



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล

(Individual Study)

สังคมประชาธิปไตยกับการใช้หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญไทย

จัดทำโดย

กิตติบดี ไยพูล

รหัส ๖๓๐๘๐๑

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม

หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๘

วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สารบัญ

บทนำ	๑
๑. การปกครองของรัฐ	๓
๑.๑ ประชาธิปไตยระบบรัฐสภา (Parliamentary System)	๓
๑.๒ ระบบประธานาธิบดี (Presidential System)	๔
๑.๓ ระบบผสม	๔
๒. หลักนิติธรรมในระบบกฎหมาย	๕
๒.๑ หลักนิติธรรมในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)	๕
(๑) หลักนิติธรรมในระบบกฎหมายอังกฤษ	๕
(๒) หลักนิติธรรมในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา	๗
๒.๒ หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)	๘
(๑) หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศส	๘
(๒) หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน	๙
๓. หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญไทย	๑๐
๓.๑ การใช้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญไทยกับการใช้อำนาจรัฐตามปกติ	๑๑
(๑) ฝ่ายนิติบัญญัติ	๑๑
(๒) ฝ่ายบริหาร	๑๑
(๓) ฝ่ายตุลาการ	๑๑
๓.๒ การใช้หลักนิติธรรมกับการใช้อำนาจรัฐกรณีศึกษา	๑๒
(๑) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔/๒๕๖๑	๑๒
(๒) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๐/๒๕๖๓	๑๓
๔. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ	๑๘
๔.๑ กฎหมายถูกต้อง แต่ปฏิบัติผิดจากหลักการ	๑๘
๔.๒ เนื้อหาของกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ	๒๘
๕. บทสรุป	๓๕
บรรณานุกรม	
ภาคผนวก : เอกสารประกอบแนบท้าย	

สังคมประชาธิปไตยกับการใช้หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญไทย

กิตติบดี ไยพุล

บทนำ

คำกล่าวของ Lord Acton ที่ว่า "อำนาจทำให้เกิดการฉ้อฉล อำนาจเบ็ดเสร็จยิ่งทำให้การฉ้อฉลเบ็ดเสร็จ" (Power tends to corrupt, absolute power corrupts absolutely)^๑ ทั้งนี้เพราะคนเราเมื่อมีอำนาจแล้ว มักจะมัวเมาในอำนาจ และมักจะใช้อำนาจอย่างสุดโต่งเสมอ ดังนั้น ในรัฐที่ยึดมั่นในหลักนิติธรรมจึงต้องมีการจำกัดการใช้อำนาจรัฐโดยอาจแยกอำนาจออกเป็น ๓ ฝ่ายคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้อำนาจ ยกต่างหากจากกัน แต่ต้องประสานสอดคล้องและถ่วงดุลกัน ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารรวมอยู่ในตัวบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกัน เสรีภาพจะลดน้อยถอยลงเพราะเป็นที่น่าห่วงเกรงว่าบุคคลนั้นหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสองนั้นจะตรากฎหมายที่มีลักษณะตามใจมาใช้บังคับ และจะใช้บังคับกฎหมายนั้นอย่างกดขี่ ยิ่งถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจบริหารอีกด้วยแล้ว ชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะมีความเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสอง หรือถ้าผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายด้วย ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจที่ไม่มีใครควบคุมได้ เสรีภาพจะสูญสิ้นไปหมด ยิ่งถ้าบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม กฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้บังคับกฎหมายก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจนั้น และถ้าใครไม่ทำตามความประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะไร้ค่า บ้านเมืองก็จะไม่สงบ การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกระทำการทางนิติบัญญัติ หมายถึง การตรากฎหมายทางบริหาร หมายถึง อำนาจบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย และทางตุลาการ หมายถึง อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ออกจากกันเรียกว่า "Separation of Powers" จึงเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่จะจำกัดอำนาจรัฐได้

^๑John Dalberg-Acton, Letter to Archbishop Mandell Creight, London : Macmillan, ๑๘๖๐ ; อ้างใน ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, สังคมกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ ๗, ๒๕๖๔, สำนักพิมพ์วิญญูชน, น.๕๐-๕๑.

การจำกัดอำนาจรัฐดังกล่าว จะทำให้เกิดผลอย่างน้อย ๔ ประการ คือ

ประการแรก มีการรับรองและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ เอกชนที่เป็นราษฎรของรัฐ เช่น การประกันสิทธิในทรัพย์สินในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๗ หากรัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธินี้ ก็ต้องตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ อย่างเคร่งครัดมิใช่ตามอำเภอใจ

ประการที่สอง มีการรับรองสิทธิพื้นฐาน เช่น สิทธิในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๔ การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพ ของบุคคลอื่น

ประการที่สาม มีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และ

ประการที่สี่ มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหารและ ทางตุลาการ ออกจากกัน โดยให้แต่ละองค์กรทำหน้าที่ของตนอย่างอิสระ แต่ต้องประสานสอดคล้องกัน

การจำกัดอำนาจรัฐ ตามหลักทั่วไปคือแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers)^๒ แต่อาจมีวิธีการและรายละเอียดที่ต่างกันออกไปตามระบอบการปกครองของแต่ละประเทศได้

^๒วราเจตน์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, ๒๕๖๔, สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, น. ๒๗๐-๒๗๒.

-๑-

การปกครองรัฐ

ในการปกครองรัฐเพื่อยับยั้งอำนาจมิให้รวมกันอยู่ที่เดียวกันทำให้เกิดหลักการแบ่งแยกอำนาจคือการตุลและคานอำนาจกัน ด้วยเหตุนี้ในประเทศที่มีการแบ่งแยกอำนาจจึงมีการกำหนดให้อำนาจหนึ่งตรวจสอบหรือยับยั้งอีกอำนาจหนึ่ง เช่นให้รัฐสภาควบคุมตรวจสอบการบริหารของคณะรัฐมนตรีในทางการเมือง ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา หรือให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจยับยั้งกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแล้ว ให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลปกครองควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ให้ประธานาธิบดีหรือคณะรัฐมนตรีมีอำนาจเสนอแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ ให้รัฐสภามีอำนาจอนุมัติงบประมาณรายจ่ายให้แก่องค์กรอื่นๆ ของรัฐเพื่อควบคุมการบริหารงานของรัฐ^๓ เป็นต้น

๑.๑ ประชาธิปไตยระบบรัฐสภา (Parliamentary System) คือ หัวหน้ารัฐบาล (นายกรัฐมนตรี) ได้รับเลือกจากรัฐสภาเป็นประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน ซึ่งรัฐบาลได้รับแต่งตั้งจากผู้แทน รัฐบาลบริหารประเทศ โดยรัฐสภามอบหน้าที่ให้คณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหาร ตลอดจนถูกวิจารณ์ตรวจสอบและถ่วงดุลอย่างต่อเนื่องโดยสภานิติบัญญัติซึ่งได้รับเลือกจาก ประชาชน ควบคุมตรวจสอบการบริหารของคณะรัฐมนตรีโดยมีอำนาจถอดถอนนายกรัฐมนตรีได้เมื่อถึงเวลาที่สภาเห็นว่าผู้นั้นทำหน้าที่ไม่เป็นไปตามความคาดหวังของฝ่ายนิติบัญญัติ การถอดถอนนี้เรียกว่าการอภิปรายไม่ไว้วางใจ โดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติตัดสินใจว่าจะถอดนายกรัฐมนตรีออกจากตำแหน่งหรือไม่ โดยการสนับสนุนเสียงข้างมากต่อการถอดถอนผู้นั้น ในบางประเทศนายกรัฐมนตรียังสามารถยุบสภาและเรียกการเลือกตั้งใหม่ได้ เมื่อใดก็ตามที่ผู้นั้นเลือกและตามแบบนายกรัฐมนตรีจะจัดการเลือกตั้ง เมื่อผู้นั้นทราบดีว่าตนได้รับการสนับสนุนดีจากสาธารณะที่จะได้รับการเลือกตั้งกลับเข้ามา เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีแล้ว ย่อมจะพบว่าการปกครองในระบบรัฐสภานั้น คณะรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดินโดยขึ้นอยู่กับความไว้วางใจของรัฐสภา (สภาผู้แทนราษฎร) โดยเปิดโอกาสให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถยื่นญัตติไม่ไว้วางใจได้ ซึ่งการไม่ไว้วางใจที่นี้อาจเป็นการไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี แล้วแต่กรณีและพิจารณางบประมาณในการบริหารงานของรัฐ

^๓ เท็งอ้าง, น.๓๖๘-๓๗๙.

ส่วนประเทศไทยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดให้พระมหากษัตริย์แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นไม่เกินสามสิบห้าคน ซึ่งต้องเข้าใจว่าหมายถึงพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีไปตามมติของสภาผู้แทนราษฎร

๑.๒ ระบบประธานาธิบดี (Presidential System) ประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนระบบหนึ่ง ซึ่งมีการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ ในระบบประธานาธิบดีนั้น ทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา (กรณีที่มีวุฒิสภา) จะมาจากการเลือกตั้งของประชาชนขณะเดียวกัน ประธานาธิบดีก็จะมาจากการเลือกตั้งของประชาชนเช่นเดียวกัน ในแง่นี้ประธานาธิบดีจึงไม่ได้มาจากการเลือกของรัฐสภา

ลักษณะสำคัญประการถัดไปของการปกครองในระบบประธานาธิบดีก็คือ ประธานาธิบดีไม่ต้องอาศัยความไว้วางใจจากรัฐสภา เพราะยังได้อำนาจโดยตรงจากประชาชน และในขณะเดียวกันก็ไม่มีอำนาจยุบสภา เนื่องจากรัฐสภาและประธานาธิบดีต่างมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในระดับไล่เลี่ยกันเพราะต่างเป็นองค์กรของรัฐที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนทั้งคู่ รัฐสภากับประธานาธิบดีจึงแยกขาดจากกัน ประธานาธิบดีบริหารราชการไปโดยความชอบธรรมที่ตนเองได้รับจากการเลือกตั้ง ไม่ใช่จากความไว้วางใจของรัฐสภา ในขณะเดียวกันก็ไม่มีอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้ประชาชนเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ก่อนครบวาระได้

๑.๓ ระบบผสม^๔ การปกครองในระบบกึ่งประธานาธิบดี (Semi-Presidential System) หรือกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภา หรือระบบผสม มีลักษณะที่สำคัญในเบื้องต้น คือ ประธานาธิบดีซึ่งเป็นประมุขของรัฐมาจากการเลือกตั้ง มีวาระการดำรงตำแหน่งที่แน่นอน เช่นประธานาธิบดีฝรั่งเศสมีวาระการดำรงตำแหน่งห้าปี ซึ่งลักษณะดังกล่าวทำให้การปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับระบบประธานาธิบดี แต่คุณลักษณะที่ทำให้การปกครองระบบนี้แตกต่างออกไปจากระบบประธานาธิบดีก็คือ ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีประกอบกันขึ้นเป็นคณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีในระบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภาย่อมบริหารราชการไปโดยความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร หมายความว่า สภาผู้แทนราษฎรสามารถลงมติไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรีได้ แม้สภาผู้แทนราษฎรจะไม่ได้เป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีก็ตาม ทั้งนี้ นายกรัฐมนตรีอาจถูกประธานาธิบดีปลดออกจากตำแหน่งได้เช่นกัน ในระบบนี้นายกรัฐมนตรีจึงต้องรับผิดชอบต่อทั้งประธานาธิบดีและสภาผู้แทนราษฎร

^๔ วรเจตน์, เพ็ญอ้าง, น.๓๗๘-๓๗๙.

ในระบอบประชาธิปไตยทั้ง ๓ ระบบ ถือความเห็นของปวงชนฝ่ายข้างมากเป็นเกณฑ์ในการบริหารราชการแผ่นดิน แต่ในขณะเดียวกันสิทธิของปวงชนฝ่ายข้างน้อย ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้งความเห็นฝ่ายข้างมากนั้นจะต้องเป็นความเห็นที่ประกอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรมด้วย เมื่อพิจารณาในแง่ของศีลธรรมแล้ว จะเห็นได้แจ่มแจ้งว่าระบอบประชาธิปไตยนี้มีหลักการที่มีรากฐานสืบเนื่องมาจากศีลธรรมอย่างแท้จริง กล่าวคือ ระบอบประชาธิปไตยเคารพในความเป็นธรรม (Justice) เหตุผล (Reason) เมตตาธรรม (Compassion) ความศรัทธาในมนุษยชาติ (Faith in man) และความเคารพในเกียรติภูมิแห่งมนุษยชน (Human dignity)

ประเทศที่มีการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยในสากลประเทศย่อมอยู่ภายใต้หลักการที่สำคัญ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพปัจเจกชน การแบ่งแยกอำนาจเป็นการแยกอำนาจตามองค์การรัฐตามหน้าที่ (The separation of powers divides state power according to function) หรืออาจจะแบ่งการปกครองตามหลักสหพันธรัฐ (Federalism divides it according to geographical region) หรืออาจจำกัดอำนาจโดยการรับรองสิทธิของพลเมือง (Bills of rights divide power between the state and ordinary citizens)^๕ หลักการสำคัญหนึ่งที่จะขาดไปเสียมิได้ นั่นคือ หลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐ (The Rule of Law หรือ Rechtsstaat หรือ Etat du Droit)

-๒-

หลักนิติธรรมในระบบกฎหมาย

ระบบกฎหมายที่สำคัญ และมีอิทธิพลต่อการปกครองของประเทศต่าง ๆ ในโลก ได้แก่ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และซีวิลลอว์ ซึ่งทั้ง ๒ ระบบก็ได้พัฒนาหลักนิติธรรมขึ้นมา ตามประวัติและวัฒนธรรมการเมืองของตน

๒.๑ หลักนิติธรรมในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

(๑) หลักนิติธรรมในระบบกฎหมายอังกฤษ

หลักนิติธรรมในระบบกฎหมายของอังกฤษได้มีพัฒนาการมาเป็นเวลานานแล้ว แต่ก็ยังไม่ชัดเจนและเป็นรูปธรรมนัก จนกระทั่งนักกฎหมายชาวอังกฤษผู้ลือนาม คือ Albert Venn Dicey (๑๘๓๕ - ๑๙๒๒) ได้อธิบายถึงคำว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) อย่างเป็นทางการขึ้นครั้งแรก

^๕ Tony Honore ,About Law, Clarendon Press, Oxford ๑๙๙๕, p.๓๐

โดยการตีพิมพ์ในหนังสือ "Law of the Constitution" ซึ่งตีพิมพ์ขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ๑๘๘๕ โดย Dicey ได้เขียนเรื่องนี้ขณะที่เป็นศาสตราจารย์อยู่ใน All Souls College แห่งมหาวิทยาลัย Oxford ซึ่งตามประวัติศาสตร์กฎหมายอังกฤษนั้น เป็นช่วงรัชสมัยของพระนางวิกตอเรียอยู่ในราชวงศ์ Hanover ของอังกฤษเสวยราชสมบัติ ดังนั้น แบบฉบับของหลักนิติธรรมตามที่เสนอของ Dicey แสดงออกโดยมีเนื้อหาหลัก ๓ ประการ^๖ คือ

๑) การที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดโดยชัดแจ้ง และการลงที่ที่อาจทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติ (Ordinary Court) ของแผ่นดิน

๒) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายไม่ว่าเขาจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใด ๆ ทุกคน(ไม่ว่าเป็นเจ้าของรัฐหรือบุคคลธรรมดา) ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน

๓) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของประชาชนเป็นผลมาจากหรือได้มาจากคำวินิจฉัยตัดสินของศาลหรือกฎหมายธรรมดามีใช้เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ^๗

จะสังเกตได้ว่า Dicey ให้ทัศนะในเชิงยกย่องการมีศาลยุติธรรมศาลเดียวโดยมีความเชื่อมั่นต่อศาลยุติธรรมว่าเป็นแหล่งที่มาสำคัญของความถูกต้องหรือการคำประกันสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชน นับว่าเป็นการปฏิเสธต่อระบบการควบคุมที่ใช้อำนาจอย่างอื่นนอกจากกระบวนการในศาลยุติธรรมธรรมดา และด้วยอิทธิพลจากทัศนะของ Dicey นี้เองที่ส่งผลทำให้กฎหมายมหาชนอังกฤษหยุดนิ่งเป็นเวลานานจนถึงประมาณเกือบครึ่งศตวรรษที่ ๒๐ ต่อมาในยุคหลังนักกฎหมายอังกฤษจำนวนมากก็มิได้เห็นตาม Dicey หากแต่ยอมรับการมีศาลอื่นนอกจากศาลยุติธรรมมากขึ้น

ดังนั้นจึงอาจสรุปสาระสำคัญของ "หลักนิติธรรม" (The Rule of Law) ในระบบกฎหมายอังกฤษได้ว่าบุคคลทุกคนจะต้องอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง ข้าราชการ หรือบุคคลธรรมดาก็ต้องใช้กฎหมายเดียวกัน และต้องอยู่ภายใต้บังคับของศาลเดียวกัน และหลักกฎหมายของอังกฤษเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาตัดสินของศาลที่ดำเนินการ

^๖ ปิยบุตร แสงกนกกุล, นิติรัฐ (Rechtsstaat, Etat de droit) ไม่เหมือนกับ “นิติธรรม” (Rule of law) จากนิติรัฐ นิติธรรม, เอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ, โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

^๗ จรัญ โฆษณานันท์, "บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ หลักนิติธรรม (Historico- Societal Context of the Rule of Law Ideology)", ลงพิมพ์ใน นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓, หน้า ๖๖-๖๗.

ต่อเนื่องเป็นเวลานานจนสร้างหลักกฎหมายที่เรียกว่า Common law ที่จะให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายอังกฤษเป็นรากฐานที่มาของระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งส่งอิทธิพลไปทั่วโลกในเวลาต่อมา

(๒) หลักนิติธรรมในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษอย่างสูง อย่างไรก็ตามด้วยระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยของสหรัฐอเมริกา มุ่งเน้นไปในหลักเรื่องเสรีภาพอย่างมากและยังเป็นการปกครองซึ่งมีประธานาธิบดีเป็นประมุขซึ่งมาจากการเลือกตั้ง ดังนั้นหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ของสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “Due Process of Law” ซึ่งมาจากคดี Mapp v. Ohio (illegal/search) และคดี Miranda v. Arizona (Confession obtain in violation of privilege against self-incrimination)^๔ ได้รับการยกย่องว่าเป็นหลักการมีได้ในประเทศที่มีการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย เนื่องจากเป็นหลักสำคัญที่เป็นการสร้างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะสังเกตได้ว่าโดยพื้นฐานทั่วไปแล้ว หลักนิติธรรมจะสัมพันธ์วนเวียนอยู่กับเรื่องกฎหมาย เหตุผล ศีลธรรม เสรีภาพของประชาชนและรัฐ ความยุติธรรม ความเสมอภาคในรูปแบบ (Formal Equality) อันเป็นความเสมอภาคที่มีลายลักษณ์อักษรรับรอง หรือความเสมอภาคในเนื้อหา (Substantive Equality) อันเป็นความเสมอภาคที่มีผลปรากฏจริงในตัวบุคคลทั่วไปในสังคม ประเด็นเกี่ยวกับหลักคุณค่าต่าง ๆ เหล่านี้ แม้ฟังดูค้ำชู แต่ก็ไม่นับว่ามีของเขตการตีความกว้างขวางซึ่งแปรสัมพันธ์ไปกับระดับของพัฒนาการในแต่ละสังคมและอุดมการณ์ทางการเมืองในแต่ละประเทศ^๕ ในสหรัฐอเมริกานั้นแนวคิดของกฎหมายอังกฤษมีอิทธิพลต่อนักวิชาการในสหรัฐอเมริกาที่มีโอกาสแสดงออกอย่างกว้างขวางโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคที่ก่อตั้งประเทศสหรัฐอเมริกาให้เป็นปึกแผ่น เช่น ในขณะที่ปฏิวัติเป็นอิสระจากกษัตริย์อังกฤษ โทมัสเพน(Thomas Paine) กล่าวในหนังสือ Common Sense (๑๗๗๖) ว่าในสหรัฐอเมริกานั้นมี "กฎหมายเป็นกษัตริย์" การประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. ๑๗๗๖ ทำให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นและเกิดรูปแบบในทางลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนที่สุดเป็นครั้งแรกของรัฐบาลภายใต้กฎหมาย (Government under the law) แนวความคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมายแพร่หลายไปอย่างกว้างขวางในสหรัฐอเมริกา เช่น รัฐธรรมนูญของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ค.ศ. ๑๗๘๐ ซึ่งร่างโดยจอห์น อัดัมส์ (John Adams)

^๔ ดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, สังคมกฎหมาย, ๒๕๖๔, น.๒๖๘

^๕ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓, หน้า ๕๕.

(ต่อมาได้เป็นประธานาธิบดีคนที่ ๒ ของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐ ว่าต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) "เพื่อให้ผลที่สุจริตจะมีการปกครองโดยกฎหมายมิใช่การปกครองของมนุษย์" (a government of laws and not of men) กล่าวคือ **ทุกอย่างต้องยึดความถูกต้องโดยกฎหมายเป็นหลัก คือ มิใช่การปกครองโดยใครคนใดคนหนึ่งนั่นเอง**

๒.๒ หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

หลักนิติรัฐในยุโรป เป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในระดับรัฐธรรมนูญ มีผลผูกพันทั้งองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ซึ่งมีหน้าที่ในทางรัฐธรรมนูญที่ต้องไม่ตรากฎหมายบังคับใช้กฎหมายและตัดสินกฎหมายให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

(๑) หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

“หลักนิติรัฐ” หรือในภาษาฝรั่งเศส “L’ETAT DE DROIT” นั้น เป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศสอันเป็นประเทศแรก ๆ ที่มีการศึกษาและอธิบายเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ ตามแนวคิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสรัฐที่จะถือว่าเป็นนิติรัฐได้นั้น ต้องมีองค์ประกอบอย่างน้อย ๓ ประการ ดังนี้

(๑.๑) ต้องมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ โดยมีหลักว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) และกระบวนการควบคุมมิให้กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

(๑.๒) ต้องมีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ การกระทำใด ๆ ของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

(๑.๓) ต้องมีการกำหนดขอบเขตของอำนาจรัฐไว้อย่างชัดเจน โดยมีการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็น ๓ ฝ่าย คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน โดยองค์กรตุลาการต้องมีความเป็นอิสระสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้^{๑๐}

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นได้มีองค์กรตุลาการแยกออกมาจากศาลธรรมดา อย่าง ศาลสภาแห่งรัฐ (Conseil d’Etat) อันเทียบเคียงได้กับศาลปกครองของไทยทำหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองนั้นต้องเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการทำหน้าที่ของศาล

^{๑๐} ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน. อักขราทร จุฬารัตน์, การใช้และการตีความกฎหมาย. จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง. บริษัท บพิตรการพิมพ์ : กรุงเทพฯ . ๒๕๕๓. หน้า ๘๗ - ๙๓.

สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) จะคอยควบคุมมิให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งการมีระบบศาลมากกว่าหนึ่งศาลนี้เป็นจุดต่างจากระบบกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่มีศาลยุติธรรมเพียงระบบศาลเดียว ดังที่กล่าวมานี้อาจสรุปได้ว่า “หลักนิติรัฐ” มีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรของรัฐนั่นเอง

(๒) หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน

คำว่า “นิติรัฐ” มาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” ความหมายที่ใกล้เคียงน่าจะหมายถึง “State –under-law” การปกครองในหลักของนิติรัฐนั้น กฎหมายจะต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ ทุกคนต้องเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายเดียวกัน ในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นแบบอย่างการศึกษาและอธิบายความหลักกฎหมายได้ค่อนข้างลึกซึ้ง กรณีของ “หลักนิติรัฐ” หรือ “Rechtsstaat” เป็นหลักที่ปรากฏขึ้นครั้งแรกในเยอรมันโดยโยฮัน ฟิชต์ Johann Fichte (๑๗๖๒ - ๑๘๑๔) ได้เสนอความคิดค่อนข้างชัดเจนว่า กฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม และรัฐต้องปกครองตามบทกฎหมาย โดยมีองค์กรอิสระที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐ อันถือได้ว่าเป็นการเสนอแนวความคิดเรื่อง “นิติรัฐ” แต่คำว่า “นิติรัฐ” อันเป็นที่นิยมในเยอรมันมีการใช้ครั้งแรกโดย Carl Theodor Welcker ในหนังสือของเขาที่ตีพิมพ์เมื่อปี ค.ศ. ๑๘๑๓ และต่อมามีการใช้โดย Baron Von Aretin ในปี ค.ศ. ๑๘๒๔ และโดย Robert Von Mohl ในปี ค.ศ. ๑๘๒๙^{๑๑} ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ในระยะแรกยังไม่ตรงกันนัก แต่มีแนวโน้มไปในทางเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายแห่งเหตุผล โดยรัฐมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชนทุกคน อำนาจของรัฐจะมีขอบเขตจำกัดเมื่อเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของเอกชน และจะต้องมีองค์กรที่เป็นกลางกำกับดูแลการที่รัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๘๕๖ Friedrich Julius Stahl เห็นว่า “นิติรัฐ” มีความหมายมากกว่าการปกครองโดยกฎหมายแต่ต้องเป็นระบอบการปกครองโดยกฎหมายที่เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนด้วย ซึ่งต่อมา Rudolf von Gneist นักกฎหมายชาวเยอรมันซึ่งเคยเข้ามาศึกษาระบบการปกครองของอังกฤษได้เสนอความเห็นที่เห็นว่า รัฐเป็นองค์กรปกครองตนเองและเป็นการปกครองที่ต้องเป็นไปตามกฎหมายโดยมีขอบอำนาจจำกัดตามที่กฎหมายกำหนด แต่เห็นว่าควรมีระบบศาลปกครอง (Administrative Court) ที่เป็นอิสระและเป็นคนละระบบกับศาลยุติธรรมโดยเห็นว่าศาลยุติธรรมจะควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ไม่ดีเพียงพอ ซึ่งการมีระบบศาลมากกว่าการมีศาลยุติธรรมนี้เป็นลักษณะของระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป เฉกเช่นเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่มีการยอมรับระบบ

^{๑๑} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) , ในหนังสือ นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓ หน้า ๙๓-๙๕.

ศาลอื่นนอกจากศาลยุติธรรมซึ่งแตกต่างจากในระบบกฎหมาย Common Law ที่นิยมมีเพียงระบบศาลยุติธรรมเพียงหนึ่งเดียวหลายประเทศในขณะที่ยอมรับความมั่นคงของการมีรัฐธรรมนูญ ภายลักษณ์อักษรเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่ดีกว่า

-๓-

หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติเรื่อง "หลักนิติธรรม" ขึ้นในมาตรา ๓ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ.๒๕๕๐ ว่า

"อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม" เพื่อเป็นหลักประกันในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรฝ่ายตุลาการมีบทบาทสำคัญในการรักษาไว้ซึ่งหลักนิติรัฐและนิติธรรมผ่านการปฏิบัติคือให้มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

คำว่า "หลักนิติธรรม" นี้ได้รับการกล่าวถึงมานานพอสมควรในระบบกฎหมายไทย แต่คำที่ใช้มีความหลากหลายแตกต่างกันออกไป^{๑๒} เช่น ใช้คำว่า "หลักธรรม" "หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย" "นิติธรรมวินัย" "หลักกฎหมาย" "หลักธรรมแห่งกฎหมาย" หรือ "นิติปรัชญา" "นิติสดมภ์" หรือ "หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย"^{๑๓}

บุคคลซึ่งถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพจะต้องมีสิทธิโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของตน และมีสิทธิโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของตนได้ ดังนั้น สาระสำคัญประการที่สามของนิติธรรม คือ ต้องมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและ

^{๑๒} เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ:๒๕๐๓). น.๕๒

^{๑๓} ถ้อยคำเหล่านี้ดูในเอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม เพิ่งอ้าง หน้า ๕๒ เชิงอรรถที่ ๑.

เสรีภาพของบุคคล และมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

๓.๑ การใช้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญไทยกับการใช้อำนาจรัฐตามปกติ

รัฐธรรมนูญ คือ หลักพื้นฐานกำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐใช้เชื่อมประสานระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ และเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบ รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของทั้ง ๓ องค์กรกล่าวคือ

(๑) ฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๑๔๘

(๑) ความว่า “หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า”

(๒) ฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๑๔๘ (๒)

ความว่า “หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า”

(๓) ฝ่ายตุลาการ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๑๒

ความว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา ๕ และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่ในคดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่ง

กฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา ๕ นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใด ๆ”

รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๕ ความว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

๓.๒ การใช้หลักนิติธรรมกับการใช้อำนาจรัฐกรณีศึกษา

สถานะของคำสั่ง คสช. รัฐธรรมนูญ ๒๕๖๐ กับคำสั่ง คสช. ซึ่งมีใช้ ๓ องค์การตามรัฐธรรมนูญ คำสั่ง คสช. เป็นกฎหมาย เมื่อใช้รัฐธรรมนูญแล้ว จึงอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ มีตัวอย่างสำคัญ ๒ กรณี คือ (๑) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔/๒๕๖๑ และ (๒) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๐/๒๕๖๓

(๑) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔/๒๕๖๑

เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๓๑ (๑) ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๑๔๐ และมาตรา ๑๔๑ วรรคหนึ่ง (๕) และวรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๕๓/๒๕๖๐ เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ หรือไม่

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับหนังสือของผู้ร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๓๑ (๑) หรือไม่ เห็นว่า เป็นกรณีที่... ร้องเรียนว่า คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๕๓/๒๕๖๐ เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ กรณีจึงเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๓๑ (๑) และพระราชบัญญัติ

ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๕๐ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีอำนาจรับไว้พิจารณาและมีคำสั่งรับไว้พิจารณา

ประเด็นที่หนึ่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๑๔๐ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๕๓/๒๕๖๐ เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของสมาชิกพรรคการเมืองและพรรคการเมือง... รวมทั้งไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๗ ดังนั้น จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕

ประเด็นที่สอง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๑๔๑ วรรคหนึ่ง (๕) และวรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๕๓/๒๕๖๐ เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้พิจารณาด้วยว่ากิจกรรมที่กฎหมายกำหนดให้พรรคการเมืองต้องดำเนินการนั้นล้วนมีนัยสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองทั้งสิ้น...แม้การกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขดังกล่าวอาจจะกระทบต่อพรรคการเมืองอยู่บ้างในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่กฎหมายก็ได้ยืดหยุ่นและผ่อนปรนให้พรรคการเมืองที่ไม่สามารถดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนดได้...และเป็นไปตามหลักนิติธรรมอีกด้วย... จึงไม่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของสมาชิกพรรคการเมืองและพรรคการเมืองจนเกินสมควรแก่เหตุ... ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๑๔๑ วรรคหนึ่ง (๕) และวรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๕๓/๒๕๖๐ เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ...

(๒) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๐/๒๕๖๓

ตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับหนังสือส่งคำโต้แย้งนี้ไว้พิจารณา

วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ วรรคหนึ่ง หรือไม่ เห็นว่า เมื่อจำเลยโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินี้มาก่อน กรณีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ วรรคหนึ่ง จึงมีคำสั่ง รับไว้พิจารณาวินิจฉัย...เมื่อวินิจฉัยว่าประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับดังกล่าวขัด หรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าววินิจฉัยแล้ว ประกาศรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับ เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕...

ความเห็นส่วนตัว (นายทวิเกียรติ มินะกนิษฐ)

สำหรับประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ ๒๙/๒๕๕๗ เรื่อง ให้บุคคลมารายงาน ตัวตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๕๗ มีสาระสำคัญว่า

“ตามที่ได้มีคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ ๑/๒๕๕๗ เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัว ลงวันที่ ๒๒ พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๕๗ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ ๒/๒๕๕๗ เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวเพิ่มเติม และแก้ไขวันเวลาและสถานที่รายงานตัว ลงวันที่ ๒๒ พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๕๗ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ ๓/๒๕๕๗ เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวเพิ่มเติม ลงวันที่ ๒๒ พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๕๗ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ ๕/๒๕๕๗ เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวเพิ่มเติม ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๕๗ และ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ ๖/๒๕๕๗ เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวเพิ่มเติม ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๕๗

หากบุคคลที่มีรายชื่อตามคำสั่งดังกล่าว ไม่มารายงานตัวภายในวันเวลาที่กำหนด ต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกิน ๒ ปี หรือ ปรับไม่เกิน ๔๐,๐๐๐ บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และห้ามมิให้กระทำการใด ๆ หรือสั่งให้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางการเงินหรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สิน ของบุคคลหรือนิติบุคคล เท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของชาติ และความปลอดภัยในชีวิตและ ทรัพย์สินของประชาชนโดยรวม”

ส่วนประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ ๔๑/๒๕๕๗ เรื่อง กำหนดให้การฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัว เป็นความผิด ลงวันที่ ๒๖ พฤษภาคม ๒๕๕๗ มีสาระสำคัญว่า

“ตามที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติ มีคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัวต่อคณะรักษาความ สงบแห่งชาติ ปรากฏว่ามีบุคคลบางรายฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ นั้น เพื่อให้การปฏิบัติตามคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เกี่ยวกับการเรียกบุคคลให้มารายงานตัวต่อ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ เป็นไปอย่างเคร่งครัดและเด็ดขาด จึงออกประกาศดังนี้

๑. บุคคลใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัว ต่อคณะกรรมการความสงบแห่งชาติ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๒ ปี หรือปรับไม่เกิน ๔๐,๐๐๐ บาท หรือทั้งจำทั้งปรับและถูกสั่งห้ามกระทำการใด ๆ หรือสั่งให้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางการเงิน หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินด้วย ทั้งนี้ เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการความสงบแห่งชาติ ...”

พิจารณาจากบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๙ ที่บัญญัติว่า “บรรดาประกาศคำสั่ง และการกระทำของคณะกรรมการความสงบแห่งชาติ หรือของหัวหน้าคณะกรรมการความสงบแห่งชาติ ที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา ๒๖๕ วรรคสอง ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำตลอดการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี” แสดงว่าประกาศหรือคำสั่งทั้งหลายของคณะกรรมการความสงบแห่งชาติอาจถูกยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมได้ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมายหรือข้อบังคับหรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ วรรคแรก)

กรณีประกาศหรือคำสั่งของคณะกรรมการความสงบแห่งชาติ พิจารณาได้ดังนี้

๑. คำสั่งเจ้าพนักงานโดยทั่วไปอาจมีได้หลายกรณีอาทิ เช่น

๑.๑ คำสั่งทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๖๘ คือสั่งให้ช่วยทำกิจการ

ในหน้าที่ซึ่งมีกฎหมายกำหนดไว้ให้ทำได้ หากไม่ทำตามมีโทษจำคุกไม่เกิน ๑๐ วัน หรือโทษปรับไม่เกิน ๕,๐๐๐ บาท หรือโทษจำคุกไม่เกิน ๑ เดือน หรือปรับไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาท

๑.๒ คำสั่งเรียกมาเพื่อให้ถ้อยคำแก่เจ้าพนักงานในฐานะพยานของพนักงานสอบสวน หรืออัยการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๖๙ คงมีโทษจำคุกเพียงไม่เกิน ๓ เดือน หากเป็นหมายของศาลก็จำคุกไม่เกิน ๖ เดือน

๑.๓ คำสั่งเรียกมาเพื่อให้ทำทัณฑ์บนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๔๖ เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อหรือความปรากฏว่าผู้นั้นจะก่อเหตุร้ายให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นฯ ซึ่งหากมาแล้วก็ทำประวัติไว้โดยให้อำนาจคุมตัวไว้ได้ไม่เกิน ๔๘ ชั่วโมง ตามพระราชบัญญัติให้ใช้

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙ มาตรา ๗ หรือให้ทำทัณฑ์บนไว้เพื่อไม่ให้ไปกระทำความผิดตามแนวโน้มของพฤติกรรมที่ปรากฏมาก่อน

ลักษณะของคำสั่งเรียกของคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ ๕/๒๕๕๗ มีลักษณะตาม ๑.๓ เมื่อเทียบกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๔๖ ผู้ที่เรียกหรือมีคำสั่งจะต้องแสดงข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกเรียกมีพฤติกรรมที่จะละเมิดกฎหมายหรือระบุเหตุแห่งการเรียกว่าผู้ถูกเรียกน่าจะไปกระทำความผิดต่อชีวิตหรือทรัพย์สินหรือจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยอย่างไร เพื่อป้องกันเหตุมิให้ผู้นั้นไปกระทำความผิดตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ แต่คำสั่งเรียกของคณะรักษาความสงบแห่งชาติดังกล่าวไม่ได้บอกเหตุแห่งการเรียก แสดงว่าการไม่มาตามคำสั่งคือการกระทำความผิด ซึ่งการไม่มาดังกล่าวมิใช่เป็นการกระทำที่ร้ายแรงเป็นภัยต่อชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สินของผู้อื่นหรือกระทบกระเทือนความสงบสุขของบ้านเมืองถึงขนาดต้องกำหนดเป็นความผิดอาญา ดังนั้น การกำหนดโทษจำคุกถึง ๒ ปี จากการกระทำเพียงไม่มารายงานตัวตามคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติดังกล่าวจึงเป็นการเพิ่มภาระและจำกัดสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเกินสมควรแก่เหตุ และเมื่อเทียบกับบทบัญญัติที่มีลักษณะเดียวกันตาม ๑.๑ และ ๑.๒ แล้ว การระวางโทษไม่ได้สัดส่วนหรือไม่มีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับเมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิหรือเสรีภาพที่ประชาชนจะต้องสูญเสียไป อันเนื่องมาจากกฎหมายนั้น **ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับจึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖**

๒. ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับ ที่กำหนดเป็นความผิดและโทษแก่ผู้ไม่มารายงานตัวเป็นการเลือกปฏิบัติ มิได้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคสอง เพราะมีผลบังคับเฉพาะกับผู้ที่ถูกเรียกเท่านั้น โดยคำสั่งมิได้ระบุว่าถูกเรียกเพราะเหตุใด หากเทียบกับการออกหมายเรียก หรือหมายจับ ผู้ที่ออกหมายจะต้องแสดงเหตุให้ต้องเรียกมาทำอะไร หรือเหตุให้ต้องจับเพราะได้ไปกระทำความผิดร้ายแรงอย่างไร คำสั่งเรียกเฉพาะบุคคลที่ไม่ได้แจ้งสาเหตุแห่งการเรียก ทำให้ผู้มีอำนาจออกคำสั่งเรียก เลือกที่จะเรียกใครก็ได้โดยไม่ต้องมีเหตุให้เรียก และหากผู้นั้นฝ่าฝืนต้องมีโทษทางอาญาด้วย จึงเป็นคำสั่งที่เลือกปฏิบัติมิได้มีผลเป็นการบังคับทั่วไป อันเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคสอง และมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง

๓. คำสั่งทางบริหารนั้น เมื่อสั่งแล้วย่อมมีผลทันที โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๙ บัญญัติให้คำสั่ง การกระทำตลอดจนการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย แต่หากเป็นคำสั่งที่มีผลเป็นกฎหมายคือคำสั่งทางนิติบัญญัติ จะบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้บุคคลทั่วไปได้ทราบหรือถือว่าได้ทราบถึงการออกกฎหมายนั้นแล้ว หลัก “บุคคลจะแก้

ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาไม่ได้” (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๔) ทำให้เกิดหลักปฏิบัติของการประกาศใช้กฎหมาย โดยจะถือว่าบุคคลได้ทราบทั่วกันว่ามีกฎหมายอยู่ อย่างไรก็ตามเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ยิ่งกฎหมายที่มีโทษอาญายังต้องประกาศล่วงหน้า โดยอย่างน้อยให้มีผลบังคับใช้ถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

คำสั่งคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ ๕/๒๕๕๗ เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวเพิ่มเติม ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๕๗ ซึ่งมีชื่อของจำเลย (นายวรเจตน์ ภาคีรัตน์) รวมอยู่ในลำดับที่ ๖ โดยให้ไปรายงานตัวในวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๕๗ ซึ่งเป็นวันเดียวกันกับวันที่ประกาศ โดยข้อเท็จจริงก็ยากที่จะปฏิบัติตามคำสั่งได้อยู่แล้ว ยิ่งไปกว่านั้น คำสั่งฉบับนี้ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ ๒๖ พฤษภาคม ๒๕๕๗ อันเป็นวันที่พ้นกำหนดให้รายงานตัว (๒๔ พฤษภาคม ๒๕๕๗) แล้ว และการไม่มารายงานตัวดังกล่าว มีโทษจำคุกถึง ๒ ปี โดยข้อกฎหมายต้องถือว่าผู้กระทำความผิดอยู่ของกฎหมายเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว (คือวันที่ ๒๖ พฤษภาคม ๒๕๕๗) คำสั่งที่มีการกำหนดโทษทางอาญานี้จึงเป็นคำสั่งที่ปฏิบัติไม่ได้เพราะประกาศให้รู้หรือถือว่ารู้หลังพ้นกำหนดให้รายงานตัวแล้ว ผู้มีรายชื่อตามคำสั่งให้รายงานตัวจึงไม่มีโอกาสที่จะปฏิบัติตามคำสั่งได้เลย

๔. หลัก “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง นั้น บุคคลต้องกระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ การที่ประกาศคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ ๒๙/๒๕๕๗ เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวตามคำสั่งของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ ๒๙/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๕๗ (ราชกิจจานุเบกษา ๒๙ พฤษภาคม ๒๕๕๗) และที่ ๔๑/๒๕๕๗ เรื่อง กำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัวเป็นความผิด ลงวันที่ ๒๖ พฤษภาคม ๒๕๕๗ (ราชกิจจานุเบกษา ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๕๗) โดยกำหนดให้จำคุกไม่เกิน ๒ ปี หรือปรับไม่เกิน ๔๐,๐๐๐ บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ ๒๙ และ ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๕๗ ตามลำดับ ซึ่งเป็นวันหลังจากคำสั่งคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ ๕/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๕๗ ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ ๒๖ พฤษภาคม ๒๕๕๗ เป็นการออกคำสั่งเรียกให้รายงานตัวก่อนและออกประกาศกำหนดโทษของการกระทำความผิดในภายหลังจึงเป็นคำสั่งที่มีโทษอาญาย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นก่อน จึงขัดหลักนิติธรรม เรื่อง ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายและขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง และมาตรา ๒๙

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีความเห็นว่า ประกาศคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ ๕/๒๕๕๗ เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวตามคำสั่งของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ ๕/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๕๗ และประกาศคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ ๔๑/๒๕๕๗

เรื่อง กำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัว เป็นความผิด ลงวันที่ ๒๖ พฤษภาคม ๒๕๕๗ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง และวรรคสาม และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง เมื่อทบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๕ แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๔ อีก

-๔-

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพที่ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญอาจเกิดจากการกระทำหรือกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ (๔.๑) กฎหมายถูกต้อง แต่ปฏิบัติผิด และ (๔.๒) เนื้อหาของกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ บัญญัติไว้ความว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

๔.๑ กระบวนการทางกฎหมายถูกต้อง แต่ปฏิบัติผิดจากหลักการ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๗/๒๕๖๓ (คำวินิจฉัยกลาง) กรณีไม่ให้คนที่ต้องการพิสูจน์สัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร

ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าตนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของนายเดิร์ก วิทเทอวิน สัญชาติดัตช์ และนางสาวดาวใจ ชันตะคุต สัญชาติไทย โดยเกิดเมื่อวันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๕๒๒ ณ เมืองอุเทรีคต์ ประเทศเนเธอร์แลนด์ มีการแจ้งเกิด ณ สำนักงานทะเบียนเมืองอุเทรีคต์ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ทะเบียนการเกิดเลขที่ เอ ๕๓๓ บิดาและมารดาของผู้ร้องได้จดทะเบียนสมรส ณ สำนักงานทะเบียนเมืองอุเทรีคต์ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ทะเบียนสมรสเลขที่ ๑๐๐๔ เมื่อวันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๕๒๒ ผู้ร้องเป็นลูกจ้างในสถานบริการแห่งหนึ่งในจังหวัดภูเก็ต ต่อมารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีนโยบายจัดระเบียบสังคมเข้มงวดกับสถานบริการตามกฎหมาย และมีการเข้าตรวจสอบสถานบริการต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงสถานบริการที่ผู้ร้องทำงานอยู่ หลังจากนั้นผู้ร้องต้องเดินทางออกนอกประเทศไทย ต่อมากระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งที่ ๑๑๕/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๔๖ ไม่อนุญาตให้ผู้ร้องเข้ามาในราชอาณาจักรไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น เนื่องจากผู้ร้องเป็นบุคคลที่มีพฤติกรรมเป็นที่น่าเชื่อว่า

เข้ามาเพื่อการค้าประเวณีการค้าหญิงหรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนีภาษีศุลกากร หรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เข้าลักษณะ เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๑๒ วรรคหนึ่ง (๘)

เมื่อวันที่ ๑๗ มกราคม ๒๕๖๑ นางสาวดาวใจ ชันตะคุต มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ ร้องได้ยื่นหนังสือต่อสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเพื่อขออนุญาตให้ผู้ร้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทย เพื่อทำบัตรประจำตัวประชาชนและขอสัญชาติไทย สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองมีหนังสือลงวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๖๑ แจ้งว่าไม่อนุญาตให้ผู้ร้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทย เนื่องจากเป็นคำสั่ง กระทรวงมหาดไทยที่ ๑๑๕/๒๕๕ และคำสั่งรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด ห้ามมิให้อุทธรณ์ จึงไม่อนุมัติให้ บันทึกรข้อมูลเพิ่มเติมเพื่ออนุญาตให้ผู้ร้องเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร

ผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลจังหวัดกระบี่ เรื่อง ขอสัญชาติไทย และศาลจังหวัดกระบี่มีคำพิพากษา ในคดีหมายเลขแดงที่ พ.๖๗๓/๒๕๖๑ ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๖๑ ว่า "การได้สัญชาติไทยตาม พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ มาตรา ๗ วรรคหนึ่ง (๑) นั้น เป็นการได้สัญชาติไทยโดยผลของ กฎหมายตามหลักสายโลหิต มีผลให้เด็กที่เกิดจากบิดาหรือมารดาซึ่งมีสัญชาติไทยไม่ว่าเกิดในหรือ นอกราชอาณาจักรไทย ย่อมได้สัญชาติไทยโดยการเกิด ...

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยมีว่า การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอก ราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำได้หรือไม่พิจารณาแล้ว เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวง ชนชาวไทย บัญญัติว่า "การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักรหรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติ ไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้"

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอก ราชอาณาจักรหรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคหนึ่ง

คำวินิจฉัยที่ ๗/๒๕๖๓ (คำวินิจฉัยส่วนตัวของนายทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ)

ประเด็นวินิจฉัย

การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาใน ราชอาณาจักร จะกระทำได้หรือไม่

ความเห็น

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้” วรรคสอง บัญญัติว่า “การถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิด จะกระทำมิได้” โดยมีความมุ่งหมายว่าการเนรเทศ การห้ามเข้าประเทศและการถอนสัญชาติของบุคคลสัญชาติไทยจะกระทำมิได้ ทั้งนี้ บทบัญญัติลักษณะนี้ได้บัญญัติเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๙๒ มาตรา ๔๑ และได้บัญญัติในทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ บทบัญญัติตามมาตรานี้ เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้มีสัญชาติไทย มิให้ถูกเนรเทศออกนอกราชอาณาจักรไทย หรือมิได้ถูกห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรไทย อันเป็นสิทธิเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้น

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงปรากฏตามคำร้องและเอกสารประกอบคำร้องนายวิทเทอวิน จิบเบอ ยูลิซซ์ซิส ไมเคิล หรือ จิบเบอ ยูลิซซ์ซิส ไมเคิล วิทเทอวิน (ผู้ร้อง) ซึ่งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ ข้อเท็จจริงตามคำร้อง คำร้องเพิ่มเติม และเอกสารประกอบสรุปได้ดังนี้

ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าตนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของนายเดิร์ก วิทเทอวิน สัญชาติดัตช์ และนางสาวดาวใจ ชันตะคุต สัญชาติไทย ผู้ร้องเกิดวันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๕๒๒ ณ เมืองอูเทร็คต์ ประเทศเนเธอร์แลนด์ มีการแจ้งเกิด ณ สำนักงานเมืองอูเทร็คต์ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ทะเบียนการเกิดเลขที่ เอ ๕๓๓ บิดาและมารดาของผู้ร้องได้จดทะเบียนสมรส ณ สำนักงานทะเบียนเมืองอูเทร็คต์ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ทะเบียนสมรสเลขที่ ๑๐๐๘ เมื่อวันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๕๒๒ ในปี พ.ศ. ๒๕๔๕

ผู้ร้องเป็นลูกจ้างในสถานบริการเดอะชาร์ค คลับ จังหวัดภูเก็ต ซึ่งขณะนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย มีนโยบายจัดระเบียบสังคมเข้มงวดกับสถานบริการตามกฎหมาย โดยมีการเข้าตรวจสถานบริการดังกล่าว และต่อมามีคำสั่งให้ผู้ร้องเดินทางออกนอกประเทศไทยตามคำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ ๑๑๕/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๔๖ เรื่อง ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร เนื่องจากเป็นบุคคลที่มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเข้ามาเพื่อการค้าประเวณี การค้าหญิงหรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนีภาษีศุลกากรหรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเข้าลักษณะเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๑๒ (๘) ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แก่ประเทศชาติ ตลอดจนความสงบเรียบร้อย วัฒนธรรมอันดี และเพื่อความผาสุกของประชาชน ซึ่งขณะนั้นผู้ร้องมีเพียงเอกสารการแจ้งเกิดของประเทศเนเธอร์แลนด์ แม้มารดาของผู้ร้องชี้แจงว่าผู้ร้องมีสัญชาติไทยแล้วก็ตาม

ผู้ร้องยื่นขอเอกสารเกี่ยวกับประวัติอาชญากรต่อกระทรวงการต่างประเทศแห่งเนเธอร์แลนด์ เมื่อวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๖๐ และกระทรวงการต่างประเทศแห่งเนเธอร์แลนด์มีหนังสือเลขที่ เอ็น ๓๒๙/๒๙๒๑ เมื่อวันที่ ๑๖ ตุลาคม ๒๕๖๐ รับรองความประพฤติผู้ร้อง และสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงเฮก ได้รับรองเอกสารดังกล่าวเลขที่ ๑๒๑๔/๒๕๖๐ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม ๒๕๖๐ โดยมารดาของผู้ร้องได้นำเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการมีสัญชาติไทยโดยการเกิดของผู้ร้องยื่นต่อ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ฉบับลงวันที่ ๑๗ มกราคม ๒๕๖๑ เพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศห้ามเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรของผู้ร้อง ซึ่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้มีหนังสือ ฉบับลงวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๖๑ แจ้งว่า กรณีของผู้ร้องถูกห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามคำสั่งของ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่ ๑๑๕/๒๕๕๖ ลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๕๖ ซึ่งเข้าลักษณะ ต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๑๒ (๑๐) ประกอบมาตรา ๑๖ และคำสั่งรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด ห้ามมิให้อุทธรณ์ จึงไม่อนุมัติให้บันทึกข้อมูล เพิ่มเติมเพื่ออนุญาตให้ผู้ร้องเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร

ต่อมาผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลจังหวัดกระบี่ขอให้มีการสั่งแสดงว่าผู้ร้องมีสัญชาติไทย ศาลจังหวัดกระบี่มีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ พ.๖๗๓/๒๕๖๑ ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๖๑ ว่า การได้สัญชาติไทยตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ มาตรา ๗ (๑) ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ นั้น เป็นการได้สัญชาติไทยโดยผลของกฎหมายตามหลัก สายโลหิตมีผลให้เด็กที่เกิดจากบิดาหรือมารดาซึ่งมีสัญชาติไทย ไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกราชอาณาจักรไทย ย่อมได้สัญชาติไทยโดยการเกิด การที่ผู้ร้องอ้างว่าพนักงานเจ้าหน้าที่อำเภอเมืองกระบี่แนะนำให้ผู้ร้อง ขอให้ศาลมีคำสั่งแสดงว่าผู้ร้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยนั้น ไม่มีกฎหมายใดสนับสนุนรับรองให้ผู้ร้อง กระทำได้ ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิยื่นคำร้องขอเป็นคดีนี้ ผู้ร้องชอบที่จะไปดำเนินการต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเสียก่อน หากผู้ร้องถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่เกี่ยวกับการร้องขอสัญชาติดังกล่าวประการใด ก็ชอบที่จะเสนอคดี

ต่อศาลที่มีเขตอำนาจต่อไป จึงพิพากษาให้ยกคำร้อง ผู้ร้องอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาค ๘ มีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ ๒๗๗๖/๒๕๖๑ ลงวันที่ ๑๗ ตุลาคม ๒๕๖๑ ว่า การได้มาซึ่ง สัญชาติไทยโดยการเกิดของผู้ร้องมีขั้นตอนปฏิบัติที่ผู้ร้องหรือผู้ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าเป็นมารดาจะต้องไปติดต่อกับหน่วยงานราชการอื่นที่เกี่ยวข้อง และดำเนินการให้ครบถ้วนตามระเบียบกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เสียก่อน เริ่มตั้งแต่การแจ้งเกิดหรือขอหนังสือรับรองการเกิดจากทางการท้องถิ่น หรือที่สถาน เอกอัครราชทูตหรือสถาน กงสุลใหญ่ไทยในต่างประเทศ หรือดำเนินการผ่านกงสุลชาติและนิติกรณ กรรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ แล้วแต่กรณี พร้อมยื่นเอกสารหลักฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อ

พิสูจน์ความสัมพันธ์ของผู้ร้องกับผู้ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าเป็นมารดา จนกระทั่งนำเอกสารหลักฐานเหล่านั้นไปติดต่อกลุ่มงานการทะเบียนราษฎรและสัญชาติไทย กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย เพื่อกำหนดเลขประจำตัวประชาชนให้แก่ผู้นั้นต่อไป การที่ผู้ร้องมายื่นคำร้องขอต่อศาลเป็นคดีนี้ ย่อมเป็นการข้ามขั้นตอนตามระเบียบกฎหมายของทางราชการซึ่งไม่มีกฎหมายใดสนับสนุนหรือรับรองให้ผู้ร้องกระทำเช่นนี้ การที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งยกคำร้อง ศาลอุทธรณ์ภาค ๘ เห็นพ้องด้วย จึงพิพากษายืน

ในระหว่างที่ศาลอุทธรณ์ภาค ๘ พิจารณาอุทธรณ์ของผู้ร้อง ผู้ร้องมีหนังสือถึงปลัดกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ ๓ กันยายน ๒๕๖๑ เพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ ๑๑๕/๒๕๕๖ ฉบับลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๕๖ และอนุญาตให้ผู้ร้องกลับเข้ามาในราชอาณาจักร รวมทั้งมีหนังสือถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ฉบับลงวันที่ ๘ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ เพื่อขอให้อนุญาตให้ผู้ร้องกลับเข้ามาในราชอาณาจักร

ผู้ร้องได้ยื่นหนังสือร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ฉบับลงวันที่ ๓ มีนาคม ๒๕๖๒ เพื่อให้เพิกถอนคำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ ๑๑๕/๒๕๕๖ ลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๕๖ ให้ผู้ร้องสามารถเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณารับเรื่องร้องเรียนของผู้ร้องไว้พิจารณา แต่ไม่ปรากฏผลการพิจารณาของผู้ตรวจการแผ่นดิน

ต่อมาผู้ร้องได้รับสื่อบัตร ออกให้ ณ สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงเฮก เลขที่ ๒๕/๒๕๖๒ วันที่แจ้ง ๔ เมษายน ๒๕๖๒

ผู้ร้องจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๔๖ ดังนี้

(๑) คำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ ๑๑๕/๒๕๕๖ ลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๕๖ ที่ให้เนรเทศผู้ร้องออกนอกราชอาณาจักรไทยและห้ามผู้ร้องเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทยไม่ว่าในกรณีใด ๆ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ และเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพโดยตรงและได้รับความเดือดร้อนและเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากคำสั่งตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพ และขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ร้อง

(๒) การกระทำของผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ไม่อนุมัติให้บันทึกข้อมูลเพิ่มเติมเพื่ออนุญาตให้ผู้ร้องเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ และขอให้เพิกถอนการกระทำดังกล่าว

(๓) อนุญาตให้ผู้ร้องสามารถเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทยได้ในฐานะที่เป็นผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิด เพื่อมาเพิ่มชื่อในทะเบียนราษฎรและทำบัตรประจำตัวประชาชนในฐานะที่เป็นคนไทยได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ หรือไม่ เห็นว่า ตามคำร้องเป็นกรณีที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าผู้ร้องได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ ๑๑๕/๒๕๕๖ ลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๕๖ ที่ไม่อนุญาตให้ผู้ร้องเข้ามาในราชอาณาจักรไทยไม่ว่าในกรณีใด ๆ และการกระทำของผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ไม่อนุมัติให้บันทึกข้อมูลเพิ่มเติมเพื่ออนุญาตให้ผู้ร้องเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทย ทำให้ผู้ร้องซึ่งเป็นบุตรที่เกิดโดยมารดาผู้มีสัญชาติไทยและเป็นผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิดไม่สามารถเข้ามาในราชอาณาจักรไทยเพื่อทำการเพิ่มชื่อในทะเบียนราษฎรและทำบัตรประจำตัวประชาชนได้ ผู้ร้องยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินแล้ว แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องจากผู้ร้อง ผู้ร้องจึงขอให้

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าคำสั่งกระทรวงมหาดไทยและการกระทำของผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงตามคำร้องแล้วเห็นว่า ผู้ร้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญโดยตรงและได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากคำสั่งและการกระทำดังกล่าว ทั้งการละเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่ กรณีจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๔๖ วรรคหนึ่ง จึงมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย และให้ผู้ร้องและผู้เกี่ยวข้องจัดส่งเอกสาร ความเห็นและข้อมูลต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้ร้องจัดส่งเอกสารต่อศาลรัฐธรรมนูญดังนี้ (๑) สำเนาเอกสารสูติบัตรของผู้ร้อง ออกให้ ณ สถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงเฮก ที่รับรองโดยกระทรวงการต่างประเทศ และรับรองสำเนาเอกสารโดยผู้ช่วยนายทะเบียนอำเภอเมืองกระบี่ โดยระบุชื่อภาษาไทยของผู้ร้องว่า “นายจิบเบอ ยูลิซซีส ไมเคิล วิทเทอวิน” และระบุชื่อภาษาอังกฤษว่า “MR. TJIBBE ULYSSES MICHAEL WITTEVEEN” สถานที่เกิด เมืองอูเทร์คต์ ประเทศเนเธอร์แลนด์ มารดาชื่อ นางสาวดาวใจ ชันตะคุต สัญชาติไทย และบิดาชื่อ นายเดิร์ก วิทเทอวิน สัญชาติดัตช์ (๒) สำเนาทะเบียนสมรสบิดามารดาของผู้ร้อง (๓) สำเนาหนังสือรับรองความประพฤติของผู้ร้อง (๔) สำเนาใบแจ้งเกิดของผู้ร้องที่สถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงเฮก รับรอง ซึ่งรับรองสำเนาโดยผู้รับมอบอำนาจของผู้ร้อง และ (๕) สำเนาแบบรับรองรายการทะเบียนราษฎร จากฐานข้อมูลการทะเบียน สำนักงานทะเบียนกลาง กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย (ท.ร. ๑๔/๑) ซึ่งคัดเอกสารจากอำเภอเมืองกระบี่ ลงวันที่ ๒ กรกฎาคม ๒๕๖๒ ซึ่งรับรองโดยผู้ช่วยนายทะเบียนอำเภอเมืองกระบี่ ระบุว่า นายจิบเบอ ยูลิซซีส ไมเคิล วิทเทอวิน สัญชาติไทย เลขประจำตัวประชาชน ๕-๘๐๐๑-๐๑๐๓๙-๙๗-๖ มารดาชื่อ ดาวใจ สัญชาติไทย

บิดาชื่อ เดิร์ก สัญชาติดัตช์ สถานภาพเป็นผู้อาศัยในบ้านเลขที่ ๑ หมู่ที่ ๗ ตำบลไสไทย อำเภอเมือง กระบี่ จังหวัดกระบี่ และบันทึกว่า ได้ย้ายไปต่างประเทศ

สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ซึ่งแจ้งต่อศาลรัฐธรรมนูญสรุปได้ว่าการขอพิสูจน์สัญชาติไทย ต้องยื่นคำขอพิสูจน์สัญชาติไทยด้วยตนเอง สำหรับในเขตกรุงเทพมหานคร ให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ส่วนจังหวัดอื่น ให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ ที่ทำการตรวจคนเข้าเมืองในสังกัดกองบังคับการตรวจคนเข้าเมือง ๓ - ๖ ซึ่งผู้ยื่นคำขอ พักอาศัยอยู่ในเขตพื้นที่รับผิดชอบ สำหรับกรณีสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงเฮก ได้ออกสูติบัตรให้แก่ผู้ขอพิสูจน์สัญชาติไทยและระบุว่ามีสัญชาติไทยแล้ว ผู้ขอพิสูจน์สัญชาติไทยไม่ต้องดำเนินการขอพิสูจน์สัญชาติไทยตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๕๗ และระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยเป็นเรื่องที่ผู้ขอพิสูจน์สัญชาติไทย หรือผู้ได้รับมอบอำนาจจะต้องดำเนินการตามระเบียบสำนักทะเบียนกลางว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎร พ.ศ. ๒๕๓๕ และที่แก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขอมีรายการบุคคลและเลขประจำตัวประชาชนในฐานข้อมูลทะเบียนราษฎรต่อไป และเมื่อได้ดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว ก็สามารถประสานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงเฮก ขอให้ออกหนังสือเดินทางหรือหนังสือสำคัญประจำตัว (Certificate of Identity-CI) เพื่อเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทยได้ สำหรับกรณีที่ผู้ร้องยื่นหนังสือถึงสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เมื่อวันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๖๒ เพื่อขอให้อนุญาตให้ผู้ร้องกลับเข้ามาในราชอาณาจักร นั้น สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองอยู่ระหว่างมีหนังสือขอตรวจสอบฐานข้อมูล การทะเบียนราษฎรของผู้ร้อง เมื่อตรวจสอบมีหลักฐานที่ชัดเจนเชื่อถือได้แล้ว สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะดำเนินการบันทึกข้อมูลเพิ่มเติมในระบบสารสนเทศของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเพื่อให้ผู้ร้องเดินทาง เข้ามาในราชอาณาจักรไทยได้ พร้อมทั้งดำเนินกระบวนการเพื่อยกเลิกรายชื่อผู้ร้องออกจากคำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ที่ ๑๑๕/๒๕๕๖ ลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๕๖ ต่อไป

กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ซึ่งแจ้งต่อศาลรัฐธรรมนูญสรุปได้ว่า กรณีบุคคลผู้มีสัญชาติไทยที่เกิดต่างประเทศโดยมีหลักฐานรับรองการเกิด มีความประสงค์จะขอมีรายการบุคคลและเลขประจำตัวประชาชนในฐานข้อมูลทะเบียนราษฎรโดยมีเหตุจำเป็นที่ไม่อาจเดินทางกลับประเทศไทยได้ บิดา มารดา หรือผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือบุคคลดังกล่าวซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว อาจมอบอำนาจให้ญาติพี่น้องดำเนินการแทนได้ ประกอบกับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค ๘ ลงวันที่ ๑๗ ตุลาคม ๒๕๖๑ คดีหมายเลขแดงที่ ๒๗๗๖/๒๕๖๑ ที่พิพากษาว่า แม้ผู้ร้องจะอ้างว่าเป็นบุตรของมารดาผู้มีสัญชาติไทย และพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ มาตรา ๗ (๑) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ จะบัญญัติรับรองว่าผู้เกิดโดยมารดาเป็นผู้มีสัญชาติไทย

ยอมได้รับสัญชาติไทยโดยการเกิดไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกราชอาณาจักรไทย ก็ตาม แต่การได้มาซึ่งสัญชาติไทยโดยการเกิดของผู้ร้องดังกล่าวนี้มีขั้นตอนปฏิบัติที่ผู้ร้องหรือผู้ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าเป็นมารดาจะต้องไปติดต่อกับหน่วยงานราชการอื่นที่เกี่ยวข้องและดำเนินการให้ครบถ้วนตามระเบียบกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้น ๆ เสียก่อน เพื่อพิสูจน์ความสัมพันธ์ของผู้ร้องกับผู้ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าเป็นมารดา จนกระทั่งนำเอกสารหลักฐานเหล่านั้นไปติดต่อกลุ่มงานการทะเบียนราษฎรและสัญชาติไทย กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย เพื่อกำหนดเลขประจำตัวประชาชนให้แก่ผู้ร้องต่อไป

ต่อมาผู้ร้องส่งสำเนาคำวินิจฉัยของผู้ตรวจการแผ่นดิน ฉบับลงวันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๖๒ ที่วินิจฉัยว่าผู้ร้องเป็นบุคคลสัญชาติเนเธอร์แลนด์เกิดจากการดาสัญชาติไทยยอมได้สัญชาติไทยโดยการเกิด แต่การให้ได้มาซึ่งสัญชาติไทยโดยการเกิดของผู้ร้องมีขั้นตอนปฏิบัติที่ผู้ร้อง บิดา มารดา หรือผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้รับมอบอำนาจจะต้องดำเนินการเพื่อขอมิรายการบุคคลและเลขประจำตัวประชาชนในฐานะข้อมูลทะเบียนราษฎรเสียก่อน เมื่อผู้ร้องเรียนยังไม่ได้ดำเนินการดังกล่าวจนแล้วเสร็จ จึงยังถือไม่ได้ว่าผู้ร้องเรียนเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทย การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ ๑๑๕/๒๕๕๖ ไม่อนุญาตให้ผู้ร้องซึ่งเป็นบุคคลต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นการใช้อำนาจตามหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๑๒ (๑๐) ประกอบมาตรา ๑๖ เมื่อผู้ร้องเรียนเป็นบุคคลต่างด้าว จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าว การกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการออกคำสั่งกระทรวงมหาดไทยดังกล่าว ไม่ได้เป็นการเนรเทศหรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร ตามที่ผู้ร้องเรียนกล่าวอ้าง และในส่วนของคำสั่งของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ไม่อนุญาตให้ผู้ร้องเรียนเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นการดำเนินการตามคำสั่งกระทรวงมหาดไทยดังกล่าว จึงยังถือไม่ได้ว่าผู้ร้องเรียนถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ ประกอบมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ จึงวินิจฉัยให้ยุติเรื่อง

ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ กระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งยกเลิกการไม่อนุญาตให้ผู้ร้องเข้ามาในราชอาณาจักร และสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้บันทึกข้อมูลในระบบสารสนเทศว่าผู้ร้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย พร้อมทั้งลบบรายชื่อผู้ร้องออกจากบัญชีบุคคลต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร และผู้ร้องได้รับการเพิกถอนคำสั่งห้ามเข้าประเทศไทย และได้รับสัญชาติไทย พร้อมทั้งจัดทำบัตรประจำตัวประชาชนและหนังสือเดินทางไทยแล้ว เห็นว่า แม้ข้อเท็จจริงดังกล่าวมีผลให้เหตุที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าตนถูกระทบสิทธิและเสรีภาพหมดลงแล้ว แต่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการพิจารณาคดีนี้ต่อไปจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของ

ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๕๑ บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่สั่งจำหน่ายคดีก็ได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีมติพิจารณาคดีนี้ต่อไป และกำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทย ออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำได้หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้” เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๔ วรรคสาม ซึ่งบทบัญญัติลักษณะนี้ได้บัญญัติเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๙๒ มาตรา ๔๑ และได้บัญญัติในทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ อันเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้มีสัญชาติไทย มิให้ถูกเนรเทศออกนอกราชอาณาจักรไทย หรือมิให้ถูกห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรไทย เป็นสิทธิเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ที่กำหนดรับรองให้ทุกคนมีสิทธิที่จะออกนอกประเทศใด รวมทั้งประเทศของตนเองและสิทธิที่จะกลับสู่ประเทศตน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) หรือ ICCPR ที่ประเทศไทยเป็นภาคี รับรองให้บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีที่จะออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งประเทศ ของตนได้ และบุคคลจะถูกลิดรอนสิทธิในการเดินทางเข้าประเทศของตนโดยอำเภอใจมิได้ ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคหนึ่ง จึงเป็น “บุคคลสัญชาติไทย” เท่านั้น เนื่องจากสัญชาติเป็นกิจการที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจภายในของรัฐ โดยรัฐเป็นผู้กำหนดการได้หรือเสียสัญชาติแต่เพียงผู้เดียว รัฐแต่ละรัฐจำเป็นต้องมีกฎหมายภายในของตนบัญญัติเกี่ยวกับการได้หรือเสียสัญชาติของรัฐนั้น ๆ เสรีภาพของประชาชนชาวไทยที่จะไม่ถูกเนรเทศออกไปภายนอกประเทศ และเสรีภาพในการเดินทางเข้ามาในประเทศไทย ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเด็ดขาด อีกนัยหนึ่งคือ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจถูกจำกัดได้เลย ไม่ว่าจะเป็นผลจากกฎหมายหรือมาตรการในทางความเป็นจริงที่ถูกใช้โดยบรรดาคอร์ปของรัฐอันจะมีผลเป็นการเนรเทศคนไทยออกไป นอกราชอาณาจักร หรือที่จะมีผลให้คนไทยไม่สามารถเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร โดยผลของ สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยเด็ดขาดดังกล่าว ย่อมมีความหมายอีกด้วยว่า ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารไม่อาจอ้างการคุ้มครองคุณค่าอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่นขึ้นเพื่อใช้เป็นฐานในการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางเข้าราชอาณาจักรไทยได้

ดังนั้น บุคคลสัญชาติไทยย่อมมีสิทธิในการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทยได้เสมอและทุกเวลาที่บุคคลดังกล่าวแสดงความประสงค์ว่าต้องการเดินทางกลับเข้ามาในราชอาณาจักรไทย

สำหรับกฎหมายว่าด้วยการได้สัญชาติไทยของบุคคลนั้น พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ มาตรา ๗ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ บัญญัติให้ผู้เกิดโดยบิดาหรือมารดาเป็นผู้มีสัญชาติไทย ไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นการได้สัญชาติโดยหลักสายโลหิต และผู้เกิดในราชอาณาจักรไทย ยกเว้นบุคคลตามมาตรา ๗ ทวิ วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นการได้สัญชาติโดยหลักดินแดน ย่อมได้สัญชาติไทยโดยการเกิด บทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า กรณีที่บุคคลใด ผู้เป็นบุตรมีองค์ประกอบแห่งข้อเท็จจริงครบถ้วนที่จะได้รับสัญชาติไทยตามหลักสายโลหิตจากบิดาหรือมารดาผู้มีสัญชาติไทย บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิได้รับสัญชาติไทยโดยการเกิด สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิสมบูรณ์ที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง บัญญัติรับรองไว้ว่า “การถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิด จะกระทำมิได้”

การให้ได้มาซึ่งสัญชาติไทยโดยการเกิดของบุคคลนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้บัญญัติขั้นตอนและวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ อาทิเช่น พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. ๒๕๓๔ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ และระเบียบกฎเกณฑ์ของทางราชการที่เกี่ยวข้องซึ่งบุคคลที่เกิดจากบิดาหรือมารดาผู้มีสัญชาติไทย มีสิทธิได้รับสัญชาติไทยโดยการเกิดตามหลักสายโลหิต ซึ่งเป็นการได้สัญชาติไทยโดยผลของกฎหมาย แต่บุคคลนั้นยังคงต้องดำเนินการตามกระบวนการร้องขอเพื่อให้ได้สัญชาติไทยตามที่กฎหมายกำหนด โดยต้องไปติดต่อกับหน่วยงานราชการอื่นที่เกี่ยวข้องและดำเนินการตามระเบียบกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้น ๆ เสียก่อน เริ่มตั้งแต่การแจ้งเกิดหรือขอหนังสือรับรองการเกิดจากทางทางท้องถิ่น หรือที่สถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลใหญ่ในต่างประเทศ หรือดำเนินการผ่านกงสุลสัญชาติและนิติกรณ์ กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ แล้วแต่กรณี พร้อมกับยื่นเอกสารหลักฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ขอมีสัญชาติไทยกับบิดาหรือมารดาผู้มีสัญชาติไทย และนำเอกสารหลักฐานทั้งหมดไปติดต่อกับกลุ่มงานการทะเบียนราษฎรและสัญชาติไทย กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย เพื่อกำหนดเลขประจำตัวประชาชนให้แก่ผู้ขอมีสัญชาติไทยต่อไป

สำหรับพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๕๗ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แห่งพระราชบัญญัตินี้ ผู้ใดอ้างว่าเป็นคนมีสัญชาติไทย ถ้าไม่ปรากฏหลักฐานอันเพียงพอที่พนักงานเจ้าหน้าที่จะเชื่อถือได้ว่าเป็นคนมีสัญชาติไทย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นคนต่างด้าวจนกว่าผู้นั้นจะพิสูจน์ได้ว่าตนมีสัญชาติไทย” ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการขอพิสูจน์สัญชาติ พ.ศ. ๒๕๕๗ กำหนดให้การพิสูจน์สัญชาติไทยเป็นหน้าที่ของกองการตรวจคนเข้าเมือง

สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง โดยผู้ขอพิสูจน์สัญชาติไทยต้องยื่นคำขอ พร้อมนำหลักฐานยื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามแบบคำขอพิสูจน์สัญชาติ (ต.ม. ๑๐) แต่ข้อ ๔ แห่งระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ผู้ขอพิสูจน์สัญชาติไทยต้องยื่นคำขอด้วยตนเอง ทำให้การขอพิสูจน์สัญชาติไทยจึงดำเนินการได้เฉพาะกรณีผู้ขอพิสูจน์สัญชาติไทยสามารถเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรได้เท่านั้น แม้ระเบียบดังกล่าวจะไม่มีเนื้อหาที่เป็นการตัดสิทธิของบุคคลผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิดในการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขอพิสูจน์สัญชาติไทยก็ตาม แต่ในกรณีที่บุคคลที่ถูกคำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรมีผลให้บุคคลนั้นไม่สามารถเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทยเพื่อขอพิสูจน์สัญชาติไทยตามที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดไว้ได้ บุคคลดังกล่าวจึงได้รับผลกระทบอันเนื่องจากระเบียบที่กำหนดเงื่อนไข ที่กำหนดให้ผู้ขอพิสูจน์สัญชาติไทยต้องยื่นคำขอพิสูจน์สัญชาติไทยด้วยตนเอง ซึ่งโดยปกติทั่วไปผู้ขอพิสูจน์สัญชาติไทยสามารถเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อพิสูจน์สัญชาติไทยได้ แต่อาจมีบางกรณีที่บุคคลไม่สามารถ เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรได้ การที่ระเบียบไม่ได้กำหนดกรณียกเว้นสำหรับบุคคลที่ไม่สามารถ เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อพิสูจน์สัญชาติไทยได้ ทำให้บุคคลผู้นั้นอาจถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ เพราะหากบุคคลนั้นได้รับโอกาสเข้ามาในราชอาณาจักรไทยเพื่อพิสูจน์สัญชาติไทย และต่อมาได้รับสัญชาติไทย บุคคลดังกล่าวย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๔

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๔ วรรคหนึ่ง

๔.๒ เนื้อความกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓ (คำวินิจฉัยกลาง) เรื่อง ความผิดฐานทำแท้ง

ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ร้องทราบว่าจะประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ แม้จะปรากฏว่ามีปัญหาในทางปฏิบัติแต่ยังไม่ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๓ (๑) ได้

ผู้ร้องจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ ดังนี้

(๑) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘

(๒) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗

(๓) ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับในอีก ๕๔๐ วัน หลังจากอ่านคำวินิจฉัย โดยกำหนดเงื่อนไขให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและ รายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน ๓๖๐ วัน และ ๕๐๐ วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนี้ไว้ พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ หรือไม่ เห็นว่า การที่เจ้าพนักงานตำรวจดำเนินคดีแก่ผู้ ร้องตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ มีสาเหตุโดยตรงมาจากการที่ผู้ร้องทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอม อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ผู้ร้องจึงกล่าวอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ที่ประสงค์จะลงโทษแต่เฉพาะหญิงผู้ทำแท้งแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่ชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิงกลับไม่ต้องรับผิดและถูกลงโทษด้วย จึงไม่เสมอภาคกับในทาง กฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และยังกล่าวอ้างว่าผู้ร้องไม่ได้รับความคุ้มครอง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เนื่องจากไม่ได้รับการยกเว้นการกระทำของนายแพทย์กรณี การใช้สิทธิของหญิงในการยุติการตั้งครรภ์โดยปลอดภัย บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว จึงขัดหรือ แแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ ในคดีนี้ผู้ร้องจึงเป็นบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้โดยผู้ร้องเห็นว่าการละเมิดดังกล่าวเป็นผลจากประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๕ ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่า ด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๔๘ วรรคหนึ่งและวรรคสอง จึงมีคำสั่ง รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓ (คำวินิจฉัยส่วนตัวของนายทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ)

ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่สาม....

พิจารณาแล้วเห็นว่า

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

มาตรา ๓๐๑ บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษ...”

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุในเรื่องความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด... เพศ อายุ... ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา... อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่รับรองความเสมอภาคของบุคคลภายใต้รัฐว่าจะปฏิบัติต่อบุคคลภายในรัฐโดยเท่าเทียมกัน และบุคคลจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความไม่เป็นธรรมตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย บทบัญญัตินี้จึงเป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล ซึ่งมีแนวคิดมาจากสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) ว่ามนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน และมีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาแต่กำเนิด ได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน และการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมกระทำได้อย่างในแดนแห่งเสรีภาพของตนตราบเท่าที่ไม่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

สำหรับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติที่ให้หญิงผู้ทำแท้งเท่านั้นต้องรับผิดชอบโดย บทบัญญัติ มาตราดังกล่าวจึงมุ่งลงโทษเฉพาะแต่ผู้หญิงที่ยุติการตั้งครรภ์ ทั้งที่ชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิงและเป็นต้นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์กลับไม่ถูกลงโทษด้วย เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาทั้งหมด ๓๙๘ มาตรา จะเห็นว่ามีเพียงบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เท่านั้น ที่บัญญัติให้ลงโทษเฉพาะหญิง โดยไม่ให้โอกาสเลือก บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่อาศัยความแตกต่างในเรื่องเพศมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษ กรณีจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ อีกทั้งการที่ประมวลกฎหมายอาญามาตราดังกล่าวบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิด โดยไม่ให้โอกาสหญิงตัดสินใจว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือยุติการตั้งครรภ์นั้น เป็นการไม่ให้หญิงใช้อำนาจในการตัดสินใจต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเอง แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา แต่สิทธิและเสรีภาพในการที่จะกระทำต่อร่างกายของคนผู้ที่เกิดมาแล้วย่อมเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ต้องมีมาก่อนที่ต้องคุ้มครองก่อนชีวิตที่ยังไม่เกิดซึ่งก็ขึ้นอยู่กับผู้ตั้งครรภ์นั่นเองด้วย

ผู้หญิงมีสิทธิส่วนตัวที่จะเลือกตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ได้ การที่รัฐไม่ยอมรับสิทธิส่วนบุคคลในการยุติการตั้งครรภ์ มีผลต่อหญิงอย่างมากไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อม หากยังเรียนหนังสืออยู่ก็ต้องออกจากโรงเรียน หากทำงานก็ต้องหยุดงาน ขาดรายได้หรือต้องออกจากงาน ทั้ง ๆ ที่มีภาระที่ต้องอุ้มครรภ์อยู่ โดยรัฐมิได้จัดสวัสดิการดูแลใด ๆ ให้ภาระจึงตกแก่หญิงแต่เพียงผู้เดียว สภาพร่างกายที่ไม่พร้อมย่อมส่งผลต่อสภาพจิตใจของแม่ และมีผลเสียต่อเด็กที่จะคลอดออกมาโดยไม่ได้รับการเลี้ยงดูตามสมควร การปฏิเสธสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของสตรีจึงเป็นการใช้อำนาจของรัฐมากเกินไป มีผลกระทบต่อทั้งหญิงและชีวิตในครรภ์ อย่างไรก็ตามจะถือว่าสตรีมีสิทธิทำแท้งโดยเด็ดขาดก็ไม่สมควร เพราะรัฐมีหน้าที่ช่วยเหลือในด้านสุขภาพทั้งกายและจิตใจของมารดาให้ปลอดภัยจากการยุติการตั้งครรภ์ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตมารดาด้วย ส่วนกรณีทารกในครรภ์รัฐอาจเข้าไปคุ้มครองเมื่อทารกในครรภ์เริ่มมีความอยู่รอด (Viability) แล้วเท่านั้น จึงควรกำหนดระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ได้ในเวลาที่ปลอดภัยแก่หญิงและคุ้มครองชีวิตในครรภ์ที่ผ่านระยะเวลาที่มีอวัยวะครบสามารถคลอดและอยู่รอดอย่างมีคุณภาพชีวิตได้ อันเป็นการสร้างความมั่นคงในชีวิตของมนุษย์ทั้งแม่และเด็ก บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของบุคคล อันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ ประกอบกับมาตรา ๗๑ กำหนดให้รัฐพึงส่งเสริมและพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้มีคุณภาพสูงขึ้นและช่วยเหลือสตรีให้สามารถดำรงชีวิตอย่างมีคุณภาพโดยคำนึงถึงความจำเป็นและความต้องการที่แตกต่างกันของเพศเพื่อความเป็นธรรม

มาตรา ๓๐๑ จึงควรกำหนดระยะเวลาเพื่อให้หญิงได้ตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์อย่างปลอดภัย

ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

มาตรา ๓๐๒ บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษ...

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษ...

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษ...”

มาตราดังกล่าวไม่มีการแยกแยะระหว่างการยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม เพื่อให้การยุติการตั้งครรภ์เป็นไปด้วยความปลอดภัยแก่หญิงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ กับการยุติการตั้งครรภ์โดยผู้ที่มิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม (หมอเถื่อน) เพราะผลที่เกิดขึ้นคือการยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่ปลอดภัย แม้ถึงตายผู้กระทำก็อาจไม่ถูกลงโทษ (ฎีกาที่

๙๕๔/๒๕๐๒) ในขณะที่แพทย์ที่ทำให้อย่างปลอดภัยกลับถูกฟ้องเป็นคดี ทั้ง ๆ ที่เป็นการรักษาทางการแพทย์โดยที่แพทย์มีจรรยาบรรณและข้อบังคับของแพทย์สภาควบคุมอยู่แล้ว

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ เพราะเมื่อหญิงประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ อย่างปลอดภัยภายใต้การดูแลของผู้ประกอบอาชีพเวชกรรม แต่มาตราดังกล่าวกลับกำหนดให้เป็นความผิด แม้ทำกับแพทย์ที่จะทำให้หญิงปลอดภัย หญิงจึงยังคงต้องเสียชีวิตในการยุติการตั้งครรภ์กับผู้ที่มิได้ประกอบอาชีพเวชกรรมด้วย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ ดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคในการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสี่ และมาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง

มาตรา ๓๐๒ จึงควรบัญญัติลงโทษเฉพาะผู้ที่มีไข้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ส่วนกรณีมาตรา ๓๐๓ ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษ...

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษ...

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษ...”

ไม่มีปัญหาขัดรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๔ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

มาตรา ๓๐๔ บัญญัติว่า “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตาม มาตรา ๓๐๑ หรือมาตรา ๓๐๒ วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

การพยายามทำแท้งบางกรณีไม่มีโทษ หากเงื่อนไขของการยุติการตั้งครรภ์ได้รับการปรับแก้ไขให้เหมาะสมแล้วก็คงบัญญัติให้การพยายามทำแท้งเป็นความผิดในทุกกรณีได้

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

มาตรา ๓๐๕ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

มาตรานี้มีกรณีขัดรัฐธรรมนูญเพราะการรักษาสุขภาพโดยแพทย์เป็นเรื่องของ Medical Treatment

(๑) การกระทำของแพทย์ที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพหญิงนั้น มีข้อบังคับของแพทย์สภาวางหลักเกณฑ์ไว้แล้ว การกระทำของแพทย์จึงเป็นการรักษา (Medical Treatment) มิใช่การ

กระทำความผิด แต่แพทย์กลับถูกดำเนินคดีฐานทำแท้ง แล้วไปพิสูจน์ที่ศาล ซึ่งการรักษาทางการแพทย์นั้นไม่เป็นความผิดมาตั้งแต่ต้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการฉีดยา ผ่าตัด หรือตัดอวัยวะบางส่วนในการรักษาโรค ไม่มีการดำเนินคดีว่าเป็นการทำร้ายร่างกายแต่อย่างใด การทำแท้งเพราะจำเป็นเนื่องจากสุขภาพหญิงจึงเป็นการรักษาทางการแพทย์ (Medical Treatment) ไม่ใช่การกระทำความผิดที่แพทย์มีอำนาจกระทำหรือเขย่งเว้นโทษแต่อย่างใด

มาตรานี้จึงขัดกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ ด้วยเหตุที่ข้อความในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) ที่ว่าจำเป็นเนื่องจากสุขภาพ (ทั้งกายและจิตใจ) ของหญิงนั้น เป็นการรักษาทางการแพทย์ (Medical Treatment) มิใช่มุ่งกระทำความผิดเพราะเป็นเรื่องของสุขภาพ (ทั้งกายและจิตใจ) ซึ่งแพทย์มีอำนาจหน้าที่และมาตรฐานในการรักษาอยู่แล้ว กรณีจำเป็นเนื่องจากสุขภาพแสดงว่าหญิงจะตั้งครรรภ์ต่อไปไม่ได้เพราะสุขภาพจึงต้องยุติการตั้งครรรภ์ เป็นเจตนารักษาสภาพอันร้ายแรงอันเนื่องจากการตั้งครรรภ์ที่คุกคามหญิง เช่น หากอายุครรรภ์มากขึ้นจะไปกดทับเส้นประสาททำให้เป็นอัมพาต หรือเป็นโรคครรรภ์เป็นพิษหรือหญิงมีความเครียดอย่างรุนแรง ซึ่งก็มีเกณฑ์กำหนดโรคต่าง ๆ ของแพทย์สภากำหนดไว้แล้วจึงเป็นการรักษาโรคมิใช่เจตนากระทำความผิด ทำนองเดียวกับการที่แพทย์จำเป็นต้องฉีดยา ตัดแขน ขา หรืออวัยวะน้อยใหญ่ของผู้ที่เป็นเบาหวาน มะเร็ง หรือบาดทะยัก ไม่ใช่เรื่องการทำร้ายที่กฎหมายให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้โดยไม่มี ความผิด แต่เป็นการรักษาตามหน้าที่ของแพทย์แห่งวิชาชีพ ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดว่า “ผู้กระทำไม่มีความผิด” ทำให้แพทย์ถูกดำเนินคดีแล้วต้องไปพิสูจน์การกระทำของตนในศาลจึงเป็นกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ เพราะแพทย์ซึ่งแม้ทำตามมาตรฐานการรักษาเพื่อสุขภาพของหญิงแล้วยังต้องคอยพะวงว่าการรักษาของตนนั้นเป็นความผิดอาจจะต้องถูกดำเนินคดีได้ แต่การรักษาเบาหวาน บาดทะยัก หรือโรคมะเร็งโดยตัดแขนตัดขาคนไข้ของแพทย์เป็นการทำร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสแต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติให้การกระทำนั้น “ไม่มีความผิด” เหมือนกรณีแพทย์ยุติการตั้งครรรภ์ด้วยความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิง แพทย์ที่ตัดอวัยวะเพื่อรักษาโรคมะเร็งหรือเบาหวาน จึงไม่ต้องพะวงต่อการรักษาแต่อย่างใด

ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) การพิจารณาว่าหญิงถูกกระทำผิดตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เป็นข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ได้ตั้งแต่เกิดการกระทำความผิด แต่เนื่องจากการกำหนดให้เป็นความผิด แพทย์หลายรายจึงไม่กล้าดำเนินการให้โดยเกรงว่าจะต้องพิสูจน์ตามข้อกฎหมายเสียก่อนเป็นกรณีหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ และมาตรา ๒๗๗) ต้องมีการแจ้งความทำเป็นคดีซึ่งเป็นการบังคับให้หญิงต้องเปิดเผยพฤติกรรมที่ตนถูกกระทำทางเพศ ซึ่งเป็นการกดขี่ข่มเหงและไม่คำนึงถึงสภาพจิตใจอย่างรุนแรงของหญิงโดยไม่จำเป็น

หากยอมให้หญิงและแพทย์ยุติการตั้งครรรภ์ได้อย่างปลอดภัยภายในระยะเวลาตั้งแต่ต้นแล้วชื่อเสียงเกียรติยศของหญิงก็จะคงถูกรักษาเอาไว้ได้

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) ก็มีใช้กฎหมายจะให้ยุติการตั้งครรภ์ เฉพาะกรณีหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น แม้หญิงยินยอม (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๒) หรืออายุไม่เกิน ๑๕ ปี แพทย์ยอมทำแท้งให้ได้โดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ แต่เมื่อยังมีความผิดฐาน ทำแท้งอยู่ แพทย์จึงไม่กล้าทำเพราะกลัวถูกจับดำเนินคดี ส่งผลให้ผู้หญิงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมได้อย่างปลอดภัย

นอกจากนี้แล้ว เทคโนโลยีของแพทย์ที่เปลี่ยนไป ทำให้กฎหมายในเรื่องนี้ล้าหลัง เกิดช่องว่างทางกฎหมายขึ้น กล่าวคือ เทคโนโลยีการผสมเทียม ผู้หญิงอาจถูกทำให้ตั้งครรภ์ได้ โดยผู้กระทำไม่มีความผิดตามกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) เพราะการกระทำชำเราตามกฎหมายต้องใช้ข้อวิยะเพศแต่การผสมเทียมมิได้ใช้ข้อวิยะเพศกระทำต่อหญิงทำให้ไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราเกิดขึ้น หญิงจึงไม่มีเงื่อนไขในการจะให้แพทย์ทำแท้งให้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) นี้ได้ มาตรการดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตและไม่สอดคล้องเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

ยิ่งไปกว่านั้น การมีบทบัญญัติห้ามหญิงทำแท้งตนเองหรือห้ามแพทย์ทำแท้งให้หญิง ทำให้วิธีการทำแท้งหรือยาที่ใช้ยุติการตั้งครรภ์ในระยะที่ปลอดภัยถูกห้ามนำมาใช้หรือไม่พัฒนาทำให้ล้าหลังไปด้วย (ยังใช้วิธีขูดมดลูก) หรือยารักษาโรคที่มีผลอาจทำให้แท้งลูกได้ก็ถูกห้ามไปด้วย เช่น ยา RU-๔๘๖ ที่ใช้ยุติการตั้งครรภ์ภายใน ๗๒ ชั่วโมง ก็ถูกห้ามขายจึงมีการลักลอบขายทำให้ยาดังกล่าวจากราคา ๒๐ บาท กลายเป็น ๕๐๐ บาท และมียาปลอมที่ไม่ได้ผลและไม่ปลอดภัยกลับแพร่ระบาดไปทั่ว รวมถึงยารักษาโรคแผลในกระเพาะ อาจมีผลต่อการแท้งลูกก็ถูกห้ามไปด้วย ทำให้คนเป็นโรคกระเพาะเข้าถึงยาได้ยากขึ้น

ประเด็นที่สาม...

อาศัยความตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ จึงเห็นสมควรให้มีการปรับปรุงบทบัญญัติให้เรื่องการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน ซึ่งใช้มากกว่า ๖๐ ปี แล้วไม่เหมาะสมกับแนวคิดและวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์เปลี่ยนไป ทั้งนี้มิใช่ประสงค์จะให้เกิดการทำแท้งได้โดยเสรีไม่มีเงื่อนไข จึงสมควรพิจารณากรอบแห่งการกระทำเพื่อให้เกิดความเสมอภาค ลดความเหลื่อมล้ำระหว่างเพศ ตลอดจนความปลอดภัยมารดาและคุณภาพชีวิตที่ดีของทั้งมารดาและเด็กที่จะเกิดมาสามารถที่จะใช้สิทธิ (Enjoy Right) ของตนได้อย่างสมบูรณ์

๑. เนื่องจากการกำหนดให้หญิง เป็นผู้กระทำผิดแต่เพียงฝ่ายเดียวทั้ง ๆ ที่เหตุเกิดจากผู้ชาย ด้วย เป็นความไม่เป็นธรรม ขัดรัฐธรรมนูญ ไม่เสมอภาค ต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้หญิงมีโอกาสเลือกจะยุติการตั้งครรภ์หรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสมเป็นธรรมและปลอดภัยไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือจากแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมตามกรอบธรรมาภิบาล

๒. การยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์ หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมต้องถือว่าเป็นการรักษา (Medical Treatment) ตามเงื่อนไขที่แพทยสภากำหนดมิใช่การกระทำคามผิดที่แพทย์มีอำนาจกระทำได้ แต่ควรกำหนดให้เป็นความผิดเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำมิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น

บรรณานุกรม

กิตติบตี ไยพูล.(๒๕๕๖). คู่มือศึกษากฎหมายปกครองสำหรับนักศึกษารัฐประศาสนศาสตร์ เล่มที่ ๑./
ขอนแก่น:/โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยขอนแก่น.

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น.(๒๕๖๔). บทสนทนาว่าด้วยความยุติธรรม./กรุงเทพมหานคร:/
สำนักพิมพ์เดือนตุลา.

จรัญ โฆษณานันท์ , "บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ หลักนิติธรรม (Historico-Societal Context of the Rule of Law Ideology)", ลงพิมพ์ใน นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,๒๕๕๓, หน้า ๖๖-๖๗.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law)”, ในหนังสือ นิติรัฐ นิติธรรม,
โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓ หน้า ๙๓-๙๕.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (๒๕๖๔). สังคมกับกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ ๗)./กรุงเทพมหานคร:/สำนักพิมพ์
วิญญูชน.

ปิยบุตร แสงกนกกุล, นิติรัฐ (Rechtsstaat, Etat de droit) ไม่เหมือนกับ “นิติธรรม” (Rule of law)
จากนิติรัฐ นิติธรรม ,เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ, โครงการตำราคณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (๒๕๖๔). ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา (พิมพ์ครั้งที่ ๒)./กรุงเทพมหานคร:/
สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.

----- (๒๕๖๔). คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (พิมพ์ครั้งที่ ๓)./
กรุงเทพมหานคร:/สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (๒๕๖๓). รวมคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ประจำปี ๒๕๖๓ เล่ม ๑./
กรุงเทพมหานคร:/บริษัท พี เพรส จำกัด.

Honoré, Tony.(1995). About law : an introduction./ New York : Oxford University Press.

ภาคผนวก :

เอกสารประกอบแนบท้าย



สังคมประชาธิปไตยกับ การใช้หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญไทย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์กิตติบดี ไยพูล
นรป. 8

Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely.

(Lord Acton)

- *The separation of powers* divides state power according to function.
- *Federalism divides* in according to geographical region.
- *Bills of rights* divide power between the state and ordinary citizens.



➤ ระบบสภาของอังกฤษ

➤ ระบบประธานาธิบดีของสหรัฐ

➤ ระบบของยุโรป



หลักนิติธรรมในระบบ Common Law

- ทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย
- ศาลเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร
- อำนาจศาลหลัก 3 ประการ

1

Habeas corpus (สั่งให้ปล่อย)

2

Injunction (สั่งให้ห้ามทำ)

3

Subpoena (สั่งให้มา)

2. อำนาจศาล

1

Habeas corpus (สั่งให้ปล่อย)

2

Injunction (สั่งให้ห้ามทำ)

3

Subpoena (สั่งให้มา)

หลักนิติธรรมในระบบ Civil Law

- ฝรั่งเศส
- เยอรมัน

หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญไทย

- แนวคิด
- รัฐธรรมนูญ 2550
- รัฐธรรมนูญ 2560

1. รัฐธรรมนูญ คือ หลักกฎหมายพื้นฐาน

1.1 กำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐและการจำกัดอำนาจของรัฐ

1.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

1.3 ระบบการปกครองของประเทศ

1.4 การเชื่อมโยงระหว่างองค์กรหลักของรัฐ

2. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ (ไทย)

➔ วิวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมาย

- นิติบัญญัติ (มาตรา 148 (1))
- บริหาร (มาตรา 148 (2))
- ตุลาการ (มาตรา 212)

นิติบัญญัติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 148 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติใดขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 81

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวน ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิก ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้เสนอ ความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธาน แห่งสภาที่ได้รับ ความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ นายกรัฐมนตรี ทราบโดยไม่ชักช้า

บริหาร

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 148 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติใดขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 81

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการต่อไปตามมาตรา 81

ตุลาการ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 212 ในกรณีที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

3.ความเป็นกฎหมายสูงสุด



รัฐธรรมนูญกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ

- ➔ หลักกฎหมาย (Principle)
- ➔ การปฏิบัติ (Implement)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 5 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้น ไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข




**สถานะของคำสั่ง
คสช.**



การรับรองการใช้อำนาจ ของคณะผู้ยึดอำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา


- ธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 มาตรา 21
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 29
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2520 มาตรา 32
- ธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 32



**การรับรองการใช้อำนาจ
ของคณะผู้ยึดอำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา**

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 222
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 36

“...จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้...”



**การรับรองการใช้อำนาจ
ของคณะผู้ยึดอำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา**

ยกเว้น

“...ไม่ว่าก่อนหรือหลัง
วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้...”

มาตรา 309

รัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2550

มาตรา 47

รัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย
(ฉบับชั่วคราว)
พุทธศักราช 2557

มาตรา 279

รัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักร
ไทย พุทธศักราช
2560
ในบพเฉพาะกาล



คำสั่ง คสช.มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย ต้องอยู่ภายใต้
รัฐธรรมนูญ มาตรา 5

- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2561
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2563
 - คำสั่ง คสช.ที่ 29/2557 และ
 - คำสั่ง คสช.ที่ 41/2557

ขัดรัฐธรรมนูญ

4. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

- ➔ กฎหมายถูกต้องแต่ปฏิบัติผิด
 - ➔ มีการใช้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ
- 

ผู้ถูกละเมิดสิทธิ

มาตรา ๒๑๓ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

คดี ตัวอย่าง

- คดีเนรเทศคนสัญชาติไทย (กฎหมายถูกต้องแต่ปฏิบัติผิด)
- คดีประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 301 ห้ามหญิงทำแท้ง (กฎหมายมีเนื้อหาขัดรัฐธรรมนูญ)

สวัสดีครับ

**MAN IS THE MEASURE
OF ALL THINGS**

PROTAGORAS

PICTUREQUOTES.COM

2. อำนาจศาล

1

Habeas corpus (สั่งให้ปล่อย)

2

Injunction (สั่งให้ห้ามทำ)

3

Subpoena (สั่งให้มา)