

## คำวินิจฉัยของ พลตำรวจเอก สุวรรณ สุวรรณเวช 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 มาตรา ๓๐

## สรุปข้อเท็จจริง

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ผู้ร้อง ได้มีหนังสือลงวันที่ ๑๖ มกราคม ๒๕๕๕ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย กรณีได้รับหนังสือร้องเรียนจากปลัดกระทรวงมหาดไทยว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๕๕๒ มาตรา ๒๐ (๑) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๘ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลว่ามีสัญชาติไทย โดยการเกิด แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งมีบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วยเป็นการเพิ่มเงื่อนไขให้แก่ผู้สมัครในการสมัครรับเลือกตั้ง ผู้มีสัญชาติไทยและมีบิดาเป็นคนต่างด้าวตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕/๒๕๕๑ เป็นการขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ ซึ่งห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ส่งคำชี้แจงสรุปได้ว่า คุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล กรมการปกครองได้เคยมีหนังสือด่วนที่สุดที่ มท ๐๓๐๔/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๑๒ พฤศจิกายน ๒๕๕๑ ให้ทุกจังหวัดถือปฏิบัติว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลต้องมีคุณสมบัติเกี่ยวกับสัญชาติโดยมีสัญชาติไทยโดยการเกิด เพียงประการเดียว ต่อมาเมื่อผู้โต้แย้งว่ากรมการปกครองไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕/๒๕๕๑ ซึ่งมีผลผูกพันองค์กรของรัฐตามรัฐธรรมนูญ เพียงแต่ในการเขียนคำวินิจฉัยมีข้อความเพิ่มเติมประกอบด้วยว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นกรรมการสุขาภิบาลที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตาม มาตรา ๑๐๗ ของรัฐธรรมนูญ กระทรวงมหาดไทยจึงหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการรัฐธรรมนูญปัจจุบันไม่มีการบัญญัติเพิ่มเติมว่า คนไทยซึ่งมีบิดา

เป็นคนต่างด้าวจะต้องมีคุณสมบัติเพิ่มเติมอีก คงยึดสัญชาติไทยโดยการเกิดเป็นหลักเท่านั้น ไม่ว่าจะ มีเชื้อชาติใดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๗ ข้อยกเว้นเรื่องหลักของสัญชาติจึงไม่มีอีกต่อไป บทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลที่เคยกำหนดวุฒิการศึกษาเพิ่มเติมสำหรับ คนไทยที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าว จึงขัดกับรัฐธรรมนูญและไม่มีผลบังคับใช้ กรณีคำวินิจฉัยที่ ๘/๒๕๔๑ นั้นเป็นคนละกรณีกับประเด็นคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้ง

ระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้มีการตราพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๕ ใช้บังคับโดยมีผลตั้งแต่วันที่ ๔ มีนาคม ๒๕๔๖ มาตรา ๓ วรรคหนึ่ง (๘) และ (๑๖) บัญญัติให้ยกเลิกพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๔๘๒ และพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๓๘ แต่มีบทเฉพาะกาล มาตรา ๑๓๖ ให้ยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาพระราชบัญญัตินี้แล้วจึงมีคำสั่งให้สอบถามข้อเท็จจริงไปยังรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทยและประธานกรรมการการเลือกตั้งในฐานะผู้รักษาการตามกฎหมายทั้งสองฉบับเพื่อให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยรอบคอบยุติธรรม ประธานกรรมการการเลือกตั้งได้ชี้แจงข้อเท็จจริง สรุปได้ว่า กรณีการเลือกตั้งทั่วไปอันเนื่องมาจากครบวาระหรือยุบสภาในการสมัครรับเลือกตั้งได้นำ คุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา ๔๔ และมาตรา ๔๕ แห่งพระราชบัญญัติ การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๕ มาใช้บังคับ ตามมาตรา ๔๔ (๑) นั้นถือได้ว่าบุคคลมีสัญชาติไทยโดยการเกิดย่อมมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งโดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติ ในมาตรา ๒๐ (๑) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ ส่วนกรณีการเลือกตั้งแทน ตำแหน่งที่ว่างตามบทเฉพาะกาลที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๓๖ แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิก สภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๕ นั้นเป็นการเลือกตั้งในระบบเก่าตามพระราชบัญญัติ การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้รับผิดชอบตามพระราชบัญญัติ ฉบับนี้ อย่างไรก็ตามทั้งประธานกรรมการการเลือกตั้งและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยชี้แจงว่า การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นที่ผ่านมาในระบบใหม่และระบบเก่า ยังไม่มีผู้สมัครรายใดมีปัญหาโต้แย้ง เกี่ยวกับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา ๒๐ (๑) แต่อย่างใด

#### ข้อวินิจฉัย

พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๔๘๒ มาตรา ๒๐ (๑) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๘)

พ.ศ. ๒๕๓๘ ที่บัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลว่า “มีสัญชาติไทยโดยการเกิด แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย” นั้น

พระราชบัญญัติดังกล่าวอยู่ในระหว่างการใช้พระราชบัญญัติเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งบัญญัติไว้ในส่วนคุณสมบัติผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้ในมาตรา ๑๕ ว่า “บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าว จะเป็นผู้สมัครได้ต้องมีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๘ และมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ด้วย คือ (๑) เป็นผู้ได้เข้าเรียนอยู่ในโรงเรียนตามกำหนดเวลาและสอบไล่ได้ไม่ต่ำกว่าระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย ตามหลักสูตรของกระทรวงศึกษาธิการ หรือตามแผนการศึกษาของชาติหรือได้เข้าเรียนอยู่ในโรงเรียนหรือสถาบันการศึกษาอื่นในประเทศตามกำหนดเวลาโดยตลอดจนมีความรู้ตามที่กระทรวงศึกษาธิการเทียบเท่า หรือรับรองว่าเทียบได้ไม่ต่ำกว่าระดับมัธยมศึกษาตอนปลายตามหลักสูตรของกระทรวงศึกษาธิการหรือตามแผนการศึกษาของชาติ (๒) ได้เข้าศึกษาในมหาวิทยาลัยหรือสถาบันการศึกษาชั้นสูงในประเทศตามหลักสูตรจนเป็นผู้สอบไล่ได้ไม่ต่ำกว่าชั้นปริญญาตรีหรือเทียบเท่า” ดังนั้น ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับ จึงต้องมีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฯ มาตรา ๑๕ อีกด้วย

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๕๐ ซึ่งในมาตรา ๖ บัญญัติไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

มาตรา ๓๐ บัญญัติว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ฯลฯ จะกระทำมิได้ ...”

ดังนั้น พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๕๕๒ มาตรา ๒๐ (๑) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๘ ในส่วนที่บัญญัติว่า “...แต่บุคคลที่มีสัญชาติไทยที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าว ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย” ถือเป็นกรบัญญัติเพิ่มเติมว่า บุคคลผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิดแต่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติเพิ่มเติมจากผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิดเป็นการเพิ่มเงื่อนไขให้กับผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีสัญชาติไทยโดยการเกิดแต่บิดาเป็นคนต่างด้าว

ถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ บทบัญญัติส่วนดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนใช้บังคับไม่ได้ทันทีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ประกาศใช้

แม้จะปรากฏว่ามีการตราพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๕ ขึ้นใช้บังคับและบทเฉพาะกาลในมาตรา ๑๓๖ วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ในกรณีที่ได้มีพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทใดแล้ว ให้บรรดาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้ยังไม่ใช้บังคับกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเภทนั้นที่มีลักษณะตาม (๑) (๒) (๓) หรือ (๔) โดยให้นำบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นที่ถูกยกเลิกมาใช้จนกว่าจะสิ้นเหตุตาม (๑) (๒) (๓) หรือ (๔) เพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาจึงมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและประธานกรรมการการเลือกตั้งชี้แจงข้อเท็จจริงซึ่งต่างชี้แจงว่ามีเทศบาลที่มีสมาชิกสภาเทศบาลอยู่ภายใต้บทเฉพาะกาลนี้ซึ่งจะพ้นวาระการดำรงตำแหน่งที่สุดในวันที่ ๖ เมษายน ๒๕๕๐ ซึ่งหากมีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างต้องนำกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลมาใช้ จนกว่าจะครบวาระหรือยุบสภาโดยนำบทบัญญัติส่วนที่ไม่ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญมาใช้เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามในขณะนี้ปัจจุบันยังไม่มีผู้สมัครใดมีปัญหาโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา ๒๐ (๑)

อนึ่ง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๕ ได้บัญญัติคุณสมบัติผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งฯ ไว้เพียง “มีสัญชาติไทยโดยการเกิด” เพียงประการเดียวเท่านั้น ไม่แบ่งแยกผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิดกับผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิดแต่มีบิดาเป็นคนต่างด้าว อันเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

พิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช ๒๕๔๒ มาตรา ๒๐ (๑) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๘ มีบทบัญญัติในส่วนที่ขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ นำมาใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖ ประกอบกับยังไม่มีกรณีการโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งตามมาตราดังกล่าวนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๕ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา

พ.ศ. ๒๕๕๑ ไม่ได้บัญญัติหลักการเรื่องคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่น และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่มีสัญชาติไทยแต่มีบิดาเป็นคนต่างด้าว ต้องมีคุณสมบัติทางการศึกษาเพิ่มขึ้นแล้ว อันเป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกรณีที่ไม่เกิดปัญหา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา ๒๐ (๑) ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ ที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัย

พลตำรวจเอก สุวรนันท์ สุวรรณเวช

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ