



คำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ  
หรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ

เดือนพฤศจิกายน ๒๕๖๗

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## คำนำ

สำหรับเอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ ประจำเดือนพฤศจิกายน ๒๕๖๗ กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศได้ศึกษาค้นคว้าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่น่าสนใจมานำเสนอ อาทิ ได้แก่ กรณีบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมยาเสพติดที่กำหนดโทษประหารชีวิตหรือโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่น กรณีการสังคุ่มขังชาวต่างชาติที่ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายสากลตามกฎหมายต่อต้านการก่อการร้าย อาชญากรรม และความมั่นคงขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติของสภานางแห่งสหราชอาณาจักร กรณีการละเมิดสิทธิในการมีชีวิตเนื่องจากการขาดมาตรการความปลอดภัยสาธารณะที่เหมาะสมของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี และกรณีเขตอำนาจระหว่างศาลฆราวาสและศาลชารีอะห์ ตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารศาสนาอิสลามแห่งรัฐประของศาลสหพันธรัฐแห่งมาเลเซีย

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศฉบับนี้ จะเป็นแหล่งข้อมูลพื้นฐานที่ทำให้ทุกท่านได้ทราบถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของประเทศต่างๆ รวมถึงเป็นจุดเริ่มต้นให้แก่ผู้สนใจในการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการและในการปฏิบัติงานต่อไป

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
พฤศจิกายน ๒๕๖๗

# สารบัญ

## หน้า

๑. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญใต้หัว  
คำวินิจฉัย เลขที่ ๔๗๖ ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ๒๕๕๒ (ค.ศ. ๑๙๙๙)  
กรณีบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมยาเสพติดที่กำหนดโทษประหารชีวิตหรือโทษจำคุกตลอดชีวิต  
ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ๑
๒. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของสภาขุนนางแห่งสหราชอาณาจักร  
คำพิพากษา เลขที่ SC/1-7/2002 คดีระหว่าง A. and others v. Secretary of State for the Home  
Department ลงวันที่ ๓๐ กรกฎาคม ๒๕๕๕ (ค.ศ. ๒๐๐๒)  
กรณีการสั่งคุมขังชาวต่างชาติที่ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายสากลตามกฎหมายต่อต้าน  
การก่อการร้าย อาชญากรรม และความมั่นคง ขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ ๑๑
๓. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี  
คำวินิจฉัยที่ ๒๐๑๔/๑๑๘๕๕ ลงวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๖๐ (ค.ศ. ๒๐๑๗)  
กรณีการละเมิดสิทธิในการมีชีวิตเนื่องจากการขาดมาตรการความปลอดภัยสาธารณะที่เหมาะสม ๒๒
๔. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสหพันธรัฐแห่งมาเลเซีย  
คำพิพากษาตามคำร้องเลขที่ 01(f)-17-06-2016 (A) 01(f)18-06-2016 (A) และ 01(f)-19-06-2016 (A)  
ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ๒๕๖๑ (ค.ศ. ๒๐๑๘)  
กรณีเขตอำนาจระหว่างศาลฆราวาสและศาลชารีอะห์ ตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารศาสนาอิสลามแห่งรัฐประ ๒๘

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่น  
คำวินิจฉัย เลขที่ ๔๗๖ ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ๒๕๔๒ (ค.ศ. ๑๙๙๙)  
กรณีบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมยาเสพติดที่กำหนดโทษประหารชีวิตหรือโทษจำคุกตลอดชีวิต  
ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ\*

นายนิติกร จิรนิติกาลกิจ  
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นได้วางหลักไว้ว่า สิทธิในเสรีภาพและความมั่นคงของบุคคลและสิทธิในชีวิต (the right to liberty and security of person and the right to life) ควรเป็นสิ่งที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ ดังปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา ๘ และมาตรา ๑๕ ตามลำดับ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจในทางอาญาของรัฐ (the state's penal powers) ก็จำเป็นที่จะต้องอาศัยกฎหมายอาญาที่มีลักษณะพิเศษและเป็นการเฉพาะ (special and exceptional) ที่บัญญัติขึ้นสำหรับลงโทษการกระทำ ความผิดบางประการ ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวไม่ควรถูกพิจารณาว่าขัดต่อหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) トラบใดที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๓ ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หลักความชอบด้วยวัตถุประสงค์ (the legitimacy of the objectives) หลักความจำเป็นของมาตรการ (the necessity of the measures) และหลักความได้สัดส่วนของการจำกัดสิทธิ (the proportionality of the restrictions) หรือหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ (proportionality *stricto sensu*) ทั้งนี้ กฎหมายอาญาเฉพาะ (exceptional criminal laws) (ซึ่งไม่อาจเทียบได้กับกฎหมายอาญาทั่วไป) ไม่ควรถูกพิจารณาว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในเสรีภาพและความมั่นคงของบุคคลและสิทธิในชีวิต

ในส่วนของรัฐบัญญัติปราบปรามยาเสพติด (The Narcotics Elimination Act) ที่แก้ไขเพิ่มเติมและประกาศใช้เมื่อวันที่ ๒๗ กรกฎาคม ๒๕๓๕ และรัฐบัญญัติควบคุมยาเสพติด (the Drug Control Act) ที่แก้ไขเพิ่มเติมและประกาศใช้เมื่อวันที่ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๔๑ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า เป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปราบปรามยาเสพติดและควบคุมอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากยาเสพติด เพื่อปกป้องสุขภาพทางกายและทางจิตใจของประชาชน และเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและป้องกันภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติ นอกจากนี้ เพื่อเป็นการขจัดภัยจากยาเสพติด สิ่งสำคัญที่สุดคือจะต้องตัดทอน

\* สามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่: <https://cons.judicial.gov.tw/uploads/docAtt/79c77e1a-3b8c-4857-b6a4-ae57ce9270df.pdf>

อนึ่ง คำวินิจฉัยฉบับนี้ เป็นคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญยืนยันความชอบรัฐธรรมนูญของโทษประหารชีวิตสำหรับอาชญากรรมที่ไม่รุนแรง (non-violent crimes) แต่ก็มีได้เป็นคำวินิจฉัยฉบับแรกที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของโทษประหารชีวิต เนื่องจากก่อนหน้านี้ ในคำวินิจฉัย เลขที่ ๑๙๔ ในปี ๒๕๒๘ (ค.ศ. ๑๙๘๕) ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยให้บทบัญญัติมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง ของรัฐบัญญัติควบคุมยาเสพติด (the Drug Control Act) ที่ใช้บังคับในช่วงระหว่างที่มีการปราบปรามกบฏคอมมิวนิสต์ ซึ่งกำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับผู้ที่ย้ายยาเสพติด ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือในคำวินิจฉัย เลขที่ ๒๖๓ ในปี ๒๕๓๔ (ค.ศ. ๑๙๙๐) ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้เคยวินิจฉัยให้โทษประหารชีวิตสำหรับผู้ที่ทำกรลักพาตัวโดยมีเจตนาเพื่อเรียกค่าไถ่ ตามรัฐบัญญัติลงโทษการปล้นทรัพย์ (the Robbery Punishment Act) ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีผู้ที่พยายามยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาทบทวนบทบัญญัติที่กำหนดโทษประหารชีวิตก็ตาม แต่คำวินิจฉัยฉบับนี้ รวมถึงคำวินิจฉัยข้างต้นที่วินิจฉัยให้โทษประหารชีวิตชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ก็ยังคงเป็นความเห็นที่เป็นบรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญ

กระบวนการผลิต รวมถึงสกัดกันแหล่งต้นตอของการแพร่กระจาย ซึ่งต้นตอดังกล่าวนั้นคือ การผลิต (manufacture) การขนส่ง (transport) และการจำหน่าย (sell) ยาเสพติด ทั้งนี้ หากไม่สามารถที่จะขจัดต้นตอดังกล่าว ภัยอันตรายอันเกิดจากยาเสพติดก็ย่อมแพร่กระจายไปอย่างกว้างขวาง สร้างความเสียหายไม่เพียงแต่เฉพาะกับชีวิตและความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนเป็นจำนวนมากเท่านั้น หากแต่ยังส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของสังคมและประเทศชาติด้วย

อนึ่ง ภัยอันตรายดังกล่าวมีผลกระทบที่รุนแรงเกินกว่าประโยชน์ต่อชีวิตและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ด้วยเหตุนี้ กรณีการตรากฎหมายที่กำหนดบทลงโทษอย่างเข้มงวดสำหรับการประพฤติมิชอบ (misconduct) ที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายขึ้นเป็นการเฉพาะ จึงสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่กิจกรรมอันเป็นการผลิต การขนส่ง และการจำหน่ายยาเสพติด เป็นกิจกรรมที่สร้างผลกำไรอย่างมหาศาล กรณีจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่กิจกรรมดังกล่าวจะดึงดูดผู้คนจำนวนมากที่ยินดีจะเข้าร่วมแม้จะมีความเสี่ยงก็ตาม ดังนั้น การขัดขวางกิจกรรมดังกล่าวด้วยการลงโทษจำคุกในระยะยาว (a sanction of long-term imprisonment) ไม่เพียงแต่จะเป็นการลงโทษที่ไม่มีประสิทธิภาพแล้ว ยังเป็นการลงโทษที่ไม่เป็นธรรม (unfair) และไม่ยุติธรรม (unjust) ด้วย

ขณะที่ มาตรา ๕ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญตีปราบปรามยาเสพติด บัญญัติให้ “ผู้ใดจำหน่าย ขนส่ง หรือผลิตยาเสพติด ผิ่น (opium) หรือกัญชา (marijuana) ต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต” ส่วนมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญควบคุมยาเสพติด บัญญัติให้ “ผู้ใด ผลิต ขนส่ง หรือจำหน่าย ยาเสพติด ประเภท ๑ ต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต และสำหรับผู้ที่ถูกตัดสินโทษจำคุกตลอดชีวิต อาจถูกตัดสินโทษปรับไม่เกิน ๑๐,๐๐๐,๐๐๐ ดอลลาร์ไต้หวัน (TWD) ด้วย” ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดโทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตถูกตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมยาเสพติดอย่างเข้มงวดภายใต้กฎหมายเฉพาะ และยังเป็นความจำเป็นในการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของชาติและความสงบเรียบร้อยอันดีของสังคม รวมถึงเป็นการสนับสนุนผลประโยชน์สาธารณะอีกด้วย ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๑๕ และมาตรา ๒๓ ของรัฐธรรมนูญ

## ๒. สรุปข้อเท็จจริง

คดีนี้ เป็นคำร้องที่ยื่นมาโดยผู้พิพากษาของศาลแขวงไทเป (Taipei District Court) โดยเป็นกระบวนการตามที่กำหนดไว้ในคำวินิจฉัย เลขที่ ๓๗๑ ที่อนุญาตให้ผู้พิพากษาของศาลล่าง (judges of lower court) สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ หากผู้พิพากษานั้นเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อนึ่ง ผู้ร้อง ซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่เคยพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญตีปราบปรามยาเสพติด (ซึ่งต่อมารัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดยรัฐธรรมนูญควบคุมยาเสพติด ค.ศ. ๑๙๙๘) และรัฐธรรมนูญควบคุมยาเสพติด ได้โต้แย้งว่า บทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวที่กำหนดโทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตแก่ผู้ใดก็ตามที่ผลิต ขนส่ง และจำหน่ายยาเสพติด เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการกำหนดโทษที่มีความรุนแรงอย่างไม่ได้สัดส่วน (disproportionately severe) (โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับโทษของการกระทำความผิดที่รุนแรง (violent crimes) เช่น การฆ่าคนตายที่ถูกกำหนดเอาไว้ว่าเป็นโทษจำคุกไม่เกินสิบปี โทษจำคุกตลอดชีวิต และโทษประหารชีวิต)

นอกจากนี้ ผู้ร้องยังเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวยังขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็น บทบัญญัติที่ละเมิดสิทธิในชีวิตและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (the rights to life and human dignity)

### ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญได้หวั่น ค.ศ. ๑๙๔๗ (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. ๒๐๐๕)<sup>๒</sup>

มาตรา ๘ เสรีภาพส่วนตัวของประชาชนย่อมได้รับการรับรอง เว้นแต่ในกรณีกระทำความผิด โดยชัดแจ้งตามที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมาย ย่อมไม่มีผู้ใดถูกจับกุมหรือคุมขัง เว้นแต่โดยศาลหรือ ตำรวจตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด และย่อมไม่มีผู้ใดถูกตัดสินหรือลงโทษ เว้นแต่โดยคำพิพากษาของศาล ตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ การจับกุม การคุมขัง การพิจารณาคดี หรือการลงโทษใด ๆ ที่มีได้ ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด อาจถูกต้องตามได้

เมื่อบุคคลถูกจับกุมหรือคุมขังอันเนื่องมาจากต้องสงสัยว่ากระทำความผิดอาญา ให้หน่วยงานที่มี หน้าที่จับกุมหรือคุมขังแจ้งต่อบุคคลนั้น ญาติ หรือเพื่อนที่บุคคลนั้นระบุเป็นลายลักษณ์อักษรถึงเหตุในการ จับกุมหรือคุมขังบุคคลนั้นด้วย และจะต้องนำตัวบุคคลนั้นไปยังศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อพิจารณาภายใน ระยะเวลาไม่เกินยี่สิบสี่ชั่วโมงภายหลังจากที่ถูกจับกุม ทั้งนี้ บุคคลที่ถูกจับกุมหรือบุคคลอื่นย่อมมีสิทธิยื่น คำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้มีการปล่อยตัวบุคคลนั้นไปยังหน่วยงานที่ทำการจับกุม เพื่อให้ส่งตัวบุคคลที่ถูกจับกุมไป ดำเนินคดีภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง

<sup>๒</sup> Constitution of the Republic of China (Taiwan) 1947 (revised 2005)

Article 8 Personal freedom shall be guaranteed to the people. Except in case of flagrante delicto as provided by law, no person shall be arrested or detained otherwise than by a judicial or a police organ in accordance with the procedure prescribed by law. No person shall be tried or punished otherwise than by a law court in accordance with the procedure prescribed by law. Any arrest, detention, trial, or punishment which is not in accordance with the procedure prescribed by law may be resisted.

When a person is arrested or detained on suspicion of having committed a crime, the organ making the arrest or detention shall in writing inform the said person, and his designated relative or friend, of the grounds for his arrest or detention, and shall, within 24 hours, turn him over to a competent court for trial. The said person, or any other person, may petition the competent court that a writ be served within 24 hours on the organ making the arrest for the surrender of the said person for trial.

The court shall not reject the petition mentioned in the preceding paragraph, nor shall it order the organ concerned to make an investigation and report first. The organ concerned shall not refuse to execute, or delay in executing, the writ of the court for the surrender of the said person for trial.

When a person is unlawfully arrested or detained by any organ, he or any other person may petition the court for an investigation. The court shall not reject such a petition, and shall, within 24 hours, investigate the action of the organ concerned and deal with the matter in accordance with law.

Article 15 The right of existence, the right of work, and the right of property shall be guaranteed to the people.

Article 23 All the freedoms and rights enumerated in the preceding Articles shall not be restricted by law except by such as may be necessary to prevent infringement upon the freedoms of other persons, to avert an imminent crisis, to maintain social order or to advance public welfare.

(ที่มา : <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000001>)

ศาลย่อมไม่ปฏิเสธคำร้องตามวรรคก่อน และจะไม่สั่งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการสืบสวนและรายงานการจับกุมก่อนที่หน่วยงานนั้นจะส่งตัวบุคคลที่ถูกจับกุมมาดำเนินคดี ทั้งนี้ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องไม่ปฏิเสธที่จะดำเนินการตามคำสั่งของศาล หรือทำให้การปฏิบัติตามคำสั่งศาลเป็นไปด้วยความล่าช้า

เมื่อบุคคลถูกจับกุมหรือคุมขังโดยหน่วยงานใด ๆ โดยมีขอบด้วยกฎหมาย บุคคลนั้นหรือบุคคลอื่นอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีการสืบสวน และศาลจะต้องไม่ปฏิเสธคำร้องดังกล่าว และจะต้องดำเนินการสืบสวนการกระทำของหน่วยงานดังกล่าวภายในระยะเวลาสี่สิบสี่ชั่วโมง และจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย

มาตรา ๑๕ สิทธิในการดำรงอยู่ สิทธิในการทำงาน และสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินของประชาชนย่อมได้รับการรับรอง

มาตรา ๒๓ เสรีภาพและสิทธิต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตราข้างต้น ย่อมไม่ถูกจำกัดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เว้นแต่เป็นไปเพื่อความจำเป็นในการป้องกันการละเมิดเสรีภาพของผู้อื่น เพื่อป้องกันอันตรายที่ใกล้จะเกิดขึ้น เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือเพื่อส่งเสริมสวัสดิการสาธารณะ

#### ๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้มาตรา ๘ และมาตรา ๑๕ ของรัฐธรรมนูญ จะบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพและความมั่นคงของบุคคลและสิทธิในชีวิต แต่เพื่อเป็นการเติมเต็มการใช้อำนาจในทางอาญาของรัฐ (the state's penal powers) ฝ่ายนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายอาญาเป็นการเฉพาะสำหรับใช้ในการลงโทษการกระทำความผิดในบางกรณีได้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวย่อมแตกต่างไปจากกฎหมายอาญาปกติในแง่ของความผิดที่รัฐมุ่งหมายที่จะลงโทษ และด้วยวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายเฉพาะดังกล่าวมิได้เบี่ยงเบนไปจากความคาดหวังของประชาชน และสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าด้วยความยุติธรรมตามต้นกำเนิดทางประวัติศาสตร์ของชาติ (nation's historical origin) ภูมิหลังทางวัฒนธรรม (cultural background) และความเป็นจริงทางสังคม (social reality) บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจึงไม่ควรถูกพิจารณาว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegitimate) นอกจากนี้ การกระทำใด ๆ ที่เป็นการเอื้อให้บรรลุป่าหมายดังกล่าว เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามความจำเป็น ย่อมมีความชอบธรรมเนื่องจากเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการแก้ไขความผิดพลาดต่าง ๆ ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจึงควรได้รับการพิจารณาว่าสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๓ ของรัฐธรรมนูญ อนึ่ง กฎหมายเฉพาะซึ่งคำนึงถึงความสมดุลระหว่างวิธีการและผลลัพธ์จากการประเมินอาชญากรรมและกำหนดบทลงโทษไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมมีความแตกต่างไปจากกฎหมายอาญาปกติ ขณะเดียวกันคุณค่าที่สะท้อนให้เห็นจากกฎหมายเฉพาะดังกล่าวไม่ควรถูกลบล้างโดยเฉพาะจากคำตัดสินเชิงคุณค่าของปัจเจกบุคคล (the value judgment of individuals) ที่เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากละเมิดสิทธิในเสรีภาพและความมั่นคงของบุคคลและสิทธิในชีวิต

นับตั้งแต่การสิ้นสุดลงของราชวงศ์ชิง (the Qing Dynasty) และการก่อตั้งสาธารณรัฐจีน (the Republic of China) ยาเสพติดได้สร้างความเสียหายอย่างใหญ่หลวง (profound damage) ให้แก่

ประเทศมาเป็นระยะเวลามากกว่าศตวรรษ นอกจากนี้ ผู้ที่เคยเสพยาเสพติดก็จะกลายเป็นผู้ติดยาเสพติดและมีชีวิตที่เหลืออยู่บนความอ่อนแอ และยังมีพิกัดของจำนวนกรณีศึกษาของผู้ที่สูญเสียอาชีพการงานและครอบครัวจนนำไปสู่การกระทำผิดต่าง ๆ อันเนื่องมาจากการติดยาเสพติดอีกเป็นจำนวนมาก ขณะเดียวกัน ผู้ที่ผลิต ขนส่ง และจำหน่ายยาเสพติดก็ถูกจับกุมด้วยเป้าหมายเดียว นั่นคือ การเพิ่มจำนวนผู้ใช้ยาเสพติดให้มากขึ้นเพื่อสร้างผลกำไรด้วยการชักชวนให้ผู้อื่นแพร่กระจายการใช้ยาเสพติดจนเกิดการติดยาเสพติด กรณีดังกล่าวย่อมเป็นอันตรายต่อระบบเศรษฐกิจของชาติและความเป็นอยู่ของประชาชนและถือว่าเป็นเรื่องที่น่ากังวลใจ เนื่องจากนำไปสู่การเสื่อมถอยของประชากรวัยทำงานของประเทศ

นอกจากนี้ การแพร่กระจายของยาเสพติดยังสร้างความอ่อนแอให้แก่จิตวิญญาณและสุขภาพที่ดีร่วมกันของประชาชน (people's collective spirit and health) ดังนั้น ประเทศจะไม่สามารถมีอาวุธที่เพียงพอได้หากประชากรในประเทศมีสุขภาพที่ทรุดโทรม ขณะเดียวกันยาเสพติดก็ทำให้เป็นอันตรายต่อเฉพาะปัจเจกบุคคลหรือครอบครัวเพียงส่วนน้อยเท่านั้น หากแต่ยังถือเป็นความเลวร้ายที่ยิ่งใหญ่ (a great evil) ต่อสังคมและประเทศชาติที่จะต้องถูกแก้ไขด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการบังคับใช้ที่รุนแรงด้วยเหตุนี้ เพื่อเป็นการลดจำนวนของยาเสพติด จึงจำเป็นที่จะต้องอาศัยการดำเนินการตั้งแต่เริ่มต้น ด้วยการแก้ไขที่ต้นตอของปัญหาดังกล่าวอย่างเร่งด่วน กล่าวคือ ถ้าตัดต้นไม้โดยปราศจากการถอนรากถอนโคนแล้วไซ้ต้นไม้ต้นนั้นก็กลับมาเติบโตได้อีก หรือหากพยายามหยุดยั้งกระแสน้ำโดยไม่กำจัดต้นตอของน้ำฉันทันที มันก็ยังคงจะเกิดน้ำท่วมขึ้นฉันทันที (If one falls a tree without removing it at the root, it will certainly grow back; if one seeks to stem a tide without eliminating the source of the flood, it will certainly flood again) ดังนั้น เมื่อต้นตอของปัญหาได้ถูกจัดการลงแล้ว ส่วนที่เหลือก็ย่อมที่จะเสื่อมสลายลงไปเอง

เพื่อเป็นการตอบโต้การแพร่กระจายที่รุนแรงของยาเสพติดจากการค้าขายข้ามชาติ (cross national sales) จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมและประกาศใช้รัฐบัญญัติปราบปรามยาเสพติด เมื่อวันที่ ๒๗ กรกฎาคม ๒๕๓๕ และรัฐบัญญัติควบคุมยาเสพติด เมื่อวันที่ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๔๑ โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวคือ การห้ามนำเข้ายาเสพติดจากต่างประเทศ การติดตามการเคลื่อนย้ายของยาเสพติด และการป้องกัน รวมถึงลงโทษอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด หรืออีกนัยหนึ่ง รัฐบัญญัติทั้งสองฉบับถูกตราขึ้นเพื่อกำจัดยาเสพติด และป้องกันอันตรายจากยาเสพติด เพื่อปกป้องสุขภาพทางกายและจิตใจของประชาชนในประเทศ รวมถึงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคมและป้องกันภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติ นอกจากนี้ เพื่อเป็นการขจัดภัยคุกคามจากยาเสพติด กรณีจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตัดทอนการผลิตด้วยการสกัดกันแหล่งที่มาของยาเสพติด ทั้งนี้ การผลิต การขนส่ง และการจำหน่ายยาเสพติด ถือว่าเป็นต้นตอของการแพร่ระบาด ซึ่งการบังคับใช้แนวทางที่ไม่เด็ดขาดและแน่นอน ย่อมส่งผลให้จำนวนผู้ติดยาเสพติดมีมากขึ้นเรื่อย ๆ การแพร่ระบาดของยาเสพติดจึงมิได้เป็นอันตรายแต่เฉพาะผลประโยชน์ในด้านความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนส่วนมากเท่านั้น หากแต่ยังส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของสังคมและประเทศชาติด้วย

การประณามและการลงโทษที่รุนแรงสำหรับการกระทำผิดเฉพาะ (ในรัฐบัญญัติทั้งสองฉบับนี้) อยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาแนวปฏิบัติที่เหมาะสม อีกทั้งการประเมินทางกฎหมายในกรณีนี้ก็แตกต่างไปจากกรณีของการฆาตกรรม (homicide) ซึ่งเป็นการละเมิดผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ยิ่งไปกว่านั้น นอกจากจะมีประเด็นเรื่องความไร้กฎหมายในระดับที่สูงแล้ว (a high degree of lawlessness) ก็กิจกรรมที่

เป็นการผลิต การขนส่ง และการจำหน่ายยาเสพติด ยังเป็นกิจกรรมที่สร้างผลกำไรอย่างมหาศาล นั่นจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะดึงดูดให้คนจำนวนมากยอมเข้าร่วมแม้จะมีความเสี่ยงก็ตาม ดังนั้น การจำกัดกิจกรรมดังกล่าวโดยอาศัยแต่เฉพาะบทลงโทษที่เป็นการจำคุกในระยะยาว (long-term imprisonment) นอกจากจะไม่มีประสิทธิภาพแล้ว ยังเป็นการลงโทษที่ไม่เป็นธรรม (unfair) และไม่ยุติธรรม (unjust) ด้วย ขณะที่บทบัญญัติมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง ของรัฐบัญญัติปราบปรามยาเสพติดที่บัญญัติให้ “ผู้ใด ผู้ใดจำหน่าย ขนส่ง หรือผลิตยาเสพติด ผิ่น (opium) หรือกัญชา (marijuana) ต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต” และมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ของรัฐบัญญัติควบคุมยาเสพติดที่บัญญัติให้ “ผู้ใด ผลิต ขนส่ง หรือจำหน่าย ยาเสพติด ประเภท ๑ ต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต และสำหรับผู้ที่ถูกตัดสินโทษจำคุกตลอดชีวิต อาจถูกตัดสินโทษปรับไม่เกิน ๑๐,๐๐๐,๐๐๐ ดอลลาร์ไต้หวัน (TWD) ด้วย” ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับโทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตดังกล่าว ถูกตราขึ้นโดยวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมยาเสพติดอย่างเข้มงวดตามกฎหมายเฉพาะ และเป็นไปเพื่อความจำเป็นในการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของชาติและความสงบเรียบร้อยของสังคม รวมถึงสนับสนุนผลประโยชน์ของสาธารณะ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๑๕ และมาตรา ๒๓ ของรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ คำร้องยังได้โต้แย้งการตีความบทบัญญัติมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง ของรัฐบัญญัติปราบปรามยาเสพติดเกี่ยวกับความผิดในทางอาญาฐานครอบครองยาเสพติดเพื่อจำหน่าย และบทบัญญัติมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง ของรัฐบัญญัติควบคุมยาเสพติดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตีความคำว่า “จำหน่าย” (sale) ของศาลยุติธรรมด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีของรัฐบัญญัติปราบปรามยาเสพติด มาตรา ๗ วรรคหนึ่งนั้น มิได้รวมอยู่ในข้อเท็จจริงของคำร้อง ดังที่ปรากฏในสำเนาเอกสารต้นฉบับคำร้อง และเนื่องจากไม่ได้รวมอยู่ในคำร้อง กรณีจึงไม่เข้าข่ายที่ศาลรัฐธรรมนูญจะนำมาพิจารณาวินิจฉัยได้ นอกจากนี้ ผู้ร้องมีได้อธิบายว่าบทบัญญัติพิพาทนั้นเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่จะต้องได้รับการวินิจฉัยแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงมิใช่ข้อที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาวินิจฉัย ขณะที่ประเด็นเกี่ยวกับการตีความคำว่า “จำหน่าย” ตามรัฐบัญญัติควบคุมยาเสพติดนั้น ก็ถือว่าเป็นประเด็นที่ศาลยุติธรรมจะต้องตีความ ดังนั้น ประเด็นทั้งสองดังกล่าวจึงไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเนื่องจากการโต้แย้งดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี ตามนัยของคำวินิจฉัย เลขที่ ๓๗๑ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้ยกคำร้องในส่วนนี้

-----

## Interpretation

No.476 【Capital Punishment in Drug Control Laws Case】

### Date

1999/01/29

### Issue

Are the provisions in the drug control laws that sanction capital punishment or life imprisonment unconstitutional?

### Holding

The right to liberty and security of person and the right to life should be guaranteed, as expressed by Articles 8 and 15 of the Constitution. However, fulfilling the state's penal powers requires special/exceptional criminal laws, which are enacted to punish certain offenses in specific fields. They should not be considered a violation of the principle of proportionality as long as they meet the requirements of Article 23 of the Constitution, i.e., the legitimacy of the objectives, the necessity of the measures, and the proportionality of the restrictions (or proportionality *stricto sensu*). Such exceptional criminal laws, which cannot be equated to ordinary criminal laws, should not be deemed unconstitutional merely on the basis of the right to liberty and security of person and the right to life. 1

The Narcotics Elimination Act, revised and promulgated on July 27, 1992, and the Drug Control Act, revised and promulgated on May 20, 1998, were legislated with the purposes to eliminate narcotics and to control the harm of drugs, thereby protecting the physical and mental health of our nationals, maintaining social order and preventing threats to our national security. To eradicate the scourge of drugs, it is of the utmost importance to cut off their supply; their sources must be intercepted to root out the plague. And the source of the plague is the manufacture, transport and sale of drugs. If these cannot be eliminated, the harm of drugs will spread widely, endangering not only the lives and well-being of a great number of people but also the legal interests of society and the entire nation. This harm far outweighs the legal interests of an individual's life and personal freedoms. It is therefore in keeping with the principle of proportionality to enact exceptional laws that strictly punish such misconduct, which is highly lawless in nature. In addition, the activities of manufacturing, transporting and selling drugs generate 2

lucrative profits, which inevitably attract many people who are willing to run that risk. To deter these activities merely with a sanction of long-term imprisonment will not only be ineffective but also unfair and unjust. Article 5, Paragraph 1 of the Narcotics Elimination Act provides that “anyone who sells, transports or manufactures narcotics, opium or marijuana shall be sentenced to death or life imprisonment.” Article 4, Paragraph 1 of the Drug Control Act provides that “anyone who manufactures, transports or sells first-grade drugs should be sentenced to death or life imprisonment. A fine of no more than TWD 10,000,000 may be imposed on those sentenced to life imprisonment.” The legal provisions of capital punishment and life imprisonment were enacted for the purpose of strictly controlling drugs under the exceptional laws and are necessary to maintain national security and social order and promote the public interest. They do not violate Article 23 of the Constitution; nor are they inconsistent with Article 15 of the Constitution.

---

### Reasoning

---

While Articles 8 and 15 of the Constitution protect the right to liberty and security of person and the right to life, in order to fulfill the state’s penal powers, the Legislature may, for certain purposes, enact exceptional criminal laws to punish certain offenses for specific matters. These laws are distinct from ordinary criminal laws in terms of the offenses that they seek to punish. To the extent that the legislative purposes of such exceptional laws do not depart from the expectations of our nationals and are in keeping with their notions of justice in light of the nation’s historical origin, cultural background and social reality, they should be not considered illegitimate. The actions taken to facilitate such goals—the necessary restrictions imposed on people’s fundamental rights—are justified, as they are critical to rectifying extraordinary wrongs. They should therefore be deemed consistent with the principle of proportionality under Article 23 of the Constitution. These exceptional laws, which have taken into consideration the balance between the means and ends in assessing specific crimes and determining their punishments, are distinctive, from ordinary criminal laws and the punishments under them. The value system reflected in these exceptional laws should not be negated merely by the value judgment of individuals; they should not be deemed unconstitutional on the basis of the right to liberty and security of person and the right to life. 1

Since the end of the Qing Dynasty and the founding of the Republic of China, narcotics have done profound damage to our nation for a period of 2

more than a hundred years. Those who once use narcotics become addicted and frail for the rest of their lives. Countless are the cases in which people, due to addiction, lose jobs and families and unscrupulously commit other crimes. Those who manufacture, transport or sell drugs are driven by the singular goal of increasing drug use to generate profits. They entice others to spread drug use and induce addiction. The harm to our national economy and the people's livelihood is appalling, as it leads to the decadence of our productive population. The spread of drugs weakens our people's collective spirit and health; our country cannot be well-armed with a debilitated population. This is not only harm to a few individuals and families, but a great evil for society and the nation, which must be addressed by severe laws and enforcement. To eradicate drugs requires taking action at an early stage, with the urgent task of addressing the very origin of the problem. If one fells a tree without removing it at the root, it will certainly grow back; if one seeks to stem a tide without eliminating the source of the flood, it will certainly flood again. Once the source of the problem is removed, the rest will dissipate.

In response to the disastrous spread of narcotics through rampant cross-national sales, the Narcotics Elimination Act was revised and promulgated on July 27, 1992, and the Drug Control Act was revised and promulgated on May 20, 1998. The purposes of these Acts are to prohibit narcotics from being imported from other countries, track their flows, and to prevent and punish crimes involving narcotics. In other words, these Acts were enacted to eliminate narcotics and prevent the harm of drugs, thereby protecting the physical and mental health of our nationals, maintain social order and prevent threats to our national security. To eradicate the scourge of drugs, it is of the utmost importance to cut off its supply; by intercepting their sources, the flow can be blocked and the problem eradicated. The manufacture, transport and sale of drugs are the source of the epidemic. An indecisive and wavering approach would only lead to an ever-growing population of drug addicts. The spread of drugs would harm not only the legal interests of a large number of people in their physical well-being, but also the legal interests of society and the entire nation. One need not look far in our history for this lesson. Serious condemnation of and severe punishment for this specific misconduct [in these Acts] is properly based on practical considerations. Such a legal assessment is different from that of homicide, which infringes on individual legal interests. Moreover, in addition to comprising a high degree of lawlessness, the activities of manufacturing, transporting and selling drugs generate lucrative profits, which inevitably attract many people who are willing to run the risk. To deter these activities merely with

a sanction of long-term imprisonment will not only be ineffective but also unfair and unjust. Article 5, Paragraph 1 of the Narcotics Elimination Act provides that "anyone who sells, transports or manufactures narcotics, opium or marijuana, shall be sentenced to death or life imprisonment." Article 4, Paragraph 1 of the Drug Control Act provides that "anyone who manufactures, transports or sells first-grade drugs should be sentenced to death or life imprisonment. A fine of no more than TWD 10,000,000 may be imposed on those sentenced to life imprisonment." These legal provisions of capital punishment and life imprisonment were enacted for the purpose of strictly controlling drugs under these special laws and are necessary to maintain national security and social order and promote the public interest. They do not violate Article 23 of the Constitution; nor are they inconsistent with Article 15 of the Constitution.

The petition also challenged the judicial interpretation (by ordinary courts) of Article 7, Paragraph 1 of the Narcotics Elimination Act on the criminal offense of possessing narcotics with intent to sell and Article 5, Paragraph 1 of the Drug Control Act on how to interpret the term "sale." The former was not included in the facts of the indictment, as demonstrated by the original copy of the indictment on file. As it was not included in the indictment, it did not fall within the scope of the trial. In addition, the petitioner failed to explain how the legal provision in question was a legal question that should be decided at trial, and therefore it should not be subject matter for this Court's interpretation. As to the latter question of how to understand the term "sale," it is a matter for ordinary courts to interpret. Neither of these issues involves the question of whether the law is in contradiction with the Constitution. As these challenges do not accord with the holding of J.Y. Interpretation No. 371, they are therefore dismissed, as noted in the present interpretation. 4

---

\* Translation by Li-Chih LIN

\*\*Also available in *Leading Cases of the Taiwan Constitutional Court, Vol. II (2019)*.

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของสภาขุนนางแห่งสหราชอาณาจักร

คำพิพากษา เลขที่ SC/1-7/2002

คดีระหว่าง A. and others v. Secretary of State for the Home Department

ลงวันที่ ๓๐ กรกฎาคม ๒๕๕๕ (ค.ศ. ๒๐๐๒)

กรณีการคุ้มครองขังชาวต่างชาติที่ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายสากลตามกฎหมายต่อต้านการก่อการร้าย อาชญากรรม และความมั่นคง ขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ\*

นายนิติกร จิรจิตติกาลกิจ

ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

## ๑. บทสรุปแห่งคดี

ในคดีนี้ คณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการอุทธรณ์การตรวจคนเข้าเมือง (the Special Immigration Appeals Commission - SIAC) ของสภาขุนนางแห่งสหราชอาณาจักร<sup>๒</sup> ได้วินิจฉัยให้พระราชบัญญัติการต่อต้านการก่อการร้าย อาชญากรรม และความมั่นคง ค.ศ. ๒๐๐๑ (The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001) ซึ่งกำหนดให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (Secretary of State for the Home Department) สามารถสั่งคุมขังชาวต่างชาติที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้ายสากล (international terrorists) ได้อย่างไม่มีกำหนดและไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาคดีขัดต่อพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. ๑๙๙๘ (the Human Rights Act 1998 - HRA) และวินิจฉัยให้การคุมขังชาวต่างชาติ จำนวน ๙ คน (A. and others)

\* สามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่: <https://codices.coe.int/codices/results/precis/3582389C-C583-4CBD-2F5A-08DC225DC81B>

<sup>๒</sup> ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๒๐๐๕ (Constitutional Reform Act 2005) ให้มีการจัดตั้ง “ศาลฎีกาแห่งสหราชอาณาจักร” (The UK Supreme Court) องค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคำร้องอุทธรณ์ของศาลล่าง คือ รัฐสภา ซึ่งประกอบด้วย สภาสามัญ (House of Commons) และสภาขุนนาง (House of Lords) ต่อมาในปี ค.ศ. 1876 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเขตอำนาจศาลในการพิจารณาอุทธรณ์ (the Appellate Jurisdiction Act 1876) ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ให้การยื่นอุทธรณ์โดยศาลล่างจะต้องยื่นต่อ “คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของสภาขุนนาง” (Appellate Committee of the House of Lords) รวมถึงกำหนดให้มีการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนางที่มีคุณสมบัติเป็นผู้เชี่ยวชาญหรือเป็นผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายให้ทำหน้าที่เป็น “กรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์” (Lords of Appeal in Ordinary) หรือ Law Lords อย่างไรก็ตาม สมาชิกสภาขุนนางที่ได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่เป็น Law Lords ยังคงมีสิทธิที่จะออกเสียงลงมติต่อร่างกฎหมายที่เข้าสู่การพิจารณาของสภาขุนนางได้ แต่ในทางปฏิบัติกลับไม่ปรากฏว่ามี Law Lords ท่านใดกระทำเช่นนั้น

ต่อมาด้วยอิทธิพลของหลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers) ได้มีกระแสแนวความคิดเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระ ซึ่งการจัดตั้งศาลฎีกาเป็นองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่แยกออกจากสภาขุนนางนั้น เป็นการแสดงให้เห็นถึงการแบ่งแยกอำนาจที่ชัดเจน และแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาขุนนางที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษา (Law Lords) กับสมาชิกสภาขุนนางที่ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการนิติบัญญัติ นอกจากนี้ การจัดตั้งศาลฎีกายังเป็นการป้องกันการลุแก่อำนาจ (Abuse of power) ของสมาชิกสภาขุนนาง และแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาและองค์กรตุลาการตามระบบการตรวจสอบและถ่วงดุล (The System of Checks and Balances)

ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 (Constitutional Reform Act 2005) โดยบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลฎีกาขึ้นตามบทบัญญัติในหมวด ๓ ซึ่งมาตรา ๒๓ ได้บัญญัติให้ “ศาลฎีกาแห่งสหราชอาณาจักร” ประกอบด้วย ผู้พิพากษา จำนวน ๑๒ คน ซึ่งได้รับการโปรดเกล้าแต่งตั้งจากสมเด็จพระราชินี และได้เริ่มปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการ หรืออีกนัยหนึ่งคือ การย้ายไปยังอาคารที่ทำการถาวรแห่งใหม่ (the former Middlesex Guildhall) ซึ่งแยกตัวเป็นเอกเทศจากอาคารรัฐสภา เมื่อวันที่ ๑ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๐๙. โปรดดู UKSC. 2017. Appellate Committee of the House of Lords, accessed 9 October 2024 <<https://www.supremecourt.uk/about/appellate-committee.html>>.

ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจโดยเลือกปฏิบัติ (discriminatory) และขัดต่อข้อบทที่ ๑๔ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR)

อย่างไรก็ดี รัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักร (the UK Government) ชี้แจงว่า เนื่องจากมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงเป็นเงื่อนไขให้รัฐภาคีมีสิทธิที่จะพักใช้ (derogate) พันธกรณีตามข้อบทที่ ๕ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุมขังผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้ายสากลที่อาจสร้างภัยคุกคามต่อความปลอดภัยของชาติได้ ขณะที่พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (HRA) ก็กำหนดให้การตีความพระราชบัญญัติการต่อต้านการก่อการร้ายฯ ดังกล่าวจะต้องกระทำโดยเคร่งครัด

## ๒. สรุปข้อเท็จจริง

พระราชบัญญัติการต่อต้านการก่อการร้าย อาชญากรรม และความมั่นคง ค.ศ. ๒๐๐๑ ถูกนำมาใช้บังคับภายหลังจากที่เกิดเหตุการณ์ก่อการร้ายที่สหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ ๑๑ กันยายน ๒๕๔๔ (ค.ศ. ๒๐๐๑) โดยกฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (the Secretary of State for the Home Department) สามารถให้การรับรองว่าบุคคลเป็นผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้ายสากลและสามารถสั่งคุมขังบุคคลดังกล่าวได้โดยไม่ต้องมีการพิจารณาคดีโดยอาศัยอำนาจในการตรวจคนเข้าเมือง กรณีดังกล่าวส่งผลให้มีแต่เฉพาะบุคคลที่มีได้มีสัญชาติอังกฤษ (non - British nationals) เท่านั้น ที่สามารถถูกคุมขังตามกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมือง (immigration legislation)

อย่างไรก็ดี เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหานั้นเกิดจากคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (the European Court of Human Rights) ในคำพิพากษา เลขที่ ๒๒๔๑๔/๙๓ (ระหว่าง Chahal v. the United Kingdom) ที่วางหลักเอาไว้ว่า การคุมขังโดยอาศัยอำนาจในการตรวจคนเข้าเมืองจะชอบด้วยกฎหมาย ตามข้อบทที่ ๕.๑.f ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นต้องเป็นเหตุแห่งการเนรเทศ (deportation) และรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรสามารถพักใช้ (derogate) พันธกรณีตามข้อบทที่ ๕ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ นอกจากนี้ เงื่อนไขในการพักใช้พันธกรณีของรัฐบาลยังเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในหนังสือกลาง (a note verbale)<sup>๓</sup> ที่ทางรัฐบาลส่งถึงสภายุโรป (the Council of Europe) ขณะที่ตามพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนนั้น ถือเป็นความจำเป็นที่รัฐมนตรีจะต้องออกคำสั่งเพื่อให้มีการพักใช้พันธกรณีด้วย ซึ่งเป็นการดำเนินการตามเงื่อนไขเดียวกันกับที่ระบุไว้ในหนังสือกลาง

ด้านพระราชบัญญัติการต่อต้านการก่อการร้ายฯ ได้กำหนดให้ การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของพระราชบัญญัติหรือการโต้แย้งการคุมขังตามกฎหมายดังกล่าว จะต้องยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการอุทธรณ์การตรวจคนเข้าเมือง (the Special Immigration Appeals Commission - SIAC)<sup>๔</sup> ของสภา

<sup>๓</sup> หนังสือกลาง (Note Verbale) เป็นหนังสือที่ออกจากส่วนราชการโดยประทับตราชื่อส่วนราชการนั้น ๆ หนังสือประเภทนี้ จะใช้ในการติดต่อระหว่างส่วนราชการไทยกับส่วนราชการต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ โดยเขียนจากหน่วยงานถึงหน่วยงานหรืออาจเป็นตำแหน่งถึงตำแหน่ง เช่น หนังสือสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาไทยถึงสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาต่างประเทศ หรือหนังสือจากประธานวุฒิสภาไทยถึงประธานวุฒิสภาประเทศอื่น และมีหลักว่ามีหนังสือมาแบบไหนก็ให้ตอบไปเป็นหนังสือแบบเดียวกัน. โปรดดู สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, ๒๕๕๗. รูปแบบและตัวอย่างหนังสือราชการภาษาอังกฤษ และชื่อตำแหน่งบุคลากรในวงงานรัฐสภา. หน้า ๒.

<sup>๔</sup> พระราชบัญญัติคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการอุทธรณ์การตรวจคนเข้าเมือง ค.ศ. ๑๙๙๗ (Special Immigration Appeals Commission Act 1997) มาตรา ๑ กำหนดให้ มีคณะกรรมการชื่อว่า คณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการอุทธรณ์การตรวจคนเข้าเมือง โดยมีอำนาจ

ขุนนางแห่งสหราชอาณาจักร และมีใช่เป็นการยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรม ทั้งนี้ คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจในการได้รับและพิจารณา “เอกสารปิดผนึก” (closed material) (เช่น หลักฐานที่ไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ รวมถึงผู้ยื่นอุทธรณ์หรือผู้แทนตามกฎหมาย)

ต่อมา ผู้ยื่นอุทธรณ์ (appellants) จำนวน ๙ คน ได้ยื่นคำร้องโต้แย้งการที่พวกตนถูกคุมขัง โดยเห็นว่า พระราชบัญญัติการต่อต้านการก่อการร้ายฯ ชัดหรือแย้งต่อข้อบทที่ ๕ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เนื่องจากกรณีไม่ปรากฏว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะที่เป็นภัยต่อความปลอดภัยของสหราชอาณาจักร (public emergency threatening the life of the UK) และไม่ปรากฏว่ามีการลงนามอื่นใดในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อนุญาตให้มีการพักใช้พันธกรณีเนื่องจากเกิดเหตุการณ์การก่อการร้าย รวมถึงแม้ว่าจะเกิดเหตุการณ์ใด ๆ ที่ถือว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินก็ตาม แต่มาตรการที่ใช้บังคับก็จะต้องไม่เกินความจำเป็นกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ ผู้ยื่นอุทธรณ์ยังโต้แย้งว่า การพักใช้พันธกรณีของรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรถูกจำกัดตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในหนังสือกลาง (the note verbale) ซึ่งสามารถที่จะพักใช้พันธกรณีได้เฉพาะข้อบทที่ ๕ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเท่านั้น ดังนั้น พระราชบัญญัติการต่อต้านการก่อการร้ายฯ จึงขัดหรือแย้งกับข้อบทที่ ๓ ข้อบทที่ ๖ และข้อบทที่ ๑๔ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

### ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

#### ๓.๑ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

##### ข้อบทที่ ๓ การห้ามการทรมาน

บุคคลใดจะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่ไร้มนุษยธรรมหรือลดทอนความเป็นมนุษย์มิได้

##### ข้อบทที่ ๕ สิทธิในการเสรีภาพและความมั่นคง

๑. บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในเสรีภาพและความมั่นคง ไม่มีผู้ใดจะถูกลดทอนเสรีภาพดังกล่าว เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้ และเป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

##### a. การคุมขังตามกฎหมายหลังจากการพิพากษาของศาล

ฯลฯ

f. การจับกุมหรือคุมขังบุคคลตามกฎหมาย เพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นเข้าประเทศโดยผิดกฎหมาย หรือเพื่อป้องกันบุคคลที่ดำเนินการเพื่อการเนรเทศหรือส่งผู้ร้ายข้ามแดน

##### ข้อบทที่ ๖ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม

ในการพิจารณาสิทธิพลเมืองและหน้าที่หรือข้อกล่าวหาในอาญาใด ๆ ที่มีต่อบุคคล ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมและเปิดเผยภายในระยะเวลาที่เหมาะสม โดยศาลที่เป็นอิสระ เป็นกลาง และจัด

---

หน้าที่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ขณะที่ ส่วนขยายที่ ๑ (SCHEDULE 1) มาตรา ๑ กำหนดให้ คณะกรรมการ ประกอบด้วย สมาชิกซึ่งแต่งตั้งโดยประธานที่ประชุมสภาขุนนาง หรือ ลอร์ดชานเซลเลอร์ (Lord Chancellor) ตามจำนวนที่เห็นสมควร โดยมีวาระการดำรงตำแหน่งตามวาระของบุคคลที่ได้รับแต่งตั้ง และอาจได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งได้อีก โปรดดู Special Immigration Appeals Commission Act 1997. < <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/68/schedule/1> >

ตั้งขึ้นตามกฎหมาย คำตัดสินจะต้องเผยแพร่ต่อสาธารณะ แต่สื่อมวลชนและสาธารณะอาจถูกห้ามมิให้เข้าฟัง การพิจารณาคดีไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน เพื่อประโยชน์ทางศีลธรรม ความสงบเรียบร้อย หรือความมั่นคง ของชาติในสังคมประชาธิปไตย ที่ซึ่งผลประโยชน์ของเยาวชนหรือการคุ้มครองชีวิตส่วนตัวของคู่กรณี หรือใน ขอบเขตที่จำเป็นอย่างเคร่งครัดตามความเห็นของศาลในสถานการณ์พิเศษที่การเผยแพร่ต่อสาธารณะอาจส่ง กระทบต่อผลประโยชน์ของความยุติธรรม

ฯลฯ

#### ข้อบทที่ ๑๔ การห้ามการเลือกปฏิบัติ

การใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ย่อมได้รับการปกป้องโดยปราศจากการเลือก ปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ชาติหรือสังคมกำเนิด กลุ่มชาติพันธุ์ ทรัพย์สิน สถานะในการเกิดหรืออื่น ๆ

#### ข้อบทที่ ๑๕ การพักใช้พันธกรณีในช่วงที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน

๑. ในช่วงเวลาที่มีสงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นที่เป็นภัยคุกคามต่อความอยู่รอดของ ชาติ รัฐอัครภาคีอาจบังคับใช้มาตรการใด ๆ ที่เป็นการพักใช้พันธกรณีตามอนุสัญญานี้ ตามขอบเขตที่จำเป็น ของสถานการณ์อย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับพันธกรณีอื่น ๆ ตามกฎหมาย ระหว่างประเทศ

๒. มิให้พักใช้พันธกรณีตามข้อบทที่ ๒ เว้นแต่เกี่ยวข้องกับ การเสียชีวิตอันเป็นผลมาจากการกระทำใน สงครามโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือตามข้อบทที่ ๓ ข้อบทที่ ๔ (วรรคหนึ่ง) และข้อบทที่ ๗

๓. รัฐอัครภาคีที่ใช้สิทธิพักใช้พันธกรณี จะต้องแจ้งให้เลขาธิการสภายุโรปทราบอย่างครบถ้วนเกี่ยวกับ มาตรการที่ใช้บังคับพร้อมด้วยเหตุผล นอกจากนี้ ยังต้องแจ้งให้ทราบด้วยว่า มาตรการดังกล่าวจะหยุดใช้บังคับ และบทบัญญัติของอนุสัญญาจะถูกนำกลับมาใช้บังคับอย่างเต็มรูปแบบอีกครั้งเมื่อใด<sup>๕</sup>

<sup>๕</sup> The European Convention on Human Rights

Article 3 Prohibition of torture

No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

Article 5 Right to Liberty and Security

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

a. the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

...

f. the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

...

Article 6 Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

...

Article 14 Prohibition of discrimination

๓.๒ พระราชบัญญัติการต่อต้านการก่อการร้าย อาชญากรรม และความมั่นคง ค.ศ. ๒๐๐๑  
มาตรา ๒๑ ผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้ายสากล : การรับรอง

(๑) รัฐมนตรีการออกคำรับรองตามมาตรานี้ให้แก่บุคคล ในกรณีที่รัฐมนตรี

(a) มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่า การปรากฏตัวของบุคคลนั้นในสหราชอาณาจักร ถือเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งชาติ และ

(b) มีข้อสงสัยว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ก่อการร้าย

(๒) ความตามวรรคหนึ่ง (b) คำว่า “ผู้ก่อการร้าย” หมายถึง บุคคลผู้ซึ่ง

(a) มีหรือเคยมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำ การเตรียมการ หรือการยุยงให้มีการก่อการร้ายข้ามสากล

(b) เป็นสมาชิกของกลุ่มก่อการร้ายสากล หรือ

(c) มีเครือข่ายกับกลุ่มก่อการร้ายสากล

ฯลฯ

(๖) ในกรณีที่รัฐมนตรีได้ออกคำรับรองตามวรรคหนึ่ง (๑) รัฐมนตรีจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้โดยเร็วที่สุด

(a) ดำเนินการตามขั้นตอนที่สมควรเพื่อแจ้งให้บุคคลที่ได้รับการรับรองทราบ และ

(b) ส่งสำเนาคำรับรองดังกล่าวไปยังคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการอุทธรณ์การตรวจคนเข้าเมือง

(๗) รัฐมนตรีอาจเพิกถอนคำรับรองที่ได้ออกตามวรรคหนึ่ง (๑) ได้

(๘) คำตัดสินของรัฐมนตรีเกี่ยวกับการออกคำรับรองตามมาตรา นี้ อาจถูกโต้แย้งได้ตามกฎหมายเฉพาะที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๕ หรือมาตรา ๒๖

ฯลฯ

มาตรา ๒๓ การคุมขัง

(๑) ผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้ายสากล อาจถูกคุมขังตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในวรรคสอง แม้ว่าในความเป็นจริงแล้ว การถูกขังออกหรือการเดินทางออกจากสหราชอาณาจักรของผู้นั้นจะถูกสั่งห้ามไว้ (ไม่ว่าจะโดยชั่วคราวหรือถาวร) โดย

(a) ประเด็นทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องทั้งหมดหรือบางส่วนกับข้อตกลงระหว่างประเทศ หรือ

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

Article 15 Derogation in time of emergency

1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.

2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.

3 Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.

(ที่มา: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\_eng)

(b) การพิจารณาเชิงปฏิบัติ

(๒) บทบัญญัติที่ระบุไว้ตามวรรคหนึ่ง ได้แก่

(a) วรรคสิบหก ของส่วนขยายที่ ๒ ของพระราชบัญญัติตรวจคนเข้าเมือง ค.ศ. ๑๙๗๑ (การคุมขังบุคคลที่ต้องถูกสอบสวนหรือให้ออกจากประเทศ)

(b) วรรคสอง ของส่วนขยายที่ ๓ ของพระราชบัญญัติดังกล่าว (การคุมขังในระหว่างรอการเนรเทศ)

มาตรา ๒๕ การอุทธรณ์

(๑) ผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้ายสากล อาจยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการอุทธรณ์การตรวจคนเข้าเมือง เพื่อโต้แย้งคำรับรองตามมาตรา ๒๑

(๒) ในการยื่นอุทธรณ์ดังกล่าว คณะกรรมการอาจเพิกถอนการรับรอง หาก

(a) เห็นว่า ไม่มีเหตุอันควรที่จะเชื่อหรือสงสัย ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๑ (๑) (a) หรือ (b) หรือ

(b) เห็นว่า มีเหตุผลอื่นที่ไม่ควรออกคำรับรองดังกล่าว

ฯลฯ<sup>๖</sup>

<sup>๖</sup> Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001

Section 21 Suspected international terrorist: certification

(1) The Secretary of State may issue a certificate under this section in respect of a person if the Secretary of State reasonably—

(a) believes that the person's presence in the United Kingdom is a risk to national security, and

(b) suspects that the person is a terrorist.

(2) In subsection (1)(b) "terrorist" means a person who—

(a) is or has been concerned in the commission, preparation or instigation of acts of international terrorism,

(b) is a member of or belongs to an international terrorist group, or

(c) has links with an international terrorist group.

Section 23 Detention

(1) A suspected international terrorist may be detained under a provision specified in subsection (2) despite the fact that his removal or departure from the United Kingdom is prevented (whether temporarily or indefinitely) by—

(a) a point of law which wholly or partly relates to an international agreement, or

(b) a practical consideration.

(2) The provisions mentioned in subsection (1) are—

(a) paragraph 16 of Schedule 2 to the Immigration Act 1971 (c. 77) (detention of persons liable to examination or removal), and

(b) paragraph 2 of Schedule 3 to that Act (detention pending deportation).

...

(6) Where the Secretary of State issues a certificate under subsection (1) he shall as soon as is reasonably practicable—

(a) take reasonable steps to notify the person certified, and

(b) send a copy of the certificate to the Special Immigration Appeals Commission.

(7) The Secretary of State may revoke a certificate issued under subsection (1).

(8) A decision of the Secretary of State in connection with certification under this section may be questioned in legal proceedings only under section 25 or 26.

...

(ที่มา: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/part/4/enacted>)

#### ๔. คำพิพากษาของสภาขุนนาง

คณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการอุทธรณ์การตรวจคนเข้าเมือง (SIAC) ของสภาขุนนางแห่งสหราชอาณาจักร พิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำของรัฐบาลชอบแล้ว เนื่องจากมีสถานการณ์ฉุกเฉินที่เป็นภัยต่อความอยู่รอดของชาติ ขณะที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป พิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นสถานการณ์วิกฤตหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน (an exceptional situation of crises or emergency) ที่ส่งผลกระทบต่อประชากรโดยรวมและก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อการดำรงชีวิตของชุมชนอันประกอบสร้างขึ้นเป็นรัฐ ซึ่งภายหลังจากเหตุการณ์วันที่ ๑๑ กันยายน ภัยคุกคามดังกล่าวก็ได้ปรากฏขึ้นในสหราชอาณาจักร ด้วยเหตุนี้ หน่วยงานของรัฐจึงไม่สามารถที่จะรองจนกว่าจะตระหนักรู้ได้ว่าจะมีการโจมตีเกิดขึ้น แล้วค่อยดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงเหตุการณ์ดังกล่าวได้ นอกจากนี้ ความเสี่ยงที่แท้จริง (A real risk) ที่เกิดขึ้นจากการโจมตีแม้ว่าจะมีการบังคับใช้มาตรการเพื่อป้องกันสถานการณ์ ก็ถือว่าเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นแล้วว่ามีความเสี่ยงฉุกเฉินสาธารณะเกิดขึ้นจริง อีกทั้งสหราชอาณาจักรก็ถือเป็นหนึ่งในเป้าหมายที่สำคัญ (a prime target) สำหรับผู้ที่อยู่เบื้องหลังเหตุการณ์ก่อการร้ายเมื่อวันที่ ๑๑ กันยายน รองจากสหรัฐอเมริกา ซึ่งหากเกิดสถานการณ์การถูกโจมตีเกิดขึ้นในสหราชอาณาจักรเช่นเดียวกับที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาแล้ว เหตุการณ์ดังกล่าวก็ย่อมเกิดขึ้นโดยปราศจากคำเตือนล่วงหน้า (warning) และย่อมถือเป็นภัยคุกคามต่อความอยู่รอดของชาติ ดังนั้น คำถามที่ว่ามีการลงนามอื่นใดในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่จะทำให้สหราชอาณาจักรสามารถพักใช้พันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าวได้หรือไม่ จึงไม่ใช่ประเด็นที่เป็นสาระสำคัญ เนื่องจากสหราชอาณาจักรกำลังตกอยู่ภายใต้ภัยคุกคามอันใหญ่หลวงจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ก่อการร้ายเมื่อวันที่ ๑๑ กันยายน มากกว่าชาติอื่น ๆ ในภูมิภาคยุโรป

นอกจากนี้ คณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการอุทธรณ์การตรวจคนเข้าเมือง (SIAC) ก็ไม่พบว่ามีมาตรการที่นำมาใช้บังคับใดที่เกินไปกว่าความจำเป็นของสถานการณ์ อีกทั้งในความเป็นจริงก็ไม่มีมาตรการอื่นที่มีผลเป็นการจำกัดที่น้อยกว่า (less intrusive measures) ที่จะสามารถนำมาใช้บังคับได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น คณะกรรมการพิเศษฯ จึงวินิจฉัยให้ยกข้อโต้แย้งที่ว่า อำนาจในการคุมขังนั้นเกินขอบเขตมากเกินไป เนื่องจากคำจำกัดความของผู้ก่อการร้ายตามพระราชบัญญัติการต่อต้านการก่อการร้ายฯ มีขอบเขตที่กว้าง ขณะที่พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (HRA) ได้กำหนดค่านิยามไว้ค่อนข้างแคบว่าเฉพาะผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับกลุ่มอัลกออิดะห์ (Al-Qaeda) เท่านั้นที่สามารถถูกควบคุมตัวได้

ขณะที่ การดำเนินการทางการทูตตามที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ ๑๕.๓ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและข้อบทที่ ๔.๓ ขอกติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ก็เป็นเพียงแนวทางสำหรับรัฐอัครภาคี (High Contracting Party) เท่านั้น หากใช้เป็นบทบังคับแต่ประการใด นอกจากนี้ ตามพันธกรณีในกฎหมายระหว่างประเทศของสหราชอาณาจักร ไม่ว่าจะตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) หรือตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) การพักใช้พันธกรณีของสหราชอาณาจักรมิได้ถูกจำกัดไว้แต่เฉพาะตามเงื่อนไขที่ปรากฏในหนังสือกลาง (the note verbale) แต่จำกัดอยู่ตามข้อบทที่ ๕ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ตามกฎหมายภายในประเทศอย่างพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (HRA) ก็ได้จำกัดการพักใช้พันธกรณีใด ๆ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำสั่งของรัฐบาล ดังนั้น การพักใช้พันธกรณีตามอนุสัญญา

จึงถูกจำกัดไว้เฉพาะข้อบทที่ ๕ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อีกทั้ง คำร้องอุทธรณ์จะสำเร็จได้ หากผู้ยื่นอุทธรณ์ได้แสดงให้เห็นถึงการละเมิดสิทธิด้านอื่น ๆ ตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ ผู้ยื่นอุทธรณ์ก็ไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการละเมิดข้อบทที่ ๓ และข้อบทที่ ๖ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วย สิทธิมนุษยชนได้

อย่างไรก็ดี คณะกรรมการพิเศษฯ กลับพบว่า มีกรณีที่เป็นกรณีการละเมิดข้อบทที่ ๑๔ ของอนุสัญญาฯ กล่าวคือ พระราชบัญญัติการต่อต้านการก่อการร้ายฯ มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อชาวต่างชาติ โดยแม้ว่าพลเมืองอังกฤษ (British nationals) จะถูกต้องสงสัยว่ามีความเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายสากล ก็ตาม แต่ก็จะไม่ถูกคุมขังตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งการเลือกปฏิบัติเช่นนี้นั้นย่อมไม่ชอบด้วย เหตุผล กล่าวคือ บทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถออกคำสั่งคุมขังผู้ต้องสงสัย ที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายสากล ควรจะต้องมีการขยายขอบเขตของการใช้บังคับให้ครอบคลุมผู้ต้องสงสัย ทุกราย โดยมีพิกัดต้องพิจารณาถึงสัญชาติของบุคคลดังกล่าว

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการพิเศษฯ จึงมีคำสั่งให้อนุญาตอุทธรณ์และพิพากษาว่า บทบัญญัติพิพาทของพระราชบัญญัติการต่อต้านการก่อการร้าย อาชญากรรม และความมั่นคง ค.ศ. ๒๐๐๑ ขัดหรือแย้งต่อข้อบทที่ ๑๔ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

-----

GBR-2002-2-004

a) United Kingdom b) House of Lords c) d) 30/07/2002 e) f) A. and others v. Secretary of State for the Home Department g) SC/1-7/2002

### Headnotes

The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (hereinafter, the "2001 Act") authorising the indefinite detention without trial of foreign nationals who were suspected of being international terrorists was incompatible with the Human Rights Act 1998 (hereinafter, the "HRA"), and the detention of nine foreign nationals under the Act was unlawful, because the powers were discriminatory and breached Article 14 ECHR.

Whilst the United Kingdom government had established that a state of emergency existed and were entitled to derogate from Article 5 ECHR for the purposes of detaining international terrorist suspects who posed a real threat to the safety of the nation, the HRA required a the 2001 Act be given a restrictive interpretation.

### Summary

The 2001 Act was introduced following the terrorist attacks on the United States of America on 11 September 2001. It allowed for the Secretary of State for the Home Department (hereinafter "the Minister") to certify that an individual was a suspected international terrorist and then detain them without trial under immigration powers. Only non-British nationals could be detained this way, because the detention was under immigration legislation. However, in order to overcome the problem caused by the decision of the European Court of Human Rights in no. 22414/93, *Chahal v. the United Kingdom*, that detention under immigration powers was only legitimate pursuant to Article 5.1.f ECHR where action was being taken with a view to deportation, the United Kingdom government derogated from Article 5 ECHR. The terms of the government's derogation were contained in a *note verbale* addressed to the Council of Europe. Under the HRA it was also necessary for the Minister to make an order authorising derogation. This was done in the same terms as the *note verbale* (see Venice Commission *Bulletin* 2001/3, p. 551).

The 2001 Act also specified that any challenge to the legality of the Act or the detentions pursuant to it must take place in the Special Immigration Appeals Commission (hereinafter,

the "SIAC") and not the normal courts. SIAC was entitled to receive and consider "closed material" (i.e. evidence not open to the public, the appellants or their legal representatives).

The nine appellants submitted that their detention and the 2001 Act breached Article 5 ECHR because there existed no public emergency threatening the life of the United Kingdom, that no other signatory to the European Convention on Human Rights had derogated from any obligation in it because of terrorist activities, and that in any event even if there was a public emergency the measures taken were more than were strictly necessary in the circumstances. They further alleged that the United Kingdom government's derogation was limited to the terms of the *note verbale* and thus only derogated from Article 5 ECHR and that the 2001 Act was incompatible with Articles 3, 6 and 14 ECHR.

The SIAC held that the government was justified in finding that there was a public emergency threatening the life of the nation. The European Court of Human Rights had determined that such a state existed where an exceptional situation of crises or emergency affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the state is composed. After 11 September such a threat existed in the United Kingdom. The authorities could not be expected to wait until they were aware of an imminent attack before taking necessary steps to avoid it. A real risk that an attack would take place unless measures were taken to prevent it was enough to demonstrate that a public emergency existed. The United Kingdom was a prime target for those behind the attacks on 11 September, second only to the United States. If a similar attack took place on the United Kingdom it could take place without warning and threaten the life of the nation. The question whether other signatories of the European Convention on Human Rights had derogated from the European Convention on Human Rights was not material: the United Kingdom was under a greater threat from those responsible for the attacks on 11 September than other European nations.

The SIAC did not find the measures taken were more than were strictly necessary. The fact that less intrusive measures might have had the same impact was not determinative. The SIAC rejected the argument that the powers of detention went too far because the definition of terrorist under the 2001 Act was too wide: the HRA required a narrow definition, only those associated with Al-Qaeda could be detained.

The diplomatic communications provided for in Article 15.3 ECHR and Article 4.3 of the International Covenant of Civil and Political Rights were directory not mandatory. According to the United Kingdom international law obligations under the European Convention on Human Rights or the International Covenant of Civil and Political Rights the derogation was not limited to the terms of the *note verbale* and thus only to Article 5 ECHR.

However, in national law the HRA did limit any derogation to the terms of the government's order. Hence, the derogation from the Convention was limited to Article 5 ECHR, and the appellants could succeed if they were able to demonstrate a breach of any of the other rights under the European Convention on Human Rights.

The appellants failed to show any breach of Articles 3 and 6 ECHR. However, the SIAC did find a breach of Article 14 ECHR. The 2001 Act discriminated against foreign nationals. British nationals who were suspected of international terrorism could not be detained under its provisions. Such discrimination was not rational or justifiable: a provision entitling the Minister to detain suspected international terrorists should extend to all suspected international terrorists regardless of nationality.

The SIAC therefore allowed the appellant's appeal and made an order declaring the impugned sections of the 2001 Act incompatible with Article 14 ECHR.

#### Cross-references

European Court of Human Rights: *Chahal v. the United Kingdom*, no. 22414/93, 15.11.1996, (1997) 23 *European Human Rights Reports* 413, *Bulletin* 1996/3 [ECH-1996-3-015].

-----  
(Source: <https://codices.coe.int/codices/results/precis/3582389C-C583-4CBD-2F5A-08DC225DC81B>)

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี  
 คำวินิจฉัยที่ ๒๐๑๔/๑๑๘๕๕ ลงวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๖๐ (ค.ศ. ๒๐๑๗)  
 กรณีการละเมิดสิทธิในการมีชีวิตเนื่องจากการขาดมาตรการความปลอดภัยสาธารณะที่เหมาะสม<sup>๑</sup>

นางสาวเปรมิกา แสนทอง  
 นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ

## ๑. บทสรุปแห่งคดี

หนึ่งในผู้ร้องซึ่งเป็นผู้เยาว์ (minor) และมีความบกพร่องทางสติปัญญา (mentally disabled) ได้รับความเจ็บจากอุบัติเหตุเนื่องจากการขาดมาตรการความปลอดภัยสาธารณะที่เหมาะสม ขณะเดียวกันหน่วยงานของรัฐก็ไม่สามารถที่จะพิสูจน์ได้อย่างชัดเจนว่ามีการบังคับใช้มาตรการที่จำเป็นในขณะเกิดเหตุ ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกีจึงวินิจฉัยว่า กรณีดังกล่าวถือว่าการละเมิดสิทธิในการมีชีวิต (the right to life) ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา ๑๗ ของรัฐธรรมนูญ

## ๒. สรุปข้อเท็จจริง

เกอร์คาร์ กาชาร์ (Gürkan Kaçar) เป็นหนึ่งในผู้ร้องซึ่งมีความบกพร่องทางสติปัญญาและเป็นผู้เยาว์ ในขณะที่เกิดเหตุ โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่า ขณะที่ เกร์คาร์ กาชาร์ ผู้ร้อง กำลังเล่นอยู่บนทางรถไฟซึ่งแยกจากถนนหน้าบ้าน กาชาร์ได้สัมผัสกับสายไฟฟ้าแรงสูง ส่งผลให้ถูกไฟฟ้าช็อตจนได้รับบาดเจ็บสาหัส ต่อมา สำนักงานอัยการสูงสุด (The Chief Public Prosecutor's Office) ได้ทำการสอบสวน โดยในรายงานในที่เกิดเหตุของเจ้าหน้าที่ตำรวจยืนยันว่า ผู้ร้องได้รับบาดเจ็บ รวมถึงยังระบุว่าสายดิน (the grounding cable) บางส่วนในบริเวณดังกล่าวอยู่ในสภาพชำรุด ขณะที่รายงานทางการแพทย์ที่ออกโดยโรงพยาบาลระบุว่า กาชาร์ ผู้ร้อง ต้องเผชิญกับอันตรายถึงแก่ชีวิต (a life-threatening danger) เนื่องจากอาการบาดเจ็บทำให้ผู้ร้องไม่สามารถทำกิจวัตรประจำวันได้เป็นเวลา ๑๕ วัน

อย่างไรก็ตาม พนักงานอัยการได้เข้าตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุภายหลังจากที่เกิดเหตุการณ์ไปแล้วกว่า ๕ เดือน และพบว่า สายดินยังคงมีการใช้งานอยู่และมีราวเหล็กกันทั้งสองข้างทางรถไฟ โดยมีลักษณะเป็นแผงกั้นระหว่างถนนกับทางรถไฟ ขณะเดียวกันรายงานที่ออกโดยผู้เชี่ยวชาญซึ่งเดินทางไปพร้อมกับพนักงานอัยการก็ระบุว่า กาชาร์ ผู้ร้อง เป็นฝ่ายผิดโดยชัดแจ้งในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น สอดคล้องกับรายงานที่ศาลอาญาได้รับจากผู้เชี่ยวชาญก็ชี้ให้เห็นว่า กาชาร์ ผู้ร้อง ซึ่งเป็นผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญาเป็นฝ่ายผิดโดยชัดแจ้งในเหตุการณ์ดังกล่าว และเมื่อสิ้นสุดการพิจารณาคดี ศาลได้พิพากษายกฟ้องจำเลย และศาลฎีกา (the Court of Cassation) ได้พิพากษายืน ทำให้ผู้ร้องยังไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อชดเชยการบาดเจ็บจาก

<sup>๑</sup> สามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่ [https://aacc-asia.org/content/books/6\\_edit\\_Jurisdictions%20and%20Organization%20of%20AACC%20Members%20\(2018\).pdf](https://aacc-asia.org/content/books/6_edit_Jurisdictions%20and%20Organization%20of%20AACC%20Members%20(2018).pdf)

กระบวนการทางปกครอง รวมถึงไม่สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา (Council of State) ด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ดี ผู้ร้องและคณะยืนยันว่า เกอร์คาร์ กาชาร์ ผู้ร้อง ซึ่งเป็นผู้เยาว์ที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา ได้รับบาดเจ็บเนื่องจากสัมผัสสายไฟซึ่งเป็นกำแพงป้องกันที่อยู่ใกล้รางรถไฟ โดยไม่ได้มีการดำเนินการตามมาตรการรักษาความปลอดภัยที่เหมาะสมแต่ประการใด อีกทั้งยังพบว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีการละเลยต่อหน้าที่ และการฟ้องเรียกค่าเสียหายยังถูกยกฟ้องจากการพิจารณาคดีที่ยืดเยื้ออย่างไม่สมเหตุสมผล โดยในประเด็นนี้ ผู้ร้องและคณะเห็นว่า สิทธิในการมีชีวิตของบุตรชาย (เกอร์คาร์ กาชาร์) ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา ๑๗ ของรัฐธรรมนูญถูกละเมิด ผู้ร้องและคณะจึงต้องการเรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจ หรือค่าเสียหายที่มีใช้ตัวเงิน (non - pecuniary damages)

### ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

#### รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี

มาตรา ๑๗ ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตและมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองและพัฒนาการดำรงอยู่ทางร่างกายและจิตวิญญาณ

ความสมบูรณ์ของร่างกายของปัจเจกบุคคลจะต้องไม่ถูกละเมิด เว้นแต่ตามความจำเป็นทางการแพทย์และในกรณีตามที่กฎหมายกำหนด และจะต้องไม่ถูกทดลองทางวิทยาศาสตร์หรือทางการแพทย์โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น

บุคคลใดจะถูกกระทำทรมานหรือถูกปฏิบัติอย่างไม่เหมาะสมมิได้ และบุคคลใดจะถูกลงโทษหรือได้รับการปฏิบัติที่ขัดแย้งต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้

การสังหารผู้อื่นเพื่อป้องกันตัว และเมื่อกฎหมายอนุญาตให้ใช้มาตรการบังคับโดยการใช้อาวุธในระหว่างดำเนินการตามหมายจับ การป้องกันการหลบหนีของบุคคลที่ถูกจับกุมหรือถูกลงโทษโดยชอบด้วยกฎหมาย การปราบปรามการจลาจลหรือการก่อกบฏ หรือการปฏิบัติตามคำสั่งของหน่วยงานที่ได้รับอนุญาตในระหว่างสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่ถือว่าอยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติในวรรคแรก<sup>๖</sup>

<sup>๖</sup> The Constitution of the Republic of Turkey

Article 17 Everyone has the right to life and the right to protect and improve his/her corporeal and spiritual existence.

The corporeal integrity of the individual shall not be violated except under medical necessity and in cases prescribed by law; and shall not be subjected to scientific or medical experiments without his/her consent.

No one shall be subjected to torture or mal-treatment; no one shall be subjected to penalties or treatment incompatible with human dignity.

The act of killing in case of self - defence and, when permitted by law as a compelling measure to use a weapon, during the execution of warrants of capture and arrest, the prevention of the escape of lawfully arrested or convicted persons, the quelling of riot or insurrection, or carrying out the orders of authorized bodies during state of emergency, do not fall within the scope of the provision of the first paragraph.

(ที่มา: [https://www.anayasa.gov.tr/media/7258/anayasa\\_eng.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/7258/anayasa_eng.pdf))

#### ๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณียังไม่มี ความชัดเจนจากข้อมูลที่มีอยู่ว่า ในการสอบสวนได้มีการตรวจสอบหรือไม่ว่า มาตรการรักษาความปลอดภัยที่ได้สั่งเหตุการณ์ในการตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุที่ดำเนินการหลังจากเกิดเหตุการณ์ไปแล้วกว่า ๕ เดือนนั้นมีการบังคับใช้อยู่จริงในขณะเกิดเหตุการณ์หรือไม่ นอกจากนั้น รายงานการตรวจสอบ (the inspection report) ก็ไม่ได้ให้คำอธิบายที่เพียงพอว่า ภารกิจการค้นหาผู้ร้อง เข้าไปในสถานที่เกิดเหตุได้อย่างไร และผู้ร้องถูกไฟฟ้าช็อตได้อย่างไร

ยิ่งไปกว่านั้น ภายในขอบเขตการฟ้องเรียกค่าเสียหาย กรณีได้มีการยอมรับว่า ผู้ร้องได้เข้าไปในสถานที่เกิดเหตุผ่านซากรักหักพังของกำแพงที่อยู่ล้อมรอบทางรถไฟ โดยเป็นจุดที่มีสายไฟเส้นหนึ่งในบริเวณนั้นขาดหรือถูกตัดและผู้ร้องได้หยิบขึ้นมาเล่น และสายไฟดังกล่าวได้สัมผัสกับสายส่ง (catenary line) บริเวณทางรถไฟ ส่งผลให้ผู้ร้องได้รับบาดเจ็บจากไฟฟ้าช็อต ดังนั้น การฟ้องเรียกค่าเสียหายจึงถูกยก เนื่องจากขาดความเชื่อมโยงที่เป็นเหตุเป็นผลระหว่างความเสียหายกับการกระทำทางปกครอง (the administrative act)

จากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต่อไปว่า หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองชีวิตของปัจเจกบุคคลไม่ควรได้รับการตีความในลักษณะที่เป็นการเพิ่มภาระให้แก่หน่วยงานของรัฐจนมากเกินไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการกระทำที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ของมนุษย์ (the unpredictability of human conduct) อย่างไรก็ตาม หน่วยงานของรัฐจะต้องคำนึงถึงเด็ก บุคคลผู้มีความบกพร่องทางสติปัญญา และบุคคลอื่นที่ต้องการการคุ้มครองจากการกระทำที่สามารถคาดการณ์ได้ (prediction of human conduct) ในขณะที่กระทำการที่เป็นอันตรายก็จะต้องนำมาตราทางปกครองที่เหมาะสม (the appropriate administrative measures) มาใช้ในเวลาที่สมควร

ในส่วนของการฟ้องเรียกค่าเสียหายของผู้ร้องและคณะนั้น เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าหน่วยงานของรัฐล้มเหลวในการดำเนินมาตรการที่จำเป็นสำหรับประชาชนที่ต้องการความช่วยเหลือ ประกอบกับความล้มเหลวในการดูแลบุคคลในครอบครัวของผู้ร้องมิได้ขจัดความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐที่จะต้องดำเนินการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ผู้ร้องมีความผิดโดยสมบูรณ์เนื่องจากประพฤติดนโดยประมาท อย่างไรก็ตาม ข้อสรุปดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการคุ้มครองชีวิต (the obligation to protect life)

นอกจากนี้ คดีนี้มีได้มีข้อติดขัดหรือมีองค์ประกอบอื่นใดที่จะเป็นอุปสรรคต่อการพิจารณา หรือเป็นคดีที่มีลักษณะซับซ้อนจนจำเป็นที่จะต้องขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปถึง ๙ ปี ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการพิจารณาคดีมิได้กระทำภายในระยะเวลาอันสมควร จึงมีลักษณะที่อาจสร้างความเสียหายต่อบทบาทที่สำคัญของการพิจารณาคดีในปัจจุบันในการป้องกันการละเมิดสิทธิในการมีชีวิตในลักษณะเดียวกัน

ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า กรณีมีการละเมิดสิทธิในการมีชีวิตของภารคาร กาศาร์ ผู้ร้อง ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา ๑๗ ของรัฐธรรมนูญ

# Jurisdictions and Organization of AACC Members



**AACC SRD**  
AACC: Secretariat for Research and Development



Constitutional Court  
of Korea

## Case 5.

### ► Identification

a) Turkey, Republic / b) Constitutional Court, Second Section / c) 13-9-2017 /  
d) 2014/11855 / e) Individual Application / f) *Gürkan Kaçar and others*

### ► Headnotes

The applicant, who was minor and mentally disabled, injured in an accident due to lack of appropriate public safety measures, and the administration could not unequivocally prove that the necessary measures were in place at the time of the incident, which led to violation of right personal inviolability.

### ► Summary

I. Gürkan Kaçar, one of the applicants, is mentally disabled and he was a minor at the material time. When he was playing on a railway which was separated from the street fronting his house with a ruined wall, he touched a high voltage power line. As a result, he was exposed to electric shock and got injured seriously. The Chief Public Prosecutor's Office launched an investigation. In the report prepared in the scene by the police officers, the way the applicant had been injured was confirmed, as well as it was noted that some of the grounding cables were out of order. The medical report issued by the hospital indicated that the applicant faced a life-threatening danger due to the incident, and his injuries would prevent him from performing his daily activities for fifteen days.

However, the public prosecutor carried out a scene examination more than five months after the incident and found out that the grounding cable was operating and that there were iron guardrails on both sides of the railway, which constituted a barrier between the street and the railway. The report issued by an expert, who accompanied the public prosecutor, indicated that the applicant Gürkan Kaçar was at complete fault in the incident.

The report obtained by the criminal court from the academic experts also pointed out that the applicant Gürkan Kaçar, who was mentally disabled, was found to be at complete fault in the incident. At the end of the trial, the court acquitted the accused, and the judgment was upheld by the Court of Cassation.

The applicants unsuccessfully sought compensation for injuries before the administrative court. The appeal before the Council of State was also unsuccessful.

II. The applicants maintained that: Gürkan Kaçar, the minor applicant with mental disability, got injured upon touching the cables as the protective walls near the railway lines had been demolished and the necessary security measures had not been taken, there was a neglect of duty on the part of the administration, their action for damages was dismissed following unreasonably lengthy proceedings. In this respect, the applicants alleged that their son's right to life safeguarded by Article 17 of the Constitution was violated, and they requested compensation for non-pecuniary damages.

III. The Constitutional Court emphasized that it is not clear from the available information whether an examination was made if the security measures observed during the site inspection, which was carried out more than five months after the incident, were actually available at the time of the incident. Besides, the inspection report did not provide sufficient explanation as to how the applicant Gürkan Kaçar had entered the place where the incident occurred and how he was exposed to electric shock.

Furthermore, within the scope of the action for damages, it was acknowledged; that the applicant had entered the scene from a ruined part of the wall surrounding the railway, that one of the electric cables there was broken or was cut off and picked up to play, and that it was touched to the catenary line on the railway, and therefore the applicant was injured due to electric shock. The action for damages was dismissed for lack of causal link between the damage and the administrative act.

The Constitutional Court considers that the State's obligation to protect the individuals' lives must not be interpreted in such a way as to impose an excessive burden on the public authorities, bearing in mind, in particular, the unpredictability of human conduct. However, the public authorities must take into account children, mentally disabled persons and other persons in need of protection in their prediction of human conduct while carrying out hazardous acts and they must put into practice the appropriate administrative measures in due time.

In the action for damages brought by the applicants, due regard was not paid to the fact that the administration failed to take the necessary measures for the people in need of protection, and that the supervision failure of the applicant's family did not eliminate the responsibility of the administration to do so. The applicant thereby was found to be at complete fault due to his careless conduct. However, this conclusion does not comply with the principles concerning the obligation to protect life.

In addition, the case did not include any difficulty or other element which would cause impeding of the proceedings nor the case was of complex nature to necessitate the prolonging of proceedings for an unreasonable period of 9 years. In the present case it was concluded that the case was not concluded within reasonable time in a manner that might damage the significant role of the current judicial proceedings in the prevention of similar violations of the right to life.

Consequently, the Constitutional Court found a violation of the right to life of the applicant Gürkan Kaçar, safeguarded by Article 17 of the Constitution.

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสหพันธรัฐแห่งมาเลเซีย  
คำพิพากษาคำร้องเลขที่ 01(f)-17-06-2016 (A) 01(f)18-06-2016 (A) และ 01(f)-19-06-2016 (A)  
ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ๒๕๖๑ (ค.ศ. ๒๐๑๘)  
กรณีเขตอำนาจระหว่างศาลฆราวาสและศาลชารีอะห์  
ตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารศาสนาอิสลามแห่งรัฐเประ<sup>๑</sup>

นางสาวเปรมิกา แสนทอง  
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ

### ๑. บทสรุปแห่งคดี

ในคดีนี้ ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลสหพันธรัฐแห่งมาเลเซีย เพื่อโต้แย้งคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ที่พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลสูงในการพิจารณาเกี่ยวกับกรณีการเปลี่ยนแปลงศาสนาของบุตร โดยเห็นว่าการออกหนังสือรับรองการเปลี่ยนศาสนาของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารศาสนาอิสลามแห่งรัฐเประ (the Administration of the Religion of Islam (Perak) Enactment 2004) นั้น เป็นการกระทำที่เกินไปกว่าเขตอำนาจและไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่า ศาลสูงไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาคดีดังกล่าว

ศาลสหพันธรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้กรณีจะเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารศาสนาอิสลาม แต่ศาลสูงในฐานะ “ศาลฆราวาส” ก็มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีนี้ได้ เนื่องจากมิได้เป็นการโต้แย้งการเปลี่ยนแปลงศาสนาของบุตร อีกทั้งอำนาจของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น ถือว่ามีความจำเป็นต่อบทบาทของศาลฆราวาสในฐานะกลไกของการตรวจสอบและถ่วงดุล ซึ่งตามมาตรา ๑๒๑ (๑) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐนั้น อำนาจตุลาการ (the judicial power) ย่อมเป็นของศาลฆราวาสเท่านั้น และศาลดังกล่าวย่อมมีส่วนเกี่ยวข้องในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งปวง ขณะที่ในส่วนหนึ่งของเขตอำนาจของศาลชารีอะห์ซึ่งเป็นศาลศาสนานั้น รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมาตรา ๑๒๑ (๑A) มิได้เป็นบทบัญญัติที่ทำให้เขตอำนาจของศาลฆราวาสหมดไป กล่าวคือ ทั้งศาลฆราวาสและศาลชารีอะห์ต่างก็อยู่ร่วมกันในเขตอำนาจของตนเอง และเพื่อให้ศาลชารีอะห์มีเขตอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ ก็จะต้องมีการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนโดยฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐ ดังนั้น ในกรณีที่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือการตีความกฎหมาย ศาลฆราวาสต้องเป็นผู้พิจารณาเรื่องดังกล่าว โดยมีพักต้องคำนึงว่าเรื่องดังกล่าวนี้จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายอิสลามหรือไม่

### ๒. สรุปข้อเท็จจริง

นางอินดิรา คานธี มุทโธ (Indira Gandhi Mutho) ภรรยาซึ่งเป็นผู้ร้อง และนายปัทมานาธาน (Patmanathan) (ผู้ถูกร้องที่ ๒) ได้สมรสกันภายใต้พระราชบัญญัติปฏิรูปกฎหมาย (การสมรสและการหย่าร้าง) ค.ศ. ๑๙๗๖ (the Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976 ('the LRA')) และมีบุตร

<sup>๑</sup> ผู้สนใจสามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่ [https://aacc-asia.org/content/books/6\\_edit\\_Jurisdictions%20and%20Organization%20of%20AACC%20Members%20\(2018\).pdf](https://aacc-asia.org/content/books/6_edit_Jurisdictions%20and%20Organization%20of%20AACC%20Members%20(2018).pdf)

ด้วยกัน ๓ คน ต่อมาเมื่อวันที่ ๑๑ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๙ ผู้ร้องที่ ๒ ได้เปลี่ยนไปนับถือศาสนาอิสลาม หลังจากนั้นผู้ร้องก็ได้รับเอกสารจากผู้ถูกร้องที่ ๒ ซึ่งระบุว่า บุตรทั้งสามของผู้ร้องได้ถูกเปลี่ยนให้ไปนับถือศาสนาอิสลาม และผู้อำนวยการกรมกิจการศาสนาอิสลามแห่งรัฐเประ (the Pengarah Jabatan Agama Islam Perak) ได้ออกหนังสือรับรองการเปลี่ยนมานับถือศาสนาอิสลามให้แก่บุตรทั้งสามคนดังกล่าวด้วย นอกจากนี้เอกสารดังกล่าวยังระบุว่า นายทะเบียนมุอัลลัฟ (Registrar of Muallafs)<sup>๒</sup> ได้ขึ้นทะเบียนให้แก่บุตรทั้งสามคนว่าเป็นชาวมุสลิม

ด้วยความไม่พอใจ ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูง (High Court) เพื่อขอให้ตรวจสอบกรณีดังกล่าวและขอให้มีคำสั่งเพิกถอนหนังสือรับรองการเปลี่ยนศาสนาของบุตรทั้งสามคน โดยผู้ร้องโต้แย้งว่าการออกหนังสือรับรองการเปลี่ยนศาสนาของนายทะเบียนมุอัลลัฟ เป็นการกระทำที่เกินไปกว่าเขตอำนาจและไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ultra vires and illegal) เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติมาตรา ๙๖ และ ๑๐๖ (b) ของพระราชบัญญัติการบริหารศาสนาอิสลามแห่งรัฐเประ ค.ศ. ๒๐๐๔ (the Administration of the Religion of Islam (Perak) Enactment 2004) รวมถึงมาตรา ๕ และ ๑๑ ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. ๑๙๖๑ (the Guardianship of Infants Act 1961 (GIA)) และมาตรา ๘ (๒) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ อนึ่ง ศาลสูง (the High Court) ได้พิพากษาว่า มาตรา ๑๒๑ (๑A) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมิได้บัญญัติมอบอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญให้แก่ศาลซารีอะห์ (the Syariah Court) แต่อำนาจตีความดังกล่าวเป็นของศาลฆราวาส (the Civil Court)<sup>๓</sup> นอกจากนี้ คณะกรรมการตุลาการ (Judicial Commissioner - JC) ยังได้มีประกาศว่า ในการออกหนังสือรับรองการเปลี่ยนศาสนานั้น นายทะเบียนมุอัลลัฟจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา ๙๖ และ ๑๐๖ ของพระราชบัญญัติการบริหารศาสนาอิสลามแห่งรัฐเประ ขณะที่มาตรา ๑๐๑ (๒) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดว่าหนังสือรับรองถือเป็นหลักฐานชี้ขาดข้อเท็จจริงที่ระบุไว้ในเอกสารนั้นก็ได้ออกพิจารณาว่า เป็นบทบัญญัติที่มีได้ตัดเขตอำนาจของศาลในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการตุลาการ (JC) จึงเห็นว่า ศาลสูงมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคำร้องดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลสูงได้ถูกกลับโดยคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ซึ่งปฏิเสธแนวทางของคณะกรรมการตุลาการที่เห็นว่ากระบวนการเปลี่ยนศาสนาชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยศาลอุทธรณ์พิพากษาว่า ศาลสูงไม่มีอำนาจที่จะตั้งคำถามต่อคำตัดสินของนายทะเบียนมุอัลลัฟ หรือไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาการปฏิบัติของนายทะเบียนว่าเป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา ๙๘ และ ๑๐๖ แห่งพระราชบัญญัติการบริหารศาสนาอิสลามหรือไม่ ซึ่งศาลอุทธรณ์ถือว่าข้อเท็จจริงที่บุคคลได้ลงทะเบียนต่อนายทะเบียนมุอัลลัฟตามที่ระบุไว้ในหนังสือรับรองการเปลี่ยนศาสนานั้น ถือเป็น การพิสูจน์ว่า กระบวนการเปลี่ยนแปลงศาสนาได้ดำเนินการจนเป็นที่พอใจของนายทะเบียนแล้ว ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้องจึงได้ยื่นอุทธรณ์เพื่อโต้แย้งคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ดังกล่าว

<sup>๒</sup> จากการสืบค้นพบว่า คำว่า “มุอัลลัฟ” (Muallaf) เป็นคำที่ปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอาน ซึ่งในปัจจุบันมักใช้เรียกคนต่างศาสนาที่มีความสนใจในศาสนาอิสลาม และมีความประสงค์เข้าร่วม ประกาศตน หรือเปลี่ยนมานับถือศาสนาอิสลาม บ้างก็เรียกว่าเป็น “มุสลิมใหม่ - New Muslim”

<sup>๓</sup> “Civil Courts” แปลเป็นภาษาไทยว่า “ศาลแพ่ง” ตามความเข้าใจของคนทั่วไป แต่เนื่องจากบริบทของคำพิพากษาเป็นการเปรียบเทียบระหว่างศาลซารีอะห์ซึ่งเป็นศาลที่ปรับใช้กฎหมายอิสลามกับศาลยุติธรรม จึงขอใช้คำว่า “ศาลฆราวาส” สำหรับคำว่า “Civil Courts” ในบริบทนี้

### ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

#### ๓.๑ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย

มาตรา ๘(๒) เว้นแต่จะมีการอนุญาตไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญนี้ จะไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุเพียงเพราะศาสนา เชื้อชาติ เชื้อสาย สถานที่เกิด หรือเพศในกฎหมายใดหรือในการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหรือการจ้างงานใดภายใต้หน่วยงานของรัฐ หรือในการบริหารตามกฎหมายใดที่เกี่ยวข้องกับการได้มา การถือครอง หรือการจำหน่ายทรัพย์สิน หรือการจัดตั้งหรือดำเนินการค้า ธุรกิจ วิชาชีพ อาชีพ หรือการจ้างงาน

มาตรา ๑๒๑ (๑) ให้มีศาลสูงสองแห่งมีเขตอำนาจศาลและสถานะร่วมกัน ดังนี้

(a) แห่งหนึ่งตั้งอยู่ในรัฐมลายา ซึ่งจะเรียกว่า ศาลสูงในมลายา และจะมีทะเบียนหลัก ณ สถานที่ดังกล่าวในรัฐมลายา ตามที่สมเด็จพระราชาธิบดีกำหนด และ

(b) แห่งหนึ่งตั้งอยู่ในรัฐซาบฮ์และซาราวัก ซึ่งจะเรียกว่า ศาลสูงในรัฐซาบฮ์และซาราวัก และจะมีทะเบียนหลัก ณ สถานที่ดังกล่าวในรัฐซาบฮ์และซาราวัก ตามที่สมเด็จพระราชาธิบดีกำหนด

(c) ยกเลิก

และศาลชั้นต่ำกว่าที่จัดตั้งตามกฎหมายสหพันธรัฐ และศาลสูงรวมถึงศาลชั้นต่ำกว่าจะมีเขตอำนาจศาลและอำนาจตามที่ได้รับมอบหมายหรือภายใต้กฎหมายสหพันธรัฐ

(๑A) ศาลที่อ้างถึงในวรรค (๑) จะไม่มีเขตอำนาจในเรื่องใด ๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลซารีอะห์

...

#### ๓.๒ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. ๑๙๖๑

มาตรา ๕ (๑) ในกรณีเกี่ยวกับการดูแลหรือการเลี้ยงดูเด็ก หรือการบริหารทรัพย์สินใดที่เป็นของเด็กหรือถืออยู่ในทรัสต์ (Trust) เพื่อเด็ก หรือการใช้รายได้จากทรัพย์สินดังกล่าว มารดามีสิทธิและอำนาจเช่นเดียวกับสิทธิและอำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้บิดา และสิทธิและอำนาจของมารดาและบิดาจะต้องเท่าเทียมกัน

#### ๔ Constitution of Malaysia (Federal Constitution)

Article 8(2) Except as expressly authorized by this Constitution, there shall be no discrimination against citizens on the ground only of religion, race, descent, place of birth or gender in any law or in the appointment to any office or employment under a public authority or in the administration of any law relating to the acquisition, holding or disposition of property or the establishing or carrying on of any trade, business, profession, vocation or employment.

Article 121 (1) There shall be two High Courts of co-ordinate jurisdiction and status, namely—

(a) one in the States of Malaya, which shall be known as the High Court in Malaya and shall have its principal registry at such place in the States of Malaya as the Yang di-Pertuan Agong may determine; and

(b) one in the States of Sabah and Sarawak, which shall be known as the High Court in Sabah and Sarawak and shall have its principal registry at such place in the States of Sabah and Sarawak as the Yang di-Pertuan Agong may determine;

(c) (Repealed),

and such inferior courts as may be provided by federal law; and the High Courts and inferior courts shall have such jurisdiction and powers as may be conferred by or under federal law.

(1a) The courts referred to in Clause (1) shall have no jurisdiction in respect of any matter within the jurisdiction of the Syariah courts.

...

(ที่มา: <https://www.sprm.gov.my/admin/files/sprm/assets/pdf/penguatkuasaan/perlembagaan-persekutuan-bi.pdf>)

(๒) มารดาจะมีอำนาจในการยื่นคำร้องต่อศาลในเรื่องใดที่ส่งผลต่อเด็กเช่นเดียวกับบิดา

มาตรา ๑๑ ศาลหรือผู้พิพากษา ในการใช้ดุลยพินิจตามอำนาจที่ได้รับจากพระราชบัญญัตินี้ จะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นหลัก และในกรณีที่เด็กมีบิดาหรือมารดาหรือทั้งบิดามารดา ศาลหรือผู้พิพากษา จะต้องพิจารณาถึงความปรารถนาของบิดาหรือมารดาหรือทั้งสองฝ่าย แล้วแต่กรณี<sup>๕</sup>

#### ๔. คำพิพากษาของศาลสหพันธรัฐ

ศาลสหพันธรัฐ (Federal Court) พิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลสูงมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคำร้อง และในการตีความรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยในเบื้องต้น ศาลสหพันธรัฐได้ชี้ให้เห็นว่า ผู้ร้องมิได้โต้แย้งการเปลี่ยนศาสนาของบุตร หากแต่เป็นการโต้แย้งการใช้อำนาจทางปกครอง (the administrative power) ของนายทะเบียนมุสลิม ตามพระราชบัญญัติการบริหารศาสนาอิสลามแห่งรัฐเปเร

อนึ่ง ศาลสหพันธรัฐเห็นว่า อำนาจของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น ถือว่ามีความจำเป็นต่อบทบาทของศาลฆราวาสในฐานะกลไกของการตรวจสอบและถ่วงดุล ซึ่งตามมาตรา ๑๒๑ (๑) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐนั้น อำนาจตุลาการ (the judicial power) ย่อมเป็นของศาลฆราวาสเท่านั้น (ซึ่งในกรณีนี้คือศาลสูง) และศาลดังกล่าวย่อมมีส่วนเกี่ยวข้องในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งปวง ทั้งนี้ ศาลสหพันธรัฐยืนยันว่า อำนาจตุลาการถือเป็นรากฐานที่สำคัญของหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (principle of the Constitution) และมีอยู่ในโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจตุลาการจึงไม่อาจถูกเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงได้โดยรัฐสภาผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในส่วนหนึ่งของเขตอำนาจของศาลซารีอะห์นั้น ศาลสหพันธรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา ๑๒๑ (๑A) มิได้เป็นบทบัญญัติที่ทำให้เขตอำนาจของศาลฆราวาสหมดไป กล่าวคือ ทั้งศาลฆราวาสและศาลซารีอะห์ต่างก็อยู่ร่วมกันในเขตอำนาจของตนเอง และเพื่อให้ศาลซารีอะห์มีเขตอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ ก็จะต้องมีการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนโดยฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐ อีกทั้งกรณีนี้ก็ได้เป็นการขยายเขตอำนาจไปถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้น ในกรณีที่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือการตีความกฎหมาย ศาลฆราวาสต้องเป็นผู้พิจารณาเรื่องดังกล่าว โดยมีพิกัดคำนึงว่าเรื่องดังกล่าวนี้จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายอิสลามหรือไม่

<sup>๕</sup> The Guardianship of Infants Act 1961

Article 5 (1) In relation to the custody or upbringing of an infant or the administration of any property belonging to or held in trust for an infant or the application of the income of any such property, a mother shall have the same rights and authority as the law allows to a father, and the rights and authority of mother and father shall be equal.

(2) The mother of an infant shall have the like powers of applying to the Court in respect of any matter affecting the infant as are possessed by the father.

Article 11 The Court or a Judge, in exercising the powers conferred by this Act, shall have regard primarily to the welfare of the infant and shall, where the infant has a parent or parents, consider the wishes of such parent or both of them, as the case may be.

(ที่มา: [https://learningpartnership.org/sites/default/files/resources/pdfs/Guardianship%20of%20Infants%20Act%20of%20Malaysia\\_English.pdf](https://learningpartnership.org/sites/default/files/resources/pdfs/Guardianship%20of%20Infants%20Act%20of%20Malaysia_English.pdf))

# Jurisdictions and Organization of AACC Members



**AACC SRD**  
AACC Secretariat for Research and Development



Constitutional Court  
of Korea

to the valuation of the land, allowed the Developer's claim for severance and injurious affection but dismissed the other claims of compensation sought by the Developer.

On appeal, the Court of Appeal dismissed the Developer's appeal against the decision of the High Court.

Dissatisfied with the Court of Appeal's decision, the Developer applied for and obtained leave to appeal to the Federal Court. One of the issues for consideration by the Federal Court was whether Section 40D of the LAA, which empowers the assessors to decide on the amount of compensation in compulsory acquisition cases, was constitutional.

The main issue here was whether Section 40D of the LAA was ultra vires Article 121 of the Federal Constitution.

In allowing the appeal and ordering the case to be remitted to the High Court for compensation, the Federal Court held that Section 40D of the LAA was ultra vires Article 121 of the Federal Constitution as it ignores the role of Judges as defenders of the Constitution and renders the constitutional guarantee of adequate compensation illusory since judges 'abdicate' their constitutional role, as the guarantee of adequate compensation was in the hands of two lay assessors. Hence, the power to award compensation in land reference proceedings is a judicial power that should rightly be exercised only by a judge.

### *Case 2: Indira Gandhi Mutho v. Perak Islamic Religious Affairs Department & Ors*

#### ► Identification

(a) Malaysia / (b) Federal Court / (c) 29 January 2018 / (d) NO: 01(f)-17-06-2016 (A), 01(f)18-06-2016 (A) & 01(f)-19-06-2016 (A) / (e) Civil Appeal / (f) Interpretation of art.121(1A) of Federal Constitution

#### ► Headnotes

Both Clauses (1) and (1A) of Article 121 of the Federal Constitution illustrates the respective regimes in which each court operates. Thus, issues of jurisdiction and conferment of powers in the civil courts and the Syariah courts are clearly drawn. Both the civil and Syariah courts co-exist in their respective spheres, even if they are dissimilar in the extent of their powers and jurisdiction, in that, the civil courts are possessed of powers, fundamental and intrinsic, as outlined in the Federal Constitution. If the relief sought is in the nature of the 'inherent powers' of the civil court (for example, judicial review) or if it involves constitutional issues or interpretation of the law, then the civil courts would be seized with jurisdiction to determine the issue, regardless of its subject matter and especially if it comes within the scope and ambit of judicial powers.

#### ► Summary

The appellant wife, Indira Ghandi Mutho ("the appellant") and Patmanathan ('the sixth respondent') were married under the Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976 ('the LRA'). There were three children of the marriage. On 11 March 2009, the sixth respondent converted to Islam and subsequently, the appellant received documents from the sixth respondent showing that her three children had been converted to Islam and that the Pengarah Jabatan Agama Islam Perak had issued three certificates of conversion to Islam on the said three children. The documents also showed that the Registrar of

Muallafs had registered the children as Muslims. Aggrieved, the appellant filed an application for judicial review at the High Court for an order of certiorari to quash the certificates of conversion to Islam of the children. The appellant contended that the issuance of the certificates of conversion to Islam by the Registrar of Muallafs were ultra vires and illegal. It contravened the provisions of ss. 96 and 106(b) of the Administration of the Religion of Islam ('Perak') Enactment 2004 ('the Perak Enactment 2004'), ss. 5 and 11 of the Guardianship of Infants Act 1961 ('GIA') and Article 12(4) read together with Article 8(2) of the Federal Constitution. At the High Court, it was held that Article 121(1A) of the Federal Constitution does not confer jurisdiction for constitutional interpretation on the Syariah courts to the exclusion of the civil courts. The Judicial Commissioner ('JC') declared that the requirements of ss. 96 and 106 of the Perak Enactment must be complied with by the Registrar of Muallafs in issuing the certificates of conversion. Section 101(2) which states that the certificates shall be conclusive proof of the fact stated therein, was held not to oust the jurisdiction of the court where there is patent non-compliance with the statutory requirements. Accordingly, the JC found that the High Court had exclusive jurisdiction to hear the application.

The High Court decision was reversed by the Court of Appeal, which had rejected the JC's approach in determining the constitutionality of the conversion process. The Court of Appeal held that the High Court had no power to question the decision of the Registrar of Muallafs or to consider the Registrar's compliance with the statutory requirements of ss. 96 and 106 of the Perak Enactment. The Court of Appeal took the position that the fact that a person had been registered in the Registrar of Muallafs as stated in the certificates of conversion was proof that the conversion process had been done to the satisfaction of the Registrar. Thus, the appellant in these appeals appealed against the said decision of the Court of Appeal.

The Federal Court decided that the High Court has jurisdiction to hear judicial review applications and constitutional/statutory interpretations. At the outset, the Federal Court clarified that the appellant was not challenging the conversion of her children, but the legality of the administrative power exercised by the Registrar of Muallaf under the Perak Enactment.

Significantly, the Federal Court held that the inherent supervisory power of judicial review is essential to the role of civil courts as a check and balance mechanism. Under Article 121(1) of the Federal Constitution, judicial power is vested exclusively in the civil High Courts, and these courts will continually engage in the interpretation of all laws. The Federal Court affirmed that judicial power is fundamental to the underlying principles of the Constitution and is inherent in the basic structure of the Constitution. Hence, this power cannot be revoked or altered by Parliament by way of constitutional amendment.

As to the jurisdiction of the Syariah Courts, the Federal Court held that Article 121(1A) does not oust the jurisdiction of the civil courts, and both civil and Syariah courts co-exist in their respective spheres. For the Syariah Courts to have jurisdiction over a particular matter, it must be expressly provided for by the state legislature and this does not extend to judicial review. Where there are questions of constitutionality or statutory interpretation, civil courts must determine such matters, regardless of whether the subject-matter relates to Islamic law.

### *Case 3: Public prosecutor v. Gan Boon*

#### ► Identification

(a) Malaysia / (b) Federal Court / (c) 15 March 2017 / (d) NO: 06-2-05/2016 /  
 (e) Criminal Referral / (f) Validity of Section 122(1) of the Securities Industry Act 1983 (SIA)