

คำวินิจฉัยของ นายสุจิต บุญบงการ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๔๕/๒๕๕๖

วันที่ ๑๑ พฤศจิกายน ๒๕๕๖

เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๘ กรณีพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๕๕๒ มาตรา ๒๐ (๑) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๘ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ข้อเท็จจริง

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้รับหนังสือร้องเรียนจากปลัดกระทรวงมหาดไทยว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๕๕๒ มาตรา ๒๐ (๑) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๘ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีเหตุผลว่า มาตรา ๒๐ (๑) ที่บัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลว่า “มีสัญชาติไทยโดยการเกิด แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย” เป็นการบัญญัติเพิ่มเติมว่า ผู้มีสัญชาติไทยซึ่งมีบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติเพิ่มเติมจากผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิด ถือเป็น การเพิ่มเงื่อนไขให้แก่ผู้สมัครในการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลที่มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าว ความเห็นดังกล่าวถือตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕/๒๕๔๑ ในขณะที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ ห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ จึงเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา ๒๐ (๑) เป็นบทบัญญัติบังคับเฉพาะผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นในการสมัครสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้มีสัญชาติไทยที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวเท่านั้นที่ต้องมีคุณสมบัติเพิ่มขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๗ แต่บุคคลผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิดแต่มีได้มีบิดาเป็นคนต่างด้าวไม่ต้องมีคุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๗ แต่อย่างใด จึงเป็นการบัญญัติถึงคุณสมบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่มีสัญชาติไทยด้วยกันเพียงแต่บุคคลที่มีสัญชาติไทยซึ่งมีบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติในการสมัครรับเลือกตั้งเพิ่มเติมจากผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิด

ถือเป็นการเพิ่มเงื่อนไขให้แก่ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล ดังนั้น มาตรา ๒๐ (๑) เป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอกันในกฎหมายของบุคคล และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด จึงมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงมีหนังสือ ลงวันที่ ๑๖ มกราคม ๒๕๔๕ เสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๘

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ในฐานะผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลได้ส่งคำชี้แจง เมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๕ สรุปได้ดังนี้

ประเด็นเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล กรมการปกครองได้เคยมีหนังสือด่วนที่สุด ที่ มท ๐๓๐๔/ว ๒๕๔๔ ลงวันที่ ๑๒ พฤศจิกายน ๒๕๔๑ แจ้งให้ทุกจังหวัดถือปฏิบัติแล้วว่า ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลต้องมีคุณสมบัติเกี่ยวกับสัญชาติโดยมีสัญชาติไทยโดยการเกิดเพียงประการเดียว ต่อมาเมื่อผู้โต้แย้งว่า กรมการปกครองพิจารณาโดยไม่ถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๔๑ ซึ่งมีผลผูกพันองค์กรของรัฐตามรัฐธรรมนูญ เพียงแต่ในการเขียนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีข้อความเพิ่มเติมประกอบด้วยว่า ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นกรรมการสุขาภิบาลที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๐๗ ของรัฐธรรมนูญกระทรวงมหาดไทยจึงหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้วมีความเห็นสรุปได้ว่า

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีแนวทางที่แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา โดยถือหลักความเสมอกันของบุคคลโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติตามมาตรา ๓๐ และบทบัญญัติในเรื่องคุณสมบัติของผู้สมัครเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็ได้เปลี่ยนแปลงไปจากรัฐธรรมนูญฉบับในอดีต โดยไม่มีการบัญญัติเพิ่มเติมว่าคนไทยซึ่งมีบิดาเป็นคนต่างด้าวจะต้องมีคุณสมบัติใดเพิ่มเติมอีก คงยึดสัญชาติไทยโดยการเกิดเป็นหลักเท่านั้น ไม่ว่าจะมิใช่เชื้อชาติใด ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๗ ข้อยกเว้นเรื่องหลักของสัญชาติจึงไม่มีอีกต่อไป บทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลที่เคยกำหนดวุฒิการศึกษาเพิ่มเติมสำหรับคนไทยที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าว จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันและใช้บังคับไม่ได้ ประกอบกับบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้สมัครที่เป็นผู้มีสัญชาติไทยที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวดังกล่าวก็ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกต่อไปแล้ว ข้อความในมาตรา ๒๐ (๑) ส่วนท้ายจึงไม่มีที่บังคับอีกประการหนึ่งด้วย ดังนั้นวุฒิการศึกษาระดับปริญญาตรีคงใช้บังคับสำหรับผู้สมัครเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น ส่วนผู้สมัครเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นไม่ต้องมีวุฒิการศึกษาใดๆ ประกอบอีก

ระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ได้มีการตราพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๕๕ ใช้บังคับโดยมีผลตั้งแต่วันที่ ๕ มีนาคม ๒๕๕๖ ซึ่งมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง (๘) และ (๑๖) บัญญัติให้ยกเลิกพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลพุทธศักราช ๒๕๔๒ และพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๘ อันเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาตามคำร้อง แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้มีบทเฉพาะกาล มาตรา ๑๓๖ บัญญัติให้ยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีลักษณะดังนี้

(๑) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดที่ยังมีสมาชิกสภาท้องถิ่นดำรงตำแหน่งอยู่ ให้สมาชิกสภาท้องถิ่นนั้นยังคงดำรงตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะสิ้นสุดการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้นทั้งหมด

(๒) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดที่มีการเลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่นโดยตรงและยังมีผู้บริหารท้องถิ่นดำรงตำแหน่งอยู่ ให้ผู้บริหารท้องถิ่นนั้นดำรงตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะสิ้นสุดการดำรงตำแหน่งของผู้บริหารท้องถิ่นผู้นั้น

(๓) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใด ได้มีประกาศให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเป็นการทั่วไปอยู่แล้ว ก่อนพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับและยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จ ให้ดำเนินการต่อไปได้ และให้สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นที่ได้รับเลือกตั้งยังคงดำรงตำแหน่งต่อไปจนกว่าการดำรงตำแหน่งจะสิ้นสุดลง

(๔) ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดมีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง สำหรับสมาชิกสภาท้องถิ่นที่ยังคงอยู่ในวาระตาม (๑) หรือสมาชิกสภาท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งทั่วไปตาม (๓) โดยให้ดำรงตำแหน่งต่อไปได้เช่นเดียวกับผู้ที่ตนดำรงตำแหน่งแทน

โดยวรรคสองให้นำบทบัญญัติที่ถูกลบเลิกมาใช้ต่อไปจนกว่าจะสิ้นเหตุลงไป

ประธานกรรมการการเลือกตั้ง มีหนังสือด่วนมากที่สุด (กกต) ๐๓๐๒/๗๒๐๑ ลงวันที่ ๘ กันยายน ๒๕๕๖ ซึ่งแจ้งข้อเท็จจริง สรุปได้ว่า

(๑) กรณีการเลือกตั้งทั่วไปอันเนื่องมาจากครบวาระหรือยุบสภา ในการสมัครรับเลือกตั้งได้นำคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา ๔๔ และมาตรา ๔๕ แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๕๕ มาใช้บังคับโดยกรณีตามมาตรา ๔๔ (๑) นั้น ได้ถือว่าบุคคลใดมีสัญชาติไทยโดยการเกิดย่อมมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติตามความในมาตรา ๒๐ (๑) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ

(๒) กรณีที่มีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างตามบทเฉพาะกาลที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๓๖ แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๕ นั้น เนื่องจากการเป็นการเลือกตั้งระบบเก่าตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้รับผิดชอบและรักษาการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ คณะกรรมการการเลือกตั้ง จึงได้มีคำสั่งที่ ๕๔/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๔ มีนาคม ๒๕๔๖ มอบอำนาจให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงมหาดไทย ผู้ว่าราชการจังหวัด และนายอำเภอปฏิบัติหน้าที่แทน โดยในการสมัครรับเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง กรณีนี้ต้องนำคุณสมบัติตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นฉบับเดิมมาใช้บังคับในการตรวจสอบสิทธิการสมัครรับเลือกตั้ง ซึ่งใช้คุณสมบัติตามมาตรา ๒๐ (๑) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ จนกว่าจะครบวาระหรืออายุของสภาเทศบาลสิ้นสุดลง

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏว่า การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นที่ผ่านมาในระบบใหม่ ที่อยู่ในความรับผิดชอบในการจัดการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งและการเลือกตั้งระบบเก่าที่อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงมหาดไทย ไม่มีผู้สมัครใดมีปัญหาโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา ๒๐ (๑) มายังคณะกรรมการการเลือกตั้งแต่อย่างใด

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย มีหนังสือที่ มท ๐๓๑๐.๔/๑๐๖๘๕ ลงวันที่ ๑๗ กันยายน ๒๕๔๖ ชี้แจงข้อเท็จจริง สรุปได้ว่า

(๑) มีเทศบาลที่มีสมาชิกสภาเทศบาลอยู่ภายใต้บทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๓๖ วรรคหนึ่ง (๑) (๓) หรือ (๔) ซึ่งจะพ้นวาระการดำรงตำแหน่งหลังสุด คือ เทศบาลตำบลสว่างแดนดิน จังหวัดสกลนคร โดยจะครบวาระในวันที่ ๖ เมษายน ๒๕๕๐

(๒) มีประเด็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๕๔๒ มาตรา ๒๐ (๑) หรือไม่ เป็นกรณีที่ไม้อาจคาดหมายได้ เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ยังคงใช้บังคับแก่การเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง อย่างไรก็ตาม ในขณะนี้ยังไม่มีข้อโต้แย้งในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

ข้อวินิจฉัย

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยมีว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๕๔๒ มาตรา ๒๐ (๑) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๘ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ หรือไม่

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๕๕๒ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๘ มาตรา ๒๐ บัญญัติว่า “บุคคลผู้มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ เป็นผู้ที่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง

(๑) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย

ฯลฯ”

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ และพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา ๒๐ (๑) จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาว่า มาตรา ๒๐ (๑) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐ หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาในประเด็นที่ว่า

มาตรา ๒๐ (๑) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย” นั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ เป็นบทบัญญัติที่รับรองความเสมอภาคของบุคคลตามกฎหมาย กล่าวคือบุคคลย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายโดยเท่าเทียมกัน และห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมโดยเหตุแห่งความแตกต่าง เช่น ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฐานะทางเศรษฐกิจ สถานะของบุคคล เป็นต้น ความแตกต่างดังกล่าวของบุคคล ไม่สามารถนำมาใช้ให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือทำให้บุคคลไม่อยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ยกเว้นการเลือกปฏิบัติดังกล่าวเป็นมาตรการเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง ข้อยกเว้นนี้เป็นการคำนึงถึงผลของการเลือกปฏิบัติว่าจะต้องทำให้เกิดความเท่าเทียมกัน

ส่วนพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา ๒๐ (๑) มีเจตนารมณ์ต้องการให้มีความแตกต่างในด้านคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลระหว่างผู้ที่มีสัญชาติไทยโดยการเกิดและไม่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวกับผู้ที่มีสัญชาติไทยที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าว โดยให้ผู้ที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงเห็นได้ชัดว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้ใช้เชื้อชาติเป็นเหตุให้เกิดคุณสมบัติที่ไม่เหมือนกันในการเป็นผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล แม้ว่าจะมีสัญชาติไทยเหมือนกัน ทั้งนี้จะเห็นได้จากในขณะที่มีการตราพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๘ นั้น กฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ใช้บังคับอยู่ คือ พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้บัญญัติคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้ในมาตรา ๑๕ ให้ผู้มีสิทธิสมัครที่มีสัญชาติไทยที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าว ต้องมีคุณสมบัติเพิ่มเติมจากผู้มีสิทธิที่ไม่ได้มีบิดาเป็นคนต่างด้าว ซึ่งในขณะนั้นรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้อยู่ มาตรา ๑๐๗ (๑) ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเกี่ยวกับสัญชาติของผู้สมัคร แต่เพียงว่าต้องมีสัญชาติไทยโดยการเกิด และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๔๑ ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น มาตรา ๒๕ ได้บัญญัติให้คุณสมบัติของผู้สมัครสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ทำให้พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา ๒๐ (๑) ในส่วนของคุณสมบัติของผู้สมัครที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวไม่มีผลบังคับใช้อีกต่อไป แต่เจตนารมณ์ของบทบัญญัติในมาตรานี้ ที่ต้องการให้เกิดความแตกต่างในคุณสมบัติของผู้สมัครที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวกับผู้ที่มีบิดามีสัญชาติไทยยังคงมีอยู่ ประกอบกับพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา ๒๐ (๑) ยังบังคับใช้อยู่ตามบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๓๖ และจากคำชี้แจงของกระทรวงมหาดไทย ยังมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล ที่ยังต้องใช้มาตรานี้อยู่ตามบทเฉพาะกาลจนถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๐ จึงเป็นเหตุผลที่จำเป็นต้องมีการพิจารณาวินิจฉัยตามคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา

พิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อมาตรา ๒๐ (๑) กำหนดให้คุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวแตกต่างไปจากผู้สมัครที่มีบิดาเป็นคนสัญชาติไทย เป็นการบัญญัติที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม โดยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติและแม้ว่าบทบัญญัติส่วนที่ไม่ได้มีการใช้บังคับ แต่เจตนารมณ์ที่ต้องการให้มีความแตกต่างดังกล่าวยังมีอยู่ จึงวินิจฉัยว่าบทบัญญัติในมาตรา ๒๐ (๑) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราช

บัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๘ ในส่วนที่บัญญัติว่า “แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าว ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย” นั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ จึงมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สำหรับส่วนที่บัญญัติว่า “มีสัญชาติไทยโดยการเกิด” ยังมีผลใช้บังคับต่อไป เพราะสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

นายสุจิต บุญบงการ
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ