

บทที่ 3

วิเคราะห์ปัญหาการจำกัดสิทธิการได้สัญชาติโดยการเกิดตามหลักดินแดน ของบุคคลในระบบกฎหมายไทย

3.1 ปัญหาความสมบูรณ์ของกฎหมายจำกัดสิทธิการได้มาซึ่งสัญชาติไทยโดยการเกิดตาม หลักดินแดนของบุคคล

กฎหมายจำกัดสิทธิการได้มาซึ่งสัญชาติไทยโดยหลักดินแดนซึ่งเป็นปัญหามีอยู่สองฉบับ คือ 1) ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของปัญหา และ 2) พระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 มาตรา 11 ซึ่งเป็นความต่อเนื่องของปัญหาเดิม โดยประกาศของคณะปฏิวัตินั้นเกิดจากความต้องการที่จะแก้ปัญหาระหว่างพหุและภักคคอมมิวนิสต์โดยรัฐบาลทหารในขณะนั้น กล่าวคือหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองพ.ศ. 2488 ประเทศญี่ปุ่นได้ถอนกำลังออกจากประเทศเวียดนาม ประเทศฝรั่งเศสกลับมามีอิทธิพลเหนือเวียดนามอีกครั้งในฐานะอาณานิคม ทำให้มีคนไทยอพยพมาประเทศไทย รัฐบาลนายปรีดี พนมยงค์ ขณะนั้นมีนโยบายให้อิสระและช่วยเหลือคนไทยเพื่อแสดงให้สหประชาชาติเห็นถึงความเมตตาในการที่ประเทศไทยจะขอสมัครเป็นสมาชิกสหประชาชาติ มีกลุ่มคนไทยต่อต้านฝรั่งเศสทั้งในประเทศเวียดนามและในประเทศที่คนไทยอพยพมาเรียกว่ากลุ่มใต้ดินเวียดนาม โดยกลุ่มต่อต้านได้รับความช่วยเหลือจากประเทศคอมมิวนิสต์ขณะนั้นคือจีนและรัสเซีย ต่อมาปีพ.ศ.2491 รัฐบาลทหารเกรงว่าจะเป็นภัยต่อความมั่นคงได้เปลี่ยนนโยบายโดยควบคุมอิสระคนไทยมากขึ้น ปี พ.ศ. 2496 เกิดสงครามขึ้นระหว่างฝ่ายเวียดนามและฝรั่งเศส สิ้นสุดสงครามปีพ.ศ.2499 ปีพ.ศ.2502 ไทยทำข้อตกลงว่างกึ่ง ทายอดส่งคนไทยกลับ จนกระทั่งปีพ.ศ.2507ต้องหยุดชะงักเพราะเกิดสงครามอ่าวตังเกี๋ยระหว่างเวียดนามเหนือกับสหรัฐอเมริกา รัฐบาลไทยสนับสนุนสหรัฐอเมริกา มีการตั้งฐานทัพในประเทศไทยและกล่าวหาว่าเวียดนามเหนือสนับสนุนผู้ก่อการร้ายคอมมิวนิสต์ในประเทศไทย มีคนไทยอพยพบางคนก่อความไม่สงบขึ้นในประเทศไทยโดยเฉพาะการก่อวินาศกรรมสนามบินในจังหวัดต่างๆในช่วงปีพ.ศ.2511 ถึง 2515 นำมาซึ่งการออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 ทำให้คนไทยที่เกิดในประเทศไทยเสียสัญชาติไทยหมดสิทธิเสรีภาพต่างๆ ทั้งนี้ยังกระทบไปถึงบุคคลสัญชาติไทยกลุ่มอื่นด้วย ปีพ.ศ. 2518 เวียดนามได้แตก ต่อมาประเทศเวียดนามได้ยึดครองกัมพูชาและครอบงำประเทศลาวซึ่งมีพรมแดนติดกับไทย นโยบายช่วงนี้ของไทยจึงเน้นความมั่นคงและแสวงหามิตรรอบด้านเพื่อต่อต้านการขยายอิทธิพลของเวียดนาม ส่วน

สหรัฐอเมริกาถอนกำลังทหารและลดบทบาทในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ประเทศไทยประสบปัญหาพรรคคอมมิวนิสต์แห่งประเทศไทย ปัญหาเศรษฐกิจเนื่องจากราคาน้ำมันเพิ่มสูงขึ้น ต่อมาปัญหาพรรคคอมมิวนิสต์เริ่มลดลงเนื่องจากความขัดแย้งระหว่างจีน รัสเซียและเวียดนามอย่างรุนแรง กอปรกับนโยบายใช้การเมืองนำการทหารตามนโยบายที่ 66/23 และเมื่อปี พ.ศ. 2528 รัสเซียประสบปัญหาเศรษฐกิจตัดสินใจปฏิรูประบบเศรษฐกิจโดยใช้นโยบาย ปฏิรูป และ เปิดกว้าง เมื่อปีพ.ศ.2531 พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ เป็นนายกรัฐมนตรีมีนโยบายเปลี่ยนสนามรบเป็นสนามการค้า และผ่อนปรนต่อคนญวนอพยพเพิ่มมากขึ้น โดยมีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2533 ให้ลูกหลานญวนอพยพที่เกิดในประเทศไทยได้สัญชาติไทยตามแนวนโยบายที่กำหนดไว้ เนื่องจากไม่สามารถส่งญวนอพยพกลับคืนประเทศเวียดนามได้ และไม่ต้องการให้มีปัญหาสังคมตามมา เพราะประเทศเวียดนามแสดงท่าทีชัดเจนว่าจะไม่รับคนพวกนี้กลับไป¹

สภาวะที่เกิดปัญหาดังกล่าวประกอบกับลักษณะของคนญวนที่ค้าขายเก่ง มีอิทธิพลทางเศรษฐกิจทางภาคอีสาน ทำให้มีกระแสสังคมเกลียดชังและต่อต้านคนญวน มีข่าวลือมากมายเกี่ยวกับคนญวน เช่น ผลไม้ของคนญวน ผู้ใดกินเข้าไปจะหมดสมรรถภาพทางเพศ ทำให้แดงโหมของคนญวนขายไม่ได้ ต้องปล่อยให้เน่าเต็มสวน ภายหลังมีเสียงเล่าอ้างว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดทางภาคอีสานท่านหนึ่งกับสาธารณสุขจังหวัดร่วมกันปล่อยข่าวเพราะทนเห็นคนญวนเอาเปรียบคนไทยไม่ไหว พวกคนญวนเหล่านี้จะเกาะกลุ่มกันเองไม่มาผสมกลมกลืนกับคนไทย และคนไทยหากินสู้คนพวกนี้ไม่ได้ คล้ายกรณีของคนเยอรมันที่เป็นคริสตัง หากินสู้คนยิวไม่ได้ เจ็บแค้นจนต้องฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากเรื่องทำมาหากินแล้ว ยังมีเรื่องการจารกรรม รัฐบาลทหารมองว่าคนญวนเป็นพวกจะมาทำลายชาติบ้านเมืองด้วยวิธีการต่างๆ ทำให้มีข่าวลือต่างๆ ออกมาเกี่ยวกับคนญวน เช่น พวกผู้หญิงญวนขายตัวที่บรรดาข้าราชการระดับสูงชอบใช้บริการ ก็จะมีเรื่องเล่าขานว่าพวกผู้หญิงเหล่านี้ฝังระเบิดไว้ในช่องคลอด เมื่อข้าราชการผู้ใหญ่ใช้บริการ อวัยวะเพศก็จะถูกผ่าเป็นสองซีก² ข่าวลือต่างๆ ประเทศมหาอำนาจบางประเทศน่าจะมีส่วนรู้เห็นด้วย ด้วยเหตุผลในการสร้างความชอบธรรมในการตั้งฐานทัพในประเทศไทยเพื่อทำสงครามกับเวียดนาม

¹ กัญ ศิริกุล, การพัฒนานโยบายเกี่ยวกับญวนอพยพในประเทศไทย พ.ศ.2488-2535 (วิทยานิพนธ์หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2536), น. 29-42.
 ผุสดี จันทวิมล, เวียดนามในเมืองไทย: ในโครงการหนังสือชุดเพื่อนบ้านไทยในเอเชีย (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2521), น.1-8.

² วิชัย วิวิตเสวี, การคุมขังโดยมิชอบ: ศาลกับการพิทักษ์เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: พงศ์ศาสตร์การพิมพ์, 2541) น.11-12.

ความเป็นมาดังกล่าวข้างต้นอาจช่วยในการทำความเข้าใจกฎหมายว่าด้วยสัญญาตีฉบับ ต่อๆมา ตลอดจนการใช้และการตีความขององค์กรตุลาการในอดีต เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ต่อไป

3.1.1 ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337

ก่อนเข้าสู่การวิเคราะห์เห็นสมควรกล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารเสียก่อน เพื่อให้เห็นภาพรวมของปัญหา

นับแต่มีการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นระบอบประชาธิปไตยเมื่อพ.ศ. 2475 หลังจากนั้นประเทศไทยมีการทำรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองโดยไม่เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองหลายครั้ง รัฐประหารครั้งแรกโดยจอมพลผิน ชุณหะวัณ ไม่มีการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารเพราะเมื่อยึดอำนาจวันที่ 8 พฤศจิกายน 2490 ก็ขอพระราชทานธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว)ในวันรุ่งขึ้น ต่อมาเมื่อการรัฐประหารครั้งที่ 2 พ.ศ. 2494 ไม่มีการออกประกาศคณะปฏิวัติเช่นกัน จนกระทั่งมีคำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496 วินิจฉัยรับรองว่า “เมื่อคณะรัฐประหารยึดอำนาจสำเร็จก็มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขยกเลิกและออกกฎหมายตามระบบการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไปได้ มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ในความสงบไม่ได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์” ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ที่แสดงความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา โดยเทียบเคียงกับการปฏิวัติในเยอรมัน ค.ศ. 1910(พ.ศ.2453) และคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมัน ต่อมาการทำรัฐประหารในครั้งที่ 3 พ.ศ. 2501 โดยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเพียง 3 เดือน ได้ออกเป็นประกาศคณะปฏิวัติขึ้นครั้งแรก ถึง 57 ฉบับ ต่อมาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 วินิจฉัยรับรองว่าประกาศของคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายและใช้บังคับในการวินิจฉัยคดีได้ โดยให้เหตุผลคล้ายคลึงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496 หลังจากศาลฎีกาวินิจฉัยรับรอง ทำให้การทำรัฐประหารครั้งต่อๆมา มีการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะผู้ทำรัฐประหารจำนวนมาก โดยใช้อำนาจอย่างไร้ขอบเขต กล่าวคือ ครั้งที่ 4 พ.ศ. 2514 สมัยจอมพลถนอม กิตติขจร ก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญประมาณ 1 ปี ได้มีการออกประกาศคณะปฏิวัติจำนวน 364 ฉบับ โดยก่อนประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515 เพียงวันเดียวมีการประกาศใช้ประกาศ

ของคณะปฏิวัติถึง 64 ฉบับ³ และ 1 ใน 64 ฉบับดังกล่าวคือประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 อันเป็นปัญหามาสู่การวิเคราะห์ครั้งนี้ ต่อมาก็เกิดเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 และเหตุการณ์ 6 ตุลาคม 2519 ซึ่งเป็นวันที่มีการรัฐประหารครั้งที่ 4 ช่วงเวลา 16 วันมีการออกคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปฯ 43 ฉบับ ครั้งที่ 5 พ.ศ. 2520 ช่วงเวลาประมาณ 20 วันมีการออกประกาศคณะปฏิวัติ 38 ฉบับ ครั้งที่ 6 พ.ศ. 2534 ช่วงเวลาประมาณ 6 วันมีการออกประกาศ รสช 56 ฉบับ⁴ ครั้งที่ 7 พ.ศ. 2549 มีการออกประกาศคณะปฏิรูปการปกครองฯ จำนวน 36 ฉบับ และที่สำคัญคือประกาศฉบับที่ 27 ซึ่งถูกนำไปใช้ย้อนหลังเป็นผลร้ายโดยเพิกถอนสิทธิการเลือกตั้ง เกิดข้อวิจารณ์เกี่ยวกับหลักการใช้กฎหมายย้อนหลัง ทั้งในส่วนที่ไม่มีการระบุให้ชัดเจนและในส่วนการใช้ย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคล เป็นส่วนหนึ่งให้เกิดปัญหาต่อๆ มาในบ้านเมืองปัจจุบัน

ที่ผ่านมามีกรณีน้อยมากที่องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้มีการแสดงความคิดเห็นจากนักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์เรียกร้องให้มีการตรวจสอบเกี่ยวกับสถานะของประกาศของคณะปฏิวัติเมื่อประเทศมีการใช้รัฐธรรมนูญแล้ว ปราบกฏตามข้อความคิดเห็น ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์เสรีย์ ปราโมช เห็นว่า “เมื่อมีการปฏิวัติรัฐประหารจนยึดอำนาจไว้ได้ อำนาจนั้นก็เป็นการปกครองบ้านเมือง ใครฝ่าฝืนก็จะโดนลูกตะกั่ว ซึ่งตรงกับภาษิตสมัยกรุงโรมว่า “เมื่อใดเสียงปืนดังเมื่อนั้นกฎหมายหมดเสียง” แต่เมื่อเสียงปืนสงบเงียบลงไปแล้ว กฎหมายจะมีเสียงขึ้นมาบ้างไม่ได้หรืออย่างไร กล่าวคือเมื่อนำรัฐธรรมนูญใช้ปกครองบ้านเมืองแล้ว ประกาศและคำสั่งต่างๆ ที่ออกไว้ก่อนแล้วจะยังใช้เป็นกฎหมายได้หรือ โดยเห็นว่าหากยอมรับว่าประกาศหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย การยกเลิกมีอยู่สองทางคือ ออกกฎหมายยกเลิก หรือไม่ก็วินิจฉัยว่าคำสั่งนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ต้องหมดฤทธิ์ไปเองตามรัฐธรรมนูญ”⁵

³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การปรับปรุงประกาศของคณะปฏิวัติ” รพีสาร ปีที่ 1 น. 41. (เม.ย. – มิ.ย. 2536)

⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น.259-261.

⁵ เสรีย์ ปราโมช, “การกักตัวอันธพาลโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่” บทบัญญัติตีปี 2513 ตอน 3 น.623.

ศาสตราจารย์อดุล วิเชียรเจริญ เห็นว่า “ประกาศของคณะปฏิวัติควรมีสภาพบังคับเฉพาะกาลในช่วงเวลาที่ยังไม่มีพระบรมราชโองการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเท่านั้น มิใช่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายที่มีฐานะศักดิ์เท่าเทียมกับพระราชบัญญัติ”⁶

ศาสตราจารย์เสนห์ จามริก เห็นว่า “คำสั่งและประกาศของคณะปฏิวัติมีศักดิ์หรือฐานะเพียงเทียบเท่ากฎหมายในสถานการณ์นั้นๆ และหมดสภาพความเป็นกฎหมายไปทันที โดยอัตโนมัติ เมื่อประกาศใช้ระบอบรัฐธรรมนูญเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติและตุลาการปกติ โดยเข้าใจได้ว่าเมื่อเสียงป็นดังกฎหมายย่อมหมดเสียง แต่กฎหมายไม่อาจหมดเสียงได้ตลอดไปตราบเท่าที่สังคมยังดำรงอยู่ เมื่อเสียงป็นสงบลงแล้ว ประกาศของคณะปฏิวัติต้องสิ้นสภาพไปตามพฤติการณ์ของการสิ้นสุดแห่งสถานการณ์ปฏิวัติ ... หากวินิจฉัยกันไปตามความสะดวกปล่อยให้การใช้กำลังอำนาจเป็นใหญ่ เท่ากับว่าฝ่ายตุลาการและวิชาซีพินิติศาสตร์กลายเป็นผู้ดูหมิ่นดูแคลนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายเสียเองในที่สุด”⁷

รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล เห็นว่า แม้จะมีความจำเป็นที่จะต้องยอมรับการใช้อำนาจของคณะปฏิวัติในฐานะผู้มีอำนาจทางการเมืองขณะนั้น แต่ควรยอมรับความมีผลบังคับคำสั่งคณะปฏิวัติเฉพาะช่วงเวลาของการยึดอำนาจและไม่เป็นการรับรองให้คำสั่งคณะปฏิวัติมีสถานะเป็นกฎหมาย หากเป็นการยอมรับตามข้อเท็จจริงที่มีอาจชัดเจน และเมื่อผ่านพ้นสถานการณ์ปฏิวัติ เข้าสู่การปกครองในสภาวะปกติ การพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของคำสั่งคณะปฏิวัติต้องพิจารณาภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ได้ตราขึ้นใช้บังคับ โดยการพิจารณาตรวจสอบทำได้โดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คือสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้พิจารณาและโดยองค์กรตุลาการในกรณีที่มีบุคคลซึ่งถูกโต้แย้งสิทธิฟ้องเป็นคดีให้วินิจฉัย⁸

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวข้างต้น ซึ่งวิธีที่ใช้ในการตรวจสอบว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายหรือไม่ มีความเห็นเป็น 2 แนวทาง

แนวทางแรก เห็นว่า ควรพิจารณาเฉพาะองค์กรที่ออกคำสั่งหรือประกาศดังกล่าวว่ามีอำนาจบัญญัติกฎหมายหรือไม่ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงเนื้อหา ซึ่งในเรื่องนี้ศาสตราจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เห็นว่า “การปฏิวัติล้มล้างสิทธิมนุษยชนเพื่อสถาปนารัฐบาลที่กดขี่ คำสั่งของผู้กระทำ

⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.270.

⁷ *เพ็ญอ้าง*, น. 272-273.

⁸ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น.2-3.

การดังกล่าวถือว่าเป็นคำสั่งใจ ไม่ใช่กฎหมาย อยากให้ศาลฎีกาวินิจฉัยออกมาเลยว่า ประกาศของคณะปฏิวัติไม่ใช่กฎหมายเพราะผู้ที่ยกไม่มีอำนาจออก” ศาสตราจารย์จรูญ ภัคดีธนากุล แสดงความเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว แต่เห็นเพิ่มเติมว่าการปฏิเสธว่าไม่เป็นกฎหมายดังกล่าว เป็นเรื่องที่ย้ำไปแล้ว กล่าวคือมีการรับกันแล้วว่าเป็นกฎหมาย การจะไปล้มกระดานว่าไม่เอาอย่างนั้น จะเป็นการทำให้ระบบเสีย จึงเห็นควรรับว่าเป็นกฎหมายแต่ต้องถูกตรวจสอบโดยหลักนิติธรรม แต่ถ้าทุกคนเห็นอย่างศาสตราจารย์วรพจน์ ก็พร้อมที่จะเอาด้วย ส่วนศาสตราจารย์วิชา มหาคุณ เห็นว่า หากศาลฎีกาวินิจฉัยว่าประกาศของคณะปฏิวัติไม่ใช่กฎหมาย เพราะผู้ยกไม่มีอำนาจออก จะทำให้ยุ่งกันใหญ่ เพราะผู้พิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยบางคนก็ได้รับคำสั่งแต่งตั้งมาสมัยปฏิวัติหรือโดยประกาศ ร.ส.ช. ด้วยซ้ำไป ประธาน ร.ส.ช. เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการเท่ากับศาลเองก็จะมีอำนาจวินิจฉัยเลย⁹

แนวทางที่สอง เป็นแนวทางที่ศาลฎีกาใช้โดยรับรองว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารเป็นกฎหมาย เพราะเมื่อยึดอำนาจการปกครองสำเร็จ ก็มีอำนาจออกกฎหมาย แต่ต้องถูกตรวจสอบในเนื้อหาว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและมีผลบังคับใช้หรือไม่ เช่นเดียวกับกรณีกฎหมายที่ออกโดยสภาผู้แทนราษฎร

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นตามแนวทางแรก กล่าวคือ การยอมรับว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารเป็นกฎหมายนั้น เท่ากับเป็นการส่งเสริมให้คณะบุคคลใดก็ตามกระทำผิดกฎหมายล้มล้างระบอบประชาธิปไตยและใช้อำนาจออกกฎหมายตามอำเภอใจ เห็นได้จากการรัฐประหารสองครั้งแรก ไม่มีประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารออกมาเลยสักฉบับเดียว จนกระทั่งมีนักกฎหมายเห็นว่าเป็นสิ่งที่กระทำได้ จึงมีการร่างและประกาศออกใช้ครั้งแรกในสมัยจอมพลสฤษดิ์ เมื่อมีข้อโต้แย้งเป็นคดีขึ้นสู่ศาล ศาลฎีกาวินิจฉัยรับรองว่าประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวเป็นกฎหมาย เพราะหัวหน้าคณะปฏิวัติมีอำนาจออกกฎหมาย โดยดูจากการทำรัฐประหารสำเร็จ ทำให้ต่อมามีการออกประกาศหรือคำสั่งลักษณะนี้จำนวนมาก ซึ่งเหตุผลในการปฏิเสธไม่ยอมรับว่าเป็นกฎหมายในเรื่องนี้คล้ายกับหลักผลไม่ของต้นไม้เป็นพิษ ซึ่งเป็นการปฏิเสธการรับฟังพยานหลักฐาน ที่ได้มาจากการกระทำโดยมิชอบของเจ้าพนักงานรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งไม่ต้องการส่งเสริมให้เจ้าพนักงานรัฐทำผิดกฎหมายเสียเอง และเพื่อเป็นการ

⁹ “ถอดความการประชุมสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง คำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 913/2536 : กรณียึดทรัพย์นักการเมืองโดยประกาศ ร.ส.ช. ฉบับที่ 26” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 23, (มีนาคม-มิถุนายน 2536) น.342-343, 347-348.

คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การยอมรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวถือว่าเป็นข้อยกเว้น เช่น ในกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐเข้าใจโดยสุจริตว่ามีอำนาจกระทำได้ เป็นต้น สำหรับเรื่องนี้ ข้อยกเว้นที่พอจะถือว่าเป็นกฎหมายได้และนำไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อไป ภายหลัง ก็คือพระราชบัญญัติที่ออกโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งถูกแต่งตั้งโดยคณะรัฐประหาร แม้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะไม่ใช่วัฒนประชาชน แต่ก็ถือว่ากฎหมายดังกล่าวผ่าน ขั้นตอนกระบวนการพิจารณากลับกรองจากกฤษฎีกาและขั้นตอนกลับกรองของสภาแล้ว เทียบเท่ากับกระบวนการออกกฎหมายที่มาจากตัวแทนของประชาชน

ส่วนข้อกังวลที่ว่าหากไม่ยอมรับว่าเป็นกฎหมายจะยุ่งกันใหญ่ เพราะผู้พิพากษาศาลฎีกาบางท่านที่วินิจฉัยก็จะมีอำนาจวินิจฉัยไปด้วย เพราะได้รับแต่งตั้งจากประกาศ ร.ส.ช. ซึ่งมีหัวหน้าคณะ ร.ส.ช. เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ในเรื่องนี้เห็นว่า การทำรัฐประหารในเมืองไทยตั้งแต่ครั้งแรก พ.ศ. 2490 จนกระทั่งถึงครั้งปัจจุบัน คณะรัฐประหารหาได้ยึดอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นของประชาชนโดยมอบให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้ไปเป็นของตนเอง และใช้อำนาจอธิปไตยโดยลำพังไม่ กล่าวคือ การทำรัฐประหารเป็นเพียงการยึดอำนาจทางการเมือง ล้มฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเท่านั้น ไม่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองดังเช่นการปฏิวัติ พ.ศ.2475 ทั้งในประวัติศาสตร์คณะรัฐประหารก็ไม่เคยก้าวล่วงไปถึงอำนาจของศาลยุติธรรมและอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ หากนักกฎหมายให้เครดิตแก่คณะผู้ทำรัฐประหารว่าสามารถล้มล้างยึดอำนาจการปกครองสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยไว้ได้ และองค์กรและสถาบันตามรัฐธรรมนูญถูกล้มล้างทั้งหมด นักกฎหมายจะยอมรับได้หรือไม่ว่าสถาบันพระมหากษัตริย์และศาลยุติธรรมถูกล้มล้างไปพร้อมกับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เหตุที่ต่อมามีสถาบันพระมหากษัตริย์และศาลยุติธรรม เพราะคณะรัฐประหารใช้อำนาจก่อตั้งขึ้น และยอมรับได้หรือไม่ว่าคณะรัฐประหารสามารถสั่งการให้สถาบันพระมหากษัตริย์และศาลยุติธรรมกระทำการตามความประสงค์ของคณะรัฐประหาร เห็นว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องที่ไม่อาจยอมรับได้ และในทางข้อเท็จจริงคณะรัฐประหารก็ไม่ได้เคยกระทำการดังกล่าว หากคณะรัฐประหารมีอำนาจปกครองสูงสุดจริง เหตุใดจึงต้องขอพระราชทานรัฐธรรมนูญและลงนามรับสนองพระบรมราชโองการและเหตุใดจึงกำหนดการพิจารณาและผลของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมไม่ได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวสถาบันพระมหากษัตริย์และศาลยุติธรรมจึงไม่เคยถูกล้มล้างและก่อตั้งโดยคณะรัฐประหาร สถาบันพระมหากษัตริย์และศาลยุติธรรมอยู่ได้มาโดยตลอดก็เพราะความเชื่อถือศรัทธาที่ประชาชนมิให้มาเป็นเวลาช้านาน มิใช่อยู่ได้ด้วยประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร เพราะหากศาลปฏิบัติหน้าที่โดยมีอคติและปราศจากความยุติธรรม ประชาชนไม่เชื่อถือศรัทธาศาลเองก็ดำรงอยู่ไม่ได้ บทบัญญัติเรื่องละเมิดอำนาจ

ศาลก็ใช้บังคับให้ประชาชนเชื่อถือศรัทธาไม่ได้ ดังนี้ ผู้พิพากษาศาลฎีกาจึงมีอำนาจที่จะวินิจฉัยได้ว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารไม่เป็นกฎหมาย เพราะคณะรัฐประหารไม่มีอำนาจออกกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องผูกโยงกับอำนาจของคณะรัฐประหารเนื่องจากผู้พิพากษาศาลฎีกาไม่ได้ก่อตั้งโดยอำนาจของคณะรัฐประหาร และหากมีการวินิจฉัยว่าประกาศของคณะปฏิวัติไม่ใช่กฎหมาย ทำให้อาจกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากประกาศของคณะปฏิวัติไม่ใช่นี่ เห็นว่าควรนำหลักสุจริตมาใช้คุ้มครองบุคคลดังกล่าวมิให้ต้องถูกกระทบสิทธิ

เพื่อให้เห็นภาพเป็นรูปธรรมชัดเจนยิ่งขึ้นเกี่ยวกับการวินิจฉัยว่าคำสั่งหรือประกาศของคณะรัฐประหารไม่เป็นกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเนื้อหา ผู้เขียนจึงยกตัวอย่างเปรียบเทียบดังนี้ คือ ในกรณีที่มีกลุ่มบุคคลใช้กำลังเข้าปล้นและยึดองค์การเภสัชกรรม และล้มมาตรฐานสากลของกระบวนการผลิตยา โดยผลิตยาออกมาตามอำเภอใจไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากลของกระบวนการผลิตยา เราจะยอมรับได้หรือไม่ว่าสิ่งที่ผลิตออกมาคือยาที่สามารถนำไปใช้กับประชาชนได้ หลังจากนั้นจึงค่อยมาตรวจสอบดูว่าส่วนประกอบหรือเนื้อหาของใช้รักษาโรคได้หรือไม่ หรือมีพิษต่อสุขภาพของคนหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรยอมรับว่าเป็นยาตั้งแต่แรก เพราะผู้ผลิตไม่มีอำนาจ ทั้งจะเป็นการส่งเสริมให้มีการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย ใช้อำนาจตามอำเภอใจผลิตสิ่งที่ไม่เป็นไปตามกระบวนการผลิตยาที่ได้มาตรฐาน อาจก่ออันตรายแก่ประชาชนผู้ใช้ยานั้น แม้ว่าสิ่งที่ถูกผลิตมาส่วนใหญ่จะมีคุณภาพแก่ประชาชนก็ตาม แต่หากมีบางส่วนเป็นพิษต่อคน ผลที่ได้รับก็ไม่คุ้มค่างับสิ่งที่ได้มาจากวิธีการที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งยาหรือกฎหมายก็มีส่วนที่เหมือนกันคือมีผลต่อชีวิตมนุษย์มาก จึงควรต้องให้ความสำคัญต่อผู้ผลิตและกระบวนการผลิตอย่างเคร่งครัด

หากต่อไปในอนาคตศาลมีคำวินิจฉัยไปในแนวทางที่จะไม่ยอมรับว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารเป็นกฎหมายเพราะคณะรัฐประหารไม่มีอำนาจออกกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเนื้อหาของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร เชื่อว่าจะสามารถหยุดหรือลดจำนวนการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารตามอำเภอใจที่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนลงได้ โดยหากมีการทำรัฐประหารขึ้นอีกเหตุการณ์น่าจะกลับไปใกล้เคียงกับสมัยของการทำรัฐประหารครั้งที่หนึ่งและครั้งที่สอง ซึ่งหลังทำรัฐประหารสำเร็จวันรุ่งขึ้นก็จะขอพระราชทานรัฐธรรมนูญชั่วคราวเลย ไม่มีการออกประกาศหรือคำสั่งใดๆเลย การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยของศาลในอนาคตเพื่ออ้างไว้และเสริมสร้างหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยให้มีความเข้มแข็ง ไม่มีคำว่าซ้ำหรือสายไป

อย่างไรก็ตามปัจจุบันนักกฎหมายส่วนใหญ่ยอมรับว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารเป็นกฎหมายเพราะคณะรัฐประหารยึดอำนาจทางการเมืองสำเร็จ หัวหน้าคณะรัฐประหารก็มีอำนาจออกกฎหมาย จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบในส่วนของเนื้อหาต่อไปว่ามีสภาพใช้บังคับเป็นกฎหมายได้หรือไม่ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แม้ผู้เขียนจะไม่เห็นด้วยกับวิธีการนี้ แต่ก็ยอมรับได้ หากมีการตรวจสอบเนื้อหาของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารอย่างจริงจังกว่าแต่ก่อน เพราะในอดีตศาลไม่เข้าไปยุ่งกับอำนาจของคณะรัฐประหาร เห็นได้จากคดีวินัยข้าราชการ ศาลไม่เข้าไปวินิจฉัย โดยให้เหตุผลว่าเป็นเรื่องภายในฝ่ายบริหาร แต่ที่จริงแล้วคดีส่วนใหญ่ไม่ใช่คดีวินัยข้าราชการปกติ แต่เป็นคดีที่ใช้อำนาจคณะปฏิวัติไล่ข้าราชการออก¹⁰ และนี่เป็นเหตุผลเพียงข้อเดียวที่พอฟังได้บ้างจากเหตุผลมากมายที่กลุ่มที่ต้องการจัดตั้งศาลปกครองยกขึ้นอ้างเพื่อสนับสนุนการขอจัดตั้งศาลปกครอง แม้เรื่องนี้จะพอเข้าใจและเห็นใจศาลในสมัยก่อน เนื่องจากอำนาจของคณะรัฐประหารมีมากกว่าปัจจุบันมาก ทั้งคณะรัฐประหารครองอำนาจเป็นเวลายาวนาน หากนำองค์กรเข้าไปเสี่ยงก็ยากที่จะคาดเดาผลได้ว่าปัจจุบันระบบศาลไทยจะเป็นอย่างไร แต่ในปัจจุบันอำนาจของทหารลดลงมาก ตรงกันข้ามพลังของประชาชนกลับมีอำนาจเหนืออำนาจของทหาร จึงน่าจะถึงจุดเปลี่ยนที่ศาลไทย ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ จะมีความเป็นเอกภาพ มีเป้าหมายเดียวกันคือ ยืนหยัดเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และ ประโยชน์ของสังคมโดยรวม ตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งหรือประกาศของคณะรัฐประหารต่อไป

สำหรับประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337 ถูกให้เหตุผลในการออกประกาศว่ามีบุคคลสัญชาติไทยบางจำพวก มิได้มีความจงรักภักดีต่อประเทศไทย เพื่อป้องกันและรักษาความมั่นคงแห่งชาติ สมควรมิให้บุคคลดังกล่าวมีหรือได้สัญชาติไทยอีกต่อไป จึงมีคำสั่งดังนี้

1 ให้ถอนสัญชาติไทยของบุคคลที่เกิดในราชอาณาจักรไทย โดยบิดาเป็นคนต่างด้าวหรือมารดาเป็นคนต่างด้าวแต่ไม่ปรากฏบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และในขณะที่เกิดบิดาหรือมารดาเป็น

- (1) ผู้ที่ได้รับการผ่อนผันให้พักอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทยเป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย
- (2) ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยเพียงชั่วคราว หรือ

¹⁰ จิรนิติ หะวานนท์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง(ภาคทั่วไป) (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา:กรุงเทพมหานคร), น. 82.

(3) ผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพิจารณาเห็นสมควรและสั่งเฉพาะรายเป็นประการอื่น

2 บุคคลตามข้อ 1 ผู้เกิดในราชอาณาจักรไทยเมื่อประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับแล้ว ไม่ได้สัญชาติไทย เว้นแต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพิจารณาเห็นสมควรและสั่งเฉพาะรายเป็นประการอื่น

3 บรรดาบทกฎหมาย กฎและข้อบังคับคือในส่วนที่บัญญัติไว้แล้วในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้หรือที่ขัดหรือแย้งกับประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ให้ใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้แทน

หลักที่ใช้ในการวิเคราะห์ปัญหานี้คือหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นหลักการสำคัญตามรัฐธรรมนูญของประเทศซึ่งปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย แยกพิจารณาเป็น 3 ประเด็น ดังนี้ คือ ประเด็นเกี่ยวกับหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพกระทำได้แต่บทบัญญัติของกฎหมาย ประเด็นเกี่ยวกับหลักการใช้กฎหมายย้อนหลังและหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ และประเด็นเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

ประเด็นแรก ประเด็นเกี่ยวกับหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพกระทำได้แต่บทบัญญัติของ

กฎหมาย

ในส่วนของประเด็นนี้มีข้อพิจารณาในส่วนขององค์กรที่ออกประกาศและเนื้อหาของประกาศ กล่าวคือ การปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนยอมจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างผาสุก โดยกฎเกณฑ์ที่มาจำกัดสิทธิเสรีภาพจึงต้องมาจากความยินยอมของประชาชนหรือองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนซึ่งได้รับมอบอำนาจจากประชาชน และถูกพิจารณาลั่นกรองตามวิถีทางตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งในเรื่องนี้องค์กรนิติบัญญัติที่ได้รับมอบอำนาจจากประชาชนไม่สามารถมอบอำนาจให้องค์กรอื่นทำหน้าที่แทนได้¹¹ ดังนั้น การพิจารณาว่าประกาศของคณะปฏิวัติขัดกับหลักการดังกล่าวหรือไม่ จึงต้องพิจารณาทั้งในส่วนของเนื้อหาและรูปแบบคือองค์กรที่ออก

¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น.258.

ประกาศดังกล่าวควบคู่กันไป เห็นว่าเนื้อหาของประกาศของคณะปฏิวัติข้อ 1 เป็นการเพิกถอนสัญญาชาติไทย ส่วนข้อ 2 เป็นการจำกัดสิทธิการได้มาซึ่งสัญชาติไทยโดยหลักดินแดน ซึ่งเป็นเนื้อหาที่มีความสำคัญกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก ด้วยหลักการดังกล่าวมาแล้ว จึงเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติหรือสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนที่จะต้องเป็นผู้พิจารณาบัญญัติกฎเกณฑ์ดังกล่าวตามกระบวนการกลั่นกรองทางรัฐสภา ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 มิได้บัญญัติขึ้นโดยองค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน จึงขัดต่อหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยกฎหมาย

ประเด็นที่สอง ประเด็นเกี่ยวกับหลักการใช้กฎหมายย้อนหลังและหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ

ประเด็นนี้พิจารณาเฉพาะในส่วนเนื้อหาของเนื้อหา กล่าวคือ โดยหลักแล้วการใช้กฎหมายให้มีผลบังคับย้อนหลังกระทำไม่ได้ เพราะประชาชนไม่มีโอกาสทราบล่วงหน้าถึงผลของกฎหมายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แต่มีข้อยกเว้น 2 ประการดังนี้

- (1) มีการระบุชัดแจ้งว่าให้ใช้ย้อนหลังได้
- (2) ไม่ขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญ¹²

จากข้อยกเว้นที่ 2 นี้ การใช้กฎหมายให้มีผลย้อนหลังให้เป็นคุณแก่บุคคลจึงสามารถทำได้เพราะไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้องค์กรตุลาการใช้เป็นเหตุอ้างใช้บังคับกฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายต่อบุคคลในกรณีที่ไม่ใช่โทษทางอาญา เพราะในรัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามการใช้กฎหมายย้อนหลังเฉพาะเกี่ยวกับโทษในคดีอาญา การถอนสัญชาติไทยตามประกาศของคณะปฏิวัติ ข้อที่ 1 ไม่ใช่โทษทางอาญาจึงสามารถถอนได้ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยเพราะหลักการของรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่อาจบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมด คงมีหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอีกมากมายที่ไม่ได้บัญญัติไว้ แต่นานาชาติยอมรับเรียกว่าหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปซึ่งมีค่าบังคับเช่นเดียวกับบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ เช่น หลักสัดส่วน เป็นต้น¹³ เหตุผลที่บัญญัติเกี่ยวกับการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังในคดีอาญาเพราะจะ

¹² หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14. (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2542), น.84-85.

¹³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ: ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น. 69,73.

กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก ดังนั้นในกรณีอื่นก็เช่นกัน หากเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมากก็ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน ซึ่งเรื่องนี้ต้องใช้หลักสัดส่วนในการวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีอยู่เดิม กับประโยชน์ที่สังคมโดยรวมจะได้รับว่าจะมีผลเป็นการกระทำที่เกินกว่าเหตุหรือไม่ หรือพิจารณาว่ามีผลกระทบในสาระสำคัญของสิทธิหรือไม่ ทั้งจะต้องมีการเยียวยาความเสียหายให้เกิดความเป็นธรรมด้วย จึงจะถือว่าเป็นข้อยกเว้นของการใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายโดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เป็นการย้อนหลังไปเพิกถอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิในการถือครองทรัพย์ของบุคคลบางส่วนเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้ได้รับการเยียวยาด้วยความเป็นธรรมภายในเวลาอันสมควร ในเรื่องนี้องค์การตุลาการจะอ้างไม่ได้ว่าไม่สามารถรับรองหลักการดังกล่าวเพราะไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากในรัฐเสรีประชาธิปไตยขององค์การตุลาการเกิดขึ้นมาเพื่อคุ้มครองหลักการดังกล่าว การถอนสัญชาติไทยเป็นการถอนสิทธิความเป็นพลเมืองและทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ใช้ได้อย่างยากลำบากในทางปฏิบัติ การถอนสัญชาติไทยของบุคคลกลุ่มดังกล่าวตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรงไม่ยิ่งหย่อนกว่าโทษจำคุกในคดีอาญา ขัดต่อหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพจนเป็นเหตุให้ไม่อาจใช้สิทธินั้นได้ การถอนสัญชาติไทยตามประกาศของคณะปฏิวัติจึงไม่มีผลบังคับใช้ ความเห็นของผู้เขียนในประเด็นการถอนสัญชาติไทยนี้สอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์วรพจน์ ซึ่งเห็นว่าเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁴

ประเด็นที่สาม ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

กล่าวคือ บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกัน และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของบุคคล การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ตี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ตี ย่อมขัดต่อหลักแห่งความเสมอภาค การแยกบุคคลออกเป็นประเภทและปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทแตกต่างกันออกไปโดยปราศจากเหตุผลที่รับฟังได้ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือเลือกที่รักมักที่ชัง(Discrimination) ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน¹⁵ ประกาศของ

¹⁴ เฟิงอ๋าง, น. 98.

¹⁵ เฟิงอ๋าง, น. 69-71.

คณะปฏิวัติฯ ข้อ 1 เป็นการแบ่งประเภทคนสัญชาติไทย โดยเลือกเพิกถอนสัญชาติไทยของบุคคลบางจำพวกตามที่คณะปฏิวัติกำหนดโดยปราศจากเหตุผล กล่าวคือ บุคคลที่ถูกถอนสัญชาติไทยไม่มีการกระทำใด ๆ อันเป็นเหตุให้มีการถอนสัญชาติไทย มีแต่เพียงการกล่าวอ้างลอย ๆ ของหัวหน้าคณะปฏิวัติว่าบุคคลสัญชาติไทยกลุ่มดังกล่าวไม่มีความจงรักภักดีต่อประเทศชาติ เนื้อหาของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 ในส่วนนี้จึงขัดต่อหลักความเสมอภาคเพราะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลที่วิญญูชนจะรับฟังได้

การที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337 ขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และหลักการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาแล้ว ทำให้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่มีผลบังคับใช้

3.1.2 ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 11 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

มาตรา 11 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ให้นำพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 7 ทวิ ไปใช้บังคับกับผู้เกิดก่อนวันที่พระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ใช้บังคับ โดยมาตรา 7 ทวิ บัญญัติว่า

“ผู้เกิดในราชอาณาจักรไทย โดยบิดาและมารดาเป็นคนต่างด้าว ย่อมไม่ได้รับสัญชาติไทย ถ้าในขณะที่เกิดบิดาตามกฎหมายหรือบิดาซึ่งมิได้มีการสมรสกับมารดาหรือมารดาของผู้นั้นเป็น

- (1) ผู้ที่ได้รับการผ่อนผันให้พักอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทยเป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย
- (2) ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าอยู่ในราชอาณาจักรไทยเพียงชั่วคราว หรือ
- (๓) ผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

เมือง

ในกรณีที่เห็นสมควรรัฐมนตรีจะพิจารณาและสั่งเฉพาะรายให้บุคคลตามวรรคหนึ่งได้สัญชาติไทยก็ได้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

ให้ถือว่าผู้เกิดในราชอาณาจักรไทยซึ่งไม่ได้สัญชาติไทยตามวรรคหนึ่งเป็นผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่จะมีการสั่งเป็นอย่างอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

ต่อมาวรรคสองและวรรคสามของมาตราดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 7 ให้ใช้ข้อความใหม่แทนดังนี้

“ในกรณีที่เห็นสมควร รัฐมนตรีจะพิจารณาและสั่งเฉพาะรายหรือเป็นการทั่วไป ให้บุคคลตามวรรคหนึ่งได้สัญชาติไทยก็ได้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

ผู้เกิดในราชอาณาจักรไทยซึ่งมิได้สัญชาติไทยตามวรรคหนึ่งจะอยู่ในราชอาณาจักรไทยในฐานะใด ภายใต้เงื่อนไขใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและสิทธิมนุษยชนประกอบกัน ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าว ให้ถือว่าผู้นั้นเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยมิได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง”

สำหรับในส่วนการนำมาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่ง ไปใช้ย้อนหลัง ส่งผลให้บุคคลที่ไม่ได้รับผลกระทบจากประกาศของคณะปฏิวัติ ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยรับรองสิทธิดังกล่าวไว้แล้วตามคำพิพากษาฎีกาที่ 468/2524 ต้องเสียสัญชาติไทย ในส่วนของปัญหาเรื่องการย้อนหลังไปถอนสัญชาติไทยนั้นคงมีผลการวิเคราะห์เช่นเดียวกับกรณีของประกาศของคณะปฏิวัติในเรื่องการถอนสัญชาติไทย แต่การบัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลังในส่วนนี้ยังก่อให้เกิดปัญหาการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติแทรกแซงอำนาจของฝ่ายตุลาการด้วย กล่าวคือ รัฐสภาทำหน้าที่เป็นตุลาการเสียเอง โดยเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษาซึ่งถึงที่สุดแล้วให้เป็นผลร้ายแก่ประชาชน เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ล้มล้างระบบตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ บทบัญญัติมาตรา 11 วรรคหนึ่ง ในส่วนนี้จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของการนำมาตรา 7 ทวิ วรรคสองไปใช้ย้อนหลังเพื่อให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพิจารณาให้สัญชาติไทยเป็นกรณีเฉพาะรายหรือกรณีทั่วไปแก่บุคคลที่ถูกถอนสัญชาติไทยในกรณีที่น่ามาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่ง ไปใช้บังคับย้อนหลังนั้น เมื่อการนำมาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นบทหลักไปใช้บังคับย้อนหลังไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว จึงมีผลทำให้การนำมาตรา 7 ทวิ วรรคสอง ซึ่งเป็นบทเสริมรับรองการถอนสัญชาติไทยดังกล่าวไปใช้ย้อนหลังเพื่อให้อาจรัฐมนตรีพิจารณาให้สัญชาติไทยแก่บุคคลที่ถูกถอนสัญชาติไทย ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้ไปด้วย

สำหรับการนำมาตรา 7 ทวิ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ซึ่งมีข้อความสันนิษฐานว่า บุคคลที่เกิดในราชอาณาจักรไทยโดยมีบิดาและมารดาเป็นคนต่างด้าว แต่ไม่ได้สัญชาติไทย เพราะมีบิดาตามกฎหมายหรือบิดาที่ไม่ได้มีการสมรสกับมารดาหรือมารดาของผู้นั้นเป็นผู้ที่เข้าเมืองมาในลักษณะไม่ถาวร ให้ถือว่าเป็นบุคคลที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทย โดยมิได้รับอนุญาต ไปใช้ย้อนหลังกับบุคคลที่เกิดก่อนพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ใช้บังคับ ไม่กระทบสิทธิในการได้สัญชาติไทยของบุตรหลานของบุคคลดังกล่าวซึ่งเกิดก่อนพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ แต่จะมีผลเฉพาะบุตรหลานของบุคคลดังกล่าวที่เกิดหลังวันที่กฎหมาย

ใช้บังคับ เพราะศาลฎีกาวินิจฉัยว่าแม้จะนำไปใช้ย้อนหลัง แต่ให้มีผลสันนิษฐานว่าบุคคลดังกล่าว เป็นผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว มีผลใช้บังคับ ส่งผลให้บุตรหลานของบุคคลดังกล่าวที่เกิดในราชอาณาจักรไทยหลังวันที่กฎหมาย ใช้บังคับไม่ได้สัญชาติไทยตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 7 (2) ไม่มีผลย้อนหลัง ไปกระทบสิทธิของการได้สัญชาติไทยของผู้ใด ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7376/2537 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ที่ให้นำมาตรา 7 ทวิ วรรคสาม ไป ใช้กับบุคคลที่เกิดก่อนวันที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับ จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุผลข้างต้นจึงทำให้มาตรา 11 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ในส่วนของให้นำมาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่งและวรรคสอง ไปใช้บังคับย้อนหลังเป็น ผลร้ายต่อบุคคลไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย

3.1.3 ปัญหาว่าจะใช้รัฐธรรมนูญฉบับใดวินิจฉัยและองค์กรใดจะเป็นผู้มี

อำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งสองฉบับข้างต้น

ในเรื่องนี้ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ ซึ่งศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นเจ้าของ ส่วนนวนางหลักเรื่องนี้ไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 766/2505 ว่า “กฎหมายใดมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่ เพียงใดนั้น เป็นการพิจารณาถึงบทกฎหมายนั้นเมื่อขณะประกาศออกใช้บังคับ หาใช่แต่เฉพาะ แต่เวลาที่ยกขึ้นใช้บังคับแก่คดีหนึ่งคดีใดไม่ เพราะถ้าบทกฎหมายใดใช้บังคับมิได้แล้ว ก็ย่อมจะ ใช้บังคับมิได้มาแต่เริ่มแรก หาใช่เพียงจะมาใช้บังคับมิได้เอาได้เมื่อยกขึ้นบังคับแก่คดีใดโดยเฉพาะ ไม่ และศาลเป็นผู้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้บังคับแก่คดี จึงมีอำนาจหน้าที่พิจารณาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะใช้บังคับแก่คดีได้หรือไม่เพียงใด เว้นแต่จะมีบทกฎหมายใดให้เป็น อำนาจหน้าที่ของสถาบันอื่นโดยเฉพาะ” ต่อมาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 222/2506 และที่ 225/2506 วินิจฉัยตามแนวทางดังกล่าว นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกา(ประชุมใหญ่)ที่ 913/2536 วินิจฉัยตามแนวทางนี้ด้วย

หลักการที่ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ วางไว้ นั้นไม่เคยถูกโต้แย้ง จนกระทั่งมีคำ พิพากษาศาลฎีกา(ประชุมใหญ่)ที่ 913/2536 วินิจฉัยว่า “ประกาศ ร.ส.ช. ซึ่งตั้งคณะกรรมการ ตรวจสอบทรัพย์สินนักการเมืองว่าได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกติหรือไม่ หากได้ทรัพย์สินมา โดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นโดยผิดปกติ ให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน มีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่ ไม่ใช่ศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับศาล ทั้งเป็นการออกและใช้ กฎหมายที่มีโทษทางอาญาย้อนหลังไปลงโทษบุคคล เป็นการขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศ ในระบอบประชาธิปไตย จึงขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534

มาตรา 30 วรรคแรก ใช้บังคับไม่ได้” จึงถูกโต้แย้งจากนักกฎหมายบางท่านว่า ศาลฎีกาไม่มีอำนาจนำธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ซึ่งสิ้นผลใช้บังคับแล้วมาใช้ทบทวนความมีผลบังคับใช้ของประกาศ ร.ส.ช. ควรใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ขณะนั้น เป็นเครื่องมือในการทบทวน เพราะจะเป็นการสร้างความไม่แน่นอนให้เกิดขึ้นกับระบบกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายฉบับหนึ่งที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ต้องตกอยู่ภายใต้การทบทวนความมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆมาแล้วหลายฉบับ ศาลจึงควรบังคับใช้กฎหมายเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 บัญญัติให้ศาลยุติธรรมต้องส่งเรื่องให้คณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย ศาลฎีกาไม่มีอำนาจวินิจฉัย

ในข้อนี้ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปกรติ เห็นว่า ในประเทศเยอรมันกฎหมายที่ประกาศใช้ก่อนใช้รัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลอยู่นั้น เป็น Pre-Constitutional Law ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยได้ว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ต้องส่งเรื่องให้ตุลาการรัฐธรรมนูญของเยอรมันวินิจฉัยเสียก่อน และยกตัวอย่างกรณีศาลฎีกาเยอรมันตัดสินโดยนำเอารัฐธรรมนูญเยอรมันตะวันออก ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้วเมื่อมีการรวมเยอรมันเข้าด้วยกัน มาใช้ในการทบทวนความมีผลบังคับใช้ของกฎหมายได้ ในประเด็นความไม่แน่นอนทางกฎหมายนั้น อาจารย์กิตติศักดิ์เห็นว่าต้องถือหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นใหญ่ เมื่อมีหลักประกันทางสิทธิเสรีภาพแล้ว ความแน่นอนก็就会有ความหมายขึ้นมา ความแน่นอนที่ไม่มีหลักประกันเรื่องสิทธิเสรีภาพนั้น เป็นความแน่นอนที่ไร้ประโยชน์¹⁶

ผู้เขียนเห็นว่า ในการตรวจสอบความมีผลบังคับใช้ของกฎหมาย ต้องตรวจสอบกับรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลบังคับใช้อยู่ในช่วงเวลาที่มีการประกาศใช้กฎหมายที่จะต้องถูกตรวจสอบ หากช่วงเวลาดังกล่าวยังไม่มีรัฐธรรมนูญ เมื่อมีรัฐธรรมนูญประกาศใช้เมื่อใด กฎหมายฉบับดังกล่าวต้องถูกตรวจสอบโดยรัฐธรรมนูญฉบับนั้น กล่าวคือต้องถูกตรวจสอบโดยธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กฎหมายดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ มิใช่ต้องนำรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่ในช่วงเวลาที่มีการวินิจฉัยคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ไปให้ตรวจสอบ เพราะเมื่อตรวจสอบกับธรรมนูญ

¹⁶ “ถอดความการประชุมสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง คำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 913/2536 : กรณียึดทรัพย์นักการเมืองโดยประกาศ ร.ส.ช. ฉบับที่ 26” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 23, (มีนาคม-มิถุนายน 2536) น. 344-346.

การปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แล้ว ปรากฏว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่มีผลใช้บังคับ ก็ไม่มีกฎหมายที่จะต้องถูกนำมาตรวจสอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ซึ่งใช้อยู่ในขณะที่มีการวินิจฉัย ส่วนในประเด็นเรื่องความไม่แน่นอนนั้น เห็นว่าไม่น่าจะเกิดปัญหา เพราะรัฐธรรมนูญในระบอบเสรีประชาธิปไตยทุกฉบับมีหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่แตกต่างกัน แม้บางฉบับจะเขียนไว้สั้น บางฉบับจะเขียนไว้โดยละเอียดก็ตาม หลักการดังกล่าวก็จะปรากฏอยู่ในรูปหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป ซึ่งองค์กรตุลาการจะเป็นผู้นำมาปรับใช้กับคดีเพื่อเป้าหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

จากหลักดังกล่าวประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 จึงต้องตกอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2515 ซึ่งประกาศใช้หลังวันที่ประกาศใช้ประกาศของคณะปฏิวัติเพียง 1 วัน รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่ได้บัญญัติให้องค์กรใดโดยเฉพาะมีอำนาจวินิจฉัย จึงเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมตามหลักทั่วไปที่จะวินิจฉัย

สำหรับกรณีของมาตรา 11 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2534 และองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวคือคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ในปัจจุบันไม่มีคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ หากมีปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมจึงมีอำนาจวินิจฉัย ไม่มีอำนาจส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย เพราะหากศาลวินิจฉัยแล้ววาทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ไม่มีกฎหมายที่จะต้องถูกทบทวนโดยรัฐธรรมนูญฉบับถัดๆ มาอีก

ด้วยเหตุผลจากการวิเคราะห์ตั้งแต่ประเด็นข้อ 3.1.1 ถึงประเด็นนี้ ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลฎีกาที่ส่งเรื่องประเด็นข้อ 3.1.1 และข้อ 3.1.2 ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หรือไม่ และไม่เห็นด้วยกับการรับวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2551¹⁷ และการวินิจฉัยในเนื้อหาของกฎหมายทั้งสองประเด็นดังกล่าว

3.1.4 ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 7 ทวิ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 และ พระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551

¹⁷ ภาคผนวก ก.

เดิมมาตราดังกล่าวระบุว่า “ให้ถือว่า ผู้เกิดในราชอาณาจักรไทยซึ่งไม่ได้สัญชาติไทย ตามมาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่ง เป็นผู้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่จะมีการสั่งเป็นอย่างอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

ต่อมาเมื่อมีข้อวิจารณ์เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานดังกล่าว จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติสัญชาติ(ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 มีข้อความใหม่ดังนี้ “ผู้เกิดในราชอาณาจักรไทยซึ่งไม่ได้สัญชาติไทยตามวรรคหนึ่งจะอยู่ในราชอาณาจักรไทยในฐานะใดภายใต้เงื่อนไขใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและสิทธิมนุษยชน ประกอบกัน ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าว ให้ถือว่าผู้นั้นเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทย โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง”

ผู้เขียนเห็นว่า ข้อสันนิษฐานดังกล่าวขัดต่อหลักการกระทำที่ต้องรับโทษทางอาญา เพราะการที่บุคคลจะมีความผิดต้องผ่านขั้นตอนการพิจารณาว่ามีการกระทำเกิดขึ้นเสียก่อน และการกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกและภายในของความผิด ตลอดจนมีความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผล แต่ในกรณีนี้ผู้เกิดไม่มีการกระทำ กล่าวคือไม่มีการเดินทางจากที่อื่น เข้ามาในราชอาณาจักรไทยเพราะเกิดในเมืองไทย จึงไม่อาจถือว่ามี การกระทำโดยการเข้าเมือง

นอกจากนี้เรื่องดังกล่าวยังขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนด้วย เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้น พื้นฐานของประชาชน เพราะผลของการสันนิษฐานดังกล่าว ก่อให้เกิดความผิดและอาจได้รับโทษ ทางอาญา ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ซึ่งหลักสิทธิมนุษยชนในเรื่องนี้ได้บัญญัติ รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญกล่าวคือ ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มี ความผิด ก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้ ข้อ สันนิษฐานตามมาตรา 7 ทวิ วรรคสาม จึงสวนทางกับหลักสิทธิมนุษยชน

ด้วยเหตุผลทั้งสองประการดังกล่าว ข้อสันนิษฐานตามมาตรา 7 ทวิ วรรคสาม จึงไม่ สามารถนำไปใช้ในทางอาญาได้เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ในทางปฏิบัติเป็นที่เข้าใจได้ว่าผู้ร่างไม่ประสงค์จะนำไปใช้ในทางอาญา แต่ประสงค์ที่จะ นำไปใช้เพื่อไม่ให้บุตรหลานของบุคคลที่เกิดในราชอาณาจักรไทยแต่ไม่ได้สัญชาติไทยตามมาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่ง เพราะมีบิดาและมารดาเป็นคนต่างด้าวและในขณะที่เกิดบิดาตามกฎหมายหรือ บิดาที่ไม่ได้มีการสมรสกับมารดา หรือมารดามีลักษณะการเข้าเมืองไม่ถาวร ตามมาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่ง (1) ถึง (3) ได้สัญชาติไทย เพื่อแก้ไขกรณีที่ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 989/2533 ว่าบุคคลที่เกิดในราชอาณาจักรไทยที่ไม่ได้สัญชาติดังกล่าว ไม่ใช่บุคคลที่เข้ามาใน

ราชอาณาจักรไทยโดยมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่ง ส่งผลให้บุตรของบุคคลดังกล่าวที่เกิดในราชอาณาจักรไทยได้สัญชาติไทย

ผู้เขียนเห็นว่าข้อสันนิษฐานตามมาตรา 7 ทวิ วรรคสาม สามารถใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการได้สัญชาติไทยได้ แต่ไม่สามารถนำไปใช้ดำเนินคดีในทางอาญากับบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองได้ เพราะหากบุคคลใดถูกดำเนินคดีอาญาข้อหาดังกล่าว สามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตามการบัญญัติให้กฎหมายมีเนื้อหาส่อไปทางขัดกับหลักการกระทำที่ต้องรับโทษทางอาญา และหลักสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องไม่สมควร สมควรจะมีการแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวและบรรลู่วัตถุประสงค์ในการใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการได้สัญชาติไทยตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยสัญชาติไทยต่อไป โดยผู้เขียนเสนอให้ยกเลิกมาตรา 7 ทวิ วรรคสาม และแก้ไขมาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่ง (2) จากเดิม “ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าอยู่ในราชอาณาจักรไทยเพียงชั่วคราว” เป็น “ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรไทยเพียงชั่วคราว” เพื่อใช้กับคนที่ไม่มีการเข้าเมือง แต่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรไทยเพียงชั่วคราว และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 ทวิ วรรคหนึ่ง (3) จากเดิม “ผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง” เป็น “ผู้ที่เข้ามาอยู่หรืออยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วย คนเข้าเมือง” เพื่อใช้กับกรณีคนที่ไม่มีการเข้าเมือง แต่อยู่โดยไม่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้เพื่อแก้ปัญหามาตรา 7 ทวิ วรรคสาม

3.2 ปัญหาการถอนสัญชาติไทยของบุคคลตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 และ มาตรา 11 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายของประเทศเยอรมันและสหรัฐอเมริกา

การถอนสัญชาติไทยมีความเป็นมาคล้ายกับการถอนสัญชาติเยอรมันในสมัยฮิตเลอร์ กล่าวคือ ในช่วงต้นของสมัยฮิตเลอร์มีการถอนสัญชาติเยอรมันโดยอาศัยการกระทำของผู้ถูกถอนสัญชาติซึ่งเป็นบุคคลบางจำพวกเป็นข้อพิจารณา โดยระบุเหตุแห่งการถูกถอนในลักษณะกว้าง เช่น กระทำการขัดต่อศีลธรรมอันดีของชาติบ้านเมือง(Ethic National Principle) หรือไม่จงรักภักดีต่อประเทศเยอรมัน ในส่วนการถอนสัญชาติไทยในยุคแรกได้นำหลักการดังกล่าวบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 16, 17 และ18 ในสมัยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ โดยระบุเหตุกว้างๆ เช่น กระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อ

ประโยชน์ของรัฐ หรือ เป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ หรือ กระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ มีพฤติการณ์อันเป็นการสมควรเพื่อความมั่นคงหรือประโยชน์ของรัฐ

ต่อมาในระยะที่สอง ฮิตเลอร์ได้บังคับให้กลุ่มชาวยิวเข้าไปอยู่ในค่ายกักกันและออกกฎหมายถอนสัญชาติเยอรมันโดยพลการ กล่าวคือ ไม่มีเหตุแห่งการกระทำของผู้ถอนสัญชาติเยอรมันมาเป็นเหตุแห่งการพิจารณา ทำให้มีคนไทยไร้สัญชาติจำนวนมาก ในระยะที่สองของประเทศไทยได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 ข้อ 1 ถอนสัญชาติไทยโดยพลการเพื่อจัดการปัญหาคนญวนอพยพที่ได้สัญชาติไทยและปัญหาภัยคอมมิวนิสต์ ทำให้มีคนไทยไร้สัญชาติจำนวนมากเช่นกัน ไม่เฉพาะแต่กลุ่มคนญวนที่เป็นเป้าหมาย แต่กระทบถึงกลุ่มคนอื่น ๆ ด้วย แม้ต่อมาจะมีการยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 แต่เนื้อหาตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังคงหลักการของประกาศของคณะปฏิวัติไว้ โดยกันบุคคลที่มีสายเลือดไทยออกมาไม่ให้ถูกถอนสัญชาติไทย แต่ได้เพิ่มเติมกลุ่มคนที่ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 468/2524 ว่า เป็นบุคคลที่ไม่ได้รับผลกระทบจากประกาศของคณะปฏิวัติไม่ต้องถูกถอนสัญชาติไทย ให้ถูกถอนสัญชาติไทยโดยให้มีผลย้อนหลังไปบังคับกับผู้เกิดก่อนวันที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวใช้บังคับตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง

หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองฮิตเลอร์แพ้สงคราม เยอรมันจึงแก้ไขปัญหาดังกล่าวไม่ให้เกิดการกระทำดังกล่าวซ้ำโดยบัญญัติหลักการห้ามถอนสัญชาติโดยพลการ และการถอนสัญชาติจะทำได้ด้วยความสมัครใจเท่านั้น อย่างไรก็ตามหากทำให้คนไทยไร้สัญชาติกระทำไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน(Basic Law) มาตรา 16(1) และเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยให้มาลงรายการสัญชาติเยอรมันและให้ถือว่าไม่เคยถูกถอนสัญชาติมาก่อนตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน(Basic Law) มาตรา 116 (2) หลังเหตุการณ์นั้นทำให้นานาชาติตื่นตัว สหประชาชาติจึงรับรองสิทธิมนุษยชนไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนห้ามถอนสัญชาติของบุคคลโดยพลการตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 15(2) และการถอนสัญชาติที่ทำให้บุคคลไร้สัญชาติไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่เข้าข้อยกเว้น เช่น การแจ้งข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จ หรือหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญชาติ เป็นต้น ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการลดการไร้สัญชาติ ค.ศ.1954

ในขณะที่ประเทศไทยไม่ได้เยียวยาแก้ไขปัญหาดังกล่าวเหมือนดังเช่น กรณีของประเทศเยอรมันและสหประชาชาติ ตรงกันข้ามศาลกลับยอมรับว่าการถอนสัญชาติไทยโดยพลการตามประกาศของคณะปฏิวัติ ข้อ 1 และตามพระราชบัญญัติสัญชาติ(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง สามารถกระทำได้ เพราะถือเป็นอำนาจรัฐและไม่ใช้การใช้กฎหมายย้อนหลังมีผลร้ายแก่

บุคคลให้ต้องรับโทษทางอาญา และกฎหมายที่ถอนสัญชาติไทยของกลุ่มบุคคลบางจำพวกโดย ระบุเหตุการณ์กระทำของผู้ถูกถอนสัญชาติไทยไว้กว้างๆ เพื่อพิจารณาถอนสัญชาติไทย ตาม พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 16(2),(3), มาตรา 17 วรรคหนึ่ง(3),(4), มาตรา 18 และมาตรา 19(3),(4) ซึ่งขัดกับหลักความแน่นอนและชัดเจนของกฎหมายและหลักความเสมอภาค อันเป็นหลักประกันของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐซึ่งปกครองในระบบเสรี ประชาธิปไตย ก็ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่จนกระทั่งปัจจุบัน นอกจากนี้กฎหมายเกี่ยวกับการถอน สัญชาติไทยดังกล่าวก็ไม่ได้คำนึงถึงการที่ผู้ถูกถอนต้องเป็นคนไร้สัญชาติหรือไม่สามารถใช้สิทธิขั้น พื้นฐานดำเนินชีวิตต่อไปอย่างมีศักดิ์ศรีได้

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นไม่ปรากฏว่ามีการถอนสัญชาติของบุคคลโดย พลดการ คงมีหลักการสอดคล้องกับหลักการระหว่างประเทศและหลักการของประเทศเยอรมัน กล่าวคือ จะบัญญัติการกระทำที่สมควรใจ อันเป็นพฤติกรรมแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้ถูกถอน สมัครงใจที่จะไม่ยึดถือสัญชาติเดิมอีกต่อไป เช่น การกระทำความผิดฐานเป็นกบฏต่อประเทศ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น และใช้บังคับกับบุคคลทุกคนเสมอภาคกัน กฎหมายว่าด้วยสัญชาติของ ประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะไม่ระบุหลักการห้ามถอนสัญชาติหากทำให้บุคคลไร้สัญชาติ แต่ก็ คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล การจะถอนสัญชาติด้วยเหตุต่างๆ ต้องปรากฏว่าบุคคลผู้ถูก ถอนสัญชาติได้สิทธิพักอาศัยในประเทศอื่นแล้ว ยกเว้นกรณีความผิดฐานกบฏเพียงเหตุเดียวที่ไม่ คำนึงถึงสิทธิพักอาศัยในต่างประเทศ ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ในทางปฏิบัติ เป็นข้อยกเว้นในการทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานคล้ายกับโทษประหารชีวิต ซึ่งแตกต่างจากหลักการของ ประเทศเยอรมันและหลักการระหว่างประเทศอยู่บ้าง

จากการเปรียบเทียบทำให้เห็นว่าระบบกฎหมายว่าด้วยสัญชาติของไทยและการใช้และ การตีความกฎหมายดังกล่าวละเมิดสิทธิมนุษยชน สวนทางกับหลักการสากลซึ่งอารยประเทศใช้ ในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนในเรื่องดังกล่าว กล่าวคือหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง เยอรมันและสหรัฐอเมริกา ตลอดจนนานาชาติ ต่างตระหนักถึงสิทธิเสรีภาพซึ่งถูกละเมิดอย่าง รุนแรงในสมัยฮิตเลอร์ จึงวางมาตรการต่างๆ ไว้ในกฎหมายภายใน และในกฎหมายระหว่าง ประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้มีเหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นอีก นอกจากนี้ประเทศเยอรมันยัง บัญญัติกฎหมายเพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดกับคนเยอรมันเชื้อสายยิวจากการกระทำ ของฮิตเลอร์ เพื่อทดแทนความเสียหายให้ได้มากที่สุด แต่ประเทศไทยกลับนำกฎหมายลักษณะ เดียวกับที่ฮิตเลอร์ใช้มุ่งผลเพื่อถอนสัญชาติไทยของคนไทยเชื้อสายยิวโดยพลการ ส่งผลถึงกลุ่ม คนกลุ่มอื่นที่ไม่ใช่เป้าหมายด้วย และนักกฎหมายยอมรับบังคับใช้กันเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน มีการ

แสดงความเห็นอกเห็นใจบ้างโดยการแก้ปัญหาเป็นรายกรณีไป มิได้แก้ที่ต้นเหตุของปัญหา ล่าสุด ได้มีการตราพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 23 ยืนยันผู้ที่ได้รับผลกระทบ จากประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 โดยให้ลงรายการสัญชาติไทยภายใต้เงื่อนไขต่างๆ กล่าวคือยังคงยอมรับการถอนสัญชาติไทยโดยพลการว่าสามารถทำได้ ไม่ขัดต่อหลักการคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้ครอบคลุมบุคคลที่ถูกถอนสัญชาติ ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วใน หัวข้อก่อนหน้านี้

ระบบกฎหมายว่าด้วยสัญชาติไทยและการใช้การตีความกฎหมายดังกล่าวที่มีได้ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตรงกันข้ามกับระบบกฎหมายระหว่างประเทศและระบบ กฎหมายของอารยประเทศดังกล่าว อาจส่งผลเสียต่อภาพลักษณ์ของประเทศทั้งในด้านระบบ กฎหมายและกระบวนการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน