



สิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

โดย

นางสาวกนกวรรณ เหล่าไผ่น

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

โดย

นางสาวกนกวรรณ เหล่าโผน



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

CONSTITUTIONAL RIGHTS OF FOREIGN JURISTIC PERSONS UNDER
THE CONSTITUTION OF THE KINGDOM OF THAILAND

BY

MISS KANOKWAN LAOPHON



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2018

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวกนกวรรณ เหล่าโผน

เรื่อง

สิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2562

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นพดล เดชสมบูรณ์รัตน์)

คณบดี

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	สิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
ชื่อผู้เขียน	นางสาวกนกวรรณ เหล่าโผน
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	สาขากฎหมายมหาชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์
ปีการศึกษา	2561

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นปัญหาสืบเนื่องจากปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าว เนื่องจากนิติบุคคลต่างประเทศและคนต่างด้าวล้วนเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริง (Genuine link) กับรัฐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังขาดความชัดเจนในการรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของบุคคลดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเริ่มทำการศึกษาจากข้อความคิดว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญ และปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นเบื้องต้น

จากนั้นจึงศึกษาเปรียบเทียบการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศจากรัฐธรรมนูญต่างประเทศ โดยแบ่งกลุ่มศึกษาออกเป็นสามกลุ่ม นั่นคือ กลุ่มประเทศที่บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง : ศึกษาประเทศเยอรมนี กลุ่มประเทศที่บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง : ศึกษาประเทศสเปน และกลุ่มประเทศที่ไม่ได้บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิของนิติบุคคลหรือคนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญไว้โดยตรง แต่อาศัยคำวินิจฉัยของศาลเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของบุคคลดังกล่าว : ศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่าทั้งสามประเทศต่างมีการแบ่งแยกนิติบุคคลโดยใช้หลักเกณฑ์ความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ เพื่อพิจารณาว่ารัฐควรให้การคุ้มครองนิติบุคคลประเภทใดเป็นสำคัญ กล่าวคือ รัฐจะมุ่งคุ้มครองนิติบุคคลในประเทศที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาที่เป็นพลเมืองของรัฐ ส่วนนิติบุคคลต่างประเทศที่แม้จะไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ ก็ได้รับการความคุ้มครองและ

รับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญเช่นกัน แต่ก็อาจได้รับในระดับเดียวกับนิติบุคคลในประเทศได้ เพราะขัดต่อวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองบุคคลผู้ที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเป็นสำคัญ

ส่วนประเทศไทยไม่ปรากฏแนวคิดการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศมากนัก แม้ในชั้นศาลรัฐธรรมนูญจะมีนิติบุคคลจำนวนหนึ่งเป็นผู้ร้องในคดีก็ตาม แต่ศาลก็ได้พิจารณาแบ่งแยกว่าผู้ร้องเป็นนิติบุคคลประเภทใด หากแต่พิจารณาในฐานะนิติบุคคลทั่วไปเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้ไม่มีแนวความคิดที่ชัดเจนเกี่ยวกับฐานะการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศ แต่ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวที่ถือเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเช่นเดียวกับนิติบุคคลต่างประเทศ ได้ปรากฏเป็นข้อถกเถียงสำคัญตั้งแต่ชั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญ ตลอดจนข้อถกเถียงในทางตุลาการ ซึ่งในระยะหลังหลายฝ่ายต่างเห็นว่ามีสิทธิทางรัฐธรรมนูญบางประเภทที่คนต่างด้าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้เช่นกัน

ซึ่งจากการศึกษาข้อความคิดว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญจะพบว่า ในความหมายดั้งเดิมสิทธิทางรัฐธรรมนูญจะมุ่งคุ้มครองพลเมืองของรัฐเป็นสำคัญ แต่นับจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา แนวคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้แผ่ขยายไปทั่วโลก และถือเป็นคุณค่าสูงสุดที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ที่ไม่ได้คำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย คุณลักษณะ หรือฐานะทางสังคมของบุคคล ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐเพื่อเป็นการประกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ ด้วยเหตุนี้ ในปัจจุบันสิทธิทางรัฐธรรมนูญบางประเภทจึงได้ทำหน้าที่คุ้มครองไปยังพลเมืองของรัฐอื่นหรือคนต่างด้าวในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งอีกด้วย ส่วนนิติบุคคลที่เกิดจากการรวมตัวกันของบุคคลธรรมดา และมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา ก็สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน แต่เป็นไปโดยจำกัด เท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะเปิดช่องให้นิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ดังนั้น สิทธิใดก็ตามที่โดยสภาพแล้วเฉพาะแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา นิติบุคคลย่อมไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิในส่วนนี้ได้

ทั้งนี้ เมื่อศึกษาปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวที่ถือเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเช่นเดียวกับนิติบุคคลต่างประเทศ ประกอบกับการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่านิติบุคคลต่างประเทศสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน โดยสิทธิดังกล่าวต้องเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญประเภทสิทธิมนุษยชนหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ และต้องเป็นสิทธิในลักษณะเดียวกับที่นิติบุคคลในประเทศได้รับ แต่ถ้ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญประเภทสิทธิพลเมืองให้แก่นิติบุคคลต่างประเทศก็จะต้องบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุนี้นิติบุคคลต่างประเทศจึงไม่อาจมีสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เทียบเท่ากับนิติบุคคลในประเทศ และประเทศไทยอาจ

(3)

ปฏิบัติต่อนิติบุคคลต่างประเทศต่างจากนิติบุคคลในประเทศได้ภายใต้กฎหมายและสนธิสัญญา โดยที่
การปฏิบัติดังกล่าวจะต้องไม่กระทบต่อแก่นของสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้น

คำสำคัญ: สิทธิทางรัฐธรรมนูญ, สิทธิขั้นพื้นฐาน, ผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ, นิติบุคคล, นิติบุคคลใน
ประเทศ, นิติบุคคลต่างประเทศ, รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย



Thesis Title	CONSTITUTIONAL RIGHTS OF FOREIGN JURISTIC PERSONS UNDER THE CONSTITUTION OF THE KINGDOM OF THAILAND
Author	Miss Kanokwan Laophon
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Worachet Pakeerut, Ph.D.
Academic Years	2018

ABSTRACT

Legal issues emerging from the status of a subject of constitutional rights of a foreign juristic person under the Constitution of the Kingdom of Thailand were studied. Questions remain about a subject of constitutional rights of an alien, due to lack of a genuine link with the state and clarity with regard to constitutional protection of such persons. Constitutional rights and the problem concerning subject of the constitutional rights were duly examined.

A comparative legal study on a status of a subject of constitutional rights of a foreign juristic person under the constitutions of other states was conducted. States were divided into three categories, those like Germany, in which the status of a subject of constitutional rights of a foreign juristic person is directly addressed by a constitution; those like Spain, in which a status of a subject of the constitutional rights of an alien is directly addressed by a constitution, and those like the United States, in which neither the status of a subject of constitutional rights of juristic persons and nor aliens are directly dealt with under the constitution, but are recognized and protected by court rulings.

Results were that the three states categorize juristic persons based on a genuine link, to consider which individuals should be prioritized for protection. The state concentrates protection on a juristic person within a state with a genuine

link with the state as if the individual were a national thereof, unless rights at question may be enjoyed by any person. Juristic persons with no genuine link with a state may be entitled to constitutional rights as well, but not on the same level as those vested in a national juristic person; otherwise, the spirit of the constitution, aiming to protect persons with a genuine link with the state, would be breached.

In Thailand, notions regarding the status of a subject of constitutional rights of a foreign juristic person are not prevalent. Some juristic persons do exist as applicants in the Constitutional Court, which nonetheless never rules about which type of juristic persons they are. Cases proceed by acknowledging them as general juristic persons. In spite of the absence of the aforementioned notion, the issue regarding status of a subject of constitutional rights of an alien with no genuine link with a state, characteristic of cases regarding foreign juristic persons, has been debated at different stages, ranging from constitutional drafts to the academic field. Recently, a consensus has appeared that there are certain constitutional rights of which an alien, including a foreign juristic person, may be a subject.

According to a study of the concept of the constitutional rights, it is discovered that, originally, the constitutional rights significantly aim at protecting nationals. However, ever since the World War II came to an end, the notion of human dignity has been spread throughout the globe; by which it has been enshrined as the utmost value that is closely bound with humanity, regardless of gender, nationality, religion, age, character or social status. Such idea is engraved in a constitution which is the highest law of a state in order to guarantee that the human dignity shall be inviolable. Therefore, at present, some constitutional rights also protect a national of other states or an alien as a human being. As to a juristic person that is formed by a group of ordinary persons and has a separate legal personality, it, too, can be a subject of the constitutional rights, with, however, certain limits, to the extent that the nature of the rights can be conferred upon a juristic person. Hence, any rights that, by nature, can be conferred upon only an ordinary person, e.g. rights to body and rights to liberty of religious belief, cannot be granted to a juristic person.

Having studied the issues of a status of a subject of the constitutional rights of an alien who has no genuine link with a state just like a foreign juristic person and a status of a subject of the constitutional rights of a foreign juristic person, the author is of the view that a foreign juristic person can be a subject of the constitutional rights, provided that such rights are human rights or human dignity enjoyable by every person and must be the rights that are vested in nationals. However, should the Constitution of the Kingdom of Thailand vest civil rights in a juristic person, such rights must be specifically stipulated. From these reasons, a foreign juristic person cannot entertain every right vested in a national; according to which Thailand can treat a foreign juristic person differently from a national under the laws and treaties. Such treatment, however, must not violate the core of constitutional rights.

Keywords: Constitutional right, Basic right, Fundamental right, Subject of constitutional rights, Juristic person, Artificial person, Foreign juristic person, Constitution of the Kingdom of Thailand

กิตติกรรมประกาศ

ตลอดระยะเวลาการศึกษาในระดับชั้นปริญญาโท ผู้เขียนเฝ้าตั้งคำถามกับตนเองเสมอว่ามาเรียนทำไม ทำไมต้องเอาตัวเองมาทรมานขนาดนี้ มากกว่านั้นยังสับสนว่าตนเหมาะกับกฎหมายสาขานี้หรือไม่ หรือในที่สุดแล้วเหมาะสมกับอะไร

แต่เมื่อเรียนไประยะหนึ่งแล้วก็พบว่าเรามาเรียนเพื่อรู้จักตั้งคำถามบ้าง และเมื่อเรียนในหลายสาขาวิชาก็ทำให้เข้าใจว่าหลายสิ่งได้เชื่อมโยงกัน โดยที่เราไม่ต้องนำห้วงสาขาวิชาภาคล่องคอตัวเองตลอดเวลา นี่คือนี่สิ่งที่ผู้เขียนได้รับจากการเรียน และสมองที่เปิดรับสำหรับการเป็นนักกฎหมายของผู้เขียนเพิ่งจะเริ่มขึ้นในขั้นนี้เอง

ในเบื้องต้น ผู้เขียนจึงรู้สึกขอบคุณอาจารย์ผู้สอนวิชาบังคับและวิชาเลือกทุกท่านที่ทำให้ผู้เขียนกล้าตั้งคำถาม กล้าถกเถียง ตลอดจนสามารถค้นคว้างานทางวิชาการได้

ในลำดับถัดมา ผู้เขียนขอขอบคุณอาจารย์วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ที่กรุณารับผู้เขียนเป็นนักศึกษาในที่ปรึกษา อาจารย์เป็นผู้ที่มีวัตรปฏิบัติที่น่าทึ่งจนผู้เขียนกับเพื่อนตั้งคำถามกันอยู่เสมอว่าอาจารย์สามารถจัดการหลายสิ่งที่อยู่รอบตัว และปัญหาประดามีของผู้เขียนกับเพื่อนได้อย่างไร หลายครั้งที่ผู้เขียนกับเพื่อนทวงไຍในสุขภาพของอาจารย์ อาจารย์ก็มักตอบกลับมาว่าผมยังอยู่ตรวจงานได้อีกนาน พวกคุณห่วงตัวเองเถอะ (ฮา) แต่ถึงกระนั้นผู้เขียนก็ขอให้อาจารย์มีสุขภาพแข็งแรงสามารถทำสิ่งที่อาจารย์อยากทำตราบเท่าที่อาจารย์ต้องการ และผู้เขียนขอขอบคุณอาจารย์ที่เป็นแรงผลักดันทั้งภายในและภายนอกที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ทั้งนี้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะมีเนื้อหาสมบูรณ์มิได้เลยหากไม่ได้อาจารย์สมยศ เชื้อไทยและอาจารย์นพดล เดชสมบูรณ์รัตน์ ที่กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งนอกจากอาจารย์จะช่วยหาความบกพร่องของวิทยานิพนธ์แล้ว ยังช่วยทบทวนกระบวนการคิดการให้เหตุผลแก่ปัญหาของเรื่อง อันทำให้วิทยานิพนธ์เสร็จสมบูรณ์ยิ่งขึ้นไป ผู้เขียนจึงอยากขอบพระคุณอาจารย์ทั้งสองท่านมา ณ ที่นี้

นอกจากท่านอาจารย์แล้ว ผู้เขียนขอขอบคุณบุคคลดังต่อไปนี้ที่คอยเป็นแรงหนุนให้กับผู้เขียนขณะทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี

ขอบคุณครอบครัวที่เข้าใจในทุกสิ่งที่คุณเขียนทำ ขอขอบคุณที่สนับสนุน ไล่ถาม และให้กำลังใจอยู่เสมอ

ขอบคุณพี่ ๆ ออฟฟิศแมกนัสที่เข้าใจ คอยให้กำลังใจ และอนุญาตให้ผู้เขียนลามาดำเนินงานเกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ได้โดยตลอด

ขอบคุณตัวเจ้าหญิงแห่งวงการเดลิเวอรี่ ที่นอกจากจะช่วยผู้เขียนถกเถียงปัญหาในวิทยานิพนธ์แล้ว ยังช่วยเสนอเมนูอาหารอร่อยเวลาที่ผู้เขียนเครียดเสมอ

ขอบคุณพี่ปุ่น แป้ม น้อย ที่คอยช่วยเหลือแก้ไขปัญหา ช่วยหาข้อมูล ฯลฯ ถ้าไม่มีพวกคุณ การเรียนในชั้นปริญญาโทคงไม่สนุกแบบนี้ ขอบคุณเอิร์ท พีท พีจีบ (ทีมงานกระท้อน) ที่คอยโดนทุบ และช่วยเหลือในการติดต่ออาจารย์และคณะมาโดยตลอด ขอบคุณเพื่อนพี่น้องที่ผู้เขียนสามารถเอ่ย นามได้หมดในระยะเวลาอันสั้นนี้ ที่คอยให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนผู้เขียนเป็นอย่างดี

ขอบคุณศิลปินทุกท่านที่ผลิตผลงานเพลงให้ผู้เขียนฟังขณะที่ทำวิทยานิพนธ์ ปีทของ พวกคุณเป็นจังหวะที่ดีให้ผู้เขียนเคาะตัวหนังสือบนแป้นพิมพ์เสมอมา

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่ได้เล็งเห็นความสำคัญ ของการสร้างสรรค้งานวิชาการ เพื่อยกระดับความสามารถทางด้านกฎหมายมหาชนใน ระดับอุดมศึกษา และได้มอบทุนสนับสนุนการทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียน

นางสาวกนกวรรณ เหล่าไผน

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
บทที่ 1 บทนำ	1
บทที่ 2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญ	4
2.1 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญ	4
2.1.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ	6
2.1.1.1 ความหมายของสิทธิ	6
(1) สิทธิตามความหมายทั่วไป	6
(2) สิทธิในระบบกฎหมายเอกชน	8
(3) สิทธิในระบบกฎหมายมหาชน	8
2.1.1.2 ความหมายของเสรีภาพ	12
2.1.2 ประวัติศาสตร์และพัฒนาการของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ	14
2.1.2.1 ประเทศอังกฤษ	14
2.1.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา	21
2.1.2.3 ประเทศฝรั่งเศส	23
2.1.2.4 ประเทศเยอรมนี	28
2.1.3 ประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ	33
2.1.3.1 การจำแนกสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเกณฑ์ผู้ทรงสิทธิ	33
(1) สิทธิมนุษยชน	34
(2) สิทธิพลเมือง	34

2.1.3.2 การจำแนกสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเกณฑ์การประกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	36
(1) สิทธิในเสรีภาพ	37
(2) สิทธิในความเสมอภาค	38
2.1.4 ภารกิจและผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ	38
2.1.4.1 ภารกิจของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ	38
2.1.4.2 ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ	39
(1) ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญต่อองค์กรรัฐ	39
(2) ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญต่อเอกชน	42
2.1.5 การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญ	44
2.1.5.1 การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยตรง	45
(1) การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยถ้อยคำที่รับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั่นเอง	45
(2) การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยคุณค่าหรือบทบัญญัติมาตราอื่นในรัฐธรรมนูญ	46
2.1.5.2 การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยอ้อม	46
2.2 ข้อความคิดว่าด้วยผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ	47
2.2.1 บุคคลธรรมดา	48
2.2.1.1 การเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญต่างประเทศ	48
2.2.1.2 ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	49
2.2.2 นิติบุคคล	52
2.2.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยนิติบุคคลและการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคล	52
2.2.2.2 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลตามระบบกฎหมาย	55
2.2.2.3 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลตามความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ	57

บทที่ 3 นิติบุคคลต่างประเทศในฐานะผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญต่างประเทศ	59
3.1 ประเทศที่บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญ	60
โดยตรง : ประเทศเยอรมนี	
3.1.1 ข้อความทั่วไป	60
3.1.2 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศ	61
3.1.2.1 คำอธิบาย “นิติบุคคลในประเทศ”	61
(1) คำนิยาม	61
(2) นิติบุคคลในระบบกฎหมายมหาชนถือเป็นนิติบุคคลในประเทศหรือไม่	63
(3) นิติบุคคลในระบบกฎหมายเอกชนที่มีรัฐเป็นผู้ถือหุ้นถือเป็นนิติบุคคลในประเทศหรือไม่	63
(4) การขยายการตีความคำว่านิติบุคคลในประเทศให้หมายความรวมถึงคณะบุคคล	64
(5) การขยายการตีความคำว่านิติบุคคลในประเทศให้หมายความรวมถึงนิติบุคคลที่มีสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป	64
3.1.2.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลในประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้	65
3.1.3 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศ	66
3.1.3.1 นิยามของคำว่า “นิติบุคคลต่างประเทศ”	66
3.1.3.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้	66
3.2 ประเทศที่บัญญัติสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง :	72
ประเทศสเปน	
3.2.1 ข้อความทั่วไป	72
3.2.2 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศ	73
3.2.2.1 นิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ	73
(1) การเลือกใช้กฎหมาย	74
(2) การให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคล	74
3.2.2.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลในประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้	76
3.2.3 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศ	77
3.2.3.1 นิยามของคำว่า “นิติบุคคลต่างประเทศ”	77

3.2.3.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่คนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศ อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้	77
3.3 ประเทศที่ไม่ได้บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลหรือ คนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง : ประเทศสหรัฐอเมริกา	83
3.3.1 ข้อความทั่วไป	83
3.3.2 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศ	84
3.3.2.1 นิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ	84
3.3.2.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลในประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้	86
3.3.3 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวและนิติบุคคล ต่างประเทศ	89
3.3.3.1 นิยามของคำว่า “นิติบุคคลต่างประเทศ”	89
3.3.3.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่คนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศอาจ เป็นผู้ทรงสิทธิได้	90
บทที่ 4 ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย	94
4.1 ประวัติศาสตร์ความเป็นมาของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทย	94
4.1.1 จุดเริ่มต้นของนิติบุคคลในสยาม	94
4.1.1.1 การจัดตั้งนิติบุคคลตามประกาศพระราชทานอำนาจพิเศษ	94
4.1.1.2 จัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมาย	96
(1) พระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 (พ.ศ. 2455)	96
(2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท)	97
(3) กฎหมายอื่น	98
4.1.2 นิติบุคคลในประเทศไทยปัจจุบัน	98
4.1.2.1 นิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายไทย	99
(1) องค์กรที่แสวงหากำไร	99
(2) องค์กรที่ไม่แสวงหากำไร	101
4.1.2.2 นิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายต่างประเทศ	104
(1) สถานภาพของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทย	104

	(13)
(2) ตัวอย่างนิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายต่างประเทศที่เข้ามา ดำเนินงานในประเทศไทย	105
4.1.3 พัฒนาการของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทย	107
4.1.3.1 นิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทยในช่วงก่อนและ หลังการทำสนธิสัญญาเบาว์ริง (พ.ศ. 2398)	108
(1) ช่วงก่อนการทำสนธิสัญญาเบาว์ริง (พ.ศ. 2398)	108
(2) ช่วงหลังการทำสนธิสัญญาเบาว์ริง (พ.ศ. 2398)	110
4.1.3.2 นิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทยช่วงหลังการประกาศ ใช้กฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	115
(1) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 (พ.ศ. 2515)	116
(2) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542	117
(3) กฎหมายอื่น	119
4.1.4 บทสรุป	120
4.2 นิติบุคคลต่างประเทศในฐานะผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย	123
4.2.1 ข้อความทั่วไป	123
4.2.2 ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของ “นิติบุคคล” ตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย	125
4.2.3 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศ	127
4.2.3.1 นิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ	127
(1) ข้อความทั่วไป	127
(2) แนวคิดและทฤษฎีนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ	130
(3) การกำหนดนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงของต่างประเทศ และองค์การระหว่างประเทศ	133
(4) การกำหนดนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงของประเทศไทย	142
4.2.3.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลในประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้	153
(1) สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย	155
(2) สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ในนอกหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย	160

บทที่ 1 บทนำ

เมื่อประเทศไทยเข้าสู่ระบอบเศรษฐกิจแบบเสรีในศตวรรษที่ 19 ก็มีบริษัทข้ามชาติเข้ามาแสวงหาทรัพยากรในประเทศเป็นจำนวนมาก โดยมีการจัดตั้งสำนักงานสาขาตลอดจนบริษัทการค้าขึ้นเพื่อส่งออกสินค้าและบริการไปยังจักรวรรดินิยม และนำเข้าสินค้ามาขายให้แก่ผู้บริโภคในประเทศต่อไป และในปัจจุบันประเทศไทยยังได้เปิดพื้นที่เศรษฐกิจพิเศษบริเวณชายแดน เพื่อเชื่อมต่อกฎนิศาสตร์และเศรษฐกิจกับประเทศเพื่อนบ้านตามพันธกิจของประชาคมอาเซียน อีกทั้งยังได้ส่งเสริมการลงทุนและการเจรจาสนธิสัญญาการค้าระหว่างประเทศเพื่อดึงดูดการลงทุนเรื่อยมา ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีการเคลื่อนย้ายทุนและแรงงานต่างชาติเข้ามายังประเทศไทยมิขาดสาย แต่อย่างไรก็ดี เมื่อมีคนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก ประกอบกับคนไทยมีความสามารถในการแข่งขันทางการค้าแล้ว จึงมีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการดำเนินกิจกรรมของคนต่างด้าวขึ้น เพื่อรักษาตุลาอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ โดยมีประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เป็นต้นแบบสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในฉบับต่อ ๆ มา

อย่างไรก็ดี แม้ระบบเศรษฐกิจไทยได้อุบัติตามระบบเศรษฐกิจโลก และมีการเคลื่อนย้ายการลงทุนระหว่างประเทศในรูปแบบนิติบุคคล ตลอดจนมีการรับรองสิทธิตามกฎหมายและรับสิทธิประโยชน์ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศแล้ว แต่ประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศยังมีการถกเถียงไม่มากนัก ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงได้ดำเนินการศึกษาในประเด็นปัญหาดังกล่าว โดยเริ่มศึกษาจากปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าว เนื่องจากปัญหาดังกล่าวมีการถกเถียงในวงกว้างมาเป็นเวลานานแล้ว และทั้งสองต่างมีฐานะเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเช่นเดียวกัน

โดยคนต่างด้าวจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้หรือไม่ นั้น มีความเห็นของนักวิชาการแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่า ตามหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปต้องถือว่ารัฐธรรมนูญย่อมกำหนดความสัมพันธ์รัฐกับคนสัญชาติของรัฐนั่นเอง หากรัฐธรรมนูญจะให้สิทธิและเสรีภาพแก่คนต่างด้าวก็จะต้องมีการบัญญัติไว้เป็นการเจาะจง เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ย่อมเป็นไปตามกฎหมายและสนธิสัญญานั้น มิใช่หน้าที่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

ไทยที่จะต้องไปให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพแก่คนต่างด้าวแต่อย่างใด¹ ฝ่ายที่สองเห็นว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมิได้มีการแบ่งแยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพออกเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจน ดังนั้นการบัญญัติสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ไว้ในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยย่อมทำให้เกิดความคลุมเครือ เพราะเมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ว่า “ปวงชนชาวไทย” ย่อมเป็นที่แน่ชัดว่าหมายถึงคนสัญชาติไทยเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีแล้วสิทธิมนุษยชนย่อมเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะอยู่ที่ใดสิทธิดังกล่าวย่อมติดตัวไปเสมอ ดังนั้นเราจึงต้องแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ออกเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนเสียก่อน และหากสิทธินั้นเป็นสิทธิมนุษยชนคนต่างด้าวย่อมสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้เช่นเดียวกับบุคคลสัญชาติไทย²

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแล้วว่าคนต่างด้าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อว่ารัฐธรรมนูญมีหน้าที่รับรองสิทธิของนิติบุคคล หรืออีกนัยหนึ่งนิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

ซึ่งหากศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ฉบับปฐมรัฐธรรมนูญจนกระทั่งฉบับปัจจุบัน (2560) จะพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมิได้บัญญัติถ้อยคำที่รับรองสิทธิของนิติบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ จะมีก็แต่คำว่า “ปวงชนชาวไทย” “ชนชาวไทย” และคำว่า “บุคคล” เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี การบัญญัติดังกล่าวมิได้เป็นปัญหาแต่อย่างไร เพราะเมื่อพิจารณาทฤษฎีสภาพบุคคลของนิติบุคคลแล้วจะพบว่านิติบุคคลถือเป็นหน่วยแห่งความรับผิดชอบในทางกฎหมาย และสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้อย่างบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิที่โดยสภาพแล้วเชื่อมโยงอยู่กับความเป็นมนุษย์ที่มีเพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการบัญญัติถ้อยคำดังกล่าวภายใต้รัฐธรรมนูญอาจหมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ต้องพิจารณาสภาพแห่งสิทธิตลอดจนเหตุผลของเรื่องว่าในระบบกฎหมายไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะจำกัดสิทธินั้นไว้ให้เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ นิติบุคคลย่อมสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น

¹ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงตาม มาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ บำรุงสาส์น, 2511), น.103; วิชญ์ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสิทธิการพิมพ์, 2530), น.655.

² วรเจตน์ ภาคิรัตน์, “ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับ 4, ปีที่ 42, น.993 (2556).

และเมื่อพิจารณาประเด็นปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวและนิติบุคคลประกอบกันแล้ว ก็อาจทำให้เราทราบได้ว่านิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ต่อไป

ดังนั้นวิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงจัดทำขึ้นเพื่อศึกษาประเด็นปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กล่าวคือ นิติบุคคลต่างประเทศจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้หรือไม่ และหากเป็นผู้ทรงสิทธิแล้วจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิประเภทใดได้บ้าง ทั้งนี้ เมื่อตอบปัญหาดังกล่าวได้แล้วย่อมสามารถทราบได้ว่าองค์กรของรัฐไทยมีหน้าที่ที่จะต้องผูกพันตามสิทธิดังกล่าวหรือไม่ ตลอดจนฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศได้เพียงใด

อย่างไรก็ดี เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ ผู้เขียนจึงดำเนินการศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญต่างประเทศ โดยแบ่งกลุ่มศึกษาออกเป็นสามกลุ่ม นั่นคือ กลุ่มแรก ประเทศที่บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง กลุ่มที่สอง ประเทศที่บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง และกลุ่มที่สาม ประเทศที่ไม่ได้บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิของนิติบุคคล หรือคนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญไว้โดยตรง แต่อาศัยคำวินิจฉัยของศาลเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของบุคคลดังกล่าว จากนั้นจึงดำเนินการศึกษาปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยเริ่มศึกษาจากประวัติศาสตร์และพัฒนาการของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทย แล้วจึงวิเคราะห์สถานะการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศในลำดับต่อมา

ทั้งนี้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้ถูกจัดทำขึ้นโดยอาศัยวิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary research) โดยศึกษาค้นคว้าจากตำราคำอธิบายกฎหมาย เอกสารทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ บทความทางวิชาการ เอกสารจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ แนวคำพิพากษาของศาล แนวคำวินิจฉัยและแนวปฏิบัติของหน่วยงานราชการทั้งในประเทศ ต่างประเทศ และองค์กรระหว่างประเทศ รวมไปถึงค้นคว้าจากกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนใช้วิธีศึกษาวิเคราะห์กฎหมายเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นข้อเท็จจริงรอบด้านต่อไป

บทที่ 2

สิทธิทางรัฐธรรมนูญ

2.1 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิถือเป็นข้อความคิดสำคัญในทางนิติศาสตร์ แต่เดิมข้อความคิดว่าด้วยสิทธิเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน แม้ในประวัติศาสตร์กฎหมายโรมันได้มีแนวคิดการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนแล้วก็ตาม¹ แต่กฎหมายมหาชนเป็นเพียงรูปแบบความคิดทางกฎหมายเท่านั้น แม้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่สืบทอดอาณาจักรโรมันศักดิ์สิทธิ์ได้รับเอาระบบ Romano-Germanic law หรือระบบซีวิลลอว์ (Civil law) โดยได้รับเอากฎหมายโรมัน (Roman law) มาก็ตาม แต่ก็มีการพัฒนาเฉพาะกฎหมายเอกชนมาอย่างต่อเนื่องเท่านั้น และอาจกล่าวได้ว่าเมื่อกล่าวถึงกฎหมายโรมัน นักนิติศาสตร์ทั่วไปจะเข้าใจว่าหมายถึงกฎหมายแพ่งโรมัน (Roman private law, Roman civil law) ทั้งสิ้น²

ส่วนยุคกลางข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนตามความหมายปัจจุบันยังไม่เป็นที่รู้จักมากนัก จึงทำให้ข้อความคิดว่าด้วยการปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิพิเศษหรืออำนาจเหนือเป็นสำคัญ ดังนั้นกฎหมายมหาชนในยุคนี้จึงมีฐานะเป็น “กฎหมายพิเศษของรัฐ” (Sonderrecht des staates) ซึ่งรับรองการใช้อำนาจเหนือหรืออำนาจพิเศษของรัฐเท่านั้น³ จนกระทั่งในภายหลังได้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขึ้น ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิของเอกชนก็ได้ทำหน้าที่คุ้มครองเอกชนและ

¹ Ulpian, “กฎหมายใดเกี่ยวข้องกับกิจการส่วนรวมของโรมันกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายมหาชน กฎหมายใดเกี่ยวข้องกับกิจการของเอกชนคนหนึ่งคนให้แล้ว กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายเอกชน” (publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum ius ad singulorum utilitatem)

² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.95-96.

³ Friedhelm Hufen, Staatsrecht II : Grundrechte (Grundrisse des Rechts), 6th edition, updated and revised edition (Germany : C.H.BECK, 2017), 43. อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น.30.

ทำหน้าที่จำกัดอำนาจผู้ปกครอง และต่อมาได้เกิดเป็นแนวคิดแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนในระบบซีวิลลอว์ซึ้น ซึ่งเกิดจากแนวความคิดที่ว่าบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับรัฐต้องมีลักษณะที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้กับเอกชน เนื่องจากกฎหมายเอกชนปัจเจกชนแต่ละคนย่อมมีอำนาจในการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิระหว่างกันได้เสมอภายใต้กฎหมาย ส่วนกฎหมายมหาชนรัฐจะต้องใช้อำนาจโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ และจำเป็นต้องมีอำนาจพิเศษเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว อีกทั้งยังผูกพันตนกับหลักการตามกฎหมายมหาชนเพื่อจำกัดอำนาจดังกล่าวอีกด้วย ดังนั้นการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนจึงมีความสำคัญในการปกป้องคุ้มครองบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิ กล่าวคือ ข้อพิพาททางกฎหมายเอกชนจะได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม ในขณะที่ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนจะได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง⁴

อย่างไรก็ดี แนวคิดการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชนไม่ปรากฏในประเทศที่รับเอาระบบ Anglo-American law หรือระบบคอมมอนลอว์ (Common law) แต่อย่างใด เพราะระบบคอมมอนลอว์ได้ถือหลักความเป็นเอกภาพแห่งกฎหมาย โดยถือว่ามีหลักกฎหมายอันเดียวที่ใช้บังคับแก่องค์กรของรัฐในทำนองเดียวกันกับเอกชน และมีเพียงศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภท⁵

ส่วนประเทศไทยครั้งได้มีการปฏิรูปกฎหมายเหมือนอย่างตะวันตกก็รับเอาระบบกฎหมายสกุล Romano-Germanic หรือระบบซีวิลลอว์มาปรับใช้ และต่อมาก็รับเอาแนวคิดการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน ตลอดจนแนวคิดหลักกฎหมายมหาชนตามระบอบเสรีประชาธิปไตยมาเช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่าพัฒนาการทางด้านกฎหมายมหาชนของประเทศไทยได้ดำเนินรอยตามประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เสียเป็นส่วนใหญ่

ด้วยเหตุดังที่กล่าวมาข้างต้น ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิตามวิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงอยู่ในมโนทัศน์ที่เกิดจากระบบซีวิลลอว์ และหากจะกล่าวถึงระบบคอมมอนลอว์บ้างก็จะเป็นในเชิงเปรียบเทียบนั่นเอง

⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.123-125.

⁵ สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.32-33.

2.1.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

2.1.1.1 ความหมายของสิทธิ

สิทธิเป็นข้อความคิดตามทฤษฎีทั่วไปของกฎหมาย ซึ่งแต่เดิมระบบซีวิลลอว์ยังไม่มี การแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน อีกทั้งการอภิปรายเรื่องสิทธิในระบบกฎหมายมหาชนเพิ่งจะมีไม่นานมานี้ จึงทำให้ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิเริ่มแรกจึงเป็นในลักษณะสิทธิตามความหมายทั่วไป จนกระทั่งได้มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน และมีการยอมรับเป็นการทั่วไปว่าสิทธิก็อาจเกิดขึ้นได้จากระบบกฎหมายมหาชน จึงได้มีการให้คำนิยามสิทธิตามประเภทกฎหมายออกเป็นสิทธิตามกฎหมายเอกชนและสิทธิตามกฎหมายมหาชนในเวลาต่อมา

(1) สิทธิตามความหมายทั่วไป

มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้คำนิยามสิทธิไว้มากมาย ซึ่งคำนิยามเหล่านี้สามารถปรับใช้กับสิทธิได้เป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะแต่กฎหมายประเภทใดประเภทหนึ่ง ดังนี้

สิทธิ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนงโดยจะใช้ อำนาจนั้นหรือไม่ก็ได้ ถือเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลนั้น⁶

สิทธิ คือ ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองให้ เนื่องจากการที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลที่จะมีเจตจำนงก็เพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งบุคคลมุ่งประสงค์⁷

ซึ่งการให้คำนิยามข้างต้นอาจารย์หยุด แสงอุทัยเห็นว่าไม่อาจกล่าวได้ว่าความคิดใดถูกหรือผิดเพราะทั้งสองนิยามต่างให้ความสำคัญแก่สิทธิคนละแง่ ดังนั้นสิทธิจึงหมายถึง **ประโยชน์** ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ กล่าวคือ เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่ และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองมิให้มีการละเมิด รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธินั้นได้⁸

และเนื่องจากสิทธิสามารถพิจารณาได้สองแง่ ทั้งในแง่อำนาจและในแง่ประโยชน์ตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น อาจารย์สมยศ เชื้อไทยจึงเห็นว่า สิทธิ หมายถึง **อำนาจ** อันชอบธรรมหรือความชอบธรรมที่บุคคลสามารถใช้ยื่นต่อผู้อื่น เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงมีพึงได้ของตน หรือ **ประโยชน์** ที่บุคคลมีความชอบธรรมที่จะได้รับและยืนยันต่อผู้อื่น

⁶ Windscheid, นักกฎหมายชาวเยอรมนี

⁷ Jhering, นักกฎหมายชาวเยอรมนี

⁸ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.167-168.

ได้หรือ**ประโยชน์**ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ และอาจกล่าวได้ว่าเนื่องจากกฎหมายเป็น กฎเกณฑ์ในการแบ่งส่วนในสังคมว่าส่วนใดเป็นของใคร และผู้เป็นเจ้าของมีความชอบธรรมที่จะ แสวงหาประโยชน์ในส่วนนั้นได้ตามสมควร ซึ่งขณะเดียวกันคนอื่นก็ต้องเคารพและไม่อาจก้าวล่วง เขตแดนนั้นได้ ดังนั้นสิทธิจึงเป็นขอบเขตที่บุคคลมีความชอบธรรมในการกระทำการต่าง ๆ เพื่อให้ได้ ประโยชน์ตามส่วนที่บุคคลนั้นควรจะได้และยืนยันต่อบุคคลอื่นได้ อยากรู้ก็ดี อาจมีบางกรณีที่อาจ ไม่ใช่ความชอบธรรมแต่เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับได้ซึ่งเป็นข้อยกเว้น เช่น สิทธิปฏิเสธไม่ชำระหนี้ใน กรณีสิทธิเรียกร้องขาดอายุความ การครอบครองโดยปรปักษ์⁹

ส่วนอาจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้นิยามคำว่าสิทธิ คือ **อำนาจ**ที่ กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น กล่าวคือ เป็น อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลคนหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการให้เกิดประโยชน์แก่ ตนหรือละเว้นการทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง¹⁰

ส่วนอาจารย์วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้นิยามคำว่า สิทธิ คือ **อำนาจ**ที่ ระบบกฎหมายให้ไว้แก่บุคคลอย่างเป็นรูปธรรมในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการ งดเว้น กระทำการ หรือยอมให้กระทำการโดยไม่เข้าขัดขวางเพื่อประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิ¹¹

ส่วนอาจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล ได้ให้นิยามคำว่า สิทธิ คือ เป็น**อำนาจ** ตามกฎหมายที่กฎหมายแห่งกฎหมายรับรองให้แก่บุคคล เพื่อเรียกร้องต่อบุคคลอื่นในกระทำการหรือ งดเว้นการทำการเพื่อประโยชน์ของบุคคลผู้ทรงสิทธินั้น¹²

จากการให้คำนิยามคำว่าสิทธิข้างต้นจะพบว่ามีจุดร่วมสำคัญคือ สิทธิ เป็น**ประโยชน์**ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่และทำหน้าที่คุ้มครองมิให้มีการละเมิด รวมทั้งบังคับให้เป็นไป

⁹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.137-138.

¹⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.21.

¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.223.

¹² ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายปกครองของประเทศยุโรป, (กรุงเทพฯ : โครงการ ตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.65.

ตามสิทธินั้นได้ อีกทั้งบุคคลผู้ทรงสิทธิยังใช้อำนาจจากกฎหมายเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือยอมให้บุคคลผู้ทรงสิทธิกระทำการเพื่อประโยชน์ของตนโดยไม่เข้าขัดขวาง

(2) สิทธิในระบบกฎหมายเอกชน

หากพิจารณาสิทธิในระบบกฎหมายเอกชนเป็นการเฉพาะ โดยแบ่งแยกตามลักษณะเนื้อหาของสิทธิจะสามารถแบ่งแยกออกได้เป็น สิทธิสัมพัทธ์ (Relative right) และ สิทธิสัมบูรณ์ (Absolute right) ดังนี้¹³

สิทธิสัมพัทธ์ เป็นสิทธิที่เกิดผลผูกพันต่อบุคคลเป็นการเฉพาะเจาะจง (inter partes) โดยให้อำนาจในการเรียกร้องจากบุคคลอื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นนิติสัมพันธ์จึงจำกัดขอบเขตอย่างแคบ พรหมแดนแห่งกฎหมายว่าด้วยสิทธิสัมพัทธ์จึงเป็นกฎหมายว่าด้วยหนี้โดยพบเห็นทั่วไปในสัญญาและละเมิด ซึ่งในกรณีของสัญญาจะเป็นบ่อเกิดแห่งสิทธิที่สามารถเป็นไปได้อย่างหลากหลาย เนื่องจากคู่สัญญาสามารถกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิได้อย่างมากมายตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract)

สิทธิสัมบูรณ์ เป็นสิทธิที่มีผลผูกพันกับบุคคลทั้งหลายซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิที่สามารถใช้บังคับบุคคลได้ทั้งโลก (erga omnes) หรือสามารถเผชิญหน้ากับบุคคลใด ๆ ก็ได้ในสาธารณะ (to be public vis-à-vis everyone) จึงทำให้ทุกคนมีหน้าที่ในการเคารพสิทธิดังกล่าว และยังเป็นสิทธิที่กีดกันบุคคลไม่ให้เข้ามาเกี่ยวข้องได้ ซึ่งกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิสัมบูรณ์ เช่น กฎหมายทรัพย์สิน ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เป็นต้น

(3) สิทธิในระบบกฎหมายมหาชน

แต่เดิมข้อความคิดว่าด้วยสิทธิเกิดในระบบกฎหมายเอกชนมาเป็นเวลานาน จนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 19 ในประเทศเยอรมนีได้พัฒนาข้อความคิดว่าด้วยสิทธิในระบบกฎหมายมหาชนขึ้น โดยเริ่มจากการกำหนดสถานะความเป็นบุคคลให้แก่รัฐ ซึ่งรัฐจะเป็นบุคคลทางกฎหมายก็ต่อเมื่อยอมรับการเป็นประธานแห่งสิทธิของปัจเจก เพราะหากรัฐมีฐานะเป็นบุคคลฝ่ายเดียวย่อมส่งผลในทางประหลาด เนื่องจากผู้ทรงสิทธิไม่มีทางจะใช้สิทธิได้หากอีกฝ่ายที่มีหน้าที่มิได้มีสถานะเป็นบุคคล ทั้งนี้ รัฐจะเป็นประธานแห่งสิทธิได้โดยระบบกฎหมายที่ตนสร้างขึ้น โดยที่รัฐจะต้องยอมลดตัวเองให้ถูกจำกัดอำนาจตามกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันรัฐจะกำหนดการเกิดขึ้นของ

¹³ อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.101.

ประธานแห่งสิทธิของปัจเจกจากรูปของ**ประโยชน์หรืออำนาจ**ที่กฎหมายรับรองให้ ดังนั้นความเป็นบุคคลของปัจเจกจึงมีผลมาจากกฎหมาย และสิทธิทางมหาชนของปัจเจกจะเกิดขึ้นได้ในรัฐและโดยรัฐเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองจึงตั้งอยู่บนฐานของความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลสองคน และด้วยข้อความคิดนี้จึงทำให้กฎหมายมหาชนตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “สิทธิของบุคคล” ไม่ใช่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่รัฐสร้างขึ้นเพื่อใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนนั่นเอง¹⁴

ทั้งนี้ Ottmar Bühler ได้ให้นิยามของสิทธิทางมหาชนไว้ คือ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ปัจเจกบุคคลมีต่อรัฐ เมื่อมีการกระทำทางกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่บังคับให้รัฐต้องคุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคล บุคคลจึงสามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรือละเว้นกระทำการเพื่อประโยชน์เหล่านั้นได้¹⁵

และเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิที่เกิดในระบบกฎหมายมหาชน จึงได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม เพื่อวินิจฉัยคดีปกครองโดยพิจารณาการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่ากระทำเกินขอบเขตของกฎหมาย หรือใช้อำนาจในทางที่ผิด หรือใช้ดุลพินิจผิดพลาดหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งการยอมรับรองสิทธิที่เกิดจากระบบกฎหมายมหาชนย่อมหมายความว่ารัฐได้ยอมผูกพันตัวเองเพื่อประโยชน์ของเอกชน¹⁶

ยิ่งกว่านั้นด้วยอิทธิพลทางความคิดของกฎหมายธรรมชาติที่เห็นว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมสิทธิโดยกำเนิด เป็นสิทธิที่ไม่อาจพรากออกจากตัวมนุษย์ได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของคนผู้นั้นและเป็นสิทธิที่ถูกสร้างมาอย่างเท่าเทียมกัน จึงได้เกิดเป็นแนวคิด

¹⁴ Elisabeth ZOLLZER, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2006, p.67 และ Walter PAULY, «Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Georg Jellinek» in Oliver JOUANJAN (Sous la direction de), *Figures de l'Etat de droit : Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses Universitaires de Starsbourg, 2001, p.297 อ้างถึงใน ปิยะบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.62-64.

¹⁵ Ottmar Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtprechung*, 1924, cite par Christian AUTEXIER, introduction au droit public allemande, PUF, 1997, p. 229. อ้างถึงใน *เพิ่งอ้าง*, น.64.

¹⁶ หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.175.

สิทธิมนุษยชน (Human rights) ขึ้น แนวคิดนี้ส่งผลให้เกิดการเรียกร้องให้รัฐยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน และถูกใช้เป็นเครื่องมือป้องกันปัจเจกชนจากการล่วงละเมิดจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ และเพื่อเป็นการประกันว่าสิทธิดังกล่าวจะไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ จึงบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ อีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่แก้ไขยากและต้องมีการแก้โดยตัวแทนของปัจเจกชน ซึ่งส่งผลให้กฎหมายอื่นที่ขัดหรือแย้งกับสิทธิในรัฐธรรมนูญจะไม่มีผลใช้บังคับ และเนื่องจากการบัญญัติสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญนี้เอง จึงมีการเรียกขานสิทธินี้ว่า สิทธิทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional rights) หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาสิทธิในทางเนื้อหา อาจมีบางกรณีที่สิทธิทางรัฐธรรมนูญได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายหรือได้รับการรับรองไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้เช่นกัน ซึ่งเราสามารถพิจารณาว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ด้วยข้อพิจารณาดังนี้¹⁷

(1) ข้อพิจารณาในแง่รูปแบบ สิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิเสรีภาพ หากสิทธิใด ๆ ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในหมวดดังกล่าวย่อมไม่ใช่สิทธิทางรัฐธรรมนูญ

(2) ข้อพิจารณาในแง่เนื้อหา สิทธิใด ๆ จะเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ต้องเป็นสิทธิที่ปัจเจกบุคคลสามารถใช้ยื่นต่อรัฐและสามารถเรียกร้องให้บังคับการให้เป็นไปตามสิทธินั้นได้

ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามรูปแบบและสิทธิขั้นพื้นฐานตามเนื้อหาที่มีที่มาจากหลักเกณฑ์การแบ่งเนื้อหาในรัฐธรรมนูญตามโครงสร้างของรัฐธรรมนูญเยอรมนี ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4ก. แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁸ ว่าด้วยการกำหนดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญที่บุคคลสามารถยกขึ้นอ้างได้ หากอำนาจรัฐได้ทำการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างใดอย่างหนึ่งของตน หรือสิทธิตามมาตรา 20 (4), มาตรา 33, 38, 101, 103, 104 กล่าวคือ คำว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ตามมาตรานี้ หมายถึง ส่วนของสิทธิตามมาตรา 1 สิทธิขั้นพื้นฐาน

¹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.226.

¹⁸ มาตรา 93 (1) ข้อ 4ก. แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีว่าด้วยเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้บัญญัติไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจพิจารณาการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจากบุคคลที่อ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างใดอย่างหนึ่งของตน หรือสิทธิตามมาตรา 20 (4) หรือมาตรา 33, 38, 101, 103 หรือ 104 ได้ถูกล่วงละเมิดจากอำนาจรัฐ

มาตรา 1 ถึง 19 ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรูปแบบ ส่วนมาตราอื่น ๆ ถ้าพิจารณาตามเนื้อหาแล้วก็ถือว่าเป็น สิทธิขั้นพื้นฐานเช่นกันจึงเรียกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานตามเนื้อหา¹⁹

และด้วยพัฒนาการของสิทธิทางรัฐธรรมนูญและความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลและรัฐที่เกิดขึ้นในเวลาใกล้เคียงกับสิทธิมนุษยชนนี้เอง จึงทำให้ภารกิจดั้งเดิมของสิทธิทางรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นสิทธิป้องกัน (Status negativus) โดยทำหน้าที่ป้องกันเสรีภาพของพลเมืองมิให้รัฐก้าวล่วงละเมิดได้ นอกจากนี้สิทธิทางรัฐธรรมนูญยังมีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการในสิ่งที่ให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชน (Status positivus) ตลอดจนอาจมีลักษณะเป็นสิทธิของปัจเจกชนที่จะเข้ามีส่วนร่วมในการแสดงเจตจำนงแห่งรัฐได้ (Status activus)²⁰ ยิ่งกว่านั้นรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้บรรดาองค์กรรัฐไม่ว่าจะใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการล้วนต้องผูกพันต่อสิทธิที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น และเนื่องจากองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติสามารถใช้อำนาจในการตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนได้มาก หลายประเทศจึงกำหนดให้มืองค์กรตรวจสอบการกระทำดังกล่าวขึ้น ซึ่งเป็นไปตามวัฒนธรรมและประสบการณ์ทางการเมืองของแต่ละประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลียและเยอรมนีได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นพิเศษเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาและยุติข้อพิพาททางการเมือง ประเทศสหรัฐอเมริกาและสวิสเซอร์แลนด์มอบหมายให้ศาลทั่วไปทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ส่วนประเทศอังกฤษที่ยอมรับหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament) ได้มอบหมายให้รัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนเป็นผู้ตรวจสอบว่ากฎหมายที่ตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อหลักคอมมอนลอว์หรือไม่²¹

กล่าวโดยสรุป สิทธิในระบบกฎหมายมหาชนเป็นแนวคิดที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่ โดยกล่าวถึงความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างปัจเจกชนและรัฐ ดังนั้นสิทธิในระบบกฎหมายมหาชนจึงมีความพิเศษกว่าสิทธิในระบบกฎหมายเอกชนที่กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนตรงที่

¹⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.53.

²⁰ การแบ่งประเภทสิทธิทางกฎหมายมหาชนตาม Georg Jellinek

²¹ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.153-154.

สิทธิในระบบกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจทางกฎหมายที่ระบบกฎหมายให้แก่ปัจเจกชนในอันที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธินั่นเอง²²

2.1.1.2 ความหมายของเสรีภาพ

ในทางตำรามีความพยายามในการให้คำอธิบายคำว่า “เสรีภาพ” ไว้ว่า ในสภาพธรรมชาติของมนุษย์ หากไม่มีกฎหมายห้ามไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ บุคคลย่อมมีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใดตามที่ใจปรารถนา ซึ่งถือเป็นการกำหนดตนเองโดยอิสระ (Self-determination) ของบุคคลโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากผู้อื่น และในสภาพธรรมชาติไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งแก่ผู้อื่นในการที่จะต้องสนับสนุนให้บุคคลนั้นสามารถใช้เสรีภาพได้²³

ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายของสิทธิและเสรีภาพแล้วจะพบว่าแม้มีความคล้ายคลึงกันแต่ก็มีความแตกต่างในสาระสำคัญ กล่าวคือ “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองและผู้อื่น โดยเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ส่วน “เสรีภาพ” เป็นอำนาจของบุคคลที่มีเหนือตนเองในการตัดสินใจว่าจะกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ประสงค์โดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากผู้อื่น²⁴

อย่างไรก็ดี การรับรองเสรีภาพไว้ในสภาพธรรมชาติอาจทำให้เสรีภาพไม่ได้รับการคุ้มครองหรือเคารพจากบุคคลอื่น ดังนั้นจึงอาจมีการรับรองเสรีภาพโดยบรรทัดฐาน (Norm) หรือบทบัญญัติของกฎหมายโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เสรีภาพเป็นสิทธิประการหนึ่งได้ และแม้ผู้อื่นจะไม่มีหน้าที่ส่งเสริมในการใช้เสรีภาพก็ตาม แต่เมื่อเสรีภาพได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมเกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นในการงดเว้นหรือหลีกเลี่ยงการกระทำที่เป็นการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพนั้น²⁵ ดังนั้นเมื่อเสรีภาพมีลักษณะเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญแล้วจึงมีการเรียกเป็นการทั่วไปว่า “สิทธิในเสรีภาพ (Right to freedom)”

²² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.224-226.

²³ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, S.171 ff. อ้างถึงใน ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.184.

²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.53.

²⁵ ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.185.

ซึ่งปัญหาการใช้ถ้อยคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีการใช้ปะปนกันไป แต่หากพิจารณาพัฒนาการว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่า เสรีภาพจะมีลักษณะเป็นสิทธิป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจก้าวล่วงโดยไม่มี ความชอบธรรม²⁶ ซึ่งถือเป็นแดนแห่งสิทธิของปัจเจกชนที่เรียกร้องให้รัฐเคารพอำนาจในการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการของบุคคลผู้ทรงสิทธินั้นและมีอาจก้าวล่วงได้ ยิ่งกว่านั้นในระบบชีวิตลอร์วี่ไม่ได้แยก “เสรีภาพ” ออกจาก “สิทธิ” หากแต่จัดเสรีภาพอยู่ในสิทธิตามระบบกฎหมายมหาชน ดังนั้นเสรีภาพจึงจัดเป็นสิทธิตนเอง ส่วนในระบบคอมมอนลอร์วี่ได้มีการแยก “เสรีภาพ” ออกจาก “สิทธิ” โดยที่เสรีภาพอาจเป็นเรื่องทางกฎหมายเอกชนก็ได้²⁷

เพื่อให้เกิดภาพชัดเจนผู้เขียนขอยกตัวอย่าง “เสรีภาพในการนับถือศาสนา” ซึ่งเป็นประโยชน์ที่บุคคลสามารถนับถือศาสนาใด ๆ ก็ได้ หรือจะไม่นับถือศาสนาใดเลยก็ได้ และผู้อื่นก็ไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงหรือกำหนดให้บุคคลนั้นต้องนับถือศาสนาใดหรือปฏิบัติตนอย่างไร แต่ขณะเดียวกันบุคคลย่อมไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้อื่นมาสร้างศาสนาวัตถุเพื่อส่งเสริมเสรีภาพการนับถือศาสนาของตนได้ และเมื่อเสรีภาพในการนับถือศาสนาถูกรับรองเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญและผูกพันรัฐมิให้ละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลผู้ทรงสิทธิ จะเรียกลักษณะดังกล่าวว่า “สิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา” ซึ่งเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ผู้ทรงสิทธิมีอำนาจตามกฎหมายในการที่จะกระทำการต่าง ๆ ได้อย่างอิสระ และเรียกร้องให้รัฐเคารพการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการดังกล่าว อีกทั้งยังสามารถป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจก้าวล่วงโดยไม่มี ความชอบธรรมได้อีกด้วย

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาความหมายของสิทธิข้างต้นแล้วจะพบว่าเมื่อเราพูดถึงสิทธิในระบบชีวิตลอร์วี่อาจหมายถึงสิทธิในระบบกฎหมายเอกชนหรือมหาชนก็ได้ ซึ่งสิทธิในทางระบบกฎหมายมหาชนอาจมีได้ทั้งระดับกฎหมายและรัฐธรรมนูญ โดยเป็นสิทธิที่ปัจเจกชนใช้อ้างยันต่ออำนาจมหาชนของรัฐ ทั้งนี้สิทธิในระดับรัฐธรรมนูญจะถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ และเรียกเป็นการทั่วไปว่า “สิทธิทางรัฐธรรมนูญ” หรือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” อนึ่ง ในรัฐธรรมนูญอาจมีการใช้คำว่าสิทธิและเสรีภาพปะปนกันไป แต่เมื่อพิจารณาพัฒนาการของสิทธิแล้วจะพบว่าเสรีภาพจัดเป็นสิทธิป้องกันชนิดหนึ่ง ซึ่งในระบบชีวิตลอร์วี่ได้จัดเสรีภาพอยู่ในสิทธิ

²⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉ. 4, ปีที่ 42, น.993 (2556).

²⁷ หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.171.

ตามระบบกฎหมายมหาชน และเมื่อเสรีภาพได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญแล้วจึงมีการเรียกเป็นการทั่วไปว่า “สิทธิในเสรีภาพ” ซึ่งเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง

2.1.2 ประวัติศาสตร์และพัฒนาการของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

จากที่ทราบเป็นเบื้องต้นแล้วว่าภารกิจสำคัญของสิทธิทางรัฐธรรมนูญคือการเป็นเกาะคุ้มกันปัจเจกชนจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ แต่ก่อนที่จะมีรายการสิทธิดังกล่าวและมีผลบังคับได้อย่างสมบูรณ์ตามที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน สิทธิเหล่านั้นหาได้เกิดจากการที่ผู้ปกครองมานั่งวงล้อมประชุมกัน และกำหนดรายการสิทธิให้แก่ปัจเจกชนโดยคาดเดากันว่าเป็นการคุ้มครองให้ประโยชน์แก่ประชาชนแต่เพียงอย่างเดียวไม่ หากแต่เกิดจากการเรียกร้องของปัจเจกชนที่มีต่อรัฐเพื่อมิให้เข้ามาก้าวล่วงสิทธิของตน แล้วจึงมีการขยายการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญรูปแบบอื่นต่อไป

ซึ่งจุดเริ่มต้นของแนวคิดเรื่องสิทธิในระบบกฎหมายมหาชนในปัจจุบัน เริ่มมาจากสิทธิของปัจเจกชนเฉพาะเรื่องที่ต้องสู้เรียกร้องจากกษัตริย์มิให้ใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ โดยไม่ได้เกิดจากการต่อสู้เรียกร้องเพียงครั้งเดียวหรือพื้นที่เดียว หากแต่เกิดขึ้นหลายครั้งหลายคราหลายพื้นที่แตกต่างกันไปตามระยะเวลาและประสบการณ์ของแต่ละประเทศ ซึ่งสามารถแยกศึกษาประวัติศาสตร์และพัฒนาการของสิทธิมนุษยชนและสิทธิทางรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาตามประเทศต้นกำเนิดสำคัญไปพร้อมกับแนวคิดเบื้องหลังที่ผลักดันให้มีการต่อสู้ดังกล่าวขึ้น นั่นคือ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และเยอรมนี ดังนี้

2.1.2.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษถือเป็นต้นแบบสำคัญในการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเรียกร้องสิทธิจากผู้ปกครองซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการคานอำนาจระหว่างกษัตริย์ ขุนนาง และประชาชน ซึ่งตามประวัติศาสตร์ได้ปรากฏเหตุการณ์และแนวคิดสำคัญ ซึ่งนำมาสู่ข้อเรียกร้องและเอกสารการรับรองสิทธิที่เป็นตัวอย่างสำคัญให้กับเอกสารการรับรองสิทธิอื่น ๆ ทั่วโลก ดังนี้

(1) Magna Carta Libertatum (1215)

Magna Carta Libertatum หรือกฎบัตรใหญ่ถือเป็นเอกสารเกี่ยวกับการรับรองสิทธิที่โด่งดังที่สุดในประวัติศาสตร์ เป็นเอกสารที่เกิดจากข้อเรียกร้องของบรรดาขุนนางที่มีต่อพระเจ้าจอห์น (ครองราชย์ ค.ศ. 1199-1216) ซึ่งการเรียกร้องดังกล่าวมีผลสืบเนื่องมาจากแต่เดิมในวันราชาภิเษกกษัตริย์พระองค์ใหม่มักจะให้สัตยาบันรับรองสิทธิของขุนนางและนักบวชเพื่อเสริมสร้างความเข้มแข็งของบัลลังก์ จากนั้นจะมีการบันทึกคำสัตยาบันไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและลงพระราชลัญจกรจนเป็นจารีตประเพณี แต่เมื่อพระเจ้าจอห์นได้ขึ้นครองราชย์ในปี ค.ศ. 1199

ก็ไม่ได้มีการออกกฎบัตรในลักษณะดังกล่าวตามจารีตประเพณี แม้ต่อมาบรรดาขุนนางได้เรียกร้องให้รับรองสิทธิของตนแต่พระเจ้าจอห์นก็ได้ปฏิบัติตามแต่อย่างใด และในระหว่างรัชสมัยพระองค์ก็ได้ใช้พระราชอำนาจตามอำเภอใจหลายครั้งหลายคราจึงทำให้เกิดแรงต้านจากบรรดาขุนนางขึ้น จนกระทั่งในเดือนพฤษภาคม 1215 ได้เกิดสงครามระหว่างพระเจ้าจอห์นและบรรดาขุนนาง ต่อมาในเดือนมิถุนายน 1215 พระเจ้าจอห์นได้ยอมรับเงื่อนไขของขุนนางตามเอกสารกฎแห่งบารอน (Articles of the Barons) ก่อนที่กฎบัตรใหญ่หรือ Magna Carta ซึ่งเป็นร่างสุดท้ายที่ทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องต้องกันจะเกิดขึ้นในวันที่ 19 มิถุนายน 1215 ซึ่งถือเป็นเอกสารที่เกิดจากการประนีประนอมระหว่างสองฝ่ายที่มีการบัญญัติเงื่อนไขสำคัญที่นำมาสู่การปฏิรูปการพิจารณาคดีทางศาลและการปกครองท้องถิ่นแต่อย่างไรก็ดี กฎบัตรดังกล่าวอยู่ได้ไม่นานก็เกิดสงครามกลางเมืองขึ้น จนกระทั่งพระเจ้าเฮนรีที่ 3 พระราชโอรสของพระเจ้าจอห์นสืบบัลลังก์จึงได้ออกกฎบัตรใหญ่หรือ Magna Carta ฉบับใหม่อีกครั้งเพื่อให้ขุนนางกลับมาสวามิภักดิ์ต่อกษัตริย์²⁸ ซึ่งเนื้อหาของกฎบัตรที่โด่งดังที่สุด คือ ข้อความที่ว่าด้วยเสรีชนจะไม่ถูกจับกุมคุมขัง ถูกยึดทรัพย์ ถูกประหาร ถูกเนรเทศ หรือถูกรอนสิทธิด้วยวิธีอื่น และกษัตริย์จะไม่กระทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเสรีชน เว้นแต่จะเป็นไปตามคำพิพากษาของฐำนันดรและสอดคล้องกับกฎหมายของแผ่นดิน²⁹ อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎบัตรดังกล่าวจะมุ่งรับรองสิทธิของเสรีชนที่หมายถึงผู้ที่ถือครองที่ดินซึ่งถือเป็นคนส่วนน้อยโดยไม่หมายรวมถึงไพร่ที่เป็นคนส่วนใหญ่ของประเทศในขณะนั้นก็ตาม แต่ถือเป็นหลักการสำคัญที่มีอิทธิพลต่อเอกสารสิทธิอื่น ๆ ทั่วโลกในเวลาต่อมา

²⁸ ศิลปวัฒนธรรม, “15 มิ.ย. 1215: กำเนิด “แมกนา คาร์ตา” กฎบัตรประกันสิทธิพลเมือง จำกัดอำนาจผู้ปกครอง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2561, จาก https://www.silpa-mag.com/this-day-in-history/article_438. ; Doris Mary Stenton, “Magna Carta ENGLAND [1215],” Encyclopedia Britannica, Retrieved on June 24, 2018, from <https://global.britannica.com/topic/Magna-Carta>.

²⁹ Magna Carta (39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.

(2) The Petition of Right (1628)

ในปลายศตวรรษที่ 14 ประเทศอังกฤษได้ถือกำเนิดสภาสมาญ (House of Common) ที่เกิดจากตัวแทนของประชาชน ซึ่งแยกจากสภาขุนนาง (House of Lords) ที่เกิดจากพระและขุนนางขึ้น แต่สภาสมาญยังไม่มีอำนาจในฐานะรัฐบาลอย่างปัจจุบันแต่เป็นเพียงกลุ่มคณะที่ปรึกษาส่วนพระองค์ซึ่งจะถูกเรียกตัวตามที่กษัตริย์ต้องการเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ความสำเร็จนี้ส่งผลให้อำนาจกษัตริย์ที่แต่เดิมถูกคานด้วยพระและขุนนางเท่านั้น ได้แทนที่ด้วยสภาที่ประกอบด้วยตัวแทนจากประชาชนด้วย ซึ่งในเวลาต่อมาสภาสมาญก็เริ่มมีบทบาทสำคัญขึ้นเรื่อย ๆ เพราะเป็นกลุ่มที่มีอำนาจในการจัดเก็บภาษีให้แก่กษัตริย์

คล้ายหลังจากนั้นในรัชสมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 1 (ครองราชย์ ค.ศ. 1625-1649) พระองค์ได้มีความขัดแย้งกับรัฐสภาเรื่อยมาตั้งแต่ต้นรัชกาล เนื่องจากอภิเษกกับเจ้าหญิงที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก³⁰ และมีความขัดแย้งเรื่องการเงินกับสภาสมาญมาเกือบตลอดรัชกาลเนื่องจากสภาสมาญเป็นสภาที่สามารถจัดเก็บภาษีให้พระองค์ได้ แต่ขณะเดียวกันพระองค์ก็ไม่ได้แก้ไขปัญหาตามที่สภาเสนอมา สุดท้ายพระเจ้าชาร์ลที่ 1 จึงแก้ไขปัญหาการเงินโดยการหาเงินด้วยวิธีอื่นแทน เช่น ส่งหมายให้คนรวยเพื่อให้ถวายเงินกู้แก่พระองค์ หากไม่ถวายจะถูกคุมขังจนกว่าจะยอม ส่วนคนจนจะถูกบังคับให้มาเป็นทหารโดยการส่งกองทหารไปในบ้านเพื่อบีบบังคับ³¹ ซึ่งความขัดแย้งกับรัฐสภาได้มีมาอย่างต่อเนื่องจนพระองค์ปิดสภา แต่สภาถูกปิดได้ไม่นานเนื่องจากพระเจ้าชาร์ลที่ 1 ต้องการเงินภาษี จึงทำให้มีการเรียกประชุมสภาอีกครั้งในปี ค.ศ. 1628 สภาจึงยื่นข้อเรียกร้องสิทธิ (The Petition of Right) ก่อนการอนุมัติเงินเพื่อให้พระองค์รับรอง โดยมีหลักการสำคัญ คือ ห้ามมิให้กษัตริย์เรียกเก็บภาษีโดยไม่ได้รับความยินยอมจากสภา (No taxes without consent of Parliament) ห้ามจับกุมคุมขังโดยปราศจากข้อกล่าวหา (No imprisonment without cause) ห้ามกองทหารอยู่ในบ้านของประชาชนโดยปราศความยินยอม (No quartering of soldiers on subjects) และห้ามประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (No martial law in

³⁰ รัฐสภาได้เกิดความหวาดระแวงและไม่พอใจในเรื่องนี้ เนื่องจากในรัชสมัยพระนางแมรีที่ 1 (ครองราชย์ ค.ศ.1553-1558) อังกฤษได้กลับมานับถือนิกายโรมันคาทอลิกและพวกนิกายโปรเตสแตนต์ได้ถูกไล่ล่าและฆ่าตายเป็นจำนวนมาก

³¹ สาคร ช่วยประสิทธิ์, อังกฤษ : ประวัติศาสตร์การปกครอง, (กรุงเทพฯ : ม.ป.พ., 2522), น.84-85.

peacetime)³² ซึ่งข้อเรียกร้องสิทธิดังกล่าวมีลักษณะสำคัญคือเป็นกรณีที่รัฐสภาได้ยื่นฎีกาต่อกษัตริย์เพื่อให้รับรองสิทธิที่มีอยู่แล้ว (Confirmatio Cartarum) ซึ่งเป็นการขอคำยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรจากกษัตริย์ และด้วยนัยยะที่รัฐสภามีตัวแทนจากประชาชนจึงทำให้ความหมายของสิทธิที่มีแต่เดิมเปลี่ยนแปลงไป เพราะต่อไปประชาชนทั่วไปย่อมสามารถอ้างสิทธิต่าง ๆ ได้โดยอ้างพระบรมราชโองการที่ยืนยันความมีอยู่แห่งสิทธินั้นได้³³

อย่างไรก็ดี แม้พระเจ้าชาร์ลที่ 1 ได้ลงนามในเอกสารดังกล่าวแต่ก็เป็นไปเพราะอยากให้สภานุมัติเงินภาษีให้เท่านั้น แต่พระองค์ก็ไม่ได้ปฏิบัติตามแต่อย่างใด อีกทั้งในปีต่อมา ยังเกิดปัญหาทางการเงินหลายประการ และเกิดปัญหาทางศาสนาเพราะพระองค์หันเหไปนับถือศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ในแบบแองกลิกันชั้นสูง (High Anglicanism) ซึ่งสร้างความไม่พอใจให้แก่กลุ่มเพียวริตัน (Puritans) ซึ่งมีจำนวนมากในสภาและประเทศ สภาจึงได้โจมตีนโยบายดังกล่าวของพระองค์ซึ่งส่งผลให้พระองค์ไม่เรียกประชุมสภาเป็นเวลากว่าสิบเอ็ดปี

การดำเนินนโยบายทางศาสนาของพระเจ้าชาร์ลที่ 1 ได้เกิดจุดหักเหสำคัญหลายประการ ผู้ไม่เห็นด้วยบางส่วนในอังกฤษได้อพยพไปอเมริกา ส่วนชาวสก็อตแลนด์ที่นับถือนิกายเพรสไบทีเรียน (Presbyterian) ได้ต่อต้านนโยบายดังกล่าวจนเกิดการจลาจลขึ้น พระองค์จึงมีความจำเป็นในการเปิดสภาในปี ค.ศ. 1640 เพื่อหาเงินทุนในการทำสงคราม แต่สภาก็ถูกปิดตัวลงในระยะเวลาอันสั้น แต่ในปีเดียวกันนั้นก็มีความจำเป็นในการเปิดสภาขึ้นอีกครั้งและมีการออกกฎหมายหลายฉบับเพื่อประนีประนอมปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นโดยมีเนื้อหาสำคัญ เช่น กษัตริย์ไม่มีอำนาจในการเลื่อนการประชุมสภาและยุบสภา มีการยกเลิกศาลต่าง ๆ ที่ถูกใช้เป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหาร ยกเลิกการทรมานเพื่อเรียกรับเงิน³⁴ แต่ปัญหาเกี่ยวกับศาสนาไม่สามารถตกลงกันได้จึงทำให้เกิดการแบ่งแยกเป็นสองฝ่ายคือ ฝ่ายนิยมกษัตริย์ที่ต้องการให้รักษาและคงระบบเดิมไว้ และฝ่ายเพียวริตันที่ต้องการความเป็นอิสระ ปลอดจากการกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐโดยให้คริสตชนเป็นผู้ดำเนินการกันเอง ซึ่งเป็นการเรียกร้องให้มีการตีกรอบอำนาจรัฐมิให้มายุ่งเกี่ยวกับเสรีภาพในการนับ

³² Maurice Ashley, "Charles I KING OF GREAT BRITAIN AND IRELAND," Encyclopedia Britannica, Retrieved on July 6, 2018, from <https://www.britannica.com/biography/Charles-I-king-of-Great-Britain-and-Ireland#ref174257>.

³³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.43.

³⁴ สาคร ช่วยประสิทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31*, น.90.

ถือศาสนาซึ่งถือเป็นตัวอย่างของความคิดเกี่ยวกับสิทธิพื้นฐานต่อไป³⁵ แต่ในท้ายที่สุดปัญหาดังกล่าวไม่สามารถตกลงกันได้ และความขัดแย้งยังทวีความรุนแรงขึ้น จึงส่งผลให้เกิดสงครามกลางเมืองระหว่างกษัตริย์และรัฐสภาขึ้น และท้ายที่สุดฝ่ายกษัตริย์พ่ายแพ้และถูกสำเร็จโทษในปี ค.ศ.1649 หลังจากนั้นโอลิเวอร์ ครอมเวลล์ (Oliver Cromwell) ได้ตั้งตนเป็นผู้พิทักษ์ (Lord Protector) รวมสภาสกอตแลนด์เข้ากับสภาอังกฤษตั้งแต่ปี ค.ศ. 1651 ซึ่งสำเร็จลงในปี ค.ศ. 1657 และออกเอกสารการปกครองในปี ค.ศ. 1653 ขึ้น เพื่อยกเลิกสถาบันกษัตริย์ ยุบสภาขุนนาง และกำหนดให้ประเทศอังกฤษเป็นสาธารณรัฐ

ภายหลังจากโอลิเวอร์ ครอมเวลล์ได้เสียชีวิตลงก็ไม่มีใครมาสืบทอดอำนาจ รัฐสภาจึงรื้อฟื้นระบบกษัตริย์ขึ้นในปี ค.ศ. 1660 และเชิญพระเจ้าชาร์ลที่ 2 เป็นกษัตริย์โดยเริ่มนับรัชสมัยครองราชย์ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1649 ที่พระเจ้าชาร์ลที่ 1 ถูกสำเร็จโทษ

(3) The Habeas Corpus Act (1679)

ในรัชสมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 2 รัฐสภาได้ออกกฎหมาย The Habeas Corpus Act 1679 เพราะเห็นว่าเมื่อสิ้นพระเจ้าชาร์ลที่ 2 แล้ว พระอนุชาผู้สืบบัลลังก์จะใช้พระราชอำนาจที่ไม่ชอบ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหาสำคัญ คือ มิให้จับกุมคุมขังบุคคลโดยอำเภอใจ และหากถูกจับเรียกร้องจะต้องนำตัวผู้ถูกจับไปยังศาลภายในสามวันเพื่อแจ้งเหตุในการจับกุม ซึ่งหลักการนี้ได้กลายมาต้นแบบสำคัญของกฎหมายอื่น ๆ ในเวลาต่อมา

(4) The Bill of Rights (1689)³⁶

หลังจากพระเจ้าชาร์ลที่ 2 เสด็จสวรรคตในปี ค.ศ. 1685 พระเจ้าเจมส์ที่ 2 ก็สืบบัลลังก์ต่อ และเป็นปีที่ทราบกันว่ารัฐสภาไม่ขึ้นขอบพระองค์นักตั้งแต่เป็นพระอนุชาของพระเจ้าชาร์ลที่ 2 ยิ่งกว่านั้นพระองค์ยังเป็นกษัตริย์ที่นับถือนิกายโรมันคาทอลิก และมีความขัดแย้งกับสภาเรื่องเงินบำรุงกองทัพจนทำให้มีการยุบสภาตั้งแต่ปีแรกที่ขึ้นครองราชย์ แต่ความหวาดระแวงของรัฐสภาได้เพิ่มสูงขึ้นเมื่อพระองค์ได้ดำเนินนโยบายทางศาสนาที่เอนเอียงไปยังนิกายโรมันคาทอลิกมากขึ้นเรื่อย ๆ จึงทำให้มีขุนนางบางส่วนสมคบคิดโค่นพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ลงจากบัลลังก์ และ

³⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.43.

³⁶ ในบางตำรา (รวมทั้งเว็บไซต์หรือเอกสารอื่น ๆ) อาจระบุเป็นปี ค.ศ. 1688 ตามการนับปฏิทินแบบเดิม เนื่องจากประเทศอังกฤษมีการเปลี่ยนการนับปฏิทินจากปฏิทินจูเลียนเป็นปฏิทินเกรกอเรียนในปี ค.ศ. 1752

สามารถทำสำเร็จได้อย่างง่ายดายภายในปี ค.ศ. 1688 ซึ่งต่อมาเรียกขานเหตุการณ์นี้ว่าการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution)

เนื่องจากการปฏิวัติดังกล่าวทำให้พระเจ้าเจมส์ที่ 2 หนีออกจากอังกฤษ และเพื่อให้การสืบราชบัลลังก์มีความต่อเนื่อง รัฐสภาจึงออกประกาศความว่าพระองค์ได้มีความพยายามที่จะล้มล้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรโดยการละเมิดสัญญาดั้งเดิม (Original Contract) ระหว่างกษัตริย์และประชาชน พระองค์จึงออกจากราชอาณาจักรและสละราชสมบัติ ดังนั้นบัลลังก์จึงว่างลง³⁷ ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐสภาจึงเชิญเจ้าหญิงแมรีครองราชย์เคียงข้างเจ้าชายวิลเลียมและได้รับการสถาปนาเป็นพระราชินีแมรีที่ 2 (Mary II) และพระเจ้าวิลเลียมที่ 3 (William III) โดยทั้งสองพระองค์ได้ให้สัตยาบันในวันราชาภิเษกว่าจะออกกฎหมายตามที่รัฐสภาเห็นควร³⁸

ยิ่งกว่านั้นรัฐสภายังได้ออกคำประกาศว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมือง (The Bill of Right) ในปี ค.ศ. 1689 ซึ่งมีเนื้อสำคัญสองส่วน คือ ส่วนที่ว่าด้วยสิทธิ และส่วนที่ว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ จึงทำให้เอกสารดังกล่าวถูกเรียกว่าพระราชบัญญัติคำประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการสืบราชสันตติวงศ์ (An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown) โดยมีเนื้อหาสำคัญ เช่น กษัตริย์จะระงับกฎหมาย หรือยับยั้งการใช้กฎหมายในกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือเก็บเงินตามระบอบอภิสิทธิ์ หรือเกณฑ์ทหาร หรือมีกองทัพประจำการในเวลาสงบโดยปราศจากความยินยอมจากสภามีได้ ฯลฯ และเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการสืบสันตติวงศ์ในอนาคต จึงมีการระบุให้ผู้ที่จะเป็นกษัตริย์จะต้องนับถือศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์อีกด้วย ซึ่งการระบุเนื้อหาไว้เช่นนี้ทำให้กษัตริย์ไม่อาจปกครองประเทศโดยฝ่าฝืนมติรัฐสภาและกฎหมายได้

ในช่วงระยะเวลาเดียวกันนี้จอห์น ล็อก (ค.ศ. 1632 - 1704) ก็ได้เผยแพร่ผลงานความเรียงสองตอนว่าด้วยการปกครอง (Two Treaties of Government) ซึ่งเป็นงานเขียนอันทรงพลังและทำให้เขามีชื่อเสียงโด่งดังไปทั่วยุโรป โดยมีเนื้อหาสำคัญเกี่ยวกับ

³⁷ *Journal of the House of Commons: Volume 10, 1688-1693* (London, 1802), House of Commons Journal Volume 10: 28 January 1689, under “Lunæ, 28 die Januarii, 1688,” British History Online, Retrieved on July 14, 2018, from <http://www.british-history.ac.uk/commons-jrnl/vol10/p14>.

³⁸ จากที่แต่เดิมการออกกฎหมายจะเป็นไปตามพระบรมราชโองการของกษัตริย์แห่งอังกฤษมิใช่รัฐสภา

สภาวะธรรมชาติและสัญญาประชาคม โดยสัญญาแรกสุดที่ก่อตั้งประชาคมเรียกว่า “ปฐมสัญญา (Original compact)” โดยปัจเจกบุคคลจะมีฐานะเป็นพลเมืองหรือประชาชน และมีการตกลงกำหนดกฎเกณฑ์ในการปกครองตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับผู้ปกครอง โดยถือว่าอำนาจทางการเมืองของผู้ปกครองโดยเนื้อแท้แล้วเป็นของพลเมืองหรือประชาชนที่มาาร่วมก่อตั้งประชาคม และหากองค์กรทางการเมืองผู้ทรงอำนาจปกครองกระทำการฝ่าฝืนความไว้วางใจประชาชนย่อมมีสิทธิโค่นล้มองค์กรทางการเมืองดังกล่าวได้ ทั้งนี้ก็เนื่องจากการก่อตั้งประชาคมเกิดจากการสละอำนาจตามสภาวะธรรมชาติของบุคคลเพื่อให้ประชาคมปกป้องคุ้มครองสิทธิในชีวิตเสรีภาพ และทรัพย์สิน ดังนั้นหากองค์กรไม่สามารถทำหน้าที่ดังกล่าวได้ผู้ก่อตั้งย่อมมีอำนาจในการยกเลิกองค์กรดังกล่าวนี้ได้เช่นกัน³⁹

จะเห็นได้ว่าข้อเขียนของจอห์น ล็อคสะท้อนสภาพการณ์ทางการเมืองของประเทศอังกฤษในสภาวะการปฏิวัติได้เป็นอย่างดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำประกาศของรัฐสภาที่ให้เหตุผลในการโค่นล้มพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ว่าพระองค์ได้ละเมิดสัญญาดั้งเดิมระหว่างกษัตริย์และประชาชน ดังนั้นประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจย่อมสามารถโค่นล้มพระองค์ได้ ยิ่งกว่านั้น ข้อเขียนที่ว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติยังทรงอิทธิพลและนำไปสู่ข้อความคิดอื่นในอนาคตอีกหลายประการ

(5) The Human Right Act 1998

แม้จะผ่านพ้นช่วงการเรียกร้องต่อสู้มาแล้ว แต่ประเทศอังกฤษยังคงมีพัฒนาการเรื่องสิทธิมาอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งการให้สัตยาบันอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights : ECHR) ในปี ค.ศ. 1951 ที่ถูกร่างขึ้นโดยสภายุโรป (The Council of Europe) ซึ่งหลังจากการให้สัตยาบันดังกล่าวได้มีการตั้งคณะกรรมการว่าด้วยความเท่าเทียมและสิทธิมนุษยชนขึ้น เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอต่อสภาว่าขัดหรือแย้งต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อีกทั้งยังตรา The Human Right Act 1998 เพื่ออนุวัติตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาใช้เป็นกฎหมายภายในอีกด้วย⁴⁰

³⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561), น.280-281.

⁴⁰ นवलวรรณ สุนทรภิชช, “ข้อจำกัดของหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษ,” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.104.

2.1.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

จากผลพวงทางการเมืองของประเทศอังกฤษหลายต่อหลายครั้ง ทั้งนโยบายทางด้านศาสนา ปัญหาทางด้านการเมือง ปัญหาทางด้านเศรษฐกิจ ทำให้มีผู้อพยพจากประเทศอังกฤษเข้ามาแสวงโชคในดินแดนแห่งใหม่บริเวณอเมริกาเหนือเป็นจำนวนมาก และขณะเดียวกันประเทศอังกฤษในฐานะเจ้าอาณานิคมก็เข้ามาแสวงหาผลประโยชน์ในอเมริกา ทั้งในรูปแบบของรัฐและเอกชนซึ่งก่อให้เกิดการตั้งอาณานิคมสิบสามแห่งขึ้น โดยมีผู้ปกครองและกฎเกณฑ์การปกครองแตกต่างกันไปภายใต้รัฐสภาอังกฤษ

อย่างไรก็ดี การกำหนดนโยบายต่าง ๆ จากรัฐสภาอังกฤษโดยเฉพาะการจัดเก็บภาษีก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่อาณานิคมเป็นอย่างมาก ยิ่งกว่านั้นยังเป็นการจัดเก็บภาษีโดยที่ชาวอาณานิคมไม่มีตัวแทนอยู่ในสภาเลย จึงสร้างความไม่พอใจจนเกิดเป็นข้อพิพาทและการจลาจลขึ้นหลายครั้ง ต่อมาจึงมีการรวมตัวของผู้แทนอาณานิคมจนเกิดเป็นสภาองเกรสแห่งอาณานิคม (The Continental Congress) เพื่อมาประชุมแก้ไขปัญหาค้น แต่อย่างไรก็ดีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอังกฤษและเมืองอาณานิคมกลับย่ำแย่ลง

ต่อมาในปี ค.ศ. 1775 สภาองเกรสได้สั่งให้สภาท้องถิ่นของทุกอาณานิคมเตรียมร่างรัฐธรรมนูญและจัดตั้งรัฐบาลแต่ละรัฐขึ้น และในเดือนมิถุนายนปี ค.ศ. 1776 สภาองเกรสได้พิจารณา Virginia Declaration of Rights ที่เสนอจากตัวแทนของอาณานิคมเวอร์จิเนีย ซึ่งเริ่มต้นด้วยการกล่าวถึงเสรีภาพของบุคคล⁴¹ และกำหนดให้มีการคุ้มครองเสรีภาพสำหรับหนังสือพิมพ์ เสรีภาพในการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา เป็นต้น ส่วนคำประกาศของอาณานิคมอื่น ๆ ก็มีการเพิ่มเสรีภาพอื่นเข้ามาด้วย เช่น เสรีภาพในการอพยพย้ายถิ่นฐานออกนอกประเทศ เสรีภาพในการชุมนุม และเสรีภาพในการร้องทุกข์ เป็นต้น และต่อมาในปีเดียวกันชาวอาณานิคมโดยความสนับสนุนจากต่างชาติดีได้ทำสงครามปลดแอกตนเองจากการปกครองของประเทศอังกฤษเป็นผลสำเร็จ และประกาศคำประกาศอิสรภาพ (The Declaration of Independence) ขึ้นในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776

⁴¹ มาตรา 1 โดยธรรมชาติมนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ความเป็นอิสระ มีสิทธิติดตัวมาแต่กำเนิด และเมื่อมาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมสิทธิดังกล่าวไม่อาจถูกพรากหรือปลดปล่อยออกจากลูกหลานของเราได้โดยสัญญาใด ๆ กล่าวคือ มนุษย์มีสิทธิที่จะเชยชมชีวิตและเสรีภาพ มีสิทธิเข้าครอบครองและเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และแสวงหาความสุขและความปลอดภัย

แต่อย่างไรก็ดีเนื่องจากแต่ละอาณานิคมมีการรวมตัวอยู่อย่างหลวม ๆ และสภาองเกรสเป็นเพียงหน่วยบริหารเฉพาะกิจเท่านั้น ดังนั้นในปี ค.ศ. 1777 ภายหลังจากการประกาศอิสรภาพจึงต้องมีการวางระบบการปกครองใหม่โดยการออกบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ (Articles of the Confederation) ขึ้น โดยมีการรับรองและบังคับใช้จริงในปี ค.ศ. 1781 และแม้จะมีบทบัญญัติดังกล่าวแต่ก็ยังคงมีความยุ่งยากอยู่ เนื่องจากยังไม่มีรัฐบาลกลางที่ดำเนินการสิ่งต่าง ๆ ให้เป็นไปตามข้อตกลง อีกทั้งแต่ละรัฐยังคงมีอำนาจอธิปไตยโดยสมบูรณ์และดำเนินกิจการภายในของตัวเองตามอำเภอใจ ส่งผลให้ต่อมามีความพยายามในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการเรียกตัวแทนแต่ละรัฐมาประชุมแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐในปี ค.ศ. 1787 แต่ในท้ายที่สุดการประชุมดังกล่าวได้กลายเป็นการประชุมเพื่อเปลี่ยนแปลงโครงสร้างแห่งรัฐ และมีการร่วมจัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้น และเมื่อจัดทำแล้วเสร็จก็ส่งให้รัฐต่าง ๆ ให้สัตยาบันและมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1788 ต่อมาในปี ค.ศ. 1789 จึงเกิดรัฐบาลกลางขึ้น⁴²

อย่างไรก็ดี แม้จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วแต่ก็ยังไม่สมบูรณ์นัก เนื่องจากมีเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับโครงสร้างและกลไกการปกครองของรัฐเท่านั้น แต่ไม่มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิของประชาชนไว้ ต่อมาจึงมีการจัดตั้งคณะกรรมการระดับสหพันธ์ขึ้นเพื่อยกร่างบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิของประชาชน (The Bill of Rights) ซึ่งในท้ายที่สุดสภาองเกรสก็ได้ยอมรับบทบัญญัติดังกล่าวโดยมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1791 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งแรก (The First Amendment) และถือเป็นภาคที่สองในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากภาคแรกเป็นส่วนที่วางด้วยโครงสร้างและการปกครองของรัฐเท่านั้น

ต่อมาภายหลังจากใช้รัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมครั้งแรก ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกหลายครั้ง โดยเฉพาะบทบัญญัติที่ว่าด้วยสิทธิเพื่อเป็นไปตามสภาพการณ์ของประเทศ เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการเลิกทาส บทบัญญัติว่าด้วยการประกันสิทธิของชาวอเมริกันในทุกรัฐ บทบัญญัติห้ามกีดกันการเลือกตั้งเนื่องจากเชื้อชาติ สีผิว และการเป็นทาสในอดีต บทบัญญัติห้ามตัดสิทธิเลือกตั้งเนื่องจากเพศ ฯลฯ⁴³

⁴² อภิญา แก้วกำเนิด, “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.56-73.

⁴³ เพิ่งอ้าง, น.79-80.

ซึ่งจะเห็นได้ว่าบรรดาคำประกาศอิสรภาพตลอดจนการรับรองสิทธิปัจเจกชนไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลส่วนหนึ่งจากการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ รวมทั้งแนวคิดของจอห์น ล็อกเกี่ยวกับสภาวะธรรมชาติและสิทธิที่มนุษย์มีติดตัวแต่กำเนิด ตลอดจนแนวคิดของมองเตสกีเออที่สนับสนุนการรับรองสิทธิของปัจเจกบุคคลและการจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งเป็นการให้ความสำคัญกับระบบและกลไกที่ทำให้สิทธิของบุคคลสามารถบังคับใช้ได้จริงมากกว่ารับรองสิทธิเหล่านั้นไว้อย่างนามธรรม

2.1.2.3 ประเทศฝรั่งเศส

ก่อนการปฏิวัติอันสือเลื่องประเทศฝรั่งเศสได้ปกครองโดยกษัตริย์มาเป็นเวลาเกือบพันปี โดยตั้งแต่ก่อตั้งอาณาจักรจนถึงยุคกลาง ฝรั่งเศสปกครองด้วยระบบฟิวเดิล (Feudalism) โดยที่กษัตริย์ยังต้องอาศัยอำนาจผลประโยชน์จากตระกูลขุนนางและศาสนจักรเป็นเครื่องมือสำคัญในการขยายอำนาจของราชวงศ์ทั้งภายในฝรั่งเศสและยุโรป

ในคริสต์วรรษที่ 16 ภายหลังจากการปฏิรูปคริสต์ศาสนา ประชาชนบางส่วนหันมานับถือนิกายโปรเตสแตนต์และถูกเรียกว่ากลุ่มฮิวเกอโนต์ (Huguenot)⁴⁴ ซึ่งถือเป็นพวกนอกรีตและถูกต่อต้านจากสังคมเป็นอย่างมาก ต่อมาจึงเกิดการกระทบกระทั่งระหว่างนิกายโรมันคาทอลิกและโปรเตสแตนต์จนเกิดเป็นสงครามกลางเมืองขึ้นเกือบสามสิบปี แต่อย่างไรก็ดี มีความพยายามในการประนีประนอมความขัดแย้งทางศาสนาเรื่อยมา จนเป็นผลสำเร็จในรัชสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 4 (ครองราชย์ ค.ศ. 1589 - 1610) โดยพระองค์ได้ปล่อยตัวพวกฮิวเกอโนต์ รวมทั้งออกพระราชกฤษฎีกาเมืองนองต์ (Edict of Nantes)⁴⁵ เพื่อประนีประนอมให้ชาวคริสต์ทั้งสองนิกายอยู่ร่วมกันได้

⁴⁴ กลุ่มฮิวเกอโนต์ หมายถึง ผู้นำถือศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ กลุ่มลูกศิษย์ของเลอแฟแวร์ (Jacques Lefevre) ผู้นำกลุ่มเคลื่อนไหวนิกายโปรเตสแตนต์ กลุ่มพระ และนักบวชนิกายต่าง ๆ กลุ่มชนชั้นกลางที่ถูกตัดสิทธิทางการเมือง กลุ่มขุนนางชั้นผู้น้อย กลุ่มชนชั้นกลางระดับล่างที่ไม่ได้รวมถึงชาวนา ซึ่งเป้าหมายของคนกลุ่มนี้คือการต่อสู้กับอำนาจทางศาสนาเพื่อให้ได้รับเสรีภาพทางความเชื่อ และต่อสู้กับอำนาจทางการเมืองเพื่อประโยชน์ด้านการปกครองตนเอง

⁴⁵ พระราชกฤษฎีกาเมืองนองต์ (Edit of Nantes) เกิดจากการที่พระเจ้าเฮนรีที่ 4 ต้องการกองกำลังจากพวกฮิวเกอโนต์ไปช่วยเหลือในการสู้รบ จึงทำให้พวกฮิวเกอโนต์เรียกร้องเสรีภาพในการนับถือศาสนาของตนเพื่อแลกกับความช่วยเหลือดังกล่าว ต่อมาพระเจ้าเฮนรีที่ 4 จึงออกพระราชกฤษฎีกาเมืองนองต์ขึ้นเพื่อยอมรับข้อเรียกร้องพร้อมทั้งประนีประนอมความขัดแย้งทางด้านศาสนา โดยอิงการดังกล่าวมีเนื้อหาสำคัญ คือ ประกาศให้นิกายโรมันคาทอลิกเป็นศาสนา

ต่อมาในคริสต์วรรษที่ 17 พระเจ้าหลุยส์ที่ 14 (ครองราชย์ ค.ศ. 1643 - 1715) ได้รวมศูนย์อำนาจเข้าสู่ส่วนกลางและลดอำนาจของขุนนางลงเป็นผลสำเร็จ ยิ่งกว่านั้นยังได้รวมศูนย์อำนาจทางศาสนาโดยการประกาศนิกายกัลปาลีกัน (Gallicanism) ในปี ค.ศ. 1682 เพื่อจำกัดอำนาจของพระสันตะปาปาในฝรั่งเศส และเข้าปกครององค์การศาสนาด้วยพระองค์เอง และต่อมาในปี ค.ศ. 1685 ก็ทรงประกาศกฤษฎีกาฟองแตงโบล (The Edict of Fontainebleau) และยกเลิกกฤษฎีกาแห่งเมืองนองต์ซึ่งเป็นการยกเลิกเสรีภาพทั้งหมดของพวกโปรเตสแตนต์ ด้วยเหตุดังกล่าวพวกฮิวเกอโนต์จึงหนีไปยังเมืองอาณานิคมและประเทศอังกฤษในเวลาต่อมา⁴⁶

ภายหลังจากความเจริญถึงขีดสุดในรัชสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ฝรั่งเศสก็ยังคงสู้รบแย่งชิงดินแดนและยังคงใช้เงินในราชสำนักเป็นจำนวนมาก จนกระทั่งในรัชสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 (ครองราชย์ ค.ศ. 1774 - 1793) ก็ประสบกับปัญหาทางการเงินการคลังอย่างหนัก ซึ่งเกิดจากปัญหาเดิมที่สะสมมานาน รวมทั้งการบริหารที่ผิดพลาดหลายครั้ง ตลอดจนการแทรกแซงกิจการต่างประเทศ ดังนั้นจึงมีความพยายามในการแก้ปัญหาทางการเงินโดยการกู้จากต่างประเทศ และเก็บภาษีเพิ่มขึ้นจนเกิดความขัดแย้งกับสภาปาร์เลมองต์⁴⁷ขึ้น ต่อมาสภาปาร์เลมองต์จึงเรียกร้อง

ทางการของฝรั่งเศส และสถาปนาศาสนสถานเพิ่มเติมหลังจากที่เคยถูกทำลายไป ส่วนพวกฮิวเกอโนต์ได้รับเสรีภาพในการนับถือศาสนา และสามารถทำพิธีทางศาสนาตามความเชื่อของตนตามศาสนสถานที่กำหนด อีกทั้งยังมีสิทธิเท่าเทียมกับนิกายโรมันคาทอลิกในการประกอบอาชีพและการศึกษา รวมทั้งมีสิทธิตีพิมพ์หนังสือและเผยแพร่ร่างกายของตนเองได้ และให้มีการตั้งศาลพิเศษโดยแต่งตั้งผู้พิพากษาที่เป็นโรมันคาทอลิกร่วมกับโปรเตสแตนต์อีกด้วย

⁴⁶ อนันตชัย จินดาวุฒน์, ฝรั่งเศสในโลกเก่า ประวัติศาสตร์จักรวรรดิฝรั่งเศสก่อนสมัยใหม่, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อัสซี, 2558), น.283-284.

⁴⁷ สภาปาร์เลมองต์ (Parlements) ประกอบด้วย พวกที่มาจากขุนนางชั้นสูง (Aristocracy) และพวกข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งตามตำแหน่งที่ได้รับมา หรือแต่งตั้งตามการซื้อขายตำแหน่งที่ทำมาตั้งแต่สมัยพระเจ้าฟรานซิสที่ 2 (ครองราชย์ ค.ศ. 1559 - ค.ศ. 1560) หน้าที่ของสภาปาร์เลมองต์คืออำนาจทางการศาล การควบคุมดูแลกิจการตำรวจ และการตรากฎหมาย ดังนั้นสมาชิกสภาปาร์เลมองต์จึงไม่ใช่ผู้แทนราษฎรแต่เป็นผู้พิพากษาที่สืบทอดตำแหน่งหรือซื้อตำแหน่งมา

ให้ตนเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองและขอให้มีการเปิดประชุมสภาทั่วไป⁴⁸ เพราะสภาทั่วไปจะเป็นสถาบันเดียวที่จะอนุมัติการเก็บภาษีที่ถูกต้องได้เพราะถือเป็นความยินยอมของประชาชน ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐบาลจึงยอมให้มีการเปิดการประชุมในปี ค.ศ. 1789 แต่ปรากฏว่าในภายหลังพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ก็ได้ยกเลิกการเรียกประชุมสภาทั่วไป และเลื่อนให้มีการประชุมในปี ค.ศ. 1792 ซึ่งสร้างความไม่พอใจแก่ประชาชนทั่วไปเป็นอย่างมากจนนำมาสู่การประท้วง ซึ่งความวุ่นวายได้เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ต่อมาพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 จึงยอมให้มีการเรียกประชุมสภาทั่วไป

อย่างไรก็ดี แม้จะยอมให้มีการประชุมสภาทั่วไปก็ยังคงเกิดปัญหาตามมาว่าจะมีการคัดเลือกสมาชิกอย่างไรและจะออกเสียงกันอย่างไร⁴⁹ การโต้เถียงดังกล่าวยืดเยื้อจนไม่อาจเปิดการประชุมได้ จนกระทั่งวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1789 กลุ่มฐานันดรที่สามก็ได้ประกาศจัดตั้งสมัชชาแห่งชาติ (National Assembly) แยกตัวจากสภาทั่วไป และมีการชุมนุมจนสามารถกดดันให้พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ออกประกาศให้ฝรั่งเศสมีการปกครองที่กษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) ได้ในวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 1789 แต่อย่างไรก็ดี ประกาศดังกล่าวมีลักษณะที่เอนเอียงไปยังอภิสิทธิ์ชนและมีลักษณะต่อต้านสามัญชนจึงก่อให้เกิดแรงต้านอีกครั้ง จึงทำให้ท้ายที่สุดพระองค์ยอมให้มีการประชุมร่วมกันทั้งสามฐานันดรเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญ แต่ก่อนมีการประชุมพระองค์ได้เรียกทหารมาประจำการที่วังเป็นจำนวนมาก และสั่งปลดเสนาบดีโดยแต่งตั้งคนของพระราชินีมารี อ็องตัวแน็ตแทน ซึ่งหลายฝ่ายเห็นว่าพระองค์มีความพยายามในการล้มสภาร่างรัฐธรรมนูญ ต่อมาตั้งแต่วันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1789 ประชาชนจึงรวมตัวกันทั่วกรุงปารีสเพื่อเดินขบวนประท้วงและบุกเข้าทำลายทรัพย์สิน จนกระทั่งในวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1789 เหตุการณ์ไปถึงจุดสูงสุดเมื่อฝูงชนได้เข้าทำลายคุกบัสตีย์ สามัญชนยากจนเข้าปล้นอาหารและทำลายปราสาทของพวกขุนนาง ต่อมาสภาแห่งชาติจึงต้องประชุมอย่างเร่งด่วนเพื่อดำเนินการเลิกทาสเลิกศาลที่อยู่ตามปราสาทขุนนาง ยกเลิกการเก็บภาษีบำรุงศาสนา และให้ความเสมอภาคในการเก็บภาษี เป็นต้น

⁴⁸ การประชุมสภาทั่วไป ประกอบด้วย ผู้แทนของชาวฝรั่งเศสสามฐานันดร นั่นคือ ฐานันดรที่หนึ่งคือ พระ ฐานันดรที่สองคือ ขุนนาง และฐานันดรที่สามคือ สามัญชนทั่วไป

⁴⁹ ปัญหาวิธีการนับคะแนนเสียงเกิดเป็นข้อถกเถียงเป็นอย่างมาก เพราะแต่เดิมมีการนับคะแนนเสียงตามฐานันดร (หนึ่งฐานันดรเท่ากับหนึ่งคะแนนเสียง) แต่ฐานันดรที่สามได้เสนอว่าให้มีการประชุมร่วมกันทั้งสามฐานันดรและให้มีการออกเสียงตามจำนวนผู้แทน (หนึ่งคนเท่ากับหนึ่งเสียง)

ต่อมาในวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 สมัชชาแห่งชาติได้ออกคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Declaration of Rights of Man and Citizen, Déclaration des droits de l’homme et du citoyen) ซึ่งได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจาก Jean-Jacques Rousseau และปรัชญาเมธีในยุคแสงสว่าง ซึ่งเชื่อมั่นในเสรีภาพและความเสมอภาคที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาประชาคม (Contract social) และเชื่อมั่นว่าคุณค่าบางอย่างมีลักษณะสากลที่นำไปใช้ได้กับมนุษย์ทั้งปวง ไม่ได้ขึ้นอยู่กับเพศ สีผิว เผ่าพันธุ์ ศาสนา หรืออาณาเขตที่ตั้งจะเห็นได้จากชื่อเรียก “คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง” ที่มุ่งหมายถึงมนุษย์และพลเมืองทั้งหมดไม่เฉพาะแต่คนฝรั่งเศสเท่านั้น⁵⁰

ต่อมาในปี ค.ศ. 1791 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และบรรจุคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ซึ่งการประกาศใช้รัฐธรรมนูญส่งผลให้สมัชชาแห่งชาติสิ้นสุดลงกลายเป็นสภานิติบัญญัติ (Legislative Assembly) และทำให้ฝรั่งเศสกลายเป็นประเทศที่ปกครองในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา อย่างไรก็ตาม การปฏิวัติฝรั่งเศสส่งผลต่อประเทศโดยรอบเป็นอย่างมาก เพราะต่างเกรงว่าจะได้รับผลกระทบจึงส่งกองกำลังมาทำสงครามกับฝรั่งเศสเพื่อช่วยเหลือราชวงศ์ ซึ่งทำให้คนฝรั่งเศสโกรธเป็นอย่างมากจนมีการบุกเข้าไปจับกุมตัวพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ในวัง และตัดสินให้ประหารพระองค์ด้วยกิโยตินในปี ค.ศ. 1793 ซึ่งส่งผลให้พระโอรสถูกสถาปนาเป็นพระเจ้าหลุยส์ที่ 17 (ครองราชย์ ค.ศ. 1793-1795) โดยมีฐานะเป็นกษัตริย์แต่เพียงในนามเท่านั้น และในปีเดียวกันโรแบสปีเยร์ (Maximilien Robespierre) ยังให้ฝรั่งเศสเลิกนับถือคริสต์ศาสนา เลิกใช้คริสต์ศักราชโดยให้ใช้ศักราชปฏิวัติแทน แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1801 เมื่อจักรพรรดินโปเลียนที่ 1 (ปกครอง ค.ศ. 1804-1814) ปกครองประเทศก็ให้ฝรั่งเศสกลับมาใช้คริสต์ศักราชเช่นเดิม และมอบอำนาจการปกครองศาสนาจักรในฝรั่งเศสให้แก่กันโปเลียนในเวลาต่อมา

อย่างไรก็ดี โครงสร้างการปกครองของฝรั่งเศสมิได้หยุดนิ่งสำเร็จลงตั้งแต่วันปฏิวัติ ฝรั่งเศสยังคงจัดทำรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับทั้งใน ค.ศ. 1793 ค.ศ. 1795 และ ค.ศ. 1814 โดยเฉพาะการกลับมาปกครองด้วยระบอบกษัตริย์ของพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 (ครองราชย์ 1815-1824) ซึ่งได้มีการประกาศใช้ Charte Constitutionnelle ฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1814 เพื่อเป็น

⁵⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล, “ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาปฏิวัติฝรั่งเศส (2),” มติชนสุดสัปดาห์, สืบค้นเมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม 2561, จาก https://www.matichonweekly.com/column/article_21258.

การประนีประนอมการปกครองระบอบกษัตริย์และรัฐสภา แต่รัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ไม่ได้วางหลักประกันสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองอย่างครบถ้วนแต่กลับวางหลักประกันสิทธิตามสมควรเท่านั้น

ในเวลาต่อมาฝรั่งเศสก็ยังมีกรปกครองไม่มั่นคงนัก จึงเกิดการยึดอำนาจการปกครองจากพระเจ้าชาร์ลที่ 10 (ครองราชย์ ค.ศ. 1824 - ค.ศ. 1830) และเชิญพระเจ้าหลุยส์ - ฟิลิปส์ที่ 1 (ครองราชย์ ค.ศ. 1830 - 1848) ขึ้นครองราชย์แทน และได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ลงวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ. 1830 ในเวลาต่อมา อย่างไรก็ดี ฝรั่งเศสยังคงต้องเผชิญกับสงครามกลางเมืองซึ่งเกิดจากความเปลี่ยนแปลงทางด้านเศรษฐกิจและแนวคิดสังคมนิยมในหมู่ชนชั้นกรรมาชีพ ซึ่งทำให้อำนาจสั่งการของรัฐบาลพระเจ้าหลุยส์ - ฟิลิปส์ที่ 1 ต้องหยุดชะงักลง ต่อมาจึงมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นอีกครั้ง และประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1848 โดยกำหนดให้มีการปกครองระบอบสาธารณรัฐประชาธิปไตยโดยมีประธานาธิบดีเป็นประมุขซึ่งมีอำนาจแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี และมีรัฐสภามาจากการเลือกตั้งทั่วไป ซึ่งการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและล้มล้างพระราชอำนาจของพระเจ้าหลุยส์ - ฟิลิปส์ที่ 1 ในครั้งนี้ถือเป็นการปฏิวัติครั้งใหญ่ที่ส่งผลสะเทือนไปทั่วยุโรปอีกครั้ง และยังส่งผลให้เกิดสาธารณรัฐที่ 2 (ค.ศ. 1848 - 1851) ภายใต้การปกครองของหลุยส์-นโปเลียน โบนาปาร์ตที่มาจาก การเลือกตั้ง แต่ในสมัยต่อมากฎหมายไม่อนุญาตให้หลุยส์-นโปเลียน โบนาปาร์ตเป็นประธานาธิบดีอีกครั้ง เขาจึงยึดอำนาจและสถาปนาตนเองเป็นจักรพรรดิโนโปเลียนที่ 3 (ปกครอง ค.ศ. 1852 - 1870) เกิดเป็นจักรวรรดิที่ 2 ขึ้น และต่อมาเมื่อพระองค์พ่ายแพ้สงครามแก่ปรัสเซียและถูกจับตัวได้ที่สนามรบ กลุ่มนิยมสาธารณรัฐ (Republican) จึงได้เลิกล้มระบอบจักรวรรดิและจัดตั้งรัฐบาลเฉพาะกาลขึ้น ส่งผลให้จักรวรรดิที่ 2 สิ้นสุดลงเกิดเป็นสาธารณรัฐที่ 3 (ค.ศ. 1870 - 1940) ขึ้น

ช่วงสาธารณรัฐที่ 3 ในปี ค.ศ. 1871 ได้มีการออก The River Act เพื่อกำหนดให้มีประธานาธิบดีชั่วคราวดำรงตำแหน่งหัวหน้าฝ่ายบริหาร และมีความพยายามในการหาข้อยุติพระองค์ใหม่ และต่อมาในปี ค.ศ. 1875 มีการออกกฎหมายที่มีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญโดยเนื้อหาแต่ก็ไม่ได้การระบุว่าจะฝรั่งเศสปกครองโดยระบอบใด จนกระทั่งในเวลาต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวโดยกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศเป็นการถาวร โดยทำหน้าที่ในทางแบบพิธีและให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจบริหารที่แท้จริง

ต่อมาเมื่อฝรั่งเศสพ่ายแพ้สงครามต่อเยอรมนีในปี ค.ศ. 1940 สาธารณรัฐที่ 3 สิ้นสุดลงเกิดเป็นสาธารณรัฐที่ 4 ขึ้น และในภายหลังได้เกิดปัญหาว่ากฎหมายที่วางโครงสร้างของรัฐโดยมีเนื้อหาเป็นรัฐธรรมนูญที่เคยมีมาในสาธารณรัฐที่ 3 นั้นจะต้องมีอยู่หรือไม่ ต่อมาจึงมีการทำประชามติ (Référendum) เพื่อสอบถามประชาชนว่าจะใช้รัฐธรรมนูญฉบับเดิมหรือจัดทำขึ้นใหม่

และผลออกมาว่าประชาชนต้องการให้มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ต่อมาเมื่อร่างแล้วเสร็จจึงได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 1946 โดยยังคงให้ประธานาธิบดีเป็นประมุขเช่นเดิม และยังคงมีการจัดวางโครงสร้างการปกครองคล้ายกับสาธารณรัฐที่ 3 แต่ก็มี การแก้ไขรายละเอียดเพิ่มเติมหลายประการ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับนี้บังคับใช้ไม่นานก็เกิดปัญหาการเมืองระหว่างประเทศขึ้น ส่งผลให้นายพล เดอ โกลล์ขึ้นสู่อำนาจในปี ค.ศ. 1958 เพื่อแก้ไขเหตุการณ์ความไม่สงบ และต้องจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่พร้อมทั้งให้ประชาชนลงประชามติว่าจะรับร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเสียงส่วนใหญ่ยอมรับรัฐธรรมนูญดังกล่าว ต่อมาจึงได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่เมื่อวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 โดยกำหนดรูปแบบการปกครองในระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดี (Semi-Parliamentary and Semi-Presidential Regime) และยังคงอ้างคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และสิทธิพลเมือง ฉบับลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้สาธารณรัฐที่ 4 สิ้นสุดลงเกิดเป็นสาธารณรัฐที่ 5 ขึ้นนับแต่นั้นมา และรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ได้อ้างอิงใช้เรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบันและมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งตามสภาพการณ์ของประเทศ⁵¹

2.1.2.4 ประเทศเยอรมนี

ประวัติศาสตร์การต่อสู้ของชาวเยอรมันมีความพิเศษกว่าชาวอังกฤษ อเมริกา และฝรั่งเศสตรงที่ว่าเดิมทีชาวเยอรมันได้อยู่กระจัดกระจายตามแคว้นต่าง ๆ ซึ่งรวมตัวกันอย่างหลวม ๆ ในจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์แห่งชนชาติเยอรมัน โดยมีรัฐสำคัญ ได้แก่ ออสเตรีย ปรัสเซีย และบาวาเรีย ซึ่งไม่ได้มีการรวมตัวเป็นชาติทางการเมืองมั่นคงมาแต่ดั้งเดิมอย่างประเทศอื่น จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1871 ได้มีการรวมชนเผ่าเยอรมันหลายแคว้นเป็นอาณาจักรเยอรมัน (Deutsche Reich) อันหนึ่งอันเดียวกันภายใต้รัฐธรรมนูญที่ปกครองโดยไกเซอร์ (Kaiser) คนเดียวกันขึ้น จึงทำให้ประวัติศาสตร์ของประเทศเยอรมนีมักเริ่มขึ้นที่ตรงนี้

แต่หากกล่าวย้อนกลับไปก่อนการรวมชาติของประเทศเยอรมนี ประวัติความเป็นมาของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการถกเถียงเป็นกิจจะลักษณะเกิดขึ้นในช่วงการปฏิวัติแห่งปรัสเซีย (Prussian Revolution) และการปฏิวัติในนครรัฐทั่วเยอรมนีในปี ค.ศ. 1848 ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดชาตินิยม เสรีนิยม และอุดมการณ์ในระบอบประชาธิปไตยจากการปฏิวัติครั้งใหญ่ของฝรั่งเศสในปีเดียวกันนั้น ต่อมาแกนนำปฏิรูปเสรีนิยมได้จัดตั้งสภารัฐธรรมนูญแห่งชาติ (National Constituent Assembly) ขึ้นที่เมืองแฟรงก์เฟิร์ต โดยที่ประชุมได้หารือแนวทางการรวมชาติเยอรมัน และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน

⁵¹ อภิญา แก้วกำหนด, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 42*, น.140, 149.

ทั่วทั้งเยอรมัน และในช่วงปลายปี ค.ศ. 1848 ก็ได้มีการประกาศร่างสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งชนชาติเยอรมัน (Grundrechte des deutschen Volkes) โดยมีเนื้อหาหลักเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ยกเลิกการประหารชีวิต ครอบคลุมเสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพทางศาสนา เสรีภาพทางการศึกษา เสรีภาพในการร่วมตัวทางการเมือง เสรีภาพทางด้านสื่อสิ่งพิมพ์ และเสรีภาพทางการค้า รวมทั้งกฎหมายเทียบลบล้างด้วยการสืบสันตติวงศ์ของจักรวรรดิผู้ปกครองชนชาวเยอรมัน และก่อตั้งสภาสมาชิกชน (Volkshaus) และสภาผู้แทนนครรัฐ (Staatenhaus) เป็นต้น⁵²

ต่อมาในวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1849 รัฐสภาแห่งแฟรงก์เฟิร์ตก็ได้ผ่านรัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมัน (Imperial Constitution) โดยได้นำเอาคำประกาศร่างสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งชนชาติเยอรมันมาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ และภายหลังจากการผ่านร่างรัฐธรรมนูญสภาก็ได้ทำการเลือกกษัตริย์แห่งปรัสเซียเป็นองค์จักรพรรดิ (Kaiserdeputation) แห่งจักรวรรดิเยอรมัน โดยตัวแทนของสภาได้ขอเข้าพบพระเจ้าฟรีดริช วิลเฮล์มที่ 4 (Friedrich Wilhelm IV ครองราชย์ ค.ศ. 1840-1861) กษัตริย์แห่งปรัสเซียเพื่อขอให้พระองค์ดำรงตำแหน่งจักรพรรดิตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แต่พระองค์ปฏิเสธเนื่องจากเป็นตำแหน่งที่มาจากสภาของกลุ่มปฏิวัติที่กษัตริย์หลายดินแดนต่อต้าน และพระองค์จะรับตำแหน่งนี้ก็ต่อเมื่อได้รับการยอมรับจากเจ้านครรัฐต่าง ๆ⁵³

ภายหลังจากที่พระเจ้าฟรีดริช วิลเฮล์มที่ 4 ปฏิเสธการดำรงตำแหน่งจักรพรรดิ ได้เกิดการเรียกร้องให้พระองค์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญจนเกิดเป็นสงครามกลางเมืองขึ้น ปรัสเซียจึงส่งกองทัพมาปราบปรามจนทำให้การปฏิวัติล้มเหลวลง ส่วนสภาแฟรงก์เฟิร์ตเกิดปัญหาภายในและปิดตัวลงในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1849 อย่างไรก็ตาม แม้ความพยายามในการรวมชาติเยอรมันในครั้งนี้จะไม่เป็นผลสำเร็จตามที่ต้องการ แต่บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานและรูปแบบโครงสร้างการปกครองของรัฐธรรมนูญแฟรงก์เฟิร์ตก็ยังมีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ ต่อมา

หลังจากที่ปรัสเซียส่งกองทัพไปปราบเหตุจลาจลสำเร็จ ปรัสเซียก็เริ่มมีอิทธิพลเหนือรัฐอื่น ๆ ในดินแดนเยอรมนี และเกิดการแข่งอำนาจกับรัฐเยอรมนีตอนใต้ที่นำโดยออสเตรียจนเกิดเป็นข้อสงครามต่อสู้อันระหว่างชนชาติเยอรมัน (Deutscher Krieg) ขึ้น และต่อมา

⁵² อิติพงษ์ มีทอง, “สภาแฟรงก์เฟิร์ตกับการปฏิวัติแห่งปรัสเซียใน ค.ศ. 1848 : การสร้างจุดเริ่มต้นแห่งการรวมชาติเยอรมัน,” วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์มหาวิทยาลัยขอนแก่น, ฉบับ 1, ปีที่ 33, น.13-14 (2559).

⁵³ เพ็งอ้วง, น.15-16.

ในปี ค.ศ. 1866 สงครามได้จบลงด้วยชัยชนะของปรัสเซียภายใต้การนำของออตโต ฟอน บิสมาร์ค (Otto von Bismarck) ซึ่งส่งผลให้ปรัสเซียเป็นผู้นำในการรวบรวมดินแดนทางตอนเหนือของเยอรมนี และได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเหนือขึ้นในปี ค.ศ. 1867 ซึ่งมีผลเป็นการก่อตั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเหนือขึ้น และหลังจากนั้นอีกไม่นานรัฐทางตอนใต้ทั้งหมดยกเว้น ออสเตรียก็ได้เข้าร่วมลงนามในสัญญาารวมชาติกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเหนือ และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมนีในปี ค.ศ. 1871 หรือเรียกเป็นการทั่วไปว่า “รัฐธรรมนูญบิสมาร์ค” ซึ่งส่งผลให้มีการก่อตั้งจักรวรรดิเยอรมันได้ในที่สุด และเนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดจากข้อตกลงการรวมชาติระหว่าง เจ้าผู้ครองนครรัฐจึงทำให้มีเนื้อหามุ่งวางรากฐานการปกครองประเทศเป็นสำคัญ โดยไม่มีหมวดว่าด้วยสิทธิของปัจเจกชนแต่อย่างใด เนื่องจากอำนาจทางปกครอง (Verwaltungskompetenz) อยู่ที่มลรัฐ จึงมีเพียงมาตรการที่ออกโดยมลรัฐเท่านั้นที่สามารถละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ ดังนั้นหลักประกันและคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนจึงบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญระดับมลรัฐแล้ว⁵⁴

ต่อมาภายหลังจากที่พระเจ้าวิลเฮล์มที่ 1 ในฐานะจักรพรรดิเยอรมนี ครองราชย์ ค.ศ. 1871 - 1888) เสด็จสวรรคต พระเจ้าวิลเฮล์มที่ 2 (ในฐานะจักรพรรดิเยอรมนี ครองราชย์ ค.ศ. 1888 - 1918) จึงขึ้นครองราชย์เป็นลำดับถัดมา พระองค์ได้ดำเนินกิจการต่างประเทศจนนำพาจักรวรรดิเยอรมนีเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 1 และต้องประสบกับความพ่ายแพ้จนรัฐบาลเยอรมันร้องขอให้มีการหยุดยิง แต่ฝ่ายสัมพันธมิตรได้เรียกร้องให้พระเจ้าวิลเฮล์มที่ 2 สละราชบัลลังก์ก่อนเพื่อแลกกับข้อตกลงดังกล่าวแต่พระองค์กลับปฏิเสธ ต่อมาความพ่ายแพ้ของเยอรมันได้ส่งผลบานปลายจนเกิดการชุมนุมประท้วง และกลายเป็นการปฏิวัติเดือนพฤศจิกายน (Novemberrevolution) และเกิดข้อเรียกร้องให้พระเจ้าวิลเฮล์มที่ 2 สละราชบัลลังก์ขึ้นอีกครั้ง ซึ่งท้ายที่สุดพระองค์จึงตัดสินใจสละราชบัลลังก์ในวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 1918 แต่ในวันเดียวกันนั้น ระหว่างที่มีการเปลี่ยนผ่านผู้นำประเทศก็ได้เกิดการปฏิวัติ และมีการประกาศจัดตั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีขึ้น ซึ่งถือได้ว่าการปกครองในระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญได้สิ้นสุดลง

⁵⁴ ณีฐกุลพล สกุลเมฆา, *วิวัฒนาการของระบอบการเมืองการปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศึกษาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 ถึงรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1949* (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) ภายใต้ “รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เยอรมันเหนือ ค.ศ. 1867 และรัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมัน ค.ศ. 1871,” สืบค้นเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2561, <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=267>.

แล้วในวันนี้ ต่อมาจึงมีการก่อตั้งคณะมนตรีผู้รับมอบอำนาจจากประชาชน (Council of the People's Deputies) ขึ้นเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและกำหนดรูปแบบการปกครองใหม่ต่อไป

ในเวลาต่อมาประเทศเยอรมนีได้เลือกปกครองรูปแบบสาธารณรัฐประชาธิปไตยและจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งชาติขึ้น โดยกำหนดอายุผู้มีสิทธิเลือกตั้งไว้ที่ยี่สิบปีบริบูรณ์และให้สิทธิการเลือกตั้งแก่ผู้หญิงเป็นครั้งแรก ภายหลังจากการจัดทำรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ. 1919 โดยมีชื่อเป็นทางการคือ “รัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมัน” (Verfassung des Deutschen Reichs) หรือมีชื่อเรียกเป็นการทั่วไปว่า “รัฐธรรมนูญไวมาร์” เพราะมีการพิจารณาและจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับนี้ที่เมืองไวมาร์และเรียกสาธารณรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่าสาธารณรัฐไวมาร์ด้วยเช่นกัน⁵⁵

รัฐธรรมนูญไวมาร์ถือเป็นรัฐธรรมนูญแห่งอาณาจักรเยอรมนีฉบับแรกที่มีบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมีลักษณะเป็นการประนีประนอมแนวความคิดสังคมนิยมและทุนนิยม เช่น คุ้มครองแรงงาน คุ้มครองเสรีภาพในการรวมตัวของนายจ้างและลูกจ้าง สิทธิในการรับรองมรดก สิทธิในครอบครัว เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในความเชื่อและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาและกำหนดห้ามมิให้มีโบสถ์ของรัฐ เป็นต้น อีกด้านหนึ่งก็วางหลักประกันสิทธิในกรรมสิทธิ์โดยกำหนดเงื่อนไขให้ใช้กรรมสิทธิ์ไปในทางส่งเสริมประโยชน์ส่วนรวม และขณะเดียวกันรัฐก็สามารถเวนคืนทรัพย์สินได้ เป็นต้น อีกทั้งยังบัญญัติสิทธิในความเสมอภาคว่าชาวเยอรมันทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย และยังมีสิทธิและหน้าที่ในความเป็นพลเมืองเหมือนกัน ซึ่งเป็นการกำหนดให้สิทธิในความเสมอภาคมีลักษณะเป็นสิทธิพลเมืองไม่ใช่สิทธิมนุษยชน

อย่างไรก็ดี แม้รัฐธรรมนูญไวมาร์จะบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานไว้มากมายแต่สภาผู้จัดทำรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดว่าสิทธิเหล่านั้นต้องมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อองค์กรของรัฐท้ายที่สุดจึงเป็นเพียงแนวปฏิบัติเท่านั้น ดังนั้นตลอดการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงเกิดข้อถกเถียงเรื่อยมา ซึ่งความเห็นทางตำราส่วนมากเห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไวมาร์ไม่มีผลผูกพันองค์กรนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย อีกทั้งไม่มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจึงทำให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้มีผลบังคับอย่างเต็มที่⁵⁶ อีกทั้งยังเป็นการเอื้อให้รัฐมีดุลพินิจกำหนดขอบเขตการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานได้อย่างกว้างขวาง และยังสามารถอ้างเหตุความ

⁵⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง รัฐธรรมนูญไวมาร์ (กรุงเทพฯ : คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.8-9.

⁵⁶ เฟ็งอ้วง, น.44-46.

ไม่สงบภายในประเทศหรือภาวะสงคราม พร้อมทั้งประกาศภาวะฉุกเฉินอันมีผลเป็นการยกเลิกการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญอีกด้วย นอกจากนี้ในระหว่างการบังคับใช้รัฐธรรมนูญไว้มาร์ได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเศรษฐกิจและการเมืองขึ้นหลายประการ จนเป็นการปูทางไปสู่การขึ้นมามีอำนาจของฮิตเลอร์และพรรคนาซี ซึ่งต่อมาได้ออกกฎหมายหลายฉบับที่มีผลเป็นการทำลายระบบสหพันธ์จนเกิดเป็นการรวมศูนย์อำนาจและทำให้รัฐธรรมนูญไว้มาร์สิ้นผลบังคับอย่างสิ้นเชิงในเวลาต่อมา

ภายใต้ความรำลึกจากการพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่ 1 ประกอบกับกระแสชาตินิยมอย่างรุนแรง ฮิตเลอร์ได้นำพาจักรวรรดิเยอรมนีเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 แต่ในท้ายที่สุดก็ต้องประสบกับความพ่ายแพ้อีกครั้งในวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1945 และประเทศต้องถูกครอบครองโดยกองทัพฝ่ายสัมพันธมิตรผู้ชนะสงคราม ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพโซเวียต สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ซึ่งต่อมาได้เกิดความขัดแย้งเกี่ยวกับระบอบการปกครองของเยอรมันขึ้น โดยสหภาพโซเวียตต้องการให้ปกครองด้วยคอมมิวนิสต์ แต่ที่เหลือต้องการให้ปกครองด้วยระบอบเสรีประชาธิปไตย ดังนั้นเมื่อตกลงกันไม่ได้ในฝั่งตะวันออกที่ถูกยึดครองโดยสหภาพโซเวียตจึงได้ก่อตั้งสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมนีหรือเยอรมนีตะวันออกขึ้นในปีค.ศ. 1949 ส่วนฝั่งตะวันตกที่ยึดครองโดยสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ก็ได้ประกาศยกเลิกรัฐปรัสเซียและก่อตั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือเยอรมนีตะวันตกขึ้นในปีเดียวกัน

แต่ก่อนที่จะมีการก่อตั้งเยอรมนีตะวันตก ได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญชั่วคราวซึ่งมีชื่อเรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law, Grundgesetz)” ขึ้นในปี ค.ศ. 1948 ซึ่งการจัดทำรัฐธรรมนูญครั้งนี้ได้จัดทำด้วยความระมัดระวังไม่ให้มีลักษณะถาวร⁵⁷ เพราะอาจเป็นอุปสรรคในการรวมประเทศเยอรมนีในอนาคต และหวังว่าเมื่อมีการรวมประเทศแล้วจึงจะประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป ต่อมาเมื่อร่างรัฐธรรมนูญได้ผ่านความเห็นชอบจากสภาล่าง สภามลรัฐและประเทศสัมพันธมิตรตะวันตกแล้ว จึงมีการประกาศใช้ในวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 โดยมีเนื้อหาแก้ไขความบกพร่องของรัฐธรรมนูญไว้มาร์ โดยเฉพาะการบัญญัติเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในส่วนแรกของรัฐธรรมนูญ และกำหนดหลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิไว้เพื่อไม่ให้มีทำได้โดยง่ายอย่างที่เคยเป็นมา เช่น การจำกัดสิทธิต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา และมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปไม่เจาะจงใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น กฎหมายที่จำกัดสิทธิ

⁵⁷ เพื่อให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีลักษณะชั่วคราว ส่วนท้ายของรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติไว้ว่ากฎหมายพื้นฐานจะสิ้นสุดการใช้บังคับในวันที่รัฐธรรมนูญที่ได้รับการลงมติโดยอิสระจากชาวเยอรมันมีผลบังคับใช้

ต้องอ้างบทบัญญัติกฎหมายพื้นฐานที่ถูกจำกัดด้วย การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานทำได้แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิ และให้สิทธิแก่ประชาชนผู้ถูกล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถเข้าถึงสิทธิทางศาลได้ เป็นต้น

ต่อมาในปี ค.ศ. 1989 แม้จะมีการรวมเยอรมนีตะวันตกและตะวันออกเข้าด้วยกันแล้ว แต่เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานมีกลไกการบังคับใช้ได้ดีจึงมีการตกลงให้ใช้เป็นรัฐธรรมนูญถาวรสำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่อไป และแม้จะมีการถกเถียงกันว่าจะต้องมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ก็ไม่ถือเป็นปัญหาที่สำคัญนัก เพราะขณะนี้กฎหมายพื้นฐานยังคงใช้การได้ดีอยู่ แต่ประเด็นปัญหาสำคัญที่มีการพิจารณาคือ เมื่อประเทศเยอรมนีได้เข้าเป็นส่วนหนึ่งของสหภาพยุโรปแล้วจะทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานได้รับผลกระทบหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ตัดสินว่า⁵⁸มาตรฐานของสิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายพื้นฐานได้รับรองไว้จะถูกรับใช้กับกฎหมายของประชาคมยุโรปด้วย และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังสงวนสิทธิในการตัดสินคดีเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานไว้อยู่ เนื่องจากในกรณีทั่วไปหากเป็นคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายของประชาคมยุโรป ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปย่อมมีอำนาจพิจารณา ซึ่งจากคำวินิจฉัยนี้แสดงให้เห็นว่าหากประชาคมยุโรปมีการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานเทียบเท่ากฎหมายพื้นฐานแล้ว ย่อมเป็นการสอดคล้องกับหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในกฎหมายพื้นฐานเช่นเดียวกัน⁵⁹

2.1.3 ประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

ในทางวิชาการได้อาศัยหลักเกณฑ์ในการกำหนดประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้หลายหลักเกณฑ์แล้วแต่ว่าจะพิจารณาเรื่องใดเป็นสำคัญ ซึ่งวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ผู้ทรงสิทธิและหลักเกณฑ์การประกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนี้

2.1.3.1 การจำแนกสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเกณฑ์ผู้ทรงสิทธิ

การจำแนกสิทธิโดยอาศัยเกณฑ์ผู้ทรงสิทธิเป็นการพิจารณาจากผู้ที่ได้รับสิทธิทางรัฐธรรมนูญว่าสิทธินั้น ๆ มีผู้ทรงสิทธิเป็นมนุษย์ทุกคนหรือเป็นเพียงพลเมืองของรัฐเท่านั้น ซึ่งเกณฑ์ดังกล่าวสามารถจำแนกสิทธิรัฐธรรมนูญออกเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ดังนี้

⁵⁸ BVerfGE 89, 155.

⁵⁹ นรินทร์ อธิสาร, “60 ปี กฎหมายพื้นฐาน – 60 Jahre Grundgesetz,” Public Law Net, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2561, จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1362>.

(1) สิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Right) คือ สิทธิที่ถือว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิดและไม่อาจถูกพรากไปได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์นั้น⁶⁰ โดยถือเป็นสิทธิที่ให้แก่มนุษย์โดยไม่มีข้อจำกัดทางลักษณะของบุคคล ดังนั้นมนุษย์ทุกคนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิทั้งสิ้น และด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ผูกพันอยู่กับมนุษย์มาแต่กำเนิด การบัญญัติสิทธิประเภทนี้จึงไม่ใช่กรณีที่รัฐ “ให้สิทธิ” แก่บุคคล หากแต่เป็นการที่รัฐได้ “รับรองสิทธิ” ให้แก่บุคคล ซึ่งโดยทั่วไปสิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นสิทธิป้องกันที่บุคคลใช้ป้องกันแดนเสรีภาพของตนจากอำนาจรัฐ เช่น สิทธิในเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น

(2) สิทธิพลเมือง

สิทธิพลเมือง (Civil Right) คือ สิทธิที่เฉพาะแต่พลเมืองของรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ซึ่งมักจะเป็นสิทธิในการเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ⁶¹ เช่น สิทธิในการตั้งพรรคการเมือง สิทธิในการเข้ารับราชการ สิทธิในการเข้าเป็นสมาชิกในองค์กรของรัฐ สิทธิในเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ เป็นต้น นอกจากนี้สิทธิพลเมืองจะมีลักษณะเกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมทางการเมืองแล้ว ยังเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสถานะความเป็นบุคคลของชาตินั้นด้วย⁶² เช่น การคุ้มครองมิให้มีการถอนสัญชาติ การห้ามมิให้เนรเทศบุคคลที่มีสัญชาตินั้น เป็นต้น ดังนั้นโดยพื้นฐานสิทธิพลเมืองจึงเป็นสิทธิที่เฉพาะแต่พลเมืองของรัฐเท่านั้นที่เป็ผู้ทรงสิทธินั่นเอง

อย่างไรก็ดี เนื่องจากคำว่า “สิทธิมนุษยชน” และ “สิทธิพลเมือง” ได้มีการใช้แพร่หลายทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงต้องระมัดระวังว่ามีการใช้ในบริบทใด เพราะหากกล่าวโดยเฉพาะกฎหมายระหว่างประเทศคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ได้กำหนดให้ใช้กับทุกคนโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติหรือความไร้รัฐ และหมายรวมถึงสิทธิใด ๆ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์พึงมีเพื่อให้มีชีวิตอยู่รอดและมีการพัฒนา เช่น สิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง

⁶⁰ Maurice CRANSTON, Human Rights Today, (London : Ampersand books, 1962) อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.40.

⁶¹ เพิ่งอ้าง, น.44.

⁶² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.63.

สิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางสังคม และสิทธิทางวัฒนธรรม⁶³ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ใช้คำว่าสิทธิมนุษยชนในขอบเขตอย่างกว้าง และสิทธิพลเมืองเองก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ ในปัจจุบันประเทศไทยได้เป็นภาคีสถิติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งสหประชาชาติถือเป็นสนธิสัญญาหลัก จำนวน 7 ฉบับ⁶⁴ และหากพิจารณาการตีความระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) จะพบว่าได้กำหนดให้สิทธิพลเมือง ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในเสรีภาพ

⁶³ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, บทวิเคราะห์ข้อมูล สถานการณ์ และเชื่อมโยงเพื่อวางทิศทางแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2557-2561), (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2556), น.2-3.

⁶⁴ (1) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child - CRC)
 (2) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women - CEDAW)
 (3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR)
 (4) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESCR)
 (5) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination - CERD)
 (6) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment - CAT)
 (7) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities - CRPD)
 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, <http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/International-Human-Rights-Affairs/International-Law-of-human-rights.aspx>, เข้าถึงเมื่อวันที่ 7 มิถุนายน 2562.

ทางความคิดและศาสนา เป็นต้น⁶⁵ ซึ่งลักษณะสิทธิดังกล่าวหากใช้ในรัฐธรรมนูญจะถือว่าเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญประเภทสิทธิมนุษยชน เนื่องจากเป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้นั่นเอง

2.1.3.2 การจำแนกสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเกณฑ์การประกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ที่มาของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)” ได้ปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเกิดจากความเลวร้ายของพรรคนาซีที่กระทำต่อชาวยิวด้วยวิธีการที่มนุษย์ไม่ควรกระทำต่อกัน ดังนั้นเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญจึงได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 1 (1) ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ รัฐมีหน้าที่ในการให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งการบัญญัติหลักดังกล่าวไว้ที่มาตราแรกของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการย้ำเน้นถึงความสำคัญของเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างดี

ในทางวิชาการและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้หลากหลายโดยสามารถสรุปใจความสำคัญได้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคุณค่าสูงสุดที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ดังนั้นมนุษย์ทุกคนย่อมได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำกัดคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่น ๆ ของบุคคล โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีความมุ่งหมายให้มนุษย์มีความเป็นอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของตนเอง ดังนั้นเพื่อเห็นแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐจึงต้องทำให้เกิดความมั่นคงแก่ปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ อีกทั้งยังมีหน้าที่ในการให้ความเคารพคุณค่าดังกล่าวโดยมิอาจล่วงละเมิดได้⁶⁶

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการยอมรับว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือเป็นคุณค่าสำคัญที่มีอาจล่วงละเมิดได้ แต่ก็ได้เกิดข้อถกเถียงกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเพียงหลักการกว้าง ๆ ที่ครอบคลุมสิทธิทั้งหลายเท่านั้นหรือถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิชนิดหนึ่ง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยไว้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน และแม้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะมีได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราที่กำหนดให้ผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมดก็ตาม แต่อำนาจรัฐทั้งหลายก็ยังคงผูกพันกับหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้นเมื่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีคุณค่าเป็นหลักการสูงสุดของ

⁶⁵ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63*, น. 11.

⁶⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.89-90.

รัฐธรรมนูญ การกระทำทั้งหลายของรัฐจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าสูงสุดดังกล่าวด้วย โดยถือว่ามนุษย์เป็นเป้าหมายสูงสุดของการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐก็เพื่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงถือเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพและหลักความเสมอภาคของบุคคล จึงอาจกล่าวได้ว่าบรรดาสิทธิที่ได้รับการบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญเป็นการแสดงถึงผลอันมีรากฐานจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั่นเอง⁶⁷

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณารากฐานการประกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ประกอบกับการจัดมโนทัศน์ว่าด้วยสิทธิในทางนิติศาสตร์แล้ว เราสามารถจำแนกสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกได้เป็นสิทธิในเสรีภาพ (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) ดังนี้

(1) สิทธิในเสรีภาพ⁶⁸

สิทธิในเสรีภาพเป็นสิทธิเรียกร้องให้รัฐต้องเคารพอำนาจในการกระทำ การหรืองดเว้นการกระทำการของบุคคลผู้ทรงสิทธิ โดยในทางทฤษฎีได้จำแนกสิทธิในเสรีภาพออกเป็นสองประเภทคือ สิทธิในเสรีภาพทั่วไป (Das allgemeine Freiheitsrecht) และสิทธิในเสรีภาพเฉพาะเรื่อง (Die speziellen oder benannten Freiheitsrecht) กล่าวคือ

(1.1) สิทธิในเสรีภาพทั่วไป คือ สิทธิในเสรีภาพในบุคลิกภาพตลอดจนการกระทำและพฤติกรรมทั้งหลายทั้งปวง เช่น สิทธิในภาพถ่าย รูป ตลอดจนถ้อยคำของตน สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองเกียรติ สิทธิอัตวินิจัยในเรื่องข้อมูลข่าวสาร สิทธิของผู้เยาว์ในอันที่จะได้ทราบชาติกำเนิดของตน สิทธิในการทำสัญญา เป็นต้น ซึ่งหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิในเสรีภาพทั่วไปศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะหยิบขึ้นมาพิจารณาเมื่อปรากฏว่ากรณีที่เป็นปัญหาในการวินิจฉัยไม่สามารถปรับเข้ากับหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิในเสรีภาพเฉพาะเรื่องได้

(1.2) สิทธิในเสรีภาพเฉพาะเรื่อง คือ สิทธิในเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติชัดเจนเป็นเรื่อง ๆ เช่น สิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกัน สิทธิในเสรีภาพในการเดินทาง สิทธิในเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ สิทธิในเสรีภาพในกรรมสิทธิ์ สิทธิเลือกตั้ง เป็นต้น

⁶⁷ เฟิงอ้าง, น.93 และ 95.

⁶⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ่างแล้ว เชนงอรรถที่ 4, น.237.

(2) สิทธิในความเสมอภาค⁶⁹

สิทธิในความเสมอภาคเป็นสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากรัฐ ซึ่งอาจจำแนกสิทธิในความเสมอภาคออกเป็นสองประเภทคือ สิทธิในความเสมอภาคทั่วไป (Das allgemeine Gleichheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง (Die speziellen Gleichheitsrecht) กล่าวคือ

(2.1) สิทธิในความเสมอภาคทั่วไป คือ การเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันตามสภาพของสิ่งนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิในความเสมอภาคทั่วไปมีความมุ่งหมายเพื่อมิให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีความเหมือนกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันตามอำเภอใจ ดังนั้นสิทธิในความเสมอภาคทั่วไปจึงปฏิเสธการใช้อำนาจโดยอำเภอใจ

(2.2) สิทธิในความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง คือ กรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติแยกการคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ เช่น การห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเนื่องจากความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา เพศ อายุ ฐานะทางเศรษฐกิจ ฯลฯ การกำหนดหลักการในเรื่องความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง ตลอดจนสิทธิในความเสมอภาคในการเลือกตั้ง เป็นต้น

ข้อสังเกต รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดให้หลักสิทธิในความเสมอภาคมีลักษณะเป็น “สิทธิมนุษยชน”⁷⁰ ซึ่งไม่ว่าผู้ใดย่อมมีสิทธิดังกล่าวได้ทั้งสิ้น ส่วนรัฐธรรมนูญในสมัยสาธารณรัฐไวมาร์ได้กำหนดให้สิทธิในความเสมอภาคเป็นเพียง “สิทธิพลเมือง”⁷¹ กล่าวคือ เฉพาะชาวเยอรมันที่ผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคเท่านั้น

2.1.4 การกีดกันและผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

2.1.4.1 การกีดกันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

การกีดกันดั้งเดิมของสิทธิทางรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นสิทธิทางกฎหมาย คือ การทำหน้าที่ปกป้องแดนเสรีภาพของพลเมืองมิให้รัฐมาก้าวล่วงได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิป้องกัน (Status negativus) โดยภารกิจนี้เกิดขึ้นจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของการต่อสู้เรียกร้องของปัจเจกชนที่มีต่อผู้ปกครองมิให้ใช้อำนาจโดยอำเภอใจ นอกจากสิทธิทางรัฐธรรมนูญจะมีการกีดกันที่มีลักษณะเป็นสิทธิป้องกันแล้ว ยังมีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้อง (Status positivus) ให้รัฐกระทำการที่

⁶⁹ เพิ่งอ้าง, น.238.

⁷⁰ ใช้ถ้อยคำว่า “บุคคลเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย”

⁷¹ ใช้ถ้อยคำว่า “ชาวเยอรมันทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย”

เป็นประโยชน์แก่ตนได้เช่นกัน โดยอาจเป็นการเรียกร้องให้รัฐกระทำการที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์อื่นใดที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ ซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐก่อตั้งขึ้นเพื่อให้ ปัจเจกชนได้รับประโยชน์บางอย่างจากรัฐ นอกจากนี้ยังปรากฏสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะให้พลเมืองมีส่วนร่วมทางการเมือง (Status astivus) เพื่อบรรลุความมุ่งหมายของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอีกด้วย

ยิ่งกว่านั้น ในภายหลังได้มีการพัฒนาภารกิจของสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองแดนแห่งเสรีภาพของปัจเจกบุคคล จากการล่วงละเมิดโดยบุคคลที่สาม ซึ่งเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและบุคคลผู้ทรงสิทธิ และบุคคลที่สามผู้ล่วงละเมิดสิทธิทางรัฐธรรมนูญของบุคคลผู้ทรงสิทธิ ทั้งนี้ก็เพื่อให้สิทธิทางรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้จริงอีกด้วย⁷²

2.1.4.2 ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

จากภารกิจของสิทธิทางรัฐธรรมนูญข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ปัจเจกชนสามารถใช้ต่อองจากรัฐ ดังนั้นบรรดาบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐที่ตระหนักถึงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของประชาชน ย่อมผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการทั้งสิ้น

(1) ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญต่อองค์กรรัฐ

ตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการย่อมเป็นผู้มีหน้าที่เคารพสิทธิทางรัฐธรรมนูญเสมอเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ใช้อำนาจรัฐกระทบต่อเขตแดนสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ปัจเจกชนได้รับการคุ้มครอง กล่าวคือ

(1.1) ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ

คำว่า “องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ” ในกรณีทั่วไปย่อมหมายถึงรัฐสภาไม่ว่าจะเป็นสภาระดับใดหรือเป็นกฎหมายลักษณะใด กล่าวคือ อาจเป็นกฎหมายที่เกิดจากการริเริ่มของคณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นเพื่ออนุวัติตามสัญญาระหว่างประเทศ เป็นต้น ส่วนกรณีสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีการตรากฎหมายประเภทพระราชกำหนดก็

⁷² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.231-232.

ถือเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติชนิดหนึ่ง ดังนั้นองค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าวย่อมมีหน้าที่ที่จะผูกพันกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญด้วย⁷³

ทั้งนี้การใช้อำนาจนิติบัญญัติหากพิจารณาตามคุณค่าและระดับอำนาจที่ใช้บัญญัติกฎหมายแล้ว สามารถจำแนกการใช้อำนาจนิติบัญญัติออกเป็นสองกรณี นั่นคือ กรณีใช้อำนาจนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และกรณีใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายทั่วไป ซึ่งทั้งสองกรณีได้ส่งผลให้เกิดความผูกพันต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญแตกต่างกัน กล่าวคือ

กรณีใช้อำนาจนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เป็นกรณีที่รัฐสภามีได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติปกติธรรมดาในการบัญญัติกฎหมายแต่เป็นอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant dérivé, pouvoir de révision⁷⁴) ที่มีลักษณะแตกต่างจากการตรากฎหมายทั่วไป ดังนั้นโดยหลักรัฐสภาในฐานะที่เป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่ต้องผูกพันตนต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญ เว้นแต่กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ผูกพันต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหลักการที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ซึ่งเรียกว่า “บทบัญญัตินิรันดร (Ewigkeitsklausel)” เช่น ห้ามมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญกระทบต่อหลักการมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติ หลักประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการจัดการปกครอง เป็นต้น

กรณีใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายทั่วไป

เป็นกรณีที่รัฐสภาใช้อำนาจปกติธรรมดาในการตรากฎหมายทั่วไป ซึ่งการตราภาษดังกล่าวจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นคุณค่าสูงสุด ดังนั้นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติจึงต้องผูกพันตนต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อให้เกิดข้อจำกัดในการตราภาษที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ไม่สามารถตราภาษที่ก้าวล่วงกรอบการคุ้มครอง หรือตราภาษให้ขัดหรือแย้งกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ ตลอดจนมีหน้าที่ทำให้

⁷³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 26*, น.979.

⁷⁴ คำว่า “อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ” มีการใช้ภาษาฝรั่งเศสกำกับสองแบบแล้วแต่ว่าจะยึดถือตามทฤษฎีใด กล่าวคือ การใช้คำว่า pouvoir constituant dérivé เป็นกรณีที่เห็นว่าอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ ส่วนการใช้คำว่า pouvoir de revision เป็นกรณีที่เห็นว่าอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่จัดว่าเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีเพียงหนึ่งเดียวคือการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ

สภาพการณ์ทางกฎหมายสอดคล้องกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งนอกจาก “การกระทำการ” ขององค์กรนิติบัญญัติอาจขัดหรือแย้งกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญแล้ว “การงดเว้นการกระทำการ” ขององค์กรนิติบัญญัติโดยเฉพาะการไม่บัญญัติกฎหมายก็อาจเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ หากการงดเว้นนั้นมีผลทำให้สภาพการณ์ทางกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญยังคงดำรงอยู่ต่อไป⁷⁵

(1.2) ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร

คำว่า “องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร” โดยหลักจะหมายถึง องค์กรรัฐที่ “ใช้อำนาจบริหาร” ในระบบกฎหมายมหาชน ไม่ว่าจะเป็้องค์กรฝ่ายปกครองขององค์การบริหารส่วนกลาง องค์กรอิสระ องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น องค์กรของรัฐอื่นใดที่ใช้อำนาจในทางบริหาร และเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจกระทำการแทนรัฐด้วยเนื่องจากถือว่าเป็น “ฝ่ายปกครอง” ในทางเนื้อหา ซึ่งการใช้อำนาจรัฐทั้งปวงไม่ได้คำนึงว่าใครเป็นผู้ใช้อำนาจ แต่คำนึงว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจรัฐหรือไม่⁷⁶

นอกจากการกระทำการขององค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารในระบบกฎหมายมหาชนจะต้องผูกพันต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญแล้ว มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารที่อยู่ในระบบกฎหมายเอกชนจะต้องผูกพันต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งการกระทำดังกล่าวสามารถพิจารณาได้สองระดับ นั่นคือ ระดับแรก การกระทำที่เป็นการปฏิบัติภารกิจในการปกครองโดยแท้ ระดับสอง การกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์จำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่และการกระทำเพื่อดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ ซึ่งการกระทำระดับแรกมีข้อถกเถียงเป็นที่ยุติว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญเสมอ ส่วนการกระทำที่สองมีความเห็นแตกต่างกันสองฝ่าย ฝ่ายแรก เห็นว่าไม่ต้องผูกพันต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ฝ่ายที่สอง เห็นว่าแม้้องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการในระบบกฎหมายเอกชน องค์กรฝ่ายปกครองก็ยังคงผูกพันต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญเช่นกัน เนื่องจากฝ่ายปกครองไม่สามารถอ้างแดนอำนาจของเอกชน (Private autonomy) เพื่อให้ตนมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาเพื่อตกลงเข้าทำนิติกรรมใด ๆ โดยปราศจากความผูกพันที่มีต่อกฎหมายมหาชนได้ เพราะความสามารถในการกระทำการของฝ่ายปกครองเกิดจาก

⁷⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* เชียงธรรมที่ 26, น.980.

⁷⁶ *เพ็งอ้าง*, น.981-982.

“กฎหมาย”⁷⁷ ดังนั้นไม่ว่าการกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารจะเกิดขึ้นในพรมแดนกฎหมายใดก็ จำต้องผูกพันต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น

(1.3) ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ

องค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการมีความสัมพันธ์กับสิทธิทางรัฐธรรมนูญสอง ลักษณะ ลักษณะแรก องค์กรตุลาการต้องผูกพันต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ลักษณะที่สอง องค์กรตุลาการต้องใช้อำนาจปกป้องคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนเสมอ กล่าวคือ ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่วินิจฉัยคดีทุกประเภทในทุกชั้นศาลจะต้องดำเนินการพิจารณาตลอดจนมีคำพิพากษาที่เคารพต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญ โดยนำเอาสิทธิทางรัฐธรรมนูญไปใช้ในการพิจารณาคดี ตลอดจนถึงต้องใช้และตีความกฎหมายต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเสมอ ยิ่งกว่านั้นบรรดากฎหมายที่ศาลใช้ในการพิจารณาคดีมักเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงต้องตรวจสอบว่ากฎหมายที่ใช้ทำคำพิพากษานั้นขัดหรือแย้งกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือไม่เช่นกัน⁷⁸

(2) ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญต่อเอกชน

มีประเด็นต้องพิจารณาเบื้องต้นว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันระหว่างเอกชนด้วยกันเองอย่างเช่นมีผลผูกพันต่ออำนาจรัฐทั้งปวงหรือไม่ หากพิจารณาถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายต่าง ๆ วัตถุประสงค์ของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ตลอดจนประวัติศาสตร์และพัฒนาการของสิทธิทางรัฐธรรมนูญแล้ว จะพบว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญไม่มีผลผูกพันโดยตรงในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง กล่าวคือ หากยอมให้สิทธิทางรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันเอกชนด้วยกันเอง โดยเอกชนคนหนึ่งสามารถอ้างสิทธิทางรัฐธรรมนูญยื่นเอกชนอีกคนหนึ่ง และก่อให้เกิดหน้าที่แก่เอกชนในการปฏิบัติตามสิทธิทางรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมทำให้เอกชนสูญเสียเสรีภาพหรือถูกจำกัดสิทธิเป็นอย่างมาก และอาจกระทบต่อหลักแดนอิสระของเอกชน (Private autonomy) ได้ ซึ่งผลลัพธ์ดังกล่าวได้ขัดต่อวัตถุประสงค์ของสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของเอกชนจากการล่วงละเมิดโดยอำนาจรัฐ และไม่ได้กำหนดให้เอกชนต้องปฏิบัติในความสัมพันธ์กับเอกชนอื่นแต่อย่างใด ดังนั้น โดยหลักสิทธิทางรัฐธรรมนูญจึงก่อตั้งหน้าที่ให้แก่รัฐ และก่อตั้งสิทธิให้แก่เอกชน โดยที่รัฐเป็นผู้มีหน้าที่เคารพสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ส่วนเอกชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั่นเอง

⁷⁷ เฟ็งอ้วง, น.983-984.

⁷⁸ เฟ็งอ้วง, น.984-985.

อย่างไรก็ดี แม้โดยหลักสิทธิทางรัฐธรรมนูญจะไม่มีผลผูกพันโดยตรงต่อเอกชนด้วยกันเองก็ตาม แต่มีสิทธิทางรัฐธรรมนูญบางเรื่องที่ยอมรับว่ามีผลผูกพันต่อเอกชนโดยตรงซึ่งถือเป็นข้อยกเว้น โดยพิจารณาจากบทบัญญัติตลอดจนวัตถุประสงค์ของสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้น เช่น ในระบบกฎหมายเยอรมันได้กำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานในกฎหมายแรงงานเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่มีผลผูกพันเอกชนโดยตรง ซึ่งได้แก่ สิทธิในสหภาพแรงงาน สิทธิในสหภาพนายจ้าง โดยเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้ไว้แก่ลูกจ้างและนายจ้างในการรวมตัวเป็นสหภาพเพื่อประโยชน์ในด้านแรงงานและเงื่อนไขด้านเศรษฐกิจ

ยิ่งกว่านั้น แม้สิทธิทางรัฐธรรมนูญจะไม่มีผลผูกพันโดยตรงต่อเอกชนด้วยกันเอง แต่สิทธิทางรัฐธรรมนูญยังมีผลต่อ*กฎหมายเอกชน*ทั้งในแง่ของการตรากฎหมาย และการใช้กฎหมาย กล่าวคือ ในแง่การตรากฎหมายเอกชน องค์กรณีบัญญัติย่อมต้องผูกพันตนต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจอธิปไตย ดังนั้นองค์กรณีบัญญัติจึงต้องคำนึงถึงคุณค่าของสิทธิทางรัฐธรรมนูญในการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างเอกชนผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ส่วนในแง่การใช้และการตีความกฎหมายเอกชน องค์กรณีที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะศาลยุติธรรมก็ต้องมีหน้าที่ผูกพันตนต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญเช่นกัน ดังนั้นการใช้หรือตีความกฎหมายเอกชนจึงต้องสอดคล้องกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญ และไม่อาจปฏิเสธระบบคุณค่าของสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่มีต่อกฎหมายเอกชนเช่นนี้เองได้ส่งผลให้สิทธิทางรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันโดยอ้อมในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเองโดยผ่านการใช้และการตีความกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป เช่น หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าเป็น “สภาวะที่สิทธิทางรัฐธรรมนูญได้แผ่รังสีไปในแดนของกฎหมายเอกชน (Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht)” ซึ่งมีลักษณะเป็นผลโดยอ้อมทางที่สามของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ (Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, The third – party effect of basic rights)⁷⁹

อย่างไรก็ดี ไม่ใช่สิทธิทางรัฐธรรมนูญทุกชนิดที่จะสามารถอ้างผลผูกพันระหว่างเอกชนได้ทั้งหมด โดยเฉพาะสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่โดยสภาพหรือโดยเนื้อหาแล้วเป็นสิทธิที่ไม่อาจเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันได้เลย⁸⁰ เช่น สิทธิในการปฏิเสธเข้ารับราชการ

⁷⁹ เฟ็งอ้วง, น.987-990.

⁸⁰ M. Kloepfer, Verfassung Band II Grundrechte, München : Beck, 2010, S.74. อ้างถึงใน เฟ็งอ้วง, น.986.

ทหาร สิทธิในสัญชาติของบุคคล จึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่จะใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเองจะต้องเป็นสิทธิที่โดยสภาพหรือโดยเนื้อหาอาจเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเองได้ เช่น สิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ดังนั้นจึงต้องพิจารณาสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นำมากล่าวอ้างเป็นกรณีไป

2.1.5 การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

การที่รัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้องคุ้มครองปัจเจกชนจากการใช้อำนาจของรัฐ ได้มีผู้ให้นิยามว่าเป็น “ขอบเขตความคุ้มครองของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งหมายถึง พรหมแดนในการดำเนินชีวิตอย่างเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในด้านต่าง ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญ (Lebensbereiche, Areas of life)⁸¹ ซึ่งในพรหมแดนการดำเนินชีวิตนั้น อาจจะได้รับ การรับรองจากรัฐธรรมนูญไว้อย่างกว้างหรือแคบ หรือได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไข หรือไม่มีเงื่อนไข เพื่อคุ้มครองพรหมแดนการใช้ชีวิตของเอกชนให้ได้รับความคุ้มครองจากการใช้อำนาจของรัฐ และแม้รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้สิทธิบางเรื่องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย หรือมิได้กำหนดขอบเขตในการจำกัดสิทธิไว้อย่างชัดเจน ก็ไม่ได้หมายความว่าไม่อาจมีการจำกัดสิทธินั้นได้ เพราะตามหลักนิติรัฐย่อมไม่มีเสรีภาพใดได้รับความคุ้มครองโดยปราศจากขอบเขต เนื่องจากเสรีภาพคือพฤติกรรมที่เกิดจากมนุษย์ด้วยกัน นั่นคือ มนุษย์คนหนึ่งควรปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างไร หรือควรต้องปฏิบัติต่อสังคมหรือรัฐอย่างไร ซึ่งเป็นขอบเขตที่ได้รับการพิจารณาจากรัฐธรรมนูญ⁸²

ซึ่งในเรื่องนี้ได้เกิดปัญหาต่อไปว่าพรหมแดนที่รับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญแต่ละชนิดมีขอบเขตเพียงใด และอะไรคือสิ่งที่จะสามารถจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ ในเรื่องดังกล่าวสามารถแบ่งการจำกัดสิทธิออกเป็น การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยตรง และการจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยอ้อม ดังนี้

⁸¹ Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht II*, S.50 ff. อ้างถึงใน ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.204.

⁸² Karl August Bettermann, *Staatsrecht Verfahrensrechts Zivilrecht*, Schriften aus vier Jahrzehnten, Hrs. von D. Merten, H.J. Papier, K. Schmidt, A. Yeuner, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, S.73. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.219-210.

2.1.5.1 การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยตรง

(1) การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยถ้อยคำที่รับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั่นเอง

กรณีแรก บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้กำหนด “เงื่อนไข” การคุ้มครองไว้ในตัวบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในตนเอง เช่น บุคคลมีสิทธิในเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ⁸³ ซึ่งคำว่า “โดยสงบ” และ “ปราศจากอาวุธ” เป็นเงื่อนไขสำคัญในการให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมของบุคคล เพราะหากบุคคลมีการชุมนุมโดยปราศจากความสงบและ/หรือใช้อาวุธ ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองในสิทธิในเสรีภาพดังกล่าว ซึ่งถือได้ว่าเงื่อนไขดังกล่าวเป็นสิ่งที่ทำให้สิทธิในเสรีภาพในการชุมนุมที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้วจะต้องถูกจำกัดลง

กรณีที่สอง บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การใช้สิทธิทางรัฐธรรมนูญจะใช้ได้ตราบที่ไม่ขัดต่อ “คุณค่า” บางอย่างที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง เช่น บุคคลย่อมมีเสรีภาพโดยบริบูรณ์ในการนับถือศาสนา และการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักทางศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸⁴ ซึ่งคำว่า “หน้าที่ของปวงชนชาวไทย” “อันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ” และ “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ถือเป็นคุณค่าที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง และเป็นความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญสามารถทำได้เฉพาะกรณีที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตรานั้น ๆ กำหนดเอาไว้โดยตรงเท่านั้น โดยไม่ได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิแต่อย่างใด ซึ่งอาจถือว่าเป็นลักษณะเฉพาะของรัฐธรรมนูญไทย เพราะหากพิจารณาการจำกัดสิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนาของรัฐธรรมนูญเยอรมัน⁸⁵ ก็จะพบว่าในบทบัญญัติที่รับรองสิทธิไว้นั้นไม่ได้กำหนดให้สิทธิถูกจำกัดด้วยบทบัญญัตินั้นเอง หากแต่ถูกจำกัดโดยคุณค่าหรือบทบัญญัติมาตราอื่นในรัฐธรรมนูญแทนซึ่งจะได้พิจารณาในหัวข้อถัดไป⁸⁶

⁸³ มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁸⁴ มาตรา 31 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁸⁵ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน

มาตรา 4 วรรคหนึ่ง เสรีภาพในการนับถือศาสนาและมโนธรรม และเสรีภาพในการนับถือวิทยาศาสตร์ หรือหลัก ปรัชญาจะถูกละเมิดมิได้

⁸⁶ ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.210-211.

(2) การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยคุณค่าหรือบทบัญญัติมาตราอื่นในรัฐธรรมนูญ

ทฤษฎีการจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยคุณค่าหรือบทบัญญัติมาตราอื่นในรัฐธรรมนูญ มีความสำคัญต่อการอุดช่องว่างการใช้การตีความบทบัญญัติทางรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิบริบูรณ์ที่ปราศจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ (Vorbehaltlose Grundrechte) หรือเรียกเป็นการทั่วไปว่า “สิทธิสมบูรณ์” ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษมากกว่าสิทธิชนิดอื่น และไม่ให้คุณพิจารณาแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพื่อมาจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ โดยการจำกัดสิทธิต้องเกิดจากโดยรัฐธรรมนูญโดยตรงเท่านั้น

อย่างไรก็ดี นักวิชาการบางส่วนเห็นว่าสิทธิสมบูรณ์ เช่น สิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างเด็ดขาดโดยไม่มีการจำกัดสิทธิ แต่หากพิจารณาทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่าแม้รัฐธรรมนูญจะรับรองสิทธิไว้บริบูรณ์โดยปราศจาก “เงื่อนไข” การจำกัดสิทธิก็ตาม แต่สิทธิทางรัฐธรรมนูญย่อมสามารถถูกจำกัดได้เสมอเนื่องจากไม่มีใครสามารถใช้สิทธิได้อย่างเด็ดขาดโดยไม่กระทบต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญของผู้อื่นหรือคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งข้อความคิดดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับรองไว้ว่าเป็นกรณีเดียวที่อาจจำกัดสิทธิสมบูรณ์ได้⁸⁷

2.1.5.2 การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยอ้อม

การจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยอ้อม หมายถึง กรณีที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิไว้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยถือว่าการจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมจากสิ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

ความมุ่งหมายของการจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญประเภทนี้ คือ การให้คุณพิจารณาแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ โดยเฉพาะประโยชน์สาธารณะ อีกทั้งยังเป็นความพยายามในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยเฉพาะอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการกระทบสิทธิของประชาชนได้ เนื่องจากการกำหนดเงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้น ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในกรณีที่ต้องตรากฎหมายที่อาจกระทบต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญของบุคคล อีกทั้ง

⁸⁷ เฟ็งอ้าง, น.213-215.

ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นด้วย ซึ่งความมุ่งหมายนี้มีลักษณะที่มุ่งคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของบุคคลและเป็นไปตามหลักการปกครองโดยกฎหมาย

ทั้งนี้ รูปแบบเงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็นสองประเภท นั่นคือ เงื่อนไขทางรูปแบบ และเงื่อนไขทางเนื้อหา ดังนี้

เงื่อนไขทางรูปแบบ คือ เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ รวมถึงกระบวนการ และแบบพิธีไว้

เงื่อนไขทางเนื้อหา คือ เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดวัตถุประสงค์ การจำกัดสิทธิไว้ในบทบัญญัติที่รับรองสิทธินั้น ซึ่งกฎหมายที่ตราขึ้นจำกัดสิทธิจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อตราขึ้นตามวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และนอกจากจะต้องทำตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแล้ว ยังต้องไม่มีเนื้อหาที่เป็นการทำลายสาระสำคัญของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ตลอดจนสอดคล้องกับหลักพอสมควรแก่เหตุ และมีการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ของสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องอีกด้วย⁸⁸

2.2 ข้อความคิดว่าด้วยผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

การกำหนดว่าใครเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการวินิจฉัยความผูกพันขององค์กรรัฐที่มีต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากบุคคลนั้นมีใช้ผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ องค์กรฝ่ายปกครองหรือนิติบัญญัติย่อมไม่ต้องผูกพันต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจรัฐก้าวล่วงแดนแห่งเสรีภาพตลอดจนการตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้น

ซึ่งจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของสิทธิทางรัฐธรรมนูญจะพบว่าเป็นการต่อสู้เรียกร้องของปัจเจกชนมิให้รัฐใช้อำนาจก้าวล่วงแดนเสรีภาพของตน จึงทำให้แต่เดิมผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ คือ บุคคลธรรมดา อย่างไรก็ตาม ด้วยการพัฒนาต่อเนื่องกันของบุคคลระหว่างรัฐจึงทำให้มีบุคคลที่สังกัดรัฐอื่นเข้ามาดำเนินกิจกรรมในรัฐเป็นจำนวนมาก ตลอดจนเกิดการรวมกลุ่มกันของบุคคลที่สังกัดรัฐเดียวกันหรือต่างรัฐกันเกิดเป็นคณะบุคคลหรือนิติบุคคลขึ้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าบุคคลที่สังกัดรัฐอื่น คณะบุคคล และนิติบุคคลจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่

⁸⁸ เฟิงอ้วง, น.224-225.

2.2.1 บุคคลธรรมดา

จากประวัติศาสตร์การต่อสู้ของปัจเจกชนที่มุ่งมิให้รัฐล่วงละเมิดแดนแห่งสิทธิของตนนั้น เป็นการต่อสู้ของบุคคลธรรมดาที่มีต่อผู้ปกครองในรัฐของตน ดังนั้นสิทธิทางรัฐธรรมนูญดั้งเดิมจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและบุคคลผู้เป็นพลเมืองของรัฐเป็นสำคัญ จนกระทั่งเกิดแนวคิดสิทธิสากลที่บุคคลทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ รัฐธรรมนูญสมัยใหม่จึงได้รับรองสิทธิดังกล่าวไว้ด้วย

ซึ่งในแง่การพิจารณาว่าสิทธินั้นเป็นสิทธิที่เฉพาะแต่พลเมืองของรัฐเป็นผู้ทรงสิทธิหรือเป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ไม่ว่าจะเป็นพลเมืองของรัฐหรือไม่ คือการจำแนกสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามหลักเกณฑ์ผู้ทรงสิทธิ โดยพิจารณาจากสัญชาติบุคคลที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเจ้าของสัญชาติและพลเมืองเป็นสำคัญ ซึ่งเรียกสิทธิที่เฉพาะแต่พลเมืองของรัฐเป็นผู้ทรงสิทธิได้ว่า “สิทธิพลเมือง” และเรียกสิทธิที่บุคคลทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ว่า “สิทธิมนุษยชน” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าหากสิทธิทางรัฐธรรมนูญใดเป็นสิทธิพลเมือง บุคคลที่ไม่มีสัญชาติของรัฐนั้นย่อมไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิ และไม่อาจได้รับความคุ้มครองจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐได้

จากหลักการข้างต้น เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากรัฐธรรมนูญหลายประเทศจะพบว่ารัฐธรรมนูญทั่วไปมักแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ส่วนประเทศไทยยังไม่ได้มีการแยกสิทธิดังกล่าวอย่างชัดเจนซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.2.1.1 การเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญ

ต่างประเทศ

รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่มักบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยแบ่งแยกออกเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ซึ่งอาจบัญญัติถ้อยคำโดยชัดแจ้งเพื่อกำหนดบุคคลผู้ทรงสิทธิ เช่น กำหนดคำว่า “บุคคล” “บุคคลทุกคน” “ชายและหญิง” ฯลฯ สำหรับกรณีที่ผู้ทรงสิทธิเป็นบุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีสัญชาติใด และกำหนดคำว่า “ชาวสเปน”⁸⁹ “ชาวเยอรมัน”⁹⁰

⁸⁹ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 19 บัญญัติว่า “ชาวสเปนมีสิทธิโดยเสรีในการเลือกที่อยู่และเดินทางภายในอาณาเขตของประเทศ...”

⁹⁰ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 11 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิเดินทางในอาณาเขตสหพันธรัฐ”

“ชาวสวีเดน”⁹¹ ฯลฯ ตามสัญชาติบุคคล สำหรับกรณีและผู้ทรงสิทธิเป็นพลเมืองสังกัดรัฐเจ้าของรัฐธรรมนูญนั้น ซึ่งทำให้เราทราบว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญใดบ้างที่คนต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ยิ่งกว่านั้น รัฐธรรมนูญบางประเทศอาจกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะ เช่น รัฐธรรมนูญประเทศสเปน⁹² รัฐธรรมนูญประเทศโรมาเนีย⁹³ เป็นต้น ซึ่งการแบ่งแยกสิทธิมนุษยชนออกจากสิทธิพลเมืองอย่างชัดเจนเช่นนี้ นอกจากจะเป็นไปตามหลักสากลแล้ว ยังทำให้คนทั่วไปที่มีไข่นักนิติศาสตร์สามารถศึกษารัฐธรรมนูญ และทราบได้โดยทันทีว่าผู้ใดอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้บ้าง ซึ่งทำให้ผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญชนิดดังกล่าวสามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองตนได้โดยง่าย เป็นต้น

2.2.1.2 ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังคงมีปัญหาเรื่องการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าว เนื่องจากบทบัญญัติหมวดที่ 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ได้ระบุชื่อหมวดโดยเจาะจงให้สิทธิและเสรีภาพเป็นของชนชาวไทย แต่ก็ยังคงมีข้อถกเถียงว่าคนต่างด้าวจะเป็นผู้ทรงสิทธิตามหมวดดังกล่าวหรือไม่ เพราะหากพิจารณาโดยเนื้อหาของสิทธิทางรัฐธรรมนูญบางชนิดแล้วมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้มีความเห็นแบ่งเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่า คำว่า “ชนชาวไทย” ในหมวดนี้ได้หมายความรวมถึงคนต่างด้าว ซึ่งมีความหมายแตกต่างจากคำว่า “ปวงชนชาวไทย” ในมาตรา 4⁹⁴ ที่หมายถึงกลุ่มคนที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น

⁹¹ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสวีเดน มาตรา 7 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “พลเมืองชาวสวีเดนไม่อาจถูกเนรเทศออกจากราชอาณาจักรหรือถูกปฏิเสธที่จะเข้ามาในราชอาณาจักรได้”

⁹² เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 13 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “คนต่างด้าวในสเปนย่อมมีเสรีภาพที่ถูกรับรองในหมวดนี้ (หมวดที่หนึ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่) ภายใต้งเงื่อนไขที่กำหนดโดยสนธิสัญญาและกฎหมาย”

⁹³ เช่น รัฐธรรมนูญโรมาเนีย มาตรา 18 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “คนต่างด้าวและคนไร้สัญชาติที่พำนักในโรมาเนียย่อมได้รับความคุ้มครองในชีวิตและทรัพย์สินที่ถูกรับรองโดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น”

⁹⁴ มาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน

ส่วนฝ่ายที่สองไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว เนื่องจากคำว่า “ชนชาวไทย” ในหมวดนี้โดยหลักต้องหมายถึงคนสัญชาติไทยเท่านั้น เพราะรัฐธรรมนูญย่อมกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนสัญชาติของรัฐนั่นเองโดยไม่ได้กำหนดความสัมพันธ์กับคนต่างด้าวอื่น และหากรัฐธรรมนูญจะให้สิทธิแก่คนต่างด้าวก็ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเจาะจง แต่ถ้ารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ คนต่างด้าวจะมีสิทธิเพียงใดให้เป็นไปตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายอื่นซึ่งไม่ใช่เรื่องของรัฐธรรมนูญ⁹⁵ กล่าวคือ คนต่างด้าวอาจมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประเทศตน หรือตามหลักสิทธิมนุษยชน ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่มีหน้าที่ให้หลักประกันแก่คนต่างด้าวแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี แม้ประเทศไทยจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาหลายฉบับ จนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (2560) ข้อถกเถียงดังกล่าวก็ยังไม่ล้าสมัย เนื่องจากปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นจากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมิได้แบ่งแยกประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ออกเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจน กล่าวคือ

บทบัญญัติหมวดที่...ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับที่สองซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 และเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา ก็ได้มีการตั้งข้อสังเกตในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิของคนต่างด้าวอยู่บ่อยครั้ง และเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็มีความพยายามจากคณะอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญกรอบที่ 1 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ในการจัดหมวดหมู่สิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นบททั่วไป สิทธิขั้นพื้นฐาน และสิทธิพลเมือง ซึ่งอยู่ภายใต้หมวด “สิทธิและเสรีภาพของบุคคล” เพื่อแก้ปัญหาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1111/2537 ซึ่งพิพากษาว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามที่เคยเป็นมา⁹⁶ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อถึงขั้นพิจารณาของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญและชั้นพิจารณาร่วมกันของรัฐสภา แนวความคิดดังกล่าวก็ถูกปฏิเสธไปด้วยเหตุผลสองประการคือ ประการแรก การบัญญัติสิทธิของชนชาวไทยและคนต่างด้าวไว้ในหมวดเดียวกันอาจทำให้เกิดความสับสน และเกรงว่าคนต่างด้าวจะได้รับสิทธิทางรัฐธรรมนูญเท่าเทียมกับคนไทย อีกทั้ง

⁹⁵ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสิทธิการพิมพ์, 2530), น.655. ; หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงตามมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ บำรุงสาส์น, 2511), น.103.

⁹⁶ ปิ่นอนศ แก้วรุ่งฟ้า, “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 : ศึกษากรณีสิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมือง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.187-188.

รัฐธรรมนูญไม่ได้มีหน้าที่คุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าว แต่เป็นอำนาจของรัฐสภาในการออกกฎหมายมารับรองหรือจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในภายหลัง ยิ่งกว่านั้น ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาคนต่างด้าวก็ได้รับการคุ้มครองสิทธิบางประการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอยู่แล้ว ประการที่สอง กรอบระยะเวลาร่างรัฐธรรมนูญมีจำกัดเพียง 240 วันจึงทำให้ไม่มีเวลาเพียงพอในการกำหนดว่าสิทธิใดเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ทำยที่สุดจึงได้บัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญเป็น “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” เช่นเดิม⁹⁷

ในเวลาต่อมาประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้ง โดยระหว่างที่มีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญถึงสองครั้ง ซึ่งครั้งแรก⁹⁸ ได้มีความพยายามในการตราบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยแยกประเภทของสิทธิออกเป็น “สิทธิมนุษยชน” กับ “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” แต่ในภายหลังร่างดังกล่าวก็ตกไปเนื่องจากสภาพปฏิรูปแห่งชาติลงคะแนนเสียงไม่รับรอง ซึ่งส่งผลให้มีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เป็นครั้งที่สอง และเมื่อร่างที่สองผ่านการลงคะแนนเสียงประชามติและมีการแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังแล้ว จึงได้ประกาศบังคับใช้ในวันที่ 6 เมษายน 2561 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ยังคงบัญญัติสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ใน “หมวดที่ 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” รวมทั้งบัญญัติคำว่า “บุคคล” ไว้เพื่อแทนตัวผู้ทรงสิทธิ และไม่มีการแยกประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนเช่นเดิม

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามถ้อยคำ “หมวดที่ 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” คำว่า “ชนชาวไทย” ย่อมหมายถึงผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่เป็นคนสัญชาติไทยเท่านั้น โดยไม่อาจตีความว่าหมายถึงคนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยได้ ดังนั้นจึงต้องถือว่าผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญจึงหมายถึงคนสัญชาติไทยเท่านั้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาตามทฤษฎีและบทบัญญัติ

⁹⁷ สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา แผนกรายงานการประชุม, “รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14” (พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช...), ณ ตึกรัฐสภา, 8 กรกฎาคม 2540.

⁹⁸ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช.... (ฉบับยกร่าง 2558) จัดทำโดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญโดยมีนายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธาน ซึ่งเป็นร่างที่สภาปฏิรูปแห่งชาติลงคะแนนเสียงไม่รับรองในวันที่ 6 กันยายน 2558 จึงส่งผลให้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยมีนายมิชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธาน ซึ่งภายหลังร่างดังกล่าวได้ผ่านการลงคะแนนประชามติและบังคับใช้ในปัจจุบัน

ทางรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่าสิทธิมนุษยชนย่อมเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะอยู่ที่ใดสิทธิดังกล่าวย่อมติดตัวไปเสมอ และสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบางมาตรา มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนที่คนต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ดังนั้นการพิจารณาว่าคนต่างด้าวจะเป็นผู้ทรงสิทธิที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ จะต้องมีการแบ่งแยกสิทธิออกเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนเสียก่อน ซึ่งหากสิทธินั้นเป็นสิทธิมนุษยชนคนต่างด้าวย่อมสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้เช่นเดียวกับบุคคลสัญชาติไทย⁹⁹ เช่น สิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สิทธิในชีวิตและเนื้อตัวร่างกาย เป็นต้น

2.2.2 นิติบุคคล

โดยทั่วไป บุคคลธรรมดาที่ย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีที่บุคคลธรรมดา รวมตัวกันเป็นนิติบุคคลโดยมีสถานะเป็นบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา สิทธิดังกล่าวก็ยังคงอยู่ที่ปัจเจกบุคคลแต่ละคน และหากนิติบุคคลถูกองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนล่วงละเมิด สมาชิกแต่ละคนย่อมโต้แย้งการกระทำดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่านิติบุคคลมีสิทธิโต้แย้งการกระทำดังกล่าวหรืออีกนัยหนึ่งคือนิติบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือไม่

2.2.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยนิติบุคคลและการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคล

แต่เดิมเมื่อกล่าวถึงบุคคลย่อมหมายถึงบุคคลธรรมดาเท่านั้น จนกระทั่งปัจเจกชนได้รวมตัวกันเป็นกลุ่มบุคคลขึ้นเพื่อทำการค้า และกำหนดสิทธิหน้าที่และสถานะบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาเรียกว่า “นิติบุคคล” ขึ้น ต่อมาในภายหลังเมื่อกล่าวถึงบุคคลจึงอาจหมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

ทั้งนี้ มีนักนิติศาสตร์หลายฝ่ายได้อธิบายการเกิดขึ้นของนิติบุคคล เพื่อแสดงถึงลักษณะของบุคคลที่เป็นประธานของสิทธิและหน้าที่อยู่หลายทฤษฎี โดยเริ่มขึ้นในประเทศอังกฤษ จากนั้นก็แพร่หลายไปในยุโรปในศตวรรษที่ 15-16 โดยเห็นว่าคณะบุคคลที่เข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วนหรือสมาคมย่อมมีสภาพบุคคลโดยกฎหมายสมมติให้มีขึ้นเรียกว่า Artificial person จากนั้นทฤษฎีดังกล่าวก็ถูกพัฒนาเป็นระบบชัดเจนขึ้นในศตวรรษที่ 19 เรียกว่าทฤษฎีจินตภาพ (Fiction theory)¹⁰⁰ ซึ่งต่อมาก็ได้มีการศึกษาสภาพความเป็นนิติบุคคลขึ้นอีกหลายทฤษฎี ไม่ว่าจะ

⁹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น.43.

¹⁰⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะบุคคล : บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น.250.

เป็นทฤษฎีผู้รับประโยชน์ (Symbolist theory) ทฤษฎีความอยู่จริงของนิติบุคคล (Real corporation theory) ทฤษฎีการทำให้เป็นบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ (Purpose theory) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มีสองทฤษฎีสำคัญที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายเป็นอย่างมาก นั่นคือ

ทฤษฎีแรก ทฤษฎีจินตภาพ (Fiction Theory) เห็นว่าสภาพบุคคลที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติมีเพียงบุคคลธรรมดา¹⁰¹ และมีเพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่ผู้ทรงสิทธิได้หากต้องการให้หน่วยอื่น ๆ มีความสามารถในการเป็นผู้ทรงสิทธิ ก็จะต้องสมมติให้หน่วยนั้นมีสภาพบุคคลโดยใช้อำนาจทางกฎหมาย และเนื่องจากนิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติ ไม่มีชีวิตจิตใจ ไม่มีเจตจำนงที่แท้จริง (Real will) จึงจำเป็นต้องมีบุคคลธรรมดาเป็นผู้แสดงเจตจำนงแทนนิติบุคคลผ่าน “ผู้แทนนิติบุคคล” โดยนิติบุคคลจะมีสิทธิและหน้าที่ได้ในฐานะเป็นบุคคลสมมติ ซึ่งเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย¹⁰²

ทฤษฎีที่สอง ทฤษฎีความอยู่จริงของนิติบุคคล (Real corporation theory) เห็นว่า นิติบุคคลเป็นบุคคลที่เกิดจากการที่คนหลายคนมา “เข้ากัน” และเกิดเป็นองค์กรที่มีจุดมุ่งหมายและมีชีวิตจิตใจเป็นของตนเอง มีสถานะเป็นหน่วยทางสังคมอย่างแท้จริงไม่ต่างจากบุคคลธรรมดา¹⁰³ ดังนั้นจึงไม่ต้องสมมติความเป็นนิติบุคคลของหน่วยที่เกิดจากการรวมตัวกันของปัจเจกชนขึ้นอีก นิติบุคคลจึงไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้น กฎหมายไม่ได้สร้างนิติบุคคล แต่กฎหมายยอมรับว่านิติบุคคลดำรงอยู่จริงและรับรองความเป็นนิติบุคคลนั้น ตลอดจนดำเนินการควบคุมให้การกระทำของนิติบุคคลอยู่ในกรอบกฎหมายเท่านั้น¹⁰⁴

แต่ไม่ว่าจะยึดถือทฤษฎีใด ทั้งสองทฤษฎีล้วนเห็นตรงกันว่านิติบุคคลถือเป็นหน่วยแห่งความรับผิดชอบในทางกฎหมาย สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย กล่าวคือทฤษฎีจินตภาพ เห็นว่ามีเพียงมนุษย์เท่านั้นที่มีสิทธิและหน้าที่เพราะมนุษย์มีเจตจำนงที่จะได้มาซึ่งสิทธิและหน้าที่ อย่างไรก็ตาม นิติบุคคลถือเป็นข้อยกเว้นของหลักดังกล่าว ซึ่งเกิดจากการสมมติของกฎหมายที่ตระหนักถึงการสร้างความสามารถในการถือครองทรัพย์สินของนิติบุคคล และจะมีการ

¹⁰¹ เฝิงอ้วง, น.251.

¹⁰² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น.50-51.

¹⁰³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 100, น.251.

¹⁰⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น.51.

แสดงเจตนาได้ก็แต่โดยบุคคลธรรมดาผู้มีสิทธิและหน้าที่¹⁰⁵ ส่วนทฤษฎีความมีอยู่จริงของนิติบุคคล เห็นว่าข้อความคิดว่าด้วยประธานแห่งสิทธิไม่ได้จำกัดอยู่แค่มนุษย์เท่านั้น และไม่ได้มีเฉพาะผู้ที่ถูก สร้างให้มีเจตจำนงเท่านั้นที่จะเป็นประธานแห่งสิทธิได้ ด้วยเหตุนี้นิติบุคคลจึงเป็นผู้ทรงสิทธิได้¹⁰⁶

และโดยที่นิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทยเกิดขึ้นตามทฤษฎี จินตภาพ¹⁰⁷ ซึ่งอาศัยอำนาจของกฎหมาย และกฎหมายจะกำหนดขอบเขตอำนาจที่บุคคลดังกล่าว สามารถทำได้ โดยที่นิติบุคคลนั้นจะมีขึ้นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นนิติบุคคล จึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ภายในขอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง และโดยสภาพแห่งสิทธิตลอดจนเหตุผลของเรื่องนั้นในระบบกฎหมายไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะจำกัดสิทธิ นั้นไว้ให้เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาเป็นผู้ทรงสิทธิ นิติบุคคลย่อมสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เช่น สิทธิใน ทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น แต่ถ้าหากพิจารณาโดยสภาพแห่งสิทธิแล้ว เป็นสิทธิที่เชื่อมโยงอยู่กับความเป็นมนุษย์หรือมีลักษณะที่เกี่ยวกับความเป็นบุคคลที่ไม่มีในนิติบุคคล นิติบุคคลย่อมไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิในสิทธิดังกล่าวได้ เช่น สิทธิในเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย สิทธิในครอบครัว สิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจาก อาวุธ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลจะ ยุ่งยากขึ้น เมื่อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิตามระบบกฎหมายซึ่งอาจแบ่งเป็นระบบกฎหมายเอกชน และระบบกฎหมายมหาชน และพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิตามความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐซึ่งแบ่ง ออกเป็นนิติบุคคลในประเทศและนิติบุคคลต่างประเทศ ดังนี้

¹⁰⁵ Elvia Arcelia Quintana Adriano, “The Natural Person, Legal Entity or Juridical Person and Juridical Personality,” *Penn State Journal of Law & International Affairs*, Vol.4, Issue 7, p.379 (December 2015).

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.371-372.

¹⁰⁷ พิจารณาจากการเกิดขึ้นของนิติบุคคลเอกชนที่อาจก่อตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งหรือพาณิชย์ หรืออาจก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นใด ซึ่งสะท้อนจากมาตรา 65 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติไว้ว่า “นิติบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น”

2.2.2.2 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลตามระบบ

กฎหมาย

เดิมที่การก่อตั้งนิติบุคคลมีขึ้นเพื่อประกอบการค้าการสมาคมซึ่งเกิดขึ้นด้วยเจตจำนงอันเสรีของเอกชนเป็นหลัก ซึ่งภายหลังเมื่อมีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนแล้วจึงเรียกนิติบุคคลประเภทนี้ว่า “นิติบุคคลเอกชน” ส่วนแนวคิดนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเพิ่งเกิดขึ้นจากหลัก “กษัตริย์ไม่ทรงทำผิด (The king can do no wrong)” กล่าวคือ กษัตริย์ย่อมได้รับความคุ้มกันไม่ให้ถูกฟ้องร้องจากราชกรรมาแม้ว่าพระองค์อาจกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ด้วยเหตุดังกล่าวระบบกฎหมายจึงต้องสร้างบุคคลเพื่อมารับผิดแทนกษัตริย์ นั่นคือ รัฐที่ผู้ทรงทรัพย์สินสมบัติที่สามารถชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ราชกรรมาได้ และภายหลังเมื่อมีการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ แนวความคิดที่ให้รัฐมีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกออกจากกษัตริย์จึงเป็นที่ยอมรับในที่สุด

อย่างไรก็ดี การเป็นนิติบุคคลของรัฐไม่เหมือนกับนิติบุคคลทั่วไป เนื่องจากรัฐเป็นนิติบุคคลที่เกิดขึ้นตามกฎหมายมหาชน มีอำนาจในทางมหาชน มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะตลอดจนภารกิจเพื่อส่วนรวม เช่น การรักษาความมั่นคงภายในและภายนอก รัฐ การอำนวยความสะดวก การทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น ฯลฯ ซึ่งมีการเรียกนิติบุคคลประเภทนี้ว่า “นิติบุคคลมหาชน” ดังนั้นในทางทฤษฎีนิติบุคคลมหาชนจึงหมายถึงรัฐและบรรดาองค์กรต่าง ๆ ที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำภารกิจดังกล่าว¹⁰⁸

ซึ่งการอุบัติขึ้นของนิติบุคคลมหาชนย่อมเกิดปัญหาขึ้นว่านิติบุคคลมหาชนจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกับนิติบุคคลเอกชนหรือไม่ เนื่องจากแนวคิดที่ยอมรับกันทั่วไปว่า นิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ หากโดยสภาพแห่งสิทธิตลอดจนเหตุผลของเรื่อง ไม่มีกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์จำกัดสิทธินั้นไว้ให้เฉพาะแต่บุคคลธรรมดา นิติบุคคลย่อมสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ย่อมสามารถนำมาใช้กับนิติบุคคลเอกชนได้โดยไม่มีข้อโต้แย้ง เนื่องจากเบื้องหลังของนิติบุคคลเอกชนคือปัจเจกบุคคล อีกทั้งสิทธิทางรัฐธรรมนูญย่อมมุ่งหมายให้ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนเป็นสำคัญ ดังนั้นนิติบุคคลเอกชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

ส่วนนิติบุคคลมหาชนจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่าความเป็นนิติบุคคลมหาชนหมายถึงอะไร ซึ่งในเรื่องนี้

¹⁰⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.52-53.

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันเห็นว่า หากองค์กรนั้นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ไม่ว่าจะได้กระทำการในทางมหาชนหรือเอกชน ย่อมเป็นนิติบุคคลมหาชนทั้งสิ้น¹⁰⁹ อีกทั้งความเป็นนิติบุคคลมหาชนไม่ได้พิจารณาจากโครงสร้างขององค์กรรัฐที่เกิดจากแนวคิดกฎหมายมหาชนเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาว่านิติบุคคลนั้นได้ทำภารกิจของรัฐหรือไม่ ส่วนประเด็นการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลมหาชน โดยหลักนิติบุคคลมหาชนไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากภารกิจของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ คือ การปกป้องคุ้มครองพลเมืองของรัฐจากการล่วงละเมิดโดยอำนาจรัฐ อีกทั้งนิติบุคคลมหาชนยังถือเป็นผู้ทรงอำนาจรัฐหรือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ เมื่อให้นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ย่อมหมายความว่าผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญและผู้ที่มิหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญเป็นบุคคลเดียวกัน ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนและขัดต่อหลักการและภารกิจของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ยิ่งกว่านั้นการใช้อำนาจกระทำการของรัฐเป็นเพียงการใช้อำนาจแทรกแซงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรรัฐต่างองค์กรกัน ไม่อาจจะเป็นรัฐกับองค์การพหุหรือองค์กรผู้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจรัฐนั้น ซึ่งโดยเนื้อหาแล้วเป็นเพียงความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐอย่างกว้าง และเป็นปัญหาเรื่องการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบบางส่วนซึ่งกันและกันเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าความขัดแย้งดังกล่าวมิได้เป็นเรื่องของสิทธิทางรัฐธรรมนูญเนื่องจากขาดความสัมพันธ์โดยตรงกับบุคคลนั่นเอง¹¹⁰ ดังนั้นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นได้เพียงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเอกชนเท่านั้น

อย่างไรก็ดี อาจมีข้อยกเว้นให้นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ หากปรากฏว่าโดยสภาพของสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้นระบบกฎหมายจำเป็นต้องยอมรับให้นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ทรงสิทธิ และองค์กรของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่นมีหน้าที่ต้องให้ความเคารพ ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า หากมีกรณีที่ทำให้นิติบุคคลมหาชนจำต้องกระทำการเพื่อปกป้องสิทธิของตนเอง ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้เป็นอิสระจากการแทรกแซงของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่น นิติบุคคลมหาชนย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ เช่น มหาวิทยาลัยได้รับความคุ้มครองจากสิทธิในเสรีภาพทางวิชาการ วัดได้รับความคุ้มครองจากสิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา องค์กรวิเทศกระจายเสียงได้รับความ

¹⁰⁹ BVerfGE, 61, 82.

¹¹⁰ BVerfGE 21, 362.

คุ้มครองจากสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น¹¹¹ ซึ่งหากกล่าวถึงมหาวิทยาลัยเป็นการเฉพาะแล้ว มหาวิทยาลัยถือเป็นนิติบุคคลมหาชนที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำภารกิจทางการศึกษาให้แก่พลเมืองของรัฐ และแม้มหาวิทยาลัยจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ แต่ก็ยังจำเป็นต้องมีอำนาจในการบริหารงานในเรื่องเกี่ยวกับวิชาการ เช่น การวิจัย การสอน เป็นต้น มีอำนาจปกครองตนเองตลอดจนมีอำนาจในการออกกฎหรือข้อบังคับที่สอดคล้องกับภารกิจของตน¹¹² ซึ่งการใช้อำนาจเหล่านี้จำเป็นต้องอาศัยการกระทำการ เพื่อให้เป็นอิสระจากการแทรกแซงของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่น ดังนั้นมหาวิทยาลัยซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนจึงอาจเป็นผู้ทรงสิทธิในเสรีภาพในทางวิชาการได้

กล่าวโดยสรุป เมื่อใดก็ตามที่รัฐและนิติบุคคลมหาชนเป็นคู่กรณีที่มีมาก่อนนิติสัมพันธ์ต่อกัน โดยที่นิติบุคคลมหาชนเป็นฝ่ายที่ได้มีอำนาจเท่าเทียมกับรัฐหรือตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐทำนองเดียวกับเอกชน และหากรัฐได้พยายามแทรกแซงการใช้สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่โดยสภาพแล้วระบบกฎหมายยอมให้นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ทรงสิทธิได้ นิติบุคคลมหาชนนั้นย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญและเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้การแทรกแซงของรัฐ

2.2.2.3 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลตามความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ

โดยที่ประโยชน์ในการศึกษาหลักเกณฑ์ที่รัฐใช้แสดงความสัมพันธ์อันแท้จริงกับบุคคล ก็เพื่อพิจารณาว่านิติบุคคลใดจะถูกปฏิบัติเสมือนกับบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของรัฐ (“นิติบุคคลในประเทศ”) หรือนิติบุคคลใดจะถูกปฏิบัติเสมือนเป็นคนต่างด้าว (“นิติบุคคลต่างประเทศ”) ซึ่งนำไปสู่ประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ หรือสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่เฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิได้

โดยทั่วไป หลักเกณฑ์ที่รัฐใช้แสดงความสัมพันธ์อันแท้จริง (Genuine link) กับบุคคลถือเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะในทางระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงเป็นนิติบัญญัติหรือกฎหมายภายในที่รัฐจะกำหนด¹¹³ กล่าวคือ ในกรณีที่นิติบุคคลธรรมดา รัฐจะใช้

¹¹¹ Maurer, *Staatsrecht*, S. 263 อ้างถึงใน ต่อพงษ์ กิตติยคุณพงศ์, “เสรีภาพทางวิชาการในระบบกฎหมายเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับ 3, ปีที่ 36, น.562 (2550).

¹¹² เพิ่งอ้าง, น.563.

¹¹³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “การกำหนดสัญชาติไทยของนิติบุคคลปัจจุบัน,” *อุลพาท*, เล่มที่ 2, ปีที่ 42, น.117. (เมษายน- มิถุนายน 2538).

สัญชาติเป็นเครื่องแสดงถึงความสัมพันธ์อันแท้จริงกับตน โดยอาจใช้หลักสืบสายโลหิตและ/หรือหลักดินแดนตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาตินั้นเพื่อกำหนดสัญชาติให้แก่บุคคล ซึ่งทำให้เราสามารถแยกพลเมืองของรัฐออกจากคนต่างด้าว อีกทั้งยังทราบถึงบุคคลผู้ทรงสิทธิที่รัฐ จะให้การรับรองและคุ้มครองอีกด้วย แต่กรณีของนิติบุคคลนั้นต่างออกไป เนื่องจากนิติบุคคลอาจเกิดขึ้นจากการรวมตัวของปัจเจกบุคคลมากกว่าหนึ่งคน ซึ่งหลายครั้งที่การรวมตัวเกิดขึ้นจากบุคคลหลายสัญชาติ มีการก่อตั้งทางทะเบียนที่ต่างประเทศ มีการบริหารจัดการงานของนิติบุคคลทั้งในประเทศและต่างประเทศ ฯลฯ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเหล่านี้ทำให้ไม่อาจนำหลักเกณฑ์ของบุคคลธรรมดาตามจำแนกความสัมพันธ์อันแท้จริงระหว่างนิติบุคคลกับรัฐได้ จึงมีการนำทฤษฎีในทางกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้เพื่อจำแนกความสัมพันธ์ดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลที่กำหนดให้นิติบุคคลมีสัญชาติตามกฎหมายของรัฐที่จดทะเบียนก่อตั้ง ทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ที่แท้จริงของนิติบุคคล ที่กำหนดให้นิติบุคคลมีสัญชาติของรัฐที่เป็นที่ตั้งของศูนย์กลางบริการจัดการ ทฤษฎีการควบคุม ที่กำหนดให้นิติบุคคลมีสัญชาติตามผู้ถือหุ้นหรือผู้บริหารที่มีการควบคุมเหนือบริษัท เป็นต้น¹¹⁴ ซึ่งการจะนำทฤษฎีใดมาปรับใช้นั้นถือเป็นนิตินโยบายของแต่ละประเทศอีกเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ประเทศไทยยึดถือทฤษฎีใดนั้นยังมีความคลุมเครืออยู่ ส่วนต่างประเทศก็อาจยึดถือทฤษฎีต่างกันออกไปตามกฎหมายภายใน ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนจะกล่าวในบทอื่นต่อไป

อย่างไรก็ดี ก่อนที่จะพิจารณาว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทยจะให้การคุ้มครองหรือรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศหรือไม่ เพื่อเป็นกรณีศึกษา ผู้เขียนจึงได้ศึกษาเปรียบเทียบการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศตามรัฐธรรมนูญต่างประเทศก่อนเป็นเบื้องต้นในบทถัดไป

¹¹⁴ นานิรันดร์ จันทร์งาม, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559) น.186-187.

บทที่ 3

นิติบุคคลต่างประเทศในฐานะผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

จากการศึกษาในบทที่แล้ว นิติบุคคลเอกชนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ หากโดยสภาพแห่งสิทธิและเหตุผลของเรื่องระบบกฎหมายไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะจำกัดไว้ให้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ ส่วนนิติบุคคลมหาชนโดยหลักไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ แต่หากปรากฏว่ามีกรณีที่ทำให้นิติบุคคลมหาชนจำต้องกระทำการเพื่อปกป้องสิทธิของตนเอง ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เป็นอิสระจากการแทรกแซงของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่น นิติบุคคลมหาชนย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี สิทธิทางรัฐธรรมนูญบางประเภทได้ถูกสงวนไว้ให้เฉพาะพลเมืองที่มีสัญชาติของรัฐเท่านั้นที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ จึงเกิดปัญหาว่านิติบุคคลประเภทใดที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าวได้เช่นเดียวกับพลเมืองของรัฐ ซึ่งบางประเทศก็ได้มีการบัญญัติไว้ชัด บางประเทศได้อาศัยการใช้การตีความของศาล ดังนั้นเพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาผู้เขียนจึงได้แบ่งกลุ่มศึกษาออกเป็นสามกลุ่ม นั่นคือ กลุ่มแรก กลุ่มประเทศที่บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยเริ่มศึกษาจากการให้คำนิยามนิติบุคคลที่รัฐอาจให้ความคุ้มครองเสมือนเป็นบุคคลที่สังกัดรัฐ และประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลดังกล่าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ จากนั้นจึงศึกษาประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ในลำดับถัดไป กลุ่มที่สอง กลุ่มประเทศที่บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยเริ่มศึกษาจากประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่คนต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ แล้วจึงศึกษาประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลต่างประเทศสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ในลำดับถัดไป และกลุ่มที่สาม กลุ่มประเทศที่ไม่ได้บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิของนิติบุคคลหรือคนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญไว้โดยตรง แต่อาศัยคำวินิจฉัยของศาลเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของบุคคลดังกล่าว โดยเริ่มศึกษาจากการกำหนดนิติบุคคลต่างประเทศ จากนั้นจึงศึกษาคำพิพากษาของศาลที่วินิจฉัยในประเด็นที่ว่านิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ คนต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้หรือไม่ และจึงพิจารณาสหสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศจากสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวว่าโดยสภาพแล้วสิทธิดังกล่าวกำหนดให้เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาเป็นผู้ทรงสิทธิหรือไม่ หากไม่กำหนดให้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ นิติบุคคลต่างประเทศก็อาจเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าวได้เช่นกัน

3.1 ประเทศที่บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง : ประเทศเยอรมนี

3.1.1 ข้อความทั่วไป

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือเรียกเป็นการทั่วไปว่ากฎหมายพื้นฐาน (Basic law, Grundgesetz) ฉบับปัจจุบันได้ประกาศใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 โดยมีโครงสร้างสิทธิทางรัฐธรรมนูญสองส่วน นั่นคือ ส่วนแรก สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในหมวดที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐาน มาตรา 1 ถึง มาตรา 19 ส่วนที่สอง สิทธิเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsgleiche Rechte) ซึ่งถูกบัญญัติไว้ที่มาตรา 20 วรรคสี่ มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104 ซึ่งโครงสร้างนี้เป็นผลมาจากบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการรับเรื่องร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4ก.¹ ที่แยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นสองส่วนนั่นเอง

อย่างไรก็ดี แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดหมวดหมู่ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญสำหรับคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะ แต่บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้แบ่งแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนออกจากกันโดยชัดเจน ผ่านการกำหนดถ้อยคำจำเพาะสำหรับผู้ทรงสิทธิประเภทนั้น ๆ เช่น กรณีที่เป็นสิทธิมนุษยชนที่บุคคลทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ จะกำหนดคำว่า “บุคคล, บุคคลทุก ๆ คน, บุคคลทุกคน, ชายและหญิง” และกรณีที่เป็นสิทธิพลเมืองที่เฉพาะแต่บุคคลที่มีสัญชาติเยอรมันเท่านั้นที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้จะกำหนดคำว่า “ชาวเยอรมัน, ชาวเยอรมันทุกคน” ซึ่งสิทธิทางรัฐธรรมนูญเหล่านี้ได้ปรากฏอยู่ที่สิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐาน

ส่วนผู้ทรงสิทธิที่เป็นนิติบุคคลได้ถูกบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญมาตรา 19 วรรคสามซึ่งจะกล่าวในลำดับถัดไป

¹ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4ก. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจพิจารณาการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจากบุคคลที่อ้างว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน ใดอย่างหนึ่งของตน หรือ สิทธิตามมาตรา 20 (4) หรือมาตรา 33, 38, 101, 103 หรือ 104 ได้ถูกล่วงละเมิดจากอำนาจรัฐ

3.1.2 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศ

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้บัญญัติรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 19 วรรคสาม กล่าวคือ ให้นำสิทธิพื้นฐานมาปรับใช้กับนิติบุคคลในประเทศ (Domestic Artificial Persons, Inländische Organisationen) ได้เท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวย

ซึ่งจากบทบัญญัติข้างต้น อาจกล่าวได้ว่านอกจากประเทศเยอรมนีจะได้บัญญัติรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลไว้โดยตรงเพื่อให้เกิดความชัดเจนแล้ว ยังได้กำหนดประเภทของนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญอีกด้วยนั่นคือ “นิติบุคคลในประเทศ” ซึ่งจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเองก็เป็นที่ชัดเจนว่านิติบุคคลในประเทศเท่านั้นที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เทียบเท่ากับพลเมืองของรัฐเท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวย ซึ่งอีกนัยหนึ่งอาจตีความได้ว่าหากเป็นนิติบุคคลต่างประเทศย่อมไม่อาจมีสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เท่าเทียมกับนิติบุคคลในประเทศนั่นเอง

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่า คำว่า “นิติบุคคลในประเทศ” ตามบทบัญญัติดังกล่าวหมายถึงอะไร ซึ่งจะทำให้ทราบถึง “นิติบุคคลต่างประเทศ” ต่อไป

3.1.2.1 คำอธิบาย “นิติบุคคลในประเทศ”

(1) คำนิยาม

คำว่า “นิติบุคคลในประเทศ” ไม่ปรากฏนิยามในรัฐธรรมนูญ อีกทั้งเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติว่าด้วยคำนิยามของคนสัญชาติเยอรมันในมาตรา 116² ก็ได้ระบุกฎหมายที่

² Article 116 of Basic Law

(1) Unless otherwise provided by a law, a German within the meaning of this Basic Law is a person who possesses German citizenship or who has been admitted to the territory of the German Reich within the boundaries of 31 December 1937 as a refugee or expellee of German ethnic origin or as the spouse or descendant of such person.

(2) Former German citizens who between 30 January 1933 and 8 May 1945 were deprived of their citizenship on political, racial or religious grounds, and their descendants, shall on application have their citizenship restored. They shall be deemed never to have been deprived of their citizenship if they have established

อาจนำมาเทียบเคียงได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าข้อความคิดว่าด้วยนิติบุคคลในประเทศเป็นข้อความคิดของนิติบุคคลที่มีลักษณะพิเศษ³ อย่างไรก็ตามก็ดี เมื่อพิจารณาตามถ้อยคำนิติบุคคล “ในประเทศ” อาจบอกเป็นนัยว่าไม่ขึ้นอยู่กัปลักษณะภายในประเทศของสมาชิกนิติบุคคล แต่นิติบุคคลนั้นจะต้องอยู่ในประเทศหรือมีที่ทำการในประเทศ ประกอบกับเมื่อพิจารณาต้นร่างจากบาวาเรีย (Erste Ergänzung zu den Bayerischen Leitgedanken) ก็พบว่ามีการบัญญัติว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานนำมาใช้กับนิติบุคคลที่มีสำนักงานทำกรในอาณาเขตสหพันธ์เท่าที่จะทำได้” แต่ต่อมามีการตัดคำว่า “สำนักงานทำกรในอาณาเขตสหพันธ์” ออก และเมื่อพิจารณาจากการร่างกฎหมายพื้นฐานในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่กำหนดให้สัญชาติขององค์กรขึ้นอยู่กับสำนักงานใหญ่ที่มีการดำเนินงานจริง จึงมีการสันนิษฐานว่ามาตรา 19 วรรคสามได้เกิดขึ้นจากแนวความคิดที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁴

อย่างไรก็ดี อาจมีข้อคัดค้านว่ามาตรา 9 วรรคหนึ่ง⁵ ได้รับรองสิทธิในการก่อตั้งองค์กรให้แก่คนเยอรมันเท่านั้น ทำให้องค์กรที่ตั้งในประเทศเยอรมนีควรจะเป็นองค์กรที่มีการควบคุมโดยคนเยอรมัน แต่ข้อคัดค้านนี้อาจไม่มีน้ำหนักมากนักเนื่องจากสัดส่วนสมาชิกหรืออำนาจการควบคุมองค์กรอาจเปลี่ยนแปลงได้ทุกนาที่ อย่างไรก็ตามก็ดี มีความจำเป็นที่ต้องอธิบายว่าทำไมรัฐธรรมนูญต้องให้ความคุ้มครองคนต่างชาติที่เป็นคนส่วนใหญ่และมีอำนาจควบคุมองค์กร ขณะที่ในองค์กรมีคนเยอรมันเป็นคนส่วนน้อย ในประเด็นนี้อาจตอบได้ว่า เนื่องจากมาตรา 9 วรรคหนึ่งได้ให้ชาวเยอรมันสามารถรวมกลุ่มกับชาวต่างชาติได้ และขณะเดียวกันชาวเยอรมันหนึ่งคนย่อมไม่อาจควบคุมองค์กรได้ ดังนั้นสมาชิกชาวเยอรมันในองค์กรจะได้รับผลประโยชน์โดยชอบธรรมก็ต่อเมื่อองค์กรที่พวกเขาอยู่ถูกพิจารณาว่าเป็น “นิติบุคคลในประเทศ” และได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่ต้องคำนึงถึงการมีส่วนร่วมหรือการควบคุมภายในองค์กรนั่นเอง

their domicile in Germany after 8 May 1945 and have not expressed a contrary intention.

³ Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar 81. EL September 2017, Rn.77.

⁴ *Ibid.*, Rn.80.

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิในการรวมตัวก่อตั้งองค์กรและหมู่คณะอื่น

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาที่มาของร่างรัฐธรรมนูญ ประกอบกับการกำหนดคุณสมบัติของนิติบุคคลในประเทศที่ไม่ได้พิจารณาจากการควบคุมองค์กรแล้ว นิติบุคคลในประเทศตามมาตรา 19 วรรคสามจึงหมายถึงองค์กรที่มีสำนักทำางานที่แท้จริงในเขตแดนปัจจุบันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั่นเอง⁶

(2) นิติบุคคลในระบบกฎหมายมหาชนถือเป็นนิติบุคคลในประเทศหรือไม่

คำว่า “นิติบุคคลในประเทศ” ตามมาตรา 19 วรรคสามที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้หมายถึงนิติบุคคลเอกชนไม่รวมถึงนิติบุคคลมหาชนแต่อย่างใด ซึ่งนิติบุคคลมหาชนที่ว่าไม่ใช่เฉพาะกรณีที่รัฐได้แสดงอำนาจรัฐโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการใช้อำนาจเพื่อบรรลุภารกิจสาธารณะ ซึ่งในความเป็นจริงมีหลายรูปแบบขององค์กรทั้งหน่วยงานปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การที่เป็นส่วนต่าง ๆ ของรัฐไม่ว่าจะเป็นกระทรวง ทบวง กรม หรือนิติบุคคลที่ก่อตั้งโดยกฎหมายหรือนิติบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐ เป็นต้น และเนื่องจากสิทธิทางรัฐธรรมนูญมีภารกิจในการปกป้องคุ้มครองพลเมืองจากการล่วงละเมิดของรัฐ และนิติบุคคลมหาชนคือใช้อำนาจรัฐและเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ ดังนั้นนิติบุคคลมหาชนจึงไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิและผู้ที่ต้องถูกผูกพันต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญในเวลาเดียวกันได้ แต่อาจมีบางกรณีที่นิติบุคคลมหาชนตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐเหมือนกับเอกชน และมีความจำเป็นต้องปกป้องนิติบุคคลมหาชนนั้นจากรัฐหรือนิติบุคคลอื่น ด้วยเหตุดังกล่าวนิติบุคคลมหาชนจึงอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ เช่น มหาวิทยาลัย องค์การสื่อสารมวลชน เป็นต้น

(3) นิติบุคคลในระบบกฎหมายเอกชนที่มีรัฐเป็นผู้ถือหุ้นถือเป็นนิติบุคคลในประเทศหรือไม่

ในกรณีที่นิติบุคคลจัดตั้งตามกฎหมายเอกชนโดยมีรัฐเป็นผู้ถือหุ้นไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และปฏิบัติการเพื่อประโยชน์ของรัฐจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 19 วรรคสามหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เคยวินิจฉัยประเด็นปัญหานี้ในคดี Stadtwerke Hameln ว่า ผู้รื้อเป็นบริษัทจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนโดยมีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ถือหุ้นแต่เพียงผู้เดียว มีธุรกิจเฉพาะในการจัดหา น้ำประปา และหน่วยงานที่เป็นผู้ถือหุ้นเป็นส่วนหนึ่งของรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งรวมถึงการจัดหาน้ำประปาด้วย แม้นิติบุคคลมหาชนบางประเภทอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ ก็เป็นนิติบุคคลที่รับใช้ประชาชนให้ตระหนักถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เขามีอยู่ แต่การติดตั้งน้ำประปาไม่อาจใช้สิทธิที่อยู่เบื้องหลัง

⁶ Remmert, *supra note 3*, Rn.83.

นิติบุคคลเพื่ออ้างกับอำนาจรัฐได้ อีกทั้งมิได้มีการเผชิญหน้าหรืออยู่ในสถานการณ์ที่อาจถูกละเมิดสิทธิจากรัฐได้ ดังนั้นบริษัทผู้ร้องจึงเป็นผู้ทำธุรกิจเพื่อบรรลุภารกิจของรัฐซึ่งเป็นเพียงการบริหารงานแผ่นดินเท่านั้น ซึ่งในบริบทนี้ไม่อาจถูกปฏิบัติให้ต่างจากหน่วยงานทางปกครองได้เลย⁷ กล่าวโดยสรุป ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ปฏิเสธการเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานของนิติบุคคลเอกชนที่ปฏิบัติภารกิจเพื่อประโยชน์ของรัฐและมีหน่วยงานของรัฐถือหุ้นอยู่ ไม่ว่านิติบุคคลนั้นจะจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ตาม

(4) การขยายการตีความคำว่านิติบุคคลในประเทศให้หมายความรวมถึง

คณะบุคคล

คำว่า “นิติบุคคลในประเทศ” ตามมาตรา 19 วรรคสาม หากพิจารณาตามถ้อยคำแล้วย่อมหมายถึงหน่วยทางกฎหมายที่เป็นนิติบุคคลเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตีความคำว่านิติบุคคลในประเทศให้หมายความรวมถึงคณะบุคคลหรือองค์กรที่ไม่เป็นนิติบุคคลด้วย ซึ่งคณะบุคคลหรือองค์กรดังกล่าวต้องเป็นคณะบุคคลที่มี การรวมกลุ่มกันโดยมีวัตถุประสงค์แน่นอนชัดเจน มีการจัดองค์กรและมีการรวมกลุ่มกันอย่างถาวร มิใช่เป็นเพียงกลุ่มคนที่พบกันโดยบังเอิญหรือพบปะกันเป็นการชั่วคราวเท่านั้น⁸ แต่คณะบุคคลจะเป็นผู้ที่มีความสามารถทางกฎหมายได้ในบางเรื่องเพื่อให้ใช้สิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น⁹

(5) การขยายการตีความคำว่านิติบุคคลในประเทศให้หมายความรวมถึง

นิติบุคคลที่มีสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

ประเทศเยอรมนีถือเป็นหนึ่งในสมาชิกสหภาพยุโรปรุ่นบุกเบิกเรื่อยมา ตั้งแต่การจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community – EEC) จนพัฒนาเป็นประชาคมยุโรป (European Community – EC) และมีการออกกฎหมายเพื่อสร้างตลาดร่วมหรือตลาดเดียว (Common Market) ตลอดจนมีการปรับปรุงโครงสร้างภายในและก่อตั้งเป็นสหภาพยุโรป (European Union - EU) ขึ้นอย่างปัจจุบัน ต่อมาภายหลังจากการจัดตั้งสหภาพยุโรปได้มีการจัดโครงสร้างการบริหารที่ชัดเจนขึ้น และยังวางกรอบความร่วมมือภายในสหภาพเพื่อทำให้เกิด

⁷ BverfGE 45, 63.

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.75.

⁹ Pieroth/Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 9. Aufl., S. 43. อ้างถึงใน เพ็ง อ่าง, น.71-72.

ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันผ่านสนธิสัญญาลิสบอน (Treaty of Lisbon) และมีการตราสนธิสัญญาว่าด้วยการทำงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union - TFEU) โดยมีหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการสำคัญของสนธิสัญญา เพื่อนำไปสู่การเป็นตลาดเดียวและป้องกันการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศสมาชิกต่อไป

ดังนั้นในเวลาต่อมาจึงทำให้แนวทางการตีความคำว่า “นิติบุคคลในประเทศ” ตามมาตรา 19 วรรคสามเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งแน่นอนว่าแต่เดิมมาตรานี้ไม่ได้ตั้งอยู่บนแนวคิดของกฎหมายของสหภาพยุโรป เนื่องจากตอนร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังไม่มีกรรวมตัวของสหภาพยุโรปที่เข้มแข็งอย่างทุกวันนี้ อีกทั้งผู้ร่างยังมีแนวคิดที่ไม่มีเหตุผลใดที่นิติบุคคลต่างประเทศจะได้รับการคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้นท้ายที่สุดจึงบัญญัติให้นิติบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 19 นี้คือ “นิติบุคคลในประเทศ” แต่ในปัจจุบันเมื่อมีลงนามก่อตั้งสหภาพยุโรปและรับรองเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายบุคคลโดยเสรีในสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป จึงทำให้นิยามคำว่า “นิติบุคคลในประเทศ” เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ คำว่า “นิติบุคคลในประเทศ” หมายถึง นิติบุคคลในประเทศเยอรมัน และหมายความรวมถึงนิติบุคคลที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรปด้วย¹⁰ ซึ่งเป็นการปฏิเสธความแตกต่างของนิติบุคคลในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป โดยให้มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายสหภาพยุโรป¹¹ ซึ่งทางตำราเห็นว่ามาตรานี้ถือเป็นตัวอย่างสำคัญของอิทธิพลทางกฎหมายสหภาพยุโรปที่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงแก่รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จนทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัติโดยที่ไม่ต้องแก้ไขเป็นลายลักษณ์อักษร¹²

3.1.2.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลในประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้

มาตรา 19 วรรคสามแห่งรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้บัญญัติให้นำสิทธิขั้นพื้นฐานมาปรับใช้กับนิติบุคคลในประเทศได้เท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวยความสะดวกหมายความว่า “นิติบุคคลในประเทศ” อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะ

¹⁰ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยประเด็นการขยายสิทธิขั้นพื้นฐานให้กับนิติบุคคลในประเทศสหภาพยุโรปในคดี BVerfGE 129, 78.

¹¹ Article 18 of Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)

¹² F. Brosius-Gersdorf, in: H. Dreier (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Aufl. 2013, Art. 19 Rn. 83ff.

สิทธิประเภทใด เว้นแต่โดยสภาพแห่งสิทธิและโดยเหตุผลของเรื่องได้กำหนดให้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้

โดยคำว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Grundrechte) ตามมาตรา 19 วรรคสาม มิได้หมายถึงสิทธิขั้นพื้นฐานตามหมวดที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งประกอบไปด้วยมาตรา 1 ถึง 19 เท่านั้น แต่ยังหมายถึงสิทธิเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsgleiche Rechte) ตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4ก นั่นคือ มาตรา 20 (4) หรือมาตรา 33, 38, 101, 103 หรือ 104 อีกด้วย¹³

ดังนั้น นิติบุคคลในประเทศจึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ทุกประเภทราบเท่าที่สิทธินั้นมิได้ยึดโยงอยู่กับความเป็นมนุษย์ เช่น สิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิในกรรมสิทธิ์ สิทธิในการเสนอเรื่องร้องเรียนแก่รัฐ สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และสิทธิในเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น

3.1.3 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศ

3.1.3.1 นิยามของคำว่า “นิติบุคคลต่างประเทศ”

การกำหนดนิยามคำว่า “นิติบุคคลต่างประเทศ” สามารถตีความตรงข้ามกับคำว่า “นิติบุคคลในประเทศ” ได้ กล่าวคือ เมื่อ “นิติบุคคลในประเทศ” หมายถึง นิติบุคคลที่มีสำนักทำการงานที่แท้จริงในประเทศเยอรมัน และหมายความรวมถึงนิติบุคคลที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ดังนั้น “นิติบุคคลต่างประเทศ” จึงหมายถึง นิติบุคคลที่มีสำนักทำการงานที่แท้จริงอยู่นอกประเทศเยอรมนีและประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

3.1.3.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้

หากพิจารณาตามตัวอักษรของมาตรา 19 วรรคสามที่บัญญัติให้นำสิทธิขั้นพื้นฐานมาปรับใช้กับนิติบุคคลในประเทศเท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวย อาจตีความได้ว่ามีเพียงนิติบุคคลในประเทศเท่านั้นที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ส่วนนิติบุคคลต่างประเทศไม่อาจเป็นผู้ถือสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้

แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาเจตนารมณ์ของมาตรา 19 วรรคสามแล้ว การตีความว่านิติบุคคลต่างประเทศไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ย่อมไม่ถูกต้อง เนื่องจากเบื้องหลังนิติบุคคลย่อมมีปัจเจกชนเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจึงสามารถเป็น

¹³ *Ibid.*, Rn. 40f.

ผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้แต่ต้องมีข้อจำกัดสองประการ กล่าวคือ ต้องเป็นสิทธิที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ และไม่อาจได้รับความคุ้มครองยิ่งกว่านิติบุคคลในประเทศ¹⁴

ยิ่งกว่านั้น ความเห็นส่วนมากรวมทั้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต่างเห็นว่า แม้มตรา 19 วรรคสามจะมีห้ามนิติบุคคลต่างประเทศเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่เมื่อพิจารณามาตรา 19 วรรคหนึ่ง¹⁵ แล้ว อาจอนุมานได้ว่านิติบุคคลต่างประเทศไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานได้ โดยคำว่า “สิทธิพื้นฐาน” หมายถึงสิทธิตามหมวดที่ 1 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งประกอบไปด้วยมาตรา 1 ถึงมาตรา 19 ที่เป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญทางรูปแบบเท่านั้น ส่วนสิทธิเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามเนื้อหาที่ไม่ได้อยู่ในหมวดดังกล่าว นิติบุคคลต่างประเทศย่อมสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ นั่นคือ มาตรา 20 วรรคสี่ มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104 อย่างไรก็ดี ด้วยข้อจำกัดที่ว่านิติบุคคลต่างประเทศไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ยึดโยงกับความเป็นมนุษย์ และสิทธิดังกล่าวต้องเป็นสิทธิที่มีลักษณะที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ และไม่อาจได้รับความคุ้มครองยิ่งกว่านิติบุคคลในประเทศ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่า โดยสภาพแห่งสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามเนื้อหา จะมีสิทธิใดบ้างที่นิติบุคคลต่างประเทศสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ดังนี้

มาตรา 20 วรรคสี่ ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของชาวเยอรมันทุกคนที่สามารถต่อต้านผู้ที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิพลเมืองที่ชาวเยอรมันเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจึงไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิตามมาตรานี้ได้

มาตรา 33 ได้บัญญัติให้ชาวเยอรมันมีสิทธิและหน้าที่เหมือนกันทุกคน ไม่ว่าจะอยู่มลรัฐใด รวมถึงการเข้าดำรงตำแหน่งข้าราชการของชาวเยอรมัน ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของข้าราชการชาวเยอรมัน ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิพลเมืองที่ชาวเยอรมันเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจึงไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิตามมาตรานี้ได้

¹⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.55.

¹⁵ มาตรา 19 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
ภายใต้รัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้ตามกฎหมาย โดยกฎหมายดังกล่าวต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ใช่บังคับเฉพาะแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง และต้องระบุสิทธิขั้นพื้นฐานและบทบัญญัติที่ถูกจำกัดด้วย

มาตรา 38 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสภาและผู้แทนของชาวเยอรมัน ตลอดจนสิทธิเลือกตั้งของชาวเยอรมัน ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิพลเมืองที่ชาวเยอรมันเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจึงไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิตามมาตรานี้ได้

มาตรา 101 วรรคหนึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิทางศาล โดยไม่ได้กำหนดเป็นการเฉพาะว่าผู้ใดเป็นผู้ทรงสิทธิ อีกทั้งยังเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชน และโดยสภาพแห่งสิทธินั้นมิได้จำกัดไว้ให้เพียงบุคคลธรรมดาที่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ส่วนมาตรา 101 วรรคสองได้บัญญัติถึงอำนาจพิจารณาของศาลซึ่งไม่ได้กล่าวถึงการเป็นผู้ทรงสิทธิไว้ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจึงสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิตามมาตรา 101 วรรคหนึ่งได้

มาตรา 103 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิทางศาลและสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยไม่ได้กำหนดเป็นการเฉพาะว่าผู้ใดเป็นผู้ทรงสิทธิ อีกทั้งยังเป็นสิทธิที่มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชน และโดยสภาพแห่งสิทธินั้นมิได้จำกัดไว้ให้เพียงบุคคลธรรมดาที่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจึงสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิตามมาตรานี้ได้ ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า นิติบุคคลต่างประเทศอาจยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเนื่องจากถูกละเมิดตามมาตรา 103 วรรคหนึ่งได้ กล่าวคือ เนื่องจากมาตรา 103 วรรคหนึ่งไม่ได้อยู่ในหมวดที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นหมวดที่นิติบุคคลต่างประเทศไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ประกอบกับถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติดังกล่าวได้เปิดโอกาสให้ทุกคน ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ที่อาจเป็นนิติบุคคลในประเทศหรือนิติบุคคลต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกระบวนการพิจารณาของศาลย่อมสามารถใช้สิทธิได้ทั้งสิ้น ยิ่งกว่านั้น การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญมีขึ้นเพื่อการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้นทุกคนจึงต้องมีสิทธิในการยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญตามประเภทของสิทธิที่ระบุไว้ในมาตรา 90 วรรคหนึ่งแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ทั้งนี้ก็เพื่อให้เรื่องการละเมิดสิทธิของบุคคลได้รับการพิจารณา ดังนั้นหากมีผู้ใดถอนนิติบุคคลต่างประเทศออกจากกระบวนการพิจารณา หรือปฏิเสธการคุ้มครองนิติบุคคลต่างประเทศตามมาตรา 103 วรรคหนึ่ง ย่อมเป็นการทำลายหลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญนั่นเอง¹⁶

มาตรา 104 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะการจำคุกคุมขัง ซึ่งเกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวตลอดจนเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งมาตรานี้แม้จะมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชน แต่โดยสภาพแห่งสิทธิได้เกี่ยวโยงกับ

¹⁶ BVerfGE 12, 6.

ความเป็นมนุษย์ที่จำกัดให้เฉพาะบุคคลธรรมดาที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้เท่านั้น ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจึงไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิตามมาตรานี้ได้

กล่าวโดยสรุป นิติบุคคลต่างประเทศสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญในส่วนของสิทธิเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐานได้ตามมาตรา 101 วรรคหนึ่ง และมาตรา 103 ซึ่งเป็นสิทธิในกระบวนการยุติธรรม เนื่องจากทุกคนควรมีสิทธิในการเรียกร้องความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกัน ส่วนสิทธิเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 20 วรรคสี่ มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 104 ไม่อาจนำมาใช้กับนิติบุคคลต่างประเทศได้ กล่าวคือ นิติบุคคลไม่อาจถูกว่าจ้างรับราชการ ลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง หรือถูกละเมิดเสรีภาพในการจําคุกคุมขังได้ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตามมาตรา 101 วรรคหนึ่ง และมาตรา 103 เท่านั้น

อย่างไรก็ดี มีความเห็นอีกส่วนหนึ่งที่เห็นว่านิติบุคคลต่างประเทศควรมีสิทธิทางรัฐธรรมนูญมากกว่าข้อจำกัดข้างต้น แต่ก็ปรากฏว่ามีข้อคัดค้านเป็นอย่างมาก เพราะต่างเห็นว่ารัฐควรเข้ามากำหนดกฎเกณฑ์กับนิติบุคคลต่างประเทศได้ เพราะมีเช่นนั้นนิติบุคคลในประเทศอาจเสียเปรียบมากซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจะมีสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เพียงใดนั้น (กล่าวเฉพาะสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรูปแบบที่ปรากฏในหมวดที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐาน) จำต้องเอามาตรา 19 วรรคสามมาเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณา กล่าวคือ

- 1.) เป็นสิทธิมนุษยชน
- 2.) เป็นสิทธิที่ใช้กับนิติบุคคลภายในประเทศได้
- 3.) สิทธิที่นิติบุคคลต่างประเทศได้รับไม่ก่อให้เกิดความแตกต่างกับ

นิติบุคคลในประเทศในสาระสำคัญ ดังนั้นเมื่อผ่านหลักเกณฑ์ 1.) – 3.) แล้ว นิติบุคคลต่างประเทศจึงสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้¹⁷

ซึ่งประเด็นที่ว่านิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ตามหมวดที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นที่ถกเถียงกันมาก และมีการหยิบยกสิทธิการร้องเรียนและสิทธิทางศาลที่อยู่ในหมวดที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นมาพิจารณา กล่าวคือ หากไม่คำนึงถึงคำว่า “ในประเทศ” ตามมาตรา 19 วรรคสามแล้ว นอกจากนิติบุคคลต่างประเทศจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางศาล

¹⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น.55.

ตามมาตรา 101 วรรคหนึ่งและมาตรา 103 แล้ว ยังสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในการเสนอเรื่องร้องเรียนต่อรัฐตามมาตรา 17 และสิทธิทางศาลตามมาตรา 19 วรรคสี่ได้อีกด้วย¹⁸ กล่าวคือ

มาตรา 19 วรรคสี่ได้รับรองสิทธิของบุคคลทุกคนที่ถูกละเมิดโดยเจ้าหน้าที่รัฐย่อมสามารถร้องต่อศาลได้เสมอ แม้คดีดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลใดก็ย่อมสามารถร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปได้ ซึ่งมาตรานี้เป็นการรับรองสิทธิทางศาลซึ่งเป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนย่อมสามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้

ส่วนมาตรา 17 ได้รับรองสิทธิของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลในการเสนอเรื่องร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่หรือต่อสภาได้ ซึ่งผู้ที่มีอำนาจรับเรื่องร้องเรียนตามมาตรา 17 คือ คณะกรรมการรับเรื่องร้องเรียนของรัฐที่จัดตั้งโดยสภาผู้แทนราษฎรในระดับสหพันธ์ (Bundestag) ตามมาตรา 45ค. ซึ่งอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการให้ไปไปตามกฎหมายสหพันธ์ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงได้มีการกำหนดระเบียบคณะกรรมการรับเรื่องร้องเรียนของรัฐในการปฏิบัติต่อคำร้องเรียน ฉบับลงวันที่ 8 มีนาคม 1989 ขึ้น (Principles of the Petitions Committee Governing the Treatment of Requests and Complaints) โดยข้อ 3 ของระเบียบดังกล่าวได้บัญญัติให้ผู้ที่มิสิทธิยื่นเรื่องร้องเรียนตามมาตรา 17 แห่งรัฐธรรมนูญได้ คือ บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนทุกคนที่มีถิ่นที่อยู่ (Resident) ในประเทศเยอรมนี แต่การใช้สิทธิในการยื่นเรื่องร้องเรียนของบุคคลดังกล่าว ห้ามมิให้นำความสามารถทางกฎหมายและพฤติการณ์ส่วนบุคคลของผู้ร้อง เช่น สถานที่พำนักในปัจจุบัน (Place of Residence) หรือสัญชาติมาพิจารณา แต่ผู้ร้องต้องแสดงเรื่องร้องทุกข์ของตนโดยชัดแจ้งก็เพียงพอแล้ว¹⁹ จากระเบียบดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าสิทธิในการเสนอเรื่องร้องเรียนต่อรัฐตามมาตรา 17 เป็นสิทธิของบุคคลทุกคนที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศเยอรมนีในขณะที่ถูกละเมิดสิทธิ

ส่วนคำถามที่ว่านิติบุคคลต่างประเทศที่มีสำนักทำางานที่แท้จริงอยู่นอกประเทศเยอรมนีและประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะมีสิทธิตามมาตรา 17 หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า คำว่า “ถิ่นที่อยู่ (Resident)” ตามระเบียบดังกล่าว หมายถึง สถานที่อยู่ตามความเป็นจริงที่ใช้อาศัย

¹⁸ F. Brosius-Gersdorf, *supra* note 12, Rn. 88f.

¹⁹ Item 3 of Principles of the Petitions Committee governing the Treatment of Requests and Complaints ซึ่งระเบียบนี้ได้ถูกรวบรวมอยู่ใน Provision concerning the right of petition contained in the Basic Law of the Federal Republic of Germany

เป็นเวลาหนึ่ง ซึ่งมีความแตกต่างจากคำว่า “ภูมิลำเนา (Domicile)” โดยหากเป็นภูมิลำเนาของนิติบุคคลโดยเฉพาะแล้วจะหมายถึงสถานที่ในเยอรมนีที่ได้จดทะเบียนไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ²⁰ ดังนั้นภูมิลำเนาของนิติบุคคลตามความหมายดังกล่าวจึงหมายถึง “นิติบุคคลในประเทศ” ที่มีสำนักงานทำการงานในประเทศเยอรมนี ดังนั้นเมื่อข้อ 3 ของระเบียบดังกล่าวได้ระบุให้นิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในเยอรมนีสามารถยื่นคำร้องได้ จึงอาจอนุมานได้ว่า นิติบุคคลที่ถูกระบุในข้อ 3 จึงไม่ต้องถึงขนาดเป็นนิติบุคคลในประเทศที่มีสำนักงานทำการงานที่แท้จริงจดทะเบียนในประเทศเยอรมนี แต่นิติบุคคลดังกล่าวเพียงมีสถานที่อยู่ตามความเป็นจริง ที่ใช้อาศัยเป็นเวลาหนึ่งในประเทศเยอรมนีเท่านั้นก็น่าจะเพียงพอแล้ว ด้วยเหตุนี้นิติบุคคลต่างประเทศก็อาจเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศเยอรมนีได้ หากปรากฏว่ามีสำนักงานสาขา หรือสำนักงานผู้แทน หรือสำนักงานภูมิภาค²¹อยู่ในประเทศเยอรมนีเพื่อจัดการงานแทนสำนักงานแห่งใหญ่ที่อยู่ต่างประเทศ และเมื่อนิติบุคคลต่างประเทศมีลักษณะดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นนิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศเยอรมนี และอาจเป็นผู้ทรงสิทธิเสนอเรื่องร้องเรียนต่อรัฐตามมาตรา 17 ได้ ดังนั้นผู้ทรงสิทธิในการเสนอเรื่องร้องเรียนต่อรัฐตามมาตรา 17 อาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาที่เป็นพลเมืองของรัฐหรือคนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในประเทศเยอรมนี และเป็นนิติบุคคลในประเทศหรือนิติบุคคลต่างประเทศที่มีสำนักงานสาขาหรือสำนักงานผู้แทนหรือสำนักงานภูมิภาคตั้งอยู่ในประเทศเยอรมนี

ยิ่งกว่านั้น นอกจากสิทธิทางศาลและสิทธิในการเสนอเรื่องร้องทุกข์แล้วนิติบุคคลต่างประเทศที่อยู่ใต้บังคับของกฎหมายเยอรมันก็สามารถเรียกร้องให้มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อหน้ากฎหมายผ่านมาตรา 3 วรรคหนึ่งว่าด้วยสิทธิในความเสมอภาคได้²² เนื่องจาก

²⁰ § 4a of Limited Liability Companies Act (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG) ; § 5 of German Stock Corporation Act (Aktengesetz)

²¹ สำนักงานสาขา สำนักงานผู้แทน สำนักงานภูมิภาค คือ สำนักงานธุรกิจที่ก่อตั้งโดยบริษัทที่อยู่ในต่างประเทศ โดยไม่ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายภายในประเทศที่จัดตั้งซึ่งสำนักงานผู้แทนและสำนักงานภูมิภาคได้ดำเนินการจัดการงานแทนบริษัทที่อยู่ต่างประเทศ โดยไม่มีรายได้จากการให้บริการดังกล่าว แต่ได้รับเงินสนับสนุนค่าใช้จ่ายภายในจากสำนักงานใหญ่ที่อยู่ในต่างประเทศเท่านั้น ส่วนสำนักงานสาขาอาจได้รับเงินสนับสนุนจากสำนักงานใหญ่ที่อยู่ในต่างประเทศและ/หรือมีรายได้ของตนเองได้

²² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น.130.

รัฐธรรมนูญใช้คำว่า “บุคคลทุกคน” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเป็นสิทธิมนุษยชนที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ โดยถือเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียม และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกัน แตกต่างออกไปตามสภาพของสิ่งนั้น

กล่าวโดยสรุป แม้นิติบุคคลต่างประเทศไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญเทียบเท่านิติบุคคลในประเทศได้ตามมาตรา 19 วรรคสาม แต่หากปรากฏว่า สิทธิดังกล่าวมีลักษณะที่บุคคลทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เป็นสิทธิที่นิติบุคคลในประเทศก็อาจมีได้ และเป็นสิทธิที่ไม่ก่อให้เกิดความแตกต่างระหว่างนิติบุคคลในประเทศและนิติบุคคลต่างประเทศอย่างเป็นสาระสำคัญ ฉะนั้น นิติบุคคลต่างประเทศก็อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน เช่น สิทธิทางรัฐธรรมนูญในแง่เนื้อหาในมาตรา 101 วรรคหนึ่งที่ว่าด้วยสิทธิทางศาล และมาตรา 103 ที่ว่าด้วยสิทธิทางศาลและสิทธิในกระบวนการยุติธรรม และสิทธิทางรัฐธรรมนูญในแง่รูปแบบในมาตรา 17 ที่ว่าด้วยสิทธิในการเสนอเรื่องร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ มาตรา 19 วรรคสี่ที่ว่าด้วยสิทธิทางศาล และมาตรา 3 ที่ว่าด้วยสิทธิในความเสมอภาค เป็นต้น

3.2 ประเทศที่บัญญัติสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง : ประเทศสเปน

3.2.1 ข้อความทั่วไป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนฉบับปัจจุบันถูกประกาศใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 โดยบัญญัติสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ในบรรพที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่ (Part I: Fundamental rights and duties) ซึ่งประกอบไปด้วยมาตรา 10 ถึงมาตรา 55 จากนั้นได้บัญญัติบททั่วไปว่าด้วยสิทธิในการพัฒนาตนเอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิมนุษยชนไว้ในมาตรา 10 แล้วจึงแบ่งหมวดหมู่ออกเป็นห้าลักษณะ โดยมีการบัญญัติสิทธิของคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 13 วรรคหนึ่งที่อยู่ในลักษณะที่ 1 คนสเปนและคนต่างด้าว (Charter 1: Spaniards and Alien)

จากนั้นในลักษณะที่ 2 สิทธิและเสรีภาพ (Chapter 2: Rights and Freedoms) ยังได้แบ่งออกเป็นสองหมวดนั้นคือ หมวดที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง (Division 1: Fundamental Rights and Public Freedoms) และหมวดที่ 2 สิทธิและหน้าที่ของพลเมือง (Division 2: Rights and Duties of Citizens) ซึ่งการจัดหมวดหมู่ของสิทธิทางรัฐธรรมนูญเช่นนี้อาจตีความอย่างแคบจากชื่อหมวดหมู่ ประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 13 วรรคหนึ่งได้ว่าคนต่างด้าวอาจจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามบรรพที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่ ได้เฉพาะ

หมวดที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมืองเท่านั้น แต่ไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิตามหมวดที่ 2 สิทธิและหน้าที่ของพลเมืองได้ เนื่องจากหมวดที่ 1 ไม่ได้กำหนดว่าเป็นสิทธิที่คุ้มครองพลเมืองเท่านั้น ดังนั้นหมวดดังกล่าวจึงมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกคนรวมทั้งคนต่างด้าว ส่วนหมวดที่ 2 กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นสิทธิและหน้าที่ของพลเมือง ดังนั้นย่อมมุ่งคุ้มครองสิทธิของพลเมืองสเปนเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม การตีความอย่างแคบตามถ้อยคำของชื่อหมวดอาจทำให้เป็นที่เข้าใจคลาดเคลื่อนได้ เนื่องจากบางครั้งอาจมีการบัญญัติสิทธิพลเมืองไว้ในหมวดที่ 1 หรือในทางกลับกันอาจมีการบัญญัติสิทธิมนุษยชนไว้ในหมวดที่ 2 ได้ ดังนั้นการจะพิจารณาว่าคนต่างด้าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนได้หรือไม่ และอาจเป็นผู้ทรงสิทธิอะไรบ้าง จึงต้องพิจารณาไปยังเนื้อหาของสิทธิชนิดนั้น รวมทั้งแนวความเห็นทางตำรา ตลอดจนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนในลำดับถัดไป

ทั้งนี้ การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนได้บัญญัติสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมทำให้สามารถศึกษาคำอธิบายการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศจากการเป็นผู้ทรงสิทธิของคนต่างด้าวได้เช่นกัน เนื่องจากคำว่าคนต่างด้าวย่อมหมายถึงความรวมถึงนิติบุคคลต่างประเทศด้วย เพราะถือเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงเช่นเดียวกัน

3.2.2 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนไม่ได้บัญญัติสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศไว้โดยชัดแจ้งอย่างรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ในการตีความผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึงความรวมถึงนิติบุคคลด้วย เท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวยให้นิติบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิได้ กล่าวคือ สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ต้องไม่เชื่อมโยงกับความเป็นมนุษย์หรือลักษณะที่เกี่ยวกับความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิ่งที่นิติบุคคลไม่อาจมีได้ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่านิติบุคคลประเภทใดที่ถือว่ามีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับประเทศสเปน และอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เสมือนกับพลเมืองของรัฐเท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวย

3.2.2.1 นิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ

เนื่องจากในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่มีทฤษฎีที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ แต่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งถือว่าเป็นแขนงหนึ่งของกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ให้ความสนใจกับการหานิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ในการเลือกใช้กฎหมาย ตลอดจนเพื่อประโยชน์

ในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคล ดังนั้นในการนี้จึงต้องนำทฤษฎีในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาพิจารณาประกอบ

(1) การเลือกใช้กฎหมาย

ในกรณีนิติบุคคลหนึ่งได้จัดตั้งขึ้นที่ประเทศหนึ่ง แต่ไปดำเนินธุรกิจในประเทศหนึ่งไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการจัดตั้งปฐมภูมิ (Primary Establishment) ซึ่งทำในลักษณะการย้ายสำนักทำการงานแห่งใหญ่ก็ดี หรือการจัดตั้งทุติยภูมิ (Secondary Establishment) ที่ทำในลักษณะการจัดตั้งสำนักงานสาขา สำนักงานผู้แทน ตลอดจนจัดตั้งบริษัทลูกก็ดี การดำเนินการดังกล่าวทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมักจะมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสัญชาตินิติบุคคล เพื่อหากฎหมายที่จะนำมาใช้กับการเลือกถิ่นที่อยู่และการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น โดยมีสองทฤษฎีที่พยายามให้คำอธิบายถึงการเลือกใช้กฎหมายสำหรับการเลือกถิ่นที่อยู่ และการดำเนินงานของนิติบุคคล นั่นคือ ทฤษฎีแรก ทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคล (Incorporation Theory) ที่ยึดถือกฎหมายของประเทศที่ได้ก่อตั้งนิติบุคคลขึ้น โดยทฤษฎีนี้กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์รวมทั้งประเทศเดนมาร์กได้ยึดถือเป็นสำคัญ และทฤษฎีที่สอง ทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงของนิติบุคคล (Real Seat Theory) ได้ยึดถือกฎหมายของประเทศที่นิติบุคคลนั้นมีสำนักงานทำการงาน หรือมีการดำเนินธุรกิจหลักอยู่ โดยทฤษฎีนี้กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ได้ยึดถือเป็นสำคัญ และโดยที่ประเทศสเปนเป็นหนึ่งในประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบซีวิลลอว์จึงได้ยึดถือทฤษฎีนี้เช่นเดียวกัน²³

กล่าวโดยสรุป ประเทศสเปนได้ยึดถือทฤษฎีถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงของนิติบุคคล เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการเลือกใช้กฎหมายกับนิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่และมีการดำเนินงานในประเทศสเปน กล่าวคือ หากนิติบุคคลมีสำนักงานทำการงานแห่งใหญ่อยู่ในประเทศสเปนย่อมตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายประเทศสเปน และในทางกลับกันหากนิติบุคคลมีสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ต่างประเทศแต่มีการดำเนินธุรกิจบางส่วนในประเทศสเปน ย่อมต้องนำกฎหมายของประเทศที่นิติบุคคลนั้นมีสำนักงานทำการงานแห่งใหญ่มาใช้บังคับ

(2) การให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคล

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ การให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) เกิดจากการที่รัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลต้องการคุ้มครองคนชาติของตน

²³ Ulvi ALTINIŞIK, “Free Movement of Companies within the EU,” *Ankara Bar Review* 1, p.105 (2012).

ที่อยู่ในรัฐอื่นภายหลังจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐเจ้าของดินแดน และผู้เสียหายได้ดำเนินการเรียกร้องตามกระบวนการเพื่อเยียวยาความเสียหายในรัฐเจ้าของดินแดนจนถึงที่สุดแล้ว แต่ไม่มีทางเยียวยาอื่นใดที่จะทำให้ได้รับความเป็นธรรมได้อีก ดังนั้นเมื่อเอกชนไม่อาจได้รับการเยียวยาโดยใช้อำนาจของตนได้แล้ว จึงจำเป็นต้องใช้อำนาจรัฐในการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ ขึ้นแทน อย่างไรก็ตาม แม้รัฐจะมีอำนาจให้การคุ้มครองทางการทูตกับคนชาติของตนก็ตาม แต่รัฐก็มีความผิดที่จะให้การคุ้มครองทางการทูตหรือไม่ก็ได้²⁴

โดยเรื่องนี้มีคดีศึกษาในทางระหว่างประเทศขึ้นระหว่างประเทศเบลเยียมและประเทศสเปน²⁵ ซึ่งมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าประเทศเบลเยียมเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำของประเทศสเปน และสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้หรือไม่ ซึ่งในท้ายที่สุดศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่าประเทศเบลเยียมไม่อาจให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทในคดีได้ เนื่องจากประเทศเบลเยียมมีความเกี่ยวข้องกับบริษัทผ่านผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ที่มีสัญชาติเบลเยียมเท่านั้น อีกทั้งบริษัทยังมีสภาพเป็นนิติบุคคลอยู่ ซึ่งรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ก็ต่อเมื่อบริษัทได้สิ้นสุดสภาพนิติบุคคลแล้ว หรือรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ นั่นเอง หรือรัฐเจ้าของสัญชาติไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทได้เท่านั้น

ยิ่งกว่านั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังกล่าวถึงเกณฑ์สำคัญในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลไว้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับสถานะทางกฎหมายของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายภายในที่อยู่ภายใต้อำนาจรัฐ ดังนั้นหากมีประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของรัฐ และการประติบัติต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น ศาลระหว่างประเทศก็จะกลับไปพิจารณากฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายภายใน²⁶ จึงกล่าวได้ว่าก่อนที่จะมีการกำหนด

²⁴ วริยาภรณ์ ธนไวทย์โกเศส, “การคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ: ศึกษาในกรอบของสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.4.

²⁵ Case Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), International Court of Justice, Judgment of 5 February 1970.

²⁶ Case Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), para 38 อ้างถึงใน อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, น.123.

เกณฑ์สัญชาติของนิติบุคคล ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะแสวงหากฎเกณฑ์ดังกล่าวจากกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ แล้วจึงนำเอาหลักเกณฑ์เหล่านั้นมาปรับใช้ต่อไป

ซึ่งจากการศึกษาการเลือกใช้กฎหมายของประเทศสเปน ได้ปรากฏว่านิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับประเทศสเปน คือ นิติบุคคลที่มีสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศสเปน ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่ใช้คุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลสเปนคือทฤษฎีถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงของนิติบุคคลเช่นเดียวกัน ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องภายในประเทศสเปนเป็นสำคัญ ดังนั้นผู้เขียนจึงเรียกนิติบุคคลดังกล่าวว่า “นิติบุคคลในประเทศ” เพื่อใช้ในการศึกษาต่อไป

3.2.2.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลในประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้

นิติบุคคลในประเทศสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของสเปนได้หรือไม่ เรื่องนี้ไม่มีระบุไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนได้รับแนวความคิดจากบทบัญญัติมาตรา 19 วรรคสามในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่นิติบุคคลในประเทศด้วยเท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวย ดังนั้นจึงเป็นไปได้ว่าบางมาตราในรัฐธรรมนูญสเปนก็ได้รับรองสิทธิของนิติบุคคลไว้ เช่น สิทธิในการรวมกลุ่มสมาคม สิทธิในการรวมกลุ่มทางการค้า ซึ่งที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญก็ได้รับรองให้นิติบุคคลในประเทศเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ²⁷ เช่น สิทธิในความเสมอภาค สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกระบวนการยุติธรรม สิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง เป็นต้น ส่วนสิทธิบางประเภทก็เห็นได้ชัดว่านิติบุคคลไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิที่จะไม่ถูกรุกราน เป็นต้น

และเมื่อปี 2010 ประเทศสเปนได้มีการปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญาด้วยความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลขึ้น ซึ่งทำให้นิติบุคคลจะได้รับประโยชน์จากสิทธิที่รัฐธรรมนูญมอบให้จากบุคคลที่โดนปรับจากการกระทำความผิด²⁸

จึงกล่าวได้ว่า นิติบุคคลในประเทศที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเสมือนพลเมือง ย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เสมือนพลเมืองของประเทศสเปนเช่นกัน เนื่องจากเบื้องหลังนิติบุคคลก็คือบุคคลธรรมดาที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ แต่สิทธิ

²⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนที่ 139/1995 ลงวันที่ 26 กันยายน 1995 (STC 139/1995)

²⁸ Victor Ferreres Comella, The Constitution of Spain : a contextual analysis, (Portland : Hart Publishing, 2013), p.254.

ดังกล่าวต้องไม่มีลักษณะที่โดยสภาพและเหตุผลของเรื่องที่กำหนดให้เฉพาะบุคคลธรรมดาอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้เท่านั้น

3.2.3 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศ

3.2.3.1 นิยามของคำว่า “นิติบุคคลต่างประเทศ”

เราอาจกำหนดนิยามของนิติบุคคลต่างประเทศได้โดยใช้หลักการตีความตรงข้ามกับคำว่า “นิติบุคคลในประเทศ” กล่าวคือ เมื่อนิติบุคคลในประเทศสเปนหมายถึงนิติบุคคลที่มีสำนักทำการงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงในประเทศสเปน ดังนั้น “นิติบุคคลต่างประเทศ” จึงหมายถึงนิติบุคคลที่ไม่มีสำนักทำการงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงในประเทศสเปนนั่นเอง

3.2.3.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่คนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนจะไม่ได้บัญญัติสิทธิของนิติบุคคลไว้เป็นการเฉพาะอย่างรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่รัฐธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติสิทธิของคนต่างด้าวไว้ในลักษณะที่ 1 คนสเปนและคนต่างด้าว โดยบัญญัติในมาตรา 13 วรรคหนึ่งที่ว่า²⁹ คนต่างด้าวในสเปนต้องได้รับการประกันเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง³⁰ตามบรรพนี้

²⁹ Article 13 first paragraph of The Spanish Constitution

Aliens shall enjoy the **public freedoms** guaranteed by the present Title, under the terms to be laid down by treaties and the law

³⁰ ผู้เขียนได้แปลคำนี้ตามอาจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณที่แปลแนวคิด les libertés publiques ว่าคือเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งเป็นแนวคิดที่มาจากฝรั่งเศสที่แตกต่างจากแนวคิดอื่น โดยในประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษก็ได้บัญญัติศัพท์ดังกล่าวไว้ ซึ่งคำว่า publiques ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นแสดงให้เห็นถึงการแทรกแซงของอำนาจรัฐ โดยทุกสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง หรือเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ ล้วนเป็นสิทธิเสรีภาพที่อยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายบ้านเมืองทั้งสิ้น เนื่องจากรัฐได้เข้ามาวางหลักการ จัดระบบการใช้และให้การรับรองสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ ซึ่งถือเป็นการแทรกแซงอำนาจรัฐในรูปแบบของการยอมรับเป็นลายลักษณ์อักษรจากรัฐ ด้วยเหตุนี้นักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสจึงใช้คำว่า libertés publiques ซึ่งหมายถึงสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมืองนั่นเอง (อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.16-17, 22.)

(บรรพที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่ - เพิ่มเติมโดยผู้เขียน) ภายใต้หลักเกณฑ์ตามสนธิสัญญาและกฎหมาย และในวรรคสองของมาตราเดียวกัน ได้บัญญัติให้สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองและสิทธิในการเข้าถึงหน่วยงานสาธารณะอย่างเสมอภาคตามมาตรา 23 สงวนไว้ให้กับชาวสเปนเท่านั้น แต่สนธิสัญญาและกฎหมายอาจจะกำหนดให้คนต่างด้าวมีสิทธิเลือกตั้งท้องถิ่นได้ โดยเป็นไปตามหลักต่างตอบแทน³¹

โดยคำว่าคนต่างด้าวในบทบัญญัติดังกล่าว นอกจากจะหมายถึงบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติสเปนแล้ว ยังหมายรวมถึงนิติบุคคลต่างประเทศอีกด้วย เนื่องจากเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับประเทศสเปนเช่นเดียวกัน ดังนั้นเราจึงอาศัยการใช้การตีความบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อพิจารณาสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศต่อไป เท่าที่สิทธินั้นจะอำนวยให้นิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้

ทั้งนี้ จากบทบัญญัติข้างต้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสเปนได้เคยตีความไว้ว่า คำว่า “เสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง” ในบทบัญญัติดังกล่าวไม่ควรตีความอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ คนต่างด้าวไม่ได้มีเพียงเสรีภาพเท่านั้นแต่ยังเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามบรรพที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่ด้วย และหากพิจารณาการเลือกใช้ถ้อยคำและตำแหน่งของบทบัญญัติที่อยู่ในหมวดที่ 1 คนสเปนและคนต่างด้าวซึ่งอยู่ภายใต้บรรพที่ 1 จะพบว่ารัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงคนต่างด้าวในสเปนกับคนที่มีสัญชาติสเปนไว้ต่างกัน

ยิ่งกว่านั้น แม้บทบัญญัติในมาตรา 13 วรรคหนึ่งจะกำหนดเงื่อนไขของการเป็นผู้ทรงสิทธิของคนต่างด้าวไว้ว่า “ภายใต้หลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาและกฎหมาย” ก็ตาม แต่ไม่อาจตีความว่าคนต่างด้าวจะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาและกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้คนต่างด้าวมีเสรีภาพตามสนธิสัญญาและกฎหมาย แต่กำหนดให้คนต่างด้าวจะมีเสรีภาพที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญบรรพที่ 1 ภายใต้ขอบเขตของสนธิสัญญานานาชาติและกฎหมายภายในของสเปน ดังนั้นสิทธิและเสรีภาพที่ปรากฏในบรรพที่ 1

³¹ Article 13 second paragraph of The Spanish Constitution

Only Spaniards shall be entitled to the rights recognized in Article 23, except in cases which may be established by treaty or by law concerning the right to vote and the right to be elected in municipal elections, in accordance with the principle of reciprocity.

สิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่ที่อาจนำมาใช้กับคนต่างด้าวได้ เว้นแต่มาตรา 23 ที่สงวนไว้ให้พลเมืองสเปนเท่านั้น³²

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญตีความว่าคนต่างด้าวอาจมีสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมดเว้นแต่สิทธิที่ปรากฏในมาตรา 23 ย่อมหมายความว่าเราไม่ต้องสนใจถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติตามบรรพที่ 1 ไม่ว่าจะเป็น “พลเมืองชาวสเปน” หรือ “บุคคลทุกคน” กล่าวคือเมื่อพิจารณามาตรา 14³³ ที่บัญญัติให้ “คนสเปน” ไม่อาจถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติหรือเพศได้ ฯลฯ หากตีความบทบัญญัตินี้ว่ามีเพียงคนสเปนที่ไม่อาจถูกเลือกปฏิบัติได้เท่านั้น โดยไม่หมายรวมถึงคนต่างด้าวย่อมเป็นไปได้ และมาตรา 19³⁴ ก็เช่นกัน แม้บทบัญญัติจะกำหนดให้คนสเปนมีสิทธิในเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายภายในประเทศก็ตาม แต่คนต่างด้าวย่อมสามารถมีสิทธิดังกล่าวได้เช่นกัน แต่เป็นไปอย่างจำกัด³⁵ ซึ่งเหตุที่ไม่ต้องสนใจถ้อยคำที่ระบุถึงผู้ทรงสิทธิ เนื่องจากมาตรา 13 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดสิทธิของคนต่างด้าวไม่ใช่มาตรา 14 หรือ 19 นั่นเอง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนได้เคยกล่าวถึงสิทธิที่บัญญัติไว้สำหรับ “ชาวสเปน” หรือ “คนทุกคน” ไว้ว่า ในกรณีที่สิทธินั้นยึดโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ไม่เกี่ยวกับความเป็นพลเมืองแล้ว ย่อมไม่อาจปฏิบัติต่อคนต่างด้าวให้แตกต่างจากคนสเปนได้ เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกาย ส่วนในกรณีอื่น ๆ

³² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนที่ 107/1984 ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1984 (STC 107/1984)

³³ Article 14 of The Spanish Constitution

Spaniards are equal before the law and may not in any way be discriminated against on account of birth, race, sex, religion, opinion or any other personal or social condition or circumstance.

³⁴ Article 19 of The Spanish Constitution

Spaniards have the right to choose their place of residence freely, and to move about freely within the national territory.

Likewise, they have the right to freely enter and leave Spain subject to the conditions to be laid down by the law. This right may not be restricted for political or ideological reasons.

³⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนที่ 94/1993 ลงวันที่ 22 มีนาคม ค.ศ. 1993 (STC 94/1993)

ทางภาวะวิสัยอาจปฏิบัติต่อคนต่างด้าวต่างจากคนสเปนได้โดยกฎหมาย แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม การปฏิบัติดังกล่าวจะต้องไม่กระทบต่อแก่นของสิทธิ³⁶

ยิ่งกว่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญ³⁷ ยังได้กล่าวถึงแนวคำวินิจฉัยอื่น ๆ ของศาล ที่ผ่านมามีบางบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไปยังคนต่างด้าวด้วย แต่ไม่อาจให้การคุ้มครองแก่คนต่างด้าวเท่ากับพลเมืองสเปนทุกประการ โดยสิทธิที่คนต่างด้าวจะได้รับการคุ้มครองนั้นเป็นสิทธิที่ติดตัวมากับมนุษย์ทุกคนไม่ใช่เพียงพลเมืองสเปน หรืออีกนัยหนึ่งคือรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่ปรากฏในมาตรา 10 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน³⁸ ยิ่งกว่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วินิจฉัยรับรองสิทธิที่คนต่างด้าวจะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญได้ เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากกระบวนการยุติธรรม สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมาย สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัย และสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากชาติกำเนิด เชื้อชาติ เพศ ศาสนา หรือเงื่อนไขหรือสถานการณ์ส่วนบุคคลหรือสังคมอื่นใด จะเห็นได้ว่าสิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิที่ให้ความคุ้มครองแก่มนุษย์ทุกคน ซึ่งการสงวนสิทธิเหล่านี้ไว้ให้เพียงพลเมืองสเปนเท่านั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 13 ได้กำหนดให้คนต่างด้าวในสเปนเป็นผู้ทรงสิทธิในระดับที่ไม่เท่าเทียมกับพลเมือง แต่หากปรากฏว่ามีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 10 วรรคหนึ่งแล้ว คนต่างด้าวย่อมสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าวได้ โดยปรากฏให้เห็นในแนวคำวินิจฉัยของศาลที่ผ่านมา เช่น สิทธิในสุขภาพอนามัย สิทธิที่จะได้รับเงินช่วยเหลือจากการว่างงาน และยิ่งรวมถึงสิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่และเคลื่อนย้ายในประเทศสเปน

และนอกจากคนต่างด้าวจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ยึดโยงกับสิทธิมนุษยชนตามที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนได้วินิจฉัยไว้แล้ว ยังปรากฏว่าประเทศสเปนยังให้ความคุ้มครองคนต่างด้าวผ่านกฎหมายและสนธิสัญญาตามที่ได้ระบุไว้ในมาตรา 13

³⁶ Victor Ferreres Comella, *supra* note 28, p.251-252.

³⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนที่ 236/2007 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 2007 (STC 236/2007)

³⁸ Article 10 first paragraph of The Spanish Constitution

The human dignity, the inviolable and inherent rights, the free development of the personality, the respect for the law and for the rights of others are the foundation of political order and social peace.

วรรคหนึ่ง โดยถูกรวบรวมไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว (Código de Extranjería)³⁹ ซึ่งประกอบไปด้วยสามส่วนคือ ส่วนที่ 1 กฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว⁴⁰ ส่วนที่ 2 สิทธิในที่ดิน ผู้ลี้ภัย ผู้ไร้รัฐ และผู้พลัดถิ่น และส่วนที่ 3 รัฐสมาชิกแห่งสหภาพยุโรป

ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตไว้ว่า นอกจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยไว้ว่า คนต่างด้าวไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญเทียบเท่ากับพลเมืองของรัฐได้แล้ว ในส่วนของรัฐธรรมนูญเองยังบัญญัติถ้อยคำที่เห็นได้ชัดว่าคนต่างด้าวไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญเทียบเท่ากับพลเมืองสเปน ผ่านบทบัญญัติมาตรา 13 วรรคหนึ่งที่ว่า “คนต่างด้าวในสเปน ต้องได้รับการประกันเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง...” และ ในชื่อหมวดที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง กล่าวคือ คำว่า “เสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง” เป็นคำที่แปลมาจากคำว่า “Public freedom” โดยต้นร่างภาษาสเปนใช้คำว่า “Libertades públicas” ซึ่งตรงกับภาษาฝรั่งเศสว่า “Liberté publique” ซึ่งคำนี้เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยเกิดจากรากฐานความคิดที่ว่าสิทธิและเสรีภาพไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลและรัฐเท่านั้น แต่เกิดจากการดำเนินการและการรวมกลุ่มทางสังคมของบุคคลนั้นด้วย เช่น เสรีภาพในการรวมกลุ่ม การชุมนุม การสมาคม เป็นต้น และต่อมาแนวความคิดดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นรูปธรรมผ่านรัฐธรรมนูญโดยปัจจุบันปรากฏในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน (1958) และรัฐธรรมนูญสเปน เป็นต้น ซึ่งคำว่า “เสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง” ต่างจากคำว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” หรือ “Fundamental right”⁴¹ ที่ปรากฏตัวหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (สิ้นสุดราวศตวรรษที่ 20) ตรงที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดจากรากฐานความคิดที่ต้องการให้หลักประกันที่มั่นคงแก่สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้ใช้กับหลักสากลในแนวระนาบ แต่ได้ถูกใช้เป็นการป้องกันสิทธิของปัจเจกชนจากรัฐอย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้นสิทธิขั้นพื้นฐานจึงมีความเข้มข้นมากกว่าเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งปรากฏใน

³⁹ ผู้ที่สนใจกฎหมายประเทศสเปนสามารถเข้าถึงเว็บไซต์รวบรวมกฎหมายได้ที่ <https://www.boe.es/legislacion/codigos/index.php?modo=1>

⁴⁰ Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

⁴¹ ใน ภาษา ฝรั่งเศส ใช้ ทั้ง คำว่า Libertés Fondamentales และ Droit Fondamentaux ส่วนในภาษาเยอรมันใช้คำว่า Grundrecht

ประเทศเยอรมนีและประเทศสเปนที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเชื่อมโยงกับกลไกการป้องกันสิทธิ ซึ่งกลไกดังกล่าวไม่ปรากฏในประเทศฝรั่งเศส⁴²

กล่าวโดยสรุป นิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ตามมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน แม้ว่ามาตราดังกล่าวจะระบุถึงคนต่างด้าวเท่านั้น แต่คำว่าคนต่างด้าวย่อมหมายความรวมถึงนิติบุคคลต่างประเทศที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐด้วย และเนื่องจากโดยสภาพของสิทธิทางรัฐธรรมนูญบางประเภทนิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ดังนั้นในทางตำราและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่างเห็นว่า คนต่างด้าวที่หมายรวมถึงนิติบุคคลต่างประเทศย่อมสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามบรรพที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่ได้ทั้งสิ้นเท่าที่โดยสภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวย แต่ไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ในระดับเดียวกับพลเมืองสเปนหรือนิติบุคคลภายในประเทศ เนื่องจากต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของสนธิสัญญานานาชาติและกฎหมายภายในของสเปน อีกทั้งมาตรา 13 วรรคหนึ่งได้บัญญัติรับรอง “เสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง” ซึ่งมีสถานะทางสิทธิที่ไม่เข้มข้นเท่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ที่บัญญัติรับรองให้กับพลเมืองและนิติบุคคลในประเทศของตนไว้โดยตรง ยิ่งตอกย้ำความคิดที่ว่านิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ แต่ไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิเทียบเท่านิติบุคคลในประเทศ และเมื่อเทียบเคียงกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิคนต่างด้าวแล้ว นิติบุคคลต่างประเทศก็อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เท่าที่โดยสภาพแห่งสิทธิไม่ได้กำหนดให้เฉพาะคนธรรมดาเท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิได้ เช่น สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมาย และสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ เป็นต้น

⁴² Véronique Champeil-Desplats, “From “public freedoms” to “fundamental rights”: effects and stakes of a change of name,” Retrieved on December 8, 2018, from <http://juspoliticum.com/article/Des-libertes-publiques-aux-droits-fondamentaux-effets-et-enjeux-d-un-changement-de-denomination-290.html>.

3.3 ประเทศที่ไม่ได้บัญญัติการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลหรือคนต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง : ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.3.1 ข้อความทั่วไป

ประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มขึ้นหลังจากรัฐอาณานิคมบนภาคพื้นทวีปอเมริกาเหนือได้ประกาศอิสรภาพจากประเทศอังกฤษเมื่อปี ค.ศ. 1776 และต่อมาในปี ค.ศ. 1788 ก็ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญเพื่อเป็นรากฐานโครงสร้างการปกครองของประเทศ และกลายเป็นกฎหมายสูงสุดในเวลาต่อมา ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ดี คณะผู้ก่อตั้งประเทศยังคงกังวลกับการใช้อำนาจของรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ ในอนาคตที่อาจเข้าแทรกแซงสิทธิของปัจเจกชนได้ จึงทำให้ต่อมาในปี ค.ศ. 1791 จึงได้มีการประกาศใช้บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นจำนวนสิบฉบับ ซึ่งเป็นที่รู้จักในนามบทบัญญัติแห่งสิทธิ (The Bill of Rights) ในเวลาต่อมา

อย่างไรก็ดี ก่อนเกิดสงครามกลางเมือง (The American Civil War) บทบัญญัติแห่งสิทธิถูกนำมาปรับใช้กับรัฐบาลกลางเท่านั้น อีกทั้งรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐไม่ได้จำกัดอำนาจของรัฐบาลระดับมลรัฐในการแทรกแซงสิทธิของปัจเจกชนแต่อย่างใด ดังนั้นภายหลังจากสงครามกลางเมืองจึงได้มีการปรับโครงสร้างใหม่โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 13 ถึง 15 ขึ้น โดยในปี ค.ศ. 1865 รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 13 ได้ประกาศเลิกทาส และห้ามเป็นทาสโดยไม่มีสมัครใจ ต่อมาในปี ค.ศ. 1868 ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 โดยบัญญัติหลักเกณฑ์กว้าง ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนจากการกระทำของรัฐบาลในระดับมลรัฐ และกลายเป็นการก่อตั้งหลักการรับรองสิทธิโดยบทบัญญัติแห่งสิทธิ ซึ่งทำให้รัฐบาลระดับมลรัฐต้องผูกพันต่อสิทธิของปัจเจกชนเช่นรัฐบาลกลาง ยิ่งกว่านั้น เนื่องจากเป้าประสงค์สำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 คือ การขจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อพลเมืองผิวสีที่เพิ่งถูกเลิกทาส จึงมีการระบุข้อความ “การคุ้มครองโดยเสมอภาค” ขึ้น โดยห้ามมิให้มลรัฐใดปฏิบัติต่อบุคคลใดภายในขอบเขตการคุ้มครองโดยเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองโดยเสมอภาคนั้นมีความสำคัญมาก เนื่องจากไม่ใช่แค่การห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเนื่องจากเชื้อชาติเท่านั้น แต่ยังรวมถึงเพศและการเลือกปฏิบัติอย่างอื่นที่ตั้งอยู่บนฐานการแบ่งแยกกลุ่มคนอีกด้วย และต่อมา

ในปี ค.ศ. 1870 ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 15 โดยบัญญัติห้ามมิให้มลรัฐตัดสิทธิการเลือกตั้งของพลเมืองเนื่องจากเชื้อชาติหรือความเป็นทาสมาก่อนด้วย⁴³

ภายหลังจากนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่อยมาเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ ซึ่งจนถึงปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วกว่า 27 ครั้ง และด้วยประวัติศาสตร์การร่างรัฐธรรมนูญนี้เองจึงทำให้รัฐธรรมนูญถูกแบ่งออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนที่ว่าด้วยโครงสร้างของรัฐ และส่วนที่ว่าด้วยบทบัญญัติแห่งสิทธิ

ทั้งนี้ ด้วยลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่นอกจากจะบัญญัติรายการแห่งสิทธิตามสภาพการณ์ของประเทศแล้ว บางบทบัญญัติยังไม่ปรากฏถ้อยคำที่ระบุถึงบุคคลผู้ทรงสิทธิโดยชัดแจ้ง แต่ในส่วนต้นของคำปรารภได้ปรากฏคำว่า “We the people” แทน ซึ่งก็เกิดข้อถกเถียงว่าหมายถึงผู้ใด และสามารถตีความคำดังกล่าวในบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่ง แทนฉบับอื่นเลยได้หรือไม่ ส่วนบางบทบัญญัติก็บัญญัติคำว่า พลเมือง บุคคล ประชาชน ฯลฯ ไว้ แต่ก็ยังคงมีข้อถกเถียงอยู่ว่าหมายถึงผู้ใดบ้าง นิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้หรือไม่ และคนต่างด้าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญเทียบเท่าพลเมืองของรัฐหรือไม่ ซึ่งข้อถกเถียงเหล่านี้จะถูกนำมาพิจารณาว่าในท้ายที่สุดแล้วนิติบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไร

3.3.2 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศ

3.3.2.1 นิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐธรรมนูญอีกฉบับที่ไม่ได้บัญญัติสิทธิของนิติบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ มีพิกัดต้องกล่าวถึงนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ ดังนั้นการจะระบุว่านิติบุคคลใดเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญจึงได้นำหลักการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws) มาปรับใช้ด้วย⁴⁴

อย่างไรก็ดี ประเทศสหรัฐอเมริกามีลักษณะพิเศษกว่าประเทศอื่นตรงที่การขัดกันของกฎหมายสามารถแยกได้ 2 ระดับ นั่นคือ การขัดกันของกฎหมายระหว่างประเทศ และการขัดกันของกฎหมายระหว่างมลรัฐ เนื่องจากแต่ละมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาได้บังคับใช้

⁴³ Robert A. Sedler, Constitutional Law in The United States, Second Edition (Netherlands : Kluwer Law International, 2004), p.131-133.

⁴⁴ Ernst Rabel, The Conflict of Laws: A Comparative Study, Second edition. Vol. 2 (Ann Arbor : The University of Michigan Press, 1960), p.22-23.

กฎหมายต่างกัน ซึ่งภายใต้กฎหมายว่าด้วยเขตอำนาจศาล ค.ศ. 1958 (The Judicial Code of 1958) ได้กำหนดสัญชาติบริษัทไว้คือ บริษัทที่จดทะเบียนในรัฐนั้นหรือมีสถานที่ประกอบธุรกิจแห่งใหญ่ในมลรัฐนั้น ดังนั้นหากมีการขัดกันของกฎหมายระหว่างมลรัฐ ศาลจะพิจารณาทฤษฎีถิ่นที่มีการจัดตั้งนิติบุคคล (Incorporation Theory) หรือหลักสถานที่ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ (Principal place of business) เป็นสำคัญ⁴⁵

ส่วนกรณีที่มีการขัดกันของกฎหมายในระหว่างประเทศจะนำทฤษฎีถิ่นที่มีการจัดตั้งนิติบุคคล (Incorporation Theory) มาบังคับใช้เป็นสำคัญ เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายแองโกล-อเมริกันจึงได้ยึดถือหลักดังกล่าวเหมือนประเทศอื่น ๆ⁴⁶

ยิ่งกว่านั้น คณะกรรมาธิการระดับข้อพิพาทร่วมระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนี (Mixed Claims Commission) โดยเฉพาะฝ่ายอเมริกันเคยให้ความเห็นไว้ว่าบริษัทก็อาจเป็นชาวอเมริกันได้เช่นกัน โดยให้คำนิยามคำว่า “ชาวอเมริกา” ไว้ว่า บุคคลใดก็ตามที่มีภูมิลำเนาอยู่ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาถาวรด้วยความจงรักภักดี⁴⁷ แต่ก็มีผู้โต้แย้งว่า เนื่องจากความจงรักภักดีตามคำนิยามดังกล่าวมีขึ้นเฉพาะในปัจเจกบุคคลเท่านั้น ดังนั้นสัญชาติของนิติบุคคลจึงไม่อาจมีได้ แต่อย่างไรก็ดี ก็มีผู้เห็นว่าหากการใช้สัญชาติกับนิติบุคคลเกิดขึ้นเฉพาะการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลและรัฐอื่นตามกฎหมายมหาชนย่อมไม่เสียหายแต่อย่างใด⁴⁸

จากคำนิยามชาวอเมริกันข้างต้นสามารถสรุปได้ว่าบริษัทอเมริกัน คือ บริษัทที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาถาวร แต่เนื่องจากบรรดากฎหมายว่าด้วยภาษีระบียบการค้า ตลอดจนการกำหนดเขตอำนาจศาลได้ถูกร่างขึ้นเพื่อบุคคลธรรมดา ดังนั้นนักกฎหมายจึงมีหน้าที่ในการตีความภูมิลำเนาของหุ้นส่วนบริษัทต่อไป ซึ่งจากอิทธิพลของทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ (Fiction Theory) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ทุกบริษัทจะต้องแจ้งว่าตนมีภูมิลำเนาตามสำนักงานแห่งใหญ่ในมลรัฐที่ได้จัดตั้งขึ้น แม้บริษัทจะไม่มีสำนักงานที่แท้จริงในมลรัฐดังกล่าวและไปทำธุรกิจที่มลรัฐ

⁴⁵ เขตไท่ ลังการ์พินธุ์, “สัญชาติของนิติบุคคล,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.105-106.

⁴⁶ เพิ่งอ้าง, น.105.

⁴⁷ Ernst Rabel, *supra* note 44, p.21.

⁴⁸ *Ibid.*, p.23.

อื่นก็ตาม⁴⁹ ดังนั้น บริษัทที่มีภูมิลำเนาในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีถิ่นที่มีการจัดตั้งนิติบุคคล (Incorporation Theory) นั้นเอง

และเนื่องจากเอกสารราชการของประเทศสหรัฐอเมริกาหลีกเลี่ยงการใช้คำว่าสัญชาติกับบริษัท⁵⁰ ดังนั้นผู้เขียนจึงเรียกนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับประเทศสหรัฐอเมริกาว่า “นิติบุคคลภายในประเทศ” และเรียกนิติบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับประเทศสหรัฐอเมริกาว่า “นิติบุคคลต่างประเทศ” ต่อไป

กล่าวโดยสรุป เนื่องจากการกำหนดนิติบุคคลที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญสามารถนำหลักกฎหมายขัดกันมาใช้ได้ ประกอบกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทฯ ได้กำหนดให้บริษัทอเมริกันหมายถึงบริษัทที่มีภูมิลำเนาถาวรในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งกฎหมายก็ได้กำหนดให้นิติบุคคลต้องแจ้งภูมิลำเนาของตน ตามสำนักงานแห่งใหญ่ที่กฎหมายของรัฐจัดตั้งขึ้น ดังนั้นนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับประเทศสหรัฐอเมริกา คือ นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งผู้เขียนจะเรียกว่า “นิติบุคคลภายในประเทศ” ต่อไป

3.3.2.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลในประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้

แม้คำว่า “นิติบุคคล” จะไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ก็ตาม แต่เป็นเวลาร้อยกว่าปีที่ศาลตีความให้นิติบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคุ้มครองตามรายการแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญ โดยเมื่อปี ค.ศ. 1886 ในคดี Santa Clara v. Southern Pacific Railroad Co. ศาลได้วางหลักให้นิติบุคคลถือเป็นบุคคลที่ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันอย่างเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (The Equal Protection Clause) ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าขาดตรรกะประวัติศาสตร์ และเหตุผลสนับสนุน เนื่องจากถ้อยคำตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ไม่ได้รวมถึงนิติบุคคล และไม่มีประวัติการยกอ้างที่บ่งชี้ว่านิติบุคคลได้รับการคุ้มครอง และในภายหลังยังถูกพากษ์วิจารณ์อีกว่าให้ความคุ้มครองแก่บรรดานิติบุคคลมากกว่าคนผิวสีที่เป็นที่มาของการยกอ้างเสียอีก เนื่องจากห้าสิบปีแรกหลังบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ ศาลสูงได้ปรับใช้กับนิติบุคคลมากกว่าห้าสิบเปอร์เซ็นต์และใช้กับการเลือกปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติกับบุคคลธรรมดาเพียงส่วนน้อยเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันก็เป็นที่ยุติว่านิติบุคคลได้รับการคุ้มครองตามหลักความ

⁴⁹ *Ibid.*, p.28.

⁵⁰ *Ibid.*, p.21.

เสมอภาค และการที่ศาลสูงได้ยืนยันคำวินิจฉัยว่านิติบุคคลเป็นบุคคลตามบทบัญญัตินี้ย่อมเป็นการปูทางไปสู่การรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับอื่น ๆ ต่อไป⁵¹

ซึ่งนอกจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ที่ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาได้ยืนยันสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลแล้ว ปัจจุบันยังได้ยืนยันสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับอื่น ๆ ดังนี้

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 นิติบุคคลย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น⁵² เสรีภาพของสื่อมวลชน⁵³ และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองซึ่งปรากฏในคดี Citizens United v. the Federal Election Commission เมื่อปี ค.ศ. 2010 โดยศาลสูงวินิจฉัยให้องค์กรไม่แสวงหากำไร ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลสามารถระดมทุนเพื่อโฆษณาสนับสนุนหรือต่อต้านผู้สมัครรับเลือกตั้งได้ ซึ่งเป็นการกลับหลักกฎหมายเดิมที่ห้ามมิให้นิติบุคคลมีอิทธิพลเหนือการเมือง⁵⁴ เนื่องจากศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 กล่าวคือ บริษัทหรือสมาคมอื่น ๆ ย่อมมีสิทธิเหมือนบุคคลธรรมดาในการมีส่วนร่วมในการอภิปราย ถกเถียง และเผยแพร่ข้อมูลและความคิดเห็นซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 มุ่งส่งเสริม ซึ่งการแสดงความคิดเห็นย่อมเป็นสิ่งที่ระบอบประชาธิปไตยต้องการ อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากจากนักวิชาการและนักการเมือง ตลอดจนเกิดการเคลื่อนไหวทางสังคม (Social Movement) เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญและยกเลิกสภาพบุคคลของนิติบุคคลขึ้น แม้ภายหลังจะไม่ประสบความสำเร็จก็ตาม⁵⁵ และต่อมาในปี ค.ศ. 2014 ศาลได้ตัดสินคดีให้เจ้าของนิติบุคคลอ้างความเชื่อทางศาสนาเพื่อไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ฝ่าฝืนกับความเชื่อตนได้ในคดี Burrell v. Hobby Lobby Stores, Inc. กล่าวคือ กฎหมายได้บังคับให้บริษัทนายจ้างต้องทำแผนประกันสุขภาพที่ครอบคลุมไปถึง

⁵¹ Susanna Kim Ripken, “Corporate Amendment Rights After Citizens United: an Analysis of the Popular Movement to end the Constitutional Personhood of Corporations,” *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol.14, p.222-223 (2011).

⁵² ปรากฏในคดี First Nat’l Bank of Bos. v. Bellotti (1978)

⁵³ ปรากฏในคดี Grosjean v. Am. Press co., (1936)

⁵⁴ Section 203 of the Bipartisan Campaign Reform Act of 2002

⁵⁵ Susanna Kim Ripken, *supra note 49*, p.254.

การคุมกำเนิดแก่ลูกจ้างโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย แต่เนื่องจากเจ้าของบริษัทนายจ้างเป็นคริสตนิกรชนที่มีความเชื่อว่าชีวิตได้ถือกำเนิดตั้งแต่ตั้งครรภ์ ดังนั้นการคุมกำเนิดจึงเป็นการละเมิดความเชื่อของพวกเขา ศาลจึงตัดสินว่ากฎหมายที่บังคับให้ทำแผนประกันสุขภาพที่ครอบคลุมไปถึงการคุมกำเนิดนั้นละเมิดสิทธิของบริษัทตามกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปเสรีภาพทางศาสนา (the Religious Freedom Restoration Act) ดังนั้นบริษัทนายจ้างจึงไม่ต้องทำแผนสุขภาพเฉพาะส่วนที่ครอบคลุมการคุมกำเนิดตามกฎหมายที่ละเมิดต่อสิทธิของตนได้⁵⁶ อย่างไรก็ตาม แม้คดีนี้บริษัทจะอ้างว่าตนได้รับการคุ้มครองจากเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 แต่ศาลได้ตัดสินโดยอาศัยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่ประเด็นที่ว่านิติบุคคลจะมีสิทธิในเสรีภาพทางศาสนาหรือไม่ น่าจะเป็นปัญหาที่ต้องถกเถียงกันในอนาคตอันใกล้⁵⁷

⁵⁶ เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองผู้ป่วยและการรักษาพยาบาลที่สามารถเข้าถึงได้ (Patient Protection and Affordable Care Act) หรือที่เรียกเป็นการทั่วไปว่าโอบามาแคร์ (Obamacare) ได้บังคับให้บริษัทที่มีฐานะเป็นนายจ้างต้องจัดหาประกันสุขภาพที่ครอบคลุมถึงการคุมกำเนิดให้แก่พนักงานหญิงของตนโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ซึ่งนายจ้างที่เกี่ยวข้องกับศาสนาอย่างโบสถ์ หรือองค์กรไม่แสวงหากำไรที่เกี่ยวข้องกับศาสนาแล้วได้รับการยกเว้นจากกฎหมายฉบับนี้ แต่องค์กรแสวงหากำไรในกรณีพิพาทนี้ไม่ได้รับการยกเว้นจากกฎหมาย กล่าวคือ เจ้าของบริษัท Hobby Lobby เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทปิด (close company) ที่มีผู้ถือหุ้นในวงจำกัดเฉพาะบุคคลที่คุ้นเคยกัน (closely held corporations) ได้มีความเชื่อทางคริสตศาสนาว่าชีวิตได้เริ่มขึ้นตั้งแต่ตั้งครรภ์ การคุมกำเนิดจึงเป็นการทำลายชีวิตตั้งแต่กำเนิด และกฎหมายคุมกำเนิดได้ละเมิดต่อความเชื่อทางศาสนาของพวกเขา พวกเขาจึงได้ฟ้องเป็นคดีต่อศาล ซึ่งท้ายที่สุดศาลเห็นว่าผู้ฟ้องคดีได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายปฏิรูปเสรีภาพทางศาสนา (the Religious Freedom Restoration Act) และวัตถุประสงค์ของการขยายสิทธิไปยังบริษัทก็เพื่อคุ้มครองสิทธิของพนักงาน ลูกจ้าง และผู้ถือหุ้น โดยที่ผู้ถือหุ้นในคดีนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน ดังนั้นจึงเป็นการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาของเจ้าของผู้ที่ควบคุมนิติบุคคลนั้นอยู่ ด้วยเหตุนี้บริษัทจึงไม่ต้องทำแผนประกันสุขภาพที่มีการคุมกำเนิด เนื่องจากขัดต่อกฎหมายการปฏิรูปเสรีภาพทางศาสนา (the Religious Freedom Restoration Act) ซึ่งผู้ที่สนใจสามารถอ่านรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่คดี *Burrell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* (2013)

⁵⁷ Zoë Robinson, "Constitutional Personhood," *The George Washington Law Review*, Vol.84 No.3, p.632 (May 2016).

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 นิติบุคคลย่อมมีสิทธิในความปลอดภัยในเคหสถานและทรัพย์สินของตน และไม่อาจถูกตรวจค้นหรือถูกยึดทรัพย์โดยไม่มีเหตุอันควร⁵⁸ แต่นิติบุคคลอาจถูกจำกัดสิทธิในเสรีภาพความเป็นอยู่ส่วนตัวได้

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 นิติบุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยไม่อาจถูกกลบโงะในความผิดที่ตนได้กระทำเป็นครั้งที่สอง (Against Double Jeopardy)⁵⁹ แต่นิติบุคคลไม่อาจได้รับการคุ้มครองตามหลักการกระทำที่เป็นปรปักษ์ต่อตนเอง (Against Self-incrimination) เนื่องจากเจตนารมณ์ของสิทธิดังกล่าวไม่ได้คุ้มครองนิติบุคคล⁶⁰

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 นิติบุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนและมีทนายความ⁶¹ แต่ไม่อาจมีสิทธิที่จะได้รับการจัดหาทนายความหรือที่ปรึกษาได้เนื่องจากโดยสภาพแล้วนิติบุคคลไม่อาจถูกจำคุกคุมขังได้ ดังนั้นนิติบุคคลจึงไม่อาจได้รับสิทธิในการจัดหาทนายความตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้⁶²

และอาจกล่าวได้ว่าบรรดาสิทธิที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่นิติบุคคลได้รับนั้น ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าศาลได้รับรองว่านิติบุคคลเป็นผู้ที่อาจรับผิดทางอาญาได้นั่นเอง

3.3.3 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศ

3.3.3.1 นิยามของคำว่า “นิติบุคคลต่างประเทศ”

เราอาจกำหนดนิยามนิติบุคคลต่างประเทศได้โดยใช้หลักการตีความตรงข้ามกับคำว่า “นิติบุคคลในประเทศ” กล่าวคือ เมื่อนิติบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกา หมายถึงนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น “นิติบุคคลต่างประเทศ” จึงหมายถึงนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศอื่นที่ไม่ใช่สหรัฐอเมริกา

⁵⁸ ปรากฏในคดี Marshall v. Barlow's, Inc. (1978)

⁵⁹ ปรากฏในคดี United States v. Martin Linen Supply Co. (1977)

⁶⁰ ปรากฏในคดี Wilson v. United States (1911)

⁶¹ ปรากฏในคดี Ross v. Bernhard (1970)

⁶² ปรากฏในคดี United States v. Unimex, Inc. (1993)

3.3.3.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่คนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้

เนื่องจากนิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เทียบเท่าหรือน้อยกว่าที่นิติบุคคลในประเทศได้รับ และจากการพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิของนิติบุคคลในหัวข้อที่ผ่านมา ทำให้ทราบว่านิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้โดยจำกัดตามสภาพแห่งสิทธิที่นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ซึ่งที่ผ่านมาศาลได้รับรองให้นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ว่าด้วยสิทธิที่จะไม่ถูกตรวจค้นเคหสถานและ ไม่ถูกยึดทรัพย์โดยไม่มีเหตุอันควร รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ว่าด้วยสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่จะไม่ถูกลงโทษซ้ำเป็นครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 ว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ว่าด้วยการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันอย่างเสมอภาค

ดังนั้นเมื่อทราบว่านิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติใดบ้างแล้ว จึงต้องพิจารณาต่อว่าหากกรณีเป็นคนต่างด้าวจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้หรือไม่ เนื่องจากคนต่างด้าวถือเป็นผู้ที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเหมือนกับนิติบุคคลต่างประเทศ จากนั้นจึงพิจารณาประกอบกับสภาพแห่งสิทธินั้นว่านิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้หรือไม่ ซึ่งท้ายที่สุดจะทำให้ทราบว่านิติบุคคลต่างประเทศจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่ อย่างไร

โดยที่ผ่านมาศาลได้เคยตัดสินให้คนต่างด้าวเป็นคนผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม และยังเป็นสิทธิที่นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ดังนี้

เนื่องจากในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 และครั้งที่ 5 ได้ปรากฏถ้อยคำที่แตกต่างกันทั้งคำว่า “ประชาชน (the people)” และคำว่า “บุคคล (person)” ซึ่งทั้งสองคำนี้ศาลเห็นว่ามีความหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ คำว่า “ประชาชน” ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 หมายถึงกลุ่มคนที่เป็นส่วนหนึ่งของสังคมรัฐ หรือมีความเชื่อมโยงกับประเทศจนได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของสังคม⁶³ โดยเป็นการจำกัดอยู่แค่สมาชิกของสังคมพลเมืองเท่านั้น⁶⁴ ซึ่งเป็นคำจำกัดความที่หมายถึงพลเมืองของรัฐที่ไม่รวมถึง

⁶³ ปรากฏในคดี United States v. Verdugo-Urquidez (1990)

⁶⁴ ปรากฏในคดี District of Columbia v. Heller (2008)

คนต่างด้าวแต่อย่างไร ดังนั้นคนต่างด้าวจึงไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ว่าด้วยสิทธิที่จะไม่ถูกตรวจค้นเคหสถานและไม่ถูกยึดทรัพย์โดยไม่มีเหตุอันควรได้⁶⁵ ส่วนคำว่า “บุคคล” ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ได้มีความหมายต่างออกไป เนื่องจากคำว่าบุคคลไม่ได้หมายถึงพลเมืองของรัฐเท่านั้นแต่หมายความรวมถึงคนต่างด้าวด้วย⁶⁶ และโดยที่สิทธิตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ว่าด้วยสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่จะไม่ถูกลงโทษซ้ำเป็นครั้งที่สอง⁶⁷ เป็นสิทธิที่โดยสภาพแล้วไม่ได้จำกัดให้บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจึงอาจเป็นผู้ทรงได้นั่นเอง

ยิ่งกว่านั้น ในคดี *Yick Wo v. Hopkins* (1886) ศาลยังเคยตัดสินให้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ว่าด้วยสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่จะไม่ถูกลงโทษซ้ำเป็นครั้งที่สอง และรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 ว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน สามารถนำมาใช้กับทุกคนที่อยู่ภายในดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งรวมถึงคนต่างด้าวได้อีกด้วย ซึ่งนอกจากสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่คนต่างด้าวอาจได้รับ

⁶⁵ Amendment IV of The Constitution of the United States of America

The right of **the people** to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

⁶⁶ Zoë Robinson, *supra* note 54, p.636.

⁶⁷ Amendment V of The Constitution of the United States of America

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

การคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแล้ว ยังปรากฏอีกว่าในคดีนี้ศาลยังได้วางหลักให้คนต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ว่าด้วยความเสมอภาค (The Equal Protection Clause)⁶⁸ เนื่องจากศาลเห็นว่าเป็นบทบัญญัติสากลที่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับทุกคนที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจ โดยห้ามเลือกปฏิบัติกับบุคคลเนื่องจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ ฯลฯ และต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ต่อมาศาลยังได้ปรับใช้หลักความเสมอภาคกับนิติบุคคลนอกมลรัฐ⁶⁹ ในคดี Pembina Mining Company v. Pennsylvania (1888) โดยวางหลักไว้ว่า คำว่า “บุคคล” ในหลักความเสมอภาคที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ไม่ได้หมายถึงพลเมืองเท่านั้น แต่ยังหมายถึงคนต่างด้าวและ

⁶⁸ Amendment XIV of The Constitution of the United States of America
Section 1. (Equal Protection Clause)

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

⁶⁹ ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับเขตแดนอยู่สามประเภท นั่นคือ ประเภทที่หนึ่ง นิติบุคคลในมลรัฐ (Domestic Corporation) เป็นนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของมลรัฐหนึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาและประกอบธุรกิจในมลรัฐนั้น ประเภทที่สอง นิติบุคคลนอกมลรัฐ (Foreign Corporation) เป็นนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของมลรัฐหนึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาและประกอบธุรกิจในมลรัฐนั้น ประเภทที่สาม นิติบุคคลต่างประเทศ (Alien Corporation) เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศและอาจประกอบธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งบรรดานิติบุคคลนอกมลรัฐและนิติบุคคลต่างประเทศหากมีความประสงค์จะประกอบธุรกิจในอีกมลรัฐหนึ่งจะต้องขอใบอนุญาตก่อนประกอบธุรกิจเสมอ

นิติบุคคลต่างประเทศด้วย โดยนิติบุคคลต่างประเทศจะได้รับสิทธิที่มีลักษณะเดียวกับที่นิติบุคคลในประเทศได้รับเท่านั้น ไม่อาจได้รับสิทธิมากกว่าได้⁷⁰

กล่าวโดยสรุป นิติบุคคลต่างประเทศในสหรัฐอเมริกาสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ โดยที่ผ่านมาศาลได้รับรองให้เป็นผู้ทรงสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ว่าด้วยสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่จะไม่ถูกลงโทษซ้ำเป็นครั้งที่สอง และรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 ว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน และเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 เป็นต้น



⁷⁰ Hartwin Bungert, “Equal Protection for Foreign and Alien Corporation: Towards Intermediate Scrutiny for a Quasi-suspect Classification,” Missouri Law Review, Vol.59, p. 601-602 (1994).

บทที่ 4

ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

4.1 ประวัติศาสตร์ความเป็นมาของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทย

4.1.1 จุดเริ่มต้นของนิติบุคคลในสยาม¹

4.1.1.1 การจัดตั้งนิติบุคคลตามประกาศพระราชทานอำนาจพิเศษ

ตามประวัติศาสตร์ได้ปรากฏชาวต่างชาติเข้ามาอยู่อาศัยในเมืองอยุธยาเป็นเวลายาวนาน และเมืองอยุธยาก็ได้ทำการค้ากับกุ่มบันหนุ²ต่างชาติมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2147 แต่อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏว่ามี การก่อตั้งนิติบุคคลสยามขึ้นเพื่อประกอบการค้าในลักษณะเดียวกันกับต่างชาติแต่อย่างใด เนื่องจากราชสำนักสยามได้ผูกขาดการค้าระหว่างประเทศไว้แต่เพียงผู้เดียว ส่วนประชาชนเป็นเพียงผู้ผลิตสินค้าเพื่อส่งต่อไปยังราชสำนักเท่านั้น³

จนกระทั่งเมื่อปี พ.ศ. 2398 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว สยามได้ลงนามในสนธิสัญญาทางไมตรีและพาณิชย์ (Treaty of Friendship and Commerce) หรือสนธิสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษ ซึ่งมีผลทำให้สยามต้องเปลี่ยนการค้าเป็นระบบเสรี เพื่อให้ต่างชาติสามารถติดต่อการค้ากับพ่อค้าสยามได้โดยตรงปราศจากการแทรกแซงจากทางการ ตลอดจนยุติบทบาทการผูกขาดการค้าของราชสำนักสยามลง และจากนั้นอีกไม่นานสยามก็

¹ แต่เดิมประเทศไทยมิได้มีอาณาเขตแน่นอนชัดเจนอย่างเช่นทุกวันนี้ ดังนั้นคำว่า “สยาม” ก่อนเกิดรัฐชาติในปี พ.ศ. 2440 จึงหมายถึงดินแดนทางวัฒนธรรมอย่างกว้างๆ ที่เป็นกลุ่มก้อนของรัฐต่าง ๆ ที่ครอบคลุมพื้นที่โดยประมาณของประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งรวมถึงดินแดนรอบข้างที่ปัจจุบันไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของประเทศไทยด้วย (ดูเพิ่มเติมได้ที่ ไชยันต์ รัชชกุล, อาณาเขตดินแดนสยามบูรณาญาสิทธิราชย์: การก่อรัฐไทยสมัยใหม่จากศักดิ์นิยามสู่ทุนนิยมรอบนอก, แปลโดย พงษ์เลิศ พงษ์วานานต์, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่าน, 2560), น.6.) และต่อมาได้เปลี่ยนชื่อ “สยาม” เป็น “ประเทศไทย” เมื่อปี พ.ศ. 2482

² เป็นคำที่ใช้เรียกทับศัพท์คำว่า “Company” ในสมัยนั้น

³ พรรณี อวนสกุล, “ระบบผูกขาดทางเศรษฐกิจสมัยอยุธยา,” วารสารธรรมศาสตร์, ปีที่ 4, ฉบับที่ 2, น.21 (2518).

ได้ทำสัญญาทางไมตรีและพาณิชย์ลักษณะเดียวกันกับประเทศอื่น ๆ ในเวลาต่อมา ดังนั้นการทำสนธิสัญญาเบาว์ริงจึงเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญของสยามในการเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ซึ่งส่งผลให้ประชาชนต้องเปลี่ยนการผลิตสินค้าเพื่อยังชีพในประเทศไปเป็นการผลิตเพื่อจำหน่าย โดยสินค้าที่สยามสามารถผลิตและส่งออกมากเป็นอันดับหนึ่งคือ ข้าว ซึ่งส่งผลให้เกิดความต้องการในการพัฒนาที่ดินเพื่อเพาะปลูก การขนส่งทางน้ำ ตลอดจนระบบชลประทานเป็นอย่างมาก

ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีการขอพระบรมราชานุญาตขุดคลองเป็นจำนวนมาก ซึ่งหนึ่งในโครงการสำคัญในเวลานั้นคือการจัดตั้งบริษัทเพื่อดำเนินงานขออนุญาตขุดคลองตามโครงการรังสิตในปี พ.ศ. 2431 โดยใช้ชื่อว่า “กอมปนีขุดคลองแลคูนาสยาม” หรือในเวลาต่อมาเรียกว่า “บริษัทขุดคลองแลคูนาสยาม (Siam Lands, Canal and Irrigation Company)”⁴ ซึ่งเป็นโครงการที่มีลักษณะพิเศษกว่าโครงการอื่นตรงที่มีการดำเนินการในรูปแบบบริษัทโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการสร้างระบบชลประทานเพื่อเพิ่มพูนการผลิตข้าว และแสวงหากำไรจากระบบชลประทานและที่ดินโดยรอบ อีกทั้งยังได้รับระยะเวลาในการทำสัมปทานเป็นเวลากว่ายี่สิบห้าปีและได้รับสิทธิในพื้นที่ขุดคลองอย่างกว้างขวาง⁵ ยิ่งกว่านั้นการจัดตั้งบริษัทดังกล่าวยังเกิดจากการร่วมทุนของพระบรมวงศานุวงศ์ นายทุน และชาวต่างชาติ ซึ่งถือเป็นการดำเนินการค้าโดยเอกชนอื่นที่มีใช้ราชสำนักงานอย่างที่เคยเป็นมาในอดีต

อย่างไรก็ดี การจัดตั้งบริษัทในสมัยนั้นยังมีได้มีกฎหมายเฉพาะ ฉะนั้นผู้ที่ประสงค์จะเข้าหุ้นส่วนกันเพื่อกระทำการค้าขายหรือจัดตั้งขึ้นเป็นสมาคม ต้องนำความมาขอพระราชทานอำนาจพิเศษจากพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เพื่อพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้จัดตั้งเป็นราย ๆ ไป และเมื่อรับพระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว จึงจะถือเป็นบริษัทจำกัดโดยสมบูรณ์ มีสภาพเป็นนิติบุคคลและมีความรับผิดชอบจำกัดเท่าจำนวนหุ้นและมูลค่าหุ้นตามที่ปรากฏในใบหุ้นของบริษัทนั้น โดยกรรมการและผู้ถือหุ้นจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามประกาศพระราชทานอำนาจพิเศษที่ได้กำหนดไว้ โดยถือว่าประกาศพระราชทานอำนาจพิเศษเป็นกฎหมายและมีการจดทะเบียนไว้ที่กองทะเบียนบริษัท กระทรวงเกษตรธิการ⁶ ด้วยเหตุนี้แม้บริษัทขุดคลองแล

⁴ สุนทรี อาสะไสย์, ประวัติคลองรังสิต การพัฒนาที่ดินและผลกระทบต่อสังคม พ.ศ. 2431-2457, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น.1.

⁵ เพ็ญอ่าง, น.3-4.

⁶ บรรยงค์ ลีประยูรวงศ์ และคณะ, 111 ปี หุ้นส่วนบริษัทไทย, (นนทบุรี : กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2555), น.9-10.

ขุนาสยามจะได้จัดตั้งขึ้นเป็นบริษัทแรก แต่เป็นการขอพระราชทานอนุญาตจัดตั้งแบบอื่นมิได้กระทำตามกระบวนการนี้ จึงทำให้ในทางทะเบียนบริษัทแรกที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯออกประกาศพระราชทานอำนาจพิเศษ คือ บริษัท รถมรางพระพุทธรบาท ทุนจำกัด โดยพระราชทานอำนาจพิเศษให้ผู้ที่เข้าหุ้นส่วนในรถรางพระพุทธรบาทเป็นบริษัททุนจำกัดและเป็นบุคคลได้ตามกฎหมาย เมื่อวันที่ 25 กันยายน ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444)⁷

และด้วยการเติบโตของการค้าข้าวในสยามซึ่งต้องการเงินในการลงทุนเป็นจำนวนมาก จึงทำให้ในปี พ.ศ. 2447 มีการทดลองดำเนินกิจการธนาคารพาณิชย์ขึ้นในนาม “บุคคลิภย์ (Book Blub)” โดยใช้อาคารกรมพระคลังข้างที่เป็นสำนักงาน และเมื่อกิจการเป็นไปได้ดีจึงได้ขอพระราชทานอำนาจพิเศษให้จัดตั้งธนาคารพาณิชย์ภายใต้ชื่อบริษัท แบนก์สยามกัมมาจล ทุนจำกัดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2449 ซึ่งบริษัทฯเกิดจากการร่วมทุนระหว่างราชสำนักและนักธุรกิจชาวต่างชาติ โดยปัจจุบันธนาคารยังคงดำเนินธุรกิจอยู่ภายใต้ชื่อธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน)⁸

4.1.1.2 จัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมาย

หลังจากการเปิดเสรีการค้าระหว่างประเทศ การพาณิชย์ในสยามได้เจริญขึ้นเป็นอย่างมาก จึงได้มีการตรากฎหมายบังคับใช้กับการจดทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทขึ้นเป็นกิจจะลักษณะ และได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับสภาพการณ์เรื่อยมา ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 (พ.ศ. 2455)

ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีการตราพระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 (พ.ศ. 2455) ขึ้น เพื่อบังคับใช้กับการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท ซึ่งนับแต่นั้นมาเมื่อจะขอจัดตั้งบริษัทก็ไม่ต้องขอพระบรมราชานุญาตอย่างแต่ก่อน เว้นแต่เฉพาะบริษัทที่เกี่ยวกับรถไฟ รถมราง การเดินเรือ การรับประกัน และการธนาคาร ที่ยังต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตก่อนเนื่องจากเป็นธุรกิจที่ต้องควบคุมพิเศษ⁹

⁷ สท้าน สนิทวงศ์, ประวัติกระทรวงเกษตรราธิการ บริษัทเฉพที่ 3 ว่าด้วยกรมขึ้นของกระทรวงเกษตรราธิการ, (กรุงเทพฯ, 2550), น.115. อ้างถึงใน *เพ็ญอ้วง*, น.13.

⁸ อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 6*, น.16-17.

⁹ ประภาส อวยชัย, *คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์*, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523) น. 2. อ้างถึงใน *เพ็ญอ้วง*, น.15.

ทั้งนี้ในช่วงระยะแรกที่มีการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนบริษัทตามกฎหมายดังกล่าว ล้วนมีขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจการค้าที่จำเป็นต่อการเจริญการค้าระหว่างประเทศในขณะนั้นทั้งสิ้น เช่น ห้างหุ้นส่วนสามัญวิงแสงหลง ประกอบธุรกิจค้าไม้ ห้างหุ้นส่วนจำกัดธนวัฒน์สโมสรบริษัท ประกอบธุรกิจให้กู้เงินและรับจำนองที่ดินกับรับจำนองสิ่งของ บริษัท สุพรรณพณิช จำกัดสินใช้ ประกอบธุรกิจการขนส่งโดยเรือกลไฟและเรือยนต์ ค่าเครื่องอุปกรณ์เรือ และรับซ่อมเรือกลไฟเรือยนต์ และด้วยการเติบโตของทุนนิยมในระยะแรกที่ต้องการสิ่งปลูกสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานจึงทำให้ในราชสำนักเองก็ลงทุนในธุรกิจก่อสร้างและผลิตปูนซีเมนต์ในนามบริษัท ปูนซีเมนต์ไทย ทุนจำกัดสินใช้¹⁰ ซึ่งเกิดจากการร่วมทุนระหว่างพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวโดยพระคลังข้างที่ นักลงทุนชาวตะวันตก และชาวจีน¹¹ โดยมีทุนจดทะเบียนถึงหนึ่งล้านบาท และมีการจ้างงานถึงสามร้อยราย ซึ่งถือเป็นโรงงานที่ใหญ่ที่สุดในประเทศก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยปัจจุบันบริษัทดังกล่าวยังคงดำเนินธุรกิจอยู่ในนามบริษัท ปูนซีเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน)

(2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท)

หลังจากสยามประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทยแล้ว ก็ได้จัดทำประมวลกฎหมายที่รวบรวมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นและออกใช้บังคับเมื่อ พ.ศ. 2468 ซึ่งขณะนั้นประกอบไปด้วยบรรพที่ 1 หลักทั่วไป บรรพที่ 2 หนี้ และบรรพที่ 3 เอกเทศสัญญา และบัญญัติกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทไว้ในลักษณะ 22 บรรพ 3 โดยนำเอาพระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 (พ.ศ. 2455) มาบัญญัติไว้ทั้งหมด แต่หลังจากประกาศใช้ระยะหนึ่งแล้วก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก จึงมีการตรวจชำระบทบัญญัติบรรพที่ 3 ให้มีเนื้อหาสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยในวันที่ 1 มกราคม 2471 ได้มีพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่ 3 ที่ได้ตรวจชำระใหม่แทนบทบัญญัติเดิมในบรรพที่ 3 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2472 เป็นต้นไป¹² ซึ่งบังคับใช้มาจนทุกวันนี้ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมาตามสภาพการณ์ เช่น แก้ไขราคาหุ้น

¹⁰ อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 6*, น.17-19.

¹¹ ไชยันต์ รัชชกุล, *อาณานิคมสมบูรณาญาสิทธิราชย์: การก่อรัฐไทยสมัยใหม่จากศักดินานิยมสู่ทุนนิยมรอบนอก*, แปลโดย พงษ์เลิศ พงษ์วานานต์, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่าน, 2560), น. 89.

¹² สมยศ เชื้อไทย, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับใช้เรียน)*, พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.14-16.

แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งและเลิกสมาคม ตลอดจนย้ายบทบัญญัติว่าด้วยสมาคมไปรวมอยู่ในบรรพที่ 1 ในหมวดที่ว่าด้วยนิติบุคคล แก้ไขบทบัญญัติหุ้นส่วนและบริษัทในหมวดเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวดบริษัทจำกัดในส่วนสภาพและการตั้งบริษัทจำกัด ฯลฯ

ดังนั้น เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่รวมเอากฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วน บริษัท มูลนิธิ สมาคมแล้ว จึงทำให้การจัดตั้งนิติบุคคลลักษณะดังกล่าวในประเทศไทยเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตั้งแต่นั้นมา ส่วนการจัดตั้งนิติบุคคลอื่นจะเป็นไปตามที่กฎหมายอื่นกำหนด

(3) กฎหมายอื่น

นอกจากการจัดตั้งนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ในปัจจุบันการจัดตั้งนิติบุคคลยังเกิดขึ้นได้ตามที่กฎหมายอื่นบัญญัติไว้อีกด้วย¹³ เช่น พระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ. 2509 พระราชบัญญัติหอการค้า พ.ศ. 2509 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป หลังจากที่สามารถได้เข้าสู่ระบบการค้าแบบเสรี ก็เกิดแนวคิดจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นเพื่อประกอบการค้าภายในประเทศในระดับเอกชนขึ้นอย่างเป็นกิจจะลักษณะเพื่อรองรับระบบการค้าที่เปลี่ยนไป โดยเริ่มจากกลุ่มชนชั้นบนเกิดเป็นกลุ่มนายทุนขึ้น แล้วจึงแพร่หลายไปยังชนกลุ่มอื่นต่อไป ซึ่งปัจจุบันการจัดตั้งนิติบุคคลเป็นไปอย่างซับซ้อน เนื่องจากตลาดการค้าระหว่างประเทศได้ขยายตัวขึ้นอย่างกว้างขวาง อีกทั้งการจัดตั้งนิติบุคคลมิได้มีขึ้นเพื่อประกอบการค้าเท่านั้นแต่ยังเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นด้วย จึงทำให้ปัจจุบันมีนิติบุคคลเกิดขึ้นหลายประเภทกว่าแต่ก่อนซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

4.1.2 นิติบุคคลในประเทศไทยปัจจุบัน

เนื่องจากในปัจจุบันการค้าระหว่างประเทศได้ขยายตัวอย่างกว้างขวางและเป็นไปอย่างเสรี อีกทั้งการเข้ามาทำการค้าของต่างชาติมิได้เป็นไปเพื่อการล่าอาณานิคมทางเขตแดนอย่างแต่ก่อน ดังนั้นประเทศไทยที่เป็นส่วนหนึ่งของตลาดโลกจึงได้ปรับตัวไปตามเศรษฐกิจที่ซับซ้อนขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้การเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยต้องมีความยืดหยุ่นขึ้น โดยผู้ประกอบการสามารถเลือกที่จะเข้ามาลงทุนโดยจัดตั้งเป็นนิติบุคคลในประเทศไทย หรือจัดตั้งขึ้น

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 65 นิติบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น

ที่ต่างประเทศแล้วจึงตั้งหน่วยธุรกิจมาประจำอยู่ในประเทศไทยก็ได้ ยิ่งกว่านั้น การจัดตั้งนิติบุคคลมิได้เป็นไปเพื่อประกอบธุรกิจเพียงอย่างเดียวแต่ยังเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นด้วย ดังนั้นนิติบุคคลในประเทศไทยปัจจุบันจึงมีหลายประเภทกว่าแต่ก่อน ดังนี้

4.1.2.1 นิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายไทย

ปัจจุบันผู้ประกอบการสามารถจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศไทยขึ้นเพื่อประกอบกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยนิติบุคคลดังกล่าวอาจมุ่งแสวงหากำไรเพื่อแบ่งปันระหว่างสมาชิก หรืออาจไม่แสวงหากำไรมาแบ่งปันระหว่างสมาชิกแต่มุ่งส่งเสริมการประกอบการของนิติบุคคลที่มุ่งแสวงหากำไรก็ได้ ดังนั้นนิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายไทยจึงสามารถแบ่งออกเป็นองค์กรที่แสวงหากำไร และองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร ดังนี้

(1) องค์กรที่แสวงหากำไร

องค์กรที่แสวงหากำไรเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อมุ่งดำเนินธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรเข้าสู่องค์กรและแบ่งปันระหว่างสมาชิกเป็นสำคัญ โดยสามารถจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทยได้ดังนี้

(1.1) ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน

ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนเกิดจากการจัดตั้ง “ห้างหุ้นส่วนสามัญ” และนำความไปจดทะเบียน โดยห้างหุ้นส่วนสามัญ คือ สัญญาที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงนำหุ้นมาลงทุนกระทำกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น และบุคคลผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อหนี้ทั้งปวงของห้างโดยไม่จำกัด¹⁴ ซึ่งห้างหุ้นส่วนสามัญจะจดทะเบียนหรือไม่ก็ได้ กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องจดทะเบียนอย่างห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือบริษัทจำกัด แต่เมื่อห้างหุ้นส่วนสามัญไปจดทะเบียนแล้วจะกลายเป็น “ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน” ซึ่งการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อจดทะเบียนแล้วจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่างหากจากหุ้นส่วนทั้งหลาย

(1.2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด

มีลักษณะคล้ายกับห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน แต่มีความแตกต่างสำคัญตรงที่มีหุ้นส่วนสองประเภท นั่นคือ หุ้นส่วนที่รับผิดชอบโดยไม่จำกัด และหุ้นส่วนที่รับผิดชอบโดยจำกัด

¹⁴ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), น.174.

อีกทั้งกฎหมายยังบังคับให้จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อจดทะเบียนแล้วจึงมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากหุ้นส่วนทั้งหลาย

(1.3) บริษัทจำกัด

การจัดตั้งบริษัทจำกัดมีกฎหมายบังคับให้จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อจดทะเบียนแล้วจึงมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย

โดยบริษัทเป็นเรื่องของทุนนิยม (Capitalism) ที่นายทุนได้ลงทุนในหุ้นของบริษัทซึ่งตั้งขึ้นและดำเนินการโดยผู้ประกอบธุรกิจการค้า ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป็นผู้ให้ทุน รายได้ของบริษัทส่วนที่เหลือจากรายจ่ายจะเป็นผลกำไรตกแก่ผู้ถือหุ้น แต่หากขาดทุนผลของการขาดทุนก็ตกอยู่แก่ผู้ถือหุ้นเช่นกัน ดังนั้นผู้ถือหุ้นจึงเป็นเสมือนเจ้าของและผู้ควบคุมกิจการของบริษัท ยิ่งกว่านั้นวัตถุประสงค์หลักของการจัดตั้งบริษัท คือ การรวมทุนกันเพื่อดำเนินธุรกิจการค้าหากำไรมาแบ่งปันกัน ดังนั้นจึงมีการนิยมใช้บริษัทเป็นเครื่องมือในการพัฒนาเศรษฐกิจทั้งภาครัฐและเอกชน โดยแต่เดิมบริษัทมักดำเนินการเฉพาะการค้าภายในประเทศ แต่ปัจจุบันการค้าได้ขยายตัวไปทั่วโลกจึงเกิดบริษัททำการค้าระหว่างประเทศขึ้น ทั้งการจัดตั้งบริษัทแม่ (Parent Company) ขึ้นในประเทศหนึ่ง และจัดตั้งบริษัทลูก (Subsidiary) อยู่ในอีกหลายประเทศ เกิดเป็นบริษัทข้ามชาติ (Transnational Corporation) ที่ประกอบกิจการพร้อมกันในหลายประเทศ ซึ่งอาจมีการระดมทุนในประเทศหนึ่งไปหาวัตถุดิบในประเทศหนึ่ง ไปผลิตสินค้าในประเทศหนึ่ง และส่งผลิตภัณฑ์ไปขายในประเทศอื่น ๆ ซึ่งทำให้รูปแบบของบริษัทมีความซับซ้อน¹⁵

(1.4) บริษัทมหาชนจำกัด

เดิมที่ประเทศไทยมิได้มีการแบ่งแยกบริษัทเอกชน (บริษัทจำกัด) และบริษัทมหาชน (บริษัทมหาชนจำกัด) ออกจากกัน เพราะแต่เดิมบริษัทจัดตั้งขึ้นโดยมีผู้ถือหุ้นอยู่ในวงจำกัด เป็นกิจการระหว่างญาติมิตรหรือคนรู้จัก และได้มีการจำหน่ายหุ้นอย่างแพร่หลายให้แก่หมู่ประชาชนทั่วไป เนื่องจากต้องการควบคุมการบริหารของบริษัทตลอดจนไม่ต้องการเปิดเผยความลับทางการค้าจึงไม่มีการขายหุ้นให้แก่คนภายนอก แม้ว่าในตอนนั้นยังไม่มีกฎหมายห้ามมิให้บริษัทเสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชนทั่วไปก็ตาม ดังนั้นประชาชนจึงไม่นิยมซื้อหุ้นในบริษัทเพราะไม่ได้รับการคุ้มครองและผลประโยชน์เท่าที่ควร อีกทั้งการซื้อขายเป็นไปโดยไม่สะดวก ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีการออกกฎหมายว่าด้วยตลาดหลักทรัพย์ขึ้นในปี พ.ศ. 2517 เพื่อเป็นตัวกลางในการซื้อขายหลักทรัพย์

¹⁵ เฟิงอ้าง, น.206-207.

และเมื่อตลาดเงินทุนเกิดการขยายตัว จึงมีการแบ่งแยกบริษัทออกเป็นบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชน เพื่อควบคุมการดำเนินงานของบริษัทมหาชนที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนมากอย่างใกล้ชิด ต่อมาจึงมีการออกกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดขึ้นในปี พ.ศ. 2521¹⁶

ปัจจุบัน การจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดมีกฎหมายบังคับให้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยบริษัทมหาชนแตกต่างจากบริษัทเอกชนในข้อสำคัญ คือ บริษัทมหาชนได้จัดตั้งขึ้นเพื่อระดมทุนโดยการเสนอขายหุ้นต่อประชาชน ส่วนบริษัทเอกชนไม่สามารถเสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชนทั่วไปได้ เป็นต้น¹⁷

(1.5) สหกรณ์

สหกรณ์จัดตั้งขึ้นโดยการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 โดยต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิกโดยวิธีช่วยตนเอง และช่วยเหลือซึ่งกันและกันตามหลักการสหกรณ์ ซึ่งสมาชิกแต่ละคนจะต้องถือหุ้นอย่างน้อยหนึ่งหุ้น และกิจการที่ทำร่วมกันระหว่างสมาชิกจะต้องเป็นไปตามประเภทของสหกรณ์ที่ขอจดทะเบียนไว้¹⁸ ซึ่งแบ่งออกเป็น 6 ประเภท ได้แก่ สหกรณ์การเกษตร สหกรณ์ประมง สหกรณ์นิคม สหกรณ์ร้านค้า สหกรณ์บริการ และสหกรณ์ออมทรัพย์

(2) องค์กรที่ไม่แสวงหากำไร

แม้จะถูกจัดว่าเป็นนิติบุคคลที่ไม่แสวงหากำไร แต่ไม่ได้หมายความว่านิติบุคคลดังกล่าวไม่มีรายได้แต่อย่างใด หากแต่ยังสามารถกระทำการใด ๆ ภายใต้วัตถุประสงค์ของตนและมีรายได้จากกิจกรรมดังกล่าวได้ แต่รายได้ที่ได้รับนั้นจะต้องนำไปใช้เพื่อประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ขององค์กรเท่านั้น ไม่อาจนำไปแบ่งปันกันระหว่างสมาชิกได้¹⁹

บุคคลสามารถก่อตั้งนิติบุคคลที่ไม่มีวัตถุประสงค์มุ่งแสวงหากำไรตามกฎหมายไทยได้ ดังนี้

¹⁶ เฟิ่งอ้วง, น.213-214.

¹⁷ เฟิ่งอ้วง, น.215-216.

¹⁸ มาตรา 33 แห่ง พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542

¹⁹ วิทยา ฟองวาสนาส่ง, “สถานภาพทางกฎหมายของวิสาหกิจข้ามชาติในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.34.

(2.1) มูลนิธิ

มูลนิธิจัดตั้งขึ้นได้โดยการจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยจัดตั้งขึ้นเพื่อจัดการทรัพย์สินของมูลนิธิมิใช่เป็นการหาผลประโยชน์เพื่อบุคคลใดนอกจากเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของมูลนิธิเอง เช่น เพื่อการกุศลสาธารณะ การศาสนา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ วรรณคดี การศึกษาหรือเพื่อสาธารณประโยชน์อย่างอื่น มิได้มุ่งหาประโยชน์มาแบ่งปันกัน²⁰

โดยมูลนิธิมีลักษณะพิเศษกว่านิติบุคคลประเภทอื่นตรงที่เป็นนิติบุคคลที่ไม่มีสมาชิกหรือผู้ถือหุ้น แต่มีคณะกรรมการเป็นผู้ดำเนินกิจการของมูลนิธิให้เป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับ

(2.2) สมาคม

สมาคมจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลได้โดยการจดทะเบียนจัดตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²¹ โดยจัดตั้งขึ้นเพื่อกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะต่อเนื่องร่วมกัน และมีใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน²²

ซึ่งการกระทำที่ไม่ใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งกันนั้น มิได้หมายความว่าสมาคมไม่อาจมีรายได้เกิดขึ้นแต่อย่างใด เนื่องจากสมาคมอาจหารายได้จาก การดำเนินงานต่าง ๆ เช่น เงินอุดหนุนจากสมาชิกของสมาคม การจำหน่ายสินค้าของสมาคม เป็นต้น แต่เงินดังกล่าวไม่อาจนำมาแบ่งปันระหว่างกันได้ เพราะต้องนำกำไรหรือรายได้ทั้งหมดไปใช้เพื่อประโยชน์หรือวัตถุประสงค์ของสมาคม²³

(2.3) สมาคมการค้า

สมาคมการค้ามีฐานะเป็นนิติบุคคลได้โดยการจดทะเบียนจัดตั้งตามพระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ. 2509²⁴ โดยสมาคมการค้าต้องจัดตั้งขึ้นโดยผู้ประกอบวิสาหกิจที่ประกอบธุรกิจการค้าอุตสาหกรรม หรือการเงิน และผู้ประกอบธุรกิจอื่นใดในทางเศรษฐกิจที่รัฐมนตรี

²⁰ มาตรา 110 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²¹ มาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²² มาตรา 78 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²³ วิทยา ฟองวาสนาส่ง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 19*, น.50.

²⁴ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ. 2509

ได้กำหนดในกฎกระทรวง เช่น ผู้ประกอบธุรกิจการประมง²⁵ ผู้ประกอบธุรกิจทางเกษตรกรรม²⁶ โดยสมาคมธุรกิจการค้าได้จัดตั้งขึ้นเพื่อส่งเสริมการประกอบวิสาหกิจของสมาชิกอันมิใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกันระหว่างสมาชิก²⁷

อย่างไรก็ดี แม้สมาคมการค้าจะเป็นองค์กรรูปแบบสมาคมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่สมาคมการค้าแตกต่างจากสมาคมธรรมดาตรงที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเฉพาะ อีกทั้งผู้ก่อตั้งสมาคมการค้าจะต้องประกอบธุรกิจตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

(2.4) หอการค้า

การจัดตั้งหอการค้าเป็นไปตามพระราชบัญญัติหอการค้า พ.ศ. 2509 ซึ่งเมื่อได้รับใบอนุญาตและจดทะเบียนโดยชอบแล้วจึงจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายดังกล่าว²⁸ โดยหอการค้ามีทั้งสิ้น 4 ประเภท นั่นคือ หอการค้าจังหวัด หอการค้าไทย หอการค้าต่างประเทศ และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย

โดยหอการค้าจัดตั้งขึ้นเพื่อส่งเสริมการค้า การบริการ การประกอบวิชาชีพอิสระ อุตสาหกรรม เกษตรกรรม การเงินหรือเศรษฐกิจทั่วไป เช่น รวบรวมสถิติ เผยแพร่ข่าวสารการค้า วิจัยเกี่ยวกับการค้าและการเศรษฐกิจ ส่งเสริมการท่องเที่ยว การออกใบรับรองแหล่งกำเนิดของสินค้า การวางมาตรฐานแห่งคุณภาพของสินค้า การตรวจสอบมาตรฐานสินค้า จัดตั้งและดำเนินการสถานการศึกษาที่เกี่ยวกับการค้าและเศรษฐกิจพิพิธภัณฑสถานสินค้า การจัดงานแสดงสินค้า การเป็นอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาททางการค้า ตลอดจนรับปรึกษาและให้คำแนะนำแก่สมาชิกเกี่ยวกับการค้า การบริการ การประกอบวิชาชีพอิสระ อุตสาหกรรม เกษตรกรรม การเงินหรือเศรษฐกิจ และช่วยอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ในการดำเนินธุรกิจของสมาชิก ให้คำปรึกษาและเสนอคำแนะนำแก่รัฐบาลเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ประสานงานในทางการค้าระหว่าง

²⁵ กฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ. 2509

²⁶ กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2538) ออกตามความในพระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ. 2509

²⁷ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ. 2509

²⁸ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติหอการค้า พ.ศ. 2509

ผู้ประกอบการค้ากับทางราชการ ปฏิบัติกิจการอื่น ๆ ตามแต่จะมีกฎหมายระบุให้เป็นหน้าที่ของ
 หอการค้า หรือตามที่ทางราชการมอบหมาย อันมิใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้แบ่งปันกัน²⁹

4.1.2.2 นิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายต่างประเทศ

นอกจากคนต่างชาติอาจเข้ามาติดต่อการค้ากับประเทศไทยในรูปแบบ
 บุคคลธรรมดา หรือเข้ามาจัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายไทยแล้ว การเข้ามาผ่านนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้น
 ตามกฎหมายต่างประเทศถือเป็นวิธีที่มีมาช้านานก่อนที่จะมีความคิดว่าด้วยนิติบุคคลจะเกิดขึ้นที่
 ประเทศไทยเสียอีก ซึ่งปัจจุบันการเข้ามาติดต่อในลักษณะดังกล่าวมักมีขึ้นเพื่อทดสอบตลาด
 ในประเทศก่อนที่จะเข้ามาลงทุนโดยการจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศ หรือเข้ามาเป็นศูนย์เครือข่ายเพื่อ
 ติดต่อการค้าในระดับภูมิภาค เป็นต้น

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่ต้องพิจารณานิติบุคคลต่างประเทศที่เข้ามาใน
 ประเทศไทยมีสภาพเป็นนิติบุคคลหรือไม่ เนื่องจากการจัดตั้งนิติบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมาย
 ภายในของประเทศนั้น และเมื่อจัดตั้งแล้วเข้ามาติดต่อธุรกรรมต่าง ๆ ในประเทศไทย ประเทศไทยจะ
 ยอมรับหรือรับรองสภาพความเป็นนิติบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศอย่างไร

(1) สภาพของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทย

เมื่อมีการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นตามกฎหมายแล้ว นิติบุคคลย่อมมีสภาพ
 บุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา ตลอดจนมีความสามารถในการใช้สิทธิและหน้าที่ของตนได้
 ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ ดังนั้นสภาพบุคคลจึงเป็นสิ่งสำคัญระหว่างนิติบุคคลและความสามารถในการ
 การใช้สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของนิติบุคคล อย่างไรก็ตาม ในรัฐต่าง ๆ ย่อมก่อตั้งนิติบุคคลขึ้นได้
 ตามกฎหมายแห่งรัฐของตน และกำหนดให้มีสภาพบุคคลตลอดจนสิทธิหน้าที่และความสามารถ
 ภายใต้ขอบกฎหมายนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าสภาพบุคคลของนิติบุคคลที่ปรากฏอยู่ในรัฐ
 หนึ่งจะติดตัวนิติบุคคลเมื่อไปยังรัฐอื่นหรือไม่ อย่างไร

ในประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่ที่
 ผ่านมาศาลไทยได้ยอมรับสภาพบุคคลโดยปริยายผ่านคำพิพากษา โดยยอมรับให้นิติบุคคล
 ต่างประเทศสามารถเป็นผู้ฟ้องคดีในประเทศไทยได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1490/2499 คำพิพากษา

²⁹ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติหอการค้า พ.ศ. 2509

ฎีกาที่ 2716/2519 คำพิพากษาฎีกาที่ 2855/2523 เป็นต้น³⁰ โดยผู้ฟ้องคดีที่เป็นนิติบุคคลต่างประเทศต้องแสดงพยานหลักฐานต่อศาลอย่างเพียงพอว่าเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศจริง นิติบุคคลดังกล่าวจึงมีอำนาจฟ้องภายในเขตอำนาจศาลไทยได้

กล่าวโดยสรุป ประเทศไทยได้ยอมรับสภาพนิติบุคคลของนิติบุคคลที่จดทะเบียนที่ต่างประเทศโดยปริยาย โดยกฎหมายมิได้บังคับให้นิติบุคคลต่างประเทศต้องจดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลใหม่อีกครั้งภายใต้กฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม นิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายต่างประเทศที่เข้ามาดำเนินงานในประเทศไทยมักเป็นบริษัทข้ามชาติที่เข้ามาตั้งหน่วยธุรกิจอย่างหนึ่งอย่างใด ดังที่จะกล่าวในลำดับถัดไป

(2) ตัวอย่างนิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายต่างประเทศที่เข้ามาดำเนินงานในประเทศไทย

อย่างที่ทราบเป็นเบื้องต้นแล้วว่านิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายต่างประเทศที่เข้ามาดำเนินงานในประเทศไทยมักมีลักษณะเป็นบริษัทข้ามชาติ ซึ่งคำว่า “บริษัทข้ามชาติ” ได้ถูกนิยามไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวิซ่าและใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2540 ซึ่งหมายถึง นิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและเข้าไปดำเนินธุรกิจในประเทศอื่น³¹ โดยการดำเนินธุรกิจในต่างประเทศ อาจดำเนินการในรูปแบบของบริษัทลูกหรือบริษัทในเครือ สาขาหรือสำนักงาน กิจกรรมร่วมค้า โดยมีลูกจ้างหรือผู้ทำการแทนหรือผู้ทำการติดต่อให้ ตั้งตัวแทนการค้า ตั้งผู้จัดจำหน่าย ตั้งสำนักงานผู้แทน ตั้งสำนักงานภูมิภาค การขนส่งระหว่างประเทศ หรือสัญญาในรูปแบบอื่นแล้วแต่จุดประสงค์³² ซึ่งอาจมีรูปแบบการจัดตั้งได้ดังนี้

(2.1) สำนักงานผู้แทน (Representative Office)

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวิซ่าและใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2540 ได้เรียกสำนักงานผู้แทนว่า “ธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ

³⁰ วสันต์ชัย วัฒนวงศ์วิสุทธิ, “ปัญหาการยอมรับสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น.137.

³¹ ข้อ 4 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวิซ่าและใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2540

³² วันเพ็ญ หรุจิตตวิวัฒน์, “บีโอไอ : สำนักงานผู้แทน...ธุรกิจข้ามชาติรูปแบบใดดีกว่ากัน (ตอนที่ 1),” ผู้จัดการออนไลน์ (10 ตุลาคม 2552).

(International Trading Business)” ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ และเข้ามาตั้งสำนักงานในประเทศไทยโดยไม่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลในประเทศไทยอีกครั้ง โดยมีขอบเขตธุรกิจการให้บริการครอบคลุมธุรกิจ 5 ประเภทเท่านั้น ได้แก่ (1) ธุรกิจที่ให้บริการเกี่ยวกับการหาแหล่งจัดซื้อสินค้า หรือบริการในประเทศไทยให้แก่สำนักงานใหญ่หรือบริษัทในเครือหรือในกลุ่ม (2) ธุรกิจการตรวจสอบและควบคุมคุณภาพและปริมาณของสินค้าที่สำนักงานใหญ่หรือบริษัทในเครือหรือในกลุ่มซื้อหรือจ้างผลิตในประเทศไทย (3) ธุรกิจการให้คำแนะนำในด้านต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวสินค้าของสำนักงานใหญ่หรือบริษัทในเครือหรือในกลุ่มที่จำหน่ายแก่ตัวแทนจำหน่ายหรือผู้ใช้สินค้า (4) ธุรกิจการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการใหม่ของสำนักงานใหญ่หรือบริษัทในเครือหรือในกลุ่ม (5) ธุรกิจรายงานความเคลื่อนไหวทางธุรกิจในประเทศไทยให้สำนักงานใหญ่ทราบ³³

ทั้งนี้สำนักงานผู้แทนจะประกอบธุรกิจให้บริการแก่สำนักงานใหญ่หรือบริษัทในเครือหรือในกลุ่มในต่างประเทศเท่านั้น โดยไม่มีรายได้จากการให้บริการนอกจากได้รับเงินสนับสนุนค่าใช้จ่ายในสำนักงานจากสำนักงานใหญ่เท่านั้น อีกทั้งไม่มีอำนาจรับคำสั่งซื้อหรือเสนอขายหรือเจรจาทำธุรกิจกับบุคคลหรือนิติบุคคลใด ๆ³⁴

(2.2) สำนักงานภูมิภาค (Regional Office)

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวิซ่าและใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2540 ได้ให้คำนิยามคำว่าสำนักงานภูมิภาคไว้ว่า เป็นสำนักงานที่บริษัทข้ามชาติตั้งขึ้นในประเทศอื่นนอกจากประเทศที่จดทะเบียนเป็นสำนักงานใหญ่ โดยไม่ต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลในประเทศไทยอีกครั้ง โดยมีขอบเขตธุรกิจการให้บริการครอบคลุมธุรกิจ 7 ประเภทเท่านั้น ได้แก่ (1) ธุรกิจการติดต่อประสานงานและการกำกับการณ์งานของสาขาหรือบริษัทในเครือที่ตั้งอยู่ในภูมิภาคเดียวกันแทนสำนักงานใหญ่ (2) ธุรกิจการให้คำปรึกษาและบริการในการจัดการ (3) ธุรกิจการฝึกอบรมและพัฒนาบุคคล (4) ธุรกิจการจัดการด้านการเงิน (5) ธุรกิจการควบคุมการตลาดและวางแผนส่งเสริมการขาย (6) ธุรกิจการพัฒนาผลิตภัณฑ์ และ (7) ธุรกิจ

³³ ข้อ 4 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวิซ่าและใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2540

³⁴ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, “แนวทางในการพิจารณาอนุญาตการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประเภทสำนักงานผู้แทน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2562, จาก http://dbd.go.th/download/data_srevice/guideline_1_representative_office_01.pdf

การวิจัยและพัฒนา โดยไม่มีรายได้จากการให้บริการดังกล่าว นอกจากนี้ได้รับเงินสนับสนุนค่าใช้จ่ายภายในสำนักงานจากสำนักงานใหญ่เท่านั้น ตลอดจนไม่มีอำนาจรับคำสั่งซื้อหรือเสนอขายหรือเจรจาธุรกิจกับบุคคลหรือนิติบุคคลใด ๆ ในประเทศไทย³⁵

(2.3) สำนักงานสาขา (Branch Office)

เป็นกรณีที่บริษัทข้ามชาติเข้ามาประกอบธุรกิจใด ๆ ในประเทศไทยโดยการจัดตั้งสำนักงานสาขา ซึ่งไม่ได้จำกัดประเภทธุรกิจไว้อย่างสำนักงานผู้แทนหรือสำนักงานภูมิภาค

ซึ่งจากคำนิยามของสำนักงานผู้แทน สำนักงานภูมิภาค และสำนักงานสาขาข้างต้น ทำให้ทราบว่าสำนักงานผู้แทนและสำนักงานภูมิภาคมีส่วนประกอบสำคัญที่เหมือนกันคือไม่อาจมีรายได้จากการให้บริการภายใต้ขอบเขตธุรกิจของตนได้เลย แต่ต้องได้รับเงินสนับสนุนค่าใช้จ่ายจากสำนักงานใหญ่เท่านั้น ส่วนสำนักงานสาขาอาจได้รับเงินสนับสนุนจากสำนักงานใหญ่และ/หรืออาจมีรายได้ของตนเองจากการประกอบธุรกิจก็ได้

อย่างไรก็ดี การเข้ามาของบริษัทข้ามชาติเพื่อก่อตั้งหน่วยธุรกิจสำหรับนิติบุคคลต่างประเทศข้างต้น นอกจากจะเข้ามาด้วยวิธีการธรรมดาแล้ว ยังสามารถเข้ามาผ่านสนธิสัญญาระหว่างประเทศหรือข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าได้อีกด้วย โดยปัจจุบันประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงการค้า ดังนี้ ความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน (AFAS) ข้อตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA) ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา เป็นต้น แต่มีเพียงสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ที่อนุญาตให้นิติบุคคลที่จัดตั้งที่ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้ โดยไม่ต้องจัดตั้งใหม่ตามกฎหมายไทยเหมือนกับข้อตกลงอื่นแต่อย่างใด

4.1.3 พัฒนาการของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทย

จากที่ทราบเป็นเบื้องต้นแล้วว่าจุดกำเนิดของนิติบุคคลในสยามเริ่มขึ้นภายหลังจากที่สยามได้เปลี่ยนระบบเศรษฐกิจเป็นการค้าเสรี อันเนื่องมาจากการทำสนธิสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษในปีพ.ศ. 2398 และทำสนธิสัญญาลักษณะเดียวกันกับประเทศอื่นในเวลาต่อมา แต่ความเก่าแก่ของนิติบุคคลต่างประเทศที่เข้ามาในประเทศไทยมีมายาวนานกว่านั้น โดยสนธิสัญญา

³⁵ ข้อ 4 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวิซ่าและใบอนุญาตทำงาน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2544

เบาว์ริงถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญต่อบทบาทของนิติบุคคลต่างประเทศเช่นจุดกำเนิดของนิติบุคคลในสยาม ฉะนั้น ผู้เขียนจึงแบ่งพัฒนาการของนิติบุคคลต่างประเทศโดยใช้สนธิสัญญาเบาว์ริงเป็นจุดตัดสำคัญในเบื้องต้น ต่อมาเมื่อสถานการณ์สงครามในประเทศรอบนอกตลอดจนความสามารถทางด้านการค้ากับต่างชาติเปลี่ยนแปลงไป ประเทศไทยจึงออกกฎหมายเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขึ้นในปี พ.ศ. 2515 ซึ่งถือเป็นต้นแบบสำคัญของกฎหมายที่มีลักษณะควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับอื่นในเวลาต่อมา ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงใช้การออกกฎหมายดังกล่าวเป็นจุดแบ่งพัฒนาการของนิติบุคคลต่างประเทศในลำดับต่อมา

4.1.3.1 นิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทยในช่วงก่อนและหลังการทำสนธิสัญญาเบาว์ริง (พ.ศ. 2398)

(1) ช่วงก่อนการทำสนธิสัญญาเบาว์ริง (พ.ศ. 2398)

(1.1) นิติบุคคลต่างประเทศในกรุงศรีอยุธยา (ก่อน พ.ศ. 2325)

แต่เดิมการค้าระหว่างประเทศในกรุงศรีอยุธยาผูกผูกขาดไว้กับราชสำนักเท่านั้น โดยมีพระคลังสินค้าเป็นตัวแทนในการควบคุมการค้ากับชาติตะวันตก ตลอดจนถึงเรือไปค้าขายยังต่างประเทศ ส่วนสังคมเมืองอยุธยาทั่วไปจะมีการเคลื่อนย้ายทรัพยากรจากล่างสู่บนในรูปของส่วยและอากรเพื่อถ่ายเทเข้าสู่ท้องพระคลัง โดยสินค้าที่เหลือจากการผลิตโดยราษฎรจะถูกส่งมายังราชสำนักเพื่อนำไปขายให้แก่พ่อค้าต่างชาติเพื่อนำเงินเข้าสู่ท้องพระคลังต่อไป ส่วนการค้าภายในของเมืองอยุธยาเป็นเพียงการแลกเปลี่ยนซื้อขายอย่างง่าย ๆ ไม่มีห้างร้านมากนัก และสินค้านำเข้าบางชนิดจะมีรัฐเป็นตัวกลางซื้อมาจำหน่ายต่อเอกชนรายย่อย ตลอดจนถึงห้างร้านหลวงขึ้นเพื่อค้าปลีกสินค้าบางชนิดเอง ดังนั้นรัฐจึงกินรวบการค้าทั้งภายในและต่างประเทศ ด้วยเหตุนี้การค้ากับต่างประเทศจึงเป็นการค้าภายใต้ระบบราชการ บริษัทต่างประเทศที่เข้ามาทำการค้ากับเมืองอยุธยาจึงดำเนินการค้ากับคู่ค้ารายเดียวเท่านั้นคือราชสำนัก ซึ่งไม่ว่าการค้าต่างประเทศจะเจริญรุ่งเรืองหรือย่ำแย่เพียงใดจึงไม่มีผลต่อราษฎรคนธรรมดาทั้งสิ้น³⁶

ทั้งนี้ นิติบุคคลต่างประเทศรายแรกที่เข้ามาดำเนินการค้าในสยามเท่าที่ตรวจพบคือ บริษัทอินเดียตะวันออกของฮอลันดา (Verenigde Oostindische Compagnie : VOC) โดยเข้ามาค้าขายเป็นครั้งแรกที่เมืองปัตตานีราวปี พ.ศ. 2145 ต่อมาในปี พ.ศ. 2147 จึงเดินทางมา

³⁶ พรณี อวนสกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.21 - 23.

ค้าขายที่เมืองอยุธยา โดยดำเนินธุรกิจในรูปแบบการรับสัมปทานสินค้าจำพวกหนังสัตว์และดีบุกจาก กษัตริย์ ตลอดจนได้รับพระราชทานที่ดินให้ตั้งหมู่บ้านและสถานีการค้าในเมืองอยุธยา³⁷

ต่อมาในปี พ.ศ. 2155 บริษัทอินเดียตะวันออกของอังกฤษ (English East India Company : EIC) ได้เดินทางมายังเมืองอยุธยาโดยนำพระราชสาสน์จากพระเจ้าเจมส์ที่ 1 มาถวายแก่พระเจ้าปราสาททองพร้อมกับเข้ามาดำเนินการค้า และได้รับพระราชทานบ้านเพื่อเป็น คลังสินค้า แต่การดำเนินธุรกิจเป็นไปไม่ดั่งนั้นก็จึงได้ปิดกิจการไประยะหนึ่ง จนกระทั่งในรัชสมัย สมเด็จพระนารายณ์จึงได้จัดตั้งสถานีการค้าขึ้นใหม่อีกครั้งและได้รับสิทธิพิเศษทางการค้าหลาย ประการ³⁸

ส่วนบริษัทอินเดียตะวันออกของฝรั่งเศส (Compagnie Royale des Orientales) เข้ามาจัดตั้งเป็นสถานีการค้าในเมืองอยุธยาเมื่อปี พ.ศ. 2223 ภายหลังจากที่กลุ่ม บาทหลวงฝรั่งเศสได้ก่อตั้งเป็นชุมชนแล้ว โดยจุดมุ่งหมายหลักของการเข้ามาของบริษัทอินเดีย ตะวันออกของฝรั่งเศส คือ การเข้ามาแข่งขันทางการค้ากับบริษัทอินเดียตะวันออกของฮอลันดาและ อังกฤษ ตลอดจนโน้มน้าวให้พระนารายณ์เปลี่ยนศาสนา ส่วนการดำเนินธุรกิจบริษัทสามารถค้าขาย ได้โดยไม่ต้องเสียภาษีขาเข้า-ขาออกยกเว้นสินค้าผูกขาด นอกจากนี้ยังได้รับสิทธิสัมปทานดีบุกที่เมือง ถลางอีกด้วย³⁹

ทั้งนี้บริษัทข้างต้นจะอยู่ตามพื้นที่ชุมนุมของตนตามที่ได้รับพระราชทาน อนุญาต โดยแต่ละกลุ่มเชื้อชาติจะปกครองกันเองโดยมี “นาย” เป็นหัวหน้าชุมชนซึ่งมีหน้าที่พิจารณา คติที่เกิดขึ้นระหว่างคนสังกัดของตน⁴⁰ อีกทั้งยังมีหน้าที่ติดต่อการเข้า-ออกราชอาณาจักรของ

³⁷ รางคณา นิพัทธ์สุขกิจ, “กลุ่มคนที่สัมพันธ์กับการค้าในสังคมอยุธยา พ.ศ. 2172-2310,” (วิทยานิพนธ์ดุขฎฐิบัณชิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.312-314.

³⁸ เฝิงอ้าง, น.316-317.

³⁹ เฝิงอ้าง, น.318-319.

⁴⁰ Nicolas Gervaise, The Natural and Political History of the Kingdom of Siam, Translated and edited with an introduction and notes by John Villiers (Bangkok : White Lotus co., 1989), p.58 อ้างถึงใน เฝิงอ้าง, น.322.

ชาวต่างชาติในสังกัดตน ตลอดจนติดต่อเรื่องเรือ การขนถ่ายสินค้า การจำหน่ายสินค้า โดยจะต้องรายงานต่อเสนาบดีพระคลังก่อนที่จะกระทำการดังกล่าวมิเช่นนั้นจะได้รับโทษ⁴¹

(1.2) นิติบุคคลต่างประเทศในกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น (ตั้งแต่ พ.ศ. 2325 – พ.ศ. 2398)

การค้าระหว่างประเทศในสยามตั้งแต่สถาปนากรุงรัตนโกสินทร์เมื่อ พ.ศ. 2325 ยังคงถูกผูกขาดไว้ที่ราชสำนักเช่นดังแต่ก่อน กษัตริย์จึงมีส่วนร่วมทางด้านการค้าอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัชกาลที่ 3 (ครองราชย์ พ.ศ. 2367 - 2394) ที่ได้ควบคุมพระคลังสินค้ามาโดยตลอดตั้งแต่ในช่วงรัชกาลที่ 2 (ครองราชย์ พ.ศ. 2352 - 2367)⁴² จนถึงรัชสมัยของพระองค์ โดยสยามได้ทำการค้ากับจีนมากเป็นอันดับหนึ่ง ที่เหลือคือเมืองขึ้นต่าง ๆ ของอังกฤษซึ่งอาจทำการค้าผ่านบริษัทการค้าของอังกฤษในอินเดีย และชาติอื่นบ้างเล็กน้อย

อย่างไรก็ดี การเก็บภาษีจากประเทศที่เข้ามาทำการค้ากับสยามในช่วงเวลาดังกล่าวไม่มีมาตรฐานแน่นอน เช่น อัตราภาษีในแต่ละพื้นที่เก็บไม่เท่ากันบ้าง เก็บประเทศอื่นมากกว่าจีนบ้าง มีการเก็บภาษีซ้ำซ้อนบ้าง ตลอดจนมีการผูกขาดสินค้าบางชนิดจากกษัตริย์ และมีระเบียบหยุมหยิมจากข้าราชการท้องถิ่นซึ่งสร้างความไม่พอใจแก่ชาวต่างชาติ⁴³ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ชาวอังกฤษมีความต้องการแก้ไขระเบียบนี้เสียใหม่ ซึ่งทำยที่สุดได้สำเร็จลงเมื่อพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวขึ้นครองราชย์ และได้ลงพระนามในสนธิสัญญาเบาว์ริงเมื่อปี พ.ศ. 2398 ซึ่งทำให้การค้าระหว่างประเทศของสยามได้เปลี่ยนไปตั้งแต่นั้นมา

(2) ช่วงหลังการทำสนธิสัญญาเบาว์ริง (พ.ศ. 2398)

(2.1) นิติบุคคลต่างประเทศในสยามก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง (ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2398 - พ.ศ. 2475)

หลังจากที่สยามเข้าร่วมการค้าระหว่างประเทศผ่านสนธิสัญญาเบาว์ริงในปี พ.ศ. 2398 ก็ทำให้สยามต้องทำสนธิสัญญากับประเทศอื่น ๆ โดยมีสนธิสัญญาเบาว์ริงเป็น

⁴¹ อาคม พัทธียะ, ศรีรามเทพนคร : ความเรียงว่าด้วยประวัติศาสตร์อยุธยาตอนต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มติชน, 2545), น.79 อ้างถึงใน เฟิงอ้วง, น.322

⁴² อัมมาร์ สยามวาลา, “การค้าระหว่างประเทศกับเศรษฐกิจภายในประเทศ (พ.ศ. 2363 - 2398),” ใน ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทยจนถึง พ.ศ. 2484, มุลินนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น.148.

⁴³ เฟิงอ้วง, น.148, น.150 - 153.

ต้นแบบในเวลาต่อมา⁴⁴ ซึ่งการทำสนธิสัญญาดังกล่าวส่งผลให้บริษัทต่างชาติเข้ามาแสวงหาประโยชน์ทางด้านการค้ามากมาย เริ่มด้วยการเข้ามาของบริษัทบอร์เนียว (Borneo Co., Ltd.) ของจักรวรรดิอังกฤษในปี พ.ศ. 2398 จากนั้นจึงเป็น J.S. Parker Co. ของสหรัฐอเมริกาที่เข้ามาในปี พ.ศ. 2399 ตามมาด้วย Markwald & Co., และ Picken Pack Thies Co. ของเยอรมัน และ Remi Schimidt & Co. ของฝรั่งเศสที่เข้ามาในปี พ.ศ. 2401 เป็นต้น⁴⁵

ซึ่งการเข้ามาของนิติบุคคลต่างชาติส่งผลให้การผลิตในประเทศเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว และทำให้การผลิตของสยามเปลี่ยนแปลงไปเป็นการผลิตเพื่อการค้าแบบเมืองขึ้น (Dependent Commodity Production) ซึ่งนำไปสู่ระบบเศรษฐกิจกึ่งเมืองขึ้นในเวลาต่อมา⁴⁶ กล่าวคือ

เกิดการผลิตข้าวเพื่อตอบสนองความต้องการของอาณานิคมชาติตะวันตกในเอเชีย โดยชาวบ้านเป็นผู้ปลูกข้าว ส่วนการค้าข้าวภายในประเทศดำเนินการโดยพ่อค้าชาวจีน พ่อค้าชาวตะวันตก และกลุ่มชนชั้นสูง⁴⁷ โดยมีการส่งออกผ่านบริษัทตะวันตกอย่างบริษัท มาร์ควาลด์ แอนด์ โก และบริษัท อาระกัน เป็นต้น

เกิดการทำไม้สักในภาคเหนือภายใต้ทุนของประเทศอังกฤษ โดยมีการจัดตั้งบริษัทเพื่อผลิตและค้าไม้สักขึ้น เช่น บริษัท บอร์เนียว จำกัด และดำเนินการส่งออกไปยัง

⁴⁴ เช่น ฝรั่งเศส (พ.ศ. 2398) สหรัฐอเมริกา (พ.ศ. 2399) เดนมาร์ก (พ.ศ. 2401) โปรตุเกส (พ.ศ. 2402) ฮอลันดา (พ.ศ. 2403) รัสเซีย (พ.ศ. 2405) สวีเดนและนอร์เวย์ (พ.ศ. 2410) เบลเยียม (พ.ศ. 2411) อิตาลี (พ.ศ. 2411) ออสเตรีย-ฮังการี (พ.ศ. 2412) สเปน (พ.ศ. 2413) และญี่ปุ่น (พ.ศ. 2430) เป็นต้น

⁴⁵ ณรงค์ เพชรประเสริฐ, “การขยายตัวของระบบทุนนิยมในประเทศไทย (พ.ศ. 2488-ปัจจุบัน),” ใน การขยายตัวของระบบทุนนิยมในประเทศไทย (พ.ศ. 2488-ปัจจุบัน), สมภพ มานะรังสรรค์, ชุดประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สร้างสรรค์, 2524), น.77.

⁴⁶ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา และสุธี ประศาสน์เศรษฐ, “ระบบเศรษฐกิจไทย พ.ศ. 2394-2453,” ใน ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทยจนถึง พ.ศ. 2484, มุลินีโรโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น.172-173.

⁴⁷ เฟิงอ้วง, น.176.

อินเดียและยุโรปโดยบริษัท อีสเอเชียติก และบริษัท บอมเบย์เบอร์มา เป็นต้น⁴⁸ ต่อมาในปี พ.ศ. 2462 มีการจัดทำสนธิสัญญาเชียงใหม่และอนุญาตให้บริษัทอังกฤษสามารถตัดไม้เองได้โดยตรงจากแต่เดิมที่ต้องซื้อจากคนทำไม้ท้องถิ่น โดยมีแรงงานส่วนใหญ่เป็นคนในบังคับอังกฤษ⁴⁹

เกิดการขุดแร่ดีบุกและส่งออกไปขายยังปีนังและสิงคโปร์ของอังกฤษ เพื่อส่งต่อไปยังศูนย์กลางจักรวรรดินิยมในยุโรป ซึ่งเดิมที่มีเพียงการลงทุนของชาวจีน โดยมีชาวจีนเป็นแรงงานและเจ้าของเหมือง ส่วนทุนตะวันตกเพิ่งเข้ามาในภายหลัง⁵⁰

ต่อมาเมื่อมีการขยายตัวของการค้าจึงนำมาซึ่งกิจการธนาคารและเศรษฐกิจเงินตรา โดยธนาคารแห่งแรกในสยามเกิดจากการเข้ามาตั้งสาขาของธนาคารฮ่องกงและเซี่ยงไฮ้ (Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited - HSBC) เมื่อปี พ.ศ. 2431 ซึ่งเป็นธนาคารที่จัดตั้งขึ้นในอาณานิคมฮ่องกงของจักรวรรดิอังกฤษ ซึ่งนอกจากจะเป็นธนาคารแห่งแรกในสยามแล้ว ยังได้ผลิตธนบัตรขึ้นใช้ในสยามเป็นครั้งแรก โดยในปัจจุบันธนาคารดังกล่าวยังคงเปิดทำการอยู่ในไทยภายใต้ชื่อธนาคารเอชเอสบีซี⁵¹ ซึ่งยังคงเป็นสำนักงานสาขาของธนาคารที่อยู่ต่างประเทศเช่นเดิม และในช่วงเวลาใกล้เคียงกันยังมีธนาคารต่างประเทศอื่น ๆ ที่เข้ามาตั้งสาขาในสยาม อย่างธนาคารชาร์เตอร์ (The Chartered Bank of India Australia & China) ซึ่งเป็นธนาคารที่จัดตั้งขึ้นที่กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ และเข้ามาจัดตั้งสาขาที่สยามในปี พ.ศ. 2437 โดยปัจจุบันยังคงดำเนินการอยู่และจัดตั้งเป็นนิติบุคคลใหม่ภายใต้ชื่อธนาคารสแตนดาร์ดชาร์เตอร์ (ไทย) จำกัด (มหาชน)⁵² ต่อมาในปี พ.ศ. 2440 ธนาคารแห่งอินโดจีน (The Banque de L'Indo-Chine) ได้เข้ามาตั้งสำนักงานสาขาในสยาม โดยปัจจุบันธนาคารดังกล่าวได้เลิกกิจการไปแล้ว

⁴⁸ สิริลักษณ์ ศักดิ์เกรียงไกร, “ต้นกำเนิดของชนชั้นนายทุนในประเทศไทย (พ.ศ. 2398-2453),” ใน ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทยจนถึง พ.ศ. 2484, มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น.393.

⁴⁹ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา และสุธี ประศาสน์เศรษฐ, อ้าวแล้ว เชียงรรมที่ 46, น.177.

⁵⁰ เพ็งอ้าว, น.177 - 178.

⁵¹ “HSBC in Thailand,” About HSBC, Retrieved on January 29, 2019, from <https://www.about.hsbc.co.th/hsbc-in-thailand>.

⁵² “The Bank's history,” About us, Retrieved on January 29, 2019, from <https://www.sc.com/th/en/about-us/>.

ต่อมาใน พ.ศ. 2447 สยามได้ทดลองดำเนินกิจการธนาคารขึ้นที่ สำนักงานพระคลังข้างที่ และเมื่อกิจการเป็นไปด้วยดีจึงได้จัดตั้งเป็นธนาคารพาณิชย์ภายใต้ชื่อบริษัท แบงก์สยามกัมมาจล ทุนจำกัดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2449 โดยปัจจุบันยังดำเนินงานอยู่ภายใต้ชื่อธนาคาร ไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน)

จะเห็นได้ว่าภายหลังจากที่สยามเปิดเสรีการค้าแล้วได้เกิดการไหลเข้ามา ของทุนต่างประเทศเป็นจำนวนมาก โดยมีการจัดตั้งเป็นสำนักงานสาขาตลอดจนบริษัทการค้าขึ้นใน สยามเพื่อรับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศไม่ว่าจะเป็นข้าว ไม้สัก หรือดีบุก ส่งออกไปยังเครือข่ายอาณานิคมหรือศูนย์กลางจักรวรรดินิยมในยุโรปต่อไป อย่างไรก็ตามแม้สยามจะเข้าสู่ระบบการค้าเสรีตาม ระบบเศรษฐกิจโลก แต่สยามยังคงมีโครงสร้างทางเศรษฐกิจขั้นพื้นฐานแบบศักดินาเช่นเดิม ซึ่งทำให้ ราษฎรทั่วไปยังกินอยู่เช่นเดิมและผลิตสินค้าการเกษตรด้วยวิธีเดิม ต่อมาได้เกิดปัญหาผลผลิตสินค้า การเกษตรตกต่ำ สยามไม่อาจส่งออกข้าวได้อย่างที่เป็นมา ประกอบกับเกิดปัญหาเศรษฐกิจโลก และราชสำนักยังคงดำเนินนโยบายการคลังแบบอนุรักษ์นิยม สยามจึงประสบปัญหาทางเศรษฐกิจ การเงินการคลังมาตั้งแต่ปลายรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว เรื่อยมาจวบจนรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว และด้วยปัญหาทางเศรษฐกิจดังกล่าว มีผลเชื่อมโยงไปยัง สภาวะการเมืองของสยามในขณะนั้นหลายประการ จึงทำให้ต่อมาเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ขึ้นในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475

(2.2) นิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทยหลังการเปลี่ยนแปลง การปกครอง (ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 – พ.ศ. 2515)

หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบบเศรษฐกิจของสยามมิได้ เปลี่ยนแปลงมากนัก แต่ระหว่างนี้ได้เกิดจักรวรรดินิยมใหม่ที่เข้ามามีอิทธิพลทางเศรษฐกิจในสยามเป็น อย่างมาก นั่นคือ ประเทศญี่ปุ่น โดยมีการจัดตั้งสำนักงานสาขานาการโยโกฮามาขึ้นในสยามใน ปี พ.ศ. 2479 จากนั้นก็จัดตั้งสำนักงานสาขาบริษัทมิตซูบิชิและบริษัทมิตซูซึขึ้น เพื่อนำเข้าสินค้าจาก ญี่ปุ่นและส่งออกสินค้าไปยังญี่ปุ่น⁵³ ยิ่งกว่านั้น นับแต่ปี พ.ศ. 2481 ที่จอมพล ป. พิบูลสงครามขึ้นมา มีอำนาจได้มีความพยายามสนับสนุนประเทศญี่ปุ่นเป็นอย่างมาก จึงทำให้ช่วงนั้นมีนายทุนนายหน้า ของประเทศญี่ปุ่นเกิดขึ้นมาก

แต่ขณะเดียวกันจอมพล ป. พิบูลสงครามยังมีความพยายามที่จะสร้าง ระบบเศรษฐกิจใหม่เพื่อสอดคล้องกับระบบเผด็จการชาตินิยมของตน ขจัดอิทธิพลอำนาจทางการค้า

⁵³ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45, น.85.

ของชาวต่างชาติ และทำให้การค้าภายในประเทศอยู่ในมือคนไทย ต่อมาจึงมีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการค้าของชาวต่างชาติขึ้น เช่น กฎหมายว่าด้วยการธนาคารและการประกันภัย กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา กฎหมายว่าด้วยการค้ากำไรเกินควร ตลอดจนจัดตั้งหน่วยธุรกิจโดยภาครัฐขึ้น ไม่ว่าจะเป็นรัฐวิสาหกิจ บริษัทกึ่งราชการ ก่อตั้งบริษัทพาณิชย์ขึ้นตามจังหวัดต่าง ๆ ทั่วประเทศเพื่อเป็นศูนย์กลางการค้ารับซื้อพืชผลการเกษตรและสินค้าอุตสาหกรรม และเป็นผู้แทนจำหน่ายสินค้าให้แก่ร้านค้าย่อย ก่อตั้งบริษัทไทยนิยมขึ้นเป็นตัวแทนการค้าของบริษัทพาณิชย์จังหวัดเพื่อส่งออกสินค้าไปยังต่างประเทศ และติดต่อสั่งซื้อสินค้าจากต่างประเทศมาขาย ซึ่งเป็นตัวเชื่อมระหว่างตลาดในประเทศและต่างประเทศ⁵⁴

อย่างไรก็ดี ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 เศรษฐกิจสยามตกต่ำเป็นอย่างมาก การค้าระหว่างประเทศถูกระงับกระเทือนอย่างหนัก บรรดาสินค้าจากประเทศในยุโรปถูกสั่งห้ามมิให้เข้ามาจำหน่ายในประเทศ ส่วนสินค้ายุโรปที่เหลืออยู่ในคลังสินค้าก็ถูกทหารญี่ปุ่นยึดไว้ในฐานะทรัพย์สินของชนชาติศัตรู ยิ่งกว่านั้นสยามยังถูกบีบบังคับให้ต้องทำการค้ากับประเทศญี่ปุ่นเท่านั้น⁵⁵ ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้การค้าระหว่างประเทศกับยุโรปตามที่เคยเป็นมาในอดีตจึงต้องหยุดชะงักไป

ต่อมาเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง แม้รัฐบาลไทยเป็นพันธมิตรกับประเทศญี่ปุ่นฝ่ายผู้แพ้สงคราม แต่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาฝ่ายผู้ชนะสงครามได้รับรองขบวนการเสรีไทยว่าการกระทำของจอมพล ป. พิบูลสงครามนั้นมิใช่การกระทำของคนไทยส่วนใหญ่ ดังนั้นประเทศไทยจึงไม่ใช่ผู้แพ้สงคราม (แม้ว่ารัฐบาลอังกฤษจะสั่งให้ไทยต้องเสียค่าปฏิกรณ์สงครามเป็นข่าวหลายต้นก็ตาม) ด้วยเหตุนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีความสัมพันธ์กับประเทศไทยอย่างลึกซึ้ง และหลังจาก พ.ศ. 2488 เป็นต้นมา ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้ามาอิทธิพลเหนือไทยมากกว่าที่อังกฤษเคยมีมาเสียอีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปี พ.ศ. 2498 รัฐบาลไทยโดยจอมพล ป. พิบูลสงครามได้เจรจาทำความตกลงกับประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ให้อเมริกันลงทุนสร้างท่าเรือคลองเตยอย่างอิสระ มีการร่วมทุน

⁵⁴ รวิพรรณ สาสิทธิ์, “ประวัติของเศรษฐกิจไทยตั้งแต่ 2475,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2562, จาก http://www.lampangvc.ac.th/lvcasean/ims/page_pdf/12.pdf, น.32-39.

⁵⁵ เฟิงอ้วง, น.48, 50.

ระหว่างไทย – อเมริกันจัดตั้งบริษัทป่าไม้ ให้ความสะดวกแก่อเมริกันในการใช้ฐานทัพบก เรือ อากาศ ตลอดจนบุกเบิกทางเศรษฐกิจและเชื่อมสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ⁵⁶

แต่ในขณะเดียวกันรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงครามยังคงดำเนินนโยบายเศรษฐกิจชาตินิยม โดยออกมาตรการจำกัดธุรกิจของคนต่างด้าวโดยมุ่งบังคับใช้เฉพาะคนจีน ส่วนชาติตะวันตกอื่นมิได้แต่ต้อง ซึ่งในปี พ.ศ. 2493 ได้ออกกฎหมายสงวนอาชีพไว้สำหรับคนไทย ตลอดจนเข้าควบคุมกิจการบางชนิดอย่างธุรกิจการขนส่งทางน้ำ การจำหน่ายสุรา เป็นต้น และต่อมาสงวนอาชีพช่างทำผมให้เฉพาะคนไทยเท่านั้น และประกาศให้กิจการโรงเลื่อยจะต้องมีหุ้นของคนไทย 75% เป็นต้น⁵⁷

ในปี พ.ศ. 2500 พลโทสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้รัฐประหารขับไล่จอมพล ป. พิบูลสงครามออกนอกประเทศ และนำระบบเผด็จการเบ็ดเสร็จมาใช้ อีกทั้งดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจตรงข้ามกับยุคเผด็จการอำนาจนิยม โดยจัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนขึ้นในปี พ.ศ. 2503 เพื่อให้สิทธิพิเศษแก่นักลงทุนต่างประเทศ เช่น ลดภาษีนำเข้าวัตถุดิบ ลดภาษีส่งออกและให้นำกำไรออกนอกประเทศไทย สินค้าใดที่นักลงทุนต่างประเทศได้เข้ามาผลิตในประเทศแล้ว รัฐบาลจะตั้งกำแพงภาษีสินค้านำเข้าดังกล่าว⁵⁸ และเพื่อรองรับอุตสาหกรรมต่าง ๆ รัฐบาลจึงกู้เงินจากต่างประเทศเพื่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคเพื่ออำนวยความสะดวก เช่น ถนน เขื่อน ไฟฟ้า ประปา ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น ซึ่งบรรดาบริษัทและโรงงานต่าง ๆ ของประเทศญี่ปุ่นในประเทศไทยที่มีอยู่มากมายในปัจจุบันเพิ่งเข้ามาในช่วงนี้นั่นเอง⁵⁹

4.1.3.2 นิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทยช่วงหลังการประกาศใช้กฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ในปี พ.ศ. 2515 ในขณะที่จอมพลถนอม กิตติขจรมีอำนาจ ได้มีการออกประกาศคณะปฏิวัติว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขึ้นใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งประกาศดังกล่าวถูกรับรองว่ามีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายระดับ

⁵⁶ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45, น.87-88.

⁵⁷ เพิ่งอ้าง, น.90.

⁵⁸ เพิ่งอ้าง, น.97-98.

⁵⁹ เพิ่งอ้าง, น.101.

พระราชบัญญัติ และถือเป็นต้นแบบของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับอื่น ๆ ต่อมา ดังนี้

(1) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 (พ.ศ. 2515)

ในปี พ.ศ. 2511 ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกาขึ้นในช่วงสงครามเวียดนาม เพื่อเปิดเสรีสำหรับคนชาติของทั้งสองประเทศในการประกอบธุรกิจการค้าในประเทศของอีกประเทศหนึ่ง รวมถึงให้สิทธิในการเลือกที่พำนักและการเดินทาง ฯลฯ อีกทั้งยังมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนให้กับนักลงทุนต่างชาติอีกด้วย นับแต่นั้นมาจึงมีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศเป็นจำนวนมาก ประกอบกับประชาชนชาวไทยมีความสามารถในการประกอบธุรกิจมากขึ้น ดังนั้นคณะปฏิวัติจึงกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขึ้นใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายดังกล่าว เพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ⁶⁰ โดยกฎหมายดังกล่าวนำมาจากร่างกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่กรมทะเบียนการค้า (ปัจจุบันคือกรมพัฒนาธุรกิจการค้า) จัดทำขึ้น และเคยเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีซึ่งให้ความเห็นชอบ และจัดส่งร่างไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้ว แต่เนื่องจากเกิดการรัฐประหารเสียก่อนจึงทำให้ต้องนำกฎหมายดังกล่าวมาประกาศใช้เป็นประกาศคณะปฏิวัติในวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2525 แทน⁶¹

โดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ได้มีการกำหนดประเภทธุรกิจที่ต้องการสงวนไว้ให้คนไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งจะเป็นลักษณะ โดยแบ่งออกเป็นสามประเภท นั่นคือ บัญชีแรก ประเภทธุรกิจที่ต้องการสงวนไว้สำหรับคนไทยเป็นการถาวร ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในบัญชีนี้ได้ บัญชีที่สอง ประเภทธุรกิจที่สงวนไว้สำหรับคนไทยโดยเฉพาะเหมือนประเภทแรก แต่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจก่อนที่กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับยังสามารถประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้ บัญชีที่สาม ประเภทธุรกิจที่ต้องขออนุญาตจากรัฐและปฏิบัติตามที่เงื่อนไขที่รัฐกำหนด เว้นแต่ คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจโดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะการ หรือโดยความ

⁶⁰ ดูรายละเอียดตามคำปรารภประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 2515

⁶¹ ประพรีร์ อภิชาติสกุล, “การศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไขประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), น.213-214.

ตกลงที่รัฐบาลไทยทำไว้ จะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 และไม่ต้องขออนุญาตหรือปฏิบัติตามเงื่อนไขใด ๆ ซึ่งในขณะนั้นมีเพียงสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกาเท่านั้น⁶²

ต่อมาหลังจากประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวมีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกสองครั้ง ครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2521 โดยแก้ไขเพิ่มเติมให้คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรไม่ถูกกฎหมายสามารถประกอบธุรกิจได้บางประเภทและเฉพาะท้องที่ที่ประกาศเท่านั้น ส่วนครั้งที่สองเมื่อปี พ.ศ. 2535 โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” เสียใหม่

จึงอาจกล่าวได้ว่าหลังจาก พ.ศ. 2515 เป็นต้นมา มีการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของนิติบุคคลต่างประเทศ ผ่านกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะ แต่ยังคงไว้ซึ่งสิทธิและประโยชน์ของประเทศสหรัฐอเมริกาไว้ตามสนธิสัญญาไมตรีฯ และคนต่างด้าวบางส่วนยังสามารถขอส่งเสริมการลงทุนได้เช่นเดิม

(2) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2536 มีความพยายามในการแก้ไขประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 และจัดทำเป็นพระราชบัญญัติขึ้นแทน เพื่อผ่อนคลายข้อจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้เสรี ส่งเสริมให้มีการแข่งขันการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ และสอดคล้องกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) อีกทั้งกฎหมายเก่ามีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน การค้าระหว่างประเทศ จึงต้องมีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับใหม่ขึ้น

ต่อมาในปี พ.ศ. 2542 ร่างกฎหมายดังกล่าวได้จัดทำแล้วเสร็จเป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 4 มีนาคม พ.ศ. 2543 เป็นต้นไป โดยมีสาระสำคัญแตกต่างจากเดิมคือ⁶³

⁶² นราฤทธิ กาแก้ว, “การศึกษาปัญหาของข้อกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), น.15-16.

⁶³ เฟิงอ้วง, น.21.

ก. กำหนดนิยามคำว่าคนต่างด้าวใหม่

ข. ผู้ที่ประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลหรือมีสิทธิตามข้อตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศจะไม่ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเดิม แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายเช่นเดียวกับคนต่างด้าวอื่น

ค. คนต่างด้าวที่จะขอประกอบธุรกิจจะต้องนำเงินทุนขั้นต่ำเข้ามาลงทุนในประเทศไทยตามที่กฎหมายกำหนด

ง. มีการจัดทำบัญชีประเภทธุรกิจที่สงวนไว้ให้กับคนไทยใหม่⁶⁴ โดยหากไม่ใช่ธุรกิจตามที่ระบุไว้แล้ว คนต่างด้าวย่อมสามารถประกอบธุรกิจได้เช่นเดียวกับคนไทยโดยไม่ต้องขออนุญาต ซึ่งแบ่งออกเป็นสามประเภทธุรกิจ บัญชีแรก เป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบการโดยเด็ดขาด บัญชีที่สอง เป็นธุรกิจที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี บัญชีที่สาม เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าว ดังนั้นคนต่างด้าวจึงสามารถขออนุญาตประกอบธุรกิจประเภทนี้ได้จากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

อย่างไรก็ดี เนื่องจากข้อ (21) ตามบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติฯ⁶⁵ ได้บัญญัติให้การทำธุรกิจบริการอื่นที่มีได้บัญญัติไว้ในบัญชีเป็นธุรกิจที่ต้องขออนุญาต ซึ่งตามแนวการตีความของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้ถือว่าธุรกิจที่ไม่เข้าข้ออื่นในบัญชี ถือเป็นธุรกิจบริการที่ต้องขออนุญาตทั้งสิ้น จึงอาจกล่าวได้ว่าธุรกิจทุกประเภทที่คนต่างด้าวจะเข้ามาประกอบการในไทยนั้นต้องขออนุญาตทั้งสิ้น แต่เพื่อเป็นการผ่อนคลายความเคร่งครัดดังกล่าวจึงมีการออกกฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขึ้นในเวลาต่อมา⁶⁶ ซึ่งเป็นธุรกิจที่ถูกควบคุมโดยหน่วยงานแห่งอื่นแล้วจึงไม่ต้องขออนุญาตจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้าอีก

⁶⁴ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประกอบกับบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ และกฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

⁶⁵ บัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ข้อ (21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁶⁶ ปัจจุบันได้ออกกฎกระทรวงมาแล้วทั้งสิ้นสามฉบับ นั่นคือ

(1) กฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2556 ซึ่งประกอบไปด้วย ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจอื่นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์

(3) กฎหมายอื่น

นอกจากจะมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายทั่วไปในการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติแล้ว ปรากฏว่ายังมีกฎหมายอื่นที่มีลักษณะเดียวกันที่ออกมาควบคุมการประกอบธุรกิจตลอดจนสิทธิอื่น ๆ ของคนต่างชาติด้วย เช่น พระราชบัญญัติเรือไทย พุทธศักราช 2481⁶⁷ พระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494⁶⁸ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจการกระจายเสียงวิทยุและโทรทัศน์

และตลาดหลักทรัพย์ ธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า การประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

(2) กฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 ซึ่งประกอบไปด้วย ธุรกิจการประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต ธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย

(3) กฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 ซึ่งประกอบไปด้วย ธุรกิจสถาบันการเงิน ธุรกิจที่เกี่ยวข้องหรือจำเป็นต่อการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงิน ธุรกิจอื่นของสถาบันการเงิน และธุรกิจของบริษัทในกลุ่มธุรกิจทางการเงินของสถาบันการเงิน ทั้งนี้ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน ธุรกิจการบริหารสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทบริหารสินทรัพย์ ธุรกิจบริการเป็นสำนักงานผู้แทนของนิติบุคคลต่างประเทศในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2540 ธุรกิจบริการเป็นสำนักงานภูมิภาคของนิติบุคคลต่างประเทศในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2540 ธุรกิจบริการที่มีส่วนราชการตามกฎหมายว่าด้วยวิธีงบประมาณเป็นคู่สัญญา ธุรกิจบริการที่มีรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณเป็นคู่สัญญา

⁶⁷ มาตรา 7

⁶⁸ มาตรา 9

พ.ศ. 2511⁶⁹ พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522⁷⁰ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการ
โทรคมนาคม พ.ศ. 2544⁷¹ ประมวลกฎหมายที่ดิน⁷² เป็นต้น

ดังนั้น นิติบุคคลต่างประเทศที่ต้องการเข้ามาทำการค้าในประเทศไทย
จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด มิใช่เป็นไปตามนโยบายของ
ผู้ปกครองตามอำเภอใจอย่างที่เข้ามา ซึ่งในปัจจุบันมีการควบคุมอย่างไรจะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

4.1.4 บทสรุป

ก่อนการทำสนธิสัญญาเบาว์ริงเพื่อเปิดเสรีการค้าระหว่างประเทศ นิติบุคคล
ต่างประเทศยังมีได้เข้ามาทำการค้าแพร่หลายอย่างปัจจุบัน เนื่องจากการผูกขาดการค้าของรัฐที่ทำให้
นิติบุคคลต่างประเทศมีรัฐเป็นคู่สัญญาเพียงรายเดียว และต้องตกอยู่ภายใต้การค้าในระบบราชการที่
ขึ้นอยู่กับตัวบุคคลที่ขาดความแน่นอน ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้ได้มีการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิใน
การประกอบอาชีพของคนต่างด้าวโดยชัดแจ้ง แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ถือเป็นการจำกัดสิทธิ
โดยปริยาย เนื่องจากพ่อค้าชาวตะวันตกเห็นว่าเป็นอุปสรรคสำคัญในการดำเนินการค้าในสมัยนั้น
ด้วยเหตุนี้ในปี พ.ศ. 2498 ประเทศอังกฤษจึงเข้ามาทลายอุปสรรคดังกล่าวโดยการทำสนธิสัญญา
เบาว์ริง และในเวลาต่อมาประเทศอื่นก็ได้เข้ามาทำสนธิสัญญาลักษณะดังกล่าวเช่นกัน

โดยตั้งแต่ช่วงหลังการทำสนธิสัญญาเบาว์ริงจนถึงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2
ประเทศไทยได้ทำการค้ากับจักรวรรดิอังกฤษและประเทศในยุโรปเป็นสำคัญ จึงทำให้บริษัทที่เข้ามา
ทำการค้าส่วนใหญ่เป็นทุนจากจักรวรรดิอังกฤษและประเทศในยุโรป ซึ่งมักเข้ามาในรูปแบบการตั้ง
สำนักงานสาขาในประเทศไทยโดยมีสำนักงานใหญ่อยู่ที่เมืองอาณานิคมหรือประเทศจักรวรรดินิยม

ต่อมาระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 จักรวรรดิญี่ปุ่นเริ่มเข้ามามีบทบาททางการค้า
และเข้ามาจัดตั้งสำนักงานสาขาในไทยเพื่อนำเข้าส่งออกสินค้าญี่ปุ่น และต่อมาเมื่อไทยเข้าเป็น
พันธมิตรกับญี่ปุ่นเพื่อทำสงครามตรงข้ามกับอังกฤษและยุโรปแล้ว ไทยจึงต้องยุติทำการค้ากับประเทศ
ดังกล่าวและหันมาทำกับญี่ปุ่นแทน

อย่างไรก็ดี เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 จบลง ประเทศญี่ปุ่นเป็นฝ่ายแพ้สงคราม
ส่วนประเทศไทยได้รับการรับรองจากประเทศสหรัฐอเมริกาว่ามีใช้ผู้แพ้สงคราม ซึ่งทำให้แต่นั้นมา

⁶⁹ มาตรา 8, 12 - 15

⁷⁰ มาตรา 24

⁷¹ มาตรา 8

⁷² มาตรา 87 - 88

ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความสัมพันธ์กับประเทศไทยอย่างลึกซึ้ง ทั้งการเจรจาทำการค้าและความร่วมมือทางด้านทหาร และในระหว่างนี้เองแม้จะมีการออกหลักเกณฑ์จำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจบ้างก็มุ่งบังคับใช้เฉพาะชาวจีนเท่านั้นไม่รวมถึงชาวอเมริกันแต่อย่างใด

ต่อมาในปี พ.ศ. 2503 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนขึ้น เพื่อให้สิทธิประโยชน์และสร้างจูงใจแก่ชาวต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศ ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้นักลงทุนชาวอเมริกันและญี่ปุ่นได้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก ต่อมาในปี พ.ศ. 2511 ไทยยังได้ทำสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกาขึ้น ซึ่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศเดียวที่ได้รับเงื่อนไขทางการค้าที่ดีที่สุดเมื่อเทียบกับประเทศอื่น ๆ จนกระทั่งปัจจุบัน อย่างไรก็ตามเนื่องจากมีคนต่างด้าวเข้ามาทำการค้าในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก จึงทำให้ในปี พ.ศ. 2515 ได้มีการออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขึ้นใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล เพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ โดยมีเนื้อหาสำคัญในการจำกัดสิทธิการประกอบอาชีพของผู้ที่เข้าลักษณะเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายดังกล่าว และสงวนอาชีพบางประเภทไว้ให้กับคนไทย ซึ่งปัจจุบันกฎหมายดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากต้องปรับหลักเกณฑ์ให้สอดคล้องกับการค้าเสรีมากขึ้น

โดยปัจจุบันคนต่างด้าวทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยต้องได้รับหนังสือรับรองหรือใบอนุญาตประกอบธุรกิจคนต่างด้าวจากกระทรวงพาณิชย์ก่อนจึงจะประกอบธุรกิจได้ โดยกลุ่มที่ต้องขอหนังสือรับรอง⁷³คือ (1) ผู้ที่ประกอบธุรกิจภายใต้สนธิสัญญาหรือความตกลงการค้าระหว่างประเทศ นั่นคือ ความตกลงภายใต้การค้าบริการของอาเซียน (AFAS) ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น (JTFTA) ความตกลงการค้าเสรีไทย - ออสเตรเลีย (TAFTA) และสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา และ (2) ผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) ซึ่งกำหนดให้มีเพียงบางธุรกิจเท่านั้นที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ และผู้ที่ขอรับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวจะต้องจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัท มูลนิธิ หรือ

⁷³ มาตรา 11 หรือ มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

สหกรณ์ตามกฎหมายไทยเท่านั้น⁷⁴ ส่วนกลุ่มที่ต้องขอ**ใบอนุญาต**⁷⁵ คือกลุ่มที่ไม่เข้าข่ายที่จะได้รับหนังสือรับรองข้างต้น อย่างไรก็ตาม หากคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบริการตามข้อ (21) แห่งบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติฯ ซึ่งเป็นธุรกิจบริการที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจตามกฎหมายกระทรวงที่กำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คนต่างด้าวก็ไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจตามหลักเกณฑ์ข้างต้น แต่ให้ปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะที่ควบคุมธุรกิจนั้นแทน

อย่างไรก็ดี นอกจากจะมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแล้ว หากปรากฏว่ามีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้แตกต่างจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประการใด ให้บังคับใช้ตามกฎหมายดังกล่าว⁷⁶ เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจการกระจายเสียงวิทยุและโทรทัศน์ พ.ศ. 2511 พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เป็นต้น

จากประวัติศาสตร์ความเป็นมาของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทยตลอดจนพัฒนาการทางด้านกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ทำให้เราทราบว่ากฎหมายดังกล่าวมิใช่กฎหมายที่มีขึ้นเพื่อกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล หากแต่มีขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจและกิจการอื่นที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวเท่านั้น ส่วนในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญก็เกิดปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่านิติบุคคลต่างประเทศจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้หรือไม่ ซึ่งจะได้พิจารณาในลำดับถัดไป

⁷⁴ มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

⁷⁵ มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

⁷⁶ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

4.2 นิติบุคคลต่างประเทศในฐานะผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

4.2.1 ข้อความทั่วไป

หลังจากที่ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยเมื่อปี พ.ศ. 2475 ก็ได้ประกาศใช้ปฐมรัฐธรรมนูญเพื่อวางโครงสร้างการปกครองแบบใหม่ในปีเดียวกัน และเริ่มวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับที่สอง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยเกิดรัฐประหารหลายครั้งจึงทำให้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้วกว่ายี่สิบฉบับ ส่วนการวางหมวดหมู่ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญมีความคล้ายคลึงกันอยู่บ้าง โดยสามารถจัดกลุ่มได้ ดังนี้

เริ่มแรกเมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ยังมิได้บัญญัติกฎเกณฑ์สิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งเมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 จึงได้มีการบัญญัติสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดที่ 2 สิทธิและหน้าที่ของชนชาวสยาม โดยเริ่มต้นด้วยสิทธิในความเสมอภาคหนึ่งมาตรา ตามมาด้วยสิทธิในเสรีภาพอีกสามมาตราและจบด้วยหน้าที่ของพลเมืองอีกหนึ่งมาตรา และต่อมาเมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ก็ยังคงบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ในลักษณะเดียวกัน

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เมื่อวันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2492 ได้มีการแยกบัญญัติสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย และบัญญัติหน้าที่ของชนชาวไทยไว้ในหมวดที่ 4 ซึ่งถือเป็นต้นแบบสำคัญให้กับรัฐธรรมนูญหมวดที่ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญฉบับอื่นในเวลาต่อมา ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 หรือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่เริ่มบัญญัติเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญต่อองค์กรรัฐ ก็ยังคงกำหนดเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพตามแนวทางของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2492⁷⁷ ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้ได้ริเริ่มจัดหมวดหมู่สิทธิทางรัฐธรรมนูญในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย แต่เนื้อหาของสิทธิทางรัฐธรรมนูญก็ยังคงเดินตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันได้กลับไปใช้รูปแบบเช่นเดียวกับหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เช่นเดิม อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ใช้ชื่อหมวด 3 ว่า สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย

ส่วนธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร⁷⁸ที่บังคับใช้ชั่วคราวในระหว่างการปกครองของคณะรัฐประหารนั้น มิได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้เลย อีกทั้งยังมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่หัวหน้าคณะรัฐประหารในขณะนั้นโดยไม่จำกัดอีกด้วย ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับชั่วคราว⁷⁹ ได้มีความพยายามในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญในระหว่างที่ประเทศอยู่ภายใต้อำนาจของคณะรัฐประหารไว้แนบเนียนกว่านั้น โดยบัญญัติให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคที่เคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทย และตามพันธกรณีระหว่างประเทศไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าว⁸⁰ แต่ขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ก็ยังคงให้อำนาจแก่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) อย่างกว้างขวางในการออกคำสั่ง ระเบียบข้อบังคับ หรือกระทำการใด ในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการได้เสมอ⁸¹ ซึ่งทำให้ไม่อาจพูดได้เต็มปากว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้คุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง

⁷⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลผูกพันของสิทธิรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 42, น.992 (2556)

⁷⁸ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534

⁷⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

⁸⁰ มาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

⁸¹ มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

4.2.2 ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของ “นิติบุคคล” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁸²มีปรากฏบทบัญญัติที่ระบุให้นิติบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งในหลายประเทศก็ไม่ได้ระบุไว้เช่นเดียวกัน จะมีก็แต่รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้บัญญัติให้นิติบุคคลในประเทศสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวยตามมาตรา 19 วรรคสาม⁸³ จึงเกิดปัญหาว่านิติบุคคลจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

ต่อประเด็นปัญหานี้ เมื่อพิจารณาทฤษฎีสภาพบุคคลของนิติบุคคลแล้ว จะพบว่านิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้อย่างบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิที่โดยสภาพเชื่อมโยงอยู่กับความเป็นมนุษย์ที่มีเพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นการไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิของนิติบุคคลไว้โดยชัดแจ้งจึงไม่เป็นปัญหาแต่อย่างใด เพราะในบทบัญญัติอาจหมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ทั้งนี้ต้องพิจารณาลักษณะของสิทธิแต่ละชนิดว่าเป็นสิทธิที่จะมีแต่บุคคลธรรมดาเป็นผู้ทรงสิทธิ หรือเป็นสิทธิที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้

ยิ่งกว่านั้น เมื่อพิจารณาเป้าประสงค์สำคัญของสิทธิทางรัฐธรรมนูญจะพบว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญมีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองเอกชนจากการล่วงละเมิดโดยอำนาจรัฐ และโดยธรรมชาติของนิติบุคคลที่ไม่อาจดำเนินงานได้ด้วยตนเอง แต่ต้องอาศัยบุคคลธรรมดาในฐานะผู้แทนแสดงเจตนาแทนตน ย่อมทำให้นิติบุคคลอาจถูกกระทบกระทั่งจากการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำของรัฐได้เช่นกัน ดังนั้นนิติบุคคลจึงต้องเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญเพื่ออ้างอิงต่อรัฐมิให้ละเมิดสิทธิของตน เพราะในอีกแง่หนึ่งการคุ้มครองนิติบุคคลก็เป็นการคุ้มครองบุคคลธรรมดาที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคล โดยสิทธิของนิติบุคคลจะอิงอยู่กับสิทธิของบุคคลธรรมดา เมื่อบุคคลธรรมดามีสิทธิอย่างไรนิติบุคคลก็จะมีด้วย

แต่อย่างไรก็ดี นิติบุคคลก็ไม่อาจมีสิทธิเหมือนอย่างบุคคลธรรมดาทุกประการ เนื่องจากสิทธิดังกล่าวมิได้คุ้มครองบุคคลธรรมดาที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคลนั้นเรียงบุคคล หากแต่

⁸² พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 - รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁸³ มาตรา 19 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
ให้นำสิทธิขั้นพื้นฐานมาปรับใช้กับนิติบุคคลในประเทศเท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวย

คุ้มครองบุคคลธรรมดาในฐานะที่เป็นหน่วยเดียวกัน (Unit) โดยมีได้พิจารณาว่าบุคคลธรรมดามีเชื้อชาติศาสนาหรือมีลักษณะส่วนบุคคลอย่างไร ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของนิติบุคคลที่มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา ยิ่งกว่านั้น หน่วยของนิติบุคคลมีลักษณะเฉพาะ ไม่มีชีวิตจิตใจเหมือนอย่างบุคคลธรรมดา ดังนั้นสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้จะต้องไม่มีลักษณะเชื่อมโยงกับความเป็นมนุษย์ หรือมีลักษณะที่เกี่ยวกับความเป็นบุคคลที่ไม่มีในนิติบุคคล อันเป็นลักษณะที่โดยสภาพแล้วบุคคลธรรมดาอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้เท่านั้น เช่น สิทธิในเนื้อตัวร่างกาย สิทธิในครอบครัว สิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ เป็นต้น

และเนื่องจากนิติบุคคลมีขึ้นโดยอำนาจของกฎหมาย และดำรงอยู่เพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์อันเป็นมูลเหตุแห่งการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้น ดังนั้นนิติบุคคลจึงมีสิทธิและหน้าที่โดยจำกัดตามขอบแห่งวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งอีกด้วย⁸⁴

อย่างไรก็ดี เนื่องจากรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐต่างกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนชาติของตน จึงทำให้มีสิทธิทางรัฐธรรมนูญจำนวนหนึ่งที่ยึดโยงอยู่กับสัญชาติของบุคคล และมีเพียงพลเมืองของรัฐเท่านั้นที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ โดยในกรณีบุคคลธรรมดาแต่ละรัฐจะให้สัญชาติแก่บุคคลเป็นเครื่องแสดงความสัมพันธ์พิเศษระหว่างรัฐและบุคคล ซึ่งเป็นการแบ่งแยกพลเมืองของรัฐออกจากบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐ แต่ในกรณีนิติบุคคลมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่ารัฐไทยจะถือหลักเกณฑ์ใดในการแบ่งแยกนิติบุคคลที่รัฐอาจให้ความคุ้มครองได้เสมือนบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของรัฐออกจากนิติบุคคลที่เสมือนเป็นคนต่างด้าว เนื่องจากไม่อาจนำหลักเกณฑ์การกำหนดสัญชาติของบุคคลธรรมดามาใช้โดยเทียบเคียงกับนิติบุคคลได้ ยิ่งกว่านั้นยังมีความสับสนเรื่องการใช้อ้อยคำในการสื่อถึงกลุ่มบุคคลดังกล่าวไม่ว่าจะเป็น “คนต่างด้าว” “นิติบุคคลไทย - นิติบุคคลต่างด้าว” “นิติบุคคลสัญชาติไทย - นิติบุคคลสัญชาติต่างด้าว” ฯลฯ ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการแบ่งแยกนิติบุคคลดังกล่าวออกจากกัน จึงมีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่านิติบุคคลประเภทใดที่รัฐให้ความคุ้มครองเสมือนบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของรัฐ และนิติบุคคลประเภทใดที่รัฐได้ปฏิบัติเสมือนคนต่างด้าว จากนั้นจึงพิจารณาต่อว่านิติบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ในลำดับต่อไป

⁸⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะบุคคล : บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น.270.

4.2.3 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศ

4.2.3.1 นิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ

(1) ข้อความทั่วไป

ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ปรากฏแนวคิดการแบ่งแยกนิติบุคคลที่รัฐอาจให้ความคุ้มครองเสมือนพลเมืองของรัฐ ออกจากนิติบุคคลที่รัฐอาจให้การปฏิบัติเสมือนคนต่างด้าวโดยชัดแจ้ง แต่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือเป็นแขนงหนึ่งของกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ได้ศึกษาแนวคิดดังกล่าวจากหลักเกณฑ์การกำหนดนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ หรือจุดเกี่ยวพันอันแท้จริง (Genuine link) โดยนิติบุคคลใดมีจุดเกี่ยวพันอันแท้จริงกับรัฐไทยย่อมได้รับ “สัญชาติไทย” ดังนั้นจึงมีการเรียกนิติบุคคลที่อาจได้รับความคุ้มครองจากรัฐไทยเหล่านี้ว่า “นิติบุคคลสัญชาติไทย” และเรียกนิติบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทยว่า “นิติบุคคลสัญชาติต่างด้าว” หรือ “นิติบุคคลสัญชาติ (ต่อด้วยชื่อประเทศ)” อย่างไรก็ตามก็มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่านิติบุคคลสามารถมีสัญชาติได้จริงหรือไม่

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่าเนื่องจากนิติบุคคลมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่บางอย่างที่โดยสภาพแล้วนิติบุคคลมีไม่ได้เหมือนบุคคลธรรมดา ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้นิติบุคคลมีสัญชาติได้⁸⁵ และยังเป็นประโยชน์ในกรณีที่มีการขัดกันของกฎหมาย เนื่องจากในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย พ.ศ.2481 มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณากรณีที่เกิดการขัดกันของสัญชาตินิติบุคคล⁸⁶ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมเป็นการแสดงว่ารัฐไทยได้อนุโลมใช้หลักสัญชาติสำหรับบุคคลธรรมดามาใช้แก่นิติบุคคลด้วย และหากนิติบุคคลไม่มีสัญชาติย่อมไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยกฎหมายขัดกันแก่นิติบุคคลได้⁸⁷ ดังนั้นตามหลักกฎหมายขัดกัน สัญชาติของบุคคลนอกจากจะหมายถึงบุคคลธรรมดาแล้วย่อมหมายถึงสัญชาติของนิติบุคคลด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าการให้สัญชาติแก่นิติบุคคลนี้เป็นการขยาย

⁸⁵ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น.106.

⁸⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 7 บัญญัติว่า ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่

⁸⁷ ภาสกร ชุณหอุไร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2520), น.124.

หลักการให้สัญชาติแก่บุคคลธรรมดาให้กับนิติบุคคลด้วยนั่นเอง ยิ่งกว่านั้นในปัจจุบันการติดต่อการค้าระหว่างบุคคลต่างสัญชาติโดยเฉพาะนิติบุคคลมีมาก นิติบุคคลจึงจำเป็นต้องอย่างยิ่งในการมีสัญชาติเพื่อรับความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) จากรัฐเจ้าของสัญชาติและในทางกลับกันรัฐเจ้าของสัญชาติก็จะสามารถควบคุมดูแลนิติบุคคลของตนเองได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา⁸⁸

นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศจะมองว่านิติบุคคลสามารถมีสัญชาติได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาแล้ว นักกฎหมายแพ่งก็เห็นว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อมีการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทแล้ว นิติบุคคลย่อมมีสภาพบุคคลแยกออกจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลาย⁸⁹ มีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามกรอบวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ รวมทั้งมีสัญชาติของตนเอง และเมื่อนิติบุคคลจดทะเบียนที่ประเทศใดและได้ทำตามขั้นตอนและเงื่อนไขของท้องถิ่นนั้นครบถ้วนแล้วย่อมได้รับสัญชาติของท้องถิ่นที่จดทะเบียนนั้น ดังนั้นเมื่อห้างหุ้นส่วนบริษัทจดทะเบียนแล้วในประเทศไทย ย่อมได้สัญชาติไทย โดยไม่คำนึงว่าผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นจะมีสัญชาติอย่างไรอันเป็นหลักที่ใช้ปฏิบัติทั่วไป⁹⁰

จากความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศและนักกฎหมายแพ่งข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า นิติบุคคลสามารถมีสัญชาติได้อย่างบุคคลธรรมดาโดยขยายหลักการให้สัญชาติแก่บุคคลธรรมดาให้กับนิติบุคคลด้วย และนิติบุคคลมีสภาพบุคคลตามกฎหมายย่อมมีสิทธิ

⁸⁸ กมล สนิทเกษตริณ, คำอธิบาย กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2535), น.117.

⁸⁹ ผลของมาตรา 1015 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนตามบัญญัติแห่งลักษณะนี้แล้ว ท่านจัดว่าเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งรวมกันเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น

⁹⁰ ภาสกร ชุณหอุไร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท บรรพ 3 มาตรา 1012-1237/4, (กรุงเทพฯ : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.11.; โสภณ รัตนากร, คำอธิบาย หุ้นส่วนและบริษัท, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), น.157-158.; ทิพย์ชนก รัตโนสถ, คำอธิบาย เรียงมาตรา กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 6, แก้ไขและเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.27 และ น.29-30.

หน้าที่รวมทั้งสัญชาติเป็นของตนเอง ซึ่งการให้สัญชาติแก่นิติบุคคลจะมีประโยชน์ในเรื่องกฎหมายขัดกันและการได้รับความคุ้มครองทางการทูต เป็นต้น

นอกจากคำอธิบายในทางตำราที่นำคำว่า “สัญชาติ” มาใช้กับนิติบุคคลอย่างแพร่หลายแล้ว คำดังกล่าวยังปรากฏอยู่ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 5 ว่าด้วยบทนิยามคำว่า “กิจการของคนไทย” ที่หมายความว่า “กิจการที่เป็นของคุณบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสัญชาติไทย” ซึ่งภายหลังระเบียบดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และก็ไม่ปรากฏคำว่านิติบุคคลสัญชาติไทยตามกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแต่อย่างใด ยิ่งกว่านั้น ในการจัดทำคำพิพากษาของศาลและการจัดทำความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้มีการใช้คำว่า “สัญชาติ” กับนิติบุคคลอีกด้วย ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอในหัวข้ออื่นต่อไป

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าการนำคำว่า “สัญชาติ” มาใช้กับนิติบุคคลอาจเป็นการนำคำมาใช้ที่ไม่ตรงกับความหมายในทางกฎหมายที่แท้จริงนัก ซึ่งมีนักกฎหมายระหว่างประเทศท่านหนึ่ง⁹¹ เห็นว่าแม้การใช้สัญชาติกับนิติบุคคลจะไม่ถูกต้องนัก แต่ก็เป็นการใช้บังคับใช้โดยอนุโลม เนื่องจากกฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะให้นิติบุคคลมีประเทศสังกัด จึงได้มีการยืมคำว่า “สัญชาติ” ของบุคคลธรรมดามาใช้กับนิติบุคคลด้วย ซึ่งสามารถพบได้จากการขัดกันของสัญชาตินิติบุคคลตามมาตรา 7 แห่งพระราชว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ส่วนในต่างประเทศก็ได้หลีกเลี่ยงการใช้คำว่า “สัญชาติ” กับองค์กรธุรกิจ ซึ่งพบได้จากเอกสารทางการบางฉบับของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจริงอยู่ที่นิติบุคคลจะต้องมีประเทศสังกัด หรือแม้กระทั่งการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญเองก็ต้องมีความสัมพันธ์อันแท้จริงต่อรัฐ ที่ทำให้รัฐมีหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของนิติบุคคลนั้น แต่หากพิจารณาหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้กับนิติบุคคล ประกอบกับหลักเกณฑ์ที่ประเทศไทยยึดถือในหัวข้อถัดไปแล้ว จะพบว่าการนำคำว่า “สัญชาติ” มาใช้กับนิติบุคคลจึงเป็นการใช้คำที่ไม่ตรงกับความหมายที่แท้จริงนัก จึงสมควรที่จะต้องกำหนดคำเรียกใหม่เพื่อสื่อความหมายที่แท้จริงต่อไป

⁹¹ วิเชียร วัฒนคุณ, คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2508), น.139.

(2) แนวคิดและทฤษฎีนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ

หากนิติบุคคลสามารถมีสัญชาติ⁹²ได้อย่างบุคคลธรรมดาแล้ว ตามทฤษฎีของกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่า สัญชาติของนิติบุคคลเป็นเครื่องแสดงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเจ้าของนิติบุคคลและนิติบุคคล ซึ่งมีลักษณะที่เป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะในทางระหว่างประเทศ ดังนั้นกฎหมายที่กำหนดสัญชาติของนิติบุคคลจึงเป็นกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติ⁹³ อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับว่าประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่วางหลักเกณฑ์เรื่องสัญชาติของนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะอย่างกฎหมายว่าด้วยสัญชาติของบุคคลธรรมดา และจะมีก็เพียงกฎหมายที่กล่าวถึง “นิติบุคคลไทย” และ “นิติบุคคลต่างด้าว” ที่นำมาใช้เฉพาะบริบทของกฎหมายฉบับดังกล่าวเท่านั้น และไม่อาจนำมาใช้กับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลได้ เช่น กฎหมายว่าด้วยเรือไทย กฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นต้น

ยิ่งกว่านั้น การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์การกำหนดสัญชาติของบุคคลธรรมดามาใช้โดยเทียบเคียงได้ ดังนั้นจึงมีทฤษฎีกำหนดความสัมพันธ์อันแท้จริงระหว่างรัฐและนิติบุคคล ซึ่งถือเสมือนเป็นสัญชาติของนิติบุคคลที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปทั้งสิ้น 4 ทฤษฎี นั่นคือ ทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคล ทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ที่แท้จริงของนิติบุคคล ทฤษฎีศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ และทฤษฎีการควบคุม ดังนี้

(2.1) ทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคล (Place of Incorporation, L'incorporation)

ทฤษฎีนี้ได้นำเอาความคิดเรื่องภูมิลำเนาและถิ่นที่อยู่ซึ่งถือเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำคัญของบุคคลมาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล โดยนิติบุคคลที่ก่อตั้งหรือจดทะเบียนภายใต้กฎหมายใดย่อมมีสัญชาติของประเทศนั้น และทฤษฎีนี้ถือกำเนิดในประเทศอังกฤษช่วงศตวรรษที่ 18 ในขณะที่เป็นประเทศเจ้าอาณานิคม ซึ่งประเทศอังกฤษได้คิดทฤษฎีนี้ขึ้นเพื่อประโยชน์ของอังกฤษในแง่การลงทุน เมื่อคนอังกฤษต้องการไปลงทุนในประเทศอาณานิคมหรือ

⁹² ในทางกฎหมายระหว่างประเทศจะใช้คำว่าสัญชาติกับนิติบุคคลโดยไม่ได้สงวนคำดังกล่าวไว้เฉพาะบุคคลธรรมดา ดังนั้นเมื่อมีการกล่าวถึงทฤษฎีของกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงใช้คำว่า “สัญชาติ” เหมือนกับเอกสารต้นฉบับ

⁹³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “การกำหนดสัญชาติไทยของนิติบุคคลปัจจุบัน,” *อุลพาท*, เล่มที่ 2, ปีที่ 42, น.117. (เมษายน- มิถุนายน 2538).

ประเทศอื่น คนอังกฤษก็จะสามารถก่อตั้งนิติบุคคลได้ตามกฎหมายอังกฤษและส่งผลให้นิติบุคคลมีสัญชาติอังกฤษ เมื่อนิติบุคคลมีสัญชาติอังกฤษแล้วรัฐบาลอังกฤษย่อมสามารถคุ้มครองดูแลผลประโยชน์นิติบุคคลของตนได้ ขณะเดียวกันก็เป็นการเปิดโอกาสในการใช้กฎหมายของตนด้วย⁹⁴

(2.2) ทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงของนิติบุคคล (Place of Situation of Head Office, Real seat, Siège social)

ทฤษฎีนี้เห็นว่านิติบุคคลมีสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ตั้งอยู่ประเทศใดให้ถือว่านิติบุคคลมีสัญชาติของประเทศนั้น ซึ่งทฤษฎีนี้เห็นว่านิติบุคคลเป็นบุคคลทางกฎหมายที่อาศัยบุคคลธรรมดาเป็นผู้ดำเนินการ โดยการดำเนินการของบุคคลนั้นจะต้องอาศัยสถานที่ในการดำเนินการ เช่น ถิ่นที่นิติบุคคลมีการประชุมของผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้น หรือเป็นสถานที่กำหนดนโยบายโดยกรรมการผู้จัดการของบริษัท โดยถือว่าการประชุมสั่งการของผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้นเป็นหัวใจของการดำเนินกิจการของนิติบุคคล⁹⁵

(2.3) ทฤษฎีศูนย์กลางการแสวงหาประโยชน์ (La theorie du lieu d'exploitation)

ทฤษฎีนี้ได้ขยายหลักทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงของนิติบุคคลซึ่งมีแนวความคิดจากภูมิลำเนาของบุคคลธรรมดา กล่าวคือ ภูมิลำเนาของนิติบุคคลจะหมายรวมถึงสถานที่ที่นิติบุคคลแสวงหาประโยชน์เป็นส่วนใหญ่ โดยคำนึงถึงสถานที่ทำการผลิตสินค้าหรือบริการ หรือที่ทำการอื่นใด และในขณะเดียวกันอาจหมายถึงที่ตั้งแห่งใหญ่ที่มีศูนย์กลางในการควบคุมนโยบายและวางแผนปฏิบัติงานต่าง ๆ ทั้งนี้สถานที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่และสถานที่ที่นิติบุคคลนั้นได้แสวงหาประโยชน์ซึ่งทั้งสองสถานที่อาจเป็นสถานที่เดียวกันหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ในทางปฏิบัติการนำทฤษฎีนี้มาใช้ เพื่อกำหนดสัญชาตินิติบุคคลไม่ค่อยเป็นที่ยอมรับนักในภาคพื้นยุโรป อังกฤษ หรือสหรัฐอเมริกา มีเพียงคำพิพากษาของประเทศฝรั่งเศสบางคดีเท่านั้นที่ยอมรับทฤษฎีนี้ เนื่องจากมีความยากลำบากในการกำหนดว่าสถานที่ใดเป็นศูนย์กลางในการแสวงหาประโยชน์ที่แท้จริงของนิติบุคคล⁹⁶

⁹⁴ ชุมพร ปัจจุสานนท์, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล : สัญชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.323.

⁹⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.37-38.

⁹⁶ ชุมพร ปัจจุสานนท์, อ้าวไว้ เจริญรทที่ 94, น.318-319.

(2.4) ทฤษฎีการควบคุม (Le controle)

ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 โดยนำเอาสัญชาติส่วนใหญ่ของสมาชิกมากำหนดความเป็นชนชาติศัตรู (Enemy Nationality) โดยเห็นว่าการบริหารจัดการนิติบุคคลย่อมถูกรอบงำโดยสมาชิก ดังนั้นหากนิติบุคคลอยู่ภายใต้การครอบงำของสมาชิกข้างมากของศัตรู ผลประโยชน์ของนิติบุคคลจึงเป็นผลประโยชน์ของชนชาติศัตรู และโดยผลของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสงคราม รัฐผู้ชนะสงครามจึงอาจยึดทรัพย์สินของนิติบุคคลเพื่อชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากสงครามได้ในฐานะทรัพย์สินของชนชาติศัตรู ต่อมาแนวคิดนี้ได้ขยายไปยังผู้บริหารที่มีสัญชาติศัตรูด้วย ซึ่งหากมีผู้บริหารข้างมากมีสัญชาติศัตรูนิติบุคคลก็ย่อมมีสัญชาติศัตรูด้วย⁹⁷ ซึ่งประเทศไทยก็เคยนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้ในภาวะสงครามเช่นกัน เช่น พระราชบัญญัติห้ามการค้าขายกับชนชาติศัตรู พ.ศ. 2460 พระราชบัญญัติควบคุมและจัดการกิจการหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าวบางจำพวกในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484 และพระราชบัญญัติว่าด้วยชนชาติศัตรูและทรัพย์สินชาติศัตรู พ.ศ. 2485 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ราชการไทยในการเข้าไปยึดหรืออายัดห้างและบริษัทที่ชนชาติศัตรูถือหุ้นหรือควบคุมอยู่เพราะถือว่าเป็นนิติบุคคลของชนชาติศัตรู

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์การหาความสัมพันธ์อันอันแท้จริงของรัฐและนิติบุคคลข้างต้นนำมาใช้เฉพาะนิติบุคคลเอกชนเท่านั้นไม่รวมถึงนิติบุคคลมหาชนแต่อย่างใด กล่าวคือนิติบุคคลมหาชนถือเป็นองค์การหรือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ และผู้ที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคลมหาชนจึงเป็นรัฐมิใช่นิติบุคคลเอกชนหรือบุคคลธรรมดา ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องให้สัญชาติแก่รัฐอีก ยิ่งกว่านั้นนิติบุคคลมหาชนย่อมผูกพันตามรัฐธรรมนูญและมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่เอกชนทั่วไป จึงทำให้โดยหลักนิติบุคคลมหาชนไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ และเป็นผู้ที่ต้องผูกพันอยู่กับสิทธิทางรัฐธรรมนูญในขณะเดียวกันได้ แต่มีข้อยกเว้นบางกรณีที่นิติบุคคลมหาชนอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ หากปรากฏว่านิติบุคคลมหาชนมีความจำเป็นที่จะต้องปกป้องตนเองเพื่อให้อิสระจากรัฐ ตามขอบเขตที่ได้รับคุ้มครองตามสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่รัฐได้รับรองไว้ เช่น สิทธิในเสรีภาพในทางวิชาการของมหาวิทยาลัย เป็นต้น ดังนั้นการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลและนิติบุคคลที่เป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในงานเขียนขึ้นนี้จึงมุ่งหมายถึงนิติบุคคลเอกชนเท่านั้น

⁹⁷ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *อ้างไว้* *เชิงอรรถที่ 93*, น.120 -121.

(3) การกำหนดนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงของต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ

(3.1) ต่างประเทศ

เมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับสัญชาตินิติบุคคลเพื่อใช้พิจารณาการบังคับใช้กฎหมายกับนิติบุคคล หรือการให้ความคุ้มครองทางการทูตในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีเพียงสองทฤษฎีที่ต่างประเทศได้นำมาใช้แก้ปัญหาดังกล่าว นั่นคือ ทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคล และทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ โดยแต่ละประเทศได้นำทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ต่างกัน ดังนี้

ก. กลุ่มประเทศที่นำทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลมาใช้

เนื่องจากประเทศอังกฤษได้ให้กำเนิดทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 18 โดยยึดถือหลักที่ว่านิติบุคคลได้ก่อตั้งตามกฎหมายของประเทศใดย่อมมีสัญชาติของประเทศนั้น ประกอบกับประเทศอังกฤษถือเป็นประเทศที่มีอิทธิพลในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี จึงทำให้อัตราทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลได้รับการยอมรับจากหลายประเทศในกลุ่มระบบคอมมอนลอว์ เช่น ไอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา หรือบางประเทศในลาตินอเมริกา ได้แก่ บราซิล เปรู กัวเตมาลา ตอลอดจนแคนาดา ออสเตรเลีย เป็นต้น⁹⁸ และไม่เพียงกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ที่นำทฤษฎีนี้มาใช้เท่านั้น แต่ยังรวมถึงบางประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ด้วย เช่น เดนมาร์ก เนเธอร์แลนด์ เป็นต้น⁹⁹

ข. กลุ่มประเทศที่นำทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่มาใช้

ทฤษฎีนี้ได้ถูกพัฒนาขึ้นเป็นครั้งแรกในศตวรรษที่ 19 โดยศาลภายในของประเทศฝรั่งเศส ในคดี Débarcadère de cadix โดยศาลเห็นว่าสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ของบริษัทเป็นปัจจัยหรือจุดเกาะเกี่ยวสำคัญ เนื่องจากเป็นสถานที่ที่ผู้ก่อตั้งนิติบุคคลได้ลงนามในหนังสือก่อตั้งนิติบุคคล และได้ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายฝรั่งเศส อีกทั้งคณะกรรมการบริหารจัดการบริษัทต้องอยู่ในประเทศฝรั่งเศส

⁹⁸ Martin Wolff, Private International Law, (London : Oxford, 1944), p.299, quoted in ชุมพร ปัจจุสานนท์, อ่าวไว้ เชิงอรรถที่ 94, น.324.

⁹⁹ A. Roussos, “Realising the Free Movement of Companies,” European Business Law Review, p.8 (January/February, 2001), quoted in Ulvi ALTINIŞIK, “Free Movement of Companies within the EU,” Ankara Bar Review1, p.105 (2012).

ต่อมาทฤษฎีสถานที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคลได้รับการยอมรับจากประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรป ซึ่งพบได้จากคดี La Suédoise Grammaont v. Roller (1923) โดยคณะอนุญาโตตุลาการร่วมเบลเยียม - เยอรมัน ได้ร่วมกันวินิจฉัยว่าบริษัท La Suédoise Grammaont จำกัด มีสัญชาติเบลเยียม เนื่องจากมีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ในประเทศเบลเยียม แม้ว่าสำนักงานบริหารจะอยู่ที่ประเทศฝรั่งเศสและผู้ถือหุ้นและผู้บริหารทั้งหมดของบริษัทจะเป็นคนสัญชาติฝรั่งเศสหมดก็ตาม

หลังจากคดี Débarcadère de cadix ต่อมาในศตวรรษที่ 20 ประเทศฝรั่งเศสได้ตราหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานที่ตั้งของนิติบุคคลขึ้นในประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales)¹⁰⁰ โดยกำหนดให้นิติบุคคลที่มีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในฝรั่งเศสย่อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส ภายหลังจากที่ได้มีการตราเป็นกฎหมายแล้ว ต่อมาศาลได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในคดี La Soie artificielle โดยเห็นว่าแม้เงินทุนส่วนใหญ่ของบริษัทจะมาจากต่างประเทศ แต่บริษัทได้มีการจ้างงานในประเทศฝรั่งเศสและได้ขออนุญาตจัดตั้งโรงงานในประเทศฝรั่งเศส อีกทั้งบริษัทดังกล่าวไม่ได้เป็นบริษัทสาขา ดังนั้นศาลจึงให้น้ำหนักกับสถานที่ตั้งแห่งใหญ่โดยถือว่าบริษัทดังกล่าวมีสัญชาติฝรั่งเศสเพราะมีสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส¹⁰¹

โดยที่ทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ได้ตระหนักว่าสถานที่ที่นิติบุคคลได้จัดการ ควบคุม จัดการงานที่แท้จริง หรือเป็นสถานที่หลักในการดำเนินธุรกิจจะเป็นตัวกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับนิติบุคคล และเป็นทฤษฎีที่กำเนิดมาจากประเทศฝรั่งเศสที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ ด้วยอิทธิพลดังกล่าวประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น ฝรั่งเศส เยอรมนี สเปน โปรตุเกส เบลเยียม ลักเซมเบิร์ก และกรีซ จึงได้นำทฤษฎีนี้มาปรับใช้ด้วยเช่นกัน¹⁰²

(3.2) องค์การระหว่างประเทศ

ก. สหภาพยุโรป (European Union - EU)

ก่อนที่มีการก่อตั้งสหภาพยุโรปขึ้นอย่างปัจจุบัน ได้มีการปรับปรุงโครงสร้างสหภาพยุโรปใหม่ตามสนธิสัญญาปฏิรูปหรือสนธิสัญญาลิสบอน 2007 (Reform Treaty, Treaty of Lisbon) โดยบัญญัติสนธิสัญญาลูกขึ้นอีกสองฉบับนั้นคือ Treaty on European Union

¹⁰⁰ Article L.123-11, Article L.123-11-1

¹⁰¹ ชุมพร ปัจจุสานนท์, *อั่งไว้ เจริญธรรมที่ 94*, น.317

¹⁰² A. Roussos, *อั่งไว้ เจริญธรรมที่ 99*, น.8.

(TEU) และ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) โดยสนธิสัญญาฉบับที่สองได้มีการวางหลักการพื้นฐานสำคัญไว้เพื่อวัตถุประสงค์ในการรวมเป็นหนึ่งในสหภาพยุโรป นั่นคือเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายสินค้า (Free movement of goods)¹⁰³ เสรีภาพในการเคลื่อนย้ายแรงงาน (Free movement of workers)¹⁰⁴ เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่ตั้ง (Freedom of establishment)¹⁰⁵ และเสรีภาพในการจัดหาบริการ (Freedom to provide services)¹⁰⁶ เป็นต้น

กล่าวโดยเฉพะเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่ตั้ง (Freedom of establishment) ตามมาตรา 49 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการทำงานของสหภาพยุโรป ถือเป็นหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลในประเทศสมาชิกยุโรป ที่ต้องมีความยืดหยุ่นกว่าเมื่อครั้งก่อตั้งประชาคมยุโรป (Europe Community - EC) เพราะต้องทำให้เกิดความคล่องตัวสำหรับการข้ามพรมแดนของสินค้า บริการ แรงงาน ตลอดจนการเพิ่มเงินทุนจดทะเบียนเพื่อการสร้างตลาดภายในสหภาพยุโรป ดังนั้นเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่ตั้งจึงได้รับความสนใจเป็นอย่างมากในสหภาพ โดยเฉพาะกฎหมายบริษัทของยุโรป (European Company Law - ECL) ที่ได้มีการพัฒนาอย่างมีนัยสำคัญไปพร้อมกับคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมสหภาพยุโรป (European Court of Justice - ECJ)

ซึ่งเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่ตั้งตามมาตรา 49 สมาชิกสหภาพยุโรปจะได้รับสิทธิจัดตั้งองค์กรธุรกิจขึ้นที่ใดก็ได้ในเขตประเทศสมาชิก รวมถึงสิทธิในการดำเนินการและดำเนินกิจกรรมในกิจการส่วนบุคคล ตลอดจนจัดตั้งและจัดการงานในองค์กรธุรกิจที่ระบุในมาตรา 54 ที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขทางกฎหมายของชาติที่ได้จัดตั้งขึ้น ยิ่งกว่านั้น นอกจากการเลือกถิ่นที่ตั้งองค์กรธุรกิจแล้วยังรวมถึงการจัดตั้งสำนักงานผู้แทน สำนักงานสาขา หรือบริษัทในเครืออีกด้วย¹⁰⁷

¹⁰³ Article 28 of Treaty on the Functioning of the European Union

¹⁰⁴ Article 45 of Treaty on the Functioning of the European Union

¹⁰⁵ Article 49 of Treaty on the Functioning of the European Union

¹⁰⁶ Article 56 of Treaty on the Functioning of the European Union

¹⁰⁷ Article 49 of Treaty on the Functioning of the European Union

Within the framework of the provisions set out below, restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Such prohibition shall also apply to restrictions on

โดยคำว่าองค์กรธุรกิจที่ระบุไว้ในเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่ตั้งตามมาตรา 49 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการทำงานของสหภาพยุโรปข้างต้นนั้น ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้ในมาตรา 54 วรรคสอง¹⁰⁸ โดยหมายถึงองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายพาณิชย์ และให้รวมถึงสหกรณ์ และนิติบุคคลอื่นตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน เว้นแต่องค์กรที่ไม่แสวงหาผลกำไร ซึ่งเหตุที่มีการระบุคำนิยามของคำว่าองค์กรธุรกิจ¹⁰⁹ไว้ก็เนื่องมาจากว่ากฎหมายในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจของประเทศสมาชิกมีหลากหลาย เพราะบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส เบลเยียม เยอรมนี และสเปน มีทั้งประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายพาณิชย์ และกฎหมายพิเศษที่ควบคุมองค์กรธุรกิจรวมถึงห้างหุ้นส่วน หรือบางประเทศ เช่น อิตาลี เนเธอร์แลนด์มีเพียงประมวลกฎหมายแพ่ง หรือบางประเทศ เช่น โปรตุเกส โปแลนด์ มีประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายบริษัท หรือบางประเทศ เช่น ไอร์แลนด์ อังกฤษ ไม่มีประมวลกฎหมายแพ่งและ

the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State.

Freedom of establishment shall include the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings, in particular companies or firms within the meaning of the second paragraph of Article 54, under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such establishment is effected, subject to the provisions of the Chapter relating to capital.

¹⁰⁸ Article 54 (2) of Treaty on the Functioning of the European Union

‘Companies or firms’ means companies or firms constituted under civil or commercial law, including cooperative societies, and other legal persons governed by public or private law, save for those which are non-profit-making.

¹⁰⁹ ผู้เขียนได้แปลคำว่า “Companies or firms” ตามสนธิสัญญาว่าด้วยการทำงานของสหภาพยุโรปเป็นคำว่า “องค์กรธุรกิจ” ทั้งนี้ก็เพื่อให้ครอบคลุมตามคำนิยามของกฎหมายดังกล่าว และด้วยลักษณะของคำว่า “Companies” และ “firms” มีความแตกต่างกันตามกฎหมายของประเทศสมาชิกที่มีทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์ ดังนั้นผู้เขียนจึงจะการแปลคำดังกล่าวว่าหมายถึงบริษัทเท่านั้น

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ แต่มีในกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายพิเศษสำหรับ
หุ้นส่วนและบริษัทนั่นเอง¹¹⁰

และด้วยความหลากหลายของรัฐสมาชิกนี้เอง จึงเกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับ
สัญญาติยุโรปขององค์กรธุรกิจขึ้นว่าองค์กรดังกล่าวต้องมีลักษณะอย่างไรจึงจะถือได้ว่าเป็นองค์กร
ธุรกิจที่มีสัญชาติยุโรป โดยที่สัญชาติของปัจเจกบุคคลและองค์กรธุรกิจนั้นต่างขึ้นอยู่กับจุดเกาะเกี่ยว
สำคัญระหว่างบุคคลและประเทศ กล่าวคือ การเป็นพลเมืองสหภาพยุโรปของปัจเจกบุคคลจะขึ้นอยู่กับ
กฎหมายของรัฐสมาชิกนั้น โดยหากเป็นประเทศสมาชิกที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (รวมถึงประเทศ
เดนมาร์ก) จะขึ้นอยู่กับภูมิลำเนาของบุคคลนั้น ส่วนประเทศสมาชิกที่ใช้ระบบซีวิลลอว์โดยทั่วไปจะ
ขึ้นอยู่กับสัญชาติที่ได้จากหลักดินแดนและ/หรือหลักสืบสายโลหิต ส่วนนิติบุคคลอย่างองค์กรธุรกิจที่
เป็นพลเมืองสหภาพยุโรปที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐสมาชิกใดรัฐสมาชิกหนึ่งนั้น หากเป็นประเทศสมาชิก
ที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ และรวมถึงประเทศสมาชิกอื่นที่ไม่ได้ใช้ระบบคอมมอนลอว์ เช่น เนเธอร์แลนด์
และอิตาลี จะนำทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคล (Incorporation Theory) มาใช้ปรับใช้
ซึ่งเปรียบได้กับหลักสถานที่เกิดที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวของปัจเจกบุคคล ส่วนประเทศสมาชิกที่ใช้ระบบ
ซีวิลลอว์ เช่น เยอรมนี ฝรั่งเศส อิตาลี ได้นำทฤษฎีสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริง (Real Seat Theory)
มาปรับใช้ ซึ่งเปรียบได้กับหลักภูมิลำเนาที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวของปัจเจกบุคคล ดังนั้นในสนธิสัญญาว่า
ด้วยการทำงานของสหภาพยุโรปจึงไม่มีทางเลือกมากนักนอกจากสองทฤษฎีนี้ ประกอบกับไม่มีทฤษฎี
ใดมีอิทธิพลมากกว่ากัน ท้ายที่สุดจึงปรากฏทั้งสองทฤษฎีอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 54 วรรค 1¹¹¹
ที่ให้ความคุ้มครองและรับรองสถานะของบรรดาองค์กรธุรกิจที่ก่อตั้งภายใต้กฎหมายของประเทศ
สมาชิกสหภาพยุโรป และมีสำนักงานจดทะเบียน มีศูนย์กลางบริหารจัดการ หรือมีศูนย์การดำเนิน

¹¹⁰ Nicola de Luca, *European Company Law: Text, Case and Materials*,
(New York : Cambridge University Press, 2017), p.11.

¹¹¹ Article 54 (1) of Treaty on the Functioning of the European Union
Companies or firms formed in accordance with the law of a Member
State and having their registered office, central administration or principal place of
business within the Union shall, for the purposes of this Chapter, be treated in the
same way as natural persons who are nationals of Member States.

ธุรกิจภายในสหภาพยุโรป โดยองค์กรธุรกิจดังกล่าวจะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาผู้มีสัญชาติในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป¹¹²

กล่าวโดยสรุป สหภาพยุโรปได้ยึดถือทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลและทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการกำหนดคุณสมบัติของนิติบุคคลที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตลอดจนได้รับสิทธิประโยชน์จากสหภาพยุโรปนั่นเอง

ข. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice – ICJ)

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยวางหลักเรื่องการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคล โดยพยายามเทียบเคียงกับการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บุคคลธรรมดาที่จะต้องมียุติของภูมิลำเนาของภูมิลำเนาของนิติบุคคลด้วย ซึ่งปรากฏในคดี Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) โดยมีรายละเอียดดังนี้

บริษัท บาเซลอน่า แทรคชั่น ไลท์ แอนด์ พาวเวอร์ จำกัด ได้จัดตั้งขึ้นที่ประเทศแคนาดา และมีสำนักงานใหญ่อยู่ที่เมืองโตรอนโต ประเทศแคนาดา มีวัตถุประสงค์ในการผลิตและพัฒนาพลังงานไฟฟ้า และรับผิดชอบเกี่ยวกับระบบการแจกจ่ายกระแสไฟฟ้าในเมืองคาทาลونيا ประเทศสเปน และทำการเปิดสำนักงานสาขาที่ประเทศสเปน โดยมีผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเป็นชาวเบลเยียม ต่อมาบริษัทฯ ได้ออกพันธบัตรเป็นสกุลเงินประเทศสเปนและอังกฤษ แจกจ่ายแก่ผู้ถือหุ้น แต่ภายหลังได้เกิดสงครามกลางเมืองในสเปนขึ้น บริษัทฯ จึงจ่ายดอกเบี้ยให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ถือพันธบัตรที่เป็นสกุลเงินสเปนได้เท่านั้น เพราะรัฐบาลสเปนห้ามมิให้มีการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ผู้ถือหุ้นที่ถือพันธบัตรสกุลเงินของประเทศอังกฤษที่ไม่ได้รับชำระดอกเบี้ยจากบริษัทฯ มาขอให้ศาลสเปนสั่งให้บริษัทฯ ล้มละลาย ภายหลังจากนั้นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวได้ยึดทรัพย์สินของบริษัทฯ และบริษัทลูก แต่งตั้งกรรมการให้เป็นชาวสเปน และให้ผู้ร้องในคดีล้มละลายเข้าควบคุมกิจการของบริษัทลูก แม้ต่อมาบริษัทฯ และผู้มีส่วนได้เสียได้ทำการร้องคัดค้านคำสั่งศาลที่สั่งให้บริษัทฯ ล้มละลายก็ไม่มีผลแต่อย่างใด ยิ่งกว่านั้น ต่อมาศาลสเปนได้แต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สินของบริษัทฯ ขึ้น มีการเสนอขายหุ้นใหม่และปรากฏว่าบริษัทในสเปนได้ทำการประมูลได้และเข้ายึดกิจการของบริษัทฯ ทั้งหมด ยิ่งกว่านั้นยังมีการออกหุ้นใหม่สำหรับบริษัทลูก

¹¹² Nicola de Luca, *supra note 110*, p.13-15.

และยกเลิกหุ้นที่อยู่นอกประเทศสเปนทั้งหมด และยังทำการโอนสำนักงานใหญ่ของบริษัทฯที่อยู่ในแคนาดาไปยังสเปนอีกด้วย¹¹³

ภายหลังจากนั้นบริษัทฯ ได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล และมีการส่งผู้แทนมาเจรจากับรัฐบาลสเปนแต่ก็ไม่เป็นผลแต่อย่างใด

ด้วยเหตุข้างต้น ประเทศเบลเยียมจึงยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อเรียกให้รัฐบาลสเปนรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการที่หน่วยงานของประเทศสเปนได้กระทำการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีประเด็นที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาว่าประเทศเบลเยียมมีอำนาจฟ้องและสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) แก่บริษัท Barcelona Traction ได้หรือไม่ ซึ่งหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตมีว่าประเทศที่จะมีอำนาจดังกล่าวได้จะต้องเป็นประเทศเจ้าของสัญชาติของบุคคลนั้น

ต่อมาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า คำร้องของประเทศเบลเยียมมิได้เป็นการกระทำแทนบริษัท Barcelona Traction แต่เป็นคำร้องที่กระทำแทนบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นเพียงผู้ถือหุ้นของบริษัทฯ เนื่องจากประเทศเบลเยียมเป็นประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทฯ เท่านั้น ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวถือเป็นการที่ศาลปฏิเสธความสัมพันธ์ของรัฐและบริษัทที่อาศัยทฤษฎีการควบคุม ดังนั้นประเทศเบลเยียมจึงมิใช่ผู้เสียหายที่มีอำนาจฟ้องตามคดีนี้ (jus standi) และมีอาจให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัท Barcelona Traction ได้ยิ่งกว่านั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้วางหลักสำคัญไว้อีกว่าหากบริษัทยังมีตัวตนอยู่มีเพียงรัฐเจ้าของสัญชาติเท่านั้นที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ และรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ก็ต่อเมื่อบริษัทได้สิ้นสุดสภาพนิติบุคคลแล้ว หรือรัฐเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ นั่นเอง หรือรัฐเจ้าของสัญชาติไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทได้เท่านั้น

อย่างไรก็ดี แม้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมิได้วินิจฉัยไว้โดยเฉพาะว่าประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทฯ พิพาทได้ก็ตาม แต่ในคำวินิจฉัยส่วนอื่นได้ชี้ให้เห็นว่า บริษัท Barcelona Traction มีสัญชาติแคนาดา เนื่องจากบริษัทฯ ได้ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายแคนาดา อีกทั้งมีการจัดการระบบบัญชี การจดทะเบียน ผู้ถือหุ้น การประชุมใหญ่กรรมการตามกฎหมายแคนาดา และมีการเสียภาษีตลอดจนมีที่ตั้งสำนักงานใหญ่ที่

¹¹³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.277-278.

แคนาดา ดังนั้นนิติบุคคลดังกล่าวจึงมีสัญชาติแคนาดา และรัฐที่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้คือประเทศแคนาดานั้นเอง

โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงเกณฑ์สำคัญในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลดังกล่าวว่า กฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายภายในที่อยู่ภายใต้อำนาจรัฐ ดังนั้นหากมีประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของรัฐ และการปฏิบัติต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น ศาลระหว่างประเทศก็จะกลับไปพิจารณา กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายภายใน¹¹⁴

จึงกล่าวได้ว่าก่อนที่จะมีการกำหนดเกณฑ์สัญชาติของนิติบุคคล ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะแสวงหากฎเกณฑ์ดังกล่าวจากกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ แล้วจึงนำเอาหลักเกณฑ์เหล่านั้นมาปรับใช้ต่อไป

ค. คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission - ILC)

ภายหลังจากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลไว้ในคดี Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) เมื่อปี ค.ศ. 1970 แล้ว ต่อมาศาลยังได้ตัดสินคดีในทำนองเดียวกันนี้ในคดี Electronica Sicula S.p.A (ELSI) ในปี ค.ศ. 1989 ซึ่งบรรดาหลักการในคำพิพากษาดังกล่าวยังเป็นที่ยอมรับ และปรากฏอยู่ในร่างบทบัญญัติว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต (Draft Articles on Diplomatic Protection 2006) ที่ถูกร่างขึ้นโดยคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission - ILC) และหลังจากนั้นในปี ค.ศ. 2010 ก็มีคำตัดสินในคดี

¹¹⁴ Case Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), para 38 อ้างถึงใน วริยาภรณ์ ธนไวทย์โกเศส, “การคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ: ศึกษาในกรอบของสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.123.

Ahmadou Sadio Diallo ที่มีกรนำหลักการจากร่างดังกล่าวมาเป็นข้อเรียกร้อง ข้อโต้แย้ง และการพิจารณาของศาลด้วยเช่นกัน¹¹⁵

อย่างไรก็ดี แม้ร่างบทบัญญัติว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูตไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย แต่ร่างดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นถึงแนวทางการตัดสินใจคดีที่ผ่านมาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับการให้การคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคล ตลอดจนแนวโน้มของกฎหมายในอนาคต โดยเฉพาะบทบัญญัติที่ว่าด้วยรัฐเจ้าของสัญชาติของนิติบุคคลที่ได้ปรากฏในมาตรา 9 ของร่างดังกล่าว ดังนี้

“สำหรับวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลนั้น รัฐเจ้าของสัญชาติ หมายถึง รัฐที่ได้ก่อตั้งนิติบุคคลขึ้นภายใต้กฎหมายของตน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่นิติบุคคลถูกควบคุมโดยผู้มีสัญชาติของรัฐอื่น หรือในกรณีที่รัฐที่ได้ก่อตั้งนิติบุคคลขึ้นนั้นไม่มีการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจอย่างแท้จริง และสำนักบริหารจัดการและควบคุมทางการเงินของนิติบุคคลล้วนตั้งอยู่ในรัฐอื่น รัฐดังกล่าวย่อมเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของนิติบุคคล”¹¹⁶

โดยมาตราดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า โดยหลักรัฐเจ้าของสัญชาติของนิติบุคคลที่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ คือ รัฐที่นิติบุคคลได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ตระหนักถึงกรณีที่มีการลงทุนระหว่างประเทศที่อาจมีการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นในรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงเพื่อประโยชน์บางประการ แต่ไม่ได้มีความสัมพันธ์อันแท้จริงระหว่างกันเลย¹¹⁷ ดังนั้น ในบทบัญญัติเดียวกันนี้จึงได้บัญญัติถึงกรณีที่นิติบุคคลไม่ได้มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐที่ได้จัดตั้งบริษัทขึ้น กล่าวคือ หากนิติบุคคลได้ถูกควบคุมโดยคนสัญชาติอื่น ไม่มีการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจที่แท้จริงในรัฐที่จัดตั้ง ตลอดจนมีสำนักบริหารจัดการและควบคุมทางการเงินของนิติบุคคลตั้งอยู่ในรัฐอื่น เมื่อกรณีเป็นเช่นนี้รัฐเจ้าของ

¹¹⁵ ปรียาภา ลาภอนันต์, “การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น: ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างปี ค.ศ. 1970 – 2010,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.41.

¹¹⁶ Article 9 of Draft Articles on Diplomatic Protection 2006

¹¹⁷ ปรียาภา ลาภอนันต์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 115*, น.125.

สัญญาตินิติบุคคลที่สามารถให้ความคุ้มครองทางการเงินได้ คือ รัฐที่มีสำนักบริหารจัดการและควบคุมทางการเงินตั้งอยู่นั้นเอง¹¹⁸

กล่าวโดยสรุป ในร่างบทบัญญัติว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการเงิน คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ยึดถือทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลเป็นสำคัญ แต่หากปรากฏว่านิติบุคคลดังกล่าวมิได้มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ ก็จะนำทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่มาพิจารณาต่อไป

(4) การกำหนดนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงของประเทศไทย

ประเทศไทยยอมรับทฤษฎีใดในการกำหนดความสัมพันธ์อันแท้จริงของรัฐและนิติบุคคลสามารถพิจารณาได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา แนวปฏิบัติของหน่วยงานราชการ ความเห็นของนักกฎหมาย และความเห็นของผู้เขียน ดังนี้

(4.1) แนวคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมา เมื่อกล่าวถึงสัญญาตินิติบุคคลที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ มักเป็นการรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลที่จดทะเบียน ณ ต่างประเทศในฐานะโจทก์หรือจำเลย โดยนิติบุคคลจดทะเบียนจัดตั้งที่ประเทศใด ย่อมมีสัญชาตินั้น¹¹⁹ ซึ่งเป็นการพิจารณาจากทฤษฎีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ประเด็นดังกล่าวเป็นเพียงการพิจารณาอำนาจฟ้องและความสามารถการเป็นบุคคลในคดีเท่านั้น แต่มิได้พิจารณาไปถึงการเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐแต่อย่างใด

(4.2) ความเห็นจากหน่วยงานราชการ

ในการบริหารราชการแผ่นดินย่อมมีปัญหาที่ต้องพิจารณากันอยู่เสมอว่า “นิติบุคคลสัญชาติไทย” หมายความว่าอย่างไร ซึ่งในเรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้ แม้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาจะไม่มีผลทางกฎหมายผูกพันหน่วยงาน

¹¹⁸ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 1 Part Two, *Report of the Commission to The General Assembly on the Work of Its Fifty-Eight Session* (New York and Geneva : United Nations publications, 2006), p.38.

¹¹⁹ ตัวอย่าง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1318/2513; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3401/2529; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2466/2532; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2471/2559; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2765/2559

ของรัฐก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติหน่วยงานของรัฐก็มักนำเอาความเห็นดังกล่าวมาปฏิบัติตามเสมอ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาแนวปฏิบัติทั่วไปของฝ่ายปกครอง ดังนี้

กรณีที่ 1 ได้มีหนังสือร้องเรียนจากเอกชนรายหนึ่งความว่า กรมทางหลวงไม่ดำเนินการจัดซื้อพัสดุให้เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดให้ส่วนราชการต้องใช้พัสดุที่ผลิตในประเทศไทยและเป็นกิจการของคนไทย ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าบริษัทที่กรมทางหลวงดำเนินการจัดซื้อหานั้นเป็น “กิจการของคนไทย” ตามข้อ 5 ของระเบียบดังกล่าวที่หมายถึง “กิจการที่เป็นของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสัญชาติไทย” หรือไม่ ทั้งนี้ปัญหาที่ต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่า “นิติบุคคลสัญชาติไทย” หมายความว่าอย่างไร¹²⁰

ในเบื้องต้นกรมทางหลวงได้มีหนังสือสอบถามไปยังกรมทะเบียนการค้า (ปัจจุบันคือกรมพัฒนาธุรกิจการค้า - เพิ่มเติมโดยผู้เขียน) เพื่อให้ตรวจสอบว่าบริษัทที่พิพาทเป็นบริษัทต่างชาติหรือไม่ ซึ่งกรมทะเบียนการค้าได้ชี้แจงว่าบริษัทดังกล่าวได้จดทะเบียนก่อตั้งในประเทศไทยโดยหลักจึงถือว่ามีสัญชาติไทย แม้จะเข้าข่ายเป็น “คนต่างด้าว” ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ก็ตาม¹²¹ แต่ประกาศดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้การประกอบธุรกิจคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อ

¹²⁰ บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 231/2541 เรื่อง บริษัท ทิปโก้ แอสฟัลท์ จำกัด (มหาชน) ร้องเรียนขอให้กรมทางหลวงปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ความหมายของคำว่า “กิจการของคนไทย”), (เมษายน, 2541).

¹²¹ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515

ข้อ 3 คนต่างด้าว หมายความว่าถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวมตลอดถึง

(1) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่

(3) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ เป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ประเทศชาติส่วนรวมเท่านั้น ซึ่งจากความเห็นดังกล่าวจะพบว่ากรมทะเบียนการค้าเห็นว่านิติบุคคลสัญชาติไทยคือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยนั่นเอง

ต่อมาได้มีการส่งเรื่องมาให้คณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อพิจารณาปัญหาข้อหาหรือดังกล่าว ซึ่งคณะกรรมการฯ เห็นว่าตามข้อ 5 (1) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ไม่ได้กำหนดว่านิติบุคคลสัญชาติไทยมีความหมายเพียงใด และไม่มีบทกฎหมายใดวางหลักเรื่องสัญชาติของบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีมาตรา 7 (2) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้วางหลักไว้ว่า “ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลขึ้น สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่ สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่นั้นตั้งอยู่” ดังนั้นจึงถือได้ว่าตามหลักกฎหมายไทยให้ถือเอาที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่เป็นการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล เมื่อบริษัทพิพาทเป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทย และมาตรา 18 (5) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติว่า การจัดตั้งบริษัทมหาชนจะต้องมีที่ตั้งสำนักงานใหญ่ในราชอาณาจักร ดังนั้น บริษัทมหาชนจำกัดจึงต้องพิจารณาว่าจดทะเบียนตามกฎหมายไทยหรือไม่ หากเป็นบริษัทที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทยก็จะต้องมีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศไทยและถือว่ามีสัญชาติไทย ซึ่งจากความเห็นดังกล่าวจะพบว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่านิติบุคคลสัญชาติไทย คือ นิติบุคคลที่มีสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศไทย ซึ่งจากประเด็นปัญหาสามารถพิจารณาได้จากการจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทยได้ว่ามีสำนักงานแห่งใหญ่ที่ใด ส่วนปัญหาที่ว่าบริษัทดังกล่าวเป็นคนต่างด้าวตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 จะถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่า ประกาศดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทในประเทศไทยเท่านั้น ดังนั้นประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 จึงไม่ใช่กฎหมายที่กำหนดสัญชาติของนิติบุคคลแต่อย่างใด

กรณีที่ 2 มีหนังสือจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) เพื่อขอหารือต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลและปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นในนิติบุคคลของคนต่างด้าวหรือผู้ซึ่งไม่มีสัญชาติไทย¹²²

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับสัญชาติของนิติบุคคลนั้น เนื่องจากไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน มีแต่เฉพาะแนวทางการวินิจฉัยของ

¹²² บันทึกคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 44/2544 เรื่องการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์, (ตุลาคม, 2543).

คณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้วินิจฉัยไว้ในบันทึกเรื่อง ความหมายของคำว่า “กิจการของคนไทย” ตามข้อ 5 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (เรื่องเสร็จที่ 231/2541) ซึ่งเคยวินิจฉัยไว้ว่านิติบุคคลตามประเด็นปัญหาเมื่อจดทะเบียนก่อตั้งตามกฎหมายไทยและมีสำนักงานใหญ่ในประเทศไทย ย่อมเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย ดังนั้นจึงทำให้ข้อหาหรือในปัญหานี้ยังดำเนินตามแนววินิจฉัยเดิม

ส่วนปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นในนิติบุคคลของคนต่างด้าวหรือผู้ซึ่งไม่มีสัญชาติไทยนั้น เนื่องจากปัจจุบันได้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของคนไทยในการประกอบธุรกิจ โดยกำหนดข้อห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทที่สงวนไว้ให้คนไทยเท่านั้น และมีการกำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ในมาตรา 4 ของกฎหมายดังกล่าว¹²³ โดยให้หมายความรวมถึงนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไป ที่ถือโดยบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือบุคคลดังกล่าวได้ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่านิยามคำว่า

¹²³ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, มาตรา 4 ได้บัญญัติบทนิยาม “คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคล ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญ ที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

“คนต่างด้าว” มีความหมายกว้าง เพราะแม้นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยที่อาจเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยก็อาจเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ และในมาตรา 13 ก็ยังได้บัญญัติต่อไปว่า ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้นไว้เป็นการเฉพาะ ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น การถือหุ้นของนิติบุคคลหรือผู้ซึ่งไม่มีสัญชาติไทยจึงต้องพิจารณาจากกฎหมายเฉพาะที่ควบคุมการประกอบธุรกิจนั้นก่อนว่ามีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้หรือไม่ หากไม่มีจึงค่อยมาพิจารณาตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ต่อไป

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าสถานะการเป็น “นิติบุคคลสัญชาติไทย” ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไทยกับการมีลักษณะเป็น “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายที่ควบคุมหรือเกี่ยวข้องกับประกอบธุรกิจจึงเป็นคนละกรณีกัน

(4.3) ความเห็นของนักกฎหมาย

ในทางวิชาการมีความเห็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การกำหนดความเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยต่างออกไปหลายแนว และเมื่อทราบหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วย่อมทราบการเป็นนิติบุคคลต่างด้าวต่อไป ดังนี้

ความเห็นแรก ยึดถือทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาติ โดยเห็นว่า นิติบุคคลสัญชาติไทย คือ นิติบุคคลที่เกิดจากการก่อตั้งของกฎหมายไทย เนื่องจากมีการยอมรับผ่านตัวบทกฎหมายว่าสภาพนิติบุคคลจะเกิดขึ้นได้ก็แต่ด้วยกฎหมายและการจดทะเบียน ดังนั้นเมื่อได้ทำตามขั้นตอนและเงื่อนไขของท้องถิ่นครบถ้วนแล้วย่อมได้รับสัญชาติของท้องถิ่นที่จดทะเบียนนั้น¹²⁴ ยิ่งกว่านั้นประเทศผู้เป็นเจ้าของกฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลย่อมไม่อาจปฏิเสธสัญชาติของนิติบุคคลที่เกิดจากกฎหมายตนได้ เพราะจะถือว่าเป็นการปฏิเสธกฎหมายของตนเอง¹²⁵

ความเห็นที่สอง ยึดถือทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงของนิติบุคคลเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาติ โดยเห็นว่า นิติบุคคลสัญชาติไทย คือ นิติบุคคลที่มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่ประเทศไทย ซึ่งพิจารณาตามหลักของพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันของ

¹²⁴ ภาสกร ชุณหอุไร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 90*, น.11.; โสภณ รัตนากร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 90*, น.157-158.; ทิพย์ชนก รัตโนสถ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 90*, น.27 และ น.29-30.; วิเชียร วัฒนคุณ, *คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล*, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2508), น.141.

¹²⁵ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 93*, น.118-119.

กฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 7 ที่หากเกิดกรณีที่มีการขัดกันของสัญชาตินิติบุคคลขึ้นให้กำหนดสัญชาติของนิติบุคคลจากถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ และแม้ไม่มีปัญหาการขัดกันของกฎหมายก็ควรถือว่านิติบุคคลมีสัญชาติไทยตามถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคลนั้น¹²⁶

ความเห็นที่สาม เห็นว่าไม่ว่าประเทศไทยจะยอมรับหลักถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลหรือถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ เมื่อนิติบุคคลไม่ว่าจะเป็นบริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนหากได้ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยย่อมมีสัญชาติไทยทุกกรณี เนื่องจากหลักเกณฑ์ตามมาตรา 1016 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่าสถานที่จดทะเบียนนิติบุคคลคือถิ่นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของนิติบุคคลตั้งอยู่¹²⁷ อีกทั้งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 18(5) ยังได้กำหนดให้บริษัทจำกัดมหาชนที่จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทยจะต้องระบุที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ว่าอยู่ที่ใดในราชอาณาจักรไทยด้วย จึงกล่าวได้ว่าเมื่อนิติบุคคลจดทะเบียนที่ประเทศไทยย่อมมีสำนักงานแห่ง

¹²⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น.106.

¹²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1016 การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท การแก้ไขข้อความที่ได้จดทะเบียนไว้ในภายหลัง และการจดทะเบียนอย่างอื่นตามที่ลักษณะ 22 หุ้นส่วนและบริษัทกำหนดให้จดทะเบียน ให้จดทะเบียนต่อนายทะเบียน ณ สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทตามที่รัฐมนตรีเจ้ากระทรวงประกาศกำหนด

(มาตรานี้เพิ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 21/2560 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ ซึ่งแต่เดิมกำหนดให้จดทะเบียนได้ที่กรมพัฒนาธุรกิจการค้าเท่านั้นแต่ในปัจจุบันได้มีการเปิดให้มีการจดทะเบียนด้วยระบบอินเทอร์เน็ตได้ จึงมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับสถานที่จดทะเบียนใหม่โดยให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศ และปัจจุบันยังไม่มีประกาศดังกล่าว – เพิ่มเติมโดยผู้เขียน)

ใหญ่อยู่ในประเทศไทยและมีฐานะเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยเสมอ¹²⁸ ไม่ว่าจะมีคนต่างด้าวถือหุ้นกี่คน หรือถือหุ้นก็ตาม¹²⁹

ความเห็นที่สี่ เห็นว่าประเทศไทยไม่ควรถือเอาทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งมาพิจารณาเท่านั้น แต่ต้องนำเอาทฤษฎีต่าง ๆ มาปรับใช้ควบคู่กันให้เหมาะสมต่อไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของชาติให้มากที่สุด ซึ่งทฤษฎีที่จะนำมาปรับใช้ได้แก่ ทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคล ทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงของนิติบุคคล และทฤษฎีควบคุม กล่าวคือ จะต้องมีการจดทะเบียนและก่อตั้งตามกฎหมายไทย มีสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ในประเทศไทย และมีผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้มีส่วนได้เสียในนิติบุคคลนั้นอย่างชัดเจน หรือเป็นส่วนใหญ่ในนิติบุคคลนั้น แต่เนื่องจากนิติบุคคลมีหลายประเภทจึงต้องนำหลักเกณฑ์นี้มาปรับใช้กับนิติบุคคลต่าง ๆ เป็นรายการต่อไป¹³⁰

(4.4) ความเห็นผู้เขียน

ก. ทฤษฎีที่นำมาใช้ในการกำหนดนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับประเทศไทย

จากการศึกษาการกำหนดนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงของต่างประเทศและองค์ระหว่างประเทศจะพบว่าแต่ละแห่งได้ยึดถือทฤษฎีต่างกัน โดยมีเพียงสองทฤษฎีที่ถูกนำมาใช้กำหนดสัญชาติของนิติบุคคล นั่นคือ ทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคล และทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ ส่วนทฤษฎีการควบคุมหรือสัญชาติส่วนใหญ่ของสมาชิก ไม่ได้นำมาใช้กำหนดความสัมพันธ์อันแท้จริงระหว่างรัฐและนิติบุคคลหรือแต่อย่างใด แต่ทฤษฎีดังกล่าวมักถูกนำมาใช้เมื่อประเทศอยู่ในสภาวะสงครามเท่านั้น

ส่วนหน่วยงานของรัฐไทยและในทางวิชาการก็มีความเห็นต่างออกไปหลายแนว แต่สำหรับ**ผู้เขียนเห็นว่าควรนำทฤษฎีสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงมาพิจารณาเพื่อกำหนดความสัมพันธ์อันแท้จริงระหว่างรัฐและนิติบุคคลด้วยเหตุผลสองประการ** กล่าวคือ

¹²⁸ เขตไท ลังการ์พินธุ์, “สัญชาติของนิติบุคคล,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.174.

¹²⁹ คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.53.; วิทยา พองวาสนาส่ง, “สถานภาพของวิสาหกิจข้ามชาติในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.49.

¹³⁰ ชุมพร ปัจจุสานนท์, อ่าวไว้ เจริญธรรมที่ 94, น.348.

ประการแรก เมื่อพิจารณาในแง่ประวัติศาสตร์สังคม ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางสำคัญในภูมิภาคที่เปิดรับการลงทุนจากต่างชาติให้เข้ามาลงทุนแสวงหาทรัพยากรภายในประเทศ อีกทั้งยังเป็นประเทศเกษตรกรรมที่ยังไม่มีความสามารถในการคิดค้นเทคโนโลยีขั้นสูง รัฐจึงมีนโยบายสนับสนุนให้ต่างชาติมาลงทุนในประเทศเรื่อยมา จึงทำให้มีนิติบุคคลจากหลายประเทศเข้ามาเปิดสาขา (Branch) บริษัทลูกหรือบริษัทสาขา (Subsidiary) บริษัทในเครือ (Affiliate) หรือร่วมลงทุนกับนิติบุคคลในประเทศเป็นจำนวนมาก โดยที่บริษัทดังกล่าวมักได้รับนโยบายจากบริษัทแม่ที่มีสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ที่ต่างประเทศทั้งสิ้น ยิ่งกว่านั้น หากนักลงทุนต่างชาติต้องการได้รับสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษี และสิทธิประโยชน์อื่นจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (Board of Investment - BOI) ก็จะต้องจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลขึ้นใหม่ภายใต้กฎหมายไทย¹³¹ ซึ่งทำให้ภายหลังการจัดตั้งนิติบุคคลดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็นการจัดประชุมสมัชชานิติบุคคล การจัดทำบัญชี การเสียภาษี เป็นต้น ซึ่งทำให้ประเทศไทยสามารถควบคุมบริษัทของนักลงทุนต่างชาติได้ง่ายขึ้น

ประการที่สอง เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลและทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่จะพบว่า ทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลจะมีประโยชน์ต่อความคล่องตัวของนิติบุคคล โดยนิติบุคคลสามารถย้ายสำนักงานบริหารจัดการไปยังประเทศอื่นได้โดยไม่ต้องมีการจัดตั้งขึ้นใหม่ และยังสามารถปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศที่จัดตั้งขึ้นโดยไม่ต้องคำนึงถึงศูนย์กลางการบริหารจัดการ ตลอดจนความสามารถทางกฎหมายของนิติบุคคลยังเป็นไปตามกฎหมายที่นิติบุคคลนั้นถูกจัดตั้งขึ้นอีกด้วย ส่วนทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ มีประโยชน์ในแง่ที่อาจช่วยให้รัฐสามารถควบคุมบริษัทต่างชาติที่มีสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศตนได้ ดังนั้นประเทศที่นิติบุคคลไปตั้งอยู่ย่อมสามารถปกป้องผลประโยชน์ภายในประเทศของตนได้ผ่านการเรียกร้องให้มีการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ เพราะมีเช่นนั้นนิติบุคคลดังกล่าวจะไม่สามารถทางกฎหมาย และไม่อาจผูกพันตามสัญญาหรือดำเนินการทางกฎหมายในศาลได้ เป็นต้น¹³² ดังนั้นเมื่อพิจารณาประกอบกับเหตุผลในแง่ประวัติศาสตร์สังคมแล้ว ผู้เขียนจึง

¹³¹ มาตรา 17 วรรคสอง พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

ผู้ได้รับการส่งเสริมต้องเป็นบริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

¹³² Ulvi ALTINIŞIK, Ulvi ALTINIŞIK, “Free Movement of Companies within the EU,” *Ankara Bar Review*1, p.106 (2012).

เห็นว่าประเทศไทยควรยึดถือทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ เพื่อให้รัฐไทยสามารถควบคุมดูแล นักลงทุนต่างชาติ ตลอดจนปกป้องผลประโยชน์ภายในประเทศได้

ข. การกำหนดนิติบุคคลที่มีสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐและการเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่น

ในการกำหนดนิติบุคคลที่มีสัมพันธ์อันแท้จริงหรือกำหนดสัญชาตินิติบุคคลนอกจากจะมีการยึดถือทฤษฎีต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น ยังมีความสับสนอยู่มากกับการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่น เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ซึ่งหมายรวมถึงนิติบุคคลที่มีลักษณะต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งทำให้คนจำนวนมากเห็นว่าเป็นการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลหรือกำหนดนิติบุคคลที่มีสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ และนำมาสู่การเป็นผู้ทรงสิทธิต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายไทยต่อไป แต่ในความเป็นจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่

เพราะเมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์และพัฒนาการของนิติบุคคลต่างประเทศจะพบว่า การกำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” และ “นิติบุคคลต่างด้าว” ที่พบเห็นทั่วไปตามกฎหมายปัจจุบันเป็นแนวคิดที่พบครั้งแรกในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515¹³³ ซึ่งมีขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทในประเทศไทยเท่านั้น เพราะในขณะที่มีการตราประกาศดังกล่าวได้มีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยเป็นจำนวนมากและอาจเพิ่มขึ้นเป็น

¹³³ ข้อ 3 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ได้กำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวมตลอดถึง

(1) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่

(3) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ เป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ลำดับ อีกทั้งคนไทยมีความสามารถในการประกอบธุรกิจได้แล้ว ดังนั้นจึงมีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวบางประเภท และสงวนการประกอบอาชีพบางประเภทไว้สำหรับคนไทยเท่านั้น ต่อมาแนวคิดนี้แพร่หลายไปยังกฎหมายอื่น ๆ ที่ต้องการควบคุมการประกอบอาชีพ ตลอดจนการถือครองทรัพย์สินของคนต่างด้าว จึงทำให้มีการกำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ในกฎหมายต่าง ๆ โดยให้หมายถึงบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย และหมายความรวมถึงนิติบุคคลที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศบางประการที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวขึ้นเพื่อเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลนั้น ซึ่งการกำหนดองค์ประกอบดังกล่าวอาจทำให้เกิดความสับสนว่าเป็นการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลได้ เพราะมีการนำทฤษฎีถิ่นที่มีการจัดตั้งนิติบุคคล ทฤษฎีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ และทฤษฎีการควบคุมมาร่วมพิจารณาด้วย แต่อย่างไรก็ดี การกำหนดนิยามคำว่าคนต่างด้าวของกฎหมายแต่ละฉบับได้กำหนดองค์ประกอบไว้แตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น เช่น กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้กำหนดให้นิติบุคคลเป็นคนต่างด้าวจากกฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลหรือสัดส่วนหุ้น โดยจะพิจารณาเฉพาะในนิติบุคคลดังกล่าวเท่านั้น ส่วนประมวลกฎหมายที่ดินจะกำหนดให้นิติบุคคลเป็นคนต่างด้าวจากกฎหมายที่จัดตั้ง หรือสัดส่วนหุ้น หรือจำนวนผู้ถือหุ้นข้างมาก และจะพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวในผู้ถือหุ้นหรือหุ้นส่วนที่ถือหุ้นอยู่ในนิติบุคคลนั้นตลอดสาย ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันในกฎหมายแต่ละฉบับเช่นนี้ก็เป็นอย่างอื่น เหตุผลหนึ่งที่ทำให้การกำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” หรือ “นิติบุคคลต่างด้าว” ตามกฎหมายดังกล่าวไม่ใช่การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล เพราะหากเป็นการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลแล้ว จะต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกันหมดนั่นเอง

จึงอาจสรุปได้ว่าการกำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” หรือ “นิติบุคคลต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่นมีขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิของนิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมาย และสงวนสิทธิต่าง ๆ ให้กับนิติบุคคลที่มีองค์ประกอบตามที่กฎหมายไทยยอมรับได้เท่านั้น หากเป็นการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลไม่ ดังนั้นเพื่อมิให้เกิดความสับสนในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนจะมุ่งใช้คำว่า “นิติบุคคลต่างด้าว” สำหรับการจำกัดสิทธินิติบุคคลตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่นเท่านั้น

ค. สรุป

ผู้เขียนเห็นว่านิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐไทย และเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญเสมือนพลเมืองของรัฐ คือ นิติบุคคลที่มีสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศไทย และเพื่อป้องกันความสับสนกับนิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและกฎหมายอื่น ที่มักเรียกนิติบุคคลดังกล่าวว่า “นิติบุคคลต่างด้าว” ผู้เขียนจึง

ไม่ใช่คำดังกล่าวกับนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐไทย และแม้การกำหนดความสัมพันธ์อันแท้จริงของรัฐและนิติบุคคลสามารถเทียบเคียงกับการกำหนดสัญชาติของบุคคลธรรมดา แต่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการใช้ถ้อยคำที่ไม่ตรงกับความหมายในทางกฎหมายที่แท้จริงนัก

ประการแรก คำว่า “สัญชาติ” เกิดขึ้นพร้อมแนวคิดรัฐสมัยใหม่ เพื่อหาความสัมพันธ์อันแท้จริงระหว่างรัฐและบุคคลธรรมดาโดยอาศัยหลักสืบสายโลหิต และ/หรือหลักดินแดนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาติ และรัฐจะถือเอาบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของรัฐมาเป็นองค์ประกอบหนึ่งของรัฐ ดังนั้นคำว่า “สัญชาติ” จึงควรใช้กับบุคคลธรรมดาเท่านั้น เพราะเราไม่อาจนำนิติบุคคลมาเป็นองค์ประกอบหนึ่งของรัฐ แม้นิติบุคคลจะมีสภาพเป็นบุคคลตามกฎหมายก็ตาม กฎหมายก็ตาม เนื่องจากเบื้องหลังนิติบุคคลก็คือคนธรรมดานั่นเอง **ประการที่สอง** การกำหนดความสัมพันธ์อันแท้จริงระหว่างรัฐและนิติบุคคลมีลักษณะพิเศษต่างจากบุคคลธรรมดา กล่าวคือ ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ รวมทั้งองค์กรระหว่างประเทศต่างยึดถือเพียงสองทฤษฎีเท่านั้น นั่นคือ ทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคล และทฤษฎีถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคล โดยมิได้พิจารณาถึงสมาชิกส่วนใหญ่ของนิติบุคคลแต่อย่างใด **ประการที่สาม** หากนิติบุคคลมี “สัญชาติไทย” ตามสำนักงานแห่งใหญ่ที่อยู่ในประเทศไทย แต่อาจมีส่วนประกอบที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เช่น มีบุคคลต่างด้าวถือหุ้นในนิติบุคคลเกินกว่ากึ่งหนึ่ง ซึ่งถือเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว และถูกจำกัดสิทธิการประกอบอาชีพในประเทศไทยด้วยจะเป็นเรื่องที่แปลกประหลาดหรือไม่ เพราะโดยหลักบุคคลที่มี “สัญชาติไทย” ควรที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิในเสรีภาพในการประกอบอาชีพในประเทศของตนเสมอ และการถูกจำกัดสิทธิจะต้องเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น และด้วยธรรมชาติของนิติบุคคลที่มีองค์ประกอบซับซ้อนกว่าบุคคลธรรมดา ดังนั้นการกำหนดถ้อยคำที่สื่อถึงนิติสัมพันธ์พิเศษระหว่างรัฐและนิติบุคคลจึงไม่ควรใช้คำว่า “สัญชาติ” แต่ควรใช้ถ้อยคำกลาง ๆ ที่ยืดหยุ่นได้และไม่ผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย เพราะการจัดตั้งนิติบุคคลที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ตลอดจนการจำกัดสิทธิต่าง ๆ ของนิติบุคคลมักเกี่ยวข้องกับการลงทุนหรือการห่วงกันทรัพยากรภายในประเทศ ซึ่งประเทศไทยยังเป็นประเทศที่กำลังพัฒนาที่ต้องหวงกันทรัพยากรให้พ้นจากความครอบงำของต่างชาติไปพร้อมกับการส่งเสริมการลงทุน และ**ประการสุดท้าย** เมื่อศึกษากฎหมายเปรียบเทียบในบทที่ 3 ผู้เขียนพบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาได้หลีกเลี่ยงการใช้คำว่าสัญชาติกับบริษัทในเอกสารราชการ และในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ใช้คำว่านิติบุคคลในประเทศ (Domestic Artificial Persons, Inländische Organisationen) กับนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ เนื่องจากข้อความคิดว่าด้วยนิติบุคคลในประเทศเป็นข้อความคิดของนิติบุคคลที่มีลักษณะพิเศษ อีกทั้งยังสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่กำหนดให้สัญชาติขององค์กรขึ้นอยู่กับสำนักงานใหญ่ที่แท้จริงอีกด้วย

ด้วยเหตุข้างต้น จึงไม่ควรใช้คำว่า “สัญชาติ” กับนิติบุคคล และไม่ควรใช้คำว่า “นิติบุคคลต่างด้าว” เพราะซ้ำกับบริบทกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวและกฎหมายอื่นในลักษณะเดียวกันซึ่งอาจทำให้เกิดความสับสนได้ และเนื่องจากทฤษฎีที่กำหนดนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐ ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลหรือทฤษฎีถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคล ล้วนให้ความสำคัญพิเศษกับข้อเท็จจริงภายในประเทศเป็นหลัก ดังนั้นผู้เขียนจึงเรียกนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐว่า “นิติบุคคลในประเทศ” และใช้คำว่า “นิติบุคคลต่างประเทศ” กับนิติบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐต่อไป

กล่าวโดยสรุป

“นิติบุคคลในประเทศ” หมายถึง นิติบุคคลที่มีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศไทย

“นิติบุคคลต่างประเทศ” หมายถึง นิติบุคคลที่ไม่มีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศไทย

4.2.3.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลในประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้

ในทางตำราล้วนเห็นไปทางเดียวกันว่านิติบุคคลในประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ ภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง และโดยสภาพแห่งสิทธิตลอดจนเหตุผลของเรื่องนั้นในระบบกฎหมายไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะจำกัดสิทธินั้นไว้ให้เฉพาะแต่บุคคลธรรมดา ดังนั้นนิติบุคคลในประเทศจึงอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้¹³⁴ เช่น สิทธิในการใช้สิทธิทางศาล สิทธิเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ตลอดจนการฟ้องหน่วยงานราชการและหน่วยงานของรัฐ สิทธิได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน สิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง สิทธิในเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร สิทธิในเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยชอบ สิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อสารความหมายโดยวิธีอื่น ๆ สิทธิในเสรีภาพ

¹³⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ,” (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ), น.17.; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลผูกพันของสิทธิรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 42, น.995 (2556); บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.73-74.

ในทางวิชาการ สิทธิในเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคมหรือหมู่คณะอื่น สิทธิในทางทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เป็นต้น¹³⁵

ส่วนศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้วินิจฉัยให้นิติบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ ผ่านการโต้แย้งสิทธิของคู่ความในศาลหรือศาลเห็นเองว่าบทบัญญัติที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น¹³⁶ ศาลที่พิจารณาคดีก็จะส่งเรื่องต่อไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะบังคับแก่คดีเป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของคู่ความตามรัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญในลำดับต่อไป¹³⁷ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอตั้งเป็นข้อสังเกตว่าแม้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่จะบังคับแก่คดีไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เราก็ไม่อาจอนุมานได้ว่าคู่ความที่ยื่นคำร้องไม่เป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าว เพราะอาจเป็นกรณีที่คู่ความเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้นอยู่ แต่บทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในกรอบรัฐธรรมนูญ จึงมิได้เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น

อย่างไรก็ดี แม้นิติบุคคลจำนวนหนึ่งจะใช้ช่องทางข้างต้นยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีเพื่อส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้พิจารณาเป็นเบื้องต้นว่านิติบุคคลผู้ยื่นคำร้องเป็นนิติบุคคลในประเทศหรือนิติบุคคลต่างประเทศ แต่ได้วินิจฉัยในฐานะที่เป็นนิติบุคคลทั่วไป และวินิจฉัยต่อว่ากฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น

โดยสามารถแบ่งกลุ่มตัวอย่างคำวินิจฉัยที่รับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลได้เป็นสองประเภทตามการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ประเภทแรก สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ใน หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะทั้งในทางเนื้อหาและในทางรูปแบบ กล่าวคือ ในทางเนื้อหาเป็นแดนแห่งการป้องกันที่สามารถใช้ยื่นต่อรัฐและสามารถเรียกร้องให้รัฐบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิได้ และในทางรูปแบบก็ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ประเภทที่สอง

¹³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *เพ็งอ้วง*, น.78.

¹³⁶ มาตรา 212 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน : วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 39, น.36-37 (2553).

สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งแม้ในทางรูปแบบจะอยู่ในหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ แต่หากพิจารณาในทางเนื้อหาแล้วจะพบว่ามิใช่สถานะเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญเช่นกัน

(1) สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

(1.1) สิทธิในความเสมอภาค

นิติบุคคลรายหนึ่ง¹³⁸ได้ยื่นคำร้องต่อศาลแรงงานกลาง เพื่อขอให้ส่งความเห็นตนไปยังศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่รับรองให้ลูกจ้างมีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสวัสดิการแรงงานเพื่อพิจารณารณินที่นายจ้างต้องบอกกล่าวล่วงหน้า หรือลูกจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างโดยมีสิทธิได้รับค่าชดเชยพิเศษ อันเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลแรงงานกลางจะใช้บังคับแก่คดีเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิในความเสมอภาค¹³⁹หรือไม่

ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ขัดต่อสิทธิในความเสมอภาค เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองลูกจ้างผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่านายจ้าง อีกทั้งคณะกรรมการดังกล่าวยังทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาแก้ไขความขัดแย้งระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง

¹³⁸ จากข้อมูลนิติบุคคลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าปรากฏว่า บริษัท รอมบัส อินด์สทรีส์ (ประเทศไทย) จำกัด ผู้ร้อง จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทย และมีผู้ถือหุ้นเป็นชาวอเมริกันกว่า 99.99% (สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2562, จาก <https://datawarehouse.dbd.go.th/>)

¹³⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

...

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

และหากนายจ้างไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยย่อมสามารถโต้แย้งไปยังศาลได้ และยังเป็น การส่งเสริมให้ ลูกจ้างสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกับนายจ้าง จึงมิได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม¹⁴⁰

อย่างไรก็ดี แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีได้วินิจฉัยโดยตรงว่านิติบุคคลจะมี สิทธิดังกล่าวได้ แต่การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติตามกฎหมายขัดหรือแย้ง รัฐธรรมนูญหรือไม่ จะต้องเป็นกรณีที่บทบัญญัติดังกล่าวกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของคู่ความในคดี ซึ่งหมายถึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญประเภทดังกล่าวก่อน ศาลจึงจะพิจารณาได้ ฉะนั้นเมื่อศาล วินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่ศาลจะใช้ในการพิจารณาคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงอาจอนุมานได้ว่า นิติบุคคลย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคได้

นอกจากคดีข้างต้นแล้วยังปรากฏว่ามีนิติบุคคลยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อส่ง ต่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อสิทธิในความเสมอ ภาคหรือไม่ เช่น คำวินิจฉัยที่ 5/2542 คำวินิจฉัยที่ 9/2542 คำวินิจฉัยที่ 50/2544 คำวินิจฉัยที่ 40/2545 คำวินิจฉัยที่ 22/2546 คำวินิจฉัยที่ 35/2546 คำวินิจฉัยที่ 87/2547 คำวินิจฉัยที่ 34/2548 เป็นต้น

(1.2) สิทธิในทรัพย์สิน

นิติบุคคลรายหนึ่ง¹⁴¹ได้ยื่นคำร้องร่วมกับบุคคลธรรมดาต่อศาลทรัพย์สิน ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เพื่อขอให้ส่งความเห็นของตนไปยังศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลทรัพย์สินฯจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญา อันเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่โจทก์ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ¹⁴² ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน แต่ก็จำกัดสิทธิ

¹⁴⁰ คำวินิจฉัยที่ 33/2548, หน้า 11-12, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2562, จาก http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center33_48.pdf

¹⁴¹ จากข้อมูลนิติบุคคลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าปรากฏว่า บริษัท มาไว ฟูด คอร์ปอเรชั่น จำกัด ผู้ร้อง จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทย และมีผู้ถือหุ้นเป็นชาวไทย 100% (สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2562, จาก <https://datawarehouse.dbd.go.th/>)

¹⁴² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 41 วรรคหนึ่ง สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่ง สิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป และเท่าที่จำเป็นเพื่อความเป็นธรรมทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องโดยเสมอภาค โดยไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ¹⁴³

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ปฏิเสธข้ออ้างที่ว่านิติบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สิน แต่วินิจฉัยว่ากฎหมายที่จำกัดสิทธิในทรัพย์สินของนิติบุคคลตามรัฐธรรมนูญนั้นมีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงถือว่าศาลรัฐธรรมนูญได้รับรองให้นิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินได้

(1.3) สิทธิในเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

นิติบุคคลสองราย¹⁴⁴ได้ยื่นคำร้องร่วมกับบุคคลธรรมดาต่อศาลแพ่งเพื่อขอให้ส่งความเห็นของตนไปยังศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลแพ่งจะใช้บังคับแก่คดีที่ว่าด้วยการคุ้มครองชั่วคราวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสาร¹⁴⁵ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น¹⁴⁶ และเสรีภาพในการชุมนุม¹⁴⁷ หรือไม่

¹⁴³ คำวินิจฉัยที่ 6-7/2552, หน้า 14, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2562, จาก http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center6-7_52.pdf

¹⁴⁴ จากข้อมูลนิติบุคคลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าปรากฏว่า บริษัท เอเอสทีวี (ประเทศไทย) จำกัด และ บริษัท ไทยเคย ดีทคอม จำกัด ผู้ร้อง จัดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทย และมีผู้ถือหุ้นเป็นชาวไทย 100% (สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2562, จาก <https://datawarehouse.dbd.go.th/>)

¹⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อถึงกัน รวมทั้ง การกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อถึงกัน จะกระทำได้ เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ

¹⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง

ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองชั่วคราวมิได้ขัดต่อเสรีภาพในการสื่อสาร เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพในการชุมนุม เนื่องจากการพิจารณาของศาลในการออกคำสั่งดังกล่าวเป็นการใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักระหว่างความเดือดร้อนเสียหายของโจทก์กับการใช้สิทธิและเสรีภาพของจำเลย ที่อาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งคำสั่งของศาลเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของโจทก์ชั่วคราว มิได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของจำเลยโดยสิ้นเชิง จำเลยจึงยังคงมีเสรีภาพในการสื่อสาร การแสดงความคิดเห็น และการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ トラบเท่าที่มีได้มีการกระทำอันล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เช่นกันหรือมิได้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย¹⁴⁸

อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยนี้มีปัญหาตรงที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคำร้องของนิติบุคคลร่วมกับบุคคลธรรมดา เนื่องจากผู้ร้องทั้งหมดได้ร้องบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบทบัญญัติเดียวกัน แต่ขณะเดียวกันนิติบุคคลทั้งสองและกลุ่มบุคคลธรรมดาต่างมีการกระทำที่แตกต่างกัน ซึ่งย่อมได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญต่างมาตรากัน ดังนั้นจึงไม่อาจอนุมานจากคำวินิจฉัยนี้ได้ว่านิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิในเสรีภาพในการสื่อสาร การแสดงความ

สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

...

การห้ามหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นเสนอข่าวสารหรือแสดงความคิดเห็นทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการแทรกแซงด้วยวิธีการใด ๆ เพื่อลดทอนเสรีภาพตามมาตรานี้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งได้ตราขึ้นตามวรรคสอง

...

¹⁴⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 63 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสะอาดของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก

¹⁴⁸ คำวินิจฉัยที่ 4-5/2552, หน้า 9-10, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2562, จาก http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center4-5_52.pdf.

คิดเห็น และการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธได้ทั้งหมด กล่าวคือ ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า บุคคลธรรมดาได้ร่วมกันชุมนุมและกล่าวคำปราศรัยที่อาจกระทบต่อสิทธิของโจทก์ได้ ส่วนนิติบุคคล ได้ดำเนินการโฆษณาเผยแพร่ถ่ายทอดสดการชุมนุมและการกล่าวปราศรัยดังกล่าวต่อเนื่องเรื่อยมา ต่อมาโจทก์จึงได้ขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลแพ่งเพื่อให้จำเลยทั้งหมดหยุดการกระทำดังกล่าวใน ระหว่างการพิจารณาคดี ดังนั้นในคดีนี้นิติบุคคลทั้งสองจึงอาจเป็นผู้ทรงสิทธิในเสรีภาพในการสื่อสาร และสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้เท่านั้น

(1.4) สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิในการร้องทุกข์ต่อหน่วยงาน ราชการ

นิติบุคคลรายหนึ่ง¹⁴⁹ได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครอง เพื่อให้ขอให้ส่งความเห็น ของตนไปยังศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดการบริหาร สินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 ที่บัญญัติไม่ให้นำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครองมาใช้บังคับกับกฎหมายดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อสิทธิในกระบวนการยุติธรรม¹⁵⁰ และสิทธิใน การร้องทุกข์ต่อหน่วยงานราชการ¹⁵¹หรือไม่

¹⁴⁹ จากข้อมูลนิติบุคคลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าปรากฏว่า บริษัท สยามโมเดิร์นพลา สติก อินดัสทรี จำกัด ผู้ร้อง จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทย และมีผู้ถือหุ้นเป็นชาวไทย 100% (สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2562, จาก <https://datawarehouse.dbd.go.th/>)

¹⁵⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

...

(3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็น

ธรรม

....

¹⁵¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 60 บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือ การละเว้น การกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น

ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า แม้ผู้ร้องอาจได้รับความเสียหายจากการกระทำของหน่วยงานก็ยังสามารถไปฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมได้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยเฉพาะสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมและสิทธิของบุคคลในการฟ้องหน่วยงานของรัฐ¹⁵² ฉะนั้นบทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีได้วินิจฉัยโดยตรงว่านิติบุคคลจะมีสิทธิดังกล่าวได้ แต่การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติตามกฎหมายขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่ จะต้องเป็นกรณีที่บทบัญญัติดังกล่าวกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของคู่ความในคดี ซึ่งหมายถึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญประเภทดังกล่าวก่อน ศาลจึงจะพิจารณาได้ ฉะนั้นเมื่อศาลวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่ศาลจะใช้ในการพิจารณาคดีมีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงอาจอนุมานได้ว่านิติบุคคลย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิในการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานราชการด้วย ทั้งนี้ แม้สิทธิในการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานราชการจะเป็นสิทธิในแง่เนื้อหาที่ปรากฏนอกหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยร่วมกับสิทธิในกระบวนการยุติธรรมผู้เขียนจึงนำมาพิจารณาร่วมในหัวข้อนี้ด้วย

กล่าวโดยสรุป ที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญได้รับรองให้นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญในแง่รูปแบบได้ เช่น สิทธิในความเสมอภาค สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน สิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และสิทธิในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

(2) สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้นอกหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

(2.1) สิทธิในการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานราชการ

นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิในการร้องทุกข์หน่วยงานราชการได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยสิทธิดังกล่าวร่วมกับสิทธิในกระบวนการยุติธรรมในคำวินิจฉัยที่ 23/2554 ตามข้อ (1.4) ข้างต้น

¹⁵² คำวินิจฉัยที่ 23/2554, หน้าที่ 6, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2562, จาก http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center23_54.pdf.

(2.2) สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ

นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ก็เพื่อตรวจสอบว่าบทบัญญัติที่ศาลจะใช้ในการพิจารณาคดีของตนขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยสามารถยื่นคำร้องผ่านศาลที่กำลังพิจารณาคดีและส่งต่อไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย¹⁵³ ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ภายใต้หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่มีกลไกคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญอย่างเข้มข้นอย่างประเทศเยอรมนี ประเทศสวีเดน และสเปน นอกจากที่ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถตรวจสอบว่าบทกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่แล้ว กระบวนการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญยังสามารถโต้แย้งการกระทำของฝ่ายบริหารและตุลาการได้อีกด้วย ซึ่งนอกจากจะเป็นการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของประชาชนแล้ว ยังเป็นการเยียวยาสิทธิของประชาชนที่เกิดจากการกระทำของรัฐอีกด้วย

โดยบรรดาสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ถือว่านิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ตามที่กล่าวข้างต้นก็มาจากการยื่นคำร้องตามกระบวนการนี้เอง

กล่าวโดยสรุป ที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญได้รับรองให้นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญในแง่เนื้อหาได้ เช่น สิทธิในการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานราชการ สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

4.2.4 ข้อพิจารณาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศ

4.2.4.1 นิยามของคำว่า “นิติบุคคลต่างประเทศ”

ประเทศไทยมิได้มีแนวคิดว่าด้วยนิติบุคคลต่างประเทศที่ชัดเจนนัก แต่จากการศึกษานิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐในหัวข้อ 4.2.3.1 ผู้เขียนเห็นว่านิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐไทย คือ นิติบุคคลในประเทศที่มีสำนักงานใหญ่ที่แท้จริงในประเทศ

¹⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 212 วรรคหนึ่ง ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดด้วยมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ไทย ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศในทัศนะของผู้เขียนจึงเป็นนิติบุคคลที่ไม่มีสำนักงานใหญ่ที่แท้จริงในประเทศไทย

4.2.4.2 สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่คนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้

ข้อถกเถียงที่ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศหรือไม่นั้น อาจมีจำนวนน้อย แต่ข้อถกเถียงที่ว่าคนต่างด้าวจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้ปรากฏทั้งในชั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญ และความเห็นในทางตำรา ซึ่งเราจะอาศัยข้อถกเถียงดังกล่าวมาศึกษาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศต่อไป เนื่องจากคนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศล้วนเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเช่นเดียวกัน ส่วนศาลรัฐธรรมนูญได้มีการวินิจฉัยเรื่องนี้ไว้โดยตรง แต่ได้มีกรณีที่คนต่างด้าวได้ยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อส่งต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่ศาลจะบังคับใช้แก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังที่จะได้ศึกษากันในลำดับต่อไป

(1) ความเห็นในชั้นยกร่างรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากประเทศไทยได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้วกว่ายี่สิบฉบับ จึงปรากฏข้อถกเถียงเรื่องการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวอยู่บ่อยครั้งในชั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งแรกปรากฏในการยกร่างรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. 2491 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นต้นแบบสำคัญในการตราบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา โดยในสภาได้ตั้งกระทู้ถามว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้หมายถึงคนต่างด้าวด้วยหรือไม่ และควรปรับเปลี่ยนถ้อยคำในรัฐธรรมนูญจากคำว่า “ประชาชนชาวไทย” เป็น “ประชาชน” เฉยๆ ได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้มีผู้ตอบว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะต้องบัญญัติคำว่า “ประชาชนชาวไทย” เนื่องจากคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยจะต้องมีสิทธิตามสนธิสัญญา และจะได้รับสิทธิประการใดภายใต้บทบังคับแห่งกฎหมายเท่านั้น¹⁵⁴

ส่วนการยกร่างรัฐธรรมนูญในช่วงระยะเวลาใกล้เคียงกับปัจจุบัน นั่นคือร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีความพยายามจากคณะอนุกรรมการในการจัดหมวดหมู่สิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นบททั่วไป สิทธิขั้นพื้นฐาน และสิทธิพลเมือง โดยให้อยู่ภายใต้หมวด “สิทธิและเสรีภาพของบุคคล” เพื่อแก้ปัญหาการตีความชื่อหมวดของบทบัญญัติว่าด้วย

¹⁵⁴ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมสภาผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 8”, ณ พระที่นั่งอภิเชษฐาสถิต, 28 กรกฎาคม 2491.

สิทธิทางรัฐธรรมนูญ ยิ่งกว่านั้น ในชั้นยกร่างยังมีการตีตั้งเรื่องการให้ถ้อยคำที่ควรบัญญัติเป็น “ชาวไทย” หรือ “บุคคล” เท่านั้น เพื่อเป็นการแบ่งสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง และเพื่อให้ทราบว่ามีสิทธิใดบ้างที่คนต่างด้าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ แต่ท้ายที่สุดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ยังกลับไปบัญญัติหลักเกณฑ์สิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้เช่นเดิมตามที่เคยเป็นมา เนื่องจากในชั้นทำประชาพิจารณ์กล่าวว่าหากบัญญัติสิทธิของคนไทยและคนต่างด้าวไว้ในหมวดเดียวกันจะทำให้เกิดความสับสนว่าคนต่างด้าวจะได้สิทธิเท่าเทียมกับคนไทย และในขณะที่ร่างรัฐธรรมนูญเหลือเวลาไม่มาก จึงไม่มีเวลาแจกแจงว่าเป็นสิทธิประเภทใดบ้าง อีกทั้งผู้ร่างเห็นว่าคนต่างด้าวจะมีสิทธิเพียงใดให้เป็นอำนาจของรัฐสภาในอนาคต แต่ในขณะเดียวกัน ผู้ร่างก็ได้ปฏิเสธโดยสิ้นเชิงว่าคนต่างด้าวไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ แต่มีสิทธิบางชนิดที่คนต่างด้าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เช่น สิทธิในเนื้อตัวร่างกาย เป็นต้น¹⁵⁵ ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์สิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยเช่นเดิม

ส่วนการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เท่าที่ตรวจสอบไม่มีการตั้งกระทู้ถามถึงสิทธิของคนต่างด้าวแต่อย่างใด จนกระทั่งการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการยกร่างถึงสองครั้ง โดยครั้งแรกมีความพยายามในการบัญญัติหลักเกณฑ์สิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ในส่วนที่ 2 สิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยจัดหมวดหมู่สิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นบททั่วไป สิทธิมนุษยชน และสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย¹⁵⁶ ซึ่งทำให้ทราบโดยแน่ชัดว่าคนต่างด้าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้บ้าง แต่อย่างไรก็ดี สภาปฏิรูปแห่งชาติได้ลงคะแนนเสียงไม่รับรองร่างดังกล่าว จึงทำให้มีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เป็นครั้งที่สอง โดยร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่สองยังคงบัญญัติหลักเกณฑ์สิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยมีได้มีการแบ่งแยกสิทธิทาง

¹⁵⁵ สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา แผนกรายงานการประชุม, “รายงานการประชุมสภา ร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14” (พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช...), ณ ตึกรัฐสภา, 8 กรกฎาคม 2540.

¹⁵⁶ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ, “ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ พุทธศักราช 2558,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2562, จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons57/cdc2557-doc005-01.pdf

รัฐธรรมนูญเช่นเดิมอย่างที่เคยเป็นมา ซึ่งท้ายที่สุดร่างดังกล่าวได้ผ่านการรับรองจากสภาปฏิรูปแห่งชาติ ผ่านการลงประชามติ และถูกบังคับใช้ในปัจจุบัน

จากความพยายามในการอภิปรายสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวในสภา ตลอดจนความพยายามของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญหลายคณะในการจัดหมวดหมู่สิทธิทางรัฐธรรมนูญ เพื่อแบ่งแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองข้างต้น ทำให้เราอาจอาศัยร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวศึกษาประเภทของสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ผ่านตอนที่ 2 สิทธิมนุษยชน ในส่วนที่ 2 สิทธิและเสรีภาพของบุคคล แห่งร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช... ที่ได้ถูกยกขึ้นเป็นร่างแรกสำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในลำดับต่อไป

(2) ความเห็นในทางตำรา

ในทางตำราได้มีการกล่าวถึงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวไว้เป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรก เห็นว่าการบัญญัติหลักเกณฑ์สิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยในรัฐธรรมนูญนั้น คนต่างด้าวย่อมไม่มีสิทธิทางรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีขึ้นเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับสมาชิกของรัฐหรือคนสัญชาติรัฐเท่านั้น หากรัฐธรรมนูญจะให้สิทธิแก่คนต่างด้าวก็ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ถ้ามิได้บัญญัติไว้ย่อมเป็นไปตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายอื่น¹⁵⁷ ส่วนฝ่ายที่สอง เห็นว่าปัญหาเกิดขึ้นจากการบัญญัติหลักเกณฑ์สิทธิทางรัฐธรรมนูญมิได้แบ่งแยกสิทธิออกเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง เพราะเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิต่าง ๆ ที่ถูกบัญญัติไว้ในหมวดดังกล่าวแล้ว จะพบว่าสิทธิบางชนิดมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนซึ่งคนต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้นั่นเอง¹⁵⁸

ส่วนนิติบุคคลต่างประเทศนั้นมิอาจมีสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้เท่าเทียมกับนิติบุคคลในประเทศ เพราะโดยหลักแล้วไม่มีความจำเป็นที่รัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติสิทธิของนิติบุคคลต่างประเทศในระดับเดียวกับกับนิติบุคคลในประเทศแต่อย่างใด¹⁵⁹

¹⁵⁷ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงตามมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ บำรุงสาส์น, 2511), น.103; วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสิทธิการพิมพ์, 2530), น.655.

¹⁵⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 77, น.994.

¹⁵⁹ เพิ่งอ่าง, น.995.

(3) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยวินิจฉัยไว้โดยตรงว่านิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้บ้าง หรือแม้กระทั่งนิติบุคคลที่ยื่นคำร้องผ่านศาลเพื่อให้ส่งมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยว่า**บทบัญญัติ**ที่ศาลจะบังคับใช้แก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้พิจารณาเป็นเบื้องต้นว่านิติบุคคลดังกล่าวเป็นนิติบุคคลในประเทศหรือนิติบุคคลต่างประเทศ เพื่อพิจารณาต่อไปว่านิติบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวอ้างและถูกกระทบสิทธิดังกล่าวหรือไม่ เพราะเมื่อเป็นผู้ทรงสิทธิแล้วบทบัญญัติที่ศาลจะใช้ก็อาจขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ดี แม้จะไม่ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ เราก็อาจศึกษาจากการยื่นคำร้องของบุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างด้าวได้ ซึ่งปรากฏว่าที่ผ่านมามีคนต่างด้าวยื่นคำร้องดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญหนึ่งคดี นั่นคือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2544 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าคนต่างด้าวได้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในคดีอาญา ต่อมาจึงถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำและถูกตีโซ่ตรวนที่ข้อเท้าตลอดยี่สิบสี่ชั่วโมง จำเลยจึงยื่นคำร้องต่อศาลว่าบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้จำเลยต้องตกอยู่ในภาวะดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติทางรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในความเสมอภาค และหลักในคดีอาญาที่ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยไม่มีความผิด อย่างไรก็ดี แม้ปรากฏข้อเท็จจริงต่อมาว่าคนต่างด้าวผู้เป็นจำเลยได้ถูกย้ายเรือนจำและไม่ต้องถูกตีโซ่ตรวนแล้ว แต่ก็ต้องถูกควบคุมอยู่ในห้องขังตลอดเวลา เว้นแต่เวลาพบญาติและทนายความก็ตาม จำเลยก็เห็นว่าการกระทำดังกล่าวยังขัดต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญ แต่ระหว่างพิจารณาคำร้องนี้ สำนักงานตำรวจแห่งชาติญี่ปุ่นมีคำร้องขอให้ส่งตัวจำเลยเป็นผู้ร้ายข้ามแดนกลับไปยังประเทศญี่ปุ่น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วจึงเห็นว่าการพิจารณาคำร้องไม่เป็นประโยชน์ต่อจำเลย อีกทั้งรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้พิจารณาเฉพาะบทบัญญัติที่ศาลจะบังคับใช้ในคดี แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่ากฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์มิใช่กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี (แต่เป็นกฎหมายที่กรมราชทัณฑ์เป็นผู้บังคับใช้) จึงไม่ต้องด้วยบทบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้จำหน่ายคำร้องดังกล่าว

จากผลคดีดังกล่าว อาจจะช่วยกลไกของการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญของไทยที่ไม่อาจคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญทั้งหมด หรือข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าจำเลยไม่อาจถูกกระทบสิทธิในประเทศไทยได้แล้ว จึงทำได้ศาลรัฐธรรมนูญต้องจำหน่ายคดีไป จึงเป็นที่น่าเสียดายว่าเราไม่อาจทราบได้ว่าในท้ายที่สุดคนต่างด้าวจะมีสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามที่ได้กล่าวอ้างหรือไม่

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาสหสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่คนต่างด้าวกล่าวอ้างขึ้นในคดี ไม่ว่าจะเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในความเสมอภาค และสิทธิในกระบวนการยุติธรรม

ทางอาญาที่ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าคดีจะถึงที่สุด จะพบว่าสิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิมนุษยชนที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคนต่างด้าวย่อมสามารถกล่าวอ้างได้ทั้งสิ้น

กล่าวโดยสรุป แม้ในชั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาจะปรากฏเจตนารมณ์ของผู้ร่างว่ามุ่งคุ้มครองบุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นสำคัญก็ตาม แต่ในการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับหลัง ตัวผู้ร่างก็ได้ปฏิเสธโดยสิ้นเชิงว่าคนต่างด้าวไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ หากแต่มีสิทธิบางชนิดที่คนต่างด้าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ส่วนในทางวิชาการก็มีส่วนหนึ่งเห็นว่า เมื่อพิจารณาเนื้อหาของสิทธิในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วจะพบว่าสิทธิบางชนิดมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนซึ่งคนต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่านิติบุคคลต่างประเทศที่ถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเหมือนกับคนต่างด้าว ก็สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้เช่นกัน เท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวยให้นิติบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิได้ และต้องเป็นสิทธิที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ และเป็นสิทธิที่มีลักษณะเดียวกับที่นิติบุคคลในประเทศได้รับ โดยไม่อาจได้รับสิทธิมากกว่าได้ ซึ่งนิติบุคคลต่างประเทศจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญประเภทใดได้บ้างนั้นผู้เขียนจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

บทที่ 5

สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุปผลการศึกษา

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี สเปน และสหรัฐอเมริกา พบว่านิติบุคคลต่างประเทศจะได้รับการคุ้มครองและรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญบางชนิด แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่อาจได้รับการคุ้มครองและรับรองในระดับเดียวกับนิติบุคคลในประเทศได้ เพราะขัดต่อวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองบุคคลผู้ที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเป็นสำคัญ ยิ่งกว่านั้น สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ต้องเป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิ และต้องเป็นสิทธิที่ไม่สร้างความแตกต่างระหว่างนิติบุคคลในประเทศและนิติบุคคลต่างประเทศเป็นสำคัญ โดยสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ทั้งสามประเทศยอมรับให้นิติบุคคลต่างประเทศสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ คือ สิทธิในกระบวนการยุติธรรมและสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิดังกล่าว และสิทธิในความเสมอภาคที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เป็นต้น

ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิของนิติบุคคลในประเทศไว้เป็นการเฉพาะอย่างประเทศเยอรมนี ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิของคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะอย่างประเทศสเปน และไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่สร้างหลักบรรทัดฐานรับรองและคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลไว้อย่างประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้งข้อถกเถียงว่าด้วยการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศยังมีไม่มากนัก ดังนั้นก่อนที่จะพิจารณาในประเด็นดังกล่าว จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่า “นิติบุคคล” สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

ต่อประเด็นปัญหานี้ เมื่อพิจารณาทฤษฎีเกี่ยวกับสภาพของนิติบุคคลแล้ว จะพบว่านิติบุคคลเกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย ซึ่งอาจจะก่อตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะกฎหมายทั่วไป หรืออาจก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นใด¹ โดยนิติบุคคลจะมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายและภายใต้วัตถุประสงค์และตราสารจัดตั้งเท่านั้น ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับทฤษฎีจินตภาพ (Fiction Theory) อย่างไรก็ตามหากพิจารณาความเป็นอยู่ของนิติบุคคลซึ่งอาจต้อง

¹ มาตรา 65 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

รับผิดชอบจากการกระทำตามหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นแล้ว จะพบว่ากฎหมายได้กำหนดให้นิติบุคคลอาจต้องรับผิดชอบตามสัญญา ละเมิด หรือแม้กระทั่งความผิดทางอาญาได้ เนื่องจากการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลถือเป็นการกระทำของนิติบุคคล โดยถือว่าผู้แทนนิติบุคคลเป็นอวัยวะของนิติบุคคล ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับทฤษฎีความมีอยู่จริงของนิติบุคคล (Real corporation theory, Organic Theory) ด้วยเหตุนี้นิติบุคคลจึงถือเป็นบุคคลที่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ และเป็นหน่วยความรับผิดชอบในทางกฎหมายได้อย่างบุคคลธรรมดา

ยิ่งกว่านั้น เมื่อพิจารณาเป้าประสงค์สำคัญของสิทธิทางรัฐธรรมนูญจะพบว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญมีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองเอกชนจากการล่วงละเมิดโดยอำนาจรัฐ และโดยธรรมชาติของนิติบุคคลที่ไม่อาจดำเนินงานได้ด้วยตนเอง แต่ต้องอาศัยบุคคลธรรมดาในฐานะผู้แทนแสดงเจตนาแทนตน ย่อมทำให้นิติบุคคลอาจถูกกระทบกระทั่งจากการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำของรัฐได้เช่นกัน ดังนั้นนิติบุคคลจึงต้องเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญเพื่ออ้างอิงต่อรัฐมิให้ละเมิดสิทธิของตน เพราะในอีกแง่หนึ่งการคุ้มครองนิติบุคคลก็เป็นการคุ้มครองบุคคลธรรมดาที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคล โดยสิทธิของนิติบุคคลจะอิงอยู่กับสิทธิของบุคคลธรรมดา เมื่อบุคคลธรรมดามีสิทธิอย่างไรนิติบุคคลก็จะมีด้วย

แต่อย่างไรก็ดี นิติบุคคลก็ไม่อาจมีสิทธิเหมือนอย่างบุคคลธรรมดาทุกประการ เนื่องจากสิทธิดังกล่าวมิได้คุ้มครองบุคคลธรรมดาที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคลนั้นเป็นรายบุคคล หากแต่คุ้มครองบุคคลธรรมดาในฐานะที่เป็นหน่วยเดียวกัน (Unit) โดยที่หน่วยของนิติบุคคลมีลักษณะเฉพาะ ไม่มีชีวิตจิตใจเหมือนอย่างบุคคลธรรมดา ดังนั้นสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้จะต้องไม่มีลักษณะเชื่อมโยงกับความเป็นมนุษย์ หรือมีลักษณะที่เกี่ยวกับความเป็นบุคคลที่ไม่มีในนิติบุคคล เช่น สิทธิในเนื้อตัวร่างกาย สิทธิในครอบครัว สิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ เป็นต้น ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของนิติบุคคลที่มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา

ด้วยเหตุดังที่กล่าวมานี้ นิติบุคคลจึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ ต่อมาจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าหากนิติบุคคลดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติบุคคลต่างประเทศ จะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

ต่อประเด็นปัญหานี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐต่างกำหนดความสัมพันธ์พิเศษระหว่างรัฐกับคนชาติของตน จึงทำให้มีสิทธิทางรัฐธรรมนูญจำนวนหนึ่งยึดโยงอยู่กับสัญชาติบุคคล และมีเพียงพลเมืองของรัฐเท่านั้นที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ โดยในกรณีบุคคลธรรมดาแต่ละรัฐจะให้สัญชาติแก่บุคคลเป็นเครื่องแสดงความสัมพันธ์พิเศษระหว่างรัฐและบุคคล ซึ่งเป็นการแบ่งแยกพลเมืองของรัฐออกจากคนต่างด้าว ส่วนนิติบุคคลจะใช้หลักเกณฑ์ต่างออกไป เช่น ทฤษฎีถิ่นที่มีการ

ก่อตั้งสภาพนิติบุคคล และทฤษฎีถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ เพื่อแบ่งแยกนิติบุคคลในประเทศ ออกจากนิติบุคคลต่างประเทศ แต่ไม่ว่าจะใช้ทฤษฎีใด นิติบุคคลต่างประเทศก็ถือเป็นบุคคลที่ไม่มี ความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเช่นเดียวกับคนต่างด้าว ดังนั้นเราจึงสามารถศึกษาปัญหาการเป็น ผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศได้จากคนต่างด้าวเป็นเบื้องต้น

ซึ่งจากการศึกษาแนวคิดการร่างรัฐธรรมนูญในฉบับหลัง ๆ และแนวคิดของนักวิชาการ บางส่วนล้วนเห็นตรงกันว่า หากไม่พิจารณาเพียงชื่อหมวดว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่มุ่งหมายถึง คนชาวไทยเท่านั้นแล้ว เมื่อพิจารณาเนื้อหาของสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะพบว่า สิทธิบางชนิดมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิทธิที่ถือว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด ไม่อาจ ถูกพรากไปได้ และเป็นสิทธิที่ให้แก่มนุษย์โดยไม่มีข้อจำกัดทางลักษณะของบุคคล ดังนั้นมนุษย์ทุกคน จึงเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าว ซึ่งการบัญญัติสิทธิประเภทนี้จึงไม่ใช่กรณีที่รัฐ “ให้สิทธิ” แก่บุคคล แต่เป็นการ “รับรองสิทธิ” ให้แก่บุคคล ดังนั้นคนต่างด้าวจึงสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้

ทั้งนี้ สามารถพิจารณาได้จากมาตรา 4 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ บัญญัติไว้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความ ค้ำครอง”

โดย “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ถือเป็นคุณค่าสูงสุดที่มีความผูกพันอยู่กับ ความเป็นมนุษย์ โดยไม่จำกัดคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย คุณลักษณะหรือฐานะทางสังคมของ บุคคล อีกทั้งการกระทำใด ๆ ที่มีต่อบุคคลที่เป็นการปฏิเสธหรือไม่ยอมรับว่าเป็นมนุษย์ หรือเป็น การปฏิบัติเยี่ยงสัตว์หรือวัตถุ เช่น การทารุณกรรม การทรมาน และการเอาคนลงเป็นทาสย่อมมิอาจ กระทำได้ ซึ่งความคุ้มครองดังกล่าวยังได้ปรากฏเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการ ยุติธรรมทางอาญา เช่น สิทธิในการจับกุมคุมขังและการค้นตัวโดยชอบ สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและ ตกเป็นทาส สิทธิที่จะไม่ถูกดำเนินคดีซ้ำสองในความผิดเดียวกัน และสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่า เป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าคดีจะถึงที่สุด เป็นต้น

และด้วยเหตุที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีคุณค่าเป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยมนุษย์เป็นเป้าหมายสูงสุดในการดำเนินการของรัฐ และการดำรงอยู่ของรัฐก็เพื่อการดำรงอยู่ของ มนุษย์ ดังนั้นการกระทำทั้งหลายของรัฐจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าสูงสุดดังกล่าว ซึ่งหลักการนี้ได้รับการคุ้มครองและรับรองในคำพิพากษาของศาล เช่น

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1113/2561 วินิจฉัยให้วิธีการตรวจร่างกาย ของผู้สมัครสอบนายร้อยตำรวจหญิง ที่ต้องถอดเสื้อออกจากตัวและต้องถือไว้

ในลักษณะพร้อมตรวจเมื่อพบแพทย์ เป็นการกระทำที่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิส่วนตัวเกินความจำเป็น²

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550 วินิจฉัยให้การรถไฟแห่งประเทศไทยปิดประกาศโฆษณาไว้ที่หน้าต่างของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟ จนทำให้ผู้โดยสารไม่สามารถเห็นทิวทัศน์ข้างทางได้อย่างชัดเจน และทำให้รู้สึกวิงเวียนจนคลื่นไส้ เป็นการปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์³

ทั้งนี้ ตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น โดยที่ลักษณะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ และไม่ต้องคำนึงถึงคุณลักษณะอื่นใดของบุคคลนอกจากการเป็นมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ คนต่างด้าวจึงได้รับการคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เช่นกัน

ส่วน “สิทธิในความเสมอภาค” ที่ปรากฏในมาตราดังกล่าวถือเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกชนที่มีต่อรัฐ โดยที่รัฐต้องให้ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายแก่บุคคล ซึ่งหากสิทธิในความเสมอภาคได้รับการปฏิเสธแล้ว คนต่างด้าวย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ดี แม้คนต่างด้าวจะได้รับความคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิใน

² การที่คณะกรรมการตรวจร่างกายบุคคลภายนอกเพื่อเข้าเป็นนักเรียนนายร้อยตำรวจ (คณะกรรมการฯ) ได้จัดให้ผู้เข้ารับการตรวจหญิงเข้าตรวจร่างกายพร้อมกันหลายคน และแต่ละคนจะต้องถอดเสื้อออกจากตัว และต้องถือไว้ในลักษณะพร้อมตรวจเมื่อพบแพทย์ โดยที่ประกาศฯ การตรวจร่างกายมิได้กำหนดวิธีการดังกล่าวไว้ แต่คณะกรรมการฯได้กำหนดวิธีการนั้นขึ้นเพื่อกระชับเวลาให้ทันต่อการตรวจในแต่ละวัน เป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิส่วนตัวของผู้เข้ารับการตรวจร่างกายเกินความจำเป็น

³ การรถไฟแห่งประเทศไทยได้ปิดประกาศโฆษณาไว้ที่หน้าต่างของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟ จนทำให้ผู้โดยสารไม่สามารถเห็นทิวทัศน์สองข้างทางได้อย่างชัดเจนและทำให้รู้สึกวิงเวียนจนคลื่นไส้ เป็นกรณีที่การรถไฟฯมิได้จัดให้รถตู้โดยสารของขบวนรถไฟมีหน้าต่างและดูแลรักษาให้อยู่ในสภาพที่สามารถใช้งานได้สมวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีหน้าต่าง เพราะหากตู้รถโดยสารไม่มีหน้าต่างย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นรถโดยสาร แต่เป็นเพียงรถขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ อันเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการรถไฟโดยสารได้ปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้โดยสารนั้น

ความเสมอภาคตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แต่เราไม่อาจอนุมานได้ว่าคนต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ทั้งสิ้น เพราะมิเช่นนั้นแล้วจะทำให้คนต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้เทียบเท่าพลเมือง ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองเป็นสำคัญ ดังนั้นคนต่างด้าวจึงได้รับการคุ้มครองจากสิทธิมนุษยชนได้เท่านั้น เว้นแต่จะมีการรับรองสิทธิอื่นใดให้แก่คนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะ

ทั้งนี้ จากที่ทราบในเบื้องต้นแล้วว่านิติบุคคลต่างประเทศเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเหมือนอย่างคนต่างด้าว ดังนั้นเมื่อปรากฏว่าคนต่างด้าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนได้ นิติบุคคลต่างประเทศย่อมสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนที่ได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากนิติบุคคลมีลักษณะพิเศษ และมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา ซึ่งโดยสภาพนี้อาจมีชีวิตจิตใจความเป็นมนุษย์ได้อย่างบุคคลธรรมดา ดังนั้นสิทธิมนุษยชนที่นิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ จะต้องไม่มีลักษณะเชื่อมโยงอยู่กับความเป็นมนุษย์ที่มีเพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ เช่น สิทธิในการจับกุมคุมขังและการค้นตัวโดยชอบ สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและตกเป็นทาส ซึ่งสิทธิเหล่านี้มีเพียงมนุษย์ที่อาจได้รับความคุ้มครองเท่านั้น ส่วนสิทธิมนุษยชนที่ไม่มีลักษณะเชื่อมโยงอยู่กับความเป็นมนุษย์ เช่น สิทธิที่จะไม่ถูกดำเนินคดีซ้ำสองในความผิดเดียวกัน สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าคดีจะถึงที่สุด ตลอดจนสิทธิในความเสมอภาค นิติบุคคลต่างประเทศย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิได้ทั้งสิ้น แต่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองเทียบเท่านิติบุคคลในประเทศ เนื่องจากขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเป็นสำคัญ ดังนั้นประเทศไทยจึงสามารถปฏิบัติต่อนิติบุคคลต่างประเทศแตกต่างจากนิติบุคคลในประเทศได้ ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายและสนธิสัญญา โดยที่การปฏิบัติดังกล่าวจะต้องไม่กระทบต่อแก่นของสิทธินั้น

อย่างไรก็ดี เนื่องจากนิติบุคคลมีขึ้นโดยอำนาจของกฎหมาย และดำรงอยู่เพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์อันเป็นมูลเหตุแห่งการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้น ดังนั้นนิติบุคคลจึงมีสิทธิและหน้าที่โดยจำกัดตามขอบแห่งวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งอีกด้วย เช่น บริษัท A ประกอบวิชาชีพสื่อสารมวลชน และมีวัตถุประสงค์หลักในการประกอบธุรกิจสถานีวิทยุกระจายเสียง โทรทัศน์ และหนังสือพิมพ์ ดังนั้นบริษัท A ย่อมได้รับการคุ้มครองและรับรองเสรีภาพในการเสนอข่าวสาร หรือการแสดงความคิดเห็นตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ตามขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ในทางกลับกัน บริษัท B ที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจสื่อสารมวลชนย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองและรับรองในเสรีภาพดังกล่าว เนื่องจากโดยสภาพของการดำเนินงานทางธุรกิจแล้ว บริษัท B ย่อมไม่สามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม **ผู้เขียนเห็นว่า**มีสิทธิทางรัฐธรรมนูญบางชนิดแม้ไม่ได้รับบัญญัติไว้ในวัตถุประสงค์ นิติบุคคลก็สามารถเป็น

ผู้ทรงสิทธิได้เช่นกัน เช่น สิทธิในทรัพย์สิน เนื่องจากวัตถุประสงค์พื้นฐานของการจัดตั้งนิติบุคคลย่อมมีขึ้นเพื่อจัดการดูแลทรัพย์สินของบุคคลธรรมดาที่เข้าร่วมกันเป็นนิติบุคคลนั่นเอง

ทั้งนี้ เมื่อทราบแล้วว่านิติบุคคลต่างประเทศสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อว่า สิทธิทางรัฐธรรมนูญชนิดใดบ้างที่นิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้

ในเบื้องต้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญเป็นสองส่วน นั่นคือ ส่วนแรก สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะทั้งในทางเนื้อหาและในทางรูปแบบ กล่าวคือ ในทางเนื้อหาเป็นแดนแห่งการป้องกันที่สามารถใช้ยื่นต่อรัฐและสามารถเรียกร้องให้รัฐบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิได้ และในทางรูปแบบก็ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ และส่วนที่สอง สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ *นอก* หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งแม้ในทางรูปแบบจะไม่อยู่ในหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ แต่หากพิจารณาในทางเนื้อหาแล้วจะพบว่า มีสถานะเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญเช่นกัน ฉะนั้นจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่านิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญในส่วนใดบ้าง

เมื่อพิจารณาจากหมวดหมู่ของสิทธิทางรัฐธรรมนูญแล้ว **ผู้เขียนเห็นว่าอย่างน้อยที่สุด** นิติบุคคลต่างประเทศสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ *นอก* หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยได้ ทั้งนี้ภายใต้ข้อจำกัดตามที่ได้กล่าวในข้างต้น ส่วนสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ในหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ แม้จะมีชื่อว่า “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ซึ่งระบุเฉพาะเจาะจงว่ามีเพียงคนไทยเท่านั้นที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ แต่หากพิจารณาเนื้อหาของสิทธิบางชนิดแล้วจะพบว่า เป็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิทธิที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ โดยที่ชื่อหมวดไม่ใช่ข้อจำกัดของการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศก็อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้เช่นกัน ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

(1) พิจารณา สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย⁴

ผู้เขียนเห็นว่า นิติบุคคลต่างประเทศย่อมมีสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งในกรณีที่ศาลจะใช้บทบัญญัติที่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักการตามมาตรา 212 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน⁵ และกรณีที่บุคคลถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานที่ใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเป็นหลักการตามมาตรา 213 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน⁶ อันเป็นการขยายหลักการเดิมที่อยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งแต่เดิม

⁴ข้อสังเกต รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ใช้ถ้อยคำกำกับชื่อหมวดว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้หลากหลาย โดยฉบับที่ผ่านมาใช้คำว่า “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (2560) ใช้คำว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย”

⁵ มาตรา 212 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นว่านั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นสาระอันควรได้รับ การวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาล อันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่คดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา ๕ นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใด ๆ

⁶ มาตรา 213 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

เป็นเพียงการตรวจสอบความชอบของบทบัญญัติกฎหมายเท่านั้น แต่ปัจจุบันขยายเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานที่ใช้อำนาจรัฐ⁷ ซึ่งเป็นการให้สิทธิบุคคลในการนำการกระทำของรัฐที่มีปัญหาการละเมิดสิทธิและเสรีภาพมาฟ้องร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเหตุที่นิติบุคคลต่างประเทศต้องมีสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อนิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ เช่น สิทธิในความเสมอภาค สิทธิทางศาล สิทธิในกระบวนการยุติธรรมบางประการ และสิทธิในการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานราชการ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในลำดับต่อไปนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าเมื่อการดำเนินการทางกฎหมายที่ผ่านมาไม่ได้เยียวยาหรือคุ้มครองสิทธิดังกล่าวแล้ว นิติบุคคลต่างประเทศย่อมสามารถฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิดังกล่าวของตนได้เช่นกัน เพราะคุณค่าของสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตลอดจนการคุ้มครองและหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายและไม่มีค่าบังคับเลยหากไม่ให้สิทธิแก่บุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรตุลาการที่มีความเป็นกลางเข้ามาตรวจสอบการกระทำของรัฐต่อไป⁸

(2) พิจารณา สิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิทางรัฐธรรมนูญบางประเภทในหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย เมื่อพิจารณาในทางเนื้อหาแล้วมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ และยังเป็นสิทธิที่โดยสภาพแล้วมิได้ยึดโยงกับความเป็นมนุษย์ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เช่น สิทธิทางศาล สิทธิในการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานราชการ เนื่องจากสิทธิดังกล่าวมีขึ้นเพื่อบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานทุกประเภท เพราะบุคคลไม่สามารถบังคับให้

⁷ อย่างไรก็ตาม กิติ การร้องทุกข์ดังกล่าวยังมีปัญหาอยู่มาก แม้จะได้บัญญัติไว้แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วก็ตาม ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก สุรศักดิ์ บุญยานุกุลกิจ, สิทธิของบุคคลในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 : รายงานฉบับสมบูรณ์, (กรุงเทพฯ, 2562)

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานการวิจัย การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), น.23-24.

เป็นไปตามสิทธิได้ด้วยตนเอง จึงต้องอาศัยอำนาจศาลเพื่อบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนต่อไป ยิ่งกว่านั้น ยังเป็นหลักประกันแก่นิติบุคคลต่างประเทศว่าจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไทยด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม และมีสิทธิในการเรียกร้องความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

นอกจากสิทธิทางศาลและสิทธิในการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานราชการแล้ว นิติบุคคลต่างประเทศควรที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็สิทธิในกระบวนการยุติธรรมที่จะไม่ถูกดำเนินคดีสองครั้งในความผิดเดียวกัน (Double Jeopardy) เพราะเมื่อศาลได้พิพากษาคดีแล้วย่อมเป็นที่ยุติ และไม่อาจรื้อฟื้นฟ้องร้องได้อีก อีกทั้งหากต้องรับโทษทางอาญาจะต้องเป็นโทษที่กฎหมายที่ใช้อยู่ขณะกระทำนั้นบัญญัติไว้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และต้องไม่เป็นโทษที่หนักกว่าโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ขณะที่กระทำความผิด เป็นต้น เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมมิได้มีความมุ่งหมายเพื่อหาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ต้องใช้วิธีการที่คุ้มครองผู้ต้องหาหรือจำเลยจากการใช้อำนาจเกินควรอีกด้วย ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ และยังเป็นสิทธิที่โดยสภาพแล้วมิได้ยึดโยงกับความเป็นมนุษย์ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิได้

ยิ่งกว่านั้น นิติบุคคลต่างประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยยังอาจเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาค เพื่อเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อหน้ากฎหมาย ไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม โดยปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียม และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันแตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้น โดยที่สิทธิที่นิติบุคคลต่างประเทศจะได้รับต้องเป็นสิทธิที่มีลักษณะเดียวกับที่นิติบุคคลในประเทศได้รับเท่านั้น ไม่อาจได้รับสิทธิมากกว่าได้

กล่าวโดยสรุป นิติบุคคลต่างประเทศอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ เช่น สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ สิทธิทางศาล สิทธิในการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานราชการ สิทธิที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม และสิทธิในความเสมอภาค เป็นต้น

ทั้งนี้ นอกจากนิติบุคคลต่างประเทศจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญแล้ว นิติบุคคลต่างประเทศยังได้รับสิทธิประโยชน์ตามสนธิสัญญา และเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายอื่นอีกด้วย กล่าวคือ

เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์และพัฒนาการของนิติบุคคลต่างประเทศในยุคแรกหลังการทำสนธิสัญญาทางไมตรีและพาณิชย์กับนานาชาติแล้วจะพบว่า แม้ในขณะนั้นสยามยังไม่มีรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หรือกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลก็ตาม แต่นิติบุคคลต่างประเทศยังสามารถดำเนินธุรกิจตลอดจนได้รับสิทธิต่าง ๆ ในประเทศไทยได้ก็แต่ด้วยสนธิสัญญาดังกล่าวทั้งสิ้น และในปัจจุบันแม้สนธิสัญญาดังกล่าวจะถูกยกเลิกไปแล้วก็ตาม

แต่นิติบุคคลต่างประเทศบางประเภทอาจได้รับสิทธิประโยชน์ตามสนธิสัญญาอื่นอยู่ เช่น ข้อตกลงภายใต้การค้าบริการของอาเซียน (AFAS) ข้อตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น (JTFPA) ความตกลงการค้าเสรีไทย - ออสเตรเลีย (TAFTA) และสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา เป็นต้น โดยอาจได้รับสิทธิประโยชน์ เช่น สิทธิในการถือครองทรัพย์สิน สิทธิในการประกอบอาชีพ เป็นต้น

และภายใต้กฎหมายไทย นิติบุคคลต่างประเทศยังเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ และอาจถูกจำกัดสิทธิตามสมควรจากกฎหมายได้ เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติเรือไทย พุทธศักราช 2481⁹ พระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494¹⁰ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจการกระจายเสียงวิทยุและโทรทัศน์ พ.ศ. 2511¹¹ พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522¹² พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544¹³ และประมวลกฎหมายที่ดิน¹⁴ เป็นต้น ยิ่งกว่านั้น ในขณะที่ผู้เขียนได้ทำวิทยานิพนธ์อยู่นี้ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 โดยจะมีการยกเลิกนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ที่หมายความรวมถึงนิติบุคคลต่างประเทศ เพื่อเป็นการเปิดกว้างให้คนต่างด้าวมีสหิทธิเท่าเทียมกับคนสัญชาติไทยในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ดังนั้นในเวลาอันใกล้นี้หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามหลักการข้างต้น นิติบุคคลต่างประเทศย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิที่จะรับทราบและเข้าถึงข้อมูลข่าวสารตามกฎหมายดังกล่าวได้¹⁵ มิใช่เฉพาะตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวงตามที่เคยเป็นมาเท่านั้น

⁹ มาตรา 7

¹⁰ มาตรา 9

¹¹ มาตรา 8, 12 - 15

¹² มาตรา 24

¹³ มาตรา 8

¹⁴ มาตรา 87 - 88

¹⁵ การรับฟังความคิดเห็นกฎหมายไทย. “ร่าง พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2562, จาก www.lawamendment.go.th/index.php/laws-department/item/1185-2018-01-19-07-05-50

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวเป็นอย่างมาก เนื่องจากทั้งสองต่างเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับประเทศไทยเช่นเดียวกัน ดังนั้นเมื่อแก้ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวได้ ย่อมสามารถแก้ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศได้เช่นกัน โดยสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้หลายระดับ ดังนี้

5.2.1 อาศัยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระดับที่น้อยที่สุด คือ การที่ไม่ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญใด ๆ แต่ปล่อยให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความสถานะการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคล ขยายไปยังการเป็นผู้ทรงสิทธิของนิติบุคคลในประเทศและนิติบุคคลต่างประเทศต่อไป

โดยศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่านิติบุคคลที่ยื่นคำร้องมานั้น เป็นนิติบุคคลประเภทใด เพื่อวินิจฉัยต่อไปว่านิติบุคคลดังกล่าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวอ้างหรือไม่ โดยต้องแสดงว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นสิทธิประเภทที่สงวนให้คนไทยเท่านั้น หรือเป็นสิทธิที่ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ แล้วจึงพิจารณาในเนื้อหาต่อไป ทั้งนี้ เหตุที่ต้องแบ่งแยกนิติบุคคลออกเป็นนิติบุคคลในประเทศหรือนิติบุคคลต่างประเทศ ก็เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคนไทยอย่างแท้จริง เพราะมิฉะนั้นแล้วคนต่างด้าวอาจรวมกันก่อตั้งเป็นนิติบุคคลเพื่อหวังประโยชน์ตามสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ดี การอาศัยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญผู้เขียนเห็นว่ามิใช่วิธีที่ดีและข้อเสีย ดังนี้

ข้อดี คือ ไม่ต้องดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ข้อเสีย คือ ต้องใช้ระยะเวลาบ่มเพาะเป็นเวลานาน เนื่องจากการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาเกี่ยวกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้นมีอยู่สองวิธี วิธีแรก¹⁶ คือ การยื่นคำร้องของคู่ความต่อศาลที่กำลังพิจารณาคดีว่าบัพัญญูที่ศาลจะใช้บังคับแก้คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และศาลที่พิจารณาคดีก็จะส่งเรื่องต่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไป ซึ่งจากคำวินิจฉัยที่ผ่านมาปรากฏว่าศาลยังคงมีรูปแบบคำวินิจฉัยเดิมมาโดยตลอด แม้คำร้องจะมีประเด็น

¹⁶ มาตรา 212 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เกี่ยวเนื่องที่สามารถวินิจฉัยเป็นเบื้องต้นว่านิติบุคคลผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือไม่ แล้วจึงวินิจฉัยบทบัญญัติที่กล่าวอ้างว่ากระทบต่อสิทธิของนิติบุคคลดังกล่าวหรือไม่ต่อไป ส่วนวิธีที่สอง¹⁷ คือ การยื่นคำร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน เพื่อให้ผู้ตรวจการแผ่นดินส่งคำร้องต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และหากผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ยื่นคำร้องดังกล่าว ผู้ร้องก็สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง โดยการยื่นคำร้องด้วยวิธีนี้มีวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดีคือ “การกระทำ” ของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานที่ใช้อำนาจรัฐ ซึ่งต่างจากวิธีแรกที่มีวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดี คือ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “บทบัญญัติ” อย่างไรก็ตาม แม้การยื่นคำร้องด้วยวิธีนี้จะเป็นหลักการใหม่ที่ขยายขอบเขตวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดีจากหลักการเดิมที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2550 ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ยังได้กำหนดขอบเขตการยื่นคำร้องให้แคบลงอย่างมาก จนแทบไม่มีกรณีที่จะเสนอเรื่องถึงศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งท้ายที่สุด หากบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีเพื่อคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญมีเพียงเท่านี้ ย่อมทำให้ต้องใช้เวลานานเพื่อพัฒนาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศต่อไป

5.2.2 แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

5.2.2.1 แบ่งแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชน

เนื่องจากปัญหาสำคัญของการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คือ ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าว ซึ่งเป็นปัญหาสืบเนื่องมาจากการกำหนดชื่อหมวดว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่หมายถึงผู้ที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น และการที่มีได้แบ่งแยกสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนออกจากกัน ทั้งที่สิทธิทางรัฐธรรมนูญบางประเภทมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนที่คนต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ดังนั้นจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดย (1) เปลี่ยนชื่อหมวดที่กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญให้มีความยืดหยุ่น โดยมีได้หมายถึงปวงชนชาวไทยเท่านั้น และ (2) แบ่งแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชน โดยที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลหลายฝ่ายรวมถึงประชามติจากประชาชนได้พิจารณาว่าสมควรที่จะให้คนต่างด้าวเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือไม่ และหากเป็นผู้ทรงสิทธิแล้วจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิอะไรได้บ้าง ซึ่งถือเป็นพิธีกรรมสำคัญของกระบวนการประชาธิปไตย

¹⁷ มาตรา 213 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ยิ่งกว่านั้น เนื่องจากสิทธิของนิติบุคคลอิงอยู่กับบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลต่างประเทศถือเป็นบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์อันแท้จริงกับรัฐเหมือนกับคนต่างด้าว ดังนั้นหากแบ่งแยกสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนออกจากกัน และทราบว่าคนต่างด้าวอาจเป็นผู้ทรงสิทธิใดบ้างแล้ว ย่อมทราบในลำดับต่อมาว่านิติบุคคลต่างประเทศจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิชนิดใดได้บ้าง เว้นแต่สิทธิที่โดยสภาพยึดโยงอยู่กับความเป็นมนุษย์ที่มีเพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิ

อย่างไรก็ดี การอาศัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการเปลี่ยนชื่อหมวดและแบ่งแยกสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนออกจากกัน ผู้เขียนเห็นว่ามิชอบดีและข้อเสีย ดังนี้

ข้อดี ช่วยให้การตีความการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างประเทศเป็นไปอย่างชัดเจน

ข้อเสีย ใช้เวลานาน

5.2.2.2 บัญญัติรับรองสิทธิของคนต่างด้าว และ/หรือนิติบุคคลในประเทศ

โดยชัดแจ้ง

การบัญญัติรับรองสิทธิของคนต่างด้าว และ/หรือนิติบุคคลในประเทศโดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ จะไม่เป็นประโยชน์เลยหากมิได้มีการแบ่งแยกสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนออกจากกัน ดังนั้นการจะบัญญัติรับรองสิทธิของคนต่างด้าว และ/หรือนิติบุคคลในประเทศจึงต้องกระทำควบคู่ไปกับการแบ่งแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญด้วย

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อว่า สมควรที่จะบัญญัติให้รับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวโดยชัดแจ้งหรือไม่

การจากศึกษาที่ผ่านมาพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนได้บัญญัติรับรองสิทธิของคนต่างด้าวไว้ในมาตรา 13 วรรคหนึ่ง ที่ว่า “คนต่างด้าวในสเปนต้องได้รับการประกันเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมืองตามบรรพนี้ (บรรพที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐานและหน้าที่ - เพิ่มเติมโดยผู้เขียน) ภายใต้หลักเกณฑ์ตามสนธิสัญญาและกฎหมาย” และในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ 2558 , ฉบับก่อนการลงประชามติ) ก็ได้มีการแบ่งแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญ และเปลี่ยนชื่อหมวดเป็น “สิทธิและเสรีภาพของบุคคล” อีกทั้งยังตราบัญญัติมาตรา 45 ที่ว่า “บุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยจะมีสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมเพียงใด ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือตามที่รัฐจัดให้” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการบัญญัติในรูปแบบดังกล่าว จะทำให้การตีความการเป็นผู้ทรงสิทธิของคนต่างด้าวเป็นไปอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น และยังแสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าคนต่างด้าวไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญเทียบเท่าผู้มีสัญชาติไทยได้

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า บทบัญญัติมาตรา 45 ที่ปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ 2558 , ฉบับก่อนการลงประชามติ) เป็นการกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่รวมนิติบุคคลต่างประเทศแต่อย่างใด กล่าวคือ “สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม” มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยผู้ร่างฯได้นำมาจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)) ที่เปิดช่องให้ประเทศกำลังพัฒนาสามารถกำหนดขอบเขตในการประกันสิทธิทางเศรษฐกิจแก่ผู้ที่ไม่ใช่คนชาติของตน เท่าที่สมควรโดยพิจารณาระหว่างคุณค่าต่อสิทธิมนุษยชนและข้อจำกัดด้านสภาพเศรษฐกิจของประเทศได้¹⁸ ซึ่งประกอบไปด้วยสิทธิในการทำงาน สิทธิในชีวิตความเป็นอยู่ที่ดี สิทธิในด้านการศึกษา สิทธิในด้านสุขภาพ และสิทธิในวัฒนธรรม เป็นต้น ซึ่งเป็นสิทธิที่โดยสภาพแล้วยึดโยงอยู่กับความเป็นมนุษย์ที่เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ ดังนั้นนิติบุคคลต่างประเทศจึงไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าวได้ ยิ่งกว่านั้น การบัญญัติดังกล่าวยังเป็นการวางหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่แคบกว่ามาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน เพราะเป็นการรับรองเฉพาะสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่มีเพียงบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยเท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิได้ ส่วนรัฐธรรมนูญสเปนได้วางหลักเกณฑ์สำหรับสิทธิทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงว่าเป็นสิทธิชนิดใด ซึ่งไม่ใช่เพียงบุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างด้าวที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้เท่านั้น แต่ยังรวมถึงนิติบุคคลต่างประเทศด้วยเท่าที่โดยสภาพแห่งสิทธิจะอำนวย ส่วนในแง่กฎหมายรัฐธรรมนูญ “สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม” ยังมีลักษณะเป็นสิทธิพลเมืองที่เฉพาะแต่ผู้มีสัญชาติไทยเท่านั้นที่ผู้ทรงสิทธิและสามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ ดังนั้นคนต่างด้าวจะมีสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างไรย่อมเป็นไปตามกฎหมายและนโยบายของรัฐอยู่แล้ว ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากมีการแบ่งแยกสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองแล้ว มาตราดังกล่าวจะบัญญัติไว้หรือไม่ก็ได้ ไม่ก่อให้เกิดความแตกต่างแต่ประการใด

¹⁸ ดิสทัต โทตระกิตย, “แนวคิดหลักสิทธิมนุษยชนในการยกร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 59, ปีที่ 20, น.70 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2561).

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากต้องการรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวโดยชัดแจ้ง และยังเป็น การรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลด้วยแล้ว การบัญญัติอย่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนย่อมเกิดประโยชน์กว่า

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อว่าสมควรที่จะบัญญัติรับรองสิทธิของ**นิติบุคคลในประเทศ**ไว้โดยตรงหรือไม่

ซึ่งการรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศไว้โดยตรงย่อมเป็นประโยชน์ในการตีความการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ประเทศที่ได้บัญญัติรับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลในประเทศไว้โดยตรงคือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 19 วรรคสาม ที่ว่า “*ให้นำสิทธิขั้นพื้นฐานมาใช้กับนิติบุคคลในประเทศเท่าที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะอำนวย*” ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้สอดคล้องกับโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญของเยอรมนี ซึ่งทำให้ง่ายต่อการตีความ ตลอดจนการต่อยอดทางความคิดในทางรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมิได้มีความชัดเจนอย่างเยอรมนี อีกทั้งในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญและแนวคำร่ำล้อนเห็นไปในทางเดียวกันว่านิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ เหลือเพียงการแบ่งแยกนิติบุคคลในประเทศและต่างประเทศที่ยังขาดความชัดเจน ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าจะบัญญัติข้อความทำนองเดียวกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือไม่ก็ได้ เพราะเมื่อมีการแบ่งแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนแล้ว ปัญหาการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศย่อมไม่เป็นปัญหาแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ในทางที่น้อยที่สุดและเป็นประโยชน์ที่สุด ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดย

(1) เปลี่ยนชื่อหมวดที่กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญให้มีความยืดหยุ่น โดยมีได้หมายถึงปวงชนชาวไทยเท่านั้น

(2) แบ่งแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนเพียงเท่านี้ก็ถือเป็นคุณสมบัติประการที่จำเป็นแก่การตีความการเป็นผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศแล้ว ส่วนการกำหนดนิยาม “นิติบุคคลในประเทศ” และ “นิติบุคคลต่างประเทศ” จะต้องมีการหารือเป็นอย่างมาก และอาจไม่เป็นที่ยุติได้โดยเร็ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการแบ่งแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนไปก่อน ขณะเดียวกันก็ปล่อยให้มีการถกเถียงเรื่องการกำหนดนิยามดังกล่าว เนื่องจากยังมีการถกเถียงในชั้นยกร่างรัฐธรรมนูญและในทางคำร่ำล้อน มีพ้องต้องกล่าวถึงในชั้นศาลรัฐธรรมนูญ

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- กมล สนธิเกษตริน. คำอธิบาย กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2535.
- กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. บทวิเคราะห์ข้อมูล สถานการณ์ และเชื่อมโยงเพื่อวางทิศทางแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2557-2561), กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2556.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะบุคคล : บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- คณิง ภาไชย. คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา และสุธี ประศาสน์เศรษฐ์. “ระบบเศรษฐกิจไทย พ.ศ. 2394-2453.” ใน ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทยจนถึง พ.ศ. 2484. จัดพิมพ์โดย มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์. หน้า 172-173. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.
- ชุมพร ปัจจุบันนท์. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล : สัญชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- ไชยันต์ รัชชกุล. อาณานิคมสมบูรณ์อาณาสิทธิราชย์: การก่อรัฐไทยสมัยใหม่จากศักดินานิยมสู่ทุนนิยมรอบนอก, แปลโดย พงษ์เลิศ พงษ์นันทน์. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่าน, 2560.
- ณรงค์ เพชรประเสริฐ. “การขยายตัวของระบบทุนนิยมในประเทศไทย (พ.ศ. 2488-ปัจจุบัน).” ใน การขยายตัวของระบบทุนนิยมในประเทศไทย (พ.ศ. 2488-ปัจจุบัน), สมภพ มานะรังสรรค์, ชุดประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย. หน้า 77. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สร้างสรรค์, 2524)
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ทฤษฎีสถิติขั้นพื้นฐาน. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

- ทิพย์ชนก รัตโนสถ. คำอธิบายเรียงมาตรา กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 6
แก้ไขและเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- นาถนรินทร์ จันทรงาม. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ :
โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2559.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ :
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- บรรยงค์ ลีมประยูรวงศ์ และคณะ. 111 ปี หุ้นส่วนบริษัทไทย. นนทบุรี : กรมพัฒนาธุรกิจการค้า
กระทรวงพาณิชย์, 2555.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. คำอธิบาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน.
กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- _____. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. กฎหมายปกครองของประเทศยุโรป. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ภาสกร ชุณหอุไร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยหุ้นส่วนและ
บริษัท บรรพ 3 มาตรา 1012-1237/4. กรุงเทพฯ : กองทุนศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- _____. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ
2520.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : โครงการ
ตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- _____. ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.
พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

- วิเชียร วัฒนคุณ. คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2508.
- วิชณุ เครื่องาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสิทธิการพิมพ์, 2530.
- สท้าน สนิทวงศ์. ประวัติกระทรวงเกษตรราธิการ บริษัทเลขที่ 3 ว่าด้วยกรมขึ้นของกระทรวงเกษตรราธิการ. กรุงเทพฯ, 2550.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- _____. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- _____. คำอธิบาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- _____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับใช้เรียน). พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- สาคร ช่วยประสิทธิ์. อังกฤษ : ประวัติศาสตร์การปกครอง. กรุงเทพฯ, 2522.
- สิริลักษณ์ ศักดิ์เกรียงไกร. “ต้นกำเนิดของชนชั้นนายทุนในประเทศไทย (พ.ศ. 2398-2453).” ใน ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทยจนถึง พ.ศ. 2484, จัดพิมพ์โดย มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์. หน้า 393. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.
- สุนทรี อาสะไสย์. ประวัติคลองรังสิต การพัฒนาที่ดินและผลกระทบต่อสังคม พ.ศ. 2431-2457. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.
- สุรศักดิ์ บุญยานุกุลกิจ. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.” ใน ที่ระลึก 60 ปี พิธีใหญ่ใจหาญ, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 123-142. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561.
- โสภณ รัตนगर. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2556.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.
- _____. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงตามมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ บำรุงสาส์น, 2511.

อนันตชัย จินดาวัฒน์. ฝรั่งเศสในโลกเก่า ประวัติศาสตร์จักรวรรดิฝรั่งเศสก่อนสมัยใหม่. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ยิปซี, 2558.

อัมมาร์ สยามวาลา. “การค้าระหว่างประเทศกับเศรษฐกิจภายในประเทศ (พ.ศ. 2363 - 2398).” ใน ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทยจนถึง พ.ศ. 2484. จัดพิมพ์โดย มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, หน้า 148. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.

อาคม พัดิยะ. ศรีรามเทพนคร : ความเรียงว่าด้วยประวัติศาสตร์อยุธยาตอนต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มติชน, 2545.

บทความวารสาร

ดิศทัต โหตระกิตย์. “แนวคิดหลักสิทธิมนุษยชนในการยกร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มที่ 59. ปีที่ 20. (เดือนพฤษภาคม - สิงหาคม 2561) : 70.

ต่อพงศ์ กิตติยพูนพงศ์. “เสรีภาพทางวิชาการในระบบกฎหมายเยอรมัน.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับ 3. ปีที่ 36 (2550) : 562.

ธิติพงศ์ มีทอง. “สภาพแฟรงเฟิร์ตกับการปฏิวัติแห่งปรัสเซียใน ค.ศ. 1848 : การสร้างจุดเริ่มต้นแห่งการรวมชาติเยอรมัน.” ฉบับ 1. ปีที่ 33. วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น. (2559) : 13-14

พรรณี อวนสกุล. “ระบบผูกขาดทางเศรษฐกิจสมัยอยุธยา.” ฉบับ 2. ปีที่ 4. วารสารธรรมศาสตร์. (2518) : 21

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. “การกำหนดสัญชาติไทยของนิติบุคคลปัจจุบัน.” ตุลพาห. เล่มที่ 2. ปีที่ 42. (เมษายน- มิถุนายน 2538) : 117.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับ 4. ปีที่ 42. (2556) : 993.

บทความหนังสือพิมพ์

วันเพ็ญ หรุจิตตวิวัฒน์. “ปีโอไอ : สำนักงานผู้แทน...ธุรกิจข้ามชาติรูปแบบใดดีกว่ากัน (ตอนที่ 1).” ผู้จัดการออนไลน์ (10 ตุลาคม 2552).

วิทยานิพนธ์

เขตไท ลังการ์พินธุ์. “สัญชาติของนิติบุคคล.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.

นราฤทธิ์ กาแก้ว. “การศึกษาปัญหาของข้อกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

นवलวรรณ สุนทรวิชัย. “ข้อจำกัดของหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ประพีร์ อภิชาติสกุล. “การศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไขประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ภายใต้อัตราความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS).” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

ปรียาภา ลาภอนันต์. “การให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลและผู้ถือหุ้น: ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างปี ค.ศ. 1970 – 2010.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

ปิ่นธเนศ แก้วรุ่งฟ้า. “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 : ศึกษากรณีสิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมือง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

วรางคณา นิพัทธ์สุขกิจ. “กลุ่มคนที่สัมพันธ์กับการค้าในสังคมอยุธยา พ.ศ. 2172-2310.” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

วริยาภรณ์ ธนไวทยโกเศส. “การคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ: ศึกษาในกรอบของสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

วสันต์ชัย วัฒนวงศ์วิสุทธิ. “ปัญหาการยอมรับสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.

วิทยา พองวาสนาส่ง. “สถานภาพของวิสาหกิจข้ามชาติในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

อภิญา แก้วกำเนิด. “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และ ไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. “แนวทางในการพิจารณาอนุญาตการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว ประเภทสำนักงานผู้แทน.” http://dbd.go.th/download/data_srevice/guideline_1_representative_office_01.pdf, 20 มกราคม 2562.

การรับฟังความคิดเห็นกฎหมายไทย. “ร่าง พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.” <http://www.lawamendment.go.th/index.php/laws-department/item/1185-2018-01-19-07-05-50>, 25 มีนาคม 2562.

คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ. “ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสภาพปฏิรูป แห่งชาติ พุทธศักราช 2558.” http://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons57/cdc2557-doc005-01.pdf, 20 มีนาคม 2562.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. “ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาปฏิวัติฝรั่งเศส (2).” มติชนสุดสัปดาห์. https://www.matichonweekly.com/column/article_21258, 29 กรกฎาคม 2561.

รวีพรรณ สาลีผล. “ประวัติของเศรษฐกิจไทยตั้งแต่ 2475.” http://www.lampangvc.ac.th/lvcasean/ims/page_pdf/12.pdf. น. 32-39, 30 มกราคม 2562.

ศิลปวัฒนธรรม. “15 มิ.ย. 1215: กำเนิด “แมกนา คาร์ตา” กฎบัตรประกันสิทธิพลเมือง จำกัด อำนาจผู้ปกครอง.” https://www.silpa-mag.com/this-day-in-history/article_438. 24 มิถุนายน 2561.

เอกสารอื่น ๆ

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง รัฐธรรมนูญไวมาร์. กรุงเทพฯ : คณะกรรมการวิจัย และสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ.” เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
วิทยาลัยศาสตร์รัฐธรรมนูญ.

สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา แผนกรายงานการประชุม. “รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ
(ชุดที่ 2)” (การยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (หมวดที่ 3-4)). ตีกรัฐสภา, 14
มีนาคม 2517.

สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา แผนกรายงานการประชุม. “รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ
ครั้งที่ 14” (พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช...). ตีกรัฐสภา, 8
กรกฎาคม 2540.

BOOKS

Ernst Rabel. The Conflict of Laws: A Comparative Study. Second edition. Vol. 2. Ann
Arbor : The University of Michigan Press, 1960.

F. Brosius-Gersdorf, in: H. Dreier (Hrsg). Grundgesetz-Kommentar. Bd. I, Aufl, 2013.

Nicolas Gervaise. The Natural and Political History of the Kingdom of Siam. Trans. and
edited with an introduction and notes by John Villiers. Bangkok : White Lotus
co., 1989.

Remmert, in: Maunz/Dürig. Grundgesetz-Kommentar 81. EL September 2017.

Robert A. Sedler. Constitutional Law in The United States. Second Edition.
Netherlands : Kluwer Law International, 2004.

Victor Ferreres Comella. The Constitution of Spain: a contextual analysis. Portland :
Hart Publishing, 2013.

ARTICLES

A. Roussos. “Realising the Free Movement of Companies.” European Business Law
Review. (January/February, 2001) : 8.

Hartwin Bungert. “Equal Protection for Foreign and Alien Corporation: Towards
Intermediate Scrutiny for a Quasi-suspect Classification.” Missouri Law Review.
Vol.59. (1994) : 601-602.

Susanna Kim Ripken. "Corporate Amendment Rights After Citizens United: an Analysis of the Popular Movement to end the Constitutional Personhood of corporations." University of Pennsylvania Journal of Business Law. Vol.14. (2011) : 222-223.

Ulvi ALTINIŞIK. "Free Movement of Companies within the EU." Ankara Bar Review1. (2012) : 105.

Zoë Robinson. "Constitutional Personhood." The George Washington Law Review. Vol.84. No.3. (May 2016) : 632.

ELECTRONIC MEDIAS

Doris Mary Stenton. "Magna Carta ENGLAND [1215]." Encyclopedia Britannica. <https://global.britannica.com/topic/Magna-Carta>, June 24, 2018.

HSBC. "HSBC in Thailand." About HSBC. <https://www.about.hsbc.co.th/hsbc-in-thailand>, January 29, 2019.

Standard chartered. "The Bank's history." About us. <https://www.sc.com/th/en/about-us>, January 29, 2019.

Véronique Champeil-Desplats. "From "public freedoms" to "fundamental rights": effects and stakes of a change of name." <http://juspolicum.com/article/Des-libertes-publiques-aux-droits-fondamentaux-effets-et-enjeux-d-un-changement-de-denomination-290.html>, December 8, 2018.

OTHER MATERIAL

United Nations. Yearbook of the International Law Commission. Vol. 1 Part Two. Report of the Commission to The General Assembly on the Work of Its Fifty-Eight Session. New York and Geneva : United Nations publications, 2006.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวกนกวรรณ เหล่าไผ่น
วันเดือนปีเกิด	24 มิถุนายน 2534
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2557: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2558: ใบอนุญาตว่าความ ปีการศึกษา 2559: เนติบัณฑิตไทย สมัย 68
ตำแหน่ง	ทนายความ/ที่ปรึกษากฎหมาย บริษัท แมกนัส แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด

ผลงานทางวิชาการ

กนกวรรณ เหล่าไผ่น. “สิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.