

# ความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านในสังคมประชาธิปไตยไทย

## Transitional Justice in a Thai Democratic Context

พนารัตน์ มาศฉมาดล<sup>1</sup>

Panarat Machamadol<sup>1</sup>

Received: 13 September 2018    Revised: 2 November 2018    Accepted: 30 November 2018

### บทคัดย่อ

หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐต่างเป็นหลักการพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชนอันเปรียบเสมือนเสาหลักสองเสาที่พึ่งอาศัยซึ่งกันและกัน เมื่อใดก็ตามที่เสาหลักทั้งสองสูญเสียดุลยภาพก็อาจนำมาซึ่งปัญหาของความขัดแย้ง โดยเฉพาะปัญหาที่เกิดจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมของผู้มีอำนาจ บทความทางวิชาการฉบับนี้ผู้เขียนมุ่งที่จะสะท้อนมุมมองของแนวความคิดที่สอดคล้องกันทั้งแนวคิดเรื่องหลักประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ หลักความเสมอภาค หลักความสัดส่วนของประเทศไทย พร้อมกับการแสดงให้เห็นถึงตัวอย่างที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของรัฐที่อาจนำไปสู่ความขัดแย้งภายในสังคมจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ด้วยการเสนอแนวความคิดในการนำหลักเรื่องความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านเข้ามาใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างความเป็นธรรมอีกหลักการหนึ่งที่จะสามารถลดและอุดช่องว่างของความไม่เท่าเทียม ความขัดแย้ง และสามารถสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมประชาธิปไตยไทยได้

**คำสำคัญ :** ความเสมอภาค, ความขัดแย้ง, ประชาธิปไตย, หลักนิติรัฐ, ความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน

### Abstract

Democracy and rule of law are both fundamental human rights that can be viewed as two pillars leaning against each other. If either becomes unbalanced through unfair practices then conflict may result. This paper aims to reflect the perception of democracy, rule of law and the principles of equality and proportionality in Thailand. The perceptions are illustrated through examples of how misuse of state power can lead to discord within the society, violation of the rights and liberties. In particular, the concept of transitional justice (TJ) as one tool which creates equity and reduces dissension in Thailand's democratic society is evaluated and examined. Transitional justice, if applied fairly and democratically, can ameliorate inequality and hostility, thereby creating social justice in the Thai democratic context.

**Keywords:** Equity, Conflict, Democracy, The Rule of Law, Transitional Justice

<sup>1</sup> ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

<sup>1</sup> Assistant Professor, Faculty of Law, Mahasarakham University E-mail : panaratm@hotmail.com Telephone : 086-995-5986, 083-076-7865

## บทนำ

นับตั้งแต่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 กระทั่งถึงปัจจุบัน ประเทศไทยเรียนรู้กับระบอบประชาธิปไตยมาเป็นเวลากว่า 86 ปี และมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันเป็นสัญลักษณ์ของความเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดขึ้นจากประชาชนมาถึง 20 ฉบับ แต่รัฐธรรมนูญที่มีจำนวนหลายฉบับนี้ก็ไม่ได้รับประกันว่าคนไทยปรับตัวเข้ากับสังคมประชาธิปไตยตามหลักที่ว่า “เป็นการปกครองโดยประชาชน ของประชาชน เพื่อประชาชน” ดังนั้น เพื่อส่งเสริมให้ประชาชนไทยปรับเปลี่ยนพฤติกรรมในด้านการมีส่วนร่วมทางการเมืองเพื่อยกสถานะให้เป็นพลเมืองภายใต้ระบอบประชาธิปไตย อันเป็นการป้องกันความขัดแย้งที่อาจเกิดจากการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจในการลบล้างสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันอาจนำไปสู่ความขัดแย้งที่รุนแรงมากขึ้น

ความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน คือ ชุดของกลไกชั่วคราวที่ช่วยรัฐและสังคมในการจัดการกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายภายหลังช่วงเวลาของความขัดแย้ง ซึ่งเป็นช่วงของการเปลี่ยนแปลงไปสู่ประชาธิปไตย โดยการผสมผสานความคิดว่าด้วยการเปลี่ยนผ่านกับความยุติธรรมเข้าด้วยกัน เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระบอบการเมืองที่ละเลยการคำนึงถึงสิทธิของประชาชนไปสู่ระบอบประชาธิปไตยเพื่อความมั่นคง (ชานาญ จันทรเรือง, 2560)

การปกครองภายใต้ระบอบประชาธิปไตย เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงยึดหลักการพื้นฐาน 5 ประการเพื่อให้ผู้ปกครองเป็นประชาชนปกครองตัวเองอย่างแท้จริง ได้แก่ 1. หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน 2. หลักสิทธิและเสรีภาพของประชาชน 3. หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม โดยผู้ปกครองไม่สามารถใช้อำนาจใด ๆ ลิดรอนเพิกถอนสิทธิเสรีภาพได้ ดังนั้น การใช้

อำนาจของรัฐต้องเป็นการใช้อำนาจโดยชอบตามที่ บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ 4. หลักการเคารพเสียงข้างมาก (Majority rule) ควบคู่ไปกับการเคารพในสิทธิของเสียงข้างน้อย (Minority Rights) และ 5. หลักความเสมอภาค ภายใต้ความเท่าเทียมกันในสังคม

ระบอบประชาธิปไตย ต้องใช้ “กติกากฎ” เพื่อพัฒนาและแก้ไขปัญหา กติกากฎในที่นี้คือการปกครองโดยกฎหมาย (The Rule of Law) (ปริญญ์ เทวนฤมิตรกุล : 2555) หรือ หลัก “นิติรัฐ” คือ หลักการปกครองที่รัฐต้องใช้กฎหมาย หรือ กฎหมายเป็นที่ตั้งแทนการใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันจะนำไปสู่ความขัดแย้งขึ้นภายในสังคม รัฐจะมีอำนาจกระทำการใดที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพประชาชนได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น และเนื่องจากประชาธิปไตย คือ การปกครองโดยประชาชน กฎหมายที่ใช้ในการปกครอง จึงต้องมาจากประชาชน กฎหมายในระบอบประชาธิปไตยจึงมีใช้คำสั่งของผู้มีอำนาจ หากเป็นการตกลงกันของประชาชนว่าจะอยู่ร่วมกันโดยมีกติกากฎอย่างไร

ในบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายถือว่า “หลักประชาธิปไตย” และ “หลักนิติรัฐ” ถือเป็นหลักการที่เป็นรากฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย หลักทั้งสองจึงเปรียบเสมือนเสาเข็มที่เป็นรากฐานให้บรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยดำรงอยู่ได้อย่างมั่นคง หลักทั้งสองจึงเป็นหลักที่อาศัยเกื้อกูลซึ่งกันและกัน หากปราศจากหลักใดหลักหนึ่ง ก็ไม่อาจทำให้อีกหลักหนึ่งดำรงอยู่ได้อย่างมั่นคง แม้หลักทั้งสองจะเป็นหลักที่ต้องอิงอาศัยซึ่งกันและกันก็ตาม แต่ในบางสภาพการณ์ก็อาจนำไปสู่ความขัดแย้งได้ กล่าวคือ องค์การที่มีพื้นฐานมาจากหลักประชาธิปไตยย่อมอ้างหลัก “ประชาธิปไตยเป็นหลักสูงสุด” ในขณะที่องค์การที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐย่อมอ้าง “หลักรัฐธรรมนูญ” เป็นหลักสูงสุด สภาพการณ์เช่นนี้อาจนำไปสู่ความขัดแย้งทางการเมืองและนำไปสู่ภาวะวิกฤตทางการเมืองได้ (บรรเจิด สิงคะเนติ, หน้า 1.) ดังนั้น งานเขียน

ขึ้นนี้จึงชี้ให้เห็นถึงความชัดเจนระหว่างหลักประชาธิปไตยที่นำพาไปสู่ความเสมอภาคและความขัดแย้งภายในวิถีของคนไทย รวมทั้งการหาคำตอบเพื่อป้องกันและแก้ไขความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นภายใต้การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในสังคมไทย ให้สังคมไทยสามารถฟื้นฟูและก้าวข้ามความขัดแย้งที่เกิดขึ้นไปได้ เช่น กรณีความขัดแย้งของกลุ่มคนเสื้อเหลืองและกลุ่มคนเสื้อแดง จนกระทั่งลุกลามเป็นกลุ่มคนที่มีหลากหลายสีเสื้อ สิ่งสำคัญคือ การแก้ไขปัญหาเพื่อไม่ให้สังคมวนกลับไปสู่ความขัดแย้งเช่นที่เคยเกิดขึ้นอีก โดยมีเป้าหมายสุดท้าย คือ การเปลี่ยนผ่านจากสังคมประชาธิปไตยแบบเดิม ไปสู่สังคมประชาธิปไตยที่มีสันติสุข และเป็นสังคมที่เข้มแข็งที่สามารถพัฒนาไปข้างหน้าได้อย่างยั่งยืน

## เหนือความ

### 1. ความหมายและแนวความคิดของหลักประชาธิปไตย

คำว่า “ประชาธิปไตย” ประกอบด้วยคำว่า Demos (ประชาชน) หมายถึง หมู่คนคือปวงชน กับคำว่า Cratos (การปกครอง) “อธิปไตย” หมายถึง ความเป็นใหญ่ ดังนั้น คำว่า “ประชาธิปไตย” จึงหมายถึง “ความเป็นใหญ่ของปวงชน” ในขณะที่ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานให้ความหมายของคำว่า “ประชาธิปไตย” คือ “แบบการปกครองที่ถือมติปวงชนเป็นใหญ่” ดังนั้น ประชาธิปไตย คือ ระบอบการปกครองของรัฐที่อำนาจสูงสุดเป็นของปวงชน หรือ เป็นของประชาชน

ประชาธิปไตยของประเทศไทย ระบุไว้ครั้งแรกในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว 2475 (27 มิถุนายน 2475) “โดยที่คณะราษฎรได้ขอรับรองให้อยู่ใต้ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม เพื่อที่บ้านเมืองจะได้เจริญขึ้น และโดยที่ได้ทรงยอมรับตามคำขอรับรองของคณะ

ราษฎร จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยมาตราต่อไปนี้ มาตรา 1 อำนาจอสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของราษฎรทั้งหลาย” ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดไว้ใน “มาตรา 2 ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

หลักการปกครองแบบประชาธิปไตยจึงเป็นการปกครองที่ผู้ปกครองและผู้ใต้ปกครองเป็นคน ๆ เดียวกัน นั่นคือ “ประชาชน” หลักการขั้นมูลฐานประการหนึ่งของระบอบประชาธิปไตยที่สำคัญ คือ “การยอมรับนับถือความสำคัญและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของบุคคล ความเสมอภาคและเสรีภาพในการดำเนินชีวิต” ในขณะที่เดียวกัน ในส่วนของวิถีทางตามระบอบประชาธิปไตยจึงต้องการการเข้าถึงเจตจำนงของประชาชนโดยอาศัยหลักเสียงข้างมาก โดยให้ประชาชนตัดสินใจเองโดยตรงที่เรียกว่าเป็นประชาธิปไตยโดยตรงหรือประชาชนเลือกบุคคลอื่นเข้าไปทำหน้าที่ในการตัดสินใจแทน ซึ่งเรียกว่าเป็นประชาธิปไตยโดยทางอ้อม

ประชาธิปไตยถูกใช้ในความหมายต่างกันหลายความหมาย ทั้งที่เข้าใจว่าเป็นการปกครองหนึ่งซึ่งสิทธิในการตัดสินใจทางการเมืองนั้นเป็นของประชาชนเป็นผู้ใช้โดยตรงผ่านระบบการเลือกตั้ง และประชาชนใช้สิทธินั้นผ่านทางผู้แทนที่ประชาชนเลือกให้เข้าทำหน้าที่แทน ประชาชนสามารถใช้อำนาจตัดสินใจในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้รับรองสิทธิไว้ ประชาธิปไตยจึงถูกนำมาใช้อธิบายระบบการเมืองหรือสังคมการปกครองในแต่ละประเทศ ดังนั้น ประชาธิปไตยของประเทศไทยจะดีได้ก็ด้วยอำนาจของประชาชน วิกฤติของประเทศไทยปัจจุบัน คือ ประชาธิปไตยที่ขาดหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม จึงเป็นหน้าที่ของคนไทยทุกคนที่ต้องพยายามศึกษาว่าแท้จริงแล้วประชาธิปไตยคืออะไร มีข้อดีข้อเสียอย่างไร และช่วยกันแก้ไขข้อเสีย และขยายผลของข้อดีเพื่อ

ทำให้ประเทศไทยมีประชาธิปไตยที่สมบูรณ์แบบ ยิ่งขึ้นโดยเร็ว

**2. หลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย : หลักประชาธิปไตย (Democracy Principles)**

หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยมีแนวคิดอยู่บนพื้นฐานหลักการสำคัญ 5 ประการ คือ

**2.1 หลักอำนาจอธิปไตย**

หลักอำนาจอธิปไตยจัดเป็นอำนาจที่สูงสุด เต็มขาด และมีความสมบูรณ์ในตัวเอง โดยไม่สามารถแบ่งแยกอำนาจได้ ดังนั้น จึงถือเป็นหลักการที่ประชาชนแสดงออกถึงความเป็นเจ้าของอำนาจผ่านกระบวนการเลือกตั้งอย่างอิสระและทั่วถึง ในการให้ได้มาซึ่งตัวผู้ปกครองและผู้แทนของตน รวมทั้งประชาชนมีอำนาจคัดค้านและถอดถอนผู้ปกครองและผู้แทนที่ประชาชนเห็นว่ามิได้บริหารประเทศไปในทิศทางที่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมตามหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน การปกครองภายใต้ระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นระบบที่สนับสนุนอำนาจอธิปไตยที่เป็นอำนาจอธิปไตยสูงสุดในการปกครอง ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดไว้ใน “มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

**2.2 หลักสิทธิและเสรีภาพ**

สิทธิ คือ อำนาจของประชาชนทุกคนมีความสามารถในการกระทำ หรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ตนต้องการ ครอบคลุมทั้งการกระทำของเขานั้น ไม่ไปล่วงละเมิด หรือ กระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือ ละเมิดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและความมั่นคงของประเทศ หลักสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดไว้ใน มาตรา 25 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะใน

รัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ครอบคลุมถึงการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

**2.3 หลักนิติรัฐและนิติธรรม**

เป็นหลักการที่รัฐต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายที่เป็นผลมาจากการที่ประชาชนเลือกตั้งสมาชิกสภาเข้ามาเพื่อทำหน้าที่ออกกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาจึงมีผลบังคับใช้กับทุกคนภายในรัฐ หลักนิติรัฐจึงเป็นการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนทั้งในเรื่องสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สิน การแสดงออกการดำรงชีพอย่างเสมอหน้ากัน โดยผู้ปกครองไม่สามารถใช้อำนาจใด ๆ กระทบสิทธิเสรีภาพได้และไม่สามารถใช้อำนาจใด ๆ ของรัฐนั้นต้องเป็นการใช้อำนาจโดยชอบตามที่บัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้

**2.4 หลักการเคารพเสียงข้างมาก (Majority rule)**

หลักการเคารพเสียงข้างมากต้องใช้ควบคู่ไปกับการเคารพในสิทธิของเสียงข้างน้อย (Minority Rights) การตัดสินใจใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อสาธารณะไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งผู้แทนของประชาชนเข้าสู่อำนาจในทางการเมือง การตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายบริหาร หรือ ฝ่ายตุลาการ ต้องถือเอาเสียงข้างมากที่มีต่อเรื่องนั้น เป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจเลือก โดยถือว่าเสียงข้างมากเป็นตัวแทนที่สะท้อนความต้องการของประชาชนหมู่ มาก แต่ในขณะเดียวกัน หลักการนี้ต้องควบคู่ไปกับการเคารพและคุ้มครองสิทธิเสียงข้างน้อยด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่า ฝ่ายเสียงข้างมากจะไม่ใช้วิธีการพวกมากลากไปตามผลประโยชน์ความเห็น หรือกระแสความนิยมของพวกตนอย่างสุดโต่ง

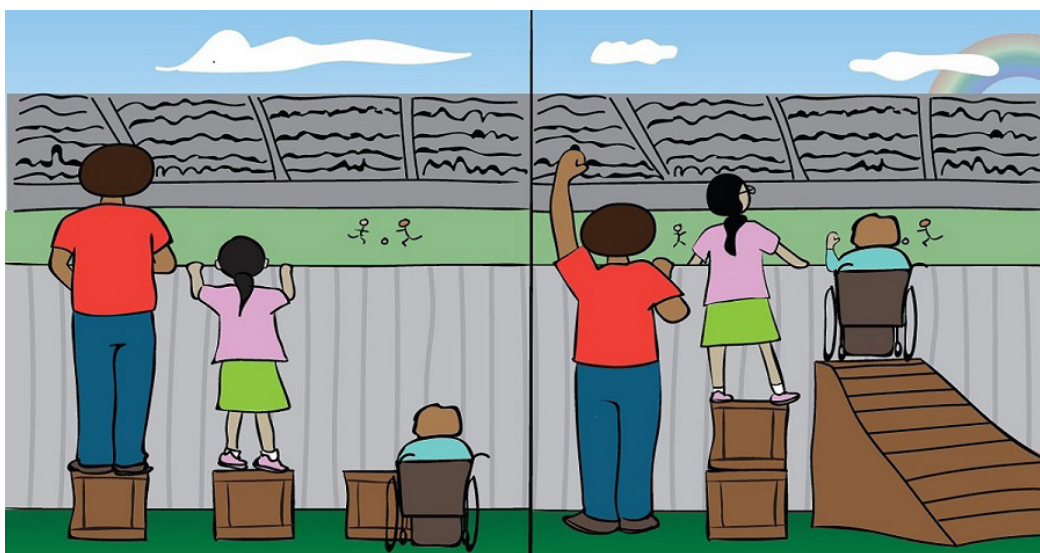
แต่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์ของประชาชนทั้งหมด เพื่อสร้างสังคมที่ ประชาชนเสียงข้างน้อยรวมทั้งชนกลุ่มน้อยผู้ด้อยโอกาสต่าง ๆ ให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติสุข โดยไม่มีการเอาเปรียบกันและสร้างความขัดแย้งในสังคมมากเกินไป

## 2.5 หลักความเสมอภาค

การปกครองระบบประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่ประชาชนเป็นเจ้าของประเทศร่วมกัน ดังนั้น ประชาชนจึงเสมอภาคกันในประเทศ ประชาชนทุกคนมีความเท่าเทียมกันโดยไม่ถูกกีดกันด้วยสาเหตุแห่งความแตกต่างทางชั้นวรรณะทางสังคม ชาติพันธุ์ ฐานะทางเศรษฐกิจ การศึกษา หรือด้วยสาเหตุอื่น จากข้อเท็จจริงที่การปกครองด้วยประชาชนส่วนใหญ่ที่มีทั้งคนที่รวยและคนยากจนรวมกัน ลักษณะของการใช้อำนาจจึงต้องเสมอภาคเท่าเทียมกันและให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนเป็นหลัก ดังนั้น หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และยังช่วยตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการได้อีกทางหนึ่ง

## ความหมายของหลักความเสมอภาค

คำว่า “เท่าเทียม” คือ การมีหรือการได้รับอะไรเหมือน ๆ กัน ในขณะที่คำว่า “เสมอภาค” คือ ความยุติธรรม จากความแตกต่างและความคล้ายกันของความเท่าเทียมและความเสมอภาค จึงชี้ให้เห็นได้ว่า “ความเสมอภาค” จะนำไปสู่ “ความเท่าเทียม” และ “ความยุติธรรม” กล่าวคือ ความเสมอภาคถือเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้น “หลักความเสมอภาคได้กฎหมาย” จึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน หรือ การไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ทั้งนี้ การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้ พิจารณาจากรูปภาพด้านล่างนี้จะแสดงให้เห็นว่าความเท่าเทียมในบางครั้งอาจนำมาซึ่งความไม่ยุติธรรมได้



ข้อมูลจาก: MARYAM ABDUL-KAREEM, 2018.

## หลักการสร้างความเป็นธรรมในสังคม

หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ใช่ว่าการดำเนินการทุกสิ่งทุกอย่างต้องทำเหมือนกัน ทั้งหมด แต่เป็นไปตามคำกล่าวของ Hart ที่ได้กล่าวไว้ในหนังสือ *The Concept of Law* ว่า “*Treat like cases alike and treat different cases differently*” หมายความว่า “สิ่งที่เหมือนกันต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน สิ่งที่แตกต่างกันต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน” โดยมีหลักในการพิจารณาเรื่องความเสมอภาค แยกพิจารณาได้ดังนี้ (มานิตย์ จุมปา, 1991, หน้า 116-117.)

(1) กรณีข้อเท็จจริงเดียวกัน รัฐต้องปฏิบัติต่อประชาชนด้วยกฎเกณฑ์เดียวกัน จึงจะถือว่าเสมอภาค เช่น ผู้ชายทุกคน (ข้อเท็จจริงเดียวกัน) ต้องถูกเกณฑ์ทหารเหมือนกันทุกคน เป็นต้น

(2) กรณีข้อเท็จจริงต่างกัน รัฐต้องปฏิบัติด้วยกฎเกณฑ์ที่ต่างกันจึงจะถือว่าเสมอภาค เช่น ชาย และหญิงมีข้อเท็จจริงทางสภาพร่างกายที่แตกต่างกัน กฎหมายจึงกำหนดให้เฉพาะชายเท่านั้นที่ต้องถูกเกณฑ์ทหาร หญิงไม่ต้องถูกเกณฑ์ทหาร ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ที่ต่างกันนี้ต้องมีเหตุผลที่สามารถอธิบายและรับฟังได้ด้วย

รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสามารถเลือกปฏิบัติได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขหรือเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ หลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ ด้วยการบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ (*moderation*) และถือว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ (วรพจน์ วิศวกรพิชญ์, 2543, หน้า 85.) ประกอบไปด้วย 3 หลักการ ได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

สำหรับในทางปกครอง หลักความได้สัดส่วน (*Principle of Proportionality*) ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีบทบาทหน้าที่สำคัญในการควบคุมการกระทำทั้งหลายของรัฐในทางปกครองของฝ่ายปกครอง เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง การออกกฎ หรือการกระทำอื่นใด รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค ทั้งในกรณีที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติในการออก “กฎหมายลำดับรอง” หรือ “กฎ” (*Subordinate Legislation*) เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นใดที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายจะให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ และต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคในกรณีที่ใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย

**การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่** หรือ การปฏิบัติในทางบวก คือ การดำเนินการตามกฎหมายที่แตกต่างกันในลักษณะชั่วคราวของผู้มีอำนาจกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและยกระดับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่นเพื่อทดแทนความไม่เท่าเทียมกันที่ดำรงอยู่ (F.MELIN-SOUCRAMENINE, 1977, p.911.) ยกตัวอย่างเช่น กรณีของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินในคดี *Regents of University of California V.Bakke* 438 US265 (1978) ว่าการที่มหาวิทยาลัยสำรองที่นั่งร้อยละ 16 ของคณะแพทยศาสตร์ให้นักศึกษาชนกลุ่มน้อยต่าง ๆ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ เป็นต้น (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2548.)

**3. ตัวอย่างความขัดแย้งที่อาจนำไปสู่ความไม่เสมอภาคภายใต้หลักนิติรัฐในระบบประชาธิปไตย**

ความสัมพันธ์ของหลักความเสมอภาคกับความขัดแย้งภายใต้หลักนิติรัฐในระบอบประชาธิปไตยในสังคมไทยย่อมสามารถเกิดขึ้นได้โดยง่าย เนื่องจากการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจภายในรัฐในการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล หรือการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่ไม่เป็นธรรม อันนำไปสู่การเกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมไทย ยกตัวอย่างเช่น

- “สอศ. สั่ง 21 วิทยาลัยกลุ่มเสี่ยงเข้มงวดรับ นศ.ปี 58 เน้นรับเด็กความประพฤติดี เด็กมีประวัติดีกัน เจาะหุ มีรอยสักให้งดรับ เตรียมจัดโครงการ Pre อาชีวศึกษา จับเด็กขาสั้นที่เข้าสู่เส้นทางเรียนสายอาชีพอบรมปรับพื้นฐานและทำความเข้าใจ หวังให้เด็กปรับตัวได้ ไม่ก่อเหตุดีกัน” (ผู้จัดการออนไลน์, 2557.) การออกคำสั่งเช่นนี้ย่อมถือเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของนักเรียนนักศึกษา และถือเป็นการจำกัดสิทธิในการเข้ารับการศึกษาโดยที่ไม่ให้เหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟังอย่างใดก็ได้ แม้ภายหลัง สอศ. จะออกมาแก้ข่าวว่าไม่ได้มีประกาศดังกล่าวก็ตาม ประเด็นดังกล่าวก็ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ถึงในหลายประเด็นในสังคมนำไปสู่ความขัดแย้งที่อาจจะบานปลายเป็นปัญหาใหญ่ต่อไปได้

- ประกาศห้ามเด็กที่ใส่ชุดนักเรียนเข้าร้านอินเทอร์เน็ต หรือการห้ามเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เข้าร้านอินเทอร์เน็ตก่อนเวลา 14.00 นาฬิกา แม้ว่าภายหลังจะมีการแจ้งว่าการออกประกาศลักษณะดังกล่าวเป็นเพียงการขอความร่วมมือเท่านั้น ประกาศดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับให้ต้องปฏิบัติตามก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็นำไปสู่การปฏิบัติที่ลึกลับของผู้ที่ให้ความร่วมมือตามประกาศ ซึ่งหากวิเคราะห์กันตามหลักนิติรัฐจะพบว่าการประกาศในลักษณะของการขอความร่วมมือดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดความขัดแย้งของสังคม และก่อให้เกิดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของเด็กนักเรียนที่มีความต้องการเข้า

ร้านอินเทอร์เน็ตไม่ว่าจะเป็นการใช้ประโยชน์อย่างใด ๆ ก็ตาม การออกประกาศขอความร่วมมือในลักษณะดังกล่าวนี้ย่อมถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของนักเรียนที่เป็นการกระทำนอกเหนือขอบเขตของกฎหมาย หรือ การกระทำที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจนั่นเอง

- กรมสรรพสามิตได้ออกประกาศ เรื่องหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขการอนุญาตให้ทำและขายสุรากลั่นชุมชน พ.ศ. ๒๕๔๘ (ฉบับที่ 4) ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2548 แก้ไขเพิ่มเติมข้อ 14 โดยวรรคสอง บัญญัติว่า “ขนาดของภาชนะบรรจุสุราให้มี 3 ขนาด คือ 0.150 ลิตร 0.330 ลิตร และ 0.625 ลิตร ขึ้นไป ทั้งนี้ สำหรับภาชนะบรรจุสุราขนาด 0.150 ลิตร ให้ใช้บรรจุและนำออกจากสถานที่ทำสุราได้ถึงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2548” ดังนั้นตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2548 ผู้ผลิตสุรากลั่นชุมชนจะไม่สามารถบรรจุสุรากลั่นในขวดขนาด 0.150 ลิตร ออกจำหน่ายได้ อันเกิดความลึกลับหรือการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกัน เพราะประกาศฉบับนี้ไม่ได้ถูกนำไปใช้กับผู้ผลิตสุรารายใหญ่ด้วย หรือ

ประเด็นของความขัดแย้งทางสังคมในประเด็นทางการเมืองในประเทศไทยที่ได้เกิดขึ้นเป็นระยะ ๆ อย่างต่อเนื่องและยาวนาน นับแต่ความรุนแรงในเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516, เหตุการณ์ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519, เหตุการณ์พฤษภาทมิฬในปี พ.ศ. 2535, ความขัดแย้งทางการเมืองอันเป็นเหตุให้มีการเดินขบวนและชุมนุมประท้วงของประชาชนหลายครั้ง ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 ตั้งแต่สมัยรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน จนกระทั่งการเข้าควบคุมอำนาจของ คสช. และความรุนแรงทางการเมืองในจังหวัดชายแดนใต้ตลอดหลายทศวรรษที่ผ่านมา อันถือเป็นการสร้างรอยแผลเป็นแก่สังคม และยังทำให้สังคมไทยไม่สามารถก้าวข้ามความขัดแย้งเพื่อปลูกฝังประชาธิปไตยให้เติบโตได้อย่างยั่งยืน

ตัวอย่างที่ยกมาแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยภายใต้ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีเสาหลักคือ “หลักนิติรัฐ” ที่ถือเป็นที่มาของอำนาจกระทำการตามกฎหมายนั้น ย่อมเป็นการง่ายที่ผู้มีอำนาจจะก่อให้เกิดความขัดแย้งของสังคมด้วยการกระทำที่แตกต่างกันด้วยสาระสำคัญที่แตกต่างกันไป (หลักความเสมอภาค) หรือ การกระทำที่ไม่มีเหตุผลมารองรับอันควรค่าแก่การรับฟังตามหลักความได้สัดส่วน แนวความคิดเรื่อง “**ความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน**” จึงถูกนำเข้ามาใช้กับกระบวนการยุติธรรมที่ไม่สามารถจัดการกับความขัดแย้งที่มีอยู่ได้ เนื่องจากความซับซ้อนและกรณีที่มีผู้ที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก การลงโทษทางอาญาอย่างเดียวไม่สามารถทำให้สังคมก้าวข้ามความขัดแย้งได้ ความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านจึงมิได้เป็นเพียงรูปแบบพิเศษของความยุติธรรม หากแต่เป็นความยุติธรรมที่ถูกปรับให้เข้ากับสังคมที่อยู่ในช่วงของการปรับตัวและเปลี่ยนแปลงหลังจากผ่านช่วงเวลาแห่งความขัดแย้ง การจลาจล และมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวาง กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านเป็นกระบวนการของการขับเคลื่อนทางสังคมในประเด็นต่าง ๆ ที่เชื่อมโยง ส่งผลและเป็นเงื่อนไขต่อกันและกันควบคู่กับการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐด้วยกระบวนการอื่น ๆ เช่น กระบวนการยุติธรรมทางศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบการกระทำของผู้มีอำนาจในศาลปกครองในการออกกฎ หรือ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ กระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ

การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจเกิดขึ้นโดยกะทันหันทันทีหรืออาจใช้เวลายาวนาน รัฐบาลประชาสังคม และภาคส่วนอื่น ๆ ต้องร่วมมือกันตระหนักในปัญหาที่เกิดขึ้นและจัดการประสานกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความอยุติธรรมในอดีต เพื่อให้สังคมสามารถเปลี่ยนผ่านไปสู่วาระที่มีความยุติธรรมเป็นพื้นฐาน ไม่ว่าจะเป็นความยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice) ความยุติธรรมทางเพศ

(Gender Justice) การปฏิรูปสถาบัน (Institutional Reform) ตลอดจนการสร้างความเป็นธรรมในสังคมด้วยการเลือกปฏิบัติอย่างมีเหตุผลควรค่าแก่การรับฟัง เป็นต้น

## บทสรุป

หากจะสรุปรากฐานของหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐในมิติของความมุ่งหมาย “หลักประชาธิปไตย” มีความมุ่งหมายจัดการผูกขาดและการรวมศูนย์อำนาจ ในขณะที่ “หลักนิติรัฐ” มีเป้าหมายอยู่ที่การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย (บรรเจิด สิงคะเนติ, หน้า 8.) เมื่อรัฐถูกจำกัดอำนาจเพื่อมุ่งหมายให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ในขณะเดียวกัน รัฐจะต้องยึดแนวทางของหลักความเสมอภาคเพื่อให้มีความเสมอภาคกันและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือหลักที่ว่ารัฐจักต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกัน และห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล แต่การเลือกปฏิบัติที่มีเหตุอันเกิดจากสภาพข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ หรือการเลือกปฏิบัติเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตลอดจนการเลือกปฏิบัติเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นนั้น สามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น หากทุกภาคส่วนมีความประสงค์ที่จะแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมและลดความเหลื่อมล้ำอันเป็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งของความขัดแย้งในสังคมไทย **ทางออกประการหนึ่งของปัญหานี้ คือ การนำหลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน และการนำแนวความคิดเรื่องความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านเข้ามาใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการสร้างความเป็นธรรมอันจะช่วยลดความขัดแย้งในสังคมประชาธิปไตย**



## เอกสารอ้างอิง

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2561). *หลักความเสมอภาค*. สืบค้นข้อมูลเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2561. จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=657>.
- ชำนาญ จันทร์เรือง. (2560). *ความเป็นธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน (Transition Justice)*. กรุงเทพฯ: 12 เมษายน 2560.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (มปป.). *ความสัมพันธ์ระหว่างหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติธรรม (นิติรัฐ)*. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 8.
- ปริญญา เทวานฤมิตรกุล. (2555). *การศึกษาเพื่อสร้างพลเมือง : Civic Education*. กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คพับลิเคชันส์.
- ผู้จัดการออนไลน์. (2561). *สั่ง 21 อาชิวะห้ามรับ “เด็กเคยตีกัน-เจาะหู-มีรอยสัก” เข้าเรียน*. สืบค้นข้อมูลเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2561. จาก <https://mgronline.com/qol/detail/9570000109546>.
- มานิตย์ จุมปา. (1991). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : บริษัท วี. พรินท์ จำกัด. หน้า 116-117.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 85.
- F.MELIN-SOUCRAMENINE. (1977). “Les adaptations du principe d’egalite a la diversite des territoires,” RFDA., p.911. อ้างถึงในสมคิด เลิศไพฑูรย์. *หลักความเสมอภาค*. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2543). หน้า 170.
- MARYAM ABDUL-KAREEM. (2561). *HERE’S WHY WE SHOULD CARE MORE ABOUT EQUITY, NOT Equality*. สืบค้นข้อมูลเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2561. จาก <http://muslimgirl.com/46703/heres-care-equity-equality/>.