกล่าวผ่านทางองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยของไทยในสมัยแรก ๆ จะเน้นเรื่องการจัดระบบการปกครอง การสร้างรัฐสภาให้มีอำนาจในการตรากฎหมายและการจัดระบบการบริหารราชการแผ่นดินที่มีคณะรัฐมนตรี แทนระบอบการปกครองที่พระมหากษัตริย์มีอำนาจสูงสุด กฎหมายยังมีความหมายว่าเป็นคำสั่งของรัฐชาติปดัยต่อไปเช่นเดิม โดยประชาชนมีหน้าที่เคารพและเชื่อฟังกฎหมายไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะกำหนดไว้อย่างคร่าว ๆ โดยขาดกลไกการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ชัดเจน แม้รัฐธรรมนูญหลายฉบับจะกำหนดให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นก็มาจากสมาชิกรัฐสภา และข้าราชการประจำ ซึ่งมีวาระการดำรงตำแหน่งตามวาระของรัฐสภาชุดนั้น กระบวนการให้ประชาชนโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ถึงจะมีก็ยากต่อการเข้าถึง และขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น ๆ การตรวจสอบผู้ใช้อำนาจนั้นเป็นการตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา อาจกล่าวได้ว่า ยุคสมัยดังกล่าวนี้ ถือเป็นยุคที่รัฐสภามีอำนาจสูงสุด (Supremacy of Parliament)

การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญที่สุด อันถือเป็นการพลิกกระบวนทัศน์ (Paradigm Shift) เมื่อมีการปฏิรูปการเมืองครั้งใหญ่ในประเทศไทยที่ส่งผลให้เกิดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ที่ยืนยันหลักการสำคัญ ซึ่งเป็นคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญของไทย ได้แก่ หลักความเป็นราชอาณาจักร หลักประชาธิปไตย หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ หลักความเสมอภาค และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญได้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและความมั่นคงในระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยมากขึ้น ประชาชนเริ่มมีบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐผ่านช่องทางขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา

หากสิ่งที่สำคัญอันถือว่ารัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ ก่อให้เกิดพัฒนาการของระบบศาลไทยในก้าวสำคัญที่สุดอีกครั้งหนึ่ง คือการจัดตั้งศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม และยกระดับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นศาลรัฐธรรมนูญ โดยนำแบบอย่างมาจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยมีผู้พิพากษาจากศาลยุติธรรมและศาลปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ และรัฐศาสตร์ เป็นองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ

การจัดตั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของประชาชนมีประสิทธิภาพมากขึ้น จากบทบาท

ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ และศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง

การก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเรื่องการตรวจสอบการดำเนินงานของฝ่ายนิติบัญญัติครั้งสำคัญอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน ฝ่ายนิติบัญญัติเริ่มถูกตรวจสอบโดยกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตั้งแต่กระบวนการตรากฎหมายจนถึงเป็นกฎหมายใช้บังคับแล้ว

ในระหว่างการพัฒนาของระบบกฎหมายไทยมาตามลำดับนี้ หลักนิติธรรมของไทยได้กำเนิดขึ้นจากการผสมผสานกันระหว่างหลักความเป็นธรรมในทางศีลธรรมและการยอมรับหลักนิติธรรมในความหมายสากล โดยสอดแทรกอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับ และในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทั้งหลายที่ปรากฏผ่านคำพิพากษาและคำวินิจฉัยต่าง ๆ เช่น หลักการว่าบุคคลไม่พึงต้องรับโทษอาญาหากไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิด ก็ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒ และมาตรา ๓ หลักการว่าบุคคลต้องกระทำการโดยสุจริตตามมาตรา ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนหลักนิติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาก็ปรากฏอยู่ในหลายมาตราของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น หลักการว่าบุคคลไม่จำเป็นต้องให้การปรีกษาตนเองตามมาตรา ๒๓๒ ที่ห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน หรือการที่พยานไม่จำเป็นต้องตอบคำถามที่อาจจะทำให้ตนถูกฟ้องในคดีอาญา ตามมาตรา ๒๓๔ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีกรณีศาลฎีกาเคยยก “หลักสุจริต” มาใช้เป็นเหตุผลในการพิจารณาพิพากษาในหลายคดีซึ่งบางคดีนั้นก็ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น หลักที่ว่า การใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องคดีต้องกระทำโดยสุจริต ไม่อาศัยเทคนิคการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อกลั่นแกล้งหรือเอาเปรียบลูกหนี้หรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร หรือหลักที่ผู้เสียหายในคดีอาญาจะต้องไม่ใช่ผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้น

อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวางแนวทางไว้ว่า หลักนิติธรรมนั้นยังรวมถึงหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติด้วย

อย่างไรก็ตาม วิฤติการณทางการเมืองไทยในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๔๘ ส่งผลให้เกิดการรัฐประหารยกเลิกรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ ขึ้นในปี ๒๕๔๙ ในช่วงเวลานั้น ประเทศไทยกลับไปใช้รูปแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ประกอบด้วยผู้พิพากษาตุลาการจากศาลยุติธรรม และศาลปกครองในระยะเวลานั้น ๆ และมีการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ขึ้นโดยอาศัยบทเรียนที่เกิดจากการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาใช้ในการปรับปรุงแก้ไข และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ ก็ได้รับความเห็นชอบโดยประชามติจากประชาชน และมีผลใช้บังคับ

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ถือเป็นก้าวที่สำคัญทางรัฐธรรมนูญและกฎหมายของประเทศไทย คือเป็นครั้งแรกที่มีการรับรองหลักนิติธรรมโดยการตราไว้ในรัฐธรรมนูญ จากที่ก่อนหน้านี้จะเคยเป็นหลักการที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่ได้รับการยอมรับในทางกฎหมาย แม้ว่าจะไม่มีสภาพบังคับอย่างชัดเจน โดยรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ ววรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ข้อความดังกล่าวนับเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติรับรองหลักนิติธรรมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และกำหนดให้มีสภาพบังคับทางรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการยืนยันหลักเรื่องนิติธรรมว่ามีอยู่จริงและจะต้องได้รับการปฏิบัติจากผู้ปฏิบัติงานของรัฐทุกประเภท มิได้เป็นเพียงแนวความคิดหรือทฤษฎีในทางกฎหมายเท่านั้น

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังรับรองสิทธิของประชาชนให้สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของตนนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ด้วย โดยเป็นหลักการเดียวกันกับการให้สิทธิประชาชนสามารถยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional

complaint) ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงหากประชาชนไม่สามารถได้รับการแก้ไขเยียวยาได้ตามช่องทางที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่นเดียวกับที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญของอีกหลายประเทศ

การรับรองหลักนิติธรรมที่กล่าวมานี้ ถือเป็นหลักการที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญและมีสภาพบังคับที่ได้รับการรับรองต่อมา ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช ๒๕๖๐) มาตรา ๓ วรรคสอง ว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” ซึ่งนอกจากจะเป็นการรับรองการมีอยู่จริงและมีสภาพบังคับของหลักนิติธรรมแล้ว ยังตอกย้ำด้วยว่าหลักนิติธรรมนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชน

นอกจากนี้แล้ว หลักนิติธรรมยังถือเป็นหลักการสำคัญในการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่งว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ด้วย” โดยวรรคสองยังบัญญัติด้วยว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง” ซึ่งสอดคล้องต่อหลักนิติธรรมสากล ว่าการปกครองโดยกฎหมายนั้นคือการวางกติกาเอาไว้เพื่อใช้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ในอำนาจบังคับตามกฎหมายของประเทศนั้น และจะใช้บังคับแก่ทุกกรณีที่เข้าองค์ประกอบหรือเงื่อนไขของกฎหมาย ตลอดเวลาที่กฎหมายนั้นใช้บังคับ ไม่ใช่การออกคำสั่งของรัฐบาลธิปไตยในรูปของ “กฎหมาย” ที่มุ่งจะใช้บังคับต่อบุคคล หรือกรณีที่มีอำนาจรัฐนั้นหมายจะตั้งใจใช้อำนาจบังคับโดยอาศัยบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อสร้างความชอบธรรม

กล่าวโดยสรุปแล้ว หลักนิติธรรมของไทยนี้มีพัฒนาการของตนเองที่เริ่มจากหลักธรรมของผู้ปกครองในพระพุทธศาสนา ผสมรวมเข้ากับหลักนิติธรรมสากล จากนั้นหลักนิติธรรมมีสภาพเป็นหลักการใช้และตีความกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สอดแทรกอยู่ในการใช้กฎหมายในการพิจารณาตัดสินอรรถคดีของศาล จนกระทั่งได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้เป็นหลักการที่มีคุณค่าทางรัฐธรรมนูญและมีสภาพบังคับตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

ศาลรัฐธรรมนูญไทยเป็นองค์กรตุลาการที่มีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องที่เป็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญ ย่อมผูกพันตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องนำหลักนิติธรรมมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัย โดยเราอาจจะแยกบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้เป็นสองประการ คือบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และบทบาทในการรักษากติกาทางการเมืองการปกครองให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้นำเอาหลักนิติธรรมมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญหลายครั้ง

ส่วนที่ ๓ ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนนั้น ได้แก่อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งการตรวจสอบแบบนามธรรม (abstract control of constitutionality) ได้แก่กรณีการตรวจสอบกระบวนการตราและเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยการร้องขอของฝ่ายรัฐสภา และการตรวจสอบแบบรูปธรรม (concrete control of constitutionality) ได้แก่กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในกรณีที่มีการโต้แย้งโดยคู่ความในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร หรืออาจจะเป็นกรณีที่ศาลที่พิจารณาวินิจฉัยคดีนั้นเห็นเองว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่มีคำร้องขอให้ตรวจสอบมาจากองค์กรอิสระที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้แก่ผู้ตรวจการแผ่นดิน

ในการปกครองแบบนิติรัฐนั้นถือว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นที่มาแห่งการใช้อำนาจรัฐทั้งปวง หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้รัฐจะใช้อำนาจไม่ได้ และการใช้อำนาจรัฐนั้นหลายเรื่องก็เป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง สงวน ระวัง หรือมีผลต่อสิทธิเสรีภาพและสถานภาพของบุคคลในตัวเอง ดังนั้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องอยู่ในขอบเขตเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สามารถกระทำได้เท่าที่ไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น เป็นไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกละเมิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการที่รัฐสภาใช้อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นมาลดทอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตไว้

ด้วยเหตุนี้ “หลักนิติธรรม” จึงถูกนำขึ้นมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายครั้ง ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นไปตามหลักนิติธรรมหรือไม่

โดยศาลได้วางหลักการว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้น แม้จะสามารถกระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ก็จะต้องได้สัดส่วนกันระหว่างการดำเนินมาตรการของรัฐ กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน นั่นคือรัฐจะวางกฎเกณฑ์หรือใช้อำนาจใด ๆ เพื่อบรรลุซึ่งประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของรัฐได้ ก็ต้องเลือกวิธีการหรือมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด

หลักการนี้ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๑/๒๕๔๙ ว่าร่างพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. มาตรา ๔๖/๑ ที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดขุมขุมกันในเขตทางหลวง ฯลฯ เป็นการจำกัดเสรีภาพในการขุมขุมโดยสงบและปราศจาก

อาวุธที่เกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพดังกล่าวนั้น จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้วางหลักห้ามมิให้ผู้ใด ชุมนุมในเขตทางหลวง ส่วนการอนุญาตให้ชุมนุมได้เป็นข้อยกเว้น และเมื่อพิจารณา ประกอบกับความหมายของคำว่า “ทางหลวง” ในร่างพระราชบัญญัติเดียวกัน ก็มีความหมายกว้างขวางและมีขอบเขตเกินไปกว่าทางหรือถนนที่จัดไว้เพื่อ ประโยชน์ในการใช้สัญจรไปมาของประชาชน จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้เจ้าหน้าที่ ของรัฐใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ชุมนุม ในเขตทางหลวง ประกอบกับกฎหมายเพื่อควบคุมการชุมนุมของประชาชนนั้น มีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้อยู่แล้ว จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและ ปราศจากอาวุธเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพ

นอกจากนี้ แม้ในบางกรณี ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะวินิจฉัยว่า บทบัญญัติ แห่งกฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ก็ได้ให้ข้อสังเกตเพื่อให้องค์กร หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำไปปรับใช้ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย เช่น กรณี ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๒-๔๓/๒๕๕๔ เรื่อง พระราชบัญญัติการไฟฟ้า ฝ้ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ มาตรา ๒๘ มาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ ที่แม้ศาลจะวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจการไฟฟ้าฝ้ายผลิต แห่งประเทศไทยสามารถเข้าไปวางเสาหรือเดินสายไฟฟ้าในที่ดินของเอกชนได้นั้น ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในคำวินิจฉัยนั้นเอง ศาลก็ได้ให้ข้อสังเกตเพื่อให้ การไฟฟ้าฝ้ายผลิตนำไปปรับใช้บังคับกฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมกับประชาชน ว่าการไฟฟ้าฝ้ายผลิตก็สมควรประยุกต์ใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ในการเพิ่มความสูง ของเสาไฟฟ้าแรงสูง เพื่อให้เจ้าของพื้นที่ดินที่อยู่ในเขตสายส่งไฟฟ้าดังกล่าว สามารถใช้พื้นที่ดินด้านล่างได้บ้างตามสมควร และจะเป็นการช่วยลดภาวะความ เสี่ยงภัยที่อาจเกิดต่อสุขภาพ อนามัย และชีวิตของประชาชนผู้อาศัยอยู่ในบริเวณ ใกล้เคียงเสาไฟฟ้าแรงสูงด้วย

ในเรื่องใกล้เคียงกันนี้ ก็มีกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญอ้างถึง “หลักนิติธรรม” ในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนเพิ่มเติมจากที่บัญญัติไว้

ในรัฐธรรมนูญด้วย เช่นในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๓/๒๕๕๖ ที่วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓๐ ซึ่งบัญญัติให้การประปาส่วนภูมิภาคไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดพืชผลพื้นต้นไม้ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไปในที่ดินที่ไม่ได้ใช้เป็นโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัยนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการจำกัดสิทธิที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลตามรัฐธรรมนูญโดยเกินความจำเป็น ซึ่งขัดต่อหลักนิติธรรมที่ว่าเมื่อใดก็ตามที่รัฐก้าวล่วงเข้าไปลดรอนสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐก็จะต้องรับผิดชอบในการชดใช้ค่าทดแทนเยียวยาที่เป็นธรรมให้

ส่วนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่อาจจะถือว่าเป็นผลงานที่สำคัญที่สุดครั้งหนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญ คือกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่เป็นแนวเดียวกันซึ่งวางหลักว่า กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลที่มีฐานะเป็นผู้แทนของนิติบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบทางอาญาที่นิติบุคคลนั้นไปกระทำขึ้น เป็นบทบัญญัติที่สันนิษฐานให้บุคคลมีความผิดทางอาญาโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าผู้นั้นกระทำความผิด การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และขัดต่อหลักนิติธรรมในเรื่องหลักการต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด (Presumption of innocence) การวางหลักดังกล่าวปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒/๒๕๕๕, ที่ ๕/๒๕๕๖, ที่ ๑๐/๒๕๕๖ และอีกหลายคำวินิจฉัย โดยก่อนหน้านี้มีพระราชบัญญัติหลายฉบับของไทยที่มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ เช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ เป็นต้น

ด้วยผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ในภายหลังสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดในทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล พ.ศ. ๒๕๖๐ ขึ้นมาเพื่อแก้ไข

บทสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีลักษณะเดียวกับที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ทั้งหมด

ศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันถึงหลักนิติธรรมที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญาอีกครั้ง ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔/๒๕๕๖ เรื่อง พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๔๑ ซึ่งบัญญัติให้บรรดาพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาตาม พระราชบัญญัตินี้ถือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ตามกฎหมายนั้น เป็นบทบัญญัติ ที่บังคับให้จำเลยต้องถูกผูกมัดตามพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาจากการ สืบพยานของโจทก์ในประเทศที่จำเลยไม่มีโอกาสตรวจหรือรับทราบ พยานหลักฐาน หรือต่อสู้คดีได้อย่างเพียงพอ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัด สิทธิเสรีภาพของบุคคล และกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิในกระบวนการ ยุติธรรม ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

นอกจากหลักนิติธรรมแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) ข้อ ๑๔.๓ อันเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณา ต่อหน้า สิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย สิทธิที่จะ ซักถามพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน และสิทธิขอให้เรียกพยานฝ่ายตนมาซักถาม ภายใต้งื่อนไขเดียวกับพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน มาใช้เป็นเหตุผลหนึ่งที่สนับสนุน ว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นการแสดงให้เห็นว่า “หลักนิติธรรม” นอกจากจะเป็นหลักการสำคัญที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ แล้ว ยังมีผลเป็นสภาพบังคับอันเป็นรูปธรรมให้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่ว่าจะที่มีผลใช้บังคับอยู่ หรือที่จะตราออกมาใช้บังคับ จะต้องสอดคล้องกับ หลักนิติธรรมด้วย หากไม่แล้วบทบัญญัตินี้ดังกล่าวย่อมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ส่วนที่ ๔ ศาลรัฐธรรมนูญกับการเมืองการปกครองภายใต้หลักนิติธรรม

ดังได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า หลักนิติธรรมนั้นเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญ ที่มีสภาพบังคับ และผูกพันต่อการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ

หน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่นอกเหนือจากการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือการตรวจสอบและรักษากติกาทางการเมืองการปกครองให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ หน้าที่และอำนาจเหล่านี้ได้แก่ การตรวจสอบคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการดำรงตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างคณะรัฐมนตรี รัฐสภา และองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญประการอื่น ๆ เช่น ความชอบด้วยเงื่อนไขและกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบเงื่อนไขความชอบด้วยกระบวนการตราและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร รวมถึงการวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาที่รัฐบาลไทยตกลงกับรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้น เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องนำมาให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบหรือไม่ด้วย

ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงหลักนิติธรรมในการใช้อำนาจของรัฐ โดยนิยามไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ ว่าหลักนิติธรรมถือเป็นแนวทางในการปกครองประเทศที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ปราศจากอคติโดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้อง และแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐที่ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ดังนั้น การอ้างหลักเสียงข้างมากมาสนับสนุนการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อยในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

จนทำให้เกิดความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิบาทมหางและแตกสามัคคีกันอย่างรุนแรงในหมู่ประชาชน ดังที่ปรากฏเป็นปัญหาวิกฤตของชาติที่ผ่านมาที่ย่อมขัดต่อหลักนิติธรรม

ทั้งนี้ แม้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถกระทำได้โดยเสียงข้างมากตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ก็จะต้องดำเนินไปด้วยกระบวนการที่ชอบตามรัฐธรรมนูญและเคารพรับฟังเสียงข้างน้อยด้วย

เช่นนี้แล้ว กระบวนการพิจารณารัฐธรรมนูญที่ใช้เสียงข้างมากในการลงมติปิดอภิปรายในวาระที่ ๑ โดยละเอียดไม่รับฟังความคิดเห็นของฝ่ายข้างน้อย รวบรวมปิดการอภิปรายและปิดการประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียง เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายข้างมากโดยไม่เป็นธรรมอันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรมจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ แม้ว่าการลงมติในเรื่องใด ๆ ของรัฐสภาจะต้องอาศัยเสียงข้างมาก แต่การออกเสียงของสมาชิกรัฐสภาที่เป็นเสียงข้างมากนั้น จะต้องกระทำการโดยวิธีการอันชอบด้วย ดังนั้นการที่สมาชิกรัฐสภาบางรายมอบหมายให้สมาชิกรัฐสภาคนอื่นใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนแทนตน เป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานของสมาชิกรัฐสภาต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือการครอบงำใด ๆ ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ การกระทำการออกคะแนนเสียงแทนกันเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริต มีอาจถือว่าเป็นมติที่ชอบของรัฐสภาในกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

บทสรุป

เราอาจสรุปได้ว่า หลักนิติธรรมนั้น เป็นหลักการในการใช้อำนาจอธิปไตย และหลักในการใช้และตีความกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีความเป็นสากล ซึ่งมีลักษณะร่วมกันประการหนึ่ง โดยหลักนิติธรรมของตะวันตกนั้นมาจากการมุ่งจำกัดอำนาจรัฐของผู้ปกครองด้วยกฎหมายหรือโดยการที่ฝ่ายผู้ปกครองคือพระมหากษัตริย์นั้นยินยอมจำกัดพระราชอำนาจต่อประชาชน ส่วนหลักนิติธรรมของไทยนั้นมีที่มาจากคติในทางพระพุทธศาสนา อันเป็นหลักการที่พระมหากษัตริย์ยินยอมจำกัดพระราชอำนาจให้อยู่ใน “ธรรม” ด้วยเจตจำนงของพระองค์เอง

เมื่อระบบกฎหมายยุคใหม่เข้ามาามีอิทธิพลในระบบกฎหมายไทย หลักนิติธรรมก็เป็นหลักการที่ถูกนำเข้ามาพร้อมกันด้วย โดยปรากฏหลักนิติธรรมนี้สอดแทรกอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายตลอดจนการใช้และตีความกฎหมายของศาลไทยมานาน ในฐานะของหลักการพื้นฐานแห่งความยุติธรรมทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นต้นมา จึงเริ่มมีการบัญญัติรับรองหลักนิติธรรมว่าเป็นหลักการที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญผูกพันต่อการใช้อำนาจของทุกองค์กรของรัฐ และมีสภาพบังคับ

ศาลทั้งหลาย ซึ่งรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญด้วยนั้น ถือเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในทางตุลาการ เป็นผู้ปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลายเข้ากับปัญหาข้อพิพาท หรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นในสังคมและประเทศชาติ การพิพากษาหรือวินิจฉัยของศาลนี้เองที่เป็นการนำหลักนิติธรรมมาปรับใช้เข้ากับข้อเท็จจริง ทำให้หลักนิติธรรมนั้นมีสภาพบังคับเป็นรูปธรรม รวมถึงในคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลเอง ก็เป็นเครื่องชี้ว่าเรื่องใดหรือหลักการใดที่ถือเป็นหลักนิติธรรม จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลนั้นเป็นทั้งผู้ใช้และเป็นผู้ “ค้นพบ” หลักนิติธรรมซึ่งเป็นไปตามแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติที่ว่า หลักนิติธรรมนั้นเป็นหลักการที่มีอยู่แล้ว และศาลเป็นผู้ค้นพบหลักการนั้นโดยประกาศออกมาผ่านทางคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญไทย ได้นำหลักนิติธรรมมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ทั้งเพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการรักษากติกาทางการเมืองการปกครองให้เป็นไปโดยชอบ ภายใต้หลักนิติธรรมในทางเดียวกันนั้น จึงเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ประกาศว่าหลักการใดบ้างที่ถือเป็นหลักนิติธรรมที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญ ที่จะมีส่วนผูกพันต่อการตรากฎหมายและการใช้อำนาจทั้งปวงของรัฐ หลักนิติธรรมที่ได้รับการรับรองโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีผลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในหลายเรื่องดังที่ได้ยกตัวอย่างไว้ข้างต้นแล้ว และยังถูกใช้เพื่อการคุ้มครองกติกาทางการเมืองการปกครอง เพื่อให้เป็นไปตามหลักการของระบอบประชาธิปไตยที่ปกครองโดยเสียงข้างมากที่เป็นธรรม เพื่อประโยชน์สุขของประเทศชาติและประชาชนเป็นส่วนรวม

จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญไทย คือผู้ปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ใช่หมายถึงรัฐธรรมนูญฉบับใดฉบับหนึ่งเท่านั้น แต่ยังหมายถึงหลักการพื้นฐานและอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional identity) ของประเทศไทยที่มีพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่องยาวนาน คู่กับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของการเมืองการปกครองประเทศของเรา.

บรรณานุกรม

- ธานินทร์ ภัยวิเชียร (๒๕๕๒). **หลักนิติธรรม (THE RULE OF LAW)**. กรุงเทพฯ: บริษัท ชวนพิมพ์
- มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย (๒๕๓๐). **พระไตรปิฎกภาษาไทย เล่ม ๒๑**. กรุงเทพฯ: มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย
- กิตติศักดิ์ ปรกติ (๒๕๔๖). **การปฏิรูปกฎหมายภายใต้อิทธิพลยุโรป**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (๒๕๓๗). **กฎหมายมหาชน ๒ : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน - เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๑/๒๕๔๙** (๒๓ พฤษภาคม ๒๕๔๙). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม ๑๒๓ ตอนที่ ๙๐ ก วันที่ ๔ กันยายน ๒๕๔๙
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๓/๒๕๕๖** (๒ ตุลาคม ๒๕๕๖). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม ๑๓๑ ตอนที่ ๒ ก วันที่ ๖ มกราคม ๒๕๕๗
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒/๒๕๕๕** (๒๘ มีนาคม ๒๕๕๕). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม ๑๒๙ ตอนที่ ๙๗ ก วันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๕๕
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔/๒๕๕๖** (๑๓ มีนาคม ๒๕๕๖). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม ๑๓๐ ตอนที่ ๕๙ ก วันที่ ๔ กรกฎาคม ๒๕๕๖
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕ - ๑๘/๒๕๕๖** (๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๖). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม ๑๓๑ ตอนที่ ๕ ก วันที่ ๘ มกราคม ๒๕๕๗



บทความทางวิชาการ

เรื่อง หลักนิติธรรมในสาธารณรัฐเกาหลี

หนทางสู่ความยุติธรรมและมนุษยธรรม

Lee Jin-sung

ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี

๑. โฆษณ : ธรรมเนียมประเพณีในการเคารพกฎหมาย

เมื่อประมาณ ๖๐๐ ปีที่แล้วในปี ค.ศ. ๑๓๙๒ ราชวงศ์โชซอนได้ก่อตั้งขึ้นบนคาบสมุทรเกาหลี ปรัชญาในการก่อตั้งโชซอนก็คือการคำนึงถึงอุดมคติทางความคิดของลัทธิขงจื้อที่เรียกว่า “Ye” (ย) ซึ่งเป็นหลักในการจัดการสังคมที่เกิดขึ้นจากนักปราชญ์หรือกษัตริย์ผู้ซึ่งปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของธรรมชาติ “ย” เกิดขึ้นและคงอยู่ในรูปแบบของพิธีกรรมแห่งธรรมชาติ หน่วยงานทางการปกครอง การลงโทษทางอาญา และระบบเหล่านี้ได้ถูกบรรจุในประมวลกฎหมายของรัฐ เนื่องจากโชซอนปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์จึงไม่ได้นำหลักนิติธรรมตามความหมายสมัยใหม่มาปรับใช้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามก็ยังมีการจำกัดอำนาจของกษัตริย์โดยแนวความคิดอุดมคติแห่งชาติ “ย” และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่นการกระทำของกษัตริย์จะถูกจดบันทึกไว้ทุกประการและอนุญาตให้โต้แย้งว่าการปฏิบัติของกษัตริย์เป็นไปตามหลัก “ย” และกฎหมายหรือไม่ โดยขุนนางและสามัญชนสามารถเข้าถึงกษัตริย์ได้โดยตรงเพื่อยื่นข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ยุติธรรม ดังนั้น โฆษณจึงเป็นชาติที่เคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย

๒. หลักนิติธรรมที่เป็นทางการ “การปกครองโดยกฎหมาย” ในเกาหลี

ในปี ค.ศ. ๑๙๑๐ จักรวรรดิญี่ปุ่นได้ล่าอาณานิคมในคาบสมุทรเกาหลี และทำให้ประวัติศาสตร์ ๕๐๐ ปีของโชซอนก็ได้มาถึงจุดสิ้นสุด ญี่ปุ่นได้ทำลายล้างธรรมเนียมประเพณีของโชซอนในการเคารพนับถือ “ย” และกฎหมายสถาปนา

กฎเกณฑ์ของเจ้าอาณานิคมขึ้นมาภายใต้บริบทของหลักนิติธรรม อย่างไรก็ตาม กฎหมายต่าง ๆ ที่ถูกบังคับใช้ในขณะนั้นมิได้มีเป้าหมายเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองหรือปกป้องคุ้มครองสิทธิของพลเมืองแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม กฎหมายต่าง ๆ เป็นเพียงเครื่องมือให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย เกิดการกดขี่และหาประโยชน์จากชาวเกาหลีเท่านั้น การบังคับใช้กฎหมายของ จักรวรรดินิยมญี่ปุ่นถูกจดจำในเรื่องของทาสกามารมณในค่ายทหารหรือและ คำสั่งในการเกณฑ์แรงงานเท่านั้น จึงมิได้มีความหมายใด ๆ แต่เป็นเพียงหลักนิติธรรมในเชิงรูปแบบหรือแบบขอไปทีเฉกเช่นเดียวกับลัทธินาซีเยอรมัน ที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน

เกาหลีได้กลับมาเมื่อสัปดาห์อีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. ๑๙๔๕ แต่เหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลัง เช่น สงครามเกาหลี การปกครองโดยลัทธิเผด็จการ และการปกครองโดยระบอบทหารทำให้ยากต่อการหลุดพ้นจากการครอบงำของหลักนิติธรรมเพียงเปลือกนอกที่ห้อยรากลึกในระหว่างที่ญี่ปุ่นเข้ายึดครอง โดยในปี ค.ศ. ๑๙๔๘ ได้มีการสถาปนารัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลี และรวบรวมแนวคิดต่าง ๆ ของหลักนิติธรรมสมัยใหม่ เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ และสิทธิเสรีภาพ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดีและนักการเมืองได้ร่วมกันแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายครั้งเพื่อขยายวาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีให้ยาวนานยิ่งขึ้น หรือเพื่อให้อำนาจของตนเข้มแข็งมากขึ้น ซึ่งนักการเมืองในขณะนั้นได้รับการศึกษาในช่วงเวลาที่ตกเป็นอาณานิคม หรือคุ้นเคยกับวัฒนธรรมทางทหาร ซึ่งไม่พร้อมที่จะเป็นพลเมืองของสังคมประชาธิปไตย ดังนั้น พวกเขาจึงไม่เคารพพลเมืองของชาติ แม้เวลาผ่านไป บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ยังมีผลใด ๆ ในทางปฏิบัติ กับทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการยังเพิกเฉยต่อบทบัญญัติดังกล่าวอีกด้วย

ตัวอย่างเช่น อดีตประธานาธิบดีปาร์ค ช็อง-ฮี (Park Chung-hee) เข้ามาใช้อำนาจจากการรัฐประหารในปี ค.ศ. ๑๙๖๑ รัฐธรรมนูญในขณะนั้นได้จำกัดมิให้มีการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีเป็นวาระที่ ๒ แต่ในปี ค.ศ. ๑๙๗๒

ประธานาธิบดีปาร์คได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อไม่ให้มีข้อจำกัดดังกล่าว กับทั้งยังให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการออกรัฐกำหนดฉุกเฉินเพื่อยกเว้น การบังคับใช้รัฐธรรมนูญได้ ยิ่งไปกว่านั้นยังมีการจับกุม กักขัง และดำเนินคดีอาญา ต่อผู้วิจารณ์รัฐบาลหรือวิจารณ์รัฐกำหนดฉุกเฉินที่ประธานาธิบดีตราขึ้น โดยห้ามประกันตัว

กรณีใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญก็มีสถานการณ์ ในลักษณะอย่างเดียวกัน นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกปี ค.ศ. ๑๙๔๘ ถึงการ แก้ไขเพิ่มเติมครั้งสำคัญล่าสุดในปี ค.ศ. ๑๙๗๘ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญหรือ ศาลฎีกามีอำนาจในการทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายลำดับ พระราชบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ค่อยปรากฏกรณีที่มีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ ซึ่งความล้มเหลวขององค์กรตุลาการที่เป็นอิสระที่ทำหน้าที่ในการ ทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการที่ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือ ฝ่ายบริหารละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้น ได้แสดงให้เห็นเป็นหลักฐาน ถึงหลักนิติธรรมที่มีเพียงแค่เปลือกนอกที่ครอบงำประเทศอยู่ในเวลานั้น

๓. หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาในประเทศเกาหลี

อย่างไรก็ตาม ในยามค่าคืนยังมีมิติเพียงใดรุ่งอรุณก็ยิ่งใกล้เข้ามาเพียงนั้น ภายใต้ระบอบเผด็จการทางทหารที่เลวร้ายของเผด็จการช็อน ดู-ฮวัน (Chun Doo-hwan) ที่ตำรวจทำการทรมานและสังหารนักศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการ เคลื่อนไหวต่อสู้เพื่อประชาธิปไตย ได้จุดชนวนให้เกิดการชุมนุมประท้วงครั้งใหญ่ หลายครั้งเพื่อเรียกร้องประชาธิปไตยตลอดทั่วทั้งประเทศในปี ค.ศ. ๑๙๘๗ และ การเรียกร้องข้างต้นได้มีอิทธิพลทำให้รัฐธรรมนูญได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมระบบ การเลือกตั้งประธานาธิบดีให้มีการเลือกตั้งทางตรงและดำรงตำแหน่งได้เพียง วาระเดียว ตลอดจนการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีผลให้เกิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ขึ้นอีกด้วย และกลายมาเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเกาหลี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเกาหลีก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. ๑๙๘๘ และมีบทบาท หน้าที่สำคัญในการทำให้หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาเกิดขึ้นได้จริง กว่า ๓๐ ปี

ที่ผ่านมา ศาลได้พิจารณาคดีประมาณ ๓๓,๐๐๐ คดี โดยมีประมาณ ๑,๕๐๐ คดีที่ศาลได้วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเหล่านี้ได้กระตุ้นให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติตระหนักถึงข้อจำกัดและหน้าที่ของตน ในการทำให้คุณค่าของรัฐธรรมนูญสมบูรณ์มากขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเกาหลีได้ใช้อำนาจของตนในการพัฒนาหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาขึ้นโดยการกำหนดขอบเขตของกฎหมายที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ กับทั้งการฟื้นฟูหลักนิติธรรม หลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาคขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง

หากจะกล่าวถึงคำวินิจฉัยที่น่าสนใจบางคดีที่ศาลได้เพิกถอนการกระทำของรัฐบาลในทางปฏิบัติ อันได้แก่กรณีรัฐกำหนดฉุกเฉินของประธานาธิบดีที่ให้อำนาจในการจับกุมโดยไม่ต้องมีหมายศาลและสามารถลงโทษบุคคลซึ่งวิจารณ์การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งก่อน ๆ ได้เพิกถอนคำสั่งห้ามเด็ดขาดในการรวมตัวกันหรือการประท้วงในยามวิกาลและยังวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการลิดรอนสิทธิในการเลือกตั้งของนักโทษหรือผู้ถูกคุมประพฤติ กฎหมายที่เลือกปฏิบัติต่อสตรีเพศสภาพของเรือนจำที่เลวร้ายที่นักโทษต้องนอนรวมกันอย่างแออัดเบียดเสียด การปฏิเสธสิทธิของผู้ต้องสงสัยที่ยังไม่ได้อยู่ในระหว่างการคุมขังในการมีที่ปรึกษา ระหว่างการสอบสวน การห้ามการสนับสนุนทางการเมืองของสหภาพแรงงาน และการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ก่อนเผยแพร่ ทั้งหมดนี้ถือเป็นการกระทำหรือกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

จากประวัติศาสตร์หลายประเทศ พวกเราพบว่าผู้ซึ่งอยู่ในอำนาจจะถูกยั่วให้หลงทางจากความชอบธรรมของกฎหมายและใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือทำเพื่อผลประโยชน์ทางการเมืองของตนเอง ซึ่งหลักนิติธรรมมีหน้าที่หลักในการป้องกันสิ่งที่กล่าวมาข้างต้นมิให้เกิดขึ้นดังที่ โทมัส เพน (Thomas Paine) กล่าวในหนังสือเรื่อง “สามัญสำนึก” หรือ “Common Sense” ว่า “ประเทศเสรีกฎหมายต้องเป็นใหญ่” และสิ่งนี้ก็คือ แก่นสาระของหลักนิติธรรม

เมื่อไม่นานมานี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเกาหลีได้คุ้มครองหลักนิติธรรมในรูปแบบของกระบวนการถอดถอนประธานาธิบดี ภายใต้รัฐธรรมนูญเกาหลี

คำขอเพื่อให้มีการถอดถอนเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับสูงที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ เห็นชอบจะต้องส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต่อไป ซึ่งในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ สื่อได้รายงานว่าอดีตประธานาธิบดี ปาร์ค กึน-ฮเย (Park Geun-hye) ยินยอมให้คนสนิทของตน ที่ชื่อว่า “ชอย” (Choi) เข้ามามีอิทธิพลในทางลับ ต่อกิจการของรัฐ แทรกแซงในการระดมทุนของหลายมูลนิธิ เพื่อผลประโยชน์ของ นางชอยเองและเข้าถึงเอกสารที่เป็นความลับของทางรัฐ ประชาชนซึ่งตื่นตระหนก จากข่าวอื้อฉาวนี้ได้ออกมาถือเทียนและยื่นรวมตัวกันในยามค่ำคืนบนท้องถนน ซึ่งแต่ก่อนในอดีตกฎหมายห้ามการรวมตัวในลักษณะดังกล่าว ทว่าศาลรัฐธรรมนูญ ได้ยกเลิกกฎหมายฉบับนั้นไปแล้วเมื่อหลายปีก่อน ดังนั้น การประท้วงท่ามกลาง แสงเทียนดังกล่าวจึงเกิดขึ้นได้และกระทำต่อเนื่องยาวนานถึง ๑๗ สัปดาห์ เพื่อเรียกร้องให้ประธานาธิบดีปาร์คออกจากตำแหน่ง เมื่อประธานาธิบดีปาร์ค ไม่ได้ให้คำตอบใด ๆ สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติถอดถอนให้เธอพ้นจาก ตำแหน่งเมื่อวันที่ ๕ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๖

เมื่อวันที่ ๑๐ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๗ ศาลได้มีคำวินิจฉัยอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ ว่าประธานาธิบดีปาร์คจะต้องพ้นจากตำแหน่ง โดยเห็นว่าท่านประพฤติมิชอบ ในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีและถือเป็นการละเมิดกฎหมายและ รัฐธรรมนูญอย่างร้ายแรง ศาลได้วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำลาย หลักประชาธิปไตยและหลักนิติธรรม และเห็นว่าการปกป้องรัฐธรรมนูญมีประโยชน์ มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการวินิจฉัยให้ท่านพ้นจากตำแหน่ง

แม้แต่ในวันนี้ศาลก็ยังคงพยายามอย่างไม่หยุดยั้ง โดยศาลยังต้องรับภาระ ของคดีจำนวนมากที่รอการพิจารณามาอย่างยาวนาน เช่น การแสดงออกเพื่อ ต่อต้านการเกณฑ์ทหารจะต้องได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ การทำแท้งจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ เป็นต้น มีการนำเสนอประเด็นเหล่านี้ ต่อศาลเข้าไปซ้ำมาหลายต่อหลายครั้งและยังคงรอคอยการวินิจฉัยเพื่อแก้ไขปัญหา อีกทั้งได้มีการเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญที่มีอายุ ๓๐ ปี ให้มีกฎเกณฑ์ ที่มีมาตรฐานเป็นปัจจุบันยิ่งขึ้น ในจำนวนข้อเสนอให้มีการปรับปรุงแก้ไขนั้น

ได้รวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขยายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนทุกคนด้วย มิใช่เพียงแต่คุ้มครองเฉพาะพลเมืองเกาหลีดังเช่นที่ปรากฏในฉบับปัจจุบันเท่านั้น กับทั้งมีการเพิ่มสิทธิต่าง ๆ มากขึ้น อาทิ สิทธิเกี่ยวกับความปลอดภัย การคุ้มครองและการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การมีที่อยู่อาศัยและสุขภาพที่เหมาะสม เพื่อทำให้เกิดการปกป้องคุ้มครองได้อย่างแท้จริง และขยายขอบเขตของความเสมอภาคออกไปเพื่อต่อต้านการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากความพิการ อายุ เชื้อชาติ และพื้นเพที่อยู่อาศัย มากกว่าที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่มีเพียงเรื่องเพศ ศาสนา และสถานะทางสังคมเท่านั้น ข้อเสนอในการแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญข้างต้นนี้กำลังรอการพิจารณาพร้อมกับหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่ถูกพัฒนามาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ความเข้มแข็งของพลเมืองเกาหลีจะเป็นสิ่งที่ปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ตลอดจนความกล้าหาญและความพยายามของศาลในระหว่างช่วง ๓ ทศวรรษที่ผ่านมา เป็นการสร้างให้รัฐธรรมนูญเกิดเป็นรูปร่างและมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง ซึ่งถือได้ว่าเป็นความภาคภูมิใจอย่างสูงในประเทศเกาหลี

๔. การขยายขอบเขตออกไปยังภูมิภาคเอเชีย

ในขณะนี้เพื่อเติมเต็มหลักนิติธรรมให้มากยิ่งขึ้น ประเทศเกาหลีได้ดำเนินการร่วมกับชาติต่าง ๆ ในทวีปเอเชีย ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีได้ริเริ่มจัดตั้งสมาคมศาลรัฐธรรมนูญและสถาบันเทียบเท่าแห่งเอเชีย (the Association of Asian Constitutional Courts หรือ AACC) ในปี ค.ศ. ๒๐๑๐ ร่วมกับประเทศอื่น ๆ ในทวีปเอเชียที่มีหน่วยงานในลักษณะเดียวกัน พวกเราได้มีความพยายามในการที่จะเผยแพร่หลักนิติธรรมให้ทั่วภูมิภาคเอเชีย โดยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีได้ได้เป็นเจ้าภาพในการจัดประชุมสมาคมศาลรัฐธรรมนูญและสถาบันเทียบเท่าแห่งเอเชีย (AACC) ในปี ค.ศ. ๒๐๑๒ และการประชุมใหญ่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโลกครั้งที่ ๓ ในปี ค.ศ. ๒๐๑๔ อีกทั้งในปีดังกล่าวได้มีการก่อตั้งสำนักงานเลขาธิการ

เพื่อการวิจัยและพัฒนาของสมาคมศาลรัฐธรรมนูญและสถาบันเทียบเท่าแห่งเอเชีย (the AACC Secretariat for Research and Development) ขึ้นในกรุงโซล และในขณะนี้สถาบันดังกล่าวก็ได้รับเป็นเจ้าของภาพในการประชุมที่เกี่ยวข้องกับความยุติธรรม และตุลาการผู้แถลงคดีอยู่เสมอ รวมทั้งการรวบรวมฐานข้อมูลเชิงเปรียบเทียบที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของรัฐธรรมนูญในภูมิภาคนี้

เป้าหมายสูงสุดของความพยายามเหล่านี้ก็คือ การสร้างศาลสิทธิมนุษยชนขึ้นในทวีปเอเชีย โดยจุดที่แตกต่างจากภูมิภาคอื่น ๆ ก็คือ ทวีปเอเชียยังคงไม่มีศาลสิทธิมนุษยชนในภูมิภาค เนื่องด้วยประเทศในเอเชียมีภาษา วัฒนธรรม ศาสนา และกลุ่มชาติพันธุ์ที่มีความแตกต่างกัน การจะค้นหาถึงประโยชน์ร่วมกัน หรือการจัดทำความตกลงร่วมกันเพื่อสร้างศาลเดียวจึงต้องใช้ความอดทนและใช้ระยะเวลา อย่างไรก็ตาม อย่างที่ได้เคยเห็นจากตัวอย่างของศาลสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอื่น ๆ ทั่วโลก ข้าพเจ้าเชื่อว่ามีคุณค่าอันเป็นสากลที่เป็นพื้นฐานสำคัญร่วมกันอยู่ อาทิ เสรีภาพ ความเสมอภาคและความยุติธรรม เป็นต้น โดยในระยะเริ่มต้นอาจริเริ่มด้วยการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยคดีในประเด็นที่จำกัด เฉพาะเฉพาะปัญหาการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การปกป้องคุ้มครองสิทธิของสตรีและเด็ก เป็นต้น หากแต่เมื่อก้าวแรกนี้เกิดขึ้นได้แล้ว พวกเราก็คาดหมายที่จะเกิดความร่วมมือและการเติบโตอย่างค่อยเป็นค่อยไป เพื่อนำไปสู่การเป็นศาลสิทธิมนุษยชนแห่งภูมิภาคที่ถูกคาดหวัง และจะสามารถทำงานได้สมกับชื่อของมันเอง

หลักนิติธรรมในประเทศเกาหลีเป็นสิ่งที่พวกเราไม่เคยเห็นภาพมาก่อน ในช่วง ๑๐๐ ปีที่ผ่านมา การริเริ่มศาลสิทธิมนุษยชนในเอเชียในวันนี้อาจมาจากการที่พวกเราเห็นร่วมกันในวันนี้ก็ได้

๕. บทเรียนจากประสบการณ์ของเกาหลี

ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นภาพรวมที่จะทำให้เห็นภาพแห่งการเดินทางของประเทศเกาหลีไปสู่หลักนิติธรรมในระยะเวลานับสั้น เห็นได้ว่าหลักนิติธรรมหมายถึงข้อผูกพันผู้ที่มีอำนาจจะต้องใช้อำนาจภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

ตัวอย่างเช่น ไม่ควรมีการดำเนินคดีหรือเนรเทศประชาชนจากการที่ประธานาธิบดี คนใหม่ขึ้นสู่อำนาจเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ทำอย่างไรจึงจะทำให้มั่นใจได้ว่าผู้มีอำนาจ จะใช้อำนาจในขอบเขตของกฎหมาย ในกรณีนี้ข้าพเจ้าจะขอแบ่งปัน ๒ บทเรียน จากประสบการณ์ของประเทศเกาหลี

บทเรียนที่หนึ่ง การมีกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ยังไม่เพียงพอ หากแต่ กฎหมายนั้นต้องได้รับการปฏิบัติด้วย โดยรัฐธรรมนูญเกาหลีในช่วงระหว่าง ค.ศ. ๑๙๕๘ ถึง ค.ศ. ๑๙๘๗ มีบทบัญญัติที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน อย่างเพียงพอแล้วจำนวนหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้นำของประเทศและนักการเมือง ได้ละเลยไม่ใส่ใจให้ความสำคัญในบทบัญญัติดังกล่าวเหล่านั้น การตีความ บทบัญญัติเช่นนั้นให้มีการบังคับใช้โดยไม่มีประสิทธิภาพ ก็ทำให้หลักนิติธรรม พ่ายแพ้ไป

ในประเทศที่มีกฎหมายแต่ไม่ได้มีการปฏิบัติตามกฎหมายด้วยแล้ว ก็ไม่ต่าง ไปจากบุคคลที่ศึกษาแต่พระปริยัติแต่ไม่เคยปฏิบัติ พระพุทธเจ้าได้กล่าวในธรรมบท (Dhammapada) ว่า การท่องจำบทสวดอันศักดิ์สิทธิ์และไม่ได้นำไปปฏิบัติ ก็เป็นดั่งกับคนเลี้ยงแกะที่กำลังนั่งบนแกะของผู้อื่น ในขณะที่บางคนซึ่งท่องบทสวดมนต์ ได้เพียงเล็กน้อย แต่ได้ดำรงชีวิตโดยยึดถือตามหลักธรรมเช่นนั้น เฉกเช่นเดียวกัน กับหลักนิติธรรม จะเกิดขึ้นได้จริงก็ต่อเมื่อในชาติที่มีหลักนิติธรรมได้มีการปรับใช้ หลักนิติธรรมในทางปฏิบัติด้วย

บทเรียนที่สอง ความยุติธรรมที่มีฐานอยู่บนมนุษยธรรมควรต้องนำไป บัญญัติไว้ในกฎหมาย ได้มีข้อโต้แย้งมากมายเกี่ยวกับความยุติธรรมในประวัติศาสตร์ ที่ผ่านมา โดยปกติแล้วทฤษฎีทางกฎหมาย มักบอกเราว่าทุกคนสมควรได้รับการ ปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ทุกคนมีเสรีภาพ และผลลัพธ์ที่ดีที่สุดจากการใช้ ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด ตลอดจนการค้นหาวិธีการในการที่จะพบคุณค่าเช่นว่านี้ ผ่านความร่วมมือกัน ดังนั้น การออกแบบระบบกฎหมายที่ตระหนักถึงความยุติธรรม จึงเป็นสิ่งสำคัญมาก อย่างไรก็ตาม พวกเราต้องไม่ลืมว่าความยุติธรรมที่เรา ตามหาผ่านกฎหมาย ควรต้องอยู่บนฐานของความมีมนุษยธรรมและความรักต่อ ประชาชนร่วมชาติ

สำหรับคนกลุ่มน้อยในสังคม ความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบอาจจะไม่เพียงพอที่จะชดเชยกับบริบทความไม่เป็นธรรมที่พวกเขาประสบ โดยจุดเริ่มต้น พวกเขาต้องทนทุกข์ทรมานจากการขาดแคลนทรัพยากร และถูกเอารัดเอาเปรียบจากสภาพแวดล้อม จึงจำเป็นต้องใช้มาตรการเชิงรุกเพื่อให้พวกเขาได้รับความเท่าเทียมกันในเชิงเนื้อหาด้วย ซึ่งความเท่าเทียมกันเชิงเนื้อหาไม่อาจเกิดขึ้นได้หากปราศจากฐานคิดของมนุษยธรรม

กฎหมายเป็นนามธรรมและใช้บังคับกับทุกคน สิ่งนี้หมายความว่า พวกเราทุกคนจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม กฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความประสงค์ร้ายต่อประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งอาจมีผลที่นำไปสู่การทำลายมนุษยธรรมได้ ในยุคอาณานิคมญี่ปุ่นที่มีอิทธิพลครอบคลุมทั่วทั้งเอเชียและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยนาซี (นาซีฮอโลคอสต์: Nazi Holocaust) ก็ได้ทิ้งไว้ซึ่งแผลงกรรมของมนุษยธรรมที่ถูกทำลายไปและเพื่อป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจในทางที่ผิดเช่นนั้นอีก พวกเราจึงต้องใช้กฎหมายด้วยความยุติธรรม อันมีฐานอยู่บนมนุษยธรรมเท่านั้น เพราะมีแต่เพียงความมีมนุษยธรรมเท่านั้นที่เป็นสากลและขยายไปทั่วทั้งโลกได้ และสิ่งนี้ก็คือหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา

๖. เป้าหมาย: พวกเรามุ่งไปสู่ที่ใด

ประสบการณ์ในเชิงประวัติศาสตร์ไม่อาจที่จะเกิดขึ้นซ้ำได้อีก ซึ่งรวมไปถึงประสบการณ์ที่เกิดขึ้นกับหลักนิติธรรมในประเทศเกาหลีก็ไม่อาจที่จะเกิดซ้ำได้อีกเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม มนุษยธรรมซึ่งพวกเรากำลังต่อสู้เพื่อให้ได้มาผ่านหลักนิติธรรมนั้นเป็นสิ่งสากล มนุษยธรรมที่เป็นสากลมิใช่เป็นสิ่งที่ต้องไปให้ถึงในอนาคตที่ยาวไกล แต่เป็นสิ่งที่พวกเราต้องตระหนักถึง ณ ขณะนี้ ด้วยเหตุนี้คำถามที่เหลืออยู่จึงเป็นคำถามที่ว่าพวกเราจะปฏิบัติเกี่ยวกับมนุษยธรรมอย่างไร

ข้าพเจ้าจะขอทิ้งคำสำคัญให้กับพวกท่าน ก่อนที่จะสรุปการบรรยายในครั้งนี้

หนังสือของ โทมัส เพน (Thomas Paine) เรื่อง “สามัญสำนึก” (Common Sense) ได้กระตุ้นให้เกิดการเคลื่อนไหวเพื่อประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา

ซึ่งทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงไม่เพียงแต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น หากแต่ยังผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงไปทั่วโลก ประชากรชาวสหรัฐอเมริกาในขณะนั้นมีประมาณสามล้านคนและภายในสามเดือนหนังสือนี้ถูกขายถึง ๑๒๐,๐๐๐ เล่ม โดยจำนวนยอดขายหนังสือนี้ มีทั้งสิ้น ๕๐๐,๐๐๐ เล่ม รวมทั้งในรูปแบบที่เป็นหนังสือแปลเป็นภาษาฝรั่งเศส อาจกล่าวได้ว่า ผู้ใหญ่ที่มีการศึกษา ต่างก็ซื้อหนังสือเล่มนี้ ปรากฏการณ์นี้มีความหมายอะไรต่อตัวของโทมัสเพนหรือไม่ เขาอาจรำววยจากยอดขายนี้ หรือหากเป็นคุณ คุณจะอย่างไรกับเงินที่ได้รับหากหนังสือของคุณเป็นที่นิยม คุณจะนำเงินไปซื้อห้องพักติดทะเลสาบหรือไม่ หากแต่โทมัสเพนได้วางแผนใช้รายได้ของเขาในการซื้อถูงมือเพื่อให้ทหารใช้ขณะที่ต้องรับใช้ชาติในพื้นที่ที่หนาวเหน็บ

การนำหลักมนุษยธรรมไปใช้ในทางปฏิบัติไม่จำเป็นต้องทำเรื่องยิ่งใหญ่ แต่เป็นสิ่งที่พวกเราควรจะทำในแต่ละวัน โศคร้ายที่ทัศนคติในการนำหลักมนุษยธรรมไปใช้ในทางปฏิบัติมันไม่ใช่สิ่งที่เราสามารถคิดได้ตั้งแต่เกิด แต่มันสามารถฝังรากลึกในตัวพวกเราได้เมื่อพวกเราได้นำมันไปปฏิบัติในแต่ละวัน

ทุก ๆ วัน ในห้องพิจารณาคดี พวกเราจะพบประชาชนจำนวนมากที่นำเรื่องราวของพวกเขามาเล่าให้เราฟัง พวกเขาเล่าให้เราฟังถึงความกระหาย ความหิวโหย และมืออันหนาวเย็น เมื่อใดก็ตามที่เรารู้สึกเห็นใจคนเหล่านี้ พวกเราจะกล้าหาญเพียงพอที่จะก้าวออกจากจุดหรือสถานการณ์ที่เราอยู่ที่เติมไปด้วยประโยชน์ส่วนตัวของเรา และไปสู่การสยายมือเพื่อโอบอุ้มมืออันสั่นไหวด้วยความหนาวเหน็บของพวกเขาเหล่านั้นหรือไม่ ทางเลือกเล็ก ๆ นี้เกิดขึ้นในแต่ละวัน ในห้องพิจารณาคดีนี้เองที่จะเป็นตัวกำหนดทิศทางการเดินทางที่ยาวนานของหลักนิติธรรม

ขอขอบคุณทุกท่านที่รับฟัง

บทความทางวิชาการ

เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในฐานะผู้พิทักษ์หลักนิติธรรมและสิทธิมนุษยชน

Zühtü Arslan

ประธานศาลรัฐธรรมนูญตุรกี

ท่านผู้มีเกียรติ

สุภาพสตรีและสุภาพบุรุษทุกท่าน

ก่อนที่ข้าพเจ้าจะกล่าวปาฐกถา ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณท่านนุรักษ์มาประณีต ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สำหรับการเชิญให้มาเข้าร่วม การประชุมและการต้อนรับที่อบอุ่น

ข้าพเจ้าขอแสดงความยินดีกับท่านประธานและท่านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แห่งประเทศไทย ในโอกาสครบรอบ ๒๐ ปี ข้าพเจ้าขอให้ท่านประสบความสำเร็จ และมีผลงานอันเป็นประโยชน์ต่อไป

ดังที่ทราบกันว่าศาลรัฐธรรมนูญดำรงอยู่เพื่อรักษาหลักความเป็นสูงสุด ของรัฐธรรมนูญ โดยคำจำกัดความของรัฐธรรมนูญก็คือ บทบัญญัติของกฎหมาย สูงสุดที่มีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ รัฐธรรมนูญ จึงเปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพสำหรับปกป้องสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชน

ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทสำคัญในการค้ำจุนหลักนิติธรรมและ ปกป้องสิทธิมนุษยชนพื้นฐาน โดยปกติแล้วศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจผ่าน เครื่องมือทางกฎหมายสองประเภทด้วยกันในการทำให้บรรลุเป้าหมายนี้ กล่าวคือ การทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ การทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเป็นธรรมเนียมปฏิบัติและ เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ขณะที่การยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญในขอบเขต ของสิทธิมนุษยชนมีลักษณะที่เป็นพลวัตที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ซึ่งแสดงให้เห็น ถึงความท้าทายที่ยิ่งใหญ่ของกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ

มาตรา ๒ ของรัฐธรรมนูญตุรกีบัญญัติหลักนิติธรรมไว้ โดยได้นำมากล่าวอ้างและเป็นหลักที่นำมาใช้ในแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี (TCC) อยู่บ่อยครั้ง โดยฐานของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีแสดงว่า หลักนิติธรรมปรากฏในรัฐที่มีลักษณะที่ประชาชนเป็นเพียงผู้ถูกปกครองนั้น การใช้อำนาจทางการเมืองจะถูกจำกัดเพื่อปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพ กับทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองจะอยู่ภายใต้หลักนิติธรรม และในคำจำกัดความข้างต้นนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม

ดังนั้น ในการปาฐกถาครั้งนี้ ข้าพเจ้าจะขออธิบายถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในการค้ำจุนหลักนิติธรรมด้วยการปกป้องสิทธิมนุษยชน ทั้งในเวลาปกติและในสถานการณ์ฉุกเฉิน ข้าพเจ้าจะขอหยิบยกประเด็นเฉพาะในเรื่องประสิทธิภาพของระบบการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญโดยแสดงให้เห็นถึงประสบการณ์ที่ผ่านมาของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี

ก่อนที่จะกล่าวต่อไป ข้าพเจ้าขอสรุปภาพรวมโดยย่อของกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญในตุรกีด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการวินิจฉัยคำร้องตามรัฐธรรมนูญเป็นกรณีพิเศษ

๑. คำร้องตามรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายตุรกี

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายถูกนำมาใช้ในระบบกฎหมายตุรกี โดยรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. ๑๙๖๑ ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งที่เป็นกรณีศาลมีอำนาจหยิบยกได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้มีผู้โดยขั่นกล่าวอ้าง (abstract review) และกรณีที่จะต้องมีการโต้แย้งข้อพิพาทในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นก่อน ศาลจึงจะมีอำนาจวินิจฉัยได้ (exception of unconstitutionality) ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้รักษากระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญข้างต้นไว้โดยมีการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อย

นอกจากการทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญตุรกียังมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญอีก ๓ ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง ศาลมีอำนาจในการ

ควบคุมพรรคการเมืองต่าง ๆ โดยมีอำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่มีโครงการหรือกิจกรรมที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยการยื่นข้อกล่าวหาโดยอัยการสูงสุด (Chief Public Prosecutor)

ประการที่สอง ศาลมีหน้าที่เป็น “ศาลอาญาสูงสุด” โดยมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี หัวหน้าเจ้าหน้าที่ผู้บังคับบัญชาระดับสูงอื่น ๆ รวมถึงผู้พิพากษาในศาลสูงสุดที่กระทำความผิดต่อหน้าที่ราชการ

ประการสุดท้าย เมื่อเร็ว ๆ นี้ จากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๐ ศาลยังมีอำนาจในการรับคำร้องตามรัฐธรรมนูญจากบุคคลได้โดยตรงด้วย

สิ่งนี้ถือเป็นก้าวอย่างสำคัญในการไปสู่การพัฒนาหลักนิติธรรมตามระบอบประชาธิปไตยที่มีฐานบนหลักสิทธิมนุษยชนและเป็นการยกระดับมาตรฐานสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยได้มีการเพิ่มเติมวรรคหนึ่งไว้ในมาตรา ๑๔๘ ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “ทุกคนอาจยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ในกรณีที่สิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights) ซึ่งรับรองโดยรัฐธรรมนูญนี้ถูกละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ”

การยื่นคำร้องโดยตรงของบุคคลในระบบกฎหมายตุรกีถือเป็นการเริ่มต้นยุคใหม่แห่งการปกป้องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยตั้งแต่วันที่ ๒๓ กันยายน ค.ศ. ๒๐๑๒ ศาลรัฐธรรมนูญได้เริ่มรับคำร้องโดยตรงของบุคคลอันถือเป็นบทบาทเชิงรุกโดยตรงในการปกป้องและยกระดับหลักนิติธรรมและหลักสิทธิมนุษยชนตามระบอบประชาธิปไตยให้ดียิ่งขึ้น

ข้าพเจ้าขอแนะนำเสนอข้อมูลและสถิติบางส่วนที่จะแสดงให้เห็นถึงการทำงานอย่างดีเยี่ยม และความพยายามของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในการปกป้องสิทธิมนุษยชนทั้งในระหว่างช่วงเวลาปกติและในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉิน

รัฐบาลตุรกีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินภายหลังจากความพยายามทำรัฐประหารเมื่อวันที่ ๑๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ซึ่งถือเป็นภัยคุกคามอย่างร้ายแรง

ต่อความสงบเรียบร้อยตามรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย โดยเมื่อวันที่ ๒๐ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ รัฐบาลตุรกีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อต่อสู้กับองค์การก่อการร้ายกุเลนิสต์หรือที่เรียกว่า FETO (Gülenist Terror Organization) ซึ่งเชื่อว่าอยู่เบื้องหลังความพยายามทำรัฐประหารที่ล้มเหลวในครั้งนั้น

โดยผลที่ตามมาของมาตรการฉุกเฉินนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้เผชิญกับงานที่ล้นมือในแง่ของจำนวนคดีที่ศาลได้รับคำร้องโดยตรงของบุคคลถึงประมาณ ๑๑๘,๐๐๐ คำร้อง ในช่วงระหว่างวันที่ ๑๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ถึงปัจจุบัน โดยคำร้องเหล่านั้นอาจแบ่งได้ ๒ ประเภท ประเภทที่หนึ่ง มาตรการที่เป็นผลเกี่ยวข้องโดยตรงกับรัฐกำหนดฉุกเฉินซึ่งมักจะมีคำสั่งไม่รับเรื่องไว้พิจารณา และประเภทที่สอง คือ การควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดี

ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสอบสวนมาตรการฉุกเฉิน (the Inquiry Commission on State of Emergency Measures) ขึ้นและมีบทบาทสำคัญในการจัดการกับคำร้องที่เกี่ยวกับมาตรการต่าง ๆ อันเป็นผลมาจากรัฐกำหนดฉุกเฉิน ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไม่รับคำร้องไว้พิจารณาประมาณ ๗๒,๐๐๐ คำร้อง เนื่องจากเป็นคำร้องที่ไม่ได้มีการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายก่อนนำมายื่นต่อศาล และศาลส่งคำร้องเหล่านั้นถึงคณะกรรมการฯ ดังกล่าวโดยคำตัดสินของคณะกรรมการฯ อาจนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ และต่อมาอาจนำมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญผ่านการยื่นคำฟ้องของบุคคลดังกล่าวเช่นเดียวกัน

ส่วนการยื่นคำร้องในประเด็นเกี่ยวกับการควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นประเภทที่สองที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดแนวทางการดำเนินการไว้ โดยคำร้องทั้งหมดเหล่านี้จะถูกแบ่งแยกตามสถานะและสถานการณ์ของผู้ยื่นและศาลจะตัดสินโดยมีคำวินิจฉัยหลักที่สามารถใช้ได้กับบุคคลกลุ่มต่าง ๆ ซึ่งกลุ่มเหล่านี้จะประกอบไปด้วยบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์พยายามทำรัฐประหาร อดีตผู้พิพากษาและอัยการ สมาชิกรัฐสภา และสื่อมวลชน โดยในขณะนี้ มีประมาณ ๖,๕๐๐ คำร้องที่รอการพิจารณาอยู่ และในส่วนนี้จะได้รับการพิจารณาตามหลักการทั่วไปที่นำไปสู่การมีคำวินิจฉัยต่อไป

ตั้งแต่วันที่ ๑๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ จนถึงปัจจุบัน ศาลได้รับคำร้องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนประมาณ ๑,๓๐๐,๐๐๐ คำร้อง โดยส่วนใหญ่ของคำร้องเหล่านี้จะเกี่ยวข้องกับสิทธิในการพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการตามด้วยคำร้องเกี่ยวกับสิทธิในชีวิต การห้ามทารุณ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน สิทธิในความเป็นส่วนตัว เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพของบุคคล เป็นต้น นับแต่ที่ได้มีการริเริ่มให้มีการฟ้องคดีเพื่อแก้ไขเยียวยาในเรื่องนี้ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๒ ได้มีคำวินิจฉัยประมาณร้อยละ ๕๐ ที่ตัดสินในทำนองที่ว่า เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน

จำนวนคำร้องทั้งหมดที่เกิดขึ้นในระหว่างสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นมีจำนวนประมาณ ๑๐๒,๐๐๐ คดี โดยศาลได้ตรวจสอบไปแล้วทั้งสิ้นร้อยละ ๘๖ ของคำร้องทั้งหมด ภายหลังจากเหตุการณ์พยายามทำรัฐประหาร จำนวนคำร้องที่ยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จมีประมาณ ๓๙,๐๐๐ คดี และประมาณ ๙,๕๐๐ คดีเกี่ยวข้องกับมาตรการฉุกเฉิน

สถิติเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีทัศนคติเชิงรุกและมีความพยายามในการปกป้องสิทธิมนุษยชนในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉินและทั้ง ๆ ที่มีจำนวนคำร้องที่ยื่นเข้ามาอย่างมากมาย แต่ศาลก็ได้ดำเนินการวินิจฉัยคำร้องส่วนใหญ่ภายในกรอบระยะเวลา และจากประสบการณ์ที่ผ่านมาไม่นานนี้แสดงให้เห็นว่าศาลได้ให้ความสำคัญเป็นพิเศษกับหลายประเด็น อาทิ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพของสื่อมวลชน

๒. คำร้องตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ

ข้าพเจ้าจะขอกล่าวถึงคำร้องตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นการแก้ไขเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นการแก้ไขเยียวยาก่อนที่จะมีการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (the European Court of Human Rights) ข้าพเจ้ามีข้อสังเกตว่าเหตุผลในการนำระบบการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญมาใช้นั้นก็เพื่อลดจำนวนข้อกล่าวหาว่าประเทศตุรกีกระทำการอันเป็นการละเมิดและลดจำนวนคำร้องที่ยื่นไปยังศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

เป้าหมายในทางปฏิบัตินี้ประสบความสำเร็จอย่างยิ่งใหญ่ ในความเป็นจริงแล้ว คำร้องต่าง ๆ จากประเทศตุรกีที่ยื่นไปยังศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปรวมทั้ง การกล่าวหาว่าประเทศตุรกีละเมิดคำตัดสินของศาล มีจำนวนลดลงอย่างมีนัยสำคัญ หลังจากที่ได้ริเริ่มให้มีการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มีเพียงคำร้องบางประเภท ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีคำสั่งยกคำร้องอันมีผลเป็นการละเมิดต่ออนุสัญญายุโรป ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สิ่งนี้แสดงให้เห็นถึงความสำเร็จที่ยิ่งใหญ่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในการจัดการกับคำร้องลักษณะนี้

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้เห็นถึงความสำเร็จและประสิทธิภาพ ของการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญที่ได้มีการยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญตุรกี ซึ่งแสดงให้เห็นในคดี Hasan Uzan v. Turkey (คดีเลขที่ ๑๐๗๕๕/๑๓ ลงวันที่ ๓๐ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๓) ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเห็นว่าในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน บุคคลที่จะยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้จะต้องได้ยื่นคำร้องต่อ ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมาแล้ว และจะนำมายื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ได้เฉพาะเพียงกรณีที่ได้มีการดำเนินการแก้ไขเยียวยาในประเทศครบถ้วนแล้ว เท่านั้น ส่วนในคดี All Kocintar v. Turkey (คดีเลขที่ ๗๗๔๒๙/๑๒ ลงวันที่ ๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๔) เห็นได้ว่าศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้พิจารณาเกี่ยวกับ ประเด็นการควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดี และให้ความสำคัญอย่างชัดเจนกับ คำร้องตามรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพในกรณีนี้

ดังที่ทราบกันดีว่าหลัก Subsidiarity อาจสร้างความขัดแย้งให้เกิดขึ้น ระหว่างศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปที่ตั้งอยู่ ณ เมืองสตราสบูร์ก กับหน่วยงานที่มี อำนาจเกี่ยวข้องภายในประเทศต่าง ๆ และขณะเดียวกันอาจถือเป็นปัญหาในระดับ ประเทศเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ลักษณะของหลัก Subsidiarity ในการยื่นคำร้อง ตามรัฐธรรมนูญของบุคคลเพื่อแก้ไขเยียวยานั้นอาจนำมาสู่ความขัดแย้งระหว่าง ศาลรัฐธรรมนูญกับศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีทั่วไปได้ โดยในบางกรณี ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีทั่วไปอาจมิได้เห็นเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับคำตัดสิน ของศาลรัฐธรรมนูญ และคำตัดสินของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีสามัญที่มีผล เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็อาจไม่ได้รับการบังคับตามอย่างเหมาะสม

ความสำเร็จและประสิทธิภาพของคำร้องตามรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเยียวยาได้ถูกทดสอบเมื่อไม่นานมานี้ โดยปรากฏในคำวินิจฉัย ๒ ฉบับ กล่าวคือ คำวินิจฉัยลงวันที่ ๑๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๘ ในกรณีของการควบคุมตัวนักข่าวสองรายก่อนการพิจารณาคดี ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการละเมิดสิทธิเกี่ยวกับเสรีภาพส่วนบุคคล และความปลอดภัยและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพของสื่อมวลชน

ผู้ยื่นคำร้องถูกควบคุมตัวจากเหตุการณ์พยายามทำรัฐประหารเมื่อวันที่ ๑๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๖ โดยมีการตั้งข้อหาว่ามีการกระทำความผิดที่ร้ายแรง ศาลพบว่าในการสอบสวนของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนั้นไม่อาจแสดงหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เป็นรูปธรรมอื่น ๆ นอกเหนือจากเพียงแค่ข้อเท็จจริงจากบทความในหนังสือพิมพ์และบทสนทนาในรายการโทรทัศน์ และเห็นว่าเป็นพยานหลักฐานที่ยังไม่เพียงพอที่จะนำไปสู่ข้อสรุปที่จะแสดงว่าเป็นความผิดอย่างแท้จริงซึ่งถือว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญตามรัฐธรรมนูญในการควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดี ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจตรวจสอบการควบคุมตัวดังกล่าวแม้จะเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินก็ตาม และอาจสรุปได้ว่าสถานการณ์ที่เกิดขึ้นยังไม่ถือเป็นสภาวะฉุกเฉิน

ศาลรัฐธรรมนูญได้ส่งคำวินิจฉัยไปยังศาลชั้นต้นและสั่งการให้มีการดำเนินการตามที่จำเป็นเพื่อแก้ไขเยียวยาการละเมิดสิทธินั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญมิได้ระบอบอย่างชัดเจนให้มีการปล่อยตัวผู้ยื่นคำร้องแต่อย่างใด

ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่าการละเมิดสิทธิแล้ว ผู้ยื่นคำร้องที่เป็นนักข่าวได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีให้มีการปล่อยตัว ศาลชั้นต้นที่พิจารณาได้ปรับใช้หลักกฎหมายที่แตกต่างออกไปและมีคำสั่งยกคำร้อง โดยกล่าวอ้างว่าศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาพยานหลักฐานในคดีโดยไม่มีอำนาจ ทำให้คำวินิจฉัยนั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมายและไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กรณีนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็น “การขัดหรือแย้งกันในเรื่องอำนาจ”

การดำเนินการข้างต้นของศาลชั้นต้นในลักษณะนี้ไม่เคยปรากฏมาก่อน ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยถึงการละเมิดในลักษณะคล้ายคลึงกันนี้มาแล้วในอดีต และผู้ยื่นคำร้องจะถูกปล่อยตัวจากคุกทั้ง ๆ ที่ยังคงมีการไม่ลงรอยกันในทางการเมืองอยู่ ในปี ค.ศ. ๒๐๑๖ ศาลพบว่ามีการละเมิดที่เกี่ยวกับการควบคุมตัวนักข่าวที่มีชื่อเสียง ๒ ราย ซึ่งมีผลรุนแรงต่อสาธารณะและต่อการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง ท่ามกลางคำวิจารณ์ที่รุนแรง นักข่าวทั้งสองรายดังกล่าวก็ได้รับการปล่อยตัวจากคุกตามคำวินิจฉัยที่ตัดสินว่ามีการละเมิดสิทธิเกิดขึ้น

แม้ว่าทัศนคติเช่นนั้นของศาลชั้นต้นจะเป็นสาเหตุให้เกิดความท้อใจในหมู่นักกฎหมาย แต่ก็ถือเป็นจุดที่ทำให้เกิดการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แม้ในคำวินิจฉัยจะไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนให้มีการปล่อยตัวผู้ยื่นคำร้อง แต่ได้สั่งให้มีการดำเนินการที่จำเป็นเพื่อแก้ไขเยียวยาการละเมิดสิทธิ ซึ่งกรณีนี้จำเป็นต้องมีการตีความคำว่า “การแก้ไขเยียวยา” นี้ ต่อไป

ในระหว่างนั้น ผู้ยื่นคำร้องได้ยื่นฟ้องต่อศาลเป็นคดีใหม่ อ้างว่ามีการละเมิดสิทธิเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาล ศาลรัฐธรรมนูญได้ยกประเด็นนี้ขึ้นพิจารณาอย่างเร่งด่วน โดยศาลได้พิเคราะห์ถึงพยานหลักฐานที่มีอยู่และนำมาพิจารณาในเรื่องการควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดีว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ต่อมามีเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้ศาลตรวจสอบเงื่อนไขเบื้องต้นของคำร้องของบุคคลที่กล่าวหาว่ามีการควบคุมตัวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลให้เหตุผลว่าการพิจารณาคำวินิจฉัยที่มีมาก่อนหน้านั้นจำกัดอยู่ในขอบเขตการพิจารณาเพียงเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการควบคุมตัวเท่านั้น ซึ่งมีได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับผลในการพิจารณาคดีนี้แต่อย่างใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบพยานหลักฐานและเหตุผลที่เสนอขึ้นมาจากศาลชั้นต้นเรียบร้อยแล้ว และศาลรัฐธรรมนูญก็มิได้มีข้อสงสัยในความชอบของพยานหลักฐานดังกล่าวแต่อย่างใด จึงทำให้ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการพิจารณาพยานหลักฐานของศาลรัฐธรรมนูญไม่มีน้ำหนัก

ศาลได้เน้นย้ำไปที่มาตรา ๑๕๓ ของรัฐธรรมนูญฯ ที่บัญญัติอย่างชัดเจนว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่สุด ผูกพันบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล รวมทั้งหน่วยงานของรัฐและศาลต่าง ๆ ด้วยยิ่งไปกว่านั้น การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลเป็นส่วนสำคัญที่จำเป็นในเรื่องของสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (สิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรม) ในรัฐที่ปกครองโดยหลักนิติธรรม สำหรับศาลรัฐธรรมนูญตุรกีนั้น หลักนิติธรรมกำหนดให้ศาลในระดับล่างลงไป ต้องคำนึงถึงและต้องมุ่งมั่นพยายามอย่างแท้จริงในการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แทนที่จะมาตั้งคำถามถึงหน้าที่และอำนาจของศาลเท่านั้น

ศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงทั้งหมดของคดีนี้และสรุปว่า ผู้ยื่นคำร้องต้องได้รับการปล่อยตัวตามคำวินิจฉัยที่ได้ตัดสินว่ามีการละเมิด และภายใต้มาตรา ๕๐ แห่งรัฐบัญญัติของศาลรัฐธรรมนูญ (เลขที่ ๖๒๑๖) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีดำเนินการตามที่จำเป็นเพื่อให้มีการแก้ไขเยียวยา การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพกลับคืนมาอันเนื่องมาจากการควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดี

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต่อไปว่า ในคดีนี้ไม่พบว่ามีพยานหลักฐานใดที่จะบ่งชี้ชัดเจนว่ามีการกระทำความผิด ดังนั้น กรณีจึงไม่มีทางอื่นใดนอกจากศาลจะต้องสั่งให้มีการปล่อยตัว เว้นเสียแต่ว่าหากศาลมีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใหม่ซึ่งยังไม่เคยเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายไว้อย่างละเอียดถึงขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลที่มีลำดับต่ำกว่า ในการพิจารณาคำสั่งให้มีการควบคุมตัวอันเป็นประเด็นพิพาทด้วย

การตีความของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้จึงเป็นที่สุดและมีผลผูกพันศาลที่มีอำนาจพิจารณาได้สั่งให้ปล่อยตัวผู้ยื่นคำร้องทันที ประเด็นทางกฎหมายข้างต้นนี้เกิดขึ้นมาจากการใช้หลักนิติธรรมในการแก้ไขความล้มเหลวในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ตัดสินว่ามีการละเมิดสิทธิ

เมื่อศาลชั้นต้นได้ดำเนินการตามคำวินิจฉัยที่สองของศาลรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเยียวยาตามการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญจึงถูกอารังรักษาไว้อีกครั้งหนึ่ง

แม้ข้าพเจ้าจะไม่ได้ปรารถนาให้เกิดเหตุการณ์เช่นนี้ แต่ข้าพเจ้าก็เห็นว่าประเด็นดังกล่าวได้ทำให้มีการนำหลักนิติธรรมไปใช้ในทางปฏิบัติและมีความเข้มแข็งมากขึ้นเมื่อได้นำมาใช้ภายใต้กฎหมายอย่างเหมาะสม

๓. คำตอบของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

ในขณะนั้น ผู้ยื่นคำร้องได้ยื่นเรื่องให้ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปพิจารณา ในประเด็นที่ว่าสิทธิและเสรีภาพของตน ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ได้พิจารณาแล้ว เห็นด้วยกับการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในการควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดีและเห็นว่าเป็นกรณีที่มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลและเสรีภาพในการแสดงออก

โดยคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปไม่เห็นด้วยกับแนวคิดของศาลชั้นต้นที่ไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเห็นว่า เมื่อมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอันเป็นที่สุด และมีผลผูกพันทุกองค์กรแล้ว ทุกฝ่ายต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยาตาม ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๕ แห่งอนุสัญญาฯ ซึ่งให้หลักประกันสิทธิในการมีเสรีภาพของบุคคล

ศาลยังได้ชี้ให้เห็นอีกว่า ความล้มเหลวของศาล Assize (Assize Court) ที่ไม่ทำการปล่อยตัวผู้ยื่นคำร้องตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ “ขัดแย้งกับหลักการพื้นฐานของหลักนิติธรรมและหลักความมั่นคงของนิติฐานะ” ซึ่งสำหรับศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป หลักการเหล่านี้ไม่เพียงแต่เป็นหลักการพื้นฐานตามมาตรา ๕ เท่านั้น หากแต่ยังเป็นหลักการพื้นฐานของทุกมาตราที่ปรากฏในอนุสัญญาฯ และเป็นหลักการสำคัญที่เป็นหลักประกันต่อการห้ามใช้อำนาจตามอำเภอใจ

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้สรุปว่า การควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดีที่ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่อง ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนแล้ว ไม่อาจถือว่า “เป็นการปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย” และเป็น

“การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย” ได้ อันเป็นสิทธิที่ได้รับคุ้มครองตามมาตรา ๕ แห่งอนุสัญญาฯ

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปยังได้เน้นถึงข้อเท็จจริงที่ผู้ยื่นคำร้องไม่ได้ให้ไว้ในชั้นการพิจารณาควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดีหรือแม้แต่ในชั้นทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเอง ซึ่งได้สร้างข้อสงสัยอย่างมากถึงควมมีประสิทธิภาพในการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายจากกลไกการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญของบุคคลที่ยื่นโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปก็ยังไม่ได้ละทิ้งบทสรุปก่อนหน้าที่ว่าการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีเป็นเครื่องมือในการแก้ไขเยียวยาที่มีประสิทธิภาพที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาอีกครั้งหนึ่งเมื่อภายหลังที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้มีคำวินิจฉัยแล้ว

ข้าพเจ้าอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ระบบการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญในประเทศตุรกีดำเนินต่อไป เพื่อให้ถึงเป้าหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสบผลสำเร็จ ดังที่ข้าพเจ้าได้กล่าวมาแล้วว่า การจัดทำระบบนี้มีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองและสนับสนุนหลักสิทธิมนุษยชนโดยการแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศตุรกี และก็เพื่อลดการยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปลง ในท้ายที่สุด

กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบและวินิจฉัยคำร้องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน หากจะยื่นเรื่องที่ได้รับการตรวจสอบมายังศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ผู้ร้องจะต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยาทุกช่องทางมาก่อนแล้ว ซึ่งประเด็นนี้เป็นสิ่งที่สำคัญมากที่สุดที่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีต้องมีบทบาทในการคำนึงให้เกิดการเคารพต่อหลักนิติธรรมและหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้ขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

ขอขอบคุณทุกท่านที่รับฟัง



บทความทางวิชาการ

เรื่อง ความยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ : หลักการและแนวทางปฏิบัติ

ในประเทศอินโดนีเซีย

โดย

Dr.ANWAR USMAN, S.H., MH

ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

๑๐ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๘ กรุงเทพมหานคร

Bismillahirrahmanirahim,

Assalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh,

Namo Buddaya and good morning

- ข้าพชนฯ ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, นายนุรักษ์ มาประณีต;
- ข้าพชนฯ ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี และประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี;
- ท่านผู้แทนและท่านผู้มีเกียรติทุกท่าน

ในลำดับแรก ข้าพเจ้าขอแสดงความขอบคุณอย่างจริงใจและรู้สึกเป็นเกียรติที่ได้รับเชิญจาก ข้าพชนฯ นุรักษ์ มาประณีต ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อเข้าร่วมการประชุมวิชาการนานาชาติ ข้าพเจ้าขอแสดงความยินดีในโอกาสครบรอบ ๒๐ ปี ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และขอให้เป็นสถาบันอันทรงเกียรติที่ประสบความสำเร็จในอนาคตในการค้าจูนกฎหมายและรัฐธรรมนูญต่อไป

ข้าพชนฯ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เคารพ ท่านสุภาพสตรีและท่านสุภาพบุรุษทุกท่าน

ในการประชุมทางวิชาการครั้งนี้ ข้าพเจ้าขออธิบายเกี่ยวกับ “กระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ : หลักการและทางปฏิบัติ” ซึ่งอยู่บนฐานของทางปฏิบัติและประสบการณ์ที่เกิดขึ้นในอินโดนีเซีย

รัฐธรรมนูญอินโดนีเซียประกาศใช้เมื่อวันที่ ๑๘ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๕๕ ซึ่งเป็นหนึ่งวันหลังจากการประกาศเอกราชของประเทศอินโดนีเซีย รัฐธรรมนูญอินโดนีเซียเป็นที่รู้จักกันในชื่อ “รัฐธรรมนูญแห่งปี ค.ศ. ๑๙๕๕” หรือเรียกโดยย่อว่า UUD ๑๙๕๕” รัฐธรรมนูญฉบับนี้ประกอบไปด้วย ๒ ส่วนใหญ่ ๆ ได้แก่ ส่วนที่หนึ่ง อารัมภบทของรัฐธรรมนูญแห่งปี ค.ศ. ๑๙๕๕ และส่วนที่สอง เนื้อหาหรือหลักเกณฑ์ โดยในส่วนอารัมภบทของรัฐธรรมนูญแห่งปี ค.ศ. ๑๙๕๕ นั้น ประกอบไปด้วยเจตนารมณ์ของกลุ่มผู้ร่างรัฐธรรมนูญ อันประกอบด้วย แนวความคิดที่เป็นอุดมคติและวัตถุประสงค์ของการต่อสู้เพื่ออิสรภาพของ ชาวอินโดนีเซีย รวมไปถึงมุมมองขั้นพื้นฐานของอุดมการณ์ของรัฐ อุดมการณ์ของการต่อสู้เพื่ออิสรภาพ และมุมมองขั้นพื้นฐานของอุดมการณ์ของรัฐที่เรียกว่า “หลักปรัชญาศีล (Pancasila)” ซึ่งได้บัญญัติขึ้นภายใต้หลักเกณฑ์ของเนื้อความใน รัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญในประเทศอื่น ๆ ที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ประกอบไปด้วยกลุ่มกฎเกณฑ์พื้นฐานของรัฐซึ่งบัญญัติถึงความมีอยู่ของสถาบัน ต่าง ๆ ของรัฐ รวมไปถึงหน้าที่ของสถาบันเหล่านั้นด้วยการจัดเรียงความสัมพันธ์ และข้อจำกัดของอำนาจของสถาบันต่าง ๆ ของรัฐ การให้หลักประกันในการ ปกป้องสิทธิทางรัฐธรรมนูญของพลเมือง เป็นต้น

ตั้งแต่ที่ได้มีการประกาศอิสรภาพ กลุ่มผู้ก่อตั้งประเทศอินโดนีเซียไม่เพียง แต่มีพันธกรณีที่จะสร้างรัฐประชาธิปไตยเท่านั้น หากยังมีหน้าที่ผูกพันในการนำ แนวคิดในเรื่องหลักนิติธรรมที่แท้จริงมาปรับใช้ด้วย ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ แห่งปี ค.ศ. ๑๙๕๕ ได้อ้างแนวคิดหลักนิติธรรมไว้อย่างแตกต่างกัน ดังที่ได้กำหนดไว้ในวรรคที่สี่ว่า “...ดังนั้นอิสรภาพแห่งชาติของชาวอินโดนีเซียประกอบขึ้นใน รัฐธรรมนูญของอินโดนีเซีย...” การกำหนดเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าการปกครอง ของอินโดนีเซียต้องอยู่บนรากฐานของรัฐธรรมนูญ การทำให้แนวคิดหลักนิติธรรม เกิดขึ้นจริงบัญญัติอยู่ในมาตรา ๑ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งปี ค.ศ. ๑๙๕๕ กล่าวไว้ว่า “รัฐอินโดนีเซียเป็นรัฐที่ตั้งอยู่บนฐานของกฎหมาย”

ในทางทฤษฎี คำว่า “*Negara Hukum*” เป็นคำแปลของนิติรัฐ หรือนิติธรรม อย่างไรก็ตาม แม้ว่านิติรัฐหรือนิติธรรมจะถูกนิยามในคำเดียวกันที่ว่า “*Negara Hukum*” หากแต่ทั้งสองคำนั้นมีความแตกต่างกัน ในภูมิหลังและธรรมเนียมตามกฎหมาย รวมไปถึงการจัดตั้งสถาบันที่แตกต่างกัน แต่กระนั้น คำทั้งสองก็มีความคล้ายคลึงกันด้วย กล่าวคือ การได้ตระหนักถึงการปกป้องสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดตั้งองค์กรตุลาการที่มีอิสระ และเป็นกลาง

ดังที่ทราบกันโดยทั่วไปว่าการปรับใช้หลักนิติรัฐในหลายประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปซึ่งสัมพันธ์กับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในขณะที่ได้มีการนำหลักนิติธรรมมาใช้อย่างกว้างขวางในประเทศที่มีวัฒนธรรมทางกฎหมายแองโกลแซกซอน ซึ่งอยู่บนฐานของระบบกฎหมายจารีตประเพณี ในการนำไปใช้ในทางปฏิบัติ กฎหมายลายลักษณ์อักษรมุ่งเน้นไปที่การบริหารจัดการและระบบบรรทัดฐานมากกว่า ขณะที่กฎหมายจารีตประเพณีให้ความสำคัญกับทางการศาลมากกว่า นอกจากนี้แนวคิดนิติรัฐให้ความสำคัญกับหลัก *Wetmatigheid* (กฎหมายลายลักษณ์อักษร) ซึ่งต่อมาได้กลายเป็น *rechtmatigheid* (การกระทำทางกฎหมาย) ขณะที่หลักนิติธรรมให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมายซึ่งให้อิสระแก่ผู้พิพากษาที่จะสร้างกฎหมายเพื่อความยุติธรรมได้

ท่านผู้เข้าร่วมที่เคารพทุกท่าน

จากแนวคิดที่รัฐต้องมีฐานบนกฎหมายดังที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ อินโดนีเซียมีระบบกฎหมายที่โดดเด่น กล่าวคือ เป็นระบบกฎหมายซึ่งเต็มไปด้วยคตินิยมของรัฐที่เรียกว่าหลักปัญญาศีล คตินิยมของหลักปัญญาศีล เป็นการผสมผสานระหว่างระบบกฎหมายนิติรัฐและนิติธรรม หลักปัญญาศีลมีคุณลักษณะที่โดดเด่นในตัวเอง โดยการนำเอาแง่มุมที่ดีของนิติรัฐและนิติธรรมรวมถึงระบบกฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายทางศาสนามาใช้ ภายใต้หลักปัญญาศีลกฎหมายต้องมีมิติและการวางแนวทางสู่ความยุติธรรม การปรับใช้กฎหมายจะต้องไม่เข้มงวดเด็ดขาดและไม่ยืดหยุ่น หากแต่จะต้องปรับใช้โดยนำจริยธรรมและมโนธรรมมาใช้ด้วย สิ่งนี้จึงกลายเป็นความสำคัญของการบังคับใช้กฎหมายภายใต้รัฐที่มีฐานกฎหมายแบบหลักปัญญาศีล

ในบริบทนี้ หลักปรัชญาศีลกลายเป็นอุดมคติของกฎหมายอินโดนีเซีย โดยทั่วไปแล้ว อุดมคติทางกฎหมายสามารถตีความได้สองแง่มุม แง่มุมแรก ใช้เป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อุดมคติของกฎหมายได้เชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับอุดมคติ ซึ่งสังคมค้นหาในอันจะนำไปสู่ระบบกฎหมายที่ถูกพิจารณาว่าเหมาะสม แง่มุมที่สอง หลักปรัชญาศีลถูกมองว่าเป็นกฎหมายในอุดมคติ ดังนั้น อุดมคติของกฎหมายคือจิตวิญญาณของกฎหมายซึ่งกำหนดรูปร่าง รูปแบบ และกิจกรรมของระบบกฎหมายเพื่อนำไปสู่สังคมแห่งอุดมคติ

หลักปรัชญาศีลจึงเป็นเสมือนหลักการพื้นฐานของรัฐ (Staats fundamental norm) เนื่องจากตำแหน่งของแนวคิดดังกล่าว ดังนั้น หลักปรัชญาศีลจึงกลายเป็นแนวทางของผลผลิตของกฎหมายในชาติทั้งปวง ซึ่งหมายถึงว่าผลผลิตทางกฎหมายทั้งปวงที่ถูกสร้างและถูกนำไปปฏิบัติต้องมีแนวคิดหลักปรัชญาศีลเป็นส่วนหนึ่ง ดังนั้น หลักปรัชญาศีลจึงกลายเป็นแหล่งที่มาของบ่อเกิดของกฎหมายทั้งปวงซึ่งเป็นแนวทางของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักปรัชญาศีลเป็นเหมือนจุดเริ่มต้นและขณะเดียวกันก็เป็นจุดหมายของกฎหมายของอินโดนีเซียด้วย

ท่านผู้เข้าร่วมที่เคารพทุกท่าน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซียซึ่งก่อตั้งขึ้นในวันที่ ๑๓ สิงหาคม ค.ศ. ๒๐๐๓ ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์และตีความรัฐธรรมนูญ เป็นผู้ปกป้องสิทธิตามรัฐธรรมนูญของพลเมือง อีกทั้งยังเป็นผู้บังคับใช้ให้เกิดอุดมคติแห่งรัฐ และหลักปรัชญาศีลเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของ UUD ๑๙๔๕ ในฐานะที่เป็นรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย หลักปรัชญาศีลเป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งปี ค.ศ. ๑๙๔๕ ดังนั้น การบังคับใช้รัฐธรรมนูญจึงมีความเท่าเทียมกันกับการคำนึงอุดมคติของรัฐ โดยปกติแล้ว การบังคับใช้กฎหมายและรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบหลายประการ ดังเช่นหลักการของ Friedman ที่กำหนดว่าอย่างน้อยการบังคับใช้กฎหมาย ต้องเป็นไปตามองค์ประกอบของระบบกฎหมายซึ่งประกอบด้วย โครงสร้างกฎหมาย เนื้อหาสาระทางกฎหมาย และวัฒนธรรมทางกฎหมาย

ข้าพเจ้าเห็นว่าผู้บังคับใช้กฎหมายซึ่งกลายเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างกฎหมายเป็นผู้มีบทบาทสำคัญที่สุด การรับเอาแนวคิดหรือระบบกฎหมายมาใช้นั้น ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องมีความเข้าใจกฎหมายในอุดมคติเป็นอย่างดีพอ ๆ กับการมีสติปัญญาและความกล้าหาญที่จะค้นหาคุณค่าของความยุติธรรมในการตัดสินใจแต่ละคดี ภายใต้อำนาจของผู้บังคับใช้กฎหมาย กฎหมายจะแสดงลักษณะเฉพาะออกมา และมีการกำหนดหน้าที่ในการปรับใช้หลักการแห่งความยุติธรรมให้เป็นส่วนหนึ่งของแนวความคิดและระบบกฎหมายอย่างเหมาะสมที่สุด ปัญหาที่มักเผชิญอยู่บ่อยครั้งในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมายก็คือผู้บังคับใช้กฎหมายมิได้ตระหนักถึงความดีงามและคุณค่าเช่นนั้น ซึ่งการไม่ตระหนักและการไม่รู้ถึงความหมายเชิงปรัชญาของคุณค่าอันประเสริฐของแนวความคิดนั้น อาจนำมาซึ่งการบังคับใช้กฎหมายที่ปราศจากความยุติธรรม ในสถานการณ์เช่นว่านี้ทำให้การมีอยู่ของกฎหมายที่ปราศจากความยุติธรรมก็เหมือนกับการมีร่างกายที่ขาดจิตวิญญาณ

ในบริบทนี้ภายใต้แนวคิดของการบังคับใช้กฎหมายในอินโดนีเซีย ความพยายามในการทำให้หลักปรัชญาศีลที่เป็นกฎหมายในอุดมคติเกิดขึ้นและผนวกเข้ากับผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายจะต้องดำเนินการไปอย่างยั่งยืน การเปลี่ยนแปลงผ่านคุณค่าของหลักปรัชญาศีลให้เป็นกรอบของการบังคับใช้กฎหมายของประเทศอินโดนีเซียจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ และการทำให้คุณค่าของหลักปรัชญาศีลฝังอยู่ในการบังคับใช้กฎหมายทุกครั้งจึงเป็นเป้าหมายหลัก

ท่านสุภาพสตรีและท่านสุภาพบุรุษทุกท่าน

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าข้าพเจ้าจะอธิบายตำแหน่งแห่งที่ของหลักปรัชญาศีลภายใต้กรอบของรัฐเดี่ยวแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย (The Unitary State of the Republic of Indonesia หรือ NKRI) ซึ่งมีดังต่อไปนี้

๑. หลักปรัชญาศีลเป็นปรัชญาและอุดมคติพื้นฐานของรัฐที่ประกอบไปด้วยนักต่อสู้ที่มีเสรีภาพ (ผู้ก่อตั้งรัฐ) โดยเป็นวิธีการในการรวมชาติเพื่อให้ได้มาซึ่งความเป็นอิสราภาพ

๒. หลักปรัชญาศีลคือหลักการของรัฐที่สามารถปรับเข้ากับความหลากหลายของสังคมพหุนิยมของชาวอินโดนีเซียซึ่งประกอบด้วยชนเผ่า ศาสนา เชื้อชาติ และกลุ่มที่หลากหลาย โดยการเคารพยึดถือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ภายใต้วิถีชีวิตแบบรัฐประชาธิปไตยเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและสวัสดิภาพทางสังคมแก่ประชาชนทุกคน

๓. หลักปรัชญาศีลเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับสาธารณรัฐอินโดนีเซียซึ่งเป็นรัฐเดี่ยว สิ่งนี้ถูกสะท้อนในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญแห่งปี ค.ศ. ๑๙๔๕ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในย่อหน้าที่ ๔ ซึ่งกล่าวว่า “... ดังนั้นความเป็นอิสระแห่งชาติอินโดนีเซียซึ่งบัญญัติขึ้นในรัฐธรรมนูญของประเทศอินโดนีเซียด้วยอำนาจอธิปไตยของประชาชนโดยอยู่บนพื้นฐานความเชื่อในพระเจ้าองค์เดียวและความเป็นมนุษยชาติที่มีอารยะ และเป็นธรรม ความเป็นเอกภาพของอินโดนีเซียวิถีชีวิตประชาธิปไตยซึ่งนำทางโดยหมู่ผู้แทนของปวงชนที่มีความเฉลียวฉลาดทางความคิดและมีความรอบคอบ และเพื่อให้บรรลุความยุติธรรมของสังคมสำหรับประชาชนทุกคนของอินโดนีเซีย”

๔. หลักปรัชญาศีลเป็นเป้าหมายชีวิตของชาติอินโดนีเซีย กล่าวคือ เพื่อบรรลุความเป็นสังคมที่รุ่งเรือง และมีความยุติธรรมในวิถีชีวิตแห่งประชาธิปไตยที่เคารพความแตกต่างรวมถึงความหลากหลายด้านชาติพันธุ์ เชื้อชาติ และศาสนา

ขอบคุณที่รับฟัง สวัสดิ์และขอให้พระเจ้าคุ้มครองทุกท่าน
Billahi Taufikwal Hidayah,
Wassalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh,
Shalom, Namu Buddaya

คำกล่าวพิธีปิดการประชุมทางวิชาการ
เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญ : ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม”

โดย นายนริศ มาประณีต

ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ครบรอบ ๒๐ ปี

ณ ห้องสภมณฑล โรงแรมเพนนินซูล่า กรุงเทพมหานคร

วันอังคารที่ ๑๐ เมษายน ๒๕๖๑

ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี

ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกี

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

และผู้มีเกียรติทุกท่าน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้รับเกียรติเป็นอย่างยิ่งจากท่าน
ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญ
สาธารณรัฐเกาหลี และท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกี ในการแสดง
ปาฐกถาพิเศษในหัวข้อ “ศาลรัฐธรรมนูญผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม” ในวันนี้
ท่านผู้ทรงเกียรติได้กล่าวถึงประสบการณ์ในฐานะที่เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการนำ
หลักนิติธรรมมาเป็นกลไกในการอำนวยความสะดวกความยุติธรรม อำนวยความสะดวก
และสร้างความผาสุกให้บังเกิดขึ้นแก่ประชาชน นับได้ว่าเป็นการแลกเปลี่ยน
ความคิดเห็นทางวิชาการ และบอกเล่าประสบการณ์ในการปฏิบัติภารกิจอันสำคัญ
ของศาลรัฐธรรมนูญต่อกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญที่มีคุณค่ายิ่ง

การจัดประชุมทางวิชาการในครั้งนี้บรรลุล่วงวัตถุประสงค์ในอันที่จะช่วยกัน
พัฒนาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม พัฒนา
กระบวนการคิด และสร้างความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจของรัฐกับการคุ้มครอง

สิทธิและเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งยังเป็นการประสานความร่วมมือทางวิชาการ แลกเปลี่ยนประสบการณ์ ตลอดจนกระชับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรศาล ให้มีความแน่นแฟ้นมากยิ่งขึ้น

ในโอกาสนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ขอขอบคุณ ท่านประธาน ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐ เกาหลี ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกี และผู้ที่เกี่ยวข้องทุกท่าน เป็นอย่างยิ่ง ที่ได้ให้เกียรติมาร่วมงาน มิตรภาพแห่งความสัมพันธ์ ตลอดจน สัมพันธ์ไมตรีที่เกิดขึ้นจากการจัดงานในครั้งนี้ นับเป็นนิมิตหมายอันดีที่จะสานต่อ ความร่วมมือในการส่งเสริม สนับสนุน แลกเปลี่ยนองค์ความรู้ และประสบการณ์ ระหว่างกัน ให้มีความมั่นคงและยั่งยืน เพื่อมุ่งสู่เป้าหมายในการพัฒนาหลักนิติธรรม ให้สามารถสร้างความยุติธรรม ความเป็นธรรม และสันติสุขให้เกิดขึ้น ทั้งในระดับ ประเทศ ระดับภูมิภาค หรือในสังคมโลก ให้เกิดผลขึ้นได้จริง ดังคำกล่าวที่ว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิทักษ์หลักนิติธรรม”

ขอขอบพระคุณ ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญ ท่านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และท่านผู้ทรงเกียรติทุกท่านอีกครั้งหนึ่งที่ท่านได้ให้เกียรติเข้าร่วมงานนี้ และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าท่านจะมีความสุขตลอดระยะเวลาที่ท่านได้เข้าร่วมประชุม และพำนักอยู่ในประเทศไทยในวาระอันพิเศษนี้ ท้ายที่สุดนี้ ผมในนามของ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยขอปิดการประชุมทางวิชาการในครั้งนี้ อย่างเป็นทางการ และขอให้ทุกท่านเดินทางกลับโดยสวัสดิภาพ

ขอถือโอกาสกล่าวคำอำลาและขอขอบคุณครับ



STREET LIGHTING



ศาลรัฐธรรมนูญ
THE CONSTITUTIONAL COURT

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
OFFICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT





Table of Contents

	Page
APPRECIATION	183
PREFACE.....	185
Photos of the ceremony president and explanation.....	188
Background of the Constitutional Court and the Objectives of the Academic Conference	189
Special Lecture on the Constitutional Court of Thailand under the Rule of Law <i>By H.E. Mr.Nurak Marpraneet, President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand</i>	197
Keynote Address on the Constitutional Court: Protector of the Rule of Law <i>By Prof. Dr.Wisanu Krua-ngam, Deputy Prime Minister, The Kingdom of Thailand</i>	211
The Summary of Special Lecture on “Rule of Law..... in Korea: A Journey towards Justice and Humanity” <i>By Lee Jin-sung, the President of the Constitutional Court of the Republic of Korea</i>	269
The Summary of Special Lecture on “The Turkish Constitutional Court as Protector of the Rule of Law and Human Rights” <i>By Zühtü Arslan, the President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey</i>	277

The Summary of Special Lecture “Constitutional Justice: 287
Doctrine and Practice in Indonesia”

*By Dr.Anwar Usman, S.H., M.H., the Chief Justice of the
Constitutional Court of the Republic of Indonesia*

Panel Discussion on “The Role of the Constitutional Court 293
as a Guardian of the Principle of the Rule of Law”

*By Zühtü Arslan, President of the Constitutional Court of the
Republic of Turkey, Lee Jin-sung, President of the Constitutional
Court of the Republic of Korea, Dr.Anwar Usman, the Chief Justice
of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia and
Associate Professor Dr.Narongdej Sarukosit, Moderator of the
Discussion*

Academic Article on the Constitutional Court of the 321
Kingdom of Thailand under the rule of law

*By Nurak Marpraneet, President of the Constitutional Court
of the Kingdom of Thailand*

Academic Article on the Rule of Law in Korea: A Journey 343
towards Justice and Humanity

*By Lee Jin-sung, President of the Constitutional Court of the
Republic of Korea*

Academic Article on the Turkish Constitutional Court as 353
Protector of the Rule of Law and Human Rights

*By Zühtü Arslan, The President of the Constitutional Court
of the Republic of Turkey*

Page

Academic Article on the Constitutional Justice: Doctrine..... 365
And Practice In Indonesia

*By Dr.Anwar Usman, S.H., M.H., The Chief Justice of the
Constitutional Court of the Republic of Indonesia*

Closing Remarks for the Academic Conference on topic of..... 373
“The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law”

*By the President of the Constitutional Court of the
Kingdom of Thailand*

Table of Figures

	Page
Special Lecture.....	376
<i>By H.E. Mr.Nurak Marpraneet, President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand</i>	
Keynote Address	378
<i>By Prof. Dr.Wisanu Krua-ngam, Deputy Prime Minister, The Kingdom of Thailand</i>	
Special Lecture.....	379
<i>By Lee Jin-sung, the President of the Constitutional Court of the Republic of Korea</i>	
Special Lecture.....	381
<i>By Zühtü Arslan, The President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey</i>	
Special Lecture.....	383
<i>By Dr.Anwar Usman, S.H., M.H., The Chief Justice of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia</i>	
Panel Discussion.....	385
<i>By Zühtü Arslan, President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey, Lee Jin-sung, the President of the Constitutional Court of the Republic of Korea, Anwar Usman, the Chief Justice of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia</i>	
Closing Remarks for Academic Conference.....	387
<i>By the President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand</i>	

Appreciation

On the occasion of the 20th Anniversary of the Constitutional Court of Thailand, the Constitutional Court and the Office of the Constitutional Court held the Academic Conference on the topic “The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law” on April 9th-10th, 2018 at the Peninsula Hotel, Bangkok, Thailand. The Office of the Constitutional Court compiled all the articles and photos from this event for this publication.

The contents of this publication are comprised of various academic articles, a report on the special keynote, and a report of the panel discussion by the three participating presidents. This special speech on “the Constitutional Court of Kingdom of Thailand under the Rule of Law” described the fundamental principle of the rule of law for the Thai legal system as well as the roles of the Constitutional Court in implementing the rule of law, which was presented by Mr. Nurak Marpraneet, the President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand. Additionally, the special keynote was addressed by Professor Dr. Wissanu Krea-ngam, Deputy Prime Minister on “The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law.” This keynote provided a concrete background of the rule of law in relation to the Thai and international contexts, and then, explained the roles of the Constitutional Courts as the guardian of the rule of law through the Court’s rulings.

In addition, the academic article by Mr. Lee Jin-Sung, President of the Constitutional Court of the Republic of Korea, on “The Rule of Law in Korea: A Journey towards Justice and Humanity” helped readers understand the political transition and the rule of law in the

Republic of Korea. The academic article of the President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey, Professor Dr. Zühtü Arslan, on “The Turkish Constitutional Court as Protector of the Rule of Law and Human Rights”, explained the role played by the Constitutional Court with cooperation of other judicial organizations, both at the level of Turkey and the European Union, in the protection of human rights. The academic article of the Chief Justice of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia, Dr. Anwar Usman, on “Constitution Justice System: Doctrine and Practice in Indonesia”, introduced the Pancasila, which is part of the rule of law in Indonesia and is considered a national spirit. The report on the panel discussion from the three presidents enlightened the readers on the facts and different circumstances occurring in each country.

In conclusion, the compilation of these academic articles is considered to be a valuable reference on this special conference and is recognized as a historical source. It is also deemed as an intellectual publication concerning the constitutional law and the Constitutional Court. It therefore expected that this publication will be of great interest to persons involved in the Constitutional Court’s works as well as those who are interested in the constitutional law and the comparative studies on the Constitutional Court.



H.E. Mr. Nurak Marpraneet
President of the Constitutional Court
of the Kingdom of Thailand

Preface

The Constitutional Court of Thailand was established under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2540 (A.D. 1997). On April 11th, 1998, His Majesty the Late King Bhumibol Adulyadej the Great, royally appointed the President of the Constitutional Court and the first composition of justices of the Constitutional Court. It is for this reason that the Constitutional Court is officially established, and the commemoration of its Anniversary takes place on April 11th annually.

After all this time, the Constitutional Court has maintained its role as an institution exercising judicial power to reviewing the constitutionality, namely the constitutionality review of the provision of law, the constitutionality of qualifications or the prohibitions of the holders of political positions, adjudicating on a question pertaining to duties and powers of the Parliament, the Council of Ministers or Independent Organs and other functions as provided by law and the Constitution.

In 2018, the Constitutional Court has been in operation for 20 years or equivalent to two decades. To mark this special occasion, the Constitutional Court and the Office of the Constitutional Court organized an academic conference on “The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law”, held on April 9th and 10th, 2018 at the Peninsula Hotel, Bangkok.

His Majesty King Maha Vajiralongkorn Phra Vajiraklaochaoyuhua requested H.E. Mr. Atthaniti Disatha-Amnarj, Privy Councilor, to be his royal representative at the opening ceremony of the academic conference on “The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law” on April 9th, 2018. Your royal subject is most grateful for Your Majesty’s boundless and gracious kindness.

At this conference, Mr.Nurak Marpraneet, President of the Constitutional Court of Thailand, delivered an honorable speech on “the Constitutional Court of Thailand under the rule of law”, alongside the three presidents of the participating Constitutional Courts: Mr.Lee Jin-sung, President of the Constitutional Court of the Republic of Korea, Prof. Dr.Zühtü Arslan, President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey, and Dr. Anwar Usman, Chief Justice of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia. During the speeches, they shared their experiences on the protection of the rule of law in their respective countries for the purpose of educational and continuing academic development. In addition, the conference was honored by Professor Dr. Wissanu Krea-ngam, a Deputy Prime Minister and a well-known Thai constitutional jurist, for delivering his keynote address on “The Constitutional Court: The Protector of the Rule of Law.

To help achieve the academic objectives and a historical memorandum, the Office of the Constitutional Court compiled these academic articles written by the presidents of the three participating Constitutional Courts, a report of panel discussions including photos,

keynote address of Professor Dr. Wissanu Krea-ngam and all related documents from the academic conference and published as a book of remembrance of the occasion of the 20th anniversary of the Constitutional Court of Thailand.

The Office of the Constitutional Court and the editors-in-chief sincerely hope that this work will be of benefit to the academic community.



Dr. Chaowana Traimas
Secretary-General, Office of the Constitutional Court



Photos of the ceremony president and explanation

His Majesty King Maha Vajiralongkorn Phra Vajiraklaochaoyuhua graciously appointed H.E. Mr. Atthaniti Disatha-Amnarj, Privy Councilor to be his royal representative to open the academic conference on “The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law” on the occasion of the 20th Anniversary of the Constitutional Court of Thailand at the Peninsula Hotel, Bangkok, Thailand, on April 9th, 2018.



Background of the Constitutional Court and the Objectives of the Academic Conference

The Constitutional Court was inaugurated under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2540 (A.D.1997) as an organization with the power and duty to adjudicate constitutional cases. It was developed from the “Constitutional Council”, inscribed in the permanent Constitution since B.E. 2489 (A.D. 1946), and subsequently recognized as “the Court”, exercising judicial power. It is thus said that the Constitutional Court is a judicial body being similar to the Courts of Justice, Military Courts and Administrative Courts which were established under the same Constitution.

Under the Constitution of 1997, the Constitutional Court consisted of the president and 14 judges, for a total of 15 judges appointed by the King upon the advice of the Senate. Five judges were judges of the Supreme Court of Justice, who held a position not inferior to that of a judge of the Supreme Court of Justice and had been elected by secret ballot at a general meeting of the Supreme Court of Justice. Two judges were judges of the Supreme Administrative Court elected by secret ballot at a general meeting of the Supreme Administrative Court. Five judges were qualified persons in the field of legal discipline chosen by a selective committee with the approval of the Senate. Three judges were qualified persons in the field of political science selected according to the same procedure. All the judges appointed to the Constitutional Court shall meet and elect one of them to be the presidency of the Constitutional Court.

The first President of the Constitutional Court and its members received royal appointments on April 11th, 1998.

At the initial stage of its establishment, the Constitutional Court had thirteen judges. The two judges of the Supreme Administrative Court had not been appointed by general meeting of the Supreme Administrative Court. Until 2000, by merciful royal of His Majesty the King, the two judges of the Supreme Administrative Court were appointed to the Constitutional Court. As such, the Constitutional Court was comprised of fifteen members.

The Constitutional Court is a judicial body so that, before taking office, the judges of the Constitutional Court shall make a solemn declaration to the King as prescribed by the Constitution, in accordance with the constitutional provisions laid down by the Constitutional Convention of Thailand in line with the democratic regime of government with the King as Head of State which assumes that all the judges shall act in the name of the King. The first set of judges of the Constitutional Court made a solemn declaration to King Bhumibol Adulyadej the Great on May 6th, 1998. The Constitutional Court of Thailand thus officially began to exercise its functions in accordance with the Constitution, laws and the constitutional convention of Thailand.

Previously, the Constitutional Court was located in the Chao Phraya Building (a rental office) at No. 49/1, Phra Athit Road, Khwaeng Chanasonkram, Phra Nakhorn District, Bangkok. Then, the Mansion of Chao Phraya Rattanathibet was renovated into the permanent courthouse at No. 326, Chakphet Road, Khwaeng Wangburapha – phirom, Phra Nakhon District, Bangkok. On November 17th, 2000,

the King Bhumibol Adulyadej the Great graciously offered to His Majesty King Maha Vajiralongkorn Phra Vajiraklaochaoyuhua while he was the Crown Prince. His Royal Highness Maha Vajiralongkorn presided over the opening ceremony of Chao Phraya Rattanathibet Courthouse, giving royal grace to the Constitutional Court's judges, officers, employees, and other related to the Constitutional Court.

The Constitutional Court under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (A.D. 1997) performed its tasks until it was dissolved on September 19th, 2006 because the Council for Democratic Reform, a military junta seized the power. The result of the coup d'état led to an order to repeal the 1997 Constitution, and then, the Constitutional Court was terminated. Subsequently, since the introduction of the Constitution of the Kingdom of Thailand (Interim Edition) B.E. 2549 (A.D. 2006), section 35 of this interim Constitution provided for the establishment of "a Constitutional Tribunal" to carry on the same duties as the Constitutional Court. The Constitutional Tribunal had nine members: the president of the Supreme Court of Justice as president, the president of the Supreme Administrative Court as vice-president, the five judges of the Supreme Court of Justice selected by a general meeting of the Supreme Court of Justice through secret ballot, the two judges of the Supreme Administrative Court selected by a general meeting of the Supreme Administrative Court through secret ballot, to resume the tasks of the Constitutional Tribunal under the interim Constitution.

When the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (A.D. 2007) was drafted and adopted as a permanent Constitution, this Constitution reestablished the idea of the Constitutional Court.

However, the composition of the Court has been reduced; comprising of the president and eight other judges for a total of nine judges royally appointed by the King on the advice of the Senate. Three judges from the Supreme Court of Justice holding a position not inferior than judges of the Supreme Court of Justice were elected at a general meeting of the Supreme Court of Justice by secret ballot. Two judges from the Supreme Administrative Court were elected at a general meeting of the Supreme Administrative Court by secret ballot. Two judges were qualified persons in the field of legal discipline having genuine knowledge and expertise in this field chosen by a selective committee with the approval of the Senate. Two judges were qualified persons in political science, public administration, other social sciences related to the administration of state affairs, and were selected by the same procedure.

On May 22nd 2014, even if another coup attempted by the National Council for Peace and Order was successful, this military coup did not order for the dissolution of the Constitutional Court. In compliance with the Constitution of the Kingdom of Thailand (Interim Edition) B.E. 2549 (A.D. 2006) and other related laws, the Constitutional Court which was established under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (A.D. 2007) remained active. When the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (A.D. 2017) was officially adopted, the judges of the Constitutional Court shall assume their positions, as stipulated in the Transitional Provisions, section 273 of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (A.D. 2017) and section 79 of the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court B.E. 2561 (2018) until new judges is appointed

to replace them under section 8, paragraphs one (1) (2) and (5) of the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court B.E. 2561 (2018), from the selection process conducted after the call for the first sitting of the Parliament after general election in accordance with the 2017 Constitution.

Beside its undertakings to deliver all the tasks assigned, in the light of the intention of the Constitution, for example, the examination of the constitutionality of laws and bills, ruling on disputes pertaining to duties and powers of the House of Representatives, the Senate, the National Assembly, the Council of Ministers, or independent organs, ruling on the selection of memberships or qualifications of members of the National Assembly, Ministers and many other duties as provided by the Constitution. Furthermore, the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand has strengthened academic collaborations with various Constitutional Courts in different countries by signing the memorandum of understanding on cooperation between the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand and the Constitutional Court of the Republic of Korea in 2013. Both courts were developed in the framework of bilateral academic relations, from which the Thai Constitutional Court has supported the Korean Constitutional Court to establish the Office of the Permanent Secretariat of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC) in research and development in Seoul, Republic of Korea.

Subsequently in 2014, the Constitutional Court of Thailand and the Constitutional Court of the Republic of Turkey signed the memorandum of understanding. Due to the cordial relations of the two institutions, the Thai Constitutional Court gave a vote of confidence

to the Turkish Constitutional Court for the establishment of the Center for Human Resource Training under the AACC. In the same year, the Constitutional Court of Thailand signed a memorandum of understanding with the Constitutional Court of the Republic of Indonesia to develop an academic partnership between them. As a member of the AACC, the Thai Constitutional Court has supported the Indonesian Constitutional Court to set up the Permanent Secretariat on Planning and Cooperation of AACC. Apart from the three Constitutional Courts mentioned above, the Thai Constitutional Court recognizes the importance of expanding cooperation at the international level. The Thai Constitutional Court has therefore passed memorandums of understanding with other Constitutional Courts, such as the Constitutional Court of Austria, the Constitutional Court of Chile and the Constitutional Court of Argentina.

It could be seen that in the year 2018, the Constitutional Court has been operated for 20 years or two decades. To celebrate this occasion, the Constitutional Court and the Office of the Constitutional Court organized an academic conference on the topic “The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law” held on April 9th and 10th, 2018 at the Peninsula Hotel, Bangkok. This conference was honored by the three Presidents from participating Constitutional Courts: Mr. Lee Jin-sung, President of the Korean Constitutional Court, Dr. Zühtü Arslan, President of the Turkish Constitutional Court, and Dr. Anwar Usman, President of the Indonesian Constitutional Court, for having discussed this subject and sharing their reflections and experiences for the benefit of further studies and development. Additionally, we were honored by Prof. Dr. Wissanu Krea-ngam, Deputy

Prime Minister, for giving his keynote address on “The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law.”

In this regard, His Majesty the King graciously appointed H.E. Mr.Atthaniti Disatha-Amnarj, Privy Councilor to be his royal representative at the opening ceremony of this academic conference on April 9th, 2018. Your loyal subject is very grateful for Your Majesty’s boundless and gracious kindness.



Special Lecture

The Constitutional Court of Thailand under the Rule of Law

By

H.E. Mr.Nurak Marpraneet

President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand

at

An Academic Conference on the 20th Anniversary

The Constitutional Court of Thailand

April 9th, 2018 at the Peninsula Hotel, Bangkok, Thailand

Today's special lecture is on the subject of the Constitutional Court of Thailand under the rule of law. First of all, I would like to provide some background information on the Constitutional Court. Thailand was originally governed under an absolute monarchy. Then, the 1932 Siamese revolution transformed the regime from an absolute monarchy into a constitutional monarchy. In the past, under the absolute monarchy, the King was the head of state, the executive and the administrator of state affairs.

Under the constitutional monarchy, the King adheres to the philosophy of Buddhism as the means of ruling the country. Constitutional monarchies are common in countries with a monarchy. It is a type of regime that respects and trusts in the person. During that time, there was a thought about an ideal administrator of the country; so, the rule of law was created. The idea of the rule of law has been established since the Greek era by Plato. He first proposed that the best administrator of country would be by a "Philosopher King", a sovereign leader, who is very intelligent, just and moral.

However, it is too idealistic to find the Philosopher King because it all depends on the person who would be appointed.

It was Plato who proposed a change, and viewed that the law was the most significance in ruling the nation, and must be adhered to. So, if the society can establish a good legal system in which people can obey and follow, it can result in a good governance principle. This principle is called the rule of law and many jurists agree with this. However, in my opinion, the rule of law has two principles. The first principle is the law of fairness and the second principle is the person who enforces the law shall be fair.

In some theories, the judge is said to be the main organ to enforce or to interpret the law. However, in my view, all those who are involved in the judicial process are law enforcers. Whether they are police officers, prosecutors, the courts, or even general officers, who enforce the laws upon the people must be a good person so that the rule of law can be conducted successfully and continuously. To capture this concept in a wider sense, the people who are supposed to obey and follow the laws must strictly adhere to the laws; they can't distort or misbehave or support those law enforcers to abuse the laws.

Every country, including Thailand, has good laws, but the problem lies with the person who is responsible for enforcing those laws. This problem has recently occurred in Thailand and also exists in many countries. When the law is applied by a good person, the rule of law can be carried out successfully. On the contrary, if the law is enforced unfairly, by not so good people, the rule of law will not be able to achieve its purposes. The problems of the world lie

within person. The principle of law is not a good principle when the law is not enforced by decent people. This results in the failing of the rule of law.

The rule of law has long been enshrined in Thailand for so long since having the King adhere to the Buddhist principle on the “Ten Royal Virtues of the King” until there was a significant change as a result of the shifting of the country’s ruler during the 1932 revolution. The Constitution, therefore, was formed although it did not have a guardian. As such, in the beginning the Supreme Court passed some of its controversial rulings, such as on war crimes. As a result, the House of Representatives or the person who drafted the Constitution recognized the importance of having a judge of the Constitutional Court decide on constitutional issues, instead of the Supreme Court or the Courts of Justice. Nevertheless, it was somewhat unacceptable at first because the judge who was appointed by the Parliament under the previous constitution did not have the judicial powers to decide on matters of the constitution.

One of the most important changes was that the Constitution of the Kingdom of Thailand 1997 provided for the establishment of the Constitutional Court and the Administrative Court to be separate entities from the Courts of Justice. The Constitutional Court was entrusted with a vital task that is mainly to review the constitutional validity of bills passed by the Legislative Assembly and examine any contradiction between the Constitution and laws. The Constitutional Court was the judicial body overseeing the Legislative Assembly as well as monitoring the Executive Branch on its conformity with the Constitution. Hence, it is the beginning of having the Constitutional Court.

The important point of the 2007 Constitution is that the Constitution was framed to grant more power to the Constitutional Court. Moreover, the principle of the rule of law was explicit in section 3 of this Constitution. It could be also said that this was a crucial step, as the rule of law had never before stipulated in a written form in any of the previous constitutions. Although the legal enforcement of this principle was not obvious, section 3 paragraph two stated that “the National Assembly, the Cabinet, the Courts including the organisations under the Constitution and State agencies must perform their duties in accordance with the rule of law.” This provision marked the adoption of the rule of law in the written form for the first time and it requires Constitutional enforcement. It, then, showed the intention of the Constitution Drafting Commission that the rule of law is not just a concept or a theory. The rule of law is real and shall be respected and abided by all state agencies. The rule of law has been valued as part of the constitution, coupled with practical enforcement, as showed in Section 3 paragraph two of the current 2017 Constitution that “the National Assembly, the Council of Ministers, Courts, Independent Organs and State agencies shall perform duties in accordance with the Constitution, laws and the rule of law for the national interest and for the happiness of the public at large.” The said Constitution, apart from assuring that the rule of law exists and is enforced, also upholds the interest of the nation and peace of the citizens.

Furthermore, the rule of law is the fundamental principle of the law-making process. Section 26 paragraph one states that “The enactment of a law resulting in the restriction of rights or liberties of

a person shall be in accordance with the conditions provided by the Constitution. In the case where the Constitution does not provide the conditions thereon, such law shall not be contrary to the rule of law, shall not unreasonably impose burden on or restrict the rights or liberties of a person and shall not affect the human dignity of a person, and the justification and necessity for the restriction of the rights or liberties shall also be specified.” Section 26 paragraph two provides that “The law under paragraph one shall be of a general application, and shall not be intended to apply to any particular case or person.” As such, the principle of the rule of law is enshrined in two sections of the current Constitution, as shown in Section 3 and Section 26.

Since the Thai Constitutional Court exercises jurisdiction over constitutional issues, the Constitutional Court is bound by the Constitution in which the principle of the rule of law shall be applied to the cases. The roles of the Constitutional Court can be formed into the two following aspects: promoting and protecting rights and liberties of the people; and preserving political orders as prescribed in the Constitution. The Constitutional Court thus adopts and applies the principle of the rule of law in adjudicating the various constitutional cases.

Our government is the government under the rule of law. The power of the state derives from the law. Without the law, the power of the state cannot be exercised. The law is therefore an important tool for governing the country and its application must go hand in hand with the rule of law. The Constitutional Court has repeatedly ruled on questions whether or not the provisions of the

law are in compliance with the constitutionality and conformity with the rule of law.

The Constitutional Court rules that even if the restriction of the fundamental rights of individuals can be done so in accordance with the provisions of the law, the state measures, when following those provisions, must be in proportion to the rights and liberties of the people. In other words, to help achieve the public interest or the benefit of the state, the government shall regulate the laws or exercise its power in a way that it has the least effect on the rights and liberties of the people, as appeared in several rulings of the Constitutional Court. For instance, *the Constitutional Court's ruling No. 11/2549 (2006)* on whether Section 46/1 of the Highway Bill (No. ...) B.E. prohibiting any person to assemble in the highway area is overly limiting the freedom of the people to gather in a peaceful way, as well as is affecting the main purpose of the said freedom or not. The Court found that the bill was in contrary to the Constitution. This bill aimed at prohibiting any public assembly in the highway zone, whereby applications for permission shall be granted as an exception. When the Court considered the meaning of the term “highway” in the Highway Bill, it found that the term was much broader and not restricted to the road or the area provided for the public transportation’s purposed. It is a provision that requires government officials to have discretion for granting permission to assembly in the highway area. In addition, there were other laws that had been designed to specifically control public gathering. As a result, the Highway bill therefore unnecessarily restricted the liberty to assembly without weapons and affected the essential substance of the fundamental liberty of the people.

In some cases, the Constitutional Court ruled that the provision of law is subject to be in compliance with the Constitution. It should be noted that relevant organizations or agencies shall observe the principle of the rule of law. A case in point for consideration is that of *the Constitutional Court Ruling No. 42-43/2554 (2011)* on whether or not section 28, section 29 and section 30 of the Electricity Generating Authority of Thailand B.E. 2511 (1968) were contrary to or inconsistent with the Constitution. The Court ruled that such provisions of laws, providing an authority to the Electricity Generating Authority of Thailand (EGAT) to place poles or to install an electricity transmission lines on the private land, were not contrary to or inconsistent with the Constitution. Nonetheless, the Court pointed out that EGAT's policies applied to the state's enforcement of laws should be fair to the public. EGAT should use new technologies to increase the height of high-voltage poles so that the land owners were able to reasonably enjoy the utilization of land below where the poles were installed. It also could help reduced any risk that might cause harm to the health, sanitation and quality of life of those who live in an area nearby the high-voltage poles. As such, the Constitutional Court held that the EGAT was entitled to enter the private land for placing the poles and installing the equipment but the recommendations for minimizing any risk and to protect the land owner's rights and liberties should be made.

In addition, it is in the case of the Constitutional Court's ruling by referring to the rule of law in order to protect the property rights of the people. For example, according to *the Constitutional Court Ruling No. 13/2556 (2013)*, the Court ruled that Section 30 of the

Provincial Waterworks Authorities Act, B.E. 2522 (1979) contradicted the Constitution even though Section 30 of the said Act, supported that the Provincial Waterworks Authorities shall not pay compensation for the use of land and removal of anything that is constructed on the land, or for chopping trees down to the owner or possessor of the land in the event of laying a water pipeline with less than eighty centimeters diameters. However, those acts violated the rights or affected the property rights of the people more than necessary, which is against the rule of law. Therefore, when the government crosses the line and deprives the right of the people's properties, the government needs to be responsible for a fair compensation.

One of the most notable rulings of the Constitutional Court is the provision relating to the presumption of innocence. A law provided that a person responsible for the operations of the juristic person shall be jointly liable with the juristic person offender, unless there was a proof of non-involvement with the commission of the offence. The presumption by law which resulted in a defendant's guilt and criminal liability without any proof of an action or intent of the defendant was contrary to or inconsistent with the Constitution. Moreover, the provision was also inconsistent with the rule of law whereby the charging with a penal offence has the right to be presumed innocent until proven guilty. The legal precedent has been set in several cases, such as ruling no. 12/2555 (2012), no. 5/2556 (2013), no. 10/2556 (2013) and so forth. Previously, there were many laws relating to provisions of the presumption of innocence, namely the Direct Sales and Direct Marketing Act B.E. 2545 (2002), the Copyright Act B.E. 2537 (1994) and the Telecommunications Business Operation Act, B.E. 2544 (2001), respectively.

As a result of aforementioned Constitutional Court rulings, there are several laws that appear to have similar effects. The National Legislative Assembly, then enacted the Act amending the provisions of the law on criminal liability of the representative of a juristic person, B.E. 2560 (2017) to correct the presumption of the criminal liability of the representative in various acts whose result of the Constitutional Court's ruling is contrary to the Constitution. There are nearly 100 Acts with a similar provision that needed revision. The Constitutional Court also then established the principle that the presumption of one's guilt without proof is deemed unconstitutional.

Another case on the rights of defendants or the accused in criminal cases is that of *the Constitutional Court Ruling No. 4/2556 (2013)*. Section 41 of the Act on a Mutual Assistance in Criminal Matters B.E. 2535 (1992) provided that all evidence obtained under this Act shall be deemed as evidence admissible by the law. This provision compelled the defendant to be bound by evidence or document obtained from the plaintiff's examination in a foreign court. The defendant did not have the opportunity to inspect or acknowledge, or sufficiently prepare to defend against such evidence. Section 41 of this Act was found to be restricting the rights and liberties of a person, thereby affecting the essential substances of the right in the judicial process that was contrary to the rule of law and was, therefore, inconsistent with the Constitution. In other words, if it relates to the mutual assistance in criminal matters, the witness examination can be conducted in a foreign country. However, the defendant may choose to attend, at the defendant's own expenses. The witness examination can also be investigated without the defendant's presence. Also,

the provision states that the witness examination can be used as evidence in punishing the defendant.

In one such case, a witness was sentenced to life by the Court of Justice's ruling, but then he escaped into a foreign country. Coincidentally, this witness had to testify in a case brought by a prosecutor. The prosecutor thus sought a witness examination to be conducted in another country under Section 41 of the Act on a Mutual Assistance in Criminal Matters. The defendant made a request to the Constitutional Court that such witness examination, in according to Section 41, conducted in another country and without the presence of the defendant was inconsistent with the rule of law and contrary to the Constitution. The Constitutional Court also referred to Article 14.3 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), pertaining to the right to be tried in the defendant's presence, the right to defend oneself in person or through legal assistance, the right to examine witnesses against oneself, the right to obtain and examine witnesses on one's behalf under the same conditions as that on witnesses against the defendant. All those aforementioned are used to provide reasons supporting a conclusion on the said Act was contrary to or inconsistent with the Constitution.

These Constitutional Court rulings showed that the rule of law is not only an essential principle adopted by the Constitution, it also can be concretely enforced through the provision of the law. Its application or enactment shall be consistent with the rule of law; otherwise, that provision is contrary to the Constitution.

As mentioned above, in the case where a law has already been adopted and if there is a submission of application to the

Constitutional Court for a ruling, the Court shall consider whether a provision of law is contrary to or inconsistent with the Constitution, whether the restriction of the rights and liberties of a person exceeds the extent of necessity, or whether an enactment of the law is in accordance with the Constitution. In addition to the constitutionality review of laws as provided under section 3 and section 26 of the Constitution, the Constitutional Court shall adhere to the rule of law principle for resolving social problems.

The Constitutional Court also addressed on the rule of law in relation to exercising the state's power in the Constitutional Court Ruling no. 15-18/2556 (2013). This ruling guided the way of the government in governing the country by using the principle of natural justice. It should be noted that besides the rule of law, natural justice should also be considered because it is pure fairness without being biased or involved with personal interests, which is of great importance. The rule of law is thus the fundamental principle of law prior to any written provision, to which the performance of duties of the National Assembly, the Cabinet, the Courts, constitutional organizations as well as state agencies must be entrusted. Even if a provision of law is stipulated in a written form, the rule of law is deemed indispensable. Consequently, in a claim before the Constitutional Court, where a majority position to amend the Constitution without protecting minority rights, the Constitutional Court ruled that such action may have caused damage and deterioration to the nation, or caused severe disputes and disharmony among the people, as can be seen from the country's previous crises. Thus, this action shall be contrary to the rule of law. Accordingly, the

Constitutional Court found that as the majority has the right to adopt a resolution to adjourn the debate in the first reading, the exercise of discretion and the opinions of minorities also shall not be ignored. The rushed adjournment of the debate and adjournment of meeting to call for votes was therefore a wrongful exercise of powers and unfairly favored the majority, which is inconsistent with the rule of law, and also is unconstitutional.

Moreover, even though a resolution on any matter by the Parliament relies upon the majority rule, its procedure for arriving at the resolution shall be conducted legally. Allowing members of the National Assembly to vote on behalf of others violated the fundamental principle of being a Member of the National Assembly. The Members shall perform their duties free from any mandate or domination and shall honestly exercise their duties for the common interests of the Thai people, regardless of any conflict of interest. As a consequence, voting proxy was contrary to the Constitution and *bona fides* principle. The deliberations process for the Draft Amendment to the Constitution could not be regarded as a rightful resolution of the National Assembly. All these decisions of the Constitutional Court are presented as an example which are similar to that of the Supreme Court.

A ruling of the Constitutional Court is final and binding upon all state agencies as provided by the Constitution. When the Court passes its rulings, those organizations must follow. The binding force of a ruling is provided that once the Constitutional Court passed a ruling on a constitutional amendment or on a provision of law that violated rights and liberties of an individual, the parties or related

persons may not file an appeal to an Appellate or Supreme Court. Upon a ruling of the Constitutional Court on a contrary or inconsistent provision with the Constitution, the legislative body shall proceed to revise the relevant laws in conformity with the Court ruling. It is discernible that even if an enforcement provision in the Court ruling shall not be prescribed, all those relevant organs must abide by its ruling.

Besides the written form of law, the Constitutional Court also adheres to the rule of law. However, it is clear that neither the legal principle nor the rule of law is more important than a decent person who exercises a judicial power. In other words, although laws are regarded as a good instrument, good judicial persons such as judges, justices or government officials are even more vital. To achieve the nation's prosperity and with a great quality, it is deemed necessary to designate a right and decent person to rule the country.



Keynote Address
of
Prof. Dr. Wisanu Krua-ngam,
Deputy Prime Minister, The Kingdom of Thailand
on
The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law
The Academic Conference on the Occasion of
the 20th Anniversary of the Constitutional Court of Thailand Seminar,
April 9th, 2018 at the Peninsula Hotel, Bangkok, Thailand

Honorable President of the Constitutional Court of Thailand, Honorable President of the Constitutional Court of Korea, Honorable President of the Constitutional Court of Turkey, Honorable President of the Constitutional Court of Indonesia, Honorable Judges of the Constitutional Court, Ladies and Gentlemen.

On behalf of the Thai Government and on my own behalf, I would like to extend my warmest congratulations on the great occasion of the 20th anniversary of the founding of the Constitutional Court of Thailand, and has successfully completed its work over this period.

The period of 20 years, whether long or short, is usually the period to be assessed for many qualities. For those of you who are familiar with the Thai legal system, you will understand that, under Thai law, a person ceases to be a minor and becomes *sui juris* by the end of his or her 20th year. In Buddhist beliefs, the 20th year of age is also used to indicate the moment when a man can enter a full ordination, called “*Bhiksu*” and reach adulthood, as well as to

distinguish between a novice ordination and a higher ordination or full ordination.

Since the Thai Constitutional Court has been active for 20 years, if it were a man, it would already become *sui juris*. If it were a Buddhist, it would be ready to take the whole process of full ordination. Anyway, whatever the comparisons, this 20-year period is long enough for the Constitutional Court to justify many of its qualities. A few moments ago, the Honorable President of the Korean Constitutional Court told me that the Court is now 30 years old. The Honorable President of Turkish Constitutional Court told me that his Court is over 60 years old. I may have forgotten to ask the Honorable President of Indonesian Constitutional Court of its age. But for the Thai Court, it has been in active for 20 years under 3 different constitutions: the 1997 Constitution, the 2007 Constitution and the 2017 Constitution.

These 20 years have not been a path strewn with roses, but it has been a crucial and difficult period to cross. The reason is that the Constitutional Court is a judicial body and not a political organization as it was once, as a constitutional council. The Constitutional Court has been the subject of much criticism and pressure. In some situations it was almost dissolved. I believe that whenever there is a draft constitution, there is a debate on whether to approve the existence of the Constitutional Court because the draft constitution has always been an opportunity to review its existence. And after each examination, it has always been found there are more goods than bads, more advantages than disadvantages. I also believe that the Constitutional Court has firmly and lastingly established itself in the Thai legal system.

In fact, the critical and harsh experience of the Constitutional Court over the last 20 years is quite normal. The constitutional courts of other countries, or other arbiters performing the same functions, have experienced the same or even worse experiences than the Thai Constitutional Court. In the United States, there is no constitutional court, but the ordinary courts, or courts of justice, are the arbiters of the constitutionality of laws, the so-called power of judicial review. Although various subordinate courts retain the power of judicial review, the U.S. Supreme Court is the final arbiter in this regard.

If we look at the experience of the U.S. Supreme Court, which was once surrounded by protesters, its decisions were much more controversial than those of the Thai counterparts. The Chief Justice and other justices had to escape through the windows, fences and walls to get out of the Court. In addition, officials and vehicles of the Supreme Court have been attacked and stoned by people who disagree with its judgments and decisions. The Thai Constitutional Court has not been confronted in this way. The U.S. Supreme Court has also been accused of failing to fulfill its public duty by siding with the government, that the justices were working as government advisers rather than making just and fair decisions. In addition, the U.S. Supreme Court has been condemned for impeding the country's development. It was even criticized by those who say that if one of its decisions had been made differently, the Civil War would not have happened and President Lincoln would not have been assassinated. In other words, because of the Court's judgment, a political crisis and civil war were provoked to divide the country.

The Thai Constitutional Court has also been accused of such things, but not to the same extent. However, there have always been

criticisms, such as making political decisions and unfair decisions, siding with the government and violating the *ultra petita* principle. It may be a good time for a person to write a biography of the Thai Constitutional Court, not in a theoretical way to analyze decisions, but rather more descriptive and narrative about what happened in the past, what it went through thick and thin, fire or water. The time has come to do so, as the Constitutional Court of Thailand will continue to move forward and there will be more criticism in the future. We will walk together with patience and perseverance.

Ladies and gentlemen, the topic that has been suggested today is “The Constitutional Court: the Protector of the Rule of Law.” This seems very theoretical and is a more informative than analytical subject. I understand that the purpose of this topic is to commemorate the 20th anniversary of the Thai Constitutional Court. I must apologize if I am going to talk about something you already know about or that some of you know even better than me. In some countries, the term “protector of the rule of law” can be used interchangeably as “guardian of the rule of law”, which has the same meaning.

I will first talk about the rule of law, and then I will go to the Constitutional Court. The reason is that the Constitution is superior to the Constitutional Court and the rule of law is superior to the Constitution. Under English influence, particularly in England and other countries, the rule of law is extremely important to their legal and judicial system. This principle may be as important in other countries, but it is not called the “rule of law.”

Countries in continental Europe, such as France, Germany, Switzerland, Austria, Italy, etc., may not be familiar with the rule of law, but rather the concept of a legal state (or *Niti-Rath*, in Thai). The English

conception of the rule of law was part of the Mayflower of the New World and was established there until the recognition of the United States of America and the adoption of the Constitution of the United States; until then, various cases were brought before the Courts. Even when the Courts were able to invent a legal principle applicable to cases, they never used the term “rule of law.” For a variety of reasons, they might have felt embarrassed, timid and hesitant. Or they might simply have wanted to diversify because it seems that the Americans were trying to differentiate themselves from English influence. It could be quite difficult to become independent of England and stay very similar. The Americans then adopted another concept that goes hand in hand with the rule of law in the American legal system, namely “due process of law.” These three words, however, present both differences and points in common.

In England, the concept is the “rule of law.” In continental Europe, it is the “legal state” and, in America, it is “due process of law.” These countries have developed and established their concepts in their colonies and in the rest of the world according to their respective influence. Thailand has, as we have done in other areas, adopted all these concepts. Yes, we have generally adopted the rule of law, the legal state and due process of law. The next problem was how we refer to these legal terms in our local language. Localization of these terms would make them more recognizable. Moreover, we would not be reminded that they came from Western countries.

The localization of the legal state was the least problematic because it could be translated directly into Thai. We call it *Niti raṭṭh* because Niti is legal and *raṭṭh* is state.

In the case of the due process of law, it was a little more complicated. The length of the phrase made word-for-word translation difficult. We all know that “due” means good, “process” means steps or procedure and “law” refers to the law. But when we wrote them in Thai language, the directly translated sentence was neither apprehensive nor clear. So to respect the due process of law, we tend to ignore the coinage and focus more on the philosophy itself. When I was in my first year of law school, there was an American-graduated law professor at Chulalongkorn University, who tried to introduce the concept of due process of law into the Thai language. He was indeed the first to make such an attempt, but this version of the translation was not very attractive. The term was a beauty and I invite you all to use it. It was “*Śupha niti krabwn.*” *Śupha* means good, *Niti* means law and *Krabwn* means process. However, when I met him in person, I asked him what was the meaning of *Śuphanitikrabwn.* He told me at the time that he did not know the meaning, but that it meant what the Americans said.

The rule of law was one that seemed easy to translate at first, but it was much more difficult. Thais have recognized the rule of law for 100 to 120 years ago, since Prince Ratchaburi, father of the Thai judicial system. He directly used the term rule of law as transliteration in his lecture; he did not create a new Thai word. He gave an explanation of the legal term, which we understood as it was and called it the rule of law. The word *Niti-tham* or *Niti-dharma* had not yet been created and was not yet linked to the current concept of the rule of law.

Niti-tham or *Niti-dharma* appeared for the first time during the reign of King Rama VI in 1924 (B.E. 2467). King Rama VI coined

this word, but he did not intend to refer to the term rule of law. Niti-tham was actually defined as law. It could be used in the place of law, any law; good laws, bad law, civil law, customary law, all are called niti-tham. Niti-tham was first stipulated in the Palace Law of Succession 1924 (B.E. 2467), which sets out rules for succession to the throne and is still in effect today.

Niti-tham was therefore mentioned for the first time in this law and within the meaning of the law. The term *Niti-tham* has existed since that time, as well as many other words with similar stories, such as “reform” or, in Thai, *Patirūpa*. *Patirūpa* has been around for so long and we may not have thought about it before. In fact, *Patirūpa* was used for the first time in Mangala Sutta, the supreme blessing speech preached by Buddha. It is often given at a home blessing ceremony or a birthday ceremony. This speech focuses on the 38 highest blessings, laid down by the devas, which were described as the true blessings that make life happy. Buddha said in *PĀḲI*

“*Asevanā ca bālānam*” - not to associate with fools;

“*Paṇḍitānañca sevanā*” - to associate with the wise;

“*Pūjā ca pūjanīyānam*” - to honor those who are worthy of honor;

“*Etam maṅgalamuttamam*” - this is the first group of highest blessings. Buddha further said, the second group of highest blessings;

“*Paṭirūpadesavāso ca*” - to live in a suitable place;

“*Pubbe ca kata-puññatā*” - to have done meritorious deeds in the past;

“*Etam maṅgalamuttamam*” - this is the highest blessing.

It existed, *Patirūpa*. When the Thais learned the English word “reform” and wanted to “reform”, we did not know a Thai word for “reform”, so we borrowed *Patirūpa* from *PĀḲI*. In this context, *Patirūpa*’s meaning was somewhat distorted in relation to its original meaning, which may have many interpretations. In the religious realm, “*Dharma Patirūpa*” means distortion of the Dharma. In this case, *Patirūpa* means distortion. In another case, there are two types of “*Miter*” or friends - true friends, or “*Mitrethæ*”, and false friends, or “*Miter Patirūpa*.” So, please, do not be so happy if someone calls you *Miter Patirūpa*, because that does not mean a reformed friend, but a false friend. These examples show how the meaning of *Patirūpa* has changed in overtime.

As mentioned, the *Niti-tham* was used to refer to the law. It does not go further to reflect the legal philosophy of the rule of law as we understand it today. So, when was the *Niti-tham* used for the first time to involve the rule of law in the current context? As I understand it, about 60 years ago, around 1957, a periodic international conference entitled “World Peace Through Law,” organized by the United Nations and other international organizations, was held in Europe. Lawyers from many countries, including Thailand, attended this international conference. At this conference, the “rule of law” was repeatedly mentioned in the sense that it must be respected and guaranteed. All the Thai representatives returned to the country to be judges, prosecutors and lecturers. They were all determined to inculcate the rule of law, believing that the rule of law was paramount and that the world was in a state of chaos because it lacked the rule of law.

We then became aware of the importance of the rule of law and linked it with the experience we had in the past. Previously, we only knew it as a legal concept, but at the time it became part of a global agenda, in which human rights and the rule of law were imperative. The word “Human Rights” could be translated literally into Thai, but this is not the case for the rule of law. However, about 60 years ago, many judges, prosecutors and law professors published numerous articles on the rule of law in *Dullapha*, a law journal of the Department of Justice.

Ajarn Wikrom Maolanon, Ajarn Thanin Kraivichian, Ajarn Sanya Dharmasakti and all the other masters contributed their publications. When the rule of law had to be mentioned, everyone would invent their own Thai version of the term rule of law. I remember that Mom Rajawongse Seni Pramoj had translated the rule of law into a “principle of legal science”, which was not so captivating. Ajarn Jitti Tingsapat translated it as a “principle of legal principle” and, again, no one followed his lead. Meanwhile, Ajarn Wikrom Maolanon presented a lot of imagery under the moniker *Niti s̄dmph̄*. *Niti* means law or legal; *s̄dmph̄* means pillars, with the same root as *Chatu Sodom*, the Four Pillars of the ancient Ayutthaya government. In this case, *Niti s̄dmph̄* referred to legal pillars, which was a reference to the rule of law. It was quite sophisticated, but also failed to capture much attention. The rule of law was still used as a transliterated term until Ajarn Sanya Dharmasakti became Permanent Secretary of the Ministry of Justice. When he had to deliver speeches, write articles, or eulogies, he found a way to link the content of legal charters and, where appropriate, respect of the rule of law to Thai by using the word “*Niti-tham*.” Then he

mentioned that this term had been taken from an old phrase coined by King Rama VI and given it a new meaning.

In addition, he stated that he was not only referring to the rule of law, but that the term specifically referred to good laws. In addition, *Niti-tham* would refer to the concept of rule by law and to the concept that the law is supreme. At the time, he was permanent secretary of the Ministry of Justice, so his words had weight. When he translated the rule of law under the name of *Niti-tham* and used it a few times, it seems that since then everyone had agreed that *Niti-tham* should be used as the Thai translation of the rule of law.

Nevertheless, the usage of the term has revolved around academic domain, in books and classrooms. Law professors taught their students the essence of *Niti-tham* and guided them to accept it. Judges had to impose the rule of law in their work, as did prosecutors, the police and the government. However, all these tips were only advice, they had no legal sanction. It would be great if someone said something and simply inserted “the rule of law” in the speech. The same way that “good governance” is used nowadays.

As a Thai proverb says, we have been aspiring to practice good governance for 20 years, breathing it in and out three times a day for twenty years. The term was invented by the World Bank and the United Nations, and they called on the rest of the world to accept it. When the term “good governance” first came to Thailand, we did not know what to call it in Thai. So, again, we went with transliteration and called it good governance in English.

Good governance is the systematic and transparent organization of state affairs, but we did not know how to express it in Thai. That’s

why we called it “good governance.” Later, former Prime Minister Chuan Leekpai was particularly irritated by Thai speakers using a mixture of English words. I can tell you that he would not speak Thai with an English word in a sentence, even the word “OK.” If we asked him “Is it OK” in Thai, which is very common, anyone would simply answer “OK”, but he said “*Toklong*”, which means “OK” in Thai. One day, I attended a meeting of the Civil Service Commission with Prime Minister Chuan presiding. He said, “You are all experts, can you create a Thai neologism for good governance”, and no one could do it. It was suggested, however, to ask a Political Science Terminology and Definition Committee. After the term was invented, it was suggested, it should then be sent to Cabinet for approval, so that the term can be used as an official word. At the time, I was cabinet secretary and Prime Minister Chuan ordered me to do so. So, I sent a letter to the committee. After a while, it came back with “*Ṣuph pra ṣāśn kār*.” Suph is good. “*Pra ṣāśn kār*” means governance or government. Just as when Ajarn Pridi Banomyong was president of Thammasat University, in the Thai language President was not “*aṭhikārbdī*” as we use it today; it was “*Pḥū pkkhrxng*” or “*Pḥū pra ṣāśrī kār*”, both mean literally ruler. Thus, “*Ṣuph pra ṣāśn kār*” is good governance.

Prime Minister Chuan said it was fine if someone wanted to use that word, but he did not want to use it. So I thought we should ask the Office of the Royal Society. The Office of the Royal Society was famous for coining terms, but in this case, they knew that the Cabinet was not in favor of such sophisticated vocabulary. So they decided to keep it simple and offered “*Wiṭhī kār pkkhrxng thī dī*.” “*Wiṭhī kār*” means method, “*Pkkhrxng*” means government, and “*Thī dī*” means

good. The term literally means a good method of government. The composition was very simple and common in the Thai language. But when I brought this vocabulary to the attention of the Cabinet, it was not approved. “*Śuph pra ṣāśn kār*” was too sophisticated, but “*Wiṭhī kār pkkhrxng thī dī*” was too simple. So everyone continued to use “good governance.”

Once again, at a meeting of the Civil Service Commission, I sat next to one of the commissioners, Mom Rajawongse Chatu Monkon Sonakul, Permanent Secretary of the Ministry of Finance. He shouted that nothing could please everyone, neither too simple nor too sophisticated. So he proposed something related to Buddhism, “*Tham rmāphi bāl.*” Everyone nodded and applauded, so it was “*Tham rmāphi bāl.*” However, the Civil Service Commission was not very supportive, because the term only means “The *Dharma* naturally treats those who practice it;” it is one of the Buddhist proverbs of the Pali “*Ṭhm, mo h̄we rk, k̄h ti ṭhm, m cāru.*” Good governance included good governing practices, legality, transparency, accountability, the value of money, and so on. It has nothing to do with Buddhism. So if you ask Mom Rajawongse Chatu Monkon Sonakul, he would say, “If you do not like it, do not use it.” But in fact, everyone liked the term. The reason may be that there is no reasonable translation in the context and it seems sacred. The Civil Service Commission, however, always kept its vendetta and waited for its chance.

Subsequently, the Civil Service Commission was in the process of drafting a law on state administration. One provision of this bill stipulated that government officials should maintain good governance practices. It was time for the Civil Service Commission to use a Thai

word for good governance. That’s why they invented “*Īlakkār brihār kickār bānmeūxng thī dī*.” In short, it is a concise word-by-word translation of the principle of good corporate governance in Thai that seemed very good. During the debate on this bill in the Parliament, a member asked what was the meaning of this “*Īlakkār brihār kickār bānmeūxng thī dī*”? A representative of the Civil Service Commission replied “good governance.” It was therefore officially decided that good governance would be named in Thai “*Īlakkār brihār kickār bānmeūxng thī dī*.” However, as the phrase is quite long, the term “*Tham rmāphi bāl*” has always been used. Over time, “*Tham rmāphi bāl*” became accepted as an official translation because it was inserted in the Constitution. “*Īlakkār brihār kickār bānmeūxng thī dī*” has also been added to the Constitution. It became even more puzzling when “*Īlakkār brihār kickār bānmeūxng thī dī*” was discussed under the heading “*Tham rmāphi bāl*”, which is the combination of the two words. I’ve gone into some depth about this topic, just to show you the context before the term became what it is today.

Now back to *Niti-tham*, or the rule of law. At first, it was just a legal proverb, neither a charter, nor a specific law. Before the promulgation of the 2007 Constitution, we said that the rule of law should be respected, but if it was not, nothing could be done. The Constitution of 1997 established the Constitutional Court, but did not mention the rule of law. In fact, the idea of the rule of law was not new, it was clear in society, but not in the Constitution. In 2007, it was finally proposed to include in the Constitution a legal principle according to which the rule of law would be respected. Then it was time to choose the official Thai translation of the rule of law.

At the drafting stage, remember that too many cooks spoil the broth. As I have already mentioned, this is the “rule of law” in England, a “legal state” in Germany and France, and “due process of law” in the United States. They are not exactly the same, but very similar. Thus, when we considered placing Section 3 of the Constitution in accordance with the rule of law, we could not simply write “the rule of law.” It had to be a Thai term. At the drafting convention, lawyers trained in European countries such as France, Germany, Switzerland, Austria, Italy, etc. proposed *Niti raṭṭh*, or legal state. Those who were influenced by England supported the rule of law, or *Niti-tham*. We knew that both were compatible, but what would be the right words in the Constitution? Finally, the *Niti-tham* won by a very close vote. So, *Niti-tham* was included in the 2007 Constitution for the first time. It stipulated that “The National Assembly, the Council of Ministers, the Courts, and other Constitutional organizations and State agencies shall perform duties of office under the *Niti-tham* principle.”

With regard to the 2017 Constitution currently in force, the principle of the rule of law is still included in the second paragraph of Section 3 with minor amendments. The principle remains the same, but this time voting on the term was not necessary because “rule of law” has been used for 10 years, so the term rule of law has been established. The second paragraph of Section 3 of the current Constitution sets out this fundamental principle and is the only place in the Constitution that mentions the rule of law. It will then have a considerable effect throughout the country and will be ready for the effective application of the provision.

According to the stipulations of Section 3: “The National Assembly, the Council of Ministers, Courts, Independent Organs and State agencies shall perform duties in accordance with the Constitution, laws and the rule of law for the common good of the nation and the happiness of the public at large.” Unlike what happened after the adoption of the 2007 Constitution, the rule of law has impacted many aspects of government. Although it is only mentioned once in the 2017 Constitution, it has had significant and extensive effect. It binds all state organs, including the Parliament, the House of Representatives, the Senate and the National Assembly, the 36 ministers of cabinet and the Courts, including the Constitutional Court, the Courts of Justice, the Administrative Courts, the Military Courts, the National Anti-Corruption Commission, the Electoral Commission, the Ombudsman, the Human Rights Commission, and the state auditors. No state body has been able to escape this clause because it ends with “and state agencies”, which includes the 20 ministries, 70 state enterprises and 40 public organizations. All institutions within the embrace of the state are bound by the Constitution, the laws and the rule of law. Some have argued that it was not necessary to include the new section about the rule of law in the Constitution, since the rule of law was already in the Constitution. I do not agree. Some parts of the rule of law were inscribed in the Constitution, others were not. It is further argued that it is already written that the organizations and institutions of the state must comply with the Constitution and laws. I also disagree with this argument. Moreover, some parts of the rule of law are in the law, but some are still missing. That is why the rule of law is necessary as a third legal pillar.

The first legal pillar is the Constitution, the second pillar is the law and the third pillar is the rule of law. What should happen if the rule of law is incompatible with the other two pillars, which should prevail? The answer is that they should not be in conflict, but if that happens, it is up to the Courts, especially the Constitutional Court, to enforce the laws in order to clarify them or to do what is necessary to unify them. At least the Courts can decide which law should apply to a case. If the Courts find in the Constitution the rules to apply, they can cite the Constitution. If they find them in the laws, then they can quote the laws, in which case it is not necessary to quote the Constitution. They can quote any of the laws; the code of criminal procedure, the civil and commercial code, all laws. In a serious case, where the Constitution and the laws do not contain rules that must be applied in a case or if they do, but the Court considers that it would not be appropriate, it can then refer to the rule of law. The Constitutional Court has already done this in many cases, not citing any legal section, but only the principle of the rule of law to rule on cases. Whatever the decisions of the Constitutional Court, they are deemed final. But in order to make these decisions final, it has been necessary to rely on a legal principle, which has been the rule of law, as is done by Constitutional Courts in many countries.

Today the Constitutional Court is not the only legal authority to invoke the rule of law in its decisions. There are also the Administrative Courts, the Supreme Court of Justice and the Military Courts. In particular, this is true in cases where there is no law to apply as well as in cases where there is, but to cite such a law would be less credible than citing the rule of law. It is not forbidden to invoke the rule of law to

rule on cases, as the second paragraph of Section 3 of the Constitution gives them the foundation. When decisions are written, the Courts have to find a way to smoothly insist that all parties shall perform their duties in accordance with the rule of law, whether or not the facts before the Court show that an action was in accordance with the rule of law. For example, I have seen decisions that state “even if the action of the defendant was legal, it is not compatible with the rule of law,” or “the order is in accordance with the law, but it is contrary to rule of law.” Thus, at least the Courts have a reference to make a judgment, or rule on a legal consequence.

The rule of law has become a major principle that is now taken very seriously. It started in England and then moved to Thailand, but initially only in classrooms and seminars, remarks, speeches and discussions. Today, it has been officially introduced into the Constitution and extends to judgments and decisions, in particular the decisions of the Constitutional Court. All these elements illustrate how the rule of law was established in Thailand by adhering to an international norm that insisted on the concept of supremacy of the rule of law. This was the true intention for which it was created in the first place.

Let’s return to the reason why the rule of law was established. This legal principle was established for the first time in England several hundred years ago. The specific origin of this principle and who was the first to think about it is unknown because it was created in an evolutionary way. The same goes for the creation of English law, which developed over a long time. Similarly, we do not know who invented it or how it came into effect, but this idea was increasingly put into practice in many places, until the day someone called it the rule of law. That was how it was developed.

Why did this happen and for what? The answer can be found in a theory or legal proverb that we have often heard in Thai. It literally means “there is still sky above the sky” or, in figurative meaning, “there is always the higher man or the higher thing.” Thus, we think that there is always something that remains higher. The inferior must not contradict the superior. This is how we set the hierarchy, which in a sense means a priority or a ranking. In the military ranks, there are rankings ranging from lieutenant, captain, major, lieutenant-colonel, colonel, brigadier general, major general, lieutenant-general to general. Therefore, there is a hierarchy of things, so that what is lower in the ranks should not contradict what is higher in the ranks. This is how we control each other, rules governed by rules.

Metaphorically, it’s as if we had a dispute with a village chief, we went to see the sub-district chief, because he is higher than a village chief. Then, if we had a dispute with a sub-district chief, we would go to the district chief. If we then had a dispute with a district chief, we would go to the governor. If not satisfied with the governor, you would go to a minister. Then if the minister is not right with you, you can go to the Prime Minister. This has been the rule for every country in the world. Moreover, if the Prime Minister mistreats you, you will go to see the king.

Thai law students will remember the famous case of *Amdaeng Pom*, which took place during the revision of the Thai legal system under the reign of King Rama I. *Amdaeng* was a pronoun that referred to a married woman. An unmarried woman would be called E-. Both were Khmer words. *Orr-Jao* was the word used to show respect to an elderly person. *Amdaeng Pom* had a husband named *Bunsri*, but she

had committed adultery with Mr. *Racha-aat*. Mr. *Racha-aat* urged *Amdaeng Pom* to apply for a divorce in order to obtain her share of the property and to come live with him. *Amdaeng Pom* then filed for divorce and was successful. The Court held that a divorce could still be granted to a woman, even when the husband had committed no fault. In the end, *Amdaeng Pom* got her divorce and share of property and lived with Mr. *Racha-aat*. Mr. *Bunsri* thought it was unfair and appealed to the minister. The minister confirmed the ruling. Mr. *Bunsri* then filed a royal petition to bring his case before King Rama I. The king ordered a revision of the law. This case shows that it is so normal to seek justice from a superior authority.

The king's role is to appease the suffering of the people, to promote their well-being and to provide justice. That's why we called this the "fountain of justice" or the source of justice. The next question is whether the king was at the root of injustice. If a minister has mistreated you, you can go to the prime minister; if the prime minister has mistreated you, you can challenge him before the king. So what do you do if the king has caused you an injustice? Moreover, it is usually because it is the king who proclaimed the law. If we felt that the law was not good and was unfair, what could we do? Then a man might seek to find something higher; to appeal to the proverbial "sky above the sky." There must be something higher to say that the law of the king must be inapplicable.

It is easy for the chief of the sub-district to annul an order given by the village chief and the minister can annul the order given by the governor. But if the king oppresses his people, to whom can we appeal? Our ancestors therefore thought of the idea that "there is still sky

above the sky.” If the king was the source of injustice, we could go to God and at that level it depends on what we believe and uphold. In Hinduism, it is Shiva or Brahma. In Christianity, it’s God. God is in heaven and he has the Pope as delegate. Therefore, the Pope is the center where people would settle their differences. The Pope would then decide the case; if he said that the king of this country had done such great wrong that taxation was no longer appropriate, the king would be obliged to correct his actions. Otherwise, the Pope could strengthen his decision by ordering what we call “excommunication.” That was the decree against Henry VIII. The Pope ordered that a Catholic who had married once could not remarry unless his wife died. At that time, Henry VIII had no more passion for Catherine of Aragon, so he wanted to divorce. The Pope refused. Henry VIII then executed his wife and informed the Pope that his wife had died, which gave him the right to remarry. He married his new wife. After getting tired of his second wife, he executed her and remarried again. He took this route 7 times so that the Pope had to put an end to it. As a result, he was excommunicated, that was the penalty. There is still sky above the sky.

This system of dispute resolution has been unsustainable because admiration of the Church subsequently declined. People no longer respected the Pope and everything he said, particularly in non-Christian countries, not only Asian countries, but also some European countries where Christians had ceased to believe in Pope, for example, England which had created its own church, the Church of England, which denied the authority of Pope. Thus, after the Church became weak and helpless, men sought a new pillar to protect

them or became a protector or guardian. Religion no longer worked, so men thought of nature, because it is independent and cannot be predicted by any religion or God. Nature is nature; nature is the highest of all. Therefore, the King could not rule against nature. This idea had existed since the Greek and Roman eras. The famous story about the idea of balancing the power of the State is the story of Caligula (Gaius Julius Caesar Augustus Germanicus).

Caligula was a very powerful Roman emperor. Nobody could oppose him or veto his decrees. One day, an old man dressed in a white robe went to see Emperor Caligula and said to him: "I have heard that you are the greatest of all, but I met someone who was greater and was invading your country." Caligula was very angry because he had ordered that no one could invade his territories. He replied: "Who dares to invade my territories?" The old man said "I told him that this land belonged to you, Emperor Caligula, and that your land should not be invaded, but he did not listen and continued to advance little by little every day. Should you go and chase him away?" Caligula then ordered his cavalry to follow the old man. The old man took Caligula's troops to the sea. Caligula asked, "where is the enemy, who is greater than me?" The old man said "It's actually the sea, you see, when the tide goes up, the beach that belongs to you is claimed by the sea, which invades your land. I told him not to take your land. So please, get rid of him."

Caligula was crazy enough to order his troops to attack the sea and many of his cavalry ended up drowning. The sea comes and goes, it has never back off. Caligula returned to his palace and realized that there was, indeed, a power superior to him. The moral

of this story is that men always look for something higher to protect them. When God did not work, they turned to nature. Thus, the king can adopt any law that he wants, but no law can go against the nature. This is the origin of natural law.

Later, natural law could not maintain its position. The reason was that when cases were brought to justice and the Courts ruled that the laws which were adopted by the government, king, or parliament became void because they contradicted natural law, it was embarrassing because it became clear beauty was in the eyes of the holder. Different judges think differently about whether a law is contrary to natural law. This was the reason why pundits in that era tried to think of something less abstract and more certain and evident, and internationally recognized, something that everyone could agree on. This way of thinking has become the rule of law.

The rule of law is a principle that is not enshrined in any specific law. It is not an Act, or an Emergency Decree, or a Royal Decree. Rather it's the principle that everyone has to think about the rules of justice, it's the same as "fairness." The rule of law meant everything must be under the laws, not under any man; nothing can be arbitrary. In this sense, the laws refer to all kinds of laws -- written law, customary law, natural law, man-made law, etc. Once it is defined as a law, everyone must respect it. This is the origin of the rule of law.

Over time, the rule of law became more widely recognized and respected. The English Courts used the rule of law to judge whether any action was in accordance with or against the rule of law. Thus, after this happened long enough, the English could point to many references to the rule of law. They could do that because there

were hundreds or thousands of cases that cited the rule of law. But in Thailand, such a practice has only occurred from time to time, so the significance of the rule of law in Thailand remains unclear. We cannot cite references to the rule of law. I think there are less than 10 cases, and that's why we have to apply the rule of law to the local context.

The problem is that as the rule of law extended its influence in continental Europe, in France, Germany, Switzerland, Austria, Italy, etc., it was modified and added to the concept of the legal state. Once the English became aware of the principle of the legal state, they felt it was quite similar to the rule of law, but not identical.

Today, if we talk about the English rule of law, we must adhere to the idea of Albert Venn Dicey. Dicey was an English jurist and theorist and the author of many legal works. He put the rule of law on the world map. He said that the rule of law contained four main principles.

First, everyone must be under the law, no one is above the law. It is necessary to act in accordance with any law in force.

Second, the law, which everyone has to respect, must be a good law. A good law is one that is not adopted *ex post facto* and does not punish an innocent person. A good law must be up to date, not preferential and not contradictory to other laws.

Third, when disputes arise or when there are legal problems, all cases have to be settled in the real Courts, not in kangaroo Courts.

Fourth, the Courts that settle disputes must be independent and autonomous.

These four principles constituted the English rule of law. Then, these principles crossed the channel to France and Germany. It is he who laughs last, who laughs best. The countries of continental Europe laughed last because they added many principles unknown to the English rule of law at the time. In addition to the four principles mentioned above, they included the idea of the supremacy of the constitution which was foreign to the English system, which knew only the supremacy of Parliament. In England, the Parliament is supreme and has the last word on all questions. Its legislation is legally binding and has full effect, whereas in European countries the Parliament does not have this status. In these European countries, the Constitution is supreme. They could adopt such a system because they have a written Constitution, while England has an unwritten Constitution. This was the main reason why England did not have the supremacy of the Constitution principle.

Thus, the European countries added the supremacy of the Constitution principle. To maintain and preserve this status, they needed an institution to determine the constitutionality of laws. This institution had been called various names, such as Constitutional Court, Constitutional Council, Constitutional Commission, and so on. If there was no such arbiter, then when there were violations of the Constitution, there would be no one to judge or terminate the discussion. The supremacy of the Constitution would then have no meaning. That is why the European countries added this principle. In addition, they incorporated the doctrine of the separation of powers. This doctrine was described for the first time by Montesquieu. They applied this doctrine as part of the legal state principle. Then, when it traveled

to the United States, it was replaced by due process of law, which seemed even more sophisticated.

As for Thailand, after we invented the term *Niti-tham* for the rule of law, we wanted it to reflect the idea of the rule of law. However, in the context of the law in Thailand, it seems that academics are inclined to European concept of the legal state, particularly in the Courts of Justice, Military Courts and Administrative Courts. Although the Constitutional Court has always maintained its authority in interpreting *Niti-tham*, it has neither interpreted nor directly explained the clause. It has only declared that the actions before it was in conformity with or contrary to the rule of law.

I asked one of the drafters of the constitution, since we force everyone to comply with the rule of law, then why not define it specifically? He replied that we did not need to do that, it just needed to be developed. So who would develop it? The answer is the Court. The Court must assist the development process, which means that, if offered opportunities, the Court must not neglect its duty to explain *Niti-tham* and must exercise its power by applying *Niti-tham* at the right times. When cases are presented, the Court can apply the *Niti-tham* principle and decide whether there is a violation of *Niti-tham* and why. This is how *Niti-tham* can be developed in the Thai context. Twenty years have passed, but I believe that in the next 20 years we will have a clear and reliable Thai academic book on *Niti-tham*. Today, however, we learn on a case by case basis.

In the previous period, all parties exerted all their efforts to set a precedent. The problem is that there has been no case concerning the interpretation of *Niti-tham*. Cases are mainly ruled on by

applying other legal principles, which has been enough to determine constitutionality or unconstitutionality. But if we look closely, we can see that the rule of law has been developed in the Thai style.

We turn now to the relationship between the Constitutional Court and the rule of law. I agree that the Constitutional Court is the protector of the rule of law. The protector is not limited to the Constitutional Court, since the second paragraph of Section 3 of the Constitution provides that *“The performance of the duties of the National Assembly, the Council of Ministers, the Courts, Constitutional organizations and State agencies shall be in accordance with the rule of law.”* These 5 organizations all serve as protectors of the rule of law. The Constitution does not confer exclusive power to the Constitutional Court, but also to Military Courts and Administrative Courts. Therefore, everyone must respect and protect the Constitution and the rule of law. Although the rule of law is for everyone to uphold, when there are disputes in practice, those disputes will turn into cases in courts. The Courts must then deal with these disputes and the highest Court, as we all know, is the Constitutional Court. The Constitutional Court, therefore, has much more opportunity to play a major role in protecting the rule of law.

In the same way, all football players can kick the ball because the ball will eventually go to everyone, but the one who has the most time with the ball and can score in this context is the Constitutional Court. The Constitutional Court then plays the most important role in protecting the rule of law. It has two legal responsibilities: the power to determine the constitutionality of the law and the power to protect the rights and liberties of people.

For the Constitutional Court, which was created and designed to fulfill these two functions, the most important tools are 1) the Constitution, 2) the Laws, and 3) The Rule of Law.

Of these three tools, the rule of law is the broadest principle. The Constitution has 370 sections and it is difficult to interpret away from the letter of these sections. Laws are the existing legislative Acts of Parliament. Everyone can have different interpretations, but they would all be more or less according to the letter of the law. In the case of the rule of law, we still did not know exactly what it is. The English version contains 4 principles, but the European version has 10 or 15 principles. The Constitutional Court, as the final arbiter in this area, may possibly elaborate 10 fundamental principles for the Thai version of the rule of law because its character is broad and general. Moreover, the Constitutional Court is a credible institution. Admittedly, developing the Thai version of the rule of law is not an unregulated task. It must be reasonable, sensible and accepted by the people.

I mentioned earlier that in other countries, and also in Thailand, the power to decide cases and disputes is called judicial review. “Review” means to go over something and “Judicial” means relating to the Court. Thus, judicial review is the power of the Court to reconsider. What is to be reviewed? The laws. Why do they have to be reviewed? Because despite the fact that the laws have been adopted legally by Parliament or government, they must be re-verified to determine their legality. There are laws that need to be revised. Judicial review extends to legislation enacted by the Parliament as well as royal decrees signed by the King and published in the Government

Gazette; this review has legal effect and can be enforced in many cases. If such laws impose the death penalty and someone has been sentenced to death, then a day may come, when these laws will be rechecked again for legality. This is the meaning of review.

This review, when performed by the judiciary and the Constitutional Court, constitutes a great power and is thus called judicial review. In some countries, the Courts of Justice have the power of judicial review; if a dispute arises within the jurisdiction of a Court, that Court has the power of judicial review. No matter whether that Court is a juvenile court, a district court, a civil court, a criminal court, etc., all Courts have the power of judicial review, just as any player can kick the ball if it comes to him. In 1803 (B.E. 2346), at the time under King Rama I, the U.S. Supreme Court ruled the case of Marbury V. Madison. You all know this case because it is very famous around the world. This is the first time that the U.S. Supreme Court ruled that a law was unconstitutional and unenforceable, protecting the supremacy of the Constitution. At that time, the idea of the rule of law or due process of law was not even stipulated in the U.S. Constitution.

The Court ruled that the action was unconstitutional because the Constitution is the supreme law of the land. How did they know that it was the supreme law? Because the U.S. Constitution said it. There was only one minor problem -- it did not specify who would decide the constitutionality of an action. The U.S. Supreme Court therefore had to rule that it was the Court that had this power. It must decide what the law is and whether it is unlawful or unconstitutional. Therefore, the Court has the power to decide. Because the U.S.

Supreme Court ruled that, nobody could have said that the Court was incompetent. This case became a precedent. Subsequently, many countries have recognized the fact that the Constitution is supreme. If the Constitution does not say who has the power to decide the constitutionality of the law, then the Court has that power.

In Thailand, this story has been repeated. In a war crimes trial in 1946 (B.E. 2489) the Supreme Court of Thailand issued Judgment, number 1/2489, which recognized that the extant Constitution stipulated that laws could not be contrary to or inconsistent with the Constitution, just as the U.S. Constitution did. But the Thai version was a little better because we were quite aware of which institution could decide the constitutionality of laws and actions. Thus, it stated that the House of Representatives had the power to interpret the provisions of the Constitution.

The drafters thought this provision would be sufficient. For the drafters to be so thoughtful and discreet in the drafting of laws, many qualities would be required. If we examine the Constitution adopted on December 10, 1932 (B.E. 2475), it stipulates that the Constitution is the supreme law of the land -- no law should be incompatible with the Constitution. It further stated that the House of Representatives had the power to interpret the provisions of the Constitution. No other institution has this power.

Phraya Manopakorn Nititada, Chair of the Subcommittee on Constitutional Drafting, made a statement to Parliament during the constitutional adoption process. He was asked which institution had the power to decide on the constitutionality of the law. The question reflected what had happened in *Marbury v. Madison*. Phraya Manopakorn

Nititada replied that, in accordance with the provisions of the Constitution, the House of Representatives had the power of judicial review. He added that members of the House of Representatives were elected or appointed. The sub-committees thought that they were the people's representatives and they represented the will of the people, which was the highest of all. The question of the constitutionality of law should therefore be entrusted to the House of Representatives.

One day there was a case of war crimes in 1946 (B.E. 2489), which involved the Japanese army landing on the shores of Thailand in 1941. The government then paved the way for the Japanese, who had asked the Thai government to stand down and let them go to Myanmar, which was, at that time, a colony of the British Empire. They told the Thai government that they had no intention of invading Thailand, they simply wanted to go to Myanmar, and they guaranteed that there would be no harm to this country. The Cabinet met for an emergency meeting around 8 p.m.; Field Marshal Pibulsongkram, Prime Minister at the time, was not at the meeting because he was going to the border towns. The Cabinet thus met without the head of the government. Some of the ministers were summoned urgently to the meeting in pajamas, with Japanese question posed for an answer by midnight. As the Cabinet was convening, the Japanese Charge d' Affaires, Mr. Tsubogami, was sitting at the front of the meeting room waiting for the good news that the Thai government would let them in. We all know today that the Thai government allowed passage to avoid war on our own soil.

At that time, the Japanese navy was waiting, moored in several important areas, at Bang Poo, Chumphon, Nakhon Si Thammarat. At

Chumphon they had already landed. During the meeting, the Cabinet had a serious discussion about whether to stand down for the Japanese. Some argued that the Thai government should not help the Japanese, but should fight for our dignity and integrity. Others said that if the Thai government did not let them pass, the Japanese would attack and take our country. Consequently, we could possibly lose a great number of lives. Those on the other side responded that there was no reason for us to be afraid, we could fight. They further argued that if we let them pass, even if they would not hurt us at first, after they took Myanmar, they would become stronger and could eventually take us later. On the other hand, if they failed to take Myanmar, Great Britain would come back and attack us because we allowed the Japanese in, and we would become a British colony.

It seemed that either way we would lose; but some wanted to fight, while others opposed fighting. The debate continued, back and forth. I do not know what my vote would have been, if I were in that position. Some suggested that the vote should be postponed until the return of the Prime Minister. But when they left the room at 10 p.m., the Japanese representative told them that the vote could not be delayed; they needed the answer before midnight, otherwise the Japanese navy would launch an amphibious attack. The Cabinet finally decided to stand down for the passage on the condition that there would be no hostile action against Thailand. In fact, although the government made the decision, at Suan Kularb's palace, to comply with Japanese demand, the message did not reach the border town before the Japanese landed. Many Thais were not aware of the decision. Many of us died fighting the Japanese at

Bang Poo, Phra Pradaeng, Chumphon, Nakhon Si Thammarat, Songkhla, because at that time there was no TV, no Line app and no other kind of communication that we use today. The news did not arrive where they needed it. The next morning, after the arrival of the Prime Minister, the Cabinet meeting on the issue was resumed and he confirmed the earlier decision.

They say that you might be hanged for a sheep as a lamb, so we went to the bottom of trouble. On the morning of January 25, 1942 (B.E. 2485), we went with the Japanese to the temple chapel of the Emerald Buddha. We both drank holy water and swore to fight together and win together. It was good that we did not say we were going to lose together. We just agreed that if Japan attacked, we would join them to strengthen the Japanese army and take advantage of the war. Japan said, “great”, and then we were brothers of the same blood.

In the Cabinet meeting, the Minister of Finance, Mr.Preedee Phanomyong, opposed the idea of following Japan, but he lost the vote. Japan later lobbied and drove him out of the Cabinet. He was later appointed as a regent, which was a good decision because he established the “Free Thai Movement” to secretly resist the Japanese force in Thailand. We then entered into the war; as the Japanese planned to seize Myanmar, we went in the opposite direction to Cambodia to take back the 3 cities taken from us since King Rama V, namely Battambang, Siem Reap and Srisophon. But in reality, the Japanese had not yet entered Myanmar, because to get there it was first necessary to finish the bridge over the Kwai River. As for the Thais, in addition to taking an oath with Japanese, we went further by formally declaring war on Britain and the United States.

Great Britain and the United States were very surprised. They did not foresee a war against us, but we declared war against them. As a result, the Allies launched several air strikes against Thailand. In 1944 (B.E. 2487), Field Marshal Pibulsongkram thought that this war would not end soon, and that we could be in a vulnerable position if Japan was defeated. He therefore set a plan to relocate the capital to Phetchabun. He proposed laws implementing the policy, but Parliament did not approve them, which resulted in the dissolution of the government. After that, Mr. Khuang Abhaiwongse was appointed Prime Minister. He was in position for only a little while when the United States dropped atomic bombs on the Japanese cities of Hiroshima and Nagasaki in 1945 (B.E. 2488). Japan then surrendered, ending the Second World War. Prime Minister Khuang resigned and the power to appoint the Prime Minister returned to the Parliament.

The Parliament voted for Mom Rajawongse Seni Pramoj, the Royal Thai Ambassador in Washington, as Prime Minister. But it would take him 16 days to return to Thailand. In the meantime, Parliament has elected Mr.Thawi Bunyaket as interim Prime Minister during this 16-days period. Mr.Thawi realized that he had only 16 days in office. So he appointed a fairly humble Cabinet. He was Prime Minister and simultaneously served as the Minister of Agriculture, Minister of Industry and Minister of Trade. He also appointed a single deputy prime minister who held several positions simultaneously as Minister of Education, Minister of Foreign Affairs and Minister of Defense. There were very few people in office. Mr. Thawi used to be the Secretary of the Cabinet and I had an opportunity to meet him before his

death. We talked about the good old days and I asked him about the 16-days that he served in the position of prime minister of the government. If a person had held so many ministerial positions, how did his cabinet handle all the affairs of the government? He said everything was fine, everyone knew he would only have 16 days, so they did not really give him a lot of work. In fact, he did not set foot in the government house. He just waited for Mom Rajawongse Seni Pramoj to come back and take his office, and then he resigned.

After the war, there was a kind of retaliation against the people who provoked the war by bringing them to Court. International military tribunals were established for this purpose. Anyone who conspired with Hitler or Mussolini and caused the war in Europe would be brought to the tribunal in Nuremberg, Germany. If they were found guilty, they were sentenced to death by hanging or imprisonment. Many people were imprisoned and the last died recently.

The Nuremberg Tribunal had 15 judges, one from each of the Allied countries. The International Military Tribunal in Tokyo prosecuted those who collaborated with the Japanese in the war in Asia, which was punishable by death. Hideki Tojo was hanged. To facilitate prosecuting all of the accused, the tribunal had a branch in Singapore. All those who coordinated their activities with Japanese in Southeast Asia were judged here. The tribunal issued arrest warrants for up to 70 people for criminal prosecution for war crimes.

Among the first accused were Field Marshal Pibulsongkram and many others, like Luang Vichitwathakarn, and the last was Mrs. Chawalee Choungwit. This generation may not know who she was, but my generation knows her well. She was the singer of a very famous

band, Suntaraphon. I asked my teacher what she had done to be warrant prosecution in the Singapore tribunal. The reason, he said, was that she was the singer in a famous group that was part of the Department of Public Relations. She sang a patriotic song encouraging listeners to fight against the Allies and this song was played every morning. She was therefore complicit in the war crimes.

Mom Rajawongse Seni Pramoj wisely negotiated with the United States, arguing that Thailand had suffered from extraterritoriality since King Rama IV. The Westerners who committed crimes in Thailand, he argued, were sent to Western Courts and we suffered. Now that we have been released from such restrictions, anyone who has committed crimes in Thailand should be tried in Thailand. For example, if Thais who committed crimes in Thailand were sent to Singapore for trial, from a historical perspective, it would be very distressing. Please kindly consider this issue. The Allies then asked what we would like and he replied that we would like to deal with these issues as an internal matter and try them in Thai Courts.

That is why Mom Rajawongse Seni Pramoj proposed a bill to the Parliament, which later became the War Criminal Act of 1945 (B.E. 2488). This law stipulated that anyone who induced or supported the war in any way during war time would be sentenced to death. The United States noted that Thai judiciary system consisted of three levels, a first instance level, an appeals level, and the Supreme Court level, and so prosecutions could take many years to complete, while the International Military Tribunal was a single and final body. Therefore, the War Criminal Act specified that the Supreme Court would have the first as well as the final jurisdiction in this matter.

In addition, the heaviest penalty was capital punishment without reduction. The United States then gave its consent. As a result, all other war criminals were tried by the tribunals of Nuremberg, Tokyo and Singapore; only Thais have been tried by Thai national Court. Additionally, as a matter of fact, Thailand never surrendered in the war because, back then, when we took an oath with Japanese, we announced that we would win with Japanese. We certainly did not say we were going to lose with them. More importantly, when we declared war against Great Britain and the United States, King Rama VIII was in Switzerland. To complete the royal decree, it had to be signed by the three regents, but Mr. Preedee Phanomyong, one of the three regents, fled to Ayutthaya. The Japanese said two was enough and forced the others to sign, and we remained silent. When the war ended, we declared the royal decree declaring that the war against Great Britain and the United States was void.

Finally, after the enactment of the War Criminal Act of 1945 (BE 2488), the War Crimes Chamber was composed of Luang Jamroon Netisart, President of the Supreme Court, and two other judges of the Supreme Court, Phraya Ludpleetham-prakalp and Phra Nartpreecha. The Attorney General himself was the prosecutor and the Chief of Police opened the investigation and arrested Field Marshal Pibulsongkram along with all other defendants.

The incarceration of Field Marshal Pibulsongkram had many positive consequences for the Thai judicial system. First, when the accused testified in the Court, they had to stand and it was quite tiring. Field Marshal Pibulsongkram was therefore determined to ensure that, after the trial was over, he would make it possible for

the accused to sit down while testifying. He succeeded in doing this. Another consequence was that there were a lot of mosquitoes in the detention center. After his release, he ordered that net screens be installed in the detention center. These same screens are still there today. One of the members of the Supreme Court resigned in order to represent Field Marshal Pibulsongkram in this case.

Finally, the Supreme Court delivered its judgment. Luang Jamroon Netisart, the President of the Supreme Court, himself wrote the judgment for the chamber. This case is the first to cite *Niti-tham*, the principle of constitutionality of law and who could decide the constitutionality of laws. At that time, all lawyers knew it was the House of Representatives, because the Constitution so stipulated.

Luang Jamroon explained in his judgment that the House of Representatives had the exclusive power to interpret the Constitution. That meant that whatever the House of Representatives decided was final and binding. However, in this case, the matter of the case had not yet been interpreted by the House of Representatives. When the House of Representatives had not exercised its power, the Court had the power to do so. Then, the Court went on to clarify the law and decided that the War Criminal Act of 1945 (B.E. 2488) was unconstitutional and unenforceable, rendering it null. The defendant was acquitted. The case was closed. At the time of the judgment, the Singapore Tribunal had been dissolved, and therefore a retrial was not possible. Even if there was a retrial, one could then claim double jeopardy, that one could not be punished twice for the same offense. For this reason, the United States decided to drop the case, but still asked why the Court ruled in this way. We explained that

the law was unconstitutional. The Constitution clearly guaranteed that a person would enjoy his/her freedom. In addition, the Court ruled that anyone could do anything as long as it did not violate the law. Field Marshal Pibulsongkram and his collaborators committed their acts between 1941 and 1944, and resigned because the laws requiring the relocation of the capital did not obtain the approval of Parliament. During these 4 years, there was no law that made them criminally liable. Such a law had only been promulgated in 1945 and it only entered into force as of that year. It should not have had retroactive effect on acts committed from 1941 to 1944, when there was no law about criminal acts of being an accessory to war crimes. The ruling was therefore that everyone was free in his actions as long as his actions did not violate any existing legal provision. Laws promulgated with retroactive effect that deprived people of their freedom would be *ex post facto* law, contrary to human rights and all valued principles. We did not create this principle; the U.S. judicial system also guaranteed such a principle. Thus, the United States, finally, abandoned the case.

If we consider that in the Nuremberg, Tokyo and Singapore tribunals all the defendants were sentenced to death and hanged, what legal principle was used at that time? In these cases, they did not apply the *ex post facto* law, they applied the international legal principles. A long-standing international principles prohibited wars of aggression and the use of force. This principle of law is over 100 years old. Why did Thai justice not apply international principles to this case? Because if international legal principles had been applied, Field Marshal Pibulsongkram would have been found guilty. The Thai

Court ruled that a Thai Court could only apply Thai laws and the Thai Constitution. The Constitution was the supreme law. The Courts were governed by the Constitution. The last question was why the Court had the power to interpret the constitutional provisions. The Court stated that the House of Representatives had such power when it exercised this power. If the House of Representatives did not exercise it, the Court would have the power. So, why would the Court interpret the Constitution? The Supreme Court on War Crimes case, case number 1/2489, made it clear that the Court applied the laws, when a law contained provisions inconsistent with the constitutional provisions, those laws were not laws. The Courts were only to apply the laws to decide cases; when these objects were not laws, there is no law to criminalize the defendants. Case thus dismissed.

Who was the most disturbed by this result? The answer was the United States, among others, but when we explained, they seemed to agree. Even more than the United States, was the Thai Parliament. They felt like they were slapped in the face. In the entire world, when there is a debate about the jurisdiction of the Constitutional Court's power of judicial review in the whole world, the one that always opposes it is Parliament, because it means that the Courts have the power to determine that laws enacted by the legislature are inapplicable. The situation gets worse when the legislature is bicameral with a House of Representatives and a Senate. When the House of Representatives passes bills, it sends them to the Senate for approval and they become legislation. One day, the laws passed by both are declared invalid and unenforceable by the Courts. It seems the Court hits them both. The Court itself thinks it isn't defying

anyone. This does not mean that the laws are null from the beginning. It simply means that the Court has found that they are void today, which means that the law becomes null today, not since its adoption. However, the Thai Parliament was not satisfied with the question. Parliament set up a seven-member committee to examine Supreme Court practices. This is what the Thai Supreme Court had experienced, which is more or less the same thing that other organizations having the power to interpret the constitution. One day, this Constitutional Court could suffer the same fate.

When the committee of 7 people was established, it was composed of Phraya Nitisart Paisal, former Minister of Justice, and six other people, including Phraya Thepwithun, Phraya Nalaujchsuwuj and Mr.Pichan Boonyong. The committee concluded that the Supreme Court had done well in this case. If the Supreme Court was to be prevented from ruling on the constitutionality of any action, it would be preferable to create a separate institution to undertake that role instead of the Supreme Court. Subsequently, a Constitutional Council, rather than a Constitutional Court, was created. The Constitutional Council was not a judicial institution. The Constitutional Council did not wear judicial robes nor have a hearing procedure. The council had no procedural law. In addition, it was a political organization. The legislature, the executive and the judiciary, each of which sent its representatives to the council. It was not a Court, but a council. The Constitutional Council had been established and operated for a long time to reduce the power of the Courts of Justice.

Whenever a provisional Constitution was drafted after a coup d'état and it failed to mention the Constitutional Court, the Courts

of justice take back that power. By 1997, the world had developed to the point that a distinct and clear institution was expected to protect the rule of law. We therefore had to comply with international practices, such as those in Turkey, Austria, Germany and France. The same is true of the three countries, Turkey, Indonesia and the Republic of Korea, that had a Constitutional Court before Thailand. It was clear that we had to create our own Constitutional Court. This demand had been shouted for decades, but still had not materialized. The 1997 Constitution established the first Constitutional Court in Thailand, a real Court and not a council. The first Court had 15 judges, but this number was later reduced to 9 judges.

Courts refers to an institution with judicial power, a hearing procedure, strict procedural code, the power to issue warrants, and actual parties to the cases. The judges wear judicial robes. Their judgments must be reasoned and published in an official journal. Before taking office, Constitutional Court judges must take an oath like in any other Court. The previous Constitutional Council had none of these requirements. We did not even know where it met.

Now that 20 years have elapsed since the Constitutional Court was established, we ask whether, in exercising its power, has the Court applied the rule of law? We paved the way for the role of the Constitutional Court in order to protect the rule of law. Who exactly defined this role? Do we have a Constitutional order similar to the systems of other civilized countries, where Constitutional Courts are regarded as the protectors of the Constitution and the Constitution is the supreme law of the land, which protects the rights and liberties of people.

The role of the Constitutional Court is supposed to play a protective role. How does the Constitutional Court accomplish this function? Let's observe its decisions that have been handed down over the last 20 years. I conclude from my observations that the Constitutional Court has used four techniques as a protector of rule of law.

First, if the provisions of a law could be applied directly to a case, the Constitutional Court would apply them to cases without mentioning the *Niti-tham* principle. I believe this is one of the mechanisms to protect the rule of law, even though the Court does not directly apply the rule of law. The Court examines the provisions of a challenged law by comparing them to the constitutional provisions to examine their constitutionality. If they are unconstitutional, then the law is inapplicable. This is a very classic way and most countries use this technique. Constitutional Court Ruling No. 40-49/2544, issued shortly after its creation, stipulated that in order to challenge a provision of an unconstitutional law, the complaint must specify which part of the law was challenged. A general and unspecified claim is not acceptable. This is a very classic way of comparing and interpreting each section of a law. Most Courts use this method to draw conclusions. It is a way of applying the rule of law without mentioning the rule of law. It is a classic constitutional mechanism.

Second, all Constitutions, from the 1997 to the 2007 Constitutions, have stipulated that if no provision of the Constitution applies to a case, it must be decided in accordance with the constitutional convention of the democratic regime of government with the King as Head of State. How has this stipulation been applied? There was a

time when we could not select the Prime Minister. Someone therefore asked the King to appoint a Prime Minister in accordance with the constitutional convention of the democratic regime of government. King Rama IX then stated that there was no such constitutional convention and he had no intention of appointing a Prime Minister. Someone might have confused this case with the case of Ajarn Sanya Dharmasakti, in which case the King did not appoint Ajarn Sanya himself, but he was appointed on the proposal of the Speaker of Parliament. If the Speaker had proposed other candidates, such as Mom Rajawongse Seni, Mom Rajawongse Kukrit, General Prem, or Field Marshal Thanom, the King would have appointed the proposed candidate. He did not appoint a Prime Minister in accordance with the constitutional convention, but the appointment was under the Constitution's condition. Many people thought that Ajarn Sunya was a royally-bestowed Prime minister because he was a member of the Privy Council, then resigned and took the post of Prime Minister. What has really happened behind the scenes, I do not know. All I know is that the Speaker of Parliament made the proposal at the time. Khun Arthit Urairat proposed Khun Anand Panyarachun in the same way. In fact, the Parliament voted shortly before the proposal in favor of Mr.Sombun Rahong, but how could Khun Arthit propose Khun Anand? The reason is that the Constitution is silent on how the Speaker of Parliament gets the name of Prime Minister.

Thus, when Khun Arthit Urairat declared that as the Speaker of Parliament he wished to propose that Khun Anand be appointed to the post of Prime Minister, the King affixed the royal signature. It was the same with the nomination of Ajarn Sanya; the Speaker of

Parliament proposed to the King that Ajarn Sanya was the right person for the post of Prime Minister and that he wanted to propose Ajarn Sanya. For this reason, the King affixed the royal signature, appointing Ajarn Sanya. Therefore, these practices are not the constitutional convention as claimed. There are many issues that the Constitution does not mention, but the Constitutional Court has applied the constitutional convention, through the provision stipulating that no provision applies to the case. The Constitutional Court has to decide in accordance with the constitutional convention of the democratic regime of government with the King as Head of State. Especially, when it comes to protecting the rights and freedoms of people. The interpretation of the constitutional convention of the democratic regime of government with the King as Head of State is the second technique that, in my opinion, is a part of *Niti-tham* principle. In this case, the Constitutional Court applies the rule of law through the constitutional convention of the democratic regime of government with the King as Head of State.

I have found a decision of the Constitutional Court, ruling No. 6/2543 issued shortly after its creation. There was a big issue at that time. The Constitution stated that anyone who did not participate in an election would lose some of their rights, and an organic law had provided for this. Therefore, people would lose their rights if they did not notify the Election Commission in advance. Thus, the problem was presented and the Constitutional Court rendered its decision in the case 6/2543 that, even if no law exempts the King and members of the royal family from participating in an election, the King and the royal family never participated and did not need to participate

in elections, even though the King and members of the royal family have such a right. For various reasons of political impartiality, the failure to participate in an election and the failure to notify to the Election Commission in advance of the appropriate cause of such failure, are not illegal and should not be punished. The reason cited by the Constitutional Court in this decision was the constitutional convention of the democratic regime of government with the King as Head of State. I think this is the constitutional rule of law, but the Court did not clearly indicate that it was the rule of law, because the rule of law was not yet been stipulated in the 1997 Constitution. It appeared the first time in the 2007 Constitution. This is why the Constitutional Court applied the constitutional convention to make this constitutional exception.

Another interesting example is the judgment of the Supreme Court of Justice. The judgment of the Supreme Court of Justice ruled that the Constitution in force at the time of this decision was silent on the use of land acquired through the compulsory expropriation process. However, the Supreme Court ruled that the use of expropriated lands should be tied to the public interest, government planning, and so on. The government could not expropriate land for other purposes; this constitutional convention had long been upheld. This rule was not enshrined in the Constitution, but the Court established this legal rule by invoking the convention of the regime of democratic government. Expropriation is a restriction of the property rights of individuals. In the case of the U.S. Supreme Court, expropriation that have been carried out without reasonable conditions cause the deprivation of property, which is a violation of the due process

of law, that is, of the *Niti-tham* principle. Thai Courts did not cite as such. We referred to the constitutional convention. Another interesting decision of the Supreme Court concerned the *ex post facto* law, which was contrary to the constitutional convention of a democratic regime of government. The Supreme Court judgment number 912/2536 declared that any law providing for retroactive sanctions runs counter to the constitutional convention. I think if this question arises again today, the Court may rule differently, because it is possible that such a law may be contrary to Section 2 of the Penal Code “a person shall be criminally punished only when the act done by such person is determined to be an offence and the punishment is defined by a law in force at the time of the doing of such act, and the punishment to be inflicted upon the offender is provided by the law.” The Court may declare the action unconstitutional because the principle is now enshrined in the Constitution or may refer to the rule of law. Personally, I want to see the Court does that, so that we can clarify the rule of law. However, at that time the Supreme Court could not go so far in invoking the rule of law. It was simply applying the constitutional convention in a democratic regime of government to reach a conclusion. This was the second technique.

In the third technique, the Court applies the rule of law as a protector, particularly in the case of the Constitutional Court. The Court applies the rule of law without citing specific legal provision. If a legal provision is cited, this is the first technique. If the constitutional convention under a democratic regime of government is mentioned, this is the second technique. The third technique, however, is the application of eight legal principles that the Court might apply to

one case or another. The Court adopts one of the legal principles and applies to the case without indicating its origin. The Court explains that the facts of the case are not compatible with such a legal principle and never directly applies the rule of law or *Niti-tham*. This process shows that the Court is still reluctant to explicitly and directly apply the rule of law. It may sound a little confusing. I will give some examples of cases to illustrate my point. One is the judgment of the Constitutional Court number 21/2546, which is quite famous.

This case concerned the Personal Name Act. At the time, this act provided for married women to use their husband's last name. Single women therefore used their own family's last name, but when they were married, they had to change the name to that of their husband's family. This practice was common and we all got used to it. Thus, divorcees and widows may choose to keep the ex-husband's last name or return to their original family name. Thus, at the wedding, the woman must use the surname of her husband. A complainant lodged a complaint to the Ombudsman and the latter referred the case to the Constitutional Court because at the time individuals could not lodge a complaint directly to the Constitutional Court.

The Constitutional Court considered that this Act was incompatible with the Constitution, and therefore was null and unenforceable. Let's look at the opinion. If the Court decided that the section of the Act that required married women to use their husbands' last name was contrary to one of the provisions of the Constitution, then that process would be the first technique. If it found that the section was inapplicable because it violated the constitutional convention of a democratic regime of government, the Court would have resorted

to the second technique. But in this case, the Court did not use any of these techniques above. The Court raised a legal principle, the principle of equality. Under the Act, women who used their own family name when they were single had to change their family name to that of their husbands after marriage, but husbands who used their own family name when they were single did not have to change their family name after they were married. The principle of equality was the heart of this case. When the Act required only women, but not men, it was not equal. The principle of equality prevailed in this case, but the Court refused to go on to cite the guiding principle, which was the rule of law. The Court only mentioned that the principle of equality took precedence. Because it took precedence and the Personal Name Act was incompatible with it, the Act was found to be unconstitutional and unenforceable. I consider this precedence is the closest to the rule of law, but the Court did not mention it, since the decision was rendered in 2003, at a time when the Constitution in force did not mention the rule of law, which, as I have noted, was included in the 2007 Constitution for the first time.

Compare the Constitutional Court Ruling No. 12/2552 to more recent cases before the Constitutional Court, which were issued about 8 years ago. We all know that after the coup d'état of Field Marshal Thanom in 1972 (B.E. 2515), many coup decrees were published. One of them prohibited the sale of food from 1 a.m. to 5 a.m. without authorization of the police department in Bangkok, or the Provincial Governor. In early years of its application, everyone was very respectful, vendors would have to close their stores if they did not apply for the permit. In subsequent years, vendors who wanted to sell during

this period asked for permits. All applications from vendors were accepted. However, some store owners did not apply for a permit because they were not aware of this law. Not only the vendors, even the police and the governors, were not aware of its existence.

This coup decree was in force until 2009, when a conflict broke out. A night vendor of rice soup in Saraburi Province was opening without a license. The police in this area became aware of the coup decree and arrested him. The vendor did not believe that such a law existed and challenged it by saying that selling rice soup at night was not illegal. The police showed him the coup decree and arrested him. The case went to the Court. The Court did not know what to do because the law actually stated that it was illegal to sell food after 1 a.m. As a result, selling food anywhere in Thailand after 1 a.m. was forbidden. In fact, at that time, all the other coup decrees had been repealed. I understand that this one was accidentally left out. In 1994-95, under the administration of Prime Minister Chuan, in which I was secretary, a board under the direction of Ajarn Sophon Ratanakorn had been created to revise coup decrees. Many of them were repealed, but not this one. Upon the request of vendor, the case was transferred to the Constitutional Court. In the end, the Constitutional Court declared that this coup decree was totally incompatible with the Constitution and totally inapplicable.

The Court exercised its power and virtually repealed the law. In the method it employed, the Court did not declare that this coup decree was contrary to a specific provision of the Constitution; if it did, this would be the first technique. The Court could not say that the coup decree was incompatible with the constitutional convention

of a democratic regime because there was no convention about selling or prohibiting the selling of food after 1 am. However, the Court ruled that everyone was free to engage in an occupation. Interestingly, the Court emphasized that “the situation of society has changed and the law no longer needs to be in force.” In fact, the Court should not have inserted this sentence because great number of laws could be nullified by the Court with that reasoning.

The National Council for Peace and Order, the NCPO, should therefore pay attention to this story. The Court could simply review the situation and repeal any obsolete law without indicating a constitutional provision, as it would be difficult to find reasons supporting that law is incompatible with the Constitution. This is one of the examples of the third technique, in which the Court enunciated a legal principle, such as the equality principle, which might even be invented, but the existence of which has since been accepted.

The fourth and final technique is that the Court explicitly cites the rule of law and only the rule of law and clearly explains why the case is contrary to the rule of law. The classic example is the recent 12/2555 ruling of the Constitutional Court. Personally, I think this judgment was quite praiseworthy. If I remember correctly, there was only one newspaper in Thailand that published information on this case, and only in a small column on the third page; the article deserved to be published instead on the front page everyday for seven days. That’s why this case did not attract much public attention. After reading this judgment, the Direct Sales and Marketing Act contained a provision inconsistent with the Constitution. It said conclusively that when the corporation commits a crime, all its directors

would be held accountable for its actions, because companies or juristic persons who commit a crime cannot be imprisoned, but only incur a penalty. With respect to deterrence, if corporation was found guilty of criminal offense, the law presumed criminal liability of all directors of the corporation unless they could prove their innocence. If they could not or did not prove their innocence, they would all be held criminally liable, no matter how many directors the company had. The Constitutional Court rightly ruled that everyone was innocent and presumed innocent until proven guilty. This Act presumed them guilty until proof of their innocence, a reversal of the presumption of innocence. In fact, the Court could simply have invoked this legal principle - the presumption of innocence until proven otherwise. Thus, because the law did not follow this principle and was written contrary to this principle, it was therefore inapplicable. And the Court could have simply settled the case with this principle.

Since the Court cited a legal principle, this would be the third technique. In this case, however, I think the Court went further that the Direct Sales and Marketing Act presumed that all directors of the corporation were guilty until proven innocent, which was contrary to the rule of law. The key is the use of this term. This provision was inapplicable because it was inconsistent with the rule of law.

The next question is, with what part of the rule of law was that provision inconsistent and how? We could say that it was based on the legal presumption. I think this decision is very important, but it did not attract much public attention. I think it may be difficult to understand the Court decision in this case, and there is also a lack of understanding of this law and its effects. In short, no one really

cares about this judgment because it appeared only on the third page of the Thairath newspaper in a small column of 5 lines.

The Government was frightened by this decision. The Government asked the Council of State to look for laws with similar provisions. The Council of State estimated that there were about 100 Acts, which means that these 100 Acts could potentially be unconstitutional. The Council of State also suggested that the case of the Constitutional Court concerned only the Direct Sales and Marketing Act, but the other 100 Acts, such as the Public Company Act and, the Copyright Act, were not related to it and none had ever been examined by the Constitutional Court. Therefore, even if the decisions of the Constitutional Court had an *erga omnes* effect, or general binding effect, this judgment was binding only for that decision, which concerned the Direct Sales and Marketing Act and not all the other Acts which included similar provisions. I, as Councilor of State, proposed to the Council of State to send this notice to the Government to alert it of the potential difficulty to amend all these Acts. What turned out to be the most difficult situation was the period before amendment, when these Acts were still in force and if the police arrested the directors of companies under these Acts. This would become a more complex problem, as the police could be found guilty of malfeasance under section 157 of the Thai Penal Code.

The Police Commissioner General sent a letter to the Council of State asking whether the police should not make any arrest under these laws. Would the police be held responsible under section 157? The Council of State replied that it was also part of section 157 to neglect to perform an official task, but to be fair the best choice

would be not to make arrests. As a result, the Council of State asked the Ministerial Cabinet to issue a resolution to end the enforcement of these laws. The Ministerial Cabinet further explained that if it passed such a resolution, it could also possibly be held criminally responsible under section 157. I therefore asked the Police Commissioner General to temporarily stop enforcing these laws because they were in the process of being amended.

The Council of State then set up a special committee composed of the presidents of all standing committees to resolve this situation. We got frustrated as we found out that we had to amend more than a hundred pieces of legislation because of one section of each. All these laws contained exactly the same provision on this subject. If we took each of them up one by one as part of the normal parliamentary process, it would take about 50 years to all complete because the legislative process was slow, especially during that period, when the Parliament was largely inactive. As I have always said that during the seven years from the administrations of General Surayud through the era of Prime Minister Samak, Prime Minister Somchai, Prime Minister Abhisit and Prime Minister Yingluck to the point when National Council for Peace and Order (NCPO) took control only 120 pieces of legislation were adopted. Compare that to the period of a little over 3 years of the NCPO, when more than 300 laws went through the legislative process. So, if we were to introduce bills to amend all those acts, Parliament would not have the time to do it and it would be a waste of time. What should we do?

Finally, the Council of State unanimously agreed that there should be a central amending law listing 100 sections and 100 laws

to be submitted to Parliament. If we had changed the hundreds of laws separately, there would have been one hundred committees and they could make different amendments to all those laws. Furthermore, the amendments would again be potentially unconstitutional. We had to therefore apply the legislative process in order to have a unified amendment that would have legal effect on all enumerated laws. This would simplify the whole process. So, we consulted Parliament. They did not agree, arguing that this scheme had never been done before. In addition, when they amended these laws, they wanted to review and amend other parts of the laws. So, we put the bill in the drawer and waited. Shortly thereafter, the NCPO came to power.

After the NCPO took control, the National Assembly was established. One of the first laws passed by the National Assembly was this consolidated law. A normal democratic Parliament would not agree with this idea, but this National Assembly authorized such a technique, adopting a consolidated law amending all the hundred laws enumerated. So now, all the unconstitutional provisions have been changed, but it is a bit more difficult to apply and read the laws because we have to look at the provisions of the consolidated law simultaneously.

This is the fourth technique, which is to directly quote the rule of law. Please note that all the decisions of the Constitutional Court that directly apply the rule of law were rendered in 2013, and that there had been none before. Case 4/2556 of the Constitutional Court, issued 5 years ago, is another example. The case concerned the Act on Mutual Assistance in Criminal Matters. Thailand was part of the

international agreement on mutual assistance in criminal matters. We passed the legislation to implement this international agreement. The law stipulated that after criminal matters co-operation between Thailand and any other country had been established, foreign courts may take evidence from witnesses resident in their country for Thai courts and forward that statement to Thai courts, if the witnesses could not appear or could not come to the Thai courts. Thai courts would receive this evidence as if it was collected in Thailand. This process is called mutual assistance in criminal matters.

In one case, the defendant resided in Thailand and the witness was in a foreign country. It was impossible to call that witness to appear before the Thai Court. The Thai court therefore asked the foreign court to assist in the hearing of evidence and forwarded a statement to the Thai court for further prosecution. The Thai court found that the defendant was guilty of the alleged acts, and that the Act on Mutual Assistance in Criminal Matters was applicable in the case. The defendant brought a motion before the Constitutional Court challenging the constitutionality of the law. The Constitutional Court held that the defendant had the right to cross-examine the witnesses who testified against him. Testimony gathered in foreign countries without the knowledge of the defendant and without cross-examination by the defendant was inadmissible and could not be used to punish the defendant. If this provision of the law were to be declared unconstitutional, what would be the reason? Because no provision of the Constitution prohibits such practices. The Court did not mention any particular provision or the constitutional convention under a democratic regime of government. The Court also did not

cite the principle of law, which actually existed that the accused had the right to cross-examine evidence. If the Court had mentioned it, there would be questions about where this principle came from.

The Constitutional Court therefore declared that the law was invalid because it was contrary to the rule of law, as it excluded the right of the accused to cross-examine witnesses. The Court found that this provision of the Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act was unconstitutional. Please note that because a provision of law was contrary to the rule of law, it was therefore incompatible with the Constitution and inapplicable. Similarly, if this was incompatible with the constitutional convention of the democratic regime of the government, it was also contrary to the Constitution and inapplicable. This situation has occurred more often and leads to the conclusion that the Constitutional Court is, first of all, the protector of the rule of law by applying all the techniques in order to preserve the supremacy of the Constitution, based on the idea that “there is still sky above the sky.” Even though Parliament enacted a law, it was not final because first, there is the upper sky, which is the Constitution, and second, the Constitutional Court is the guardian of rights and freedoms of the people.

Some of the techniques or methodologies of application depended on the Courts at different times. Over the past 20 years, many techniques and methodologies have been applied, allowing us to observe new techniques and methodologies that might be used in the future. I expect the rule of law to be the essential legal principle that all, including the Courts, the government, the parliament and all public officials, must respect. There was a Sultan of Perak from

Malaysia who was previously the Lord President of the Supreme Court of Malaysia. His father died, so he resigned from the Supreme Court to take the throne as Sultan and Governor of Perak. Thereafter, the supreme king of Malaysia, Yang di-Pertuan Agong, died. He was elected to be next king and presumed to be the Yang di-Pertuan Agong by the 9 sultans of Malaysia. When he became supreme king, he was named a king of the rule of law because he had completed the English barrister program. He said that the duty to protect the law was not only the responsibility of the Courts, but also of the government and Parliament. Parliament had to keep this in mind when a bill was passed so that it did not have a lot of problems before the Courts at a later stage. The government also had to take this into account in the administration of state affairs. In addition, the Courts, in making fair decisions, should be aware of this. Above all, the ones who seemed not to be bound by the rule of law but who had everything to do with it were the people or the individuals. They had to scrupulously respect the rule of law by refraining from any form of corruption, bribery or illegal taxation. This is part of the rule of law. If the people also followed the rule of law, the country would be in the expected legal state. These ideas became more and more popular because no one thought that the rule of law would apply to individuals.

That's all the content that time and my knowledge allow me to present. With regard to the theme "The Constitutional Court: the protector of the rule of law", I encourage the Constitutional Court to continue its functions with persistence and perseverance. More importantly, as mentioned above, if problems, obstructions, harsh

words, criticisms or even mistakes of the Constitutional Court occur, we must understand them as part of the experience, and learn from them in order to resolve them. Ultimately, the Constitutional Court would be one of the institutions in Thailand that currently exercises one of the sovereign powers. Moreover, it is not only an arbiter, but also a protector of the rule of law. The last term I would like to discuss, which I have already mentioned, is good governance. Sometimes we forget that the first criterion of good governance is the rule of law. Good governance has 6 to 7 criteria and it starts with the rule of law. Separately, it is an autonomous principle and when combined with other principles it is the first of the seven principles of good governance.

For good governance, if the first principle is violated and illegal and that the laws are not respected, the rest will not make sense. Being lawful may not be compatible with good governance if there is no public participation or accountability. It begins with *Tham rmā* or *Niti-tham*, which is the first criterion of the rule of law; the other principles follow later. In the end, it is said that the country must have the supremacy of the constitution, that it must have the rule of law, and that it must have good governance. They all are the same.

I would like to finish this remarks here. Thank you very much.



The Summary of Special Lecture
on “Rule of Law in Korea: A Journey towards Justice
and Humanity”
By Lee Jin-Sung

The President of the Constitutional Court of the Republic of Korea

The speaker started with the explanation on the history of the rule of law in Korea. The first part relates to the tradition of the rule of law in Korea. About 600 years ago, in 1392, the Joseon Dynasty was established on the Korean Peninsula. The founding philosophy of Joseon was to realize a Confucian ideal of ‘Ye’. The term ‘Ye’ is the principle of social structure achieved by a sage or king who understands the law of nature. ‘Ye’ was exhibited in the form of national rituals, and administrative organizations, by being prescribed in the nation’s code of law. Being an absolute monarchy, Joseon did not adopt the rule of law in its modern meaning. However, the king’s power was limited by the national ideal of ‘Ye’ and other relevant laws. For instance, the king’s every action was recorded, and officials were permitted to review and argue whether the king’s practices complied with ‘Ye’ and law.

The second part is the governance under the law in Korea. In 1910, the Korean peninsula was forcefully colonized by Japanese imperialists; causing the end of the 500-year history of Joseon. The Japanese annihilated Joseon’s tradition in honoring ‘Ye’ and law, and replaced it with its own colonial rule. However, laws enacted by the Japanese at that time were not aimed to limit the power of ruler or protect civil rights but were only applied to legally discriminate,

suppress and exploit Koreans. Law enforcement by the Japanese imperialists created sex slaves from the population detaining them in military camps and imposing forced labor by Japanese conscription order.

In 1945, Korea regained its independence, but shortly after, the Korean War became. The outcome of the Korean War resulted in the country being controlled by dictatorship and military regimes, which dismissed the rule of law. By 1948, the Constitution of the Republic of Korea was created and promulgated introducing modern concepts of the rule of law such as the separation of powers and liberties. However, subsequent presidents and politicians repeatedly amended the Constitution in order to strengthen their power and extend presidential terms. The fundamental rights provided in the Constitution had no actual effect as they were disregarded by the legislative, the executive and the judiciary.

The speaker gave an example from 1961 when former President Park Chung-hee took office through a military coup. The Constitution at that time restricted leaders to two presidential terms, but, in 1972, President Park amended the Constitution to provide undefined presidential terms. In addition, President Park granted the president the power to issue a Presidential Emergency Decree in order to maintain the presidential office. There were many critics of this Presidential Emergency Decree because it also constituted the power to arrest, detain and criminally punish members of the public without warrant. During the first Constitution of 1948 and the Constitution of 1987, despite the Constitutional Committee or the Supreme Court having the power to review the constitutionality of statutes, these

institutions rarely declared any statutes unconstitutional. Such failure of the independent judicial bodies to review the constitutionality of statutes and the violation of fundamental rights by the legislative or the executive, illustrates that the country did not apply or respect the principle of the rule of law.

Under the atrocious military dictatorship led by Chun Doo-hwan, there was torture and killings of college students involved in democratic protest. This situation triggered a series of large-scale demonstrations for democracy nationwide in 1987. Such demands prevailed and the Constitution was amended to establish a direct presidential election system with only one presidential term. The amendment also resulted in the establishment of the Constitutional Court, which is now the constitution of Korea.

The speaker then explained that, in 1988, the Constitutional Court of Korea was inaugurated, with the key function to implement substantive rule of law. Over the past 30 years, the Constitutional Court of Korea has decided about 33,000 cases and rendered about 1,500 of them unconstitutional. The Constitutional Court of Korea exercises power under the rule of law by defining the scope of law in order to prevent the violation of rights and liberties, with principles such as proportionality and equality under the law.

The speaker described a few notable decisions of the Constitutional Court of Korea. One examples was when the Court had quashed the government practices such as Presidential Emergency Decrees that justified the arrest without warrant; punishment of persons who criticized former constitutional amendments; a blanket ban on public assembly or demonstration at night; the deprivation

of voting rights of prisoners or persons on probation; deeply-rooted laws which discriminate against women; poor conditions in prison that compelled inmates to sleep on their side next to each other; refusal of a suspect's right to counsel during interrogation when not in custody; ban on political activities of labor unions; and censorship on movies. According to history, it has been found that those in power are often tempted to stray from the law and act indiscriminately or for their own political and personal interests. The key function of the rule of law is to prevent this situation. Thomas Paine simply noted in 'Common Sense' that "*in free countries, the law ought to be King.*"

Recently, the Constitutional Court of Korea was requested to protect the principle of the rule of law in the form of impeachment rulings. Pursuant to the Korean Constitution, motions to impeach high ranking officials shall be approved by the National Assembly and then referred to the Constitutional Court of Korea to consider. In July 2016, the media reported that former President Park Geun-hye allowed her close friend, Choi Soon-sil, to mediate in the fundraising of certain foundations for the benefit of Choi Soon-sil; and leaked confidential government documents.

The people were outraged by the scandal, which sparked protest at night, even though the public assembly at night was formerly banned by law before being quashed by the Constitutional Court. The candlelight rallies continued for 17 weeks in order to demand President Park to step down. The National Assembly voted in favor of her impeachment two years ago.

On 10 March 2017, the Court reached a unanimous decision that President Park should be removed from office, on the grounds

that she had carried out misconducts during her presidency. The Court acknowledged that her actions violated the Constitution and law, and impaired the principles of democracy and the rule of law. In order to protect the national interest, the former president, Park Geun-hye, should step down or be removed.

At present, the Court has made an effort to continuously protect rights and liberties and the rule of law. For example, the opposition of mandatory military services shall be protected under the Constitution; and that abortions shall not be criminalized. Also, there is a proposal to amend the Constitution which has remained the same for more than 30 years, (currently, the amendment of the Constitution is in progress). The Constitution has been amended to extend the scope of rights and liberties for all people not merely Koreans. In addition, there is a proposal on the issue of security, access to information, information protection, appropriate housing, and public health. The amendment thereof is to ensure further protection, and extend the equality rights to prohibit discrimination against disability, age, ethnicity. Over the past three decade, the Court has been courageous in the modernization and development of Korea.

From an Asian continent perspective, in 2010, the Constitutional Court of Korea took the initiative to establish the Association of Asian Constitutional Courts & Equivalent Institutions (AACC) with other Asian countries that have equivalent institutions. Korea has also made an effort to disseminate the rule of law throughout Asia. The Court also actively promotes the rule of law in Asia. In 2012, the Constitutional Court of Korea hosted the first Congress of AACC and the 3rd Congress of the World Conference on Constitutional Justice in 2014.

Subsequently, in 2016, the AACC Secretariat for Research and Development was established in Seoul, and now hosts conferences on justice rapporteur judges as well as compiling a database relating to constitutional law, with the ultimate goal to establish court of human rights in Asia.

At present, the rule of law in Korea is something that could never have been imagined a hundred years ago. The potential Asian court of human rights may help us maintain the rule of law in a better manner.

The rule of law means the commitment of those in power to act within legal boundaries, for instance, any person should not expect negative consequences or be prosecuted; or be removed from office once a new president takes office.

The speaker illustrated two key lessons in Korea.

First, having laws is not enough, they must be observed. The Korean Constitution between 1948 and 1987 had provisions sufficient to protect human rights. However, when the national leaders and politicians disregarded those provisions, the provisions under the constitution were ineffective and rendered irrelevant. Even though there was provision within the rule the law, it essentially did not exist.

Second, justice based on humanity should be embodied in the law. Many people have argued that justice has existed throughout history. However, theory of justice explains that every person should receive equal treatment, freedom and best outcomes from limited resources, while seeking to add such values through mutual cooperation. It should be remembered that the justice we pursue should be based on humanity and respect for fellow people.

For minorities, the form of justice may not be sufficient to compensate for the underlying inequality within society. At the beginning, minorities suffer from the lack of resources and are often disadvantaged by their environment. Proactive measures then are required to provide them justice and equality. In essence, equality is based on compassion and sheared humanity and it is the responsibility of everyone to create a fair and equitable society. The law enacted with malice against certain groups of people leads to the destruction of mankind.

The prevention of such unpleasant situations is to apply the law on the basis of humanity and disseminate the rule of law throughout the world as the substantive law.

Legal history rarely repeats itself. However, when the mankind established that the rule of law is universal humanity that is a possible and achievable goal. The only remaining question is whether we can achieve that goal. According to the book authored by Thomas Paine titled ‘Common Sense,’ it triggered the U.S. independence movement, causing changes in the U.S. and the entire world. There were about three million U.S. citizens at that time compared to 120,000 copies of the book, and the books were sold out within three months. The total sales were recorded as 500,000 copies, including the translation in French. This could be implied that almost all literate adults had bought the ‘Common Sense’.

What did that mean to Thomas Paine himself? He must have made a fortune from the record sales. What would you do with such money if a book of yours was so popular? Would you buy a mansion by the lake? But Thomas Paine used all profits to purchase mittens

for soldiers suffering from the cold weather.

To have humanity needs not be grandiose. The mindset of the universality of humanity is not a virtue, but the choice we all have to act or react in either a positive or negative way. Therefore, the mindset of compassion and universality of humanity remains in our soul. The more humanity we have the more positive option we have.

In the courtroom every day, we meet many people and hear their stories. They tell us their thirst, hunger, and cold hands. The moment we feel empathy for them, will we have the courage to let go of our self-interest and reach out an open hand to hold their trembling hands?

The small choice made each day in the courtroom will determine the direction of the long journey of the rule of law.

**The Summary of Special Lecture
on “The Turkish Constitutional Court
as Protector of the Rule of Law and Human Rights”**

By Zühtü Arslan

The President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey

The speaker began by explaining that the Constitutional Court exists to maintain the supremacy of the Constitution. The Constitution is a collection of supreme rules binding the legislative, executive, and judicial bodies. The Constitution is the most effective instrument to protect rights and freedoms of individuals. The Constitutional Court plays a crucial role in upholding the principle of rule of law and in protecting fundamental human rights. In general, the Constitutional Court is empowered to exercise a constitutionality and a constitutional complaint. The constitutionality review of laws is relatively well-settled area of constitutional jurisdiction, whereas the constitutional complaint and human rights issues are more dynamic and pose major challenges to constitutional justice. The rule of law is stipulated in Article 2 of the Turkish Constitution.

In 1895, the rule of law was described by Dicey in his study of constitutional law. The fundamental principle of rule of law is based on a number of principles. Firstly, the constitution respects is the supremacy of laws. No one is above the law and if the law is enacted properly, it would prevent the abuse of power by those in positions of national responsibility. Secondly, it is recognized the equality before the law. Dicey explained that everyone shall be equal before the law, and this principle shall be also applied in the courts of justice and the

administrative courts. Thirdly, Dicey also stated that the constitution was not only the source of the rule of law, but it was the result of the rule of law. In this sense, the rule of law is best exercised by the courts. This principle is applied, not only in the legal provision but also in the relationship between the rule of law and human rights.

There is a close relationship between the rule of law and human rights, and protection under the Constitutional Courts. The rule of law is an unamendable principle because it provides fundamental definition. The Republic of Turkey is a democratic regime and respects human rights. Accordingly, the rule of law provides in Article 2 of Turkish Constitution is based on the court judgments that everyone is equal under the law. The fundamental rights and freedoms are seen as part of the rule of law. In many cases, the Constitutional Court renders a judgment applying the rule of law such as the principle of legal certainty or the principle of legitimate expectation. Therefore, there is a close relationship between the rule of law and human rights.

The speaker generally explained about the constitutional justice and emphasized on constitutionality review of laws. In the meantime, the rule of law being enshrined in the Turkish Constitution and in the Korean Constitution is fairly similar. The constitutionality review of law was introduced into the Turkish legal system in the 1961 Constitution. The Constitution established the Constitutional Court and incorporated both the constitutional review and constitutional complaint system. In case where the Constitutional amendment was required, it deemed necessary to conduct with minor changes.

The Constitutional Court is empowered to perform 3 essential functions. First, the Court has the power to control political parties'

activities including the possibility to dissolve them. Political parties whose programs or activities are contrary to the Constitution shall be dissolved by the Constitutional Courts. Second, the Court also serves as the “Supreme Criminal Court” charged in trying the President, Prime Minister, government Ministers, Chief of Staff, other top level commanders as well as high courts justices for offenses relating to their duties. Finally, in 2010, the Court was given power to admit constitutional complaints of individuals. Individual application or constitutional complaint mechanism was introduced by the constitutional amendment of 2010. Article 148 paragraph one of the Turkish Constitution states that everyone may file a complaint to the Constitutional Court on the grounds that their fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights guaranteed by the Constitution have been violated by public authorities. Upon the introduction of the individual complaints in Turkish legal system, on 23 September 2012, it was the first date that the Constitutional Court started receiving individual complaints.

The Turkish Constitutional Court has made considerable efforts to protect human rights during normal time and state of emergency. Turkey declared the state of emergency after the coup attempt of 15 July 2016, when the democratic constitutional order was seriously threatened. On 20 July 2016, the Turkish government declared the state of emergency to fight with what they consider to a terrorist organization. The Constitutional Court had received overwhelming complaints in the aftermath of the state of emergency measure.

Since 15 July 2016 to present day, the Court has received about 118,000 individual complaints. These applications can be divided

into 2 categories: first, complaints relating to dismissal from public offices, and second, complaints relating to pre-trial detention. The establishment of the Inquiry Commission on State of Emergency Measures played an important role in dealing with complaints concerning emergency decree measures. After examining the complaints, the Constitutional Court rejected almost 72,000 complaints due to non-exhaustion of ordinary legal remedies. Then, the Court indirectly referred those remaining complaints to the Commission. The decisions of the Commission were subject to a review of the Administrative Court, and then they may be challenged before the Constitutional Court. Those complaints could be classified into several categories depending on the status and situation of the complainants. The Court rendered its judgments for many groups, including participants involved in the coup attempt, detained individuals, former judges and prosecutors, members of parliament and politicians, and journalists.

At present, since 15 July 2016, the number of pending applications before the Court is approximately 6,500 cases. The Court has found violations of human rights in about 1,300,000 complaints, (most of which relate to the right to fair trial, the right to life, the right to property, prohibition of ill-treatment, and the right to privacy). Since the individual complaints remedy was first introduced in 2012, Constitutional Court passed judgments for more than 50 percent of all applications. The total number of applications filed during the state of emergency in 2016 was 102,000 applications. Accordingly, the Court has examined 86 percent of all applications received after the coup attempt. The number of pending applications before the Court is around

39,000 cases, and about 9,500 complaints relates to the emergency measures. These statistics demonstrate that the Turkish Constitutional Court played an active role and made considerable efforts to protect human rights during the state of emergency. Despite extremely a number of applications, the Court handled most of them in a timely manner. Meanwhile, as the recent experience indicates, the Court has paid particular attention to key issues such as freedom of expression. The constitutional complaint mechanism is an effective remedy to be exhausted before resorting an individual appeal to the European Court of Human Rights.

The practical reason for introducing the system of constitutional complaint is to reduce the number of complaints and violations against Turkey submitted to the European Court of Human Rights in Strasbourg. After the introduction of constitutional complaint, the applications from Turkey to the Strasbourg Court and violation judgments against Turkey decrease significantly. The European Court of Human Rights considers the violation of fundamental rights, while the Turkish Constitutional Court reviews the violation of the European Convention on Human Rights. Turkey has been a party to the European Convention on Human Rights since 1950, and was also a founding member of the European Convention on Human Rights and subsequently ratified the Convention in 1954. The Turkish public officers have to perform duties in compliance with the European Convention on Human Rights. Another reason for reviewing the European Convention on Human Rights is that Article 90 last paragraph of the Constitution provides that if there is any conflict between the international treaty and the Turkish law, the international

treaty prevails over such domestic law. It seems obvious that this European Convention is of significant to the Constitution Court, including other international conventions concerning human rights. Particularly, the Constitutional Court shall take the European Convention on Human Rights into its consideration because section 148 of the Turkish Constitution clearly states this Convention within the submission of applications.

While the rights and freedoms have been protected under the European Convention on Human Rights, the individual complaints alleged human right violations from Turkey shall first submit to the Turkish Constitutional Court before rendering the European Court's adjudication. This procedure is to reduce the number of cases lodged to the European Court of Human Rights. The judgment of the European Court of Human Rights has a key role in many constitutional courts, including Turkish Constitutional Court and other Turkish courts. The success and effectiveness of the individual complaints of the Turkish Constitutional Court is also recognized by the European Court of Human Rights. The European Court has explicitly stated that the constitutional complaint in Turkey is an effective remedy as found in the case of *Hasan Uzun v. Turkey*.

The speaker also explained that only after exhausting the domestic remedy of constitutional complaint, the complainants could submit their allegations before the European Court. The principle of subsidiarity may create tension between the regional human rights courts such as the Strasbourg Court and national authorities. This is also the case at national level. The subsidiary nature of the individual complaint remedy may lead to some conflicts

between the constitutional court and courts of general jurisdiction. The general courts, in some cases, may show reluctance to respect the judgment of the Constitutional Court even though the judgments on the violation of human rights may not be appropriately enforced. The success and effectiveness of constitutional complaint remedy was demonstrated in two separate judgments on 11 January 2018.

Recently, the Constitutional Court has found the violation of privacy rights, security rights, and the freedom of expression, regarding the pre-trial detention of two journalists. The complainants had been arrested and detained during the coup attempt of 15 July for alleged terrorism offenses. The Court found that the investigation authorities failed to demonstrate any factual or concrete evidence other than those provided in the newspaper, TV discussions. The available evidence was insufficient to reach the conclusion of strong indication of guilt, which was a constitutional prerequisite for pre-trial detention. The Constitutional Court then reviewed article 15 of the Constitution as to the detention under the state of emergency, and concluded that it was not justified by the strict requirements of the situation. In summary, the Constitutional Court found that pre-trial detention measure was not proportional, even under the state of emergency.

The Constitutional Court transmitted the judgment to the court of first instance and ordered necessary measures to redress the violation thereof, without specifying the release of the applicants. Upon the violation of Constitutional Court judgment, the applicants requested their release before the competent courts. The court of first instance affirmed its legal decision and rejected the request.

The court of first instance argued that the Constitutional Court had assessed the evidence in the case filed beyond the scope of its power. The Court then sustained that the violation of judgment did not comply with the Constitution and the law, and therefore amounted to the usurpation of power. Indeed, the approach of the court of first instance was unprecedented. As the violation of judgment made by the Constitutional Court did not explicitly mandate the release of the applicants, the term “redress” was needed to be interpreted. Subsequently, the applicants filed a new complaint alleging a violation due to non-execution of previous judgment. The Constitutional Court has addressed this issue urgently in a new application. The Court started its analysis by stating that the existence of strong indication of guilt was a constitutional precondition of pre-trial detention.

Regarding the pre-trial detention in the past, there was doubt that the accusation was sufficient to detain any person. However, it should be noted that Article 153 of Turkish Constitution explicitly provides that the decisions of the Constitutional Court are final and binding upon every other organization. As such, the legislative, the executive and the judicial powers shall respect the judgment of the Constitutional Court. The Constitutional Court also stresses that the compliance with the judgment of the Constitutional Court is important; in other words, any case relating to rights and liberties shall be made upon the rule of law.

The speaker illustrated that under the rule of law principle, lower courts were required to respect and honestly implement the decisions of the Constitutional Court rather than questioning its duties and powers. The Court then assessed the specific circumstances of

the present case and concluded that the applicants should have been released upon the violation judgment. The competent courts therefore made an order to immediately release the applicants. The failure to duly execute the violation of judgment of Constitutional Court thereby was resolved under the principle of rule of law. As the court of first instance acted in accordance with the second judgment of the Constitutional Court, the effectiveness of the constitutional complaint remedy in Turkey was maintained. Therefore, the practice of rule of law shall be strengthened when adequately resolved under the law.

Finally, the response to the European Court of Human Rights is the legal discussion upon the judgment of Constitutional Court. The complaint lodged by the applicant before the Strasbourg Court claiming that their rights and liberties were violated by the Turkish government. The European Court mostly supported the findings of the Constitutional Court concerning the violation of rights and liberties, and the freedom of expression. In these judgments, the European Court rejected the attitude of the court of first instance in non-compliance with judgment of European Court. The European Court declared that since the decisions of Turkish Constitutional Court are final and binding, the effective remedy for the violation of Article 5 of the Convention, which guarantees the right to personal liberty, must be redressed. The Strasbourg Court also pointed out that failure of the competent courts to release the applicants following the binding judgment of Turkish Constitutional Court runs counter to the fundamental principle of rule of law and legal certainty for the Strasbourg Court.

These principles are inherent in all articles of the Convention, and it is deemed as the cornerstone of the guarantee against arbitrariness. According to Dicey, the measure against arbitrariness is the nature of rule of law. The European Court also concluded that the continuing pre-trial detention of applicants after the violation of judgment of the Constitutional Court was not regarded as lawful and not in compliance with the law, as provided in Article 5 of the Convention in the protection of rights and liberties. The European Court has also emphasized that the pre-trial detention of applicants raised serious doubt as to the effectiveness of constitutional complaint remedy in Turkey.

However, The European Court did not depart from its previous conclusion that constitutional complaint in Turkey constituted an effective remedy prior to lodging a complaint to the European Court of Human Rights. In this conclusion, the constitutional complaint system in Turkey continues to serve its purpose in an effective and successful manner. The system was established to protect and promote human rights by resolving human rights violation within Turkish border, and thereby to decrease the applications to the European Court of Human Rights. The Constitutional Court properly examines and addresses human rights complaints, and this remedy must be exhausted before resorting to the European Court of Human Rights. Therefore, Turkish Constitutional Court is committed to ensure the respect of rule of law and human rights by remaining within the constitutional boundary.

The Summary of Special Lecture
on “Constitutional Justice: Doctrine and Practice in Indonesia”
BY Dr. ANWAR USMAN, S.H., M.H.
The Chief Justice of the Constitutional Court of the Republic
of Indonesia

The speaker explained about constitutional justice, practice and doctrine in Indonesia. The Indonesian Constitution was promulgated on 18 August 1945, precisely one day after the proclamation of Indonesia independence. The Constitution of Indonesia consists of two main parts: first, the Preamble of the 1945 Constitution and second, a number of constitutional provisions. The Preamble of the 1945 Constitution describes the spiritual atmosphere among the drafters of the constitution in relation to the ideals and objectives of the Indonesian independence struggle, as well as fundamental characteristics of state’s ideology. Pancasila or the ideal of state independence is also provided within the Constitution.

The Indonesian Constitution encompasses the fundamental rights and liberties, duties, structure of power, and the limitation of exercising the said power. After gaining independence, Indonesia was not able to constitute a democratic state, but had attempted to bring into reality the principle of rule of law. Under the Preamble of the 1945 Constitution, the principle of rule of law was clearly stated that “the Indonesian National Independence was written into the Indonesian State Constitution”. This is the most fundamental principle of the Indonesian Constitution.

The establishment of the rule of law was formulated in Article 1 paragraph (3) of the 1945 Constitution, called ‘negara hukum’ that is a translation of *Rechtsstaat* or the rule of law. Although the term ‘negara hukum’ and the rule of law have different legal backgrounds and traditions, (as well as different institutional applications) both terms have similar meaning in relation to the protection of fundamental human rights, and the independence of judicial organizations.

The principle of the *Rechtsstaat* was adopted in those Continental European countries applying the civil law system, while the rule of law was embraced by Anglo Saxon countries that apply the common law system. Therefore, in order to implement the law, the countries applying civil law focus on state administration or legal statutes, while countries applying common law place more emphasis on judicial activities. As a result, the principle of the *Rechtsstaat* relies heavily on the written law for legal action, while the rule of law in the common law system upholds the principle of equality before the law, via justices creating fair law.

In 1999 to 2002, there was the amendment of the 1945 Constitution of Indonesia, clearly stating the principle of the rule of law. Such legal provision makes Indonesians feel that the country has adopted the rule of law as effectively as other countries. In the amendment of Article 1 paragraph (3) of the 1945 Constitution, it states that Indonesia is a country based on the rule of law in state administration, and the rule of law is explicitly contained within Indonesian laws. The rule of law is integrated and applied in the legal system, and has evolved to meet subsequent needs. Indonesian law is based on the principle of legal certainty including the key

principle of the rule of law. It is also appreciating the fundamental justice derived from the principle of the rule of law which includes all the substantive and procedural law rested on the basis of maintaining of justice.

An important principle (and a distinctive feature) of the Indonesian legal system is Pancasila. Pancasila is the combination of both the *Rechtsstaat* applied in the civil law system and the rule of law that applied the common law system, together with traditions, religions, and religious law. Therefore, under the Pancasila legal system, the law must have an orientation towards justice. Pancasila represents the core of Indonesian law and becomes the standard when applying and practicing Indonesian law.

The Pancasila legal model can be interpreted in two ways. Firstly, it serves as the legal standard and reference point when applying the legal ideal to Indonesian society. Secondly, Pancasila is deemed as an idealized law system in order to organise and govern the legal activities within an ideal society. Pancasila is a starting point as well as a destination point when applying the law in Indonesia. Therefore Indonesian law is fundamentally a representation of the objectives of Pancasila.

The Constitutional Court of the Republic of Indonesia was inaugurated on 13 August 2003, serving as the guardian and interpreter of the Constitution, the protector of civil rights, and the enforcer of state values. As the state's ideology, Pancasila represents a core component of the 1945 Constitution, when it was inaugurated. The principle of Pancasila was the legal model of 1945 Constitution. Therefore, the enactment of the Constitution is deemed as upholding the state ideology.

The enforcement of the law and the Constitution shall come together in several ways. According to Friedman's approach, the implementation of the law consists of substantive structure, and legal culture. Law enforcers, as the part of the legal structure, play the key role in adopting legal concepts or legal system. Law enforcers are also required to have profound legal knowledge, intelligence and courage to explore the values of justice to end disputes in their hands. The nature of the law shall be demonstrated, and a commitment to implement the principle of justice embodied within the legal concepts and system.

Legal issues and law enforcement concerning the Constitution often occur when the law enforcers are not aware of the noble legal values. The absence of such awareness of noble values causes unfair enforcement of the law. The existence of law without justice is like a body without a soul. In order to avoid such situations, Indonesian law is implemented with a constant consideration to elevate and internalize Pancasila into the legal system. To sustainably maintain Pancasila, as the legal standard, the incorporation of Pancasila values becomes an essential framework within Indonesian law. This shift in the value of Pancasila is a procession of Indonesian legal enforcement which is unavoidable. The main purpose is to ensure that the value of Pancasila is embedded in every law enforcement proceeding.

The speaker explained in more detail the principle of Pancasila in the context of the Republic of Indonesia, as follows:

First, Pancasila is the basic philosophy and ideology of the state composed of the objectives and ideals of those who fought for freedom and established independence and the unification the nation of Indonesia.

Second, Pancasila represents the pluralism of Indonesian society to accommodate the diversity in tribes, religions, races, and groups, to uphold human rights under democratic state in order to achieve social welfare and justice for all.

Third, Pancasila is the legal basis for the unitary state of the Republic of Indonesia. This is reflected in the Preamble of the 1945 Constitution, which states that the national independence of Indonesia is enshrined in the Constitution with the sovereignty of the people; belief in the one and only God; justice with civilized humanity for the unity of Indonesia; and democratic life led by wisdom of thoughts amongst representatives of people, with the goal to achieve the social justice for all people of Indonesia.

Fourth, Pancasila is the purpose of Indonesia to acquire a prosperous and social justice in a democratic regime through the respect of difference and diversity in ethnicity, race, and religion.





Panel Discussion on
“The Role of the Constitutional Court as a Guardian
of the Principle of the Rule of Law”
by
Zühtü Arslan, President of the Constitutional Court
of the Republic of Turkey,
Lee Jin-sung, President of the Constitutional Court
of the Republic of Korea,
Dr. Anwar Usman, The Chief Justice of the Constitutional Court
of the Republic of Indonesia and
Associate Professor Dr.Narongdej Sarukosit,
Moderator of the Discussion

Seminar on the Occasion of the 20th Anniversary of
The Constitutional Court of Thailand,
April 10th, 2018, the Peninsula Bangkok Hotel, Bangkok, Thailand

Dear honorable guests, welcome to the last session of the seminar. If anyone among the audience has questions, please inquire so during this session. This morning we heard the special lectures of the Presidents of the Constitutional Court of each country. Personally, I also have several questions to ask at this afternoon’s session. So, if anyone has any questions, please raise your hand to signal our staff who are waiting to assist you in this room.

Associate Prof. Dr.Narongdej : I would like to ask the first question before the discussions on the role of the Constitutional Court as the guardian of the rule of law. The first question is for the

President of the Turkish Constitutional Court, as you had indicated this morning, that some provisions of the Turkish Constitution cannot be the subject to any amendment. Please, clarify to us about the rule stipulating these provisions for the Turkish Constitution.

The President of the Turkish Constitutional Court : Thank you for your question. This question is related to the constitutionality review in the case of the amendment. This is the self-protection mechanism of the Constitution whereas certain provisions of the Constitution, namely section 1, section 2 and section 3 are not subject to any amendment and cannot even be proposed to change also.

Section 1 of the Constitution stipulates Turkey as a Republic. Section 2 also states that certain characteristics of the Republic of Turkey, such as the rule of law, the principle of human rights and the principle of social welfare are the foundation of the Republic of Turkey whereby they cannot be amended. As for section 3, it relates to the unitary state of the Republic of Turkey that cannot be divided. Section 4 mentions that all three aforementioned sections cannot be modified. As changes to these three sections is prohibited in the Constitution, it is unlikely that there will be any initiative to amend them.

While it is likely that the Constitutional Court has the jurisdiction to carry out a constitutionality review of the amendment and to adjudicate on whether the draft, its substances and procedures are compatible with Constitution, in fact, the Constitutional Court's jurisdiction over that decision is very limited. In the majority of times, the Constitutional Court will scrutinize only the form and the procedure of the Constitution amendment. As for the constitutionality review, a similar provision in relation to an unchangeable content

of the Constitution also exists in many countries.

As for the question concerning a motion to amend these three unchangeable sections, it depends on the majority of the governing political party that has the most votes in the Parliament. Out of which, the government needs to do something that is different from what has been provided in the current Constitution. However, previously, these provisions had not yet been changed. A political party may have proposed a change in the Constitution, but it will be opposed strongly by the people. As a result, I think any proposed modification to be made to these three sections is impossible. In addition, the Constitution also has a provision to sanction the political party or any person who would like to amend these three sections of the Constitution. Any political party, in addition, may be dissolved because of its action against the Constitution. There was a case whereby the fundamental law and respect of individual rights were not abided by and the political party responsible was dissolved because of its recommendations to alter these three sections.

Associate Prof. Dr.Narongdej : As far as I know, many political parties were dissolved because of their policies to change the Republic of Turkey from being the “Secular State”, as stated in the Constitution, to being the “Religious State” or the “Islamic State” in particular. Could you please provide more details on this issue?

The President of Turkish Constitutional Court : This question requires further details on the extent to which the scope of the Constitutional Court’s jurisdiction and responsibility is. I may have to refer to the ruling on the political parties’ dissolution. You mentioned about those dissolved political parties that attempted to destroy the “Secular State” of the country. You are right also when you mentioned

about the case; I cited this morning that the Constitutional Court's ruling on human rights in accordance with that of the European Convention was not violated. I think, at that time, there were many political involvements and influences from the Conservative Party that was very strict towards changes. Therefore, the dissolution of political parties back then might be related to issues concerning human rights. The said case is also published in English where you can continue to do research upon, and it should have given a better understanding.

Associate Prof. Dr.Narongdej : Thank you very much. I asked this question because many years ago, I used to conduct research on the dissolution of political parties. So, I am particularly interested in this topic. Now, let me turn to President Lee, the President of the Constitutional Court of Korea. Regarding the Constitution of Korea, is there any provision that cannot be changed?

The President of the South Korean Constitutional Court : Let me explain that the Korean Constitution has no explicit or specific provision to prevent it from being changed. However, as the President of the Turkish Constitutional Court has already mentioned about an unchangeable constitutional provision in the Turkish context, Korea has interpreted the Constitution in line with its own national identity also. It is said in section 1 or in the first paragraph of section 11 of the Constitution that the identity of the Republic of Korea's democratic state cannot be amended. The interpretation is that the provision concerning basic human rights cannot be altered. Every member in the Legislative, Executive and Judicial Branches shall respect the value and the spirit of the Korean Constitution. Therefore, even if there is no provision of the Korean Constitution that mentions explicitly about

an unamendable provision, these constitutional principles have been accepted as a foundational value.

The fundamental value of the Korean Constitution should not be changed. About four years ago, a political party was dissolved due to the violation of section 8 of the Korean Constitution. If the objectives or activities of a political party are contrary to the fundamental principle of democracy, the government has the power to initiatively submit a motion to the Constitutional Court for rendering a dissolution of a political party and such political party may be dissolved by the decision of the Constitutional Court. In the past, a political party was dissolved by the decision of the Constitutional Court because it followed North Korean communism. Although the practice of this political party respects the principle of progressive democracy, its documents were shown otherwise, that it followed the communist ideology.

The President of the Turkish Constitutional Court : Thank you very much. This is the problem for many countries. Some people may use their right of expression, right to assembly and gathering in the objective to deteriorate or degenerate the democratic regime, as in the same manner that has been exemplified by President Lee, where a political party attempted to introduce communism into the Korean political system. This situation is only one aspect of the problem. There is another aspect of the problem in some countries, such as in Cambodia, where the power of dissolving a political party is abused in order to prevent a legitimate, rival political party. It is important to find a balance between these two controversial issues.

The tendency of the conflict is of the utmost importance. To uphold public order according to the democratic approach, political parties must not have a policy that leans towards communism. Activities carried out by each political party depends on its policies. As a result, those policies and activities help determine if that political party should be dissolved.

This is a very important question. As for the Republic of Turkey, it depends on the interpretation of the Constitution provisions. For example, with regard to the secularism or the principle of the secular state, if a political party exercises an activity incompatible with the principle of the secular state, such political party may be dissolved. The important questions are as follows: what activities or projects are likely to violate the principle of the secular state? What is the secular state and what are the components of the secular state? Political parties have to follow such interpretation. Let me give some concrete examples; a political party was dissolved in the 1990s because of its propaganda that aimed to liberate a group of people wearing a turban in the United States of America. At that time, although the wearing of the turban in the university premises was not prohibited by law, the Constitutional Court had ruled on this issue twice: that the wearing of turbans was not compatible with the principle of secularism (the principle of the separation of State affairs from religious affairs). The Court therefore decided and ordered the dissolution of the political party. At present, the wearing of turbans in the state educational institutions, including universities, is legal and not prohibited. Any political party can argue that wearing turbans is a freedom that should not exist only in the universities but also everywhere. Therefore, the definition of the principle of Secularism

depends on the interpretation of the Constitutional Court. Recently, the Constitutional Court has interpreted the definition of the secularism's principle in a more liberal (progressive) way. It shows that there is a paradigm shift on the definition and the component of this principle.

Associate Prof. Dr.Narongdej : I would like to ask a question to the President of the Indonesian Constitutional Court regarding the provision that could not be amended. Is there any provision in the Indonesian Constitution that cannot be changed?

The President of the Indonesian Constitutional Court : The Constitution of Indonesia clearly provides the provision with regard to its amendment. The Constitution provides for which institution is responsible for the constitutionality review and which institution is accountable for a constitutional revision since Indonesia's declaration of independence. The Indonesian Constitution has been revised four times: the first Constitutional revision was in 1945. The last constitutional revision had been done between 1999 and 2002.

Associate Prof. Dr.Narongdej : I received the questions from the audience that caught my attention. This question is "if there is any provision supporting a wrongful action into being a rightful one in accordance with the law, what do you think of it?" Shall we start with the President of the Indonesian Constitutional Court?

The President of the Indonesian Constitutional Court : In relation to wrongful actions against the law or criminal codes, the scrutinization is conducted by the Supreme Court of Indonesia. However, if any wrongful action against the Constitution is done by the President or the Vice-President, the investigation will be performed by the Constitutional Court. The Constitutional Court of Indonesia

has the right to review the constitutionality in four major cases. The first one concerns the review of laws that are against, or in contrary to, the Constitution. The second case is related to the investigation on the dispute over institutions' authorities and duties according to the Constitution. The third case is with the dissolution of political parties. The fourth one is about the dispute over the election results such as that of the member in the Legislative Branch and of other elections, including of local elections. Apart from those, the Indonesian Constitutional Court also needs to rule on whether or not the President or the Vice-President has any action that violates the Constitution.

Associate Prof. Dr. Narongdej : Does the Indonesian Constitution allow the Constitutional Court to review whether the law is contrary to the Constitution? In the event that a person submits an application to the Constitutional Court to declare an unconstitutionality on the provisions of laws being promulgated since thirty or forty years ago, how does the Constitutional Court consider the case?

The President of the Indonesian Constitutional Court : I would like to divide my explanations into two parts. Firstly, the Indonesian Constitutional Court has no power to review a Bill. The Court only examines laws that have already been passed by Parliament or the legislative bodies or approved by the President of the State. Secondly, the Organic Law on the Constitutional Court contains a provision that limits the power of the Constitutional Court, preventing it from reviewing certain laws. This provision thus limits the powers and duties of the Constitutional Court. Indonesian citizens are able to submit a motion to the Constitutional Court to review the constitutionality of laws after their enactment, only in the case where a provision of laws is contrary to or inconsistent with the Constitution. It is required that the provision

of laws which has already been in force, shall be subject to the Constitutional Court's adjudication.

Associate Prof. Dr.Narongdej : I would like to ask the President of the Turkish Constitutional Court. If there is a law guaranteed by the constitutional provision that is deemed final because of an intention of the constitutional drafting committee prohibiting the Constitutional Court to review the constitutionality of the law. What is your opinion based on your experiences?

The President of the Turkish Constitutional Court : As it is known and is the same as the Constitutional Court in other countries, the Turkish Constitutional Court does not have unitary power to conduct a review on the constitutionality of laws, so as to prevent any contrariness with the Constitution. A petition on the review of constitutionality of laws must be submitted by the members of the Parliament or any other authorized person to the Constitutional Court. Then, the Court shall consider such a petition by referring to the fundamental principles of the Constitution. In many cases, where laws are contrary to the Constitution or have been enacted inconsistently with provisions of the Constitution, the Constitutional Court shall then declare such laws being invalid and no longer effective. The legislative, executive and judicial bodies are, then bound to the decision of the Constitutional Court.

As for an earlier question on the binding effect of laws in relation to its unconstitutionality adjudicated by the Constitutional Court or how to punish alleged political parties for their misconduct, or how to set a legal status based on an act of the President, vary from one country to another. Different countries shall have a different legal status. For example, only treason committed by the President of the State

petitioned to the Court shall be a ground for Parliament to consider removing him from the Presidential position in Turkey. When a motion is brought before the Constitutional Court, the Court is entrusted with the power to dismiss the President from his office, which is similar to that of the ruling by the Constitutional Court of Korean Republic.

Allow me to clarify further on the constraints of the Constitutional Court's jurisdiction on the constitutionality review of laws. You may assume that the Constitutional Court such as in Turkey, Germany and in other countries has unlimited power in reviewing the constitutionality of laws, which is not true. Referring to the case of Turkey as an example, the power of the Constitutional Court is limited by the provisions of the Constitution. For instance, the constitutional provisions provide that the Turkish Constitutional Court shall not have the jurisdiction to carry out a constitutionality review on treaties or international agreements. Another example is the case of a Presidential order issued during the State of emergency or an ordinance. The Constitutional Court does not have power to rule on such Presidential order or ordinance. As a result, it becomes a current issue on whether or not the Constitutional Court can review the order of the President during the State of Emergency or an ordinance. More so, the Constitutional Court is considered not to be a right mechanism if it changes the order. The Constitutional Court can only review on the constitutionality of laws, because of its power and responsibilities stated in the Constitution. Thus, the limitation of power of the Constitutional Court is actually found in the Constitution itself.

Associate Prof. Dr.Narongdej : However, since the Constitutional Court is not competent to review all laws and their compliance to the Constitution, it may only need to consider which act of the government

that can be an exception. For example, the act of government that is related to the foreign affairs is such as the declaration of war or the declaration of the state of emergency. Such acts shall not be subjected to review by the Constitutional Court, which is the same as the Courts in other countries that are bound by this exception. This exceptional provision is in need of clarification. As mentioned before, the Constitutional Court does not have the power to review the constitutionality of a Presidential order issued during a State of Emergency. If a provision of the Presidential order refers to individual cases or applied to a specific person, does the Constitutional Court have the capacity to review the use of power by the President during a State of Emergency?

The President of the Turkish Constitutional Court : It should be noted that the control of constitutionality of laws shall be divided into two areas, namely a *priori* control, the constitutional review of a bill of law prior to promulgation and a *posteriori* review, the constitutional review of a law when a case is brought to the Court. The Constitutional Court is able to constitutionally control the application of an ordinance or even an ordinary legislative act. In the case where a person claims that a provision of an ordinance violates the rights and freedoms guaranteed by the Constitution, the Constitutional Court is entrusted with the review on whether such a provision is incompatible with the Constitution. The two areas of the Court's jurisdiction need to be separated. It does not mean that the ordinance is not subject to any legal review. Nonetheless, the Constitutional Court can merely examine the contents of the Presidential order issued during the State of Emergency or the substances of the ordinance, but not on the constitutionality of

the issuing of such an order or the ordinance. At this stage, there are over 1,000 petitions requesting for the Constitutional Court to review the constitutionality of the contents of the state ordinances and the enforcement of the Presidential order issued during the State of Emergency.

Associate Prof. Dr.Narongdej : It was mentioned in the morning session that in the case where the Constitutional Court renders its rulings in contradiction the decisions of the Courts of Justice, how the Constitutional Court of South Korea rules on these conflicting decisions. Is it possible for the Parliament to attempt to limit the power of the Constitutional Court? Thank you.

The President of the South Korean Constitutional Court : As you may know, the constitutional review can be exerted in two forms; viz an abstract review prior to the promulgation of laws (or a *priori* review) as petitioned by an individual or after the promulgation of laws adapted specifically to a concrete case (or a *posteriori* review). In South Korea, the Constitution does not provide for an abstract review of laws before the promulgation. In other words, in the adjudication on the constitutionality of laws, only the concrete control is adopted, as the constitutional review of laws is exerted by the request of an ordinary court. The Korean Constitutional Court can rule on the constitutionality of the Presidential order. If such Presidential order is unconstitutional, that order shall be invalid and void. Since every person can file a competition to the Constitutional Court, therefore, all actions conducted by the state authority or the government can be contested against to in the Constitutional Court.

Associate Prof. Dr.Narongdej : There are now two participants in this panel discussion from countries with Constitutional Courts that

have a provision allowing its citizens to file a petition directly with the Constitutional Court when their rights and liberties are violated. We have now two countries. May I ask the President of the Korean Constitutional Court whether there is any conflict of jurisdiction between the Courts of Justice and the Constitutional Court when the constitutional cases were subject to their adjudication?

The President of the South Korean Constitutional Court :

Did you mean the Supreme Court? The conflict of jurisdictions may occur in two scenarios. One is when there is a petition filed directly to the Supreme Court, the Court can then refer the petition to the Constitutional Court for conducting the constitutional review of laws. Another scenario is when the law is in contrary to the Constitution, parties can submit the petition to the Constitutional Court. This process of reviewing is similar to that in Austria.

Associate Prof. Dr.Narongdej : May I ask the President of Indonesian Constitutional Court to explain to us the “Pancasila” principle.

The President of Indonesian Constitutional Court : The principle of “Pancasila” is the foundation of all laws, rules and regulations. The authorities and duties of the Constitutional Court are to protect the Constitution, including civil rights and the Indonesian ideology, also known as “Pancasila”. The content of this principle is; firstly, a philosophy and a belief in a supreme God. Secondly, it reflects an expression of life, government, and unity in the context of diversified religions. In Indonesia, there are six main religions such as Buddhism, Hinduism, Islam, Catholicism and Christianity. In fact, there are other people whose beliefs are in other, but not the main six religions in Indonesia. They submitted a petition to the Constitutional Court

and claimed that they had been treated unjustly and discriminated against because of their beliefs. Even in the religion section of the identity card, the answer to that needs to fall into one of the main religions only although the petitioner does not believe in any. As such, the Constitutional Court was of the opinion that each person has the right to indicate his/her belief in other religions that are not of the six mentioned main religions in the identify card.

Associate Prof. Dr.Narongdej : In addition to freedom of religion, the next question still concerns the issue of freedom. As the President of Korean Constitutional Court has mentioned the purpose of compulsory military service, is the Korean Constitutional Court capable of protecting the rights and liberties of a person in such a situation?

The President of the South Korean Constitutional Court : Military service in South Korea is compulsory, not voluntary. All males reaching the age of 19 and 20 years old shall be enlisted. However, there was a group of 500 – 600 people who refused to do so due to their faith in Buddhism or Christianity. They submitted a petition to the Korean Constitutional Court to consider whether the compulsory military service was inconsistent with the Korean Constitution. The Korean Constitutional Court rendered its decision on three occasions. For example, upon the ruling of the year 2011, the Constitutional Court held that a provision of the Military Service Act was not against the Constitution because the provision did not infringe on the conscientious objector’s freedom of conscience or religion. Additionally, the new enlistment case will be ruled in the near future (as of June 2018). Nevertheless, freedom of religion is of importance and should be respected regardless.

Associate Prof. Dr.Narongdej : This problem also occurred in Thailand, where there is a case of the student of Chulalongkorn University, Mr. Nethiwit, who raised the question opposing compulsory enlistment to the public. In the near future, the Constitutional Court of Thailand may face a similar case concerning military conscription as well.

The President of the Turkish Constitutional Court : In Turkey, the military service is also compulsory. The Constitution of Turkey requires that every person shall render to the national services, whether it may be the military service or the civil service. Until now, there is no case regarding the military service raised to the Constitutional Court of Turkey.

Associate Prof. Dr.Narongdej : The next question is out of my personal curiosity. In the case where there is a conflict between the decisions of the international courts and the domestic courts, what is the solution to such conflict in your country? For instance, since Turkey was a member and bound under an obligation to comply with the Universal Declaration of Human Rights, how can this conflict of jurisdiction be justified?

The President of the Turkish Constitutional Court : Answering this question is complicated as the decisions of the European Court of Human Rights are not merely restricted to the military service issue, when compared to normal practicality in Turkey. It exists in the conflict of jurisdiction over the power of domestic Courts and international Courts on other issues also. The possible solution is to amend the domestic laws in order to comply with the decisions of international Courts. But it is still unclear how the Court will rule on this matter.

However, if human rights are of the main issue, the Turkish court shall rule in compliance with the European Court of Human Rights.

Now back to the question relating to “the Rule of Law and social pressure”, to which degree and to which extent does the Constitutional Court deal with social pressure when deciding on an important case? In Turkey, there can be a demonstration pressuring the Constitutional Court to rule accordingly to the social trend. Social pressure is not limited only to the Constitutional Court, but also is extended to include the government sector, social sector and political parties. All those involved in the demonstration expect to have an influence on the rulings of the Constitutional Court. It is important that the Constitutional Court remains impartial when faced with all kinds of pressures so as to not have an impact on the Court’s rulings.

Likewise, the Constitutional Court of Thailand may have faced all forms of social pressures which are similar to the Turkish Constitutional Court. For example, social pressure had put on the Constitutional Court of Thailand, where its decision was ruled at the Administrative Court instead of at the Constitutional Court itself.

Associate Prof. Dr.Narongdej : Moving onto the President of the Indonesian Constitutional Court, what is your opinion on the issue of the rule of law and social pressure in Indonesia? How can law enforcement be preserved in Indonesia?

The President of the Indonesian Constitutional Court: Although the demonstration is an uneasy tension, the Constitutional Court shall faithfully perform its duties in adjudicating on constitutional cases without any social interference. The strength of the Court’s adjudication will help affirm the legal certainty of its rulings. The public

views that if the Constitutional Court rules in favor of a certain party, the other parties that loses the benefits as a result of that ruling is not going to accept that decision. Therefore, Judges of the Constitutional Court shall consider and adjudicate the cases based on the legal principle, not on the social pressure that satisfies everybody. Otherwise, it may raise questions concerning the moral standard, the correctness, and the reliability of the judicial system. For example, the assembly and demonstration held at night under candlelight requesting the President of the Republic to resign and this social pressure attempted to interfere in a verdict of the Constitutional Court, the Court still needs to respect the freedom of the people to have and attend an assembly, which is highly valued in a democratic state.

In all cases there might be some arguments. In political cases, issues of politics criticized by the media or the cases mentioned by the President of the Turkish Constitutional Court. If the public assumes that the rulings of the Court are of benefit to a certain party, another party shall be dissatisfied with the rulings. Undoubtedly, this problem may occur. The Constitutional Court, including all judges in other courts must consider the case in accordance with the laws. Otherwise, there will be the question regarding the virtue and righteousness of the legal integrity which brings about a negative impact on judges. Nevertheless in all cases, the Constitutional Court shall make a ruling in compliance with the provisions of laws and relevant rules and regulations. If the Constitutional Court performs its functions by doing so as mentioned and upholding the laws, the nation can be sustained and a negative impact will not fall on judges. It is indisputable that

demonstrations could take place every day. I also used to take part in a spokesperson team and discussed with a group of demonstrators.

The President of the South Korean Constitutional Court :

Regarding the pressure emanating from the demonstrations in the public space in calling for the impeachment of the President of the Republic of Korea. As I explained this morning, the protest lasted 17 consecutive weeks while taking place under candlelight. The public intended to have an influence on the decision of the judiciary, including the legislative procedure. People have freedom of speech, freedom of expressing their opinions, freedom of assembly and freedom of forming a group. It is necessary to uphold these individual freedoms even though the public pressure may disturb the ruling of the Court or judges in adjudicating on the cases.

It is impossible to deny that the demonstrations will not occur. Freedom of assembly and gathering is viewed as a fundamental value of a democratic society. In Korea, the law prohibits demonstrations within 100 meters from the place of a Court's jurisdiction, Parliament or the Presidential House. However, people often gather within 100 meters from those prohibited areas in order to claim or complain about an issue related to constitutional cases reviewed by the Court. We also must decide on cases under those circumstances. Nonetheless, as I have already mentioned, freedom of expression and freedom of assembly are the fundamental values, which is main pillar of the Constitution in a democratic society. Therefore, we must rule cases accordingly based on the value of democracy.

Associate Prof. Dr.Narongdej : This question may have come from a group of people working for the National Human Rights Commission. It is for the President of Korean Constitutional Court. How does the Constitutional Court and the National Human Rights Commission work together to protect the human rights of people?

The President of the South Korean Constitutional Court : In Korea, we have the National Human Rights Commission, which has a similar mission in dealing with issues related to human rights. However, the judgment of the Constitutional Court is an absolute that binds all persons and organizations of state, including the legislative, executive and judicial bodies while the ruling of the National Human Rights Commission is a recommendation to state agencies. The Constitutional Court and the National Human Rights Commission cooperate in the field of human rights protection, but the final decision lies with the Constitutional Court.

Associate Prof. Dr.Narongdej : The next question is about your special lecture this morning in referring to the Asian Human Rights Court.

The President of the South Korean Constitutional Court : In Asia, we do not have the same mechanism for protecting human rights as there is in Europe, Africa or in the United States of America. We do not have a human rights court. But Asia is greatly diverse, with over 4,000,000,000 populations and with more than 50 countries, together with more than 50 spoken languages. Personally, I agree with the idea that the Asian Human Rights Court should be established. The problem is how to do so.

Concerning the idea of having the Asian Human Rights Court, the Court is a difficult one to establish, especially for such a specific purpose. In the Asian continent, there is no Court formed for that particular purpose even though the population density is high. We can start considering issues that are universal, such as the issue of genocide or the rights of women or child labor.

We can start with these small points. There is no doubt that every country in this Asian region differs in cultures and religions. Our continent is composed of a lot of population. We could agree on the fundamental value of the Constitution or perhaps we may need more time and patience. However, we can start with the value that is considered universal for the Constitution first.

Associate Prof. Dr.Narongdej : I also agree that we should start with values that are similar across countries, such as anti-genocide. May I ask President Usman about your opinion on the establishment of the Asian Court of Human Rights?

The President of the Indonesian Constitutional Court : At least there are 10 sections of the Indonesian Constitution guaranteeing human rights principles. It can be noted that human rights enshrined in the Indonesian Constitution is very limited. We cannot talk about human rights all the time in Indonesia. As I have said earlier, a democratic state must be composed of an impartial government and an impartial judiciary, including the Court of Justice and the Constitutional Court. Relating to human rights, the person whose rights are violated should be able to submit a complaint to the Constitutional Court. However, if a person's right is violated and there is no legal mechanism to help, that person may think that his

or her right is restricted. Therefore, that person should be able to file a petition to the Constitutional Court as actually, that person's right should not be limited. And when that person feels that his or her life is threatened, it is possible to say that the person's right is violated caused by the Court of Justice or by the Supreme Court.

Associate Prof. Dr.Narongdej : Is the Indonesian Constitutional Court in a position to review the constitutionality of the Court of Justice's decision?

The President of the Indonesian Constitutional Court : The Indonesian Constitutional Court does not have the power to do as such, nor does any organization. However, Indonesian citizens can submit a petition asking the Constitutional Court to exercise a constitutional review of laws. And in many cases, the Constitutional Court rules on the case filed from citizens. In conclusion, the Indonesian Constitutional Court has not had the power to exercise an abstract control of laws. However, on many occasions, the Court plays a role in resolving issues of constitutionality when it receives requests 8 submitted by any Court.

Associate Prof. Dr.Narongdej : May I ask the President of the Turkish Constitutional Court to explain to us the relationship between the Constitutional Court and the Court of Justice?

The President of the Turkish Constitutional Court : First of all, I would like to speak about the establishment of the Asian Court of Human Rights. I went to Seoul to attend the World Constitutional Court Conference to discuss on the issue of establishing an Asian Court of Human Rights. At that time, I answered that we could make it happen because we had experiences on the establishment of the

Court. In addition, this could be an opportunity to sign a human rights convention. Turkey played an important role in drafting the European Convention on Human Rights. In addition, Turkey also has experience as a co-founder of the Islamic Human Rights Commission. Turkey has quite a number of experiences in this area. I certainly support the idea of establishing the Asian Court of Human Rights. However, it is not easy to do so, because we are so different from other European countries or other countries. However, we could start by establishing a Commission on Human Rights before establishing a Human Rights Court in order to develop the practice of human rights in Asian countries. Then, we can have many countries join as members of the Commission on Human Rights. This Commission on Human Rights can start its strong functionality in the same process as that on establishing the Human Rights Court in Europe. So, we should start with an establishment of the Commission on Human Rights.

As for the question on the relationship between the Constitutional Court and the Court of Justice, this question actually requires a lot of thought. After the mechanism on reviewing the constitutionality of laws was developed, the Constitutional Court mainly considers cases regarding laws or cases related to other Courts. The Constitutional Court can only have jurisdiction over those cases when the person, who files for a petition, has already exhausted all other remedies and still is not satisfied with those decisions of the Courts. However, the constitutional provision provides that the jurisdiction of the Constitutional Court, in particularly to the rulings of the Constitutional Court, has a binding, legal effect on the other courts. The judgments of the Constitutional Court have influential power over the decisions

of the Court of Justice. Nevertheless, I would like to mention that of all the rulings on 3,000 cases, none of the State divisions has not conformed to the decisions of the Constitutional Court. I would humbly say that we will not face such a problem. I think the problem arises when there is a conflict of jurisdiction between the Constitutional Court's and the Courts of Justice's over the case. According to the cases mentioned earlier, I would be surprised to know that the Courts of first instance challenged the decisions of the Constitutional Court in some cases.

Associate Prof. Dr.Narongdej : This question comes from the audience. If the Constitutional Court of Korea, Turkey or Indonesia has published its decisions, is it possible to criticize the rulings of the Constitutional Court?

The President of the Turkish Constitutional Court : In Turkey, we are free to criticize the decisions of the courts. Every person has the freedom to do so. Before becoming a judge at the Constitutional Court, I was a scholar who also criticized the decisions of the Constitutional Court. Therefore, I could not say that no one can criticize the decisions of the Constitutional Court. However, criticizing the rulings of the Constitutional Court is one thing and insulting judges of the Constitutional Court is another. Anyone can criticize the decisions but not to insult or harass the Constitutional Court by any other means. Therefore, separating between the criticism or the insult and defamation is necessary.

Defamation is an unlawful action and can constitute a criminal offense. On the other hand, criticism is an authorized action and we can find good comments on the Court's decisions from the public or

among other groups in the society. However, actions that are filled with nuisances and mimics are not a criminal offense.

The President of the South Korean Constitutional Court :

In Korea, it is similar to what the President of Turkish Constitutional Court has mentioned. As I said this morning, the Constitutional Court rendered its decision on the dismissal of the President. At the time of the Court's decision, around 20% of the people who were in favor of the impeachment gathered around the building of the Constitutional Court. They made many good comments on the Court's decisions, but within the framework of freedom of expression and speech. Therefore, any criticism or commentary on the decisions of the Constitutional Court is not prohibited, but guaranteed by the Constitution.

Associate Prof. Dr.Narongdej : The President of Indonesian Constitutional Court, in Indonesia, is it similar to what happens in Korea or Turkey?

The President of the Indonesian Constitutional Court :

In Indonesia, criticism or comment is normal. All decisions of the Court can be commented on. However, the most point that should not happen is similar to what the President of the Turkish Constitutional Court explained is defamation. Criticism is certainly different from defamation. With regard to defamation, it is contempt for court. Defamation is an unlawful action and constitutes a criminal offense under the Penal Law. Therefore, criticism and defamation are not the same. Constructive criticism or comment can be acceptable but not defamation. Thank you.

Associate Prof. Dr.Narongdej : I think we should conclude the Q&A session with this question. This question may have come from a Constitutional Law professor. It is a very difficult and challenging question. Normally, the rule of law is integrated in the Constitution, but if the provision of the Constitution is incompatible with the rule of law, such as a punishment of criminal offenses committed before the promulgation of the law that prohibited them. How does the Constitutional Court deal with this issue?

The President of the Turkish Constitutional Court : If the Constitution contains a provision on criminal elements that may be incompatible with the Constitution or the rule of law, will the rule of law prevail in such a conflicting provision? Any other Presidents of the constitutional courts that would like to provide more explanation, you are welcomed to do so.

I could say this is a very complicated issue. Some Constitutions contain good principles of the rule of law and of a democratic state. However, some provisions do not comply with the rule of law. To answer this question, it depends on the political and legal context of each state in each country.

However, I could perhaps mention an experience of the Constitutional Court of Turkey. The Turkish Constitution provides that the state must govern in accordance with the rule of law and there is no doubt about that. The Constitution states that the government must respect the principle of human rights. In addition, the Constitution also states that every governmental action must be in accordance with constitutional principles and its constitutionality can be reviewed by the Constitutional Court. However, the provision

of section 148 of the Constitution provides that the state ordinance or the cabinet's laws issued during the state of emergency cannot be examined by the Constitutional Court. This provision is therefore not in accordance with the rule of law. Two years ago, the Constitutional Court rendered the decision on this issue that the Constitutional Court did not have power to consider on whether or not laws declared during the state of emergency are against the Constitution and the Constitutional Court had no right to dismiss that law. However, the Constitutional Court also stated that the law declared during the state of emergency is against the rule of law. So, what is the solution? The solution is to change the provision of the Constitution that is not compatible with the rule of law. Nonetheless, as for the Constitutional Court, the Court cannot rule on which provision of the Constitution is less important than the rule of law and the rule of law should be held above that provision in the Constitution. The reason being is that the Constitutional Court also is restricted by the provision in the Constitution resulting in the Constitutional Court being bound by the limitation of that Constitution. Thank you.

The President of the South Korean Constitutional Court :

The Korean Constitutional Court ruled that the provision of the Presidential order on the state of emergency is not subject to a constitutionality review contradicts the Constitution. The said provision should, in fact, be subject to the constitutionality review by the Constitutional Court.

The President of the Indonesian Constitutional Court :

In Indonesia, the Presidential order declaring a state of emergency is called the “revision of the legality on the act of government.”

The Constitutional Court cannot conduct a constitutionality review on the Presidential order declaring a state of emergency and on the act of government. However, the power to do so also depends on whether or not there are such laws enacted by the legislative branch and to which extent.

Associate Prof. Dr.Narongdej : Thank you very much for all your answers. I wish we had more time, but now the time is up. Since the opening of this seminar, we have listened to the role played by the Constitutional Courts of three countries in protecting of the rule of law and the Constitution. Certain provisions of the Constitution cannot be amended, and how the Constitutional Court guards the rule of law, including reviewing the constitutionality of law, before and after the enactment of laws. In addition, there is the role of the Constitutional Court in controlling and limiting the power exercised by State organs together with endeavoring to explain the difference and the relevancy between the universal declaration of human rights and the rights as described by the Constitution of each country.

In this occasion, to express gratitude to President and all Judges, please have a round of applause for the President of Turkish Constitutional Court, the President of the South Korean Constitutional Court and the President of Indonesian Constitutional Court. Thank you very much and I wish everybody “good luck.”



The Constitutional Court of the Kingdom of Thailand under the Rule of Law

Nurak Marpraneet

President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand

Introduction: Overview of politics, economy, society and human rights in Thailand

Section 1 of the Constitution of the Kingdom of Thailand stipulates that Thailand is one and indivisible Kingdom, and Section 2 provides that Thailand adopts a democratic regime of government with the King as Head of State. These two principles prescribed in the Constitution are said to be Eternity Clause of the Constitution, reflecting history and root of the land westerners had known as “Siam,” which has continuously existed over 700 years.

Thailand changed its governmental regime from absolute monarchy to constitutional monarchy in B.E. 2475 (1932), in which parliamentary systems vary in accordance with different constitutions. According to the current Constitution, bicameralism shall be applied, in which Members of the House of Representatives are directly elected by the people; and the Senate is installed from a selection among persons having knowledge, expertise, experience, profession in the various areas of society. The Prime Minister must be nominated and approved by the Parliament. Courts namely the Constitutional Court, the Court of Justice, the Administrative Court, and the Military Court, shall exercise judicial powers.

Thailand adopts capitalism in line with King Rama IX's sufficiency economy, where the State shall provide opportunities for the people to benefit from the economic growth in a comprehensive, fair and sustainable manner and to be self-reliant in accordance with the philosophy of sufficiency economy. This would eliminate unfair economic monopoly, and develop economic competitiveness of the people and the country. The State shall refrain from engaging in an enterprise in competition with the private sector, except in cases of necessity for the purpose of maintaining the security of the State, preserving common interests, providing public utilities or providing public services. In developing the country, the State should be aware of the balance between the development of materials and the mind, as well as the well-being of the people.

Theravada Buddhism and Asian culture have significant influence on Thai society, encouraging the Thais pay their respects to the elderly, qualified or virtuous people. In addition, they also display loyalty and admiration to the monarchy as the nation's main institution, having governed and patronised the country and people for a long time.

Thailand is a party to the various human rights conventions of the United Nations. To respect constitutional human rights, the National Human Rights Commission plays a significant role in preventing human rights violation and promoting human rights protection. In B.E. 2560 (2017), The Royal Thai Government announced human rights protection as a national agenda.

As the main theme of this symposium regarding the Rule of Law, Section 3 of the current Constitution of the Kingdom of Thailand,

B.E. 2560 (2017) Paragraph 2 provides that the National Assembly, the cabinet, the Courts, Independent Organisations and State agencies shall perform duties in accordance with the Constitution, laws and the rule of law for the common good of the nation and the welfare of the public at large.

Together with the Constitution and laws, “the rule of law” is deemed as a critical principle in the Constitution of Thailand, committing all state agencies. Although that provision is written the rule of law is an abstract concept. As a result, what is the rule of law? Is the Thai rule of law similar to or different from the universal rule of law or that of other foreign countries, and if so how? In this speech, I will start to give the concept of the rule of law – both in a universal meaning and in a Thai context, followed by the Rule of Law in the Constitution of the Kingdom of Thailand, the Constitutional Court’s roles in protecting rights and liberties and maintaining political orders in accordance with the Rule of Law. Then, I will conclude by addressing how the Thai Rule of law is similar to or different from the universal rule of law, and how the Constitutional Court plays its roles in applying the rule of law for the protection of people’s rights and liberties as well as balancing Thai politics and government.

Section 1: The Concept of the Rule of Law

The rule of law has existed since the Ancient Greek period. To seek for the best principle for government, Plato, Greek philosopher, agreed with ‘Philosopher King.’ A ruler or philosopher king must be good and clever, and able to govern by morality and justice. Eventually, he could not find anyone who could be an ideal philosopher king,

therefore he attempted to take into account “law.” He pointed out that law was of the utmost importance and the government ought to practice law. If society could create a superb and fair legal system for people to be in compliance, even a wrongdoer can be well conducted.

The development of the rule of law became apparent in Britain during 13th century, especially in Magna Carta (1215) as a part of British constitution. This concept began to be globally acceptable as Professor Albert Venn Dicey, one of the most famous British legal scholars of Oxford University at the end of the reign of Queen Victoria, gave a definition and three components of “the rule of law” as follows:

First, there shall be no tyranny. To be more specific, a person shall be punished when disobeying the law and be sentenced by the ordinary Court of Justice. Other methods of punishment shall be illegal.

Second, every person shall be equal in the eye of the law. No person shall have any privilege over the law, no matter who he is, what status he holds. Every person shall be equal under the law and treated normally under jurisdiction of the Court of Justice.

Third, the British Constitution is not the source of law, but a result of legal effectiveness. A person shall own rights and liberties because the Court of Justice accepts such rights and liberties – regardless of the Constitution acceptance.

However, Dicey’s idea is not deemed as a general principle of the rule of law since it focused merely in a British context. At present, many countries agree that the supremacy of the Constitution and people’s fundamental rights guaranteed by the Constitution are

different from Dicey's as he supported the supremacy of the Court rather than the Constitution. Dicey attempted to describe from the British society as the country's court system was of the strongest.

Lord Woolf, the Master of the Roll and Lord Chief Justice of England and Wales, provided a recommendation on a practical rule of law that a peaceful society may exist under the rule of law. Each society had different rules, but six fundamental principles must exist. First, there shall be a court to try any cases of conflicts of parties; second, judges in the court shall be independent, impartial, and able to try the cases; third, the court trial shall be in due course; fourth, after the court judgment, there shall be legal implementation; fifth, court proceedings shall be fair and justifiable; and sixth, the law that court employs shall be certain, explicit, fair and justified.

According to the western rule of law, society shall be governed by law; rights and liberties of the people in such society shall be guaranteed by law as well. To enforce such law, the courts are an organ to make adjudication and judgment in accordance with the law. They shall be independent to proceed fair and justifiable trials under certain procedures, due course, and legal implementation. In short, a universal rule of law is acceptable to be a principle of government with just laws and judicial organs of legal protection.

Section 2: The Rule of Law in the Constitution of the Kingdom of Thailand

As mentioned earlier, Buddhism has an influence on Thailand, where people – governors, monks, Brahman, civil servants, merchants, and ordinary people – live with morals, so the society tranquilly exists.

When considering the western rule of law in limiting the ruler's powers in order not to violate rights and liberties of the people, 'Ten Royal Virtues of the King' as the governor in absolute monarchy may have closely similar meaning of such a universal term.

'Ten Royal Virtues of the King' consist of code of conduct and restraint. In such code of restraint, it can limit the king in exercising his powers at will. For example, '*Ajava*' refers to honesty: the king shall exercise his powers honestly. '*Akkodha*' means non-anger: the king shall not let anger dominate while exercising powers. '*Avihimsa*' refers to not causing harm: the king shall not exploit powers to maltreat and abuse other lives, bodies, and properties of the people. '*Avirodhana*' means not doing wrong: the king shall rule properly and righteously.

Although 'Ten Royal Virtues of the King' do not appear to be enforced, according to the religious belief, unless the ruler practices justifiably, any natural disasters might occur.

As a consequence, 'Ten Royal Virtues of the King' are the morality the Thai kings shall always adhere to for instance, according to the first proclamation of His Majesty King Bhumibol Adulyadej on 5th May B.E. 2593 (1950), "we shall reign in righteousness for the benefits and happiness of Siamese people."

However, as society develops, in addition to the righteous rulers, law also takes significant part in social orders. Once the law and ruler are limited by morality and logical conducts of the government, the rule of law will prevail.

According to legal historians, Thai legal systems can be divided into two periods: first, traditional Thai legal period when the root

of Thai culture was integrated with the Indian culture; and second, modern Thai legal period when western legal theories and culture have had an influence on Thai system since 19th century until the present.

During the traditional Thai legal period (B.E. 2325 (1782) – B.E. 2394 (1851)), the Thai law and the form of government were integrated with ‘*dharma*.’ The ‘*Dharmasastra scripture*’ was a supreme, complete, legitimate, and sacred dharma indicator. The ‘*Dharmasastra scripture*’ and traditions would include any laws valid for all the people including kings and judges. Before this, Thailand received an influence from Brahmanism, which believed that the king as a demigod owned sovereign powers, so that he could possess the supreme powers to make a judgment to pass a sentence due to his natural powers.

The modern Thai legal period (B.E. 2394 (1851) – present) can be divided into two intervals: absolute monarchy period and democracy period. At the beginning, it was believed that Thai law was not so strict; it could be changed owing to morals, traditions, and socio-economic progresses. Due to an influence from western ideology, Thai laws, the form of government, and legislative enactment were regarded as sovereignty of the monarch who have absolute power in legislature. During the absolute monarchy period, the kings focused more upon justice than ‘*Dharmasastra scripture*.’ The king could amend any law or the form of the government if they considered each item unfair. To illustrate, King Mongkut (Rama IV) (B.E. 2394 (1851) - B.E. 2411 (1868)) revoked a tradition in which a parent or a husband could sell a child or a wife for slavery without the latter’s

consent, since the king agreed that such a right was unfair to any women. In addition, the king guaranteed land ownership of individuals, which shifted the belief that the king owned the entire land of the kingdom.

Later, King Chulalongkorn (Rama V) (B.E. 2411 (1868) – B.E. 2453 (1910)) started nation-building process in order to maintain the country's independence from western colonialism. To reform society in many aspects, the king employed westerners in various positions such as advisors, and built major infrastructure that never existed before.

Some of those aspects were the legal system, justice affairs, political institutions, public finance, and tax system. Aiming at revoking extraterritorial rights and the old-fashioned Thai legal system, the king had introduced major court and justice reformations. Several important legal principles were changed. For example, the traditional law where a defendant became ostracized person until he or she could prove him- or herself as innocent was altered according to the universal principle where the defendant or the accused was presumed to be innocent until he or she was sentenced as wrongdoer. Moreover, the principle of '*nulla poena sine lege*' was accepted. Some trials involving diving and wading in fire, or investigation by torturing the accused were annulled, therefore modern witness examination was introduced. As a western model, the Civil Code, the Penal Code, the Civil Procedural Code and the Criminal Procedural Code were amended in order to guarantee and protect individual rights.

Paradigmatic shift in this period was the establishment of a law school. As several sons in the royal family and civil servants went to study law in Europe, The term “law” in teaching was explained in a different context far from traditional Thai culture this referenced to Jurisprudence as described by John Austin which became widely known throughout Britain. This had an influence on the Thai legal paradigm which separated law from ‘*dharma*’ and justice due to legal positivism.

However, in that period, legal enactment and enforcement were mainly in the hand of the governing class. Common people were not allowed to object to any laws they considered unfair. As it was believed, law was separated from justice, individuals usually agreed not to seek for fairness, so they might suffer when they disagreed with such a law.

A significant change occurred in B.E. 2475 (1932). When Thailand shifted from absolute monarchy to a democratic regime of government with the King as Head of State, where the kings shall exercise powers through legislative, executive, and judicial branches.

At the beginning, the country focused on the systematization of government. The National Assembly was established to enact laws, and the cabinet was given authorities to administer the country instead of absolute monarchy. The term “law” still had the meaning of sovereignty orders, in which people had a duty to respect and obey the law; that is to say, they could not object to it. Protection of rights and liberties was provided roughly without any explicit mechanism. Even if several Constitutions stipulated that Constitutional Tribunal was authorized to take charge with constitutionality review,

such Tribunal were originally from Members of the National Assembly and government officials which had the same tenure as that of the National Assembly. It was difficult for people to access the process of constitutionality review. Instead, it was under the Court's consideration, and investigation on persons holding political positions which would be conducted by the National Assembly. Therefore, it can be said that the period was the time of supremacy of parliament.

The most important paradigm shift was when Thailand's significant political reforms took place. The Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2540 (1997) was drafted to guarantee several crucial principles as supreme value in such a Constitution; namely kingdomship, democracy, human dignity, rights and liberties, equality, and supremacy of the Constitution. The Constitution protected rights and liberties of the people and provided the Thai political stability. Thai people started taking part in public oversight through Constitutional Independent Organisation – such as the National Anti-Corruption Commission (NACC), or the Parliamentary Ombudsmen.

More importantly, the Constitution B.E. 2540 (1997) contributed to the development of Thai court systems. To be more specific, there was an establishment of the administrative Court, and the Constitutional Tribunal was enhanced to the Constitutional Court, modeled on the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, where justices of the Courts of Justice and the Administrative Court, and qualified persons in the fields of law and political science were selected as the components of the Court

The establishment of the Constitutional Court and the Administrative Court leads to more effective protection of rights, liberties, and human dignity as a result of the Constitutional Court's role in constitutionality review of acts of the Parliaments, and the Administrative Court's role in constitutionality review of any subordinate laws.

Such establishment of the Constitutional Court brings about a fundamental change as the legislative branch can be examined through a mechanism of constitutionality review from enactment process to enforcement process.

During such development, the Thai rule of law was blended with religious morality and acceptance of a universal rule of law. It inferred many from written laws as well as many cases of Courts' adjudication. For instance, *ex post facto* appears in both section 2 and section 3 of the Criminal Code. Every person must act in good faith according to Section 5 of the Civil and Commercial Code. The rule of law related to criminal procedures appears in many sections of the Criminal Procedure Code. For instance, Section 232 prescribes that the accused person shall not be cited as a witness by the prosecutor. Section 234 prescribes that a witness is not bound to answer questions which may incriminate him. Furthermore, claiming *bona fides*, the Supreme Court makes judgments despite explicit written provisions – such as rights to file a case in Court proceedings with honesty, which exclude prosecution to defame or take excessive advantage from a debtor or party; or an injured person in a criminal case must not be an accomplice. The Constitutional Court also rules that the rule of law included natural justice.

Nevertheless, the Thai political crisis in B.E. 2548 (2005) resulted in a coup revoking the Constitution B.E. 2540 (1997) in B.E. 2549 (2006). In such a period, Thailand reversed to briefly use the Constitutional Tribunal, consisting of judges from the Courts of Justice and the Administrative Court. Based on experience from the Constitution B.E. 2540 (1997), the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550 (2007) was drafted, approved by public referendum, and enforced eventually.

In that Constitution, the rule of law was first stipulated because it was previously a non-written principle but acceptable in legal practice. Section 3 paragraph 2 of the Constitution B.E. 2550 (2007) prescribed that “the National Assembly, the Cabinet, the Courts, other Constitutional organisations and State agencies shall perform duties of office in accordance with the rule of law.” This provision was the first one guaranteeing the rule of law in written form but also having both the legal and constitutional sanction. It could reflect the will of the Constitution Drafting Commission which affirmed that the rule of law shall be practiced by all state agencies – not only appearing in legal concepts or theories.

In addition, that Constitution also assured people’s rights to file a complaint to the constitutional Court whether or not any provision of law violating their rights and liberties were contrary to or inconsistent with the Constitution; that is to say, giving the rights to people to file constitutional complaint, if such people receive no remedy through any channels prescribed in the Constitution, similar to other foreign countries’ Constitutions.

Such affirmation of the rule of law continues existing as constitutional value with sanction under the current Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017). Section 3 paragraph two states that “the National Assembly, the Cabinet, the Courts, Independent Organisations and State agencies shall perform duties in accordance with the Constitution, laws and the rule of law for the common good of the nation and the welfare of the public at large.” Not only does it accept the existence and sanction of the rule of law, but also reaffirms such rule for the common good of the nation and the welfare of the public.

Moreover, the rule of law is a vital principle for legal enactment. Section 26 paragraph one provides that “the enactment of a law resulting in the restriction of constitutional rights or liberties of a person shall be in accordance with the conditions provided by the Constitution. In the case where the Constitution does not provide the conditions thereon, **such law shall not be contrary to the rule of law**, shall not unreasonably impose a burden on or restrict the rights or liberties of a person and shall not affect the human dignity of a person, and the justification and necessity for the restriction of the rights or liberties shall also be specified.” Section 26 paragraph 2 provides that “the law under paragraph 1 shall be of general application, and shall not be intended to apply to any particular case or person.” This complies with a universal rule of law as law shall be applied for everyone in each country, and for all cases if they reach all legal conditions anytime. This is neither an order of sovereignty in the form of “law” which enforces individuals, nor sovereignty’s attempt to exploit such power by any provisions for legitimacy.

In short, a Thai rule of law development was based on a ruler's Buddhist morality combined with a universal one. Such rule of law, then, would be employed as legal principle and interpretation in a non-written form in many Courts' trials. Eventually, stipulated in written form as constitutional principle having legal value and is enforceable as law.

As a judicial organ responsible for adjudicating and ruling constitutional problems, the Thai Constitutional Court applies the rule of law to make a ruling. Therefore, its roles can be divided into two dimensions: protection of rights and liberties of the people; and maintenance of political orders as in the Constitution. The Constitutional Court always plays such roles based upon the rule of law.

Section 3: The Constitutional Court and Protection of Rights and Liberties in Compliance with the Rule of Law

Having a role in protecting people's rights and liberties according to the Constitution, the Constitutional Court has powers of constitutional review – both abstract control of constitutionality; for example, review of whether or not the enactment process and contents of a draft act are constitutional by a motion from the National Assembly, and concrete control of constitutionality; for example, review of whether or not any provision of law is constitutional when any parties in the Courts of Justice, the Administrative Court, or the Military Court make a complaint, or such Courts consider the problem whether or not any provision of law to be enforced in that case is contrary to or inconsistent with the Constitution, and review of whether

or not any provision is constitutional by a motion from Independent Organisation responsible for protecting people's rights and liberties – such as the Ombudsmen.

In a legal state, any provision of law is the source of state powers. Unless the provision provides powers, a state shall not be able to exercise its power. State power is related to creating, modifying, transferring, preserving or relinquishing rights, liberties and status of the people. As a consequence, such provision shall be limited by the Constitution in order not to adversely affect such rights and liberties. Constitutionality review is, thus, for protecting people's rights and liberties from violation by using a provisions of law contrary to or inconsistent with the Constitution, or by exercising power of of the National Assembly to enact a law violating individual rights and liberties more than authorized by the Constitution.

As such, the Constitutional Court usually applies the rule of law to adjudicate and rule whether or not a provision of law is constitutional and in compliance with the rule of law.

The Court agrees that although limitation of people's fundamental rights or liberties may be practiced in terms of legal provisions, such provisions must be proportional to the mechanism and protection of people's rights and liberties. In other words, the state can introduce any regulations and enforce its powers for public interest or state benefit, but it shall choose a process or a measure causing the least effect on the rights and liberties of the people.

This principle can be seen in Constitutional Court Ruling No. 11/2549 (2006). In that case the court was requested to consider whether or not section 46/1 of the draft of the Highway Bill, B.E.,

which stated that no person shall assemble in the highway zone which restricted the liberty of peaceful assembly without weapons, and was contrary to or inconsistent with the Constitution. According to such draft bill, no person shall assemble in the highway zone, without permission to assemble. When considering the term “highway” in such bill, its meaning was too broad describing ways or roads for public transportation. Such provision empowered a state official to make a wide discretion whether or not to permit people to assemble in the highway zone. In addition, there was also other specific law to control public assembly. Such bill restricted the liberty of peaceful assembly without weapons and affected the core value of liberty. It was violating the rule of law and therefore contrary to the constitution.

In some cases, the Constitutional Court makes a ruling that a provision is not contrary to or inconsistent with the Constitution, but note that a relevant organisation or agency should adopt and adapt the rule of law. To illustrate, Constitutional Court Ruling No. 42-43/2554 (2011): whether or not section 28, section 29 and section 30 of the Electricity Generating Authority of Thailand Act, B.E. 2511 (1968) was contrary to or inconsistent with the Constitution. The Constitutional Court ruled that such provisions, providing an authority to the Electricity Generating Authority of Thailand to install an electricity transmission line on the private land, were not contrary to or inconsistent with the Constitution. In this ruling, the Court suggested that the Electricity Generating Authority of Thailand should be applying modern technology to be fair to the public when to increase the height of a high voltage post, so such land owner could

make reasonable use of their land, and also to reduce any risks that might cause harm to health, sanitation, and quality of life of those who lived in such an area.

The Constitutional Court also referred to the rule of law for protecting people's property addition to the Constitution. For instance, Constitutional Court Ruling No. 13/2556 (2013) state that section 30 of the Provincial Waterworks Authority Act, which specified that the Provincial Waterworks Authority did not have to pay compensation to the owner or possessor of the land for the use of land, or remove structures or installations, or chop trees, branches or roots of trees incase of laying water pipelines with a diameter of less than eighty centimeters, was contrary to or inconsistent with the Constitution, the reason was that it unjustifiably interfered with property rights of the people, and such restriction of property rights was contrary to the rule of law where the state must make a fair compensation when depriving people's property rights.

One of the most significant Constitutional Court Rulings could be seen in several cases. The provision of law provided that a person as representative of a juristic person shall criminally liable for a crime committed by the juristic person and was presumed to be the offender without any proof of his or her act or intention, was contrary to or inconsistent with the Constitution as well as the rule of law in terms of presumption of innocence. Example of Constitutional Court Rulings are No. 12/2555 (2012), 5/2556 (2013), 10/2556 (2013), and so forth, related to the Direct Sales and Direct Marketing Act, B.E. 2545 (2002), the Copyright Act, B.E. 2537 (1994), and the Telecommunications Business Operation Act, B.E. 2544 (2001), respectively.

Due to the Constitutional Court Rulings, the National Legislative Assembly enacted the Act Amending the Provisions of Law on Criminal Liability of Representative of a Juristic Person, B.E. 2560 (2017) so as to amend such presumption which was contrary to and inconsistent with the Constitution.

The Constitutional Court also reaffirms the rule of law related to the rights of defendants and the accused in criminal cases. In its Ruling No. 4/2556 (2013), section 41 of the Act on Mutual Assistance in Criminal Matters, B.E. 2535 (1992), which provided that all evidence obtained under this Act shall be deemed as evidence admissible by law. The court shall admit such evidence obtained from witness examination by the plaintiff in other foreign courts despite the defendant having no opportunity to cross examine or be confronted with. This provision was held contrary to the rights and liberties of such defendant, affected the essence of the rights in justice administration. and contrary to the rule of law, it was therefore contrary to or inconsistent with the Constitution.

Aside from the rule of law, the Constitutional Court also refers to Article 14.3 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), where a person shall have the rights to be tried in his presence; defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; examine the witnesses against him; and obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him, to support that the above-mentioned Act was contrary to or inconsistent with the Constitution.

Due to those Constitutional court Rulings, not only is the rule of law a significant principle reaffirmed in the Constitution, but any provisions already enforced or in the process of being drafted shall be in compliance with the rule of law. If not, such provisions would be contrary to or inconsistent with the Constitution.

Section 4: The Constitutional Court, Politics and Government under the Rule of Law

As mentioned earlier, the rule of law is a constitutional sanction principle, committing power exercise and practice of the National Assembly, the Cabinet and the Courts, as well as Constitutional Organisations and State agencies.

In addition to constitutionality review in which it examines and maintains political and governmental orders, other duties and powers of the Constitutional Court refer to ruling on the membership or qualifications of persons holding and exercising with political positions; ruling on conflicts pertaining to the powers and duties of the Cabinet, the National Assembly, and Independent Organisations; and ruling on other constitutional cases such as constitutionality review of conditions and procedures of draft amendment of the Constitution, ruling on conditions for enacting an emergency decree of the executive branch, and ruling on whether or not a treaty must be approved by the National Assembly.

The Constitutional Court also addresses the rule of law on exercising state powers. In Constitutional Court Ruling No. 15 – 18/2556 (2013) as follows. The rule of law is said to be a governmental means of natural justice, which is pure without any bias or individual interests.

The rule of law, thus, is a significant fundamental principle of law above any written provisions, to which the National Assembly, the Cabinet, the Courts, as well as Constitutional Organisations and State agencies shall adhere to. Consequently, the claim of majority rule to amend the Constitution without restraint or protection of minority rights may cause any damage and deterioration to the nation, as well as severe disputes and non-harmony of the people as can be seen from the country's previous crises.

Although the amendment of the Constitution may be conducted through the majority rule in accordance with the Constitution, the procedures shall be done under the constitutional and paying respect to the minority rights.

Accordingly, concluding a debate by the majority rule in the constitution amendment consideration in the first agenda without hearing the minority's opinions, speeding up the debate, and closing of the assembly in voting shall be illegal exercising of power benefitting the majority, contrariness of the rule of law, as well as unconstitutionality.

Moreover, even though the majority rule shall be practiced to vote on any agenda in the National Assembly, this practice shall be done legally. Therefore, allowing other members of the National Assembly to vote on his or her behalf is contrary to their duty the National Assembly's fundamental principle, stating that the member shall perform without any order or mandate, exercise their duties honestly for Thai people's benefits regardless of any conflict of interest. Voting proxy shall, thus, be contrary to the Constitution and *bona fides* principle, therefore the resolution from the National

Assembly shall be illegal in Draft Constitution Amendment procedures.

Conclusion

The rule of law is a principle of exercising state powers, enforcing and interpreting unwritten laws, and is in concert with the western rule of law to limit a governor's powers through laws; that is to say kings, consents to restrict own powers to people; And also a Thai rule of law originates from a Buddhist moral, in which the kings agree to limit their powers with the framework of '*dhamma*' by their intention.

Once contemporary legal systems have an influence on Thai law, the rule of law takes part together in Thai legal systems as can be seen in various provisions as well as the Thai Court's legal enforcement and interpretation which is justice foundation both in written and non-written forms.

From the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550 (2007), the rule of law is prescribed as a constitutional sanction principle, committing any state agencies' power exercise.

The Courts – including the Constitutional Court – are a judicial branch applying each legal provision to solve problems, disputes, or controversies in society and nation. Adjudication and judgment of the Courts can reflect whether or not a case or a principle is the rule of law. It can, hence, be said that the Courts are user and finder of the rule of law in line with natural justice, which agrees that this principle always exists, and the Courts themselves find it by addressing out through adjudication and judgment.

The Constitutional Court of Thailand has adopted the rule of law to adjudicate and rule every constitutional case in order to protect rights and liberties of the people, and maintain fair political and governmental orders under the rule of law. In the meanwhile, it is said that the Constitutional Court addresses what is the principle of the rule of law at the constitutional level to commit legal enactment and exercise of state powers. The rule of law guaranteed by the Constitution and reinforced by the Constitutional Court, which is the result of protection of rights and liberties of the people as mentioned above, is applied to protect political and governmental orders in harmony with the democratic regime with fair majority rule for the nation's and people's utmost benefits.

Above all, the constitutional Court is a protector of the Constitution not only any particular specific constitution, but it also refers to the fundamental principle and constitutional identity of Thailand, which has continued to develop together with the democratic regime of government with the King as Head of State. This is Thailand's political and governmental identity.

Rule of Law in Korea:

A Journey towards Justice and Humanity

Lee Jin - sung

President of the Constitutional court of the Republic of Korea

1. Joseon: A Tradition of Respect of Law

Around 600 years ago, in 1392, the Joseon Dynasty was established on the Korean Peninsula. The founding philosophy of Joseon was to realize a Confucian ideal, ‘Ye (禮)’. ‘Ye’ is a principle of social organization, achievable by a sage or king who follows the order of nature. ‘Ye’ was demonstrated and realized in the form of national rituals, administrative organizations and criminal punishment, and these systems were published in the nation’s code of law. Being an absolute monarchy, Joseon did not adopt the rule of law in its modern meaning. However, the king’s authority was limited by the national ideal of ‘Ye’ and its relevant laws. For instance, the king’s every action was recorded, and officials were permitted to argue whether the king’s practices complied with ‘Ye’ and law. Noblemen and commoners alike had direct access to the king to express complaints regarding unfair or unjust treatment. As such, Joseon was a nation that abided by and respected law.

2. Formal Rule of Law (“Rule by Law”) in Korea

In 1910, the Korean peninsula was forcefully colonized by Japanese imperialists and the 500 year history of Joseon came to an end. The Japanese annihilated Joseon’s tradition of honoring ‘Ye’

and law, and legitimized its colonial rule under the pretext of rule of law. However, laws that were enacted at that time were not aimed to limit authority or protect civil rights. On the contrary, laws were only means to legally discriminate, suppress and exploit Koreans. Law enforcement of the Japanese imperialists, characterized by the sex slaves of military camps and forced labor by Japanese conscription order, was nothing but a rule of law in a formal or perfunctory sense, such as that of Nazi Germany during a similar period of time.

Korea recovered its independence in 1945, but subsequent events such as the Korean War, dictatorship and military regimes made it difficult to shake off the grasp of such perfunctory rule of law that was rooted during the Japanese occupation. In 1948, the Constitution of the Republic of Korea was established and included modern concepts of the rule of law such as the separation of powers and liberty rights. However, presidents and politicians repeatedly amended the Constitution only to strengthen their authority or extend presidential terms. The politicians at that time were educated during the colonial times or were accustomed to military culture, and were not mature citizens of a democratic society themselves, thus they did not respect the nation's citizens as such. From time to time, the basic rights stated in the Constitution had no actual effect and were easily disregarded by the legislative, executive and judiciary branches.

For example, former President Park Chung-hee came to power through a military coup in 1961. The Constitution at that time restricted reappointment of the president to two terms, but in 1972 President Park amended the Constitution to give no limits to reappointment of

the president, and also grant the president the authority to suspend the effect of the Constitution via Presidential Emergency Decree. Critics of the government or Presidential Emergency Decrees were subject to arrest, confinement and criminal punishment without warrant.

The situation was the same with constitutional adjudication. Between the first Constitution of 1948 and the last major amendment of 1987, the Constitutional Committee or the Supreme Court had the authority to review the constitutionality of statutes. However, these institutions rarely declared any statutes unconstitutional. Such failure of the independent judicial bodies to review the constitutionality of statutes and infringement of basic rights by legislators or executive authorities, serves as evidence of the perfunctory rule of law that dominated the country at that time.

3. Substantive Rule of Law in Korea

However, the darker the night, the nearer the dawn. Under a worsening military dictatorship of Chun Doo-hwan, police engagement in torture and killings of college students involved in democratic movements surfaced and triggered a series of large-scale demonstrations calling for democracy across the nation in 1987. Such demands prevailed and the Constitution was amended to create a direct presidential election system allowing only a single term. The amendments also resulted in the establishment of the Constitutional Court. This is the current Constitution of Korea.

The Constitutional Court of Korea was founded in 1988 and serves the important function of implementing substantive rule of law.

Over the past 30 years, the Court heard around 33,000 cases and rendered about 1,500 of them unconstitutional. These decisions served as wake up calls to the administration and legislature, reminding them of their limits and duty to fulfill constitutional values. The Constitutional Court of Korea employed its jurisdiction to implement substantive rule of law by setting out the boundaries of statutes that infringe upon liberty rights, and revitalized the principles of rule of law, proportionality and equality.

To name a few notable decisions, the Court has struck down government practices including: Presidential Emergency Decrees that justified the arrest without warrant and punishment of persons who criticized former constitutional amendments; a blanket ban on outdoor assembly or demonstration at night; deprivation of voting rights of prisoners or persons on probation; statutes embodying deeply-rooted discrimination against women; poor prison conditions that compelled inmates to sleep on their side next to each other; refusal of a suspect's right to counsel during interrogation when not in custody; ban on labor unions' political contributions; and pre-censorship on movies.

We find from the history of any country that those in power are tempted to stray from the law and act arbitrarily or in their own political interests. The key function of the rule of law is to prevent this from happening. As simply noted by Thomas Paine in 'Common Sense,' "in free countries, the law ought to be King." Very simple. This is the essence of the rule of law.

Recently, the Constitutional Court of Korea was summoned to defend this core of the rule of law in the form of an impeachment

procedure. Under the Korean Constitution, motions to impeach high ranking officials that are adopted in the National Assembly are sent to the Constitutional Court for trial. In July 2016, the media allegedly reported that former President Park Geun-hye allowed her shadowy confidante Choi to secretly influence state affairs; intervened in the fundraising of certain foundations to the benefit of Choi; and leaked confidential government documents to Choi. Citizens, outraged by the scandal, took to the streets at night with candles in hands and joined in moonlight assemblies formerly banned by a law that was struck down several years ago by the Constitutional Court. The candlelight rallies continued for 17 weeks, demanding President Park to step down. When she failed to respond, the National Assembly voted in favor of her impeachment on December 9, 2016.

On March 10, 2017, the Court reached a unanimous decision that President Park should be removed from office, recognizing her misconducts during her presidency as a grave violation of the Constitution and the law. The Court acknowledged that her actions impaired the principles of democracy and rule of law, and that the benefits of safeguarding the Constitution greatly outweighed the national loss resulting from her removal.

Even today, the Court's endeavors are ongoing. The Court still bears the burden of long awaited cases such as whether conscientious opposition to mandatory military services shall be protected under the Constitution, and whether abortions shall be decriminalized. These standing issues that are repeatedly presented to the Court are still waiting for resolution. Also, a proposal to update our 30 year old Constitution has been initiated with an aim to revise it to meet more

recent standards. Among others, the proposal contains amendments to expand the scope of fundamental liberty rights to protect all persons, and not only Korean citizens as currently drafted. It also additionally enumerates specific rights regarding safety, information access and protection, decent residence and health in order to ensure further protection, and explicitly expands equality rights to prohibit discrimination based on disability, age, ethnicity and region, in addition to gender, religion and social status as currently stated. Many of these changes proposed are in line with legal principles that were developed by Constitutional Court cases.

The Korean citizens' strong will to defend the Constitution, together with the Court's courage and effort during the last three decades, have been the building blocks of the real and effective Constitution that is deeply honored in Korea.

4. Outbound Towards Asia

Korea's journey to fulfill the principle of the rule of law is now joining forces with other Asian nations. The Constitutional Court of Korea took the initiative to establish the Association of Asian Constitutional Courts or AACC in 2010 together with Asian countries that have equivalent institutions. We are continuing our effort to spread the rule of law throughout the Asian region. The Court hosted the Inaugural Congress of the AACC in 2012 and the 3rd Congress of the World Conference on Constitutional Justice in 2014. Also, in 2016, the AACC Secretariat for Research and Development was established in Seoul, and is now hosting regular conferences for justices and rapporteur judges as well as compiling a comparable database of constitutional materials in the region.

The ultimate goal of these efforts would be to establish a court of human rights in Asia. Unlike other regions, Asia does not yet have a regional court of human rights. As Asian countries have diverse languages, cultures, religions and ethnic groups, finding common interests and reaching an agreement to build a single court would call for patience and time. However, as we have seen in the examples of other regional human rights' courts around the world, I am convinced that there is common ground for universal values such as freedom, equality and justice. Of course, in the beginning we may start with a narrow jurisdiction covering genocide and the protection of women and children. But once this first step is taken, we may anticipate further cooperation and gradual growth into a regional court of human rights that lives up to its name and expectations.

The rule of law in Korea is something we could never imagine a hundred years ago. The potential Asian court of human rights may enjoy a better start given that we are already envisioning it today.

5. Lessons from the Korean Experience

This was a quick overview of the journey towards the 'Rule of Law' in Korea. In retrospect, we can find that the rule of law means binding those in power to act within legal boundaries. For example, people should not be placed in a sudden danger of prosecution or deportation simply because a new president comes to power. Hence, how can we assure that authority stays within such legal boundaries? I would like to share two lessons from our experience in Korea.

First, having laws is not enough, they must be observed. The Korean Constitution between 1948 and 1987 had sufficient provisions

to protect human rights. However, when the national leaders and politicians disregarded those provisions with no consequence, the provisions were rendered ineffective and the rule of law was lost.

A country that has laws but fails to observe them is no different from a person who only reads the Sutra but does not practice it. Buddha said in Dhammapada that to recite sacred texts and not to put those into practice is like a shepherd counting someone else's sheep. Yet, one who speaks few holy words but lives up to them is living a holy life. Likewise, the rule of law can be realized only in a nation that actually observes laws.

Second, justice based on humanity should be embodied in the law. There have been many arguments about justice throughout history. Generally, theories of justice tell us that all persons deserve equal treatment, freedom and best outcomes out of limited resources, and explore ways to seek such values through mutual cooperation. Of course, it is important to design a legal system that can realize justice. However, we must not forget that the justice we pursue through the law should be based on humanity and affection for fellow people.

For social minorities, formal equality may not be sufficient to compensate for the uneven playing field they are situated in. Right from the start, they suffer from the lack of resources and they are disadvantaged by their environment. Active measures are required to give them a head start to accomplish substantive equality. This substantive equality cannot be achieved without a basis in humanity.

Law is universal and abstract. This means that all of us are held to it equally and fairly. Laws enacted with malicious intention against a certain group of people may lead to effective destruction

of humanity. Japanese colonial rule over Asia and Nazi Holocaust left a permanent scar of destroyed humanity. In order to prohibit such abuse, we shall use law, with its encompassing reach, only to channel “justice that is based on humanity.” Only then can humanity sail with the wind of universality and spread throughout the world. This is the principle of the substantive rule of law.

6. Destination: Where are we Headed?

Historical experiences cannot be duplicated and this applies to the history of the rule of law in Korea as well. However, humanity, which we are striving to achieve through the rule of law, is universal. Universal humanity is not something to be reached in the distant future. It is something we can realize right here and right now. Thus the only question left is how can we practice humanity?

Let me leave you a clue before wrapping up my lecture.

Thomas Paine’s book, ‘Common Sense,’ fueled the US independence movement, which brought about changes not only within the US, but the entire world. The US population at that time was around three million and as many as 120,000 copies of the book were sold within three months. The total sales recorded 500,000 copies including the copies translated in French. It could be said that almost all literate adults had bought a copy. What did that mean to Thomas Paine himself? He must have made a fortune from the record sales. What would you do with such money if a book of yours was so popular? Would you buy a mansion by the lake? Thomas Paine planned to use his profits to purchase mittens for soldiers suffering from the cold weather.

Practicing humanity need not be grandiose. It is a matter of choices we make each day. Unfortunately, however, the mindset to practice humanity is not a virtue we are naturally born with. Rather, it will take root in us only when we practice it every day.

In the courtroom every day, we meet many people and hear their stories. They tell us of their thirst, hunger, and cold hands. The moment when we feel empathy for them, will we have the courage to let go of our positions, situations, and self-interest and reach out an open hand to hold their trembling hands? This small choice made each day in the courtroom will determine the direction of the long journey of the rule of law.

Thank you for your attention.

The Turkish Constitutional Court as Protector of the Rule of Law and Human Rights*

Zühtü Arslan

The President of the Turkish Constitutional Court

**Distinguished colleagues,
Ladies and gentleman,**

Before I start my speech I would like to thank Mr.Nurak Marpranet, the President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand for his kind invitation to this symposium and warm hospitality.

I would also like to take this opportunity to congratulate the president and justices of the Constitutional Court of Thailand on the occasion of the 20th anniversary of their court. I wish you success and fruitful work.

As we all know, constitutional courts exist to maintain the principles of supremacy of the constitution. By definition a constitution is a collection of supreme rules binding on legislative, executive and judicial bodies. Constitutions are also seen as the most effective instruments for protecting rights and freedoms of individuals.

Therefore constitutional courts play a crucial role in upholding the principle of rule of law and in protecting fundamental human rights. In general, constitutional courts are empowered with two legal

* Paper presented at the International Symposium on “The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law” on the Occasion of the 20th Anniversary of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand, 7-11 April 2018, Bangkok.

devices to serve this end: constitutionality review and constitutional complaint. Constitutionality review is a conventional and relatively well-settled area of constitutional jurisdiction. The constitutional complaint and the field of human rights, in comparison, are of more dynamic nature and present major challenges for constitutional justice.

The rule of law, which is stipulated in article 2 of the Turkish Constitution, is perhaps the most frequently cited and applied principle in jurisprudence of the Turkish Constitutional Court (TCC). Based on the judgments of the TCC, the principle of rule of law requires a state where people are the subject of government, the political power is restricted to protect fundamental rights and freedoms and the rulers, as well as the governed, are bound by the rule of law. In this substantial definition, fundamental rights and freedoms are seen as part and parcel of the rule of law.

Therefore in my speech I would like to explain the role of the TCC in upholding the rule of law through protecting human rights both in normal and emergency times. I will specifically take up the issue of effectiveness of the constitutional complaint system by reflecting on the recent experience of the Turkish Constitutional Court.

Before going through it, I would like to provide a brief overview of constitutional justice in Turkey with a special reference to constitutional complaint adjudication.

1. Constitutional Complaint in Turkish Legal System

The constitutional review of laws was introduced into the Turkish legal system by 1961 Constitution. It established the Constitutional

Court and incorporated both abstract review and exception of unconstitutionality. The current Constitution preserved the legal regime of constitutionality review with minor changes.

Apart from constitutionality review the TCC is granted by the Constitution three more significant functions. First, the Court has the power to control political parties with a possibility of dissolving them. The parties whose programs or activities are contrary to the constitution shall be closed down by the TCC upon the indictment of the Chief Public Prosecutor.

Second, the Court also functions as a “Supreme Criminal Court” charged to try the President, Prime Minister, government ministers, Chief of Staff, other top level commanders as well as justices of high courts for offenses related to their duties.

Finally, relatively recently, the Court was given the power to receive constitutional complaints of individuals. Individual application or constitutional complaint mechanism was introduced by the constitutional amendment of 2010.

This was a significant step towards the development of democratic rule of law based on human rights and enhancing the standards of fundamental rights. A paragraph was added to Article 148 of the Constitution, enabling that “everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities”.

Upon the introduction of the individual application in our legal system, a new era started in the protection of the constitutional

rights and freedoms. Since 23 September 2012, the date when the Constitutional Court started receiving individual applications, it has assumed a direct and active role in protecting and thereby enhancing democratic rule of law and human rights.

I would like to provide some statistics and information to reveal the tremendous work and effort undertaken by the Turkish Constitutional Court to protect human rights during the normal times and state of emergency.

Turkey declared a state of emergency following the coup attempt of 15 July 2016, which was a heavy threat against the democratic constitutional order. On 20 July the Turkish government declared a state of emergency to fight the FETO (Gülenist Terror Organisation) which was believed to be behind the failed coup attempt.

The Constitutional Court faced an overwhelming work load in the aftermath of the state of emergency measures. In numbers, the Court has received around 118.000 individual applications from July 15th 2016 to today. Those applications may be broadly divided into two categories; first, regarding the measures directly taken by the emergency decrees, most notably dismissals from public offices, and, second, the pre-trial detentions.

The establishment of the Inquiry Commission on State of Emergency Measures played an important role in dealing with applications concerning emergency decree measures. The Constitutional Court rendered around 72.000 complaints inadmissible due to non-exhaustion of ordinary legal remedies within this scope. In a way, the Court indirectly referred those applications to the Commission.

The decisions of the Commission are subject to review of administrative courts, and they then may be challenged before the Constitutional Court through individual application.

With respect to the pre-trial detention complaints, which is the second challenging category, the TCC drew a road map. All those complaints are classified based on the status and situation of the complainants, and the Court rendered its principle judgments for most groups. Those groups include detained individuals who were involved in the coup attempt, former judges and prosecutors, members of the parliament, and journalists. As of today there are around 6500 pending applications on pre-trial detentions, and they are being handled under the general principles set forth in the leading judgments.

From July 15th 2016 to today, the Court has found violations of human rights in about 1300 thousand applications. Most of them relate to the right to fair trial, followed by the right to life, prohibition of ill-treatment, right to property, right to privacy, freedom of expression, personal liberty, and so on. Those judgments correspond to 50% of violation judgments since the launch of the constitutional complaint remedy in Turkey in 2012.

The total number of applications finalized during state of emergency is around 102.000. Accordingly, the Court has examined 86% of all applications received after the coup attempt.

The number of pending applications before the Court is around 39.000. And around 9.500 of them relate to the emergency measures.

These statistics demonstrate that the Constitutional Court of Turkey took an active stance and put an immense effort to protect human rights during the state of emergency. Despite severely high numbers, the Court addressed most of the applications in due time. Meanwhile, as the recent experience indicates, the Court gave special consideration to key issues such as freedom of expression and media.

2. Constitutional Complaint as An Effective Remedy

I would like also to talk about constitutional complaint as an effective remedy to be exhausted before launching an individual appeal to the European Court of Human Rights. I must note that practical reason for introducing the system of constitutional complaint was to reduce the number of applications and violations against Turkey before the Strasbourg Court.

This practical aim was indeed achieved to a great extent. Indeed, the applications from Turkey to the European Court, as well violation judgments against Turkey, decreased significantly after introduction of constitutional complaint. Only a few individual application, which were initially rejected by the TCC, resulted in a violation of the European Convention on Human Rights. This indicated the great success of the Constitutional Court in dealing with such complaints.

The success and effectiveness of the individual application to the Turkish Constitutional Court were also recognized by the European Court of Human Rights. In the application of *Hasan Uzun v. Turkey* (no. 10755/13, 30 April 2013), the European Court held that the individuals from Turkey must first apply to the Turkish Constitutional Court for alleged human right violations. Only after exhausting this domestic remedy, the applicants are allowed to discuss their allegations

before the European Court if they wish to do so. In the application of *Ali Koçintar v. Turkey* (no. 77429/12, 1 July 2014), the European Court made assessments in the specific context of pre-trial detentions and explicitly regarded the constitutional complaint in Turkey as an effective remedy in this respect.

As we all know that the principle of subsidiarity may create tension between the regional human rights courts like the Strasbourg Court and national authorities. This is also the case at national level. The subsidiary nature of individual application remedy may lead to some conflict between constitutional courts and courts of general jurisdiction. The general courts, in some cases, may show reluctance to pay due regard to the judgments of constitutional courts. Even more, the judgments finding violations of human rights may not be executed duly.

The success and effectiveness of constitutional complaint remedy have recently been put to a test, so to speak. In two separate judgments on January 11th 2018, the Constitutional Court found violations of the right to personal liberty and security and the freedom of expression and media regarding the pre-trial detention of two journalists.

The applicants had been arrested and detained following the coup attempt of 15 July for alleged terror offenses. The Court found that the investigation authorities failed to demonstrate any factual or concrete evidence other than the newspaper articles and TV discussions and that the available evidence was insufficient to reach the conclusion of the existence of strong indication of guilt, which is a constitutional prerequisite for pre-trial detentions. The Constitutional Court reviewed

the detention also under the state of emergency provisions and concluded that it was not justified by the strict exigencies of the situation.

The Constitutional Court transmitted the judgment to the first instance court and ordered necessary action for redress of violations, without specifying the release of the applicants.

Upon the violation judgment of the Constitutional Court, the applicant journalists requested their release before the competent courts. The first instance courts, however, adopted a different legal stance and refused the request. They argued that the Constitutional Court had assessed the evidence in the case file by exceeding its mandate. They accordingly maintained that the violation judgment did not comply with the Constitution and the law, and therefore amounted to “usurpation of power”.

Indeed, this approach of the first instance courts was unprecedented. The Constitutional Court had delivered similar violation judgments in the past, and the applicants had been released from prison despite strong political and public disagreement. In 2016, the Court found a violation concerning the detention of two well-known journalists, much to the outrage of public and political opinion. Despite the harsh criticism, the journalists were released from prison following the violation judgment.

Although such attitude of the first instance courts caused dismay among legal communities, it has triggered a heated debate regarding the execution of the violation judgments of the Constitutional Court. As the violation judgment did not explicitly require the release of the applicants and merely ordered the redress of violations, the term “redress” was needed to be interpreted.

Meanwhile, the applicants filed a new complaint alleging a violation due to non-execution of the previous judgment. The Constitutional Court urgently took up the issue in this new application. The Court started its analysis by stating that the existence of strong indication of guilt is a constitutional precondition for pre-trial detentions.

It followed that, it is a constitutional requirement for the Court to examine this precondition in individual complaints on the account of allegedly unlawful detentions. The Court stated that the examination in the previous judgment was limited to determine the lawfulness of detention, and it was irrelevant to the possible results of the trial. In other words, the Constitutional Court made an examination over the evidence and reasoning provided by the first instance court for detention, it did not, for example, question the credibility of the evidence. Accordingly, the arguments that the Constitutional Court made assessments concerning the merits of the case do not deserve any credit.

The Court continued to stress that Article 153 of the Constitution explicitly provides that the decisions of the Constitutional Court are final and binding upon natural and legal persons, as well as upon the state authorities, including courts. Further, execution of court decisions is an indispensable part of the right to fair trial (access to a court) in a state governed by the rule of law. For the TCC the rule of law requires lower courts to pay due regard and make an honest effort to implement the decisions of the Constitutional Court rather than questioning its duties and powers.

The Court then assessed the specific circumstances of the present case and concluded that the applicant must have been released upon the violation judgment. Under Article 50 of the Law on Constitutional Court (no: 6216) the Constitutional Court had ordered the competent courts to take necessary actions to redress violation of the right to personal liberty due to pre-trial detention.

The Constitutional Court noted that in a case where it had been found that strong indication of guilt did not exist, there was no other way than releasing the detained person for the violation to be redressed, unless the courts could put forward new facts or evidence that had not been reviewed by the Constitutional Court. Even then, the Constitutional Court explicated, the margin of appreciation of lower courts are limited compared to the initial detention order.

Following the final and binding interpretation of the Constitutional Court on the matter, the competent court ordered release of the applicant immediately. The legal issue arising from the failure to duly execute the violation judgment of Constitutional Court thereby was resolved within the principle of rule of law.

As the first instance court acted in accordance with the second judgment of the Constitutional Court, the effectiveness of the constitutional complaint remedy in Turkey has been maintained. I want to note that such controversies, although undesired, serve to strengthening the practice of rule of law when adequately resolved within the law.

3. The Response of the European Court of Human Rights

Meanwhile the applicants lodged an application before the Strasbourg Court on the ground that their certain rights and freedoms

were violated by the Turkish government. The European Court mostly concurred with the findings of the Constitutional Court concerning the lawfulness of the complained pre-trial detention and found violations of the right to liberty and the freedom of expression.

In these judgements the European Court rejected the attitude of the first instance courts as to not execute the violation judgments of the Constitutional Court. The European Court declared that since the decisions of the Constitutional Court of Turkey are “final” and “binding”, they provide effective remedy for violations of Article 5 of the Convention which guarantees the right to personal liberty.

The Court also pointed out that the failure of the Assize Court to release the applicant following the binding judgment of the TCC “runs counter to the fundamental principles of the rule of law and legal certainty.” For the Strasbourg Court these principles, which are inherent not only in Article 5 but all Articles of the Convention. “are the cornerstones of the guarantees against arbitrariness.”

The European Court reached the conclusion that the applicant’s continued pre-trial detention, after the Constitutional Court had given its clear and unambiguous judgment finding a violation, cannot be regarded as “lawful” and “in accordance with a procedure prescribed by law” as required by the right to liberty and security protected by Article 5 of the Convention.

The European Court has also emphasised that the fact that the applicants had been kept in pre-trial detention, even after the Constitutional Court’s judgment, raised serious doubts as to the effectiveness of the remedy of an individual application to the Constitutional Court concerning pre-trial detentions. However, the

European Court did not depart from its previous conclusion that constitutional complaint in Turkey constituted an effective remedy, as this issue was before the Turkish Constitutional Court for reconsideration at the time the European Court delivered its judgment.

In conclusion I would like to say that the constitutional complaint system in Turkey continues to serve its purpose in an effective and successful manner. As I said before the system was established to protect and promote human rights by resolving human right violations within our borders, and thereby to decrease the applications to the European Court of Human Rights.

As the Constitutional Court properly examines and addresses human rights complaints, this remedy must be exhausted before resorting to the European Court of Human Rights. This is very much so as the TCC is committed to ensure the respect for rule of law and human rights by remaining within the constitutional boundaries.

Thank you for your attention.



MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA

CONSTITUTIONAL JUSTICE:
DOCTRINE AND PRACTICE IN INDONESIA

BY

Dr. ANWAR USMAN, S.H., M.H.

THE CHIEF JUSTICE OF THE
CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF INDONESIA

Bangkok, 10 April 2018

*Bismillahirrahmanirahim,
Assalamu'alaikum Wa Rahmatullahi Wa Barakatuh,
Namo Buddaya and good morning,*

- His excellency the President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand, Mister Nurak Marpraneet;
- His excellency the President of the Constitutional Court of the Republic of Korea and the President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey;
- Honorable delegates and participants;

First of all, allow me to express our sincere gratitude upon receiving invitation from His Excellency Mr. Nurak Marpraneet, the President of the Constitutional Court of the Kingdom Thailand to join

this International Symposium. I would also like to wish a happy 20th anniversary to the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand, may your noble institution always be successful in the future in upholding the law and constitution.

Your Excellencies, ladies and gentlemen,

In this symposium please allow me to explain about, “Constitutional Justice: Practice and Doctrine”, based on the existing practices and experiences in Indonesia.

Indonesian Constitution was issued on August 18th, 1945, precisely one day after the proclamation of Indonesia independence. The Constitution of Indonesia is known as the 1945 Constitution or often abbreviated to the UUD 1945. There are two main parts of the Constitution, namely the Preamble of the 1945 Constitution, and the second part is the body or the norms. The Preamble of the 1945 Constitution contains spiritual atmosphere among the drafters of the constitution concerning the ideals and objectives of Indonesian independence struggle, as well as the fundamental aspect of state’s ideology. The ideals of the struggle for independence and the fundamental aspects of state’s ideology (called *Pancasila*) are further elaborated under the norms of the Constitution’s body. Similar to the Constitution in other several states, the constitution’s body contains a set of basic rules of the state, which establishes the existence of state institutions including their functions, the arrangement of relations and restrictions of state institutions’ powers, guarantees the protection of constitutional rights of citizens, and so on.

Since the independence, the Indonesia's founders were not only having a commitment to establish a democratic state, but also committed to bring into reality the conception of the rule of law. On the Preamble of the 1945 Constitution, the concept of a rule of law is distinctly stated, as stipulated under the fourth paragraph, stating, "... therefore the Indonesian National Independence was composed in an Indonesian State Constitution, ...". This stipulation indicates that Indonesia shall be governed based on the Constitution. The materialization of the concept of rule of law subsequently formulated on Article 1 paragraph (3) of the 1945 Constitution, stating that "The State of Indonesia is a state based on law".

In theoretical perspective, the term of '*negara hukum*' is a translation of *rechtsstaat* or the rule of law. However, even though the *rechtsstaat* or the rule of law is defined as a '*negara hukum*', the two terms have different legal backgrounds and traditions, as well as different institutionalizations. Nevertheless, both also have similarities, namely equally recognize the principles of human rights protection through the institutionalization of a free and impartial judiciary.

As commonly known, *rechtsstaat* is adopted by many Continental European countries that adhere to the civil law system. Meanwhile, the rule of law are more widely embraced by countries with Anglo Saxon legal tradition, which is based on a common law system. In its implementation, civil law focuses more on administration and norm system, while common law emphasizes more on its judicial activities. Furthermore, the concept of *rechtsstaat* prioritizes the principle of *wetmatigheid* (written law) which then becomes

rechtmatigheid (legal action), while the rule of law underlines the principle of equality before law which gives the judges a freedom to create law for justice.

Honorable participants,

Based on the aforementioned conception of the state based on law, Indonesia has a distinctive legal system namely a legal system that is imbued by the state's ideology known as Pancasila. The ideology of Pancasila is a fusion between the legal system of *rechtstaats* and the rule of law. Pancasila legal system has its own distinct traits by adopting the good aspects of the *rechtsstaat* and the rule of law as well as other existing legal systems such as customary law and religious law. Under the Pancasila legal system, law must have dimension and orientation towards justice. The law must not be understood to be absolute and rigid, but must be approached using moral and conscience. It later becomes the essence of law enforcement under the Pancasila-based Law State.

In this context, Pancasila becomes the ideals of Indonesian law. In general, legal ideals can be interpreted based on two perspectives. First, it serves as a legal objective. The ideals of the law are closely linked with the ideals that the society seeks to achieve through legal system it considers suitable. Secondly, Pancasila is deemed as an idealized law. Thus, the ideals of law are the legal souls which determine the shapes, forms, and activities of legal system in order to achieve ideal society.

Pancasila becomes a legal ideal due to its position as the state's fundamental principle (*staatsfundamentalnorm*). Therefore,

Pancasila becomes the guideline of all national legal products. It means all legal products made and implemented are intended to embody the ideas contained in Pancasila. Hence, Pancasila becomes the source of all legal sources that guide the law. More specifically, Pancasila is a starting point as well as a destination point of law in Indonesia.

Honorable participants,

The Constitutional Court of the Republic of Indonesia, which was established on August 13th, 2003, serves as the guardian and interpreter of the constitution, the protector of constitutional rights of citizens, and also the enforcer of state's ideology. As the state's ideology, Pancasila is an integral part of the UUD 1945 as Indonesian constitution. Pancasila principles are embodied on the norms of the 1945 Constitution. Therefore, enforcing the constitution is equal with upholding the state ideology. However, in general, the enforcement of law and constitution must meet several elements. Referring to Friedman's approach, at least law enforcement must comply with elements of legal system which consists of legal structure, legal substance and legal culture.

I consider that law enforcers which become part of the legal structure have the most important role. In any adoption of legal concept or legal system, law enforcers are required to better understand the prevailing ideals of law as well as to be more intelligent and audacious to explore the values of justice in any legal case settlement. In the hands of law enforcers the nature of the law is being displayed. In their hands also lie the obligations to implement the principles of

justice as embodied on the concept and legal system more optimally. The problem that is often faced by law and constitution enforcement is that such good and noble values are not necessarily able to intrigue the awareness of law enforcers. The absence of awareness and appreciation of philosophical meaning of the concept's noble values, ultimately brings forth law without justice. In this situation, the existence of law without justice is similar to term a body without a soul.

In this context, under the concept of law enforcement in Indonesia, the efforts to revitalize and internalize Pancasila as legal ideals to law enforcement officers must sustain. Transformation of Pancasila values as a paradigm in Indonesian law enforcement becomes inevitable. Its main purpose is to ensure that the values of Pancasila are always embedded in every law enforcement activity.

Ladies and Gentlemen,

In short, I will explain the positions of Pancasila under the frame of the Unitary State of the Republic of Indonesia (NKRI), which are as follows:

1. Pancasila is the basic philosophy and ideology of the state composed by the freedom fighters (founder of the state) as a means to unify the nation in order to achieve independence.

2. Pancasila is the state's principles that is able to accommodate the diversity of Indonesian society's pluralism comprises various tribes, religions, races, and groups by upholding human dignity under democratic state life to achieve social welfare and justice for all of its people.

3. Pancasila is the Legal Basis for the Unitary State of the Republic of Indonesia. This is reflected in the Preamble of the 1945 Constitution, especially the 4th Paragraph which reads: “... therefore the national independence of Indonesia was formulated in a Constitution of the State of Indonesia with the sovereignty of the people based on; Belief in the one and only God; just and civilized humanity, the unity of Indonesia, democratic life led by wisdom of thoughts in deliberation amongst representatives of the people, and by achieving a social justice for all the people of Indonesia”.

4. Pancasila is the life purpose of the Indonesia nation, namely to achieve a prosperous and social justice society in a democratic life that respects difference as well as diversity of ethnicity, race, and religion.

Thank you for your kind attention, good morning and God bless.

Billahi Taufik wal Hidayah,

Wassalamu‘alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh,

Shalom, Namu Buddha,



**Closing Remarks for the Academic Conference
on topic of “The Constitutional Court: Protector of the
Rule of Law”**

**By the President of the Constitutional Court
of the Kingdom of Thailand
at Sakuntala Ballroom, The Peninsula Bangkok
on Tuesday 10th April 2018**

President of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia
President of the Constitutional Court of the Republic of Korea
President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey
Honorable justices, distinguished guests and participants

On behalf of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand, it is my pleasure to make a few closing remarks and express gratitude to all of you who made this event special.

The Constitutional Court of the Kingdom of Thailand is Honoured by Presidents of the Constitutional Courts of the Republic of Indonesia, the Republic of Korea, and the Republic of Turkey for the keynote speech on the topic of “The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law”. The Presidents of the Constitutional Courts have shared their extensive experience of the respective Courts, which are long time institutions, having an important role in enforcing the rule of law as a mechanism for justice, fairness and peace to the people. Today, with all Distinguished guests and participants, this Conference becomes a valuable channel for exchanging academic opinions and

sharing experience on the mission of Constitutional Courts for the Constitutional justice.

The conference has achieved its goals in improving the constitutional court rulings based on the rule of law. It assists in developing the thinking process and creating the balance between the use of the state power and the protection of the rights and freedom of the people. Moreover, this special event has represented a friendship coordination for academic cooperation, exchanging experience and strengthening relationship between the court organizations.

On this occasion, The Constitutional Court of the Kingdom of Thailand would like to sincerely thank the Presidents of the Constitutional Courts, Revered Justices, distinguished guests and participants for coming to the academic conference on the occasion of the 20th Anniversary of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand. Our companionship from this conference is a good sign for our further sustainable cooperation, support and exchange of knowledge and experience among each other. This is also important for achieving our goals to develop the rule of law for justice, fairness and peace nationally and regionally, making it a reality in the world community. Truly, as it is state, “The Constitutional Court: Protector of the Rule of Law.

Once again, thank you, Presidents of the Constitutional Courts, Honourable justices, distinguished guests and participants in joining this academic conference.

I sincerely hope that you have enjoyed your time while attending the conference and staying in Thailand during this special event. Finally, I declare the symposium closed.

I wish all of you a safe journey back home.
Thank you and Good – bye.

การปาฐกถาพิเศษ

โดย นายนุรักษ์ มาประณีต ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
Special Lecture By H.E. Mr.Nurak Marpraneet, President of the
Constitutional Court of the Kingdom of Thailand





การบรรยายพิเศษ โดย ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี
Keynote Address By Prof. Dr.Wisanu Krua-ngam, Deputy Prime Minister,
The Kingdom of Thailand



การบรรยาย โดย Lee Jin-sung ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี
Special Lecture By Lee Jin-sung, the President of the Constitutional
Court of the Republic of Korea





การบรรยาย โดย Zühtü Arslan ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี
Special Lecture By Zühtü Arslan, The President of the
Constitutional Court of the Republic of Turkey







การบรรยาย โดย Dr. Anwar Usman, S.H., MH
ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย
Special Lecture By Dr. Anwar Usman, S.H, MH, The Chief Justice
of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia





การอภิปรายร่วมกันของ

H.E. Dr.Anwar Usman ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย
H.E. Mr.Lee Jin-sung ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี
และ H.E. Prof. Dr.Zühtü Arslan ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี
Panel Discussion

By Dr.Zühtü Arslan, the President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey, Lee Jin-sung, the President of the Constitutional Court of the Republic of Korea, Anwar Usman, the Chief Justice of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia







พิธีปิดการประชุมทางวิชาการ

โดย ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

Closing Remarks for Academic Conference

By the President of the Constitutional Court of the kingdom of Thailand









www.constitutionalcourt.or.th

The Constitutional Court of the Kingdom of Thailand, The Government Complex Commemorating
His Majesty The King's 80th Birthday Anniversary 5th December, B.E. 2550 (2007), Building A,
120 Moo 3 Chaengwattana Road, Thung Song Hong Sub-District, Laksi District, Bangkok 10210

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์)
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9522 E-mail: office@constitutionalcourt.or.th