



ชุดข้อเสนอเชิงนโยบาย (Policy Brief)  
เพื่อการพัฒนาและปรับปรุงโครงสร้างและเนื้อหา  
ของรัฐธรรมนูญเพื่อการปฏิรูปประเทศ

ประเด็นสำคัญที่พึงมีในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

# บทบัญญัติที่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ว่าด้วยเรื่องศาล





# บทบัญญัติ ภายใต้รัฐธรรมนูญ ว่าด้วยเรื่องศาล

พศ.ดร.สาริตา วิมลคุณารักษ์<sup>1</sup>

หลักการสำคัญของ**ศาล** ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ  
หนึ่งในอำนาจอธิปไตยเพื่อการดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม มีหลักประกัน  
ความเป็นอิสระ ปราศจากผลประโยชน์ทับซ้อน ดังนั้นจึงมีบทบัญญัติ  
รัฐธรรมนูญรับรองเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมี  
อิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย  
ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

---

<sup>1</sup> อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

“มาตรา 188 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้อง  
ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี  
ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจาก  
อคติทั้งปวง”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติรับรอง  
หลักการเรื่องนี้เช่นเดียวกันในมาตรา 233 และ มาตรา 249 และรัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติรับรองหลักการเรื่องนี้  
เช่นเดียวกัน ในมาตรา 197

ระบบศาลในประเทศไทยใช้ระบบศาลคู่ คือ ศาลทุกศาลมีอำนาจ  
ในการตัดสินคดีตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นกำหนดในลักษณะ  
คู่ขนานกันไป ประกอบด้วย ศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง  
และศาลทหาร มีขอบเขตอำนาจแตกต่างกันตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ  
ในประเด็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยเรื่องศาลนี้ มีข้อเสนอต่อประเด็นที่สำคัญ  
ที่พึงมีในรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้



บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่าด้วยเรื่องศาลและอำนาจตุลาการ มีข้อสังเกตประเด็นการใช้อำนาจหน้าที่ของศาลในการตีความกฎหมายและมีคำพิพากษา คำตัดสินในลักษณะที่สุ่มเสี่ยงต่อการกระทบหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, 2564) รวมไปถึงการแทรกแซงทางการเมืองด้วยอำนาจตุลาการผ่านคำพิพากษาและการตีความขยายขอบเขตของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไปจนเกินกว่าปกติที่เข้าใจกัน รวมไปถึงการแทรกแซงทางการเมืองด้วยอำนาจตุลาการ ที่เรียกว่า ‘**ตุลาการภิวัตน์**’ (เพลินตา ต้นรังสรรค์, 2556) เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้ยุบพรรคการเมือง คำวินิจฉัยที่ให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพ้นจากตำแหน่ง กรณีการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐบาล (Act of Government) ว่ามีการใช้อำนาจตุลาการในลักษณะที่เป็นการแทรกแซงการบริหารราชการแผ่นดิน เช่น คำวินิจฉัยเรื่องแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา การระงับนโยบายรัฐบาล ก่อให้เกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากถึงผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นหากศาลมีการเลือกข้างอย่างชัดเจน และใช้อำนาจตุลาการแทรกแซงเสียงข้างมาก กระบวนการทางการเมืองและการเลือกตั้งส่งผลให้ระบบพรรคการเมืองอ่อนแอเนื่องจากถูกยุบได้ง่าย กระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ และอาจทำให้ประชาชนบางกลุ่มมีความเสื่อมศรัทธาในตุลาการ หรือระบบศาลในประเทศไทย

ปัญหาว่าด้วยเรื่องตุลาการภิวัตน์เป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกมาอภิปรายและถกเถียงอย่างมาก แม้ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองจะมีอำนาจตามกฎหมายเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำทางปกครองตามลำดับ แต่ในฐานะผู้พิทักษ์ระบอบ (judicialization of politics) ศาลยังมีบทบาทหน้าที่เป็นกลไกถ่วงดุลอำนาจ โดยมุ่งหมายไม่ปล่อยให้พนักงานการเมืองเป็นผู้ตัดสินใจทางการเมืองแต่ฝ่ายเดียว (เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, 2563) กล่าวคือ ตามที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มีเจตนารมณ์เพื่อปรับปรุงระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ การตรวจสอบ การถ่วงดุลอำนาจทางการเมืองเพื่อแก้ไขปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในระหว่างการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ที่เกิดปรากฏการณ์ที่มีพรรคการเมืองบางพรรคสามารถคุมเสียงข้างมากในสภาได้อย่างเด็ดขาด ส่งผลกระทบต่อกลไกการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ทำให้การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารสูญหายไป รวมทั้งมีการแทรกแซงการใช้อำนาจขององค์กรอิสระ ซึ่งแนวทางในการแก้ปัญหาดังกล่าว คือ การให้องค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทและมีอำนาจหน้าที่ในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับกิจการทางการเมืองและการบริหารราชการแผ่นดินมากขึ้น เช่น ให้ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทในการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาและผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรสำคัญตามรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ถึงความเหมาะสมในบทบาทและขอบเขตอำนาจที่องค์กรตุลาการได้รับมอบหมายตามกฎหมาย (กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมาย, 2556)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 มีผลให้มีการหยิบยกประเด็นปัญหาตุลาการภิวัตน์ขึ้นถกเถียงในสังคม เนื่องจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ซึ่งมาจากการที่กลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศพยายามผลักดันให้เกิดการสมรสเท่าเทียมภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยใช้แนวทางการผลักดันเช่นเดียวกับแนวทางที่เกิดขึ้นในไต้หวัน ที่มีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันว่า การห้ามเพศเดียวกันสมรสตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไต้หวัน เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญของไต้หวัน และเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2017 ศาลรัฐธรรมนูญของไต้หวันได้ตัดสินว่า การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ห้ามการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันเป็นเรื่องที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของไต้หวัน เพราะเป็นการละเมิดเสรีภาพในการสมรสของประชาชนและความเท่าเทียมกันระหว่างบุคคลทุกคนตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลได้กำหนดระยะเวลา 2 ปี ให้การตรากฎหมาย



ที่ทำให้การรับรองการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งเป็นที่มาของ **การตรากฎหมาย Same Sex Marriage Act** ทั้งนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 วินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 นั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 27 วรรค 1 วรรค 2 และวรรค 3 ดังนั้น ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวส่งผลให้การสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 นั้นยังคงทำได้เฉพาะระหว่างชายกับหญิงอยู่ต่อไป แตกต่างจากแนวทางตีความรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ เช่น ไต้หวัน ซึ่งส่งผลให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในสังคมถึงคำวินิจฉัยดังกล่าว

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ดังกล่าวก่อให้เกิดประเด็นข้อโต้แย้งในสังคมจำนวนมาก เนื่องจากในปัจจุบันมีการผลักดันร่างกฎหมายที่ให้สิทธิในการสร้างครอบครัวกับผู้มีความหลากหลายทางเพศมากถึง 3 ร่าง ได้แก่

- 1** ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....  
เสนอโดย กระทรวงยุติธรรม
- 2** ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม) เสนอโดย พรรคก้าวไกล
- 3** ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม) เสนอโดย ภาคประชาชน



ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าว ทำให้บางฝ่ายเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญสนับสนุนการร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มากกว่าร่างกฎหมายอื่นๆ และศาลรัฐธรรมนูญกำลังทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการเสนอแนะให้มีการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อให้สิทธิในเรื่องนี้ แทนที่จะเป็นการแก้ไขกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้ง ๆ ที่โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ย่อมต้องมีหน้าที่ชี้ขาดตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตราขึ้น และไม่ควรเข้าแทรกแซงการใช้อำนาจตรากฎหมายที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยแท้ มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่า ศาลรวบอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการเข้าด้วยกัน ซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญ



ในทางกลับกัน มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 นั้นอาจเป็นคุณต่อแนวคิดเรื่องการสมรสเท่าเทียมมากกว่าเป็นโทษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลจากคำวินิจฉัยดังกล่าวก่อให้เกิดความก้าวหน้าในสิทธิเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ รวมถึงการสมรสเท่าเทียมด้วย ด้วยเหตุผลดังนี้ การเรียกร้องสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทยนั้นจะแปรเปลี่ยนจากการต่อสู้เพื่อให้บุคคลเพศทางเลือกสามารถมีสิทธิและหน้าที่ในการใช้ชีวิตร่วมกันได้อย่างเท่าเทียมกับคู่ของชายกับหญิง ไปสู่การกู้คืนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศแทน และในขณะเดียวกัน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 จะเป็นการจุดประกายให้เกิดแรงผลักดันในการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มภาคประชาสังคม อันอาจเป็นจุดหมายสำคัญของการเปลี่ยนผ่านจากประเทศซึ่งมีการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศในระดับไม่มาก ไปสู่ประเทศที่มีการขับเคลื่อนเพื่อเรียกร้องสิทธิเสรีภาพอย่างจริงจัง ดังเช่นในโลกตะวันตกในหลาย ๆ ประเทศ (ฉัตรชัย เอมราช, 2564)



อำนาจตุลาการเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยที่เป็นของปวงชนชาวไทย  
ดังนั้น ศาลควรต้องปฏิบัติหน้าที่ตามขอบเขตอำนาจศาลตน อำนวยความยุติธรรม  
ให้กับประชาชนอย่างเสมอภาคตามหลักการว่า **ทุกคนมีความเสมอภาค  
ภายใต้กฎหมาย** (Equality before the law) ศาลต้องมีความเป็นกลาง  
มีหลักประกันความเป็นอิสระ ปราศจากผลประโยชน์ทับซ้อน รวดเร็ว เพราะ  
ความล่าช้า คือ การปฏิเสธความยุติธรรม (Justice delayed is justice denied)  
สอดคล้องกับหลักนิติธรรม นิติรัฐ กล่าวคือ คำวินิจฉัยของศาลต้องเป็นไป  
ตามกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้แล้วเท่านั้น และประเด็นสำคัญที่ควรพึงระวัง  
คือ ตุลาการภิวัตน์ ซึ่งอาจไปก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจของ  
ฝ่ายบริหาร ในลักษณะไม่เข้าข่ายการถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance)  
แต่เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักประชาธิปไตย และหลักนิติรัฐ  
(เพลินตา ตันรังสรรค์, 2556)



### สถาบันพระปกเกล้า

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษาฯ  
อาคารรัฐประศาสนภักดี ชั้น 5 (โซนทิศใต้)  
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง  
เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210 [www.kpi.ac.th](http://www.kpi.ac.th)  
โทรศัพท์ 0-2141-9596 โทรสาร 0-2143-8177

